

## 第2章 企业法律制度

### 第一节 企业法概述



#### 【本节重点】

1. 企业的类型。
2. 国有企业的权利和义务。
3. 国有企业与政府的关系。



#### 【引例】

#### 大学生创业投资形式的选择

小张、小关、小杨、小唐是某大学的四名在校大学生。他们积极响应国家关于鼓励创新创业的号召，经过缜密的市场调查，决定在大学城商业中心创办一家大学生情侣餐厅。他们一方面可充分利用高校的学生顾客资源，另一方面又可以利用熟悉同龄人的消费习惯和消费心理的优势，在餐厅布局、装饰风格、菜式设计等方面做出特色来吸引顾客，相对容易形成竞争优势。经学校创客中心引荐，他们的项目方案获得了某天使投资基金的青睐，该天使投资基金同意出资 500 万元扶持该项目落地实施。小张、小关、小杨、小唐应该以怎样的形式去创办这家餐厅以及以怎样的形式获得这 500 万元的投资呢？请你帮他们出个主意。

#### 评析：

小张、小关、小杨、小唐的创业项目是创办一家大学生情侣餐厅，这是一个经营实体。经营实体在现代经济中大多采用企业的形式。但企业有多种类型，哪一种适用于小张、小关、小杨、小唐的餐厅呢？这就需要对我国的主要企业类型及其主要特点进行对比、梳理。

按照企业的投资方式和责任方式为标准，将企业划分为个人独资企业、合伙企业和公司企业，这是目前世界各国最常见的企业分类方法，也是我国经济生活中普遍存在的三种企业形式。个人独资企业的形式肯定不适合小张、小关、小杨、小唐的餐厅，因为个人独资企业的投资人仅限于一个自然人。合伙企业的合伙人可以是自然人、法人和其他组织，小张、小关、小杨、小唐和天使投资基金均符合担任合伙人的资格。但是，合伙企业的合伙人又有普通合伙人和有限合伙人之分，普通合伙人最大的一个特点是须对企业的债务承担无限连带责任，天使投资基金这样的投资人名下有众多的投资项目，它是不会为其中某

一个项目承担无限责任这么大的风险的，因此，从天使投资基金的角度看，只会考虑投资人承担有限责任的有限合伙或者公司的形式。而在这两种企业形式中，如果选择成为有限合伙企业中的有限合伙人，天使投资基金将丧失对企业的经营管理权。经初步洽谈，天使投资基金考虑到小张、小关、小杨、小唐初次创业，毕竟经验不足，故不愿完全放弃对餐厅的经营管理权。这样一来，餐厅只能办成公司的形式。我国的公司又分为有限责任公司和股份有限公司两种，股份有限公司通常适合于大中型企业，股东之间同股同权，同股同利；有限责任公司在经营管理权的分享、利润分配等方面相对灵活，《中华人民共和国公司法》（以下简称公司法）允许股东在章程中自行约定。情侣餐厅只是一家刚设立的小企业，而且小张、小关、小杨、小唐的出资与天使投资基金的出资比例悬殊，如果采用股份有限公司，小张、小关、小杨、小唐会因股权比例低和表决权少而对自己的创业项目失去话语权。最后，小张、小关、小杨、小唐与天使投资基金双方经友好协商，一致决定将情侣餐厅办成有限责任公司，由小张、小关、小杨、小唐先申请登记成立公司，然后再将部分股权高溢价转让给天使投资基金，这样天使投资基金虽然投入了餐厅所需的绝大部分资金，但是，双方仍然可以实现股权比例的平衡。

## 一、企业法律制度概述

企业是现代经济关系中最重要、最活跃的主体，是社会经济赖以生存和发展的基础。同时，作为经济发展的原动力，企业从它诞生之日起，就为了满足经济发展的需求而不断进行变化和创新。企业法是规定企业的法律地位及调整其内外部关系的法律规范。随着社会经济不断发展，企业制度也在不断演变，企业法的内容日趋庞杂。

### （一）企业的概念

企业是指由各种生产要素所组成的，从事生产、流通或服务性活动的营利性组织。企业具有如下特征。

（1）企业是各种生产要素的组合物。企业是由一定数量的人（经营者和劳动者）和物的要素（生产资料和劳动资料）按照一定的组织形式有机结合而成的。企业通过合理地组织、利用这两大要素进行相应的生产或经营活动。

（2）企业是从事生产、流通或服务性活动的经济组织。与国家机关和公益性组织不同，企业是为了满足人们生产、生活的各种需要而产生的。作为国家经济的基本生产单位，企业所从事的经济活动范围包括生产领域、销售领域和服务领域。

（3）企业是经营性的经济组织。经营性是指基于一定的经济目的来策划和运营某一组织，参与社会的经济、文化等活动。经营性不等于营利性。企业既可以从事竞争性经营、追求利润的最大化，如一般的竞争性企业；也可以从事政策性经营活动、执行政府某种政策，如政府设立的水、电等公用事业企业。

（4）企业是具有某种主体资格的经济组织。企业在法律上均具有一定的主体资格。合伙企业和个人独资企业等非法人企业具有相对独立的主体资格；公司等法人企业具有独立的主体资格。

## （二）我国企业的类型

按照不同标准，企业有不同的划分方法。

（1）以企业的生产资料所有制为标准，可将企业划分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业和混合所有制企业。

（2）以投资主体的国籍为标准，可将企业划分为内资企业和外商投资企业。外商投资企业包括：中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

（3）以企业的法律地位为标准，可将企业划分为法人企业和非法人企业。前者以公司为典型代表，后者则包括合伙企业、个人独资企业及部分中外合作经营企业。

（4）以企业的投资方式和责任方式为标准，可将企业划分为个人独资企业、合伙企业、公司和非公司制法人企业。

（5）以企业所属的经济部门为标准，可将企业划分为工业企业、农业企业、商业企业、金融企业等。

（6）以注册地为标准，可将企业划分为本国企业和外国企业。

## （三）企业法的概念及其体系特点

企业法是规定企业的法律地位及调整其内外部关系的法律规范的总称。它规定并调整企业的设立、变更、终止，企业的法律地位，企业的权利和义务，企业的资本，企业内部组织机构，等等。

我国现行企业法体系中出现了两种立法模式并存的现象。一种是传统的立法模式，它的基本特点是：以单行法律、法规为基本表现形式，以企业的所有制和投资主体的涉外性为立法的出发点，原则规定与实施细则相结合。这些特点反映了中华人民共和国成立以来社会经济关系的发展变化。这种立法模式主要的法律有《中华人民共和国全民所有制工业企业法》（以下简称《国有企业法》）《中华人民共和国乡镇企业法》（以下简称《乡镇企业法》）《中华人民共和国《城镇集体所有制企业条例》（以下简称《城镇集体所有制企业条例》）《中华人民共和国中外合资经营企业法》（以下简称《合营企业法》）《中华人民共和国中外合作经营企业法》（以下简称《合作企业法》）《中华人民共和国外资企业法》（以下简称《外资企业法》）等。但这种立法模式在存在企业之间权利和义务不平等、规则不统一、法出多门的弊端。随着全球经济一体化的发展及我国社会主义改革开放的深入，这些弊端越来越明显。第二种立法模式是以企业的组织形式为出发点制定企业法，即《中华人民共和国合伙企业法》（以下简称《企业法》）《中华人民共和国个人独资企业法》（以下简称《企业法》）《中华人民共和国公司法》（以下简称《企业法》）。这种立法模式实现了投资者与企业之间的平等，更适应市场经济的公平竞争，是与国际通行做法相一致的立法模式。

## 二、国有企业法律制度

### （一）国有企业与国有企业法

#### 1. 国有企业的概念

国有企业，过去称国营企业、全民所有制企业，1993年3月29日第八届全国人民代

表大会第一次会议正式确认“国有企业”这一名称。

### 2. 国有企业的基本特点

国有企业的基本特点是：①生产资料全民所有；②是在国家宏观调控下，以市场为导向的商品经济组织；③依法独立经营，承担法律责任。

### 3. 国有企业法

我国第一部比较完整地规范国有企业行为及内外部关系的法律是《国有企业法》。它由全国人民代表大会第七届第一次会议于1988年4月13日通过，同年8月1日起实施，共8章69条。除适用于国有工业企业外，其原则也适用于国有的交通运输、邮电、地质勘探、建筑安装、商业、外贸、物资、农林、水利等企业。1992年6月30日，国务院常务会议通过了《全民所有制工业企业转换经营机制条例》(以下简称《条例》)，同年7月23日起施行，共7章54条。它以《国有企业法》为依据，对转换企业的经营机制做出了具体规定。

《国有企业法》确定了企业的法律地位，明确了企业的权利义务，对保障企业合法权益、促进国有资产保值增值具有重要意义。

## (二) 国有企业的设立

### 1. 设立的条件

《国有企业法》第十七条规定，申请设立工业企业必须具备下列条件：①产品为社会所需要。②有能源、原材料、交通运输的必要条件。③有自己的名称和生产经营场所。④有符合国家规定的资金。⑤有自己的组织机构；⑥有明确的经营范围。⑦法律、法规所规定的其他条件。

### 2. 设立程序

《国有企业法》第十六条规定，设立企业，必须依照法律和国务院规定，报请政府或者政府主管部门审核批准。经工商行政管理部门核准登记、发给营业执照，企业取得法人资格。

## (三) 国有企业的内部管理制度

### 1. 厂长(经理)负责制

《国有企业法》第七条明确规定，企业实行厂长(经理)负责制。即国有企业的生产经营管理工作由厂长实行统一领导和全面负责。

(1) 厂长(经理)的产生及其条件。除国务院另有规定的外，企业厂长的产生有两种方式：①由政府主管部门委任或者招聘，但对其委任或招聘的厂长人选，应征求企业职工代表的意见；②企业职工代表大会选举产生，但对其选举产生的厂长须报请政府主管部门批准。

根据国务院颁布的《全民所有制工业企业厂长工作条例》第8条规定，厂长应具备如下条件：①具有从事社会主义建设事业的精神，并能坚持社会主义经营方向；②熟悉本行业生产业务，懂得有关的经济政策和法律、法规，善于经营管理，并有组织领导能力；③廉洁奉公，联系群众，有民主作风；④大中型企业的厂长一般应有大专以上文化水平，小

型企业的厂长一般不低于中等文化水平,或者通过国家规定的厂长考试,成绩及格;⑤身体健康,能适应工作需要。上述条件,是对厂长资格的总要求,必须同时具备。

(2) 厂长(经理)的地位和职权。《国有企业法》第四十五条规定,厂长是企业的法定代表人,企业建立以厂长为首的生产经营管理系统,厂长在企业中处于中心地位,对企业的物质文明建设和精神文明建设负有全面的责任。厂长是法定代表人,依法行使各种职权,任何单位和个人不得干预。

关于厂长(经理)的职权,《国有企业法》第四十五条规定,厂长领导企业的生产经营管理工作,行使下列职权:①依照法律和国务院规定,决定或者报请审查批准企业的各项计划;②决定企业行政机构的设置;③提请政府主管部门任免或者聘任、解聘副厂级行政领导干部,法律和国务院另有规定的除外;④任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部,法律另有规定的除外;⑤提出工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度,提请职工代表大会审查同意;提出福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的建议,提请职工代表大会审议决定;⑥依法奖惩职工,提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

### 2. 企业党委的政治核心地位

根据《国有企业法》的有关规定,企业在实行厂长(经理)负责制后,企业基层、党组织必须适应企业领导体制改革的要求,改善和加强党组织的工作。要充分发挥党委的政治核心作用,保证党的路线、方针、政策和国家的有关法律、法规正确贯彻实施。开展思想政治教育,调动广大职工的积极性和创造性。领导和支持企业的职工代表大会、工会、共青团、妇联等群众组织,充分发挥其作用。加强党的思想、组织和作风建设,发挥企业党组织的战斗堡垒作用和党员的先锋模范作用。

### 3. 企业的民主管理制度

根据《国有企业法》第五十一条规定,职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式,是职工行使民主权利的机构。这项规定明确了职工代表大会的性质。《国有企业法》第五十二条规定,职工代表大会行使以下职权:①参与企业重大经营决策的审议权;②对企业重要规章制度的表决权;③参与重大生活福利事项的审议决定权;④评议和监督企业行政领导干部权;⑤选举厂长权。

## (四) 国有企业的权利和义务

### 1. 国有企业的权利

根据《国有企业法》和《条例》有关规定,企业的权利可概括为产、供、销和人、财、物两大类,具体包括:①生产经营决策权;②产品劳务定价权;③产品销售权;④物资采购权;⑤进出口权;⑥投资决策权;⑦留用资金支配权;⑧资产处置权;⑨联营、兼并权;⑩劳动用工权;⑪人事管理权;⑫工资、奖金分配权;⑬内部机构设置权;⑭拒绝摊派权。

### 2. 国有企业的义务

根据《国有企业法》和《条例》有关规定,国有企业的义务可概括为3个方面,即对

国家的义务、对社会的义务和对职工的义务。具体包括：①完成指令性计划；②保障固定资产的正常维修、改进和更新设备；③遵守国家关于财政、税收、财务、劳动工资和国有资产管理及物价管理等方面的法律、法规；④保证产品质量和服务质量，对用户和消费者负责；⑤提高劳动效率，节约能源和原材料，努力降低成本；⑥加强保卫工作，维护生产秩序，保护国家财产；⑦做好劳动保护工作，做到安全生产和文明生产；⑧加强教育，提高职工队伍素质；⑨支持和奖励职工进行科学研究、发明创造，开展技术革新、合理化建议和劳动竞赛活动。

### （五）国有企业和政府的关系

国有企业和政府的关系表现在两个方面：一是政府作为企业资产的所有者(国家)的代表，在行使财产所有权时与企业形成的关系；二是政府作为行政管理者，在行使管理经济的职能时与企业形成的关系。为确保企业财产的国家所有权，政府及有关部门有权行使以下职责：①考核企业财产保值和增值指标，对企业的资产负债及损益情况进行审查与审计监督；②依照有关规定，决定国家与企业之间对财产收益的分配方式、比例或定额；③依据有关规定，批准企业生产性建设项目，企业依据规定自主决定的投资项目除外；④决定或者批准企业的资产经营形式，企业的设立、合并(不含兼并)、分立、终止、拍卖，批准企业提出的被兼并申请和破产申请；⑤依照国务院有关规定，审批企业财产的报损、冲减、核销及关键设备、成套设备或重要建筑物的抵押、有偿转让，组织清算和收缴被撤销、解散企业的财产；⑥依法决定或批准厂长的任免(含聘任、解聘)和奖惩；⑦拟订企业财产管理的规定，并对其执行情况进行监督、检查；⑧维护企业依法行使经营权，保障企业依法生产经营不受干预，协助企业解决实际困难。同时，作为行政管理者，政府应积极采取措施，加强宏观调控和行业管理，进一步培育和完善市场体系，建立和完善社会保障体系，为企业提供服务。

[案例]2014年4月2日，原告张某向法院提起诉讼，称某县政府在其所在单位卫东化工厂的改制过程中不履行法定职责，造成原告未得到及时安置，对其合法权益造成损害。经法院查证，卫东化工厂是国有企业，张某于1986年至2001年11月期间在该厂工作。1999年9月7日，该厂所在县企改办发出《关于卫东化工厂出售部分产权的批复》，批复称：“一、原则同意西植卫东化工厂将部分产权出售给西安鼎天科技集团的改制意见……三、西安鼎天科技集团收购组建的新企业，可继续享受国家破产兼并有关挂账停息的优惠政策，但必须接受卫东在册职工……”。1999年10月12日，卫东化工厂与鼎天集团签订《产权交易合同》、接收安置卫东化工厂职工的《协议书》，对合同双方的权利、义务以及职工接收安置等事宜进行了约定。鼎天集团在接收资产和人员后，组建注册了新企业陕西某医药化工有限公司。新企业成立后，原卫东化工厂继续存在，剩余职工及部分资产和相关债务留在卫东化工厂。张某不满其待遇，向法院起诉。

试分析：被告某县政府在卫东化工厂进行改制、出售部分产权的经济活动中行使什么职权？

[分析]《条例》第四十二条规定“为确保企业财产所有权，政府及其有关部门分别行

使下列职责：……（四）决定或者批准企业的资产经营形式和企业的设立、合并（不含兼并）、分立、终止、拍卖；批准企业提出的被兼并申请和破产申请……”根据上述法律规定，在卫东化工厂进行改制、出售部分产权的经济活动中，县政府作为卫东化工厂企业财产所有权的行使人，具有审批的行政职能。县政府作出《批复》，属于县政府对国有企业改制进行协调、监督和管理的行为，并不对卫东化工厂与鼎天集团之间订立的《协议书》负有履行民事合同的责任和义务。张某提出的争议不属于县政府依法具有的法定行政职责，故其要求缺乏法律依据，不能成立。

### 三、集体企业法律制度

#### （一）集体企业的概念与特征

##### 1. 集体所有制企业的概念

集体所有制企业是指以生产资料的劳动群众集体所有制为基础的独立经济组织，包括城镇集体所有制企业和乡村集体所有制企业（乡镇企业）。前者是指企业财产属于劳动群众集体所有、共同劳动、按劳分配、设立在城镇区域的社会主义经济组织，后者则指农村集体经济组织或者农民投资为主、在乡镇（含所辖村）成立的各类企业。

##### 2. 集体所有制企业的特征

集体所有制企业具有如下特征：①集体所有制企业的财产归集体所有，即属于组成、设立该企业的全体劳动群众集体所有；②集体所有制企业是独立的经济组织，它自主经营、自负盈亏，能独立承担法律责任；③集体所有制企业实行共同劳动，分配方式以按劳分配为主。

#### （二）集体所有制企业法

集体所有制企业法，是指调整国家在管理集体所有制企业的过程中以及集体所有制企业在生产经营过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。

我国重视运用法律手段扶持、指导和管理集体所有制经济。1990年5月11日，国务院第五十九次常务会议通过了《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》（以下简称《乡村集体所有制企业条例》），该条例自1990年7月1日起施行。2011年1月8日，《国务院关于废止和修改部分行政法规的决定》对该条例进行了修正。1991年9月9日，国务院发布了《城镇集体所有制企业条例》，2011年1月8日对部分条款做出修改。1996年10月29日，第八届全国人大常委会第二十二次会议通过了《中华人民共和国乡镇企业法》（以下简称《乡镇企业法》），该法自1997年1月1日起施行。这些法律法规对我国城乡集体所有制企业有关问题作了比较完备的规定，成为集体所有制企业行为的基本法律依据。

#### （三）集体所有制企业的设立

##### 1. 设立的条件

根据《城镇集体所有制企业条例》第十二条的规定，设立城镇集体所有制企业必须具备下列条件：①有企业名称、组织机构和企业章程；②有固定的生产经营场所、必要的设施和符合规定的安全卫生条件；③有符合国家规定并与其生产经营和服务规模相适应的资

金数额和从业人员；④有明确的经营范围；⑤能够独立承担民事责任；⑥法律、法规规定的其他条件。

根据《乡村集体所有制企业条例》第十三条规定，设立乡村集体企业应具备下列条件：①产品和服务为社会所需要，并符合国家法律、法规和政策规定；②有自己的名称、组织机构和生产经营场所；③有确定的经营范围；④有与生产经营和服务规模相适应的资金、设备、从业人员和必要的原材料条件；⑤有必要的劳动卫生、安全生产和环境保护措施；⑥符合当地乡村建设规划，合理利用土地。

## 2. 设立的程序

设立城镇集体所有制企业应经省、自治区、直辖市人民政府规定的审批部门批准，并依法经工商行政管理机关核准登记，领取企业法人营业执照、取得法人资格后，方可开始生产经营活动。城镇集体所有制企业应当在核准登记的经营范围內从事生产经营活动。

设立乡村集体所有制企业必须依照法律、法规的规定，经乡级人民政府审核并报请县级人民政府乡镇企业主管部门以及法律、法规规定的有关部门批准后，向企业所在地工商管理机关办理登记手续。具备法人资格的，领取企业法人营业执照；不具备法人资格的，取得营业执照后，也可进行生产经营活动。

## （四）集体所有制企业的组织机构

### 1. 城镇集体所有制企业的组织机构

城镇集体所有制企业必须建立、健全职工(代表)大会制度。职工代表大会代表由职工选举产生，代表应当是思想进步、工作积极、联系群众、有参加民主管理能力的职工。城镇集体所有制企业的职工(代表)大会在国家法律、法规的规定范围内行使下列职权：①制定、修改集体企业章程；②按照国家规定选举、罢免、聘用、解聘厂长(经理)、副厂长(副经理)；③审议厂长(经理)提交的各项议案，决定企业经营管理的重大问题；④审议并决定企业职工工资形式、工资调整方案、奖金和分红方案、职工住宅分配方案和其他有关职工生活福利的重大事项；⑤审议并决定企业的职工奖惩办法和其他重要规章制度；⑥法律、法规和企业章程规定的其他职权。

城镇集体所有制企业实行厂长(经理)负责制。厂长(经理)对企业职工(代表)大会负责，是城镇集体所有制企业的法定代表人。厂长(经理)由企业职工代表大会选举或者招聘产生，选举和招聘的具体办法由省、自治区、直辖市人民政府规定。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)可以由该联合经济组织任免。投资主体多元化的集体企业，其中国家投资达到一定比例的，其厂长(经理)可以由上级管理机构按照国家有关规定任免。

厂长(经理)应当具备下列条件：①懂得有关法律、法规和方针、政策，坚持企业的社会主义经营方向；②熟悉本行业业务，善于经营管理，有组织领导能力；③热爱集体，廉洁奉公，联系群众，有民主作风；④法律、法规规定的其他条件。

厂长(经理)在法律、法规的规定范围内行使下列职权：①领导和组织企业日常生产经营和行政工作；②主持编制并向职工(代表)大会提出企业的中长期发展规划、年度生产经



营计划、固定资产投资方案；③主持编制并向职工(代表)大会提出企业机构设置的方案，决定劳动组织的调整方案；④按照国家规定任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部，但法律、法规另有规定的，从其规定；⑤提出企业年度财务预算、决算方案和利润分配方案；⑥提出企业的经济责任制方案、工资调整方案、劳动保护措施方案、奖惩办法和其他重要的规章制度；⑦奖惩职工；⑧遇到特殊情况时，提出召开职工(代表)大会的建议；⑨企业章程规定的其他职权。

## 2. 乡村集体所有制企业的内部管理制度

乡镇企业所有者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在其与企业之间的具体分配比例，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。企业经营者是企业的厂长(经理)。企业实行厂长(经理)负责制。厂长(经理)对企业全面负责，代表企业行使职权。企业依法实行民主管理，投资者在确定企业经营管理体制及企业负责人作出重大经营决策和决定职工工资、生活福利、劳动保护、劳动安全等重大问题时，应当听取本企业工会或者职工的意见，实施情况要定期向职工公布，接受职工监督。

## (五) 集体所有制企业的权利与义务

### 1. 城镇集体所有制企业的权利与义务

城镇集体所有制企业的权利包括：①对其全部财产享有占有、使用、收益和处分的权利，拒绝任何形式的平调；②自主安排生产、经营、服务活动；③除国家规定由物价部门和有关主管部门控制价格的以外，企业有权自行确定产品价格、劳务价格；④企业有权依照国家规定与外商谈判并签订合同，提取和使用分成的外汇收入；⑤依照国家信贷政策的规定向有关专业银行申请贷款；⑥依照国家规定确定适合本企业情况的经济责任制形式、工资形式和奖金、分红办法；⑦享受国家政策规定的各种优惠待遇；⑧吸收职工和其他企业、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；⑨按照国家规定决定本企业的机构设置、人员编制、劳动组织形式和用工办法，录用和辞退职工；⑩奖惩职工。

城镇集体所有制企业应承担下列义务：①遵守国家法律、法规，接受国家计划指导；②依法缴纳税金和交纳费用；③依法履行合同；④改善经营管理，推进技术进步，提高经济效益；⑤保证产品质量和服务质量，对用户和消费者负责；⑥贯彻安全生产制度，落实劳动保护和环境保护措施；⑦做好企业内部的安全保卫工作；⑧维护职工合法权益，尊重职工的民主管理权利，改善劳动条件，做好计划生育工作，提高职工物质文化生活水平；⑨加强对职工的思想政治教育、法制教育、国防教育、科学文化教育和技术业务培训，提高职工队伍素质。

### 2. 乡村集体所有制企业的权利和义务

乡村集体所有制企业在生产经营活动中享有下列权利：①占有和使用企业资产，依照国家规定筹集资金；②在核准登记的范围内自主安排生产经营活动；③确定企业内部机构设置和人员配备，依法招聘、辞退职工，并确定工资形式和奖惩办法；④有权自行销售本企业的

产品,但国务院另有规定的除外;⑤有权自行确定本企业的产品价格、劳务价格,但国务院规定由物价部门和有关主管部门控制价格的除外;⑥自愿参加行业协会和产品评比;⑦依照国家规定自愿参加各种招标、投标活动,申请产品定点生产,取得生产许可证;⑧自主订立经济合同,开展经济技术合作;⑨依法开发和利用自然资源;⑩依法利用外资、引进先进技术和设备,开展进出口贸易等涉外经济活动,并依照国家规定提留企业的外汇收入;⑪拒绝摊派和非法罚款,但法律、法规规定应当提供财力、物力、人力的除外。

乡村集体所有制企业在生产经营活动中应当履行下列义务:①依法缴纳税金;②依照国家以及省、自治区、直辖市人民政府的规定,上交支农资金和管理费;③依法建立健全财务会计、审计、统计等制度,按期编报财务、统计报表;④保护自然资源和环境,防止和治理污染;⑤努力降低原材料和能源消耗,发展符合国家产业政策的产品;⑥做好劳动保护工作,实行安全生产;⑦保证产品质量和服务质量;⑧依法履行合同;⑨对职工进行政治思想、科学文化、技术业务和职业道德等方面的教育;⑩遵守法律、法规和政策的其他规定。

## (六) 集体所有制企业和政府的关系

### 1. 城镇集体所有制企业和政府的关系

各级人民政府应把发展城镇集体经济纳入各级政府的国民经济和社会发展规划,从各方面给予扶持和指导,保障城镇集体经济的健康发展。

国务院城镇集体经济的主管机构,负责全国城镇集体经济的宏观指导和管理,其主要职责是:拟订城镇集体经济的发展政策和法律法规,协调全国城镇集体经济发展中的重大问题,组织有关方面监督、检查集体企业政策、法规的执行情况。市(含县级市,下同)以上人民政府应当根据城镇集体经济发展的需要,确定城镇集体企业的指导部门,加强对集体企业的政策指导,协调当地城镇集体经济发展中的问题,组织有关方面监督、检查集体企业的政策、法规执行情况。政府有关行业管理部门,应当依照法律、法规的规定,在各自的职责范围内,负责本行业集体企业的行业指导和管理。各级人民政府的其他有关部门,依法对集体企业进行监督和提供服务。

国家保护集体企业的合法权益。任何政府部门及其他单位和个人不得改变集体企业的集体所有制性质和损害集体企业的财产所有权,不得向集体企业摊派人力、物力、财力,不得干预集体企业的生产经营和民主管理。

### 2. 乡村集体所有制企业和政府的关系

各级人民政府乡镇企业行政主管部门根据国家的法律、法规和政策,加强对企业的指导、管理、监督、协调和服务:①监督检查企业执行国家法律、法规和政策;②制定企业发展规划,协同有关部门制定农村剩余劳动力就业规划;③会同有关部门指导企业的计划、统计、财务、审计、价格、物资、质量、设备、技术、劳动、安全生产、环境保护等管理工作;④组织和指导企业的技术进步、职工教育和培训;⑤向企业提供经济、技术咨询和信息服务;⑥协调企业与有关方面的关系,帮助企业开展经济技术合作;⑦总结推广企业发展的经验;⑧组织和指导企业的思想政治工作,促进企业的社会主义精神文明建设。

各级人民政府有关行业管理部门应当根据国家的产业政策和行业发展规划,对企业的

发展方向进行指导和监督；对企业开展技术指导、人才培训和经济、技术信息服务；指导、帮助和监督企业开展劳动保护、环境保护等工作。政府有关部门应当为符合国家产业政策、经济效益好的企业创造发展条件：①根据国家有关规定，对生产名、优产品和出口创汇产品的企业，应当在信贷、能源、原材料和运输等方面给予扶持；②为企业培训、招用专业技术人才和引进先进技术创造条件。

## 思考练习题

### 一、名词解释

1. 企业
2. 企业法
3. 集体企业

### 二、选择题

1. 以（ ）为标准，可将企业划分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业和混合所有制企业。

- |             |               |
|-------------|---------------|
| A. 企业的法定代表人 | B. 企业的生产资料所有制 |
| C. 公司登记地    | D. 企业的组织形式    |

2. 以（ ）为标准，可将企业划分为内资企业和外商投资企业。外商投资企业包括：中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。

- |            |            |
|------------|------------|
| A. 投资主体的国籍 | B. 企业的法律特征 |
| C. 企业的责任方式 | D. 企业的名称   |

3. 以（ ）为标准，可将企业划分为法人企业和非法人企业。前者以公司为典型代表，后者则包括合伙企业、个人独资企业及部分中外合作经营企业。

- |            |            |
|------------|------------|
| A. 企业的注册地  | B. 所属经济部门  |
| C. 企业的法律地位 | D. 企业的主管部门 |

4. 以（ ）为标准，可将企业划分为个人独资企业、合伙企业、公司和非公司制法人企业。

- |                 |               |
|-----------------|---------------|
| A. 投资主体的国籍      | B. 企业的主要营业地   |
| C. 企业的组织形式和责任方式 | D. 企业的生产资料所有制 |

5. 以（ ）为标准，可将企业划分为工业企业、农业企业、商业企业、金融企业等。

- |            |              |
|------------|--------------|
| A. 企业的经营范围 | B. 企业的法律地位   |
| C. 企业的责任方式 | D. 企业所属的经济部门 |

6. 以（ ）为标准，可将企业划分为本国企业和外国企业。

- |          |             |
|----------|-------------|
| A. 企业的地址 | B. 企业的主要营业地 |
| C. 注册地   | D. 投资主体的国籍  |

### 三、简答题

1. 企业有哪些法律特征?
2. 简述我国企业法体系的特点。
3. 国有企业和集体企业的设立条件分别是什么?
4. 简述国有企业和集体企业的管理制度。
5. 国有企业的权利与义务分别是什么?

### 四、论述题

1. 论述国有企业与政府的关系。
2. 论述国有企业的社会责任。

## 第二节 外商投资企业法律制度



### 【本节重点】

1. 外商投资企业的类型;
2. 合营企业和合作企业的异同。



### 【引例】 韩国某株式会社与青岛某机械公司合营企业合同纠纷案

2015年9月24日,山东省高级人民法院对韩国某工业株式会社(以下简称株式会社)与青岛某机械公司(以下简称青岛公司)、菏泽某特种车制造有限公司(以下简称“特种车制造公司”)中外合资经营企业合同纠纷一案作出二审民事判决。经审理查明,2003年4月经中方合营者青岛公司的上级主管部门同意,青岛公司和株式会社拟设立合营企业特种车制造公司,投资总额为8162万元人民币,注册资本为5000万元人民币,经营范围为特种移动吊车、消防车、垃圾车生产。

2005年10月29日,株式会社与青岛公司签订合营合同和合营章程,约定设立合营企业。合营的目的为:采用先进而适用的技术和科学的经营管理办法,提高产品质量,发展新产品,并在质量、价格等方面具有国际市场上的竞争能力,提高经济效益,使投资各方获得满意的经济利益。合同还约定合资公司投资总额、注册资本、出资方式、违约责任等。其中,青岛公司的出资义务是以位于曹县东关大街张家巷5号的土地、建筑物、设备、存货、办公设施等资产出资。某株式会社负责出资1350万元,第一批出资以专用设备中的模具及焊接设备按作价516万元出资。第二批出资以专用设备的夹具作价834万元出资,出资缴付期限为领取营业执照之日起2年内完成。

合营合同和合营章程签订后,依法报经菏泽市对外贸易经济合作局批准。青岛公司所有的土地、房屋及设备实际投入至合营企业使用。但是,截止至起诉之日,上述土地、房屋没有办理过户给合营企业的手续。2010年9月29日,由于青岛公司涉及其他诉讼,上

述土地及房产被公开拍卖,买受人为曹县某房地产开发有限公司,随后办理产权过户给了买受人。为此,合营双方发生争议,诉至法院。

2013年9月6日,青岛公司提出司法鉴定申请。2014年3月5日,湖南大学司法鉴定中心作出湖大司鉴中心(2014)知鉴字第1号司法鉴定意见书,结论为:株式会社出资的设备不属于适合我国需要的先进技术和设备,出资的设备(除部分可用的焊接设备外)不可用于生产株式会社提供的样品垃圾车。

#### 评析:

自改革开放以来,我国吸引了大批外资进入来投资办厂,这对发展我国经济、优化产业结构、引进先进技术、提高人民生活水平、促进就业有着重要意义,外商直接投资成为了我国国民经济的重要组成部分。当然,大量的外商投资项目中,难免会出现个别鱼目混珠的,本案就具有一定的代表性。针对合营双方的纠纷,法院分析和判决如下。

(1)关于本案准据法问题。《中外合资经营企业法实施条例》第十二条规定,合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决,均应当适用中国的法律。本案当事人株式会社系在大韩民国注册成立的公司,故本案为中外合资经营合同纠纷,按照该规定应适用中国法律解决。

(2)关于合同效力问题。《中外合资经营企业法实施条例》第十四条规定:合营企业协议、合同和章程经审批机构批准后生效,其修改时同。株式会社与青岛公司签订的合营企业协议、合同和章程获得了菏泽市对外贸易经济合作局的批准,合营合同为有效合同。

(3)关于合营合同的履行问题。青岛公司出资的土地及房产已被拍卖给他人,并办理了产权过户手续,合营合同已丧失继续履行的条件。该案在审理过程中,株式会社出资的设备经司法鉴定,不属于适用我国需要的先进技术和设备,不可用于生产样品垃圾车。因此,双方在合同的履行中均存在根本违约。

(4)关于双方责任问题。鉴于双方在履行合同过程中均存在违约行为,合营合同已丧失继续履行的条件,故合同应当予以解除。由于双方违约程度相当,故株式会社及青岛公司要对方支付违金的诉讼请求均不应予以支持。

## 一、外商投资企业与外商投资企业法概述

### (一)外商投资企业的概念与类型

为了扩大国际经济合作和技术交流,我国允许外国的经济组织或者个人在我国境内投资设立经济组织。这类企业统称为外商投资企业。

外商投资企业包括中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业三种类型。中外合资经营企业(以下简称“合营企业”)是指中国合营者和外国(或地区)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。中外合作经营企业(以下简称“合作企业”)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,按合作企业合同的约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。外资企业是指依照中华人民共和国法律的规定在中

国设立的、全部资本由外国投资者投资的企业。

## （二）外商投资企业法

外商投资企业法是指调整外商投资企业在设立、终止及其生产经营活动中发生的各种关系的法律规范的总称，包括：1979年7月1日第五届人大第二次会议通过，1990年4月4日、2001年3月15日两次修改的《合营企业法》；1988年4月13日第七届人大第一次会议通过，并于2000年10月31日修改的《合作企业法》；1986年4月12日第六届人大第四次会议通过，2000年10月31日修改的《外资企业法》及有关配套的法律、法规等。这些法律、法规对保证外商投资企业的健康发展、维护国家主权和经济利益具有重要意义。

## 二、外商投资企业的设立

### （一）外商投资企业的设立条件

申请设立外商投资企业，应当符合国家的发展政策和产业政策，遵守国家关于指导外商投资方向的规定。根据《合营企业法》的规定，申请设立合营企业有下列情况之一的，不予批准：①有损中国主权的；②违反中国法律的；③不符合中国国民经济发展要求的；④造成环境污染的；⑤签订的协议、合同、章程显属不公平，损害合营一方权益的。关于合作企业、外资企业的设立条件，在《合作企业法》《外资企业法》中也有类似的负面清单。

### （二）外商投资企业的设立程序

申请设立外商投资企业，须向有关审批机构提交相关文件，获得批准后方可办理设立登记。

（1）审批机构。在中国境内设立外商投资企业，必须经对外贸易经济合作部审查批准，批准后，发给批准证书。根据《合营企业法》的规定，符合下列条件的，国务院授权省、自治区、直辖市人民政府或者国务院有关部门审批：①投资总额在国务院规定的投资审批权限以内，中国合营者的资金来源已经落实的；②不需要国家增拨原材料，不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等方面的全国平衡的。依此条件批准设立的合营企业，应当报对外贸易经济合作部备案。省、自治区、直辖市根据各自的情况，可将其审批权限内的审批权进一步下放，一般下放到地级市人民政府。关于授权地方人民政府审批，在《中外合作经营企业法实施细则》、《外资企业法》中也有类似的规定。

（2）报送文件。申请设立外商投资企业，由投资者向审批机构报送下列文件：①设立申请书；②可行性研究报告；③公司章程，申请设立合营企业和合作企业的还需提供合营（合作）企业协议、合同；④企业的组织结构及任职人员名单；⑤外国投资者的法律证明文件和资信证明文件；⑥审批机构规定的其他文件。

此外，申请设立外资企业的，在申报审批前外国投资者应当就下列事项先行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。报告内容包括：设立外资企业的宗旨；经营范围、规模；生产产品；使用的技术设备；用地面积及要求；需要用水、

电、煤、煤气或者其他能源的条件及数量；对公共设施的要求等。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。

(3) 审批与登记。审批机构自接到全部申请文件之日起，对设立合营企业或者外资企业的申请，在 3 个月内决定批准或者不批准；对设立合作企业的申请，在 45 天内决定批准或者不批准。申请者应当自收到批准证书之日起 1 个月内，按照国家有关规定，向工商行政管理机关办理登记手续。营业执照签发日期，即为企业的成立日期。

### 三、外商投资企业的组织形式和法律地位

#### (一) 合营企业的组织形式和法律地位

合营企业是具有法人地位的有限责任公司。合营企业属于股权式企业，合资经营各方签订的合同以建立具有法人资格的企业为主要目的，合同的内容包括企业的名称、地址、营业内容、营业规模、注册资本、企业各方的出资额、出资比例、合营企业的最高权力机构、重大问题的决策、争执和仲裁、股权的变更、合营期限、企业的终止、解散后的清算等。合营企业成立后，其业务由董事会领导，并任命总经理负责日常经营管理工作，各股东仅能通过行使股东权利对企业事务进行间接管理，不能直接干涉企业事务。

#### (二) 合作企业的组织形式和法律地位

合作企业的组织形式则有两种情况，第一种和合营企业一样，是具有法人地位的经济组织；第二种是合伙的组织形式，不具有法人地位。

合作企业依法取得中国法人资格的，为有限责任公司。除合企业合同另有约定外，合作各方以其投资或者提供的合作条件为限对合作企业承担责任。合作企业以其全部资产对合作企业的债务承担责任。

合作企业没有取得法人地位的，属于契约式企业，它不以合营各方投入资本的数额、股权作为利润分配的依据，而是通过签订合同具体规定各方的权利和义务，合同的内容主要包括各方的出资方式、出资额、共同经营的业务内容、经营规模、经营期限、遇到风险时各方承担的责任、有盈利时各方享受的权利等，合作各方按合同规定进行经营活动。

#### (三) 外资企业的组织形式和法律地位

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组织形式。外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业为其他组织形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

### 四、外商投资企业的管理机构

根据法律的规定，合营企业必须组成董事会，在董事会领导下实行总经理负责制，董事长由中外合营者一方担任，他方担任副董事长。董事会成员不得少于 3 人。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。董事的任期为 4 年，经合营各方继续委派可以连任。

合作企业则不同，既可设立董事会，也可设立联合管理机构，董事会的董事长或联合管理机构主任可协商产生，《合作企业法》第十二条对此作了灵活规定。中外合作者一方

担任董事会董事长或联合管理机构主任的，由另一方担任副董事长或副主任。

外资企业由外国投资者根据企业的法律地位确定企业的管理机构。

## 五、外商投资企业的出资与利润分配

### （一）外商投资企业的出资规定

#### 1. 出资方式

（1）合营企业的出资方式。合营者可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、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者评定。

外国合营者出资的外币，按缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算成人民币或者套算成约定的外币。中国合营者出资的人民币现金，需要折算成外币的，按缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算。

作为外国合营者出资的机器设备或者其他物料，应当是合营企业生产所必需的。机器设备或者其他物料的作价，不得高于同类机器设备或者其他物料当时的国际市场价格。作为外国合营者出资的工业产权或者专有技术，必须符合下列条件之一：①能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的；②能显著节约原材料、燃料、动力的。外国合营者作为出资的机器设备或者其他物料、工业产权或者专有技术，应当报审批机构批准。

（2）合作企业的出资方式。合作企业的出资方式比较灵活，合作各方向合作企业的投资或者提供的合作条件可以是货币，也可以是实物或者工业产业、专有技术、土地使用权等财产权利。中国合作者的投资或者提供的合作条件，属于国有资产的，应当依照有关法律、行政法规的规定进行资产评估。

而合作企业投资可以不必折算成货币金额，盈亏分配的比例也可以不必按照投资比例而另行规定。

#### 2. 外商投资比例

《合营企业法》规定合营企业的注册资本中，外国投资者所占比例一般不低于 25%。

在《合作企业法》中，对中外双方投资比例并无明确规定，但是，根据《中外合作经营企业法实施细则》的规定，依法取得中国法人资格的合作企业中，外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%。在不具有法人资格的合作企业中，对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求，由审批机构规定。

外资企业是由外国投资者全额出资。

#### 3. 投资回收方式

在投资回收方式上，《合营企业法》规定，合营企业只有在依法解散及清算完毕后，外国投资者才能分得剩余财产；在合营企业的存续期间，外国投资者不能收回自己的出资。

而合作企业中，外国投资者在一定条件下，可以在合作期满前收回出资。根据《中外合作经营企业法实施细则》的规定，中外合作者在合作企业合同中约定合作期限届满时，



合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的,外国合作者在合作期限内可以申请按照下列方式先行回收其投资:①在按照投资或者提供合作条件进行分配的基础上,在合作企业合同中约定扩大外国合作者的收益分配比例;②经财政税务机关按照国家有关税收的规定审查批准,外国合作者在合作企业缴纳所得税前回收投资;③经财政税务机关和审查批准机关批准的其他回收投资方式。外国合作者在合作期限内先行回收投资的,中外合作者应当依照有关法律的规定和合作企业合同的约定,对合作企业的债务承担责任。

## (二) 外商投资企业的利润分配

在所得毛利润扣除应缴的所得税和应提取的 3 项基金(储备基金、职工奖励和福利基金、企业发展基金)后,分配净利润时,合营企业按合营各方股权比例进行分配;而合作企业则根据企业组织形式的不同,按照股权比例或者合同约定的方式和比例分配利润;外资企业的利润全部归外方投资者所有,不存在和中方投资者分配的情况。

[案例] 1994 年 10 月 20 日,台湾某公司(以下简称台湾公司)与福建省石狮市某礼品有限公司(以下简称礼品公司)签订《协议书》,承包由双方创办的中外合作经营企业福建石狮市某化妆品有限公司,经营期限二年,自 1994 年 11 月 1 日起至 1996 年 10 月 31 日止。协议约定:承包经营第一年,台湾公司每月应提成承包利润 7 万元给礼品公司作为股东红利;承包经营第二年,台湾公司每月应提成承包利润 9 万元给礼品公司作为股东红利。若有违约,应按承包总额月 5‰ 计算赔偿对方违约金。协议签订后,化妆品公司由台湾公司单方经营管理。

试分析:通过本案,可以看出与合营企业比较,合作企业有哪些特征?

[分析] 合作企业具有合作模式多样化及分红形式灵活的特点。

# 六、外商投资企业的解散与清算

## (一) 合营企业的解散与清算

### 1. 解散

根据《合营企业法》的规定,合营企业在下列情况下解散:①合营期限届满;②企业发生严重亏损,无力继续经营;③合营一方不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务,致使企业无法继续经营;④因自然灾害、战争等不可抗力遭受严重损失,无法继续经营;⑤合营企业未达到其经营目的,同时又无发展前途;⑥合营企业合同、章程所规定的其他解散原因已经出现。

上述第②、④、⑤、⑥项情况发生的,由董事会提出解散申请书,报审批机构批准;第⑥项情况发生的,由履行合同的一方提出申请,报审批机构批准。

### 2. 清算

(1) 清算委员会。合营企业宣告解散时,应当进行清算。合营企业应当按照《外商投资企业清算办法》的规定成立清算委员会,由清算委员会负责清算事宜。清算委员会的成员一般应当在合营企业的董事中聘任。董事不能担任或者不适合担任清算委员会成员时,合营企业可以聘请中国的注册会计师、律师担任。审批机构认为有必要时,可以派人进行监督。

清算委员会的任务是对合营企业的财产、债权、债务进行全面清查，编制资产负债表和财产目录，提出财产作价和计算依据，制订清算方案，提请董事会会议通过后执行。

清算费用和清算委员会成员的酬劳应当从合营企业现存财产中优先支付。

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，报告审批机构，并向登记管理机构办理注销登记手续，缴销营业执照。

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

## （二）合作企业的解散与清算

### 1. 解散

根据《中外合作经营企业法实施细则》的规定，合作企业因下列情形之一出现时解散：①合作期限届满；②合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；③中外合作者一方或者数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营；④合作企业合同、章程中规定的其他解散原因已经出现；⑤合作企业违反法律、行政法规，被依法责令关闭。

上述第②、④项所列情形发生，应当由合作企业的董事会或者联合管理委员会做出决定，报审批机关批准。在第③项所列情形下，不履行合作企业合同、章程规定的义务的中外合作者一方或者数方，应当对履行合同的他方因此遭受的损失承担赔偿责任；履行合同的另一方或者数方有权向审批机关提出申请，解散合作企业。

### 2. 清算

合作企业的清算事宜依照国家有关法律、行政法规及合作企业合同、章程的规定办理。

## （三）外资企业的终止与清算

### 1. 终止

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

### 2. 清算

外资企业如存在上述第②、③、④项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关核准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。外资企业依照第①、②、③、⑥项的规定终止的，应当在终止之日起 15 天内对外公告并通知债权人，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算。外资企业依照第④、第⑤项的规定终止的，参照中国有关法律、法规进行清算。

清算委员会应当由外资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管机关的代表组

成，并聘请中国的注册会计师、律师等参加。

外资企业清算结束，其资产净额和剩余财产超过注册资本的部分视同利润，应当依照中国税法缴纳所得税。

外资企业清算结束，应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

## 思考练习题

### 一、名词解释

1. 中外合资经营企业
2. 中外合作经营企业
3. 外资企业

### 二、选择题

1. 中外合资经营企业的组织形式是( )  
A. 合伙企业      B. 有限责任公司      C. 股份有限公司      D. 工厂
2. ( ) 的外国投资者可以在一定情形下先行收回投资。  
A. 合营企业      B. 合作企业      C. 外资企业      D. 以上均不对
3. 《合营企业法》规定合营企业的注册资本中，外国投资者所占比例一般不低于( )。  
A. 15%      B. 20%      C. 25%      D. 30%
4. 根据《中外合作经营企业法实施细则》的规定，依法取得中国法人资格的合作企业中，外国合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的( )。  
A. 25%      B. 30%      C. 35%      D. 40%

### 三、简答题

1. 外商投资企业设立的条件是什么？
2. 外商投资企业的管理机构是什么？
3. 作为外国合营者出资的工业产权或者专有技术，需要符合什么条件？
4. 比较外商投资企业的特点。

## 第三节 个人独资企业法律制度



### 【本节重点】

1. 个人独资企业的概念。
2. 个人独资企业的特点。



## 【引例】某小额贷款股份有限公司与万某、某铁矿等企业借贷纠纷案

万某个人投资设立了某铁矿。经营期间，铁矿向某小额贷款股份有限公司(以下简称“小贷公司”)申请贷款。该铁矿于2013年1月30日在工商部门登记注销，但是所欠贷款并未归还。小贷公司向法院起诉，要求万某偿还。安徽省高级人民法院作出(2014)皖民二终字第00206号民事判决，判决万某须承担还款义务。万某不服，向最高人民法院提出再审申请，最高院于2015年2月作出驳回万某再审申请的裁定。

### 评析：

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业的投资人对企业债务承担无限责任，而且在个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。本案中，基于上述法律规定，万某作为个人独资企业某铁矿的投资人，其应对铁矿的债务承担清偿责任。

个人独资企业是最古老、最简单的企业形式，是市场经济与生俱来的产物。历史上，农业、商业、手工业、渔业、手工作坊基本上都是采用这种形式。一个自然人以个人的名义从事商事活动并以此作为经常性的职业和谋生手段，经过商事登记，就成为了个人独资企业。本案例中，万某一个人投资设立和经营铁矿，就具备了个人独资企业的特征。

个人独资企业由一个自然人投资，因此，个人投资企业设立容易，规模小，灵活多样，而且因为多数由投资者个人经营，效率相对也比较高。所以，在我国实际经济生活中，即使多数人选择设立公司，也还是有一定的数量的投资人采用个人独资企业的形式从事生产经营。但是，必须看到，投资人依法需对企业的债务承担无限责任，这意味着投资人将自己的全部个人财产与企业的经营风险捆绑在一起，不愿意承担这种风险的投资人就不宜选择个人独资企业的形式。本案例中的万某被判决承担铁矿贷款的还款责任，就承担了较大的风险。

个人独资企业是国际通行的企业三分法：公司、合伙企业与独资企业中的一种。我国宪法和党的决议均确认“非有公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分”，个人独资企业从企业生产资料的经济成分看，为民营经济的组织形式之一，也属于我国鼓励和支持的企业。1999年第九届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议通过了《个人独资企业法》，以专门的立法形式保障和促进了独资企业的设立发展。

## 一、个人独资企业和个人独资企业法概述

### (一) 个人独资企业的概念

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

### (二) 个人独资企业的特征

与我国《公司法》所规定的一人公司相比较，个人独资企业具有以下特征。

(1) 投资人为一个自然人。虽然个人独资企业与一人公司均属于单一投资主体设立的

商事组织，但是一人公司的设立主体除自然人以外，还包括了法人、其他组织。

(2) 投资人对企业债务承担无限责任。在个人独资企业中，当企业的财产不足以清偿所欠债务时，投资人应以其全部个人财产清偿到期债务。而一人有限责任公司的投资人，除非出现股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的情况，一般只承担有限责任。

### (三) 个人独资企业法

为了规范个人独资企业的行为，保护个人独资企业投资人和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，1999年8月30日第九届全国人民代表大会常务委员第十一次会议通过了《个人独资企业法》，该法自2000年1月1日起施行。该法共六章四十八条，分别规定了个人独资企业的设立、个人独资企业的投资人及事务管理、个人独资企业的解散和清算以及法律责任等内容。

## 二、个人独资企业的设立

### (一) 设立条件

根据《个人独资企业法》第八条规定，设立个人投资企业应当具备下列条件。

(1) 投资人为一个自然人，该自然人是指具有中国国籍的自然人。此外，《个人独资企业法》第16条规定，法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。

(2) 有合法的企业名称，个人独资企业的名称中不得使用“有限”“有限责任”和“公司”字样。

(3) 有投资人申报的出资，出资金额没有法定最低限额。

(4) 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

(5) 有必要的从业人员。

### (二) 设立的程序

申请设立个人独资企业，应当由投资人或其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交申请书、投资人身份证明、生产经营的场所使用证明等文件。委托代理人申请设立登记时，应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。从事法律、行政法规规定须经有关部门审批的业务，应当在申请设立登记时提交有关部门的批准文件。申请书应当载明下列事项：企业的名称和住所、投资人的姓名和住所、投资人的出资额和出资方式、经营范围。

登记机关应当在收到设立申请文件之日起15日内对符合规定条件的予以登记，发给营业执照；对不符合规定条件的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。

## 三、个人独资企业投资人的权利与企业事务管理

### (一) 个人独资企业投资人的权利

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业投资人主要权利如下。

(1) 财产所有权。投资人对本企业的财产依法享有所有权。根据《个人独资企业法》

有关的规定，该权利可以依法进行转让或继承。

(2) 管理权。投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。

## (二) 企业事务的管理

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或聘用他人负责企业的事务管理。委托或聘用他人管理企业事务时，投资人应当与受委托人或者被聘用人签订书面合同，明确委托的具体内容和授予的权利范围。受委托或受聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，按照与投资人的合同负责个人独资企业的事务管理。但是，投资人对受委托人或者被聘用的人员职权限制，不得对抗善意第三人。

个人独资企业应当依法设置会计账簿，进行会计核算。招用职工的，应依法与职工签订劳动合同，保障职工的劳动安全，按时、足额发放职工工资，并按照国家规定参加社会保险，为职工缴纳社会保险费。

# 四、个人独资企业的解散和清算

## (一) 个人独资企业的解散

个人独资企业的解散是指个人独资企业因发生某些法定事由而使其民事主体归于消灭的行为。根据《个人独资企业法》第二十六条规定，个人独资企业有下列情形之一的，应当解散：①投资人决定解散；②投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人放弃继承；③被依法吊销营业执照；④法律、行政法规规定的其他情形。

## (二) 个人独资企业的清算

个人独资企业的清算是指依法清理个人独资企业债权、债务的行为。个人独资企业解散，由投资人自行清算或由债权人申请人民法院指定清算人清算。

个人独资企业财产应按下列顺序清偿：①所欠职工工资和社会保险费用；②所欠税款；③其他债务。个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任。但债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

个人独资企业清算结束后，投资人或者人民法院指定的清算人应当编制清算报告，并于15日内到登记机关办理注销登记。

# 五、法律责任

## (一) 个人独资企业及其投资人应承担的法律责任

(1) 提交虚假文件或采取其他欺骗手段取得企业登记的，责令改正，处以五千元以下的罚款；情节严重的，并处吊销营业执照。

(2) 个人独资企业使用的名称与其在登记机关登记的名称不相符合的，责令限期改正，处以二千元以下的罚款。

(3) 涂改、出租、转让营业执照的，责令改正，没收违法所得，处以三千元以下的罚

款；情节严重的，吊销营业执照。伪造营业执照的，责令停业，没收违法所得，处以五千元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（4）个人独资企业成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，吊销营业执照。

（5）未领取营业执照，以个人独资企业名义从事经营活动的，责令停止经营活动，处以三千元以下的罚款。个人独资企业登记事项发生变更时，未按本法规定办理有关变更登记的，责令限期办理变更登记；逾期不办理的，处以二千元以下的罚款。

（6）个人独资企业违反法律规定，侵犯职工合法权益，未保障职工劳动安全，不缴纳社会保险费用的，按照有关法律、行政法规予以处罚，并追究有关责任人员的责任。

（7）个人独资企业及其投资人在清算前或清算期间隐匿或转移财产，逃避债务的，依法追回其财产，并按照有关规定予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（8）投资人违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担民事赔偿责任。

### （二）投资人委托或者聘用的人员应承担的法律责任

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

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

### （三）登记机关及登记机关的上级部门应承担的法律责任

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

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

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

（4）违反法律、行政法规的规定强制个人独资企业提供财力、物力、人力的，按照有关法律、行政法规予以处罚，并追究有关责任人员的责任。

## 思考练习题

### 一、选择题

1. 对个人独资企业的外债，投资人应当承担的法律责任是（ ）。

A. 无限连带责任      B. 有限责任      C. 无限责任      D. 无责任

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

A. 一年内      B. 两年内      C. 三年内      D. 五年内

## 二、简答题

1. 个人独资企业设立的条件是什么?
2. 与一人公司相比, 个人独资企业的特征是什么?
3. 个人独资企业在清算时如何承担企业的债务?

# 第四节 合伙企业法律制度



## 【本节重点】

1. 合伙企业的种类。
2. 普通合伙企业的内部和外部关系。



## 【引例】嘉善县某信用合作社与嘉善县某助胶厂、杨某等借款合同纠纷案

嘉善县某助胶厂(以下简称“助胶厂”)是一家普通合伙企业。某年, 其与嘉善县某信用合作社(以下简称“信用社”)签订二份最高额抵押借款合同, 约定: 助胶厂以生产设备、厂房作抵押, 在两年内由贷款人在最高限额人民币 9.5 万元内, 对借款人分次发放贷款。后双方在嘉善县工商局办理了抵押登记手续。信用社依合同约定发放贷款两次各 9.5 万元给助胶厂, 利率分别为月息 7.965‰ 及 7.521‰, 并均约定一年之内归还。借款到期后, 信用社多次催讨, 助胶厂都未能按约偿还借款本息。在此期间, 助胶厂的合伙人杨某、冯某将各自在助胶厂的份额分别全部转让给冯某某和陈某, 并办理了相应的工商变更手续。信用社向法院起诉助胶厂、杨某、冯某、冯某某和陈某, 要求归还贷款。

评析:

根据《合伙企业法》的有关规定, 普通合伙企业的合伙人承担无限连带责任。合伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务, 与其他合伙人承担连带责任。因此, 助胶厂须清偿原告信用社贷款的本金及利息, 助胶厂无法清偿的部分, 由杨某、冯某、冯某某、陈某承担连带清偿责任。

在各种商事组织形式中, 合伙企业具有非常独特的优势。一般来说, 合伙企业适合于中小型企业。企业在发展初期, 自有财产价值不高, 信用基础薄弱, 叠加合伙人的信用, 可以帮助企业相应提高自身信用, 从而在市场交易中争取得到商业机会, 有助于企业在初期的立足和发展。本案中, 除了助胶厂承担自己的贷款债务外, 其合伙人也以全部个人财产承担连带清偿责任, 增强了助胶厂的债务偿还能力。美国波音公司最早也是从合伙企业发



展而来。当然,合伙企业除了是个人集资的联合,也可以是企业之间的强强联合。合伙企业有不同的类型,各有其特点,分别适合于不同的事业投资。在原有的普通合伙企业的基础上,我国2007年修订的《合伙企业法》增设了特殊的普通合伙企业和有限合伙企业制度。特殊的普通合伙企业尤为适合于会计师事务所、税务师事务所、破产清算事务所、律师事务所等以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构采用。而有限合伙企业的增设,对于创业投资企业具有重要意义,是最适合于风险投资的企业形式。据统计,在美国,风险投资机构中,有限合伙制约占80%。2007年6月28日,南海成长创业投资有限合伙企业在深圳成立,成为国内第一家以有限合伙方式组织的创业投资企业,也是国内首家真正意义的私募股权基金企业。

## 一、合伙企业和合伙企业法概述

### (一) 合伙企业的概念和法律特征

合伙企业是指依法由两个或两个以上的自然人、法人或其他组织在中国境内设立的,根据共同订立的合伙协议,形成经营关系、共同承担风险和共同分享利润的营利性组织。

作为企业的一种组织形式,合伙企业具有以下法律特征:①合伙企业是两个或者两个以上的合伙人共同设立。合伙企业是人合企业,是两个或两个以上合伙人在平等、自愿基础上组成的企业形式。单一的投资主体不能形成合伙企业,这是合伙企业与个人独资企业最重要的区别。②合伙协议是合伙企业成立的法律基础。由于合伙企业是合伙人协商一致而成立的人合组织,因此,合伙协议成为合伙人意思表示一致的标志。合伙协议不仅是合伙企业处理内、外部事务的准则,也是合伙企业成立时必备的法律文件。③合伙企业是非法人企业。除了有限合伙企业的有限合伙人,其他各类普通合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任。

### (二) 合伙企业的类型

根据《合伙企业法》第二条规定,我国合伙企业的法定类型有普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。法律对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的,从其规定。

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

### (三) 合伙企业法的概念

合伙企业法是调整合伙企业内、外部关系的法律规范的总称。1997年以前,我国规范合伙企业的法律主要是《民法通则》《私营企业暂行规定》中关于合伙的规定,前者在《公民》一章和《法人》一章分别对个人合伙与法人合伙作了规定;后者则对合伙企业的概念和特征作了简单规定。1997年2月23日,第八届全国人民代表大会常委会第二十四次会议通过了《合伙企业法》。该法共九章七十八条,自1997年8月1日起施行。它是我国第一部较为系统规范的合伙企业的法律,对维护社会经济秩序、促进社

社会主义市场经济的发展具有重要意义。但是,随着社会经济不断发展、社会经济关系日趋复杂,该法在实施中不断面临新的问题,如合伙企业类型过于单一等。为了更好地体现《合伙企业法》的立法宗旨,2006年8月27日,全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修订了《合伙企业法》。修订后的《合伙企业法》共六章一百零九条,自2007年6月1日起施行。

## 二、普通合伙企业

### (一) 普通合伙企业的设立

《合伙企业法》第十四条至第十九条对合伙企业设立的条件和程序作出了规定。

#### 1. 设立条件

根据《合伙企业法》的规定,设立合伙企业应当具备下列条件。

(1) 有两个以上合伙人。合伙人为自然人的,应当具有完全民事行为能力。

(2) 有书面合伙协议。合伙协议依法由全体合伙人协商一致,以书面形式订立。订立合伙协议、设立合伙企业,应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用原则。根据《合伙企业法》第十八条规定,合伙协议应当载明下列事项:①合伙企业的名称和主要经营场所的地点;②合伙目的和合伙经营范围;③合伙人的姓名或者名称、住所;④合伙人的出资方式、数额和缴付期限;⑤利润分配、亏损分担方式;⑥合伙事务的执行;⑦入伙与退伙;⑧争议解决办法;⑨合伙企业的解散与清算;⑩违约责任。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人按照合伙协议享有权利,履行义务。修改或者补充合伙协议,应当经全体合伙人一致同意;但是,合伙协议另有约定的除外。合伙协议未约定或者约定不明确的事项,由合伙人协商决定;协商不成的,依照《合伙企业法》和其他有关法律、行政法规的规定处理。

(3) 有合伙人认缴或者实际缴付的出资。合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资,也可以用劳务出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资的,需要评估作价;评估方式可以由全体合伙人协商确定,也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的,其评估办法由全体合伙人协商确定,并在合伙协议中载明。合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付期限,履行出资义务。以非货币财产出资的,依照法律、行政法规的规定,需要办理财产权转移手续的,应当依法办理。

(4) 有合伙企业的名称和生产经营场所。合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。

(5) 法律、行政法规规定的其他条件。

#### 2. 设立程序

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

(2) 登记。申请人提交的登记申请材料齐全、符合法定形式,企业登记机关能够当场

登记的，应当当场登记，发给营业执照。除上述规定情形外，企业登记机关应当自受理申请之日起 20 日内，做出是否登记的决定。予以登记的，发给营业执照；不予登记的，应当给予书面答复，并说明理由。合伙企业的营业执照签发日期为合伙企业成立日期。

## （二）合伙企业的财产

### 1. 合伙企业财产的构成

合伙企业财产来源于三个方面：一是合伙人的出资，这是合伙企业财产最原始的构成部分，既包括在设立合伙企业时所实际缴付的出资，也包括在合伙企业经营过程中合伙人追加的出资；二是合伙企业的收益，这是指合伙企业成立以后以合伙企业名义取得的营业收益；三是依法取得的其他财产，如合伙企业受赠的财产。

### 2. 合伙企业财产的分割限制

合伙企业财产是合伙企业赖以存在和发展的经济基础。为保全合伙企业财产，维护合伙人的共同利益，《合伙企业法》第二十一条规定，合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产，法律另有规定的除外；合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

### 3. 合伙人财产份额的转让和出质

（1）合伙人财产份额的转让。合伙企业是以合伙人之间的人身信任关系为基础的人合企业，为了维护合伙企业的稳定性，《合伙企业法》对合伙人财产份额的转让做了限制性规定。《合伙企业法》第二十二条规定，除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。第二十三条又规定，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权，合伙协议另有约定的除外。

（2）合伙人财产份额的出质。如果合伙人将其财产份额出质，与他人订立质押合同，有可能发生由质权人行使质权的情况，这样必然影响到合伙企业和其他合伙人的利益。因此，《合伙企业法》第二十五条对合伙人将其财产份额的出质做了明确规定，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意的，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

## （三）普通合伙企业的内部关系

合伙企业的内部关系是指合伙人之间的权利与义务关系。合伙人的权利与义务可以由合伙人在合伙协议中自行约定有关内容，约定不明或没有约定的，则遵照《合伙企业法》的有关规定。

根据《合伙企业法》的规定，合伙人享有的权利主要有以下三个方面。

### 1. 合伙企业利润及剩余财产分配权

合伙企业的利润由全体合伙人共同享有。利润分配的具体比例，由合伙人在合伙协议中约定；合伙协议没有约定的，由全体合伙人协商决定；合伙协议没有约定、全体合伙人无法达成一致意见的，按出资比例分配；出资比例无法确定的由各合伙人平均分配利润。合伙企业清算后，仍有剩余财产的，由各合伙人依约定分配。

## 2. 合伙企业的事务执行权

合伙企业的事务执行权是指合伙人享有对合伙企业生产经营管理活动中各项事务的决策、执行和监督的权利。根据《合伙企业法》的规定,无论出资多少及类型,各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利。

合伙企业事务可以由全体合伙人共同执行,也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定,委托1名或者数名合伙人执行合伙企业事务,其他合伙人不再执行合伙事务。接受委托执行合伙企业事务的合伙人对外代表合伙企业。其他合伙人有权监督、检查其执行合伙企业事务的情况。被委托执行合伙企业事务的合伙人不遵守合伙协议的,其他合伙人可以决定撤销该委托。

除上述执行方式外,依据合伙协议约定或者经全体合伙人决定,合伙人可以分别执行合伙企业事务,合伙人之间互为代理人。合伙人有权对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时,应暂停该项事务的执行;如果发生争议,可以由全体合伙人共同决定。

合伙人也可以聘任合伙人以外的人经营合伙企业。

## 3. 对合伙企业事务的表决权

合伙人享有对合伙企业事务的表决权。合伙人对合伙企业有关事项做出决议,按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的,实行合伙人1人1票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。法律对合伙企业的表决办法另有规定的,从其规定。

除合伙协议另有约定外,合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意:①改变合伙企业的名称;②改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点;③处分合伙企业的不动产;④转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利;⑤以合伙企业名义为他人提供担保;⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

## (四) 普通合伙企业的外部关系

合伙企业的外部关系是指合伙人同第三人之间的关系。《合伙企业法》对于合伙企业与第三人关系的规定有以下两个方面的内容。

### 1. 关于合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业时的规定

合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制,不得对抗善意第三人。合伙人共同或者分别执行合伙企业事务,或者委托他人执行合伙企业事务,其权利有时间、地点、内容等方面的限制,但是这种限制是属于合伙企业内部的规定。当善意的第三人与违反合伙企业内部规定的合伙人或者代理人进行交易时,合伙企业不得以该合伙人或者代理人超越权限或者没有代理权对抗第三人,拒绝履行合同义务。

### 2. 关于合伙企业对外债务的规定

合伙企业对其债务,应先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的,合伙人承担无限连带责任。无限连带责任,是指在合伙企业的资产不足以清偿合伙企业债务时,合伙人需以个人财产对外清偿企业债务;合伙人除承担企业债务分到自己名下的份额外,还需对企业其他投资人名下的债务份额承担连带性义务,即其他投资人无力偿还其名

下的债务份额时，自己有义务代其偿还债务份额。合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过法律规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

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

人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照《合伙企业法》第五十一条的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

### （五）普通合伙企业的入伙、退伙

#### 1. 入伙

入伙是指合伙企业成立后，合伙人以外的第三人加入合伙企业，取得合伙人资格的行为。《合伙企业法》第四十三条规定，新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。但是，有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：①继承人不愿意成为合伙人；②法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；③合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

#### 2. 退伙

退伙是指合伙企业成立后，合伙人退出合伙企业、丧失合伙人资格的行为。退伙有以下几种情形。

（1）自愿退伙。《合伙企业法》第四十五、四十六条规定，合伙协议约定合伙期限的，在合伙企业存续期间，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：①合伙协议约定的退伙事由出现；②经全体合伙人一致同意；③发生合伙人难以继续参加合伙的事由；④其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前30日通知其他合伙人。合伙人违反上述规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

（2）当然退伙。《合伙企业法》第四十八条规定，合伙人有下列情形之一的，当然退

伙：①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②个人丧失偿债能力；③作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；④法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；⑤合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

(3) 除名退伙。《合伙企业法》第四十九条规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：①未履行出资义务；②因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；③执行合伙事务时有不正当行为；④发生合伙协议约定的事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起 30 日内，向人民法院起诉。

合伙人退伙，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算。退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当依照法律的规定分担亏损。

**[案例]** 黄某、杨某、李某、姜某、王某五人成立了荆州某联合会计师事务所（特殊普通合伙）（以下简称事务所）。2013 年 12 月 30 日，黄某在未与其他合伙人协商一致的情况下，擅自从事务所公章管理人龚某处取走事务所印章，并未予归还，扰乱了事务所正常业务的开展。其后，在事务所改选杨某为事务所主任会计师、执行事务合伙人后，黄某拒不配合。

因无法及时办理相关变更登记手续，致使事务所被省财政厅下文责令限期整改，给事务所的声誉造成了严重影响。因此，根据事务所的合伙协议，出资比例占 71.44% 的杨某、李某、姜某、王某提议召开临时合伙人会议，2014 年 9 月 24 日安排事务所职员龚某、张某向黄某送达了召开临时合伙人会议的通知，黄某拒绝签收。会议上，黄某缺席，其余合伙人全票通过决议将黄某除名。事务所于 2014 年 9 月 30 日向黄某发出了《合伙人除名通知书》，黄某虽然于 10 月 15 日签收了通知，但是对此决定不服，向法院提起诉讼。

**试分析：**1. 合伙人退伙有哪几种形式？

2. 本案应如何处理，为什么？

**[分析]**

1. 合伙人退伙有以下几种情形：自愿退伙、当然退伙和除名退伙。

2. 根据《合伙企业法》第四十九条“合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名……（二）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（三）执行合伙事务时有不正当行为；（四）发生合伙协议约定的事由”的规定，黄某符合除名条件，法院应判决黄某败诉。

### （六）特殊的普通合伙企业

#### 1. 特殊的普通合伙企业的概念

依照《合伙企业法》第五十五条规定，特殊的普通合伙企业是指以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构。

#### 2. 特殊的普通合伙企业的合伙人的责任

一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

#### 3. 特殊的普通合伙企业的责任分散

特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理，具体管理办法由国务院规定。

## 三、有限合伙企业

### （一）设立的条件

设立有限合伙企业，应当具备下列条件。

（1）有2个以上50个以下符合法律规定的合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。

（2）书面合伙协议。有限合伙企业的合伙协议除符合《合伙企业法》第十八条规定外，还应当载明下列事项：①普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；②执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；③执行事务合伙人的权限与违约处理办法；④执行事务合伙人的除名条件和更换程序；⑤有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；⑥有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

（3）合伙人认缴或者实际缴付的出资。有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。

（4）合伙企业的名称和生产经营场所，企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

（5）行政法规规定的其他条件。

### （二）有限合伙企业的内部关系

有限合伙企业的内部关系是指合伙人之间的权利与义务关系。有限合伙企业的合伙人分为有限合伙人和普通合伙人。

#### 1. 有限合伙人的权利与义务

根据《合伙企业法》第七十条至七十三条的规定，有限合伙人享有的权利是：有限合

伙人可以与本有限合伙企业进行交易；有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，但应当提前 30 日通知其他合伙人；有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿，债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。

有限合伙人必须遵守的义务是不得执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但是，根据《合伙企业法》第六十八条规定，有限合伙人的下列行为不视为执行合伙事务：①参与决定普通合伙人入伙、退伙；②对企业的经营管理提出建议；③参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；④获取经审计的有限合伙企业的财务会计报告；⑤对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；⑥在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；⑦执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；⑧依法为本企业提供担保。

## 2. 普通合伙人的权利与义务

有限合伙企业的普通合伙人的权利和义务与普通合伙企业的合伙人的权利与义务一致。

### （三）有限合伙企业的外部关系

合伙企业的外部关系是指合伙人同第三人之间的关系。《合伙企业法》第六十二条规定，有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

有限合伙人不对外代表合伙企业，但是若第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。同时，有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

### （四）有限合伙企业的入伙与退伙

#### 1. 入伙

根据《合伙企业法》第七十二条规定，新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

#### 2. 退伙

《合伙企业法》第七十八条对于有限合伙人的当然退伙做了特殊规定。合伙人有下列情形之一的，属于当然退伙：①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；③法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；④合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未



能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

同时，《合伙企业法》第七十九条、第八十条又规定，作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙；作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

## 四、合伙企业的解散和清算

### （一）合伙企业的解散

合伙企业的解散是指合伙人解除合伙协议，合伙关系归于消灭，合伙企业终止活动的法律行为。《合伙企业法》第八十五条规定，合伙企业有下列情形之一的，应当解散：①合伙期限届满，合伙人决定不再经营；②合伙协议约定的解散事由出现；③全体合伙人决定解散；④合伙人已不具备法定人数满30天；⑤合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；⑥依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；⑦法律、行政法规规定的其他原因。

### （二）清算

合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

#### 1. 清算人的确定及其职权

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。

（1）清算人的确定。清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后15日内指定1个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起15日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

（2）清算人的职权。根据《合伙企业法》第八十七条规定，清算人在清算期间执行下列事务：①清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；②处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；③清缴所欠税款；④清理债权、债务；⑤处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；⑥代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。

#### 2. 合伙企业财产清偿顺序

合伙企业财产应首先支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务，其剩余财产，可以依照合伙协议或法律的规定在合伙人之间进行分配。

#### 3. 合伙企业的注销

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

#### 4. 合伙人对原合伙企业债务的承担

合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

## 五、法律责任

### （一）违反企业登记管理的法律责任

关于违反企业登记管理的法律责任，《合伙企业法》作了以下三个方面的规定。

（1）提交虚假文件或者采取其他欺骗手段，取得合伙企业登记的，由企业登记机关责令改正，处以五千元以上五万元以下的罚款；情节严重的，撤销企业登记，并处以五万元以上二十万元以下的罚款。

（2）合伙企业未在其名称中标明“普通合伙”“特殊普通合伙”或者“有限合伙”字样的，由企业登记机关责令限期改正，处以二千元以上一万元以下的罚款。

（3）未领取营业执照，而以合伙企业或者合伙企业分支机构名义从事合伙业务的，由企业登记机关责令停止，处以五千元以上五万元以下的罚款。

### （二）违反合伙企业事务执行规定的法律责任

关于违反合伙企业事务执行规定的法律责任，《合伙企业法》作了以下四个方面的规定。

（1）合伙人执行合伙事务，或者合伙企业从业人员利用职务上的便利，将应当归合伙企业的利益据为己有的，或者采取其他手段侵占合伙企业财产的，应当将该利益和财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

（2）对本法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人的一致同意方可执行的事务，合伙人擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

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

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

### （三）违反清算规定的法律责任

关于违反清算规定的法律责任，《合伙企业法》作了以下三个方面的规定。

（1）清算人未依照法律规定向企业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，由企业登记机关责令改正。由此产生的费用和损失，由清算人承担和赔偿。

（2）清算人执行清算事务，牟取非法收入或者侵占合伙企业财产的，应当将该收入和侵占的财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担

赔偿责任。

(3) 清算人违反法律规定, 隐匿、转移合伙企业财产, 对资产负债表或者财产清单作虚假记载, 或者在未清偿债务前分配财产, 损害债权人利益的, 依法承担赔偿责任。

#### (四) 行政管理机关的法律责任

有关行政管理机关的工作人员违反法律规定, 滥用职权、徇私舞弊、收受贿赂、分割合伙企业合法权益的, 依法给予行政处分。

## 思考练习题

### 一、名词解释

1. 合伙企业
2. 无限连带责任
3. 有限合伙企业
4. 入伙
5. 退伙

### 二、选择题

1. 普通合伙人对合伙企业的债务承担( )。
  - A. 有限责任
  - B. 无限责任
  - C. 无限连带责任
  - D. 不能确定
2. 一般情况下, 有限合伙人对合伙企业的债务承担( )。
  - A. 无限责任
  - B. 无限连带责任
  - C. 有限责任
  - D. 不能确定
3. 除合伙协议另有约定外, 合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额时, 须经( )一致同意。
  - A. 三分之一合伙人
  - B. 半数合伙人
  - C. 三分之二合伙人
  - D. 全体合伙人
4. 入伙后, 新合伙人对入伙前合伙企业的债务( )。
  - A. 承担有限责任
  - B. 承担无限责任
  - C. 承担无限连带责任
  - D. 不承担责任
5. 退伙后, 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务( )。
  - A. 承担有限责任
  - B. 承担无限责任
  - C. 承担无限连带责任
  - D. 不承担责任

### 三、简答题

1. 合伙企业设立的条件是什么?
2. 简述普通合伙企业的内部和外部关系。
3. 简述协议退伙、当然退伙、除名退伙的情形。
4. 有限合伙人的权利与义务是什么?

#### 四、案例分析

某年初,孙某与程某、陈某合伙开矿,该矿登记为普通合伙企业,由孙某负责执行合伙事务。王某预付 10 万元购买矿石,孙某向王某出具收条一张,载明“今收到王某购买矿石货款现金拾万元整”。之后,王某既未获得矿石,也未能收回预付款。于是,王某将孙某诉至法院,要求其偿还 10 万元欠款。法院审理期间,欲追加其他合伙人,但是王某坚持只要求孙某一一人作为被告。问:本案如何处理?

## 第五节 公司法律制度



### 【本节重点】

1. 公司的设立条件。
2. 公司的组织结构。
3. 高级管理人员的任职资格和义务。



### 【引例】

#### 全国首例认缴注册资本纠纷案

上海某投资公司于 2013 年 11 月成立,注册资本 2000 万,实缴金额 400 万。其中公司发起人徐某认缴出资额为 1400 万、实缴出资额为 280 万,毛某认缴出资额为 600 万,实缴出资额为 120 万;认缴出资期限为两年。2014 年 4 月,毛某将公司股权转让给林某。同时,投资公司通过股东会决议,决定成立新一届股东会,徐某与林某将公司资本由 2000 万增资到 10 亿元,实缴金额还是 400 万元。公司新章程约定,两名股东要在 2024 年 12 月 31 日之前完成出资。2014 年 5 月 1 日,上海某国际贸易有限公司(以下简称“国贸公司”)与投资公司签订《股权转让协议》。根据该协议,投资公司同意以人民币 7960 万元的价格购买国贸公司持有的上海某贸易有限公司 99.5% 的股权,投资公司应于股权转让协议签订后 30 日内支付全部股权转让款。2014 年 5 月,国贸公司依约完成了上述全部股权转让的工商变更登记手续,但投资公司迟迟未依约支付股权转让款。在国贸公司的多次催促下,2014 年 7 月 1 日,双方达成补充协议,约定了股权转让款的具体分期支付计划,首期 2000 万元股权转让款应在 2014 年 8 月 30 日前支付。2014 年 7 月底,投资公司召开股东会作出如下决议:①公司注册资本金由 10 亿元减至 400 万元;②股东徐某退出公司,将其股份转让给接某。2014 年 9 月,投资公司正式向工商登记机关申请注册资本金由 10 亿元减至 400 万元。在有关债务清偿及担保情况说明中,投资公司的表述为“公司对外债务为 0 万元。至 2014 年 9 月 22 日,公司已向要求清偿债务或者提供担保的债权人清偿了全部债务或提供了相应的担保。未清偿的债务,由公司继续负责清偿,并由接某和林某在法律规定的范围内提供相应的担保”。2014 年 10 月,工商登记机关准予投资公司注册资本金额由 10 亿元减资至 400 万元的变更登记。国贸公司得知了投资公司减

资的消息后，诉至法院，请求判令投资公司支付股权转让款首期款 2000 万元，接某、被告林某在各自未出本息范围内就投资公司不能清偿的部分承担补充赔偿责任，徐某、毛某、接某、林某之间承担连带责任。2015 年 5 月 25 日，普陀区法院就案件作出一审判决：投资公司在判决生效之日起十日内向国贸公司支付股权转让款首期款 2000 万元；对投资公司不能清偿的股权转让款，徐某和林某在 10 亿元注册资本未出资的本息范围内履行出资义务，承担补充清偿责任。

### 评析：

众所周知，公司是市场经济中最主要的主体。公司制度是我国社会主义市场经济法律制度的重要组成部分。公司制度的设计既有经济价值目标（如鼓励投资），也有公平、正义的伦理价值目标（如保护公司债权人利益）。公司制度的发展，其实质是不断探索如何平衡股东和债权人之间的利益，兼顾实现公司制度的两个价值目标。

我国公司法一直以来严格奉行法定资本制、实缴登记制，被认为更倾向于保护交易秩序和安全，从而在一定程度上抑制了投资创业的积极性。2012 年起我国开始试点商事登记制度改革。2013 年 12 月 28 日全国人大常委会修订《公司法》，国务院 2014 年 2 月 7 日印发《注册资本登记制度改革方案》，在全国范围推进注册资本登记制度的改革。本次改革的目标之一是通过改革公司注册资本及其他登记事项，放松对市场主体准入的管制，降低准入门槛，优化营商环境，促进市场主体加快发展。

公司注册资本改革是本次改革最重要的一项内容，将注册资本的实缴登记制改为认缴登记制，除法律另有规定外，对大部分公司取消最低注册资本限额，不再限制公司设立时全体股东（发起人）的首次出资比例，不再限制公司全体股东（发起人）的货币出资金额占注册资本的比例，不再规定公司股东（发起人）缴足出资的期限，也不要求提交验资报告。但是，认缴不等于不用缴，股东（发起人）应根据公司章程的记载对其认缴的出资额，按照约定的出资方式、出资期限承担出资义务。

在本案中，投资公司在 2014 年 4 月进行将注册资本从 2000 万元增加到 10 亿元，两名股东承诺在 2024 年 12 月 31 日之前完成缴付出资。但是，目前投资公司出现了巨额债务，公司资本已不足以承担债务，因此，此时投资公司的股东应提前履行出资义务，以便能够对原告承担财产责任。如果僵化地坚持股东一直到认缴期限届满时才有出资义务，则会让资本认缴制成为个别股东逃避法律责任的借口。法院判决投资公司的股东缴纳出资以承担本案中的责任，平衡保护了债权人和公司股东的利益。

## 一、公司概况

### （一）公司的概念

当今世界，无论在何处，公司都是社会经济因素中最活跃、最重要的商事组织。但是，对于公司的概念并没有统一的界定。根据《公司法》第二条、第三条规定的有关内容，可以对公司的概念做如下归纳：公司是以营利为目的的企业法人；公司有独立的法人财产，享有法人财产权，以其全部财产对公司的债务承担责任。

## （二）公司的特征

一般说来，公司具有下列四个特征。

### 1. 营利性

公司是以营利为目的的商事组织。公司设立的目的是为了获得一定的利润。尽管存在不少以经营亏损或者破产清算而终结的公司，但公司并不因此丧失其设立目的的营利性特征。这是公司与非营利性的公益法人最主要的区别。

### 2. 法人性

作为商品生产和商品交换高度发达的产物，公司是企业法人的典型形式：公司拥有独立的法人财产，公司的财产最初源于股东的出资；公司享有法人财产权，股东财产与公司财产分离，股东无权直接处分公司的财产；公司独立承担民事责任，以其全部财产对公司的债务承担责任。股东仅以其认缴的出资额或者认购的股份为限对公司承担责任，这是公司与合伙企业、个人独资企业的主要区别之一。

但是，《公司法》第二十条又作出了关于股东承担连带责任的规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。

### 3. 依法成立

为了保护公司、股东和债权人的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，公司的成立必须严格符合《公司法》的有关条件，并且遵守公司登记的法定程序。

### 4. 严密的组织机构

对于一般的企业法人的组织机构，法律上并没有特别细致、严格的规定。但是，《公司法》对公司则要求必须建立特定的组织机构，并相应制定了各个组织机构的名称，设置职权和议事规则，使公司的组织形式比一般的企业法人更严密、更完整。

## （三）公司的类型

从世界范围来考察，根据不同的划分标准可将公司分成不同的类型。

（1）无限公司、有限公司、股份有限公司及两合公司。这是根据股东对公司债务承担责任的不同对公司进行的划分。无限公司，是指全体股东对公司债务负无限连带责任的公司。有限责任公司和股份有限公司是指全体股东对公司债务仅以各自出资额为限承担责任的公司，且股份有限公司的注册资本须划分为等额的股份。两合公司是指一部分股东对公司债务负无限责任，另一部分股东对公司债务以其出资额为限承担责任的公司。

（2）人合公司、资合公司和人资两合公司。这是根据公司的信用基础不同对公司所作的分类。凡是公司的信用基础在于股东个人而不取决于公司资本的，称为人合公司，它的典型代表是无限公司。凡公司的信用基础是公司的资本数额而不是个人信用的，称为资合

公司，它的典型代表是股份有限公司。凡公司的信用基础兼有股东个人信用和公司资本数额两方面的，称为人合兼资合公司，即人资两合公司，它的典型代表是两合公司。

(3) 母公司和子公司。这是根据公司之间的控制或支配关系进行的划分。处于控制、支配地位的是母公司，被控制、被支配的公司则是子公司。无论是母公司还是子公司都是各自独立的法人。

(4) 总公司和分公司。这是以公司内部的管理系统为划分标准。总公司又称本公司，是指属于管理中心地位的公司；分公司则是本公司的分支机构，不具有独立的法人地位。

(5) 本国公司和外国公司。这是根据公司国籍的不同进行的划分。凡是在本国登记注册、领取营业执照获得法人地位的公司称为本国公司；依外国法律在外国登记注册、领取营业执照的公司则是外国公司。

我国《公司法》第二条明确指出，我国所称的公司只包括有限责任公司和股份有限公司。

## 二、公司法的概念

### (一) 公司法的定义

公司法的概念包括广义概念和狭义概念。狭义的公司法仅指《公司法》法典。《公司法》于1993年12月29日由第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过，1994年7月1日起施行。2005年10月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议对《公司法》进行了第一次修订。现行《公司法》是2013年12月28日第二次修正的，于2014年3月1日起施行。广义的公司法是指调整公司关系的法律规范的总称，其内容涉及公司的设立、组织、活动、解散及其他对内对外关系，等等。广义公司法除包括狭义的公司法以外，还包括其他，如《中外合资经营企业法》《中华人民共和国商业银行法》（以下简称《商业银行法》）《公司登记管理条例》（以下简称《公司登记管理条例》）等法律、法规中关于公司设置、公司登记的特殊规定，以及《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定》（一）、（二）、（三）等司法解释。

### (二) 公司法的特点

作为调整公司关系的法律规范，公司法具有如下特点。

(1) 公司法是组织法。它规定了公司的种类，确认了公司的法律地位和资格，明确了公司设立的条件和程序、公司和公司股东权利和义务、公司内部组织机构的设置及其职权，公司的分立、合并、终止程序等。

(2) 公司法是行为法。公司的行为可分为两个方面：一是开展生产经营业务，如股东会、董事会决议等；另一方面则与其自身特点密切相关，如股票与公司债券的发行与转让等。因此，我国《公司法》还规定了涉及金融证券等方面的内容。

(3) 公司法是公私混合法。公司法一方面体现了国家对社会经济生活的干预，要求公司的设立和运行必须严格遵守公司法的规定，对于守法者给予保护，违法者予以惩罚；另一方面又通过某些任意性条款允许公司及股东享有一定的自由决定权。

### 三、公司的设立

#### (一) 公司设立的概念

公司的设立,是指出资人或者发起人为组建公司、取得法人资格,依照法律规定的条件和程序而完成的一系列的准备行为。根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(三)》,为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人,应当认定为公司的发起人,包括有限责任公司设立时的股东。

#### (二) 公司设立的方式

##### 1. 有限责任公司设立方式

有限责任公司只能由股东认购公司全部的股本。

##### 2. 股份有限公司设立方式

(1) 发起设立。发起设立是指由公司的发起人认购公司应发行的全部股本或股份而设立公司。

(2) 募集设立。募集设立是指由发起人认购公司应发行股份的一部分,其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

#### (三) 公司设立的条件

根据《公司法》的有关规定,设立公司应符合以下条件。

##### 1. 有限责任公司设立的条件

(1) 股东人数须符合法律规定。有限责任公司由 50 个以下股东出资设立。

(2) 有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额。有限责任公司的注册资本是在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。法律、行政法规以及国务院对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的,从其规定。

(3) 股东共同制定公司章程。有限责任公司的公司章程应当载明下列事项:①公司名称和住所;②公司经营范围;③公司注册资本;④股东的姓名或者名称;⑤股东的出资方式、出资额和出资时间;⑥公司的机构及其产生办法、职权、议事规则;⑦公司法定代表人;⑧股东会会议认为需要规定的其他事项。股东应当在公司章程上签名、盖章。

(4) 有公司名称,建立符合有限责任公司要求的组织机构。公司名称是使公司人格特定化的标志。公司以自己的名称独立地进行生产经营活动,区别于其他公司的营业。《公司法》规定,依法设立的有限责任公司,必须在公司名称中表明“有限责任公司”或者“有限公司”字样。有限责任公司必要的组织机构包括股东会、董事会和监事会。

(5) 有公司住所。公司住所是公司章程载明并在登记机关依法登记的公司所在地。确定公司住所,对于确认公司登记及税收等的行政管辖、诉讼方面等的司法管辖,以及合同履行等的民事交往方面都具有非常重要的意义。《公司法》第十条规定,公司以其主要办事机构所在地为住所。登记后公司的主要办事机构发生变更的,应依法办理变更手续。

##### 2. 股份有限公司设立条件

(1) 发起人符合法定人数。设立股份有限公司,应当有 2 人以上 200 人以下发起



人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

(2) 有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额。股份有限公司采取发起方式设立的，注册资本为公司在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额，在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。法律、行政法规以及国务院对股份有限公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其规定。募集方式设立时公司全体发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五。但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。

(3) 股份发行、筹办事项符合法律规定。以募集方式设立的股份有限公司，发起人须公告招股说明书，制作认股书，由证券公司承销、银行代收股款。招股说明书应当附有发起人制定的公司章程，并载明下列事项：① 发起人认购的股份数；② 每股的票面金额和发行价格；③ 无记名股票的发行总数；④ 募集资金的用途；⑤ 认股人的权利、义务；⑥ 本次募股的起止期及逾期未募足时认股人可以撤回所认股份的说明。

(4) 发起人制定公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过。股份有限公司章程应当载明下列事项：① 公司名称和住所；② 公司经营范围；③ 公司设立方式；④ 公司股份总数、每股金额和注册资本；⑤ 发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；⑥ 董事会的组成、职权和议事规则；⑦ 公司法定代表人；⑧ 监事会的组成、职权和议事规则；⑨ 公司利润分配方法；⑩ 公司的解散事由与清算办法；⑪ 公司的通知和公告办法；⑫ 股东大会会议认为需要约定的其他事项。

(5) 有公司名称，建立符合要求的组织机构。依法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。股份有限公司必要的组织机构包括股东大会、董事会和监事会。上市公司的组织机构还应符合《公司法》的特别规定。

(6) 股份有限公司以其主要办事机构所在地为住所。

#### (四) 公司设立的程序

##### 1. 有限责任公司的设立程序

与股份有限公司设立程序相比较，有限责任公司的设立程序较为简单。有限责任公司的股东需预先申请公司名称核准，在订立公司章程、设立组织机构后，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报送公司登记申请书、公司章程等文件，申请设立登记。依法需要前置审批的，需先向审批部门申领许可证或批准文件，才能办理设立登记。

##### 2. 股份有限公司的设立程序

以发起设立的方式设立股份有限公司的，其设立程序与有限责任公司的基本一致。以募集方式设立的股份有限公司，其设立程序则较为复杂。在发起人订立公司章程、缴纳股款后，发起人还须向社会募集股款。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资，并出具验资证明。发起人应当自股款缴足之日起 30 日内主持召开公司创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。创立大会除选举董事会和监事会成员外，还审议发起人

关于公司筹办情况的报告；通过公司章程；对公司的设立费用及发起人用于抵作股款的财产作价进行审核；当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时，可以做出不设立公司的决议。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：①公司登记申请书；②创立大会的会议记录；③公司的章程；④验资证明；⑤法定代表人、董事、监事的任职文件及身份证明；⑥发起人的法人资格证明或者自然人身份证明；⑦公司住所证明。

公司登记机关接到有限责任公司和股份有限公司的设立登记申请后，依法予以核准登记，并颁发营业执照。公司自营业执照颁发之日起成立。

## 四、公司的资本与股份

### （一）公司的资本

公司的资本有广义和狭义之分。广义的公司资本是指公司生产经营的全部财产，包括股东出资、公司债、利润留成、接受捐款等。狭义的公司资本仅指股本或股份资本，是公司成立时公司章程所规定的、股东出资构成的财产总额。公司资本是公司存在的基本要素，是公司进行生产经营活动的基本物质条件，是对债权人的利益最基本的保证，也是股东对公司享有权益的基础和表现形式。根据我国《公司法》的规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额；股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认缴的股本总额；股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

### （二）公司的股份

公司的股份是计量公司股本的最小单位。股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。股份的表现形式是股票。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。《公司法》规定，股份的发行实行公平的原则，须同股同权、同股同利。股票可分为记名股票和无记名股票，公司向发起人、法人发行的股票应为记名股票，并置备股东名册；发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号和发行日期。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。股票采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。股票应载明下列主要事项：①公司名称；②公司成立日期；③股票种类、票面金额及代表的股份数；④股票的编号。

## 五、股东出资与股份的转让

### （一）股东出资

股东出资是公司设立的基本条件。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等出资，可以用货币估价并可以用依法转让的非货币财产作价出资，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价、核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，

应当将货币出资足额存入有限责任公司和股份有限公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

## （二）股权与股份转让

公司股权或股份的转让是指持有公司股权或股份的股东依法将自己持有的股权或股份让与他人，使其他人成为公司股东的法律行为。有限责任公司的股权转让与股份有限公司的股份转让有很大差别。

### 1. 有限责任公司的股权转让

根据《公司法》第三章的有关规定，有限责任公司的股权转让情况可以作以下几种分类。

（1）股权自愿转让。有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或部分股权。股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意，股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满 30 日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权，不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。2 个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例，协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

（2）股权强制转让。股权强制转让是指人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权。《公司法》第七十二条规定，在转让股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

（3）股权收购。根据《公司法》第七十五条规定，有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：①公司连续 5 年不向股东分配利润，而公司该 5 年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；②公司合并、分立、转让主要财产的；③公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。《公司法》还规定，自股东会会议决议通过之日起 60 日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起 90 日内向人民法院提起诉讼，依法请求人民法院维护其合法权益。

（4）股权继承。《公司法》第七十五条规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，但是公司章程另有规定的除外。

### 2. 股份有限公司的股份转让

由于股份有限公司的股份采用股票的形式，股份的转让实际上是股票的转让。

股东持有的股份可以依法转让，但是，为了维护公司的财产稳定、股东的利益及社会经济秩序，《公司法》对公司股份转让做了一些限制。根据《公司法》第无章第二节的有关规定，对股票转让的限制性内容如下。

（1）股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其

他方式进行。

(2) 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, 转让后由公司将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, 由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

(3) 发起人持有的本公司股份, 自公司成立之日起 1 年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份, 自公司股票在证券交易所上市交易之日起 1 年内不得转让。

(4) 公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况, 在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五; 所持本公司股份自公司股票上市交易之日起 1 年内不得转让。上述人员离职后半年内, 不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份做出其他限制性规定。

(5) 公司不得收购本公司股份。但是, 有下列情形之一的除外: ①减少本公司注册资本; ②与持有本公司股份的其他公司合并; ③将股份奖励给本公司职工; ④股东因对股东大会做出的公司合并、分立决议持异议, 要求公司收购其股份的。

(6) 上市公司的股票, 依照有关法律、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。

(7) 公司不得接受本公司的股票作为抵押权的标的。

## 六、公司债

### (一) 公司债和公司债券的概念

公司债是指公司通过发行债券, 向社会公众公开募集筹措资金而形成的一种金钱债务。公司债券是指公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券, 是公司债的表现形式。公司发行公司债券应当符合《公司法》《中华人民共和国证券法》(以下简称《证券法》) 的有关规定。

### (二) 公司债的种类

依照《公司法》的有关内容, 公司债主要有以下两种分类。

(1) 记名公司债和无记名公司债。根据公司债是否在公司债券上记载公司债债权人的名称, 可将公司债划分为记名公司债和无记名公司债。我国《公司法》第一百五十六条规定, 公司债券, 可以为记名债券, 也可以为无记名债券。第一百五十七条又规定, 公司发行公司债券应当置备公司债券存根簿。发行记名公司债券的, 应当在公司债券存根簿上载明下列事项: ①债券持有人的姓名或者名称及住所; ②债券持有人取得债券的日期及债券的编号; ③债券的总额、债券的票面金额利率、还本利息的期限和方式; ④债券的发行日期。发行无记名公司债券的, 应当在公司债券存根簿上载明债券总额、利率、偿还期限和方式、发行日期及债券的编号。

(2) 转换公司债和非转换公司债。根据公司债是否可以转换为公司股份, 可将公司债划分为转换公司债和非转换公司债。前者依公司债债权人的请求, 可以按照事先约定的办法转换为公司股份, 而后者则不能转换为公司股份。根据我国《公司法》第一百六十一条

规定，上市公司经股东大会决议可以发行可转换为股票的公司债券，并在公司债券募集办法中规定具体的转换办法。上市公司发行转换为股票的公司债券，应当报国务院证券监督管理机构核准。

公司发行可转换为股票的公司债券，应当在债券上标明“可转换公司债券”字样，并在公司债券存根簿上载明可转换公司债券的数额。当债券持有人要求将债券转换为股票时，公司应当按照其转换办法向债券持有人换发股票。债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。

### （三）公司债的发行与转让

#### 1. 公司债的发行

公司债是公司筹集资金的重要途径。由于公司债具有广泛的社会性，为了维护社会经济秩序和保障社会公众利益，公司债的发行必须符合法律规定的条件。《公司法》对于公司债的发行并没有涉及具体条件，但明确提出：公司发行公司债券应当符合《证券法》规定的发行条件。这一规定符合《公司法》与《证券法》各自的立法宗旨与职能。

#### 2. 公司债的转让

公司债券可以转让，转让价格由转让人与受让人约定。公司债的转让方式，依其为记名公司债还是无记名公司债而有所不同。根据《公司法》第一百五十九条规定，记名公司债券，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，转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿；而无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

## 七、公司的组织机构

### （一）有限责任公司的组织机构

#### 1. 股东会

股东会由全体股东组成，是公司的权力机构，依法行使其职能。

（1）股东会的职权。《公司法》第三十七条规定，股东会行使下列职权：①决定公司的经营方针和投资计划；②选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；③审议批准董事会的报告；④审议批准监事会或者监事的报告；⑤审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；⑥审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑦对公司增加或者减少注册资本作出决议；⑧对发行公司债券作出决议；⑨对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；⑩修改公司章程；⑪公司章程规定的其他职权。

对上述所列事项，股东以书面形式一致表示同意的，可以不召开股东会会议，直接作出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

（2）股东会的召集。首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依法行使职权。股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上的董事、监事会或者不设监事会的公司的监事

提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持；董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

(3) 股东会的议事规则。召开股东会会议，应当于会议召开 15 日前通知全体股东，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

股东会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定的除外，由公司章程规定。股东会会议做出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上有表决权的股东通过。

## 2. 董事会

(1) 董事会的组成。有限责任公司设董事会，其成员为 3 人至 13 人，法律另有规定的除外。

两个以上的国有企业或者两个以上的其他国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事会设董事长一人，可以设副董事长；董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年，董事任期期满，连选可以连任。

(2) 董事会的职权。董事会对股东会负责，行使下列职权：①召集股东会会议，并向股东会报告工作；②执行股东会的决议；③决定公司的经营计划和投资方案；④制订公司的年度财务预算方案、决算方案；⑤制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；⑥制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；⑦制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；⑧决定公司内部管理机构的设置；⑨决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；⑩制定公司的基本管理制度；⑪ 公司章程规定的其他职权。

股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设 1 名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理，执行董事的职权由公司章程规定。

(3) 董事会的召集和主持。董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事召集和主持。

(4) 董事会的议事规则。董事会的议事方式和表决程序，除法律有规定的外，由公司章程规定。董事会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录

上签名。董事会决议的表决，实行1人1票。

(5) 经理。有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：①主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；②组织实施公司年度经营计划和投资方案；③拟订公司内部管理机构设置方案；④拟订公司的基本管理制度；⑤制定公司的具体规章；⑥提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；⑦决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；⑧董事会授予的其他职权。公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。经理列席董事会会议。

### 3. 监事会

(1) 监事会的组成。有限责任公司设监事会，其成员不得少于3人。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设1至2名监事，不设监事会。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席1人，由全体监事过半数选举产生。监事的任期每届为3年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。董事、高级管理人员不得兼任监事。

(2) 监事会的召集。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举1名监事召集和主持监事会会议。

(3) 监事会的职权。监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：①检查公司财务；②对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；③当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；④提议召开临时股东会会议，在董事会不履行《公司法》规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；⑤向股东会会议提出提案；⑥依照《公司法》规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；⑦公司章程规定的其他职权。

(4) 监事会的议事规则。监事会每年度至少召开1次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除法律有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当将所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。

监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

### 4. 国有独资公司的组织机构的特别规定

国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。国有独资公司设立的组织机构，适用《公司法》的特别规定；没有特别规定的，适用一般规定。

国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。国有资产监督管理机构可以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、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定。其中，重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。所谓重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定。

国有独资公司设董事会，依法行使职权。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。董事会成员由国有资产监督管理机构委派，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事每届任期不得超过 3 年。

国有独资公司监事会成员不得少于 5 人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管理机构委派，监事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定。监事会行使《公司法》规定的职权和国务院规定的其他职权。

#### 5. 一人有限责任公司的组织机构的特别规定

一人有限责任公司是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，该一人有限责任公司不能投资设立新的一人责任有限公司。在公司设立时，应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。一人有限责任公司的设立和组织机构，适用特别规定；没有特别规定的，适用一般规定。

公司章程由股东制定。公司不设股东会，股东作出公司的经营方针和投资计划时，应采用书面形式，并由股东签名后置备于公司。

一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

### （二）股份有限公司的组织机构

#### 1. 股东大会

股份有限公司股东大会由全体股东组成。股东大会是公司的权力机构，依法行使职权。

（1）股东大会的职权。《公司法》第三十七条第一款关于有限责任公司股东会职权的规定，适用于股份有限公司股东大会。

（2）股东大会的召开和召集。《公司法》第一百条规定，股东大会应当每年召开 1 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：①董事人数不足《公司法》规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时；②公司未弥补的亏损达实收股本总额三分之一时；③单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时；④董事会认为必要时；⑤监事会提议召开时；⑥公司章程规定的其他情形。

召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开 20 日前



通知各股东；临时股东大会应当于会议召开 15 日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开 30 日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

单独或者合计持有公司百分之三以上股份的股东，可以在股东大会召开 10 日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后 2 日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。临时提案的内容应当属于股东大会职权范围，并有明确议题和具体决议事项。股东大会不得对前两款通知中未列明的事项作出决议。

无记名股票持有人出席股东大会会议的，应当于会议召开 5 日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事主持。董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续 90 日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。

(3) 股东大会的议事规则。股东出席股东大会会议，所持每 1 股份有 1 表决权，但是公司持有的本公司股份没有表决权。

股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。但是，股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。《公司法》和公司章程规定公司转让、受让重大资产或者对外提供担保等事项必须经股东大会作出决议的，董事会应当及时召集股东大会会议，由股东大会就上述事项进行表决。

股东大会选举董事、监事，可以依照公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。累积投票制，是指股东大会选举董事或者监事时，每 1 股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。股东可以委托代理人出席股东大会会议，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。

股东大会应当对所议事项的决定做成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

## 2. 董事会

(1) 董事会的组成。股份有限公司设董事会，其成员为 5 人至 19 人。董事会成员中可以有公司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长。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。

(2) 董事会的职权。《公司法》关于有限责任公司董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事会。《公司法》关于有限责任公司董事任期的规定，适用于股份有限公司董事。

(3) 董事会的召集。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；

副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事履行职务。

董事会每年度至少召开 2 次会议，每次会议应当于会议召开 10 日前通知全体董事和监事。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事长应当自接到提议后 10 日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

（4）董事会的议事规则。董事会会议应有过半数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。董事会决议的表决，实行 1 人 1 票。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，委托书中应载明授权范围。

董事会应当对会议所议事项的决定做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。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、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司承担赔偿责任。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。

（5）经理。股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。《公司法》第四十九条关于有限责任公司经理职权的规定，适用于股份有限公司经理。公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。

### 3. 监事会

（1）监事会的组成。股份有限公司设监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。监事会设主席 1 人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。《公司法》关于有限责任公司监事任期的规定适用于股份有限公司监事。董事、高级管理人员不得兼任监事。

（2）监事会的召集。监事会主席召集和主持监事会会议。监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举 1 名监事召集和主持监事会会议。

（3）监事会的职权。《公司法》关于有限责任公司监事会职权的规定，适用于股份有限公司监事会。

（4）监事会的召开和议事规则。监事会每 6 个月至少召开 1 次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

#### 4v 上市公司组织机构的特别规定

《公司法》所称上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。

上市公司在 1 年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

上市公司设立独立董事，具体办法由国务院规定。

上市公司设董事会秘书，负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股东资料的管理，办理信息披露事务等事宜。

### （三）公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务

#### 1. 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格

根据《公司法》的有关规定，公司高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

《公司法》对公司董事、监事、高级管理人员的任职资格作出了限制性规定。有下列情形之一的，不得担任公司董事、监事、高级管理人员：①无民事行为能力或者限制民事行为能力；②因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾5年；③担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾3年；④担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾3年；⑤个人所负数额较大的债务到期未清偿。

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

#### 2. 公司董事、监事、高级管理人员的义务

董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。对公司负有忠实义务和勤勉义务。忠实义务是指公司董事、监事、高级管理人员在执行公司业务时所承担的忠于公司、以追求公司利益作为自己行动的准则，不得追求自己和他人利益的义务。勤勉义务，也称注意义务或审慎义务，是指董事、监事、高级管理人员在管理公司事务过程中，负有运用自己的知识、经验和技能等、为了公司的利益勤勉并谨慎地履行职责的义务。

董事、监事、高级管理人员不得用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。董事、高级管理人员也不得有下列行为：①挪用公司资金；②将公司资金以个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；③违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或董事会同意，将公司资产借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；④违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；⑤未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者与他人经营与所任职公司同类的业务；⑥接受他人与公司交易的佣金归为己有；⑦擅自披露公司秘密；⑧违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。

#### 3. 对公司董事、监事、高级管理人员的监督和诉讼

股东会或者股东大会要求董事、监事、高级管理人员列席会议的，董事、监事、

高级管理人员应当列席并接受股东的质询。董事、高级管理人员应当如实向监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事提供有关情况和资料，不得妨碍监事会或者监事行使职权。

董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。对于有上述行为的公司董事、高级管理人员，有限责任公司的股东、股份有限公司连续 180 日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；对于有上述行为的监事，股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事或者董事会、执行董事收到上述规定的股东书面请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起 30 日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，股东可以依照《公司法》的有关规定向人民法院提起诉讼。董事、高级管理人员违反法律、行政法规或公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

## 八、公司的合并与分立

### （一）合并、分立的概念、形式

公司合并是指两个或者两个以上的公司依法达成合意，成为一个公司的法律行为。公司分立是指一个公司分解为两个或两个以上的公司的法律行为。公司合并可以采取吸收合并或者新设合并两种形式：吸收合并是指一个公司吸收其他公司，被吸收的公司解散；新设合并是两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

### （二）合并、分立的程序

依《公司法》第一百七十三条规定，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。公司应当自做出合并决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告，债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，可以要求公司清偿债务或提供相应担保。

根据《公司法》第一百七十五条规定，公司分立，应对公司财产进行相应的分割，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 日内在报纸上公告。

### （三）合并、分立的效力

#### 1. 权利义务的概括承受

公司合并后，合并各方的债权、债务效力应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。公司分立后，公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

## 2. 合并、分立公司的变化

由于公司的合并、分立导致原有公司发生了公司变更、公司消灭、公司新设三种结果。无论出现哪种情况,都应向公司登记机关办理变更、注销或设立登记。

[案例] 郑某与某市电器有限公司签订货物买卖合同。郑某履行合同、交付货物后,电器公司还有219924元货款尚未给付。不久,电器公司被某开关柜附件公司吸收合并。郑某向该公司索要货款被拒绝,遂向法院提起诉讼。

试分析:本案应由谁承担支付货款的义务?

[分析] 本案应由开关柜附件公司承担支付货款的义务。按照《公司法》的规定,公司合并后,合并各方的债权、债务效力应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。开关柜附件公司吸收合并了电器公司后,电器公司解散,开关柜附件公司是合并后存续的公司,依法应当承担原电器公司的债务。

## 九、公司的解散与清算

### (一) 公司的解散

公司解散,是指已成立的公司,因发生法律或公司章程规定的事由而停止其积极的营业活动,进入清算程序并最终丧失其法人资格的法律行为。

依《公司法》第一百八十条、第一百八十二条规定,公司解散的原因有:①公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现;②股东会或者股东大会决议解散;③因公司合并或者分立需要解散;④依法被吊销营业执照,责令关闭或者被撤销;⑤公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的,持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东向人民法院请求解散公司,人民法院依法予以解散的。

此外,根据《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定(二)》,单独或者合计持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,以下列事由之一提起解散公司诉讼,并符合《公司法》第一百八十三条规定的,人民法院应予受理:①公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会,公司经营管理发生严重困难的;②股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例,持续两年以上不能做出有效的股东会或者股东大会决议,公司经营管理发生严重困难的;③公司董事长期冲突,且无法通过股东会或者股东大会解决,公司经营管理发生严重困难的;④经营管理发生其他严重困难,公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。但是,股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害,或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务,以及公司被吊销企业法人营业执照未进清算等为由,提起解散公司诉讼的,人民法院不予受理。

公司解散后,一般都必须依法成立清算组织,进入清算程序。

### (二) 公司的清算

公司的清算是指公司解散时,依照法定程序,对公司的财产和债权债务关系进行清理、处分和分配,终结公司现存的财产和其他法律关系,从而消灭解散公司法人资格的程

序。依《公司法》第一百八十三条规定，除因公司合并或者分立需要解散外，均应当在解散事由出现之日起成立清算组，开始清算。

### 1. 清算组的组成和职权

有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事会或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算，人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。根据《最高人民法院关于适用〈公司法〉若干问题的规定（二）》，清算组成员可以从下列人员或者机构中产生：①公司股东、董事、监事、高级管理人员；②依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构；③依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的人员。同时，人民法院指定的清算组成员有下列情形之一的，人民法院可以根据债权人、股东的申请，或者依职权更换清算组成员：①有违反法律或者行政法规的行为；②丧失执业能力或者民事行为能力；③有严重损害公司或者债权人利益的行为。

清算组在清算期间行使下列职权：①清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；②通知、公告债权人；③处理与清算有关的公司未了结的业务；④清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；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。

### 2. 清算程序

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

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，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。

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照规定清偿前，不得分配给股东。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。

### 3. 清算组成员义务

清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务：①清算组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产；②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。

### （三）公司的注销

公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，办理注销登记。经公司登记机关注销登记，公司终止。

## 十、法律责任

### （一）公司应承担的法律责任

（1）违反法律规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上五十万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。

（2）公司违反法律规定，在法定的会计账簿以外另立会计账簿的，由县级以上人民政府财政部门责令改正，处以五万元以上五十万元以下的罚款。

（3）公司在依法向有关主管部门提供的财务会计报告等材料上作虚假记载或者隐瞒重要事实的，由有关主管部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

（4）公司不依照法律规定提取法定公积金的，由县级以上人民政府财政部门责令如数补足应当提取的金额，可以对公司处以二十万元以下的罚款。

（5）公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照法律规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额百分之五以上百分之十以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

（6）公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的，由公司登记机关予以警告，没收违法所得。

（7）清算组不依照本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有重大遗漏的，由公司登记机关责令改正。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，由公司登记机关责令退还公司财产，没收违法所得，可以并处违法所得一倍以上五倍以下的罚款。

（8）未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，或者未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司的分公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司的分公司名义的，由公司登记机关责令改正或者予以取缔，可以并处十万元以下的罚款。

（9）公司成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续6个月以上的，可以由公司登记机关吊销营业执照。公司登记事项发生变更时，未依照本法规定办

理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以一万元以上十万元以下的罚款。

（10）外国公司违反本法规定，擅自在中国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处五万元以上二十万元以下的罚款。

（11）利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的，吊销营业执照。

### （二）公司的发起人、股东应承担的法律责任

（1）公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，处以虚假出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

（2）公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款。

### （三）承担资产评估、验资或者验证的机构应承担的法律责任

（1）承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假材料的，由公司登记机关没收违法所得，处以违法所得一倍以上五倍以下的罚款，并可以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，吊销营业执照。

（2）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报告的，由公司登记机关责令改正，情节较重的，处以所得收入一倍以上五倍以下的罚款，并可以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，吊销营业执照。

（3）承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

### （四）公司登记机关及其上级部门应承担的法律责任

（1）公司登记机关对不符合法律规定条件的登记申请予以登记，或者对符合本法规定条件的登记申请不予登记的，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。

（2）公司登记机关的上级部门强令公司登记机关对不符合法律规定条件的登记申请予以登记，或者对符合本法规定条件的登记申请不予登记的，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。

公司违反法律规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。违反法律规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 思考练习题

### 一、名词解释

#### 1. 有限责任公司和股份有限公司



2. 发起人
3. 公司债和公司债券
4. 股票
5. 累积投票制
6. 公司合并和公司分立

## 二、选择题

1. 根据（ ）的划分标准，公司可以分为无限公司、有限公司、股份有限公司及两合公司。

- |            |                   |
|------------|-------------------|
| A. 公司的组织形式 | B. 公司的名称          |
| C. 公司的地址   | D. 股东对公司债务承担责任的不同 |

2. 以（ ）为划分标准，公司可以划分为总公司和分公司。

- A. 股东对公司债务承担责任的不同  
B. 公司之间的控制或支配关系  
C. 公司内部管理与被管理的关系  
D. 公司的法定代表人

3. 以（ ）为划分标准，公司分为本国公司和外国公司。

- |            |            |
|------------|------------|
| A. 投资主体的国籍 | B. 公司的国籍   |
| C. 公司的组织形式 | D. 公司承担的责任 |

4. （ ）的设立方式既可以采用发起设立，也可以采用募集设立。

- |           |           |
|-----------|-----------|
| A. 有限责任公司 | B. 无限责任公司 |
| C. 两合公司   | D. 股份有限公司 |

## 三、简答题

1. 公司设立的条件是什么？
2. 公司债有哪些类型？
3. 简述公司的组织机构的设置及其职权。
4. 个人独资企业与一人公司的区别是什么？
5. 简述公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务。
6. 公司合并或者分立后，公司的权利与义务是如何承担的？

## 四、案例分析

本案例是著名的商战——上市公司万科公司的管理层与股东华润集团、宝能系之间的争夺战中的一场。2016年6月17日下午，万科公司召开董事会审议增发股份引入深圳地铁进行重组的预案，如果预案能够在董事会中通过，将会进一步作为议案提交股东大会审议。11名董事中张某某独立董事认为其任职的黑石集团与万科公司正在洽谈业务，自身存在潜在的关联与利益冲突，申请不对所有相关议案行使表决权，因此相关议案由无关联关系的10名董事进行表决。表决结果是7票同意、3票反对、1票回避。投下反对票的3名董事均来自股东华润集团。随后，万科公司发布公告称董事会以超过2/3的票数通过此次

预案。不过，华润集团坚持认为该方案并没有通过，因为按照万科公司章程相关规定，董事会对重大事项决议需要超过 2/3 的表决权，也就是说 8 张以上赞成票才行。

请根据你所学习的公司法知识，分析下列问题：

1. 万科公司的上述董事会决议在法律层面是否已经通过、可以提交股东大会审议了？
2. 万科公司一向以完善、透明的公司治理著称。公司法关于公司组织机构的设置是怎样规定的？上市公司的组织机构中独立董事制度设置的目的是什么？张某某担任万科公司的独立董事是否违反法律规定？

## 第六节 破产法律制度



### 【本节重点】

1. 破产、重整与和解的关系。
2. 破产原因。
3. 破产清偿顺序。



### 【引例】

#### 超日公司破产重整案

上海超日太阳能科技股份有限公司成立于 2003 年 6 月，是一家上市民营企业。2012 年超日公司发行“11 超日债”公司债券。2014 年 3 月 4 日，\*ST 超日发布公告，宣布违约，不能清偿到期利息。这是我国证券市场上首例违约的债券。同时，超日公司已连续三年亏损，2014 年 5 月 28 日起，公司股票暂停上市，“11 超日债”于 5 月 30 日起终止上市。债权人上海毅华金属材料有限公司向法院申请超日公司重整。2014 年 6 月 26 日，上海一中院裁定受理并指定管理人，超日公司重整进入司法程序。2014 年 8 月 18 日，在上海一中院的主持下，超日公司重整举行第一次债权人会议，通过了《财产管理方案》。2014 年 9 月 3 日，管理人发布公告，通过公开招标方式遴选投资人。2014 年 9 月 30 日，确定由江苏协鑫能源有限公司等共 9 家财务投资人组成的联合体为超日公司的投资人。2014 年 10 月 23 日，超日公司重整举行第二次债权人会议。经投票，《超日公司重整计划草案》依法获得通过，草案初步确定了“11 超日债”的偿还方案：由长城资产管理公司与上海久阳资产管理公司提供担保，“11 超日债”将获得优先受偿，最终将会本息全部偿付；超日公司以资本公积金股本溢价转增股本 16.8 亿股由全体出资人无偿让渡，并由投资人有条件受偿；超日公司职工债权和税款债权全额受偿；有财产担保债权按照担保物评估价值优先受偿，未能就担保物评估价值受偿的部分作为普通债权受偿。2014 年 10 月 28 日，上海一中院裁定批准超日公司重整计划，终止超日公司重整程序，超日公司重整进入执行阶段。2014 年 12 月 24 日，上海一中院裁定确认超日公司重整计划执行完毕，超日公司破产程序终结。2015 年 8 月 12 日，\*ST 超日恢复上市，更名为“协鑫集成”。

评析:

在激烈的市场竞争中,总是会有企业败下阵来,出现因资不抵债或者其他原因而不能清偿到期债务的情况,企业需要一种正常退市的法制途径。为此,《中华人民共和国企业破产法》(以下简称《企业破产法》)中设置了破产重整、破产和解、破产清算等法定程序。但是,破产法的运用还不够充分。当前,为配合化解过剩产能、清理僵尸企业,最高人民法院将依法清理僵尸企业、审理企业破产案件作为了重点工作之一。一旦进入司法程序,法院要根据《企业破产法》的规定,识别不同类型企业情况,选择最合适的程序,平等保护债权人、债务人、利益相关各方的合法权益,尽可能多兼并重组,少破产清算,让一些企业得到重生。

在本案中,超日公司与投资人、债权人成功达成重整协议,通过破产重整,盘活了企业资产,恢复了生产经营,债权人的受偿率能够提高,员工不会失业,经营项目还能找到新的投资人接手,实现了多方共赢,企业也获得了振兴和再生的机会。由本案可见,《企业破产法》不仅仅是一部关于企业“死亡”的法律,也是一部关于企业“再生”的法律。

## 一、破产与破产法概述

### (一) 破产与破产法

破产一词源自拉丁文,本意为失败,法律上是指债务人不能清偿到期债务,在法院的监督下,依法将其全部财产抵偿其所欠的各种债务的清算程序。破产法是指调整破产程序中所发生的各种关系的法律规范。它最早起源于罗马法,后来被商业经济较发达的资本主义国家采用,进而在世界范围内得到确立。

我国破产法律制度是在计划经济体制向市场经济体制过渡中逐步形成的。最早出现的破产法是1985年2月9日沈阳市人民政府颁布并施行的《关于城市集体所有制工业企业破产倒闭处理试行规定》。1986年12月2日,第六届全国人大常委会第十八次会议通过了第一部全国性的破产法《企业破产法(试行)》,适用于全民所有制企业。1991年4月9日颁布实施的《中华人民共和国民事诉讼法》(以下简称《民事诉讼法》)于第二篇专设“企业法人破产还债程序”一章,适用于非全民所有制的法人企业。最高人民法院先后颁布了若干司法解释,就实践中遇到的问题做出了解释。这些法律、法规的颁布对于满足经济发展和经济体制改革的需要,促进企业自主经营、提高经济效益、保护债权人和债务人合法权益具有重要的作用。但是,这种根据企业所有制性质不同而采用不同破产程序的方法与建立公平公正的社会主义市场经济体制不相适应。因此,2006年8月27日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议通过了新的《企业破产法》,该法自2007年6月1日起施行。该法共十二章一百三十六条。最高人民法院分别于2011年8月29日和2013年7月29日通过了《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(一)》和《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定(二)》。

### (二) 破产原因

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定

(一)》，债务人不能清偿到期债务并且具有下列情形之一的，人民法院应当认定其具备破产原因：①资产不足以清偿全部债务；②明显缺乏清偿能力。相关当事人以对债务人的债务负有连带责任的人未丧失清偿能力为由，主张债务人不具备破产原因的，人民法院应不予支持。

下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：①债权债务关系依法成立；②债务履行期限已经届满；③债务人未完全清偿债务。

债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。但是，账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：①因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务；②法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；③经人民法院强制执行，无法清偿债务；④长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；⑤导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

## 二、破产的申请和受理

### (一) 破产程序的开始

#### 1. 破产申请的提出

破产申请是破产申请人请求法院受理破产案件的意思表示。破产申请的提出是进入破产程序的前提。根据《企业破产法》第七条规定，债权人、债务人、企业法人清算人均可提出重整、和解或者破产清算申请。

(1) 债务人提出破产申请。如果债务人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，债务人可以自行申请破产。企业法人有上述情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依法进行重整。

(2) 债权人提出申请。如果债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出申请，对债务人进行重整或者破产清算。

(3) 企业法人清算责任人提出申请。如果企业法人已解散，但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务时，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。

破产案件由债务人住所地人民法院管辖。由债权人向人民法院提出破产申请的，应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项：①申请人及被申请人的基本情况；②申请目的；③申请的事实和理由；④人民法院认为应当载明的其他事项。由债务人提出申请的，还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

#### 2. 破产申请的受理

(1) 受理。受理是指法院对破产申请人提出的重整、和解或者破产清算申请进行审查，认为符合受理条件的，予以立案的行为。债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起 5 日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之

日起7日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起10日内裁定是否受理。除上述情形外,人民法院应当自收到破产申请之日起15日内裁定是否受理。有特殊情况需要延长裁定受理期限的,经上一级人民法院批准,可以延长15日。

(2) 通知和公告。法院受理破产条件后,应当自裁定做出之日起5日内送达申请人;由债权人提出申请的,应当自裁定做出之日起5日内送达债务人。同时,人民法院应当指定管理人,通知已知债权人并公告。通知和公告应当载明下列事项:①申请人、被申请人的名称或者姓名;②人民法院受理破产申请的时间;③申报债权的期限、地点和注意事项;④管理人的名称或者姓名及其处理事务的地址;⑤债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产的要求;⑥第一次债权人会议召开的时间和地点;⑦人民法院认为应当通知和公告的其他事项。

### 3. 受理的效力

《企业破产法》第十四条至第二十一条对人民法院受理破产申请后所产生的效力做了以下四个方面的规定。

(1) 对债务人及其有关人员的约束力。人民法院受理破产申请后,债务人对个别债权人的债务清偿无效。根据《企业破产法》第十五条规定,自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日,债务人的有关人员应承担下列义务:①妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料;②根据人民法院、管理人的要求进行工作,并如实回答询问;③列席债权人会议并如实回答债权人的询问;④未经人民法院许可,不得离开住所地;⑤不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。这里所称有关人员,是指企业的法定代表人;经人民法院决定,可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。

(2) 对债务人的债务人或财产持有人的约束力。人民法院受理破产申请后,债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产。债务人的债务人或者财产持有人故意违反上述规定向债务人清偿债务或者交付财产,使债权人受到损失的,不能免除其清偿债务或者交付财产的义务。

(3) 对履行合同的约束力。人民法院受理破产申请后,管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行,并通知对方当事人。管理人自破产申请受理之日起2个月内未通知对方当事人,或者自收到对方当事人催告之日起30日内未答复的,视为解除合同。管理人决定继续履行合同的,对方当事人应当履行;但是,对方当事人有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的,视为解除合同。

(4) 对涉及债务人的司法程序的约束力。人民法院受理破产申请后,有关债务人财产的保全措施应当解除,执行程序应当中止。人民法院受理破产申请后,已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止;在管理人接管债务人的财产后,该诉讼或者仲裁继续进行。人民法院受理破产申请后,有关债务人的民事诉讼,只能向受理破产申请的人民法院提起。

## （二）指定管理人

人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。如果管理人由机构或个人担任，债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以向人民法院申请予以更换。

### 1. 管理人资格

根据《企业破产法》第二十四条规定，管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。人民法院根据债务人的实际情况，可以在征询有关社会中介机构的意见后，指定该机构具备相关专业知识并取得执业资格的人员担任管理人。

但是，有下列情形之一的，不得担任管理人：①因故意犯罪受过刑事处罚；②曾被吊销相关专业执业证书；③与本案有利害关系；④人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。

此外，根据法律的规定，个人担任管理人的，应当参加执业责任保险。

### 2. 管理人职责和义务

根据《企业破产法》第二十五条规定，管理人的职责是：①接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；②调查债务人财产状况，制作财产状况报告；③决定债务人的内部管理事务；④决定债务人的日常开支和其他必要开支；⑤在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；⑥管理和处分债务人的财产；⑦代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；⑧提议召开债权人会议；⑨人民法院认为管理人应当履行的其他职责。法律对管理人的职责另有规定的，适用其规定。

管理人应当勤勉尽责、忠实执行职务。

## （三）清查债务人财产

债务人财产是指破产申请受理时属于债务人的全部财产，以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产。因此，债务人财产由两部分构成。一部分是案件受理时属于债务人的全部财产，包括：①固定资产，这是指使用年限在一年以上并在使用过程中保持原来物质形式的资产，如房屋、建筑物、机器设备、办公用品等；②流动资金，如现金、各种存款、存货等；③专项基金，如公积金等；④无形财产，如土地使用权、知识产权等；⑤投资权益，如在其他公司中享有的股权等。另一部分是破产案件受理后至破产程序终结前债务人取得的财产。这部分财产是指在破产宣告时破产企业并不享有而在破产程序进行中新取得的财产，包括：清算期间继续营业的收入、因未履行合同的继续履行而取得的财产等。

## 三、债权申报

根据《企业破产法》第六章的有关规定，人民法院受理破产申请时对债务人享有债权的债权人，依法定程序行使其权利。人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于 30

日，最长不得超过3个月。

债权人应当在人民法院确定的债权申报期限内向管理人申报债权。债权人申报债权时，应当书面说明债权的数额和有无财产担保，并提交有关证据。

## 四、债权人会议

### （一）债权人会议的组成与职权

#### 1. 债权人会议的组成

债权人会议是债权人依法院通知或公告组成，代表债权人的共同意志，参与破产程序的临时性机构。根据《企业破产法》第五十九条规定，债权人会议由依法申报债权的债权人组成。债权人会议应当有债务人的职工和工会的代表参加，对有关事项发表意见。债权人会议设主席1人，由人民法院从有表决权的债权人中指定。

依法申报的债权人有权参加债权人会议，享有表决权。但是，债权尚未确定的债权人，除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额的外，不得行使表决权。对债务人特定财产享有担保权的债权人，未放弃优先受偿权利的，对于是否通过重整计划、破产财产的分配方案事项不享有表决权。

#### 2. 债权人会议的职权

根据《企业破产法》第六十一条规定，债权人会议的职权是：①核查债权；②申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；③监督管理人；④选任和更换债权人委员会成员；⑤决定继续或者停止债务人的营业；⑥通过重整计划；⑦通过和解协议；⑧通过债务人财产的管理方案；⑨通过破产财产的变价方案；⑩通过破产财产的分配方案；⑪人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

债权人会议应当对所议事项的决议做成会议记录。

### （二）债权人会议的召集和议事规则

#### 1. 债权人会议的召集

根据《企业破产法》第六十二条规定，第一次债权人会议由人民法院召集，自债权申报期限届满之日起15日内召开；以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额四分之一以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。

#### 2. 债权人会议的议事规则

根据《企业破产法》第六十三条规定，债权人会议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的二分之一以上，法律另有规定的除外。

债权人认为债权人会议的决议违反法律规定，损害其利益的，可以自债权人会议做出决议之日起15日内，请求人民法院裁定撤销决议，责令债权人会议依法重新做出决议。

债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。

### （三）债权人委员会

#### 1. 债权人委员会的组成

为加强对破产程序的监督，债权人会议可以决定设立债权人委员会。根据《企业破产法》第六十七条规定，债权人委员会由债权人会议选任的债权人代表和 1 名债务人的职工代表或者工会代表组成。债权人委员会成员不得超过 9 人。

债权人委员会成员应当经人民法院书面决定认可。

## 2. 债权人委员会的职权

根据《企业破产法》第六十八条规定，债权人委员会行使下列职权：①监督债权人财产的管理和处分；②监督破产财产分配；③提议召开债权人会议；④债权人会议委托的其他职权。

债权人委员会执行职务时，有权要求管理人、债务人的有关人员对其职权范围内的事务做出说明或者提供有关文件。管理人、债务人的有关人员违反法律规定拒绝接受监督的，债权人委员会有权就监督事项请求人民法院做出决定，人民法院应当在 5 日内做出决定。

# 五、重整

重整是指当企业出现破产原因或有破产原因出现的危险，同时又具有振兴和再生的希望时，为防止企业破产，经利害关系人申请，在法院的干预下对该企业实施强制治理以促使其复兴的制度。

## （一）重整申请的提出

根据《企业破产法》第七十二条规定，重整申请可以在两个阶段提出：一是在破产程序开始前，债务人或者债权人可依法直接向人民法院申请对债务人进行重整；二是由债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后宣告债务人破产前，债务人或者出资额占债务人注册资本十分之一以上的出资人，可以向人民法院申请重整。人民法院经审查认为重整申请符合法律规定的，应裁定债务人重整，并予以公告。自法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。

## （二）重整计划的制定与通过

### 1. 重整计划草案的提交

根据《企业破产法》第七十九条规定，债务人或者管理人应当自人民法院裁定债务人重整之日起 6 个月内，同时向人民法院和债权人会议提交重整计划草案。若规定的期限届满，经债务人或者管理人请求有正当理由的，人民法院可以裁定延期 3 个月。

### 2. 重整计划草案的内容

根据《企业破产法》第八十一条规定，重整计划草案的内容应包括：①债务人的经营方案；②债权分类；③债权调整方案；④债权受偿方案；⑤重整计划的执行期限；⑥重整计划执行的监督期限；⑦有利于债务人重整的其他方案。

### 3. 重整计划草案的表决与通过

下列各类债权的债权人参加讨论重整计划草案的债权人会议，依照下列债权分类，分组对重整计划草案进行表决：①对债务人的特定财产享有担保权的债权；②债务人所欠职



工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；③债务人所欠税款；④普通债权。人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组，对重整计划草案进行表决。

人民法院应当自收到重整计划草案之日起 30 日内召开债权人会议，对重整计划草案进行表决。出席会议的同一表决组的债权人过半数同意重整计划草案，并且其所代表的债权额占该组债权总额的三分之二以上的，即为该组通过重整计划草案。各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。

自重整计划通过之日起 10 日内，债务人或者管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。人民法院经审查认为符合法律规定的，应当自收到申请之日起 30 日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

部分表决组未通过重整计划草案的，债务人或者管理人可以同未通过重整计划草案的表决组协商。该表决组可以在协商后再表决一次。双方协商的结果不得损害其他表决组的利益。

未通过重整计划草案的表决组拒绝再次表决或者再次表决仍未通过重整计划草案，但重整计划草案符合法律规定其他条件的，债务人或者管理人可以申请人民法院批准重整计划草案。

### （三）重整计划的执行

重整计划由债务人负责执行。自人民法院裁定批准重整计划之日起，在重整计划规定的监督期内，由管理人监督重整计划的执行。

经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力。债务人不能执行或者不执行重整计划的，人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。人民法院裁定终止重整计划执行的，债权人在重整计划中做出的债权调整的承诺失去效力。债权人因执行重整计划所接受的清偿仍然有效，债权未受清偿的部分作为破产债权。

## 六、和解

和解是指当企业出现破产原因或有破产原因出现的危险时，为避免债务人被宣告破产，由债务人和债权人在法院的干预下达成减轻债务人债务的法律制度。

### （一）和解申请的提出和审查

根据《企业破产法》第九十五条规定，债务人可以依法直接向人民法院申请和解，也可以在人民法院受理破产申请后，宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解时，应提出和解协议草案。

人民法院对债务人的和解申请进行审查，认为符合法律规定的，应裁定和解并予以公告，同时召集债权人会议讨论和解协议草案。

### （二）和解协议的通过

根据《企业破产法》第九十七条规定，和解协议须由债权人会议表决通过，由出席会议有表决权的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的三分之

二以上。债权人会议通过和解协议的，由人民法院裁定认可，并予以公告。管理人应当向债务人移交财产和营业事务，并向人民法院提交执行职务的报告。

和解协议草案经债权人会议表决未获得通过，或者已经债权人会议通过的和解协议未获得人民法院认可的，人民法院应当裁定终止和解程序，并宣告债务人破产。

### （三）和解协议的效力

#### 1. 和解协议对和解债权人的效力

经人民法院裁定认可的和解协议，对债务人和全体和解债权人均有约束力。和解债权人是指人民法院受理破产申请时对债务人享有无财产担保债权的人。但是，和解债权人未依照法律规定申报债权的，在和解协议执行期间不得行使权利；在和解协议执行完毕后，可以按照和解协议规定的清偿条件行使权利。

#### 2. 和解协议对债务人的效力

债务人应当按照和解协议规定的条件清偿债务。如果债务人不能执行或者不执行和解协议的，人民法院经和解债权人请求，应当裁定终止和解协议的执行，并宣告债务人破产。

## 七、破产费用和共益债务

### （一）破产费用

破产费用是指人民法院受理破产申请后发生的，为破产程序的进行以及为破产财产的管理、处分而产生的必须随时支付的费用。根据《企业破产法》第四十一条规定，破产费用包括：①破产案件的诉讼费用；②管理、变价和分配债务人财产的费用；③管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

### （二）共益债务

共益债务是指法院受理破产申请后发生的，为全体债权人的共同利益而产生的债务。根据《企业破产法》第四十二条规定，下列债务是共益债务：①因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；②债务人财产受无因管理所产生的债务；③因债务人不当得利所产生的债务；④为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；⑤管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；⑥债务人财产致人损害所产生的债务。《企业破产法》第四十三条规定，破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。

## 八、破产宣告、破产清算和破产程序的终结

### （一）破产宣告

破产宣告是指受理破产案件的人民法院依法审查并宣告债务人破产的行为。根据《企业破产法》的有关规定，企业法人具有下列情况之一的，人民法院依法宣告债务人破产：

①依照《企业破产法》第七条有关规定，债务人不能清偿到期债务或企业法人已解散但未

清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的；②根据《企业破产法》第九十九条规定，债务人不能执行或不执行重整计划的；③根据《企业破产法》第一百零三条规定，因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立的和解协议，人民法院应裁定无效并宣告债务人破产；④根据《企业破产法》第一百零四条规定，债务人不能执行或者不执行和解协议的。

人民法院依法宣告债务人破产时，应自裁定做出之日起 5 日内送达债务人和管理人并自裁定做出之日起 10 日内通知已知债权人，同时予以公告。债务人被宣告破产后，债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为破产债权。

## （二）破产财产的变价

破产财产的变价由管理人负责，根据《企业破产法》第一百一十一条规定，管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论，变价出售破产财产应当通过拍卖进行。

## （三）清偿与分配

### 1. 清偿顺序

根据《企业破产法》第一百一十三条规定，破产财产在清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：①破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；②破产人欠缴的除前款规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；③普通破产债权。当破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

〔案例〕广东国投破产案是迄今为止我国破产财产标的最大的破产案，而且由于广东国投的数百亿元人民币的债务 80% 以上借自包括日本、美国、德国、瑞士等国家和中国香港等地区 130 多家著名银行，因此，该案在全球影响巨大，被称作“中国第一破产案”。

1999 年初广东国投进入破产程序时，共有 494 家境内外债权人申报债权，申报债权总额为人民币 467 亿元。因债权人行使抵销权、或因主债务人履行债务，债权相应减少等原因，最后确认普通债权金额为人民币 202.2 亿元。广东国投的破产财产通过拍卖变现，总值约 25.36 多亿元。

试分析：鉴于广东国投的职工已由政府安置，广东国投 25.36 多亿元破产财产如何分配？

〔分析〕广东国投 25.36 多亿元破产财产，依法应当首先支付破产费用和共益债务，然后支付所欠税款，剩余的破产财产不足以清偿处于同一顺序的 202.2 亿元普通债权，依法应当按照债权比例进行清偿。最终，广东国投破产清算案的普通债权清偿率为 12.52%。

### 2. 破产财产的分配

破产财产的分配应以货币分配原则方式进行，债权人会议另有决议的除外。管理人应及时拟订破产财产分配方案，提交债权人会议讨论。破产财产分配方案应载明下列事项：

①参加破产财产分配的债权人名称或者姓名、住所；②参加破产财产分配的债权额；③可供分配的破产财产数额；④破产财产分配的顺序、比例及数额；⑤实施破产财产分配的方

法。债权人会议通过破产财产分配方案后,由管理人将该方案提请人民法院裁定认可。

#### (四) 终结企业破产程序

《企业破产法》第一百二十条至一百二十四条对终结企业破产程序作出了明确的规定。

##### 1. 破产程序终结的提出和裁定

当破产人无财产可供分配时,管理人应请求人民法院裁定终结破产程序;管理人在最后分配完结后,应及时向人民法院提交破产财产分配报告,并提请人民法院裁定终结破产程序。

人民法院自收到管理人终结破产程序的请求之日起 15 日内作出是否终结破产程序的裁定。裁定终结破产程序的,应予以公告。

##### 2. 注销登记

管理人应自破产程序终结之日起 10 日内,持人民法院终结破产程序的裁定,向破产人原登记机关办理注销登记。管理人于办理注销登记完毕的次日终止执行职务,但是存在诉讼或者仲裁未决情况的除外。

自破产程序终结之日起 2 年内,发现有依法应当追回的财产的,和破产人有应当供分配的其他财产的,债权人可以请求人民法院按照破产财产分配方案进行追加分配,但财产数量不足以支付分配费用的,不再进行追加分配,由人民法院将其上交国库。

破产人的保证人和其他连带债务人,在破产程序终结后,对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权,依法继续承担清偿责任。

### 九、法律责任

为加强企业管理人员的责任感,保证破产程序依法进行,维护债权人和债务人的利益,《企业破产法》第十一章规定了有关人员违反法律时应承担的法律责任。

#### (一) 企业董事、监事、高级管理人员应承担的法律责任

企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实、勤勉义务,致使所在企业破产的,依法承担民事责任。有上述规定情形的人员,自破产程序终结之日起 3 年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。

#### (二) 债务人及其有关人员应承担的法律责任

(1) 有义务列席债权人会议的债务人的有关人员,经人民法院传唤,无正当理由拒不列席债权人会议的,人民法院可以拘传,并依法处以罚款。债务人的有关人员违反法律规定,拒不陈述、回答,或者作虚假陈述、回答的,人民法院可以依法处以罚款。

(2) 债务人违反法律规定,拒不向人民法院提交或者提交不真实的财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付情况和社会保险费用的缴纳情况的,人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。

(3) 债务人违反法律规定,拒不向管理人移交财产、印章和账簿、文书等资料的,或者伪造、销毁有关财产证据材料而使财产状况不明的,人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。

(4) 债务人有违反法律规定损害债权人利益的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。

(5) 债务人的有关人员违反法律规定，擅自离开住所地的，人民法院可以予以训诫、拘留，可以依法并处罚款。

### (三) 管理人应承担的法律责任

管理人未依照法律规定勤勉尽责、忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。

## 思考练习题

### 一、名词解释

1. 破产
2. 重整
3. 和解
4. 破产费用
5. 共益债务
6. 破产宣告

### 二、选择题

1. 破产案件由( )住所地人民法院管辖。  
A. 债权人              B. 合同相对人              C. 债务人              D. 破产申请人
2. 自破产程序终结之日起( )年内，发现有依法应当追回的财产的，和破产人有应当供分配的其他财产的，债权人可以请求人民法院按照破产财产分配方案进行追加分配。  
A. 1 年              B. 2 年              C. 3 年              D. 4 年

### 三、简答题

1. 破产申请的主体有哪些?
2. 破产原因有哪些?
3. 哪些人可以担任破产管理人?
4. 共益债务包括哪些内容?
5. 破产费用包括哪些内容?
6. 重整和解可以在什么阶段提出?
7. 在什么情形下人民法院会依法宣告债务人破产?
8. 破产清偿顺序是什么?
9. 简述人民法院受理破产申请的法律效力。