财政部注册会计师考试委员会办公室 编

# 1999年度注册会计师全国统一考试指定辅导教材

# 经济法

JINGJIFA

'99 NIANDU
ZHUCE KUAIJISHI
QUANGUO
TONGYI KAOSHI
ZHIDING FUDAO JIAOCAI

中国财政经济出版社

1999年度注册会计师全国统一考试指定辅导教材

# 经　济　法

财政部注册会计师考试委员会办公室　编

中国财政经济出版社

**图书在版编目（CIP）数据**

经济法/财政部注册会计师考试委员会办公室编．－北京：中国财政经济出版社，1999．4

1999年度注册会计师全国统一考试指定辅导教材

ISBN 7－5005－4143－0

Ⅰ．经… Ⅱ．财… Ⅲ．经注法－会计师－资格考核－教材 Ⅳ．D922.290.4

中国版本图书馆CIP数据核字（1999）第06980号

中国财政经济出版社出版

URL：http：//www.cfeph.com

e－mail：cfeph @ drc. go. cn. net

（版权所有 翻印必究）

社址：北京东城大佛寺东街8号 邮政编码：100010

发行处电话：64033095 财经书店电话：64033436

北京外文印刷厂印刷 各地新华书店经销

787×1092毫米 32开 22.50印张 461 000字

1999年3月第1版 1999年3月北京第2次印刷

印数：150 001—200 000 定价：24.00元

ISBN 7－5005－4143－0/F·3762

（图书出现印装问题，本社负责调换）

# 前　言

国际资本一体化带来了会计市场的一体化，这一趋势不仅为中国注册会计师提供了更为广阔的执业领域，同时也提出了更高的要求。为了满足会计市场和经济发展的基本需要，《中国注册会计师事业发展“九五”计划和2010年远景规划》提出：“到2000年，中国注册会计师个人会员达到15万人，从业人员达到20万人；到2010年底，中国注册会计师个人会员达到20万人，从业人员达到30万人。到2000年，培养出100名具有国际一流水准的注册会计师，1000名国内一流水准的注册会计师，1万名事务所骨干；到2010年底，具有国际一流水准的注册会计师达到2000名，国内一流水准的注册会计师达到1万名，事务所骨干达到5万名。”这一发展目标的实现，有赖于广大有志于注册会计师事业的有识之士的不懈努力。

根据《中华人民共和国注册会计师法》的规定，国家实行注册会计师全国统一考试制度，截止1998年，我国已有4万余名考生通过了全部科目的考试，其中近2万人已取得了注册会计师执业资格，成为注册会计师队伍中的骨干力

量。为了配合1999年度注册会计师全国统一考试工作，更好地为广大考生服务，财政部注册会计师考试委员会办公室组织有关专家和专业人员，按照1999年度注册会计师全国统一考试《考试大纲》确定的考试范围，编写了五门考试科目的辅导教材和与之配套的《经济法规汇编》、《1998年度注册会计师全国统一考试试题及答案汇编》两本参考书。

五科辅导教材是在1998年度考试辅导教材的基础上，根据新颁布的有关法规和目前的改革内容修订编写的。其中，《财务成本管理》在1998年度《财务管理》的基础上增加了有关成本计算的内容，同时增加了“财务预测”、“兼并与控制”、“重整、清算和破产”的内容；《会计》删除了有关成本计算的内容，同时根据新颁布的会计准则、制度及有关规定等进行了较大的修改；《经济法》根据新颁布的法律、法规等进行了较大的修改，并删除了与现行法规不相一致的部分；《审计》和《税法》也作了相应的修订。经过修订，全套教材体现了对注册会计师的基本要求。

《经济法规汇编》收录了相关的最新法律、法规、制度，以便考生复习时查阅，加深对相关专业知识的全面理解。本书同时可供社会有关人员参阅。

《1998年度注册会计师全国统一考试试题及答案汇编》汇集了1998年注册会计师全国统一考试的试题、答案及说明，收录了1996年、1997年考试试题及答案，并收录了本办公室组织撰写的《1998年度注册会计师全国统一考试试题及成绩分析报告》，以满足应试者和其他有关人员学习、研究的需要。

我们衷心地祝愿有更多的朋友在考试中取得合格成绩。

由于编写时间紧迫，对书中的疏漏、错误之处，恳请读者指正。

**财政部注册会计师考试委员会办公室**

1999 年 3 月

# 目　录

第一章　经济法基础知识……（1）
第一节　经济法的概念与特征……（1）
第二节　经济法的基本原则……（8）
第三节　经济法律关系　……（12）
第四节　经济法的体系　……（23）

第二章　企业法　……（27）
第一节　企业的概念、分类及我国企业法体系　……（27）
第二节　全民所有制工业企业法　……（30）
第三节　合伙企业法　……（66）
第四节　禁止向企业摊派的法律规定　……（97）

第三章　国有资产监督管理法律制度……（103）
第一节　国有企业财产监督管理制度……（103）
第二节　国有资产产权界定制度……（131）
第三节　国有资产评估管理制度……（146）
第四节　国有资产产权登记制度……（161）

第四章　外商投资企业法……（168）
第一节　外商投资企业法概述……（168）
第二节　中外合资经营企业法……（179）
第三节　中外合作经营企业法……（192）
第四节　外资企业法……（201）
第五节　中外合资股份有限公司的特别规定……（207）

第五章　外资金融机构管理制度……（217）
第一节　外资金融机构概述……（217）
第二节　外资金融机构的设立与登记……（219）
第三节　外资金融机构的业务范围……（223）
第四节　对外资金融机构的监督管理……（225）
第五节　外资金融机构的解散与清算……（227）
第六节　法律责任……（228）

第六章　公司法……（230）
第一节　公司与公司法概述……（230）
第二节　有限责任公司的设立和组织机构……（259）
第三节　股份有限公司的设立和组织机构……（270）
第四节　公司的财务会计……（288）
第五节　公司的合并、分立……（291）
第六节　公司破产、解散和清算……（294）
第七节　外国公司的分支机构……（297）
第八节　法律责任……（299）

第七章　企业破产法……（312）
第一节　破产与破产法的概念与特征……（312）
第二节　破产申请的提出与受理……（319）
第三节　债权人会议与和解整顿程序……（327）
第四节　破产宣告与破产清算……（334）
第五节　破产救济与破产责任……（348）

第八章　证券法……（354）
第一节　证券及证券法概述……（354）
第二节　证券的发行……（363）
第三节　证券的交易……（400）
第四节　持续信息公开……（429）
第五节　证券交易所……（441）
第六节　证券中介机构……（448）
第七节　证券监督管理机构和证券业协会……（462）
第八节　法律责任……（466）

第九章　经济合同法律制度……（473）
第一节　经济合同法概述……（473）
第二节　经济合同的订立……（481）
第三节　经济合同的履行……（492）
第四节　经济合同的担保……（495）
第五节　经济合同的变更和解除……（507）
第六节　违反经济合同的责任……（510）
第七节　无效经济合同及其法律后果……（514）

第八节　涉外经济合同法的特殊规定…… (517)
第九节　经济合同纠纷的解决…… (522)

第十章　外汇管理法律制度…… (528)
第一节　外汇及外汇管理概述…… (528)
第二节　经常项目外汇管理…… (535)
第三节　资本项目外汇管理…… (550)
第四节　金融机构外汇业务管理…… (557)
第五节　人民币汇率和外汇市场管理…… (565)
第六节　违反外汇管理规定的法律责任…… (567)

第十一章　支付结算法律制度…… (575)
第一节　支付结算概述…… (575)
第二节　票据结算之外的结算方式…… (581)
第三节　结算纪律和责任…… (604)
第四节　银行账户管理制度…… (610)

第十二章　票据法律制度…… (618)
第一节　票据法概述…… (618)
第二节　汇票…… (652)
第三节　本票…… (689)
第四节　支票…… (694)
第五节　涉外票据的法律适用…… (701)
第六节　法律责任…… (703)

# 第一章 经济法基础知识

## 第一节 经济法的概念与特征

### 一、经济法的概念

在我国，理论界对经济法的概念尚未形成统一认识，争议较大。但一般认为，经济法是调整一定范围经济关系的法律规范的总称。依此理解，可从以下几个方面把握这一概念的含义：

（一）经济法是经济法律规范的总称

法律规范是指由国家制定和认可，反映统治阶级意志，并由国家强制力保证实施的一种行为规范。某一部门法即由特定的法律规范所构成。经济法作为一个独立的法律部门，是由一系列的经济法律规范按照其固有的特征所构成的一个整体。

尽管经济法是由经济法律规范所组成，但是，并不是一切经济法律规范都属于经济法的内容，其他法律部门也可以包含一定数量的经济法律规范。就单个经济法律规范而言，其亦可能包括其他法律部门的法律规范，如：行政法律规范、刑事法律规范等。因此，具有一定特征的经济法律规范

构成了经济法，但经济法并不等同于经济法律规范。

（二）经济法是调整经济关系的法律规范的总称

法律调整的社会关系是复杂多样的，而经济法调整的社会关系则具有经济性质，即经济关系。经济关系是具有经济内容的物质利益关系，凡不属经济关系的社会关系则不属经济法调整的对象，如：行政管理关系、刑事关系等。

（三）经济法调整的是一定范围的经济关系

经济关系是一个十分复杂的范畴。例如，从经济活动的内容划分，经济关系可以包括生产关系、分配关系、交换关系和消费关系；依经济活动主体的地位的不同，经济关系可分为平等主体之间发生的横向经济关系和非平等主体之间发生的纵向经济关系。纵向经济关系亦可分为宏观的经济管理关系和微观的经济管理关系；而经济管理关系又可分为直接的经济管理关系和间接的经济管理关系等等。在实际经济生活中，各种经济关系在一定条件下又可以相互转化和并存。因此，经济关系的这种复杂性决定了其不可能由某一个法律部门来加以调整，而必须借助于多个法律部门加以规范。经济法调整的经济关系也就只能是一定范围的经济关系，而不是全部的经济关系。

根据我国《民法通则》第2条之规定："中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系"。关于经济法与民法各自调整的经济关系的范围，王汉斌在第六届全国人民代表大会第四次会议上所作的《关于〈中华人民共和国民法通则〉（草案）的说明》中明确指出："政府对经济的管理，国家和企业之

间以及企业内部等纵向经济关系或者行政管理关系，不是平等主体之间的经济关系，主要由有关经济法、行政法调整，民法基本上不作规定。”这一解释属国家立法机关的有权解释。这就是说，经济法所调整的经济关系往往是基于国家对经济管理而在国家与企业之间发生的经济关系、企业内部基于行政管理而发生的经济关系以及国家与企业存在着管理与被管理、监督与被监督、指令与服从的行政强制经济关系等。

由于学术界对上述理解并未完全肯定，故现行国内的各种经济法教科书及论著对经济法所作的定义也是五花八门。本书对此不作研究性探讨。但是，为了进一步理解“一定范围经济关系”的具体内容，并顾及学术界对此问题的种种观点，以下对经济法的调整对象作进一步说明。

## 二、经济法的调整对象

与经济法概念相联系的调整对象问题在学术上也存在极大分歧。为了照顾学术界的一般观点及本书的体系范围，我们采用经济法学界较为通行的看法，即认为经济法的调整对象是指国家机关、企事业单位以及各类经济实体在组织领导、经营管理和协调发展经济活动过程中所发生的经济关系。

鉴于对上述经济法调整对象的基本定义，这里综合我国经济法理论对这一范围的概括，主要从以下几个方面加以说明：

### （一）经济管理关系

经济管理关系是指国家组织领导与管理国民经济所形成的经济关系。经济管理主要体现为国家对经济的组织领导与管理活动，包括宏观管理与微观管理两方面的内容。宏观管理关系一般包括国家在计划与产业政策的制订和实施，经济预算及其投资引导，税收、金融、物价调节，土地利用规划，标准化管理等活动中所产生的经济关系；微观管理关系一般包括国家在税收征管、金融证券监管、贸易管制、物价监督、企业登记管理、交易秩序管理等活动中产生的经济关系。在实践中，这两方面的内容往往是交织在一起的。

（二）市场运行中的协调关系

我国经济是社会主义市场经济。中国共产党十四大明确提出，我国经济体制改革的目标是建立和完善社会主义市场经济体制。为了保证市场经济健康有序地发展，国家必须通过法律手段对其加以监督和管理，协调其中的各种经济关系。首先，必须建立活跃的市场主体体系。在市场主体体系中，企业及其他经济组织将是最主要的主体。国家为了协调经济运行，必须对企业的设立、变更和终止等进行规范和管理。经济法通过全面规定市场经济诸种主体的法律地位、权利义务以及活动准则来保证企业及其他经济组织成为自主经营、自负盈亏的主体，使之能动地参加市场活动，改善经营管理，提高经济效益；经济法通过规定主体资格类型及相应条件的方式，保证其以合法身份参与经济活动，达到维护经济秩序和交易安全的目的。

其次，必须建立统一、开放的市场体系，以促进各种生产要素的自由流动，充分发挥市场竞争机制的作用。在我国

市场经济发展的初级阶段，不可避免地会出现垄断和不正当竞争。垄断和不正当竞争是妨碍市场经济发展的大敌，这就必须通过经济法规对市场经济关系加以协调，以完善市场规则，有效地反对垄断，制止不正当竞争，维护市场公平、自由竞争的经济秩序，促进市场体系的健康发展。

（三）社会经济组织内部经济关系

这里的社会经济组织是指以企业为主体的各类经济组织，其内部经济关系是指其自身在组织经济活动中发生的各种内部经济管理关系，包括企业领导机构与其下属生产组织之间、各生产组织之间以及企业与职工之间在生产经营管理活动中所发生的经济关系。这类关系的规范运作直接关系到经济组织的经济效益好坏，生产发展和社会生产率的提高，因此，其就成为经济法调整的重要内容。这一内容包括经济组织内部的组织管理、财务会计、生产经营计划、劳动用工管理、工资制度管理、奖惩措施和安全管理等。

（四）社会经济保障关系

这是指在对作为劳动力资源的劳动者实行社会保障过程中发生的经济关系。在社会主义市场经济发展过程中，建立健全社会保障体系是一种客观必然。这一保障体系的范围包括养老、待业、工伤、医疗等内容。经济法必须对此加以规范和调整。一方面，可使经济组织对社会和公众应该承担的责任得到进一步强化，使这一义务进一步明确，既可防止其过多地承担社会负担，又可避免其逃避应尽的社会责任。另一方面，可使劳动者的利益得到稳定和可靠的保障，充分开发和合理利用劳动资源，维护社会稳定。

以上几个方面的经济关系是经济法调整的主要范围，相互之间是紧密结合的有机统一体，其共同成为经济法统一调整对象。

## 三、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。经济法与其他法律部门相比较，又有自己的一些特点，具体表现在以下几个方面：

（一）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. 在规范的构成上，经济法既包括若干部门经济法，又包括有经济法律、法令、条例细则和办法等许多规范形式的经济法律规范；既包括实体法规范，又包括程序法规范；既包括对内经济法规范，又包括涉外经济法规范。

2. 在调整主体上，国家机关、企事业单位和社会团体以及企业的内部机构组织、农村承包经营户、个体工商户以及各种不同身份的公民个人，如厂长（经理）、工人、职员、会计、消费者等，都可能成为经济法律关系的主体。

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，具体包括工业、农业、商贸、财政、税收、金融、统计、审计、会计、海关、物价、环保、土地等范畴。

以上表明了经济法所具有的综合性特征。

（二）经济性

经济法的经济性表明其与经济关系联系极为密切。首先，经济法调整的社会关系是一定范围的经济关系，任何经济法律规范的制定和颁布，都是以一定经济关系为调整对象，用以规范一定经济现象和一定经济问题，适应一定经济形势，为完成一定经济任务和实现一定经济目的而制定和颁布的。因此，一定范围的经济关系的存在与发展直接决定着经济法律规范的内容和发展方向。其次，经济法反映了经济生活的基本经济规律。经济法虽然属于上层建筑，但却是经济基础的现实反映，并服务于经济基础，受经济基础的决定和制约。因此，任何经济法律规范都不是立法者主观意志的随意编造，而是取决于客观经济条件是否成熟和客观经济形势是否需要，经济法也就必然要反映客观经济规律的基本要求。再之，经济法调整的手段主要是经济手段，即以经济规律和经济现实为依据而确立的具有经济内容的手段，这与行政、刑事手段不同。这些表明经济法是与经济生活联系极为密切的法律。

（三）强制性

经济法的强制性特征主要是以强制性规定为主，同时辅之以指导性规定加以体现的。从经济法规的性质而言，其多以限制或禁止性规定来规范主体作为或不作为，并以此来限制或者取缔某种经济活动和某种经济关系的发生或者存在；从经济法规运用的手段上，其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，以此来达到促进与支持某种经济关系的建立和发展的目的，并为处理经济纠纷提供相应的依据。

## 第二节 经济法的基本原则

法律原则是立法、执法和守法以及处理法律纷争的依据和准则。法律原则是适用一切法律规范的准则，如法律面前人人平等原则等。但是，各个法律部门又有适合于自身特点的基本原则，这些基本原则便成为各个法律部门立法、执法、司法活动中的指导思想和行为准则。

经济法的基本原则是指能够体现经济法本质和特征，适用于一切经济法律规范的具有高度概括性的指导思想，是经济立法、执法、司法活动中的准则。在法无明文规定的情况下，经济法的基本原则可以成为执法和司法的重要依据。根据经济法的本质和特征以及各类经济法规的现实状况，对经济法的基本原则作如下归纳。

### 一、保护各种经济主体合法权益的原则

在我国现实条件下，各种经济主体除了彼此地位独立、相互利益不同之外，还有经济性质的差别。每一经济主体都具有归属于某一经济性质的经济成份。在我国社会主义经济的发展过程中，不同经济成份经济主体的法律地位曾经是有差别的。例如：在计划经济体制下，公有制经济是社会经济的主体，起着主导和支配作用，而非公有制经济则是限制和改造的对象，在法律的保护上则是注重对前者的保护，而淡化后者的利益。在我国现阶段社会主义市场经济条件下，不

同经济成份的存在尚是一个长期的过程，依照市场经济规则，只有不同经济成份的经济主体的法律地位平等，各自的合法权益得到同等的保护，才能建立起一个充满生机和活力的社会主义市场经济体制。因此，根据市场经济这一客观现实，经济法就将不同经济成份的经济主体合法权益的平等保护作为自己的一项基本原则，以促进各经济成份之间在社会主义的统一市场中展开公平竞争。

根据保护各种经济主体合法权益的原则，经济法应对各种财产所有权的性质、地位和作用加以确认和肯定，对多种经济成份经济主体的利益施以平等保护，并规定出相应的平等保护方法和对侵权行为的制裁措施，从而充分发挥各种经济成份在发展社会主义市场经济中的积极作用。

## 二、市场机制与宏观调控相结合的原则

市场机制是指根据市场的供求关系调节生产和服务的机制。市场机制对于促进资源合理配置、满足人民生活需要、推动社会生产率的提高和技术进步等都具有重要作用。但是，市场机制又带有一定的自发性和盲目性，如果不对其加以适当控制，就可能会给社会造成极大浪费，损害民众利益，造成经济的无政府状态。因此，国家又必须要对市场进行必要的宏观调控，宏观调控是指国家为了实现社会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。通过这种调控，以控制经济总量和重大生产与消费比例关系的大体平衡，防止经济运行出现大的波动。经济法作为调整

国民经济管理和协作关系的重要法律，理应将市场机制和宏观调控有机的结合作为自己的一项重要原则。

根据这一原则，经济法应对市场机制和宏观调节的性质、内容、手段以及相互结合的程度、方式和范围加以规范化、制度化和法制化，使得宏观调控不致影响市场机制作用的正常发挥，同时又为国家管理和适当干预经济提供一定的范围和空间，以减少盲目性和随意性。在实践中，应通过制定计划法，赋予国民经济各类计划相应的法律地位，来强化中央政府管理经济的权威性和规范性，加强计划的统一性和科学性；通过制定会计法、审计法、统计法、银行法来加强统计、审计、信贷的监督；通过制定市场管理法来加强商品流通管理；通过制定预算法、税法、国有资产管理法来进行社会再分配和人、财、物的合理使用；通过制定竞争法、价格管理法来规范市场行为等。

### 三、经济组织本体利益与社会利益相结合的原则

经济组织的本体利益是指其自身的利益。经济关系的本质是物质利益关系，经济组织参与经济活动的根本目的就是为了实现自身的物质利益。因此，经济法应将各经济主体的自身利益保护放在重要位置。但是，任何经济活动都不是孤立的范畴，与社会利益有着密切关系，这不仅在于任何经济主体参与经济活动都要与其他经济主体发生利益关系，而且还在于任何经济活动都与经济活动参与者之外的主体有着密切的利益关系。在此情况下，经济法应在保护经济组织本体利益的同时，协调各类经济主体之间的利益关系和本体利益

与社会利益的关系。

首先，各经济法律关系的主体利益应当协调一致，不能以损害某一方面的利益为代价来保护另一方面的利益。这不仅包括不同层次法律关系主体之间利益的保护和协调（如国家、地方、企业和个人），而且还包括同一层次的主体之间利益的保护和协调。

其次，各个经济组织的利益必须与社会利益一致。社会利益是指社会公共利益和社会整体利益。在这两者的结合上，现代法学理论和我国社会主义本质普遍强调，本体利益不得违背社会利益，在本体利益与社会利益发生冲突时，应以社会利益为优先。因此，经济法亦应贯彻这一基本精神。实际上，我国现已颁布的《产品质量法》、《消费者权益保护法》、《反不正当竞争法》、《环境保护法》等都是保护社会利益、体现社会利益优先的立法表现。

### 四、维护公平竞争原则

市场经济实质就是竞争经济。市场是商品交换的场所，有市场就有竞争。市场经济以其竞争规律达到优胜劣汰，促进整个生产要素市场的合理流动，实现结构优化和资源合理配置的目的。但是，市场经济的竞争规律表明，有竞争就会有不正当竞争，不正当竞争是指市场经济主体在市场经济活动中，采取虚假、欺诈和其他违反商业道德的手段，损害国家、社会和竞争者，扰乱经济秩序的行为。因此，经济法应将维护公平竞争，制止不正当竞争作为其一项基本原则。

公平竞争是指经济活动的参与者在生产经营中为获取更

多经济利益，运用合法手段，在平等的市场条件和法律环境下展开的竞争性活动。经济法律规范应着力创造公平、自由的竞争环境，维护公平竞争的市场经济秩序，保证公平竞争在最大范围和最大程度上的实现。与此同时，公平竞争环境的维护实际是依赖反对不正当竞争行为加以实现的。经济法应将制止和反对不正当竞争行为作为其重要任务。

以上基本原则是相互联系，彼此补充的，共同指导着我国经济立法、执法和司法活动。

## 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

法律关系是指法律规范在调整人们行为的过程中形成的权利义务关系。其与其他社会关系相比较，具有以下特征：(1) 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（即统治者的意志）和行为人的意志，法律关系是反映统治者意志和行为人意志而形成的关系，因而不属经济基础范畴。(2) 受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) 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) 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，叫民事法律关系；以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，叫作行政法律关系；以调整刑事犯罪与惩罚关系而形成的法律关系，叫刑事法律关系；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等。

(二) 经济法律关系

经济法律关系是指由经济法律规范规定而形成的权利义务关系。这里可从以下几个方面把握这一概念的基本含义：

1. 经济法律关系是在经济领域中发生的意志关系。经济法律关系产生于经济领域，至于这一领域的范围，则是多方面的，主要可归为经济领域的管理关系和协调关系。此外，这一关系体现的是国家意志和当事人意志两个方面，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. 经济法律关系是经济法规定和调整的法律关系。由于经济法规是经济法律关系产生和其内容得以能够实现的前

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. 经济法律关系是一种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，法律确认某一法律关系的目的亦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。因此，经济法学理论一般也将这种权利义务称之为经济权利义务。基于经济权利义务在经济法律关系中的极端重要性，因而经济权利义务关系的确定是经济关系形成的标志，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. 经济法律关系是具有强制性的经济权利义务关系。经济法律关系中的经济权利义务一旦形成，即受国家强制力保护，任何一方当事人不得违背。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。经济法律关系中的经济权利义务就是通过国家强制力得以保护和实现的。

任何经济法律关系都具有三个基本构成要素，即主体、内容和客体。这三个要素缺一不可，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。以下对这三者分别加以分析。

## 二、经济法律关系的主体

### （一）经济法律关系主体的概念

经济法律关系的主体亦称经济法的主体，是指在经济管理和协调过程中依法独立享受经济权利和承担经济义务的当事人。享有经济权利的当事人叫作权利主体，承担经济义务的当事人则称为义务主体。

在理解经济法主体的概念时，应把握以下几点：

1．经济法主体能够以自己名义独立地参加经济法律关系。无论何种主体参与经济法律关系，都是以自己的名义进行的，即使是国家机关代表国家参与经济管理、经济协调法律关系，也不是以国家名义，而是以自己名义独立地进行经济法律行为的。

2．经济法主体是经济权利和经济义务的担当者。经济权利和经济义务直接归属于经济主体，凡是享有经济权利和承担经济义务的人，就是经济法律关系的主体。

3．经济法主体能够独立地承担经济法律责任。经济法主体不履行经济义务时，即承担一定经济法律责任。由于该责任往往涉及经济内容，故经济法主体必须具有一定财产权，有相应的财产作为承担责任的物质基础。

（二）经济法的主体资格

经济法主体必须具备一定的主体资格。主体资格是指当事人参加经济法律关系、享受经济权利和承担经济义务的资格或能力。只有具有经济法主体资格的当事人，才能参与经济法律关系，享受经济权利和承担经济义务。经济法主体资格由经济法规定。

经济法对经济法主体资格的认可，一般采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、法规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。

未取得经济法主体资格的组织不能参与经济法律关系，不能从中享有权利和承担义务，不受法律保护。但是，依法成立的经济法主体也只能在法律规定或认可的范围内参加经济法律关系，超越法律规定或认可的范围的，则不再具有参加经济法律关系的主体资格。

（三）经济法律关系主体的范围

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，经济法主体范围亦十分广泛，主要包括：

1. 国家机关。这是经济法律关系中最重要的主体。国家机关以机关自己的名义参加经济法律关系。其包括各级立法机关、司法机关和行政机关。其中行政机关在该类主体中具有特殊的地位，担负着组织管理和协调经济的主要职能，因而是这类经济法律关系中最重要的主体。

2. 经济组织。这是指拥有独立资产，以营利为目的，自主经营、自负盈亏、独立核算，具备一定组织机构，从事生产、流通和服务性活动的经济实体。经济组织主要包括各类企业及其他经济组织，其可以是法人，亦可为非法人组织。

3. 事业单位。这是指由国家财政或其他单位拨款，不

以营利为目的的文化、教育、卫生等组织。它们往往以法人资格参与经济法律关系。

4. 社会团体。这是指由人民群众或组织依自愿原则组织的进行社会活动的社会组织，包括群众团体、公益组织、文化团体、学术研究团体、协会等。它们也以法人资格参与经济法律关系。

5. 经济组织的内部机构。这是指隶属于企业，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。除某些分支机构经依法批准可以参与企业外部经济法律关系外，其他内部机构则只能参加企业内部的经济法律关系。

6. 农村承包经营户、个体工商户。农村承包经营户是指农村集体经济组织的成员，在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的形式。个体工商户是指公民个人不雇佣或少量雇佣他人，以营利为目的，从事生产经营的个体经济。他们以“户”的名义参与经济法律关系，其一般承担连带无限责任。

7. 公民。这里讲的公民是指具有我国国籍，依据我国《宪法》和法律享有权利和承担义务的人。公民可以成为经济法律关系的主体。如：税收关系中的个人纳税人、企业法律关系中的职工、市场法律关系中的消费者等。

## 三、经济法律关系的内容

### （一）经济法律关系的内容的概念

经济法律关系的内容是指经济法律关系的主体享有的经

济权利和承担的经济义务。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，没有经济权利和经济义务的经济法律关系是不存在的。

经济权利和义务依法律性质的不同而有所不同。在具体的经济法律关系中，此一法律关系的经济权利义务亦可能与彼一法律关系的经济权利义务有所区别，这是由经济法律规范的不同规定和当事人参与经济法律关系的目的不同所决定的。经济法律关系的经济权利义务一旦确定之后，即受国家强制力的保护。

（二）经济权利

经济权利是指经济法主体在经济管理和经济协调关系中依法具有的自己为一定行为或不为一定行为和要求他人为一定行为或不为一定行为的资格。它包括以下几个方面的含义：

1．经济法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，有权依法请求国家有关机关给予强制力保护。

经济权利的本质在于满足经济法主体的经济利益。经济

法主体通过经济权利的行使，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，经济利益是经济权利的实质和核心内容。经济法赋予经济法主体一定的经济权利，就意味着经济法主体获得了实现经济利益的自由。

（三）经济义务

经济义务是指经济法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。这是相对经济权利而存在的，是法律对经济法主体行为的限制和约束。它包括以下几个方面的含义：

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经济义务，就应承担相应的法律责任，受到法律的制裁。

经济权利与经济义务是相互依存的。没有经济权利，就不会有经济义务；经济法主体不能只享受权利而不尽义务，亦不能只尽义务而不享受权利；一方的经济权利依赖于另一方的经济义务来实现，另一方的经济义务则是为了满足一方的经济权利。

## 四、经济法律关系的客体

（一）经济法律关系客体的概念

经济法律关系的客体是指经济法律关系的主体享有经济权利和承担经济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，也是确定权利行使与否和义务是否履行的客观标准。如果没有客体，经济权利义务就失去了依附的目标和载体，也不可能发生经济权利义务。因此，客体是经济法律关系不可缺少的要素之一。

（二）经济法律关系客体的类型

经济法律关系的客体十分广泛。概括起来，可分为三大类：

1．物，亦称有体物。这是指可以为人们控制和支配，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和支配，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．经济行为。这是指经济法主体为达到一定经济目的所进行的行为。它包括经济组织管理行为、完成一定工作的行为和提供一定劳务的行为。经济组织管理行为是指经济法管理主体行使经济组织管理权和经营管理权所指向的行为，如经济决策行为、经济命令行为、审查批准行为以及经济监督检查行为等。完成一定工作的行为是指经济法主体的一方利用自己的资金和技术设备为对方完成一定的工作任务，而对方根据完成工作的数量和质量支付一定报酬的行为。提供一定劳务的行为是指为对方提供一定劳务或服务满足对方的需求，而对方支付一定酬金的行为。这一行为与完成一定的工作不同的是，前者通过一定行为最终体现为一定的经济效

果，后者则是通过劳动最终表现为一定的客观物质成果。

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。随着社会进步和科学技术的发展，智力成果成为社会财富的重要组成部分，其成为经济法律关系的客体也就是一种必然。

此外，在现实经济生活中，经济权利亦可能成为经济法律关系的客体。经济权利本是经济法律关系的内容，但是，当某种经济权利成为另一经济权利的对象时，该经济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则成为这一法律关系指向的对象，那么，土地使用权就构成该法律关系的客体。

## 五、经济法律关系的保护

经济法律关系的保护是指依照经济法律、法规的有关规定，保证经济法律关系的参加者正确地行使经济权利和切实地履行经济义务，对不履行经济义务和有违反经济法规的行为予以制裁，从而使得经济法律关系得以全面实现。

经济法律关系保护的目的在于保证经济权利的实现和经济义务的履行。在一般情况下，经济权利的实现和经济义务的履行是通过当事人的自觉行为实现的，经济法律关系的保护就是通过经济立法和司法活动确定经济权利义务的具体内容来实现经济权利和义务的。但是，当义务主体不履行经济义务和违反经济法规时，经济法规对经济法律关系的保护就表现为对正常的经济法律关系破坏行为依法追究法律责任。

这一法律责任通常为以下几种形式：

（一）经济制裁

这一形式包括下列几种方法：

1．赔偿损失。这是指有过错的一方用自己的资产来弥补给对方造成的经济损失，并以此来消除其破坏经济法律关系造成的损害后果。这一方法的目的在于：一是制裁经济违法行为；二是赔偿受害人（即权利人）的损失。

2．支付违约金。这是指当事人一方因不履行或未完全履行合同而付给对方一定数量的货币或其他财物。

3．罚款。这是指国家经济管理机关在法定职权范围内，对违反经济法律法规的经济组织或个人依法强制缴付一定数量货币或财物的处罚形式。如：国家工商管理机关依法对违反工商行政管理的当事人处以一定罚款等。

4．强制收购。这是指对违反国家法律和政策的行为，其情节较轻，由国家行政管理机关依照国家牌价对交易的标的强制收购，必要时，也可以降价收购，以示制裁。

5．没收财产。这是指对违法行为人的财物实行强制无偿收归国有的一种经济制裁方式。如：海关对走私活动的走私物品，可处以没收财产；国家工商行政管理部门对投机倒把的财产，亦可处以没收财产等。这一制裁方法既可作为刑罚的一种附加刑，也可作为一种单独的处罚方式。

（二）行政制裁

这是由有关管理机关对违反经济法律、法规的单位和个人依法采取的行政制裁措施。对企业和经济组织可采取警告、限期停业整顿、吊销营业执照、勒令关闭等方法；对有

关个人可采取警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看、开除等处分方法。

（三）刑事制裁

这是指对违反经济法律、法规，造成严重后果，已触犯国家刑律的经济犯罪分子，依法给予的刑事处罚措施。

上述制裁措施既可同时处罚，亦可分别实施。对违反经济法律、法规的行为实施制裁的根本目的在于维护经济法律关系秩序，保护经济法律关系当事人的合法权益。

## 第四节　经济法的体系

### 一、经济法的体系

根据经济法学的一般看法，经济法的体系主要由三大部分组成：即经济法的基础理论、经济法的各项具体制度和经济诉讼与仲裁。

（一）经济法的基础理论

此一部分主要是指经济法的一般理论问题。这是对经济法具有共性和普遍性的问题进行的总的概括，并对各项经济法律制度具有指导意义。本章所阐述的问题基本概括了这一内容。

（二）经济法的各项具体制度

该部分主要包括各项具体的经济法律制度。这一部分内容较为庞杂，涉及问题广泛，并且彼此自成体系。从一般观点来看，这一部分包括以下主要内容：

1. 经济组织法。是指经济组织的法律制度，即企业法律制度，包括全民所有制工业企业法律制度、集体所有制企业法律制度、私营企业法律制度、涉外企业法律制度和公司法律制度、合伙企业法律制度以及独资企业法律制度。

2. 经济管理法。是指国家在组织管理和协调经济活动中形成的法律制度，主要包括计划法律制度、基本建设法律制度、税收法律制度、金融法律制度、会计和审计法律制度、产品质量责任法律制度、价格法律制度、自然资源和能源法律制度、市场管理法律制度、工业产权法律制度等。

3. 经济合同法。是指经济法主体在经济流通和交换过程中形成的法律制度，主要包括经济合同法、涉外经济合同法和技术合同法。

（三）经济诉讼与仲裁法

这是有关处理经济纠纷和争议的法律制度。主要包括经济诉讼和经济仲裁两个方面。

从以上体系及其内容可以看出，经济法体系中的有关法律制度与传统民商法是有重叠的，如：企业法、公司法、经济合同法、工业产权法等。这是读者必须注意的。

## 二、本书的基本结构体系

本书主要是为适应注册会计师考试而编写的。因此，其体系内容既不可能完全依照一般经济法的体系内容而编写，同时也与一般经济法体系一样，将要涉及传统民法商法中的某些相关制度。总之，其体系内容主要是为满足作为一个注

册会计师所应具备的基本法律知识的需要而编写。为此，在具体法律制度的阐述上，我们精选了相关的一些经济法律制度。

税收法律制度是经济法体系中的一个重要内容，基于这一制度对注册会计师的重要性，其单列为一个科目进行考试，其有关内容亦另作为一本教材而编写。因此，本书体系也就不包括此一法律制度。

本书在1998年度经济法考试用书的基础上修订而成。我们接受有关方面的意见和参考新颁布的有关法律、法规，对原教材作了以下修订：一是根据新颁布的《中华人民共和国证券法》，对“证券法律制度”重新作了修订，并将该章名称改为“证券法”；二是对“企业法”在体系上作了相应的调整，增加了“合伙企业法”的内容，同时对相关内容作了部分增删。

本教材共包括十二章。各章依次为：经济法基础知识、企业法、国有资产管理法律制度、外商投资企业法、外资金融机构管理制度、公司法、企业破产法、证券法、经济合同法律制度、外汇管理法律制度、支付结算法律制度、票据法律制度。本年度注册会计师考试的经济法科目将不超过这一体系范围。

## 复习思考题

1. 什么是经济法？经济法有哪些特征？
2. 试述经济法的调整对象。

3. 经济法有哪些基本原则？
4. 如何理解经济法律关系？
5. 试述经济法律关系的构成要素。
6. 试述违反经济法的法律责任。

# 第二章 企 业 法

## 第一节 企业的概念、分类及我国企业法体系

### 一、企业的概念和分类

(一) 企业的概念

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

1. 企业是社会经济组织。企业是一种社会组织，作为社会组织，它必须是由多人组成，是一个群体，作为社会组织，它必须有自己的机构及工作程序要求。企业是一种社会经济组织，是要从事经济活动的。企业作为社会经济组织，它必须是一定的人员和一定的物的结合。

2. 企业是以营利为目的从事生产经营活动的社会经济组织。企业必须是从事生产经营活动的社会组织，所谓生产经营活动是指创造社会财富的活动，包括生产、交易、服务等经营活动。企业从事生产经营活动又须是以营利为目的的，企业从事生产经营活动是为了赚取利润。企业赚取的利润归控制或资助该企业的单位或个人所有。

3. 企业是实行独立核算的社会经济组织。核算含有计量、记录、计算的意思。实行独立核算即是要单独计算成本费用，以收抵支，计算盈亏，对经济业务作出全面反映和控制。不实行独立核算的社会经济组织不能称其为企业。

4. 企业是依法设立的社会经济组织。所谓企业是依法设立的经济组织，是要表明企业的法律地位。企业依法设立，即是一种合法的组织，能得到国家法律的认可和保护。

（二）企业的分类

企业是社会最具活力的细胞，形式多样，情况复杂。对企业进行分类是为了方便对企业的管理，促进企业的发展。根据需要的不同，我们可以选择不同的标准对企业进行分类，依据不同的标准，可将企业分为不同的类型。

1. 按企业的经济性质，可将企业分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业、混合所有制企业。采用这种划分方法除了可明确企业财产所有权的归属外，还方便国家对不同经济性质的企业采用不同的经济政策和监管办法。在西方国家，也有国有企业和私营企业之分，其目的与我国大致一样。

2. 按企业的所属行业，可将企业划分为工业企业、农业企业、商业企业、矿业企业、各种服务性企业等。这样划分一方面有利于经济统计之用，为国家经济布局提供参数，另一方面也出于国家管理的需要。

3. 按出资者的不同，可将企业划分为独资企业、合伙企业、公司企业、内资企业、外资企业、中外合资企业、中外合作企业等。这样划分的目的是适应国家统计、宏观决策

的需要，也是适应国家管理的需要。

4. 按企业的法律地位，可将企业划分为法人企业和非法人企业。这样划分能明确地反映出企业的法律地位及能力，不仅有利于国家管理，而且也有利于企业间的经济交往活动。

由于各国的情况不同，对企业的划分标准可能不同，或者是在同一种划分标准下，其具体划分内容也不同。如我国按经济性质将企业划分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业等，为多数国家所没有。又如对合伙企业，有的国家认为其可具有法人资格，有的国家则认为其不具有法人资格。

## 二、我国企业法的体系

企业法这个概念在我国可以有三种理解，一是指各种关于企业管理的法律、法规、规章等有普遍约束力的规定的总称，如关于企业设立、组织和活动方面的法规，关于企业登记的法规，关于企业内部劳动用工方面的法规，关于企业财务、会计、税收管理方面的法规，等等。二是指各种关于企业的设立、组织和活动方面的法律、法规，如《全民所有制工业企业法》、《公司法》、《私营企业条例》等。三是专指《全民所有制工业企业法》。我们这里讲的企业法体系是规范企业的设立、组织结构、明确企业权利义务关系的法律法规。我国的企业法体系主要由如下一些法律、法规构成：《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国全民所有制工业企业法》（其原则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、农业、水利企业)、《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国乡镇企业法》、《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》等几十个法律、法规。这些法律、法规规定，根据我国企业的复杂情况，对企业的经济性质、事业特点、法律地位、设立条件、组织结构、活动要求等分别作出了细致全面的规定。

本章主要介绍《全民所有制工业企业法》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》以及《禁止向企业摊派暂行条例》等有关法律、法规的内容。因《全民所有制工业企业法》以及《全民所有制工业企业转换经营机制条例》的原则适用于全民所有制交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、外贸、物资、农林、水利、科技等企业，基本上是覆盖了所有的全民所有制企业。

## 第二节 全民所有制工业企业法

### 一、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

1. 全民所有制企业的概念

全民所有制企业又称国有企业，是指以生产资料全民所

有为基础的，依法自主经营、自负盈亏、独立核算的社会主义商品生产和经营单位。

全民所有制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、使用和依法处分的权利。全民所有制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。

2. 全民所有制企业设立的含义

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) 全民所有制企业的设立是一种组建企业的活动，从设立全民所有制企业的发起开始，经过筹建、报批、登记等活动，直到企业成立为止。设立与成立不同，设立是强调一种活动过程，成立是强调一种活动结果，是企业成为法人的一种标志。

(2) 全民所有制企业的设立行为是一种法律行为。这包括两层意思：一是这种设立行为的目的是将产生一个新的法律关系主体，标志着一系列法律关系的开始；二是这种设立行为，必须是依法进行，要符合和遵守设立企业的法定条件和程序。如《中华人民共和国全民所有制工业企业法》的规定，《企业法人登记管理条例》的规定等。

(3) 全民所有制企业的设立也是一种经济行为，即是人、财、物的筹集组合，使之形成一种生产经营能力的过程。从经济的角度看，设立企业是为了赚取利润，取得收益。

3. 全民所有制企业设立的条件

根据《全民所有制工业企业法》的规定，设立全民所有制企业须符合7个方面的条件。

(1) 产品为社会所需要。这包含两层意思：一是全民所有制企业生产出的产品必须是能满足人们的物质需求和精神需求，为了满足这种需求，企业提供的产品必须是符合国家质量标准要求的，不能提供伪劣残次品，给他人造成财产损失。这里所说的产品为社会所需要，必须是法律所不禁止的产品；二是对企业来说，生产的产品只有能满足人们的需求，才能销售出去，企业提供的劳动价值才能实现，企业才有可能生存和发展。

(2) 有能源、原材料、交通运输的必要条件。能源、原材料和交通运输都是工业企业从事生产经营活动所必不可少的条件，没有这些条件企业就无法从事生产经营活动。特别是在我国能源、原材料和交通运输比较紧张的情况下，法律对新设立全民所有制企业必须具备这一条件，主要是为该企业考虑，防止投资浪费。

(3) 有自己的名称和生产经营场所。名称是企业的标志，企业名称一是能标明企业的性质和面貌，二是能有利于保护本企业的合法权益。我国专门制定有《企业名称登记管理规定》，对企业名称的要求作出了一系列的规定，全民所有制企业也应遵照执行。生产经营场所包括企业的住所和与生产经营相适应的处所。住所是企业的主要办事机构所在地，是企业的法定地址。企业从事生产经营活动必须在一定的空间内进行，没有场所，企业的生产经营活动就无法进

行。

(4) 有符合国家规定的资金。前面我们已谈到，企业是人和物的有机结合，这种物可以是资金，也可以是实物，即使是实物也要折算成资金反映出来。因此，资金是企业赖以生存的必备条件。有符合国家规定的资金包括三层含义：一是必须要有资金；二是这些资金的来源必须是合法的；三是设立企业所需的资金必须符合国家规定的最低限额。

(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，法人机关对外代表企业承办各种事项，对内实施管理活动。这种法人机关包括个人和集体两种形式，个人即该企业的法定代表人，如厂长、经理等。《全民所有制工业企业法》规定，全民所有制工业企业实行厂长（经理）负责制。厂长是企业的法定代表人。集体是指企业的董事会、管理委员会、职工代表大会，以及内部的一些职能机构，如财务部门等。没有组织机构，企业也是无法从事生产经营活动的。

(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内容的界定。明确的经营范围也限定了企业生产经营活动的内容。由于社会生产经营活动比较复杂，各有其自身的规律，国家对不同的经营范围事项有不同的规定。国家将经营范围作为设立企业的必备条件，是国家管理的需要，也是明确企业权利义务，保障企业合法经营的需要。

(7) 法律、法规规定的其他条件。主要是指一些特殊要求，如环保、城乡建设总体规划等。

4. 设立全民所有制企业的程序

设立全民所有制企业须经过两道程序：

（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。这种审核批准分两种：一是设立全民所有制企业，其设立者必是某一个全民所有制单位，该单位新设立一个企业会影响国有资产等方面的变化，它必须报经自己的主管部门或者政府审核批准；二是一些特殊经营范围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、录音录像制品等。

（2）必须办理工商登记

设立全民所有制企业必须办理工商登记。工商登记是企业取得合法地位的一种法律行为，企业只有在国家法定机关依法登记后，企业才能正式成立。我国《企业法人登记管理条例》及其实施细则对企业进行登记的条件、种类、程序、主管机关等都作出了严格的规定，设立全民所有制企业也必须遵照执行。

（二）全民所有制企业的变更和终止

1．全民所有制企业的变更

企业的变更是指企业的合并、分立以及其他事项的变更。根据我国《全民所有制工业企业法》及有关法律、法规的规定，全民所有制企业因需要可作出变更。

（1）全民所有制企业变更的形式

①合并。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。其形式有吸收合并和新设合并两种。吸收合并指接纳一个或一个以上的企业加入本企业，加入方解散并取消原法人资格，接纳方存续。新设合并是指

企业与一个或一个以上的企业合并成为一个新企业。原合并各方解散，取消原法人资格。

②分立。分立是指一个企业依法分为两个以上的企业。分立也有两种情况：一是企业以一部分财产和业务另设一个新的企业，原企业存续；二是企业全部财产和业务分别归入两个以上的新设企业，原企业解散。

③其他事项的变更。其他事项的变更是指在国家工商行政管理部门已登记的其他事项的变更。如企业名称的变化，住所、隶属关系的变化，生产经营范围的变化，注册资本的变化等。

(2) 企业变更的程序

①报经有关部门批准。根据我国《企业法人登记管理条例》的规定，企业办理变更登记前须报经主管部门或原审批机关批准。其中合并和分立的，须就财产、债权债务等事项由各方达成一致。

②办理变更登记手续。根据我国《企业法人登记管理条例》的规定，企业要求变更的，应在有关部门批准后 30 日内，向工商行政登记主管机关申请变更登记。办理变更登记时，应提交由其法定代表人签署的变更登记申请书、批准文件等有关文件、资料。因合并和分立致使原企业终止的，还应申请办理注销登记。

③公告。全民所有制企业办理完变更登记事项之后，应将变更情况作出公告。

2. 全民所有制企业的终止

企业终止是企业资格的撤销。全民所有制企业的终止是

指该企业法人资格的撤销。企业终止后，不再享有民事权利能力和民事行为能力。企业终止时，必须保护其财产，依法清理债权债务。

（1）全民所有制企业终止的原因

根据《全民所有制工业企业法》的规定，全民所有制企业终止的原因有4种：

①违反法律、法规被责令撤销。企业必须依照法律、法规的规定从事生产经营活动，如违反了法律、法规的规定，就有可能受到行政处罚，直至被撤销。全民所有制企业是国家兴办的企业，其权利义务都是由国家法律规定的，更应遵守国家法律、法规的规定。违反法律、法规被责令撤销的前提是企业有违法活动，如违反工商行政管理规定，搞非法经营活动，违反环保规定，造成极大的环境污染等。有权决定撤销全民所有制企业的是人民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、法规的规定决定解散。企业的解散与被责令撤销不同。企业的解散应由企业的投资人决定，其解散的原因一般有5种：一是企业存续届满；二是企业设立的宗旨已经实现或者企业经营的业务已经完成；三是企业章程规定的其他解散事由已出现；四是企业因合并或分立需要解散；五是企业的投资人决议解散。在我国，全民所有制企业的投资人是国家，国家对企业的所有权多由主管部门来行使。因此，全民所有制企业的解散由政府主管部门决定。但主管部门也不能随心所欲地决定解散企业，而必须是依照法律、法规的规定来决定。而法律、法规是人民或人民

的代表制定的，体现了全民意志。

③依法被宣告破产。破产是指企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务，由人民法院审理决定，强制将其全部财产公平清偿给债权人的一种法律制度（本书有专章论述）。企业一经被宣告破产，企业即告终止。

④其他原因。其他原因指上述3种原因之外的由法律、法规规定的原因，以及企业章程、协议规定的其他终止原因。

(2) 全民所有制企业终止的程序

①全民所有制企业终止时，必须依法作出正式的决定或裁定，这种终止决定或由企业作出，或由企业主管部门、工商行政管理部门、人民政府作出。破产裁定由人民法院作出。

②必须保护其财产，依法清理债权、债务。清理债权、债务即是要收回债权，清偿债务，分配剩余财产。根据我国法律规定，企业法人解散应当成立清算组织进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的，应当由主管机关或者人民法院组织有关部门和有关人员成立清算组织，进行清算。

③依法办理注销登记。

④公告。

## 二、全民所有制企业的经营权

### (一) 全民所有制企业经营权的概念

在经济上，经营一词专指经管办理经济事业。财产经营权是指对财产的管理运用的权利，是财产所有权派生出的一

种权利。

全民所有制企业经营权是指企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。它有如下特点：

(1) 全民所有制企业经营权是国有财产所有权的派生权利。没有国家财产的所有权就没有国家授予其经营管理这一说。全民所有制企业经营权与财产所有权是不同的，这主要表现在两个方面：第一，财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利，这种权利包括占有、使用、收益和处分四项权能。而全民所有制企业经营权只包括占有、使用和依法处分的权能，它不包括收益权能。需要说明的是，这里讲企业经营权不包括收益权，并不是说企业占有使用和依法处分国有资产，在对外交往活动中无权取得收入。企业运用国有资产从事生产经营活动，是有权从他方取得收入的，企业取得的收入还要依法缴纳企业所得税。所谓企业经营权不包括收益权，是指企业经营的所得最终归国家。与其他所有企业一样，企业取得的收益，归投资人，而不是归企业自身所有。第二，财产所有权的四项权能归所有者自己行使，只要不违法，可以自由行使。而全民所有制企业的经营权的三项权能是有限制的，企业并不能象财产所有者那样，随意行使。如国有资产有一系列的管理办法，全民所有制企业必须遵守，全民所有制企业的一些财产经营必须经过资产评估、确认后方可进行。这里特别强调的是“依法处分”，而不能任意处分。

(2) 全民所有制企业经营权的主体只能是全民所有制企业。而不能是国家，也不能是集体单位，更不能是个人。这

种企业经营权的主体与其他国有财产的经营权的主体是不一样的。我国《民法通则》第八十条和第八十一条规定了国有土地、国有森林、草原等自然资源既可以依法由全民所有制单位使用，也可以由集体单位使用，国家保护它的使用、收益的权利。国家所有的矿藏不仅可以依法由全民所有制单位、集体所有制单位开采，还可以由公民个人开采等。这些权利都有管理运用的性质，凡是全民所有制单位、集体所有制单位或公民个人都有可能成为其权利主体。

(3) 全民所有制企业经营权的客体是国家授权其经营管理的财产。第一，这种财产是指全民所有制企业的整体财产，而不是指某一个单项财产。整体财产不等于各个单个财产的简单相加，前者比后者能发挥更大的效益。第二，全民所有制企业经营管理的财产是国家授予的，而不是全民所有制企业自身产生的。国家授权全民所有制企业经营管理，全民所有制企业才能依法实施经营权，没有授权全民所有制企业管理，全民所有制企业就不能经营管理。如国家的储备物资存放在企业，企业只能保管而不能拿去搞经营。

(4) 全民所有制企业经营权是一种企业管理综合权利，它既包括了各种财产经营权，也包括了企业行政管理权，如劳动用工权、人事管理权、机构设置权，还有拒绝摊派权。

(二) 全民所有制企业经营权的内容

根据《全民所有制工业企业法》及《全民所有制工业企业转换经营机制条例》的规定，全民所有制企业经营权包括14项内容。

1. 生产经营决策权

生产经营决策权包括5项内容：

(1) 在国家宏观计划指导下，结合市场的需要，企业有权自主作出生产经营决策，生产产品为社会提供服务。

(2) 企业可以自主决定在本行业内或者跨行业调整生产经营范围。企业调整生产经营范围应当符合国家产业政策导向。

(3) 企业应执行国家下达的指令性计划。但在执行时，有权要求在政府有关部门组织下，与需方签订合同；也可以根据国家规定，要求与政府指定的单位签订国家订货合同，需方企业或政府指定的单位不签订合同的，企业可以不安排生产。

(4) 企业对缺乏应由国家计划保证的能源、主要物资供应和运输条件的指令性计划，可根据自身能力和市场变化情况，要求调整。计划下达部门不予调整的，企业可以不执行。

(5) 企业有权接受或者拒绝任何部门和单位在指令性计划外安排的生产任务。除国务院、省级政府计划部门以及授权部门下达的指令性计划外，企业有权不执行任何部门下达的指令性计划。

2. 产品、劳务定价权

除法律有特别规定的外，企业生产的日用工业消费品，一般由企业自主定价，企业生产的生产资料，除国务院物价部门和省级政府物价部门颁布的价格分工管理目录所列的少数产品外，由企业自主定价，企业提供的加工、维修、技术协作等劳务，由企业自主定价。

3. 产品销售权

(1) 企业可以在全国范围内自主销售本企业生产的指令性计划以外的产品。任何部门和地方政府不得对其采取封锁、限制和其他歧视性措施。

(2) 企业根据指令性计划生产的产品，应当按照规定的范围销售，需方企业或者政府指定的单位不履行合同的，企业有权停止生产，并可追究对方的违约责任；已经生产的产品，企业可以自行销售。企业在完成指令性计划的产品生产任务后，超产部分可以自行销售。

4. 物资采购权

(1) 企业对指令性计划供应的物资，有权要求与供货方签定合同。

(2) 对指令性计划以外所需的物资，由企业自行选择供货单位，购进所需物资，并有权拒绝执行部门和地方政府指定的供货单位和供货渠道。

5. 进出口权

企业可以在全国范围内自行选择外贸代理企业从事进出口业务，并有权参与同外商的谈判。具备条件的企业，经政府有关部门批准，依法享有进出口经营权。有进出口经营权的企业，在获得进出口配额、许可证等方面，享有与外贸企业同等的待遇。企业可以根据国家规定，在境外承揽工程、进行技术合作或者提供其他劳务。

6. 投资决策权

企业有权依照法律和国务院有关规定，以留用资金、实物、土地使用权、工业产权和非专利技术等向国内的其他企

业、事业单位投资；经政府有关部门批准，企业还可以向境外投资或者在境外开办企业。

企业在遵照国家产业政策和行业、地区发展规划的前提下可以自筹资金从事生产性建设，能够自行解决建设和生产条件的，由企业自主决定立项，报政府有关部门备案并接受监督。政府有关部门应当根据登记注册的会计师事务所或者审计事务所的验资证明，出具认可企业自行立项的文件。经土地管理、城市规划、城市建设、环境保护等部门依法办理有关手续后，企业自主决定开工。企业从事生产性建设，不能自行解决建设和生产条件或者需要政府投资的，报政府有关部门批准。

7. 留用资金支配权

企业在保证实现企业财产保值、增值的前提下，有权自主确定税后留用利润中各项基金的比例和用途，报政府有关部门备案。企业有权拒绝任何部门和单位无偿调拨企业留用资金或者强令企业以折旧费等补交上交利润。国务院有特殊规定的除外。

8. 资产处置权

企业可以根据生产、经营的需要，对国家授予其经营管理的一般性固定资产，可以自主决定出租、抵押或者有偿转让，对关键设备、成套设备或者重要建筑物可以出租，经政府主管部门批准也可以抵押、有偿转让。法律另有特别规定的除外。企业处置固定资产，应当依照国家有关规定进行评估。企业处置生产性固定资产所得收入，必须全部用于设备更新和技术改造。

9. 联营、兼并权

企业有权与其他企业、事业单位联营。联营的方式有三种：

(1) 与其他企业、事业单位共同投资组成新的经济实体，独立承担民事责任。

(2) 与其他企业、事业单位共同经营，联营各方按照出资比例或者协议的约定，承担民事责任。

(3) 与其他企业、事业单位共同经营，确立各方的权利和义务。联营各方独立经营、各自承担民事责任。

企业有权按照自愿、有偿的原则兼并其他企业。国有企业的兼并分两种情况。一种是指企业通过购买等有偿方式取得其他企业的产权，使其失去法人资格或虽然保留法人资格但变更投资主体的行为。另一种是在被兼并企业资产与债务基本等价的情况下，兼并方企业承担被兼并企业债务的，经批准，兼并方企业可以采取划转方式取得被兼并企业的资产。

企业兼并其他企业或被其他企业兼并前，应按规定向政府主管部门提出书面报告，并报主管财政机关备案，其中涉及有关财务事项的，需报主管财政机关审批。经批准被兼并的企业，应对企业的财产进行清查和资产评估，对企业的固定资产、流动资产、无形资产、长期投资以及其他资产进行全面清查登记，对各项资产损失以及债权债务进行全面核对查实。在此基础上，编制资产负债表、损益表和利润分配表，连同财产清册报主管财政机关审批。被兼并企业还应按照国家有关规定，请法定资产评估机构对其财产评估作价，

并报国有资产管理部门审批、确认，并依此进行会计处理。在财产清查和资产评估中，被兼并企业清理出来的各项资产盘盈、盘亏、毁损、报废等，计入企业当期损益；尚未处理的潜亏、亏损挂账、产成品清查损失，报经主管财政机关审批后冲减盈余公积金和资本公积金，不足部分冲销资本金。被兼并企业的产权转让底价，应以审批确认的资产评估净值为依据，并考虑被兼并企业职工、资产及债权债务状况等因素合理确定。被兼并企业的产权转让成交价，由主管财政机关会同国有资产管理部门确认。产权转让价低于底价的，必须报主管财政机关和国有资产管理部门审核、批准。被兼并企业的产权成交后，被兼并企业应编制兼并成交日的财务报告，报其主管财政机关备案。兼并方企业接收被兼并企业的各项资产和债权债务后，应及时组织入账，并编制兼并成交日的财务报告，报送主管财政机关审批。

兼并方企业的应付价款一般应在兼并程序终结日一次付清。如数额较大，一次付清确有困难的，在取得担保的前提下，可以分期付款。但付款期限不得超过3年，在兼并程序终结日支付的价款不得低于被兼并企业产权转让成交价款的50%。

为了鼓励优势企业兼并困难企业，国务院决定在若干城市实行企业兼并的优惠政策。兼并企业承担被兼并企业的全部债务，其中银行债务可按规定享受免除利息、分年还本的优惠。优势企业兼并连续3年亏损的企业，经银行核准，可免除被兼并企业原欠贷款利息；被兼并企业原欠贷款本金可分5年还清，如果5年内还本仍有困难，可给予1至2年的

宽限期。在宽限期和计划还款期内，对被兼并企业原贷款本金免息。但对不能按约定计划还款部分，恢复计息。

10. 劳动用工权

企业的劳动用工权主要有4项：

(1) 企业可以按照面向社会、公开招收、全面考核、择优录用的原则，依法自主决定招工的时间、条件、方式、数量。

(2) 企业有权决定用工形式。企业可以实行合同化管理或者全员劳动合同制。企业可以与职工签订有固定期限、无固定期限或者以完成特定生产工作任务为期限的劳动合同。企业和职工按照劳动合同规定，享有权利和承担义务。

(3) 企业有权实行合理劳动组合。对富余人员，企业可以采取发展第三产业、提前退出岗位休养等方式予以安置。

(4) 企业有权依照法律、法规和企业规章，解除劳动合同、辞退、开除职工。

11. 人事管理权

企业按照德才兼备、任人唯贤的原则和责任与权利相统一的要求，自主行使人事管理权。

(1) 企业对管理人员和技术人员实行聘用制、考核制。企业可以从优秀工人中选拔聘用管理人员和技术人员。经政府有关部门批准，企业可以招聘境外技术人员、管理人员。

(2) 企业有权根据需要，设置在本企业内有效的专业技术职务。按照国家统一规定评定的具有专业技术职称的人员，其职务和待遇由企业自主决定。

(3) 企业中层行政管理人员，由厂长按照国家规定任

免。副厂长级行政管理人员，由厂长按照国家规定提请政府主管部门任免，或者经政府主管部门授权，由厂长任免，报政府主管部门备案。法律另有规定的除外。

12. 工资、奖金分配权

企业的工资总额依照政府规定的工资总额与经济效益挂钩办法确定，企业在相应提取的工资总额内，有权自主使用、自主分配工资和奖金。

企业有权制定适合本企业特点的工资制度，有权制定职工晋级增薪、降级减薪的办法。

13. 内部机构设置权

企业有权决定内部机构的设立、调整和撤销，决定企业的人员编制。除法律另有规定和国务院有特殊规定者外，企业有权拒绝任何部门和单位提出的设置对口机构、规定人员编制和级别待遇的要求。

14. 拒绝摊派权

企业有权拒绝任何部门和单位向企业摊派人力、物力、财力。企业遇到摊派时，可以向审计部门或者其他政府有关部门控告、检举、揭发摊派行为，要求作出处理。除法律和国务院另有规定外，企业有权抵制任何部门和单位对企业进行检查、评比、评优、达标、升级、鉴定、考试、考核。

## 三、全民所有制企业自负盈亏的责任

### （一）全民所有制企业自负盈亏责任的概念

自负盈亏是指企业或事业单位在独立经营的前提下，对自己的经营成果承担经济责任。全民所有制企业自负盈亏责

任是指企业以国家授予其经营管理的财产承担民事责任；企业厂长对企业盈亏负有直接经营责任；职工按照企业内部经济责任制，对企业盈亏也负有相应责任。

全民所有制企业自负盈亏责任有如下特点：

(1) 全民所有制企业自负盈亏责任的确定必须以该企业独立经营为前提。企业如果不是独立经营，盈亏自负就无从说起。

(2) 全民所有制企业自负盈亏责任的承担者是国家、企业厂长和企业职工。这与一般意义上的自负盈亏概念不一样。从一般意义上理解，对财产经营的结果是盈还是亏只能由该财产的老板负担，或者说是由享有收益权的人承担。如私营企业的盈亏是由私营企业的老板承担，集体所有制企业的盈亏是由企业和企业成员共同承担。经营者是无法负担盈亏的。在全民所有制企业，其收益权在国家，企业对国家财产只有相对的占有、使用和处分的权利。在这种情况下，其盈亏责任由国家、厂长和职工共同承担，是十分合理恰当的。首先，企业的经营不管是盈还是亏，国家都承担。企业对外承担民事责任是以国家投入到该企业的财产为限。就是说，至多，国家将投入到企业的本钱因亏损而赔光。第二，厂长对盈亏是负经营责任，厂长经营不善的，要承担一定的责任，这种责任是和厂长自身的经济利益挂钩的。第三，企业的职工是否履行了自己的职责，按照经济责任制也要承担相应的责任。

(二) 全民所有制企业自负盈亏责任的内容

1. 企业必须建立分配约束机制和监督机制

(1) 分配约束机制。分配约束机制的原则是，必须坚持工资总额增长幅度低于本企业经济效益（依据实现利税计算）增长幅度、职工实际平均工资增长幅度低于本企业劳动生产率（依据净产值计算）增长幅度。

企业职工的工资、奖金、津贴、补贴以及其他工资性收入，应纳入工资总额。企业必须根据经济效益的增减，决定职工收入的增减。企业职工工资总额基数的确定与调整，应当报政府有关部门审查核准。亏损企业发放的工资总额不得超过政府有关部门核定的工资总额。

企业应当每年从工资总额的新增部分中提取不少于10%的数额，作为企业工资储备基金，由企业自主使用。工资储备基金累计达到本企业1年工资总额的，不再提取。

企业连续3年全面完成上交任务，并实现企业财产增值的，由政府主管部门给厂长或者厂级领导给予相应奖励。亏损企业的新任厂长，在规定期限内，实现扭亏增盈目标的，政府主管部门应给予厂长或厂级领导相应奖励。

(2) 分配监督机制。企业应建立分配监督机制，其工资调整方案和奖金分配方案，应当提请职工代表大会审查同意。

厂长晋升工资应当报政府有关部门审批。企业工资、奖金的分配应当接受政府有关部门的监督，有条件的可以由经政府有关部门认定的会计师事务所或审计事务所审核。

2. 企业发生亏损的责任

企业亏损的原因主要有两种：一是政策性亏损；二是经营性亏损。

企业为实现政府规定的社会公益目标或者生产指令性计划产品，由于定价原因而形成的亏损，属政策性亏损；企业因经营管理不善造成的亏损，为经营性亏损。

企业发生的政策性亏损，由物价部门有计划地调整或者放开产品价格，予以解决，不能调整或者放开产品价格的，经财政部门审查核准，给予相应的补贴或者其他方式补偿。企业发生政策性亏损，不追究厂长（经理）的个人责任，也不影响职工工资收入。

企业发生经营性亏损的，应当根据厂长、其他厂级领导和职工责任的大小，承担相应的责任。企业第一年亏损的，应当适当核减企业工资总额，厂长、其他厂级领导和直接责任人员不得领取奖金。企业严重亏损的，还应当根据责任大小，相应降低厂长、其他厂级领导和职工的工资。企业连续两年亏损，亏损额继续增加的，应当核减企业工资总额，除企业不得发放奖金外，根据责任大小，适当降低厂长、其他厂级领导的工资；对企业领导班子可以进行必要的调整；对厂级领导可以免职或者降级、降职。

3. 企业必须确保国有资产的保值、增值

企业必须严格执行国家财政、税收和国有资产管理的法律、法规，定期进行财产盘点和审计，做到账实相符，如实反映企业的经营成果，不得造成利润虚增或者虚盈实亏。企业必须依照国家有关规定，建立资产负债和损益考核制度，编制年度财务会计报表，报政府有关部门审批。有条件的，经登记注册的会计师事务所审查后，报政府有关部门审核。企业必须依照国家有关规定，准确核算成本，足额提取折旧

费和补充流动资金。以不提折旧费、少计成本或者挂账不摊等手段，造成利润不实的，有关部门应当责令企业用留用资金补足。

## 四、全民所有制企业厂长的地位和职权

### （一）全民所有制企业厂长的地位

在全民所有制企业，是实行厂长（经理）负责制。厂长（经理）是企业的法定代表人。厂长在企业中处于中心地位，对企业的物质文明和精神文明建设负有全面责任。

（1）厂长（经理）在企业中，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生产经营性活动都由厂长（经理）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（经理）指挥，或是协助厂长（经理）决定企业的重大问题。

（2）厂长（经理）在企业中，对外界是企业的法定代表人。即厂长依法代表企业行使权力，表达企业的意志。如厂长（经理）代表企业进行各种经济交往和民事活动，代表企业进行各种诉讼活动等。全民所有制企业厂长（经理）的这种地位与一般公司中的经理地位是不一样的，公司的法定代表人是董事长，公司中经理的地位和职权都不及全民所有制企业中的厂长（经理）。

### （二）全民所有制企业厂长的职权

根据《全民所有制工业企业法》的规定，厂长（经理）要对企业的物质文明和精神文明建设负有全面责任，厂长领导企业的生产经营管理工作，其职权有6项：

(1) 依照法律和国务院规定，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) 提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设，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。

(三) 全民所有制企业厂长的责任

1. 全面责任

在全民所有制企业，由于厂长是处于中心地位，是企业的法定代表人，对企业的物质文明建设和精神文明建设负有全面责任。所谓负有全面责任，即是企业应对国家和社会承担的责任也是厂长的责任。企业的物质文明建设和精神文明建设搞得好不好，厂长负有责任。如国家法律规定，企业必须完成指令性计划，企业必须保障固定资产的正常维修、改进和设备更新，企业必须遵守国家关于财务、劳动工资和物价管理等方面的规定，企业必须保证产品质量和服务质量，对用户和消费者负责，企业必须提高劳动效率、节约能源和原材料、努力降低成本，企业必须加强保卫工作、维护生产

秩序、保护国家财产，企业必须贯彻安全生产制度，企业应加强思想政治教育、法制教育、国防教育、科学文化教育和技术业务培训，提高职工队伍的素质，并支持和奖励职工进行科研、发明、开展技术革新、合理化建议和社会主义劳动竞赛活动等。厂长必须带领本企业的干部职工尽到这些职责。

2. 厂长必须支持职工代表大会、工会和其他群众组织的工作

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的权力机构。企业工会是职工的群众组织，也是职工代表大会的工作机构。其他群众组织包括共青团、妇委会、科技协会等。这些组织在企业中发挥着不同的作用，支持它们的工作既有利于国家，也有利于企业，是企业厂长应尽的职责。所谓支持即是要尊重它们的意愿，并在活动场所、活动经费、活动时间，以及人员安排等方面提供方便、创造条件。这既是我国社会主义企业本质的要求，也是我国社会主义企业的优势。

3. 厂长必须执行职工代表大会依法作出的决定

职工代表大会是职工行使民主管理权力的机构，国家法律授予了职工代表大会一系列的决定权，如有权同意或否决工资调整方案、奖金分配方案、劳动保护措施、奖惩办法以及其他重要规章制度；有权决定职工福利基金使用方案、职工住宅分配方案和其他有关职工生活福利的重大事项等。凡是企业职工代表大会依法作出的决定，厂长都必须执行。

## 五、全民所有制企业职工和职工代表大会

### （一）全民所有制企业职工的权利和义务

1. 职工的权利

在我们社会主义国家里，全民所有制企业的职工是国家的主人翁，也是企业的主人。根据我国《宪法》和《全民所有制工业企业法》等法律法规的规定，企业职工具有如下权利：

（1）管理权。企业职工有权参加企业民主管理，对企业的生产和工作提出意见和建议。职工参与企业民主管理主要是通过职工代表大会的形式进行。

（2）依法享受劳动保护、劳动保险、休息休假的权利。劳动保护是我国劳动政策的重要内容，其目的在于保证职工在生产过程中的生命安全和身体健康。劳动保护包括安全技术、劳动卫生、女职工的特殊保护等。劳动保险是指职工在年老、疾病、丧失劳动力、失业的情况下有权获得物质帮助、生活保障。这也是我国重要的劳动政策。劳动保险主要包括负伤、疾病、残废、死亡、养老、生育、待业等方面的保险。休息休假也是我国《宪法》规定的公民的基本权利。

（3）有权向国家机关反映真实情况，对企业领导干部提出批评和控告。在我国社会主义国家里，每个公民都有权对国家机关和国家机关工作人员提出批评建议。在全民所有制企业里，职工既是企业的一员普通劳动者，同时也具有主人翁地位。他们既要维护自身的利益，也要维护国家和企业的利益。我国法律规定职工的这一权利，主要包括三方面内

容：一是明确职工有反映真实情况、对企业领导提出批评和控告的权利。二是这种权利是国家法律授予企业职工的，是受国家法律保护的，凡是对职工行使批评控告权进行打击报复的，要予以制止和惩罚。三是职工反映的情况应当真实，国家制止并惩罚对企业领导干部的诬告陷害。

2．职工的义务

职工的义务主要表现在两个方面：

（1）完成生产和工作任务。职工的生产和工作任务在企业的具体规章和劳动合同中予以明确。

（2）遵守劳动纪律和规章制度。企业的劳动纪律和规章制度是企业正常运转、维护企业生产经营秩序的重要保证。这些纪律和规章制度涉及到企业各项活动的方方面面，每一个企业成员都必须遵守。

（二）全民所有制企业的职工代表大会

1．职工代表大会的性质

职工代表大会是我国法律规定的在全民所有制企业特有的一种组织形式，它是企业实行民主管理的基本形式，也是职工行使民主管理的机构。

在全民所有制企业实行民主管理是我国宪法确定的基本原则，也是我国社会主义制度的基本原则。民主管理有多种形式，如职工代表大会、合理化建议活动、民主对话活动等。而职工代表大会是基本形式。说它是民主管理的基本形式是因为它的群众性广，职工代表中有工人、干部、技术人员等，这些来自各个部门、各个方面的代表能够充分反映出广大职工的意愿，代表各个方面职工的利益。说它是民主管

理的基本形式还因为这种组织形式是国家法律规定的，它有一套产生办法和工作机构及工作程序，能保障职工民主管理意见的落实。职工代表大会是职工行使民主管理的机构，在全民所有制企业，每个职工都有参加民主管理的权利，但民主管理是按大家的共同意志来管理，职工个人的意见需要变成大家（多数）的意见才能得到采用。而能集中和反映职工意见的形式只能是职工代表大会。

2．职工代表大会的职权

根据《全民所有制工业企业法》的规定，企业职工代表大会的职权有5项：

（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、基本建设方案、重大技术改造方案、职工培训计划、留用资金分配和使用方案、承包和租赁经营责任制方案的报告，提出意见和建议。

（2）审查同意或者否决企业工资调整方案、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）审议决定职工福利基金使用方案，职工住宅分配方案和其他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．职工代表大会的义务

企业职工代表大会的义务主要有两项：

（1）支持厂长依法行使职权。《全民所有制工业企业法》

中不仅规定了厂长必须支持职工代表大会，还规定，职工代表大会必须支持厂长依法行使职权。在全民所有制企业中，厂长负责制和职工代表大会制度都是企业的基本制度，厂长和职代会都必须从搞好企业，完成企业任务出发，在工作中必须互相支持。这种支持是依法进行的，厂长和职代会互相支持，但互不干涉其工作职权。

(2) 教育职工履行《全民所有制工业企业法》规定的义务。《全民所有制工业企业法》规定了企业职工应尽的义务，职工代表大会作为职工利益的代表机构应教育职工履行法定义务，这既是为了维护企业的利益，也是为了维护企业职工的利益。

4. 职工代表大会组织制度

职工代表大会作为企业实行民主管理的基本形式和职工行使民主管理权力的机构，应有其自己的机构来完成法律所赋予的任务。根据《全民所有制工业企业法》和 1986 年 9 月 15 日发布的《全民所有制工业企业职工代表大会条例》的规定，企业职工代表大会的组织制度为：

(1) 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以及工会委员会、专门小组（或专门委员会）。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。工会委员会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织。根据我国《工会法》的规定，全民所有制企业的工会，应组织职工依照法律规定参加本单位的民主管理和民主监督。《全民所有制工业企业法》规定，工会是职工代表

大会的工作机构，负责职工代表大会的日常工作。专门工作小组（或专门委员会）由职工代表大会根据需要设立，它可以是临时的，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，只要是经职工代表大会通过即可。专门工作小组（或专门委员会）的活动如占用生产工作时间的，按正常出勤享受应得待遇。专门工作小组（或专门委员会）的主要任务是完成职工代表大会交办的有关事项。主要工作是：审议提交职工代表大会的有关议案；在职工代表大会闭会期间，根据职工代表大会的授权，审定属本专门委员会（或专门小组）分工范围内需要临时决定的问题，并向职工代表大会报告予以确认；检查、督促有关部门贯彻执行职工代表大会决议和职工提案的处理；办理职工代表大会交办的其他事项。

（2）工作程序。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、企业工会或1/3以上职工代表的提议，可召开临时会议。职工代表大会进行选举和作出决议，必须经全体职工代表过半数通过。

## 六、全民所有制企业和政府的关系

根据《全民所有制工业企业法》和《全民所有制工业企业转换经营机制条例》的规定，政府对企业的职责包括如下几个方面：

（一）对企业行使所有权管理职能

企业的财产属于全民所有，即国家所有，国务院代表国

家行使企业财产的所有权。国务院对国有资产所有权的行使是通过它的有关部门进行的。这些权责包括八个方面：

（1）考核企业财产保值、增值指标，对企业资产负债和损益情况进行审查和审计监督；

（2）根据国务院的有关规定，决定国家与企业之间财产收益的分配方式、比例或者定额；

（3）根据国务院的有关规定，决定、批准企业生产性建设项目（依法属企业自主投资决策范围的除外）；

（4）决定或者批准企业的资产经营形式和企业的设立、合并（不含兼并）、分立、终止、拍卖，批准企业提出的被兼并申请和破产申请；

（5）根据国务院的有关规定，审批企业财产的报损、冲减、核销及关键设备、成套设备或者重要建筑物的抵押、有偿转让，组织清算和收缴被撤销、解散企业的财产；

（6）依照法定条件和程序，决定或者批准企业厂长的任免（聘任、解聘）和奖惩；

（7）拟订企业财产管理法规，并对执行情况进行监督；

（8）维护企业依法行使经营权，保障企业的生产经营活动不受干预，协助企业解决实际困难。

（二）对企业实施社会管理职能

1．加强宏观调控和行业管理

实行政企分开之后，政府部门不得干预企业的正常生产经营活动，而应加强宏观调整和行业管理，这包括如下几个方面的措施：

（1）制定经济和社会发展战略、方针和产业政策，控制

总量平衡，规划和调整产业布局；

（2）运用利率、税率、汇率等经济杠杆和价格政策，调控和引导企业行为；

（3）根据产业政策和规模经济要求，引导企业组织结构调整，实现资源合理配置；

（4）建立和完善适应商品经济发展的企业劳动人事工资制度、财务制度、成本制度、会计制度、折旧制度、收益分配制度和税收征管制度，制定考核企业的经济指标体系；

（5）推动技术进步，开展技术和业务培训，为企业决策和经营活动提供信息、咨询。

2．培育和完善市场体系，发挥市场调节作用

在打破计划经济体系之后，应尽快建立起相应的市场体系，否则，企业将很难生存和发展。政府在发挥市场调节作用方面，应采取三方面的措施：

（1）打破地区、部门分割和封锁，建立和完善平等竞争、规则健全的全国统一市场；

（2）按照国民经济发展总体规划和布局，统筹规划、协调和建立生产资料市场、劳务市场、金融市场、技术市场、信息市场和企业产权转让市场等，促进市场体系的发展和完善；

（3）发布市场信息，加强市场管理，制止违法经营和不正当竞争。

3．建立社会保障体系，为企业提供社会福利服务

目前我国的企业特别是全民所有制企业承担着很大的社会服务、福利服务职能，其中主要的是企业职工的病、退

休、医疗和待业等方面。企业的负担很重，影响着企业的生产经营活动的进行。政府在社会福利服务方面应采取三方面的措施，以解决企业的负担：

（1）建立和完善养老保险制度，实行基本养老保险、企业补充养老保险、职工个人储蓄养老保险相结合的制度；

（2）建立和完善职工的待业保险制度，使职工在待业期间能够得到一定数量和一定期限的待业保险，保证其基本生活；

（3）建立和完善医疗保险、工伤保险和生育保险等保险制度。

4．发展社会中介组织，为企业提供社会服务

在我国社会主义市场经济体制条件下，企业的生产经营活动及其发展需要有相应的中介组织，需要有大量的社会服务。政府在这方面应采取五个方面的措施：

（1）发展和完善与企业有关的公共设施和公益事业；

（2）组建和发展会计师事务所、审计事务所[①]、职业介绍所、律师事务所、资产评估机构和信息、咨询服务机构等社会服务组织；

（3）完善就业服务体系，培训待业人员，帮助其再就业；

（4）健全劳动争议仲裁制度，及时妥善处理劳动纠纷，维护企业和职工的合法权益；

（5）协调企业与其他单位的关系，保障企业的正常生产

① 根据有关规定，会计师事务所和审计事务所合并为会计师事务所。

经营秩序。

## 七、违反企业法规定的法律责任

### （一）企业法规定的法律责任

法律责任是指行为人的行为违反了法律规定而应承担的法律后果。法律责任基于违法而产生，没有违法行为，就不存在承担法律责任的问题。

《全民所有制工业企业法》中规定的法律责任主要包括4个方面：一是企业的法律责任；二是企业领导干部的法律责任；三是政府有关部门领导干部的法律责任；四是其他妨害企业经营管理程序的法律责任。

《全民所有制工业企业法》中规定的法律责任形式有3种：即民事责任、行政责任和刑事责任。民事责任是指违反民事法律关系所应承担的法律责任。根据我国《民法通则》的规定，承担民事责任的方式主要有停止侵害、赔偿损失、支付违约金等。行政责任是指违反国家行政管理法规，以及单位行政管理章程所承担的法律后果，其方式分为行政处分和行政处罚两种。根据《企业职工奖惩条例》的规定，行政处分分为：警告，记过，记大过，降职，撤职，留用查看，开除7种。根据《行政处罚法》的规定，行政处罚分为：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，以及法律、行政法规规定的其他行政处罚。刑事责任是指行为人的违法行为触犯了刑律，构成犯罪所应承担的法律后果，根据《刑法》规定，刑事法律责任方式有管制、拘役、有期徒

刑、无期徒刑、死刑5种主刑和罚金、剥夺政治权利、没收财产3种附加刑。

我们这里讲的违反企业法的法律责任，是指违反企业法，按照企业法规定应承担的法律责任。但违反企业法所要承担的法律责任并不仅是企业法规定的这些法律责任，在理解企业法律责任时，我们还应明确，还有些法律责任在《全民所有制工业企业法》中未作规定，但在其他法律、法规中有规定。就是说，企业法规定的法律责任还涉及到与其他法律法规的衔接，如企业不履行合同的，要适用经济合同法；企业的产品质量不合格的，要适用产品质量法；违反国家卫生标准而生产、销售食品或生产经营法律禁止生产经营的食品的，要适用食品卫生法；对环境造成了污染破坏的，要适用环保法；不履行纳税义务的，要适用税法。还涉及到企业法人登记管理条例、价格管理条例等一系列的法律法规。

（二）企业违反企业法的法律责任

1．企业违反国家企业法人登记管理规定的法律责任

（1）设立企业，必须依照法律和国务院规定，报请政府或者主管部门审核批准。经工商行政管理部门核准登记、发给营业执照，取得法人资格。但企业如果未经政府或者政府主管部门审核批准和工商行政管理部门核准登记，以企业名义进行生产经营活动的，就是违法，将受到责令停止，没收违法所得的处罚等。

（2）企业向登记机关登记时，弄虚作假、隐瞒真实情况的，将可能受到警告、罚款或吊销营业执照的处罚。

（3）企业的合并、分立、终止，以及经营范围等登记事

项的变更，须经工商行政管理部门核准登记。否则，根据《企业法人登记管理条例》的规定将受到处罚。

2. 企业因生产、销售质量不合格的产品，给用户和消费者造成财产、人身损害的，应承担赔偿责任；构成犯罪的，对企业、直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法追究刑事责任。我国第八届全国人民代表大会第五次会议对刑法作了修订（以下称新刑法），新刑法第三章中专门规定有“生产、销售伪劣商品罪，对生产、销售伪劣产品，假药，劣药，违法食品，有毒、有害食品，伪劣医疗器械、医用卫生材料，不符合安全标准产品，伪劣农业生产资料，伪劣化妆品等生产销售伪劣商品犯罪作出了规定。

3. 企业的产品质量不符合经济合同约定条件的，应承担违约责任。实际中，企业只要违反了合同约定，都将依法承担违约责任。

（三）企业领导干部违反企业法的法律责任

这里所说的企业领导干部主要是指企业的厂长（经理），以及副厂级以上的行政领导干部。

（1）企业领导干部滥用职权，侵犯职工合法权益，情节严重的，由政府主管部门给予行政处分。滥用职权，假公济私，对职工实行报复陷害的，依照新刑法第 254 条规定追究刑事责任，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。

根据《全民所有制工业企业法》的第 49 条的规定，职工有参加企业民主管理的权利；有对企业的生产和工作提出意见和建议的权利；有依法享受劳动保护、劳动保险、休

息、休假的权利；有向国家机关反映真实情况，对企业领导干部提出批评和控告的权利。女职工有依照国家规定享受特殊劳动和劳动保险的权利。企业领导干部对职工的上述权利只能尊重，而不能限制、剥夺。否则将承担法律责任。

根据新刑法第255条的规定，企业领导人对依法履行职责、抵制违反会计法、统计法行为的会计、统计人员实行打击报复，情节恶劣的，将处3年以下有期徒刑或者拘役。

（2）企业领导干部因工作过失给企业和国家造成较大损失的，由政府主管部门给予行政处分。

这里讲的“工作过失”是指依企业领导干部的能力、经验、职责和客观条件，能够做好工作，可不出问题，但因其缺乏工作责任心，疏忽大意，不尽职尽力，造成了危害后果的发生。如：违反法律、法规和规章制度，损害国家、企业、职工、用户或消费者利益；没有不可克服的外部原因，连续两年完不成国家指令性计划，有条件履行合同而未履行合同，造成重大经济损失；管理不善，使企业发生重大安全事故，使国家和人民生命财产遭受重大损失等等。

（3）企业领导干部玩忽职守，致使企业财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照新刑法第397条的规定，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

这里讲的“玩忽职守”，是指工作中官僚主义严重，或者是不负责任的失职行为，这种失职行为比前面讲到的“工作过失”要更为严重一些。这里要注意的是，玩忽职守，罪与非罪的界限在于他是否造成了巨大的损失，倘若造成的损

失不是巨大，则不构成玩忽职守罪。

（四）政府有关部门领导干部违反企业法的法律责任

1. 政府有关部门的领导干部，因工作过失给企业和国家造成较大损失的，由上级机关给予行政处分。

这里讲的“工作过失”主要是指其不认真履行《全民所有制工业企业法》第56条和第58条规定的政府有关部门的职责，瞎指挥，瞎指导，为企业的经营决策提供错误咨询、信息，侵犯企业依法享有的经营自主权，向企业摊派人力、物力、财力等。政府有关部门的领导干部出现了这种“工作过失”将有可能受到警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看直致开除的处分。

2. 政府有关部门领导干部玩忽职守，致使企业财产、国家和人民利益遭受重大损失的，依照新刑法第397条的规定追究刑事责任。

（五）其他实施妨害企业管理秩序行为人的法律责任

1. 行为人未使用暴力、威胁方法阻碍企业领导干部依法执行职务的，由企业所在地公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》第19条的规定处罚。

根据《中华人民共和国治安管理处罚条例》第19条规定，拒绝、阻碍国家工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，且不够刑事处罚的，处15日以下拘留、200元以下罚款或者警告。这里讲的未使用暴力、威胁方法的阻碍，主要是指无理纠缠、围攻、侮辱等方法致使企业领导干部无法执行职务。

2. 行为人使用暴力、威胁方法阻碍企业领导干部依法

执行职务的，依照新刑法第277条的规定追究刑事责任。根据新刑法第277条的规定，以暴力、威胁方法阻碍国家工作人员依法执行职务的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者罚金。

3. 行为人扰乱企业的秩序，致使生产、营业、工作不能正常进行，尚未造成严重损失的，由企业所在地公安机关依照《中华人民共和国治安管理处罚条例》第19条的规定处罚。根据《中华人民共和国治安管理处罚条例》第19条规定，扰乱企业的秩序，致使工作、生产、营业、科研不能正常进行，尚未造成严重损失的，且不够刑事处罚的，处15日以下拘留、200元以下罚款或者警告。

4. 行为人扰乱企业的秩序，情节严重，致使生产、营业、工作无法进行，造成严重损失的，依照新刑法第290条的规定追究刑事责任。根据新刑法第290条的规定，聚众扰乱社会秩序，情节严重，致使工作、生产、营业、科研无法进行，造成严重损失的，对首要分子，处3年以上7年以下有期徒刑；其他积极参加的，处3年以下有期徒刑、拘役、管制或者剥夺政治权利。

## 第三节 合伙企业法

### 一、合伙企业法概述

#### （一）合伙的概念及分类

合伙是两个以上的人为着共同目的，相互约定共同出

资、共同经营、共享收益、共担风险的自愿联合。在学理上和立法实践中，合伙有两种解释：一种解释认为，合伙是一种合同，即由合伙人订立，约定共同经营某项事业的协议，合伙关系即为合同关系。另一种解释认为，合伙是一种企业组织形式，即由合伙人联合而成的经济组织，或是由合伙人聚合而成的联合体。我们认为，不能仅仅将合伙看成是一种合同关系，也不能单纯将合伙归结为一种企业形式，合伙应是一种以合同关系为基础的企业组织形式。

合伙可分为普通合伙和特殊合伙。普通合伙是指全体合伙人共同出资、共同经营、共享利润和共负亏损，对合伙债务承担无限连带责任的合伙。特殊合伙主要包括隐名合伙和有限合伙。

隐名合伙是指当事人约定一方对他方经营的事业出资，分享营业所得收益及分担营业所受损失，但不参与他方经营活动的合伙。其中，出资并不参与经营的一方称为隐名合伙人，经营事业的他方称为营业人。隐名合伙为大陆法所特有，在大陆法上，隐名合伙只是一种契约关系，没有团体人格，其成立的方式比较简易、自由。隐名合伙的特点是：无独立的合伙财产，隐名合伙人的出资归入营业人的营业财产；隐名合伙人只能以金钱或实物作为出资，不得以劳务或信用出资；隐名合伙人只分享营业利润和分担营业损失，不参加营业事务。

有限合伙是指一名以上普通合伙人与一名以上有限合伙人组成的合伙。其中，普通合伙人执行合伙事务，对外代表合伙组织，并对合伙的债务承担无限责任。有限合伙人不执

行合伙事务，不对外代表组织，只按出资比例享受利润分配和分担亏损，并仅以其出资额为限对合伙的债务承担清偿责任。有限合伙人必须以金钱或其他财产出资，不得以劳务或信用出资。有限合伙为英美法上的一种独立的合伙形态，有限合伙与隐名合伙的主要区别在于它具有明显的实体性，即有一定的团体人格。如英国规定，有限合伙的成立必须在公司注册处登记等。有限合伙的优点是：第一，企业由少数普通合伙人经营管理并承担无限责任，可以保持合伙组织的结构简单、管理费用低、内部关系紧密及决策效率高；第二，能够以有限责任吸引他人入股，有利于广开资金来源，扩大企业规模。因此，有限合伙有利于在保持合伙企业原有内部关系稳定的前提下吸收新的投资，扩大经营规模，同时也有利于鼓励那些不愿意承担无限责任的人向合伙企业投资，是一种有利于中小企业发展壮大的企业形式。

我国目前尚无有限合伙的登记，并且缺乏这方面的经验，因此，合伙企业法没有规定有限合伙。至于隐名合伙，就其实质而言，是合伙人与第三人之间的合同关系，因此，合伙企业法也未作规定。

（二）合伙企业的概念及特征

我国《合伙企业法》规定："本法所称合伙企业，是指依照本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，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。"合伙企业属于合伙的范畴，但又与其他合伙有所区别，因此，了解它的基本特征，有助于了解合伙企业的内外关系。合伙企业的基本特征，可

以概括为以下几项：

1. 由各合伙人组成。这是一项法律原则，合伙企业不是单个人的行为，而是多个人的联合。也就是说，一个合伙企业至少有两个以上的合伙人，至于合伙企业由多少合伙人组成，有些国家的法律作了限制性规定，但我国合伙企业法没有对此作出明确的限制。

2. 以合伙协议为法律基础。合伙协议是合伙人建立合伙关系，确定合伙人各自的权利义务，使合伙企业得以设立的前提，也是合伙企业的基础。如果没有合伙协议，合伙人之间未形成合伙关系，合伙企业便不能成立。

3. 内部关系属于合伙关系。所谓合伙关系，就是共同出资、共同经营、共享收益、共担风险的关系。尽管不同合伙企业订立的合伙协议有很大差别，但是必须遵循上述基本准则。

4. 合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。合伙企业是以合伙人个人财产为基础建立的，合伙人的共同出资构成合伙财产。合伙财产虽然由合伙企业使用与管理，但它属于合伙人所共有，仍然与合伙人的个人财产密切联系，所以，各合伙人必须以其个人财产承担合伙企业的债务，即当合伙企业的财产不足以清偿其债务时，合伙人应当以自己的个人财产承担该不足部分的清偿责任。

（三）合伙企业法的概念及其适用

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、规范合伙企业合伙关系的专门法律，即《中华人民共和国合伙企业法》（简称《合伙

企业法》)。该法由第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议于1997年2月23日通过，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权机关依法制定的、调整合伙企业合伙关系的各种法律规范的总称。由此，除了《合伙企业法》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。

根据《合伙企业法》及全国人大法律委员会关于《中华人民共和国合伙企业法（草案）》审议结果的报告，《合伙企业法》仅适用于其规定的合伙企业。在理解和掌握我国《合伙企业法》的适用时，需要注意以下几个问题：

第一，该法不适用于不具备企业形态的契约型合伙。合伙企业与契约型合伙的主要区别在于：(1) 合伙企业必须具有营利目的，而契约型合伙不一定具有营利目的；(2) 合伙企业具有较为长期稳定的营业，而契约型合伙的营业往往是临时性的；(3) 合伙企业必须有自己的名称，而契约型合伙则不一定有名称；(4) 设立合伙企业必须向企业登记机关申请登记，而契约型合伙则只要订立合伙合同即为成立。

第二，该法规定的合伙企业，仅限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企业。对采用合伙制的律师事务所、会计师事务所、医生诊所等组织，由于其归其他行政主管部门登记管理，尽管它们也具有营利性质，但不适用于合伙企业法。

第三，该法规定的合伙企业，仅限于以自然人为合伙人的企业，不包括企业法人之间的合伙型联营。

## 二、合伙企业的设立

### （一）合伙企业的设立条件

根据《合伙企业法》第8条规定，设立合伙企业应当具备下列条件：

1. 有两个以上的合伙人，并且都是依法承担无限责任者。合伙企业合伙人至少为2人以上，这是最低的限额。对于合伙企业合伙人数的最高限额，我国合伙企业法未作出规定。

关于合伙人的资格，《合伙企业法》作了以下限定：(1) 合伙人应当是依法承担无限责任者。即参加合伙企业的人都应当无一例外地对合伙债务承担无限责任，合伙企业不允许有承担有限责任的合伙人。(2) 合伙人应当为具有完全民事行为能力的人。无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得成为合伙企业设立时的合伙人。(3) 法律、行政法规规定禁止从事营利性活动的人，不得成为合伙企业的合伙人。如国家公务员、人民警察、法官、检察官等。

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协议。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。《合伙企业法》第13条第1款规定，合伙协议应当载明下列事项：(1) 合伙企业的名称和主要经营场所的地点；(2) 合伙目的和合伙企业的经营范围；(3) 合伙人的姓名及其住所；(4) 合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；(5) 利润分配和亏损分担办法；(6) 合伙企业事务的执行；

(7) 入伙与退伙；(8) 合伙企业的解散与清算；(9) 违约责任。以上事项为合伙协议的必要记载事项，即合伙协议中不可缺少的事项。此外，《合伙企业法》第 13 条第 2 款规定，合伙协议可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式。这些事项属于合伙协议的任意记载事项，合伙人可以在合伙协议中加以规定，也可以不加以规定。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、承担责任。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。

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。根据《合伙企业法》第 11 条的规定，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。合伙人对于自己用于缴纳出资的财产或者财产权，应当拥有合法的处分权，合伙人不得将自己无权处分的财产或者财产权用于缴纳出资。此外，经全体合伙人协商一致，合伙人也可以用劳务出资。所谓劳务出资，是指合伙人以自己未来付出的能够给合伙企业带来利益的劳务，或者自己已经付出的确实给合伙企业带来利益的劳务，作为出资。合伙人的出资作为财产投入合伙企业，必须对该出资进行评估。具体而言，对货币出资不需要评估，有关事项依法执行；对货币以外的出资需要评估作价的，可以由全体合伙人协商自行确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构进行评估；对劳务出资，其评估办法由全体合伙人协商确定，这是因为，劳务出资的内容、形式多种多样，如何评估，如何与合伙人参加经营相区分，都

较为具体、复杂，不宜统一规定，而由全体合伙人共同协商确定办法，不但可行，也符合合伙人的利益。合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付出资的期限，履行出资义务。各合伙人按照合伙协议实际缴付的出资，为对合伙企业的出资。

4. 有合伙企业名称。合伙人在成立合伙企业时，必须确定其合伙名称。根据《合伙企业法》和《企业名称管理规定》的有关规定，在确定合伙企业的名称时，应注意以下几点：(1) 企业名称应当在企业申请登记时，由企业名称登记主管机关即各级工商行政管理机关加以核定；(2) 企业只准登记使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记的同行业其他企业的名称相同或相近；(3) 企业名称一般应由企业所在地行政区划名称、字号（商号）、行业或者经营特点、组织形式等部分组成；(4) 合伙企业在其名称中不得使用“有限”或者“有限责任”的字样。

5. 有营业场所和从事合伙经营的必要条件。合伙企业要经常、持续地从事生产经营活动，就必须有一定的营业场所和从事合伙经营的必要条件。所谓必要条件，就是根据合伙企业的合伙目的和经营范围，如果欠缺则无法从事生产经营活动的物质条件。

(二) 合伙企业的设立登记

根据《合伙企业法》和 1997 年 11 月 19 日国务院发布的《合伙企业登记管理办法》的规定，合伙企业的设立登记，应按如下程序进行：

1. 向企业登记机关提交相关文件，该类文件有：(1)

全体合伙人签署的合伙申请书；（2）全体合伙人的身份证明；（3）全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人的委托书；（4）合伙协议；（5）出资权属证明；（6）经营场所证明；（7）国务院工商行政管理部门规定提交的其他文件。此外，法律、行政法规规定设立合伙企业须报经有关部门审批的，还应当提交有关批准文件。合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙事务的，还应当提交全体合伙人的委托书。

2. 企业登记机关自收到申请登记文件之日起30日内，作出是否登记的决定。对符合《合伙企业法》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。合伙企业的登记事项包括：合伙企业的名称、经营场所、经营范围、经营方式、合伙人的姓名及住所、出资额及出资方式等等。合伙企业如果确定了执行事务的合伙人或者设立分支机构，登记事项中还应当包括执行事务的合伙人或者分支机构的情况。

合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业的成立日期。合伙企业领取营业执照前，合伙人不得以合伙企业的名义从事经营活动。合伙企业设立分支机构，应当向分支机构所在地企业登记机关申请登记，领取营业执照。

## 三、合伙企业财产

### （一）合伙企业财产的构成

《合伙企业法》第19条规定，合伙企业存续期间，合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财

产。从这一规定可以看出,合伙企业财产由以下两部分构成:

1. 合伙人的出资。合伙企业法规定,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出资,经全体合伙人协商一致,也可以用劳务出资。当合伙人的出资转入合伙企业时,就构成合伙企业的财产。

2. 以合伙企业名义取得的收益。合伙企业作为一个独立的经济实体,可以有自己的独立利益,因此,以其名义取得的收益作为合伙企业获得的财产,当然归属于合伙企业,成为合伙财产的一部分。以合伙企业名义取得的收益,虽然在表现方式上多种多样,但主要体现为合伙企业的营业利润、投资净收益及营业外收支净额。

(二) 合伙企业财产的性质

根据《合伙企业法》的规定,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。因此,合伙企业的合伙财产,具有共有财产性质,即由合伙人共同共有。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。

(三) 合伙企业财产的转让

合伙企业财产的转让是指合伙人将自己在合伙企业中的财产份额转让予他人。由于合伙企业是由各合伙人共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险,并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织,合伙企业财产的转让,将会影响到合伙企业以及各合伙人的切身利益,因此,合伙企业法对合伙企业财产的转让作了以下限制性规定:

1. 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。这一规定，包括以下三层意思：(1) 凡在合伙企业存续期间，属于合伙企业财产组成部分的，合伙人对其所占有的份额，如果转让予合伙人以外的他人时，则须经其他合伙人同意；(2) 其他合伙人的同意，必须是一致同意，而不是少数服从多数的决定；(3) 合伙人所转让的合伙财产，无论是全部转让还是部分转让，都必须取得其他合伙人的一致同意。

2. 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。这一规定适用于合伙企业财产在合伙人之间的内部转让。对于内部转让，由于不影响合伙企业的人合性质，因此不以其他合伙人同意为条件，只需通知其他合伙人即可。

3. 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。这一规定的目的在于维护合伙企业现有合伙人的利益，维护合伙企业在现有基础上的稳定。

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。此外，由于合伙人以财产份额出质可能导致该财产份额依法发生权利转移，《合伙企业法》第 24 条规定，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，合伙人以其在合伙企业中

的财产份额出质的，其行为无效，或者作为退伙处理；由此给其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

## 四、合伙企业的事务执行

### （一）合伙事务执行的形式

根据《合伙企业法》的规定，合伙人执行合伙企业事务，可以有两种形式：第一，全体合伙人共同执行合伙企业事务。这是合伙企业事务执行的基本形式，也是在合伙企业中经常使用的一种形式，尤其是在合伙人较少的情况下更为适宜。在采取这种形式的合伙企业中，按照合伙协议的约定，各个合伙人都直接参与经营，处理合伙企业的事务，对外代表合伙企业。第二，委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务。该形式是在各合伙人共同执行合伙事务的基础上引伸而来。在合伙企业中，有权执行合伙企业事务的合伙人并不都愿意行使这种权利，而愿意委托其中的一人或者数人执行合伙事务，从而就从共同执行合伙事务的基本形式中，引伸出了共同委托一部分人去执行合伙事务的形式。全体合伙人通过合伙协议约定或者作出决定，可以委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务，对外代表合伙企业。

当合伙企业事务委托给一名或者数名合伙人执行时，其他未接受委托的合伙人是否还可以再执行合伙企业事务？《合伙企业法》第26条第1款对此作了明确规定，即未接受委托执行合伙企业事务的其他合伙人，不再执行合伙企业的事务。这一规定主要是考虑到全体合伙人已经通过合伙协议约定或者作出决定，将合伙企业事务委托给部分合伙人执

行，没有必要再由其他合伙人执行，否则容易引起冲突与矛盾。当然，对合伙协议或者全体合伙人作出的决定以外的某些事项，如果没有委托一名或数名合伙人执行时，可以由全体合伙人共同执行或者由全体合伙人决定委托给某一个特定的合伙人办理。

合伙人可以将合伙企业事务委托一名或者数名合伙人执行，但并非所有的合伙事务都可以委托给部分合伙人决定。根据《合伙企业法》第31条之规定，合伙企业的下列事务必须经全体合伙人一致同意：（1）处分合伙企业的不动产；（2）改变合伙企业名称；（3）转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；（4）向企业登记机关申请办理变更登记手续；（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；（7）依照合伙协议约定的有关事项。

（二）合伙人在执行合伙事务中的权利和义务

1. 合伙人在执行合伙事务中的权利

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在执行合伙事务中的权利主要包括以下内容：

（1）合伙人平等享有合伙事务执行权。合伙企业的重要特点之一就是合伙经营，各合伙人无论其出资多少，都有权平等享有执行合伙企业事务的权利。

（2）执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业。《合伙企业法》第25条规定，执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业。合伙人在代表合伙企业执行事务时，不是以个人的名义为一定的民事行为，而是以企业事务执行人的身

份组织实施企业的生产经营活动。合伙企业事务执行人与代理人不同，代理人以被代理人的名义行事，代理权源于被代理人的授权；而合伙企业事务执行人虽以企业名义活动，但其权利来自于法律的直接规定。合伙企业事务执行人与法人的法定代表人也不同，法定代表人是法律规定的并经过一定登记手续而产生的法人单位的代表，他不一定是该法人单位的出资者；而合伙企业事务执行人则是因其出资行为取得合伙人身份，并可以对外代表合伙企业。

（3）不参加执行事务的合伙人的监督权。在委托执行合伙事务的情况下，不参加执行事务的合伙人享有对事务执行人的监督权。《合伙企业法》第26条规定，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。这一规定有利于维护全体合伙人的共同利益，同时也可以促进合伙事务执行人更加认真谨慎地处理合伙企业事务。

（4）合伙人查阅账簿权。无论是全体合伙人共同执行合伙事务，还是委托一名或数名合伙人执行合伙事务，各合伙人均有权随时了解有关合伙事务和合伙财产的一切情况，包括有权查阅合伙企业账簿和其他有关文件。

（5）合伙人提出异议权和撤销委托执行事务权。在合伙人分别执行合伙事务的情况下，由于合伙事务执行人的行为所产生的亏损和责任要由全体合伙人承担，因此《合伙企业法》第29条规定，合伙协议约定或者经全体合伙人决定，合伙人分别执行合伙企业事务时，合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应暂停该项事务的执

行。如果发生争议，可由全体合伙人共同决定。被委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

2. 合伙人在合伙事务执行中的义务

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在合伙事务执行中的义务主要包括以下内容：

(1) 合伙事务执行人向不参加执行事务的合伙人报告企业经营状况和财务状况。《合伙企业法》第27条特别规定了合伙事务执行人的报告义务，即由一名或者数名合伙人执行合伙企业事务的，应当依照约定向其他不参加执行事务的合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营状况和财务状况。这一规定要求合伙事务执行人接受其他不执行事务的合伙人的监督，向行使监督权的合伙人报告情况。

(2) 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。各合伙人组建合伙企业是为了合伙经营、共享收益，如果一合伙人自己又从事或者与他人合作从事与合伙企业相竞争的业务，势必影响合伙企业的效益，背离合伙的初衷；同时还可能形成不正当竞争，使合伙企业处于不利地位，损害其他合伙人的利益。所以，《合伙企业法》第30条规定，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。

(3) 合伙人不得同本合伙企业进行交易。合伙企业中每一合伙人都是合伙企业的投资者，如果自己与合伙企业交易，就包含了与自己交易，也包含了与别的合伙人交易，而这种交易极易造成损害他人利益。因此，《合伙企业法》第

30 条规定，除合伙协议另有约定或者经全体合伙人同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易。

（4）合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。合伙人在执行合伙事务过程中，不得为了自己的私利，坑害其他合伙人利益，也不得与其他人恶意串通，损害合伙企业的利益。

（三）合伙事务执行的决议办法

根据《合伙企业法》第 28 条第 2 款之规定，合伙人依法或者按照合伙协议对合伙企业有关事项作出决议时，除合伙企业法另有规定或者合伙协议中另有约定外，经全体合伙人决定可以实行一人一票的表决办法。这一规定确定了合伙事务执行决议的三种法定办法：

1. 依照《合伙企业法》的规定作出决议。如《合伙企业法》第 25 条规定，可以由全体合伙人决定，委托一名或数名合伙人执行合伙企业事务；又如《合伙企业法》第 31 条规定，处分合伙企业的不动产、改变合伙企业的名称等，必须经全体合伙人同意，等等。

2. 由合伙协议对决议办法作出约定。这种约定有两个前提：一是不与法律相抵触，即法律有规定的按照法律的规定执行，法律未作规定的在合伙协议中约定；二是在合伙协议中作出的约定，应当由全体合伙人协商一致共同作出。至于在合伙协议中所约定的决议办法，是采取全体合伙人一致通过，还是采取 2/3 以上多数通过，或者采取其他办法，由全体合伙人视所决议的事项轻重而作出约定。

3. 经全体合伙人决定实行一人一票的表决办法。这种

办法也有两个前提：一是合伙企业法另有规定或者合伙协议另有约定的，依合伙企业法规定或者合伙协议约定；二是必须经全体合伙人决定。以此而论，对各合伙人，不论其在合伙企业中所占的财产份额多少，也不论其在合伙企业中所起的作用大小，都具有同样的表决权。这与公司法规定的公司股东按照出资比例或股份行使表决权不同。

（四）合伙企业的损益分配

合伙企业作为经营组织，既会取得利润，又会出现亏损，对其损益如何分配，是合伙企业至为重要的事项。

1. 合伙损益。合伙损益包括两方面的内容：（1）合伙利润。是指以合伙企业的名义所取得的经济利益，它反映了合伙企业在一定期间的经营成果。合伙利润包括营业利润、投资净收益和营业外收支净额。（2）合伙亏损。是指以合伙企业的名义从事经营活动所形成的亏损。亏损与利润是相对称的，合伙企业在一定期间，各种收入减去各项费用支出，结果为负额就是亏损。合伙亏损是全体合伙人所共同面临的风险，或者说是共同承担的经济责任。

2. 合伙损益分配原则。合伙损益分配包含合伙企业的利润分配与亏损分担两个方面，对合伙损益分配原则，《合伙企业法》作了原则规定，主要内容为：

（1）合伙损益由合伙人依照合伙协议约定的比例分配和分担。这是合伙损益分配的一般原则。这项原则表明，合伙损益分配办法由全体合伙人作出，并体现在合伙协议之中。这样更能体现合伙企业中人的结合因素，使全体合伙人都有参加决定合伙损益分配的权利。

(2) 合伙协议未约定合伙损益分配比例的，由各合伙人平均分配和分担。这是合伙损益分配的特别规定。这项特别规定，首先是一种补充性的规定，是对合伙协议中没有对合伙损益分配比例作出约定的一种补充，从而解决了在合伙协议中未能确定的问题；其次是一种必要性的选择，因为各合伙人在合伙协议中没有作出有差别的分配办法，那么作为补充性的规定就应以平均分配较为合适。

(3) 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。这是合伙损益分配的公平原则。这项原则表明，合伙企业的利润是全体合伙人的，而不是只属于部分人；合伙企业的亏损应当由全体合伙人共同负担，也不能只是由部分人承担。

3. 合伙损益分配具体形式。《合伙企业法》第 34 条规定，合伙企业年度的或者一定时期的利润分配或者亏损分担的具体方案，由全体合伙人协商决定或者按照合伙协议约定的办法决定。这项规定包含了两方面的内容：一是对合伙损益分配的时间作了灵活的规定，即可以按年度进行分配，也可以在一定时期内进行分配；二是对合伙损益分配的具体方案，由全体合伙人共同决定。

(五) 非合伙人参与经营管理

在合伙企业中，往往由于合伙人经营管理能力不足，需要在合伙人共同经营之外，聘任非合伙人担任合伙企业的经营管理人员，参与合伙企业的经营管理工作。根据《合伙企业法》第 31 条的规定，经全体合伙人同意，可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。这项法律规定表

明了以下含义：(1) 合伙企业可以从合伙人之外聘任经营管理人员；(2) 聘任非合伙人的经营管理人员必须经全体合伙人同意；(3) 被聘任的经营管理人员，仅是合伙企业的经营管理人员，不是合伙企业的合伙人，因而不具有合伙人的资格。

关于被聘任的经营管理人员的职责，《合伙企业法》第35条作了明确规定，主要有下列两项：(1) 被聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职责；(2) 被聘任的合伙企业的经营管理人员，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。

## 五、合伙企业与第三人关系

合伙企业与第三人关系，实际是指有关合伙企业的对外关系，涉及到合伙企业对外代表权的效力、合伙企业和合伙人的债务清偿等问题。

(一) 对外代表权的效力

合伙企业在运作过程中，必然与第三人发生关系，这就会产生合伙企业的对外代表权问题。《合伙企业法》第25条规定，执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业。依据这一规定，可以取得合伙企业对外代表权的合伙人，主要有三种情况：(1) 由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，即全体合伙人都取得了合伙企业的对外代表权。(2) 由部分合伙人执行合伙企业事务的，只有受委托执行合伙企业事务的那一部分合伙人有

权对外代表合伙企业，而不参加执行合伙企业事务的合伙人则不具有对外代表合伙企业的权利。(3) 由于特别授权在单项合伙事务上有执行权的合伙人，依照授权范围可以对外代表合伙企业。执行合伙企业事务的合伙人，在取得对外代表权后，即可以以合伙企业的名义进行经营活动，在其授权的范围内作出法律行为。这种行为对合伙企业有法律效力，由此而产生的效益应当归合伙企业所有，成为合伙财产的来源；带来的风险，也应当由合伙人承担，构成合伙企业的债务。

合伙人执行合伙事务的权利和对外代表合伙企业的权利，都会受到一定的内部限制。如果这种内部限制对第三人发生效力，必须以第三人知道这一情况为条件，否则，该内部限制不对该第三人发生抗辩力。《合伙企业法》第 38 条对此专门作了规定，即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。这里所指的合伙人，是指在合伙企业中有合伙事务执行权与对外代表权的合伙人；这里所指的限制，是指合伙企业对合伙人所享有的事务执行权与对外代表权权利能力的一种界定；这里所指的对抗，是指合伙企业否定第三人的某些权利和利益，拒绝承担某些责任；这里所指的不知情，是指与合伙企业有经济联系的第三人不知道合伙企业所作的内部限制，或者不知道合伙企业对合伙人行使权利所作限制的事实；这里所指的善意第三人，是指本着合法交易的目的，诚实地通过合伙企业的事务执行人，与合伙企业之间建立民事、商事法律关系的法人、非法人团体或自然人。如果第三

人与合伙企业事务执行人恶意串通、损害合伙企业利益，则不属善意之情形。

保护善意第三人的利益是为了维护经济往来的交易安全，这是一项被广泛认同的法律原则。例如，合伙企业内部规定，有对外代表权的合伙人甲在签订合同时，须经乙和丙两个执行事务的合伙人的同意，如果甲自作主张没有征求乙和丙的同意，与第三人丁签订了一份购销合同，而丁不知道在合伙企业内部对甲所作的限制，在合同的履行中，也没有从中获得不正当的利益，这种情况下，第三人丁应当为善意第三人，丁所得到的利益应当予以保护，合伙企业不得以其内部所作的在行使权利方面的限制为由，否定善意第三人丁的正当权益，拒绝履行合伙企业应承担的责任。

（二）合伙企业和合伙人的债务清偿

1. 合伙企业的债务清偿与合伙人的关系。

（1）合伙人的连带清偿责任。《合伙企业法》第39条规定，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。这一法律规定包括以下三层含义：第一，债务清偿的标的，必须是合伙企业到期债务。第二，债务清偿的顺序，必须是先以合伙企业的全部财产进行清偿，只有当合伙企业财产不足清偿时，才由合伙人以其个人财产进行清偿。也就是说，当合伙企业财产能够清偿债务时，债权人不得向合伙人追索。第三，各合伙人承担无限连带清偿责任。各合伙人所有个人的财产，除去依法不可执行的财产，如合伙人及其家属的生活必需品、已设定抵押权的财产等，均可用于

清偿。

(2) 合伙人之间的债务分担和追偿。《合伙企业法》第40条第1款规定，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。这一规定，在重申合伙人对合伙债务负无限连带责任的基础上，明确了合伙人分担合伙债务的比例，以合伙企业分担亏损的比例为准。关于合伙企业亏损分担比例，《合伙企业法》第32条规定，合伙协议约定的，按照合伙协议约定的比例分担；合伙协议未约定的，由各合伙人平均分担。

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。如果合伙人实际支付的清偿数额超过了其依照既定比例所应承担的数额，依照《合伙企业法》第40条第2款的规定，该合伙人有权就该超过部分，向其他未支付或者未足额支付应承担数额的合伙人追偿。但是，合伙人的这种追偿权，应当具备以下三项条件：一是追偿人已经实际承担连带责任，并且其清偿数额超过了他应当承担的数额；二是被追偿人未实际承担或者未足额承担其应当承担的数额；三是追偿的数额不得超过追偿人超额清偿部分的数额和被追偿人未足额清偿部分的数额。

2. 合伙人的债务清偿与合伙企业的关系

在合伙企业存续期间，可能发生个别合伙人因不能偿还其私人债务而被追索的情况。由于合伙人在合伙企业中拥有

财产利益，合伙人的债权人可能向合伙企业提出各种清偿请求。为了保护合伙企业和其他合伙人的合法权益，同时也保护债权人的合法权益，《合伙企业法》作了如下规定：

（1）合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵销其对合伙企业的债务。因为，该债权人对合伙企业的负债，实质上是对全体合伙人的负债；而合伙企业某一合伙人对该债权人的负债，只限于该合伙人个人。如果允许二者抵销，就等于强迫合伙企业其他合伙人对个别合伙人的个人债务承担责任。这违反了合伙制度的本意，加大了合伙人的风险，也不利于合伙企业这种经济组织形式的发展。因此，合伙企业法规定合伙人的债权人不得对合伙企业主张抵销权。

（2）合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。因为，合伙具有人合性质，合伙人之间相互了解和信任是合伙关系稳定的基础。如果允许个别合伙人的债权人代位行使该合伙人在合伙企业中的权利，如参与管理权、事务执行权等，则不利于合伙关系的稳定和合伙企业的正常运营。况且，该债权人因无合伙人身份，其行使合伙人的权利而不承担无限连带责任，这无异于允许他将自己行为的责任风险转嫁于合伙企业的全体合伙人，这显然是不公平的。

（3）合伙人个人财产不足清偿其个人所负债务的，该合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可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。这既保护了债权人的清偿利益，也无损于全体合伙人的合法权益。因为，在债权人取得其债务人在合伙

企业中分取的收益用来清偿的情况下，该债权人并不能参与合伙企业内部事务，也不妨碍其债务人作为合伙人正常行使其正当的权利。而在债权人依法请求人民法院强制执行债务人在合伙企业中的财产份额作为清偿的情况下，该债权人因取得该财产份额而成为合伙企业合伙人，这无异于合伙份额的转让，因此，债权人取得合伙人地位后，就要承担与其他合伙人同样的责任，因而不存在转嫁责任风险的问题。

在以合伙人的财产份额清偿其个人债务的情况下，需要注意以下两点：第一，这种清偿必须通过民事诉讼法规定的强制执行程序进行，债权人不得自行接管债务人在合伙企业中的财产份额；第二，在强制执行个别合伙人在合伙企业中的财产份额时，其他合伙人有优先受让的权利。也就是说，如果其他合伙人不愿意接受该债权人成为其合伙企业新的合伙人，可以由他们中的任何一人或数人行使优先受让权，取得该债务人的财产份额。受让人支付的价金，用于向该债权人清偿债务。

## 六、入伙与退伙

### （一）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，从而取得合伙人资格。

1. 入伙的条件和程序

《合伙企业法》第44条规定，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。这一规定包括三项规则：(1) 新合伙人入伙，必须以全体合伙人一致同意为条件，未获得一致同意的，不得入伙；(2) 新合伙人入伙，应当订立书面入伙协议，入伙协议应当以原合伙协议为基础，并对原合伙协议事项作相应变更；(3) 新合伙人入伙时，原合伙人应当就原合伙企业经营状况和财务状况履行告知义务。

2. 新合伙人的权利和责任

一般讲，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。但是，如果原合伙人愿意以更优越的条件吸引新合伙人入伙，或者新合伙人愿意以较为不利的条件入伙，也可以在入伙协议中另行约定。

关于新入伙人对入伙前合伙企业的债务承担问题，《合伙企业法》第 45 条规定，入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

(二) 退伙

退伙，是指合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格。

1. 退伙的原因

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。自愿退伙的表现形式，可以分为协议退伙和通知退伙两种。

关于协议退伙，《合伙企业法》第 46 条规定，合伙协议约定合伙企业的经营期限的，有下列情形之一时，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。

关于通知退伙，《合伙企业法》第47条规定，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。由此可见，法律对通知退伙有一定的限制，即附有以下三项条件：(1) 必须是合伙协议未约定合伙企业的经营期限；(2) 必须是合伙人的退伙不给合伙企业事务执行造成不利影响；(3) 必须提前30日通知其他合伙人。这三项条件必须同时具备，缺一不可。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。法定退伙分为两类：一是当然退伙；二是除名。

关于当然退伙，《合伙企业法》第49条规定，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；(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。

关于除名，《合伙企业法》第50条规定，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。

2．退伙的效果

退伙的效果，是指退伙时退伙人在合伙企业中的财产份额和民事责任的归属变动。分为两类情况：一是财产继承；二是退伙结算。

关于财产继承，《合伙企业法》第51条规定，合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，依照合伙协议的约定或者经全体合伙人同意，从继承开始之日起，即取得该合伙企业的合伙人资格。合法继承人不愿意成为该合伙企业的合伙人的，合伙企业应退还其依法继承的财产份额。合法继承人为未成年人的，经其他合伙人一致同意，可以在其未成年时由监护人代行其权利。这一法律规定，实际上对继承人取得合伙人资格规定了三项条件：(1) 有合法继承权；(2) 有合伙协议的约定或者全体合伙人的一致同意；(3) 继承人愿意。

关于退伙结算，除合伙人死亡或者被依法宣告死亡的情形外，合伙企业法对退伙结算作了以下规定：

(1) 合伙人退伙的，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业的财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待了结后进行结算。

(2) 退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退

还实物。

(3) 合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，如果合伙协议约定亏损分担比例的，退伙人应当按照约定的比例分担亏损；如果合伙协议未约定亏损分担比例的，退伙人应当与其他合伙人平均分担亏损。

合伙人退伙以后，并不能解除对于合伙企业既往债务的连带责任。《合伙企业法》第54条规定，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。

## 七、合伙企业解散与清算

(一) 合伙企业解散

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。《合伙企业法》第57条规定，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；

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。

(二) 合伙企业清算

合伙企业解散的，应当进行清算。合伙企业法对合伙企

业清算作了以下几方面的规定：

1. 通知和公告债权人。《合伙企业法》第58条规定，合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

2. 确定清算人。《合伙企业法》第59条规定，合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；未能由全体合伙人担任清算人的，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；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。

3. 清算人的职责。《合伙企业法》第60条规定，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。

4. 财产清偿顺序。《合伙企业法》第61条规定，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。合伙企业财产按上述顺序清偿后仍有剩余的，按合伙协议约定的利润分配比例进行分配；合伙协议未约定利润分配比例的，由合伙人平均分配。

合伙企业清算时，其全部财产不足清偿其债务的，由合伙人以个人的财产，按照合伙协议约定的比例承担清偿责任；合伙协议未约定比例的，平均承担清偿责任。

5. 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，由原合伙人继续承担连带清偿责任，也就是说，债权人在清算结束后，对原债务人享有继续请求清偿的权利。但是，如果债权人在连续五年内未向债务人提出清偿请求，则债务人的清偿责任归于消灭。

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。

## 八、违反合伙企业法的法律责任

我国《合伙企业法》第八章专门规定了法律责任问题。根据《合伙企业法》的规定，违反合伙企业法的法律责任主要包括以下内容：

（一）合伙人违法行为应承担的法律责任

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5000元以下的罚款；情节严重的，撤销企业登记。

2. 违反合伙企业法规定，在合伙企业名称中使用“有限”或者“有限责任”字样的，责令限期改正，可以处以2000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5000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2000元以下的罚款。

5. 合伙人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. 不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，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，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。

（二）合伙企业职工违法行为应承担的法律责任

合伙企业招用的职工利用职务上的便利，将合伙企业财

物非法占为己有或者挪用合伙企业资金归个人使用的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（三）合伙企业清算人违法行为应承担的法律责任

1. 合伙人担任清算人在执行清算事务时，谋取非法收入或者侵占合伙企业财产的，责令将该收入和侵占的财产退还合伙企业；构成犯罪的，依法追究刑事责任。如果合伙人委托的清算人在执行清算事务时，有谋取非法收入或者侵占合伙企业财产的，除责令将该收入和侵占的财产退还合伙企业外，还应依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 清算人违反合伙企业法规定，隐藏、转移合伙企业财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载，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。

（四）国家行政管理机关及其人员违法行为的法律责任

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。

## 第四节 禁止向企业摊派的法律规定

### 一、摊派的概念

摊派是指在法律、法规的规定之外，以任何方式要求企

业提供财力、物力和人力的行为。

摊派的基本特征是在国家法律、法规规定之外，要求企业提供财力、物力和人力的行为。如果是在法律法规规定范围内要求企业提供财力、物力和人力，则是一种合法行为，企业则应依法予以满足。

摊派是一种违法行为，它侵犯了企业经营自主权，对企业、对国家都会造成危害。因此国家禁止任何国家机关、人民团体、部队、企业、事业单位和其他社会组织向企业摊派。

为了禁止向企业摊派，国务院在1982年就颁布了《关于解决企业负担过重问题的若干规定》。1993年国务院办公厅又会同有关部门联合发布了《关于坚决制止乱涨生产资料价格和向建设单位乱摊派费用的紧急通知》、《关于坚决制止以“集资”为名向企业事业单位和个人摊派的通知》。1986年4月国务院又发布了《关于坚决制止向企业乱摊派的通知》。1988年4月13日，第七届全国人民代表大会通过的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》明确规定，国家授予企业经营管理的财产受法律保护，不受侵犯。并授权企业，有权拒绝任何机关和单位的摊派。1988年4月28日国务院发布了《禁止向企业摊派暂行条例》，对禁止摊派的事项，作了较全面的规定。1990年中共中央、国务院又作出了坚决制止乱收费乱罚款和各种摊派的决定。对反摊派事项作了进一步的规定。

## 二、国家明确规定禁止摊派的形式

根据《禁止向企业摊派暂行条例》的规定，国家禁止摊派的形式主要有如下几种：

（一）不得在法律、法规的规定之外向企业征收下列费用：（1）各地教育部门、学校自定的职工子女学费；（2）建田费、复垦费；（3）进入城市落户的人头费；（4）煤气开发费；（5）集中供电费；（6）过路费；（7）过桥费（集资或用贷款建桥的除外）；（8）排水增容费；（9）各种名目的治安管理费；（10）各种名目的卫生费；（11）绿化费；（12）支农费；（13）各种名目的会议费；（14）其他名目的费用。城市市区新建项目，需要征收城市建设配套费的，应当按照有关法律、法规的规定办理。

（二）法律、法规规定的征收费用项目，任何单位不得超出规定的收费范围，提高征收费标准，或者变更征收办法。

（三）任何单位都不得强制企业赞助、资助、捐赠财物。

（四）除法律、法规规定外，不得强制企业购买有价证券或以其他形式向企业集资。

（五）除法律、法规规定的强制保险项目外，不得强制企业参加保险。

（六）除法律、法规规定外，不得将公益性义务劳动改变为向企业摊派财物。

（七）不得违反《禁止向企业摊派暂行条例》规定，向企业进行其他形式的摊派。

在发生自然灾害、意外事故等紧急情况时，各级地方人民政府作出决定要求企业提供财力、物力和人力的，不视为摊派，但事后须报上一级人民政府备案。

## 三、企业、单位和个人的权利

（一）企业有权拒绝任何机关和单位向企业摊派。

企业对收取费用的项目性质不明确的，应向收费单位上一级人民政府的财政部门报告，经审查符合法律、法规规定的，才能支付。财政部门应在接到报告后三十日内作出应否缴纳的答复。期满不答复的，即视为不同意缴纳。

企业对财政部门的答复有异议的，还可以向上一级财政部门反映。

（二）任何单位和个人都有权向审计机关或其他有关部门控告、检举、揭发摊派行为。审计机关对于收到的控告、检举、揭发以及其他部门依法移送的摊派案件，可以会同有关部门进行调查。被调查单位必须如实提供情况，不得刁难和阻挠。

（三）计划、财政、物价、税务、银行等部门发现摊派行为的，应当及时制止；制止无效时，移送审计机关立案处理。

（四）审计机关有权通知摊派单位停止摊派行为，并限期退回摊派的财物；期满不退回的，审计机关有权书面通知摊派单位的开户银行从其有关存款中扣还。

（五）监察机关有权对摊派单位的负责人和直接责任人员给予行政处分；有权追究私分摊派物的人员的行政责任，

对构成犯罪的移送司法机关依法追究刑事责任。

（六）有关主管部门有权对摊派单位的负责人和直接责任人员根据情节给予行政处分。

摊派单位对处罚决定不服的，可依法申请复议。对追回的摊派财物，属于企业已报告或控告的，应当退还给企业，企业未报告和控告的，一律上缴中央财政。

## 复 习 思 考 题

1. 企业有哪些特征？

2. 设立全民所有制企业需符合哪些条件？

3. 设立全民所有制企业需经过哪些程序？

4. 全民所有制企业的变更需经哪些程序？

5. 全民所有制企业终止的原因和须办理的法定手续有哪些？

6. 什么是企业经营管理权？

7. 企业经营管理权的主要内容有哪些？

8. 企业自负盈亏的特点和内容包括哪些？

9. 企业厂长有哪些职权？

10. 企业违反《全民所有制工业企业法》应承担哪些法律责任？

11. 什么是合伙企业？

12. 设立合伙企业需符合哪些条件？

13. 设立合伙企业需经过哪些程序？

14. 合伙人在合伙事务执行中有哪些权利和义务？

15. 合伙企业与第三人的关系如何?
16. 合伙企业的入伙与退伙是怎样的?
17. 合伙企业解散时如何清算?
18. 违反合伙企业法应承担哪些法律责任?
19. 什么是摊派?
20. 摊派的主要形式有哪些?
21. 企业、单位和个人拒绝摊派的权利有哪些?

# 第三章　国有资产监督管理法律制度

## 第一节　国有企业财产监督管理制度

### 一、国有企业财产监督管理的概念和范围

（一）国有企业财产监督管理的概念

国有企业财产监督管理是指国家有关部门或者有关机构对指定的或者所属的国有企业财产的经营管理实施监督管理的活动。

国有企业财产监督管理有如下特征：

1．实施监督管理的主体是国家有关部门或者有关机构。国家有关部门、机构主要是指政府的国有资产管理部门和行业主管部门。国有资产管理部门在中央是指财政部和国家经济贸易委员会。根据国务院的规定，财政部是国务院主管财政收支、财税政策、国有资本金基础工作的宏观调控部门。财政部在国有资产监督管理方面，负责对国有企业财产进行监督管理的基础工作，其主要职责是：①拟定和执行国有资本金基础管理的方针政策、规章制度、管理办法，拟定国有资本金保值增值的考核指标体系，研究提出国有资本金预算编制和执行方案，组织实施国有资本金权属的界定、登记、

划转、转让、纠纷调处及仲裁等；②组织实施国有企业的清产核资、资本金权属界定和登记；③拟定并监督执行企业财产评估政策和制度、评估标准和方法、评估基本准则与应用准则，确认全国性评估机构资格，承担国务院委托的国有企业财产评估事宜，指导和监督中国资产评估协会的工作。国家经济贸易委员会在国有资产监督管理方面，负有组织实施国有企业财产的监管职能，研究制订国有企业向外转让资产、股权、经营权的政策并实行监督；研究拟定国有企业改革的方针、政策和企业体制改革方案，推进现代企业制度的建立；指导国有企业实施战略性改组；指导国有企业的管理、扭亏和减轻企业负担工作；研究拟定监管企业国有资产的政策、法规；提出需由国务院派出稽察特派员的国有企业名单，审核稽察特派员提出的稽察报告等。行业主管部门是指国防科工委、铁道部、对外经济贸易部等有关专业经济部门。行业总公司在中央指直属国务院的总公司。

2．监督管理对象是国有企业财产的经营管理活动。国有企业即全民所有制企业，是由国家投资兴办的依法自主经营、自负盈亏、独立核算的社会主义商品生产和经营单位。国有企业根据授权经营管理国有资产，国家赋予国有企业14项经营权。国有企业对国家授予经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。由于国有企业是独立自主地经营国有资产，国有资产的所有者有必要、有责任采取一定的方式对其实施监督管理。

3．这种监督管理的目的是为了理顺产权关系，转换企业经营机制，保障国家对企业财产的所有权，落实企业经营

权，使企业成为自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束的法人和市场竞争的主体，实现国有资产的保值增值。这种监督管理在方法上主要是通过立法、基础管理和监督检查国有企业是否依法经营，决不干涉企业的经营自主权。国家派驻国有企业的监事会也只起监督和提供咨询的作用，不参与企业的经营活动。国家派出的稽察特派员只对企业财务进行监督，对企业主要负责人员的经营业绩进行评价，不参与、不干预被稽察企业的经营管理活动。

（二）国有企业财产监督管理的范围

国有企业财产监督管理的范围只限全民所有制企业经营管理的国有资产。在我国社会主义条件下，全民所有的财产占主导地位，数量多范围广。国有资产大致分为三类：一是经营性资产，即国家投入企业、事业单位（有经营行为）的资产；二是非经营性资产，即国家行政事业单位的非经营性资产；三是尚未开发的矿藏、土地、森林等资源性资产。在经营性资产中，又分为投入到国有企业中的资产和投入到非国有企业中的资产。国家对分布在不同类别的国有资产有不同的管理方法。其中投入到国有企业中的资产是授权国有企业经营管理，但国家在基础管理方面和监督方面都要有一套措施。国务院于 1994 年 7 月 24 日发布的《国有企业财产监督管理条例》，规定对国有企业财产实施监督管理，其他的国有资产不在此监督管理之列。

## 二、国有企业财产监督管理的原则

国有企业财产监督管理的原则是在制定有关国有企业财

产监督管理法规，实施监督管理活动中应遵守的准绳，或者说是基本指导思想。根据我国《国有企业财产监督管理条例》的规定，企业财产的监督管理应当遵循六项原则。

（一）政企职责分开

政企职责分开是指政府的职能和企业的职能分开。

由于我国是社会主义公有制国家，政府具有组织经济文化建设的职能，加上过去我国的绝大多数企业是政府设立的，因而存在政企不分的现象。在政企不分的情况下，国有企业只是政府的一个附属物，政府直接管了许多应由企业去做的事。企业的生产经营计划由国家决定，原材料由国家供应，企业生产的产品由国家包销和调拨，企业的盈利都上缴国家，亏损由国家补贴。企业没有多少独立自主的权利，也没多少独立经营的活动。实行政企分开即是要按照自主经营、自主管理的原则，将经营管理权下放到企业单位，使企业的事情由企业自己管，政府的责任是通过法规政策为企业服务并进行监督。政府的有关部门不再向过去那样直接管企业的经营事项，而是按照国家调节市场、市场引导企业的目标，为企业提供服务，并根据各自的职责，依照法律、法规的规定对企业实施管理和监督。

实行政企职责分开的关键是要划清哪些事应由政府干，哪些事应由企业干。根据我国法律法规规定，在政府与企业的关系上政府的职责是：（1）制定、调整产业政策，指导企业制定发展规划。（2）为企业的经营决策提供咨询、信息。（3）协调企业与其他单位之间的关系。（4）维护企业正常的生产秩序，保护企业经营管理的国家财产不受侵犯。（5）逐

步完善与企业有关的公共设施。(6) 依照国务院规定统一对企业下达指令性计划，保证企业完成指令性计划所需的计划供应物资，审查批准企业提出的基本建设、重大技术改造等计划。(7) 任免、奖惩厂长、副厂长级行政领导干部，考核、培训厂级行政领导干部。

根据法律法规规定国有企业的经营权包括 14 项，即生产经营决策权，产品、劳务定价权，产品销售权，物资采购权，进出口权，投资决策权，留用资金支配权，资产处置权，联营、兼并权，劳动用工权，人事管理权，工资、奖金分配权，内部机构设置权和拒绝摊派权。这 14 项权利是国家法律法规规定由国有企业行使的权利，政府及其他单位实施国有企业财产监督管理时，不得侵犯国有企业的这些权利。

(二) 政府的社会经济管理职能和国有资产所有者职能分开

政府的社会经济管理职能和国有资产所有者职能分开，这不仅是国有企业财产监督管理的原则，也是整个国有资产产权管理应遵守的原则。这项原则是与我国对外开放、对内搞活方针的提出实施，以及在我国建立社会主义市场经济的方针相适应的。

一般说来，每个国家的政府都有组织和管理本国经济建设的职能。国家组织和管理本国的经济建设有两种方式：一种是运用其行政权力对全社会的经济实施管理，如强制征税，制定一系列的经济活动规则并办理一些经济事务等。另一种是国家直接投资，兴办一些企业，为社会创造财富，组

织财政收入，以满足国家机器运转的需要。这两种组织和管理经济的方式，目的是一个，即促进本国经济发展，促进本国社会进步。但这两种方式的性质和具体管理方式是不一样的，前者是以国家行政管理的性质出现，国家只制定规则，并维持一定的经济秩序，如对社会各成员，依法征收一定的税，称为政府的社会经济管理职能。后者是以国家所有者的身份出现，即以投资者的身份来布置管理国有经济的运行。其核心是在资源配置、生产经营目标和收益分配上作出一些规定，使国有经济在社会总体框架下健康发展。

以前，我国政府内的这两种组织和管理经济的职能没有分开，随着我国对内搞活、对外开放政策的实施，随着我国社会主义市场经济体制的建立，这两种职能混在一起行使的做法已不适应，十分有必要将其分开。

（三）企业财产的所有权与经营权分离

财产所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。全民所有制企业的财产所有权属于国家。全民所有制企业经营权是指全民所有制企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利，具体为14项（详见第二章第二节）。所有权与经营权这两种权利既可合为一体，也可以分离。如对财产的占有，在法律上本身就有所有人占有和非所有人占有之分，还有合法占有和非法占有之分，善意占有和恶意占有之分，这些都涉及到占有权与所有权的分离现象。使用权也一样，它随着占有权的变化而变化，因为占有的目的是为了使用，要使用必须先占有，使用权也可以与所有权相分离。处分权是指财产所有人

对其财产依法处置的权利，这种处置可以是转让给他人，也可以是直接消费掉，其实质是引起财产所有权的变化，或是转移，或是消灭。财产处分权是财产所有权的核心。所以我国法律上规定全民所有制企业对国家授权其经营管理的财产是享有依法处分的权利，其实占有、使用也得依法，非法占有、使用也不行。这里强调依法处分，即全民所有制企业在行使处分权时，必须严格依法进行，如企业根据其需要，对国有财产中一般性的固定资产，可以自主决定出租、抵押或者有偿转让；对关键设备、成套设备或重要建筑物可以出租，但如果是拿去抵押或有偿转让则要经政府主管部门批准。收益权即利用财产获取利益的权利，也是所有权的核心内容，因为财产所有人对其财产的权利要体现在因其财产而获得的收益上，财产归谁所有，其收益也就归谁所有。经营者的劳动报酬，则在生产经营成本中支付。收益多的时候，对经营者来说，可以得到超额的奖励。当然，企业财富的增加值都应该是由活劳动支出的结果。但是，光靠活劳动，没有物质作用是不能创造财富的。

全民所有制企业财产所有权与经营权分离的原则是由国家法律规定的，所有权的内容、经营权的内容均由法律法规规定，两者都是法定权利。

坚持全民所有制企业财产所有权与经营权分离的原则既是保障和巩固全民所有权的需要，也是调动企业积极性，促进我国生产力水平发展的需要。

（四）投资收益和产权转让收入用于资本的再投入

投资收益是指国有企业依照国家法律、法规规定，对外

投资分得的利润、股利和债券利息，投资到期收回或者中途转让取得款项高于账面价值的差额，以及按照权益法核算的股权投资在被投资单位增加的净资产中所拥有的数额等。企业对外投资，还有可能出现损失，如企业投资到期收回或者中途转让取得款项低于账面价值的差额，以及按照权益法核算的股权投资在被投资单位减少的净资产所分担的数额等。因此这里讲的投资收益应是指企业投资取得的净收益，即减去投资损失后的收益。产权转让也是指资本性财产的转让。这两种收入都是资本性收入。根据规定，企业的资本性收入应用于资本的再投入，以实现企业对国家授予其经营管理的国有资产的保值和增值。

国有企业投资收益和产权转让收入用于资本的再投入，可以有两种形式：一是留给企业，由企业自己用于资本的再投入；一种是由国家收缴，集中起来从整体考虑用于国有资产的再投入。确立这一条原则的目的在于保证国有资产的保值和增值。

（五）资本保全和维护所有者权益

资本保全即是要保证投资者投入到企业的资本不受侵蚀，其基本要求是，企业的净资产只有超过所需保全的资本部分，才能确认为收益。资本保全分为财务资本保全和实物资本保全。财务资本保全，就是要求企业在扣除本期的所有者分配和所有者出资后，期末净资产的财务金额必须是大于期初净资产的财务金额，才算取得了盈利。就是说，企业取得的利润必须是在弥补齐了原资本数额之后，才能被看作是有盈利，不能是虚盈实亏，也不能随意抽走资本。实物资本

保全即是要保持企业的营运能力，它要求企业在扣除本期的所有者分配和所有者出资以后，企业的期末实物生产能力（即生产所需的资源或资金）必须大于期初实物生产能力，才算赚得利润。

坚持资本保全原则也就是维护所有者权益，同时也是维护了经营者的权益。企业的资本保全了，企业所有者的权益才得到了保障，企业经营者受权经营的财产才是实实在在的。实行资本保全原则是近些年来，国家采取的重大决策，在过去，国有企业的折旧基金被抽走（或是抽走一部分），企业发生亏损，要冲减企业资金等。实行资本保全原则后，对企业提取的折旧基金国家不再抽走；企业报废、盘亏、毁损的固定资产，作为营业外收支，不再冲减资本金；企业库存材料的贬值，按实际购入成本入账，直接体现损益。同时还规定了企业设立资本公积金、提取法定盈余公积金等措施，以确保企业资本的完整。

（六）企业独立支配其法人财产和独立承担民事责任

我国《全民所有制工业企业法》规定，全民所有制企业依法取得法人资格。取得法人资格的企业，当然就应独立支配其法人财产和独立承担民事责任。全民所有制企业独立支配其法人财产，即是对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权力。独立承担民事责任，即是以国家授予其经营管理的财产承担民事责任。国家将一定的财产授予企业管理后，国家不干预企业的经营自主权，也不承担其授权范围以外的责任。

## 三、国有企业财产的分级管理和分工监督

### （一）分级管理

国家对国有企业财产的监督管理实行分级管理和分工监督的体制。所谓分级管理主要是将对国有企业财产的监督管理分由中央和地方各级人民政府来实施。

1. 国务院国有资产管理行政主管部门对企业国有资产监督管理的职责：

（1）会同有关部门拟订企业财产管理法规和制定企业财产管理规章、制度。这里讲的法规是指行政法规，即由国务院发布的条例、规定和办法。这里讲的规章、制度是指由国务院国有资产管理行政主管部门根据国家法律、行政法规和自己的工作职责要求而制定的具体监督管理办法。这里讲的拟订是指拿出初步方案或行政法规草案，送国务院审议通过后发布实施。制定即是自己起草、自己发布实施。由于企业财产管理法规、规章和制度会涉及到国家其他方面的管理，会涉及到国家其他部门的工作职责，因此，国有资产管理行政主管部门在拟订或制定企业财产管理法规和规章、制度时，还应会同有关部门共同进行。拟订或制定法规和规章、制度都是从有利于国有企业财产管理出发，不干涉企业的经营自主权。

（2）汇总和整理国有资产的信息，建立企业财产统计报告制度，并纳入国家统计体系。在现代社会，信息是开展国有资产管理的基础。国家对国有资产实施监督管理必须掌握国有资产信息。在我国，国有资产量大，分布广，其信息也

会很多，因此，需要汇总和整理，经过汇总和整理后的信息才能更好地为人所用。经过汇总和整理后的国有资产信息，既是国有资产管理的需要，也是整个国家经济文化建设管理的需要，如国有资产的总量、结构，地区分布，行业分布，以及增长情况、国有资本金利润率等，都会对国家宏观决策产生重要影响。因此，应将其纳入国家统计体系。

(3) 组织清产核资、产权登记、产权界定、资产评估等基础管理工作，对国有资产保值增值状况进行监督检查，并对违法行为给予行政处罚。清产核资、产权登记、产权界定和资产评估等都是国有资产管理的基础性工作，国有资产管理的一系列措施都必须是建立在此基础工作之上。

清产核资是在全国范围内进行清查资产，核实国有资金，摸清国有资产“家底”的工作，清产核资的目的是为了解决国有资产状况不清、管理混乱、资产闲置浪费和被侵占流失等问题，促进国有企业转换经营机制，增强活力，为改革国有资产产权管理，建立与社会主义市场经济相适应的现代企业制度和国有资产管理体制、管理方法奠定基础。清产核资包括清产和核资两项内容，清产，即清查资产，是指对企业、单位拥有的各类资产进行全面清查、登记，对负债和所有者权益进行全面核对、查实；核资，是指在对企业、单位的资产进行清查的基础上，经过产权界定、资产评估等处理后，进行审查、核对，并进行账务处理，准确地核定企业、单位占用的全部国有资产价值总量，核定企业的国有资本金。

产权登记是指国有资产管理部门代表政府对占有国有资

产的各类企业的资产、负债、所有者权益状况进行登记，依法确认产权归属关系的行为。企业进行产权登记，由国有资产管理部门核发《国有资产授权占用证书》，该证书是企业单位对授予其经营管理的国有资产享有占有、使用和依法进行处分的权利的法律凭证。

产权界定是对国有资产的所有权以及经营权、使用权等产权的归属进行确认的一种法律行为。这里讲的产权是指财产所有权以及与财产所有权有关的经营权、使用权等，不包括债权。

资产评估是指对资产进行评议估价。资产评估讲究真实、科学和可行，其范围包括“应当进行资产评估”和“可以进行资产评估”两种情况，主要是要求企业在进行资产交易、转移或变更经营主体等活动时应先进行或可以进行资产评估。资产评估按照《国有资产评估管理办法》及有关规定进行，其方法主要有收益现值法、重置成本法、现行市价法和价格清算法。

在国有资产管理基础工作中，还有一种工作叫资产价值重估。资产价值重估是指企业、单位对账面价值与实际价值背离较大的主要固定资产进行价值重新估价。账面价值所反映的是固定资产的原始成本，而因近些年来生产价格改革和物价上升，造成了账面价值与实际价值的背离较大，资产重估的目的是要经过重估，重新确定固定资产的价值，并据此调整账面价值。固定资产价值重估由企业、单位根据财政部清产核资办公室组织有关部门制定的《清产核资价值重估统一标准目录》进行。其方法有物价指数法、国家定价法和重

置成本法。资产价值重估是清产核资活动中的必不可少的一次性行为，与日常交易活动中经常性的资产评估是不一样的。

清产核资、产权登记、产权界定、资产评估以及资产价值重估等都是国有资产监督管理的基础工作，其核心是确定了国有资产在各个企业、单位的量，确定了企业、单位占有、使用和依法处分国有资产的权利义务关系。没有这些基础工作，所谓“授权经营管理”、“保值增值”都将会落空。对每个企业、单位来说，都要依规定，配合做好这些工作。国有资产管理行政主管部门在组织这些基础工作的实施中，对违法行为应依法给予行政处罚。在《清产核资办法》、《国有资产产权界定和产权纠纷处理办法》、《国有资产评估管理办法》中都规定有对违法者给予行政处罚的内容。

(4) 制定企业财产保值增值指标体系，从总体上考核国有资产经营状况。国有资产保值，是指企业在考核期末国家所有者权益等于期初国家所有者权益。国有资产增值，是指企业在考核期内期末国家所有者权益大于期初国家所有者权益。国有资产保值增值指标为：

$$\text{国有资产保值增值率} = \left(\frac{\text{期末国家所有者权益}}{\text{期初国家所有者权益}}\right) \times 100\%$$

企业国有资产保值增值率等于100%，为国有资产保值；国有资产保值增值率大于100%，为国有资产增值。

亏损企业用减亏额作为保值增值指标。

在考核企业国有资产保值增值的同时，还要参考国有资产的经营效益指标。具体包括：

净资产收益率＝（税后净利÷所有者权益）×100%

总资产收益率＝（税后净利÷资产总额）×100%

$$\text{成本费用利润率}=\left(\frac{\text{利润总额}}{\text{成本费用总额}}\right)\times 100\%$$

（5）在国务院规定的职权范围内，会同有关部门协调解决国有资产产权纠纷。国有资产产权纠纷出现之后，应本着实事求是、公正和公平的原则依法进行协调解决。在全民所有制企业、单位之间因对国有资产的经营权、使用权等发生争议而产生的纠纷，先由当事人协商解决，经协商不能解决的，由同级或共同上一级国有资产管理部门裁定解决，必要时报有权管辖的人民政府裁定，最终由国务院裁定。在全民所有制单位与其他经济成份之间发生产权纠纷时，先由发生争议的全民所有制单位方提出处理意见，经同级国有资产管理部门同意后，与对方协商解决。经协商不能解决的，依司法程序处理。

（6）国务院规定的其他职责。国务院规定的其他职责目前主要有：会同有关部门参与审批国有企业经营方式，参与企业承包、租赁工作，参与国有企业股份制改制工作，参与国有企业产权变动的审批工作，组织和监管国有企业产权交易市场，按规定组织收缴产权转让收入等。

2．地方各级人民政府对企业国有资产监督管理的职责

地方各级人民政府依法负有管理本行政区域内的经济、财政等行政工作的责任。地方人民政府可以根据国务院的规定设立国有资产管理部门，对地方管辖的国有资产依法实施行政管理。

（二）分工监督

国务院授权有关部门或者有关机构对国务院管辖的企业和国务院指定由其监督的地方管辖的企业实施分工监督。

1．国务院有关部门的监督职责

国务院有关部门对国务院指定监督的企业和企业集团履行下列监督职责：

（1）对企业的财产保值增值状况实施监督；

（2）依照法定权限和程序，会同有关部门提出厂长（经理）的任免（聘任、解聘），建议或者决定厂长（经理）的任免（聘任、解聘）和奖惩；

（3）会商有关部门提出监事会的人员组成，需报国务院审定的，应当按照有关规定履行报审手续；

（4）向企业派出监事会。

2．国务院授权的全国性总公司对其所属企业的监督职责

（1）对企业财产的保值增值状况实施监督；

（2）依照法定条件和程序，决定或者批准厂长（经理）的任免（聘任、解聘）和奖惩；

（3）商有关部门提出监事会的人员组成；

（4）向企业派出监事会。

除国务院授权的监督机构监督的企业外，省、自治区、直辖市人民政府可以根据规定确定有关部门或者有关机构对省级人民政府管辖的企业和省级人民政府指定由其监督的下级地方人民政府管辖的企业实施分工监督。

## 四、国有企业的监事会

（一）监事会的组成

1. 监事会的概念

我们这里讲的监事会是指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。

（1）我们这里讲的监事会是指政府的监督机构派往国有企业的监督组织。它与我国《公司法》中讲的监事会以及其他国家公司企业中的监事会是不一样的，我国《公司法》以及其他国家公司企业中的监事会是公司企业的一个内设机构，而我们这里讲的监事会是政府部门的派出机构。

（2）在监事会的组成上，是从政府有关部门、有关经济、法律、金融、技术和企业经营管理专家，以及被监督企业的领导人和职工代表中委派和聘请。而按我国《公司法》的规定，公司的监事会成员是由股东代表和适当比例的职工代表组成。而且《公司法》中规定：国家公务员不得兼任公司的监事。

（3）监事会不干涉企业经营活动，只行使监督权。在监事会的监督权中，可根据厂长（经理）的要求，提供咨询意见，可对厂长（经理）的经营业绩进行评价，向有关机构提出对厂长（经理）任免及奖惩的建议。这也是公司里的监事所不具有的职权。

2. 监事会的组成

（1）监事会的组成。监事会由不少于 5 人、不超过 15 人的奇数成员组成。监督机构委派和政府其他部门派出的监

事人数不得超过监事会成员总数的2/3。监事会主席由政府或者监督机构在监事会成员中指定，监事会每届任期3年，监事连任不得超过两届。

（2）监事会成员的条件。

①监事会成员均为兼职，应从下列人员中委派和聘派：监督机构委派的代表；财政部和国家经济贸易委员会等政府有关部门以及有关银行派出的代表；监督机构聘请的经济、金融、法律、技术和企业经营管理等方面的专家；监督机构聘请的被监督企业的领导人和企业职工代表；监督机构聘请的其他人员，其中对国务院指定由其监督的地方管辖企业，监督机构可在企业所在地的省、自治区、直辖市人民政府中聘请代表。

②监事应符合以下条件：能够维护所有者的权益；能坚持原则，清正廉洁，办事公道；熟悉有关业务，有10年以上的从业经验。

（二）监事会的职责及工作程序

1．监事会的主要职责是监督、审议、评价和提供咨询等。具体为4项：

（1）审查经注册会计师验证的或者经厂长（经理）签署的企业财务报告，监督、评价企业经营效益和企业财产保值增值状况。财务报告是反映企业财务状况和经营成果的总结性书面文件，具体包括财务报表和财务情况说明书。财务报表包括资产负债表、损益表、现金流量表和有关附表，如固定资产及累计折旧表、存货表、利润分配表、产品生产成本表等。财务情况说明书主要说明企业的生产经营状况、利润

实现和分配情况、资金增减和周转情况、税金缴纳情况、各项财产物资变动情况；对本期或者下期财务状况发生重大影响的事项；资产负债表日后至报出财务报告前发生的对企业财务状况变动有重大影响的事项，以及需要说明的其他事项。财务报告既是企业生产经营管理的成果记录，也是企业、投资人和国家经济管理部门进行经营管理、监督、决策的依据。从1999年开始经注册会计师验证，由监事会审查方可。

(2) 根据工作需要，查阅企业的财务账目和有关资料，对厂长（经理）和有关人员提出询问。

(3) 对厂长（经理）的经营业绩进行监督、评价和记录，向派出监事会的监督机构提出任免（聘任、解聘）及奖惩建议。

(4) 根据厂长（经理）的要求，提供咨询意见。

2. 监事会的工作程序

监事会会议每年召开一至两次。经监事会主席或者1/3以上的监事提议，或者应厂长（经理）的请求，监事会可以举行临时会议。监事会会议由监事会主席主持，主席缺席时，可以委托其他监事代其主持会议。

监事会决议应当由监事记名表决，经全体监事的过半数同意方为有效。监事会会议应作好记录。监事会对派出的监督机构负责，并定期向其汇报工作。监事会履行职责所必要的开支，由派出的监督机构支付。除被聘请担任监事的企业领导人和职工代表外，监事不得兼任被监督企业的任何职务，不得接受被监督企业的任何报酬，监事以及监事会不得

干预企业的经营权。

## 五、企业应依法接受国家的监督

1．企业在发生经营方式及产权变动时，应报经有关部门批准

企业改组为有限责任公司的，须经政府监督机构审核批准后再报政府授权部门批准，然后依法办理登记注册手续。如改组为向社会公开发行股票的股份公司，除应报经政府监督机构和有关部门审批外，还应接受政府证券主管机关和交易所的审核。企业与其他企业或者事业单位之间联营组成新的企业法人、企业与外部实行合资经营、合作经营或者向境外投资的，须经监督机构和有关部门批准。企业向个人、私营企业、境外投资者转让企业产权的，应当依照国务院规定的权限和程序报经批准。

2．企业应接受国家对其财务活动的监督

1997 年 2 月国务院同意财政部提出的《关于加强国有企业财务监督的意见》，并批转各地各部门认真贯彻执行。企业财务监督主要包括 10 个方面：

（1）在消费性资金使用上，企业应本着先生产、后消费的原则，合理安排各项支出。各项消费资金的使用，应编制项目预算和费用开支计划，报经职工代表大会或董事会审批，并据实向职工代表大会报告执行情况。企业购置小轿车要与企业的规模和盈利水平相适应，严格按有关规定执行；亏损企业不得购买小轿车。企业建造职工活动中心、宾馆、招待所等非生产性设施，必须按基本建设程序立项，限额以

上的项目必须报国家计划主管部门审批，限额以下的项目必须报企业主管部门审批；企业修建职工住宅以及其他非生产性设施，不得挤占生产经营资金，不得高标准修建和高档装修。企业人均工资增长超过劳动生产率增长幅度的，要相应扣减企业职工工资总额与效益挂钩比例或企业工资总额计划。

(2) 在生产经营性资全使用上，企业必须在满足生产经营周转资金需要的基础上进行固定资产投资，并严格按照国家规定足额安排铺底生产经营资金。

(3) 在对外投资上，企业要做好可行性研究，坚持集体讨论，建立严格的审查和决策程序；重大投资项目应报经职工代表大会或董事会审批。除国家有特殊规定外，企业累计对外投资不得超过本企业净资产的50%，技术改造任务重和生产经营资金不足，以及对外投资报酬率预计达不到银行存款利率的，不得对外投资。

(4) 在与关联企业往来上，企业与关联企业之间的原材料供应、商品销售、资金借贷、收入费用的核算以及管理机构和人员的经费开支等，要分账管理，独立核算，并建立必要的报表报告制度。

(5) 在购销活动方面，企业应建立产品（商品）、原材料、设备等资产购销活动的内部控制制度，企业主要原材料、设备的购进价格以及主要产品（商品）的销售价格，与市场同类产品（商品）或企业以往购进及销售的同类产品（商品）价格差异较大的，应及时查明原因，并在企业财务报告中予以说明。

（6）在资金调度方面，企业要建立内部控制制度，确保资金调度安全。企业开设的银行账户以及按月编制的资金使用计划，必须报主管财政机关备案。对无有效合同、无合法凭证、无合规手续的，不得对外支付现金（包括支票、汇票等）。

（7）在成本费用管理上，企业应严格执行国家规定的成本开支范围和费用开支标准，准确核算成本费用，建立健全内部成本控制制度，严禁少计少摊成本或乱挤乱进成本。

（8）在资产处置方面，企业对固定资产、流动资产盘亏、毁损、报废等净损失，坏账损失，被盗损失以及财产担保损失等，必须建立严格的鉴定和审批制度。对企业公司制改造、与外商合资合作及其他对外投资中的财产转移，要建立严格的评估和报批制度。

（9）在利润分配上，企业对依法缴纳所得税后的利润，必须按规定分配。除公益金可以用于职工集体福利设施支出外，企业留用的利润必须用于企业发展。

（10）在财务报告方面，企业应按国家规定的要求编制财务报告，有关重大事项必须在财务状况说明书中予以披露。

企业应自觉接受主管财政机关依法实施的监督管理，如实提供完整的财务账目、凭证、报表和相关资料，不得拒绝、隐匿、谎报。企业生产经营活动的重大决策和主要财务事项，应于当月及时向主管财政机关备案。主管财政机关在实施财务监督时，不得干预企业的经营自主权，不得泄露企业的商业秘密，不得以任何方式向企业索取费用和报酬。

## 六、国有企业稽察制度

为了加强对国有大型企业的财务监督，评价国有重点大型企业主要负责人员的经营管理业绩，国务院决定向国有重点大型企业派人稽察特派员。国务院于1998年7月3日发布了《国务院稽察特派员条例》，对稽察特派员的性质、职责、条件、工作方式、管理要求，以及对企业的要求等作出了规定。

（一）稽察特派员的性质和职责

稽察特派员是代表国家对国有重点大型企业行使监督权力的人员。向国有重点大型企业派入稽察特派员是继1994年我国向国有企业派入监事会之后，加强对国有企业监督管理的又一重大举措。根据规定，派入稽察特派员的企业只限于国有重点大型企业，对哪些国有重点大型企业派入稽察特派员由国务院决定。对已派入稽察特派员的国有重点大型企业，不再按国务院关于国有企业财产监督管理的规定派入监事会。稽察特派员由国务院派出，对国务院负责。

稽察特派员是国家以所有者身份派入企业的监督人员，稽察特派员与被稽察企业的关系是监督与被监督的关系。稽察特派员以财务监督为核心，对企业财务进行监督，对企业主要负责人员的经营业绩进行评价，不参与、不干预被稽察企业的经营管理活动。

稽察特派员履行下列职责：

1. 检查被稽察企业主要负责人员贯彻执行有关法律、法规和国家政策的情况；

2．查阅被稽察企业的财务报告、会计凭证、会计账簿等会计资料以及与企业经营管理活动有关的其他一切资料，验证被稽察企业的财务报告等资料是否真实反映其财务状况，主要包括资产负债情况、还债能力、获利能力、利润分配、资产运作、国有资产保值增值等；

3．监督被稽察企业是否发生侵害国有资产所有者权益的情况；

4．对被稽察企业主要负责人员的经营管理业绩进行评价，对被稽察企业主要负责人员的奖惩、任免提出建议。

（二）稽察特派员的任职条件和管理

稽察特派员由国务院任免，一般由部级、副部级国家工作人员担任，年龄一般在60周岁以下。担任稽察特派员应具备三个条件：一是要具有较高的贯彻执行有关法律、法规和国家政策的水平；二是要能坚持原则，清正廉洁，忠实履行职责，自觉维护国家利益；三是要熟悉企业情况，有企业经营管理的基本知识。

为了保证稽察特派员履行职责，更好地开展工作，国家为稽察特派员配备了助理，并设立了有关工作管理机构。

稽察特派员助理协助稽察特派员开展工作，由国家人事部任免，一般由司（局）、处级国家工作人员担任，年龄一般在55周岁以下。担任助理特派员也应具备三个条件：一是熟悉并能够贯彻执行有关法律、法规和政策；二是能坚持原则，清正廉洁，忠实履行职责，自觉维护国家利益；三是要具有财务、金融、审计、法律或者技术等方面的专业知识，并有相应的综合分析和判断能力。

稽察特派员工作管理机构有两种，一是在国务院设有稽察特派员总署，工作机构设在人事部，其主要任务是协调稽察特派员和稽察特派员助理的日常管理工作；二是设有稽察特派员办事处，该办事处由一名稽察特派员和若干名助理组成，实行稽察特派员负责制。

稽察特派员和稽察特派员助理的任期为3年，可以连任，但是对同一企业不得连任。一名稽察特派员一般负责5个企业的稽察工作，一般每年到被稽察企业稽察两次，也可以不定期地到被稽察企业进行专项稽察。

稽察特派员的派出实行回避原则，不得派入其原来管辖行业内的企业，也不得派入其近亲属担任高级管理职务的企业。稽察特派员不得在任何企业兼职。稽察特派员履行职责所需经费，列入国家预算，稽察特派员和稽察特派员助理不得接受被稽察企业的任何馈赠、报酬、福利待遇，不得在被稽察企业报销费用，不得参加有可能影响公正履行职责的宴请、娱乐、旅游等活动，不得通过稽察工作为自己、亲友或者他人谋取私利，不得向被稽察企业透露稽察情况，不得泄露在稽察工作中了解和掌握的被稽察企业的商业秘密。

（三）稽察特派员的工作方式

稽察特派员开展稽察工作，可以采取下列方式：

1．听取被稽察企业主要负责人员有关企业财务状况和经营管理情况的汇报，并可以提出质询；

2．查阅被稽察企业的财务报告、会计凭证、会计账簿等会计资料以及与企业经营管理活动有关的其他一切资料；

3．调查、核实被稽察企业的财务状况和经营管理情况，

并可以要求被稽察企业作出必要的说明；

4．向被稽察企业的职工了解情况，听取意见；

5．向财政、审计、税务、工商、监察等有关部门以及银行调查了解被稽察企业的财务状况和经营管理情况。

稽察特派员在稽察工作结束后，应当及时提交稽察报告。稽察报告反映的内容必须客观、真实，对企业和企业领导人的评价和结论性意见必须观点明确。稽察报告应当包括四个方面的内容，一是被稽察企业财务状况和经营管理情况的分析评价；二是被稽察企业主要负责人员经营管理业绩的分析评价；三是对被稽察企业主要负责人员奖惩、任免的建议；四是国务院要求报告的或者稽察特派员认为需要报告的其他事项。

稽察报告由稽察特派员签署后，先送交人事部。人事部根据被稽察企业的不同行业，分别送国家经济贸易委员会、国防科学技术工业委员会、对外贸易经济合作部等国务院有关部门进行审核。负责审核的国务院有关部门应当自收到稽察报告之日起30日内对稽察报告审核完毕。审核后的稽察报告经由人事部报请国务院审定。稽察特派员在稽察工作中发现紧急情况，需要立即向国务院报告的，可以直接向国务院专项报告。负责审核的国务院有关部门在审核过程中，对稽察报告有不同意见的，应当就涉及的问题同稽察特派员交换意见，取得一致；经交换意见，仍不能取得一致的，应当在稽察报告后附注不同意见。负责审核的国务院有关部门对稽察报告有不同意见时，不得到被稽察企业进行复核。稽察报告经国务院审定后，由人事部根据稽察报告中有关对被稽

察企业主要负责人的奖惩、任免建议，依照法定程序办理奖惩、任免事宜。

## 七、国有企业财产监督管理的法律责任

（一）违反《国务院稽察特派员条例》的法律责任

1. 稽察特派员和稽察特派员助理有下列行为之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（1）对被稽察企业的重大问题隐匿不报，严重失职的；

（2）与被稽察企业串通，编造虚假稽察报告的；

（3）干预被稽察企业的经营管理活动，致使被稽察企业的合法权益受到损害的；

（4）接受被稽察企业的馈赠、报酬、福利待遇的，在被稽察企业报销费用的，参加有可能影响公正履行职责的宴请、娱乐、旅游等活动的，或者通过稽察工作为自己、亲友及他人谋取私利的；

（5）泄露被稽察企业的商业秘密的；

（6）泄露稽察报告内容的。

2. 参与稽察报告审核工作的有关国家工作人员泄露稽察报告内容的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 被稽察企业有下列行为之一的，对主要负责人员和其他直接责任人员，依法给予纪律处分，直至撤销职务；构成犯罪的，依法追究刑事责任：

（1）拒绝、阻碍稽察特派员依法稽察的；

（2）拒不提供企业财务状况和经营管理情况的资料或者

隐匿、伪报资料的；

（3）向稽察特派员和稽察特派员助理馈赠物品、支付报酬、提供福利待遇或者为其报销费用的。

（二）违反国有企业财产监督管理条例的法律责任

《国有企业财产监督管理条例》规定了违反国有企业财产监督管理制度的法律责任，承担法律责任的对象是有关部门、机构、企业的主管领导人员、直接责任人员、监事、厂长（经理），承担法律责任的形式为行政处罚。

1．国有资产管理部门的法律责任

（1）国有资产管理部门应承担法律责任的行为

①未按规定履行监督职责，对企业财产流失的总体情况不掌握、不反映、不提出相应建议的；

②在组织开展清产核资、产权登记、产权界定和资产评估中，滥用职权，处罚不当，造成严重后果的；

③超越权限干预企业经营权，侵犯企业合法权益的。

（2）国有资产管理部门因违法应承担的法律责任

一般情况下，由政府责令改正。造成严重后果的，对主管领导人员和直接责任人员由上级机关或者所在单位给予行政处分。

2．监督机构的法律责任

（1）监督机构应承担法律责任的行为

①未按照规定履行监督职责，对被监督企业财产流失的情况不掌握、不反映、不采取相应措施的；

②越权干预企业经营权，侵犯企业合法权益的。

（2）监督机构因违法应承担的法律责任

一般情况下由政府责令改正。造成严重后果的，对主管领导人员和责任人员由上级机关或者所在单位给予行政处分。

3．审批企业产权变动部门的法律责任

(1) 审批企业产权变动部门应承担法律责任的行为

①违反国家有关规定，超越权限，擅自批准企业产权变动的；

②审批企业产权变动不当，造成企业财产损失的；

③在审批企业产权变动中，滥用职权，谋取私利的。

(2) 审批企业产权变动部门应承担的法律责任

一般情况下，由政府责令改正。造成严重后果的，对主管领导人员和直接责任人员由上级机关或者所在单位给予行政处分。

4．监事会及监事的法律责任

(1) 监事会及监事应承担法津责任的行为

①未按照规定履行监事会或者监事职责的；

②超越监事会或者监事职权，干预企业经营权，侵犯企业合法权益的；

③泄露企业商业秘密，利用监事职权谋取私利的；

④以任何形式接受企业的报酬或者收受财物的。

(2) 监事会及其监事应承担的法律责任

一般情况下，由监督机构责令改正。造成严重后果的，按照规定程序，改组监事会，免去或者解聘有关监事。

5．企业的法律责任

(1) 企业应承担法律责任的行为

①企业经营管理不善，连续两年亏损，亏损额继续增加的；

②在承包、租赁、股份制改组、联营或者与外商合资经营、合作经营以及向境外投资过程中，弄虚作假，以各种名目侵占企业财产的；

③向其他企业投资或者向境外投资，未在财务报告中如实反映收益状况或者未及时足额收取应得利润，造成企业财产流失的；

④擅自转让企业产权的；

⑤未按规定进行清产核资、产权登记、资产评估以及不如实填报报表，隐瞒真实情况的。

(2) 企业应承担的法律责任

一般情况下，由监督机构责令改正。造成严重后果的，对厂长（经理）和直接责任人员给予经济处罚，免除（解聘）其职务，或者给予降职、撤职处分。

## 第二节　国有资产产权界定制度

国有资产产权界定涉及到国有资产所有者合法权益的维护，也涉及到其他产权主体合法权益的维护，是一项政策性十分强的行为。搞好国有资产产权界定，对于维护国家和其他产权主体的利益，对于调动资产经营者的积极性，对于促进建立明晰的现代企业制度，深化我国的经济体制改革具有十分重要的意义。对国有资产进行产权界定，又是一项法律

行为，它涉及到资产的区分和确认，这对于调整有关产权利益关系十分重要。为此，国家有关部门先后发布了.《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》、《城镇集体所有制企业、单位清产核资产权界定暂行办法》和《劳动就业服务企业产权界定规定》等部门规章，对国有资产产权界定的原则和做法以及产权纠纷的处理作出了具体规定。

## 一、国有资产产权界定的概念和原则

### （一）国有资产产权界定的概念

国有资产产权界定是对国有资产的所有权以及经营权、使用权等产权的归属进行确认的一种法律行为。

国有资产即属国家所有的资产，包括国家依法取得和认定的，或者国家以各种形式对企业投资和投资收益、国家向行政事业单位拨款等形成的资产。这里讲的资产是一项法律用语，与会计上讲的资产并不等同。会计上讲的资产是指作为以往事项的结果而由企业控制的，可望向企业流入的未来经济利益的资源。这里是强调只要是能为企业所控制，而并不一定是归企业所拥有；强调只要对企业的经营有用，能给企业的未来带来经济利益。如企业租入房屋、机器设备，用它来从事经营生产活动，能给企业带来经济利益，这些租入的房屋、机器设备虽然不归企业所有，但归该企业所控制，并能给企业的未来带来经济利益，应属于企业的资产。而我们在讲国有资产产权界定时所讲的资产，则是强调“依法取得和认定的”，是强调国家对企业的投资和投资收益（除去负债）等。确切地说，更接近于“财产”的意义。

产权是指财产所有权以及与财产所有权有关的经营权、使用权等财产权，不包括债权。这里讲的产权，与会计上讲的产权也不完全等同。会计上讲的产权是指企业的资产中扣除企业全部负债以后的剩余权益，即是指企业的净资产，是所有权的概念。而在国有资产产权界定中讲的产权，除了包括所有权的意思外，还包括经营权、使用权等财产权。所有权是指所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。使用权是所有权的一项权能，对所有人来说，它是一项独立的权能，即所有人对自己所有的物，在法律规定的范围内想怎么用就怎么用。使用权对非所有人来说则是一种派生权利，是由所有权派生的。非所有人行使使用权必须按照法律规定和合同要求使用。经营权是指企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。也是由所有权所派生出来的权利，包括 14 项权利，在本书第二章中已有叙述。

国有资产所有权界定，包括两个方面的内容，一是要界定清楚哪些资产是归国家所有；二是要界定清楚这些由国有资产所有权派生出来的权利落实给谁。

（二）国有资产产权界定的原则

开展国有资产产权界定工作应坚持的原则主要有下列两条：

1．国家所有、分级分工管理原则

国有资产属于国家所有，即国家是国有资产所有权的唯一主体，任何人不得侵犯国家对国有资产的所有权，这是决不能动摇的。但是在管理上又必须实行分级分工进行。分级

管理即是按中央、省（直辖市）、地市、县、乡来分级管理；分工管理是按国有资产所处的不同行业来分行业实行管理。这种分工管理还可以是分项目来进行管理。在国有资产产权界定中坚持这一条原则，即既要做好国有资产所有权的确认工作，又要做好其他派生权利的分配确认工作。

2.“谁投资、谁拥有产权”的原则

在国有资产产权界定中，既要维护国有资产所有者及经营使用权的合法权益，又不得侵犯其他财产所有者的合法权益。是国家投的资，其资产归国家所有，是集体或个人投的资，其资产归该集体或该个人所有。享受经营权的主体利用手中掌握的国有资产投资的，其形成的资产，仍归其继续经营使用。

## 二、国有资产所有权界定

国有资产是国家所有的资产，即全民所有的资产，其范围十分广泛。根据我国《宪法》和有关法律的规定，国有资产包括如下范围：①国有的土地、矿藏、水流、森林、草原、荒地、渔场等自然资源；②国家机关及所属事业单位的财产；③军队财产，如军事设施等；④全民所有制企业；⑤国家所有的公共设施、文物古迹、风景游览区、自然保护区等；⑥国家在国外的财产；⑦国家对非国有单位的投资以及债权等其他财产权；⑧不能证实属于集体或个人所有的财产等。在上述国有资产中，国家所有权是十分明确的，有的则不够明确，有的虽然在法律上是明确的，但由于人们思想上的混乱造成了混淆。在这种情况下，有必要对有关财产进行

界定，确认其国家所有权。

（一）国家机关、事业单位、政党和人民团体的国有资产所有权界定

1. 国家机关占有、使用的资产全部属于国有资产

这里讲的国家机关包括：①全国人民代表大会常务委员会所属常设工作机构；②地方各级人民代表大会常务委员会所属常设工作机构；③国务院所属各部门；④地方各级人民政府及其所属各部门；⑤中国人民解放军所属各机关；⑥各级司法机关。需要明确的是，这里讲的占有、使用的资产应不包括借用、租用等所有权属于他人的财产。

2. 事业单位国有财产的界定

事业单位在性质上有几种情况，有国家机关兴办的，有国有企业兴办的，也有集体等非国有单位兴办的。凡是国家机关及国有企业单位兴办的或者说是所属的事业单位，其占有使用的资产全部属于国有资产。这里同样不包括其借用、租用等所有权属于他人的财产。在非国家机关及国有企业单位兴办的事业单位中，凡是国家投入的，应属国家所有。

3. 政党及人民团体中由国家拨款等形成的资产属于国有资产

这里讲的政党，包括中国共产党及各民主党派的各级党组织。这里只是将其中由国家拨款等形成的资产归属于国有资产，在政党的财产中，除国家拨款形成的资产以外，还可能有其党员的党费、他人捐赠等形式形成的资产，这些资产归该政党所有。

这里讲的人民团体包括各级政协组织，各级工会组织，

各级共产主义青年团组织，各级妇女联合会组织以及其他社会团体。这些团体是人民团体，即依法被国家承认的团体，而不能是非法的团体或是反动的团体。这些团体的资产来源比较广泛，其中由国家拨款形成的资产应界定为国有资产。

（二）全民所有制企业中的产权界定

全民所有制企业即国有企业。其资产不论是国家直接投入的，还是企业通过生产经营活动取得的，均属国家所有。具体界定办法有：

1. 有权代表国家投资的部门和机构以货币、实物和所有权属于国家的土地使用权、知识产权等无形资产向企业投资，形成的国家资本金，界定为国有资产；

2. 全民所有制企业运用国家资本金及在经营中借入的资金等所形成的税后利润，经国家批准留给企业作为增加投资的部分，以及从税后利润中提取的盈余公积金、公益金和未分配利润等，界定为国有资产；

3. 以全民所有制企业和行政事业单位担保，完全用国内外借入资金投资创办的或完全由其他单位借款创办的全民所有制企业，其收益积累的净资产，界定为国有资产；

4. 全民所有制企业接受馈赠形成的资产，界定为国有资产；

5. 在实行《企业财务通则》、《企业会计准则》以前，全民所有制企业从留利中提取的职工福利基金、职工奖励基金和“两则”实行后用公益金购建的集体福利设施而相应增加的所有者权益，界定为国有资产；

6. 全民所有制企业中的党、团、工会组织等占用企业

的财产（不包括以个人缴纳党费、团费、会费以及按国家规定由企业拨付的活动经费等结余购建的资产），界定为国有资产。

（三）集体所有制企业中的国有资产所有权界定

集体所有制企业的财产属于劳动群众集体所有，是实行共同劳动，在分配方式上以按劳分配为主体的社会主义经济组织。是我国社会主义公有制经济的一个基本组成部分。集体所有制企业内部的财产关系比较复杂，有政府出钱兴办的，有国有企业兴办的，有劳动群众自己集资兴办的等等。实践中有所谓“大集体”和“小集体”之分，所谓“大集体”是指有国家投资在内（全部或主要是国家投资）的集体所有制企业；所谓“小集体”则是指以劳动群众集体所有制财产为基础建立的企业。对那些所谓“大集体”企业就很难再说它是集体所有制企业。在我国社会主义市场经济的建设中，明确集体所有制企业财产所有权是一项十分重要而又紧迫的任务。在当前形势下，先将其中属于国家的财产界定清楚，这不仅是国有资产管理的需要，也有利于集体所有制企业向现代企业过渡。

对集体所有制企业中国有资产所有权界定的办法为：

1．国家对集体企业的投资及其收益形成的所有者权益，其产权归国家所有。政府和国有企业、事业单位为扶持集体经济发展或安置待业青年、国有企业富余人员及其他城镇人员就业而转让、拨给或投入集体企业的资产，明确是无偿转让或有偿转让而收取的转让费（含实物）已达到其资产原有价值的，该资产及其收益形成的所有者权益，其产权归集体

企业劳动者集体所有。

2．全民所有制企业和行政事业单位以货币、实物和所有权属于国家的土地使用权、知识产权等独资（包括几个全民所有制单位合资）创办的以集体所有制名义注册登记的企业单位，其资产所有权界定按照前述全民所有制企业的产权界定办法界定。

3．全民所有制企业和行政事业单位，用国有资产在非全民所有制单位独资创办的集体企业中的投资，以及按照投资份额应取得的资产收益留给集体企业发展生产的资本金及其权益，界定为国有资产。

4．集体企业依据国家法律、法规等有关政策规定享受的优惠，包括以税还贷、税前还贷和各种减免税金所形成的所有者权益，1993 年 6 月 30 日前形成的，其产权归劳动者集体所有；1993 年 7 月 1 日后形成的，国家对其规定了专门用途的，从其规定；没有规定的，按集体企业各投资者所拥有财产（含劳动积累）的比例确定产权归属。其中属于国家税收应收未收的税款部分，界定为国有资产；集体企业依据国家规定享受减免税形成的资产，其中列为“国家扶持基金”等投资性的减免税部分界定为国有资产。经国有资产管理部门会同有关部门核定数额后，继续留给集体企业使用，国家收取资产占用费。上述国有资产的增值部分由于历史原因无法核定的，可以不再追溯产权。

集体企业改组为股份制企业时，改组前税前还贷形成的资产中，国家税收应收未收的税款部分和各种减免税形成的资产中列为“国家扶持基金”等投资性的减免税部分界定为

国家股，其他减免税部分界定为企业资本公积金。

5. 集体企业使用银行贷款、国家借款等借贷资金形成的资产，全民单位只提供担保的，不界定为国有资产，但履行了连带责任的，全民单位应予以追索清偿或协商转为投资。

6. 供销、手工业、信用等合作社中由国家拨入的资本金（含资金或实物）界定为国有资产，经国有资产管理部门会同有关部门核定数额后，继续留给合作社使用，由国家收取资产占用费。上述国有资产的增值部分由于历史原因无法核定的，可以不再追溯产权。

7. 集体企业和合作社无偿占用国有土地的，应由国有资产管理部门会同土地管理部门核定其占用土地的面积和价值量，并依法收取土地占用费。集体企业和合作社改组为股份制企业时，国有土地折价部分形成的国家股份或其他所有者权益，界定为国有资产。

（四）中外合资、合作经营企业中国有资产所有权界定

在中外合资、合作经营企业的资产中，必有一部分属于中方合资、合作者。在属于中方的资产中有一部分是属于国有资产，应予界定。但是，这种界定只是中方内部的资产界定，所发生的财产关系变化只是在中方内部的变化，与中外合资、合作企业无关，更不会涉及到外方投资者的任何利益。

1. 对中外合资企业（中方为全民所有制单位）中国有资产所有权界定的方法为：(1) 中方以国有资产出资投入包括现金、厂房建筑物、机器设备、场地使用权、无形资产等

形成的资产，界定为国有资产；(2) 企业注册资本增加，按双方协议，中方以分得利润向企业再投资，或优先购买另一方股份所形成的资产，界定为国有资产；(3) 可分配利润及从税后利润中提取的各项基金中，中方按投资比例所占的相应份额（不包括已提取用于职工奖励、福利等分配给个人消费的基金），界定为国有资产；(4) 中方职工的工资差额，界定为国有资产；(5) 企业根据中国法律和有关规定按中方工资总额一定比例提取的中方职工的住房补贴基金，界定为国有资产；(6) 企业清算或完全解散时，馈赠或无偿留给中方继续使用的各项资产，界定为国有资产。

2. 中外合作经营企业中国有资产所有权界定参照上述办法的原则办理。

(五) 股份制、联营企业中国有资产所有权界定

在股份制、联营企业中，有国家机关或其授权部门的直接投资，也有全民所有制企业的投资，这些投资所形成的权益，在性质上属于国有资产，需要界定清楚。但这种界定只是全民所有制经济内部的界定，只是为了明确国家所有权，对股份制、联营企业并无影响，也不涉及其他股东、联营者的任何利益。

1. 股份制企业中国有资产所有权界定办法为：(1) 国家机关或其授权单位向股份制企业投资形成的股份，包括现有已投入企业的国有资产折成的股份，构成股份制企业中的国家股，界定为国有资产；(2) 全民所有制企业向股份制企业投资形成的股份，构成国有法人股，界定为国有资产；(3) 股份制企业公积金、公益金中，全民单位按照投资应占

有的份额，界定为国有资产；（4）股份制企业未分配利润中，全民单位按照投资比例所占的相应份额，界定为国有资产。

2. 联营企业中国有资产所有权界定参照上述办法的原则办理。

## 三、全民所有制单位之间的产权界定

全民所有制单位的财产所有权属于国家所有，这是不能动摇的原则。但全民所有的财产又是分别由不同的主体占有、使用的。划清并确定他们之间的产权关系是十分必要的。占有、使用国有资产的单位很多，从所有制性质上来分，主要是全民所有制单位和非全民所有制单位。关于非全民所有制单位中国有资产所有权的界定，我们在前面已经谈过。这里主要讲全民所有制单位之间的国有资产产权界定。

（一）全民所有制单位之间产权界定的原则

1. 坚持分级分工管理，非经法定手续，不得随意变更其产权关系。这里讲的全民所有制单位是个大概念，包括代表国家行使国有资产所有权的中央人民政府，也包括省级地方各级人民政府；包括中央人民政府所属的部门，也包括省级地方各级人民政府所属的部门；还包括全民所有制的企业、事业单位。国有资产主要是掌握在这些单位手中。在界定他们之间的国有资产产权关系时要坚持分级分工管理原则。分级管理，即是中央政府、省级地方各级人民政府都应有国有资产的管理权。对他们所拥有的管理权，要划清并确

认。分工管理即是按照行业特点，分行业实行管理，分项目实行管理，就是说，对他们所经营管理的国有资产的产权，要划清、确认。坚持分级分工管理即是明确他们之间的产权关系，未经有权管理其所有权的人民政府批准或双方约定，并办理产权划转手续的，不得变更资产的管理关系。

2．不得随意无偿调拨。全民所有制单位对国家授予其使用或经营的资产拥有使用权或经营权。除法律、法规另有规定者外，不得在全民所有制单位之间无偿调拨其资产。

3．谁投资、谁拥有产权。全民所有制企业之间是平等竞争的法人实体，相互之间可以投资入股，企业法人对外长期投资或入股，属于企业法人的权益，不得非法干预或侵占。

4．国家机关不能投资创办企业或其他经济实体。国家机关是国家事务的办理者，手中握有各式各样的权利，承担着各式各样的行政职能，如果允许创办企业或其他经济实体，会带来很多弊端，应予禁止。

（二）全民所有制单位之间产权界定的具体办法

1．国家机关投资创办的企业和其他经济实体，应与该创办机关脱钩，其产权由国有资产管理部门会同有关部门委托有关机构管理。但国家机关所属事业单位经批准以其占用的国有资产出资创办的企业和其他经济实体，其产权归该单位拥有。

2．对全民所有制单位由于历史原因或管理问题造成的有关房屋产权和土地使用权关系不清或有争议的处理办法

为：(1) 全民所有制单位租用房产管理部门的房产，因各种历史原因由全民所有制单位实际长期占用，并进行多次投入、改造或翻新，房产结构和面积发生较大变化的，可由双方协商共同拥有产权。(2) 对数家全民单位共同出资或由上级主管部门集资修建的职工宿舍、办公楼等，应在核定各自出资份额的基础上，由出资单位按份额共有或共同拥有其产权。(3) 对于全民单位已经办理征用手续的土地，但被另一些单位或个人占用，应由原征用土地一方进行产权登记，办理相应法律手续。已被其他单位或个人占用的，按规定实行有偿使用。(4) 全民所有制单位按国家规定以优惠价向职工个人出售住房，凡由于分期付款，或者在产权限制期内，或者由于保留溢值分配权等原因，产权没有完全让渡到个人之前，全民单位对这部分房产应视为共有财产。

3. 对电力、邮电、铁路和城市市政公用事业等部门，按国家规定由行业统一经营管理。可由国有资产管理部门委托行业主管部门根据历史因素及其行业管理特点，对使用单位投入资金形成的资产，依下列办法处理：(1) 使用单位投入资金形成的资产交付行业主管部门进行统一管理，凡已办理资产划转手续的，均作为管理单位法人资产；凡没有办理资产划转手续的，可根据使用单位与管理单位双方自愿的原则，协商办理资产划转手续或资产代管手续。对使用单位投入资金形成的资产，未交付这些行业主管部门统一管理而归使用单位自己管理的，产权归使用单位拥有。(2) 电力、邮电、铁路和城市市政公用事业等部门的企业代管其他企业、单位的各项资产，在产权界定或清产核资过程中找不到有关

单位协商或办理手续的，经通告在一定期限后，可以视同为无主资产，归国家所有，其产权归代管企业。(3) 对于地方政府以征收的电力建设资金或集资、筹资等用于电力建设形成的资产，凡属于直接投资实行按资分利的，在产权界定中均按投资比例划分投入资本份额；属于有偿使用已经或者将要还本付息的，其产权划归电力企业。

对电力部门代管的农电资产，凡已按规定办理有关手续，并经过多次更新改造，技术等级已发生变化，均作为电力企业法人资产。

**四、产权界定的组织实施**

国有资产产权界定工作，应按照资产的现行分级分工管理关系，由各级国有资产管理部门会同有关部门进行。经常性的产权界定工作由国有资产管理部门负责，省级以上国有资产管理部门应当成立产权界定和产权纠纷调处委员会，具体负责。全国性的产权界定工作，可结合清产核资，逐步进行。

1. 应当进行产权界定的情形。占有、使用国有资产的单位，发生下列情形的，应当进行产权界定：(1) 与外方合资、合作的；(2) 实行股份制改造和与其他企业联营的；(3) 发生兼并、拍卖等产权变动的；(4) 国家机关及其所属事业单位创办企业和其他经济实体的；(5) 国有资产管理部门认为需要界定的其他情形。

2. 产权界定的程序：(1) 全民所有制单位的各项资产及对外投资，由全民所有制单位首先进行清理和界定，其上

级主管部门负责督促和检查。必要时也可以由上级主管部门或国有资产管理部门直接进行清理和界定。(2) 全民所有制单位经清理、界定，已清楚属于国有资产的部分，按财务隶属关系报同级国有资产管理部门认定。(3) 经认定的国有资产，须按规定办理产权登记等有关手续。占用国有资产的其他单位的产权界定，可以参照上述程序办理。

## 五、产权纠纷处理程序

(一) 全民所有制单位之间产权纠纷的处理程序

1. 全民所有制单位之间因对国有资产的经营权、使用权等发生争议而产生的纠纷，由当事人协商解决。经协商不能解决的，应向同级或共同上一级国有资产管理部门申请调解和裁定。必要时报有权管辖的人民政府裁定。但最终裁定权在国务院。

2. 对裁定不服的，可以在收到裁定之日起15日内，向上一级国有资产管理部门申请复议，上一级国有资产管理部门应当在自收到复议申请之日起60日内作出复议决定。

(二) 全民所有制单位与其他经济成份之间的产权纠纷的处理程序

1. 协商。即由全民所有制单位提出处理意见，报同级国有资产管理部门同意后，与对方当事人协商解决。

2. 司法程序。经协商不能解决的，依司法程序处理。

## 第三节 国有资产评估管理制度

### 一、国有资产评估的概念和原则

（一）国有资产评估的概念

资产评估是指对资产进行评议估价。国有资产评估即是对国家所有的资产进行评议估价。

资产评估是一种经济活动。这种经济活动必须是在一定的经济环境中进行。同一项资产在不同的时空里，其价值是不一样的。我们这里所讲的经济环境是指在一定范围内有着统一规则的经济环境。只有在有着统一规则的经济环境中，资产评估才可能有统一的参照物，才可能按统一标准、统一方法和统一的程序去开展资产评估。在这样的环境下评估出来的结论才能有所用处。

资产评估活动必须按照国家统一的规则进行。我国目前颁布有国有资产评估规则，房地产评估规则等。我们这里只介绍国有资产评估管理规则。我国的《国有资产评估管理办法》是国务院于1991年11月16日发布施行的，1992年7月18日国家国有资产管理局又发布了《国有资产评估管理办法施行细则》。这个“办法”和“细则”对国有资产评估的原则、对象、范围、组织管理、评估程序、评估方法以及法律责任等问题作出了规定。

（二）国有资产评估的原则

国有资产评估工作涉及到国家及社会各有关方面的经济

利益，是一项政策性很强的工作。在国有资产评估工作中应坚持下列三项基本原则：

1．真实性原则

所谓真实性原则包含三个方面的内涵：一是进行评估所依据的数据资料必须是真实的。提供数据资料的人，必须实事求是，提供真实的、客观存在的数据资料。进行评估的人对其数据资料的真实性应进行考察鉴别；二是评估过程是真实的，即必须是按照规定确实是实施了每一个评估步骤，而不是只估不评，随意虚估；三是提供的评估结果报告必须是真实的，即不能弄虚作假，恶意或善意的作假都是不允许的。

2．科学性原则

所谓科学性原则，即是要充分运用国有资产评估中的客观规律来开展评估工作。具体说来，就是国有资产评估的规范、标准、程序、方法等，必须是合乎客观规律的。从管理者来说，制定的评估规则必须反映资产价值表现的规律，从执行者来说，必须正确地运用这些科学的规则去进行分析、比较，抽象出结论。

3．可行性原则

可行性原则又称有效性原则。所谓有效性原则即是指提出的评估结果必须是被法律所承认，就是说其评估结果必须是在法律上有效。具体说，就是评估组织必须是合法的，其程序、方法、标准都是依照法定程序进行的。但需要说明的是，这种符合可行性原则的评估结果，并不就是所要拿去交易的标的，这种评估结果，只是提供一种客观、真实而又合

法的依据，在交往中，对这个结果是可以变动的。

## 二、国有资产评估的对象和范围

国有资产评估的对象和范围是指对什么进行评估，在什么样的情况下要进行评估。国有资产评估的对象是国有资产占有单位所占有的国有资产，其范围包括：固定资产、流动资产、无形资产和其他资产。国有资产评估视不同情况分为“应当进行资产评估”和“可以进行资产评估”两种情况。

（一）应当进行资产评估的情形

国有资产占有单位有下列情形之一的，应当进行资产评估：

1. 资产拍卖、转让。拍卖和转让都是商品的交易方式。拍卖的方式比较复杂，它是在一定的规则下要通过买主的竞购，谁给的条件优惠或者说是谁出的价高就卖给谁。而转让的方式则比较简单。转让有无偿转让和有偿转让之分，我们这里讲的转让是指有偿转让。国有资产占有单位，只要将国有资产拿去拍卖，事前就应当进行评估，转让前也应当评估。但这里讲的资产转让也是有特定含义的，并非只要是转让资产就要进行评估。这里讲的资产转让是指国有资产占有单位有偿转让超过百万元或占全部固定资产原值20%以上的非整体性资产的经济行为。

2. 企业兼并、出售、联营、股份经营。这里讲的企业兼并是指一个企业以承担债务、购买、股份化和控股等形式有偿接收其他企业的产权，使被兼并方丧失法人资格或改变法人实体。这里讲的出售不是讲企业产品的出售，而是指企

业整体资产的出售，即独立核算的企业或企业内部的分厂、车间及其它整体性资产的出售。这里讲的企业联营是指国内企业、单位之间以固定资产、流动资产、无形资产和其他资产投入组成的各种形式的联合经营。股份经营是指企业实行股份制，即改造为有限责任公司或股份有限公司。

3．与外国公司、企业和其他经济组织或者个人开办中外合资经营企业或者中外合作经营企业。

4．企业清算。这里讲的企业清算是指依据我国企业破产的法律规定，宣告企业破产，并进行清算；或是依照国家有关规定对改组、合并、撤销法人资格的企业资产进行的清算；或是企业按照合同、契约、协议规定终止经济活动的结业清算。

5．依照国家有关规定需要进行资产评估的其他情形。

（二）可以进行资产评估的情形

国有资产占有单位有下列情形之一，而当事人认为需要的，可以进行资产评估：

1．资产抵押及其他担保。这里讲的抵押是指国有资产占有单位以本单位的资产作为物质保证进行抵押而获得贷款的经济行为。其他担保是指国有资产占有单位以本单位的资产为其他单位的经济担保，并承担连带责任的行为。

2．企业租赁。企业租赁是指资产占有单位或上级主管单位在一定期限内，以收取租金的形式，将企业全部或部分资产的经营使用权转让给其他经营者的行为。

3．需要进行资产评估的其他情形。

这里讲的“当事人”是指与上述经济情形有关的国有资

产占有单位、行业主管部门、国有资产管理行政主管部门以及其他单位。所谓“可以进行资产评估”，即在发生上述情形时，当事人可根据实际情况对资产进行评估或者不评估。但是，根据《国有资产评估管理办法施行细则》的规定，在上述情形中属于以下几种行为的，则必须进行评估：①企业整体资产的租赁；②国有资产租赁给外商或非国营单位；③国家行政事业单位占有非经营性资产转为经营性资产；④国有资产管理行政主管部门认为应当评估的其他情形。

根据原国家国有资产管理局《关于资产评估立项、确认工作的若干规范意见》的规定，国有股不占控股地位的股份制企业和中方总出资不占控股地位的中外合资、合作企业发生下列情形之一时，也须按规定进行资产评估，并由待转让国有股的最大持股者、或待转让国有产权的最大持有者向相应国有资产管理行政主管部门申报资产评估立项和评估结果确认：①公开发行股票并上市交易；②境外发行股票、境外上市交易；③非上市股份公司将全部国有股权转让给本企业非国有股股东或给本企业外的非国有单位；中外合资、合作企业将全部国有产权转让给外方或非国有单位；④非上市股份公司将部分国有股权转让给本企业非国有股股东；中外合资、合作企业将部分国有产权转让给本企业的外方或其他非国有单位；⑤非上市股份公司单独将部分国有股权或中外合资、合作企业将部分国有产权转让给本企业外的非国有单位，而其他非国有股权或产权并不同时转让；⑥非上市股份公司将部分国有股权或中外合资、合作企业将部分国有产权随同非国有股权或产权一起转让给非国有股权或产权持有者

的关联单位。⑦法律法规另行规定必须进行资产评估和立项、确认的情形。

## 三、国有资产评估的组织管理

国有资产评估是一项系统性工作，政策性强，技术要求复杂，工作量也很大，必须要有一套科学严密的组织管理系统。国有资产评估的组织管理系统由国有资产评估指导监督部门和国有资产评估机构二部分组成。

（一）国有资产评估指导监督部门

国有资产评估指导监督部门为国有资产管理行政部门。在中央是指财政部，在地方是指地方各级国有资产管理部门或国有资产管理专门机构。财政部负责指导和监督全国的资产评估工作。地方各级国有资产管理部门或国有资产管理专门机构按照国家政策法规和上级国有资产管理部门的规定，负责管理本级的资产评估工作。上级国有资产管理部门对下级国有资产管理行政主管部门在资产评估管理工作中不符合国家规定的做法，有权进行纠正。

（二）国有资产评估机构

这里讲的国有资产评估机构并非是指只是单一进行国有资产评估的机构，而是指持有国务院或者省、自治区、直辖市人民政府国有资产管理部门颁发的国有资产评估资格证书的机构。这种机构可以是资产评估公司，也可以是会计师事务所、审计事务所、财务咨询公司，以及经国务院或者省、自治区、直辖市人民政府国有资产管理部门认可的临时评估机构。这些机构开展国有资产评估工作的基本要求有二：一

是必须是经工商行政管理部门注册登记、具有法人资格；二是必须持有国务院或者省、自治区、直辖市（含计划单列市）国有资产管理部门颁发的资产评估资格证书。资产评估资格证书由国家国有资产管理局统一印制。

资产评估机构承担评估业务不受地区和行业限制，既可以承接本地和本行业的资产评估业务，也可以承接外地、境外和其他行业的资产评估业务。但是资产评估机构与被评估单位有直接经济利益关系的，不得对其进行评估。资产评估实行有偿服务。资产评估机构接受委托进行评估时，应依国家规定向委托单位收费，并与委托单位在评估合同中明确具体收费办法。

为了促进我国对外开放，加强资产评估行业的管理，原国家国有资产管理局和外经贸部于1997年4月发布了《设立外商投资资产评估机构若干暂行规定》，允许外国评估机构在中国境内设立中外合作、合资资产评估机构（统称外商投资资产评估机构）。外商投资资产评估机构，经批准可以经营与委托人相关的流动资产、长期投资、房地产、机器设备、在建工程、递延资产及无形资产等价值评估。1997年5月，原国家国有资产管理局还发布了《对外国资产评估机构来中国境内执行资产评估业务的暂行规定》，允许外国资产评估机构来我国境内临时执行资产评估（含咨询性评估）业务。其业务范围包括两个方面，一是中国境内企业到外国机构所在国家（地区）上市或发行股票，需要由外国资产评估机构单独进行或与中国资产评估机构合作进行资产评估的项目。二是外商与中国境内企业有某种经济关系（如外商独资

或中外合资合作），需要由外国资产评估机构单独进行或与中国资产评估机构合作进行资产评估的项目。

外国资产评估机构来我国临时执行业务，必须先申请领取由国家国有资产管理部门统一印发的《中华人民共和国境内临时执行资产评估业务许可证》，必须遵守中国的法律、法规，应加入中国资产评估协会，接受中国资产评估协会的监督与管理。

## 四、国有资产评估程序

国有资产评估程序即开展国有资产评估工作所要经过的先后顺序和工作步骤。开展资产评估工作可以有多种步骤和顺序，但法定的程序为：申请立项、资产清查、评定估算、验证确认。

（一）申请立项

申请立项是国有资产评估的第一道程序。项目申请人原则上为国有资产占有单位，国内联营企业、股份经营企业、中外合资、中外合作企业也可申报立项。国有资产占有单位依法须对所占有的国有资产进行评估时，必须先报其主管部门审查同意，然后向同级国有资产管理行政主管部门提出资产评估申请。在国家和地方计划单列的单位以及没有上级主管部门的单位，资产评估立项申请可直接向同级国有资产管理行政主管部门提出。

归属中央管辖的国有资产占有单位的资产评估立项和评估结果确认由国家国有资产管理部门办理。归属地方各级管辖的国有资产占有单位的资产评估立项和评估结果确认，一

般由同级国有资产管理部门办理。其中重大的、亿元以上的资产评估和国家计委批准立项的中外合资、合作项目的评估，须报国家国有资产管理部门备案，必要时，由国家国有资产管理部门审批立项和确认评估结果。向社会公开发行股票并上市交易、以及境外发行股票、境外上市交易和其他重要的资产评估项目，由地方国有资产管理行政主管部门初审，国家国有资产管理部门办理审批立项和评估结果确认。

国内联营、股份经营等项目的各出资方应分别向同级国有资产管理部门申报立项，也可由各出资方同级国有资产管理部门的共同上级国有资产管理部门一并办理该项目的评估立项。已开办的联营企业按其主体单位（或出资额最大的国有资产占有单位）的归属关系、企业集团按其核心企业的归属关系、国有股控股的股份制企业按持股额最大的国有资产占有单位的归属关系、中方总出资占控股地位的中外合资企业按中方出资额最大的国有资产占有单位的归属关系，向相应国有资产主管部门申报立项。也可向各国有资产占有单位同级国有资产主管部门的共同上级国有资产管理行政主管部门申报立项。国有股不占控股地位的股份制企业和中方总出资不占控股地位的中外合资、合作企业，转让国有股权时，应由待转让国有股的最大持股者，或待转让国有产权的最大持有者向相应国有资产管理行政主管部门申报立项。

国有资产评估申请包括国有资产评估申请书和附属资料两部分内容。国有资产评估申请书包括：①资产占有单位名称、隶属关系、所在地址；②评估目的；③评估资产的范围；④申报日期以及其他内容。附属资料包括财产目录和有

关会计报表等资料。

国有资产管理部门在接到申请后，应抓紧审查，并于10日内下达是否准予评估立项的通知书。超过10日不批复的，自动生效，并由国有资产管理主管部门补办批准手续。国有资产占有单位的主管部门经国有资产管理主管部门授权或者委托，也可以审批资产评估立项申请。

（二）资产清查

申请单位收到准予资产评估立项通知书后，即可委托资产评估机构评估资产。资产评估机构在对资产进行评定估算之前，应对委托单位的资产、债权、债务进行全面清查，在全面清查的基础上，核实资产账面与实际是否相符，经营成果是否真实，并据以作出鉴定。被评估单位应如实提供有关情况和资料。

（三）评定估算

评定估算即评议估算出资产的现行价值。这种评定估算必须是根据不同的评估目的和对象，依照国家的法律、法规和政策规定，考虑影响资产价值的各种因素，运用科学的评估方法，选择适当的评估参数，独立、公正、合理地进行。

通过评估得出结果后，资产评估机构应向委托单位提交评估结果报告书。报告书分正文和附件两部分。报告正文主要包括：评估机构名称；委托单位名称；评估资产的范围、名称和简单说明；评估基准日期；评估原则；评估所依据的法律、法规和政策；评估方法和计价标准；对具体资产评估的说明；评估结论（包括评估价值和有关文字说明）；附件名称；评估起止日期和评估报告提出日期；评估机构负责

人、评估项目负责人签名，并加盖评估机构公章等。附件包括：资产评估汇总表、明细表；评估方法说明和计算过程；与评估基准日有关的会计报表；资产评估机构评估资格证明文件复印件；被评估单位占有资产的证明文件复印件以及其他有关文件资料。

（四）验证确认

验证确认即是对资产评估机构提供的评估报告进行审查，并作出肯定的结论。验证确认权由国有资产管理部门行使。占有单位的主管部门经国有资产管理行政主管部门授权或委托，也可以行使审查确认权。

验证是对资产评估报告在合法性、真实性、科学性等方面进行检验。验证包括审查如下内容：资产评估工作过程是否符合政策规定；资产评估机构是否有评估资格；实际评估范围与规定评估范围是否一致，被评估资产有无漏评和重评；影响资产价值的因素是否考虑周全；引用的法律、法规和国家政策是否适当；引用的资料、数据是否真实、合理、可靠；运用的评估方法是否科学；评估价值是否合理等。

国有资产管理部门对资产评估报告进行验证后，应作出是否确认的决定，并登记备案。并在接到资产评估报告书之日起45日内完成确认事项，并下达确认通知书。

占有单位对确认通知书有异议的，可以自收到通知书之日起15日内向上一级国有资产主管部门申请复核。上一级国有资产主管部门应当自收到复核申请之日起30日内作出裁定，并下达裁定通知书。占有单位收到确认通知书或者裁定通知书后，应当根据国家有关财务、会计制度进行账务处

理。

## 五、国有资产评估方法

国有资产评估根据资产原值、净值、新旧程度、重置成本、获利能力等因素和法定的评估方法进行。同一资产因采取的评估标准和方式的不同，其评估出的价值也可能不一样，采用什么样的标准和方法评估资产要依评估对象和评估目的而定。资产评估的方法很多，但在进行国有资产评估时，必须依照《国有资产评估管理办法》规定的方法进行。我国《国有资产评估管理办法》规定了5种评估方法，即收益现值法，重置成本法，现行市价法，清算价格法以及国务院国有资产管理行政主管部门规定的其他评估方法。

（一）收益现值法

收益现值法是将评估对象剩余寿命期间每年（或每月）的预期收益，用适当的折现率折现，累加得出评估基准日的现值，以此估算资产价值的方法。所谓收益现值是指企业在一定时期内的预期收益折成现值。剩余寿命指资产从评估之日起到丧失获利能力的年限。折现率是指未来收益折算成现时资金或本金的比例，包括安全收益率和风险收益率两个因素。采用收益现值法的基本要素是被评估资产的剩余寿命的长短，每年的预期收益额，以及折现率的高低。采用收益现值法必须具备两个前提条件：一是被评估资产能够独立创收，并能不断地获得预期收益；二是这里的预期收益，以及里面包含多少风险收益等都应当是可以用货币来计算的。

（二）重置成本法

重置成本法是现时条件下被评估资产全新状态的重置成本减去该项资产的实体性贬值、功能性贬值和经济性贬值，估算资产价值的方法。重置成本是指现今购建一项全新的功能相同资产所需支出的最低金额。分复原重置成本和更新重置成本两种。复原重置即是完全按照被评估资产的原样购置（建造）资产，所谓原样即是在设计、原材料、生产工艺、制造标准等，均与被评估资产一样。更新重置是指重置一个与被评估资产用途一样的资产，但在设计工艺，原材料运用、制造标准等方面都可采用新方法。实体性贬值是指由于使用磨损和自然损耗造成的贬值。功能性贬值是指由于技术相对落后造成的贬值。经济性贬值是指由于外部环境变化引起的贬值。

重置成本法主要适用于单项资产评估，对企业进行整体评估时也可以用重置成本法。

（三）现行市价法

现行市价法是通过市场调查，选择一个或几个与评估对象相同或类似的资产作为比较对象，分析比较对象的成交价格和交易条件，进行对比调整，估算出资产价值的方法。这种方法是以现行的市场价为标准，只要是有发育成熟的资产市场，市场交易中有参照物及其与被评估资产相比较的指标（项目）、技术参数等就可进行。

现行市场法主要适用于单项资产的评估。

（四）清算价格法

清算价格法是指以企业在停业或破产后，进行企业清算，出卖资产时可收回的快速变现价格，来评定企业资产价

值的方法。采用这种方法进行资产评估要注重调查与被评估资产相同或类似资产的拍卖价格清理资料，对价格资料的准确性进行认真分析研究，并要逐项将评估对象与参照物进行对比，根据其差异程度来确定评估结果。

清算价格法主要适用于企业停业和破产时的资产评估。

（五）其他方法

其他方法即国务院国有资产管理行政主管部门规定的其他方法。

《国有资产评估管理办法》还规定：

对流动资产中的原材料、在制品、协作件、库存商品、低值易耗品等存货资产进行评估时，可根据该项资产的现行市场价格、计划价格，考虑购置费用、产品完工程度、损耗等因素，评定重估价值；对有价证券的评估，可参照市场价格评定重估价值，没有市场价格的，可考虑票面价值、预期收益等因素，评定重估价值；对无形资产的评估，区别下列情况分别评定：

（1）外购的无形资产，根据购入成本及该项资产具有的获利能力评定价值；

（2）自创或自身拥有的无形资产，根据其形成时的实际成本及该项资产的获利能力，评定价值；

（3）自创或自身拥有的未单独计算成本的无形资产，根据该项资产具有的获利能力评定估算。

## 六、法律责任

（一）占有单位违反规定的法律责任

占有单位违反《国有资产评估管理办法》的规定，向评估机构提供虚假情况和资料，或者与评估机构串通作弊，致使评估结果失实的，国有资产管理行政主管部门可以宣布评估结果无效，并根据情节轻重，给予通报批评、限期改正、罚款等行政处罚。

（二）评估机构违反规定的法律责任

评估机构作弊或者玩忽职守，致使评估结果失实的，国有资产管理行政主管部门可宣布评估结果无效，并可根据情节轻重，对该资产评估机构给予警告、停业整顿、吊销国有资产评估资格证书等处罚。

被处罚的单位和个人对处罚决定不服的，可以在收到处罚通知之日起15日内，向上一级国有资产行政主管部门申请复议。上一级国有资产行政主管部门应当自收到复议申请之日起60日内作出复议决定。申请人对复议决定不服的，可以自收到复议通知之日起15日内向人民法院起诉。

（三）主管部门违反规定的法律责任

国有资产行政管理部门或者行业主管部门的工作人员违反《国有资产评估管理办法》的规定，以权谋私或者玩忽职守，造成国有资产损失的，由国有资产行政主管部门或者行业主管部门按照干部管理权限，给予行政处分，并可处以相当于本人3个月基本工资以下的罚款。

对于违反《办法》规定，情节严重，构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

# 第四节　国有资产产权登记制度

## 一、企业国有资产产权登记制度概述

### （一）企业国有资产产权登记的性质

企业国有资产产权登记是指国有资产管理部门代表政府对占有国有资产的各类企业的资产、负债、所有者权益等产权状况进行登记，依法确认产权归属关系的行为。

国有资产即全民所有的资产，其中绝大部分为国有企业和其他各类企业所占有。国家是全民所有资产的所有者，国家对其财产的所有权由国务院行使。国有资产管理部门为国务院行使所有者职权的职能部门。对企业国有资产产权进行登记由县级以上各级人民政府国有资产管理部门承担，依法履行六个方面的职责：一是依法确认企业产权归属关系；二是掌握国家授权投资的机构和企业国有资产占有、使用状况；三是监测企业国有资产经营状况；四是检查国有资产经营状况；五是监督企业出资行为；六是在产权登记汇总分析的基础上编报并向同级政府和上级国有资产管理部门呈送产权登记与产权变动状况分析报告。企业国有资产产权登记是一种法律行为，这种行为不是简单地将国有资产记录在册，更重要的是记录在册后，要依法确认产权归属关系，国有资产管理部门将向企业颁发《中华人民共和国国有资产产权登记证（境内企业）》，该登记证是依法确认企业产权归属关系的法律凭证。在我国社会主义市场经济条件下，一个国有企

业究竟占有多少国有资产，这是需要记录和登记的，一个非国有企业中究竟是否占有国有资产、占有多少国有资产，这也是需要记录和登记的，记录登记并依法确认产权归属关系后，一系列的经济法律关系便可随之产生或明确。

（二）企业国有资产产权登记的范围

根据国务院《企业国有资产产权登记管理办法》及其实施细则的规定，国有企业、国有独资公司、国家授权投资的机构，占有、使用国有资产的集体企业，国有企业、国有独资公司投资设立的企业，以及其他形式占有、使用国有资产的企业，都应当依照规定申请办理国有资产产权登记。有限责任公司、股份有限公司、中外合资经营企业、中外合作经营企业和联营企业，应由国有股权持有单位或委托企业按规定申办企业国有资产产权登记。也就是说，只要是占有国有资产的企业都应当进行国有资产产权登记。企业产权归属关系不清楚或者发生产权纠纷的，可以申请暂缓办理产权登记。被批准暂缓办理产权登记的企业应当在暂缓期内，将产权界定清楚，将产权纠纷处理完毕，然后及时办理产权登记。

（三）企业国有资产产权登记的管理

企业国有资产产权登记按照统一政策、分级管理的原则，由县级以上国有资产管理部门，按照产权归属关系办理。国有资产管理部门根据工作需要，也可以按照产权归属关系委托政府有关部门或者机构办理。

所谓统一政策，即企业国有资产产权登记工作方针、政策由中央统一规定，全国遵照执行。所谓分级管理即是要按

产权的归属关系由县级以上各级人民政府国有资产管理部门来管理。由两个及两个以上主管部门、地区或国有企业、国有独资公司共同投资设立的企业，按国有资本额最大的出资者的产权归属关系确定企业产权登记的管辖机关；若国有资本各出资者出资额相等，则按其推举的出资者的产权归属关系确定企业产权登记的管辖机关。产权登记机关也可以视具体情况，委托政府有关部门或下级产权登记机关办理企业的产权登记。

根据规定，国家国有资产管理部门负责5类企业的国有资产产权登记管理工作：

①国务院管辖的企业、行业总公司；

②中央政府各部门、各直属机构、各直属事业单位及全国性社会团体管辖的企业；

③在国家计划单列的企业集团公司。

④国家授权投资的机构；

⑤中央国有企业、国有独资公司投资设立的企业。

省、自治区、直辖市及计划单列市国有资产管理部门负责五类企业的国有资产产权登记管理工作：

①省级人民政府管辖的企业；

②省级政府各部门、直属机构、事业单位及社会团体管辖的企业；

③省计划单列的企业集团公司；

④省国有企业、国有独资公司投资设立的企业。

⑤国家国有资产管理局委托办理产权登记的企业。

地（市）、县国有资产管理部门的产权登记管辖范围由

省、自治区、直辖市及计划单列市以下各级国有资产管理部门规定。

## 二、企业国有资产产权登记的内容

（一）企业国有资产产权登记的内容

企业国有资产产权登记分为占有产权登记、变动产权登记和注销产权登记。

占有产权登记的主要内容包括：

（1）出资人名称、住所、出资金额及法定代表人；

（2）企业名称、住所及法定代表人；

（3）企业的资产、负债及所有者权益；

（4）企业实收资本、国有资本；

（5）企业投资情况；

（6）国务院国有资产管理部门规定的其他事项。

变动产权登记的情形包括：

（1）企业名称、住所或者法定代表人改变的；

（2）企业组织形式发生变动的；

（3）企业国有资本额发生增减变动的；

（4）企业国有资本出资者发生变动的；

（5）产权登记机关规定的其他情形。

企业应在上述情形发生后的30日内办理变动产权登记。

注销产权登记的情形包括：

（1）企业解散、被依法撤销或者被依法宣告破产的；

（2）企业转让全部产权或者企业被划转的；

（3）有产权登记机关规定的其他情形的。

企业应在上述形式发生后的30日内办理注销产权登记。

（二）企业国有资产产权登记的手续

申请取得法人资格的企业应当于申请办理工商注册登记前30日内，向国有资产管理部门办理产权登记，填写《企业国有资产产权登记表》。申请登记的企业将产权登记表报主管单位审查并签署意见，并到国有资产管理部门办理审定手续。企业办理产权登记时，应当按照规定填报国有资产产权登记表并提交有关文件、凭证和报表等文件。国有资产管理部门审定的产权登记表，是企业办理工商注册登记的资信证明文件。企业应在办理工商注册登记，取得企业法人资格后30日内到原产权登记机关办理国有资产占有产权登记手续并领取产权登记证，同时提交《企业法人营业执照》副本。

企业国有资产产权登记实行年度检查制度。企业应当于每一年度终了后90日内，办理产权年度检查登记，向国有资产管理部门提交财务报告和国有资产经营年度报告书。报告书应报告4个方面的内容：

（1）出资人的资金实际到位情况；

（2）企业国有资产的结构变化，包括企业对外投资情况；

（3）国有资产增减、变动情况；

（4）国务院国有资产管理部门规定的其他事项。

## 三、法律责任

违反国家企业国有资产产权登记管理规定要承担法律责

任的，包括企业和国有资产管理部门工作人员两类。

（一）企业违反《企业国有资产产权登记管理办法》规定，有下列行为之一的，由国有资产管理部门责令改正、通报批评，可以处以10万元以下的罚款，并提请政府有关部门对企业领导人员和直接责任人员按照规定给予纪律处分：

（1）在规定期限内不办理产权登记的；

（2）隐瞒真实情况，未如实办理产权登记的；

（3）不按照规定办理产权年度检查登记的；

（4）伪造、涂改、出卖或者出借国有资产产权登记表的。

（二）国有资产管理部门工作人员在办理产权登记中玩忽职守、徇私舞弊、滥用职权、谋取私利，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

## 复习思考题

1. 国有企业财产监督管理概念有哪些特征？

2. 对国有企业财产监督管理应遵循哪几项原则？

3. 国务院国有资产管理行政主管部门对企业国有资产监督管理的职责有哪些？

4. 国务院有关部门和国务院授权的全国性总公司有哪些监督职责？

5. 本章讲的监事会与公司法上讲的监事会有哪些不同？

6. 监事会有哪些职责？

7. 企业法人财产权的内容包括什么？

8. 监督机构的哪些行为应承担法律责任？

9. 监事会及监事应承担法律责任的行为有哪些？

10. 企业应承担法律责任的行为有哪些？

11. 国有资产产权界定的概念和原则是什么？

12. 国有资产包括哪些范围？

13. 全民所有制企业中的产权如何界定？

14. 集体所有制企业中的国有资产所有权如何界定？

15. 全民所有制单位之间的产权如何界定？

16. 国有资产产权纠纷如何处理？

17. 国有资产评估的对象和范围有哪些？

18. 国有资产评估机构应具备什么条件？

19. 国有资产评估有哪几种方法？

20. 国有资产评估的程序是什么？

21. 企业国有资产产权登记包括哪些范围？

22. 企业国有资产占有产权登记主要包括哪些内容？

23. 企业在什么样的情况下要进行变动产权登记？

24. 企业在什么样的情况下要进行注销产权登记？

25. 企业国有资产产权登记要经过哪些手续？

26. 企业违反国有资产产权登记规定应承担的法律责任有哪些？

# 第四章 外商投资企业法

## 第一节 外商投资企业法概述

### 一、外商投资企业的概念和特征

外商投资企业，是指外国投资者经中国政府批准，在中国境内投资举办的企业。外商投资企业有以下基本特征：

（一）外商投资企业是外商直接投资举办的企业。直接投资是指投资者将资金投入企业，并不同程度地参与企业的经营决策，通过企业盈利分配获取投资收益的投资方法。其相对于间接投资而言，具有更大的稳定性。

（二）外商投资企业是吸引外国私人投资举办的企业。私人投资是指以公司、企业和其他经济组织或者个人的名义进行的投资。它与政府的对外援助不同，具有民间经济技术合作的色彩。

（三）外商投资企业是依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，在中国境内设立的企业。按照我国的法律和行政法规规定，设立外商投资企业必须经中国政府批准，并在中国境内设立。外商投资企业设立后，必须遵守中国的法律；同时，也受中国法律的保护。

## 二、外商投资企业的种类

根据我国有关法律和行政法规规定，我国目前的外商投资企业主要有以下几种：

（一）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，设在中国境内的，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。这种形式按照中外投资者的出资比例来确定投资者的风险、责任和利润分配，各自的权利和义务十分明确，中外投资者多数愿意采取这种形式。这种形式较多地应用于投资多、技术性强、合作时间长的项目。

（二）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，设在中国境内的，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，中方投资者可以无形资产等要素作为合作的条件，解决了我国企业投资资金缺乏的问题；允许外方投资者先行回收投资，对外国投资者有较大的吸引力；在合作期满后，企业全部资产无偿归中方所有。

（三）外资企业

外资企业亦称外商独资经营企业。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，设在中国境内的，全部资本由外国投资者投资的企业。但其不包括外国公司、企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构。这一形式的股权完全属于外国投资者，因而外国投资者愿意采用更加先进的技术和设备，带进一些通过合资形式也难以引进的技术，在国家不投入大量配套资金的情况下，可以扩大就业，增加税收。

（四）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（简称外国股东）同中国的公司、企业或者其他经济组织（简称中国股东），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。随着我国股份制试点工作的开展，这一形式将是中国未来选择前景较好的一种外资利用形式。

## 三、外商投资企业的权利和义务

（一）外商投资企业的权利

外商投资企业享有的权利主要表现在：

1. 生产经营计划权。外商投资企业有权在批准的合同范围内，自行制定企业的生产经营计划，但须报企业主管部门备案。

2. 资金筹措使用权。外商投资企业可以向中国境内的

金融机构借款，也可以在中国境外借款，并有权依照规定支配使用企业自有资金。

3. 物资采购权。外商投资企业所需的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具等，其有权自行决定在中国购买或者向国外购买。

4. 产品销售权。中国政府鼓励外商投资企业向国际市场销售产品，对于其在中国市场销售产品的，外商投资企业应按规定的销售条件或销售比例进行。

5. 外汇收入使用权。外商投资企业有权按照法律规定使用外汇收入。外国投资者对依照法律规定和合同约定分配的利润、其他合法收入以及企业终止时分得的资金可以依法汇往国外。企业的外籍职工的工资收入和其他合法收入，依法缴纳个人所得税后，可以汇往国外。

6. 劳动用工管理权。外商投资企业在遵守中国的法律和行政法规规定的前提下享有劳动用工管理自主权，有权决定职工的雇用和解雇、工资形式、工资标准、福利、劳动保险和奖惩措施等，但应向当地劳动管理部门备案。

7. 机构设置和人员编制权。外商投资企业可以根据企业生产经营需要，自行确定企业内部机构的设立、调整和撤销，决定企业的人员编制。

（二）外商投资企业的义务

外商投资企业在享有上述权利的同时，也必须承担以下义务：

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。

## 四、外商投资企业的出资方式、比例及期限

（一）外商投资企业的出资方式

根据我国的法律和行政法规规定，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，不能以人民币缴付出资。外方投资者用外币缴付出资，应当按照缴款当日中国人民银行公布的挂牌汇率（中间价）折算成人民币或者套算成约定的外币。中方投资者用人民币缴付出资，如需折合成外币，应当按照缴款当日中国人民银行公布的挂牌汇率（中间价）折算。

2．实物出资。实物出资一般是以机器设备、原材料、零部件、建筑物、厂房等作为投资。在实践中，外方投资者一般以机器设备和其他物料投资，中方投资者一般以现有厂房、建筑物、辅助设备等投资。中外投资者以实物出资需要作价时，其作价由中外投资各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请中外投资各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、租赁的设备或者其他财产，以及用自己以外的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，还应经中方投资者的企业主管部门审查同意，再报审查批准机关批准。此外，依照我国有关法律的规定，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) 为合营企业生产所必不可少；(2) 中国不能生产，或虽能生产，但价格过高或在技术性能和供应时间上不能保证需要；(3) 价格不得高于同类机器设备或其他物料当时的国际市场价格。

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费用相同。

4. 工业产权、专有技术出资。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：(1) 能生产中国急需的新产品或出口适销产品；(2) 能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率；(3) 能显著节约原材料、燃料、动力。与此同时，中外投资者出资的工业产权或专有技术，必须是自己所有并且未设立任何担保物权的工业产权、专有技术，仅通过许可证协议方式取得的技术使用权，不得用来出资。凡是以工业产权、专有技术作价出资的，出资者应当出具拥有所有权和处置权的有效证明，并

提交该工业产权或专有技术的有关资料，包括专利证书或商标注册证书的复制件、有效状况及其技术特征、实用价值、作价的计算依据、签订的作价协议等有关文件，作为合营合同的附件。

与实物出资相同，以工业产权、专有技术作为出资的，其作价由中外投资各方按照公平合理的原则协商确定，或聘请中外投资各方同意的第三者评定。外方投资者作为出资的工业产权、专有技术，应经中方投资者的企业主管部门审查同意，报审批机构批准。

5. 其他财产权利出资。《中外合作经营企业法》规定，中外合作者除了可以用以上资产作为出资或者合作条件外，还可以其他财产权利出资或作为合作条件。根据我国《民法通则》及其他有关法律、法规的规定，其他财产权利主要包括：全民所有制企业的经营权、国有自然资源的使用经营权、公民或集体组织的承包经营权、公司股份或其他形式的权益等。

（二）外商投资企业的出资比例

外商投资企业的出资比例关系到企业的经营管理权控制在谁手中，一般是出资比例越大，经营管理控制权也越大，同时也涉及到国家允许外资参与本国经济的程度。因此，许多国家对外国投资者的出资比例都加以限制。

我国外商投资企业法对外国投资者的出资比例也作出了明确的规定。如：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，外国合作者的

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，由对外贸易经济合作部规定。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注册资本的25%。

（三）外商投资企业的出资期限

根据我国法律和行政法规的规定，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。外商投资企业投资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，视同违约方放弃在合同中的一切权利，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申请批准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。如果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。

为了加强外商投资企业出资的管理，在国家工商行政管理局、对外贸易经济合作部 1994 年 11 月 3 日发布的《关于进一步加强外商投资企业审批和登记管理有关问题的通知》中，对外商投资企业出资期限又作出如下规定：

1. 外商投资企业投资者分期出资的总期限为：(1) 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 1 年内，应将资本全部缴齐；(2) 注册资本在 50 万美元以上、100 万美元以下（含 100 万美元）的，自营业执照核发之日起 1 年半内，应将资本全部缴齐；(3) 注册资本在 100 万美元以上、300 万美元以下（含 300 万美元）的，自营业执照核发之日起 2 年内，应将资本全部缴齐；(4) 注册资本在 300 万美元以上、1000 万美元以下（含 1000 万美元）的，自营业执照核发之日起 3 年内，应将资本全部缴齐；(5) 注册资本在 1000 万美元以上的，出资期限由审批机关根据实际情况审定。

2. 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。

为了进一步加强外商投资企业（含收购国内企业资产或

股权设立的外商投资企业）出资管理，1997 年 9 月 29 日，经国务院批准，对外贸易经济合作部、国家工商行政管理局又联合发布了《〈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外国投资者，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，应报原审批机构批准，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（包括相对控股）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。

3．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。

## 五、我国对外商投资企业的法律保护

我国对外商投资企业的法律保护，集中体现在我国外商

投资企业的法律法规中。根据《中华人民共和国宪法》有关保护外商投资企业的规定，我国相继颁布了一系列有关调整外商投资企业关系的法律、法规及规章，其主要包括：《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》、《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》、《中华人民共和国中外合作经营企业法实施细则》、《中华人民共和国外资企业法实施细则》、《国务院关于鼓励外商投资的规定》、《中外合资经营企业合资各方出资的若干规定》、《指导外商投资方向暂行规定》、《外商投资产业指导目录》、《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》、《关于外商投资举办投资性公司的暂行规定》等。

此外，我国颁布的《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国劳动法》、《中华人民共和国企业法人登记管理条例》等法律、法规规章也是规范和保护外商投资企业的重要法律组成部分。

为了保护外商投资企业的合法权益，我国有关外商投资企业法规定，国家对中外合资经营企业和外资企业不实行国有化征收。但在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对中外合资经营企业和外资企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。

## 第二节　中外合资经营企业法

1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过，1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议修改的《中华人民共和国中外合资经营企业法》（以下简称《中外合资经营企业法》）及其实施条例，是中外合资经营企业（以下简称合营企业）的主要法律依据。

### 一、中外合资经营企业的特点

合营企业的特点，主要体现在以下几个方面：

（一）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。

（二）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。共同投资是指中外合营者都要有投资，并且各方出资折成一定的出资比例，其中，外方合营者的出资比例一般不低于合营企业注册资本的25%，否则，便不享受合营企业的待遇。

（三）合营企业的组织形式为有限责任公司，董事会为最高权力机关。

（四）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、中外合资经营企业法的基本原则

中外合资经营企业法体现了以下三项基本原则：

（一）维护国家主权原则。这是中外合资经营企业法最基本的原则，其主要表现在：（1）企业的成立需经中国政府审批机关审查批准，并须向中国工商行政管理部门登记注册、领取营业执照后，方能开始营业；（2）企业的一切活动必须遵守中华人民共和国的法律和行政法规的规定；（3）企业的购销活动要在中国国家有关部门的指导和监督下进行，生产经营计划应报当地主管部门备案。

（二）平等互利原则。这是中外合资经营企业法处理合营企业内部经济关系的基本原则，也是建立合营企业的基础。其主要表现在：（1）企业的出资比例由合营双方协商，合营一方向第三者转让出资须经合营各方同意；（2）合营各方以实物或者工业产权、专有技术出资时，其价格由合营各方公平协商，或者聘请合营各方同意的第三者评定；（3）董事长和副董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生。董事会处理重大问题时，根据平等互利原则协商解决；（4）企业的合营期限由合营各方根据法律规定共同商定。企业发生亏损不能继续经营时，经合营各方协商同意方可提前终止合同；（5）合营各方发生纠纷，先由董事会协商解决。如董事会解决不了的，可经合营各方协商，共同决定在中国仲裁机构仲裁，或者在第三国仲裁。

（三）遵循国际惯例原则。举办合营企业，是我国对外经济合作的行为，因此，必须遵循国际惯例。其主要表现

在：(1) 企业最高权力机构采取国际上惯用的董事会制度；(2) 对外国合营者给予一定的优惠待遇；(3) 对设立分支机构及仲裁等事项，采用国际上的惯用做法。

## 三、设立中外合资经营企业的法律程序

(一) 设立合营企业的审批机关

根据《中外合资经营企业法》等规定，设立合营企业的审批机关是中华人民共和国对外贸易经济合作部。国家规定的限额以上、限制投资和涉及配额、许可证管理的外商投资企业的设立由对外贸易经济合作部负责核准。当拟设立的合营企业的投资总额在国务院规定的限额之内，中国合营者的资金已经落实，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，可由对外贸易经济合作部委托的各省、自治区、直辖市人民政府及国务院有关行政机关审批，报对外贸易经济合作部备案。

(二) 设立合营企业的法律程序

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，设立合营企业一般要经过以下 4 个步骤：

1. 由中方合营者向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告。该项目建议书和初步可行性研究报告，经企业主管部门审查同意并转报审批机关批准后，合营各方才能进行以可行性研究为中心的各项工作。

2. 由中方合营者呈报项目可行性研究报告，经审批机

关批准后，合营各方可商签设立企业的合同、章程等法律文件草本。

3. 由中方合营者向审批机关呈报设立合营企业的有关文件。审批机关在收到全部文件之日起3个月内决定批准或者不批准。合营企业经批准后由审批机关发给批准证书。须经对外贸易经济合作部审批批准的，由其发给批准证书；对外贸易经济合作部委托有关的省级人民政府或国务院有关部门审批批准的，应当报对外贸易经济合作部备案，并由对外贸易经济合作部发给批准证书。中方合营者呈报设立合营企业的有关文件主要有：(1) 设立合营企业的申请书；(2) 合营各方共同编制的可行性研究报告；(3) 由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同、章程；(4) 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；(5) 中国合营者的企业主管部门和合营企业所在地的省级人民政府对设立合营企业签署的意见。

4. 合营企业应当自收到批准证书后1个月内按照《中华人民共和国企业法人登记管理条例》的规定，向合营企业所在地的省、自治区、直辖市工商行政管理部门办理企业法人登记手续，领取营业执照，开始营业。

## 四、中外合资经营企业的注册资本与投资总额

### (一) 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。依照我国有关法律、法规的规定，合营企业的注册资本

应当符合下列要求：

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%，这是外国合营者认缴出资的最低限额。对其最高限法律没有明确规定。

2. 合营企业在合营期限内，不得减少其注册资本。对合营企业在合营期限内增加注册资本，法律没有禁止。但是，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，同时还要对合营企业章程作必要的修改。合营企业增加注册资本，还应当报经原审批机关核准，并办理变更注册资本登记手续。

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，即：以生产经营为主的公司人民币50万元；以商品批发为主的公司人民币50万元；以商业零售为主的公司人民币30万元；科技开发、咨询、服务性公司人民币10万元。

（二）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。为了正确处理这二者之间的关系，1987年3月1日经国务院批准国家工商行政管理局发布了《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》，明确了合营企业注册资本与投资总额的比例，其主要内容是：

（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300万美元以上至1000万（含1000万）美元的，注册资本至少应占投资总额的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2/5，其中投资总额在1250万美元以下的，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3600万美元以下的，注册资本不得低于1200万美元。合营企业如遇特殊情况不能执行此规定的，由对外贸易经济合作部会同国家工商行政管理局批准。

## 五、中外合资经营企业的组织机构

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，合营企业的组织机构是董事会和经营管理机构，或者说是董事会领导下的总经理负责制。

（一）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，董事长及董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。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2/3以上董事提议，可以召开临时会议。董事会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，但涉及到合营企业章程修改、终止、解散、注册资本增加或转让、与其他经济组织合并等事项时，必须经全体出席董事会会议的董事一致通过。

（二）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。经营管理机构设总经理一人，副总经理若干人，其他高级管理人员若干人。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；行使董事会授予的其他职权。

## 六、中外合资经营企业的经营管理

合营企业的经营管理主要包括以下内容：

（一）生产经营管理

合营企业在其合同规定和批准登记的经营范围内，享有生产经营自主权。由于合营企业涉及到在中国境内消耗物资和销售产品问题，因此，《中外合资经营企业法》及其实施条例对合营企业的采购和销售作出了明确的规定。

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购买或者向国外购买。但在同等条件下，应当优先在中国境内购买。

2．销售产品。国家鼓励合营企业向国际市场销售产品。对于合营企业生产的我国急需的或者我国需要进口的产品，可以在中国国内市场销售。

（二）财务会计管理

合营企业应当建立健全财务会计管理机构，执行国家统一的财务会计制度，根据中国有关的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，并报当地财政、税务机关备案。合营企业应向合营各方、当地税务机关、主管财政机关、企业主管部门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（以物料、场地使用权、工业产权、专有技术作为出资的，应当包括合营各方签字同意的财产估价单及其协议文件）；（2）合营企业的年度会计报表；（3）合营企业清算的会计报表。

（三）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。劳动合同的内容一般包括：合营企业职工的雇佣、解

雇和辞退；生产和工作任务；工资和奖惩；工作时间和假期；劳动保险和生活福利；劳动保护；劳动纪律等事项。劳动合同签订后，须经省级人民政府劳动管理部门批准。

## 七、中外合资经营企业的出资额的转让

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。

（一）合营企业出资额的转让条件

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，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，必然涉及到合营他方的利益。为了保护合营其他各方的合法权益，出资额的转让必须经合营各方同意。

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。出资额转让生效后，合营企业的主体发生了变更，有时会影响到企业法律性质的变化。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构批准，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。即合营一方向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。

（二）合营企业出资额的转让程序

合营企业出资额的转让，一般分四个步骤：

1．申请出资额转让。当合营一方提出转让出资额要求时，合营他方应认真研究其是否正当、合法。如确实必须转让的，合营他方应作出明确表示，告知同意转让。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，应及时通知对方寻找第三者。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全体董事参加的董事会会议通过；（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．报告审批机构批准。合营企业出资额转让经董事会审查后，应报原审批机构批准。报批时应报送以下文件：（1）转让出资额的申请书；（2）转让出资额的协议书；（3）原合营企业合同、章程修正本；（4）受让者资信情况表及营业执照副本；（5）受让者委托的董事名单；（6）受让者主管部门签署的意见。审批机构受理后，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构批准后，合营企业应向原登记管理机构办理变更登记手续。

## 八、中外合资经营企业的期限、终止和清算

（一）合营企业的期限

合营企业的期限，是指合营各方根据中国的法律、行政法规的规定和合营企业的经营目标的期望，在合同中对合营企业存续期间的规定。《中外合资经营企业法》规定：合营企业的合营期限，可以按不同行业、不同情况，约定合营期限。有的行业的合营企业，应当约定合营期限；有的行业的合营企业，可以约定合营期限，也可以不约定合营期限。根据这一规定，《中外合资经营企业法实施条例》和对外贸易经济合作部经国务院批准于1990年10月22日发布的《中外合资经营企业合营期限暂行规定》对合营企业的合营期限又作了如下具体规定：

1．举办合营企业，属于下列行业的，合营各方应当依照国家有关法律、行政法规的规定，在合营合同中约定合营企业的合营期限：(1) 服务性行业的，如饭店、公寓、写字楼、娱乐、饮食、出租汽车、彩扩、洗像、维修、咨询等；(2) 从事土地开发及经营房地产的；(3) 从事资源勘查开发的；(4) 国家规定限制投资项目的；(5) 国家其他法律、法规规定需要约定合营期限的。

合营企业的合营期限，一般项目原则上为10年至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的项目，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。

对于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，合营各方可以在合同中约定合营期限，也可以不约定合营期限。

2. 合营企业约定合营期限的，合营各方同意延长合营期限，应当在合营期限届满6个月前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当在收到申请之日起1个月内决定批准或者不批准。合营企业合营各方如一致同意将合营合同中约定的合营期限条款修改为不约定合营期限的协议，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日内决定批准或者不批准。

3. 由于《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》及其实施细则对合营企业规定的优惠条件，是以其经营期限为前提的，如税法规定，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年至第5年减半征收企业所得税。因此，合营各方在合营合同中不约定合营期限的合营企业，经税务机关批准，可以按照国家有关的税收规定享受减税、免税的优惠。如合营企业实际经营期限未达到国家有关税收优惠政策规定的年限，则应当依法补缴已减免的税款。

（二）中外合资经营企业的终止

根据《中外合资经营企业法》及其实施条例的规定，合营企业终止的原因主要有以下几项：

1. 合营期限届满。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，则合营企业终止。

2. 合营企业发生严重亏损，无力继续经营。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，则合营企业可以宣布终止。

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、章程所规定的其他终止原因已经出现。

上述几种情况，除第一种外，均应当由董事会决定，并提出终止申请书，报审批机构批准。

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。

（三）中外合资经营企业的清算

合营企业宣告终止时，应当进行清算。除企业破产清算应当按照有关法律规定的程序进行清算外，合营企业的清算由企业董事会提出清算的程序、原则和清算委员会人选，报经合营企业主管部门审查并进行监督。

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，制定清算方案；（3）履行企业偿债义务。清算委员会制定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者应诉。

## 第三节 中外合作经营企业法

1988年4月13日第七届全国人民代表大会第一次会议通过的《中华人民共和国中外合作经营企业法》（以下简称《中外合作经营企业法》）及其实施细则，是中外合作经营企业（以下简称合作企业）主要的法律依据。

### 一、中外合作经营企业的特点

（一）合作企业的特点

合作企业的特点，主要体现在以下几个方面：

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，包括投资或者提供合作条件、利润或者产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项，都在合作各方签订的合同中确定。

3. 合作企业的法人资格有可选择性。合作企业可以是依法取得中国法人资格的企业，也可以是不具备法人资格的企业。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，即委托中外合作者以外的他人经营管理。

（二）合作企业与合营企业特点的比较

合作企业与合营企业比较，有其不同的特点：

1．合营方式不同。合营企业属于股权式的合营，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。合营企业必须是依法取得中国法人资格的企业，为有限责任公司，以其拥有的全部财产承担有限责任；而合作企业可以是依法取得中国法人资格的企业，为有限责任公司，并以其投资或者提供的合作条件为限承担有限责任，也可以是不具备中国法人资格的企业，依照中国民事法律的有关规定承担民事责任。

3．投资回收方式不同。合营企业只有在依法终止时，外国合营者才能收回自己的资本，在合营企业存续期内，外国合营者是不能收回自己的资本的；而合作企业中的外国合作者在一定条件下可以先行回收投资。

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关；而合作企业的经营管理机构具有多样性，可以采取董事

会制，也可以采取联合管理委员会制，还可以采用委托管理制。

5. 利润分配方式不同。合营企业是在毛利润扣除所得税和按规定提取的基金后，将净利润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

（一）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。根据《中外合作经营企业法》的规定，国家鼓励举办的合作企业是：（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。

（二）设立合作企业的法律程序

设立合作企业的基本程序是：

1. 由中国合作者向审查批准机关报送有关文件。这些文件包括：（1）设立合作企业的项目建议书，并附送主管部门审查同意的文件；（2）合作各方共同编制的可行性研究报告，并附送主管部门审查同意的文件；（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。外国合作者是自然人

的，应当提供有关身份、履历和资信情况的有效证明文件；(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全或修正。

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，是指国家对外贸易经济合作部或者国务院授权的部门和地方人民政府。对外贸易经济合作部和国务院授权的部门批准设立的合作企业，由对外贸易经济合作部颁发批准证书；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对外贸易经济合作部备案。

## 三、中外合作经营企业的组织机构和经营管理

### (一) 合作企业的组织机构

合作企业设立董事会或者联合管理委员会作为合作企业的组织机构。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，按照合作企业章程的规定，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，副董事长、副主任由他方担任。董事或者委员的任期由合作企业章程规定，但是每届任期不得超过3年。董事或者委员任期届满，委派方继续委任的，可以连任。

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，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，并与被委托人签订委托经营管理合同。

（二）合作企业的经营管理

合作企业的经营管理活动，根据批准的合作企业合同、章程进行，其经营管理自主权不受干涉，并依法受到保护。

由于合作企业的经营管理与合营企业基本相同，在此不再赘述。

## 四、中外合作经营企业的合同和章程

（一）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。也就是说，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。因此，合作企业合同对于调整合作企业合作各方的关系，保障合作各方的投资效益具有重要意义。

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，合作企业合同一般包括以下主要条款：

1. 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）；

2. 合作企业的名称、住所、经营范围；

3. 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；

4. 合作各方投资或者提供的合作条件的转让；

5. 合作各方收益或者产品的分配，风险或者亏损的分担；

6. 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；

7. 采用的主要生产设备、生产技术及其来源；

8. 产品在中国境内销售和境外销售的安排；

9. 合作企业外汇收支安排；

10. 合作企业的期限、解散和清算；

11. 合作各方其他义务以及违反合同的责任；

12. 财务、会计、审计的处理原则；

13. 合作各方之间争议的处理；

14. 合作企业合同的修改程序。

（二）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。

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，合作企业的章程主要包括下列内容：

1. 合作企业名称及住所；

2. 合作企业的经营范围和合作期限；

3. 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（外国合作者是自然人的，其姓名、国籍和住所）；

4. 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；

5. 合作各方收益或者产品的分配，风险或者亏损的分担；

6. 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委员的任期，董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的职

责；

7. 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；

8. 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；

9. 合作企业财务、会计和审计制度；

10. 合作企业解散和清算办法；

11. 合作企业章程的修改程序。

## 五、外商先行回收投资的规定

（一）外商先行回收投资的方式

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，外国合作者在合作期限内可以申请按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。

（二）外商先行回收投资的法定条件

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，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。

## 六、中外合作经营企业的期限、终止和清算

### (一) 合作企业的期限

合作企业的期限由中外合作者协商确定，并在合作企业合同中明确。合作企业期限届满，合作各方协商同意要求延长合作期限的，应当在期限届满的180天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，延长的期限从期限届满后的第一天起计算。

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。但是，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。

### (二) 合作企业的终止

根据《中外合作经营企业法》及其实施细则的规定，合作企业终止的原因主要有以下几项：

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已经出现；

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。上述第3项所列情形下，不履行合作企业合同、章程规定的义务的中外合作者一方或者数方，应当对履行合同的他方因此遭受的损失承担赔偿责任。履行合同的一方或者数方有权向审查批准机关提出申请，解散合作企业。

（三）合作企业的清算

《中外合作经营企业法》第24条规定："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。"也就是说，合作企业的清算事宜，应依照国家有关法律、行政法规及合作企业合同、章程的规定办理。

## 第四节　外资企业法

1986年4月12日第六届全国人民代表大会第四次会议

通过的《中华人民共和国外资企业法》（以下简称《外资企业法》）及其实施细则，是外资企业的主要法律依据。

## 一、外资企业的特点

外资企业的特点主要表现在以下几个方面：

（一）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。外资企业必须遵守中国的法律、行政法规，不得损害中国社会的公共利益。同时，其受中国法律的管辖和保护。

（二）外资企业的全部资本由外国投资者投入。这也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。

（三）外资企业不包括外国企业和其他经济组织在中国境内的分支机构。外国企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构，一般属于外国企业的分公司，它们与其母公司共同核算，因此，它们不属于我国《外资企业法》的调整范围。

（四）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、设立外资企业的条件和法律程序

（一）设立外资企业的条件

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，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：

1. 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；

2. 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。

外国投资者在中国境内申请设立外资企业，如果能够满足上述一项条件的，中国政府将予以批准。

（二）设立外资企业的法律程序

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、审批和登记三个阶段。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：

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。收到报告的人民政府应自收到之日起30天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（对外贸易经济合作部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天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天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该企业成立日期。外资企业在企业成立之日起30天内向税务机关办理税务登记。

## 三、外资企业的组织机构和经营管理

（一）外资企业的组织形式

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，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中国法律和法规的规定。

（二）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的经营内容、经营规模、经营方式，本着精简、高效率、科学合理的原则自行设置，中国政府不加干涉。但是，按照国际惯例，设立外资企业的权力机构应遵循资本占有权同企业控制权相统一的原则，根据这一原则，外资企业的最高权力机构由资本持有者组成。

外资企业应根据其组织形式设立董事会。如果一个外资企业是由多个外国投资者出资建立的，则该企业所设立的董事会中董事的名额，一般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。董事长是企业的法人代表，须向中国政府申报备案。

（三）外资企业的经营管理

1．生产经营管理

外资企业在制定生产经营计划、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。但是，对外资企业在中国市场销售其产品，应当依照经批准的销售比例进行。如果外资企业超过批准的销售比例在中国市场销售其产品，须经审批机关批准。

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、行政法规签订劳动合同。劳动合同应明确雇佣、辞退、报酬、福利、劳动保护、劳动保险等事项。外资企业应负责职工的业务、技术培训，建立考核制度，使职工在生产、管理技能方面能够适应企业的生产与发展的需要。外资企业的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。

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。

## 四、外资企业的期限、终止和清算

（一）外资企业的期限

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，外资企业的

经营期限，根据不同行业和企业的具体情况，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，应当在距经营期满 180 天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 天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 天内，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

（二）外资企业的终止

根据《外资企业法》及其实施细则的规定，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、危害社会公共利益依法解散；

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 项、第 3 项、第 4 项所列情形，应当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。

（三）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。

## 第五节　中外合资股份有限公司的特别规定

### 一、中外合资股份有限公司的特征

中外合资股份有限公司（以下简称公司），是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人（简称外国股东）同中国的公司、企业或者其他经济组织（简称中国股东），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。根据1995年1月10日对外贸易经济合作部发布的《关于设立外商投资股份有限公司若干问题的暂行规定》的规定，公司具有以下特征：

（一）公司为外商投资企业的一种形式，适用我国法律和行政法规以及对外商投资企业的有关规定。

（二）公司的组织形式是股份有限公司。公司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。

（三）公司的注册资本最低限额为人民币3000万元。中外股东共同持有公司股份，其中外国股东购买并持有的股份应不低于公司注册资本的25%。

（四）公司的发起人至少有一个为外国股东。

## 二、中外合资股份有限公司的设立

（一）公司设立方式

公司设立可采取发起方式或者募集方式设立。

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的公司。我国《公司法》规定，设立股份有限公司的发起人应当在5人以上，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。以发起方式设立中外合资股份有限公司，除应符合《公司法》规定的发起人条件外，还必须至少有一个发起人为外国股东。

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，其余部分向社会公开募集而设立的公司。以募集方式设立的公司，除了应符合发起方式设立公司的发起人的条件外，还必须至少有一个发起人有募集股份前3年连续盈利的记录。如果该发起人为中国股东，应提供其近3年经过中国注册会计师审计的财务会计报告；如果该发起人为外国股东，应提供其外国股东居所所在地注册会计师审计的财务报告。

（二）公司设立程序

公司设立的具体程序是：

1. 发起人向其省、自治区、直辖市及计划单列市政府主管部门提交设立公司的申请书、可行性研究报告、资产评估报告等文件。设立公司的申请书主要包括以下内容：（1）发起人的名称、住所、法定代表人；（2）组建公司的名称、住所及宗旨；（3）公司设立方式、股本总额、类别、每股面值、发起人认购比例、股份募集范围和途径；（4）发起人的生产经营情况，包括近3年生产经营、资产与负债、利润等情况（限于以募集方式设立公司的发起人）；（5）公司的资金投向及经营范围；（6）提出申请的时间，发起人的法定代表签名并加盖发起人单位的公章；（7）其他需要说明的事项。

以募集方式设立的公司，申请人还须提交招股说明书。

2. 上述文件经省、自治区、直辖市及计划单列市政府主管部门审查同意后，由其转报省、自治区、直辖市及计划单列市政府对外经贸部门。上述文件经省、自治区、直辖市及计划单列市政府对外经贸部门核准后，发起人正式签定设立公司的协议、章程。发起人协议应包括以下主要内容：（1）发起人的名称、住所、法定代表人的姓名、国籍、住所、职务；（2）组建公司的名称、住所；（3）公司的宗旨、经营范围；（4）公司的设立方式、组织形式；（5）公司注册资本、股份总额、类别、发起人认购股份的数额、形式及期限；（6）发起人的权利和义务；（7）违约责任；（8）适用法律及争议的解决；（9）协议的生效与终止；（10）订立协议

的时间、地点、发起人签字；（11）其他需要载明的事项。

3．发起人签定设立公司的协议、章程，报省、自治区、直辖市及计划单列市政府对外经贸部门审查同意后，报对外贸易经济合作部审查批准。对外贸易经济合作部在45日内决定批准或不批准。

4．发起人设立公司的协议、章程经对外贸易经济合作部批准后，发起人应在30日内凭对外贸易经济合作部颁发的批准证书到银行开立专用账户，并在批准证书签发之日起90日内一次缴足其认购的股份。

5．向公司登记机关申请设立登记。以发起方式设立公司的，发起人按规定缴足其认购的股份后，应当在30日内召开创立大会选举董事会和监事会，由董事会在该创立大会结束之后30日内向公司登记机关报送设立公司的批准文件、公司章程、验资证明等文件，申请设立登记。以募集方式设立公司的，发行股份的股款缴足后，必须经法定的验资机构验资并出具证明，发起人应在30日内主持召开公司创立大会，并选举董事会、监事会，董事会应于创立大会结束后30日内，向公司登记机关报送设立公司的批准文件、公司章程、验资证明、创立大会的会议记录等文件，申请设立登记。公司登记机关自接到全部登记文件之日起30日内完成登记注册手续，并颁发营业执照。

## 三、中外合资股份有限公司的特别规定与《公司法》的衔接

中外合资股份有限公司虽然为外商投资企业的一种形

式，但也是公司的一种组织形式，属于股份有限公司的范畴。因此，必须正确处理好中外合资股份有限公司的特别规定与《公司法》的衔接关系。

（一）中外合资股份有限公司与《公司法》中股份有限公司的联系与区别

中外合资股份有限公司属于股份有限公司的范畴，因此，它必须遵守《公司法》关于股份有限公司的法律规定（详见本书第六章《公司法》部分）。但是，中外合资股份有限公司与《公司法》中的股份有限公司又有区别，主要表现在：

1. 适用法律方面。股份有限公司适用《公司法》的有关规定。而中外合资股份有限公司除了适用《公司法》的有关规定外，还必须适用国家法律、行政法规对于外商投资企业的有关规定。

2. 发起人的要求方面。《公司法》规定，设立股份有限公司的发起人应在5人以上，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于5人，但应当采取募集设立方式。而设立中外合资股份有限公司的发起人除应符合《公司法》规定的条件外，还必须是至少有一个发起人应为外国股东；如采取募集方式设立中外合资股份有限公司的，发起人除了符合上述条件外，还必须至少有一个发起人有募集股份前3年连续盈利的记录。该发起人为中国股东时，应提供其近3年经过中国注册会计师审计的财务会计报告。该发起人为外国股东时，应提供该外国股东居所所在地注册会计师审计的财务报

告。

3. 注册资本的要求方面。《公司法》规定，股份有限公司的注册资本的最低限额为人民币1000万元。最低限额需要高于1000万元的，由法律、行政法规另行规定。而设立中外合资股份有限公司的注册资本的最低限额为人民币3000万元。其中外国股东购买并持有的股份应不低于公司注册资本的25%。

（二）依照《公司法》设立的股份有限公司可以经申请批准转变为中外合资股份有限公司

1. 股份有限公司申请转变为中外合资股份有限公司的条件

股份有限公司申请转变为中外合资股份有限公司，应符合以下几项条件：（1）该股份有限公司是按照《公司法》规定经国家正式批准设立的。（2）该股份有限公司至少有一个发起人为外国股东。如果该股份有限公司是采取募集方式设立的，则发起人中至少有一个还应有募集股份前3年连续盈利的记录。（3）外国股东以可自由兑换的外币购买并持有该股份有限公司的股份占公司注册资本的25%以上。（4）股份有限公司的经营范围符合外商投资企业的产业政策。

2. 股份有限公司申请转变为中外合资股份有限公司应报送的文件

股份有限公司申请转变为中外合资股份有限公司，应区分不同的情形，向批准机关报送有关文件。

（1）股份有限公司通过向社会公开发行人民币特种股票

(B股)，申请转变为中外合资股份有限公司的，应报送如下文件：①股东大会对转变为中外合资股份有限公司的决议；②原股份有限公司的资产评估报告；③申请转变为中外合资股份有限公司的报告；④原股份有限公司章程的补充、修改协议；⑤证券管理部门批准公开发行人民币特种股票（B股）的文件。

(2) 股份有限公司通过增资扩股或转股发行外国股东持有的股份，申请转变为中外合资股份有限公司的，除报送上述第（1）种情形中第①、②、③、④项规定的文件外，还应报送股份有限公司与定向购股人的购股协议等其他必要的文件。

(3) 股份有限公司在境外发行境外上市外资股（包括但不限于H股和N股）并在境外上市申请转变为中外合资股份有限公司的，除报送上述第（1）种情形中第①、②、③、④项规定的文件外，还应报送如下文件：①证券管理部门批准境外上市的文件；②境外证券机构批准原股份有限公司股票上市的文件；③境外上市的原股份有限公司股票交易情况。

3. 股份有限公司申请转变为中外合资股份有限公司的程序。

股份有限公司申请转变为中外合资股份有限公司的，应首先向对外贸易经济合作部提出申请并报送有关文件，经对外贸易经济合作部审核批准后，原股份有限公司应持批准证书和公司的募股证明向工商行政管理机关办理变更登记手续。

## 复习思考题

1. 外商投资企业有哪些基本特征？

2. 外商投资企业有哪几种类型？

3. 外商投资企业有哪些权利和义务？

4. 外商投资企业中外投资者通过哪些方式认缴出资？

5. 中外投资者以现金出资应当符合哪些规定？

6. 中外投资者以实物出资应当符合哪些规定？

7. 中外投资者以工业产权、专有技术出资应当符合哪些规定？

8. 外商投资企业法对外国投资者的出资比例有哪些具体规定？

9. 外商投资企业法对外商投资企业的出资期限有哪些具体规定？

10. 中外合资经营企业有哪些特点？

11. 中外合资经营企业法的基本原则是什么？

12. 设立中外合资经营企业应有哪些法律程序？

13. 什么是中外合资经营企业的注册资本？中外合资经营企业的注册资本应当符合哪些要求？

14. 什么是中外合资经营企业的投资总额？中外合资经营企业的投资总额与注册资本之间应当符合什么样的比例关系？

15. 中外合资经营企业的组织机构是如何设置的？

16. 中外合资经营企业的经营管理包括哪些主要内容？

17. 中外合资经营企业出资额的转让应当具备哪些条件？

18. 中外合资经营企业出资额的转让一般应有哪些程序？

19.《中外合资经营企业法》对合营企业的合营期限有哪些具体规定？

20. 中外合资经营企业终止的原因有哪些？

21. 中外合资经营企业清算委员会的任务有哪些？

22. 中外合作经营企业有哪些特点？

23. 中外合资经营企业与中外合作经营企业有哪些主要区别？

24. 设立中外合作经营企业应有哪些法律程序？

25. 中外合作经营企业的组织机构是如何设置的？

26. 什么是中外合作经营企业的合同？中外合作经营企业的合同包括哪些主要内容？

27. 中外合作经营企业外商可通过哪几种方式先行回收投资？

28. 中外合作经营企业外商先行回收投资应当符合哪些法定条件？

29.《中外合作经营企业法》对合作企业的合作期限、终止和清算有哪些规定？

30. 外资企业有哪些特点？

31. 设立外资企业应当有哪些法律程序？

32.《外资企业法》对外资企业的期限、终止和清算有哪些规定？

33. 中外合资股份有限公司有哪些基本特征？

34. 设立中外合资股份有限公司应当有哪些法律程序？

35. 中外合资股份有限公司与《公司法》中股份有限公司有何联系和区别？

36. 依照《公司法》设立的股份有限公司如何转变为中外合资股份有限公司？

# 第五章　外资金融机构管理制度

## 第一节　外资金融机构概述

### 一、外资金融机构的概念

外资金融机构是指依照中华人民共和国有关法律法规的规定，经批准在中国境内设立和营业的具有外国资本的金融机构。一般来讲，金融机构包括银行金融机构和非银行金融机构。在我国银行金融机构包括中央银行即中国人民银行和各商业银行，如中国工商银行、交通银行等。非银行金融机构包括保险公司（如中国人民保险公司）、信用合作社（如城市信用合作社）、信托投资公司和财务公司等。而我国《外资金融机构管理条例》中所讲的外资金融机构仅指具有外国资本的银行和财务公司，具体包括5种形式：

（一）外资银行，即总行在中国境内的外国资本的银行。

（二）外国银行分行，即外国银行在中国境内的分行。

（三）中外合资银行，即外国的金融机构同中国的金融机构在中国境内合资经营的银行。

（四）外资财务公司，即总公司在中国境内的外国资本的财务公司。

（五）中外合资财务公司，即外国的金融机构同中国的金融机构在中国境内合资经营的财务公司。

这里讲的银行是指商业性银行；财务公司是指由中外金融机构合资经营，或是外国财务公司在中国开设的公司。根据我国《外资金融机构管理条例》的规定，属于外资金融机构的财务公司是指两种，一是外资财务公司，二是指由中外双方金融机构共同出资经营的财务公司。

在国外，财务公司主要是指商业银行的附属机构，这种机构资本额较少，存款额较低，在存款期限上有一定的限制。在我国，商业银行可成立信托投资公司。财务公司是指企业集团财务公司。企业集团财务公司是一种非银行金融机构，只办理企业集团内部成员单位资金融通业务，主要业务种类有存款、贷款、投资、信托、融资租赁、房地产贷款和投资、票据贴现和证券业务等。

## 二、外资金融机构的法律地位

外资金融机构是个集合概念，是外资银行、中外合资银行、外资财务公司、中外合资财务公司和外国银行分行的总称。其中，外资银行、中外合资银行、外资财务公司、中外合资财务公司是中国的金融性企业法人组织；外国银行分行是非法人金融企业组织。

外资金融机构必须遵守中国的法律、法规，依法享有一定的权利和义务，其正当经营活动和合法权益受中国法律保护。外资金融机构从事活动不得损害中华人民共和国的社会公共利益。外资金融机构应接受中国人民银行的管理和监

督。

## 第二节　外资金融机构的设立与登记

### 一、外资金融机构的设立条件

外资金融机构因性质和形式不同，其设立条件也不一样。

（一）外资金融机构的设立人。外资金融机构的设立人必须是金融机构。这种可以设置外资金融机构的金融机构在法律性质上必须是法人金融组织。这与一般的设立金融机构的设立人要求是不一样的。在一般情况下，对金融机构的设立人并无特别要求，只是要求设立人应具有能准确、公正、有效执行银行业务所必要的知识及经验，要有充分的社会信誉。我国《关于审批金融机构设置或撤并管理的暂行规定》中在规定金融机构的设置条件时，只规定了设置要求，即确属经济发展需要，并具有相当业务量，符合各金融部门专业分工的要求；要符合经济核算原则；能取得较好的经济效益，并没有规定对设立人的要求。在中国人民银行《关于审批金融机构若干问题的通知》中，规定了设置金融机构必须拥有合格的金融业务管理人员，也没有规定对设立人的具体要求。

外资金融机构的外方设立人必须是在中国境内已经设立了代表机构，其中设立外资银行、外资财务公司或外国银行分行的，其设立人必须是在中国境内已经设立代表机构 2 年

以上。设立合资银行或合资财务公司的外国合资者，在中国应已经设立了代表机构，但没有时间要求。

（二）资本要求。设置企业都有资本要求。外资金融机构因性质和形式不同，其资本要求也不一样。

设立外资银行、合资银行的最低注册资本为与3亿元人民币等值的自由兑换货币。其实收资本不低于其注册资本的50%。

设立外资财务公司、合资财务公司的最低注册资本为与2亿元人民币等值的自由兑换货币。其实收资本不低于其注册资本的50%。

设立分行应由其总行无偿拨给不少于与1亿元人民币等值的自由兑换货币的营运资金。

在资本要求上，对外资金融机构的规定，与我国公司法以及一般企业法人的要求是不一样的。根据我国《公司法》及有关企业登记管理法规的规定，公司及其他企业的注册资本与实缴资本应一致，而外资银行、外资财务公司和合资银行、合资财务公司的实收资本只要达到注册资本的50%时即成立。

（三）资信要求。按照我国《外资金融机构管理条例》的规定，设立外资银行或外资财务公司的申请人提出申请前1年的年末总资产不得少于100亿美元。设立外国分行的申请者提出设立申请前1年的年末总资产不得少于200亿美元。设立合资银行或合资财务公司的外国合营者提出申请前1年的年末总资产不少于100亿美元。

（四）环境要求。在我国设立外资金融机构的设立者或

外国合营者所在的国家或者地区，应有完善的金融监督管理制度。

（五）其他条件。这里所说的其他条件是指设立企业所必须具备的一般性条件，如要有章程、名称、组织机构、营业场所等。

## 二、外资金融机构的登记

（一）设立外资金融机构，应先向中国人民银行提出书面申请，并提交有关材料。

1．设立外资银行或者外资财务公司应提交的材料为：

（1）设立外资银行或者外资财务公司的申请书。其内容包括：拟设外资银行或者外资财务公司的名称，注册资本和实收资本额，申请经营的业务种类等；

（2）可行性研究报告；

（3）拟设外资银行或者外资财务公司的章程；

（4）申请者所在国家或者地区的有关主管当局核发的营业执照（副本）；

（5）申请者最近3年的年报；

（6）中国人民银行要求的其他资料。

2．设立外国银行分行应提交的材料为：

（1）法定代表人签署的申请书。其内容包括：拟设外国银行分行的名称，总行无偿拨给的营运资金数额，申请经营的业务种类等；

（2）申请者所在国家或者地区的有关主管当局核发的营业执照（副本）；

(3) 申请者最近3年的年报;

(4) 中国人民银行要求提供的其他资料。

3. 设立合资银行或者合资财务公司应提交的材料与设立外资银行所要提交的材料相同。设置外资金融机构的书面申请及有关资料,除年报外,凡用外文书写的,应当附有中文译本。

(二) 报经中国人民银行审批。

凡设置外资金融机构都必须报经中国人民银行审批。申请者将申请书及规定的材料提交中国人民银行后,中国人民银行对设立外资金融机构的申请应进行审查,初步同意后,即发给申请者正式申请表。申请者自提出设立申请之日起满90日未接到正式申请表的,其设立申请即为不予受理。申请者接到正式申请表的,应自接到之日起60日内将填好的申请表报中国人民银行审批。申请者在向中国人民银行报送申请表时,应同时报送以下四种文件:

1. 拟设外资金融机构主要负责人名单及简历;

2. 对拟任该外资金融机构主要负责人的授权书;

3. 设立外国银行分行的,其总行对该分行承担税务、债务的责任担保书;

4. 中国人民银行要求提供的其他文件。

(三) 办理登记。

外资金融机构自接到中国人民银行批准文件之日起30日内,应当筹足其实收资本或者营运资本,并调入中国境内。调入的资金应经中国注册会计师验证后,依法向工商行政管理机关办理登记。

外资金融机构在依法办理工商登记，领取企业法人营业执照或营业执照之日起，30日内到税务机关办理税务登记。

外资金融机构应自中国人民银行审查批准之日起30日内，向国家外汇管理局领取《经营外汇业务许可证》。

## 第三节　外资金融机构的业务范围

### 一、外资银行、外国银行分行、合资银行的业务范围

银行的业务范围比较广，包括存款、贷款、个人储蓄、票据贴现、外汇、结算、信托、投资、金融租赁、代募证券的经营等。但具体到某一个银行可经营哪些业务，则应以中国人民银行的批准为准。根据我国《外资金融机构管理条例》的规定，在我国的外资银行、外国银行分行、合资银行可以经营的业务种类为：（1）外汇存款；（2）外汇放款；（3）外汇票据贴现；（4）经批准的外汇投资；（5）外汇汇款；（6）外汇担保；（7）进出口结算；（8）自营和代客户买卖外汇；（9）代理外币及外汇票据兑换；（10）代理外币信用卡付款；（11）保管及保管箱业务；（12）资信调查和咨询；（13）经批准的本币业务和其他外币业务。1996年12月，国务院批准外资金融机构在我国上海浦东经营人民币业务的试点，批准了8家外资银行可以从事人民币的存款、结算、担保、国债及金融债券投资业务。

### 二、外资财务公司、合资财务公司的业务范围

外资财务公司、合资财务公司的业务范围应以中国人民

银行批准的业务范围为准。根据我国《外资金融机构管理条例》的规定，外资财务公司、合资财务公司可以经营的业务范围为：（1）每笔不少于10万美元，期限不少于3个月的外汇存款；（2）外汇放款；（3）外汇票据贴现；（4）经批准的外汇投资；（5）外汇担保；（6）自营和代客户买卖外汇；（7）资信调查和咨询；（8）外汇信托；（9）经批准的本币业务和其他外币业务。

## 三、《外资金融机构管理条例》对外汇存款、外汇汇款和进出口结算的界定

（一）外汇存款是指以外币表示的下列存款：

1. 中国境内、境外同业存款；
2. 中国境外非同业存款；
3. 中国境内外国人的存款；
4. 华侨和香港、澳门、台湾同胞的存款；
5. 外商投资企业存款；
6. 外资金融机构对非外商投资企业放款的转存款；
7. 经批准的其他外汇存款。

（二）外汇汇款是指境外汇入汇款和境内外商投资企业、外国人、华侨以及香港、澳门、台湾同胞的汇出汇款。

（三）进出口结算，是指外资银行、外国银行分行、合资银行办理的外商投资企业的进出口结算和经批准的非外商投资企业的出口结算以及放款项下的进口结算。

## 第四节　对外资金融机构的监督管理

### 一、对外资金融机构的资本及有关经营活动的监督管理

（一）资产结构管理方面

外资金融机构应确保其资产的流动性。具体管理应按中国人民银行的规定执行。外资银行、合资银行、外资财务公司、合资财务公司的固定资产不得超过其实收资本加储备金之和的30%，但是经中国人民银行批准投资于金融机构的除外。

外国银行分行的营运资金的30%，应当以中国人民银行指定的生息资产形式存在，如在中国人民银行指定的银行的存款等。

（二）资本保全方面

外资银行、合资银行、外资财务公司、合资财务公司的实收资本低于注册资本的，必须每年从其税后利润中提取25%予以补充，直至其实收资本加储备金之和等于其注册资本。

（三）利率方面

外资金融机构的存款、放款利率及各种手续费率，由外资金融机构按照中国人民银行的有关规定执行。

（四）经营规模方面

外资银行、合资银行、外资财务公司、合资财务公司的总资产不得超过其实收资本加储备金之和的20倍，除经中

国人民银行特许的外，其对一个企业及其关联企业的放款，不得超过其实收资本加储备金之和的30%。

（五）存款贷款管理方面

外资金融机构经营存款业务，应当向所在地区的中国人民银行分支机构缴存存款准备金，其比率由中国人民银行制定，并根据需要进行调整。存款准备金不计利息。外资金融机构从中国境内吸收的存款不得超过其总资产的40%。外资金融机构应按规定计提呆账（坏账）准备金。

## 二、对外资金融机构实施监督管理的机构及其权限

（一）政府监督管理

对外资金融机构实施监督管理的政府机构为中国人民银行和国家工商行政管理局。

除前面谈到的外资金融机构在设置时必须经中国人民银行批准外，外资金融机构还应接受中国人民银行的日常监督管理。外资金融机构应当按规定向中国人民银行及其有关分支机构报送财务报表和有关资料，中国人民银行及其有关分支机构有权检查、稽核外资金融机构的经营管理和财务状况。

外资金融机构发生下列情况时，应报经中国人民银行批准，并依法向工商行政管理机关办理有关登记：（1）设立分支机构；（2）调整、转让注册资本，追加、减少营运资金；（3）变更机构名称或者营业场所；（4）更换高层管理人员。

（二）社会监督

社会监督主要是指社会审计监督。外资金融机构应当聘

用中国注册会计师，并经所在地区的中国人民银行分行认可。

## 第五节　外资金融机构的解散与清算

### 一、外资金融机构的解散

外资金融机构的解散有两种情况：由外资金融机构自行终止业务活动的，应在距终止业务活动30日前以书面形式向中国人民银行提出申请，经中国人民银行批准后予以解散并进行清算；外资金融机构无力清偿到期债务的，由中国人民银行责令其停业整顿，超过整顿期限，仍未恢复偿付能力的，应进行解散，并进行清算。

### 二、外资金融机构的清算

外资金融机构因解散、依法被撤销或者宣告破产而终止时，应当进行清算。其清算的具体事宜，按照中国有关法律、法规的规定办理。与外资金融机构清算有关的中国法律法规主要有《中华人民共和国中外合资经营企业法》及实施条例，《中华人民共和国外资企业法》及实施细则，《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国民事诉讼法》等法律、法规。这些法律、法规，对我国的中外合资经营企业、外资企业、外国公司在中国的分公司的终止清算事宜分别作出了规定。

## 第六节 法律责任

外资金融机构必须遵守中国的法律法规，如有违反，则将承担相应的法律责任。我国《外资金融机构管理条例》中对外资金融机构的法律责任规定，采用了两种形式，一是具体规定了外资金融机构违反了本条例所应承担的法律责任；二是规定外资金融机构违反了中国的其他法律、法规的，由有关主管机关依法处理。有关违反《外资金融机构管理条例》的处理规定如下：

（一）外资金融机构违反《外资金融机构管理条例》有关设立与登记的规定，未经批准擅自设立外资金融机构的，由中国人民银行予以取缔，没收其非法所得，并可以处5万元至10万元人民币等值外汇的罚款。

（二）外资金融机构违反《外资金融机构管理条例》有关业务范围的规定，超越批准的业务范围从事经营的，由中国人民银行或其有关分支机构责令其停止超越部分的经营活动，没收其超越部分的非法所得，并处1万元至5万元人民币等值外汇的罚款。

（三）外资金融机构违反《外资金融机构管理条例》有关监督管理规定从事经营的，中国人民银行或其有关分行有权责令其纠正、调整业务或者补足有关资金，并可处以5000元至3万元人民币等值外汇的罚款。

（四）外资金融机构违反《外资金融机构管理条例》有

关监督管理规定，未按期报送财务报表和有关资料的，由中国人民银行或其分支机构予以警告、通报、责令限期补报，并可以处3000至2万元人民币等值外汇的罚款。

外资金融机构违反《外资金融机构管理条例》，除予以上述处罚外，情节严重的，中国人民银行可以责令其停业直至吊销其营业许可证。

## 复习思考题

1. 本章所讲的外资金融机构包括哪几种形式？
2. 设立外资金融机构应具备哪些条件？
3. 设立外资金融机构应经过哪几道程序？
4. 外资金融机构有哪些业务范围？
5. 对外资金融机构进行监督管理包括哪些方面的内容？
6. 外资金融机构在何种情况下可以解散？
7. 外资金融机构违反《外资金融机构管理条例》应承担哪些法律责任？

# 第六章 公 司 法

## 第一节 公司与公司法概述

### 一、公司的概念和种类

（一）公司的概念

公司是依照公司法组建并登记的以营利为目的的企业法人。因各个国家公司法对设立公司的要求不同，公司的法律概念也不尽相同。

传统的公司法规定，公司须由两个以上的投资者组成，因此传统的观念认为，公司是由两个以上的投资者组成的法人实体。直到现在，多数国家的公司法仍然是要求公司须由两个以上的投资者组成，但也有一些国家允许单一投资者公司的存在。因此，强调公司须由两个以上的投资者组成的概念，也很难概括全面。不管怎么说，凡是公司，都必须是依照公司法的要求设立，都必须在法定机关登记注册，都应当是以营利为目的，都是要从事经营活动的。

我国《公司法》第2条规定："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。"这一条规定只是强调了公司必须是在中国境内依照《公司法》

设立，而且是仅指有限责任公司和股份有限公司。这并未直接对公司下定义。但从《公司法》中对有限责任公司和股份有限公司的设立要求看，强调了设立公司须由两个以上的投资人组成，有限责任公司为2人以上50人以下，股份有限公司为5人以上。我国《公司法》中又规定了国有独资公司的内容，即又是允许一人公司的存在。在我国大量的全民所有制企业存在的情况下，允许国有独资公司的存在，并明确其法律地位，这是十分必要的。

公司具有如下特征：

1. 公司必须是依照《公司法》的规定设立的社会经济组织。评判一个企业是不是公司，不能光看其名称，而要看它是不是依照《公司法》的规定设立的。要看它是不是符合《公司法》规定的设立条件，是不是按照《公司法》的要求建立自己的组织机构，从事经营活动。如果一个企业不是按照《公司法》的规定设立的，也不符合《公司法》规定的各项要求，即使它的名称上冠有公司字样，也不能认定其为公司。由于我国过去很长时间内一直没有《公司法》，1993年12月29日公布的《公司法》，到1994年7月1日起才实行。在此之前成立的公司，虽然都不是按照《公司法》的规定设立的，但是只要完全具备了《公司法》规定的条件的，也应看作是依照《公司法》设立的。

这里讲公司必须是依照《公司法》的规定设立，并不排斥设立公司还须依照国家其他的法律法规的规定。设立公司，除了要依照《公司法》的规定外，国家其他法律法规有特别规定的，也应遵守。如《公司法》第18条中规定："外

商投资的有限责任公司适用本法，有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的，适用其规定。”又如，《公司法》第8条中规定：“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续。”为了吸引外资，学习外国的先进技术和管理经验，国家对中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业实行一些特殊政策，国家有关法律对这些企业有专门的规定。这些专门规定，在《公司法》中可能没有，也可能有。但两者规定若不一致，这时则应适用专门的规定。国家对一些特殊的行业、企业的设立，规定须经专门部门批准，那么设立这些行业的公司即使各项条件和手续都符合《公司法》的要求，在登记前也必须先按规定报经审批。

2. 公司必须是以营利为目的的法人团体。社会上的法人团体中，有的是以营利为目的的，有的则不以营利为目的。以营利为目的是公司的重要特征之一。所谓以营利为目的，是指公司从事生产、经营或提供劳务都是为了获取利润。就是说，公司的一切生产经营活动都是为了营利。我国《公司法》第5条明确规定：“公司在国家宏观调控下，按照市场需求自主组织生产经营，以提高经济效益、劳动生产率和实现资产保值增值为目的。”公司既是以营利为目的，在其活动中则可以利大大干，利小小干，无利不干。还有一类法人团体，它们在其活动中，有的虽然也要获取利润，但却不是以营利为目的。如医院的设立，是以救死扶伤为目的。它们在其活动过程中，虽然也收费，但目的不是为了获利。既然不是以营利为目的，在其活动中则不能利大大干，利小

小干，无利不干。这类法人团体就不能成为公司。

3. 公司必须是企业法人。企业是指从事商品生产、商品流通和提供服务性活动的经济组织。企业的形态，在法律上可分为两种，一种是法人企业，一种是非法人企业。所谓法人企业是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。其基本要求是，必须是依法成立，必须要有必要的财产或者经费，要有自己的名称、组织机构和场所，能够独立承担民事责任。非法人企业与法人企业最大的区别在于它不独立承担民事责任。我国《公司法》中明确规定："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。""有限责任公司和股份有限公司是企业法人。"

4. 公司的所有权归股东共同所有。公司的利润通常是按照股东拥有的资本价值或数额的比例分配给股东。一旦公司终止并进行清算股东有权分得公司出卖全部资产并偿还所有债务之后剩下的资产净值。如果公司由于不能清偿到期债务依法宣布破产，股东的责任仅以认购的资本股份数额为限，股东没有责任偿还超额债务。

5. 公司最终由股东共同控制。公司设有董事会，负责制定公司政策，任命公司高级管理人员，董事会通常由股东集体投票产生。

（二）公司的种类

公司组织形式的分类，从公司对外活动的信用基础看，分为人合公司，资合公司；从控股程度看，分为母公司和子公司；按控股主体分，有公营公司和私营公司；按公司注册

地分，有本国公司、外国公司和跨国公司。在法律上，是从股东的责任角度，将公司分为有限责任公司、股份有限公司、无限责任公司和两合公司4种。我国《公司法》规定的公司只包括有限责任公司和股份有限公司两种。

1. 有限责任公司。有限责任公司是指由两个以上股东共同出资，每个股东以其认缴的出资额对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的企业法人。

有限责任公司有如下特征：(1) 有限责任公司是资合公司，股东是以其认缴的出资额对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任；(2) 有限责任公司实行资本金制度，但公司股本不分成均等股份，股东仅就其出资额为限对公司负责；(3) 有限责任公司的股东数，既有最低限也有最高限，我国为2人以上，50人以下。国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司；(4) 有限责任公司不能公开募股，不能发行股票；(5) 股东的出资，不能随意转让。如需转让，应经股东会或董事会讨论通过；(6) 财务不必公开，但应当按公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。

2. 股份有限公司。股份有限公司是指全部资本由等额股份构成并通过发行股票筹集资本，股东以其所认购股份对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。

股份有限公司有如下特征：(1) 资本划分为等额股份。在股份有限公司中，资本是指全体股东出资的总和，以一定的金额表示。设立公司必须有资本，任何类型的公司都不能

例外。股份有限公司将资本总额划分为若干等额的股份，每股金额与股份数的乘积即是资本总额。而在其他类型的公司中则不是这样。如在有限责任公司中，虽然也有股本一说，但公司资本并不划分成相等的份额。(2) 通过发行股票筹集资本。设立公司必须筹集资本。股份有限公司采取公开向社会发行股票的方式来筹集资本，这就为股份公司筹集资金开辟了广阔的渠道。而这种筹资方式对无限公司和有限责任公司都是不允许的。(3) 股东人数不限。对有限责任公司的股东数大多数国家是将其限制在一定范围之内，如日本限制在2人至50人，美国限制在50人以下，我国规定最多为50人。而对股份有限公司来说，股东数是不受限制的，可以在一定范围内无限大，这样便于吸引更多的人向公司投资。我国对股份有限公司的股东人数有最低限制，即一般情况下，至少有5人为发起人，就是说，即使是在一股也发售不出去的情况下，公司的股东人数也应有5人。但国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于5人。(4) 股票可以自由转让。这个特征有两层含义：①股票可以转让，即投资者可以随便易人，随便更换，这对投资者来说是十分自由的。②股票可以自由转让，即只要转让者和接受者愿意，其价格随意，可高可低。这既可以使投资者在转让中获利，也可以使投资者在转让中赔本。这一特点使股份有限公司在投资者心目中具有极大的吸引力。而对无限公司和有限责任公司来说，在转让股份方面一般都有限制。(5) 财务公开。公司的财务状况是公司经营活动的综合反映。在激烈的竞争中，各公司的财务状况一般都是要保密的（对于经营状况好的企业

来说，公开其财务状况也可起到吸引合作者的作用）。而在股份有限公司，由于它是公开向社会发股筹资的，股东人数多，因此各国法律都要求股份公司应将其财务公开。我国《公司法》明确规定，股份有限公司编制的年度资产负债表等会计报表，应在股东大会年会召开20日前备置于公司住所，供股东查阅。这样就有利于保证持股人、债权人的利益。

3．无限责任公司。无限责任公司是由无限责任股东组成的公司。股东除对公司负有一定的出资义务外，还须对公司债权人负担直接的无限责任，而且各股东之间又是连带负责的。

4．两合公司。两合公司是由负无限责任的股东与负有限责任的股东两种成员组成的公司。在这类公司中，无限责任股东除负有一定的出资义务外，还须对公司债权人承担直接无限责任。而有限责任股东，除有一定的出资义务外，只以其对公司的出资额为限度对公司债权人负直接责任。

在上述四种公司中，无限责任公司和两合公司目前在各国逐渐减少，而有限责任公司和股份有限公司目前是世界各国主要的企业组织形式。

## 二、公司法的概念和特征

### （一）公司法的概念

公司法是规定公司的设立、组织与活动的法。公司法这一概念有广义和狭义之分。广义的公司法是指国家关于公司的设立、组织与活动的各种法律、法规和规章的总称。狭义

的公司法是指关于公司的设立、组织与活动的单个法律。在我国，1993年12月29日以前所称的公司法应是指广义的公司法概念，在1993年12月29日《中华人民共和国公司法》出台以后，公司法的概念应是既指单个的《中华人民共和国公司法》，也包括《中华人民共和国公司法》和与其相关的关于公司的设立、组织与活动的其他法律法规和规章。

（二）公司法的特征

1. 公司法是一种组织法。公司法规定公司的设立条件、设立程序、公司的组织机构以及公司组织的变更、消灭的条件和程序。通过这些规定，着重调整投资人与公司的关系，公司与其内部成员的关系，公司领导成员的权利义务关系以及公司在设立、变更和消灭过程中与其他人和有关单位的关系，体现出组织法的特征。

2. 公司法是一种行为法。公司法是一部规定公司的行为活动的法律。公司作为一种企业组织形式，是要开展生产经营活动的。公司法对其生产经营活动的基本方面作出了规定，如规定企业股票的发行和交易、债券的发行和转让，规定公司的财务会计事项、利润分配等。但对公司具体的生产经营活动，如买卖活动、租赁、加工承揽等则不作规定，这方面的内容留待有关市场规则方面的法律法规去规定。

3. 公司法是一种强制性规范较多的法律。公司是现代企业制度的主要形式，是市场经济主体中的主体，它的行为后果，对整个社会的秩序影响较大。作为规定公司的设立及行为准则的公司法，应对此作出强制性的规范。在我国《公司法》中，强制性的规范较多。

## 三、公司的设立与公司登记管理

（一）设立公司的原则

1. 设立公司必须有明确的出资人和出资额。设立公司是一种法律行为，必须严格依法进行。出资人是设立公司活动的主体。出资人在公司的设立活动中享有一定的权利，并承担一定的义务。出资人又是公司的所有者，按其投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者的权利，因此是公司命运的决定者。我国《公司法》第8条规定："设立有限责任公司、股份有限公司，必须符合本法规定的条件。"我国《公司法》中规定的设立公司的条件很多，其中一项是对出资人的规定。如出资人的法定人数、姓名或名称、出资人的权利和义务等。这些条件是设立公司的诸项条件中最重要的条件，是必须遵守的。

出资额即注册资本额。公司是要从事生产经营活动的，其资本额是公司从事生产经营活动的基本要素。资本额不仅关系到公司的经营规模，而且还涉及到民事责任的承担。我国《公司法》中对设立公司的出资额作出了一系列的规定，如最低限额、出资方式、出资鉴定等。

2. 设立公司必须制订公司章程。公司章程是关于公司组织及其活动的基本规章。公司章程一经批准，即成为具有法律约束力的文件，对公司、股东、董事、监事、经理等都具有约束力。我国《公司法》第11条明确规定："设立公司必须依照本法制定公司章程。"《公司法》对公司章程应载明的事项及制定修改办法都作出了规定。在设立公司的活动

中，制定公司章程并提交给有关部门，这既是要取得国家有关部门的认可和保护，也是向社会公众宣传自己，以利于其他公众加入本公司的活动。

我国《公司法》还明确规定，公司的章程中必须明确公司的经营范围。《公司法》第 11 条规定："公司的经营范围由公司章程规定，并依法登记。公司的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应当依法经过批准。""公司应当在登记的经营范围内从事经营活动。公司依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记，可以变更其经营范围。"规定公司的经营范围，就是明确公司的经营事项，这些事项一经登记，公司即取得了经营这些事项的资格。这对公司来说具有两方面的意义，一方面，意味着公司取得了经营某些事项的权利，这种权利受法律的认可和保护；另一方面，则意味着公司只能在登记的经营范围内从事活动，登记的经营范围之外的事情不能从事。否则，须经过法律程序，依法办理变更登记。

3．设立公司必须选定公司的名称和住所。

(1) 公司的名称。公司的名称是公司的标志。设立公司必须选定公司名称，其主要有两个方面的意义：一是标明公司的法律性质，如名称中冠有有限责任公司或股份有限公司字样，其公司的法律性质就标明出来，既方便有关管理部门管理，也方便社会公众对本公司的认识。二是有利于保障公司的合法权益，公司的名称一经确定，该公司对这一名称即享有独占权，他人不得再使用这一名称。公司可以使用自己的名称同他人打交道，名称代表了本公司的声誉，如果他人

使用了本公司的名称，则是一种侵权行为，公司可以请求有关部门予以保护。

根据我国《公司法》和我国《工商企业名称登记管理暂行规定》的规定，设立公司在选定名称时，应遵守如下要求：①依照《公司法》设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明有限责任公司字样，设立股份有限公司的，必须在公司名称中标明股份有限公司字样。②一个公司只能选用一个名称。因有特殊原因，经工商行政管理机关核准使用两个名称的，其资金不得重复登记。③不得选用下列名称：对国家、社会或者公共利益有损害的名称；外国国家（地区）名称；国际组织名称；以外国文字或汉语拼音字母组成的名称；以数字组成的名称。④公司申请登记时，名称前应冠以企业所在地的市名或县名。有的还可以在名称前冠以省名或自治区名。凡冠以市名或县名的，由各该市、县工商行政管理局核准；凡冠以省名、自治区名而不冠市名、县名的，由该省、自治区工商行政管理局核定。⑤除全国性公司外，都不得使用“中国”、“中华”等字样的名称。凡使用“中国”、“中华”等字样为企业名称的，由国家工商行政管理局核准。

（2）公司的住所。公司的住所为公司办事机构所在地。由于公司的办事机构可能分散在不同的地方，因此有必要确定一个办事机构所在地为住所。我国《公司法》规定：“公司以其主要办事机构所在地为住所。”主要办事机构由公司在申请登记时确定。确定公司住所主要有两个方面的意义：①确定了诉讼管辖地，有利于国家诉讼管理。我国《民事诉讼法》规定：“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。”有关合同纠纷、侵权行为的诉讼也可以由被告住所地人民法院管辖。如果不确定公司的住所，就会给诉讼管辖带来困难，这既不利于国家司法管理，也不利于对公司和其他关系人权益的保护。②确定了向公司送达文件的法定地址。外界同公司的联系均以其住所为准。特别是人民法院送达有关法律文书时，均送到公司的住所。确定了公司的住所之后，外界同公司的联系就有了明确的通讯地址，方便外界同公司的交往，既有利于公司业务活动的及时开展，也有利于公司和其他关系人的权益的及时保护。

4. 设立公司必须办理法定登记、审批手续。设立公司必须依法办理登记、审批手续。登记是国家为赋予公司法人资格而进行的一种行政行为。只有在国家法定机关登记后，公司才算正式成立，公司才具有法人资格，公司的权利才能受到国家的保护。我国《公司法》第八条规定：“设立有限责任公司、股份有限公司，必须符合本法规定的条件。符合本法规定的条件的，登记为有限责任公司或者股份有限公司；不符合本法规定的条件的，不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”“法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，在公司登记前依法办理审批手续。”就是说，凡是要成立公司的，都必须依照《公司法》和有关法律、法规的规定进行登记，在一般情况下不须经过审批。只有在特殊情况下，即国家法律、行政法规对设立公司规定必须报经审批的，才要办理审批手续。我国《公司法》对有限责任公司和股份有限公司的登记、审批事项作出了具体的规定。

（二）公司的登记管理

前面我们已经谈到，依法办理法定登记手续是设立公司的一项基本要求。根据我国《公司法》和《公司登记管理条例》的规定，公司的设立、变更或终止都必须依照规定办理登记手续。

1. 登记的管辖。在我国，工商行政管理机关是公司登记机关。国家工商行政管理局主管全国的公司登记工作。

我国的公司登记实行国家、省（自治区、直辖市）、县（市）三级管辖制度。(1) 属于国家工商行政管理局直接负责登记的公司为：①国务院授权部门批准设立的股份有限公司；②国务院授权投资的公司；③国务院授权投资的机构或者部门单独投资或者共同投资设立的有限责任公司；④外商投资的有限责任公司；⑤依照法律的规定或者按照国务院的规定，应当由国家工商行政管理局登记的其他公司。(2) 属于省、自治区、直辖市工商行政管理局负责登记的公司为：①省、自治区、直辖市人民政府批准设立的股份有限公司；②省、自治区、直辖市人民政府授权投资的公司；③国务院授权投资的机构或者部门与其他出资人共同投资设立的有限责任公司；④省、自治区、直辖市人民政府授权投资的机构或者部门单独或者共同投资设立的有限责任公司；⑤国家工商行政管理局委托登记的公司。(3) 市、县工商行政管理局负责本地区内的前面所列公司以外的其他公司的登记。

2. 登记事项。公司登记事项包括八项：名称、住所、法定代表人、注册资本、企业类型、经营范围、营业期限、有限责任公司或者股份有限公司发起人的姓名或者名称。公司的登记事项都应当符合国家法律、行政法规的规定，凡有

不符合法律、行政法规规定的，公司登记机关不予登记。

3. 设立登记。设立登记是将公司的主要事项依法呈报公司登记机关审核，并依法领取《企业法人营业执照》的行为。公司只有完成设立登记手续后，才能取得企业法人资格，才能从事生产经营活动。

(1) 办理设立登记必须先申请名称预先核准。即在正式申请办理公司设立之前，应先将拟设立公司的名称依照规定向公司登记机关提出申请，待取得公司登记机关发给的《企业名称预先通知书》后，方可正式办理公司的报批或设立登记申请事项。设立有限责任公司的，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准；设立股份有限公司的，由全体发起人指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。

申请名称预先核准应提交下列文件：①有限责任公司的全体股东或者股份有限公司的全体发起人签署的公司名称预先核准申请书；②股东或者发起人的法人资格证明或者自然人的身份证明；③公司登记机关要求提交的其他文件。

(2) 申请设立登记。设立有限责任公司的，应由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。设立国有独资公司的，应由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作为申请人，申请设立登记。法律、行政法规规定设立有限责任公司必须报经审批的，应当自审批之日起 90 日内向公司登记机关申请设立登记；逾期申请设立登记的，申请人应当报审批机关确认原批准文件的效力或者另行报批。申请设立有限责任公司，应提交十项文件：①公

司董事长签署的设立登记申请书；②全体股东指定代表或者共同委托代理人的证明；③公司章程；④具有法定资格的验资机构出具的验资证明；⑤股东的法人资格证明或者自然人身份证明；⑥载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明；⑦公司法定代表人任职文件和身份证明；⑧企业名称预先核准通知书；⑨公司住所证明；⑩法律、行政法规规定设立有限责任公司必须报经审批的，应提交有关的批准文件。

设立股份有限公司的，应由董事会于创立大会结束后30日内向公司登记机关申请设立登记。申请设立股份有限公司，应提交11项文件：①公司董事长签署的设立登记申请书；②国务院授权部门或者省、自治区、直辖市人民政府的批准文件。募集设立的股份有限公司还应提交国务院证券管理部门的批准文件；③创立大会的会议记录；④公司章程；⑤筹办公司的财务审计报告；⑥具有法定资格的验资机构出具的验资证明；⑦发起人的法人资格证明或者自然人身份证明；⑧载明公司董事、监事、经理姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明；⑨公司法定代表人任职文件和身份证明；⑩企业名称预先核准通知书；⑪公司住所证明。

4．变更登记。

(1) 公司的变更是指构成公司的基本要素的变化。一般说来，公司设立登记时已登记的事项发生变化，都应办理变更登记手续。如公司的名称、住所、法定代表人、注册资本、经营范围、类型、股东等发生变化以及公司因合并或分

立而存续时应当到公司登记机关办理变更登记。但公司的董事、监事、经理发生变动的，只向原公司登记机关备案即可。公司章程修改未涉及登记事项的，也应将修改后的公司章程或者公司章程修正案送原公司登记机关备案。公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请变更登记。未经核准变更登记，公司不得擅自改变登记事项。

(2) 公司申请变更登记，应向公司登记机关提交三项文件：①公司法定代表人签署的变更登记申请书；②依照《公司法》作出的变更决议或者决定；③公司登记机关要求提交的其他文件。公司变更登记事项涉及修改公司章程的，应当提交修改后的公司章程或者公司章程修正案。

(3) 公司变更有关事项，应严格按照《公司登记管理条例》的要求进行。如公司变更名称、住所、经营范围、股东(有限责任公司)等事项时，应在作出变更决议或者决定之日起30日内申请变更登记。公司变更注册资本的应提交具有法定资格的验资机构出具的验资证明。公司增加注册资本的，应当自股款缴足之日起30日内申请变更登记，股份有限公司增加注册资本的，还应提交国务院授权部门或省、自治区、直辖市人民政府的批准文件，以募集方式增加注册资本的，还应提交国务院证券管理部门的批准文件。公司减少注册资本的，应自减少注册资本决议或者决定作出之日起90日内申请变更登记，并应提交公司在报纸上登载其减少注册资本公告至少3次的有关证明和公司债务清偿或者债务担保情况的说明。公司合并、分立的，应当自合并、分立决议或者决定作出之日起90日后申请登记，提交合并协议和

合并、分立决议或者决定以及公司在报纸上登载公司合并、分立公告至少三次的证明和债务清偿或者债务担保情况的说明。股份有限公司合并、分立的，还应提交国务院授权部门或者省、自治区、直辖市人民政府的批准文件。

5. 注销登记。

(1) 公司终止时，公司清算组织应当自公司清算结束之日起30日内依法向原办理设立登记的工商行政管理机关办理注销登记。注销登记是公司终止的法律标志。

(2) 公司申请注销登记，应提交五项文件：①公司清算组织负责人签署的注销登记申请书；②法院破产裁定、公司依照《公司法》作出的决议或者决定、行政机关责令关闭的文件；③股东会或者有关机关确认的清算报告；④《企业法人营业执照》；⑤法律、行政法规规定应当提交的其他文件。

6. 分公司登记。

(1) 分公司是指公司在其住所以外设立的从事经营活动的机构。分公司不具有企业法人资格。公司设立分公司的，应当向分公司所在地的市、县登记机关申请登记。核准登记的，领取《营业执照》。分公司登记事项发生变更的，应办理变更登记。公司撤销分公司的，应当办理注销登记。

(2) 分公司的登记事项只包括名称、营业场所、负责人和经营范围4项。其中，名称应当符合国家的有关规定，经营范围不得超出总公司的经营范围。设立分公司应当向公司登记机关提交四项文件：①公司法定代表人签署的设立分公司的登记申请书；②公司章程以及由公司登记机关加盖印章的《企业法人营业执照》复印件；③营业场所使用证明；④

公司登记机关要求提交的其他文件。

7. 登记程序。

(1) 登记。申请人向公司登记机关提交公司登记申请后，凡是提交的文件符合《公司登记管理条例》规定的，公司登记机关应发给《公司登记受理通知书》，并在该通知书发出后30日内作出核准登记或不给予登记的决定。公司登记机关核准登记的，应当自核准之日起15日内通知申请人，发给、换发或者收缴《企业法人营业执照》或者《营业执照》。公司登记机关不予登记的，应自作出决定之日起15日内通知申请人，发给《公司登记驳回通知书》。

(2) 记载、公开。公司被核准登记后，公司登记机关将核准登记的公司登记事项记载于公司登记簿上，供社会公众查阅、复制。

股份有限公司应当在其设立、变更、注销登记被核准后的30日内发布设立、变更、注销登记公告，并应当自公告发布之日起30日内将发布的公告报送公司登记机关备案。公司发布的公告的内容应与核准登记的内容一致，不一致的，公司登记机关有权要求公司更正。吊销《企业法人营业执照》和《营业执照》的公告由公司登记机关发布。

(3) 费用。公司办理设立登记、变更登记，应当按照规定向公司登记机关缴纳登记费。领取《企业法人营业执照》的，设立登记费按注册资本总额的1‰缴纳；注册资本超过1000万元的，超过部分按0.5‰缴纳；注册资本超过1亿元的，超过部分不再缴纳。领取《营业执照》的，设立登记费为300元。变更登记事项的，变更登记费为100元。另外，

到公司登记机关查阅、复制公司登记事项的，也应按规定交纳查阅、复制费。

8. 年度检验。年度检验是我国公司登记管理制度中的一项重要内容。年度检验既是公司登记机关的义务，也是被检验公司的义务。年度检验于每年的1月1日至4月30日进行。登记主管机关应在规定的时间内，对企业上一年度的情况进行检查。企业应在每年的3月15日前向登记主管机关报送年检材料。

企业申报年检须提交下列文件：

(1) 年检报告书。

(2) 营业执照副本。

(3) 企业法人年度资产负债表和损益表。

(4) 其他应当提交的材料。

非法人分支机构，除提交第(1)、第(2)项所列文件外，还应当提交所属法人营业执照复印件。营业执照复印件应当加盖登记主管机关的公章。

公司和外商投资企业应当提交年度审计报告。

不足一个会计年度新设立的企业法人和按照章程或合同规定出资期限到期的外商投资企业，应当提交验资报告。

登记主管机关要求进行验资的其他企业，也应当提交验资报告。

企业年度审计报告、验资报告由经工商行政管理机关登记注册的会计师事务所或审计事务所出具。外商投资企业年度审计报告、验资报告由中国境内会计师事务所或审计事务所出具。

审计报告应当附会计师事务所、审计事务所的营业执照复印件。

登记主管机关在审查期间，根据情况可以要求企业提交补充材料和有关文件，也可以要求企业法定代表人和有关人员说明情况。

企业年检的主要内容包括：

(1) 企业登记事项执行和变动情况。

(2) 股东或者出资人的出资或提供合作条件的情况。

(3) 企业对外投资情况。

(4) 企业设立分支机构情况。

(5) 企业生产经营情况。

登记主管机关进行年检时，审查的内容主要包括：

(1) 企业使用的名称与核准的企业名称是否一致；

(2) 企业的主要办事机构所在地与登记主管机关核准的住所是否一致；

(3) 企业在法定代表人的变更决议或者决定作出后，是否按照规定办理变更登记；

(4) 公司的实收资本与注册资本是否一致；

(5) 非公司企业法人出资人是否按照规定缴纳出资；

(6) 外商投资企业是否按照章程或合同规定的期限缴清出资；

(7) 企业法人设立后，发起人、股东和出资人是否有抽逃出资的行为；

(8) 企业类型或者经济性质发生变化，企业是否按照规定办理变更登记；

(9) 企业是否按照核准的经营范围从事经营活动;

(10) 企业营业执照的营业期限或者经营期限是否到期;

(11) 有限责任公司股东或者股份有限公司发起人是否发生变化;

(12) 企业有无伪造、涂改、出租、出借、转让营业执照的行为;

(13) 企业成立后是否超过6个月未开业或者自行停业连续6个月以上;

(14) 其他需要审查的事项。

登记主管机关对有下列情形之一的,不予通过年检:

(1) 企业实收资本未达到法律、行政法规规定的最低限额的;

(2) 企业实收资本虽然达到法律、行政法规规定的最低限额,但与注册资本相差悬殊的;

(3) 有其他严重违法、违规行为的。

登记主管机关对不予通过年检的企业,依法吊销营业执照。

登记主管机关将通过年检的企业,分为A级和B级两种类别:A级为遵守工商行政管理法规情况良好的;B级为有违反工商行政管理法规行为的。

登记主管机关对通过年检的企业,签署通过年检的意见。在其营业执照上加贴带有A、B标记的年检标识和加盖年检戳记后,企业取得继续经营的资格。B级企业不得办理增设分支机构和增加经营范围的变更登记,不得投资设立有限责任公司或股份有限公司。

企业未参加年检的，不得继续从事经营活动。登记主管机关对年检截止日期前未参加年检的企业法人进行公告。自公告发布之日起，30日内仍未申报年检的，吊销营业执照。

企业在年检中隐瞒真实情况、弄虚作假，以及有其他违反登记管理规定的行为，将给予罚款、吊销营业执照等处罚。

9. 证照和档案管理。

(1) 证照管理。证照是指《企业法人营业执照》和《营业执照》。这两种执照有正本和副本之分。正本和副本具有同等的法律效力。这两种执照的正本和副本的样式以及公司登记的有关重要文书格式或者表式，由国家工商行政管理局统一制定。

《企业法人营业执照》或《营业执照》是国家发给的一种法律证件，也是证明公司身份的招牌。公司应按照规定妥善保管好。根据规定，公司或者分公司应将《企业法人营业执照》正本或《营业执照》正本置于本公司住所或者分公司营业场所的醒目位置，以便于来者看清。任何单位和个人不得伪造、涂改、出租、出借、转让。如有遗失或者毁坏的，公司应当在公司登记机关指定的报刊上声明作废，申请补领。公司登记机关对需要认定的营业执照，可以临时扣留，但扣留期限不得超过 10 天。

(2) 档案管理。这里说的档案是指公司报送的有关登记的材料。这些材料应妥善保管好，在供人借阅、抄录、携带、复制时，应当按照规定的权限和程序办理。任何单位和

个人不得修改、涂抹、标注、损毁公司登记档案资料。

## 四、公司的内部管理体制

公司的内部管理体制在我国《公司法》中有明确具体的规定。作为一般原则规定，主要有两个方面：

（一）公司实行权责分明、管理科学、激励和约束相结合的内部管理体制

所谓权责分明、管理科学、激励和约束相结合的内部管理体制，是指权力、经营和监督“三权分立”而又“三权结合”的内部管理体制，即在公司内设立股东会或股东大会、董事会或执行董事和监事会或监事。这三套机构各自独立，各自权责分明，同时又互相制约，充分体现出公司内部管理体制的科学性。

1. 股东会或股东大会。股东会或股东大会是公司的权力机关，在有限责任公司为股东会，在股份有限公司为股东大会。公司的一切重大事项均由股东会或股东大会决定。关于股东会或股东大会的职权，依照我国《公司法》的规定，其主要职权有：（1）决定公司的经营方针和投资计划；（2）选举和更换公司董事和监事；（3）审议批准公司的年度财务预算方案和决算方案；（4）审议批准公司的利润分配方案或弥补亏损方案；（5）决定公司的合并、分立、解散和结算等事项；（6）决定公司注册资本的增加或减少以及公司债券的发行，修改公司章程，等等。

2. 董事会或执行董事。董事会或执行董事是公司的经营管理机构。公司一般都应设置董事会，但在有限责任公司

中，股东人数较少和规模较小的，可只设一名执行董事。公司的股东只就公司的重大事项作出决策，并不直接参加公司的经营管理工作，而是由股东自己选出自己信得过的人组成董事会来对公司的经营活动进行管理。董事会或执行董事由股东会或股东大会选举产生，并对股东会或股东大会负责。关于董事会或执行董事的职权，我国《公司法》中作有详细的规定，其主要职权有：(1) 决定公司的经营计划和投资方案；(2) 决定公司的内部管理机构设置，聘任或解聘公司经理等公司高级管理干部；(3) 制定公司的基本管理制度，执行股东会的决议，等等。

3. 监事会或监事。监事会或监事是公司的监督机构。公司一般应设监事会，股东较少和规模较小的有限责任公司，可以只设1—2名监事。监事会由股东和公司的职工代表组成。关于监事会的职权，我国《公司法》中作有详细规定，其主要职权有：(1) 检查公司财务；(2) 对公司的董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；(3) 提议召开临时股东会，等等。

上述三套机构中，股东会或股东大会是负责重大决策的，董事会或执行董事、监事会或监事都由它产生，并对它负责。董事会或执行董事负责经营，监事会负责监督，两者互相制约。应该说，公司内的这样一套管理机制是十分科学、十分合理的。

(二) 职工代表大会和其他民主管理形式

这种管理制度，只适用于国有独资公司和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。这一条规定，充分体现了我国公有制经济的特色。

## 五、公司的基本权利和义务

我国《公司法》对公司的权利和义务，作了十分全面的规定，这在每个章节中都有体现。

（一）公司的基本权利

1. 民事权利。公司享有由股东投资形成的全部法人财产权，依法享有民事权利。民事权利，即民法赋予民事主体的权利。主要包括三点内容：一是享有民事权利的主体，可以依法为一定行为或不为一定行为；二是享有民事权利的主体可以依法要求负有民事义务的一方为一定行为或不为一定行为；三是在上述两种权利受到侵犯时，受侵犯人可以要求国家有关机关予以保护。公司作为独立的民事主体，完全享有上述权利。

2. 自主经营权。公司以其全部法人财产，依法自主经营，自负盈亏。公司在国家宏观调控下，有权依法按照市场需求自主组织生产经营活动，他人不得干涉。

3. 投资权。公司可以向其他有限责任公司、股份有限公司投资。但这种投资，除国务院规定的投资公司和控股公司外，所累计投资额不得超过本公司净资产的50%，在投资后，接受被投资公司以利润转增的资本，其增加额不包括在内。

4. 分支机构设置权。公司可以设立分公司和子公司。分公司不具有企业法人资格，其民事责任由公司承担。子公

司具有企业法人资格，依法独立承担民事责任。

公司的上述合法权益受法律保护，不受侵犯。

（二）公司的基本义务

1. 承担民事责任。公司是独立的企业法人，有自己独立的财产，公司以其全部资产对公司的债务和其他民事纠纷承担民事责任。民事责任是指民事主体违反民事义务所应承担的法律后果，它以民事义务的存在为前提。民事责任，主要是财产责任。公司在民事活动中，不依法履行义务，则应承担民事责任，如赔偿损失、支付违约金等等。

2. 接受国家的宏观调控。宏观调控是国家为保持社会总需求和社会总供给的基本平衡，保持国民经济持续稳定协调发展而采取的一系列措施。公司作为国家的一个经济细胞，理所当然地要接受国家宏观调控。我国《公司法》明确规定："公司在国家宏观调控下，按照市场需求自主组织生产经营"。

3. 守法守德。公司从事经营活动，必须遵守法律、遵守职业道德，加强社会主义精神文明建设。

4. 接受监督。公司必须接受政府和社会公众的监督。

5. 保护职工权益。公司必须保护职工的合法权益，加强劳动保护，实现安全生产。

6. 培训职工。公司应采用多种形式，加强公司职工的职业教育和岗位培训，提高职工素质。

7. 支持工会活动。公司职工依法成立工会，开展工会活动，维护职工的合法权益。公司应当为本公司工会提供必要的活动条件，以利于工会开展活动。

## 六、我国《公司法》同三个涉外企业法律的关系

从1994年7月1日起，凡在我国境内设立的有限责任公司和股份有限公司，均应按《公司法》的规定执行。在《公司法》施行前依照法律、行政法规、地方性法规和国务院有关主管部门制定的《有限责任公司规范意见》、《股份有限公司规范意见》登记成立的公司，继续保留，其中不完全具备《公司法》规定的条件的，应当在规定的限期内达到《公司法》规定的条件。根据《国务院关于原有有限责任公司和股份有限公司依照〈中华人民共和国公司法〉进行规范的通知》的规定，原有有限责任公司和股份有限公司的规范工作总的是要严格按照《公司法》及其配套法规的规定进行。公司经认真对照自查，已完全达到规定条件的，可直接向公司登记机关申请重新登记；经国务院证券管理部门批准上市的原有股份有限公司，可直接向公司登记机关申请重新登记，公司登记机关应予登记。公司经认真对照自查，不完全具备规定条件的，要进行自我规范，凡在规定限期内（1996年12月31日前）完全达到规定条件的，可直接向公司登记机关申请重新登记；在规定限期内仍未完全达到规定条件的，不得重新登记，应依法变更登记为其他类型的企业，其名称中不得再含有有限责任公司或股份有限公司字样。

规范的内容主要包括下列几项：

1．公司股东和发起人应符合法定人数。原有股份有限公司发起人人数可不再增补；原有有限责任公司股东人数不

符合《公司法》规定的，要在规定限期内达到要求。

2. 公司注册资本要达到法定最低限额并为实缴资本。以上年末公司资产负债表为准进行验资。未达到最低限额的，要在规定限期内补足。

3. 公司章程的制定及应载明的事项必须符合《公司法》规定，不符合的要在规定限期内修改完善。

4. 公司组织机构的设置及董事、董事长、监事、监事会召集人、经理的任职条件和产生程序应符合《公司法》规定，不符合的要在规定限期内改正。

5. 公司的财务会计制度应符合《公司法》规定，不符合的要在规定限期内达到。

6. 公司的资产评估、验资应符合《公司法》规定，不符合的要在规定限期内改正。

此外，经国务院证券管理部门批准上市的原有股份有限公司重新登记后，应依照《公司法》进一步完善其组织、规范其行为。

在我国境内的外商投资的有限责任公司也适用《公司法》。因为这些公司也是中国的企业法人，在中国境内从事生产经营活动，理所当然地要适用我国的《公司法》。但是，为了维持我国多年来对外商投资企业政策的稳定性和连续性，我国的《公司法》第18条又规定："有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的，适用其规定。"这些有关的法律是：《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》、《外资企业法》。这三个法对外商投资的有限责任公司的规定与《公司法》的规定的不同之处，

主要有如下几个方面：

1．在注册资本管理方面。(1)《公司法》对股东间的出资比例未作规定，而《中外合资经营企业法》规定，外国合营者的投资比例一般不低于25%。(2)《公司法》规定了有限责任公司注册资本的最低限额，如科技开发、咨询、服务性公司的注册资本最低限额为10万元。而《中外合资经营企业法》等几个涉外企业法中则没有这样的要求。(3)《公司法》规定，有限责任公司的注册资本必须是在实际缴足之后，才能去申请登记，而根据《中外合资经营企业法》及其实施条例规定，中外合资经营企业的股东可以先认缴出资额，以后可以分期实缴，并未要求股东的出资一次到位。(4)《公司法》规定，股东向股东以外的人转让出资时，经全体股东过半数同意即可，而《中外合资经营企业法》及实施条例规定，合营一方向第三者转让出资，须经合营他方同意，并要经审批机构批准。

2．在公司内部管理机构设置方面。我国《公司法》规定，公司应设股东会、董事会或执行董事和监事会或监事，还规定了有限责任公司董事会的产生和人数限额。而从《中外合资经营企业法》等三个涉外企业法看，中外合资经营企业和中外合作经营企业可以不设股东会和监事会；董事由各方推荐，董事人数由各方协商确定。公司的重大问题都由董事会确定。在外资企业，其公司的内部组织机构，由外商自定。

3．在利润分配和承担风险方面。我国《公司法》规定，股东均按其投资比例来分配利润和承担风险。而根据《中外

合作经营企业法》的规定，则是以合同协议商定的比例来分配利润和承担风险。

## 第二节 有限责任公司的设立和组织机构

### 一、有限责任公司的设立

（一）有限责任公司的设立条件

设立有限责任公司，应当具备下列五个条件：

1．股东符合法定人数。

设立有限责任公司的法定人数分两种情况：（1）一般情况下，法定股东数须是2个以上50个以下。（2）特殊情况下，国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独设立国有独资的有限责任公司。

2．股东出资达到法定资本最低限额。

（1）法定资本最低限额。法定资本是指公司向公司登记机关登记时，实缴的出资额，即经法定程序确认的资本。在我国，法定资本又称为注册资本，既是公司成为法人的基本特征之一，又是企业承担亏损风险的资本担保，同时也是股东权益划分的标准。法定资本最低限额是指国家规定的设立公司所需资本的最低要求。达到这个要求的，才有可能具备法人资格，公司才能成立。

我国《公司法》根据行业的不同特点，规定了不同的法定资本最低限额：①以生产经营为主的公司，人民币50万

元；②以商品批发为主的公司，人民币 50 万元；③以商业零售为主的公司，人民币 30 万元；④科技开发、咨询、服务性公司，人民币 10 万元。

对特定的有限责任公司，注册资本最低限额需要高于上述法定限额的，由法律、行政法规另行规定。

（2）出资方式。股东可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。实物是指有形物，包括建筑物、设备或其他物资。工业产权主要包括专利权（包括发明、实用新型和外观设计三种专利权）和注册商标专用权（包括商品商标和服务商标两种商标专用权）。非专利技术，习惯上也称为技术诀窍，是指未申请或未申请到专利，不受专利保护的技术。土地使用权，是指依法取得的使用土地的权利。它不是土地本身，而是一种在一定期限内独占使用土地的权利。有关出资方式应符合以下规定：①股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时账户。②股东以实物、工业产权、非专利技术或土地使用权作为出资的，必须进行评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价，并依法办理其财产权的转移手续。③以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限责任公司注册资本的 20%，但国家对采用高新技术成果有特别规定的除外。④股东全部缴纳出资后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。⑤股东不按规定缴纳所认缴的出资，应当对已足额缴纳出资的股东承担违约责任。⑥有限责任公司成立后，发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程

所定价额的，应当由交付该出资的股东补交其差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。⑦公司新增资本时，股东可以优先认缴出资。经股东同意转让的出资，在同等条件下，其他股东对该出资有优先购买权。⑧股东在公司登记后，不得抽回出资。⑨股东之间可以互相转让出资。但股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东的半数同意；不同意转让的股东应当购买该转让的出资，如果不购买该转让的出资，视为同意转让。⑩有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。

3．股东共同制定章程。

公司章程是关于公司组织及其活动的基本规章。制定公司章程既是公司内部管理的需要，也是便于外界监督管理和交往的需要。

有限责任公司的章程由股东共同制定，所有股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程包括两方面的内容：（1）法定内容，即《公司法》规定的公司章程应当载明的事项：①公司名称和住所；②公司经营范围；③公司注册资本；④股东的姓名或者名称；⑤股东的权利和义务；⑥股东的出资方式和出资额；⑦股东转让出资的条件；⑧公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；⑨公司的法定代表人；⑩公司的解散事由与清算办法。

（2）任意内容，即股东认为需要规定的其他事项。

4．有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构。

公司的名称是公司的标志。公司作为独立的企业法人，

必须有自己的名称。公司名称，一方面标明公司的法律性质，便于国家有关部门管理，便于社会公众对自己的认识；另一方面有利于保障公司的合法权益。公司设定自己的名称时，必须符合法律、法规的规定。公司成立之后是要进行生产经营活动的，没有机构就无法运行。符合有限责任公司要求的组织机构，是指《公司法》中规定应设立的机构，即要设立股东会、董事会或执行董事、监事会或监事。

5．有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

生产经营场所可以是公司的住所，也可以是其他经营地。生产经营条件是指与公司经营范围相适应的条件，如厂房、货物场地、商店柜台等。生产经营场所和生产经营条件都是公司从事经营活动的物质基础，是设立公司的起码要求。

（二）有限责任公司的设立程序

1．订立公司章程。设立公司必须先订章程，将要设立的公司的基本情况都通过章程反映出来，这样才便于有关部门审查、批准和登记。

2．审批。按照我国《公司法》的规定，并不是所有设立公司的都要经审批，只有国家法律、行政法规规定必须经有关部门审批的，才应当在公司登记前办理审批手续。

3．法人登记。股东的全部出资经法定的验资机构验资后，由全体股东指定的代表或共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记。申请设立登记时应提交公司登记申请书、公司章程、验资证明，需要审批的，还须提交有关部门的批准文件等。具体登记事项应按照《公司登记管理条例》

的规定执行（详见本章第一节）。公司经核准登记，领取公司营业执照后，方告成立，并取得法人资格。

4. 分公司的设立。公司可以设立分公司。分公司只是总公司管理的一个分支机构，不具有法人资格。但分公司可以依法独立从事生产经营活动，其民事责任由设立该分公司的总公司承担。

设立分公司有两种情况：在设立有限责任公司的同时设立分公司的，应当就所设分公司向公司登记机关申请登记，领取营业执照；在有限责任公司成立后再设立分公司的，应当由公司的法定代表人向公司登记机关申请登记，领取营业执照。

5. 出资证明书。出资证明书是证明股东已缴纳出资额的文件，由公司在登记注册后签发。出资证明书必须由公司盖章。

出资证明书应当载明下列事项：①公司名称；②公司登记日期；③公司注册资本；④股东的姓名或名称、缴纳的出资额和出资日期；⑤出资证明书的编号和核发日期。

## 二、有限责任公司的组织机构

### （一）有限责任公司的股东会

1. 有限责任公司的股东

股东会由股东组成。股东是公司的出资人。在有限责任公司只要是缴足了股本的，即可成为股东。公司的申请、工商登记活动均是由股东指定代表或者委托代理人办理。就是说，在有限责任公司，股东是在公司成立之前而先予产生。

在股份有限公司，股东是指已经出资购买了公司的股份的人，发起人在公司成立前不能作为股东。

在我国，除国家有某些限制的特别规定外，有权代表国家投资的政府部门或机构、企业法人、具有法人资格的事业单位和社会团体、自然人，均可以按照规定成为有限责任公司的股东。

(1) 股东的权利。公司股东作为出资者按投入公司的资本额享有所有者的资产受益、重大决策和选择管理者的权利，具体为：①参加股东会并根据出资份额享有表决权；②了解公司经营状况和财务状况；③选举和被选举为董事会成员、监事会成员；④依法获取股利、转让出资；⑤优先购买其他股东转让的出资；⑥优先认购公司新增的注册资本；⑦公司终止后，依法分得公司的剩余财产；⑧公司章程规定的其他权利。

股东行使权利不得违反法律、法规和公司章程的规定。

(2) 股东的义务。我国《公司法》规定，股东负有四项义务：①足额缴纳所认缴的出资，包括补交出资差额；②依其所缴的出资额承担公司债务；③公司办理工商登记手续后，不得抽回出资；④公司章程规定的其他义务。

2. 有限责任公司股东会的职权

股东会由全体股东组成，是公司的最高权力机构。在我国，国有独资公司不设股东会。有限责任公司股东会有如下职权：(1) 决定公司的经营方针和投资计划；(2) 选举和更换董事，并决定有关董事的报酬事项；(3) 选举和更换由股东代表出任的监事，并决定其有关报酬事项；(4) 审议批准

董事会、监事会或监事的报告；(5) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案；(6) 对公司增加或减少注册资本、股东向股东以外的人转让出资作出决议；(7) 对发行公司债券作出决议；(8) 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；(9) 修改公司章程。

3. 有限责任公司股东会决议

有限责任公司股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的以外，由公司章程规定。其中增加注册资本、减少注册资本、公司的合并与分立、公司的解散与清算或变更公司形式、修改公司章程，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。股东会决议由股东按照出资比例行使表决权。

4. 有限责任公司股东会的形式

有限责任公司股东会会议的形式分为定期会议和临时会议两种。定期会议按照公司章程规定的时间召开。临时会议是在公司章程规定的会议时间以外召开的会议。临时会议只能由以下人员提议召开：代表 1/4 以上表决权的股东；1/3 以上的董事、监事。

(二) 有限责任公司的董事会和经理

1. 有限责任公司的董事会

(1) 董事会是公司股东会的执行机构。董事会由 3—13 人组成。两个以上的国有企业或者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。董事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长 1—2 人。董事长为公司

的法定代表人。股东人数较少和规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。

(2) 董事会的职权。①负责召开股东会，并向股东会报告工作；②执行股东会的决议；③决定公司的经营计划和投资方案；④制订公司的年度财务预算方案、决算方案；⑤制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑥制订公司增加或者减少注册资本的方案；⑦拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；⑧决定公司的内部管理机构的设置；⑨聘任或者解聘公司经理（总经理）（以下简称经理），根据经理提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；⑩制定公司的基本管理制度。

(3) 董事会的召开。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该项职责时，由董事长指定副董事长或者其他董事召集和主持。1/3 以上的董事也可以提议召开董事会会议。董事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的以外，由公司章程规定。

2. 有限责任公司的经理

经理由董事会聘任，负责公司的日常经营管理工作。其职权为：(1) 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；(2) 组织实施公司年度经营计划和投资方案；(3) 拟订公司内部管理机构设置方案；(4) 拟订公司的基本管理制度；(5) 制定公司的具体规章；(6) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；(7) 聘任或者解聘除应由董事会聘任或解聘以外的管理人员；(8) 公司章程和董事会授予的其他职权。

（三）有限责任公司的监事会

1. 有限责任公司监事会的组成。监事会是公司的内部监督机构。我国《公司法》规定，经营规模较大的有限责任公司，设立监事会，股东人数较少和经营规模较小的，可以只设1—2名监事。监事会成员不得少于3人，由股东代表和适当比例的公司职工代表组成。

2. 有限责任公司监事会的职权。有5项：（1）检查公司财务；（2）对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；（3）当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正；（4）提议召开临时股东会；（5）公司章程规定的其他职权。

监事列席董事会会议。

（四）有限责任公司的董事、监事、经理的资格和职责

1. 有限责任公司的董事、监事、经理的资格。对有限责任公司的董事、监事、经理的资格，我国目前尚未作出具体规定，但《公司法》中明确规定以下6种人不能担任有限责任公司的董事、监事、经理：（1）无民事行为能力或者限制民事行为能力者。根据我国《民法通则》的规定，无民事行为能力者是指10周岁以下的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人，限制民事行为能力者是指10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人。已满16周岁不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人；（2）因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，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年者；(3) 担任因经营管理不善而破产清算的公司、企业的董事或者经理、厂长，并对该公司、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年的人；(4) 担任因违法被吊销营业执照的公司、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年的人；(5) 未清偿到期个人所负数额较大的债务者。(6) 国家公务员。另外，本公司的董事、经理不得担任公司的监事。

2. 有限责任公司的董事、监事、经理的职责。(1) 遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利；(2) 不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产；(3) 董事、经理不得挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人，不得将公司资产以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储，不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人的债务提供担保；(4) 董事、经理不得自营或者为他人经营与其所任职公司同类的业务或者从事损害本公司利益的活动；(5) 董事、经理除公司章程规定或者股东会同意外，不得同本公司订立合同或者进行交易；(6) 不得泄露公司秘密，但法律有规定或者经股东会同意的除外；(7) 不得违反法律、行政法规和公司章程的规定。

有限责任公司的董事、监事、经理不履行上述职责的，将分别不同情况，承担相应的民事责任、行政责任和刑事责任。

## 三、国有独资公司

### （一）国有独资公司的概念和特征

我国《公司法》所称的国有独资公司是指国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司。国有独资公司有如下特征：

1. 国有独资公司是一人公司。这种一人公司与一般的有限责任公司是有区别的，一般的有限责任公司的投资人必须是2人以上50人以下，而国有独资公司的投资人是1人。国有独资公司的投资人对其投资设立的公司的债务以其出资额承担有限责任。

2. 国有独资公司的投资人只能是国家授权投资的机构或者国家授权的部门，而不能是其他的机构或者部门。这里特别要强调的是“国家授权”。“国家授权”的形式，可以单独专门行文明确，也可以在这类机构、部门的章程、职责范围中予以明确。这类机构、部门的基本特征应该有两个：一是国家设立的独立的部门和机构，它本身不能是由其他部门和机构组成的联合体；二是在国家财政上单列户头。

3. 国务院确定生产特殊产品的公司或者属于特定行业的公司，应当采取国有独资公司的形式。

### （二）国有独资公司的组织机构

国有独资公司不设股东会，公司股东权利由国家授权投资的机构或者国家授权的部门行使，并授权公司董事会行使一部分。公司的合并、分立、解散、增减资本和发行公司债券必须由国家授权投资的机构或者国家授权的部门决定。

国有独资公司设立董事会。董事会成员为3—9人，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门委派或更换。董事会成员中应当有公司职工代表，职工代表由公司职工民主选举产生。董事会设董事长一人，是否设副董事长，视需要而定。国有独资公司的董事长、副董事长，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门从董事会成员中指定。董事长为公司的法定代表人。

国有独资公司董事会的职权除了具有一般有限责任公司董事会的职权外，还受托具有一部分应由股东会享有的权利。国有独资公司设经理，经理由董事会聘任或者解聘。国有独资公司的经理的职权与一般有限责任公司经理享有的职权相同。

（三）国有独资公司的监督管理

对国有独资公司的监督管理，由国家授权的机构或者国家授权的部门依照法律、行政法规的规定进行。

## 第三节 股份有限公司的设立和组织机构

### 一、股份有限公司的设立

（一）股份有限公司的设立条件和方式

1. 股份有限公司的设立条件。根据我国《公司法》的规定，设立股份有限公司，应当具备6项条件：①发起人符合法定人数；②发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定

资本最低限额；③股份发行、筹办事项符合法律规定；④发起人制订公司章程，并经创立大会通过；⑤有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；⑥有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

2. 股份有限公司的设立方式。股份有限公司的设立方式分为发起设立和募集设立两种。发起设立是由公司发起人自己认购公司应发行的全部股份而成立公司。募集设立是由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而成立公司。

（二）股份有限公司的发起人

1. 对股份有限公司发起人的要求

股份有限公司的发起人是指依法办理筹建股份有限公司事务的人。设立股份有限公司必须要有发起人。根据我国《公司法》的规定，发起人既可以是自然人，也可以是法人。过去，我国的有关股份制企业的规章中曾明确规定，自然人不得充当股份有限公司的发起人，股份有限公司的发起人必须是在我国境内设立的法人。而新颁布的《公司法》中对股份有限公司的发起人的性质未作这样限制性的规定。

我国《公司法》规定设立股份有限公司的发起人应当在5人以上，其中须有过半数的发起人在中国境内有住所。国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于5人（但应当采取募集设立方式）。也就是说，在我国股份有限公司的发起人的人数最少的可以是1人，一般情况下为5人以上，多则不限。

2. 股份有限公司发起人的责任

根据我国《公司法》的规定，股份有限公司发起人的责任有5项：(1) 依法认购其应认购的股份。在发起设立的情况下，发起人应认购公司发行的全部股份。在募集设立情况下，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%；(2) 承担公司筹办事务。如拟订公司章程，选举董事会、监事会成员，申请设立登记等等；(3) 在公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；(4) 在公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任；(5) 在公司设立过程中，由于发起人的过失致使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。

(三) 资本要求

成立公司时必须确定公司资本，这是各国公司法都明确的一项原则。在大陆法系国家中，一般规定资本额必须确定并记入公司章程，而且此项资本额应全部收足（这就是所谓的法定资本制）。在英美法系国家中，一般规定在公司成立时，章程中须规定资本额，但不必全部认购（或发行），章程中只规定第一次发行额即可（这就是所谓授权资本制），在这种情况下，章程中规定的资本额为名义资本或称注册资本，只有已发行（认购）的资本额才是法定资本。

在我国，设立股份有限公司时，在公司章程中必须载明公司注册资本、股份总数、每股金额。我国《公司法》中明确规定：公司注册资本应为在公司登记机关登记的实收股本总额。股本总额为公司股票面值与股份总数的乘积。同时还规定，公司注册资本的最低限额为人民币1000万元。最低限额需要高于1000万元的，由法律、行政法规另行规定。

（四）发起设立方式的出资要求

对股份有限公司发起人的出资要求与对有限责任公司的股东的出资要求基本上相同，即发起人可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。对作为出资的实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权，必须进行评估作价，核实财产，并折合为股份。评估时不得高估或者低估作价。除对采用高新技术成果国家有特别规定者外，发起人以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过股份有限公司注册资本的20%。

发起人以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人在书面认足公司章程规定发行的股份后，应立即缴纳全部股款；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权抵作价款的，应当依法办理其财产权转移手续。

（五）公开募集股份的要求

以募集设立方式设立股份有限公司的，其股本除由发起人自己认购一部分外，还须向社会公众募集。由于向社会公众募集股份涉及的人员较广，对社会的经济、政治秩序都会带来影响，因此《公司法》对公开募集股份作了较严格的规定：

1. 须经有关部门批准。这里有两道审批程序。首先，设立股份有限公司，必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准，其中包括了对设立方式的审批；其次，发起人要向社会公开募集股份时，必须向国务院证券管理部门递交募股申请，并报送批准设立公司的文件、公司章程、经营估算书、发起人姓名或者名称、发起人认购的股份数，出资种

类及验资证明、招股说明书、代收股款银行的名称及地址、承销机构名称及有关的协议等文件。国务院证券管理部门依法对其进行审查，并作出批准或不批准的决定。凡未经国务院证券管理部门批准，发起人不得向社会公开募集股份。对已作出的批准，如果发现不符合《公司法》规定的，国务院证券管理部门应予撤销。这时，发起人尚未募集股份的，必须停止募集；已经募集的，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。

2．向社会公开有关信息。发起人在向社会募集股份时，必须向社会公告招股说明书，附公司章程，并制作认股书。招股说明书应载明下列事项：（1）发起人认购的股份数；（2）每股的票面金额和发行价格；（3）无记名股票的发行总额；（4）认股人的权利、义务；（5）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。认股书应当载明招股说明书载明的事项，由认股人填写所认股数、金额、住所，并签名、盖章。

3．由证券经营机构承销。我国《公司法》规定，发起人向社会公开募集股份，应当由依法设立的证券经营机构承销，签订承销协议。根据这条规定，发起人不能自己向社会公开募集股份，也不能任意找一个机构去募集，而必须找一个依法设立的证券经营机构承销，并要签订承销协议。

（六）股份有限公司的创立大会

1．股份有限公司创立大会的性质

股份有限公司创立大会是各位出资人聚在一起讨论决定即将成立的股份有限公司重大问题的大会，它实际上是一次

股东大会。股份有限公司创立大会召开的法律意义有两点：(1) 创立大会确定了所创公司的基本重大的问题，这些决定是创立者们向国家申报的具有法律约束力的文件。公司登记管理机关，依创立大会确立的文件来决定是否批准公司的成立。创立大会是公司成立的先决条件。(2) 创立大会在法定期间内召开后，认股人不能抽回其股本。而在有限责任公司，我国《公司法》规定，股东在公司登记后，才不得抽回出资。从这一点来说，股份有限公司创立大会的召开近似于该公司已组成，只待办理法律登记手续了，许多的权利义务关系均因创立大会的召开而开始得到法律的认可和保护。

2. 股份有限公司创立大会召开的条件

股份有限公司创立大会召开的条件有两个：(1) 发行股份的股款已经缴足；(2) 已筹足的股款须经过法定的验资机构验资，并出具证明。

3. 股份有限公司创立大会召开的法律要求

其法律要求有：(1) 股份有限公司创立大会应在股款筹足，经法定验资机构验资并出具证明后 30 日内召开。否则，认股人有权抽回股份。这样，该公司就有可能建立不起来。(2) 股份有限公司创立大会由发起人召集主持。(3) 股份有限公司创立大会应有代表股份总额 1/2 以上的认股人出席。

4. 股份有限公司创立大会的职权

股份有限公司创立大会行使下列职权：(1) 审议发起人关于公司筹办情况的报告；(2) 通过公司章程；(3) 选举董事会成员；(4) 选举监事会成员；(5) 对公司的设立费用进行审核；(6) 对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审

核；(7) 由于不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。

5. 股份有限公司创立大会召开的程序

其程序为：(1) 由发起人在创立大会召开 15 日前，将会议的日期通知各个认股人或者予以公告。(2) 各认股人出席会议。创立大会的召开必须有代表股份总数 1/2 以上的认股人出席。(3) 就设立公司的一些基本问题，作出决定。

(七) 法人登记

股份有限公司必须依法登记后，才能成为独立的企业法人，受到国家法律、行政法规的保护。公司登记以后即宣告公司成立。具体登记事项应按照《公司登记管理条例》的规定执行（详见本章第一节）。

(八) 公司成立

股份有限公司的成立之日即取得公司营业执照之日。股份有限公司设立登记申请提交公司登记机关后，公司登记机关应在 30 日内作出是否予以登记的决定。符合《公司法》规定条件的，应予登记，同时发给《企业法人营业执照》，公司即告成立。

公司成立后，应当进行公告。采取募集设立方式的，还应将募集股份情况报国务院证券管理部门备案。为了有利于保护投资人、债权人的权利，公司还应将公司章程、股东名册、股东大会记录、财务会计报告置备于本公司，以便于查询。

(九) 有限责任公司变更为股份有限公司

股份有限公司较之于有限责任公司，一个最大的特点是

能够向社会公众募集资金，筹资渠道广泛，因此，出于对资金的需要，后者往往会要求变更为前者。我国《公司法》对有限责任公司变更为股份有限公司有严格的规定，主要有如下几个方面：

1. 应当符合《公司法》规定的股份有限公司的条件。

2. 折合的股份总额应当相等于公司净资产额。净资产是股东实际拥有的资产。净资产与股份总额必须相等，否则就会出现虚假现象，给股东或其他人带来不利。

3. 依照《公司法》有关设立股份有限公司的程序办理变更手续。为增加资本向社会公开募集股份时，应当依照《公司法》有关向社会公开募集股份的规定办理。

4. 有限责任公司依法变更为股份有限公司的，原有限责任公司的债权、债务由变更后的股份有限公司承担。

## 二、股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构由股东大会、董事会、经理和监事会组成。

（一）股份有限公司的股东大会

1. 股份有限公司股东大会的职权

股份有限公司股东大会的职权与有限责任公司股东会的职权基本相同。唯一的差别是，有限责任公司的股东向股东以外的人转让出资时，须由股东会作出决议。而在股份有限公司，股东可以依法自由转让出资，不须经股东大会批准。（参见本章第二节）

2. 股份有限公司股东大会的形式

股份有限公司股东大会的形式分为年会和临时会两种。年会即每年按时召开一次。临时会是指在年会以外遇有特殊情况依法召开的大会。我国《公司法》规定了召开临时会的5种情况：(1) 董事人数不足《公司法》规定的人数或者公司章程所定人数的2/3时；(2) 公司未弥补的亏损达到股本总额的1/3时；(3) 持有公司股份10%以上的股东请求时；(4) 董事会认为必要时；(5) 监事会提议召开时。上述5种情形，只要有一种出现后，应当在2个月内召开临时股东会。

股份有限公司的股东大会会议由董事会召集，董事长主持。董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定副董事长或者其他董事主持。股东大会召开30日之前，应将会议将审议的事项通知各股东。临时股东大会不得对通知中未列明的事项作出决议。发行无记名股票的，应当于会议召开45日以前将会议将要审议的事项作出公告。无记名股票持有人出席股东大会的，应当于会议召开5日以前至股东大会闭会时止，将股票交存于公司。

3. 股份有限公司股东大会的决议

(1) 股份有限公司股东大会的决议分为特别决议和一般决议。特别决议是指对公司合并、分立或者解散和修改公司章程所作的决议。在此之外的决议为一般决议。特别决议须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过，一般决议只须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。

(2) 股东出席股东大会，所持每一股份有一表决权。股东可以自己出席股东大会，也可以委托代理人出席股东大

会。代理人受托出席股东大会时，须向公司提交股东授权委托书，并只能在授权范围内行使表决权。

(3) 股份有限公司股东会应对所议事项的决定形成会议记录。会议记录由出席会议的董事签名。会议记录应当与出席会议的股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

4. 股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼。

(二) 股份有限公司的董事会和经理

1. 股份有限公司的董事会

(1) 董事会是公司股东会的执行机构。股份有限公司的董事会由 5—19 人组成。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1—2 人。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事长为公司的法定代表人。

(2) 股份有限公司董事会的职权。股份有限公司董事会的职权与有限责任公司董事会的职权基本相同。不同的是，有限责任公司董事会多一项拟订变更公司形式的职权，股份有限公司董事会多一项制订发行公司债券方案的职权。

(3) 股份有限公司董事会的召开。股份有限公司的董事会每年度至少召开两次会议，由董事长召集主持，董事长因特殊原因不能主持时，由董事长指定副董事长召集主持。董事会的每次会议应于会议召开 10 日以前通知全体董事。

董事会开会时，董事应亲自出席，如因故不能出席时，可以书面委托其他董事代为出席，但书面委托中应载明授权范围。董事会应当对会议所论事项的决定形成会议记录，由

出席会议的董事和记录员在会议记录上签名。

(4) 股份有限公司董事会的决议。股份有限公司的董事会，须有1/2以上的董事出席方可举行。董事会的决议必须经全体董事的过半数通过。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会决议违反法律、行政法规或者公司章程，致使公司遭受严重损失时，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表示异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

(5) 股份有限公司的董事长。董事长是公司的法定代表人，由全体董事的过半数通过选举产生。董事长的职权为：①主持股东大会和召集、主持董事会会议；②检查董事会决议的实施情况；③签署公司股票、公司债券；④受董事会的委托，在董事会闭会期间，行使董事会的部分职权。

2. 股份有限公司的经理

股份有限公司的经理负责公司的日常经营管理工作，由公司董事会聘任或者解聘。股份有限公司经理的职权与有限责任公司经理的职权相同。(参见本章第二节)

(三) 股份有限公司的监事会

股份有限公司的监事会的组成和职权与有限责任公司监事会的组成和职权相同。(参见本章第二节)

(四) 股份有限公司的董事、监事、经理的资格和责任

股份有限公司的董事、监事、经理的资格和责任与有限责任公司的董事、监事、经理的资格和责任相同。(参见本章第二节)

(五) 股份有限公司的职工和工会

我国是以工人阶级为领导的，以工农联盟为基础的人民民主专政的国家，保护职工的合法利益，保证职工参加民主管理是每一个公司企业的责任。在股份有限公司，职工及其工会参与管理主要体现在两个方面：

1. 公司研究决定有关职工工资、级别、安全生产，以及劳动保护、劳动保险等涉及职工切身利益的问题时，应当事先听取公司工会和职工的意见，并邀请工会或职工代表列席有关会议。

2. 公司研究决定生产经营的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会和职工的意见和建议。

## 三、股份有限公司中的国有股权管理

在我国，国有经济是社会经济的主导力量，在实行公司制时，国有经济的介入及国有股权管理是一个十分重要的问题。为此，国家国有资产管理局和国家体改委分别于 1994 年 11 月、1997 年 3 月联合发布了《股份有限公司国有股权管理暂行办法》和《股份有限公司国有股东行使股权行为规范意见》，对股份有限公司中的国有股权管理作出了规定。

（一）股份有限公司中国有股权管理的原则

1. 国有股权分为国家股和国有法人股。国家股是指有权代表国家投资的机构或部门向股份公司出资形成或依法定程序取得的股份。在股份公司股权登记上记名为该机构或部门持有的股份。

国有法人股是指具有法人资格的国有企业、事业及其他单位以其依法占用的法人资产向独立于自己的股份公司出资

形成或依法定程序取得的股份。在股份公司股权登记上记名为该国有企业或事业及其他单位持有的股份。

2. 股份公司中国有股权管理的原则有四条，一是要贯彻以公有制为主体的方针，保证国有股权依国家产业政策在股份公司中的控股地位。二是要坚持政企职责分开，维护国有资产权益，依法落实股份公司法人财产权。三是要促进国有资产合理配置，优化国有资产投资结构，提高国有资产运营效益。四是要保障国有股权益，做到与其他股权同股、同权、同利。

（二）股份有限公司设立时国有股权的界定

国有企业改建为股份有限公司时，可整体改组，也可根据实际情况对企业资产进行重组。企业资产重组必须有利于企业自身发展，有利于提高企业盈利能力和水平，有利于发展专业化分工和社会化服务。资产重组中对原企业实行分立的，必须明确分立后独立于股份有限公司之外的经济实体的产权管理主体和管理体制，明确其与股份有限公司的产权关系和经济关系。

1. 国有企业改建为股份有限公司的股权界定分三种情况：

（1）有权代表国家投资的机构或部门直接设立的国有企业以其全部资产改建为股份有限公司的，原企业应予撤销，原企业的国家净资产折成的股份界定为国家股。

（2）有权代表国家投资的机构或部门直接设立的国有企业以其部分资产（连同部分负债）改建为股份有限公司的，如进入股份有限公司的净资产（指评估前净资产）累计高于

原国有企业净资产50%（含50%）或主营生产部分全部或大部分资产进入股份制企业，其净资产折成的股份界定为国家股；进入股份有限公司的净资产低于50%（不含50%），其净资产折成的股份界定为国有法人股。

（3）国有法人单位所拥有的企业，以全部或部分资产改建为股份有限公司的，进入股份有限公司的净资产折成的股份界定为国有法人股。

2．新建设立股份有限公司的产权界定分两种情况：

（1）国家授权投资的机构或部门直接向新设立的股份有限公司投资形成的股份界定为国家股。

（2）国有企业或国有企业的合资子企业和控股子企业以其依法使用的法人资产直接向新设立的股份有限公司投资入股形成的股份界定为国有法人股。

3．国有股权界定中应注意的几个问题

（1）凡是界定为国家股的不得再界定为国有法人股。

（2）国有企业改组设立股份有限公司时，其占有使用的资产经评估确认后，须将净资产一并折股，股权性质不得分设；其股权要按规定确定国有持股单位统一持有，不得由不同部门或机构分割持有。

（3）国有企业进行股份制改组，要贯彻国家产业政策，要保证国家股或国有法人股的控股地位。国有股权控股有绝对控股和相对控股之分。绝对控股是指国有股权持股比例占50%以上（不含50%）；相对控股是指国有股权持股比例高于30%但低于50%，但因股权分散，国家对股份有限公司有控制性影响。计算持股比例一般应以同一持股单位的股份

为准，不得将两个或两个以上国有股权持股单位的股份加和计总。

（4）严禁将国有资产低估作价折股。在一般情况下，应以评估确认的净资产折为国有股的股本。如果不是全部折股，则折股方案须与募股方案和预计发行价格一并考虑，但折股比率不得低于65%，折股比率为国有股股本除以发行前国有净资产。股票发行溢价倍率应不低于折股倍数，股票发行溢价倍率为股票发行价格除以股票面值，折股倍数为发行前国有净资产除以国有股股本。净资产未全部折股的差额部分应计入资本公积金，不得以任何形式将资本（净资产）转为负债，净资产折股后，股东权益应等于净资产。

（5）用国有资产组建股份有限公司的，应先进行资产评估，评估结束后，有关单位要提出国有股权管理方案的申请并附送有关材料，报国有资产管理部门审核、批复。凡需国务院授权部门审批设立公司的，须报国家国有资产管理局审批，凡需地方省、自治区、直辖市人民政府批准设立公司的，报省级人民政府国有资产管理部门审批。国有资产管理部门的批复是审批设立股份有限公司的必备文件。

（三）国有股持股单位和股权行使方式

国有股权的持股单位是指经政府国有资产管理部门依法确认的，持有和行使公司国有股权的机构、部门或国有法人单位。国有股股东包括国家股股东和国有法人股股东。

国家股权委托持有的，国有资产管理部门应与被委托单位办理委托手续，订立委托协议，明确双方在行使股权、股利收缴、股权转让等方面的权利和义务。国家授权投资的机

构持有国家股的，国有资产管理部门代授权方拟定有关协议。

国有法人股应由作为投资主体的国有法人单位持有并行使股权。

国有持股单位依法享有下列权利：

（1）依法持有公司股票，享有与其他股东同等权利；

（2）委派股东代表出席股东大会并行使表决权；

（3）享有公司选举权和被选举权；

（4）按规定增购、受赠、转让或质押股份；

（5）查阅公司章程和股东大会会议记录及公司财务会计报告，监督公司生产、经营和财务管理，可对此提出建议和质询；

（6）依照所持股份份额领取股利及其他分配形式的利益；

（7）对股东大会、董事会违反法律、行政法规和侵犯国有股东合法权益的决议，依法向人民法院提起要求停止该违法行为和侵害行为的诉讼；

（8）公司终止并依法清算时，按股份比例分得剩余财产；

（9）法律、行政法规以及公司章程赋予的其他权利。

国有持股单位对公司应履行如下义务：

（1）遵守公司章程；

（2）依其所认购的股份和入股方式出资，并以其所持股份对公司承担有限责任；

（3）维护股东大会决议；

(4) 关心公司经营管理，促进公司健康发展，维护公司合法利益；

(5) 承担国家法律、行政法规及公司章程规定的其他义务。

国有持股单位还应承担执行国家有关国有股权管理的法规、规章，维护国有股股东所有者权益，完成国有资产保值增值的任务等职责。

(四) 国有股权的收入、增购、转让及转让收入的管理

1. 国有股权的收入管理。经股东大会决议采取分配现金股利方式的，国有持股单位应按时足额收缴国有股应分得的股利，不得以任何方式放弃国有股的收益权，也不得将国有股利单方面留归股份有限公司使用。

国家股股利收入由国有资产管理部门监督收缴，依法纳入国有资产经营预算并根据国家有关规定安排使用。国有法人股股利由国有法人单位依法收取，按《企业财务通则》和有关财会制度规定核算。

国有股持股单位必须维护国有股利益，公司增值配股时，国有持股单位应以调整投资结构、取得相应的投资收益、促进公司生产发展和维护国有资产权益为原则，就是否配股进行表决。不得盲目赞成配股或放弃股权，不得同意国有股权分派现金股利而其他股权分派等值红股及其他不规范、不公正的分配方案。不得以任何理由，任何方式同意单方面缩小国有股权比例。

2. 国有股股权的增购管理。国有股股权的增购由国有股持股单位根据国家产业政策、经营策略及有关规定办理。

但完成增购股份并增加国家股权后，必须报国有资产管理部门备案。

3. 国有股权转让及转让收入管理。国有股权可以转让，但应符合下列规定：

(1) 转让国家股权应以调整投资结构为主要目的。

(2) 转让国家股权须遵从国家有关转让国家股的规定，由国家股持股单位提出申请，说明转让目的、转让收入的投向、转让数额、转让对象、转让方式和条件、转让定价、转让时间以及其他具体安排。

(3) 转让国家股权的申请报国家国有资产管理局和省级人民政府国有资产管理部门审批；向境外转让国有股权的(包括配股权转让) 报国家国有资产管理局审批；国家股转让数额较大，涉及绝对控股权及相对控股权变动的，须经国家国有资产管理局会同国家体改委及有关部门审批。

(4) 非国有资产管理部门持股的股东单位转让国家股权后，须向国有资产管理部门报告转让收入的金额、转让收入的使用计划及实施结果。

(5) 国家股配股权转让必须遵从证券监管的有关规定。

国家股权转让收入应纳入国有资产经营预算收入，用于购买须由国家控股的股份制企业的配股或购入其他股权等国有资产经营性投资。

股份公司破产或终止清算后，国有股持股单位应按股权比例收回剩余资产。

## 第四节 公司的财务会计

### 一、财务会计在公司中的作用

财务会计是任何企业经营活动中的一项基础工作，对这一方面的工作要求作出规范，对公司来说显得尤为重要。

（一）有利于保护投资者和债权人的利益。投资者除参加决定一些重大事项外，不参与日常的生产经营活动，而且也不是所有的股东都参加决策活动。投资者要维护自己的利益，了解公司的生产经营状况，都须通过公司的财务会计报告和报表。而国家对公司财务会计作出规范则能满足投资者维护自己权益的要求。在股份有限公司中，各投资人出资后基本上不再承担什么责任，公司的资产作为其对债权人的担保，资产状况如何，资产的经营情况如何，直接涉及到债权人的债权是否能得到清偿。财务会计工作的规范化，公司正确核算经营成果，合理分配利润，保证公司财产的完整，可使债权人的利益得到保护。

（二）有利于吸收社会投资。由于公司财务会计制度的规范化和公开化，使得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来说，可以起到吸收投资的作用。

（三）有利于政府的宏观管理。各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、财务会计要求

（一）公司应按照国家有关规定建立本公司的财务会计制度。

（二）公司编制的年度财务会计报表，须依法经审查验证，规定的财务会计报表主要有资产负债表、损益表、财务状况变动表、财务情况说明书、利润分配表和其他有关附表等。

（三）股份有限公司的财务会计报告应在股东会议召开20日之前备置于公司办公处所，供股东查阅，以募集设立方式成立的，还应按有关规定公告其财务会计报告。有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告递交各股东。

（四）公司除法定的会计账册外，不得另立会计账册。对公司资产，不得以任何个人名义开立账户存储。

## 三、利润分配

（一）利润

利润是指企业在一定时期（一年）内生产经营的财务成果，包括营业利润、投资净收益以及营业外收支净额。公司利润的分配顺序是：(1) 弥补以前年度亏损（在不超过税法规定的弥补期限之内）；(2) 缴纳所得税；(3) 弥补在税前利润弥补亏损之后仍存在的亏损；(4) 提取法定公积金和法定公益金；(5) 提取任意公积金；(6) 支付股利。

股东会或者董事会违反规定，在弥补亏损和提取法定公

积金、法定公益金之前向股东分配利润的，必须将违反规定分配的利润退还公司。

（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。公司为增强自身财力，扩大营业范围和预防意外亏损，从利润中提取一定的资金，以用于扩大资本，或弥补亏损。提取公积金制度是国家规定的一项强制性制度，各国公司法一般都有规定。

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盈余中提取的公积金，有盈余则提，无盈余则不提。盈余公积金又分为法定盈余公积金和任意盈余公积金两种：法定盈余公积金按照税后利润（减弥补亏损）的10%提取，当盈余公积金累计金额已达注册资本50%以上时可不再提取；任意盈余公积金按照公司章程规定或股东会决议提取和使用。资本公积金是直接由资本原因形成的公积金，如超过票面价额发行股份所得的溢价额、法定财产重估增值、接受捐赠的资产价值等。

法定盈余公积金和资本公积金的用途为：（1）弥补亏损。公司可使用盈余公积金弥补亏损；（2）转增资本。经股东会决议，公积金可转为股本，按股东原有股份比例发给新股或增加每股面值。用法定盈余公积金转增股本时，以转增后留存的该项公积金不少于注册资本的25%为限。

（三）公益金

公益金是公司从税后利润中提取的用于集体福利的资金。国外公司法中一般都没有此项规定，我国《公司法》的

规定反映了我国企业福利方面的特点。在我国，用于职工福利的资金来自两块：一是从成本中按职工工资总额的14%提取职工福利费；二是按税后利润的5%—10%提取的用于职工集体福利的公益金。

（四）股利

股利是按股份支付给持股人的公司盈余。投资人向公司投资的目的就是为了多获得股利。每年分派股利的多少又是一个公司信誉的象征。

一般说来，公司在纳税、弥补亏损和提取法定公积金和公益金前，不得分配股利。公司当年无利润时也不得分配股利。

## 第五节 公司的合并、分立

### 一、公司的合并

公司的合并，应当由股东会作出决议。股份有限公司合并，必须经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。

（一）合并的形式

合并是指两个以上的公司依照法定程序变为一个公司的行为。其形式有两种：一是吸收合并；二是新设合并。吸收合并指接纳一个或一个以上的企业加入本公司，加入方解散并取消原法人资格，接纳方存续。新设合并是指公司与一个或一个以上的企业合并成立一个新公司，原合并各方解散，取消原法人资格。

（二）合并的程序

合并的程序主要有4项：（1）签订合并协议；（2）确认债权、债务；（3）报批；（4）重新登记。

因公司合并对股东、债权人以及公司职工都会带来影响，因而合并各方在事先要反复协商，取得一致意见，并用协议形式确认下来。合并协议的内容可以有很多，一般应有6项：（1）合并各方的名称、住所；（2）合并后存续公司或新设公司的名称、住所；（3）合并各方的债权债务处理办法；（4）合并各方的资产状况及其处理办法；（5）存续公司或新设公司因合并而增资所发行的股份总额、种类和数量；（6）合并各方认为需要载明的其他事项。

公司决议合并时应编制资产负债表及财产清单。并在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90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，公司不得合并。

合并协议签订后，合并各方应向各自的有关主管部门提出合并申请，经批准后依法向工商行政管理机关分别申请变更登记、设立登记或注销登记，并依法向税务机关申报办理变更登记、重新登记或注销登记。

（三）合并各方的债权、债务

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承继。

## 二、公司的分立

公司的分立应当由股东会作出决议。股份有限公司分立必须经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。

（一）分立的形式。分立是指一个公司依法分为两个以上的公司。分立的形式，我国《公司法》上未作明确规定，一般应有两种：一是公司以其部分财产和业务另设一个新的公司，原公司存续；二是公司以全部财产分别归入两个以上的新设公司，原公司解散。

（二）分立的程序。分立的程序与合并的程序基本一样，要签订分立协议，清理财产，清理债务，报经有关部门批准，并办理工商登记和税务登记手续。

（三）公司分立前的债务。按所达成的协议由分立后的公司承担。

## 三、公司注册资本的减少和增加

（一）公司注册资本的减少

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。公司减少注册资本时，应自作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90日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减少资本后的注册资本不得低于法定的最低限额。

（二）公司注册资本的增加

有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，按照《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，股东认购新股应当按照《公司法》设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

（三）变更登记

公司增加或者减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记手续。

## 第六节 公司破产、解散和清算

### 一、公司破产的原因和清算

公司因不能清偿到期债务，被依法宣告破产的，由人民法院依照有关法律的规定，组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，对公司进行破产清算。这里讲的有关法律是指《企业破产法（试行）》和《民事诉讼法》。

《企业破产法（试行）》于1986年12月2日第六届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过并公布，只适用于全民所有制企业。该法就全民所有制企业破产的情形、破产申请的提出和受理、债权人会议、和解和整顿、破产宣告和破产清算等作出了规定。

《民事诉讼法》于1991年4月9日第七届全国人民代表大会第四次会议通过并公布实施，其中第十九章专门规定了“企业法人破产还债程序”。这一章共八条，适用于全民所有

制企业以外的法人企业。

关于企业破产的法律制度详见本书第七章。

## 二、公司解散的原因和清算

（一）公司解散的原因

根据我国《公司法》的规定，公司解散的原因有四种情形：（1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（2）股东会决议解散；（3）因公司合并或者分立需要解散的；（4）公司因违反法律、行政法规被依法责令关闭的，应当解散。

（二）公司解散时的清算

1．清算组

（1）清算组的成立。公司解散时，应当依法进行清算。清算就是了结终止公司的各项财产关系。进行清算必须成立清算组。因公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时，或股东会决议解散的，应当在15日内成立清算组。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股东大会确定其人选。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进行清算。公司违反法律、行政法规被依法责令关闭解散的，由有关主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，进行清算。

（2）清算组的职权。清算组的职权是：①清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；②通知或者公告债权人；③处理与清算有关的公司未了结的业务；④清缴所欠税

款；⑤清理债权、债务；⑥处理公司清偿债务后的剩余财产；⑦代表公司参与民事诉讼活动。

（3）清算组的义务与责任。清算组在公司清算期间代表公司进行一系列民事活动，全权处理公司经济事务和民事诉讼活动，其地位是十分重要的。我国《公司法》规定，清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务，清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或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．清算工作程序

（1）登记债权。公司解散时，先要清偿债务，然后才是股东分配剩余财产。清偿债务首先要登记债权。清算组应当自成立之日起10日内通知债权人，并于60日内在报纸上至少公告3次。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90日内，向清算组申报其债权，并提供有关债权的证明材料。清算组应当对债权进行登记。

（2）清理公司财产，制定清算方案。清算组应当对公司财产进行清理，编制资产负债表和财产清单，制定清算方案。清算方案应报经股东会或者有关主管机关确认。清算组在清理公司财产后，发现公司财产不足清偿债务的，应当立即向人民法院申请宣告破产。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。

（3）清偿债务。公司财产应优先拨付清算费用。在拨付清算费用后，按下列顺序清偿：①职工工资和劳动保险费

用；②缴纳所欠税款；③清偿公司债务。公司财产按上述顺序清偿后的剩余财产，按股东的出资比例或股东所持股份比例进行分配。清算组未按上述顺序清偿时，不得将公司财产分配给各个股东。

(4) 公告公司终止。清算结束后，清算组应提出清算报告并造具清算期内收支报表和各种账务账册，报送公司股东会或者有关主管机关确认，并办理有关工商登记和税务登记事项，公告公司终止。

## 第七节 外国公司的分支机构

### 一、外国公司的分支机构的法律地位

外国公司是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司，属于外国法人。

外国公司的分支机构是外国公司的一个组成部分，不具有中国法人资格。外国公司的分支机构可以在中国境内从事生产经营活动，但不能以自己的名义开展生产经营活动，承担民事责任。而只能是以外国公司的名义开展生产经营活动，其权利、义务和法律责任均由外国公司承担。

### 二、外国公司的分支机构的设立

(一) 外国公司的分支机构的设立条件

外国公司在中国境内设立分支机构的条件有两条：

1. 必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或者

代理人。外国公司的分支机构在中国境内代表外国公司从事生产经营活动，要办理一系列的经济法律事务。作为民事活动主体之一的法人，要有法定代表人，作为外国公司的分支机构也应有负责人，该负责人应为该外国公司在中国境内的法人代表，或者法人代表之一（外国公司在中国境内可能有多个分支机构）。该负责人是代表外国公司在中国境内从事各项生产经营活动，其活动产生的法律后果由该外国公司承担。

2．必须向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金。外国公司分支机构的形式多种多样，主要有分公司、分行、作业场所或经营场所，有代表机构、代理机构或联络机构等。这些分支机构在中国境内从事着各种各样的生产经营活动或与生产经营活动有关的活动。从事生产经营活动就必须有与之相适应的资金。这种与生产经营相适应的资金的最低限额由国务院另行规定。我国《公司法》要求外国公司必须向其在中国境内的分支机构拨付相应的资金，主要是为了防止皮包公司、无本经营，保证债权人和社会公众的利益。

（二）外国公司的分支机构的设立程序

外国公司在我国设立分支机构的主要程序是：

1．必须向中国主管机关提出申请。外国公司在中国境内设立分支机构，应向中国主管机关提出申请，并同时提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件。

2．进行工商登记，领取营业执照。外国公司向中国主管机关提出在中国境内设立分支机构的申请经中国主管机关

审查批准后，应当向中国的公司登记机关依法办理工商登记，领取营业执照。外国公司的分支机构在中国办理了工商登记并领取营业执照后即可在中国境内从事生产经营活动。

### 三、外国公司的分支机构的权利与义务

（一）外国公司的分支机构的权利

外国公司的分支机构的权利主要有两点：（1）依法从事生产经营活动；（2）其合法权益受中国法律保护。

（二）外国公司的分支机构的义务

外国公司的分支机构的义务主要有四点：（1）必须遵守中国法律，不得损害中国的社会公共利益。（2）在名称中标明该外国公司的国籍及责任形式，在机构中置备该外国公司的章程，以供查阅。（3）外国公司对其分支机构在中国境内的经营活动承担民事责任。（4）外国公司的分支机构撤销时，必须依我国《公司法》的规定进行清算，未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产移至中国境外。

## 第八节 法 律 责 任

### 一、法律责任的概念和种类

（一）法律责任的概念

法律责任是指行为人的行为（包括作为和不作为）违反了法律规定而应承担的法律后果。法律责任基于违法而产

生，没有违法行为就不存在承担法律责任的问题。哪些行为属于违法行为均由国家法律规定。实施违法行为的行为人可能是自然人，也可能是企业法人，还可能是中介组织、临时性组织和政府机关。政府机关违法的法律后果由该机关中实施违法行为的直接负责的主管人员和其他直接责任人员承担。

（二）法律责任的种类

法律责任分为民事责任、行政责任和刑事责任。

1．民事责任。民事责任是指违反民事法律关系所应承担的法律责任，根据我国《民法通则》的规定承担民事责任的方式主要有：（1）停止侵害；（2）排除妨碍；（3）消除危险；（4）返还财产；（5）恢复原状；（6）修理、重做、更换；（7）赔偿损失；（8）支付违约金；（9）消除影响、恢复名誉；（10）赔礼道歉。我国《公司法》中规定的民事责任方式主要有违约责任、赔偿责任。

2．行政责任。行政责任是指违反国家行政管理法规，以及单位行政管理章程所承担的法律后果。其方式分为行政处分和行政处罚两种。行政处分主要是国家机关和单位对其有行政隶属关系的人的处罚；行政处罚是指特定的国家行政机关对违法单位和个人的处罚。

行政处分的方式主要有：（1）警告；（2）记过；（3）记大过；（4）降级；（5）降职；（6）撤职；（7）留用察看；（8）开除。

行政处罚的方式主要有：（1）警告；（2）罚款；（3）没收违法所得；（4）没收非法财物；（5）责令停产停业；（6）

暂扣或者吊销许可证；(7) 暂扣或者吊销执照；法律、行政法规规定的其他行政处罚。

我国《公司法》中规定的行政处罚方式主要有：(1) 责令改正；(2) 撤销公司登记；(3) 罚款；(4) 责令停止发行；(5) 责令停止；(6) 责令如数补足；(7) 没收违法所得；(8) 责令取缔或关闭；(9) 吊销资格证书；(10) 吊销公司营业执照等。

3. 刑事责任。刑事责任是指行为人的违法行为触犯了刑律，构成犯罪所应承担的法律后果，其法律责任方式分为主刑和附加刑两种。主刑即对犯罪人适用的主要刑事处罚方式，只能单独适用，不能附加适用；附加刑是主刑的一种补充刑事处罚方式，可以附加适用，也可以单独适用。主刑有5种：(1) 管制；(2) 拘役；(3) 有期徒刑；(4) 无期徒刑；(5) 死刑。附加刑有3种：(1) 罚金；(2) 剥夺政治权利；(3) 没收财产。

我国《公司法》中只规定了应承担刑事责任的行为，没有规定具体的法律责任方式。1997年3月14日，我国全国人民代表大会常务委员会对《中华人民共和国刑法》进行了修订。修订后的新刑法设有妨害对公司、企业的管理秩序罪一节，对违反《公司法》的犯罪行为，作出了专门的刑事处罚规定。

我国《公司法》中有关法律责任的内容除了设有“法律责任”专章作出规定外，在前面各章中也作有规定，我们在前面已有介绍。本节主要就“法律责任”专章中有关内容并就新刑法的有关内容作些介绍。

## 二、发起人（股东）的法律责任

我国《公司法》对发起人（股东）的法律责任的规定，主要分布在第25条、第28条、第84条、第91条、第97条、第206条至第211条、第213条等条文中。

1. 违反《公司法》规定，办理工商登记时虚报注册资本、提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，责令改正，对虚报注册资本的，处以虚报注册资本金额5%以上10%以下的罚款；对提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以1万元以上10万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记。构成犯罪的，依法追究刑事责任，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处虚报注册资本金额1%以上5%以下的罚金。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处3年以下有期徒刑或者拘役。

2. 制作虚假招股说明书、认股书、公司债券募集办法发行股票或公司债券的，责令停止发行、退还所募资金及其利息，处以非法募集资金金额1%以上5%以下的罚款。构成犯罪的依法追究刑事责任，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额1%以上5%以下罚金。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对其直接负责的主管人员或直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

3. 违反《公司法》的规定，未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资、骗取债权人和社会公众的；或者，在公司成立后，抽逃出资的，责令改正，处以虚假出资金额

或者抽逃出资金额5%以上10%以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额或者抽逃出资金额2%以上10%以下的罚金。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员处5年以下有期徒刑或者拘役。

4. 未经批准，擅自发行股票或者公司债券的，责令停止发行，退还所募资金及其利息，处以非法所募资金金额1%以上5%以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处非法募集资金金额1%以上5%以下罚金。单位犯此罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役。

5. 违反规定将国有资产低价折股、低价出售或者无偿分给个人的，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，处3年以下有期徒刑或者拘役，使国家利益遭受特别重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑。

### 三、公司的法律责任

我国《公司法》对公司的法律责任的规定，主要分布在第211条、第213条、第216条、第217条、第225条、第226条和第228条等条文中。

1. 违反《公司法》的规定，在法定的会计账册以外另立会计账册的，责令改正，处以1万元以上10万元以下的

罚款；将公司资产以任何个人名义开立账户存储的，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2．公司向股东和社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告的，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，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。

3．不按《公司法》的规定提取法定公积金、法定公益金的，责令如数补足应当提取的金额，并可处以1万元到10万元以内的罚款。

4．在合并、分立、减少注册资本或进行清算时，不依《公司法》规定通知或公告债权人的，责令改正，对公司处以1万元以上10万元以下的罚款。

5．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伪记载或者未清偿债务前分配公司财产的，责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额1%以上5%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，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。

6．公司成立后无正当理由超过6个月未开业或者开业后自行停业连续6个月以上的，吊销其公司营业执照。

7．公司登记事项发生变更时，未按规定办理有关变更

登记的，责令限期登记，逾期不登记的，处1万元以上10万元以下的罚款。

8. 外国公司违反《公司法》规定，擅自在中国境内设立分支机构的，责令改正或者关闭，并可处1万元以上10万元以下的罚款。

## 四、公司领导人的法律责任

这里讲的公司领导人指公司的董事、监事和经理。《公司法》对公司领导人的法律责任的规定，主要分布在第214条、第215条等条文中。

（一）公司领导人应承担法律责任的行为

1. 利用职权收受贿赂、其他非法收入或者侵占公司财产的，没收违法所得，责令退还公司财产，由公司给予处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任，利用职务上的便利，索取他人财物、非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大、侵占公司财产的，以及在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，处5年以下有期徒刑或者拘役，数额较大的，处5年以上有期徒刑，可以并处没收财产。侵占公司财产数额巨大的，处5年以上有期徒刑，并处没收财产。

2. 董事、经理挪用公司资金或者将公司资金借贷给他人的，责令退还公司的资金，由公司给予处分，将其所得收入归公司所有。构成犯罪的，依法追究刑事责任；公司董事、经理（或其他单位的工作人员），利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大，超

过3个月未还的，或者虽未超过3个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的，处3年以下有期徒刑或者拘役；挪用本单位资金数额巨大的，或者数额较大不退还的，处3年以上10年以下有期徒刑。

3. 董事、经理违反《公司法》的规定，以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保的，责令取消担保，并依法承担赔偿责任，将违法提供担保的收入归公司所有。情节严重的，由公司给予处分。

4. 董事、经理违反《公司法》的规定，自营或者为他人经营与其所任职公司同类的营业的，除将其所得收入归公司所有外，并可由公司给予处分。其中获取非法利益、数额巨大的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；数额特别巨大的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

5. 根据新刑法的规定，公司领导人（以及有关人员）有下列行为的也将受到刑事处罚：为谋取不正当利益，给予公司、企业的工作人员以财物、数额较大的；利用职务便利将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营，使国家利益遭受重大损失的；以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的；向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品使国家利益遭受重大损失的；在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失的；徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，使国家利益遭受重大损失的。其刑事处罚有罚金、拘

役或10年以下有期徒刑等。

## 五、清算组的法律责任

我国《公司法》对清算组的法律责任的规定，主要在第218条。

清算组不按《公司法》规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，责令改正。隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产，严重损害债权人或者其他人利益的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。

清算组成员利用职权徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的，责令退还公司财产，没收违法所得，并可处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 六、承担资产评估、验资或者验证机构的法律责任

我国《公司法》对承担资产评估、验资或者验证机构的法律责任的规定，主要在第219条。

承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假证明文件的，没收违法所得，处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，并可由有关主管部门依法责令该机构停业，吊销直接责任人员的资格证书。构成犯罪的，依法追究刑事责任，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。如果犯此罪并有索取

他人财物或者非法收受他人财物的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。

承担资产评估、验资或者验证的机构因过失提供有重大遗漏的报告的，责令改正，情节较重的，处以所得收入1倍以上3倍以下的罚款，并可由有关主管部门依法责令该机构停业，吊销直接责任人员的资格证书。严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

### 七、政府有关主管部门的法律责任

我国《公司法》对政府有关部门的法律责任的规定，主要分布在第220条至第223条和第227条等条文中。

有下列情形之一的，对其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：

1. 国务院授权的有关主管部门，对不符合《公司法》规定条件的设立公司的申请予以批准，或者对不符合《公司法》规定条件的股份发行的申请予以批准的，情节严重的；

2. 国务院证券管理部门对不符合《公司法》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；

3. 公司登记机关对不符合《公司法》规定条件的登记申请予以登记，情节严重的；

4. 公司登记机关的上级部门强令公司登记机关对不符合《公司法》规定条件的登记申请予以登记的，或者对违法登记进行包庇的。

国家有关主管部门的国家机关工作人员，徇私舞弊，滥用职权，对不符合法律规定条件的公司设立、登记申请或者股票、债券发行、上市申请，予以批准或者登记，致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处5年以下有期徒刑或者拘役。上级部门强令登记机关及其工作人员实施上述行为的，处5年以下有期徒刑或者拘役。

有关主管部门对符合法定条件的申请，不予批准的，或者公司登记机关对符合法定条件的申请，不予登记的，当事人可以依法申请复议或者提起行政诉讼。

### 八、其他有关企业违反《公司法》的法律责任

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，责令改正或者予以取缔，并可处以1万元以上10万元以下的罚款。

## 复 习 思 考 题

1. 公司的基本特征有哪些？
2. 有限责任公司有哪些基本特征？
3. 股份有限公司有哪些基本特征？
4. 设立公司应坚持哪几条原则？
5. 公司登记包括哪些内容？
6. 进行公司登记应经过哪些程序？
7. 设立有限责任公司应具备哪些条件？
8. 设立有限责任公司的资本要求？

9. 出资证明书应包括哪些内容?

10. 有限责任公司的股东有哪些权利义务?

11. 有限责任公司的内部管理体制是怎样的?

12. 国有独资公司有哪些特征?

13. 什么样的人不能担任公司的董事、监事、经理?

14. 设立股份有限公司应具备哪些条件?

15. 什么是国有股、国有法人股?国家对股份有限公司中国有股权管理的原则有哪几条?

16. 股份有限公司设立时,国有股权应如何界定?

17. 国有股由谁持有,其股权如何行使?

18. 国有股权的收入、增购、转让及转让收入应如何管理?

19. 对公司的财务会计有哪几项要求?

20. 公司应编制哪几种财务会计报表?

21. 公司利润分配的原则是什么?

22. 公司合并分立各有哪几种形式?

23. 公司增减注册资本的程序?

24. 公司破产和解散的原因?

25. 清算组有哪些职责?

26. 清算工作有哪些程序?

27. 外国公司分支机构的法律地位及设立条件是什么?

28. 外国公司分支机构有哪些权利义务?

29.《公司法》规定了哪几种法律责任?

30. 发起人的哪些行为将承担法律责任?

31. 公司的哪些行为将承担法律责任?

32. 公司领导人的哪些行为将承担法律责任?

33. 清算组的哪些行为应承担法律责任?

34. 承担资产评估、验资或验证机构的哪些行为应承担哪些法律责任?

35. 政府主管部门的哪些行为应承担法律责任?

36. 其他有关企业的哪些行为应承担法律责任?

# 第七章 企业破产法

## 第一节 破产与破产法的概念与特征

### 一、破产的概念与特征

（一）破产是商品经济社会发展到一定阶段必然出现的法律现象。

商品经济是直接以交换为目的的经济形式，只有通过商品交换才能达到生产经营者的营利目的，商品的价值与使用价值才能最终实现，因此，保证商品交换顺利完成乃是商品经济正常运转的关键。在现代商品经济社会中，以货币为媒介的延期付款或延期交货的信用交易方式是商品交换的主要形式。这种信用借贷关系在法律上称之为债。如何保障债的关系正常实现，维护债权人、债务人的正当权益，维持商品交换的正常经济秩序，历来是任何一个以商品经济为基础的国家必须妥善解决的问题。在债务人有清偿能力而不承认或不履行债务时，通过法律上的民事债权制度和民事诉讼与执行制度等便可以保障债的履行，使被阻断的经济关系得以正常有序地进行。但在债务人已丧失清偿能力，对到期债务无力还清的情况下，仅靠上述法律制度便不足以正确公平地解

决债务问题了。在债务人丧失清偿能力时，因其财产已不足以使全部债权都获得全额清偿，部分债权无法得到偿还，就使债务清偿矛盾由债权人与债务人之间扩展到了债权人相互之间。这时如仍允许债务人对债权人任意个别清偿，或允许个别债权人通过单独强制执行等方法实现债权，那就必然会出现有的债权人全额获偿，有的债权人却分文不获，同等权利的债权得不到同等程度清偿的不公平现象，甚至为种种欺诈行为提供可乘之机，扰乱社会经济秩序。而在众多债权人的追讨之下，债务人的正当权益也难以保障。所以，必须有一种新的特别法律制度来调整债务人丧失清偿能力时的债务清偿问题，包括如何强制清算执行和如何使双方和解自行清偿两种债务解决方式。这种调整债务人丧失清偿能力时的债权债务关系的法律制度，就是破产制度。此外，破产制度在保障法人财产权，促进企业自主经营，加强经济责任制和民主管理，改善经营状况，提高经济效益，建立现代企业制度，合理配置资源与调整产业布局，维持社会公平等方面，也发挥着重要的调整作用。

（二）破产是在债务人不能清偿到期债务时，由法院强制执行其全部财产，公平清偿全体债权人，或者在法院监督下，由债务人与债权人会议达成和解协议，整顿复苏企业，清偿债务，避免倒闭清算的法律制度。

破产制度与原用于解决债务纠纷问题的民事诉讼执行制度相比，具有以下几个特征：(1) 民事执行程序中的债务人通常具有清偿能力，只是拒不履行义务，所以需强制执行。而破产程序中的债务人已无清偿能力，无论自愿与否均不能

对全体债权人完全、公平地履行义务，所以必须以破产方式解决。在民事执行中，强调债务人的自动履行，而在破产程序中，因债务人对个别债权人的自动履行违背对全体债权人公平清偿的原则，反为法律所限制。(2) 民事执行与破产制度虽都是为债权人利益进行，但前者是为个别债权人，后者是为全体债权人，前者的目的是为债的履行，而后者则更强调履行在债权人间的公平。破产制度的本质作用，就是在债务人丧失清偿能力的情况下，保障债的最终公平清偿。(3) 破产程序是对债务人全部财产与经济关系进行的彻底清算执行，在作出破产宣告的情况下，它终结债务人的经营业务，并使其丧失民事主体资格。而民事执行的范围则仅限于债务人的相关财产，且不涉及民事主体资格问题。此外，民事执行的对象范围广泛，既包括对财产的执行，也包括对行为等义务的强制履行，而破产执行的对象仅为财产。(4) 破产制度与民事诉讼执行制度有着密切的联系，两者都是为债权人利益而进行的以实现债权为内容的执行措施，在一些程序性规定上有相似之处，而且破产的一些制度是从民事诉讼执行制度中发展而来的。为此，有的国家或地区法律规定，在破产程序中可以适用民事诉讼法的有关规定，我国破产法也是如此。此外，破产作为一项法律制度，与在旧经济体制下对亏损的债务人企业采取的“关、停、并、转”行政措施，也有着本质的区别。

## 二、破产法的概念与特征

破产法是规定在债务人不能清偿到期债务时，法院强制

对其全部财产清算分配，公平清偿债权人，或通过和解协议，进行整顿，清偿债务的法律规范的总称。破产法调整破产案件的各参加人如破产人、破产债权人、别除权人、破产管理人（即清算组）、法院等相互之间发生的各种法律关系。破产法从调整范围上讲有广狭两义，狭义的破产法仅指对债务人破产清算的法律，广义的破产法则还包括以避免债务人破产为主要目的的各种和解与企业整顿制度方面的法律。由于单纯以破产清算为目的的法律难以全面、妥善地解决债务人丧失清偿能力时的债务偿还问题，所以现代意义上的破产法通常均由规定破产清算与和解和整顿两方面内容的法律构成。有的国家将破产与和解等内容规定在同一部法典之中，有的国家则分别单独立法，有的国家规定先进行和解为破产宣告的必经程序，有的国家则由当事人任选是否和解，一些国家还单独规定有公司重整方面的法律。

破产法与其他法律相比较，具有以下特征：

1．破产法的调整范围仅限于债务人丧失清偿能力，不能清偿到期债务的特别情况，对债务人有清偿能力而不还债等问题，由其他法律解决。一般而言，破产法所解决的是如何公平清偿的执行问题，对债权人与债务人间存在的实体性权利义务争议（如债是否存在，数额多少，有无担保等）则在破产程序外通过民事诉讼等制度解决。也就是说，通常只有债务双方没有争议的或是已经诉讼、仲裁程序确定的债务，才可直接进入破产程序接受清偿。这是由破产法的性质及其规范特点所决定的，在破产法中未规定解决民事实体权利义务争议时保障当事人各项诉讼权利的有关制度，这些制

度存在于民事诉讼法中。

2. 通常法律按其内容性质可大致分为实体法与程序法两类，而破产法则是集实体与程序内容合一的综合性法律。破产法的基本内容可分为实体性规范、程序性规范、罚则与复权三大部分。实体性规范主要包括破产原因即破产界限、破产财产、破产债权、取回权、别除权、抵销权、撤销权、破产费用等内容。程序性规范主要有破产案件的管辖、破产申请的提出与受理、破产宣告、债权人会议、破产管理人即清算组、破产财产的处理与分配、和解与整顿程序、破产程序的终结等内容。罚则等部分主要规定对破产犯罪等违法行为的处罚、破产人的免责及复权等内容，有的国家还规定有对破产违法行为的行政处分与经济制裁、以及对企业破产负有责任者的处罚等。在立法体例上各国并不一致，有的国家按实体规范、程序规范、免责与复权、罚则等不同性质的内容分编各自规定，如日本、德国等。有的国家则按破产案件进行的先后顺序依次规定，不作实体规范与程序规范之分，我国的破产立法便是采取这一形式的。

3. 破产法的基本制度往往并非自身所独创，而是源于民事债权制度和民事诉讼执行制度，同时根据破产制度的原则加以适当的变更，对当事人的权利义务予以必要的扩张或限制。因此，不仅对破产法的理解与执行往往同对相关法律的正确掌握有关，相关法律制度是否健全完善也直接影响到破产法的实施与效果。由于破产法是一项社会涉及面甚广的立法，不仅民法、民事诉讼法与之相关，企业法、公司法、劳动法、社会保险法乃至刑法、行政法等都与之有密切联

系，破产法的正确实施要依靠这些相关法律、配套制度的保障。实践已经证明，单靠一部破产法是难以广泛实施破产制度并发挥其应有功能的。

## 三、我国目前破产立法概况

随着我国经济体制改革的逐步深入进行，八十年代初期以后，法学界开始提出企业的破产问题。1985 年，国家有关部门成立了企业破产法起草小组，经过长期的起草与修改，并经过广泛讨论，1986 年 12 月 2 日，第六届全国人大常委会第十八次会议通过了《中华人民共和国企业破产法(试行)》（以下简称《企业破产法》）。该法适用于全民所有制企业，并规定自《全民所有制工业企业法》实施满 3 个月之日起试行。1988 年 11 月 1 日，《全民所有制工业企业法》实施满 3 个月，《企业破产法》正式试行。为保障《企业破产法》的顺利实施，最高人民法院于 1991 年 11 月 7 日以“法（经）发［1991］35 号”文发布了《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》（以下简称《意见》）。这一司法解释文件从法院工作的角度，对如何正确理解与执行企业破产法作出了许多详尽的规定，为法院审理破产案件提供了更具操作性的法律根据。1991 年 4 月 9 日，第七届全国人大第四次会议通过《中华人民共和国民事诉讼法》。该法在第二编第十九章中规定了企业法人破产还债程序，适用于非全民所有制的企业法人，以弥补企业破产法仅适用于全民所有制企业，其他企业的破产无法可依，立法调整范围过窄的不足，适应经济体制改革发展的实

际需要。1992 年 7 月 14 日，最高人民法院以“法发〔1992〕22 号”文发布《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》，其第十六部分对《民事诉讼法》第十九章“企业法人破产还债程序”的适用作出了司法解释，并规定人民法院审理破产还债案件，除适用《民事诉讼法》第十九章的规定外，可参照《企业破产法》的有关规定执行。1997 年 3 月 6 日，最高人民法院又以“法发[1997]2 号”文下发《关于当前人民法院审理企业破产案件应当注意的几个问题的通知》，对破产案件的审理作出更为具体的规定。

除此以外，深圳等地方还制订了一些地方性的企业破产法规，这些法规在不违背全国性破产法律规定的前提下，适用于当地的企业破产案件。为了深化企业制度的改革，指导并规范国有企业的破产试点工作，国务院于 1994 年 10 月 25 日下发了《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》（以下简称《通知》）。该《通知》中对试点城市中破产企业职工的安置、破产财产（包括土地使用权）的处置、银行贷款损失的处理等破产法实施中的一些难点作出较为具体的规定，使破产试点工作能够平稳顺利地进行。但《通知》下发后，出现一些城市和地区违反《通知》规定的适用范围实施国有企业破产的问题。1997 年 3 月 2 日，国务院又下发了《国务院在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》（以下简称《补充通知》），强调指出，《通知》中有关破产方面的政策，只适用于国务院确定的企业“优化资本结构”试点城市范围内的国有工业企业。非试点城市和地区的国有企业破产，只能按照《企业

破产法》的规定实施，即破产企业财产处置所得，必须用于按比例清偿债务，安置破产企业职工的费用只能从当地政府补贴、民政救济和社会保障等渠道解决。非国有企业破产，要严格按照《民事诉讼法》实施。

目前，全国人大正在制订一部新的《破产法》。据了解，该法将普遍适用于国内所有企业，在适合中国国情的前提下，尽量与国际上通行的法例相衔接，以建立市场经济体制下公平公正的社会经济秩序。预计新破产法问世后，必将进一步推动经济体制改革的深入，健全和完善我国的现代企业制度和社会主义市场经济体制。

## 第二节　破产申请的提出与受理

### 一、破产界限

破产界限是指法院据以宣告债务人破产的法律标准，在国外通称为破产原因。在破产立法上，对破产界限主要有两种立法方式。一种是列举主义，即在法律中列举若干表明债务人丧失清偿能力的具体破产行为，凡存在这些行为者，便认定达到破产界限。另一种是概括主义，即对破产界限作抽象的概括规定，它着眼于破产发生的一般原因，而不是具体行为。也有的国家将两种立法方式结合使用。我国破产法采用的是概括主义立法方式。

《企业破产法》第3条规定："企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务的，依照本法规定宣告破产。"

《民事诉讼法》第199条规定："企业法人因严重亏损，无力清偿到期债务"，即达到破产界限。从上述规定可以看出，破产界限的实质标准是不能清偿到期债务，通常简称为不能清偿或不能支付。不能清偿是指债务人对请求偿还的到期债务，因丧失清偿能力而无法偿还的客观经济状况。不能清偿在法律上的着眼点是债务关系能否正常维系，其要点包括：(1) 债务人明显丧失清偿能力，即不能以财产、信用或能力等任何方法清偿债务；(2) 债务人不能清偿的是清偿期限已经届满、债权人提出清偿要求的、无争议或已有确定名义(指已经生效判决、裁决确认)的债务；(3) 债务人对债务在可预见的相当长期间内持续不能偿还，而不是因资金周转困难等暂时延期支付。在此，须注意不能清偿与资不抵债两个概念的区别。资不抵债又称债务超过，指债务人负债数额超过实有资产，也是各国破产立法中用于确认破产界限的一个标准，通常仅适用资合公司法人及清算中的法人。资不抵债的着眼点是资债比例关系，考察债务人的偿还能力仅以实有资产为限，一般不考虑信用、能力等其他可能的偿还因素，计算债务总额时通常不区分是否到期，一并纳入，强调以财产作为债务偿还的实际保障。在实践中，当债务人不能清偿到期债务时，往往早已资不抵债，但仅有资不抵债的状况却不一定表明债务人已丧失清偿能力，只要经营尚好，便不致出现不能清偿到期债务的现象。所以，这两个概念对企业破产界限的认定是存在一定差别的，目前我国破产法中未采用资不抵债的概念。

此外，为解决债权人提出破产申请时的举证责任问题，

各国破产法中往往还规定有停止支付的概念。债权人在提出破产申请时应负有相应的举证责任，但债务人的经济状况是否具有清偿能力，债权人通常是很难全面了解并提供相应证据的。债权人能够提出证据的，只是债务人对到期债务长期停止支付。由于这种状况已经损害了债权人的合法权益，债权人自然应当有权据此提出对债务人的破产申请。为此，最高人民法院在其司法解释《意见》中规定："债务人停止支付到期债务并呈连续状况，如无相反证据，可推定为不能清偿到期债务。"

宣告债务人企业破产必须符合法律规定的破产界限，但并非所有达到破产界限的企业均应被宣告破产。各国出于社会政策的需要，通常都规定对某些特殊情况不予宣告破产。我国《企业破产法》第3条第2、3款规定："企业由债权人申请破产，有下列情形之一的，不予宣告破产：(1) 公用企业和与国计民生有重大关系的企业，政府有关部门给予资助或者采取其他措施帮助清偿债务的；(2) 取得担保，自破产申请之日起6个月内清偿债务的。企业由债权人申请破产，上级主管部门申请整顿并且经企业与债权人会议达成和解协议的，中止破产程序。"

## 二、破产申请的提出

根据我国破产法的规定，当债务人不能清偿到期债务时，债权人和债务人均有权提出破产申请。破产申请应当采用书面形式，向对案件有管辖权的人民法院提出。企业破产案件由债务人所在地人民法院管辖。债务人所在地是指企业

主要办事机构所在地。县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件一般由基层人民法院管辖，地区、地级市以上工商行政管理机关核准登记企业的破产案件一般由中级人民法院管辖。个别案件可以依照《民事诉讼法》第39条关于移转管辖的规定确定管辖级别，由上级法院审理下级法院管辖的案件，或由下级法院审理上级法院管辖的交办案件。

债权人提出破产申请，应当向人民法院提供以下证据材料：(1) 债权发生事实及有关证据；(2) 债权性质、数额；(3) 债权有无财产担保，有财产担保的，应当提供证据；(4) 债务人不能清偿到期债务即停止支付到期债务并呈连续状态的有关证据。全民所有制企业债务人申请破产，应经其上级主管部门同意，非全民所有制企业债务人在所有权人同意或企业权力机关决议后，可自行提出破产申请。债务人提出破产申请，应当向人民法院提供以下证据材料：(1) 企业亏损情况的说明；(2) 有关会计报表；(3) 企业财产状况明细表和有形财产的处所；(4) 债权清册和债务清册，包括债权人和债务人名单、住所、开户银行、债权债务发生的时间、债权债务数额、有无争议等；(5) 破产企业上级主管部门或者政府授权部门同意其申请破产的意见（此条仅限全民所有制企业）；(6) 人民法院认为依法应当提供的其他材料。

### 三、破产申请的受理

#### (一) 法院受理案件的程序

人民法院收到当事人提出的破产申请后，应当依照破产

法的有关规定进行审查，并在7日内决定是否立案受理。人民法院经审查认为破产申请需要更正、补充材料的，可以责令申请人限期更正、补充。申请人按期更正、补充材料的，人民法院自收到更正、补充材料的次日起7日内决定是否立案受理。申请人逾期未更正、补充材料的，视为撤回破产申请。人民法院审查后认为破产申请符合法律规定的，应当受理案件；认为不符合法律规定的，应裁定驳回。申请人不服人民法院驳回破产申请裁定的，有权向上一级人民法院提起上诉，上诉期限为10日。

人民法院受理破产案件后，应组成合议庭进行审理。人民法院应当在受理案件后10日内通知债务人并且发布公告。公告除在受理破产案件的人民法院公告栏内张贴外，还应根据具体案情，如债权人分布区域、破产财产所在区域等，在地方或全国性报刊上登载，目前主要是登载在《人民法院报》上。公告应包括以下内容：(1) 立案受理时间；(2) 破产案件的债务人；(3) 申报债权的期限、地点和逾期未报的法律后果；(4) 第一次债权人会议召开的日期、地点等。债权人提出破产申请的，债务人应当在收到法院通知后15天内，向法院提交债务清册、会计报表等有关证据材料。人民法院在收到债务人提交的债务清册后10日内，应当通知已知的债权人，通知中应包括公告的有关内容。债权人应当在收到通知后1个月内（未收到通知的债权人应当自公告之日起3个月内），向人民法院申报债权，说明债权的存在、数额和有无财产担保，并且提交有关证明材料。在此须特别注意的是，依现行法律规定，如债权人逾期未申报债权，则视

为自动放弃债权，在破产程序中便不再予以清偿。人民法院对申报的债权，应当指派专人负责登记造册，按有无财产担保分别登记。

（二）法院审查受理案件中应注意的问题

在人民法院受理破产案件时，由于申请破产的企业作为当事人的经济纠纷可能很多，根据最高人民法院的司法解释，为了保障破产案件的顺利审理，对这些经济纠纷案件要分别下列不同情况妥善处理：（1）人民法院受理破产案件后，对债务人财产的其他民事执行程序必须中止，包括已经审结但尚未执行的，虽已开始执行但尚未执行完毕等情况，由债权人凭生效的法律文书向受理破产案件的人民法院申报债权，统一依破产程序公平受偿。此外，对债务人财产的财产保全程序也应中止。（2）以破产企业为债务人的、尚未审结且另无连带责任人的经济纠纷案件，应当终结诉讼，由债权人向受理破产案件的人民法院申报债权，经债权确认程序后依破产程序受偿。（3）以破产企业为债务人的、尚未审结且另有连带责任人的经济纠纷案件，应当中止诉讼，由债权人向受理破产案件的人民法院申报债权，经债权确认程序后依破产程序受偿。待破产程序终结后，原案件恢复审理，债权人再追究连带责任人的民事责任。（4）以破产企业为债权人的经济纠纷案件，受诉人民法院不能在3个月以内结案时，应当移送受理破产案件的人民法院，由受理破产案件的人民法院按照最高人民法院司法解释《意见》中对破产企业债务人的有关规定办理，解决债务问题。人民法院受理破产案件后，发现破产企业作为债权人的案件在其他人民法院受

理，并且在3个月以内难以审结的，应通知该人民法院向其移送案件。

在人民法院发布破产案件立案公告之后，破产企业的债权人只能向受理破产案件的人民法院申报债权，依破产程序统一公平受偿，不得再提起新的诉讼，以保障破产案件的顺利审理。在破产案件受理之后，债权人的个别追偿行为便为法律所限制。

在民事诉讼程序或民事执行程序进行过程中，受理案件的人民法院获悉债务人不能清偿到期债务时，应当告知债务人可以向其所在地人民法院申请破产，以破产方式解决债务问题。债务人提出破产申请的，债务人所在地的人民法院应当依法宣告债务人破产。但债务人不申请破产的，人民法院不得依职权在无人提出破产申请的情况下宣告债务人破产，原诉讼程序或执行程序应继续进行。

在实践中，还可能出现被申请破产的债务人企业为其他单位担任保证人的情况。根据破产法及担保法的原则，保证责任不因保证人被宣告破产而免除。依照《企业破产法》、《担保法》及最高人民法院《意见》的有关规定，被申请破产的保证人企业应当在收到人民法院破产案件立案通知后5日内转告有关当事人。债权人在得知保证人破产的情况后，享有是否将其担保债权作为破产债权申报受偿的选择权。如果债权人未申报债权、参加破产程序，保证人所承担的担保义务即从债权申报期满之日起终止，此后，债权人应向主债务人追究民事责任。如债权人申报债权、参加破产程序受偿，即以其在破产宣告时所享有的、保证人承担的担保债额

为破产债权。债权人在参加破产分配后，仍可就其未受清偿的债权向主债务人要求清偿。破产企业在向债权人承担保证责任作出清偿后，即在其清偿数额范围内享有对被保证人的代位求偿权，有权要求被保证人予以补偿，并将所得财产用于对全体债权人的分配。

（三）破产案件受理裁定的法律效力

要保障全体债权人在破产程序中的公平受偿，破产案件受理裁定作出后，除限制债权人方面的个别追偿行为外，债务人对个别债权人进行的清偿也必须受到限制。人民法院受理破产案件后，应当立即通知债务人自收到案件受理通知之日起，停止清偿债务。债务人清偿正常生产经营所必须偿付的债务，在清算组成立前应当经人民法院审查批准。债务人收到人民法院关于停止清偿债务的通知后，仍然对部分债权人清偿债务，或者隐匿、私分或者无偿转让破产企业财产，人民法院应当裁定其行为无效，追回该项财产，并可依据《民事诉讼法》关于对妨害民事诉讼行为的强制措施的规定，对债务人企业法定代表人、上级主管部门负责人以及其他直接责任者进行处罚。为了有效地解决债务人的个别清偿问题，人民法院受理破产案件后，还应当及时通知债务人的开户银行停止办理债务人清偿债务的结算业务。开户银行支付维持债务人正常生产经营所必需的费用，需经人民法院许可。债务人的开户银行收到人民法院的通知后，不得利用职权之便扣划债务人的现有存款和汇入款抵还其所欠银行贷款。开户银行非法扣划的，扣划行为无效，应退回扣划的款项。拒不退回的，人民法院应当裁定其退回并向其开户银行

制发协助执行通知书，同时可依照《民事诉讼法》关于强制措施的规定，对有关人员和直接责任者予以处罚。

人民法院受理破产案件后，应向破产企业全体职工发布公告，要求他们保护好企业财产，不得非法处理企业的账册、文书、资料和印章，不得隐匿、私分、无偿转让、非正常压价出售企业的财产。破产企业的法定代表人在破产程序终结以前，擅离职守或以其他方式逃避职责的，或者拒绝向清算组办理交接手续，或者有《民事诉讼法》规定的妨害民事诉讼行为的，人民法院可以根据情节轻重，予以罚款、拘留；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 第三节　债权人会议与和解整顿程序

### 一、债权人会议

#### （一）债权人会议的性质与组成

债权人会议是由全体债权人组成，以维护债权人共同利益为目的，在法院监督下讨论决定有关破产事宜，表达债权人意思的破产机构。在破产程序中，债权人因人数众多不能单独行使权利、采取有效的诉讼行为，所以需要设立债权人会议，就有关破产事项协调债权人的意见，并决定采取何种行动。债权人会议是债权人行使破产参与权的场所。它以决议和监督等形式履行职权，本身不是执行机关，其所作出的各项决议要由破产管理人即清算组等相应机构执行。债权人会议作为债权人的临时自治团体，不是民事活动的权利主

体，不能以其名义对外进行民事活动。

根据我国破产法的规定，所有债权人均为债权人会议成员。在债权人会议上，无财产担保的债权人享有表决权，有财产担保的债权人无表决权，但放弃其优先受偿权利者除外。因有财产担保的债权人对担保物享有优先受偿权，其受偿与破产程序无关，故对与其利益无关的事项不宜享有表决权。当债权人兼有有财产担保债权人和无财产担保债权人双重身份时，在债权人会议上享有表决权，但表决时所代表的债权额仅限于无财产担保的部分。有财产担保的债权人在担保物价款不足以清偿其担保债权时，就未受清偿的债额在债权人会议上享有表决权。债务人的保证人，代替债务人清偿债务后，可以作为债权人，享有表决权。

债权人会议成员依债权性质相应享有出席会议及表决的权利，也可以委托代理人出席会议，并行使表决权。代理人出席会议、行使表决权，应向人民法院或债权人会议主席提交委托人签名盖章的授权委托书。全民所有制企业债务人的上级主管部门可以派员列席债权人会议。债务人的法定代表人必须列席债权人会议，并有义务回答债权人等的询问，拒绝列席的，人民法院可以依据《民事诉讼法》的有关规定对其拘传，强制列席。

债权人会议设会议主席，以保障会议的顺利进行。会议主席由人民法院从有表决权的债权人中指定。通常会议主席由与债务人无特别关系、债权数额大，与债务人同处一地的债权人担任较为适宜。债权人会议主席一般有以下几项职责：(1) 确定债权人会议的日期，通知召集会议；(2) 编定

会议议事日程；(3) 宣告开会闭会，主持会议进行，安排会议发言，主持会议表决，维持会场秩序等；(4) 负责作成会议记录与决议文件，并提交有关机关。根据会议需要，主席还可行使其他职权。

(二) 债权人会议的召集与职权

债权人会议是依召集方式活动的。第一次债权人会议由人民法院召集，应当在债权申报期限届满后 15 日内召开。以后的债权人会议在人民法院或者会议主席认为必要时召开，也可以在清算组或者占无财产担保债权总额的 1/4 以上的债权人要求时召开。人民法院召集第一次债权人会议时，应当宣布债权人资格审查结果，指定并宣布债权人会议主席，宣布债权人会议的职权及其他有关事项，并通报债务人的生产、经营、财产、债务的基本状况。召开债权人会议，召集人应在开会前 7 日（外地应为 20 日）将会议的时间、地点、内容、目的等事项通知债权人。债权人会议主席召开债权人会议，应在发出通知前 3 日报告人民法院。

根据《企业破产法》的规定，债权人会议的职权有以下几项：(1) 审查有关债权的证明材料，确认债权有无财产担保及其数额；(2) 讨论通过和解协议草案；(3) 讨论通过破产财产的处理和分配方案。此外，还有审阅清算组清算、审计和评估报告，监督和解与整顿程序进行等职权。如清算组提出的破产财产分配方案经债权人会议多次讨论仍未通过，人民法院则应根据具体案情及时作出裁定，以保障破产程序的顺利进行。债权人会议的职权是以表决通过决议的方式行使的。通常，确认债权人会议决议表决通过的标准有两种，

一种是以出席会议的债权人表决的人数为准，一种是以出席会议的债权人表决时代表的破产债权数额为准。有的国家仅采用单一标准，有的国家则综合适用两项标准，我国破产法是综合适用两项标准。根据债权人会议议决事项的不同，决议分两类，一种是普通决议，一种是特别决议，两者的区别在于，通过时同意者代表的破产债权额占总额的比例不同。特别决议仅适用于和解等重大事项，范围由法律明文规定。

我国《企业破产法》第16条规定："债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其所代表的债权额，必须占无财产担保债权总额的半数以上，但是通过和解协议草案的决议，必须占无财产担保债权总额的2/3以上。"计算表决数额时，"过半数"不包括本数，"半数以上"、"2/3以上"均包括本数在内。行使表决权的债权人所代表的债权额，按债权人会议确定的债权额计算。对债权人会议确定的债权额有争议的，由人民法院审查后裁定，并按裁定所确认的债权额计算。债权人会议的决议依法通过后，对全体债权人均有约束力，无论是表决反对决议的债权人，还是未出席会议表决的债权人，均要遵照执行。但是，有财产担保债权人享有的优先受偿权，不受决议约束。债权人认为债权人会议的决议违反法律规定的，可以在债权人会议作出决议后7日内提请人民法院裁定。人民法院有权裁定撤销违法的债权人会议决议，维护债权人的合法权益。

## 二、和解和整顿程序

### （一）和解和整顿制度的特点

为减少企业破产造成的社会损失，挽救尚有可能恢复生机、扭亏为盈、自行解决债务清偿的企业，我国《企业破产法》中还参照世界各国之通例，专门设立了和解与整顿制度。我国的和解整顿制度具有以下特点：（1）在债务人已达破产界限，被债权人申请破产，且案件已为法院受理后方可进行；（2）并非法院作出破产宣告的必经程序，是否和解完全依债务双方当事人意思而定；（3）和解制度与整顿制度相结合，均由立法规定，更有利于保障和解协议的执行与企业整顿成功；（4）全民所有制企业的和解整顿由其上级主管部门提出申请并主持，债务人企业职工代表大会参与企业整顿工作。

（二）和解和整顿的程序

根据《企业破产法》的规定，企业由债权人申请破产的，在人民法院受理案件后3个月内，被申请破产的企业的上级主管部门可以申请对该企业进行整顿，整顿的期限不得超过两年。上级主管部门申请对债务人企业进行整顿时，应当向人民法院、债权人会议提交整顿方案。整顿方案应当具有以下内容：（1）对企业达到破产界限的原因的分析；（2）调整或组建企业新的领导班子的计划；（3）改善经营管理的措施和改造、转产措施的可行性；（4）扭亏增盈的办法；（5）整顿的期限和目标等。整顿申请提出后，债务人企业应当向债权人会议提交和解协议草案。和解协议草案应当具有下列内容：（1）清偿债务的财产来源；（2）清偿债务的办法；（3）清偿债务的期限等。被申请整顿的企业如果请求减少债务清偿，还应在和解协议草案中写明请求减少清偿的数额或比例。

债权人会议在接到债务人的整顿申请和和解协议草案等文件后，应认真讨论审查，看其是否具有通过整顿依和解协议清偿债务的可能，并可要求债务人企业及其上级主管部门就有关问题作出说明解释。债权人会议认为和解协议草案需要补充修订时，可与债务人方面进行协商。对债务人提出的和解协议草案，债权人会议应以表决方式确定是否予以通过。债权人会议表决否决和解时，应通知人民法院并请求其依法宣告债务人破产。债权人会议表决通过和解协议时，应报请人民法院审查认可。人民法院对和解协议的认可，是代表国家对当事人就其民事权利与诉讼权利所作处分进行监督干预。人民法院审查的内容主要有：(1) 和解协议是否有违反法律法规，损害国家、社会或他人权益的内容；(2) 和解协议有无损害少数债权人利益，违反公平清偿原则的内容；(3) 决议通过程序是否真实合法等。人民法院在审查中发现问题，应要求当事人予以纠正，无法纠正或当事人拒不纠正的，不认可和解协议。如法院审查后认为协议符合法律规定，应予以认可，作出中止破产程序的裁定，并且发布公告，和解协议自公告之日起具有法律效力。

(三) 法律效力

和解协议的法律效力体现在以下几个方面：(1) 和解协议成立前产生的债权人只能按和解协议的规定接受债务清偿，不得要求或接受和解协议外的单独利益，无权提起民事执行程序。但和解协议成立后产生的债权人不受协议约束，在和解程序中可要求单独受偿并提起民事执行程序。(2) 债务人只能按照和解协议清偿债务，不得给个别债权人以任何

特殊利益，但公平地给全体债权人以清偿上的利益者除外，如全部债务均提前偿清等。(3) 和解协议对债务人的保证人或连带债务人无效，债权人对债务人所作的减免债务或延期偿还让步，效力不及于其保证人和连带债务人，他们仍应按原来债的约定承担保证责任或连带责任。如和解协议规定债务按70%偿还，免除30%，但债务人的保证人和连带债务人仍要承担债务全额的责任。(4) 和解协议无强制执行的效力，如债务人不履行协议，债权人只能请求法院终结整顿，宣告其破产。

和解协议发生法律效力后，被申请破产的企业便进入整顿阶段。企业的整顿由其上级主管部门负责主持。企业整顿方案应当经过企业职工代表大会讨论，整顿进展情况应当向职工代表大会报告，并听取意见。在企业整顿期间，企业的上级主管部门应当定期向债权人会议和人民法院报告整顿情况、和解协议执行情况。

(四) 和解与整顿的终结

为使和解与整顿程序能够在符合其设立宗旨的情况下正确进行，制止债务人的违法行为，保障债权人的合法权益，维护经济秩序，《企业破产法》第21条规定，整顿期间，债务人企业有下列情况之一时，应经人民法院裁定，终结企业整顿，宣告其破产：(1) 不执行和解协议，包括对协议全部不执行与部分不执行，对多数债权人不执行与对个别债权人不执行，因债务人过错不执行与客观上无法执行等多种情况。总之，是以客观状况为判断标准，即便是由于非债务人过错的原因使协议无法执行，也表明当初协议是在缺乏事实根据、

错误估计的基础上达成的，企业本不具备整顿复苏的客观条件，自然应终结整顿。(2) 财务状况继续恶化，债权人会议申请终结整顿的。财务状况继续恶化通常以经营亏损增加为标准。为保证债权人会议能及时作出判断，应在和解协议中规定财务状况恶化到何种程度必须向债权人会议及时通报，以防止债权人方面受到损害。(3) 有《企业破产法》第35条所列违法行为之一，严重损害债权人利益的。当出现上述第一项和第三项所列情况之一时，债权人或债权人会议均有权申请终结整顿，人民法院发现债务人有上述情况时，应当依职权裁定终结该企业的整顿，宣告其破产。

经过整顿，债务人企业能够清偿债务的，应按和解协议的规定清偿。有财产担保且未放弃优先受偿权的债权人不受和解协议规定的约束，但其在破产案件受理后至破产宣告前行使优先受偿权时，应经人民法院同意。企业能够按照和解协议清偿债务的，人民法院应当裁定终结对该企业的破产程序，并且发布公告。整顿期满，债务人企业不能按照和解协议清偿债务的，人民法院应当宣告该企业破产，并按照《企业破产法》的有关规定重新申报登记债权。

## 第四节 破产宣告与破产清算

### 一、破产宣告

破产宣告是人民法院依据当事人的申请或法定职权裁定宣布债务人破产以清偿债务的活动。根据我国《企业破产

法》第23条的规定，在以下三种情况下，人民法院应当以书面裁定宣告债务人企业破产：（1）企业不能清偿到期债务，又不具备法律规定的不予宣告破产条件的；（2）企业被依法终结整顿的；（3）整顿期满，不能按照和解协议清偿债务的。

人民法院宣告债务人企业破产，应当公开进行，应通知提出破产申请的债权人、债务人到庭，当庭宣布破产裁定。当事人拒不到庭的，不影响裁定的效力。人民法院宣告企业破产的裁定自宣告之日起发生法律效力，破产企业自即日起应当停止生产经营活动，但人民法院或清算组认为确有必要继续生产经营的除外。

人民法院裁定宣告债务人企业破产的同时应发布公告。公告应具有下列内容：（1）破产企业的名称、住所地址；（2）企业亏损、资产负债状况；（3）宣告企业破产的理由和法律根据；（4）宣告企业破产的日期；（5）宣告企业破产后破产企业的财产、账册、文书、资料和印章等的保护。公告应加盖人民法院印章。

为了保证破产程序的顺利进行，防止破产财产损失，维护债权人的权益，破产宣告后，破产企业的债务人和财产持有人，只能向清算组清偿债务或者交付财产。为此，人民法院在宣告企业破产后，应及时通知破产企业的债务人或财产持有人向清算组清偿债务或交付财产。破产企业的债务人或财产持有人收到人民法院的上述通知后，应当按照通知的数额、时间向清算组清偿债务或交付财产。如对通知的债务数额或财产的品种、数量等有异议，当事人可在收到通知后7

日内请求人民法院予以裁定。逾期既未清偿或交付，又未提出异议的，由清算组申请人民法院裁定后强制执行。

人民法院宣告企业破产后，应通知破产企业的开户银行，限定其银行账户只能供清算组使用，通知时应附上宣告企业破产的裁定书副本。为保护破产企业破产财产，保障破产清算顺利进行，破产宣告后，人民法院应当指定破产企业必要的留守人员。破产企业的法定代表人和财会、统计、保管、保卫人员必须留守，其他需要留守的人员及留守人数由清算组决定。人民法院宣告企业破产后，可将宣告企业破产的裁定书副本抄送有关政府监察部门和审计部门，以使其及时查明企业破产的责任。

## 二、破产清算组与破产财产

### （一）破产清算组

在破产案件中，对破产人财产的清算分配并不是由人民法院直接进行，而是由破产管理人即清算组负责进行。根据《企业破产法》及最高人民法院《意见》的规定，人民法院应当自宣告债务人企业破产之日起15日内成立清算组，接管破产企业。在成立清算组以前，人民法院应在与同级人民政府协商后，从破产企业的主管部门、当地经贸委、财政厅(局)、土地管理局、国有资产管理部门、中国人民银行或其分（支）行等部门和有关专业人员中用公函指定清算组成员。一经法院指定，有关部门和有关人员不得借故推托或擅离职守。确因客观情况不能执行清算组职务的，当事人陈明理由后，人民法院可以另行指定。清算组组长由人民法院指

定。清算组可以聘任会计师事务所的注册会计师及其他必要的工作人员。

清算组负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配。为履行其职责，清算组可以依法在清算目的范围内进行必要的民事活动。清算组对人民法院负责并且报告工作，接受人民法院监督。清算组有违背其职责、损害债权人利益的行为或其他违法行为时，人民法院应当及时予以纠正，并可解除不称职的清算组成员的职务，另行指定新的成员。清算组应当列席债权人会议，并接受债权人会议的询问、监督。清算组的决定违背债权人利益的，债权人可以申请人民法院裁定撤销。

破产宣告后，破产企业的原法定代表人应当组织企业财会人员做好财务决算工作、保管人员编制好财产清单、业务人员做好购销等业务的清结工作。破产企业的法定代表人在向清算组办理移交手续前，负责保管本企业的财产、账册、文书、资料和印章等，并于清算组接管破产企业时向其移交。任何单位和个人不得非法处理破产企业的财产、账册、文书、资料和印章等。破产企业的法定代表人在破产程序终结以前，应根据人民法院或者清算组的要求进行工作，不得擅离职守。

在债务人企业被宣告破产时，可能存在一些尚未履行完毕的合同，由于企业破产后便丧失对其财产的经营、处分权，所以接管破产企业的清算组的职责之一，便是要处理其未履行的合同。根据《企业破产法》的规定，对破产企业未履行的合同，清算组可以决定解除或者继续履行。在决定合

同是否继续履行时，清算组应当以是否对破产债权人有利为主要判断原则。清算组决定解除合同时，另一方当事人因合同解除受到经济损失的，其损失赔偿额应作为破产债权。因此而发生的损失赔偿争议，由人民法院裁定解决，并以裁定书所确定的赔偿数额作为破产债权的数额。

（二）破产财产

清算组接管破产企业后，应组织企业留守人员和清算组的工作人员，对破产企业的全部财产进行清点，登记造册，查明企业实有财产总额，列为破产财产，以便向破产债权人分配。破产财产是指应依破产程序分配给破产债权人的破产人的财产。根据《企业破产法》第28条的规定，破产财产由下列财产构成：(1) 宣告破产时破产企业经营管理的全部财产，即国家授予全民所有制企业经营管理的全部财产；如破产企业为非全民所有制企业，则应为破产企业所有的全部财产；(2) 破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；(3) 应当由破产企业行使的其他财产权利，如专利权、著作权等；法律另有规定者除外。

破产企业的财产并不等于就是破产财产，下列财产是否属于破产财产，应依据法律法规的规定，视具体情况而定：(1) 破产企业已作为债务担保物的财产不属于破产财产，如担保物的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产财产。(2) 依法禁止扣押执行的财产不属于破产财产，如企业保卫部门的枪支弹药、警械，涉及国家机密的文件档案等，这些财产应上交国家有关部门。(3) 破产企业内党、团、工会等社团组织的经费及其所购置的财产不属于破产财

产，因为财产所有人不同，但上述组织无偿占用破产企业的财产除外。(4) 企业在破产前为维持生产经营，向职工筹借的款项视为破产企业所欠职工工资处理，借款利息按照借款实际使用时间和银行同期存款利率计算。但职工在企业破产前作为资本金投入的款项，应当作为破产财产。(5) 破产企业的职工住房、学校、托幼园（所）、医院等社会福利性设施，原则上不计入破产财产，由破产企业所在地的市或者市辖区、县的人民政府接收处理，其职工由接收单位安置。但是，没有必要续办并能整体出让的，可以计入破产财产。(6) 破产企业与他人合资组成法人型或合伙型联营企业的或对其他企业投资的，破产企业作为出资投入的财产和应得收益应当收回，作为破产财产。不能直接收回的可以转让收回，联营他方在同等条件下享有对转让出资的优先购买权。破产企业作为合伙型联营的一方，应对退出前联营企业的全部债务承担连带责任，联营体的债权人可作为破产债权人参加破产程序，接受清偿。清算组收回破产企业投入联营企业的财产、对外投资和应得收益给联营他方造成损失的，依照《企业破产法》有关解除破产企业未履行完毕合同的规定处理。

破产企业内属于他人的财产，由该财产的权利人通过清算组行使取回权取回。在司法实践中，主要表现为保管人破产时存货人取走存货，加工承揽人破产时定作人取回定作物或维修物，承运人破产时托运人取回托运财物，承租人破产时出租人取回租赁物等。权利人在取回财产时，如存在相应对待给付义务的，应向清算组履行义务后方能取回。此项取

回权利的行使，仅限于取回原物。如在破产案件受理前原物已被破产人非法处置，就不能再向清算组要求取回价款，而只能以物价作为破产债权要求清偿。如果原物是在破产宣告后被清算组售出，权利人则有权要求清算组归还所收全部物款。

（三）破产财产中的土地使用权处置

破产企业土地使用权的处置，是破产财产中一个较为特殊的问题。我国已宣告破产的企业，其土地使用权多数都是无偿划拨取得，未交纳土地使用权出让金（征地费用不属于土地使用权出让金性质）。过去，在处置破产企业财产时，往往未将土地使用权考虑在内，而是随破产企业的房产被无偿转让，这是与我国土地向有偿使用制度转变的经济体制改革方向不符的。根据我国破产法与房地产法的有关原则，对破产企业的土地使用权应根据不同情况处置。依照国务院就破产试点问题颁发的《通知》及《补充通知》，国有企业破产时，企业依法取得的土地使用权，应当以拍卖或者招标方式为主依法转让。转让所得本属于破产财产（尤其在有偿出让取得土地使用权时），应用于对破产债权人分配，但是在试点城市和地区，为妥善安置破产企业职工，保持社会稳定，保证《企业破产法》的顺利实施，国务院在《通知》中规定，土地使用权转让所得首先要用于破产企业职工的安置，安置破产企业职工后有剩余的，剩余部分方列入破产财产，用于分配。非试点城市和地区的企业破产则应按照我国破产法律、法规的有关规定执行，不得用于破产企业职工的安置。

## 三、破产债权

### （一）破产债权的概念

破产债权是在破产宣告前成立的，对破产人发生的，依法申报确认，并得由破产财产中获得公平清偿的可强制执行的财产请求权。根据《企业破产法》第30条的规定："破产宣告前成立的无财产担保的债权和放弃优先受偿权利的有财产担保的债权为破产债权"。破产债权的特点，一方面是有权依照破产程序公平得到清偿，另一方面，是要受破产程序的限制，不得单独、自由地要求清偿，其权利只能依《企业破产法》规定行使。

### （二）破产债权的确认与行使

根据《企业破产法》及最高人民法院司法解释《意见》等规定，在破产债权的确认及权利行使上须注意以下问题：(1) 有财产担保的债权，其数额超过担保物价款的，未受清偿的部分，作为破产债权，依照破产程序受偿，并可行使相应其他权利。(2) 破产企业未履行合同的对方当事人，因清算组解除合同受到损失的，以损失赔偿额作为破产债权，破产企业联营合同的解除也依此原则处理。(3) 债务人企业作为票据（汇票、本票、支票）发票人或背书人被宣告破产，而付款人或承兑人不知其破产事实而付款或承兑，因此产生的债权为破产债权，付款人或承兑人为债权人。这是为了维护票据作为无因证券（指持有票据者行使权利时无须说明取得原因，支付义务人对此也无审查的权利，即使原因关系无效对票据支付关系也无影响）的地位，保障付款人或承兑人

的合法权益，保证票据的流通信用。(4) 破产企业的保证人代替破产企业清偿债务的，保证人有权以其清偿数额作为破产债权向人民法院申报并且参加破产分配。被保证人被宣告破产，保证人尚未代替其清偿债务的，债权人可以作为破产债权人参加破产程序，以其全部债权额作为破产债权申报并参加破产分配，还可就破产清偿不足的部分继续向保证人追偿。如在债权申报期限届满之前，保证人得知债权人已决定不参加破产程序或仍未参加破产程序的情况后，可以将其所担保的债务数额作为破产债权申报并参加破产分配，以免债权人不参加破产清偿而直接向保证人要求清偿，而保证人在履行保证责任后，却因被保证人的破产程序已终结，无法行使代位追偿权，追索代被保证人清偿的债务。对此，我国《担保法》第32条中也作了明确规定："人民法院受理债务人破产案件后，债权人未申报债权的，保证人可以参加破产财产分配，预先行使追偿权。"(5) 破产宣告时对破产企业未到期的债权，视为已到期债权，在破产程序中予以清偿，但是应当减去未到期的利息。凡计息的破产债权，其利息均只计算到破产宣告之日止，不计息的破产债权，则以债务本金作为破产债权数额。(6) 债权人为个人利益参加破产程序的费用不得作为破产债权，如债权人申报债权的费用、参加债权人会议的差旅费用等。此外，在司法实践中，破产宣告前对债务人的罚金、罚款等刑事或行政处罚，在破产宣告后也不得作为破产债权再予追缴，以避免使原对债务人所作的处罚，转移到全体破产债权人身上。(7)《企业破产法》第33条规定："债权人对破产企业负有债务的，可以在破产清

算前抵销”。根据这一权利，破产债权人在破产宣告前对破产人负有债务的，无论是否已到清偿期限，无论债务标的、给付种类是否相同，均可在破产清算前相互抵销，这就是破产抵销权。抵销权对破产债权人具有重要利益，因为破产债权通常只能得到部分偿还，而欠破产企业的债务却须完全偿还，抵销权可使破产债权人在抵销的破产债权额内得到全额偿还。为保证抵销权的正确行使，防止当事人利用破产清偿与抵销清偿的差额非法牟利，抵销权的行使要具备一定的条件。在破产宣告后，破产债权人对破产企业发生的债务，如购买破产财产的债务等，禁止与破产债权相互抵销。破产人的债务人在破产宣告后或破产案件受理后，取得他人的破产债权，也是禁止抵销的，以防其低价收买破产债权来全额抵销债务，非法谋利侵害其他破产债权人的利益。

（三）破产债权行使中担保问题的处理

破产宣告前成立的有财产担保的债权，债权人享有就该担保物优先受偿的权利，其债权不属于破产债权，债权人的优先受偿权在破产法理论上称为别除权。如果有财产担保的债权人放弃优先受偿权利，其债权便属于破产债权，与此相应，担保物也计入破产财产之中统一分配。但如果是破产企业以其财产为他人债务担保，债权人虽然就破产企业的担保物享有优先受偿权，但如放弃优先受偿权利，却并不能作为破产债权受偿。因为其债权是对第三人而非破产人设立的，放弃优先受偿权只是将破产人的担保责任解除，其债权仍须向原主债务人索偿。如果是第三人为破产企业的债务提供财产担保，因担保物不属于破产企业所有，债权人也就不产生

破产法上的优先受偿权利，企业破产后，担保企业应当按照担保合同承担担保责任。

根据《企业破产法》的规定，破产企业已设立担保的财产不属于破产财产。所以，除非法律、法规有特别规定，即便是在破产财产不足以支付破产费用的情况下，也不得从担保财产中拨付，债权人的权利不受影响。由于有财产担保债权人的优先受偿权限定于担保物的范围之内，所以，如果担保物在其行使权利前意外灭失，优先受偿权利也随之消失，债权人的债权只能作为破产债权受偿。破产企业对其同一财产设定两个以上抵押权的，抵押权人应按照抵押顺序行使优先受偿权。

根据我国法律规定，破产不免除担保责任。被担保企业破产后，担保企业应当按照担保合同的规定承担责任，但破产宣告时担保合同未到期的，其偿债期限可以由担保企业与被担保企业的债权人协商确定。国家行政机关为企业提供担保的，应当按照国家有关规定确认担保合同无效。

## 四、破产财产的处置与分配

### （一）分配财产的确定

破产企业的财产全部清点核实之后，在处置之前首先应当由具有法定资格的资产评估机构进行资产评估，在评估结果得到企业财产所有人确认之后，再以评估价值作为底价，通过拍卖、招标等方式依法转让，所得价款用于破产分配。

为充分发挥破产财产的使用价值，减少社会财富的损失，破产财产中的成套设备应当整体出售，不能整体出售

的，可以分散出售。破产财产属于限制流通物的，应由国家指定的部门收购。破产宣告时破产企业未到期的债权，按到期债权列入破产财产，但是应当减去未到期的利息及其他损失。确实无法收回的破产企业的财产，不列入破产财产分配范围。

破产费用是指在破产程序中为破产债权人共同利益而从破产财产中支付的费用。根据《企业破产法》第34条的规定，下列破产费用应当从破产财产中优先拨付：(1) 破产财产的管理、变卖和分配所需要的费用，包括清算组聘任工作人员的费用、破产企业留守人员的工资和劳动保险费用，以及清算组的必需费用等；(2) 破产案件的诉讼费用；(3) 为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用。破产财产不足以支付破产费用的，人民法院应当宣告破产程序终结。

(二) 财产的处置和分配

清算组在接管破产企业后，应注意审查有无破产财产的流失问题，并行使撤销权加以纠正。根据《企业破产法》第35条的规定，人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间内，破产企业的下列行为无效：(1) 隐匿、私分或者无偿转让财产，包括企业上级主管部门无偿调拨财产；(2) 非正常压价出售财产；(3) 对原来没有财产担保的债务提供财产担保；(4) 对未到期的债务提前清偿，这里的“未到期”应是指在破产案件受理时债务仍未到期，如债务清偿时间虽有提前，但在破产案件受理时已经到期，则应视为未提前清偿，因为在破产案件受理前债务人有权对已到期的债

务自由清偿；(5) 放弃自己的债权，这里的放弃是指破产企业以作为方式积极表示放弃债权，如是以消极方式不行使权利，导致债权的诉讼时效已过，则不宜再要求恢复债权，否则将破坏整个时效制度。破产企业有上述违法行为的，清算组有权向人民法院申请追回财产。追回的财产，并入破产财产分配。如上述违法行为，于破产程序终结之日起一年内被查出，则由人民法院追回财产，依法律规定按原已确定的清偿顺序与债权数额分配。

清算组应当根据对破产企业的清算结果制作破产财产明细表、资产负债表，并提出破产财产的分配方案。破产财产的分配，以货币分配为原则，也可以采用实物方式，或者兼用两种方式。以实物分配时，其作价应当合理。破产企业的债权在破产分配时仍未得到清偿的，可以将这些债权按比例分配给破产企业的债权人，同时通知破产企业的债务人。如有可能，应由法院主持让债务双方在债权转让文书上签字盖章，以保证债务的转让与履行。

清算组提出的破产财产分配方案，首先交由债权人会议讨论，经表决同意后，再报请人民法院裁定认可，然后由清算组执行。根据企业破产法的规定，破产财产在优先拨付破产费用后，应按以下顺序清偿：(1) 破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；(2) 破产企业所欠税款；(3) 破产债权。银行、信用社的贷款在破产清偿中不享有优先地位，根据国务院的《通知》规定，银行因企业破产受到的贷款本金、利息损失，应当严格按照国家有关规定，经国家有关银行总行批准后，分别在国家核定银行提取的呆账准备金和坏账准备

金控制比例内冲销。在破产清偿时，前一顺序的债权得到全额偿还之前，后一顺序的债权不予分配。破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求时，按照同一比例向债权人清偿。

破产财产分配方案依法确定后，清算组应及时执行，通知债权人进行财产分配，限期领取财产。债权人逾期未领取的，清算组可将分配财产予以提存，以及时完成分配工作。债权人在领取分配财产时，应当出具证明，并注明债权人具体地址和开户银行账号。当分配以货币方式进行时，债权人可以向清算组寄交财产领取证明及有关单据文件，由清算组直接将分配财产汇入其银行账户，不必亲自到清算组办理手续，以节省费用。在人民法院裁定认可清算组提出的破产财产分配方案后，执行分配方案之前，其他企业愿整体接收破产企业财产，承担分配方案中确定清偿的破产企业债务，并安置破产企业职工的，可以按照国家有关规定，享受兼并企业的优惠待遇。

（三）终结破产程序

破产财产分配完毕后，由清算组提请人民法院终结破产程序。人民法院应当在接到申请后7日内作出裁定，终结破产程序。破产程序终结后，清算组应当向破产企业原登记机关办理注销登记，并将办理情况及时通告人民法院。破产企业注销登记后，人民法院应当宣告清算组撤销解散，有关破产案件的全部文件材料，移交人民法院存档保存。

破产程序终结裁定的法律效力有三个方面。第一，解除破产法关于破产企业法定代表人活动的限制及相关义务。第二，终结清算组、债权人会议作为破产机关的活动，解散其

机构。第三，破产程序终结后，债权人通过破产分配未能得到清偿的债权不再予以清偿，破产企业未偿清余债的责任依法免除，破产企业的所有人对余债不承担责任，债权人不得再进行追讨，但破产程序终结后，又发现破产财产的情况除外。

破产程序终结后，又发现破产财产的情况有两种。第一种是发现破产企业的财产请求权，发现后由破产企业的上级主管部门行使权利，追回财产，由人民法院依照《企业破产法》的有关规定向破产债权人进行追加分配。如果财产很少，人民法院认为无再行分配的必要，可将财产归破产企业的财产所有人所有。第二种情况是破产企业有《企业破产法》第35条所列的“隐匿、私分或者无偿转让财产”等违法行为，自破产程序终结之日起1年内被查出的，由人民法院追回财产，依法对破产债权人追加分配。

在整个破产案件的审理过程中，人民法院对各种问题均以裁定方式解决。除驳回破产申请的裁定外，一律不准上诉。当事人对裁定有异议的，可以向作出裁定的原审人民法院申请复议。但是，复议期间不停止裁定的执行。

## 第五节 破产救济与破产责任

### 一、破产救济

#### （一）概念

破产救济是政府对破产企业失业职工进行生活物质帮助，并安排其重新就业的社会制度。为了减少企业破产造成

的社会动荡，保障人民的基本生活需要，稳定社会经济秩序，各国均设有失业救济制度。我国的破产救济制度目前包括两方面的内容，其一是失业救济，其二是就业安置。破产救济制度是破产法重要的法律配套措施，制约着破产法的实施，是我国目前推行破产制度必须放在首位妥善解决的难点问题。

（二）有关法律、法规规定

《企业破产法》第4条规定："国家通过各种途径妥善安排破产企业职工重新就业，并保障他们重新就业前的基本生活需要。"国务院在其国有企业试行破产制度的《通知》及《补充通知》中特别强调在试点城市和地区实施企业破产中，必须首先安置好破产企业职工，要采取各种有效措施，保持社会稳定，并就此作出许多具体规定。

国务院在其《通知》及《补充通知》中指出，破产企业所在地的市或者市辖区、县的人民政府应当采取专业培训、介绍就业、生产自救、劳务输出等各种措施，妥善安排破产企业职工重新就业，并保障他们在重新就业前的基本生活需要。政府应鼓励破产企业职工自谋职业。对自谋职业的职工，政府可根据当地的实际情况，发放一次性安置费，不再保留国有企业职工身份。一次性安置费原则上按照破产企业所在试点城市的企业职工上一年平均工资收入的3倍发放，具体发放标准由当地人民政府规定。

为解决破产企业职工安置费用，国务院规定，破产企业土地使用权转让所得，首先用于破产企业职工的安置。处置土地使用权所得仍不足以安置破产企业职工的，不足部分从

处置其他破产财产所得中拨付。

（三）对职工安置的具体规定

破产企业职工失业期间，依照《国有企业职工待业保险规定》享受失业保险待遇。该规定根据职工失业前的就业工作时间，确定领取失业救济金的期限，并规定了救济金的发放标准以及应停止发放的情况。失业保险期满仍无法重新就业的职工，符合社会救济条件的，由当地民政部门按照规定发给社会救济金。

破产企业离退休职工的离退休费和医疗费由当地社会养老、医疗保险机构负责管理。破产企业参加养老保险、医疗保险基金社会统筹的，其离退休职工的离退休费、医疗费由当地社会养老、医疗保险机构分别从养老保险、医疗保险社会统筹基金中支付。破产企业未参加养老保险、医疗保险社会统筹，或者养老保险、医疗保险社会统筹基金不足支付的，则从破产企业土地使用权转让所得中支付，仍有不足时从处置其他破产财产所得中拨付（仅适用于试点城市和地区）。

破产企业因工致残或患严重职业病、全部或者大部丧失劳动能力的职工，作为离退休职工安置。距离退休年龄不足5年的职工，经本人申请，可以提前退休。

破产企业中的劳动合同制职工的安排，依照《国营企业实行劳动合同制暂行规定》等法律、行政法规的规定办理；临时工的安排，依照《全民所有制企业临时工管理暂行规定》办理。

为鼓励社会对破产企业职工的安置，《通知》及《补充通知》中还规定，其他企业整体接收破产企业财产、承担人

民法院裁定的破产分配方案中确定清偿的破产企业债务，并且安置破产企业职工的，可按国家有关规定，享受兼并企业的优惠待遇。

在依上述有关规定执行后，破产企业职工的安置费用来源仍然不足的，按照企业隶属关系，由破产企业所在地的市或者市辖区、县的人民政府负担。

## 二、破产责任

我国《企业破产法》规定，对造成企业破产、违反企业破产法的行为，要追究相应的法律责任。破产法律责任分为两类，一类是对在破产案件审理中违法行为的责任，另一类则是对造成企业破产损失行为的责任。责任的法律形式则为行政责任与刑事责任两种。

（一）破产违法行为的责任

根据《企业破产法》第41条规定，破产企业违反《企业破产法》第35条规定，在人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间内，有隐匿、私分或者无偿转让财产；非正常压价出售财产；对原来没有财产担保的债务提供财产担保；对未到期的债务提前清偿；放弃自己的债权等违法行为之一的，对破产企业的法定代表人和直接责任人员给予行政处分。破产企业的法定代表人和直接责任人员的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。

法律规定要追究这些违法行为的责任，是因为这些行为严重损害破产企业财产所有人的利益，损害破产企业债权人的利益，而且一般都是故意所为，有些明显具有恶意欺诈的

性质，影响了破产案件审理的顺利进行，破坏了债务的公平清偿，扰乱社会经济秩序，所以必须依法予以制裁。对违法者的行政处分通常应由破产企业的上级主管部门或国家授权机关作出，对其刑事责任的追究则应由人民检察院提起公诉，人民法院依法判处。

（二）企业破产责任

根据《企业破产法》第42条规定，企业被宣告破产后，由政府监察部门和审计部门负责查明企业破产的责任。根据国家国有资产管理局1994年11月22日下发的《关于做好企业破产过程中国有资产管理工作的通知》规定，凡国有企业申请破产，国有资产管理部门都必须责成企业提交关于破产原因分析的详实报告，国有资产管理部门要认真审查破产企业破产原因，明确责任。对于一些确需破产的企业，国有资产管理部门要会同有关部门查实情况，由企业依法定程序提出破产。对于破产中涉及的经济犯罪、严重官僚主义等行为，国有资产管理部门要及时通报纪检、审计、政法等部门，配合有关部门认真查处。追究企业破产责任主要是企业财产所有者对企业经营者、管理者责任的追究，仅限于国有企业、集体企业及上述经济成分占主导地位的企业。对私营企业、外商独资企业等，一般不存在追究企业破产的法律责任的问题，如在企业破产上存在侵害所有人利益的其他问题，则应按有关法律规定处理。

根据《企业破产法》的规定，破产企业的法定代表人对企业破产负有主要责任的，给予行政处分。破产企业的上级主管部门对企业破产负有主要责任的，对该上级主管部门的

领导人给予行政处分。破产企业的法定代表人和破产企业的上级主管部门的领导人，因玩忽职守造成企业破产，致使国家财产遭受重大损失的，依照我国《刑法》的规定，追究其刑事责任。《刑法》第168条规定，国有公司、企业直接负责的主管人员，徇私舞弊，造成国有公司、企业破产或者严重亏损，致使国家利益遭受重大损失的，处3年以下有期徒刑或者拘役。

除此之外，在其他一些法律中，还对破产责任者在经济组织中的任职资格加以限制，也具有处罚的性质。如我国《公司法》第57条规定，担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，并对该公司、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年的，不得担任公司的董事、监事、经理。

## 复习思考题

1. 试论我国企业的破产界限。

2. 谈破产案件受理后债务人所涉经济纠纷的处理以及法律对债务清偿的限制。

3. 试述我国的和解与整顿制度。

4. 试述破产清算组的职责与工作。

5. 论破产债权。

6. 试论破产财产的范围与处置原则。

7. 简答破产财产分配的原则与程序。

8. 简述破产企业职工安置问题。

# 第八章 证 券 法

## 第一节 证券及证券法概述

### 一、证券及证券法的概念

#### (一) 证券的概念和范围

证券是指证明有关经济权利的凭证。证券主要有三个特征：一是证券必须依法设置，证券必须依照国家法律或行政法规的规定签发，必须依法定格式书写或制作，证券上记载的内容必须合法；二是证券上记载的权利受法律保护，对持有人和有关当事人都具有法律约束力；三是证券须采用书面形式或具有同等功效的形式。

证券有广义和狭义之分。广义的证券一般指财物证券（如：货运单、提单等）、货币证券（如：支票、汇票、本票等）和资本证券（如：股票、公司债券、基金凭证等）。狭义的证券仅指资本证券。我国证券法规定的证券为股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券。其他证券主要指投资基金凭证，非公司企业债券，国家政府债券等。本章将着重介绍有关股票、公司债券、企业债券和证券投资基金的发行、交易以及与之相关的证券管理规定。

（二）证券市场

证券市场是指证券发行与交易的场所。证券市场分为发行市场和流通市场。发行市场又称一级市场，是发行新证券的市场，证券发行人通过证券发行市场将已获准公开发行的证券第一次销售给投资者，以获取资金。证券流通市场又称二级市场，是对已发行的证券进行买卖、转让交易的场所。通过一级市场取得的证券可以到二级市场进行买卖，投资者可以在二级市场对证券进行不断的交易。

证券市场的主体包括证券发行人、投资者、中介机构、交易场所，以及自律性组织和监管机构。发行人是在证券市场上发行证券的单位，一般有企业、金融机构和政府部门。投资者是证券市场上证券的购买者，也是资金的供给者。投资者一般有个人投资者和机构投资者，个人投资者可以自己直接参与证券的买卖，也可以通过证券经纪人买卖证券，还可以通过购买投资基金的方式间接地参与证券的买卖。机构投资者是指有资格进行证券投资的法人单位。证券中介机构主要是指证券经营机构、资产评估机构、会计师事务所、律师事务所等等。交易场所是进行证券交易的场所，有场内交易市场和场外交易市场两种。自律性组织和证券监管机构是对证券市场进行监督管理的机构。自律性组织包括证券交易所、证券业协会等，主要是在本所或本行业内实行自我监管，证券监管机构是代表政府对证券市场进行监督管理的机构，在我国为中国证券监督管理委员会及其派出机构。

证券市场的经营对象是有关金融工具。金融工具主要包括股票、公司债券、企业债券、基金和国债等。另外，证券

市场的经营对象还包括一些证券衍生产品，如股票期货、股票期权、认股权证、债券期货、债券期权等。

证券市场是商品经济发展到一定阶段的产物，从1726年世界上第一个证券交易所在巴黎成立以来，至今已有200多年的历史。200多年来，证券市场为社会经济发展筹集了大量的资金，其自身也逐步发展完善起来。一是市场规模日益扩大，1996年，全球股票市场市值达到20.29万亿美元，1995年，全球股票市场的交易金额达到11.66万亿美元。二是市场规则日臻完善，各国一般都制定有证券交易法或证券交易规则，各交易所也制定了较为科学严密的交易规则，各国对证券交易的监管也趋于完备。三是交易手段先进，电子计算机、通讯和网络等现代信息技术都被运用到证券交易市场中，电子指令自动交易系统逐渐取代了原有的报价成交方式，证券的无形交易已逐渐取代有形交易。

我国证券市场的发展可追溯到本世纪初，1873年，清政府督办了轮船招商局，发行了中国最早的股票，1894年，清政府发行了我国首例国内债券，“息借商款”。1918年，我国第一家证券交易所在北京成立。1920年，经孙中山先生倡议，我国成立了上海证券物品交易所，该交易所除从事证券交易外，还从事金银、皮毛、粮油等物品的交易。到了30年代，我国的证券市场曾一度繁荣。解放以后，我国一度取消了证券交易市场。党的十一届三中全会以后，我国开始实行改革开放政策，证券市场也开始恢复发展。在1981年，我国开始恢复发行国债，1984年前后，一些企业开始发行股票和企业债券，1987年国务院发布了《国务院关于

加强股票、债券管理的通知》，我国股票、债券的发行管理开始走上了规范化发展的轨道。1988 年，我国建立起国债流通市场。从 1986 年开始，我国开始试办证券转让的柜台交易。1990 年 11 月 26 日，我国上海证券交易所成立，1991 年 4 月 11 日，深圳证券交易所成立。这两个证券交易所的成立，标志着我国证券市场进入了新的发展时期。

目前，我国证券市场已初具规模，到 1998 年底，上市公司已达 851 家，市价总值达 19505 亿元，占国内生产总值（GDP）的 24.46%，年筹资总额达 840 亿元，沪、深股票市场的年成交金额达 23544.25 亿元。各类债券发行余额累计 8000 多亿元（截至 1997 年底），投资人达 3900 万户，证券公司达 90 家，证券营业部达 2420 个，从事证券业的会计师事务所达 103 家，律师事务所达 299 家，资产评估机构 116 家。在证券交易手段上，我国在许多地方已达到世界先进水平，我国的股票和基金已实现无纸化发行，国债的无纸化发行也在扩大，证券交易已从柜台交易转入集中竞价交易，上海证券交易所和深圳证券交易所都采用了现代化的电子、通讯技术，还建立了较为完善的业务规则，建立了证券登记结算公司。我国的证券监督管理体系也日臻完善，形成了集中统一的监督体系。

（三）证券法的概念及我国证券立法概况

证券法是规范证券的发行与交易的法。证券法这一概念有狭义和广义之分。狭义的证券法是《中华人民共和国证券法》。广义的证券法除《中华人民共和国证券法》外，还包括其他法律中有关证券管理的内容、国务院有关证券管理的

行政法规、有关证券管理的部门规章、有关证券管理的地方性法规和规章以及证券交易所等有关证券组织依法制定的业务规则和行业活动准则等。

1998年12月29日我国第九届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过了《中华人民共和国证券法》以下简称《证券法》，标志着我国证券市场法制进入了一个新的阶段。《证券法》共12章214条，对我国证券的发行、交易以及证券交易、中介机构和监督管理作出了规定。这部法律从1992年开始起草，历时6年。其间我国先后制定了一系列的法律法规和规章，对证券的发行与交易作出了规范。1993年4月国务院发布了《股票发行与交易管理暂行条例》，对股票的发行与交易进行了规范。1993年12月，第八届全国人大常务委员会第五次会议通过了《公司法》，其中对股票、公司债券的发行和上市作出了规范。随后，我国修订了刑法，新刑法中增列了有关证券犯罪和处罚的规定。国务院和政府有关部门发布的有关法规还有：《企业债券管理条例》、《可转换公司债券管理暂行办法》、《国务院关于股份有限公司到境外募集股份及上市的特别规定》、《证券交易所管理办法》、《证券经营机构股票承销业务管理办法》、《证券投资基金管理暂行办法》、《公开发行股票公司信息披露实施细则》、《禁止证券欺诈行为暂行办法》、《证券市场禁入暂行规定》等。据统计已发布的证券法规、规章有250多件，再加上有关的规范性文件，达300多件。这些法律、法规和规章构成了我国证券法律制度的基本框架。本章将以《证券法》为主，结合其他有关法律、法规和规章中的有关内容，介绍我

国证券法律制度的有关内容。

## 二、证券活动和证券管理原则

根据我国《证券法》的规定，在证券活动和证券管理中应坚持如下原则：

（一）公开、公平、公正原则

投资者是证券市场的核心主体，证券市场的生存与发展取决于投资者对证券市场的信心。要树立投资者对证券市场的信心，最为重要的就是要保护投资者的利益。保护投资者利益最重要的是要在证券的发行和交易中实行公开、公平、公正原则。

公开原则是指市场信息要公开，证券市场的透明度高。在内容上，凡是可能影响投资者决策的信息都应当公开，如公司章程，有关财务会计资料，本次所要发行证券的发行对象、发行品种、发行条件、发行价格、招股说明书等。公开的形式包括向社会公告，将有关信息刊登在报纸或刊物上，将有关资料置备于有关场所，供公众随时查阅等。公开的信息还必须及时、完整、真实、准确。

公平原则是指所有市场参与者都具有平等的地位，其合法权益都应受到公平的保护。他们在证券发行和交易中，应当机会均等、待遇相同。

公正原则是指在证券发行和交易中的有关事务处理上，要在坚持客观事实的基础上，做到一视同仁，对所有证券市场参与者都要给以公正的待遇。特别是证券监管机关，在处理问题时坚持公正原则尤为重要。

（二）自愿、有偿、诚实信用原则

自愿是指当事人有权按照自己的意愿参与证券发行与证券交易活动，其他人不得干涉，也不得采取欺骗、威吓或胁迫等手段影响当事人决策。在市场交易活动中，任何一方都不得把自己的意志强加给对方。当然强调坚持自愿，并不是说当事人想怎么做就怎么做，而是在遵纪守法和不侵害国家、集体或其他人的利益上的自愿。

有偿是指在证券发行和交易活动中，一方当事人不得无偿占有他方当事人的财产和劳动。付出了资金就有权力取得证券，付出了证券就有权力获取资金；付出了资金就有权力得到满意的服务，相反获取了服务费也应为客户提供满意的服务。

诚实是指要客观真实，不欺人不骗人；信用是指遵守承诺，并及时、全面地履行承诺。

（三）守法原则

守法即是要遵守法律、法规，这是我们在一切社会活动中都必须遵守的原则。我国《证券法》第5条规定："证券发行、交易活动，必须遵守法律、行政法规；禁止欺诈、内幕交易和操纵证券交易市场的行为。"这里不仅强调要遵守法律、行政法规，还明确提出了法律禁止的三种证券欺诈行为。

根据《证券法》的规定，在中国境内，股票、公司债券和国务院认定的其他证券的发行和交易，适用证券法的规定。证券法未规定的，适用公司法和其他法律、行政法规的规定。政府债券的发行和交易，则由法律、行政法规另行规

定。

（四）证券业与其他金融业分业经营分业管理原则

我国《证券法》第6条规定："证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立"。证券业、银行业、信托业和保险业都属金融行业，但又都有各自的业务领域，证券业是以买卖证券为主要业务的行业；银行业是以经营存、放款，办理转账结算为主要业务的行业；信托业是一种受人之托，代人理财的行业；保险业是集聚资金、补偿损失、分担风险的行业。我国在证券业发展的初期是借用了这些行业的力量，允许他们合业经营，进行合业管理，我国最早的一批证券公司多由这些行业的机构设立管理。这种金融业合力办证券业的做法，对我国证券业的发展起到了很大的促进作用。但从我国目前的情况看，这种合业经营、合业管理也带来了一些难以解决的问题，一是给证券业带来混乱，银行机构以及保险、信托机构都有雄厚的资金，他们与证券业合业经营管理，必然会使他们掌握的资金大量流入证券市场，这势必扩大对证券的需求，加剧证券市场的波动和投机，不利于证券业的健康发展。同时由于这些机构的资金雄厚，介入证券市场后，容易形成垄断，给证券市场管理带来困难；二是会提高银行、保险、信托行业自身的风险，不利于这些行业的安全、稳健地经营。这些行业的资金主要是来自社会公众，一旦受损会最终导致社会公众受损，甚至会危及整个社会安定。况且，我国的证券业、银行业、保险业和信托业都还处在初级阶段，各业自身的风险就很大，加上我们的法律规定

不够完备，监管手段还不够有力，实行合业经营、合业管理的风险太高，因此目前尚不具备实行合业经营、合业管理的条件。

（五）政府统一监管与行业自律原则

为控制和化解市场风险，维护市场正常秩序，必须对证券市场进行监管。对证券市场的监管包括政府设立证券监管部门进行监管和由证券经营机构等成立自律性组织进行监管。世界上对证券市场的监管有两种模式，一是国家集中统一的模式，一是自律模式。国家集中统一监管的主要做法是，国家制定统一的证券法和证券交易法，国家设立专门的机构依法对全国的证券市场实施统一的监督管理。在实行自律监管模式的国家，一般没有统一的证券法或证券交易法，国家也不设立专门的机构对证券市场实行统一的监督管理，而是由证券业中的一些协会依据国家有关法律进行自我监管。我国是实行政府统一监管与行业自律相结合的模式，我国《证券法》规定："国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理"，"在国家对证券发行、交易活动实行集中统一监督管理的前提下，依法设立证券业协会，实行自律管理"。

（六）国家审计监督原则

国家审计监督是由国家审计机关对证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券监督管理机构依法进行的审计监督。我国《宪法》中明确规定："国务院设立审计机关，对国务院各部门和地方各级政府的财政收支，对国家的财政金融机构和企业事业组织的财务收支，进行审计监督。"我

国《审计法》中也规定了相应的内容。证券监督管理机构属于证券业监督管理部门，已在国家审计机关的监督范围之内，目前，我国的证券交易所、证券公司和证券登记结算机构均属国有，也在国家审计监督的范围之内。根据《证券法》第9条的规定，即使将来出现非国有的证券公司，也属国家审计监督范围之内。国家审计机关对上述有关证券监管机构和经营机构、中介机构的审计，有利于促使这些机构依法经营和开展活动，有利于国家对证券市场的监督，有利于保护投资者的利益，有利于我国证券业的健康发展。

## 第二节 证券的发行

### 一、股票的发行

（一）股票的概念和种类

股票是股份有限公司签发的证明股东按其所持股份享有权利和承担义务的书面凭证。股票具有如下特征：

（1）股票是一种有价证券，股票代表持有者（即股东）对股份公司的所有权，这种权利包括参加股东大会、参与公司重大决策、收取股息红利等。谁合法地持有股票，谁就取得了股东身份，就可以依持票的多少，享有相应的权利并承担一定的义务。

（2）股票是一种要式证券。股票的制作和记载事项必须依法进行。我国《公司法》规定，股票应当载明的主要事项有：公司名称，公司登记成立的日期，股票种类，票面金额

及代表的股份数，股票的编号。发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

(3) 股票是一种无偿还期限的有价证券。公司依法发行股票后，股票就与公司共同存在，投资者认购股票后，不能再要求退还。但投资者可以在证券交易市场上卖出所持有的股票，以收取现金。

(4) 股票是一种高风险金融工具。股票在交易市场上交易时，价格波动较大，这种价格变化除了受股票发行者的经营状况和银行利率等客观因素的变化而变化外，还受供求关系和公众心理等多种因素的影响。这就使得股票价格变动的不确定性加大，因而风险较高。

股票的存在和起作用与它所代表的股份紧密相连，股份是指资本的最小单位，每股的金额可大可小，股票所代表的权力也随之而变化。随着电子计算机的采用，股票的发行与交易逐渐实现无纸化，股票票面逐渐消失或减少，人们这时所说的股票只具有观念上的意义。

由于股票的发行与交易的管理方式不同，由于股票所代表的权利义务关系不同，人们将股票划为不同的种类。

(1) 普通股和优先股。

依股东的权利义务的不同，股份可分为普通股和优先股。普通股是享有普通权利承担普通义务的股份，是股份的最基本形式。依照规定，普通股享有决策参与权、利润分配权、优先认股权和剩余资产分配权。优先股是享有优先权的股份。公司对优先股的股利须按约定的股利率支付，不受公司盈利大小的影响，当年可供分配股利的利润不足以按约定

的股利率支付优先股利的，由以后年度可供分配股利的利润补足。在公司进行清算时，优先股股东先于普通股股东取得公司剩余财产。但优先股不参与公司决策，不参与公司红利分配。在实践中发行优先股的很少。

(2) 国有股、法人股、社会公众股

按投资主体的性质不同，股份又分为国有股、法人股、社会公众股。国有股过去称国家股，指有权代表国家投资的政府部门或机构以国有资产投入公司形成的股份，包括以公司现有国有资产折算成的股份。国有股由国务院授权的部门或机构，或者根据国务院的决定由地方人民政府授权的部门或机构持有并委派股权代表。

法人股是指企业法人以其依法可支配的资产投入公司形成的股份，或是具有法人资格的事业单位和社会团体以国家允许经营的资产向公司投资形成的股份。

社会公众股是指个人和机构以合法财产投入公司形成的股份。

(3) 公司职工股和内部职工股

根据管理的要求不同，我国的股份有公司职工股和内部职工股。公司职工股，是指发行股票的公司职工在公司公开向社会发行股票时按发行价格认购的股份，根据《股票发行和交易管理暂行条例》第 8 条的规定，公司职工认购的股本数额不得超过拟向社会公众发行的股本总额的 10%。国务院证券监督管理机构于 1998 年 12 月发布了《关于停止发行公司职工股的通知》，决定，股份有限公司公开发行股票一律不再发行公司职工股。

内部职工股是在股份制试点初期，由定向募集公司向内部职工募集的股份。根据《股份制企业试点办法》的规定，内部职工股采用记名股权证形式，不印制股票；不向社会公开发行股票的股份有限公司在转为向社会公开发行股票时，其内部职工持有的股权证，应换发成股票，并按规定进行转让和交易，该公司如转化为有限责任公司的，内部职工所持有的股份可以转为“职工合股基金”，以“职工合股基金”组成法人成为有限责任公司的股东。我国《公司法》出台后，对内部职工股未作规定，1993 年国务院决定停止内部职工股的审批和发行。

(4) 外资股

外资股有几种形式，其中主要的是人民币特种股票即 B 股。B 股是以人民币标明面值，以外币认购和买卖的股票。B 股只限于外国的自然人、法人和其他组织，我国香港、澳门、台湾地区的自然人、法人和其他组织，定居在国外的中国公民，以及国务院证券监督管理机构规定的其他投资人认购和买卖。另外，还有一些中国的公司在外国和我国香港地区上市的外资股，这些外资股一般以上市地的英文名称中的第一个字母命名，其中有：在香港上市的 H 股，在纽约上市的 N 股，在新加坡上市的 S 股。

(5) 记名股票、无记名股票

按票面上是否记载股东的姓名或名称，股票又可分为记名股票和无记名股票。

记名股票即在票面上记载股东姓名或名称的股票。我国《公司法》规定：“公司向发起人、国家授权投资的机构、法

人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、机构或者法人的名称，不得另立户名或者以代表人姓名记名。”公司发行记名股票的，应当置备股东名册，记载股东的姓名及住所，各股东可持股份数，各股东所持股票编号，各股东取得其股份的日期等。

无记名股票即在票面上不记载股东姓名或名称的股票。我国《公司法》规定：“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。”发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

另外，人们根据发行股票企业的经营等情况，将股票分为绩优股、垃圾股、蓝筹股、红筹股等等。

（二）股票的发行条件

为了规范股票发行市场，防止出现欺诈行为，我国现行法律、行政法规规定了一系列的发行条件。根据规定，股票发行人必须是具有股票发行资格的股份有限公司，因股份有限公司发行股票时的情况的不同，应具备的条件也有所不同：

1. 设立股份有限公司申请公开发行股票的，应当符合7个条件：

（1）其生产经营符合国家产业政策，国家的产业政策因经济环境的不同会有所变化，这要因时而定。

（2）其发行的普通股限于一种，同股同权。同股同权即同种类股票的持有者具有同样的权利，强调“限于一种”和“同股同权”都是为了保护社会公众投资者的利益。

（3）发起人认购的股本数不少于公司拟发行的股本总额

的35%，这主要是要求发起人多承担一些风险，保护社会公众投资者的利益。

（4）在公司拟发行的股本总额中，发起人认购的部分不少于人民币3000万元（国家另有规定的除外），联系上一个条件来看，对以募集方式设立的股份有限公司的资本要求是很高的。

（5）向社会公众发行的部分不少于公司拟发行的股本总额的25%，其中公司职工认购的股本数额不得超过拟向社会公众发行的股本总额的10%；公司拟发行的股本总额超过人民币4亿元的，证监会按照规定可以酌情降低向社会公众发行的部分的比例，但是最低不少于公司拟发行的股本总额的10%。这主要是为了保证一部分社会公众能有机会投资于企业，以有利吸收社会闲散资金，保障公司股票的流通性。

（6）发起人在近3年没有重大违法行为。

（7）国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

2．原有企业改组设立股份有限公司申请发行股票的，除应符合设立股份有限公司申请公开发行股票所应符合的条件外，还应符合两个条件：

（1）发行股票前一年末的净资产在总资产中所占比例不低于30%，无形资产在净资产中所占比例不高于20%（国务院证券监督管理机构另有规定的除外）。这里强调其负债和无形资产都不能过高，以保障改组后的企业能顺利地开展生产经营活动。

（2）公司近3年连续盈利。就是说，原企业要改组为股

份有限公司，发行股票，还必须有良好的经营业绩。

国有企业改组设立股份有限公司公开发行股票的，国家拥有股份在公司拟发行的股本总额中所占的比例由国务院或国务院授权的部门规定。

3. 增资发行条件

股份有限公司为了扩大生产经营规模需要，通过发行股票来增加资本。我国《证券法》规定，上市公司发行新股，可以向社会公开募集，也可以向原股东配售，但应当符合公司法有关发行新股的条件。根据我国《公司法》的规定，公司发行新股，必须具备4个条件。

(1) 前一次发行的股份已经募足，并间隔1年以上。

(2) 公司在最近3年内连续盈利，并可以向股东支付股利（公司以当年利润分派新股，不受此限）。

(3) 公司在最近3年内财务会计文件无虚假记载。

(4) 公司预期利润可达到同期银行存款利率。

上市公司必须按招股说明书所列的资金用途使用发行股票所募资金，如要改变用途须经股东大会批准；擅自改变用途而未作纠正的，或未经股东大会认可的，不得发行新股。

4. 配股发行条件

配股是指上市公司为筹集资金依法向现股东增发新股。现股东可按其所持股份的比例认购配售股份，其中国有股和法人股的持股人可将配股权有偿转让给其他法人单位或社会公众。根据国务院证券监督管理机构的有关上市公司配股的规定，上市公司向股东配股必须符合7项基本条件，即：

(1) 配股募集资金的用途必须符合国家产业政策的规

定。

(2) 前一次发行的股份已经募足，并间隔1年以上。前一次发行包括配股等发行方式；间隔时间从公司前一次募足股份后的工商注册登记日或变更登记日，至本次配股说明书的公布，其间隔不少于12个月。

(3) 公司在最近3年内连续盈利；公司净资产税后利润率3年平均在10%以上，属于能源、原材料、基础设施类的公司可以略低于10%，但不低于9%。

(4) 公司在最近3年内财务会计文件无虚假记载或重大遗漏。

(5) 本次配股募集资金后，公司预测的净产税后利润率应达到同期银行个人定期存款利率；

(6) 配售的股票限于普通股，配售对象为股权登记日登记在册的本公司全体股东。

(7) 公司一次配股发行股份总数，不得超过该公司前一次发行并募足股份后其普通股股份总数的30%。公司将本次配股募集资金用于国家重点项目和技改项目的，在发起人承诺足额认购其配股的情况下，则不受30%比例的限制。

5. 定向募集公司发行股票的条件

定向募集公司是只由公司发起人和内部职工认购股份而设立的公司。定向募集公司申请公开发行股票除了要符合设立或改组设立股份有限公司发行股票所应符合的条件外还应符合5个条件：(1) 定向募集所得资金的使用与其招股说明书所述的用途相符，并且资金使用效益良好；(2) 距最近一次定向募集股份的时间不少于12个月；(3) 从最近一次定

向募集到本次公开发行期间没有重大违法行为；(4) 内部职工股权证按照规定范围发放，并且已交国家指定的证券机构集中托管。公司没有超范围、超数量发行内部职工股权证的行为，没有对内部职工股权证非法转让、炒买炒卖等违法现象；(5) 国务院证券管理机构规定的其他条件。

6. 发行境内上市外资股的条件

股份有限公司发行境内上市外资股有两种情况，一是以募集方式设立公司发行境内上市外资股，二是公司增加资本发行境内上市外资股。针对这两种情况国家规定了不同的条件。根据国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定，以募集方式设立公司，申请发行境内上市外资股的，应符合5个条件：(1) 要符合国家利用外资和国家有关固定资产投资立项的规定，所筹资金用途符合国家产业政策；(2) 发起人认购的股本总额不少于公司拟发行股本总额的35%，其出资总额不少于1.5亿人民币；(3) 拟向社会发行的股份达公司股份总数的25%以上，拟发行的股本总额超过4亿人民币的，其拟向社会发行股份的比例达15%以上；(4) 改组设立公司的原有企业或者作为公司主要发起人的国有企业，在最近3年连续盈利，且没有重大违法行为；(5) 国务院证券管理机构规定的其他条件。

公司增加资本，申请发行境内上市外资股的，除应当符合上述第 (1) 个条件外，还须符合5个条件：(1) 公司前一次发行的股份已经募足，所得资金的用途与募股时确定的用途相符，资金使用效益良好；(2) 公司净资产总值不低于1.5亿元人民币；(3) 公司最近3年连续盈利；(4) 公司从

前一次发行股票到本次申请期间没有重大违法行为；(5) 国务院证券管理机构规定的其他条件。以发起方式设立的公司首次增加资本；申请发行境内上市外资股的，还应符合前述第 (3) 个条件。

7. 发行境外上市外资股的条件

严格地说在境外发行上市外资股要符合境外的规定，但国内企业发行境外上市外资股，须由有关部门推荐，须报经中国国家证券监督管理机构批准。根据国务院证券监督管理机构《关于推荐境外上市预选企业的条件、程序及所需文件的通知》的规定，推荐境外上市预选企业应符合 6 个条件：(1) 符合国家产业政策，重点支持符合国家产业政策的大中型企业，向能源、交通、原材料等基础设施、基础产业和高新技术产业及国家支持的重点技改项目倾斜，适当考虑其他行业。发行境外上市外资股的企业应属于国家允许外商投资的行业；(2) 对所筹资金的使用应有明确的安排，主要应用于企业生产发展，应符合向集约化经营转变的要求，部分资金也可用于调整资产负债结构、补充流动资金等；(3) 要有一定的规模和良好的经济效益，企业改组后投入上市公司部分的净资产规模一般不少于 4 亿元人民币，经评估或估算后的净资产税后利润率达到 10% 以上，税后净利润需达到 6000 万元以上。企业应连续 3 年盈利（对国家支持发展的基础设施建设项目，境外证券交易所对业绩有豁免的除外）。募股后国有股一般应占控股地位；(4) 企业发行境外上市外资股筹资额预计可达 4 亿元人民币（折合 5000 万美元）以上；(5) 创汇水平一般需达到税后净利润额的 10%，确保

上市后分红派息有可靠的外汇来源；(6) 应有一定的知名度和经营管理水平，企业产品市场占有率在国内同行业中连续3年名列前茅等。

(三) 股票发行程序

《证券法》规定，公开发行股票，必须依照法律规定的条件，报经国务院证券监督管理机构核准。发行人必须向国务院证券监督管理机构提交《公司法》规定的申请文件和国务院证券监督管理机构规定的有关文件。未经依法核准，任何单位和个人均不得向社会公开发行股票。国务院和国务院证券管理部门对股票发行程序作有一系列的具体规定。

1. 提出申请。企业要发行股票，首先要获取预选资格，企业应按隶属关系征得省、自治区、直辖市或计划单列市人民政府（简称地方人民政府）或国务院有关主管部门的同意。经同意后，向直属证券管理部门提申请，证券监督管理机构考察后进行预选资格审定。被选定为可以向社会公开发行股票的企业还须经直属证券监督管理机构报请国务院证券管理机构核定发行额度。发行额度确定下来后，企业应按国务院证券监督管理机构制定的《申请公开发行股票公司报送材料标准格式》制作申报材料。要制作招股说明书等有关文件，同时要聘请具有证券从业资格的会计师事务所、律师事务所、资产评估事务所对企业资产进行评估、验证，为企业出具资产评估报告（如土地单独评估，还需提供土地评估报告）、盈利预测报告、财务报表及其注释和审计报告、资产评估报告、验资报告和法律意见书等。还要聘请具有证券承销资格的证券经营机构签订承诺协议。企业还须选定拟挂牌

上市的证券交易所，向其提出上市申请，并要取得其允许上市的承诺函等。

2．应提交的材料。根据国务院证券监督管理机构制定的《申请公开发行股票公司报送材料标准格式》的规定，申请公开发行股票的企业应向国务院证券监督管理机构制定报送以下材料（一式12份）：（1）地方政府或者中央企业主管部门向企业下达发行计划指标的文件；（2）地方政府或者中央企业主管部门同意企业申请材料报证监会审批的文件；（3）省级人民政府或者中央企业主管部门同意设立股份有限公司的文件；（4）原企业（发起人）的营业执照；（5）股份有限公司营业执照或者企业名称预先核准通知书，如为外商投资股份有限公司还应提交对外贸易经济合作部关于公司设立协议和章程的批准文件；（6）发起人会议或者股东大会同意公开发行股票的决议；（7）发行申请报告；（8）公司章程或者公司章程草案；（9）股东大会批准公司章程或者公司章程草案的决议或者授权决议；（10）招股说明书及其附录文件，包括财务报表及其注释和审计报告、盈利预测报告、资产评估报告、法律意见书、验资报告和招股说明书概要等；（11）本次发行所筹资金运用的可行性报告；（12）国家有关部门同意固定资产投资立项的批准文件；（13）辅导工作报告；（14）地方政府或者中央企业主管部门关于辅导工作的评估验收报告；（15）国有资产管理部门关于资产评估的确认文件（如果土地单独评估，还需提供地方或者国家土地管理部门关于土地评估结果的确认文件）；（16）地方或者国家国有资产管理部门关于国有股权界定及持有人的批复；（17）土

地使用证或土地使用权租赁协议；(18) 历年发放股利情况；(19) 承销协议；(20) 交易所同意安排其上市的承诺函；(21) 发行方案（含发行价格测算依据）；(22) 各中介机构的证券从业资格证书(其中土地评估的机构需具有A级土地估价资格)；(23) 发行方案(包括发行价格测算依据)。

原定向募集公司申请公开发行股票时，还须提交下列文件：(1) 定向募股的招股章程（或通函）；(2) 定向募股的承销、发行情况的报告；(3) 定向募集股票的托管情况的报告；(4) 地方证券主管部门或者中央企业主管部门关于股票托管情况的确认文件；(5) 内部职工持股的处理方案；(6) 地方证券主管部门或者中央企业主管部门关于内部职工股清理情况的文件。

3. 国务院证券监督管理机构核准。为了规范股票发行，维护投资者的权益，各国对发行股票都实行审查批准制度。一般有两种体制，一是注册制，一是核准制。在注册制下，拟发行股票的企业应按要求向证券主管机关呈报有关发行股票的材料申请注册。证券主管机关只就其申报的材料进行形式上的审查，不作实质性的审查。即只审其是否齐全、是否真实、是否准确、是否符合时效要求等。对企业情况发行数量与价格等实质性问题，不作为审核要件。企业提交材料后达到一定期限，证券管理机关没有提出异议的，申请即自动生效。在核准制下，证券管理机关不仅要从形式上到实质上都要审查，而且还须作出批准决定才行。我国还处于证券市场发展初期，因而采用了核准制，即企业发行股票必须报经

国务院证券监督管理机构批准。国务院证券监督管理机构设有发行监督部和发行审核委员会，对企业拟发行股票的申请材料先由发行监管部进行审核，然后由审核委员会依法审核，以无记名投票方式决定发行申请核准事项。国务院证券监督管理机构对股票发行申请的核准程序应当公开，并依法接受监督。国务院证券监督管理机构应当在管理股票发行申请文件之日起3个月内作出是否核准的决定。如不予核准的，应当说明理由。国务院证券监督管理机构对已作出的核准决定，发现不符合法律、行政法规的，应当予以撤销；股票尚未发行的，停止发行；已经发行的，股票持有人可以按照发行价并加算银行同期存款利息，要求发行人返还。国务院证券监督管理机构依照法定条件核准股票发行申请，不承担发行后的风险责任。股票发行后，发行人经营与收益的衰化，由发行人自行负责；由此变化引致的投资风险，由投资者自行负责。

企业获发行股票后，应当依照法律、行政法规的规定，在股票公开发行前，公告公开发行募集文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。企业不得在公告公开发行募集文件之前发行股票。

（四）境内上市外资股的发行程序

根据《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》，公司发行的境内上市外资股，采取记名股票形式，以人民币标明面值，以外币认购、买卖，在境内证券交易所上市交易。

1．提出申请。申请发行境内上市外资股由发起人或者

公司向省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关主管部门提出申请，由省、自治区、直辖市人民政府或国务院有关主管部门向国务院证券监督管理机构推荐，由国务院证券监督管理机构会商国务院有关主管部门选定，被选定的企业应按规定提交有关文件报国务院证券监督管理机构审核批准，超过3000万美元的由国务院批准。企业接到被列为境内上市外资股的通知后，应按要求向国务院证券监督管理机构正式申报材料。

2. 应上报的材料。根据《国务院关于股份有限公司境内上市外资股的规定》，以募集方式设立公司，申请发行境内上市外资股，应当向国务院证券监督管理机构报送下列文件：(1) 申请报告；(2) 发起人姓名或者名称，发起人认购的股份数、出资种类及验资证明；(3) 发起人会议同意公开发行境内上市外资股的决议；(4) 国务院授权的部门或者省、自治区、直辖市人民政府批准设立公司的文件；(5) 省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关企业主管部门的推荐文件；(6) 公司登记机关颁发的《企业名称预先核准通知书》；(7) 公司章程草案；(8) 招股说明书；(9) 资金运用的可行性报告；所筹资金用于固定资产投资项目需要立项审批的，还应当提供有关部门同意固定资产投资立项的批准文件；(10) 经注册会计师及其所在事务所审计的原有企业或者作为公司主要发起人的国有企业最近3年的财务报告和有2名以上注册会计师及其所在事务所签字、盖章的审计报告；(11) 经2名以上专业评估人员及其所在机构签字、盖章的资产评估报告；涉及国有资产的，还应当提供国有资产

管理部门出具的确认文件及国有股权的批准文件；（12）经2名以上律师及其所在事务所就有关事项签字、盖章的法律意见书；（13）股票发行承销方案和承销协议；（14）国务院证券监督管理机构要求提供的其他文件。

公司增加资本，申请发行境内上市外资股的，应当向国务院证券监督管理机构报送下列文件：（1）申请报告；（2）股东大会同意公开发行境内上市外资股的决议；（3）国务院授权的部门或者省、自治区、直辖市人民政府同意增资发行新股的文件；（4）省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关企业主管部门的推荐文件；（5）公司登记机关颁发的公司营业执照；（6）公司章程；（7）招股说明书；（8）资金运用的可行性报告；所筹资金用于固定资产投资项目需要立项审批的，还应当提供有关部门同意固定资产投资立项的批准文件；（9）经注册会计师及其所在事务所审计的公司最近3年的财务报告和有2名以上注册会计师及其所在事务所签字、盖章的审计报告；（10）经2名以上律师及其所在事务所就有关事项签字、盖章的法律意见书；（11）股票发行承销方案和承销协议；（12）国务院证券监督管理机构要求提供的其他文件。

3．国务院证券监督管理机构审查批准。国务院证券监督管理机构收到被预选企业报送的发行申报材料后，即应组织人员进行审核，然后由证券监督管理直属机构组织有关人员根据审核人员的意见对发行申报材料进行修改完善。审核人员认为可行后，报国务院证券监督管理机构内的有关部门和发行审核委员会审核通过，由国务院证券监督管理机构批

准发行。

（五）境外上市外资股的发行程序

根据《国务院关于股份有限公司境外募集股份及上市的特别规定》以及国务院证券监督管理机构发布的《关于推荐境外上市预选企业的条件、程序及所需文件》等规定，股份有限公司境外募集股份及上市的应当经过预选、审批程序。

1. 确定推荐境外上市预选企业的程序为：先向所在地省级人民政府或国务院有关企业主管部门提出申请，省级人民政府或国务院有关企业主管部门从申请者中选出一批企业向国务院证券监督管理机构推荐。国务院证券监督管理机构应会商国务院有关综合部门后，初步确定预选企业，报国务院批准。国务院批准后，由国务院证券监督管理机构通知省级人民政府或国务院有关企业主管部门（直属机构），企业开始进行发行、上市准备工作。

2. 应当上报的材料。申请发行境外上市外资股的，应向国务院证券监督管理机构报送下列文件：省级人民政府或国务院有关企业主管部门（直属机构）的推荐文件；公司申请文件；企业符合境外发行股票与上市条件的说明材料和有关文件，包括企业现状及发展前景简介，企业资金需求，筹资计划及所募资金主要投向的说明，公司改组方案，外汇来源、上市地点初步选择方案，企业符合境外发行股票与上市条件的说明，如所募资金用于投资项目需要经国家批准的，应附有国家有关部门批准的文件；公司前3年经营业绩及前一会计年度的财务报表；公司当年及今后两年经营预测、利润及税后利润预测；尚未设立股份有限公司的，发起人对拟

投入股份有限公司资产的价值的估算意见；有承销意愿的证券经营机构对企业改组、发行前景所作的分析报告；公司联系部门、联系人、电话、传真及通讯地址等。

3. 办理批准手续。国有企业取得到境外上市预选企业资格后，应办理一系列批准手续。企业要制定国有土地使用权的评估和处置方案，报国土资源部批准；进行国有资产评估确认，制定国有股权管理方案，报经国家国有资产管理部门批准；企业入选境外上市预选企业后，须申请使自己改制为股份有限公司，使自己转为境外募集公司。要申请境外发行与上市，须经国务院批准。在完成境外股票发行后，企业可申请转为外商投资股份有限公司。

（六）股票的发行方式和价格

1. 股票发行方式。根据国家证券监督管理机构《关于股票发行与认购方式的暂行规定》等有关规定，发行股票的方式主要有两种，一是上网定价方式，一是全额预缴款方式。

（1）上网定价发行方式是指主要承销商利用证券交易所的交易系统，由主承销商作为股票的唯一“卖方”，投资者在指定的时间内，按现行委托买入股票的方式进行股票申购。主承销商在“上网定价”发行前应在证券交易所设立股票发行专户和申购资金专户。申购结束后，根据实际到位资金，由证券交易所主机确认有效申购。投资者应在申购委托前把申购金额存入与办理该次发行的证券交易所联网的证券营业部指定的账户。上网申购期内，投资者按委托买入股票的方式，以发行价格填写委托单。每一账户申购委托不少于1000股。

超过1000股的,必须是1000股的整数倍。每一股票账户申购股票数量上限为当次社会公众股发行数量的1‰。

在“上网定价”发行中,当有效申购总量等于该次股票发行量时,投资者按其有效申购量认购;当有效申购总量小于该次股票发行量时,投资者按其有效申购量认购股票后,余额部分按承销协议办理;当有效申购总量大于该次股票发行量时,由证券交易主机自动按每1000股确定一个申报号,连续排号,然后通过摇号抽签,每一中签号认购1000股。

上网申购的具体操作程序为:投资者申购后,由证券交易所的证券登记结算公司将申购资金冻结在申购专户中;会计师事务所验资并出具验资报告,以实际到位资金作为有效申购进行连续配号,证券交易所将配号传送到各证券营业部,并公布中签率;由主承销商负责组织摇号抽签,并公布中签结果;证券交易所根据抽签结果进行清算交割和股东登记,证券交易所将认购款项列入主承销商指定账户,主承销商于次日将此款划入发行公司指定的账户。

(2) 全额预缴款方式包括“全额预缴款、比例配售、余款即退”方式和“全额预缴款、比例配售、余款转存”方式。目前我国只采用第一种方式。“全额预缴款、比例配售、余额即退”方式,是指投资者在规定的申购时间内,将全部申购款存入主承销商在收款银行设立的专户中,申购结束后转存冻结银行专户进行冻结,在对到账资金进行验资和确定有效申购后,根据发行量和申购总量计算配售比例,进行股票配售,余款返还给投资者的股票发行方式。分为申购、冻结及验资配售、余款即退三个阶段。“全额预缴款”方式的

发行时间不得超过8天，在申购阶段，由主承销商选择一家银行作为收款银行，同其签订收款协议，并将协议及收款网点报国务院证券监督管理机构。在申购时，每一股票账户的申购量对机构和个人都有上限规定，机构申购量的上限为发行公司发行后总股本的5%，个人申购量上限为发行后总股本的5‰。投资者也可用现金或票据申购，但每一股票账户现金申购款的上限为3万元。在进行申购后，主承销商应选定股票发行地的人民银行作为冻结银行，在冻结银行开设资金冻结专户，同其签订协议，并将协议报送国务院证券监督管理机构。在各申购缴款日末，申购款应从各收款银行划到冻结银行的冻结专户中，由具有证券从业资格的会计师事务所验资，并出具验资报告。验资结束后，主承销商按到账资金进行核查验证，确定有效申购总量，进行认购。若有效申购总量小于或等于股票发行量时，按其有效申购量认购，余股按承销协议办理。若有效申购总量大于股票发行量，则根据股票发行量和有效申购总量计算配售比例Ⅰ。配售比例Ⅰ＝股票发行量/有效申购总量。按配售比例Ⅰ试算每个账户可认购量。可认购量＝有效申购量×配售比例Ⅰ。若配售比例Ⅰ能使可认购量满足“千人千股”的规定，则按其可认购量认购。若不能满足“千人千股”的规定，则随机抽出1000名申购者，每户配售1000股。然后计算配售比例Ⅱ。配售比例Ⅱ＝（股票发行量－100万股）/（有效申购总量－100万股），前已获1000股配售的投资者每人的实际认购量为：认购量＝（有效申购量－1000）×配售比例Ⅱ＋1000；其他投资者各自的认购量为：认购量＝有效申购量×配售比

例Ⅱ。配售结束后，主承销商随即解冻申购资金余款，并在指定报刊上公布申购结果及配售比例和退款公告。

2. 股票发行价格。确定股票发行价格是股票发行工作中最重要的内容，既要考虑发行人的利益，又要考虑投资者的利益，还要顾及股票上市后的表现。确定股票发行价的方式主要有两种，一是累积订单式，一是固定价格方式。累积订单式是由承销商与发行人先确定一个价格幅度，通过市场促销征集在各个价位上的需求量，然后再根据需求量确定发行价格。固定价格方式是由承销商与发行人商定一个固定价格，据此发售。我国是采取了固定价格方式，由主承销商和发行人根据市盈率法来确定新股发行价，其计算公式为：

新股发行价格＝每股税后利润×发行市盈率每股税后利润是股票投资回报的重要指标，其预测方法为：股票发行当年预测利润除以股票发行当年加权平均股本数。发行市盈率是股票市场价格与每股税后利润的比率。

## 二、公司债券和企业债券的发行

我国《证券法》规定："公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准或者审批。"发行债券是企业筹集资金的一个重要渠道，必须依法进行。我国公司法对公司债券的发行作出了一系列规定，我国《企业债券管理条例》对非公司企业发行企业债券作出了一系列规定。

（一）公司债券、企业债券的概念和特征

1. 公司债券、企业债券的概念

债券是指企业（包括公司）或政府向社会公众筹集资金而向出资者出具的债务凭证。持有者凭借这种凭证有权在约定期限内要求发行者还本付息。债券是有价证券的一种。按不同的标准，债券可分为：记名债券、不记名债券；担保债券、不担保债券；公债券、公司债券等。

公司债券是指公司依照法定程序发行的、约定在一定期限还本付息的有价证券。企业债券是非公司企业依照法定程序发行的、约定在一定期限还本付息的有价证券。

2．公司债券和企业债券的特征

（1）公司债券和企业债券发行的主体。公司债券的发行主体只限于股份有限公司、国有独资公司和两个以上的国有企业或者两个以上的国有投资主体设立的有限责任公司。其他任何公司、企业或个人都不能发行公司债券。企业债券的发行主体是具有法人资格的企业。

（2）公司债券和企业债券是一种有价证券。有价证券是指标明了一定票面金额，证明持有人拥有一定财产权的一种凭证。

（3）公司债券和企业债券注有还本付息日期。这一点与股票是不一样的，股票上不必注明日期。

（4）公司债券和企业债券须依照法定程序发行。公司举债一般有两种形式：一是向特定主体借贷；一是向不特定主体发行债券。向特定主体借贷程序比较简单。向不特定主体发行债券程序要复杂一些，我国《公司法》规定，公司发行债券要依法发行。

（5）发行公司债券和企业债券筹集的资金，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。

（二）发行公司债券和企业债券的条件

由于公司债券是向社会公众发行的，社会公众是否购买公司债券，完全要视该公司的资信情况而定，公司凭自己所拥有的财产对购券人担保。《公司法》对企业发行债券的条件作了较严格的规定：

（1）股份有限公司的净资产额不低于人民币3000万元，有限责任公司的净资产额不低于人民币6000万元。规定这样的限额，主要是要保证发债公司具有足够的偿债能力。

（2）累计债券总额不超过公司净资产额的40%。累计债券总额是指公司成立以来发行的所有债券的尚未偿还部分。这一条也是为了保证公司的偿债能力，进而保证购券人的利益。

（3）最近3年平均可分配利润足以支付公司债券1年的利息。可分配利润是指公司依法缴纳了各种税款、弥补了亏损、提足了法定公积金、法定公益金后所余的利润。这也是为了保护购券人的利益。

（4）筹集的资金投向符合国家产业政策。这一条要求是从有利于国家宏观管理出发的，主要是为了使社会资金流向国家经济各部门中按国家经济发展总体计划和产业政策要求最需要资金支持的部门。

（5）债券的利率不得超过国务院限定的利率水平。国务院对公司债券限定利率主要是出于两个考虑：一是防止公司为了争取社会资金而不恰当地提高利率；二是为了防止金融市场的混乱。

(6) 国务院规定的其他条件。

此外，我国《公司法》还就公司再次发行债券的条件作了限制性的规定，即前一次发行的公司债券尚未募足，或已发行的公司债券或者其债务有违约或者延迟支付本息的事实，且仍处于继续状态的，不得再次发行公司债券。

《企业债券管理条例》规定，企业发行企业债券必须符合下列条件：

(1) 企业规模达到国家规定的要求；

(2) 企业财务会计制度符合国家规定；

(3) 具有偿债能力；

(4) 企业经济效益良好，发行企业债券前连续 3 年盈利；

(5) 所筹资金符合国家产业政策。

(三) 公司债券和企业债券的发行程序

1. 由公司和企业的权力机关作决议

公司和企业发行公司债券和企业债券，对公司和企业的生产经营活动会产生重大影响，一方面发行债券能筹集到大笔资金，能扩大生产经营活动，但同时也使公司背上了债务，将来不仅要还本，还要付息。这样重大的事项应由公司和企业的权力机关决定。在股份有限公司、有限责任公司发行公司债券，由董事会制订方案，股东大会或股东会作出决议。在国有独资公司发行公司债券，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作出决定。非公司性企业发行企业债券由其法定代表人决定并报政府有关部门批准。

2. 报请有关部门批准

公司和其他各种企业等向社会发行债券筹资，有一个社会资金的配置问题，国家按宏观调控要求，必须掌握公司债和其他各种企业发债的规模，同时还有一个维护金融秩序问题。因此，公司发行公司债券，在本公司的权力机关作出决议之后，还须报经国务院证券管理部门批准。公司在向国务院证券管理部门报批时，应提交下列文件：

①公司登记证明；

②公司章程；

③公司债券募集办法。募集办法中应载明：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；

④资产评估报告和验资报告。

国务院证券管理部门对公司上报的发债申请，应依照《公司法》的规定审查并决定批准或是不批准。对已作出的批准，如果发现不符合《公司法》规定的，应予撤销。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计银行同期存款利息。

非公司性企业发行企业债券也要报经政府有关部门批准，中央企业发行企业债券，要报经中国人民银行会同国家发展计划委员会审批；地方企业发行债券，由中国人民银行直属分行会同有关省级计划部门审批。企业在向人民银行报批时，应提交下列文件：

①发行企业债券的申请书；

②营业执照；

③发行章程；

④经会计师事务所审计的企业近3年的财务报告；

⑤审批机关要求提供的其他材料。

企业发行企业债券用于固定资产投资，按照国家有关规定需要经有关部门审批的，还应报送有关部门的审批文件。

（四）可转换公司债券

1. 可转换公司债券的概念

可转换公司债券是指上市公司和重点国有企业依照法定程序发行、在一定期间内依据约定的条件可以转换成股份的公司债券。可转换公司债券的发行、上市、转换股份及其相关活动，应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。可转换公司债券在转换股份前，其持有人不具有股东的权利和义务。可转换公司债券可以依法转让、质押和继承。

2. 可转换公司债券的发行条件

上市公司发行可转换公司债券，应当符合下列条件：

①最近3年连续盈利，且最近3年净资产利润率平均在10%以上；属于能源、原材料、基础设施类的公司可以略低，但是不得低于7%；

②可转换公司债券发行后，资产负债率不高于70%；

③累计债券余额不超过公司净资产额的40%；

④募集资金的投向符合国家产业政策；

⑤可转换公司债券的利率不超过银行同期存款的利率水平；

⑥可转换公司债券的发行额不少于人民币1亿元；

⑦国务院证券委员会规定的其他条件。

重点国有企业发行可转换公司债券，除应当符合上述第③、④、⑤、⑥、⑦项条件外，还应当符合下列条件：

①最近3年连续盈利，且最近3年的财务报告已经具有从事证券业务资格的会计师事务所审计；

②有明确、可行的企业改制和上市计划；

③有可靠的偿债能力；

④有具有代为清偿债务能力的保证人的担保。

3．可转换公司债券的发行程序

发行可转换公司债券，必须依照《公司法》和《可转换公司债券管理暂行办法》的规定报经批准。未经批准，不得发行可转换公司债券。上市公司发行可转换公司债券，应当经省级人民政府或者国务院有关企业主管部门推荐，报国务院证券监督管理机构审批；重点国有企业发行可转换公司债券，应当由发行人提出申请，经省级人民政府或者国务院有关企业主管部门推荐，报国务院证券监督管理机构审批，并抄报国家发展计划委员会、国家经济贸易委员会、中国人民银行、国家国有资产管理部门。对符合本办法规定条件的，国务院证券监督管理机构予以批准。

申请发行可转换公司债券，应当向国务院证券监督管理机构报送下列文件：

①发行人申请报告；

②股东大会作出的发行可转换公司债券的决议或者国有企业主管部门同意发行可转换公司债券的文件；

③省级人民政府或者国务院有关企业主管部门的推荐文件；

④公司章程或老企业组织章程；

⑤可转换公司债券募集说明书；

⑥募集资金的运用计划和项目可行性研究报告；

⑦偿债措施、担保合同；

⑧经会计师事务所审计的公司最近3年的财务报告；

⑨律师事务所出具的法律意见书；

⑩与承销商签订的承销协议；

⑪国务院证券监督管理机构要求报送的其他文件。

股东大会作出的发行可转换公司债券的决议或者国有企业主管部门同意发行可转换公司债券的文件，应当包括以下内容：

①可转换公司债券的发行总额；

②票面金额；

③可转换公司债券利率；

④转股价格确定方式；

⑤转换期；

⑥募集资金用途；

⑦可转换公司债券还本付息的期限和方式；

⑧赎回条款及回售条款；

⑨股东大会决定的或者国有企业主管部门同意的其他事项。

股东大会决议还应当包括股东购买可转换公司债券的优先权的内容。

4. 发行可转换公司债券的方式和要求

可转换公司债券采取记名式无纸化发行方式。发行可转

换公司债券，发行人必须公布可转换公司债券募集说明书。募集说明书应包括下列内容：

（1）发行人的名称；

（2）批准发行可转换公司债券的文件及其文号；

（3）发行人的基本情况介绍；

（4）最近3年的财务状况；

（5）发行的起止日期；

（6）可转换公司债券票面金额及发行总额；

（7）可转换公司债券利率和付息日期；

（8）募集资金的用途；

（9）可转换公司债券的承销及担保事项；

（10）可转换公司债券偿还方法；

（11）申请转股的程序；

（12）转股价格的确定和调整方法；

（13）转换期；

（14）转换年度有关利息、股利的归属；

（15）赎回条款及回售条款；

（16）转股时不足一股金额的处理；

（17）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

可转换公司债券的发行，应当由证券经营机构承销，证券经营机构应当具有股票承销资格。承销方式由发行人与证券经营机构在承销协议中约定。

发行人应当在承销期前2至5个工作日内，将可转换公司债券募集说明书刊登在国务院证券监督管理机构指定的至少一种全国性报刊上。证券经营机构应当将可转换公司债券

的募集说明书置于营业场所，并有义务提醒认购人阅读可转换公司债券募集说明书。可转换公司债券募集说明书的有效期为6个月，自可转换公司债券募集说明书签署之日起计算。可转换公司债券募集说明书失效后，可转换公司债券的发行必须立即停止。

发行人和证券经营机构应当在可转换公司债券承销期满后的15个工作日内，向国务院证券监督管理机构提交承销情况的书面报告。

可转换公司债券的最短期限为3年，最长期限为5年。

上市公司发行可转换公司债券的，以发行可转换公司债券前1个月股票的平均价格为基准，上浮一定幅度作为转股价格。重点国有企业发行可转换公司债券的，以拟发行股票的价格为基准，折扣一定比例作为转股价格。

前一次发行的债券尚未募足的，或是对已发行的债券有延迟支付本息的事实，且仍处于继续延期支付状态的，不得发行可转换公司债券。

5. 可转换公司债券转换股份及债券偿还

上市公司发行的可转换公司债券，在发行结束6个月后，持有人可以依据约定的条件随时转换股份。重点国有企业发行可转换公司债券，在该企业改建为股份有限公司且其股票上市后，持有人可以依据约定的条件随时转换股份。

可转换公司债券转换为股份后，发行人股票上市的证券交易所应当安排股票上市流通。

发行人应当在每一季度结束后的2个工作日内，向社会公布因可转换公司债券转换为股份所引起的股份变动情况。

转换为股份累计达到公司发行在外普通股的10%时，发行人应当及时将有关情况予以公告。

因可转换公司债券转换为股份引起股份变动的，发行人应当根据有关法律、行政法规的规定，于每年年检期间，向工商行政管理部门申请办理注册资本变更登记。

可转换公司债券发行后，因发行新股、送股及其他原因引起公司股份发生变动的，发行人应当及时调整转股价格，并向社会公布。

可转换公司债券持有人请求转换股份时，所持债券面额不足转换一股股份的部分，发行人应当以现金偿还。

法人因可转换公司债券转换为股份，直接或者间接持有上市公司发行在外的普通股达到5%时，应当在3个工作日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所和上市公司作出书面报告，并向社会公告。

重点国有企业发行可转换公司债券，转换期满时仍未转换为股份的，利息一次性支付，不计复利。

可转换公司债券到期未转换的，发行人应当按照可转换公司债券募集说明书的约定，于期满后5个工作日内偿还本息。

可转换公司债券发行人未按期偿还本息的，除支付本息外，应当按每日1‰的比例向债权人支付赔偿金。

## 三、证券投资基金的发行

### （一）证券投资基金的概念和种类

证券投资基金是指一种利益共享、风险共担的集合证券

投资方式，即通过发行基金单位，集中投资者的资金，由基金托管人托管，由基金管理人管理和运用资金，从事股票、债券等金融工具投资的方式。证券投资基金主要有如下特点：

（1）投资基金的单位面值一般都较低，在我国，每份基金单位面值为人民币1元。投资基金的管理费用和购买费用一般都较低，美国的基金管理费用为基金资产净值的1%—5%之间，开放型基金买卖时不收手续费，在国际市场上，投资基金的管理费一般为基金资产净值的1%—2.5%，投资者购买基金缴纳的费用，通常为认购数额的2.5‰。单位面值低，管理费用和购买费用较低都有利于吸引社会闲散资金。

（2）实行专家管理。投资者的资金集中起来组成基金，一般都是由投资基金管理公司去管理使用资产，这种公司一般都聘请具有相当业务素质和业务经验的专家来管理。这比起在股票投资中由投资人自行决定买卖股票来说，更有利于社会上广大的投资者，减少盲目投资，同时也有利于资产得到更高的投资回报。

（3）实行组合投资。根据我国《证券投资基金管理暂行办法》的规定，1个基金投资于股票、债券的比例，不得低于该基金资产总值的80%。1个基金持有1家上市公司的股票，不得超过该基金资产净值的10%。这种组合投资的做法，有利于分散风险，保障投资者资产的安全。

（4）以间接投资的形式，取得直接投资的效果。证券投资基金是一种间接的证券投资方式，投资者是通过购买基金

而间接地投资于证券市场。投资者通过购买基金而持有公司的股票，进而能享受公司的利润分配，但投资者本身并不去参与公司的管理。

证券投资基金的种类很多，有开放式基金与封闭式基金，股票基金与债券基金等等。开放基金是指基金发行总额不固定，基金单位总数随时增减，投资者可以按基金的报价在国家规定的营业场所申购或者赎回基金单位的一种基金。基金单位是指基金发起人向不特定的投资者发行的，表示持有人对基金享有资产所有权、收益分配权和其他相关权利，并承担相应义务的凭证。封闭式基金是指事先确定发行总额，在封闭期内基金单位总数不变，基金上市后投资者可以通过证券市场转让、买卖基金单位的一种基金。股票基金是指主要投资于股票的基金，债券基金是指主要投资于债券的基金。根据我国《证券投资基金管理暂行办法》的规定，基金发起人可以申请设立开放式基金，也可以申请设立封闭式基金。

（二）申请设立基金的条件

根据《证券投资基金管理暂行办法》的规定，申请设立基金，应当具备5项条件：

1．主要发起人为按照国家有关规定设立的证券公司、信托投资公司、基金管理公司。证券公司是由国务院证券监督管理机构依法批准设立的在证券市场上经营证券业务的非银行金融机构。信托投资公司是“受人之托，代人理财”的非银行金融机构。基金管理公司是依法成立的专门从事管理和运用基金资产的非银行金融机构。

2. 每个发起人的实收资本不少于3亿元，主要发起人有3年以上从事证券投资经验、连续盈利的记录（基金管理公司除外）。

3. 发起人、基金托管人、基金管理人有健全的组织机构和管理制度，财务状况良好，经营行为规范。

4. 基金托管人、基金管理人有符合要求的营业场所、安全防范设施和与业务有关的其他设施。

5. 国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

申请设立开放式基金，还必须在人才和技术设施上能够保证每周至少一次向投资者公布基金资产净值和申购、赎回价格。

封闭式基金扩募或者续期，应当具备下列条件，并报经国务院证券监督管理机构批准：年收益率高于全国基金平均收益率；基金托管人、基金管理人最近3年内无重大违法、违规行为；基金持有人大会和基金托管人同意扩募或者续期；国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

（三）证券投资基金的设立程序和要求

设立基金须报经国务院证券监督管理机构批准。基金发起人申请设立基金，应当向国务院证券监督管理部门提交下列文件：

（1）申请报告；

（2）发起人名单及协议；

（3）基金契约和托管协议；

（4）招募说明书；

（5）证券公司、信托投资公司作为发起人的，经会计师

事务所审计的发起人最近3年的财务报告；

(6) 律师事务所出具的法律意见书；

(7) 募集方案；

(8) 国务院证券监督管理机构要求提交的其他文件。

设立基金的申请经国务院证券监督管理机构批准后，发起人便可募集资金。但这时还不能说基金已经成立。只有当募集的资金数额达到一定要求时，基金才告成立。根据规定，封闭式基金的存续时间不得少于5年，最低募集数额不得少于2亿元。封闭式基金募集期限为3个月，自该基金批准之日起3个月内募集的资金超过该基金批准规模的80%的，该基金方可成立。开放式基金自批准之日起3个月内净销售额超过2亿元的，该基金方可成立。达不到上述要求的，基金不能成立。如果基金不能成立，基金发起人必须承担基金募集费用，已募集的资金并加计银行活期存款利息必须在30天内退还基金认购人。

证券投资基金的发行方式有上网发行和网下发行两种方式。上网发行，即将所要发行的基金单位通过与证券交易所的交易系统联网的证券营业部，向社会公众出售。网下发行，即将所要发行的基金单位通过证券或银行营业网点向社会公众发售。

## 四、证券的承销

### (一) 承销的概念和方式

承销是指证券经营机构依照协议包销或者代销发行人向社会公开发行的证券的行为。证券公司应当依照法律、行政

法规的规定承销发行人向社会公开发行的证券。证券的承销包括代销和包销两种方式。证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。采取这种承销方式的证券公司只是代发行人发售证券，发售多少算多少，证券公司按发行数收取一定的手续费，不对发行数量的多少承担责任。证券包销又分两种情况，一是证券公司将发行人的证券按照协议全部购入，然后再向投资者销售，当卖出价高于购入价时，其差价归证券公司所有；当卖出价低于购入价时，其损失也由证券公司承担；二是证券公司在承销期结束时，将售后剩余证券全部自行购入。在这种承销方式中，证券公司要与发行人签订合同，在承销期内，是一种代销行为，在承销期满后，是一种包销行为。

（二）承销机构

证券承销的机构为证券公司。根据我国证券法的规定，我国的证券公司有两种，一种是综合类证券公司，一种是经纪类证券公司。只有综合类证券公司才可以从事证券承销业务。根据《证券经营机构股票承销业务管理办法》的规定，证券公司从事股票业务，必须取得国务院证券监督管理机构颁发的《经营股票承销业务资格证书》；在净资产、净资本、人员资格、内部风险管理和财务管理制度等方面必须符合国家的规定要求。

向社会公开发行的证券票面总值超过人民币 5000 万元的，应组织承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。主承销即牵头组织承销团的证券公司。主承

销可以由证券发行人按照公平竞争的原则，通过竞标的方式产生，也可以由证券公司之间协商确定。主承销一般要承担组建承销团、代表承销团与证券发行者签订承销合同和有关文件等事项。作为主承销的证券公司与参与承销的证券公司之间应签订承销团协议，就当事人的情况、承销股票的种类、数量、金额、发行价格、承销的具体方式、承销各成员承销的份额及报酬以及承销组织工作的分工、承销期及起止日期、承销付款的日期及方式等达成一致意见。

（三）承销要求

1. 证券公司不得以不正当的手段招揽证券承销业务。选择哪个证券公司承担承销业务，应由公开发行证券的发行人依法自主决定。

2. 证券公司承销证券，应当同发行人签订代销或者包销协议。该协议应当载明下列事项：

（1）当事人的名称、住址及法定代表人姓名；

（2）代销、包销证券的种类、数量、金额及发行价格；

（3）代销、包销的期限及起止日期；

（4）代销、包销的付款方式及日期；

（5）代销、包销的费用和结算办法；

（6）违约责任；

（7）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

3. 证券公司承销证券，应当对公开发行募集文件的真实性、准确性、完整性进行核查，看其提供的申请文件与客观情况是否一致，用语是否准确，应当报露的信息材料是否都已充分报露等。如果发现含有虚假记载、误导性陈述或者

重大遗漏的，不得进行销售，已经销售的，必须立即停止销售事项，并采取纠正措施。

4. 承销期限。证券的承销中，不论是代销还是包销，其期限最长不得超过 90 日，具体由发行人和证券公司共同商定。这主要是考虑到承销期太长会给先期交纳出资的投资者造成损失，不利于证券发行者及时足额地取得资金，同时也会加大发行成本。证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先出售给认购人，证券公司不得为本公司事先预留所代销的证券和预先购入并留成所包销的证券。

5. 上报备案。证券公司应当在证券承销期满后将承销情况上报国务院证券监督管理机构备案，接受证券监督管理机构的监督。证券公司包销证券的，应当在包销期满后的 15 日内，将包销情况报国务院证券监督管理机构备案；证券公司代销证券的，应当在代销期满后的 15 日内，与发行人共同将证券代销情况报国务院证券监督管理机构备案。

## 第三节 证券的交易

### 一、证券交易的一般规则

证券交易是指证券的买卖与转让。证券可以在市场上依法买进、卖出和转让，其价格随市场行情的变化而变化，这是它吸引人的地方，也是证券投资的风险所在。所以国家对证券的交易一般要作出严格的规定。由于证券的品种不同，

其交易规则也不完全一样，如股票有股票上市交易的规则，债券有债券上市交易的规则，投资基金有投资基金上市交易的规则。但证券交易也有一些共性的规则，根据我国《证券法》的规定，在证券交易中应遵守如下共性的规则。

（一）证券必须合法

证券必须合法规则包括三项内容，一是上市交易的证券必须是依法发行并交付的证券。所谓依法发行是指依照我国《证券法》、《公司法》等有关法律法规发行的证券，依法发行证券除了要具备一系列的法定条件外，还必须经过一系列的法定程序，最重要的是要经过国务院证券监督管理机构核准。所谓交付的证券，即出卖人出卖的股票必须是他本人已经取得所有权的证券，在证券交易活动中，只有“交付”之后，买入者才算取得了对该证券的所有权。二是非依法发行的证券，不得买卖。这是我国《证券法》中的一项禁止性条款。三是依法发行的证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在规定期限内，不得买卖。如我国《证券法》第39条规定，为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，在该股票承销期内和期满后6个月内，不得买卖该种股票；为上市公司出具审计报告和法律意见书等文件的专业机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后5日内，不得买卖该种股票；在上市公司收购中，收购人对所持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的6个月内不得转让。我国《公司法》中规定，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、经理在任职期间内不得

转让等。

（二）经依法核准的上市交易的证券，应当在证券交易所挂牌交易

我国的证券交易场所有两类，一是证券交易所，即上海证券交易所和深圳证券交易所；二是其他交易场所，如全国证券交易自动报价系统（STAQ），中国证券交易系统有限公司设立的场外交易市场（NET），各地的证券交易中心，以及各证券公司的营业部。发行人发行证券，可以上市交易，也可以不上市交易。根据《证券法》的规定，经依法核准的上市交易的股票、公司债券及其他证券，应当在证券交易所挂牌交易。在证券交易所挂牌交易，即经过证券交易所批准后，在证券交易所列明所要交易的证券的名称，供投资者选择。如果出现法律法规规定的情况，国务院证券监督管理机构可以暂停或终止证券的上市资格，也就是所谓“停牌”、“摘牌”。有些证券不属获准上市交易的，则可依规定在其他交易场所交易。如法人股可在 STAQ 和 NET 系统交易。在证券公司的营业部，证券公司可进行公司债券的自营和委托代理买卖，证券公司可以在营业部以零售价买进公司债券，然后整批地与其他证券公司交易，也可整批地买入公司债券，零售给社会公众。

（三）应采用公开的集中竞价交易方式

我国《证券法》规定：“证券在证券交易所挂牌交易，应当采用公开的集中竞价交易方式。证券交易的集中竞价应当实行价格优先、时间优先的原则。”集中竞价交易方式的原则是价格优先、时间优先。所谓价格优先，即在买入申报

时，买价高的申报优先于买价低的申报；在卖出申报时，卖价低的申报优先于卖价高的申报。所谓时间优先，即在同价位的买卖申报情况下，依照申报时间的先后顺序确定。现在我国上海证券交易所和深圳证券交易所均已实行电脑申报竞价，这种价格高低顺序和时间先后顺序，均由计算机处理，从而形成一种公开的集中竞价交易机制。公开的集中竞价交易方式按交易时间段的不同，又分为集合竞价和连续竞价。集合竞价是在每个证券交易日上午 9:25 由证券交易所的交易系统对 9:15 至 9:25 接受的全部有效委托，按照价格优先和时间优先的原则进行排序，然后根据买进和卖出情况，确定一个能产生最大成交量的成交价格。与这个价格相同，或是高于此价格的买入申报和低于此价格的卖出申报，必须能全部成交。集合竞价结束后，就要按顺序进行撮合，将排在前面的买卖委托依次成交。集合竞价结束后，未成交的委托和新的委托需继续进行竞价交易，即连续竞价。连续竞价仍然按价格优先、时间优先的竞价原则进行。

（四）证券交易当事人买卖的证券可采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式

纸面形式的证券要依照法律规定制做，如我国《公司法》第 132 条规定，股票采用纸面形式或者国务院证券管理部门规定的其他形式。股票应当载明下列主要事项：公司名称；公司登记成立的日期；股票种类、票面金额及代表的股份数；股票编号。股票须由董事长签名，公司盖章。发起人的股票应当标明发起人股票字样。《公司法》第 167 条规定，公司发行公司债券，必须在债券上载明公司名称、债券票面

金额、利率、偿还期限等事项，并由董事长签名、公司盖章。国务院证券监督管理机构规定的其他形式主要是指无纸化形式，即在证券交易中，证券发行人将证券托管在证券登记结算公司，证券登记结算公司直接对投资人出具证券权利证明卡。目前在我国上海证券交易所和深圳证券交易所交易的股票，全部都是无纸化股票。

（五）证券交易以现货进行交易

证券交易有现货交易和期货交易两种情况。证券的现货交易即买卖必须是一方有证券，一方有资金，双方达成交易后，在规定的时间内交割，一方付钱取得证券，一方交出证券取得资金。目前我国上海证券交易所和深圳证券交易所，对A股实行次日交割（T+1），对B股实行第三日交割（T+2）。期货交易是指在期货交易所进行的期货合约的买卖。期货合约即按照期货交易所规定的标准条款和方法订立的合约，包括：当事人双方约定在将来一定时间交收标的物及其价款的合约；当事人双方约定在将来一定时间交收根据标的物约定价格与当时实际价格之差计算出来的款项的合约；当事人一方将可根据单方意思表示订立前两项合约的权利付与另一方，另一方为此支付权利金的合约。我国《证券法》规定证券交易以现货进行交易，即不能进行证券期货交易。

（六）证券公司不得从事向客户融资或融券的证券交易活动

向客户融资或融券的证券交易活动称为证券信用交易活动。根据我国《证券法》和现行有关规定，禁止证券公司为

客户垫付资金，供客户进行证券买卖，也不允许证券公司将证券借给客户，供客户交易。

（七）证券从业人员和管理人员不得持有和买卖股票

为了防止出现内幕交易、操纵市场等证券欺诈行为，维护证券市场的秩序，国家对有关内幕人员持有、买卖股票作出限制。我国《证券法》规定，证券交易所、证券公司、证券登记结算机构从业人员、证券监督管理机构工作人员和法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。任何人在成为上述人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。根据我国《股票发行与交易管理暂行条例》和《证券业从业人员资格管理暂行规定》，证券业从业人员是指从事证券发行、交易及其他相关业务的机构的工作人员，主要包括下列人员：①证券交易所、证券公司、证券登记结算机构等证券中介机构的正、副总经理（不负责证券业务的副总经理除外）；②证券公司、证券投资咨询机构、证券清算、登记机构中内设各证券业务部门和下设的证券营业部的正、副经理人员；③证券经营机构中从事证券代理、自营业务的专业人员；④证券公司和证券投资咨询机构中从事为客户提供投资咨询服务的专业人员；⑤证券公司在证券交易所内的出市代表；⑥各类证券中介机构的电脑管理人员；⑦国务院证券监督管理机构认为需要进行资格确认的其他从业人员。

（八）为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业人员买卖股票要遵守有关限制性规定

我国《证券法》规定：为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，在该股票承销期内和期满后6个月内，不得买卖该种股票，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后5日内，不得买卖该种股票。

（九）证券交易的收费必须合理

在我国，客户进入证券交易所进行交易，要委托证券公司代为交易，交易成功后，还要进行交割、过户等。这都需要交纳一定的费用。收费的合理性，主要体现在两个方面，一是证券交易的收费项目、收费标准和收费办法由国务院有关管理部门统一规定；二是证券交易的收费项目、收费标准和收费办法全部公开，让广大参与者能及时准确地了解这些项目。

（十）为客户保密

所谓为客户保密，即证券交易所、证券公司、证券登记结算机构必须依法为客户开立的账户保密。依法为客户开立的账户保密，即除法律和行政法规有规定的外，证券交易所、证券公司、证券登记结算机构不向任何人提供客户开立账户的情况，否则将承担相应的法律责任。

## 二、股票上市交易

（一）股票上市交易条件

由于我国目前的股票市场还处在初级发展阶段，在市场容量和管理水平上都还有待于进一步扩大和完善。为了更好地发挥股票市场筹集资金、优化资源配置的功能，保证股票

市场稳步健康发展，我国对股票的发行和上市采取了“总量控制，现报家数”的管理办法，在控制总量的情况下，定期选择一部分企业上市。选择的标准是既要符合上市条件，又要符合国家产业政策。我国《证券法》规定：“国家鼓励符合产业政策同时又符合上市条件的公司股票上市交易。”我国目前在股票上市方面的产业政策是：重点支持农业、能源、交通、通信、重要原材料等基础产业和高新技术产业，从严控制一般加工业和商业，对金融和房地产业等行业暂不考虑。

股票上市除了要符合国家的产业政策外，还必须符合国家规定的股票上市条件。由于我国国内上市的股票有A股和B股之分，两者的发行对象不同，其上市交易的条件也不一样。

根据我国《公司法》第152条的规定，股份有限公司申请其股票上市交易必须符合下列条件：

（1）股票经国务院证券监督管理机构核准已向社会公开发行；

（2）公司股本总额不少于人民币5000万元；

（3）开业时间在3年以上，最近3年连续盈利；原国有企业依法改进而设立的，或者《公司法》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；

（4）持有股票面值达人民币1000元以上的股东人数不少于1000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4亿元的，其向社会公开发行股份的比例为15%以上；

(5) 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；

(6) 国务院规定的其他条件。

(二) 股票上市的程序

股票上市大体要经过三道程序：

1. 报请国务院证券监督管理部门核准。股份有限公司申请其股票上市交易，必须报经国务院证券监督管理机构核准。股份有限公司向国务院证券监督管理机构提出股票上市交易申请时，应当提交如下文件：

(1) 上市报告书，包括公司基本情况；公司股东持股情况；公司经营业绩；公司财务状况及财务指标分析；公司内部审计监督制度；重要事项揭示；公司上市后3年内的发展规划及资金投向；公司上市后3年内的盈利预测等；

(2) 申请上市的股东大会决议；

(3) 公司章程；

(4) 公司营业执照；

(5) 经法定验证机构验证的公司最近3年或者公司成立以来的财务会计报告，包括公司的资产负债表、损益表、财务状况变动表和会计报表附注等；

(6) 法律意见书和证券公司的推荐书；

(7) 最近一次的招股说明书。

根据《证券法》的规定，国务院证券监督管理机构可以授权证券交易所依照法定条件和法定程序核准股票上市申请。

2. 提请证券交易所安排上市

股票上市交易申请经国务院证券监督管理机构核准后，其发行人应当向证券交易所提交核准文件和向国务院证券监督管理机构提出股票上市交易申请时提交的文件。由于目前我国股票的发行和上市是连动的，公司股票获准公开发行，同时也就获得了上市的资格。因此证券交易所对公司的上市申请只是作形式上的审查或部分实质性审查。根据规定，公司提交给证券交易所的股票上市申请，由证券交易所的上市委员会进行审查。证券交易所上市委员会应自收到申请之日起20个工作日内做出审核，6个月内安排该股票上市交易。

证券交易所同意申请人提出的股票上市申请并作出上市安排后，一方面要将有关安排文件报送国务院证券监督管理机构备案，另一方面要通知申请人。

申请人在接到上市通知后，应与证券交易所签订上市协议书。上市协议书应当包括如下内容：①上市费用的项目和数额；②证券交易所为公司证券发行、上市所提供的技术服务；③要求公司指定专人负责证券事务；④上市公司定期报告、临时报告的报告程序及回复交易所质询的具体规定；⑤股票停牌事宜；⑥协议双方违反上市协议的处理；⑦仲裁条款；⑧证券交易所认为需要在上市协议中明确的其他内容。

3. 上市公告

股票上市交易申请经证券交易所同意后，上市公司应当在其股票上市交易前5个工作日内，在国务院证券监督管理机构指定的全国报刊上公告经核准的股票上市有关文件和下

列有关事项：①股票获准在证券交易所交易的日期；②持有公司股份最多的前10名股东的名单和持股数额；③董事、监事、经理及有关高级管理人员的姓名及其持有本公司股票和债券的情况。

同时，上市公司还应将所公告的文件置备于指定场所（如公司所在地，拟挂牌交易的证券交易所，有关证券经营机构及网点），供公众查阅。

（三）股票的暂停上市或终止上市

我国《证券法》规定，上市公司丧失公司法规定的上市条件的，其股票依法暂停上市或者终止上市。我国《公司法》对股票暂停上市或者终止上市的情形作了具体规定。

1. 股票上市的暂时停止

上市公司有下列情形之一的，由国务院证券监督管理机构决定暂停其股票上市：

（1）公司的股本总额、股权分布等发生变化，不再具备上市条件；

（2）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；

（3）公司有重大违法行为；

（4）公司最近3年连续亏损。

2. 股票上市的终止

股票上市的终止情形与暂停情形基本相同，只是程度和要求上有差异，其中有暂停情形第（2）项、第（3）项所列情形之一，经查实后果严重的，终止其股票上市；有暂停情形第（1）项、第（4）项所列情形之一，在限期内未能清

除，不具备上市条件的，终止其股票上市。

公司决议解散、被行政主管部门依法责令关闭或者被宣告破产的，由国务院证券管理部门终止其股票上市。

（四）股票交易程序

进行股票交易大致须经过开户、委托、成交和结算交收四个阶段。

1. 开户。我国上海证券交易所和深圳证券交易所都已实现无纸化交易，股票的交易都以转账的方式进行。因此，要进行股票交易，必须先开户，开户包括开设证券账户和资金账户。

（1）开设证券账户。证券账户用于记载投资者所持所有证券的种类、名称、数量及相应权益和变动情况。在我国，证券账户分为个人账户和法人账户两种。年满 18 岁的中国公民凭有效身份证件（居民身份证）即可到证券登记结算机构开立个人账户。开立法人账户须提供有效法人证明文件（营业执照）和法人代表证明书及其居民身份证。一般的证券账户只能进行 A 股、债券和基金现货交易，如要进行 B 股交易和债券回购交易需另行开户和办理相关手续。每个投资者只能开设一个证券账户，不得重复开户。

（2）开设资金账户。投资者要进行股票交易须在证券公司开设资金账户，用以存放买入股票所需资金和卖出股票取得的价款。开设资金账户须持证券账户和有效身份证件和一定的保证金办理。

2. 委托。进行股票交易只能委托证券交易所的会员（即证券商）进行。投资者给证券商的委托指令必须指明买

进或卖出股票的名称（或代码）、数量和价格。股票的名称，一般用四个字的简称，股票代码在上海证券交易所为6位数，在深圳证券交易所为4位数。证券交易的数量以“手”为单位，每100股为一标准手（基金以100基金单位为一标准手，债券以100元面值为一张，以10张即1000元面值为一标准手）。数量不足一标准手的股票为零股。零股可以一次性卖出。委托方式一般有柜台递单委托、电话自动委托、电脑自动委托和远程终端委托四种。

3．成交。证券商接到委托后，即将委托指令传送到证券交易所的撮合主机，经过自动检测系统检测合法无误后，即可进行交易。交易时间为每周一至周五上午9:30至11:30，下午1:00至3:00（法定公众假日除外）。交易采取集中竞价方式进行。

4．结算与交收。股票结算是指股票交易成交后对买卖股票双方应收或应付的股票和价款进行计算核定，并转移股票和资金的行为。股票结算包括股票的结算和资金的结算两个方面，在股票交易成交后，其卖出方卖出的股票应转到买方的账户上，同时将买入方买入股票所需要支付的资金划转到卖出方的账户上。对实物股票交易的结算，需要对股票进行清点鉴别，并在买卖双方之间交付，对记名股票所载持有人姓名还须进行更改。对无纸化股票的交易结算，由证券登记结算机构对电脑记载的有关数据资料作出更改。

由于我国上海证券交易所和深圳证券交易所都已实现完全的电子化交易，投资者只有将自己所持的证券办理托管后，才能进入上海证券交易所和深圳证券交易所的结算系

统，才可在这两个交易所进行交易。

## 三、债券上市交易

### （一）公司债券上市交易的条件

根据我国《证券法》和《公司法》的规定，公司债券可以上市交易。公司申请其发行的公司债券上市交易，必须报经国务院证券监督管理机构核准。

公司申请其公司债券上市交易必须符合如下条件：

（1）公司债券的期限为1年以上；

（2）公司债券实际发行额不少于人民币5000万元；

（3）公司申请其债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

### （二）公司债券上市交易程序

1. 向国务院证券监督管理机构申请核准

公司申请公司债券上市交易，应向国务院证券监督管理机构申请核准，在提出申请时，应当提交下列文件：

（1）上市报告书（主要内容包括：公司名称、法定地址及概况；公司的主要业务状况；公司的主要财务状况；债券的发行和转让情况；与其证券市场价格变动有关的注意事项；公司的发展前景；上市契约的纲要等内容）；

（2）申请上市的董事会决议，即公司董事会就公司债券上市交易的决议；

（3）公司章程；

（4）公司营业执照；

（5）公司债券募集办法（应包括下列主要事项：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）；

（6）公司债券的实际发行数额。即公司发行债券实际收到的资金数额。

2．提请证券交易所安排上市

公司债券上市交易申请经国务院证券监督管理机构核准后，其发行人应当向证券交易所提交核准文件和向国务院证券监督管理机构提出公司债券上市交易申请时提交的文件。

证券交易所应当自接到该债券发行人提交的文件之日起3个月内，安排该债券上市交易。

3．上市公告

公司债券上市交易的申请经证券交易所同意后，公司债券发行人应当在其公司债券上市交易的5日前在国务院证券监督管理机构指定的全国报刊上公告公司债券上市报告、核准文件及有关上市申请文件。

同时，公司还应将所公告的文件置备于指定场所，供公众查阅。

（三）公司债券的暂停上市交易或终止上市交易

1．公司债券上市交易的暂时停止

公司有下列情形之一的，由国务院证券监督管理机构决定暂停其公司债券上市交易：

（1）公司有重大违法行为；

（2）公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；

（3）公司债券所募集资金不按照审批机关批准的用途使

用；

(4) 未按照公司债券募集办法履行义务；

(5) 公司最近2年连续亏损。

2. 公司债券上市交易的终止

公司债券上市交易的终止情形与暂停情形基本一样，只是程度和要求上有差异，其中有暂停情形第(1)项、第(4)项所列形式之一，经查实后果严重的，终止其上市交易；有暂停情形第(2)项、第(3)项、第(5)项所列情形之一，在限期内未能消除的，终止其债券上市交易。

公司解散、依法被责令关闭或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市。

公司债券的具体交易程序与股票交易程序基本一致。

我国《证券法》中未对企业债券的上市交易直接作出规定。但根据《企业债券管理条例》规定，企业债券的转让，应当在经批准的可以进行债券交易的场所进行。非证券经营机构和个人不得经营企业债券的承销和转让业务。

## 四、证券投资基金上市交易

我国《证券投资基金管理暂行办法》规定："封闭式基金成立后，基金管理人、基金托管人可以向中国证监会及证券交易所提出基金上市申请。基金上市规则由证券交易所制定，报中国证监会批准。"1998年3月16日，中国证监会同时批复《上海证券交易所证券投资基金上市规则》和《深圳证券交易所证券投资基金上市规则》，并于同日起施行。这两个规则的主要内容大体相同，相比之下，《深圳证券交

易所证券投资基金上市规则》略细一些。

（一）申请上市的基金必须符合的条件

申请上市的基金必须符合下列条件：

（1）基金经国务院证券监督管理机构批准设立并公开发行；

（2）基金最低募集数不少于2亿元人民币；

（3）基金存续期不少于5年；

（4）基金持有人不少于1000人；

（5）基金管理人为经国务院证券监督管理机构批准设立的基金管理公司；

（6）基金托管人为经国务院证券监督管理机构和中国人民银行批准、具有开展基金托管业务资格的商业银行。

（7）基金的投资方向和投资比例符合有关规定及基金契约的要求；

（8）基金管理人、基金托管人有健全的组织机构和管理制度，财务状况良好，经营行为规范。

（9）国家法律、法规、规章和证券交易所规定的其他条件。

（二）投资基金上市交易程序

1．向证券交易所提出投资基金上市申请。应提交的文件为：

（1）上市申请书；

（2）上市公告书，至少应包括如下内容：基金概况；基金持有人结构及前10名持有人；基金设立主要发起人、基金管理人、托管人简介；基金投资组合情况；基金契约摘

要；基金运作情况；财务状况；重要事项揭示；备查文件；

(3) 批准设立和发行基金的文件；

(4) 基金契约；

(5) 基金托管协议；

(6) 基金募集资金的验资报告；

(7) 证券交易所1至2名会员署名的上市推荐书；

(8) 国务院证券监督管理机构和中国人民银行对基金托管人的审查批准文件；

(9) 国务院证券监督管理机构批准基金管理人员的营业执照；

(10) 基金管理人注册登记的营业执照；

(11) 基金托管人注册登记的营业执照；

(12) 基金已全部托管的证明文件；

(13) 证券交易所要求的其他文件。

向深圳证券交易所提出上市申请，除了要提交上述文件外，还应提供下列文件：①基金招股说明书；②基金管理公司章程。

2. 基金的上市批准

证券交易所接到基金上市申请后，应进行审查，认为符合上市条件的，将审查意见以及拟定的上市时间连同相关文件一并报国务院证券监督管理机构批准。

获得国务院证券监督管理机构批准后，由证券交易所出具上市通知书。证券交易所还须同基金管理人或基金公司、基金托管人签定基金上市协议，以及有关服务合同。

3. 上市公告

获准上市的基金，须于上市首日前3个工作日内至少在国务院证券监督管理机构指定的报刊上刊登。

基金管理人还应将《上市公告书》置备于基金管理人所在地、基金托管人所在地、证券交易所、有关证券经营机构及其网点，供公众查阅，同时报送国务院证券监督管理机构备案。

（三）基金的暂停上市或终止上市

1．基金上市的暂时停止

基金上市期间出现下列情形之一的将暂时停止上市：

（1）发生重大变更而不符合上市条件；

（2）违反国家法律、法规，国务院证券监督管理机构决定暂停上市；

（3）严重违反投资基金上市规则；

（4）国务院证券监督管理机构和证券交易所认为须暂停上市的其他情况。

上海证券交易所的投资基金交易规则中，除上述规定外，还规定连续半年未缴纳上市月费的，也将被暂停上市。

2．基金上市的终止

基金上市期间，有下列情形之一的，终止上市：

（1）在暂停上市期间内未能消除被暂停上市的原因；

（2）基金封闭期满，未被批准续期的；

（3）基金经批准提前终止的；

（4）因重大违法、违规行为，基金被国务院证券监督管理机构责令终止的；

（5）其他必须终止的原因。

证券投资基金的具体交易程序与股票交易程序基本一致。

## 五、禁止的交易行为

### (一) 内幕交易行为

1. 内幕交易的概念

内幕交易是指证券交易内幕信息的知情人员利用内幕信息进行证券交易的行为。这种行为的主体是内幕知情人员，行为特征是利用自己掌握的内幕信息买卖证券，或者是建议他人买卖证券。有时内幕知情人员自己并未买卖证券，主观上也未建议他人买卖证券，但却把自己掌握的内幕信息泄露给他人，接受内幕信息的人必然会依此作出买卖证券的决断，这种行为也属内幕交易行为。内幕交易的主观愿望是要达到获取利润或避免损失的目的。内幕交易行为是一种不正当的行为，它不仅侵犯了广大投资者的利益，违反了证券发行与交易中的“公开、公平、公正”原则，而且还会扰乱证券市场，其危害是很大的。为此各国的证券交易管理中，都将这种行为列为禁止的证券交易行为之一。我国《证券法》第67条规定：“禁止证券交易内幕信息的知情人员利用内幕信息进行证券交易活动。”我国《禁止证券欺诈行为暂行办法》和其他有关规定中也都对禁止内幕交易行为作出了规定。

2. 内幕人员

根据我国《证券法》的规定，内幕人员包括7种类型：

(1) 发行股票或者公司债券的公司董事、监事、经理、

副经理以及有关的高级管理人员。这些人员都是公司的高级管理人员，他们承担着公司的管理职责，办理着公司的经营业务活动，是公司经营活动的决策参与者或是公司商业秘密的知情者，是公司内幕信息的第一知情者。

(2) 持有公司5%以上股份的股东。公司股东不仅享有资产受益权，而且还有重大决策权和选择管理者的权利。公司的重大决策和管理者的选择却是公司内幕信息的范畴。由于公司是以股东所持股份的多少来行使权力的，因此投资人所持公司的股份还须达到一定的比例，才能起到控股的作用。由于公司股东较多，较分散，因此持有公司的股票达到5%时，实际上已取得了对公司的控股地位。

(3) 发行股票公司的控股公司的高级管理人员。

(4) 由于所任公司职务可以获取公司有关证券交易信息的人员。在公司中有一些工作人员虽不是经理、监事一类高级管理人员，但由于工作职务的关系可以接触到公司的内幕信息。如秘书、工程师、会计师、打字员等。

(5) 证券监督管理机构工作人员以及由于法定的职责对证券交易进行管理的其他人员。如证券监督管理机构的工作人员，其他证券、审批、管理机构的人员。

(6) 由于法定职责而参与证券交易的社会中介机构或者证券登记结算机构、证券交易服务机构的有关的人员。

(7) 国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

3. 内幕信息

在证券交易活动中，凡涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕

信息。包括下列各项：

（1）可能对上市公司股票交易价格产生较大影响、而投资者尚未得知的重大事件。包括公司的经营方针和经营范围的重大变化，公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定等（详见本章第四节）；

（2）公司分配股利或者增资的计划；

（3）公司股权结构的重大变化；

（4）公司债务担保的重大变更；

（5）公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的30%；

（6）公司的董事、监事、经理、副经理或者其他高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任；

（7）上市公司收购的有关方案；

（8）国务院证券监督管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

4．禁止进行内幕交易的行为

知悉证券交易内幕信息的知情人员或者非法取得内幕信息的其他人员，不得买入或者卖出所持有的该公司的证券；不得泄露该信息；也不得建议他人买卖该证券。

持有5%以上的股份的股东收购上市公司的股份，不在禁止之列，按照上市公司收购的有关规定办理。

（二）操纵市场行为

1．操纵市场的概念

操纵市场是指单位或个人以获取利益或者减少损失为目的，利用其资金、信息等优势或者滥用职权影响证券市场价

格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下作出买卖证券的决定，扰乱证券市场秩序的行为。实施这种行为的主观目的是为了获利或减少损失，行为特征是利用自己在资金、信息和股权上的优势，制造证券市场假象。后果是诱导或致使投资者在不明真相的情况下，作出买卖证券的决定，扰乱证券市场。我国《证券法》明确规定：禁止任何人以不正当的手段获取不正当的利益，或者转嫁风险。

2．操纵市场的行为

（1）通过单独或者合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖证券，操纵证券交易价格。实施这种行为的有两种情况，一是两人以上合谋，利用其优势联合买卖证券，带动他人也参与这种股票的买卖，造成这种证券价格的上升或下降，然后他们再伺机卖出或买进，从中牟取利益；二是一人或是多人连续两次以上地买进或卖出某种证券，造成价格的升降，然后伺机买进或卖出，从中牟取利益。

（2）与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影响证券交易价格或者证券交易量，以抬高或者压低某种证券的价格，从中获取不当利益或是转嫁风险。

（3）以自己所持有的证券为交易对象，进行不转移所有权的自买自卖，以创造交易记录，影响证券交易价格或者证券交易量，诱使他人购买或卖出自己所持有的券种。

（4）以其他方法操纵证券交易价格。

（三）制造虚假信息行为

1. 制造虚假信息的概念

制造虚假信息包括编造并传播虚假信息和作虚假陈述或信息误导两种情况。编造并传播虚假信息即凭空捏造信息或歪曲、篡改已有的信息，并加以宣传。这种凭空捏造和被歪曲篡改了的信息，可能会影响证券的价格和交易量。虚假陈述是指行为人故意对证券的发行、交易及其相关活动的性质、前景、法律等事项作出不实、严重误导或含有重大遗漏的陈述或诱导，致使投资者在不了解事实真相的情况下作出证券投资决定。信息误导指行为人非故意地作出了虚假陈述。我国《证券法》规定："禁止国家工作人员、新闻传播媒介从业人员和有关人员编造并传播虚假信息，严重影响证券交易。禁止证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会中介机构及其人员、证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导。各种传播媒介传播证券交易信息必须真实、客观、禁止误导。"

2. 制造虚假信息的行为

（1）编制并传播能影响证券交易的虚假信息；

（2）对已有的信息进行歪曲、篡改；

（3）发行人、证券经营机构在招募说明书、上市公告书、公司报告及其他文件中作出虚假陈述；

（4）律师事务所、会计师事务所、资产评估机构等专业性证券服务机构在其出具的法律意见书、审计报告、资产评估报告及参与制作的其他文件中作出虚假陈述；

(5) 证券交易场所、证券业协会或者其他证券业自律性组织作出对证券市场产生影响的虚假陈述;

(6) 发行人、证券经营机构、专业性证券服务机构、证券业自律性组织在向证券监管部门提交的各种文件、报告和说明中作出虚假陈述;

(7) 在证券发行、交易及其相关活动中的其他虚假陈述。

(四) 欺诈客户行为

1. 欺诈客户行为的概念

欺诈客户是指证券公司及其从业人员在证券交易中违背客户的真实意愿,侵害客户利益的行为。

2. 欺诈客户的行为

(1) 违背客户的委托为客户买卖证券。根据规定,客户在委托证券公司买卖证券时,应详细说明证券的交易名称、种类、买进或卖出的数量、出价方式及价格幅度等。证券公司只能按客户的要求买卖证券。否则即构成对客户的欺诈行为。

(2) 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件。

(3) 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金。

(4) 私自买卖客户账户上的证券,或者假借客户的名义买卖证券。这种行为与违背客户的委托为其买卖证券的行为不同之处,是在客户未作出委托的情况下,以客户的名义买卖证券。虽然实施这种行为的赢亏都归客户,但赢时好说,亏时则会引起纠纷。

(5) 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖。何谓诱使，何谓不必要，法律上并未作出明确的界定，一般来说，证券公司只能按客户的意愿为其买卖证券，不得为其出买卖证券的主意，哪怕暗示也不行。至于对“不必要”的理解，恐怕要以是否盈利或减少损失为主要标准。

(6) 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

(五) 其他禁止交易的行为

其他禁止交易的行为主要有：严禁法人以个人名义设立账户，买卖证券；禁止挪用公款买卖证券；国有企业和国有资产控股的企业，不得炒作上市交易的股票等。

证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会中介机构及其从业人员对证券交易中发现的禁止的交易行为，应当及时向证券监督管理机构报告。

## 六、上市公司收购

(一) 上市公司收购的概念和方式

上市公司收购是指投资者以签约或者协议的方式向公司所有的股票持有人公开购买部分和全部股票，以取得上市公司控股权的法律行为。

根据我国《证券法》的规定，在我国，上市公司收购可以采取要约收购或者协议收购的方式。要约收购是指收购人为取得上市公司的控股权，向所有的股票持有人发出购买该上市公司股份的收购要约，收购该上市公司股份。收购要约要写明收购价格、数量及要约期间等收购条件。协议收购即

由收购人与上市公司的股票持有人就收购该公司股票的条件、价格、期限等有关事项达成协议，由公司股票的持有人向收购者转让股票，收购人付出资金，达到收购的目的。

（二）持股大户报告制度

为了保护广大中小投资者的利益，防止持股大户操纵股票交易价格的现象出现，我国《证券法》规定了持股大户报告制度。根据《证券法》的规定：通过证券交易所的证券交易，投资者持有一个上市公司已发行的股份的5%时，应当在该事实发生之日起3日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公司，并予以公告；在上述期间内，不得再行买卖该上市公司的股票。

投资者持有一个上市公司已发行的股份的5%后，通过证券交易所的证券交易，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少5%，应当依照前述办法进行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后2日内，不得再行买卖该上市公司的股票。

报告应当包括下列内容：

（1）持股人的名称、住所；

（2）所持有的股票的名称、数量；

（3）持股达到法定比例或者持股增减变化达到法定比例的日期。

（三）要约收购

1. 强制收购及收购内容

通过证券交易所的证券交易，投资者持有一个上市公司已发行的股份的30%时，继续进行收购的，应当依法向该

上市公司所有股东发出收购要约（经国务院证券监督管理机构免除发出要约的除外）。即将要收购的公司股票的条件和要求告诉该公司股票的其他投资者。该公司股票的其他投资者在接到要约后，可以按规定将股票卖给收购人，也可以不卖给收购人。在收购要约发出之前，收购人应向国务院证券监督管理机构和证券交易所报送上市公司收购报告书，并载明下列事项：①收购人的名称、住所；②收购人关于收购的决定；③被收购的上市公司名称；④收购目的；⑤收购股份的详细名称和预定收购的股份数额；⑥收购期限、收购价格；⑦收购所需资金及资金保证；⑧报送上市收购报告书时所持有被收购公司股份数占该公司已发行的股份总数的比例。

2. 收购要约期限和公告

收购人应在依法向国务院证券监督管理机构报送上市公司收购报告书之日起 15 日后，公告其收购要约。收购要约期限不得少于 30 日，并不得超过 60 日。

在收购要约的有效期限内，收购人不得撤回其收购要约，也不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买卖被收购公司的股票。在收购要约的有效期限内，收购人需要变更收购要约中事项的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，获准后，予以公告。

3. 被收购公司股票终止上市

收购要约期满之后，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的 75% 以上的，该上市公司的股票应当在证券交易所终止上市交易。因为我国《公司法》中规定股份公司上市的条件之一就是其向社会公开发行

的股份总数达到公司股份总数的25%以上，而这时收购人一人持有的公司股票就达75%以上，显然已不符合《公司法》关于股份公司股份上市的要求。

当收购要约期满后，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的90%以上时，其公司很容易为收购人所操纵，其余仍持有被收购公司股票的小股东，在公司中所能起的作用已显得过小，其利益很容易受到影响，因此《证券法》规定，当出现这种情况时，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。由于这一条规定就有可能导致被收购公司的股份全部集中到收购人手中，这就又不符合关于公司成立的条件规定。因此，《证券法》进一步明确规定，收购行为完成后，被收购公司不再具有《公司法》规定的条件的，应当依法变更其企业形式。

（四）协议收购

采取协议收购方式的，收购人可以依照法律、行政法规的规定同被收购公司的股东以协议方式进行股权转让。双方达成协议后，收购人必须在3日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构以及证券交易所作出书面报告，并须予以公告。在未作出公告前不得履行收购协议。

采取协议收购方式的，协议双方可以临时委托证券登记结算机构保管协议转让的股票，并将资金存入指定的银行。

（五）对收购人的限制

为了防止收购人以收购的名义操纵股市，搞假收购，《证券法》还规定，在上市公司收购中，收购人对所持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的6个月内不

得转让。

通过要约收购或者协议收购方式取得被收购的上市公司的股票并将该公司撤销的，属于公司合并，被撤销公司的原有股票，由收购人依法更换。

收购上市公司的行为结束后，收购人应当在15日内将收购的情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所，并予公告。

上市公司收购中涉及国家授权投资机构持有的股份，应当按照国务院的规定，经有关主管部门批准。

## 第四节 持续信息公开

### 一、信息公开的形式

向社会公开发行股票、公司债券和企业债券，以及证券投资基金的单位，都必将有关信息公开，以利于发行对象了解情况，对投资风险和投资收益进行估计，进而对投资作出决断。向社会公布有关信息还有利于社会公众对证券发行人的监督，也有利于政府的监管。为此，各国法律都对证券发行中的信息公开作出了规定。

我国的《证券法》、《公司法》、《股票发行与交易管理暂行条例》、《公开发行股票公司信息披露实施细则（试行）》，以及证券投资基金上市规则等法律法规规定中，对证券发行和交易中的信息公开作出了详细的规定。证券发行和交易中应公开的信息包括招股说明书、上市公告书、定期报告和临

时报告等。经国务院证券监督管理机构核准依法发行股票，或者经国务院授权的部门批准依法发行公司债券，依照公司法的规定，应当公告招股说明书、公司债券募集办法。依法发行新股或者公司债券的，还应当公告财务会计报告。

公司公告的股票或者公司债券等证券的发行和上市文件，必须真实、准确、完整，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。否则将承担相应的法律责任。

## 二、招股说明书和上市公告书

### （一）招股说明书

招股说明书是公司向社会公众发出招股要约的法律文件，公司对招股说明书中叙述的内容承担保证其真实、准确和完整的责任。招股说明书应按照《公司法》、《股票发行与交易管理条例》和《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则》第一号编制。根据《公司法》和《股票发行与交易管理暂行条例》的规定，招股说明书应载明以下事项：

（1）公司的名称、住所；

（2）发起人、发行人简况；

（3）筹资目的；

（4）公司现有股本总额，本次发行的股票种类、总额，每股的面值、售价，发行前的每股净资产值和发行结束后每股预期净资产值，发行费用和佣金；

（5）初次发行的发起人认购股本的情况、股权结构及验资证明；

（6）承销机构的名称、承销方式与承销数量；

(7) 发行的对象、时间、地点、股票认购和股款缴纳的方式以及本次股份未募足时认股人可撤回所认股份的说明;

(8) 认股人的权利、义务;

(9) 所筹资金的运用计划及收益、风险预测;

(10) 公司近期发展规划和经注册会计师审核并出具审核意见的公司下一年盈利预测文件;

(11) 重要合同,指对发行人生产经营活动、未来发展或者财务状况具有重要影响的合同。重要合同中对发行人经营有重大影响的附带条款和限制条件也应披露;

(12) 涉及公司的重大诉讼事项,指对发行人的财务状况、经营成果、声誉、业务活动、未来前景可能产生较大影响的诉讼或者发行人的董事、监事、高级管理人员受到刑事起诉。发行人及其母公司、子公司、并行子公司、控股公司、联营公司、发行人的董事、监事、高级管理人员,持有发行人5%以上的主要股东作为重大诉讼一方当事人的,都应予以披露;

(13) 公司董事、监事名单及其简历;

(14) 近3年或者成立以来的生产经营状况和有关业务发展的基本情况;

(15) 经会计师事务所审计的公司近3年或者成立以来的财务报告和由2名以上注册会计师及其所在事务所签字、盖章的审计报告;

(16) 增资发行的公司前次公开发行股票所筹资金的运用情况;

(17) 国务院证券监督管理机构要求载明的其他事项。

招股说明书的封面应当载明："发行人保证招股说明书的内容真实、准确、完整。政府及国家证券管理部门对本次发行所作出的任何决定，均不表明其对发行人所发行的股票的价值或者投资人的收益作出实质性判断或者保证。"

招投说明书制订好后，应由全体发起人或者董事以及主承销商在上面签字，保证招股说明书没有虚假、严重误导性陈述或者重大遗漏，并保证对其承担连带责任。

招股说明书应在股票承销期开始前2个至5个工作日期间公布。发行人应当向认购人提供招股说明书，证券承销机构应当将招股说明书备置于营业场所，并有义务提醒认购人阅读招股说明书。在公司未获准公开发行股票前，任何人都不得以任何形式泄露招股说明书的内容。

招股说明书的有效期为6个月，自招股说明书签署完毕之日起计算。招股说明书失效后，股票发行必须立即停止。

（二）上市公告书

上市公告书应按照《公司法》、《股票发行与交易管理暂行条例》，以及《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则》第7号编制办理。根据规定，上市公告书的内容除应包括招股说明书的主要内容外，还应当包括下列事项：

（1）股票获准在证券交易所交易的日期和批准文号；

（2）股票发行情况、股权结构和最大的10名股东的名单及持股数额；

（3）公司创立大会或者股东大会同意公司股票在证券交易所交易的决议；

（4）董事、监事和高级管理人员简历及其持有本公司证

券的情况；

(5) 公司近3年或者成立以来的经营业绩和财务状况以及下一年的盈利预测文件；

(6) 证券交易所要求载明的其他事项。

上市公告书如果与招股说明书刊登的财务会计资料在时间上一致时，可以将招股说明书中有关财务会计资料简化刊登，但应有必要的附注说明；上市公告书如果与招股说明书刊登的财务报表在审计时间上不一致时，应在上市报告书中刊登经会计师事务所审核的近期财务报表以及相关的会计资料。

## 三、定期报告和临时报告

### (一) 定期报告

定期报告是股票或者公司债券上市交易的公司进行持续信息披露的最主要的形式之一。定期报告应当符合国家的会计制度和国务院证券监督管理机构的有关规定，由上市公司授权的董事或者经理签字，并由上市公司盖章。定期报告包括中期报告和年度报告两种形式。

1. 中期报告

中期报告应当在每一会计年度的上半年结束之日起2个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交，并在国务院证券监督管理机构指定的报刊上公布。中期报告应按《证券法》、《公司法》，以及《股票发行与交易管理暂行条例》和《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则》第3号编制。

中期报告应记载以下内容：

（1）公司财务报告和经营情况。财务报告应包括财务报表以及财务报表附注，中期报告中的财务报告，除特别情况外，无须经会计师事务所审计。凡未经审计的中期财务报告，应在表头下面注明“未经审计”字样。同时，公司全体董事必须确保该中期财务报告中采用的会计政策与最近一期年度财务报告中所采用的会计政策相互一致，否则应在中期财务报告注释内加以说明。经营情况应包括上半年经营情况的回顾，和下半年的计划安排。

（2）涉及公司的重大诉讼事项。包括以公司的名义参与的诉讼；公司董事、监事、经理和高级管理人员以个人名义作为诉讼当事人，且对公司的财务状况、经营成果、声誉、业务活动和未来前景等可能产生较大影响的诉讼等。

（3）已发行的股票、公司债券变动情况。包括报告期内发行新股票（包括送、配股）及股票的派生种类、折细或合股、可转换债券情况以及发行在外的股票、公司债券的其他情况；股权结构情况，公司债券债权结构情况等。

（4）提交股东大会审议的重要事项。

（5）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

2．年度报告

年度报告应当在每一会计年度结束之日起4个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交，并在国务院证券监督管理机构指定的报刊上公布。年度报告应按《证券法》、《公司法》以及《股票发行与交易管理暂行条例》和《公开发行股票公司信息披露的内容与格式准则》第2号编

制。

年度报告应记载以下内容：

(1) 公司概况。包括公司的中英文名称及编号、公司的历史与现状、主营业务、法定代表人、公司注册情况等。

(2) 公司财务会计报告和经营情况。

(3) 董事、监事、经理及有关高级管理人员简介及持股情况。有关高级管理人员主要包括副经理、总会计师、总工程师等。

(4) 已发行的股票、公司债券情况，包括持有公司股份最多的前 10 名股东名单和持股数额。

(5) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

(二) 临时报告

当发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响、而投资者尚未得知的重大事件时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交临时报告，说明事件的实质，并在国务院证券监督管理机构指定的报刊上予以公布。这里所说的重大事件是指：

(1) 公司的经营方针和经营范围的重大变化。主要是公司的经营方针和经营范围与原来报告和公布的招股说明书、上市报告书等文件所报告公布的内容发生了变化和重要调整。

(2) 公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定。

(3) 公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响。

(4) 公司发生重大债务和未能清偿到期债务的违约情

况。

(5) 公司发生重大亏损或者遭受超过净资产10%以上的重大损失。

(6) 公司生产经营的外部条件发生的重大变化。

(7) 公司的董事长，1/3以上的董事，或经理发生变动。

(8) 持有公司5%以上股份的股东，其持有股份情况发生较大变化。

(9) 公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定。其中减资、合并和分立，应由公司在决议之日起10日内通知债权人，并在30日内在报纸上至少公告3次；解散和宣告破产的，应在清算组成立之日起10日内由清算组通知债权人，并在60日内在报纸上至少公告3次。

(10) 涉及公司的重大诉讼、法院依法撤销股东大会、董事会决议。

(11) 法律、行政法规规定的其他事项。

(三) 持续信息公开中的经济赔偿

发行人、承销的证券公司公告招股说明书、公司债券募集办法、财务会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告，存在虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、承销的证券公司应当承担赔偿责任，发行人、承销的证券公司的负有责任的董事、监事、经理应当承担连带赔偿责任。

(四) 对持续信息公开的监督

国务院证券监督管理机构对上市公司年度报告、中期报

告、临时报告以及公告的情况进行监督，对上市公司分派或者配售新股的情况进行监督，对有重大违法行为或者不具备其他上市条件的上市公司取消其上市资格的，应当及时作出公告。证券交易所依照授权对有重大违法行为或者不具备其他上市条件的公司取消其上市资格时，也应及时作出公告，并报国务院证券监督管理机构备案。

证券监督管理机构、证券交易所、承销的证券公司及有关人员，对公司依照法律、行政法规规定必须作出的公告，在公告前不得泄露其内容。

### 四、证券投资基金招募说明书

证券投资基金招募说明书是基金发起人向社会公众发出招募要约的法律文件。基金的全体发起人必须保证招募说明书的内容真实、正确、完整，不含有虚假的内容或误导性陈述，不遗漏应当公布的内容。凡是对投资者作出投资决策有重大影响或有助于其作出决策的信息，均应予以披露。证券投资基金招募说明书应按照《证券法》有关持续信息公开规定的原则和《证券投资基金管理暂行办法》，以及实施准则第3号编制。证券投资基金招募说明书应披露如下信息：

1. 本次发行有关当事人及发行安排；
2. 基金的投资及风险揭示；
3. 基金资产、资产估值、费用、税收及收益与分配；
4. 基金的会计与审计；
5. 交易安排；
6. 基金的信息披露；

应披露的信息内容和披露的时间要求为：

（1）年度报告、中期报告：年度报告在基金会计年度结束后的90日内、中期报告在基金会计年度前6个月结束后的30日内公告；

（2）临时公告：基金在运作过程中发生可能对基金持有人权益及基金单位的交易价格产生重大影响的事项时，应按照法律、法规及国务院证券监督管理机构的有关规定及时公告。

（3）基金资产净值公告：封闭式基金资产净值每月公告的次数、方式和时间；开放式基金每周公告的次数、方式和时间。

（4）基金投资组合公告：基金投资组合每3个月公告的次数、方式和时间。

7．基金持有人、基金发起人、基金管理人、基金托管人；

8．基金的终止与清算；

9．其他应披露的事项。

一个基金会计年度内的信息披露事项应固定在至少一家国务院证券监督管理机构指定的报刊上公告，其存放地点和查阅方式应明确公布。

## 五、公司债券和企业债券发行中应公布的信息

公司债券和企业债券发行中应公布的信息包括三种，一是公司债券募集办法；二是可转换公司债券募股说明书；三是企业债券发行章程。

（一）公司债券募集办法

公司发行债券的申请经批准后，应当制订并公告公司债券募集办法。

公司债券募集办法中应当载明下列主要事项：

（1）公司名称；

（2）债券总额和债券的票面金额；

（3）债券的利率；

（4）还本付息的期限和方式；

（5）债券发行的起止日期；

（6）公司净资产额；

（7）已发行的尚未到期的公司债券总额；

（8）公司债券的承销机构。

（二）可转换公司债券募集说明书

公司获准发行可转换公司债券的，应当制订可转换公司债券募集说明书。募集说明书应当包括如下内容：

（1）发行人的名称；

（2）批准发行可转换公司债券的文件及其文号；

（3）发行人的基本情况介绍；

（4）最近3年的财务状况；

（5）发行的起止日期；

（6）可转换公司债券票面金额及发行总额；

（7）可转换公司债券利率和付息日期；

（8）募集资金的用途；

（9）可转换公司债券的承销及担保事项；

（10）可转换公司债券偿还办法；

(11) 申请转股的程序;

(12) 转股价格的确定和调整方法;

(13) 转换期;

(14) 转换年度有关利息、股利的归属;

(15) 赎回条款及回售条款;

(16) 转股时不足一股金额的处理;

(17) 国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

公司可转换债券的发行人应当在承销前2至5个工作日内,将可转换公司债券募集说明书刊登在国务院证券监督管理机构指定的至少一种全国性报刊上,证券经营机构应当将可转换公司债券的募集说明书置于营业场所,并有义务提醒认购人阅读可转换公司债券募集说明书。

可转换公司债券募集说明书有效期为6个月,自可转换公司债券募集说明书签署之日起计算。可转换公司债券募集说明书失效后,可转换公司债券的发行必须立即停止。

(三) 企业债券发行章程

企业债券发行章程应按《企业债券管理条例》、《企业债券发行与转让管理办法》和《申请公开发行债券企业报送材料标准格式》制订并公告。

企业债券发行章程应载明下列内容:

(1) 发行人名称、住所、经营范围、法定代表人、联系电话、邮政编码;

(2) 批准债券发行的文号、日期;

(3) 债券名称、期限、利率;

(4) 债券票面金额、发行价格及发行总额;

(5) 发行对象、日期、期限、方式；

(6) 债券计息起止日、还本付息的期限和方式；

(7) 发行债券的目的、用途及效益预测；

(8) 经营风险和兑付风险以及防范措施；

(9) 最近一个季度的财务报告；

(10) 最近3年的主要财务数据与指标；

(11) 企业最近3年的生产经营状况及有关业务发展基本情况；

(12) 保证人基本情况；

(13) 其他有关事项。

企业债券发行申请获准后，主承销人应当至少在发行前10日在指定报纸上刊登发行公告，并将发行公告置于营业场所明显位置，并提醒认购人阅读。

企业债券发行公告的有效期为60天，自发行公告签署完毕之日起计算。发行公告失效后，债券发行必须立即停止。

## 第五节 证券交易所

### 一、证券交易所的设立和组织机构

(一) 证券交易所的概念

证券交易所是提供证券集中竞价交易的场所，是独立的法人单位。证券交易所有会员制证券交易所和公司制证券交易所两种形式。会员制证券交易所是以会员协会形式成立的

不以营利为目的的法人组织，其会员主要为证券商，只有会员以及有特许权的经纪人，才有资格在交易所中交易。会员制证券交易所实行会员自治、自律、自我管理。目前大多数国家的证券交易所都实行会员制。公司制证券交易所是以营利为目的的公司法人。公司制证券交易所对在本所内的证券交易负有担保责任。公司制证券交易所的证券商及其股东不得担任证券交易所的董事、监事或经理。我国的证券交易所是会员制证券交易所，是不以营利为目的的法人。

（二）证券交易所的设立

设立证券交易所由国务院证券监督管理机构审核，由国务院决定（其解散也由国务院决定）。

申请设立证券交易所应提交申请书、章程和主要业务规则草案、拟加入会员名单、理事会候选人名单、场地、设备及资金情况说明和拟任用管理人员的情况说明等文件。

设立证券交易所必须制定章程，其制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券交易所章程应载明的法定事项，主要包括：证券交易所的名称和设立目的；主要办公及交易场所和设施所在地；职能范围；会员的资格和加入、退出程序；会员的权利、义务和对会员的纪律处分；组织机构及其职权；高级管理人员的产生、任免及其职责；资本和财务事项；解散条件和程序及其他需要在章程中规定的事项。

（三）证券交易所的组织机构

1．理事会

根据我国《证券法》的规定，证券交易所设理事会。理

事会是证券交易所的决策机构，每届任期3年。理事会的主要职责是：制定修改证券交易所的业务规则；审定总经理提出的工作计划、财务预算、决算方案；审定对会员的接纳、处分；根据需要决定专门委员会的设置等。

证券交易所理事会由7至13人组成，其中非会员理事人数不少于理事会成员总数的1/3，不超过理事会成员总数的1/2。理事会会议至少每季召开一次。会议须有2/3以上理事出席，其决议应当经出席会议的2/3以上理事表决同意方为有效。

2. 总经理

证券交易所设总经理一人，由国务院证券监督管理机构任免。

总经理为证券交易所的法定代表人，主持证券交易所的日常管理工作。

证券交易所可根据需要设立专门委员会，如证券发行审核委员会、监察委员会等。

有下列情形之一或《公司法》第57条规定的情形的，不得担任证券交易所的负责人：

(1) 因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、经理，自被解除职务之日起未逾5年；

(2) 因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者法定资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾5年。

《公司法》第57条规定的情形见本书第六章《公司法》

部分。

## 二、证券交易所的职责和交易规则

### （一）证券交易所的工作职责

根据我国《证券法》的规定，证券交易所的职责主要有6项：

1．为组织公平的竞价交易提供保障

证券交易所应当为组织公平的集中竞价交易提供保障，即时公布证券交易行情，并按交易日制作证券市场行情表，予以公布。证券交易所应建立现代化的交易系统，提供各种电脑、设备、通讯网络，为证券交易奠定物质基础。证券交易所应制定证券交易规则，确定科学的交易方法，维持良好的证券交易秩序。证券交易所应编制并公布即时证券交易行情和每日证券交易行情表，为交易者提供信息。即时证券交易行情表一般反映如下事项：证券代码、证券名称、开盘价、昨日收盘价、成交量、证券的即时价格等。按交易日制作的证券市场行情表一般反映上市证券名称；开市、最高、最低及收市价格；与前一个交易日收市比较后的涨跌情况；股价指数及其涨跌情况等。

2．办理股票、公司债券的暂停上市、恢复上市或者终止上市的事务

证券交易所有权依照法律、行政法规，以及国务院证券监督管理机构的规定，办理股票、公司债券的暂停上市、恢复上市或者终止上市的事务。

3．可采取技术性停牌、临时停市措施

停牌是在证券交易所上市的证券暂停交易，临时停市是指因异常情况导致证券交易所集中交易市场无法正常交易而采取的临时停止集中交易的行为。异常情况指导致证券交易所集中交易市场或挂牌股票无法正常交易的情况，异常情况又包括技术性异常情况和自然性异常情况。技术性异常情况指电脑交易系统发生技术故障，导致集中交易无法正常运行，或者是通讯网络发生技术故障，导致集中交易无法正常进行；自然性异常情况指不可抗力事件造成15%以上证券公司或营业部或交易席位不能正常交易，或是不可抗力事件使证券交易所正常交易不能进行。我国《证券法》规定，因突发性事件而影响证券交易的正常进行时，证券交易所可以采取技术性停牌的措施。因不可抗力的突发事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以临时停市。证券交易所采取技术性停牌和临时停市应及时报告国务院证券监督管理机构。

4．对在证券交易所进行的证券交易和上市公司披露信息进行监控和监督

证券交易所应对在交易所进行的证券交易实行监控，出现异常交易情况时应及时向国务院证券监督管理机构提出报告。证券交易所应当对上市公司披露信息进行监督，督促上市公司依法及时、准确地披露信息。

5．筹集并管理好证券风险基金

证券风险基金由证券交易所从其收取的交易费用和会员费、席位费中按一定比例提取，证券风险基金应存入开户银行专门账户，专款专用。具体的提取比例和使用办法，由国

务院证券监督管理机构会同国务院财政部门规定。

6．可自行支配的收入应先用于场所和设备的正常运行，并使其得到逐步改善

证券交易所可自行支配的收入包括证券交易费、会员会费等。这些费用在提取证券风险基金后，应先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并逐步加以改善。证券交易所的积累归全体会员所有，在证券交易所存续期间，不得将其分配给会员。

（二）证券交易规则

1．证券交易所的会员才能参与集中竞价交易

进入证券交易所参与集中竞价交易的，必须是具有证券交易所会员资格的证券公司。

2．投资者应委托证券公司买卖证券

根据我国《证券法》的规定，投资者不能自己直接到证券交易所进行证券交易，而应当在证券公司开立证券交易账户，以书面、电话以及其他方式委托为其开户的证券公司代其买卖证券。投资者通过其开户的证券公司买卖证券的，应当采用市价委托或者限价委托。投资者要进行证券交易必须先向证券公司办理名册登记，然后委托证券公司到指定银行开立资金账户，到证券登记结算机构开立证券账户，然后才能委托证券公司买卖证券。所谓市价委托就是投资人委托证券公司按市场价买卖证券，即按最高价卖出、按最低价买进。所谓限价委托，就是投资人委托证券公司按限定的价格买卖证券，限定的价格一般都有一定的幅度，证券公司只能在这个幅度内买卖证券。

3. 按时间优先的规则参与集中竞价交易

证券公司应根据投资者的委托，按照时间优先的规则提出交易申报，参与证券交易所场内的集中竞价交易。取得交易结果后，还应按照清算交割规则进行证券和资金的清算交割，办理证券的登记过户手续。

4. 当日买进的证券不得在当日卖出

证券公司接受委托或者自营的证券买卖，当日买入的证券，不得在当日再行卖出。

5. 交易结果不得改变

按照依法制定的交易规则进行的证券交易，其交易结果不得改变。即使交易主体有不当行为，但只要是依规则进行的交易，对其结果就应确认。其中对交易中违规交易者应负的民事责任不能免除，在违规交易中获得的利益依有关规定处理。

6. 证券交易所享有一定的处罚权

在证券交易所内从事证券交易活动，必须按照法律法规和证券交易规则进行，违反证券交易所规则的，由证券交易所给予处分。对情节严重的，撤销其资格，禁止其入场进行证券交易。

7. 实行回避制度

证券交易所的负责人和其他从业人员，包括理事、委员、总经理、副经理、秘书、技术人员等，在执行与证券交易有关的职务时，凡与其本人或者其亲属有利害关系的，应当回避。

## 第六节 证券中介机构

### 一、证券公司

（一）证券公司的概念和种类

证券公司是指依照《公司法》的规定组建的从事证券经营业务的有限责任公司或者股份有限公司。证券公司是一种公司性企业，要按照《公司法》的规定组建，其内部管理机制是一种现代企业机制，这有利于证券公司独立地从事证券经营业务。证券公司又是一种从事证券经营业务的专门性公司，在设立和管理上国家都有特殊的规定，这就对从事证券经营公司的人来说就提出了更高的要求。证券公司是独立的企业法人，依法享有自主经营权，其合法经营不受干涉。

证券公司分为两种，一是综合类证券公司，一是经纪类证券公司。

综合类证券公司可以经营证券经纪业务；证券自营业务；证券承销业务；以及国务院证券监督管理机构核定的其他证券业务。综合类证券公司必须将其经纪业务和自营业务分开办理，业务人员、财务账户均应分开，不得混合操作。客户的交易结算资金必须全额存入指定的专业银行，单独立户，严禁挪用客户交易结算资金。经纪类证券公司只能从事证券经营业务。证券经纪业务是指证券公司接受投资者委托代其买卖证券的活动。证券自营业务是指证券公司以自己的名义和资金买卖证券的业务活动。证券承销业务是指证券公

司与证券发行人签订证券协议，代其发行证券的业务活动。国务院证券监督管理机构核定的其他证券业务包括代销政府债券业务、企业并购与资产重组业务等。

（二）证券公司的设立条件

设立证券公司必须经国务院证券监督管理机构批准，并领取证券经营业务许可证。设立证券公司的条件因证券公司的类型不同而不同。

1. 设立综合类证券公司，必须具备下列条件：

（1）注册资本最低限额为人民币5亿元。这个资本条件比设立其他有限责任公司和股份有限公司的要高得多。这主要是考虑到综合类证券公司的业务面较宽，且风险较大，因此必须要有较大的资本金才能具备经营相应业务的能力和承担风险的能力。

（2）主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格。主要管理人员主要指公司的董事、监事、经理等。1995年国务院证券监督管理机构发布了《证券业从业人员资格管理暂行规定》，对证券从业人员的资格作出了规定。

（3）有固定的经营场所和合格的交易设施。如办公地点，营业厅，电子信息处理系统，报价系统，电脑等。这都是从事证券经营业务的基础设施。

（4）有健全的管理制度和规范的自营业务与经纪业务分业管理的体系。

2. 设立经纪类公司必须符合下列条件：

（1）注册资本最低限额为人民币5000万元。

（2）主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格；

(3) 有固定的经营场所和合格的交易设施;

(4) 有健全的管理制度。

(三) 证券公司的内部管理要求

1. 在资产管理上,证券公司的对外负债总额不得超过其净资产总额的一定比例,其具体倍数、比例和管理办法,依照国务院证券监督管理机构的规定执行。

2. 在人员管理上,有《公司法》第57条规定的情形和下列情形之一的,不得担任证券公司的董事、监事或者经理:(1) 因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事或者经理,自被解除职务之日起未逾5年;(2) 因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者法定资产评估机构、验证机构的专业人员,自被撤销资格之日起未逾5年。《公司法》第57条有关不得担任公司领导职务的规定内容,见本书第六章。因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券登记结算机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人员,不得招聘为证券公司的从业人员。国家机关工作人员和法律、行政法规规定禁止在公司中兼职的其他人员,不得在证券公司中兼任职务。一个证券公司的董事、监事、经理和业务人员也不得在其他证券公司中兼任职务。

3. 在资金来源管理上,证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。禁止银行资金违规流入股市。自有资金即证券公司的资本金和经营积累,依法筹集的资金主要是指证券公司拆借的资金,证券公司可以在全国统一的

同业拆借市场上拆借资金。

4. 在操作管理上，证券公司自营业务必须以自己的名义进行，不得假借他人名义或以个人名义进行，也不得将其自营账户借给他人使用。证券公司办理经纪业务，必须为客户分别开立证券和资金账户，并对客户交付的证券和资金按户分账管理，如实进行交易记录，不得作虚假记载。客户开立账户，必须持有证明中国公民身份或者中国法人资格的合法证件。

证券公司办理经纪业务时，应当置备统一制定的证券买卖委托书，供委托人使用。采取其他委托方式的，必须作出委托记录。客户的证券买卖委托，不论是否成交，其委托记录应当按规定的期限，保存于证券公司。证券公司接受证券买卖的委托，应当根据委托书载明的证券名称、买卖数量、出价方式、价格幅度等，按照交易规则代理买卖证券。买卖成交后，应当按规定制作买卖成交报告单交付客户。证券交易中确认交易行为及其交易结果的对账单必须真实，并由交易经办人员以外的审核人员逐笔审核，保证账面证券余额与实际持有的证券相一致。

5. 操作管理中的禁止行为，证券公司在证券经营业务活动中，不得从事下列行为：

(1) 不得买空卖空。证券公司接受委托卖出证券必须是客户证券账户上实有的证券，不得为客户融券交易。证券公司接受委托买入证券必须以客户资金账户上实有的资金支付，不得为客户融资交易。

(2) 不得接受客户全权委托。全权委托即客户提出投资

获利的愿望，在委托证券公司买卖证券时，对证券的买卖不加任何限制，完全由证券公司代为决定。这种方法虽然能更充分地发挥证券公司的优势和主观能动性，有可能给客户带来较大的收益，但由于市场情况变化莫测，这样做风险也大。因此，证券公司不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。

（3）不得私下接受客户委托买卖证券。所谓不得私下接受委托，即不得不经过依法设立的证券营业场所接受委托。私下接受委托容易出现纠纷和违法犯罪行为，弊端很多。为此，我国《证券法》规定，证券公司及其从业人员不得未经过其依法设立的营业场所私下接受客户委托买卖证券。

6．证券公司的工作人员违规操作责任由证券公司承担

证券公司的从业人员在证券交易活动中，接受所属的证券公司的指令进行违规操作，引起的法律责任应由其证券公司承担。证券公司的从业人员在证券交易活动中是代表证券公司所为，因此即使是该从业人员自己利用职务之便违规操作的，其引起的法律责任，也应由证券公司承担。

## 二、证券登记结算机构

### （一）证券登记结算机构的概念和职能

证券登记结算机构是为证券交易提供集中的登记、托管与结算服务的中介服务机构，是不以营利为目的的法人单位。集中的登记包括对投资者证券账户的开立、挂失等证券账户管理登记，上市证券的发行登记，上市证券非流通股份的抵押、冻结以及法人股、国家股股权的转让过户登记和证

券持有人名册登记等。集中托管包括上市证券的股份管理，证券托管与转托管，受发行人的委托派发证券权益等。集中结算服务指证券交易所上市证券交易的清算和交收，包括证券交易的清算过户，证券交易的资金交收和新股网上发行的资金清算等。证券登记结算机构还承担与证券登记、托管与结算服务业务有关的查询和国务院证券监督管理机构批准的其他业务。

证券的集中登记、托管和结算，是证券发行与交易活动中的关键环节，证券登记结算机构是证券发行市场与交易市场中不可缺少的组成部分。世界上凡开设有证券交易市场的国家和地区，都设有证券登记结算机构，以保证证券交易活动的顺利进行。如美国的国家证券结算公司（NSCC）承担着在纽约交易所、美国交易所和全美证券交易自动报价系统(NASDAQ）等市场上市的股份的登记、托管和结算业务。日本证券托管中心承担着日本八大交易所的证券交易结算业务。在我国，设有上海证券中央登记结算公司、深圳证券登记公司。上海证券中央登记结算公司成立于 1993 年 3 月，由上海证券交易所独家出资组建，是不以营利为目的的法人。凡是在上海证券交易所上市的证券的结算、登记业务，全部由上海证券中央登记结算公司办理。深圳证券登记公司成立于 1994 年 8 月，由深圳证券交易所独家出资组建，也是不以营利为目的的法人。凡是在深圳证券交易所上市的证券的结算、登记业务，全部由深圳证券登记结算公司办理。

根据《证券法》的规定，证券登记结算机构有 7 项职

能：为客户设立证券账户的结算账户；为客户办理证券的托管和过户；进行证券持有人名册登记；证券交易所上市证券交易的结算和交收；受发行人的委托派发证券权益；办理与上述业务有关的查询；办理国务院证券监督管理机构批准的其他业务。

（二）设立证券登记结算机构应具备的条件

根据《证券法》的规定，设立证券登记结算机构必须报经国务院证券监督管理机构批准。设立证券登记结算机构应当具备4个条件。

（1）自有资金不少于人民币2亿元。这里讲的自有资金是指设立证券投资结算机构的投资者投入到证券登记结算机构的注册资本，借入资金不在其列。这里要求自有资金不少于人民币2亿元，是由证券登记结算机构的工作性质决定的。在我国设立一般的科技开发、咨询、服务性公司，只须有人民币10万元即可，而证券登记结算机构虽然也是一种咨询、服务性机构，但它所提供的服务业务，涉及金额较大，所需投入也较大，风险也很大，需要有较多的资金，否则很难适应开展业务的需要。1997年国务院批准发布的《证券交易所管理办法》中规定证券登记结算机构的注册资本应当不低于1亿元人民币，证券法根据客观需要将其提高了一倍。

（2）具有证券登记、托管和结算服务所必须的场所和设施。这里讲的场所主要是指证券登记结算机构的办公场所、营业场所和有关资料的保管场所。这里讲的设施主要是指电脑设备，以及相应的电脑网络系统和电脑软件以及其他通讯

设备，完整的数据安全保护和数据备份措施等。

(3) 主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格。这里讲的主要管理人员和业务人员是指国家《证券业从业人员资格管理暂行规定》中规定的证券结算、登记机构以及内设各业务部门的正、副经理人员，电脑管理人员等。这些人员必须是具有完全的民事行为能力，品行良好、正直诚实，具有良好的职业道德，且在申请从事证券从业资格前5年未受过刑事处罚或严重的行政处罚的中国公民，必须具有与证券相关专业大学专科以上学历或高中毕业并有从事2年以上证券业务或3年以上其他金融业务经验，或4年以上国务院证券监督管理机构认可的其他与证券业务相关的工作经历。具备了这些条件之后还必须参加国务院证券监督管理机构统一组织的培训和考试，取得合格成绩并领取到证券经纪资格证书、投资顾问资格证书、证券中介机构电脑管理资格证书中的一种（特殊情况可例外）。

(4) 国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

(三) 证券登记与托管

1. 证券登记

证券登记是依法确定证券所有权归属的法律行为，包括确定当事人对证券所有权的产生、变更和消失。证券登记包括托管登记、发行登记和过户登记。托管登记指原有的少量实物证券经过托管后进行登记，如采用定向募集发行方式取得的内部股权证的托管登记。发行登记是对投资者认购的新发行证券进行登记。过户登记是指对证券所有权从一个证券账户转移到另一个证券账户所进行的登记。过户登记又分为

交易过户登记和非交易过户登记。交易过户登记是指证券经过交易市场交易发生所有权转移而进行的证券所有权转移登记；非交易过户登记是指未经交易市场交易发生的所有权转移而进行的证券所有权转移登记，如证券的赠与、继承、协助司法判决执行等。另外，还有配股权证登记和分红派息股权登记等形式的登记。配股是上市公司按规定向原股东进一步发行新股、筹集资金的行为，在配股时，新股的认股权应按照原有股权比例在原股东中进行分配。配股权证则是老股东认购公司配股的一种权利证书。对配股权证的登记依证券交易场所的不同而做法各异。根据深圳证券交易所A股配股权证的登记规则的规定，对已托管的股份的配股权证直接记入股东的证券账户名下，对未托管的实物股票，其配股权证由股东本人（或指定代理人）持实物股票（或有关股份凭证）到发行公司所在地的股权登记机构办理领取及托管手续。分红派息是上市公司向其股东派发红利和股息。分派红利股息一般有现金股利、财产股利、负债股利和股票股利四种。现金股利是以支付现金的形式分派的股利；财产股利是以现金以外的其他财产分派的股利，如支付其他公司有价证券等；负债股利是以应付票据抵付股利；股票股利是增发股票按现有股东持股比例分给股东作为股利。我国目前股票市场分红派息只采用了现金和股票股利两种形式。根据深圳证券交易所与深圳证券登记有限公司联合制定的《关于股票集中托管方案实施细则》的规定，分红派息以截止过户登记公司记录的股份余额为准。分派现金股息时，由登记公司将现金股息直接划入股东办理代码卡时填写的银行账户。分派股

票股利的，分两种情况，在托管户的股东，其红股及配股将记入托管商户口及分户口（股票存折），配股的认购或转让均通过股票存折进行。继续持有实物股票的股东，其红股打印股票，配股打印配股证，股东到登记公司领取红股股票和配股证。

2．证券的托管与转托管

证券的托管是指投资者将自己持有的证券委托给证券登记结算机构或其指定的证券经营机构代为保管的行为。证券登记结算机构或其指定的证券经营机构在收到证券后应向委托者出具该证券的所有权证明。由于我国上海证券交易所和深圳证券交易所都已实现完全的电子化交易，投资者只有将自己所持的证券办理托管后，才能进入上海证券中央登记结算公司或深圳证券结算公司的结算系统，才可在上海证券交易所或深圳证券交易所进行交易。证券托管分实物证券托管和认购新股或配股两种，实物证券主要是指原有上市公司已发行的实物股票上市或准备上市时的托管，投资者在办理实物证券托管之前，应先开设证券账户，然后凭证券账户卡、身份证和实物证券到指定机构办理托管手续，指定机构在收到实物证券后，即对其进行股权登记确认该股份进入结算系统，同时为投资者打印证券托管确认书。认购新股或配股托管是指投资者认购新股或配股成功后的托管，由于新股和配股的发行都已实行无券发行，其所取得的新股和配股在取得时就已自动托管，进入统一的结算系统。另外还有一些根据国家规定不能流通的股份，如国家股、法人股等，均由上市公司统一办理托管，进入结算系统，这部分股权虽然已进入

结算系统，但未经批准不能在二级市场流通。

证券的转托管指投资者将已托管到某证券经营机构的证券转由另一证券经营机构托管。这种转托管制度只是在深圳证券交易所托管商制度下才出现。在深圳证券交易所托管商制度下，投资者所持有的证券托管在哪一个证券经营机构，就只能在这个证券经营机构卖出，如需要到另一个证券经营机构委托卖出，则必须在原托管的证券经营机构填写转托管申请书，到深圳证券登记结算机构办理转托管手续。

（四）证券的结算

证券结算是指证券交易成交之后对买卖证券双方应收或应付的证券和价款进行计算核定，并转移证券和资金的行为。证券结算包括证券的结算和资金的结算两个方面，在证券交易成交后，其卖出方卖出的证券应划转到买入方的账户上，同时将买入方买入证券而需要支付的资金划转到卖出方的账户上。对实物证券交易的结算，需要对证券进行清点、鉴别，并在买卖双方之间交付，对记名证券上所载持有人姓名还须进行更改。对无纸化证券的交易结算，由证券登记结算机构对电脑记载的有关数据资料作出更改。证券结算有逐笔交收和净额交收两种方式。逐笔交收是每成交一笔证券交易，就进行一次应收应付证券和资金的交收。净额交收是由买卖双方约定交收期限，到期时，对买卖双方进行的证券交易进行清算，得出应收应付净额，然后进行交收。在同一期限内，发生的不同种类的证券的买卖价款可以合并计算，不同种类的证券则不能合并计算，只有同种证券才能合并计算。采用逐笔交收方式可防止风险积累，但过于繁琐，一般

适用于以大宗交易为主、成交笔数较少的证券市场。采用净额交收方式可以简化手续，提高效率，一般适用于以小额交易为主、成交笔数多的证券市场。净额交收需经过两级结算才能完成，先由交易所与证券经营机构之间进行结算，一般称为一级结算，再由证券经营机构与投资者之间进行结算，一般称为二级结算。在我国，上海证券交易所和深圳证券交易所的证券结算都采用净额交收方式。

（五）证券登记结算机构的内部管理要求

1. 做好证券持有人名册登记工作。证券登记结算机构应当向证券发行人提供证券持有人名册及有关资料；应根据证券登记结算的结果，确认证券持有人持有证券的事实，提供证券持有人登记资料；应保证证券持有人名册和登记过户记录真实、准确、完整，不得伪造、篡改、毁坏。

2. 要采取措施保证业务的正常进行。证券登记结算机构应采取下列措施保证业务的正常进行：①具有必备的服务设备和完善的数据安全保护措施；②建立健全的业务、财务和安全防范等管理制度；③建立完善的风险管理系统。

3. 要保存好原始凭证。证券登记结算机构应当妥善保存登记、托管和结算的原始凭证。重要的原始凭证的保存期不少于 20 年。

4. 应建立结算风险基金。证券登记结算机构应当设立结算风险基金，用于因技术故障、操作失误、不可抗力造成的证券登记结算机构的损失。结算风险基金可以以两种方式筹集，一是从证券登记结算机构的业务收入和收益中提取；二是由证券公司按证券交易业务量的一定比例缴纳。证券结

算风险基金应存入指定银行的专门账户。证券结算风险基金的筹集、管理办法，依国务院证券监督管理机构会同财政部门制定的规定执行。

## 三、证券交易服务机构

### （一）证券交易服务机构的概念和种类

证券交易服务机构是指为证券交易提供证券投资咨询和资信评估的机构，包括专业的证券交易服务机构和其他证券交易服务机构。专业的证券交易服务机构包括证券投资咨询机构、资信评估机构。其他证券交易服务机构主要是指经批准可以兼营证券投资咨询服务的律师事务所、会计师事务所和资产评估机构等。我国《证券法》规定，根据证券投资和证券交易业务的需要，可以设立专业的证券投资咨询机构、资信评估机构。证券投资咨询机构、资信评估机构的设立条件、审批程序和业务规则，由国务院证券监督管理机构规定。

1．证券投资咨询机构

证券投资咨询机构是指为证券投资人提供证券投资分析、预测和建议等直接或间接有偿咨询服务的机构。国务院证券监督管理机构专门发布了《证券、期货投资咨询管理暂行办法》，对证券投资咨询服务机构及其管理作出了规定。目前，我国的证券投资咨询服务机构主要有两种，一种是具有独立法人资格的证券投资咨询服务公司；一种是证券公司下属的证券投资咨询部。

2．证券资信评估机构

证券资信评估机构是对证券的资信进行评估、分析并划

分等级的机构。证券资信评估机构主要是对公开募集发行的有价证券进行信用等级评定，其目的是为证券发行人选定拟发行的证券和证券投资人选定拟投资的证券提供参考。证券资信评估机构是独立的企业法人。我国目前的证券资信评估机构，有的称为某某资信评估有限公司，有的称为某某资信评估公司，还有的称某某资信评估事务所。

（二）证券交易服务机构从业人员的条件

专业的证券投资咨询机构、资信评估机构的设立条件，以及审批程序和业务规则，由国务院证券监督管理机构制定。国务院证券监督管理机构制定的《证券、期货投资咨询管理暂行办法》对设立证券投资咨询机构的条件作有规定。我国《证券法》规定，专业的证券投资咨询机构、资信评估机构的业务人员，必须具备证券专业知识和从事证券业2年以上经验。其认定标准和管理办法也由国务院证券监督管理机构制定。

（三）证券交易服务机构的内部管理要求

1．禁止证券投资咨询机构的从业人员从事的行为

证券投资咨询机构的从业人员不得从事下列行为：①代理委托人从事证券投资，代理委托从事证券投资活动应由证券公司承担。②与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失，这主要是为了保证证券投资咨询机构的中立性和公正性，以利于保护广大证券投资咨询者的利益，减少和避免不必要的法律纠纷。③买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票。④法律、行政法规禁止的其他行为。

2．按规定收取服务费用

专业的证券投资咨询机构和资信评估机构，应按照国务院有关管理部门规定的标准或者收费办法收取服务费用。

（四）证券发行、上市交易提供其他服务的机构应对出具的文件承担责任

《证券法》第161条规定："为证券的发行、上市或者证券交易活动出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，必须按照执业规则规定的工作程序出具报告，对其所出具报告内容的真实性、准确性和完整性进行核查和验证，并就其负有责任的部分承担连带责任。"这里讲的专业机构主要是指有从事证券业务资格的会计师事务所、资产评估事务所和律师事务所。这些专业机构在执行证券业务中应严格按其执业规则的规定进行，在执行过程中，故意弄虚作假或因疏忽大意违规操作出现的问题都要承担相应的责任。

## 第七节 证券监督管理机构和证券业协会

### 一、证券监督管理机构

（一）证券监督管理机构的概念

我国《证券法》中所称国务院证券监督管理机构是指中国证券监督管理委员会。中国证券监督管理委员会是国务院直属事业单位，是全国证券期货市场的主管部门。我国《证券法》规定："国务院证券监督管理机构依法对证券市场实

行监督管理，维护证券市场秩序，保障其合法运行。”

在1992年以前，我国的证券市场监督管理职责由中国人民银行承担。1992年10月，国务院成立了国务院证券委员会和中国证券监督管理委员会。1998年国务院决定保留设置中国证券监督管理委员会，将原国务院证券委员会的职能和中国人民银行履行的证券业务监管职能都划入中国证券监督管理委员会，建立起全国统一的证券监督管理机构。国务院证券监督管理机构根据需要可以设立派出机构，按照授权履行监督管理职责。

（二）国务院证券监督管理机构的职责

国务院证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中履行如下职责：

1. 依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法行使审批或者核准权。规章制定权和对证券机构以及证券发行上市交易的审批或核准权都是证券监督管理中必不可少的权力，但这项权力体现的应是行政管理性质。《证券法》在这里明确国务院证券监督管理机构有规章制定权和审批、核准权，有利于国务院证券监督管理机构开展工作，也有利于国家对整个证券市场的监督管理。

2. 依法对证券的发行、交易、登记、托管、结算进行监督管理。对证券发行的监管主要是对证券发行的核准、审批和对信息披露制度实施的监督。对证券交易的监管主要是对证券上市的审核、对上市公司信息披露的监督。对证券登记、托管、结算的监管主要是对证券登记结算机构业务的监管。

3. 依法对证券发行人、上市公司、证券交易所、证券

公司、证券登记结算机构、证券投资基金管理机构、证券投资咨询机构、资信评估机构以及从事证券业务的律师事务所、会计师事务所、资产评估机构的证券业务活动，进行监督管理。

4. 依法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则，并监督实施。

5. 依法监督检查证券发行和交易的信息公开情况。

6. 依法对证券业协会的活动进行指导和监督。证券业协会是证券业的自律性组织，明确国务院证券监督管理机构对它的指导监督关系，有利于对证券业的监督管理。

7. 依法对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处。赋予国务院证券监督管理机构以证券违法行为的调查处分权，有利于对整个证券市场的监督管理。国务院证券监督管理机构在履行职责时有权采取以下措施：①进入违法行为发生场所调查取证；②询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；③查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移或者隐匿的文件和资料，可以予以封存；④查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户，对有证据证明有转移或者隐匿违法资金、证券迹象的，可以申请司法机关予以冻结。

8. 法律、行政法规规定的其他职责。

国务院证券监督管理机构依法履行职责，发现证券违法行为涉嫌犯罪的，应当将案件移送司法机关处理。

（三）国务院证券监督管理机构内部管理要求

1. 国务院证券监督管理机构工作人员依法履行职责，进行监督检查或者调查时，应当出示有关证件，并对知悉的有关单位和个人的商业秘密负有保密的义务。

2. 国务院证券监督管理机构工作人员必须忠于职守，依法办事，公正廉洁，不得利用自己的职务便利牟取不正当的利益。

3. 国务院证券监督管理机构依法制定的规章、规则和监督管理工作制度应当公开，对证券违法行为作出的处罚决定应当公开。

4. 国务院证券监督管理机构的工作人员不得在被监管的机构中兼任职务。

## 二、证券业协会

（一）证券业协会的概念

证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。协会的宗旨是，根据发展社会主义市场经济的要求，贯彻执行国家有关方针、政策和法规，发挥政府与证券经营机构之间的桥梁和纽带作用，促进证券业的开拓发展，加强证券业的自律管理，维护会员的合法权益，建立和完善具有中国特色的证券市场体系。中国证券业协会于 1991 年 8 月 28 日成立，总部设在北京。

中国证券业协会的会员分为团体会员和个人会员，团体会员为证券公司，我国《证券法》规定，证券公司应当加入证券业协会，个人会员只限于证券市场管理部门有关领导以

及从事证券研究及业务工作的专家，由协会根据需要吸收。

证券业协会的权力机构为由全体会员组成的会员大会。会员大会每2年举行一次，必要时经常务理事会决议可临时召开。证券业协会设会长、副会长。证券业协会设理事会，理事会由会员大会选举产生，每届任期2年，可连选连任。

（二）证券业协会的职责

证券业协会履行下列职责：

1. 协助证券监督管理机构教育和组织会员执行法律、行政法规。

2. 依法维护会员的合法权益，向证券监督管理机构反映会员的建议和要求。

3. 收集整理信息，为会员提供服务。

4. 制定会员应遵守的规则，组织会员单位从业人员的业务培训，开展会员间的业务交流；

5. 调解会员之间、会员与客户之间发生的纠纷。

6. 组织会员就证券业的发展、运作及有关内容进行研究。

7. 监督、检查会员行为，对违反法律、行政法规或者协会章程的，按规定给予纪律处分。

8. 国务院证券监督管理机构赋予的其他职责。

## 第八节 法律责任

为了严格规范我国证券市场行为，保证我国证券市场稳

定健康发展，我国《证券法》第十一章规定了严格的法律责任内容。

《证券法》规定的法律责任涉及的主体约为10多个方面：证券发行人；证券公司；证券登记结算机构及其从业人员；内幕知情人员；法人；禁止参与股票交易的人员；有证券从业资格的会计师事务所、资产评估机构、律师事务所；证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构的从业人员；证券监督管理机构的工作人员；证券业协会的工作人员；国家工作人员以及其他人员。

《证券法》规定的要承担法律责任的证券违法行为达40多种：

（1）未经法定的机关批准或审批，擅自发行证券的；

（2）制作虚假的发行文件发行证券的；

（3）承销未经核准或者审批擅自发行的证券的；

（4）代理买卖未经核准或者审批擅自发行的证券的；

（5）发行人未按规定披露信息，或披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏的；

（6）发行人未按期公告其上市文件或报送有关报告的；

（7）非法开设证券交易所的；

（8）未经批准并领取业务许可证，擅自设立证券公司经营证券业务的；

（9）法律、行政法规规定禁止参与股票交易的人员，直接以化名、借他人名义持有、买卖股票的；

（10）故意提供虚假资料、伪造、变造或者销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券的；

(11) 在法律禁止买卖股票的期限内买卖股票的;

(12) 从事内幕交易的;

(13) 操纵市场的;

(14) 挪用公款买卖证券的;

(15) 买空卖空的;

(16) 将买入的证券在当日再行卖出的;

(17) 扰乱证券市场的;

(18) 作虚假陈述的;

(19) 法人以个人名义设立账户买卖证券的;

(20) 综合类证券公司假借他人名义或者以个人名义从事自营业务的;

(21) 欺诈客户的;

(22) 未经客户委托,买卖、挪用、出借客户账户上的证券、资金,或将客户的证券用于质押的;

(23) 接受客户的全权委托买卖证券的,或者对客户买卖的证券收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺的;

(24) 利用上市公司收购谋取不正当权益的;

(25) 私下接受客户委托买卖证券的;

(26) 未经批准经营非上市挂牌证券的交易的;

(27) 证券公司成立后无正当理由超过 3 个月未开始营业的;

(28) 证券公司开业后自行停业连续 3 个月以上的;

(29) 超越业务许可范围经营证券业务的;

(30) 不依法将证券经纪业务和证券自营业务分开办理,混合操作的;

(31) 骗取证券业务许可的;

(32) 证券公司在证券交易中严重违法的;

(33) 出具审计报告,资产评估报告或法律意见书时,弄虚作假的;

(34) 擅自设立证券登记结算机构或证券交易服务机构的;

(35) 证券登记结算机构和证券交易服务机构违规操作的;

(36) 证券监督管理机构违法核准证券发行、上市申请的;

(37) 证券监督管理机构违法批准设立证券公司、证券登记结算机构或证券交易服务机构的;

(38) 证券监督管理机构的工作人员和发行审核委员会的组成人员不履行职责,徇私舞弊、玩忽职守或故意刁难有关当事人的;

(39) 违反规定发行、承销公司债券的;

(40) 以暴力、威胁方法阻碍证券监督管理机构依法行使检查职权的;

(41) 拒绝、阻碍证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查权的。

《证券法》规定承担法律责任的形式近 20 种,如:责令停止;责令改正;责令依法处理;责令关闭;退还;依法赔偿;取缔;取消从业资格;停止其自营业务;吊销从业资格证;吊销公司营业执照;取消许可证;吊销原核定的证券经营资格;警告;罚款;依治安处罚条例处罚;没收;行政处

分；刑事处分。其中罚款形式中，存在一定幅度内按一定比例罚款，最高达20%以下；有的按一定的倍数罚款，最高达5倍以下；有的按金额罚款，最高达人民币60万；有的则是按其非法买卖的证券等值以下罚款。

违反《证券法》的规定，应承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。对证券发行、交易违法行为没收的违法所得和罚款，全部上交国库。

当事人如果对证券监督管理机构或国务院授权的部门的处罚不服的，可以依法申请复议，或者依法直接向人民法院提起诉讼。

我国《刑法》规定有伪造、变造股票、公司、企业债券罪，擅自发行股票、公司、企业债券罪，内幕交易、泄露内幕信息罪，编造并传播证券交易虚假信息罪，诱骗投资者买卖证券罪，操纵证券交易价格罪，中介组织人员提供虚假证明文件罪，中介组织人员出具证明文件重大失实罪。

## 复习思考题

1. 什么是证券？证券有哪些种类？
2. 什么是证券市场？
3. 什么是公开、公平、公正原则？
4. 什么是自愿、有偿、诚实信用原则？
5. 什么是股票？股票有哪些特征？
6. 股票发行条件有哪些？

7. 发行股票要经过哪些程序？

8. 股票发行的方式有哪几种？

9. 什么是公司债券？什么是企业债券？

10. 发行公司债券和企业债券需符合哪些条件？

11. 什么是可转换公司债券？发行可转换公司债券应符合哪些条件？

13. 什么是证券投资基金？证券投资基金有哪几种？

14. 申请设立证券投资基金应具备哪些条件？

15. 设立证券投资基金须经过哪些程序？

16. 什么是证券的承销？证券承销有哪些方式？对承销有哪些要求？

17. 证券交易的一般规则有哪些？

18. 股票上市交易应符合哪些条件？应经过哪些程序？

19. 股票在什么情形下暂停上市或终止上市？

20. 股票交易要经过哪几道程序？

21. 债券上市应符合哪些条件？应经过哪些程序？

22. 公司债券在什么情形下暂停上市交易或终止上市交易？

23. 证券投资基金上市交易应符合哪些条件？应经过哪些程序？

24. 证券投资基金在什么情形下暂停上市或终止上市？

25. 什么是内幕交易行为？

26. 什么是操纵市场行为？

27. 什么是制造虚假信息行为？

28. 什么是欺诈客户行为？

29. 什么是上市公司收购？

30. 什么是招股说明书？

31. 什么是上市公告书？

32. 什么是定期报告？什么是临时报告？

33. 什么是证券投资基金募股说明书？

34. 公司债券和企业债券发行中应公布哪些信息？

35. 什么是证券交易所？证券交易所有哪些职责？有哪些交易规则？

36. 什么是证券公司？设立证券公司应具备哪些条件？

37. 证券公司的内部管理要求有哪些？

38. 什么是证券登记结算机构？证券登记结算机构有哪些职能？

39. 设立证券登记结算机构应具备哪些条件？

40. 什么是证券登记？什么是证券托管？什么是证券转托管？

41. 什么是证券的结算？

42. 什么是证券投资咨询机构？

43. 什么是证券资信评估机构？

44. 国务院证券监督管理机构有哪些职责？国家对国务院证券监督管理机构内部管理有哪些要求？

45. 证券业协会是什么样的组织？

46. 要承担证券法律责任的行为有哪些？

# 第九章　经济合同法律制度

## 第一节　经济合同法概述

### 一、经济合同的概念

合同，亦称契约。民事中的合同是指当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。经济合同是我国民事立法文件规定的一种合同类型，是指平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间，为实现一定经济目的，明确相互权利义务关系而订立的合同。经济合同具有如下特征：

（一）经济合同的主体是法人、其他经济组织、个体工商户和农村承包经营户

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力，独立享有民事权利和承担民事义务的组织；其他经济组织是指从事生产经营服务等营利活动，不能独立承担民事责任，经工商行政管理机关核准登记并取得营业执照的非法人经济组织；个体工商户是指在法律允许的范围内，依法经核准登记取得营业执照，从事工商业经营的公民；农村承包经营户是指在法律允许的范围内，按照承包合同规定从事商品经营的农村集

体经济组织的成员。凡上述主体之间订立的合同被视为经济合同。

（二）经济合同的主体地位都是平等的

在经济合同法律关系中，当事人的法律地位是平等的，无论哪种形式的主体，都平等地享受民事权利和承担民事义务，任何一方都不得将自己的意志强加给另一方。任何单位和个人不得非法干预。

（三）经济合同的内容反映了当事人特定的经济目的

当事人订立经济合同，是为了实现一定的生产经营目的，即或是为了生产经营需要，或是为了完成一定的工作，或是为了实现某种经济利益。总之，当事人都是为了满足特定的经济目的。因此，不具有经济性或营利性的合同，不能视为经济合同。

## 二、经济合同的种类

经济合同依据不同的分类标准，可有多种分类方法。按照经济合同订立是否必须采用特定的形式为标准，可以将经济合同分为要式合同和非要式合同；按照经济合同的订立是否以其他合同为依据，可以将经济合同分为主合同和从合同；依照经济合同有无立法文件上的名称为标准，可以将经济合同分为有名合同和无名合同；依照经济合同约定的权利义务不同，可以将经济合同分为转移财产合同、完成工作合同、提供劳务合同、财产使用合同等。

我国《经济合同法》按照经济合同的性质和内容，将经济合同分为10种，以下分别作一简要介绍：

（一）购销合同。这是指一方当事人将商品出售给另一方当事人，另一方当事人接受该商品，并按约定支付价款，明确相互权利义务关系的协议。根据标的物的产业归属和交易内容，购销合同可分为工矿产品购销合同、农副产品购销合同、房屋买卖合同等。

购销合同具有以下法律特征：（1）购销合同是转移财产所有权或经营权的合同。转移所有权或经营权是指一方当事人在交付商品时，同时将该商品的财产所有权或经营权（即占有、使用和处分权）转移给另一方当事人；（2）购销合同是典型的双方有偿合同，即合同当事人双方相互享有权利，相互负有义务；（3）购销合同受国家宏观调控计划的指导或制约，过去我国实行计划经济体制，购销合同直接受国家计划控制。目前，在我国社会主义市场经济条件下，购销合同受国家计划的直接控制已越来越少，但是，这并不意味着不要国家计划，有的购销合同仍要依据国家指令性计划，有的要接受国家计划指导，有的虽不受国家计划约束，但也应在国家宏观调控范围内进行。

（二）建设工程承包合同。这是指建设单位与勘察、设计、建筑施工和安装单位，就完成特定的建设工程项目，而达成的明确相互权利义务关系的协议。按承包的内容不同，建设工程承包合同可分为建设全过程承包、专项承包、建设阶段承包合同；按建设工程的项目不同，建设工程承包合同可分为勘察合同、设计合同、建筑合同、安装合同等。

建设工程承包合同主要有以下特征：（1）标的物为建筑产品，具有固定性和不可替代性的特性；（2）合同内容复

杂、履行期限长；(3) 合同涉及的法律、法规多；(4) 合同具有计划性，重大工程项目，要经国家批准投资计划后才能开始建设。

(三) 加工承揽合同。这是指承揽方按照定作方提出的要求完成一定工作，定作方接受承揽方完成的工作成果并给付约定报酬，明确相互权利义务关系的协议。它包括加工、定作、修理、印刷、广告、测绘、测试等合同。

加工承揽合同的主要特征是：(1) 合同的内容是完成特定工作；(2) 合同的标的不是承揽方的劳动，而是其劳动成果；(3) 承揽方享有对定作物的留置权。在加工承揽合同履行中，定作方超过领取期6个月不领取定作物的，承揽方有权行使留置权，将定作物变卖，所得的价款在扣除报酬、保管、保养费用后，退还给对方。变卖定作物所得少于报酬、保管、保养费用时，定作方还应补偿不足部分。如定作物不能变卖，定作方应赔偿承揽方损失。

(四) 货物运输合同。这是指承运人和托运人达成的，为完成一定货物运输任务，明确相互权利义务的协议。根据运输方式的不同，货物运输合同可分为铁路、公路、内河、海上、航空、管道货物运输合同；按运输过程中协作关系状况，货物运输合同可分为单一运输和联合运输合同。联合货物运输又分为公（路）铁（路）联运、水陆联运、江海联运等。

货物运输合同的主要特征是：(1) 货物运输合同的主体往往涉及三方当事人。除托运人和承运人以外，往往还涉及第三者，即收货人。尽管收货人未直接参与签订货物运输合

同，但是依照有关法规和合同的规定，其往往享有一定的权利和承担相应的义务。(2) 货物运输合同大多是标准合同，它的主要条款一般不是由当事人约定，而是通过有关法规直接规定的，而且大宗货物运输合同是计划性合同，根据运输计划协商订立。

(五) 供用电合同。这是指供用电双方根据国家电力分配计划签订的，供电方将电力输送给用电方，用电方按规定使用电力并支付电费，明确相互权利义务关系的协议。

供用电合同的主要特征是：(1) 供用电合同的供电方只能是法定供电部门，即国家设立的供电局；(2) 供用电合同的标的不是一般商品，而是既不能储存，又不能进入流通领域交换的电能；(3) 供用电合同的内容必须依据国家电力分配计划而确定。

(六) 仓储保管合同。这是指存货方把货物交给保管方，保管方在一定期限内代为妥善保管并收取保管费用，明确相互权利义务关系的协议。

仓储保管合同的主要特征是：(1) 仓储保管合同的保管方一般是依法从事仓储保管业务的法人，存货方一般是企业法人；但经工商行政管理机关核准，保管方可以是依法从事仓储保管业务的其他经济组织和个人，存货方也可以是其他经济组织和个人。(2) 仓储保管合同的标的是保管特定物的行为，存货方交付保管的货物是一定数量的特定物，保管方到期返还给存货方的是原物，而不能以其他物代替。(3) 仓储保管合同应当采用书面形式签订。

(七) 财产租赁合同。这是指出租方按约定将租赁财产

交给承租方使用，承租方向出租方支付约定的租金，并在租赁关系终止时将原租赁财产返还给出租方，明确相互权利义务关系的协议。

财产租赁合同的主要特征是：(1) 财产租赁合同的出租方不转移财产的所有权或经营管理权，而承租方只是暂时取得租赁财产的占有、使用或收益权；(2) 合同的标的只能是法律允许流通的财产，且是不能被消耗的特定物；(3) 租赁财产的用途必须合法，不允许利用租赁的财产进行非法活动。

(八) 借款合同，又称借贷合同。这是指贷款方将货币贷给借款方，借款方按规定用途使用贷款，并按规定期限将本息付给贷款方，明确相互权利义务关系的协议。按合同的期限不同，其可分为定期借款合同、不定期借款合同、短期借款合同、中期借款合同、长期借款合同；按合同的行业对象不同，其可分为工业、商业、农业、基本建设、外汇及其他特殊用途的借款合同等。

借款合同的主要特征是：(1) 借款合同的当事人有特定的范围。贷款方只能是按国家规定享有借贷权利的金融机构，而借款方必须是能独立承担民事责任的法人、其他经济组织和城乡个人。除享有借贷权利的金融机构外，各经济单位之间一律不准相互借款；(2) 借款合同具有国家计划性，任何单位和地方都无权突破国家制定的信贷计划办理信贷业务；(3) 借款合同的标的只能是货币，而不能是非货币的其他财物；(4) 借款合同的利率由国家根据当时金融情况规定或调整，由中国人民银行统一管理，当事人无权自行决定。

（九）财产保险合同。这是指投保人和保险人所达成的以财产为保险标的，由投保人向保险人交纳保险费，保险人在保险责任范围内承担约定事故所造成的财产或利益损失的赔偿责任，明确相互权利义务关系的协议。财产保险种类繁多，如海上、火灾、汽车、运输、航空、企业财产、工程、家庭财产保险等等。

财产保险合同的主要特征是：（1）财产保险合同的保险方必须是国家批准设立的专门经营保险业务的中国人民保险公司及其分公司，或者是经国家批准办理保险业务的其他法人；（2）财产保险合同是补偿性合同，不能超额保险，即大于财产实际价值的财产保险合同无效或部分无效；（3）财产保险合同是“射幸”合同。“射幸”是碰运气的意思。保险人的保险赔偿金是否给付，基于不确定的偶然事故。保险与赌博虽然都有“射幸”的性质，但本质不同。投保人不能因为参加投保而额外获利。财产保险合同又是诚信合同，由于合同的标的一般都在被保险人掌握和控制之下，投保人必须将保险标的的真实情况告知保险人，保险人才能决定是否承保和确定承保条件。如投保人未告或告知不实，保险人有权解除合同并不负赔偿责任；（4）财产保险合同是要式合同，应当采用书面形式签订。

（十）其他经济合同。这是指除上述9种合同类型之外的其他经济合同。在实际经济生活中，当事人从事的生产经营活动千差万别，追求的经济目的多种多样，上述9种经济合同类型实际不可能满足现实经济交往的客观需要。因此，《经济合同法》第8条便以“其他经济合同”来概括除上述

9种合同之外的经济合同类型，这是符合客观实际的。例如：现实中运用较多的联营合同、融资租赁合同、企业承包租赁合同、土地使用权出让和转让合同等实际都属经济合同的范畴，这些合同都可纳入“其他经济合同”类型。

## 三、经济合同法的概念及其适用

### （一）经济合同法的概念

经济合同法有广狭两义之分。狭义的经济合同法是指由国家最高立法机关依法制订的、调整平等民事主体之间经济合同关系的专门性法律，即《经济合同法》。该法由第五届全国人民代表大会常务委员会第四次会议于1981年12月通过，并于1993年9月由第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过《关于修改〈中华人民共和国经济合同法〉的决定》加以修正。广义的经济合同法是指国家立法机关或者其他有权机关依法制定的、调整平等民事主体之间经济合同关系的各种法律规范的总称。由此，凡是调整平等民事主体之间的经济合同关系的法律规范，都属经济合同法。依此理解，除《经济合同法》外，《民法通则》、《土地管理法》、《铁路法》等有关经济合同法的内容，国务院颁布的《工矿产品购销合同条例》、《农副产品购销合同条例》、《建设工程勘察设计合同条例》、《建筑安装工程承包合同条例》、《加工承揽合同条例》、《借款合同条例》、《财产保险合同条例》等以及最高人民法院有关经济合同法的解释、意见和国务院各部、委局发布的《仓储保管合同实施细则》、《铁路货物运输合同实施细则》、《公路货物运输合同实施细则》、《水

路货物运输合同实施细则》、《航空货物运输合同实施细则》、《全国供电规则》、《关于确认和处理无效经济合同的暂行规定》、《贷款通则》等都属于经济合同法的范畴。

（二）经济合同法的适用

经济合同法适用于一切平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户之间，为实现一定经济目的而订立的合同。公民与公民之间、公民与法人之间、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户之间，为实现一定经济目的而订立的合同是否也属经济合同法调整，这是尚有争议的问题。我们认为，在合同法统一以前，经济合同法应该适用于上述主体之间签订的合同。

根据《经济合同法》第46条规定，涉外经济合同和技术合同，分别适用于《中华人民共和国涉外经济合同法》和《中华人民共和国技术合同法》的规定。

## 第二节　经济合同的订立

### 一、经济合同订立的原则

经济合同订立是指各方当事人通过协商依法就合同的主要条款达成一致意见，并建立合同关系的行为。为了保证经济合同订立的合法性，当事人必须遵循以下原则：

（一）合法原则。订立经济合同必须遵守法律和行政法规。任何单位和个人不得利用合同进行违法活动，扰乱社会经济秩序，损害国家利益和社会公共利益，牟取非法收入。

否则，所订经济合同将被认定为无效。

（二）平等协商原则。当事人订立经济合同时，应当遵循平等互利、协商一致的原则。任何一方不得把自己的意志强加给对方、任何单位和个人不得非法干预。该原则禁止任何人通过胁迫、欺诈等不正当手段或乘人之危而使他人与其订立合同。

（三）主体合法原则。法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户以其名义签订合同，必须依法取得相应的主体资格。凡不具备相应的主体资格（未经核准登记或批准认可）而以该主体资格的名义签订合同，该合同即为无效。此外，当事人订立合同必须与其经营范围相一致，否则，该合同也因主体不合格而无效。与此同时，当事人以处分财产为后果而与他人订立合同，必须享有对该财产处分的权利，否则也因主体不合格而使该合同无效。

（四）书面形式原则。《经济合同法》第3条规定："经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式"。凡应当采用书面形式而以其他形式订立的合同，一般被认定为不成立或无效。在司法实践中，如果当事人已经履行了口头形式的经济合同，则被认为该合同已成立或有效。

## 二、经济合同订立的程序

（一）经济合同订立的一般程序

经济合同订立的一般程序是指各方当事人对合同内容反复磋商、取得一致意见的过程。该过程通常可分为两个阶段，即提出订立合同的建议和接受订立合同的建议，民法学

上称之为“要约”和“承诺”。

1．要约。这是指一方当事人向对方提出订立经济合同的建议和要求。提出要约的一方称要约人，相对方称受要约人。要约人一般应在要约中向相对方表达订立经济合同的愿望和要求，并明确提出经济合同的主要条款以及要求对方答复的期限。

要约的提出通常有书面和口头两种方式。书面方式包括寄送订货单、书信、发电报、电传等；口头方式包括当面交谈、电话说明等。要约是一种法律行为，要约方发出要约后，就要承担一定的义务。如在约定的期限内，对方没有答复时，要约方不得改变要约内容，或撤回要约；一旦对方作出承诺，要约方必须承担相应的义务。

要约成立应当具备以下条件：(1) 要约的内容必须包含合同的主要条款，即包括合同的标的、数量和质量、价款和酬金、履行期限、地点和方式等内容。(2) 要约必须向特定的人发出，法律另有规定或者惯例有规定的除外。也就是说，向社会不特定的人发出的包含合同主要条款的订约要求或建议，只有当法律有明文规定或依交易惯例认为构成要约时，才能视为要约。根据要约构成的条件，凡是那些提出的不包含合同主要条款的订约要求和建议，或者向社会发出的虽然包含合同主要条款的订约要求和建议，依法律和惯例不能视为要约的，都不能称之为要约。此类订约要求和建议一般被称之为邀请要约或要约邀请。邀请要约不发生行为人必须与对方订立合同的效力，这是与要约不同的。

2．承诺。这是指受要约人在规定期限内对要约人提出

的建议和要求表示完全同意的意思表示。一项有效的要约一经承诺，即表明各方就合同的主要条款达成协议，合同即告成立。

承诺应当具备以下条件：(1)承诺必须是对要约内容的全部同意，即对要约所包含的合同主要条款全部接受。(2)承诺必须向要约人提出，向要约人之外的人作出的同意要约的意思表示，不构成承诺。承诺具备上述条件后，即会发生以下法律效力：承诺一经到达要约人，合同即告成立，要约人和承诺人即成为合同的当事人，必须遵守合同的规定。

在经济合同订立过程中，要约人作出要约，受要约人往往要求对要约中的合同条款作些变更，并与要约人进行协商。如受要约人对要约的内容、条件做出了变更或只是部分同意或附条件的接受，这种答复不能视为承诺，而只能视为向原要约人提出了新的要约，或叫反要约，原要约方则成了新要约的受约方。在订立经济合同的实践中，往往需要经过多次反复协商，才能达成一致协议。这种反复协商的过程就是要约、反要约、再要约、再反要约，一直到承诺的过程。

在一般情况下，经济合同只需要约和承诺两个阶段即告成立。但依据国家法律、法规规定或双方当事人约定，有些经济合同除须经过要约和承诺两个阶段外，还需办理一些特殊手续才能成立。如按照国家有关规定须经国家有关部门批准或登记的，还须经国家有关部门批准或登记；需要公证、鉴证或担保的，还须办理公证、鉴证或担保事项。

（二）经济合同订立的特殊程序

这是指以竞争方式订立经济合同的程序。该种订立经济

合同的程序的特殊之处在于以竞争方式实现要约和承诺的过程。该类程序最典型的即是招标和拍卖。

1．招标。招标亦称招标投标。这是指合同的一方当事人以招标人的身份，以一定方式向社会或一定范围的人发出订立合同的意思表示，有意与之订立合同的人以投标人的身份向其作出以订立合同为目的的意思表示，然后由招标人确定与之订立合同的当事人，并签订合同的行为。招标一般分为招标、投标和定标三个阶段。

招标是招标人通过一定的方式公布一定的标准和条件，向社会或一定范围的人发出的以订立合同为目的的意思表示。招标的意思表示并不包括合同的全部主要内容，故它是一种要约邀请，不发生必须与对方订立合同的效力。

投标是投标人按照招标人提出的标准和条件，在指定的期限内向招标人报送标函、提出报价的行为。投标的意思表示应为书面形式。投标是投标人提出自己订立合同的要件，因此，其是一种要约，对投标人有约束力。投标人在标书有效期限内不得变更或撤销，并负有按标书内容与招标人订立合同的义务。

定标是指招标人对各投标人的标书进行评定作出选择，确定中标人。定标发生承诺的效力，即意味着双方当事人的意思表示一致，经济合同成立。

2．拍卖。拍卖是指由出卖标的物的人提出出卖该物的要求和条件，再由各应买方提出自己的条件，相互报价，进行竞争，最后由出卖人拍定成交的行为。这种方式包括拍卖、拍买、拍定三个阶段。

拍卖是订立合同的一方当事人向不特定的相对人发出的以订立合同为目的的意思表示。该意思表示不包含决定合同的全部内容，只是引起相对人的注意，故其不是要约，只是一种要约邀请。

拍买是指准备与拍卖人订立合同的相对人向拍卖人发出的订立合同的提议。拍买的意思表示包括了订立合同的全部内容，故其具有要约性质和效力。但是，如果一个拍买人提出比另一个拍买人更优的条件，则条件劣者提出的拍买便自动失去要约的效力。

拍定是指拍卖人同意拍买人的全部条件。这意味着当事人双方意思表示一致，合同即为成立。因此，拍定具有承诺的效力。

（三）经济合同订立的方式

经济合同订立可分为自行订立和代理订立两种方式。自行订立是指法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户等当事人自己订立经济合同。代理订立是指代理人依据代理权限订立经济合同。《经济合同法》第10条规定："代订经济合同，必须事先取得委托人的委托证明，并根据授权范围以委托人的名义签订，才对委托人直接产生权利和义务。"

关于代理订立经济合同，根据我国《民法通则》及最高人民法院《关于在审理经济合同纠纷案件中具体适用〈经济合同法〉的若干问题的解答》的有关精神，有以下问题必须引为注意：

1．被委托人代理委托人订立经济合同取得的委托证明

应当是书面的，不是口头的，并且应当载明委托人和被委托人的姓名或名称、委托事项、委托权限、委托期限，并由委托人签名或盖章。委托书授权不明的，由委托人向第三人承担民事责任，但被委托人应负连带责任。

2．被委托人只能在委托人委托的范围内订立经济合同。被委托人超越委托范围签订的经济合同，其产生的法律后果，委托人不承担民事责任。但被委托人超越委托权限订立的经济合同经过委托人追认后，委托人应承担民事责任。

有些没有被委托，或是曾经被委托过，但委托关系已经终止的人，出于某种需要代他人与第三者签订了经济合同并经委托人追认的，委托人应就其订立的经济合同承担民事责任。本人知道他人以本人名义订立经济合同而不作否认表示的，视为同意。

3．被委托人接受委托代委托人订立经济合同应尽力尽责，维护委托人的利益。如果因不履行职责而给委托人造成损失的，被委托人应承担民事责任。被委托人和第三人串通，损害委托人的利益的，由被委托人和第三人负连带责任。

第三人明知被委托人超越委托权限或是委托权限已经终止或在没有接受委托的情况下，还与其订立经济合同，给委托人造成损害的，由第三人和被委托人负连带责任。

4．被委托人不能代表委托人与自己或是与自己代表的另一方订立经济合同。

5．委托人委托被委托人订立的经济合同必须合法，如果违法，被委托人应予拒绝。当被委托人明知被委托的事项

属于违法事项而仍然进行的，或是当委托人明知被委托人的行为违法而不表示反对的，由委托人和被委托人负连带责任。

6. 被委托人用委托单位的合同专用章或者加盖公章的空白合同书签订合同的，应视为委托单位授予被委托人代理权。委托单位对被委托人签订的合同，应当承担责任。

7. 被委托人持有委托单位出具的介绍信签订合同的，应视为委托单位授予代理权。介绍信中对代理事项、授权范围表达不明白，委托单位对该合同应当承担责任，被委托人应负连带责任。

8. 合同签订人未持委托单位出具的任何授权委托证明签订合同的，如果委托单位未予盖章，合同不能成立，责任由合同签订人自己负担；如果委托单位已经开始履行，应视为对合同签订人的行为已予追认，因而对该合同应当承担责任，需要继续履行的，应当补办盖章等手续。

### 三、经济合同的形式

经济合同的形式是指订立经济合同的当事人达成协议、体现当事人权利义务的方式。其分为口头形式和书面形式。

（一）口头形式，指当事人通过口头交谈或电话交谈等语言表述方式来体现合同内容的形式。根据《经济合同法》第三条的规定，“即时清结”的经济关系，可用口头形式订立经济合同。所谓“即时清结”是指经济合同的订立、履行和终止，几乎同时进行，其间基本没有间隔。口头经济合同简便易行，但缺乏文字依据，一旦发生纠纷，容易出现举证

困难的不利后果。

（二）书面形式，指当事人以文字记载方式来体现合同内容的形式。书面形式的经济合同可分为主件和附件两部分。主件是载明合同主要条款内容，明确相互权利义务关系的书面协议或往来信件、电报、电传等；附件是对主要条款内容所作的文字和图表说明，以及当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表等。附件也是合同的组成部分。书面经济合同适用于标的数额比较大、合同内容比较复杂、不能即时清结的经济关系。书面经济合同内容明确、责任清楚、有据可查、便于履行，也便于监督管理，有利于防止纠纷和处理纠纷。

书面形式有一般书面形式与特殊书面形式之分。一般书面形式是指仅有两方以上当事人的签名与盖章便能生效的书面形式；特殊的书面形式则是指不仅须有两方以上当事人签名与盖章，还须办理特殊的法律手续才能生效的书面形式。该种书面形式主要有：(1) 公证形式，即由国家公证机关对合同的真实性和合法性进行审查，并以公证文件加以确认和证明的形式；(2)鉴证形式，即由国家工商行政管理机关对合同的真实性与合法性进行审查、鉴定和证明的形式；(3)审批形式，即由有关主管部门对合同的合法性进行审查并予以批准的形式；(4) 登记形式，即由有关国家管理机关对合同进行审查并进行登记的形式。我国《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。"这就是说，凡是法律文件明文规定应当采用某种特定的书面形式时，当

事人订立合同时必须采用这一形式，否则该合同便不能成立。换言之，凡是法律文件没有明文规定应当采用何种形式时，当事人可以任意采用某种形式。一般来讲，一般书面形式优于口头形式，特殊的书面形式优于一般书面形式。如果当事人需要变更或解除经济合同时，一般也应采用相同的形式或更优的形式而为之，否则，便不发生变更或解除的法律效果。

## 四、经济合同的主要内容

经济合同的内容除了包括当事人的名称、地址、订立合同的宗旨、合同的生效和有效期限以及签订合同的时间、地点等一般条款外，还必须具备主要条款。这些条款是合同的主要内容和核心，具体包括以下几项：

（一）标的。标的是指经济合同当事人权利和义务所共同指向的对象。它可以表现为物、货币、劳务，也可以表现为工程项目等。不同种类合同，标的也不同，如购销合同的标的是货物；借款合同的标的是货币；建筑工程承包合同的标的是工程项目等。标的体现了经济合同订立的目的和要求。标的必须合法，国家限制流通或禁止交易的物品不能作为经济合同的标的。

（二）数量和质量。数量和质量是确定经济合同标的特征的最重要因素，也是衡量合同如何履行的主要尺度。数量是以数字和计量单位来衡量标的的尺度；质量是标的的内在素质和外观型态的综合，包括标的的名称、品种、规格、型号、标准、技术要求等。

（三）价款和酬金。价款和酬金统称为“价金”，指取得合同标的的当事人一方向对方支付的以货币为表现形式的代价。在以物为标的的合同中，这种代价称为价款；在以劳务或智力成果为标的的合同中，这种代价称为酬金。价金除必须执行国家定价的以外，由当事人议定。在履行合同义务时，除法律或行政法规另有规定的以外，必须采用货币计量来表示，即用人民币进行计算和支付。

（四）履行期限、地点和方式。履行期限是指经济合同双方当事人实现权利和履行义务的时间界限，可分为合同的有效期限和合同的履行期限。它是确认经济合同是否按时履行或延期履行的标准。合同的有效期限，是指合同有效时间的起止界限，如长期合同、年度合同等；合同的履行期限，是指实现权利义务的具体时间界限，如按日、按旬、按月、按季分期交付等。有些合同的履行期限就是合同的有效期限。

履行地点是指经济合同一方当事人履行义务，另一方当事人接受履行义务的地点。它必须明确具体，并且要避免重名而导致履行上的差错。

履行方式是指经济合同当事人履行义务的具体方法，它包括标的的交付方式和价金的结算方式。

（五）违约责任。违约责任是指由于经济合同当事人一方或双方的过错，不履行或不完全履行经济合同时，根据法律和经济合同的约定应承担的法律责任。对于违约责任，法律、法规有规定的按照法律、法规的规定执行；法律、法规没有规定的由当事人双方协商确定。

（六）根据法律规定或按经济合同性质必须具备的条款，以及当事人一方要求必须规定的条款。当事人一方要求必须规定的条款，只有在经过双方协商达成一致意见时，才能成为合同的主要条款。

## 第三节 经济合同的履行

### 一、经济合同履行的概念和原则

经济合同的履行，指经济合同双方当事人按经济合同的规定，全面完成各自应履行的义务和实现各自应享有的权利，使双方当事人的经济目的得以实现的行为。经济合同的履行应是在该经济合同的有效期间进行，该经济合同的有效期间已过，或是已经解除、终止，则不存在履行问题。

履行经济合同应遵循如下原则：

（一）实际履行原则，也称实物履行原则。指经济合同当事人必须严格按照合同规定的标的完成各自应履行的义务。

在经济合同的履行中，一般不能以其他标的物代替合同的履行，不能用支付违约金和赔偿损失的方法代替合同的履行。违约方支付违约金、赔偿金后，对方要求继续履行的，违约方仍应继续履行。一方不履行合同时，对方当事人有权请求人民法院强制违约方按合同约定的标的履行。

（二）全面履行原则，也称适当履行原则。指经济合同当事人除了按照合同约定的标的履行外，还必须按照合同约

定的价款、数量、质量、地点、期限、方式等全面履行各自的义务。

全面履行原则是确定经济合同是否履行、是否违约的重要标准，是衡量经济合同履行程度和违约责任的尺度。这一原则的实际意义在于指导和督促当事人双方按时、按质、按量地全面完成合同规定的义务，实现签定合同的目的。

（三）协作履行原则。指经济合同当事人双方要团结协作、互相帮助、共同努力，履行各自应尽的责任，保证合同的兑现。这一原则的含义在于：(1) 当事人首先要保证自己全面履行合同约定的义务，为对方履行合同创造有利条件；(2) 当事人双方应关心合同履行的情况，发现问题应及时协商解决；(3) 一方当事人在履行中发生困难，另一方应在法律允许的范围内给予帮助；(4) 一方当事人违约，对方应尽力帮助纠正，并设法防止或减少损失。

## 二、经济合同履行中应注意的问题

（一）价款和酬金的支付

经济合同是有偿合同，除了互易合同以外的一切经济合同都存在价款支付或酬金支付。用货币履行经济合同义务时，必须遵守两项原则：

1. 除法律另有规定以外，必须用人民币计算和支付。人民币是我国唯一允许在全国流通使用的法定货币，外币则不被允许在国内市场流通，但在某些特定的场所、特定的情况下，按照法律规定，允许使用外币进行结算和支付。例如，经过外汇管理部门批准的侨资企业、“三资企业”在同

我国境内企业或个人结算时，可以使用外币。

2．除国家允许使用现金履行义务以外，必须通过银行转账或票据结算。现金结算只适用于主体之间标的金额在结算起点以下的经济交往，也适用于法人或其他经济组织与农村承包经营户之间的农副产品收购合同。除此之外，一律采用转账或票据结算的方式。

（二）经济合同履行中价格变动的履行规则

经济合同履行中，遇有价格变动情况时，应按规定执行下列处理原则：

1．执行国家定价的，在合同规定的交付期限内国家价格调整时，按交付时的价格计价；逾期交货的，遇价格上涨时，按原价格执行，价格下降时，按新价格执行；逾期提货或逾期付款的，遇价格上涨时，按新价格执行，价格下降时，按原价格执行。

2．执行浮动价、议价的，按合同规定的价格执行。

3．由于逾期付款而发生调整价格的差价，由供需双方另行结算，不在原托收结算金额中冲抵。

（三）经济合同条款不明的履行规则

经济合同中有关质量、期限、地点、价款等约定不明确，按照合同有关条款内容不能确定，当事人又不能通过协商达成协议，可适用如下处理规则：

1．质量要求不明确，应按国家标准或专业标准履行；没有国家标准或专业标准的按照企业标准履行；没有企业标准的，按通常标准履行；不符合通常标准的，按不合格论处。在质量标准合格的前提下，如有等级的，应按照同类产

品或同类服务的中等质量标准履行，有样品的，按封存的样品质量标准履行。

2．履行期限不明确的，当事人任何一方都可以随时向对方尽义务，也可以随时请求对方履行义务，但应给对方必要的准备时间。

3．履行地点不明确的，凡给付货币的，应在接受给付一方的所在地履行，其他标的在履行义务一方的所在地履行。但具体可根据标的的性质分别处理。以不动产为内容的合同，不动产所在地为履行地；以仓储保管为内容的合同，仓库所在地为履行地；购销合同的履行地，根据交付方式确定履行地。

4．履行方式不明确的，履行义务时应事先通知对方当事人，取得对方同意后方可履行。

5．价款或酬金约定不明确的，按照国家定价履行；国家没有规定价格的，参照市场价格或同类物品的价格或同类劳务的报酬标准履行。

6．包装物约定不明的，一般应以不损坏物品和运输、保管的安全，以及有利于推销为原则进行包装。

## 第四节　经济合同的担保

### 一、经济合同担保概述

经济合同的担保是指当事人为确保合同的切实履行，依照法律规定或当事人约定而采取的具有法律效力的保证措

施。

经济合同的担保是为了防止违约，保证合同履行的一种法律形式。在一定意义上，它是依附于主合同的从属合同，随主合同的成立而成立，随主合同的终止而终止，主合同无效，担保合同也无效。当主合同的当事人不履行或不能完全履行合同规定的义务时，担保关系的义务人便依约定的担保措施承担法律责任。

我国《经济合同法》仅在第14条和第15条规定了定金和保证两种担保形式。我国《民法通则》则在第89条分别规定了保证、抵押、定金和留置四种担保形式。1995年6月30日第八届全国人大常委会第十四次会议审议通过的《中华人民共和国担保法》（以下简称“担保法”）则规定了保证、抵押、质押、留置和定金5种形式。以下分别对这5种形式加以说明。

## 二、经济合同担保的形式

### （一）保证

1. 保证和保证人

保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或承担责任的行为。一般来说，对债务人履行合同提供担保的人，称为保证人，保证人是主合同以外的第三人；被担保履行合同义务的当事人为被保证人，被保证人是主合同的债务人；在债务人不履行合同时有权向保证人请求履行义务或要求其承担责任的人，为保证人的相对人，是主合同的债权人。一般认为，保证关系的

当事人仅由保证人和债权人组成，不包括债务人。

根据《担保法》的规定，保证人必须是具备独立清偿债务能力或代为清偿债务能力的法人、其他经济组织或者个人。以下单位不能成为保证人：(1)国家机关。但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外。(2)学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体。(3) 企业法人的分支机构、职能部门。但企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。

2. 保证的内容和形式

保证的内容是由保证合同规定的。根据《担保法》第15条的规定，保证合同应当包括以下内容：（一）被保证的主债权种类、数额；（二）债务人履行债务的期限；（三）保证的方式；（四）保证担保的范围；（五）保证的期间；（六）双方认为需要约定的其他事项。

保证合同的形式即是其成立的表现方式。根据《担保法》的规定，保证人与债权人应当以书面形式订立保证合同。与此同时，当事人可就单个主合同分别订立保证合同，也可以在最高债权额限度内就一定期间连续发生的借款合同或者某项商品交易合同订立一个保证合同。

3. 保证的方式

根据《担保法》的规定，保证的方式可分为一般保证和连带责任保证。当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。当事人对保证方式没有约定或者约定不明确

的，按照连带责任保证承担保证责任。

在一般保证的情形下，如果主合同纠纷未经审判或仲裁，在就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人对债权人可以拒绝承担保证责任。但是，由于债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难或人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序或保证人以书面形式放弃该权利时，保证人不得拒绝承担保证责任。在连带保证的情形下，只要债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人既可要求债务人履行债务，也可要求保证人在其保证范围内承担保证责任。

4. 保证担保的范围、保证期间及保证责任。

(1) 保证担保的范围。保证担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的按照约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应对全部债务承担责任。

(2) 保证期间。保证期间由保证人与债权人在保证合同中约定。一般保证未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月；连带责任保证未约定保证期间的，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责任。

(3) 保证责任。保证合同一经订立，在合同约定或法定的保证期间内，债务人不能履行债务时，保证人应在保证范围内承担保证责任或根据约定与债务人一起承担连带责任。保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿保证人承担保证责任时，有以下问题须注意：第一，同一债务有两个以上保

证人的，保证人应当按照保证合同约定的保证份额，承担保证责任。没有约定的，保证人承担连带责任，每个保证人都负有担保全部债权实现的义务。已经承担保证责任的保证人，有权向债务人追偿或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的份额。第二，在保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原担保的范围内继续承担保证责任。另有约定的，按照约定执行。第三，保证人就连续发生的债权作保证，未约定保证期间的，可以随时书面通知债权人终止保证合同，但对于通知到达债权人前所发生的债权，承担保证责任。第四，保证人享有债务人的抗辩权。抗辩权是指债权人行使债权时，债务人根据法定事由，对抗债权人行使请求权的权利。债务人放弃对债务的抗辩权的，保证人仍有权抗辩。保证人亦可就以下事由提出抗辩，不承担或免除承担保证责任：①保证人对未经其书面同意转让的债务，不再承担保证责任；②债权人与债务人协议变更主合同而未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任，但另有约定的，按照约定执行；③在一般保证方式中，在约定或法定的保证期间，债权人未对债务人提起诉讼或申请仲裁的，保证人免除保证责任。已提起诉讼或申请仲裁的，在未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，保证人可以拒绝承担保证责任；④在连带责任保证方式中，在约定或法定的保证期间，债权人未要求保证人承担保证责任的，保证人免除保证责任；⑤同一债权既有保证又有物的担保的，保证人对物的担保以外的债权承担保证责任。债权人放弃物的担保的，保证人在债权人放弃权利的范

围内免除保证责任；⑥企业法人的分支机构未经法人书面授权或超出授权范围与债权人订立保证合同的，该合同无效或超出授权范围的部分无效；⑦主合同当事人双方串通，骗取保证人提供保证的，保证人不承担责任；⑧主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人在违背真实意思的情况下提供保证的，保证人不承担责任。

（二）抵押

1．抵押和抵押物

抵押是指债务人或者第三人不转移对法定财产的占有，将该财产作为债权的担保。债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。债务人或第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供担保的财产为抵押物。

允许抵押的财产必须符合法定条件。根据《担保法》的规定，下列财产可以抵押：

抵押人所有的或依法有权处分的机器、交通工具、国有土地使用权、房屋和其他地上定着物、依法承包并经发包方同意抵押的荒地以及依法可抵押的其他财产。但是，下列财产不得抵押：①土地所有权；②学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育、医疗卫生及其他社会公益设施；③耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权（荒地除外）；④所有权、使用权不明或者有争议的财产；⑤依法被查封、扣押、监管的财产以及依法不得抵押的其他财产。此外，乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押。

2．抵押合同的内容和形式

抵押合同是规范抵押关系当事人之间权利义务关系的协议，其应当包括以下内容：（1）被担保的主债权种类、数额；（2）债务人履行债务的期限；（3）抵押物的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权权属或使用权权属；(4)抵押担保的范围；(5) 当事人认为需要约定的其他事项。如果抵押合同不完全具备前款规定内容的，可以补正。

根据《担保法》的规定，抵押合同应当采用书面形式。对于某些特定财产的抵押，抵押合同自登记之日起生效。该特定财产以财产性质不同，登记部门也不同：（1）以无地上定着物的土地使用权抵押的，为核发土地使用权证书的土地管理部门；（2）以城市房地产或乡（镇）、村企业的厂房等建筑物抵押的，为县级以上地方人民政府规定的部门；（3）以林木抵押的，为县级以上林木主管部门；（4）以航空器、船舶、车辆抵押的，为运输工作的登记部门；（5）以企业的设备和其他动产抵押的，为财产所在地的工商行政管理部门。对除以上之外的其他财产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。当事人未办理抵押物登记的，不得对抗第三人。当事人办理抵押物登记的，登记部门为抵押人所在地的公证部门。

3．抵押的效力

（1）抵押担保的范围。该范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。抵押合同另有约定的，按约定。(2) 转让抵押物的行为。抵押人在抵押期间转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人

转让物已经抵押的情况，否则转让行为无效。(3) 抵押权与债权。抵押权人不得将抵押权与债权分离而单独转让或作为其他债权的担保。二者同时存在，债权消灭，抵押权亦消灭。(4) 抵押物价值减少的处理，转让抵押物的价款明显低于其价值的，抵押权人可以要求抵押人提供相应的担保，抵押人不提供的，不得转让抵押物。抵押物价值减少时，抵押权人有权要求抵押人恢复抵押物的价值，或者提供与减少的价值相当的担保。

4．抵押权的实现

在债务人到期不履行债务的事由发生后，即债务履行期届满抵押权人未受清偿的；抵押权人可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿。如果协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分返还抵押人，归抵押人所有，不足部分由债务人继续承担清偿责任。为债务人抵押担保的第三人，在抵押权人实现抵押权后，有权向债务人追偿。抵押权因抵押物灭失而消灭，因灭失所得的赔偿金，应当作为抵押财产。

根据《担保法》的规定，同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押物所得的价款按照以下规定清偿：(1) 抵押合同已登记生效的，按照抵押物登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；(2) 抵押合同自签订之日起生效的，按前述规定清偿；未登记的，按照合同生效时间的先后顺序清偿，顺序相同的，按照债权比例清偿。抵押物已登记的先于未登记的受偿。

5．最高额抵押

最高额抵押是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间内连续发生的债权作担保。根据《担保法》的规定，借款合同、债权人与债务人就某项商品在一定期间内连续发生交易而签订的合同，可以附最高额抵押合同。最高额抵押的主合同债权不得转让。

（三）质押

1．质押与抵押

质押包括动产质押和权利质押。动产质押是指债务人或者第三人将其动产移交债权人占有，将该动产作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人有权依法以该动产折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。权利质押是指以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单、依法可以转让的股份、股票、商标专用权、专利权、著作权中的财产权等财产权利作为担保，债务人不履行债务时，债权人有权将该权利财产折价或拍卖、变卖而优先受偿。

《民法通则》对物的担保方式未区分抵押和质押，这二者统称为抵押。为了完善物的担保制度，借鉴国外经验，《担保法》将质押与抵押分开。质押与抵押的区别在于：(1)质权人有权占有出质财产，而抵押权人则不占有抵押物。(2) 质权人享有收取孳息的权利，而抵押权人只能在法院扣押了抵押财产后才享有收取孳息的权利。(3) 质权人享有最终独立决定拍卖或变卖质押财产的权利。债务履行期届满，债权人未受清偿的，质权人可以与出质人协议以物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。而抵押权人在与抵押人协商不成时，只能

向法院提起诉讼才能实现抵押权。(4) 质押因转移质押财产的占有而产生保管义务与相应的权利。《担保法》规定：质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者损毁的，质权人应当承担民事责任。抵押因不转移抵押物的占有，故也不产生保管的问题。另外，质押担保的范围还要加上质押财产的保存费用。

2. 质押合同的内容和形式

质押合同包括以下内容：(1) 被担保的主债权种类、数额；(2) 债务人履行债务的期限；(3) 质物的名称、数量、质量、状况；(4) 质押担保的范围；(5) 质物移交的时间；(6) 当事人认为需要约定的其他事项。根据《担保法》的规定，质押合同应当采用书面形式，其自质物移交于质权人占有时生效。但是以股票、股份、商标专用权以及专利权、著作权中的财产权出质的，应当向有关部门办理出质登记，质押合同自登记之日起生效。

3. 质押的效力

(1) 质押担保的范围。该范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。质押合同另有约定的，按照约定。(2) 质物价值减少的处理。质物有损坏或价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人可以要求出质人提供相应的担保。出质人不提供的，质权人可以拍卖或者变卖质物，并与出质人协议将拍卖或者变卖所得的价款用于提前清偿所担保的债权或者向与出质人约定的第三人提存。(3) 质权与债权。质权与其担保的债权同时存在，债权消灭，质权也消灭。为债务人质押担保的第三人，

在质权人实现质权后，有权向债务人追偿。（4）质物的转让。动产或权利出质后，除法律另有规定外，不得转让。股票、商标专用权、专利权、著作权中的财产权经出质人与质权人协商同意的，可以转让或许可他人使用。出质人转让或许可他人使用所得费用应当向质权人提前清偿所担保的债权或者向质权人约定的第三人提存。

4．质权的消灭。质权消灭有三种情况：第一，因出质人清偿了债务，质权人返还质物而消灭；第二，质押财产已经拍卖、变卖或者质押的票据、存款单等已经兑现，实现了债权，质权也归于消灭；第三，因质押财产灭失而消灭。在这种情况下，因质权人未尽妥善保管义务致使质物灭失的，质权消灭，但质权人应当赔偿出质人的损失；非因质权人的责任致使物质灭失的，如果有赔偿金，质权转移至赔偿请求权上，如果没有赔偿金，质权消灭。

（四）留置

1．留置的概念

留置是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按合同约定的期限履行债务，债权人有权依法留置该财产，以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。享有留置权的债权人叫留置权人。

2．留置的适用和留置的担保范围

留置是一种典型的法定担保形式。所谓法定担保即是指在符合法律规定的条件时，无须债权人和债务人达成协议，债权人即可行使担保权。留置就是这种担保形式。根据《担保法》的规定，留置只适用于保管、运输、加工承揽合同中

债务人不履行债务的情形。

留置的担保范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。

3. 留置权的实现

《担保法》规定，债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于2个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当确定2个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。如果债务人逾期仍不履行，债权人可以与债务人协议以留置物折价，也可以依法拍卖、变卖留置物，折价、拍卖、变卖后的价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

4. 留置权的消灭

留置权因债权消灭、债务人另行提供担保并被债权人接受而消灭。

（五）定金

定金是合同当事人一方于合同未履行前，为了证明合同的成立和保证合同的履行，在应支付的规定数额以内，预先支付一定金额的款项作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务时，无权要求对方返还定金；接受定金的一方不履行约定的债务时，应双倍返还定金。

以定金作为担保的形式应注意以下问题：

1. 定金应以书面形式约定。定金合同应约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

2. 定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的20%。

3. 定金与预付款的区别。定金和预付款都具有先行给付的作用，但二者的性质不同，它们的区别在于：(1) 定金的主要作用是担保，而预付款是履行给付义务的一部分；(2) 交付定金的协议是附属于主合同的从合同，而交付预付款协议是主合同的一部分；(3) 定金具有惩罚性，定金的双方当事人不履行合同时，适用定金罚则；而预付款无惩罚性，不发生丧失和双倍返还的情况；(4) 定金适用于各类经济合同，而我国法律、法规对预付款的适用范围则有严格的限制。

## 第五节　经济合同的变更和解除

### 一、经济合同变更和解除概述

经济合同依法订立后，即具有法律约束力，任何一方不得擅自变更或解除，但在履行合同过程中，由于客观情况的变化，使原经济合同的履行已不可能或不必要时，为了减少和避免不必要的损失，经济合同当事人可以依法变更或解除合同。

经济合同的变更，指当事人在合同没有履行或没有完全履行时，因订立合同时依据的客观情况发生了变化，由当事人依照法律规定的条件和程序，对原合同进行修订或者补充。

经济合同的解除，指在合同没有履行或没有完全履行之

前，当事人依照法律规定的条件和程序，提前终止原合同约定的权利义务关系。

## 二、经济合同变更和解除的条件

（一）允许变更或解除经济合同的情况

根据《经济合同法》的有关规定，发生下列情况之一的，允许变更或解除合同。

1. 当事人双方经过协商同意变更或解除合同，而且不因此损害国家利益和社会公共利益的。在双方当事人协商一致的情况下，允许变更或解除经济合同，是为了使合同关系更能适应变化了的情况，使当事人的生产经营活动更能切合实际需要，避免造成物资的浪费和不必要的损失。

2. 不可抗力致使经济合同不能履行。不可抗力，是指当事人在订立合同时不能预见，对其发生的后果不能避免并不能克服的事件。如地震、水灾、火灾、雹灾、台风等自然灾害和战争等社会灾祸。上述情况出现，造成经济合同全部不能履行，可以解除合同，但是双方当事人应积极采取措施，尽量避免和减少损失，不允许采取消极态度，以致扩大损失。如果不可抗力的发生，仅导致部分不能履行，则不得单方面解除合同，但可依规定变更合同，消灭部分权利义务。

3. 一方当事人在合同约定的期限内没有履行合同。在此情况下，变更或解除合同必须同时具备两个条件：（1）一方有违约的事实；（2）对方认为合同的履行成为不必要或不完全必要。违约是前提，不必要或不完全必要是条件，两者存在必然的因果关系，方允许变更或解除经济合同。如一方

违约后，尽管还能继续履行合同义务，但是否需要继续履行，则取决于对方的意志，如对方需要继续履行，则违约方在支付违约金或赔偿金后，还必须继续履行；如继续履行对对方来说成为不必要或不完全必要，则允许变更或解除经济合同。

（二）不允许变更或解除经济合同的情况

以下两种情况不允许作为变更或解除经济合同的理由：

1．当事人一方法定代表人或承办人变动。法定代表人或承办人不是代表个人而是代表法人或其他经济组织签订合同，合同的权利和义务是法人或其他经济组织的权利和义务。只要该法人或经济组织存在，就不能免除其履行经济合同的责任。

2．当事人一方发生合并或分立。这种情况出现，仅仅是原合同的权利义务关系转移到合并或分立后的当事人身上，变更后的当事人要承担或分别承担合同的义务，并享有相应的权利。如果当事人双方合并，则原订立的经济合同当然解除。

（三）变更或解除经济合同应注意的问题

1．除了由于不可抗力致使合同的全部义务不能履行或者由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同的情况以外，当事人提出变更或解除合同的建议，应经当事人协商达成协议之后，才能变更或解除合同。在协议未达成前，原合同仍有效。

2．变更或解除经济合同应采取书面形式。

3．变更或解除按特别程序签订的经济合同，应按特别

程序进行。如经过鉴证或公证的经济合同，变更或解除时，应在原鉴证或公证机关备案。

### 三、经济合同变更或解除的法律后果

变更或解除经济合同的赔偿责任，是指因变更或解除经济合同使一方遭受损失，除依法可以免除责任者以外，责任方所承担的赔偿责任。这一责任通常在以下几种情况下发生：

（一）合同当事人自行协商同意变更或解除合同的，如果造成损失，应当由责任方承担赔偿责任。

（二）因不可抗力而变更或解除经济合同，当事人一般不负损害赔偿责任。但当事人一方逾期履行合同时发生不可抗力，造成合同不能履行的，应当承担赔偿责任。发生不可抗力后，当事人一方应当及时向对方通报不能履行或者需要延期履行、部分履行经济合同的理由，在取得有关证明以后，允许延期履行、部分履行或者不履行，并可根据情况部分或者全部免于承担违约责任。

（三）由于一方违约，而变更或解除合同时，由违约方承担赔偿责任。

## 第六节 违反经济合同的责任

### 一、违反经济合同的责任概述

（一）违反经济合同责任的概念

违反经济合同的责任，是指合同当事人由于自己的过错

造成合同不能履行或者不能完全履行时，依照法律规定或合同约定所必需承担的法律责任。《经济合同法》规定："由于当事人一方的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行，由有过错的一方承担违约责任；如属双方的过错，根据实际情况，由双方分别承担各自应负的违约责任。对由于失职、渎职或其它违法行为造成重大事故或严重损失的直接责任者个人，应追究经济、行政责任直至刑事责任。"由此可见，违反经济合同的责任包括对违反经济合同当事人实行的经济制裁、行政制裁和刑事制裁，但这里所指的违反经济合同的责任则主要是指民事责任，通常亦称违约责任。

（二）违反经济合同责任的构成要件

依据《经济合同法》及最高人民法院有关对《经济合同法》的解释意见，违约责任依违约当事人的违约行为是否造成了损害后果的不同，其构成要件亦不相同。

1．未造成损害后果的违约责任。《经济合同法》第31条规定："当事人一方违反经济合同时，应向对方支付违约金"。最高人民法院有关对《经济合同法》的解释意见指出，违约尚未给对方造成损害后果的，只需要向对方支付违约金即可。在此情况下，只需要有过错和违约行为即可确定违约责任。

2．已造成损害后果的违约责任。依照最高人民法院的有关解释意见，确定该种违约责任须具备以下四个条件：（1）当事人有不履行或者不完全履行合同的违约行为；（2）当事人主观上有过错，即有不履行或不完全履行合同的故意或过失；（3）要有财产上的损失，包括直接损失和间接损

失；(4) 违约行为与财产上的损失之间有直接的因果关系。

## 二、违反经济合同责任的承担

根据《民法通则》和《经济合同法》的规定，承担违反经济合同的责任的方式主要有以下几种：

(一) 支付违约金。违约金是指当事人不履行或不完全履行经济合同时，根据法律规定或合同约定，向对方支付的一定数额的货币，而不论违约行为是否给对方当事人造成损失。违约金分两种：

1. 法定违约金。凡有关法律、法规对某些合同直接规定违约金数额或比率的叫作法定违约金。一种是规定了具体的数额或固定的比率；另一种是规定一定的比率幅度，可由当事人在规定的幅度内协商确定。

2. 约定违约金。凡法律、法规未对违约金做明确规定，而是由当事人协商确定数额或比率的违约金叫作约定违约金。

(二) 支付赔偿金。赔偿金是指合同当事人一方违约并给对方造成损失，如果支付违约金后仍不能弥补给对方造成的损失时，为补偿不足部分，而支付给对方的一定数额的货币。在追究违约方赔偿责任时应注意：(1) 违约已造成了实际损失；(2) 损失已超过了违约金，或者没有约定违约金。赔偿责任应相当于因违约受到的损失，不允许获得超出实际损失的赔偿金；(3) 受到损失的一方当事人，应及时采取措施防止损失的扩大，否则，无权就扩大的损失要求赔偿；(4) 赔偿金和违约金都应在明确责任后十天内偿付，否则按

逾期付款处理。(5) 违约金、赔偿金在企业未实行利改税以前，应从企业基金、利润分成或盈亏包干分成中支付，不得列入成本的营业外开支，不得挤占应当上缴的财政收入；已实行利改税的企业，应在交纳所得税以后，从国家规定的企业留利中开支；行政、事业单位应从预算包干的节余经费中开支或者从预算外资金中支付，不得挤入预算经费中报销。

(三) 继续履行。当事人一方违约后，应向对方支付违约金和赔偿金，对方有权要求违约方继续承担履行责任，违约方无特殊理由，仍应继续履行。

(四) 返还定金。给付定金的一方不履行合同的，无权请求返还定金；接受定金的一方不履行合同的，双倍返还定金。

(五) 支付保管费、保养费。在购销合同中，需方逾期提货，供方提前交货；在加工承揽合同中，定作方超期领取定作物或修理物品，应向对方支付保管费、保养费。

(六) 偿付多支出的运杂费。在货物运输合同中，供方错发到货地点或需方错填或临时变更收货地点，应承担多支付的运杂费用。

### 三、违反经济合同责任的免除

在经济合同成立之后，如果一方当事人违反合同是由于不可归责于行为人的客观原因，并且当事人对此毫无过错，则不应追究当事人的责任。可以免除违约责任的情况有以下几种：

(一) 发生不可抗力。如果出现了当事人不能预见、不

能避免并且不能克服的自然灾害或社会灾祸，造成合同不能履行或不能完全履行，可以根据情况部分或者全部免于承担违约责任。具体可按以下不同情况分别处理：如果因不可抗力造成合同完全不能履行，则可以全部不履行，并免除全部责任；如果只造成合同的一部分不能履行，则可以部分不履行，并免除部分责任；如果只是暂时影响合同的履行，则可延期履行，并免除相应的责任。另外，当事人应当及时采取有效措施尽可能避免或者减少损失。

（二）法律或经济合同中有免责条件的规定。如《经济合同法》规定，在符合法律和合同规定条件下的运输，由于不可抗力、货物本身的自然性质，货物的合理损耗以及托运方或收货方本身的过错，造成货物灭失、短少、变质、污染、损坏的，承运方不承担违约责任。

（三）由于一方当事人故意违约或过失违约，另一方当事人不仅可以免除责任，而且还有权要求对方赔偿损失。

## 第七节 无效经济合同及其法律后果

### 一、无效经济合同的概念

无效经济合同是指不具备经济合同成立的条件，违反国家法律、法规要求，国家不予承认和保护，没有法律效力的经济合同。无效经济合同从订立时起就没有法律效力。

### 二、无效经济合同的分类

依不同的分类标准，无效经济合同可作以下分类：

（一）按照经济合同无效的程度和范围，无效经济合同可分为全部无效和部分无效两种。前者即是指合同的全部条款不具有法律约束力；后者即是指合同的部分条款无效并不影响其它合同条款的效力。

（二）按照导致经济合同无效的原因，无效经济合同可分为以下几种：

1．因合同主体不合格而无效的经济合同。主要包括：（1）无民事行为能力的当事人签订的合同；（2）限制民事行为能力人签订的须自己负担义务的合同；（3）未经核准登记领取营业执照，以个人合伙或个体工商户名义签订的合同；（4）不具备法人资格的社会团体和组织以法人名义签订的合同；（5）超越经营范围而签订的合同。

2．因合同内容违反法律和行政法规而无效的经济合同。主要包括：（1）合同条款违反国家法律、法规、政策；（2）合同的标的属于国家法律、法规、政策禁止流通的范围；（3）合同的内容有损国家利益和社会公共利益或他人合法利益；（4）利用合同规避法律，损害国家利益、社会利益或他人利益；（5）合同内容超越当事人的经营范围或违反其法定经营方式的合同。

3．因意思表示不真实而无效的经济合同。主要包括：（1）因受欺诈而订立的合同，这是指当事人一方故意制造假象，骗取对方信任，致使对方产生错误认识，而导致其签订的不真实的合同；（2）因受胁迫而订立的合同，这是指当事人一方使用暴力或要挟、威胁的手段迫使对方不得不同意签订违背自己意愿的合同；（3）乘人之危使对方违背意志而订

立的合同，这是指当事人一方乘对方处于危难或陷于紧迫需求之机，迫使其违背意志而接受不利条件所签订的合同。

4. 因无效代理而无效的经济合同。无效代理分为无权代理和代理人滥用代理权两种。无权代理，是没有法定代理权、未授予委托代理权、代理权终止或超越代理权而进行的代理。滥用代理权有以下几种情形：(1) 代理人以被代理人的名义与自己订立的合同；(2) 代理人以被代理人的名义与自己代理的其他人签订的合同；(3) 代理人与第三人恶意通谋签订的损害被代理人利益的合同。

5. 因合同形式不符合法律规定或者订立合同的手续不完备而无效的经济合同。除即时清结者外，经济合同应采用书面形式，否则，合同无效。凡法律、法规明确规定必须鉴证或公证或登记等才能成立的合同，如未经鉴证或公证或登记，则可导致无效。

## 三、无效经济合同的确认和处理

### (一) 无效经济合同的确认

这是指对经济合同的主体、内容、形式等方面的合法性的审查和判定活动。《经济合同法》第 7 条第 3 款规定："经济合同的无效，由人民法院或者仲裁机构确认。"这就是说，经济合同是否有效，只能由最高人民法院及地方各级人民法院和依法设立的仲裁机关确认。

### (二) 无效经济合同的处理

无效经济合同，从订立起就没有法律约束力。经济合同被确认无效后，合同尚未履行的，不得履行，正在履行的，

应立即终止履行。经济合同被确认部分无效的，其有效部分应当履行。经济合同被确认无效后，应视具体情况，按以下方法处理：

1．返还财产。返还财产是使当事人的财产关系恢复到合同签订以前的状态。如果当事人根据无效经济合同所取得的标的物还存在，则应返还给对方；如果标的物已不存在或者已被第三人合法取得，不能返还时，可用赔偿损失的方法抵偿。

2．赔偿损失。赔偿损失是有过错的一方给对方造成损失时，应当承担的责任。如果双方都有过错，应按照责任的主次、轻重来承担经济损失中与其责任相适应的份额。

3．追缴财产。追缴财产是对当事人故意损害国家利益或社会公共利益的行为所采取的一种惩罚手段，它建立在当事人故意违法的基础上。如果双方都是故意的，应追缴双方已经取得的或约定取得的财产，收归国库；如果一方是故意的，故意的一方应将从对方取得的财产返还对方，非故意的一方已经从对方取得或约定取得的财产应予追缴，收归国库。

## 第八节　涉外经济合同法的特殊规定

### 一、涉外经济合同的概念和种类

涉外经济合同，是指中国的企业法人或者其他经济组织，同外国的企业和其他经济组织或者个人之间订立的经济

合同。

涉外经济合同最基本的特征是必须具有涉外因素。“涉外”不仅是涉及外国，也包括“外地区”。所谓外地区是指与我国大陆法制不同的地区，如港、澳地区等。涉外因素的主要特点是：第一，合同法律关系主体一方必须是外国法人或自然人；第二，合同法律关系的客体在外国、外地区。第三，合同法律关系的内容或某种法律事实发生在外国、外地区。上述涉外因素中，最主要的是主体涉外，这是涉外经济合同的必备要素。

涉外经济合同种类繁多，涉及面广，内容复杂。根据《涉外经济合同法》的规定，以及双方当事人之间权利义务关系的不同，我国涉外经济合同主要包括：国际货物买卖合同、国际技术引进转让合同、对外加工装配合同、补偿贸易合同、国际租赁合同、国际合作生产合同、国际工程承包合同、对外信贷合同、中外合作开采石油资源合同、中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、对外劳务合同等等。但国际海上运输合同、国际航空运输合同、国际铁路运输合同以及国际复式联运合同除外。

## 二、涉外经济合同法的特殊规定

涉外经济合同和国内经济合同的区别主要有以下几个方面：

（一）合同主体的不同

涉外经济合同主体一方是中国企业法人或者其他经济组织，而另一方必须是我国或外地区的企业和其他经济组织或

个人。外国、港澳地区的企业、其他经济组织或个人之间在中国境内订立或者履行的经济合同，也适用于涉外经济合同法。

（二）合同订立方面的不同

1．合同订立的原则不同。涉外经济合同的订立除了要贯彻平等互利、协商一致的原则外，还特别要坚持以下两个原则：（1）尊重国家主权原则。尊重国家主权是发展国际经济合作的前提和基础。我国的任何企业和其他经济组织均不得同外商签订与我国宪法、法律和政策相抵触的合同，不能在合同中出现违背我国法律，有损我国主权的条款。同时，也不能签订损害国家安全、公共秩序、社会风俗、精神文明和社会公共利益方面的合同。（2）遵守国际条约、参照国际惯例的原则。《涉外经济合同法》第6条规定，我国缔结或者参加的与合同有关的国际条约同我国法律有不同规定的，适用国际条约的规定。但是我国声明保留的条款除外。《涉外经济合同法》第5条第3款规定，我国未作规定的，可以适用国际惯例。但参照的国际惯例，也必须是我国政府明示或默示表示同意的，必须是我国法律未作规定的，必须在维护我国社会公共利益和国家主权的前提条件下适用。

2．合同订立的形式不同。涉外经济合同必须采用书面形式。国内经济合同对即时清结的交易可以采用口头形式。

3．合同订立的方式不同。涉外经济合同订立的过程，从国际公认的做法来说，也是通过一方提出要约，另一方对要约表示承诺来实现的。但涉外经济合同除了合同双方当事人经过反复协商，就合同条款以书面形式达成协议并签字，

合同即为成立的方式外，还有两种方式：(1) 确认成立。对于函电成交的方式，交易双方除事先以电报、电信等方式确定主要条款外，还应签订确认书。因此，《涉外经济合同法》规定，一方当事人要求签订确认书的，签订确认书时，合同方为成立。(2) 批准成立。《涉外经济合同法》规定，凡按照中国法律、行政法规的规定应当由国家批准的合同，必须报经我国有关主管机关审核批准后，合同方为成立。此外，这类合同的转让和重大变更也必须报经原批准机关批准后方为有效。

(三) 合同内容上的不同

涉外经济合同一般应具备以下条款：(1) 合同当事人的名称或者姓名、国籍、主营业所或者住所；(2) 合同签订的日期、地点；(3) 合同的类型和合同标的的种类、范围；(4) 合同标的的技术条件、质量、标准、规格、数量；(5) 履行的期限、地点和方式；(6) 价格条件、支付金额、支付方式和各种附带的费用；(7) 合同能否转让或者合同转让的条件；(8) 违反合同的赔偿和其他责任；(9) 合同发生争议时的解决方法；(10) 合同使用的文字及其效力。以上这十项内容是涉外经济合同一般应当具备而不是必须具备的条款。而国内经济合同依据《经济合同法》第 12 条规定应当具备的五项主要条款，则是所有经济合同都必须具备的条款。当然，在涉外经济合同中，合同的标的、数量和质量、价款或酬金、履行的期限、地点和方式、违反合同的责任和解决争议的方法等实际上也是必须具备的条款，如果缺少这些条款，合同将很难执行甚至导致合同不成立。

（四）合同履行方面的不同

1．计价和支付手段不同。涉外经济合同既可以用人民币计价和支付，也可以用外币计价和支付；而国内经济合同除法律另有规定外，必须用人民币计价支付。

2．违约金的规定不同。（1）涉外经济合同中没有法定违约金，只有约定违约金，违约金的数额根据双方当事人的约定确定；而国内经济合同既有约定违约金，也有法定违约金，并且约定违约金必须服从法定违约金。（2）涉外经济合同的违约金主要具有补偿性；而国内经济合同的违约金既有补偿性，也有惩罚性。涉外经济合同中的违约金数额以损失大体相符为标准；而国内经济合同的违约金，即使违约行为没有给对方造成损失，违约方也要支付违约金，这是对违约行为的处罚。（3）国内经济合同法规定，违约责任确定之后十日内，违约方即应支付违约金，而涉外经济合同法没有这方面的规定，原则上由当事人双方约定。

3．中止、转让及终止合同的不同。《涉外经济合同法》第17条规定“当事人一方有另一方不能履行合同的确切证据时，可以暂时中止履行合同，但应当立即通知另一方”。而国内经济合同法没有这方面的规定。暂时中止履行，是涉外经济合同的一个特殊的方式，是为了避免扩大损失而允许采用的“单方暂时中止履行合同”的特殊措施，但采取这一措施必须符合下列条件：（1）必须有另一方不能履行合同的确切证据；（2）必须立即通知另一方，以便对方及时提供担保；（3）中止履行合同，一般应限于合同未约定担保的情况下实行，另一方当事人对履行合同提供了充分的保证时，则

不应中止履行合同。没有另一方当事人不能履行合同的确切证据，而中止履行合同的，应当负违反合同的责任。

《经济合同法》对合同的转让未作规定，而《涉外经济合同法》对此规定为“当事人一方将合同的权利和义务的全部或者部分转让给第三者的，应当取得另一方的同意”、“中华人民共和国法律、行政法规规定应当由国家批准成立的合同，其权利和义务的转让，应当经原批准机关批准。但是，已批准的合同中另有约定的除外”。《经济合同法》对合同的终止也未作规定，而《涉外经济合同法》对此规定为，合同已按约定条件得到履行，以及仲裁机构裁决或法院判决或双方协商同意终止合同，合同即告终止。

（五）仲裁及诉讼时效的不同

《涉外经济合同法》规定“货物买卖合同争议提起诉讼或者仲裁的期限为4年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵犯之日起计算；其他合同争议提起诉讼或者仲裁的期限由法律另行规定”。而《经济合同法》和《民法通则》规定仲裁或诉讼的时效一般为2年。

## 第九节 经济合同纠纷的解决

依据我国法律和实践，经济合同纠纷的解决方式主要有以下几种：第一，当事人互相协商；第二，进行行政调解；第三，提交仲裁机构解决；第四，诉讼解决。我国法律对以仲裁或诉讼方式解决经济纠纷作了较为严格的规定。

## 一、经济合同纠纷的仲裁

（一）仲裁的概念和机构

经济合同仲裁，指在经济合同发生纠纷，当事人自行协商不成时，经济合同仲裁机构根据双方当事人的约定或事后达成的书面仲裁协议，依法作出具有约束力裁决的一种活动。

依据我国《仲裁法》的规定，我国的仲裁机构是直辖市和省、自治区人民政府所在地市以及其他设区的市的人民政府组织有关部门和商会统一组建的仲裁委员会。仲裁委员会独立于行政机关，与行政机关没有隶属关系，仲裁委员会之间也没有隶属关系。中国仲裁协会是社会团体法人，是仲裁委员会的自律性组织。

（二）申请仲裁的条件和仲裁裁决的效力

申请仲裁应具备如下条件：（1）有仲裁协议。即在合同中规定有约定仲裁条款，或有事后达成的书面仲裁协议。当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，没有仲裁协议，一方申请仲裁，仲裁委员会不予受理；（2）有具体的仲裁请求和所根据的事实、理由；（3）属于仲裁委员会受理范围。即属于合同纠纷和其他财产权益纠纷，可以仲裁。而婚姻、收养、监护、继承纠纷以及依法应由行政机关处理的行政争议，则不属仲裁范围。（4）受理仲裁的仲裁机构有管辖权。

我国以仲裁方式解决经济纠纷曾经实行过一裁两审制，即仲裁和法院的一审、二审。当事人一方或双方对仲裁不服

的，可以在收到仲裁决定书15日内，向人民法院起诉。仲裁机构在解决合同纠纷时，没有最后的决定权。而修订后的《经济合同法》和颁布的《仲裁法》则规定了一裁终局制，即仲裁机构的裁决一经作出，当事人应当履行，当事人一方在规定的期限内不履行仲裁裁决的另一方可以申请人民法院强制执行。

## 二、经济合同纠纷的诉讼

（一）经济合同纠纷的诉讼的概念

经济合同纠纷的诉讼是指经济合同发生纠纷，当事人不能通过协商解决争议，因而在人民法院起诉、应诉，请求人民法院通过审判程序解决纠纷的活动。

（二）起诉的条件

原告起诉除了要具备《民事诉讼法》规定的有关条件外，还要具备以下条件：(1) 受理的法院要有管辖权；(2) 当事人没有事先或事后约定由仲裁机构解决合同纠纷。当事人达成仲裁协议，一方向法院起诉未声明有仲裁协议，法院受理后，另一方在首次开庭前提交仲裁协议的，法院应当驳回起诉；另一方在首次开庭前未对法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，法院应当继续受理；(3) 法院的判决、裁定已生效的，当事人以同一事实同一诉讼标的再行起诉的，法院不予受理。

（三）诉讼的程序及法院判决、裁定的效力

我国人民法院办案实行两审终审制。经济合同纠纷的诉讼一般包括一审程序、二审程序、执行程序三个阶段。不经

过一审，不能进入二审程序，但并非每一案件必须经过这三个阶段。如一审判决、裁定作出后，当事人不上诉或在法定期限内未上诉以及一审经过调解结案，则不发生二审程序，一审判决、裁定即发生法律效力。当事人不服一审判决、裁定而上诉，则进入二审程序。二审为终审，二审的判决、裁定即发生法律效力，当事人不能就同一案件再行起诉。当事人不履行发生效力的判决、裁定，另一方当事人可以向法院申请强制执行。当事人对生效的判决、裁定仍不服的，可在两年内申请再审，但不影响判决、裁定的执行。

### 三、仲裁及诉讼的时效

《经济合同法》规定，经济合同争议申请仲裁的期限为两年，自当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

《民法通则》规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效为2年。但出售质量不合格商品未声明的；延付或拒付租金的；寄存货物被丢失或损坏的；诉讼时效为1年。诉讼时效从知道或应当知道权利被侵害之日起计算。从权利被侵害之日起超过20年的，人民法院不予保护，但有特殊情况的可以延长诉讼时效期间。超过诉讼时效期间，当事人自愿履行的不受时效限制。

## 复习思考题

1. 什么是经济合同？它具有哪些基本特征？

2. 经济合同的主要种类有哪些?

3. 如何确认订立经济合同当事人的合法资格?

4. 代理人代订经济合同的基本要求有哪些?

5. 订立经济合同应遵循哪些基本原则?

6. 订立经济合同要经过哪些阶段?

7. 经济合同的形式有哪些?说明它们的适用范围。

8. 经济合同的主要内容包括哪些方面?

9. 履行经济合同应遵循哪些基本原则?应注意哪些问题?

10. 什么是经济合同的担保?经济合同有哪几种担保形式?

11. 采用不同的形式对经济合同进行担保,应相应注意哪些问题?

12. 什么是经济合同的变更和解除?变更和解除经济合同的条件有哪些?

13. 因变更或解除经济合同造成损失,如何确认承担赔偿责任人?

14. 什么是违反经济合同的责任?如何确认违反经济合同的责任?

15. 如何承担违反经济合同的责任?免除违约责任的条件有哪些?

16. 什么是无效经济合同?无效经济合同包括哪几种?

17. 对无效经济合同应如何处理?

18. 什么是涉外经济合同?法律对涉外经济合同作了哪些特殊规定?

19．什么是经济合同纠纷的仲裁？申请仲裁的条件有哪些？

20．什么是经济合同纠纷的诉讼？起诉的条件有哪些？

21．有关法律对仲裁裁决和法院判决、裁定的效力以及仲裁和诉讼的时效作了哪些规定？

# 第十章 外汇管理法律制度

## 第一节 外汇及外汇管理概述

### 一、外汇的概念

外汇是指可以用作国际清偿的支付手段和资产。根据我国《外汇管理条例》的规定，我国的外汇包括外国货币、外汇支付凭证、外币有价证券、特别提款权、欧洲货币单位以及其他外汇资产。

外国货币包括外国的纸币和铸币。外币支付凭证包括票据、银行存款凭证和邮政储蓄凭证等。外币有价证券包括政府债券、公司债券和股票等。特别提款权是国际货币基金组织创设的一种用于会员国之间结算国际收支逆差的储备资产，在1969年初创时以黄金表示，1特别提款权相当于0.888671克纯金，与当时的美元等值。1981年改由美元、马克、日元、英镑和法国法郎等五国货币记值。欧洲货币单位是由欧洲货币体系成员国的货币构成的综合货币单位。欧洲货币单位的币值以每个成员国的货币在欧洲共同体内部贸易和国民生产总值所占的比重，分别确定其在欧洲货币单位中的权数，并用加权平均法计算得出。欧洲货币单位以各个

成员国缴纳本国20%的黄金储备和20%的外汇组成的“欧洲货币合作基金”为储备，向各成员国发行，从1999年1月1日起，欧洲货币单位以1:1的兑换汇率全部自动转换为欧元（EUR）。其他外汇资产指上述以外的可用作国际清偿的支付手段和资产，如黄金、旅行支票等。

根据各国货币在国际清偿中的不同特点，外汇又分为自由外汇与记账外汇。自由外汇是指不需批准就可以在国际货币市场上自由兑换、自由转让的外币和支付凭证。记账外汇是指不经发行国批准就不能自由兑换成其他国货币或对第三者支付的外汇。

## 二、外汇管理概述

### （一）外汇管理的概念

外汇管理又称外汇管制，是指一个国家为保持本国的国际收支平衡，对外汇的买卖、借贷、转让、收支、国际清偿、外汇汇率和外汇市场实行一定的限制措施的管理制度。外汇管制起始于本世纪初，其目的在于保持本国的国际收支平衡，限制资本外流，防止外汇投机，促进本国的经济发展。

我国从建国以来一直实行外汇管制，从建国初起制定了一系列的外汇管理办法，1980年12月18日国务院制定发布了《中华人民共和国外汇管理暂行条例》，标志着我国的外汇管理制度进入了一个新的阶段。当时制定外汇管理暂行条例的目的，在于加强外汇管理，增加国家外汇收入，节约外汇支出，有利于促进国民经济的发展，并维护国家权益。

随后，国家外汇管理部门又制定发布了一系列的外汇管理实施细则，如《对外汇、贵金属和外汇票证等进出国境的管理施行细则》、《对外国驻华机构及其人员的外汇管理施行细则》、《对个人的外汇管理施行细则》，1985 年经国务院批准国家外汇管理局发布了《违反外汇管理处罚施行细则》等规定，先后实行了高度集中的统收统支的外汇管理制度、外汇留成和外汇调剂制度。这些规定对加强我国的外汇管理，促进对外开放起了积极的作用。随着改革开放和我国经济的不断发展，我国的外汇管制也发生变化。1993 年底，经国务院决定，中国人民银行发布了《关于进一步改革外汇管理体制的公告》，决定从 1994 年 1 月 1 日开始，对经常性项目外汇实行银行结售汇制，取消外汇留成，实行银行售汇制，允许人民币在经常项目下有条件可兑换，建立银行间外汇市场，改进外汇形成机制，保持合理及相对稳定的人民币汇率等新的外汇管理制度。1996 年 1 月 29 日国务院制定发布了《中华人民共和国外汇管理条例》，并在 1997 年 1 月 14 日作了修正。新的《外汇管理条例》明确规定，国家对经常性国际支付和转移不予限制，在中华人民共和国境内，禁止外币流通，并不得以外币计价结算，条例共分七章 55 条，对我国的外汇管理作了全面的规定。新的《外汇管理条例》的发布，标志着我国的外汇管理又进入了一个新的时期。

（二）国际收支统计申报制度

我国《外汇管理条例》第 6 条规定："国家实行国际收支统计申报制度。凡有国际收支活动的单位和个人，必须进行国际收支申报"。在《外汇管理条例》发布之前，经国务

院批准，中国人民银行发布了《国际收支统计申报办法》，随后，国家外汇管理局又发布了《国际收支统计申报办法实施细则》，对我国的国际收支统计申报活动作了详细的规定。

国际收支是指一个国家或一个地区在某一特定时期内发生的全部对外收入和支出的总和。收支相等称为国际收支平衡，否则为不平衡。收入总额大于支出总额称为国际收支顺差，或国际收支盈余；支出总额大于收入总额称为国际收支逆差。这里讲的全部对外收入和支出不仅仅是指货币的收和支，而是包含了全部对外经济交易的总和。全部对外经济交易包括货物、服务与货物、服务的交易（如易货贸易）；金融资产与金融资产的交易；无偿转让（即单方面转移）与货物、服务的交易；货物、服务与金融资产的交易；无偿转让（即单方面转移）与金融资产的交易。国际收支统计申报是指各对外经济交易行为主体按照规定向有关机关据实报告经济交易内容的活动。国际收支统计能反映出一国在一定时期内对外经济交往的全貌以及在某一时点上全部对外资产和负债的总量，对一国外汇政策的制定、本币与外币政策的协调以及整个宏观经济决策具有重要作用。

根据《国际收支统计申报办法》及其“实施细则”的规定，凡是中国居民与非中国居民之间发生的一切经济交易，都应当向国家外汇管理机关进行申报。这里讲的中国居民是指：

（1）在中国境内居留1年以上的自然人，但外国及我国香港、澳门、台湾地区在我国境内的留学生、就医人员、外国驻华使馆外籍工作人员及其家属除外；

(2) 中国短期出国人员（在境外居留时间不满1年）、在境外留学人员、就医人员及中国驻外使馆工作人员及家属；

(3) 在中国境内依法成立的企业法人和事业法人（含外商投资企业及外资金融机构）及境外法人的驻华机构（不含国际组织驻华机构、外国驻华使领馆）；

(4) 中国国家机关（包括中国驻外使领馆）、团体、部队。

国际收支统计申报实行交易主体申报的原则，采取间接申报与直接申报、逐笔申报与定期申报相结合的办法。中国居民通过境内金融机构与非中国居民进行交易的，均须在办理业务时通过金融机构向国家外汇管理局或其分支局逐笔申报交易内容。在中国境内的外商投资企业、在境外有直接投资的企业及其他有对外资产或者负债的非金融机构，必须直接向国家外汇管理局或其分支局申报其对外资产负债及其变动情况和相应的利润、股息、利息收支情况。中国境内的证券登记机构以及通过境内交易所进行自营或代理客户进行对外证券交易的证券交易商，均须通过证券交易所按照《证券投资申报表》的要求向国家外汇管理局申报其自营以及其代理客户的对外证券交易及相应的收支情况。中国境内的各类证券登记机构，须按照《证券投资申报表》的要求，通过境内证券交易所向外汇管理局申报其客户对非居民的分红派息情况。中国境内的证券交易所必须向外汇管理局传递境内证券登记机构及证券交易商申报的信息。中国境内进行自营或者代理境内客户进行对外离岸证券交易的证券交易商，须按

照《离岸证券投资申报表》的要求直接向外汇管理局申报其自营及其代理客户的离岸证券交易和相应的收支和分红派息情况。中国境内的交易商以期货、期权等方式进行交易的，须进行申报，其中中国境内通过境内交易所或交易中心以期货、期权等方式进行自营或代理客户进行对外交易的交易商，须按照《期货、期权交易申报表》的要求通过交易所或交易中心向外汇管理局申报其自营及其代理客户的交易以及相应的收支情况。中国境内的交易所或交易中心须向外汇管理局传送交易商申报的信息；中国境内不通过境内交易所（或交易中心）以期货、期权等方式进行自营或代理境内客户进行对外交易的交易商，须按照《离岸期货、期权交易申报表》的要求向外汇管理局申报其自营及其代理客户的交易以及相应的收支情况。中国境内直接从事各类国际金融业务的金融机构，须按照《金融机构对外资产负债申报表》的要求，直接向国家外汇管理局或其分支局申报自营对外业务情况，包括其对外资产负债及变动情况，相应的利润、利息收支情况，以及对外金融服务收支和其他收支情况，并应履行与中国居民通过其进行国际收支统计申报活动有关的义务。凡在中国境外开有账户的中国非金融机构，须按照《境外账户收支申报表》的要求，直接向国家外汇管理局或其分支局申报其通过境外账户与非中国居民发生的交易及账户余额。

由于国际收支统计数据属于申报人的商业秘密，《国际收支统计申报办法》还特别规定，国家外汇管理局及其分支局应当对申报者申报的具体数据严格保密，只将其用于国际收支统计。除法律另有规定外，国际收支统计人员不得以任

何形式向任何机构和个人提供申报者申报的具体数据。

## 三、我国《外汇管理条例》的适用范围

根据我国《外汇管理条例》的规定，境内机构、个人、驻华机构、来华人员的外汇收支或者经营活动，都属《外汇管理条例》的调整范围。但保税区、边境贸易和边民互市的外汇管理由国家外汇管理局根据《外汇管理条例》的原则另行制定。从主体来看，包括境内机构、个人、驻华机构、来华人员。从行为上看是外汇收支或者经营活动。从地域上看，其原则适用于中华人民共和国全国。其具体规定不适用于保税区、边境贸易和边民互市的外汇管理。

境内机构是指在中华人民共和国境内的企业事业单位、国家机关、社会团体、部队等，包括外商投资企业。这里讲的个人是指中国公民和在中华人民共和国境内居住满1年的外国人。驻华机构是指外国驻华外交机构、领事机构、国际组织驻华代表机构、外国驻华商务机构和国外民间组织驻华业务机构等。来华人员是指驻华机构的常驻人员、短期入境的外国人、应聘在中国境内机构工作的外国人以及外国留学生等。

外汇收支是指经常项目的外汇收支和资本项目的外汇收支。经营活动是指金融机构经营外汇业务的活动和其他机构进行的外汇买卖、存贷、流通等活动。

保税区是我国借鉴国际上自由贸易区和出口加工区的经验，在一些外运港口设立的区域，其基本功能是保税仓库、国际贸易转口和出口加工。对从境外进入保税区的货物，除

国家禁止和限制进出口的货物外，都可以与国际市场自由流通，在区内企业间可以自由流通，对进入保税区的为生产出口产品而进口的原材料以及仓储货物不征税，这些货物加工复出口或转口复出口也不征税，但进入非保税区则须办理进口手续，照章纳税。保税区是国内同国际市场的联接点，有利于我国同世界各国的经济贸易交往。从1990年6月，国务院批准设立我国第一个保税区上海外高桥保税区始，到现在已批准有13个保税区。这13个保税区是：上海外高桥、天津、深圳福田、沙头角、大连、广州、张家港、海口、厦门、福州、宁波、青岛和汕头。由于保税区是一个非常特殊的经济区域，在外汇管理上应有一些特殊的政策。边境贸易和边民互市是指我国与相邻国家在边境地区间进行的地区贸易和边民互市贸易。由于边境贸易和边民互市贸易具有以易货贸易为主、以现钞结算为主等特点，在外汇管理上也应有一些特殊的政策。在1995年12月19日，国家外汇管理局发布了新的《保税区外汇管理办法》，该“办法”共39条，对保税区的外汇管理作了特殊的规定。

## 第二节　经常项目外汇管理

### 一、对境内机构的外汇管理

（一）境内机构的经常项目外汇收入管理。

1. 经常项目。根据国际货币基金组织《国际收支手册》的要求，结合我国实际情况，我国的外汇收支分为经常项目

外汇和资本项目外汇。根据《外汇管理条例》，以及国家外汇管理局《关于〈结汇、售汇及付汇管理规定〉中有关问题的解释和说明》的解释，经常项目是指国际收支中经常发生的交易项目。经常项目外汇收支包括贸易收支、劳务收支和单方面转移等。

贸易收支是一国出口商品所得收入和进口商品的外汇支出的总称。劳务收支是指对外提供劳务或接收劳务而引起的货币收支，包括：(1) 海陆空运输的旅客、货物，对外提供或接受的通讯，对外提供港口码头；(2) 旅游收支，包括本国人到外国或外国人到本国旅游观光的交通费、食宿费、门票费、纪念品费等一切旅游收支；(3) 金融机构对外服务的手续费、利息、保险费；(4) 对国外直接投资与间接投资的股息利润、利息；(5) 外交官的生活费支出、办公费、邮电费和广告费等。

单方面转移是指一国对外单方面的无对等的无偿的支付。分为私人单方面转移和政府单方面转移两类。私人单方面转移是指侨民汇款、年金、个人或团体赠与；政府单方面转移是指政府之间的相互援助及政府赠与收支。

经常性外汇收入包括下列各项：①出口或先支后收转口货物及其他交易行为收入的外汇；②境外贷款项下国际招标中标收入的外汇；③海关监管下境内经营免税商品收入的外汇；④交通运输（包括各种运输方式）及港口（包括海港、空港）、邮电（不包括国际汇兑款）、旅游、广告、咨询、展览、寄售、维修等行业及各类代理业务提供商品或服务收入的外汇；⑤行政、司法机关收入的各项外汇规费、罚没款

等；⑥土地使用权、著作权、商标权、专利权、非专利技术、商誉等无形资产转让收入的外汇；⑦出租房地产及其他资产收入的外汇；⑧境外投资企业汇回的外汇利润、对外经援项下收回的外汇和境外资产的外汇收入；⑨对外索赔收入的外汇、退回的外汇保证金等；⑩保险机构受理外汇保险所得外汇收入；⑪取得《经营外汇业务许可证》的金融机构经营外汇业务的收入；⑫经营境外承包工程、向境外提供劳务、技术合作及其他服务业务的公司，在上述业务项目进行过程中收到的业务往来外汇；⑬经批准经营代理进口业务的外（工）贸公司，从事外轮代理、船务代理、国际货运代理、船舶燃料代理、商标代理、专利代理、版权代理、广告代理、船检、商检代理业务的机构代收待付的外汇；⑭境内机构暂收待付或暂收待付项下的外汇，包括境外汇入的投标保证金、履约保证金、先收后支的转口贸易收汇、邮电部门办理国际汇兑业务的外汇汇兑款、一类旅行社收取的国外旅游机构预付的外汇、铁路部门办理境外保价运输业务收取的外汇、海关收取的外汇保证金、抵押金等；⑮经交通部批准，从事国际海洋运输业务的远洋运输公司，经外经贸部批准从事国际货运的外运公司和租船公司在境内外经营业务所收入的外汇；⑯捐赠协议规定用于境外支付的捐赠外汇；⑰外国驻华使领馆、国际组织及其他境外法人驻华机构的外汇；⑱居民个人及来华人员个人的外汇。

经常项目外汇支出具体包括：①贸易进口支付；②进口项下的预付货款支付；③出口项下的佣金（回扣）；④进出口项下的运输费、保险费；⑤进口项下的尾款；⑥进出口项

下的资料费、技术费、信息费等从属费用；⑦从保税区购买商品以及购买国外入境展览展品的用汇；⑧专利权、著作权、商标、计算机软件等无形资产的进口；⑨出口项下对外退赔外汇；⑩境外承包工程所需的投标保证金；⑪民航、海运、铁道部门（机构）支付境外国际联运费、设备维修费、站场港口使用费、燃料供应费、保险费、非融资性租赁费及其他服务费用；⑫民航、海运、铁道部门（机构）支付国际营运人员伙食、津贴补助；⑬邮电部门支付国际邮政、电信业务费用；⑭转口贸易项下先支后收发生的对外支付；⑮偿还外债利息和外债转贷款利息；⑯财政预算内的机关、事业单位和社会团体的非贸易非经营性用汇；⑰在境外举办展览、招商、培训及拍摄影视片等用汇；⑱对外宣传费、对外援助费、对外捐赠外汇、国际组织会费、参加国际会议的注册费、报名费；⑲在境外设立代表处或办事机构的开办费和经费；⑳国家教委国外考试协调中心支付境外的考试费；㉑企业的出国费用；㉒个人因私用汇，具体包括：出境探亲、会亲、定居、旅游和自费留学、朝觐的用汇，自费出境参加国际学术会议、作学术报告、被聘任教等，对方不提供旅途零用费的用汇；缴纳国际学术团体组织会员费的用汇；从境外邮购少量药品、医疗器具等特殊用汇；出境定居后，因生病或其他事故的用汇；出境定居后，需将离休金、离职金、退休金、抚恤金、人民币存款利息、房产出租收入的租金及其他资产收益汇出境外的用汇；出境定居后，无工资收入的境内居民需兑换外汇的用汇；未满十四周岁儿童出国定居的用汇；个人因私用汇；㉓境内机构支付境外的股息；㉔外商

投资企业利润、红利的汇出；㉕外商投资企业外籍员工的工资及其他合法收入汇出；㉖驻华机构及来华人员的合法人民币收入汇出境外；㉗驻华机构及来华人员由外国或者港澳等地区携入或者在中国境内购买的自用物品、设备、用具等，出售后所得合法人民币款项的汇出。

2. 银行结汇制。我国对经常项目下的外汇收入实行银行结汇制。境内机构的经常项目外汇收入必须汇回国内，并按照国家关于结汇、售汇及付汇管理的规定卖给外汇指定银行，或者经批准在外汇指定银行开立外汇账户。经常项目的外汇收入是我国外汇收入的主要来源，它直接关系到我国的国际收支平衡，关系到我国与外国的贸易交往。将其调回国内，纳入国家的监控之下，有利于保持我国的国际收支平衡，进而促进我国国民经济和社会发展。有些符合国家规定的经常项目外汇收入，经过批准后，可存放在国外。

根据国家《结汇、售汇及付汇管理规定》的规定，境内机构经常项目下的外汇收入应按规定卖给外汇指定银行或在外汇指定银行开立外汇账户。关于经常项目下的外汇收入，我们在前面已经谈到，其中应当结汇的包括前述第①至⑪项，以及国外捐赠、资助及援助的外汇和国家外汇管理局规定的其他应当结汇的外汇；其中可向国家外汇管理局及其分支局申请，在经营外汇业务的银行开立外汇账户，并按规定办理结汇的包括前述第⑫至第⑮项；捐赠、资助及援助合同规定用于境外支付的外汇、外国驻华使领馆、国际组织及其他境外法人驻华机构的外汇、居民个人及来华人员的外汇可以保留。外商投资企业经常项目下外汇收入可在外汇管理局

核定的最高金额以内保留外，其超出的部分应当卖给外汇指定银行，或者通过外汇调剂中心卖出。这里讲的外汇指定银行是指经国家外汇管理局批准经营结汇和售汇业务的银行。包括：中国工商银行、中国银行、中国农业银行、中国建设银行、交通银行、中信实业银行、光大银行、华夏银行、广东发展银行、福建兴业银行、招商银行、深圳发展银行、浦东发展银行、中国投资银行、民生银行、海南发展银行及其授权的分支机构、外资银行、中外合资银行和外国银行分行。

为了进一步加快国有企业改革，实行中外资企业同等待遇，为企业创造更为宽松的经营环境，完善外汇市场运作和人民币汇率形成机制，1997 年 10 月，经国务院批准，中国人民银行发布了《关于允许中资企业保留一定限额外汇收入的公告》，对银行结汇制作了一些改动。根据公告的规定，一些进口业务量较大，财务和经营状况较好的中资企业可保留一定限额的外汇收入。具体条件是：有进出口经营权的外经贸公司年进出口总额在等值 3000 万美元以上，注册资本 1000 万元人民币以上；有进出口经营权的生产型企业年进出口总额在等值 1000 万美元以上、注册资本 3000 万元人民币以上；该外经贸公司或生产型企业是在工商行政管理部门注册登记的法人；企业财务状况良好。对于目前尚不符合上述条件的中资企业，仍按《结汇、售汇及付汇管理规定》执行，其经常项目下的外汇收入除经批准可以保留以外，必须卖给外汇指定银行，用汇时凭有效凭证和商业单据到银行购汇支付。符合保留一定外汇限额条件的中资企业，可以到所

在地国家外汇管理局及其分支局领取并填写“外汇结算账户核定限额申请表”及“开立外汇账户批准书”，外汇管理局根据企业提交的上年末资产负债表、报告和上年进出口额等有关材料，核定其外汇结算账户可保留外汇的最高额度。企业凭外汇管理局核发的“开立外汇账户批准书”，到所在地外汇指定银行开立外汇结算账户。允许保留外汇的最高限额为年进出口额的15%，外汇结算账户余额不得超过核定的最高限额，超过部分必须结汇。

（二）境内机构的经常项目用汇管理

境内机构的经常项目用汇，可按国家关于结汇、售汇及付汇管理的规定，持有效凭证和商业单据向外汇指定银行购汇支付。

1. 经营性对外支付用汇管理。境内机构的经营性对外支付用汇分直接支付或兑付、先支付或兑付后核查和经审核后才予支付或兑付三种情况。

（1）境内机构下列贸易及非贸易经营性对外支付用汇，持与支付方式相应的有效商业单据和所列有效凭证从其外汇账户中支付或者到外汇指定银行兑付：

①用跟单信用证/保函方式结算的贸易进口，如需在开证时购汇，持进口合同、进口付汇核销单、开证申请书；如需在付汇时购汇，还应当提供信用证结算方式要求的有效商业单据。核销时必须凭正本进口货物报关单办理；

②用跟单托收方式结算的贸易进口，持进口合同、进口付汇核销单、进口付汇通知书及跟单托收结算方式要求的有效商业单据。核销时必须凭正本进口货物报关单办理；

③用汇款方式结算的贸易进口，持进口合同、进口付汇核销单、发票、正本进口货物报关单、正本运输单据，若提单上的“提货人”和报关单上的“经营单位”与进口合同中列明的买方名称不一致，还应当提供两者间的代理协议；

④进口项下不超过合同总金额的15%或者虽超过15%但未超过等值10万美元的预付货款，持进口合同、进口付汇核销单；

上述第①至第④项下进口，实行进口配额管理或者特定产品进口管理的货物，还应当提供有关部门签发的许可证或者进口证明；进口实行自动登记制的货物，还应当提供填好的登记表格。

⑤进口项下的运输费、保险费，持进口合同、正本运输费收据和保险费收据；

⑥出口项下不超过合同总金额2%的暗佣（暗扣）和5%的明佣（明扣）或者虽超过上述比例但未超过等值1万美元的佣金，持出口合同或者佣金协议、结汇水单或者收账通知；出口项下的运输费、保险费，持出口合同、正本运输费收据和保险费收据；

⑦进口项下的尾款，持进口合同、进口付汇核销单、验货合格证明；

⑧进出口项下的资料费、技术费、信息费等从属费用，持进口合同或者出口合同、进口付汇核销单或者出口收汇核销单、发票或者收费单据及进口或者出口单位负责人签字的说明书；

⑨从保税区购买商品以及购买国外入境展览展品的用

汇，持上述第①至第⑧项规定的有效凭证和有效商业单据；

⑩专利权、著作权、商标、计算机软件等无形资产的进口，持进口合同或者协议；

⑪出口项下对外退赔外汇，持结汇水单或者收账通知、索赔协议、理赔证明和已冲减出口收汇核销的证明；

⑫境外承包工程所需的投标保证金持投标文件，履约保证金及垫付工程款项持合同。

（2）境内机构下列贸易及非贸易经营性对外支付，经营外汇业务的银行凭用户提供的支付清单先从其外汇账户中支付或者兑付，事后核查：

①经国务院批准的免税品公司按照规定范围经营免税商品的进口支付；

②民航、海运、铁道部门（机构）支付境外国际联运费、设备维修费、站场港口使用费、燃料供应费、保险费、非融资性租赁费及其他服务费用；

③民航、海运、铁道部门（机构）支付国际营运人员伙食、津贴补助；

④邮电部门支付国际邮政、电信业务费用。

（3）境内机构下列对外支付用汇，由国家外汇管理局审核其真实性后，从其外汇账户中支付或者到外汇指定银行兑付：

①进口项下超过合同总金额的15%或超过等值10万美元的预付货款；

②出口项下超过合同总金额2%的暗佣（暗扣）和5%的明佣（明扣）或者超过等值1万美元佣金的；

③转口贸易项下先支后收的对外支付；

④偿还外债利息；

⑤超过等值1万美元的现钞提取。

境内机构偿还境内中资金融机构外汇贷款利息，持《外汇（转）贷款登记证》、借贷合同及债权人的付息通知单，从其外汇账户中支付或者到外汇指定银行兑付。

2. 非经营性对外支付用汇管理。境内机构非经营性对外支付用汇管理分两种情况：

（1）属于预算内的机关、事业单位和社会团体非贸易非经营性用汇实行人民币预算限额控制购汇。购汇人民币限额由财政部门统一核定，由中国银行（含其分支机构）根据财政部门核定的购汇人民币限额为用汇单位建账立户并监督执行，年终账户余额由银行自动注销。预算内的非贸易非经营性用汇项目包括如下几种：

①公费出国留学、进修人员用汇；

②向国际组织缴纳会费、股金与基金用汇；

③对外援助、国际救济与捐款用汇；

④机关、驻外使领馆、事业单位及社会团体在境外设立代表处或办事机构的开办费和经费用汇；

⑤聘请外国专家用汇；

⑥因公临时出国访问、考察、办展览、学习、培训、出席国际会议等用汇；

⑦境外朝觐用汇；

⑧对外宣传费等用汇；

⑨经批准的其他人民币预算内用汇。

（2）预算外的境内机构非经营性用汇，须持有效凭证从其外汇账户中支付或者到外汇指定银行兑付。主要包括如下几种：

①在境外举办展览、招商、培训及拍摄影视片等用汇，持合同、境外机构的支付通知书及主管部门批准文件；

②对外宣传费、对外援助费、对外捐赠用汇，国际组织会费、参加国际会议的注册费、报名费，持主管部门的批准文件及有关函件；

③在境外设立代表处或办事机构的开办费和年度预算经费，持主管部门批准设立该机构的批准文件和经费预算书；

④国家教育部国外考试协调机构支付境外的考试费，持对外合同和国外考试机构的账单或者结算通知书；

⑤在境外办理商标、版权注册、申请专利和法律、咨询服务等所需费用，持合同和发票；

⑥因公出国费用，持国家授权部门出国任务批件；

⑦其他非经营性用汇。

（三）境内机构外汇收支的核销管理

境内机构的出口收汇和进口付汇，应当按照国家关于出口收汇核销管理和进口付汇核销管理的规定办理核销手续。国家外汇管理局先后制定有《出口收汇核销管理办法》及实施细则，《进口付汇核销管理暂行办法》和《进口付汇核销操作规程》等规定，规定凡是出口货物的，在每笔货物出口申报时要进行登记，收汇后再逐笔按号核销；在进口货物，以外汇向境外支付货款等费用时，也要逐笔按号核销。

## 二、个人的外汇管理

（一）对个人外汇收入的管理

我国对个人的外汇收入管理经历了一个由紧到松的过程。在1980年以前，我国实行高度集中的外汇管理体制，个人的一切外汇收入都必须卖给国家。80年代开始后，我国开始允许个人持有外汇，但个人保留的外汇只许存入中国银行。1994年外汇管理体制改革后进一步放宽了对个人外汇的限制。根据《外汇管理条例》及有关规定，属于个人所有的外汇，可以自行持有，也可以存入银行或者卖给外汇指定银行。个人的外汇储蓄存款，实行存款自愿、取款自由、存款有息、为储户保密的原则。

（二）对个人用汇的管理

1．个人因私出境用汇，在规定限额内购汇，超过规定限额的，可以向外汇管理机关申请。个人因私出境如出境探亲、留学、定居等，需要用外汇的，凭有关出境批件，向中国银行按当天挂牌汇率购汇。

（1）个人因私兑换外汇的标准，其限额依出境活动的不同而不同。根据《境内居民因私兑换外汇办法》规定：

①出境探亲、会亲（含出境旅游）兑换外汇的标准为：去香港、澳门地区的，可兑换500美元的等值外汇；去香港、澳门地区以外的国家或者地区（含台湾）可兑换1000美元等值外汇。根据国家外汇管理局的决定，1997年10月起，个人因私去香港、澳门地区的，可兑换1000美元的等值外汇；去香港、澳门地区以外的国家或者地区（包括台

湾）的，可兑换2000美元的等值外汇。

②境内居民出境定居兑换外汇的标准为：离休金、退休金、离职金、退职金、抚恤金可全部兑换外汇，其中离职金不足1000美元的，可一次性兑换1000美元等值外汇；在境外定居后，其离休金、退休金、退职金、抚恤金每半年合并后，可凭境外定居证明和有效的生存证明全部兑换外汇；无工资收入的境内居民可一次性兑换1000美元等值外汇；未满14岁的儿童，每人可按上述标准的一半兑换外汇。

③自费朝觐人员和自费留学人员出境时，可一次性兑换1000美元等值外汇。

④其他需要兑换外汇的标准为：境内居民自费参加国际学术会议、作学术报告、受聘任教等，如邀请方不负担旅途零用费，按出境探亲标准兑换外汇；境内居民缴纳国际学术团体组织的会员费按其学术团体规定标准兑换外汇汇出；境内居民从境外邮购药品、医疗用具等特殊用汇，可兑换500美元以内的等值外汇；境内居民出境定居后，如因生病或其他事故，其境内亲属最高可兑换500美元等值外汇汇出；遇有其他用汇的，金额在3000美元以内的由银行兑付。居民用汇超过上述标准的，还可向当地外汇管理部门提出申请，由当地外汇管理部门审核后到银行兑换。

(2) 个人因私兑换外汇的手续。个人因私需兑换外汇的，应持有关文件到外汇指定银行，按兑换当天的银行挂牌汇率兑换外汇。

①居民因私出境、探亲、会友（含出境旅游）的，除向银行提交本人工作证（无工作单位的，由户口所在地街道办

事处或乡以上人民政府的证明文件）外，还必须提交下列文件：已办妥前往国家有效入境签证的护照和出境证明，自费留学人员还需提供录取通知书；前往港澳通行证或往来港澳通行证；定居在中国境内的外国人提供注有“侨”字的外国人居留证和注有往返签证的护照或外国人出入境证；出境定居者同时还须出示前往国家（或地区）居住证；出境朝觐人员须提供省级宗教事务管理局的文件；通过旅行社组团出境旅游的居民，由旅行社集体办理兑换外汇手续，自行出境旅游的居民可向银行直接办理兑换外汇手续。

②居民因特殊需要申请兑换外汇必须向银行提供下列文件：自费出境参加国际学术会议、做学术报告、被聘任教等，如邀请方不负担旅途零用费，应提供邀请函、电，工作单位证明及出境文件；居民缴纳国际学术团体组织的会员费，须提供有关学术组织的证明文件；居民个人从境外邮购少量药品、医疗器具等特殊用汇，须凭县或市级医院证明并附医生处方和本人工作单位证明，无工作单位的，凭街道办事处或乡以上人民政府开具的证明；居民出境定居后，如因生病或其他事故的用汇，凭境外定居当地医院及公证部门的有效证明，或我驻外使、领馆证明；其他项目的个人用汇，凭本人工作单位（无工作单位的由所在街道办事处或乡以上人民政府）出具有关文件和有关证明。

2．个人外汇进出境管理

（1）个人携带外汇进出境，应当向海关办理申报手续，携带外汇出境，超过规定限额的，应当向海关出具有效凭证。国家要求其申报的目的只在于掌握情况，便于国际收支

统计和监管。个人携带外汇出境的，公费出国人员，可按需要带出，其他携带外汇现钞出境的不得超过1000美元或等值的外汇。超过限额的须提供由外汇管理局签发的“携带外汇出境许可证”。

（2）个人移居境外以后，其境内资产产生的收益可以持规定的证明材料和有效凭证向外汇指定银行购汇、汇出或者携带出境。

（3）居住在境内的中国公民持有外币支付凭证、外币有价证券等形式的外汇资产，未经外汇管理机关批准，不得携带或者邮寄出境。外汇支付凭证是指由银行出具的可以支取外汇的票据、存款证明和邮政储蓄凭证等。外汇有价证券主要包括以外币表示的政府债券、公司债券和股票等。

（三）外国驻华机构及人员的外汇管理

1. 外国驻华机构和来华人员的合法人民币收入，需要汇出境外的，可以持有关证明材料和凭证到外汇指定银行兑付。驻华机构指外国驻华外交机构、领事机构、国际组织驻华代表机构、外国驻华商务机构和国外民间组织驻华业务机构等。来华人员包括驻华机构的常驻人员、短期入境的外国人、应聘在境内机构工作的外国人以及外国留学生等。这些机构和人员在我国境内取得的人民币收入，只要是合法的，就可按规定兑付成外汇。

（1）外国驻华使、领馆的合法收入，如签证费等规费收入，凭有关凭证和证明，可直接到中国银行办理兑换。

（2）国际组织机构、民间机构、企业代表机构，以及外国航空公司在我境内的机票代售点等，有人民币收入的，须

在当地外汇指定银行开立人民币专户，凭有关凭证和证明文件从该人民币账户中兑付。

（3）应聘在我国境内工作的外籍专家、学者以及工程技术人员，企业职工等的工资收入和其他合法收入，亦可按规定兑付成外汇。

2．驻华机构和来华人员由境外汇入或者携带入境的外汇，可以自行保存，可以存入银行或者卖给外汇指定银行，也可以持有效凭证汇出或者携带出境。

## 第三节 资本项目外汇管理

### 一、资本项目外汇收支管理

（一）资本项目

资本项目是指国际收支中因资本输出和输入而产生的资产与负债的增减项目，包括直接投资、各类贷款、证券投资等。直接投资包括中国企业向境外的直接投资和境外企业在中国的直接投资；各类贷款包括国际组织贷款、外国政府贷款、银行借款等；证券投资包括债券、票据等。根据国家外汇管理局《关于〈结汇、售汇及付汇管理规定〉中有关问题的解释和说明》的解释，资本项目的外汇收入包括：

（1）境外法人或自然人作为投资汇入的收入；

（2）境内机构境外借款，包括外国政府贷款、国际金融组织贷款、国际商业贷款等；

（3）境内机构发行外币债券、股票取得的收入；

（4）境内机构向境外出售房地产及其他资产的收入；

（5）经国家外汇管理局批准的其他资本项目下外汇收入；

境内机构资本项目的外汇支出包括：

（1）偿还外债本金；

（2）对外担保履约用汇；

（3）境外投资；

（4）外商投资企业的外汇资本金的增加、转让或以其他方式处置；

（5）外商投资企业依法清算后的资金汇出；

（6）外商投资企业外方所得利润在境内增资或者再投资；

（7）投资性外商投资企业外汇资本金在境内增投资；

（8）本国居民的资产向境外转移；

（9）向境外贷款。

（二）资本项目外汇收入管理

1．境内机构的资本项目外汇收入，除国务院另有规定外，应当调回国内。不得擅自存放在境外。因特殊原因需要将其资本项目外汇收入暂时存放国外的，也须报国家外汇管理部门批准。

2．境内机构的资本项目外汇收入，应当按照国家有关规定在外汇指定银行开立外汇账户；卖给外汇指定银行的，须经外汇管理机关批准。根据国家《结汇、售汇及付汇管理规定》，境内机构资本项目下的外汇应当在经营外汇业务的银行开立外汇账户。

境内机构下列范围内的外汇，未经外汇管理局批准，不得结汇：①境外法人或自然人作为投资汇入的外汇；②境外借款及发行外币债券、股票取得的外汇；③经国家外汇管理局批准的其他资本项目项下外汇收入。除出口押汇外的国内外汇贷款和中资企业借入的国际商业贷款不得结汇。

（三）境内机构向境外投资的外汇管理

1．境内机构向境外投资的审批。境内机构向境外投资，在向审批主管部门申请前，须由外汇管理机关审查其外汇资金来源。境内机构向境外投资，须向国家发展计划委员会、对外贸易经济合作部和各省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府报批。其中在境外设立金融机构的项目，报经中国人民银行审批。在此之前应将外汇资金的来源报经国家外汇管理局审批。根据《境外投资外汇管理办法》及补充通知的规定，境外投资项目用汇金额在100万美元以下的，由外汇管理局省级分局审批；100万美元以上或累计超过100万美元的，由外汇管理局省级分局报国家外汇管理局审批。

2．资金汇出

境内机构向境外的投资项目经有关部门批准后，就可到所在地外汇管理局办理投资资金的汇出手续。境内投资者以外汇资金向境外投资的，应向所在地外汇管理局缴存所投资金5%的资金，作为汇回利润保证金。以设备作为投资的，应按资本设备投资额的2.5%，以美元现汇或等值的人民币缴存作为汇回利润保证金。保证金应当存入国家外汇管理局在指定银行开立的保证金专用账户。境外企业在投资回收计划期限内汇回的利润累计达到中方实际投资额时，退还该保

证金。境内机构在缴齐保证金后即可办理外汇资金汇出手续。

## 二、外债管理

### （一）借用国外贷款管理

借用国外贷款是我国利用外资的主要形式之一。国外贷款来自两个方面，一是政府和国际经济组织的贷款，二是国际商业贷款。

1．对外国政府和国际金融组织贷款的管理

（1）外国政府贷款。外国政府贷款是指外国政府向我国提供的，具有一定的援助或部分赠与性质的低息优惠贷款。其特点是期限长，一般为20—30年，最长可达50年；低息优惠，一般为2%—4%，或无息贷款。具有政府间的开发援助的性质。目前我国已与日本、比利时、丹麦、法国、英国、意大利、西班牙、德国、奥地利、瑞士、卢森堡、荷兰、挪威、瑞典、芬兰、加拿大、科威特和韩国等国家建立了双边政府贷款关系。目前主要的是日本政府贷款，包括日本海外协力基金贷款、日本能源贷款、日本“黑字还流贷款”，以及其他政府贷款。外国政府贷款又分为完全由政府财政性资金提供的纯政府贷款和由政府财政性资金与商业性贷款组成的混合贷款。纯政府贷款一般无息或利率很低，还款期限较长。如日本海外协力基金贷款，偿还期为30年，含10年宽限期，年利率为2.5%—3.5%；科威特政府贷款，还款期为18—20年，含3—5年宽限期，年利率为1%—5.5%。这类贷款一般都要求用在基础设施建设上，如

日本海外协力基金贷款主要用于农业、水利、电力、交通、通信、化肥、环保及城市基础设施等项目。混合贷款也有不同的具体形式，有的是由政府财政性资金和一般商业性资金混合起来的；有的是由一定比例的赠款和出口信贷混合而成；有的则是由政府财政性资金和商业银行出口信贷混合而成。

(2) 国际金融组织贷款。国际金融组织主要有国际货币基金组织、国际农业发展基金组织、世界银行、国际结算银行、亚洲开发银行、泛美开发银行等。目前向我国提供贷款的国际经济组织主要是国际货币基金组织、世界银行、国际农业发展基金组织和亚洲开发银行。国际货币基金组织成立于1945年12月，宗旨是促进国际间货币合作，稳定汇率，促进国际贸易和国际汇兑的自由化，消除外汇管制。国际货币基金 组织的贷款只限于成员国财政和金融当局，不与任何企业进行业务往来，用途仅限于弥补国际收支逆差或用于经常项目的国际支付，期限为1—5年。世界银行成立于1945年，由国际开发协会、国际复兴银行、国际金融公司和多边投资担保机构组成。其中国际开发协会的贷款被称为“软贷款”，最为优惠，还款期为35年（宽限期为10年），无息，每年对未偿还部分征收0.75%的手续费，另收0—0.5%的承诺费。国际复兴银行的贷款被称为“硬贷款”，其偿还期 为20年，宽限期5年，利率视筹资成本情况定期调整。利用世界银行贷款是我国对外借款的重要渠道。国际农业发展基金组织是联合国的一个专门机构，成立于1977年，专门为发展中国家提供优惠贷款发展粮食生产。其还款期分

50年、20年或15至18年不等，利率分别为1%、4%或8%不等。亚洲开发银行成立于1966年，是一个区域性的政府间金融开发机构。其贷款是向会员国发放的进行投资和技术援助的贷款。有优惠贷款和普通贷款之分，优惠贷款只提供给人均国内生产总值在670美元以下的会员国，不收利息，手续费为1%。普通贷款利率是浮动利率，期限为10—30年。

2．对国际商业贷款管理

（1）国际商业贷款主要有国外商业银行和其他金融机构贷款、出口信贷、国际金融租赁等。国际商业贷款有短期贷款和中长期贷款两种。短期国际商业贷款为1年以下的贷款，中长期贷款为1年以上的贷款。国际商业贷款的筹资方式灵活，资金投向限制较少，附加条件少，但成本较高，风险较大，应实行严格的管理。

（2）借用国际商业贷款应办理报批手续。首先应编制项目建设书和可行性研究报告，然后报经有关主管部门审批，有关部门审批后还要进行项目评估，在与国外金融机构签约前，还应报国家外汇管理部门审批。借用中长期贷款的，报批时应提供下列材料：①有关列入国家年度利用外资计划可借用国际商业贷款的批件；②外国银行的贷款条件及偿还要求；③本机构的外汇资产及偿还能力情况；④贷款项目可行性研究报告批件；⑤其他有关材料。

（二）境外发债管理

在境外发行外币债券是筹集外资的一个重要手段。外币债券通常有短期、中期和长期之分，1年以下的为短期，1

至5年的为中期，5年以上的为长期。根据我国《外汇管理条例》的规定，金融机构在境外发行外币债券，须经国务院外汇管理部门批准，并按照国家有关规定办理。这里讲的有关规定主要是指《中国境内机构在境外发行债券的管理规定》、《国务院关于加强借用国际商业贷款管理的通知》和《境外进行项目融资管理暂行办法》等。

（三）对外担保管理

对外担保是指我国境内机构向我国境外机构或境内的外资金融机构提供的担保。主要包括融资担保；融资租赁担保；补偿贸易项目下的担保；境外工程承包中的担保等。有权提供对外担保的人必须符合《担保法》的规定，必须是具有外汇清偿能力的法人机构。根据《境内机构对外担保管理办法》的规定，可以对外出具担保的只能是：经批准允许办理对外担保业的金融机构，或者是具有代为清偿能力的非金融企业法人。金融机构对外担保余额、境内外汇担保余额及外汇外债余额之和不得超过其自有资金的20倍；企业对外担保余额不得超过其净资产的50%，并不得超过其上年外汇收入。对外担保必须报经外汇管理机关批准，并接受外汇管理部门的监管。

（四）外债登记管理

国家对外债的总体状况进行统计监测，这就必须建立外债登记制度。我国的外债登记制度建立于1987年，发布有《外债统计监测暂行规定》和《外债登记实施细则》等规定。凡是从国外筹借并需要以外汇偿还的债务都须按规定登记。登记方式分为定期登记和逐笔登记两种，由国家有关职能部

门及中国银行归口负责筹借的国际金融组织贷款、外国政府贷款等需进行定期登记，其他的外债需逐笔登记。境内机构都应按照国务院关于外债统计监测的规定办理外债登记。外债登记由国务院外汇管理部门负责，并定期公布外债情况。

### 三、对依法终止的外商投资企业的外汇管理

外商投资企业经营期满或因其他原因无法继续经营而依法终止，依法终止的外商投资企业应当依法进行清理并照章纳税。清理纳税后的剩余财产属于外方投资者所有的人民币，可以向外汇指定银行购汇汇出或携带出境；属于中方投资者所有的外汇，应全部卖给外汇指定银行。

## 第四节　金融机构外汇业务管理

### 一、金融机构经营外汇业务管理

对金融机构经营外汇业务的管理，《外汇管理条例》主要作了四个方面的规定：

（一）金融机构经营外汇业务必须持有经营外汇业务许可证

金融机构分银行金融机构和非银行金融机构，两者的业务范围不一样，在外汇业务上范围也不尽相同。但金融机构要经营外汇业务必须报经国家外汇管理机构批准，并领取经营外汇业务许可证。

根据《银行外汇业务管理规定》和《非银行金融机构外

汇业务管理规定》的规定，申请经营外汇业务的银行应符合四个条件：

1．具有法定外汇现汇实收资本金或营运资金，全国性银行须有5000万美元或其他等值货币的实收外汇现汇资本金；区域性银行须有2000万美元或者其他等值货币的实收外汇现汇资本金；具有独立法人资格的银行分支行须有500万美元或者其他等值货币的实收外汇现汇资本金；不具有独立法人资格的全国性银行的分支行须有200万美元或者其他等值货币的实收外汇现汇营运资金；不具有独立法人资格的区域性银行的分支行须有100万美元或者其他等值的实收外汇现汇营运资金。银行的外汇现汇实收资本金或者营运资金可以高于上述现定的法定数额。

2．具有与其申报的外汇业务相应数量和相当素质的外汇业务人员。其中机构和部门外汇业务主管人员应当有3年以上经营金融、外汇业务的资历，并在以往经营活动中有良好的经营业绩。

3．具有适合开展外汇业务的场所和设备。

4．国家外汇管理局要求的其他条件。

申请经营外汇业务的非银行金融机构也应符合四个条件，其中第一个条件为：具有法定数额的外汇现汇实收资本金。全国性非银行金融机构须有1500万美元或者其他等值货币的实收外汇现汇资本金；地方性非银行金融机构须有750万美元或者其他等值货币的实收外汇现汇资本金。非银行金融机构的外汇现汇实收资本金可以高于上述规定的法定数额。其他三项条件与申请经营外汇业务的银行应符合的条

件相同。

银行在申请经营外汇业务时应当向国家外汇管理局提交下列文件和资料：①经营外汇业务的申请书；②经营外汇业务的可行性报告；③中国人民银行颁发的《经营金融业务许可证》；④中国人民银行批准的章程（非独立法人资格的银行分支行不需提供）；⑤国家外汇管理局指定的会计师事务所对其实收外汇资本金或者营运资金的验资报告；⑥近3年的人民币资产负债表和损益表；⑦机构和部门外汇业务主管人员和外汇业务操作人员的名单和简历；⑧经营外汇业务的场所和设施情况简介；⑨国家外汇管理局要求提供的其他文件和资料。

银行分支机构除提供上述文件和资料外，还应当提供其上级行或者总行同意开办外汇业务的文件和筹备外汇业务的验收报告。非银行金融机构在申请经营外汇业务时应提交的文件和资料除包括上述内容外，还应提供中国人民银行批准为金融机构的文件。

国家外汇管理局收到银行和非银行金融机构经营外汇业务申请书之后，应当予以审核批复。对银行，应自收到经营外汇业务申请书之日起90日内予以批复；对不具有独立法人资格的银行分支行和非银行金融机构，应自收到经营外汇业务申请书之日起60日内予以批复，经营外汇业务的申请经批准后，银行和非银行金融机构应在30日内到国家外汇管理局领取《经营外汇业务许可证》。逾期不领取的，批准文件就自动失效。

银行的外汇业务与非银行金融机构的外汇业务既有不同

也有交叉。银行的外汇业务范围包括：①外汇存款；②外汇汇款；③外汇贷款；④外汇借款；⑤发行或代理发行股票以外的外币有价证券；⑥外汇票据的承兑和贴现；⑦外汇投资；⑧买卖或者代理买卖股票以外的外币有价证券；⑨自行或代客外汇买卖；⑩外币兑换；⑪外汇担保；⑫贸易、非贸易结算；⑬资信调查、咨询、见证业务；⑭国家外汇管理局批准的其他外汇业务。

非银行金融机构的外汇业务范围包括：①外汇信托存款；②外汇信托放款；③外汇信托投资；④外汇借款；⑤外汇同业拆借；⑥外汇存款；⑦外汇放款；⑧发行或代理发行外币有价证券；⑨买卖或代理买卖外币有价证券；⑩自营或代客外汇买卖；⑪外汇投资；⑫外汇租赁；⑬外汇保险；⑭外汇担保；⑮资信调查、咨询、见证业务；⑯国家外汇管理局批准的其他业务。

国家外汇管理局根据各个申请人的不同特点和要求，批准申请人可经营上述范围的部分或全部业务。如果只有部分外汇业务经营权的银行和非银行金融机构想扩大外汇业务经营范围，还可依法向国家外汇管理局提出扩大业务范围的申请。如已经批准要在法定时间内换取新的《经营外汇业务许可证》。

《经营外汇业务许可证》的有效期只有5年，5年期满后，须到国家外汇管理局换领新的《经营外汇业务许可证》。申请换领《经营外汇业务许可证》必须提供下列文件和材料：换领《经营外汇业务许可证》的申请书；5年来的外汇业务经营情况总结报告；由国家外汇管理局指定的会计师事

务所出具的实收外汇资本金验资报告；3年来的外汇资产负债表和损益表；国家外汇管理局要求提供的其他文件和资料。

未经外汇管理机关批准，任何单位和个人不得经营外汇业务。经批准经营外汇业务的金融机构，经营外汇业务不得超出批准的范围。

金融机构终止经营外汇业务，也应向外汇管理机关提出申请。金融机构经批准终止经营外汇业务的，应当依法进行外汇债权、债务的结算，并缴销经营外汇业务许可证。

（二）经营外汇业务的金融机构应按规定为客户开立账户，办理有关外汇业务

外汇账户的开立、使用和管理，按照国家外汇管理局发布的外汇账户管理规定执行

（三）金融机构经营外汇业务，应按规定交存外汇存款准备金，遵守外汇资产负债比例管理的规定，并建立呆账准备金

存款准备金是为应付存户提取存款和调控货币供应量所设置的准备金。有任意和法定两种，任意的存款准备金为金融机构自存准备，法定的存款准备金是国家规定的金融机构必须按照所收存款一定比率转存到中央银行的存款。我们通常所说的存款准备金一般是指法定存款准备金。存款准备金制度既是金融企业的一种后备制度，也是国家实施宏观调控的重要手段。存款准备金率随客观经济环境和宏观调控的需要而不断调整。

为了提高外汇资产的安全性，防范外汇资金风险，国家

对金融机构的外汇资产与负债的比例作出了规定。根据《银行外汇业务管理规定》第52条和《非银行金融机构外汇业务管理规定》第47条以及国家外汇管理局的其他规定，金融机构的外汇资产与负债比例为：

(1) 自有外汇资金（包括：实收外汇资本金、外汇准备金、未分配外汇利润）占外汇风险资产总的比例，银行不得低于8%，非银行金融机构不得低于10%；

(2) 外汇负债总额加外汇担保余额不得超过自有外汇资金的20倍；

(3) 外汇流动资产不得低于外汇流动负债的60%；

(4) 外汇流动资产占外汇总资产的比例，银行不得低于30%，非银行金融机构不得低于25%；

(5) 3个月内可变现的存放、拆放国内同业外汇资金、购买可转让外币有价证券占款、存放中央银行外汇资金和外币现钞等之和占外汇总资产的比例：银行不得低于15%，非银行金融机构不得低于10%；

(6) 对一个法人单位的外汇放款、投资、担保（按担保余额的50%折算）和其他外汇融资之和不得超过该金融机构自有外汇资金的30%；

(7) 外汇股本投资不得超过该机构自有外汇资金与法定实收外汇资本金的差额；

(8) 向其任意一个股东单位提供的外汇放款、投资、担保（按担保余额的50%折算）和其他外汇融资之和不得超过股东单位持有该金融机构的外汇股份金额；

(9) 净存放、拆放一家国内金融机构的外汇资产不得超

过其自有外汇资金的60%；

（10）净存放、拆放一家境外金融机构或境内外资、中外合资金融机构的外汇资金占该金融机构自有外汇资金比率，银行不得超过20%，非银行金融机构不得超过30%；

（11）外币有价证券占款占外汇总资产的比例，银行不得超过10%，非银行金融机构不得超过25%（证券公司除外）；

（12）对房地产的外汇融资占外汇总资产的比例，银行不得超过10%，非银行金融机构不得超过25%。

外汇呆账准备金是指金融机构专项用于冲销外汇呆账的外汇基金。外汇呆账是指债务人逾期未履行偿债义务超过3年，确实不能收回的外汇资金。外汇呆账准备金逐年按年末外汇贷款余额的0.3—0.5%提取，计入管理费用。金融机构动用呆账准备金冲销呆账必须报国家外汇管理局备案。

（四）外汇指定银行办理结汇业务所需的人民币资金，应当使用自有资金。自有资金包括银行的资本金，银行吸收的客户存款，银行通过同业拆借拆入的资金和其他自有资金

外汇指定银行的结算周转外汇，实行比例幅度管理，具体幅度由中国人民银行依实际情况核定。

## 二、金融机构经营外汇业务的监督管理

（一）金融机构经营外汇业务，应接受外汇管理机关的检查、监督

外汇管理机关应当依照《银行外汇业务管理规定》和《非银行金融机构外汇业务管理规定》的规定，对金融机构

经营外汇业务进行检查监督。国家外汇管理机关对银行和非银行金融机构每三年至少进行一次全面检查，对银行的分支行每两年至少进行一次全面检查。国家外汇管理局还可根据需要随时对银行和非银行金融机构外汇业务进行重点检查。

国家外汇管理局对银行和非银行金融机构的外汇业务每两年进行一次考评。对银行外汇业务考评的内容包括：

①外汇资产质量情况；

②实收外汇资本金和营运资金情况；

③外汇资产负债结构和流动性情况；

④外汇业务收益情况；

⑤外汇业务经营管理能力（包括全系统外汇业务管理能力）；

⑥执行政策法规的情况。

对非银行金融机构外汇业务考核的内容与对银行外汇业务考核的内容基本相同。国家外汇管理局还可根据需要决定对银行和非银行金融机构的临时考评。

（二）经营外汇业务的金融机构应当向外汇管理机关报送外汇资产负债表、损益表以及其他财务会计报表和资料。这些报表包括：

1. 各种外币资产负债表及各种外币资产负债折成美元合并编制的外汇资产负债表（年报）；

2. 外汇资产负债折成本币与本币资产负债合并编制的资产负债表（年报）；

3. 各种外币损益表及各种外币损益折成美元合并编制的外汇损益表（年报）；

4. 外汇损益折成本币与本币损益合并编制的损益表（年报）；

5. 其他外汇业务统计报表（半年报、季报和月报）。

## 第五节　人民币汇率和外汇市场管理

### 一、人民币汇率管理

汇率是一国货币与另一国货币相互折算的比率，即以一国货币表示另一国货币的价格。汇率的高低由外汇市场供求关系和其他有关经济政治因素所决定，同时又对一国的国际收支和经济发展起着重要的反作用。各国的汇率制度主要有固定汇率制和浮动汇率制。固定汇率制是货币当局把本国货币对其他货币的汇率加以基本固定，波动幅度限制在一定的范围之内。浮动汇率是指两国的货币之间的汇率由外汇市场的供求状况自发决定。浮动汇率制又分为自由浮动汇率和管理浮动汇率两种。

我国过去一直实行单一的汇率制度。1979 年实行改革开放政策以后，实行了外汇留成制度，并建立起了外汇调剂市场，实行有管理的浮动汇率制度，形成官方汇率和调剂市场汇率并存的双重汇率局面。1993 年 12 月 28 日根据国务院决定，中国人民银行发布了《关于进一步改革外汇管理体制的公告》，决定从 1994 年 1 月 1 日起，取消外汇留成，将两种汇率并轨，实行以市场供求为基础、单一的、有管理的浮动汇率制度。新的汇率制度以市场供求为基础，中国人民

银行根据前一日外汇交易形成的价格，每日公布人民币基准汇价，各外汇指定银行对外挂牌买卖外汇的汇率都在中国人民银行公布的汇率及规定的幅度内浮动。这一套新的汇率制度既是我国社会主义市场经济发展的需要，同时也符合国际货币基金组织的要求。这对于扩大我国的对外交往，充分发挥汇率的经济杠杆作用具有重要意义。也为我国最终实现人民币自由兑换创造了条件。

## 二、外汇市场管理

### （一）外汇市场交易的原则

外汇市场交易应当遵循公开、公平、公正和诚实信用的原则。外汇交易市场是指进行外汇买卖的场所。这里讲的公开原则，即外汇指定银行和其他经营外汇的金融机构在进行外汇交易时，应当公开进行。公开的内容应包括买卖外汇的金额和价格等，公开的形式可以是发布公告，或是将有关资料公布供查。所谓公平原则即交易各方的权利义务应对等。所谓公正即客观真实、公平对待。讲客观真实，即禁止欺诈行为。公平对待即要做到一视同仁。诚实信用即是要从真实的事实出发，善意地表达自己的意思，并认真地去履行义务，不得弄虚作假，恶意欺诈。

### （二）外汇市场交易的币种和形式

在我国，外汇市场交易的币种和形式由国务院外汇管理部门规定和调整。目前允许交易的币种有人民币对美元、港元和日元3种。交易的形式包括即期交易和远期交易。对银行间的外汇市场只允许进行即期交易，即只能进行现汇买

卖，实际上是银行间调节资金余缺的外汇交易。对银行与客户之间则允许进行远期外汇交易，即允许买卖双方签约约定一个汇率，于未来一定日期买入或卖出一定数额的外汇。

## 第六节　违反外汇管理规定的法律责任

### 一、逃汇行为及其法律责任

（一）逃汇及其行为种类

逃汇是指境内机构或者个人，将外汇擅自存放境外、擅自汇出或带出境外，逃避我国的外汇管制的行为。下列行为都属于逃汇行为：

1．违反国家规定，擅自将外汇存放在境外的；

2．不按照国家规定将外汇卖给外汇指定银行的；

3．违反国家规定，将外汇汇出或者携带出境的；

4．未经外汇管理机关批准，擅自将外币存款凭证、外币有价证券携带或者邮寄出境的；

5．其他逃汇行为。

（二）对逃汇行为的处罚

对逃汇行为的处罚视其行为方式和程度的不同而采取不同的处罚措施，具体有如下几种：

1．责令限期调回；

2．强制收兑；

3．罚款。罚款数额为逃汇金额的30%以上5倍以下。罚款可与上述处罚措施并处。

4. 刑事责任。

## 二、套汇行为及其法律责任

（一）套汇及其行为种类

套汇是指我国境内机构和个人采取一定方式私自向他人用人民币或者物资换取外汇或外汇收益的行为。下列行为属于套汇行为：

1. 违反国家规定，以人民币支付或者以实物偿付应当以外汇支付的进口货款或者其他类似支出的；

2. 以人民币为他人支付在境内的费用，由对方付给外汇的；

3. 未经外汇管理机关批准，境外投资者以人民币或者境内所购物资在境内进行投资的；

4. 以虚假或者无效的凭证、合同、单据等向外汇指定银行骗购外汇的；

5. 非法套汇的其他行为。

（二）对套汇的处罚

对套汇行为的处罚视其行为方式和程度的不同而采取不同的处罚措施，具体有如下几种：

1. 警告；

2. 强制收兑；

3. 罚款。罚款数额为非法套汇金额的30%以上3倍以下。罚款可与上述处罚措施并处。

4. 刑事责任。

## 三、扰乱金融行为及法律责任

（一）扰乱金融及行为种类

扰乱金融是指违反国家规定，经营金融业务或者从事货币交易的行为。下列行为属于扰乱金融：

1. 未经外汇管理机关批准，擅自经营外汇业务的；

2. 外汇指定银行未按照国家规定办理结汇、售汇业务的；

3. 经营外汇业务的金融机构违反人民币汇率管理、外汇存贷利率管理或外汇交易市场管理的；

4. 以外币在境内计价结算的；

5. 擅自以外汇作质押的；

6. 私自改变外汇用途的；

7. 非法使用外汇的其他行为；

8. 私自买卖外汇、变相买卖外汇或者倒卖外汇的。

（二）对扰乱金融行为的处罚

1. 未经外汇管理机关批准，擅自经营外汇业务的，由外汇管理机关没收违法所得，并予以取缔；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

经营外汇业务的金融机构擅自超出批准的范围经营外汇业务的，由外汇管理机关责令改正，有违法所得的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，处10万元以上50万元以下的罚款；情节严重或者逾期不改正的，由外汇管理机关责令整顿或者吊销经营外汇业务许可证；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 外汇指定银行未按照国家规定办理结汇、售汇业务的，由外汇管理机关责令改正，通报批评，没收违法所得，并处10万元以上50万元以下的罚款；情形严重的，停止其办理结汇、售汇业务。

3. 经营外汇业务的金融机构违反人民币汇率管理、外汇存贷款利率管理或者外汇交易市场管理的，由外汇管理机关责令改正，通报批评，有违法所得的，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，处10万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，由外汇管理机关责令整顿或者吊销经营外汇业务许可证。

4. 境内机构犯有前述扰乱金融行为第4至第7项行为之一的，由外汇管理机关责令改正，强制收兑，没收违法所得，并处违法外汇金额等值以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 私自买卖外汇、变相买卖外汇或者倒买倒卖外汇的，由外汇管理机关给予警告，强制收兑，没收违法所得，并处违法外汇金额30%以上3倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 四、违反外债管理行为及法律责任

（一）违反外债管理的行为包括下列四种

1. 擅自办理对外借款的；

2. 违反国家有关规定，擅自在境外发行外币债券的；

3. 违反国家有关规定，擅自提供对外担保的；

4. 有违反外债管理的其他行为的。

（二）对违反外债管理行为的处罚

1．警告；

2．通报批评；

3．罚款。罚款数额在10万元以上50万元以下。罚款可与上述处罚措施并处；

4．刑事责任。

## 五、违反外汇账户管理的行为及法律责任

（一）违反外汇账户管理的行为

违反外汇账户管理的行为包括擅自在境内、境外开立外汇账户，出借、串用、转让外汇账户；改变外汇账户使用范围。

（二）对违反账户管理行为的处罚

1．责令改正；

2．撤销外汇账户；

3．通报批评；

4．罚款。罚款数额为5万元以上30万元以下。罚款可与上述处罚措施并处。

## 六、违反外汇核销管理的行为及法律责任

（一）违反外汇核销管理的行为是指

1．伪造、涂改、出借、转让或者重复使用出口核销单证的；

2．未按规定办理核销手续的。

（二）对违反外汇核销管理行为的处罚

1. 警告；

2. 通报批评；

3. 没收违法所得；

4. 罚款。罚款数额为5万元以上30万元以下。罚款可与上述处罚措施并处；

5. 刑事责任。

## 七、违反外汇经营管理的行为及法律责任

（一）违反外汇经营管理的行为是指

1. 不按规定交存外汇存款准备金的；

2. 违反外汇资产负债比例管理规定的；

3. 不接受外汇管理机关的检查、监督的；

4. 不按规定向外汇管理机关报送外汇资产负债表、损益表以及其他财务会计报表和资料的。

（二）对违反外汇经营管理行为的处罚

1. 责令改正；

2. 通报批评；

3. 罚款。罚款数额为5万元以上30万元以下。罚款可与上述处罚措施并处。

境内机构违反外汇管理规定的，除要依上述措施接受处罚外，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员应当给予纪律处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 复习思考题

1. 什么是外汇和外汇管理？

2. 什么是国际收支申报制度？哪些个人和单位应当进行申报？

3. 经常项目外汇包括哪些内容？贸易收支、劳务收支、单方面转移各包括什么内容？

4. 经常项目外汇的收入管理和用汇管理各包括什么内容？

5. 个人用汇的管理包括哪些内容？个人外汇进出境管理包括哪些内容？

6. 对外国驻华机构及人员的外汇管理包括哪些内容？

7. 什么是资本项目？资本项目的外汇收入包括哪些内容？国家对资本项目外汇收入的管理有哪些内容？

8. 外债管理包括哪几项内容？

9. 金融机构经营外汇业务应符合哪些条件？国家对《经营外汇业务许可证》管理包括哪些内容？

10. 什么是外汇存款准备金管理？什么是外汇资产负债比例管理？什么是呆账准备金管理？

11. 对金融机构经营外汇业务进行检查、监督的规定包括哪些内容？

12. 我国目前的汇率制度的主要内容是什么？

13. 我国目前外汇市场交易的币种和形式有哪些？

14. 逃汇的行为种类和处罚措施包括哪些？

15. 套汇的行为种类和处罚措施包括哪些？

16. 扰乱金融的行为种类和处罚措施包括哪些？

17. 违反外债管理的行为种类和处罚措施包括哪些？

18. 违反外汇账户管理的行为及处罚措施包括哪些内容？

19. 违反外汇核销管理的行为及处罚措施包括哪些内容？

20. 违反外汇经营管理的行为及处罚措施包括哪些内容？

# 第十一章　支付结算法律制度

## 第一节　支付结算概述

### 一、支付结算的概念和特征

支付结算的概念源于“银行结算”一词。1988 年 12 月 19 日中国人民银行颁布的《银行结算办法》（该办法于 1989 年 4 月 1 日起施行）将票据以及票据之外的结算方式（如：汇兑、委托收款等）统称为“银行结算”。1995 年 5 月 10 日全国人大常委会审议通过《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》，该法于 1996 年 1 月 1 日起施行）之后，中国人民银行即着手制定《票据法》的配套实施办法，并重新修订《银行结算办法》。在修订《银行结算办法》的过程中，中国人民银行根据新形势下结算制度的特点，不再使用“银行结算”一词，而采用了“支付结算”的概念。由于结算关系的实质性权利义务关系实际是当事人之间的权利义务关系，而银行往往是结算活动和资金清算的中介机构，因此，采用“支付结算”的概念更能体现结算制度的实质。

根据中国人民银行于 1997 年 9 月 19 日发布的《支付结算办法》（该办法于 1997 年 12 月 1 日起施行）第 3 条之规

定，支付结算是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式进行货币给付及其资金清算的行为。支付结算作为一种法律行为，具有以下法律特征：

（一）支付结算必须通过中国人民银行批准的金融机构进行。支付结算包括票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算行为，而该等结算行为必须通过中国人民银行批准的金融机构才能进行。《支付结算办法》第6条规定："银行是支付结算和资金清算的中介机构。未经中国人民银行批准的非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算业务。但法律、行政法规另有规定的除外"。这表明，支付结算与一般的货币给付及资金清算行为不同。

（二）支付结算是一种要式行为。所谓要式行为是指法律规定必须依照一定行式进行的行为。如果该行为不符合法定的形式要件，即为无效。根据《支付结算办法》第9条的规定，"票据和结算凭证是办理支付结算的工具。单位、个人和银行办理支付结算，必须使用按中国人民银行统一规定印制的票据凭证和统一规定的结算凭证"，"未使用按中国人民银行统一印制的票据，票据无效；未使用中国人民银行统一规定格式的结算凭证，银行不予受理"。为了保证支付结算的准确、及时和安全，以使其业务正常进行，中国人民银行除了对票据和结算凭证的格式有统一的要求外，还就正确填写票据和结算凭证作出了基本规定，例如：单位和银行的名称应当记载全称或者规范化的简称；票据中结算凭证上的签章，为签名、盖章或签名加盖章；单位、银行在票据上的

签章和单位在结算凭证上的签章，为该单位、银行的盖章加其法定代表人或其授权的代理人的签名或盖章；个人在票据和结算凭证上的签章，应为该个人本名的签名或盖章；票据和结算凭证的金额、出票或签发日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效，更改的结算凭证，银行不予受理；票据和结算凭证金额须以中文大写和阿拉伯数字同时记载，两者必须一致，两者不一致的票据无效，两者不一致的结算凭证，银行不予受理；少数民族地区和外国驻华使领馆根据实际需要，金额大写可以使用少数民族文字或外国文字记载。

（三）支付结算的发生取决于委托人的意志。银行在支付结算中是充当中介机构的角色，因此，银行只要以善意且符合规定的正常操作程序审查，对伪造、变造的票据和结算凭证上的签章以及需要交验的个人有效身份证件，未发现异常而支付金额的，对出票人或付款人不再承担受委托付款的责任，对持票人或收款人不再承担付款的责任。与此同时，当事人对在银行的存款有自己的支配权；银行对单位、个人在银行开立存款账户的存款，除国家法律、行政法规另有规定外，不得为任何单位或者个人查询；除国家法律另有规定外，银行不代任何单位或个人冻结、扣款，不得停止单位、个人存款的正常支付。

（四）支付结算实行统一和分级管理相结合的管理体制。支付结算是一项政策性强，与当事人利益息息相关的活动，因此，必须对其实行统一的管理。根据《支付结算办法》第20条的规定，中国人民银行总行负责制定统一的支付结算制度，组织、协调、管理、监督全国的支付结算工作，调

解、处理银行之间的支付结算纠纷；中国人民银行各分行根据统一的支付结算制度制定实施细则，报总行备案，根据需要可以制定单项支付结算办法，报中国人民银行总行批准后执行；中国人民银行分、支行负责组织、协调、管理、监督本辖区的支付结算工作，协调、处理本辖区银行之间的支付结算纠纷；政策性银行、商业银行总行可以根据统一的支付结算制度，结合本行情况，制定具体管理实施办法，报经中国人民银行总行批准后执行，并负责组织、管理、协调本行内的支付结算工作，调解、处理本行内分支机构之间的支付结算纠纷。

（五）支付结算必须依法进行。《支付结算办法》第5条规定："银行、城市信用合作社、农村信用合作社（以下简称银行）以及单位和个人（含个体工商户），办理支付结算必须遵守国家的法律、行政法规和本办法的各项规定，不得损害社会公共利益。"因此，支付结算的当事人必须严格依法进行支付结算活动。

## 二、支付结算的基本原则

支付结算的基本原则是单位、个人和银行在进行支付结算活动时所必须遵循的行为准则。早在1988年12月由中国人民银行总行颁布的《银行结算办法》就根据社会经济发展的需要，在总结我国改革开放以来结算工作经验的基础上，确立了"恪守信用，履约付款；谁的钱进谁的账，由谁支配；银行不垫款"的三项基本原则。中国人民银行新发布的《支付结算办法》第16条亦肯定了该三项原则。

（一）恪守信用，履约付款原则

这一原则是民法通则“诚实信用”原则在支付结算中的具体表现。根据该原则，结算当事人必须依照共同约定的民事法律关系内容享受权利和承担义务，严格遵守信用，依约履行付款义务，特别是应按照约定的付款金额和付款日期进行支付。这一原则对履行付款义务的当事人具有约束力，是维护经济合同秩序，保障当事人经济利益的重要保证。

（二）谁的钱进谁的账，由谁支配原则

这一原则主要在于维护存款人对存款资金的所有权或经营权，保证其对资金的自主支配权。银行作为资金结算的中介机构，在办理结算时必须遵循存款人的委托，按照其意志，保证将所收款项支付给其指定的收款人；对存款人的资金，除国家法律另有规定外，必须由其自主支配，其他任何单位、个人以及银行本身都不得对其资金进行干预和侵犯。这一原则既保护了存款人的合法权益，又加强了银行办理结算的责任。

（三）银行不垫款原则

这一原则主要在于划清银行资金和存款人资金的界限。根据该原则，银行办理结算只负责办理结算当事人之间的资金转移，而不能在结算过程中为其垫付资金。这一原则有利于保护银行资金的所有权或经营权，也有利于促使单位和个人以自己所有或经营管理的财产直接对自己的债务承担责任，从而保证了银行资金的安全。

上述三个原则既可单独发挥作用，亦是一个有机的整体，分别从不同角度强调了付款人、收款人和银行在结算过

程中的权利义务，从而切实保障了结算活动的正常进行。

## 三、支付结算的主要法律依据

如前所述，支付结算包括票据、信用卡和汇兑、托收承付、委托收款等结算方式。从此而言，凡是与支付结算的各种结算方式有关的法律、行政法规以及部门规章和地方性规定都是支付结算的法律依据。此外，中国人民银行不时颁布的有关支付结算的政策性文件亦是当事人进行支付结算活动必须遵守的规定。

至今为止，现行的适用支付结算的法律、行政法规以及部门规章和政策性规定主要有：《票据法》、《票据管理实施办法》（该办法于1997年6月23日经国务院批准，同年8月21日由中国人民银行发布并于同年10月1日起施行）、《支付结算办法》（该办法于1997年9月19日由中国人民银行发布，于同年12月1日起施行，原《银行结算办法》同时废止）、《中国人民银行信用卡业务管理暂行办法》（该办法于1993年1月1日起施行）、《银行账户管理办法》（1994年10月9日颁布，同年11月1日起施行）、《异地托收承付结算办法》（该办法于1994年10月9日修订，1995年1月1日起施行）等等。

## 四、本章的主要内容

由于《票据法》规定的票据结算方式亦属支付结算的内容，因此，作为支付结算的与票据有关的法律、法规以及部门规章和政策性规定都适用票据结算方式。但是，鉴于票据

结算方式自成体系，与票据之外的结算方式不同，故而本书将单列“票据法律制度”一章专门阐述票据结算的问题，而本章仅就票据结算之外的结算方式及其他有关问题加以说明。

## 第二节　票据结算之外的结算方式

根据中国人民银行颁布的《支付结算办法》，票据结算之外的结算方式主要包括汇兑、托收承付和委托收款以及信用卡等结算方式。以下分别就汇兑、托收承付、委托收款和信用卡等四种结算方式加以说明。

### 一、汇　兑

（一）概述

汇兑是指汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式。汇兑便于汇款人向异地的收款人主动付款，适用范围十分广泛。

汇兑分为信汇和电汇两种。汇兑适用于单位和个人的各种款项的结算。一般来说，信汇是以邮寄方式将汇款凭证转给外地收款人指定的汇入行，而电汇则是以电报方式将汇款凭证转发给收款人指定的汇入行，后者的汇款速度比前者快捷，汇款人可根据实际需要选择。

（二）汇兑的办理程序

当事人应按以下程序办理汇兑：

1. 汇款人按要求签发汇兑凭证。根据《支付结算办法》的规定，汇款人签发汇兑凭证时，必须记载下列事项：(1) 表明“信汇”或“电汇”的字样；(2) 无条件支付的委托；(3) 确定的金额；(4) 收款人名称；(5) 汇款人名称；(6) 汇入地点、汇入行名称；(7) 汇出地点、汇出行名称；(8) 委托日期；(9) 汇款人签章。凡汇兑凭证上欠缺上列记载事项之一的，银行不予受理。汇兑凭证记载的汇款人名称、收款人名称，其在银行开立存款账户的，必须记载其账号，欠缺记载的，银行不予受理。此外，汇兑凭证上记载收款人为个人的，收款人需要到汇入银行领取汇款，汇款人应在汇兑凭证上注明“留行待取”字样；留行待取的汇款，需要指定单位的收款人领取汇款的，应注明收款人的单位名称；信汇凭收款人签章支取的，应在信汇凭证上预留其签章。如果汇款人确定不得转汇的，应在汇兑凭证备注栏注明“不得转汇”字样。

汇款人和收款人均为个人，需要在汇入银行支取现金的，应在信、电汇凭证的“汇款金额”大写栏，先填写“现金”字样，后填写汇款金额。

2. 汇出银行受理汇兑凭证，并进行认真审查。汇出银行审查汇兑凭证的内容有：汇兑凭证填写的各项内容是否齐全、正确；汇款人账户内是否有足够支付的余额；汇款人的印章是否与预留银行印鉴相符。汇出银行审查无误后，应及时向汇入银行办理汇款，并向汇款人签发汇款回单。但汇款回单只能作为汇出银行受理汇款的依据，不能作为该笔汇款已转入收款人账户的证明。

3. 汇入银行接收汇出银行的汇兑凭证之后，应审查汇兑凭证上联行专用章与联行报单印章是否一致，无误后，根据收款人的不同情况进行审查并办理付款手续。汇入银行对开立存款账户的收款人，应将汇给其的款项直接转入收款人账户，并向其发出收账通知，收账通知是银行将款项确已收入收款人账户的凭据。未在银行开立存款账户的收款人，凭信、电汇的取款通知或“留行待取”的，向汇入银行支取款项，必须交验本人的身份证件，在信、电汇凭证上注明证件名称、号码及发证机关，并在“收款人盖章”处签章；信汇凭签章支取的，收款人的签章必须与预留信汇凭证上的签章相符，银行审查无误后，以收款人的姓名开立应解汇款及临时存款账户，该账户只付不收，付完清户，不计付利息。

需要支取现金的，信、电汇凭证上必须有按规定填明的“现金”字样，才能办理。未填明“现金”字样，需要支取现金的，由汇入银行按照国家现金管理规定审查支付。

根据《支付结算办法》的规定，如果收款人需要委托他人向汇入银行支取款项的，应在取款通知上签章，注明本人身份证件名称、号码、发证机关和“代理”字样以及代理人姓名。代理人代理取款时，也应在取款通知上签章，注明其身份证件名称、号码及发证机关，并同时交验代理人和被代理人的身份证件。此规定是对原汇兑结算方式的进一步完善。

如果收款人转账支付的，应由原收款人向银行填制支款凭证，并由本人交验其身份证件办理支付款项。但该账户的款项只能转入单位或个体工商户的存款账户，严禁转入储蓄

和信用卡账户。

如果转汇的，应由原收款人向银行填制信、电汇凭证，并由本人交验其身份证件。转汇的收款人必须是原收款人。原汇入银行必须在信、电汇凭证上加盖“转汇”戳记。

（三）汇兑的撤销和退汇

1. 汇兑的撤销。这是指汇款人对汇出银行尚未汇出的款项，向汇出银行申请撤销的行为。汇款人申请撤销汇款必须是该款项尚未汇出汇出银行。在申请撤销时，汇款人应出具正式函件或本人身份证件及原信、电汇回单；汇出银行只有在查明确未汇出款项，并收回原信、电汇回单时，方可办理撤销手续。但转汇银行不得受理汇款人或汇出银行对汇款的撤销。

2. 汇兑的退汇。这是指汇款人对汇出银行已经汇出的款项申请退回汇款的行为。汇款人申请退汇必须是该汇款已汇出汇出银行。对在汇入银行开立存款账户的收款人，由汇款人与收款人自行联系退汇，换言之，如果汇款人与收款人不能达成一致退汇的意见，不能办理退汇。对在汇入银行未开立存款账户的收款人，汇款人应出具正式函件或本人身份证件以及原信、电汇回单，由汇出银行通知汇入银行，经汇入银行核实汇款确未支付，并将款项退回汇出银行，方可办理退汇，否则，不能办理退汇。但转汇银行不得受理汇款人或汇出银行对汇款的退汇。

汇入银行对于收款人拒绝接受的汇款，应即办理退汇。汇入银行对于向收款人发出取款通知，经过2个月无法交付的汇款，应主动办理退汇。

## 二、托收承付

### （一）概述

托收承付亦称异地托收承付，是指根据购销合同由收款人发货后委托银行向异地付款人收取款项，由付款人向银行承认付款的结算方式。人民银行自1990年4月1日起恢复这一结算方式，1994年10月9日又修订了《异地托收承付结算办法》，该办法于1995年1月1日起施行。《支付结算办法》进一步肯定了托收承付的结算方式。

根据《支付结算办法》的规定，托收承付结算每笔的金额起点为1万元，新华书店系统每笔的金额起点为1千元。这一规定对原托收承付的金额起点10万元作了改变。有关结算款项的划回方式，分邮寄和电报两种，由收款人选用。

### （二）托收承付的适用范围

根据《支付结算办法》的规定，托收承付的适用范围是：（1）使用该结算方式的收款单位和付款单位，必须是国有企业、供销合作社以及经营管理较好，并经开户银行审查同意的城乡集体所有制工业企业；（2）办理结算的款项必须是商品交易以及因商品交易而产生的劳务供应的款项。代销、寄销、赊销商品的款项，不得办理托收承付结算。凡办理托收承付，必须同时符合上述两项规定。

### （三）托收承付的适用条件

根据《支付结算办法》的规定，办理托收承付，除符合前述适用范围的规定外，还必须具备以下三个前提条件：

第一，收付双方使用托收承付结算必须签有符合《经济

合同法》的购销合同，并在合同上订明使用异地托收承付结算方式。

第二，收款人办理托收，必须具有商品确已发运的证件（包括铁路、航运、公路等运输部门签发的运单、运单副本和邮局包裹回执）。没有发运证件，可凭其他有关证件办理：（1）内贸、外贸部门系统内商品调拨，自备运输工具发送或自提的；易燃、易爆、剧毒、腐蚀性商品以及电、石油、天然气等必须使用专用工具或线路、管道运输的，可凭付款人已收到商品的证明（粮食部门凭提货单及发货明细表）。（2）铁道部门的材料厂向铁道系统供应专用器材，可凭其签发注明车辆号码和发运日期的证明。（3）军队使用军列整车装运物资，可凭注明车辆号码、发运日期的单据；军用仓库对军内发货，可凭后勤部签发的提货单副本，各大军区、省军区也可比照办理。（4）收款人承造或大修理船舶、锅炉和大型机器等，生产周期长，合同规定按工程进度分次结算的，可凭工程进度完工证明书。（5）付款人购进的商品，在收款人所在地转厂加工、配套的，可凭付款人和承担加工、配套单位的书面证明。（6）合同规定商品由收款人暂时代为保管的，可凭寄存证及付款人委托保管商品的证明。（7）使用“铁路集装箱”或将零担凑整车发运商品的，由于铁路只签发一张运单，可凭持有发运证件单位出具的证明。（8）外贸部门进口商品，可凭国外发来的账单、进口公司开发的结算账单。

第三，收付双方办理托收承付结算，必须重合同、守信用。根据《支付结算办法》的规定，如果收款人对同一付款

人发货托收累计三次收不回货款的，收款人开户银行应暂停收款人向付款人办理托收；付款人累计三次提出无理拒付的，付款人开户银行应暂停其向外办理托收。

（四）托收承付凭证的格式

根据《支付结算办法》第189条之规定，当事人签发托收承付凭证时，必须记载下列事项：（1）表明“托收承付”的字样；（2）确定的金额；（3）付款人名称及账号；（4）收款人名称及账号；（5）付款人开户银行名称；（6）收款人开户银行名称；（7）托收附寄单证张数或册数；（8）合同名称、号码；（9）委托日期；（10）收款人签章。托收承付凭证上欠缺记载上列事项之一的，银行不予受理。

（五）托收承付的托收与承付

1．托收

托收是指收款人根据购销合同发货后委托银行向付款人收取款项的行为。收款人办理托收，应填制托收凭证，盖章后并附发运证件或其他符合托收承付结算的有关证明和交易单证（所附单证的张数应在托收凭证上注明）送交银行。收款人如需取回发运证件，银行应在托收凭证上加盖“已验发运证件”戳记。对于军品托收，有驻厂军代表检验产品或有指定专人负责财务监督的，收款人还应当填制有驻厂军代表或指定人员签章（在银行预留印鉴）的结算通知单，将交易单证和发运证件装入密封袋，并在密封袋上填明托收号码，同时在托收凭证上填明结算通知单和密封袋的号码。然后将托收凭证和结算通知单送交银行办理托收。没有驻厂军代表使用代号明件办理托收的，不填结算通知单，但应在交易单

证上填写保密代号，按照正常托收办法办理。

收款人开户银行接到托收凭证及其附件后，应当按照托收范围、条件和托收凭证填写的要求认真进行审查，审查内容包括：(1) 托收款项是否符合异地托收承付结算办法规定的范围、条件、金额起点以及其他有关规定；(2) 有无商品确已发运的证件；(3) 托收凭证应填的各栏是否填写齐全和符合填写凭证的要求；(4) 托收凭证与所附单证的张数是否相符；(5) 托收凭证上是否加盖收款人印章。必要时，还应查验收付款人签订的购销合同。托收凭证的审查时间不得超过次日。凡不合要求或违反购销合同发货的，不能办理。经审查无误的，将有关托收凭证连同交易单证，一并寄交付款人开户行。

2. 承付

承付是指由付款人向银行承认付款的行为。付款人开户银行收到托收凭证及其附件后，应当及时通知付款人。根据《支付结算办法》的规定，该等通知办法可以采取付款人来行自取、派人送达、对距离较远的付款人邮寄等。付款人在承付期内审查核对，安排资金。

付款人的承付期是依验单付款还是验货付款而不相同。验单付款的承付期为3天，从付款人开户银行发出承付通知的次日算起（承付期内遇法定休假日顺延）。付款人在承付期内，未向银行表示拒绝付款，银行即视为承付；并在承付期满的次日（法定休假日顺延）上午银行开始营业时，将款项主动从付款人的账户内付出，划给收款人。验货付款的承付期为10天，从运输部门向付款人发出提货通知的次日算

起，收付双方在合同中明确规定，并在托收凭证上注明验货付款期限的，银行从其规定。

验货付款的，付款人收到提货通知后，应即向银行交验提货通知，付款人在银行发出承付通知后（次日算起）的10天内，未收到提货通知，应在第10天将货物尚未到达的情况通知银行。在第10天付款人不通知银行的，银行即视同已验货，于10天期满的次日上午银行开始营业时，将款项划给收款人；在第10天付款人通知银行货物未到，而以后收到提货通知没有及时送交银行，银行仍按10天期满的次日作为划款日期，并按超过天数，计扣逾期付款赔偿金。

在验货付款的情况下，收款人必须在托收凭证上加盖明显的“验货付款”字样戳记。如果托收凭证未注明验货付款，经付款人提出合同证明是验货付款的，银行可按验货付款处理。

无论是验单付款还是验货付款，付款人都可以在承付期内提前向银行表示承付，并通知银行提前付款，银行应立即办理划款；因商品的价格、数量或金额变动，付款人应多承付款项的，须在承付期内向银行提出书面通知，银行据以随同当次托收款项划给收款人。但是，付款人不得在承付货款中，扣抵其他款项或以前托收款项。

（六）托收承付的逾期付款处理

付款人在承付期满银行营业终了时，如无足够资金支付，其不足部分，即为逾期未付款项，按逾期付款处理。

1. 付款人开户银行对付款人逾期支付的款项，应当根据逾期付款金额和逾期天数，按每天5‰计算逾期付款赔偿

金。银行审查拒绝付款期间，不能算作付款人逾期付款，但对无理的拒绝付款，而增加银行审查时间的，应从承付期满日起，计算逾期付款赔偿金。

逾期付款天数从承付期满日算起。承付期满日银行营业终了时，付款人如无足够资金支付，其不足部分，应当算作逾期1天，计算1天的赔偿金。在承付期满的次日（遇法定休假日，逾期付款赔偿金的天数相应顺延，但以后遇法定休假日应当照算逾期天数）银行营业终了时，仍无足够资金支付，其不足部分，应当算作逾期2天，计算2天的赔偿金。余此类推。

2. 赔偿金实行定期扣付，每月计算一次，于次月3日内单独划给收款人。在月内有部分付款的，其赔偿金随同部分支付的款项划给收款人，对尚未支付的款项，月终再计算赔偿金，于次月3日内划给收款人；次月又有部分付款时，从当月1日起计算赔偿金，随同部分支付的款项划给收款人，对尚未支付的款项，从当月1日起至月终再计算赔偿金，于第3月3日内划给收款人。第3月仍有部分付款的，按照上述办法计扣赔偿金。

赔偿金的扣付列为企业销货收入扣款顺序的首位，如付款人账户余额不足全额支付时，应排列在工资之前，并对该账户采取“只收不付”的控制办法，待一次足额扣付赔偿金后，才准予办理其他款项的支付。因此产生的经济后果，由付款人自行负责。

3. 付款人开户银行要随时掌握付款人账户逾期未付的资金情况，俟账户有款时，必须将逾期未付款项和应付的赔

偿金及时扣划给收款人，不得拖延扣划。

4. 付款人开户银行对不执行合同规定，三次拖欠货款的付款人，应当通知收款人开户银行转知收款人，停止对该付款人办理托收。如果收款人不听劝告，继续对该付款人办理托收，付款人开户银行对发出通知的次日起1个月之后收到的托收凭证，可以拒绝受理，注明理由，原件退回。

5. 付款人开户银行对逾期未付的托收凭证，负责进行扣款的期限为3个月（从承付期满日算起）。在此期限内，银行必须按照扣款顺序陆续扣款。期满时，如果付款人仍无足够资金支付该笔尚未付清的欠款，银行应于次日通知付款人将有关交易单证（单证已作账处理或已部分支付的，可以填制“应付款项证明单”），在2日内退回银行。银行将有关结算凭证连同交易单证或应付款项证明单退回收款人开户银行转交收款人，并将应付的赔偿金划给收款人。

对付款人逾期不退回单证的，开户银行应当自发出通知的第3天起，按照该笔尚未付清欠款的金额，每天处以5‰但不低于50元的罚款，并暂停付款人向外办理结算业务，直到退回单证时止。

（七）托收承付的拒绝付款处理

付款人在承付期内，有正当理由，可向银行提出全部或部分拒绝付款。依照《支付结算办法》规定，该理由包括：(1) 没有签订购销合同或未订明托收承付结算方式购销合同款项；(2) 未经双方事先达成协议，收款人提前交货或因逾期交货，付款人不需要该项货物的款项；(3) 未按合同规定的到货地址发货的款项；(4) 代销、寄销、赊销商品的款

项；(5) 验单付款，发现所列货物的品种、规格、数量、价格与合同规定不符，或货物已到，经查验货物与合同规定或发货清单不符的款项；(6) 验货付款，经查验货物与合同规定或发货清单不符的款项；(7) 货款已经支付或计算有错误的款项。不属上述情况的，付款人不得向银行提出拒绝付款。

在处理拒绝付款问题时，有以下情况须注意：

1. 外贸部门托收进口商品的款项，在承付期内，订货部门除因商品的质量问题不能提出拒绝付款，应当另行向外贸部门提出索赔外，如果属前述其他情形的，可以向银行提出全部或拒绝付款。

2. 付款人对以上情况提出拒绝付款时，必须填写“拒绝付款理由书”，并加盖单位公章，注明拒绝付款理由，涉及合同的应引证合同有关条款。属商品质量问题，需要提出商检部门的检验证明；属商品数量问题，需要提出数量问题的证明及有关数量的记录；属外贸进口商品，应当提出国家商品检验或运输等部门出具的证明，一并送交开户银行。

3. 开户银行经审查，认为拒付理由不成立，均不受理，应实行强制扣款。银行同意部分或全部拒付的，应在拒绝付款理由书上签注意见。如果是部分拒绝付款，除办理部分付款外，应将拒绝付款理由书连同拒付证明和拒付商品清单邮寄收款人开户银行转交收款人。如果是全部拒绝付款，应将拒绝付款理由书连同拒付证明和有关单证邮寄收款人开户银行转交收款人。

4. 凡涉及军品的拒绝付款，银行不审查拒绝付款理由。

5. 收款人对无理拒付的，可委托银行重办托收。收款人在收到退回的结算凭证及其所附单证后，需要委托银行重办托收，应当填写回联“重办托收理由书”，将其中三联连同购销合同、有关证据和退回的原托收凭证及交易单证，一并送交银行。确属无理拒绝付款，可以重办托收。

6. 收款人开户银行对逾期尚未划回，又未收到付款人开户银行寄来逾期付款通知或拒绝付款理由书的托收款项，应当及时发出查询。付款人开户银行要积极查明，及时答复。

7. 银行无法审查拒绝付款是非的，应由收付双方自行协商处理，或向仲裁机关、人民法院申请调解或裁决。

8. 未经开户银行批准使用托收承付结算方式的城乡集体所有制工业企业，收款人开户银行不得受理其办理托收，付款人开户行对其承付的款项按规定支付款项外，还要对该付款人按结算金额处以5%罚款。

## 三、委托收款

### （一）概述

委托收款是收款人委托银行向付款人收取款项的结算方式。委托收款便于收款人主动收款，该结算方式适用范围亦十分广泛。无论是同城还是异地都可使用，既适用于在银行开立账户的单位和个体经济户各种款项的结算，也适用于水电、邮电、电话等劳务款项的结算，单位和个人凭已承兑的商业汇票、债券、存单等付款人债务证明办理款项的结算，均可以使用委托收款结算方式。

委托收款分邮寄和电报划回两种。前者是以邮寄方式由付款人开户银行向收款人开户银行转送委托收款凭证、提供收款依据的方式，后者则是以电报方式由付款人开户银行向收款人开户银行转送委托收款凭证，提供收款依据的方式。这两种方式由收款人选用。

根据《支付结算办法》第206条的规定，在同城范围内，收款人收取公用事业费或根据国务院的规定，可以使用同城特约委托收款。在办理公用事业费委托收款时，必须具有收付双方事先签订的经济合同，由付款人向开户银行授权，并经开户银行同意，报经中国人民银行当地分支行批准。

（二）委托收款凭证的格式

根据《支付结算办法》第202条的规定，当事人签发委托收款凭证时必须记载下列事项：（1）表明“委托收款”的字样；（2）确定的金额；（3）付款人名称；（4）收款人名称；（5）委托收款凭据名称及附寄单证张数；（6）委托日期；（7）收款人签章。凡欠缺上列记载事项之一的，银行不予受理。此外，如果委托收款以银行以外的单位为付款人的，委托收款凭证必须记载付款人开户银行名称；以银行以外的单位或在银行开立存款账户的个人为收款人的，委托收款凭证必须记载收款人开户银行名称；以未在银行开立存款账户的个人为收款人的，委托收款凭证必须记载被委托银行名称；欠缺上述记载的，银行不予受理。

（三）委托收款的委托和付款

1. 委托。这是指收款人向银行提交委托收款凭证和有

关债务证明并办理委托收款手续的行为。委托收款凭证即是如前所述的按规定填写的凭证；有关债务证明即是指能够证明付款人到期并应向收款人支付一定款项的证明。如：水电费单、电话费单、已承兑的商业汇票、债券、存单等。

2．付款。这是指银行在接到寄来的委托收款凭证及债务证明，并经审查无误之后向收款人办理付款的行为。根据《支付结算办法》的规定，银行可根据付款人的不同而在不同的时间付款，从而改变了原《银行结算办法》统一3天的付款期。具体而言：（1）以银行为付款人的，银行应在当日将款项主动支付给收款人；（2）以单位为付款人的，银行应及时通知付款人，按照有关办法规定，需要将有关债务证明交给付款人的应交给付款人，并签收。付款人应于接到通知的当日书面通知银行付款；如果付款人未在接到通知日的次日起3日内通知银行付款的，视同付款人同意付款，银行应于付款人接到通知日的次日起第4日上午开始营业时，将款项划给收款人。

在实际中，付款人可能会提前收到由其付款的债务证明，在此情形下，付款人应通知银行于债务证明的到期日付款。如果付款人未于接到通知日的次日起3日内通知银行付款，付款人接到通知日的次日起第4日在债务证明到期日之前的，银行应于债务证明到期日将款项划给收款人。

银行在办理划款时，发现付款人存款账户不足支付的，应通过被委托银行向收款人发出未付款通知书。如果债务证明留存付款人开户银行的，应将其债务证明连同未付款项通知书邮寄被委托银行转交收款人。

这里需要说明的是，以上所述的3天付款期与原《银行结算办法》规定的3天付款期限是不同的，主要表现在以下几点：第一，前者不具有普遍性，主要是为对商业承兑汇票的规定而规定的；后者则是适用委托收款的各种情况；第二，前者规定的3天期限主要是为了防止付款人拖延通知银行付款，付款人应于接到通知的当日通知银行付款，从此而言，不应有3天期限的问题；而后者规定的是付款期限，付款人接到通知应在规定的付款期内付款；第三，前者规定的期限是从付款人接到通知的次日算起，而后者规定的付款期是从付款人开户银行发出通知的次日算起。因此，上述不同应引为注意，不可混淆。

（四）付款人拒绝付款

付款人在审查有关债务证明后，对收款人委托收取的款项需要拒绝付款的，可以办理拒绝付款。根据《支付结算办法》的规定，付款人不同的，拒绝付款的方式略有不同：(1) 以银行为付款人的，应在付款人接到通知日的次日起3日内出具拒绝证明连同有关债务证明、凭证寄给被委托银行，转交收款人；(2) 以单位为付款人的，应在付款人接到通知的次日起3日内出具拒绝证明，持有债务证明的，应将其送交开户银行。银行将拒绝证明，债务证明和有关凭证一并寄给被委托银行，转交收款人。

## 四、信用卡

（一）概述

信用卡是指商业银行向个人和单位发行的，凭其向特约

单位购物、消费和向银行存取现金，且具有消费信用的特制载体卡片。

随着信用卡业务的发展，信用卡的种类不断增多，用途也各种各样，不胜枚举。我国国内发行的信用卡主要是借记卡，即先存款后消费，特殊情况下允许小额、善意透支的信用卡。

信用卡产生的结算关系一般涉及三方当事人：即银行、持卡人和商户。商户向持卡人提供商品或服务的商业信用，然后向持卡人的发卡行收回货款或费用，再由发卡行或代办行向持卡人办理结算。信用卡的这种功能有利于减少现金货币的使用，节约流通费用，扩大银行转账结算范围，增加银行信贷资金来源，同时也有利于方便购物消费，维护支付人的资金安全，并且还可简化收款手续，节约社会劳动。因此，信用卡业务是当今银行发展最快、普及面最广的一项业务，也深受广大商户和消费者的欢迎。这是我国支付结算制度改革发展的方向之一。

自改革开放以来，我国信用卡业务发展十分迅速。迄今为止，中国银行、中国工商银行、中国农业银行、中国人民建设银行已分别先后向社会推出了“长城卡”、“牡丹卡”、“金穗卡”和“建设银行万事达、维萨卡”，一些地方银行亦在各地发行了自己的信用卡（如深圳发展银行发行了“发展信用卡”等）。为了加强信用卡业务管理，中国人民银行总行发布了《信用卡业务管理暂行办法》（该办法于1993年1月1日起施行），各发卡行亦制定了相应的管理办法和章程。为了进一步加强对信用卡业务的管理，中国人民银行颁发的

《支付结算办法》在总结过去信用卡业务中存在问题的基础上，专设一章对信用卡结算方式作出了明确规定，从而为信用卡结算提供了更为详尽的法律依据。

（二）信用卡的种类

信用卡的种类依据不同的划分方式可有不同的分类，如按发行信用卡的机构不同，可分为商业机构发行的零售信用卡、服务业发行的旅游娱乐卡、银行发行的信用卡；按银行发行的信用卡的用途划分，又可分为赊销卡、记账卡，ATM 卡和支票卡等。这里所指信用卡是指银行发行的信用卡。

根据《支付结算办法》的规定，信用卡按使用对象分为单位卡和个人卡。单位卡是指商业银行向企业、事业单位、学校、机关、团体、部队等单位发行的信用卡，其使用对象为单位；个人卡是指商业银行向个人包括居住城镇的工人、干部、教师、科技工作者、个体经济户以及其他成年的、有确定收入的居民发行的信用卡，其使用对象为个人。

此外，《支付结算办法》还根据信誉等级不同将信用卡分为金卡和普通卡。金卡是指商业银行向信誉等级较高的持卡人发行的信用卡，普通卡则是商业银行向信誉等级次之的持卡人发行的信用卡。一般而言，金卡的持卡人在善意透支时透支的金额大于普通卡持卡人的透支金额。

（三）信用卡的发行主体

根据《支付结算办法》的规定，发行信用卡的主体为银行（包括外资银行、合资银行）和非银行金融机构，并须经过中国人民银行的批准。非金融机构、境外金融机构的驻华

代表机构不得发行信用卡和代理收单结算业务。

《支付结算办法》第133条规定，申请发行信用卡的银行、非银行金融机构，必须具备下列条件：(1) 符合中国人民银行颁布的商业银行资产负债比例监控指标；(2) 相应的管理机构；(3) 合格的管理人员和技术人员；(4) 健全的管理制度和安全制度；(5) 必要的电信设备和营业场所；(6) 中国人民银行规定的其它条件。

关于商业银行、非银行金融机构开办信用卡业务的审批程序问题，根据《支付结算办法》第134条的规定，商业银行、非银行金融机构开办信用卡业务须报经中国人民银行总行批准；其所属分、支机构开办信用卡业务，须报经辖内中国人民银行分、支行备案。

(四) 信用卡申领与使用

根据《支付结算办法》的规定，单位卡和个人卡的申请与使用不尽相同。

1. 单位卡。凡申领单位卡的单位，必须在中国境内金融机构开立基本存款账户，并按规定填制申请表，连同有关资料一并送交发卡银行。该单位符合条件并按银行要求交存一定金额的备用金以后，银行为申领人开立信用卡存款账户，并发给信用卡。单位卡可以申领若干张，持卡人的资格由申领单位法定代表人或其委托的代理人书面指定和注销。

在单位卡的使用过程中，其账户的资金一律从其基本存款账户转账存入，不得交存现金，不得将销货收入的款项存入其账户。单位卡的持卡人不得用于10万元以上的商品交易、劳务供应款项的结算，并一律不得支取现金。如果需要

向其账户续存资金的，单位卡的持卡人必须按前述转账方式转账存入。

2．个人卡。凡具有完全民事行为能力的公民可申领个人卡。个人卡的主卡持卡人可为其配偶及年满18周岁的亲属申领附属卡，申领的附属卡最多不得超过两张，也有权要求注销其附属卡。申领人应按规定填制申请表，连同有关资料一并送交发卡银行。申领人符合条件并按银行要求交存一定金额的备用金之后，银行为申领人开立信用卡存款账户，并发给信用卡。个人卡账户的资金以其持有的现金存入或以其工资性款项及属于个人的劳务报酬收入转账存入。严禁将单位的款项存入个人卡账户。

个人卡在使用过程中仅限于合法持卡人使用，不得转借或出租。个人卡的持卡人可以在银行支取现金，其在支取现金时，应将信用卡和身份证件一并交发卡银行或代理银行。IC卡、照片以及凭密码在POS上支取现金的可免验身份证件。发卡银行或代理银行压（刷）卡后，填写取现单，经审查无误，交持卡人签名确认。超过支付限额的，代理银行应向发卡银行索取，并在取现单上填写授权号码。办理付款手续后，将现金、信用卡、身份证件和取现单回单联交给持卡人。

个人卡持卡人需要向其账户续存资金的，只限于其持有的现金存入和工资性款项以及属于个人的劳务报酬收入转账存入。持卡人或其代理人交存现金，应在发卡银行或其代理银行办理。持卡人凭信用卡在发卡银行或代理银行交存现金的，银行经审查并收受现金后，在存款单上压卡，将存款单

回联及信用卡交给持卡人。持卡人委托他人在不压卡的情况下代为办理交存现金的，代理人应在信用卡存款单上填写持卡人的卡号、姓名、存款金额等内容，并将现金送交银行办理交存手续。

（五）信用卡在特约单位购物、消费的程序

持卡人持信用卡在特约单位购物、消费时，应按以下程序进行：

1. 持卡人将信用卡和身份证件一并交特约单位。如果信用卡属智能卡（亦称IC卡）、照片卡可免验身份证件。特约单位不得拒绝受理持卡人合法持有的、签约银行发行的有效信用卡，不得因持卡人使用信用卡而向其收取附加费用。

2. 特约单位应审查信用卡。特约单位受理信用卡时，应审查下列事项：（1）确为本单位可受理的信用卡；（2）信用卡在有效期内，未列入“止付名单”；（3）签名条上没有“样卡”或“专用卡”等非正常签名的字样；（4）信用卡无打孔、剪角、毁坏或涂改的痕迹；（5）持卡人身份证或卡片上的照片与持卡人相符，但使用IC卡、照片卡或持卡人凭密码在销售点终端上消费、购物，可免验身份证；（6）卡片正面的拼音姓名与卡片背面的签名和身份证件上的姓名一致。

3. 办理结算手续。特约单位受理信用卡审查无误的，在签购单上压卡，填写实际结算金额、用途、持卡人身份证件号码、特约单位名称和编号。如超过支付限额的，应向发卡银行索取并填写授权号码，交持卡人签名确认，同时核对其签名与卡片背面签名是否一致。经审查无误后，对同意按

经办人填写的金额和用途付款的，由持卡人在签购单上签名确认，并将信用卡、身份证件和第一联签购单交还给持卡人。特约单位在每日营业终了，应将当日受理的信用卡签购单汇总，计算手续费和净计金额，并填写汇（兑）计单和进账单，连同签购单一并送交收单银行办理进账。收单银行接到特约单位送交的各种单据，经审查无误后，为特约单位办理进账。

4．有关问题的处理。（1）特约单位审查发现信用卡有问题时，应及时与签约银行联系，征求处理意见。对止付的信用卡，应收回并交还发卡银行。（2）特约单位不得通过压卡、签单和退货等方式支付持卡人现金。（3）持卡人要求退货的，特约单位应使用退货单办理压（刷）卡，并将退货单金额从当日签购单累计金额中抵减，退货单随签购单一并送交收单银行。

（六）信用卡的透支

根据《支付结算办法》的规定，信用卡的持卡人在信用卡账户内资金不足以支付款项时，可以在规定的限额内透支，并在规定期限内将透支款项偿还给发卡银行。但是，如果持卡人进行恶意透支的，即超过规定限额或规定期限，并经发卡银行催收无效的，持卡人必须承担相应的法律责任。

根据《支付结算办法》的规定，信用卡透支额，金卡最高不得超过1万元，普通卡最高不得超过5000元。信用卡透支期限最长为60天。关于信用卡透支的利息，依《支付结算办法》的规定，自签单日或银行记账日起15日内按日

息5‰计算，超过15日按日息10‰计算，超过30日或透支金额超过规定限额的，按日息15‰计算。透支计息不分段，按最后期限或最高透支额的最高利率档次计息。

（七）信用卡的销户

持卡人不需要继续使用信用卡的，应持信用卡主动到发卡银行办理销户。持卡人办理销户时，如果账户内还有余额，属单位卡的，则应将该账户内的余额转入其基本存款账户，不得提取现金；个人卡账户可以转账结清，也可以提取现金。

持卡人透支之后，只有在还清透支本息后，在下列情况下，可以办理销户：（1）信用卡有效期满45天后，持卡人不更换新卡的；（2）信用卡挂失满45天后，没有附属卡又不更换新卡的；（3）信用卡被列入止付名单，发卡银行已收回其信用卡45天的；（4）持卡人死亡，发卡银行已收回其信用卡45天的；（5）持卡人要求销户或担保人撤销担保，并已交回全部信用卡45天的；（6）信用卡账户两年（含）以上未发生交易的；（7）持卡人违反其他规定，发卡银行认为应该取销资格的。发卡银行办理销户，应当收回信用卡。有效信用卡无法收回的，应当将其止付。

（八）信用卡的挂失

信用卡丧失后，持卡人应立即持本人身份证件或其他有效证明，并按规定提供有关情况，向发卡银行或代办银行申请挂失。发卡银行或代办银行审核后办理挂失手续。如果持卡人不及时办理挂失手续而造成损失的，则应自行承担该损失；如果持卡人办理了挂失手续而因发卡银行或代办银行的

原因给持卡人造成损失的，则应由发卡银行或代办银行承担该损失。

## 第三节 结算纪律和责任

严格的支付结算纪律和责任是保证支付结算制度得以贯彻实施的重要条件，因此中国人民银行历来十分重视此问题的制度建设。中国人民银行曾专门发布过《违反银行结算制度处罚规定》，并于1994年9月26日发布了《关于加强银行结算工作的决定》，对支付结算纪律和责任作了规定。为了配合《票据法》的贯彻实施，中国人民银行发布的《票据管理实施办法》和《支付结算办法》专门就此问题作了详尽的规定。

### 一、结算纪律

（一）单位和个人的结算纪律

单位和个人是支付结算的重要当事人，其严格遵守结算纪律，按照结算制度办理结算，是严肃信用制度，维护结算秩序的前提条件。根据《支付结算办法》及有关规定，单位和个人必须遵守的结算纪律可以归纳为四条：第一，不准套取银行信用，签发空头支票、印章与预留印鉴不符支票和远期支票以及没有资金保证的票据；第二，不准无理拒付，任意占用他人资金；第三，不准违反规定开立和使用账户；第四，不准签发、取得和转让没有真实交易和债权债务的票

据，套取银行和他人资金。这四不准要求单位和个人只准在银行账户余额内按照规定向收款单位和个人支付款项；对应该支付其他单位的款项必须依约履行义务；遵守国家有关账户管理的规定，严守信用，信守合同等。

（二）银行的结算纪律

银行是办理结算的主体。银行严格按照结算制度办理结算，是维护结算秩序的重要环节。因此，《支付结算办法》和中国人民银行1994年9月26日发布的《关于加强银行结算工作的决定》及有关规定对银行的结算纪律作了规定，总的亦可归纳为以下几条：第一，不准以任何理由压票、任意退票、截留挪用客户和他行资金、受理无理拒付、不扣少扣滞纳金；第二，不准在结算制度之外规定附加条件，影响汇路畅通；第三，不准违反规定为单位和个人开立账户；第四，不准拒绝受理、代理他行正常结算业务；第五，不准放弃对企事业单位和个人违反结算纪律的制裁；第六，不准违章签发、承兑、贴现票据，套取银行资金；第七，不准超额占用联行汇差资金、转嫁资金矛盾；第八，不准逃避向人民银行转汇大额汇划款项和清算大额银行汇票资金；第九，不准签发空头银行汇票、银行本票和办理空头汇款；第十，不准无理拒绝支付应由银行支付的票据款项。

## 二、结算责任

为了保证结算制度的贯彻执行，《支付结算办法》、《票据管理实施办法》和人民银行总行1994年10月9日发布的《违反银行结算制度处罚规定》及其他有关规定，对单位、

个人和银行的结算责任作了明确具体规定。

（一）单位和个人办理结算的责任

单位和个人办理结算的责任包括三个方面：

1．自行负责

单位和个人办理结算，因错填结算凭证，致使银行错投结算凭证或对款项不能解付，影响资金使用的，应由责任单位和个人负责；单位和个人对使用的支票、商业承兑汇票和银行签发的银行汇票、本票、承兑的银行承兑汇票以及预留银行的印章，因管理不善造成丢失、被盗，发生款项冒领，造成资金损失的，应由责任单位和个人负责；付款人及其代理付款人以恶意或者重大过失付款的，应当自行承担责任；单位和个人违反规定，银行停止其使用有关支付结算工具，因此造成的后果，由单位和个人自行负责。

2．连带责任

允许背书转让的票据，由于付款人不能付款退回票据，持票人对出票人、背书人和其他债务人进行追索时，出票人、背书人和其他债务人（如保证人）要负连带责任。也就是说，持票人可以向出票人、背书人和其他债务人中的任何一方进行追索，被追索人不得拒绝。

在一般情况下，持票人可以书面通知他的前手债务人，前手债务人通知他的再前手，这是按照背书转让的顺序向前追索；持票人也可以书面分别通知汇票各债务人，各债务人中的任何一方都对持票人负有偿付票款的责任。

3．经济处罚和行政处罚

经济处罚包括计扣赔偿金或赔款、罚息、罚款、没收非

法所得。行政处罚包括警告、通报批评、停止使用有关结算方式、停止办理部分直至全部结算业务、吊销营业执照等。上列处罚既可单独处罚，亦可合并处罚。具体来说：

（1）商业承兑汇票到期，付款人不能支付票款，按票面金额对其处以5%但不低于1000元罚款；银行承兑汇票到期，承兑申请人未能足额交存票款，对尚未扣回的承兑金额按每天5‰计收罚息。

（2）存款人签发空头或印章与预留印鉴不符的支票，不以骗取财物为目的的，由中国人民银行处以票面金额5%但不低于1000元罚款；持票人有权要求出票人赔偿支票金额2%的赔偿金。

（3）收款单位对同一付款单位发货托收累计3次收不回货款的，银行应暂停其向该付款单位办理托收；付款单位违反规定无理拒付，对其处以2000元至5000元罚款，累计3次提出无理拒付，银行应暂停其向外办理托收。

（4）付款单位到期无款支付，逾期不退回托收承付有关单证的，按照应付的结算金额对其处以每天5‰但不低于50元罚款，并暂停其向外办理结算业务。付款人对托收承付逾期付款的，按照逾期付款金额每天5‰计扣赔偿金等。

（二）银行办理结算的责任

银行办理结算违反规定，除银行承担有关责任外，还必须追究有关人员的责任。

1．银行的责任

（1）工作差错责任。银行因工作差错，延压、误投结算凭证、误划、错解结算款项，延长结算时间，影响客户和他

行资金使用的，按中国人民银行规定的同档次流动资金的贷款利率计付赔偿金。因错付发生冒领造成资金损失的，负责资金赔偿。

(2) 违反结算规定责任。这类责任包括：①延压、挪用、截留结算资金，影响客户和他行资金使用的，按延压结算金额每天5‰计付赔偿金。②任意压票、退票、截留、挪用结算资金，由中国人民银行按结算金额对其处以每天7‰罚款；对直接负责的主管人员和其他责任人员给予警告、记过、撤职或者开除的处分。③受理无理拒付、擅自拒付退票和有款不扣、拖延付款以及不扣、少扣赔偿金的，除按结算金额每天5‰替付款单位承担赔偿金外，要对其处以2000元至5000元罚款。④银行签发空头银行汇票、本票和办理空头汇款，要追回垫付资金，并按垫付的金额对其处以每天1‰罚款。⑤银行采用欺骗手段，向外签发未办汇款的回单、帮助客户骗取银行承兑汇票或套取银行贴现资金的，对其处以5000元至1万元罚款。⑥银行未按规定通过人民银行办理大额转汇、清算大额银行汇票资金或将大额汇划款项和银行汇票化整为零的，对其处以每笔2000元至5000元罚款。⑦银行签发50万元以上的银行汇票，未及时向人民银行移存资金的，按延误天数和金额对其处以每天7‰的罚款；3次以上未及时移存资金的，对其进行通报，情节严重的，应停止其向外签发银行汇票。汇票解讫划回签发地人民银行后，签发行仍未移存资金的，按票面金额对其处以5%罚款。⑧银行在结算制度之外规定附加条件，影响汇路畅通的，要限期纠正，并对其处以5000元至1万元罚款。⑨银

行结算管理混乱，经常发生违规违纪问题，人民银行要对其发出警告，限期纠正。不顾警告，拒不纠正或屡查屡犯的，要在全辖或全国范围内通报批评，直至暂停其办理部分或全部结算业务。⑩信用卡的发卡银行未按规定时间将止付名单发至特约单位的，应当由其承担因此造成的资金损失。⑪银行违反规定，未经批准发行信用卡或帮助持卡人将其基本存款账户以外的存款或其他款项转入单位卡账户，将单位的款项转入个人卡账户的或违反规定帮助持卡人提取现金的，应按规定承担行政责任。

2．银行有关人员的责任

银行有关人员违反结算纪律的责任包括经济责任、行政责任和刑事责任。

（1）银行违反结算制度，情节严重，影响较大的，对行长（主任）、有关责任人处以按本人月工资额20%至80%的罚款，给予警告、记过、撤职直至开除公职的处分，并追究上级行领导的责任。

（2）私自利用结算骗取客户或银行资金以及进行其他违法活动，构成犯罪的，由司法机关追究刑事责任；未构成犯罪的，除追回赃款外，并给予警告、记过、撤职直至开除公职的处分。

（3）在票据业务中玩忽职守，对违反票据法及有关规定的票据予以承兑、付款、保证或者贴现的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告、记过、撤职或者开除的处分；造成重大损失，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（三）其他有关责任

除上述有关单位、个人、银行及其工作人员的责任外，其他有关单位和人员违反支付结算规定，亦应承担相应的法律责任。

1. 违反中国人民银行规定，擅自印制票据的，由中国人民银行责令改正，处以1万元以上20万元以下罚款；情节严重的，中国人民银行提请有关部门吊销其营业执照。

2. 邮电部门在传递票据、结算凭证和拍发电报中，因工作差错而发生积压、丢失、错投、错拍、漏拍、重拍等，造成结算延误，影响单位、个人和银行资金使用或造成资金损失的，由邮电部门负责。

3. 伪造、变造票据和结算凭证上的签章或其他记载事项的，应当承担民事责任或刑事责任。

4. 有利用票据、信用卡、结算凭证欺诈的行为，构成犯罪的，应依法承担刑事责任；情节轻微，不构成犯罪的，应按照规定承担行政责任。

5. 特约单位未按规定的操作程序办理信用卡结算造成损失的，应承担造成的损失。

## 第四节 银行账户管理制度

我国现行的银行账户管理制度的主要依据即是1994年10月9日由中国人民银行发布的《银行账户管理办法》（该办法于同年11月1日起施行），以下将对这一制度的基本内容作一描述。

## 一、银行账户管理的基本原则

根据《银行账户管理办法》的规定，银行账户管理遵守以下基本原则：

（一）一个基本账户原则。即存款人只能在银行开立一个基本存款账户，不能多头开立基本存款账户。存款人在银行开立基本存款账户，实行由中国人民银行当地分支机构核发开户许可制度。

（二）自愿选择原则。即存款人可以自主选择银行开立账户，银行也可以自愿选择存款人开立账户。任何单位和个人不得强制干预存款人、银行开立或使用账户。

（三）存款保密原则。即银行必须依法为存款人保密，维护存款人资金的自主支配权。除国家法律规定和国务院授权中国人民银行总行的监督项目外，银行不代任何单位和个人查询、冻结、扣划存款人账户内存款。

## 二、银行账户的设置与开户条件

根据《银行账户管理办法》，银行账户分为基本存款账户、一般存款账户、临时存款账户和专用存款账户，上述各类账户有不同的设置和开户条件，以下分别作一介绍：

（一）基本存款账户的设置与开户条件

基本存款账户是指存款人办理日常转账结算和现金收付的账户。存款人的工资、奖金等现金的支取，只能通过本账户办理。

1. 基本存款账户的当事人资格条件

根据《银行账户管理办法》第13条之规定，下列存款人可以申请开立基本存款账户：(1) 企业法人；(2) 企业法人内部单独核算的单位；(3) 管理财政预算资金和预算外资金的财政部门；(4) 实行财政预算管理的行政机关、事业单位；(5) 县级（含）以上军队、武警单位；(6) 外国驻华机构；(7) 社会团体；(8) 单位附设的食堂、招待所、幼儿园；(9) 外地常设机构；(10) 私营企业、个体经济户、承包户和个人。

2. 基本存款账户开立所需的证明文件

根据《银行账户管理办法》第17条规定，存款人申请开立基本存款账户，应向开户银行出具下列证明文件之一：(1) 当地工商行政管理机关核发的《企业法人执照》或《营业执照》；(2) 中央或地方编制委员会、人事、民政等部门的批文；(3) 军队军以上、武警总队财务部门的开户证明；(4) 单位对附设机构同意开户的证明；(5) 驻地有权部门对外地常设机构的批文；(6) 承包双方签订的承包协议；(7) 个人居民身份证和户口簿。

3. 基本存款账户开立的程序

存款人申请开立基本存款账户的，应填制开户申请书，提供规定的证件，送交盖有存款人印章的印鉴卡片，经银行审核同意，并凭中国人民银行当地分支机构核发的开户许可证，即可开立该账户。

（二）一般存款账户的设置与开户条件

一般存款账户是指存款人在基本存款账户以外的银行借款转存、与基本存款账户的存款人不在同一地点的附属非独

立核算单位开立的账户。存款人可以通过本账户办理转账结算和现金缴存，但不能办理现金支取。

1．一般存款账户设置的条件和所需证明文件

根据《银行账户管理办法》第14条和第18条之规定，下列情况的存款人可以申请开立一般存款账户，并须提供相应的证明文件：（1）在基本存款账户以外的银行取得借款的单位和个人可以申请开立该账户，并须向开户银行出具借款合同或借款借据；（2）与基本存款账户的存款人不在同一地点的附属非独立核算单位可以申请开立该账户，并须向开户银行出具基本存款账户的存款人同意其附属的非独立核算单位开户的证明。

2．一般存款账户设置的程序

存款人申请开立一般存款账户的，应填制开户申请书，提供相应的证明文件，送交盖有存款人印章的印鉴卡片，经银行审核同意后，即可开立该账户。

（三）临时存款账户的设置与开立条件

临时存款账户是指存款人因临时经营活动需要开立的账户。存款人可以通过该账户办理转账结算和根据国家现金管理规定办理现金收付。

1．临时存款账户设置的条件和所需的证明文件

根据《银行账户管理办法》第15条和第19条之规定，下列存款人可以申请开立临时存款账户，并须提供相应的证明文件：（1）外地临时机构可以申请开立该账户，并须出具当地工商行政管理机关核发的临时执照；（2）临时经营活动需要的单位和个人可以申请开立该账户，并须出具当地有权

部门同意设立外来临时机构的批件。

2．临时存款账户开立的程序

存款人申请开立临时存款账户，应填制开户申请书，提供相应的证明文件，送交盖有存款人印章的印鉴卡片，经银行审核同意后，即可开立该账户。

（四）专用存款账户的设置与开户条件

专用存款账户是指存款人因特定用途需要开立的账户。

1．专用存款账户设置的条件和所需的证明文件

根据《银行账户管理办法》第16条和第20条之规定，存款人对特定用途的资金，由存款人向开户银行出具相应证明即可开立该账户。

（1）特定用途的资金范围包括：①基本建设的资金；②更新改造的资金；③特定用途，需要专户管理的资金。

（2）存款人须向开户银行出具下列证明文件之一：①经有权部门批准立项的文件；②国家有关文件的规定。

2．专用存款账户开立的程序

存款人申请开立专用存款账户，应填制开户申请书，提供相应的证明文件，送交盖有存款人印章的印鉴卡片，经银行审核同意后开立账户。

## 三、银行账户的管理

加强账户管理是维护正常结算秩序的基础，是加强信贷、结算监督和现金管理的重要措施之一。根据《银行账户管理办法》的规定，银行账户的管理包括两个方面的内容：

（一）人民银行的管理

人民银行对账户的管理包括以下几个方面：

1. 负责协调、仲裁银行账户开立和使用方面的争议，监督、稽核开户银行的账户设置和开立，纠正和处罚违反账户管理办法的行为。

2. 核发开立基本存款账户的开户许可证。人民银行对存款人开立基本存款账户的，负责核发开户许可证，如果存款人需要变更基本存款账户的，亦必须经人民银行审批同意。存款人因开户银行严格执行制度、执行纪律转移基本存款账户，人民银行不对其核发开户许可证。

3. 受理开户银行对存款人开立和撤销账户的申报。各银行对存款人开立、撤销账户，必须及时向人民银行报告。根据规定，开户银行对基本存款账户的撤销，一般存款账户、临时存款账户、专用存款账户的开立或撤销，应于开立或撤销之日起7日内向人民银行当地分支机构申报。人民银行将运用计算机建立账户管理数据库，加强账户管理。

（二）开户银行的管理

开户银行对账户的管理包括：（1）依照规定对开立、撤销账户严格进行审查，对不符合开户条件的，坚决不予开户；（2）正确办理开户和销户，建立、健全开销户登记制度；（3）建立账户管理档案；（4）定期与存款人对账；（5）及时向人民银行申报存款人开立和撤销账户的情况。

## 四、违反银行账户管理的处罚

根据《银行账户管理办法》和《违反银行结算制度处罚规定》，违反银行账户管理的处罚包括以下内容：

（一）对存款人违反账户管理的处罚

存款人出租和转让账户的，除责令其纠正外，按规定对该行为发生的金额处以5%但不低于1000元罚款，并没收出租账户的非法所得。

存款人违反规定开立基本存款账户的，责令其限期撤销账户，并处以5000元至1万元罚款。

（二）对开户银行违反账户管理的处罚

开户银行违反规定，对未持有开户许可证或已开立基本存款账户的存款人开立基本存款账户以及强拉单位开户的，要限期撤销，并对其处以5000元至1万元罚款。

开户银行违反规定，对一般存款人账户的存款人支付现金或从单位开立、撤销账户之日起7日内未向人民银行申报的，对其处以2000元至5000元罚款。

（三）对人民银行违反账户管理的处罚

人民银行分支机构违反规定核发开户许可证的，由上级人民银行对其处以2000元至5000元罚款。

（四）对银行工作人员违反账户管理的处罚

银行工作人员违反规定，徇私舞弊、贪污受贿、纵容违法行为的，应当根据情节轻重，给予行政处分、经济处罚以及追究刑事责任。

## 复习思考题

1. 什么是支付结算？
2. 支付结算有哪些特征？

3. 汇兑有哪几种？应如何办理？

4. 委托收款有哪几种？应如何办理？

5. 托收承付的适用范围、适用条件是什么？应如何托收和承付？

6. 对托收承付中的逾期付款、拒绝付款应如何处理？银行、收款人和付款人各有什么责任？

7. 支付结算有哪些纪律？违反支付结算纪律要承担哪些责任？

8. 银行账户管理应遵循哪些基本原则？

9. 银行账户包括哪几种？各自的设置与开户条件是什么？

10. 违反银行账户管理将受到哪些处罚？

# 第十二章 票据法律制度

## 第一节 票据法概述

### 一、票据法的概念及我国票据立法

（一）票据的概念

关于票据的概念，有广狭二义之分。广义上的票据包括各种有价证券和凭证，如股票、国库券、企业债券、发票、提单、仓单等；狭义上的票据则是指票据法上的票据。有关票据法上的票据，因各国立法不同，其理解亦不尽一致。例如：有的国家所称的“票据”仅包括汇票和本票，不包括支票，如德国、法国、瑞士等；有的国家则没有“票据”这样一个总的概念，而以《汇票法》的形式在规定汇票的同时，亦规定本票和支票，如英国；美国则将汇票、本票和支票以及存款单统称为“商业证券”（Commercial Paper）等等。

在旧中国时期，票据法上的票据是指汇票、本票和支票。新中国成立之后，这一用法一直被学术界、立法以及习惯所沿用。因此，1995 年 5 月 10 日第八届全国人大常务委员会通过的《票据法》第 2 条第 2 款规定：“本法所称的票据，是指汇票、本票和支票。”有鉴于此，我国票据法上的

票据就是指出票人依法签发的，约定自己或委托付款人在见票时或指定的日期向收款人或持票人无条件支付一定金额并可转让的有价证券。

为了更好地把握票据的概念，这里进一步对其作以下说明：

1. 票据是出票人依法签发的有价证券。法律依据不同的票据种类，规定了不同的形式，出票人必须依照法律规定的要求签发相关票据，否则即不受法律的保护。

2. 票据以支付一定金额为目的。票据的签发和转让以支付票据上的金额为最终目的，该等金额得到全部支付，票据上的权利义务即为消灭。

3. 票据所表示的权利与票据不可分离。票据权利的发生，必须作成票据，票据权利的转让，必须交付票据，票据权利的行使，必须提示票据，权利与票据融为一体。

4. 票据所记载的金额由出票人自行支付或委托他人支付。由出票人自行支付的是本票，由出票人委托他人支付的是汇票和支票。

5. 票据的持票人只要向付款人提示票据，付款人即应无条件向持票人或收款人支付票据金额。票据是一种无因证券，持票人只要向票据债务人提示票据就可行使票据权利，而不问票据取得的原因是否无效或有瑕疵。

6. 票据是一种可转让的证券。根据国际上通行的做法，凡记名票据，必须经背书才能交付转让；凡无记名票据，则可直接交付转让。我国票据法规定的票据均为记名票据，故其必须通过背书的方式进行转让。

（二）票据法的概念

票据法是指规定票据的种类、形式、内容以及各当事人之间权利义务关系的法律规范的总称。票据法亦有广狭二义。广义上的票据法是指各种法律中有关票据规定的总称，这包括除以“票据法”名称颁布的法律外，还包括其他法律中有关票据的规定，如民法中有关法律行为、代理、票据设置的规定等；刑法中有关伪造有价证券罪的规定；民事诉讼法中有关票据诉讼、公示催告等的规定等等。狭义上的票据法则仅是指票据的专门立法，即可称为“票据法”的法律及其有关实施性规定。

（三）我国票据立法概况

新中国成立以后，由于我国长期实施计划经济体制，一切信用集中于银行，因而实践中便缺少票据使用的条件，我国的票据立法也几乎处于空白状态。

十一届三中全会以来，随着我国经济、金融体制的不断改革，我国社会主义市场经济体制的逐步建立，票据的使用也得到了较大的发展。在 80 年代末，中国人民银行全面推行了以汇票、本票、支票为主体的结算制度，允许票据在经济主体之间使用和流通，票据便得到了普遍的推广和广泛的运用。

适应票据的发展和需要，中国人民银行及一些地方人民政府先后颁布了若干调整票据关系的法律规定。1988 年 6 月上海市人民政府发布了《上海市票据暂行规定》；1988 年 12 月中国人民银行颁布了《银行结算办法》；1993 年 5 月中国人民银行发布了《商业汇票办法》等等。但是，随着票据

的推广使用和流通，运用票据进行支付和资金清算的日益增多，国际贸易往来支付活动的日趋上升，没有一部专门的票据法具体调整各种票据关系是不行的。在实践中亦出现了一系列的问题，如：出票、背书、承兑、保证、付款等票据行为不够规范；有的票据权利人不正确地行使票据权利；有的票据债务人不履行票据义务，随意宣布票据无效，拒付票款，形成许多票据纠纷；有的甚至利用票据进行违法犯罪行为等。因此，从1990年开始，有关部门便组织力量起草《票据法》草案，经过多次研究、讨论和修改，在广泛征求社会各界意见的基础上，终于在1993年底完成了《票据法》送审稿。国务院经过讨论修改，于1994年12月5日提交全国人大常委会审议，第八届全国人大常委会第十三次会议于1995年5月10日正式通过。从此，中华人民共和国第一部票据法诞生了，该法于1996年1月1日起施行。

《票据法》出台之后，中国人民银行组织制订了《票据管理实施办法》和《支付结算办法》等有关票据方面的实施办法及配套规定。这些配套立法工作完成之后，可以说，中国将初步建立起一套适应社会主义市场经济发展需要的票据法体系。

## 二、票据法律关系

### （一）票据法律关系的概念

票据法律关系是指票据当事人之间在票据的签发和转让等过程中发生的权利义务关系。

票据法律关系可分为票据关系和票据法上的非票据关

系。票据关系是指当事人之间基于票据行为而发生的债权债务关系，如：出票人与受款人之间的关系、受款人与付款人之间的关系、背书人与被背书人之间的关系等等。票据法上的非票据关系则是指由票据法所规定的，不是基于票据行为直接发生的法律关系，如：票据上的正当权利人对于因恶意而取得票据的人行使票据返还请求权而发生的关系、因手续欠缺而丧失票据上权利的持票人对于出票人或承兑人行使利益偿还请求权而发生的关系、票据付款人付款后请求持票人交还票据的关系等。从总的来说，票据关系是票据当事人之间的基本法律关系，为了保障该基本法律关系中权利义务的实现，法律另外作出了相应规定，当事人之间依照这类规定而发生的权利义务关系，即为票据法上的非票据关系。

票据关系与票据的基础关系不同。票据关系的发生是基于票据的授受行为，那么当事人之间为何而授受票据，则是基于一定的原因或前提，这种授受票据的原因或前提关系即是票据的基础关系，如：基于购买货物或返还资金而授受票据，该购货关系和返还资金关系即是票据的基础关系。在法理上，票据的基础关系往往都是民法上的法律关系。票据关系与票据的基础关系具有密切的联系。一般来说，票据关系的发生总是以票据的基础关系为原因和前提的，正因如此，《票据法》第10条第1款规定："票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系。"这里的交易关系和债权债务关系就是基础关系的范畴。但是，票据关系一经形成，就与基础关系相分离，基础关系是否存在，是否有效，对票据关系都不起影响作用。

这就是说，如果票据当事人违反《票据法》的上述规定而签发、取得和转让了没有真实的交易关系和债权债务关系的票据，该票据只要符合法定的形式要件，票据关系就是有效的，该票据关系的债务人就必须依票据上的记载事项对票据债权人承担票据责任，而不得以该票据没有真实的交易和债权债务关系为由而进行抗辩。除非依《票据法》第13条第2款之规定，持票人是不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的人，票据债务人才可进行抗辩。此外，票据关系因一定原因失效，亦不影响基础关系的效力。《票据法》第18条明确规定："持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。"因此，票据关系与票据之基础关系不容混淆。

票据法律关系与其他民事法律关系一样，由主体（即当事人）、内容和客体三大要素所构成，以下分别对此作些分析。

（二）票据法律关系的主体

票据法律关系的主体即是指票据法律关系的当事人。

从总的来讲，因票据而发生的法律关系是一种债权债务关系，因而该关系之当事人可概括为债权人和债务人。但是，票据法律关系是一种特殊的关系，其主体都有特定的名称，被冠以不同名称的当事人在票据法律关系中具有不同的地位和作用，因此，其当事人也就显得较为复杂。总括而言，该等当事人有出票人（亦称发票人）、持票人、承兑人、付款人、受款人、背书人、被背书人、保证人、参加付款

人、预备付款人等。由于票据的种类不同，当事人的构成不尽一样，票据行为的性质不同，当事人的称谓亦有区别，在某些情况下，同一个当事人可以有两个名称，即具有双重身份，如：汇票中的付款人在承兑汇票后又称为承兑人等。因此，为了便于读者理解各种当事人的身份，待在以后分析票据行为及说明各类票据时再具体解释。

（三）票据法律关系的内容

票据法律关系的内容是指参加票据法律关系的主体依法所享有的权利和承担的义务。权利和义务是票据法律关系的实质所在。该等权利是指票据法律关系之当事人依照票据法或票据行为可以为一定行为或要求他人为一定行为，例如：依照《票据法》第5条和第9条之规定，票据当事人可以委托其代理人在票据上签章，票据之原记载人可以对票据上一些非主要记载事项进行更改；依据汇票出票人的出票行为，持票人可以要求承兑人或其他付款人按票据上所记载的金额付款等。该等义务系指票据法律关系之当事人依照票据法或票据行为必须进行或不进行一定的行为。例如：依照《票据法》第13条的规定，票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。该法第14条规定，票据上的记载事项应当真实，不得伪造、变造；依照本票出票人的出票行为，出票人应该无条件地按票据上所记载的金额支付给收款人或持票人等。

（四）票据法律关系的客体

票据法律关系的客体是指票据法律关系的权利和义务所共同指向的对象。该对象亦称为标的。这是权利义务的载

体，否则权利义务即无所依归。鉴于票据法律关系是因支付或清偿一定的金钱而发生的法律关系，因而，其客体只能是一定数额的金钱，而不是某种物品。尽管签发票据的原因可能是由于买卖某种货物（即物品）而引起的，但因票据关系是一种独立的法律关系，与票据的基础关系不同，因而基础关系中的客体（即物品）并不是票据关系中的客体，故某种物品也就不能成为票据法律关系的客体，由此也不允许用其他物品来代替金钱进行支付或清偿。

## 三、票据行为

### （一）票据行为的概念

票据行为是指票据关系的当事人之间以发生、变更或终止票据关系为目的而进行的法律行为。在理解这一概念时，应把握以下几个要点：

1. 票据行为是在票据关系当事人之间进行的行为。该当事人包括：（1）出票人（亦称发票人）。这是指依法定方式作成票据并在票据上签名盖章，并将票据交付给收款人的人。（2）收款人（亦称抬头人）。这是指票据到期并经提示后收取票款的人。收款人有时又是持票人。（3）付款人。这是指根据出票人的命令支付票款的人。（4）持票人。即指持有票据的人。占有票据的收款人、被背书人或来人抬头票据的持有人都是票据的持票人。（5）承兑人。即是汇票的主债务人，这是指接受汇票之出票人的付款委托，同意承担支付票款义务的人。（6）背书人。这是指在转让票据时，在票据背面签字或盖章，并将该票据交付给受让人的票据收款人或

持有人。(7) 被背书人。这是指被记名受让票据或接受票据转让的人。(8) 保证人，即是为票据债务提供担保的人。(9) 其他当事人，如参加承兑人、参加付款人、预备付款人等与票据的债权、债务直接或间接发生关系的当事人。

2. 票据行为是以设立、变更或终止票据关系为目的的行为。这表明，票据行为是一种意思表示行为，即票据关系之当事人进行票据行为时都是有目的地设定、变更或终止某项票据权利或义务，并将该种意思表现于外。事实行为不具备意思表示的因素，因而其不属票据行为。

3. 票据行为是一种合法行为。票据行为是一种民事法律行为。根据《民法通则》第54条之规定，民事法律行为是一种合法行为，故票据行为就是一种合法行为。换言之，凡是行为主体不合格、意思表示不真实、行为内容违法等的违法行为就不是票据行为，不受法律的保护。

(二) 票据行为成立的有效条件

票据行为是一种民事法律行为，故其必须符合民事法律行为成立的一般条件。根据《民法通则》和《票据法》的有关规定，票据行为的成立，必须符合以下基本条件：

1. 行为人必须具有从事票据行为的能力

从事票据行为的能力亦称票据能力。票据能力可概括为权利能力和行为能力。所谓权利能力是指行为人可以享有票据上的权利和承担票据上的义务的资格。所谓行为能力则是指行为人可以通过自己的票据行为取得票据上的权利和承担票据上的义务的资格。

根据一般民法理论，法人的权利能力与行为能力是一致

的，即如果法人不能享有票据上的权利和承担票据上的义务，即也不能通过自己的行为取得该权利和承担该义务。至于法人是否具有从事某一票据行为的能力，则只能依法律的规定而定。从《票据法》及其他有关法律、法规的规定来看，法人的票据能力并无严格限制，法人可以依法从事各种票据行为。

公民的权利能力与行为能力往往不尽一致，即公民可以享有票据上的权利和承担票据上的义务，但却不一定能通过自己的行为取得该权利和承担该义务。根据《票据法》第16条之规定："无行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的，其签章无效……"。依照《民法通则》的规定，无行为能力人是指不满10周岁的未成年人以及不能辨认自己行为的精神病人；限制行为能力人是10周岁以上的未成年人以及不能完全辨认自己行为的精神病人（16周岁以上不满18周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人）。从上可见，在票据行为中，在票据上签章的自然人必须是具有完全民事行为能力的人，否则，该签章不具有任何效力，签章者并不因此而成为票据上的债务人，其他票据当事人也不得据此签章向无行为能力人或限制行为能力人主张任何票据债权。此外，法律、法规禁止公民从事某项票据行为的，公民即不具有从事该行为的能力。

2．行为人的意思表示必须真实或无缺陷

依照民法的一般原则，意思表示真实应是行为人的内心意思与外在表示一致，意思表示无缺陷即是意思表示不存为

法律上的障碍或欠缺。票据行为作为一种意思表示行为，即必须意思表示真实且无缺陷。鉴于票据行为的特殊性，应该更注重的是票据行为的外在表示形式，即形式上的合法性。但是，我国《票据法》第12条第1款规定："以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。"这一规定表明，尽管票据的形式符合法定条件，但从事票据行为的意思表示不真实或存在缺陷，票据持有人亦不得享有票据上的权利，该等行为无效。具体来说：

(1) 因欺诈而取得票据的行为。这是指票据受让人故意告知签发人或转让人虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使签发人或转让人作出错误的出票行为或转让行为。由于签发人或转让人受蒙骗而不知真实情况，作出的出票或转让行为并不是其真实意思的反映，故其是无效的。

(2) 因偷盗而取得票据的行为。这是指行为人在票据权利人或票据保管人不知情的情况下窃取其票据而占为己有的行为。实际上，票据权利人并未作出任何转让票据的意思表示，当然非法占有人取得票据的行为也就不能成为有效的行为，不受法律的保护。

(3) 因胁迫而取得票据的行为。这是指行为人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以给法人、其他组织的荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实意思表示而签发或转让票据的行为。签发票据的人或转让票据的人，因精神受到恐吓作出的行为不是其真实的意思表示，故而该行为是无效的。

(4) 因恶意而取得票据的行为。这是指票据取得人明知票据转让者存在权利上的瑕疵，没有处分、转让票据的权利，仍受让其票据的行为。恶意是相对善意而言的。票据取得人明知票据转让者因欺诈、偷盗、胁迫而取得票据，还受让该票据，这表明行为人有主观上的恶性，意思表示有缺陷，故其行为不受法律的保护。换言之，如果票据取得人不知道或者不可能知道票据转让者存在权利上的瑕疵，没有处分、转让票据的权利而受让其票据，根据民法理论中善意取得原则，只要票据形式合法，该票据取得人获得的票据即受法律保护。在实践中，受让人除明知转让人因欺诈、偷盗、胁迫而无权处分票据的情形之外，还可能会明知票据转让者无权转让票据的其他情形，如：转让者转让拾得的票据、转让者转让因他人疏忽而不当取得的票据等，亦应推定为恶意取得，该取得票据之行为无效。

除上情形之外，根据《民法通则》第 58 条之规定，行为人之间恶意串通损害国家、集体或者第三人利益的，其行为无效。这亦适用于票据行为。

3. 票据行为的内容必须符合法律、法规的规定

票据行为是一种合法行为，故其内容必须符合法律、法规的规定。我国《票据法》第 3 条规定："票据活动应当遵守法律、行政法规，不得损害社会公共利益。"凡违背法律的规定而进行的行为，将不取得票据行为的法律效力。需要明确的是，这里所指的合法主要是指票据行为本身必须合法，即票据行为的进行程序、记载的内容等合法，至于票据的基础关系涉及的行为是否合法，则与此无关。例如：当事

人发出票据是基于买卖关系，如果该买卖关系违反法律、法规而无效，则不影响票据行为的有效性。

4．票据行为必须符合法定形式

票据行为是一种要式行为，即须采用法律规定的形式，因此，票据行为必须符合法律、法规规定的形式。我国《票据法》对此内容作了详尽的规定，具体表现在以下几个方面：

（1）关于签章

在票据上，签章是票据行为生效的一个重要条件。“签章”与“签名”不是同一个概念。国外票据法律普遍使用的是“签名”的概念，然而我国在传统和实践中习惯于使用盖章表现特定身份，特别是企事业单位及组织的盖章具有很强的法律效力。因此，我国《票据法》第7条第1款规定：“票据上的签章，为签名、盖章或者签名加盖章”。这就是说，签章既包括签名，也包含盖章，这是我国票据法上一个特有的概念。具体来说，行为人在票据上签章，可以采用签名、盖章或者签名加盖章的其中之一。

票据上的签章是票据行为表现形式中绝对应记载的事项，如无该项内容，票据行为即为无效。票据上的签章因票据行为的性质不同，签章人也不相同：票据签发时，由出票人签章；票据转让时，由背书人签章；票据承兑时，由承兑人签章；票据保证时，由保证人签章；票据代理时，由代理人签章；持票人行使票据权利时，由持票人签章等等。

《票据法》第7条第2款规定：“法人和其他使用票据的单位在票据上的签章，为该法人或者该单位的盖章加其法定

代表人或者其授权的代理人的签章。”根据该规定，法人和其他单位的签章必须同时采用两种方式，即该法人或该单位的盖章和该法人或该单位的法定代表人或者其授权的代理人的签章。这是法律规定的特定要求，否则，票据行为就不产生效力。中国人民银行发布的《支付结算办法》第23条，就票据的签章要求作出了详尽的规定，即：(1) 银行汇票的出票人在票据上的签章，应为经中国人民银行批准使用的该银行汇票专用章加其法定代表人或其授权的经办人的签名或者盖章；(2) 银行承兑商业汇票、办理商业汇票转贴现、再贴现时的签章，应为经中国人民银行批准使用的该银行汇票专用章加其法定代表人或其授权经办人的签名或者盖章；(3) 银行本票的出票人在票据上的签章，应为经中国人民银行批准使用的该银行本票专用章加其法定代表人或其授权经办人的签名或者盖章；(4) 单位在票据上的签章，应为该单位的财务专用章或者公章加其法定代表人或其授权的代理人的签名或者盖章；(5) 个人在票据上的签章，应为该个人的签名或者盖章；(6) 支票的出票人和商业承兑汇票的承兑人在票据上的签章，应为其预留银行的签章。

关于票据的签名，《票据法》第7条第3款规定：“在票据上的签名，应当为该当事人的本名。”这一规定主要是针对公民而言的。鉴于公民使用姓名的情况较为复杂，如有的人除本名外，还有乳名、学名；还有的人有一个或多个笔名，甚至有的人取了外文名等等，故票据法强调公民在票据上签名时只能使用本名。《票据管理实施办法》第16条规定，该本名是指符合法律、行政法规以及国家有关规定的身

份证件上的姓名。

根据《支付结算办法》第24条之规定，出票人在票据上的签章不符合规定的，票据无效；承兑人、保证人在票据上的签章不符合规定的，其签章无效，但不影响其他符合规定签章的效力；背书人在票据上的签章不符合规定的，其签章无效，但不影响其前手符合规定签章的效力。

(2) 关于票据记载事项

票据记载相关事项是票据行为的一项重要内容。票据记载事项一般分为绝对记载事项、相对记载事项、任意记载事项等。绝对记载事项是指票据法明文规定必须记载的，如无记载，票据即为无效的事项；相对记载事项是指某些应该记载而未记载，适用法律的有关规定而不使票据失效的事项；任意记载事项是指票据法规定由当事人任意记载的事项。

根据《支付结算办法》的规定，票据上可以记载《票据法》及该办法规定事项以外的其他出票事项，但是该记载事项不具有票据上的效力，银行不负审查责任。由于票据种类的不同，记载的事项亦不一样，故这里只说明各类票据共同必须绝对记载的内容：①票据种类的记载，即汇票、本票、支票的记载。②票据金钱的记载。我国《票据法》第8条规定："票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。"这一规定与国外票据立法不尽相同。国外普遍的做法是：票据金额同时以文字和数码记载，两者有差异时，以文字记载的金额为准。我国票据法则要求票据金额必须以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，否则票据即为无效。③票据收款人的记载。收款人是票

据到期收取票款的人，并且是票据的主债权人，因此，票据必须记载这一内容，否则票据即为无效。④年月日的记载。这一般是指发票年月日的记载。年月日是判定票据权利义务的发生、变更和终止的重要标准，因此票据必须将此作为必须记载的事项，否则票据即为无效。正是基于票据金额、日期、收款人名称等内容在票据上的重要性，所以我国《票据法》第9条第2款规定："票据金额、日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效。"因此，有关人员在进行票据行为时，必须严格审查这三项内容是否有过更改。如果确属记载错误或需要重新记载，只能由出票人重新签发票据。

票据行为只有同时具备以上四个条件，才能发生法律效力，达到行为人预期的目的，否则票据行为即为无效。

（三）票据行为的代理

1. 代理概述

代理是指代理人在代理权限内以被代理人的名义进行活动，其法律后果由被代理人承担的一项制度。它是民法中民事法律行为制度的一个重要组成部分。票据行为是一种民事法律行为，故民法中的代理亦适用票据行为。

根据我国《民法通则》的规定，代理包括委托代理、法定代理和指定代理。因被代理人的委托授权进行的代理叫委托代理；根据法律规定而进行的代理叫法定代理；依照人民法院或者有关单位指定而产生的代理叫指定代理。在上述代理中，委托代理具有重要的意义。委托代理产生的依据即是被代理人的授权行为。授权行为是一种单方的法律行为，只要被代理人一方作出授予代理人代理权的意思表示，其就发

生法律效力。根据《民法通则》第65条之规定，代理权的授予可以是口头的，也可以是书面的，法律规定用书面形式的，应当用书面形式。书面形式的委托表现为授权委托书，授权委托书一般应载明代理人的姓名或名称、代理事项、权限和时间，并由委托人签名或盖章。

我国《票据法》亦对票据行为的代理作了相应规定。该法第5条第1款规定："票据当事人可以委托其代理人在票据上签章，并应当在票据上表明其代理关系。"根据这一规定，票据行为的代理必须具备以下条件：第一，票据当事人必须有委托代理的意思表示。根据票据代理的特殊性，该种授权委托一般以书面形式，即授权委托书的方式为宜。第二，代理人必须按被代理人的委托在票据上签章。代理人在行使代理权时，必须在票据上以自己的名字或名称作签章。如果代理人未在票据上以自己的名字或名称签章，则不产生票据代理的效力。第三，代理人应在票据上表明代理关系，即注明"代理"字样或类似的文句。凡是符合上述条件的，该票据行为的代理即对被代理人发生法律效力，其后果由被代理人承担。

2．无权代理

无权代理是代理人未经被代理人的授权而以被代理人名义进行活动。票据上的无权代理主要表现为行为人没有被代理人的授权而以代理人名义在票据上签章。根据我国《票据法》第5条第2款之规定，没有代理权而以代理人名义在票据上签章的，应当由签章人承担票据责任。

所谓票据责任是指票据债务人向持票人支付票据金额的

义务。如果没有代理权以代理人名义在票据上签章，签章人应承担向持票人支付票据金额的义务。但是，签章人承担这一责任，必须存在三个条件：第一，必须是无权代理人在票据上以自己的名义签章。不论该票据记载的被代理人是何人，只要无权代理人在票据上以自己名义签章，其就应对此行为承担责任。第二，必须是行为人没有代理权。如果行为人不能证明自己具有代理权，即使票据上记载为被代理人代理并以自己的名义签章，也应承担责任。第三，必须是该行为能产生票据上的效力。如果无权代理人的行为不能产生票据上的效力，那么他不承担无权代理的责任。例如：无权代理人系无民事行为能力人等。

3．越权代理

越权代理是指代理人超越代理权限所进行的代理行为。在民法理论上，越权代理的越权部分，亦属无权代理，但是其与前述所言的无权代理不同的是：后者从一开始就没有代理权，而前者则有代理权，只是行为人超越了被代理人的授权范围而进行代理行为。在票据行为代理中，越权代理实则表现为增加了被代理人的票据义务。根据《票据法》第5条第2款之规定，代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责任。

## 四、票据权利与抗辩

### （一）票据权利

1．票据权利的概念

票据权利是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的

权利。根据我国《票据法》第4条第4款的规定，票据权利包括付款请求权和追索权。

票据权利是票据关系中票据债权人享有的权利，是一种证券权利，产生于票据债务人的票据行为，因此在学理上，该权利也叫票据上的权利。这与票据法上的权利不是同一概念。票据法上的权利是根据票据法的规定所产生的权利，从广义上讲，票据权利也属票据法上的权利范畴，但一般认为，票据法上的权利在性质上属于非票据关系，例如：《票据法》第5条规定的票据当事人可以委托其代理人在票据上签章的委托权，第9条规定票据的原记载人可以更改票据上一些非主要记载事项等等，该等权利就是票据法上的权利，而非票据权利。

2. 票据权利的内容

票据权利是以获得一定金钱为目的的债权。债权是一种请求权，即为请求他人为一定行为或不为一定行为的权利。票据权利作为一种金钱债权，表现为请求支付一定数额货币的权利。

如前所述，我国《票据法》规定票据权利为付款请求权和追索权。这表明票据权利的内容与一般的金钱债权不同。一般的金钱债权是一种简单的一次性的请求权，而票据权利则体现为二次请求权。第一次请求权是付款请求权，这是票据上的主要权利；第二次请求权为追索权，这是指第一次请求权（即付款请求权）得不到满足时，向付款人以外的票据债务人要求清偿票据金额及有关费用的权利，故该权利又称偿还请求权。由于追索权是一种附条件的权利，即有赖于第

一次请求权不能实现才得以行使的权利，故又叫从票据权利。

我国《票据法》规定票据权利具有双重请求权，目的在于保护票据权利人的利益，促进票据的流通，维护票据活动的安全。

3．票据权利的取得

票据权利的取得，亦称票据权利的发生。票据权利是以持有票据为依据的，因此，行为人合法取得票据，即取得了票据权利。根据一般情形，当事人取得票据主要有以下几种情况：第一，从出票人处取得。出票是创设票据权利的票据行为，从出票人处取得票据，即取得票据权利。第二，从持有票据的人处受让票据。票据通过背书或交付等方式可以转让他人，以此取得票据即获得票据权利。第三，依税收、继承、赠与、企业合并等方式获得票据。

根据我国《票据法》的有关规定，行为人合法取得票据，依法取得票据权利，必须注意以下几个问题：

①票据的取得，必须给付对价。对价是一个特定的法律概念，这是指当事人一方在获得某种利益时，必须给付对方相应的代价。《票据法》第10条第2款规定："票据的取得，必须给付对价，即应当给付票据双方当事人认可的相对应的代价。"这里所指的"相对应的代价"就是指相当或相等的代价。如：出票人签发一张金额为5万元的汇票，收款人提供5万元的商品，该商品即是相对应的代价。该等对价是否相当或相等，一般以票据双方当事人签订的合同或达成的协议为准。如果一方当事人提供不符合双方认可的对价，不仅

构成民法中的违约责任，而且在票据法中也被认为是无对价，只有在事后追认同意的，才构成对价。

票据的取得是无对价或无相当对价的，根据票据法的一般原理，只要票据取得人取得票据没有恶意，即不存在欺诈、偷盗、胁迫等，那么他自然享有票据权利，但该票据权利不得优于其前手。所谓“前手”是指在票据签章人或者持票人之前签章的其他票据债务人。这就是说，凡是无对价或无相当对价取得票据的，如果属于善意取得，仍然享有票据权利，但票据持有人必须承受其前手的权利瑕疵。如果前手的权利因违法或有瑕疵而受影响或丧失，该持票人的权利也因此而受影响或丧失。

②因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价之限制。这是一种例外的情况。由于法律允许一些无偿法律行为存在，故也承认一方当事人给付他方当事人某种利益时，他方当事人只接受该种利益而无须支付任何报酬。所以《票据法》第 11 条第 1 款规定：“因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于其前手的权利。”这一规定一方面强调了在法律认可的无偿关系情况下，可以取得票据并不受给付对价之限制，另一方面又对无偿取得票据者的票据权利作了相应的限制，这一限制表现在两个方面：一是由此取得的票据权利范围不得超过其前手的权利范围；二是如果前手的权利有瑕疵，票据取得人取得的权利亦受此影响。

③因欺诈、偷盗、胁迫、恶意或重大过失而取得票据的，不得享有票据权利。前述有关部分对欺诈、偷盗、胁迫

和恶意取得票据的情形已作过说明，这里不再赘述。该等行为取得的票据，即使票据的要式齐全、票据的背书连续，也不得享有票据权利，由此而触犯其他法律、法规的，还要依法追究其相应的法律责任。

这里对因重大过失取得票据而不享有票据权利的情形作一说明。根据《票据法》第12条第2款之规定，“持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利”。民法理论上的重大过失是指行为人因疏忽或过于自信不仅没有遵守法律对他较高的注意之要求，甚至连人们一般应当注意并能够注意的要求都未达到，以致造成某种损害后果。此处的持票人因重大过失取得票据是指票据受让人虽不是明知，但如果凭一般业务交往和日常生活之基本经验和习惯稍加注意就可知道票据转让人转让的票据不符合票据法规定的票据。在此情况下，票据取得人不得享有票据权利。但是，应该注意的是，如果持票人因重大过失取得符合票据法规定的有效票据，是否享有票据权利？《票据法》没有规定。如果持票人因重大过失而没有注意到票据转让人对票据没有处分权，尽管该票据是有效票据，亦应视为不得享有票据权利。

4．票据权利的消灭

票据权利的消灭是指因发生一定的法律事实而使票据权利不复存在。票据权利消灭之后，票据上的债权、债务关系也随之消灭。在一般情况下，票据权利可因履行、免除、抵销等事由的发生而消灭。这里主要说明票据权利因时效而消灭的情形。

我国民法确定的时效主要是指消灭时效，这是指权利人在法律规定的时效期间内不行使权利，即引起权利丧失的一种制度。根据我国《票据法》第17条之规定，票据权利因在一定期限内不行使而消灭的情形有四种：

第一，持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起2年。见票即付的汇票、本票，自出票日起2年。这是有关付款请求权的时效规定。依此规定，持票人对票据的出票人和承兑人、本票的发票人享有的付款请求权，自票据到期日起2年内不行使，见票即付的汇票、本票的付款请求权，自出票日起2年内不行使，其权利归于消灭。

第二，持票人对支票出票人的权利，自出票日起6个月。这也是有关付款请求权的时效规定。依此规定，持票人对支票的出票人的付款请求权，自出票日起6个月内不行使，其权利归于消灭。

第三，持票人对前手的追索权，在被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月 。这是有关追索权的时效规定。持票人的付款请求权被拒绝之后，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月不行使追索权的，该项权利归于消灭。

第四，持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月。这也是有关追索权的时效规定。再追索权是指受到追索而偿还了票款的人因取得票据上的权利而向其前手再追索的追索权。票据的被追索人清还了票款之后，即取得持票人的同一权利，故有权向其前手行使追索权。根据我国《票据法》的规定，被追索人清偿了票款之后，自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月内，应向其前手行使再追

索权，否则即丧失该权利。

上述时效的规定都适用民法上有关时效中断和中止的有关规定。

5. 票据权利的行使与保全

票据权利的行使是指票据权利人向票据债务人提示票据，请求实现票据权利的行为，如：请求承兑、提示票据请求定期付款、行使追索权等。票据权利的保全是指票据权利人防止票据权利丧失的行为，如为防止付款请求权与追索权因时效而丧失，采取中断时效的行为；为防止追索权丧失而请求作成拒绝证明的行为等。

无论是票据权利的行使还是保全，都涉及一个在何地进行的问题。根据民法的一般原理，在债的履行中，除特定物的给付外，凡债务的清偿，除非当事人之间有特别约定，应当在债权人的住所进行。但是，票据是一种流通证券，转让较为频繁，因而票据债务人往往很难确定票据到期时的债权人，到债权人处履行债务亦较为困难。为此，《票据法》第16条规定："持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利，应当在票据当事人的营业场所和营业时间内进行，票据当事人无营业场所的，应当在其住所进行"。此处所指的票据当事人是指对票据债务承担义务的承兑人、付款人、保证人、出票人或前手背书人等。此处所指的住所，依照《民法通则》第39条之规定："法人以它的主要办事机构所在地为住所"，该法第15条规定："公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。"

6. 票据权利的补救

票据权利与票据是紧密相连的。如果票据一旦丧失，票据权利的实现就会受到影响。为此，我国《票据法》第15条规定了票据丧失后的补救措施。该补救措施主要有三种形式，即挂失止付、公示催告、普通诉讼。无论是采取哪一种补救措施，均必须符合以下几个条件：第一，必须有丧失票据的事实。所谓丧失票据（或票据丧失）是指票据因灭失、遗失、被盗等原因而使票据权利人脱离其对票据的占有。在此情况下，票据的物质客体可能已经消灭，或者虽然还存在但失票人不知其在何处。第二，失票人必须是真正的票据权利人。第三，丧失的票据必须是未获付款的有效票据。如果是已经付款的票据，或者属于必要记载事项不全的票据，或手续欠缺以及时效届满其权利已消灭的票据等，均不得采取该等补救措施。以下分别对三种补救措施作一说明。

（1）挂失止付

这是指失票人将丧失票据的情况通知付款人并由接受通知的付款人暂停支付的一种方法。我国《票据法》第15条第1款规定："票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据除外。"根据这一规定，挂失止付的票据应当是不属于未记载付款人的票据或者无法确定付款人及其代理付款人的票据。未记载付款人的汇票、本票、支票属于无效票据，故不能挂失止付；无法确定付款人的代理付款人（一般指银行）的银行汇票、银行承兑汇票、银行本票是由代理付款人在见票时直接支付票款，且代理付款人的名称都

未在票据上记载，经背书转让后，更难确定代理付款人，故挂失止付通知无法送达，当然也不能挂失止付。

失票人在通知票据的付款人或者代理付款人挂失止付时，应当填写挂失止付通知书并签章。根据《票据管理实施办法》第19条的规定，挂失止付通知书应当记载下列事项：(1) 票据丧失的时间和事由；(2)票据种类、号码、金额、出票日期、付款日期、付款人名称、收款人名称；(3)挂失止付人的名称、营业场所或者住所及联系方法。

《票据法》第15条第2款规定“收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支付。”依此规定，付款人对通知止付的票据，应承担停止付款的义务，否则，则应承担民事赔偿责任。

挂失止付并不是票据丧失后票据权利补救的必经程序，它仅仅是失票人在丧失票据后可以采取的一种暂时的预防措施，以防止票据被冒领或骗取。因此，失票人既可在票据丧失后先采取挂失止付，再紧接着申请公示催告或提起诉讼；也可以不采取挂失止付，直接向人民法院申请公示催告，由法院在受理后发出停止支付通知，或向法院直接起诉。但是，票据丧失后，票据极易被冒领、骗取，而且法院在受理公示催告或起诉时有一个过程，故失票人应在票据丧失后通知付款人挂失止付为宜。根据《票据管理实施办法》的规定，付款人或者代理付款人自收到挂失止付通知书之日起12日内没有收到人民法院的止付通知书的，自第13日起，挂失止付通知书失效。但是，如果付款人或者代理付款人在收到挂失止付通知书前，已经依法向持票人付款的，不再接

受挂失止付。

(2) 公示催告

这是指在票据丧失后，由失票人向人民法院提出申请，请求人民法院以公告方法通知不确定的利害关系人限期申报权利，逾期未申报者，则权利失效，而由人民法院通过除权判决宣告所丧失的票据无效的一种制度或程序。我国《民事诉讼法》第18章规定了公示催告程序，该法第193条规定："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"。我国《票据法》第15条第3款规定："失票人应当在通知挂失止付后3日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告……"。根据《民事诉讼法》的规定，票据丧失后的公示催告程序如下：

①失票人向票据支付地的基层人民法院提出公示催告的申请。票据支付地是指票据的履行地。银行汇票以出票人所在地为支付地；商业汇票以承兑人或付款人所在地为支付地；银行本票以出票人所在地为支付地；支票以出票人开户银行所在地为支付地。票据的代理付款银行是受付款人的委托向持票人支付票款，因此，代理付款银行所在地不能确定为票据支付地。失票人向人民法院递交公示催告申请书时，应当写明票面金额、出票人、持票人、背书人等主要内容和申请的理由以及事实等。如果是已通知挂失止付的，应当在通知挂失止付后3日内向人民法院提出公示催告的申请。

②人民法院决定受理申请后，应发出止付通知和公告。止付通知是由人民法院向付款人发出的停止付款的通知，如

果付款人拒不止付，由此给失票人造成损失的，应承担相应的责任。付款人接到停止付款通知后，应当停止支付，直至公示催告程序终结。公告是由人民法院在受理公示催告申请后，以公开文字形式向社会发出的旨在敦促利害关系人限期申报权利的一种告示。人民法院应在受理申请后3日内发出公告，公示催告的期间不得少于60日。

③人民法院收到利害关系人的申报后，应当裁定终结公示催告程序。人民法院在收到利害关系人提出的票据权利主张后，应通知公示催告申请人在指定的期间察看票据。如果公示催告的票据与利害关系人出示的票据不一致的，法院应裁定予以驳回利害关系人的申报。

④公示催告期间届满以及在判决作出前，没有利害关系人申报权利的，公示催告申请人应当自申报权利期间届满的次日起一个月内申请法院作出判决。法院判决丧失票据无效。判决应当公告，并通知付款人。判决生效后，公示催告申请人有权依据判决向付款人请求付款或向其他票据债务人行使追索权。至此，票据丧失后的权利补救措施完成。

(3) 普通诉讼

这是指丧失票据的失票人向人民法院提起民事诉讼，要求法院判定付款人向其支付票据金额的活动。《票据法》第15条第3款规定："失票人应当在通知挂失止付后3日内，也可以在票据丧失后，……向人民法院提起诉讼。"失票人向人民法院提起诉讼以补救票据权利的，应注意以下几点：第一，票据丧失后的诉讼被告一般是付款人，但在找不到付款人或付款人不能付款时，也可将其他票据债务人（出票

人、背书人、保证人等）作为被告。第二，诉讼请求的内容是要求付款人或其他票据债务人在票据的到期日或判决生效后支付或清偿票据金额。第三，失票人在向法院起诉时，应提供所丧失的票据的有关书面证明。第四，在判决前或付款前，付款人或人民法院可以要求失票人提供抵押，以防由于付款人支付已丧失的票据票款后可能出现的损失。第五，在判决前，丧失的票据出现时，付款人应以该票据正处于诉讼阶段为由暂不付款，而将情况迅速通知失票人和人民法院。法院应终结诉讼程序。失票人与提示人对票据债权人没有争议的，应由真正的票据债权人持有票据并向付款人行使票据权利；如失票人与提示人对票据债权人有争议的，任何一方均可向法院起诉，由法院确认。在判决生效后，丧失的票据出现时，付款人不为付款，应将情况通知失票人。如果失票人与提示人对票据权利没有争议的，由真正的票据权利人向付款人行使票据权利；如有争议，任何一方可向法院起诉，请求确认权利人。

（二）票据抗辩

1．票据抗辩的概念

票据抗辩是指票据的债务人依照票据法的规定，对票据债权人拒绝履行义务的行为。票据抗辩是票据债务人的一种权利，是债务人保护自己的一种手段。法律之所以规定债务人可以在一定情况下具有拒绝履行义务的权利，这主要是基于票据是一种可流通证券，让与极为频繁，在每一个转让环节都有可能使票据出现缺陷，因此赋予债务人的票据抗辩权则可依法保护其合法利益。

2．票据抗辩的种类

票据债务人行使抗辩权的情形较为复杂，前述有关内容已提及一些。从总的来看，票据抗辩权的行使必须严格依照票据法的规定进行，否则，不得行使抗辩权。根据抗辩原因不同以及抗辩效力的不同，票据抗辩可分为两种：

（1）对物抗辩。这是指基于票据本身的内容而发生的事由所进行的抗辩。这一抗辩可以对任何持票人提出。其主要包括以下情形：①票据行为不成立而为的抗辩。如票据应记载的内容有欠缺；票据债务人无行为能力；无权代理或超越代理权进行票据行为；票据上有禁止记载的事项（如付款附有条件，记载到期日不合法）；背书不连续；持票人的票据权利有瑕疵（如因欺诈、偷盗、胁迫、恶意、重大过失取得票据）等。②依票据记载不能提出请求而为的抗辩。如：票据未到期、付款地不符等。③票据载明的权利已消灭或已失效而为的抗辩。如：票据债权因付款、抵销、提存、免除、除权判决、时效届满而消灭等。④票据权利的保全手续欠缺而为的抗辩。如：应作成拒绝证书而未作等。⑤票据上有伪造、变造情形而为的抗辩。

（2）对人抗辩。这是指票据债务人对抗特定债权人的抗辩。这一抗辩多与票据的基础关系有关。例如：甲签发一张票据给乙而购买商品，甲就可以乙未交货，不具有对价为由向乙主张抗辩。为此，《票据法》第13条第2款亦规定："票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人，进行抗辩。"在理解这一规定时，应注意的是：票据债务人只能对基础关系中的直接相对人不履行约

定义务的行为进行抗辩，该基础关系必须是该票据赖以产生的民事法律关系，而不是其他的民事法律关系；如果该票据已被不履行约定义务的持票人转让给第三人，而该第三人属善意、已对价取得票据的持票人，则票据债务人不能对其进行抗辩。

3. 票据抗辩的限制

票据抗辩是有限制的，这是各国立法普遍采用的作法。我国《票据法》第13条第1款亦规定："票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。"这便是对票据抗辩限制的规定。根据这一规定，我国票据法中对票据抗辩的限制主要表现在以下方面：

第一，票据债务人不得以自己与出票人之间的抗辩事由对抗持票人。这是说，如果票据债务人（如承兑人、付款人）与出票人之间存在抗辩事由（如：出票人与票据债务人存在合同纠纷；出票人存入票据债务人的资金不够等），该票据债务人不得以此抗辩事由对抗善意持票人。

第二，票据债务人不得以自己与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人。例如：票据债务人与持票人的前手（如背书人、保证人等）存在抵销关系，而持票人的前手将票据转让给了持票人，票据债务人就不能以其与持票人的前手存在抗辩事由而拒绝向持票人付款。

上述对票据抗辩的限制实际是把票据债务人与出票人之间存在的抗辩以及票据债务人与其前债权人（持票人的前手）之间所存在的抗辩限制在他们之间，而不允许将这些抗

辩扩大到其他人。这主要在于保证票据作为一种流通和支付工具的正常使用和流通，不致使票据权利人缺乏安全感而无端造成善意持票人的经济损失。但是如果持票人明知票据债务人与出票人之间存在抗辩以及票据债务人与其前债权人之间存在抗辩，这表明持票人具有主观恶意，票据债务人可以对其主张抗辩，拒绝付款。在此情况下，票据债务人应对持票人的恶意行为承担举证责任。

第三，凡是善意的、已付对价的正当持票人可以向票据上的一切债务人请求付款，不受前手权利瑕疵和前手相互间抗辩的影响。例如：持票人不知道其前手取得票据存在欺诈、偷盗、胁迫、重大过失等情形，并已为取得票据支付了相应的代价，那么票据债务人不能以持票人的前手存在权利瑕疵而对抗持票人。

第四，持票人取得的票据是无对价或不相当对价的，由于其享有的权利不能优于其前手的权利，故票据债务人可以对抗持票人前手的抗辩事由对抗该持票人。

（三）票据的伪造和变造

伪造和变造的票据直接影响票据权利，因此，我国《票据法》第14条对票据的伪造和变造的责任和效力作了规定。

1．票据的伪造

票据的伪造是指假冒他人名义或虚构人的名义而进行的票据行为。一般认为，票据上的伪造包括票据的伪造和票据上签章的伪造两种。前者是指假冒他人或虚构人的名义进行出票行为，如在空白票据上伪造出票人的签章或者盗盖出票人的印章而进行出票；后者则是指假冒他人名义而进行出票

行为之外的其他票据行为，如伪造背书签章、承兑签章、保证签章等。票据的伪造与票据的无权代理不同的是：票据伪造的伪造人必须是假冒他人名义签章，而票据的无权代理则是在票据上表明了代理关系，将被代理人的姓名或名称记载在票据上并由代理人签章，因此二者不能等同。

票据的伪造行为是一种扰乱社会经济秩序、损害他人利益的行为，在法律上不具有任何票据行为的效力。由于其从一开始就是无效的，故持票人即使是善意取得，对被伪造人也不能行使票据权利。对伪造人而言，由于票据上没有以自己名义所作的签章，因此也不应承担票据责任。但是，如果伪造人的行为给他人造成损害的，必须承担民事责任，构成犯罪的，还应承担刑事责任。

根据《票据法》第 14 条第 2 款之规定，票据上有伪造签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。这就是说，在票据上真正签章的人，仍应对被伪造的票据的债权人承担票据责任，票据债权人按票据法的规定提示承兑、提示付款或行使追索权时，在票据上真正签章人不能以伪造为由进行抗辩。

2．票据的变造

票据的变造是指无权更改票据内容的人，对票据上签章以外的记载事项加以变更的行为。例如：变更票据上的到期日、付款日、付款地、金额等。构成票据的变造，须符合以下条件：一是变造的票据是合法成立的有效票据；二是变造的内容是票据上所记载的除签章以外的事项；三是变造人无权变更票据的内容。

有些行为与票据的变造相似，但不属票据的变造：(1) 有变更权限的人依法对票据进行的变更，这属有效变更，不属票据的变造；(2) 在空白票据上经授权进行补记的，由于该空白票据欠缺有效成立的条件，此等补记只是使票据符合有效票据的条件，不属票据的变造；(3) 变更票据上的签章的，属于票据的伪造，而不属票据的变造。

根据《票据法》第 14 条第 3 款之规定，票据的变造应依照签章是在变造之前或之后来承担责任。如果当事人签章在变造之前，应按原记载的内容负责；如果当事人签章在变造之后，则应按变造后的记载内容负责；如果无法辨别是在票据被变造之前或之后签章的，视同在变造之前签章。例如：甲签发一张本票交受款人乙，金额为 2 万元，乙背书转让给丙，丙取得本票后将金额改为 5 万元然后转让给丁，丁又背书转让给戊。因甲乙签章在变造之前，故应就 2 万元负责；丙为变造人，应对其所变造的文义负责，即对 5 万元负责；丁签章在变造之后，应对 5 万元负责。如果戊向甲请求付款，甲只负责付给 2 万元。戊已付给丁 5 万元，其所受损失 3 万元应向丁和丙请求赔偿。但是，在实践中，变造人可能签章，也可能不签章，无论是否签章，其都应就行为承担法律责任。

尽管被变造的票据仍为有效，但是，票据的变造是一种违法行为，故变造人的变造行为给他人造成经济损失的，应对此承担赔偿责任，构成犯罪的，应承担刑事责任。

## 第二节 汇 票

### 一、汇票的概念和种类

汇票是出票人签发的、委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。由此可见，汇票是这样一种票据：第一，汇票有三个基本当事人，即出票人、付款人和收款人。由于这三个当事人在汇票发行时既已存在，故属基本当事人，缺一不可。但是随着汇票的背书转让，汇票上设立保证等，被背书人、保证人等也成为汇票上的当事人。第二，汇票是由出票人委托他人支付的票据，是一种委托证券，而非自付证券。第三，汇票是在指定到期日付款的票据。指定到期日是指见票即付、定日付款、出票后定期付款、见票后定期付款四种形式。第四，汇票是付款人无条件支付票据金额给持票人的票据，此处的持票人包括收款人、被背书人或受让人。

汇票可从不同角度作出不同分类。(1) 以付款期限长短为标准，汇票可分为即期汇票和远期汇票。即期汇票是指见票即行付款的汇票，包括标明：见票即付的汇票、到期日与发票日相同的汇票以及未记载到期日的汇票（以提示日为到期日）。远期汇票是指约定一定的期日付款的汇票，包括定期付款汇票、发票日后定期付款汇票（也叫计期汇票）和见票后定期付款汇票。(2) 以记载受款人的方式不同为标准，汇票可分为记名式汇票和无记名式汇票。(3) 以签发和支付

地点不同，汇票可分为国内汇票和国际汇票，前者指在一国境内签发和付款的汇票，后者指汇票的签发和付款一方在国外，或都在国外的汇票。(4) 以银行对付款的要求不同，汇票可分为跟单汇票和原票，前者指使用汇票时需附加各种单据（如提货单、运货单、保险单等），后者是指只需提出汇票本身即可付款，无需附加任何单据的汇票。

我国《票据法》将汇票分为银行汇票和商业汇票，前者是指银行签发的汇票，后者则是银行之外的企事业单位、机关、团体等签发的汇票。

在实践中，银行汇票一般由汇票人将款项交存当地银行，由银行签发给汇款人持往异地办理转账结算或支取现金。单位、个体经济户和个人需要使用各种款项，均可使用银行汇票。

银行汇票的当事人是：(1) 出票人。这是指“签发行”。根据我国现行做法，只有参加“全国联行往来”的银行才能签发汇票，即充当出票人。(2) 受款人。这是指收款人，收款人可以是“汇款人”，也可以是其他人。(3) 付款人。这是汇票中的兑付行。“汇款人”不是汇票上的当事人，而是与出票人有原因关系的人。“汇款人”可以是单位、个体经济户和个人。汇款人与签发行的关系是委托关系。

商业汇票是指收款人或付款人（或承兑申请人）签发，由承兑人承兑，并于到期日向收款人或被背书人支付款项的票据。商品汇票按承兑人的不同，分为商业承兑汇票和银行承兑汇票，前者指由收款人签发，经付款人承兑，或由付款人签发并承兑的票据，后者指由收款人或承兑申请人签发、

并由承兑申请人向开户银行申请，经银行审查同意承兑的票据。商业汇票的收款人、付款人或承兑申请人一般指供货和购货单位。在商业承兑汇票中，汇票上的当事人是：(1) 出票人是交易中的收款人，即卖方，或者交易中的付款人，即买方。(2) 承兑人，出票人如是卖方，承兑人为买方，出票人如是买方，本人为承兑人。(3) 付款人，是买方的开户银行。(4) 受款人，是交易中的收款人，即卖方。在银行承兑汇票中，汇票上的当事人是：出票人是承兑申请人；付款人和承兑人是承兑行，即承兑申请人的开户银行；受款人是与出票人签订购销合同的收款人，即卖方。

## 二、出 票

### (一) 出票的概念

出票亦称发票。《票据法》第 20 条规定："出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。"依此规定，出票实际包括两个行为：一是出票人依照票据法的规定作成票据，即在原始票据上记载法定事项并签章；二是交付票据，即将作成的票据交付给他人占有。这两者相辅相成，缺一不可。

根据《票据法》第 21 条之规定，汇票的出票人在为出票行为时，必须与付款人具有真实的委托付款关系，并且具有支付汇票金额的可靠资金来源；汇票的出票人不得签发无对价的汇票用以骗取银行或者其他票据当事人的资金。由于汇票是出票人委托付款人向持票人支付票据金额的一种委付证券，故出票人与付款人之间必须存在真实的支付委托关

系，即出票人与付款人之间必须存在事实上的资金关系或者其他的债权债务关系。与此同时，出票人在出票时，必须确保在汇票不承兑或不获付款时，必须具有足够的清偿能力。《票据法》强调汇票的签发，必须给付对价，即出票人不得与其他当事人相互串通，利用签发没有对价的承兑汇票，通过转让、贴现来骗取银行或其他票据当事人的资金。由于票据是一种无因证券，因此，即使出票人签发没有对价的汇票，出票人等债务人仍应按照汇票上记载的事项承担票据责任。

（二）汇票的格式

汇票是一种要式证券，出票行为是一种要式行为，故汇票的作成必须符合法定的格式。汇票的格式就是作成汇票后表现于汇票之上的内容。该内容可分为绝对应记载事项、相对应记载事项和非法定记载事项。

1．汇票的绝对应记载事项

汇票的绝对应记载事项是指票据法规定必须在票据上记载的事项，若欠缺记载，票据便为无效。根据《票据法》第22条之规定，汇票的绝对应记载事项包括七个方面的内容，如果汇票上未记载该七个方面事项之一的，汇票无效。具体内容如下：

（1）表明“汇票”的字样。这是指在票据上必须记载足以表明该票据是汇票的文字。如果没有该等文字，“汇票”则为无效。根据我国现行汇票的用法，汇票可有“银行汇票”、“银行承兑汇票”、“商业承兑汇票”等称谓，因此，只要能够有表明“汇票”字样的，即可。

(2) 无条件支付的委托。这是汇票的支付文句，即须表明出票人委托付款人支付汇票金额是不附带任何条件的。换言之，如果汇票附有条件（如收货后付款），则汇票无效。那么，汇票上未记载“无条件支付的委托”是否就导致汇票无效呢？从我国目前使用的汇票来看，主要有银行汇票、商业承兑汇票、银行承兑汇票三种。这三种汇票都未记载支付文句。从银行汇票来看，出票人同时又是付款人，出票人实际上是约定自己支付汇票金额，而不存在出票人对他人的支付委托，也就没有必要记载支付委托。从商业承兑汇票来看，以付款人为出票人的，出票人与付款人为同一人，也不存在支付委托问题；以收款人为出票人的，则存在出票人对付款人的支付委托。从银行承兑汇票来看，则存在支付委托的问题。我们认为，尽管实务中上述三种汇票的付款都是无条件付款，但是，《票据法》生效之后，应严格依此规定记载该等支付文句，否则，汇票即为无效。

(3) 确定的金额。这是指汇票上记载的金额必须是固定的数额。如果汇票上记载的金额是不确定的，如 10 万元以下、5 万元以上等，汇票将无效。在实践中，银行汇票记载的金额有汇票金额和实际结算金额。汇票金额是指出票时汇票上应该记载的确定金额；实际结算金额是指不超过汇票金额，而另外记载的具体结算的金额。汇票上记载有实际结算金额的，以实际结算金额为汇票金额。如果银行汇票记载汇票金额而未记载实际结算金额，并不影响该汇票的效力，而以汇票金额为实际结算金额。实际结算金额只能小于或等于汇票金额，如果实际结算金额大于汇票金额的，实际结算金

额无效，以汇票金额为付款金额。

（4）付款人名称。付款人是指出票人在汇票上的委托支付汇票金额的人。付款人是汇票的主债务人，如果汇票上未记载付款人的名称，收款人或者持票人将不知道向谁提示承兑或提示付款。因此，汇票上未记载付款人，汇票便为无效。

（5）收款人名称。收款人是指出票人在汇票上记载的受领汇票金额的最初票据权利人。在英美法国家，法律允许签发无记名式汇票，没有将收款人名称规定为应记载事项，而我国《票据法》则不允许签发无记名汇票，故汇票上应将收款人名称作为应记载的绝对之事宜，这有利于汇票的转让和流通，减少发生纠纷。

（6）出票日期。这是指出票人在汇票上记载的签发汇票的日期。出票日期在法律上具有重要的作用，即可以确定出票后定期付款汇票的付款日期、确定见票即付汇票的付款提示期限、确定见票后定期付款汇票的承兑提示期限、确定利息起算日、确定某些票据权利的时效期限、确定保证成立之日期、判定出票人于出票时的行为能力状态以及代理人的代理权限状态等，因此，如果汇票上不记载出票日期，这将不利于保护持票人的票据权利。其应为绝对应记载事项。

（7）出票人签章。这是指出票人在票据上亲自书写自己的姓名或盖章。这一问题在前述有关内容已作说明。如果汇票出票人不在汇票上签章，汇票即为无效。

2．汇票的相对应记载事项

这也是汇票上必须应记载的内容，但是，相对应记载事

项未在汇票上记载，并不影响汇票本身的效力，汇票仍然有效。该等未记载的事项可以通过法律的直接规定来补充确定。《票据法》第23条规定了这一内容，以下分别加以阐释。

(1) 付款日期。这是指支付汇票金额的日期。汇票除见票即付外，其金额一般是在签发汇票后一段时间才支付。因此，汇票应记载一个付款日期以作为票据权利人行使票据权利的依据。但是，如果汇票上未记载付款日期的，并不必然导致票据的无效，根据《票据法》第23条第2款之规定，此为见票即付。

关于付款日期，《票据法》第25条规定了4种形式，即见票即付、定日付款、出票后定期付款、见票后定期付款。付款日期为汇票到期日。出票人签发汇票时，只能在这4种法定形式中选定，而不能选用法定形式以外的其他任何形式。见票即付是指汇票的付款人一经持票人为付款提示，即应该予以付款的一种付款日期形式。汇票上未记载具体付款时间，表明了“见票即付”字样或依法推定为见票即付的，持票人提示汇票的提示日就是付款日期，即属汇票到期。但是，为了防止持票人久久不提示票据，损害债务人的利益，《票据法》第53条规定，见票即付汇票的法定付款提示期限为出票日起1个月。持票人未在此期限内为付款提示的，即丧失对其一切前手的追索权。定日付款是指汇票上记载特定年、月、日为支付款日期的一种形式。由于该形式的付款日期最为明确，故实践中使用较多。出票后定期付款是指汇票上记载的从出票日起经过一定期间方能付款的一种付款日期

形式。这是从出票日作为起算日，直到汇票上记载的一定期间（如2个月）的末日为到期日。见票后定期付款是指出票人在汇票上记载的于付款人承兑日起经过一定期间方能付款的一种付款日期形式，如：见票后3个月付款或承兑后6个月付款等。这里的起算日即是见票日。

（2）付款地。这是指汇票金额的支付地点。此一内容应在票据上加以明确记载，以便于收款人或持票人知道在何地提示付款。但是，如果汇票上未记载付款地的，也不必然导致票据无效，而是依据法律的规定确定付款地。根据《票据法》第23条第3款之规定，在此情况下，付款地为付款人的营业场所、住所或者经常居住地。付款人的营业场所为其从事生产经营活动的固定场所，付款人没有经营场所的，以其住所为付款地，住所与经常居住地不一致的，则以其经常居住地为付款地。根据我国有关法律解释，经常居住地一般是指公民最后连续居住满1年以上的日常生活居住地。

（3）出票地。这是指出票人签发票据的地点，此一内容亦应在票据上加以明确记载；如果汇票上未记载出票地的，依照《票据法》第23条第4款之规定，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

3．汇票的非法定记载事项

这是指法律规定以外的记载事项。根据《票据法》第24条之规定，汇票上可以记载本法规定事项以外的其他出票事项，但是该记载事项不具有汇票上的效力。法律规定以外的事项主要是指与汇票的基础关系有关的事项，如：签发票据的原因或用途、该票据项下交易的合同号码等等。因

此，这些事项尽管有利于当事人清算方便，但却与票据关系本身关系不大，故其不具有票据上的效力。

（三）出票的效力

出票是以创设票据权利为目的的票据行为。所以，出票人依照票据法的规定完成出票行为之后，即产生票据上的效力。这一效力表现为创设票据权利和引起票据债务的发生，这种权利义务因汇票当事人的地位不同而不相同。

1．对收款人的效力。收款人取得出票人发出的汇票后，即取得票据权利，一方面就票据金额享有付款请求权，另一方面，在该请求权不能满足时，即享有追索权。

2．对付款人的效力。出票行为是单方行为，付款人并不因此而有付款义务，只有付款之权限。但基于出票人的付款委托使其具有承兑人的地位，在其对汇票进行承兑后，即成为汇票上的主债务人。

3．对出票人的效力。出票人委托他人付款，一旦该行为成立，就必须保证该付款能得以实现。如果付款人不予付款，出票人就应该承担票据责任。因此，《票据法》第126条规定："出票人签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任。出票人在汇票得不到承兑或者付款时，应当向持票人清偿本法等70条、第71条规定的金额和费用。"这一规定表明，收款人在向付款人行使票据权利而得不到满足时，出票人必须就此承担票据责任，从法律上讲，该责任是一种担保责任，即担保汇票的承兑和付款。担保汇票的承兑是指汇票到期日前不获承兑时，收款人或持票人可以请求出票人偿还票据金额、利息和有关费用。担保汇票的付款是指

汇票到期时，付款人虽已承兑但拒绝付款的，出票人必须承担清偿责任。

## 三、背　书

### （一）汇票转让与背书

汇票的转让是指汇票的持票人以背书或仅凭交付的方式而将票据权利让与他人的一种票据行为。票据权利与票据是不可分的，因而票据的转让也就是票据权利的转让。一般而言，票据转让主要有背书交付和单纯交付两种。单纯交付是指持票人未在票据上作任何转让事项的记载而直接将票据交与他人的一种法律行为；背书交付是指持票人以转让票据权利为目的，按法定的事项和方式记载于票据上的一种票据行为。但是，我国《票据法》第27条第3款规定，“持票人行使第一款规定的权利时，应当背书并交付汇票”，而该条第1款规定：“持票人可以将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使”。这表明，我国票据法规定的汇票转让只能采用背书的方式，而不能仅凭单纯交付方式，否则就不产生票据转让的效力。

根据《票据法》第27条第2款之规定，出票人在汇票上记载“不得转让”字样，汇票不得转让。这是有关出票人的禁止背书的规定。尽管此处标明的是“不得转让”，但在实践中只要表明了禁止背书的含义，如“禁止背书”、“禁止转让”等字样，亦是有效的。依此规定，如果收款人或持票人将出票人作禁止背书的汇票转让的，该转让不发生票据法上的效力，出票人对受让人不承担票据责任。

（二）背书的形式

背书是一种要式行为，故其必须符合法定的形式，即其必须作成背书并交付，才能有效成立。从背书的记载事项而言，根据《票据法》的有关规定，其应与出票一样，符合有关出票时应记载的事项内容。现就有关汇票记载的事项作一说明：

1．关于背书签章和背书日期的记载

《票据法》第29条规定："背书由背书人签章并记载背书日期。背书未记载日期的，视为在汇票到期日前背书。"背书人背书时，必须在票据上签章，背书才能成立，否则，背书行为无效。背书人签章是确定背书的债务人地位及其担保责任的依据，故此属绝对应记载事项。关于背书日期，其是相对应记载事项，因为，背书未记载日期的，视为在汇票到期日前背书。这表明背书未记载背书日期，并不因之无效，而是以法律的补充规定来确定背书日期。票据法确定"汇票到期日前"作为未记载背书日期的日期，这主要是为了保护善意持票人的权利不因背书未记载日期而无效。

2．关于被背书人名称的记载

我国《票据法》第30条规定："汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人名称。"这一规定表明，我国票据法不承认不记名背书。如果背书人不作成记名背书，即不记载被背书人名称，汇票转让将不能成立，背书行为无效。因此，被背书人名称是背书应记载之绝对事项。

3．关于禁止背书的记载

背书人的禁止背书是背书行为的一项任意记载事项，如果背书人不愿意对其后手以后的当事人承担票据责任，即可在背书时记载禁止背书。《票据法》第34条规定："背书人在汇票上记载'不得转让'字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。"这是指背书人之后手将记载有禁止背书的汇票转让，原被背书人对依此取得汇票的一切当事人，包括以后的被背书人、背书人、最后持票人等，将不承担票据责任，其只对直接的被背书人承担责任。

4．关于背书时粘单的使用

《票据法》第28条规定："票据凭证不能满足背书人记载事项的需要，可以加附粘单，粘附于票据凭证上。粘单上的第一记载人，应当在汇票和粘单的粘接处签章。"由于票据转让次数较多，票据背面没有记载的余地，背书人可以使用粘单，即因票据不能满足背书记载事项的需要而粘附于票据上的纸张，将背书的事项记载于粘单上。为了保证粘单的有效性和真实性，第一位使用粘单的背书人必须将粘单粘接在票据上，并且在粘接处签章，否则该粘单记载的内容即为无效。

5．关于背书不得记载的内容

根据我国《票据法》第33条之规定，背书不得记载的内容有两项：一是附有条件的背书；二是部分背书。附有条件的背书是指背书人在背书时，记载一定的条件，以限制或者影响背书效力。根据《票据法》第33条第1款的规定，背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。这与一

般民事法律行为可以附条件是不同的。这里所指的“所附条件不具有汇票上的效力”并不影响背书行为本身的效力，被背书人仍可依该背书取得票据权利。部分背书是指背书人在背书时，将汇票金额的一部分或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书。由于背书人将背书金额的一部分或将背书金额分别转让给二人以上，该背书金额的另一部分权利人或数个权利人对同一背书金额无从行使票据权利。因此，《票据法》第33条第2款便规定部分背书无效。

（三）背书连续

背书连续是指在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。这就是说，票据上记载的多次背书，从第一次到最后一次在形式上都是相连续而无间断。例如：第一次背书的被背书人是第二次背书的背书人，第二次背书的被背书人是第三次背书的背书人，依次类推，在形式上该等背书形成连续。换言之，如果第一次背书的被背书人是第二次背书的背书人，第二次背书的被背书人是第四次背书的背书人，而不是第三次背书的背书人，那么，该等背书就不连续。《票据法》第31条第1款规定：“以背书转让的汇票，背书应当连续。”这就是说，如果背书不连续的，付款人可以拒绝向持票人付款，否则付款人得自行承担责任。

背书连续主要是指背书在形式上连续，如果背书在实质上不连续，如有伪造签章等，付款人仍应对持票人付款。但是，如果付款人明知持票人不是真正票据权利人，则不得向持票人付款，否则应自行承担责任。

在实践中，如何认定背书连续是十分重要的。这里从几个方面对此作一说明：首先，各种背书在形式上是有效的，即背书不存在要式上的缺陷。如果背书存在实质上的原因而无效，如：无行为能力人或限制行为能力签章或伪造背书等，则不影响背书的连续。这里所指的形式上有效除了背书的连续之外，还包括背书行为必须符合法定的形式条件。其次，背书的连续是指转让背书连续，而不包括非转让背书在内，如委托收款背书、质押背书（在以下内容说明）等。第三，后次背书的背书人与收款人或者前次背书的被背书人必须具有同一性。这就是说，后次背书的背书人的名称，从背书记载来看，应与前次背书的被背书人的名称完全一致。但是，也应注意的是，有的背书人在作背书或被背书人在再作背书时，尽管记载的这两方面的当事人一致，但所表述的名称有不一致的情况，如将“中国注册会计师协会”写成“中注协”，这应根据实际情况确定当事人，而不应以名称不一致而认定背书不连续。第四，对于非经背书转让，而以其他合法方式取得汇票的，不涉及背书连续的问题。该其他合法方式主要是指因税收、继承、赠与等方式而取得票据的形式，这些都不是依背书而取得的票据，依据《票据法》第31条第1款之规定，只要取得票据的人依法举证，表现其合法取得票据的方式，证明其汇票权利，就能享有票据上的权利。

（四）委托收款背书和质押背书

委托收款背书和质押背书属非转让背书，具有自己的特殊性，以下分别加以说明。

1．委托收款背书

这是指持票人以行使票据上的权利为目的，而授予被背书人以代理权的背书。以此可见，该背书方式不以转让票据权利为目的，而是以授与他人一定的代理权为目的，其确立的法律关系不属于票据上的权利转让与被转让关系，而是背书人（原持票人）与被背书人（代理人）之间在民法上的代理关系，该关系形成后，被背书人可以代理行使票据上的一切权利。在此情形下，被背书人只是代理人，而未取得票据权利，背书人仍是票据权利人。

根据《票据法》第35条第1款的规定，“背书记载‘委托收款’字样的，被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。但是，被背书人不得再以背书转让汇票权利。”这就是说，被背书人因委托收款背书而取得代理权后，可以代为行使付款请求权和追索权，在具体行使这些权利的过程中，还可以请求作成拒绝证明、发出拒绝事由通知、行使利益偿还请求权等，但不能行使转让票据等处分权利。

委托收款背书与其他背书一样，持票人依据法律规定的记载事项作成背书并交付，才能生效。按票据法的规定，背书人可以记载“委托收款”字样，但如果记载“因收款”、“托收”、“代理”等字样的，也应该认为有效。

2．质押背书

这是指持票人以票据权利设定质权为目的而在票据上作成的背书。背书人是原持票人，也是出质人，被背书人则是质权人。质押背书确立的是一种担保关系，即在背书人（原持票人）与被背书人之间产生一种质押关系，而不是一种票

据权利的转让与被转让关系。因此质押背书成立后，即背书人作成背书并交付，背书人仍然是票据权利人，被背书人并不因此而取得票据权利。但是，被背书人取得质权人地位后，在背书人不履行其债务的情况下，可以行使票据权利，并从票据金额中按担保债权的数额优先得到偿还。换言之，如果背书人履行了所担保的债务，被背书人则必须将票据返还背书人。

质押背书与其他背书一样，也必须依照法定的形式作成背书并交付。与此同时，根据《票据法》第35条第2款之规定，质押时应当以背书记载“质押”字样。但如果在票据上记载质押文句表明了质押意思的，如：“为担保”、“为设质”等，也应视为其有效。如果未记载“质押”文句的，背书人则应承担转让的责任。该条第2款还规定，“被背书人依法实现其质权时，可以行使汇票权利。”这里所指的汇票权利包括付款请求权和追索权以及为实现该等权利而进行的一切行为，如提示票据、请求付款、受领票款、请求作成拒绝证明、进行诉讼等。

（五）法定禁止背书

法定禁止背书是指根据票据法的规定而禁止背书转让的情形。由于法律规定在某些情况下，汇票不得背书转让，因此，如果背书人将此类汇票以背书方式转让的，应当承担汇票责任。

《票据法》第36条规定：“汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让；背书转让的，背书人应当承担汇票责任。”根据这一规定，法定禁止背书

的情形有三种：一是被拒绝承兑的汇票。这是指持票人在汇票到期日前，向付款人提示承兑而遭拒绝的汇票。汇票上的付款人只有在汇票承兑后，才是汇票上的主债务人。如果付款人对汇票拒绝承兑的，就不具有汇票上债务人的地位，不承担支付票据金额的责任，因此，收款人或持票人虽然在汇票成立时即已取得付款请求权，但因付款人拒绝承兑，该付款请求权也就无法确定，当然也就不能将这种付款请求权再背书转让。在付款人拒绝承兑的情况下，收款人或持票人只能向其前手行使追索权，取得票据金额；如果其将这种票据转让的，受让人取得该汇票时，也只能通过向其前手行使追索权，取得票据金额。二是被拒绝付款的汇票，这是指对不需承兑的汇票或者业已经付款人承兑的汇票，持票人于汇票到期日向付款人提示付款而被拒绝的汇票。被拒绝付款的汇票，付款人即使对汇票已作承兑，负有于汇票到期日无条件付款的责任，但是，付款人在汇票到期日拒绝付款的，收款人或者持票人的付款请求权也不能得到实现。如果持票人将该种汇票再行转让，受让人尽管也可以取得付款请求权，但实现的可能性极小。因此，票据法便禁止将该种票据再行背书转让，如果背书转让的，背书人应承担汇票责任，受让人有权向其前手行使追索权。三是超过付款提示期限的汇票。这是指持票人未在法定付款提示期间内向付款人提示付款的汇票。法定付款提示期间是法律规定的由收款人或者持票人行使付款请求权的期限。收款人或者持票人应当在汇票到期日起至法定提示期间届满前行使付款请求权，如果收款人或持票人未在此期间内行使付款请求权的，即丧失对其前手的

追索权。因此，票据法便规定不允许将该种汇票再行转让，否则，受让人的利益就可能受到损害。背书人以背书将该种票据进行转让，应该承担汇票责任。

## 四、承　兑

### （一）承兑的概念

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。承兑是汇票特有的制度。汇票是一种出票人委托他人付款的委付证券。但是出票人的出票行为完成之后，由于其是一种单方法律行为，故对付款人并不当然产生拘束力，只有在付款人表示愿意向收款人或持票人支付汇票金额后，持票人才可于汇票到期日向付款人行使付款请求权，承兑就是这样一种明确付款人的付款责任，确定持票人票据权利的制度。

### （二）承兑的程序

承兑的程序主要包括两个方面：一是提示承兑；二是承兑成立，以下分别加以说明。

1．提示承兑

提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。根据我国《票据法》的有关规定，因汇票付款日期的形式不同，提示承兑的期限亦不一样。

（1）定日付款和出票后定期付款汇票的提示承兑期限。根据《票据法》第35条之规定，“定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。”在票据法理论上，定日付款汇票和出票后定期付款的

汇票，属于可以提示承兑汇票。也就是说，持票人既可以在到期日前提示承兑，待付款人承兑后而于到期日即行使付款请求权，也可以不提示承兑，而于到期日直接向付款人请求付款。但是，根据我国目前使用的银行承兑汇票和商业承兑汇票来看，其都必须提示承兑。因此，这两种汇票都属必须提示承兑的汇票。根据票据法的上述规定，上述两类汇票的提示承兑期限实际是指从出票人出票日起至汇票到期日止。在此期间，持票人应当向付款人提示承兑，否则，即丧失对其前手的追索权。

(2) 见票后定期付款汇票的提示承兑期限。根据《票据法》第40条第1款之规定，“见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。”见票后定期付款汇票的付款日期，是以见票日为起算日期来确定的，汇票不经提示承兑，就无法确定见票日，也就无法确定付款日期，从而持票人便无法行使票据权利，因此，该种汇票属于必须提示承兑的汇票。根据票据法的规定，该种汇票的持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。否则，即丧失对其前手的追索权。

(3) 见票即付汇票的提示承兑问题。根据《票据法》第40条第3款之规定：“见票即付的汇票无需提示承兑。”这就是票据法理论上通常所说的无需提示承兑汇票。这种汇票主要包括两种：一是汇票上明确记载有“见票即付”的汇票；二是汇票上没有记载付款日期，根据法律直接规定视为见票即付的汇票。我国的银行汇票，未记载付款日期，故其属见票即付的汇票，该汇票无需提示承兑。

2．承兑成立

（1）承兑时间。持票人向付款人提示承兑后，付款人应即决定是否承兑。为此，法律一般都规定一个让付款人考虑的时间。根据我国《票据法》第41条第1款的规定："付款人对向其提示承兑的汇票，应当向自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。"一般来说，如果付款人在3日内不作承兑与否表示的，则应视为拒绝承兑，持票人可以请求其作出拒绝承兑证明，向其前手行使追索权。

（2）接受承兑。这是指持票人向付款人提示承兑时，付款人需要向持票人办理的收取汇票的手续。《票据法》第41条第2款规定："付款人收到持票人提示承兑的汇票时，应当向持票人签发收到汇票的回单。回单上应当说明汇票提示承兑日期并签章。"这里所指的回单实际是指持票人收到的付款人向其出具的已收到请求承兑汇票的证明。这一手续办理完毕，即意味着接受承兑。

（3）承兑的格式。这是指付款人办理承兑手续时需要在汇票上记载的事项和如何记载该等事项。《票据法》第42条规定："付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载'承兑'字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。""汇票上未记载承兑日期的，以前条第一款规定期限的最后一日为承兑日期。"根据这一规定，付款人办理承兑手续时，应在汇票上记载承兑的事项包括承兑文句、承兑日期、承兑人签章。在这三个记载事项中，承兑文句和承兑人签章是绝对应记载事项，缺一不可，否则承兑行为无效。而承兑日期则属于相对应记载事项，即使该项内

容欠缺，承兑仍然有效，但应以法律的规定作为补充，即以付款人3天的承兑考虑时间的最后1天为承兑日期。与此同时，见票后定期付款的汇票，付款人还应当在承兑时记载付款日期，这是因为，该汇票的付款日期是依据见票日计算确定的，如果不记载这一内容，收款人或持票人的付款请求权就无法得以行使。

根据票据法的上述规定，上列应记载事项必须记载于汇票的正面，而不能记载于汇票的背面或粘单上，当然，更不能以口头方式或电报、传真等书面方式来表示。在实务中，上列应记载事项一般已全部印在正式的标准格式上，因而只需付款人填写即可。

(4) 退回已承兑的汇票。付款人依承兑格式填写完毕应记载事项后，并不意味着承兑生效，只有在其将已承兑的汇票退回持票人才产生承兑的效力。

(三) 不单纯承兑

承兑有单纯承兑与不单纯承兑之分。前者是指付款人完全依汇票文义而不附加任何条件的限制或改变原汇票文义所为的承兑；后者系指付款人对原汇票文义或附加限制或予以变更所为的承兑。我国《票据法》不允许不单纯承兑。《票据法》第43条规定："付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。"这里所指的附有条件的承兑即是指不单纯承兑。付款人作出的承兑是无条件的，如果附有条件，则应视为拒绝承兑，持票人可以请求作成拒绝证明，向其前手行使追索权。在票据法理论上，部分承兑、变更票据记载事项的承兑都属不单纯承兑的范畴，如果付款人

作出该等承兑，其效力与前相同。

（四）承兑的效力

承兑生效后，即对付款人产生相应的效力。根据《票据法》第44条之规定，“付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。”这就是有关承兑效力的规定。该等到期付款的责任是一种绝对责任，其表现在：第一，承兑人于汇票到期日必须向持票人无条件地支付汇票上的金额，否则其必须承担迟延付款责任；第二，承兑人必须对汇票上的一切权利人承担责任，该等权利人包括付款请求权人和追索权人；第三，承兑人不得以其与出票人之间资金关系来对抗持票人，拒绝支付汇票金额；第四，承兑人的票据责任不因持票人未在法定期限提示付款而解除。

## 五、保　证

（一）保证的概念

这里所指的保证即是票据保证，即为票据债务人以外的第三人，以担保特定债务人履行票据债务为目的，而在票据上所为的一种附属票据行为。保证的作用在于加强持票人票据权利的实现，确实票据付款义务的履行，促进票据流通。

（二）保证的当事人与格式

1. 保证的当事人

保证的当事人为保证人与被保证人。就保证人而言，根据《票据法》第45条第2款之规定，其由汇票债务人以外的他人担当。由此可见，保证人是指票据债务人以外的，为票据债务的履行提供担保而参与票据关系中的第三人。已成

为票据债务人的，不得再充当票据上的保证人。此外，根据《票据管理实施办法》第12条之规定，保证人应是具有代为清偿票据债务能力的法人、其他组织或者个人；国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、企业法人的分支机构和职能部门不得为保证人；但是法律另有规定的除外。就被保证人而言，这是指票据关系中已有的债务人，包括出票人、背书人、承兑人。票据债务人一旦由他人为其提供保证，其在保证关系中就被称为被保证人。

2．保证的格式

这是指在办理保证手续时需要在汇票上记载的事项和如何记载该等事项。根据《票据法》第46条之规定，在办理保证手续时，“保证人必须在汇票或粘单上记载下列事项：（一）表明‘保证’的字样；（二）保证人名称和住所；（三）被保证人的名称；（四）保证日期；（五）保证人签章。”有关保证的记载事项和记载方法问题，可以具体分析如下：

（1）票据保证必须作成于汇票或粘单之上。保证是一种书面行为，并须作成于汇票或粘单之上，如果以口头或其他书面形式作成保证，则不产生票据上保证的效力。

（2）票据保证记载的事项，有绝对应记载事项和相对应记载事项。其中绝对应记载事项包括保证文句和保证人签章两项；相对应记载事项包括被保证人的名称、保证日期和保证人住所。关于被保证人的名称，如果不记载这一内容，根据《票据法》第47条第1款之规定，已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。关于保证日期，如果不记载这一内容，根据《票据法》第47条第

2款之规定，出票日期为保证日期。关于保证人的住所，如果不记载这一内容，依据《票据法》第16条之规定，可以推定为保证人的营业场所和住所。

(3) 保证的记载方法。《票据法》未规定保证的记载方法，但是，依照《支付结算办法》第35条第2款之规定，如果是为出票人、承兑人保证的，则应记载于汇票的正面；如果是为背书人保证，则应记载于汇票的背面或者粘单上。

(4) 保证不得记载的内容。根据《票据法》第48条之规定，“保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任。”这一规定表明，保证是无条件的，即不得附加任何条件。如果保证附加条件，不论是作为停止条件，还是作为解除条件都会使票据保证的效力具有不确定性，从而使保证人的票据债务人地位不能得到明确，这就不能达到设立票据保证的目的。因此，票据法便规定保证附有条件的，所附条件无效，保证本身仍然具有效力，保证人应向持票人承担保证责任。

(三) 保证的效力

保证一旦成立，即在保证人与被保证人之间产生法律效力，保证人必须对保证行为承担相应的责任。

1. 保证人的责任

《票据法》第49条规定：“保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利，承担保证责任。但是，被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外。”这是有关保证人责任的规定。根据这一规定，保证行为成立之后，保证人就成为票据上的债务人，必须向被保证人的一切后手承担票据

责任，即满足被保证人票据权利的实现。但是，保证人承担保证责任是有一定前提条件的。根据票据法的前述规定，如果被保证人的债务因形式要件欠缺而无效，保证人的债务，即承担的保证责任也将归于无效。换言之，如果被保证人的债务无效是因实质上的原因而无效，保证人的债务，即保证责任则不能免除。如：被保证人因无行为能力发出汇票或伪造汇票等原因而使汇票无效，保证人的责任不能免除。这里所指的形式要件欠缺是指汇票记载事项有缺陷而导致汇票无效的情况。

在票据法理论上，保证具有从属性，这是指保证人的责任与被保证人的责任是同一的。我国《票据法》第50条亦肯定了这一内容，即："被保证的汇票，保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。汇票到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当足额付款。"

《票据法》对保证人的责任与被保证人的责任同一性的规定，即连带责任的规定包含以下含义：第一，保证人与被保证人的责任在数量上是同一的，即被保证人承担多少债务，保证人也承担与之相同的债务。我国《票据法》不允许作部分保证。第二，保证人与被保证人的责任在种类上是同一的，即如果保证人是为承兑人提供保证，那么保证人在取得了票据上主债务人的地位，必须承担绝对付款的责任；如果保证人是为出票人或者背书人提供保证的，就取得了票据上次债务人的地位，必须承担担保票据承兑和付款的责任。第三，保证人与被保证人在顺序上是同一的，即保证人与被保证人对持票人所承担的票据责任，没有先后顺序的区分，

持票人可以不分先后向保证人或被保证人行使票据上的权利，亦可同时向保证人和被保证人行使票据权利。正是基于上述原因，票据法便规定，汇票到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当足额付款。保证人不得以持票人未先向被保证人行使权利，拒绝履行其债务，亦不得以由被保证人承担一部分债务，自己只就部分债务承担责任为由而拒绝完全履行债务。

2．共同保证人的责任

共同保证是指保证人为二人以上的保证。《票据法》第51条规定："保证人为二人以上的，保证人之间承担连带责任。"这就是说，在共同保证的情况下，持票人可以不分先后向保证人中的一人或者数人或者全体就全部票据金额及有关费用行使票据权利，共同保证人不得拒绝。

3．保证人的追索权

这是指保证人在向持票人清偿债务后，依照法律规定取得持票人对被保证人及被保证人之前手的偿还请求权。这一偿还请求权不是从持票人处获得的，而是根据法律规定而获得。《票据法》第52条对此作了规定："保证人清偿汇票债务后，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。"由此可见，保证人的这一偿还请求权是一种追索权，保证人行使这一权利时，被保证人及其前手不得以对抗持票人的事由而对抗保证人。

保证人是否可以享有对票据承兑人的付款请求权和追索权，《票据法》未作明确规定。由于承兑人并不因保证人清偿债务而解除责任，承兑人仍是票据上的主债务人，保证人

应该享有对承兑人的付款请求权和追索权。

## 六、付 款

### （一）付款的概念

付款是指付款人依据票据文义支付票据金额，以消灭票据关系的行为。付款是付款人的行为，这与出票人、背书人等偿还义务的行为不同；前者是支付票据金额的行为，并以消灭票据关系为目的；后者则并不以票据金额为依据而为支付，并不能引起票据关系的消灭。

### （二）付款的程序

付款的程序包括提示与支付。以下分别作些分析。

1. 付款提示

付款提示是指持票人向付款人或承兑人出示票据，请求付款的行为。持票人只有在法定期限内为付款提示的，才产生法律效力。关于这种法律效力，主要表现在两个方面：一是付款人一经持票人提示，即应付款；二是持票人得以保全对其前手的追索权，即在付款人拒绝付款的情况下，持票人可以请求付款人作成拒绝证明，向其前手行使追索权。

根据《票据法》第53条的规定，持票人提示付款的法定期限如下：第一，见票即付的汇票，自出票日起1个月内向付款人提示付款；第二，定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起10日内向承兑人提示付款。如果持票人未在上述法定期限内为付款提示的，则丧失对其前手的追索权。但是，持票人丧失的追索权仅限于其前手，而对于承兑人并不发生失权的效果。因为承兑人是汇

票的主债务人，所负责任为绝对责任，即使持票人未在法定期内为付款提示，承兑人仍应负责。根据《票据法》第53条第3款的规定，“持票人未按照前款规定期限提示付款的，在作出证明后，承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。”这是一种例外性规定。在实践中，持票人可能会因不可抗力的原因等而不能在法定提示付款期间提示付款，如果持票人由此而丧失对其前手的追索权，有些不尽合理，因此，法律便要求持票人作出说明，承兑人或付款人仍应继续对持票人承担付款责任。

关于付款提示的方法，一般是由持票人亲自到付款人处，或者通过邮局寄交付款人处。但根据《票据法》第53条第3款的规定，通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的，亦视同持票人提示付款。

付款提示的当事人包括提示人和受提示人。提示人一般是持票人，但也可以是持票人的代理人和质权人；受提示人通常是付款人，在汇票中受提示人包括已进行承兑的承兑人及未承兑的付款人。在我国实践中，银行汇票属见票即付汇票，银行为受提示人；因银行之间建立联行结算制度建立了代理关系的，银行汇票的代理付款银行也可为受提示人。银行承兑汇票的受提示人是承兑银行，因银行之间建立联行结算代理关系的，该代理付款银行也是受提示人。

2．支付票款

这是指持票人向付款人或承兑人进行付款提示后，付款人无条件地在当日按票据金额足额支付给持票人的行为。《票据法》第54条规定：“持票人依照前条规定提示付款的，

付款人必须在当日足额付款。”依此规定，付款人必须在当日向提示人付款，且该支付的款项为票据金额的全部，而非部分。如果付款人或承兑人不能当日足额付款的，依照《票据法》第106条之规定，应承担迟延付款的责任。

在支付票款的过程中，持票人必须向付款人履行一定的手续，根据《票据法》第55条的规定，持票人获得付款的，应当在汇票上签收，并将汇票交给付款人。根据《票据管理实施办法》第25条之规定，此处所指的“签收”是指持票人在票据的正面签章，表明持票人已经获得付款。

在实践中，持票人和付款人的收款或付款行为往往是通过委托银行代理进行的。该等受托收款或付款的银行不是汇票的当事人，只是代理人，因此，他们只能依照委托按汇票上记载的内容进行资金结算。因此，《票据法》第56条规定：“持票人委托的收款银行的责任，限于按照汇票上记载事项将汇票金额转入持票人账户。”“付款人委托的付款银行的责任，限于按照汇票上记载事项从付款人账户支付汇票金额。”换言之，如果委托付款银行多付或少付，委托收款银行多收或少收，都应自行承担责任。

付款人或者代理付款人在付款时应当尽审查义务。根据《票据法》第57条的规定，付款人及其代理付款人付款时，应当审查汇票背书的连续，并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。但该等审查义务仅限于汇票格式是否合法，即汇票形式上的审查，而不负责实质上的审查。如果付款人及其代理付款人以恶意或者有重大过失付款的，应当自行承担责任。此外，如果付款人对定日付款、出票后定期付

款或者见票后定期付款的汇票在到期日前付款，根据《票据法》第58条的规定，应由付款人自行承担所产生的责任。付款人的这一责任包括，在持票人不是票据权利人时，对于真正的票据权利人并不能免除其票据责任，而对由此造成损失的，付款人只能向非正当持票人请求赔偿。

如果汇票金额为外币的，依照《票据法》第59条的规定，应按照付款日的市场汇价，以人民币支付。汇票当事人对汇票支付的货币种类另有约定的，从其约定。

（三）付款的效力

根据《票据法》第60条之规定，付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。付款人依照票据文义支付票据金额之后，票据关系随之消灭，汇票上的全体债务人的责任便予以解除。但是，如果付款人付款存在瑕疵，即未尽审查义务而对不符法定形式的票据付款，或其存在恶意或重大过失而付款的，则不发生上述法律效力，付款人的义务不能免除，其他债务人也不能免除责任。

## 七、追索权

（一）追索权的概念

追索权是指持票人在票据到期不获付款或期前不获承兑或有其他法定原因，并在实施行使或保全票据上权利的行为后，可以向其前手请求偿还票据金额、利息及其他法定款项的一种票据权利。追索权是在票据权利人的付款请求权得不到满足之后，法律赋予持票人对票据债务人进行追偿的权利。它是用来弥补付款请求权对保护持票人票据权利的实现

所带来的局限的一种制度。因此，追索权与付款请求权在权利行使对象上有一定的区别：后者的行使对象是票据上的付款人；前者的行使对象可以是票据上的主债务人，但主要还是票据上的次债务人，如：票据上的出票人、背书人、保证人等。

（二）追索权发生的原因

追索权的发生须具备一定的条件，该条件包括实质条件和形式条件，以下分别加以说明。

1．追索权发生的实质条件

根据《票据法》第61条的规定，追索权发生的实质条件包括以下内容：第一，汇票到期被拒绝付款；第二，汇票在到期日前被拒绝承兑；第三，在汇票到期日前，承兑人或付款人死亡、逃匿的；第四，在汇票到期日前，承兑人或付款人被依法宣告破产或因违法被责令终止业务活动。在发生上述情形之一的，持票人可以行使追索权。

2．追索权发生的形式条件

追索权的发生除了构成前述实质条件之外，还须具有一定的形式条件。这一形式条件即是持票人行使追索权必须履行一定的保全手续而不致使追索权丧失。该等保全手续包括：第一，在法定提示期限提示承兑或提示付款；第二，在不获承兑或不获付款时，在法定期限内作成拒绝证明。根据《支付结算办法》第41条的规定，拒绝证明应当包括下列事项：（1）被拒绝承兑、付款的票据种类及其主要记载事项；（2）拒绝承兑、付款的事实依据和法律依据；（3）拒绝承兑、付款的时间；（4）拒绝承兑人、拒绝付款人的签章。根

据《票据法》的有关规定，该等拒绝证明主要有：

(1) 拒绝证书。拒绝证书是由国家授权的机关制作的用以证明持票人已依法行使票据权利而被拒绝，或者无法行使票据权利的一种公证书。拒绝证书分拒绝承兑证书和拒绝付款证书。拒绝承兑证书是指汇票因付款人拒绝承兑或者因付款人死亡等原因而无需提示承兑时，持票人请求作成的证书。拒绝付款证书是指汇票因付款人拒绝付款或者因其他法定原因而无法提示付款致使持票人不获付款所作成的证书。持票人已请求作成拒绝承兑证书的，而无须再请求作成拒绝付款证书。拒绝证书是公证机关制作的公证书，其有一定的格式，主要包括以下内容：①拒绝人和被拒绝人的名称；②汇票的内容，即汇票记载的事项；③提示日期；④拒绝事由或无从提示的原因；⑤作成日期；⑥公证机关和公证员盖章。

(2) 退票理由书。汇票的持票人委托银行办理票据托收，或者向代理付款银行提示付款时，如果付款人或者代理付款银行拒绝付款，可由其出具退票理由书，说明退票理由。该退票理由书可起到拒绝证书的作用，即证明持票人已行使其权利而未获结果，故持票人有退票理由书就无须再请求作成拒绝证书。根据《支付结算办法》等42条的规定，退票理由书应包括下列事项：(1)所退票据的种类；(2)退票的事实依据和法律依据；(3)退票时间；(4)退票人签章。

(3) 承兑人、付款人或者代理付款银行直接在汇票上记载提示日期、拒绝事由、拒绝日期并盖章。这也是拒绝证明的形式之一，可起到证明持票人已行使其权利而无结果的情况，可代替拒绝证书。

(4) 持票人因承兑人或者付款人死亡、逃匿或者其他原因，不能取得拒绝证明的，可以依法取得其他有关证明。该等证明包括死亡证明、失踪证明书等。这些证明也具有拒绝证明的作用，也为《票据法》所肯定（第63条）。

(5) 人民法院的有关司法文书。根据《票据法》第64条第1款的规定，承兑人或者付款人被人民法院依法宣告破产的，人民法院的有关司法文书具有拒绝证明的效力。这表明持票人在上述情形下无法向承兑人或者付款人提示承兑或者提示付款，故有权向其前手行使追索权。

(6) 有关行政主管部门的处罚决定。承兑人或者付款人因违法被责令终止业务活动的，持票人也无法向承兑人或者付款人提示承兑或者付款，因而，该等处罚决定便具有拒绝证明的作用。

持票人出具上述文书之一的，即构成其行使追索权的形式条件。根据《票据法》第65条之规定，“持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权。但是，承兑人或者付款人仍应当对持票人承担责任。”这表明，持票人未依法提供拒绝证明，将丧失的是对其前手的追索权，其前手却是票据上的偿还债务人，即次债务人，而对于付款人或承兑人来讲，他们是票据上的主债务人，即使持票人未在法定期限内作成拒绝证明，主债务人仍应负绝对付款责任。根据《支付结算办法》第44条之规定，持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起3日内，将被拒绝事由书面通知其前手，其前手应当自收到通知之日起3日内书面通知其再前

手。持票人也可以同时向各票据债务人发出书面通知。

（三）追索权的行使

持票人按照法定手续保全了追索权之后，就可进入行使追索权的程序。该程序一般包括：由持票人发出追索通知、确定追索对象、请求偿还、受领清偿金额等。以下分别作一分析。

1. 发出追索通知

（1）通知的当事人。通知的当事人分为通知人和被通知人。通知人是指持票人以及收到通知后再为通知的背书人及其保证人。持票人是最初的通知人，但收到持票人发来追索通知的债务人，如果在其前手还存在债务人，其也必须向其前手发出该追索通知，因此收到追索通知的债务人也可以成为通知人，这些债务人一般包括背书人及其保证人。被通知人是指向持票人承担担保承兑和付款的票据上的次债务人；他们都是被追索的当事人，因此被通知人可泛指持票人的一切前手，包括出票人、背书人、保证人等。

（2）通知的期限。这是指票据法规定的持票人向其前手或者收到通知的被通知人向其前手发出追索通知的期间。《票据法》第66条第1款规定："持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起3日内，将被拒绝事由书面通知其前手；其前手应当自收到通知之日起3日内书面通知其再前手。持票人也可以同时向各汇票债务人发出书面通知。"这就是票据法有关通知期限的规定。依此规定，无论是持票人，还是收到追索通知的背书人及其保证人，发出追索通知的期限都是3天。在计算时间上，持票人发出追索通

知的起算日为其收到拒绝证明之日，收到追索通知的背书人及其保证人发出追索通知的起算日为其收到追索通知之日。

（3）通知的方式和通知应记载的内容。依照《票据法》第66条之规定，通知应当以书面形式发出。书面形式包括书信、电报、电传等。在规定期限内将通知按照法定地址或约定的地址邮寄的，视为已发出通知。根据《票据法》第67条之规定，书面通知应记明汇票的主要记载事项，并说明该汇票已被退票。该等主要记载事项包括出票人、背书人、保证人以及付款人的名称和地址、汇票金额、出票日期、付款日期等。汇票退票的情况主要是指汇票何以不获承兑或者不获付款。

（4）未在规定期限内发出追索通知的后果。如果持票人未按规定期限发出追索通知或其前手收到通知未按规定期限再通知其前手，根据《票据法》第66条第2款之规定，持票人仍可以行使追索权，因延期通知给其前手或者出票人造成损失的，由没有按照规定期限通知的汇票当事人，承担对该损失的赔偿责任，但是所赔偿的金额以汇票金额为限。

2．确定追索对象

（1）确定追索对象。这里所指的追索对象是指在追索关系中的被追索人，该被追索人为出票人、背书人、承兑人和保证人。根据《票据法》第68条第2款之规定，持票人可以不按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。这是有关持票人选择追索权的规定。据此规定，持票人在确定追索权行使对象时，可以根据自己的意愿，自由选择其前手债务人或者承兑人，并请求其偿还。

根据《支付结算办法》第45条第2款之规定，持票人对票据债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他票据债务人仍可以行使追索权。但是，《票据法》第69条规定："持票人为出票人的，对其前手无追索权。"这是有关回头背书中持票人追索权限制的规定。所谓回头背书是指背书人以其前手债务人为被背书人所作的背书。它以票据上既存的债务人为受让人，因此又称为还原背书或逆背书。例如：A签发一张汇票给收款人B，B背书转让给C，C再背书转让给D，这是一般转让背书。如果持票人D再将汇票背书转让给A或B，这就是回头背书。在回头背书中，出票人A是持票人时，D、C、B均属于其前手，不得对他们行使追索权，因为D、C、B在一般转让背书中，都是A的后手，对A享有票据权利。背书人B作为持票人时，D、C、A属于其前手，而C、D在一般转让背书中又是B的后手，对B享有票据权利，因此，B只能向A行使追索权，而不能向其原来的后手C、D行使追索权。

(2) 被追索人的责任承担。如前所述，出票人、背书人、承兑人和保证人均为被追索人。依《票据法》第68条之规定，该等被追索人对持票人承担连带责任。这一责任的含义是指各票据债务人在持票人向其行使追索权时，必须承担全部清偿的责任，而不得以持票人未向其他票据债务人请求清偿为由拒绝履行清偿责任；同时，也不得只为部分金额的清偿而要求持票人就其余部分金额，再向其他票据债务人请求清偿。

在票据上存在着多个债务人的情况下，票据的追索并不

以持票人完成追索而告结束。《票据法》第68条第3款规定："持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利。"这就是说，持票人受领被追索人清偿的，如不足清偿，还可向其他票据债务人继续追索，在其完全得到清偿之后，其追索即告完成，但被追索人则可以向其前手进行追索而又进入新的追索程序中，该被追索人的前手清偿债务后，也可以向其前手进行追索而又开始一个新的追索程序，直至到出票人为止。正因如此，被追索人清偿债务后，即取得了向其前手及承兑人的票据权利，该权利与持票人享有的权利相同，即既包括再追索权，也包括对承兑人的付款请求权。

3．请求清偿金额和受领

（1）请求清偿金额。这是指持票人行使追索权，可以请求被追索人支付的金额和费用。根据《票据法》第70条之规定，该金额和费用包括：①被拒绝付款的汇票金额；②汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的同档次流动资金贷款利率计算的利息；③取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。由此可见，作为追索权标的的追索金额，通常要比作为付款请求权标的的票据金额要大。

根据《票据法》第71条之规定，被追索人在依前述内容向持票人支付清偿金额及费用后，可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求其他汇票债务人支付相应的金额和费用，其包括：①已清偿的全部金额，即为满足其后手（包括

持票人或者其他追索权人）的追索权而支付的全部金额；②前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的同档次流动资金贷款利率计算的利息；③发出通知书的费用，即指被追索人在追索过程中发生的费用。

（2）受领清偿金额。这是指持票人或行使再追索权的被追索人接受被追索人的清偿金额。根据《票据法》第70条和第71条之规定，持票人或行使再追索权的被追索人在接受清偿金额时，应当履行相应的义务，这一义务即是其应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。如果持票人或行使再追索权的被追索人拒绝履行该等义务的，被追索人即可拒绝清偿有关金额和费用。

（3）被追索人清偿债务后的效力。根据《票据法》第72条之规定，被追索人清偿债务（依被追索的金额清偿债务）后，其责任解除。这里的责任解除是以被追索人以自己或其前手清偿票据债务为前提的，在被追索人按照《票据法》第70条、第71条的规定向追索权人进行清偿后，即发生解除票据责任的效力。

## 第三节　本　　票

### 一、本票概述

（一）本票的概念

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。本票是由出票人约定

自己付款的一种自付证券，其基本当事人有两个，即出票人和收款人，在出票人之外不存在独立的付款人。在出票人完成出票行为之后，即承担了到期日无条件支付票据金额的责任，不需要在到期日前进行承兑。因此，本票与汇票是不同的。

（二）本票的种类

依照不同的标准，可以对本票作不同分类，例如记名式本票、指定式本票和不记名本票；远期本票和即期本票；银行本票和商业本票等。根据我国《票据法》第73条第2款和第76条之规定，本票仅限于银行本票，且为记名式本票和即期本票。

银行本票是银行签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。单位和个人在同一票据交换区域需要支付各种款项，均可以使用银行本票。银行本票分为定额银行本票和不定额银行本票。根据《支付结算办法》的规定，定额银行本票面额为1000、5000、1万元和5万元。

（三）《票据法》对本票体例的规定

本票作为票据的一种，具有与其他票据相同的一般性质和特征，因此，《票据法》总则中的内容均适用于本票。《票据法》对汇票的规定较为详细，而汇票中的有关规定，如：出票、背书、保证、付款、追索权等具体制度，都可适用于本票，故《票据法》在立法体制上对本票的规定只就其个性方面，即与其他票据不同的方面加以规定，而对于与汇票相同的方面，则采用准用的办法适用汇票的有关规定。因此本

节也采用与《票据法》立法体例相同的做法说明本票的内容。

## 二、出　票

本票的出票与汇票一样，包括作成票据和交付票据。本票的出票行为是以自己负担支付本票金额的债务为目的的票据行为。因此，《票据法》第74条规定："本票的出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源，并保证支付。"由此可见，本票出票人是票据金额的直接支付人，与汇票的承兑人相同，这与汇票的出票人只承担担保责任是不同的。

在实践中，本票的出票人在出票时，除自身具有良好的资信状况外，还应该在按照规定收妥款项后，方可签发本票。由于法律对本票出票人的资信状况有一定要求，故究竟何人能作为出票人，则有一定的规定。根据《票据法》第75条之规定，本票出票人的资格由中国人民银行审定，具体管理办法由中国人民银行规定。根据《支付结算办法》第100条之规定，银行本票的出票人，为经中国人民银行当地支行批准办理银行本票业务的银行机构。由此可见，银行本票的出票人是经过人民银行批准设立的银行机构，非银行金融机构不得签发银行本票。

本票出票人出票，必须按一定的格式记载相关内容。与汇票一样，本票的记载事项也包括绝对应记载事项和相对应记载事项。

1．本票的绝对应记载事项

根据《票据法》第76条之规定，本票的绝对应记载事

项包括以下六个方面的内容：(1) 表明“本票”字样。这是本票文句记载事项，无此记载，本票即为无效。(2) 无条件支付的承诺。这是有关支付文句，表明出票人无条件支付票据金额，而不附加任何条件，否则，票据即为无效。(3) 确定的金额。(4) 收款人名称。(5) 出票日期。(6) 出票人签章。在上述绝对应记载事项中，除第一、二项以及未规定付款人名称外，其余四项与汇票的规定完全相同。

2. 本票的相对应记载事项

根据《票据法》第 77 条规定，本票的相对应记载事项包括两项内容：(1) 付款地。本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。(2) 出票地。本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。此外，根据《票据法》第 81 条第 2 款之规定，本票的出票行为，可适用《票据法》第 24 条关于汇票的规定。根据该条之规定，本票上可以记载本法规定的事项，但是这些事项并不发生本票上的效力。

## 三、见票付款

根据《票据法》的规定，银行本票是见票付款的票据，收款人或持票人在取得银行本票后，随时可以向出票人请求付款。但是，为了防止收款人或持票人久不提示票据而给出票人造成不利，《票据法》第 79 条规定了本票的付款提示期限，即：“本票自出票日起，付款期限最长不得超过 2 个月。”持票人依照前述规定的期限提示本票的，出票人必须承担付款的责任（《票据法》第 70 条）。这与汇票的出票人的地位不同。本票的出票人是票据上的主债务人，负有向持

票人绝对付款的责任。

如果本票的持票人未按照规定期限提示本票的，则丧失对出票人以外的前手的追索权。这里所指的出票人以外的前手是指背书人及其保证人。由于本票的出票人是票据上的主债务人，对持票人负有绝对付款责任，除票据时效届满而使票据权利消灭或者要式欠缺而使票据无效外，并不因持票人未在规定期限内向其行使付款请求权而使其责任得以解除。因此，持票人仍对出票人享有付款请求权和追索权，只是丧失对背书人及其保证人的追索权。

### 四、对汇票有关规定的引用

《票据法》第81条规定："本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除本章规定外，适用本法第二章有关汇票的规定"。"本票的出票行为，除本章规定外，适用本法第24条关于汇票的规定。"关于出票的引用，前述有关内容已作过说明，这里主要说明以下内容：

（一）背书。本票的背书与汇票的背书完全相同，准用《票据法》第二章第二节背书第27条至第34条、第35条第1款、第36条、第37条之规定。

（二）保证。本票的保证可以准用《票据法》第二章第四节关于保证第45条至第52条之规定。

（三）付款。本票的付款可以准用《票据法》第二章第五节关于付款的某些规定，即为第53条第3款、第54条、第55条、第56条第1款、第57条、第59条、第60条。

（四）追索权。本票的追索权可以准用《票据法》第二

章第六节关于追索权即第61条第1款、第2款第三项、第62条、第64条、第66条至第72条之规定。

## 第四节 支 票

### 一、支票概述

（一）支票的概念

支票是出票人委托银行或者其他金融机构见票时无条件支付一定金额给受款人或者持票人的票据。支票的基本当事人有三个：出票人、付款人和收款人。支票是一种委付证券，与汇票相同，与本票不同。

支票与汇票和本票相比，有两个显著的特点：第一，以银行或者其他金融机构作为付款人；第二，见票即付。

（二）支票的种类

依不同的分类标准，可以对支票作不同的分类，例如：记名支票、无记名支票、指示支票；对己支票、指己支票、受付支票、普通支票、特殊支票等。我国《票据法》按照支付票款方式，将支票分为普通支票、现金支票和转账支票。

1. 普通支票。该种支票既可以用来支取现金，亦可用来转账。根据《票据法》第84条第1款的规定，普通支票用于转账时，应当在支票正面注明。这一注明方式一般是在支票上划线，未划线者可用于支取现金。

2. 现金支票。《票据法》第84条第2款规定，支票中专门用于支取现金的，可以另行制作现金支票，现金支票只

能用于支取现金。

3. 转账支票。《票据法》第84条第3款规定，支票中专门用于转账的，可以另行制作转账支票，转账支票只能用于转账，不得支取现金。

在实践中，我国一直采用的是现金支票和转账支票，没有普通支票，但为了方便当事人，并借鉴国外的方法经验，《票据法》便规定了普通支票的形式。

（三）《票据法》对支票体例的规定

与本票一样，《票据法》只是对支票的个性方面的问题作了规定，而有关其一般性的问题，则适用《票据法》总则中的有关规定和汇票中的相关规定。本节也仅对支票有关个性方面的问题，即与汇票、本票不同的有关内容加以说明。

## 二、出　票

（一）出票的概念

出票人签发支票并交付的行为即为出票。但是，出票人签发支票必须具备一定的条件，即为在经中国人民银行当地分支行批准办理支票业务的银行机构开立可以使用支票的存款账户的单位和个人。根据《票据法》第83条之规定，“开立支票存款账户，申请人必须使用其本名，并提交证明其身份的合法证件”。“开立支票存款账户和领用支票，应当有可靠的资金，并存入一定的资金”。“开立支票存款账户，申请人应当预留其本名的签名式样和印鉴。”这些规定主要在于保证支付支票票款的安全，保护支票权利义务各方当事人的合法权益。

（二）支票的格式

与汇票一样，支票出票人作成有效的支票，必须按法定要求记载有关事项。该等事项亦可分为绝对应记载事项和相对应记载事项。

1．绝对应记载事项

根据《票据法》第85条之规定，支票的绝对应记载事项共有六项内容：(1) 表明“支票”字样。这是支票文句的记载事项，无此内容即为无效。(2) 无条件支付的委托。这是支票有关支付文句的记载事项。我国现行使用的支票记载支付的文句，一般是支票上已印好的“上列款项请从我账户内支付”的字样。(3) 约定的金额。(4)付款人名称。(5)出票人名称。(6)出票人签章。

为了发挥支票灵活便利的特点，我国《票据法》规定了两项绝对应记载事项可以通过授权补记的方式记载：一是关于支票金额的授权补记。支票的金额本是绝对应记载事项，但在使用中，往往发生难以确定支票金额的情况，如果事先就确定一个固定金额，就会发生所载金额与所用金额不一致的情况，给支票使用人造成极大不便。因此，《票据法》第86条规定：“支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用。”这就是说，出票人可以授权收款人就支票金额补记，收款人以外的其他人不得补记；在支票金额未补记之前，收款人不得背书转让，提示付款。二是关于收款人名称的授权补记。我国票据法肯定的票据都是记名式票据，故无收款人名称记载，票据即为无效。但是，在实际中，出票人往往不能事先确定收款人，无法在出票时记载收

款人名称。为了方便人们的日常生活，《票据法》第87条第1款便规定："支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。"如前所述，未补记这一内容的，支票不得背书转让、提示付款。此外，由于实践中存在出票人兼任收款人的情况，如单位签发支票向其开户银行领取现金，故《票据法》第87条第4款规定："出票人可以在支票上记载自己为收款人。"这是一种例外性规定。

2．相对应记载事项

《票据法》第87条第2款、第3款规定了相对应记载事项。该相对应记载事项包括两项内容：（1）付款地。根据《票据法》第87条第2款之规定，支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。（2）出票地。根据《票据法》第87条第3款之规定，支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。此外，根据《票据法》第94条第2款之规定，支票上可以记载非法定记载事项，但这些事项并不发生支票上的效力。

（三）出票的其他法定条件

支票的出票行为取得法律上的效力，必须依法进行，除须按法定格式签发票据外，还须符合其他法定条件。根据《票据法》第88条和第89条之规定，这些法定条件有：第一，支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。如果出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额，在法律上，该支票称为空头支票。签发空头支票是一种违法行为，对其责任人要给予严厉的处罚和制裁，构成犯罪的，要依法追究其刑事责

任。第二，支票的出票人不得签发与其预留本名的签名式样或者印鉴不符的支票。支票的出票人委托付款人支付票款给收款人或持票人，作为支票付款人的银行并不是支票上的债务人，只是受出票人的委托从其账户支付票款。由于出票人开立支票存款账户时必须预留其本名的签名式样和印鉴，为了保障银行支付的票款确系出票人签发支票的票款，故出票人签发支票时，必须使用与其本名的签名式样和印鉴相一致的签章，否则，该支票即为无效。

（四）出票的效力

出票人作成支票并交付之后，对出票人产生相应的法律效力。依照《票据法》第90条第1款之规定，出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任。这一责任包括两项：一是出票人必须在付款人处存有足够可处分的资金，以保证支票票款的支付；二是当付款人对支票拒绝付款或者超过支票付款提示期限的，出票人应向持票人承担付款责任。

## 三、付 款

如前所述，支票属见票即付的票据，因而没有到期日的规定。支票的出票日实质上就是到期日。我国《票据法》第91条规定："支票限于见票即付，不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的，该记载无效。"因此，出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在见票当日足额付款。以下对付款的有关问题加以说明。

（一）提示期间

支票为见票即付的票据，但是，为了防止持票人久不提示支票，给出票人在管理上造成不便，以及防止空头支票的出现，《票据法》规定了持票人的提示期间。《票据法》第92条第1款规定："支票的持票人应当自出票日起10日内提示付款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定。"目前，我国支票主要在城市票据交换范围内使用和流通，故在同城范围内，支票的提示期间为10天。随着支票使用和流通范围的扩大，在异地使用时，则需延长提示期间，而这一提示期间最终将由中国人民银行另行规定。

超过提示付款期限的，依照《票据法》第92条第2款的规定，付款人可以不予付款，但是付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任。由于支票不同于汇票、本票，没有主债务人，出票人处于相当于主债务人的地位，所以必须加重出票人的责任。持票人超过提示付款期限的，并不丧失对出票人的追索权，出票人仍应当对持票人承担支付票款的责任。

（二）付款

出票人在提示期间内向付款人提示票据，付款人在对支票进行审查之后，如未发现有不符规定之处，即应向持票人付款。《票据法》第90条第2款规定："出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在当日足额付款。"

（三）付款责任的解除

《票据法》第93条规定："付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对持票人不再承担付

款的责任。但是，付款人以恶意或者有重大过失付款的除外。”这是有关付款人付款责任解除的规定。这里所指的恶意或者有重大过失付款是指付款人在收到持票人提示的支票时，明知持票人不是真正的票据权利人，支票的背书以及其他签章系属伪造，或者付款人不按照正常的操作程序审查票据，即为付款的情形。在此情况下，付款人不能解除付款责任，由此造成损失的，由付款人承担赔偿责任。

### 四、支票准用汇票的有关规定

《票据法》第94条规定：“支票的背书、付款行为和追索权的行使，除本章规定外，适用本法第二章有关汇票的规定”。“支票的出票行为，除本章规定外，适用本法第24条、第26条关于汇票的规定。”据此规定，支票准用汇票的条款有如下情形：

（一）出票。如前所述的出票引用汇票的有关规定外，还适用《票据法》第26条的规定。

（二）背书。支票背书准用《票据法》第二章第二节第27条至第34条、第35条第1款、第36条、第37条的规定。

（三）付款。支票的付款行为准用《票据法》第二章第五节第53条第3款、第55条、第56条第1款、第57条第1款、第59条、第60条之规定。

（四）追索权。支票的追索权的行使准用《票据法》第二章第六节第61条第1款和第2款第三项、第62条、第64条、第66条、第72条之规定。

## 第五节　涉外票据的法律适用

### 一、涉外票据的概念

涉外票据是指出票、背书、承兑、保证、付款等行为中，既有发生在中华人民共和国境内又有发生在中华人民共和国境外的票据。涉外票据必须具有涉外因素。《票据法》对涉外票据涉外因素的规定，主要是从行为角度加以认定的，即出票、背书、承兑、保证、付款等行为中，只要有一项发生在境外，就被认定为是涉外票据。

### 二、我国《票据法》与有关国际条约、国际惯例的关系

国际条约是指国家之间缔结的，确定其相互关系中权利和义务的一种国际书面协议。我国《票据法》属国内法。根据国际法优于国内法的原则，《票据法》第96条第1款规定："中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外"。声明保留的条款仍然适用国内法。

国际惯例是指在国际经济交往中所形成的被普遍认可并具有一定约束力的习惯和惯例。我国《票据法》第96条第2款规定，"本法和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的，可以适用国际惯例"。这里的"可以适用"不是"必须适用"，因而也可不适用。究竟是否适用，这需要协商或有关机关的裁判来确定。

## 三、涉外票据的法律适用

（一）关于民事行为能力的法律适用

《票据法》第97条对此规定了两种情况：一是在一般情况下，票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律；二是票据债务人的民事行为能力，依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的，适用行为地法律。

（二）关于出票时记载事项的法律适用

这里的记载事项包括汇票、本票、汇票各章中规定的出票时的绝对应记载事项、相对应记载事项和任意记载事项等。《票据法》第98条规定了两种情况：一是汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律；二是支票出票时的记载事项，适用出票地法律，经当事人协议，也可以适用付款地法律。

（三）关于背书、承兑、保证、付款行为的法律适用

《票据法》第99条规定："票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律。"依此规定，上述四种行为可能会在汇票中出现，但对本票和支票而言，由于没有承兑制度，故不存在适用承兑行为地法律适用问题；对支票而言，由于没有保证制度，故也不存在保证行为地的法律适用问题。

（四）关于追索权行使期限的法律适用

依照《票据法》第100条之规定，票据追索权的行使期限，适用出票地法律。

（五）关于提示期限、拒绝证明的方式及出具期限的法律适用

根据《票据法》第101条，上述问题适用付款地法律。

（六）关于票据丧失时保全票据权利程序的法律适用

《票据法》第102条规定，票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。

## 第六节　法律责任

我国《票据法》第六章专门规定了法律责任问题。该章所指的法律责任是指票据责任之外的刑事法律责任、行政法律责任和民事法律责任。以下分别予以说明。

### 一、票据欺诈行为的法律责任

《票据法》第103条规定了7种票据欺诈行为的刑事法律责任问题。该7种票据欺诈行为是：（1）伪造、变造票据；（2）故意使用伪造、变造的票据；（3）签发空头支票或者故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票，骗取财物；（4）签发无可靠资金来源的汇票、本票，骗取资金；（5）汇票、本票的出票人在出票时作虚假记载，骗取财物；（6）冒用他人的票据，或者故意使用过期或者作废的票据，骗取财物；（7）付款人同出票人、持票人恶意串通，实施前六项所列行为之一。凡行为人实施上述行为之一，即构成犯罪，应依法承担刑事法律责任。根据新《刑法》第177

条和第194条的规定，对构成前述第一项行为的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处2万元以上20万元以下罚金；情节严重的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；情节特别严重的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。对构成前述第二、三、四、五、六项行为的，数额较大的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处2万元以上20万元以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节，处10年以上有期徒刑、无期徒刑，并处5万元以上50万元以下罚金或者没收财产。付款人同出票人、持票人恶意串通，实施票据欺诈行为的，与出票人、持票人一起作为共犯，承担与之相应的刑事责任。

《票据法》第104条规定了行为人实施前述票据欺诈行为之一的，情节轻微，不构成犯罪的，依照国家有关规定给予行政处罚的问题。所谓行政处罚是指国家行政机关对违反法律、国家行政管理法规的人所作的处罚。该等处罚主要有：警告、罚金、罚款、没收非法所得、停止办理某项业务、停业整顿、吊销营业执照或经营许可证、拘留等。

## 二、金融机构工作人员的法律责任

金融机构工作人员在票据业务中玩忽职守，对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证的，给予处分；造成重大损失，构成犯罪的，依法追究刑事责任。因上述行为给

当事人造成损失的，由该金融机构和直接责任人员依法承担赔偿责任。此处所指的“处分”是指由单位给予该人员警告、记过、撤职、开除公职等行政处分；此处所指的刑事责任，即是依照新《刑法》第397条之规定，处3年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。此处所指的赔偿责任是指由金融机构和直接责任人员承担的连带责任。

### 三、付款人故意压票，拖延支付的法律责任

该责任包括行政责任和民事责任。依照《票据法》第106条第1款之规定，票据的付款人对见票即付或者到期的票据，故意压票，拖延支付的，由金融行政管理部门处以罚款，对直接责任人员给予处分。这是有关行政责任的规定，这里所指的金融行政管理部门是指中国人民银行。根据中国人民银行颁布的有关规定，该等行政处罚主要有：罚款、警告、通报批评、停止使用或办理有关票据结算以及对责任人给予行政处罚。

关于民事责任，依照《票据法》第106条第2款之规定，票据的付款人故意压票、拖延支付，给持票人造成损失的，依法承担赔偿责任。该等赔偿责任参照支付结算制度的有关规定执行。

## 复习思考题

1. 什么是票据？什么是票据法律关系？

2. 试述票据行为的有效条件。

3. 试述票据权利的取得、丧失和补救。

4. 试述票据权利的抗辩与限制。

5. 什么是票据的伪造和变造？它们各有何种法律后果？

6. 什么是汇票？我国使用的汇票有几种？

7. 什么是汇票的出票？汇票应记载何等事项？

8. 汇票的出票有何法律效力？

9. 什么是背书？背书应记载何等事项？

10. 什么是委托收款背书和质押背书？

11. 法定禁止背书的情形有哪些？

12. 什么是承兑？承兑须经何种程序？

13. 什么是保证？保证的成立应具备何种法律形式？

14. 保证有何法律效力？

15. 什么是付款，付款应经过何种程序？

16. 什么是追索权？说明行使追索权的实质条件和形式条件。

17. 如何行使追索权？

18. 什么是本票？如何运用本票？

19. 什么是支票？支票应具备何种法律形式？

20. 说明支票的提示期间。

21. 什么是涉外票据？说明我国票据法对涉外票据法律适用的规定。

22. 简述我国票据法对法律责任的规定。



# 1999年度注册会计师全国统一考试指定辅导教材

- 会计
- 审计
- 财务成本管理
- 经济法
- 税法

封面设计／颜 黎

ISBN 7-5005-4143-0



ISBN 7-5005-4143-0
F · 3762 定价：24.00元