

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

经济法


eBOOK
网络资料 非精英

内 容 简 介

本书系清华大学经济管理学院 MBA 系列教材之一。全书从体系上分为 5 章，共计 24 节。内容分别为：经济法基础理论、市场经济主体法、市场经济主体行为规则法、市场经济宏观调控法、经济纠纷的解决。

本书以国家最新颁布的经济法律、法规为依据，结合作者十几年来开设经济法课程的教学实践，并注意吸收了同类教材的优点，集体编写而成。内容上，力求全面适应、体现 MBA 学习应该具备的知识体系，并努力反映我国近几年来建立社会主义市场经济体制的法律体系的要求和成果；全书较通俗易懂，重点突出，理论与实务相结合，可操作性强。每章后附有各种类型的案例及参考答案，引导读者更深入地学习经济法律和实务。

本书适合 MBA，中、高等理工院校学生作为经济法课程的教材，也可供法律、经济、管理实务工作者自学参考。

序

本书是清华大学经济管理学院 MBA 系列教材之一。主要是针对 MBA 教学需要编写，吸收了近年来经济立法和经济法研究的最新成果，可供 MBA 学员以及法律专业以外的本科生、研究生学习《经济法》课程使用。

本书由经济法教研组组织集体编写。撰稿人（按章节先后为序：王承继（第一章、第五章）、陈红艺（第二章）、吕春燕（第三章）、杨锋（第四章）。全书由吕春燕统稿并担任主编，由王承继主审。

全书编写过程中，参考了有关的专著，高等院校法学教材、著作和文献，这里不能一一列举，在此谨表示衷心感谢。另外，有关的老师、朋友也对此书的编写给予大力支持，在此也一并表示感谢。

由于我国立法步伐的加快，书中涉及的一些法律还正在修改或制定之中；有些法学理论问题，国内法学界仍在深入研究、探讨，本书的个别观点可能是一家之言，有待商榷。更由于我们水平所限，定会有缺欠、甚至讹误，敬请读者提出宝贵意见。

编者
1996年7月

前 言

随着中国改革开放的不断深入和经济的迅速发展，亟需大批拥有广博的知识基础、懂得市场经济的一般规律、熟悉其运行规则、掌握必要的管理技能、了解中国企业实情、具有决策能力、创新意识和开拓精神的管理人才。培养足够数量的这类人才，是我国管理教育界面临的紧迫任务。

工商管理硕士（Master of Business Administration，简称 MBA）教育是发达国家普遍采用的培养高层次管理人才的重要方式，是大学管理教育的主流，美国每年 MBA 学位授予人数约占全部硕士学位授予人数的四分之一。从 1991 年开始，我国国务院学位委员会授权清华大学等九所高等院校开展培养工商管理硕士（MBA）的试点工作，我国的 MBA 教育正式起步。1994 年起招收 MBA 研究生的试点院校扩大到 26 所。并成立了全国工商管理教育指导委员会。

我国工商管理硕士（MBA）教育的目标是培养德智体全面发展，适应我国工商企业和经济管理部门需要的高层次务实型综合管理人才。根据这一目标，清华大学经济管理学院在 MBA 培养试点工作中总结改革开放后十几年来培养高层次管理人才的经验，借鉴国外优秀管理院校的成功做法，学习国内兄弟院校的长处，对 MBA 的培养方案、课程体系、教学内容和教学方法进行了系统研究并不断加以改进和完善。同时陆续编写了一批用于 MBA 教学的教材、讲义和案例集。

随着 MBA 培养规模的逐步扩大和对 MBA 教育规律认识的不断深化，国内原有的以编译为上的教材已不能适应 MBA 教育发展的要求，需要编写一套体系完整配套、内容实用新颖、具有国际可比性，同时符合中国国情的 MBA 课程系列教材。基于这一认识，我们组织力量对教材的选题、体系的组织和内容的取舍进行了认真的研究，在清华大学出版社的支持下，向读青奉献了这套教材。

这套系列教材在体系上充分考虑了对 MBA 知识结构的要求，覆盖了 MBA 培养方案中内容相对稳定的主要课程。既保证了各门课程知识的系统性，又照顾到课程之间的联系与协调。在教材内容上突出了“宽、新、实”的特点，即：知识面要宽，兼收并蓄中外管理科学的优秀理论与方法；内容要新而实，反映各学科的最新进展，理论联系实际，符合中国国情，具有可操作性。

本系列教材包括 15 门 MBA 主要课程中使用的 16 本教材。教材的编写者都是从事该课程教学多年的经验丰富的教师。教材的内容与体系经过了多轮教学实践的检验。

这套教材主要适于工商管理硕士课程教学，也可供管理科学与管理工程类专业研究生和高年级本科生使用。还可作为企业和各级经济管理部门实际管理工作者自学的参考书。

管理学科是一个迅速发展的学科，由于我们的水平所限，这套教材中难免有疏漏和不足之处，希望广大读者提出宝贵意见，使这套教材在再版时能更加完善。

清华大学经济管理学院工商管理硕士
（MBA）课程系列教材编写委员会
1995 年 1 月

《经济学》

第一章 经济基础理论

第一节 经济法的产生和发展

一、外国现代经济法的产生和发展

经济法是现代社会经济发展的必然产物，是实行市场经济体制的内在要求。在自由资本主义时期，自发的市场调解起着主要和决定作用，国家对经济生活不作直接的干预，国家也就没有制定直接干预和调整经济生活的经济法。20世纪初，资本主义发展到垄断阶段，出现了垄断集团。随着企业集团化、经营集约化的发展，自发的市场调解机制受到很大影响，原有的法律已不适应要求，统治阶级为了能够在市场经济中，规范市场主体，维持市场秩序，进行宏观调控，就利用手中的国家机器和法律手段对社会经济领域中存在的问题进行直接干预，其方法就是制定经济法，对社会经济生活进行直接管理和干涉。于是，在20世纪初，一个独立的法律部门——经济法就诞生了。一般认为，德国学者莱特在其1906年出版的《世界经济年鉴》中最先使用了经济法这一概念。其后，现代经济法就在世界各国发展起来了。西方近百年的市场经济发展史，也就是西方现代经济法的发展史，因为建立市场经济体制，是离不开经济法制的指引、规范和保障的。

二、中国经济法的产生和发展

中国提出经济法的概念是在党的十一届三中全会以后，早在1978年12月邓小平同志即在中央工作会议上指出“为了保障人民民主，必须加强法制。……应当集中力量制定刑法、民法、诉讼法和其他各种必要的法律，例如工厂法、人民公社法、森林法、草原法、环境保护法、劳动法、外国人投资法等等。”（见《邓小平文选》第二卷第146页）邓小平同志在这里指出的“各种必要的法律”，即是后来我国制定实施的全民所有制工业企业法、集体所有制企业条例、森林法、草原法、环境保护法、劳动法、中外合资经营企业法等经济法。从此，中国经济法即快速发展起来。

党的十四大指出：“加强立法工作，特别是抓紧制订与完善保障改革开放、加强宏观经济管理、规范微观经济行为的法律和法规，这是建立社会主义市场经济体制的迫切要求。”1993年通过的宪法修正案也规定：“国家加强经济立法，完善宏观调控。”这就为我国经济法的发展指明了方向。

第二节 经济法的概念和调整对象

所谓经济法是调整经济关系的法律规范的总称。但究竟经济法以及经济法的调整对象是什么等问题，却是国内外理论界一直在探讨的问题。

经济法有广义、狭义两种含义，广义的经济法是指调整经济领域的所有法律。狭义的经济法，是指由国家制定的、用以调整特定经济关系的法律规范的总称。

在我国，经济法作为一个独立的法律部门，它调整的对象是国家在对经济实行宏观调控过程中的经济关系。具体说，主要调整以下三个方面的经济关系：

一、经济管理关系

社会主义国家的一个重要职能就是组织国民经济，合理部署生产建设，实现其经济战略目标。如制定和贯彻社会经济发展的战略计划；部署重点建设工程；保持供需总平衡；确立和协调重大的比例关系；培育、发展市场经济体系；禁止垄断和不正当竞争；运用经济手段、法律手段和行政手段监督、检查经济活动，保证经济协调发展等。这些经济关系的特点是纵向的经济关系，是上级和下级、命令和服从的隶属关系。这些经济管理关系都需要通过经济法来规范和调整。

二、市场运行关系

市场经济运行过程中必然会产生多种横向的经济关系，比如经济横向联合关系，经济协作关系，经济竞争关系等。这些横向的平等主体之间的经济关系主要是由民法来调整。但是有些社会经济组织在供、产、运、销各个环节受国家计划的制约，有些企业的改组、合并、兼并，有些全国范围内的或跨国跨地区、跨部门的重大经济协作，各经济组织之间的竞争、反对不正当竞争等经济关系，则由经济法来调整。

三、组织内部的经济关系

组织内部的经济关系是指社会经济组织其内部的上下左右由于生产经营管理发生的经济关系，主要是指内部领导体制、经济责任制、内部承包、经济核算等经济关系，这些经济关系也是重要的经济管理关系，是由经济法来调整的。

第三节 经济法的作用

市场经济在一定意义上说是法制经济。我国经济法在建立、完善社会主义市场经济体制中具有重要作用，是国家领导、组织和管理社会主义市场经济的重要手段和工具。具体来说，我国经济法有以下几方面的重要作用。

1. 确立各类市场主体的法律地位，保护、巩固和发展社会主义公有制和其他经济形式的合法权益，促进生产力的发展。

2. 促进和保障社会主义市场经济体制的建立、完善和运行，维护社会主义市场经济秩序。

3. 对国民经济实行全面、系统的宏观调控，保证国民经济持续稳定、协调有序地发展。

4. 促进现代企业制度的建立，完善企业的法律行为机制，搞活企业，加强企业的自我法律约束，促进企业管理现代化。

5. 推动科学技术发展进步和科技成果的广泛应用。

6. 促进和推动对外扩大开放和涉外经济的发展，加强我国对外经济技术的合作。

总之，我国经济法在保障和促进以经济建设为中心的社会主义现代化建设中发挥着重要作用，也必将对中国社会主义市场经济体制的建立和发展起着重要作用。

第四节 我国社会主义经济法律体系框架

《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》第四十四条明确指出“法制建设的目标是：遵循宪法规定的原则，加快经济立法，进一步完善民商法律、刑事法律、有关国家机构和行政管理方面的法律，本世纪末初步建立适应社会主义市场经济的法律体系。”这里所说的社会主义市场经济的法律体系，包含宪法、经济法、民法、刑法、劳动法、诉讼法和行政法等部门，它是以宪法为核心，以经济方面的法律为重点，包括其他法律在内的庞大体系。其中最紧迫的任务是宪法所规定的，即“国家加强经济立法，完善宏观调控。”加强和加快经济立法的内容主要是指关系规范市场主体、维护市场秩序、加强宏观调控、完善社会保障、促进对外开放等方面的法律。具体说有以下五个方面。

一、关于规范市场主体的法律

社会主义市场经济是主体多元化经济，它包含国有经济、集体经济、私营经济、个体经济、联营经济、股份制经济、外商投资经济、港澳台投资经济等经济类型，这些经济主体之间存在着复杂的产权关系、经营关系和交换关系，只有把这些复杂的经济关系法律化，明确他们之间的权利和义务，确立各个主体的资格、地位，才能为社会主义市场经济的正常运行提供法律保障。为此，我们要制定和修改国有企业法、集体企业法、私营企业法、联营企业法、企业承包经营法、租赁经营法、企业拍卖法、企业兼并法、合伙法、合作社法、外商投资企业法、破产法、公司法等。

二、关于维护市场秩序的法律

明确市场主体的法律地位之后，市场主体之间在市场上会发生交易行为，双方之间会展开激烈竞争，难免出现不正当的竞争行为，为使这种交易行为、竞争行为公平、自愿、公正、平等地进行，有秩序地进行，就必须制定或修改反不正当竞争法、维护消费者权益法、反垄断法、反倾销法、反暴利法、证券交易法、房地产交易法、货物买卖法、票据法、广告法、商标法、合同法、食品卫生法、产品责任法、专利法、运输法、保险法、海商法、仲裁法等。

三、关于加强宏观调控的法律

一般他说市场经济是自由经济，一方面，它要求自由贸易，平等交换，平等竞争，优胜劣汰，排斥国家权力的介入，不欢迎国家干预；另一方面，经济主体为了在经济生活中能够得到自由、平等、权利的保障，必须服从一定的规则，要求国家进行管理和干预，因为没有一定的规则约束，秩序和效益也实现不了。所以，市场经济既排斥外部权力的干预又需要国家的管理和干预。市场经济作为自由经济可以自发地调节生产和配置资源，可以刺激竞争，推动生产力的发展；也可以因为受价值规律的支配，使经济发展具有个体本位性、自发性、盲目性，造成周期性波动、垄断、公害、社会分配不公

等。因此，国家必须对其缺陷进行干预。这种干预可以是直接地行政命令，也可以间接地采用法律手段。一般以法律手段作为主要手段，所以从这个意义上说市场经济又可以叫做法治（或法制）经济。要建立、培育和发展社会主义市场经济，国家必须加强自觉地有意识地宏观调控。宪法明确规定：“国家加强经济立法，完善宏观调控。”这里的经济立法包括计划法、财政法、统计法、计量法、标准化法、会计法、审计法、预算法、银行法、货币法、信贷法、投资法、物价法、税法、国有资产管理法、物资储备法等。

四、关于社会保障方面的法律

为了使人们在激烈的市场竞争中基本生活有所保障，我们还必须建立和完善社会保障方面的立法，如劳动法、工资法、待业保险法、养老保险法、劳动保护法、医疗保险法等。

五、关于促进对外开放的法律

市场经济是全面开放的经济，随着我国多渠道、多层次、全方位开发格局的形成，我国国内市场将进一步与国际市场接轨，在这种形势下，我国会有更多经济主体抓住机遇，采取多种形式，积极参与国际竞争，充分利用国际资源，加速本国经济的发展。而要做到这一点，必须实现本国市场经济的法制化，并使之同世界市场经济运行的一般国际规则和惯例接轨，制定或修改一批涉外经济法律，如对外贸易法、外商投资企业法、经济特区法、沿海开放城市管理法、外资金融机构管理法、外汇管理法、海关法、涉外税法、涉外贸易代理法等。

第五节 经济法律关系

一、经济法律关系的概念

我们人类生活在地球上，除了与自然界发生关系之外，还有人与人之间的关系。人与人之间的关系即社会关系。社会关系包括政治关系、经济关系、家庭关系、婚姻关系，还有法律关系等。所谓法律关系是指法律规范在调整人们行为过程中所形成的权利和义务关系。法律关系是一种意志关系，属上层建筑范畴。在法律关系中，由于其反映的物质社会关系的不同，又分为民事法律关系，刑事法律关系，行政法律关系和经济法律关系等。经济法律关系是指在国家经济协调运行过程中由经济法律规范规定发生的权利和义务关系。

二、经济法律关系的三要素

经济法律关系是由主体、内容和客体三个要素构成的。所谓要素是指它是不可缺少的因素，如果缺少其中一个因素，就不能建立起相应的经济法律关系。

（一）经济法律关系的主体

经济法律关系主体是指经济法律关系的参加者或当事人。我国经济法律关系的主体主要有：

1. 国家机关

国家机关是行使国家职能的各种机关的通称。它包括国家权力机关、国家行政机关、国家审判机关、国家检察机关等，作为经济法主体的国家机关，主要是国家行政机关中的经济管理机关。经济管理机关又分为行业性经济管理机关（如机械工业部、铁道部等）和职能性经济管理机关（如国家计划委员会、财政部、中国人民银行等）。国务院设置的一些直属机构也是经济管理机关。在地方各级政府中，也相应设立了有关经济管理机关。上述国家经济管理机关在市场管理和宏观经济调控过程中发挥着重要作用。

2. 企业和其他社会组织

企业是指从事生产经营活动，依法自主经营，自负盈亏并实行独立核算的经济组织。其他经济组织，主要包括事业单位和社会团体。

经济法律关系发生在多种经济法主体之间，但主要发生在国家机关与企业之间、企业与企业之间，以及企业内部。在经济法律关系中，企业是最重要的参加者，企业是经济法主体中最主要的主体。

3. 企业的内部组织和有关人员

企业的内部组织是指隶属于企业，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机构，除某些分支机构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。企业的内部组织不具有法人资格，但可以参加企业内部的经济管理法律关系，成为经济法主体。企业的领导人员、其他管理人员或者其他职工也可以参加企业内部的经济管理关系，成为经济法主体。但他们这时不是以一般公民的身份，而是以企业成员的身份参加这一经济法律关系。企业的内部组织和有关人员根据法律、法规的有关规定参加企业内的经济法律关系时就成为经济

法律关系的主体。

4. 城乡个体工商户、农村的专业户、承包户和其他经济法主体

城乡个体工商户、农户以及公民个人，当他们与国家机关、企事业单位、社会团体发生经济权利和义务关系时也可以成为经济法的主体。比如国家税务机关和公民个人之间征纳税经济法律关系的主体一方即是公民个人，公民个人就成了经济法的主体。又比如农户依法承包农村土地时，农户即成为经济法主体。

（二）经济法律关系的内容

经济法律关系的内容，是指经济法律关系的主体所享有的经济权利和承担的经济义务。经济法律关系的内容是经济法律关系的核心，它直接反映了经济法主体的要求和利益。

1. 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过程中依法做或不做一定行为和要求他人做或不做一定行为的资格。比如，国家行政机关有权运用利率、税率、汇率等经济杠杆和价格政策，调控和引导企业行为；企业有权拒绝任何机关和单位乱摊派；审计机关有权要求被审计机关送交会计财务资料接受审查；企业有权要求任何部门不得强制企业对口设置机构等。经济权利的主要内容有以下四个方面：

经济职权

经济职权是指国家机关行使经济管理职能时依法享有的权利。如：国民经济决策权；对国民经济各部门的调节权；上级对下级部门的指挥权；对社会经济活动的监督权、审核权、许可权等。

财产所有权

财产所有权，是一种物权，是所有者对自己财产享有的一种独立支配权。财产所有权的内容包括占有、使用、收益和处分四项权能。

经营管理权

经营管理权是指企业进行生产经营活动时依法享有的权利。这种经营管理权包括人、财、物、产、供、销等项权利。如：经营方式选择权、生产经营决策权、物资采购权、产品销售权、人事管理权、资金支配使用权、物资管理权等。

请求权

请求权是指经济法主体的合法权益受到侵犯时依法享有的要求侵权人停止侵权行为和要求国家机关保护其合法权益的权利。主要有：要求赔偿权、请求调解权、申请仲裁权、经济诉讼权以及申请破产权等。

2. 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。

经济义务主要包括：贯彻国家的方针和政策，遵守法律、法规；履行经济管理职责；完成指令性计划；履行经济合同和协议；缴纳税金；不侵犯其他经济主体的利益等。

（三）经济法律关系的客体

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。

经济法律关系的客体是确立权利义务关系的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。没有客体，经济权利和经济义务就会落空。因此，客体是经济法律关系不可缺少的要素之一。

经济法律关系的客体十分广泛，主要有三类：

1. 物，这是指由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。如：生产资料和生活资料；流通物与限制流通物；特定物与种类物等。流通物中包括货币和有价证券。

2. 行为，这是指经济法主体力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。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行为等。又如，建设工程承包、加工承揽、货物运输、仓储保管等。

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。智力成果包括专利、商标、著作权等。

三、经济法律关系的发生、变更和终止

经济法律关系的发生、变更和终止是以经济法律法规为前提的，没有法律的规定，就不可能使经济法律关系发生、变更和终止。引起经济法律关系的发生、变更和终止的原因是经济法律事实。

经济法律事实是指引起经济法律关系发生、变更和终止的客观事实。经济法律事实可以分为法律事件和法律行为两类。

法律事件，是指不依当事人的意志为转移的并能引起经济法律关系发生、变更和终止的法律事实。比如，严重的自然灾害和战争，引起合同的终止或延期。

法律行为，是指以当事人的意志为转移的并能引起经济法律关系发生、变更和终止的法律事实。法律行为又分为法律行为（合法行为）和违法行为，合法的行为将受到法律的保护，违法的行为要受到法律的制裁。制裁分为经济制裁、行政制裁和刑事制裁。

第二章 市场经济主体法

第一节 企业法律制度概述

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社会经济组织。企业有如下特征：

1. 企业是社会经济组织。

作为社会组织，它必须是由多人组成，是一个群体，有自己的机构及工作程序要求；作为经济组织，它必须从事生产经营活动。企业作为社会经济组织，它必须是一定的人员和一定物的结合。

2. 企业是以营利为目的的社会经济组织。

企业必须从事生产经营活动，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是为了赚取利润。但少数公共企业和为社会服务的企业应将公益放在第一位，以收取适度利润或收回成本的为宜。

3. 企业是实行独立核算的社会经济组织。

实行独立核算即单独计算成本费用。以收抵支，计算盈亏，对经济业务作出全面反映和控制。

4. 企业是依法设立的社会经济组织。

所谓依法设立是表明企业的法律地位。企业依法设立，即是合法的组

织，能得到国家法律的认可和保护。

(二) 企业的分类

根据不同的标准，企业可以分为若干种类：

1. 按企业的经济性质，可将企业分为全民所有制企业、集体所有企业、私营企业、联营企业。

2. 按企业组织形式，可将企业分为独资企业、合伙企业、合作企业，公司。

3. 按企业规模大小不同，可将企业分为大型企业、中型企业和小型企业。除上述分类外，企业还可依其他标准进行分类，如：依据企业的行政隶属关系的不同，可分为中央（部属）企业、地方企业以及乡镇企业；依据企业产品质量能源消耗、经济效益的不同，可分为国家特级企业、国家一级企业、国家二级企业、省级先进企业；依据企业是否具有法人资格，可分为具有法人资格的企业和不具备法人资格的企业，等等。

二、企业法的概念及其调整对象

企业法有广义和狭义之分。广义的企业法是指调整企业在组织管理和生产经营协作过程中所发生的企业管理与经济协作关系的法律规范总称。狭义的企业法一般指某一单行的法律，例如《中华人民共和国全民所有制工业企业法》。

企业法的调整对象是企业与企业管理关系和经济协作关系，简称企业关系。主要包括下列四种企业关系：

1. 国家和政府同企业之间发生的宏观经济调控与企业管理关系。
2. 企业内部上下级组织之间，各级组织与其成员之间，在组织与管理生产经营活动中发生的企业管理关系。
3. 企业内部各级经济组织相互之间发生的经济协作关系。
4. 企业相互之间或国有企业同其他企业、公司、社会经济组织等之间发生的经济联合与经济协作关系。

三、我国的企业法体系

企业法体系是由若干层次的企业法律、法规、规章及规范性文件组成的有机联系的整体。在我国，因存在着多种企业形态，企业的范围也比较广，因此，也决定了企业法的范围也比较广，从而构成了企业法体系。包括国有企业法，集体所有制企业法，私营企业法，公司法，独资企业法，合伙企业法，合作社企业法，外商投资企业法，企业破产法等。

自党的十一届三中全会以后，我国制定了以《企业法》、《公司法》为核心的一系列企业法律和法规。包括《中华人民共和国全民所有制工业企业法》、《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》、《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》、《中华人民共和国私营企业暂行条例》、《中华人民共和国公司法》、《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》等。上述一系列企业法律、法规的制定与实施，为转换企业经营机制，增强企业活力，提高经济效益指明了方向和目标，也为促进国有企业顺利与健康发展提供了法律依据和保障。

第二节 内资企业法律制度

一、全民所有制工业企业法

(一) 概述

1. 全民所有制工业企业

全民所有制工业企业即国有企业，是以生产资料全民所有制为基础的，从事生产经营活动的企业。

2. 全民所有制工业企业法

全民所有制工业企业法是调整国家在管理企业以及企业在生产经营或服务性活动中所发生的各种经济关系的法律规范的总称。目前，我国调整全民所有制工业企业关系的主要法律规范是 1988 年 8 月 1 日施行的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》和国务院 1992 年 7 月 23 日发布并施行的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》。

3. 全民所有制工业企业法的调整对象

全民所有制工业企业法主要调整以下几种经济关系：

(1) 国家与全民所有制工业企业的关系。

国家与企业之间存在两种关系：一种是经济行政管理关系，国家通过行政活动对企业进行控制、指导和监督，实现对整个国民经济宏观调控。同时，国家完善社会保障体系，完善公共设施和公益事业，为企业提供服务。另一种是财产经营关系，根据所有权与经营权分离原则，国家将经营权交给企业，由企业自主经营，国家以所有者的身份，对企业进行监督管理，保证国家财产的安全和有效运用。

(2) 全民所有制工业企业之间，以及与其他企业和社会经济组织之间的关系。企业是商品生产者和经营者，它必须广泛地、经常地和其他企业、社会经济组织发生经济联系、如经济竞争关系、经济联合关系、经济协作关系等等，这些关系必须通过企业法进行调整。

(3) 全民所有制工业企业内部关系。

它包括纵向管理关系，即企业内部上下级组织之间，组织与成员之间在生产经营中发生的经济关系，也包括横向经济协作关系，即企业内部各组织之间，企业与承包经营者之间在经济协作过程中发生的经济关系。

(二) 建立现代企业制度

1993 年 4 月中共中央在《关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决议》中指出，我国国有企业的改革方向，是要建立现代企业制度，主要是要解决以下一些问题：

1. 改组企业的组织形式

公司是现代企业的基本形式，具备条件的国有大中型企业，单一投资主体可依法改组为独资公司，多种投资主体可依法改组为有限责任公司或股份有限公司；现有全国性行业的总公司要逐步改组为控股公司；一般小型国有企业，可实行承包或租赁经营，也可以改组为股份合作制，或出售给集体或个人。

2. 划清产权界限

首先，要通过清产核资划清国家与企业的产权关系。其次，在确权的基础上，建立起反映产权归属的财务会计制度。

3. 明确法人财产责任

法人财产责任，首先是积极的财产责任，企业以其全部法人财产，依法自主经营、自负盈亏、照章纳税，对出资者承担保值增值的责任。其次是消极的财产责任，即企业在负债或破产时，以全部法人财产对债务负有限责任。

4. 实行政企分开

要把国家行政权与企业经营管理权分开，政府主要通过间接的宏观调控，指导企业生产经营活动，而下直接干预企业的生产经营。

5. 分享出资权益

出资权益，一是资产受益权；二是重大决策权；三是选择管理者的权利。如公司的出资人就是通过董事会对管理者人选作出决定的。

6. 坚持优胜劣汰

企业长期亏损，资不抵债时应依法宣告破产，除不宜破产的企业需要国家扶植以外，国家不再采取硬性救助办法使其勉强生存。

7. 建立现代管理制度

企业管理现代化，从法律上讲，是解决三个问题，一是建立权责分明、互相制约的企业组织管理机构；二是建立科学的内部管理体制；三是建立严格的企业规章制度。

（三）企业的经营权

企业的经营权是指企业对国家授予其经营管理的财产（简称企业财产）享有占有、使用和依法处分的权利。企业的经营权具有三层涵义：一是企业经营权的主体是企业，即企业依法行使经营权，不受政府、政府主管部门及其他任何组织、单位或个人的干涉；二是企业经营权的客体是企业财产，即国家授予企业经营管理的财产，并以此财产对外承担责任；三是企业经营权是法律赋予国有企业的一种财产权利，国有企业财产所有权属于国家所有，在不改变财产所有权前提下，企业将国家授权的财产进行经营管理，依法行使经营权。

根据《全民所有制工业企业法》和《转换经营机制条例》的规定，企业依法享有下列产、供、销、人、财、物等方面的经营权：

1. 产、供、销方面的经营权

（1）企业享有生产经营决策权。

主要包括三项内容：一是企业有权自主作出生产经营决策；二是企业有权提出调整指令性计划建议权；三是企业有权拒绝执行非计划部门下达的指令性计划。

（2）企业享有产品、劳务定价权和销售权。

产品定价权是指除国家规定由物价部门管理的特定少数产品外，企业生产的产品和提供的加工、维修、技术协作等劳务，企业有自主定价权。

产品销售权包括三项内容：一是企业有权自行销售指令性计划以外的产品；二是企业有权自行销售完成指令性计划产品任务后超产部分和计划内分成的产品；三是企业有权自行销售已经按照合同规定生产的而收购单位又不按合同规定收购的产品。

（3）企业享有物资采购和进出口权。

物资采购权是指企业有依法自主选择供货单位，购进生产需要的物资权利。

进出口权是企业自行决定或通过代理从境外选购生产所需物资或向境

外销售产品的权利。

(4) 企业享有联营与兼并权。

联营权是指企业有权按照法定条件和方式同其他企业、事业单位联营。企业的联营方式包括下列三种：一是法人型联营，即国有企业同其他企业、事业单位依法组成新的企业法人，并独立承担责任；二是合作型联营，即国有企业同其他企业、事业单位按照出资比例或者协议方式组成的共同经营、承担责任的经济实体；三是合同型联营，即国有企业同其他企业、事业单位以联营合同方式明确联营各方的权利、义务关系，确立各自独立经营、各自承担责任。

兼并权是企业按照自愿、有偿的原则，可以兼并其他企业，报政府主管部门备案。

2. 人、财、物方面的经营权

(1) 企业享有人事劳动管理权。

主要包括人事管理权利和劳动管理权两个方面。人事管理权有两项内容：一是企业享有内部机构设置及其人员编制权；二是企业享有人事管理权，主要包括：(1) 企业有权聘用与考核本企业的管理人员和技术人员；(2) 企业有权自主决定按照国家统一规定评定的具有专业技术职称人员的职务与待遇；(3) 除法律另有规定外，企业厂长有权按照国家规定任免中层行政管理人員。

劳动管理权有两项内容：一是企业享有劳动用工权，即企业有权依法择优录用职工，或辞退、开除职工；二是企业享有工资、奖金分配权。

(2) 企业享有留用资金支配权。

留用资金支配权是指企业在保证实现企业财产的保值、增值的前提下，有权自主确定税后留利中各项基金的比例和用途，但须报政府有关部门备案。根据国家税制改革，决定自1994年度起，取消对全民所有制企业税后利润征收预算调节基金和能源交通重点建设基金的规定。除一些特殊行业外，一般税后利润留给企业。

(3) 企业享有资产处置权。

资产处置权是指企业有权依照国务院规定出租、抵押或有偿转让国家授予其经营管理的一般固定资产。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。企业处置固定资产，应当依照国家有关规定进行评估。

(4) 企业享有债券发行权和投资决策权。

债券发行权是指企业有权依照国务院规定发行债券。投资决策权是指企业有权按照法定投资方式向全国各省、地区、各行业的企事业单位投资，购买和持有其他企业的股份。按照法律规定，企业可以依法以企业留用资金、实物、工业产权、非专利技术、场地使用权等方式进行投资，购买和持有其他企业的股份。

(5) 企业享有拒绝摊派权。

除法律、法规规定外，企业有权拒绝任何部门和单位向企业摊派人力、物力和财力等。企业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。

(四) 企业自负盈亏的责任

1. 企业自负盈亏责任的概念

《全民所有制工业转换经营机制条例》对企业自负盈亏的责任作出专章规定。企业自负盈亏责任是指企业作为独立企业法人在进行生产经营活动过程中，对引起的企业财产损失应承担的责任。

企业亏损包括两种责任形式：一是民事责任，主要是指债务引起的财产责任，民事责任的履行是依法进行债务的清偿；二是工作责任，即指厂长和职工对企业亏损应承担的经营管理工作责任，其责任后果是行政或经济处罚。

民事责任和民事责任分别由两种不同的主体承担。承担民事责任的主体是企业。企业作为法人，必须独立承担民事责任。厂长（经理）和其他有关工作人员，以法人名义从事的生产经营活动，所形成的债务应由企业承担；承担工作责任的主体是厂长（经理）和职工。根据《企业法》规定，企业实行全面负责的厂长（经理）负责制。如果企业因经营管理不善，造成经营性亏损，厂长（经理）对企业财产的经营后果负有直接责任。职工的劳动态度和劳动贡献对企业的盈亏也有直接关系。因此，职工按照企业内部经济责任制，对企业盈亏也负有相应的责任。

企业用以承担民事责任的财产是国家授予其经营管理的财产。以此财产力限对外承担有限责任。

2. 企业必须建立分配约束机制和监督机制 （1）建立分配约束机制的原则和要求

建立企业分配约束机制的总原则是：企业必须坚持工资总额增长幅度低于本企业经济效益增长幅度；职工实际平均工资增长幅度低于本企业劳动生产率增长幅度。在这里，企业经济效益依据是以实现利税计算；企业劳动生产率以净产值计算。在上述原则下，企业可以采取适合自己特点的工资奖金分配办法。

建立企业分配约束机制的具体要求有3点：一是企业职工的工资、奖金、津贴、补贴以及其他工资性收入，应当纳入工资总额，取消工资总额以外的一切单项奖；二是企业必须根据经济效益的增减，决定职工收入的增减；三是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一年工资总额的，不再提取。

（2）建立企业分配监督机制的办法

企业分配监督机制有3项内容：一是加强职工民主监督，即企业工资调整、奖金分配方案等，应提请职代会审查同意；二是加强政府监督，即企业职工的工资总额、厂长晋升工资调整等，应接受政府的审核批准和监督；三是建立和完善社会监督体系。

3. 企业亏损的处理

企业亏损分为政策性亏损和经营性亏损两种情况，区别不同性质的亏损，有利于采取不同的处理办法和追究有关人员相应的责任。

（1）政策性的亏损

政策性亏损是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，因走价原因形成的亏损现象。对于政策性亏损，政府部门可采取两种办法处理：一是由物价部门有计划地调整或放开产品价格加以解决；二是不能进行调整或放开产品价格的，经财政部门审查核准，给予相应的补贴或以其他方式给予补偿。对于政策性的亏损，厂长、职工均不负任何工作责任。

（2）经营性亏损

经营性亏损是指企业因经营管理不善而造成亏损。对于经营性亏损处理，须根据企业有关人员责任大小和亏损时间长短进行不同处理，并承担相应责任，包括行政责任和经济责任。根据《全民所有制工业企业转换经营机制条例》规定：企业一年经营亏损的，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。企业亏损严重的，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；企业连续两年经营亏损，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、其他厂级领导和职工的工资；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）企业潜亏的处理

企业潜亏是指企业在生产经营过程中，实际发生的各种经济损耗没有真实地反映到企业财务会计帐面上，未表现出帐面亏损或利润的减少。防上与处理潜亏的措施是：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，做到帐实相符，如实反映企业经营成果，确保企业财产的保值、增值；改革企业财务制度和建立社会监督体系；企业必须按照国家有关规定，准确核算成本，足额提取折旧费、大修理费和补充流动资金。以下提或少提折旧费和大修理费，少计成本或者挂帐或不摊等手段，造成利润虚增或者虚盈实亏的，有关部门应当责令企业用留用资金补足。

（五）全民所有制工业企业的内部领导制度

1. 全民所有制工业企业的厂长（经理）负责制

厂长（经理）负责制；是全民所有制工业企业的生产经营管理工作由厂长（经理）统一领导和全面负责的一种企业内部领导制度。

厂长负责制是一种同企业管理民主化相结合的企业首长负责制。在我国，实行厂长负责制的企业，必须实行民主管理，健全职工代表大会制，同时要建立管理委员会或者协助厂长决策的其他机构。

（1）厂长的产生。《企业法》第四十四条规定，厂长的产生，除国务院另有规定外，由政府主管部门根据企业的情况决定采取下列二种方式：一是政府主管部门委任或者招聘；二是企业职工代表大会选举。政府主管部门委任或者招聘的厂长人选，须征求职工代表的意见；企业职工代表大会选举的厂长，须报政府主管部门批准。

（2）厂长的职权和职责。根据《企业法》第四十五条的规定，在企业的经营管理工作中，厂长行使下列职权：一是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。二是决定企业行政机构的设置。三是报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。四是任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部。法律另有规定的除外。五是提出工资调整方案、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立，提请职工代表大会审议决定。六是依法奖惩职工；提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

厂长必须依靠职工群众履行《企业法》规定的企业的各项义务，支持职工代表大会、工会和其他群众组织的工作，执行职工代表大会依法作出的决定。

2. 全民所有制工业企业的民主管理

(1) 企业实行民主管理的重要性。企业实行民主管理是由企业的社会主义性质决定的。职工是劳动者，同时又是企业的主人。企业实行民主管理，正是按照社会主义公有制的本质要求，实现劳动者当家作主的权利。只有在社会主义制度下，联合起来的劳动者成了生产资料的主人，企业才能真正实行民主管理，才能真正体现职工群众的主人翁地位。

(2) 职工代表大会的性质和职权。《企业法》第五十一条和《全民所有制工业企业职工代表大会条例》（以下简称《职代会条例》）第3条都规定，职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式，是职工行使民主管理权力的机构。这一规定明确了职工代表大会的性质。

根据《企业法》第52条的规定，职工代表大会行使下列职权：一是企业重大经营决策审议权。二是企业重要制度的审查同意或者否决权。三是重大生活福利事项审议决定权。四是评议、监督企业的各级行政领导干部，提出奖惩和任免的建议。五是选举厂长权。职工代表大会有权根据政府主管部门的决定选举厂长、报政府主管部门批准。

(3) 职工代表大会的组织制度。职工代表大会至少每半年召开一次，每次会议必须有2/3以上的职工代表出席。遇有重大事项，经厂长、工会或1/3以上职工代表的提议，可以召开临时会议。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。

参加企业管理委员会的职工代表，由职工代表大会推选产生，向职工代表大会汇报工作，接受职工代表大会的监督。职工代表大会有权撤换参加管理委员会的职工代表。

(4) 职工代表大会的工作机构。《企业法》第五十一条规定，职工代表大会的工作机构是企业的工会委员会。企业工会委员会负责职工代表大会的日常工作。

(六) 企业和政府的关系

政府和企业之间的关系是监督与被监督、管理与被管理关系。根据政企职责分开原则，政府依法对企业进行协调、监督和管理，为企业提供服务。政府及其有关部门具有下列主要职责：

1. 为确保国家财产所有权，政府与有关部门考核企业财产保值、增值指标，对企业资产负债、损益情况进行审查与审计监督；根据国务院规定，决定国家与企业之间的财产收益分配方式、比例或定额；决定、批准企业生产建设项目和企业资产经营形式，以及审批企业的设立、变更、终止、拍卖、破产等申请；依照法定条件和程序，政府与有关部门决定或批准企业厂长的任免和奖惩；维护企业合法权益，协助企业解决实际困难。

2. 政府制定有关规章制度或措施，加强宏观调控和行业管理，建立既有利于增强企业活力，又有利于经济有序运行的宏观调控体系。

3. 政府采取有关措施协调、建立、培育和完善市场体系，发挥市场调节作用。

4. 政府制定与企业有关的保险法律制度，建立和完善社会保障体系，为企业减轻负担。

5. 政府制定与采取有关制度与措施，为企业提供服务。包括：发展与完善与企业有关的公共设施与公益事业，以减轻企业

负担；建立与发展会计师事务所、审计事务所、职业介绍所、律师事务

所、资产评估机构、信息与咨询服务机构等社会服务组织；健全劳动争议仲裁制度，及时处理劳动争议，维护企业和职工的合法权益；协调企业与其他社会组织的关系，维护社会秩序，保障企业正常生产秩序。

二、集体所有制企业法

（一）概念

集体所有制企业是以生产资料劳动群众集体所有为基础的企业，包括城镇和乡村劳动群众集体所有两种形式。

城镇集体所有制企业是在城镇区域内设立的，以生产资料的劳动群众集体所有制为基础的企业。“镇”指建制镇，“城市”指国家按行政建制设立的直辖市、市、镇。

乡村集体所有制企业是在乡村区域内设立的，以生产资料劳动群众集体所有制为基础的企业。即人们通常所说的乡镇集体企业。这里所说的“镇”，是指农村的集镇，而不是建制镇。

目前，调整上述经济关系的法律规范，主要是国务院于1990年6月发布的《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》和1991年9月发布的《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》。

（二）集体所有制企业法的原则

无论是城镇集体所有制经济，还是乡村集体经济，都应坚持以下几项基本原则：

1. 保护合法权益原则

在我国社会主义公有制包括全民和集体两种形式，《宪法》规定：“国家保护社会主义公共财产，禁止任何组织或个人侵占和破坏国家和集体财产”。集体所有制经济组织对其全部财产享有占有、使用、收益和处分的权利，对来自任何单位和个人的非法干预，如平调其财产、乱摊派、乱罚款、瞎指挥等都可以抵制。从而维护自身合法权益。

2. 自主经营权

企业有权自主安排生产、经营、服务活动；自行确定产品价格劳务价格；自行销售产品，自主订立经济合同；开展经济技术合作；吸收组织成员和其他企业、事业单位、个人集资入股，与其他企业、事业单位联营，向其他企业、事业单位投资，持有其他企业的股份等。

3. 所有权与经营权相分离

由于集体经济组织的财产所有权属于该组织的全体成员所有，因此，可以按照所有权与经营权相分离的原则，实行承包经营或租赁经营。

4. 民主管理

《宪法》规定，集体经济组织依法实行民主管理，由它的全体劳动者选举和罢免管理人员，决定经营管理的重大问题。乡村和城镇集体所有制企业条例对此做了进一步具体规定，即在集体所有制企业实行厂长（经理）负责制，厂长（经理）是企业的法定代表人。厂长（经理）对企业全面负责，代表企业行使职权。

（三）城镇集体企业法律规定

在集体所有制企业中，城镇集体企业是个相对重要的经济组织，相对于全民所有制企业有其特殊的领导体制和经营特点。

1. 城镇集体企业的领导体制

城镇集体企业实行厂长（经理）负责制。厂长（经理）对企业职工（代表）大会负责，是集体企业的法定代表人，职工（代表大会是城镇集体企业的权力机构）。

集体企业厂长（经理）产生方式有两种：一是职工（代表）大会选举产生或者招聘产生；二是凡由集体企业联合经济组织投资开办的集体企业，其厂长（经理）可以由上级管理部门按照国家有关规定的任免。

2. 城镇集体企业的经营权

《城镇集体所有制企业条例》规定了城镇集体企业依法享有下列自主经营权：

（1）生产、经营、服务活动自主经营权。

（2）产品和劳务定价权，即除按国家定价和有关主管部门控制的价格以外，企业有权自主确定产品和劳务价格。

（3）资产处置权，即企业对其全部资产享有占有、使用、收益和处分权，并有权拒绝任何形式的平调。

（4）享有对经济责任制形式、工资、奖金、分红办法的确定权。

（5）联营、投资持股权。

（6）人事劳动管理权。

（7）同外商谈判，并签订合同，提取和使用分成的外汇权。

（8）国家政策、法律和法规规定的各种优惠权和向银行申请贷款权。

（四）乡村集体所有制企业法律规定

1. 乡村集体所有制企业的内部领导制度

根据《乡村集体企业条例》第 14 条的规定，乡村集体所有制企业的财产所有者有权依法决定企业的经营方向、经营形式、厂长（经理）人选或者选聘方式，依法决定企业税后利润的具体分配，有权作出关于企业分立、合并、迁移、停业、终止、申请破产等决议。

乡村集体所有制企业实行厂长（经理）负责制。厂长（经理）是企业的法定代表人。

乡村集体所有制企业的职工有权参加企业民主管理，有权对厂长（经理）和其他管理人员提出批评和控告。企业职工大会或者职工代表大会有权对企业经营管理中的问题提出意见和建议，评议、监督厂长（经理）和其他管理人员，维护职工的合法权益。

2. 乡村集体所有制企业权利和义务

根据《乡村集体企业条例》和其他有关法规的规定，乡村集体所有制企业权利和义务的主要内容如下：

企业的主要权利。企业产、供、销方面的权利包括：生产经营活动自主安排权；物资选购权；产品销售权；制定价格权；联合经营权；订立合同权。

企业人、财、物方面的权利包括：人事劳动管理权；资产、资金占有和使用权；拒绝摊派权。

企业的主要义务。企业的义务包括：贯彻国家产业政策的义务；依法缴纳税金、费用的义务；依法建立和健全财务、会计等制度的义务；保证产品质量和服务质量的义务；依法履行合同的义务；保护自然资源 and 环境的义务；搞好职工教育的义务；实行按劳分配的义务；做好劳动保护工作的义务；

依法实行劳动保险的义务。

3. 乡村集体所有制企业与政府有关部门的关系

国务院乡镇企业行政主管部门主管全国乡村集体所有制企业。地方人民政府乡镇企业行政主管部门主管本行政区域内的乡村集体所有制企业。各级人民政府乡镇企业主管部门应当根据国家的法律、法规和政策，加强对乡村集体所有制企业的指导、管理、监督、协调和服务。

4. 建反乡村集体所有制企业法的法律责任

企业产品质量达不到国家规定标准的，企业所有者和企业主管部门应当责令其限期整顿，经整顿无效者，应当责令其停产或者转产，直至建议有关机关撤销生产许可证，吊销营业执照。

企业建反财政、税收、劳动、工商行政管理、价格、资源、环境保护等法律、法规的，依照有关法律、法规处理。

企业厂长（经理）侵犯职工合法权益，情节严重的，由企业所有者给予行政处分。

三、私营企业法

（一）概述

1. 私营企业的概念

私营企业是指企业的资产权属于私人所有，雇工 8 人以上的营利性经济组织。

2. 私营企业的法律特征

私营企业不同于国有企业和集体企业，具有下列 3 个基本特征：

（1）私营企业的资产权属于私人所有，其资产可以依法继承。

（2）在私营企业中，雇主和职工之间是一种雇佣关系。

（3）私营企业是以营利为目的的经济组织。

3. 私营企业法

私营企业法，是调整私营企业经济关系的法律规范的总称。我国宪法规定：“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法的权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。”组成私营企业法的法律规范，有一部分是我国现行法律、法规中的有关规定。国务院 1988 年 6 月 25 日发布的《中华人民共和国私营企业暂行条例》，是关于私营企业的主要法规。

（二）私营企业的种类

根据《中华人民共和国私营暂行条例》规定，我国私营企业主要分为下列三种：

1. 独资企业

指 1 人投资经营的企业。私营独资企业的投资者对企业债务负无限责任。

2. 合伙企业

即指 2 人以上按照协议投资，共同经营、共负盈亏的企业。私营合伙企业的投资者对企业债务负无限连带责任。

3. 有限责任公司

即指投资者以其出资额对公司负责，公司以其全部资产对公司债务承担

责任的企业。私营有限责任公司可以依法取得法人资格。

（三）政府对私营企业的管理

工商行政管理机关负责对私营企业进行行政管理和监督，保护其合法权益，查处其违法经营活动；各有关行业主管部门按照国家规定，对私营企业的生产经营活动进行业务指导、帮助和管理。

第三节 公司法律制度

一、公司洁概述

(一) 公司的概念及分类

1. 概念

公司是依照公司法设立的企业法人。其基本涵义如下：

- (1) 公司是企业的一种组织形式。
- (2) 公司是具有法人资格的企业。
- (3) 公司是依照公司法设立的。

2. 分类

根据股东对公司所负责任的不同，可以把公司划分为以下 5 类：一是无限公司，所有股东不论其出资额多少，对公司债务承担连带无限承担责任。二是有限责任公司，所有股东均以其出资额为限对公司债务承担责任。三是两合公司，由无限责任股东与有限责任股东共同组成的公司。四是股份有限公司，公司全部资本分为金额相等的股份，所有股东均以其所持有股份为限对公司的债务承担责任。五是股份两合公司，由无限责任股东与股份有限责任股东共同组成的公司。

我国《公司法》只规定了有限公司和股份有限公司两类。此外，根据公司国籍的不同，可以划分为本国公司、外国公司；根据公司在控制与被控制关系中所处地位的不同，可以划分为母公司和子公司；根据公司在管辖与被管辖关系中所处地位的不同，可以划分为总公司和分公司；等等。

(二) 公司是现代企业制度的重要组织形式

中共中央《关于建立社会主义市场经济若干问题的决定》中指出：“建立现代企业制度，是发展社会化大生产和市场经济的必然要求，是我国国有企业改革的方向”。现代企业制度中公司是一种重要组织形式，它有效地实现了出资者所有权和法人财产权的分离。公司是独立法人，企业自负盈亏，理顺产权关系，为政企分开，企业自立经营创造了条件，这样企业才能真正面向市场。公司企业所有者、经营者和生产者之间通过公司的权力、决策和管理机构、监督机构形成权责分明、相互制约的关系，并通过法律和章程予以确立和实现。

(三) 公司法的概念

公司法是调整公司的经济关系的法律规范的总称。公司法既是组织法，也是行为法，但主要是组织法。作为组织法，公司法对公司的设立、变更、终止，对公司内部机构的设置及其职权等作出了规定。作为行为法，公司法对公司的财务、会计管理，股票的发行、交易，公司债券的发行等作出了规定。公司法是企业法的组成部分。

1993 年 12 月 29 日，第八届全国人大常委会第五次会议通过了《中华人民共和国公司法》（以下简称《公司法》），该法分为十一章，共 230 条，自 1994 年 7 月 1 日起施行。在我国，从狭义上讲的公司法，就是指的这部法律。此外，国务院先后发布了《关于进一步加强证券市场宏观管理的通知》、《股票发行与交易管理暂行规定》等法规。

二、有限责任公司法律规定

（一）有限责任公司的概念和特征

有限责任公司简称有限公司，是指股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的公司。

有限责任公司具有以下几个主要特征：

（1）有限责任公司的股东均负有限责任。这是有限责任公司与无限公司、两合公司、股份两合公司最主要的区别。

（2）有限责任公司的资本不分为等额股份。证明股东出资份额的权利证书称为出资证明书，而不是股票，这是有限责任公司与股份有限公司最主要的区别。

（3）有限责任公司的股东有最高人数的限制。我国《公司法》规定，有限责任公司股东的最高人数为 50 人，而其他公司没有最高人数的限制。

（4）有限责任公司的设立程序比股份有限公司的设立程序简单。

（二）有限责任公司的设立

1. 设立公司应当具备的条件。根据《公司法》第十九条等有关条款的规定，设立有限责任公司应当具备下列条件：

（1）股东符合法定人数。有限责任公司由 2 个以上 50 个以下股东共同出资设立。

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（以下简称国有独资公司）。

（2）股东出资达到法定资本最低限额。有限责任公司的注册资本不得少于下列最低限额：以生产经营或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。

特定行业的有限责任公司注册资本最低限额需高于上述限额的，由法律、法规另行规定。

（3）股东共同制定公司章程。

（4）公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构。

（5）固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

2. 公司的章程。设立有限责任公司，必须依照《公司法》制定公司章程。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程对公司、股东、董事、监事、经理具有约束力。

有限责任公司章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司注册资本；股东的姓名或者名称；股东的权利和义务；股东的出资方式 and 出资额；股东转让出资的条件；公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；公司的法定代表人；公司的解散事由与清算办法；股东认为需要规定的其他事项。

国有独资公司的公司章程由国家授权投资的机构或者国家授权的部门依照《公司法》制定，或者由董事会制订，报国家授权投资的机构或者国家授权的部门批准。

3. 股东的出资。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。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，依照法律、行政法规的规定办理。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

%，国家对采用高新技术成果有特别规定的除外。

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。

4. 公司的设立登记。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者共同委托的代理人向公司登记机关申请设立登记，提交公司登记申请书、公司章程、验资证明等文件。

公司营业执照签发日期，为有限责任公司成立日期。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。有限责任公司成立后设立分公司，应当由公司法定代表人向公司登记机关申请登记，领取营业执照。

（三）有限责任公司的股东会

1. 股东会的性质和职权。有限责任公司的股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构。

股东会行使下列职权；决定公司的经营方针和投资计划；选举和更换董事，决定有关董事的报酬事项；选举和更换由股东代表出任的监事决定有关监事的报酬事项；审批批准董事会的报告；审议批准监事会或监事的报告；审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；修改公司章程。

2. 股东会的议事规则。股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当按照公司章程的规定按时召开。代表 1/4 以上表决权的股东，1/3 以上的董事，或者监事，可以提议召开临时会议。

股东会的首次会议由出资最多的股东召集和主持，除首次会议以外，有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持，董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或者其他董事主持。

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式作出决议，以及修改公司章程的决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。

股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。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。

3. 关于国有独资公司不设董事会的规定。《公司法》第六十六条规定，国有独资公司不设股东会，由国家授权投资的机构或者国家授权的部门，授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但公司的合并、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。

（四）有限责任公司的董事会、执行董事和经理

1. 董事会的设立和组成。有限责任公司设立董事会，其成员为 3 人至 13 人。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表。

董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1 至 2 人。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事长为公司的法定代表人。

2. 董事会的职权和董事的任期。《公司法》第四十六条规定，董事会对股东会负责，行使下列职权；负责召集股东会并向股东会报告工作；执行股东会的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制订公司的年度财务预算方

案、决算方案；制订公司和利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增加或者减少注册资本的方案；拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；决定公司内部管理机构的设置；聘任或者解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；制定公司的基本管理制度。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。

3. 董事会的议事规则。董事会会议由董事长召集和主持；董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定副董事长或者其他董事召集和主持。1/3 以上董事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。

4. 有限责任公司的执行董事。有限责任公司，股东人数较少和规模较小的，可以设 1 名执行董事，不设立董事会。执行董事为公司的法定代表人。

执行董事的职权，应当参照《公司法》第四十六条的规定，由公司章程规定。

5. 国有独资公司的董事会。国有独资公司设立董事会。其成员为 3 人至 4 人。董事会成员由国家授权投资的机构或者国家授权的部门按照董事会的任期委派或者更换。董事会成员中应当有公司职工代表。

董事会设董事长 1 人，可以视需要设副董事长。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。

国有独资公司的董事会，依照《公司法》第四十六条、第六十六条的规定行使职权。董事会每届任期为 3 年。

6. 有限责任公司的经理。有限责任公司的经理由董事会聘任或者解聘。有限责任公司依法不设立董事会而设 1 名执行董事的，他行董事可以兼任公司经理。根据《公司法》第五十条的规定，经理对董事会负责，行使下列职权：主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；组织实施公司年度经营计划和投资方案；拟定公司内部管理机构设置方案；拟订公司的基本管理制度；制定公司的具体规章；提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；聘任或者解聘应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员；公司章程和董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。

国有独资公司设经理。经理由董事会聘任或者解聘。经国家授权投资的机构或者国家授权的部门同意，董事会成员可以兼任经理。国有独资公司的经理依照《公司法》第五十条的规定行使职权。

（五）有限责任公司的监事会、监事

1. 监事会或者监事的设立和监事会的组成。有限责任公司，经营规模较大的，设立监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应在其组成人员中推选 1 名召集人。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。

有限责任公司，股东人数较少和规模较小的，可以设 1 至 2 名监事。

董事、经理及财务负责人不得兼任监事。

2. 监事会或者监事的职权和监事的任期。监事会或者监事行使下列职权：检查公司财务；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；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；提议召开临时股东会；公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以任。

（六）有限责任公司的合并、分立

1. 合并的形式。公司合并可以采取吸收合并和新设合并两种形式。

2. 合并与分立的程序。公司的合并或者分立，应当由有限责任公司的股东会作出决议。

公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告 3 次。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第 1 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的担保的，公司不得合并。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担。

公司分立，其财产作相应的分割。公司分立时，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告 3 次。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第 1 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的担保的，公司不得分立。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、股份有限公司法律规定

（一）股份有限公司的概念和特征

股份有限公司，是指依照公司法的有关规定设立的，其全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。

股份有限公司具有以下几个主要特征：

1. 股份有限公司的全部资本分为等额股份，股份采取股票的形式。这是股份有限公司与有限责任公司最主要的区别。

2. 股份有限公司的股东均负有限责任。股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任。这是股份有限公司与无限公司、两合公司、股份两合公司最主要的区别。

3. 股份有限公司的股东有最低人数的限制，而没有最高人数的限制。

4. 股份有限公司的设立程序较为复杂。

（二）股份有限公司的设立

1. 设立公司应当具备的条件。根据《公司法》第七十三条等有关条款的规定，设立股份有限公司，应当具备下列条件：

（1）发起人符合法定人数。设立股份有限公司，应当有 5 人以上为发起人，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。

（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。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 1000 万元。股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

- (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. 公司设立的方式。股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

发起设立，是指由发起人认购公司发行的全部股份而设立公司。

募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司。

3. 公司章程的制定。设立股份有限公司，必须依照《公司法》制定公司章程。公司章程对公司、股东、董事、监事、经理有约束力。

股份有限公司章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司设立方式；公司股份总数、每股金额和注册资本；发起人的姓名或者名称、认购的股份数；股东的权利和义务；董事会的组成、职权、任期和议事规则；公司法定代表人；监事会的组成、职权、任期和议事规则；公司利润分配办法；公司的解散事由与清算办法；公司的通知和公告办法；股东大会认为需要规定的其他事项。

4. 发起人的出资。以发起方式设立股份有限公司的，发起人必须认购公司应发行的全部股份。以募集方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%。

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。不得高估或者低估作价。土地使用权的评估作价，依照法律、行政法规的规定办理。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%。

国有企业改建为股份有限公司时，严禁将国有资产低价折股、低价出售或者无偿分给个人。

以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人以书面认足公司章程规定发行的股份后，应即缴纳全部股款；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权抵作股款的，应当依法办理其财产权的转移手续。

5. 股份的公开募集。以募集方式设立股份有限公司的，除了发起人按规定认购的股份以外，其余股份应当向社会公开募集。

发起人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，并报送下列主要文件：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。

经国务院证券管理部门批准，股份有限公司可以向境外公开募集股份，具体办法由国务院作出特别规定。

发起人向社会公开募集股份，必须公告招股说明书，并制作认股书。招股说明书应当附有发起人制订的公司章程，并载明规定事项。认股书应当载明招股说明书所列事项，由认股人填写所认股数、金额、住所，并签名、盖章。认股人按照所认股数缴纳股款。

发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不

得抽回其股本。

6. 公司创立大会。以募集设立方式设立股份有限公司的，发行股份的股款缴足后，发起人应当在 30 日内主持召开公司创立大会。创立大会由认股人组成。

发起人应当在创立大会召开 15 日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数 1/2 以上的认股人出席，方可举行。

创立大会行使下列职权：审议发起人关于公司筹办情况的报告；通过公司章程；选举董事会成员；选举监事会成员；对公司的设立费用进行审核；对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；发生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。

创立大会对上述事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权的半数以上通过。

7. 设立公司的审批和登记。股份有限公司的设立，必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准。

以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人交付全部出资后，应当选举董事会和监事会，由董事会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。

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

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

设立股份有限公司的同时设立分公司的，应就所设分公司向公司登记机关申请登记，领取营业执照。股份有限公司成立后设立分公司，应当由公司法定代表人向公司登记机关申请登记，领取营业执照。

8. 发起人应承担的责任。股份有限公司的发起人应当承担下列责任：一是公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；二是公司不能成立时，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；三是在公司设立过程中，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。

9. 有限责任公司变更为股份有限公司的法律规定。有限责任公司变更为股份有限公司，应当符合《公司法》规定的股份有限公司的条件，并依照《公司法》有关设立股份有限公司的程序办理。

有限责任公司依法经批准变更为股份有限公司时，折合的股份总额应当相等于公司净资产额。有限责任公司依法经批准变更为股份有限公司，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。

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继。

（三）股份有限公司的股东大会

1. 股东大会的性质和职权。股份有限公司由股东组成股东大会。股东大

会是公司的权力机构。

股东大会行使下列职权：决定公司的经营方针和投资计划；选举和更换董事，决定有关监事的报酬事项；选举更换由股东代表出任的监事，决定有关监事的报酬事项；审议批准董事会的报告；审议批准监事会的报告；审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；对发行公司债券作出决议；对公司合并、分立、解散和清算等事项作出决议；修改公司章程。

2. 股东大会的议事规则。股东大会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的，应当在 2 个月内召开临时股东大会：一是董事人数不足《公司法》规定的人数或者是公司章程所规定人数的 2/3 时；二是公司未弥补的亏损达股本总额 1/3 时；三是持有公司股份 10% 以上的股东请求时；四是董事会认为必要时；五是监事会提议召开时。

股东大会会议由董事会依照《公司法》规定负责召集，由董事长主持。董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或者其他董事主持。召开股东大会，应当将会议审议的事项于会议召开的 30 天以前通知各股东。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 天以前就会议审议的事项作出公告。无记名股票持有人出席股东大会时，应当于会议召开 5 天以前至股东大会闭会时止将股票交存于公司。

股东出席股东大会，所持每一股份有一表决权。股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。股东大会对公司合并、分立或者解散公司作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。修改公司章程必须经出席股东大会的股东所持表决权的 2/3 以上通过。股东可以委托代理人出席股东大会，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。

股东有权查阅公司章程、股东大会会议记录和财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。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。

（四）股份有限公司的董事会和经理

1. 董事会的设立和组成。股份有限公司设董事会，其成员为 5 人至 19 人。

董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1 至 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. 董事会、董事长的职权和董事的任期。董事会对股东大会负责，行使下列职权：负责召集股东大会并向股东大会报告工作；执行股东大会的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制订公司的年度财务预算方案、决算方案；制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增加或者减少注册资本的方案以及发行公司债券的方案；拟订公司合并、分立、解散的方案；决定公司内部管理机构的设置；聘任或者解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；制定公司的基本管理制度。

董事长行使下列职权：主持股东大会和召集、主持董事会会议；检查董事会决议的实施情况；签署公司股票、公司债券。副董事长协助董事长工作，

董事长不能履行职权时，由董事长指定的副董事长代行其职权。公司根据需要，可以由董事会授权董事长在董事会闭会期间，行使董事会的部分职权。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。

3. 董事会的议事规则。董事会每年度至少召集二次会议，每次会议应当于会议召开 10 日以前通知全体董事。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

董事会会议应由 1/2 以上的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。董事会会议，应由董事本人出席。董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席董事会，委托书中应载明授权范围。

董事会应当对会议所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事和记录员在会议记录上签名。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

4. 股份有限公司的经理。股份有限公司设经理。经理由董事会聘任或者解聘。公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

经理对董事会负责，行使下列职权：主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；组织实施公司年度经营计划和投资方案；拟订公司内部管理机构设置方案；拟订公司的基本管理制度；制定公司的具体规章；提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员；公司章程和董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。

（五）股份有限公司的监事会

1. 监事会的设立和组成。股份有限公司设监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应在其成员中推选 1 名召集人。

监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。

董事、经理及财务负责人不得兼任监事。

2. 监事会的职权和监事的任期。监事会行使下列职权：检查公司的财务；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；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；提议召开临时股东大会；公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。

监事的任期每届为 3 年，监事任期届满，连选可以连任。

（六）股份有限公司的股份发行和转让

1. 股份与股票。股份有限公司的股份是以股票为表现形式的，它体现了股东的权利和义务，是公司资本的组成部分。它有以下 3 个涵义：

（1）股份是公司资本的组成部分，股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。

（2）股份体现股东的权利和义务。股东权利、义务的大小或者范围取决于其拥有股份的数额。

（3）股份以股票为表现形式。股份的发行和转让也就是股票的发行转让。

股票是股份有限公司签发的证明股东所持股份的凭证。

2. 股份的发行。股份的发行，实行公开、公平、公正的原则，必须同股同权，同股同利。同次发行的股票，每股的发行条件和价格应当相同。

股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。以超过票面金额为股票发行价格的，须经国务院证券管理部门批准。以超过票面金额发行股票所得溢价款列入公司资本公积金。

股票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；股票的编号。股票由董事长签名，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。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。公司发行记名股票的，应当置备股东名册，记载下列事项：股东的姓名或者名称及住所；各股东所持股份数；各股东所持股票的编号；各股东取得其股份的日期。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。国务院可以对公司发行《公司法》规定的股票以外的其他种类的股票，另行作出规定。

股份有限公司登记后，即向股东正式交付股票。公司登记成立前不得向股东交付股票。

公司发行新股，必须具备法定条件。股东大会应当对发行新股的规定事项作出决议。股东大会作出发行新股的决议后，董事会必须向国务院授权的部门或者省级人民政府申请批准。属于向社会公开募集的，须经国务院证券管理部门批准。公司经批准向社会公开发行新股票时，必须公告新股招股说明书和财务会计报表及附属明细表，并制作认股书。公司向社会公开发行新股，应当由依法设立的证券经营机构承销，签订承销协议。公司发行新股募足股款后，必须向公司登记机关办理变更登记并公告。

3. 股份的转让。股东持有的本公司的股份可以依法转让。发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起3年内不得转让。公司董事、监事、经理应当向公司申报所持有的股份，并在任职期间内不得转让。

股东转让其股份，必须在依法设立的证券交易场所进行。记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让。记名股票的转让，由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。无记名股票的转让，由股东在依法设立的证券交易场所将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

《公司法》第一百四十九条第一款规定，公司不得收购本公司的股票，但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外。公司依照上述规定收购本公司股票后，必须在10日内注销该部分股份，依照法律、行政法规办理变更登记，并公告。公司不得接受本公司的股票作为抵押权的标的。

4. 上市公司。《公司法》所称上市公司指所发行的股票经国务院或者国务院授权证券管理部门批准在证券交易所上市交易的股份有限公司。

股份有限公司申请其股票上市必须符合下列条件：一是股票经国务院证券管理部门批准已向社会公开发行；二是公司股本总额不少于人民币5000

万元；三是开业时间在3年以上，最近3年连续盈利；原国有企业依法改建而设立的，或者《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；四是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；五是公司在最近3年内无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载；六是国务院规定的其他条件。

股份有限公司申请其股票上市交易，应当依照有关法律、行政法规的规定报送有关文件。国务院或者国务院授权证券管理部门对符合《公司法》规定的股票上市交易申请，予以批准。被批准的上市公司必须公告其股票上市报告，并将其申请文件存放在指定的地点供公众查阅。经批准的上市公司的股份，依照有关法律、行政法规上市交易。经国务院证券管理部门批准，公司股票可以到境外上市，具体办法由国务院作出特别规定。

上市公司必须按照法律、行政法规的规定，定期公开其财务状况和经营情况，在每会计年度内半年公布一次财务会计报告。

上市公司有下列情形之一的，由国务院证券管理部门决定暂停其股票上市：一是公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；二是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；三是公司有重大违法行为；四是公司最近3年连续亏损。

上市公司有上述第二、第三项情形之一经查实后果严重的，或者有上述第一、第四项情形之一，在限期内未能消除，不具备上市条件的，由国务院证券管理部门决定终止其股票上市。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决定终止其股票上市。

（七）股份有限公司的财务、会计

关于财务会计报告的查阅、公告，《公司法》第一百七十六条第二、三款分别作出了如下规定：股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20日以前置备于本公司，供股东查阅以募集方式设立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

关于税后利润的分配，公司弥补亏损和提取公积金、法定公益金后所余利润，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

关于资本公积金，股份有限公司依照《公司法》规定，以超过股票票面金额的发行价格发行股份所得的溢价款，以及国务院财政主管部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。

关于公积金转为资本的问题，股份有限公司经股东大会决议将公积金转为资本时，按股东原有股份比例派送新股或者增加每股面值。但法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于注册资本的25%。

（八）股份有限公司的合并、分立

股份有限公司和有限责任公司的合并、分立是相同的。

股份有限公司合并或者分立，应当由公司的股东大会作出决议。并经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。

四、公司债券法律制度

（一）公司债券的概念和特征

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。

公司债券有以下特征：

1. 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。

2. 公司债券是一种有价证券。

3. 公司债券注有还本付息日期。

4. 公司债券须依照法定程序发行。

5. 发行公司债券筹集的资金，必须用于审批机关批准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

(二) 公司债券的发行

1. 发行债券的条件

《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。

(2) 累计债券总额不超过公司净资产的 40%。

(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。

(4) 筹集资金投向符合国家产业政策。

(5) 债券的利率不得超过国务院限定的利率水平。

(6) 国务院规定的其他条件

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，或对已发行的公司债券或者其债务有违约或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。

2. 公司债券的发行程序

(1) 由公司的权力机关作决议

公司发行公司债券，对公司的生产经营活动会产生重大影响，一方面发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的权力机关决定。

(2) 报请国务院证券管理部门批准。公司和其他各种企业等都向社会发行债券筹资，有一个社会资金的配置问题，国家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。

(三) 公司债券的管理和转让

1. 公司债券的管理

公司债券上必须载明公司的名称、债券票面金额、利率、偿还期限等事项，并由董事长签字，公司盖章。

公司发行债券应置债券存根簿。

2. 公司债券的转让

公司债券可以转让，但必须依法进行；转让场所应是依法设立的证券交易所，不得私下转让；转让价格由转让人与受让人自行约定。

3. 转让方式

记名债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让，同时将受让人的姓名或者名称及住所记载于债券存根。

无记名债券，由债券持有人在依法设立的证券交易所交付给受让人后即发生转让效力。

（四）可转换债券

可转换债券是指上市公司发行的，可转换为股票的债券。

上市公司发行可转换债券须由股东大会作出决定，并应制定公司债券募集办法，规定具体转换办法。

上市公司发行可转换债券应报国务院证券管理部门批准。

发行可转换为股票的公司债券除应具备发行公司债券的条件外，还应符合股票发行的条件，并在债券上标明可转换公司债券字样，在公司债券存根簿上也应载明可转换公司债券的数额。

公司应当按发行转换办法向债券持有人换发股票，但债券持有人对是否将债券转换股票有选择权。

五、外国公司的分支机构

1. 外国公司公支机构的设立

设立的程序。外国公司依照我国《公司法》的规定可以在中国境内设立分支机构，从事生产经营活动。

外国公司在中国境内设立分支机构，必须向中国主管机关提出申请，并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件，经批准后，向公司登记机关依法办理登记，领取营业执照。

设立的条件。外国公司在中国境内设立分支机构，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，并向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金。对外国公司公支机构的经营资金需要规定最低限额的，由国务院另行规定。

外国公司的分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。

外国公司的分支机构应当在本机构中置备该外国公司章程。

2. 外国公司公支机构的法律地位

外国公司，是指依照外国法律在中国境外登记成立的公司。外国公司属于外国法人，其在中国境内设立的分支机构不具有中国法人资格。外国公司对其分支机构在中国境内进行经营活动承担民事责任。

经批准设立的外国公司分支机构，在中国境内从事业务活动，必须遵守中国的法律，不得损害中国的社会公共利益，其合法权益受中国法律保护。

3. 外国公司分支机构的撤销和清算

外国公司撤销其在中国境内的分支机构时，必须依法清偿债务，按照《公司法》有关公司清算程序的规定进行清算。在清偿债务之前，不得将其分支机构的财产移至中国境外。

六、违反公司法的法律责任

1. 公司违反公司法的法律责任

（1）公司违反关于发行股票和公司债券的规定的法律责任。

公司制作虚假的招股说明书、认股书、公司债券募集办法改造股票或者

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。

公司未经《公司法》规定的有关主管部门的批准，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。

(2) 公司违反关于财务、会计的规定的法律责任。

公司违反《公司法》规定，在法定的会计帐册以外另立会计帐册的，责令改正，处以：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。

将公司资产以任何个人名义开立帐户存储的，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。

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。

公司不按照《公司法》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，并可对公司处以1万元以上10万元以下的罚款。

(3) 公司违反关于合并、分立、减少注册资本或者清算的规定的法律责任。

公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不按照《公司法》规定通知或者公告债权人的，责令改正，对公司处以1万元以上10万元以下的罚款。

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。

(4) 公司违反关于依法开业和变更登记的法律責任。

公司成立后无正当理由超过6个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，由公司登记机关吊销其公司营业执照。

公司登记事项发生变更时，未按照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1万元以上10万元以下的罚款。

(5) 外国公司擅自在中国境内设立分支机构的法律责任。

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，并可处以1万元以上10万元以下的罚款。

2. 发起人及股东违反公司法的法律责任

(1) 发起人违反关于向社会公开募集股份的规定的法律责任。

发起人制作虚假的招股说明书、认股书向社会公开募集股份的，责令停止募集，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。

发起人未经国务院证券管理部门批准，擅自向社会公开募集股份的，责令停止募集，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。

(2) 发起人、股东虚假出资的法律责任。

公司的发起人、股东在未交付货币、实物或者未转移财产权，虚假出资

欺骗债权人和社会公众的，责令改正，处以虚假出资金额 5% 以上 10% 以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(3) 发起人、股东抽逃其出资的法律责任。

公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，责令改正，处以所抽逃出资金额 5% 以上 10% 以下罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 董事、监事、经理违反公司法的法律责任

董事、监事、经理利用职权收受贿赂、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。

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。

董事、经理违反公司法规定，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，将违法提供担保取得的收入归公司所有。情节严重的，由公司给予处分。

董事、经理违反本法规定自营或者为他人经营与其所任职公司同类的行业的，除将其所得收入归公司所有外，并可由公司给予处分。

4. 清算组和清算组成员违反公司法的责任

清算组不按照《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。

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。

5. 资产评估及验资或者验证机构违反公司法的法律责任。

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。

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。

6. 有关国家机关和直接责任人员违反公司法的法律责任

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》规定条件的设立股份公司的申请予以批准，情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

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，对直接负责的主管人员和其他责任人员，依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

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，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。

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，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。

依照《公司法》履行审批职责的有关主管部门，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。

7. 有关单位或者个人违反公司法的法律责任

违反《公司法》规定，办理公司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，对虚报注册资本的公司，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。

违反《公司法》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。

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。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四节 外商投资企业法

一、外商投资全业法概述

(一) 外商投资企业与外商投资企业法的概念

外商投资企业，是指依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内设立的，由中国投资者和外国投资者共同投资或者由外国投资者独自投资的企业。

外商投资企业包括中外合资企业（以下简称合营企业）、中外合作经营企业（以下简称合作企业）、外资企业。对于这三类企业，一般称为“三资”企业。

外商投资企业现行主要的法律、法规有：《中华人民共和国合资经营企业法》（全国人大于1979年7月1日通过，1990年4月4日修改，以下简称《合资企业法》）、《中华人民共和国外资企业法》（全国人大于1986年4月12日通过，以下简称《外资企业法》）、《中华人民共和国中外合作经营企业法》（全国人大于1988年4月13日通过，以下简称《合作企业法》）、《中外合资经营企业法实施条例》（1983年9月20日）、《关于鼓励外商投资的规定》（1986年10月11日）、《外资企业法实施细则》（1990年12月12日）等。

(二) 外商投资企业受中国法律的管辖和保护

各设立外商投资企业的国家都对外商投资企业的管理和监督作出了规定；外商投资企业必须遵守东道国的法律、法规。这是国际上通行的做法。

在中国境内设立的外商投资企业，都是中国的法律主体；凡符合中国法律关于法人条件规定的，依法取得中国法人资格。外商投资企业不仅受中国法律的保护，而且受中国法律的管辖。我们不承认有些国家所谓的“域外管辖权”。无论外商投资企业的投资者是哪一个国家的，任何其他国家都无权管辖在中国设立的外商投资企业。为了依法加强对外商投资企业的管理和监督，我国外商投资企业法明确规定，外商投资企业必须遵守中国的法律、法规，不得损害中国的社会公共利益；国家有关机关依法对外商投资企业实行管理和监督。

为了保护外商投资企业的合法权益，《合资企业法》和《外资企业法》分别规定，国家对合营企业和外资企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合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。

(三) 外商投资项目的特别规定

1995年6月7日，国务院批准予以发布的《指导外商投资方向暂行规定》将外商投资项目分为鼓励、允许、限制和禁止4类。

属于下列情形之一的外商投资项目，列为鼓励类外商投资项目：

1. 属于农业新技术、农业综合开发和能源、交通、重要原材料工业建设的；

2. 属于高新技术、先进技术，能够改进产品性能、节约能源和原材料、提高企业技术经济效益或者生产适应市场需求而国内生产能力不足的新设备、新材料的；

3. 属于适应国际市场需求，能够提高产品档次，开拓新市场，扩大产品

外销，增加出口的；

4.属于综合利用资源和再生资源以及防治环境污染的新技术、新设备的；

5.属于能够发挥中西部地区的人力和资源优势，并符合国家产业政策的；

6.属于国家法律、行政法规规定鼓励的其他项目。

属于下列情形之一的外商投资项目，列为限制类外商投资项目：

1.属于国内已开发或者已引进技术，生产能力已经满足国内市场需求的；

2.属于国家吸收外商投资试点或者实行专卖的产业的；

3.属于从事稀有、贵重矿产资源勘探、开采的；

4.属于需要国家统筹规划的产业的；

5.属于国家法律、行政法规规定限制的其他项目。

限制类外商投资项目，根据国家产业政策和宏观经济调控的需要，分别列入限制类（甲）或者限制类（乙）。

属于下列情形之一的外商投资项目，列为禁止类外商投资项目：

1.属于危害国家安全或者损害社会公共利益的；

2.属于对环境造成污染损害，破坏自然资源或者损害人体健康的；

3.属于占用大量耕地，不利于保护、开发土地资源，或者危害军事设施安全和使用效能的；

4.属于运用我国特有工艺或者技术生产产品的；

5.属于国家法律、行政法规规定禁止的其他项目。

除鼓励类、限制类、禁止类外商投资项目以外，其余都是允许投资项目。

（四）我国利用外资的方式

所谓利用外资，是指在国际投资中，资本输入国吸引与利用外国投资。对于资本输入国来说，利用外资可以解决国内资金不足的困难，促进本国经济发展和技术进步。我国进行社会主义现代化建设，需要巨额资金，如完全靠国内资金积累，解决不了国家建设与发展的需要。因此，吸引与利用外资是我国改革开放和加速社会主义经济建设的一项重要决策。

在我国，利用外资的方式主要有两种。一种是利用外国的直接投资，即指吸收与利用外国投资者在海外经营企业的投资，直接投放到生产经营中的资本。在直接投资中，投资者对其投资的企业有较大的控制权。利用外国直接投资的形式主要包括中外合资经营、中外合作经营、外商独资经营、合作开发、补偿贸易、加工装配等。另一种利用外资的方式是利用外国的间接投资。间接投资是指利用外国的信贷资本。在间接投资中，投资者对国外利用其投资的企业不参与经营，不享有任何控制权和支配权。利用外国间接投资的主要方式是利用外国政府贷款、外国银行贷款、国际金融机构贷款、商业贷款以及通过发行国际债券等形式解决资本输入国的资金不足问题。

我国在利用外资方面，争取和鼓励是利用外国的直接投资。这种形式可以不付利息，投资者对其投资负责并承担一定风险，有利于我国生产发展和学习外国先进技术及经营管理经验。

（五）我国外商投资企业法的基本原则

1.维护国家主权原则

维护国家主权是世界各国立法不可少的基本原则，具体体现在国家的立

法权、司法权和行政管理权的统一。外商投资企业的设立及其生产经营活动等，均应遵守中国法律和法规，尊重与维护中国国家主权，接受中国有关部门的管理与监督。

2. 平等互利原则

平等互利是指中外合营者或合作者在权利义务对等的情况下举办外商投资企业。平等互利原则主要体现在下列三个方面：

(1) 举办外商投资企业应当考虑彼此的经济利益，既不损害投资输入国的国家主权和社会公共利益，又要有利于投资者，使外国投资者有利可图，保证其正当权益，并且使投资者获利一般不低于国际平均利润率。

(2) 承认与尊重投资者对其投资财产的所有权。投资者对投资企业资本的认缴、转让、清算和利润的分配以及对企业的经营管理等方面的权利义务均应对等。

(3) 外商投资企业的投资者发生关于投资争议时，应尽量通过协商或调解解决，协商或调解不成可由仲裁机构仲裁。

3. 鼓励与限制相结合的原则

采取鼓励政策或措施，有利于吸引或引进外资。因此，在我国外商投资企业法中有许多优惠条款的规定，如减免税收条款等。在我国境内举办外商投资企业，从外商投资者来说，其投资是资本输出的一部分，存在着剥削和经济扩张的消极因素，因此，我国外商投资企业有关法律应当作出一定限制规定，这样有利于引导外商投资企业投资方向，适应我国经济发展需要。

二、中外合资经营企业法

(一) 中外合资经营企业的概念

中外合资经营企业，是指中国合营者与外国合营者依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内共同投资、共同经营，并按投资比例分享利润、分担风险及亏损的企业。中国合营者包括中国的企业或者其他经济组织，外国合营者包括外国的企业、其他经济组织和个人。

(二) 中外合资经营企业的设立

1. 设立合营企业的条件。申请设立的合营企业应注重经济效益，符合下列一项或数项要求：

一是采用先进技术和科学管理方法，能增加产品品种，提高产品质量和产量，节约能源和材料；

二是有利于技术改造，能做到投资少、见效快、收益大；

三是能扩大产品出口，增加外汇收入；

四是能培训技术人员和经营管理人员。

对于有损中国主权的、违反中国法律的、不符合中国国民经济发展要求的、造成环境污染的、签订的协议、合同、章程属显失公平、损害合营一方权益的设立合营企业的申请，不予批准。

2. 设立合营企业的申请。要在中国境内设立合营企业应由中国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。该建议书和初步可行性报告经企业主管部门审查同意并转报审批机关批准后，合营各方才能正式进行谈判，从事以可行性研究为中心的各项工工作，在此基础上商签合营企业协议、合同和章程。

合营企业协议，是指合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致的意见而订立的文件。

合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的合同。

合营企业章程，是按照合营企业合同规定的原则、经合营各方一致同意，规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的文件。

合营企业协议与合营企业合同的抵触时，以合营企业合同为准。经合营各方同意，也可以不订方合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

3. 设立合营企业的审批。在中国境内设立合营企业，必须经国家对外经济贸易主管部门审查批准。批准后，由国家对外经济贸易主管部门发给批准证书。具备规定条件的，也可由国家对外经济贸易主管部门委托有关的省、自治区、直辖市人民政府或国务院有关部、局审批。委托机关批准设立合营企业后，应报国家对外经济贸易主管部门备案，并由国家对外经济贸易主管部门发给批准证书。国家对外经济贸易主管部门和委托机关，统称为审批机关。

审批机关自接到中国合营者按规定报送的全部文件之日起，要在3个月内决定批准或不批准。审批机关如发现前述文件有不当之处，应要求限期修改，否则不予批准。

4. 设立合营企业的登记。合营企业办理开业登记，应当在收到国家对经济贸易主管部门发给批准证书后的30天内，由企业的组建负责人向登记主管机关提出申请。

合营企业由国家工商行政管理局或者国家工商行政管理局授权的地方工商行政管理局核准注册登记。登记主管机关应当在受理申请后30天内，做出核准登记或者不予核准登记的决定。

合营企业经登记主管机关核准登记注册，领取《企业法人营业执照》后，企业即告成立，取得中国法人资格，其合法权益受国家法律保护。合营企业凭据《企业法人营业执照》可以刻制公章、开立银行帐户、签订合同、进行经营活动。

（三）中外合资经营企业的组织形式与注册资本

1. 合营企业的组织形式。“合营企业的形式为有限责任公司”。“合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限。”作为有限责任公司股东的合营各方以其认缴的出资额对企业承担有限责任。合营企业以其全部资产对其债务承担责任。所谓认缴的出资额，是指合营各方为设立合营企业同意投入的资金数额。

合营各方缴付出资额后，应由中国注册会计师验证，出具验证报告。然后，由合营企业根据验资报告发给合营各方一种证明其出资数额的出资证明书。

2. 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登记管理机构登记的资本总额，应为合营各方认缴的出资额之和。

注册资本与投资是两个不同的概念。合营企业的投资总额，是指按照合营企业合同，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。如果合营各方的出资额之和达不到投资总额，可以以合营企业的名义进行借款。在这种情况下，投资总额包括注册资本和企业借款。合营企业

的注册资本，应当与生产经营的规模、范围相适应。

合营企业的注册资本在合营期内不得减少，增加注册资本应由合营企业董事会会议通过，并报原审批机关批准，向原登记管理机构办理变更登记手续。

在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于 25%，对外国合营者投资比例的上限未作规定。

（四）中外合资经营企业合营各方的出资方式与出资期限

1. 合营各方的出资方式。合营各方可以用下列方式出资：货币出资，即用现金出资；实物出资，即用建筑物，厂房、机器设备或其他物料作价出资；工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。

以实物、工业产权、专有技术作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请合营各方同意的第三方评定。

作为外国合营者出资的机器设备或其他物料、工业产权或专有技术必须符合规定的条件。

外国合营者以工业产权或专有技术作为出资，应提交该工业产权或专有技术的有关资料；外国合营者作为出资的机器设备或其他物料、工业产权或专有技术，应经中国合营者的企业主管部门审查同意，报审批机关批准。

中国合营者可以用场地使用权作为企业合营期间的出资方式，如果中国合营者不以场地使用权作为出资方式，合营企业应向中国政府缴纳场地使用费。

2. 合营各方的出资期限。合营各方应当在合营合同中明确出资期限，并且应当按照合营合同规定的期限缴清各自的出资。

（五）中外合资经营企业的权力机构和经营管理机构

1. 合营企业的权力机构。合营企业的董事会，是合营企业的最高权力机构。董事会的职权是按合营企业章程的规定，讨论决定合营企业的一切重大问题。

董事会的人数，在合营企业合同、章程中确定，但不得少于 3 人。

董事名额的分配，由合营各方参照出资比例协商确定，由合营各方按照分配的名额分别委派董事。董事任期为 4 年，经合营者继续委派可以连任。

董事长和副董事长由合营各方协商确定或由董事会选举产生。中外合营者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事长是合营企业的法定代表人。董事长不能履行职责时，应授权副董事长或其他董事代表合营企业。

董事会会议每年至少召开一次。经 1/3 以上的董事提议，可召开董事会临时会议。董事会会议应有 2/3 以上董事出席方能举行。

下列事项由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：合营企业章程的修改；合营企业的中止、解散；合营企业注册资本的增加、转让；合营企业与其他经济组织的合并。关于其他事项，可以根据合营企业章程载明的议事规则作出决议。

2. 合营企业的经营管理机构。合营企业的经营管理机构，负责企业的日常经营管理工作。

经营管理机构设总经理 1 人，副总经理若干人，其他高级管理人员若干人。总经理、副总经理、总工程师、审计师由合营企业董事会聘请，可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。总会计师由合营企业董事会聘请，通常由中国公民担任。

总经理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。在董事会授权范围内，总经理对外代表合营企业，对内任免下属人员，行使董事会授予的其他职权。副总经理协助总经理工作。

合营企业可以根据生产经营需要，自行确定其机构设置和人员编制。

合营企业需要在外国和港澳地区设立分支机构（含销售机构）时，应报国家对外经济贸易主管部门批准。

（六）中外合资经营企业的合营期限、解散与清算

1. 合营的合营期限。合营企业的合营期限，按不同行业、不同情况，作不同的约定。也可以约定合营期限。

约定合营期限的合营企业，合营各方同意延长合营期限的，应在距合营期满6个月前向审批机关提出申请。审批机关应自接到申请之日起1个月内决定批准或不批准。

2. 合营企业的解散。已经开业的合营企业，具有下列情况之一时解散：

一是合营期限届满；

二是企业发生严重亏损，无力继续经营；

三是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；

四是因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失，无法继续经营；

五是合营企业未达到其经营目的，同时又无发展前途；

六是合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

在发生上述第二、三、四、五、六种情况时，应由董事会提出解散申请书，报审批机关批准。在上述第三种情况下，不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务的一方，应对由此给合营企业造成的损失负赔偿责任。

3. 合营企业的清算，合营企业宣告解散时，董事会应提出清算的程序、原则和清算委员会人选，报企业主管部门审核并监督清算。

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

合营企业的清算工作结束后，由清算委员会提出清算结束报告，提请董事会会议通过后，报造原审批机关，并向原登记管理机构办理注销登记手续，缴销营业执照。

三、中外合作经营企业法

（一）中外合作经营企业法的概念

中外合作经营企业，是指中国合作者与外国合作者依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内共同举办的，按合作企业合同约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。中国合作者包括中国的企业或者其他经济组织，外国合作者包括外国的企业和其他经济组织或者个人。

中外合作经营企业属于契约式的合营企业。中外合作者如何分配收益或者产品、分担风险和亏损，是由合作企业合同约定的。这同中外合资经营企业股权式的合营企业是有明显区别的。

中外合作经营企业同中外合资经营企业的另一个显著区别是：中外合作者可以共同举办具有中国法人资格的合作企业，也可以共同举办不具有中国

法人资格的合作企业，而依法在中国境内设立的中外合资经营企业都是中国法人。

此外，中外合作经营企业同中外合资经营企业相比，在组织机构的设置等方面也具有自己的特征。

（二）中外合作经营企业的设立、变更和终止

1. 合作企业的设立。《合作企业法》第4条规定：“国家鼓励举办产品出口的或者技术先进的生产型合作企业。”产品出口企业，是指产品主要用于出口，年度外汇总收入额减除年度生产经营外支出额和外国投资者汇出分得利润所需外汇额以后，外汇有结余的生产型企业；先进技术企业，是指外国投资者提供先进技术，从事新产品开发，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企业。

申请设立合作企业，应当将中外合作者签订的协议、合同、章程等文件报国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的部门和地方政府审查批准。审查批准机关应当自接到申请之日起45天内决定批准或者不批准。

设立合作企业的申请批准后，应当自接到批准证书之日起30天内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。合作企业的营业执照签发日期为该企业的成立日期。合作企业应当自成立之日起30天内向税务机关办理税务登记。

2. 合作企业的变更。中外合作者在合作期限内协商同意对合作企业合同作重大变更的，应当报审查批准机关批准；变更内容涉及法定工商登记项目、税务登记项目的，应当向工商行政管理机关、税务机关办理变更登记手续。

合作企业成立后改为委托中外合作者以外的他人经营管理的，必须经董事会或者联合管理机构一致同意，报审查批准机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

3. 合作企业的终止。《合作企业法》第二十四条规定，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。合作企业期满或者提前终止，应当向工商行政管理机关和税务机关办理注销登记手续。

合作企业的合作期限由中外合作者协商并在合作企业合同中订明。中外合作者同意延长合作期限的，应当在距合作期满180天前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当自接到申请之日起30天内决定批准或者不批准。

（三）中外合作经营企业的组织形式和合作各方的出资方式与出资期限

1. 合作企业的组织形式。《合作企业法》第二条第二款规定：“合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。”在实践中，中外合作者可以申请设立具有法人资格的合作企业，也可以申请设立不具有法人资格的合作企业。

具有法人资格的合作企业，其合作各方对合作企业的责任以各自认缴的出资额或提供的合作条件为限。合作企业以其全部资产对其债务承担责任。

不具有法人资格的合作企业，其合作各方应根据其认缴的出资额或提供的合作条件，在合作合同中约定各自承担债务责任的比例，但不得影响合作各方连带责任的履行。偿还合作企业债务超过自己应当承担数额的合作一方，有权向其他合作者追偿。

2. 合作各方的出资方式。《合作企业法》第八条规定，中外合作者的投

资或者提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。

合作企业合作各方的出资过程比较灵活、简便。合作各方以非现金出资的不必作价。不必对合作各方的投资或提供的合作条件计算出资额，也不必确定合作各方的出资比例。

3.合作各方的出资期限。中外合作者应当依照法律、法规的规定和合作企业合同的约定，如期履行缴足投资、提供合作条件的义务。逾期不履行的，由工商行政管理机关限期履行；期限届满仍未履行的，由审查批准机关和工商行政管理机关依照国家有关规定处理。

中外合作者的投资或者提供的合作条件，由中国注册会计师或者有关机构验证并出具证明。

（四）中外合作经营企业的权力机构和经营管理机构

《合作企业法》第十二条规定，合作企业应当设立董事会或者联合管理机构，依照合作企业合同或者章程的规定，决定合作企业的重大问题。还规定，合作企业成立后可改为委托中外合作者以外的他人经营管理。可见，合作企业的管理形式有以下3种：

1.董事会制。具有法人资格的合作企业，一般实行董事会制。董事会是合作企业的最高权力机构，决定合作企业的重大问题。董事长、副董事长由合作各方协商产生；中外合作者的一方担任董事长的，由他方担任副董事长。

董事会可以决定任命或者聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对董事会负责。合作企业的经营管理机构可以设副总经理一人或若干人。副总经理协助总经理工作。

2.联合管理制。不具有法人资格的合作企业，一般实行联合管理制。联合管理机构由合作各方代表组成，是合作企业的最高权力机构，决定合作企业的重大问题。中外合作者的一方担任联合管理机构主任的，由他方担任副主任。

联合管理机构可以设经营管理机构，也可不设经营管理机构。设经营管理机构的，总理由联合管理机构决定任命或者聘请，负责合作企业的日常经营管理工作，对联合管理机构负责。不设经营管理机构的，由联合管理机构直接管理企业。

3.委托管理制。合作企业成立后改为委托第三方经营管理的，必须经董事会或者联合管理机构一致同意。合作企业应当与第三方签订委托管理合同，连同第三方的资信证明文件，报审批机关审批，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

四、外资企业法

（一）外资企业法的概念

外资企业是指依照中国法律的规定，在中国境内设立的，全部资本由外国投资者投资的企业，不包括外国的企业和其他经济组织在中国的分支机构。

外资企业不同于中外合资经营企业、中外合作经营企业的主要特征是：它的全部资本是由外国投资者投资的，合营企业、合作企业的资本是由中外合营者或中外合作者共同投资的。

（二）外资企业的设立与变更

1. 外资企业的设立。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：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；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有余的。

禁止设立外资企业的行业包括：新闻、出版、广播、电视、电影、国内商业、对外贸易、保险、邮电通信；中国政府规定禁止设立外资企业的其他行业。

限制设立外资企业的行业包括：公用事业、交通运输、房地产、信托投资、租赁。

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

外国投资者在提出设立外资企业的申请前，应当就规定事项向拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上地方人民政府提交报告。县级或者县级以上地方人民政府应当在收到外国投资者提交的报告之日起 30 天内以书面形式答复外国投资者。

外国投资者设立外资企业，应当通过拟设立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，并报送规定的文件。两个或者两个以上外国投资者共同申请设立外资企业，应当将其签订的合同副本报送审批机关备案。

《外资企业法》第六条规定，设立外资企业的申请，由国务院对外经济贸易主管部门或者国务院授权的机关审查批准。审查批准机关应当在接到申请之日起 90 天内决定批准或者不批准。根据上述规定，《实施细则》对设立外资企业的审批作了具体的规定。

设立外资企业的申请经批准后，外国投资者应当在接到批准证书之日起 30 天内，向国家工商行政管理局或者国家工商行政管理局授权的地方工商行政管理局申请开业登记，领取营业执照。外资企业的营业执照签发日期，为企业成立日期。外资企业应当在企业成立之日起 30 天内在税务机关办理税务登记。外资企业符合中国法律关于法人条件规定的，依法取得中国法人资格。

2. 外资企业的变更。外资企业改变名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资本、经营期限，以及增设或撤销分支机构，应当报审查批准机关批准。

外资企业申请变更登记，应当在审查批准机关批准后 30 天内，向登记主管机关申请办理变更登记。

外资企业分立、合并、迁移，应当报审查批准机关批准，并在批准后 30 天内，向登记主管机关申请办理变更登记、开业登记或者注销登记。

（三）外资企业的组织形式与注册资本

1. 外资企业的组织形式。《实施细则》第十九条规定：“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。外资企业以其全部资产为其债务承担责任。

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、法规的规定。

外资企业的法定代表人是依照其章程规定，代表外资企业行使职权的负责人。法定代表人无法履行其职权时，应当以书面形式委托代理人，代其行使职权。

2. 外资企业的注册资本。外资企业的注册资本，是指为设立外资企业在工商行政管理机关登记的资本总额，即外国投资者认缴的全部出资额。外资企业的注册资本要与其经营规模相适应，注册资本与投资总额的比例应当符合中国法律的有关规定。

外资企业在经营期内不得减少其注册资本。外资企业注册资本的增加、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

外资企业将其财产或者权益对外抵押、转让，须经审批机关批准，并向工商行政管理机关备案。

（四）外国投资者的出资方式与出资期限

1. 外国投资者的出资方式。根据《实施细则》第二十六条的规定，外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

外国投资者以机器设备作价出资的，该机器设备必须符合下列要求：一是外资企业生产所必需的；二是中国不能生产，或者虽能生产，但在技术性能或者供应时间上不能保证需要的。该机器设备的作价不得高于同类机器设备当时的国际市场正常价格。

外国投资者以工业产权、专有技术作价出资时，该工业产权、专有技术必须符合下列要求：外国投资者自己所有的；能生产中国急需的新产品或者出口适销产品的。该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。

2. 外国投资者的出资期限。外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。

外国投资者未能在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴付第一期出资的，无正当理由逾期 30 天不缴付其他各期出资的，外资企业批准证书即自动失效。

外国投资者缴付每期出资后，外资企业应当聘请中国的注册会计师验证，并出具验资报告，报审批机关和工商行政管理机关备案。

（五）外资企业的用地及其费用

1. 外资企业用地的解决。外资企业的用地，由外资企业所在地的县级或者县级以上地方人民政府根据本地区的情况审核后，予以安排。

外资企业应当在营业执照签发之日起 30 天内，持批准证书和营业执照到外资企业所在地县级或者县级以上地方人民政府的土地管理部门办理土地使用手续，领取土地证书。土地证书为外资企业使用土地的法律凭证。

外资企业的土地使用年限，与经批准的该外资企业的经营期限相同。外资企业在经营期限内未经批准，其土地使用权不得转让。

2. 外资企业用地的费用

外资企业在领取土地证时，应当向其所在地土地管理部门缴纳土地使用费。外资企业使用经过开发的土地，应当缴付土地开发费。

（六）外资企业的经营

1. 外资企业的物资购买。外资企业有权自行决定购买本企业自用的物资，外资企业可以在中国购买，也可以在国际市场购买；在同等条件下，应当先在中国购买。外资企业在中国购买物资，在同等条件下享受与中国其他企业同等的待遇。

2. 外资企业的产品销售。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。依照批准的销售比例在中国市场销售产品的价格，应当执行中国有关价格管理的规定。

（七）外资企业的经营期限、终止与清算

1. 外资企业的经营期限。外资企业的经营期限由外国投资者申报，由审查批准机关批准。期满需要延长的，应当在期满 180 天以前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当在接到申请之日起 30 天内决定批准或不批准。

2. 外资企业的终止。外资企业有下列情形之一的应予终止：一是经营期限届满；二是经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；三是因自然灾害，战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；四是破产；五是违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销；六是外资企业章程规定的其他解散事由已出现。

外资企业如存在上述第二、三、四项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关批准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

3. 外资企业的清算。外资企业如果是由于前面讲到的第一、二、三、六项所列的情形终止的，应当在终止之日起 15 天内公告并通知债权人，并在终止公告发出之日起 15 天内，提出清算程序、原则和清算委员会人选、报审批机关审核后清况算。

清算委员会应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。

外资企业清算结束之前，外国投资者不得将该企业的资金汇出或者携出中国境外，不得自行处理企业财产。

清算费用应从外资企业现存财产中优先支付。清算终了，外资企业的清算净收益即清算所得，依法缴纳所得税。缴纳所得税后剩余财产，按照外资企业章程的规定进行分配。外资企业清算处理财产时，按照外资企业章程的规定进行分配。外资企业清算处理财产时，在同等条件下，中国的企业或者其他经济组织有优先购买权。

外资企业清算结束，应当向工商行政管理机关办理登记手续，撤销营业执照。

第五节 企业破产法律制度

一、概述

（一）破产的定义

破产是指债务人的全部资产不足以抵偿债务或债务人不能清偿到期债务的一种事实和法律上的状态。

破产制度是指债务人全部资产不足以抵偿债务时，由法院依据债务人本人或债权人的申请宣告债务人破产并对债务人的全部资产依法强制执行的一种程序。

（二）破产制度的作用

首先，是为了保护全体债权人的利益，这是破产制度首要的和基本的作用。通过对破产财产的确认，对债务人非法处分破产财产行为的制止，可保证破产债权充分得以实现，由法院依照法定程序决定每一债权人能够得到的补偿份额，可避免因债务人自行补偿债权人所引起的分配不均及对部分债权人利益的损害。

破产制度有助于保护债权人的利益这一作用主要体现在破产法有关和解整顿以及破产善后的规定当中。

其次，在我国现阶段，实行破产制度是为适应经济体制改革的需要，有助于实现将企业推向市场的经营机制转换的目标。破产制度的实行，进一步确立了优胜劣汰的市场竞争机制，同时明确了企业，特别是国有企业作为独立经济实体的法律地位，即国有企业即不能像以往那样靠国家财政补贴过日子，也不能靠国家对企业实行关、停、并、转来渡过或转嫁危机，企业如不能依靠自身经济实力在激烈的市场竞争中生存下去，就面临破产的危险。

（三）破产法

破产法是指债务人全部资产不能清偿其债务时，由法院依法宣告其破产并对其财产进行清算和分配，以及确定当事人在破产过程中权利义务关系的法律规范的总称。

其法律规范包括六届人大十八次会议于1986年12月通过的《中华人民共和国企业破产法》（试行），最高人民法院于1991年11月发布的《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》，此外，七届人大第四次会议于1991年4月通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第十九章规定“企业法人破产还债程序”。以上法律规范既包括有关破产的实体性规范，如破产界限、破产债权、破产费用、破产责任等，也包括破产程序性规范，如破产申请、破产管辖、和解整顿、破产宣告、破产清算等。

二、全民所有制企业破产法

（一）全民企业破产界限和管辖

根据《企业破产法（试行）》第3条的规定，企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务，依本法规定宣告破产。

企业由债权人申请破产，有下列情形之一的，不予宣告破产：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；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经企业债权人会议达成和解协议，中止破产程序。

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。基层人民法院一般管辖县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记的国有企业破产案件；中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以上工商行政管理机关核准登记的国有企业破产案件。

（二）破产申请的提出和受理

1. 破产申请：提出破产申请，应当采用书面形式。

债务人不能清偿到期债务，债权人可以申请宣告债务人破产。债权人提出破产申请时，应当向人民法院提供下列材料：债权发生事实及有关证据；债权的性质、数额；债权有无财产担保（有财产担保的应当提供证据）；债务人不能清偿到期债务的有关证据。

债务人经其上级主管部门同意后，可以申请宣告破产。债务人提出破产申请时，应当向人民法院提供下列材料：企业亏损情况的说明；会计报表；企业财产状况明细表和有形财产的处所；债权清册和债务清册（包括债权人和债务人的名单、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）；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；人民法院认为依法应当提供的其他材料。

2. 破产案件的管理

（1）对破产申请的审查和处理

人民法院收到破产申请后，应当对债务是否达到了破产界限以及破产申请是否提供了规定的材料进行审查，并在 7 日内决定是否立案。

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。上诉的期限为 10 日。

（2）通知和公告

人民法院受理破产案件后，应当在 10 日内通知债务人。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。通知已知债权人的通知书应当包括申报债权的期限、地点和逾期未报的法律后果，以及第一次债权人会议召开的日期、地点等。

人民法院受理破产案件后，应当在 10 日内发布公告。公告除了在受理破产案件的人民法院公告栏内张贴外，还应根据具体案情在地方或全国性报刊上登载。公告的内容如下：立案时间；破产案件的债务人；申报债权的期限、地点和逾期未报的法律后果；第一次债权人会议召开的日期、地点等。

（3）债权的申报和登记

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，说明债权的数额和有无财产担保，并且提交有关证明材料。逾期未申报债权的，视为自动放弃债权。

人民法院对有财产担保债权和无财产担保债权的申报，应当分别登记。有财产担保债权的债权人享有就担保物优先受偿的权利，可以不通过破产程序获得清偿；无财产担保债权的债权人只能按照破产程序受偿。

（4）破产案件受理后债务人的义务

债权人提出破产申请的，债务人应当在收到人民法院通知后 15 日内，向人民法院提交企业亏损情况的说明、会计报表、债务清册和债权清册等有关材料。

债务人为其他单位担任保证人的，应当在收到人民法院通告后 5 日内转告有关当事人。

(5) 受理破产案件的效力

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。

人民法院受理破产案件后，债务人对部分债权人的清偿无效。但是债务人正常生产经营所必需的除外。

(三) 债权人会议

1. 债权人会议的组成和召开

所有债权人均作为债权人会议成员。债权人会议成员享有表决权，但是有财产担保的债权人未放弃优先受偿权利的除外。债务人的保证人，在代替债务人清偿债务后可以作为债权人，享有表决权。债权人可以委托代理人出席债权人会议，行使表决权。

债权人会议主席由人民法院从有表决权的债权人中指定。

债务人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，回答债权人的询问。

第一次债权人会议应当在债权申报期限届满后 15 日内召开，由人民法院召集和主持。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，由会议主席主持。

2. 债权人会议的职权和决议

(1) 债权人会议的职权

根据《企业破产法（试行）》第十五条的规定，债权人会议有以下 3 项职权：

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；

讨论通过和解协议草案；

讨论通过破产财产的处理和分配方案。

(2) 债权人会议的决议

债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人的过半数通过，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。

债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。

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。

(四) 和解和整顿

1. 和解

(1) 和解协议草案的提出与和解协议草案的内容

在被申请破产的企业上级主管部门提出对该企业进行整顿申请后，被申请整顿的企业应当向债权人会议提出和解协议草案。

和解协议草案应当具有下列内容：清偿债务的财产来源；清偿债务的办法；清偿债务的期限。被申请整顿的企业如果要求减少债务的，还应当写明请求减少的数额。

(2) 和解协议的生效及其法律后果

《企业破产法（试行）》第十九条规定：“企业和债权人会议达成和解

协议，经人民法院认可后，由人民法院发布公告，中止破产程序。和解协议自公告之日起具有法律效力。”和解协议生效必须具备两个条件：和解协议的内容必须由被申请整顿的企业和债权人会议双方协商一致；和解协议必须经人民法院认可并发布公告。

和解协议一经生效，和解双方必须严格遵守。和解协议生效之日是中止破产程序之时。中止破产程序不是破产程序的终结，而是暂时停止破产程序，对企业进行整顿。

2. 整顿

(1) 整顿申请的提出

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。人民法院受理破产案件后，企业的上级主管部门不申请整顿的，即可依法宣告其破产。

(2) 整顿的进行

被申请整顿的企业之所以严重亏损，不能清偿到期债务，是由于该企业经营管理不善。因此，企业整顿不宜由该企业的负责人来主持，而应当由其上级主管部门负责主持。

企业整顿能否顺利进行并达到预期的目的，一个重要方面是要制定好整顿方案。整顿方案应当具有以下内容：对企业达到破产界限的原因分析；调整或组建企业新的领导班子的计划；改善经营管理的措施和改造、转产措施的可行性；扭亏增盈的办法；整顿的期限（不得超过2年）和目标。企业整顿方案应当经过企业职工代表大会讨论，应当提交人民法院和债权人会议。

企业整顿的情况应当向企业职工代表大会报告，并听取意见。根据最高人民法院《意见》第三十六条的规定，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。

(3) 整顿的终结

企业整顿的终结可以分为正常终结和非正常终结。《企业破产法（试行）》第二十一条规定，在整顿期间，企业有下列情形之一的，经人民法院裁定，终结该企业的整顿，宣告其破产：不执行和解协议的；财务状况继续恶化，债权人会议申请终结整顿的；有《企业破产法（试行）》第三十五条第一款所列行为之一，严重损害债权人利益的。这里所说的行为包括：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。这是企业整顿非正常终结的原因和程序。

关于企业整顿的正常终结，根据《企业破产法（试行）》第二十二条的规定，有以下两种情况：一是经过整顿，企业能够按照和解协议清偿债务的，人民法院应当终结对该企业的破产程序并且予以公告；二是整顿期满，企业不能按照和解协议清偿债务的，人民法院应当宣告企业破产，并且依法重新登记债权。

(五) 宣告破产和破产清算

1. 破产宣告的机关、方式和法定条件

破产宣告权由人民法院行使。其他任何单位和个人都无权宣告企业破产。

破产宣告应当公开进行。人民法院裁定宣告企业破产，应当通知债权人、债务人到庭；债权人、债务人拒不到庭的，不影响裁定的效力。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的政府监察部门和审计部门。人民法院裁定宣告企业破产的同时，可以发布公告。公告应当具有下列内容：企业亏损、资产负债状况；宣告企业破产的理由和法律根据；宣告企业破产的日期；宣告企业破产后破产企业的财产、帐册、文书、资料和印章的保护。公告应当加盖人民法院印章。

根据《企业破产法（试行）》第二十三条的规定，宣告企业破产的法定条件是具有下列情形之一：企业因经营管理不善造成严重亏损，不能清偿到期债务，应当宣告破产的；在企业整顿期间，由于非正常原因导致终结整顿的；企业整顿期满，不能按照和解协议清偿债务的。

2. 破产宣告的效力

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停止生产经营活动，但人民法院或者清算组认为确有必要继续生产经营的除外。

人民法院宣告企业破产后，破产企业由依法成立的清算组接管。破产企业的原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、帐册、文书、资料和印章等。在破产程序终结以前，破产企业的原法定代表人根据人民法院或者清算组的要求进行工作，不得擅离职守。

人民法院宣告企业破产后，应当通知破产企业的债务人和财产持有人向清算组清偿债务或者交付财产。人民法院宣告企业破产后，还应当通知破产企业的开户银行，限定其银行帐户只能供清算组使用。

人民法院宣告企业破产后，对破产企业未履行的合同，可以解除或者继续履行。

3. 清算组的成立和撤销

人民法院应当自宣告企业破产之日起 15 日内成立清算组。清算组成员由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定。清算组组长由人民法院指定。清算组可以聘任一定数量的会计师及其他工作人员。

破产企业注销登记后，人民法院应当宣布清算组撤销。

4. 清算组的职权和职责

（1）清算组的职权

破产企业接管权

清算组有权接管破产企业。清算组负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配。清算组可以依法进行必要的民事活动。

接受清偿债务和交付财产权

在破产宣告后，只有清算组才有权接受破产企业债务人清偿的债务和破产企业财产持有人交付的财产。

解除或者继续履行合同的决定权

根据《企业破产法（试行）》第二十六条第一款的规定，清算组有权就解除或者继续履行破产企业未履行的合同作出决定。

财产权利人取回财产的准许权

破产企业内属于他人的财产，如租用或者借用他人的财产，由该财产的权利人通过清算组取回。清算组有权对财产权利人提出的取回自己财产的请求和提供的证据进行审查，有权准许财产权利人取回其在破产企业内属于他的财产。

破产财产分配方案提议和执行权

《企业破产法（试行）》第三十七条第一款规定：“清算组提出破产财产分配方案，经债权人会议讨论通过，报请人民法院裁定后执行。”

破产财产，是指在破产宣告后，可以依法对债权人的债权进行清偿的破产企业的财产。破产财产由下列财产构成：宣告破产时破产企业经营管理的全部财产；破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；应当由破产企业行使的其他财产权利。已作为担保物的财产不属于破产财产；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。破产宣告时破产企业未到期的债权，视为已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。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，破产企业有《企业破产法（试行）》第三十五条第一款所列行为的，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。

清算组分配破产企业的财产，以金钱分配为原则，也可以采用实物分配方式，或者兼用两种方式。破产企业的债权在分配时仍未得到清偿的，也可以将该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，清算组处理破产企业的财产，可以将实物合理作价后分配给债权人，也可以变卖出售。变卖应公开进行，如果用公开拍卖方式。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转物的，由国家指定的部门收购。

《企业破产法（试行）》第三十四条规定，下列破产费用，应当从破产财产中优先拨付：破产财产的管理、变卖和分配所需要的费用，包括聘任工作人员的费用；破产案件的诉讼费用；为债权人的共同利益而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。

破产财产优先拨付破产费用后，按照下列顺序清偿：首先是破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；其次是破产企业所欠税款；然后是破产债权。破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

破产债权，是指在破产宣告前成立的，可以通过破产程序从破产财产中获得清偿的债权。在我国，破产债权的范围包括以下几项：破产宣告前成立的无财产担保的债权为破产债权；破产宣告前成立的放弃优先受偿权利的有财产担保的债权为破产债权；破产宣告时债权人未到期的债权，视为已到期债权与其他破产债权一起得到清偿，但是应当减去未到期的利息；有财产担保的债权，其数额超过担保物的价款的，未受清偿的部分应当列入破产债权；清算组决定解除破产企业未履行的合同，另一方当事人因合同解除受到损害的，其损害赔偿额作为破产债权；作为被保证人的企业被宣告破产前，保证人代替被保证人清偿债务的，保证人的清偿数额属于破产债权；票据（汇票、本票、支票）发票人或者背书人被宣告破产，而付款人或承兑人不知其事实而付款或者承兑，因此所产生的债权为破产债权。

终结破产程序提议权

破产财产分配完毕，由清算组提请人民法院终结破产程序。破产程序终结后，未得到清偿的债权不再清偿。

（2）清算组的职责

对人民法院负责并报告工作

根据《企业破产法（试行）》第二十四条第三款和最高人民法院《意见》

第五十二条的规定，清算组对人民法院负责并报告工作，接受人民法院监督。清算组有损害债权人利益的行为或者其他违法行为，人民法院应当纠正，并可以解除不称职的清算组成员的职务，另行指定新的成员。

列席债权人会议并接受监督

清算组应当列席债权人会议，接受债权人会议的监督。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。

组织有关人员查明破产企业实有财产

清算组接管破产企业后，应当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清点、登记造册，查明企业实有财产总额。

对破产财产重新估价

清算组对破产财产应重新估价，已经折旧完毕的固定资产，应当对其残值重新估价，残次变质财产应当变价计算，不需要变价的，按原值计价。

制作破产财产明细表、资产负债表

清算组应当根据清算的结果制作破产财产明细表和资产负债表。

通知债权人领取财产

破产财产的分配方案经债权人会议讨论通过、人民法院裁定认可后，清算组应立即通知债权人限期领取财产，逾期不领取的，可以提存。债权人领取财产时，应当出具注明债权人具体地址、开户银行帐号的证明。

办理破产企业注销登记

破产程序终结后，清算组应当向破产企业原登记机关办理破产企业注销登记，并将办理情况及时告知人民法院。

5. 法律责任

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，破产企业有下列行为之一的，对该企业的法定代表人和直接责任人员给予行政处分：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。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。

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，依法追究刑事责任。

三、公司的破产、清算和解散

（一）公司的破产

公司的破产是因为公司不能清偿其到期债务，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组成清算组，对公司进行破产清算。上述所指有关法律在这里主要是指现行《中华人民共和国企业破产法试行》和《中华人民共和国民事诉讼法》。

（二）公司的解散

公司的解散是指对已经成立的公司，因公司章程或法律规定的事由出现，依法使公司法人资格消灭的法律行为。

根据《公司法》规定，公司具有下列情形之一的，可以解散：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；股东会决议解散；因公司合并或者分立需要解散的；公司违反法律、行政法规被依法责令关闭的，应当解散。

（三）公司的清算

公司的清算是指终结解散公司法律关系，消灭解散公司的法人资格的程序。除因合并或者分立需要解散的公司以外，因法定或公司章程规定解散的原因，应当依法进行清算。

1. 清算组的组成及其职权

清算组是负责公司财产的保管、清理、估价和处理有关事务并分配剩余财产的机构。

公司解散时应当依法成立清算组。公司依照公司章程规定的营业期限届满或其他解散事由出现时，或股东会议决议解散的，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组成清算组，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。

清算组在清算期间具有下列职权：（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。

清算组成员的职责是：

（1）清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务；

（2）清算组成员不得利用职权！受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产；

（3）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

根据《公司法》规定，对公司的解散应当按照下列程序进行：

（1）成立清算组。

（2）公告，进行债权登记。清算组自成立之日起，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。

（3）清理债权债务，提出清算方案。清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会或有关主管机关确认。清算组在清理财产中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。如经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

（4）清偿债务，分配剩余财产。公司财产能够清偿债务的，清算顺序是：支付清算费用；支付职工工资和劳动保险费；缴纳所欠税款；清偿公司债券。公司财产清偿上述费用后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

（5）制作清算报告，申请注销登记，公告公司终止。即公司清理结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者有关主管机关确认，并报送公

司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。不申请注销公司登记的，由公司登记机关吊销其公司营业执照，并予以公告。

四、《民事诉讼法》中企业法人破产还债程序

（一）破产还债程序适用的范围

1. 适用于具有法人资格的集体企业、联营企业、私人企业以及设在中国境内的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业等。

2. 不适用于非法人的企业、个体工商户、农村承包经营户、个人合伙。

3. 全民所有制企业破产还债程序适用《企业破产法（试行）》的规定。

（二）破产申请的提出及受理

1. 破产申请的原因

企业法人因严重亏损，无力偿还到期债务。

2. 破产申请人

债权人或债务人都可以申请破产还债。债权人提出破产申请时，应提供关于债权数额、有无财产担保、以及债务人不能清偿到期债务的有关证据。

债务人提出破产申请时，应说明企业亏损的情况、提交有关的会计报表、债权清册、债务清册。

3. 破产申请的受理

（1）人民法院裁定宣告进入破产还债程序后，应当在 10 日内通知债务人和已知的债权人，并发出公告。

（2）债权人应当在收到通知 30 日内，向人民法院申报债权。逾期未申报债权的，视为放弃债权。

（3）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。

（4）法院受理破产申请后，债务人的其他民事的执行程序、财产保全程序中中止，债务人的开户银行停止办理债务人的结算业务，开户银行支付维持债务人正常生产经营所必需的费用，应经人民法院许可。

（三）和解

1. 无论是债权人还是债务人提出破产申请，在人民法院受理破产案件后，债务人都可以提出和解协议草案，内容包括清偿债务的财产来源、清偿债务的办法、清偿债务的期限。

2. 债权人会议讨论通过和解协议草案，应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，须占无财产担保总额的 2/3 以上。

（四）破产宣告与破产清算

1. 企业法人达到破产界限，债权人与债务人没有进行和解或和解未达成协议，人民法院裁定宣告破产，同时发出公告。

2. 破产还债案件，一律用裁定，当事人除对驳回破产申请的裁定可以上诉外，对其他裁定不准上诉。

3. 清组的任务是：负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配。

4. 破产财产的范围

破产宣告时破产企业经营管理的全部财产；

破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；

应当由破产企业行使的其他财产权利。

5. 破产财产担保

已作为银行贷款等债权抵押物或其他担保财产，银行和其他债权人享有就该抵押物或其他担保物优先受偿的权利，抵押物或其他担保的价款超过其所担保的债务数额的，超过部分属于破产还债的财产，不够部分列为破产债权。

6. 清偿顺序

(1) 债权人会议讨论通过破产财产的处理和分配方案，应由出席会议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过半数以上。

(2) 从破产财产中先行拨付破产费用。

(3) 拨付破产费用后，按下列顺序清偿，破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求的，按比例分配：破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；破产企业所欠税款；破产债权。

案例

[案例一]

[案情]：A 某原系 B 公司的职工，后停薪留职于个体，赚了不少的钱。

1993 年 5 月，A 某与 B 公司经理商量，共同设立一个有限责任公司，A 某出钱，B 公司出厂房。后达成协议，A 出资 100 万，B 公司以厂房等作价 210 万。还未登记，有的人就提出，还不如设立一个股份有限公司，发行点股票，职工还可以赚一笔钱。也有的人提出，有限责任公司与股份有限公司实际上是一样的，只是有限责任公司不能发行股票，股份有限公司可以发行股票。请问，他们的这种想法对吗？

参考答案：

有限责任公司虽然与股份有限公司一样，都是股东以其出资额为限对公司负责，公司以其全部资产为限对公司债务承担责任。但是，两者的区别是十分明显的：

(1) 规模大小不一样。有限责任公司一般是中小型企业，而股份有限公司则通常是大型企业。目前世界上只有德国的有限责任公司的规模比较大，个别企业也同股份有限公司一样资金雄厚。世界上所有国家，包括德国，股份有限公司的注册资金的要求要比有限责任公司的注册资本的要求高得多：我国分别为 1000 万人民币和 50 万人民币；德国分别为 10 万德国马克和 2 万德国马克，法国分别为 10 万法国法郎和 2 万法国法郎，意大利分别为 100 万里拉和 5 万里拉。

我国公司法规定，有限责任公司的注册资本根据不同情况分别为：生产型公司和商业批发型公司 50 万元、商业零售型公司 30 万元，科技咨询及服务型公司为 10 万元。而股份有限公司的注册资金最少为 1000 万元，其中上市的股份有限公司的注册资金不得少于 5000 万元。

(2) 股份有限公司是开放性公司，有限责任公司是封闭式公司。这主要体现在资本的募集和公司财务是否公开上。股份有限公司向社会公开发行股票以募集资金，而有限责任公司只是在少数甚至是特定的人中筹集资金；股份有限公司的会计帐目是公开的，有限责任公司的会计账目则不予公开。

(3) 股东人数要求不一样。股份有限公司的股东人数一般不受限制，如法国巴黎。荷兰银行的股东达到 250 万人，西方国家的一些大型跨国公司（股份有限公司）的股东人数超过百万的不在少数。而有限责任公司的股东人数一般不超过 50 人，有的国家和地区甚至规定不得超过 21 人。

(4) 组织机构的繁简不一样。股份有限公司因规模大，所以其组织机构严密、复杂，而有限责任公司的组织机构相对简单得多。

(5) 所有权与经营权的分离程度不同。股份有限公司的所有权与经营权是完全分离的，而有限责任公司里，所有权与经营权分离的可能性不大，因为公司股东人数不多，不需他人帮助经营。

(6) 股权表现形式不同。股份有限公司的股权表现为股份，并以股票的形式予以发行、交易，是有价证券；而有限责任公司的股权表现为出资证明或股单，出资转让受到严格限制。

可见，有限责任公司与股份有限公司的区别不仅仅体现在是否可以发行股票上，而是体现在各方面。

[案例二]

案情：1990 年 8 月，东风机械厂（国有企业）、跃进机械厂和理光机械设备厂联营，成立一法人型联营体春光机械厂。近几年来，经济效益良好，于是于 1993 年 12 月决定改建为股份有限公司，依法申请批准募集资金成立华夏机械股份有限公司，且该公司成为上市公司。为了进一步筹集生产经营资金，又准备发行公司债券。董事会制订方案，直接指示总经理负责此事，成立了发行小组。发行小组向国务院证券管理部门申请公司债券（用于厂房扩建）的发行，得到批准。于是准备发行可转换为股票的公司债券，债券上载明：债券总额是 3000 万元。债券的票面金额是 100 元，债券的利息率是头年 13%，以后每年逐加 5 个百分点，还本付息的期限是 4 年。公司净资产额是 6000 万元。董事长签名后，于 1995 年 1 月 20 日发行截止。恰在此时，公司因前一个月市场预测不准，耗费大量人力、物力，开发的一种新产品未得到市场青睐，且有不少消费者投诉该产品非但不保健，反而灼伤人，要求厂家赔偿。该公司一时资金周转不开，准备将刚筹来的用于扩建厂房的公司债券的资金用于此项开支，另外考虑到公司债即将要到期还本付息，于是则要求所有债券持有人将公司债券转换为公司的股票，让其与企业共担风险，不必像公司债券那样保证还本付息。

请问，华夏机械股份有限公司这些做法是不是符合《公司法》的规定？是否有效？

参考答案：

1. 公司是可以发行公司债券来筹措资金的，但并不是任何一个公司都可以在任何情况下发行公司债券。依据《公司法》第一百五十九条：股份有限公司、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，为筹集生产经营资金，可以依照本法发行公司债券。华夏股份有限公司依法有权发行公司债券。但是依据《公司法》第一百六十一条第二款的规定：发行公司债券，累计债券总额不超过公司净资产额的 40%。而该公司的净资产额为 6000 万元，一次性发行公司债券竟达 3000 万元，占净资产的 50%，显然是违反《公司法》规定的，依据《公司法》第一百六十四条第三款的规定：对已作出的批准如发现不符合本法定的，应予撤销。已经发行公司债券的，发行的公司应当向认购人退还所借款并加算银

行同期存款利息。

2. 该公司在发行公司债券的程序方面也是有错误的。公司债是一个公司的重大事情，它关系到股东的切身利益，因此《公司法》第一百六十三条第一款规定：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，股东会作出决议，而华夏机械股份有限公司却只通过董事会的决议。便直接设立发行小组，这是违反《公司法》的。公司债券是公司为了筹集生产经营资金而依法发行的，因而公司所筹资金的投向也必须依照法律规定来进行。《公司法》第一百六十一条第七款明确规定：发行公司债券筹集的资金，必须用于审批机关批准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。华夏机械股份有限公司应当承担赔偿由于产品质量低劣而带来的损失，但是不能用公司债券筹集的资金来赔偿损失，因为审批机关批准的是用于扩建厂房的生产支出。

3. 该公司作为上市交易的股份有限公司，依法是允许发行可转换公司债券的，但须由公司股东大会作出决议，并报清国务院证券管理部门审批。发行可转换公司债券，除具备发行公司债券的发行条件外，还应当符合股票发行的条件。依据《公司法》第一百七十三条规定：发行可转换为股票的公司债券的公司应当按照其转换方法向债券持有人换发股票，但债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。因此华夏机械股份有限公司要求所有债券持有人转换股票是不合法的，债券持有人有权拒绝。

通过本案分析，可以了解到公司债券是公司因向社会公开募集资金而承担的一种金钱债务关系。公司债券是约定在一定期限还本付息的有价证券。为了保护债权人的利益，我国公司法对公司债券发行作了比较具体的规定，公司应严格依法定条件、程序发行。

[案例三]

案情：1994年12月，江西省A市一家家用电器厂准备与韩国一公司合资建立一家电有限公司。协议规定韩国方以技术入股，技术出资作价占合资企业注册资本的20%。双方订立技术转让协议，自订立起10天内，外方应提供有关的设备资料和服务，其中包括产品设计，以及对合资公司技术人员、工人培训、技术作价等。中方以货币、合作场地、厂房来出资，随后依据此协议双方签订了技术转让协议，协议规定：（1）除经韩国方同意外，该合资公司所生产的产品不能销往东亚地区，且利用韩方技术每年生产的彩电不能超过2000台；（2）该技术转让协议的期限为3年；（3）技术转让协议期满后，中方无权再继续使用该项技术；（4）中方如改进该技术，必须无条件告诉韩方；（5）合资企业能从韩国购买所需要的机器、设备、零部件、原材料，必须从韩国购买。

订立的技术转让协议，未得到审批机构的批准，经修改批准后才依法注册登记成立。外方怕投资风险，于是让公司在韩国办了财产安全险。双方协商确定中方为董事长，韩方为副董事长。半年后，经营效益好。韩方在未经中方董事同意的情况下，以到会的1/2董事通过，决定增加出资，再次召开董事会合法通过。因的确是生产经营所需，中方认可了所增加的注册资本。

请思考以下问题：

1. 试问该决议是否有效？
2. 请指出设立该公司过程中的不妥之处。
3. 中方合营者不同意追加出资，是否允许中方合营者认缴所增加的注册

资本。

参考答案：

1. 中外合资企业是依据《中外合资经营企业法》而设立的。为了吸收外国先进技术改进设备，我国法律允许且鼓励外商以先进的技术、设备作为出资。并且外国合营者的出资和我国合营者的投资应有一个合理的比例关系。对此，《中外合资经营企业法》第四条规定：“合营企业的形式为有限责任公司。在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于25%。”而该中外合资企业，韩国方以技术出资，作价20%，是低于这标准的，应追加出资。

2. 本案中涉及的一个重要问题，关于中外合资企业的技术引进问题。所谓引进技术，是指合营企业通过技术转让的方式，从合营方获得所需要的技术和设备。本案则是一典型通过订立技术转让协议来引进技术的例子。但我方与韩国方在签订技术转让协议时，不符合法律规定。合同中，含有限制性条款，是为法律所禁止的。根据《中外合资经营企业法实施条例》第六章第四十六条规定：除双方另有协议外，技术输出方不能限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格。技术转让协议期满后，技术输入方有权继续使用该项技术，订立技术转让协议的双方，相互交换改进技术的条件应对等；技术输入方有权按自己认为合适的来源购买需要的机器设备、零部件和原材料。该合营企业双方签订的技术转让协议中，在技术出口产品的地区、数量、价格以及技术继续使用权、技术改进对等条件和自由购买方面，规定中国法律所禁止的不合理的限制性条款，应依法修改，才能得到审批机构批准，该技术转让协议才能生效。

3. 公司成立后，董事长是由董事会选举产生，一方担任董事长，由他方担任副董事长。这一点，该公司是符合法规规定的，但是在关于合资经营企业注册资本的增加方面，不符合法定程序。依照法律规定，增加注册资本，必须由企业的最高权力机构董事会会议通过。而董事会会议应有2/3以上董事出席方能举行。增加注册资本必须由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议。需要指出，即使合营一方不同意合营企业增加企业注册资本，只要是董事会合法决议，其就有权认缴所增加的注册资本。所以中方有权认缴所增加的资本。

4. 最后，该公司在韩国办理保险，也是不符合我国法律规定的。依据《中外合资经营企业法》第八条第四款规定，合营企业的各项保险应向中国的保险公司投保。

[案例四]

案情：马来西亚一世界知名的化妆品公司于1994年12月准备和北京一著名日化厂办一合营企业，开拓中国化妆品市场。开始想办一合资企业，后因资金作价困难，转而决定办一合作企业。该公司提供的合作条件是：马方公司提供原料（珍贵香料）、技术咨询、非专利技术（香料配方）和筹建资金（即向公司贷款300万），合作期限为5年。合作期满后，合作企业的全部固定资产归中国合作者所有，马来西亚方从利润分成中先行回收资本。以4:6的比例分配利润和承担风险。中方提供的合作条件是：以劳动力、厂房、机器实物、销售渠道和商业信誉来合作。企业成立后，设立联合管理机构来进行经营。由于化妆品市场竞争激烈，马来西亚方决定改为双方合作者以外的另一销售公司经营管理。在召开的联合管理机关大会上，绝大多数票支持

此项提议，马来西亚方便决定实行该方案。在头一年中，马来西亚方应先行回收投资 60 万元，此时，公司从马来西亚进口一大批香料。由于运输香料轮船涉嫌走私，导致香料不能如期到达，从而使与各销售公司签订的合同不能如期履行，导致企业被债权人申请破产。马来西亚方认为其应先收回投资，拒绝承担债务责任。请问：

1. 该合作企业在成立方面和管理方面有什么不妥之处？
2. 马来西亚方拒绝承担债务责任是合法的要求吗？

评析：虽然中外合作经营企业和中外合资经营企业都为外商投资企业，但两者间有很大的不同。合资经营企业必认缴企业的注册资本，并按出资比例分享利润和分担风险及亏损。而中外合作经营企业则不同，合作各方既可以提供投资，又可以提供合作条件，也可以以双方约定的方式分配利润，因此对于中外合作经营企业而言，合作条件的约定对合作合同是至关重要的。

中外合作者设立合作经营企业，依据《中外合作经营企业法》的有关规定，可以约定外国合作者在合作期内先行回收其投资，在合作期满时，合作企业的全部固定资产归中方合作者所有。本案中外国合作者从利润分成中回收资本，实质上形成了中外合作者双方之间的买卖股本的关系，即中方合作者用自己在企业中应分得的利润去购买外方合作者在企业中的股本。但是，由于资本回收是附期限的，在整个合作期内，外方合作者的投资尽管已先行回收，但由于外方合作者仍是企业股东，仍应当依照有关法律、法规的规定和合作企业的合同的约定对合作企业的债务承担责任。本案中企业被他人申请破产，为了防止破产进入和解程序，外方合作者应退回已回收的资本，以承担债务责任，马方拒绝承担责任是不符合法律规定的。

再者，依据《中外合作经营企业法》第十二条第二款规定，合作企业成立后，改为委托中外合作者以外的他人经营管理的，必须经董事会或者联合管理机构一致同意，报审查批准机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。所以，该公司未经一致同意，便作出决议，是违反法律规定的，因而是无效的。

[案例五]

案情：A 市天福体育器材厂系一中外合资企业，1994 年 12 月与 B 市的全民所有制的光华商贸总公司签订了一购销合同。合同内容是：由天福体育器材厂提供价值为 150 万元的机器零部件，20 天由卖方发货，货到交款，同时光华商贸总公司提供轿车一辆作为担保。

1992 年，光华商贸公司与海峰销售公司合建一饭店，光华商贸总公司以技术、劳力出资，海峰公司出钱 400 万元，年利率为 20%，2 年后饭店归光华商贸总公司，光华公司一次性给海峰 560 万元补偿。

12 月 20 日，天福体育器材厂如期发货送往 B 市，（正在此时）光华商贸总公司尚未收到货时，便有新宝公司申请光华商贸总公司破产。人民法院在审理过程中，发现光华公司亏损严重，帐面出现了赤字，于是受理了该申请，于 12 月 25 日立案，并通知债权人来申报债权。A 市的天福体育器材厂由于在异地，过了 3 个月都未到法院来申报债权。光华商贸总公司被宣告破产后，清算组接管了该企业，经过清理、估价，得出的债权人申报的债权破产财产和现有财产状况如下：

现有财产：现金 5 万，公司场地作价 160 万；卡车 7 辆，4.5 万/辆；轿车 2 辆，每辆 35 万元。

借长达公司中型客车 1 辆，价值 9 万元；3 月份向希望工程捐赠 15 万元；帐面呆帐 5 万元，尚未返还。

债权申报情况如下：海峰销售公司要求偿还 560 万元；长虹公司要求偿还 130 万元，约定以轿车 1 辆作为抵押；长达公司要求偿还 5 万元，新鑫公司要求偿还 25 万元，以 1 辆卡车作为抵押；清算费用 1 万元；工人工资 21 万元；欠国家税款 19 万元。

问题与思考：

1. 人民法院应适用什么法律规定的什么程序处理该破产案件？
2. 有人说，天福机械厂逾期未申报债权？应视为放弃债权，得不到偿还，你认为对吗？
3. 该如何分配破产财产，海峰公司可分到多少？

参考答案：

1. 我国制定的《企业破产法（试行）》适用于全民所有制企业，光华商贸公司是全民所有制企业，应适用《企业破产法（试行）》。

2. 天福体育器材厂过 3 个月未申报债权，依破产法有关规定，应视为放弃债权，但是天福体育器材厂并不是破产债权人，根本不存在申报债权一事。根据《破产法》第二十九条规定：破产企业内属于他人的财产，应由该财产的权利人通过清算组取回，这就是破产诉讼中的取回权。取回权有两种：一种是一般取回权，欠款应返还；另一种是特别取回权。天福体育器材厂则拥有出卖人取回权，所谓出卖人取回权是指在隔地买卖合同中，卖方已经发货，买方尚未收到，也未付清货款，此时买方被宣告破产，卖方便有权废止合同，取回货物。这一规定的目的是为了保障卖方权益。如不允许卖方将尚属于自己的货物取回，其得到的货款便只能作为破产债权而得不到完全的清偿，有失公平。所以天福体育器材厂不必申报，便可得到货物。

3. 我国《民事诉讼法》第二百零四条和《企业破产法》第三十七条明确规定了破产财产的清偿。破产财产优先拨付破产费用后，按照下列顺序进行清偿：破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；破产企业所欠税款；破产债权。由此我们来计算海峰公司应分到的财产。

破产财产 = $5 + 160 + 4.5 \times (7 - 1) + 35 \times (2 - 1) = 227$ 万元

减去清算费用 1 万元，再减去工人工资 21 万元，然后减去税款 9 万元，能分配的债务款为 196 万元。

破产债权的总和为： $560 + (130 - 35) + 5 - (25 - 4.5) = 680.5$ 万元。

于是海峰公司能分得的财产为： $196 \times 560 / 680.5 = 161.29$ 万元。

第三章 市场经济主体行为规则法

第一节 经济合同法律制度

一、经济合同法概述

（一）经济合同与经济合同法的概念

经济合同，是指作为平等主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户之间，为了实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议。

经济合同是当事人之间的协议。所谓“当事人之间”，是指任何合同至少有双方当事人参加。所谓“协议”，是指双方（或数方）当事人意思表示的一致。如果当事人的意思表示不一致，合同就不能成立。还应指出，经济合同是明确相互权利义务关系的协议。这种权利义务关系，是根据法律的规定而形成的，受法律保护的。

广义的经济合同法是指调整经济合同关系的法律规范的总称。狭义的经济合同法是指1981年12月13日由第五届全国人民代表大会第四次会议通过，并于1993年9月2日由第八届全国人民代表大会第三次会议修订重新颁布的《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）。

《合同法》是整个经济合同制度的基本法。该法的制定与实施，对保障社会主义市场经济的健康发展，保护经济合同当事人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义现代化建设起着重要的保证作用，也为市场经济主体进行经济往来和协作提供了法律依据。

（二）《合同法》的适用范围

修正后重新公布的《合同法》第八条规定：“购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险以及其他经济合同，除法律另有规定的以外，均适用本法的规定。”

二、经济合同的订立与履行

（一）经济合同的订立

1. 订立经济合同的当事人资格

国家机关和社会组织成为经济合同的当事人，必须具有法人资格或者是取得营业执照的非法人经济组织。

个体工商户和农村承包经营户也要具有合法资格，才能成为经济合同的当事人。他们也只能在国家允许的业务范围内签订经济合同。

2. 经济合同的必备条款

经济合同的主要条款是经济合同当事人双方所达成协议的主要内容。它是经济合同必须具备的条款。

根据《合同法》第十二条第一款的规定，经济合同应当具备以下主要条款：

（1）标的。标的是合同当事人双方权利义务共同指向的对象。例如，购销合同的标的是货物，借款合同的标是货币，货物运输合同的标的是劳务，建设工程承包合同的标的是工程项目。

（2）数量和质量。数量是衡量标的的尺度。数量必须按照国家法定计

量单位计量。质量是标的的内在素质和外观形态的综合。质量条款必须符合我国《标准化法》和《产品质量法》的规定。

(3) 价款或者酬金。价款和酬金简称价金，是指当事人一方向交付标的一方支付的货币。价款包括购销产品的货款、财产租赁的租金等。酬金包括加工承揽费、货物运输费等。

(4) 履行的期限、地点和方式。履行的期限，是指当事人完成合同规定的义务的时间范围。履行的地点，是指当事人完成合同规定的义务的地理位置。履行的方式，是指当事人完成合同规定的义务的方法。

(5) 违约责任。违约责任，是指当事人因过错而不履行或者不完全履行当时应当承受的法律制裁措施。例如，支付违约金、支付赔偿金等。

除上述 5 项主要条款以外，《经济合同法》第十二条二款还规定，根据法律规定的或者按照经济合同的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、也是经济合同的主要条款。

3. 经济合同的形式

经济合同的形式，是指经济合同的当事人达成的协议的表现形式。

《经济合同法》第三条规定：“经济合同，除即时清结者外，应当采用书面形式。当事人协商同意的有关修改合同的文书、电报和图表，也是合同的组成部分。”所谓即时清结，是指经济合同的订立、履行、终止几乎是同时完成的，没有什么间隔时间。对于非即时清结的经济合同，应当采用书面形式。采用书面形式，一般是当事人双方在一起签订书面协议，但是也可以通过书信、电报、电传等书面形式订立合同。

4. 订立经济合同的程序

订立经济合同是经过当事人充分协商达到双方意思表示一致的过程。根据《经济合同法》的规定及实践中形成的习惯作法，订立经济合同一般经过下列 4 个阶段：

第一、经济合同订立之前的准备工作

(1) 进行市场调查和可行性研究。

为达到当事人的一定经济目的，防止与减少盲目性，当事人在订立合同之前，应当了解和掌握与本企业或单位有关的产品的社会供求情况及同行业企业生产和销售情况等，做到心中有数，防止因订合同而导致经济损失。

(2) 进行资信审查。

资信审查是指对当事人的资格和信用的审查。资格审查包括对当事人的主体资格（如法人资格）、法定代表人、经办人和委托代理人的资格审查。合同当事人应当具有法定的生产经营执照及有关证件和授权委托书及委托代理书等。信用审查是指对合同当事人的履约能力和履约信用的审查。履约能力包括支付能力和生产能力两个方面。履约信用是指当事人是否重合同守信用。与不守信用的当事人订合同应持慎重态度。

第二、洽谈协商

当事人在做好订立合同前的准备工作之后，应进入洽谈协商阶段。包括要约和承诺两个步骤。这是订立合同的主要程序。

(1) 要约（提议）。

要约是指一方当事人以订立经济合同为目的，向另一方提出订立合同的建议和要求的意思表示。

要约的成立须具备下列条件：一是具有希望与对方订立经济合同的明确

意思表示；二是按照法律规定要求明确合同条款的主要内容；三是要约必须是向特定的被要约人或其代理人发出；四是要约应规定对方作出答复的期限。这一期限又称为有效期限。

要约是一种法律行为，一旦发出要约便会产生相应的法律效力或约束力。对于发出要约的要约人来说，应受自己要约的约束。表现在下列3方面：一是要约人不得随意撤销或变更要约；二是如果合同标的物为特定标的物时，要约人不得以同一标的物向第三方发出同样要约；三是要约人负有按要约内容同被要约人订立合同的义务。对于被要约方来说，要约的效力是被要约方可以在有效期内享有承诺权，但没有承诺的义务。

(2) 承诺（接受提议）。

承诺是指被要约方（又称受约方）对要约完全同意并愿意按要约内容订立合同的意思表示。承诺一经生效，便能产生一定的法律后果。承诺的成立须具备下列条件：一是承诺必须明确表示同意与要约方签订经济合同；二是承诺的内容必须与要约的内容完全一致。如果对要约的内容加以变更、修改或有条件的接受，法律上则视为对要约的拒绝或新要约；三是承诺必须是由被要约方或其代理人向要约方或其代理人作出答复；四是承诺必须在要约的有效期限内以要约所要求的形式作出答复。超过要约有效期限作出的承诺称为迟到的承诺，不发生效力，法律上也可视为新要约。

第三、拟定经济合同文书

经过要约和承诺阶段后，即可拟定经济合同文书。书面合同文书结构分为条文式和表格式两种。书面合同的写法一般应包括4个部分：一是合同标题；二是当事人名称；三是正文，即合同的主要条款；四是结尾和附则，包括合同正本与副本份数、发送单位、合同有效期限、合同签订地点和时间、双方当事人的签名盖章。

第四、办理使经济合同生效的必要手续

有些经济合同须有关主管机关审批后才能生效的，应送交主管机关审批。有些经济合同必须经签证机构或公证机构签证或公证后才能生效的，应办理签证或公证手续。如法律没有特别要求必须办理签证或公证的，合同当事人可采取自愿原则，可以办理签证或公证，也可以不办理签证或公证。

(二) 经济合同的履行

1. 经济合同履行的概念

经济合同的履行，是指合同双方当事人按照经济合同的规定，完成各自承担的义务。

《经济合同法》和我国《民法通则》使用了“完全履行”、“全部履行”、“全面履行”3个不同的概念，但是它们的实际涵义是相同的。经济合同的完全履行，是指合同双方当事人按照经济合同的规定，全部完成各自承担的义务。

根据《经济合同法》第六条的规定，经济合同依法成立，即具有法律约束力，当事人必须全面履行合同规定的义务。该法第二十九条规定，由于当事人的过错，造成经济合同不能履行或者不能完全履行的，由过错的当事人依法承担违约责任。《民法通则》第八十八条规定，合同的当事人应当按照合同的约定，全部履行自己的义务。经济合同的不履行和不完全履行、部分履行，都是不符合我国法律关于完全履行、全部履行、全面履行的要求的。

2. 经济合同履行的规则

(1) 价款和酬金的支付规定。经济合同用货币履行义务时，除法律或者行政法规另有规定的以外，必须用人民币计算和支付，除国家允许使用现金履行义务的以外，必须通过银行转帐或者票据结算。

(2) 国家价格调整时的履行规定。关于产品的价格，按照规定必须执行国家定价的，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。逾期提货或者逾期付款的，遇价格上涨时，按新价格执行；价格下降时，按原价格执行。这体现了对违约一方当事人的价格制裁。

(3) 合同规定不明确、当事人又协商不成时的履行规定。一是质量不明确的，按照国家质量标准履行，没有国家质量标准的，按照通常标准履行。二是履行期限不明确的，债务人可以随时向债权人履行义务，债权人也可以随时要求债务人履行义务，但应当给对方必要的准备时间。三是履行地点不明确的，给付货币的，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。四是价款规定不明确的，按国家规定价格履行；没有国家规定价格的，参照市场价格或者同类物品的价格或者同类劳务的报酬标准履行。

3. 经济合同的担保

经济合同担保的概念。经济合同的担保，是指由法律规定或者当事人双方约定的、保证经济合同履行的法律制度。

经济合同担保的形式。根据《经济合同法》、《担保法》和有关法律的规定，经济合同的担保有多种形式。

(1) 保证。

保证是由保证人以自身的信誉和财产保证负有义务的合同当事人一方履行合同义务的担保形式。

根据《经济合同法》第15条的规定，经济合同当事人一方要求保证的，可由保证人担保。被保证的当事人不履行合同的，按照担保约定由保证人履行或者承担责任的行为。具有代为清偿债务能力的法人、其他组织或者公民，可以作保证人。

(2) 抵押。

抵押是合同当事人一方或者第三人转移自己对财产的占有，将该财产作为履行合同的担保，以保证合同义务履行的担保形式。

上述提供财产的一方称为抵押人，接受财产的一方称为抵押权人。提供担保的财产称为抵押物。可以抵押的财产为不动产。抵押人不履行经济合同时，抵押权人有权依照法律规定以抵押财产折价或者以变卖抵押财产的价款优先得到偿还。

(3) 质押。

质押是指合同当事人一方或者第三方将其动产或权利凭证移交对方占有，将该动产或权利凭证作为履行合同的担保。

上述提供动产或权利凭证的一方称为出质人，接受动产或权利凭证的一方称为质权人。

当出质人不履行经济合同时，质权人有权依照法律的规定以该动产或权利凭证折价或者以拍卖、变卖该动产的价款优先受偿。

以动产作为出质物的称为动产质押，以权利凭证作为出质物的称为权利质押。可作为质押物的权利凭证包括：(一) 汇票、支票、本票、债券、存

款单、仓单、提单；（二）依法可以转让的股份、股票；（三）依法可以转让的商标专用权，专利权、著作权中的财产权；（四）依法可以质押的其他权利。

（4）定金。

定金是合同当事人一方在合同规定应当支付的总价款或酬金以内，预先给付对方一定数额的货币，以保证合同义务履行的担保形式。

《经济合同法》第十四条规定，当事人一方可向对方给付定金。经济合同履行后，定金收回，或者抵作价款。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，应当双倍返还定金。定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。

（5）留置。

留置是合同当事人一方按照合同约定占有的对方动产，在对方不依照合同约定的期限履行合同时，有权扣留该财产，并依照法律规定以扣留财产折价或者以拍卖、变卖财产的价款优先得到偿还的担保形式。

《经济合同法》第十九条第四款规定，定作方超过领取期限 6 个月不领取定作物的，承揽方有权将定作物变卖，所得价款在扣除报酬、保管费用以后，用定作方的名义存入银行。这一规定就属于留置的一种情况。

三、无效经济合同

（一）无效经济合同的概念

无效经济合同，是指因具有法律规定的情形，从合同订立时起就下发生法律效力约束力的经济合同。

无效经济合同分为全部无效经济合同和部分无效经济合同两种。《经济合同法》第 7 条规定：“无效的经济合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认经济合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。”

（二）无效经济合同的确认

《经济合同法》第七条第一款规定，下列经济合同为无效：

1. 违反法律和行政法规的合同；
2. 采取欺诈、胁迫等手段所签订的合同；
3. 代理人超越代理权限签订的合同或以被代理人的名义同自己或者同自己所代理的其他人签订的合同；
4. 违反国家利益或社会公共利益的经济合同。

具有上述情形之一的，可确认经济合同为无效。

根据《经济合同法》第七条规定，经济合同的无效，由人民法院或者仲裁机构确认。

（三）无效经济合同的处理

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，应当立即终止履行。经济合同被确认部分无效的，无效的部分尚未履行的，不得履行；尚未履行的，应当立即终止履行。

对于无效经济合同造成的财产损失，应当根据当事人过错大小，按照《经济合法》第十六条的规定，采用下列方法处理：

1. 返还财产。返还财产是使当事人之间的财产关系恢复到经济合同签订

以前的状态。如果当事人依据无效经济合同取得的标的物还存在，则应当返还给对方；如果标的物已经不存在或者已经被第三人合法取得，不能返还时，可以用赔偿损失的方法抵偿。

2. 赔偿损失。经济合同被确认无效后，有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失；如果双方都有过错，应当按照责任的主次、轻重来承担经济损失中与其责任相应的份额。

3. 追缴财产归国库所有。违反国家利益或社会公共利益的经济合同，如果双方都是故意的，应当追缴双方已经取得或者约定取得的财产，收归国库所有。如果只有一方是故意的，故意的一方应将从对方取得的财产返回对方；非故意的一方已经从对方取得或约定取得的财产，应收归国库所有。

四、经济合同的变更和解除

（一）经济合同变更和解除的概念

经济合同依法成立，任何一方当事人不得擅自变更或解除合同。但是，当主观或者客观情况的变化会影响已经成立的经济合同的履行而变更或解除合同有助于避免或减少不必要的损失时，法律允许变更或解除合同。

经济合同的变更，是指合同当事人对经济合同条款的修改、减少或者增加。

经济合同的解除，是指在经济合同成立后、尚未履行或者没有完全履行时，当事人一方根据法律规定或者合同约定的条件，通知另一方提前结束合同规定的全部或者部分权利、义务关系。

（二）变更或解除经济合同的法定条件

《经济合同法》第二十六条规定，凡发生上列情况之一者，允许变更或解除经济合同：

1. 当事人双方经协商同意，并且不因此损害国家利益和社会公共利益；
2. 由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行；
3. 由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。

属于前款第2项或第3项规定的情况的，当事人一方有权通知另一方解除合同。

除了规定允许变更或解除经济合同的上述三项条件以外，《经济合同法》第二十八条还同时作出了如下规定：“经济合同订立后，不得因承办人或法定代表人的变动而变更或解除。”

（三）变更或解除经济合同的形式和法律后果

变更或解除经济合同的通知或协议，应当采取书面形式（包括文书、电报等）。

因变更或解除经济合同使一方遭受损失的，除依法可以免除责任的以外，应由责任方负责赔偿。当事人一方发生合并、分立时，由变更后的当事人承担或分别承担履行合同的义务和享受应有的权利。

五、违反经济合同的责任

（一）违反经济合同责任的概念

违反经济合同，是指合同当事人一方或者双方不履行或者不完全履行经

济合同。

违反经济合同的责任，是指合同的当事人一方或者双方不履行或者不完全履行经济合同时，应当承受的法律制裁措施。

《经济合同法》和有关《合同条例》、《实施细则》对违反经济合同的责任作出了明确规定。这对于依法制裁违反经济合同的单位和个人，保护经济合同当事人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，促进国民经济的发展，具有重要意义。

（二）承担违约责任的条件

《经济合同法》第二十九条第一款规定：“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。”这就是说，承担违约责任必须具备以下两个条件：一是要有违约行为，即当事人一方或者双方有不履行或者不完全履行经济合同的行为；二是要有过错，即当事人一方或者双方不履行或者不完全履行经济合同是出于故意或过失。

承担违约责任必须同时具备以上两个条件。承担违约责任并不要求必须存在财产上的损害事实。但是，如果要违约的当事人承担支付赔偿金的责任，则除了以上两个条件以外，还必须同时具备另外两个条件：一是要有财产上的损害事实；二是当事人不履行或者不完全履行经济合同的行为与损害结果之间有因果关系，即内在的、必然的联系。

（三）承担违约责任的主要形式

承担违约责任有多种形式，如支付违约金、支付赔偿金、解除合同、价格制裁、定金制裁、信贷制裁、给付逾期保管费、继续履行等。

1. 支付违约金。《经济合同法》中的违约金，是指当事人一方因过错而不履行或者不完全履行经济合同时，按照合同的约定或者法律的规定向对方当事人支付的一定数量的货币。

违约金有法定违约金和约定违约金两种。前者，是指法律、法规规定的违约金；后者，是指法律、法规未作规定，而由当事人协商确定的违约金。

2. 支付赔偿金。《经济合同法》中的赔偿金，是指当事人一方因过错而不履行或不完全履行经济合同给对方造成损失，在没有规定、约定违约金或者违约金不足以弥补损失时，向对方当事人支付的货币。赔偿金具有补偿性，如果违约金已能弥补损失，就不再支付赔偿金。在没有规定、约定违约金的情况下，只要因过错违约造成了损失，就应当向对方支付赔偿金。

根据我国现行财会制度规定，违约金，赔偿金应在“营业外支出”科目中列支，不得计入成本；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。

根据《经济合同法》规定，当事人之间一经确认了违约责任，违约金、赔偿金应在明确责任后 10 天内支付，否则按逾期付款处理。

（四）违约责任的免除

违约责任的免除，是指合同当事人一方或者双方违约时，依法可以不承受法律制裁措施。

根据《经济合同法》第三十条的规定，当事人一方由于不可抗力的原因不能履行经济合同的，应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全部免予承担违约责任。

六、经济合同的管理和经济合同纠纷的解决

（一）经济合同的管理

县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门，依据法律、行政法规规定的职责，负责对经济合同的监督。

对利用经济合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，由县级以上各级人民政府工商行政管理部门和其他有关主管部门依据法律、行政法律规定的职责负责处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（二）经济合同纠纷的解决

1. 协商和调解。经济合同发生纠纷时，当事人可以通过协商或者调解解决。

2. 仲裁。当事人不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的，可以依据合同中的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁协议，向仲裁机申请构仲裁。

对仲裁机构的仲裁裁决，当事人应当履行。当事人一方在规定的期限内不履行仲裁机构的仲裁裁决的，另一方可以申请人民法院强制执行。

3. 诉讼。当事人没有在经济合同中订立仲裁条款或者仲裁条款无效，事后又没有达成书面仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

七、《经济合同法》中的列名合同

《经济合同法》第八条列举了9种经济合同，这在理论上称为列名合同，即法律明确规定了其名称和内容的合同。该条所说的“其他经济合同”，称为无名合同。

（一）购销合同

购销合同是指供方将产品销售给需方，需方接受产品并按规定支付价款的协议。

根据购销形式的不同，购销合同可分为供应、采购、预购、购销结合及协作、调剂等合同。根据产品性质的不同，购销合同可分为工矿产品购销合同和农副产品购销合同。

（二）建设工程承包合同

建设工程承包合同是指建设工程的承包方完成建设工程任务，发包方按期验收并支付酬金的协议。这里说的“发包方”，指建设单位，“承包方”，指勘察、设计、建设、安装单位。

建设工程承包合同包括勘察、设计合同和建筑、安装合同。

（三）加工承揽合同

加工承揽合同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的协议。

加工承揽合同包括加工、定作、修缮、修理、印刷、广告、测绘测试等合同。

加工承揽合同，应根据定作方提出的品名、项目、质量要求和承揽方的加工、定作、修缮能力签订。除合同另有规定的以外，承揽方必须以自己的设备、技术和劳力，完成加工、定作、修缮任务的主要部分，不经定作方同意，不得把接受的任务转让给第三方。定作方应当接受承揽方完成的物品或工作成果，并给付报酬。

（四）货物运输合同

货物运输合同是指承运方将托运的货物安全运送到指定地点交给收货方，托运方按照约定支付运费的协议。

根据运输方式的不同，货物运输合同可分为铁路货物运输合同、公路货物运输合同、水路货物运输合同、航空货物运输合同。根据同一货物运输合同是否有两个或者两个以上承运人以及他们是否存在协作关系，可将货物运输合同分为单一货物运输合同和联合货物运输合同。

（五）供用电合同

供用电合同是指供电方按规定向用电方供应电力，用电方按规定用电并交纳电费的协议。

供用电合同，根据用电方需要和电力可供量签订。合同中应明确规定电力、电量、用电时间和违约责任等条款。

（六）仓储保管合同

仓储保管合同是指保管方对存货方交付的货物进行安全储存并在储存期满时返还，存货方按期提取所存货物并支付保管费的协议。

（七）财产租赁合同

财产租赁合同是指出租方将财产交给承租方使用，承租方交付租金并在租赁关系终止时将租赁财产返还给出租方的协议。

（八）借款合同

借款合同是指贷款方将货币交付借款方使用，借款方按规定使用借款并按期向贷款方还本付息的协议。这里说的“贷款方”包括银行和信用合作社。

借款合同，应当遵守国务院有关规定。合同中，应明确规定贷款的数额、用途、期限、利率、结算办法和违约责任等条款。

（九）财产保险合同

财产保险合同是指投保方向保险方支付保险费，保险方在发生保险事故时负赔偿责任的协议。根据我国《财产保险合同条例》第2条的规定，财产保险，包括财产保险、农业保险、责任保险、保证保险、信用保险等以财产或利益为保险标的各种保险；保险事故，是指发生保险合同责任范围内的事

第二节 涉外经济合同法律制度

一、涉外经济合同法概述

（一）涉外经济合同与涉外经济合同法

从一般意义上讲，涉外经济合同是指具有涉外因素的经济合同。所谓涉外因素是指签订涉外经济合同的主体一方是中国的法人或其他经济组织，另一方是外国的法人，其他经济组织或个人。

在我国，根据《中华人民共和国涉外经济合同法》（以下简称《涉外经济合同法》）的规定，涉外经济合同，是指中华人民共和国的企业或者其他经济组织同外国的企业、其他经济组织或者个人之间，为了实现一定经济目的，明确相互权利义务关系的协议。我国的涉外经济合同，仅指中国主体同外国主体之间订立的经济合同。

涉外经济合同法是指调整具有涉外因素的经济合同关系的法律规范的总称。

我国《涉外经济合同法》是第六届全国人民代表大会常务委员会和第十次会议于1985年3月21日通过的，自1985年7月1日起施行。

（二）《涉外经济合同法》的适用范围

根据《涉外经济合同法》第二条的规定，该法的适用范围是中国的企业和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（以下简称合同）。但，国际运输合同除外。

最高人民法院于1987年10月19日发布的《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》（以下简称《解答》）指出，涉外经济合同法的适用范围是中国主体同外国主体之间订立的经济合同，包括涉外货物买卖合同、中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同、涉外信贷合同、涉外租赁合同、涉外技术转让合同、涉外工程承包合同、涉外成套设备供应合同、涉外加工承揽合同、涉外劳务合同、涉外补偿贸易合同、涉外科技咨询或者设计合同、涉外担保合同、涉外保险合同、涉外仓储保管合同、涉外委托代理合同等。

《涉外经济合同法》也适用于港澳地区的企业、其他经济组织或者个人同内地的企业或者其他经济组织之间订立的经济合同；外国企业、其他经济组织或者个人与港澳地区的企业、其他经济组织或者个人之间在中国境内订立或者履行的上述经济合同。

二、涉外经济合同的订立与履行

（一）涉外经济合同的订立

1. 订立涉外经济合同当事人的资格

订立涉外经济合同，当事人要有合法资格，这是涉外经济合同有效的条件之一。订立涉外经济合同，中外双方当事人必须具有权利能力和订立合同的行为能力。

涉外经济合同的中方当事人，无论是具有法人资格的企业还是非法人企业或者其他经济组织，必须依法取得营业执照并具有对外经营权。具有对外经营权的表现形式，是在其营业执照中有经营对外业务项目或者是持有中国

对外经济贸易主管部门允许经营专门项目的批准文件。

涉外经济合同的外方当事人，应当是依据当地法律规定成立的具有法人资格的企业、非法人企业、其他经济组织或者有行为能力的外国籍公民。外方当事人应提供身份情况的证明。此外，有些涉外经济合同的当事人还应提供其经济状况和商业信誉等方面的证明。

中外双方签订涉外经济合同的法定代表人或者委托代理人都必须具有合法的手续。由法定代表人签订合同的，应提供法定代表人的身份证书。由委托代理人签订合同的，应提供授权委托书或者授权证书，其中要载明代理人的姓名或者名称、代理事项、权限和期间。

2. 订立涉外经济合同的基本原则

(1) 必须遵守中国法律，并不得损害中国的社会公共利益。

《涉外经济合同法》第四条规定：“订立合同，必须遵守中华人民共和国法律，并不得损害中华人民共和国的社会公共利益。”这规定体现了维护国家主权的原则，它也是涉外经济合同有效的条件之一。

订立涉外经济合同，其内容必须符合中国法律的有关规定。凡法律有强制性规定的，合同当事人都要遵照执行，双方不得在合同的任何条款中作出违法规定；任何一方都不得作出不符合法律规定的承诺。除了合同内容合法以外，合同的形式和订立合同的程序也必须合法，不得违反。

订立涉外经济合同，不得损害中国的社会公共利益。中国的社会公共利益，也就是中国人民的共同利益。

(2) 应当依据平等互利、协商一致的原则。

平等互利、协商一致的原则，是《涉外经济合同法》第三条所规定的订立涉外经济合同的一项重要原则。贯彻执行这项原则，是涉外经济合同有效的条件之一。

涉外经济合同当事人双方的法律地位是平等的，权利义务是对等的，双方的经济利益必须兼顾。订立涉外经济合同，要使双方都有利可得，共同得到发展，任何一方均不得以损害对方利益为手段谋求自己的发展。

涉外经济合同当事人双方应当在诚实信用、充分表达各自意见的基础上，就合同的条款达成协议。任何一方均不得滥用自己经济上、技术上优势，把不公平、不合理的条款强加于对方，不得采取欺诈或者胁迫手段订立合同。

(3) 参照国际惯例原则。

参照国际惯例原则是各国进行经济往来适用法律的惯常作法，我国也不例外。根据我国《涉外经济合同法》规定：“中华人民共和国法律未作规定的，可以适用国际惯例”。“中华人民共和国缔结或者参加的与合同有关的国际条约同中华人民共和国法律有不同规定的，适用该国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”这样规定不仅免除了外商对我国无法可依的顾虑，也弥补了我国涉外经济法律不完备之处。

3. 涉外经济合同的条款

(1) 合同一般应当具备的条款。《涉外经济合同法》第十二条规定了合同一般应当具备的 10 项条款。由于各种涉外经济合同具有不同的特点，因此，该法没有把这十项条款规定为必须具备的条款，但是，这十项条款是“一般应当具备”的，它是指导性的规定。这十项条款的内容如下：

- 一是合同当事人的名称或者姓名、国籍、主营业所或者住所；
- 二是合同签订的时间、地点；

- 三是合同的类型和合同标的的种类、范围；
- 四是合同标的的技术条件、质量、标准、规格、数量；
- 五是履行的期限、地点和方式；
- 六是价格条件、支付金额、支付方式和各种附带的费用；
- 七是合同能否转让或者合同转让的条件；
- 八是违反合同的赔偿和其他责任；
- 九是合同发生争议时的解决方法；
- 十是合同使用的文字及其效力。

在实践中，上述一、二、三、四、五、六、八项条款，通常被认为是合同的必要条款；上述七、九、十项条款，通常不被认为是必备条款，而是选用条款。

(2) 当事人可以在合同中约定的条款。其主要内容如下：

一是除中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同三种合同外，合同当事人可以约定处理合同争议所适用的法律。

二是可以约定担保。担保人在约定的范围内承担责任。

三是可以约定一方违反合同时向另一方支付一定数额的违约金。

四是可以约定对于违反合同而产生的损失赔偿的计算方法。

五是约定不可抗力事件的范围。

六是约定解除合同的条件。

(3) 对于一些特殊的合同，当事人应当约定的条款。

一是对于风险较大的合同，应当约定当事人对履行标的承担风险界限，必要时应当约定对标的的保险范围。

二是对于需要较长时间连续履行的合同，当事人应当约定合同有效期限，并可以约定延氏合同期限和提前终止合同的条件。

三是法律、法规对于合同条款有特殊规定的，当事人应当依照有关规定约定合同条款。例如，《中外合资经营企业法实施条例》对于合营企业合同的条款有一些特殊规定，当事人应当依照该《条例》的有关规定约定合同条款。

4. 涉外经济合同的形式和成立方式

(1) 涉外经济合同的形式。根据《涉外经济合同法》的规定，涉外经济合同必须采取书面形式，不能采取口头形式。采取书面形式的具体做法有两种：一是当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字；二是通过信件、电报、电传达成协议。

涉外经济合同不仅是双方履行权利与义务的依据，而且是处理合同争议的基础。采取书面形式订立的合同，内容明确、责任清楚、便于执行、便于检查，发生了争议也便于处理，因此能够更好地适应比较复杂的对外经济交往的需要。如果采取口头形式，不仅不便执行，而且一旦发生争议，各执一词，问题不易解决。

(2) 涉外经济合同的成立方式。

第一，协议成立。当事人就合同条款以书面形式达成协议并签字，即为合同成立。当事人如果是企业或其他经济组织，应由法定代表人或者正式授权的代理人签字。

第二，确认成立。如果通过信件、电报、电传达成协议，一方当事人又

要求签订确认书的，只有签订确认书时合同才成立；双方当事人都不要求签订确认书的，在承诺生效时合同就成立。

第三，批推成立。凡是中华人民共和国的法律、行政法律规定应当由国家批准的合同，获得批准时，方为合同成立。根据有关法律和行政法规的规定，应当经国家批准的涉外经济合同包括：中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同、涉外技术转让合同、涉外补偿贸易合同等。

（二）涉外经济合同的履行

1. 涉外经济合同的完全履行

涉外经济合同的完全履行，是指合同双方当事人按照涉外经济合同的规定，全部完成各自承担的义务。当事人只有完全履行合同，他们订立合同所期望的经济利益才可能得到满足。

涉外经济合同的履行是相对于不履行而言的，它的完全履行是相对于下完全履行而言的。如果合同一方或者双方当事人不按照合同的约定去完成自己承担的义务，称为单方不履行或者双方不履行，如果合同一方或者双方当事人只是按照合同的约定部分完成了自己承担的义务，称为单方不完全履行或者双方不完全履行。这几种情况，都是不符合涉外经济经济合同履行的基本原则即完全履行原则的要求的。

2. 三种涉外经济合同的履行

根据《涉外经济合同法》第四十条的规定，在中华人民共和国境内履行、经国家批准成立的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，在法律有新的规定时，可以仍然按照合同的规定执行。由于以上三种合同适用中华人民共和国法律，而这些合同的有效期限较长，在此期间我国的有关法律很可能会有新的规定，因此有些外商担心，有了新的法律规定是否会影响他们按照合同的约定本应得到利益。我国《涉外经济合同法》第40条的规定，体现了重合同、守信用的原则，有助于消除外商的疑虑，以利于吸引外商来华投资，发展对外经济关系。

3. 涉外经济合同的中止履行

涉外经济合同的中止履行，是指合同当事人一方在合同成立后，尚未履行或者没有完成履行时，暂时停止履行自己承担的合同义务。中止履行合同必须具备法定的条件，即合同当事人一方有另一方不能履行的合同的确切证据。“确切证据”，即足以说明另一方不能履行合同的证据。中止履行合同的一方的义务是：在中止履行合同时，应当立即通知另一方；在中止履行合同后，当另一方对履行合同提供了充分的保证时，应当履行合同。这里所说的“保证”包括：人的担保，如银行提供担保、其他企业担保、他人担保；物的担保，如以不动产、动产、债券等担保。

三、无效和可撤销的涉外经济合同

（一）无效涉外经济合同的确认

1. 确认涉外经济合同无效的依据。根据《涉外经济合同法》第九、十条的规定，涉外经济合同有下列情形之一的为无效：

- （1）违反中华人民共和国法律的；
- （2）违反中华人民共和国社会公共利益的；

(3) 采取欺诈手段订立的；

(4) 采取胁迫手段订立的。

最高人民法院总结了确认无效涉外经济合同的经验，在《解答》中指出，涉外经济合同有下列情形之一的，应当确认无效：

(1) 订立合同的当事人不具备合法主体资格的；

(2) 订立合同的我国当事人未经国家主管机关批准授予对外经营权的；

(3) 订立合同的我国当事人超越其经营范围经营的；

(4) 没有代理权、超越代理权或者代理终止后以被代理人名义订立合同，未经被代理代追认的，但被代理人在知道上述情况后未及时作否认表示的除外；

(5) 订立合同未用书面形式的；

(6) 我国法律和行政法规规定应由国家主管机关批准成立的合同未经批准的，或者其重大变更或权利义务的转让未经原批准机关批准的；

(7) 一方当事人采用故意制造假相、隐瞒事实真相或者其他欺骗手段，致使对方形成错误认识与之订立合同的；或者采用胁迫手段，以给对方造成经济损失或其他损害为要挟与之订立合同的；或者乘人之危，迫使对方违背自己的意志，按不公平的条件订立合同的；

(8) 双方当事人恶意串通，订立损害国家、集体或者第三方利益的合同，或者以合法形式掩盖非法目的而订立合同的；

(9) 合同内容违反我国法律的基本原则或者我国社会公共利益的。

2. 确认涉外经济合同无效的机构。根据国际惯例和我国的实践，涉外经济合同是否无效，一般由法院确认；当事人就合同争议申请仲裁的，也可以由仲裁机构来确认是否为无效涉外经济合同。

(二) 可撤销的涉外经济合同的确认

根据最高人民法院的《解答》，涉外经济合同有下列情形之一的，一方当事人有权请求予以撤销：一是合同的订立出于对合同内容有重大误解。所谓重大误解，是指行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意见相悖，并造成较大损失的。二是合同显失公平。所谓显失公平，是指当事人双方的权利义务明显不对等，合同的履行会给当事人一方造成严重损失。

可撤销的涉外经济合同，只有当事人申请撤销时，法院或者仲裁机构才能作出撤销的裁决。

四、涉外经济合同的转让、变更、解除和终止

(一) 涉外经济合同的转让

涉外经济合同的转让，是指合同的当事人将合同规定的权利和义务转给第三方。合同的转让，直接关系到合同当事人的变更，而并不改变合同所规定的权利、义务的内容。

根据合同权利、义务转让的范围的不同，合同转让可分为全部转让和部分转让两种。如果当事人一方将合同权利义务的全部转让给第三方的，合同转让者从该原合同中完全脱身而成为与该合同无关的第三方，而原第三方则成为独立的合同当事人；如果当事人一方将合同权利和义务的部分转让给第

三方，该第三方就加入了合同关系并与合同转让者一起成为合同当事人。

在订立涉外经济合同时，当事人应当约定合同能否转让。如果合同能够转让，当事人应当同时就合同转让的条件作为合同条款的组成部分达成书面协议。

根据《涉外经济合同法》第四章的规定，当事人一方将合同权利和义务的全部或者部分转让给第三方的，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。

（二）涉外经济合同的变更

涉外经济合同的变更，是指合同当事人对涉外经济合同条款的修改、减少或者增加。

涉外经济合同依法成立，任何一方当事人都不得擅自变更合同。但是，在合同成立后，当有关情况的变化会影响到合同履行时，为了避免或者减少不必要的损失，法律允许依法变更合同。

涉外经济合同的变更，简单说来，也就是涉外经济合同条款的变动。合同条款的变动，主要是当事人权利和义务的变动，同时也包括合同当事人的变动。所以，可以认为，涉外经济合同的转让是涉外经济合同变更的一种形式。

涉外经济合同变更必须当事人协商一致。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，其重大变更应当经原批准机关批准。变更合同的协议，应当采用书面形式。

当事人一方违反涉外经济合同的，另一方有权要求赔偿损失。合同的变更，不影响当事人要求赔偿损失的权利。

（二）涉外经济合同的解除

涉外经济合同的解除，是指在涉外经济合同成立后，尚未履行或者没有完全履行时，当事人一方根据法律规定或者合同约定的条件，通知另一方提前结束合同规定的全部或者部分权利、义务关系。

《涉外经济合同法》第二十九条规定，有下列情形之一的，当事人一方有权通知另一方解除合同：一是另一方违反合同，以致严重影响订立合同所期望的经济利益；二是另一方在合同约定的期限内没有履行合同，在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行；三是发生不可抗力事件，致使合同的全部义务不能履行；四是合同约定的解除合同的条件已经出现。对于包含几个相互独立部分的合同，可能依据上述规定，解除其中的一部分而保留其余部分的效力。

我国法律、行政法规规定应当由国家批准成立的合同，其解除应当报原批准机关备案。解除涉外经济合同的通知，应当采用书面形式。

根据《涉外经济合同法》有关条款的规定，合同的解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利；合同约定的结算和清理条款，不因合同的解除而失去效力；合同约定的解决争议的条款，不因合同的解除而失去效力。

（四）涉外经济合同的终止

涉外经济合同的终止，是指合同规定的权利、义务关系不再存在。如前所述，涉外经济合同的解除包括全部解除和部分解除。其中，合同的全部解除是合同终止的一种形式。

根据《涉外经济合同法》第三十一条的规定，发生下列情形之一的，合

同即告终止。一是合同已按约定的条件得到履行；二是仲裁机构裁决或者法院判决终止合同；三是双方协商同意终止合同。

合同的终止，不影响当事人要求赔偿损失的权利，不影响合同约定的结算和清理条款以及解决争议条款的效力。

五、违反涉外经济合同的责任

（一）违反涉外经济合同责任的概念

违反涉外经济合同，是指合同当事人一方或者双方不履行或者不完全履行涉外经济合同。

违反涉外经济合同的责任，是指合同当事人一方或者双方不履行或者不完全履行涉外经济合同时应当承受的法律制裁措施。

根据《涉外经济合同法》的规定。除依法可以免除责任的以外，违反了合同，就应当承担违反合同的责任。

（二）违约的补救

违约补救，是指合同当事人一方违约时，为减少或弥补另一方当事人因此遭受损失而采取的各种合理措施。根据《涉外经济合同法》的规定，违约补救措施主要有以下几种：

1. 赔偿损失。根据《涉外经济合同法》第十八条的规定，当事人一方不履行合同或者履行义务不符合约定条件，即违反合同的，另一方有权要求赔偿损失或者采取其他合理的补救措施。采取其他补救措施后，尚不能完全弥补另一方受到的损失的，另一方仍然有权要求赔偿损失。

关于赔偿损失的范围，《涉外经济合同法》第十九条规定：“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失，但是不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”这里说的“所受到的损失”，一般包括财产的毁损、减少、灭失和为减少或者消除损失所支出的费用，以及合同如能履行可以获得的利益（在涉外货物买卖合同中，就是指利润）。此外，根据《涉外经济合同法》第二十二条的规定，因对方违约而受到损失的一方没有及时采取防止损失扩大的适当措施致使损失扩大的，无权就扩大的损失要求赔偿。

2. 支付违约金。《涉外经济合同法》中的违约金，是指当事人一方违约时，按照涉外经济合同的约定向对方当事人支付的一定数量的货币。

《涉外经济合同法》第二十条第一款规定：“当事人可以在合同中约定，一方违反合同时，向另一方支付一定数额的违约金。”涉外经济合同的违约金均为约定违约金，而没有法定违约金。违约金的适用必须是合同双方当事人事先在合同中明确约定的。

《涉外经济合同法》第二十条第二款规定：“合同中约定的违约金，视为违反合同的损失赔偿。但是，约定的违约金过分高于或者低于违反合同所造成的损失的，当事人可以请求仲裁机构或者法院予以适当减少或者增加。”这就是说，如果当事人一方违约给另一方造成损失的，把违约金视为违反合同的损失赔偿。但是，合同当事人事先在合同中约定的违约金往往与违反合同所造成的实际损失有出入，甚至出入很大。出现这种情况时，当事人可以请求仲裁机构或者法院对过分高于或者低于实际损失的违约金，予以适当减少或者增加。

3. 支付迟延支付金额的利息。《涉外经济合同法》第二十三条规定：“当事人一方未按期支付合同规定的应付金额或者与合同有关的其他应付金额的，另一方有权收取迟延支付金额的利息。计算利息的方法，可以在合同中约定。”此外，需要指出，违约方支付迟延支付金额的利息，并不能免除违约方继续支付合同规定的应付金额或者与合同有关的其他应付金额的义务。

4. 解除合同。解除合同是违约补救措施之一。这一补救措施由当事人一方依照法律规定的条件和程序执行。《涉外经济合同法》第二十九条和其他有关条款对合同的解除作了规定。

5. 中止履行。中止履行也是违约补救措施之一。《涉外经济合同法》第17条对中止履行作了规定。

（三）违约责任的免除

1. 免除责任的种类和条件。免除责任有三种：一是免除全部责任；二是免除部分责任；三是免除迟延履行责任。

免除责任的条件有三个：一是发生了不可抗力事件；二是不能履行合同的全部或部分义务，或者不能按合同约定的期限履行合同义务；三是上述两个条件之间存在因果关系。

需要指出的是：当事人因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的，既免除当事人履行合同的全部或者部分义务，又免除其违约责任；当事人因不可抗力事件不能按合同约定的期限履行的，仅在事件的后果影响持续的期间内，免除其违约责任。

2. 不可抗力事件的概念和构成不可抗力事件的条件。不可抗力事件，是指当事人在订立合同时不能预见，对其发生和后果不能避免并不能克服的事件。

3. 不可抗力事件的范围。不可抗力事件，一般包括地震、洪水、风灾、旱灾等自然灾害和战争、严重的动乱等社会事件。

《涉外经济合同法》第二十四条第四款规定：“不可抗力事件的范围，可以在合同中约定。”当事人在合同中约定不可抗力事件的具体范围时，应当与法律规定的不可抗力事件的定义相一致，不得将按照法律规定的定义不属于不可抗力事件纳入不可抗力事件的范围。

4. 遭遇不可抗力事件的当事人一方的义务。因不可抗力事件不能履行合同的全部或者部分义务的当事人一方，负有两方面的义务：一是应当把他因不可抗力事件而不能履行合同的全部或者部分义务的情况，及时通知另一方，以减轻可能给另一方造成的损失；二是应当把导致他不能履行合同的全部或者部分义务的不可抗力事件的情况，在合理期间提供有关机关出具的证明。

六、涉外经济合同争议的解决

（一）涉外经济合同争议解决的方式和时效

1. 争议解决的方式。根据《涉外经济合同法》的规定，涉外经济合同争议的解决方式有：协商、调解、仲裁、诉讼4种。提交仲裁或诉讼的机构，可以是中国的仲裁机构、法院，也可以是其他仲裁机构和外国的法院。

2. 仲裁和诉讼的时效。

涉外货物买卖合同争议提起诉讼或者仲裁的期限为4年。这与联合国《国

际货物买卖时效公约》的规定是一致的。我国其他涉外经济合同争议提起诉讼或者仲裁的期限，应适用《民法通则》作出的有效期间为2年的一般规定。

关于时效期限的起算日期，《涉外经济合同法》第39条规定：“自当事人知道或者应当知道其权利受到侵犯之日起计算。”

（二）解决涉外经济合同争议的法律适用

1. 解决涉外经济合同争议的法律适用的概念。解决涉外经济合同争议的法律适用，是指处理涉外经济合同当事人之间的纠纷运用什么实体法作为准据法。

所谓准据法，是指解决涉外经济合同争议所适用的现行实体法。

2. 适用合同当事人选择的法律。《涉外经济合同法》第五条第一款规定：“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律。”

最高人民法院的《解答》指出：“当事人选择的法律。可以是中国法，也可以是港澳地区的法律或者是外国法。”

当事人可以选择处理涉外经济合同争议所适用的法律。但是这种选择不是没有限制的。有三种合同，即中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，必须适用中国法律，当事人不得另行选择适用的法律。其他涉外经济合同的当事人可以选择处理争议的法律。但是，不得违反我国法律的基本原则和我国的社会公共利益，此外，最高人民法院的《解答》指出，当事人的选择必须是经双方协商一致和明示的。我国不承认所谓“默示的法律选择”。

3. 适用与合同有最密切联系的国家的法律。《涉外经济合同法》第五条第一款在对“合同当事人可以选择处理合同争议所适用的法律”作出规定之后，接着规定：“当当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。”这里说的“当事人没有选择”，往往不是当事人不愿选择对自己有利的法律，而是当事人双方不能协商一致作出选择。在这种情况下，仲裁机构或者法院“适用与合同有最密切联系的国家的法律”是理所当然的，是公平合理的。

根据国际上的通常做法，与合同有最密切联系的国家的法律。是指包括合同订立地、合同履行的、合同标的物所在地、合同当事人主营业所或者住所地、合同仲裁或者诉讼地所在国家的法律，对于一个特定的合同来说，哪一个国家的法律与它有最密切的联系呢？这往往需要对多种联系进行具体分析后作出判断。

根据最高人民法院的《解答》，如果当事人未选择处理合同争议所适用的法律时，对于下列涉外经济合同、人民法院按照最密切联系原则确定所应适用的法律，在通常情况下是：

（1）涉外货物买卖合同，适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的，或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的，或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的，则适用合同订立时买方营业所所在地的法律。

（2）涉外银行贷款或者担保合同，适用贷款银行或者担保银行所在地的法律。

（3）涉外保险合同，适用保险人营业所所在地的法律。

（4）涉外加工承揽合同，适用加工承揽人营业所所在地的法律。

（5）涉外技术转让合同，适用受让人营业所所在地的法律。

（6）涉外工程承包合同，适用工程所在地的法律。

(7) 涉外科技咨询或者设计合同，适用委托人营业所所在地的法律。
(8) 涉外劳务合同，适用劳务实施地的法律。
(9) 涉外成套设备供应合同，适用设备安装运转地的法律。
(10) 涉外代理合同，适用代理人营业所所在地的法律。
(11) 涉外不动产租赁、买卖或者抵押的合同，适用不动产所在地的法律。

(12) 涉外动产租赁合同，适用出租人营业所所在地法律。

(13) 涉外仓储保管合同，适用仓储保管人营业所所在地的法律。

《解答》还指出：“合同明显地与另一国家或者地区的法律具有更密切的关系，人民法院应以另一国家或者地区的法律作为处理合同争议的依据。”

“当事人有一个以上的营业所的，应以与合同有最密切关系的营业所为准。当事人没有营业所的，以其住所或者居所为准。”

4. 适用中华人民共和国的法律。《涉外经济合同法》第五条第二款明确规定：“在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同，适用中华人民共和国法律”。这里说的“适用中华人民共和国法律”排除了上述三种合同的当事人对处理合同争议所适用的法律的选择，是对当事人“意思自治”原则的例外规定，是“最密切联系”原则的具体适用。

5. 适用与合同有关的国际条约。《涉外经济合同法》第六条规定：“中华人民共和国缔结或者参加的与合同有关的国际条约同中华人民共和国法律有不同的规定的，适用该国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。”

6. 适用与合同有关的国际惯例。国际惯例，是指在国际交往中经过长期反复实践逐渐形成的习惯做法。

《涉外经济合同法》第五条第三款规定：“中华人民共和国法律未作规定的，可以适用国际惯例。”我国《民法通则》第一百四十二条第三款规定：“中华人民共和国法律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。”

第三节 工业产权法律制度

一、工业产权法概述

（一）知识产权的概念

知识产权是指人们就其智力创造的成果所依法享有的专有权利。狭义的或传统的知识产权，包括工业产权与版权（即著作权）两部分。其中，工业产权中又包含专利权、商标权、禁止不正当竞争权等；而版权中则包括著作权与邻接权等。作为智力创作成果而可依法成为专有权利的“禁止不正当竞争权”，主要指专利权中无法包含的 Know—How 权，商标权中无法包含的禁止（除冒用商标之外的）假冒他人产品的权利。在这方面，至今也仍存在一些争议。广义的知识产权，可以包括一切人类智力创作的成果，也就是《建立世界知识产权组织公约》所划的范围。对这一范围，在学术界至今仍存在较大争论，在各国立法中，真正把该范围内的内容都当作知识产权对待的国家，也并不多。而认为传统知识产权主要包含专利权、商标权与版权，则是在各国的理论和实践中，意见比较一致。

（二）工业产权与工业产权法

1. 工业产权

工业产权是人们依法时应用于商品生产和流通中的创造发明和显著标记等智力成果，在一定期限和地域内享有的专有权利。工业产权是专利权和商标权的统称。

工业产权有以下特征：

第一，审批性

工业产权必须依法经过申请、审查、批准后才能取得，并受到法律的保护。

第二，公开性

公开性是智力成果获得工业产权法律保护的条件之一。智力成果的所有人只有把自己的工业技术或工业标志公布出来，才会取得该项智力成果的独占权。智力成果是公开的，但所有人以外的任何人都无权未经许可使用，否则即构成侵权。

第三，专有性

工业产权是一种具有独占性的权利，这种权利为权利人所专有。权利人以外的人未经权利人同意，不能享有或使用该项权利，否则即构成侵权。权利人对这种权利可以自己行使，也可以转让他人行使，并从中取得报酬。

第四，地域性

工业产权在空间上的效力不是无限的，只在被依法确认的国家内受法律保护。不发生域外效力，其他国家对此权利没有保护的义务。如果需要享有某一国或几个、几十个国家对其工业产权的保护，必须按这些国家的法定程序申请，经审查批准后才能受到法律保护。

第五，时间性

工业产权不是永恒的权利，它只能在法定时间内受到保护，法定期限届满后，这一权利自行消灭，该项智力成果即成为整个社会的共同财富，任何人都可以无偿使用。

2. 工业产权法

工业产权是指调整因确认、保护和使用工业产权而发生的各种社会关系的法律规范的总称。它既包括有关工业产权方面的世界性或地区性的国际条约、协定，也包括各国的专利法和商标法等法律、法规。

工业产权法的保护对象，根据 1833 年《保护工业产权巴黎公约》规定、工业产权法的保护对象是：发明、实用新型、外观设计、商标、服务标记、厂商名称、货源标记或原产地名称以及制止不正当竞争等。其中前三项属于工业技术的范畴，后四项属于工业标志，而制止不正当竞争涉及的是工业产权的侵害及保护问题。

工业技术，一般是指在工业领域中能够物化在物质载体上的知识和技能。它是人们根据自然科学原理和生产实践经验而发展形成的工艺操作方法与技能，以及与这些工艺操作方法及技能相适应的生产工具和其他物质设施。

工业标志，一般是指能标示产品来源和区别不同厂家的标记。工业标志作为工业产权的客体，是企业一项重要的无形财产。

二、专利法

（一）专利与专利法的概念

1. 专利的概念及种类

“专利”一词通常有三种意思：一是指专利局授予申请人的专利权；二是指受专利法保护的专利技术；三是指专利局颁发的专利证书。专利一词源于英国，英文 Patent，包含了垄断和公开的意思，专利即有垄断权的公开技术文件。

我国专利法保护的专利种类有：

（1）发明。指对产品、方法或者其改进提出的新的技术方案。发明有三种：产品发明、方法发明、改进发明。

（2）实用新型。指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。实用新型与发明相比，创新水平低些，所以人们又称之为“小发明”。

（3）外观设计。指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所作出的富有美感并适于工业上应用的新设计。

我国专利法规定，对违反国家法律、社会公德或者妨害公共利益的发明创造不授予专利权。同时又规定，对下列各项不授予专利权：科学发现；智力活动的规则和方法；疾病的诊断和治疗方法；动物和植物品种；用原子核变换方法获得的物质。

2. 专利与专有技术的区别

专利技术是相对于非专利技术而言的。一般而言，非专利技术中包括公有技术和专有技术两部分。公有技术指已为人所共知的技术；专有技术指那些尚处于保密状态，仅为特定人知晓并占有的技术，也有人称为技术秘密或技术诀窍。

专利技术和专有技术的区别主要有。

（1）专利技术处于公开状态；而专有技术则处于秘密状态。

（2）专利权人在专利有效期内对专利技术拥有受法律保护的所有权，而专有技术的占有人并不能对该技术拥有所有权，这种事实上的占有权是不

能对抗第三人的；

(3) 两者的有效期不同，专利权人的专用权有法定的保护期，而专有技术能否由占有人独占则以其保密状态的存续期间为准。

3. 专利法的概念

专利法是指确认与保护发明创造人的专利权，并规定专利权人权利义务关系的法律规范的总称。具体指我国于 1984 年通过，1985 年实施的《专利法》，该法于 1992 作了修正。

(二) 专利权

1. 专利权的概念

专利权是国家专利机关依法授予发明创造的专利申请人对其发明创造在法定期限内享有的专有权利。包括发明专利权、实用新型专利权和外观设计专利权。

专利权是一种无形财产权。具有二个基本属性：一是具有人身性。即法律所保护专利人的姓名权、名称权、荣誉权等，始终归专利权人享有。人身权不能继承，也不能转让；二是具有财产性（又称财产权）。即指与智力成果有密切联系的经济利益，如专利使用转让费。这种财产权可以继承，也可转让。

2. 专利权的主体

根据《专利法》规定，法人或自然人都可以依法取得专利权。包括中国的法人、非法人组织或个人以及外国的法人或个人。如果外国法人或个人要取得中国专利法规定的专利权，应依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，根据《专利法》规定办理。

根据《专利法》规定，专利人有下列 3 类：

(1) 单位所有。即指对执行本单位的任务或者主要是利用本单位的物质条件所完成的职务发明创造，申请专利的权利属于该单位。当专利申请被批准后，全民所有制单位或集体所有制单位申请的，专利权应归全民所有制单位持有或集体所有制单位所有。同样，在中国境内的外资企业和中外合资经营企业的工作人员完成的职务发明创造，申请专利的权利属于该企业。

(2) 个人所有。即指个人投资利用业余时间进行非职务性的发明创造，申请专利的权利属于个人。申请被批准后，专利权归个人所有。

(3) 共同所有。即由两个或两个以上单位共同协作或者一个单位接受其他单位委托所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或共同完成的单位。申请被批准后，专利权归申请的单位所有或共同所有。

3. 专利权的内容

专利权是一种法律关系。专利权人依法取得专利权后，就具有法定的权利和义务。根据《专利法》规定，专利权人享有的权利主要包括下列三方面内容：

(1) 专有权。包括制造、使用、销售和进口权等。具体表现在：

第一，专利权人的发明创造在依法取得专利权后。除法律另有规定的以外，任何单位或个人未经专利权人许可，不得为生产经营目的制造、使用、销售其专利产品，或者使用其专利方法以及销售依照专利方法直接获得的产品；

第二，专利权人依法有权阻止他人未经专利权人许可，为生产经营目的

而进口其专利产品或者进口依照其专利方法直接获得的产品；

第三，专利权人有权在其专利产品或者该产品的包装上标明专利记号和专利号；

(2) 转让权。即指对依法已经取得专利权的人，有权通过法定程序有偿转让其专利权的所有权。转让专利权的当事人之间必须订立书面合同，经专利局登记和公告后生效。

我国《专利法》对专利权的转让作出下列限制性规定：

第一，全民所有制单位转让专利申请权或专利权的，必须经上级主管机关批准；

第二，中国单位或个人向外国转让专利申请权和专利权的，必须经国务院有关主管部门批准。

(3) 许可他人实施权。专利权人除可以自己实施其专利外，还可以通过签订实施许可合同的办法，允许他人有条件地、有偿地使用其专利。任何单位或个人实施他人专利的，除法律另有规定外，都必须与专利权人订立书面实施许可合同，向专利权人支付专利使用费。被许可人无权允许合同规定以外的任何单位或个人实施该专利。允许他人实施其专利，只是专利使用权的有偿转移，而不是所有权的转让，所有权仍归专利权人所有，而受让人只有根据合同所规定的范围实施其专利的权利，并按合同规定付给专利权人一定的报酬。

(4) 诉讼权。即未经专利权人许可，对实施其专利的侵权行为，专利权人或者利害关系人有权请求专利管理机关进行处理或者直接向人民法院提起诉讼，以保护专利权人的合法权益。

(三) 授予专利权的条件

1. 授予专利权的发明创造包括发明、实用新型和外观设计

2. 授予专利权必须符合法定的实质条件

(1) 授予专利权的发明和实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。

新颖性是指在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以前公布的专利申请文件中。

授予专利权条件的新颖性也有例外。根据《专利法》第二十四条规定：申请专利的发明创造，在申请日以前六个月内，有下列情况之一的，不丧失新颖性：第一，在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次展出的；第二，在规定的学术会议上首次发表的；第三，他人未经申请人同意而泄露其内容的。符合上述例外情形的，在申请专利时，一般需要提交证明文件。

创造性是指同申请日以前已有的技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性特点和进步。上述实质性的特点是指申请专利保护的发明或实用新型，同已有技术相比具有新的本质性的技术突破。

实用性是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果。所谓制造或者使用是指如果发明是一种产品，则能够在工业上重复地生产；如果发明是一种方法，则能够在工业上使用。所谓产生积极效果是指发明创造实施以后，在经济、技术和社会效果上会产生有效的结果。

(2) 授予专利权的外观设计，应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表或者国内公开使用过的外观设计不相同或者不近似。

授予外观设计的实质条件主要是新颖性。法律对其新颖性要求同发明和实用新型的新颖性要求基本相同。不同的是授予专利权的外观设计不仅应当区别于国内外出版物上公开发表过或国内公开使用过的外观设计，并且要求不能相近似。

(四) 专利的申请和审批

1. 专利申请原则。

(1) 先申请原则是指一项相同的发明创造由两个或两个以上的申请人向专利局提出专利申请，专利权授予最先提出申请的人。该项原则只承认申请的先后，不承认发明创造的先后。

(2) 优先权原则。

包括国内优先权和国外优先权。国内优先权是指申请人自向本国专利局提出专利申请之日起，可以在一定期限内，将其专利所作的改进与先前的申请合并，另外提出一个申请，并以先前申请的申请日为申请日。例如，《专利法》第二十九条第二款规定：申请人自发明或者实用新型在中国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，又向专利局就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权。

国外优先权是指外国申请人就同一发明或实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，或者就同一外观设计在外国第一次提出专利申请之日起 6 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，依照外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互相承认优先权的原则，可以享有优先权。

(3) 一项发明一件专利的原则。

即指一件发明或者实用新型专利申请应当限于一项发明或者实用新型。属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出。同样，一件外观设计专利申请应当限于一种产品所使用的一项外观设计。用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可以作为一件申请提出。

2. 专利申请条件

(1) 专利申请人应具备的条件。

一是申请的发明创造必须具备法定实质要件，即发明、实用新型应具有新颖性、创造性和实用性、外观设计应具有新颖性；二是申请人具有申请资格，即指申请人是专利法规定的有权申请并取得专利权的单位或个人，包括职务发明和非职务发明。

(2) 专利申请人须提交有关文件及资料。

它包括：申请发明或者实用新型专利的，应当提交请求书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。请求书包括发明或实用新型的名称、发明人或设计人的姓名或者名称、地址以及其他事项；说明书包括对发明或实用新型作出的清楚、完整的说明，以所属技术领域的技术人员能够实现为准；必要时，应附有附图、摘要并简要说明发明或实用新型的技术要点；权利要求书应当以说明书为依据，说明要求专利保护的范围。

申请外观设计专利的，应当提交请求书以及该外观设计的图片或者照片等文件，并且应当写明使用该外观设计的产品及其所属的类别。

3. 专利申请的审查和批准

专利局对专利申请的审批分为两种情况。一是对发明专利申请需经初步审查和实质审查两个阶段。初步审查是对申请人的资格条件、手续、有关文件资料齐全与否进行审查；实质审查是对发明专利是否具有新颖性、创造性和实用性所进行的审查。二是对实用新型和外观设计可以不经过实质审查阶段。经过初步审查没有发现驳回理由的，专利局可作出授予实用新型专利和外观设计专利的决定。并发给相应的专利证书，并予以登记和公告。

专利局对发明专利申请进行实质审查后，认为不符合《专利法》规定的，应通知申请人，要求其在规定的期限内陈述意见，或对其申请进行修改；无正当理由逾期不答复的，该申请即被视为撤回。

发明专利申请经申请人陈述意见或者进行修改后，专利局仍然认为不符合《专利法》规定的，应当予以驳回。如果发明专利申请经过实质审查没有发现驳回理由的，专利局应当作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，并予以登记和公告。

（五）专利权的期限、终止和无效

1. 专利权的期限

专利权的期限就是指法律保护的有效期间。我国《专利法》规定，发明专利权的期限为 20 年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为 10 年，均自申请之日起计算。

2. 专利权的终止

专利权的终止就是指法律保护期限的届满。《专利法》规定，有下列两种情形之一的，专利权在期限届满前终止：

- （1）没有按照规定缴纳年费的；
- （2）专利权人以书面形式声明放弃其专利权的。

专利权的终止，由专利局登记和公告。

3. 专利权的无效宣告

自专利局公告授予专利权之日起满 6 个月后，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符《专利法》有关规定的，都可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效。凡被宣告无效的专利权自始即不存在。

专利复审委员会对宣告专利权无效的请求进行审查，作出决定，并通知请求人和专利权人。宣告专利权无效的决定，由专利局登记和公告。

对专利复审委员会宣告发明专利权无效或者维持发明专利权的决定不服的，可以在收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

（六）专利权的限制

1. 不视为侵权的实施专利的行为根据《专利法》规定，有下列情形之一的，不视为侵犯专利权。

（1）专利权人制造或者经专利权人许可制造的专利产品售出后，使用或者销售该产品的；

（2）使用或者销售不知道是来经专利权人许可而制造并售出的专利产品的；

（3）在专利申请日之前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的；

（4）临时通过中国领土、领海、领空的外国运输工具，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，为运输工

具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的；

(5) 专为科学研究和实验而使用有关专利的。

2. 专利实施的强制许可

专利权人一经在中国依法取得专利权后，就具有在中国制造专利产品或者使用专利方法的义务。如专利权人在法定期限内不履行义务，按照《专利法》规定，应当实施强制许可措施。强制许可又称作非自愿许可，专利局对申请实施强制许可的，须具备下列前提条件：

(1) 具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理的时间范围内获得这种许可时，专利局根据该单位的申请，可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可；

(2) 在国家出现紧急状态或者非常情况时，或者为了公共利益的目的，专利局可以给予实施发明专利或者实用新型专利的强制许可；

(3) 一项取得专利权的发明或者实用新型比以前已经取得专利权的发明或者实用新型在技术上先进，其实施又有赖于前一发明或者实用新型的实施的，专利局根据后一专利权人的申请，可以给予实施前一发明或者实用新型的强制许可。

依照《专利法》规定，申请实施强制许可的单位或者个人，应当提出未能以合理条件与专利权人签订实施许可合同的证明。取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权，并且无权允许他人实施。另外，取得实施强制许可的单位或者个人应当付给专利权人合理的使用费，其数额由双方商定。双方达不成协议的，由专利局裁决。

专利权人对专利局实施强制许可的决定或者关于实施强制许可的使用费的裁决不服的，可以在收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

(七) 专利权的保护

1. 专利权的保护范围

发明或实用新型专利权的保护范围以其权利要求书的内容为准，说明书及附图可以用于解释权利要求。

外观设计专利权的保护范围以表示在图片或者照片中的该外观设计专利产品为准。

2. 专利权的侵权行为及其法律责任

未经专利权人同意或许可，以生产经营为目的，擅自制造、使用、销售、进口专利产品或专利方法直接获取的产品的行为，均属专利侵权行为。

对未经许可实施的专利侵权行为，专利权人或者利害关系人可以请求专利管理机关进行处理，也可以直接向人民法院起诉。专利管理机关有权责令侵权人停止侵权行为，并赔偿损失；当事人不服的，可以在收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉；期满不起诉又不履行的，专利管理机关可以请求人民法院强制执行。违法行为人应依法承担下列法律责任：

(1) 对于假冒他人专利，情节严重的，对直接责任人员比照刑法有关规定追究刑事责任；

(2) 将非专利产品冒充专利产品的或者将非专利方法冒充专利方法的，由专利机关责令停止冒充行为，公开更正，并处以罚款；

(3) 违反《专利法》规定，擅自向外国申请专利，泄露国家重要机密的，由所在单位或者上级主管机关给予行政处分。情节严重的，依法追究刑事责任；

(4) 侵犯发明人或设计人的非职务发明创造专利申请权和《专利法》规定的其他权益的，由所在单位或者上级主管机关给予行政处分；

(5) 专利局工作人员及有关国家工作人员徇私舞弊的，由专利局或有关主管机关给予行政处分。情节严重的，比照刑法有关规定追究刑事责任。

三、商标法

(一) 商标与商标法

1. 商标的概念

商标(英文 Trademark)是指由文字、图形或者其组合等构成，使用于商品，用于区别不同商品生产者或者经营所生产或经营的同一和类似商品的显著标记。广义上，商标包括服务标记。

商标是商品的附属物，随着商品经济的出现和发展，产品数量和品种日益增多，生产者和经营者越来越感到有必要在自己生产或经营的商品上标有区别于其他生产者和经营者的标记，因此，商标随之产生。

2. 商标的种类

商标的种类很多。从不同的角度或标准划分，可以分为多种商标。

按照商标构成要素分，我国商标主要分为下列三种：(1)文字商标。即指以纯文字形式表示的标志；(2)图形商标。即指以人或事物的形状、图案组成的标志；(3)组合商标。即指由文字和图形组成的商标。该种商标又称图文并茂商标。

按照商标的使用对象分，商标还可分为下列两种：(1)商品商标。即指商标使用在商品上。

(2)服务商标。即指服务性行业所使用的标志。

3. 商标法的概念

商标法是指调整因确认、保护商标的注册、使用、管理和利用商标专用权等过程中，发生的一系列的社会关系的法律规范的总称。

为了加强商标管理，保护商标专用权，促使生产者保证商品质量和维护商标信誉，保障消费者的利益，促进社会主义商品经济发展，我国于1982年8月23日由第五届全国人民代表大会第二十四次会议通过了《中华人民共和国商标法》(以下商称《商标法》)。该法于1983年3月1日起施行。为了便于该法的实施，经国务院批准，1988年1月13日由国家工商行政管理局发布了《中华人民共和国商标法实施细则》(以下简称《实施细则》)。随着我国社会主义市场经济体制的逐步建立，为使《商标法》适应市场经济发展的要求，有力保护市场主体进行合法竞争，打击假冒注册商标犯罪行为，维护消费者的利益和社会经济秩序，1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议对《商标法》作出修改的决定和通过了《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》。《商标法》的规定、修改与施行不仅健全与完善了我国商标法律制度，而且对保护商标专用权、维护消费者利益、促进社会主义商品经济发展起到积极作用。

(二) 申请商标注册的条件与程序

商标注册是指商标使用人为了取得商标专用权，将其使用的商标依照商标法规定的注册条件、原则和程序，向商标管理机关提出注册申请，经商标管理机关审查批准，在商标注册簿上登录，并发给商标注册证，予以公告，

授予申请人以商标专用权的法律活动。

我国实行商标不注册使用和注册使用并存，只有注册商标才能获得商标专用权的制度。国务院工商行政管理局商标局主管全国商标注册和管理的工作，经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。国家规定必须使用注册商标的商品，必须申请注册商标。

1. 申请注册商标的条件

(1) 商标权人

商标注册申请人必须是生产、制造、加工、拣选或者经销商品或者提供服务的企业、事业单位和个体工商业者。外国人和外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。但是，他们在中国申请商标注册或者办理其他商标事宜，应当委托国家工商行政管理局指定的商标代理组织代理。商标国际注册，依照《商标国际注册马德里协定》办理。

(2) 商标不得使用下列文字，图形：

同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的；

同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的；

同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的；

同“红十字”、“红新月”的标志、名称相同或者近似的；

本商品的通用名称和图形；

直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；

带有民族歧视的；

夸大宣传并带有欺骗性的；

有害于社会主义道德风尚或者其他不良影响的。

县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标，但是，地名具有其他含义的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

(3) 申请商标注册的，应当按规定的商品分类表填报使用商标的商品类别和商品名称。

同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的，应当按商品分类表提出注册申请。注册商标需要在同一类的其它商品上使用的，应当另行提出注册申请。

注册商标需要改变文字、图形的，或者变更注册人的名义、地址或其他注册事项的，应当重新提出注册申请或者提出变更申请。

2. 申请商标注册的一般程序

(1) 申请人向商标局递交商标注册申请书。

(2) 商标局初步审定，予以公告。对不符法定条件者，由商标局驳回申请，不予公告。

(3) 提出异议。即商标局对初步审定的商标，自公告之日 3 个月内，任何人均可以提出异议。

(4) 核准与颁发商标注册证。商标局对无异议或裁定异议不成立的商标申请，核准注册，发给商标注册证，并予公告。经裁定异议成立的，不予核准注册。

(5) 复审。当事人对商标局作出的异议裁定不服的，可以在收到通知

15 天内申请复审，由商评审委员会作出终局裁定，并书面通知异议人和申请人。

(三) 注册商标的期限、续展、转让和使用许可注册商标的有效期为 10 年，自核准注册之日起计算。

注册商标的有效期满，需要继续使用的，可以在期满前 6 个月内申请续展注册。在此期间未能提出申请的，给予 6 个月宽展期。宽展期满仍未提出申请的，注销其注册商标。经申请续展并被批准者，每次续展注册的有效期为 10 年。

注册商标可以依法进行转让。转让人与受让人均需向商标局提出申请。受让人应保证使用该注册商标的商品质量。

商标注册人可以依法许可他人使用其注册商标。但应签订商标使用许可合同。许可人应对被许可人使用其注册商标的商品质量进行监督，被许可人负有保证使用注册商标的商品质量的义务。

(四) 商标使用的管理

1. 对注册商标使用的管理

根据《商标法》规定，使用注册商标，有下列行为之一的，由商标局责令限期改正或者撤销其注册商标：

(1) 自行改变注册商标的文字、图形或者其组合的；(2) 自行改变注册商标的注册人名义、地址或者其他注册事项的；

(3) 自行转让注册商标的；(4) 连续三年停止使用的。

2. 对未注册商标使用的管理

使用未注册商标，有下列行为之一的，由地方工商行政管理部门予以制止，限期改正，并可以予以通报或者处以罚款：(1) 冒充注册商标；(2) 违反《商标法》，使用禁止使用的文字、图形或者其组合为商标的；(3) 粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的。

3. 商标标识印制管理

商标标识印制管理指商标行政管理部门对商标标识的印制单位和印制委托人的印制活动进行管理的行为。

根据 1990 年国家工商行政管理局发布的《商标印制管理办法》的规定，商标标识印制管理包括以下内容：(1) 商标应当由指定印制商标单位印制；

(2) 商标印制委托人应当出具证明文件；(3) 商标印制单位应当核查证明文件；

(4) 商标印制单位应当建立健全管理制度；

(5) 任何人不得非法印制或买卖商标标识。

(五) 注册商标专用权的保护

1. 注册商标专用权的保护范围

《商标法》规定，注册商标的专用权，以核准注册的商标和核定使用的商品为限。

2. 注册商标专用权的侵权行为及其法律责任

根据《专利法》规定，对下列未构成犯罪的侵犯注册商标专用权的行为，视不同情况，承担行政责任和民事责任：(1) 未经商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用其注册商标相同或者近似的商标的；(2) 销售明知是假冒注册商标的商品的。(3) 擅自制造或者销售他人注册商标标识的；(4) 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

具有上述侵权行为之一的，被侵权人可以向县级以上工商行政管理部门要求处理，由有关工商行政管理部门责令侵权人立即停止侵权行为，赔偿被侵权人的损失，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润或者被侵权人在被侵权期间因侵权所受到的损失。侵犯注册商标专用权，未构成犯罪的，工商行政管理部门可以处以罚款。当事人对工商行政管理部门处理不服的，可以在收到通知 15 日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不履行的，由有关工商行政管理部门申请人民法院强制执行。

根据全国人大常委会《关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》，具有下列侵犯注册商标专用权，构成犯罪的行为之一的，追究刑事责任：（1）未经注册商标所有人许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标，违法所得数额较大或者有其他严重情节的，或者销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大的；（2）伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识，违法所得数额较大或者有其他严重情节的；

（3）企业、事业单位犯前两条罪的，对单位处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照刑法规定追究刑事责任；

（4）国家工作人员利用职务，对明知有规定所列犯罪行为的企业事业单位或个人故意包庇使其不受追诉的，追究刑事责任。

第四节 反不正当竞争法律制度

一、反不正当竞争法概述

(一) 不正当竞争行为与反不正当竞争法

所谓竞争是指两个或两个以上的生产者或经营者在市场以较有利的价格、数量、品质或质量、服务或其他条件等，使自己处于有利的经营与交易地位的行为。竞争是商品经济发展的必然产物，竞争是市场经济运行的动力。竞争有公平竞争，也有不公平竞争。经营者在市场中进行公平竞争必须以机会均等作为前提条件。即每一个商品生产者或经营者都须在平等条件下，在不违背国家法律和政策情况下，参与市场经济活动都应有均等的选择。凡是搞市场经济的国家，不论其社会制度如何，都要用法律来规范市场竞争。

1. 不正当竞争行为的概念与特征

所谓不正当竞争行为又称不公平竞争行为。它是指商品的经营者违反反不正当竞争法律和法规规定，损害其他经营者和消费者的合法权益，扰乱社会经济秩序的违法行为。

所谓经营者是指从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人。

不正当竞争行为具有列特征：

- (1) 不正当竞争行为是法律禁止的行为；
- (2) 不正当竞争行为是违反法定的自愿、平等、公平、诚实信用、遵守公认的商业道德原则的行为；
- (3) 不正当竞争行为是有损于其他经营者和消费者合法权益的行为；
- (4) 不正当竞争行为是扰乱社会经济秩序的行为。

2. 反不正当竞争法的概念

反不正当竞争法是指国家权力机关规定禁止不正当竞争行为的法律规范的总称。

为了保障社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，1993年9月2日第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》）。该法自1993年12月1日起施行。

3. 反不正当竞争法的作用

反不正当竞争法对保证市场公平竞争有着重要作用。它在市场经济法律体系中占有很重要的位置，在些国家把它称为“经济宪法”，用来规范市场竞争行为，保护公平竞争，制止不正当竞争，促进市场经济的健康发展。

从微观来看，制定该法有紧迫性。一方面，我国现在市场竞争总体讲还不够，企业不懂竞争或竞争不够。另一方面，在竞争总体上远远不够的情况下，不正当竞争行为大量存在。主要表现在以下几个方面：一是假冒伪劣商品充斥市场，屡禁不止。二是回扣、贿赂问题。三是部门垄断、行业垄断、地方封锁问题。四是以权经商，权钱交易问题。五是巨奖销售。六是虚假广告。七是侵犯商业秘密。

所以，反不正当竞争法适应了建立社会主义市场经济法律体系的需要，又适应了当前建立一个公平的市场竞争秩序的需要。

(二) 《反不正当竞争法》的基本原则

我国《反不正当竞争法》第二条规定：“经营者在市场交易中，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的商业道德”。由此可见，自愿、平等、公平、诚实信用、遵守公认的商业道德既是上与竞争必须遵循的基本原则，也是市场经济某本规则。

1. 自愿原则是指经营者作为参加市场交易的竞争主体，在市场交易过程中能充分表达自己的真实意志，完全根据自己的意愿选择交易对手、交易内容和条件，以及设立、变更、终止交易关系。任何一方以欺诈、胁迫或乘人之危使对方在违背真实意愿的情况下所进行的交易行为均是无效的。交易双方对交易内容有重大误解或其结果显失公平的，应当予以撤销。

2. 平等原则是指市场交易主体即经营者在具体的市场交易过程中，双方的法律地位平等，享有的权利和承担的义务是对等的。平等原则不仅要求交易者必须平等协商，不得以强欺弱，或者强迫对方服从自己的意志，也要求法律对交易者提供平等的法律保护。

3. 公平原则是经营者在市场交易过程中，竞争和交易方式、

二、反不正当竞争法律规定

（一）不正当竞争行为的表现形式

根据我国《反不正当竞争法》的规定，不正当竞争行为的表现形式分为下列四大种类：

1. 以不正当手段从事市场交易，损害竞争对手的行为

（1）假冒他人的注册商标的行为。

（2）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商标相混淆，使购买者误认为是该知名商标的行为。

（3）擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品行为。

（4）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示的行为。

2. 经营者以法律所禁止的手段，排挤竞争对手，损害消费者利益的行为

（1）经营者以财物或者其他手段进行贿赂，以销售或者购买商品的行为。

（2）经营者利用广告或其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传，或者广告的经营者在明知或者应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告的行为。

（3）经营者以非法手段侵犯商业秘密的行为。所谓商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济效益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

（4）经营者以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品的行为。

有下列情形之一的，不属于不正当竞争行为：销售鲜活商品；处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；季节性降价；因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

（5）经营者销售商品，违背了购买者的意愿搭售商品或者附加其他不

合理的条件的行为。

(6) 经营者从事不正当的有奖销售活动。

(7) 经营者捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉的行为。

(8) 投标者串通投标，抬高标价或者压低标价，或者投标者和招标者相互勾结，以排挤竞争对手的不公平竞争的行为。

3. 公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的不公平竞争的行为

公用企业是指同广大人民群众社会生活有密切关系的公共企业。例如，经营自来水、煤气、天然气、电力、通讯、邮政、交通运输（包括铁路、公路、航空、航运）等范围的公用企业。所谓依法具有独占地位的经营者是指合法的经营者在某一类商品市场上具有绝对的优势和支配地位，从而有控制、操纵市场的能力。法律所禁止的是独占者滥用独占权，滥用独占权的行为是一种不正当竞争行为。

4. 政府及其所属部门滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营行为，或者政府及其所属部门滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场，或者限制本地商品流向外地市场的行为。

公平的市场交易应遵循自愿、平等原则。上述政府及其所属部门滥用权力，限定购买其指定商品或限制外地商品进入本地市场或本地商品流入外地的行为，均违背公平竞争、自愿、平等原则，是一种强迫性的交易行为和地方保护主义。其结果：一是被指定购买的商品的价格往往高于未指定商品价格，从而损害了用户利益；二是不利于提高商品质量，容易出现粗制滥造的商品，损害消费者的利益；三是不利于正当竞争，容易出现欺行霸市行为，总之，政府及其所属部门利用行政权力、限制商品交易的行为是一种不正当的竞争行为。

(二) 对不正当竞争行为的监督检查

1. 监督检查机构及其职权

根据《反不正当竞争法》规定，对于不正当竞争的经济违法行为，国家授予县级以上人民政府工商行政管理部门和法律、行政法规规定的其他部门行使监督检查权和对违法行为行使处罚权。

县级以上监督检查部门对不正当竞争行为有权依法行使下列职权：

(1) 按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人，并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料。

(2) 查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、帐册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料。

(3) 检查从事市场交易中与不正当竞争行为有关的财物。必要时，可以责令被检查的经营者说明该商品的来源和数量，暂停销售，听候检查，不得转移、隐匿、销毁该财物。

(4) 监督检查部门有权依法对经营者的不正当竞争行为责令其停止，并处以罚款。

2. 监督检查部门与被监督检查部门及有关人员的职责

监督检查部门在行使监督检查权时，为了得到被监督检查者的有效配合，监督检查工作人员应当主动出示检查证件。

监督检查部门在监督检查不正当竞争行为时，被检查的经营者、利害关

系人和证明人应当如实提供有关资料 and 情况。这里所称利害关系人是指同被检查人具有法律上的权利义务关系，行为后果影响其利益的法人、经济组织或个人。证明人是指一切能够证明被查事实的法人、经济组织或个人。

三、不正当竞争行为的法律责任

(一) 对经营者以不正当手段从事市场交易、损害竞争对手的行为，视不同情况，分别给予行政处罚和刑事处罚。具体责任如下：

1. 对假冒他人的注册商标，擅自使用他人的企业名称或姓名，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，对商品质量作引人误解的虚假表示的，依照《商标法》和《产品质量法》的规定处罚。

2. 经营者擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品的，监督检查部门应责令停止违法行为，没收违法所得，视情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照；销售伪劣商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 经营者用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，监督检查部门可以根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收。

4. 经营者利用广告或其他方法，对商品作引人误解的虚假宣传的，监督检查部门应当责令停止违法行为，消除影响，视情节处以一定数额罚款。

5. 对经营者以非法手段侵犯商业秘密的行为，监督检查部门应责令停止违法行为，根据情节处以 1 万元以上 20 万元以下罚款。

6. 经营者从事不正当的有奖销售活动的，监督检查部门责令停止违法行为，视情节处以 1 万元以上 20 万元以下罚款。

7. 投标者串通投标的，抬高标价或压低标价，投标者与招标者相互勾结，排挤竞争对手竞争的，其中标无效。监督检查部门视情节处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款。

(二) 公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争行为的，监督检查部门应责令停止违法行为，并根据情节处以 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的，监督检查部门应没收违法所得，并可处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款。

(三) 政府及其所属部门和工作人员滥用职权造成不正当竞争行为的，负有如下责任：

1. 政府及其所属部门滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动，或者限制商品在地区之间正常流通的，由上级机关责令其改正；情节严重的，由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的，监督检查部门应没收违法所得，视情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款。

2. 监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

3. 监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员徇私舞弊，对明知有违反《反不正当竞争法》规定的并构成犯罪的经营者，故意包庇不使他受追诉的，

依法追究刑事责任。

第五节 证券法律制度

一、证券法概述

（一）证券的概念、特征和种类

证券是指记载并代表一定权利的书面凭证。

证券具有下列四个特征：

1. 证券是以书面记载作为一种表现形式的凭证；
2. 证券记载的内容是一种权利。一般指的是财产权利；
3. 证券是一种要式凭证。即每一种类证券都必须记载与该种内容有关的一切事项；
4. 证券上记载的事项和权利与证券本身结合在一起。即权利人所行使的权利是以证券的存在作为前提条件。

证券法中的证券主要指以下有价证券：政府债券、金融债券、公司债券、其他企事业单位和社会团体法人发行的债券、股票、新股认购权证书、投资基金、经主管机关认定的其他证券。

（二）证券法的概念和特征

证券法是调整因证券的发行、交易、监督和管理而产生的各种社会关系的法律规范的总称。

证券法在法律形式上，包括专门的证券发行与交易的法律和法规。近几年来，我国为了适应市场经济发展需要，维护正常的证券市场经济秩序，保护投资者的利益，使证券发行与交易按照市场规则运行，先后制定了一系列有关证券法律与法规。例如《股票发行与交易管理暂行条例》、《证券交易所管理暂行办法》、《企业债券管理条例》、《禁止证券欺诈行为暂行办法》等。全国人大常委会已将起草一部统一的证券法列入议事日程，该草案正在审议中。

证券法中所指的证券只包括有价证券的一部分，主要包括公债券、股票、公司债券或企业债券 3 大类。其中具体的证券种类在各国的法律中分别以列举的方式加以规定。

（三）我国的证券管理机构

目前，我国的证券管理监督机构有两个：即国务院设立的国务院证券委员会（以下简称证券委）和中国证券监督管理委员会（以下简称证监会）。

国务院证券委员会是全国证券市场的主管机构，依照国家法律、法规的规定对全国证券市场进行统一管理。中国证券监督管理委员会是证券的监督管理执行机构，依照国家法律、法规规定对证券的发行与交易的具体活动进行管理 & 监督。

（四）我国证券管理法律体系

证券管理法律体系取决于证券交易体系。目前，我国证券业发育不成熟，正处于初级阶段，有关证券及证券市场管理和证券交易规则等还不健全与完善，因此，健全与完善同证券业发展相适应的法律制度是证券业发展和市场经济发展的要求。

为了保障与促进中国证券及其市场的健康发展，保护投资者的利益，保证证券的发行者与交易者的活动有法可依，禁止证券欺诈行为、内幕交易行为和不正当竞争等行为的发生，制裁违法与经济犯罪行为，建立与完善证券

及其市场管理法律体系势在必行。

根据目前我国已出台的有关证券管理法律规范，我国的证券管理法律体系框架基本形成。截止到 1994 年底，我国已出台的有关证券法律规范有：《股票发行与交易管理暂行条例》、《申请公开发行股票公司报送材料的标准格式》、《公开发行股票公司信息披露实施细则》（试行）、《证券交易所管理暂行办法》、《禁止证券欺诈行为暂行办法》、《企业债券管理条例》及《公司法》有关公司债券发行规定等。上述法律规范的制定与实施，为我国的证券管理和证券交易活动提供了法律依据和保障。随着社会主义证券市场不断发展，我国证券管理法律体系将日趋健全与完备。

（五）证券发行的概念

证券发行是指发行人或其承销机构对非特定人以同一条件，就发行人的证券作出的要约或销售行为，包括股票、债券发行。

发行人是指发行主体。已成立的和正在成立的股份有限公司可以成为股票的发行人。债券的发行人是政府、公司、企业、金融机构等。

承销机构，在我国是指承担股票或债券的代理发行的证券经营机构，亦叫证券商，主要包括证券公司和信托投资公司。

证券发行渠道有两种：一是直接发行，即公司直接向社会发行。二是委托第三者（即承销商）发行，即承销，包括包销和代销。包销是指承销商一次性地把发做行的证券全部买下，再向社会发行，发不完的部分由包销商负责。代销是指承销商代发行人发行证券时，销不出去的部分退回发行人。

我国发行股票都要通过承销商进行。

如果发行证券的数量多，应由承销团承销。承销团由一个主承销商、一个以上的分承销商组成。根据证监会的要求和目前的实际作法，一般由主承销商作出发行方案，拟订招股说明书。如果招股说明书出现虚假、欺诈、严重误导性陈述、重大遗漏等问题，主承销商与全体发行人或董事一起承担连带责任。

（六）证券交易所的概念

证券交易所是指集中进行证券竞价交易的场所。在我国，证券交易所是经国务院证券委员会和国务院审核批准设立的，不以盈利为目的，为证券的集中和有组织的交易提供场所、设施，并履行相关职责，实行自律性管理的会员制事业法人。

为了加强对证券交易所的管理，规范证券交易行为，维护证券市场秩序，1993 年 7 月 7 日国务院证券委员会发布与实施了《证券交易所管理暂行办法》（以下简称《办法》）。这是目前我国规范证券交易场所行为的法律依据。

我国目前共有上海和深圳两家证券交易所，上市的主要是个人股。北京也有两个证券交易系统，上市的是法人股。

场外交易所，是指由证券交易机构单独或共同设立的非集中的进行证券交易的场所。包括：证券交易中心、报价交易系统和交易柜台。

二、股票发行与交易管理法律规定

1993 年 4 月 22 日国务院发布的《股票发行与交易管理暂行条例》，规定了股票发行与交易管理的基本内容。

（一）股票发行与交易的基本原则

1. 公开、公平、诚实信用原则
2. 维护社会主义市场经济体制中的公有制主体地位，保障国有资产不受侵害的原则。
3. 合法的原则。

（二）股票的发行

1. 股票的概念和特征

股票是指股份有限公司发行的表示其股东按所持有的股份享受权益并承担义务的有价证券。

股票有以下特征：

- （1）股票不能要求退回投资，入股就不能要求公司退回。
- （2）股东要在入股数额内承担风险。
- （3）股东除享受收益权外，普通股的股东还有权参加股东会，行使投票权，参与决策；优先股的股东在利益分享上是第一顺序，所以无投票权。

2. 股票的种类

股票是证券的一种。在股份制经济中，股票的种类很多。按照不同的标准，股票可分为不同种类。

（1）按照股权可分为普通股和优先股。所谓普通股是指股息随上市公司的经营状况和利润大小及公司的派息政策的松紧而变化的股票；优先股是指由股份企业或公司发行的，在利润分红及剩余资产分配权等方面，优先于普通股的一种股票。

（2）按认股对象或股票持有人不同，划分为国家股（或政府股）、法人股、个人股和外资股。国家股是由国家或政府部门或地方政府部门认购的普通股票，是股份公司成立时由国有资产转化的股份。法人股是具有法人资格的公司、企事业、社会团体等机构用自有资金购买的股份。个人股是以个人资产进行投资认购的股份，包括在上市公司购买的个人股和在定向募集股份公司内部职工购买的内部职工个人股。外资股是由外国企业法人购买的股份。

（3）按股票票面是否记名，可分为记名股票和无记名股票。记名股票是指在股票上记有股东的姓名，并将股东的姓名及地址记载于企业股东名册上的一种股票。无记名股票是指在股票上不记载股东姓名的股票。该种股票可以在股票交易市场上自由转让，其流通性比记名股票大得多。

3. 股票的发行方式

（1）私募。私募是以特定的投资者为对象，内部发行。将新股票发行给本企业的职工或与本企业有特定关系的往来客户或人员。

（2）股东配股。即指企业或公司不受股票流通市场上的价格变化的影响，自己决定一定的比例，按股票面值向股东分配本企业或公司的新认购权，由股东认购。这种方式在我国发行股票的部分企业或公司已采用。

（3）公司的招股。即指以非特定的社会公众为投资者，按照一定时间、地点和条件发行股票。公开招股一般采用两种方法：一种是股份企业或公司自己直接向社会公众发行股票，亲自处理发行业务手续；另一种是股份企业或公司通过证券经营机构向社会招股。该种方式对发行人来说，摆脱了许多繁琐的业务，对经营机构来说，有利可图，即可获取高额手续费。因此，当今许多股票市场发达的国家多数采用这种方式发行股票。目前我国的股份企

业或公司发行股票也都采用此种方式。

4. 股票发行价格

根据《公司法》规定，股票发行价格分为两种：一是按票面金额发行；二是按超过票面金额发行。以超过票面金额发行股票的，须经国务院证券管理部门批准。以超过票面金额发行股票所得溢价款应列入公司资本公积金中。

5. 发行股票的股份有限公司的条件和申请发行股票的程序

在我国股票发行人必须是具有股票发行资格的股份有限公司，包括已成立的股份有限公司和经批准拟成立的股份有限公司。

6. 申请发行股票的程序

(三) 股票交易

1. 股票交易的原则

(1) 时间优先原则。

时间优先原则是指证券经营机构或证券商在代理投资者买卖股票时，如果数个投资者委托的买卖价格相同时，证券经营机构或证券商则按委托价格先后依次选择成交对象。如果投资者委托时间在先，则成交在先。

(2) 价格优先原则。

证券交易场所一般按照价格优先原则挂牌。即指买入股票的，其买入价高的优先于买入低价者；卖出股票的，其卖出价低的优先于卖出价高者。

(3) 数量优先原则。

数量优先原则是指证券经纪人出价都相同时，并报出价格的时间也一致时，谁购买或出售数量最大，谁就有优先成交权。

(4) 知情者回避原则。

知情者回避原则是指经营证券买卖者的从业人员及其他有关人员不得参与股票的买卖，禁止上述人员透露内情。

(5) 现货交易原则。

现货交易是指股票买卖双方同意在成交时马上交割。即卖出股票的交出股票，买进者付出现金。

2. 股票交易组织和方式

在我国，目前股票交易组织有 4 种：一是证券交易所。证券交易所采用会员制，限于现货交易。目前我国已成立两家证券交易所，即上海证券交易所和深圳证券交易所。二是证券公司。证券公司是国家主管机关批准建立的非银行证券业务机构，它是证券交易所会员的主要参加者。三是信托投资公司证券业务部。该机构可以办理代理与买卖证券业务；四是城市信用社证券业务部。该部虽然本身不直接经营证券，但可以接受证券公司或者信托投资公司的委托，办理委托项内的证券业务。

3. 股份有限公司申请股票上市交易的条件和程序

股票交易必须在证券委批准可以进行股票交易的证券交易场所进行。股份有限公司申请其股票在证券交易所交易，应当符合下列条件：

(1) 其股票已经公开发行；

(2) 发行后的股本总额不少于人民币 5000 万元；(3) 持有面值人民币 1000 元以上的个人股东人数不少于 1000 人，个人持有的股票面值总额不少于人民币 1000 万元；

(4) 公司有最近 3 年连续盈利的记录；原有企业改组设立股份有限公

司的，原企业有最近3年连续盈利的记录，但是新设立的股份有限公司除外；
(5) 证券委规定的其他条件。

凡符合上述条件的股份有限公司，申请其股票在证券交易所册应由证监会指定的机构保管，实物券式股票是指发行人在证监会指定的印制机构统一印刷的书面股票。实物券式股票既可以由股票持有人保管，也可由证监会指定机构集中保管。

未经股票持有人的书面同意，股票保管机构不得将持有人的股票借与他人或者作为担保物。

(2) 股票的清算

在股票交易中，股票的结算兑现方式有两种。一是交割的结算方式。邵指购进股票者接收股票支付现金，卖出股票者接受现金转让股票的全过程。二是清算方式。即证券清算机构根据清算制度，将投资者的买卖数额相互抵销，只对抵销后的差额进行交割。这种抵销买卖额后，支付差额的过程，称为清算。

(3) 股票过户

股票过户是指股票投资者买进股票后，应到该股票的上市发行公司办理变更股东姓名的手续。办理了上述变更手续后才能成为上市公司的股东，并享有股东应享有的权益。如果办理过户手续后，股票发生遗失、毁损，须向上市公司声明作废，即可申请补发。如果股票投资者，只是以赚取差价利润为目的进行买卖股票，可以不办理过户手续。

对于证券保管、清算、过户，登记机构应当接受证监会监管。

(四) 上市公司法律规定

上市公司是指对符合法定条件所发行的股票，经国务院或国务院授权证券管理部门获准在证券交易所上市交易的股份有限公司。

除前面关于股份有限公司股票发行与交易的一般规定外，上市的股份有限公司在法律上还有以下权利和义务。

1. 上市公司的信息披露

上市公司的信息披露是措为便于投资者了解上市公司的资信、资产、财务状况、经济效益和经营效果等情况，法律规定上市公司应依法向证监会、证券交易所提供有关文件、信息资料等，以备投资者查询，同时也有须向社会公布。

股份有限公司公开发行股票，将其股票在证券交易场所交易，必须公开披露的信息包括（但不限于）：

(1) 招股说明书；

(2) 上市公告书；

(3) 定期报告，包括年度报告和中期报告；

(4) 临时报告，包括重大事件报告和收购与合并公告。公开披露的信息应当用中文表述：发行B股的公司公开披露信息，如有必要，还应当用英文表述，英译文的字义和词义与中文本有差异时，以中文本为准。

2. 上市公司的收购

凡经法定程序获准在证券交易所挂牌发行和买卖公司股票股份有限公司，可以成为上市公司。当任何个人和法人持有上市公司的一定比例的发行在外的普通股时，对超过的部分，由公司在证得证监会同意后，按照原买入价格和市场价格中较低或较高价格收购。

根据《股票发行与交易管理暂行条例》规定，具有下列情形之一的，个人和法人持股达到一定比例规定，则应受到限制：

(1) 任何个人不得持有有一个上市公司 5% 以上的发行在外的普通股，超过部分由公司按法定程序和条件进行收购。

(2) 任何法人直接或间接持有有一个上市公司发行在外的普通股达到 5% 时，应当自该事实发生之日起 3 个工作日内，向该公司、证券交易所和证监会作出书面报告并公告。

(3) 发起人以外的任何法人直接或者间接持有有一个上市公司发行在外的普通股达到 30% 时，应当自该事实发生之日起 45 个工作日内，向该公司所有股票持有人发出收购要约。收购要约人在发出收购要约前应当向证监会作出有关收购的书面报告。收购要约有效期不得少于 30 个工作日，自收购要约发出之日起计算。

收购要约的全部条件适用于同种股票的所有持有人。收购要约期满，收购要约人持有的普通股未达到该公司发行在外的普通股总数的 50% 的，为收购失败；收购要约人除发出新的收购要约外，其以后每年购买的该公司发行在外的普通股，不得超过该公司发行在外的普通股总数的 5%。

收购要约人在要约期内及要约期满后 30 个工作日内，不得以要约规定以外的任何条件购买该种股票。

(五) 违反股票发行与交易管理的法律责任

根据《股票发行与交易管理暂行条例》规定，对违反本《条例》规定的单位和个人，证监会有权进行调查或者会同国家有关部门进行调查；重大的案件，由证券委组织调查。证监会对证券经营机构的业务活动进行检查。对于违反《条例》规定的行为人的处罚由证券委指定的机构决定。重大的案件的处罚，报证券委决定。对不属上市公司和证券经营机构及人员的违法行为的处罚，由有关部门在各自的职权范围内决定。

根据《条例》规定，对于违反《条例》规定的行为人，应视情节不同，分别承担行政责任、民事责任和刑事责任。

1. 行政责任

凡具有下列行为之一的机构和有关人员，视不同情况，分别给予不同程度的行政处罚。包括：单处或者并处警告、责令退还非法所筹股款、没收非法所得、罚款。情节严重的，撤销证券经营业务许可、限制或停止发行股票资格等：

(1) 股份有限公司未经批准发行或者变相发行股票；以欺诈或其他不正当手段获准发行股票或获准其股票在证交易所交易的；未按《条例》规定的方式、范围发行股票或者在招股说明书失效后销售股票的；未经批准购回其发行在外的股票等行为。

(2) 证券经营机构未按规定的时间、程序、方式承销股票和发放股票认购申请表；将客户的股票借与他人或者作为担保物；收取不合理的佣金与其他费用；以客户的名义为本机构买卖股票；挪用客户保证金；在代理客户买卖股票活动中，与客户分享股票交易的利润或者分担股票交易的损失，或者向客户提供避免损失保证；为股票交易提供融资等行为。

(3) 内幕人员和以不正当手段获取内幕信息的其他人员违反《条例》规定，泄露内幕信息、根据内幕信息买卖股票或者向他人提出买卖股票的建议的。上述所称内幕人员是指任何由于持有发行人的股票，或者在发行人以

及与发行人有密切联系的企业中担任董事、监事、高级管理人员，或者由于其会员地位、管理地位、监督地位和职业地位，或者作为雇员、专业顾问履行职务，能够接触或者获取内幕信息的人员。所谓内幕信息是指有关发行人、证券经营机构、有收购意图的法人、证券监督管理机构、证券业自律性管理组织以及与其有密切联系的人员所熟知的尚未公开的可能影响股票市场价格的重大信息。

(4) 证券从业人员、证券业管理人员和国家规定禁止买卖股票的其他人员违反《条例》规定，直接或间接持有、买卖股票的行为。

(5) 会计师事务所、资产评估机构和律师事务所违反《条例》规定，出具的文件有虚假、严重误导性内容或者重大遗漏的行为。

(6) 其他单位或个人，在证券委批准可以进行股票交易的证券交易场所以外进行股票交易的；在股票发行与交易过程中，作出虚假、严重误导性陈述或者漏重大信息的；通过合谋或者集中资金操纵股票市场价格，或者以散布谣言等手段影响股票发行、交易的；为制造股票的虚假价格与他人串通，不转移股票的所有权或者实际控制，虚买虚卖的；出售或者要约出售其并不持有的股票，扰乱股票市场秩序的；利用职权或者其他不正当手段，索取或者强行买卖股票，或者协助他人买卖股票的；未经批准对股票及其指数的期权、期货进行交易的；未按照规定履行有关文件公布义务的；伪造、篡改或者销毁与股票发行、交易有关的业务记录、财务帐簿等文件的；其他非法从事股票发行、交易及相关活动的。

2. 民事责任

依照《条例》规定，凡违反本《条例》规定，给他人造成损失的，应当依法承担民事赔偿责任。

3. 刑事责任

依照《条例》规定，凡违反本《条例》规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、企业债券管理法律规定

(一) 企业债券的概念及内容

企业债券是债券的一种。它是企业法人依照法定程序发行的，约定在一定期限内向其持有人支付利息和偿还本金的有价证券。

债券基本上没有风险，它必须保证到期无条件还本，其利息一般高于银行储蓄存款，但低于股息红利。一个企业如果担心发行成本太高，且不愿让企业一切材料都公开，不愿承担较高的股息红利，就发行债券，而不是发行股票。对投资者来说，如果想获取稳定的收益少担风险，就购买债券。

企业债券持有人有权按照约定期限取得利息、收回本金，但是无权参与企业的经营管理。债券持有人对企业的经营状况不承担责任。企业债券可以转让、抵押和继承。

为加强国家对企业债券管理，保护投资者的利益，1993年8月2日由国务院发布与实施了《企业债券管理条例》（简称《条例》）。该《条例》的制定与实施，为企业发行债券、承销与转让等管理提供了法律依据和保障。

(二) 企业发行企业债券的条件和企业发行企业债券的审批机构及权限

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.所筹资金用途符合国家产业政策；

6.企业发行企业债券应当制定发行章程。章程的内容包括：（1）企业名称、住所、经营范围、法定代表人；（2）企业近3年的生产经营状况和有关业务发展的基本情况；（3）财务报告；（4）企业自有资产的净值；（5）筹集资金的用途；（6）效益预测；（7）发行对象、时间、期限、方式；（8）债券的种类和期限；（9）债券的利率；（10）债券总面额；（11）还本付息方式；（12）审批机关要求载明的其他事项。

企业发行企业债券必须按照《条例》规定进行审批。未经批准的不得擅自发行和变相发行企业债券。中央企业发行债券，由中国人民银行会同国家计委审批；地方企业发行企业债券，由中国人民银行省、自治区、直辖市、计划单列市分行会同同级计划主管部门审批。

国家计委会同中国人民银行、财政部、国务院证券委员会拟定全国企业债券发行的年度规模和规模内的各项指标，报国务院批准后，下达各省、自治区、直辖市、计划单列市人民政府和国务院有关部门执行。

（三）企业债券的承销、转让与监督

企业发行的企业债券应当由证券经营机构承销。非证券经营机构和个人不得经营债券的承销与转让业务。企业债券的转让或兑现，应当在经批准的可以进行债券交易的场所进行。

中国人民银行及其分支机构和国家证券监督管理机构依照规定的职责，负责对企业债券的发行和交易活动，进行监督检查。

（四）违反企业债券管理法规的法律责任

1.行政责任

违反《企业债券管理条例》规定，具有下列情形之一的，根据不同情况，分别给予行政处罚。包括通报批评、警告、责令停止发行债券活动、责令退还非法所筹资金、罚款、没收非法所得等；

（1）未经批准发行或者变相发行企业债券的，以及未通过证券经营机构发行企业债券的；

（2）超过批准数额发行企业债券的；

（3）企业债券的利率高于银行相同期限居民储蓄存款利率的40%的；

（4）用财政预算拨款、银行贷款或者国家规定不得用于购买企业债券的其他资金购买债券的，以及办理储蓄业务的机构用所吸收的储蓄存款购买债券的；

（5）未按批准用途使用发行企业债券所筹集资金的；

（6）非证券机构和个人经营企业债券的承销或者转让业务的；

（7）地方审批机关、监督管理机关及其工作人员违反《企业债券管理条例》规定的。

2.民事责任

凡是违反《企业债券管理条例》规定，给他人造成损失的，依法应承担民事赔偿责任。

3.刑事责任

凡属于上述违法行为，构成犯罪的，依法应追究刑事责任。

四、禁止证券欺诈行为的法律规定

（一）证券欺诈行为的概念

欺诈行为是指行为人故意制造假相或隐瞒、掩盖真实情况，致使对方上当受骗，以达到行为人获取利益的目的行为。

证券欺诈行为包括：在证券发行、交易及相关活动中发生的内幕交易、操纵市场、欺诈客户、虚假陈述等行为。为了预防与制止、打击与制裁证券欺诈行为，保护投资者的利益，维护证券市场秩序和社会公共利益，我国于1993年8月15日经国务院批准，1993年9月2日由国务院证券委员会发布与实施了《禁止证券欺诈行为暂行办法》（以下简称《办法》）。该《办法》的制定与实施，为加强我国证券市场管理，打击违法与犯罪活动提供了法律依据。

（二）证券欺诈行为的种类

1. 内幕交易行为

内幕交易行为是投资者利用尚未公开的、内幕人员熟知的内幕信息从事股票买卖，从而达到获取利益或减少损失的行为。

内幕交易包括下列行为：（1）内幕人员利用内幕信息买卖证券或者根据内幕信息建议他人买卖证券；（2）内幕人员向他人泄露内幕信息，使他人利用该信息进行内幕交易；（3）非内幕人员通过不正当的手段或者其他途径获得内幕信息，并根据该信息买卖证券或者建议他人买卖证券。

上述所称内幕信息，是指内幕人员所熟知的、尚未公开的和可能影响证券市场价格的重大信息。重大信息包括证券发行人发生的下列事项：（1）订立的重要合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果中的一项或者多项产生显著影响；（2）经营政策或经营范围发生重大变化；（3）发生重大投资行为或者购置金额较大的长期资产行为；（4）发生重大债务；（5）未能归还到期重大债务的违约情况；（6）发生重大经营性或非经营性亏损；（7）资产遭受重大损失；（8）生产经营环境发生重大变化；（9）可能对证券市场价格有显著影响的国家政策变化；（10）董事长或1/3以上的董事或总经理发生变动；（11）持有发行人5%以上的发行在外的普通股的股东，其持有该种股票的增减变化每达到该种股票发行在外总额的2%以上的事实；（12）发行人的分红派息、增资扩股计划；（13）涉及发行人的重大诉讼事项；（14）进入破产、清算状态；（15）发行人章程、注册资本和注册地址的变更；（16）因发行人无支付能力而发生相当于被退票人流动资金的5%以上的大额银行退票；（17）发行人更换为其审计的会计师事务所；（18）债务担保的重大变更；（19）股票的二次发行；（20）发行人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%；（21）发行人的董事、监事或者高级管理人员的行为可能依法负有重大损害赔偿责任；（22）发行人的股东大会、董事会或者监事会的决定被依法撤销；（23）证券监管部门作出禁止发行人有控股权的大股东转让其股份的决定；（24）发行人的收购或者兼并、合并或分立；（25）其他重大信息。

2. 操纵市场行为

操纵市场行为是利用职权或信息、资金等优势，以不正当手段影响证券市场价格，操纵市场的行为。

《禁止证券欺诈行为暂行办法》规定：禁止任何单位或者个人以获取利益或者减少损失为目的，利用其资金、信息等优势或滥用职权操纵市场，影响证券市场价格；制造证券市场假相，诱导或者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，扰乱证券市场秩序。

操纵市场的表现是：（1）通过合谋或者集中资金操纵证券市场的价格；（2）以散布谣言等手段影响证券发行、交易；（3）为制造证券的虚假价格，与他人串通，进行不转移证券所有权的虚买虚卖；（4）出售或要约出售其并不持有的证券，扰乱证券市场秩序；（5）以抬高或压低证券交易价格为目的，连续交易某种证券；（6）利用职务便利，人为地压低或者抬高证券价格；（7）其他操纵市场的行为。

3. 欺诈客户的行为

欺诈客户的行为是指证券经营机构、发行人或其代理人向客户隐瞒真实情况，违背客户意志而损害客户利益进行证券交易的行为。

《禁止证券欺诈行为暂行办法》规定：禁止任何单位或者个人在证券发行、交易及其相关活动中欺诈客户。欺诈客户的行为包括：（1）证券经营机构将自营业务和代理业务混合操作；（2）证券经营机构违背代理人的指令为其买卖证券；（3）证券经营机构不按国家有关法规和证券交易场所业务规则的规定处理证券买卖委托；（4）证券经营机构不在规定时间内向被代理人提供证券买卖书面确认文件；（5）证券登记、清算机构不按国家有关法规和本机构业务规则的规定办理清算、交割、过户、登记手续；（6）证券登记、清算机构擅自将顾客委托保管的证券用作抵押；（7）证券经营机构以多获取佣金为目的，诱导顾客进行不必要的证券买卖或者在客户帐户上翻炒证券；（8）发行人或者发行代理人将证券出售给投资者时，未向其提供招募说明书；（9）证券经营机构保证客户的交易收益或者允诺赔偿客户的投资损失；（10）其他违背客户真实意志，损害客户利益的行为。

4. 虚假陈述行为

虚假陈述行为是指行为人对证券的发行、交易及相关活动的事实、性质、前景、法律等事项作出的不实、严重误导或者含有重大遗漏的，以任何形式的虚假陈述或诱导，致使投资者在不明真相情况下，作出投资决定的行为。

虚假陈述行为包括：

（1）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；（2）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；（3）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；（4）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；（5）在证券发行、交易及相关活动中的其他虚假陈述。

（三）证券欺诈行为的法律责任

1. 行政责任

根据《禁止证券欺诈行为暂行办法》规定，具有下列行为之一的，应当视不同情况，分别承担不同程度的行政责任：

（1）内幕人员以不正当手段或者通过其他途径获得内幕信息的其他

人员违反规定，泄露内幕信息，根据内幕信息买卖证券或者建议他人买卖证券的，根据不同情况，没收非法所得，并处5万元以上50万元以下的罚款。

(2) 发行人在发行证券中有内幕交易行为，或者违反规定有上述所列虚假陈述行为的，根据不同情况，单处或者并处警告、责令退还非法所筹资金、没收非法所得、罚款、停止或者取消其证券发行或上市的资格。

(3) 证券经营机构、证券交易所、证券登记或者清算机构以及其他各类从事证券业的机构，有操纵市场行为、欺诈客户行为及虚假陈述行为的，根据不同情况，单处或者并处警告、没收非法所得、罚款、限制或者暂停其证券经营业务或者撤销其证券经营业务许可、其从事证券业务的许可。

对于个人有操纵市场行为、欺诈客户行为及虚假陈述行为的，根据不同情况，对直接责任者单处或者并处警告、没收非法所得，处以不同数额的罚款。

2. 民事责任

凡实施了欺诈客户行为，并因此给客户造成损失的，应法承担民事赔偿责任。

3. 刑事责任

上述机构的人员的违法行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第六节 土地管理法律制度

一、土地管理法概述

(一) 土地管理法的概念

土地管理法是调整因土地的保护、开发和利用而发生的经济关系的法律规范的总称。

1986年6月25日，第六届全国人大常委会第十六次会议通过了《中华人民共和国土地管理法》（以下简称《土地管理法》）。该法自1987年1月1日起施行。

1988年12月29日，第七届全国人大常委会第五次会议通过《关于修改〈中华人民共和国土地管理法〉的决定》。

《土地管理法》的立法宗旨是通过制定该法，来加强土地管理，维护土地的社会主义公有制，保护、开发土地资源，合理利用土地，切实保护耕地，以适应社会主义现代化建设的需要。

我国《土地管理法》适用于中国境内的一切全民所有制单位和集体所有制单位以及公民个人。中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业使用土地的管理办法，由国务院另行规定。

(二) 我国的土地所有制形式和土地管理机关

1. 我国的土地所有制形式

中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地，但国有土地和集体所有的土地的使用权可以依法转让。土地使用权转让的具体方法，由国务院另行规定。

此外，国家为了公共利益的需要，可以依法对集体所有的土地实行征用。对于国有土地，国家依法执行国有土地有偿使用制度。国有土地有偿使用的具体办法，由国务院另行规定。

2. 土地管理机关

(1) 国务院土地管理部门主管全国土地统一管理工作。

(2) 县级以上地方人民政府土地管理部门主管本行政区域内的土地的统一管理工作，机构设置由省、自治区、直辖市根据实际情况确定。

(3) 乡级人民政府负责本行政区域内的土地管理工作。

(三) 土地的所有权和使用权

1. 国家所有与集体所有的土地

《土地管理法》的规定：城市市区的土地属于全民所有，即国家所有；农村和城市郊区的土地，属于集体所有，但法律规定属于国家所有的除外；宅基地和自留地、自留山，属于集体所有。

2. 土地使用权的取得

(1) 国有土地可以依法确定给全民所有制单位或集体所有制单位使用。

(2) 国有土地和集体所有的土地可以依法确定给个人使用。使用土地的个人，有保护、管理和合理利用土地的义务。

(3) 集体所有的土地依照法律属于农村农民集体所有，由农村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。

3. 集体土地所有权的确认

集体所有的土地，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权。确认林地、草原的所有权，应分别依照《森林法》、《草原法》的有关规定办理。依法改变土地的所有权的，必须办理土地权属变更登记手续，更换证书。

4. 土地的承包经营

集体所有的土地，全民所有制单位、集体所有制单位使用的国有土地，可以由集体或者个人承包经营，从事农、林、牧、渔业生产。承包经营土地的集体或者个人，有保护和按照承包合同规定的用途合理利用土地的义务。土地的承包经营权受法律保护。

5. 土地所有权和使用权争议及其解决

土地所有权和使用权争议，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府处理。

全民所有制单位之间、集体所有制单位之间、全民所有制单位和集体所有制单位之间的土地所有权和使用权争议，由县级以上人民政府处理。

个人之间、个人与全民所有制单位和集体所有制单位之间的土地使用权争议，由乡级人民政府或者县级人民政府处理。

当事人对上述有关人民政府的处理决定不服的，可以在接到处理决定通知之日起 30 日内向人民法院起诉。但在土地所有权和使用权争议解决以前，任何一方不得改变土地现状，不得破坏土地上的附着物。

二、土地的利用和保护

（一）土地调查统计制度与土地利用总体规划制度

1. 土地调查统计制度。国家建立土地调查统计制度。县级以上人民政府土地管理部门会同有关部门进行土地调查统计。

2. 土地利用总体规划制度。各级人民政府编制土地利用总体规划，地方人民政府的土地利用总体规划经上级人民政府批准执行。城市规划和土地利用总体规划应当协调，在城市规划区内，土地利用应当符合城市规划。在江河、湖泊的安全区内，土地利用应当符合江河、湖泊综合利用规划。

（二）国有土地使用权的收回

使用国有土地，有下列情形之一的，由土地管理部门报县级以上人民政府批准，收回用地单位的土地使用权，注销土地使用证：

1. 用地单位已经撤销或者迁移的；
2. 未经原批准机关同意，连续 2 年未使用土地的；
3. 不按规定用途使用土地的；
4. 公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。

三、国家建设用地

（一）国家建设征用土地的程序及批准权限

为了进行经济、文化、国防建设，兴办社会公共事业，国家需要征用集体所有的土地或者使用国有土地。按照国家规定，列入国家固定资产投资计划的或者准许建设的国家建设项目，只有经过批准，建设单位方可申请用地。

1. 国家建设征用土地的程序

国家建设征用土地，建设单位必须持国务院主管部门或者县级以上地方人民政府按照国家基本建设程序批准的设计任务书或者其他批准文件，由县级以上地方人民政府审查批准后，由土地管理部门划拨土地。国家建设征用土地，被征单位应当服从国家需要，不得阻挠。国家建设所征用的集体所有的土地，所有权属于国家，用地单位只有使用权。

2. 国家建设征用土地的审批权限

国家建设征用耕地 1000 亩以上，其他土地 2000 亩以上的，由国务院批准；征用省、自治区行政区域的土地，由省、自治区人民政府批准，征用直辖市行政区域内的土地，由直辖市人民政府批准；征用耕地 3 亩以下，其他土地 10 亩以下的，由县级人民政府批准。

直辖市的区人民政府和县人民政府的批准权限以及省辖市、自治州人民政府的批准权限，分别由直辖市人民代表大会常务委员会和省、自治区人民代表大会常务委员会决定。

（二）土地建设征用土地，由用地单位支付土地补偿费。征用耕地的补偿费，为该耕地被征用前 3 年平均年产值的 3 至 6 倍。征用其他土地的补偿费标准，由省、自治区、直辖市参照征用耕地的补偿费标准制定。

被征用土地上的附着物和青苗的补偿标准，由省、自治区、直辖市规定。片用城市郊区的菜地，用地单位应当按照国家有关规定缴纳新菜地开发建设基金。

（三）安置补助费的计算与支付

国家建设征用土地，用地单位除支付补偿费外，还应当支付安置补助费。

征用耕地的安置补助费，按照需要安置的农业人口数计算，需要安置的农业人口数，按照被征用的耕地数量除以征地前被征单位平均每人占有耕地的数量计算。征用其他土地的安置补助费标准，由省、自治区、直辖市参照征用耕地的安置补助费标准规定。若依照上述规定支付土地补偿费和安置补助费，尚不能使需要安置的农民保护原有生活水平的，经省、自治区、直辖市人民政府批准，可以增加安置补助费。但是，土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征用前 3 年平均年产值的 20 倍。大中型水利、水电工程建设征用土地的补偿费标准，由国务院另行规定。

国家建设征用土地的各项补偿费和安置补助费，除被征土地上属于个人的附着物和青苗的补偿费给本人外，由被征单位用于发展生产和安排因土地被征用而造成的多余劳动力的就业和不能就业人员的生活补助，不得移作他作用，任何单位和个人不得占用。

四、乡（镇）村建设用地

（一）乡（镇）村建设规划

乡（镇）村建设应当按照合理布局、节约用地的原则制定规划，经县级人民政府批准执行。城市规划区内的乡（镇）村建设规划，经市人民政府批准执行。

农村居民住宅建设乡（镇）村企业建设乡（镇）村公共设施、公益事业建设等乡（镇）村建设，应当按照乡（镇）村建设规划进行。

（二）农村居民住宅用地

农村居民住宅，应当使用原有的宅基地和村内空闲地。使用耕地的，经乡级人民政府审核后，批县级人民政府批准；使用原有的宅基地、村内空闲地和其他土地的，由乡级人民政府批准。

农村居民建住宅使用土地，不得超省、自治区、直辖市规定的标准。出卖、出租住房后再申请宅基地的，不予批准。

（三）乡（镇）村企业建设用地的审批

乡（镇）村企业建设需要使用土地的，必须严格控制，必须符合省、自治区、直辖市根据乡（镇）村企业的不同行业和经营规模分别规定的用地标准。乡（镇）村企业建设用地必须持县级以上地方人民政府批准的设计任务书或其他批准文件，向县级人民政府土地管理部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。

（四）乡（镇）村公共设施、公益事业建设用地的审批

乡（镇）村公共设施、公益事业建设，需要使用土地的，经乡级人民政府审核，向县级人民政府土地管理部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。

（五）乡镇非农业户口居民需要使用集体所有土地的审批城镇非农业户口居民建住宅，需要使用集体所有的土地的，必须经县级人民政府批准，其用地面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准，并应参照国家建设征用土地的标准支付补偿费和安置补助费。

五、违反土地管理法的法律责任

（一）单位和个人未经批准或骗取批准的法律责任

1. 全民所有制单位、城市集体所有制单位未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，并处罚款；对非法占地单位的主管人员由其所在单位或者上级机关给予行政处分。超过批准的用地数量占用土地的，多占的土地按照非法占用土地处理。

2. 乡（镇）村企业未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款。超过批准的用地数量占用土地的，多占的土地按照非法占用土地处理。

3. 农村居民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的房屋。

4. 城镇非农业户口居民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的房屋。

5. 国家工作人员利用职权，未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的房屋。并由其所在单位或者上级机关给予行政处分。

（二）非法批准占用土地的法律责任

无权批准征用、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的，超越批

准权限非法批准占用土地的，批准文件无效，对非法占用土地的单位主管人员或者个人由其所在单位或者上级机关给予行政处分；收受贿赂的，依照《刑法》有关规定追究刑事责任。非法批准占用的土地按照非法占用土地处理。

（三）其他违法行为及相应的法律责任

1. 买卖或者以其他形式非法转让土地的，没收违法所得，限期拆除或者没收在买卖或者以其他形式非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，并对当事人处以罚款；对主管人员由其所在单位或者上级机关给予行政处分。

2. 上级单位或者其他单位非法占用被征地单位的补偿费和安置补助费的，责令退赔，可以并处罚款，对主管人员由其所在单位或者上级机关给予行政处分；个人非法占用的，以贪污论处。

3. 依照《土地管理法》的规定临时使用土地，期满不归还的，以及依法规定土地使用权被收回，拒不交出土地的，责令交还土地，并处罚款。

4. 在耕地上违法挖土、挖沙、采石、深矿等，严重毁坏种植条件的，或者因开发土地，造成土地沙化、盐渍化、水土流失的，责令限期治理，可以并处罚款。

（四）法律责任的确认

《土地管理法》规定的行政处罚由县级以上地方人民政府土地管理部门决定，对农村居民非法占用土地的行政处罚可以由乡人民政府作出决定。当事人对行政处罚不服的，可以在接到处罚决定通知之日起 15 日内向人民法院起诉；期满不起诉，又不履行的，由作出处罚决定的机关申请人民法院强制执行。

受到限期拆除新建建筑物和其他设施的处罚的单位和个人，必须立即停止施工。对继续施工的，作出处罚决定的机关有权制止。拒绝、阻碍土地管理工作人员依法执行公务的，依照《治安管理处罚条例》的有关规定处罚。

侵犯土地的所有权或者使用权的，由县级以上地方人民政府土地管理部门责令停止侵犯，赔偿损失；当事人对处罚决定不服的，可以在接到处理通知之日起 30 日内向人民法院起诉。被侵权人也可以直接向人民法院起诉。

在变更土地所有权、使用权和解决土地所有权、使用权争议的过程中，行贿、受贿、敲诈勒索、贪污、盗窃国家和集体财物，或者煽动群众闹事，阻挠国家建设构成犯罪的，依照《刑法》有关规定追究刑事责任。

第七节 我国对外贸易法律制度

一、对外贸易法概述

(一) 对外贸易法的概念和特征

对外贸易法又称为外贸法。它是指调整一国与他国之间贸易关系及与贸易有关的国内法律规范的总称。在我国,为了发展对外贸易,维护对外贸易秩序,促进社会主义市场经济健康发展,第八届全国人大常委会第七次会议于1994年5月12日通过了《中华人民共和国对外贸易法》(以下简称《外贸法》),该法自1994年7月1日起施行。

我国的对外贸易是指货物进出口、技术进出口和国际服务贸易。

我国的外贸法具有下列两个基本特征:

1. 从我国的国情出发。所谓国情就是指我国建立社会主义市场经济体制正处于初级阶段,企业的经营机构尚未完全转换,企业自我约束、自我监督的机制尚不健全,如完全放弃外贸许可制,则会导致外贸秩序的混乱,因此,外贸法仍然确立了外贸企业许可制度。鉴于我国是个发展中国家,外贸法还规定:为建立和加快建立国内特定产业,为保障国际金融地位和国际收支平衡,必要时可以对进出口加以限制。在国际服务贸易方面,考虑到我国的服务贸易行业不发达,对国际服务贸易尚缺乏经验,因此,外贸法规定了我国只能根据缔结或参加的国际条约、协定逐步放开的原则,而不是采取货物与技术的自由进出口原则。

2. 向国际惯例靠拢。《外贸法》明确规定:国家实行统一的对外贸易制度。主要体现在:(1)对于禁止或限制进出口的货物和技术,只能基于外贸法规定的理由和方式进行,而外贸法规定的理由也完全符合关贸总协定;(2)对国内产业给予适度的保护,采用国际上通行的反倾销、反补贴、保障措施等制度;(3)外贸法明确规定外贸经营者依法自主经营、自负盈亏。国家鼓励发展对外贸易的政策,将通过采取各国普遍实行的促进措施,如设立专门的促进外贸发展的金融机构,设立外贸发展基金、风险基金,实行出口退税等来实现。

(二) 对外贸易法的基本原则

国家之间的经济贸易往来,涉及到国家的主权、经济利益、法律适用等许多问题,因此,在我国对外贸易中必须遵循或贯彻一定的基本原则,根据《对外贸易法》规定,主要包括下列几项基本原则:

1. 尊重国家主权原则

该项原则要求在国家之间贸易关系上,互相尊重对方的社会经济制度、政治独立、经济自主,不得损害对方的独立自主原则;不得对他方进行干涉、渗透、控制和颠覆;不得操纵他国的经济命脉或对别国发号施令。

2. 贯彻平等互利的原则,促进与发展同其他国家和地区的贸易关系

平等互利是指国家之间的贸易往来,在法律地位上是平等的,经济上对等并且互为有利。

3. 最惠国待遇和国民待遇原则

最惠国待遇是指一国在贸易、航海、关税国民法律地位等方面给予另一国的优惠待遇不得低于现时或将来给予任何第三国的优惠待遇。最惠国待遇本质上是国与国之间的待遇,分为无条件的最惠国待遇和有条件的最惠国待

遇。国民待遇是指一国给予外国自然人、法人或商船以本国自然人、法人或商船所享有的民事方面的同等待遇，我国《对外贸易法》规定的最惠国待遇和国民待遇是有条件的。例如第6条规定：“中华人民共和国在对外贸易方面根据缔结或者参加的国际条约、协定，给予其他缔约方、参加方或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇。”

4. 国家实行统一、公平、自由的对外贸易原则

(三) 我国对外贸易工作的管理机构

根据《外贸法》规定，国务院对外贸易经济主管部门主管全国对外贸易工作。国务院对外贸易经济主管部门和国务院有关部门依法对货物、技术、国际服务贸易进行管理。

二、对外贸易法律规定

(一) 对外贸易经营者

对外贸易经营者是指依照《外贸法》规定从事对外贸易经营活动的法人和其他组织。对外贸易经营者依法自主经营、自负盈亏。并在对外贸易经营活动中，应当信守合同，保证商品质量，完善售后服务。

从事货物进出口与技术进出口的对外贸易经营，须经国务院对外贸易经济主管部门许可，并必须具备下列条件：

1. 有自己的名称和组织机构；
2. 有明确的对外贸易经营范围；
3. 具有其经营的对外贸易业务所必需的场所、资金和专业人员；
4. 委托他人办理进出口业务达到规定的实绩或者具有必需的进出口货源；
5. 法律、行政法规规定的其他条件。

国际服务贸易企业和组织的设立及其经营活动，应当遵守《对外贸易法》和其他有关法律、行政法规的规定。

没有对外贸易经营许可的组织或者个人，可以在国内委托对外贸易经营者在其经营范围内代为办理其对外贸易业务。

(二) 货物进出口与技术进出口

国家准许货物与技术的自由进出口，但法律、行政法规另有规定的除外。

1. 国家限制货物与技术进口或者出口的规定

《外贸法》规定，属于下列情形之一的货物、技术，国家可以限制进口或者出口：

- (1) 为维护国家安全或者社会公共利益，需要限制进口或者出口的；
- (2) 根据中华人民共和国所缔结或者参加的国际条约、协定的规定，需要限制进口或者出口的；
- (3) 国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的国内资源，需要限制出口的；
- (4) 输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；
- (5) 为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；
- (6) 对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的；
- (7) 为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的；

2. 国家禁止货物与技术进口或者出口的规定

《外贸法》规定，属于下列情形之一的货物、技术，国家禁止进口或者出口：

- (1) 危害国家安全或者社会公共利益的；
- (2) 为保护人们的生命或者健康，必须禁止进口或者出口的；
- (3) 破坏生态环境的；
- (4) 根据中华人民共和国所缔结或者参加的国际条约、协定的规定，

需要禁止进口或者出口的。

根据《外贸法》规定，对上述限制进口或者出口的货物，实行配额或者许可证管理；对限制进口或者出口的技术，实行许可证管理。实行配额或者许可证管理的货物、技术，必须依照国务院规定经国务院对外贸易经济主管部门或者由其会同国务院有关部门许可，方可进口或者出口。

(三) 国际服务贸易

国家促进国际服务贸易的逐步发展。我国在国际服务贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定中所作的承诺，给予其他缔约方、参加方市场准入和国民待遇。

1. 国家限制国际服务贸易的规定

国家基于下列原因之一的，可以限制国际服务贸易：

- (1) 为维护国家安全或者社会公共利益；
- (2) 为保护生态环境；
- (3) 为建立或者加快建立国内特定的服务行业；
- (4) 为保障国家外汇收支平衡；
- (5) 法律、行政法规规定的其他限制。

2. 国家禁止国际服务贸易的规定

- (1) 危害国家安全或者社会公共利益的；
- (2) 违反中华人民共和国承担的国际义务的；
- (3) 法律、行政法规规定禁止的。

(四) 对外贸易秩序

1. 对外贸易经营者在对外贸易活动中的职责

(1) 对外贸易经营者在对外贸易活动中，应当依法经营，公平竞争，不得有下列违法行为：伪造、变造或者买卖进出口原产地证明、进出口许可证；侵害中国法律保护的知识产权；以不正当竞争手段排挤竞争对手；骗取国家的出口退税及其他违反法律、行政法规的行为。

(2) 对外贸易经营者在对外贸易经营活动中，应当依照国家有关规定结汇、用汇。

2. 国家对国内产业的保护措施

(1) 因进口产品数量增加，使国内相同产品或者与其直接竞争的产品生产者受到严重损害，或者严重损害的威胁时，国家可以采取必要的保障措施，消除、减轻这种损害或者威胁；

(2) 产品以低于正常价值的方式进口，并由此对国内已建立的相关产业造成实质损害或者产生实质损害的威胁，或者对国内建立相关产业造成实质阻碍时，国家可以采取必要措施，消除、减轻这种损害、或者损害的威胁或者阻碍。

(3) 进口的产品直接、间接地接受出口国给予的任何形式的补贴，并

由此对国内已建立的相关产业造成实质损害或者产生实质损害的威胁，或者对国内建立相关产业造成实质阻碍时，国家可以采取必要措施，消除、减轻这种损害，或者损害的威胁、阻碍。

（五）对外贸易促进

为了发展对外贸易，促进对外贸易健康发展，国家规定与采取了有关促进对外贸易发展的措施。主要包括下列几项：

1. 国家根据对外贸易发展的需要，建立和完善为对外贸易服务的金融机构，设立对外贸易发展基金、风险基金。

2. 国家采取进出口信贷、出口退税及其他对外贸易促进措施，发展对外贸易。

3. 进出口商会依照法律和章程对其会员的对外贸易经营活动进行协调指导，提供咨询服务，向政府有关部门反映会员有关对外贸易促进方面的建议，并积极开展对外贸易促进活动。

4. 中国国际贸易促进组织依照章程开展对外联系，举办展览，提供信息、咨询服务和其他对外贸易促进活动。

（六）法律责任

根据《对外贸易法》规定，对违反《外贸法》有关规定的行为，视情节不同，给予不同的处罚。包括行政处罚和刑事处罚。凡构成犯罪的，依照刑法有关规定，追究行为人的刑事责任。不构成犯罪的，依照有关行政法规或《对外贸易法》规定，追究行政责任。具体包括下列几种情况：

1. 对走私禁止进出口或者限制进出口的货物、技术构成犯罪的，依照惩治走私罪的补充规定追究刑事责任；不构成犯罪的，依照海关法的规定处罚。国务院对外贸易经济主管部门可以撤销其对外贸易经营许可。

2. 对伪造、变造进出口原产地证明、进出口许可证的，依照刑法规定追究刑事责任。对单位构成犯罪的行为，判处罚金，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员追究刑事责任。国务院对外贸易经济主管部门可以撤销其对外贸易经营许可。

3. 国家对外贸易工作人员玩忽职守、询私舞弊、滥用职权或利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益等行为，构成犯罪的，依照刑法有关规定，追究刑罚责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

案例

[案例一]

案情：某肉联厂与罐头厂签订了冻牛肉购销合同。合同规定：肉联厂从1993年12月起向罐头厂供货，至1994年3月止，分批供应800吨，单价5400元，总价款432万元。罐头厂在1994年1月30日前付货款200万元，余款于1994年6月底全部付清。

问题与思考：

1. 案中的合同为何种合同？

2. 如果合同履行至1994年1月15日，冻牛肉市场价格大幅上涨，肉联厂要求提高冻牛肉单价。应通过何种方式？如果双方在合同中没有约定变更合同的通知的答复期限，1994年：月20日，肉联厂向罐头厂发出电报，

要求提高单价 150 元，即单价为 690 元。当日罐头厂收到电报，但至 1994 年 2 月 10 日，罐头厂才回电报，不同意提高单价。请问，每吨冻牛肉的价格以多少标准？为什么？

3. 设合同履行至 1994 年 1 月 15 日，因冻牛肉市场价大幅上升，肉联厂在未与罐头厂协商一致的情况下，停止供应，将原准备履约的 300 吨冻牛肉卖给另一肉制食品加工厂。

(1) 合同规定，肉联厂违约，应偿付不履行部分的 25%，是否过多？为什么？

(2) 假设合同中没有规定违约金，应采取什么方式补偿罐头厂的损失？

(3) 假设肉联厂停止履行合同给罐头厂造成 5 万元损失，合同规定的 25% 的违约金不足以补偿怎么办？

(4) 假设罐头厂在获得违约救济后，仍要求肉联厂继续履行合同，合法吗？为什么？

4. 设：1994 年 1 月 15 日后，肉联厂在未与罐头厂协商一致的情况下毁约，将原备履约的 300 吨冻牛肉售与另外一肉制食品厂。合同签订时，罐头厂曾给付肉联厂 8 万元定金。在此情况下，应如何处理这 8 万元定金？

5. 设 1994 年 1 月 15 日，因天降大雪，肉联厂至罐头厂的公路被大雪覆盖达半月之久，无法行车，肉联厂与罐头厂两地之间不通火车，以至所备 300 吨冻牛肉无法交货。问：

(1) 在此情况下，肉联厂是否违约？

(2) 在此情况下，应如何处理？肉联厂负什么义务？

6. 1994 年 3 月，肉联厂已全部履行其合同义务。余款 232 万元在 6 月底前只付清了 120 万元欠款，尚有 112 万元欠款。

(1) 肉联厂起诉至法院，法院应作何判决？除诉讼外，还有什么方式？

(2) 假如肉联厂在 1994 年 5 月同甲厂合并，组建成某市肉联有限责任公司，则这 112 万元欠款由谁来偿还？

(3) 假如 1994 年 7 月 15 日，肉联厂向人民法院提起了诉讼，1994 年 8 月 20 日，罐头厂的其他债权人向人民法院提出了破产申请。人民法院受理了该案。此时对于肉联厂的起诉该如何处置？

(4) 1994 年 1 月，人民法院裁定，宣告罐头厂破产，此时，对于肉联厂的 112 万元欠款及其利息，该如何处置？

(5) 假如罐头厂曾以自己的固定资产作为抵押物，为其债务作担保，那么罐头厂被宣告破产后，如何处置罐头厂欠肉联厂的 112 万元欠款？

7. 以下关于违约金的论断，正确的是。

(1) 违约金只有在一方当事人违约给另一方造成损失的情况下，才承担。

(2) 违约和定金可以并行适用。

(3) 违约金不足以补偿给对方造成的损失时，违约金具有补偿的性质。

(4) 违约金数量超过给对方造成的损失，违约金具有惩罚性质。

参考答案：

1. 本合同为农副产品购销合同。

2. (1) 肉联厂要求提高冻牛肉的单价，是要求变更合同。《经济合同法》第二十六条规定：“当事人双方经协商同意，并且不因此损害国家利益和社会公共利益，允许变更或解除经济合同。”所以，肉联厂与罐头厂协商

一致，方可提高冻牛肉的价格。

此外，《经济合同法》第二十七条规定：“变更或解除经济合同的通知或协议，应当采取书面形式（包括文书、电报等）。”因此，肉联厂应当以书面形式向罐头厂提出变更合同的要求。

（2）该合同价格应以 690 元为准。

《农副产品购销合同条例》第 11 条规定：“当事人一方接到另一方要求变更或解除合同的建议后，应在收到通知之日起 15 天内作出答复，当事人另有约定的，按约定的期限答复，超过规定（约定）期限不做答复的，即视为默认”。在本案中，肉联厂以书面方式于 1 月 20 日发出要求变更合同的通知，在合同中，双方当事人没有约定对变更合同的通知作答复的期限，因此，应适用《农副产品购销合同条例》中规定的 15 日期限，故罐头厂应在 1994 年 2 月 3 日前予以答复。逾期不作答复，法律推定其作出了变更合同的承诺。所以，该合同中冻牛肉的单价应以变更后的 690 元为准。

3.（1）合同约定的 25% 违约金是合法的。《农副产品购销合同条例》规定了该类合同的违约金幅度，即：“如因违约自销而不履行合同时，（供方）应向需方偿付不履行合同部分 5% 至 25% 的违约金。”合同规定的违约金比例是符合法律规定的。

（2）应当要求肉联厂赔偿罐头厂的实际损失。实际损失为肉联厂违约给罐头厂造成的直接损失与间接损失之和。

（3）《经济合同法》第三十一条规定：“如果由于（当事人）违约已给对方造成的损失超过违约金的，还应进行赔偿，补偿违约金的不足部分。”所以，肉联厂应赔偿罐头厂的实际损失与违约金之间的差额部分。

（4）合法。《经济合同法》第三十一条规定：“（一方当事人违约），对方要求继续履行的，应继续履行。”

4.《民法通则》第八十九条第四款规定：“当事人一方在法律规定范围内可以向对方给付定金。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合同的，无权要求返还定金。接受定金的一方不履行债务的，应当双倍返还定金。”本案中，肉联厂部分违约，没有履行 300 吨冻牛肉的交货义务，对没有履行的部份应双倍返还定金。罐头厂有权收回 5 万元的定金，并且肉联厂还应双倍返还 6 万元定金。

（1）肉联厂无法交货是违约。但可以免予承担违约责任。

（2）《经济合同法》第三十条规定：“当事人一方由于不可抗力的原因不能履行合同的……，在取得有关证明之后，允许延期履行、部份履行或者不履行，并可根据情况部分或全部免予承担违约责任。”根据提供的情况看，天降大雪无法行车，是不可抗力，在不可抗力影响当事人履行合同时，可以适用《经济合同法》第三十条的规定。就本案情况看，不可抗力致使无法行车达半月，因而，肉联厂履约的期限也可顺延半月。

在不可抗力出现的情况下，肉联厂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，并且取得有关不可抗力发生的证明。否则，当事人无权就本应避免的、而实际扩大的损失要求免责。

6.

（1）法院在查明事实的基础上，应当判决罐头厂偿付 112 万元欠款给肉联厂，并且还应由罐头厂承担逾期付款的违约责任。即按中国人民银行有关延期付款的规定处理。

肉联厂还可以向人民法院申请支付令；如果双方当事人合同中订有仲裁条款或事后达成仲裁协议，也可以通过仲裁方式解决合同纠纷。

(2) 肉联厂的 112 万元债务由某市肉联有限责任公司承担。因为，合并后存在的企业对合并前合并企业的债权债务应全部承担法律责任。

(3) 《中华人民共和国企业破产法（试行）》规定：“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。”因此，应当中止人民法院已开始的诉讼程序。

(4) 根据《破产法》的规定，肉联厂和债权属于破产债务，应从罐头厂的破产财产中按比例得以清偿。

(5) 根据《破产法》的规定，肉联厂的固定资产已作为其履行合同义务的担保，已作为担保物的财产不属于破产财产；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。担保物的价款不足以清偿其所担保的债务的，未得到清偿部分列为破产债权。

7. 正确选项为：(2)、(3)、(4)。

[实例二]

案情：某服装厂与某服务公司签订了一份服装合同。其文本如下：

供货合同

卖方：某服装厂

买方：某服务公司

(1) 卖方为买方生产 200 件工作服。买方向卖方提供所需布料 400 米。

(2) 卖方于 1992 年 10 月自备车辆将工作服送到买方处，运费由买方负担。交货时双方共同验收。

(3) 买方向卖方支付货款 × × 元。货到付款。

卖方：某服装厂（章）

买方：某服务公司生产部（章）

1992 年 8 月 5 日

问题：请你指出以上合同的不完善之处。

参考答案：该合同不完善之处主要有以下几点：

(1) 该合同不是供货合同实际应为加工承揽合同中的加工合同。

(2) 合同双方当事人相应地由买方和卖方改为定作方和承揽方。

(3) 该合同没有规定承揽方应得到的报酬。

(4) 该合同缺少合同主要条款中的违约金条款。双方应协商违约金的比例并写入合同中。

(5) 合同中没有规定工作服的规格、型号、样式等，对原材料的名称、质地、规格也应在条款中加以具体化。

(6) 合同没有规定双方验收定作物的标准，应增加验收标准，或写明“按样品验收”。

(7) 服务公司生产部不是法人，无签订经济合同的资格，故应改为服务公司的公章或合同专用章。

[案例三]

案情：1988 年 7 月 20 日，新加坡某贸易公司与我国某省畜产品进出口公司签订购买混级安哥拉兔毛的合同。贸易公司为买方，进出口公司为卖方。进出口公司与某贸易货栈联系，购买其兔毛以履行合同。进出口公司提出，质量标准要达到特、甲、乙三个等级的兔毛各占 30%，丙级和次级的各占 5

%。不得掺杂使假。贸易货栈表示保证质量合乎要求。进出口公司要求签合同，贸易货栈不同意，言明他们是现货交易，如果当时不成交，第二天就将货卖给别人。进出口公司轻信贸易货栈的保证与许诺，与之达成口头协议，每斤 90 元，但在装货时，进出口公司的经办人发现一包缝口破裂的兔毛包中混有许多石块、石粉、砖头等杂物，检查了几包，都存在这种情况。经办人当即质问贸易货栈，贸易货栈在搪塞之下，提出可采取其他办法。在开发票时，贸易货栈开出的发票中写为每斤兔毛 103.50 元，而将每斤多交的 13.5 元作为回扣给了进出口公司的经办人员，达 25 万元之多。

进出口公司购人兔毛后，即电传通知新加坡某贸易公司，兔毛已备齐，数量、质量合乎要求。于是，新加坡公司开出了以进出口公司为受益人的不可撤销的信用证。进出口公司接证后发货。新加坡公司收货后，发现了严重的质量问题，于是拒收货物，并立即对进出口公司的行为提出抗议，要求赔偿自己的一切损失。

问题：

1. 进出口公司与新加坡某贸易公司之间的合同是否有效？为什么？

2. 就本案判断以下各题的正误：

(1) 新加坡公司拒收货物，要求赔偿损失是正当的。()

(2) 新加坡公司无拒收货物的权利，仅有要求赔偿的权利。()

(3) 进出口公司与贸易货栈之间的合同亦适用《涉外经济合同法》。

(4) 进出口公司的欺诈行为已构成严重违约，构成根本性违约，新加坡贸易公司有权解除合同。()

(5) 新加坡公司拒收进出口公司的货物后，在当地市场上以合理价格购买了原合同规定的同数量，同质量的兔毛，由价格上涨，多支出 50 万美元，此差额进出口公司应当赔偿。()

(6) 新加坡公司与进出口公司的合同中没有订明合同发生争议时的管辖法院和适用的法律，发生争议后，新加坡公司向我国法院起诉。根据最密切联系原则，我国法院适用《涉外经济合同法》。()

(7) 进出口公司经办人员私下收受巨额“回扣”，严重违法，司法机关应追究其刑事责任。()

3. 改变以上案情，假定我方进出口公司已将符合合同质量要求的兔毛备好并通知新加坡贸易公司。在即将交货运输时，进出口公司驻新加坡办事处传回信息，贸易公司的债权人在新加坡法院提出针对该公司的破产申请。在此情况下，我方进出口公司应当采取什么措施？请在以下选项中选择：

(1) 继续履行原合同，但要求新加坡公司提供担保；

(2) 中止履行合同，并立即通知新加坡公司。

(3) 向法院起诉新加坡公司违约。

4. 假如案情如题 3 所述，进出口公司已中止履行合同，但实际上是进出口公司驻新加坡办事处听信了贸易公司竞争对手的谣言，传回的假信息。但进出口公司已中止履行合同，在此情况下，进出口公司应承担什么责任？请在以下选项中选择：

(1) 进出口公司恢复履行原合同即可；

(2) 进出口公司的行为是一种违约行为；

(3) 进出口公司没有新加坡贸易公司不能履行合同的确切证据，中止了合同的履行，具有过错；

(4) 如合同中规定了违约金，进出口公司应如约偿付；如没有规定，但由于其中止合同的行为给新加坡公司造成了经济损失，则进出口公司应负赔偿责任。

(5) 假如案情如题 3 所述，进出口公司中止了合同的履行并立即通知新加坡方。

那么以下选项中所列的进出口公司的几种行为中，哪几种符合我国《涉外经济合同法》的有关规定：

(1) 如果新加坡公司不能提供履约担保，则进出口公司有权通知其解除合同，并追究其违约责任；

(2) 如果新加坡公司提供的履约保证不充分，进出口公司有权解除合同；

(3) 如果新加坡公司提供充分担保已超过合理的期限；进出口公司可不予接受，并有权解除合同。

(4) 如果新加坡公司向进出口公司提供了银行担保，即以新加坡 × × 银行（资信颇佳）作为共同履约的保证人，则进出口公司应当恢复履行合同，否则，应承担违约责任。

5. 简要回答《涉外经济合同法》中对预期性违约与根本性违约的不同规定。

6. 在本案中，进出口公司违约后，新加坡贸易公司要求解除合同并要进出口公司偿付合同中所规定的违约金。但进出口公司认为合同中的违约金数偏高。就以上情况，选择正确选项：

(1) 由于违约金过高，进出口公司可自行拒交过高部分；

(2) 如果合同中规定了仲裁条款，进出口公司可向有关仲裁机构请求适当减少违约金数额，由仲裁机关决定；

(3) 如果合同中没有仲裁条款，争议后双方又未达成仲裁协议，进出口公司可以向法院请求适当减少违约金数额。

参考答案：1. 购买兔毛的涉外经济合同有效。

因为该合同是双方意思表示一致的结果，在签约时，进出口公司并没有对新加坡公司进行诈欺的故意。后来的诈欺行为是在合同的履行过程中所为，并不影响合同的效力。

2. (1) () (2) () (3) () (4) () (5) () (6) () (7) ()

3. (2) 4. (2)、(3)、(4) 5. (1)、(2)、(3)、(4)

7. (1) 所谓预期违约，指在合同规定的履行期到来之前，已有确切证据表明合同一方当事人将不会履行其合同义务，在此情况下，我国的涉外经济合同法赋予另一方当事人有中止履行合同的权力，但必须通知对方。如对方提供了履行合同的充分保证，该方应该继续履行合同，如对方不能提供充分保证，则该方有权解除合同，并采取其他补救措施。

(2) 所谓根本违约，指一方违反合同，以致严重影响了订立合同所期望的经济利益。我国的《涉外经济合同法》赋予非违约方以解除合同的权利，并有权要求违约方赔偿由于其违约所造成的经济损失。

8. (1)、(3)

[案例四]

案情：深圳某石油气管理站与香港九龙某建设有限公司在深圳签订购销

汽车合同。合同规定，港方公司向深圳石油气管理站出售“ISUZU”五十铃双排六座位工具车一辆，价格为43000港元，9月25日交货，货到深圳验收后7日内付款。

9月25日，港方公司没有交货，也未说明原因。在管理站的催促下，被告提出由于港币汇率下跌，日元汇率上升，无法按原协议价格交货，要求原告增加货款2000港元，或修改合同。管理站不同意，要求港方公司按原合同执行。但港方仍没有履行。此间，由于业务需要，管理站只好租用汽车。后因租车车费太高，同年11月20日，从另一港商处购得同型汽车，价格为49500港元。

同年11月25日，管理站向深圳市中级人民法院起诉，要求港方公司赔偿由于租车花费的租金和购车高出原合同的价款，共计港币12000港元。

问题：

1. 本案中，港方公司两次违约，管理站是否有权解除合同？为什么？
2. 在本案中，港方公司违约的情况下，管理站自行租车，后又买车，其行为合法吗？依据何在？
3. 管理站要求港商赔偿12000港元的要求合理吗？为什么？
4. 本案中，港商赔偿管理站的损失额以多少为宜？
(1) 12000港元；(2) 6500港元；(3) 2000港元

参考答案：

1. 管理站有权解除合同。根据《涉外经济合同法》，当事人一方有权解除合同的条件之一是：“另一方在合同约定的期限内没有履行合同，在被允许推迟履行的合理期限内仍未履行。”本案情况符合这一条件。

2. 管理站行为合法。

依据是：《涉外经济合同法》第二十二条，“当事人一方因另一方违反合同而受到损失的，应当及时采取适当措施防止损失扩大。”案中，管理站的行为是一种防止损失扩大的行为。

3. 管理站的行为不合理。

因为，在本案中，港方公司以汇率变化为由，要求管理站增付货款2000港元，但管理站先是租车用，后来又以高出原合同6500港元的价格从另一港商处购得同一型号的汽车，这些措施都是不适当的。《涉外经济合同法》第十九条规定：“当事人一方违反合同的赔偿责任，应当相当于另一方因此所受到的损失，但是，不得超过违反合同一方订立合同时应当预见到的因违反合同可能造成的损失。”

这一条相当于《国际货物买卖合同公约》中的“赔偿损失合理预见原则”。而在本案中，管理站提出求偿的12000元港币的损失明显背离了这一原则。

4. (3)

[案例五]

案情：1987年3月，广东省某研究所获得国家专利局授予的“医用不粘纱布”的专利。此种纱布将在很大程度上改进了现用纱布的不足，在实际应用中具有巨大的社会效益和经济效益，某省科龙贸易公司看到了这一点，遂于1988年1月向研究所提出了合作意向书，要求研究所将这项专利转让给科龙公司或者双方签订专利技术实施许可合同也可以。研究所不同意转让专利，但同意允许科龙公司实施专利。但双方在专利使用费和实施许可的种类

上存在严重分歧。研究所要科龙公司付使用费 30 万元，而科龙公司认为太高，显失公平。科龙公司要求双方签订独占实施许可合同，在全国只允许其一家获得此项技术来生产医用不粘纱布，而研究所坚决不同意，只允许签订非独占实施许可合同，在全国只允许其一家获得此项技术来生产医用不粘纱布，而研究所坚决不同意，只允许签订非独占性实施许可合同，双方因此不欢而散。此后科龙公司多次向研究所提出建议，且表示使用费可以再商量，公司可以作出让步。但研究所已无心再回应科龙公司的建议，反而认为先前所谈的 30 万使用费还是不高。于是将专利留在手中，待价而沽，以期获得巨额利益。其间，也有多家公司和企业与研究所洽谈，希望能得到此项专利技术，但均因研究所要价太高而未能达成一致。研究所不允许别的企业以合理的价格实施其专利，自己也不组织实施，至使该具有重大意义的专利闲置三年多。鉴于此，科龙公司于 1990 年 8 月向国家专利局提出申请，要求强制科龙公司许可实施此项专利。试回答下列问题：

1. 科龙公司是否有权请求专利局给予强制许可？说明理由。
2. 科龙公司要求专利局给予强制许可应准备哪些文件？
3. 若研究所的专利是一项外观设计专利，是否可以要求强制许可？
4. 假设科龙公司获得了专利局的强制许可后，又将该发明专利允许与其有业务往来的另一家公司使用，被专利局发现后予以制止，请问专利局的做法对吗？
5. 科龙公司根据研究所的专利技术生产出医用不粘纱布后，打算全部出口到某个国家以赚取外汇，但心中没底，不知道是否可以，遂向律师请教，你认为律师应如何回答？
6. 研究所在专利局给予了科龙公司强制许可后，出于气愤，将此项专利允许另一家同科龙公司在同一省的公司也实施该项专利，以此不让科龙公司独占市场。科龙公司闻讯后，向专利局提出异议，你认为专利局如何答复？
7. 科龙公司与研究所不能就强制许可使用费达成一致意见。专利局进行了裁决，但研究所仍不同意，你认为研究所可否向人民法院起诉？若不可以，说明理由；若可以，说明起诉的时效。

参考答案：1. 有权。专利法规定，具备实施条件的单位以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内获得这种许可的，专利局根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。专利法实施细则规定了合理长的时间为三年。本案中，科龙公司和其他企业之所以未获得专利权人的实施许可，主要是因为专利权人研究所借机索要高价。且其专利未实施，从 1987 年 3 月授予专利权之日到 1990 年 8 月科龙公司请求强制许可时，已过了 3 年 5 个月。

2. 应准备的文件是，强制许可请求书，说明理由并附具有关证明文件各一式两份。

3. 不可。因为法律仅规定发明和实用新型专利可以给予强制许可，并没有规定外观设计专利也可以给予实施强制许可。

4. 专利局的做法是对的。

专利法规定取得实施强制许可的单位或者个人无权允许他人实施。因此，科龙公司是无权允许另一家公司实施专利的。专利局的做法是正确的。

5. 专利法规定专利局作出的给予实施强制许可的决定，应当依据强制许可的理由规定实施的范围和时间，并限定强制许可实施主要为供应国内市场

的需要。因此，科龙公司生产出的医用不粘纱布应主要供应国内各单位，而不能全部用于出口。

6. 研究所的做法没有错误。专利法规定取得实施强制许可的单位或者个人不享有独占的实施权。因此，专利权人研究所有权允许另一家公司实施其专利，而不管其是否在同一省。

7. 专利法规定可以起诉。应在收到通知之日起 3 个月内向人民法院起诉。

[案例六]

案情：1986 年 6 月 18 日，某木材研究所（全民性质）工程师江某研制出一种万能拉杆锯，并于 1988 年 5 月取得了国家专利局的实用新型专利。木材研究所提出异议，认为江某的发明应当属于职务发明，专利局在查清事实后作了更正。当江某要求在专利文件上写明自己是发明人时，研究所所长汪某认为既然是职务发明，专利权属于单位，而他是该单位的法定代表人，理由应由他代表该研究所在专利文件上签字，故拒绝了江某的要求。同年 8 月 20 日，汪某指派该所在美国的代理人全权负责该实用新型专利在美国专利局注册申请的一切事宜。

1989 年 1 月，汪某与一机械厂订立了独占专利实施许可合同，1 月 3 日合同生效，当机械厂的法律顾问建议汪某将合同交专利局备案时，汪某认为不必，合同是双方签订的，且合同内容也没有违法。因此，不必向专利局备案。同年 5 月 6 日，汪某又与某木材加工厂签订了非独占专利实施许可合同，允许木材加工厂实施该项技术。由于木材加工厂没有设备生产这种万能拉杆锯，于是该厂将该项技术转让给了本地区的一个机械加工厂，由机械加工厂利用此项专利技术生产出万能拉杆锯供木材加工厂使用。发明人江某在看到研究所许可实施专利技术共获 8 万元的使甲费后，向汪某提出应分给他一定比例的钱作为奖金，但汪某认为当时获得专利权后已经付给了江某 40 元的奖金。因此，使用费的收入应归所里，江某再要求奖金太过分了，不但予以拒绝，且在全所大会上批评了江某的“一切向钱看”的思想。1990 年 6 月，市面上出现了仿冒的万用拉杆锯，汪某发现后，因当时数量很少，怕追究起来麻烦，就未加理会。直到 1993 年 5 月，汪某才要求专利管理机关进行处理，但却又说不出具体的侵权人，只好不了了之。同时，汪某利用职权私吞了专利实施使用费近 2 万元。后被研究所职工举报，于 1993 年 6 月被检察机关逮捕，并以贪污罪被法院判处 7 年有期徒刑。

根据上述情况，请指出汪某的违法之处并简述理由。若江某、木材加工厂和专利局也有违法之处，一并指出并简述理由。

参考答案：

1. 汪某的违法行为如下：

（1）不应拒绝江某要求在专利文件上署自己名字的正当要求。专利法第十七条规定：发明人或者发明人有在专利文件中写明自己是发明人或设计人的权利。汪某并不是万用拉杆锯的发明人，只是该研究所的所长，故其无权在专利文件中签字，而江某是发明人，有权署名。

（2）江某不能擅自派人在国外申请专利。

专利法第二十条规定：中国单位或者个人将其在国内完成的发明创造向外国申请专利的，应当首先向专利局申请专利，并经国务院有关主管部门同意后，委托国务院指定的专利代理机构办理。汪某既未征得任何国务院有关

部门的同意，也未委托国务指定的专利代理机构代理。因此，汪某的行为违反了专利法。

(3) 汪某应将研究所与机械厂订立的专利实施许可合同向专利局备案，且应自合同生效之日起3个月内，即最迟应在1989年4月3日前到专利局备案。

(4) 汪某不应再与木材加工厂签订合同。

根据专利法的规定，独占专利实施许可合同不但排除了被许可方以外的一切他方实施专利技术，而且专利权人自己也不能实施，更不用说专利权人又与别的厂家订立合同了。因此，既然研究所与机械厂签订的是独占实施许可合同，那么汪某再与木材加工厂订立合同显然是一种违法行为。

(5) 汪某发给发明人江某40元奖金太少。

根据专利法的规定，职务发明的专利权被授予后，专利权的持有单位应当对发明人或者设计人发给奖金。一项实用新型专利的奖金最低不少于50元，而汪某只发给了40元。显然是违法的，不公平的。

(6) 汪某不应拒绝江某从专利使用费中获得一定比例奖金的要求。

专利法实施细则规定：专利权持有单位在专利权的有效期限内，实施发明创造专利后，每年应当从实施发明或者实用新型所得利润纳税后提取0.5%—2%，作为报酬支付给发明人或者设计人。因此，江某的要求完全是正当合法的。

(7) 汪某要求专利管理机关调处专利侵权纠纷已超过了时效规定。

专利管理机关处理专利纠纷办法规定请求调处专利侵权纠纷的时效为2年，自专利权人或利害关系人得知侵权之日起计算。而汪某在1990年6月得知专利被侵权后，过了2年11个月才请求调处，又说不出具体的侵权人，只好任由专利被侵犯。

(8) 汪某私吞专利使用费，违反了刑法的规定，构成贪污罪。

2. 江某与专利局没有违法行为。木材加工厂不应将专利允许机械加工厂使用，因为法律规定专利实施许可合同的被许可方无权允许合同规定以外的单位或个人实施该专利。

[案例七]

案情：某省某市卷烟厂生产的“飞鸟”牌香烟远销全国许多省市，成为市场上的名牌香烟，十分抢手。为了拓宽销售渠道和获得更大的经济效益，该厂于1986年6月与某县卷烟厂签订了商标使用许可合同，允许县卷烟厂使用“飞鸟”牌注册商标。同时合同规定县卷烟厂应保证所产卷烟的质量，由市卷烟厂派遣技术人员以帮助其达到质量要求。还规定若县卷烟厂在经过帮助后仍达不到质量要求，则市卷烟厂可单方面终止合同，县卷烟厂表示同意。

合同签订后，市卷烟厂迟迟不将合同报商标局备案。而且县卷烟厂经营管理不善，经多次努力产品仍达不到质量要求，市卷烟厂于是根据合同规定终止了履行，并告之对方，要求不得继续使用其注册商标，但县卷烟厂私下仍将其劣质卷烟冠以“飞鸟”牌商标出售，市卷烟厂不得已，准备向法院起诉。

市卷烟厂所在地工商局发现该厂签订了商标使用许可合同后，多以责令其将合同副本交工商局存查，由工商局报商标局备案，并要求县卷烟厂附送国家烟草主管机关批准生产的证明文件。但两家卷烟厂对此置若罔闻，一直未按要求执行。市工商局遂报请商标局撤销市卷烟厂的注册商标。商标局经

过审查后，于 1988 年 5 月做出决定，撤销市卷烟厂的“飞鸟”牌注册商标，同时收缴两家卷烟厂的商标标识。

市卷烟厂对此不服，向商标评审委员会申请复审，同时以县卷烟厂侵犯其商标专用权为由，向法院起诉。商标评审委员会对市卷烟厂的复审申请进行审查后决定维持原商标局作出的撤销其“飞鸟”牌商标专用权的决定。市卷烟厂随后将“飞鸟”改为“大鸟”牌向商标局申请注册，图案一样，只是改动了一个字，商标局经过审查后予以驳回，不予核准。

在市卷烟厂诉县卷烟厂一案中，市卷烟厂诉称被告在许可合同终止后仍继续使用其注册商标，侵犯了其注册商标的专用权。被告县卷烟厂辩称：原告的“飞鸟”牌注册商标已被商标局撤销，所以其使用该商标不构成侵犯行为。根据上述案情回答下列问题：

1. 香烟的商标必须到商标局注册吗？法律规定还有哪些商品必须使用注册商标？

2. 对于市卷烟厂注册商标仅因未将合同副本报商标局备案而被撤销，这合法吗？

3. 假设市卷烟厂与某个体烟草加工户（未登记）签订了商标使用许可合同，请问这样的合同有效吗？简述理由。

4. 商标局对市卷烟厂申请注册的“大鸟”牌商标为什么予以驳回？

5. 根据商标法的规定，商标使用许可合同双方应履行哪些义务？

6. 判断下列各题正确与否，若错则改正。

（1）市卷烟厂将《商标注册证》遗失，向商标局重新申请补发的同时，在该市报上登了遗失声明。

（2）市卷烟厂另外注册了“羊山”牌香烟商标，但因连续三年未使用而被撤销。

（3）1987 年，为了让更多的人知道“飞鸟”牌香烟，市卷烟厂在省电视台做了一个月的广告。

（4）假设县卷烟厂得知商标局撤销了市卷烟厂的“羊山”牌商标后，立即向商标局提出了注册“羊山”牌商标的申请，商标局予以核准。

7. 对于市卷烟厂诉县卷烟厂一案，你认为县卷烟厂是否构成侵权？若构成侵权，说明理由；若不构成，此案应如何解决？

8. 选择（多项）

（1）受商标法保护的商标有：

a. 商品商标 b. 服务商标 c. 驰名商标

（2）注册商标的有效期为：（ ）

a. 5 年 b. 10 年 c. 20 年 d. 10 年 6 个月

参考答案：1. 香烟的商标必须到商标局进行注册。法律规定还有人用商标也必须到商标局注册。

2. 合法。商标法实施细则第三十五条规定：商标注册人签订的商标使用许可合同，应当在规定期限内，将合同副本交送其所在地县级工商行政管理机关存查，由许可人所在地县级工商行政管理机关报送商标局备案。若违反此规定，由工商行政管理机关责令限期改正；拒不改正的由许可人所在的地工商行政管理机关报请商标局撤销该注册商标，并收缴被许可人的商标标识。由于双方签订的是香烟商标使用许可合同，因此被许可方还应将国家烟草主管部门的批准文件一并附送。而这些要求卷烟厂未能做到，故被商标局

撤销了注册商标。

3. 合同无效。

因为商标使用许可合同的被许可方某个体烟草加工厂不符合商标法实施细则的规定，没有进行依法登记的个体工商户不具备签订商标使用许可合同的资格。主体不合格，故合同无效。

4. 驳回原因是：商标法规定注册商标被撤销后，自撤销之日起 1 年内，商标局对与该商标相同或近似的商标注册申请，不予核准。“飞鸟”与“大鸟”图案相同，仅一字不同，显为近似商标，故被驳回。

5. 商标法第二十六条规定，许可人的义务是监督被许可人使用其注册商标的商品质量；被许可人的义务是：（1）保证使用该注册商标的商品质量。（2）在使用该注册商标的商品上标明被许可人的名称和商品产地。

6. 各题答案如下

（1）

× 应在省级或省级以上报刊登载遗失声明。市报级别不够。

（2）

（3）× 法律规定烟草制品不允许在电台、电视台、报刊杂志等上作广告。

（4）

7. 县卷烟厂构成侵权。理由如下：

（1）县卷烟厂在商标使用许可合同终止后仍继续使用市卷烟厂的注册商标，构成侵权行为。

（2）县卷烟厂侵权在先，市卷烟厂商标被撤销在后，即在商标被撤销前仍受法律保护期间受到了侵权，因此是卷烟厂应负赔偿责任。

8. 答案：（1）a、b（2）b

[案例八]

案情：某市无线电厂生产的“散花”牌收音机，十分畅销。商标法公布后，无线电厂及时进行了注册，获得了该商标的专用权。但是好景不长。1994年2月，该无线电厂接到多次顾客投诉，称所购散花牌收音机质量低劣，用不了几天就坏了。该厂立即对产品进行质量检验，并未发现问题。待对投诉顾客购买的收音机检查之后，发现此种收音机根本不是该厂所生产，只是收音机的外形和商标相同，致使顾客误认为是该厂产品。经查，原来这种收音机是某市无线电二厂所为。又经过深入调查，发现无线电二厂所用商标是一无业游民李某勾结市印刷厂印刷的，由市印刷厂印好后交给李某，再由李某卖给无线电二厂，无线电二厂装配后又委托市家电经销部代为销售。家电经销部原先并不知是假冒收音机，后见质量低劣向无线电二厂询问才知，但见销路挺好，获利颇丰，也就不再追究下去。同时该经销部还勾结市邮局职工左某为此种假冒收音机的邮购提供方便，致使该伪劣收音机大量流向外地。由于无线电厂的产品被假冒，使其蒙受巨大损失。该厂与无线电二厂多次进行交涉无果，遂向人民法院以无线电二厂侵权为由提起诉讼，要求无线电二厂停止侵权行为，赔偿因此所受损失人民币 80 万元。人民法院受理案件后，追加市印刷厂，李某，左某，市家电经销部为共同被告，一并审理。

根据以上案情，仔细分析并回答下列问题：

1. 本案中，共有多少个单位和个人侵犯了无线电厂的商标专用权？请逐

一指出并说明实施了何种侵权行为。

2.如侵权行为人违法数额较大，构成犯罪，那么哪些单位和个人应被追究刑事责任？对于单位犯罪的，该如何处罚？

3.假设无线电厂未向人民法院起诉，而是请求市工商行政管理部门处理，请问市工商局可以采取哪些措施？处理结果的法律效力如何（即若当事人不履行可否强制执行）？

4.假设无线电二厂生产的“散花”牌产品是录音机，虽然商标一样，但产品不同，是否构成侵权？

5.假设法院判决各侵权人赔偿无线电厂的损失，如何计算赔偿额？

6.法律对于商标标识有何要求？你知道商标标识有哪几种？各举一例。

7.假设无线电二厂在认识到不能使用别人的商标作为自己的产品的商标后，决定将其产品取名“收音”牌向商标局申请注册。厂方认为取这个商标可使本厂生产的收音机更快为公众所熟悉，你认为可以申请吗？若可以，需要哪些步骤？若不可以，请说明理由。

参考答案：

1.各侵权人和侵权行为如下：

（1）无线电二厂。违反了商标法第三十八条第一项，未经注册商标所有人的许可，在同一种商品上使用与其注册商标相同的商标。因此，无线电二厂构成侵权；

（2）李某。违反了同条第三项；销售伪造、擅自制造的注册商标标识，因此，李某构成侵权；

（3）市印刷厂。违反了同条第三项：伪造、擅自制造他人注册商标标识。因此，市印刷厂也构成侵权；

（4）市家电经销部。违反了同条第二项：销售明知是假冒注册商标的商品。因此，市家电经销部构成侵权；

（5）左某。违反了同条第四项：给他人的注册商标专用权造成其他损害——指商标法实施细则第四十一条第三项：故意为侵犯他人注册商标专用权提供仓库、运输、邮寄、隐匿等便利条件。因此，左某同样构成侵权。

2.依法应被追究刑事责任的有市无线电二厂，李某、市印刷厂和市家电经销部，因为商标法第四十条规定了对于上述单位和个人若构成犯罪的，除赔偿被侵权人的损失外，依法追究刑事责任。

对于单位犯罪的，根据《全国人民代表大会常务委员会关于惩治假冒注册商标犯罪的补充规定》，企事业单位犯上述罪行的，对单位判处罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依照个人犯罪的规定追究刑事责任。

3.市工商局可以采取下列措施：

（1）责令侵权人立即停止侵权行为；

（2）封存或者收缴侵权商标标识，消除现存商品和包装上的商标；

（3）责令依法赔偿被侵权人无线电厂的损失；

（4）若未构成犯罪的，处以非法经营额 20%以下或侵权所获利润两倍以下的罚款。

对于工商局的处理结果，当事人下服的，可向人民法院起诉。若在规定期限内不起诉又不履行的，工商局可申请人民法强制执行。

4. 构成侵权。因为收音机与录音机是类似商品。所谓类似商品是指在商品分类表中属于同一类的商品。收音机与录音机同属家电类商品。商标法规定未经注册商标所有人许可，在类似商品上使用与其注册商标相同的商标的行为构成侵权。

5. 根据商标法的规定，计算方法如下：

侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润；或被侵权人在被侵权期间因被侵权所受到的损失。

6. 商标法规定：商标使用的文字、图形或者其组合（即商标标识），应当有显著特征，便于识别。

商标标识主要有以下三种：

（1）标牌。例如家电产品上挂的含有商标的小牌子；

（2）织带。例如衣服内缝着的含有商标的布条；

（3）瓶贴。例如酒瓶上粘的含有商标的贴纸。

7. 不可以提出申请。因为“收音”直接表示了商品的功能，商标法规定不得使用这种文字，故不能用作商标的名称。若申请必被驳回。

[案例九]

案情：A 公司生产注册商标为“大鹏”的乳胶糖，该糖系 A 公司创办人工力自行研制开发的新一代低糖糖果，十分畅销；B 公司为生产同类产品的小公司，苦干自己产品没有销路，招集员工提建议，有一工人 X 提出与 A 公司联营生产低糖糖果，此意见经 B 公司与 A 公司协商遭到拒绝。又有一工人 Y 提出可以仿制 A 公司的商标，但 B 公司认为系违法行为未采纳，但从 Y 的建议中，认为：如果将 B 公司乳胶糖商标包装改为 A 公司创办人王力的头像并注明“王力研制”，其余不变，将对产品销售十分有利。于是 B 公司花大价钱请人制作了新的糖果包装纸，其上印有 A 公司王力头像，并注明“王力研制”，此产品投入市场后供不应求，造成 A 公司产品滞销，企业效益直线下降，A 公司遂雇用大批无业人员赶赴各地了解糖果市场，发现 B 公司之行为后，与 B 公司协调解决，但 B 公司否认自己行为与 A 公司有关。双方发生争议。

请按要求回答下述问题：

1. B 公司行为违反以下法。

a. 《商标法》；b. 《反不正当竞争法》；c. 《民法通则》；d. 《产品质量法》；e. 《消费者权益保护法》；f. 《专利法》

2. B 公司的行为性质

a. 不正当竞争行为；b. 侵犯肖像权行为；c. 侵犯 A 公司商业信誉的行为；d. 欺诈行为；e. 假冒行为；f. 行政违法行为

3. 设：A 公司与 B 公司协商无望后，起诉至法院，B 公司主张：B 主公司所用之产品包装仅印有王力头像及“王力研制”，根本不会导致消费者认为是 A 公司的产品，并且王力也并非名人，因此 B 公司并未侵犯王力的姓名权，而只不过是独辟蹊径，在产品包装上的独创而已，可见，B 公司行为既不是不正当竞争行为，也不是侵犯王力肖像、姓名权的行为，你认为 B 公司主张 a. 有理由。b. 无理由。c. 要看王力是否是名人，才能决定 B 公司是否构成不正当竞争行为；d. B 公司当然侵犯了王力的姓名权、肖像权。

4. 设 A 公司同意 B 公司的行为，并约走其在另外地区销售，而不参与 A 公司销售地区的竞争，但 B 公司应当支付销售额的 30% 作为对 A 公司的补

偿，后工商行政管理机关接到举报，查处了该 B 公司，B 公司认为：B 公司与 A 公司签有使用合同，并以补偿费支付了 A 公司，其行为并未触犯《反不正当竞争法》，并且又向该工商管理机关上级机关提出复议请求，认为该工商管理机关无权对其查处，B 公司主张_____。

a. 有理由。b. 无理由。

5. B 公司假冒行为成立，对其处罚应包括

a. 责令公开更正；b. 没收违法所得；c. 并处罚款；d. 赔偿由此给 A 公司造成的损失；e. 停止侵害；f. 恢复名誉；g. 消除影响；h. 赔礼道歉；i. 没收 B 公司违法经营额；j. 补偿 A 公司雇用无业人员的调查费用

6. 请简答《反不正当竞争法》中的假冒行为的种类。

7. 若 A、B 公司处于异地，A 地工商部门得知 B 公司严重侵权行为后，直赴 B 地查处，遭到 B 公司的抵制，而 B 地工商部门从地方保护主义出发，不予协助，请判断下列各项正确。

a. A 地工商部门有管辖权，B 地工商部门不予协助，应要求其上级主管部门干预；

b. A 地工商部门无管辖权，但 B 地地方保护主义，应由 A 公司直接向 B 地工商部门上级主管部门申诉；

c. A 地工商部门应请求 B 地工商部门将此案件移送给 A 地管辖，以便更好地保护本地 A 公司的权利；

d. A、B 地工商部门应组成联合调查组，共同查处 B 公司这一个正当竞争行为，并由二地上级主管部门参与。

8. 若 B 公司所在地政府为保护 B 公司的利益，动用行政权力，限制 A 公司的糖果进入本地销售，并且限定该地商业网点必须销售 B 公司糖果，A 公司应当依据_____保护自己权利。

a. 《行政诉讼法》 b. 《反不正当竞争法》 c. 《民法通则》 d. 《经济合同法》

参考答案：1. b、c 2. a、b、 3. b、 4. b 5. a、b、c、d、e、f、g、h、i、j

6. 答：（1）假冒他人注册商标；（2）擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；（3）擅自使用他人的企业名称或姓名，引人误认为是他人的商品；（4）在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。

7. a (×) b () c (×) d (×) 8. b

[案例十]

案情：山东渤海集团股份有限公司（下称山东渤海公司），于 1994 年 8 月 1 日上交所临近收市时，通过四个 A 字头个人帐户，以连续交易和不转移证券所有权的虚买虚卖方式抬高本公司股票价格，操纵市场，致使该股票的当日收盘价较前日上涨 102%，据统计，从 8 月 1 日至 8 月 31 日，山东渤海公司证券部先后动用资金 1989.7 万元，买入本公司股票 398.12 万股，并将上述股票连同 8 月 1 日之前的存量 84.56 万股全部抛出，获利 587.97 万元。

中国证监会查处了这起重大证券违法案件，依照《股票发行与交易管理暂行条例》第七十条和《禁止证券欺诈行为暂行办法》第十六条规定，对山东渤海公司作出了处罚决定：1. 对山东渤海公司提出警告；2. 没收其非法获

利 587.97 万元 ;3.对山东渤海公司处以罚款人民币 100 万元 ;4.对此次违法行为负有直接责任的高级管理人员李钢处以罚款人民币 5 万元。

问：山东渤海公司的行为是哪种违法行为？违反了条例和办法中的哪种规定？

参考答案：

山东渤海公司的行为构成了操纵市场的证券欺诈行为。违反了《禁止证券欺诈行为暂行办法》第七条关于“禁止任何单位或者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操纵市场，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证券投资决定，扰乱证券市场秩序”的规定。同时也违反了《股票发行与交易暂行条例》第四十一条“未依照国家有关规定经过批准，股份有限公司不得收本公司股票”的规定。《公司法》第一百四十九条也规定了“公司不得收购本公司股票。”因此，中国证监会作出的处罚决定是完全必要的、合法的，对稳定证券市场秩序有重大意义。

[案例十一]

案情：1991 年全国各地股市纷纷看好，股票发行求大于供，而股民数量仍急剧上升，证券机构只能相应提高“股东”的开户资金，投资者由于资金所限，社会上就出现了多人合资以其中一人的人股票账户从事股票买卖的情形。同一单位的李某等 5 人就属于此种情形。他们约定，合伙购买股票，不论以后赚钱、亏本合伙人共同承担。5 人一致推举李某为开户人和代理人。第 2 天，李某就兴冲冲地为众人买回数卜股股票。大家很高兴，口头约定待股票卖出后再共分其利，恰好此时股市牛声渐闻，股票抛出获利逾于。4 人闻知无不拍手雀跃，谁知李某却冷若冰霜，矢口否认合伙购买之事，并声称可将认购股票的钱款退给大家。但所得营利却归自己所有。4 人闻之，勃然大怒，多次交涉未果，遂诉诸法院。因目前对此缺少明确的法律规定，法院内部有不同的意见，有人认为：我国目前发行的股票多为记名股票，股票记名人即为股所有人，因此其他共同出资人投资股票买卖的行为无效。另一种意见认为：股票是财产所有权的凭证，既然其他财产能够共有，股票也应能为多人共有，何况本案 5 人合伙购买股票之韦单位不少人知情可以作证，因此法院就应保护其他合伙人的合法权益。

问：试对本案作出简要分析。

参考答案：随着股份公司的相继成立，股票的陆续发行，合伙购买股票屡见不鲜，由此产生的纠纷也日渐增多。针对这一情况，此类纠纷一旦诉诸法院，法院就应承认共同出资购买股票的事实，运用我国民法中关于合伙的规定予以处理。当事人合伙投资股票买卖尤其值得注意的是，合伙时一定要订立好书面合同，以防日后赚钱不认人，亏本不认账之事发生，引起不必要的纠纷。

[案例十二]

案情：甲厂欲扩大生产规模，欲征用与之毗邻的 B 村的土地，经 B 村村委会研究决定，甲厂出资 20 万元，B 村将毗连甲厂约 500 亩耕地交予甲厂建筑厂房，甲厂获得土地后，即将青苗拔除。开工建筑，由于甲厂资金有限，约 300 亩耕地未使用，B 村发现后，要求甲厂退还其未使用的耕地，以免荒芜，遭甲厂拒绝。

请按要求回答下列各题：

1. B 村村委会决定将集体所有的 500 亩土地让与甲厂使用，B 村村委会这样做——。

- a. 有理由；
- b. 无理由

2. 设，甲厂欲征用 B 村耕地 1000 亩，其他土地 1100 亩，有权批准甲厂用地申请。

- a. B 村所在地县政府
- b. B 村所在地市政府
- c. B 村所在地省政府
- d. 国务院

3. 设，甲厂征用 500 亩土地，用于分期建设项目，分期项目建设间隔期为一年左右，甲厂一次申请批准征用 500 亩土地

- a. 违反《土地管理法》
- b. 有理由。

4. 甲厂一获得批准后，应对 B 村支付土地补偿费，该标准为被征用耕地

- a. 前 3 年总产值的 5—6 倍；
- b. 前 3 年平均产值的 4—5 倍；
- c. 前 3 年平均产值的 3—6 倍；
- d. 前 2 年总产值的 3—6 倍。

5. 甲厂征用土地申请获得批准后，该被征用土地的所有权归所有

- a. B 村村委会；b. 甲厂；c. 国家

6. 设甲厂欲与日村乡镇企业共同投资举办联营企业，需要使用集体所有的土地，遂向县土地管理局提出使用申请，县政府依据甲厂与 B 村企业联营之计划书及其它文件，按照国家建设征用土地的批准权限，决定对 B 村土地实行征用。县政府做法

- a. 有理由；
- b. 无理由；

7. 设甲厂取得 B 村土地使用权，恰 B 村乡镇企业欲与外商洽谈投资项目，急需获得担保购置机器设备，遂请求甲厂给予担保，经研究决定，甲厂以从 B 村获得的土地使用权作为抵押物担保 B 村乡镇企业向银行贷款。请选择你认为合适的答案：

- a. 甲厂应与 B 村乡镇企业依土地使用权出让合同规定签订抵押合同；
- b. 甲厂征用 B 村土地，由土地管理部门划拨土地，划拨土地属使用者无偿取得，依《国有土地使用权出让和转让暂行条例》规定，划拨土地使用权不能抵押；

- c. 甲厂欲以土地使用权力抵押，需经市、县人民政府土地管理部门批准，依法签订土地使用权出让合同，外交土地使用权出让金方即以此土地使用权抵押；

- d. 若甲以土地使用权为抵押物，需要登记，未登记，不发生法律效力；
- e. 土地使用权抵押合同需以书面形式为之，不订立书面形式合同的，国家不承认其发生土地使用权抵押的效力；

- f. 土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物不随土地使用权抵押；

- g. 未经抵押权人同意，作为抵押人的甲厂无权转让所抵押的土地使用

权；

h. 抵押权人因依法行使抵押权而取得土地使用权的应依法办理登记，因此地上建筑，其他附着物自然取得其所有权，无须办理过户登记；

参考答案：

1.b 2.d 3.a 4.c 5.c 6.a 7.b.c.d.e.g

[案例十三]

案情：国内 A 公司欲与香港 B 投资集团成片开发 C 市城郊土地。A 公司代表 B 公司向 C 市人民政府提出成片开发意向，与政府协商了有关成片开发事宜，编制完成成片开发规划和可行性研究报告，并具体确定开发总目标与分期目标，以及开发后土地的利用方案。其规划及可行性研究报告经 C 市政府审查同意。

请按要求回答下列问题：

1. 其规划或可行性研究报告经 C 市政府审查后，应报—— 批准方可列入正式开发项目。

a. 国务院 b. 国家对外经济贸易部 c. 省级人民政府 d. 省计划管理委员会

2. 设，A 公司与 B 集团欲成片开发耕地 1100 亩，应由一审批。

a. 省级人民政府 b. 国务院

3. 请判断下列说法正确与否。

a. 若 A 公司与 B 集团合资成片开发土地应首先成立成片开发合资企业；

b. 土地合资开发企业成立以后，方可与国家有关土地部门签订土地使用权出让合同，取得土地使用权，然后才能从事开发经营。

c. 中外合资成片开发土地企业的中方当事人应为国有企业；

d. 在达到预定的开发目标条件前，开发企业可以转让其土地使用权。

参考答案：1.c 2.b 3.a () b. () c. () d. (×)

第四章 市场经济宏观调控法律制度

第一节 国有资产管理法律制度

一、国有资产管理法概述

(一) 国有资产的概念和特征

1. 国有资产是指国家依据法律取得的, 国家以各种形式的投资和投资收益形成的或接受捐赠而取得的固定资产、流动资产、无形资产和其他形态的资产。

2. 国有资产具有以下特征:

(1) 主体的唯一性。即中华人民共和国是国有资产所有权的唯一主体。

(2) 范围的广泛性。国有资产的存在和数量是广泛和大量的。包括: 自然资源; 历史文物和名胜古迹; 全民所有制企业、事业单位、国家机关、军队等单位的财产。

(3) 所有权取得的强制性。例如我国国家所有权的取得主要通过没收地主、官僚资产阶级的财产、赎买民族资产阶级的财产、制定法律宣布重要的自然资源为国家所有、根据法律向纳税人征税、罚没财产、全民所有制企业经营收益等方式, 突出了国家的意志, 以国家强制力为后盾。

(二) 国有资产的分类

国有资产按不同的标准可以有不同的分类。根据《企业财务通则》规定, 主要分为固定资产、流动资产、无形资产、递延资产和其他资产其他资产。

1. 固定资产。是指使用期限超过1年的房屋、建筑物、机器、机械、运输工具以及其他与生产经营有关的设备、器具、工具等。不属于生产经营主要设备的物品, 单位价值有2000元以上, 并且使用期限超过两年的, 也应当作为固定资产。

2. 流动资产。是指在生产和流通过程中不断循环周转的各种物资储备与占用, 以及企业债权、存款、货币等资产的总称。包括各种存货、现金、各种存款、应收及预付款项等。

3. 无形资产。它是指长期使用但没有实物形态的资产。无形资产包括专利权、商标权、著作权、土地使用权、非专利技术、商誉等。

4. 递延资产。是指不能全部计入当年损益, 应当在以后年度内分期摊销的各项费用。主要包括开办费(即企业在筹建期间发生的费用)、以经营租赁方式租入的固定资产等。

5. 其他资产。是指特准储备物资、银行冻结存款、冻结物资、涉及诉讼中的财产等。所谓特准储备物资是指具有专门用途, 但是不参加生产经营的经国家批准储备的特种物资。

国有资产的存在、保值与增值, 是我国公有制经济的物质基础, 也是推进社会主义经济建设和改革, 改善人民物质文化生活的重要保证, 所以必须制定相应的法律予以保护。

(三) 国有资产管理法的概念及其体系

国有资产管理法是调整国有资产所有者与经营和使用国有资产者之间发生的管理和监督关系的法律规范的总称。

国有资产管理法调整的对象是国有资产管理与监督关系。具体包括: 在国有资产管理体制、国有资产产权界定、产权交易、资产经营、投资、清

产核资、评估、登记等方面发生的管理和监督关系。

“八五”期间我国国有资产管理法律体系正在形成，先后制定了一批国有资产管理方面的行政法规和规章。例如，国务院于1991年11月16日颁布了《国有资产评估管理办法》、国家国有资产管理局于1992年7月18日发布了《国有资产评估管理办法实施细则》、国家国有资产管理局、财政部、国家工商行政管理局于1992年5月13日联合发布了《国有资产产权登记管理试行办法》、国家国有资产管理局于1993年10月发布了《资产评估机构管理暂行办法》、又于同年12月21日发布了《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》、国务院于1994年7月24日颁布了《国有企业财产监督管理条例》、国家国有资产管理局、财政部、劳动部于1995年1月联合发布了《国有资产保值、增值考核试行办法》、国家科委和国家国有资产管理局于1996年2月27日联合发布了《集体科技企业产权界定规定》等行政法规、规章。此外各地还制定了200余种地方性国有资产管理法规。使国有资产管理走上了法制轨道，国有资产流失得到了遏制。1990年至1995年国有资产平均年递增17.9%。目前，国有企业资产仍占全社会企业资产总额的65%以上。

（四）国有资产管理体制

国有资产管理体制是指划分国家与地方政权之间，国家与国有企事业单位之间，关于国有资产管理方面的职责、权力、利益，以及采取相应的措施使国有资产能协调、有机地运转的法律制度。

1988年3月25日李鹏同志在《政府工作报告》中指出：“要抓紧建立国有资产管理体制”。

1988年4月9日，七届人大一次会议批准建立了国家国有资产管理局。

1996年3月17日八届人大四次会议批准的《“九五”计划和二〇〇一年远景目标纲要》规定要求“加强国有资产管理，按照国家统一所有、政府分级监管、企业自主经营的原则，建立权责明确的国有资产管理、监督和营运体系。建立和完善产权登记、统计报告和资产评估等国有资产基础管理制度。”

我国的国务院是国家所有权的产权代表人，国家国有资产管理局是经国务院授权的国有资产产权代表者，它行使国家赋予的国有资产所有者的代表权、国有资产监督管理权、国家投资和收益权、资产处置权。

国有资产管理的原则是：国家统一所有；政府分级监管；企业自主经营。

国有资产管理的任务是：对我国境内和境外的全部国有资产行使管理职能。管理的重点是国家投入各类企业的国有资产。

国有资产管理的宗旨是：优化国有资产管理，保障国有资产的保值和增值，维护国有资产使用者的合法权益，促进社会主义市场经济的不断发展。

1995年国家国有资产管理局成立了国有资产流失查处领导小组和办公室，直接查处国有资产流失案件22起，仅就已结案的8起案件统计，即为国家挽回损失15亿元。

二、国有资产基础管理

（一）国有资产的清产核资

清产核资是国有资产管理的基礎工作。它是指国家依法对国家所有的资

产进行清查、核实、界定、登记等活动的简称。

建国以来，我国进行过4次全国范围的清产核资工作，第5次清产核资是从1992年进入试点阶段。

清产核资的目的，是为了加强经济管理，挖掘现有资金、物资潜力，解决资产状况不清、管理混乱、闲置浪费和被侵占流失等问题，促进经济工作真正转移到以经济效益为中心的轨道上来，为建立新的国有资产管理体制和管理方法奠定基础。

“八五”期间清产核资的主要任务是：清查资产数额，界定资产权益，重估资产价值，核实国有资金，核定国有资本金和登记国有产权。

这次清产核资的范围包括：全国所有制企业、事业单位、国家机关、党派、军队、武警、社会团体等，以及上述各企业、单位投资或举办的国内合营、联营、集体和其他企业、单位等。对中外合资、合作企业要清理中方投资的国家股份或国有资本金份额。

这次清产核资的主要内容是：全国清查资产，摸清“家底”；对资产价值进行重新评估；对国有资产产权进行界定；核定企业资产本金和进行产权登记。

清产核资工作是在各级政府组织下，按企业、单位隶属关系，分级分系统进行。全国性的清产核资由国务院专门成立清产核资领导小组，下设领导小组办公室，作为日常办事机构。地方各省、直辖市、自治区和计划单列市以及市、县级以上人民政府也相应成立本级政府的地方清产核资领导小组，下设办事机构，具体组织本地区的清产核资工作。

（二）国有资产评估

国有资产评估是评估机构按法定的原则、标准、程序和方法，对评估的资产价值进行定性、定量的说明和评定估算。

对国有资产进行清产核资与资产评估的目的都是为防止与减少国有资产流失而采取的不同措施。

清产核资与资产评估的主要区别在于：前者是对国有资产的总量（净资产）的清理与核实，以及对产权的界定与确认，这是做好资产评估的前提。后者是对国有资产在变动与交易中的价值的评定与确认，这是正确体现国有资产价值量，保护国有资产所有者、经营者和使用者合法权益的必要手段。为此，国务院于1991年11月16日颁布了《国有资产评估管理办法》，主要包括下列内容：

1. 资产评估的范围

（1）强制进行资产评估的范围，是指产权发生变动的国有资产，包括：资产拍卖、转让；企业兼并出售、联营、股份经营；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；企业清算等。国有资产占有单位有上述情形之一的，必须进行资产评估，以确定国有资产的真正价值。

（2）可选择进行资产评估的范围，是指在资产抵押及其他担保；企业租赁等活动中，当事人认为需要的，可以进行资产评估。

（3）由国务院决定进行资产评估是指对一些特定行业及大范围的资产评估，由国务院决定是否进行评估和何时进行评估。

2. 资产评估的原则

国有资产评估必须遵循真实性、公正性、科学性、可行性原则。

3. 资产评估的组织管理

国有资产的评估工作，按照国有资产管理权限，由国有资产管理行政主管部门负责管理和监督，但行政主管部门和行业主管部门不直接从事国有资产评估业务。资产评估由经国家或省、自治区、直辖市及计划单列市国有资产管理部门颁发资产评估资格证书的评估机构进行。

资产评估机构包括：资产评估公司（事务所）、会计师事务所、审计事务所、财务咨询公司等。上述评估机构可以接受占有单位的委托，从事国有资产评估业务，实行有偿服务。

国有资产管理局是国有资产评估机构的主管部门。国家对资产评估机构实行统一领导、分级管理的原则。国家国有资产管理局负责组织、管理、指导和监督全国资产评估机构的工作。省、自治区、直辖市国有资产管理行政主管部门或经省国有资产管理行政主管部门授权的计划单列市国有资产管理行政主管部门管理和监督本级的资产评估机构。

资产评估机构进行评估工作必须遵循有关业务规则。

4. 资产评估程序

国有资产评估应按照下列程序进行：

（1）申请立项

由资产占有单位，经其主管部门审查同意后，向同级国有资产管理行政主管部门提交资产评估立项申请书，并附有关财产目录和会计报表资料等。

（2）资产清查

资产占有单位的立项申请被主管部门审批后，应对本单位的资产、债权、债务等进行清查。

（3）评定估算

申请单位经批准准予资产评估立项后，委托资产评估机构对被评估资产的价值进行评定和估算，资产评估机构须向委托单位提出资产评估结果报告书。

（4）验证确认

由国有资产行政主管部门自收到资产占有单位报送的资产评估结果报告书之日起，在规定的期限内（45日内）组织审核、验证、协商，确认资产评估结果，并下达确认通知书。

占有单位收到确认通知书或者裁定通知书后，应根据国家有关财务、会计制度进行帐务处理。

5. 资产评估方法

国有资产评估的主要方法有：

（1）收益现值法。

即根据被评估资产合理的预期获利能力和适当的折现率，计算出资产的现值，并以此评定重估价值。

（2）重置成本法。

即根据被评估资产在全新情况下的重置成本，减去按重置成本计算的已使用年限的累积折旧额，考虑资产功能变化、成新率等因素，评定重新估价值；或者根据资产的使用期限，考虑资产功能变化等因素重新确定成新率，评定重估价值。

（3）现行市价法。

即参照相同或者类似资产的市场价格评定重估价值。

(4) 清算价格法。

即根据企业清算时其资产可变现的价值，评定重估价值。

对于占有单位的无形资产，应区别下列不同情况评定重估价值：对外购的无形资产，应根据购入成本及该项资产具有的获利能力；对自创或者自身拥有的无形资产，根据其形成时所需实际成本及该项资产具有的获利能力；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。

我国从 1989 年至 1995 年对已经评估的国有资产进行了重估，评估前帐面值为 14660 亿元，评估后增至 22000 亿元，增值额为 7340 亿元，增值 50%，使国家权益得到了保障和增值。

(三) 国有资产产权界定

产权是指财产所有权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。产权界定是指国家依法划分财产所有权和经营权、使用权等产权归属，明确各类产权主体行使权利的财产范围及管理权限的一种法律行为。

1. 产权界定的原则

按照国家国有资产管理局于 1993 年 12 月 21 日发布的《国有资产产权界定和产权纠纷处理办法》的规定，产权界定应遵循“谁投资，谁拥有产权”的原则进行。

2. 国有资产所有权的界定

对国有资产产权的界定，有下列规定：

(1) 国有机关、事业单位中的国有资产产权的界定。

国家机关及其所属事业单位占有、使用的资产以及政党、人民团体中由国家拨款等形成的资产，界定为国有资产。

(2) 国有企业中的国有资产产权的界定。

对国有企业中的产权界定，按下列 6 种办法处理：

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、知识产权等向企业投资，形成的国家资本金，界定为国有资产；

国有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；

以国有企业和行政事业担保，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国有企业，其收益积累的净资产界定为国有资产；

国有企业接受馈赠形成的资产，界定为国有资产；

在实行《企业财务通则》和《企业会计准则》以前，国有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；

国有企业中党、团、工会组织等占有企业的财产（不含个人缴纳的党费、团费等）界定为国有资产。

(3) 集体所有制企业中国有资产产权的界定。

对集体企业中国有资产产权界定，按下列 4 种办法处理：

全民单位以货币、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国有企业产权界定办法处理。但国家法律、法规规定或协议约定并经国有资

产管理部门认定的属于无偿资助的除外；

全民单位用国有资产在非全民单位独资创办的集体企业中的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；

集体企业依据国家规定享受税前还贷形成的资产，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；

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。

(4) 供销、手工业、信用合作社中由国家拨入的资本金界定为国有资产。

(5) 集体企业和合作企业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。

(6) 中外合资经营企业、合作经营企业中国有资产产权的界定。按下列办法处理：

中方以国有资产出资投入的资本总额形成的资产，界定为国有资产；

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的投资活动中所形成的资产，界定为国有资产；

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，界定为国有资产；

中方职工的工资差额，界定为国有资产；

企业依据中国有关法律、法规规定，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；

企业清算或解散时，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。

(7) 股份制企业中国有资产产权的界定。按照下列办法处理：

国家机关或其授权单位向股份制企业投资形成的国家股份，界定为国有资产；

国有企业向股份制企业投资形成的国有法人股份，界定为国有资产；

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；

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。

(8) 联营企业中国有资产产权的界定按照上述股份制企业规定的原则办理。

(四) 国有资产产权登记

国有资产产权登记是指国家授权国有资产管理机构对国有资产进行登记，依法确认国家对国有资产的所有权以及企事业单位占有、使用国有资产取得合法凭证的法律行为。

国家国有资产管理局、财政部、国家工商行政管理局于1992年5月13日联合发布了《国有资产产权登记管理试行办法》，该《办法》的主要内容有：

1. 国有资产产权登记范围。

凡是占有、使用国有资产，并已取得法人资格或申请取得法人资格的全民所有制企业和实行企业化管理的事业单位（以下简称“企业单位”），必须依法申请办理国有资产产权登记。

2. 国有资产产权登记的原则和机构。

国有资产产权登记按照统一政策、分级管理的原则，由各级国有资产管理部门按企业单位财务隶属关系组织实施。按财务隶属关系不便组织实施的，可结合行政隶属关系组织实施。按财务和行政隶属关系均不便组织实施的，可结合属地关系组织实施。不论按何种关系组织产权登记，都要贯彻不重不漏的原则。

3. 国有资产产权登记的种类。

（1）开办产权登记。适用于新开办的企业单位。占有、使用国有资产的新开办企业单位，应在向工商行政管理机关申办工商注册登记前，申报开办产权登记，填报开办登记表，并提交批准设立的文件、企业单位章程副本、国有资产总额及来源证明等文件资料。

（2）变动产权登记。适用于名称、地址、法定代表人、经济性质、主管单位发生变化，以及国有资产总额中国有资本金总额增减超过 20% 的企业单位。申办时应填报变动登记表。

（3）注销产权登记。适用于撤销、被合并或兼并等需要终止经营业务活动的企业单位。申办时应填报注销登记表，并提交有关证件、文件及资料。

4. 国有资产产权登记的程序。

（1）申报、受理、填表。申办产权登记的企业单位，向国有资产管理部门申报。经确认受理后，填写相应的《国有资产产权登记表》。

（2）报主管部门审查。申办的企业单位将产权登记表报主管单位审查并签署意见。

（3）送国有资产管理部门审定。申办的企业单位携带有关文件、证件、资料及主管单位审查后的产权登记表到国有资产管理部门办理审定手续。

（4）核收、核发、签字，国有资产管理部门对经审查合格的企业单位，办理有关核收《国有资产授权占有证书》事宜。《国有资产授权占用证书》依据审定的开办登记表予以核发，依据审定的变动登记表予以换发，依据注销登记表予以收回，依据年度检查表签署产权登记年度检查意见，企业法定代表人应在《国有资产授权占用证书》幅本上签字。

5. 国有资产产权登记内容。

根据 1994 年 1 月起执行的产权登记表，产权登记内容主要包括下列事项：编号；单位名称；单位地址；单位法定代表人签字并盖章；开业日期；组织形式；主营范围；注册资金；实收资本；国家资本；法人资本；国有法人资本（股本）；外商资本；资本公积金、盈余公积金、未分配利润；国有资产总额；负债总额；资产总额，利润总额；国有企业单位投资；向其他企业投资；投资额合计占本单位净资产的百分比；国有资产管理部门的审定意见等。

（五）国有资产的保值与增值

国有资产的保值是指在一定时期内，国有资产的价值量基本保持不变。这是使国有资产增值的前提。为了保证国有资产的保值与增值，国家国有资产管理局、财政部、劳动部于 1995 年 1 月联合发布了《国有资产保值增值考

核试行办法》。该《试行办法》确定，企业国有资产保值增值率等于 100% 为国有资产保值；国有资产保值率大于 100% 为国有资产增值。亏损企业暂用减亏额作为保值增值指标。企业国有资产保值增值考核一般以年度作为考核期。

国有资产保值增值指标考核值由国有资产管理部门核定，会同财政部门下达。

《试行办法》提出，厂长（经理）作为企业法定代表人，对企业国有资产保值增值承担经营责任，并与其个人收入挂钩。对连续超额完成国有资产保值增值指标考核值的厂长（经理），可适当增加其风险收入；对未按规定期限完成核定指标考核值的，则依规定受到经济和行政处罚。

（六）国有资源管理

国有资源管理是指对国土资源、国有森林资源、国有矿产资源、国有草原资源、国有水资源、国有海洋带资源、国有海洋资源等诸方面的管理。

1. 国土资源管理。是指一个国家主权管辖范围内的一切陆地、河流、湖泊、内海等资源管理的总称。国土资源包括：土地耕地、林地、草地、园地、内陆水域、沿海滩涂、城镇、农村用地、名胜古迹、自然保护区和其他尚未开发利用的土地资源等。

2. 国有森林资源管理。是指对国有森林资源的清理、采伐、培育、经营、保护等方面，进行计划、组织、调控、监督活动的总称。国有森林资源主要包括：

（1）法律规定属于国家所有的天然森林、林地及林区内野生植物与动物；（2）国有单位或组织在其使用的土地上营造的林木；（3）由国家投资组织有关单位和个人营造的林木；（4）各级政府组织全民在国有荒山荒地上的植树造林；（5）国家征用集体所有的林地及林木等。

3. 国有矿产资源管理。是指依法对国有矿产资源进行的勘查、开采、经营、保护，并有计划、组织、管理、监督活动的总称。矿产资源是自然资源的重要组成部分。包括：呈固体、液体、气体状态的各种金属、非金属、燃料、地下水等资源。

4. 国有草原资源的管理。是指对草原资源的开发、利用、经营、保护等方面，进行的有计划、组织和监管活动的总称。国有草原资源主要指草山和草地。这是自然资源中可以更新的资源。

5. 国有水资源管理。是指对水资源的开发、利用、保护等进行的组织、监督与管理活动的总称。水资源包括地表水和地下水。

6. 国有海洋带资源管理。是指对海洋带资源的开发、利用、保护等进行的组织、监督与管理活动的总称。国有海洋带包括土地、矿产、水生物、港口、旅游等多种资源。

7. 国有海洋资源管理，是指对国有海洋资源的开发、利用、保护等而进行的组织、监督、管理活动的总称。国有海洋资源是分布于我国海域管辖范围内的各类海洋资源，包括生物、海水、海底矿产和石油、天然气等。

三、国有企业财产的监督管理

（一）国有企业财产所有权

国有企业财产属全民所有，即国家所有。国务院代表国家统一行使对企

业财产的所有权。国有企业财产是我国国有资产的重要组成部分，是我国国有资产管理重点和中心。为了加强对国有企业财产的监督管理，保护、巩固和发展国有经济，促进社会主义市场经济体制的建立，国务院于 1994 年 7 月 24 日颁布了《国有企业监督管理条例》（以下简称《监管条例》）。

（二）国有企业财产监督管理的目的

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主体，实现国有资产的保值增值。

（三）国有企业财产监督管理的对象

根据《监管条例》的规定，国有企业财产监督管理的对象，只限于全民所有制企业经营管理的国有资产，即国家以各种形式对企业投资和投资收益形成的财产，以及依据法律、行政法规认定的企业其他国有资产。

（四）国有企业财产监督管理的原则

1. 政企职责分开原则。
2. 政府的社会经济管理职能与国有资产所有者职能分开原则。
3. 企业财产的所有权与经营权分离原则。
4. 投资收益和产权转让收入用于资本的再投入原则。
5. 资本保全和维护所有者权益原则。
6. 企业独立支配其法人财产和独立承担民事责任原则。

（五）国有企业财产监督管理体制

国家对国有企业财产实行分级管理和分工监督的监督管理体制。《监管条例》规定：在国务院统一领导下，国有企业财产实行分级行政管理。国务院授权有关部门或者有关机构，对指定的或者其所属的企业财产的经营管理实施监督。

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本条例规定，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。

另外，《监管条例》还分别规定了国务院国有资产管理行政主管部门和国务院授权有关部门对国务院指定由其监督的企业和企业集团，以及国务院授权的全国性总公司对其所属企业等应当履行的管理职责和监督职责。

（六）企业的监事会

国务院授权的监督机构根据需要派出对企业财产保值增值实施监督的组织——监事会。

监事会的主要职责是：

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。
2. 根据工作需要，查阅企业的财务帐目和有关资料，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、评价和纪录，向派出监事会的监督机构提出对厂长（经理）任免（聘任、解聘）及奖惩的建议。
4. 根据厂长（经理）的要求，提供咨询意见。

企业监事会由不少于 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。

（七）国有企业法人财产权

国有企业法人财产权是与国有企业所有权有关的一种财产权。《监管条例》赋予国有企业享有法人财产权，即国有企业依法有权独立支配国家授予其经营管理的企业财产，政府和监督机构不得直接支配企业的经营权。

《监管条例》还对国有资产管理部门、监督机构、监事会及其监事、企业及其厂长的违法行为，规定了应承担的法律责任。

第二节 金融法律制度

一、金融法概述

(一) 金融法的概念

金融，即货币资金的融通。一般指与货币流通和银行信用有关的一切活动，如货币的发行和流通、存款、贷款、储蓄、汇兑、票据贴现、信托投资、金融租赁、证券交易、外汇交易、金银管理等活动统称为金融。金融是商品货币关系的产物，它是国家动员和分配社会闲散资金的有效形式，又是国家对经济进行宏观调控的重要手段。

金融法是调整金融关系的法律规范的总称。金融关系是指银行和非银行金融机构在从事金融业务和金融管理过程中，同社会发生的与货币流通、银行信用有关的各种经济关系。

(二) 我国金融体制改革和金融立法

1994年全面开始的我国金融体制改革，目的是建立与社会主义市场经济相适应的现代金融制度。

1993年11月《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》和1993年12月12日《国务院关于金融体制改革的决定》规定了金融体制改革的目标和方向，其内容主要包括以下4个方面：

1. 建立强有力的中央银行宏观调控体系，把中国人民银行办成真正的中央银行。

2. 实行政策性金融和商业性金融分离，建立政策性银行，把国家专业银行，中国工商银行，中国农业银行，中国银行，中国建设银行，办成真正的国有商业银行，正确引导非银行金融机构的健康发展。

3. 建立统一开放、有序竞争、严格管理的金融市场。包括完善货币市场、证券市场、外汇市场。

4. 建立现代化的金融管理体系。加快会计、结算制度的改革。加快金融电子化建设和加强金融队伍建设。

1994年召开的中央经济工作会议和全国金融工作会议，提出了金融体制改革的四个重点：整顿非银行金融机构，组建城市合作银行，建立中央托管清算中心，改革配合公开市场操作的国债发行。

为了建立与社会主义市场经济相适应的现代金融制度，国务院于1993年1月20日颁布了《中华人民共和国国家货币出入境管理办法》、1994年2月25日颁布了《中华人民共和国外资金融机构管理条例》、1994年3月25日颁布了《结汇、售汇及付汇管理暂行规定》。1995年3月18日八届人大二次会议通过并公布了《中华人民共和国中国人民银行法》，八届人大常委会1995年5月10日通过了《中华人民共和国商业银行法》和《中华人民共和国票据法》、1995年6月30日通过了《中华人民共和国保险法》和《关于惩治破坏金融秩序犯罪的决定》，中国人民银行于1995年7月27日发布了《信贷通则(试行)》。这些金融法律、法规的实施对深化金融体制改革，加强和改善宏观调控，抑制通货膨胀具有重要作用。但是，由于银行经营机制还没有实现根本转变，如产权关系模糊、金融行为不规范、约束机制不健全、违反利率政策现象时有发生，在很大程度上增大了通胀的压力，影响了金融市场的稳定和繁荣。为此，1996年3月17日八届人大四次会议批准的

《“九五”计划和二〇一〇年远景目标纲要》中规定了今后金融体制改革的目标是：发展完善以银行融资为主的金融市场。强化中央银行的地位和作用，完善政策性银行的经营机制，加快国家专业银行向商业银行转变的步伐，规范商业银行行为，稳步发展城市合作银行。进一步深化利率改革，初步建立以市场利率为基础的可调控的利率体系。完善结汇体制，在 2000 年以前有步骤地实现人民币在经常项目下可兑换。积极稳妥地发展债券和股票融资，进一步完善和发展证券市场。形成有序、适度竞争的保险市场。

（三）我国的金融体系

金融体系，是指由一国的各种金融机构组成的有机整体。

金融机构，是指依法成立的有权经营金融业务的经济组织。

新中国成立后很长时间，我国的金融体系基本上是单一制的银行体系，即只有一家银行——中国人民银行。它既执行中央银行的职能，掌握金融政策，发行货币，代理国库，又办理一般商业银行的存款、贷款、汇兑等业务。1979 年通过改革，逐步确立了中央银行体制，形成了以中国工商银行、中国农业银行、中国银行、中国建设银行为主的国有专业银行体系。随着金融体制改革的深化，把国家专业银行改为国有商业银行，重建和新建了交通银行、中信实业银行、中国光大银行、中国民生银行、华夏银行等一批股份制商业银行，开办了多种非银行金融机构，成立了国家政策性银行。在我国初步形成了以中央银行领导、国有商业银行为主体、国家政策性银行、城乡合作银行、外商投资银行、中外合资银行、非银行金融机构并存的金融体系。请见下页图。

二、银行法律制度

（一）银行法概念

银行，是指经营存款、放款、汇兑、储蓄等业务，充当信用中介的金融机构。现代银行是在资本主义以前的货币兑换业务基础上发展起来的。银行的出现使资金融通更迅速，从而推动了商品经济的发展。

银行法是指规范银行组织和银行行为的法律规范的总和。

（二）中国人民银行法（中央银行法）

中央银行是一个国家金融体系的核心机构。其特征是：它是全国唯一的发行银行，货币发行具有垄断性；它是国家银行，经营国库和公债收入，统一管理国家收支；它是银行的银行，收存其他银行的存款准备金，办理再贴现。

在我国，中国人民银行是国家的中央银行。为了保证中央银行的地位和作用，各国都制定了中央银行法。

1995 年 3 月 18 日《中华人民共和国中国人民银行法》诞生了，它是我国金融业的第一部大法，是金融法体系中的基本法。

1. 中国人民银行的性质和法律地位

中国人民银行是我国的中央银行，它在金融体系中居主导地位，它是国家管理金融活动的主管机关。它在国务院领导下，制定和实施国家货币政策，对金融业实施监督管理；依法独立执行货币政策，履行职责，开展业务，不受地方政府、各级政府部门、社会团体和个人的干涉。

中国人民银行的全部资本由国家出资，属于国家所有。

为了确保中国人民银行作为我国的中央银行，是我国的发行银行、国家银行、银行的银行的法律地位，《人民银行法》规定：“中国人民银行不得向地方政府、各级政府部门提供贷款，不得向非银行金融机构以及其他单位和个人提供贷款”，“不得向任何单位和个人提供担保。”

2. 中国人民银行的任务和职责

中国人民银行的任务是：在国务院领导下，独立执行货币政策，调控货币供应量，保持币值稳定，为金融机构提供支付和清算服务，对金融机构实施严格的监管，维护金融秩序，保证金融体系安全有效地运行。

中国人民银行的职责是：依法制定和执行货币政策；发行人民币，管理人民币流通；按规定审批、监管金融机构和金融市场；发布有关金融监督管理和业务的命令和规章；持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；经理国库；维护支付、清算系统的正常运行；负责金融业的统计、调查、分析和预测；从事有关的国际金融活动以及国务院规定的其他职责。

3. 中国人民银行的组织机构

中国人民银行设行长 1 人，副行长若干人。中央银行行长的人选，根据国务院总理的提名，由全国人民代表大会决定；全国人民代表大会闭会期间，由全国人民代表大会常务委员会决定，由中华人民共和国主席任免。中央银行副行长，由国务院总理任免。

中国人民银行实行行长负责制。副行长协助行长工作。

中国人民银行设立货币政策委员会。货币政策委员会的职责、组成和工作程序，由国务院规定，报全国人民代表大会常务委员会备案。

中国人民银行根据履行职责的需要，设立分支机构，作为中央银行的派出机构。中央银行对分支机构实行集中统一领导和管理。中国人民银行的分支机构根据中国人民银行的授权，负责本辖区的金融监督管理，承办有关业务。

中国人民银行的行长、副行长及其他工作人员应当恪尽职守，不得滥用职权、徇私舞弊，不得在任何金融机构、企业、基金会兼职。中国人民银行的行长、副行长及其他工作人员，应当依法保守国家秘密，并有责任为其监督管理的金融机构及有关的当事人保守秘密。

4. 中央银行法对我国货币政策的规定

货币政策是主权国家主要的宏观经济政策，货币政策目标是所有主权国家的中央银行制定和执行货币政策的依据。通常，货币政策目标可以有多个层次的表述，如稳定物价、充分就业、促进经济增长、平衡国际收支等。实际上，各国在不同时期都是针对经济运行中最主要的问题来确定货币政策目标的。《人民银行法》规定了我国货币政策目标是：“保持货币币值的稳定，并以此促进经济增长。”改变了过去发展经济、稳定货币的双重目标制。国内外实践证明，只有币值稳定，才能促进国民经济持续、快速、健康发展。当今各国基本都把抑制通货膨胀、稳定货币作为货币政策的首要目标。

5. 中国人民银行实施货币政策的工具

中国人民银行为执行货币政策，可以运用下列货币政策工具：要求金融机构按照规定的比例交存存款准备金；确定中央银行基准利率；为在中央银行开立帐户的金融机构办理再贴现；向商业银行提供贷款；在公开市场上买卖国债和其他政府债券及外汇；国务院确定的其他货币政策工具。中央银行为执行货币政策，运用货币政策工具时，可以规定具体的条件和程度。

6. 中央银行实行金融监管的目的和范围

中国人民银行依法实行金融监管是为了维护金融业的合法稳健运行，防止金融行业秩序混乱，避免银行信用危机，宏观失控，振兴金融。

对金融监督的范围，《人民银行法》规定有以下几个方面：

(1) 对金融机构的合法性、稳健性进行监督管理，包括中国人民银行按照规定审批金融机构的设立、变更、终止及其业务范围。

(2) 对金融机构业务活动进行监督管理，包括中国人民银行对金融机构的存款、贷款、结算、呆帐等情况随时进行稽核、检查、监督。

(3) 对国家政策性银行的金融业，进行指导和监督。

(4) 按照规定监督管理金融市场。

(5) 中央银行自身的内部监督管理。

7. 中国人民银行自身的内部监督管理。

中国人民银行主要有以下 6 项业务服务：

(1) 残缺、亏损的人民币，按照中国人民银行的规定兑换，并由中国人民银行负责收回、销毁。

(2) 中国人民银行依照法律、法规的规定经理国库。

(3) 中国人民银行可以根据需要，为金融机构开立帐户。

(4) 中国人民银行可以代理国务院财政部门向各金融机构组织发行、兑付国债和其他政府债券。

(5) 中国人民银行应当组织或者协调金融机构相互之间的清算系统，协调金融机构相互之间的清算事项，提供清算服务。

(6) 中国人民银行根据执行货币政策的需要，可以决定对商业银行贷款的数额、期限、利率和方式。

我国中央银行的业务服务体现了除依法制定的实施货币政策和对金融业实施监督管理两大职能外的又一重大职能——服务职能。

8. 中国人民银行的预算财务会计制度

中国人民银行实行独立的财务预算管理制度。中国人民银行的预算经国务院财政部门审核后，纳入中央预算，接受国务院财政部门的预算执行监督。

中国人民银行每一会计年度的收入减除该年的支出，并按照国务院财政部核定的比例提取总准备金后的净利润，全部上缴中央财政，中国人民银行的亏损由中央财政拨款弥补。中国人民银行的财务收支和会计事务，应当执行法律、行政法规和国家统一的财务会计制度，接受国务院审计机构和财政部门依法分别进行的审计和监督。

为了强化中央银行的法律地位和职权，维护金融秩序，《人民银行法》还分别规定了违反货币印刷发行流通管理的犯罪行为、违反金融监督管理应承担的法律责任、银行工作人员廉洁自律的各项制度。

(三) 商业银行法

商业银行法是规范商业银行组织和商业银行行为的法律规范的总和。1995 年 5 月 10 日《中华人民共和国商业银行法》颁布。该法的颁布和实施对保护存款人的利益，提高信贷资产的质量，保障商业银行的稳健运行，维护金融秩序，促进社会主义市场经济的发展具有深远的影响。

1. 商业银行的性质和法律地位

商业银行是指以吸收存款、发放贷款、办理结算等业务的，以营利为目的的企业法人。

商业银行的特点：商业银行是依《公司法》设立的法人组织；商业银行是以营利为目的的企业法人；商业银行是以经营货币业为主的企业法人。

我国的商业银行包括：国有商业银行（中国工商银行、中国银行、中国农业银行、中国建设银行）、新兴商业银行（中国交通银行、中国中信实业银行、中国光大银行、中国民生银行、招商银行、福建兴业银行、广东发展银行、深圳发展银行等）、城乡合作银行、中外合资银行、外商银行等。

商业银行以效益性、安全性、流动性为经营原则，实行自主经营、自担风险，自负盈亏，自我约束。商业银行依法开展业务，不受任何单位和个人的干涉。商业银行以其全部法人财产独立承担民事责任。

商业银行开展业务，应当遵守法律、法规，不得损害国家利益和社会公共利益。同时还应当遵守公平竞争的原则，不得从事不正当竞争。商业银行依法接受中国人民银行的监督管理。

2. 商业银行的设立

我国商业银行设立的法律依据是我国的《商业银行法》和《公司法》。设立商业银行依法具备下列条件：

- （1）符合《商业银行法》和《公司法》规定的章程。
- （2）符合商业银行法规定的注册资本最低限额。
- （3）具备任职的专业知识和业务工作经验的董事长（行长）、总经理和其他高级管理人员。
- （4）健全的组织机构和管理制度。
- （5）符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

设立商业银行的注册资本最低限额为 10 亿元人民币，城市合作商业银行的注册资本最低限额为 1 亿元人民币，农村合作商业 银行的注册资本最低限额为 5000 万元人民币。注册资本应当是实缴资本。中国人民银行根据经济发展，可以调整注册资本最低限额，但不得少于前面规定的限额。

设立商业银行，申请人应当向中国人民银行提交下列文件、资料：申请书，应当载明拟设立的商业银行名称、所在地、注册资本、业务范围等；可行性研究报告；中国人民银行规定提交的其他文件、资料。

设立商业银行的申请经审查符合上述规定的，申请人应当再填写正式申请表，并提交下列文件、资料：章程草案；拟任职的高级管理人员的资格证明；法定验资机构出具的验资证明；股东名册及其出资额、股份；持有注册资本 10% 以上的股东的资信证明和有关资料；经营方针和计划；营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资料；中国人民银行规定的其他文件、资料。

经批准设立的商业银行，由中国人民银行颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。经批准设立的商业银行，由中国人民银行予以公告。未经中国人民银行批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样。

商业银行的变更、分立、合并的条件和程序，严格按照《公司法》和《商业银行法》的规定办理，应当经中国人民银行审批。

3. 商业银行的组织形式和组织机构

我国商业银行的组织形式和组织机构适用我国《公司法》和《商业银行法》的有关规定。

我国商业银行的组织形式和机构采取公司制。即：有限责任公司，如国

有独资商业银行；股份有限公司，如新兴的商业银行。

国有独资商业银行设立监事会。监事会由有关政府部门和专家组成。监事会的产生办法由国务院规定。监事会对国有独资商业银行的信贷资产质量、资产负债比例、国有资产保值等情况以及高级管理人员违反法律、行政法规或者章程的行为和损害银行利益的行为进行监督。

商业银行根据需要可以在我国境内外设立分支机构。在境内设立分支机构，不按行政区划，而是按经济发展的需要。商业银行机构的设立需经中国人民银行的审批。商业银行的分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务。全行实行统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。

4. 商业银行的经营范围

依据《商业银行法》规定，我国商业银行可以经营下列部分或全部业务：吸收公众存款；发放短期、中期和长期贷款；办理票据贴现；发放金融债券；代理发行、代理兑付、承销政府债券；买卖政府债券；从事同业拆借；买卖、代理买卖外汇；提供信用证服务及担保；代理收付款项及代理保险业务；提供保险箱服务；经中国人民银行批准的其他业务。

5. 商业银行的破产清盘

商业银行违反法律规定或资不抵债时，中国人民银行可以决定予以接管，并下接管令。

接管人一经指定，银行股东及其管理人员的权力即应中止。

商业银行接管期间或接管终了时，中国人民银行认为该银行失去清偿债务能力的，应进行破产清盘。商业银行的破产清盘应按国家有关破产法律规定的破产程序进行。

（四）政策性银行法

1. 政策性金融与商业性金融的区别

实行政策性金融与商业性金融相分离，建立政策性银行，是我国金融体制的一项重大改革。

政策性金融，一般是指在相关的专业领域或者开发性领域，利用特殊的金融手段，直接为配合贯彻国家的经济和社会政策而从事的金融业务活动，直接投向的项目往往是一些社会效益好，但银行自身效益并不高，然而又是具有国家政策需要和具有偿还能力的项目。我国的重点建设、基础产业的发展、支持支柱产业都需要银行提供政策性金融支持。而这种支持，需要运用政府财政预算收入和国家信用及国际信用进行投资，需要政府运用政策性金融业务对经济活动进行干预和指导。

商业性金融，是指经营商业性金融业务的银行机构的活动及管理的总称。它是以经营存放款为主要业务，并以效益性、流动性、安全性为主要经营原则的金融业务。任何市场经济的国家都建立与之相适应的组织体系，以中央银行为核心，商业银行为主力军，其他专业银行和非银行金融机构起辅助作用。建立和发展我国的市场经济也就必须大力发展商业性金融业务。

政策性银行法是规范政策性银行组织和行为的法律、法规的总和。我国组建的三家政策性银行，都有各自的“条例”和“章程”，并报经国务院批准执行。但上述“条例”和“章程”不能代替政策性银行的本身立法，而且制定政策性银行法是完善我国金融立法体系的迫切需要。

2. 政策性银行体系

政策性银行是承担政策性金融业务的机构。它是为国家经济和社会政策

服务的，不以营利为目的，但是应该坚持自担风险、保本经营、不与商业性金融机构竞争的原则，其业务受中国人民银行的指导和监督。我国已组建三家政策性银行：

(1) 国家开发银行。它是直属国务院领导的政策性金融机构，主要办理国家重点建设（包括基本建设和技术改造）贷款及贴息业务。

国家开发银行的注册资本为 500 亿元人民币，其资金主要来源：财政部拨付的资本金和重点建设基金；国家开发银行对社会发行的国家担保债券和对金融机构发行的金融债券；中国建设银行吸收存款的一部分。

国家开发银行是由原来的中国人民建设银行一部分政策性业务和国家投资机构组成的。国家开发银行只设总行，不设分支机构，信贷业务由中国建设银行代理。

(2) 中国农业发展银行。它是直属国务院领导的政策性金融机构。根据《中国农业发展银行章程》的规定，中国农业发展银行是注册资本为 200 亿元人民币的独立法人，实行独立核算，自主、保本经营，企业化管理。中国农业发展银行的主要任务是：依法筹集农业政策性信贷资金。承担农业政策性金融业务，代理财政性支农资金的拨付，为农业和农村经济提供优惠低息贷款，为确保农副产品的有效供应，提供强有力的金融支持。

中国农业发展银行在业务上接受中国人民银行的指导和监督。它在机构设置上实行总行、分行、支行制。并须经中国人民银行的批准。

(3) 中国进出口银行。

它是对我国进出口业实行政策性信贷的金融机构。它的业务范围主要是为大型机电成套设备进出口提供信贷和办理贴息及信贷担保，兼办出口信用保险业务。中国进出口银行的资本金由财政部核拨。坚持自主、保本经营、企业化管理，其业务受中央银行监督。进出口银行以金融手段支持我国出口贸易的发展，尤其是支持机电产品和成套设备出口，以促进出口商品结构的升级换代。

政策性银行均应设立监事会，监事会由有关的国务院各部委派人组成，受国务院委托依法履行监督职责。

(五) 非银行金融机构

1. 非银行金融机构的概念

非银行金融机构是指在银行以外，经中国人民银行批准成立的从事金融业务的企业单位。如信托投资公司、融资租赁公司、财务公司、证券公司、保险公司、城乡信用合作社都属于非银行金融机构。

2. 非银行金融机构与银行的区别

在我国现行金融管理体制下，银行以外的金融机构虽然在其所经营的金融业务上与银行业务有许多相似之处，但是主要的区别有两点：一是非银行金融机构不得使用“银行”字样，因为非银行金融机构的资本金尚未达到银行资本金标准。即使有的非银行金融机构的资本金超过银行，但它不是像银行那样专门经营金融业务，而不经营其他业务的单纯的金融机构。而银行只能经营银行业务，不能从事贸易、投资、劳务和资源方面的业务。二是除信用合作社外，非银行金融机构不能经营居民储蓄这样的零售性金融业务，只能经营批发性的金融业务。

非银行金融机构是独立的法人，其成立符合中国人民银行颁布的《关于审批金融机构若干问题的通知》的有关规定，并经中国人民银行批准，发给

《经营金融业务许可证》经营外汇业务的，经国家外汇管理局批准，发给《经营外汇业务许可证》，在当地工商行政管理局注册登记。

非银行金融机构的经营实行独立核算，自主经营、自负盈亏、自我完善与发展的原则，在业务上，受中国人民银行的领导与监督；在资金来源方面，采取国家投资与地方财政及企业集资相结合的方式，有些还采取向个人集资的股份制形式。

3. 非银行金融机构的种类

(1) 信托投资公司

信托，是基于信任，为了达到某种目的转移信托人的财产，由受托人为了他人的利益而进行管理处分的一种制度。设立信托关系的人称为委托人，承担管理或处分信托财产的人称为受托人，享受信托利益的人，称为信托受益人。委托方可以是公民也可以是法人，受托方主要是信托公司。

我国的信托投资公司是一种以引进和利用外资为主的国有非银行的金融公司。信托投资公司按照委托人指定的目的：收受、管理、运用各种信托资金和信托财产。业务范围主要有：受托运用管理各种信托资金，经营管理各种信托财产，中长期信托投资，买卖或代理买卖证券，经营融资性租赁和咨询，代理发行股票和债券、代理收付款项、代理遗嘱、代理保管等业务和中国人民银行批准的其他业务。

(2) 财务公司

企业集团财务公司（简称财务公司）是一种以融通企业集团内部各成员单位之间资金力主的非银行金融企业。它与西方国家的财务公司不同。它是我国近年来金融体制改革的产物，主要是办理企业集团内部存款、贷款、投资等金融业务，目的是调剂、融通和管理集团内部的资金，它不对外经营存款、贷款等业务。它在行政上隶属于企业集团，业务上接受中央银行的领导、管理、协调、监督和稽核。

(3) 融资租赁公司

融资租赁公司是专营或兼营融资租赁业务的金融机构。融资租赁是出租人购买承租人选定的设备，并将它出租给承租人在一定期限内有偿使用的一种资金融通方式。承租人在租期结束后，向出租人支付一定的产权转让费（或称名义货价），租赁设备即归承租人所有。我国融资租赁公司的主要业务有：办理用于生产、科研、文教、卫生、医疗、旅游、交通运输等方面的设备及工厂和资本货物的租赁、转租赁；租赁业务所涉及标的物（租赁期一般在一年以上）的购买业务；出租物资残值和抵偿租金产品的销售处理；办理与租赁业务有关的经济技术咨询；办理经国家外汇管理局批准的外汇；经营与租赁项目有关的人民币担保；以及人民银行和经贸部批准的其他业务。

(4) 证券公司

证券公司是专门经营有价证券的发行、转让及代理业务的金融机构。它在证券交易市场上处于中介地位，并实行独立核算、自负盈亏、自担风险。业务上受人民银行的领导、管理、协调、监督和稽核，经中国人民银行批准，主要经营下列业务：包销、代销和助销各种有价证券；自营、代理买卖各种有价证券；提供证券交易柜台和清算服务；提供有关证券业务的财务代理服务；提供证券的代保管、登记、见证、代理过户等业务；筹集、运用证券投资基金；提供证券发行与交易等方面的咨询服务；从事国际证券业务与交流活活动；办理证券抵押贷款业务；以及中国人民银行批准、交办的其他金融业务。

务。

三、货币、信贷、结算法律制度

(一) 货币制度

货币管理是国家依法授权银行有组织、有计划地调节与管理货币的发行和流通的金融活动。为了规范货币管理行为，各国货币法对货币发行与流通均作出规定。我国虽然没有制定专门的货币法，但在银行管理法规和有关货币规范性规章制度中作出了原则性规定。

我国的法定货币是人民币，人民币是我国境内流通与使用的唯一合法货币，并只限于在我国境内流通使用。

1. 货币发行管理

我国的货币发行应遵循下列三项原则：一是货币发行必须坚持集中管理原则，所谓集中管理，是指货币发行权属于国家，集中于国务院，国家授权中国人民银行统一掌管货币的发行；二是货币发行必须坚持计划发行原则，所谓计划发行，是指货币发行由中国人民银行根据国民经济发展需要提出货币发行计划，报经国务院批准后组织实施；三是货币发行必须坚持信用发行原则，信用发行又称为经济发行，它是指货币发行根据国民经济发展情况和商品流通实际需要，通过信贷渠道进行的计划发行。为了使信用发行同财政发行严格分开，我国现行银行管理法规规定，财政部门不得向中国人民银行透支。中国人民银行不得直接购买政府债券。

2. 现金管理

现金管理的对象：凡在银行和其他金融机构开立帐户的开户单位，都必须依照《现金管理暂行条例》的规定收支和使用现金，接受开户银行的监督。

现金使用的范围：职工工资、津贴；个人劳务报酬；根据国家规定颁发给个人的科学技术、文化艺术、体育等各种奖金；各种劳保、福利费用以及国家规定的对个人的其他支出；向个人收购农副产品和其他物资的价款；出差人员必须随身携带的差旅费；结算起点 1000 元以下的零星支出；中国人民银行确定需要支付现金的其他支出。

核定库存现金限额：开户行核定开户单位 3~5 天的日常零星开支所需库存现金限额。边远和交通不便地区的开户单位的库存现金限额，可以多于 5 天，但不得超过 15 天的日常零星开支。对核定的库存现金限额，开户单位必须严格遵守。

对坐支的限制：开户单位的现金收入应于当日送存银行，当日送存确有困难的，由开户银行确定送存时间。开户单位支付现金，不得从本单位的现金收入中直接支付，即坐支。因特殊情况需要坐支现金的，应当事先报经开户行审批，由开户行核定坐支范围和限额。开户单位支付现金，可以从本单位库存现金限额中支付或从开户银行提取。

各单位之间不准利用银行帐户代其他单位和个人存入、支取现金，不准将单位收入的现金以个人名义储蓄，不准保留公款。不准谎报用途套取现金；各单位之间不准相互借用现金，禁止发行变相货币，不准以任何票券代替人民币在市场上流通。

(二) 信贷制度

信贷管理是指国家为了提高信贷资金的经济效用，根据国家宏观经济决

策要求和信贷业务的需要，运用信贷手段对国家信贷资金进行的有效调节与控制行为。

信贷与信用的含义是一致的。广义上信贷是银行通过吸收存款、发放贷款等信用活动的总称。狭义上信贷是指银行向企业提供贷款以满足企业资金需要的信用活动。银行信贷是信用的一种。

1. 信贷的法律形式——借款合同。

信贷活动最基本的形式是借款合同。借款合同是贷款方将一定数量的货币在一定期限内交付给借款方使用，借款方按规定的用途使用贷款、支付约定的利息，并按时归还同等数量的货币的协议。

借款合同必须按照 1985 年 2 月 28 日国务院发布的《借款合同条例》和 1993 年 9 月 2 日修正的《中华人民共和国合同法》的规定签订。

2. 信贷担保

信贷担保是指借款方向贷款方提出保证借款人履行义务，贷款人实现权利的法律形式。

当前银行信贷发放不能按时收回，常常遇到“呆帐”、“死帐”和逾期贷款的难题无法解决。为了促进资金融通和商品交流，维护银行信贷安全，保障债权的实现，发展社会主义市场经济，1995 年 6 月 30 日八届人大常委会第十四次会议通过的《中华人民共和国担保法》规定了保证、抵押、质押、留置，定金等 5 种担保形式。

3. 信贷资金的管理

信贷资金是银行或其他金融机构以信用方式积聚与分配的货币资金。

根据《银行管理暂行条例》规定，各专业银行（商业银行）的信贷收支必须按规定纳入国家信贷计划。国家信贷计划由中国人民银行总行编制，报经国务院批准后，由中国人民银行总行下达执行。

专业银行（商业银行）吸收的各种存款，都应向中国人民银行分支机构交存存款准备金。其比例由中国人民银行规定，并根据放松或者收缩银根的需要进行调整。

专业银行（商业银行）之间可以互相拆借。并且银行应当建立呆帐准备金。呆帐准备金的额度由中国人民银行总行会同财政部制定。

4. 存款、贷款的管理

（1）存款管理

国家保护存款人的合法权益，存款人自主支配使用其存款，他人不得动用。

国家保护个人储蓄存款，实行存款自愿、取款自由、存款有息、为储户保密的原则。

（2）贷款管理。

专业银行（商业银行）办理贷款应当严格遵守审批制度、责任制度，按照贷款政策和有关规定发放贷款，以保障贷款安全和使用效益。

在贷款管理方面，各专业银行（商业银行）享有下列权利：第一，有权检查、监督贷款的使用情况，了解借贷企业的计划执行、经营管理、财务活动，物资库存等情况；第二，享有贷款自主权。

各专业银行除享有上述权利外，还应履行一定义务。即应保持足够的支付能力，保证按时偿还各项债务。

（三）结算制度

1. 银行结算的概念和法律依据

结算是指因商品交换、劳务服务和资金调拨等引起的货币收付行为。是银行的一项重要义务，它对减少现金的使用，提高资金效益，促进商品流通，保证经济活动的正常发展具有重要作用。

中国人民银行 1988 年 12 月 19 日颁发的《银行结算办法》等有关法规是银行结算的法律依据。

2. 转帐结算的特点

货币结算按结算形式划分，分为现金结算和转帐结算两种。直接使用现金进行的结算称为现金结算；通过银行帐户的资金转移实现收付的行为称为转帐结算。由于转帐结算不使用现金，所以又称为非现金结算或者称为银行结算。在我国，转帐结算在全社会货币收付总量中的比重达 95% 以上，因此，转帐结算已成为当今社会资金运动的最主要的载体。

由于商品流通引起的货币流通，在不同的社会制度下具有不同的特点。在我国，转帐结算具有下列几个特点：

(1) 我国货币的收付是有计划进行的；(2) 货币收付与生产流通密切结合在一起；

(3) 货币的收付受国家的监督与管理；(4) 货币的收付集中由国家银行组织进行。

3. 转帐结算原则

(1) 恪守信用、履约付款，维护收付双方当事人的正当权益。

市场经济条件下，各种经济往来均应依法签订并严格履行有关合同或协议，并据此签发有关结算凭证或票据，提交开户银行委托办理收付款项手续，以了结当事人之间的债权债务关系。

(2) 钱币两清。

指各单位及组织在进行商品交易或劳务服务中，除国家规定允许的预收预付和赊销者外，应做到及时将贷款结清，以保证资金运用按计划进行。

(3) 明确资金所有权与支配权。

即谁的钱归谁所有和支配。银行在接受客户委托办理转帐结算时，只能根据结算凭证及票据上所载明的收付款人名称或姓名，从付款人帐户上划转到收款人帐户上。

(4) 银行不垫款。

银行办理转帐结算是代客户办理清算资金的业务，不是信用业务，如果银行代客户垫付款项势必无计划地占用了银行的信贷资金，扩大了信贷规模，从而影响国民经济发展，因此，银行应坚持不代客户垫付款项原则。

4. 转帐结算的具体规定

现行转帐结算的法律依据是 1988 年 12 月 19 日由中国人民银行发布的《银行结算办法》。该《办法》主要包括下列内容：

(1) 开立帐户

即指客户在银行开立各种存款、贷款及往来帐户。银行帐户分为三类：一是基本帐户，这是进行独立经济核算的单位在银行开立的主要帐户；二是专用帐户，这是银行为客户开立的具有特定用途的帐户；三是辅助帐户，这是基本帐户的延伸与补充，设立该帐户目的在于方便非独立核算的附属单位款项的收付活动。

(2) 扣款支付顺序。

按照现行规定，扣款顺序是：预留工资基金和大修理基金，扣除税款、贷款、货款、折旧和利润。

（3）结算纪律和责任。

结算纪律是银行正确处理各单位之间的经济关系，维护社会经济秩序而规定的一种经济纪律。其内容主要包括三项：不准出租、出借在银行开立的帐户；不准签发空头支票和远期支票；不准套取银行信用。

银行结算的责任是：银行办理结算，必须严格执行《办法》的规定。需要向外寄发的结算凭证，必须于当天发出，最迟不超过次日；汇入银行收到结算凭证，必须及时将款项支付给确定的收款人。不得延误、积压结算凭证；不准挪用、截留客户和他行的结算资金；未收受款项，不准签发银行汇票、本票；不准向外签发未办汇款的汇款回单；不准拒绝受理客户和他行的正常结算业务。单位和个人办理结算，因填写结算凭证有误，影响资金使用，票据和印章丢失造成资金损失的，由其自行负责。规定允许背书转让的票据，因不获付款而遭退票时，持票人不可以对出票人、背书人和其他债务人行使追索权。票据的各债务人对持票人负连带责任。单位和个人违反银行结算规定和纪律，银行按有关规定予以经济处罚，情节严重的，应停止其使用有关的结算办法，因此造成的后果，由其自行负责。银行办理结算因工作差错，发生延误，影响客户和他行资金使用的，应按存（贷）款的利率计付赔偿金；因违反结算制度规定，发生延误、挪用、截留结算资金，影响客户和他行资金使用的，应按结算金额每天万分之三计付赔偿金。因错付或被冒领的，应及时查处，如造成客户资金损失，要负责资金赔偿。邮电部门在传递银行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，由邮电部门承担责任。

（4）结算金额起点。

结算金额起点是指办理每笔结算业务的最低金额。不足金额起点的货币收付，银行不予受理。

5. 其他结算方式

在我国，国内结算方式主要是以转帐结算方式中的汇票、本票、支票为主体，除此之外还有传统的汇兑结算、委托收款结算和托收承付结算方式和信用卡。

（1）汇兑结算方式

汇兑是汇款人委托银行将款项汇给外地的收款人的结算方式。该种方式适用于单位和个人的各种汇款结算。

汇兑分为信汇和电汇两种。信汇是银行用邮寄方式划转款项。电汇是银行用电报方式划转款项。

（2）委托收款结算方式

委托收款是收款人委托开户银行向付款人收取款项的结算方式。该种方式适用于在银行或其他金融机构开户的单位或组织的商品交易和劳务款项的结算。委托收款可通过邮寄和电报两种方式划回，至于选用何种方式，可由收款人选择。

（3）托收承付结算方式

托收承付结算是异地单位之间关于商品交易和劳务服务结算的一种重要方式。它由委托收款和承认付款两部分组成：承认付款是付款单位开户银

行收到托收凭证及附件后，及时通知付款单位在规定承付期内，审查核对和安排资金，经开户银行审查无误后办理划拨款项手续。承付时间的确定由付款方决定，不同付款方式，承付时间不同。采用验单付款的，承付期为3天；采用验货付款的，承付期为7天。采用何种方式由收付双方在合同中约定，并在托收凭证上注明。

（4）信用卡结算方式

信用卡是一种信用证书。它是银行为一部分收入较高的人员提供的短期消费信贷的工具。持卡人可以在发卡人指定的或特约的商店、饭店、车站等服务机构购买商品或支付费用，有的还可以向发卡银行的分支机构或代理行透支小额现金。

使用信用卡有两种结算方式：一是需事先在发卡银行存入一定金额，使用后逐笔削减余额，持卡人原则上不能透支，遇有特殊情况，经发卡银行同意后可以少量透支，由发卡行依据透支额收取一定利息；二是持卡人有固定的大量收入或大量财物，并且有信用，可以不事先在发卡行存入一定款项，可直接持卡使用后到发卡行结算，并付给发卡行一定利息和手续费。

6. 银行帐户管理

（1）银行帐户管理基本原则

根据《银行帐户管理办法》规定，各单位必须贯彻下列两项原则：一是财政资金与信贷资金、基本建设资金与流动资金分口管理原则；二是预算内资金与预算外资金分别核算的原则。上述各项资金应分别在银行开设有关帐户。

（2）帐户的设置与开户条件

帐户的设置是根据确立的会计科目而设立，是用来办理信贷、结算、现金收付以及监督与反映各开户单位资金活动的一种工具。根据反映的内容不同，银行帐户可以分为银行存款帐户和银行贷款帐户。

各单位申请开设帐户应当具备一定条件。

申请开设帐户的单位，必须填写开户申请书，经规定的审查单位盖章证明后，连同盖有单位公章及名章的印鉴卡送开户银行。

申请开设基本帐户的，必须是实行独立经济核算的单位。一个独立的核算单位的财务部门只能在所在地的一个银行机构开设有关帐户。单位的其他职能部门，不能在银行单独开户。对开设辅助帐户，从严掌握，辅助帐户除与原开户行的基本帐户发生款项收付外，一般只收不付或只付不收。

不具备开户条件的集体所有制工商企业和生产生活劳动服务企业，凡是领有工商行政管理部门发给的营业执照，并经有关业务主管部门盖章证明的，如有需要，可以开立一个存款帐户。

（3）银行的帐户管理

银行对设置使用的帐户必须加强管理。一是把好开户关。银行对各单位申请开户必须按规定的条件办理开户。开立帐户时应分清资金性质，正确使用科目；建立开、销户登记制度。二是经常检查帐户使用情况。银行有权随时对各单位帐户的使用情况进行检查。建立帐户管理档案，经常进行帐户分析。对于非法帐户应予以取缔，并报请有关部门严肃处理。三是及时与单位对帐，以保证单位帐户同银行帐户相符。

（4）违反银行帐户管理的处罚

对出租、出借银行帐户和支票的单位，依据《办法》及有关规定，停止

其使用支票结算。情节严重的，必要时可暂停其帐户收付。

四、票据法律制度

（一）票据的概念、特征和作用

票据是出票人依法签发的，约定由自己或指定他人在一定时间、一定地点，按票面所载文义无条件支付一定金额的有价证券。《中华人民共和国票据法》（以下简称《票据法》）规定：“本法所称票据，是指汇票、本票和支票。”

票据有以下特征：票据权利、票据义务因票据的设立而产生；票据权利、票据义务的产生，以具备法定条件为前提，与设立票据的原因无关；票据必须依照法定方式制作，才能产生票据上的效力；票据权利、票据义务的内容，决定于票据上记载的文字意义；票据债权人占有票据，即可向特定的票据债务人要求给付票据上载明的金额；票据给付的标的为金钱；票据到期前，持票人可以依法转让。

（二）汇票

1. 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。汇票分为银行汇票和商业汇票。

2. 出票

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。

汇票的出票人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。不得签发无对价的汇票用以骗取银行或其他票据当事人的资金。

汇票必须记载下列事项：表明“汇票”字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人姓名；收款人姓名；出票日期；出票人签章；汇票上未记载上述事项之一的，汇票无效。

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《票据法》第七十条、七十一条规定的金额和费用。

3. 背书

背书，是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。

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。持票人行使这一权利时，应当背书并交付汇票。出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。

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，必须记载被背书人的名称。背书人以背书转让汇票后，即承担保证其后手所持汇票承兑和付款的责任。背书人在汇票得不到承兑或付款时，应当向持票人清偿《票据法》规定的金额和费用。后手是指在汇票签章人之后签章的其他票据债务人。

4. 承兑

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。

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。
付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。

5. 保证

汇票的债务人可以由保证人承担保证责任。保证人由汇票债务人以外的他人担当。

保证人必须在汇票或者粘单上记载下列事项：表明“保证”字样；保证人的名称和住所；被保证人的名称；保证日期；保证人签章。

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。

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。保证人为两人以上的，保证人之间承担连带责任。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。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。

6. 付款

持票人获得付款的，应当在汇票上签收，并将汇票交付给付款人。持票人委托银行收款的，受委托的银行将代收的汇票金额转账收入持票人帐户，视同签收。

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帐户。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帐户支付汇票金额。

汇票金额为外币的，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。

付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。

7. 追索权

汇票到期被拒付款的，持票人可以对背书人，出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。

汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人也可以行使追索权：一是汇票被拒绝承兑的；二是承兑人或者付款人死亡、逃匿的；三是承兑人或者付款人被依法宣告破产的或者因违法被责令终止业务活动的。

汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任。

被追索人依照规定清偿债务后，其责任解除。

（三）本票

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。《票据法》所称本票，是指银行本票。

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。

本票必须记载下列事项：一是表明“本票”的字样；二是无条件支付的承诺；三是确定的金额；四是收款人名称；五是出票日期；六是出票人签章。本票上未记载上述事项之一的，本票无效。

本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任。

本票自出票日起，付款期限最长不得超过2个月。

本票的持票人未按照规定的期限提示见票的，丧失对出票人以外的前手的追索权。

本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除《票据法》第三章的

规定外，适用该法第二章有关汇票的规定。

（四）支票

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构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。

开立支票存款帐户，申请人必须使用其本名，并提交证明其身份的合法证件，开立支票存款帐户和领用支票，应当有可靠的资信，并存入一定的资金。开立支票存款帐户，申请人应当预留其本名的签名式样和印鉴。

支票可以支取现金，也可以转帐，用于转帐时，应当在支票正面注明。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。支票中专门用于转帐的，可以另行制作转帐支票，转帐支票只能用于转帐，不得支取现金。

支票必须记载下列事项：一是表明“支票”的字样；二是无条件支付的委托；三是确定的金额；四是付款人名称；五是出票日期；六是出票人签章。支票上未记载上述事项之一的，支票无效。支票上的金额可以由出票人授权补记，来补记前的支票，不得使用。

支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。

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。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的，为空头支票。禁止签发空头支票。

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。

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。

支票的背书、付款行为和追索权的行使，除《票据法》第4章的规定外，适用该法第二章有关汇票的规定。

（五）涉外票据的法律适用

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。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同《票据法》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。《票据法》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。

票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。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。

汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地法律。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。

票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律。

票据追索权的行使期限，适用出票地法律。

票据提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地法律。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。

（六）法律责任

票据欺诈行为的法律责任

有下列票据欺诈行为之一的，依法追究刑事责任：

1. 伪造、变造票据的；

- 2.故意使用伪造、变造的票据的；
- 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，骗取财物的；
- 4.签发无可靠资金来源的汇票、本票，骗取资金的；
- 5.汇票、本票的出票人在出票时作虚假记载，骗取财物的；
- 6.冒用他人的票据，或者故意使用过期或者作废的票据，骗取财物的；
- 7.付款人同出票人、持票人恶意串通，实施前6项所列行为之一的有上述行为之一，情节轻微，不构成犯罪的，依照国家有关规定给予行政处罚。

金融机构工作人员违法行为的法律责任

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。

由于金融机构工作人员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。

票据付款人违法行为的法律责任

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。

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。

其他违反规定的行为，给他人造成损失的，应当依法承担民事责任。

五、外汇管理法律制度

（一）外汇管理法概述

1. 外汇管理法的概念及我国外汇管理立法概况

外汇管理法是指调整外汇管理关系的法律规范的总称。

外汇是指以外国货币表示的，用于国际之间结算的各种信用支付凭证。包括以下4种：（1）外国货币，包括钞票、铸币；（2）外币有价证券，包括外国政府与公司的债券、股票、息票等；（3）外币支付凭证，包括银行存款凭证、邮政储蓄凭证、外币票据等；

（4）其他外汇资金。

外汇管理又称外汇管制。它是指一个国家为保障本国经济发展，稳定货币金融秩序，保持国际收支平衡和本国货币汇价水平稳定，通过法律对外汇的收支、买卖、转移、国际间结算、外汇汇率和外汇市场等实行的干预和限制。

党的十一届三中全会以后，我国实行了改革开放政策，我国对外交往日益增多，对外经济贸易迅速扩大，引进外资不断扩大与发展。为适应这种经济发展需要，1980年12月18日国务院发布了《中华人民共和国外汇管理暂行条例》，此后又发布了与《条例》配套的《施行细则》以及其他有关法规。

党的十四大作出中国实行社会主义市场经济体制决定之后。为使我国的外汇管理体制符合市场经济发展要求，我国的外汇管理制度进行了进一步改革。1993年12月28日中国人民银行发布了《中国人民银行关于进一步改革外汇管理体制的公告》。根据国务院决定，从1994年1月1日起，进一步改革我国的外汇管理体制。

1994年3月4日经国务院批准，中国人民银行发布了《结汇、售汇及付汇管理暂行规定》。该规定自1994年4月1日起施行。1996年6月20日中国人民银行宣布，我国将在今年年底之前实现人民币经常项目下的可兑换，并发布了《关于对外商投资企业实行银行结售汇的公告》，从1996年7月1日起实行。

近期内已经或即将出台的改革举措有：（1）对外商投资企业实行银行结售汇，取消对其经常项目用汇的限制；（2）提高个人因私用汇的供汇标准、扩大供汇范围，并对超标准和超范围的用汇经外汇局审核其真实性后予以供汇；（3）取消其他非贸易方面的汇兑限制；（4）对现行外汇管理法规进行清理和修订。这样，就取消了尚存的经常项目下的汇兑限制。

这项改革，既是我国应履行的一项国际义务，同时也是我国经济改革与发展的需要。必将进一步改善外商投资企业投资和经营的环境，增强国内外对人民币的信心，促进我国进一步融入世界经济的主流。

2. 我国外汇管理的机构、方针和原则

我国现行外汇管理机构是国家外汇管理总局及其分局。外汇管理局简称管汇机关，中国人民银行总行是国家外汇管理总局的主管机关。中国经营外汇业务的专业银行是中国银行。

国家对外汇管理实行由国家集中管理、统一经营的方针，坚持收支两条线的原则。

（二）外汇管理的法律规定

1. 经常项目外汇管理

经常项目外汇管理是指贸易外汇管理和非贸易外汇管理。

（1）贸易外汇管理

贸易外汇管理包括出口收汇、进口付汇及贸易从属费用收支的管理。

在实行外汇管制的国家，为了扩大出口，都把出口收汇管理作为首要管理目标。不同的国家对外汇管制宽严程度不同，一般分为三类情况：一是严格管制。即规定外汇收入必须全部结售给外汇指定银行；二是将部分外汇收入结售给指定银行；三是出口商可以自行选择结汇或保存外汇。我国属于第一种管理形式。

出口收汇管理的内容主要包括：对出口收汇实行结汇制管理；对出口贸易结算方式作出规定；对出口收入抵支及退赔款作出规定；对出口收汇进行的核销作出规定；对出口项下贸易从属费外汇收支作出规定。

进口付汇管理也是外汇管制国家管理重要内容。一般规定进口商品所需外汇必须向外汇管理部门提出申请。各国对进口付汇管理一般有三种方式：一是不受限制，自由付汇；二是对进口付汇规定付汇条件；三是严格管制，经获准后方可付汇。我国对经常性贸易进口付汇条件，根据外汇体制改革，已放宽了条件，只要具备规定的有效凭证，则可直接持之到外汇指定银行购汇支付。但我国对进口付汇事后监督进一步加强了管理。

（2）非贸易外汇管理

非贸易外汇管理是指对贸易收支项目（如来料加工、来样加工、来件装配、补偿贸易、租赁、寄售等）以外的劳务收支和转移收支外汇管理。非贸易外汇收支项目主要包括旅游、交通运输、金融机构、个人及政府之间往来费用等方面外汇收支。

2. 外汇的结汇管理

结汇是指境内机构（即指所有企事业单位、机关和社会团体）根据会计制度规定，按期实现的各项外汇收入应按规定全部结售给外汇指定银行。

根据中国人民银行发布的《关于进一步改革外汇管理体制的公告》（下面简称《公告》）和《结汇、售汇、付汇管理暂行规定》，我国自 1994 年 1 月 1 日起，实行外汇收入结汇制。即中国境内所有企事业单位、机关和社会团体的各类外汇收入必须及时调回，按银行挂牌汇率，全部结售给外汇指定银行。

外汇结汇管理主要包括下列 4 个方面内容：

第一，属于下列外汇须全部结售给外汇指定银行：

- （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、邮电、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）引行政、司法机关收入的各项外汇规费、罚没款等；
- （6）土地使用费、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）向境外出售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）对外索赔的外汇收入、退回的外汇保证金；
- （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收入；
- （12）国外捐赠、资助及援助收入的外汇；
- （13）国家外汇管理局规定的其他应结汇的外汇。

第二，在现汇帐户管理方面，《暂行规定》规定，境内机构的下列外汇，可以向国家外汇管理局或其分支局（下称外汇局）申请，在外汇指定银行开立外汇帐户，按规定办理结汇：

- （1）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所进行的业务往来外汇收入；
- （2）从事代理对外或境外业务的机构代收代付的外汇；
- （3）暂收待付或暂收待结项下的外汇；
- （4）保险机构受理外汇保险，需向外分保以及尚未结算的保费。

第三，下列范围内的外汇可以不结汇，可以在外汇指定银行开立外汇帐户：

- （1）国家批准专项用于偿还境内外汇债务并经外汇局审核的外汇；
- （2）捐赠协议规定用于境外支付的捐赠外汇；
- （3）境外借款、发行外币债券、股票取得的外汇；
- （4）境外法人或自然人作为投资汇入的收入；
- （5）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；
- （6）外商投资企业的外汇；
- （7）居民个人及来华人员个人的外汇。

第四，使用外汇留成的过渡措施

外汇管理体制改革之前，允许单位外汇收入实行留成。为实现经常项目

下人民币有条件可兑换，新的外汇管理体制规定取消外汇分成。对现有留成外汇额度余额和上述允许开立现汇帐户范围以外的现汇存款，按以下原则处理：

留成外汇额度余额允许按 1993 年 12 月 31 日公布的外汇牌价继续使用。对汇率并轨前已办理结汇，尚未分配入帐的留成外汇额度，应在 1994 年 1 月 31 日以前办完入帐，也允许按 1993 年 12 月 31 日公布的外汇牌价继续使用。在上述允许开立现汇帐户范围以外的现汇存款，在实行结汇制后，可继续保留原有现汇帐户，只许支用，不许存入，用完为止。帐户内余额允许用于经常项目支付，偿还外汇债务或向银行结售。

3. 外汇的售汇管理

售汇是指除外商投资企业以外的境内外机构，对外支付用汇，须持规定的有效凭证，依照中国银行当日公布的市场汇价，用人民币到外汇指定银行办理用汇兑付的行为。

根据《暂行规定》的规定，我国外汇管理自 1994 年 4 月 1 日起施行售汇制，取消经常项目正常的对外支付用汇的计划审批，并对境内机构贸易及非贸易经营性对外支付用汇、财政预算内和财政预算外的境内机构的非贸易非经营性用汇以及个人非贸易非经营性用汇等管理作出明确规定。具体规定包括下列几方面内容：

第一，境内机构的贸易及非贸易经营性的进口用汇，具有下列情形之一的，境内机构应持与支付方式相应的有效商业单据和有效凭证到外汇指定银行兑付所用外汇：

(1) 实行进口配额管理或特定产品进口管理的货物进口，持有关部门签发的许可证或进口证明以及相应的进口合同；

(2) 实行自动登记制的货物进口，持相应的登记文件和进口合同；

(3) 除上述两项以外，其他符合国家进口管理规定的货物进口，持进口合同；

上述实行进口配额管理或特定产品进口、自动登记制的货物进口管理及其他符合国家进口管理规定的货物进口项下的预付款、开证保证金、尾款、运输费、保险费及从属费用和出口项下的佣金、运输费、保险费及从属费用，持有关部门签发的许可证、进口证明及相应的进口合同。

(4) 从保税区、保税库购买商品以及购买国外入境展览展品的用汇，持上述有关有效证件；

(5) 专利权、著作权、商标、计算机软件等无形资产的进口，持进口合同或协议；

(6) 出口项下对外退赔外汇，持结汇水单、索赔协议、理赔证明及退汇证明；

(7) 境外承包工程所需的投标保证金，持投标文件、履行保证金及垫付工程款项的合同。

第二，对境内机构的贸易和非贸易经营性对外支付，外汇指定银行凭用户提出的支付清单先兑付，事后核查。先兑付，事后核查的事项包括：进料加工生产复出口商品的进口，持外经贸部门批准的进料加工合同；经国务院批准的免税品公司按规定范围经营免税商品进口支付；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、其他服务费，以及支付国际营运人员的伙食、

津贴补助等；邮电部门支付国际邮政、电信业务费用。

第三，境内机构对超过规定比例的预付货款、佣金、转口贸易项下先支后发生的对外支付的贸易及非贸易经营性支付，持外汇局核发的售汇通知单到外汇指定银行兑付。

第四，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，按《非贸易非经营性外汇财务管理暂行规定》办理。

第五，财政预算外的境内机构非经营性用汇，持外汇局核发的售汇通知单到外汇指定银行兑付。非经营性用汇范围包括：在境外举办展览、招商、培训、拍摄影视片；对外宣传费、援助费、捐赠外汇、国际组织会费、参加国际会议的注册费、报名费、在境外设立代表处或办事机构的开办费和经费；国家教委国外考试协调中心支付境外的考试费及其他非经营性用汇。

第六，对外国人的用汇管理有下列 3 种情况：

(1) 对在境内机构工作的外国专家领取的民币工资、生活费及离职补贴费、个人因私出境或移居出境、或从境外邮购少量药品、医疗用具等所用外汇，均由外汇局授权的外汇指定银行按有关规定兑付。

(2) 外国驻华使馆的合法人民币收入要求汇出境外时，须持证明材料向外汇局申报，持外汇局售汇通知单到外汇指定银行兑付。

境外法人驻华机构的合法人民币收入要求汇出境外时，须持证明材料向外汇局申报，持外汇局售汇通知单到外汇指定银行兑付。

(3) 临时来华的外国人、华侨、港澳台同胞出境时未用完的人民币，可以凭本人护照、原兑换水单（有效期为 6 个月）兑回外汇，携出境外。

第七，对境内机构资本融资项下的用汇有下列两种情况分别处理：

(1) 境内机构资本融资项下的下列用汇，待所列有效凭证到外汇指定银行兑付：(1) 偿还境内金融机构自营外汇贷款本息、费用，持贷款协议和债权机构还本付息通知单；(2) 境内外汇担保履约用汇，持担保合同的债权机构支付通知；(3) 经国家批准以外币支付的股息，持董事会分配利润的决议书及完税证明。

(2) 境内机构资本项下的下列用汇，持所列有效凭证向外汇局申报，凭外汇局的核准文件到外汇指定银行兑付：(1) 偿还外债和外汇（转）贷款本息、费用，持《外债登记证》或《外汇（转）贷款登记证》及债权机构还本付息通知单；(2) 境外外汇担保履约用汇，持担保合同、外汇局核发的《外汇担保登记证》及境外机构支付通知；(3) 境外投资资金的汇出，持项目审批部门的批准文件和投资合同；(4) 外商投资企业的中方投资者经批准需以外汇投入的注册资金，持项目审批部门的批准文件和合同。

4. 外汇的付汇管理

付汇是指在外汇指定银行有外汇帐户的机构，其所有对外支付用汇，凡符合外汇帐户规定的使用范围的，须首先使用其外汇帐户余额。如果外汇帐户余额不足以支付的，或外汇帐户使用范围以外的支付用汇以及没有帐户的，可以按规定购汇支付。

依据《结汇、售汇、付汇管理暂行规定》的规定，从外汇帐户对外支付的，开户银行应根据规定的外汇帐户收支范围进行审核，并按售汇有关规定进行审核，办理支付。

购汇支付和从外汇帐户支付的，均须按有关结算方式或合同规定的日期办理，不得提前对外付款。需要提前偿还境外债务本息的，经外汇局批准后

方可购汇并对外支付。

5. 台帐管理

台帐是外汇指定银行专门为出口企业的部分收入和外汇支付设立的外汇帐户。依据《公告》和《暂行规定》的规定，外汇指定银行应按出口企业结汇额的 50% 为其设立台帐，出口企业为扩大出口所需用汇（包括进料加工、包装物料、出口基地、索理赔、运保费、售后服务及其他贸易从属费等），按照售汇有关规定办理兑付，兑付银行从台帐余额中扣减其相应数额。出口企业出口所需用汇，超过台帐余额的部分，仍可以按规定，持有效凭证到外汇指定银行办理兑付。

6. 银行间外汇市场和人民币汇率的管理

银行间的外汇市场交易主体是外汇指定银行。包括中资银行、外资银行和特许的中资非银行金融机构和外资非银行金融机构。银行间外汇交易市场主要职能是为各外汇指定银行相互调剂余缺和清算服务。银行间外汇交易市场由中国人民银行通过国家外汇管理局监督管理。

自 1994 年 1 月 1 日起，我国实行人民币汇率并轨。并轨后的人民币汇率实行以市场供求为基础的、单一的、有管理的浮动制。由中国人民银行根据前一日银行间外汇交易市场形成的价格，每天公布人民币对美元交易的中间价，并参照国际外汇市场变化，同时公布人民币对其他主要货币的汇率。各外汇指定银行以此为基础，在中国人民银行规定的浮动幅度范围内自行挂牌，对客户买卖外汇。在稳定境内通货的前提下，通过银行间外汇买卖和中国人民银行向外汇交易市场吞吐外汇、保持各银行挂牌汇率的基本一致和相对稳定。

7. 外债管理

国家对境外资金的借用和偿还，实行计划管理、金融条件审批和外债登记制度。凡为境内法人（包括中资控股的机构和企业）借款出具担保，必须严格按照国家外汇管理局关于《境内机构对外提供外汇保管理办法》规定办理。

为确保国家的对外信誉，对外偿还实行“谁借谁还”的原则。债务人应加强对借用外债项目的管理，提高项目的经济效益和创汇能力。国家鼓励和支持各地区、有关部门和外债较多的企业按债务余额的一定比例建立偿债基金，在外汇指定银行开立现汇帐户存储。国家批准的专项还贷出口收汇，可以直接进入该帐户。专户资金只能用于对外支付本息，不得转移或用于其他支付。

债务人还本付息应从其偿债基金专户中支付，如发生困难，可经外汇管理部门审查批准，根据借款协议，凭外债登记证和还本付息核准凭证，用人民币到外汇指定银行办理兑付。债务人如要求提前对外偿还债务的，也必须按规定经外汇管理部门批准。

对已发放的境内金融机构自营外汇贷款，债务人可用创汇收入直接偿还，也可按贷款协议规定，用人民币向外汇指定银行购汇偿还。境内金融机构借入境外贷款和吸收外币存款发放的贷款，继续采取贷外汇还外汇方式。

8. 外商投资企业的外汇管理

1996 年 6 月 20 日，中国人民银行发布了《关于对外商投资企业实行银行结售汇的公告》。

根据这一公告，外商投资企业经申报区分外汇帐户后，可以在外汇指定

银行办理结汇和售汇，也可以继续通过外汇调剂中心买卖外汇。

公告指出，外商投资企业可以根据需要在外汇指定银行开立用于经常项目收支的外汇结算户和用于资本项目收支的外汇专用帐户，中国人民银行授权国家外汇管理局根据外商投资企业实投资本和经常项目外汇资金周转的需要，确定其外汇结算帐户可保留外汇的最高金额，外资银行、外国银行分行、合资银行可以为外商投资企业办理结汇和售汇业务，成为外汇指定银行。国际收支通常分为经常项目和资本项目。经常项目是指国际收支中经常发生的交易项目，包括进出口贸易收支，运输、旅游等非贸易收支，以及与国际组织往来、无偿援助和捐赠等无偿转让。对以上项目的外汇收支，有关企业可持有效凭证和有效商业单据向银行购汇或卖出外汇。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，对资本项目的外汇收支将继续实行审批制。这次改革后，个人因私用汇的供汇范围扩大，数额提高，但个人仍然不能自由兑换外汇。同时，外资银行可以办理售汇业务，并不意味着全面开放外资银行的人民币业务，这一工作要在条件成熟时进行试点。

9. 境内外币计价结算及外币流通的管理

我国自 1994 年 1 月 1 日起，取消任何形式的境内外币计价结算。境内禁止外币流通和指定金融机构以外的外汇买卖，停止发行外汇券。已发行流通的外汇券逐步兑回，自 1995 年 1 月 1 日起，境内停止使用外汇券。

（三）违反外汇管理的法律责任

长期以来，违反国家外汇管理规定的违法犯罪行为不少，归纳起来，主要有以下 3 个方面：一是套汇，二是逃汇，三是扰乱金融。

1985 年 3 月 25 日经国务院批准、同年 4 月 5 日国家外汇管理局公布施行的《违反外汇管理处罚施行细则》，对套汇、逃汇、扰乱金融的各种违法行为及其处罚作了详细的规定。

1. 套汇行为及处罚

套汇是行为人以各种非法手段，用人民币向他人攫取外汇或外汇收益的行为。

属于套汇行为的主要有下列内容。

（1）未经管汇机关批准或国家另外规定者外，以人民币偿付应当以外汇支付的进口货款或者其他款项的；

（2）境内机构以人民币为驻外机构、外国驻华机构、侨资企业、外资企业、中外合资经营企业、短期入境个人支付其在国内的各种费用，由对方付给外汇，没有卖给国家的；

（3）驻外机构使用其在中国境内的人民币为他人支付各种费用，由对方付给外汇的；

（4）外国驻华机构、侨资企业、外资企业、中外合资经营企业及其人员，以人民币为他人支付各种费用，而由他人以外汇或者其他相类似的形式偿还的；

（5）未经管汇机关批准，派往外国或者港澳等地区的代表团、工作组及其人员，将出国经费或者从事各项业务活动所得购买物品或者移作他用，以人民币偿还的；

（6）境内机构以出口收入或者其他收入抵偿进口物品费用或其他支出的（除法律另有规定外）。

对具有上述套汇行为的套汇者，应受到下列处罚：（1）套入方所得外汇尚未使用的，责令其限期调回，强制收兑；套入方所得外汇已被使用，责令其补交等值的外汇，强制收兑，或者扣减相应的外汇数额；套入方所得外汇已被使用而无外汇归还的，被交所购物品的国内外差价；以上并可另按套汇金额处以 10%至 30%的罚款；

（2）对套出外汇方，根据情节轻重，按套汇金额处以 10%至 30%的罚款。

2. 逃汇行为及处罚

逃汇是指境内外的中国机构及人员，违反中国有关外汇管理法律规定的规定，把应结汇给外汇指定银行的外汇收入，私自保存、转移或存放在境外的行为。

属于逃汇的行为主要包括下列 4 项内容：

（1）未经管汇机关批准，境内机构将收入的外汇私自保存、存放境外的；

（2）境内机构、侨资企业、外资企业、中外合资经营企业少报外汇收入，或者多报外汇支出，将隐匿的外汇私自保存或者存放境外的；

（3）驻外机构以及在境外设立的中外合资经营企业的中方投资者，不按国家规定将应当调回的外汇收入留在当地营运或挪作他用的；

（4）非经管汇机关批准，派往外国或者港澳等地区的代表团、工作组及其人员不按各该专项计划使用外汇，将出国经费或各项业务活动所得外汇存放境外或移作他用的。

对具有上述逃汇行为者，应区别情况受到下列处罚；

（1）逃汇所得外汇尚未使用的，责令违法或其主管部门限期调回，强制收兑，或者没收全部或者部分外汇，并可另按逃汇金额处以 10%至 50%的罚款；（2）逃汇所得外汇已被使用的，责令补交等值的外汇，强制收兑或者予以没收，并可另按逃汇金额处以 10%至 50%的罚款；（3）逃汇所得外汇已被使用而无外汇归还的，按逃汇金额处以 30%以上、等值以下的罚款，或者没收非法所得，或者罚、没并处。

3. 扰乱金融行为及处罚

扰乱金融是指行为人违反外汇管理法律法规规定，非经批准非法经营外汇业务，私自买卖外汇，扰乱金融秩序的行为。

属于扰乱金融的行为主要包括下列 4 项内容：

1. 未经国家管汇机关批准经营外汇业务，或者超越批准经营范围扩大外汇业务的；

2. 未经国务院或国务院授权机关批准，境内机构在国内外发行具有外汇价值的有价证券，接受外国或者港澳等地区的银行，企业贷款的；

3. 境内机构擅自以外汇计价结算、借贷、转让、质押、或者以外币流通、使用的；

4. 私自买卖外汇，变相买卖外汇，或者超过国家外汇管理局规定价格买卖外汇，以及倒买倒卖外汇的。

对具有上述扰乱金融的行为人，应区别不同情况，作出下列处罚：

（1）对擅自经营或扩大外汇业务范围的，分别责令其停止经营外汇业务或停止超经营范围的外汇业务；或者没收非法所得，或者处以罚款，或罚没并处；

(2) 对未经批准，擅自在国内外发行有价证券或接受外国或地区银行，企业贷款的，除不准发行新的债券或接受贷款外，可按其债券或贷款金额处以 20% 以下的罚款；

(3) 对境内机构擅自以外汇计价结算、借贷、转让、质押或以外币流通使用，或私自买卖、变相买卖外汇的，强制收兑外汇，没收非法所得，或者处以罚款，或罚没并处。

对套汇、逃汇、扰乱金融情节严重的案件，应当移送司法机关处理。

第三节 税收法律制度

一、税收法律制度概述

(一) 税收的概念和特征

1. 税收的概念

税收是国家凭借政治权力，按照法律，法规规定的标准强制地、无偿地征收货币或实物，以取得财政收入的一种工具。

税收是随着国家的产生而产生的，在奴隶社会、封建社会、资本主义社会以及社会主义社会，税收始终存在，并且随着社会的发展，其作用日益重要。

2. 税收的特征

税收作为一种凭借国家政治权力进行的特殊分配方式，同国家取得财政收入其他方式相比，具有无偿性、强制性、固定性三个特征。

(1) 无偿性指国家征税后，税款就归国家所有，不再直接归还纳税人，也不支付任何报酬。

(2) 强制性指国家依据法律征税，纳税人必须依法纳税，否则就会受到法律的制裁。

(3) 固定性指国家征税以法律形式预先规定征税范围和征收比例，便于征纳双方共同遵守。

这三个特征是税收本身所固有的，是一切社会形态下税收的共性。无偿性是税收这种特殊分配手段的本质体现，征税的无偿性必然要求征税方式的强制性，强制性是无偿性和固定性得以实现的保证。国家财政的固定需要，决定了税收必须具有固定性特征，税收的固定性也是强制性的必然结果。税收的三个特征，互相依存，缺一不可。

(二) 税法的概念和税法的作用

1. 税法的概念

税法是调整国家与纳税人之间税收征纳关系的法律规范的总和。我国的税法包括全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院及其所属机构制定的法规和地方性的规范性文件。

2. 税法的作用

(1) 税法是国家取得稳定财政收入的重要保证。

建国以来，税收一直是国家财政收入的重要来源之一，现在税收占国家财政收入的90%以上。对实现国家财政收支平衡有举足轻重的地位。国家为了保证财政收入的及时性、稳定性，就必须通过税收立法，体现统治阶级的国家意志，并用强制力保证实施。

(2) 税法能够合理调节各方面的经济利益，是经济运行中搞活微观经济，加强宏观调控的重要法律手段。

税法调控经济运行，通常是对生产、交换、分配、消费环节分别进行调整控制，从而促进各环节相互之间的协调。

税法对社会生产活动的调控，主要是从三个方面进行：调控产业结构；调控产品结构；调控再生产的方式；促进专业化生产和横向经济联合的发展。

税法对商品交换活动的调控，一般从两个方面进行：调控商品的流

向；调控商品的流通速度。

税法对社会分配机制的调控主要表现在：调整国家与企业之间的分配关系，增强企业活力；调整国家、企业与个人之间的分配关系，实现三者利益分配的合理与协调；调整企业之间的分配关系，使企业在同等条件下展开竞争；调整个人之间的分配关系，限制个人收入的超速增长，避免个人收入过分悬殊。

税法对消费活动的调控，主要对象是消费行为，即对某些消费行为征税，从而对这些行为起到某种限制的作用。

总之，税法作为一种法律手段，能够合理调节国家、集体、个人之间，地区、部门、行业之间的经济利益，间接调控经济运行，促进经济的协调发展。

(3) 税法对经济领域中的各种违法活动进行监督、检查。

国家颁布了《税收征管法》，把税收的征收和管理纳入法律的轨道，遵守税法，都一律受法律的保护和扶持，破坏我国经济秩序的违法活动都会依法受到严厉惩处，规定加成征税或者加倍罚款的办法，维护经济秩序。

(4) 维护国家主权和经济利益，发展对外经济和贸易往来。

改革开放以来，我国制定了一系列涉外税法，修订了关税条例，调整了部分工商统一税的税率。这些税法的颁布，在维护国家主权和经济利益的前提下，本着平等互利的原则，处理好同其他国家的税收关系。

为了解决国际间双重待遇。我国与世界上许多国家通过谈判签订了国际避免双重征税协定，使外商从我国的优惠待遇中真正得到实惠。

通过以上措施，为发展我国的对外贸易和吸引外商投资创造了较好的外部环境，增强了国际间的经济技术合作，推动了我国社会主义建设的进程。

(三) 税收法律关系

1. 税收法律关系的概念

税收法律关系，简称税法关系，它是指国家与纳税人在税收活动中所发生的，并由税法确认和调整的，国家赋予强制力保证实施的，以征纳关系为内容的权利和义务关系。

2. 税收法律关系的要素

(1) 税收法律关系的主体

税收法律关系的主体是指参加税收关系的当事人，分为征税主体和纳税主体。

征税主体指国家权力机关，行政管理机关和税务职能机关。

纳税主体是指纳税义务人，包括法人和自然人。我国的纳税主体可分为以下几大类：国有企业，集体所有制企业，私营企业，城乡个体工商户，外商投资企业和外国企业，联营企业，股份制企业，行政机关和事业单位，公民个人。

(2) 税收法律关系的客体

税收法律关系的客体是指主体之间权利、义务共同所指向的对象和实现的目标。包括货币、实物和行为。

(3) 税收法律关系的内容

税收法律关系的内容是指征纳双方所享有的权利和应承担的义务。它主要包括以下内容：

征税主体，即国家各级税务机关的权力是依法征税，办理税务登记，进

行税务检查和对违章者进行处罚；其义务主要是及时、足额地把征得的税款解缴国库，及时把税收争议案提交上级机关处理等。

纳税主体，即纳税义务人的权利是在依法纳税时发生税务争议，在先按规定缴纳税款的前提下，有权申请上级税务机关复议，对复议仍持异议，可诉诸法院。对税务机关处罚、税收保全和强制执行措施不服的，既可向上级税务机关申请复议，又可直接向人民法院起诉；其义务主要是必须按时办理纳税登记，接受监督检查，提供真实的会计报表及纳税资料，依法缴纳税款，不欠税、骗税，不偷税、抗税等。

3. 税收法律关系的产生，变更和终止

税法是引起税收法律关系的前提条件。税收法律事实是引起税收法律关系产生、变更和终止的客观情况。

这种税收法律事实，按其是否与纳税人的意志有关与否，分为事件与行为。税收法律事件是指与纳税人意志无关的客观现象，它是税收法律关系发生、变更和终止的直接原因；税收法律行为一般指纳税人的活动，即只有税法的实施和纳税人的活动，才能产生税收法律关系。具体讲：

(1) 下列法律事实的出现产生税收法律关系：纳税义务人发生了税法规定的应纳税的行为和事件；新的纳税义务人的出现。

(2) 下列法律事实的出现变更税收法律关系：

修改或规定新的税收优惠；征收程序的变动；纳税义务人的收入或财产状况发生了变化。

(3) 下列法律事实的出现终止税收法律关系：纳税义务人履行了纳税义务；纳税义务人产生了符合免税的条件；某些税法的废除或征税对象的变更；纳税义务人的消失等。

(四) 税法的基本要素

1. 纳税主体

纳税主体又称纳税人，是税法规定的直接负有纳税义务的单位和个人。

(1) 自然人和法人。

(2) 扣缴义务人。

扣缴义务人是税法规定的，在其经营活动中负有代扣税款并向国库交纳义务的单位。

2. 征税客体

征税客体又称征税对象，是指对什么东西征税。征税客体体现着征税的最基本界限，同时决定了各个税种在性质上的差别，并且决定各个不同税种的名称。

与征税客体有关的概念有：

(1) 税目：即征税对象的具体内容，是在税法中对征税对象分类规定的具体的征税品种和项目。税目明确了具体的征税范围，而且还可以对不同的项目制定高低不同的税率。体现国家的政策。

(2) 计税依据：是征税对象的计量单位和征收标准。计税依据解决征税的计算问题，包括从价和从量两种。

3. 税率

税率是税额与征税对象数量之间的比例。税率是计算税额的尺度，反映征税的深度，税率的高低直接关系到国家的财政收入和纳税人的负担水平，是国家税收政策的具体体现，为税收制度的中心环节。

我国现行税率分为三种：

(1) 比例税率：是应纳税额与征税对象数量为等比关系。这种税率，不因征税对象数量多少而变化。即对同一征税对象，不论数额大小，只规定一个比例征收的税率。

比例税率适合于对商品流转额征收的税种。

(2) 累进税率：是随征税对象数额的增大而提高的税率，即按征税对象数额大小，规定不同等级的税率，征税对象数额越大，税率越高，累进税率税额与征税对象数量之比，表现为税额增长幅度大于征税对象数量的增长幅度。

累进税率对于调节纳税人收入，有着特殊的作用，所以各种所得税一般都采用累进税率。

累进税率又分全累税率和超累税率。

(3) 定额税率：又称固定税率，是按单位征税对象，直接规定固定税额的一种税率形式。

定额税率适用于从量计征的税种，这些税种的征税对象应该是价格固定、质量和规格标准较统一的产品。

4. 纳税环节

纳税环节指在商品流通过程中应该交纳税款的环节，即对处于运动中的征税对象，选定应该交纳税款的环节。

商品从生产到消费要经过许多流转环节，主要是生产，批发和零售三道环节。在商品流转环节中，可以选定一个或几个环节交纳税款，一种税只在一个流转环节征税的，叫“一次课税制”。一个税种在商品流转环节中选择两个环节征税的，叫“二次课税制”。一个税种在商品流转的各个环节多次征税，叫做“多次征税”或“道道征税”。纳税环节的确定，根据纯收入在各个流转环节的分布状况而定；要符合不同经济部门和不同产品的经营特点，要有利于经济的发展；要有利于保证国家的财政收入；要便于征收、管理和监督。

5. 纳税期限

纳税期限是纳税人向国家交纳税款的法定期限。在确定纳税期限时应考虑如下几个因素：

(1) 国民经济各部门生产经营的不同特点和不同的征税对象。

(2) 纳税人交纳税款数额的多少。

(3) 纳税行为发生的情况，以从事生产经营活动的次数为纳税期限，实行按次征收。

确定纳税期限，包括两方面的含义：一是确定结算应纳税款的期限。二是确定缴纳税款的期限。

6. 减税、免税

减税、免税是税法中对某些特殊情况给予减少或免除税负的一种规定。减税是对应纳税款减征其一部分；免税是对应纳税款全部予以免征。按照具体内容划分，可分为政策性减免税和照顾困难减免税；按时间划分，可分为长期减免税和定期减免税。

与减税、免税有关的概念。

(1) 起征点：是税法规定对征税对象开始征税的数额。征税对象未达到起征点的不征税，达到或超过起征点的就其全部数额征税。

(2) 免征额：是税法规定的征税对象中免于征税的数额。免征额部分不征税。只对超过免征额的部分征税。

7. 违章处理

违章处理是对违反税法的行为所采取的惩罚措施。违反税法的行为有：欠税、骗税、偷税、抗税和不按规定办理税务登记、变更登记、纳税申报以及拒绝税务机关进行纳税检查或不据实报告财务、会计和纳税情况等。

税法规定的处理办法有：限期纳税、加收滞纳金或处以罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(五) 新税制改革和现行税种

1. 新税制改革

1994 年我国施行了新税制。这次税制改革是国家发展社会主义市场经济的重大举措，其意义从它所涉及的范围和变革的深刻性，都不亚于第二步利改税和 1984 年的工商税制改革，将成为我国税收工作的一个重要转折点，将是新中国税制建设史上的一个重要里程碑。

(1) 税制改革的必要性

税制改革是建立和完善社会主义市场经济的需要。

建立社会主义市场经济不能没有宏观调控。

税制改革是当前整个经济体制改革中的重要一环。

现在的分配关系，包括国家与企业的分配关系，中央与地方的分配关系，既下合理，也不规范，建立一个科学合理的税制，处理分配关系是十分重要和十分紧迫的。

市场经济是开放的经济，我国经济是国际经济的有机组成部分。因此，国家对经济的管理要有规范，包括税收也应有规范，而一旦要与国际惯例接轨。

(2) 税制改革的指导思想和原则

指导思想是：统一税法，公平税负，简化税制，合理分权，理顺分配关系，保障财政收入，建立符合社会主义市场经济要求的税制体系。

税制改革必须遵循的原则是：

要有利于加强中央的宏观调控能力。

要有利于发挥税收调节个人收入相差悬殊和地区间经济发展差距过大的作用，促进协调发展，实现共同富裕。

体现公平税负，促进平等竞争。

体现国家产业政策，促进经济结构的有效调整，促进国民经济整体效益的提高和持续发展。

简化、规范税制。

(3) 税制改革的内容

流转税制改革

建立一个以规范增值税为核心的，与消费税、营业税互相协调配套的流转税制，增值税征收范围延伸到批发和零售，消费税同增值税交叉征收，服务业继续征收营业税。

流转税改革后适用于内外资企业。

所得税改革。

第一，企业所得税改革。从 1994 年起统一内资企业所得税，以后待条件成熟后再统一内外资企业所得税。统一内资企业所得税后，取消国营企业

调节税和“两金”，同时用税法规范企业所得税前的列支标准，并取消税前还贷。

第二，个人所得税改革。把原来的个人所得税、个人收入调节税和城乡个体工商户所得税合并，建立统一的个人所得税。

其他税种的改革。

第一，开征土地增值税；

第二，研究开征证券交易税；

第三，研究开征遗产税和赠与税；

第四，抓紧改革城市维护建设税；

第五，简并税种。包括：

取消盐税、集市交易税、牲畜交易税、特别消费税、烧油特别税、奖金税和工资调节税。其中，特别消费税和烧油特别税并入起特殊调节作用的消费税，盐税并入资源税；

选择适当时机取消对外商投资企业和外籍人员征收的城市房地产税和车船使用牌照税，统一实行房地产税和车船使用税，并将现在已经偏低的税率或税额适当调高；

选择适当时机调高土地使用税的税额；

下放屠宰税和筵席税。

2. 现行税种

在我国，税法是一个由各种单行的税收法律，法规和规章构成的综合体，它们之间既相互独立，又相互联系。因此，对它们进行科学的划分，有利于分析税收负担的分配情况，负担的轻重及国家税法的总体结构是否合理等。

几种主要的税种分类方法如下：

(1) 根据税法所规定的征税客体性质的不同，可分为流转税、收益税、财产税、行为税和资源税

流转税。流转税是以流转额为征税对象，选择其在流转过程中的特定环节加以征收的税。

我国现行的流转税主要有：增值税、消费税、营业税、关税。

收益税。收益税是以纳税人的纯收益额或者总收益额为征税对象，增减法定项目后，对生产经营者加以征收的税。

我国现行的收益税主要有：企业所得税、外商投资企业和外国企业所得税、个人所得税、农业税。

资源税。资源税是对在我国境内从事国有资源开发，就资源和开发条件的差异而形成的级差收入征收的一种税。

我国现行的资源税包括：资源税、耕地占用税、城镇土地使用税。

财产税。财产税是以法定财产为征税对象，根据财产占有或者财产转移的事实，加以征收的税。

我国现行的财产税包括：房产税、契税、车船使用税、土地增值税。

行为税。行为税是指根据特定行为的发生，依据法定计税单位和标准，对行为人加以征收的税。

我国现行的行为税主要有：固定资产投资方向调节税、印花税、城市维护建设税、屠宰税、车船使用税、筵席税。

(2) 根据各级政府对税收的管理权限为标准，可以分为中央税，地方

税和共享税

这种分类的目的，在于贯彻财政权与事权相一致的原则，保证各级政府都有行使权力和实现职能的财力保证，同时调动各级政府当家理财，组织收入的积极性。但中央税，地方税和中央地方共享税的划分，还有待进一步的完善，科学地相对稳定下来。

中央税。凡所有权和管理权归中央一级政府的税种，称为中央税，为中央财政收入。

目前有：关税、海关代征消费税和增值税、消费税、中央企业所得税及其投资利润；地方银行和外资银行及非银行金融企业所得税，铁道、银行总行、保险公司等集中交纳的收入（包括营业税、所得税、利润和城市维护建设税）。

地方税。凡所有权和管理权归地方各级政府的税种称地方税，为地方财政收入。

包括：营业税（不含铁道、银行总行，保险公司集中交纳的营业税）、地方企业所得税（不含地方银行和外资银行及非银行金融企业所得税）、个人所得税、城镇土地使用税、固定资产投资方向调节税、城市维护建设税（附加）（不含铁道、银行总行、保险公司集中交纳的部分）、房产税、车船使用税、印花税、屠宰税、农牧业税、农村特产税、耕地占用税、契税、土地增值税。

中央和地方共享税。凡是征收的税款由中央和地方政府分享的税种，都是共享税。主要是为了兼顾各方面的经济利益，调动地方组织财政收入的积极性。

这类税有：增值税：中央 75%，地方 25%、资源税：海洋石油资源税 100%归中央，其余资源税 100%归地方、证券交易的印花税：中央 50%地方 50%。

（3）根据税法适用的纳税主体不同，税法也可分为对内税法，涉外税法和国际税法。

对内税法。对内税法是调整国家与国内经济组织或公民个人之间的税收征纳关系的法律规范。这类税法只适用于本国经济组织和公民个人。如企业所得税，不适用于外商投资企业和外国企业。

涉外税法。涉外税法是调整国家与具有涉外因素征纳关系的法律规范。涉外因素，有主体，客体和法律事实等。如外商投资企业和外国企业所得税法，属于涉外税法，它既是国内法，又是国际税法的一个组成部分。

国际税法。国际税法是调整国家、政府之间关于税收权益的分配关系的法律规范，包括政府间的双边或多边税政协定、关税互惠、公约、“联合国范本”、国际税收惯例等形式。国际税法的调整对象包括国家间的分配关系和一国政府与跨国纳税人之间的税收征纳关系，即各国涉外的税收征纳关系。

二、我国主要税种简介

（一）流转税法概述

流转税是对流转额的课税。流转额包括商品流转额和非商品流转额。

我国现行的流转税主要设置四个税种，即增值税、消费税、营业税和关

税。

1. 增值税法

增值税是以法定增值额为征税对象征收的一种税。增值额指企业或个人在生产经营过程中新创造的那部分价值，主要包括利润、利息、租金、工资和其他属于增值性的费用。

1993 年底国务院颁布了新的《增值税条例》，按国际惯例对增值税进行了规范。这次改革的主要内容是：征税范围从工业延伸到批发、零售环节；计税依据采用价外税；简并税率为三档；实行凭发票注明税额进行抵扣的办法。

(1) 增值税的纳税人和征收范围

增值税的纳税人为在我国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人。增值税的征税范围是，除农业生产环节和不动产外，对所有销售货物和进口货物以及对工业性和非工业性的加工、修理修配劳务征收。

(2) 增值税的税率

增值税的税率共设 3 档：

适用 13% 低税率的货物：

第一，粮食、食用植物油

第二，自来水、暖气、冷气、热水、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品。

第三，图书、报纸、杂志。

第四，饲料、化肥、农药、农机、农膜。

第五，国务院规定的其他货物。

适用零税率的货物

指报关出口的货物，包括两类：一是报关出境货物；二是输往海关管理的保税工厂、保税仓库和保税区的货物。

国务院另有规定要征税的少数出口货物，不适用零税率。

除上述两项列举的少数货物以外，纳税人的其他货物及应税劳务，都适用基本税率 17%。

纳税人兼营不同税率的货物或者应税劳务，应分别核算不同税率货物或者应税劳务的销售额。不分别核算销售额的，一律按 17% 的税率征税。

(3) 应纳税额的计算

我国增值税实行凭进货发票扣税的方法计算应纳税额，即在计算纳税人的应纳增值税额时，可以凭进货发票按税法规定的范围，从当期销项税额中抵扣购进货物或者应税劳务已缴纳的增值税税额（即进项税额）。

应纳税额计算公式为：

应纳税额 = 当期销项税额 - 当期进项税额

销项税额 = 销售额 × 税率

(4) 小规模纳税人计税方法

年应税销售额在 100 万元以下的生产企业及年应税销售额在 180 万元以下的商业企业，会计核算不健全的，为小规模纳税人。

小规模纳税人销售货物不得使用增值税专用发票，购买货物不能收取增值税专用发票而且不能享受税款抵扣权，按 6% 的征收率计算税额。

(5) 进口货物计税方法

纳税人进口货物，按照组成计税价格和条例规定的税率计算应纳税额，不得抵扣任何税额。其计算公式为：

组成计税价格 = 关税完税价格 + 关税 + 消费税

应纳税额 = 组成计税价格 × 税率

(6) 出口货物退税

纳税人出口适用税率为零的货物，向海关办理出口手续后，凭出口报关单等有关凭证，可以按月向税务机关申报办理该项出口货物的退税。具体办法由国家税务总局规定。

(7) 增值税的减免税

税法规定八项免征增值税的项目，并规定只有国务院才有权减免税。

(8) 增值税专用发票的使用

我国的增值税实行凭国家印发的专用发票注明的税款进行抵扣的制度。专用发票不仅是纳税人经济活动中的重要商事凭证，而已是兼记销货方纳税义务和购货方进项税额的合法证明，对增值税的计算和管理起着决定性的作用。因此，根据《增值税暂行条例》的规定，1993年12月30日，国家税务总局制定了《增值税专用发票使用规定》，自1994年1月1日执行。正确使用增值税专用发票是十分重要的。

2. 消费税法

消费税是对生产和进口的应税消费品征收的一种税。

(1) 纳税人和征收范围

消费税的纳税人是在我国境内从事生产和进口税法列举的应税消费品的单位和个人，以及委托加工应税消费品的单位和个人。

消费税的征收范围，包括11种产品，分5类：

烟、酒、鞭炮、焰火等；

贵重首饰和珠宝宝石等；

小轿车、摩托车等；

汽油，柴油；

护肤护发品等。

(2) 税目和税率

消费税共设置11个税目13个子目，共计25个征税项目。

消费税税率从3%~45%总共设有14个档次的税率（税额）。采用从价定率和从量定额两种办法征收。

(3) 应纳税额的计算

首先正确核算出应税消费品的销售额或销售数量，再按其适用的税率或单位税额计算就可得出应纳税额。

3. 营业税法

营业税是对在我国境内销售应税劳务或不动产的单位和个人征收的一种税。

国务院于1993年12月发布了《营业税暂行条例》，并公布了《实施细则》，自1994年1月1日起施行。

(1) 纳税人与征收范围

营业税的纳税人是在我国境内销售应税劳务，转让无形资产或销售不动产的单位和个人。

营业税的征税范围限于不实行增值税的劳务交易和第三产业，税目共有

九个，包括：交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业、转让无形资产、销售不动产。

(2) 税目和税率

营业税设置九个税目，使用 3%、5% 两个税率和一个幅度税率 5% ~ 20%。

(3) 应纳税额的计算

营业税的计税依据为纳税人销售应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的营业额。

应纳税额的计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{营业额} \times \text{税率}$$

4. 关税法

关税是对进出国境或关境的货物和物品征收的一种税。关税包括进口税、出口税和过境税，大多数国家不征收过境税。

关税是主权国用法律形式确定的由海关对进出国境的货物和物品征收的一种税，它是国际通行的税种。我国关税法包括三部分：1987 年人大常委会通过的《中华人民共和国海关法》，1992 年国务院修订的《中华人民共和国进出口关税条例》和经过多次修订的《中华人民共和国海关进出口税则》。

(1) 关税的纳税人

进口货物的收货人和出口货物的发货人、进境行李物品的所有人和进口邮递物品的收件人，以及上述人员的代理人，是关税的纳税人。

(2) 征税范围

即属于贸易性的进出口货物和入境旅客、运载工具上的服务人员携带物品，以及进口邮递物品等。实践中，海关负责征收的关税以进口货物为主。

(3) 税率

关税税率由《进出口税则规定》，进口关税设普通税率和优惠税率。对原产于与我国未订有关税互惠协议的国家或地区的进口货物，按照普通税率征税；对原产于与我国订有关税互惠协议的国家或地区的货物，按照优惠税率征税。

我国征收出口税的货物品种不多，仅对国内需要保护的资源、产品，或与国外差价大的产品征税。出口货物只适用一种出口税率，不分普通税率和优惠税率。

(4) 完税价格与税额计算

我国关税是从价计征。进口货物以海关审定的或成交价格为基础的到岸价格为完税价格。出口货物以海关审定的货物售与境外的离岸价格，扣除出口关税后为完税价格。进出口物品的完税价格由海关按照《进出境人员免税物品限量表》办理。

应纳税额的计算：

$$\text{应纳税额} = \text{完税价格} \times \text{适用税率}$$

(二) 收益税法

收益税是以纳税人的收益额为征税对象的一种税。收益额可分为纯收益额和总收益额。其中，纯收益额也称为所得额，以此为征税对象的，如企业所得税；总收益额是指纳税人的全部收入，以此为征税对象的，如农业税。

我国现行的收益税主要设置四个税种，即企业所得税、外商投资企业所

得税、个人所得税和农业税。

1. 企业所得税法

企业所得税是对我国境内企业（外商投资企业和外国企业除外）的生产经营和其他所得征收的一种税。

我国现行的企业所得税法是 1994 年 1 月 1 日开始实施的《企业所得税条例（草案）》，是内资企业所得税法。

（1）纳税人

企业所得税的纳税人是除外商投资企业和外国企业之外的，实行独立核算的企业和单位。

（2）征税对象

企业所得税的征税对象为企业的生产经营所得和其他所得。包括来源于中国境内、境外的所得。

（3）税率

企业所得税实行比例税率，法定税率为 33%。对规模较小利润较少的企业实行优惠税率，优惠税率定为两档，即 15% 与 24%

（4）应纳税额的计算

应纳税额用公式表示为：

应纳税额 = 应纳税所得额 × 税率

应纳税所得额 = 收入总额 - 成本费用和损失 ± 税收调整项目金额

2. 外商投资企业和外国企业所得税法

外商投资企业和外国企业所得税是对在我国境内设立机构的外商投资企业和外国企业的境内外所得，以及未在我国境内设立机构的外国企业来源于我国境内的所得征收的一种税。

（1）纳税人

纳税人指外商投资企业和外国企业。

为避免国际双重征税，外商投资企业所得税法采用了税收抵免法。

（2）征税对象

即外商投资企业和外国企业在中国的生产经营所得和其他所得。

（3）税率和应纳税额的计算

外商投资企业的所得税和外国企业就其在中国境内的从事生产经营的机构场所的所得，应纳企业所得税。按应纳税所得额计算，税率为 30%。

地方所得税按应纳税所得额计算，税率为 3%。

应纳税额 = 应纳税所得额 × 税率

应纳税所得额是指外商投资企业和外国企业在中国境内设立的从事生产经营的机构、场所每一纳税年度的收入总额减除成本、费用及损失后的余额。

（4）税收优惠

外商投资企业和外国企业所得税法规定了以下税收优惠：

对经济特区内的外商投资企业的优惠

企业所得税减为按 15% 或 24% 的税率征收。

对生产性企业的优惠

对生产性外商投资企业，经营期在 10 年以上的，从开始获利年度起，第 1 年和第 2 年免征企业所得税，第 3 至 5 年减半征收企业所得税。

鼓励再投资的优惠

外商投资企业的外国投资者，将从企业取得的利润直接再投资于该企业或开办其他外商投资企业，经营期不少于5年的，经投资者申请，税务机关批准，退还其再投资部分已缴纳所得税的40%税款。国务院另有优惠规定的，依其规定办理。

依照原法的优惠。 亏损弥补。 地方所得税的减免。 3. 个人所得税法
个人所得税是对我国居民的境内外所得和非居民来源于我国的个人所得征收的一种税。(1) 纳税人个人所得税的纳税人包括在中国境内有住所，或者无住所而在境内居住满一年的个人或在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满一年，但有来源于境内所得的个人。为避免国际双重征税，我国个人所得税法作了税收抵免的规定。(2) 征税对象个人所得税以纳税人取得的个人所得为征税对象。包括：工资、薪金所得；个体工商户的生产、经营所得；对企事业单位的承包经营、承租经营所得；劳动报酬所得；稿酬所得；特许权使用费所得；利息、股息、红利所得；财产租赁所得；财产转让所得；偶然所得。(3) 税率个人所得税区别各种所得项目，规定了几种不同的税率。工资、薪金所得，适用5%—45%的超额累进税率。个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用5%—35%的超额累进税率。

稿酬所得、劳务报酬所得、特许权使用费所得、利息、股息、红利所得、财产租赁所得、财产转让所得、偶然所得和其他所得，适用20%的比例税率。对稿酬所得按应纳税额减征30%。对劳务报酬所得一次收入畸高的，可实行加成征收。

(4) 应纳税额的计算

应纳税额 = 应纳税所得额 × 适用税率

应纳税所得额是纳税人收入总额扣除税法规定的必要费用后的余额。

工资、薪金所得，以每月收入额减除费用800元后的余额，为应纳税所得额。

个体工商户的生产、经营所得，以每一纳税年度的收入总额，减成本、费用及损失后的余额，为应纳税所得额。

对企事业单位的承包经营，承租经营所得，以每一纳税年度收入总额，减除必要费用的余额，为应纳税所得额。

劳务报酬所得，稿酬所得，特许权使用费所得，财产租赁所得，每次收入不超过4000元的，减除费用800元；4000元以上的，减除20%的费用，其余额为应纳税所得额。

财产转让所得，以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。

利息、股息、红利所得，偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。

(5) 减免税

个人所得税法规定了10项免税和3项减税，并规定减征幅度和期限由省、自治区、直辖市人民政府规定。

(三) 资源税法

资源税是对在我国境内从事国有资源开发，就资源和开发条件的差异而形成的级差收入征收的一种税。

我国现行的资源税主要设置三个税种，即资源税、土地使用税和耕地占

用税。

（四）财产税法

财产税是对纳税人所有的财产课征的税。

我国财产税设置的税种很少，有房产税、车船使用税、土地增值税和契税，需要增加的有遗产税、赠与税等新税种。

（五）行为税法

行为税是以纳税人的某种特定行为作为征税对象的税。

我国现行行为税主要设置三个税种，即：固定资产投资方向调节税，印花税和城市维护建设税。

三、税收征收管理法

1992年9月第七届全国人民代表大会常务委员第二十七次会议通过了《中华人民共和国税收征收管理法》，1995年2月第八届全国人民代表大会常务委员第十二次会议又作了修改。主要内容有：

（一）税收征收管理机关

税收征收管理机关包括税务主管部门和税收征收管理机关。税务主管部门又称国务院税务主管部门，是指财政部、国家税务总局。

1. 税务主管部门

根据国务院的规定，财政部是国务院综合管理国家财政收支、主管财税政策、实施财政监督、参与对国民经济进行宏观调控的职能部门。国家税务总局是国务院主管国家税收的职能机构。

2. 税收征收管理机关

税收征收管理机关除了国家税务局、地方税务局外，还有海关代征关税，财政部门征收农业税和耕地占用税。

3. 税收征管机关的权责

（1）实施税务管理。

（2）征收税款。（3）实施税务监督检查。（4）实施税务行政处罚措施。（5）对征收的税款应及时入库。

（6）在实施税收征管活动中因违法给纳税人造成损失的承担赔偿责任。（7）对被检查人或纳税人的商业秘密，负有保密义务。

（二）税务管理

1. 税务登记的管理

税务登记是纳税人在开业、变更或终止时应依法向税务机关办理登记的法定手续，纳税人依法取得的税务登记证件只限本人使用，不得转借、涂改，损毁、买卖或者伪造。

2. 帐簿、凭证管理

凡是从事生产、经营的纳税人，扣缴义务人应自领取营业执照之日起15日内按照国务院财政、税务主管机关的规定，设置帐簿。根据合法、有效凭证记帐，进行核算。

从事生产、经营的纳税人应当自领取税务登记证件之日起15日内，将其财会、会计制度或者财会处理办法报送税务机关备案。

对发票也应加强管理，发票是指在购销商品，提供服务以及其他经营活动中，开具的收付款凭证，它是会计核算的原始依据，也是计税的重要依据。

1993年12月财政部发布了《中华人民共和国发票管理办法》。同年国家税务局发布了《中华人民共和国发票管理办法实施细则》，对发票的印制、领购、发票的开具和保管，以及发票的检查和违反发票的管理的处罚作出了规定。

从事生产、经营的纳税人，扣缴义务人必须按照国务院财政、税务主管部门的规定保管会计档案，帐簿、会计凭证、报表、完税凭证及其他有关纳税资料应当保存一定期限，不得伪造、变造或者擅自损毁。

3. 纳税申报

纳税申报是我国税收征管法规定的纳税人必须履行的一道法定手续。负有纳税义务的单位、个人或扣缴义务人，应在发生纳税义务之后，按税务机关核定的期限，如实向主管税务机关办理申报或者报送代扣代缴，代收代缴税款报告表。应如实填写纳税申报表，并报送有关证件，财务、会计报表及说明材料，与纳税有关的合同、协议书，外出经营活动税收管理证明等。

(三) 税款征收

1. 税款的征收方式

税款征收方式有5种：查帐征收；查定征收；查验征收；定期定额征收；其他征收方式。如代扣代缴，委托代征，邮寄申报纳税等。纳税人、扣缴义务人应按照法律、行政法规规定或者税务机关依法确定的期限缴纳或者解缴税款，并取得完税凭证。

2. 税款征收中几项具体规定

(1) 延期纳税

纳税人确有困难，不能按期缴纳税款的，经县以上税务局（分局）批准后，可延期缴纳，但最长不得超过3个月。

(2) 滞纳金

纳税人，扣缴义务人未按照法律，行政法规规定或者税务机关依照法律，行政法规的规定，确定的期限缴纳或者解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款2‰的滞纳金。

(3) 退税和追征

纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还，纳税人自结算缴纳税款之日起3年内发现的，有权要求税务机关退还，税务机关查实后应立即退还。

因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的，税务机关在3年内可以追征，有特殊情况的，可以延长到10年。

纳税人、扣缴义务人和其他当事人因偷税未缴或者少缴的税款或者骗取的退税款，税务机关可以无限期追征。

3. 税款征收中的几种特殊措施

(1) 由税务机关核定其应纳税额

这种措施主要对4种情况适用：依法可以不设置帐簿的；依法应设置但是未设置帐簿的；虽设置了帐簿，但帐目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全，难以查帐的；发生纳税义务，未按规定的期限办理纳税申报的。

(2) 合理调整税基

纳税人与其关联企业之间的业务往来，应按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用。如果不按照独立企业之间的业务往来收取或者支

付价款、费用，而减少其应纳税的收入或者所得额的，税务机关依法有权进行合理调整。

（3）责令缴纳

对有些未取得营业执照的单位或个人，除由工商行政管理机关依法处理外，由税务机关核定其应纳税额，责令缴纳。对不缴纳的，税务机关有权扣押价值相当于应纳税款的商品、货物，扣押后仍不缴纳的，税务机关有权依法将扣押品拍卖，以拍卖所得抵扣税款。

（4）税收保全

税收保全是在税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为，而纳税期又未到的情况下使用。在采取税收保全措施之前，税务机关可责令其限期缴纳税款，如果在限期内发现纳税人有明显转移、隐瞒其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关则可采取税收保全措施。税收保全措施分两种：一是书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构暂停支付纳税人的金额相当于应纳税款的存款；二是扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。纳税人如果在规定的期限内缴纳税款的，立即解除税收保全措施，限期期满仍未缴纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以书面通知纳税人的开户银行或者其他金融机构从其暂停支付的存款中扣缴税款，或者拍卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产，以拍卖所得抵缴税款。

（5）强制执行

强制执行是在从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的情况下采用。强制执行措施分两种：一是书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款；二是扣押、查封、拍卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖所得抵缴税款。采取强制执行措施须报经县以上税务局（分局）局长批准。

（6）阻止出境

阻止出境是对未结清税款、又不提供担保的欠税人适用。欠缴税款的纳税人需要出境，应在出境前向税务机关结清应纳税款或者提供担保，否则，税务机关可以通过出境管理机关阻止其出境。

（四）税务检查

税务检查是税收征收管理的一个重要环节，是国家法律赋予税务机关的一项重要职权。这项职权包括6个方面内容：

1. 检查纳税人的帐簿、记帐凭证、报表和有关资料，检查扣缴义务人代扣代缴、代收代缴税款帐簿、记帐凭证和有关资料；
2. 到纳税人的生产，经营场所和货物存放地检查其应纳税的商品、货物或者其他财产，检查扣缴义务人与代扣代缴、代收代缴税款有关的经营情况；
3. 责成纳税人、扣缴义务人提供与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的文件、证明材料和有关资料；
4. 询问纳税人、扣缴义务人与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的问题和情况；
5. 到车站、码头、机场、邮政企业及其分支机构检查纳税人托运、邮寄

应纳税商品、货物或者其他财产的有关单据，凭证等有关资料；

6. 经县以上税务局（分局）局长批准，凭全国统一格式的检查存款帐户许可证明，查核从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在银行或者其他金融机构的存款帐户，但查核从事生产、经营的纳税人的储蓄存款，须经银行县、市支行或者市分行的区办事处核对，指定所属储蓄所提供资料。

税务检查的对象，涉及到被检查者的商业秘密，必须慎重进行，税务机关派人执行税务检查时，必须出示税务检查证件，并有责任为被检查人保守秘密。

税务机关依法进行税务检查时，被检查人必须接受，并如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒；有关部门和单位应予支持、协助，向税务机关如实反映有关情况、提供资料及证明材料。

（五）法律责任

法律责任是指行为人的行为（包括作为和不作为）违反了法律规定而承担的法律后果。我国《税收征收管理法》及其实施细则对违反税法规定应承担的法律后果作了严格的规定。

1. 纳税人、扣缴义务人的法律责任

（1）违反税务管理规定的法律责任

纳税人未按规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记的，未按规定设置、保管帐簿或者保管记帐凭证和有关资料的，未按规定将财务、会计制度或财会处理办法报送税务机关备查的，由税务机关责令其限期改正；逾期不改正的，将处以 2000 元以下的罚款；情节严重的，处以 2000 元以上 1 万元以下的罚款。纳税人违法在规定的保存期限以前擅自损毁帐簿、记帐凭证和有关资料的，处 1000 元以上 1 万元以下的罚款，情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。

扣缴义务人未按规定设置、保管代扣代缴、代收代缴税款帐簿或者保管代扣代缴、代收代缴税款凭证及有关资料的，由税务机关责令改正；逾期不改正的，处以 2000 元以下的罚款；情节严重的，处以 2000 元以上 5000 元以下的罚款。

纳税人、扣缴义务人未按规定的期限办理纳税申报，未向税务机关报送代扣代缴、代收代缴报告表的，由税务机关责令限期改正，并可处以 2000 元以下的罚款；逾期不改正的，处 2000 元以上 1 万元以下的罚款。

（2）偷税的法律责任

偷税是指行为人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款的行为。

行为人偷税数额在 1 万元以下的或者偷税数额占应纳税额 10% 以下的，除追缴偷税款以外，处以偷税数额 5 倍以下的罚款。行为人偷税数额在 1 万元（含 1 万元）以上的，或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的，除追缴其所偷税款外，依法追究刑事责任。

扣缴义务人采取偷税手段，不缴或者少缴已扣、已收税款的，按前述办法追究行政责任或者刑事责任。

（3）拖欠税款的法律责任

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在规定期限内不缴或者少缴应纳税款，经税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，除采取强制

执行措施追缴外，处以不缴或少缴的税款 5 倍以下的罚款。

纳税人欠缴应缴税款，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴的，数额不满 1 万元的，除追缴欠缴的税款外，处以 5 倍以下的罚款；数额在 1 万元以上的，除追缴欠缴的税款外，依法追究刑事责任。

（4）抗税的法律责任

以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，是抗税。行为人抗税情节轻微，未构成犯罪的，除追缴其拒缴的税款以外，处以拒缴税款 5 倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。以暴力方法抗税，致人重伤或者死亡的，按伤害罪、杀人罪从重处罚，并处以罚金。

（5）行贿的法律责任

纳税人向税务人员行贿，不缴或者少缴应纳税款的，按照行贿罪追究刑事责任。并处不缴或少缴的税款 5 倍以下的罚款。

2. 企业事业单位以及其他人的法律责任

企业事业单位有偷税、逃避追缴欠税行为，未构成犯罪的，除追缴其不缴或少缴的税款外，处以不缴或少缴的税款 5 倍以下的罚款。构成犯罪的依法追究刑事责任。

（1）企业事业单位采取对所生产或者经营的商品假报出口等欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额不满 1 万元的，除追缴其骗取的退税款外，处以骗取的税款 5 倍以下的罚款；数额在 1 万元以上的，除追缴其骗取的退税款外，依法追究刑事责任。

（2）企业事业单位以外的单位或者个人骗取国家退税款，数额较小，未构成犯罪的，除追缴其骗取的退税款外，处以骗取的税款 5 倍以下的罚款；数额较大，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（3）行为人阻碍税务人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照《治安处罚条例》的规定处罚；使用了暴力、威胁方法的，依法追究刑事责任。

（4）行为人（包括税务人员）违反法律、行政法规的规定，擅自决定税收的开征、停征或者减税、免税、退税、补税的，除依法撤销其决定外，补征应征未征税款，退还不应征而征收的税款，并依法追究直接责任人员的行政责任。

3. 税务人员的法律责任

（1）税务人员与纳税人、扣缴义务人勾结，唆使或者协助纳税人、扣缴义务人违反《税收征收管理法》第四十条、第四十一条、第四十二条、第四十三条规定，未构成犯罪的给予行政处分；构成犯罪的，按照刑法关于共同犯罪的规定处罚。

（2）税务人员收受或索取贿赂，未构成犯罪的，给予行政处分；构成犯罪的，按受贿罪追究刑事责任。

（3）税务人员玩忽职守，不征或者少征应征税款，致使国家税收重大损失的，依法追究刑事责任；未构成犯罪的，给予行政处分。

（六）税务争议的处理

税务争议是指纳税人，扣缴义务人或其他当事人在适用税法、核定税价，确定税率，计算税额以及对违反税法行为的处罚等问题上同税务机关发生异议。包括纳税争议和处罚争议。

1. 纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，

必须先依法缴纳或者解缴税款及滞纳金，然后可以在收到税务机关填发的缴款凭证之日起 60 日内向上一级税务机关申请复议。上一级税务机关应当自收到复议申请之日起 60 日内作出复议决定。对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。

2. 当事人对税务机关的处罚决定、强制执行措施或者税收保全措施不服的，可以在接到处罚通知之日起或者税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 日内向作出处罚决定或者采取强制执行措施、税收保全措施的机关的上一级机关申请复议；对复议决定不服的，当事人可以在接到复议决定之日起 15 日内向人民法院起诉。当事人也可以在接到处罚通知之日起或者税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 日内直接向人民法院起诉。复议期间，强制执行措施和税收保全措施不停止执行。

当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请复议也不向人民法院起诉，又不履行的，作出处罚决定的税务机关可以申请人民法院强制执行。

第四节 会计和审计法律制度

一、会计法律制度

(一) 会计法概述

1. 会计法的概念

会计是随着生产的发展，逐渐从生产职能中分离出来的一种管理职能，其本质是对一定单位的经济业务进行计量、记录、分析和检查，作出预测，参与决策，实行监督，旨在实现最优经济效益的一种管理活动。会计的基本职能，就是进行会计核算，实行会计监督。

从狭义上讲，我国的会计法是指全国人大常委会于1985年1月21日通过的、1993年12月29日修改的《中华人民共和国会计法》（以下简称《会计法》）。

从广义上讲，会计法是调整会计关系的法律规范的总称。会计关系是会计机构和会计人员在办理会计事务过程中以及国家在管理会计工作过程中发生的经济关系。

2. 会计法的适用范围

一是办理会计事务的单位和个人，包括国家机关、社会团体、企业、事业单位、个体工商户和其他组织；二是主管机关及其有关机关，包括各级财政部门、税务部门、审计部门和业务主管部门。

3. 会计工作管理体制

会计工作管理体制，是指会计工作的管理制度和管理方法。它包括会计工作管理形式、管理权限划分、管理机构设置等内容。我国的会计工作管理体制，主要指三个方面：一是会计工作主管部门；二是制定会计制度的权限；三是会计人员的管理。

(1) 会计工作的领导制度

《会计法》第5条规定，国务院财政部门管理全国的会计工作。地方各级人民政府的财政部门管理本地区的会计工作。

《会计法》第4条规定：“单位领导人领导会计机构、会计人员和其他人员执行本法，保证会计资料合法、真实、准确、完整，保障会计人员的职权不受侵犯”。这一条明确规定了单位领导人对会计工作的领导责任。

(2) 制定会计制度的权限

会计制度是指政府管理部门对处理会计事务作出的规章、准则、办法等规范性文件的总称，包括对会计工作、会计核算、会计监督、会计人员、会计档案等方面的规范性文件。国务院财政部门有权根据管理会计工作的需要，按照《会计法》所确定的原则和要求，制定国家统一的会计制度。

(3) 会计机构和会计人员的管理体制

会计机构的设置和会计人员的配备

各单位根据会计业务的需要设置会计机构，或者在有关机构中设置会计人员，并指定会计主管人员。不具备条件的，可以委托经批准设立的会计咨询、服务机构进行代理记账。大、中型企业、事业单位和业务主管部门可以设置总会计师，总会计师由具有会计师以上专业技术任职资格的人员担任。

会计机构内部应当建立稽核制度。会计机构要设置出纳人员。出纳人员不得兼管稽核、会计档案保管和收入、费用、债权、债务帐目的登记工作。

会计机构、会计人员的职责和会计人员的任免

会计机构和会计人员的主要职责：一是依法进行会计核算；二是依法实行会计监督；三是拟订本单位办理会计事务的具体办法；四是参与拟订经济计划、业务计划，考核，分析预算、财务计划的执行情况；五是办理其他会计事务。

会计人员应当具备必要的专业知识。国有企业、事业单位的会计机构负责人，会计主管人员的任免应当经过主管单位同意，不得任意调动或者撤换；会计人员忠于职守，坚持原则，受到错误处理的，主管单位应当责成所在单位予以纠正；玩忽职守，丧失原则，不宜担任会计工作的，主管单位应当责成所在单位予以撤换或者免职。

总会计师的职责，职权和任免。

总会计师的职责：

一是具体组织本单位执行国家有关财经法律、法规、方针、政策和制度，保护国家财产。

二是负责组织本单位的下列工作：编制和执行预算、财务收支计划、信贷计划、拟订资金筹措和使用方案，开辟财源，有效地使用资金；进行成本费用预测、计划、控制、核算、分析和考核，督促本单位有关部门降低消耗，节约费用，提高经济效益；建立、健全经济核算制度，利用财务会计资料进行经济活动分析；承办单位主要行政领导人交办的其他工作。

三是负责对本单位财会机构的设置和会计人员的配备、会计专业职务的设置和聘任；组织会计人员的业务培训和考核；支持会计人员依法行使职权。

四是协助单位主要行政领导人对企业的生产经营，行政事业单位的业务发展以及基本建设投资等问题作出决策。

五是参与新产品开发、技术改造、科技研究、商品（劳务）价格和工资等方案的制定；参与重大经济合同和经济协议的研究、审查。

总会计师职权：

一是对违反国家财经法律、法规、方针、政策、制度和可能在经济上造成损失、浪费的行为，有权制止或者纠正。制止或者纠正无效时，提请单位主要行政领导人处理。

二是组织领导本单位的财务和管理、成本管理、预算管理、会计核算和会计监督方面的工作，参与本单位重要经济问题的分析和决策。

三是主管审批财务收支工作。除一般的财务收支可以由总会计师授权的财会机构负责人或者其他指定人员审批外，重大的财务收支，须经总会计师审批或者由总会计师报单位主要行政领导人批准。

四是签署预算、财务收支计划、成本费用计划、信贷计划、财务专题报告、会计决算报表。涉及财务收支的重大业务计划、经济合同、经济协议等，在单位内部须经总会计师会签。

五是会计人员的任用、晋升、调动、奖惩，应当事先征求总会计师的意见，财会机构负责人或者会计主管人员的人选，应当由总会计师进行业务考核，依照有关规定审批。

总会计师的任免：

企业的总会计师由本单位主要行政领导人提名，政府主管部门任命或者聘任；免职或者解聘程序与任命或者聘任程序相同。事业单位和业务主管部门的总会计师依照干部管理权限任命或者聘任；免职或者解聘程序与任命或

者聘任程序相同。

（二）会计核算的法律规定

核算是会计的基本职能之一，它是对生产经营活动实施全过程、全方位的预测、计算、比较、分析和考核。《会计法》所规范的会计核算，是指会计工作中事后的记帐、算帐、报帐。会计核算的基本内涵，是指以货币为主要量度，对各单位的生产经营活动或者预算执行的过程及其结果进行连续地、系统地记录、计算、分析、定期编制会计报表，形成一系列会计指标，据以考核目标或计划的完成情况，为制定经营决策和宏观经济管理提供可靠的信息和资料的一项管理活动。

1. 会计核算的内容

《会计法》对会计核算的内容作了明确规定。

（1）款项和有价证券的收付

款项即货币资金，主要包括现金、银行存款，以及其他视同现金和银行存款使用的外埠存款、银行汇票、银行本票存款、在途货币资金、信用证存款、保函押金和各种备用金等。有价证券是表示一定财产权益的证券，如国库券、股票、其他债券等。

（2）财物的收发、增减和使用

会计意义上的财物就是各项资产，它是单位拥有或控制的能以货币计量的经济资源，包括原材料、燃料、包装物、低值易耗品、产品、外购商品、自制半成品、产成品、固定资产等。

（3）债权债务的发生和结算

会计意义上的债权，主要包括应收帐款、应收票据、其他应收款、短期投资、长期投资等。债务包括短期借款、应付票据、应付帐款、预收帐款、应付工资、应交税金、应付利息、其它应付款、长期借款、应付债券、长期应付款等。

（4）资本、基金的增减和经费的收支

会计意义上的资本是指投资者对企业的净资产的要求权，包括实收资本，资本公积金，盈余公积金和未分配利润，在数量上等于单位的全部资产减去全部负债后的余额。基金主要是指机关、事业单位某些特定的用途的资金，如事业发展基金、集体福利基金、后备基金等。经费，主要是指机关、事业单位在执行预算或计划过程中的各项实际支出，如工资、职工福利费、业务费等。

（5）收入、费用、成本的计算

收入是指单位在生产经营和业务活动中的由于销售产品、商品或提供劳务等取得的收入，如销售收入，事业收入，其他收入等。费用是指因生产经营和业务管理所发生的各项支出，如管理费用、财务费用、事业费用等。成本是指单位生产经营商品和提供劳务等发生的各项直接支出，包括直接工资、直接材料、商品进价以及其他直接支出，直接计入生产经营成本。

（6）财务成果的计算和处理

财务成果主要是指企业单位在一定的时期内全部生产经营过程在财务上获得的成果，具体表现为盈利或者亏损。

（7）其他需要办理会计手续、进行会计核算的事项

除前六项规定的主要内容外，会计核算中可能出现一些新的业务和内容，如企业的终止清算、破产清算、无形资产的核算等。

2. 会计期间与记帐本位币

会计核算应当划分会计期间，分期结算帐目和编制会计报表。会计期间分为年度、季度和月份。《会计法》规定我国是以公历年度为会计年度，即以每年的1月1日至12月31日为一个会计年度，这与我国的财政计划年度相一致，便于国家国民经济的计划管理和财政管理。季度、月份的起讫日期也采用公历日期，这在有关会计规章中已作规定，《会计法》中没有具体明确。

记帐本位币是指用于日常登记帐簿和编制会计报表用以计量的货币，是单位主要会计核算业务所使用的货币。《会计法》规定，会计核算以人民币为记帐本位币，业务收支以外国货币为主的单位，也可以选定某种外国货币作为记帐本位币，但编报的会计报表应当折算为人民币反映。

3. 会计核算的基本要求

(1) 一切经济业务必须及时办理会计手续

各单位在生产经营或预算执行等过程中发生并引起资金增减变化的事项，或者虽不引起资金增减变化，但需要在帐簿中记录和反映的各种事项，都能客观地用货币计价，并影响资产负债表、损益表和财务状况变动表及其附表附注中有关项目的增减变动，各单位对这些事项都必须及时进行会计记录，办理会计手续，以便在会计上得到及时反映。

(2) 办理会计手续由会计人员和经办人员共同进行

为了保证会计手续完整，齐备，会计人员、经办人员和其他人员要按照规定办理好会计手续，如计量检验，办理财务收支的审批手续，取得并填制原始凭证，复核人员、主管人员签章等。

(3) 会计核算方法应按统一的规范进行

各单位进行会计核算，要严格按照国家规定的财务会计制度进行。核算口径、核算方法一经确定，不能随意更改，如确需要更改的，要按规定程序履行报批手续。

(4) 会计电算化

会计电算化是以电子计算机为主，将当代电子和信息技术应用到会计工作中的简称。它主要是应用电子计算机代替人工记帐、算帐、报帐，以及替代部分由大脑完成的对会计信息的处理、分析和判断的过程。发展会计电算化，有利于促进会计工作的规范化，提高会计工作质量，减轻会计人员的劳动强度，提高会计工作的效率，更好地发挥会计的职能作用，为实现会计工作现代化奠定良好的基础。

《会计法》规定，用电子计算机进行会计核算的，使用的软件及生成的会计凭证、会计帐簿、会计报表和其他会计资料应当符合国务院财政部门的规定。

所谓“国务院财政部门的规定”是指两个方面的规定：一是国务院财政部门对会计数据合法、真实、准确、完整性方面的规定，即国家统一的会计制度；二是国务院财政部门对会计软件应当具备的基本要求、达到的基本要求等方面内容所作出的规定。1989年以后，财政部先后发布了《会计核算软件管理的几项规定(试行)》、《会计核算软件评审问题的补充规定(试行)》等规章，规定会计软件必须符合以下要求才能提供使用单位使用：软件提供的数据输入项目，满足财政部或财政部审核批准的现行会计制度的规定；软件提供用户的会计科目编码方案符合财政部或财政部审批的会计制度中有关

会计科目编码方案的规定；软件具有必要的防范会计数据输入差错的功能；软件计算和结帐功能符合财政部或财政部审批的现行会计核算制度的规定；经计算机登帐处理的系统内会计凭证及据以登记的相应帐簿，软件只能提供留有痕迹的更正功能；软件具有按规定打印输出各种帐簿以及必要的查询功能，打印输出的帐页连续编号；对计算机根据已输入的会计凭证和据以登记的相应帐簿生成的各种报表数据，软件无修改功能；软件具有防止非指定人员擅自使用和对指定操作人员实行使用权限控制的功能；对储存在磁性介质或其他介质上的程序文件和相应的数据文件，软件有必要的保护措施；软件具有在计算机发生故障或由于其他原因引起内外存会计数据破坏的情况下，利用现有数据恢复到最近状况的功能。为了保证会计软件达到上述要求，由省级以上财政部门组织各方面的专家对会计软件的合法性、科学性、合理性等情况进行评审，评审合格后，才允许会计软件开发和研制单位提供给会计核算单位。

4. 会计核算的程序

办理法定的会计事项，必须填制或取得原始凭证，并及时送交会计机构。会计机构必须对原始凭证进行审核，并根据经过审核的原始凭证编制记帐凭证。

各单位按国家统一的会计制度的规定设置会计科目和会计帐簿。会计机构根据经过审核的原始凭证和记帐凭证，按照国家统一的会计制度关于记帐规则的规定记帐。

各单位应当建立财产清查制度，保证帐簿记录与实物、款项相符。

各单位按国家统一的会计制度的规定，根据帐簿记录编制会计报表，报送财政部门和有有关部门。会计报表由单位行政领导人和会计机构的负责人、会计主管人员签名或者盖章。设置总会计师的单位并由总会计师签名或者盖章。

5. 会计资料的保管

《会计法》规定，会计凭证、会计帐簿、会计报表和其他会计资料，应当按照国家有关规定建立档案，妥善保管。会计档案的保管期限和销毁办法，由国务院财政部门会同有关部门制定。

会计档案的具体管理办法，财政部 1984 年 4 月颁发的《会计人员工作规则》和财政部、国家档案局 1984 年 6 月联合颁发的《会计档案管理办法》，对会计档案的立卷、归档、保管、调阅和销毁等问题作了具体的规定。会计档案根据其特点在保管期限上可分为永久、定期两种，定期保管期限可分 3 年、5 年、10 年、15 年、25 年。保管期限，从年度终了后第一天算起。对于会计档案保管期满，需要销毁时，应由本单位档案管理部门提出销毁意见，会同会计机构共同鉴定，严格审查，编造销毁清册。在销毁程序上，机关、团体和事业单位报本单位领导批准后销毁；企业单位经企业领导审查，报经有关主管单位批准后销毁；销毁会计档案应由档案部门和会计部门共同派员监销，同时还应有单位领导人、会计主管、同级财税部门、审计部门监销。监销人员在销毁会计档案前，应当认真进行清点核对；销毁后，在销毁清册上签名盖章，并将监销情况报告本单位领导。

（三）会计监督的法律规定

1. 会计监督的种类、机构和人员

会计监督包括内部监督和外部监督。

内部监督的机构和人员，是指各单位的会计机构和会计人员。由各单位的会计机构和会计人员对本单位实行会计监督，简称内部监督。

外部监督的机构和人员，是指财政机关、审计机关、税务机关及其有关人员。外部监督包括审计机关对各单位的会计监督，财政、税务机关对各单位的会计监督。

2. 会计监督的内容、方法和程序

(1) 内部监督的内容、方法和程序

对原始凭证的审核监督：会计机构、会计人员对不真实、不合法的原始凭证，不予受理；对记载不准确、不完整的原始凭证，予以退回，要求更正、补充。

对财产物资的监督：会计机构、会计人员发现帐簿记录与实物、款项不符的时候，应当按照有关规定进行处理；无权自行处理的，应当立即向本单位行政领导人报告，请求查明原因，作出处理。

对财物收支的监督：会计机构、会计人员对违法收支，不予办理。会计机构、会计人员对违法的收支，应当制止和纠正；制止和纠正无效的，应当向单位领导人提出书面意见，要求处理。单位领导人应当自接到书面意见之日起 10 日内作出书面决定，并对决定承担责任。会计机构、会计人员对违法的收支，不予制止和纠正，又不向单位领导人提出书面意见的，也应当承担法律责任。对严重损害国家和社会公众利益的收支，会计机构、会计人员应当向主管单位或者财政、审计、税务机关报告，接到报告的机关应当负责处理。

(2) 外部监督的内容、方法和程序

各单位必须依照法律和国家有关规定接受财政、审计、税务机关的监督，如实提供会计凭证、会计帐簿、会计报表和其他会计资料以及有关情况，不得拒绝、隐匿、谎报。

财政机关的监督：财政监督主要是各级财政部门根据国家的法律、法规、规章和制度等，利用单位预算、财务收支计划及财务会计报表等所反映的经济活动和业务活动的情况来进行的。它是政府监督的有效手段之一，各单位必须接受来自财政部门的事前、日常和事后的监督和检查。

审计机关的监督：审计机关的监督是国务院审计机关和各级人民政府的审计机关依照我国宪法和法律“对各级政府的财务收支，对国家的财政金融机构和企业事业组织的财政收支，进行审计监督。”各单位必须按照法律规定接受审计机关的监督。各级审计机关独立行使审计监督权，不受其他行政机关、社会团体的干涉。一切属于政府审计范围的机关、企业事业单位，都必须接受审计监督，审计机关作出的审计结论和决定，有关单位和个人必须接受。

税务机关的监督：税务机关的监督，主要是各级税务机关在税收征收管理过程中，对各单位的纳税及影响纳税的其他情况所实行的监督。税务部门根据国家的税收法律、法规规定，通过日常税收征管工作，既可促使各单位依法经营，建立健全有利于正确计算和反映纳税所得额情况的各项基础工作，推动各单位加强包括会计工作在内的管理工作，还可督促各单位依法纳税，遵纪守法，堵塞各种税收的漏洞，纠正和查处违反税法的行为，保证包括《会计法》在内的各项财经法律、法规的贯彻实施。

(四) 违反会计法的法律责任

1. 违反会计核算规定的主要行为有：

- (1) 对应当办理会计手续、进行会计核算的项目，不按照规定办理；
- (2) 以外币作为记帐本位币的，在编报会计报表时，违反会计制度关于汇率折算的规定；
- (3) 使用电子计算机进行会计核算的，所使用的软件或者生成的会计凭证、会计帐簿、会计报表和其他会计资料，不符合国务院财政部门的规定；
- (4) 不按规定填制或者取得原始凭证，或者不及时将原始凭证送交会计机构；
- (5) 不按照规定审核原始凭证，或者使用未经审核的原始凭证编制记帐凭证；
- (6) 不按照国家统一的会计制度的规定设置会计科目和会计帐簿，不按照国家统一的会计制度关于记帐规则的规定记帐；
- (7) 财产清查制度没有依法建立或者不健全、不严格执行，造成帐簿记录与实物、款项不符；
- (8) 不按照国家统一会计制度的规定编制或者报送会计报表；
- (9) 不按照会计档案保管制度的规定建立、保管、销毁会计档案。

国家机关的单位领导人、会计人员违反上述会计核算规定的，依照《国务院关于国家行政机关工作人员的奖惩暂行规定》的有关规定，给予适当的行政处分。国有和城镇集体所有的企业、事业单位的领导人、会计人员违反会计核算规定的，依照《企业职工奖惩条例》的有关规定，给予适当的行政处分。

2. 伪造、变造、故意毁灭会计资料的法律责任

伪造、变造、故意毁灭会计资料的违法行为有：

- (1) 伪造、变造会计凭证；
- (2) 伪造、变造会计帐簿；
- (3) 伪造、变造会计报表；
- (4) 故意毁灭会计凭证、会计帐簿、会计报表的行为；
- (5) 伪造、变造、故意毁灭其他会计资料的行为。

单位领导人、会计人员和其他人员有上述伪造、变造、故意毁灭会计资料行为的，由财政、审计、税务机关或者其他有关主管部门依据法律、行政法规规定的职责负责处理。所依据的法律和行政法规主要有：《税收征收管理法》、《公司法》、《预算法》、《审计法》、《企业职工奖惩条例》等等。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 利用虚假的会计资料偷税的法律责任

单位领导人、会计人员和其他人员利用虚假的会计凭证、会计帐簿、会计报表和其他会计资料偷税的，由有关主管部门依据法律、行政法规规定的职责负责处理，追究责任，构成犯罪的，依法追究刑事责任。依据的法律主要指《税收征收管理法》和全国人大常委会《关于惩治偷税抗税的补充规定》，行政法规主要指《企业职工奖惩条例》。

4. 利用虚假的会计资料损害国家、社会公众利益的法律责任

单位领导人、会计人员和其他人员利用虚假的会计资料损害国家、社会公众利益的，由财政、审计、税务机关或者其他有关主管部门依据法律、行政法规规定的职责负责处理，追究责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。依据的法律和行政法规主要有《国务院关于违反财政法规处罚的暂行规定》、《公司法》、《企业职工奖惩条例》等。

5. 会计人员受理非法的原始凭证或者对违法的收支不依法报告的法律
责任

会计人员有下列行为之一，情节严重的，依据《国务院关于国家行政机
关工作人员的奖惩暂行规定》和《职工奖惩条例》的规定，给予行政处分；
构成犯罪的，依照刑法的有关规定追究玩忽职守罪的刑事责任，处5年以下
有期徒刑或者拘役。

(1) 受理不真实、不合法的原始凭证；

(2) 对违法的收支不向单位领导人提出书面意见；

(3) 对严重违法、损害国家和社会公众利益的收支不向主管单位或者
财政、审计、税务机关报告。

6. 单位领导人对违法的收支决定办理或者不作处理的法律
责任

单位领导人接到会计机构、会计人员提出的关于对违法的收支制止和纠
正无效要求处理的书面意见，对违法的收支决定予以办理或者无正当理由逾
期不作出处理决定，造成严重后果的，依据《国务院关于国家行政机
关工作人员的奖惩暂行规定》和《企业职工奖惩条例》，给予行政处分；给公私财
产造成重大损失，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

7. 对会计人员依法履行职责进行打击报复的法律
责任

单位领导人和其他人员对依照《会计法》履行职责的会计人员进行打击
报复的，依据《国务院关于国家行政机
关工作人员的奖惩暂行规定》和《企
业职工奖惩条例》的有关规定，给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事
责任。

8. 总会计师违法的法律
责任

总会计师在工作中有下列情形之一的，应当区别情节轻重，依照国家有
关企业职工或者国家行政工作人员奖惩的规定给予处分：一是违反法律、法
规、方针、政策和财经制度，造成财会工作严重混乱的；二是对偷税漏税，
截留应当上交国家的收入，滥发奖金、补贴，挥霍浪费国家资财，损害国家
利益的行为，不抵制、不制止、不报告、致使国家利益遭受损失的；三是在
其主管的工作范围内发生严重失误的，或者由于玩忽职守，致使国家利益遭
受损失的；四是以权谋私，弄虚作假，徇私舞弊，致使国家利益遭受损失，
或者造成恶劣影响的；五是有其他渎职行为和严重错误的。总会计师有上述
行为，情节严重，构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

二、审计法律制度

(一) 审计法概述

1. 审计与审计法

审计是一项具有独立性的经济监督活动。它是由独立的专职机构或人员
接受委托或授权，对被审单位有关经济资料的正确性、真实性以及经济活动
的合法性和效益性进行审查、监督、评价和鉴证的活动。

审计监督是国民经济发展和正常运行的客观需要，随着社会生产力的发
展，形成了一大批社会财富和国家所有的财产。这些财产的存在是否安全、
是否受到侵害、是否有合理的效益；会计记录是否真实、合法；财务记录是
否真实、财产使用是否合理、有效；国有资源的有效分配、使用；经济决策、
措施的决定和贯彻实施；某些特定经济责任的证实、评价等等都要进行审计

监督。而审计监督又必须有法律保障。

审计法是调整审计机关及其专业人员在审计活动中以及国家在管理审计工作中发生的各种经济关系的法律规范的总称。

根据我国宪法的规定，1983年9月，中华人民共和国审计署成立，审计监督正式展开。国务院先后于1985年和1988年发布了《国务院关于审计工作的暂行规定》和《中华人民共和国审计条例》。上述法规的实施，对维护国家财经法纪，加强宏观管理，发挥了积极作用。

为了适应建立社会主义市场经济的要求，强化国家的审计监督，维护国家财政经济秩序，促进廉政建设，保障国家资金的合理使用，促进国有资产的保值增值，保障国民经济健康发展，在总结我国多年审计制度经验和借鉴外国有关经验的基础上，于1994年8月31日经八届全国人大常委会第九次会议通过了《中华人民共和国审计法》，并于1995年1月1日起施行。

2. 接受审计监督的范围

(1) 国务院各部门和地方各级人民政府及其各部门的财政收支，包括政府预算的执行情况和决算，以及预算外资金的管理和使用情况。

(2) 国有金融机构和国有企事业单位的财务收支。国有金融机构包括：各类国有银行，国有信托投资公司、证券公司、保险公司等。国有企业是指全部资本由国家投资或者由全民所有制单位单独或联合投资的企业。国家的事业单位是指国家投资开办的科研机构、学校、新闻出版单位等。

(3) 其他依照《审计法》规定应当接受审计的财政收支、财务收支。主要包括：依法应进行审计的国有资产占控股地位或者主导地位的混合经济成分的企业的相关财务收支；国家建设项目的预算执行情况和决算；由政府部门管理的和政府委托社会团体管理的社会保障基金、社会捐赠资金等基金、资金的财务收支；国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支。

3. 审计机关的基本任务

审计机关的基本任务，是对财政收支和与国有资产有关的财务收支的真实、合法和效益，依法进行审计监督。

4. 审计监督的原则

(1) 审计机关应当依照法律规定的职权和程序，进行审计监督，即依法审计原则。

(2) 审计机关依照法律规定独立行使审计监督权，不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉，即独立审计原则。

(3) 客观公正，实事求是、廉洁奉公、保守秘密的原则。

(二) 审计机关和审计人员

1. 我国审计机关的设置和领导体制

按照法律规定在国务院和县级以上地方人民政府设立审计机关。国务院设立审计署，在国务院领导下，主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。县级以上人民政府的审计机关分别在本级政府和上一级审计机关的领导下，负责本行政区域内的审计工作。地方各级审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责并报告工作，审计业务以上级审计机关领导为主。

审计机关根据工作需要，可以在其审计管辖范围内派出审计特派员。审计特派员根据审计机关的授权，依法进行审计工作。

审计机关履行职责所必需的经费，应当列入财政预算，由本级人民政府予以保证。

2. 审计机关的权限

(1) 要求被审计单位按照规定报送财政收支或财务收支的有关资料。检查被审计单位与财政财务收支有关的资料和资产。

(2) 就审计事项的有关问题有进行调查，并取得证明材料权；对违反《审计法》规定转移、隐匿、篡改、毁弃有关资料的行为，除有权予以制止外，还可以申请法院采取保全措施。

(3) 对被审计单位正在进行的违反国家规定的财政收支、财务收支行为，有权予以制止；制止无效的，经县级以上审计机关负责人批准，通知财政部门和有关主管部门暂停拨付违反国家规定的财政收支、财务收支行为直接有关的款项，已经拨付的，暂停使用。采取该项措施不影响被审计单位合法的业务活动和生产经营活动。对被审计单位所执行的上级主管部门有关财政收支、财务收支的规定与法律、行政法规相抵触的，应当建议有关主管部门纠正；有关主管部门不纠正的，审计机关应当提请有权处理的机关依法处理。

(4) 可以向政府有关部门通报或者向社会公布审计结果；对违反《审计法》规定，拒绝或拖延提供审计事项有关资料的，或者拒绝、阻碍检查的，有权责令其改正，通报批评，给予警告。在通过或者公布审计结果时，应当依法保守国家秘密和被审计单位的商业秘密，遵守国务院的有关规定。

(5) 对本级各部门（含直属单位）和下级政府违反预算行为或者其他违反国家规定的财政收支行为，在法定职权范围内，依照法律、行政法规的规定作出处理；对被审计单位违反国家规定的财务收支行为，在法定职权范围内，依照法律、行政法规的规定作出处理、处罚。

(6) 对违反《审计法》规定的负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，对被审计单位违反国家规定的财政收支、财务收支行为负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，对报复陷害审计人员构成犯罪的，提出给予行政处分或依法追究刑事责任的建议。

3. 审计人员

(1) 审计人员的条件

审计人员应当具备与其从事的审计工作相适应的专业知识和业务能力。由于审计工作的专业性和复杂性，要求审计人员必须熟悉审计的一般理论和审计实务。

(2) 审计人员执行职务的原则

回避原则。

保密原则。

受法律保护原则。

(三) 审计程序和审计管辖范围

1. 审计程序

审计程序是审计监督活动中，审计机关和被审单位必须遵循的顺序、形式和期限等。包括：

(1) 审计准备阶段

根据审计计划确定审计项目，组成审计组，并应当在实施审计前，向被审计单位送达审计通知书。

(2) 审计实施阶段

审计人员通过审查会计凭证、帐簿、报表等资料，检查现金、实物、有

价证券，向有关单位和个人进行调查等方式进行审计，并取得证明材料。

（3）审计终结阶段

审计组对审计事项实施审计后，写出审计报告，征求被审计单位的意见后，向审计机关提交审计报告。

（4）作出审计决定阶段

审计机关审定审计报告，对审计事项作出评价，出具审计意见书；对违反国家规定的财政收支、财务收支行为，需要依法给予处理、处罚的，在法定职权范围内作出审计决定；审计机关应当自收到审计报告之日起三十日内，将审计意见书和审计决定送达被审计单位和有关单位。审计决定自送达之日起生效。

2. 审计管辖范围

审计管辖范围是审计机关之间对审计事项的分工。即明确哪一类审计事项由哪一级审计机关审计，并由哪一个审计机关进行审计监督。

我国审计法确定了审计管辖的三项原则：

（1）根据被审计单位的财政、财务隶属关系的原则；

（2）国有资产监督管理关系原则；

（3）指定管辖原则。即审计机关对审计管辖范围发生争议的，由其共同的上级审计机关确定。

上级审计机关可以将其审计管辖范围内的，《审计法》有关条款规定的审计事项，授权下级审计机关进行审计；上级审计机关对下级审计管辖范围内的重大的审计事项，可以直接进行审计，但是应当防止不必要的重复审计。

（四）内部审计和社会审计

我国审计包括政府审计、内部审计、社会审计三部分。这三种审计工作都有权独立地在不同的范围内进行审计活动。从审计活动与被审计单位之间的关系而言，政府审计与社会审计的机构和人员都是独立于被审计单位之外，一般称为外部审计。内部审计是在自己组织内部进行的审计活动，它的机构和人员都属于这个组织。内部审计是部门或单位内部专设的审计机构，对本部门或本单位的财务收支及经济效益进行监督、检查和评价。社会审计是指由依法成立的社会审计机构——会计师事务所、审计事务所接受委托进行的审计。

（1）内部审计的法律规定

国务院各部门和地方人民政府各部门、国有的金融机构和企业事业组织，应当按照国家有关规定建立健全内部审计制度。各部门、国有的金融机构和企业事业组织的内部审计，应当接受审计机关的业务指导和监督。

（2）社会审计的法律规定

对依法独立进行社会审计的机构应当进行指导、监督、管理。在《注册会计师法》中规定了财政部门依法对注册会计师、会计师事务所和注册会计师协会进行指导、监督。审计机关应当按照《注册会计师法》和国务院的有关规定，依法对社会审计机构进行指导、监督、管理。包括：组织成立注册审计师协会，实施对注册审计师和审计事务所的指导、监督、管理工作。

（五）违反审计法的法律责任

1. 违反《审计法》的被审计单位及负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员的法律责任

（1）拒绝或者拖延提供有关资料，或者拒绝、阻碍检查的法律责任

被审计单位违反《审计法》规定，拒绝或者拖延提供与审计事项有关的资料的、或者拒绝、阻碍检查的，审计机关应责令其改正，可以通报批评、给予警告，拒不改正的，依法追究刑事责任。

（2）转移、隐匿、篡改、毁弃有关资料的法律责任

审计机关发现被审计单位违反《审计法》规定转移、隐匿、篡改、毁弃会计凭证、会计帐簿、会计报表以及其他与财政收支或财务收支有关的资料的，有权予制止。

被审计单位有上述行为，审计机关认为对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予行政处分的，应当提出给予行政处分的建议，被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

（3）转移、隐匿违法取得的资产的法律责任

被审计单位违反《审计法》规定，转移、隐匿违法取得的资产的，审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内有权予以制止，或者申请法院采取保全措施。

被审计单位有上述行为，审计机关认为对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予行政处分的，应当提出给予行政处分的建议，被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

（4）违反国家规定的财政收支行为、财务收支行为的法律责任

对本级各部门（含直属单位）和下级政府违反预算的行为或者其他违反国家规定的财政收支行为，审计机关、人民政府或者有关“主管部门在法定职权范围内，依照法律、行政法规的规定作出处理。

对被审计单位违反国家规定的财务收支行为，审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内，依照法律、行政法规的规定，责令限期缴纳应当上缴的收入，限期退还违法所得，限期退还被侵占的国有资产，以及采取其他纠正措施，并可依法给予处罚。

对被审计单位违反国家规定的财政收支、财务收支行为负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，审计机关认为依法应当给予行政处分的，应当提出给予行政处分的建议，被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定。

被审计单位的财政收支，财务收支违反法律，行政法规的规定、构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 报复陷害审计人员的法律责任

报复陷害审计人员，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

3. 审计人员违法的法律责任

审计人员滥用职权，徇私舞弊、玩忽职守，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

案例

[案例一]

案情：1989年9月26日，原告徐某委托其弟妹前往中国银行某分行存

款。她填好存款条后，连同人民币 4755 元和存折一起递给记帐员李某。李某经初点认定她交付的存款现金为 4755 元后，即填写了存折、存款凭条，并在存款凭条上加盖上名章。李某在向复核员马某移交时，将其中部分现金交给了坐在李与马之间的实习生金某。金用这部分现金练习点钞技法。其余现款由李移交给了马。大约 10 分钟后，复核员马提出，全部款额为 4355 元，比存款凭条上的数额少 400 元。遂将款退还给李。李又将 4355 元现金退给了存款人。为此，原告徐某于 1989 年 10 月 13 日向沈阳市和平区人民法院起诉，状告中国银行某分行、李以及马赔偿所缺少的 400 元人民币。

被告中国银行某分行具状辩称：根据“二人临柜，以复核为准”的规定，本行对缺少的 400 元无责任，拒绝赔偿。

审理：某市和平区人民法院一审查明：原告委托弟妹办理存款，双方经共同清点，现金数额为 4755 元。清点后用报纸包好送往银行，该报纸上记有 4755 元字样。被告与存款人数钱时，适逢被告同事史其进屋，听到他俩说钱数是 4755 元。李雁所填存款凭条上的数额也是 4755 元。另外，记帐员李某也始终坚持自己点款数与原告存款数相符，并说：“我把不同面额的钱，边点边往计算器上记，在计算器上显示出来的数额与我写记帐凭条的钱数一致时，我认为对了，就移交给复核员复核”。据此，一审法院认为：原告与被告已形成储蓄关系。在记帐员收到储户存款并当面初点与存款凭条相符，并记帐，填写存折后发现了差错，无论是因记帐员或复核员工作中疏忽大意造成的，或是其他原因造成的，都应由被告中国银行某分行承担赔偿责任。对于被告所称原告交付的款额与记帐不符，查无实据，不予支持，依据民法通则第一百零六条第二款、第一百三十四条第一款（七）项的规定，某市和平区人民法院于 1991 年 11 月 16 日判决：一、被告中国银行某分行于本判决生效后 15 日内，一次性返还原告人民币 400 元整。二、驳回原、被告其他请求。

被告中国银行某分行提出上诉。某市中级人民法院审理后认为：储户与银行双方的行为是一种信用行为。本案上诉人业务工作人员在办理该项储蓄业务时，在记帐员与复核员之间安排实习生练习点钞的做法欠妥。记帐员收款记帐后，与储户形成权利义务关系。上诉人所称：“我行在办理原告存款业务中不存在过错，不应进行赔偿”的理由不能成立。二审法院于 1992 年 2 月 28 日判决：驳回上诉，维持原判。

参考答案：本案要解决的问题是：在原告和被告之间是否已形成了储蓄关系。如果形成了储蓄关系，那么被告对短少的款额承担责任；如果没有形成，则由原告承担款额短少的责任。

为解决这一问题，我们首先分析一下储蓄关系。储蓄关系是存款人与银行之间的一种合同关系，它是一种比较特殊的合同，形成于存款人办理存款的过程中。存折是这种合同关系的证明，但它本身并不是合同。所以当存款人丢失存折后，他们有权提取自己的存款，而银行也仍承担着付款的义务。一般认为，当银行接过存款人的存款凭条和存款现金并核对凭条上的数额与现金数额一致后，储蓄合同关系也就成立了。本案的判决也说明了这一点。一审和二审法院都认为：银行的柜员收款记帐后储蓄合同关系就成立了。此后所发生的差错完全由银行承担责任。银行是一方当事人，它不能以自己的内部规定来约束存款人，因为内部规定并不是法律，而且在存款人事先不知道和不同意的情况下也不能成为储蓄合同关系的内容。银行的内部规定只能

约束银行的工作人员，所以法院对银行的辩解不予支持。

从上述分析我们看出，只要证明储蓄时银行柜员已收款记帐，合同关系就成立了，不需要其他证明。而且，本案的原告还有其他可以证明自己有理的证据，那就是：原告徐贵兴委托李雁办理存款时，双方经共同清点，现金数额为 4755 元。清点后用报纸包裹，报纸上也记有 4755 元的字样，这与存款凭条上的记载和银行柜员李宁核实的数字是一致的。这一证据也表明构成银行复核员所称存款金额少 400 元的责任不在原告。

从立法的目的和原则上看，法院的判决也是正确的。法律是要保护公正的，应当有利于社会秩序的稳定和经济的发展。如果认为被告银行的辩解成立，其内部规定可以适用，那么就会增加存款人的风险，影响其存款的愿望，造成对金融发展不利的局面，另外，对于银行改进管理，加强服务意识和责任感也是有害而无益的。现在我国已走上市场经济的道路，按照国际上的惯例，储蓄中的风险应当由银行而不是存款人承担。法院的判决是符合市场经济对法的要求的。

从法律规定上讲，本案被告也应当承担责任。银行是企业，它的对外经营活动要由其职员来完成。每一个银行职员在自己的职权范围内都代表着银行，其行为后果都由银行承担责任。近期的两起国际金融大案都说明了这一点，第一起大案是 1995 年年初英国著名的巴林银行倒闭案。该案的起因完全是由其在新加坡分行的期货交易人尼克里森一手造成的。里森于 1992 年 7 月在一次期货交易中损失了 2 万英镑，为掩盖损失，他私设了 5 个以“8”为代号的秘密帐户，开始进一步从事风险很大的期货交易，最终给巴林银行造成近 14 亿美元的损失。尽管里森进行这些交易并未得到授权，但其交易员的职务本身就代表着巴林银行的期货交易，所以损失都由巴林银行承担。第二起大案是 1995 年 9 月 26 日总部设在大阪的日本第 11 大商业银行——大和银行宣布，其纽约分行的前资深交易员井口俊英，在未经授权的情况下私自买卖美国国债，致使该银行损失 11 亿美元。该案的案情是：自 1984 年以来该银行纽约分行证券交易部负责人井口俊英，擅自违章从事美国国债买卖业务，交易失败后又不及时向有关方面报告，反而擅自出售该银行持有的有价证券来填补国债交易造成的损失。为了隐瞒巨额损失，井口俊英还非法更改交易确认书，并伪造有价证券余额证明。由于违章国债交易造成的损失越来越大，他才不得不于 1995 年 7 月底向大和银行总行交代了违章交易国债的全部过程。上述两案中的银行并不能以内部规定为由拒绝承担其职员所造成的银行债务。所以，银行只能通过加强内部管理和对其职员的监督来避免自己的损失。本案中银行收款记帐的职员李宁当然也属于交易员，她的行为代表着银行。当她确认存款人的存款并记帐后，银行便承担了责任，至少“二人临柜，以复核为准”只是内部管理规定，与存款人无关，实际上这种“二人临柜”的做法也随着计算机在储蓄所的广泛使用而逐渐被取消了。

[案例二]

案情：该案原告为上海市某县信用合作社，被告为上海某文化经营公司（简称文化公司）和上海市某县导航仪器厂（简称导航仪器厂）。

1991 年 9 月 16 日，被告文化公司、案外人某电子器材有限公司（简称电子公司）作为共同需方与被告导航仪器厂（为供方）签订了购销合同一份，约定：由导航仪器厂向文化公司、电子公司供应家用真空吸尘器 LS-800A 型 100 台、LS-800B 型 350 台，合计货款 110432 元，交货结算期为 1991 年 9

月 25 日，货款传单后即付 3 个月的商业承兑汇票。合同签订后的 9 月 21 日，导航仪器厂向华联公司签发并经承兑商业承兑汇票 1 张，金额为 110432 元，同时华联公司又向艺力公司签发并经承兑商业承兑汇票一张，金额亦为 110432 元。上述两张商业承兑汇票的到期日均为 1991 年 12 月 30 日。9 月 24 日文化公司又向导航仪器厂签发并经承兑商业承兑汇票一张，金额亦为 110432 元，到期日为 12 月 24 日。

10 月 10 日导航仪器厂持文化公司承兑的商业承兑汇票向原告申请贴现，原告经审核同意后接受导航仪器厂的贴现申请和商业承兑的背书转让。扣除贴现利息 1863.54 元，原告向被告导航仪器厂实付贴现金额 108508.46 元。在商业承兑汇票到期日时，电子公司持导航仪器厂承兑的汇票提示付款，因导航仪器厂开户的信用社不交换汇票而退票；文化公司持电子公司承兑的汇票提示付款，因电子公司在开户行存款不足而遭退票；原告持文化公司承兑的汇票提示付款，同样因文化公司存款不足而遭退票。后原告向文化公司直接交涉票款未果。

1992 年 5 月 28 日原告又向其前手导航仪器厂追索票款，亦未果，为此原告提起诉讼，并要求：被告文化公司偿付原款 110432 元及利息，被告导航仪器厂负连带偿付责任。

审理：上海市黄浦区人民法院认为：

1. 原告向被告文化公司主张票款及利息的请求应予支持。理由如下：票据关系是一种要求关系。按 1988 年 6 月上海市人民政府发布的《上海市票据暂行规定》第八条第一款“票据缺少应记载事项之一的，除本规定另有规定外，票据无效”的规定，原告所持有的商业承兑汇票应记载事项完备，形式要件没有瑕疵，符合票据要式性和文义性的规范，票据有效。按《上海市票据暂行规定》第十五条：“票据债务人不得以自己与出票人或持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但持票人取得票据有恶意或重大过失的，以及持票人无对价或以不相当的对价取得票据的除外”的规定，原告取得票据并无上述规定中所列举的四种除外情况。原告经办理票据贴现，接受票据背书转让后取得票据，属善意持票人，应享有票据权利。被告文化公司向善意持票人提出的“导航仪器厂未履行合同并与案外人有恶意串通、骗取票款之嫌因而拒付票款”的抗辩理由不能成立。按《上海市票据暂行规定》第三十九条“付款人为承兑后，应当承担到期付款的责任”以及第四十六条第二项“定日付款和见票后定期付款的汇票，应当在到期日起十日内，向承兑人付款”的规定，被告文化公司作为汇票的承兑人，是主债务人，负有到期日无条件支付票款的责任；原告作为持票人必须在汇票到期日后的规定期限内提示付款，否则就丧失了对前手的追索权。在汇票到期日时，原告提示付款，但不获付款。由此产生了两方面的效力，一是保全了追索权；二是被告艺力公司应负迟延履行债务的责任。按《上海市票据暂行规定》第二十八条第一项：“持票人对汇票承兑人和本票出票人的权利，自票据到期日起六个月”的规定，原告提起诉讼、向承兑人被告艺力公司主张票款及利息的请求，并没有超过规定的期限，法律应予保护。

2. 原告要求被告导航仪器厂对商业承兑汇票的票款及利息负连带偿付责任的请求不予支持。理由是，被告导航仪器厂作为汇票背书人是次债务人，负有担保汇票的承兑和支付的责任。也就是说，汇票到期日后持票人经提示付款而主债务人不履行付款义务时，持票人可以向汇票背书人或全体债务人

行使追索票款的权利，但必须在规定的期限内。按《上海市票据暂行规定》第十八条第三项“持票人对他的前手的追索权，自拒绝证书作成日起三个月”的规定，显然，原告作为持票人提起诉讼，向汇票背书人被告导航仪器厂行使追索权，已超过了规定期限，故不受法律保护。

3. 关于法律适用的问题。我国当时尚未有票据法，1988年6月上海市人民政府发布的《上海市票据暂行规定》，虽然是地方性规定，但对本市企业的票据行为具有规范性的作用。该规定第二条指出：“凡在本市范围内签发并流通和付款的票据，依照本规定办理。”鉴于《上海市票据暂行规定》与《中华人民共和国民法通则》的基本原则不相违背，且本案的当事人均系本市的企业，因此《上海市票据暂行规定》可以作为本案审理参照适用的依据。

1992年12月10日，上海市黄浦区人民法院参照《上海市票据暂行规定》第十五条、第十八条第一、三项，第三十九条、第六十一条第一款一、二项之规定，依照《中华人民共和国民法通则》第一百零六条第一款的规定，作出判决如下：

1. 被告上海某文化经营公司应给付原告上海市某县信用合作社商业承兑汇票票款 110432 元。

2. 被告上海某文化经营公司应偿付原告利息 8373.51 元。

3. 原告要求被告上海市某县栖凤导航仪器厂对商业承兑汇票票款及利息负连带偿付责任的诉讼请求不予支持。

案件受理费 3718.64 元，由被告上海某文化经营公司承担。

被告上海某文化经营公司对上述应承担的付款义务，自本判决生效后 10 日内履行完毕。

判决作出后，当事人均未上诉。

该案于 1992 年 12 月 10 日审结。尽管当时我国《票据法》尚未颁布，但其所反映问题的原理与《票据法》的规定是一致的。

[案例三]

案情：某运输公司运送一批货物到德国，在国外改由境外运输公司运输，其全程运输费用为 0.5 元/吨公里，共 1000 吨，里程为 5000 公里。该公司付给境外运输公司运费 1200000 元，试计算该公司应纳营业税税款为多少？

参考答案：

1. 运输行业营业税率为 3%

2. 该运输公司的营业额为

$$\begin{aligned} & (0.5 \times 1000 \times 5000) - 1200000 \\ & = 2500000 - 1200000 \\ & = 1300000 \text{ (元)} \end{aligned}$$

3. 应纳营业税税款

$$= 1300000 \times 3\%$$

$$= 39000 \text{ (元)}$$

[案例四]

案情：某公司当月发生以下几笔购销业务：

1. 购入原材料，取得专用发票上注明价款为 250 万元；

2. 收回委托加工材料 1000 件，取得专用发票上注明的加工费为 20 万元；

3. 进口原材料 200 吨，价款为 150 万元；
4. 当月实现产品销售收入 900 万元；
5. 本月将本公司产品捐给一家儿童福利院，价款 180000 万元；又知以上业务均为不含税价款，且适用增值税税率为 17%，要求，计算该公司当月应纳增值税款。

参考答案：

1. 当月销项税额 = $(900 + 18) \times 17\%$
= 156.06 万元
2. 当月进项税额 = $(250 + 20 + 150) \times 17\%$
= 71.4 万元
3. 当月应纳增值税款 = $156.06 - 71.4$
= 84.66 万元

[案例五]

案情：某内资企业 1994 年度有关资料如下：

1. 实现利润总额 3750000 元；
2. 1993 年尚有未弥补的亏损 50000 元；3. 未按期缴纳税金，支付罚款和滞纳金 2000 元；4. 该企业应收帐款的余额 80000 元，企业按帐龄分析法提取坏帐准备 20000 元。

1993 年无坏帐准备余额。5. 国库券利息收入 35000 元；6. 收到股利收入 1000 元；7. 从联营企业分得利润 50000 元，分回的利润已按 15% 和 3% 在当地交纳了企业所得税和地方所得税；8. 支付非公益性捐赠支出 60000 元；9. 罚款收入 4000 元；10. 支付违约金 3000 元。要求：分析计算企业应交所得税额。

参考答案：

1. 企业会计上计算的利润为 3750000 元。
2. 1993 年尚未弥补的亏损未超过弥补期限，可以在税前弥补。
3. 支付的罚款和滞纳金不能作为费用扣除项目扣除。
4. 税法规定的坏帐准备的计提办法是余额百分比法，财政部规定的比例是应收帐款余额的 5%。故准予扣除的坏帐准备应为：

$$80000 \times 5\% = 4000 \text{ 元}$$

其超过部分 $(20000 - 4000) = 16000$ 元不能扣除：

5. 国库券利息收入免缴所得税
6. 股利收入应交所得税
7. 从联营企业分得的利润所交企业所得税可以抵扣应纳税额，
8. 非公益性捐赠支出不能作为费用扣除
9. 10. 两项无须调整。

该企业应交所得税额

$$\begin{aligned} &= (3750000 + 20000 + 16000 - 35000 - 50000) \times 33\% - 50000 \div (1 - 15\% \\ &\quad - 3\%) \times 15\% \\ &= 1221330 - 9146.34 \\ &= 1212183.66 \text{ 元} \end{aligned}$$

[案例六]

某内资企业 9 月份有关资料如下：

1. 销售甲、乙两种应税产品，销售额不含税价，分别为 40 万元，50 万

元，甲产品适用税率为 17%，乙产品适用税率为 13%。

2. 该企业当月各种采购共 30 笔，共计采购金额 45 万元，在 30 笔采购业务中，28 笔属于原材料、燃料、包装物等。另有两笔采购，一是取得一项专利权 3 万元；二是用于职工福利的生活消费品 2 万元。

3. 在前述 28 笔外购商品中，有一笔凭证不符合要求，供货方未能开具增值税专用发票，金额 2 万元；有一笔作为生产原材料的免税农产品，金额 2 万元。

请根据上述资料计算企业当月应纳增值税。

参考答案：

1. 当期销项税额

$$40 \times 17\% + 50 \times 13\% = 13.3 \text{ 万元}$$

2. 取得无形资产和用于职工福利的生活消费品按规定不允许扣除进项税额，在允许扣除范围的 28 笔业务中，没有取得增值税专用发票的按规定也不能抵扣进项税额。此外还有一笔作为生产原材料的免税农产品，虽然采购发票上没有增值税税额，但按规定可以按 10% 的扣除率计算扣税，应扣税额 $2 \times 10\% = 0.2$ 万元。

当月可以抵扣的进项税额

$$\begin{aligned} &= (45 - 3 - 2 - 2 - 2) \times 17\% + 2 \times 10\% \\ &= 6.12 + 0.2 \\ &= 6.32 \text{ 万元} \end{aligned}$$

3. 当期应缴纳的增值税税额

$$13.3 - 6.32 = 6.98 \text{ 万元}$$

[案例七]

案情：某中外合资企业雇员王某 1994 年某月取得工资收入 2000 元，取得奖金 500 元，取得职务津贴 300 元，取得其他补贴 200 元。

要求：计算王某该月应缴纳的个人所得税。

参考答案：根据个人所得税法的规定，个人取得的奖金、津贴、补贴等均属工资、薪金收入，应与工资合并减除 800 元费用后，根据九级超额累进税率计征个人所得税。

1. 王某该月的应纳税所得额

$$\begin{aligned} &= (2000 + 500 + 300 + 200) - 800 \\ &= 3000 - 800 \\ &= 2200 \text{ 元} \end{aligned}$$

2. 由于应纳税所得额为 2200 元，涉及 3 个档次的税率，分别适用 5%、10%、15%。

500 元适用 5% 税率，1500 元适用 10% 税率，200 元适用 15% 税率。

3. 应纳税所纳额

$$\begin{aligned} &= 500 \times 5\% + 1500 \times 10\% + 200 \times 15\% \\ &= 25 + 150 + 30 \\ &= 205 \text{ 元} \end{aligned}$$

[案例八]

美国权益基金公司 (Equity Funding Company)

电子计算机审计案例

案情：

1973年4月，位于美国洛杉矶的权益基金公司及其三家子公司，同时宣布倒闭。这家拥有几亿美元资产的公司的倒闭，使七千多位股票持有者在一夜之间变为一文不名的贫民。该公司的许多债权人，也因该公司的倒闭，使债权化为乌有。并引起连锁反映。一些无法承受债权损失的小公司，纷纷跟着破产。一时间，美国各大证券交易市场一片混乱，道琼斯指数暴跌。愤怒的公众通过各家报纸发出强烈呼吁，要求政府部门严惩有关人员。美国各大报刊在连续9个月的篇累犊地报道这个案件之后，最后都归结为一句话“审计人员在哪里？”。为此，美国证券交易委员会不得不组织精干人员，对此案进行详细深入的调查。

案情调查：

权益基金公司于50年代末、60年代初成立。并于1964年开始股票上市。同年，该公司采用电子计算机来处理会计帐务。成为美国几家较早的会计电算化的公司之一。该公司财务主管在与会计师事务所的注册会计师打交道时，发现负责审计该公司的注册会计师萨旦姆(Seidman)并不谙熟电子计算机的原理。萨旦姆所采用的审计程序与方法，仍然袭用那一套对付手工操作的会计系统的老办法。至此，公司主管萌发了伪造假帐的念头。在与公司总经理及其他几个负责人串通之下，他们将下属的人寿保险子公司作为主要对象，开始编造纯属子虚乌有的人寿保险单(Fetitiouxpersons)。然后，再将这些保险单售给其它保险公司。13年来，该公司所报的净收益共计7500万美元。但公司资产负债表中的虚假资产累计1.2亿美元，远远高于净收益数。实质上，公司的净收益，都是通过假报资产、从其它公司骗取贷款或货款而来。自己并没真正赚得收益。

调查人员还发现：该公司伪造假帐手法并不十分高明。他们只不过在将会计数据输入电脑时，从凭证中抽取特别号码伪造人寿保险单，使审计人员无法接触到这些假的保险单，致使审计人员受到长达十几年的蒙骗。

案件处理：

调查结果一经宣布，联邦法院立即对该公司的几十名高级管理人员进行审查，最后，确定其中19人参与了非法交易，并分别判处徒刑。而负责该公司审计的注册会计师萨旦姆，虽然属于受骗者，但亦有失责的错误。美国证券交易委员会给他一个处分，以平民愤。

案件影响：

这一案件的发生，对美国的审计准则冲击极大。它说明了科学技术的迅速发展，已改变了审计生存的环境，根据社会需要，随时作出审计对策，是审计理论工作者的当务之急。为此，美国注册会计师协会(AICPA)本着“亡羊补牢”的想法，开始着手对现行审计准则予以修订。1974年12月，该协会有关部门制定了审计准则说明第3号(SAS.NO3)公告——《检查和评价内部控制对EDP的影响》。详细规定了实行电算化会计系统的公司如何进行审核的审计行为规范。

作为美国国家审计机构的审计总署，虽然还未遇到类似的电子计算机审计案例，但也十分重视此案的影响。他们在经过5年的精心研究之后，在1979年3月，也颁布了一个新文件《审计总署补充审计准则，以计算机为基础的系统审计》，重申了电算化会计系统应采取的审计行为规范。制度规定“审计人员应以审查数据处理系统的一般控制设施，以确定(a)控制设施是否按照管理人员的指示以及法定要求设计。

(b) 审查安装好的数据处理应用软件的应用控制设施, 审计人员借此评估其及时、准确、安全地处理数据的可靠性。

上述案件发生后, 生产电子计算机的厂家也进行了反省。认识到以前生产的电子计算机没有充分考虑到防误、防弊的问题。因此, 决定生产一种难于保存中间过程记录的联机数据装置。在设计过程中认真考虑确保审查所需的证据问题, 使得运用于会计系统的电子计算机得到专门改善, 满足了审计工作的要求。

权益基金公司的审计案例, 在美国是第一起最大的关于电子计算机的审计案例。它在美国的影响之大, 几乎窒息了电子计算机在会计中的推广使用。最后, 通过人们认真的反思, 采取了相应的对策, 才既能使电子计算机得到正确运用, 又能有效地控制它不利的一面。其中, 美国审计理论界与实务界所作的贡献, 不能不说是巨大的。

[案例九]

对江新公司财务收支情况的审计

审计背景:

某市审计局根据上级审计机关的授权, 于 1994 年 7 月 1 日至 7 月 20 日, 对中国对外贸易运输总公司 (以下简称 “ 中外运 ”) 江新公司及其所属 18 个分公司 1993 年度和 1994 年 1 至 6 月 2 份财务收支情况进行了就地审计。

江新公司是中外运总公司设在江新市的分公司, 经营储运业务已有二十多年历史。该公司在对外贸易进出口运输方面承办的主要业务有: 陆海联运、国际集装箱运输、航空运输、空运快件等, 下属 18 个分公司。该公司 1993 年末实收资本 2524 万元, 资产总值 6160 万元, 全年收入 1530 万元, 实现利润 284 万元。

审计方法:

第一阶段: 根据财务指标提示情况分析疑点, 拟订调查提纲, 做好进审前的准备工作。

第二阶段: 进行实地调查, 拟订审计方案等, 确定审计重点。

第三阶段: 依据财务指标分析和审计方案, 全面实施审计, 做好审计工作底稿, 筛选和归纳查出的问题。

审计查出的问题:

1. 在 1993 年 6 月末新旧会计制度接轨时, 少计实收资本 111142620 元。

(1) 公司本部将应计入 “ 实收资本 ” 的 24659.48 元计入了 “ 盈余公积金 ” ;

(2) 海运代理公司将应计入 “ 实收资本 ” 的 42264.73 元计入了 “ 应付福利费 ” 。

(3) 汽车技术公司将应计入 “ 实收资本 ” 的 1044501.99 元列入了 “ 资本公积 ” 。

2. 应调未调外币汇兑损益 1107543.83 元。

(1) 公司 1993 年末未按规定调整外币汇兑收益, 导致少计收入 389071.07 元, 其中: 公司本部 349621.90 元, 海运代理公司 39449.17 元。

(2) 1994 年初, 公司未及时调整因汇率并轨而产生的汇兑收益 718472.76 元, 其中: 公司本部 63559.22 元, 海运代理公司 254913.54 元。

3. 1993 年度少体现利润 564592.86 元。

(1) 汽车技术公司 1993 年度少提折旧 73570 元; 将应由职工福利基金、

应付福利费列支的职工节假日、野游等补助款 91870 元，分别列入了管理费用，仓储支出项下，挤占了储运成本。上述两项相抵后，多列费用少体现利润 18300 元。”

(2) 综合贸易公司 1993 年经销钢村一批，虚列成本造成 1993 年多列亏损 427138.09 元。

(3) 海运代理公司将五个代收代支单位应缴该公司的劳务费 73844 元未列作收入。

(4) 空运代理公司 1993 年材料报废残值收入 45310.77 元挂“其他应付款”帐未列作收入。

处理情况：

1. 关于少计“实收资本 1111426.20 元的问题。根据中外运《关于外运企业新旧会计制度衔接有关问题的处理方法》(93)财运定第 43110355 号第 17 条的具体规定，企业要在 1994 年度作调增“实收资本”及相应调减有关各科目的处理。

2. 关于应调未调汇兑损益 1107543.83 元的问题。根据《关于税制改革、外汇管理体制改革的有关财务问题处理的通知》(94)财工字第 42 号文第 6 条第 1 款“……如为净收益，按照不短于五年的期限平均转销，或者留待弥补以后年度亏损，或者留等并入企业的清算收益”的规定，要在 1994 年度调整帐目，即将此项收益 1107543.83 元转入“待转销汇兑损益”科目。

3. 关于少体现利润问题。按照现行《运输(交通)企业会计制度》的规定，应调增 1993 年利润 564592.86 元。并按照《国家能源交通重点建设基金征集办法》和《国家预算调节基金征集办法》的规定，补交“两金”计 141148.21 元。

审计建议：

针对该公司财务收支方面存在的问题，审计局提出了以下几点建议。

1. 要进一步加强对新会计制度的学习。从这次审计看，无论是公司本部还是所属单位，在新旧制度转轨过程中普遍存在一些对新制度学习不够，科目运用不当、转轨无凭证、少计实收资本等问题。建议公司各级领导及财会部门要重视学习新制度，提高财会人员业务水平，以尽快适应新制度下的财会工作。

2. 要加强对所属单位的财会监督。审计发现，综合贸易公司存在借据报销、现金存取支出不合规定等基础工作差的问题。建议公司对其要加强监督，避免产生大的违纪问题。

3. 要改进外汇汇兑损益核算办法。这次审计发现，公司本部的外汇汇兑损益核算不符合企业财务通则的规定，导致了少计利润，核算不真实的后果。今后要认真执行会计制度，正确核算外汇汇兑损益，达到真实、合法、合规，准确反映企业的当期损益。

占评。

审计机关对被审计单位违反财经法规的问题，依法作出了恰当的处理，同时也有针对性的提出了改进意见，符合《审计法》第四十条的规定精神。

第五章 经济纠纷的解决

第一节 经济纠纷的解决方式

随着我国改革开放的日益扩大，公民和法人以及他们相互之间的经济联系也日益扩大。经济联系和经济交往的增多，各种经济纠纷也不断发生，其中主要的是各种经济合同的纠纷，以及经济侵权行为。这些纠纷的发生，不仅影响了当事人的经济利益，而且会影响国家利益，破坏正常的经济秩序，也会影响当事人之间长期形成的经济协作关系。涉外经济纠纷的发生，还会影响对外开放的进行，损害我国对外经济贸易的信誉，使国家财产遭受损失。及时有效地解决各类经济纠纷，不仅是维护当事人合法权益的需要，也是坚持对外开放、对内深化改革的需要，建立和发展社会主义市场经济新秩序的需要。避免或减少经济纠纷，及时公正解决经济纠纷在当前具有十分重要的意义。

经济纠纷是指在经济法律关系中，当事人之间就其经济权利和利益所发生的争议。解决经济纠纷的方式主要有协商、调解、仲裁和诉讼四种方式。

一、协商

协商是指当事人在平等的基础上，本着互谅互让的原则，就发生的纠纷达成一致意见的方式。就经济合同纠纷而言，因为合同的签订是双方在自愿基础上，通过平等协商而达成的协议，纠纷发生以后，双方完全可以协商解决争议。其他经济纠纷也可以通过协商解决纠纷。这种方式是在完全自愿和平等的基础之上进行的，有利于维护双方当事人的经济利益，有利于维持双方业已形成的经济协作关系，也有利于协议达成后的执行。事实上，大量的经济纠纷发生后，都是通过协商而解决的。它具有方便、灵活，兼顾双方当事人利益的特点，只要双方当事人以解决纠纷为目的，心平气和、互谅互让，就可以顺利解决经济纠纷。总之，双方自行协商解决经济纠纷是既省力又省钱的好办法。因此，无论国内的经济纠纷，还是涉外的经济纠纷，都可以首先考虑这种解决经济纠纷的方式。

二、调解

调解是指在双方当事人自愿基础上，请求共同信任的第三人出面调停，促使当事人双方和解的一种方式。

这种方式适用于双方协商不能达成一致意见，或不愿自行协商解决的情况，大多出现在当事人有共同的主管单位的情况下。因此，调解人可以是双方共同的主管单位，也可以是双方共同信赖的人。调解必须以自愿为前提。调解要在查清事实，明确双方责任，分清是非的基础上进行，不能无原则的“和稀泥”。调解方案应符合法律规定，并充分反映当事人的意愿。调解不是解决经济纠纷的必经程序。调解协议达成之前一方拒绝继续调解或协议达成后一方拒绝在调解书上签字的，调解无效。

在仲裁或诉讼程序中也有调解，但就其本质和效力而言都与前述有所不同，下面将专门阐述。

第二节 经济仲裁

一、仲裁概述

仲裁，是指争议双方在争议发生前或争议发生后达成协议，自愿将争议交给第三者作出裁决，双方有义务执行的一种解决争议的方法。

仲裁作为解决纠纷的一种制度或方法，已有很长的历史。早在古罗马时代就有了用仲裁方式解决经济纠纷的做法。英国在 1697 年颁布了仲裁法案。瑞典在 1917 年成立了斯德哥尔摩商会仲裁院。二战以后，仲裁制度又有了进一步发展，1958 年在纽约签订了联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》，现已有 80 余个国家和地区加入该公约。

1985 年又通过了《联合国国际贸易法委员会仲裁示范法》。

中华人民共和国成立后，为了适应对外贸易事业发展的需要，1954 年在中国国际贸易促进委员会下设了对外经济贸易仲裁委员会和海事仲裁委员会，建立了涉外经济仲裁制度。近年来，中国国际商会中国国际经济贸易仲裁委员会修改了仲裁规则，更加接近国际上通行做法，因而中国的涉外仲裁机构以其裁决公正、结案较快、费用较低吸引了中外当事人前来申请仲裁，1994 年、1995 年其办案数量均列世界第一。

为了解决国内经济合同纠纷，国务院于 1983 制订了《中华人民共和国经济合同仲裁条例》，并在国家工商行政管理部门设立了经济合同仲裁委员会。1991 年 1 月国家科委发布了《技术合同仲裁机构管理暂行规定》。同年 6 月国家科委又发布了《技术合同仲裁机构仲裁规则（试行）》。

随着社会主义市场经济的建立和发展，在总结我国仲裁工作实践经验的基础上，并借鉴国际仲裁制度的经验和国际通行做法，1994 年 8 月 31 日通过了《中华人民共和国仲裁法》（以下简称仲裁法），并于 1995 年 9 月 1 日起施行。

我国仲裁法的立法宗旨是：保证公正、及时地仲裁经济纠纷，保护当事人的合法权益，保障社会主义市场经济健康发展。

根据仲裁法的规定，我国仲裁法适用范围是“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷”，但婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷和依法应当由行政机关处理的行政争议不能仲裁；劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁，另行规定。这就是说我国仲裁法适用范围是经济仲裁。

二、仲裁的原则

根据我国仲裁法的规定，仲裁的原则是：

1. 协议仲裁原则

仲裁法第四条规定：“当事人采用仲裁方式解决纠纷，应当双方自愿，达成仲裁协议。没有仲裁协议，一方申请仲裁的，仲裁委员会不予受理。”

2. 或裁或审原则

仲裁法第五条规定：“当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。”

3. 协议管辖原则

仲裁法第六条规定：“仲裁委员会应当由当事人协议选定。仲裁不实行级别管辖和地域管辖。”

4. 独立仲裁原则

仲裁法第八条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

5. 公正、及时原则

仲裁法第七条规定：“仲裁应当根据事实，符合法律规定，公平合理地解决纠纷。”在仲裁法第一条就提出要“公正、及时地仲裁经济纠纷。”

6. 不公开原则

仲裁法第四十条规定：“仲裁不公开进行。”这是因为仲裁多涉及商业信誉，当事人往往不愿公开进行。

7. 一裁终局原则

仲裁法第九条规定：“仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。”

8. 法院监督原则

我国仲裁法规定，人民法院即对仲裁裁决予以执行，又对仲裁进行必要的监督。法院监督表现在可以撤销仲裁裁决，也可以对裁决不予执行。

三、仲裁委员会

仲裁委员会是以仲裁方式解决财产权益纠纷的机构。仲裁委员会不是行政机关，与行政机关没有隶属关系。仲裁权属于司法权范畴，因此，仲裁委员会属于司法机构。

仲裁委员会应当具备的条件是：有自己的名称、住所和章程；有必要的财产；有组成人员和聘任的、符合条件的仲裁员。

仲裁委员会由主任1人、副主任2至4人和委员7至11人组成。上述人员三分之二以上为法律、经济贸易专家。

四、仲裁协议

仲裁协议，是指双方当事人自愿把他们之间的经济纠纷，提交仲裁机构解决的书面约定。

仲裁协议可以在合同中约定，也可以以其他书面方式表示，可以是纠纷发生前或纠纷发生后达成的请求仲裁的协议。

仲裁协议的内容是：请求仲裁的意思表示；仲裁事项；选定的仲裁委员会。

仲裁协议一经依法成立，即具有法律效力。

根据仲裁法第十七条的规定，有下列情形之一的，仲裁协议无效：约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围的；无民事行为能力人或者限制民事行为能力人订立的仲裁协议；一方采取胁迫手段，迫使对方订立仲裁协议的。

五、仲裁程序

（一）仲裁的申请和受理

当事人申请仲裁应当符合下列条件：一是有仲裁协议；二是有具体的仲裁请求和事实、理由；三是属于仲裁委员会的受理范围。

当事人申请仲裁，应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本。

仲裁申请书应当写明下列事项：

第一，当事人的姓名、性别、年龄、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；

第二，仲裁请求和所根据的事实、理由；

第三，证据和证据来源、证人姓名和住所。

仲裁委员会收到仲裁申请之日起5日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人；认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明理由。

仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在仲裁规则规定的期限内将仲裁规则和仲裁员名册送达申请人，并将仲裁申请书副本和仲裁规则、仲裁员名册送达被申请人。

被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在仲裁规则规定的期限内向仲裁委员会提交答辩书。仲裁委员会收到答辩书后，应当在仲裁规则规定的期限内将答辩书副本送达申请人。

一方当事人因另一方当事人的行为或者其他原因，可能使裁决不能执行或者难以执行的，可以申请财产保全。

（二）仲裁庭的组成

仲裁庭可以由3名仲裁员或者一名仲裁员组成，由3名仲裁员组成的，设首席仲裁员。

当事人约定由3名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员，第3名仲裁员由当事人共同选定或共同委托仲裁委员会主任指定。第3名仲裁员是首席仲裁员。当事人约定由1名仲裁员成立仲裁庭的，应当由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定仲裁员”。

仲裁员有下列情形之一的，必须回避，当事人也有权提出回避申请：

1. 是本案当事人或者当事人、代理人的近亲属；
2. 与本案有利害关系；
3. 与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；
4. 私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。

当事人提出回避申请，应当说明理由，在首次开庭前提出。回避事由在首次开庭后知道的，可以在最后一次开庭终结前提出。

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

仲裁员有私自会见当事人、代理人或者接受当事人、代理人的请客送礼的情形，情节严重的，或者在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、在法裁决行为的，应当依法承担法律责任，仲裁委员会应当将其除名。

（三）开庭和裁决

仲裁应当开庭进行。当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决。

仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。

仲裁委员会应当在仲裁规则规定的期限内将开庭日期通知双方当事人。当事人有正当理由的，可以在仲裁规则规定的期限内请求延期开庭。是否延期，由仲裁庭决定。

申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人经书面通知，无正当理由不到庭或者未经仲裁庭许可中途退庭的，可以缺席裁决。

当事人应当对自己的主张提供证据。仲裁庭认为有必要收集的证据，可以自行收集。

当事人在仲裁过程中有权进行辩论，辩论终结时，首席仲裁员或者独任仲裁员应当征询当事人的最后意见。

仲裁庭应当将开庭情况记入笔录。笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参与人签名或者盖章。

当事人申请仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以请求仲裁庭根据和解协议作出裁决书，也可以撤回仲裁申请。

当事人达成和解协议，撤回仲裁申请后反悔的，可以根据仲裁协议申请仲裁。

仲裁庭在作出裁决前，可以先行调解。当事人自愿调解的，仲裁庭应当调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。

调解书经双方当事人签收后，即发生法律效力。在调解书签收前当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

裁决应当按照多数仲裁员的意见作出，少数仲裁员的不同意见可以记入笔录。仲裁庭不能形成多数意见时，裁决应当按照首席仲裁员的意见作出。

裁决书应写明仲裁请求、争议事实、裁决理由、裁决结果、仲裁费用的负担和裁决日期。当事人协议不愿写明争议事实和裁决理由的，可以不写。裁决书由仲裁员签名，加盖仲裁委员会印章。对裁决持不同意见的仲裁员，可以签名，也可以不签名。

六、申请撤销裁决

当事人提出证据证明裁决有下列情形之一的，可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销裁决：

- （一）没有仲裁协议的；
- （二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁委员会无权仲裁的；
- （三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；
- （四）裁决所根据的证据是伪造的；
- （五）对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；
- （六）仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿，徇私舞弊，枉法裁决行为的。

人民法院经组成合议庭审查核实裁决有前款规定情形之一的，应当裁定撤销。

人民法院认定该裁决违背公共利益的，应当裁定撤销。

当事人申请撤销裁决的，应当自收到裁决书之日起六个月内提出。

七、执行

当事人应当履行裁决。一方当事人不履行的，另一方当事人可以依照民事诉讼法的有关规定向人民法院申请执行。受申请的人民法院应当执行。

被申请人提出证据证明裁决有下列情形之一的，经人民法院组成合议庭审查核实，裁定不予执行：

（一）当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的；

（二）裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的；

（三）仲裁庭的组成或者仲裁的程序违反法定程序的；

（四）认定事实的主要证据不足的；

（五）适用法律确有错误的；

（六）仲裁员在仲裁该案时有贪污受贿，徇私舞弊，在法裁决行为的。

一方当事人申请执行裁决，另一方当事人申请撤销裁决的，人民法院应当裁定中止执行。人民法院裁定撤销裁决的，应当裁定终结执行。撤销裁决的申请被裁定驳回的，人民法院应当裁定恢复执行。

第三节 经济诉讼

一、经济诉讼的概念和基本原则

1. 经济诉讼的概念

经济诉讼是指在人民法院主持下，由诉讼参加人参加的，为解决当事人之间经济纠纷案件，依法定程序进行的审判活动。

人民法院审理经济纠纷案件在程序上应依据《中华人民共和国民事诉讼法》。

2. 经济诉讼的基本原则

我国民事诉讼法规定的民事诉讼的基本原则和制度是：

(1) 国家司法主权原则。凡是在中华人民共和国领域内进行民事诉讼，不论诉讼当事人是否具有中国国籍，也不论诉讼标的是否在中国境内，都必须接受我国司法管辖，适用我国民事诉讼法。

(2) 独立审判原则。人民法院在审理民事案件、经济纠纷案件，技术纠纷案件中独立审判，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

(3) 以事实为根据，以法律为准绳的原则。

(4) 当事人有平等的诉讼权利的原则。一切公民，不分民族、种族、性别、职业、出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住年限，在适用法律上一律平等。

(5) 自愿、合法和及时调解的原则。人民法院十分注重调解工作，任何强迫、违法和久调不决的行为都是和调解原则相违背的。

(6) 依法实行合议、回避、公开审判和两审终审制度。合议制度是指案件审判的组织形式是由三个以上审判人员组成的合议庭，依法对案件进行审判。简单的经济纠纷案件，可由一名审判人员独任审判。回避制度是指与案件当事人有利害关系的审判人员、书记员等，不得参加该案的审判活动。公开审判是指人民法院审理案件应当公开进行，但涉及国家秘密、个人隐私或法律另有规定的除外。两审终审制是指一个案件经过两级人民法院审理，即宣告终结的制度。

(7) 使用本民族语言、文字进行民事诉讼的原则。

(8) 当事人有权进行辩论原则。在审判长主持下，当事人有权就实质性内容和程序问题进行辩论。辩论贯穿于审判的全过程。辩论可以口头进行，也可以书面形式进行，可以由当事人进行，也可以请代理人进行。

(9) 当事人有权在法律规定范围内，处分自己的民事权利和诉讼权利的原则。如果这种处分损害了国家和社会公共利益将是不允许的，国家将进行干预。

(10) 人民检察院有权对人民法院的民事审判活动实行法律监督原则。

二、经济纠纷案件的受理范围和案件的管辖

1. 经济纠纷案件的受理范围

根据我国人民法院组织法的规定，我国各级人民法院，都设立了经济审判庭，审理经济纠纷案件。

人民法院经济审判庭受理经济纠纷案件的范围主要有：

- (1) 经济合同纠纷案件及技术合同纠纷案件。
- (2) 涉外经济纠纷案件。
- (3) 农村承包合同纠纷案件。
- (4) 经济损害赔偿纠纷案件。
- (5) 企业破产案件。
- (6) 专利纠纷案件。
- (7) 其他经济纠纷案件。如股票、债券、期货合同纠纷案件等。

2. 经济纠纷案件的管辖

人民法院对经济纠纷案件的管辖，是指法院内部对经济纠纷案件处理权限的划分。主要包括：

(1) 级别管辖

基层人民法院管辖第一审经济纠纷案件。

中级人民法院管辖重大涉外经济纠纷案件及在本辖区内有重大影响的案件。高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的案件。最高人民法院管辖在全国有重大影响的案件等。

(2) 地域管辖

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

为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖。因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖等。

(3) 移送管辖和指定管辖

人民法院受理经济纠纷案件后发现不属自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。

管辖权发生争议时，由争议双方协商解决；协商解决不了的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

三、经济纠纷案件的诉讼程序

经济纠纷案件的诉讼程序包括一审、二审、审判监督、督促、公示催告、企业法人破产还债和执行程序等。

1. 一审程序

一审程序是指最初受理案件的人民法院审理案件时所适用的程序。

一审程序可分为普通程序、简易程序和特别程序。普通程序是经济审判的基本程序，分为起诉和受理、审理前的准备、开庭审理、判决和裁定等阶段。简易程序是审理简单经济案件的诉讼程序。特别程序是人民法院审理法律规定的特别案件所适用的程序。

2. 二审程序

二审程序即上诉审程序，是指诉讼当事人不服一审法院的判决、裁定，依法提出上诉，由第二审法院对该案进行审理所适用的程序。

3. 审判监督程序

审判监督程序也称再审程序，是指对已发生效力的判决、裁定发现确有

错误，进行再审的诉讼程序。再审程序由人民法院或人民检察院依照法定程序提起。当事人也可以向原审法院或者上级法院申请再审。

4. 督促程序

督促程序是债权人要求债务人给付金钱、有价证券，符合一定条件，向有管辖权的基层人民法院申请支付令的诉讼程序。债务人在收到支付令之日起 15 日内不执行支付令，又不提出书面异议，债权人可以向人民法院申请强制执行。

5. 公示催告程序

公示催告程序是指因票据（汇票、本票、支票）被盗，遗失或者灭失了票据持有人可以依法申请公示催告，主张票据权利。

6. 企业法人破产还债程序

7. 执行程序

执行程序是指人民法院依法对已生效的判决和裁定，强制当事人履行的程序。强制执行的措施有：扣留、提取储蓄存款或劳动收入；查封、扣押、冻结、变卖、拍卖被扣押财产；责令交付特定物；强制迁出房屋或退出土地；责令被执行人为一定的行为、划拨、转交存款等。

四、涉外经济诉讼

1. 涉外经济诉讼的概念

涉外经济诉讼，是指因我国的企业或者其他经济组织，同外国的企业、其他经济组织或者个人之间在经济贸易中发生争议，其中一方诉诸我国法院，我国法院在双方当事人以及其他诉讼参与人的参加下，依法审理解决其争议的活动。

2. 涉外经济诉讼的原则

（1）诉讼权利义务同等原则，是指外国人、无国籍人在我国人民法院起诉、应诉，与我国公民享有同等的诉讼权利和义务；外国企业和经济组织在我国人民法院起诉、应诉，依照我国民事诉讼法的规定享有诉讼权利，承担诉讼义务。这是平等互惠原则在诉讼上的体现。

（2）对等原则，是指外国法院对我国公民、企业和组织的民事诉讼权利加以限制的，我国人民法院对该国公民、企业和组织的涉外经济诉讼权利也同样加以限制。

（3）司法豁免权原则，是指一个国家或者国际组织派驻他国的外交代表，免受驻在国的民事和刑事管辖。

（4）适用有关国际条约的原则，是指我国缔结或者参加的国际条约同我国民事诉讼法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是我国声明保留条款除外。这一原则也可称为国际条约优先的原则。

3. 涉外经济诉讼程序的特别规定

（1）人民法院在审理案件中应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。

（2）外国当事人在人民法院起诉、应诉，需要委托律师代理诉讼的，必须委托中华人民共和国的律师。

（3）因合同纠纷或者其他财产权益纠纷，对在中华人民共和国领域内没有住所的被告提起的诉讼，可以由合同签订地、合同履行地、诉讼标的物

所在地、可供扣押财产所在地、侵权所在地或者代表机构所在地人民法院管辖。当事人也可以用书面协议选择与争议有实质联系的地点的法院管辖。

(4) 涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷，当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议，提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的，当事人不得向人民法院起诉。

(5) 根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或者按照互惠原则，人民法院和外国法院可以相互请求协助代为送达文书、调查取证以及进行其他诉讼行为。外国法院请求协助的事项有损于中华人民共和国的主权、安全或者社会公共利益的，人民法院不予协助。

案例

[案例一]

案情：上海某衬衫厂与某市贸易中心在上海签订了一份服装购销合同，总金额为2万元。合同规定了交货日期，货款结算为凭货运单托收承付，单方违约按合同总金额5%偿付违约金。合同签订后，贸易中心在一个月后通知上海某衬衫厂要求变更合同，衬衫厂不同意，随即按合同发货，贸易中心即以质量、颜色不符为由拒付货款，双方发生争执。上海某衬衫厂遂向人民法院起诉。人民法院立案后，立即向被告发出应诉通知。被告贸易中心在答辩期内提交了答辩状。人民法院在调查中发现，原告和被告在纠纷发生后曾经签订过一份仲裁协议，但直至人民法院开庭审理时，双方均未声明有仲裁协议。

请问：人民法院对本案是否享有管辖权？人民法院应该如何处理此案？请说明理由。

参考答案：人民法院享有该案的管辖权。因为根据民事诉讼法及有关司法解释的规定，当事人一方向人民法院起诉时未声明有仲裁协议，人民法院受理后，对方当事人又应诉答辩的，视为该人民法院有管辖权。

本案中人民法院应当继续审理。根据《仲裁法》第二十六条的规定，当事人达成仲裁协议，一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议，人民法院受理后，另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的，视为放弃仲裁协议，人民法院应当继续审理。本案当事人均未声明有仲裁协议，被告在答辩期内应诉答辩，未对人民法院管辖权提出异议，因此人民法院应当继续审理该案。

[案例二]

案情：河北省某食品厂与北京市某综合门市部签订了购销饼干机的合同，合同规定由食品厂到北京市提货，先付款后提货。同时在合同中规定了仲裁条款。食品厂在提货时发现饼干机质量有问题，于是要求综合门市部退款，双方为此发生纠纷，食品厂即于2月15日向仲裁委员会申请仲裁。仲裁委员会2月22日受理了该案。食品厂选任了两名仲裁员，综合门市部选定了一名仲裁员，作为首席仲裁员。食品厂指出首席仲裁员是综合门市部的常年法律顾问，要求其回避。仲裁委员会主任驳回其回避请求。3名仲裁员组成仲裁庭公开审理该案。

请指出本案在程序上有何不足之处。并说明理由。

参考答案：1. 根据仲裁法的规定，仲裁委员会应当在收到仲裁申请书5

日之内作出是否受理的决定，本案中，仲裁委员会于2月15日收到仲裁申请书，直至2月22日才决定受理，违反了法定程序。

2. 根据仲裁法的规定，由3名仲裁员组成仲裁庭的，当事人应当各自选定或各自委托仲裁委员会主任指定1名仲裁员，第3名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指定。本案中食品厂选定两名仲裁员，综合门市部选定一名仲裁员并作为首席仲裁员，做法是错误的。

3. 对于申请人的回避申请，仲裁委员会予以驳回的做法是错误的。根据仲裁法的规定，仲裁员有下列情形之一的，必须回避：是本案当事人或者当事人、代理人的亲属；与本案有利害关系；与本案当事人、代理人有其他关系，可能影响公正仲裁的；私自会见当事人、代理人，或者接受当事人、代理人的请客送礼的。本案仲裁员是一方当事人的法律顾问，与本案有着利害关系，因此必须回避。

4. 仲裁庭公开审理案件的做法是错误的。因为仲裁法规定，仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。

[案例三]

案情：某机械厂与某农机公司在北京签订了一份购销合同，合同规定在南京交货。后来双方因履行合同发生争议，双方当事人均同意交某仲裁机构仲裁。仲裁机关审理后，裁决由农机公司给付机械厂货款40万元。在裁决生效后3个月内分3次付清。在收到裁决书第20日，机械厂要求强制执行。

请问：

1. 该机械厂的做法是否正确？为什么？

2. 农机公司提出，仲裁员何某在仲裁过程中有受贿行为，因而对仲裁裁决不服。请问：

(1) 农机公司能否对仲裁裁决向人民法院起诉？为什么？

(2) 农机公司采取何种措施提起何种程序能保护自己的利益不受侵犯？

参考答案：

1. 机械厂的做法不正确。根据仲裁法的规定，当事人对于已经生效的调解书和裁决书，应当按照规定期限自动履行，一方逾期不履行的，另一方可以申请执行。在本案中，裁决书一经做出，即发生法律效力。但一方当事人申请强制执行，必须是另一方当事人未在裁决书规定的期限内自动履行义务。而本案裁决书规定农机公司在裁决生效后3个月内分3次履行，机械厂收到仲裁裁决书之日起第20日即申请强制执行是不符合法律规定的，其请求无法律依据。

2. (1) 农机公司不能就仲裁裁决向人民法院起诉。因为我国仲裁法明确规定，仲裁实行一裁终局的制度。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁裁决或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。

(2) 农机公司可以向仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销仲裁裁决，并提出证据证明该仲裁员在审理该案中有受贿、在法裁判行为。如果机械厂向人民法院申请执行，农机公司可以向该人民法院申请裁定不予执行，并且提出证据证明该仲裁员的违法行为。这样，农机公司才能维护自己的合法权益。

[案例四]

案情：江苏A县某加工厂于1991年2月，向上海市B县人民法院起诉，

要求上海市 B 县某造船厂按双方合同的规定，交付定作物并赔偿损失。

经 B 县人民法院审理查明：A 县某加工厂与 B 县某造船厂签

订了来料加工合同，由造船厂按加工厂提供的铝材及设计要求，加工铝贮槽罐两台。后因造船厂技术条件限制，无法履行合同，征得加工厂同意后，转托上海市某焊接厂加工。造船厂与该焊接厂签订了产品供应合同，原来加工厂提供给造船厂的铝材及设计材料，均由造船厂计价供给焊接厂，改变了合同的性质。焊接厂在交货结算价格时，两台铝贮槽罐共多收 1 万元。焊接厂交货给造船厂后，造船厂要求加工厂多交 1 万元加工费，然后交货。而加工厂不同意增交加工费，故引起争议。

请问：本案当事人地位应如何安排？为什么？

参考答案：原告为加工厂。因其为起诉的一方当事人，且与本案有直接利害关系，又有明确的被告，具体的诉讼请求和事实理由，也属于受诉法院受诉范围和受诉法院管辖。

被告为造船厂。因其是被诉的一方，且与本案有着直接的利害关系，既为来料加工合同的一方当事人，又是纠纷的一方。

焊接厂不是本案的当事人。因为其在加工厂与船厂签订的合同法律关系中，没有任何直接的利害关系，案件的处理结果对其也无任何利害关系。焊接厂与加工厂未发生直接的法律关系，所以其不能向加工厂提出任何请求；焊接厂虽与造船厂有合同关系，但他们之间的纠纷，只能在他们之间解决。焊接厂与造船厂之间的纠纷可以另案处理。

[案例五]

案情：1991 年 3 月 2 日，北京市某商行经营部与某铸造有限公司签订了购销钢材合同一份。该合同规定，铸造有限公司以每吨 1750 元的价格供给商行经营部圆线钢材 2000 吨，总计货款 350 万元，商行经营部见到铸造有限公司的申报车皮计划单后 5 日内付给铸造有限公司运输费用 8 万元。合同签订后，铸造有限公司给商行经营部连续拍了 3 次电报称：“货源已齐，车皮计划已批，请速来人看货付款。”商行经营部的业务员李某在同年 4 月 16 日未看货源的情况下，仅凭铸造有限公司提供的车皮计划单就付给其 8 万元运费。第 2 天上午，当李某到车站查看装运货物情况时，才得知铸造有限公司根本没有向车站申报过车皮计划。这时，李某感到问题严重。遂立即赶到铸造有限公司，发现办公室全锁着，已无人上班。在这种情况下，李某将详情告诉了商行经营部的法定代理人刘经理。据此，商行经营部认为李某太轻信铸造有限公司并给付 8 万元运费。如不采取一定措施，铸造有限公司必然很快将这 8 万元运费转移，挪作他用，造成一定的经济损失。

请问：

1. 商行经营部如何尽快使自己的合法权益受到人民法院的保护？为此，商行经营部需要采取哪些措施？若不采取措施，法院如何处理？

2. 选择：

(1) 人民法院对于商行经营部的申请表示接受并同意采取相应措施时，所作出的法律文书是：

通知书 决定书 裁定书 判决书

(2) 人民法院在接受商行经营部的申请后，应当在_____小时之内制作出法律文书。

(3) 当事人对人民法院制作的采取措施的法律文书不服的，不可以提出任何异议。可以向作出法律文书的人民法院申请复议一次。可以向上级人民法院上诉。可以申诉。

3. 填空：

(1) 人民法院接受并同意当事人的申请后，可以采取_____或者法律规定的其他方法。

(2) 在此过程中，被申请人提供担保的，人民法院应当_____。

(3) 人民法院接受当事人的申请采取措施后，法院判决申请人败诉的，被申请人因此所受的财产损失，应_____。

参考答案：

1. 商行经营部可以向人民法院申请诉前财产保全。为此，商行经营部应当向人民法院递交诉前财产保全的书面申请书，并且提供担保。商行经营部在人民法院采取保全措施后 15 日内向该人民法院起诉。如果商行经营部作为申请人不提供担保的，人民法院可驳回申请，商行经营部在人民法院采取保全措施后 15 日内不起诉的，人民法院应当解除财产保全。

2. (1) (2) (3)

3. (1) 查封、扣押、冻结。

(2) 解除财产保全。

(3) 应当由申请人赔偿。

[案例六]

案情：原告李某在某商厦购买 B 美发用品厂出品的高级喷雾型发胶 1 瓶，放于家中窗台上。某日，李某去拿发胶瓶时，发胶瓶突然爆炸，将李某手炸伤，伤口深达 1 厘米。李某即向人民法院起诉，请求依法追究某美发用品厂产品质量事故的法律责任，赔偿经济损失 500 元。在一审法院审理过程中，李某提出，法院的书记员是某美发用品厂诉讼代理人的弟弟，因而要求书记员回避，一审法院驳回李某的申请。1994 年 1 月 12 日，一审法院判决李某败诉。李某不服，于同年 1 月 21 日提出上诉，将上诉状提交至第二审人民法院。二审人民法院接到上诉状后，于同年 2 月 2 日将上诉状发送原审人民法院，第二审人民法院经过审理后进行判决，原判决违反法定程序，依法改判。

现问：

1. 原告李某应向法院提供哪些证据证明其主张？

2. 本案在程序上有哪些错误，请指出。并请说明理由。

参考答案：

1. 根据民事诉讼法第六十四条的规定，在民事诉讼中，当事人负有举证责任。原告李某对提起诉讼请求所主张的事实和理由，有责任提供证据加以证明。若无证据，就会承担败诉的后果。因此，原告李某应提供下列证据：

(1) ×× 牌发胶确系 B 美发用品厂生产的证据；(2) 发胶瓶爆炸的情况和证据；(3) 本人受到损害的证据，包括医院鉴定证明、医疗费用单据、护理费用情况、误工证明等；(4) 发生爆炸前原告是否违反使用方法等，原告无过错等。

2. (1) 本案一审人民法院书记员应回避而未回避。根据我国民事诉讼法第四十五条的规定，审判人员、书记员是本案当事人、诉讼代理人的近亲属的，当事人有权申请回避。因此，一审人民法院驳回李某申请的做法是错

误的。

(2) 根据民事诉讼法的规定，当事人直接向第二审人民法院上诉的，第二审人民法院应当在 5 日内将上诉状移交原审人民法院。而在本案中，第二审人民法院移交上诉状的时间超出了规定的期限，这是违反民事诉讼的规定。

(3) 第二审人民法院作出的判决是错误的。根据民事诉讼法的规定，原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。因此本案中，二审人民法院应当作出裁定撤销原判决，发回一审人民法院重审。

[案例七]

案情：李辉因其买的电冰箱质量低劣，与便民商店发生纠纷并诉诸于人民法院。一审人民法院判令便民商店于判决生效后立即退还冰箱款 2000 元。便民商店不服提起上诉。二审人民法院于 1991 年 10 月 7 日判决驳回上诉，维持原判。后因便民商店拒不返还，李辉遂于 1992 年 11 月 10 日向二审人民法院申请强制执行。二审人民法院接受申请后，即电话通知银行冻结便民商店存款四万元。但银行接到通知后便告知便民商店，便民商店立即转移其存款，致使执行难以进行。执行员便决定对银行罚款 4 万元，并从万元罚款中拨出 2000 元交付李辉，其余上交国库。银行不服，向二审人民法院申请复议。二审法院接到复议申请后，即停止执行罚款。

请问：在该案的执行过程中存在哪些问题？

参考答案：

1. 根据民事诉讼法的规定，当事人申请执行的期限，双方或一方当事人是公民的为 1 年。因此李辉提出申请强制执行应在判决生效后 1 年内提出。即李辉应在 1992 年 10 月 7 日前提出申请。本案中李辉在 1992 年 11 月 10 日才提出申请强制执行，已超出了申请执行期限，人民法院应不予受理。

2. 人民法院接受申请人申请后，应向被申请人发出执行通知，责令其在指定的期间履行义务，逾期不履行，强制执行。因此在本案中，人民法院接到申请执行书后直接冻结被执行人存款的作法是错误的。

3. 发生法律效力判决、裁定应由第一审人民法院执行。李辉向第二审人民法院申请执行是错误的，二审人民法院不应接受。

4. 人民法院决定冻结被执行人的存款应当作出裁定，并向银行发出协助执行通知书，且冻结存款不得超出被执行人应当履行义务的范围。本案中，人民法院用电话通知银行冻结便民商店 4 万元存款的作法是错误的。

5. 银行未按人民法院的协助通知书办理并致使执行难以进行，人民法院可以对银行采取罚款，并责令其继续履行义务。对银行采取罚款是由院长批准，并使用决定书，但执行员不能直接对银行进行罚款。

6. 根据民事诉讼法的规定，对单位罚款金额为 1 千元以上 3 万元以下。人民法院决定罚款 4 万元超出了民事诉讼法规定的数额。

7. 罚款所得款项上交国库，不能挪作他用。人民法院从 4 万元罚款中拨出 2000 元交付李辉的作法是错误的。如需继续执行，应对被执行人财产采取强制措施。

8. 银行对罚款决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议一次，而不是向作出罚款决定的法院申请复议，复议期间，不停止决定的执行。

参 考 文 献

- (1) 刘隆亨主编，现代经济法辞典。北京大学出版社，1992 年
- (2) 本书编委会编写。审计法与审计实务全书。北京燕山出版社，1995 年
- (3) 刘隆亨著。中国税法概论。北京大学出版社，1995 年
- (4) 王国华，黄立君编著。税法概论。中国财政经济出版社，1995 年
- (5) 刘文华主编。新编经济法学。高等教育出版社，1993 年
- (6) 中国注册会计师教育编审委员会。经济法。经济科学出版社，1994 年
- (7) 蔺翠牌编著。经济法概论。中国财政经济出版社，1995 年
- (8) 清华大学经济法教研组编写。经济法纲要。清华大学出版社，1993 年
- (9) 刘隆亨主编。中国金融法讲座。改革出版社，1996 年
- (10) 史树林主编。商业银行案例解析。人民法院出版社，1996 年
- (11) 应试指南编写组。96 年度注册会计师考试应试指南。中国人事出版社，1996 年
- (12) 全国会计专业技术资格考试领导小组办公室编。经济法概要。东北财经大学出版社，1995 年
- (13) 江苏省国有资产管理研究中心，资产评估实务操作与案例。经济科学出版社，1995 年
- (14) 杨紫烜，徐杰主编。经济法学。北京大学出版社，1994 年
- (15) 徐学鹿编著。最新精编中国公司法实条全书。中国物价出版社，1994 年
- (16) 方华生编著。快通公司法。中国政法大学出版社，1995 年
- (17) 李昌麒著。经济法学。中国政法大学出版社，1994 年
- (18) 卫彬等编著。全国律师资格考试复习指南。中国政法大学出版社，1995 年

