目录

[第一章 法律基本原理 3](#_Toc463900268)

[第一节 法律基本概念 3](#_Toc463900269)

[第二节 法律关系 7](#_Toc463900270)

[第三节 市场的法律调整与经济法律制度 10](#_Toc463900271)

[第二章 基本民事法律制度 11](#_Toc463900272)

[第一节民事法律行为制度 11](#_Toc463900273)

[第四章 合同法律制度 53](#_Toc463900274)

第一编法律概念

第一章法律基本原理 …… ( 3 )

第一节法律基本概念 ( 3 )

第二节法律关系 …… ( 8 )

第三节市场经济的法律调整与经济法律制度 （11)

第二鎘⑥法相关喇皮

第二章基本民事法律制度 …… ?????( 15

第一节民事法律行为制度 （15

第二节代理制度 （24

第三节诉讼时效制度 （28

第三章物权法律制度 （33

第一节物权法律制度概述 （33

第二节物权变动 （38

第三节所有权 (42

第四节用益物权 （50

第五节担保物权 （53

第四章合同法律制度 （65

第一节合同的基本理论 （65

第二节合同的订立 （68

第三节合同的效力 （72

第四节合同的履行 （73

第五节合同的担保 （77

第六节合同的变更与转让 （83

第七节合同的终止 （85 )

第八节 违约责任 \* ( 89 )

第九节几类主要的有名合同…?…"???■…… （92)

第三编酋法相关制皮

第五章合伙企业法律制度 （119

.第一节合伙企业法律制度概述 （119

第二节普通合伙企业 （121

第三节有限合伙企业 （135

第四节合伙企业的解散和清算 （139

第六章公司法律制度 （142

第一节公司法律制度概述 (142

第二节股份有限公司 （161

第三节 有限责任公司 ■ U75

第四节公司的财务会计 (182

第五节公司合并、分立与减资 （184

第六节公司解散和清算 (188

第七章证券法律制度 ……(196

第一节证券法律制度概述 （196

第二节股票的发行 （205

第三节公司债券的发行与交易 （224

第四节股票的上市与交易 \_ (234

第五节上市公司收购和重组 （244

第六节证券欺诈的法律责任 （259

第八章企业破产法律制度 （268

第一节破产法律制度概述 （268

第二节破产申请与受理 （271

第三节管理人制度 （282

第四节债务人财产 （287

第五节破产债权 （298

第六节债权人会议 （303

第七节重整程序 （306

第八节和解制度 （314

第九节破产清算程序 ■ (316

第九章票据与支付结算法律制度.…… (322)

第一节支付结算概述…… (322)

第二节票据法律制度 （327)

第三节非票据结算方式 （371)

第四编经涔法相关制皮

第十章企业国有资产法律制度 J (385)

第一节企业国有资产法律制度概述 （385)

第二节国有资产评估制度 （403)

第三节企业国有资产产权登记制度 （408)

第四节企业国有产权转让制度 （412)

第五节企业境外国有资产管理制度 （422)

第六节金融企业国有资产管理制度……… ?\_ (427)

第十一章反垄断法律制度……… （438)

第一节反垄断法律制度概述 (438)

第二节垄断协议规制制度 (447)

第三节滥用市场支配地位规制制度 (455)

第四节经营者集中反垄断审查制度 （461)

第五节滥用行政权力排除、限制竞争规制制度 (469)

第十二章涉外经济法律制度 （473)

第一节涉外投资法律制度 （473)

第二节对外贸易法律制度 (490)

第三节外汇管理法律制度 （501)

第一章 法律基本原理

法律是在对人类生活经验进行总结的基础上形成的，被特定人群共同认可并可普遍适 用的规则。通过建立稳定的预期，法律对社会成员的行为产生规范和引导作用，进而形成 社会秩序。市场经济是法治经济。法律一方面保护市场主体基于意思自治而形成的契约， 另一方面也为了经济及社会的整体利益而干预和调节市场主体的经济活动。注册会计师为 市场经济提供基础性中介服务，在执业过程中，应建立相应的法律意识，掌握足够的与市 场经济活动相关的法律知识。

第一节 法律基本概念

法律是人类社会发展到一定阶段的产物。在人类社会早期，社会关系的调整主要依赖于习惯;习惯被人类社会组织赋予强制执行的效力时，就形成习惯法。法律是从习惯法发展而来并以成文法或判例法的形式体现，以国家的产生、诉讼与审判的出现、权利与义务的分离等为最终形成标志的社会规范。经济法律是人类法治文明的重要组成部分。了解法律的一般概念，是掌握经济法律制度基本规律的起点。

1. 法律的概念与特征

法律是由国象制定或认可，并由国家强制力保证实施，赋予社会关系主体相应权利和义务的社,会规范的总称。与其他类型社会规范相比，法律具有以下特征：

1. 法律由国家制定或认可的行为规范 :

所谓由国家制定或认可，是指法律规范或由有杈国家机关根据调整社会关系和规范人的行为的需要，依照一定程序制定；或由有权国家机关通过赋予既存的某些习惯、教义^ 礼仪等以法律效力:而形成。这一特征使法律成为国家意志的体现/具有权威性和统一性^ 法律的权威性是楫法律的不可违抗性，任何人均应遵守和执行;法律的统一性是指不同法| 律规范之间在根羊原则上是一致的，除极特殊的情况外，一个国家只能有一个总的法律体 系，且该法律体系内部各规范之间不能相互矛盾，在本国主权范围内具有普遍的约束力。

1. 法律是由国家强制力保证实施的行为规范

任何一种社会规范，都有保证其实施的社会力量，亦即具有某种强制性。.作为社会规 范的道德主要靠社会舆论的力量保证其实施，而法律则由国家强制力保证实施。法律依靠 国家强制力保证实施，并非意味着法律的每一个实施过程、每一个法律规范的实施，都要 借助于系统化的暴力国家机器，也不等于国家强制力是保证法律实施的唯一力量。实际 上，法律的实施主要依赖于社会主体的自觉遵守和执行，只有相关社会主体不遵守法律规 范，并依照法律规范应当就不遵守法律规范的行为承担相应的法律后果时，才会由国家机 器保证实施。这是法律不同于其他社会规范的重要特点。

(三）法律是调整人的行为和社会关系的行为规范

法律是一种社会规范，调整人与人之间的社会关系，这一点使其区别于技术规范。社 会规范调整人与人的关系，约束人的行为；而技术规范调整人与自然界、人与劳动工具之 间的关系，如度、量、衡等，这些规范不属于法律的范畴。但是，随着管理科学的出现和 兴起，人类管理社会的规则呈技术化趋势，进而产生了所谓社会技术规范，如环境保护、 食品卫生、建筑质量标准等，这些规范经国家制定或认可后，也可纳人法律规范的范畴。

(四）法律是规定权利和义务的行为规范

法律以权利和义务为基本机制，实现影响人们的动机、指引人们的行为和调节社会关 系的功能。法律所规定的权利和义务不仅指个人、组织（法人和其他组织）及国家（作 为普通法律主体）的权利和义务，还包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行 使的职权和职责。 -

应该指出，法律虽然是调整人类社会关系的重要社会规范，但并不是唯一的社会规 范。除法律以外，在规范人的行为、调整社会关系方面，道德、宗教规范以及风俗习惯等 也在不同范围内和不同程度上发挥着十分重要的作用。其中，道德规范是不同于法律规 范，又与法律规范联系最密切的一种社会规范，同时也是维系一个社会的最基本的规范体 系。如果一个社会道德规范整体缺失，仅凭法律根本不可能维系整个社会的基本生活秩 序。从两者的关系来看，一方面，法律意识与道德观念紧密联系、相互重叠，法律规范与 道德规范的调整范围相互交叉、相互包容。一般来说，凡是法律所禁止和制裁的行为，也 是道德所禁止和谴责的行为；凡是法律所要求和鼓励的行为，也是道德所培养和倡导的行 为。另一方面，法律与道德也存在区别。法律属于社会制度的范畴，道德则属于社会意识 形态的范畴；法律规范的内容主要是权利与义务，并且强调两者之间的平衡，道德则强调 对他人、对社会集体履行义务、承担责任；法律规范是由国家的强制力保证实施的，而道 德规范则主要凭借社会舆论、人的内心信念以及宣传教育等手段来实现。

1. 法律规范

法律是具体法律规范的集合，法律规范是法律构成的基本单位。法律的属性均由具体 的法律规范来体现，法律的功能亦由具体的法律规范来实现。

(一）法律规范的概念与特征

法律规范是由国家制定或者认可的，具体规定主体的权利、义务及法律后果的行为准 则。法律规范具有如下特征：（1)法律规范具体规定权利、义务及法律后果；（2)法律 规范规定主体的行为模式，具有可重复适用性和适用的普遍性；（3)法律规范的可操作 性强，确定性程度高。

法律规范不同于规范性法律文件。规范性法律文件是以规范化的成文形式表现出来的 各种法的形式的总称，是有权制定法律规范的国家机关制定或发布的，具有普遍约束力的

法律文件，如《中华人民共和国公司法》、《上市公司信息披露管理办法》等。规范性法 律文件是表现法律内容的具体形式，是法律规范的载体。

(二）法律规范的种类

按不同标准，可以对法律规范进行如下不同分类：

1. 按照规范内容的不同，法律规范可以分为授权性规范和义务性规范。授权性规范 是规定人们可以作出一定行为或者可以要求别人作出一定行为的法律规范，其立法语言表 达式为“可以……”、“有权……”、“享有……权利”等。义务性规范是指规定人们必须 作出某种行为或不作出某种行为的法律规范。义务性规范可分为命令性规范和禁止性规范 两种。命令性规范是指规定人们的积极义务，即人们必须或应当作出某种行为的规范，其 立法语言表达式为“应（当）……”、“（必）须……”、“有……义务”等。禁止性规范 是指规定人们的消极义务（不作为义务），即禁止人们作出一定行为的规范，其立法语言 表达式为“不得 ”、“禁止 等。

2. 按照规范对人们行为规定或限定的范围或者程度的不同，法律规范可分为强行性 规范与任意性规范。强行性规范是指所规定的义务具有确定的性质，不允许任意变动和伸 缩的法律规范。任意性规范是指在法定范围内允许行为人自行确定其权利义务具体内容的 法律规范，它允许人们自行选择或协商确定作为与不作为、作为的方式以及法律关系中权 利义务的具体内容。

3. 按照规范内容的确定性程度的不同，可将法律规范分为确定性规范与非确定性规 范。确定性规范是指内容已经完备明确，无须再援引或参照其他规范来确定其内容的法律 规范。绝大多数法律规范属于此种规范。非确定性规范是指没有明确具体的行为模式或法 律后果，需要引用其他法律规范来说明或补充的规范，具体包括委任性规范和准用性规 范。委任性规范是指只规定某种概括性指示，具体内容则由有关国家机关通过相应途径或 程序加以确定的法律规范。如《反垄断法》第九条第二款规定：“国务院反垄断委员会的 组成和工作规则由国务院规定。”此规定即属委任性规范。准用性规范是指本身没有具体 规则内容，而是规定可以援引或参照其他有关规定内容的法律规范。如《合同法》第一 百八十四条规定：“供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。”此 规定即属准用性规范。

(三）法律规范的逻辑结构

法律规范的逻辑结构是指法律规范的构成要素及其逻辑关系。一般认为，法律规范由 假定（或称条件）、模式和后果三部分构成。

1. 假定。假定是指法律规范所规定的适用该规范的条件和情况，包括行为人的身份、 行为发生的时空条件等。 ‘

2. 模式。模式是指法律规范所规定的行为规则，包括可以做什么、应当做什么或禁 止做什么。根据行为规则的内容和性质，模式分为可为模式、应为模式和勿为模式三种。

3. 后果。后果是指法律规范所规定的行为应当承担的法律后果，表达法律规范对主 体具有法律意义的行为的态度。后果分为肯定式的法律后果（合法后果）和否定式的法 律后果（违法后果）两种。在法律规范的逻辑结构上，假定、模式是后果的前提，后果 是对主体遵守或违反假定和模式的评价。

三、法律渊源

法律渊源，亦称法律的形式，指法律的存在或表现开#式。与英美法系不同，我国主要 承继成文法传统，法律渊源均表现为制定法，不包括判伊i。具体而言，我国的法律渊源主 要有：

(一）宪法

宪法是由全国人民代表大会依特别程序制定的具有最高效力的根本大法。一切法律、 行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。宪法的主要功 能是制约和平衡国家权力，保障公民权利，其中包括关于国家基本经济制度的法律规范。 宪法不仅包括《中华人民共和国宪法》，还包括其他附属性宪法性文件，如《选举法》、 《特别行政区基本法》等。

(二）法律

法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和修改的规范性法律文件的总称，在地位 和效力上仅次于宪法，高于行政法规、地方性法规、规章。其中，由全国人大制定和修改 的，调整国家和社会生活中带有普遍性的社会关系的规范性法律文件，称为基本法律，如 《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国民法通则》；由全国人大常委会制定和修改的， 调整国家和社会生活中某一方面具体社会关系的规范性法律文件，称为一般法律，如 《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国证券法》等。在全国人大闭会期间，全国人 大常委会可对基本法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。全国 人大常委会负责解释法律，其作出的法律解释同法律具有同等效力。

(三）法规

法规分为行政法规和地方性法规。行政法规是作为国家最高行政机关的国务院根据宪 法和法律就有关执行法律和履行行政管理职权的问题，以及依据全国人民代表大会及其常 委会的授权所制定的规范性法律文件的总称，其地位和效力仅次于宪法和法律，如《中 华人民共和国公司登记管理条例》、《中华人民共和国外汇管理条例》等。’行政法规的法 律地位和法律效力仅次于宪法和法律。

地方性法规是有地方立法权的地方人民代表大会及其常委会就地方性事务以及根据本 地区实际情况执行法律、行政法规的需要所制定的规范性法律文件的总称。地方性法规不 得与宪法、法律和行政法规相抵触。地方性法规只在本辖区内适用。

(四）规章

规章包括部门规章和地方政府规章6部门规章是国务院的组成部门及其直属机构就执 行法律、国务院行政法规、决定、命令的事项在其职权范围内制定的规范性法律文件的总 称，如中国人民银行发布的《支付结算办法》、中国证监会发布的《上市公司信息披露管 理办法》等。没有法律或国务院的行政法规、决定、命令的依据，部门规章不得设定减 损公民、法人和其他组织权利或增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或减少本部门 的法定职责。地方政府规章指省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，就执行法律、 行政法规、地方性法规以及本行政区域具体行政管理事项所制定的规范性法律文件的总 称。没有法律、行政法规、地方性法规的依据，地方政府规章不得设定减损公民、法人和 其他组织权利或者增加其义务的规范。

(五）司法解释

司法解释是最高人民法院、最高人民检察院在总结司法审判经验的基础上发布的指导 性文件和法律解释的总称，如最高人民法院发布的《关于适用〈中华人民共和国公司法〉 若干问题的规定》、《关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》等。

(六）国际条约和协定

国际条约或协定是指我国作为国际法主体同其他国家或地区缔结的双边、多边协议和 其他具有条约、协定性质的文件。上述文件生效以后，对缔约国的国家机关、组织和公民 就具有法律上的约束力，形成法律渊源。如我国为加人世界贸易组织与相关国家签订的协 议、我国与有关国家签订的双边投资保护协定等。

四、法律体系

对于一个国家现行的全部法律规范，可根据它们的调整对象和调整方法划分为若干法 律门类，这些门类称为法律部门；由这些法律门类及其所包括的不同法律规范形成的有机 联系的统一整体，就是法律体系。根据第九届全国人大常委会的有关文件规定，我国的社 会主义法律体系包括宪法及宪法相关法、刑法、行政法、民商法、经济法、社会法、诉讼 与非诉讼程序法等七个法律部门。应当注意的是，本教材的名称为《经济法》，但这并不 是法律部门意义上“经济法”的概念，而是“与市场经济活动相关的法律制度”的意思， 其内容主要涉及民商法和经济法两个法律部门中与注册会计师执业活动密切相关的法律 制度。

(一）宪法及宪法相关法

宪法是国家的根本大法，规定国家的根本制度和根本任务、公民的基本权利和义务等 内容。宪法相关法是与宪法相配套、直接保障宪法实施和国家政权运作等方面的法律规范 的总和，主要包括四个方面：有关国家机构的产生、组织、职权和基本工作制度的法律； 有关民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度的法律；有关维护国家主 权、领土完整和国家安全的法律；有关保障公民基本政治权利的法律。’ ■

(二）刑法

刑法是规范犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总称。刑法是一个传统的法律门类， 与其他法律门类相比，具有两个显著特点：一是所调整的社会关系极其广泛。不论哪一方 面的社会关系，只要发生了构成犯罪的行为，都受刑法调整。二是强制性最突出。所有法 律都有强制性，但刑法的强制性最为突出。刑法是保证其他法律有效实施的后盾。

(三）行政法 一一 一

行政法是规范行政管理活动的法律规范的总称，包括有关行政主体、行政行为、行政

程序、行政监督以及国家公务员制度等方面的法律规范。行政法调整的是行政机关与行政 管理相对人（公民、法人和其他组织）之间因行政管理活动而发生的法律关系，是一种 纵向的法律关系。行政机关与行政管理相对人之间的关系具有从属性、服从性的特点。行 政行为由行政机关单方面依法作出，不需要与行政管理相对人平等协商。

(四）民商法

民商法是规范民事、商事活动的法律规范的总称，民法调整的是自然人、法人和其他 组织之间基于平等地位发生的财产及人身关系。民法作为一个传统的法律门类，主要包括

物权、债权、婚姻、家庭、收养、继承等方面的法律规范。商法是在适应现代商事活动需 要的基础上，从民法中分离而逐渐发展起来的法律部门，主要包括公司、破产、证券、保 险、票据、海商等方面的法律规范。民法和商法是分立还是合一，各国做法不尽相同，从 我国的立法模式来看，采取的是民商合一制度。

(五）经济法

经济法是调整国家对市场经济活动实行干预、管理、调控所产生的经济关系的法律规 范的总称。经济法是在政府干预市场活动过程中逐渐发展起来的一个法律门类，与行政法 和民商法的联系很密切。经济法是公法，侧重于调整政府平衡协调经济生活中发生的政府 与市场主体间的关系。

(六）社会法

社会法是规范劳动关系、社会保障、社会福利和特殊群体权益保障方面的社会关系的 法律规范的总称。社会法是在政府干预社会生活过程中逐渐发展起来的一个法律门类，包 括两个方面：一是有关劳动关系、劳动保障和社会保障方面的法律，如劳动法、工\_￥法 等；二是有关特殊社会群体权益保障方面的法律，如未成年人保护法、妇女权益保障

法等。

(七）诉讼与非诉讼程序法

诉讼与非诉讼程序法是规范解决社会纠纷的诉讼活动与非诉讼活动的法律规范的总 :称。.我国已经制定了刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法,分别对三种诉讼活动进行规 轉。:此外i针对海事诉讼的特殊性，制定了海事诉讼特别程序法，作为对民事诉讼法的补 feo謂7处琿国与国之伺的犯罪引渡问题，制定了引渡法，作为对刑事诉讼法的补充。此 ;夕卜，;我国还制定7仲裁法、劳动争议谪解仲裁法等非诉讼程序法。

第二节 法律关系

在法治社会中，社会生活的各个方面均有相应的法律加以调整。人们根据法律规范而发生的社会关系，就是法律关系。法律关系是一个重要的法学概念，是法律实务中最基本的分析工具。它解决的是何人对何种对象，享有何种权利、承担何种义务的问题。

1. 法律关系的概念与特征

法律关系是根据法律规范产生的，以主体间的权利与义务关系为内容表现的社会关系。根据不同性质的法律规范，可以形成不同性质的法律关系，如民事发律关系、刑事法律关、行政法律关系等等。与其他社会关系相比，法律关系具有以下特征：

1. 法律关系是以法律规范为前提的社会关系

法律关系是社会关系的一种，但是并非所有的社会关系均属于法律关系，有些社会关系不属于法律关系，如友谊关系、爱情关系等。法律规范是法律关系存在的前提，没有法律规范就不可能产生相应的法律关系。法律规范是抽象的、在一定范围内普适的，法律关系是对特定法律规范的具体化。法律规范规定的主体的权利义务只是一种可能性，是主体能做和应做的行为，并不是现实的行为；凡是出现法律规范所假定的事实，具有法律规范所规定的主体资格的人就依法享有具体权利并承担具体义务。

1. 法律关系是以权利义务为内容的社会关系

法律关系是特定主体之间具体的权利义务关系。法律关系与其他社会关系的重要区别， 就在于它是法律化的权利义务关系，是一种明确的、特定的权利义务关系。这种权利和义务可以是由法律明确规定的，也可以是由法律授权当事人在法律的范围内自行约定的。

1. 法律关系是以国家强制力为保障的社会关系

与道德关系不同，法律关系是由国家强制力作为保障的。法律关系形成所依据的法律规范，是国家意志的体现，因此，当法律关系的义务主体不履行相应义务、侵犯其他主体的合法权利时，权利受侵害一方就有权请求国家机关运用国家强制力，责令侵害方履行义务、承担不履行义务的法律责任。

1. 法律关系的基本构成

一般认为，法律关系由主体、内容和客体三部分构成。

1. 法律关系的主体

法律关系主体即法律关系的参加者，是指参加法律关系，依法享有权利和承担义务的当事人。享有权利的一方称为权利人，承担义务的一方称为义务人。

1. 法律关系主体的种类
2. 公民（自然人）。这里的公民（自然人）既包括本国公民，也包括居住在一国境内或在境内活动的外国公民和无国籍人。
3. 法人和其他组织。法人包括机关法人（立法机关、行政机关和司法机关等）、事业单位法人、社会团体法人和企业法人。其他组织则是指不具有法人地位，但是可以以自己名义从事法律活动的主体，如分公司。
4. 国家。在特定情况下，国家可以作为一个整体成为法律关系的主体。例如，国家作为主权者是国际公法关系的主体，可以成为对外经济贸易关系中的债权人和债务人；在国内法上，国家可以直接以自己的名义参与国内法律关系（如发行国库券）。当然，大多数情况下，国家是以其机关或者授权的组织作为代表参加法律关系。
5. 法律关系主体的权利能力和行为能力

公民和法人要成为法律关系的主体，必须具备权利能力，即具有法律关系主体构成的资格。权利能力是权利主体享有权利和承担义务的资格，它反映了权利主体享有权利和承担义务的可能性。

法律关系主体要自己参与法律活动，必须具备相应的行为能力。行为能力是指权利主 体能够通过自己的行为取得权利和承担义务的能力。行为能力必须以权利能力为前提，无权利能力就谈不上行为能力。

根据《中华人民共和国民法通则》（简称《民法通则》）的规定，自然人从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力；自然人的权利能力一律平等。自然人分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人三种：

（1)完全行为能力人。十八周岁以上的公民 是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全行为能力人。十六周 岁以上不满十八周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。

（2)限制行为能力人。十周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事活动； 其他民事活动由其法定代理人代理，或者征得其法定代理人同意。

（3)无行为能力人。 不满十周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由其法定代 理人代理民事活动。

社会组织作为法律关系的主体也应当具有权利能力和行为能力，但是，其权利能力和行为能力不同于自然人。以法人为例，法人的权利能力、行为能力在法人成立时同时产生，到法人终止时同时消灭。自然人的行为能力一般通过自身实现，而法人的行为能力则通过法定代表人或者其他代理人实现。

1. 法律关系的内容

权利与义务是法律关系的内容。权利是法律允许权利人为了满足自己的利益可以作为或不作为，或者要求他人为一定行为或不为一定行为，并由他人的法律义务作保证的资格。义务则是法律规定的义务人应该按照权利人要求为一定行为或不为一定行为，以满足权利人的利益的约束。权利与义务之间联系密切，没有无义务的权利，也没有无权利的义务。权利的行使依赖于义务的承担；权利的行使有一定的界限，不得滥用权利。

1. 法律关系的客体

法律关系客体，是指法律关系主体间权利义务所指向的对象。法律关系的客体可以分为以下几大类：

1. 物。法律意义上的物是指法律关系主体支配的、在生产上和生活上所需要的客观 实体。它可以是自然物，如森林、土地，也可以是人的劳动创造物，如建筑物、机器、各 种产品。
2. 行为。一定的行为结果可以满足权利人的利益和需要，可以成为法律关系的客体。 如旅客运输合同的客体是运送旅客的行为。
3. 人格利益。如公民和组织的姓名或名称，公民的肖像、名誉、尊严，公民的人身、 人格和身份等。
4. 智力成果。如文学艺术作品、科学著作、科学发明等。
5. 法律关系的变动原因------法律事实

所谓法律事实，是指法律规范所规定的，能够引起法律后果即法律关系产生、变更和消灭的客观现象。根据不同的标准，法律事实可以分为两类：事件和人的行为。

1. 事件

事件是指与当事人意志无关，但能够引起法律关系发生、变更和消灭的客观情况。能够导致一定法律关系的产生、变更和消灭的事件有：

1. 人的出生与死亡。人的出生与死亡能够引起民事主体资格的产生和消灭，也可能导致人格权的产生和继承的开始等。
2. 自然灾害与意外事件。
3. 时间的经过。时间的经过可以引起一些请求权的发生或消灭。
4. 人的行为

人的行为指人的有意识的活动，包括自然人和法人的活动。根据人的行为是否属于表意行为，可以分为两类：

1. 法律行为，即以行为人的意思表示为要素的行为。
2. 事实行为，即与表达法律效果、特定精神内容无关的行为。如创作行为、侵权行为等。

第三节 市场的法律调整与经济法律制度

人类生存和社会发展，均依赖于经济活动。调整经济关系、维护经济秩序，是法律的重要任务。因此，自从人类社会出现了国家，出现了法律现象，就有了对经济的法律调整。从古至今，随着经济的发展和社会的进步,法律对经济的调整也越来越深刻和广泛。在现代市场经济阶段，民商法和经济法是调整经济关系的主要法律部门。

1. 调整经济的法律制度的历史演进

早在古代，就存在保护财产权、维护交易等经济关系以及国家管理经济的法律规范， 但是，人类调整经济关系的法律制度的蓬勃发展并走向成熟，还是在进入市场经济阶段之后。

在市场经济初期（自由竞争市场经济阶段），人类社会的生产力得以迅速发展，与此相适应，经济民主的思想开始兴起,市场主体之间的平等地位以及市场主体的自主选择权得到普遍尊重，经济主要靠市场机制这只“看不见的手”来调节；政府的经济职能受到限制和约束，公共权力对市场的干预受到抵制。在这一阶段，强调意思自治和契约自由的民法以及与民法同源、着重调整传统商事主体和商事行为的商法得以蓬勃发展，世界几大民法典相继产生。

进人现代市场经济阶段以后，生产的高度社会化以及人类社会的现代化导致了诸多市场失灵问题，例如，自由竞争导致的垄断，反过来屏蔽了竞争机制，从根本上动摇了市场经济的基础；市场的极端个体理性使宏观经济失衡；信息及实力的不对称，使消费者无法与企业取得实质的平等。这些变化使市场经济初期备受推崇的个人本位思想开始向社会本位思想演变；自由放任的市场经济逐步向注重政府干预和协调的市场经济转变。同时，社会公平意识也开始增强。因此，在这一阶段，强调社会整体利益和国家干预主义，旨在调控宏观经济、维护竞争秩序和保护消费者权益的经济法开始勃兴。

1. 现代市场经济条件下经济法律制度体系的基本理念与逻辑

现代市场经济条件下，民商法与经济法相互配合，形成调整经济关系、维护市场秩序的经济法律制度体系。市场运行的内在规律决定了经济法律制度体系中不同法律部门和制度之间的角色分工，进而形成对经济关系综合调整的制度逻辑。

市场经济条件下，市场主体通过对价格、供求关系等市场信息的判断，作出经营决策，在实现个体利益最大化的同时，也实现了全社会的资源有效配置。为保证市场机制对资源配置的决定性作用，就必须建立市场经济法治，切实保护产权、交易自由与安全，保障正常的竞争秩序。因此，以尊重市场主体意思自治、维护市场自由为取向的民商法是经济法律制度体系的基础和重心；旨在矫正市场失灵，保证市场机制正常运作、维持宏观经济平衡的经济法是经济法律制度的重要组成部分，是民商法的必要补充。

民商法可以进一步划分为民法和商法两个子部门。其中，民法通过物权法、合同法、 侵权责任法等法律制度，保护市场主体对财产的所有和利用，保障市场主体按照意思自治 原则自主达成交易合同，并使合同得以履行，制裁侵害他人财产权和人身权的行为，维护 主体的合法权益。现代商事行为主体以企业为主，因此，商法是以企业制度为核心，以保 障交易安全、降低交易成本、促进交易效率为宗旨，重点调整企业设立、内部管理、对外 经济交往中的有关经济关系。

现代市场经济是一个庞大而复杂的系统，与市场经济的低级阶段相比，更容易产生市场机制的失灵，甚至可能发生系统性崩溃。因此，在经济运作的维护方面，需要在以保护市场主体自治和经济自由为宗旨的法律制度的基础上，发展一些新的制度手段,实现政府对市场的必要干预。作为部门法的经济法，就是政府干预经济的主要法治手段。这种干预一方面表现为政府对经济活动的管理，如通过制止市场竞争中的垄断行为矫正市场秩序；另一方面，也表现为政府通过举办国有企业，直接参与经济活动，实现对某些重要产业部门的控制。这些干预都需要有相应的经济法制度来保障。

1. 教材的名称与体系

随着部门法划分界限的逐渐明确以及法学学科的不断发展，“经济法”这一概念的法学意义已经被特定化为与民商法相并列的经济法法律部门以及与其相对应的经济法学科， 而不再是“调整经济关系的法”或“与经济相关的法”这样的表面含义。严格地讲，“经济法”这一名称巳经不能完全涵盖本教材的内容，因为从部门法意义上看，本教材不仅包括经济法相关制度，而且还包括民法和商法相关制度。但是，考虑到本教材的名称一直沿用，巳约定俗成，且本教材也不是学术意义上的教材，因此继续使用“经济法”的 名称。

如上所述，在现代市场经济条件下，调整经济关系的法律制度主要包括民商法和经济法这两大部门法。但是，我们也没必要把所有的民商法制度和经济法制度都囊括到本教材中。教材在内容的选择上主要考虑的是有关法律制度与注册会计师执业的相关性，另外， 也适当照顾读者在理解相关制度时应具备的必要的知识基础和背景。根据这一指导思想.， 教材共分四编：第一编是法规概论，主要阐述法律的一般性知识和原理。其余三编则选取了民法、商法和经济法中与注册会计师执业活动联系较为密切的有关重点法律制度，并按其部门法性质，分别列人民法相关制度编、商法相关制度编和经济法相关制度编；在此基础上，结合我国现行相关法律、行政法规、司法解释、部门规章以及其他规范性法律文件，介绍具体法律规则、阐释相关法理。其中，民法相关制度编包括基本民事法律制度、 物权法律制度、合同法律制度三章；商法相关制度编包括合伙企业法律制度、公司法律制度、证券法律制度、破产法律制度和票据与支付结算法律制度五章；经济法相关制度编包括企业国有资产法律制度、反垄断法律制度、涉外经济法律制度三章。

第二章 基本民事法律制度

第一节民事法律行为制度

1. 民事法律行为理论
2. 民事法律行为的概念与特征

民事法律行为，是指以意思表示为要素，设立、变更或终止权利义务的合法行为。民事法律行为是法律关系变动的原因之一，是一种重要的法律事实。当事人可以通过民事法律行为自主设立、变更或终止某种法律关系,实现自己追求的法律效果,因此，民事法律 行为真正体现了意思自治精神。民事法律行为具有以下特征：

1. 以意思表示为要素。意思表示是指行为人将意欲达到某种预期法律后果的内在意思表现于外部的行为。如果行为人仅有内在意思而不表现于外,则不构成意思表示，民事法律行为不能成立;行为人表现于外的意思不是其内在意思的真实反映,则表明该意思表示有瑕疵，民事法律行为的效力同样受到影响。意思表示是民事法律的核心，也是民事法律行为与非表意行为，如事实行为相区别的重要标志。
2. 以设立、变更或终止权利义务为目的。民事法律行为是有目的的行为，是当事人欲达到一定法律效果的行为。此处的“目的”是指当事人实施民事法律行为所最求的人后果，不包括行为人实施行为的动机。这一特征使得民事法律行为区别于其他法律事实，如侵权行为。侵权行为虽然也产生一定的法律后果，但这个法律后果并非由当事人自己主张，而是由法律规定的。
3. 是合法行为。民事法律行为只有在内容和形式上符合法律的要求，且不违背法律的规定，才能得到法律的承认和保护，才能产生行为人预期的法律后果。

《民法通则》在民事法律行为之外，还创设了民事行为的概念。民事行为是民事法律行为的上位概念，不强调行为的合法性，因此并非一切民事行为都是法律行为。民事行为出包括民事法律行为外，还包括效力待定的民事行为，无效民事行为及可变更可撤销的民事行为。

1. 意思表示

民事法律行为以意思表示为核心，因此，认识民事法律行为必须以意思表示为切人点。意思表示包括意思和表示两个方而。**意思**主要是指当事人欲使其内心意思发生法律上效力的效果意思。**表示**是指行为人将其内在的效果意思以一定方式表现于外部，为行为相对人所了解。意思表示的表示方式一般采用明示方式，但在特定情况下，默示也可以成立意思表示。如《继承法》第二十五条规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，作出放弃继承的表示。没有表示的，视为接受继承。此处“没有表示的”就属于默示表示，亦能产生意思表示的效果，即“接受继承”。

意思表示可以分为无相对人的意思表示和有相对人的意思表示。无相对人的意思表示于意思表示完成时即可产生法律效力，如遗嘱行为、抛弃动产等单方法律行为。有相对人的意思表示又分为对话的意思表示和非对话的意思表示。对话的意思表示在表示为对方了解时发生效力。非对话的意思表示在意思表示到达相对人时生效，即采用到达主义。如订立合同过程中的要约和承诺、债务免除、授予代理权、合同解除等均采取到达主义。《合同法》第二十六条规定的“承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效”则属于例外情况，即双方根据交易习惯或要约要求以行为方式作出承诺的，虽为有相对人的意思表示，却是在行为作出时生效。

如果意思表示由表意人通过传达人传达的，由于传达人没有转达或者推迟转达意思表示而产生的风险，由表意人承担。另外，向非完全民事行为能力人发出的意思表示，通常必须到达其法定代理人时才能生效，但限制民事行为能力人能够独立作出的意思表示除外。

1. 民事法律行为的分类

民事法律行为可以从不同角度作不同的分类。

1. **单方法律行为和多方法律行为**

单方法律行为是根据一方当事人的意思表示而成立的法律行为。该法律行为仅有一方当事人的意思表示而无需他方的同意即可发生法律效力，如委托代理的撒销、债务的免除、无权代理的追认等。

多方法律行为是两个或者两个以上的当事人意思表示一致而成立的法律行为。该法律行为的当事人有两个以上，不仅各自需要进行意思表示，而且意思表示还需一致，如合同、决议等。合同是常见的双方法律行为，决议则是多方法律行为的一种。决议是指多个主体依据表决原则作出的决定。作为一种重要的多方法律行为，决议在性质上与合同行为有很多区别；决议当事人的意思表示是以多数决的方式作出，而且对没有表示同意的成员也具有拘束力；决议中的意思表示不仅针对发出表示的成员，而且主要针对表示者共同代表的法人。

区分单方法律行为与多方法律行为的意义在于：法律对两者成立的要求有所不同。单方行为只要求当事人一方作出意思表示即可成立，而多方法律行为则强调行为人意思表示一致或者多数表决才能成立。

1. **有偿法律行为和无偿法律行为**

有偿法律行为是指当事人互为给付一定代价（包括金钱、财产、劳务）的法律行为， 如买卖合同的买方为获得对方的货物而支付价款、承揽合同的承揽人为获得对方的报酬而 提供劳务等。

无偿法律行为是指一方当事人承担给付一定代价的义务，而他方当事人不承担相应给付义务的法律行为，如赠与行为、无偿委托、无偿消费借贷等。

区分有偿法律行为与无偿法律行为的意义在于：

1. 确定行为性质。法律规定某些 法律行为必须是有偿的或者无偿的。如买卖必须是有偿的，而赠与则必须是无偿的，对此当事人不能自己约定。
2. 认定行为效力。有偿民事行为显失公平时，受损害方有权请求变更或撤销该行为；而无偿民事行为则不存在显失公平的问题。
3. 确定行为人的责 任。一般来说，有偿法律行为的民事责任要重于无偿法律行为。如买卖合同中的出卖人应当对买卖标的物的瑕疵承担违约责任；而赠与合同中的赠与人原则上不对赠与物的瑕疵承担责任。
4. 主张撤销权。如果是有偿民事行为，需要在相对人主观上明知时，债权人才可以主张《合同法》第七十四条的撤销权；如果是无偿民事行为，则不用考虑当事人的主观意图就可以主张《合同法》第七十四条的撤销权。
5. 对当事人的行为能力要求不同。如果是有偿民事行为，要求当事人应当具有相应的民事行为能力；如果是无偿民事 行为，则对于获得利益的当事人的行为能力不作要求。
6. **要式的法律行为和不要式的法律行为**

要式的法律行为是指法律规定必须采取一定的形式或者履行一定的程序才能成立的法律行为，如票据行为就是法定要式法律行为。

不要式的法律行为是指法律不要求采取一定形式，当事人自由选择一种形式即可成立的法律行为。该类法律行为的形式可由当事人协商确定。

区分要式法律行为和不要式法律行为的意义在于：不要式法律行为可以由当事人自由 选择法律行为的形式；要式法律行为要求当事人必须采取法定形式，否则法律行为不能成立。

1. **主法律行为和从法律行为**

主法律行为是指不需要有其他法律行为的存在就可以独立成立的法律行为。从法律行 为是指从属于其他法律行为而存在的法律行为。如当事人之间订立一项借贷合同，为保证 该合同的履行，又订立一项担保合同，其中，借贷合同是主合同，担保合同为从合同。从 法律行为的效力依附于主法律行为：主法律行为不成立，从法律行为则不能成立；主法律行为无效，则从法律行为亦当然不能生效。但是，主法律行为履行完毕，并不必然导致从 法律行为效力的丧失。

区分主法律行为和从法律行为的意义在于：从法律行为的存废由主法律行为决定，主法律行为不存在，从法律行为也就不能存在。

1. 民事法律行为的成立与生效
2. 民事法律行为的成立

民事法律行为的成立，应当符合民事法律行为的构成要素，即必须具有当事人、意思表示、标的三个要素。一些特别的法律行为，除了上述三个要素以外，还必须具备其他殊事实要素，如实践性法律行为的成立还必须有标的物的交付。

1. 民事法律行为的生效

民事法律行为的生效，是指已经成立的民事法律行为因为符合法律规定的有效要件而 取得法律认可的效力。民事法律行为的成立和生效是两个不同的概念。民事法律行为的成 立是民事法律行为生效的前提；民事法律行为未成立，当然也谈不上生效。在大多数情况 下，民事法律行为成立和生效是一致的，即在民事法律行为成立时即具有法律效力。

民事法律行为生效，应当具备一定的条件，即民事法律行为的有效要件。民事法律行 为的有效要件包括实质要件和形式要件。

1. 民事法律行为有效的实质要件

**行为人具有相应的民事行为能力**。行为人实施的法律行为是合法行为，必然产生权利义务关系，进而产生相应的法律后果，因此，民事法律行为的行为人必须具有预见其行为性质和后果的相应的民事行为能力。就自然人而言，完全民事行为能力人可以以自己的行为取得民事权利，履行民事义务；限制民事行为能力人只能从事与其年龄和智力发育程度相当的民事法律行为，其他民事法律行为由其法定代理人代理，或者征得法定代理人同意下独立实施；无民事行为能力人不能独立实施民事法律行为，必须由其法定代理人代理。无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施接受奖励、赠与、报酬等纯获益的民事行为时，他人不得以行为人无民事行为能力、限制民事行为能力为由，主张以上行为无效。

法人的民事行为能力是由法人核准登记的经营范围所决定的。但从维护相对人的利益 和促进交易的角度出发，原则上认定法人超越经营范围从事的民事法律行为有效。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释（一）》第十条也规定， 当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效，但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营规定的除外。

**行为人的意思表示真实**。意思表示真实是指行为人在自觉、自愿的基础上作出 符合其内在意志的表示行为。意思表示不真实的民事行为，可以撤销或宣告无效。意思表示真实包括两个方面：意思表示自愿，任何人不得强迫；行为人内在的效果意思和外在的 表示一致。

**不违反法律和社会公共利益**。这是指意思表示的内容不得与法律的强制性或禁止性规范相抵触，也不得滥用法律的授权性或任意性规定规避强制性或禁止性规范。

2. 民事法律行为有效的形式要件

这是指行为人的意思表示的形式必须符合法律的规定。《民法通则》第五十六条规 定：“民事法律行为可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式 的，应当依照法律规定。”如果行为人进行某项特定的法律行为时，未能采用法律规定的 特定形式，则不能产生法律效力。民事法律行为的形式主要有以下几种：（1) **口头形式**， 指用谈话的方式进行意思表示，如当面交谈、电话交谈等。（2)**书面形式**，指用书面文 字进行的意思表示，数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等） 属于书面形式的一种。（3)**推定形式**，指当事人并不直接用口头形式或书面形式进行意 思表示，而是通过实施某种积极的行为，使得他人可以推定其意思表示的形式。如在超市 购物，向售货员交付货币的行为就可推定为行为人具有购买物品的意思。（4)**沉默形式**， 即指行为人没有以积极的作为进行表示，而是以消极的不作为代替意思表示的形式。如 《合同法》第四十七条、第四十八条均有沉默形式的规定。由于纯粹的沉默产生的意思是 模糊的，容易产生歧义，因此只有法律有明文规定或当事人双方有约定时，才可以将行为 人的沉默作为意思表示的一种形式，产生相应的法律后果。

1. 无效民事行为
2. 无效民事行为的概念

无效民事行为是指因欠缺民事法律行为的有效条件，不发生当事人预期法律后果的民 事行为。无效民事行为的特征是：（1)自始无效。从行为开始时起就没有法律约束力。(2)当然无效。不论当事人是否主张，是否知道，也不论是否经过人民法院或者仲裁机构确认，该民事行为当然无效。（3)绝对无效。绝对不发生法律效力，不能通过当事人的行为进行补正。当事人通过一定行为消除无效原因，使之有效，这不是无效民事行为的补正，而是消灭旧的民事行为，成立新的民事法律行为。无效民事行为有全部无效和部分无效的区别。

1. 无效民事行为的种类

对无效民事行为的规定，《合同法》修正了《民法通则》的许多内容，因此，理解无 效民事行为，应当将《民法通则》第五十八条和《合同法》第五十二条的规定结合起来 把握，这样才能全面认识无效民事行为的种类。

1. 无民事行为能力人独立实施的民事行为

无民事行为能力人不能正确认识其行为的法律意义，依法不能独立进行民事活动，只能由其法定代理人代理。因此，无民事行为能力人独立实施的民事行为，因主体不合格而无效。当然，无民事行为能力人独立实施的民事行为并非全然无效，如接受赠与、奖励、 获得报酬等纯获益的行为属于有效的民事行为。另外，无民事行为能力人也可以实施某些 与其年龄相适应的细小的日常生活方面的法律行为，如购买文具、乘坐交通工具等。无民 事行为能力人虽然不能独立实施民事行为，但是可以在法定代理人的帮助下完成法律行 为。如在法定代理人帮助下，作为房屋买卖合同的出卖人或者买受人享受权利和履行 义务。

1. 限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为

《民法通则》第五十八条第二项规定，限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为无效。但是，《合同法》第四十七条规定，限制民事行为能力人依法不能独立实施的 合同属于效力待定的合同，故限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为不是全部 属于无效民事行为，而应当区别对待：限制民事行为能力人不能独立实施的合同属于效力 待定的民事行为；限制民事行为能力人不能独立实施的合同以外的行为（主要表现为单 方行为）是无效的民事行为，如限制民事行为能力人所订立的遗嘱就是无效民事行为。

1. 受欺诈而为的民事行为

欺诈，指当事人一方故意编造虚假情况或者隐瞒真实情况，使对方陷人错误而为违背自己真实意思表示的行为。受欺诈而为的民事行为属于意思表示不真实的民事行为。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（以下简称 《民通意见》）第六十八条的规定，欺诈的构成条件为：(1)有具体的欺诈行为，即将欺 诈故意表示于外部。这要求欺诈人有意思表示能力，无意识或精神错乱中的行为人、无行为能力人所为的意思表示不属欺诈。欺诈的具体表现为捏造虚假事实、隐匿真实事 实、歪曲真实事实三种情形。（2)欺诈人主观心理状态为故意。这种主观上的故意涉及 两个方面：使相对人陷于错误认识的故意；使相对人基于错误认识而进行意思表本的故 意。（3)受欺诈方作出意思表示。虽然欺诈方有故意行为，并使得受欺诈方陷人错误认识，但是最后受欺诈方没有作出意思表示，则欺诈没有成立。但是，如果受欺诈方已经作出了意思表示，则欺诈人是否通过欺诈获得利益，或使受欺诈方受有损失，对欺诈的构成 不产生影响。（4)受欺诈方实施的民事行为与欺诈行为之间有因果关系。即相对人实施 的民事行为是因为欺诈而陷人错误。如果欺诈方有欺诈行为，但是相对人并没有因此而陷 人错误认识，则不构成欺诈。因此“知假买假”不构成欺诈。

根据《合同法》第五十四条的规定，因欺诈而订立的合同，如果不损害国家利益的， 不属于无效合同，而应当属于可变更、可撤销合同。因此结合《民法通则》、《合同法》 的规定，对于因欺诈而为的民事行为，应当区分情况处理：因欺诈而订立的合同，不损害国家利益的，属于可变更、可撤销合同；因欺诈而订立的合同，损害国家利益的，属于无效民事行为；因欺诈而实施的单方民事行为，属于无效民事行为。

1. 受胁迫而为的民事行为

受胁迫而为的民事行为，指以给公民或其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或者以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害相要挟，迫使对方作出违背真实意愿的意思表示。这属于意思表示不真实的民事行为，其特征在于：

1. 胁迫一方具体实施了胁迫行为。受胁迫方可以是相对人，也可以是相对人的亲友。受胁迫的客体可以是生命、 健康、荣誉、名誉、财产等。
2. 胁迫一方的主观心理状态为故意。此种故意分两个层次：使相对人陷于恐惧的故意；使相对人基于这种恐惧而作出意思表示的故意。
3. 受胁迫一方在胁迫之下进行了违背其真实意愿的民事行为。

根据《合同法》第五十四条的规定，因胁迫而订立的合同，如果不损害国家利益的，不属于无效合同，而应当属于可变更、可撤销合同。因此结合《民法通则》、《合同法》的规定>对于因胁迫而为的民事行为，应当区分情况处理：因胁迫而订立的合同，不损害国家利益的，属于可变更、可撤销合同;因胁迫而订立的合同，损害国家利益的，属于无效合同或无效民事行为；因胁迫而实施的单方民事行为,属于无效民事行为。

1. 乘人之危所为的民事行为

乘人之危所为的民事行为，指行为人利用对方当事人的急迫需要或危难境地，为牟取不正当利益，迫使对方作出违背真实意思的民事行为。这属于意思表示不真实的民事行为。这种民事.行为的特征在于：

1. 须有一方当事人在客观上处于危难境地。如本人或亲友突患疾病等。当事人所处的这种境地是客观的，不是想象的。
2. 行为人有乘人之危的故意。在乘人之危民事行为的认定中，需要注意当事人的意思表示是否出于自愿。即应当区分当事人的意思表示是“主动提出”，还是“被动接受”。如过行为人没有利用当事人的危难境地迫使其作出于其不利的意思表示，而是由处于危难境地的当事人主动作出意思表示，则不构成乘人之危的意思表示。
3. 须严重损害了处于危难境地的当事人的利益。根据《民通意见》第七十条的规定，构成乘人之危的民事行为要求行为结果严重损害了当事人的利益。

根据《合同法》第五十四条的规定，乘人之危订立的合同为可变更、可撤销合同。因此结合《民法通则》、《合同法》的规定，对于乘人之危所为的民事行为，应当区分情況处理：因乘人之危订立的合同，属于可变更、可撤销合同；因乘人之危实施的单方民事行为，属于无效民事行为。

1. 恶意串通损害他人利益的民事行为

恶意串通损害他人利益的民事行为，指民事行为的当事人之间故意合谋实施的损害国家、集体或第三方利益的行为。这类民事行为的主要特征是当事人之间互相串通、互相配合，共同实施了违法行为。在恶意串通损害他人利益的民事行为中，当事人所表达的意思是真实的，但这种意思表示是非法的，因此是无效的。 .

1. 违反法律或者社会公共利益的民事行为

首先，违反法律的民事行为中的“法律”包括法律和行政法规，但不包括地方性法规和行政规章，即民事行为不因违反地方性法规和行政规章而无效。其次，此处的“法律”特指强制性规范中的效力规范，即并非违反法律的行为一律无效。另外，民事行为违反公序良俗和社会公共利益，亦属无效。 .

1. 8以合法形式掩盖非法目的的民事行为

以合法形式掩盖非法目的的民事行为，指当事人以合法的行为或形式掩盖非法目的或内容的行为。如通过合法的买卖、捐赠形式来达到隐匿财产、逃避债务的目的等。这是一种规避法律的行为，行为具有表面上的合法形式，但隐藏着非法的目的，因而仍是一种无效民事行为。 .

1. 可变更、可撤销的民事行为
2. 可变更、可撤销的民事行为概述

可变更、可撤销的民事行为，亦称“相对无效的民事行为”，是指依照法律规定，由于行为的意思与表示不一致或者意思表示不自由，导致非真实的意思表示，可由当事人请求人民法院或者仲裁机构予以变更或者撤销的民事行为。

与无效民事行为相比较，可变更、可撤销的民事行为体现出以下特点：

1. 行为成 立后的效力不同。可变更、可撤销的民事行为在撤销前已经生效，在被撤销以前，其法律 效果可以对抗除撤销权人以外的任何人。而无效的民事行为在法律上当然无效，从一开始 即不发生法律效力。
2. 主张权利的主体不同。可变更、可撤销的民事行为的撤销，应 由撤销权人以撤销行为为之，人民法院不主动干预。无效民事行为在内容上具有明显的违 法性，故对无效民事行为的确认，不以当事人的意志为转移，司法机关和仲裁机构可以在 诉讼中主动宣告其无效。
3. 行为效果不同。可变更、可撤销的民事行为的撤销权人对权利行使拥有选择权，当事人可以撤销其行为，也可通过承认的表示使得撤销权消灭。如 果撤销权人未在规定的期限内行使撤销权，或者仅仅要求变更民事行为的部分内容，并不 要求将行为撤销，则可变更、可撤销民事行为仍然有效。可变更、可撤销的民事行为一经撤销，其效力溯及至行为开始，即自行为开始时无效。而无效民事行为的后果则为自始无效、绝对无效。
4. 行使时间不同。可变更、可撤销的民事行为，其撤销权的行使有时 间限制。按《合同法》第五十五条的规定，可变更、可撤销的合同，自当事人知道或者 应当知道撤销事由之日起1年内行使。如果超过这个期限，当事人才请求变更或撤销的， 人民法院不予保护。而在无效民事行为中，则不存在此种限制。

因重大误解而为的民事行为。所谓重大误解是指行为人对行为的性质、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思相悖， 造成较大损失的意思表示。

根据《民通意见》第七十一条的规定，构成重大误解的民事行为，应当具备如下条 件：（1）当事人对民事行为的内容有错误认识。 这些内容包括行为的性质、对方当事人、 标的物的品种、质量、规格和数量等。如对价格的误解：某照相机的实际价格为7 998 元，但是营业员看错了标签，以1 998元的价格出售；再如对数量的误解：一只手表价格 5万元，营业员却按一对手表5万元的价格出售。但需要注意的是，对于动机的错误认识 一般不成立重大误解。如意图转售获得差价而购物，后来动机不能实现，不得以重大误解 为由要求撤销前一购物行为。（2)表意人基于误解作出了意思表示。（3)误解因误解方 自己的过失造成，并非因受他人的欺诈或不正当影响造成。如果是由于行为人的故意或者 重大过失造成，行为人无权要求撤销。（4)这种行为后果造成了表意人较大的损失。从 维护交易安全出发，如果没有造成较大损失，应当认定行为有效，而不认为是重大误解的 民事行为。

基于重大误解而为行为的当事人，对于因变更或撤销民事行为而导致的相对人的损 失，应当承担赔偿责任。

2?.显失公平的民事行为。显失公平的民事行为，指一方当事人利用优势或者利用对 方没有经验，致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则实施的民事行为。如某古 董商以极不合理的价格收购了一古董就是显失公平的民事行为。根据《合同法》第五十 四条第一款第二项规定，对于合同是否显失公平进行判断的时间点，应当以订立合同之时 为标准。故合同订立以后发生的情势变化，导致双方利益显失公平的，不属于显失公平的 民事行为，而应当按照诚实信用原则处理。

3.受欺诈、胁迫而订立的不损害国家利益的合同或者乘人之危而订立的合同。

(三）撤销权

撤销权是权利人以其单方的意思表示变更或撤销已经成立的民事行为的权利。撤销权 在性质上属于形成权，故依撤销权人的意思表示即可产生相应的法律效力，无须相对人同 意。在可变更、可撤销的民事行为中，并非所有当事人均享有撤销权。在一方以欺诈、胁 迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，只有受损害方才有 权撤销。撤销权人变更或撤销的意思表示应向人民法院或仲裁机构作出，由人民法院或仲 裁机构确认其撤销权是否成立。具有撤销权事由的当事人自知道或应当知道撤销事由之日 起1年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。该1年的时间属于除斥期间，不得适用诉讼时 效的中止、中断和延长。

(四）民事行为被确认无效或被撤销的法律后果

可变更、可撤销民事行为在成立之时具有法律效力，+对当事人有约束力。如果当事人 行使变更权或撤销权，该民事行为或基于人民法院或者仲裁机构的裁判相应变更而部分有 效，或撤销而归于无效。一旦被撤销，其行为效果与无效民事行为的效果一样。

根据《民法通则》第六十一条、《合同法》第五十八条、第五十九条的规定，民事行 为被确认为无效后和被撤销后，从行为开始时就没有法律效力。但是没有法律效力不等于 没有法律后果产生。民事行为被确认为无效后和被撤销后，将产生返还财产、赔偿损失、 追缴财产等法律后果。另外，根据《合同法》第五十七条的规定，合同无效或者被撤销 不影响其中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。例如双方当事人约定用仲裁方式 解决双方争议的条款继续有效。

五、附条件和附期限的法律行为

(一）附条件的法律行为

1. 概念

附条件的法律行为是指在法律行为中规定一定条件，并且把该条件的成就与否作为法 律行为效力发生或者消灭根据的法律行为。并非所有的法律行为都可以附条件，根据相关 法律规定，下列法律行为不得附条件：（1)条件与行为性质相违背的，如《合同法》第 九十九条第二款规定，法定抵销不得附条件；（2)条件违背社会公共利益或社会公德的， 如结婚、离婚等民事行为。

2. 条件的特征

民事法律行为所附条件，既可以是自然现象、事件，也可以是人的行为。但它应当具 备下列.特征：（1)必须是将来发生的事实。作为条件的事实，必须是在进行法律行为时 尚未发生的。过去的事实，不得作为条件。（2)必须是将来不确定的事实。该事实是否 发生应当是不确定的，如果在法律行为成立时，该事实是将来必然发生的，则该事实应当 作为法律行为的期限而非条件。（3)条件应当是双方当事人约定的。法律行为中所附条 件，必须是双方当事人约定，并以意思表示的形式表现出来。条件如果是法律规定的，如 法律行为的成立条件、生效条件，不属于此处所谓的“条件”。(4)条件必须合法。条件 不得违反现行法律的规定。

3. 条件的分类

按照所附条件对法律行为产生的效力的不同，可以分为附延缓条件的法律行为和附解 除条件的法律行为：

(1) 附延缓条件的法律行为。延缓条件，《合同法》称之为“生效条件”，亦称“停 止条件”，是指法律行为中所确定的权利和义务要在所附条件成就时才生效的条件。也就 是说，在延缓条件成就之前，法律行为已经成立，但是效力却处于一种停止状态。条件成 就之后，法律行为发生法律效力。

(2) 附解除条件的法律行为。解除条件又称“消灭条件”，是指法律行为中所确定的 权利和义务在所附条件成就时失去法律效力。.附解除条件的法律行为，在所附条件成就以 前，已经发生法律效力，行为人已经开始行使权利和承担义务。当条件成就时，权利和义 务则失去法律效力。

4. 附条件法律行为的效力

附条件的法律行为一旦成立，则已经在当事人之间产生了法律关系，当事人各方均应 受该法律关系的约束。因此，在条件成就与否未得到确定之前，行为人一方不得损害另一 方将来条件成就时可能得到的利益。条件成就与否未定之前，行为人也不得为了自己的利 益，以不正当行为促成或阻止条件成就0《合同法》第四十五条第二款规定，当事人为自 己的利益不正当地阻止条件成就时，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条 件不成就。

(二）附期限的法律行为

附期限的法律行为，指当事人设定一定的期限，并将期限的到来作为效力发生或消灭 前提的法律行为。根据期限对法律行为效力所起作用的不同，可以将其分为延缓期限和解

除期限。附延缓期限的法律行为，指法律行为虽然已经成立，但是在所附期限到来之前不 发生效力，待到期限届至时，才产生法律效力。因此延缓期限也称“始期”。附解除期限 的法律行为，指法律行为在约定的期限到来时，该行为所确定的法律效力消灭。因此解除 期限也称“终期”。

附条件的法律行为与附期限的法律行为的区别在于：附条件的法律行为是以未来不确 定的事实作为法律行为效力产生或消灭的依据，所以该法律行为效力的产生或消灭具有不 确定性；而附期限的法律行为是以一定期限的到来作为法律行为效力产生或消灭的依据， 由于期限的到来是一个必然发生的事件，所以附期限的法律行为的效力的产生或消灭是确 定的、可预知的。

—、代理的基本理论

(一）代理的概念及特征

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义与第三人实施法律行为，由此产生 的法律后果直接由被代理人承担的一种法律制度。代理关系的主体包括代理人、被代理人 (亦称本人）和第三人（亦称相对人）。代理关系包括三种关系：一是被代理人与代理人 之间的代理权关系；二是代理人与第三人之间实施法律行为的关系；三是被代理人与第三 人之间承受代理行为法律后果的关系。

代理制度使得自然人及组织可以在有限的时间、条件下，通过别人从事民事活动而获 得法律效果，扩大了从事民事法律活动的范围和可能性；代理制度还弥补了无行为能力 人、限制行为能力人无法独立从事民事活动的不足，使得他们可以通过代連制度参加民事 活动，充分实现自己的经济利益。

代理具有以下几个法律特征：

1-代理行为是民事法律行为

代理行为以意思表示为核心，能够在被代理人与巢三人之间设立、变更和终止民事权 利和民事义务，因此代理行为表现为民事法律行为，如订立合同、履行债务等。代理人从 事的行为主要包括三类：（1)民事法律行为；（2)民事诉讼行为；（3)某些财政、行政 行为，如代理专利申请、商标注册。后面两种行为均包含意思表示要素，实际上属于准民 事法律行为。

并非所有的民事法律行为都可以代理，某些具有人身性质的民事法律行为（如立遗 嘱、结婚等）、双方当事人约定必须由本人亲自实施的民事法律行为不得代理。

2.代理人以被代理人的名义为民事法律行为

代理的法律效果并非归属于行为人自身，而是由被代理人承受。故法律要求行为必须 以被代理人名义实施。《民法通则》只承认以被代理人名义进行的代理，而不包括以代理 人名义进行的代理。但是，《合同法》第四百零二条、第四百零三条承认了隐名代理制

度。有关具体内容请参见合同法律制度部分的内容。

3. 代理人是在代理权限内独立向第三人为意思表示

代理人从事代理时必须拥有代理权。代理权是代理人能够以被代理人名义实施法律行 为，并使该行为的效果直接归属于被代理人的法律资格。代理人在实施代理行为时应独立 思考、自主作出意思表示。这种意思表示包括代理人向第三人作出意思表示，也包括受领 第三人的意思表示。

4. 代理人所为的民事法律行为的法律效果归属于被代理人

在代理活动中，代理人不因其所实施的民事法律行为直接取得任何个人利益，由代理 行为产生的权利和义务自应由被代理人本人承受。

(二）代理与相关概念的区别

1. 代理与委托

委托又称委任，指依双方当事人的约定，由一方为他方处理事务的法律行为。委托与 代理有如下区别：（1)行使权利的名义不同。代理是代理人在代理权限内以被代理人名 义进行民事活动，其法律效果直接对被代理人发生效力。在委托中，受托人既可以以委托 人名义活动，也可以以自己的名义活动。（2)从事的事务不同。代理涉及的行为以意思 表示为要素，故代理的一定是民事法律行为；委托不要求以“意思表示”为要素，因此 委托从事的行为可以是纯粹的事务性行为，如整理资料、打扫卫生等。（3)代理涉及三 方当事人，即被代理人、代理人、第三人；委托则属于双方当事人之间的关系，即委托人 和受托人。当然，委托和代理也存在一定的联系，如在委托代理中，委托人（被代理人） 与受托人（代理人）之间的法律关系按照委托处理；委托人、受托人及相对人三方当事 人之间的法律关系按照代理处理。

2. 代理与代表

法人组织一定有法定代表人。法定代表人从事的行为属于代表行为。代理与代表有如 下区别：（1)代表人是法人机关，因此代表人与法人同属一个民事主体；代理人与被代 理人是两个民事主体间的关系，是两个独立的民事主体。（2)代表人实施民事法律行为 就是法人实施民事法律行为，因此不存在效力归属问题；代理人从事的法律行为不是被代 理人的法律行为，只是其效力归属于被代理人。

3. 代理与行纪

行纪指经纪人受他人委托以自己的名义从事商业活动的行为。行纪与代理的区别体现 在：（1)行纪是以行纪人自己的名义实施法律行为；代理是以被代理人的名义实施法律 行为。（2)行纪的法律效果先由行纪人承受，然后通过其他法律关系（如委托合同）转 给委托人；代理的法律效果直接归属被代理人享有。（3)行纪必为有偿法律行为；代理 既可为有偿，亦可为无偿。

(三）代理的种类

根据《民法通则》的规定，代理可分为以下几种：

1.委托代理

基于被代理人授权的意思表示而发生的代理，为委托代理，又称意定代理。委托代理 是适用最广泛的代理形式。由于委托代理基于被代理人授权的意思表示而发生，因此委托 代理的被代理人在授权时必须具有相应的民事行为能力。

委托授权为不要式行为，既可以采用书面形式，也可以采用口头或者其他方式授权， 其中书面的委托形式是授权委托书。委托书授权不明的，被代理人应当向第三人承担民事 责任，代理人负连带责任。

2. 法定代理

法定代理是依据法律规定而当然发生的代理。它是为无行为能力人和限制行为能力人 设立的代理方式。《民法通则》第十四条、第十六条规定，未成年人的父母是未成年人的 监护人。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是他的法定代理人。

3. 指定代理

按照人民法院或者有权机关的指定而产生的代理，为指定代理。在没有法定代理人和 委托代理人的情况下，人民法院或者有权机关可以依法为不能亲自处理自己事务的人指定 代理人。在指定代理中，依法被指定为代理人的，如无特殊原因不得拒绝担任。

二、代理权

(一）代理权概述

代理制度的核心内容是代理权。代理权是代理人以他人名义独立为意思表示，并使其 效果归属于他人的一种法律资格。代理权产生的根据，或基于法律规定，如法定代理；或 基于人民法院或其他机关的指定，如指定代理；或基于被代理人的授权行为，如委托 代理。

委托代理中的授权行为是一种单方法律行为，仅凭被代理人一方的意思表示，即可发 生授权的效果。因此这种授权行为区别于被代理人与代理人之间的基础法律关系，基础法 律关系可以是委托合同、合伙合同等双方法律行为，但授权行为一定是单方法律行为。被 代理人的授权行为，既可以向代理人进行，也可以向相对人为之，两者效力相同。

(二）代理权的滥用

代理权是整个代理关系的基础，代理人之所以能代替被代理人实施法律行为，就在于 代理人拥有代理权。违背代理权的设定宗旨和代理行为的基本准则，损害被代理人利益， 行使代理权的行为构成滥用代理权。滥用代理权的行为主要包括：

1.自己代理。代理人以被代理人的名义与自己进行民事活动的行为为自己代理。

.2.双方代理。同一代理人代理双方当事人进行同一项民事活动的行为为双方代理。

3. 代理人和第三人恶意串通。代理人和第三人恶意串通，损害被代理人利益的，代 理人应当承担民事责任，第三人和代理人负连带责任。

自己代理和双方代理原则上发生无权代理的效果，因为这些行为使得代理人不能最大 限度维护被代理人的利益，违背代理制度“受人之托，忠人之事”的初衷。无权代理人 所为的单方民事行为无效，所为的多方民事行为在经被代理人追认后生效。当然，善意的 相对人也可以在被代理人追认之前主张撤销其对无权代理人已经作出的意思表示，使得该 民事行为不发生效力。

三、无权代理 .

(一）无权代理概述

所谓无权代理，就是没有代理权的代理。无权代理不是代理的一种形式，而是具备代

理行为的表象但是欠缺代理权的行为。无权代理在法律上并非当然无效，应当根据具体情 形具体分析。

无权代理的发生原因在于代理人无代理权。无权代理的情形一般包括：（1)没有代 理权的代理行为；（2)超越代理权的代理行为；（3)代理权终止后的代理行为。

(一.)无权代理的后果

代理权的存在是代理关系成立并有效的必要条件。无权代理不经追认，对被代理人抑 或相对人不发生法律行为的效力，而只是产生损害赔偿的法律后果。但无权代理并非当然 无效，根据《合同法》第四十八条规定，在无权代理情况下订立的合同，属于效力待定 的合同。无权代理中当事人的权利义务主要体现为以下情况：

1. 本人的追认

《民法通则》第六十六条规定：“没有代理权、超越代理权或者代理权终止后的行为， 只有经过被代理人的追认，被代理人才承担民事责任。”因此，无权代理经被代理人追 认，即直接对被代理人发生法律效力，产生与有权代理相同的法律后果。被代理人的此项 权利称为追认权，是法律为保护被代理人利益设定的。

追认权性质上属于形成权，故仅凭权利人单方的意思表示即可决定权利人与相对人之 间法律关系的变动。故法律对当事人权利行使有期限的要求。《合同法》第四十八条第二 款规定，相对人可以催告被代理人在1个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝 追认。一旦本人拒绝追认，无权代理行为就确定地转化为无敫民事行为，由各方当事人按丨 照过错S度承担法律责江.无权代理成立后，波代理人已经开哈頎行台同义务的..视为对 合同的追认。.... ... ...I ■

2. 相对人的保护

(1) 催告。在被代理人追认前，相对人可以催告，请求被代理人对是否追认代理权 作出明确的意思表示。催告在性质上属于意思通知行为，不属于形成权。

(2) 撤销权。善意利I付k (i.波代J-'l! kiI仲jQ丨人H：-? Ijif. (]■ H ii'i!丨:丨兄H i.丨丨1丨人i.'? 经作出的意思表示5此为撤销权。撤销权在性质上也属于形成权。善意相对人享有撤销 权，是相对人(第三人)4被代评人!乂利对方的々观. n. 撤销则代理人与相对人所‘A；的K h?为即Pk效

撤销权的行使有叫1、浪fh中;、川卟说甜乂如mu.丨人圳 道或者应当知道无权代理人无代理权，则不能行使撤销权。第二.，撤销权的行使必须在本 人行使追认权之前imdiVvW.则代則a.响)秘 相对人无撖销权的行使。

四、表见代i ■ ■ j

(一）表见代理的概參' x ::

表见代理，指无\_代理大的代理行为客观上存在使相对人相信其有代理权的情况，\_ 相对人主观上为善意;因而可以向被代理人主张代理的效力。表见代理属于广义的无权代| 理的一种.，<合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终

止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有丨 效。”法律确立表见代理规则的主要意义在干维护人们对代理制度的信赖，保护善意相对

1. 代理人无代理权。如果代理人实际拥有代理权，则为有权代理，不发生表见代理。

2. 相对人主观上为善意且无过失。这是表见代理成立的主观要件，即相对人不知道 行为人所为的行为属于无权代理行为，且相对人的不知在主观上并无过错。

3. 客观上有使相对人相信无权代理人具有代理权的情形。存在客观事由，并使相对 人相信无权代理人有代理权，是成立表见代理的根据。在实践中，通常表现为：合同签订 人持有被代理人的介绍信或盖有印章的空白合同书，使得相对人相信其有代理权；无权代 理人此前曾被授予代理权，且代理期限尚未结束，但实施代理行为时代理权已经终止。

4-相对人基于这种客观情形而与无权代理人成立民事行为。相对人虽有理由相信其 有代理权，但最后并未成立民事行为，不发生表见代理。只有在相对人相信其有代理权， 并发生了民事行为时才成立表见代理。

(三）表见代理的效果

表见代理对于本人来说，产生与有权代理一样的效果。即在相对人与被代理人之间发 生法律关系。被代理人应受无权代理人与相对人实施的民事行为的拘束。被代理人不得以 无权代理作为抗辩事由，主张代理行为无效。

表见代理对于相对人来说，既可以主张其为狭义无权代理，也可以主张其为表见代 理。如果主张狭义无权代理，则相对人可以行使善意相对人的撤销权，从而使得整个代理 行为归于无效，因为表见代理制度的目的在于保护善意相对人的利益。

第三节诉讼时效制度

一、诉讼时效基本理论

(一）诉讼时效的概念

诉讼时效是指债权请求权不行使达一定期间而失去国家强制力保护的制度。诉讼时效 属于法律事实中的事件，是基于一定的事实状态在法律规定的一定期间内持续存在而当然 发生不为当事人意志所决定的某种法律效果。民法上建立诉讼时效制度，目的在于维护社 会经济秩序的稳定、避免时间过长导致举证困难，同时也有利于督促权利人及时行使 权利。

诉讼时效具有以下特点：

1-有债权人不行使权利的事实状态存在，而且该状态持续了一段期间。

2.诉讼时效届满不消灭实体权利。这意味着：（1)诉讼时效期间的经过，不影响债 权人提起诉讼，即不丧失起诉权。（2)债权人起诉后，如果债务人主张诉讼时效的抗辩， 法院在确认诉讼时效届满的情况下，应驳回其诉讼请求，即债权人丧失胜诉权；当事人 未提出诉讼时效抗辩，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的 规定进行裁判。当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院

不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除 外。（3)诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或 者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩，人民法院不予支持。

3.诉讼时效具有强制性。法律关于诉讼时效的规定属于强制性规范，其具体内容， 如时效期间的长度、适用条件、适用范围等都由法律规定，当事人不得协议变更或限制。

(二）诉讼时效的适用对象

诉讼时效适用于债权请求权，其他请求权（如物上请求权）不适用诉讼时效。最高 人民法院《关于审理民事案件适用诉讼时效制度若干问题的规定》第一条规定，当事人 可以对债权请求权提出诉讼时效抗辩，但对下列债权请求权提出诉讼时效抗辩的，人民法 院不予支持：（1)支付存款本金及利息请求权；（2)兑付国债、金融债券以及向不特定 对象发行的企业债券本息请求权；（3)基于投资关系产生的缴付出资请求权；（4)其他 依法不适用诉讼时效规定的债权请求权。

与诉讼时效相近的一个概念是除斥期间。除斥期间是指法律规定某种权利预定存续的 期间，债权人在此期间不行使权利，预定期间届满，便可发生该权利消灭的法律后果。如 《继承法》第二十五条规定，受遗赠人应在知道受遗赠后两个月内作出接受遗赠的表示， 否则视为放弃。两个月即为受遗赠权的除斥期间。诉讼时效和除斥期间都是以一定的事实 状态存在和一定期间的经过为条件而发生一定的法律后果，都属于法律事实中的事件。但 两者有如下区别：（1)适用对象不同。诉讼时效适用于债权请求权；除斥期间一般适用 于形成权，如追认权、解除权、撤销权等。（2)可以援用的主体不同。人民法院不能主 动援用诉讼时效，诉讼时效须由当事人主张后，人民法院才能审查；除斥期间无论当事人 是否主张，人民法院均应当主动审查。（3)法律效力不同。诉讼时效届满只是导致胜诉 权的消灭，实体权利不消灭；除斥期间届满，实体权利消灭。（4)期间性质不同。诉讼 时效是可变期间，可以因主客观原因中断、中止或延长；除斥期间是不变期间，不适用时 效中断、中止和延长的规定。

二、诉讼时效的种类与起算

(一）诉讼时效的种类

诉讼时效的种类、期间都是法定的，不同的诉讼时效有不同的期间，不同的诉讼时效 有不同的起算时间。根据《民法通则》规定，诉讼时效有以下几种：

1. 普通诉讼时效。除了法律有特别规定，民事权利适用普通诉讼时效期间。《民法通 则》第一百三十五条规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律 另有规定的除外。

2. 短期诉讼时效。短期诉讼时效，指时效期间不足2年的诉讼时效。如《民法通则》 第一百三十六条规定，下列请求权的诉讼时效期间为1年：（1)身体受到伤害要求赔偿 的；（2)出售质量不合格的商品未声明的；（3)延付或拒付租金的；（4)寄存财物被丢 失或者毁损的。

3. 长期诉讼时效。长期诉讼时效，指时效期间比普通诉讼时效的2年要长，但不到 20年的诉讼时效。如《合同法》第一百二十九条规定，涉外货物买卖合同及技术进出口 合同争议提起诉讼或者仲裁的期限为4年。'

4. 最长诉讼时效。最长诉讼时效是指期间为20年的诉讼时效期间。《民法通则》第 一百三十七条规定，权利被侵害超过20年的，人民法院不予保护。与其他诉讼时效相比， 最长诉讼时效期间从权利被侵害时计算，而非从权利人知道或者应当知道之时起算。最长 诉讼时效期间可以适用诉讼时效的延长，但不适用诉讼时效期间的中断、中止等规定。

(二）诉讼时效期间的起算

诉讼时效应从债权人能够行使请求权时起算，而债权人要能够行使请求权，原则上应 当符合两个条件：客观上必须有债权请求权受侵害的事实；主观上债权人必须知道或者应 当知道债权请求权被侵害。此处的“知道或者应当知道权利被侵害”包括知道侵害人和 侵害事实两个方面。因此，《民法通则》第一百三十七条规定，诉讼时效从知道或者应当 知道权利被侵害时起开始计算。

根据我国的法律规定和司法实践，结合各类民事法律关系的不同特点，诉讼时效起算 有不同的情况：

1. 附条件的或附期限的债的请求权，从条件成就或期限届满之日起算。

2. 定有履行期限的债的请求权，从清偿期届满之日起算。当事人约定同一债务分期 履行的，诉讼时效期间从最后一期履行期限届满之日起计算。

3. 未定有履行期限或者履行期限不明确的债的请求权，依照《合同法》第六十一条、 第六十二条的规定，可以确定履行期限的，诉讼时效期间从履行期限届满之日起计算；不 能确定履行期限的，诉讼时效期间从债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计 算，但债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效期间从 债务人明确表示不履行义务之日起计算。

4-因侵权行为而发生的赔偿请求权，从受害人知道或者应当知道其权利被侵害或者 损害时起算。人身伤害损害赔偿的诉讼时效期间，伤害明显的，从受伤之日起算；伤害当 时未发现，后经检查确诊的，从伤势确诊之日起算。对于这类因侵权行为而发生的赔偿请 求权，计算诉讼时效的起算点时，必须要求请求权人知道侵害事实和加害人。

5. 请求他人不作为的债权请求权，应当自权利人知道义务人违反不作为义务时起算。

6. 国家赔偿的诉讼时效的起算，自国家机关及其工作人员行使职权时的行为被依法 确认为违法之日起算。 .

7. 可撤销合同受除斥期间的限制，故一方当事人就撤销合同之诉主张诉讼时效抗辩 的，人民法院不予支持。但合同被撤销后，返还财产、赔偿损失的请求权受诉讼时效限 制，其诉讼时效期间从合同被撤销之日起计算。

另外，根据《民法通则》第一百三十七条的规定，权利人不知道或者不应当知道权 利被侵害，则诉讼时效期间不开始计算。但是，对此如果毫无限制，则意味着对权利人的 权利保护是无期限的，因此，法律规定，从权利被侵害之日起超过20年的，不再受法律 保护。

三、诉讼时效的中止

(一）诉讼时效中止的概念

诉讼时效中止，指在诉讼时效进行中，因一定的法定事由的发生而使权利人无法行使 请求权，暂时停止计算诉讼时效期间。《民法通则》第一百三十九条规定：“在诉讼时效

期间的最后6个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中 止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”

(二）诉讼时效中止的事由

中止诉讼时效必须有法定事由的存在。根据《民法通则》第一百三十九条及《民通 意见》第一百七十二条的规定，中止诉讼时效的事由有两类：一是不可抗力；二是其他 障碍。此处的其他障碍包括：（1)权利被侵害的无民事行为能力人、限制民事行为能力 人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力；（2)继承开始 后未确定继承人或者遗产管理人；（3)权利人被义务人或者其他人控制无法主张权利；

(4)其他导致权利人不能主张权利的客观情形。

(三）诉讼时效中止的时间

根据《民法通则》第一百三十九条的规定，只有在诉讼时效的最后6个月内发生中 止事由，才能中止诉讼时效的进行。如果在诉讼时效期间的最后6个月以前发生权利行使 障碍，而到最后6个月时该障碍已经消除，则不能发生诉讼时效的中止；如果该障碍在最 后6个月时尚未消除，则应从最后6个月开始时起中止时效期间，直至该障碍消除。

(四）诉讼时效中止的法律效力

在诉讼时效中止的情况下，中止事由发生前巳经经过的时效期限仍然有效，等到时效 中止的原因消除后，前后期间合并计算。在民法规定的最长诉讼时效期间内，诉讼时效中 止的持续时间没有限制。

四、诉讼时效的中断 —

(一）诉讼时效中断的概念

诉讼时效中断，指在诉讼时效进行中，因法定事由的发生致使已经进行的诉讼时效期 间全部归于无效，诉讼时效期间重新计算。《民法通则》第一百四十条规定，诉讼时效因 提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重 新计算。即以前已经经过的时效期间归于无效。诉讼时效的中断可以多次进行，但不得超 过法律规定的20年的最长诉讼时效。

(二）诉讼时效中断的法定事由

1.提起诉讼

提起诉讼是指通过司法程序行使请求权。当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头 起诉的，诉讼时效从提交起诉状或者口头起诉之日起中断。权利人向人民调解委员会以及 其他依法有权解决相关民事纠纷的国家机关、事业单位、社会团体等社会组织提出保护相 应民事权利的请求，诉讼时效从提出请求之日起中断。权利人向公安机关、人民检察院、 人民法院报案或者控告，请求保护其民事权利的，诉讼时效从其报案或者控告之日起中断。 上述机关决定不立案、撤销案件、不起诉的，诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道不 立案、撤销案件或者不起诉之日起重新计算；刑事案件进入审理阶段，诉讼时效期间从刑 事裁判文书生效之日起重新计算。另外，下列事项均与提起诉讼具有同等效力：（1)申 请仲裁；⑴申请支付令；（3)申请破产、申报破产债权；（4)为主张权利而申请宣告 义务人失踪或死亡；（5)申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施；（6)申请强制 执行；（7)申请追加当事人或者被通知参加诉讼；（8)在诉讼中主张抵销；（9)其他与

提起诉讼具有同等诉讼时效中断效力的事项。

2. 当事人一方提出请求

这是指权利人在诉讼程序以外作出请求履行的主张。这种主张在客观上改变了权利不 行使的事实状态，导致诉讼时效中断。具有下列情形之一的，应当认定为“当事人一方提出 要求(1)当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书，对方当事人在文书上签字、 盖章或者虽未签字、盖章但能够以其他方式证明该文书到达对方当事人的；（2)当事人 一方以发送信件或者数据电文方式主张权利，信件或者数据电文到达或者应当到达对方当 事人的；（3)当事人一方为金融机构，依照法律规定或者当事人约定从对方当事人账户 中扣收欠款本息的；（4)当事人一方下落不明，对方当事人在国家级或者下落不明的当 事人一方住所地的省级有影响的媒体上刊登具有主张权利内容的公告的，但法律和司法解 释另有特别规定的，适用其规定；（5)权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼 时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外。其中，第 (1)项情形中，对方当事人为法人或者其他组织的，签收人可以是其法定代表人、主要 负责人、负责收发信件的部门或者被授权主体；对方当事人为自然人的，签收人可以是自 然人本人、同住的具有完全行为能力的亲属或者被授权主体。

3. 义务人同意履行义务

义务人通过一定的方式向权利人作出愿意履行义务的意思表示，作为权利人信赖这种 表示而不行使请求权，不能说是怠于行使权利，因此也构成诉讼时效的中断。义务人作出 分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为，均 属于义务人同意履行义务的行为。

除了上述三项诉讼时效中断的事由以外，下列情形也会发生诉讼时效中断的效果： (1)对于连带债权人、连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对 其他连带债权人、连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。（2)债权人提起代位权诉讼 的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。（3)债权转 让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。债务承担情形下，构成 原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

(三）诉讼时效中断的法律效力

根据《民通意见》第一百七十三条规定，诉讼时效中断的法律效力为诉讼时效的重 新起算，即已经经过的诉讼时效期间失去意义。诉讼时效的中断次数没有限制，当然不得 超过20年最长诉讼时效的限制。

五、诉讼时效的延长

权利人在法定的诉讼时效期间内没有行使权利，原则上胜诉权消灭。但是，如果在法 定期限内没有行使权利是由于某种客观上的障碍，根据《民法通则》，第一百三十七条和 《民通意见》第一百六十九条的规定，人民法院可以斟酌具体情况，延长诉讼时效期间。 所有的诉讼时效期间，包括20年的最长期间都可以适用诉讼时效的延长。

一、物权法律制度概况

物权法是调整因物的归属和利用而产生的民事关系的法律。财产法的两根支柱分别是 物权法和债权法，其中，物权法属于财产的归属法，债权法则属于财产的流转法。作为财 产归属法，物权法是财产制度的基础，亦是区隔不同经济制度的标志。 丨

新中国物权法律制度最早系统规定于1986年的《民法通则》，该法第五章第一节规 定“财产所有权和与财产所有权有关的财产权”，其中大部分属于物权，初步确立了包括 所有权、用益物权与担保物权在内的基本物权法律体系框架。另外，包括国有土地使用权 在内的用益物权制度体系主要由《土地管理法》、《城市房地产管理法》、《农村土地承每 法》等单行法律建立；担保物权制度体系则集中规定于《担保法》以及《最高人民法院丨 关于适用〈中华人民共和国担保法〉若干问题的解释》（以下简称《担保法解释》）。| 2007年，《物权法》颁行，在上述各单行法及司法解释的基础上，完整系统规定了各项基j 本物权法律制度。 . .■ .；

本章所阐述的物权法律制度，主要以《物权法》、《担保法》以及《担保法解释》为丨 依据。需要注意的是，如果《物权法》与《担保法》及其司法解释存在冲突，以《物权| 法》为准。 j

二、物的概念与种类 |

物是物权的客体。《物权法》第二条第二款规定：“本法所称物，包括不动产和动产cj 法律规定权利作为物权客体的，依照其规定。” \

(一）物的概念 i

物权法上的物指的是有体物，是除人的身体之外，凡能为人力所支配，独立满足人类丨 社会生活需要之物。物权法上的物具有如下特点： 丨

1. 有体性 !

传统民法上，物有所谓有体物与无体物之别，无体物包括权利等不具备物理实体之 “物”。我国物权法上的物仅指有体物，权利、行为、智力成果（包括电脑程序）等均不

是物权法上的物，因而不属物权客体。其中，权利在特殊情况下经法律规定可成为物权客 体，如以股权、票据权利等出质的权利质权；行为是债权的客体；智力成果则是知识产权 的客体。

2. 可支配性

能为人力所支配并满足人的需要。不能为人力所支配或不为人所需之物，因其不具有 交易价值而不属于物权法上的物，前者如太阳、月亮、星星等，后者则如汽车尾气。

3. 在人的身体之外

人是权利主体，不能成为物权客体。不过人体器官如脱离人的身体，则可成为物。

(二）物的种类

1. 流通物、限制流通物与禁止流通物

流通物是指可自由进人市场流通之物，绝大多数动产以及不动产中的房屋均属流通 物；限制流通物是被法律限制市场流通之物，如文物、黄金、药品等；禁止流通物则是法 律禁止流通之物，如《物权法》第四十一条规定：“法律规定专属于国家所有的不动产和 动产，任何单位和个人不能取得所有权。”

2. 动产与不动产

不可移动，或如移动将损害其价值的物，为不动产，包括土地、海域以及房屋、林木 等地上定着物。动产则是指不动产以外的物。区分动产与不动产的意义主要在于：

(1)物权变动的要求有别。动产以交付为原则，不动产则须登记。（2)确定诉讼管辖。 不动产纠纷由不动产所在地法院管辖。

3. 可替代物与不可替代物

该分类仅限于动产。可替代物是在交易上依数量、容量或重量而确定的物，如书、粮 食等。不可替代物具有唯一性、不可被他物替代，如齐白石的画等。区分意义在于：交易 客体为可替代物时，可以同类物替代履行；不可替代物一旦发生损害就只能转化为金钱 赔偿。

4. 消费（耗）物与非消费（耗）物

该分类仅限于动产。消费物是指依其性质只能一次性使用或让与之物，如粮食、金钱. 等，非消费物则相反。区分意义在于：消费物不可能在使用了以后，又原封不动地归还原 来的所有者；消费物的使用权人一般是所有权人；一般情况下，以让与为目的的消费物 (金钱）移转占有即移转所有权。

5. 可分物与不可分物

可分物是不因分割而变更其性质或减损其价值的物，如米、酒等。反之，如牛、汽车 等则属不可分物。区分意义在于：分割共有时，可分物可进行实物分割。

6. 主物与从物

一物可能不是他物的成分，而只是作为他物发挥作用的辅助工具而存在。此时，相对 于起主要效用的物（主物）而言，该辅助之物为从物，如旅馆设置的家具、房间的钥匙、 书的封套、汽车后箱中的备用胎、机器的维修工具等。在无法律特别规定或当事人特别约 定时，从物的权利归属与主物一致。

7. 原物与孳息物

根据两物之间存在的原有物产生新物的关系，物可分为原物与孳息物。其中，孳息又

有天然孳息与法定孳息之别。《物权法》第一百一十六条规定：“（第一款）天然孳息，由 所有权人取得；既有所有权人又有用益物权人的，由用益物权人取得。当事人另有约定 的，按照约定。（第二款）法定孳息，当事人有约定的，按照约定取得；没有约定或者约 定不明确的，按照交易习惯取得。”

三、物权的概念与种类

(一）物权的概念

《物权法》第二条第三款前句规定：“本法所称物权，是指权利人依法对特定的物享 有直接支配和排他的权利。”与债权相比，物权具有以下特点：

1. 支配性

物权是对于标的物具有直接支配力的财产权，物权人有权仅以自己意志实现权利，无 需第三人的积极行为协助，属于支配权。债权则属于请求权，其实现有赖于债务人的履行 行为。：

2. 排他性

物权人对于标的物具有意志支配力，能够排除他人意志以同样方式支配，故一物之上 只能成立一项所有权。债权则具有兼容性，同一标的物上成立双重买卖，两项买卖合同均 可有效，并不相互排斥。

3. 绝对性

物权是对抗所有人的财产权，排除任何他人的干涉，其他人有义务予以尊重，故为绝 对权或称对世权。债权则仅对特定的债务人存在，属于相对权或称对人权。

(二）物权的种类

1. 自物权和他物权

《物权法》第二条第三款规定，物权包括所有权、用益物权和担保物权。其中，所有 权即是自物权（亦称完全物权），系对于自己之物所享有的物权；用益物权和担保物权则 属他物权（亦称限制物权），是在他人所有之物上设定的物权。 .

物权法以所有权为中心展开，无论是用益物权，还是担保物权，均是对所有权的 限制。

2. 用益物权与担保物权

用益物权和担保物权均属限制物权。以使用他人所有之物为目的的物权，为用益物 权，主要包括国有土地使用权、宅基地使用权、农村土地承包经营权等；以担保债权实现 为目的的物权，为担保物权，包括抵押权、质权和留置权等。用益物权针对的是物的使用 价值，担保物权则针对物的交换价值而设。

3. 动产物权与不动产物权

动产物权是设定在动产之上的物权，如动产所有权、动产质权、留置权等；不动产物 权则是设定于不动产之上的物权，如不动产所有权、土地使用权、不动产抵押权等。用益 物权一般存在于不动产之上，担保物权中的抵押权原则上亦以不动产为客体，但法律另有 规定的除外，质权与留置权则只能以动产为客体，不得设于不动产之上。

4. 独立物权与从物权

能够独立存在的物权称独立物权，如所有权、土地使用权。自身并无独立价值，只能

从属于其他权利存在的物权为从物权，例如，担保物权从属于债权而存在，地役权从属于 需役地的所有权或使用权而存在。

四、物权法的基本原则

物权法的基本原则体现了物权法与债法的基本区别。

(一）物权法定原则

1. 物权法定原则的含义

《物权法》第五条规定：“物权的种类和内容，由法律规定。”此称物权法定原则。物 权法定原则包括两方面的含义：一是种类法定，即不得创设民法或其他法律所不承认的物 权；二是内容法定，即不得创设与物权法定内容相异的内容。

物权法定原则旨在限制当事人的物权创设自由，原因在于，物权具有绝对效力，如果 允许当事人任意设置，可能不利于交易安全。债权则不同，其效力仅及于当事人自己，属 于相对权，故不仅债权内容可由当事人自由设定，债权类型亦为开放，《合同法》所规定 的十五种有名合同仅具示例意义，在此之外，还存在大量合法的无名合同。

《物权法》第五条所称“法律”，不限于《物权法》，包括一切由全国人大及其常务 委员会制定的“法律”，但不包括行政法规与地方性法规，亦不包括司法解释与司法判 例。例如，就房屋承租人的优先购买权，“民通意见”第一百一十八条曾予之以物权（绝 对）效力：“出租人出卖出租房屋，应提前三个月通知承租人，’承租人在同等条件下，享 有优先购买权；出租人未按此规定出卖房屋的，承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖 无效。” 1999年《合同法》第二百三十条将“承租人可以请求人民法院宣告该房屋买卖 无效”的规定剔去，2008年12月24日，“民通意见”第一百一十八条为最高法院“关于 废止2007年底以前发布的有关司法解释（第七批）的决定”所废止，原因是“与物权法 有关规定冲突”。2009年“房屋租赁合同解释”第二十一条则从正面明确了先买权的相对 效力：“出租人出卖租赁房屋未在合理期限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购 买权情形，承租人请求出租人承担赔偿责任的，人民法院应予支持。但请求确认出租人与 第三人签订的房屋买卖合同无效的，人民法院不予支持。”再如，“典权”原为最髙法院 “关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见”（1984年）第五十八条与“民通意见” 一 百二十条所规定，学者一般视其为物权，但《物权法》颁行后，在第五条的制约下，典 权不再具有物权效力。

2. 物权法定原则的效力

第一，行为人违反种类法定原则，在法定物权种类之外创设物权，该物权创设行为无 效。例如，叔侄约定：侄子若将祖宅出售，叔父有权优先购买；侄子在未满足叔父优先购 买权的情况下擅将祖宅售于他人，叔父有权宣告买卖无效。此例中，叔父欲以优先购买权 排除他人购买，实际上是想要创设一种具有排他效力的物权，但我国并未将优先购买权规 定为法定物权种类，因此这一约定因为违反物权种类法定原则而无效，即便侄子违反约定 将祖宅售于他人，.叔父亦不得主张房屋买卖无效并要求买受人返还房屋。不过，这一物权 法上无效的约定在合同法上仍然有效，因此，叔父有权请求违反约定的侄子承担合同法上 的违约责任。

第二，行为人设定与法定物权相异的内容，该设定行为无效。例如，《物权法》规

定，质权之设立，须以向质权人转移质物占有为前提，如果甲乙约定就甲的手表为乙设立 质权，但手表仍存放于甲处，该质权设定行为即因违反物权内容法定原则而无效。

(二）物权客体特定原则

物权客体特定原则亦称一物一权原则，基本含义是：物权只存在于确定的一物之上， 物尚未存在固然不可能存在物权，物尚未确定也谈不上物权；相应地，一项行为亦只能处 分一物。债权的客体是当事人的给付行为，并不直接存在于物，故不奉行特定原则。一方 面，一项债权合同可涉及数物，例如，买卖数物可由一项买卖合同完成，而不必就一物单 独缔结一项买卖合同；另一方面，即使物尚未确定、甚至尚不存在，也不影响债权合同的 有效性，例如，未来物的买卖合同在有效性方面没有任何问题。

一物一权原则与以下情形并不矛盾：（1)多人共同对一物享有一项物权，因为多人 只涉及多数物权人，而一物一权表现的是物权客体与权利本身的关系。（2)在一物之上 成立数个互不冲突的物权。如所有权与他物权的共容、用益物权与担保物权的共容等。

(三）物权公示原则

1. 公示的含义

物权以法定方式公诸于外，称公示原则。公示方式依动产不动产而有不同，原则上， 前者以交付占有为公示手段，后者则以登记为公示手段。《物权法》第六条规定：“不动 产物权的设立、变更、转让和消灭，应当依照法律规定登记。动产物权的设立和转让，应 当依照法律规定交付。”

物权之所以需要公示，原因在于，物权是绝对权，除权利人以外的一切人都是义务 人，欲为不特定他人所尊重，物权的享有必须为人所知。告知不特定他人的各种方式中， 统一依法定方式公示显然是成本最低、最为可行的。债权属于相对权，效力不及于当事人 之外的不特定第三人，故无公示的要求。

2. 公示的效力

(1)物权移转效力。若通过交付移转动产的占有，则推定为动产物权移转；若通过 登记变更登记权利人，则推定为不动产物权移转。根据公示对于物权移转效力的影响程度 不同，物权移转有公示生效主义与公示对抗主义两种立场。

所谓公示生效主义，是指物权移转，非经法定公示不得生效。不动产物权的设立、变 更、转让和消灭，原则上须经依法登记，才能发生效力，未经登记，不发生效力。例如， 建设用地使用权、不动产抵押权等权利的设立或转让，非经登记，不生效力。动产物权的 设立和转让，则是自交付时发生效力，例如，质权自出质人交付质押财产时设立。

某些物权的享有与变动，只需当事人意思即为已足，不以公示为前提。公示的效力只 在于对抗第三人。例如，在不动产物权方面，土地承包经营权人将土地承包经营权互换、 转让，当事人要求登记的，应当向县级以上地方人民政府申请土地承包经营权变更登记， 未经登记，不得对抗善意第三人；地役权自地役权合同生效时设立，当事人要求登记的， 可以向登记机构申请地役权登记，未经登记，不得对抗善意第三人。在动产物权方面，船 舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三 人；以生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具或者正在建造的船舶、航空器抵 押的，抵押权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人；企业、个体工商 户、农业生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的，抵押

权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人。

(2) 物权推定效力。为法定公示方式所彰显的权利人，被推定为合法权利人。我国 仅在不动产登记中较为明确地规定了此项效力。《物权法》第十七条规定：“不动产权属 证书是权利人享有该不动产物权的证明。不动产权属证书记载的事项，应当与不动产登记 簿一致；记载不一致的，除有证据证明不动产登记簿确有错误外，以不动产登记簿 为准。”

(3) 公信效力。如果采用公示生效主义立场，法定公示方式为权利变动与享有的法 律表征，第三人有理由对其表示信赖，因而，公示能够产生公信力。公信效力是善意取得 的必要条件。

第

—、物权变动的含义与形态

(一）物权变动的含义

厂：：物「权变动是指物杈的发生(取得、设定）、变更或消灭。

(二）物权变动的形态

物权变动包括物权取得、变更与消灭二种權本形态。

物权的取得又分原始取得与继受取得。物权的原始取得是指物权取得非自他人之手继 受而来。典型的原始取得如基于对无主物的先占而取得所有权，依自己所有权而取得原物 孳息\*通过建造取得房屋所有权,等等。继受取得又称传来取得，是指权利自前手继受而 来。继受取得的典型是通过法律行为ih与权利，但亦可基于法律行为之外的方式发生，如 UK W 的银々収丨!f丨'「能^-'i'i,如所奵U人将U?所丫!\_权丨丨：与他人，亦可能是创设 'Vi qi丨所（n乂k为他；、丨々:/.版制物权.判丨％物杈収丨!丨敁r-u始収丨丨丨.\_或继受取得，关键在 r?所ik 丨!kw乂利)利问.「\_ '

物佔\_丨.(卜卜:、';'Y⑷垃内祚力? ii:i丨的今01:H:丨丨丨..物,W i-:体变更实际上是物权

麵謹觀f 藝囊P1---. '

物H的'd'j火丨丨J.介绝.<■]■ ;丫丨火1 ：i ,;11付m火丨叩B.绝付；n -K址指物R本身不复存在，例如， (iwi'i?m分位物权绝別ii'j火.：丨:丨丨<?!ri'i火.&达的则址物权.转il:的含义——相对于物权出让

義輪::: ,,

.二、物权兖动的原因

物权丨的原叫"1>为叫人龙.-料??为的妆\_ II沾于法律行为

dl1:1 r 'M丨丨1‘ (lAlim f!.. 'k m; n卞.法汁效沿服卟效M向债法领域，设定债法上

的权利义务，则称债权行为，如买卖合同、租赁合同；若法律效果指向物权法领域，直接 变动物权，则称物权行为。物权行为是直接发生物权让与、变更或废止效力之法律行为。

非基于法律行为的物权变动主要包括三类：（1)基于事实行为。《物权法》第三十条 规定：“因合法建造、拆除房屋等事实行为设立或者消灭物权的，自事实行为成就时发生 效力。” (2)基于法律规定。《物权法》第二十九条规定：“因继承或者受遗赠取得物权 的，自继承或者受遗赠开始时发生效力。” (3)基于公法行为。《物权法》第二十八条规 定：“因人民法院、仲裁委员会的法律文书或者人民政府的征收决定等，导致物权设立、 变更、转让或者消灭的，自法律文书或者人民政府的征收决定等生效时发生效力。”

非基于法律行为的物权变动不必以公示为前提，只不过依《物权法》第三十一条规 定，取得不动产物权之人再处分物权时，“依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不 发生物权效力”。

三、物权行为

(一）物权彳了为的含乂

财产法上的法律行为有债权行为与物权行为之别。债权行为的效力在当事人之间确立 债权债务关系，债务人为此负有法律上的义务。例如，甲乙双方就某套房屋订立买卖合 同，买卖合同生效后，出卖人甲负有向买受人乙转让房屋所有权的义务（《合同法》第一 百三十五条），乙则向甲负有支付相应价金的义务（《合同法》第一百五十九条）。买卖合 同只是债权行为，并不足以导致房屋所有权转让。房屋所有权的转让依赖于出卖人向买受 人为了履行买卖合同而转让所有权的行为，该行为在消灭合同之债的意义上称合同的履行 行为，在转让物权的意义上则称物权行为。

(二）物权行为的特点

物权行为的特点可在与债权行为的比较中看出，两者主要有以下区别：

1. 法律效果

债权行为不会直接引起积极财产（物权）的减少，却会使得消极财产（义务）增加。 物权行为则直接导致行为人积极财产的减少。例如，买卖合同生效后，出卖人负有向买受 人转让所有权的义务，但义务得到履行之前，所出卖的标的物所有权仍属出卖人所有，待 出卖人实际向买受人实施物权行为、转让所有权后，出卖人才失去所有权，买受人亦于此 时取得所有权。

2. 处分权

物权行为使得物权发生变动，故出让人需要对标的物具有处分权。无处分权而转让他 人物权（如所有权），称无权处分。无权处分行为处于效力待定状态，在得到真权利人追 认或处分人取得处分权后变得有效，否则，该无权处分行为将归于无效。

债权行为则因其只是负担行为而不转让物权，故无处分权之要求。由此决定，出卖他 人之物的买卖合同亦可有效。对此，《最髙人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律 问题的解释》第三条第一款规定：“当事人一方以出卖人在缔约时对标的物没有所有权或 者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支持。”

3. 兼容性

物权只能被转让一次，出让人在实施转让物权的物权行为后，即失去所转让的物权, 故对于同一物不能实施两次处分行为。但债权行为因其仅负担义务，而不涉及物权变动， 故可反复作出，在同一标的物上成立的数重买卖合同均可有效。需要注意的是，出卖人将

同一标的物出卖于数个买受人后，只能履行其中一项买卖合同，其他未能获得标的物所有 权的买受人有权请求出卖人承担违约责任。对此，《最高人民法院关于适用〈中华人民共 和国合同法〉若干问题的解释（二）》第十五条明文规定：“出卖人就同一标的物订立多 重买卖合同，合同均不具有合同法第五十二条规定的无效情形，买受人因不能按照合同约 定取得标的物所有权，请求追究出卖人违约责任的，人民法院应予支持。”

四、物权变动的公示方式

依物权公示原则，基于法律行为的物权变动需要公示。公示乃是物权发生变动的法律 标志。公示方式依动产或不动产物权变动而有不同。

(一）动产物权变动的公示方式——交付

《物权法》第二十三条规定：“动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但法律 另有规定的除外。”交付有现实交付与交付替代两种形态。

1. 现实交付

所谓现实交付，指的是将物直接交由对方占有。现实交付是最为典型的交付形态。

2. 交付替代

当现实交付不可能或没必要时，可以其他方式替代交付。交付替代方式包括：

(1) 简易交付。《物权法》第二十五条规定：“动产物权设立和转让前，权利人已经 依法占有该动产的，物权自法律行为生效时发生效力。”例如，承租人甲想要购买租用的 相机，遂与出租人乙订立买卖合同，由于甲巳占有该相机，为了节约交易成本，乙向甲转 让相机所有权时，自不必先令甲返还，然后再向甲交付。

(2) 指示交付。是指指示占有标的物之人将物交付于受让人。《物权法》第二十六条 规定：“动产物权设立和转让前，第三人依法占有该动产的，负有交付义务的人可以通过 转让请求第三人返还原物的权利代替交付。”例如，甲租用乙的相机，丙看见该相机后爱 不释手.，遂与乙订立买卖合同。正常情况下，乙向丙转让相机所有权的过程是：甲将相机 归还于乙，乙再将相机交付于丙，同样是为了节约交易成本，这一'繁复过程可简化为：乙 指示甲直接将相机交付于丙。

(3) 占有改定。所谓改定，改定的是占有人身份。《物权法》第二十七条规定：“动 产物权转让时，双方又约定由出让人继续占有该动产的，物权自该约定生效时发生效 力。”甲购买乙的相机，买卖合同订立后，乙表示相机已归甲，但要求甲让自己再用一个 月，甲同意。表面看起来乙尚未向甲交付相机，但实际上已通过占有改定的方式交付，因 为甲同意乙继续占有相机后，甲的占有人身份便由?自主占有人改定为他主占有人，乙则通 过间接占有的方式取得相机的自主占有。

(二）不动产物权变动的公示方式——登记

《物权法》第九条第一款规定：“不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登 记，发生效力；未经登记，不发生效力，但法律另有规定的除外。” “法律另有规定”，是 指登记不是生效条件而是对抗要件的情形，例如《物权法》第一百二十九条的土地承包 经营权、第一百五十八条的地役权等。

根据2015年3月1日起施行的《不动产登记暂行条例》规定，我国实行不动产统一 登记制度，国务院国土资源主管部门负责指导、监督全国不动产登记工作，县级以上地方 人民政府应当确定一个部门为本行政区域的不动产登记机构，负责不动产登记工作，并接 受上级人民政府不动产登记主管部门的指导、监督。需要登记的不动产物权包括：（1)集 体土地所有权；（2)房屋等建筑物、构筑物所有权；（3)森林、林木所有权；（4)耕地、 林地、草地等土地承包经营权；（5)建设用地使用权；（6)宅基地使用权；（7)海域使 用权；（8)地役权；（9)抵押权；（10)法律规定需要登记的其他不动产权利。值得注 意的是，上述不动产物权均在登记之列，只不过登记效力各有不同，有的非经登记不得生 效，有的非经登记不得对抗善意第三人。

依不同标准，不动产物权登记主要有以下分类：

1. 土地登记与房屋登记

根据所登记的不动产类型，登记主要分土地登记与房屋登记两类。

所谓土地登记，是指将国有土地使用权、集体土地所有权、集体土地使用权和土地抵 押权、地役权以及依照法律法规规定需要登记的其他土地权利记载于土地登记簿公示的行 为。所谓房屋登记，是指房屋登记机构依法将房屋权利和其他应当记载的事项在房屋登记 簿上予以记载的行为。

2. 总登记、初始登记、变更登记、转移登记与注销登记

伴随着不动产物权变动过程，登记可分为初始登记（或称首次登记）、变更登记、转 移登记与注销登记。其中，基于土地的物理相连属性，在初始登记之前，须作总登记。

土地总登记旨在为具体的土地权利变动登记奠定基础，指的是在一定时间内对辖区内 全部土地或者特定区域内土地进行的全面登记。对土地进行总登记后，具体土地权利的取 得、变更或消灭才有可能进行登记。

土地初始登记指土地总登记之外对设立的土地权利进行的登记，是首次将具体土地权 利登入登记簿的行为。我国相关立法未规定土地的转移登记，而是将其合并于广义的土地 变更登记之中。土地变更登记，是指因土地权利人发生改变，或者因土地权利人姓名或者 名称、地址和土地用途等内容发生变更而进行的登记；其中，因土地权利人发生改变而进 行的变更登记，实质上就是转移登记。土地注销登记，则是指因土地权利的消灭等而进行 的登记。

与土地登记类似，房屋登记亦可分为初始登记诸种形式，不同之处在于：其一，房屋 并无总登记；其二，我国相关立法分别规定了房屋的转移登记与变更登记，因房屋权利主 体变更而进行的登记，为转移登记，因房屋权利内容变更而进行的登记，为变更登记。

3. 所有权登记、使用权登记、地役权登记与抵押权登记

以登记的权利类型为标准，登记又分所有权登记、使用权登记、地役权登记与抵押权 登记。所有权登记包括集体土地所有权与房屋所有权登记，国有土地所有权则无需登记； 使用权登记包括国有土地使用权、集体土地使用权登记，前者分国有建设用地使用权与国 有农用地使用权登记，后者则分集体建设用地使用权、宅基地使用权与集体农用地使用权 登记；地役权登记包括土地地役权与房屋地役权登记两类；抵押权登记亦包括土地抵押权 与房屋抵押权登记两类。

4. 更正登记与异议登记

更正登记与异议登记用以应对可能发生的登记错误。权利人、利害关系人认为不动产 登记簿记载的事项错误的，可以申请更正登记。不动产登记簿记载的权利人书面同意更正 或者有证据证明登记确有错误的，登记机构应当予以更正。若是不动产登记簿记载的权利 人不同意更正，利害关系人可以申请异议登记。登记机构予以异议登记的，申请人在异议 登记之日起十五日内不起诉，异议登记失效。异议登记不当，造成权利人损害的，权利人 可以向申请人请求损害赔偿。

5.预告登记

当事人签订买卖房屋或者其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可 以向登记机构申请预告登记。预告登记后，未经预告登记的权利人同意，处分该不动产 的，不发生物权效力。预告登记后，债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起三个月 内未申请登记的，预告登记失效。具体有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：

(1)预购商品房；（2)以预购商品房设定抵押；（3)房屋所有权转让、抵押；（4)法 律、法规规定的其他情形。

泛泛而言，物权法所包含的内容是人类对财物进行支配的一般规则。此类支配，发生 在私人生活当中。最为完整的支配权是所有权，其他一切类型的物权皆派生于此，所以， 物权体系必定以所有权为核心。

一、所有权的概念

所有权是指在法律限制范围内，对物为全面支配的权利。《物权法》第三十九条规 定：“所有权人对自己的不动产或者动产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利。” 据此，所谓全面支配，可简化为占有、使用、收益和处分四项权能。其中，占有是所有权 的表征，这尤其体现于动产领域，动产占有人被推定为所有权人；使用，是指不毁损其物 或变更其性质，而依物之用法以供权利人需用而言；收益，是指收取天然孳息及法定孳 息，与使用权能合称用益；处分包括事实处分与法律处分，事实处分针对物本身，如毁损 某物、改装某物等，法律处分针对物上权利，如抛弃或转让所有权。

二、所有权的类型

(一）所有权的法定分类

《物权法》第五章标题为“国家所有权和集体所有权、私人所有权”，由此根据所有 制划分三类所有权。 .

1.国家所有权

国家以所有者身份对物享有的全面支配权力。《物权法》第四十五条第一款规定： “法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有即全民所有。”无论是称国家所有抑或全 民所有，“国家”或“全民”均无法亲自行使所有权。为此，《物权法》第四十五条第二 款又规定：“国有财产由国务院代表国家行使所有权；法律另有规定的，依照其规定。” 所谓法律另有规定，例如，《物权法》第五十三条规定：“国家机关对其直接支配的不动

产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利。”第五十四条 规定：“国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法 律和国务院的有关规定收益、处分的权利。”

国家所有权的客体极为广泛，包括一切矿藏、水流和海域，城市土地、法律规定属于 国家所有的农村和城市郊区的土地，未被规定为集体所有的森林、山岭、草原、荒地、滩 涂等自然资源，法律规定属于国家所有的野生动植物资源，无线电频谱资源，法律规定属 于国家所有的文物，国防资产，法律规定属于国家所有的铁路、公路、电力设施、电信设 施和油气管道等基础设施，等等。

2. 集体所有权

《物权法》第五十九条第一款规定：“农民集体所有的不动产和动产，属于本集体成 员集体所有。”根据《土地管理法》，集体所有权包括三种形式：村集体所有、农村集体 经济组织所有与乡（镇）集体所有。正如“国家”或“全民”无法行使所有权，抽象的 “农民集体”亦是如此。为此，《物权法》第六十条规定：“对于集体所有的土地和森林、 山岭、草原、荒地、滩涂等，依照下列规定行使所有权：（1)属于村农民集体所有的， 由村集体经济组织或者村民委员会代表集体行使所有权；（2)分别属于村内两个以上农 民集体所有的，由村内各该集体经济组织或者村民小组代表集体行使所有权；（3)属于 乡镇农民集体所有的，由乡镇集体经济组织代表集体行使所有权。”

所谓集体所有的不动产和动产，主要包括：（1)法律规定属于集体所有的土地和 森林、山岭、草原、荒地、滩涂；（2)集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施；

(3) 集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施；（4)集体所有的其他不动产和 动产。

需要注意的是，依《土地管理法》第四十三条之规定，我国现行法律规定，原则上， 农村集体物权将集体所有的土地用作商业开发，若有开发需求，须由国家先将土地征归国 有，然后再由国家以出让国有土地使用权的方式进入市场进行商业开发。但兴办乡镇企业 和村民建设住宅经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有的土地的，’或者乡（镇） 村公共设施和公益事业建设经依法批准使用农民集体所有的土地的除外。

3. 私人所有权

《物权法》第六十四条规定：“私人对其合法的收人、房屋、生活用品、生产工具、 原材料等不动产和动产享有所有权。”此处所称私人，并不局限于自然人，民法上的法人 尤其是企业法人亦包括在内。对此，《物权法》第六十八条规定：“（第一款）企业法人对 其不动产和动产依照法律、行政法规以及章程享有占有、使用、收益和处分的权利。（第 二款）企业法人以外的法人，对其不动产和动产的校利，适用有关法律、行政法规以及 章程的规定。”

(二）共有

1.共有的形态

物可为单一主体独自享有所有权，亦可在不作质的分割的情况下由数个主体共享，前 者称单一所有，后者则称共有。共有包括按份共有和共同共有。

按份共有与共同共有在处分权、相互之间的请求权以及处分原则（全体一致抑或多 数决原则）等方面各有不同。

2. 共有形态的推定

共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确 的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有D共同共有人之间的内部关系较之按份共 有更为紧密，《物权法》作按份共有推定，实际上是推定共有人之间的关系较为松散。之 所以如此，原因在于：第一，家庭成员之间共同生活，彼此权利义务关系难以作清晰的划 分，而除此之外的其他关系（如朋友关系）等均不具有这种法律上的密切关系，权利义 务关系可以并且应当分割清楚。第二，按份共有人对外偿还债务后，可能存在向其他人追 偿的问题，共同共有则无此问题。依《物权法》第一百零二条之规定，在共有人内部关 系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额早有债权.、承担债务，共同共有人共同 享有债权、承担债务。偿还债务超过自己应当承担份额的按份共有人有权向其他共有人 追偿。一般情况下，每个人应就自己份额享有债权、承担债务，这是私法自治的市场体 现，而共同共有则难以体现这一原则。

3. 共有的一般效力

(1) 共有人的权利义务。共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或 者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

(2) 共有物的分割方式。共有人可以协商确定分割方式。达不成协议，共有的不动 产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；难以分割或者因 分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。共有人分割所得的 不动产或者动产有瑕疵的，其他共有人应当分担损失。

(3) 对外债权债务。因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共 有人享有连带债权、承担连带债务，但法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债 权债务关系的除外。

4. 共同共有

(1) 共同共有的含义。《物权法》第九十五条规定：“共同共有人对共有的不动产或 者动产共同享有所有权。”所谓共同享有所有权，指的是共同共有人对共有财产享有共同 的权利，承担共同的义务。其特点在于，共有人对于同一物所享有的所有权不分份额，共 享权利同担义务，所以亦无转让份额之问题。换言之，各共同共有物的所有权属于共有人 全体，而非按应有部分享有所有权，故对该共同共有物的全部，共有人并无应有部分 存在。 |

依《物权法》第一百零三条，家庭关系中的共有为共同共有，包括《婚姻法》规定 的夫妻共同财产、《继承法》上的遗产、《农村土地承包法》中的家庭承包财产等，另外， 以家庭共有财产投资的个人独资企业中的财产，亦属家庭成员共同共有。

(2) 共同共有的内部关系。共同共有的内部关系主要体现在共有物的管理、共有物 的分割以及对外债权债务的内部效力三个方面。

第一，关于共有物的管理。主要涉及对共有物的重大修缮及管理费用的分担。《物权 法》第九十七条规定，对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当经全体共同共有人 同意，但共有人之间另有约定的除外。《物权法》第九十八条则规定，对共有物的管理费 用以及其他负担，有约定的，按照约定，没有约定或者约定不明确的，共同共有人共同 负担。

第二，关于共有物的分割。共同共有关系存续期间，原则上禁止对共有物进行分割， 原因在于，分割共有物即意味着共同共有关系的破裂。《物权法》第九十九条规定，共有 人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有 重大理由需要分割的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，共同共有人在共有的 基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的，应 当给予赔偿。共同共有财产分割后，一个或者数个原共有人出卖自己分得的财产时，如果 出卖的财产与其他原共有人分得的财产属于一个整体或者配套使用，其他原共有人享有优 先购买权。

第三，关于对外债权债务的内部效力。共同共有人之一对外受领的全部债权所得为所 有共有人共享，其他共有人不存在主张分享的问题；用以承担债务的财产属于全体共有人 共同共有的财产，故对外承担债务后，共有人之间亦不存在分担的问题。为此，《物权 法》第一百零二条规定，在共有人内部关系上，除共有人另有约定外，共同共有人共同 享有债权、承担债务。

(3)共同共有的外部关系。共同共有的外部关系主要涉及处分共有物的问题。既然 全体共有人对共有物不分份额地享有共有权，即意味着各共有人之间地位平等，因此，原 则上，物之处分须征得全体一致同意，共有人之间若是另有约定，则从其约定。

问题是，若共有人之一未征得其他共有人同意，擅将共有物所有权转让给第三人，该 转让行为效力如何？

一般情况下，此转让行为构成无权处分，依无权处分的基本规则，其有效性取决于其 他共有人追认与否。只要有任何一位共有人拒绝追认，该无权处分行为即无效，受让人不 能取得共有物的所有权；若所有其他共同人均表示追认，则无权处分转化为有权处分，转 让行为有效，受让人取得共有物所有权。在其他共有人未表示是否追认之前，无权处分行 为既非有效，亦非无效，处于效力待定状态。需要注意的是，效力待定的只是无权处分行 为，该处分行为以直接转移所有权为目的，属物权行为。与第三人签订的共有物买卖合同 则属债权行为，如本章第二节所述，该行为不以处分权为有效要件，故无论其他共有人是 否同意，买卖合同均有效。当其他共有人拒绝追认因而转让行为无效时，作为出卖人的共 有人因无法向作为买受人的第三人履行转移所有权的义务，故应向第三人承担合同法上的 违约责任。

不过，如果第三人不知并且没有义务知道所受让的标的物存在其他共有人，或者，虽 然知道存在其他共有人，但不知并且没有义务知道共有人转让标的物时未征得其他共有人 的同意，该第三人即构成善意，可依善意取得制度取得标的物所有权，此时，即便其他共 有人表示反对，亦不影响转让行为的有效性。但如此一来，其他共有人将因擅自转让共有 物的行为而失去共有物，为了获得法律救济，其他共有人应有权向转让人请求损害赔偿。

5.按份共有

(1).按份共有的含义。按份共有是对同一个所有权作量上分割的共有形态，按份共 有人对共有的不动产或者动产按照其份额享有所有权。关于份额的确定，《物权法》第一 百零四条规定：“按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额，没有约定或者约定不 明确的，按照出资额确定；不能确定出资额的，视为等额享有。”

按份共有的特点在于分享权利分担义务，这是与共同共有的最大不同。

(2) 按份共有的内部关系。如同共同共有，按份共有的内部关系亦主要体现于共有 物的管理、共有物的分割以及对外债权债务的内部效力三个方面，唯其基本规则与共同共 有不同。 —

第一，关于共有物的管理。按份共有人对共有的不动产或者动产作重大修缮的，应当 经占份额三分之二以上的按份共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。同时，对共有 物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定，没有约定或者约定不明确的，按份共 有人按照其份额负担。

第二，关于共有物的分割。《物权法》第九十九条规定：“共有人约定不得分割共有 的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定，但共有人有重大理由需要分割 的，可以请求分割；没有约定或者约定不明确的，按份共有人可以随时请求分割……因分 割对其他共有人造成损害的，应当给予赔偿。”

第三，对外债权债务的内部效力。对外关系上，任何一位按份共有人均有权主张全部 债权或有义务承担全部债务，但内部关系上，各共有人对其各自财产按照份额分摊，此亦 反映于债权的享有与债务的承担方面，故《物权法》第一百零二条规定，在共有人内部 关系上，除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务。相应地，当对 外承担债务的共有人所承担的债务超出其应当承担的份额时，有权向其他共有人追偿。

(3) 按份共有的外部关系。按份共有的外部关系除如同共同共有般涉及共有物的处 分外，还有份额处分的问题。

第一，关于共有物的处分。按份共有人之间的关系较之共同共有更为松散，既然区分 份额5多数份额的共有人意志便应得到尊重。为此，与共同共有的全体一致不同，按份共 有物的处分奉行多数决原则，其间道理，与公司多数资本决大体相通。此多数，依《物 扠法》第九十七条之规定，为共有份额三分之二以上的多数。根据法律术语的一般用法， 称“以上”者，含本数。

未满三分之二份额却转让共有物者，亦构成无权处分，其处理规则，与共同共有情形 .中的无权处分一致，兹不赘述。

\ 第二，关于份额之处分。按份共有人对其享有的份额有处分自由，故可自由转让其享 有的共有的不动产或者动产份额。但按份共有人;t间的关系毕竟较之其他人更为密切，陌 人的加人，可能影响共有人之间的相处，为此，《物权法》规定，当按份共有人转让其 共有份额时，其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利。

' 6.准共有

共有制度以所有权为原型建构，对于其他物权，亦存在数人共同享宥的问题，此称准 \_有。《物权法》第一百零五条规定，两个以上单位、个人共同享有用益物权、担保物权 的，参照共有的规则处理。 '

! 三、善意取得制度

(一)制度价值

! 法律史上曾有过“任何人不得让与多于自身权利的权利”之法谤，据此，任何未得 到权利人许可而处分他人权利的行为都不能发生效力。这有利于保护所有权人的利益，令 其免遭他人无权处分之不测。

然而，在市场经济社会，交易极为频繁且往往在陌生人之间发生，当事人之间的互信 只能借助外在表征，而物权法恰恰又通过公示制度提供了权利的法定表征，拥有公示方式 之人被推定为合法的权利享有者，具体而言，占有动产者被推定为动产的所有权人，不动 产登记簿上登记为何种权利，即推定登记人合法拥有此权利。面对纷繁复杂的市场，交易 相对人既无能力且无必要一一调查物之占有人、登记簿上所记载之人究竟是否为真权利 人，理应有理由信赖法定公示方式所产生的效力。

当拥有权利表征之人其实并非真权利人时（如保管人将受托保管之物转让），若固守 “任何人不得让与多于自身权利的权利”?之规则，判令转让行为无效，善意第三人将无法 获得所有权。若该物又进人下一流通环节，第一环节的无效势必引起连锁反应。结果，交 易链的任何一人都可能因为与自己无关的交易环节出现瑕疵而被追夺权利，最终导致交易 安全无法保障。由此产生的另一负面效应是，既然信赖法定公示提供的权利表征无法得到 保护，.法律制度本身亦将陷入信任危机。因此，当真权利人与第三人及其所代表的交易安 全之间发生利益冲突时，法律制度不得不作出取舍。现代法律普遍选择保护交易安全，善 意取得制度遂应运而生，这一选择，同时表示法律保护从人类社会早期偏重静的安全保护 过渡到了动的安全保护。

我国物权法顺应了上述潮流。《物权法》第一百零六条第一款规定：“无处分权人将 不动产或者动产转让给受让人的，所有权人有权追回；除法律另有规定外，符合下列情形 的，受让人取得该不动产或者动产的所有权：（1)受让人受让该不动产或者动产时是善 意的；（2)以合理的价格转让；（3)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已 经登记，不需要登记的已经交付给受让人。”根据前一分句，所有权人有权否认无权处分 行为之效力，后一分句则通过善意取得制度排除了这一权利，换言之，若符合善意取得的 要件，则所有权人不得否认无权处分行为之效力。

善意取得制度对于动产与不动产均可适用，但构成要件有所不同，以下分述之。

(二）动产善意取得

1.构成要件

结合《物权法》第一百零六条第一款与第一百零七条，动产善意取得必须具备如下 要件：

(1) 依法律行为转让所有权。善意取得只能在交易中发生，该交易所借助的手段即 是法律行为。其他非因法律行为而发生的物权变动，无论是基于事实行为、公法行为还是 直接基于法律规定而变动，均不存在善意取得的问题。

(2) 转让人无处分权。如果转让人对于所转让的权利具有处分权，则适用正常的物 权变动规则。善意取得制度旨在解决无权处分行为的有效性问题，因此必以转让人无处分 权为前提。 、

(3) 受让人为善意。唯有善意第三人才值得保护。所谓善意，指的是不知道转让人 无处分权并且非属应当知道。善意判断时点则以受让该动产时为准，S卩，受让之后若第三 人嗣后得知转让人无处分权，不影响受让人之善意。

(4) 以合理的价格转让。善意第三人之所以能够从无权处分人手中获得所有权，是 因为该善意第三人代表了交易安全，所有权人利益的静态利益被让位于交易安全这一动态 市场利益。这就意味着，无权处分人与善意第三人所实施的必须是市场交易行为。当第三

人无偿受让标的物时，即便令其不能取得标的物所有权，第三人亦未失去任何利益，无非 是无法取得额外利益而已，而若在此情形下依然令其取得所有权，则一方面第三人未付出 任何代价取得真权利人的所有权，另一方面真权利人的所有权非基于自身意志而莫名失 去，在双方利益关系中，显然真权利人更值得保护。受让人无偿受让时固然不受善意取得 制度保护，为了将该制度对真权利人造成的损害降至最低，受让人不仅需要支付对价，而 且所支付的对价在市场交易中必须属于合理。

另外，要求以合理的价格转让，除了基于利益衡量的考虑，另外一个理由是，若交易 价格明显低于正常的市场价，作为谨慎的市场主体，理应对标的物来源的合法性表示怀 疑，从而产生进一步了解之义务，若受让人未履行此义务，则因其应当知道而不构成

-Tt7T：曰 口泡、O

(5) 物已交付。动产以交付为所有权转移的标志，若物尚未交付，则交易尚未完成， 此时选择保护真权利人，对于交易安全的损害尚可控制。

(6) 转让人基于真权利人意思合法占有标的物。《物权法》第一百零六条未正面规定 此项要件，但可从第一百零七条中推知。基于真权利人意思而合法占有之物，称委托物， 如转让人基于与真权利人的保管合同为之保管标的物、转让人作为承租人承租真权利人之 物等；相反，非基于真权利人意思而占有之物则称脱手物，如遗失物、盗窃物等。善意取 得制度适用于委托物，原因在于，转让人之取得委托物占有毕竟是基于真权利人自身意 志,正是真权利人这一行为，.为之后的无权处分提供了机会，在此意义上说，真权利人参 与了无权处分局面之形成，与完全无辜的善意相对人相较，自然是后者更值得保护。但脱 手物则并非如此。物之遗失乃至于被盗并非基于真权利人意志，此时，真权利人与善意第三 入同处于无辜地位，若允许适用善意取得制度，可能在客观上为销赃行为提供合法支持。

《物权法》第一百零七条仅对脱手物中的遗失物作出规定：“所有权人或者其他权利 人有权追回遗失物。该遗失物通过转让被他人占有的,权利人有权向无处分权人请求损害 赔偿，或者自知道或者应当知道受让人之日起2年内向受让人请求返还原物，但受让人通 过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得该遗失物的，权利人请求返还原物时应当支付受 让人所付的费用。权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。”该条所确 立的规则较为复杂，可分成两部分理解：第一，当转让人将所拾得的遗失物转让给善意第 三人时，真权利人拥有选择权，或者放弃遗失物所有权向转让人请求损齋赔偿，或者自知 遣或应当知道受让人之日起2年内向受让人请求返还原物。若真权利A选择向受让人请求 返还原物，受让人返还后，有权请求转让人返还自己受让该物时所支付的对价。第二，若 受让人通过拍卖或向具有经营资格的经营者购得该遗失物，真权利人向其请求返还时，应 佝受让人支付相应对价，否则受让人有权拒绝返还。之所以如此，原因在于，拍卖或具有 :经营资格的经营者较之一般市场主体更能保证所售卖之物来源的合法性丨受让人因而更有 \_由相信自己系从权利人处取得权利，要求真权利人支付相应对价，实际上是令其买回。 i当然’真权利人不应承担买回自己所有之物的对价,因此买回后，有权向作出无权处分的 转让人追偿。

2.法律效果

动产善意取得产生直接与间接两项法律效果：

(1)直接法律效果■"一所有权发生转移。善意受让人取得标的物所有权，相应地,

真权利人的所有权随之失去。不仅如此，善意受让人取得动产后，该动产上的原有权利消 灭，但善意受让人在受让时知道或者应当知道该权利的除外。

(2)间接法律效果——赔偿请求权。在利益衡量中，真权利人的利益虽让位于善意 受让人而失去所有权，但并不意味着，所有权失去后不能寻求法律救济。所有权之失去， 系转让人的无权处分行为所致，因此，真权利人有权向无权处分之转让人请求损害赔偿。

(三）不动产善意取得

不动产善意取得的构成要件及法律效果与动产相似，以下仅就特别之处作一简单 阐述。 '

1-特别构成要件.

(1) 交付问题。动产善意取得以交付为要件，是因为交付占有是动产物权变动的公 示方式，对于不动产，则应以登记为要件。

(2) 善意问题。对于不动产转让，受让人仅不知转让人系无权处分即构成善意，不 存在应当知道的问题。之所以如此，原因在于，占有具有较大的随意性，登记则经过登记 机关审查，更能保证所登记事项的真实性，也就更值得信赖，受让人的注意义务也相应降 低。具体而言，除非出现两种情形之一，否则受让人可主张适用善意取得：第一，受让人 能够从登记簿中得知，登记簿所记载的权利人很可能不正确，目卩，登记簿中存在异议登 记；第二，登记簿虽记载转让人为权利人，但受让人明知存在登记错误，转让人其实并非 真正的所有权人。

2.特别法律效果

善意取得不动产，不消除不动产上其他已登记之物权，此与动产不同。原因在于，善 意取得所有权仅导致登记簿上的所有权人发生变更，其他巳登记的限制物权则不受影响， 故继续存在于登记簿中。

(四）限制物权的善意取得

《物权法》第一百零六条第三款规定，+限制物权的善意取得，参照所有权善意取得之 规定适用。 '

四、动产所有权的特殊取得方式

动产所有权有若干特殊的取得方式，包括先占、拾得遗失物、发现埋藏物及添附等。

(一）先占

所谓先占，就是以所有权人的意思占有无主动产。先占人基于先占行为取得无主动产 的所有权。

(二）拾得遗失物

所谓拾得遗失物，是指发现他人遗失之物而实施占有。拾得行为不足以令拾得人取得 遗失物的所有权，而负有归还权利人的义务，因此，拾得遗失物后，拾得人应当及时通知 权利人领取，或者送交公安等有关部门，有关部门收到遗失物，知道权利人的，应当及时 通知其领取，不知道的，应当及时发布招领公告。遗失物自发布招领公告之日起6个月内 无人认领的，归国家所有。

拾得人虽不能取得遗失物的所有权，却可享有费用偿还请求权，在遗失人发出悬赏广 告时，归还失物的拾得人还享有悬赏广告所允诺的报酬请求权。

(三）发现埋藏物

对于发现埋藏物并实施占有者，《物权法》第一百一十四条规定，参照拾得遗失物的 有关规定适用。

(四）添附

1. 添附的含义

添附是附合、混合与加工的总称。原物经过添附而成新物，所有权仍为一个，因而需 要确定添附之后物的所有权归属。

2. 附合

不同所有人的物密切结合，构成不可分割的一物，称附合。包括动产附合于不动产与 动产附合于动产两种情形。

(1) 动产附合于不动产。动产附合于不动产而成为不动产不可分割的重要成分者， 不动产所有人取得附合之物所有权。如钢筋附合于房屋，房屋所有权人取得钢筋所有权。

(2) 动产附合于动产。动产与他人之动产附合，非毁损不能分离，或分离须费过巨 者，各动产所有人，按其动产附合时之价值，共有合成物；但附合之动产，有可视为主物 者，该主物所有人，取得合成物之所有权。前者如各出木板成箱，箱的所有权由各木板所 有权人共有；后者如油漆漆于他人之木板，木板是主物，故由原木板所有权人单独取得油 漆之后的木板所有权。

3. 混合

所有权不属同一人的动产，相互混杂，难以识别或分离，称混合。关于混合，确定所 有权时，准用动产附合之规则。

4. 加工

在他人之动产上进行改造或劳作，并生成新物的法律事实，称加工。例如，将他人木 板加工为板凳，另外，诸如书写、素描、绘画、印刷、雕刻或其他于物之表面的类似劳作 行为，亦属加工。通过对一项或数项材料加工或改造而形成新物之人，只要加工或改造的 价值不明显低于材料价值，即取得新物所有权。新物所有权取得，材料之上的既存权利即 消灭。

5. 失去权利之人的救济

因为添附而失去所有权之人，有权请求取得添附新物所有权之人赔偿损失。

一、用益物权概述

以使用他人之物为目的的物权，称用益物权。用益物权人对他人所有的不动产或者动 产，依法享有占有、使用和收益的权利。用益物权仅涉及物的使用价值，不包含处分权 能。用益物权可使得需要使用某物之人能够以较低对价实现目的，而不必付出获得所有权 的代价，亦可使得所有权人能够就其物获得收益，而不至于失去所有权。

《物权法》规定的用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权与 地役权。其中，土地承包经营权是依法对所承包经营的耕地、林地、草地等进行占有、使 用和收益/并从事种植业、林业、畜牧业等农业生产的权利；建设用地使用权是依法对国 家所有的土地进行占有、使用和收益，并利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施的 权利；宅基地使用权是依法对集体所有的土地进行占有和使用，并利用该土地建造住宅及 其附属设施的权利；地役权是按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己不动产的效 益的权利。

本节主要讨论建设用地使用权。

二、建设用地使用权

《物权法》上的建设用地使用权在《城市房地产管理法》中被称为土地使用权，两概 念均指国有建设用地使用权。原则上，除兴办乡镇企业、村民建设住宅、乡（镇）村公 共设施以及公益事业建设经依法批准使用本集体经济组织农民集体所有土地的外，其他对 集体土地的建设利用，都必须先征归国有，然后取得国有建设用地使用权。

(一）建设用地使用权的取得

建设用地使用权有创设取得与移转取得两种方式，分别对应国有土地的一级市场与二 级市场。其中，创设取得可采取有偿出让或无偿划拨等方式，移转取得则有转让、互换、 出资、赠与或抵押等方式。

1 .创设取得

(1) 无偿划拨。土地使用权划拨，是指县级以上人民政府依法批准，在土地使用者 缴纳补偿、安置等费用后将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用 者使用的行为。根据物权法律制度的规定，下列建设用地的土地使用权，确属必需的，可 以由县级以上人民政府依法批准划拨：国家机关用地和军事用地；城市基础设施用地和公 益事业用地；国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；法律、行政法规规定的其他 用地。

《物权法》第一百三十七条第三款规定，严格限制以划拨方式设立建设用地使用权， 采取划拨方式的，应当遵守法律、行政法规关于土地用途的规定。用于商业开发的建设用 地，不得以划拨方式取得建设用地使用权。

(2) 有偿出让。除上述可经划拨取得的情形外，建设单位使用国有土地，应当以出 让等有偿使用方式取得。建设用地使用权出让，是指国家将国有土地使用权在一定年限内 出让给土地使用者，由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。城市规划区内的 集体所有的土地，经依法征用转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

建设用地使用权出让，可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式，其中，工业、商 业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的，应当采 取招标、拍卖等公开竞价的方式出让，没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取 双方协议的方式。采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定 的最低价。

土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至 迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经

批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。 土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但依照 前款规定未获批准的，土地使用权由国家无偿收回，该土地上的房屋及其他不动产的归 属，有约定的，按照约定，没有约定或者约定不明确的，依照法律、行政法规的规定办 理。但住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。

2. 移转取得

(1) 移转取得的方式。建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事 人应当采取书面形式订立相应的合同。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用 权的剩余期限。

依《城市房地产管理法》第三十九条规定，以出让方式取得土地使用权的，转让房 地产时，应当符合下列条件：①按照出让合同约定巳经支付全部土地使用权出让金，并取 得土地使用权证书；②按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发 投资总额的百分之二十五以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条 件；③转让房地产时房屋巳经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当按照国务院规定，报有批准权的 人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手 续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金。

(2) 让与禁止。下列房地产不得转让：①以出让方式取得土地使用权，但未符合 《城市房地产管理法》第三十九条规定的条件的；②司法机关和行政机关依法裁定、决定 查封或者以其他形式限制房地产权利的；③依法收回土地使用权的；④共有房地产，未经 其他共有人书面同意的；⑤权属有争议的；⑥未依法登记领取权属证书的；⑦法律、行政 法规规定禁止转让的其他情形。

3. 登记 '

设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权 自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，应当向登记机构申请变更登记。

建设用地使用权消灭的，出让人应当及时办理注销登记。登记机构应当收回建设用地 使用权证书。

(二）建设用地使用权的期限

以无偿划拨方式取得的建设用地使用权，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期 限的限制。

以有偿出让方式取得的建设用地使用权，出让最高年限按下列用途确定：（1)居住 用地七十年；（2)工业用地五'十年；（3)教育、科技、文化、卫生、体育用地五十年；

(4) 商业、旅游、娱乐用地四十年；（5)综合或者其他用地五十年。

土地使用者通过转让方式取得的土地使用权，其使用年限为土地使用权出让合同规定 的使用年限减去原土地使用者巳使用年限后的剩余年限。

(三）建设用地使用权的终止

建设用地使用权因土地使用权出让合同规定的使用年限届满、提前收回及土地灭失等 原因而终止。

出现下列情形之一，由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或 者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：（1)为公共利益需要使用土地； (2)为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地；（3) 土地出让等有偿使用合 同约定的使用期限届满，土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准；（4)因单位撤 销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地；（5)公路、铁路、机场、舻场等经核准 报废。

\_、担保物权概述

-(一）担保物权的概念与种类

以担保债权实现为目的的物权，为担保物权。担保物权人在债务人不履行到期债务或 者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利。担保物 权的功能在于担保债务之履行，针对物的交换价值，因而，担保物权人虽对担保物享有处 分权能，却不得使用或收益。《物权法》规定了抵押权、质权与留置权三种担保物权。

担保物权可分意定担保物权与法定担保物权两类。意定担保物权由当事人合意而设 立，如抵押权与质权；法定担保物权则在符合法定要件时直接由法律设立，不需要双方当 事人的合意，如留置权。

(二）担保物权的特性

1. 从属性

担保物权自身不能独立存在，系从属于债权的从属物权，其从属性体现于担保物权的 成立、转让与消灭各个方面。成立上的从属性指的是若无旨在担保的债权，’担保物权不能 成立；转让上的从属性是指担保物权不能脱离所担保的债权单独转让，所担保的债权转让 时，担保物权随之转让；消灭上的从属性则指担保物权随债的消灭而消灭。

2. 权利行使的附条件性

担保物权被有效设立后不能被马上行使，此与一般权利不同。担保物权旨在担保债的 履行，因此，如果债务未届履行期、或虽已届履行期但债务人已依约履行债务、或当事人 约定行使担保物权的情形未出现，则权利人虽然享有担保物权，却不得行使。换言之，担 保物权的行使条件是债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形。

3. 优先受偿性

担保物权对于债权的担保，系通过优先受偿权而实现。即，当债务人不履行到期债务 或发生当事人约定的实现担保物权情形时，担保物权人可就担保物变价之后的价金优先于 普通债权人得到清偿。

(三）担保物权的消灭

有下列情形之一，担保物权消灭：（1)主债权消灭；（2)担保物权实现；（3)债权 人放弃担保物权；（4)法律规定担保物权消灭的其他情形。

二、抵押权

(一）抵押权的概念与特性

1.抵押权的概念

所谓抵押权，是指为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财 产抵押给债权人，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，债权 人有权就该财产优先受偿。其中，债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人，提供 担保的财产为抵押财产或称抵押物。

抵押权不移转抵押物的占有，不影响使用，债权人不必为保管抵押物付出成本，债权 不能实现时能通过抵押权的行使确保债的安全。因此，抵押权堪称最理想的担保物权。

.2.抵押权的特性

除拥有担保物权的一般特性外，抵押权还具有不可分性，即，一旦抵押物被用来提供 担保，抵押物的分割、被担保之债的分割，不导致抵押权分割；抵押物部分灭失，剩余部 分仍担保债之全部；债权部分清偿，不产生抵押权部分消灭之效力。对此，《担保法解 释》第七十一条与七十二条作有详细规定：（1)主债权未受全部清偿的，抵押权人可以 就抵押物的全部行使其抵押权。（2)抵押物被分割或者部分转让的，抵押权人可以就分 割或者转让后的抵押物行使抵押权。（3)主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以 就其享有的债权份额行使全部抵押权。（4)主债务被分割或者部分转让的，抵押人仍以 其抵押物担保数个债务人履行债务。但是，第三人提供抵押的，债权人许可债务人转让债 务未经抵押人书面同意时，抵押人对未经其同意转让的债务，不再承担担保责任。

(二）抵押财产范围

1. 一般规定

由于抵押权不移转抵押物的占有，而动产以占有为公示方式，因此，基于公示以及由 此带来的安全性考虑，传统上，抵押权不能以动产为客体。

关于抵押财产的具体范围，《担保法》与《物权法》的规定略有不同。《担保法》第 三十四条第一款规定：“下列财产可以抵押：（1)抵押人所有的房屋和其他地上定着物；

(2)抵押人所有的机器、交通运输工具和其他财产.；(3)抵押人依法有权处分的国有的 土地使用权、房屋和其他地上定着物；（4)抵押人依法有权处分的国有的机器、交通运 输工具和其他财产；（5)抵押人依法承包并经发包方同意抵押的荒山、荒沟、荒丘、荒 滩等荒地的土地使用权；（6)依法可以抵押的其他财产。”《物权法》第一百八十条第一 款的规定则是：“债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：（1)建筑物和其他土 地附着物；（2)建设用地使用权；（3)以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土 地承包经营权；（4)生产设备、原材料、半成品、产品；（5)正在建造的建筑物、船舶、 航空器；（6)交通运输工具；（7)法律、行政法规未禁止抵押的其他财产。”

适用时，以《物权法》为准。两相比较，变化主要体现在两方面：

第一，《物权法》明确认可动产抵押，从而突破了传统理论。除《物权法》第一百八 十条第一款第四项的明确列举外，第七项更为一般的动产抵押提供了可能，该项所确立的 方向是：除法律明文禁止者外，其余财产均可设定抵押，包括动产。不过，动产抵押权作 为物权，如同其他物权一样需要公示，既然抵押不移转占有，可能的公示手段只能是登

记。并不是所有动产都具有登记能力，在实务中，为公示手段所限，动产抵押仅限于明确 可作登记的范围之内。对于可登记的动产，国家工商总局2007年颁行的《动产抵押登记 办法》第二条第一款只规定了浮动担保的动产抵押登记问题：“企业、个体工商户、农业 生产经营者以现有的以及将有的生产设备、原材料、半成品、产品抵押的，应当向抵押人 住所地的县级工商行政管理部门办理登记。未经登记，不得对抗善意第三人。”

第二，《物权法》缩小土地承包经营权的可抵押范围，将家庭承包的土地承包经营权 排除在外，只允许以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权作为抵押 财产。

2. 动产的浮动抵押

经当事人书面协议，企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生 产设备、原材料、半成品、产品抵押，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现 抵押权的情形，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。由于设定此类抵押时抵押财 产的范围尚未确定，而处于浮动之中，故称浮动抵押。

抵押权设定时抵押财产容许有所浮动，但抵押权之实现只能针对确定的财产，因此， 动产的浮动抵押在实现之前，须经财产确定之步骤。依《物权法》第一百九十六条规定， 浮动抵押的抵押财产自下列情形之一发生时确定：U)债务履行期届满，债权未实现；

(2)抵押人被宣告破产或者被撤销；（3)当事人约定的实现抵押权的情形；（4)严重影 响债权实现的其他情形。

3. 房地一体原则

土地与建筑物虽然各自独立为权利客体，但毕竟相互紧密结合，不可分离，故在确定 抵押财产时，实行房地一体原则，§卩，以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地 使用权一并抵押；以建设用地使用权抵押的，该土地上的建筑物一并抵押，但土地上的新 增建筑物不作为抵押财产。另外，乡镇、村企业的建设用地使用权不得单独抵押，以乡 镇、村企业的厂房等建筑物抵押的，其占用范围内的建设用地使用权一并抵押。

4. 禁止抵押的财产 ’

下列财产不得抵押：（1) 土地所有权；（2)耕地、宅基地、自留地、自留山等集体 所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；（3)学校、幼儿园、医院等以公益为 目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；（4)所有 权、使用权不明或者有争议的财产；（5)依法被查封、扣押、监管的财产；（6)法律、 行政法规规定不得抵押的其他财产。

(三）抵押权的设定

1.抵押权设定行为

设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。

需要注意的是，《担保法》第四十一条规定：“当事人以土地使用权、城市房地产等 建筑物、林木、航空器等运输工具、企业设备及其他动产抵押的，抵押合同自登记之曰起 生效。”但《物权法》第十五条规定：“当事人之间订立有关设立、变更、转让和消灭不 动产物权的合同，除法律另有规定或者合同另有约定外，自合同成立时生效；未办理物权 登记的，不影响合同效力。”据此，抵押合同即便未经登记，效力亦不受影响。根据新法 优于旧法原则，《担保法》第四十一条因与《物权法》第十五条冲突而不再适用。

2.登记

抵押合同不以登记为生效要件，但抵押权本身却须登记。不同的抵押财产，登记产生 的效力有所不同，具体有登记生效与登记对抗两种情形。

(1) 登记生效。以建筑物和其他土地附着物、建设用地使用权、’以招标、拍卖、公 开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权以及正在建造的建筑物抵押的，抵押权自登记 时设立。

(2) 登记对抗。以生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具以及正在建造 的船舶、航空器抵押的，抵押权自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第

三人。

浮动抵押之抵押权亦自抵押合同生效时设立，未经登记，不得对抗善意第三人。

.另外需要注意的是，浮动抵押即使已经登记，也不得对抗正常经营活动中巳支付合理 价款并取得抵押财产的买受人，原因在于：第一，浮动抵押在根据《物权法》第一百九 十六条确定财产之前，用作抵押的财产一直处于变动中，抵押权的客体尚未特定化，抵押 权人因而不能在任何特定财产上直接主张抵押权来限制抵押人的处分；第二，如果正常经 营活动下的财产变动会受抵押权的影响，则意味着，浮动抵押一旦设立，抵押人不能再将 其包括产品在内的一切财产让与他人，抵押人的经营活动无法维持，这对于抵押人而言显 然太不公平。

四）.抵押担保的范围 ::所担保的债权范围..

：:抵神权的被與范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现 :担保物衩的费用。当事人另有约定的，按照约定。

>抵狎物范围' .

f ;舊:则上:抵押物的范围以双方当事人约定为准。唯以了棒殜情况需要特别处理: f::抵押物登ie记截的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容 :海推。. ...:.；,：. ' . ...

'(2)抵押物所有人为附合物、混合物或者加工物的所有人的，抵押权的效力及于附 〔混眘物或者\_工物；第三人与抵押物所有人为附合:物:、掲备物或者加工物的共有人 抵神权铪轉为及于抵押人对共有物享有的份额。 '

(3) 柢押权设定前为抵押物的从物的，抵押权的綠力友于抵押物翁从物。但是，抵

从物 WU 以丨?的 /、//丨?別所 Ilk 押 丨效 -i 人物。

⑴城押GMrn. 1.!ih I.劫增的,傭物丄:要拍卖该抵 :可以依法将该土她上新增的網蜃与抵押物一同拍卖，但对拍卖新增房屋所 得，抵押权人无权优先受偿。

(5)建设用地使用权抵狎后，该土地上新增的逢铒物不属于抵押财产。该建设用地 丨使用:权实观牴#权时，应当将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增 建筑物所得的价款，'抵押权人无权优先受偿。 .

丨:v 3)抵押物的物上代位 ；;v：X' ■

P )担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔 或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，4苛以提存该保险金、赔偿

金或者补偿金等。

抵押物因附合、混合或者加工使抵押物的所有权为第三人所有的，抵押权的效力及于 补偿金。

(五）抵押权人的优先受偿权

债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款 优先受偿。

1. 优先受偿的方式

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵 押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。协议损害其 他债权人利益的，其他债权人可以在知道或者应当知道撤销事由之日起一年内请求人民法 院撤销该协议。抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的，抵押权人可以请求人 民法院拍卖、变卖抵押财产。抵押财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

2. 流押合同之禁止 .

《物权法》第一百八十六条规定：“抵押权人在债务履行期届满前，不得与抵押人约 定债务人不履行债务时抵押财产归债权人所有。”当事人在抵押合同中约定，债务履行期 届满抵押权人未受清偿时，抵押物的所有权转移为债权人所有的内容无效。该内容的无效 不影响抵押合同其他部分内容的效力。

禁止流押合同的目的在于防范道德风险。如果抵押人是债务人，流押合词可能导致'的 道德风险是：抵押人（债务人）可能故意拒不淸偿债务，从而变相将其抵押物卖与债权 人；如果抵押人娃第.人..m押N可能导致的.逍跑风险兒-:为収得饥押物.债权人M欣 务人可能作出共同虚伪表示，从而损害第三人利益。

3. 土地出让金优先于抵押权

拍卖划拨的国有土地便it权所得的价款，应先依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出 让金的款额，抵押权人可主张剩余价款的优先受偿权o

(六）抵押物转让限制

抵押物的所有权人仍是抵押人，故抵押人有权转让抵押物所有权，但转让可能影响抵 押权人利益，故须受一定限制。具体规则是:第一，抵押期间，抵押人经抵押权人同意转 让抵押财产的，应当将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。转让的价款超; 过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。第二，抵押期间，抵押人未经 抵押权人同意，不得转让抵押财产，但受让人代为清偿债务消灭抵押权的除外。

(七）涤除权

原则上，抵押人若未经抵押权人同意而转让抵押财产，转让行为无效，但受让人若晕 通过代为清偿债务的方式消灭抵押权，则转让行为有效。受让人以清偿债务的方式潘除抵: 押权、以获得抵押物所有权的权利，称涤除权。抵押权的存在价值就是为保障债权实现，丨 若债权已得到清偿，抵押权便随之消灭,此时,抵押物的转让，自然无需债权人表示 同意。

(八）抵押权之保全

抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权要求抵押人停止其行为。抵 押财产价值减少的，抵押权人有权要求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应

的担保。抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权要求债务人提前清 偿债务。

(九）抵押权人的孳息收取权

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，致使抵押财产被人 民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳 息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。抵押权人所收取的孳息应当先 充抵收取孳息的费用。

(十）抵押与租赁 I

当同一物上既存在抵押权又存在租赁关系时，如同“买卖不破租赁”，我国物权法律 制度亦确立了 “抵押不破租赁”规则，准确地说，应是“在后抵押不破在先租赁”规则。 具体而言： ，.

1?.订立抵押合同前抵押财产巳出租的，原租赁关系不受该抵押权的影响，抵押权实 现后，租赁合同在有效期内对抵押物的受让人继续有效。

2- 抵押权设立后抵押财产出租的，该租赁关系不得对抗已登记的抵押权，抵押权实 现后，租赁合同对受让人不具有约束力。抵押人将已抵押的财产出租时，如果抵押人未书 面告知承租人该财产已抵押的，抵押人对出租抵押物造成承租人的损失承担赔偿责任；如 果抵押人已书面告知承租人该财产已抵押的，抵押权实现造成承租人的损失，由承租人自 己承担。

(十一）抵押权的实现

一般情况下，抵押财产折价或者拍卖、变卖后，直接以所得价款清偿债务，价款若超 过债权数额，剩余部分归抵押人所有，若不足债权数额，债务人负继续清偿义务，只不过 剩余债权不再享有优先受偿权。

以抵押物所得价款清偿债务时，须首先支付实现抵押权的费用，其次支付主债权的利 息，最后支付主债权。

若同一抵押财产为数项债权设定抵押，情形将较为复杂，尤其是在抵押物拍卖或变卖 金额不足以清偿全部抵押债权时，抵押权如何实现，更将直接影响抵押权人的利益。例 如，甲公司以价值1亿元的厂房作抵押，从乙银行获得2 000万元贷款，后又从丙银行贷 款3 000万元时，仍以该厂房作抵押。此时，同一抵押物上设有两项皆属有效的抵押权。

若甲公司不能清偿乙、丙二银行的贷款，用以抵押的厂房经拍卖后，仅得4 000万 元，乙、丙二银行的抵押权如何实现？对于此类情形，我国物权法律制度规定了六项基本 规则：

1. 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿。

2. 抵押权已登记的先于未登记的受偿。这一规则仅适用于登记产生对抗效力的抵押 权类型，因为如果是登记生效，则未登记抵押权无效，自然不存在两项抵押权冲突的问 题。在登记对抗的抵押权类型中，已登记抵押权之所以优先于未登记抵押权，原因是前者 具有对抗第三人效力，该第三人既包括普通债权人，亦包括虽设有抵押权但未登记之债 权人。

3. 顺位在后的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权人只能就抵押物价值超出顺位 在先的抵押担保债权的部分受偿。这一规则旨在维护顺位在先抵押权人的利益。若顺位在

后的抵押权所担保的债权先到期，该抵押权人自有权主张实现抵押权，从而变卖或拍卖抵 押物。但抵押物拍卖或变卖后，必须在所得价款中剔除顺位在先抵押权所担保的债权额， 予以提存，剩余部分方可供顺位在后的抵押权优先受偿。

4. 顺位在先的抵押权所担保的债权先到期的，抵押权实现后的剩余价款应予提存， 留待清偿顺位在后的抵押担保债权。顺位在先的抵押权所担保的债权一旦到期，无论其他 债权是否到期，该抵押权人均可主张实现抵押权，并就全部拍卖或变卖所得优先受偿。若 有剩余，顺位在后的抵押权即存在于剩余价款之上，为确保债权到期后抵押权能够实现， 债务人有义务将剩余价款提存；若所得价款不足以清偿顺位在先之抵押权，则顺位在后的 抵押权消灭，其所担保的债权转化为普通债权。

5. 抵押权均未登记的，按照债权比例清偿。这一规则同样仅适用于登记产生对抗效 力的抵押权类型。既然均未登记，即意味着各自皆无对抗第三人效力，唯一公平的实现方 式即是按照债权比例清偿。此时，无论是设立在先的抵押权，还是先到期的债权，皆不得 主张优先性。

6. 抵押权人可以放弃抵押权或者抵押权的顺位，同时，抵押权人与抵押人也可以协 议变更抵押权顺位以及被担保的债权数额等内容，但抵押权的变更，未经其他抵押权人书 面同意，不得对其他抵押权人产生不利影响。

另外，除抵押之外还存在其他担保时，若债务人以自己的财产设定抵押，抵押权人放 弃该抵押权、抵押权顺位或者变更抵押权的，其他担保人在抵押权人丧失优先受偿权益的 范围内免除担保责任。之所以如此，是为了防止抵押权人通过放弃抵押权或抵押权顺位， 将本应由债务人自己承担的责任转嫁于其他担保人。当然，若其他担保人承诺仍然提供担 保，则不在此限。

(十二）最高额抵押

1. 最高额抵押的概念

最高额抵押是指抵押人与抵押权人协议，在最高债权额限度内，以抵押物对一定期间 内连续发生的债权作担保。为担保债务的履行，债务人或者第三人对一定期间内将要连续 发生的债权提供担保财产的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的 情形，抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

2. 最高额抵押权的从属性与不可分性

最高额抵押担保的债权确定前，债权可转让，但最尚额抵押权不得转让，当事人另有 约定的除外。

3. 债权之确定

浮动抵押是抵押权生效时抵押财产尚未确定，最高额抵押则是抵押权生效时所担保的 债权额尚未确定，因而同样需要经过确定步骤。依《物权法》第二百零六条之规定，有 下列情形之一的，抵押权人的债权确定：（1)约定的债权确定期间届满；（2)没有约定 债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满2年后 请求确定债权；（3)新的债权不可能发生；（4)抵押财产被查封、扣押；（5)债务人、 抵押人被宣告破产或者被撤销；（6)法律规定债权确定的其他情形。

最高额抵押担保的债权确定前，抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期 间、债权范围以及最高债权额，但变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

另外，最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转人最高额抵押担 保的债权范围。

(十三）抵押权的消灭

抵押权主要有以下消灭事由：

1. 债权消灭

债权消灭，抵押权的存在目的随之消失，故抵押权消灭。

2. 抵押权实现

此为抵押权消灭的题中之义，毋庸赘述。

3. 抵押物灭失

抵押物灭失，抵押权客体便不复存在，从而导致抵押权消灭。唯应注意者，若抵押物 灭失之后存在赔偿金、保险金等价值转换形态，则抵押权并不灭失，而继续存在于抵押物 的价值转换形态之上，此之谓抵押权物上代位。

4. 混同

所谓混同，是指权利与义务归于一人。债法上，混同是导致债的消灭原因。抵押权是 设立于他人之物上的限制物权，因此，若抵押权人获得抵押物的所有权，即集抵押权人与 抵押人于一身，用自己的物担保自己的债权显然并无意义，故混同导致抵押权消灭。

三、质权

(一）质权的概念

在广义上，质权包括动产质权与权利质权两类。不过，质权法律制度系以动产质权为 原型而建立，权利质权亦被称为准质权。

为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产或权利出质给债权人占有，当债务人 不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形时，债权人有权就该动产或权利优 先受偿。在此法律关系中，债务人或者第€人为出质人，债权人为质权人，交付的动产为 质押财产或称质物。

与抵押权不同，质权以交付质押物的占有为前提，因而，出质人交付质押物后，即失 去使用该质押物的机会，而负有保管义务的质权人又不得使用，由此可见，质权较之抵押 权更为僵硬。

(二）质权的客体

质权不能存在于不动产。能够成为质权客体的，只能是动产或者权利。

1. 动产质权

除法律、行政法规禁止转让的动产外，原则上，所有动产均可出质。

2. 权利质权

债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：（1)汇票、支票、本票；（2)债 券、存款单；（3)仓单、提单；（4)可以转让的基金份额、股权；（5)可以转让的注册 商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；（6)应收账款；（7)法律、行政 法规规定可以出质的其他财产权利。

需要特别界定的是应收账款，它是指权利人因提供一定的货物、服务或设施而获得的 要求义务人付款的权利，包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益，但不包括因票据

或其他有价证券而产生的付款请求权。具体包括下列权利：（1)销售产生的债权，包括 销售货物，供应水、电、气、暧，知识产权的许可使用等；（2)出租产生的债权，包括 出租动产或不动产；（3)提供服务产生的债权；（4)公路、桥梁、隧道、渡口等不动产 收费权；（5)提供贷款或其他信用产生的债权。

(三）质权的设定

1. 质权设定行为

设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

2. 交付或登记生效

(1) 动产。质权自出质人交付质押财产时设立。金钱是作为支付手段的特殊动产， 一般不能出质，但债务人或者第三人将其金钱以特户、封金、保证金等形式特定化后，移 交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人亦可以该金钱优先受偿。

若,当事人约定出质人代质权人占有质物，则质权不生效。

(2) .证券权利。以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，质权自 权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。另 外，票据是文义证券，票据之上的权利必须记载于票据，因此，《担保法解释》第九十八 条规定：“以汇票、支票、本票出质，出质人与质权人没有背书记载‘质押’字样，以票 据出质对抗善意第三人的，人民法院不予支持。”

(3) 基金份额与股权。以基金份额、股权出质的，以基金份额、证券登记结算机构 登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的， 质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。

(4) 知识产权。以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的， 质权自有关主管部门办理出质登记时设立。

(5) 应收账款。以应收账款出质的，质权自信贷征信机构办理出质登i己时设立。中 国人民银行征信中心是应收账款质押的登记机构。

(四）质权的效力 '

1. 质押担保的范围

(1) 所担保的债权范围。质权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿 金、保管担保财产和实现质权的费用。当事人另有约定的，按照约定。

(2) 出质物的范围。动产质权的效力及于质物的从物。但是，从物未随同质物移交 质权人占有的，质权的效力不及于从物。另外，以依法可以转让的股份、股票出质的，质 权的效力及于股份、股票的法定孳息。

(3) 出质物的物上代位。担保期间，质押财产毁损、灭失或者被征收等，质权人可 以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。被担保债权的履行期未届满的，也可 以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

2. 质权人的优先受偿权

债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人 协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

如同流押合同被禁止，流质合同亦被禁止，即，质权人在债务履行期届满前，不得与 出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

3. 质权人的孳息收取权

质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外。所收取的孳息应当先充抵 收取孳息的费用。

4. 质权人的义务

(1) 保管义务。质权人负有妥善保管质押财产的义务，因保管不善致使质押财产毁 损、灭失的，应当承担赔偿责任。质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可 以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

(2) 返还义务。债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当 返还质押财产。

5. 质权之保全

因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人 权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变 卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

6. 质物处分限制

(1) 对质权人的限制。质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分 质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。质权人在质权存续期间，未经出质 人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

(2) 对出质人的限制。基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协 商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者 提存。 .

知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权 人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价 款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收 账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。 .

(五）质权的实现 .

质押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部 分由债务人清偿。

出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权；质权人不行使的，出质人 可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于 行使权利造成损害的，由质权人承担赔偿责任。

(六）最高额质权

出质人与质权人可以协议设立最高额质权。最高额质权除适应质权自身特点外，其他 准用最高额抵押的规则。

(七）质权的消灭

诸如债权消灭、质物消灭、质权实现等均与抵押权大致相同，特别之处在于质权人丧 失质押物的占有。一般情况下，因不可归责于质权人的事由而丧失对质物的占有质权人 可以向不当占有人请求停止侵害、恢复原状、返还质物，但若质权人丧失质物占有后不能 主张返还，或者质权人将质物返还于出质人，则质权消灭。

另外，质权人可以放弃质权。债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他 担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担 保的除外。

四、留置权

(一）留置权的概念与性质

1. 留置权的概念

债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人的动产，并有权就该 动产优先受偿。在此法律关系中，债权人为留置权人，占有的动产为留置财产。例如，甲 为乙有偿保管某物，乙取回保管物时拒绝支付保管费，此时，甲即有权扣留该物不还，直 至乙支付保管费，若乙一直拒绝支付，则甲有权将该物变卖，将所得价款扣除保管费后返 还于乙。

2. 留置权的性质

留置权属于法定担保物权，不必有当事人之间的担保合同，只要具备法定要件，即可 成立。不过，当事人可以特约排除留置权。

(二）留置权的成立

依物权法律制度之规定，留置权之成立，需具备以下要件：

1. 债权人占有债务人之动产

债权人须合法占有债务人动产。

2. 债权已届清偿期

债权人的债权未届清偿期，其交付或返回所占有标的物的义务已届履行期的，不能行 使留置权。但是，债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

3. 动产之占有与债权属同一法律关系

为防止物的占有人滥用留置权，我国物权法律制度规定，债权人留置的动产，应当与 债权属于同一法律关系。所谓同一法律关系，是指占有人交付或返还占有物之义务与留置 所担保的债权属于同一法律关系。甲借用乙的自行车，到期乙要求归还时，甲不得以乙之 前欠自己100元未还为由将自行车留置，原因在于，甲占有自行车因而应予返还与乙欠甲 100元属于两项不同的法律关系。能够产生留置权的法律关系不限于合同关系，但以合同 关系为典型，如保管合同、运输合同、加工承揽合同等：寄存人拒付保管费，保管人留置 保管物；收货人拒付运费，承运人留置运输物；定作人拒付加工承揽费，加工承揽人留置 定作物。另依我国物权法律制度规定，企业之间留置不受同一法律关系之限制。

(三）留置权的效力

1.留置担保的范围

(1) 所担保债权的范围。留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、 留置物保管费用和实现留置权的费用。

(2) 留置物的范围。留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。 例如，甲为乙保管一批钢材，乙前来提取时拒付保管费，甲所留置的钢材价值应相当于保 管费，而不得就所有钢材行使留置权。留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的 全部行使留置权。

2. 留置权人的优先受偿权 \_

债务人逾期未履行债务的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍 卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。

3-留置权人的孳息收取权

留置权人有权收取留置财产的孳息。所收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

4. 留置权人的保管义务

留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应 当承担赔偿责任。

5. 留置权人的通知义务

债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月 的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定的，债权人留置债务人财产后，应当 确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

债权人未按上述期限通知债务人履行义务，而直接变价处分留置物的，应当对此造成 的损失承担赔偿责任。但若债权人与债务人已在合同中约定宽限期的，债权人可以不经通 知，直接行使留置权。

6. 抵押权、质权与留置权的效力等级

同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿；同一财 产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿；质权与未登记抵押权并 存时，质权人优先于抵押权人受偿。

(四）留置权的实现

债权人留置财产后，应与债务人约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定 不明确的，留置权人应当给债务人两个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的 动产除外。债务人逾期未履行的，留置权人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就 拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿。留置财产折价或者变卖的，应当参照市场

价格。 .

留置财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部 分由债务人清偿。

另外，债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使 的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

(五）留置权的消灭

留置权因下列原因消灭：（1)债权消灭；（2)债务人另行提供担保并被债权人接受；

(3)留置权人对留置财产丧失占有。

## 第四章 合同法律制度

第一节 合同的基本理论

—、合同与合同法 (一\*)合问

《中平人bi共和国合同法》（以下简称《合同法》）所称“合同”，是指平等主体的自 然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。根据这令定 合同是平等主体之间的民事法律关系，任何一方不论其所有制性质及行政地位/都不能将丨 自己的意志强加给对方。根据《政府采购法》第四十三条的规定，政府采购:合同适用; 《合同法》。因此，在政府采购的时候，双方的法律地位是平等的。同时由千合同是\_ 法律行为，因此，合同成立不但需要当事人有意思表示，而且要求当事入之间的意思:表宗 一致。 ... 丨

(二）合同法

合同法是调整平等主体之间商品交换关系的法律规范的总称。1999'年3月日芯:\_ 九届全国人民代表大会第二次会议通过了《合同法》。《合同法》分总则、分则、附则三 篇，共二十三章四百二十八条，是一部较为详尽、严密、具有可操作性的法律^■義 法》自1999年10月1日起施行，我国曾经按照合同性质先后制定的《链济合 《涉外经济合同法》和《技术合同法》同时废止。为保障《合同法y的顺利实《:,::着\_ 人民法院先后通过了《关于适用〈,中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一%:本1賴 下简称《合同法解释（一）》）、《隹于适用〈中华人民共和国合同法〉若:于:问釋崩

(二）》（以下與称《合同法解:释（二）》）、《关于审理商品房买卖合词纠纷索件填張參剩 若干问题的解(以下简称 <〈商品房买卖合同解释》）、《关于审理城镇房厘租赁合同纠 纷案件具体应用te律若干问题释》（以下简称《房屋租赁合同解释》:)、:::《关#.奄義建j 设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释》(以下简称《建设工程施工合同解释》）、 《关于审理技术合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《抜术含同藥#\_:>; 《关于审理买卖合同纠纷案#适用法律问题的解释》（以下简称《买卖合同解 外，《物权法》、《担保法》以及《担保法解释》等法律及司法解释对合同向:题:也起 要的调整作用。 丨 ■

合同法具有以下特征：（1)合同法是私法。合同作为一种法律事实，是当事人自由 约定、协商一致的结果。如果当事人之间的约定合法，则这些约定在当事人之间产生相当 于法律的效力。（2)合同法是自治法。合同法主要是通过任意性法律规范而不是强制性 法律规范调整合同关系。合同法通过任意性规范或引导当事人的行为，或补充当事人意思 的不完整。合同法对当事人意思自治的限制，即合同法中的强制性规范，被严格限制在合 理与必要的范围之内。（3)合同法是财产交易法。合同法主要调整财产的流转关系，即 从动态角度为财产关系提供法律保护。

(三）《合同法》的适用范围

虽然根据《合同法》第二条的规定，平等主体之间有关民事权利义务关系设立、变 更、终止的协议均在《合同法》的调整范围，但根据《合同法》第二条第二款的规定， 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，不适用《合同法》的调整。

另外，在涉外合同中，能否适用合同法的规定要根据具体情况分析。原则上，涉外合 同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律，但法律另有规定的除外。涉外合同的当 事人对此没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。但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，只能适用中华人民共和国法律。

二、合同的分类

根据不同的分类标淮，可将合同分为不同的种类。合同的分类有助于正确理解法律、 订立和履行合同，有助于正确地适用法律处理合同纠纷，还可对合同法律制度的完善起到 促进作用。通常，在立法与合同法理论上对合同作以下分类：

(一）有名合同与无名合同

根据合同法或者其他法律是否对合同规定有确定的名称与调整规则为标准，可将合同 分为有名合同与无名合同。有名合同是立法上规定了确定名称与规则的合同，又称典型合 同。如《合同法》在分则中规定的买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同等各类合 同。无名合同是立法上尚未规定有确定名称与规则的合同，又称非典型合同。区分两者的 法律意义在于法律适用的不同。有名合同可直接适用《合同法》分则中关于该种合同的 具体规定。对无名合同则只能在适用《合同法》总则中规定的一般规则的同时，参照该 法分则或者其他法律中最相类似的规定执行。

\_ (二）单务合同与双务合同

根据合同当事人是否相互负有对价义务为标准，可将合同分为单务合同与双务合同。 此处的对价义务并不要求双方的给付价值相等，而只是要求双方的给付具有相互依存、相 互牵连的关系即可。单务合同是指仅有一方当事人承担义务的合同，如赠与合同。双务合 同是指双方当事人互负对价义务的合同，如买卖合同、承揽合同、租赁合同等。区分两者 的法律意义在于：双务合同中当事人之间的给付义务具有依存和牵连关系，故双务合同中 存在同时履行抗辩权和风险负担的问题，而单务合同则无这些问题。

(三）诺成合同与实践合同

根据合同成立除当事人的意思表示以外，是否还要其他现实给付为标准，可以将合同 分为诺成合同与实践合同。诺成合同是指当事人意思表示一致即可认定合同成立的合同。

实践合同是指在当事人意思表示一致以外，尚需有实际交付标的物或者有其他现实给付行 为才能成立的合同。确认某种合同属于实践合同必须法律有规定或者当事人之间有约定。 常见的实践合同有保管合同、自然人各间的借贷合同、定金合同。根据《合同法》及 《物权法》的规定，赠与合同、质押合h不再是实践合同。

区分两者的法律意义在于：除了两种合同的成立要件不同以外，实践合同中作为合同 成立要件的给付义务的违反不产生违约责任，而只是一种缔约过失责任。

合同还可以分为有偿合同与无偿合同、要式合同与不要式合同、主合同与从合同等类 型，关于这几种分类的意义在第二章“基本民事法律制度”部分有阐述，此处不赘。

三、合同的相对性

合同法律关系是特定当事人之间的法律关系，与物权法律关系中物权的绝对性相对 应，合同法律关系具有相对性特征。合同的相对性，是指合同主要在特定的合同当事人之 间发生权利义务关系，当事人只能基于合同向另一方当事人提出请求或提起诉讼，不能向 无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务。合同的 相对性可以拓展为“债的相对性”。

合同的相对性主要体现在如下四个方面：

(一）主体的相对性

主体的相对性，指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向 合同的另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼。具体又包括：（1)只有合同关系当 事人相互之间才能提出合同上的请求，合同关系以外的第三人，不能依据合同提出请求或 者提起诉讼。（2)合同关系当事人不能向第三人提出合同上的请求及诉讼。

(二）内容的相对性

内容的相对性，指除法律、合同另有规定以外，只有合同当事人才能享有某个合同所 规定的权利，并承担该合同规定的义务，任何第三人不能主张合同上的权刺。在双务合同 中，合同内容的相对性还表现在一方的权利就是另一方的义务，而因为另丨方承担义务才 使一方享有权利，权利义务是相互对应的。因此，权利人的权利须依赖于义务人履行义务 的行为才能实现。从合同内容的相对性原理，可以引出如下几项具体规则：（i)合同规 定由当事人享有的权利，原则上并不及于第三人。（2)合同当事人无权为第三人设定合 同上的义务。（3)合同权利与义务主要对合同当事人产生约束力。

(三）责任的相对性

责任的相对性，是指合同责任只能在特定的当事人之间即合同关系的当事人之间发 生，合同关系以外的人不负违约责任。合同责任的相对性要求：（1)违约当事人应对违 约后果承担违约责住，违约当事人同样应当对履行辅助人的行为负责。（2)在因第三人 的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任。（3)债务人只 能向合同中的债权人承担违约责任，而不应向国家或第三人承担违约责任。

(四）合同相对性的例外

虽然合同关系具有相对性，但可能因为“物权化”或者保障债权实现，这种相对性 在一定条件下也会被打破。从《合同法》1的规定来看，下列情形均属于合同相对性原则 的例外：

1- 《合同法》第七十三条、第七十四条关于债的保全的规定突破了合同的相对性， 使得债权人可以向合同关系以外的第三人提起诉讼，主张权利。

2- 《合同法》第二百二十九条“所有权让与不破租赁”的规定，使得租赁合同的承 租人可以以自己的租赁权对抗新的所有权人，突破了合同关系的相对性。

3- 《合同法》第二百七十二条第二款、第三百一十三条关于分包人与承包人共同对 发包人承担连带责任、单式联运合同中某一区段的承运人与总的承运人共同向托运人承担 连带责任的规定也都突破了合同的相对性。因为实际上在这两种合同中，分包人与发包 人，托运人与某一区段的承运人之间并无合同关系。

第二节合同的订立

—、合同订立程序\_■■?要约与承诺

当事人订立合同应当具备相应的资格，即应具有相应的民事权利能力和民事行为能 力。除依据合同性质不能代理的以外，当事人可以委托代理人订立合同。当事人订立合

同，可以采取书面形式、口头形式和其他形式。合同采用书面形式对于固定证据、警告当 事人郑重其事、K分磋商与缔约两个阶段均有璽要意义。采用口头形式的合同虽方便易 行5但缺点是发生争议时难以举证确认责任，不够安全。当事人未以书如'形式或者口头形 式订立合同5但从双方从事的民事行为能够推定双方有订立合同意愿的，除法律另有规定 外，人民法院可以认定是以“其他形式”订立的合同。

出事人订立台同的一般程序包括要约、承诺两个阶段

要约是指希望和他人订立合同的意思表示。要约可以向特定人发出，也可以向非特定 人发出。拫倨《合同法》的规定，该意思表示应当符合下列规矩：(1)内容具体确定 此项条件要求该意思丧示已经具备了未来合同的必要内容，此处的“内容具体确定”并 I " 帘i. mi的所n,;欠簡合同法解释（二)》

卬-? 的规氺.、丨1丨丨丨.K付(}? M 巧成；/： (V. >议.人丨Vi法院Oiz够确记当事人名称或者姓 、.丨小的(-11狄丨v丨.的,■丨:iuv:、丨1丨、人记rv m成、>:丨11.u< w- yj {{规化戍n、丨11!. k另有约定的除 外，（/) Moifw处约人咫约人i!i丨胥泠立以/i尔的约也。

變;眷,,,

I要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公 捧、招股说明书、商业广告等，性质均为要约邀请。但考商业广告的构容符合要约的规 \_，如悬赏广告，则视为要约。根据《合同法解释（c)r的?|違、實人以公开方式声 \_对完成一定行为的人支付报酬，完成特定行为的人请求悬赏x支付#酬雜；人民法院依 法予以支持。但悬赏有《合同法》第五十二条规定情形的除外。"錄实践中要注意要约与 耍约M淸的K 5),如很据c商品房买卖台同解释》的规定，商品房的销軎广告和a： \n资 料为要约邀请,但是出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明和允诺

具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要 约。该说明和允诺即使未载人商品房买卖合同，亦应当视为合同内容，当事人违反的，应 当承担违约责任。

2. 要约的生效时间

要约到达受要约人时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数 据电文的，该数据电文进人该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数 据电文进人收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

3. 要约的撤回与撤销

要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受 要约人。撤回要约是在要约尚未生效的情形下发生的。如果要约已经生效，则非要约的撤 回，而是要约的撤销。

要约也可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。 但下列情形下的要约不得撤销：（1)要约人确定了承诺期限的；U)以其他形式明示要 约不可撤销的；（3)受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准 备工作。

4. 要约的失效

有下列情形之一的，要约失效：（1)拒绝要约的通知到达要约人；（2)要约人依法 撤销要约；（3)承诺期限届满，受要约人未作出承诺；（4)受要约人对要约的内容作出 实质性变更。

(二）承诺

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当由受要约人向要约人作出，并在要约 确定的期限内到达要约人。

1. 承诺期限

要约确定的期限称为承诺期限。对于承诺期限的起算，法律规定：要约以信件或者电 报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的， 自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真等快速通讯方式作出的，承诺期限 自要约到达受要约人时开始计算。

要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（1)要约以对话方式作出 的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；（2)要约以非对话方式作出的，承 诺应当在合理期限内到达。所谓合理期限，是指依通常情形可期待承诺到达的期间，一般 包括要约到达受要约人的期间、受要约人作出承诺的期间、承诺通知到达要约人的期间。

2. 承诺的生效时间

承诺自通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，自根据交易习惯或者要约的要求 作出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同，收件人指定特定系统接收数据电文 的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为承诺到达时间；未指定特定系统的，该数据 电文进人收件人的任何系统的首次时间，视为承诺到达时间。承诺生效时合同成立。

3. 承诺的撤回

承诺人发出承诺后反悔的，可以撤回承诺，其条件是撤回承诺的通知应当在承诺通知 到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人，即在承诺生效前到达要约人。承诺生

效，合同成立。因此，承诺不存在撤销的问题。

4. 承诺的迟延与迟到

受要约人超过承诺期限发出承诺的，为迟延承诺，除要约人及时通知受要约人该承诺 有效的以外，迟延的承诺应视为新要约。受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形 能够及时到达要约人，但因其他原因使承诺到达要约人时超过承诺期限的，为迟到承诺， 除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，迟到的承诺为有效 承诺。

5. 承诺的内容

承诺的内容应当与要约的内容一致，但在实践中，受要约人可能对要约的文字乃至内 容作出某些修改，此时承诺是否具有法律效力需根据具体情况予以确认。《合同法》规 定，受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、 价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等内容的变更，是 对要约内容的实质性变更。承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反 对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以 承诺的内容为准。

二、合同成立的时间与地点

1. 合同成立的时间

由于合同订立方式的不同，合同成立的时间也有不同：（1)承诺生效时合同成立。 这是大部分合同成立的时间标准。（2)当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事 人签字或者盖章时合同成立。如双方当事人未同时在合同书上签字或盖章，则以当事人中 最后一方签字或盖章的时间为合同的成立时间。（3)当事人采用信件、数据电文等形式 订立合同的，可以要求在合同成立之前签订确认书。签订确认书时合同成立。

对于第（2)、(3)种情况要注意一点：如果当事人未采用法律要求或者当事人约定 的书面形式、合同书形式订立合同，或者当事人没有在合同书上签字盖章的，只要一方当 事人履行了主要义务，对方接受的，合同仍然成立。当事人在合同书上摁手印的，具有与 签字或者盖章同等的法律效力。

2. 合同成立的地点

由于合同订立方式的不同，合同成立地点的确定标准也有不同：（1)承诺生效的地 点为合同成立的地点。这是大部分合同成立的地点标准。（2)采用数据电文形式订立合 同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立 的地点。当事人另有约定的，按照其约定。（3)当事人采用合同书形式订立合同的，双 方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。如双方当事人未在同一地点签字或盖 早，则以当事人中最后一'方签字或盖章的地点为合同成立的地点。（4)米用书面形式订 立合同，合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的，约.定的签订地为合同签订 地；.合同没有约定签订地，双方当事人签字或者盖章不在同一地点的，最后签字或者盖章 的地点为合同签订地。 \_

三、格式条款

格式条款是指一方当事人为了与不特定多数人订立合同重复使用而单方预先拟定，并 在订立合同时不允许对方协商变更的条款。格式条款的适用可以简化签约程序，加快交易 速度，减少交易成本，避免道德风险，因此，往往有利于交易双方当事人。但是，由于格 式条款是由一方当事人事先拟定，且在合同谈判中不容对方协商修改，条款内容难免有不 公平之处。所以《合同法》对格式条款的效力及解释有特别规定，以保证合同相对人的 合法权益：（1)采用格式条款订立合同的/提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定 当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款， 按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担 举证责任。（2)格式条款具有《合同法》规定的合同无效和免责条款无效的情形，或 者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

(3)对格式条款的理解发生争议的，应当按照字面含义及通常理解予以解释。对格式条 款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款 不一致的，应当采用非格式条款。

四、免责条款

免责条款是指合同当事人在合同中规定的排除或限制一方当事人未来责任的条款。基 于合同自由原则，对双方当事人自愿订立的免责条款，尤其是事后订立的免责条款，法律 原则上不加干涉。但如事先约定的免责条款明显违反诚实信用原则及社会公共利益的，则 法律规定其为无效。《合同法》规定，合同中的下列免责条款无效：（1)造成对方人身伤 害的；（2)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

五、缔约过失责任

缔约过失责任，亦称缔约过错责任，是指当事人在订立合同过程中，因故意或者过失 致使合同未成立、未生效、被撤销或无效，给他人造成损失而应承担的损害赔偿责任。

《合同法》规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，应 当承担损害赔偿责任：（1)假借订立合同，恶意进行磋商；（2)故意隐瞒与订立合同有 关的重要事实或者提供虚假情况；（3)当事人泄露或者不正当地使用在订立合同过程中 知悉的商业秘密；（4)有其他违背诚实信用原则的行为。

缔约过失责任与违约责任存在区别：（1)两种责任产生的时间不同。缔约过失责任 发生在合同成立之前；而违约责任产生于合同生效之后。（2)适用的范围不同。缔约过 失责任适用于合同未成立、合同未生效、合同无效等情况；违约责任适用于生效合同。

(3)赔偿范围不同。缔约过失赔偿的是信赖利益的损失；而违约责任赔偿的是可期待利 益的损失。可期待利益的损失要大于或者等于信赖利益的损失。 -

—、合同的生效

合同的生效，是指已依法成立的合同，发生相应的法律效力。合同生效不同于合同成 立。合同成立是一个事实问题，考察当事人间是否有适格要约和承诺。合同生效是一个价 值判断，考察当事人之间的合同是否符合法律，能否发生法律所认可的效力。

《合同法》根据合同类型的不同，分别规定了不同的合同生效时间：

1. 依法成立的合同，原则上自成立时生效。

2. 法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，在依照其规定办理批准、 登记等手续后生效。依照法律、行政法规的规定经批准或者登记才能生效的合同成立后， 有义务办理申请批准或者申请登记等手续的一方当事人未按照法律规定或者合同约定办理 申请批准或者未申请登记的，人民法院可以根据案彳年的具体情况和相对人的请求，判决相 对人自己办理有关手续；对方当事人对由此产生的费用和给相对人造成的实际损失，应当 承担损害赔偿责任。

3. 法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，但未规定登记后生效的，当事人未 办理登记手续不影响合同的效力，但合同标的所有权及其他物权不能转移。根据《物权 法》的规定，需要办理登记的抵押合同及商品房买卖合同均属于这类合同，即未登记不 影响合同的生效，只影响物权的设立或者转移。

4. 当事人对合同的效力可以附条件或者附期限。附生效条件的合同，自条件成就时 生效。附解除条件的合同，自条件成就吋失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成 就的，视为条件巳成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。附生效期限的合 同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

二、效力待定的合同

合同可以根据其效力层次分为有效合同、效力待定的合同、可撤销合同及无效合同。 由于无效合同与可撤销合同已经在第二章第一节民事法律行为部分作过详细分析，此处不 赘。此部分专门探讨效力待定的合同。

效力待定的合同，是指合同订立后尚未生效，须经权利人追认才能生效的合同。追认的 意思表示自到达相对人时生效，合同自订立时起生效。效力待定合同主要有以下几种类型：

1.限制民事行为能力人独立订立的与其年龄、智力、精神状况不相适应的合同

《合同法》规定，限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有 效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经 法定代理人追认。

法定代理人的追认权性质上属于形成权。仅凭其单方面意思表示就可以使得效力待定 的合同转化为有效合同。

法律在保护限制民事行为能力人合法权益的同时，为避免合同相对人的利益因为合同 效力待定而受损，特别规定了相对人的催告权和善意相对人的撤销权。相对人可以催告法 定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之 前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。其中的“善意”是指相对 人在订立合同时不知道与其订立合同的人欠缺相应的行为能力。

2. 无权代理人订立的合同

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经 被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在 一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。被代理人已经开始履行合同义 务的，视为对合同的追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知 的方式作出。但是在表见代理中，出于对相对人和交易安全的保护，无权（表见）代理 人订立的合同有效，对被代理人发生法律效力。

3. 无处分权人订立的合同

无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权 的，该合同有效。在买卖合同情形，根据《买卖合同解释》第三条规定，当事人一方以 出卖人在缔约时对标的物没有所有权或者处分权为由主张合同无效的，人民法院不予支 持。出卖人因未取得所有权或者处分权致使标的物所有权不能转移，买受人要求出卖人承 担违约责任或者要求解除合同并主张损害赔偿的，人民法院应予支持。故出卖人没有所有 权或者处分权的情形，买卖合同原则上仍属于有效合同。在出卖人就同一标的物订立多重 买卖合同的情形，如果合同均不具有《合同法》第五十二条规定的无效情形，买受人因 不能按照合同约定取得标的物所有权，可以请求追究出卖人违约责任。

第四节合同的履行

—、合同的履行规则

(一）约定不明时合同内容的确定规则 ’

合同生效后，合同的双方当事人应当正确、适当、全面地完成合同中规定的各项义 务。在合同的履行中，当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯 履行通知、协助、保密等义务。

合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明 确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同有关条款或者交易习惯确定。依照 上述规则仍不能确定的，依照下列规则确定：

1. 质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没有国家标准、行业标准的， 按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

2. 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行 政府定价或者政府指导价的，按照规定履行。

3- 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在 不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

4. 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时要求履行，但应当 给对方必要的准备时间。

5. 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

6. 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

合同生效后，当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变 动而不履行合同义务。

(二）向第三人履行和由第三人履行

合同虽是特定主体之间的法律行为，但是合同作为一种交易关系，往往是连续交易关 系中的一个环节，因此，在合同的履行中常常会涉及到第三人，如当事人约定由债务人向 第三人履行或由第三人向债权人履行。为保障涉及第三人的合同履行中各方当事人的正当 权益，《合同法》规定，当事人约定由债务人向第三人履行债务的，债务人未向第三人履 行债务或者履行债务不符合约定，应当向债权人承担违约责任。当事人约定由第三人向债 权人履行债务的，第三人不履行债务或者履行债务不符合约定，债务人应当向债权人承担 违约责任。从这两个规定来看，对于向第三人履行和由第三人履行，《合同法》严格遵循 合同的相对性规则，并不将参与履行的第三人作为合同相对人对待，使其既不承担合同项 下的义务，也不享有合同项下的权利。

(三）中止履行、提前履行与部分履行

1.中止履行。债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生 困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

2- 提前履行。债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益 的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。需要注意的是，《合 同法》第二百零八条的规定把提前履行作为借款人的一项权利对待，因此，属于提前履 行规则的例外。

3- 债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。债 务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

二、双务合同履行中的抗辩权

双务合同中的双方当事人互为债权人和债务人，双方的履行给付具有牵连性，为了体 现双方权利义务的对等及保护交易安全，《合同法》为双务合同的债务人规定了同时履行 抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权三种履行抗辩权，使得债务人可以在法律规定的情况 下保留给付以对抗相对人的请求权。

1. 同时履行抗辩权

同时履行抗辩权，是指双务合同的当事人应同时履行义务的，一方在对方未履行前， 有拒绝对方请求自己履行合同的权利。《合同法》规定，当事人互负债务，没有先后履行 顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其对自己提出的履行要求。一方在 对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

2. 先履行抗辩权

先履行抗辩权，是指双务合同中应当先履行义务的一方当事人未履行时，对方当事人 有拒绝对方请求履行的权利。《合同法》规定，当事人互负债务，有先后履行顺序，先履 行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的， 后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

3.不安抗辩权

不安抗辩权，是指双务合同中应先履行义务的一方当事人，有确切证据证明相对人财 产明显减少或欠缺信用，不能保证对待给付时，有暂时中止履行合同的权利。《合同法》 规定，应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履 行：（1)经营状况严重恶化；（2)转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（3)丧失商业信 誉；（4)有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。主张不安抗辩权的当事人如果 没有确切证据中止履行的，则应当承担违约责任。

当事人行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当 恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止 履行的一方可以解除合同。

三、代位权

代位权，是指债务人怠于行使其对第三人（次债务人）享有的到期债权，危及债权 人债权实现时，债权人为保障自己的债权，可以自己的名义代位行使债务人对次债务人的 债权的权利。

代位权与撤销权共同构成合同的保全制度。合同的保全是合同的一般担保，是指为了 保护一般债权人不因债务人的财产不当减少而受有损害，允许债权人干预债务人处分自己 财产行为的法律制度。其中代位权是针对债务人消极不行使自己债权的行为，撤销权则是 针对债务人积极侵害债权人债权实现的行为。两者或是为了实现债务人的财产权利，或是 恢复债务人的责任财产，从而确保债权人债权的实现。

(一）代位权行使的条件

结合《合同法》及《合同法解释（一）》的规定，债权人提起代位权诉讼，应当符 合下列条件：

1. 债权人对债务人的债权合法。

2. 债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害。债务人的懈怠行为必须是债务 人不以诉讼方式或者仲裁方式向次债务人主张其享有的具有金钱给付内容的到期债权。

3. 债务人的债权已到期。当然，除了债务人的债权要到期以外，债权人的债权也应 到期。代位权的行使条件中虽然没有明确债权人的债权是否需要到期，但是根据《合同 法解释（一）》的规定，债权人在主张代位权时，要求债权人的债权已经到期。

4. 债务人的债权不是专属于债务人自身的债权。所谓专属于债务人自身的债权，是 指基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权和劳动报酬、退休 金、养老金、抚恤金、安置费、人寿保险、人身伤害赔偿请求权等权利。

(二）代位权诉讼中的主体及管辖

根据《合同法解释（一）》，在代位权诉讼中，债权人是原告，次债务人是被告，债 务人为诉讼上的第三人。因此在代位权诉讼中，如果债权人胜诉的，由次债务人承担诉讼

费用，且从实现的债权中优先支付。其他必要费用则由债务人承担。代位权诉讼由被告住 所地人民法院管辖。 . ?

(三）代位权行使的法律效果

根据《合同法解释（一）》，债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后 认定代位权成立的，由次债务人向债权人履行清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债 务人之间相应的债权债务关系即予消灭。从此规定来看，债权人的债权就代位权行使的结 果有优先受偿权利。在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

四、撤销权 .

(一）撤销权的概念与性质

撤销权，是指债务人实施了减少财产行为，危及债权人债权实现时，债权人为保障自 己的债权请求人民法院撤销债务人处分行为的权利。

撤销权的行使必须依一定的诉讼程序进行，故又称废罢诉权。债权人行使撤销权，可 请求受益人返还财产，恢复债务人责任财产的原状，因此，撤销权兼有请求权和形成权的 特点。合同保全中的撤销权与可撤销合同中的撤销权不同，保全撤销权是债权人请求人民 法院撤销债务人与第三人之间已经生效的法律关系。撤销权效力扩及第三人，其目的是为 了维护债务人的清偿能力。而可撤销合同中的撤销权没有扩及到第三人，其目的是为了消 除当事人之间意思表示的瑕疵。

(二）撤销权的成立要件

根据《合同法》的规定，债权人行使撤销权，应当具备以下条件：

1.债权人须以自己的名义行使撤销权。

2-债权人对债务人存在有效债权。债权人对债务人的债权可以到期，也可以不到期。

3.债务人实施了减少财产的处分行为。债务人减少财产的处分行为体现为：（1)放 弃债权（到期、未到期均可）、放弃债权担保或者恶意延长到期债权的履行期,对债权人 造成损害；(2)无偿转让财产，对债权人造成损害;(3)以明显不合理的低价转让财产 或者以明显不合理的高价收购他人财产，对债权人造成损害，并且相对人知道该情形。其 中第（3)种处分行为不但要求有客观上对债权人造成损害的事实，还要求有受让人知道 的主观要件。“明显不合理”价格的判断标准,应当以交易当地一般经营者的判断,并参 考交易当时交易地的物价部门指导价或者市场交易价，结合其他相关因素综合考虑予以确 认。一般认为，转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价70%的，一般可 以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导#或者市场交易价30%的，一般可 以视为明显不合理的高价。 ' :'

4- 债务人的处分行为有害于债权人债权的实现。I '；

当债务人的处分行为符合上述条件时,债权人可以请法人民法院撤销债务人的处分行 为。撤销权的行使范围以债权人的债权为限。 ：：

(三）撤销权行使的期限

撤销权的行使有期限限制，根据《合同法》的规定，撤销权应当自债权人知道或者 应当知道撒销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权 的，该撤销权消灭。此处的“五年”期间为除斥期间，不适用丨诉讼时效中止、中断或者

延长的规定。

(四）撤销权行使的法律效果

一旦人民法院确认债权人的撤销权成立，债务人的处分行为即归于无效。债务人的处分 行为无效的法律后果则是双方返还，即受益人应当返还从债务人获得的财产。因此，撤销 权行使的目的是恢复债务人的责任财产，债权人就撤销权行使的结果并无优先受偿权利。

(五）撤销权诉讼中的主体与管辖 '

撤销权的行使必须通过诉讼程序。在诉讼中，债权人为原告，债务人为被告，受益人 或者受让人为诉讼上的第三人。撤销权诉讼由被告住所地人民法院管辖。根据《合同法 解释（一）》规定，债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用，由债务 人负担；第三人有过错的，应当适当分担。

第五节合同的担保

—、合同担保的基本理论

(一）担保方式

担保是指法律规定或者当事人约定的以保证合同履行、保障债权人利益实现的法律措 施。担保具有从属性与补充性特征。

合同的担保方式一般有五种，即：保证、抵押、质押、留置和定金。其中，保证、抵 押、质押和定金，都是依据当事人的合同而设立，称为约定担保。留置则是直接依据法律 的规定而设立，无须当事人之间特别约定，称为法定担保。保证是以保证人的财产和信用 为担保的基础，属于人的担保。抵押、质押、留置，是以一定的财产为担保的基础，属于 物的担保。定金是以一'定的金钱为担保的基础，称为金钱担保。

为了换取担保人提供保证、抵押或质押等担保方式，担保人可以要求债务人为担保人 的担保提供担保。这种由债务人或第三人向该担保人提供的担保，相对于原担保而言被称 为反担保。并非《担保法》规定的五种担保方式均可作为反担保方式。根据《担保法司 法解释》的规定，反担保方式可以是债务人提供的抵押或者质押，也可以是其他人提供 的保证、抵押或者质押。因此留置和定金不能作为反担保方式。在债务人自己向原担保人 提供反担保的场合，保证就不得作为反担保方式。

(二）担保合同的无效 ?

1. 担保无效的情形

担保合同必须合法方才有效。根据有关法律和司法解释规定，下列担保合同无效：

(1) 国家机关和以公益为目的的事业单位、社会团体违法提供担保的，担保合同无效。

(2) 以法律、法规禁止流通的财产或者不可转让的财产设定担保的，担保合同无效。

2. 担保合同无效的法律责任

担保合同被确认无效时，债务人、担保人、债权人有过错的，应当根据其过错各自承 担相应的民事责任，即承担《合同法》规定的缔约过失责任。根据《担保'法司法解释》

的规定，“相应的民事责任”具体区分为：

(1) 主合同有效而担保合同无效，债权人无过错的，担保人与债务人对主合同债权 人的经济损失，承担连带赔偿责任；债权人、担保人有过错的，担保人承担民事责任的部 分，不应超过债务人不能清偿部分的1/2。

(2) 主合同无效而导致担保合同无效，担保人无过错则不承担民事责任；担保人有 过错的，应承担的民事责任不超过债务人不能清偿部分的1/3。

(3) 担保人因无效担保合同向债权人承担赔偿责任后，可以向债务人追偿，或者在 承担赔偿责任的范围内，要求有过错的反担保人承担赔偿责任。

为了保证债权人的利益，主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应承 担担保责任。除非担保合同另有约定。另外，如果法人或者其他组织的法定代表人、负责 人超越权限订立的担保合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为 有效。'

~~■、保证

(一）保证与保证合同

1. 保证的概念

保证是指第三人和债权人约定，当债务人不履行其债务时，该第三人按照约定履行债 务或者承担责任的担保方式。“第三人”被称作保证人；“债权人”既是主债的债权人， 也是保证合同中的债权人。保证是保证人与债权人之间的合同关系。保证的方式有两种， 即一般保证和连带责任保证。

2. 保证合同

保证合同，是指保证人与债权人订立的在主债务人不履行其债务时，由保证人承担保 证债务的协议。保证合同中，只有保证人承担债务，债权人不负对待给付义务，故为单务 合同。保证合同中，保证人对债权人承担保证债务，债权人对此不提供相应对价，故为无 偿合同。实践中债务人往往为此支付保证人一定的金钱，但不影响保证合同无偿性的特 征，因为保证合同的当事人为债权人与保证人，而非债务人与保证人。保证合同因保证人 和债权人协商一致而成立，不需另行交付标的物，故为诺成合同。《担保法》第十三条规 定，保证合同必须采用书面形式。故保证合同为要式合同。

保证合同为从合同。主合同有效成立或将要成立，保证合同才发生效力。故主合同无 效，保证合同无效。但保证合同无效，并不必然导致主合同无效。

保证合同为要式合同，但在实践中要注意下列问题：（1)保证人在债权人与被保 证人签订的订有保证条款的主合同上，以保证人身份签字或者盖章的，保证合同成立。

(2)第三人单方以书面形式向债权人出具担保书，债权人接受且未提出异议的，保证合 同成立。（3)主合同中虽然没有保证条款，但是，保证人在主合同上以保证人的身份签 字或者盖章的，保证合同成立。但是当事人在借据、收据、欠条等债权凭证或者借款合同 上签字或者盖章，但未表明其保证人身份或者承担保证责任，或者通过其他事实不能推定 其为保证人的，出借人不能要求当事人承担保证责任。

(二）保证人 .

保证合同当事人为保证人和债权人。债权人可以是一切享有债权之人，自然人、法人

抑或其他组织，均无不可。自然人、法人或者其他组织均可以为保证人，保证人也可以为 两人以上。但法律对保证人仍有相应的限制，这些限制主要有：

1. 主债务人不得同时为保证人。如果主债务人同时为保证人，意味着其责任财产未 增加，保证的目的落空。

2. 国家机关原则上不得为保证人。但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组 织贷款进行转贷的，国家机关可以为保证人。 \_ ?

3. 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的'事业单位、社会团体不得做保证人。但从 事经营活动的事业单位、社会团体，可以担任保证人。

4. 企业法人的职能部门不得担任保证人。

5. 企业法人的分支机构原则上不得担任保证人。但企业法人的分支机构有法人书面 授权的，可以在授权范围内提供保证。

6..保证人必须有代为清偿债务的能力。但根据《担保法司法解释》的规定，不具有 完全代偿能力的主体，只要以保证人身份订立保证合同后，就应当承担保证责任。

(三）保证方式

1. 一般保证和连带责任保证

因为保证人承担责任方式的不同，可以将保证分为一般保证和连带责任保证。所谓一 般保证，是指当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任 的保证。所谓连带责任保证，是指保证人与债权人在保证合同中约定，在债务人不履行债 务时，由保证人对债务承担连带责任的保证。依据《担保法》的规定，如果当事人在保 证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。这两 种保证之间最大的区别在于保证人是否享有先诉抗辩权，一般保证的保证人享有先诉抗辩 权，连带责任保证的保证人则不享有。

所谓先诉抗辩权，是指在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行 用于清偿债务前，对债权人可拒绝承担保证责任。根据《担保法司法解释》的规定，所 谓“不能清偿”，是指对债务人的存款、现金、有价证券、成品、半成品、’原材料、交通 工具等可以执行的动产和其他方便执行的财产执行完毕后，债务仍未能得到清偿。

但有下列情形之一的，保证人不得行使先诉抗辩权：（1)债务人住所变更，致使债 权人要求其履行债务发生重大困难的，如债务人下落不明，移居境外，且无财产可供执 行；（2)人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；（3)保证人以书面形式放弃 先诉抗辩权的。

一般保证的保证人在主债权履行期间届满后，向债权人提供了债务人可供执行财产的 真实情况的，债权人放弃或怠于行使权利致使该财产不能被执行，保证人可以请求法院在 其提供可供执行财产的实际价值范围内免除保证责任。

2. 单独保证和共同保证

从保证人的数量划分，保证可以分为单独保证和共同保证。单独保证是指只有一个保 证人担保同一债权的保证。共同保证是指数个保证人担保同一债权的保证。共同保证既可 以在数个共同保证人与债权人签订一个保证合同时成立，也可以在数个保证人与债权人签 订数个保证合同，但担保同一债权时成立。按照保证人是否约定各自承担的担保份额，可 以将共同保证分为按份共同保证和连带共同保证。按份共同保证是保证人与债权人约定按

份额对主债务承担保证义务的共同保证；连带共同保证是各保证人约定均对全部主债务承 担保证义务或保证人与债权人之间没有约定所承担保证份额的共同保证。

需要注意的是，连带共同保证的“连带”是保证人之间的连带，而非保证人与主债 务人之间的连带。故称之为“连带共同保证”，而非“连带责任保证”。

连带共同保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以 要求债务人履行债务，也可以要求任何一个保证人承担全部保证责任。已经承担保证责任 的保证人，有权向债务人追偿，或者要求承担连带责任的其他保证人清偿其应当承担的 份额。 I

(四）保证责任

1. 保证责任的范围

根据《担保法》的规定，保证担保的责任范围包括主债权及利息、违约金、损害赔 偿金和实现债权的费用。保证合同对责任范围另有约定的，从约定。当事人对保证担保的 范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

2. 主合同变更与保证责任承担

保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人，保证债权同时转让，保证人在原保证 担保的范围内对受让人承担保证责任。但是保证人与债权人事先约定仅对特定的债权人承 担保证责任或者禁止债权转让的，保证人不再承担保证责任。

保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经 其同意转让的债务部分，不再承担保证责任。

保证期间，债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意。未经保证 人同意的主合同变更，如果减轻债务人的债务的，保证人仍应当对变更后的合同承担保证 责任；如果加重债务人的债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任。债权人与债务人 对主合同履行期限作了变动，未经保证人书面同意的，保证期间为原合同约定的或者法律 规定的期间。债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承 担保证责任。 '

主合同当事人双方协议以新贷偿还旧贷，除保证人知道或者应当知道者外，保证人不 承担民事责任，但是新贷与旧贷系同一保证人的除外。

3. 保证期间与保证的诉讼时效

保证期间为保证责任的存续期间，是债权人向保证人行使追索权的期间。保证期间性 质上属于除斥期间，不发生诉讼时效的中止、中断和延长。债权人没有在保证期间主张权 利的，保证人免除保证责任。“主张权利”的方式在一般保证中表现为对债务人提起诉讼 或者申请仲裁，在连带责任保证中表现为向保证人要求承担保证责任。

当事人可以在合同中约定保证期间。如果没有约定的，保证期间为6个月。在连带责 任保证的情况下，债权人有权自主债务履行期届满之日起6个月内要求保证人承担保证责 任；在一般保证场合，债权人应自主债务履行期届满之日起6个月内对债务人提起诉讼或 者申请仲裁。保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定。 保证合同约定保证人承担保证责任，直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定 不明，保证期间为主债务履行期届满之日起2年。如果主债务履行期限没有约定或者约定 不明时，保证期间自债权人要求债务人履行债务的宽限期届满之次日计算。

在保证期间中，债权人主张权利的，保证责任确定。连带保证，从确定保证责任时 起，开始起算保证的诉讼时效。一般保证，则在对债务人提起诉讼或者申请仲裁的判决或 者仲裁裁决生效之日起算保证的诉讼时效。保证的诉讼时效期限，按照《民法通则》的 规定应为2年。

一般保证中，主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效中断；连带责任保证中，主债 务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效不中断。一般保证和连带责任保证中，主债务诉讼时 效中止的，保证债务的诉讼时效同时中止。

最高额保证合同对保证期间没有约定或者约定不明的，如合同约定有保证人清偿债务 期限的，保证期间为清偿期限届满之起6个月；没有约定的，保证期间为自最高额保证 终止之日或自债权人收到保证人终止保证合同的书面通知之日起6个月。保证人对于通知 到达债权人前所发生的债权，承担保证责任。

保证责任消灭后，债权人书面通知保证人要求承担保证责任或者清偿债务，保证人在 催款通知书上签字的，人民法院不得认定保证人继续承担保证责任。但是，该催款通知书 内容符合《合同法》和《担保法》有关担保合同成立的规定，并经保证人签字认可，能 够认定成立新的保证合同的，人民法院应当认定保证人按照新保证合同承担责任。

4. 特殊情形下的保证责任 ?

第三人向债权人保证监督支付专款专用的，在履行此项义务后，不再承担责任。未尽 监督义务造成资金流失的，应当对流失的资金承担补充赔偿责任。

保证人对债务人的注册资金提供保证的，债务人的实际投资与注册资金不符，或者抽 逃转移注册资金的，保证人在注册资金不足或者抽逃转移注册资金的范围内承担连带保证 责任D

5. 保证人的抗辩权

由于保证人承担了对债务人的保证责任，所以保证人享有债务人的抗辩权。抗辩权是 指债权人行使债权时，债务人根据法定事由对抗债权人行使请求权的权利。如债务人放弃 对债务的抗辩权，保证人仍有权抗辩，因其保证责任并未免除。据此，不仅保证人有权参 加债权人对债务人的诉讼，在债务人对债权人提起诉讼，债权人提起反诉时，保证人也可 以作为第三人参加诉讼。

保证人对已经超过诉讼时效期间的债务承担保证责任或者提供保证的，不得又以超过 诉讼时效为由提出抗辩。

6. 共同担保下的保证责任

在同一债权上既有保证又有物的担保的，属于共同担保。《物权法》规定，被担保的 债权既有物的担保又有人的担保的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担 保物权的情形，债权人应当按照约定实现债权；没有约定或者约定不明确，债务人自己提 供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权；第三人提供物的担保的，债权人可 以就物的担保实现债权，也可以要求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责 任后，有权向债务人追偿。'

基于这条规定，物的担保和保证并存时，如果债务人不履行债务，则根据下列规则确 定当事人的担保责任承担：（1)根据当事人的约定确定承担责任的顺序。（2)没有约定 或者约定不明的，如果保证与债务人提供的物的担保并存，则债权人先就债务人的物的担

保求偿。保证在物的担保不足清偿时承担补充清偿责任。（3)没有约定或者约定不明的， 如果保证与第三人提供的物的担保并存，则债权人既可以就物的担保实现债权，也可以要 求保证人承担保证责任。根据这^规定，第三人提供物的担保的，保证与物的担保居于同 一清偿顺序，债权人既可以要求保证人承担保证责任，也可以对担保物行使担保物权。

(4)没有约定或者约定不明的，如果保证与第三人提供的物的担保并存，其中一人承担 了担保责任，则只能向债务人追偿，不能向另外一个担保人追偿。

在连带共同保证情形，《担保法解释》第二十条规定，连带共同保证的保证人承担保 证责任后，向债务人不能追偿的部分，由各连带保证人按其内部约定的比例分担。没有约 定的，平均分担。根据此条规定，在连带共同保证情形，保证人之一承担责任后，先向债 务人追偿；向债务人不能追偿的部分，有权要求另外的担保人承担应当承担的份额。这一 点不同于保证与物的担保并存的情形。

7,保证人不承担责任的情形

《担保法》规定，有下列情形之一的，保证人不承担民事责任：（1)主合同当事人双 方串通，骗取保证人提供保证的；（2)主合同债权人采取欺诈、胁迫等手段，使保证人 在违背真实意思的情况下提供保证的；（3)主合同债务人采取欺诈、胁迫等手段，使保 证人在违背真实意思的情况下提供保证的，债权人知道或者应当知道欺诈、胁迫事实的， 保证人不承担民事责任。但债务人与保证人共同欺骗债权人，订立主合同和保证合同的， 债权人可以请求人民法院予以撤销。因此给债权人造成损失的，由保证人与债务人承担连 带赔偿责任。

(五）保证人的追偿权

保证人承担保证责任后，有权向债务人追偿其代为清偿的部分。保证人对债务人行使 追偿权的诉讼时效，自保证人向债权人承担责任之日起开始计算。保证人自行履行保证责 任时，其实际清偿额大于主债权范围的，保证人只能在主债权范围内对债务人行使追 偿权。 .

保证期间，人民法院受理债务人破产案件的，债权人既可以向人民法院申报债权，也 可以向保证人主张权利。债权人不申报债权的，应通知保证人。保证人在承担保证责任 前，可以预先申报破产债权行使追偿权（各连带共同保证的保证人应当作为一个主体申 报债权），参加破产财产分配，以免发生保证人承担保证责任后，因债务人破产财产已分 配完毕无法行使追偿权的情况。债权人知道或者应当知道债务人破产，既未申报债权也未 通知保证人，致使保证人不能预先申报破产债权行使追偿权的，保证人在该债权在破产程 序中可能受偿的范围内免除保证责任。债权人要求保证人对其在破产程序中未受清偿部分 承担保证责任的，应当在破产程序终结后6个月内提出。

(六）涉及保证人的诉讼问题

一般保证的债权人向债务人和保证人一并提起诉讼的，人民法院可以将债务人和保证 人列为共同被告参加诉讼。但是，应当在判决书中明确在对债务人财产依法强制执行后仍 不能履行债务时，由保证人承担保证责任。连带责任保证的债权人可以将债务人或者保证 人作为被告提起诉讼，也可以将债务人和保证人作为共同被告提起诉讼。债务人对债权人 提起诉讼，债权人提起反诉的，保证人可以作为第三人参加诉讼。

在民间借贷纠纷中，保证人为借款人提供连带责任保证，出借人仅起诉借款人的，人

民法院可以不追加保证人为共同被告；出借人仅起诉保证人的，人民法院可以追加借款人 为共同被告。保证人为借款人提供一般保证，出借人仅起诉保证人的，人民法院应当追加 借款人为共同被告；出借人仅起诉借款人的，人民法院可以不追加保证人为共同被告。

■ '■ ■、 -ACr -iJLta

(一）定金的概念及种类

定金，系以确保合同的履行为目的，由当事人一方在合同订立前后，合同履行前预先 交付于另一方的金钱或者其他代替物的法律制度。按照定金的目的和功能，可以把定金分 为立约定金、成约定金、证约定金、违约定金、解约定金等。根据《担保法》及《担保 法司法解释》的有关规定，我国关于定金的性质属于任意性规定，当事人可以自主确定 定金的性质。

(二）定金的生效与法律效力

《担保法》规定，定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金 的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。故定金合同是实践性合同。

定金的效力表现为以下几个方面：

1. 定金一旦交付，定金所有权发生移转。当定金由给付定金方转移至收受定金方时， 定金所有权即发生移转，此为货币的特点决定的。 一

2. 给付定金一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行 约定的债务的，应当双倍返还定金。当事人一方不完全履行合同的，应当按照未履行部分 所占合同约定内容的比例，适用定金罚则。

3. 在迟延履行或者有其他违约行为时，并不能当然适用定金罚则。只有因当事人一 方迟延履行或者其他违约行为，致使合同目的不能实现，才可以适用定金罚则。当然法律 另有规定或者当事人另有约定的除外。

4. 当事人约定的定金数额不得超过主合同标的额的20%。如果超过20%的，超过部

分无效。 .

5. 因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的，不适用定金罚则。因合同关系以 外第三人的过错，致使主合同不能履行的，适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人，可

以依法向第三人追偿。 〃

6. 如果在同一合同中，当事人既约定违约金，又约定定金的，在一方违约时，当事 人只能选择适用违约金条款或者定金条款，不能同时要求适用两个条款。

依法成立的合同受法律保护，对当事人具有法律约束力，当事人应当按照合同约定履 行自己的义务，不得擅自变更或者解除合同。合同订立后，因各种原因使得合同内容或者 合同主体发生变更，称为合同的变更或合同的转让。 .

—、合同的变更

《合同法》所称合同的变更是指合同内容的变更，不包括合同主体的变更。合同主体 的变更属于合同的转让。

合同是双方当事人合意的体现，因此经当事人协商一致，当然可以变更合同。但法 律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，应当办理相应手续。《合同 法》规定，当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

除了双方通过合意变更合同以外，还存在法定变更的情形，即一方当事人单方通知对 方变更合同的权利。如《合同法》第二百五十八条、第三百零八条的规定。

合同的变更，除当事人另有约定的以外，仅对变更后未履行的部分有效，对已履行的 部分无溯及力。

二、债权转让

合同的转让，即合同主体的变更，指当事人将合同的权利和义务全部或者部分转让给 第三人。合同的转让分为债权转让、债务承担及债权债务的概括移转。

(一）债权转让的条件

债权转让，是指债权人将合同的权利全部或者部分转让给第三人的法律制度。其中债 权人是转让人，第三人是受让人。《合同法》规定，债权人转让权利的，无须债务人同 意，但应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知 不得撤销，但经受让人同意的除外。根据此条规定，债权转让不以债务人的同意为生效条 件，但是要对债务人发生效力，则必须通知债务人。

(二）禁止债权转让的情形

《合同法》规定，下列情形的债权不得转让：（1)根据合同性质不得转让。主要是指 基于当事人特定身份而订立的合同，如出版合同、赠与合同、委托合同等。（2)按照当 事人约定不得转让。（3)依照法律规定不得转让。 '

(三）债权转让的效力

对债权人而言，在全部转让的情形下，原债权人脱离债权债务关系，受让人取代债权 人地位。在部分转让的情形下，原债权人就转让部分丧失债权。

对受让人而言，债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，如抵押权，但 该从权利专属于债权人自身的除外。

对债务人而言，债权人权利的转让，不得损害债务人的利益，不应影响债务人的权利：

1-债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩可以向受让人主张，如提出 债权无效、诉讼时效已过等事由的抗辩。

2.债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且其债权先于转让的 债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

三、债务承担

《合同法》规定，债务人将合同义务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人 同意。这是因为新债务人的资信情况和偿还能力须得到债权人的认可，以免债权人的利益

受到不利影响。债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。新债务 人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

债务承担除了《合同法》规定的免责的债务承担以外，还有并存的债务承担，即第 三人以担保为目的加人债的关系，与原债务人共同承担同一债务。由于并存的债务承担并 不使得原债务人脱离债的关系，因此原则上不以债权人的同意为必要。

四、债权债务的概括移转

合同权利义务的概括移转，是指合同一方当事人将自己在合同中的权利义务一并转让 的法律制度。《合同法》规定，当事人一方经他方当事人同意，可以将自己在合同中的权 利义务一并转让给第三人。概括移转有意定的概括移转和法定的概括移转两种情形。意定 的概括移转基于转让合同的方式进行。而法定的概括移转往往是因为某一法定事实的发生 而导致。最典型的就是合同当事人发生合并或分立时，就会有法定的概括移转的发生。 《合同法》规定，当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权 利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分 立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

第七节合同的终止

—、合同终止的基本理论

合同的终止，是指因发生法律规定或当事人约定的情况，使当事人之间的权利义务关 系消灭，而使合同终止法律效力。合同消灭的效力，除当事人之间的权利义务终止外，从 属于主债的权利义务，也随之消灭。 ■

合同作为一种民事法律关系，必须因一定的法律事实才能终止，引起合同终止的法律 事实，根据《合同法》的规定，主要有以下情形：（1)债务已经按照约定履行；（2)合 同解除；（3)债务相互抵销；（4)债务人依法将标的物提存；（5)债权人免除债务；

(6)债权债务同归于一人，即混同；（7)法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

合同的权利义务终止后，当事人仍负有后合同义务，应当遵循诚实信用原则，根据交 易习惯履行通知、协助、保密等义务。

合同的权利义务终止，不影响合同中结算条款、清理条款以及解决争议方法条款的 效力。

二、清偿

清偿，又叫履行，是指为了实现合同目的，满足债权，合同债务人依照合同的约定圆 满完成约定义务的行为和终局状态。它是合同消灭的最主要和最常见的原因。

债务人直接向债权人清偿债务，当然引起合同权利义务的消灭。债务人向债权人的代 理人、破产企业的清算组织、收据持有人、行使代位权的债权人、债权人与债务人约定的

受领清偿的第三人清偿债务的，合同权利义务也因此而消灭。

清偿一般应由债务人本人为之。债务人的代理人、第三人代为清偿的，也可以发生清 偿的效力，但合同约定或依合同性质不能由第三人代为清偿的除外。第三人在代为清偿 后，可代位行使债权人的权利。

债务人清偿债务应当按合同标的清偿，但经债权人同意并受领替代物清偿的，也能产 生清偿效果。

债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务，应当优先 抵充已到期的债务；几项债务均到期的，优先抵充对债权人缺乏担保或者担保数额最少的 债务；担保数额相同的，优先抵充债务负担较重的债务；负担相同的，按照债务到期的先 后顺序抵充；到期时间相同的，按比例抵充。但是，债权人与债务人对清偿的债务或者清 偿抵充顺序有约定的除外。债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以 清偿全部债务时，并且当事人没有约定的，人民法院应当按照下列顺序抵充：（1)实现 债权的有关费用；（2)利息；（3)主债务。

三、解除

合同的解除，是指合同有效成立以后，没有履行或者没有完全履行之前，双方当事人 通过协议或者一方行使解除权的方式，使得合同关系终止的法律制度。合同的解除，分为 合意解除与法定解除两种情况。

(一）合意解除

合意解除，是指根据当事人事先约定的情况或经当事人协商一致而解除合同。约定解 除权是一种单方解除，即双方在订立合同时，约定了合同当事人一方解除合同的条件。一 旦该条件成就，解除权人就可以通过行使解除权而终止合同。法律规定或者当事人约定了 解除权行使期限的：期限届满当事人不行使的，解除权消灭。法律没有规定或者当事人没 有约定解除权行使斯限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。协商解除是 丨以一个新的合同解除旧的合同。合同订立后，经当事人协商一致，当然可以解除合同。

(二）法定解除 '

法定解除，是指根据法律规定而解除合同。根据《合同法》第九十四条的规定，在 下列情形下，当事人可以单方面解除合同：

;1/因不可抗力不能实现合同目的。行使此项解除权，除了有不可抗力事件的发生以 外，还必须要求是因不可抗力导致合同目的不能实现。双方当事人均可以行使解除权。

2-在履行期限届满之前，当事人一方朋确表示或者以自己的行为表明不履行主耍债 夯。此项解除权的行使必须是不履行“主要”债务才行。 ?

3.当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行。此项解除权的 行使,必须符合两个条件：（1)迟延履行“主要”债务；（2)催告后在合理期限内仍未 履行。

\ . 4.当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。迟延履行 债务或者有其他违约行为并不必然导致解除权的产生。因此，此项解除权的行使条件之一 :必须是“致使不能实现合同目的”。既然考虑的是合同目的不能:实现的这个结果，因此迟 延履行的债务不强调必须是“主要”债务，也不需要催告程序。

5. 法律规定其他解除情形的。除上述四种原因外，如果法律另有规定的，当事人可 以根据该法律规定，单方解除合同。在《合同法》分则中，此类规定很多，如《合同法》 第一百六十五条、一百六十六条、一百六十七条、二百零三条、二百一十九条、二百二十 四条、二百二十七条、二百三十一条、二百三十二条、二百三十三条、二百四十八条、二 百五十三条、二百五十九条、二百六十八条、三百零八条、三百三十七条、四百一十条等 都涉及法律规定的解除问题。另外，最高人民法院的多个关于《合同法》的司法解释中 也就解除问题作了特别规定。现就其中主要的几种情况作一说明??

(1)在承揽合同中，定作人可以随时解除承揽合同。《合同法》第二百六十八条规 定，定作人可以随时解除承揽合同，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。这是基于承揽合 同的特殊性赋予定作人的权利。定作人解除合同时，不需要说明理由，但是如果承揽人并 无过错，则应当赔偿承揽人的损失。

(2.)在货运合同中，托运人有单方解除权。《合同法》第三百零八条规定，在承运人 将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将 货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此所受的损失。 .

(■3)委托合同中委托人与受托人均可以随时解除委托合同。《合同法》第四百一十条 规定，委托人或者受托人可以随时解除委托合同，因解除合同给对方造成损失的，除不可 归责于该当事人的事由以外，应当赔偿损失。这是基于委托合同强调双方当事人的特别信 任关系而赋予的一种权利。 -

当事人一方行使解除权应当通知对方，合同自通知到达对方时解除。对方有异议的， 可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。当事人解除合同，法律、行政法规 规定应当办理批准、登记等手续的，应依照其规定办理。对方虽有异议，但是在约定的异 议期限届满后才提出异议并向人民法院起诉的，人民法院不予支持。如果没有约定异议期 间，在解除合同通知到达之日起3个月以后才向人民法院起诉的，人民法院不予支持。

合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事 人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

四、抵销

抵销是双方当事人互负债务时，一方通知对方以其债权充当债务的清偿或者双方协商 以债权充当债务的清偿，使得双方的债务在对等额度内消灭的行为。抵销分为法定抵销与 约定抵销。抵销具有简化交易程序、降低交易成本、提高交易安全的作用。

(一1)法定抵销

《合同法》规定，当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一 方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的 除外。

《合同法》规定的法定抵销须具备以下条件：

1. 须双方互负有债务，互享有债权

效力不完全的债权不能作为主动债权而主张抵销，如诉讼时效完成后的债权，债权人 不得主张抵销，但作为被动债权’对方以其债权主张抵销的，应当允许。

2. 须双方债务的给付为同一种类

抵销的债务只要求同种类，不要求数额或价值相等。

3. 须双方的债务均届清偿期

合同法的这项要件的规定是以双方当事人均可以主张抵销为前提的，因此，如果在只 是一方当事人主张抵销的情形下，并不要求双方当事人的债务均届清偿期。原则上若一项 债务已届清偿期，而另一项债务未届清偿期的，则未到期的债务人可以主张抵销。因为期 限利益原则上属于债务人。 .

4. 须双方的债务均为可抵销的债务

下列债务均不可抵销：（1)法律规定不得抵销的债务。如因故意侵权行为而产生的 债务。（2)合同性质不能抵销的债务。如提供劳务的债务、不作为的债务等。（3)当事 人约定不得抵销的债务。

法定抵销中的抵销权性质上属于形成权，因此当事人主张抵销的，应当通知对方。通 知为非要式。抵销的效果自通知到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。抵销产生 如下法律效力：（1)双方的债权债务于抵销数额内消灭。（2)抵销的意思表示溯及于得 为抵销之时。

(二）约定抵销 .

《合同法》规定，当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致， 也可以抵销。

五、提存

提存是指非因可归责于债务人的原因，导致债务人无法履行债务或者难以履行债务的 情况下，债务人将标的物交由提存机关保存，以终止合同权利义务关系的行为。《合同 法》规定的提存是以清偿为目的，所以是债消灭的原因。《担保法》也有提存的规定，但 《担保法》规定的提存是以担保责务清偿为目的。

(一）提存的原因

《合同法》规定，有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

(1)债权人无正当理由拒绝受领；（2)债权人下落不明；（3)债权人死亡未确定继承人 或者丧失民事行为能力未确定监护人；（4)法律规定的其他情形。

(二）提存的法律效果 .

标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人 所有。提存费用由债权人负担。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以 拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经履行债务，但债务人还负有后合同义 务。除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监 护人。

债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债 务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。债权人领取提 存物的权利，自提存之日起5年内不行使则消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。此 处规定的“5年”时效为不变期间，不适用诉讼时效中止、中断或者延长的规定。

六、免除与混同

债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。

债权和债务同归于一人，即债权债务混同时，合同的权利义务终止，但涉及第三人利 益的除外。

—、违约责任的基本理论

违约责任也称为违反合同的民事责任，是指合同当事人因违反合同义务所承担的责 任。《合同法》规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当 承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

违约责任具有以下特点：（1)违约责任以合同的有效存在为前提。（2)违约责任是 合同当事人不履行合同义务所产生的责任。如果当事人违反的不是合同义务，而是法律规 定的其他义务，则应负其他责任。（3)违约责任具有相对性。由于合同关系具有相对性， 因此违约责任也具有相对性，即违约责任只能在特定的当事人之间即合问关系的当事人之 间发生。当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方 和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

《合同法》规定的违约责任采用严格责任。因此，只要合同当事人有违约行为存在， 无论导致违约的原因是什么，除了法定或者约定的免责事由以外，均不得主张免责。

二、违约形态

根据合同当事人违反义务的性质、特点的不同，《合同法》将违约行为区分为预期违 约和届期违约两种类型，每种类型又可以分为两类。

(一预期违约

预期违约是指在履行期限到来之前一方无正当理由而明确表示其在履行期到来后将不 履行合同，或者其行为表明其在履行期到来以后将不可能履行合同。《合同法》第一百零 八条规定了预期违约，并将预期违约分为明示的预期违约和默示的预期违约两种。明示与 默示的区别在于违约的合同当事人是否通过意思表示明确表达自己不再履行合同的意愿。

(二）届期违约

在履行期限到来以后，当事人不履行或不完全履行合同义务的，将构成届期违约。届 期违约可以分为不履行和不适当履行两类。

另外，《合同法》规定，因当事人一方的违约行为，侵害对方人身、财产权益的，受 损害方有权选择依照《合同法》规定要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担 侵权责任。根据《合同法解释（一）》的规定，债权人向人民法院起诉时作出选择后，在 一审开庭以前又变更诉讼请求的，人民法院应当准许。但如对方当事人对变更后的诉讼请

求提出管辖权异议，经审查异议成立的，人民法院应当驳回起诉。

三、违约责任的承担方式

违约责任的承担方式主要有：继续履行、补救措施、损害赔偿三种方式。

(一）继续履行

继续履行，又称实际履行，是指债权人在债务人不履行合同义务时，可请求人民法院 或者仲裁机构强制债务人实际履行合同义务。

《合同法》规定，当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者 报酬。当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的，对方可以要求履 行，但有下列情形之一的除外：（1)法律上或者事实上不能履行；（2)债务的标的不适 于强制履行或者履行费用过高；（3)债权人在合理期限内未要求履行。

(二）补救措施

补救措施，是债务人履行合同义务不符合约定，债权人在请求人民法院或者仲裁机构 强制债务人实际履行合同义务的同时，可根据合同履行情况要求债务人采取的补救履行措 施。《合同法》规定，当事人履行合同义务，质量不符合约定的，应当按照当事人的约定 承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，受损害方根据标的的性质以及损失 的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约 责任。

(三）损害赔偿

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补 救措施后，对方还有其他损失的，应当承担损害赔偿责任。损害赔偿的具体方式主要有赔 偿损失、支付违约金和适用定金罚则等。

1. 赔偿损失

损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不 得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。当事人可 以在合同中约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。根据《买卖合同解释》的规定， 买卖合同当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生也有过错，违约方主张扣减相 应的损失赔偿额的，人民法院应予支持。买卖合同当事人一方因对方违约而获有利益，违， 约方主张从损失赔偿额中扣除该部分利益的，人民法院应予支持。买卖合同的这些规则未 来将同样适用于其他有偿合同。

经营者对消费者提供商品或者服务有欺诈行为的，依照《中华人民共和国消费者权 益保护法》的规定承担损害赔偿责任，即按照购买商品的价款或者接受服务的费用承担 双倍赔偿责任。 .

当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有采取适当措施致使 损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用由违 约方承担。

2. 支付违约金

违约金，是按照当事人约定或者法律规定，一方当事人违约时应当根据违约情况向对 方支付的一定数额的货币。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加； 约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减 少。根据《商品房买卖合同解释》的规定，当事人以约定的违约金过高为由请求减少的， 应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少；当事人以约定的违约金低于造成的 损失为由请求增加的，应当以违约造成的损失确定违约金数额。当事人就迟延履行约定违 约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。根据《买卖合同解释》的规定，如果 买卖合同对付款期限作出变更，不影响当事人关于逾期付款违约金的约定，但该违约金的 起算点应当随之变更。买卖合同约定逾期付款违约金，买受人以出卖人接受价款时未主张 逾期付款违约金为由拒绝支付该违约金的，人民法院不予支持。买卖合同因.违约而解除 后，守约方主张继续适用违约金条款的，人民法院应予支持。

3.适用定金罚则

当事人在合同中既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约 金或者定金条款，但两者不可同时并用。但买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成 的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处，但定金和损失赔偿的 数额总和不应高于因违约造成的损失。

当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大；没有米取适当措施致使 损失扩大的，不得就扩大的损失要求赔偿。

四、免责事由

《合同法》规定的法定的免责事由仅限于不可抗力。《合同法》规定，不可抗力“是 指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”。常见的不可抗力有：（1)自然灾害。如 地震、台风、洪水、海嘯等。（2)政府行为。政府行为一定是指当事人在订立合同以后 发生，且不能预见的情形。如运输合同订立后，由于政府颁布禁运的法律，使合同不能履 行。（3)社会异常现象。一些偶发的事件阻碍合同的履行，如罢工骚乱等。不可抗力虽 为合同的免责事由，但有关不可抗力的具体事由很难由法律作出具体列举式的规定，因此 根据合同自由原则，当事人可以在订立不可抗力条款时，具体列举各种不可抗力的事由。

不可抗力发生后对当事人责任的影响，要注意几点：（1)不可抗力并非当然免责，要 根据不可抗力对合同履行的影响决定。《合同法》规定，因不可抗力不能履行合同的，根据 不可抗力的影响，部分或者全部免除责任。（2)当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能 免除责任。（3)不可抗力事件发生后，主张不可抗力一方要履行两个义务：一是及时通 报合同不能履行或者需要迟延履行、部分履行的事由；二是取得有关不可抗力的证明。

《合同法》规定的免责事由仅限于不可抗力，但《合同法解释（二）》还特别规定了 情势变更制度。所谓情势变更，是指在合同成立以后，如果客观情况发生了当事人在订立 合同时无法预见的、非不可抗力造成的不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于一 方当事人明显不公平或者不能实现合同目的，当事人请求人民法院变更或者解除合同的， .人民法院应当根据公平原则，并结合案件的实际情况确定是否变更或者解除。

—、买卖合同

买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。买卖合同 是双务、有偿的有名合同，除法律另有规定的以外，一般为诺成合同、非要式合同。买卖 合同是最基本、最典型的有偿合同，故《合同法》规定，其他有偿合同，法律有规定的， 依照其规定；没有规定的，则参照买卖合同的有关规定执行。

(一）双方当事人的权利义务

买卖合同双方当事人的权利义务主要是围绕标的物的交付及价款的支付而发生，其 中，出卖人的主要义务就是交付标的物并转移标的物的所有权，而买受人的主要义务就是 支付价款。 .

1. 交付标的物

出卖人应当按照约定的期限交付标的物。当事人约定交付期间的，出卖人可以在该交 付期间内的任何时间交付。当事人没有约定标的物的交付期限或者约定不明确的，依照法 律规定执行。标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效的时间为交付时间。

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人没有约定交付地点或者约定不明确， 依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，适用下列规定：（1)标的物需要运输的，出 卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人。（2)标的物不需要运输，出卖人 和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道 标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。此条规定的“标 的物需要运输的”，是指标的物由出卖人负责办理托运，承运人系独立于买卖合同当事人 之外的运输业者的情形。

出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资 料。此类单证主要应当包括保险单、保修单、普通发票、增值税专用发票、产品合格证、 质量保证书、质量鉴定书、品质检验证书、产品进出口检疫书、原产地证明书、使用说明 书、装箱单等。 '

2. 转移标的物的所有权

出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物的所 有权的义务。故交付标的物时，标的物必须是属于出卖人所有或者出卖人有权处分的物。 法律、行政法规禁止或者限制转让的标的物，不得随意转让，应依照有关规定执行。

出卖人就交付的标的物，负有保证第三人不得向买受人主张任何权利的义务，但买受 人订立合同时知道或者应当知道第三人对买卖的标的物享有权利的，或法律另有其他规定 的除外。买受人有确切证据证明第三人可能就标的物主张权利的，可以中止支付相应的价 款，但出卖人提供适当担保的除外。

标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定的除外。出卖具有知识产权

的计算机软件等标的物的，除法律另有规定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识 产权不属于买受人。在此类无需以有形载体交付的电子信息产品，当事人对交付方式约定 不明确，且依照《合同法》第六十一条的规定仍不能确定的，买受人收到约定的电子信 息产品或者权利凭证即为交付。

如果出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，原则上各个买卖合同均属有效，但标的 物所有权归谁所有，需要另外规则确定。为此，《买卖合同解释》规定，在普通动产情 形，如果出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均 要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：（1)先行受领交付的买受人请求确 认所有权已经转移的，人民法院应予支持；（2)均未受领交付，先行支付价款的买受人 请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（3)均未受领交付，也 未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民 法院应予支持。

在船舶、航空器、机动车等特殊动产情形，如果出卖人就同一标的物订立多重买卖合 同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别 处理：（1)先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务 的，人民法院应予支持；（2)均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请 求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；（3)均未受领交付，也未 办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理 所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；（4)出卖人将标的物交付给买 受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，巳受领交付的买受人请求将标的物所有 权登记在自己名下的，人民法院应予支持。

3.标的物的风险负担

所谓风险，是指在买卖合同生效后，由于不可归责于双方当事人的事由导致标的物遭 受毁损、灭失的情形。标的物的风险负担是指，在发生非因可归责于双方当事人的原因导 致标的物发生毁损、灭失的情形，应由谁负担由此导致的损失。可归责于一方当事人的事 由导致标的物毁损、灭失的，不属于风险负担，应当按照违约责任或者侵权责任处理。

风险承担的具体规则如下： ‘

(1) 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买 受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。因此，除法律另有规定或者 当事人另有约定以外，无论不动产还是动产，风险负担转移的标准是交付，而非所有权 转移。虽然就动产而言，标的物的所有权转移的标准也是交付，从而与风险负袒转移的规 则一致，但所有权转移与否不是确定风险负担转移的标准，交付才是确定风险负担转移的 标准。

(2) 因买受人的原因致使标的物不能按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约 定之日起承担标的物毁损、灭失的风险。

(3) 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、 灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。但如果出卖人出卖交由承运人运输的在途标的 物，在合同成立时知道或者应当知道标的物已经毁损、灭失却未告知买受人，风险负担由 出卖人承担。

(4) 当事人没有约定交付地点或者约定不明确，标的物需要运输的，出卖人将标的 物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

(5) 出卖人按照约定或者依照《合同法》有关规定将标的物置于交付地点，买受人 违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定之日起由买受人承担。

(6) 出卖人未按照约定交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失 风险的转移。

(7) 因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标 的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由 出卖人承担。

(8) 标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行债务不符合约 定，买受人要求其承担违约责任的权利。

4..标的物的检验

标的物出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明 的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。

出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依法要求其承担违约责任。

出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。对包装方式没有约定或者约定不明确 的，依照《合同法》有关规定仍不能确定的，应当按照通用的方式包装，没有通用方式 的，应当采取足以保护标的物的包装方式。

买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时 检验。当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合 约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。当事 人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约 定的合理期间内通知出卖人。此“合理期间”应当综合当事人之间的交易性质、交易目 的、交易方式、交易习惯、标的物的种类、数量、性质、安装和使用情况、瑕疵的性质、 买受人应尽的合理注意义务、检验方法和难易程度、买受人或者检验人所处的具体环境、 自身技能以及其他合理因素，依据诚实信用原则进行判断。

买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起两年内未通知出卖人的，视为标 的物的数量或者质量符合约定，但对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该 两年的规定。出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受上述通知 时间的限制。“两年”是最长的合理期间。该期间为不变期间，不适用诉讼时效中止、中 断或者延长的规定。在超过合理期间或者两年期间后，出卖人自愿承担违约责任后，又以 上述期间经过为由翻悔的，人民法院不予支持。

5-价款支付

买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或者约定不明确的，适用 《合同法》的有关规定确定。

买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点没有约定或者约定不明确的，依照 《合同法》的有关规定仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付，但约定支付价 款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的，在交付标的物或者交付提取标的物单 证的所在地支付。

买受人应当按照约定的时间支付价款。对支付时间没有约定或者约定不明确的，依照 《合同法》的有关规定仍不能确定的，买受人应当在收到标的物或者提取标的物单证的同 时支付。

出卖人多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。买受人接收多交部 分的，按照合同的价格支付价款；买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

6.买卖合同的特别解除规则

因标的物的主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。标的物的从物 因不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物，即从物有瑕疵的，买受人仅可解除与从 物有关的合同部分。

标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除合同，但该物与他物 分离使标的物的价值显受损害的，当事人可以就数物解除合同。

出卖人分批交付标的物的，出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致 使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除合同。

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使今后其他各批标的物的交付 不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除合同。

买受人如果就其中一批标的物解除合同，该批标的物与其他各批标的物相互依存的， 可以就已经交付和未交付的各批标的物解除合同。

(二）特种买卖合同

《合同法》对多种特种买卖合同作了专门规定。

1. 分期付款买卖合同

分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的1/5的，出卖人可以要求买 受人一并支付到期与未到期的全部价款或者解除合同。出卖人解除合同的，双方应互相返 还财产，出卖人可以向买受人要求支付该标的物的使用费。分期付款要求买受人将应付的 总价款在一定期间内至少分三次向出卖人支付。

2. 凭样品买卖合同’ 一

凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的

物应当与样品及其说明的质量相同。凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使 交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种标的物的通常 标准。

3. 试用头卖合冋

试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期间。对试用期间没有约定或者约定不明 确，依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，由出卖人确定。试用买卖的买受人在试 用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。试用期间届满，买受人对是否购买标的物未作 表示的，视为购买。此外，如买受人已支付部分或全部价款，或对标的物实施了出卖、出 租、设定担保物权等非试用行为的，应视为同意购买。但买卖合同存在下列约定内容之一 的，不属于试用买卖：（1)约定标的物经过试用或者检验符合一定要求时，买受人应当 购买标的物；（2)约定第三人经试验对标的物认可时，买受人应当购买标的物；（3)约 定买受人在一定期间内可以调换标的物；（4)约定买受人在一定期间内可以退还标的物。

4. 以招标投标方式订立的买卖合同 、

《合同法》规定，招标投标买卖的当事人的权利和义务以及招标投标程序等，依照有 关法律、行政法规的规定。所谓招标投标，是指由招标人向数人或者公众发出招标通知或 招标公告，在诸多投标中按照一定的标准，选择自己最满意的投标人并与之订立合同的方 式。招标投标买卖是现代社会中一种重要的竞争买卖形式，尤其在大宗订货和政府采购中 被广泛使用。我国有专门的《招标投标法》予以规范。

招标投标买卖的程序，一般分为招标、投标、开标、验标、评标和定标。招标时，招 标人发出招标公告。招标公告在性质上属于要约邀请。投标人投标为要约，投标时投标人 应当根据招标公告的要求作出意思表示。投标后，招标人应当按照公告说明的时间、地点 和程序开标。开标后，招标人应当先验标，将符合招标文件规定的标书当众予以拆封、宣 读，以及由招标委贝会确认不符合投标文件规定的标书及超过截止日期送达的标书的效 力。然后，招标人组织评标并定标，定标为承诺。中标者不一定是出价条件最优惠者，招 标人可以综合衡量招标人的条件选择中标人。中标人在接到中标通知后，在指定的期间与 地点与招标人签订书面合同，买卖合同正式成立。

5.商品房买卖合同

商品房买卖合同是指房地产开发企业将尚未建成或已经竣工的房屋向社会销售并转移 房屋所有权于买受人，买受人支付价款的买卖合同。商品房买卖合同包括期房买卖合同与 现房买卖合同。《商品房买卖合同解释》就商品房买卖合同中的相关问题作了专门规定。 其中重要的问题有：

(1) 销售广告的性质认定。对于商品房销售中出现的销售广告和宣传资料，根据该 司法解释的规定，有几个要点：第一，有关商品房的销售广告和宣传资料为要约邀请，对 出卖人无合同上的约束力。第二，就商品房开发规划范围内的房屋及相关设施所作的说明 和允诺具体确定，并对合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，视为要约。第三， 第二点的内容即使未订人合同，仍属于合同的组成部分，当事人违反这些内容的，承担违 约责任。

(2) 商品房预售合同的效力。商品房预售，属于法律规定的特许经营范围，因此出 卖人必须申领商品房预售许可证明。出卖人未取得预售许可而与买受人订立预售合同的， 合同无效，但是在起诉前取得预售许可的，合同有效。商品房预售合同应当办理登记备案 手续，但该登记备案手续并非合同生效条件，当事人另有约定的除外。

(3) 被拆迁人的优先权。拆迁人与被拆迁人按照所有权调换形式订立拆迁补偿安置 协议，明确约定拆迁人以位置、用途特定的房屋被拆迁人予以补偿安置，如果拆迁人将 该补偿安置房屋另行出卖给第三人，被拆迁人请求优先取得补偿安置房屋的，应予支持。

(4) 法定解除权的行使。商品房买卖合同中当事人可以行使解除权的情形有：第一， 因房屋主体结构质量不合格不能交付使用，或者房屋交付使用后，房屋主体结构质量经核 验确属不合格的；第二，因房屋质量问题严重影响正常居住使用的；第三，房屋套内建筑 面积或者建筑面积与合同约定的面积误差比绝对值超过3%的；第四，出卖人迟延交付房 屋或者买受人迟延支付购房款，经催告后在3个月的合理期限内仍未履行的；第五，约定 或者法定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过1年，因出卖人的原因导致买受人无法 办理房屋所有权登记的。

(5) 可以适用惩罚性赔偿金的情形。在下列情形下，由于出卖人行为构成了欺诈，

因此买受人可以在解除合同并赔偿损失的前提下，还可以要求出卖人承担不超过已付房款 一倍的惩罚性赔偿金：第一，商品房买卖合同订立后，出卖人未告知买受人又将该房屋抵 押给第三人；第二，商品房买卖合同订立后，出卖人又将该房屋出卖给第三人；第三，故 意隐瞒没有取得商品房预售许可证明的事实或者提供虚假商品房预售许可证明；第四，故 意隐瞒所售房屋已经抵押的事实；第五，故意隐瞒所售房屋已经出卖给第三人或者为拆迁 补偿安置房屋的事实。

(6)商品房买卖合同与贷款合同的效力关系。第一，贷款合同未能订立，导致商品 房买卖合同不能履行的，则当事人可以要求解除合同，并分析贷款合同未能订立的原因， 在可归责于一方当事人的情况下，由该当事人赔偿损失。第二，商品房买卖合同无效、被 撤销或者被解除，则贷款合同也应相应解除，出卖人应当将收受的购房贷款和购房款的本 金及利息分别返还给担保权人和买受人。

二、赠与合同

(一）赠与合同概述、

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与 合同是单务、无偿、诺成合同。赠与的财产依法需要办理登记等手续的，应当办理有关 手续。

赠与可以附义务。赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的,赠与人应当承担损害赔偿 责任。赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的1 赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。赠与人故意不告知瑕赃或者保证无瑕 疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

赠与合同成立后，赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活 稀贿赠切55-

(二）赠与合同的撤销

赠与合同的撤销')、%

任意撤销，是指赠与人徭于赠与合同的无偿性及单务性特征在赠与财产的权利转移 之前可以撤销赠与。但具有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者经过公 证的赠与合同，不得撤销赠与.:，对于这类赠与合同"如果赠与人不交付赠与的财产的，受

法定撤销，是指当受赠.人有忘恩行为时，无论赠与财产的权利是否转移，赠与是否具 有救灾、扶贫等社会公益、道德义务性质或者经过公证，赠与人或者赠与人的继承人、法 定代理人可以撤销赠与的情形。；

1. 赠与人的撤销权 .1 : ； .: ... - !

受赠人有下列情形之一的，赠与人可以行使撤销权:a)严重侵害赠与人或者赠与丨

人的近亲属；（2)对赠与人有扶养义务而不履行；（3)不履行赠与合同约定的义务。I

赠与人的撤销权，自知道或者应当知道撤销原因之日起1年内行使。：

2. 赠与人的继承人、法定代理人的撤销权 ；

因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者

法定代理人可以撤销赠与。赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知 道撤销原因之日起6个月内行使。

如果是法定撤销情形，则撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产。

三、借款合同

(一）借款合同概述

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。金融机构贷款或 者其他主体贷款的借款合同是诺成合同，自双方意思表示一致时成立。

借款合同转移的是货币的所有权，而非货币的使用权。借款合同应采用书面形式，但 自然人之间借款另有约定的除外。

(二）双方当事人的权利义务

贷款人未按照约定的日期、数额提供借款，造成借款人损失的，应当赔偿损失。借款 人未按照约定的日期、数额收取借款的，应当按照约定的日期、数额支付利息。

.贷款人按照约定可以检查、监督借款的使用情况。借款人应当按照约定向贷款人定期 提供有关财务会计报表等资料。借款人未按照约定的借款用途使用借款的，贷款人可以停 止发放借款、提前收回借款或者解除合同。

办理贷款业务的金融机构贷款的利率，应当按照中国人民银行的有关规定确定。自 2013年7月20日起，我国全面放开金融机构贷款利率管制，除个人住房贷款利率浮动区 间暂不调整外，金融机构其他贷款利率不再设上下限。

借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数 额返还借款并计算利息。

借款人应当按照约定的期限支付利息。对支付利息的期限没有约定或者约定不明确， 依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，借款期间不满1年的，应当在返还借款时一 并支付；借款期间1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期间不满1年的，应当在 返还借款时一'并支付。

借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照 《合同法》的有关规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合 理期限内返还。借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或者国家有关规定支 付逾期利息。

借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定的以外，应当按照实际借款的期间计算利 息。借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。贷款人同意的，可以展期。

(三）民间借贷合同

最高人民法院在2015年颁布《关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》， 就民间借贷纠纷案件，结合审判实践，确定了新的裁判规则：

1. 明确界定了民间借贷的范围

民间借贷是指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为。经金 融监管部门批准设立的从事贷款业务的金融机构及其分支机构，因发放贷款等相关金融业 务引发的纠纷，不属于民间借贷。

2. 民间借贷案件的受理与管辖

民间借贷属于合同纠纷，但是当事人间往往没有书面借款合同，因此借据、收据、欠 条等债权凭证以及其他能够证明借贷法律关系存在的证据可以作为证明借贷关系的证据。 如果当事人持有的借据、收据、欠条等债权凭证没有载明债权人，仍可以提起诉讼，但被 告对原告的债权人资格提出有事实依据的抗辩，人民法院经审理认为原告不具有债权人资 格的，裁定驳回起诉。在管辖问题上，如果借贷双方就合同履行地未约定或者约定不明 确，事后未达成补充协议，择照合同有关条款或者交易习惯仍不能确定的，以接受货币一 方所在地为合同履行地。人民法院在民间借贷纠纷案件中发现虽有关联但不是同一事实的 涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料的，不影响人民法院对民间借贷纠纷案件的审理，只是 应当将涉嫌非法集资等犯罪的线索、材料移送公安或者检察机关。如果借款人涉嫌犯罪或 者生效判决认定其有罪，出借人起诉请求担保人承担民事责任的，人民法院应予受理。

3. 民间借贷合同的效力

司法解释就民间借贷的效力作了特别规定：（1)法人之间、其他组织之间以及它们 相互之间为生产、经营需要订立的民间借贷合同，原则上有效，除非存在如下情形之一： 存在《合同法》第五十二条规定的无效情形；套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款 人，且借款人事先知道或者应当知道的；以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的 资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；出借人事先知道或者应当 知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；违背社会公序良俗的；其他违反法律、 行政法规效力性强制性规定的。（2)法人或者其他组织在本单位内部通过借款形式向职工 筹集资金，用于本单位生产、经营签订的民间借贷合同，其效力与（1)作相同处理。（3) 借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪，或者已经生效的判决认定构成犯罪，当事人提起 民事诉讼的，民间借贷合同并不当然无效。人民法院应当根据（1)中的规则认定民间借 贷合同的效力。担保人以借款人或者出借人的借贷行为涉嫌犯罪或者已经生效的判决认定 构成犯罪为由，主张不承担民事责任的，人民法院应当依据民间借贷合同与担保合同的效 力、当事人的过错程度，依法确定担保人的民事责任。

4. 互联网借贷平台的法律责任 '

借贷双方通过网络贷款平台形成借贷关系，网络贷款平台的提供者仅提供媒介服务， 不承担担保责任。网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证 据证明其为借贷提供担保的，网络贷款平台的提供者应当承担担保责任。

5. 法定代表人在民间借贷合同中的责任

企业法定代表人或负责人以企业名义与出借人签订民间借贷合同，出借人、企业或者 其股东能够证明所借款项用于企业法定代表人或负责人个人使用，出借人可以要求将企业 法定代表人或负责人列为共同被告或者第三人。企业法定代表人或负责人以个人名义与出 借人签订民间借贷合同，所借款项用于企业生产经营，出借人可以请求企业与个人共同承

担责任。

6. 民间借贷与买卖合同混合时的处理规则

当事人以签订买卖合同作为民间借贷合同的担保，借款到期后借款人不能还款，出借 人请求履行买卖合同的，人民法院应当按照民间借贷法律关系审理，并向当事人释明变更 诉讼请求。当事人拒绝变更的，人民法院裁定驳回起诉。按照民间借贷法律关系审理作出 的判决生效后，借款人不履行生效判决确定的金钱债务，出借人可以申请拍卖买卖合同标

的物，以偿还债务。就拍卖所得的价款与应偿还借款本息之间的差额，借款人或者出借人 有权主张返还或补偿。

7.民间借贷的利息与利率

(1) 关于利息的约定。借贷双方没有约定利息，出借人不得主张支付借期内利息。除 自然人之间借贷外，借贷双方对借贷利息约定不明，出借人主张利息的，应当结合民间借 贷合同的内容，并根据当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定 利息。

(2) 关于利率的约定。借贷双方约定的利率未超过年利率24%，出借人请求借款人 按照约定的利率支付利息的，人民法院应予支持。借贷双方约定的利率超过年利率36%， 超过部分的利息约定无效。借款人请求出借人返还已支付的超过年利率36%部分的利息 的，人民法院应予支持。借贷双方对前期借款本息结算后将利息计人后期借款本金并重新 出具债权凭证，如果前期利率没有超过年利率24% ,重新出具的债权凭证载明的金额可 认定为后期借款本金；超过部分的利息不能计入后期借款本金。约定的利率超过年利率 24%,当事人主张超过部分的利息不能计人后期借款本金的，人民法院应予支持。借款人 在借款期间届满后应当支付的本息之和，不能超过最初借款本金与以最初借款本金为基 数，以年利率24%计算的整个借款期间的利息之和。出借人请求借款人支付超过部分的， 人民法院不予支持。

(3) 关于逾期利率。借贷双方对逾期利率有约定的，从其约定，但以不超过年利率 24%为限。借贷双方未约定逾期利率或者约定不明的，区分不同情况处理：既未约定借期 内的利率，也未约定逾期利率，出借人主张借款人自逾期还款之日起按照年利率6%支付 资金占用期间利息的，人民法院应予支持；约定了借期内的利率但未约定逾期利率，出借 人主张借款人自逾期还款之日起按照借期内的利率支付资金占用期间利息的，人民法院应 予支持。

(4) 逾期利率与其他违约责任。出借人与借款人既约定了逾期利率，又约定了违约 金或者其他费用，出借人可以选择主张逾期利息、违约金或者其他费用，’也可以一并主 张，但总计超过年利率24%的部分，人民法院不予支持。

(四）自然人之间的借款合同

自然人之间的借款，是指双方当事人均为自然人的借款合同。自然人之间的借款合同 为实践合同，自出借人提供借款时生效。一般认为，具有下列情形之一的，可以认为满足 了 “出借人提供借款”的要件，合同生效：（1)以现金支付的，自借款人收到借款时；

(2)以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的，自资金到达借款 人账户时；（3)以票据交付的，自借款人依法取得票据权利时；（4)出借人将特定资金 账户支配权授权给借款人的，自借款人取得对该账户实际支配权时；（5)出借人以与借 款人约定的其他方式提供借款并实际履行完成时。

自然人之间的借款合同对支付利息没有约定或者约定不明确的，视为不支付利息。但 自然人之间的借款合同有约定偿还期限而借款人不按期偿还，或者未约定偿还期限但经出 借人催告后，借款人仍不偿还的，出借人可以要求借款人偿付逾期利息。

四、租赁合同

(一）租赁合同概述

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。租赁合 同为有偿、双务、诺成合同。

租赁合同转让的是租赁物的使用权，故租赁物一般应为特定的非消耗物。正因为如 此，合同的最长期限也应有所限制。《合同法》规定，租赁期限不得超过20年。超过20 年的，超过部分无效。租赁期间届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续 订之日起仍不得超过20年。

.双方如果没有约定租赁期限时，租赁合同按不定期租赁处理。根据《合同法》的规 定，不定期租赁主要有以下几种情况：（1)租赁期限6个月以上的，合同应当采用书面 形式。当事人未采用书面形式的，视为不定期租赁。（2)当事人对租赁期限没有约定或 者约定不明确，依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，视为不定期租赁。（3)租赁 期届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁 期限为不定期。

对于不定期租赁，双方当事人均可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期 限之前通知承租人。

(二）双方当事人的权利义务

出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用 途。承租人应当按照约定的方法使用租赁物。对租赁物的使用方法没有约定或者约定不明 确，依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，应当按照租赁物的性质使用。

承租人按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不承 担损害赔偿责任。承租人未按照约定的方法或者租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受 到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失。 ’ .

出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外。承租人在租赁物需要 维修时可以要求出租人在合理期限内维修。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维 修，维修费用由出租人负担。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延 长租期。

承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。承租人未经出租人同 意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以要求承租人恢复原状或者赔偿损失。

承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。承租人转租的，承租人与出租人 之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失。承租人未 经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

在租赁期间因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有，但当事人另有约定的 除外。

承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付期限没有约定或者约定不明确，依照 《合同法》的有关规定仍不能确定的，租赁期间不满1年的，应当在租赁期间届满时支 付；租赁期间1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期间不满1年的，应当在租赁 期间届满时支付。

承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以要求承租人在合理期限内 支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以要求减少租 金或者不支付租金。第三人主张权利的，承租人应当及时通知出租人。

租赁物在租赁期间发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力。学理上称为“买卖不 破租赁”，但在掌握时要注意，所有的所有权让与均不破租赁，并非局限于买卖。

(三）租赁合同的解除与延期

因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要 求减少租金或者不支付租金；因租赁物部分或者全部毁损、灭失，致使不能实现合同目的 的，承租人可以解除合同。

租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合 格，承租人仍然可以随时解除合同。

租赁期届满，承租人应当返还租赁物。返还的租赁物应当符合按照约定或者按照租赁 物的性质使用后的状态。

(四）房屋租赁合同

房屋租赁合同，是指以不动产——房屋为租赁标的物的租赁合同。作为一种特殊租赁 合同,除广要遵守一般租赁合同的规定以外，还要注意以下问题：

1. 房屋租赁的无效与处理

: 房屋租赁合同存在下列情形时,合同无效:(1)出租人就未取得建设工程规划许可 证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效。但 在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应 当认定有效。(2)出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑,与承租人订 :立的租赁合同无效。但在一审法庭辩论终结前经主管部门批准建设的，人民法院应当认定 有效。（3)租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效。但在〃审法庭辩论终结 前经主管部门批准延长使用期限的，人民法院应当认定延长使用期限内租赁期间有效。

; 房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人 |民法院一般应予支持。但当事人以房屋租赁合同未按照法律、行政法规规定办理登记备案 手续为由，请求确认合同无效的，人民法院不予支持。

2. 房屋租赁中承租人的优先权

出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理:翻限内通知承租人，承租人享有以同 等条件优先购买的权利。这是房屋租赁合同中特别$承租人设计的优先购买权，这是 居者有其屋”的政治理想在法律上的反映。因此，只有阜■租赁规定$怃先购买权，其 他标的物租赁并不适用优先购买权。在理解承租人的■矣购买权时、尊意以下几点： ：(1)出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋,应当在拍卖5日f/通:知承租人。租人未参加拍 卖的，人民法院应当认定承租人放弃优先购买权。（2) 租人出卖\_赁房屋未在合理期 限内通知承租人或者存在其他侵害承租人优先购买权的情形，\承租人可以请求出租人承担 赔偿责任，但不得主张出租人与第三人签订的房屋买卖合同i效。:(3:)具有下列情形之 一的，承租人不得主张优先购买权：房屋共有人行使优先购买k的;出租人将房屋出卖给 近亲属，包括配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外灌孙子安、:外孙子女的；

出租人履行通知义务后，承租人在15日内未明确表示购买的；第三人善意购买租赁房屋 并已经办理登记手续的。

3.房屋租赁中同住人的权利

承租人在房屋租赁期间死亡的，与其生前共同居住的人可以按照原租赁合同租赁该房 屋。承租人租赁房屋用于以个体工商户或者个人合伙方式从事经营活动，承租人在租赁期 间死亡、宣告失踪或者宣告死亡，其共同经营人或者其他合伙人请求按照原租赁合同租赁 该房屋的，人民法院应予支持。

五、融资租赁合同

(一）融资租赁合同概述

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物， 提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。典型的融资租赁关系涉及三方当事人，即出 租人、承租人和出卖人，内容涉及租赁和买卖两个方面。其中的承租人和出卖人可以是同 一主体。即承租人将其自有物出卖给出租人，再通过融资租赁合同将租赁物从出租人处租 回的，人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。融 资租赁合同应当采用书面形式。

融资租赁合同虽具有租赁的性质，但其目的是融资，根据融资租赁的这个特点，融资 租赁合同标的物的行政许可、风险承担等问题上采取如下处理规则：0)如果承租人对 于租赁物的经营使用应当取得行政许可，出租人未取得行政许可的，不得以此为理由认定: 融资租赁合同无效。（2)承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灾失的风险由承租人承 担、出租人要求承租人继续支付租金的，人吊法院疢〒支持。似挡車A另有约诈或者法陣 另有规定的除外。

融资租赁的租赁物是出租人为承租人的使用而特别购人的.出祖人通过为承祖人提供

融资的方式取得租金，租金是融资的对价，而非标的物使用的对价。所以，在融资祖赁合 同中，承租人解 \_-丨|,1 的 丨 j >、i：的 m fV.丨,iMM 動 A, ||- ''i, &W!1

由不得解除

出租人根承租人对出七人、Hi V；物的选衫^出久? Ml、> v：<Y：UH出七 向承租人交fj i.小I'l'l物-K(i11 领 f'j;的 V>1 i\ )<的 v<夺人的权不|丨 /Kvll ^ i.'i、1V1'!VJ 合格后出具验收合格通知书，并与出租人订立融资租赁合同，出租人据此向出卖人付款。: 出卖人违反合同约屮的Htfii从令[丨;小的物的2 ?、‘、., {{{\, ?的.KiKiimii'

绝受领租赁物：(I) fllh 物产 |R 1、Ti (、1 约1 的’，；ll J'|!期间内交付租赁物，经承租人或者出租人催告在催告期满后仍未交付的。

承租人姖绝受领租赁物.朱及时通知出租人,或者无正珣理由拒绝受领租赁物，造成 出租人损失，出:祖人可以要求承袓人承担损害赔偿责任。

出租人、出卖人、U 人''I I'X/l , ill、):: K 4、'々 \r 'V-: n 1"1 乂 泠的 ill。丨:i-ll A f「丨七 赔的权利,承诩人行使索赔权利的，出租人应当予以协助。承租人对出卖人行使索赔权， 不影响其履行融资租赁含同碛下支付租金的义务，但承租人以依赖出租人的技能确定租赁丨 物或者出租人千预选择祖赁物为由，主张减轻或者免除相应租金支付义务的除外。

出租人植据杀租人対出卖人、租赁物的选择订立的买卖合同，未经承租人同意，出租

人不得变更与承租人有关的合同内容。

出租人享有租赁物的所有权。承租人破产的，租赁物不属于破产财产。承租人或者租 赁物的实际使用人，未经出租人同意不得转让租赁物或者在租赁物上设立其他物权。如果 承租人或者租赁物的实际使用人，未经出租人同意转让租赁物或者在租赁物上设立其他 物权，第三人依据《物权法》第一百零六条的规定取得租赁物的所有权或者其他物权， 出租人主张第三人物权权利不成立的，人民法院不予支持，但有下列情形之一的除外： (1)出租人已在租赁物的显著位置作出标识，第三人在与承租人交易时知道或者应当知 道该物为租赁物的；（2)出租人授权承租人将租赁物抵押给出租人并在登记机关依法办 理抵押权登记的；（3)第三人与承租人交易时，未按照法律、行政法规、行业或者地区 主管部门的规定在相应机构进行融资租赁交易查询的；（4)出租人有证据证明第三人知 道或者应摩知道交易标的物为租赁物的其他情形。出租人转让其在融资租赁合同项下的部 分或者全部权利，受让方不得据此要求解除或者变更融资租赁合同。

有下列情形之一，出租人可以要求解除融资租赁合同：（1)承租人未经出租人同意， 将租赁物转让、转租、抵押、质押、投资人股或者以其他方式处分租赁物的；（2)承租 人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人催告后在 合理期限内仍不支付的；（3)合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租 人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金百分之十五以上，经出租人催告后在合 理期限内仍不支付的；（4)承租人违反合同约定，致使合同目的不能实现的其他情形。

因出租人的原因致使承租人无法占有、使用租赁物，承租人可以请求解除融资租赁 合同。

融资租赁合同的租金，除当事人另有约定的以外，应当根据购买租赁物的大部分或者 全部成本以及出租人的合理利润确定。

(二）双方当事人的权利义务

租赁物不符合租赁合同约定或者不符合使用目的的，出租人不承执责任，伹承租人依 赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。承租人占有租赁物期间，租赁物造成 第三人的人身伤害或者财产损害的，出租人不承担责任。

承租人应当妥善保管、使用租赁物，履行占有租赁物期间的维修义务。

承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租 人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物。

出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。对租赁物的归属没有约定或者 约定不明确，依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人。

当事人约定租赁期届满租赁物归承租人所有，承租人已经支付大部分租金，但无力支 付剩余租金，出租人因此解除合同收回租赁物的，收回的租赁物的价值超过承租人欠付的 租金以及其他费用的，承租人可以要求部分返还。

六、承揽合同

(一）承揽合同概述

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合

同。承揽合同是双务、有偿、诺成的合同。承揽合同中的工作成果可以是有形的，也可以 是无形的。承揽人可为多人，除当事人另有约定，共同承揽人对定作人承担连带责任。承 揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

(二）双方当事人的权利义务

承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。 承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的，应当就该第三人完成的工作成果向定作人 负责；未经定作人同意的，定作人也可以解除合同。承揽人可以将其承揽的辅助工作交由 第三人完成，并就该第三人完成的工作成果向定作人负责。

合同约定由承揽人提供材料的，承揽人应当按照约定选用材料，并接受定作人检验。 合同约定由定作人提供材料的，定作人应当按照约定提供材料。承揽人对定作人提供的材 料，应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补 救措施b承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作 人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。定作人中途变更承揽工作的要求， 造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

承揽工作需要定作人协助的，定作人有协助的义务。定作人不履行协助义务致使承揽 工作不能完成的，承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务，并可以顺延履行期限； 定作人逾期不履行的，承揽人可以解除合同。

承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量 证明。定作人应当验收该工作成果。承揽人交付的工作成果不符合质量要求的，定作人可 以要求承揽人承担修理、重作、减少报酬、赔偿损失等违约责任。

定作人应当按照约定的期限支付报酬。对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确， 依照《合同法》的有关规定仍不能确定的，定作人应当在承揽人交付工作成果时支付； 工作成果部分交付的，定作人应当作相应支付。

承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、 灭失的，应当承担损害赔偿责任。承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许 可，不得留存复制品或者技术资料。

定作人可以随时解除承揽合同，这是承揽合同的一个特点。因承揽合同是为满足定作 人的特殊需要而订立的，订立合同后其如需要改变，应允许定作人解除合同，以免给其造 成更大的经济损失。但定作人因此造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

七、建设工程合同

(一）建设工程合同概述

1.建设工程合同的概念及特点

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工 程勘察、设计、施工合同。建设工程合同本质上属于承揽合同，故建设工程合同没有规定 的部分，适用承揽合同的有关规定。

建设工程合同应当采用书面形式。采用招投标方式订立合同的，当事人就同一建设工 程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的，应当以备案

的中标合同作为结算工程价款的根据。

2. 建设工程合同的无效

建设工程施工合同具有下列情形之一的，属于无效合同：（1)承包人未取得建筑施 工企业资质或者超越资质等级的；（2)没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企 业名义的；（3)建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同，在建设工程竣工前取得 相应资质等级，不按照无效合同处理。

建设工程施工合同无效，但建设工程经竣工验收合格，承包人可以请求参照合同约定 支付工程价款。

建设工程施工合同无效，且建设工程经竣工验收不合格的，按照以下情形分别处理： (1)修复后的建设工程经竣工验收合格，发包人可以请求承包人承担修复费用；（2)修 复后的建设工程经竣工验收不合格，承包人无权请求支付工程价款。

发包人对建设工程不合格造成的损失有过错的，也应承担相应的民事责任。

3. 建设工程合同的分包

发包人可以与总承包人订立建设工程合同，也可以分别与勘察人、设计人、施工人订 立勘察、设计、施工承包合同。发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程肢解成若 干部分发包给几个承包人。

总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交 由第三人完成。第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发 包人承担连带责任。承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全 部建设工程肢解以后以分包的名义分别转包给第三人。禁止承包人将工程分包给不具备相 应资质条件的单位。禁止分包单位将其承包的工程再分包。建设工程主体结构的施工必须 由承包人自行完成。

对具有劳务作业法定资质的承包人与总承包人、分包人签订的劳务分包合同，不得以 转包建设工程违反法律规定为由确认其无效。

承包人非法转包、违法分包建设工程或者没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施 工企业名义与他人签订建设工程施工合同的行为无效。人民法院可以根据《民法通则》 第一百三十四条的规定，收缴当事人已经取得的非法所得。

4. 承包人垫资

针对实践中时常出现的承包人为建设工程垫资的问题，司法解释规定，当事人对垫资 和垫资利息有约定，承包人可以请求按照约定返还垫资及其利息，但是约定的利息计算标 准高于中国人民银行发布的同期同类贷款利率的部分无效。当事人对垫资没有约定的，按 照工程欠或处理。当事人对塾资利息没有约定的，承包人无权请求支付利息。

5. 委托监理合同

建设工程监理，是指由发包人委托具有法定资格的工程监理人，依据法律、法规、建 设工程合同及设计文件，代表发包人对承包人的工程建设情况进行监督的活动。建设工程 实行监理的，发包人应当与监理人采用书面形式订立委托监理合同。发包人与监理人的权 利和义务以及法律责任，应当依照《合同法》关于委托合同的规定以及其他有关法律、 行政法规的规定执行。

(二）双方当事人的权利义务 一

发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。隐 蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺 延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

1. 发包人的解除权

承包人具有下列情形之一的，发包人可以请求解除建设工程施工合同：（i)明确表 示或者以行为表明不履行合同主要义务的；（2)在合词约定的期限内没有完工，且在发 包人催告的合理期限内仍未完工的；（3)已经完成的建设工程质量不合格，并拒绝修复 的；（4)将承包的建设工程非法转包、违法分包的。

2. 承包人的解除权

发包人具有下列情形之一，致使承包人无法施工，且在催告的合理期限内仍未履行相应 义务，承包人可以请求解除建设工程施工合同：（丨）未按约定支付工程价款的；（2)提 供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准的；（3)不履行合同约定的协 助义务的。

建设工程施工合同解除后，已经完成的建设工程质量合格的，发包人应当按照约定支 付相应的工程价款；已经完成的建设工程质量不合格的，参照前述建设工程施工合同无效 时工程竣工验收不合格的情形处理。因一方违约导致合同解除的，违约方应当赔偿因此而 给对方造成的损失。 ?

3. 建设工程的竣工

建设工程竣工后，发包人应当根据施工图纸及说明书、国家颁发的施工验收规范和质 量检验标准及时进行验收。验收合格的，发包人应当按照约定支付价款，并接收该建设工 程。当事人约定，发包人收到竣工结算文件后，在约定期限内不予答复，视为认可竣工结 算文件的，按照约定处理。承包人可以请求按照竣工结算文件结算工程价款。

当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：Q)建设工程 经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；（2)承包人已经提交竣工验收报 告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；（3)建设工程未经竣 工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

建设工程竣工前，当事人对工程质量发生争议，工程质量经鉴定合格的，鉴定期间为

顺延工期期间。 i

建设工程竣工经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付 使用。建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，不得以使用部分质量不符合约定为由 主张权利；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量 承担民事责任。

4. 工程价款的结算

当事人对建设工程的计价标准或者计价方法有约定的，按照约定结算工程价款。当事 人约定按照固定价结算工程价款，一方当事人不得请求对建设工程造价进行鉴定。

当事人对部分案件事实有争议的，仅对有争议的事实进行鉴定，但争议事实范围不能 确定，或者双方当事人请求对全部事实鉴定的除外。

因设计变更导致建设工程的工程量或者质量标准发生变化，当事人对该部分工程价款 不能协商一致的，可以参照签订建设工程施工合同时当地建设行政主管部门发布的计价方 法或者计价标准结算工程价款。

当事人对工程量有争议的，按照施工过程中形成的签证等书面文件确认。承包人能够 证明发包人同意其施工，但未能提供签证文件证明工程量发生的，可以按照当事人提供的 其他证据确认实际发生的工程量。

建设工程施工合同有效，但建设工程经竣工验收不合格的，工程价款结算参照前述建 设工程施工合同无效时工程竣工验收不合格的情形处理。

发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。发包 人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协 议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价 或者拍卖的价款优先受偿。

根据《最高人民法院关于建设工程价款优先受偿权问题的批复》的规定，建筑工程 的承包人的上述优先受偿权优于抵押权和其他债权。消费者交付购买商品房的全部或者大 部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。建筑工程价 款包括承包人为建设工程应当支付的工作人员报酬、材料款等实际支出的费用，不包括承 包人因发包人违约所造成的损失。建设工程承包人行使优先权的期限为6个月，自建设工 程竣工之日或者建设工程合同约定的竣工之日起计算。

； 当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照中 画人民银行发布的同期同类贷款利率计息。

； 利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时 丨间视为应付款时间：U)建设工程已实际交付的，为交付之日；（2)建设工程没有交付 声，为提交竣工结算文件之日；（3)建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人 超诉之曰。

；5.当事人的其他义务

丨 勘察、设计的质量不符合要求或者未按照期跟提交勘察、设计文件拖延工期，造成发 b人损失的’勘察人、设计人应当继续完善勘察设计，减收或者免收勘察、设计费并赔

镎损失。 ；'

丨 因施工人的原因致使建设工程质量不符合约定的，发包乂有权要求施工人在合理期限 内:无偿修理或者.返工、改建。经过修理或者返工' 改建后5造成逾期交付的，施工人应当

因承包人的过错造成建设工程质量不符合约定，承包人拒绝修理、返工或者改建、发

因承包人的原因致使建设工程在合理使用期限内造成人身和财产损害的v承包人应当 承担损害赔偿责任。 . '、. ，

丨因保修人未及时履行保修义务，导致建筑物毁损或者造成人身、财产损害的，保修人 丨应当承担赔偿责任。保修人与建筑物所有人或者发包人对建筑物毁损均有过错的，各自承 担相应的责任。 ，、

发包人未按照约定的时间和要求提供原材料、设备、场地、资金、技术资料的，承包 人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

因发包人的原因致使工程中途停建、缓建的，发包人应当采取措施弥补或者减少损 失，赔偿承包人因此造成的停工、窝工、倒运、机械设备调迁、材料和构件积压等损失和 实际费用。

因发包人变更计划，提供的资料不准确，或者未按照期限提供必需的勘察、设计工作 条件而造成勘察、设计的返工、停工或者修改设计，发包人应当按照勘察人、设计人实际 消耗的工作量增付费用。

发包人具有下列情形之一，造成建设工程质量缺陷的，应当承担过错责任，承包人有 过错的，也应当承担相应的过错责任：（1)提供的设计有缺陷；(2)提供或者指定购买 的建筑材料、建筑构配件、设备不符合强制性标准；（’3)直接指定分包人分包专业工程。

因建设工程质量发生争议的，发包人可以以总承包人、分包人和实际施工人为共同被 告提起诉讼。

实际施工人可以以转包人、违法分包人为被告提起诉讼。实际施工人以发包人为被告 主张权利的，人民法院可以追加转包人或者违法分包人为本案当事人。发包人只在欠付工 程价款范围内对实际施工人承担责任。

八、委托合同

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。委托分为特别委 托与概括委托。委托人可以特别委托受托人处理一项或者数项事务，也可以概括委托受托 人处理一切事务，但具有人身属性的事项，如结婚、离婚、收养子女等，不适用于委托 合同。

(一）委托事务的处理

受托人应当按照委托人的指示处理委托事务，原则上受托人应当亲自处理委托事务。 经委托人同意，受托人可以转委托。转委托经同意的，委托人可以就委托事务直接指示转 委托的第三人，受托人仅就第三人的选任及其对第三人的指示承担责任。转委托未经同意 的，受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但在紧急情况下受托人为维护委托人 的利益需要转委托的除外。

受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人 应当报告委托事务的结果。受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

(二）隐名代理

受托人以自己的名义，在委托人的授权范围内与第三人订立的合同，第三人在订立合 同时知道受托人与委托人之间的代理关系的，该合同直接约束委托人和第三人，但有确切 证据证明该合同只约束受托人和第三人的除外。

受托人以自己的名义与第三人订立合同时，第三人不知道受托人与委托人之间的代理 关系的，受托人因第三人的原因对委托人不履行义务，受托人应当向委托人披露第三人， 委托人因此可以行使受托人对第三人的权利，但第三人如果知道该委托人存在，就不会与 受托人订立合同的除外。

受托人因委托人的原因对第三人不履行义务，受托人应当向第三人披露委托人，第三 人因此可以选择受托人或者委托人作为相对人主张其权利，但第三人不得变更选定的相 对人。

委托人行使受托人对第三人的权利的，第三人可以向委托人主张其对受托人的抗辩。 第三人选定委托人作为其相对人的，委托人可以向第三人主张其对受托人的抗辩以及受托. 人对第三人的抗辩。

(三）委托合同的费用与报酬

委托人应当预付处理委托事务的费用。受托人为处理委托事务垫付必要费用的，.委托 人应当偿还该费用及其利息。受托人完成委托事务的，委托人应当向其支付报酬。因不可 归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付 相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

(四）委托合同项下的损失赔偿

有偿的委托合同，因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失。 无偿的委托合同，因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔 偿损失。受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。?

受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔 偿损失。委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此给受托 人造成损失的，受托人可以向委托人要求赔偿损失。

两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

九、技术合同

技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的确立相互之间权利和义务 的合同。技术合同包括技术开发合同、技术转让合同、技术咨询合同和技术服务合同四 种。技术合同除受《合同法》的调整之外，还受其他有关知识产权法律规定的调整，如 专利法、著作权法等。《技术合同解释》也对技术合同进行了具体规范。'

(一）技术合同概述

1-技术合同的无效与可撤销

除了《合同法》总则规定的无效理由以外，技术合同有自己独特的无效事由。具有 下列非法垄断技术、妨碍技术进步或者侵害他人技术成果情形的技术合同无效：（1)限 制当事人一方在合同标的技术基础上进行新的研究开发或者限制其使用所改进的技术，或 者双方交换改进技术的条件不对等，包括要求一方将其自行改进的技术无偿提供给对方、 非互惠性转让给对方、无偿独占或者共享该改进技术的知识产权。（2)限制当事人一方 从其他来源获得与技术提供方类似的技术或者与其竞争的技术。（3)阻碍当事人一方根 据市场需求，按照合理方式充分实施合同标的技术，包括明显不合理地限制技术接受方 实施合同标的技术生产产品或者提供服务的数量、品种、价格、销售渠道和出口市场。

(4) 要求技术接受方接受并非实施技术必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、 原材料、产品、设备、服务以及接收非必需的人员等。（5)不合理地限制技术接受方购 买原材料、零部件、产品或者设备等的渠道或者来源。（6)禁止技术接受方对合同标的 技术知识产权的有效性提出异议或者对提出异议附加条件。

不具有民事主体资格的科研组织（如法人或者其他组织设立的从事技术研究开发、 转让等活动的课题组、工作室等）订立的技术合同，经法人或者其他组织授权或者认可 的，视为法人或者其他组织订立的合同，由法人或者其他组织承担责任；未经法人或者其

他组织授权或者认可的，由该科研组织成员共同承担责任，但法人或者其他组织因该合同 受益的，应当在其受益范围内承担相应责任。

生产产品或者提供服务依法应当经过但未经有关部门审批或者取得行政许可的，不影 响当事人订立的相关技术合同的效力。当事人对办理审批或者许可义务没有约定或者约定 不明确的，由实施技术的一方负责办理，但法律、行政法规另有规定的除外。

侵害他人技术秘密的技术合同被确认无效后，除法律、行政法规另有规定的以外，善 意取得该技术秘密的一方当事人可以在其取得时的范围内继续使用该技术秘密，但应当向 权利人支付合理的使用费并承担保密义务。对方继续使用技术秘密但又拒不支付使用费 的，权利人可以请求人民法院判令使用人停止使用。不论使用人是否继续使用技术秘密， 均应向权利人支付已使用期间的使用费。使用人已向无效合同的让与人支付的使用费应当

由让与人负责返还。 ， 一

当事人双方恶意串通或者一方知道或者应当知道另一方侵权仍与其订立或者履行合同 的，属于共同侵权，侵权人应当承担连带赔偿责任和保密义务，因此取得技术秘密的当事 人不得继续使用该技术秘密。

技术合同当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在30日内仍未履行，另一方有权 主张解除合同。当事人在催告通知中附有履行期限且该期限超过30日的，在该履行期限 届满后方可有权提出解除合同的主张。

2.职务技术成果

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组 织的物质技术条件所完成的技术成果。

所谓“执行法人或者其他组织的工作任务”包括以下内容：（〗）履行法人或者其他 组织的岗位职责或者承担其交付的其他技术开发任务；（2)离职后1年内继续从事与其 原所在法人或者其他组织的岗位职责或者交付的任务有关的技术开发工作，但法律、行政 法规另有规定的除外。法人或者其他组织与其职工就职工在职期间或者离职以后所完成的 技术成果的权益有约定的，依约定确认。

所谓“物质技术条件”，包括资金、设备、器材、原材料、未公开的技术信息和资料 等。“主要利用法人或者其他组织的物质技术条件”，包括职工在技术成果的研究开发过 程中，全部或者大部分利用了法人或者其他组织的资金、设备、器材或者原材料等物质条 件，并且这些物质条件对形成该技术成果具有实质性的影响；还包括该技术成果实质性内 容是在法人或者其他组织尚未公开的技术成果、阶段性技术成果基础上完成的情形。但下 列情况除外：（1)对利用法人或者其他组织提供的物质技术条件，约定返还资金或者交 纳使用费的；（2)在技术成果完成后利用法人或者其他组织的物质技术条件对技术方案 进行验证、测试的。

个人完成的技术成果，属于执行原所在法人或者其他组织的工作任务，又主要利用了 现所在法人或者其他组织的物质技术条件的，应当按照该自然人原所在和现所在法人或者 其他组织达成的协议确认权益。不能达成协议的，根据对完成该项技术成果的贡献大小由 双方合理分享。

职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就 该项职务技术成果订立技术合同。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果

所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。法人 或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件 优先受让的权利。

所谓完成技术成果的“个人”，是指对技术成果单独或者共同作出创造性贡献的人。 提供资金、设备、材料、试验条件，进行组织管理，协助绘制图纸、整理资料、翻译文献 等人员，不属于完成技术成果的个人。

完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取 得荣誉证书、奖励的权利。

(二）技术开发合同

1. 技术开发合同概述

技术幵发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺或者新材料及其系统的研究 开发所订立的合同。技术开发合同包括委托开发合同和合作开发合同。技术开发合同应当 采用书面形式。

当事人之间就具有产业应用价值的科技成果实施转化订立的合同，如当事人之间就具 有实用价值但尚未实现工业化应用的科技成果包括阶段性技术成果，以实现该科技成果工 业化应用为目标，约定后续试验、开发和应用等内容的合同，参照有关技术开发合同的法 律规定执行。

2. 委托开发合同当事人的主要权利义务

委托开发合同的委托人应当按照约定支付研究开发经费和报酬，提供技术资料、原始 数据，完成协作事项，接受研究开发成果。

委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。研究 开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

3-合作开发合同当事人的主要权利义务

合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究 开发工作，包括当事人按照约定的计划和分工，共同或者分别承担设计、工艺、试验、试 制等工作；协作配合研究开发工作。

技术开发合同当事人一方仅提供资金、设备、材料等物质条件或者承担辅助协作事 项，另一方进行研究开发工作的，则应属于委托开发合同。

合作开发合同的当事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担 违约责任。

4.技术开发合同的解除与风险承担

在技术开发合同签订后，因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术 开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

在技术开发合同的履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者 部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照《合同法》的 有关规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现出现无法克服的技术困难，可能致使研究开发失败或者部分失败的情 形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施致使 损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

5.技术成果的权利归属

委托开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于研究开发 人。研究开发人取得专利权的，委托人可以免费实施该专利。研究开发人转让专利申请权 的，委托人享有以同等条件优先受让的权利。

合作开发完成的发明创造，除当事人另有约定的以外，申请专利的权利属于合作开发 的当事人共有。当事人一方转让其共有的专利申请权的，其他各方享有以同等条件优先受 让的权利。

合作开发的当事人一方声明放弃其共有的专利申请权的，可以由另一方单独申请或 者由其他各方共同申请。申请人取得专利权的，放弃专利申请权的一方可以免费实施 该专利。合作开发的当事人一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请 专利。

委托开发或者合作开发完成的技术秘密成果的使用权、转让权以及利益的分配办 法，由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照《合同法》的有关规定仍不能确 定的，当事人均有使用和转让的权利，包括当事人均有不经对方同意而自己使用或者 以普通使用许可的方式许可他人使用技术秘密，并独占由此所获利益的权利。当事人 一方将技术秘密成果的转让权让与他人，或者以独占或者排他使用许可的方式许可他 人使用技术秘密，未经对方当事人同意或者追认的，应当认定该让与或者许可行为无 效。但委托开发的研究开发人不得在向委托人交付研究开发成果之前，将研究开发成 果转让给第三人。

技术开发合同当事人依照《合同法》的规定或者约定自行实施专利或使用技术秘密， 但因其不具备独立实施专利或者使用技术秘密的条件，可以以一个普通许可方式许可他人 实施或者使用。

(三）技术转让合同

1.技术转让合同概述

技术转让合同，是指合法拥有技术的权利人，包括其他有权对外转让技术的人，将 现有特定的专利、专利申请、技术秘密的相关权利让与他人，或者许可他人实施、使 用所订立的合同。但就尚待研究开发的技术成果或者不涉及专利、专利申请或者技术 秘密的知识、技术，经验和信息所订立的合同除外。技术转让合同包括专利权转让、 专利申请权转让、技术秘密转让、专利实施许可合同。技术转让合同应当采用书面形 式。法律、行政法规对技术进出口合同或者专利、专利申请合同另有规定的，依照其 规定执行。

技术转让合同中关于让与人向受让人提供实施技术的专用设备、原材料或者提供有关 的技术咨询、技术服务的约定，属于技术转让合同的组成部分。因此发生的纠纷按照技术 转让合同处理。

当事人以技术入股方式订立联营合同，但技术入股人不参与联营体的经营管理，并且 以保底条款形式约定联营体或者联营对方支付其技术价款或者使用费的，视为技术转让 合同。

技术转让合同可以约定让与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，包括实施 专利或者使用技术秘密的期限、地域、方式以及接触技术秘密的人员等，但不得限制技术

竞争和技术发展。当事人对实施专利或者使用技术秘密的期限没有约定或者约定不明确 的，受让人实施专利或者使用技术秘密不受期限限制。

当事人可以按照互利的原则，在技术转让合同中约定实施专利、使用技术秘密后续改 进的技术成果的分享办法。没有约定或者约定不明确，依照《合同法》的有关规定仍不 能确定的，一方后续改进的技术成果，其他各方无权分享。

专利申请权转让合同当事人在办理专利申请权转让登记之前，可以以专利申请被驳回 或者被视为撤回为由请求解除合同，但在办理专利申请权转让登记之后，则不得因此请求 解除合同，当事人另有约定的除外。

专利申请因专利申请权转让合同成立时即存在尚未公开的同样发明创造的在先专利申 请被驳回的，当事人可以请求予以变更或者撤销合同。

订立专利权转让合同或者专利申请权转让合同前，让与人自己巳经实施发明创造，在 合同生效后，受让人可以要求让与人停止实施，但当事人另有约定的除外。

让与人与受让人订立的专利权、专利申请权转让合同，不影响在合同成立前让与人与 他人订立的相关专利实施许可合同或者技术秘密转让合同的效力。

2.当事人双方的权利义务

专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权 被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

. 专利实施许可包括以下方式?

[(1):独占实够评可是指让与入在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一

个受让人实施，让％人依约定不得实施该专利。

| (2)排他寒論许Hi是指让与人在约定许可实施专利的范围内，将该专利仅许可一 丨个受让人实施，.但it与人依约定可以自行实施该专利。

\ (3丨普通卖雜if可，；6指让与人在约定许可实施专利的范围内许可他人实施该专利， 并且可以自行实施该专利。.

| 当事人对寺利寒M许可方式没有约定或者约定不明确的，认定为普通实施许可。专利 ,施许可食同约定受让太可以再许可他人实施专利的，.认定该再许可为普通实施许可，但 \_事人另有苹定昀餘夕卜9技术秘密的许可使用方式，参照专利实施许可的规定执行。

\.、专利寒施每就合同的逐每人应当按照约定许可受让人实施专利，擎营实施专利有关的 ^木赘料，提供\_的按术指导^专利实跑许可合词让与人负有在合轉有效期内维持专利 有效:\_玄务，:包括依捧嫌纳专利年费和积极应对他人提出宣告专利权效啤请求，但当 \_人另有约定的除外。： ,.1 ■:

\: 专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得奸可幹定以外的第三人实施 陔专科丨'\_辑減黛章掘使角誇。排他实施许可合同让与人不具备独拿实施其专利的条 抨，姆一令鲁藥齊或勤方式他X卖施专刹的，贫以认定为让与人自fe实i专利，但当 障：人另有銬定的除外。r ： : \、

\.当:事人之闻盧申请姜利的技术成果所订立的许可使用合同，专利申鲁兮幵以前，适用 \_术秘密转让合同的有关规定；发明专利申请公开以后、授权以前，参照遙用专利实施许 kr合同的有关规定v授权以后，原合同即为专利实施许可合同，适用专利实施许可合同的 有关规定。当事人不得以专利实施许可合同的标的是已经申请专利但尚未授权的技术为由

主张合同无效。

(四）技术咨询合同和技术服务合同

1. 技术咨询合同和技术服务合同概述

技术咨询合同，是指科技人员作为受托人就特定技术项目向委托人提供可行性论证、 技术预测、专题技术调查、分析评价报告等工作成果的合同。技术服务合同，是指当事人 一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合 同。根据《合同法》的规定，技术中介合同、技术培训合同具有技术咨询或服务合同内 容的，也可适用相应的法律规定，但法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

在技术咨询合同、技术服务合同的履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和 工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技 术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

2. 技术咨询合同当事人双方的权利义务

技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术 资料、数据；接受受托人的工作成果并支付报酬。委托人未按照约定提供必要的资料和数 据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支 付的报酬应当支付。

技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询 报告应当达到约定的要求。受托人发现委托人提供的资料、数据等有明显错误或者缺陷， 未在合理期限内通知委托人的，视为其对委托人提供的技术资料、数据等予以认可。委托 人在接到受托人的补正通知后未在合理期限内答复并予补正的，发生的损失由委托人承 担。受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免 收报酬等违约责任。

技术咨询合同的委托人按照受托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的 损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

当事人对技术咨询合同受托人进行调查研究、分析论证、试验测定等所需费用的负担 没有约定或者约定不明确的，由受托人承担。

当事人对技术咨询合同委托人提供的技术资料和数据或者受托人提出的咨询报告和意 见未约定保密义务，当事人一方引用、发表或者向第三人提供的，不认定为违约行为，但 侵害对方当事人对此享有的合法权益的，应当依法承担民事责任。

3. 技术服务合同当事人双方的权利义务

技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并 支付报酬。委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量， 不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。

技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量并 传授解决技术问题的知识。受托人发现委托人提供的资料、数据、样品、材料、场地等工 作条件不符合约定，未在合理期限内通知委托人的，视为其对委托人提供的工作条件予以 认可。委托人在接到受托人的补正通知后未在合理期限内答复并予补正的，发生的损失由 委托人承担。受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

当事人对技术服务合同受托人提供服务所需费用的负担没有约定或者约定不明确的，

由受托人承担。

当事人一方以技术转让的名义提供已进入公有领域的技术，或者在技术转让合同履行 过程中合同标的技术进人公有领域，但是技术提供方进行技术指导、传授技术知识，为对 方解决特定技术问题符合约定条件的，按照技术服务合同处理，约定的技术转让费可以视 为提供技术服务的报酬和费用，但是法律、行政法规另有规定的除外。

第三编商法相关制度

第五章合伙企业法律制度

第一节合伙企业法律制度概述

—、合伙企业的概念和分类

(一）合伙企业的概念

合伙是指两个以上的人为着共同目的，相互约定共同出资、共同经营、共享收益、共 担风险的自愿联合。合伙一般体现为一种单纯的合同关系；当合伙关系因依照合伙企业法 进行登记并取得营业资格后，便体现为合伙企业。因此，合伙企业暴指自然人、法人和萁 他组织依照《合伙企业法》在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。 '.\

(二）合伙企业的分类 ' .': ；

合伙企业分为普通合伙企业和有限合伙企业。弩通合伙企业:i奢稱合侠人组成，合伙i

人对合伙企业债务承担无限连带责任。《合伙企业法》对普通合伙本:#§责■的形式有\_ 别规定的，从其规定。有限合伙企业由意通合伙人和有限#灰?傳，:::黃弹食伙\_食伙I 企业债务承担无限连带责任，有限含處知以其认缴的出资额为德对^含&牵业寶务承\_ 责任。 / -

二、合伙企业法的概参永谭则：

(.一)合伙企业法的概念' ::

合伙企业法有狭义和广义之余。狭义的合伙企业法，是指由氧高\_法\_关佐法制丨 定的〈规范合伙企业合伙关系的獅'1法蜂:，即：《.\*伙企业接》。该法于:娜7年2月::23::曰丨 由第八届全国人释N：表大会常每讓#会\_二十?次会议通过，2006年8月27日第十屈全 国人诖代表大会會务委员会第次会议修订。广义的合伙企业法，是指国家立法机关 或者其他有权机关依法制定的、调整合伙企业合伙关系的各种法律攀范的总称。.因此，除丨 了《合伙企业法》/外，国家有关法律、行政法规和规章中关于食伙S业的法律规范都丨 属于合伙企业法的范畴

根据《合伙企业法》及全国人民代表太会法律工作:委贲会关拳::《#华人％■和国# 伙企业法（修订草案)》审议结果的报告，在理解和掌握我国《舍伙茶遽法》的道用时, 需要注意以下两个问题：

第一，采取合伙制的非企业专业服务机构的合伙人承担责任形式的法律适用问题。 《合伙企业法》规定，非企业专业服务机构依据有关法律采取合伙制的，其合伙人承担责 任的形式可以适用《合伙企业法》关于特殊的普通合伙企业合伙人承担责任的规定。非 企业专业服务机构，是指不采取企业（如公司制）形式成立的、不以营利为目的的、以 自己专业知识提供特定咨询等方面服务的组织。如律师事务所、会计师事务所等专业服务 机构。 ‘

第二，外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法问题。《合伙企业法》 规定，外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的管理办法由国务院规定。为了规范外 国企业或者个人在中国境内设立合伙企业的行为，2009年11月25日国务院发布了《外 国企业或者个人在中国境内设立合伙企业管理办法》。办法规定，外国企业或者个人在中 国境内设立合伙企业，是指2个以上外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业，以及外 国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立合伙企业。外国企业或 者个人在中国境内设立合伙企业，应当遵守《合伙企业法》以及其他有关法律、行政法 规、规章的规定，符合有关外商投资的产业政策。外国企业或者个人用于出资的货币应当 是可自由兑换的外币，也可以是依法获得的人民币。外国企业或者个人在中国境内设立合 伙企业，应当由全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人向国务院工商行政管理部门 授权的地方工商行政管理部门申请设立登记，领取《外商投资合伙企业营业执照》后， 方可从事经营活动。外国企业或者个人在中国境内设立的合伙企业解散的，应当依照 《合伙企业法》的规定进行清算。清算人应当自清算结束之日起15日内，依法向企业登 记机关办理注销登记。合伙企业的外国合伙人全部退伙，该合伙企业继续存续的，应当依 法向企业登记机关申请变更登记。中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立的合伙 企业，外国企业或者个人入伙的，应当符合有关规定，并依法向企业登记机关申请变更 登记。

(二）合伙企业法的基本原则

1. 协商原则。合伙协议是合伙人建立合伙关系，确定合伙人各自的权利义务，使合 伙企业得以设立的前提，也是合伙企业的基础。合伙协议依法由全体合伙人协商一致、以 书面形式订立。

2. 自愿、平等、公平、诚实信用原则。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。自愿原则，是指全体合伙人在签订合伙协议、设立合伙 企业的过程中，充分表达自己的真实意志，根据自己的真实意愿作出签订合伙协议、设立 合伙企业的意思表示。平等原则，是指全体合伙人在签订合伙协议、设立合伙企业的过程 中，具有平等法律地位、享受平等的法律待遇以及享有平等的法律保护。公平原则，是指 全体合伙人在签订合伙协议、设立合伙企业的过程中，应当本着公平的观念实施自己的行 为，同时，司法机关也应当本着公平的观念处理有关纠纷。诚实信用原则，是指全体合伙 人在签订合伙协议、设立合伙企业的过程中，讲诚实、守信用，以善意的方式处理有关 问题。

3-守法原则。合伙企业及其合伙人必须遵守法律、行政法规，遵守社会公德、商业 道德，承担社会责任。

4.合法权益受法律保护原则。合伙企业及其合伙人的合法财产和权益受法律保护。

5.依法纳税原则。合伙企业的生产经营所得和其他所得，按照国家有关税收规定， 由合伙人分别缴纳所得税。合伙企业的生产经营所得和其他所得，是指合伙企业从事生产 经营以及与生产经营有关的活动所取得的各项收入。合伙企业不缴纳企业所得税。

第二节普通合伙企业

一、普通合伙企业的概念

普通合伙企业，是指由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务依照《合伙企业法》 规定承担无限连带责任的一种合伙企业。普通合伙企业具有以下特点：

(一）由普通合伙人组成

所谓普通合伙人，是指在合伙企业中对合伙企业的债务依法承担无限连带责任的自然 人、法人和其他组织。《合伙企业法》规定，国有独资公司、国有企业、上市公司以及公 益性事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

(二）除法律另有规定外，合伙人对合伙企业债务依法承担无限连带责任

所谓无限连带责任，包括两个方面：一是连带责任。即所有的合伙人对合伙企业的债 务都有责任向债权人偿还，不管自己在合伙协议中所确定的承担比例如何。一个合伙人不 能清偿对外债务的，其他合伙人都有清偿的责任。但是，当某一合伙人偿还合伙企业的债 务超过自己所应承担的数额时，有权向其他合伙人追偿。二是无限责任。即所有的合伙人 不仅以自己投入合伙企业的资金和合伙企业的其他资金对债权人承担清偿责任，而且在不 够清偿时还要以合伙人自己所有的财产对债权人承担清偿责任。

但是，在特殊情况下，合伙人可以不承担无限连带责任。《合伙企业法》中“特殊的 普通合伙企业”对该内容作了规定，见本章“特殊的普通合伙企业”部分。.

二、普通合伙企业的设立

(一）普通合伙企业的设立条件

根据《合伙企业法》的规定，设立普通合伙企业，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。合伙企业 合伙人至少为两人以±，对于合伙企业合伙人数的最高限额，我国《合伙企业法》未作 规定，完全由设立人根据所设企业的具体情况决定。

关于合伙人的资格，《合伙企业法》作了以下限定：（1)合伙人可以是自然人，也可 以是法人或者其他组织。除法律另有规定外，这些人的组成不受限制。（2)合伙人为自 然人的，应当具有完全民事行为能力。无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得成为 普通合伙企业的合伙人。（3)国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单 位、社会团体不得成为普通合伙人。

2. 有书面合伙协议。合伙协议，是指由各合伙人通过协商，共同决定相互间的权利 义务，达成的具有法律约束力的协议。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面

形式订立。合伙协议应当载明下列事项：合伙企业的名称和主要经营场所的地点；合伙目 的和合伙经营范围；合伙人的姓名或者名称、住所；合伙人的出资方式、数额和缴付期 限；利润分配、亏损分担方式；合伙事务的执行；人伙与退伙；争议解决办法；合伙企业 的解散与清算；违约责任等。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。

根据《合伙企业法》的规定，合伙人违反合伙协议的，应当依法承担违约责任。合 伙人履行合伙协议发生争议的，合伙人可以通过协商或者调解解决。不愿通过协商、调解 解决或者协商、调解不成的，可以按照合伙协议约定的仲裁条款或者事后达成的书面仲裁 协议，向仲裁机构申请仲裁。合伙协议中未订立仲裁条款，事后又没有达成书面仲裁协议 的，可以向人民法院起诉。

3-有合伙人认缴或者实际缴付的出资。合伙协议生效后，合伙人应当按照合伙协议 的规定缴纳出资。合伙人可以用货币、实物、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。合伙人的劳务出资形式是有别于公司出资形式的重要不同之处。 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，需要评估作价的，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。普通合伙企业应当在其名称中标明“普通合 伙”字样，其中，特殊的普通合伙企业，应当在其名称中标明“特殊普通合伙”字样， 合伙企业的名称必须和“合伙”联系起来，名称中必须有“合伙” 二字。违反《合伙企 业法》的规定，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2 000元以上1万元以下的罚款。

经企业登记机关登记的合伙企业主要经营场所只能有一个，并且应当在其企业登记机 关登记管辖区域内。

5. 法律、行政法规规定的其他条件。

(二）合伙企业的设立登记

根据《合伙企业法》和国务院发布的《合伙企业登记管理办法》的规定，合伙企业 的设立登记，应按如下程序进行：

1-申请人向企业登记机关提交相关文件。申请设立合伙企业，应当由全体合伙人指 定的代表或者共同委托的代理人向企业登记机关提交下列文件：（1)全体合伙人签署的 设立登记申请书；（2)全体合伙人的身份证明；（3)全体合伙人指定代表或者共同委托 代理人的委托书；（4)合伙协议；（5)全体合伙人对各合伙人认缴或者实际缴付出资的 确认书；（6)主要经营场所证明；（7)国务院工商行政管理部门规定提交的其他文件。

此外，法律、行政法规或者国务院规定设立的合伙企业须经批准的，还应当提交有关 批准文件。合伙企业的经营范围中有属于法律、行政法规或者国务院规定在登记前须经批 准的项目的，应当向企业登记机关提交批准文件。全体合伙人决定委托执行事务合伙人

的，应当向企业登记机关提交全体合伙人的委托书。执行事务合伙人是法人或者其他组织 的，还应当提交其委派代表的委托书和身份证明。以实物、知识产权、土地使用权或者其 他财产权利出资，由全体合伙人协商作价的，应当向企业登记机关提交全体合伙人签署的 协商作价确认书；由全体合伙人委托法定评估机构评估作价的，应当向企业登记机关提交 法定评估机构出具的评估作价证明。法律、行政法规规定设立特殊的普通合伙企业，需要 提交合伙人的职业资格证明的，应当向企业登记机关提交有关证明。

违反《合伙企业法》规定，提交虚假文件或者采取其他欺骗手段，取得合伙企业登 记的，由企业登记机关责令改正，处以5 000元以上5万元以下的罚款；情节严重的，撤 销企业登记，并处以5万元以上20万元以下的罚款。

2.企业登记机关核发营业执照。申请人提交的登记申请材料齐全、符合法定形式， 企业登记机关能够当场登记的，应予当场登记，发给合伙企业营业执照。除此之外，企业 登记机关应当自受理申请之日起20日内，作出是否登记的决定。对符合《合伙企业法》 规定条件的，予以登记，发给合伙企业营业执照；对不符合规定条件的，不予登记，并应 当给予书面答复，说明理由。

合伙企业的登记事项应当包括：名称；主要经营场所；执行事务合伙人；经营范围； 合伙企业类型；合伙人姓名或者名称及住所、承担责任方式、认缴或者实际缴付的出资数 额、缴付期限、出资方式和评估方式等。合伙协议约定合伙期限的，登记事项还应当包括 合伙期限。执行事务合伙人是法人或者其他组织的，登记事项还应当包括法人或者其他组 织委派的代表。

合伙企业设立分支机构的，应当向分支机构所在地的企业登记机关申请设立登记，领 取营业执照。分支机构的登记事项包括：分支机构的名称、经营场所、经营范围、分支机 构负责人的姓名及住所等。分支机构的经营范围不得超出合伙企业的经营范围。合伙企业 有合伙期限的，分支机构的登记事项还应当包括经营期限。分支机构的经营期限不得超过 合伙企业的合伙期限。

依据《合伙企业法》、《合伙企业登记管理办法》的规定，登记机关对经财政部门依 《注册会计师法》批'准设立的合伙制会计师事务所的合伙人提出的设立特殊的普通合伙企 业的申请，应当受理，并依法予以登记。合伙制注册会计师事务所的合伙人申请设立特殊' 的普通合伙企业，除提交《合伙企业登记管理办法》中规定的文件外，还应当提交各合 伙人的注册会计师证书的复印件。对于其他法律、行政法规规定设立特殊的普通合伙企 业，需要提交合伙人的职业资格证明的，应当向企业登记机关提交有关证明。

合伙企业的营业执照签发日期，为合伙企业成立日期。合伙企业领取营业执照前，合 伙人不得以合伙企业的名义从事合伙业务。违反《合伙企业法》的规定，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5 000元以上5万元以下的罚款。

合伙企业登记事项发生变更的，执行合伙事务的合伙人应当自作出变更决定或者发生 变更事由之日起15日内，向企业登记机关申请办理变更登记。合伙人申请变更登记，除 应当提交《合伙企业登记管理办法》规定的文件外，涉及变更具体登记事项的，还应当 提交以下文件：（1)合伙企业变更主要经营场所的，应当在迁入新经营场所前申请变更 登记，并提交新的主要经营场所使用证明。合伙企业变更主要经营场所跨企业登记机关辖

区的，应当在迀人新经营场所前向迀人地企业登记机关申请变更登记；迁入地企业登记机 关受理的，由原企业登记机关将企业登记档案移送迁人地企业登记机关。（2)法人、其 他组织委派的执行合伙事务的代表发生变化的，应当提交其继任代表的自然人身份证明和 继任委派书。（3)普通合伙企业变更为特殊的普通合伙企业的，应当提交由国家有关部 门或授权机构颁发的各合伙人的职业资格证明。（4)合伙企业修改合伙协议的，应当向 企业登记机关提交由全体合伙人签名、盖章的新修改的合伙协议或者依据设立登记时合伙 协议的约定作出的修改合伙协议的决议。（5)新合伙人人伙的，应当提交新合伙人的主 体资格证明或自然人身份证明、入伙协议以及全体合伙人对新合伙人认缴或者实际缴付出 资的确认书。（6)合伙人增加或减少对合伙企业出资的，提交全体合伙人对该合伙人认 缴或者实际缴付出资的确认书。

根据《合伙企业法》的规定，合伙企业登记事项发生变更时，未依照规定办理变更 登记的，由企业登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以2 000元以上2万元以下的 罚款。合伙企业登记事项发生变更，执行合伙事务的合伙人未按期申请办理变更登记的， 应当赔偿由此给合伙企业、其他合伙人或者善意第三人禮成的损失。

三、合伙企业财产

(一）合伙企业财产的构成

根据《合伙企业法》的规定，合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取 得的其他财产，均为合伙企业的财产。从这一规定可以看出，合伙企业财产由以下三部分 构成：

1. 合伙人的出资。《合伙企业法》规定，合伙人可以用货币、实物、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。这些出资形成合伙企业的原始财产。 需要注意的是，合伙企业的原始财产是全体合伙人“认缴”的财产，而非各合伙人“实 际缴纳”的财产。

2. 以合伙企业名义取得的收益。合伙企业作为一个独立的经济实体，.可以有自己的 独立利益，因此，以其名义取得的收益作为合伙企业获得的财产，当然归属于合伙企业， 成为合伙财产的一部分。以合伙企业名义取得的收益，主要包括合伙企业的公共积累资 金、未分配的盈余、合伙企业债权、合伙企业取得的工业产权和非专利技术等财产权利。

3. 依法取得的其他财产。即根据法律、行政法规的规定合法取得的其他财产，如合 法接受的赠与财产等。

(二）合伙企业财产的性质

合伙企业的财产具有独立性和完整性两方面的特征。所谓独立性，是指合伙企业的财 产独立于合伙人，合伙人出资以后，一般说来，便丧失了对其作为出资部分的财产的所有 权或者持有权、占有权，合伙企业的财产权主体是合伙企业，而不是单独的每一个合伙 人。所谓完整性，是指合伙企业的财产作为一个完整的统一体而存在，合伙人对合伙企业 财产权益的表现形式，仅是依照合伙协议所确定的财产收益份额或者比例。

根据《合伙企业法》的规定，合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的 财产；但是，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。在确认善意取得的情况下，合伙企业的损失

只能向合伙人进行追索，而不能向善意第三人追索。合伙企业也不能以合伙人无权处分其 财产而对善意第三人的权利要求进行对抗，即不能以合伙人无权处分其财产而主张其与善 意第三人订立的合同无效。当然，如果第三人是恶意取得的，即明知合伙人无权处分而与 之进行交易，或者与合伙人同谋共同侵犯合伙企业权益，则合伙企业可以据此对抗第

三人。

(三）合伙人财产份额的转让

合伙人财产份额的转让，是指合伙企业的合伙人向他人转让其在合伙企业中的全部或 者部分财产份额的行为。由于合伙人财产份额的转让将会影响到合伙企业以及各合伙人的 切身利益，因此，《合伙企业法》对合伙人财产份额的转让作了以下限制性规定：

1. 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 者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。这一.规定适用于合伙人财产份额的外部转 让。所谓合伙人财产份额的外部转让，是指合伙人把其在合伙企业中的全部或者部分财产 份额转让给合伙人以外的第三人的行为。合伙人财产份额的外部转让，只有经其他合伙人 一致同意，才表明其他合伙人同意与受让人共同维持原合伙企业，合伙企业才能存续下 去。如果其他合伙人不同意接受受让人，则合伙企业无法存续下去。当然，“合伙人向合 伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同 意”是一项法定的原则，且这项原则是在合伙协议中没有规定的情况下才有法律效力。 如果合伙协议有另外的约定，即合伙协议约定，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企 业中的全部或者部分财产份额时，无须经过其他合伙人一致同意，比如约定2/3以上合伙 人同意或者一定出资比例同意的情况下，则应执行合伙协议的规定。

2. 合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。 这一规定适用于合伙人财产份额的内部转让。所谓合伙人财产份额的内部转让，是指合伙 人将其在合伙企业中的全部或者部分财产份额转让给其他合伙人的行为。合伙人财产份额 的内部转让因不涉及合伙人以外的人参加，合伙企业存续的基础没有发生实质性变更，因 此不需要经过其他合伙人一致同意，只需要通知其他合伙人即可产生法律效力。

3. 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；但是，合伙协议另有约定的除外。所谓优先购买权，是指在合伙 人转让其财产份额时，在多数人接受转让的情况下，其他合伙人基于同等条件可优先于其 他非合伙人购买的权利。优先购买权的发生存在两个前提：一是合伙人财产份额的转让没 有约定的转让条件、转让范围的限制。也就是说，“合伙协议”没有“另有约定”或者另 外的限制，如有另外约定或者限制，则应依约定或限制办理。二是同等条件。同等的条 件，主要是指购买的价格条件，当然也包括其他条件。这一规定的目的在于维护合伙企业 现有合伙人的利益，维护合伙企业在现有基础上的稳定。

合伙人以外的人依法受让合伙人在合伙企业中的财产份额的，经修改合伙协议即成为 合伙企业的合伙人，依照《合伙企业法》和修改后的合伙协议享有权利，履行义务。合 伙人以外的人成为合伙人须修改合伙协议，未修改合伙协议的，不应算作是法律所称的 “合伙企业的合伙人”。合伙人以外的人成为合伙人后，依照《合伙企业法》和修改后的 合伙协议享有权利，履行义务。

此外，由于合伙人以财产份额出质可能导致该财产份额依法发生权利转移，《合伙企

业法》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，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。合伙人财产份额的出质，是指合伙人将其在合伙企业中的财产份额作为质押 物来担保债权人债权实现的行为。对合伙人财产份额出质的规定，包括以下两方面的内 容：一是合伙人可以以其在合伙企业中的财产份额作为质物，与他人签订质押合同，但必 须经其他合伙人一致同意，否则，合伙人的出质行为无效，即不产生法律上的效力，不受 法律的保护。二是合伙人非法出质给善意第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。合伙人 擅自以其在合伙企业中的财产份额出质，违背了合伙企业存续的基础，具有主观上的过 错。合伙人非法出质给善意第三人造成损失的，应当依法赔偿因其过错行为给善意第三人 所造成的损失。

四、合伙事务执行

(一）.合伙事务执行的形式

根据《合伙企业法》的规定，合伙人执行合伙企业事务，可以有以下两种形式：

1.全体合伙人共同执行合伙事务。这是合伙事务执行的基本形式，也是在合伙企业 中经常使用的一种形式，尤其是在合伙人较少的情况下更为适宜。合伙协议未约定或者全 体合伙人未决定委托执行事务合伙人的，全体合伙人均为执行事务合伙人。在采取这种形 式的合伙企业中9按照合伙协议的约定9各个合伙人都直接参与经营，处理合伙企业的事 ’务、对外代表合伙企业。

丨2.委托一个或者数个合伙人执行合伙事务。在合伙企业中，有权执行合伙事务的合 伙人并不都愿意行使这种权利。按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以委托一 个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。《合伙企业法》明确规定，委托一 :个或者数个合伙人执行合伙事务的，其他合伙人不再执行合伙事务。这一规定主要是考虑

到按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，将合伙事务委托给部分合伙人执行，没有 必要再由其他合伙人执行，否则容易引起矛盾与冲突。当然5对合伙协议或者全体合伙人 作出的决定以外的某呰事项，如果没有委托一个或数个合伙人执行时，可以由全体合伙人 !i l'-l ,!7|1| ■. ft 汰 A {)■{')?人'几沖. ：

m rk A m| pi；!：! r) (l；< t- vf ；；??!(；.个成玖彳、f) R人从f r. .fU it-丨I:所有的合伙事务都可以 r, ri： i鹰"w火 fi；imi..阶火。约记外，合伙企

卟的 (I) 丨火 fHkiVr;W (” 改变合伙企

(.；>外介狄iHk的6动产.H)的丨丨:或者处分 /,攸 丨知 他丨产 W'Ph <：0 U 太 fHkfl 2 为汕 保;(6)聘任

r■队人4 ^ 觇y成斤〔丨伙丨办fW; n R a 一致同意始得执

行的事务摺自处理给合伙企业或者其他合伙人造成损')r的,依法承担赔偿责任 (.Ik人i'i: !\_J.d r G伙W屮的松利{丨丨义Yr

L合伙人在执行合伙事务中的权利。根据《合伙企业法》的规定5合伙人在执行合 伙事务中的权利主耍包括以下内容：

(I) 台伙人对执行合伙事务-享有同等的权利。合伙企业的持点之-一就是合伙经营，

各合伙人无论其出资多少，都有权平等享有执行合伙企业事务的权利。

(2) 执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业。合伙人在代表合伙企业执行事务时 是以合伙企业事务执行人的身份组织实施企业的生产经营活动。合伙企业事务执行人与代 理人不同，代理人以被代理人的名义行事，代理权源于被代理人的授权；而合伙企业事务 执行人虽以企业名义活动，但其权利来自于法律的直接规定。合伙企业事务执行人与法人 的法定代表人也不同，法定代表人是法律规定的并经过一定登记手续而产生的法人单位的 代表，他不一定是该法人单位的出资者；而合伙企业事务执行人则是因其出资行为取得合 伙人身份，并可以对外代表合伙企业。由于法人和其他组织可以参与合伙，《合伙企业 法》同时规定，作为合伙人的法人、其他组织执行合伙企业事务的，由其委托的代表 执行。

(3) 不执行合伙事务的合伙人的监督权利。《合伙企业法》规定，不执行合伙事务的 合伙人有权监督执行事务合伙人执行合伙事务的情况。这有利于维护全体合伙人的共同利 益，同时也可以促进合伙事务执行人更加认真谨慎地处理合伙企业事务。

(4) 合伙人查阅合伙企业会计账簿等财务资料的权利。合伙经营是一种以营利为目 的的经济活动5合伙人之间的财产共有关系、共同经营关系、连带责任关系决定了全体合 伙人形成了以实现合伙目的为目标的利益共同体。每个合伙人都有权利而且有责任关心、 了解合伙企业的全部经营活动。因此，查阅合伙企业会计账簿等财务资料，作为了解合伙 企业经营状况和财务状况的有效手段，成为合伙人的一项重要权利。

(5) 合伙人有提出异议的权利和撤销委托的权利。在合伙人分别执行合伙事务的情 况下，由于执行合伙事务的合伙人的行为所产生的亏损和责任要由全体合伙人承担，因 此，《合伙企业法》规定，合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙 人执行的事务提出异议。提出异议时，应当暂停该项事务的执行。如果发生争议，依照有 关规定作出决定。受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执 行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。上述“依照有关规定作出决定”是指，合 伙人对合伙企业有关事项作出决议，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，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。.

2. 合伙人在执行合伙事务中的义务。根据《合伙企业法》的规定，合伙人在执行合 伙事务中的义务主要包括以下内容：

(1) 合伙事务执行人向不参加执行事务的合伙人报告企业的经营状况和财务状况。‘ 《合伙企业法》规定，由一个或者数个合伙人执行合伙事务的，执行事务合伙人应当定期 向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营状况和财务状况，其执行合伙事务所 产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。

(2) 合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。各合伙人组 建合伙企业是为了合伙经营、共享收益，如果某一合伙人自己又从事或者与他人合作从事 与合伙企业相竞争的业务，势必影响合伙企业的利益，背离合伙的初衷；同时还可能形成 不正当竞争，使合伙企业处于不利地位，损害其他合伙人的利益。因此，《合伙企业法》 规定，合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。合伙人违反 《合伙企业法》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。

(3) 合伙人不得同本合伙企业进行交易。合伙企业中每一个合伙人都是合伙企业的 投资者，如果自己与合伙企业交易，就包含了与自己交易，也包含了与别的合伙人交易， 而这种交易极易损害他人利益。因此，《合伙企业法》规定，除合伙协议另有约定或者经 全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易。合伙人违反《合伙企业法》 的规定或者合伙协议的约定，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。

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

(三）合伙事务执行的决议办法

《合伙企业法》规定，合伙人对合伙企业有关事项作出决议，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，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过 半数通过的表决办法。《合伙企业法》对合伙企业的表决办法另有规定的，从其规定。这 一规定确定了合伙事务执行决议的三种办法：

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

2- 实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。这种办法也有一个 前提，即合伙协议未约定或者约定不明确的，才实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半 数通过的表决办法。需要注意的是，对各合伙人，无论出资多少和以何物出资，表决权数 应以合伙人的人数为准，亦即每一个合伙人对合伙企业有关事项均有同等的表决权，使用 经全体合伙人过半数通过的表决办法。

3- 依照《合伙企业法》的规定作出决议。如《.合伙企业法》规定，合伙人按照合伙 协议的约定或者经全体合伙人决定，可以增加或者减少对合伙企业的出资；.又如《合伙 企业法》规定，处分合伙企业的不动产、改变合伙企业的名称等，除合伙协议另有约定 外，应当经全体合伙人一致同意，等等。

(四）合伙企业的损益分配

1- 合伙损益。合伙损益包括两方面的内容：一是合伙利润。合伙利润，是指以合伙 企业的名义所取得的经济利益，它反映了合伙企业在一定期间的经营成果。二是合伙亏 损。合伙亏损，是指以合伙企业的名义从事经营活动所形成的亏损。合伙亏损是全体合伙 人所共同面临的风险，或者说是共同承担的经济责任。 .

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

(1)合伙企业的利润分配、亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定

或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、 分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

(2)合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部 亏损。 、

(五）非合伙人参与经营管理

在合伙企业中，往往由于合伙人经营管理能力不足，需要在合伙人之外聘任非合伙人 担任合伙企业的经营管理人员，参与合伙企业的经营管理工作。《合伙企业法》规定，除 合伙协议另有约定外，经全体合伙人一致同意，可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的 经营管理人员。这项法律规定表明了以下三层含义：（1)合伙企业可以从合伙人之外聘 任经营管理人员；（2)聘任非合伙人的经营管理人员，除合伙协议另有约定外，应当经 全体合伙人一致同意；（3)被聘任的经营管理人员，仅是合伙企业的经营管理人员，不 是合伙企业的合伙人，因而不具有合伙人的资格。

关于被聘任的经营管理人员的职责，《合伙企业法》作了明确规定，主要有：（1)被 聘任的合伙企业的经营管理人员应当在合伙企业授权范围内履行职务；（2)被聘任的合 伙企业的经营管理人员，超越合伙企业授权范围履行职务的，或者在履行职务过程中因故 意或者重大过失给合伙企业造成损失的，依法承担赔偿责任。

五、合伙企业与第三人的关系

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

(一）合伙企业对外代表权的效力

1. 合伙企业与第三人的关系。所谓合伙企业与第三人的关系，是指合伙企业的外部 关系，即合伙企业与合伙企业的合伙人以外的第三人的关系。合伙企业是由自然人、法人 和其他组织依照《合伙企业法》，通过订立合伙协议而设立的营利性组织。在合伙企业设 立以后，必然要以合伙企业的名义从事生产经营活动，进行商品的交换、服务的供需和财 产的流转，从而与其他市场主体（包括自然人、法人和其他组织）发生联系，形成其外 部关系。因此，合伙企业与第三人的关系也就是合伙企业与外部的关系。由于合伙企业在 债务承担上是一种无限连带责任关系，这种关系在一定程度上就会与合伙人自身发生一定 的牵连，例如，当合伙企业对外发生了债务并且合伙企业的财产不能清偿其债务时，这一 关系即可转化为合伙人与债权人（第三人）之间的关系。

2. 合伙事务执行中的对外代表权。可以取得合伙企业对外代表权的合伙人，主要有 三种情况：一是由全体合伙人共同执行合伙企业事务的，全体合伙人都有权对外代表合伙 企业，即全体合伙人都取得了合伙企业的对外代表权。二是由部分合伙人执行合伙企业事 务的，只有受委托执行合伙企业事务的那一部分合伙人有权对外代表合伙企业，而不参加 执行合伙企业事务的合伙人则不具有对外代表合伙企业的权利。三是由于特别授权在单项 合伙事务上有执行权的合伙人，依照授权范围可以对外代表合伙企业。执行合伙企业事务 的合伙人在取得对外代表权后，即可以以合伙企业的名义进行经营活动，在其授权的范围 内作出法律行为。合伙人的这种代表行为，对全体合伙人发生法律效力，即其执行合伙事 务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。

3. 合伙企业对外代表权的限制。合伙人执行合伙事务的权利和对外代表合伙企业的 权利，都会受到一定的内部限制。如果这种内部限制对第三人发生效力，必须以第三人知 道这一情况为条件，否则，该内部限制不对该第三人发生抗辩力。《合伙企业法》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。这里所指的限制，是指合伙企业对合伙人所享有的事务执行权与对外代表权权利能力 的一种限定；这里所指的对抗，是指合伙企业否定第三人的某些权利和利益，拒绝承担某 些责任；这里所指的善意第三人，是指与合伙企业有经济联系的第三人不知道合伙企业所 作的内部限制，或者不知道合伙企业对合伙人行使权利所作限制的事实，本着合法交易的 目的，诚实地通过合伙企业的事务执行人，与合伙企业之间建立民事、商事法律关系的法 人、非法人团体或自然人。如果第三人与合伙企业事务执行人恶意串通、损害合伙企业利 益，则不属于善意的情形。需要指出的是，不得对抗善意第三人，主要是针对给第三人造 成的损失而言，即当执行合伙事务的合伙人给善意第三人造成损失时，合伙企业不能因为 对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利进行了限制，就不对善意第三人承担 责任。 1

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

(二）合伙企业和合伙人的债务清偿

1.合伙企业的债务清偿与合伙人的关系

(1) 合伙企业财产优先清偿。《合伙企业法》规定，合伙企业对其债务，应先以其全 部财产进行清偿。所谓合伙企业的债务，是指在合伙企业存续期间产生的债务。也就是 说，合伙企业的债权人应首先从合伙企业的全部财产中求偿，而不应当向合伙人个人直接 请求债权。这有利于理顺合伙企业与第三人的法律关系，明确合伙企业的偿债责任，也有 利于保护债权人的债权C5

(2) 合伙人的无限连带清偿责任。《合伙企业法》规定，合伙企业不能清偿到期债务 的，合伙人承担无限连带责任。所谓合伙人的无限责任，是指当合伙企业的全部财产不足 以偿付到期债务时，各个合伙人承担合伙企业的债务不是以其出资额为限，而是以其自有 财产来清偿合伙企业的债务。合伙人的连带责任，是指当合伙企业的全部财产不足以偿付 到期债务时，合伙企业的债权人就合伙企业所负债务可以向任何一个合伙人主张，该合伙 人不得以其出资的份额大小、合伙协议有特别约定、合伙企业债务另有担保人或者自己已 经偿付所承担的份额等理由来拒绝。

(3) 合伙人之间的债务分担和追偿。《合伙企业法》规定，合伙人由于承担无限连带 责任，清偿数额超过规定的亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。这一规定，在重申 合伙人对合伙企业债务负无限连带责任的基础上，明确了合伙人分担合伙债务的比例，是 以合伙企业亏损分担的比例为准。关于合伙企业亏损分担比例，《合伙企业法》规定，合

伙企业的亏损分担，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合 伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分担；无法确定出资比例的，由 合伙人平均分担。

合伙人之间的分担比例对债权人没有约束力。债权人可以根据自己的清偿利益，请求 全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任，也可以按照自己确定的清偿比例向各合伙 人分别追索。如果某一合伙人实际支付的清偿数额超过其依照既定比例所应承担的数额， 依照《合伙企业法》的规定，该合伙人有权就超过部分向其他未支付或者未足额支付应 承担数额的合伙人追偿。但是，合伙人的这种追偿权，应当具备以下三项条件：一是追偿 人已经实际承担连带责任，并且其清偿数额超过了他应当承担的数额；二是被追偿人未实 际承担或者未足额承担其应当承担的数额；三是追偿的数额不得超过追偿人超额清偿部分 的数额或被追偿人未足额清偿部分的数额。

2. 合伙人的债务清偿与合伙企业的关系 .

在合伙企业存续期间，可能发生个别合伙人因不能偿还其私人债务而被追索的情况。 由于合伙人在合伙企业中拥有财产权益，合伙人的债权人可能向合伙企业提出各种清偿请 求。为了保护合伙企业和其他合伙人的合法权益，同时也保护债权人的合法权益，《合伙 企业法》作了如下规定：

(1) 合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企 业的债务，也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。首先，合伙人发生与合伙企业无 关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务。这是因为该债权人对合伙 企业的负债，实际上是对全体合伙人的负债，而合伙企业某一合伙人对该债权人的负债， 只限于该合伙人个人，如果允许两者抵销，就等于强迫合伙企业其他合伙人对个别合伙人 的个人债务承担责任，这违反了合伙企业的本意，加大了合伙人的风险，也不利于合伙企 业这种经济组织形式的发展。其次，合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得 代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。这是因为合伙人之间的相互了解和信任是合伙关 系稳定的基础，如果允许个别合伙人的债权人代位行使该合伙人在合伙企业中的权利，如 参与管理权、事务执行权等，则不利于合伙关系的稳定和合伙企业的正常运营。况且，该 债权人因无合伙人身份，其只行使合伙人的权利而不承担无限连带责任，这无异于允许他 将自己行为的责任风险转嫁于合伙企业的全体合伙人，这是不公平的。

(2) 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。这既保护了债权人的清偿利益，也无损于全体合伙人的合 法权益。因为在债权人取得其债务人从合伙企业中分取的收益用来清偿的情况下，该债权 人并不参与合伙企业内部事务，也不妨碍其债务人作为合伙人正常行使其正当的权利。而 在债权人依法请求人民法院强制执行债务人在合伙企业中的财产份额作为清偿的情况下， 如果该债权人因取得该财产份额而成为合伙企业的合伙人，则无异于合伙份额的转让。因 此，债权人取得合伙人地位后，就要承担与其他合伙人同样的责任，因而不存在转嫁责任 风险的问题。

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》 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。这里需要 注意三点：一是这种清偿必须通过民事诉讼法规定的强制执行程序进行，债权人不得自行 接管债务人在合伙企业中的财产份额；二是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；三是在强制执行个别合伙人在合伙企业中的财产份额时，其他合伙人有 优先购买权。也就是说，如果￥他合伙人不愿意接受该债权人成为其合伙企业新的合伙 人，可以由他们中的一人或者数人行使优先购买权，取得该债务人的财产份额。受让人支 付的价金，用于向该债权人清偿债务。

六、入伙和退伙

(一）入伙

人伙，是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人 资格。\_

1. 入伙的条件和程序

《合伙企业法》规定，新合伙人人伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一 致同意，并依法订立书面人伙协议。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。这一规定包括四层含义：一是新合伙人入伙，应当经 全体合伙人一致同意，未获得一致同意的，不得人伙；二是合伙协议无另外约定，如果合 伙协议对新合伙人入伙约定了相应的条件，则必须按照约定执行；三是新合伙人入伙，应 当依法订立书面人伙协议，入伙协议应当以原合伙协议为基础，并对原合伙协议事项作相 应变更，订立入伙协议不得违反公平原则、诚实信用原则；四是订立入伙协议时，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。

2. 新合伙人的权利和责任

一般来讲，入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。但是，如果原 合伙人愿意以更优越的条件吸引新合伙人入伙，或者新合伙人愿意以较为不利的条件入 伙，也可以在入伙协议中另行约定。关于新人伙人对入伙前合伙企业的债务承担问题， 《合伙企业法》规定，新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

(二）退伙

退伙，是指合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格。

1.退伙的原因。合伙人退伙一般有两种原因：一是自愿退伙；二是法定退伙。—

自愿退伙，是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。自愿退伙可以分为协议退伙和通 知退伙两种。

关于协议退伙，《合伙企业法》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。 .

关于通知退伙，《合伙企业法》规定，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。 由此可见，法律对通知退伙有一定的限制，即附有以下三项条件：（1)必须是合伙协议

未约定合伙企业的经营期限；（2)必须是合伙人的退伙不给合伙企业事务执行造成不利 影响；（3)必须提前30日通知其他合伙人。这三项条件必须同时具备，缺一不可。合伙 人违反上述规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

法定退伙，是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。法定退伙分为当然退伙和除名 两类。

关于当然退伙，《合伙企业法》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。此外，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。当然退伙以退伙事由实际发生之日为退伙生效曰。

关于除名，《合伙企业法》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。

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

关于财产继承，《合伙企业法》规定，合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙 人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，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。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。根据这一法律规定，合伙人死亡时其继承人可依法定 条件取得该合伙企业的合伙人资格：一是有合法继承权；二是有合伙协议的约定或者全体 合伙人的一致同意；三是继承人愿意。死亡的合伙人的继承人取得该合伙企业的合伙人资 格，从继承开始之日起获得。若有数个继承人，数人只能作为一个整体继承被继承人的合 伙份额，否则就会破坏合伙企业原有的结构。

关于退伙结算，除合伙人死亡或者被依法宣告死亡的情形外，《合伙企业法》对退伙 结算作了以下规定：（1)合伙人退伙，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。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结 后进行结算；（2)退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约定或者由全

体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物；（3)合伙人退伙时，合伙企业财产少 于合伙企业债务的，退伙人应当依照法律规定分担亏损，即如果合伙协议约定亏损分担比 例的，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决 定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均 分担。

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

七、特殊的普通合伙企业

(一）特殊的普通合伙企业的概念

特殊的普通合伙企业，是一种特殊的合伙形式，一般是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，此种合伙企业的责任分担形式不同于一般的普通合伙。特 殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

(二）特殊的普通合伙企业的责任形式

1. 责任承担

.《合伙企业法》规定，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。合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业 债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。所谓重大过失，是指明 知可能造成损失而轻率地作为或者不作为。根据这一法律规定，特殊的普通合伙企业的责 任形式分为两种：

(1) 有限责任与无限连带责任相结合。即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。由于特殊的普通合伙企业的特殊性，为 了保证特殊的普通合伙企业的健康发展，必须对合伙人的责任形式予以改变，否则，以专 业知识和专门技能为客户提供服务的专业服务机构难以存续。因此，对一个合伙人或者数 个合伙人在执业活动中的故意或者重大过失行为应与其他合伙人区别对待，对于负有重大 责任的合伙人应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人只以其在合伙企业中的财 产份额为限承担责任。这也符合公平、公正原则。如果不分清责任，简单地归责于无限连 带责任或者有限责任，不但对其他合伙人不公平，而且债权人的利益也难以得到保障。

(2) 无限连带责任。对合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业 债务以及合伙企业的其他债务，全体合伙人承担无限连带责任。这是在责任划分的基础上 作出的合理性规定，以最大限度地实现公平、正义和保障债权人的合法权益。但是这种责 任形式的前提是，合伙人在执业过程中不存在重大过错，既没有故意，也不存在重大 过失。

2. 责任追偿

《合伙企业法》规定，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。

(三）特殊的普通合伙企业的执业风险防范

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，主要是 指为了化解经营风险，特殊的普通合伙企业从其经营收益中提取相应比例的资金留存或者 根据.相关规定上缴至指定机构所形成的资金。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。职业保险，又称职业责任保险，是指承保各种 专业技术人员因工作上的过失或者疏忽大意所造成的合同一方或者他人的人身伤害或者财 产损失的经济赔偿责任的保险。

第三节有限合伙企业

—、有限合伙企业的概念和法律适用

(一）有限合伙企业的概念

有限合伙企业，是指由有限合伙人和普'通合伙人共同组成，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的合伙 组织。有限合伙企业引人有限责任制度，有利于调动各方的投资热情，实现投资者与创业 者的最佳结合。

有限合伙企业与普通合伙企业和有限责任公司相比较，具有以下显著特征：（1)在 经营管理上，普通合伙企业的合伙人，一般均可参与合伙企业的经营管理。有限责任公司 的股东有权参与公司的经营管理（含直接参与和间接参与）。而在有限合伙企业中，有限 合伙人不执行合伙事务，而由普通合伙人从事具体的经营管理。（2)在风险承担上，普 通合伙企业的合伙人之间对合伙债务承担无限连带责任。有限责任公司的股东对公司债务 以其各自的出资额为限承担有限责任。而在有限合伙企业中，不同类型的合伙人所承担的 责任则存在差异，其中有限合伙人以其各自的出资额为限承担有限责任，普通合伙人之间 承担无限连带责任。

(二）有限合伙企业的法律适用

《合伙企业法》规定了两种类型的企业，即普通合伙企业和有限合伙企业。有限合伙 企业与普通合伙企业之间既有相同点，也有区别，其中两者的差别主要表现在合伙企业 的内部构造上。普通合伙企业的成员均为普通合伙人，而有限合伙企业的成员则被划 分为两部分，即有限合伙人和普通合伙人。这两部分合伙人在主体资格、权利享有、义 务承受与责任承担等方面存在着明显的差异。在法律适用中，凡是《合伙企业法》中对 有限合伙企业有特殊规定的，应当适用有关《合伙企业法》中对有限合伙企业的特殊规 定。无特殊规定的，适用有关普通合伙企业及其合伙人的一般规定。

本部分主要介绍有限合伙企业的有关特殊规定。

二、有限合伙企业设立的特殊规定

(一）有限合伙企业人数

《合伙企业法》规定，有限合伙企业由两个以上50个以下合伙人设立；但是，法律 另有规定的除外。有限合伙企业至少应当有1个普通合伙人。按照规定，自然人、法人和 其他组织可以依照法律规定设立有限合伙企业，但国有独资公司、国有企业、上市公司以 及公益性的事业单位、社会团体不得成为有限合伙企业的普通合伙人。

在有限合伙企业存续期间，有限合伙人的人数可能发生变化。然而，无论如何变化， 有限合伙企业中必须包括有限合伙人与普通合伙人两部分，否则，有限合伙企业应当进行 组织形式变化。《合伙企业法》规定，有限合伙企业仅剩有限合伙人的，应当解散；有限 合伙企业仅剩普通合伙人的，应当转为普通合伙企业。

(二）有限合伙企业名称

《合伙企业法》规定，有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。按照企业名 称登记管理的有关规定，企业名称中应当含有企业的组织形式。为便于社会公众以及交易 相对人对有限合伙企业的了解，有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”的字样，而 不能标明“普通合伙”、“特殊普通合伙”、“有限公司”、“有限责任公司”等字样。

(三）有限合伙企业协议

有限合伙企业协议是有限合伙企业生产经营的重要法律文件。有限合伙企业协议除符 合普通合伙企业合伙协议的规定外，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 合伙人人伙、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。

(四）有限合伙人出资形式

《合伙企业法》规定，有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其 他财产权利作价出资。有限合伙人不得以劳务出资。劳务出资的实质是用未来劳动创造的 收人来投资，其难以通过市场变现，法律上执行困难。如果普通合伙人用劳务出资，有限 合伙人也用劳务出资，将来该有限合伙企业将难以承担债务责任，这将不利于保护债权人 的利益。

(五）有限合伙人出资义务 ’

《合伙企业法》规定，有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按

期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。按期足额出资是有限 合伙人必须履行的义务，因此，有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资。 合伙人未按照协议的约定履行缴纳出资义务的，首先应当承担补缴出资的义务，同时还应 对其他合伙人承担违约责任。

(六）有限合伙企业登记事项

《合伙企业法》规定，有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称 及认缴的出资数额。

三、有限合伙企业事务执行的特殊规定

(一）有限合伙企业事务执行人

《合伙企业法》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。如合伙协议约定数个普通合伙 人执行合伙事务，这些普通合伙人均为合伙事务执行人。如合伙协议无约定，全体普通合 伙人是合伙事务的共同执行人。合伙事务执行人除享有一般合伙人相同的权利外，还有接 受其他合伙人的监督和检查、谨慎执行合伙事务的义务，若因自己的过错造成合伙财产损 失的，应向合伙企业或其他合伙人负赔偿责任。此外，由于执行事务合伙人较不执行事务 合伙人对有限合伙企业要多付出劳动，因此，执行事务合伙人可以就执行事务的劳动付 出，要求企业支付报酬。对于报酬的支付方式及其数额，应由合伙协议规定或全体合伙人 讨论决定。

(二）禁止有限合伙人执行合伙事务

《合伙企业法》规定，有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。 有限合伙人的下列行为，不视为执行合伙事务：（1)参与决定普通合伙人入伙、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。

另外，《合伙企业法》规定，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。有限合伙人未经授权以有限 合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙 人应当承担赔偿责任。

(三）有限合伙企业利润分配 ’ .

《合伙企业法》规定，有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙

协议另有约定的除外。

(四）有限合伙人权利

1. 有限合伙人可以同本企业进行交易

《合伙企业法》规定，有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易。但是合伙协议另 有约定的除外。因为有限合伙人并不参与有限合伙企业事务的执行，对有限合伙企业的对 外交易行为，有限合伙人并无直接或者间接的控制权，有限合伙人与本有限合伙企业进行 交易时，一般不会损害本有限合伙企业的利益。有限合伙协议可以对有限合伙人与有限合 伙企业之间的交易进行限定，如果有限合伙协议另有约定的，则必须按照约定的要求进 行。普通合伙人如果禁止有限合伙人同本有限合伙企业进行交易的，应当在合伙协议中作 出约定。

2. 有限合伙人可以经营与本企业相竞争的业务

《合伙企业法》规定，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；但是，合伙协议另有约定的除外。与普通合伙人不同，有限合伙人一般不承 担竞业禁止义务。普通合伙人如果禁止有限合伙人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，应当在合伙协议中作出约定。

四、有限合伙企业财产出质与转让的特殊规定

(一）有限合伙人财产份额出质

《合伙企业法》规定，有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质。但是 合伙协议另有约定的除外。所谓有限合伙人将其在有限合伙企业中的财产份额出质，是指 有限合伙人以其在合伙企业中的财产份额对外进行权利质押。有限合伙人在有限合伙企业 中的财产份额，是有限合伙人的财产权益，在有限合伙企业存续期间，有限合伙人可以对 该财产权利进行一定的处分。有限合伙人将其在有限合伙企业中的财产份额进行出质，产 生的后果仅仅是有限合伙企业的有限合伙人存在变更的可能，这对有限合伙企业的财产基 础并无根本的影响。因此，有限合伙人可以按照《物权法》、《担保法》等相关法律规定 进行财产份额的出质。但是，有限合伙企业合伙协议可以对有限合伙人的财产份额出质作 出约定，如有特殊约定的，应按特殊约定进行。

(二）有限合伙人财产份额转让 ，

《合伙企业法》规定，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。这是因为有限合伙人 向合伙人以外的其他人转让其在有限合伙企业中的财产份额，并不影响有限合伙企业债权 人的利益。但是，有限合伙人对外转让其在有限合伙企业中的财产份额应当依法进行：一 是要按照合伙协议的约定进行转让；二是应当提前30日通知其他合伙人。有限合伙人对 外转让其在有限合伙企业的财产份额时，有限合伙企业的其他合伙人有优先购买权。

五、有限合伙人债务清偿的特殊规定

；/ ... M :. .：

《合伙企业法》规定，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。人民法院强制执行有限合伙 人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。由 此，有限合伙人清偿其债务时，首先应当以自有财产进行清偿，只有自有财产不足清偿 时，有限合伙人才可以使用其在有限合伙企业中分取的收益进行清偿，也只有在有限合伙 人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务时，人民法院才可以应债权人请求强制执 行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。人民法院强制执行有限合伙人的财产 份额时，应当通知全体合伙人，且在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

六、有限合伙企业入伙和退伙的特殊规定

.....

(一）入伙

《合伙企业法》规定，新入伙的有限合伙人对人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。这里需要注意的是，在普通合伙企业中，新人伙的合伙人对人伙 前合伙企业的债务承担连带责任，而在有限合伙企业中，新人伙的有限合伙人对人伙前有 限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

(二）退伙

1. 有限合伙人当然退伙

《合伙企业法》规定，有限合伙人出现下列情形之一时当然退伙：（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。

2. 有限合伙人丧失民事行为能力的处理

《合伙企业法》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。这是因为有限合伙人对有限合伙企业只进行 投资，而不负责事务执行。作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行 为能力，并不影响有限合伙企业的正常生产经营活动，其他合伙人不能要求该丧失民事行 为能力的合伙人退伙。

3. 有限合伙人继承人的权利

《合伙企业法》规定，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。 .

4. 有限合伙人退伙后的责任承担

《合伙企业法》规定，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。

七、合伙人性质转变的特殊规定

《合伙企业法》规定，除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者 有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意。有限合伙人转变为普通合伙 人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。普通合伙人 转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

第四节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，是指各合伙人解除合伙协议，合伙企业终止活动。

根据《合伙企业法》的规定，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)合伙人巳不具备法定人数满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、合伙企业的清算

合伙企业解散的，应当进行清算。《合伙企业法》对合伙企业清算有以下规定：

(一）确定清算人

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。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日内指定一个或者数个合伙人，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。

(二）清算人的职责

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。. ^

(三）通知和公告债权人

清算人自被确定之日起10日内将合伙企业解散事项通知债权人，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，向清算人申报债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。 捧算人应当对债权进行登记。清算期间，合伙企业存续，但不得开展与清算无关的经营

丨活动。

: (四）财产清偿顺序

丨 合伙企业财产在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、清偿债务后的剩余财产，依照《合伙企业法》关于利润分配和亏损分担的规定进

杆分配。

; 合伙企业财产清偿问题主要包括以下三方面的内容：

丨1.合伙企业的财产首先用于支付合伙企业的清算费用 /

I 清算费用包括:（1)管理合伙企业财产的费用，如仓储费、保管费、保险费等；（2)处 并合伙企业财产的费用，如聘任工作人员的费用等；（3)清算过程中的其他费用，如通 告债权人的费用、调查债权的费用、咨询费用、诉讼费用等。 j 2.合伙企业的财产支付合伙企业的清算费用后的清偿顺序

； 合伙企业的财产支付合伙企业的清算费用后的\_顺序依次为：合伙企业职工工资、 \_会保脸费用和法定补偿金；缴纳所欠税款;淸偿债％其中，法定补\_金主要是指法 \_、行政法规和规章所规定的应当支付给职工的补偿全' 细《中华人。\_和国劳动法》

:规定的解除劳动合同的补偿金等。 1 \: \； \) /

i 3.分配财产 n :

I 合伙企业财产依法清偿后仍有剩余时，对剩余财产《合伙g业k-》的规定进行 分配,即按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约金不明确也，由'合伙人协商决 定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配；无法确?资比例的，由合伙人平均

分配。 ..

' 违反《合伙企业法》规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳k款、#金，其财产不足

以同时支付的，先承担民事赔偿责任。

(五）注销登记

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。经企业登记机关注销登记，合伙 企业终止。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。

(六）合伙企业不能清偿到期债务的处理

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的债务仍应 承担无限连带责任。

(七）清算人法律责任

1..清算人未依照《合伙企业法》的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，牟取非法收人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《合伙企业法》的规定，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。.

第六章公司法律制度

第一节公司法律制度概述

—、公司的概念和特征

(一）公司的概念

根据我\_《公vd法》的规定，公司是指依法组建的企业法人。艽含义奋如下三点：

1. 公司是法人。公司具有民事权利能力和行为能力，法律地位独立于股东和管理人 员。除法律规定须经政府许可才能经营的事业外,公司可以自己名义从事章程设定范围内 的各种法律行为，行使民事权利。公司可以拥有自己的财产，与他人签订合同，包括为他 人提供担保（见《公司法》第十六条），对外投资（《公司法》第十五条），起诉和应诉。 公司以其全部财产对自己的债务承担责任（《公司法》第三条）。

2. 公司是企业。传统上通常以“营利目的”界定公司属性。我国公司法没有采取这 种方式。这符合现代公司法的发展趋势。公司的活动未必都属于营利目的。企业是否须以 营利为目的，理论上和法律上均无定论。国内外兴起的“社会企业”也表明，企业未必 以营利为唯一目的。

3. 公司须依法定条件和程序组建，并在登记机关登记注册，方能成立。

传统理论认为，公司是社团法人，具有社团性。但随着一人有限责任公司甚至一人股 份公司的出现，社团性很难再被认为是公司的一般属性。

综上可见，我国《公司法》所规范的公司专指企业法人类的公司，不包括非企业类 法人，也不包括非法人企业，如合伙企业、独资企业。

(二）公司的特征

在实践中，公司成为人们从事商业经营活动的主要企业组织形式。人们选择公司，显 然是因为公司制度带来了商业经营上的便利。一般为，公司具有独立人格、股东享有存 跟责任、股份可自由转让、董事会授权下的集中管理、投资者所有，这是现代商事公司最 核心的五大特征。这些特征便利了商业组织向众多投资者募集资金，因此，各国商业企业 中最重要的部分——向公众募集资本的上市企业基本上都采取了公司形式。为了满足中小 企业的需求，德国法学家还创设了有限责任公司制度,为中小企业提供经营管理上的灵活 性。英美等国也相应发展出类似的封闭型公司制度。本章的讨论将主要以股份有限公句为

主，有限责任公司则专设一节予以介绍。

法律赋予公司以法律人格，意味着公司可以拥有独立的财产，这是公司能够对外从事 商业经营的基础。公司具有法律人格意味着公司的财产不会因为股东的变化而改变，意味 着公司不会因为某些股东的离去而解散，可以永久存续。公司因此可以自身拥有的财产独 立承担民事责任。为了保证公司财产的独立性和稳定性，一般公司法都禁止股东在出资后 撤回出资，在要求股东出资真实性的同时，也限制公司资产流回股东手中。我国《公司 法》除了允许公司依法向股东分配利润外，只允许通过减资、解散清算等方式减少公司 资产，严格限制公司向股东回购股权。

同时，法律也赋予了公司股东全面的有限责任保护，即股东除了出资以外，不对公司 的债务承担责任。法律人格和有限责任制度的结合，使得公司和股东相分离，公司的风险 不会由股东承担，股东的风险也不会影响公司经营。这种分离使得投资公司风险可控，在 很大程度上便利了公司吸引投资。股东由此可以通过组合投资的方式来分散投资风险，不 用担心其他股东的风险，也不用担心其投资的某一个公司的经营风险影响到他投资的其他 公司。

法律在赋予公司独立财产的同时，也限制了股东的退出机制。如果股东能够随意在公 司经营过程中抽回出资，则公司财产的独立性和稳定性无法保证。但股东退出渠道受阻， 显然会减少股东的投资意愿，因此各W通过允许股份转II:帮助股东实现投资退出。在法律 人格和有限责任制度下，股份的价值只依赖于公司的价值，与某个具体股东的资信无关, 这便利了匿名股份交易市场的形成，加强了股份转让的流动性，构成了现代股票市场形成 的前提条件。

随着公司规模的扩大，公司经营日益成为一门专门技术，职业经理人开始出现。公司 向公众筹资虽然有助于积聚大规模资本，但股东人数众多，也使得股东对经理人的监控曰 益困难。现代公司因此形成了董事会结构下的授权管理制度。由股东大会选举产生董事会 和监事会，董事会再选择公司经理，负责公司的日常经营活动，监事会则负责监督董事会 和经理。相比普通合伙企业的那种直接民主制，这种代议制民主对公司权力的划分，有助 于提升管理人员的决策效率和质量，挺會也会带来一系列的监督问题。

向公众筹资能够为公司积聚大规模资本，但作为股东的公众往往没有监控公司管理者 的能力。股东的出资形成7\*公司独立财产，为公司管理者所控制，除了通过选举董事会和 参与一些重大事项的决议，股东不再能够影响公司管理者对财产的使用，其投资收益完全 依赖公司经营的效果。这种情况下，如果法律不对中小股东提供充分的保护，公众就不会 愿意投资。因此，公司法除了对般东权益的一般性保护外，还对中小股东的权益提供特别 保护，以帮助公众树立对公司管理者的信心，形成了所谓的股东权保护制度。研究发现， 一国法律对中小股东保护的力度与该国证券市场的发达程度呈正相关关系。

本节将主要介绍公司法的基本制度，包括公司的法律人格、股东有限责任制度、公司: 设立与出资制度、股东资格与股东权利、公司管理者制度和公司决议制度。

二、公司法人资格与股东有限责任

(一）公司法人资格

法律赋予公司法律人格意味着公司可以独立拥有财产，可以自己的名义对外缔约，可

以自己的名义参与诉讼。作为一个商业企业，最重要的是公司拥有独立财产，这构成了公 司从事商业活动的基础。《公司法》第三条明确规定：“公司是企业法人，有独立的法人 财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。”

尽管公司享有法人财产权，对其财产具有支配的权利，但为了维持公司资本充实，保护公 司债权人的利益，公司在行使法人财产权时也将会受到一定的限制。这类限制主要有：

1. 对外投资的限制

《公司法》第十五条规定：“公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外， 不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。”同时，《公司法》第十六条还规 定，公司向其他企业投资，按照公司章程的规定由董事会或者股东会、股东大会决议；公 司章程对投资的总额及单项投资的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。

2. 担保的限制

根据《公司法》第十六条的规定，公司为他人提供担保，按照公司章程的规定由董 事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对担保的总额或者单项担保的数额有限额规定 的，不得超过规定的限额。公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或 者股东大会决议。接受担保的股东或者受实际控制人支配的股东不得参加表决。该项表决 由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

3. 借款的限制

一般情况下，除非公司章程有特别规定或经过股东会（股东大会）的批准同意，公 司董事、经理不得擅自将公司资金借贷给他人。《公司法》规定：“（股份有限）公司不得 直接或者通过子公司向董事、监事、髙级管理人员提供借款。”这是因为股份公司往往由 董事、监事和高级管理人员直接负责经营，当他们控制下的公司向自己提供借款时，这往 往构成关联交易，利益冲突明显，存在侵害公司利益的可能，《公司法》便直接禁止了股 份有限公司中的此类借款交易，甚至明确不允许股份有限公司通过子公司从事此类交易。

(二）滥用法人独立地位和有限责任及其法律后果

公司对投资者的最大吸引力，是法律为公司股东提供了全面的有限责任保护。《公司 法》第三条第二款规定：“有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任； 股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。”换句话说，股东除了对公司 负有出资义务之外，并不对公司的债务承担责任。

有限责任制度使得股东可以将投资的风险与自身的其他财产相隔离，有利于股东控制 投资风险，促进了公众投资意愿。同时，在有限责任制度下，股东个人的财富状况与公司 的风险没有直接关联，也促进了股票交易市场的蓬勃发展。

但是，有限责任制度会增加公司债权人的风险。由于承担的风险有限，但收益上不封 顶，因此，股东可能通过迫使公司从事高风险业务，以获取更多的收益。而当公司破产 时，资不抵债的风险在有限责任制度下只能由债权人承担。因此，公旬法通过设置董事会 结构下的授权管理制度，在一定程度上避免了股东直接参与公司管理。对于股东采取欺诈 手段侵害公司债权人利益的行为，法律也规定了股东以及相关主体应当承担的责任，这构 成了有限责任制度的例外，英美国家称为“刺破公司面纱原则”。《公司法》第二十条规 定：“公司股东……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。”

在我国审判实践中，在特定法律关系中不承认公司法人独立地位的常见理由有：

(1) 公司与其股东（例如母子公司之间）在财产、业务、人员等方面“混同”，难 分彼此，事实上无从区分（所谓“纵向人格混同”）。

(2) 公司清偿能力不正常降低，例如股东不履行出资义务、抽逃出资、转移资产导 致公司丧失清偿能力，或者拒不履行清算义务致使债权人丧失受偿机会。

(3) 受同一母公司或者控制人控制的数个公司在财产、业务、人员等方面“混同”、 重叠，不分彼此，事实上无从区别（所谓“横向人格混同”）。实践中，人们常形象地称 此类现象以及“纵向混同”为“一套人马，两块牌子”。

在特定案件中，股东或控制人不尊重公司法人独立地位的行为可能表现为上述情形中 的多种，例如股东与公司存在“纵向人格混同”现象时，股东又有转移公司资产的行为， 法院因此也可能基于多个理由否认公司的法人独立地位。

法院否认公司法律独立地位并非彻底否定其法人资格，而是在某一具体法律关系中产 生如下法律后果：（1)公司行为被视为股东的行为，股东对公司行为负责（这实际上也 在个案中否定了股东的有限责任）；或者（2)公司与其他公司被视为同一法律主体，公 司财产亦用于清偿其他公司债务。

目前司法上比较明确的是，当关联公司存在人格混同，严重损害债权人利益时，关联 公司相互之间对外部债务承担连带责任。最高人民法院发布的指导案例15号《徐工集团 工程机械股份有限公司诉成都川交工贸有限责任公司等买卖合同纠纷案》就是这种情况。 在该案中，原告徐工机械公司因川交工贸公司拖欠其货款未付，以川交机械公司、瑞路公 司与川交工贸公司人格混同，三个公司实际控制人王某以及川交工贸公司股东等人的个人 资产与公司资产混同为由，要求他们承担连带清偿责任。

法院认定川交工贸公司与川交机械公司、瑞路公司确实存在人格混同。主要表现为： 一是三个公司人员混同。三个公司的经理、财务负责人、出纳会计、工商手续经办人均相 同，其他管理人员亦存在交叉任职的情形，川交工贸公司的人事任免存在由川交机械公司 决定的情形。二是三个公司业务混同。三个公司实际经营中均涉及工程机械相关业务，经 销过程中存在共用销售手册、’经销协议的情形；对外进行宣传时信息混同。三是三个公司 财务混同。三个公司使用共同账户，以王某的签字作为具体用款依据，对其中的资金及支 配无法证明已作区分；三个公司与徐工机械公司之间的债权债务、业绩、账务及返利均计 算在川交工贸公司名下。因此，三个公司之间表征人格的因素（人员、业务、财务等） 高度混同，导致各自财产无法区分，已丧失独立人格，构成人格混同。

根据上述事实，法、院判决川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务承担连带清 偿责任。法院认为，公司人格独立是其作为法人独立承担责任的前提。公司的独立财产是 公司独立承担责任的物质保证，公司的独立人格也突出地表现在财产的独立上。当关联公 司的财产无法区分，丧失独立人格时，就丧失了独立承担责任的基础。《公司法》第二十 条第三款规定：“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。”本案中，三个公司虽在工商登记部 门登记为彼此独立的企业法人，但实际上相互之间界线模糊、人格混同，其中川交工贸公 司承担所有关联公司的债务却无力清偿，又使其他关联公司逃避巨额债务，严重损害了债 权人的利益。上述行为违背了法人制度设立的宗旨，违背了诚实信用原则，其行为本质和 危害结果与《公司法》第二十条第三款规定的情形相当，故参照《公司法》第二十条第 三款的规定，川交机械公司、瑞路公司对川交工贸公司的债务应当承担连带清偿责任。法 院还驳回了原告要求被告公司实际控制人和股东个人也承担连带责任的请求。

投资者利用多个实际控制的公司，相互转移财产，然后试图利用一家濒临破产的企业 来负担所有债务，侵害公司债权人利益的情况，在实践中普遍存在。本案例针对这种投资 者滥用公司法人独立地位的情况，明确了这些人格混同的关联公司应当共同对外部债务承 担连带责任。当股东和公司存在类似的人格混同，侵害债权人利益时，股东也应当对公司 债务承担连带责任。

三、公司设立与股东出资制度

(一）公司设立制度

1. 概述

公司发起人设立公司的行为属于法律行为。这里所说的“公司发起人”，是指为设立 公司而签署公司章程、认缴或认购出资或者股份并履行设立职责的人，包括股份公司发起 人和有限公司设立时的股东。在发起人为多人时，设立公司是一种多方法律行为。当事人 的意思表示体现于发起人共同签署的设立协议或者共同制定的公司章程之中。在发起人为 一人时（如设立国有独资公司或一人有限公司），法律也要求发起人就设立公司作出单方 意思表示，体现在所制定的章程中。

设立行为是公司成立的前奏。经发起人申请，公司获准登记、取得营业执照的，方告 成立。成立意味着公司取得权利能力即法人资格。

公司设立过程中，发起人的活动主要是两个方面：一是形成公司资本，包括认缴、实 缴出资、对出资评估作价等；二是形成公司组织，包括申请预先核准名称、制定章程、设 定住所、设立组织机构等。股份有限公司和有限责任公司的具体设立条件与设立方式，将 在第二节和第三节阐述。 '

2. 设立阶段的债务

当发起人为数人时，他们基于设立合同而形成人的组合，实施设立事务；发起人为一 人时，该发起人就是设立事务的实施人。这个阶段的主要法律问题是，设立过程中所产生 的债务（包括合同之债和侵权之债）应当由谁承担？

(1)合同之债。

设立公司的过程中，发起人可能以自己名义为设立公司之目的而与他人订立合同，也 可能以设立中公司的名义订立合同。

如果是第一种情形，合同的当事人是发起人和该相对人。因此，合同相对人有权请求 该发起人承担合同义务。公司成立后，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）》（以下简称《公司法解释三》），如对上述合同明确表示 承认，或者以实际享有合同权利或履行合同义务的方式默示承认，则合同相对人也有权请 求公司承担合同义务。

如果是第二种情形，《公司法解释三》规定，发起人以设立中公司名义对外签订合 同，公司成立后自动承担该合同义务。换言之，公司成立后，合同相对人就有权请求公司

承担该合同义务。只有在一种情况下，公司拥有抗辩权，即公司有证据证明发起人利用设 立中公司名义为自己的利益与相对人订立合同，而相对人对此也知情。

如果公司最终未能成立，亦即设立失败，则单一发起人独自承担设立所产生的债务， 发起人为数人的，比照合伙关系承担债务。 一

《公司法》仅对股份公司设立失败设专门规范：公司不能成立时，发起人对设立行为 所产生的债务和费用负连带责任；对认股人已缴纳的股款，发起人负返还股款并加算银行 同期存款利息的连带责任（第九十四条第（一）、（二）项）。

《公司法解释三》将上述规范扩展适用于有限公司设立失败，并对发起人间的责任分 担予以规范：（1)债权人有权请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和 债务承担连带清偿责任。（2)部分发起人依前述承担责任后，请求其他发起人分担的， 人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任；没有约定责任承担比例 的，按照约定的出资比例分担责任；没有约定出资比例的，按照均等份额分担责任。

(3)因部分发起人的过错导致公司未成立，其他发起人主张其承担设立行为所产生的费 用和债务的，人民法院应当根据过错情况，确定过错一方的责任范围。

(2)侵权之债。

发起人如因设立公司而对他人造成损害的，依《公司法解释三》，公司成立后应自动 承受该侵权责任；公司未成立的，受害人有权请求全体发起人承担连带赔偿责任；公司或 者无过错的发起人承担赔偿责任后，可以向有过错的发起人追偿。

(二）股东出资制度

为了确保公司财产的确定性和稳定性，我国《公司法》曾规定了较为严格的法定资 本制度，对于股东的出资有明确限制，强调出资的真实性。2013年12月28日’《公司 法》修改了关于公司设立时股东必须立即缴纳部分出资的要求，改为认缴制，对于股东 缴纳出资的期限也不再有最长法定限制，而是交由公司章程规定。法定资本制度被放松。

1. 出资的含义

根据《公司法》，“出资”至少有两层含义：一是指认缴出资或者认购股份，即出资 人之间或者出资人与公司之间就认缴出资或者认购股份达成了意思一致，出资人愿意向公 司投入一定金额财产从而获得股东资格，其他出资人或者公司表示同意。二是指实缴出资 或实缴股本，即出资人按照出资协议的约定或公司章程记载的认缴出资额或认购股份数， 并依约定时间将出资财产的权属移转给公司的法律行为。

2. 出资的法律效果

(1)认缴出资或者认购股份的法律效果。

有限责任公司的出资人认缴出资的法律效果是：①出资人将负担出资义务，即按期足 额缴纳公司章程所规定的其所认缴的出资额，未履行或未全面履行出资义务的股东在一定 条件下须对公司债务承担补充清偿责任；②出资人认足章程规定的出资后，才能向登记机 关申请公司设立登记；③公司成立后，应向出资人签发出资证明书、设置股东名册，出资 人正式成为股东，可依股东名册主张行使股东权利，但有一些股东权利只能按照实缴出资 比例行使，例如盈余分配权、新股优先购买权；④公司解散时，公司因股东未缴纳出资而 享有的对股东之债权应列为清算财产。股东未缴纳出资，包括到期应缴而未缴出资，以及 依《公司法》第二十六条、第八十条规定分期缴纳而缴纳期限尚未届满的情形。

在发起设立的股份公司，发起人认购股份的法律效果有：①发起人应按章程规定缴纳 出资，未履行或未全面履行出资义务的股东在一定条件下须对公司债务承担补充清偿责 任；②发起人认足章程规定的出资后，应当选举董事会和监事会，由董事会申请设立登 记；③公司成立后，应设置股东名册等，发起人正式成为股东；④发起人缴足认购之股份 前，不得向他人募集股份。⑤公司解散时，股东尚未缴纳的出资应列为清算财产。

(2)实缴出资的法律效果。

实缴出资的法律效果是，原属股东的货币转归公司所有，原属股东的非货币财产的财 产权移转至公司。基于2013年12月《公司法》修订的相关内容，2014年3月1日之后， 有限公司股东和发起设立之股份公司发起人实缴出资时无需验资。

3.出资方式

(1) 一般规定。

根据《公司法》的规定，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使 用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规 定不得作为出资的财产除外。《公司登记管理条例》明确规定：股东不得以劳务、信用、 自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。

股东或者发起人可以以其持有的在中国境内设立的公司（以下称股权所在公司）股 权出资。以股权出资的，该股权应当权属清楚、权能完整、依法可以转让。具有下列情形 的股权不得用作出资：①已被设立质权；②股权所在公司章程约定不得转让；③法律、行 政法规或者国务院决定规定，股权所在公司股东转让股权应当报经批准而未经批准；④法 律、行政法规或者国务院决定规定不得转让的其他情形。

债权人可以将其依法享有的对在中国境内设立的公司的债权，转为公司股权。转为公 司股权的债权应当符合下列情形之一：①债权人巳经履行债权所对应的合同义务，且不违 反法律、行政法规、国务院决定或者公司章程的禁止性规定；②经人民法院生效裁判或者 仲裁机构裁决确认；③公司破产重整或者和解期间，列人经人民法院批准的重整计划或者 裁定认可的和解协议。用以转为公司股权的债权有两个以上债权人的，债权人对债权应当 已经作出分割。债权转为公司股权的，公司应当增加注册资本。

以发起方式设立股份公司的，发起人应当书面认足公司章程规定其认购的股份，并按 照公司章程的规定缴纳出资。以货币出资的，应当将货币出资足额存人公司在银行开设的 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。

(2) 非货币财产的评估作价。

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。

但实践中经常有非货币财产出资并未经过评估的情况。最高人民法院认为此时不宜一 概否认出资的效力，而应当给予补正的机会。《公司法解释三》规定：出资人以非货币财 产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义 务的，人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显 著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

但是，出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或者其他客观因素导 致出资财产贬值，公司、其他股东或者公司债权人则无权请求该出资人承担补足出资责

任。当事人另有约定的除外。?

2013年修订的《公司法》，取消了原来的一般性验资要求，但仍然规定以募集方式设 立的股份有限公司的注册资本应当经过验资机构验资。

4. 履行出资义务 一

根据有限责任制度，股东负有的唯一义务就是出资，因此，衡量股东是否已经履行出 资义务就是股东是否需要承担责任的最重要根据。股东是否履行出资义务包括两个层面的 问题，第一是股东出资是否缴纳，第二是出资金额是否与股东认缴的金额一致。

股东出资是否缴纳，主要看股东的出资是否转移至公司所有。货币和一般财产应当交 付，某些特殊财产例如土地使用权、知识产权、股权还应当依法办理变更登记。

出资人以其他公司股权出资，应当符合下列条件，才算已履行出资义务：（1)出资 的股权由出资人合法持有并依法可以转让；（2)出资的股权无权利瑕疵或者权利负担；

(3)出资人已履行关于股权转让的法定手续；（4)出资的股权已依法进行了价值评估。

如果股权出资不符合上述第（1)、（2)、(3)项的规定，公司、其他股东或者公司 债权人请求认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令该出资人在指定的合理期间 内采取补正措施，以符合上述条件；逾期未补正的，人民法院应当认定其未依法全面履行 出资义务。

关于出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资，已经 交付公司使用但未办理权属变更手续的，《公司法解释二》规定，当公司、其他股东或者 公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当责令当事人在指定的合理期 间内办理权属变更手续；在前述期间内办理了权属变更手续的，人民法院应当认定其已经 履行了出资义务；出资人主张自其实际交付财产给公司使用时享有相应股东权利的，人民 法院应予支持。出资人已经就前述财产出资，办理权属变更手续但未交付给公司使用，公 司或者其他股东主张其向公司交付、并在实际交付之前不享有相应股东权利的，人民法院 应予支持。

对于出资财产存在瑕疵的，出资人有义务予以补正。例如出资人以划拨土地使用权或 者设定权利负担（如担保）的土地使用权出资的，《公司法解释三》第八条规定，公司、 其他股东或者公司债权人就上述出资，主张认定出资人未履行出资义务的，人民法院应当 责令当事人在指定的合理期间内办理土地变更手续或者解除权利负担；逾期未办理或者未 解除的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务。

出资人以不享有处分权的财产出资，当事人之间对于出资行为效力产生争议的，应当 按照无权处分的规则进行处理：即该出资行为并非一概无效，公司只要符合善意取得条 件，即可取得该财产的所有权。这些条件包括:(1)公司受让该不动产或者动产时是善 意的，即公司不知道出资人对该财产无处分权；U)以合理的价格受让，即该财产经评 估合理作价；（3)转让的不动产或者动产依照法律规定应当登记的已经登记，不需要登 记的已经交付给受让人。这有利于维持公司资本，从而保障交易相对人的利益。此时，公 司取得财产所有权，原所有权人只能要求无权处分的出资人赔偿损失。

公司如果不符合善意取得条件，原所有权人则有权取回该财产，此时应当视为出资人 未履行出资义务。

以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的，对违法犯罪行

为予以追究、处罚时，应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权。这一规定防止将出资的 财产直接从公司抽出的做法，采取将出资财产所形成的股权折价补偿受害人损失的方式, 以保障公司资本之维持、维护公司债权人利益。

出资金额是否与股东认缴金额一致，主要涉及非货币财产出资的评估作价问题。

5.违反出资义务的责任

股东不按照规定缴纳出资的，包括股东未缴纳出资和缴纳出资未能符合认缴金额，这 分别称为股东未履行出资义务和未能全面履行出资义务。抽逃出资产生的责任与此类似。

承担责任的内容：股东未履行或者未全面履行出资义务，公司或者其他股东可以请求 其向公司依法全面履行出资义务的。公司债权人也可以请求未履行或者未全面履行出资义 务的股东在未出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任。不过，这时 该赔偿归该提出请求的债权人所有。因此，当未履行或者未全面履行出资义务的股东已经 承担上述责任后，其他债权人再提出相同请求的，人民法院不再予以支持。

根据《公司法解释三》的规定，股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务， 发起人与被告股东承担连带责任，但是，公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追 偿。发起人股东的这一资本充实责任是法定责任，不得以发起人协议的约定、公司章程规 定或股东会决议免除。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务，董事、高级管理人员未尽公司法 规定的忠实和勤勉义务，使得该出资不足情况发生的，这些董事、高级管理人员也应对上 述原告承担相应责任。当然，他们在承担相应责任后，可以向被告股东追偿。

第三人代垫资金协助发起人设立公司，双方明确约定在公司验资后或者在公司成立后 将该发起人的出资抽回以偿还该第三人，发起人依照前述约定抽词出资偿还第三人后又不 能补足出资，相关权利人可以请求第三人连带承担发起人因抽回出资而产生的相应责任。

股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决 议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合 理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。

股份有限公司的认股人未按期缴纳所认股份的股款，经公司发起人催缴后在合理期间 内仍未缴纳，公司发起人可以另行募集该股份。对于认股人延期缴纳股款给公司造成的损 失，公司还可以请求该认股人承担赔偿责任。

不适用诉讼时效抗辩：公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司 或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或者返还出资，被告股东不得以诉讼时效为 由进行抗辩。

公司债权人的债权未过诉讼时效期间，其请求未履行或者未全面履行出资义务或者抽 逃出资的股东承担赔偿责任，被告股东也不得以出资义务或者返还出资义务超过诉讼时效 期间为由进行抗辩。

如果公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由，请求其对公司债 务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任，股东以其仅为名义股东而非实 际出资人为由进行抗辩的，人民法院不予支持。但是，名义股东在承担相应的赔偿责任 后，向实际出资人追偿的，人民法院应予支持。

此外，根据《公司法解释三》之规定，如果冒用他人名义出资并将该他人作为股东

在公司登记机关登记的，冒名登记行为人应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债 权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务 不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。

6. 抽逃出资的责任 .

为了保证公司资产的稳定性，股东出资在公司成立后不得撤回，换句话说，在公司成 立后，股东不能退股。按照《公司法》的规定，只有在特殊条件下公司才可以从股东处 回购股份或者股权。除此之外’股东也不得通过各种方式抽逃出资。《公司法》第三十五 条规定：“公司成立后，股东不得抽逃出资。”第九十一条规定：“发行人、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

大会决议不设公司的情形外，不得抽回其股本。”

《公司法解释三》规定，在公司成立后，存在下列情形且损害公司权益的，可以被认 定为该股东抽逃出资：（1)通过虚构债权债务关系将其出资转出；（2)制作虚假财务会 计报表虚增利润进行分配；（3)利用关联交易将出资转出；（4)其他未经法定程序将出 资抽回的行为。

股东抽逃出资的责任实际上类似股东未履行或者未全面履行出资义务的责任。对抽逃 出资的股东，公司或者其他股东可请求其向公司返还出资本息，还可要求协助抽逃出资的 其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任。

公司债权人也可请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部 分承担补充赔偿责任，并要求协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控 制人对此承担连带责任。不过，该责任只能追究一次。因此，当债权人已经提出此类请 求，抽逃出资的股东已经在抽逃出资本息范围内承担上述责任后，其他债权人提出相同请 求的，人民法院不再予以支持。

四、股东资格与股东权利和义务

(一）股东资格 一. ' .

股东向公司认缴出资后，就成为了公司的股东，具有相应的权利。公司应当向股东签 发出资证明书、将股东的名称在相关文件上登记记载等。这些内容实际上也是公司对股东 的义务。实践中，很多公司并未依法履行这些义务，这既侵害了股东的权益，也会给股权 的稳定性产生影响。因此，当公司未尽上述义务时，股东有权提起诉讼要求公司履行该 义务。

在商事实践中，由于各种原因公司相关文件中记名的人（名义股东）与真正投资人 (实际出资人）相分离的情形并不鲜见，双方有时会就股权投资收益的归属发生争议。如 果名义股东与实际出资人约定由名义股东出面行使股权，但由实际出资人享受投资权益 时，这属于双方间的自由约定，根据缔约自由的精神，如无其他违法情形，该约定应有 效，实际出资人可依照合同约定向名义股东主张相关权益。

《公司法》第三十二条第二款规定的“记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张 行使股东权利”，是指名义股东（即记名人）用股东名册的记名来向公司主张权利或向公 司提出抗辩，该记名不是名义股东对抗实际出资人的依据，所以名义股东不能据此抗辩实 际出资人。

根据《公司法》第三十二条第三款，出资人未在公司登记机关登记的，不得对抗第 二人。但在名乂股东与实际出资人就股东资格发生争议时，名义股东并不属于此处的 “第三人”，所以名义股东不得以该登记否认实际出资人的合同权利。

因此，《公司法解释三》规定：“实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议， 实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。名 义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不 予支持。”

在实际出资人与名义股东间，实际出资人的投资权益应当依双方合同确定并依法保 护。但如果实际出资人请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公 司章程并办理公司登记机关登记等，此时实际出资人的要求就已经突破了前述双方合同的 范围，实际出资人将从公司外部进人公司内部、成为公司的成员。此种情况下，在有限公 司的情况下，应当参照《公司法》第七十一条第二款规定，即有限责任股东向股东以外 的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。因此，《公司法解释三》规定：“实际出资 人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名 册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。”

《公司法》规定股东姓名或名称未在公司登记机关登记的，不得对抗第三人。所以第 三人凭借对登记内容的信赖，一般可以合理地相信登记的股东（即名义股东）就是真实 丨的股东，可以接受该名义股东对股权的处分s实际出资人不能主张处分行为无效。但是实 \_中、有的情况下名义股东虽然是登记记载的股东，但第三人明知该股东不是真实的股 i东,股权应归属于实际出资人，.在名义股东向第三人处分股权后如果仍认定该处分行为有 实际上就助长了第三人及名义股东的不诚信行为，这是应当避免的。所以，实际出资 丨入.主:张处分股权行为无效的，：应按照《物权法》第一百零六条规定的善意取得制度处理， j輯襄记的内容构戒第三人的一般信赖，第三人可以以登记的内容来主张其不知道股权归属 \_考际出资人.、并进而终局地取得该股权；但实际出资人可以举证证明第三人知道或应当 知道该股权归属于实际出资人。一旦证明，该第三人就不构成善意取得，、处分股权行为的 \_为爽应当被否定,其也就不能终局地取得该股权。 ,1

当然，在第三人取得该股权后，实际出资人基于股权形成的利益就不食存在，其可以 \_^逍:处分行为的名义股东承担赔偿责任。

《公司法解释三》规定:“名义股东将登记于其名下的股权转让、质#或者以其他方 式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由/请求认定处分股权行为无效的，人 民法院可以参照《物权法》第一百零六条的规定处理。名义股东处分股权造成实际出资 ;人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支痔。”

"丨\_挺中,也存在这样的情况，即原股东转让股权后，由于种种因股权所对应的股 \_名#未及时在公司登记机关进行变更，此时原股东又将域股权再次编:?让。这种情况下， ,三入凭僙对既有登记内容的信赖，一般可以合理地相信\_己的股东（即原股东）就是 \_实的股东，可以接受该股东对股权的处分，未登记记名的\_让股东不能主张处分行为无 但\_，:当确有iiE据证明第三人在受让股权时明知原股东已^是亮实的股东，股权权属 归于受让股东，在原股东向该第三人处分股权后如果仍认定处#行为有效，同样也会 hr长第三人及原股东的不诚信行为，这也是应当避免的。所以姜让股东主张处分股权行为

无效的，也应按照《物权法》第一百零六条规定的善意取得制度来处理。

如果没有证据证明第三人知道上述情形，那么第三人可以取得该股权，受让股东的股 权利益也不存在了，其可以要求原股东承担赔偿责任。而且，受让股东受让股权后之所以 未及时在公司登记机关办理变更登记，常常是由于公司的管理层（如董事、高管人员） 或实际控制人等未及时代表公司向登记机关申请且提供相应材料而造成，此时，该类人员 对受让股东的损失也有过错，应当对受让股东承担相应的赔偿责任。受让股东有过失的， 可以减轻上述人员的责任。

如未经他人同意，冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的，则 冒名登记行为人应当承担相应责任，被冒名者并不需要承担任何责任。

(二）股东权利

1. 股东权利的概念

股东权利是股东基于股东资格而对公司及其组织机构享有的权利。股东权利是一种成 员权。成员权须于团体内部、依团体规则行使，脱离团体则失去权能。而且，每一成员的 权利必须受制于其他成员的权利。这是股东权利的基本特征。“股（事物之分支）东（所 有者）” 一词准确表达了股东权利的成员权和所有权属性。当然，与上述典型情况不同的 是，在一人股东的公司中，股东权利不具有成员权特点。 '

2. 股东权利的分类

依据不同的标准，可以对股东权进行不同的分类，主要介绍几种：

(1) 参与管理权和资产收益权。前者又称共益权，后者又称自益权。参与管理权是 股东依法参加公司事务的决策和经营管理的权利，如股东大会参加权、提案权、质询权， 在股东大会上的表决权、累积投票权，股东大会召集请求权和自行召集权，了解公司事 务、查阅公司账簿和其他文件的知情权，提起诉讼权等权利。资产收益权是股东依法从公 司取得利益、财产或处分自己股权的权利，主要为股利分配请求权、剩余财产分配权、新 股认购优先权、股份质押权和股份转让权等。

(2) 单独股东权和少数股东权。这是按股权行使的条件不同进行的分类。单独股东 权是每一单独股份均享有的权利，即只持有一股股份的股东也可以单独行使的权利，如自 益权、表决权等；少数股东权是指须单独或共同持有占股本总额一定比例以上股份方可行 使的权利，如请求召开临时股东会的权利等。 '

(3) 固有权和非固有权，又称法定股东权和非法定股东权。这是按股东权的重要程 度、是否可由公司章程或股东大会决议加以限制或剥夺进行的分类。固有权是指股东依法 享有、只能由其自愿放弃，不允许由公司章程或股东大会决议加以限制或剥夺的股东权 利，一般共益权和特别股东权均属固有权。非固有权是指法律允许由公司章程或股东大会 决议加以限制或剥夺的股东权利，如自益权中的一部分便为非固有权。

(4) 普通股东权和特别股东权。这是按照发行股份的不同性质进行的分类。普通股 东权是指普通股股东所享有的权利；特别股东权是指特别股股东所享有的特别权利，如优 先股股东所享有的各种优先权利。

3. 股东权利的内容

各国或地区法律对股东权利的内容一般不作列举式规定，我国《公司法》也是如此。 《公司法》第四条仅规定，公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权 利，这是一种概括式的规定。实际上，有关股东权利的内容散见于《公司法》的相关条 文之中，归纳起来主要有：

(!)表决权。股东通过亲自出席或者委托代理人出席股东（大）会，对会议议决事 项有表示同意或者表示不同意的权利。除优先股股东外，这是股东固有的权利。股东行使 表决权时，一般是按照一股一票或者按照出资比例行使表决权。对于议决事项，一般按照 代表多数股份或者多数出资额股东出席，并经过出席股份或者出资额多数通过为原则，公 司法未对股东出席股东（大）会的最低人数作出规定。除章程另有规定外，一般事项的 决议按简单多数通过为原则，特别事项的决议按绝对多数通过为原则。但具体的规定在股 份公司和有限公司略有不同，具体请参见后文有关内容。

法律有时也会对股东的表决权施加限制。如《公司法》规定：“股东出席股东大会会 议，所持每一股份有一票表决权。但是，公司持有的本公司股份没有表决权。”《公司法》. 第十六条也规定，当公司为公司股东或者实际控制人提供担保时，必须经股东会或者股东 大会决议，该股东或者受实际控制人支配的股东不得参加规定事项的表决。

(2) 选举权和被选举权。股东有权通过股东（大）会选举公司的董事或者监事，也 有权在符合法定任职资格的条件下，被选举为公司的董事或者监事。为了保护中小股东的 利益，《公司法》在股份有限公司中允许采用累积投票制。《公司法》规定：“公司股东大 会选举董事、监事，可以根据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。” 累积投票制是指公司股东大会选举董事或者监事时，有表决权的每一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。这就增加了中小股东选出 代表其利益的董事、监事的机会。

(3) 依法转让股权或股份的权利。法律禁止股东出资获得公司股权后从公司抽逃投 人资产，但允许股东为了转移投资风险或者收回投资并获得相应的利益而转让其股权或者 股份。

(4) 知情权。股东有获取公司信息的权利。为此，《公司法》规定，有限责任公司 “股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和 财务会计报告。股东可以要求查阅公司会计账簿”。股份有限公司“股东有权查阅公司章 程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、 财务会计报告”。

为了避免有限责任公司的股东滥用查阅权而影响公司的正常经营活动，防止股东泄露 公司商业机密而损害公司的利益，《公司法》对有限责任公司的股东查阅公司会计账簿有 一定的限制。《公司法》规定，查阅股东应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合 理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查 阅，并应当自股东提出书面请求之日起15日内书面答复股东并说明理由。当公司拒绝提 供查阅时，股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

(5) 建议和质询权。根据《公司法》的有关规定，股份有限公司的股东有权对公司 的经营提出建议和质询，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质询。

(6) 新股优先认购权。公司发行新股时，股东有权以确定的价格按照持股比例优先 购买公司所发行的新股。这种优先只是认购优先，而不是发行价格或其他条件上的优惠或

者享有某种特殊权利。根据《公司法》的有关规定，有限责任公司新增资本时，股东有 权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是，全体股东约定不按照出资比例优先认缴出资 的除外。《公司法》第一百三十三条则规定，股份有限公司发行新股，股东大会应当对下 列事项作出决议：……（四）向原有股东发行新股的种类及数额。这说明，在有限责任 公司中，股东当然享有新股优先认购权，除非全体股东约定放弃或者限制；在股份有限公 司中，股东不当然享有新股优先认购权，除非股东大会在发行新股时通过向原股东配售新 股的决议。

(7) 股利分配请求权。股东有权按照出资比例或者股份比例请求分得股利。但是， 根据《公司法》的有关规定，有限责任公司的股东按照实缴的出资比例分取红利，但全 体股东约定不按照出资比例分取红利的除外。股份有限公司分配利润，按照股东持有的股 份比例分配，但股份公司章程规定不按照持股比例分配的除外。这也是尊重当事人自由意 志的体现。

(8) 提议召开临时股东（大）会和自行召集的权利。股东认为有必要时，有权提议 召开临时会议。根据《公司法》的有关规定，有限责任公司有代表1/10以上表决权的股 东，可以提议召开临时股东会会议；股份有限公司有单独或者合并持有公司10%以上股 份的股东，有权请求召开临时股东大会。

当董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东（大）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，有限责任 公司代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持，股份有限公司连续90日以上单独 或者含计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。

(9) 临时提案权。根据《公司法》的有关规定，股份有限公司有单独或者合计持有 公司3%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。

(10) 异议股东股份回购请求权。这是指股东（大）会作出对股东权益产生重大和实 质性影响的决议时，对该决议有异议的股东，有权要求公司以公平价格回购其所持出资额 或者股份，从而退出公司。根据《公司法》的有关规定，有限责任公司的股东在出现以 下情形之一时，对股东会决议投反对票的股东，可以请求公司按合理价格收购其股权：一 是公司连续5年不向股东分配利润，而公司连续5年盈利，并符合《公司法》规定的分 配利润条件的；二是公司合并、分立、转让主要财产的；三是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。股份 有限公司异议股东股份回购请求权只是限于对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议 的情形。

(11) 申请法院解散公司的权利。根据《公司法》的有关规定，公司经营管理发生严. 重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部 股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。■

(12) 公司剩余财产的分配请求权。公司终止后，向其全体债权人清偿债务之后尚有 剩余财产的，股东有权请求分配。

4.股东诉讼

(1) 股东代表诉讼。

股东代表诉讼，也称股东代位诉讼、股东间接诉讼，是指当董事、监事、高级管理人 员或者他人的违反法律、行政法规或者公司章程的行为给公司造成损失，公司拒绝或者怠 于向该违法行为人请求损害赔偿时，具备法定资格的股东有权代表其他股东，代替公司提 起诉讼，请求违法行为人赔偿公司损失的行为。股东代表诉讼的目的，是为了保护公司利 益和股东的共同利益，而不仅仅是个别股东的利益。为保护个别股东利益而进行的诉讼是 股东直接诉讼。

根据责任人身份的不同与具体情况的不同，提起股东代表诉讼有以下几种程序：

其一，股东对公司董事、监事、高级管理人员给公司造成损失行为提起诉讼的程序。 按照《公司法》的规定，公司董事、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。为了确保责任者真 正承担相应的赔偿责任，《公司法》对股东代表诉讼作了如下规定：

①股东通过监事会或者监事提起诉讼。公司董事、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，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1%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。

②股东通过董事会或者董事提起诉讼。监事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，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1%以上股份的股东，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。

③股东直接提起诉讼。监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执 行董事收到上述股东的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，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1%以上股份的股东， 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。

其二，股东对他人给公司造成损失行为提起诉讼的程序。公司董事、监事、高级管理 人员以外的他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，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1%以上股份的股东可以书面请求监事会或者 监事、董事会或者执行董事向人民法院提起诉讼，或者直接向人民法院提起诉讼。提起诉 讼的具体程序，依照上述股东对公司董事、监事、高级管理人员给公司造成损失行为提起 诉讼的程序进行。

(2) 股东直接诉讼。

这是指股东对董事、高级管理人员损害股东利益行为提起的诉讼。根据《公司法》 的规定，公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害了股东 利益的，股东可以依法向人民法院提起诉讼。

(三）股东义务

股东义务主要有以下两个方面：

一方面是出资义务，即按照法律和公司章程的规定，向公司按期足额缴纳出资。股东 违反出资义务可能导致其股东权利受限甚至丧失股东资格。首先，公司有权通过章程或者 股东（大）会决议对该类股东的利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求 权等权利予以限制。其次，有限公司股东“未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司 催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资”，公司可以通过股东会决议 “解除该股东的股东资格”。最后，如果公司章程或者股东（大）会决议未对股东权利设 置限制，法院可能在个案判决中认定未出资或出资不足的股东的股东权利应受限制。

另一方面是善意行使股权的义务。这项义务的主要含义是：股东不得滥用其权利。 《公司法》第二十条规定，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。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。这是关于股东不得滥用权利的一般条 款。某种行为是否属于滥用股东权利，须根据上述一般条款，依个案情节认定。

五、董事、监事、高级管理人员制度

(一）概述

在公司组织结构下，股东并不直接参与公司经营管理。无论是股份有限公司还是有限 责任公司，股东都只能通过选举董事组成董事会（或者在有限责任公司中设执行董事）， 由董事会聘任经理来负责公司的日常经营管理活动，监事会负责监督。股东组成的股东 (大）会只对重大事项才有决策权。股东只有以董事、监事或者高级管理人员的身份才能 参与公司经营管理。在实践中，控股股东往往自己或者委托他人担任公司的董事长或者总 经理，以方便控制公司。

公司管理者或者不持有股份，或者仅持少量股份，这就产生了拥有所有权者未拥有相 应的控制权，拥有控制权者未拥有相应的所有权，也即“所有与控制分离”问题。“所有 与控制分离”造成了股东与管理者之间利益的不一致，而利益不一致难免导致利益冲突。 如何保证负责公司经营管理的董事、高级管理人员不会为了自身的利益而损害股东整体利 益？如何保证他们能够勤勤恳恳地为公司、为股东整体利益而经营管理公司？又如何保证 监事们能够认真履行监督职责？这是《公司法》需要解决的核心问题。

各国公司法都对公司的董事、监事和高级管理人员（合称公司管理者）施加了一定 的法律义务，以确保公司管理者能够获得股东的信任。概括而言，此类机制主要包括两 类：一类是《公司法》加强股东对公司管理者的监控能力，前文所介绍的股东权保护的 各个方面都是此类机制，包括投票选举董事、重大事项由股东（大）会决议、股东查询 权等；另一类机制是《公司法》明确规定公司管理者的义务，直接约束其行为，以保护 公司和股东的整体利益。本节主要介绍后一类机制。

(二）公司董事、监事、高级管理人员的任职资格

公司董事、监事、高级管理人员是代表公司组织机构行使职权的人员，在公司中处于 重要地位，并依法具有法定的职权。因此，为了保证这类人员具有正确履行职责的能力与 条件，《公司法》规定了他们应当具有相应的资格。

对于谁是公司董事、监事的问题比较容易解决，因为这必须有股东（大）会选举产 生，有一定的提名和产生程序。但对于谁是公司的高级管理人员，则不是一个容易回答的 问题。《公司法》明确规定：“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”，从该规定来看，公司的总经理、副总 经理和财务负责人、上市公司董事会秘书都一定是公司的高级管理人员，除此之外，公司 章程中还可以规定其他人员也为公司的高级管理人员。

根据《公司法》的规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管 理人员：（1)无民事行为能力或者限制民事行为能力。无民事行为能力的人是指10周岁 以下的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人。限制民事行为能力的人是指10周岁以 上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人。（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5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《公司法》的上述规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的， 该选举、委派或者聘任无效。公司董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情 形的，公司应当解除其职务。 +

(三）公司董事、监事、高级管理人员的法定义务

《公司法》第一百四十七条的规定，公司董事、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。一般将公司管理者的义务区分为 忠实义务和勤勉义务。

1.忠实义务

所谓忠实义务，是指公司的管理层应当以公司或者整体股东的利益最大化为目标，不 得损害公司或者整体股东的利益，更不得在自身利益与公司利益或者股东整体利益相冲突 时偏向自身利益。忠实义务的违反往往发生在利益冲突的场合，或者发生在公司管理层为 了自身利益而侵害公司利益的情况下。《公司法》因此专门列举了一些常见的利益冲突情 况，明确规定了在这种情况下利益冲突的处理原则，包括：

公司董事、监事、高级管理人员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占 公司的财产。

公司董事、高级管理人员不得有下列行为：（1)挪用公司资金；（2)将公司资金以其 个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（3)违反公司章程的规定，未经股东会、股 东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（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，自营或者为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。公司董事、 高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。

从上述规定可以看出：（1)对公司董事和高级管理人员的忠实义务要求比较高，因 为他们负责公司的经营管理，监事一般不参与公司经营决策；（2)立法并未禁止所有存 在利益冲突的交易，某些类型的利益冲突交易不可避免，但必须遵守一定的程序。最主要

的是关联交易、篡夺公司机会和同业竞争。

董事、高级管理人员与本公司交易是典型的关联交易。公司在董事、高级管理人员的 控制之下与其本人交易，存在重大的利益冲突。但关联交易有时不可避免，甚至也并非一 定会对公司不利，因此立法并未全面禁止，而只是要求依照公司章程的规定进行，或者经 过股东会、股东大会的同意。《公司法》第一百二十五条更明确规定了在上市公司中，董 事与董事会决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，是为关联 交易的回避表决制度，不过目前立法仅限于上市公司。

篡夺公司机会和同业竞争，也是利益冲突明显的场合，但立法均未完全禁止，只是要 求必须经过公司股东会或者股东大致同意。这在一定程度上通过赋予股东监督的权利来保 护自己，相比全面禁止更适合复杂的商业环境。

2. 勤勉义务 I

所谓勤勉义务，是指公司管理者应当在执行公司职务时勤勉尽责。换句话说，就是在 执行职务时应当尽最大努力为公司或者股东的整体利益服务。这主要适用于不存在利益冲 突的场合。勤勉义务有两层的含义，一方面是积极的要求，即要求公司管理者勤勉尽责； 另一方面是消极的抗辩，是对公司管理者的一种保护，即公司管理者在勤勉尽责的情况 下，就尽到了职责，不能因为决策中潜藏的商业风险而追究其责任。换句话说，只要公司 管理者在决策时没有利益冲突，是在当时掌握的信息和认知条件下作出的诚实、善意的决 策，即使该决策事后被证明是失败的，也不能追究其责任。这一规则国外一般称之为 “商业判断规则”。这是因为商业经营充满了风险，不可能要求公司管理者永远决策正确， 不能以事后的判断来代替事前的决策，否则就没有人愿意承担商业经营的职责了。

勤勉义务适用于没有利益冲突的所有商业经营场合，立法很难总结出典型的适用勤勉 义务的情况加以规定。因此，和各国公司法一样，《公司法》对于勤勉义务的规定也只能 采用原则化的手段。除了对勤勉义务的原则要求外，《公司法》只能补充规定：公司应当 合法经营。公司董事、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。

公司管理层应当接受质询和监督。公司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公司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。

六、股东大会、股东会和董事会决议制度

公司的股东大会、股东会、董事会、监事会以作出决议的方式行使其权力。这里主要 讨论股东大会、股东会、董事会的决议制度。

(一）决议的法律特征

决议由决议机构成员的意思表示组成，属于一种法律行为。决议可以是全体成员一致 的意思表示，也可以是依特定表决规则形成的、反映部分成员（如半数以上成员或者代 表半数以上表决权的成员）意志的意思表示。决议之意思表示是针对决议机构作出的， 而不是针对其他发出表示的成员作出的。

决议依表决规则作出之时即告成立，无法定形式。《公司法》规定，无论有限公司还

是股份公司，其股东会或股东大会、董事会、监事会都应当对所议事项的决定作成“会 议记录”，由出席会议的人员签名。会议记录只是证明决议存在的书面证据，而非决议的 法定形式。换言之，即便没有合格的会议记录，其他证据（如决议过程的录像）也可以 证明会议作出了决议。当然，公司章程可以对决议的形式作出规定。

首先，决议对参与作出决议的人具有约束力，包括赞同的、弃权的和反对的决议参 加者。'例如，公司股东会会议多数表决权通过的决议事项，对投反对票的股东也有约束 力。其次，决议对决议机构成员或公司的全体股东具有约束力。例如，公司股东会的决议 对未出席会议也未参加表决的股东亦有约束力。再次，决议调整公司内部关系，而不是公 司与第三人之间的关系。要调整公司与第三人间的关系，须以公司名义同第三人成立法律 行为。

(二）股东大会、股东会或者董事会决议无效或者撤销之诉

公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公 司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起60日内，请求人民 法院撤销。

股东因此提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议

无效或者撤销该决议后T公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

对于此类诉讼，最高人民法院发布了指导案例号《李建军诉上海佳动力环保科技 有限公司公司决议撤销纠纷案》，予以解释。该案原告李建军为被告上海佳动力环保科技 有限么司（简称佳动力公司）的第一大股东(持股46%)，并兼任总经理。另外,葛某 和王某分别持股40%和14% ,葛某担任公司董事长。三位股东共同组成董事会。公司章 程规定：董事会行使包括聘任或者解聘公司经理等职权；董事会须由2/3以上的董事出席 方为有效，，董事会对所议事项作出的决定应由占全体股东2/3以上的董事表决通过方为有 :效。ZOO9年7月1S日；董事长葛某召集并主持董事会，三位董事均出会议形成了 “鉴于总经理李建军不经董事会同意私自动用公司资金在二级.市场炒股,造成巨大损失， 现免去其总经理职另，即H生.效”等内容的决议。该决议由葛某、王某及监事签名，李 瑰军未在该决议上签么？不久，李逮军提起诉讼，认为董事会决议所依据的事实和理由不 成立5请求法院依法撤销该董事会决议。 D

一审法院认同原告的诉请,宣布撤销被告佳动力公司的董事会决议。但二审法院在终 龟）:|丨决中文持上沂人佳动力公司、驳回了李建军的诉讼请求c 二屯法院认为,报据I公司法》相关规定，萤事会决议I 集程序违反法律、行政法规或公司章程;(2)表决方式违反法律、行政法规或公司章程； 1(3)决议内容违反公司章程。从召集程序看，佳动力公司$2009年^月18日召开的董事 :会由董事长葛某召集，三位董事均出席董事会，未违反法彳夂、行政法规或公司章程的规 定。从表决方式看，根据佳动力公司章程规定，对所议事项^出的决定应由占全体股东 b/3以上的董事表决通过方为有效，上述董事会决议由三位股东（離董事）中的两名表决 N过，故在表决方式上未违反法律、行政法规或公司章程的规舍。k决议内容看,佳动力 公司章程规定董事会有权解聘公司经理，董事会决议内容中“总经:理李建军不经董事会 同意私自动用公司资金在二级市场炒股，造成巨大损失”的陈述，仅是董事会解聘李建 军总经理职务的原因，而解聘李建军总经理职务的决议内容本身并不违反公司章程。

二审法院认为，董事会决议解聘李建军总经理职务的原因如果不存在，并不导致董 事会决议撤销。首先，《公司法》尊重公司自治，公司内部法律关系原则上由公司自治机 制调整，司法机关原则上不介入公司内部事务；其次，佳动力公司的章程中未对董事会解 聘公司经理的职权作出限制，并未规定董事会解聘公司经理必须要有一定原因，该章程内 容未违反《公司法》的强制性规定，应认定有效，因此，佳动力公司董事会可以行使公 司章程赋予的权力作出解聘公司经理的决定。故法院应当尊重公司自治，无需审查佳动力 公司董事会解聘公司经理的原因是否存在，即无需审查决议所依据的事实是否属实，理由 是否成立。

第二节股份有限公司

股份有限公司，简称股份公司，是指全部资本分成等额股份，股东以其认购的股份为 限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。现代公司的典型形态

就是所有权和经营权相分离的股份公司，第一节所述么司五项基本特征iiv全面体现在揋份 有限公司之中。 .;-

—、股份有限公司的设W\_

(一）设立条件： ' 泣:奪

根据《公司法》的有关规定，设立股份有限公司，应当具备下列条件：（〗）发起人 符台?法定人数；(2)有符合公司章程规定的全体发起人ik购的股本总额或苕捧?的实丨丨女 股本总颔；(3).股份发行、筹办事项符合法律规定;(4)发起人制订公别章程，采用葬 集方式设立的经创立大会讪过；(:?丨、-II公丨丨:1丨彳孙!!'■ i/.nnmfjwi附公..Iii^i!.…、⑷. 构；（6)有公司住所。 丨

1. 发起人辱件 …二寫

根据《公司法》规定，发起人为2 A以上200人以下，其中须有半数以上的发起人在中

国境内有住所。股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议，明确 各自在公司设立过择中的权利和义务。法律上对于发起人并无定义，《公司法解释三》规 定：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5应 当认定为公司的发起人，可见nkin 公mu、/:叹丨;\_': ^

2. 财产条件■寿

(1) 注册资本 1| 賢論議

《公司法》规定5股份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 记的全体发起人认购辦股^总额；股份公司采取募集设立方式设立的，注册资本为在公司丨 登记机关登记的实收肢本总额。换句话说，除非采取募集设立方式设立，股份公司在设立丨 时股东不需要缴纳任何出务，只需要全体发起人认购的股本总额达到公司章程规定的标淮

即可。

2013年《公司法》修改，取消了对股份公司最低注册资本的要求，但如果其他法律、 行政法规以及国务院决定对股份公司注册资本实缴、注册资本最低限额另有规定的，从其 规定。例如，《商业银行法》、《保险法》分别对商业银行和保险公司规定了最低注册资本 要求，而且要求发起人必须在设立时实缴出资。

公司的注册资本由公司章程规定，登记机关按照公司章程规定予以登记。公司注册资 本发生变化，应当修改公司章程并向公司登记机关依法申请办理变更登记。

(2)缴纳注册资本的方式和期限。

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 人认购的股本总额。至于发起人何时缴纳出资，法律则没有任何规定，完全交由公司章程 规定。因此，股份公司可以按照公司业务发展计划对资金的需求，在公司章程中列明各个 发起人缴纳出资的期限和顺序。《公司法》只是规定：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设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本 总额。这意味着：以募集设立方式设立的股份公司，股东必须在设立时缴纳全部出资。另 外，《公司法》还规定，以募集设立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%;但法律、行政法规另有规定的，从其规定。

股东出资额或者发起人认购股份、出资时间及方式由公司章程规定。发生变化的，应 当修改公司章程并向公司登记机关依法申请办理公司章程或者公司章程修正案备案。

3. 出资

参见第一节“公司设立与股东出资制度”的相关内容。

4. 组织条件 '

组织条件包括公司名称、住所、章程以及依法建立的组织机构等。股份有限公司的设 立需要有相应的名称、?住所，必须在名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。同时， 需要建立相应的组织机构，且股份发行、筹办事项符合法律规定等，这些内容在本节相关 部分予以说明。

股份有限公司的发起人应当制订公司章程，采用募集方式设立的须经创立大会通过。 公司章程是由设立公司的股东共同制定，对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有 约束力的调整公司内部关系和经营行为的公司规范性文件。公司章程是公司设立的必备条 件之一，也是一个体现公司自治规则和自治手段的文件；公司法中任意性的规定，主要授 权由公司章程规定；此外，公司章程是一个公开性的文件，其记载的内容都是公开的，股 东、债权人以及有关人士可通过不同的途径进行查阅。

(1) 公司章程的制定和修改。

根据我国《公司法》的规定，股份有限公司的发起人应当制订公司章程，采用募集 方式设立的须经创立大会通过。公司章程的修改必须经过股东大会，并且应当经过出席会 议的代表2/3以上表决权的股东通过。

(2) 公司章程的内容。

公司章程记载内容分为三类，即绝对必要记载事项、相对必要记载事项、选择性记载 事项或任意记载事项。绝对必要记载事项，是公司立法规定章程必须具备的内容，如有缺

少便导致章程无效。相对必要记载事项，是公司立法规定应当在章程中载明的内容，但如 未加载明，可由法律规定推定其内容，不影响整个章程的效力。选择性记载事项或任意记 载事项，是公司立法无强制记载规定，股东认为应当记载于章程之中的内容。

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、出资方式和出资时间；⑥董事会的组成、职权、任期和议事规则；⑦公司法定代表 人；⑧监事会的组成、职权、任期和议事规则；⑨公司利润分配办法；⑩公司的解散事由 与清算办法；?公司的通知和公告办法；?股东大会会议认为需要规定的其他事项。此 外，上市公司应在其公司章程中规定股东大会的召开和表决程序，包括通知、登记、提案 的审议、投票、计票、表决结果的宣布、会议决议的形成、会议记录及其签署、公告等， 还应在公司章程中规定股东大会对董事会的授权原则，授权内容应明确具体。

(二）设立方式

根据我国《公司法》规定，股份有限公司可以采取发起设立或者募集设立方式设立。 发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。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。在发起设立方式下，发起人认缴全部出资后，按照公司章程的规定缴纳出资额；在募 集设立方式下，发起人以及认购人应当一次缴纳出资额。

(三）设立程序

根据股份有限公司设立方式的不同，程序略有不同，即公开募集设立还需要经过向社 会公开招募股份等相关程序，其他程序与发起设立方式相同。但是，根据实际情况，公开 募集设立方式较少适用。

1. 签订发起人协议。该协议包括各个发起人的基本情况、认缴股份数额、认缴股份 方式等发起设立股份有限公司过程中的相关权利义务。

2. 报经有关部门批准。这主要是涉及依据法律、行政法规规定设立公司必须报经批 准的，应当在公司登记前依法办理批准手续。这主要是前置审批方面的内容。除了法律、 行政法规有特别规定的外，设立股份公司不需要经过特别批准，可以直接向企业登记机关 注册设立。

3. 申请名称预先核准，制订公司章程。

4. 认购股份。以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当书面认足公司章程 规定其认购的股份。以非货币财产出资的，应多依法办理其财产权的转移手续。公开募集 设立股份有限公司的认购股份程序较为严格，应先经过国务院证券监督管理机构核准；.公 开信息，发布招股说明书和财务会计报告等信息；由证券经营机构承销股票；与银行签订 收股款协议；认购人缴纳股款并获得缴款证明；验资机构验资等。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。

5. 选举董事会和监事会，由董事会依法向公司登记机关申请设立登记。发起设立方 式设立公司的，发起人首次缴纳出资后，应当选举董事会和监事会，由董事会依法向公司 登记机关申请设立登记。募集设立方式设立公司的，发起人应当在足额缴纳股款、验资证 明出具之日后30日内召开公司创立大会。发起人应当在创立大会召开15日前将会议日期

通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席， 方可举行。

创立大会行使下列职权：（1)审议发起人关于公司筹办情况的报告；（2)通过公司 章程；（3)选举董事会成员；（4)选举监事会成员；（5)对公司的设立费用进行审核；

(6)对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；.(7)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过半数通过。

董事会应于创立大会结束后30日内，依法向公司登记机关申请设立登记。

6. 发行股票。股份有限公司成立后，即向股东正式交付股票，公司成立前不得向股 东交付股票，公司发行的股票，可以为记名股票也可以为无记名股票。公司向发起人、法 人发行的股票，应当为记名股票。公司发行记名股票的，应当置备股东名册，记载下列事 项：（1)股东的姓名或名称及住所；（2)各股东所持股份数；（3)各股东所持股票的编 号；（4)各股东取得股份的日期。公司发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、 编号及发行日期。

7. 公告。公告登记的内容应当与登记机关核准登记的内容一致。

(四）公司设立阶段的合同责任

在公司设立过程中，发起人承担公司筹办事务，需要对外订立合同，那么，该合同责

任是由公司承担，还是由发起人承担？《公司法解释三》对此专门作了明确规定，具体分

以下情形；

i. 发起人为设立公司以自己名义订立的合同，对相对人而言，合同中载明的主体是 .发起所以原则上应当由发起人承担合同责任。但是，公司成立后，对以发起人名义订 其的合同予以确认，或者已经实际享有合同权利或者履行合同义务,合同相对人请求公司 亟丨u合间赍仕的.人民,法院应7支持

,.发起人以设立中公司名V对外订立合同,公w]成立后合同相对人请求公司承担& 同责任的5人民法院应予支持。但是，如果公司有证据证明发起人是为自己利益而签订该 舍同，且合同相对人对此是明知的，该合同责任则不应当由成立后的公司承担，而应由发 起人承担。然而,如果合同相对人不知道发起人是为自己利益而订立合同，即为善意，则 扔应由公司承担合同责任。

；二、股份有限公司的组织机构

公司组织机构是代表公司活动，行使相应职权的权力机关、决策机关、监督机关和执 |行机关所组成的公司机关。公司组织机构是公司法规定的，具有强制性，也是公司得以设 k的必要条件。股份有限公司的组织机构包括股东大会、董事会、监事会及高级管理人 too根据《公司法》的规定，高级管理人员，是指公司的经理、副经理' 财务负责人、 ^市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。 '

\ (一）股东大会 丨1.职权

! 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 根据《公司法》第三十七条的规定，股东大会的职权包括：

(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。

根据上市公司章程指引的有关要求，上市公司股东大会还有以下职权：对公司聘用、 解聘会计师事务所作出决议；审议公司在一年内购买、出售重大资产超过公司最近一期经 审计总资产30%的事项；审议批准变更募集资金用途事项；审议股权激励计划；审议批 准下列对外担保行为：（1)本公司及本公司控股子公司的对外担保总额，达到或超过最 近一期经审计净资产的50%以后提供的任何担保；（2)公司的对外担保总额，达到或超 过最近一期经审计总资产的30%以后提供的任何担保；（3)为资产负债率超过70%的担 保对象提供的担保;(4)单笔担保额超过最近一期经审计净资产10%的担保；(5)对股: 东、实际控制人及其关联方提供的担保。

2. 股东大会会议形式

股东大会分为年会与临时大会。股东大会年会应当每年召开一次。上市公司的年度股 东大会应当于上一会计年度结束后的6个月内举行。

有下列情形之一的，应当在两个月内召开临时股东大会：（1)董事人数不足《公\_ 法》规定人数或者公司章程所定人数的2/3时；（2)公司未弥补的亏损达实收股本总额| 1/3时；（3)单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求时；（4)董事会认为必要i 时；（5)监事会提议召开时；（6)公司章程规定的其他情形。 \

3. 股东大会会议的召集 !

股东大会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董調

民主持；副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。董事丨 会不能或者不履行召集股东大会会议职责的,监事会应当及时召集和主持；监事会不召集 和主持的，连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和 主持。 !

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s应丨 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。 \

上市公司应在保证股东大会合法、有效的前提下，通过各种方式和途径，包括充分运 用现代信息技术手段，扩大股东参与股东大会的比例。股东大会时间、地点的选择应有利 于让尽可能多的股东参加会议。 \

单独或者合计持有公司3%以上股份的股东5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两日内通知其他股东，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。股东大会不得对向股东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。

4. 股东大会会议的表决和决议事项

股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。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。公司持有 的本公司股份没有表决权。上市公司董事会、独立董事和符合有关条件的股东可向上市公 司股东征集其在股东大会上的投票权。投票权征集应采取无偿的方式进行，并应向被征集 人充分披露信息。

股东大会决议的事项分为普通事项与特别事项两类。股东大会对普通事项作出决议， 必须经出席会议的股东所持表决权过半数通过。股东大会对修改公司章程、增加或者减少 注册资本，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的特别事项作出决议，必须经出 席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。需要注意的是：《公司法》未规定出席股东大 会的最低人数和持股比例要求，因此只要满足了提前通知的程序要求，只要有一名股东出 席，持有无论多少比例的股权，该股东大会的召开都是有效的。

5. 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，每一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。累积投票制的实施有利于中小股东 按照其持股比例选举代表进人公司管理层，参与董事会的活动，保护其利益。

根据《上市公司治理准则》的规定，控股股东控股比例在30%以上的上市公司，应当 采用累积投票制。采用累积投票制度的上市公司应在公司章程里规定该制度的实施细则。

其他股份有限公司也可以依据公司章程的规定或者股东大会的决议，实行累积投票制。

6. 记录

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。

上市公司召开股东大会，还应当,遵守中国证监会发布的《上市公司股东大会规则》。

(二）董事会 ?

1-董事会的概念

董事会是依法由股东大会选举产生的董事组成，代表公司并行使经营决策的常设机 关。董事会是公司的决策机关。

2. 董事会成员的组成

股份有限公司董事会的成员为5至19人。董事应当遵守前述有关董事义务的规定。 董事由股东大会选举产生。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。上市公司应在其公司章 程中规定规范、透明的董事选聘程序，保证董事选聘公开、公平、公正、独立。上市公司 应和董事签订聘任合同，明确公司和董事之间的权利义务、董事的任期、董事违反法律法 规和公司章程的责任以及公司因故提前解除合同的补偿等内容。

3. 董事的任期

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。 董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的，在改选 出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

4. 董事会职权 ^

董事会对股东大会负责，行使下列职权：（1)召集股东大会会议，并向股东大会报 告工作；（2)执行股东大会的决议；（3)决定公司的经营计划和投资方案；（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。

5..董事会机构设置

董事会设董事长一人，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。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，董事长不能或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能或者 不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事履行职务。

上市公司董事会可以按照股东大会的有关决议，设立战略、审计、提名、薪酬与考核 等专门委员会。专门委员会成员全部由董事组成，其中审计委员会、提名委员会、薪剛与 考核委员会中独立董事应占多数并担任召集人 > 审计委员会中至少应有--名独立董事是会 计专业人士。 . 、Y':):

6. 董事会会议的召开

董事会每年度至少召开两次会议5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1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或者监事会，可以提议召开董事会临 时会议..敢事K：应当接到提议后10 H内，召集和主持董事会会议。董事会召幵临时会 议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

董事会会议应有H、r Yi的丨Ti- 'ji Ml 席 If |'[ :i'; f J-丨'丨丨 1.出 ik iX 必1-. H' .'k t,的.L[ T: 数通过。董事会决议的表决实行一人一票。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。

7. 记录./議議震囊襲議

董事会应当刈im i义1丨:项的;H做收说|U\_.出'.V； 9 H的.'iV '|i ik、丨1 ^ r( ii.1I 签名。董事应尚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nUu 'v7\_严'k的,%丨;,人丨U的取.丨i. M公I -J in骀岱-；'■ f I：丨I丨 证明在表决时曾表明异议卟id狀\\-|V ；;

(三）经营管理机关

1. 经营管理机关的慨念

经营管理机关是指由董事会聘任的，负责公荀日常经营管理活动的公司常设业务执行 机关。这是指公司的经理。与董事会、监事会不同的是，经理不是以会议形式形成决议的 机关，而是以自己最终意志为准的执行机关。

2. 经理的职权，?――\_

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘，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：（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。经理列席董事会会议。

为保证上市公司与控股股东在人员、资产、财务上严格分开，上市公司的总经理必须 专职，总经理在集团等控股股东单位不得担任除董事以外的其他职务。

公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。公司不 得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款。上市公司总经理及高层管 理人员（副总经理、财务主管和董事会秘书）必须在上市公司领薪，不得由控股股东代 发薪水。

(四）监事会

1. 监事会的概念

监事会是由依法产生的监事组成，对董事和经理的经营管理行为及公司财务进行监督 的常设机构。它代表全体股东对公司经营管理进行监督，行使监督职能，是公司的监督 机构。

2. 监事会成员的组成

股份有限公司监事会的成员不得少于3人。监事会应当包括股东代表和适当比例的公 司职工代表，其中职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定。监事会中的. 职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。董事、高 级管理人员不得兼任监事。上市公司的监事应具有法律、会计等方面的专业知识或工作经 验，监事会的人员和结构应确保监事会能够独立有效地行使对董事、经理和其他高级管理 人员及公司财务的监督和检查。

3. 监事会机构设置

监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产 生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能或者不履行职务的，由监事会副 主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能或者不履行职务的，由半数以上监事共同 推举一名监事召集和主持监事会会议。

4. 监事会职权和监事任期

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。

监事会行使下列职权：（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)提议召开临时股东大会会议，在董事会不履行法律规定的 召集和主持股东大会会议职责时召集和主持股东大会会议；（5)向股东大会会议提出提 案；（6)依照《公司法》第一百五十一条的规定，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。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。

监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

此外，监事会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。

5.监事会会议的召开

股份有限公司监事会每6个月至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会 议。监事会的议事方式和表决程序，除法律有规定的外，由公司章程规定。上市公司应在 公司章程中规定规范的监事会议事规则。监事会会议应严格按规定程序进行。监事会应当 对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

(五）上市公司组织机构的特别规定

当股份公司公开发行股票，并且其股票在证券交易所上市交易时，这种公司一般被称 为上市公司。上市公司因为股份由社会公众持有，股东人数众多，《公司法》对其组织机 构有特别规定。根据《公司法》以及有关规定，上市公司组织机构与活动原则的特别规 定主要有以下内容：

1. 增加股东大会特别决议事项。上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金 额超过公司资产总额30%的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决 权的2/3以上通过。

2. 上市公司设立独立董事。具体制度在下一部分介绍。

3. 上市公司设立董事会秘书，负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以 及公司股权管理，办理信息披露事务等事宜。董事会秘书是上市公司高级管理人员。

4. 增设关联关系董事的表决权排除制度。上市公司董事与董事会会议决议事项所涉 及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。 该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联 关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的，应将该事项提交上 市公司股东大会审议。

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

三、上市公司独立董事制度

《公司法》要求上市公司设独立董事，中国证监会具体要求上市公司董事会成员中应 当至少1/3为独立董事。

(一）独立董事的概念

独立董事是指不在公司担任除董事之外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主 要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。独立董事对上市公司及全体股 东负有诚信与勤勉义务，应当认真履行职责，维护公司整体利益，尤其要关注中小股东的 合法权益不受损害。独立董事应当独立履行职责，不受上市公司主要股东、实际控制人或

者其他与上市公司存在利害关系的单位或个人的影响。

(二）独立董事的任职条件

根据中国证监会于2001年8月16日发布《关于在上市公司建立独立董事制度的指导意 见》的规定，担任独立董事应当符合以下基本条件：（1)根据法律、行政法规及其他有关 规定，具备担任上市公司董事的资格；（2)具有立法与有关规定要求的独立性；（3)具 备上市公司运作的基本知识，熟悉相关法律、行政法规、规章及规则；（4)具有5年以 上法律、经济或者其他履行独立董事职责所必需的工作经验；（5)公司章程规定的其他 条件。

下列人员不得担任独立董事：（1)在上市公司或者其附属企业任职的人员及其直系 亲属、主要社会关系（直系亲属是指配偶、父母、子女等；主要社会关系是指兄弟姐妹、 岳父母、儿媳女婿、兄弟姐妹的配偶、配偶的兄弟姐妹等）；(2)直接或间接持有上市公 司已发行股份1%以上或者是上市公司前十名股东中的自然人股东及其直系亲属；（3)在 直接或间接持有上市公司已发行股份5%以上的股东单位或者在上市公司前五名股东单位 任职的人员及其直系亲属；（4)最近一年内曾经具有前三项所列举情形的人员；（5)为 上市公司或者其附属企业提供财务、法律、咨询等服务的人员；（6)公司章程规定的其 他人员；（7)中国证监会认定的其他人员。

(三）独立董事的提名

根据中国证监会的规定，上市公司董事会、监事会、单独或者合并持有上市公司已发

行股份以上的股东可以提出独立董事候选人5并经股东大会选举决定。

(四）独立董事的任期

独立董事任期与该上市公司其他董事任期相同,任期届满，连选可以连任，但是连任

时间不得超过6年。

(五）独立董事的特别职权

i'll'!■： 1 丨除 J-V： 11, fi. ifv -If 的 i\i\H 外 ? ,i± 丨,V::丨 1 以卜\_ W 別职权-(1)重大关联交易 丨:IK I.IM公丨丨.丨丨以'-J t收人込成的总J.. ：?()() /|\_元成“ j:丨.?丨丨丨公nlAi近经审计净资产值的 的关联全易）应由独立萤鄯认可后,提交萤事会丨寸论；独立遨事作出判断前，可以聘 丨?丨丨i?中m^Hifnj.mfim判丨祈的m ().)糾董事.会提议聘用或解聘 d?帅m (川丨I:临丨丨、1\_股尔人会：；⑷捉汶./彳汗会；（5)独立 啤 ii'i 外 n!''…i i-flL i-Ai f丨! i(i| 丨扎构:(6) Ilf IV、fV:股 /k -k 丨inf 公 JT- t.-j W ^ 111：化投票权。独 V I'.iPIUUdIM!丨1>阼迚、VH的1/>以I'M点如.丨：述提汶农被采纳或上述

职松彳、冶hlif公“剛U )<mt H.V、彼渑如果丨：1丨丨公nJViV -jiO卜'设薪酬、审 H'提名等委员会的,独立遷事应尚在委员会成员中占行1/2以上的比例,，

I?述w別职权卟.迚付I-iii■公n的以下重大节项丨丨彳籤事会或股东大 会发表独.C':意见：())提名、任免蓝事；（2)聘任或解聘高级管埋人员；（3)公司董 ■h.' N^^rVJ'l1 K ；■]；!!'：⑷1:1丨/公，(1的收仏、H泣制人枝丨!； 1狀企、1丨'对上市公司

外丫丨)々邙穴'丨..的总j--.UH)"心u r- hi丨丨公中？丨-ri’iw产丨i'i?的的借款或其 他％公[!： '；■ I、)、及0丨丨丨j丄农取■{]效沿沲丨丨丨丨收欠款：(3 )政、’/ -'K 1i: f人为可能损害中小股 东权益的硐项:，(6)公司章程规定的其他事项,:，独立董事应当就上述事项发表以下几类 意见之一：同意；保留意见及其理由；反对意见及其理由;无法发表意见及其障碍。如有

关事项属于需要披露的事项，上市公司应当将独立董事的意见予以公告，独立董事出现意 见分歧无法达成一致时，董事会应将各独立董事的意见分别披露。

(六）独立董事的撤换和辞职

独立董事应当积极履行职责，如果连续3次未亲自出席董事会会议，应由董事会提请 股东大会予以撤换。除出现上述情况及《公司法》中规定的不得担任董事的情形外，独 立董事在任期届满前不得无故被免职。提前免职的，上市公司应将其作为特别披露事项予 以披露，被免职的独立董事认为公司的免职理由不当的，可以作出公开的声明。

独立董事在任期届满前可以提出辞职。独立董事辞职应向董事会提交书面辞职报告， 对任何与其辞职有关或其认为有必要引起公司股东和债权人注意的情况进行说明。如因独 立董事辞职导致公司董事会中独立董事所占的比例低于规定的最低要求时，该独立董事的 辞职报告应当在下任独立董事填补其缺额后生效。

四、股份有限公司的股份发行和转让

(一）股份的概念和特征

股份有限公司最大的特征就是公司的资本被划分为股份，每一股的金额相等。同时， 公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

股份依据不同的分类方法，可分为不同的种类：

1.依股东的权利、义务不同，股份可分为普通股和优先股。普通股就是代表一般股 权的股份，每一股有一个投票权，按持股比例分享收益。优先股则是相对普通股而言享有 优先权的股份。一般而言，优先股的优先可以表现在两个方面：利润分配权的优先和清算 分配权的优先。相应的优先股在公司经营管理上一般就不再享有表决权。《公司法》规 定：“国务院可以对公司发行本法规定以外的其他种类的股份，另行作出规定。” 2013年 11月30日，国务脘发布《关于开展优先股试点的指导意见》（国发〔2013〕46号，以下; 简称《指导意见》），对开展优先股试点作出了规定。

在试点阶段，只有上市公司和非上市公众公司可以发行优先股，其中只有上市公司可 以公开发行优先股。在发行条件上，《指导意见》规定，公司已发行的优先股不得超过普 通股股份总数的50% ,且筹资金额不得超过发行前净资产的50%。

优先股股东的权利主要是优先分配利润和剩余财产。在利润分配上，优先股股东按照 约定的票面股息率，优先于普通股股东分配公司利润。公司应当以现金的形式向优先股胶 东支付股息，在完全支付约定的股息之前，不得向普通股股东分配利润。优先股股东的利丨 润分配优先权也可以采取多种形式，应当在公.司章程中作出明确规定。《指导意见》规 定：公司应当在公司章程中明确以下事项：（1)优先股股息率是采用周定股息率还是浮 动股息率，并相应明确固定股息率水平或浮动股息率计算方法。（2)公司在有可分配税 后利润的情况下是否必须分配利润。(3)如果公司因本会计年度可分配利润不足而未向丨 优先股股东足额派发股息，差额部分是否累积到下一会计年度。(4)优先股股东按照约 定的股息率分配股息后，是否有权同普通股股东一起参加剩余利润分配。(5)优先股利 润分配涉及的其他事项。

当公司因解散、破产等原因进行清算时，公司财产在按照公司法和破产法有关规定进丨 行清偿后的剩余财产，应当优先向优先股股东支付未派发的股息和公司章程约定的清算金

额，不足以支付的按照优先股股东持股比例分配。

优先股股东在享受优先权的同时，参与公司决策管理的权利受到限制。《指导意见》规 定：除以下情况外，优先股股东不出席股东大会会议，所持股份没有表决权：（1)修改公 司章程中与优先股相关的内容；（2) —次或累计减少公司注册资本超过10% ; (3)公司 合并、分立、解散或变更公司形式；（4)发行优先股；（5)公司章程规定的其他情形。 上述事项的决议，除须经出席会议的普通股股东（含表决权恢复的优先股股东）所持表 决权的2/3以上通过之外，还须经出席会议的优先股股东（不含表决权恢复的优先股股 东）所持表决权的2/3以上通过。

不过，公司累计3个会计年度或连续2个会计年度未按约定支付优先股股息的，优先 股股东有权出席股东大会，每股优先股股份享有公司章程规定的表决权。对于股息可累积 到下一会计年度的优先股，表决权恢复直至公司全额支付所欠股息。对于股息不可累积的 优先股，表决权恢复直至公司全额支付当年股息。公司章程可规定优先股表决权恢复的其 他情形。

公司还可以在公司章程中规定优先股转换为普通股、发行人回购优先股的条件、价格 和比例。转换选择权或回购选择权可规定由发行人或优先股股东行使。发行人要求回购优 先股的，必须完全支付所欠股息，但商业银行发行优先股补充资本的除外。优先股回购后 相应减记发行在外的优先股股份总数。

需要注意的是：优先股的出现可能导致《公司法》相关条款在适用上出现问题，例 如《公司法》中相关条件要求计算持股比例时，优先股能否计人，就成为一个问题。《指 导意见》对此明确规定：以下事项计算持股比例时，仅计算普通股和表决权恢复的优先 股：（1)根据《公司法》第一百条，请求召开临时股东大会；（2)根据《公司法》第一 百零一条，召集和主持股东大会；（3)根据《公司法》第一百零二条，提交股东大会临 时提案；（4)根据《公司法》第二百一十六条，认定控股股东。

2. 按投资主体的性质不同，股份分为国有股份和非国有股份。在股权分置改革完成 之后，将不再存在流通股与非流通股的区别，但国有股份的转让必须遵守国有资产管理方 面的特别规定。

3. 按投资者是以人民币认购和买卖还是以外币认购和买卖股票划分，股份可分为内 资股和外资股。内资股一般是由境内人士或机构以人民币认购和买卖的股票；外资股一般 是以外币认购和买卖的股票。外资股有境内上市外资股即B股和境外上市外资股。境外 上市外资股一般以境外上市地的英文名称中的第一个字母命名，如在香港上市的H股， 在纽约上市的N股，在新加坡上市的S股等。

4. 按票面上是否记载股东的姓名或名称，股票可分为记名股票和无记名股票。根据我 国《公司法》以及有关规定，公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票，应 当为记名股票，并应当记载该发起人、机构或者法人名称，不得另立户名或者以代表人姓名 记名；境外上市的外资股也应采取记名股票的形式；公司向社会公众发行的股票可以记名， 也可以不记名。公司发行记名股票的，应当置备股东名册，记载下列事项：（1)股东的姓 名或者名称及住所；（2)各股东所持股份数；（3)各股东所持股票的编号；（4)各股东 取得股份的日期。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。

5. 按照股票票面是否记载一定金额，股票可分为面额股和无面额股。面额股是指在

股票票面表示一定金额的股票；无面额股是指股票票面不表示一定金额，只表示其占公司 资本总额一定比例的股份。我国目前不存在无面额股。根据《公司法》的规定，股票发 行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。因为低于票面金额 发行股票，违背资本充实原则，使股票发行募集的资金低于公司相应的注册资本数额，出 现资本虚增，会影响交易安全，危及债权人的利益。

(二）股份的形式和记载的内容

股份采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。纸面形式的股票应 当载明下列主要事项：（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。股票由法定代表人签名，公司盖章。股份有限公司成 立后，即向股东正式交付股票。公司成立前不得向股东交付股票。

但目前我国上市公司股份的发行、交易均巳通过计算机采用电子信息等无纸化方式进 行。股东持有的股票登记在证券登记结算机构的账户中，证券登记结算机构应当根据证券 登记结算的结果，确认股票持有人持有股票的事实。

(三）股份的发行

股份公司设立时的股份发行，被称为设立发行，此后的股份发行，被称为新股发行， 实际上相当于股份公司增资。 ’

股份发行应当实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。同次发 行的同种类股份，每股的发行条件和价格应当相同；任何单位或者个人所认购的股份，每 股应当支付相同价额。

公司发行新股，依照公司章程的规定由股东大会或者董事会对下列事项作出决议：

(1)新股种类及数额；（2)新股发行价格；（3)新股发行的起止日期；（4)向原有股东 发行新股的种类及数额。

公司经国务院证券监督管理机构核准公开发行新股时，必须公告新股招股说明书和财务 会计报告，并制作认股书。公司公开发行新股应当由依法设立的证券公司承销，签订承销协 议，并同银行签订代收股款协议。公司发行新股，可以根据公司经营情况和财务状况，确定 其作价方案。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。

股份的公开发行需要经过证券监督管理机构的核准，必须符合法定的条件和程序，具 体内容将在本书证券法律制度中进行介绍。

(四）股份的转让

1.股份转让的限制

股份有限公司的股份以自由转让为原则，以法律限制为例外。具体限制如下：

(1) 转让场所的限制。根据《公司法》的规定，股东持有的股份可以依法转让。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。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。

(2) 发起人转让股份的限制。根据《公司法》的规定，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。因司法强制执行、继承、遗赠、依法分割财产等导致 股份变动的除外。

(3) 非公开发行股份转让的限制。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。因司法强制执行、继承、遗赠、依法分割

财产等导致股份变动的除外。

(4) 董事、监事、高级管理人员转让股份的限制。根据《公司法》和《上市公司董 事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动管理规则》的规定，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25% ；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；但是 因司法强制执行、继承、遗赠、依法分割财产等导致股份变动的除外。上市公司董事、监 事和高级管理人员所持股份不超过1 000股的，可一次全部转让，不受上述转让比例的限 制。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他 限制性规定。

上市公司董事、监事和高级管理人员在下列期间不得买卖本公司股份：①上市公司定 期报告公告前30日内；②上市公司业绩预告、业绩快报公告前10日内；③自可能对本公 司股票交易价格产生重大影响的重大事项发生之日或在决策过程中，至依法披露后2个交 易日内；④证券交易所规定的其他期间。

(5) 公司收购自身股份的限制。根据《公司法》的规定，公司不得收购本公司股份， 但有下列情形之一的除外：①减少公司注册资本；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,大会作出的公司合并、分立决议持异议，要 求公司收购其股份的。公司因上述第①项至第③项的原因收购本公司股份的，应当经股东 大会决议。公司收购本公司股份后，属于第①项情形的，应当自收购之日起10日内注销； 属于第②项、第④项情形的，应当在6个月内转让或者注销。公司依照第③项规定收购的 本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的5%;用于收购的资金应当从公司的税后 利润中支付；所收购的股份应当在1年内转让给职工。

(6) 股票质押的限制。为防止变相违规收购本公司股份，《公司法》规定，公司不得 接受本公司的股票作为质押权的标的。

2-股票转让的方式

(1)记名股票转让。根据《公司法》的规定，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。股东大会召开前20日内或者公司决定分配股利的基准日前5日内，不得进行 般东名册的变更登记，但法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的，从其规定。 i (2)无记名股票的转让。根据《公司法》的有关规定，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)上市公司股票的转让。根据《公司法》的规定,上市公司的股票，依照有关法 \_、行政法规及证券交易所交易规则上市交易。 丨

3.记名股票被盗、遗失或者灭失的处理

记名股票被盗、遗失或者灭失，股东可以依照《民事诉讼法》规定的公示催告程序， 请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后，股东可以向公司申请补发

股票。 .—

―、有限责任公司的设立

(一' )设AL条件 '

根据《公司法》的有关规定，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；（2)有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额；（3)股东共同制定公 司章程；（4)有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；（5)有公司住所。

1. 股东人数

我国《公司法》规定有限责任公司由50个以下股东出资设立，允许设立一人公司。 同时，出资设立公司的股东还要符合相应的资格条件。

2. 财产条件

2013年修改后，《公司法》取消了对有限责任公司最低注册资本的要求，也取消了对 于缴纳出资的法定期限要求。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。除了法律、行政法规以及国务院决定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外，公司法没有规定有限责任公司的最低注册资本限额和出资 期限。

《公司法》对有限责任公司出资形式、缴纳方式和股东的出资义务与责任，参见本章 第一节“出资制度”的相关内容。

3. 组织条件

(1) 公司章程的制定和修改。根据我国《公司法》的规定，设立有限责任公司必须 由股东共同依法制定公司章程，一人有限责任公司公司章程由股东制定。但是，根据 《公司法》的有关规爱，y国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会 制订报国有资产监督管理机构批准。公司章程制定之后，股东应当在公司章程上签名、

至音 JUL o

根据《公司法》的规定，公司章程的修改必须经过股东会，并且应当经过代表2/3| 以上表决权的股东通过。:

(2) 公司章程的内容。根据《公司法》的规定，有限责任公司章程应当载明下列事 项：①公司名称和住所；②公哥经营范围；③公司注册资本；④股东的姓名或者名称r:

⑤股东的出:寶方式、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公司法迨代\_人广⑧股东会会议认为需要规定的其他事项。

(二）设邊程序'’

有限责任公阇的设立程序与前述股份有限公司的设立登记部分说明的内容基本相同。 这里仅就公司设立登记歲的有关内容作一些补充说明。

1.公告

登记主管机关核推登记后，应当发布公司登记公告。公告内容一般包括公司名称、住

所、法人代表、公司类型、注册资本、经营范围和经营方式、注册号等。公告后，公司设 立程序即为完成。公司登记的事项可以对抗第三人。公司未经登记的事项，不得对抗第 三人。

2. 出资证明书

有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。出资证明书是确认股东出资的凭 证，应当载明下列事项：（1)公司名称；（2)公司成立日期；（3)公司注册资本；（4)股 东的姓名或者名称、缴纳的出资额和出资日期；（5)出资证明书的编号和核发日期。出资 证明书由公司盖章。

根据《公司法解释三》的规定，当事人依法履行出资义务或者依法继受取得股权后， 公司未根据公司法的规定签发出资证明书、记载于股东名册并办理公司登记机关登记，当 事人请求公司履行上述义务的，人民法院应予支持。

3, 股东名册

有限责任公司应当置备股东名册。股东名册是公司为记载股东情况及其出资事项而设 置的簿册，应记载下列事项：（1)股东的姓名或者名称及住所；（2)股东的出资额；

(3)出资证明书编号。记载于股东名册的股东，可以依股东名册主张行使股东权利。

二、有限责任公司的组织机构

有限责任公司的组织机构包括股东会、董事会、监事会及高级管理人员。

(一）股东会

1. 股东会的职权

有限责任公司股东会由全体股东组成，股东会是公司的权力机构。根据《公司法》的 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)审议批准董事会或者 执行董事的报告；（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。

上述职权与股份有限公司的股东大会类似，比较特殊的是：在有限责任公司中，对上 述事项，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。该种决定无须特定形式。“全体股东在决定文件上签 名、盖章”是决定的书面证据而非法定形式。无“决定文件”而有其他充分证据的，也 可以证明决定的存在。

2. 股东会会议

股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议是指依据法律和公司章程的规定，在 一定时间内必须召开的股东会议。有限责任公司的定期会议一般在每一个会计年度结束之 后召开，每年召开一次。临时会议是指在定期会议之外必要的时间，由于法定事由或者根 据法定人员、机构的提议召开的股东会议。根据《公司法》的有关规定，代表1/10以上 表决权的股东、1/3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，应当在两个月内召开临时股东会议。

3.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。以后的股东会会议， 公司设立董事会的，由董事会召集，董事长主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董 事长主持；副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。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1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。

召开股东会会议，应当于会议召开15日以前通知全体股东，但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作成会议记录，出席会议的股 东应当在会议记录上签名。

4..股东会决议

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权，但公司章程另有规定的除外。股东会的 议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。根据《公司法》的 规定，股东会会议作出修改公司章程、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，必须经代表2/3以上表决权的股东通过，这称之为特 别决议；股东会会议作出的其他决议，经出席会议代表1/2以上表决权的股东通过，这称 之为普通决议。与股份公司不同的是，有限责任公司股东会的表决权计算是以公司全部股 权为基数计算通过的表决权，而不是以出席股东会的股东所持表决权为基数。

(二）董事会

1. 董事会的组成

根据《公司法》的规定，有限责任公司董事会的成员为3人至13人。股东人数较少 或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设立董事会，执行董事的职权与 董事会相当。两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任 公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司董事会成员中也可以有公 司职工代表。董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式 民主选举产生。董事会设董事长一人，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。

2. 董事任期和董事会职权

有限责任公司董事的任期和董事会职权与股份有限公司相同。

3. 董事会的召集

.董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能或者不履行职务的，由副董事长召集和 主持；副董事长不能或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事召集和主持。

4. 董事会的议事方式和表决程序

除《公司法》有规定的外，董事会的议事方式和表决程序由公司章程规定。董事会 决议的表决，实行一人一票。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董 事应当在会议记录上签名。

(三）经理

《公司法》规定：“有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。”据此规

定，在有限责任公司中，经理不再是必设机构而成为选设机构。公司章程可以规定不设经 理，而设总裁、首席执行官等职务，荇使公司的管理职权。《公司法》规定，在有限责任 公司设经理时，经理的职权与股份有限公司相同。公司章程对经理职权另有规定的，从其 规定。

(四+)监事会

1. 监事会的组成

根据《公司法》的规定，有限责任公司设立监事会，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，可以设一至两名监事，不设立监事会。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1/3,具体比例 由公司章程规定。监事会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。监事会设主席一人，由全体监事过半数选举产生。董事、高级管理人员 不得兼任监事。

2. 监事的任期和监事会的职权

有限责任公司监事的任期和监事会的职权与股份有限公司相同。

3. 监事会的召集和决议

监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能或者不履行职务的，由半数以上 监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。监事会每年度至少召开一次会议，监事可 以提议召开临时监事会会议。

监事会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。监事 会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议 的监事应当在会议记录上签名。

三、一人有限责任公司的特别规定

根据《公司法》的有关规定，一个自然人股东或者一个法人股东可以设立有限责任 公司。为维护债权人等利害关系人的权益，保障社会经济秩序，《公司法》对一人有限责 任公司的设立和组织机构用专门一节作了特殊规定，以加强对其的监管。特殊规定以外的 问题，则适用对有限责任公司的一般规定。以下仅就一人有限责任公司的特别规定之处作 说明。

(一）股东的特别规定

《公司法》规定一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，禁止其设立多个一 人有限责任公司，而且该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执 照中载明。

(二）组织机构的特别规定 '

一人有限责任公司不设股东会。法律规定的股东会职权由股东行使，当股东行使相应 职权作出决定时，应当采用书面形式，并由股东签字后置备于公司。

.(三）审计的特别规定

一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所 审计。这是为了防止股东既是出资人，又是经营管理者，缺乏监督而导致的财务会计资料

不实的情况发生。

(四）有限责任的特别规定

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

四、国有独资公司的特别规定

国有独资公司是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有 资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。《公司法》对国有独资公司的设立和 组织机构以专门一节作了特殊规定；特殊规定以外的问题，则适用对有限责任公司的一般 规定。

(一）章程制定的特别规定

国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制订报国有资产监督 管理机构批准。

(二）组织机构的特别规定

1. 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、增减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，国务院有关规定确定的重要国有独资公司的合并、分立、解散、申请破产，应 当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

2. 国有独资公司董事会的特别规定。国有独资公司设立董事会，依照法律规定的有 限责任公司董事会的职权和国有资产监督管理机构的授权行使职权。董事每届任期不得超 过3年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派； 但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，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。

3. 经营管理机关的特别规定。国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。国有 独资公司经理的职权与普通有限责任公司相同。经国有资产监督管理机构同意，董事会成 员可以兼任经理。

4. 国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员任职的特别规定。国有 独资公司的上述人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份 有限公司或者其他经济组织兼职。

5. 国有独资公司监事会的特别规定。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1/3，具体比例由公司章程规定。监事会成员由国有资产监督管 理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。监事会主席由国 有资产监督管理机构从监事会成员中指定。国有独资公司监事会的职权范围小于普通有限 责任公司的监事会，包括：检查公司财务；对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进 行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢 免的建议；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 以纠正以及国务院规定的其他职权。

五、有限责任公司的股权转让

(一）股权转让的概念和特征

股权转让是指有限责任公司的股东依照一定程序将自己持有的股权让与受让人，受让 人取得该股权而成为公司股东或增加持有公司的出资额。股权转让具有以下特征：

1. 股权转让是一种股权交易行为。转让人通过股权转让获得一定的对价收益或者将 股权作为一种财产出资成为另一个公司的股东。

2. 股权转让不改变公司的法人资格。股权转让只是股东发生变化，公司的法人资格 不发生变化，公司的财产不发生变化，公司以其财产对外承担的责任也不发生变化。

3. 股权转让是一种要式行为。非经法定转让程序不产生法律效力。

(二）股权转让的限制

与股份有限公司有所不同，有限责任公司一般股东人数不多，股权没有上市交易的可 能性，股东之间往往维持一定程度的信任，在这种情况下，有限责任公司的股东往往希望 能够对新股东的加人有一定的审查和限制。因此，《公司法》对于有限责任公司的股东对 外转让股权施加了一定的限制条件，不过《公司法》明确规定：“公司章程对股权转让另 有规定的，从其规定”，充分尊重股东的意思自治，有限责任公司的股东可以通过公司章 程设计最符合自己意愿的股权转让程序，只有在公司章程没有另外规定的情况下，才适用 《公司法》规定的股权转让限制条件，包括：

1. 有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。股东之间只要双方 协商一致，即可转让。

2. 股东向股东之外的人转让股权的限制。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。两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。

3-人民法院强制执行的股权转让。人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东 股权的，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。

4. 在公司章程没有另外规定的情况下，自然人股东死亡后，其合法继承人可以直接 继承股东资格。

(三）股权转让的程序

公司内部股东之间股权转让的，出让方与受让方签订股权转让协议，完成股权转让 后，公司应当注销原股东的出资证明书，向受让股东重新签发出资证明书，由公司相应修 改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。但对公司章程的该项修改不需要再 由股东会表决。

股东向股东之外的人转让股权的，除了新股东要提交主体资格证明或自然人身份证明 外，其他手续与前述转让手续相同。即使股东向股东之外的人转让股权，也无需经过股东 会作出决议。

(四）股权回购请求权

为维护少数股东权益，《公司法》设置了股东的股权回购请求权，即股东在一定条件 下，可以请求公司按照合理价格收购其股权。《公司法》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：（i)公司连续5 年不向股东分配利润，而公司该5年连续盈利，并且符合法律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。

如果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，要求公司回购股权。

(五）未及时办理股权转让手续给受让方造成损失的法律责任

股权转让后尚未向公司登记机关办理变更登记，如果原股东将仍登记于其名下的股权 转让、质押或者以其他方式处分，则会给受让股东造成损失。根据《公司法解释三》之 规定，对于上述情况，受让股东以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为 无效的，人民法院可以参照《物权法》第一百零六条的规定处理。这就是说，需要考察 第三方在受让原股东处分的股权时是否构成善意取得，如果构成善意取得，则最终获得该 股权；否则，原股东处分股权的行为无效。

如果原股东处分股权造成受让股东损失的，受让股东可以请求原股东承担赔偿责任； 同时，受让股东还可以要求未及时办理变更登记有过错的董事、高级管理人员或者实际控 制人承担相应责任。但是，受让股东对于未及时办理变更登记也有过错的，可以适当减轻 上述董事、高级管理人员或者实际控制人的责任。

六、有限责任公司与股份有限公司的组织形态变更

有限责任公司和股份有限公司之间可以相互转化形态，即有限责任公司可以变更为股 份有限公司，但应当符合《公司法》规定的股份有限公司的条件。股份有限公司也可以 变更为有限责任公司，也应当符合《公司法》规定的有限责任公司的条件。’

理论上认为此种公司形态的变更，只是注册登记信息、组织机构的变化，例如公司名 称也要相应变化，包含相应的“有限责任公司”或者“股份公司”字样，但公司的实质 并没有变化。因此，除了伴随着相应的增资或者减资行为，公司的财产也不会变供。公司 变更前的债权、债务由变更后的公司承继。

实践中，最常见的公司形态转化发生在有限责任公司变更为股份有限公司。多数企业 在创业初期采用有限责任公司形态，当公司发展壮大需要吸纳更多资本时，再变更为股份 有限公司。中国证监会要求公开发行股票的股份公司必须设立并持续经营三年以上，但明 确规定：“有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，持续经营时 间可以从有限责任公司成立之日起计算。”

对于有限责任公司变更为股份有限公司、《公司法》只要求折合的实收股本总额不得高于 公司净资产额，对于变更程序则并无明确规定，一般认为应当适用股份有限公司设立程序。

第四节公司的财务会计

—、公司财务会计概述

(一）公司财务会计的概念

公司财务会计是指在会计法规、会计原则或者会计制度的指导下，以货币为主要计量 形式，对公司的整个财务活动和经营状况进行记账、算账、报账，为公司管理者和其他利 害关系人定期提供公司财务信息的活动。

公司财务会计反映的财务信息包括公司的财务活动和经营状况，如资产负债表、利润 表、现金流量表等。公司财务会计服务的对象是公司管理者和其他利害关系人。其他利害 关系人是指公司股东、债权人、潜在投资者、潜在的交易方、政府财税机关等。公司财务 会计是需要向外部公开的财务信息，这与公司的管理会计或者考核指标数据等不同。

(二）公司财务会计制度的意义

公司财务会计涉及公司股东、债权人、潜在投资者、潜在交易方、公司管理者、政府 相关部门等的利益，因此，公司的财务会计制度具有重要意义，主要表现为：

有利于保护投资者和债权人的利益。普通投资者除通过参加股东（大）会决定一 些重大事项外，一般不参与公司日常的生产经营，只能通过了解公司的生产经营状况和财 务会计情况，维护自身的利益，监督公司董事、经理的行为。公司资产是对债权人的担 保，公司财务状况如何，直接影响其债权是否能得到清偿。公司财务会计工作的规范化， 可以保证公司正确核算经营成果，便于债权人更好地评估公司的信用，规避相应风险。

2-有利于吸收社会投资和获得交易机会。投资者作出对公司是否投资的决定依赖于 公司财务会计信息的披露。公司财务会计制度的规范化和公开化，可以使人们方便地了解 到公司的经营状况和盈利能力，有利于吸收社会投资。潜在的交易方与公司进行交易时， 往往要考察公司的实力，该实力是通过规范的财务会计反映的，因此，规范的财务会计工 作可以使公司获得相应的交易机会。

3.有利于政府对企业的监督管理。规范的财务会计制度可以使国家财税部门得以切 实监督和检查公司的财产运营状况，掌握公司盈亏情况，保证国家各项税收的及时缴纳。 同时，公司健全的财务会计制度有利于正确记录、反映公司的经营状况，有利于政府制定 政策，实施管理。

二、公司财务会计报告

■(一）公司财务会计报告的内容

根据我国《公司法》的规定，公司应当依法编制财务会计报告。公司应当在每一会 计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。财务会计报告应当依照法 律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。尽管根据公司的组织形式不同，财务会计报 告的要求也有不同‘，但是，公司财务会计报告主要包括以下内容：

1. 资产负债表。资产负债表反映的是公司的资产规模、资产构成情况、公司的权益 结构，进而反映公司的短期偿债能力和支付能力，同时通过公司前后期资产负债表的对 比，反映公司财务状况的变化。

2. 利润表。利润表反映的是公司在一定经营期间的经营成果及其分配情况，也反映 了公司的长期偿债能力，也是缴纳国家各项税收的依据。

3. 现金流量表。现金流量表反映的是公司在一'定期间的现金和现金等价物流入和流 出的会计报表，有利于判断公司的现金流量和资金周转情况。

4. 附注。附注是对会计报表列示的内容的进一步说明，以便于向知晓公司财务会计 信息的使用者提供更加全面的财务会计信息。

(二）财务会计报告的编制、验证和公示

根据《公司法》的有关规定，公司财务会计报告应当由董事会负责编制，并对其真 实性、完整性和准确性负责。公司除法定的会计账簿外，不得另立会计账簿。对公司资 产，不得以任何个人名义开立账户存储。

公司应当依法聘用会计师事务所对财务会计报告审查验证。公司聘用、解聘承办公司 审计业务的会计师事务所，依照公司章程的规定，由股东会、股东大会或者董事会决定。 公司股东会、股东大会或者董事会就解聘会计师事务所进行表决时，应当允许会计师事务 所陈述意见。公司应当向聘用的会计师事务所提供真实、完整的会计凭证、会计账簿、财 务会计报告及其他会计资料，不得拒绝、隐匿、谎报。

公司应当依法披露有关财务、会计资料。有限责任公司应当按照公司章程规定的期限 将财务会计报告提交股东。股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的20 日前置备于本公司，供股东查阅；公开发行股票的股份有限公司必须公告其财务会计 报告。

三、利润分配

(一）利润 .

公司利润是指公司在一定会计期间的经营成果，包括营业利润、投资净收益和营业外 收支净额等。根据《公司法》以及有关规定，公司应当按照如下顺序进行利润分配：

1. 弥补以前年度的亏损，但不得超过税法规定的弥补期限；

2. 缴纳所得税；

3. 弥补在税前利润弥补亏损之后仍存在的亏损；

4. 提取法定公积金；

5. 提取任意公积金；

6. 向股东分配利润。

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司按照股东实缴的出资比例 分配，但全体股东约定不按照出资比例分配的除外；股份有限公司按照股东持有的股份比 例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

公司股东会、股东大会或者董事会违反规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前 向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不 得分配利润。

(二）公积金\_

公积金是公司在资本之外所保留的资金金额，又称为附加资本或准备金。公积金制度 是各国公司法通常采用的一项强制性制度。 .

公积金分为盈余公积金和资本公积金两类。盈余公积金是从公司税后利润中提取的公 积金，分为法定公积金和任意公积金两种。法定公积金按照公司税后利润的10%提取， 当公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上时可以不再提取。公司的法定公积 金不足以弥补以前年度亏损的，在依照规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补 亏损。任意公积金按照公司股东会或者股东大会决议，从公司税后利润中提取。资本公积 金是直接由资本原因形成的公积金，股份有限公司以超过股票票面金额的发行价格发行股 份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列人资本公积金的其他收人，应当列为公司资本 公积金。

公积金应当按照规定的用途使用，其用途主要如下：（1)弥补公司亏损。公司的亏 损按照国家税法规定可以用缴纳所得税前的利润弥补，超过用所得税前利润弥补期限仍未 补足的亏损，可以用公司税后利润弥补；发生特大亏损，税后利润仍不足弥补的，可以用 公司的公积金弥补。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。（2)扩大公司生产经 营。公司可以根据生产经营的需要，用公积金来扩大生产经营规模。（3)转增公司资本。 公司为了实现增加资本的目的，可以将公积金的一部分转为资本。对用任意公积金转增资 本的，法律没有限制，但用法定公积金转增资本时，《公司法》规定，转增后所留存的该 项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。

—、公司合并

(一）公司合并的形式

公司合并是指两个以上的公司依照法定程序，不需要经过清算程序，直接合并为一个 公司的行为。公司合并不同于公司并购，公司并购是指一切涉及公司控制权转移和合并的 行为，既包括公司合并，也包括资产收购、股权收购等方式。 '

公司合并的形式有两种：一是吸收合并，即指一个公司吸收其他公司加人本公司，被吸 收的公司解散；二是新设合并，即指两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

《公司法》规定的公司合并是一种特殊的合并方式，无论是吸收合并还是新设合并， 都会导致合并前的公司中至少有一个会在合并后消失。一般情况下，公司人格消失必须经 过解散清算程序，但正如后一节关于公司解散清算中所言，清算程序需要清理公司的所有 债权债务，整个过程复杂而且可能导致被合并公司因为债务的清偿资产大量流失，这就可 能导致合并的目的不能实现。因此，各国公司法都特别规定了合并程序，依照公司法进行 的合并，就可以直接实现公司合并的效果，在这个程序中消失的公司不再需要经过解散清 算程序。因此，依据《公司法》规定程序进行的合并，一般称之为法定合并。

就效果而言，法定合并并不是唯一能够达成合并效果的手段，以吸收合并为例，下列 的几种手段都可以达成吸收合并一样的效果：

1. 以现金购买资产方式的并购。这是指吸收公司以现金购买被吸收公司的全部资产， 包括全部债权债务，被吸收公司获得吸收公司支付的现金，被吸收公司宣布解散，股东通 过清算程序依据各自的股权获得现金分配。

2. 以股权购买资产方式的并购。这是指吸收公司以自身的股权购买被吸收公司的全 部资产，包括全部债权债务，被吸收公司解散，被吸收公司的股东通过清算程序分配被吸 收公司持有的吸收公司的股权，从而成为吸收公司的股东。

3. 以现金购买股权方式的并购。这是指吸收公司以现金购买被吸收公司股东持有的 全部股权，吸收公司成为被吸收公司的唯一股东，随后解散被吸收公司，被吸收公司的全 部资产，包括债权债务，由吸收公司承接。

4..以股权购买股权方式的并购。这是指吸收公司以自身股权换取被吸收公司股东持 有的被吸收公司的全部股权，被吸收公司股东成为吸收公司的股东，吸收公司成为被吸收 公司的唯一股东，随后解算被吸收公司，被吸收公司的全部资产，包括债权债务，由吸收 公司承接。

这四种并购方式中，前两种一般称为资产收购，与法定合并程序相比，首先，被吸收 公司的每一笔债务转移至吸收公司承担，都需要经过被吸收公司该债权人的同意，对于债 权人不同意债务转移的，就只能清偿。其次，被吸收公司的消灭必须经过解散清算程序。；

后两种一般称为股权收购，与法定合并程序相比，首先被吸收公司的每一个股东必须 都愿意卖出其持有的被吸收公司的股权，换取现金或者吸收公司的股权。因为与法定合并 和资产收购不同，对于被吸收公司的股东来说，这只是一个股权转让的交易，而不是公司丨 行为，被吸收公司不能通过公司决议要求其股东卖出股份。当被吸收公司的股东人数众多 时这种一致很难达成，甚至只要有一个股东不愿意，整个交易就不可能完成。其次，被吸 收公司的消灭必须经过解散清算程序，在这个过程中，被吸收公司的债权人可能直接要求 清偿，而不愿意由吸收公司承继该债务。

(二）公司合并的程序

从上面几种并购方式的比较来看，《公司法》规定的法定合并为合并交易提供了三大 便利:消灭公司的债务转移不需要绎过债权人的同意，直接由合并后的公司承继债务；消丨 灭公司的人格在合并完成后可以直接彳肖灭，不需要经过清算程序；这种公司结构性的重大 变化，导致股东手中持有的股权发变化，却不需要征求每一个股东的意见，因为合并是; 公司行为，只要取东（大）会通^即可。 丨

这三种便利都可能损害债辑久和公司股东的利益，因此，《公司法》在规定这三大便 利的同时，严格的合并樣f，只有遵守这种合并程序，才能享受这些便利。

《公司法》赢定法定合并4须满足的程序有： '

1.签订合并协f义。公司合并，应当由合并各方签订合并协议。合并协议应当包括以 下主要内容：（1)/合并各方的名称、住所；（2)合并后存续公司或新设公司的名称、: 住所；（3)合并各方的债枚债务处理办法；（4)合并各方的资产状况及其处理办法;丨

(5)存续公司或新设公司,合并而增资所发行的股份总额、种类和数量;(6)合并各方 认为需要载明的其他事项r

2. 编制资产负债表及财产清单。

3. 参与合并的公司各自作出合并决议。合并决议由股东（大）会作出，并采特别多 数决方式。

4. 通知债权人。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者提供相应的担保。

5. 依法进行登记。公司合并后，应当依法向公司登记机关办理相应的变更登记、注 销登记、设立登记。

(三）公司合并各方的债权、债务的承接

公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承 继。换句话说，这时消灭公司的债权债务直接转移到存续公司或者新设公司，不需要经过 原公司债权人的同意。为了保护债权人利益，《公司法》规定了债权人通知的程序，要求 参与合并的公司（无论其是否消灭）必须在作出合并决议之日起10日内通知债权人，并 于30日内在报纸上公告。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者提供相应的担保。 .

对公司合并时一方隐瞒债务的，最高人民法院《关于审理与企业改制相关的民事纠 纷案件若干问题的规定》中作出了规定。根据该规定，企业进行吸收合并时，公告通知 了债权人，企业吸收合并后，债权人就被合并企业原资产管理人（出资人）隐瞒或者遗 漏的企业债务起诉合并方的，如债权人在公告期内申报过该笔债权，则合并方应当承担责 任，合并方在承担民事责任后，可再行向被合并企业原资产管理人（出资人）追偿；如 债权人在公告期间内未申报过该笔债权，则合并方不承担民事责任，债权人只能另行起诉 被合并企业原资产管理人（出资人）。需要注意的是，本规定适用的条件是在合并过程 中，曾经依照法定合并程序作出了公告，否则债权人不知道合并事项，当然也无从在公告 期进行申报，这时只能由合并方承担责任。

企业吸收合并或新设合并后，被合并企业应当办理而未办理工商注销登记，债权人起 诉被合并企业的，人民法院应当根据企业合并后的具体情况，告知债权人追加责任主体 (即合并后的存续公司或者新设公司），并判令责任主体承担民事责任。

(四）公司合并中的股东权保护

公司合并是参与合并各方公司的公司行为，由各方公司通过股东（大）会作出合并 决议，参与合并公司的股东只能通过在本公司股东（大）会决议时投票表达自己的意见， 法定合并不需要征求每一个股东的同意。因此，《公司法》规定了合并和分立中的股东保 护制度：

1. 特别多数决制度。公司合并或者分立构成重大事项，必须经过股东（大）会的特 别多数决，即有限公司必须经代表2/3以上表决权的股东通过；股份公司必须经出席会议 的股东所持表决权的2/3以上通过。

2. 异议股东股份收买请求权。在有限公司中，股东如果在股东会对合并或者分立决 议时投反对票，可以请求公司按照合理的价格收购其股权，自股东会会议决议通过之日起 60日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起 90日内向人民法院提起诉讼。

在股份公司中，股东因对股东大会作出的公司合并或者分立决议持异议，可以要求公 司收购其股份，公司在收购其股份后，应当在六个月内转让或者注销。

二、公司分立

(一）公司分立的形式

公司分立是指一个公司依法分为两个以上的公司。公司分立的形式有两种：一是派生 分立，即公司以其部分财产另设一个或数个新的公司，原公司存续；二是新设分立，即公 司以其全部财产分别归人两个以上的新设公司，原公司解散。

一般认为，公司分立是公司合并的反向程序，其道理与公司合并基本相同。因此，采 用法定分立程序的公司可以享受：（1)股东持有的股权变化不需要该股东的同意；⑵如 涉及公司消灭（指新设分立），则不需要经过解散清算程序。与公司合并相比，公司分立 有所不同的是：（1)当公司派生分立导致原公司资本减少时，原公司减资不需要经过法 定的减资程序。这是因为法定减资程序的目的在于保护公司债权人，而公司分立的法定程 序已经为公司债权人提供了保护，因此也就不再需要减资程序。（2)但同时，无论公司 分立是否导致原公司债务转移，都必须经过全体债权人的同意，未经债权人同意，分立不 对其发生效力，债权人可以要求分立后的公司共同承担连带责任。

(二）公司分立的程序

公司分立的程序与公司合并的程序基本一样，要签订分立协议5编制资产负债表及贝 4 产清車，作出分立决议，通知债权人，办理工商变更登记等。需要注意的是，公司分JLL程 序中的通知债权人程序与公司合并程序略有不同。按照《公司法》的规定.在公司分立I 的情况下，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日内在报纸上蝴 告，没有赋予债权人请求公司清偿债务或者提供相应担保的权利。 . .;

(三）公司分立中债权人保护 ■ ■ . \_ .;

公司分立程序中虽然也设置了债权人通知程序，但并未给债权人提供请求公司清偿—

务或者提供相应担保的权利，相比公司合并来说，债权人保护程度较弱，不过基本原则g 一样的。《公司法》朋确规定: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。换句话说，除非经过j 债权人同意，否则分立后的所有存续公司都对分立前的公司债务承担连带责任。《合同丨 法》第九十条规定：“当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由丨 分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务事有连带债权，承担连带债务。” 1

最高人民法院《关于审理与企业改制相关的民事纠纷案件若干问题的规定》中的網 定也表达了同样的意思：债权人向分立辱的企业主张债权，企业分立时对原企业的债务淨^ 担有约定，并经债权人认可的，按照当事人的约定处理;企业分立时对原企业债务承担沒j 有约定或者约定不明，■或者虽然有约定但债权人不予\_.认可的，分立后的企-业应当承担连周 责任。但是，分立的企业在承担连带责任后，各分立的企业间对原企业债务承担有约定丨 的，按照约定处理；没有约定或者约定不明的，根据企业分立时的资产比例分担。 i

公司分立中的股东权保护与公司合并相同，参见上文相关论述。 i

!?注册资本减少的概念

注册资本减少，简称减资，是指公司根据需要，依照法定条件和程序，减少公司的注 册资本额。在一般情况下，公司的注册资本不得减少。但是，如果出现净资产大大少于注 册资本，或者在派生分立的情况下，原公司的资产减少等情况，公司就可以减少注册

资本。

2. 注册资本减少的情况

根据实际情况，注册资本减少可以采用各个股东按照出资比例或者持股比例同步减少 出资，减资后，各个股东的股权比例或者持股比例不发生变化；也可以是各个股东改变原 '出资比例或者持股比例而减少出资，有的股东减少出资，有的股东则不减少出资。减资还 可以以返还出资的方式减资，或者以免除出资义务的方式减资，或者以销除股权或者股份 的方式减资。

3. 注册资本减少的程序

(1) 股东（大）会作出减资的决议，并相应地对章程进行修改。减资决议为股东 (大）会的重要事项，应当采用特别多数决的方式通过，与公司合并和分立时同。

(2) 公司必须编制资产负债表及财产清单。

(3) 通知债权人和对外公告。公司减少注册资本时,应当自作出减少注册资本决议 之曰起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 曰内，未接到通知书的自公告之日起45日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的

担保。

(4) 办理减资登记手续。公司减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更

登记。

第六节公司解散和清算

—、公司解散

(一）公司解散的概念和特征 .

: 公司解散，是指公司发生章程规定或法定的除破产以外的解散事由而停止业务活动, 并进人清算程序的过程。其特征为：

1.公司解散事由发生后，公司并未终止，仍然具有法火资格卜:两料自己的名义开展 与清算相关的活动，直到清算完毕并注销后才消灭其主体资格。

2-除公司因合并或分立而解散，不必进行清算外，公司解散必须经过法定凊算程序。

3. 公司解散的目的是终止其法人资格。 ■=

(二）公司解散的原因

根据《公司法》的规定，公司解散的原因有以下五种情形：.（1)公司章程规定的营

业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；（2)股东会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) 人民法院依法予以解散。 .

公司有上述第（1)项情形的，可以通过修改公司章程而存续。公司依照规定修改公 司章程的，有限责任公司须经持有2/3以上表决权的股东通过，股份有限公司须经出席股 东大会会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

上述前3项原因都属于公司自愿解散，必须经过公司股东（大）会决议。后两项则 是公司外部原因，也可称之为强制解散。

(三）强制解散 .

公司被吊销营业执照、责令关闭或者撤销，多是因为公司行为违反了法律或者行政法 规，是一种行政处罚措施，必须符合相关法律或者《行政处罚法》的规定。

人民法院强制解散公司，则是根据《公司法》第一百八十二条的规定，其实是一种 解决公司僵局的措施。《公司法》第一百八十二条规定，公司经营管理发生严重困难，继 续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

当公司中分歧股东相互权利对等，一方无法压倒另一方，但也无法单独行动时，就形 成了公司僵局，使得公司经营管理困难，股东投资的期待也无法实现。肖股东之间无法通 过谈判达成和解和其他解决手段时，《公司法》第一百八十二条赋予了人民法院应股东请 求强制解散公司的权力，以打破僵局。最高人民法院于2008年5月12日颁布的《关于适 用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（二）》（以下简称《公司法解释二》）对 如何适用第一百八十二条的强制解散程序进行了明确规定。 I

1.强制解散公司的条件

《公司法解释二》规定，有下列事由之一，公司继续存续会使股东利益受到重大掼 失，通过其他途径不能解决，提起解散公司诉讼，人民法院应予受理： ：

(1) 公司持续2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； 1 ''

(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2年以上不能作出有 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，公司经营管理发生丨 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。;

此后，最高k民法院又发布指导案例8号《林方清诉常熟市凯莱实业有限公司、戴丨

小明公司解散纠纷案》。在该案中，原告林某与戴某均为常熟市凯莱实业有限公司（简称 凯莱公司）的股东&备占股份，戴某任公司法定代表人及执行董事，林某任公, 总经理兼公司监巾；■(!. 、、. 1,’;’|:,丨7叫确觇比:埘5 丨 U i/° IV. {^1)1 v

东通过；默“ ? >?山以尔按照出资比例行f-ii m-U讓十:起.H、1;!: V.V;!?.

盾逐渐显现..丨丨' II .十;、站说⑴卜讪如⑴im illTv^ i:l- !i!

议的权利，会议未能召开,，此后5林某多次要求解散公司进行清算，均未能成功。因此3: 林某诉至人民法院，请求遲.髄解散公司。被吿凯莱公司及戴某则辩称：凯莱公司及其下属

分公司运营状态良好，不符合公司解散的条件，戴某与林某的矛盾有其他解决途径，不应 通过司法程序强制解散公司。

法院查明：从2006年6月1日至今（2010年），凯莱公司未召开过股东会。服装城 管委会调解委员会于2009年12月15日、16日两次组织双方进行调解，但均未成功。

法院终审判决，支持解散凯莱公司。二审法院认为：

首先，凯莱公司的经营管理已发生严重困难。根据《公司法》第一百八十二条和 《公司法解释二》的规定，判断公司的经营管理是否出现严重困难，应当从公司的股东 会、董事会或执行董事及监事会或监事的运行现状进行综合分析。“公司经营管理发生严 重困难”的侧重点在于公司管理方面存有严重内部障碍，如股东会机制失灵、无法就公 司的经营管理进行决策等，不应片面理解为公司资金缺乏、严重亏损等经营性困难。本案 中，凯莱公司仅有两名股东，两人各占50%的股份，凯莱公司章程规定“股东会的决议 须经代表1/2以上表决权的股东通过”，且各方当事人一致认可该“1/2以上”不包括本 数。因此，只要两名股东的意见存有分歧、互不配合，就无法形成有效表决，显然影响公 司的运营。凯莱公司巳持续4年未召开股东会，无法形成有效股东会决议，也就无法通过 股东会决议的方式管理公司，股东会机制已经失灵。执行董事戴某作为互有矛盾的两名股 东之一，其管理公司的行为，已无法贯彻股东会的决议。林某作为公司监事不能正常行使 监事职权，无法发挥监督作用。由于凯莱公司的内部机制巳无法正常运行、无法对公司的 绛菅作出决策，即使尚未处于亏损状况，也不能改变该公司的经营管理已发生严重困难的 事实。

： 其次，由于凯莱公司的内部运营机制早已失灵，林某的股东权、监事权长期处于无法 丨行使的状态,其投资凯莱公司的目的无法实现,利益受到重大损失，且凯莱公司的僵局通 铒其他途径长期无法解决。《公司法解释二》第五条明确规定了 “当事人不能协商一致使 I公司存续的，人民法院应当及时判决”。本案中，林某在提起公司解散诉讼之前，已通过 萁他途径试图化解与戴某之间的矛盾，服装城管委会也曾组织双方当事人调解,但双方仍 |不能达成一致意见。两审法院也基于慎用司法手段强制解散公司的考虑，积极进行调解， \_均未成功。 .

' 综上所述，凯莱公司已符合《公司法》及《公司法解释二》所规定的股东提起解散 公司之诉的条件。

\ 2.强制解散之诉

\ 依《公司法解释二》的规定，股东不得以知情权、利润分配请求权等权益受到损害， ^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行清算 丨等为由，提起解散公司诉讼。

| 股东提起解散公司诉讼,同时又申请人民法院对公司进行清算的，人民法院对其提出 |的清算申请不予受理。人民法院可以告知原告，在人民法院判决解散公司后，依法自行组 织清算或者另行申请人民法院对公司进行清算。

1 股东提起解散公司诉讼应当以公司为被告。原告以其他股东为被告一并提起诉讼的， |A民法院应当告知原告将其他股东变更为第三人;原告坚持不予变更的，人民法院应当驳 ;回原告对其他股东的起诉。

\ 原告提起解散公司诉讼应当告知其他股东，或者由人民法院通知其参加诉讼。其他股

东或者有关利害关系人申请以共同原告或者第三人身份参加诉讼的，人民法院应予准许。

人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商同意由公司或者股东收 购股份，或者以减资等方式使公司存续，且不违反法律、行政法规强制性规定的，人民法 院应予支持。当事人不能协商一致使公司存续的，人民法院应当及时判决。

经人民法院调解公司收购原告股份的，公司应当自调解书生效之日起六个月内将股份 转让或者注销。股份转让或者注销之前，原告不得以公司收购其股份为由对抗公司债 权人。

人民法院关于解散公司诉讼作出的判决，对公司全体股东具有法律约束力。

人民法院判决驳回解散公司诉讼请求后，提起该诉讼的股东或者其他股东又以同一事 实和理由提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

二、公司清算

(一）公司清算的概述

公司清算，是指公司解散或被依法宣告破产后，依照一定的程序结束公司事务，收回 债权，偿还债务，清理资产，并分配剩余财产，终止消灭公司的过程。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。关于企业破产的法律制度详见本书有关 章节o

公司解散后进入清算程序是为了公平地分配公司财产，保护股东和债权人的利益/同 时也是为了保护职工利益。因此，《公司法》第一百八十三条规定：当公司出现解散事由丨 时（因公司合并或者分立需要解散的除外)，公司应当在解散事由出现之日起15日内成^ 立清算组，开始清算。如果公司不自行清算，则债权人和股东可以申请人民法院指定清算 组进行清算。《公司法解释二》规定,在下列情况下，债权人可以向人民法院申请指定清 算组进行清算：

(1) 公司解散逾期不成立清算组S行清算的； '

(2) 虽然成立清算组但故意拖延清算的; ■ ：

(3) 违法清算可能严重损害债权★■者股东利益的。 \ 在上述第二种情况下，即公司虽然成哀了请算组但故意拖延清算的，如果债权人未提

起清算申请，公司股东也苛以申请人民法院指定清算组对公司进行清算。 丨

(二）清笋义务人 ^ \ 公司在发生解散事由后，应当及时清算，这是保护债权人的重要措施。《公司法解\_

二》规定，有限公司的股东、股份公司的董事和控股股东有及时清算的义务。（！）有限 责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东未在法定期限内成立清算组开始清算，丨 导致公司财产贬值、.流失、毁损或者灭失，债权人可主张其在造成损失范围内对公司债务( 承担赔偿责任。(2)有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东因怠于履行| 义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算的，债权人可主张其对^

公司债务承担连带清偿责任。

《公司法解释二》规定，如果上述情形是因实际控制人原因造成，债权人也可主张寒

际控制人对公司债务承担相应民事责任。 一

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人在公

司解散后，恶意处置公司财产给债权人造成损失，或者未经依法清算，以虚假的清算报告 骗取公司登记机关办理法人注销登记，债权人可主张其对公司债务承担相应赔偿责任。

公司未经清算即办理注销登记，导致公司无法进行清算，债权人有权要求有限责任公 司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人对公司债务承担清偿

责任。

公司未经依法清算即办理注销登记，股东或者第三人在公司登记机关办理注销登记时 承诺对公司债务承担责任，债权人可要求其对公司债务承担相应民事责任。

有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东，以及公司的实际控制人为两 人以上的，他们相互之间承担连带责任，其中一人或者数人承担民事责任后，可主张其他 人员按照过错大小分担责任。

有限责任公司股东、股份有限公司董事的上述清算义务并不因不是公司实际控制人或 从未参与公司经营而有所减弱。对此，最高人民法院发布了指导案例9号《上海存亮贸 易有限公司诉蒋志东、王卫明等买卖合同纠纷案》。该案中，原告存亮公司与债务人拓恒 公司之间有钢材买卖合同关系。拓恒公司尚欠存亮公司货款1 395 228.6元。房某、蒋某 和王某三人为拓恒公司的股东，所占股份分别为40%、30%、30%。拓恒公司因未进行 年检，2008年I2月25日被工商部门吊销营业执照，至今股东未组织清算。现拓恒公司 无办公经营地，账册及财产均下落不明。拓恒公司在其他案件中因无财产可供执行被中止 执行。原告因此对三名股东提起诉讼，以其怠于履行清算义务，导致公司财产流失、灭 失，存亮公司的债权得不到清偿为由，要求三名股东对拓恒公司的债务承担连带责任。

被告蒋某和王某辩称：（1)两人从未参与过拓恒公司的经营管理；（2)拓恒公司实 际由大股东房某控制，两人无法对其进行清算；（3)拓恒公司由于经营不善，在被吊销 营业执照前巳背负了大量债务，资不抵债，并非由于蒋某、王某怠于履行清算义务而导致 拓恒公司财产灭失；（4)蒋某、王某也曾委托律师对拓恒公司进行清算，但由于拓恒公 司财物多次被债权人哄抢，导致无法清算，因此蒋某、王某不存在怠于履行清算义务的 情况。 '

被告房某未到庭参加诉讼，亦未作答辩。

两审法院均判决三名股东对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。

法院认为：三名股东作为拓恒公司的股东，应在拓恒公司被吊销营业执照后及时组织 清算。因三名股东怠于履行清算义务，导致拓恒公司的主要财产、账册等均已灭失，无法 进行清算，因此，其应当对拓恒公司的债务承担连带清偿责任。拓恒公司作为有限责任公 司，其全体股东在法律上应一体成为公司的清算义务人。公司法及其相关司法解释并未规 定蒋某、王某所辩称的例外条款，因此无论蒋某、王某在拓恒公司中所占的股份为多少， 是否实际参与了公司的经营管理，两人在拓恒公司被吊销营业执照后，都有义务在法定期 限内依法对拓恒公司进行清算。

关于蒋某、王某辩称拓恒公司在被吊销营业执照前已背负大量债务，即使其怠于履行 清算义务，也与拓恒公司财产灭失之间没有关联性。根据查明的事实，拓恒公司在其他案 件中因无财产可供执行被中止执行的情况，只能证明人民法院在执行中未查找到拓恒公司 的财产，不能证明拓恒公司的财产在被吊销营业执照前已全部灭失。拓恒公司的三名股东 怠于履行清算义务与拓恒公司的财产、账册灭失之间具有因果联系，蒋某和王某的该项抗

辩理由不成立。

蒋某和王某委托律师进行清算的委托代理合同及律师的证明，仅能证明蒋某、王某欲 对拓恒公司进行清算，但事实上对拓恒公司的清算并未进行。据此，不能认定蒋某、王某 依法履行了清算义务，故蒋某、王某的该项抗辩理由也不能成立。

(三）公司在清算期间的行为限制

公司进入清算程序后，其行为受到以下限制：

1. 清算期间，公司不再从事新的经营活动，仅局限于清理公司已经发生但尚未了结 的事务，包括清偿债务、实现债权以及处理公司内部事务等。

2. 清算期间，公司的代表机构为清算组。清算组负责处理未了事务，代表公司对外 进行诉讼。在公司依法清算结束并办理注销登记前，有关公司的民事诉讼，仍应当以公司 的名义进行。在清算组未成立前，由原公司法定代表人代表公司进行诉讼。成立清算组 后，由清算组负责人代表公司参加诉讼。

3. 清算期间，公司财产在未按照法定程序清偿前，不得分配给股东。

(四）清算组及其组成

根据《公司法》的规定，公司应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组，开始 清算。有限责任公司的清算组由股东组成，股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确 定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的，债权人可以申请人民法院指定有关人员姐 成淸算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。 丨

根据《公司法解释二》的规定，人民法院受理公司清算案件久应当及时指定有关人: 员组成清算组。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、蓝 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。 . ,

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、股东的中丨 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k U).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:

(五）清算组的职权 ' : V/-^ ；

根据《公司法》的规定，清算组在清算期间行使下列职杈:(1)清理公司财产/分: 别编制资产负债表和财产淸单;⑵通知、公告债权人；(3)处理与淸算有关的公司来 了结的业务；(4)淸缴所欠税款以及淸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^ 'I:::::':::.::.. , ? !

清算组在公司清算期间代表公司进行一系列民事活动，全权处理公司经济事务和民事 诉讼活动。根据《公司法》规定，清箅组成员应当忠于职守，依法鹰:行清算.义务。:看義 组成员不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意 或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

1. 通知债权人。清算组应当自成立之日起10日内将公司解散清算事宜书面通知全体 已知债权人，并根据公司规模和营业地域范围，于60日内在全国或者公司注册登记地省: 级有影响的报纸上进行公告。

2. 债权申报和登记。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核定登记。在申报债权期间，清算组不得对债权 人进行清偿。

清算组未按照规定履行通知和公告义务，导致债权人未及时申报债权而未获清偿，债 权人可要求清算组成员对因此造成的损失承担赔偿责任。

公司清算时，债权人对清算组核定的债权有异议的，可以要求清算组重新核定。清算 组不予重新核定，或者债权人对重新核定的债权仍有异议，债权人以公司为被告向人民法 院提起诉讼请求确认的，人民法院应予受理。

债权人在规定的期限内未申报债权，在公司清算程序终结前补充申报的，清算组应予 登记。债权人补充申报的债权，可以在公司尚未分配财产中依法清偿。公司尚未分配财产 不能全额清偿，债权人主张股东以其在剩余财产分配中已经取得的财产予以清偿的，人民 法院应予支持；但债权人因重大过错未在规定期限内申报债权的除外。

公司清算程序终结，是指清算报告经股东会、股东大会或者人民法院确认完毕。 债权人或者清算组，以公司尚未分配财产和股东在剩余财产分配中已经取得的财产，不 能全额清偿补充申报的债权为由，向人民法院提出破产清算申请的，人民法院不予受理。

3. 清理公司财产，制订清算方案。清算组应当对公司财产进行清理，编制资产负债 ;表和财产清单，制订清算方案。

公司自行淸箅的,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。

; 人民法脘指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财 产不足清偿债务的^可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。债务淸偿方案经全体债权 人确认且不损害其他利害关系人利益的,人民法院可依清算组的.申请裁定予以认可。清算 组依据该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。债权人对债务清 偿方案不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当依法向人民法院申请宣告破产。

公司解散时，股东尚未缴纳的出资均应作为清算财产。股东尚未缴纳的出资，包括到 期应缴未缴的出资，以及依照《公司法》的规定分期缴纳尚未届满缴纳期限的出资。

' 公司财产不足以清偿债务时，债权人可请求主张未缴出资股东，以及公司设立时的其 :他股东或者发起人在未缴出资范围内对公司债务承担连带清偿责任。

； 公司自行清算的，清算方案应当报股东会或者股东大会决议确认；人民法院组织清算 的，清算方案应当报人民法院确认。未经确认的清算方案，清算组不得执行。

丨 执行未经确认的清算方案给公司或者债权人造成损失，公司、股东或者债权人可要求 清算组成员承担赔偿责任。

! 4.清偿债务。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佘财产,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V公司存续，但不得开展与清

算无关的经营活动。

5-公告公司终止。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，申请注销公司登记，公告公司终止。

人民法院组织清算的，清算组应当自成立之日起六个月内清算完毕。因特殊情况无法 在六个月内完成清算的，清算组应当向人民法院申请延长。

(七）清算组的责任

清算组的成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成员不得利用职权收受贿赂 或者其他非法收人，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权 人造成损失的，应当承担赔偿责任。《公司法解释二》对此特别规定：

清算组成员从事清算事务时，违反法律、行政法规或者公司章程给公司或者债权人造 成损失，公司或者债权人可要求其承担赔偿责任。

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1%以上 股份的股东，依据《公司法》第一百五十一条第三款的规定（即他人侵犯公司合法权益， 给公司造成损失的，符合条件的股东可提起股东代表诉讼），以清算组成员有則款所述行 为为由向人民法院提起诉讼的，人民法院应予受理。

公司已经清算完毕注销，上述股东参照《公司法》第一百五十一条第三款的规定， 直接以清算组成员为被告、其他股东为第三人向人民法院提起诉讼的，人民法院应予 受理。

证券法律制度

第一节证券法律制度概述

—、证券法律制度的基本原理

(一）企业融资与证券法

资金如同企业的血脉，企业发展壮大需要资金支持。然而，多数企业依赖自身留存利 润获得的资金支持毕竟有限,因此企业要想发展壮大,需要吸收外部资金。与此同时，社 会上持有闲散资金的人也希望能够更有效地利用资金。如果这两种需求能够相互匹配,就 达成融资交易、即所谓的直接融资。

但受制于信息不对称^直接融资的交易达成困难重重。无论融资交易采用何种交易安 排,资金富裕方都将资金交付给了资金稀缺方利用,丧失了对资金的控制权。资金富裕方 :出让资金的所有权，期望换取未来的收益，但这种期望能否实现依赖于两个因素： 1(1)资金稀缺方使用资金能否获利？（2)资金稀缺方是否愿意依约支付获利给资金富裕 fe"?第一个问题的解决需要资金富裕方能够获得足够的信息评估资金稀缺方的风险，第二 个问题的解决需要资金富裕方能够有充分信息监控资金稀缺方履约各在信息不对称情况 i卞，这两个问题都很难解决。因此，传统的直接融资主要限于少数熟人之间、一定地域范 I围内的小规模融资交易，很难发展出面向社会公众积聚大规模资金的直接融资市场。

!" 商业社会发明了证券作为融资工具，减少了直接融资的困难。'无论是股票还是公司债 b,都是对直接融资交易的等额量化，资金富裕方的融资权利被固化在小额的、标准化的 [a券上，便利了融资交易（在证券发行中购买证券者即等于愿意按照某约定条件向证券 g行人提供融资），便利了权利行使（持有证券者即有权享受融资权利，同等证券上的权 \_相同），也方便了交易转让（标准化的证券容易形成大规模的交易市场)彳增强了融资 治勺流动性。

I 但标准化证券并不能解决信息不对称问题，投资者在不能获得充分信息评估证券发行 凤险、不能监控证券发行人资金使用行为的情况下，仍然不会愿意购买证券。公司法对 \_东权利的保护，对董事、监事和高级管理人员义务的要求，主要是用来解决股权投资者 g?公司（证券发行人）的监控问题；公司法和合同法在某种程度上也为公司债券持有人 提供了保护。现代证券法则主要被用来解决信息不对称问题。

现代证券法以美国1933年《证券法》为滥觞，遵循强制信息披露原则，即要求证券 发行人必须在公开发行证券（即所谓直接融资）时履行信息披露义务，向社会公众真实、 准确、完整地披露所有重要信息。同时，通过专门针对证券欺诈的法律责任制度，打击虚 假陈述、内幕交易和操纵市场等证券欺诈活动，保证信息的真实性和获得信息的机会平 等。这种监管哲学只是试图解决信息不对称问题，其仍然要求投资者在获得充分信息的情 况下，自行承担投资风险，.政府并不代替投资者来挑选融资企业，在最大程度上发挥了市 场机制的功能，为此后各国的证券立法所模仿。

1993年4月22日，国务院颁布施行《股票发行与交易暂行条例》，这是新中国第一 部关于证券市场的行政法规，启动了资本市场法治化进程。1998年12月29日，第九届 全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过了《中华人民共和国证券法》（以下简称 《证券法》），自1999年7月1日起施行。2004年8月28日，根据第十届全国人民代表大 会常务委员会第十一次会议《关于修改〈中华人民共和国证券法〉的决定》，对《证券 法》作了个别条款的修正。2005年10月27日，第十届全国人民代表大会常务委员会第 十八次会议对《证券法》作了大幅修订后重新颁布，自2006年1月1日起施行。此后， 根据国务院简政放权的精神，《证券法》在加13年和2014年又进行了两次修改，主要是 减少了行政审批的范围。据悉，对《证券法》新一轮的大幅度修订正在进行过程中。《证 券法》是证券市场的基本法。《证券法》以及其他法律中有关证券管理的规定、国务院和 政府有关部门发布的有关证券方面的法规、规章以及规范性文件，构成了我国的证券法律 体系。

(二）《证券法》的适用范围

1.证券的范围

只有证券的发行和交易，才适用《证券法》。《证券法》对证券没有明确定义，但该 法第二条规定：“在中华人民共和国境内，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券 的发行和交易，适用本法……”可见，在我国，股票和公司债券是最主要的证券形式， 国务院还可以依法认定其他类型的证券，迄今为止，国务院并未作出此类认定。

《证券法》第二条同时还规定：“政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用本 法；其他法律、行政法规另有规定的，适用其规定。证券衍生品种发行、交易的管理办 法，由国务院依照本法的原则规定。”可见，政府债券、证券投资基金份额都还不完全是 《证券法》中的证券，证券衍生品种更不是这里所指的证券。

《证券法》中的证券，目前主要可以分为股票、债券以及混合型的可转换公司债券：

(1)股票。股票是股份的纸面形式，是公司签发的证明股东所持股份的凭证。股东 据此有价证券以取得股息，行使管理权，取得清盘资产，或在证券市场上转让。股票具有 收益性、流通性、非返还性和风险性等特点。

股份按不同标准可以分为若干种类，股票也因此不同。按股东承担风险程度和享有权 利的不同，股份可分为普通股和优先股。关于这两种股份的介绍，请参见本书公司法章节 的相关内容。按投资主体及资金来源的不同，股份还可分为国有股、法人股、社会公 众股。

按投资对象及定价币种的不同，股票可分为人民币普通股（A股或内资股）、境内上 市外资股（B股）和境外上市外资股。

人民币普通股又称为A股或内资股，是由我国境内的公司发行，供境内机构、组织 或个人（不含港、澳、台投资者）以人民币认购和交易的普通股股票。本章讨论的主要 就是A股。

境内上市外资股又称为B股，它是以人民币标明面值，以外币认购和买卖，在境内 (上海、深圳）证券交易所上市交易的股票。其投资者限于：外国的自然人、法人和其他 组织，港澳台地区的自然人、法人和其他组织，定居在国外的中国公民以及中国自然人、 法人和其他组织。

境外上市外资股是指股份有限公司向境外投资者发行、以人民币标明面值、以外币认 购、在境外公司的证券交易场所流通转让的股票。

(2) 公司债券。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，是企业债券的一种。和公司股票相比，公司债券的特点是：债券是债权凭 证，债券持有人享有要求公司还本付息的权利；股票是股东权凭证，股东享有参与公司的 经营管理权和利润分配权。债券有偿还期限，股票没有偿还期限。债券通常有固定的利 率，与公司的绩效没有直接联系，收益比较稳定，风险比股票小。此外，在公司破产时， 债券持有人享有优先于股东对公司剩余资产的索取权。

(3) 可转换公司债券。可转换公司债券是指一种无担保、无追索权、信用级别较低 的、兼有债务性和股权性的中长期混合型融资和投资工具，发行人依照法定程序发行、在 一定期间内依据约定的条件可以转换成股份的公司债券。

可转换公司债券是一种附认股权的债券，兼有债券和股票的双重法律特点。

从其债券的法律性质来看，可转换公司债券是公司债券的一种，具有公司债券所有的 特点。例如，它同样需要定期支付利息，到期偿还本金，同样具有债券面值、期限以及付 息方式等基本要素。从其股票性质来看，一旦持有人选择将可转换债券转换为股份，则这 部分债务便转换为资本的构成部分，债权也转变成股东权。

可转换债券是一种混合性的金融品种，它是公司债券与买人期权的组合体。其期权属 性赋予投资人可以在一定期限内，依据本身的自由意志，选择是否可以约定的条件将持有 的债券转换为发行公司的股票。具体而言，投资人可以选择持有债券至债券到期，要求公 司还本付息；也可选择在约定时间内换股，享受股利分配或资本增值。这是可转换债券区 别于其他一般性债券的根本性特征。

2.证券公开发行

证券发行就是筹资者按照法定程序向投资者发行证券，筹资者取得要筹集的资金，而 认购到证券的投资者取得证券及证券所代表权益的过程。证券发行实质上是筹资者出售证 券给投资者的过程。根据《证券法》第十条第一款规定，“公开发行证券，必须符合法 律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核 准，未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券”。

证券公开发行是指发行人通过公开出售证券向不特定投资者募集资金的行为。按照 《证券法》第十条的界定，有两种情况可能构成公开发行：（1)向不特定对象发行证券 的。不特定对象是指对于证券的购买人没有任何资质要求，例如通过随机打电话的方式确 定投资者。⑶向特定对象发行证券累计超过200人的。特定对象主要是指符合一定资 质条件要求的投资者，主要是指那些具有获取发行人信息的能力、具有风险识别能力的投

资者，即所谓的合格投资者。同时，对于特定对象还有人数限制，在证券为股票的情况 下，表现为对公司股东人数的限制，即公司的股东人数如果超过200人，即使都是合格投 资者，也构成了公开发行。另外，非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开 方式。反过来说，如果采用广告\公开劝诱等方式宣传证券发行活动，即可认定其构成了 公开发行。

二、证券市场监管体制

对证券市场的监管包括政府管理和自律管理两部分。

(一）政府的统一管理

政府统一管理是指由政府证券监管机构依法对证券发行与交易实施统一监督管理。 《证券法》第七条规定：“国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监 督管理目前国务院授权中国证券监督管理委员会（以下简称中国证监会）负责证券监 督管理工作。

根据《证券法》第一百七十九条的规定，国务院证券监督管理机构在对证券市场实 施监督管理中履行下列职责：（1)依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依 法行使审批或者核准权；（2)依法对证券的发行、父易、登记、托管、结算，进行监督 管理；（3)依法对证券发行人、上市公司、证券交易所、证券公司、证券登记结算机 构、证券投资基金管理机构、证券投资咨询机构、资信评估机构以及从事证券业务的 律师事务所、会计师事务所、资产评估机构的证券业务活动，进行监督管理；（4)依 法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则，并监督实施；（5)依法监督检查证券 发行和交易的信息公开情况；（6)依法对证券业协会的活动进行指导和监督；（7)依法对 违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处；（8)法律、行政法规规定的其 他职责。 '

(二）行业自律管理

目前，我国证券发行与交易中的自律管理，主要通过下列自律性机构来实施：

1. 中国证券业协会

中国证券业协会是1991年8月经中国人民银行批准，由中国证监会予以资格认定并 经民政部核准登记的全国性自律管理组织，其会员是各类证券经营机构。会员大会是其最 髙权力机关，决定协会的重大事项。《证券法》第一百七十六条规定，证券业协会履行下 列职责：（1)教育和组织会员遵守证券法律、行政法规；（2)依法维护会员的合法权益， 向证券监督管理机构反映会员的建议和要求；（3)收集整理证券信息，为会员提供服务；

(4)制定会员应遵守的规则，组织会员单位的从业人员的业务培训，开展会员间的业务 交流；（5)对会员之间、会员与客户之间发生的证券业务纠纷进行调解；（6)组织会员就 证券业的发展、运作及有关内容进行研究；（7)监督、检查会员行为，对违反法律、行政 法规或者协会章程的，按照规定给予纪律处分；（8)证券业协会章程规定的其他职责。

2. 证券交易所

我国目前有上海和深圳两家证券交易所。证券交易所是为证券集中交易提供场所和设 施，组织和监督证券交易，实行自律管理的法人。证券交易所的设立和解散由国务院 决定。

证券交易所负责审核证券上市交易，还可以决定暂停或者终止证券的上市交易。证券 交易所依照证券法律、行政法规制定上市规则、交易规则、会员管理规则和其他有关规 则，并报国务院证券监督管理机构批准。证券交易所应当对上市公司及相关信息披露义务 人披露信息进行监督，督促其依法及时、准确地披露信息。证券交易所应当为组织公平的 集中交易提供保障，公布证券交易即时行情，并按交易日制作证券市场行情表，予以公 布。证券交易所对证券交易实行实时监控，并按照国务院证券监督管理机构的要求，对异 常的交易情况提出报告。

3. 全国中小企业股份转让系统

全国中小企业股份转让系统是经国务院批准设立的全国性证券交易场所，俗称“新 三板”。《非上市公众公司监督管理办法》规定：全国中小企业股份转让系统发挥自律管 理作用，对在全国中小企业股份转让系统公开转让股票的公众公司及相关信息披露义务人 披露信息进行监督，督促其依法及时、准确地披露信息。发现公开转让股票的公众公司及 相关信息披露义务人有违反法律、行政法规和中国证监会相关规定的行为，应当向中国证 监会报告，并采取自律管理措施。

4. 证券服务机构

根据中国证监会和其他国家机关发布的有关规定，注册会计师事务所、律师事务所、 资产评估机构等中介机构及其从业人员，在取得证券从业资格后’依照国家有关规定，对

公开发行股票的公司的财务报告、资产评估报告、招股说明书和法律意见书进行审核签 I 丨T.d,并承祀相应的法沣责仟二

三,，强制信.息被露制度

信息公J卜也称信息披露，是指证券的发行人和其他法定的负有信息公开义务的人 ?(以下简称为“信息公开义务人”或“信息披露义务人”)在证券发行、上市、交易过程 中’按照法定或约定要求将应当向社会公开的财务、经营及其他有关影响证券投资者投资 判断的信息向i正券监督管现机构和证券交易所报告，并向社会公众公告的活动:

、'/.公丨I'、公f ‘公iHil:芬小场的V;fi‘.也是证券市场赖以存在和发展 的前提证奍作为一种权益凭证,K价值和价格会受到诸多因柰的影响,鉴十社会公 众投资者无法通过自身的调查和分析，及时了解影响证券价格和价值的各利，因素，各 丨.W丨丨!资片的利益.细护丨丨1:々1丨1’场次V的肚康发展,都采用强制规 范的方式,要求信息公开%务人披露I.J-能影响证券价值和价格的各种因素

hi.^^ 丨、丨;丨:.迠川r.公)rm,ni丨:々d1、公川吋以分为发行信息公开（或首

次信息公卄）和持续信息公开、但两晋也密不可分：发行人在证券公幵发行之后，往汗 还会发行新的证券，进行再融资。因此.，我国《证券法》统一用“持续信息公TT的标 题，同时规定了两种信息披露制度。除我国《公司法》、?《证券法》对市公司和上市 公司的信息披露作了明确规定外，中国证监会还制定并颁布了一系列的信息披露准则，这 些规则或准则也是信息公幵制度的组成部分。 .

(一）信息披露的内容

1- 首次信息披露 .I、、

首次信息披露：也称发行信息披露，主要是首次公开jl行k票和么f司债券的信息披

露。根据有关规定，首次信息披露主要有招股说明书、债券募集说明书和上市公告书等。

(1)招股说明书。招股说明书是公开发行股票最基本的法律文件。这是由发行人制 订，经中国证监会核准，向社会公众公开披露公司主要事项以及招股情况的文件。发行人 首次公开发行股票的信息主要是通过招股说明书披露。

根据中国证监会的有关规定，在股票发行申请文件受理后、发行审核委员会审核前， 发行人应当将招股说明书（申报稿）在中国证监会的网站预先披露。预先披露的招股说 明书（申报稿）不是发行人发行股票的正式文件，不能含有价格信息，发行人不得据此 发行股票。 - 一

在创业板上市的公司，发行人应当在招股说明书显要位置作如下提示：“本次股票发 行后拟在创业板市场上市，该市场具有较高的投资风险。创业板公司具有业绩不稳定、经 营风险高、退市风险大等特点，投资者面临较大的市场风险。投资者应充分了解创业板市 场的投资风险及本公司所披露的风险因素，审慎作出投资决定。”

招股说明书中引用的财务报表在其最近一期截止日后6个月内有效。特别情况下发行 人可申请适当延长，但至多不超过1个月。财务报表应当以年度末、半年度末或者季度末 为截止日。招股说明书的有效期为6个月，自中国证监会核准发行申请前招股说明书最后 一次签署之日起计算。

发行人及其全体董事、监事和高级管理人员应当在招股说明书上签署书面确认意见， 似证招股说明书的内容真实、\_、完整招股说明中'应当加盖P-行,人公章.f'i1荐!■ I 保荐代表人应当对招股说明书的真实性、准确性、完整性进行核查，并在核直意见上签 字、盖章。在创业板上市的公司，发行人的控股股东、实际控制人应当对招股说明书出具 确认意见，并签名、盖章。

发行人股票发行前应当在中国证监会指定网站全文刊登招股说明书5同时在中国证监 会指矩报刊刊登提示性公告，告知投资者网上干11登的地址及获取文件的途径:发行人应当 将招股说明书披露于公司网站，时间不得早于前款规定的刊登吋间发行人应当将丨9股说 明书及备查文件置备于发行人、拟上市证券交易所、保荐人、主承销商和其他承销机构的i 住所，以备公众查阅。

保荐人出具的发行保^ I!;、儿构出rinWi、!< 作为!丨丨收丨^丨i^i'I

文件，在中国证监会指;七的m站. n-n ^ -r-n m '彳以i:ih?丨ii:m .丨v丨;八、 主承销商和其他小ti'j HI.沟i'l'l fi-：所,以G公f'k r:i fi'M

申请文件受押上.MHr人发行屮心外屮丨.丨彳丨iY(法PKHHi丨说丨Iviiii, d 人及与本次发行m的、Vhm以广W、说公吃

(2) 债券募集说明么丨发h'汕泞制公J丨侦汴dmnn ili. li'K丨;!Uf!, 办法这是.公司债券的发行人依法编制.经中闰证监会核准.记载公司债券发行相关的重 要信息的法律文件。上述有关招股说明书的规宠，适用于公同债券藤集说明书..，具体内容 依照中国证监会的相关规定披露。 ；

(3) 上 I 丨丨书。％行人穴[Mil:泞允屮沾iil:C Li 丨丨 Q 1 扒.!!((hU W 所的规定编制上市公告书，并经证券交易所审核同意后公告。发行人的董事、监事、高级 管■人w应当对上市公告书签署书面确认意见,保证所披露的信息真实、准确、完整

股票上市公告书和公司债砮上市公告书的主要内容依照中国证监会的相关规定披露。

'上市公司在非公开发行新股后，应当依法披露发行情况报告书。

2-持续信息披露

这是指证券上市后，信息披露义务人承担的持续披露义务。持续信息披露的信息主要 有定期报告和临时报告。

(1) 定期报告。定期报告是上市公司和公司债券上市交易的公司进行持续信息披露 的主要形式之一，包括年度报告、中期报告和季度报告。

年度报告应当在每一个会计年度结束之日起4个月内编制完成并披露。年度报告的主 要内容依照中国证监会的相关规定披露。

中期报告应当在每个会计年度的上半年结束之日起2个月内编制完成并披露。中期报 告的主要内容依照中国证监会的相关规定披露。

季度报告应当在每个会计年度第3个月、第9个月结束后的1个月内编制完成并披 露。季度报告记载的内容依照中国证监会的相关规定披露。

上市公司预计经营业绩发生亏损或者发生大幅变动的，应当及时进行业绩预告。定期 报告披露前出现业绩泄露，或者出现业绩传闻且公司证券及其衍生品种交易出现异常波动 的，上市公司应当及时披露本报告期相关财务数据。

年度报告中的财务会计报告应当经具有证券、期货相关业务资格的会计师事务所审 计。定期报告中财务会计报告被出具非标准审计报告的，上市公司董事会应当针对该审计 意见涉及事项作出专项说明。定期报告中财务会计报告被出具非标准审计意见，证券交易 所认为涉嫌违法的，应当提请中国证监会立案调查。

(2) 临时报告。临时报告是指在定期报告之外临时发布的报告。凡发生可能对上市公 司证券及其衍生品种交易价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，上市公司应当 立即提出临时报告，披露事件内容，说明事件的起因、目前的状态和可能产生的影响。

根据《证券法》第六十七条第二款的规定，下列情况为重大事件：①公司的经营方 针和经营范围的重大变化；②公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；③公司订立 重要合同，可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；④公司发生重大债 务和未能清偿到期重大债务的违约情况，或者发生大额赔偿责任；⑤公司发生重大亏损或 者重大损失；⑥公司生产经营的外部条件发生的重大变化；⑦公司的董事、1/3以上监事 或者经理发生变动；董事长或者经理无法履行职责；⑧持有公司5%以上股份的股东或者 实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化；⑨公司减资、合并、分立、 解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；⑩涉及公司的重大诉讼、 仲裁，股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效；?公司涉嫌违法违规被有权机关 调查或者受到刑事处罚、重大行政处罚，公司董事、监事、高级管理人员涉嫌违法违纪被 有权机关调查或者采取强制措施；?新公布的法律、法规、规章、行业政策可能对公司产 生重大影响；?董事会就发行新股或者其他再融资方案、股权激励方案形成相关决议； ?法院裁决禁止控股股东转让其所持股份，任一个股东所持公司5%以上股份被质押、冻 结、司法拍卖、托管、设定信托或者被依法限制表决权；?主要资产被查封、扣押、冻结 或者被抵押、质押；?主要或者全部业务陷人停顿；?对外提供重大担保；?获得大额政 府补贴等可能对公司资产、负债、权益或者经营成果产生重大影响的额外收益；?变更会 计政策、会计估计；?因前期已披露的信息存在差错、未按规定披露或者虚假记载，被有

关机关责令改正或者经董事会决定进行更正；?中国证监会规定的其他情形。

上市公司披露重大事件后，已披露的重大事件出现可能对上市公司证券及其衍生品种 交易价格产生较大影响的进展或者变化的，应当及时披露进展或者变化情况、可能产生的 影响。上市公司控股子公司发生重大事件，可能对上市公司证券及其衍生品种交易价格产 生较大影响的，上市公司应当履行信息披露义务。

(二）信息披露的事务管理

1. 上市公司信息披露的制度化管理

(1) 制定信息披露事务管理制度。根据有关规定，上市公司应当制定信息披露事务 管理制度，经公司董事会审议通过后，报注册地证监局和证券交易所备案。

(2) 定期报告的编制、审议、披露程序和重大事件的报告、传递、审核、披露程序。 在定期报告的编制、审议、披露程序中，经理、财务负责人、董事会秘书等高级管理人员 应当及时编制定期报告草案，提请董事会审议；董事会秘书负责送达董事审阅；董事长负 责召集和主持董事会会议审议定期报告；监事会负责审核董事会编制的定期报告；董事会 秘书负责组织定期报告的披露工作。

在重大事件的报告、传递、审核、披露程序中，董事、监事、高级管理人员知悉重大 事件发生时，应当按照公司规定立即履行报告义务；董事长在接到报告后，应当立即向董 事会报告，并敦促董事会秘书组织临时报告的披露工作。

(3) 关联交易的审议程序。在关联交易的审议过程中，应当严格执行关联交易回避 表决制度。交易各方不得通过隐瞒关联关系或者采取其他手段，规避上市公司的关联交易 审议程序和信息披露义务。上市公司董事、监事、高级管理人员、持股5%以上的股东及 其一致行动人、实际控制人应当及时向上市公司董事会报送上市公司关联人名单及关联关 系的说明。

(4) 信息披露的方式。依法必须披露的信息，应当在国务院证券监督管理机构指定 的媒体发布，同时将其置备于公司住所、证券交易所，供社会公众查阅。

2. 上市公司及其他信息披露义务人在信息披露工作中的职责 '

(1) 上市公司及其他信息披露义务人应当真实、准确、完整、及时地向所有投资者 公开披露信息，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。在境内、外市场发行证券及 其衍生品种并上市的公司在境外市场披露的信息，应当同时在境内市场披露。

(2) 上市公司及其他信息披露义务人应当依法披露信息，应当将公告文稿和相关备 查文件报送证券交易所登记，并在中国证监会指定的媒体发布。信息披露义务人应当将信 息披露公告文稿和相关备查文件报送上市公司注册地证监局，并置备于公司住所供社会公 众查阅。

(3) 信息披露义务人在公司网站及其他媒体发布信息的时间不得先于指定媒体，不 得以新闻发布或者答记者问等任何形式代替应当履行的报告、公告义务，不得以定期报告 形式代替应当履行的临时报告义务。

(4) 上市公司应当在最先发生的以下任一时点，及时履行重大事件的信息披露义务：

①董事会或者监事会就该重大事件形成决议时；②有关各方就该重大事件签署意向书或者 协议时；③董事、监事或者髙级管理人员知悉该重大事件发生并报告时。这里说的及时是 指自起算日起或者触及披露时点的两个交易日内。在上述规定的时点之前出现下列情形之

一的，上市公司应当及时披露相关事项的现状、可能影响事件进展的风险因素：①该重大 事件难以保密；②该重大事件已经泄露或者市场出现传闻；③公司证券及其衍生品种出现 异常交易情况。

(5) 上市公司参股公司发生可能对上市公司证券及其衍生品种交易价格产生较大影 响的事件的，上市公司应当履行信息披露义务。

3- 上市公司董事、监事、高级管理人员在信息披露工作中的职责

上市公司的董事、监事、高级管理人员应当勤勉尽责，关注信息披露文件的编制情 况，保证定期报告、临时报告在规定期限内披露，配合上市公司及其他信息披露义务人 履行信息披露义务。上市公司的董事、高级管理人员应当对公司定期报告签署书面确 认意见。上市公司监事会应当对董事会编制的公司定期报告进行审核并提出书面审核 意见。上市公司董事、监事、高级管理人员应当保证上市公司所披露的信息真实、准 确、完整。

(1) 董事应当了解并持续关注公司的生产经营情况、财务状况和公司已经发生的或 者可能发生的重大事件及其影响，主动调查、获取决策所需要的资料。

(2) 监事应当对公司董事、髙级管理人员履行信息披露职责的行为进行监督，关注 公司信息披露情况，发现信息披露存在违法违规问题的，应当进行调查并提出处理建议。

(3) 高级管理人员应当及时向董事会报告有关公司经营或者财务方面出现的重大事 件、已披露的事件的进展或者变化情况及其他相关信息。

(4) 董事会秘书负责组织和协调公司信息披露事务，汇集上市公司应予披露的信息 并报告董事会，持续关注媒体对公司的报道，主动求证报道的真实情况，并负责办理上市 公司信息对外公布等相关事宜。

4. 上市公司的股东、实际控制人在信息披露中的职责

(1) 上市公司的股东、实际控制人发生以下事件时，应当主动告知上市公司董事会， 并配合上市公司履行信息披露义务：①持有公司5%以上股份的股东或者实际控制人，其 持有股份或者控制公司的情况发生较大变化的；②法院裁决禁止控股股东转让其所持股 份，任何一个股东所持公司5%以上股份被质押、冻结、司法拍卖、托管、设定信托或者 被依法限制表决权的；③拟对上市公司进行重大资产或者业务重组的；④中国证监会规定 的其他情形。

(2) 当应披露的信息在依法披露前已经在媒体上传播或者公司证券及其衍生品种出 现交易异常情况的，股东或者实际控制人应当及时、准确地向上市公司作出书面报告，并 配合上市公司及时、准确地公告。

(3) 上市公司的股东、实际控制人不得滥用其股东权利、支配地位，不得要求上市 公司向其提供内幕信息。

(4) 上市公司的控股股东、实际控制人和发行对象在上市公司非公开发行股票时， 应当及时向上市公司提供相关信息，配合上市公司履行信息披露义务。

(5) 通过接受委托或者信托等方式持有上市公司5%以上股份的股东或者实际控制 人，应当及时将委托人情况告知上市公司，配合上市公司履行信息披露义务。

5-保荐人、证券服务机构在信息披露中的职责

(1)保荐人、证券服务机构应当勤勉尽责、诚实守信，按照依法制定的业务规则、 行业执业规范和道德准则发表专业意见，保证所出具文件的真实性、准确性和完整性。在 为信息披露出具专项文件时，发现上市公司及其他信息披露义务人提供的材料有虚假记 载、误导性陈述、重大遗漏或者其他重大违法行为的，应当要求其补充、纠正。信息披露 义务人不予补充、纠正的，保荐人、证券服务机构应当及时向公司注册地证监局和证券交 易所报告。

(2) 注册会计师应当秉承风险导向审计理念，严格执行注册会计师执业准则及相关 规定，完善鉴证程序，科学选用鉴证方法和技术，充分了解被鉴证单位及其环境，审慎关 注重大错报风险，获取充分、适当的证据，合理发表鉴证结论。

(3) 资产评估机构应当恪守职业道德，严格遵守评估准则或者其他评估规范，恰当 选择评估方法，评估中提出的假设条件应当符合实际情况，对评估对象所涉及交易、收 入、支出、投资等业务的合法性、未来预测的可靠性取得充分证据，充分考虑未来各种可 能性发生的概率及其影响，形成合理的评估结论。

(三）公司信息披露的法律责任

法律责任是指当事人违反法律、法规以及有关规定所规定的义务，造成一定的危害所 应当承担的法律后果。公司信息披露的法律责任就是指信息披露的义务人违反有关信息披 露的义务所应当承担的法律后果。违反信息披露义务的行为可以概括为应按规定披露而未 披露和披露的信息存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏两种情况。信息披露义务人存 在这两种行为，就应当承担相应的法律责任。

具体关于虚假陈述法律责任的讨论，见本章第六节的相关内容。

第二节股票的发行

一、股票发行的类型

发行股票是发行人公司以出售股权换得投资者出资的一种募资方式，投资者在出资后 获得发行人公司的股权。股票的发行可以区分为公开发行与非公开发行两种方式，后者习 惯上被称为私募。根据《证券法》第十条的规定，公开发行股票，必须符合法定条件， 依法报经国务院证券监督管理机构核准。除了一些特殊主体的私募发行按《证券法》规 定必须经过核准外，私募发行一般不需要经过核准。根据《证券法》对公开发行的不同 要求，公开发行可以划分为不同类型。依据发行主体、发行方式和发行的目的不同，《证 券法》对以下类型的股票发行进行了区分：

(一）非公众公司非公开发行股票。这是指发行后发行人股东人数不超过200人，发 行方式也没有采用公开发行方式的股票发行。此种股票发行不需报经证监会的核准，发行 人自行决定，只需要遵守《公司法》，不承担《证券法》规定的强制信息披露义务。投资 者的保护完全依据投资者与发行人之间的协议安排、《公司章程》和《公司法》的规定来 执行。

(二）非公众公司向特定对象发行股票，导致发行后股东超过200人的发行。《证券 法》第十条规定：“向特定对象发行证券累计超过200人的”为公开发行。因此，即使上 述股票发行没有采用向社会公开的方式，只是针对特定对象，但只要发行结果导致股东总 人数超过200人，就仍然构成了公开发行。依据中国证监会发布的《非上市公众公司监 督管理办法》的规定，这种股票发行必须符合法定条件，依法报经中国证监会的核准。 非公众公司经核准定向发行股票后，股东人数超过200人的，该公司将被定性为非上市公 众公司。

(三）非公众公司申请股票以公开方式向社会公众公开转让。本来股东转让股票并不 构成股票发行行为，但为了防止有人利用股份转让规避公开发行监管，《国务院办公厅关 于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的通知》规定“公司股东自行或 委托他人以公开方式向社会公众转让股票的行为”构成了变相公开发行股票。因此，公 司拟申请其股票以公开方式向社会公众公开转让的，需要报经中国证监会核准，核准后该 公司被定性为非上市公众公司。

(四）非上市公众公司的定向发行。非上市公众公司向特定对象定询发行股票，也需 要经过中国证监会的核准。

(五）首次公开发行股票并上市。当发行人向社会公众公开发行股票，并且在发行完 毕后拟去证券交易所上市的，需要符合法定条件，依法报经中国证监会核准。发行上市 后，发行人成为上市公司。依据上市地的不同，中国证监会对于拟在创业板上市的公司， 规定了与其他市场不同的首次公开发行条件。

(六）上市公司发行新股。上市公司无论是公开发行新股还是非公开发行新股，都必 须符合法定条件，经过中国证监会的核准。

上述第（一）种股票发行类型，由发行人依据《公司法》规定的公司设立或者公司 新增资本的方式进行，本节不再讨论。第（二）、第（三）和第（四）种都涉及《证券 法》规定的一种新公司类型——非上市公众公司，本书将合并讨论，第（五）和第（六） 种是股票市场最常见的股票发行类型，本书将在下面分别介绍。

二、非上市公众公司

非上市公众公司并非《公司法》规定的公司种类，而是基于《证券法》对公开发行 的界定划分出来的新公司类型。因此，目前只具有《证券法》上的意义。中国证监会 2012年发布《非上市公众公司监督管理办法》（以下简称《非上市公众公司办法》），初 步建立起对非上市公众公司的监管体系，并建立全国中小企业股份转让系统作为其股票发 行和交易的市场。

(一）非上市公众公司的概念

根据《非上市公众公司办法》的规定，非上市公众公司是指有下列情形之一且其股 票未在证券交易所上市交易的股份有限公司：（1)股票向特定对象发行或者转让导致股 东累计超过200人；（2)股票公开转让。

《证券法》第十条界定公开发行时，将“向特定对象发行证券累计超过200人的”， 界定为公开发行，其中对股东人数又采用无限制累计的计算方式，导致任何股份公司的 股东人数超过200人，无论是因为非公开发行的原因还是因为股东向多人转让股份的原 因，都需要经过中国证监会的核准。同时，为了防止公司通过股东转售股份规避公开

发行监管，《国务院办公厅关于严厉打击非法发行股票和非法经营证券业务有关问题的 通知》中明确规定：“公司股东自行或委托他人以公开方式向社会公众转让股票的行 为”构成了变相公开发行股票，这又导致任何股份公司的股东公开转让股份都必须经 过中国证监会的核准。《非上市公众公司办法》规定的两种非上市公众类型，正是据此 而产生。

(二）对非上市公众公司的核准

根据非上市公众公司的定义，股份公司可以因两种原因经过中国证监会的核准后成为 非上市公众公司：一

1. 因股票以非公开方式转让导致股东累计超过200人

股票向特定对象转让导致股东累计超过200人的股份有限公司，应当自上述行为发生 之日起3个月内，按照中国证监会有关规定制作申请文件，申请文件应当包括但不限于： 定向转让说明书、律师事务所出具的法律意见书、会计师事务所出具的审计报告。股份有 限公司持申请文件向中国证监会申请核准。在提交申请文件前，股份有限公司应当将相关 情况通知所有股东。

如果股份公司在3个月内将股东人数降至200人以内的，可以不提出申请。

2. 因股份公司申请其股票公开转让

股份公司申请其股票公开转让，董事会应当依法就股票公开转让的具体方案作出决 议，并提请股东大会批准，股东大会决议必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上 通过。

股东人数超过200人的公司申请其股票公开转让，应当按照中国证监会有关规定制 作公开转让的申请文件，申请文件应当包括但不限于：公开转让说明书、律师事务所 出具的法律意见书、具有证券期货相关业务资格的会计师事务所出具的审计报告、证 券公司出具的推荐文件、证券交易场所的审查意见。公司持申请文件向中国证监会申 请核准。

中国证监会在受理申请文件后，依法对公司治理和信息披露进行审核，在20个工作 日内作出核准、中止审核、终止审核、不予核准的决定。

对于股东人数未超过200人的公司申请其股票公开转让，中国证监会豁免核准，由全 国中小企业股份转让系统进行审查。

对于那些在《非上市公众公司办法》施行前股东人数已经超过200人的股份公司， 符合条件的，可以申请在全国中小企业股份转让系统挂牌公开转让股票，也可以申请首次 公开发行股票并在证券交易所上市。

(三）与非上市公众公司有关的股票定向发行

无论是普通公司通过向特定对象发行股票累计超过200人而成为非上市公众公司，还 是已经成为非上市公众公司的发行人向特定对象发行股票，都必须经过中国证监会的核 准，而且发行对象必须只能是中国证监会规定的特定对象。

依据《非上市公众公司办法》，特定对象的范围包括下列机构或者自然人：（1)公司 股东；（2)公司的董事、监事、髙级管理人员、核心员工；（3)符合投资者适当性管理 规定的自然人投资者、法人投资者及其他经济组织。公司确定发行对象时，符合第（2) 项、第（3)项规定的投资者合计不得超过35名。

核心员工的认定，应当由公司董事会提名，并向全体员工公示和征求意见，由监事会 发表明确意见后，经股东大会审议批准。

投资者适当性管理规定由中国证监会另行制定。

发行人应当对发行对象的身份进行确认，有充分理由确信发行对象符合《非上市公 众公司办法》和公司的相关规定。发行人应当与发行对象签订包含风险揭示条款的认购 协议。 .

发行人董事会应当依法就本次股票发行的具体方案作出决议，并提请股东大会批准， 股东大会决议必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

申请向特定对象发行股票导致股东累计超过200人的股份有限公司，董事会和股东大 会决议中还应当包括以下内容：（1)按照中国证监会的相关规定修改公司章程；（2)按 照法律、行政法规和公司章程的规定建立健全公司治理机制；（3)履行信息披露义务， 按照相关规定披露定向发行说明书、发行情况报告书、年度报告、半年度报告及其他信息 披露内容。

中国证监会受理申请文件后，依法对公司治理和信息披露以及发行对象情况进行审 核，作出是否核准的决定，并出具相关文件。

公司申请定向发行股票，可申请一次核准，分期发行。自中国证监会予以核准之日 起，公司应当在3个月内首期发行，剩余数量应当在12个月内发行完毕。超过核准文件 限定的有效期未发行的，须重新经中国证监会核准后方可发行。首期发行数量应当不少于 总发行数量的50%，剩余各期发行的数量由公司自行确定，每期发行后5个工作日内将 发行情况报中国证监会备案。

在全国中小企业股份转让系统挂牌公开转让股票的非上市公众公司向特定对象发行股 票后股东累计不超过200人的，豁免向中国证监会申请核准，由全国中小企业股份转让系 统自律管理，但发行对象应当符合对特定对象范围的规定。

(四）非上市公众公司的监管要求

对非上市公众公司的监管要求主要有：股权明晰，合法规范经营，公司治理机制健 全，履行信息披露义务。其中最重要的是履行信息披露义务。

依据《非上市公众公司办法》，非上市公众公司应当履行强制信息披露义务。信息披 露文件主要包括公开转让说明书、定向转让说明书、定向发行说明书、发行情况报告书、 定期报告和临时报告等。具体的内容与格式、编制规则及披露要求，由中国证监会另行 制定。

定期报告包括半年度报告和年度报告。其中，股票公开转让与定向发行的非上市公众 公司应当定期披露半年度报告和年度报告；股票向特定对象转让导致股东累计超过200人 的非上市公众公司，则只需要每年定期披露年度报告。年度报告中的财务会计报告应当经 具有证券期货相关业务资格的会计师事务所审计。

发生可能对股票价格产生较大影响的重大事件，投资者尚未得知时，非上市公众公司 应当立即将有关该重大事件的情况报送临时报告，并予以公告，说明事件的起因、目前的 状态和可能产生的后果。

非上市公众公司及其他信息披露义务人应当按照法律、行政法规和中国证监会的规 定，真实、准确、完整、及时地披露信息，不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

公司及其他信息披露义务人应当向所有投资者同时公开披露信息。公司的董事、监事、高 级管理人员应当忠实、勤勉地履行职责，保证公司披露信息的真实、准确、完整、及时。 公司的董事、高级管理人员应当对定期报告签署书面确认意见；监事会应当对董事会编制 的定期报告进行审核并提出书面审核意见。 \_

除监事会公告外，非上市公众公司披露的信息应当以董事会公告的形式发布；公司及 其他信息披露义务人依法披露的信息，应当在中国证监会指定的信息披露平台发布。股票 向特定对象转让导致股东累计超过200人的非上市公众公司可以在公司章程中约定其他信 息披露方式。 一

(五）非上市公众公司的股票转让

中国证监会建立了全国中小企业股份转让系统，为非上市公众公司提供股票发行和交 易服务。非上市公众公司公开转让股票应当在全国中小企业股份转让系统进行，公开转让 的非上市公众公司股票应当在中国证券登记结算公司集中登记存管。

全国中小企业股份转让系统应当发挥自律管理作用，对在全国中小企业股份转让系统 公开转让股票的公众公司及相关信息披露义务人披露信息进行监督，督促其依法及时、准 确地披露信息。发现公开转让股票的公众公司及相关信息披露义务人有违反法律、行政法 规和中国证监会相关规定的行为，应当向中国证监会报告，并采取自律管理措施。

未在全国中小企业股份转让系统挂牌的非上市公众公司（以下简称“不挂牌公司”）， 包括自愿纳入监管的历史遗留股东人数超过200人的股份公司,以及经中国证監会核?隹通丨 过定向发行或转让导致股东累计超过200人的股份公司，除按照 行公众公司信息披露等义务外5还应当遵守以下规定；明确信’一'\_

公众公司信息披露网站、公司网站及其他公众媒体披露股份变更、

报中国证监会派出机构存档；选择在中国证券登记结算公司、证姜 域性股权市场或托管机构登记托管股份；不得采用公开方式向社会 在未经国务院批准的证券交易场所转让股份，未经批准不得擅自艺 沟负责+挂牌公司监管，监管内容以股份管理以及蕋本的信息披谅

三、首次公弁发行股票兹上市

(一)首次公歼发行股票的条件

我国《证券法》、《公司法》和证监会于邓06年::；月n日?公

⑴卜上屮竹.叩办法》(以卜狐《内m办沾》)就公丨(1 iviu:

的条件。这些条件适用于在上海证券交易所主板市场上市的公司和在深幼丨证券交易所中.小 板市场上市的公司。2009年3月M !-：| ?中国证监会公布了《苜次公开发行股票并在创业

板kii(竹观衍彳r办法》(以丨挪、彳'⑶、Ik板丨1?发仍」1丨丨竹行办汰>)沒九汰献n;x公几dr 股氓并丫丨?:创彳k钣上啦公???】的丨力:?行条作作出了 'h丨应规;七.I.:忒仲艿公m於 $的% n-小:v利丨丨n:丨.以\_f 別加以说m:

1.在主板和中小板上市的公司首次公讦发行股票的条件

根据《证奍法》、《公司法》和《首发管理办法》的规定..公同在主板和中小.钣上 市，首次公开发行股票，除应当符合《公闰法》第七十六条的规定外t作为拟上市公司. 还应当符合如下条件： 丨

(1) 发行人应当是依法设立且合法存续一定期限的股份有限公司。发行人合法存续 的期限条件符合下列情形之一即可：第一，该股份有限公司应自成立后，持续经营时间在 3年以上；第二，有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，持续 经营时间可以从有限责任公司成立之日起计算，并达3年以上（经国务院批准，有限责 任公司在依法变更为股份有限公司时，可以采取募集设立方式公开发行股票）；第三，经 国务院批准，可以不受上述时间的限制。

(2) 发行人已合法并真实取得注册资本项下载明的资产。发行人的注册资本已足额 缴纳，发起人或者股东用作出资的资产的财产权转移手续已经办理完毕，发行人的主要资 产不存在重大权属纠纷。

(3) 发行人的生产经营符合法律、行政法规和公司章程的规定，符合国家产业政策。

(4) 发行人最近3年内主营业务和董事、高级管理人员没有发生重大变化，实际控 制人没有发生变更。

《首发管理办法》要求发行人最近3年内实际控制人没有发生变更，旨在以公司控 制权的稳定为标准，判断公司是否具有持续发展、持续盈利的能力，以便投资者在对 公司的持续发展和盈利能力拥有较为明确预期的情况下作出投资决策。在发行人存在 多人共同拥有公司控制权的情况下，其中某个小股东变更，不构成公司控制权变更。 但中国证监会明确此种情况下，“如果发行人最近3年内持有、实际支配公司表决权比 例最高的人发生变化，且变化前后的股东不属于同一实际控制人，视为公司控制权发 生变更”。

当发行人不存在拥有公司控制权的人或者公司控制权的归属难以判断的，如果符合以 下情形，可视为公司控制权没有发生变更：①发行人的股权及控制结构、经营管理层和主 营业务在首发前3年内没有发生重大变化。②发行人的股权及控制结构不影响公司治理有 效性。③发行人及其保荐人和律师能够提供证据充分证明。

因国有资产监督管理需要，国务院或者省级人民政府国有资产监督管理机构无偿划转 直属国有控股企业的国有股权或者对该等企业进行重组等导致发行人控股股东发生变更 的，如果符合以下情形，可视为公司控制权没有发生变更：①有关国有股权无偿划转或者 重组等属于国有资产监督管理的整体性调整，经国务院国有资产监督管理机构或者省级人 民政府按照相关程序决策通过，且发行人能够提供有关决策或者批复文件。②发行人与原 控股股东不存在同业竞争或者大量的关联交易，不存在故意规避《首发管理办法》规定 的其他发行条件的情形。③有关国有股权无偿划转或者重组等对发行人的经营管理层、主 营业务和独立性没有重大不利影响。 .

按照国有资产监督管理的整体性调整，国务院国有资产监督管理机构直属国有企业与 地方国有企业之间无偿划转国有股权或者重组等导致发行人控股股东发生变更的，比照前 款规定执行，但是应当经国务院国有资产监督管理机构批准并提交相关批复文件。

不属于上述规定情形的国有股权无偿划转或者重组等导致发行人控股股东发生变更 的，视为公司控制权发生变更。

为了上市，发行人往往进行改制，以实现主营业务整体发行上市、降低管理成本、发 挥业务协同优势、提高企业规模经济效益，此时发行人往往会对同一公司控制权下相同、 类似或相关业务进行重组，这时发行人是否符合“最近3年内主营业务没有发生重大变

化”的要求，颇有疑问。中国证监会解释认为：发行人报告期内存在对同一公司控制权 人下相同、类似或相关业务进行重组情况的，如同时符合下列条件，视为主营业务没有发 生重大变化：①被重组方应当自报告期期初起即与发行人受同一公司控制权人控制，如果 被重组方是在报告期内新设立的，应当自成立之日即与发行人受同一公司控制权人控制。

②被重组进入发行人的业务与发行人重组前的业务具有相关性（相同、类似行业或同一 产业链的上下游）。

(5) 发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东持有的发 行人股份不存在重大权属纠纷。

(6) 发行人具备健全且运行良好的组织机构。

(7) 发行人具有持续盈利能力。根据《首发管理办法》的规定，发行人应当具有持 续盈利能力，不得有下列影响持续盈利能力的情形：①发行人的经营模式、产品或服务的 品种结构已经或者将发生重大变化，并对发行人的持续盈利能力构成重大不利影响。②发 行人的行业地位或发行人所处行业的经营环境已经或者将发生重大变化，并对发行人的持 续盈利能力构成重大不利影响。③发行人最近一个会计年度的营业收入或净利润对关联方 或者存在重大不确定性的客户存在重大依赖。④发行人最近一个会计年度的净利润主要来 自合并财务报表范围以外的投资收益。⑤发行人在用的商标、专利、专有技术以及特许经 营权等重要资产或技术的取得或者使用存在重大不利变化的风险。⑥其他可能对发行人持 续盈利能力构成重大不利影响的情形。

(8) 发行人的财务状况良好。①财务管理规范。发行人的内部控制在所有重大方面 应是有效的，并由注册会计师出具了无保留结论的内部控制鉴证报告。发行人的会计基础 工作规范，财务报表的编制符合企业会计准则和相关会计制度的规定，在所有重大方面都 公允地反映了发行人的财务状况、经营成果和现金流量，并由注册会计师出具了无保留意 见的审计报告。发行人编制财务报表应以实际发生的交易或者事项为依据；在进行会计确 认、计量和报告时应当保持应有的谨慎；对相同或者相似的经济业务，应选用一致的会计 政策，不得随意变更。发行人完整披露关联方关系并按重要性原则恰当披露关联交易。关 联交易价格公允，不存在通过关联交易操纵利润的情形。②财务指标良好。根据《首发 管理办法》的规定，发行人发行股票并上市的财务指标应当达到以下要求：第一，最近3 个会计年度净利润均为正数且累计超过人民币3 000万元，净利润以扣除非经常性损益前 后较低者为计算依据。第二，最近3个会计年度经营活动产生的现金流量净额累计超过人 民币5 000万元；或者最近3个会计年度营业收人累计超过人民币3亿元。第三，发行前 股本总额不少于人民币3 000万元。第四，最近一期期末无形资产（扣除土地使用权、水 面养殖权和采矿权等后）占净资产的比例不高于20%。第五，最近一期期末不存在未弥 补亏损。③依法纳税。发行人依法纳税，各项税收优惠符合相关法律法规的规定。发行人 的经营成果对税收优惠不存在严重依赖。④发行人不存在重大偿债风险，不存在影响持续 经营的担保、诉讼以及仲裁等重大或有事项。⑤财务资料真实完整。发行人披露的财务资 料不得存在以下情形：第一，故意遗漏或虚构交易、事项或者其他重要信息；第二，滥用 会计政策或者会计估计；第三，操纵、伪造或篡改编制财务报表所依据的会计记录或者相 关凭证。

(9) 发行人不存在法定的违法行为。根据《首发管理办法》的规定，发行人存在下

列情形之一的，构成首次发行股票并上市的法定障碍：①最近36个月内未经法定机关核 准，擅自公开或者变相公开发行过证券；或者有关违法行为虽然发生在36个月前，但目 前仍处于持续状态。②最近36个月内违反工商、税收、土地、环保、海关以及其他法律、 行政法规，受到行政处'罚，且情节严重。③最近36个月内曾向中国证监会提出发行申请， 但报送的发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏；或者不符合发行条件以欺骗 手段骗取发行核准；或者以不正当手段干扰中国证监会及其发行审核委员会审核工作；或 者伪造、变造发行人或其董事、监事、高级管理人员的签字、盖章。④本次报送的发行申 请文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。⑤涉嫌犯罪被司法机关立案侦查，尚未有 明确结论意见。⑥严重损害投资者合法权益和社会公共利益的其他情形。

2.在创业板上市的公司首次公开发行股票的条件

在创业板上市的公司一般是自主创新企业及其他成长型创业企业，这类企业往往经营 规模较小，具有较大的发展潜力，但同时也具有较大的经营管理风险。根据《创业板首 发管理暂行办法》的规定，公司在创业板上市，首次公开发行股票，与在主板和中小板 上市的公司相比较，其条件相对要低。其首次发行股票，应当符合如下条件：

(1) 发行人是依法设立且持续经营3年以上的股份有限公司。有限责任公司按原账 面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，持续经营时间可以从有限责任公司成立之日 起计算。

(2) 最近2年连续盈利，最近2年净利润累计不少于1 000万元；或者最近1年盈 利，最近1年营业收人不少于5 000万元。净利润以扣除非经常性损益前后孰低者为计算 依据。

(3) 最近一期期末净资产不少于2 000万元，且不存在未弥补亏损。

(4) 发行后股本总额不少于3 000万元。

(5) 发行人的注册资本巳足额缴纳，发起人或者股东用作出资的资产的财产权转移 手续已办理完毕。发行人的主要资产不存在重大权属纠纷。

(6) 发行人应当主要经营一种业务，其生产经营活动符合法律、行政法规和公司章 程的规定，符合国家产业政策及环境保护政策。

(7) 发行人最近两年内主营业务和董事、高级管理人员均没有发生重大变化，实际 控制人没有发生变更。

(8) 发行人的股权清晰，控股股东和受控股股东、实际控制人支配的股东所持发行 人的股份不存在重大权属纠纷。

(9) 发行人具有完善的公司治理结构，依法建立健全股东大会、董事会、监事会以 及独立董事、董事会秘书、审计委员会制度，相关机构和人员能够依法履行职责。发行人 应当建立健全股东投票计票制度，建立发行人与股东之间的多元化纠纷解决机制，切实保 障投资者依法行使收益权、知情权、参与权、监督权、求偿权等股东权利。

(10) 发行人会计基础工作规范，财务报表的编制符合企业会计准则和相关会计制度 的规定，在所有重大方面公允地反映了发行人的财务状况、经营成果和现金流量，并由注 册会计师出具无保留意见的审计报告。

(11) 发行人内部控制制度健全且被有效执行，能够合理保证公司财务报告的可靠 性、生产经营的合法性、营运的效率与效果，并由注册会计师出具无保留结论的内部控制

鉴证报告。

(12) 发行人的董事、监事和高级管理人员具备法律、行政法规和规章规定的资格， 了解股票发行上市相关法律法规，知悉上市公司及其董事、监事和高级管理人员的法定义 务和责任，且不存在下列情形：①被中国证监会采取证券市场禁人措施尚在禁入期的。

②最近3年内受到中国证监会行政处罚，或者最近1年内受到证券交易所公开谴责的。

③因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查或者涉嫌违法违规被中国证监会立案调查，尚未有明确 结论意见的。

(13) 发行人及其控股股东、实际控制人最近3年内不存在损害投资者合法权益和社 会公共利益的重大违法行为。发行人及其控股股东、实际控制人最近3年内不存在未经法 定机关核准，擅自公幵或者变相公开发行证券，或者有关违法行为虽然发生在3年前，但 目前仍处于持续状态的情形。

(二）首次公开发行股票的程序和承销

1.首次公开发行股票的程序

(1) 发行人董事会应当依法就本次股票发行的具体方案、本次募集资金使用的可行 性及其他必须明确的事项作出决议，并提请股东大会批准。发行人股东大会应就本次发行 股票作出决议。决议至少应当包括下列事项：本次发行股票的种类和数量；发行对象；价 格区间或者定价方式；募集资金用途；发行前滚存利润的分配方案；决议的有效期；对董 事会办理本次发行具体事宜的授权；其他必须明确的事项。

(2) 发行人应当按照证监会的有关规定制作申请文件，由保荐人保荐并向证监会申 报。特定行业的发行人应当提供管理部门的相关意见。依照《证券法》规定聘请保荐人 的，应当报送保荐人出具的发行保荐书。保荐人保荐发行人发行股票并在创业板上市，应 当对发行人的成长性进行尽职调查和审慎判断并出具专项意见。发行人为自主创新企业 的，还应当在专项意见中说明发行人的自主创新能力。

按照中国证监会2013年11月30日发布的《关于进一步推进新股发行体制改革的意 见》，保荐机构应当严格履行法定职责，遵守业务规则和行业规范，对发行人的申请文件 和信息披露资料进行审慎核查，督导发行人规范运行，对其他中介机构出具的专业意见进 行核查，对发行人是否具备持续盈利能力、是否符合法定发行条件作出专业判断，并确保 发行人的申请文件和招股说明书等信息披露资料真实、准确、完整、及时。

会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等证券服务机构及人员，必须严格履行法 定职责，遵照本行业的业务标准和执业规范，对发行人的相关业务资料进行核查验证，确 保所出具的相关专业文件真实、准确、完整、及时。

(3) 证监会收到申请文件后，应在5个工作日内作出是否受理的决定。发行人招股 说明书申报稿正式受理后，应当立即在中国证监会网站披露，此即为预披露。招股说明书 预先披露后，发行人相关信息及财务数据不得随意更改。审核过程中，发现发行人申请材 料中记载的信息自相矛盾、或就同一事实前后存在不同表述且有实质性差异的，中国证监 会将中止审核，并在12个月内不再受理相关保荐代表人推荐的发行申请。发行人、中介 机构报送的发行申请文件及相关法律文书涉嫌虚假记载、误导性陈述或重大遗漏的，移交 稽查部门查处，被稽查立案的，暂停受理相关中介机构推荐的发行申请；查证属实的，自 确认之日起36个月内不再受理该发行人的股票发行申请，并依法追究中介机构及相关当

事人责任。

证监会应在受理申请文件后，由相关职能部门对发行人的申请文件进行初审，并由股 票发行审核委员会审核。证监会在初审过程中，将征求发行人注册地省级人民政府是否同 意发行人发行股票的意见，并就发行人的募集资金投资项目是否符合国家产业政策和投资 管理的规定征求国家发展和改革委员会的意见。根据《证券法》以及有关规定，国务院 证券监督管理机构设发行审核委员会，依法审核股票发行申请。发行审核委员会由国务院 证券监督管理机构的专业人员和所聘请的该机构外的有关专家组成，以投票方式对股票发 行申请进行表决，提出审核意见。中国证监会再依照审核意见对发行人的发行申请作出予 以核准或者不予核准的决定，并出具相关文件。

按照中国证监会2013年11月30日发布的《关于进一步推进新股发行体制改革的意 见》，中国证监会发行监管部门和发行审核委员会依法对发行申请文件和信息披露内容的 合法合规性进行审核，不对发行人的盈利能力和投资价值作出判断。发现申请文件和信息 披露内容存在违法违规情形的，严格追究相关当事人的责任。

中国证监会自受理证券发行申请文件之日起3个月内，依照法定条件和法定程序作出 核准、中止审核、终止审核、不予核准的决定。

(4) 股票发行申请经核准后，发行人应自证监会核准发行之日起12个月内发行 股票。

(5) 发行人自取得核准文件之日起至公开发行前，应参照上市公司定期报告的信息 披露要求，及时修改信息披露文件内容，补充财务会计报告相关数据，更新预先披露的招 股说明书；期间发生重大会后事项的，发行人应及时向中国证监会报告并提供说明；保荐 机构及相关中介机构应持续履行尽职调查义务。发行人发生重大会后事项的，由中国证监 会按审核程序决定是否需要重新提交发审会审议。

(6) 证监会或者国务院授权的部门对已作出的核准证券发行的决定，发现不符合法 定条件或者法定程序，尚未发行证券的，应当予以撤销，停止发行。已经发行尚未上市 的，撤销发行核准决定，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还证券持有 人；保荐人应当与发行人承担连带责任，但是能够证明自己没有过错的除外；发行人的控 股股东、实际摔制人有过错的，应当与发行人承担连带责任。

(7) 发行股票。发行人股票发行申请经核准同意后，发行的股票一般由证券公司 承销。

(8) 股票依法发行后，发行人经营与收益的变化，由发行人自行负责；由此变化引 致的投资风险，由投资者自行负责。

2. 强化发行人及其控股股东等责任主体的诚信义务

中国证监会在2013年11月30日发布的《关于进一步推进新股发行体制改革的意见》 中，对加强发行人及其控股股东等责任主体诚信义务作出规定，包括：

(1) 发行人控股股东、持有发行人股份的董事和高级管理人员应在公开募集及上市 文件中公开承诺：所持股票在锁定期满后2年内减持的，其减持价格不低于发行价；公司 上市后6个月内如公司股票连续20个交易日的收盘价均低于发行价，或者上市后6个月 期末收盘价低于发行价，持有公司股票的锁定期限自动延长至少6个月。

(2) 发行人及其控股股东、公司董事及高级管理人员应在公开募集及上市文件中提

出上市后3年内公司股价低于每股净资产时稳定公司股价的预案，预案应包括启动股价稳 定措施的具体条件、可能采取的具体措施等。具体措施可以包括发行人回购公司股票，控 股股东、公司董事、高级管理人员增持公司股票等。上述人员在启动股价稳定措施时应提 前公告具体实施方案。

(3) 发行人及其控股股东应在公开募集及上市文件中公开承诺，发行人招股说明书 有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，对判断发行人是否符合法律规定的发行条件构成 重大、实质影响的，将依法回购首次公开发行的全部新股，且发行人控股股东将购回已转 让的原限售股份。发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等相关 责任主体应在公开募集及上市文件中公开承诺：发行人招股说明书有虚假记载、误导性陈 述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，将依法赔偿投资者损失。

(4) 保荐机构、会计师事务所等证券服务机构应当在公开募集及上市文件中公开承 诺：因其为发行人首次公开发行制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗 漏，给投资者造成损失的，将依法赔偿投资者损失。

(5) 发行人应当在公开募集及上市文件中披露公开发行前持股5%以上股东的持股意 向及减持意向。持股5%以上股东减持时，须提前3个交易日予以公告。

(6) 发行人及其控股股东、公司董事及高级管理人员等责任主体作出公开承诺事项 的，应同时提出未能履行承诺时的约束措施，并在公开募集及上市文件中披露，接受社会 监督。证券交易所应加强对相关当事人履行公开承诺行为的监督和约束，对不履行承诺的： 行为及时采取监管措施。

3. 股票承销 . 丨

(1) 股票承销的概念。股票承销是指证券公司依照协议包销或者代销发行人向社会; 公开发行股票的行为。股票承销分为代销和包销两种方式。股票代销是指证券公司代发行 人发售股票，在承销期结束时，将未售出的股票全部退还给发行人的承销方式。股票包销 分两种情况：一是证券公司将发行人的股票按照协议全部购入，然后再向投资者销售，当j 卖出价高于购f价时，其差价归证券公司所有；当卖出价低于购入价时，其损失由证券# 司承担。二是苹券公司在承销期结束后，将售后剩余股票全部自行购入。在这种承销方式j 下，证券公司i与发行人签订合同，在承销期内，是一种代销行为;在承销期满后，是一j 种包销行为。根据《证券法》的规定，怔券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的i 证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司预留所代销的证券和预先购入并丨 留存所包销的证券。 . ：

(2) 承销胶票^根据《证券法》的有关规定，向不特定对象公开发行的证券票面总 值超过人民币5如0万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证I 券公司组成。主承销即牵头组织承销团的证券公司。主承销可以由证券发行人按照怂 平竞争的原则，M过竞标的#式产生，也可以由证券公司之间协商确定。主承销一般| 要承担组建承销团、代表承丨肖团与证券发行者签订承销合同和有关文件等事项。作为i 主承销的证券公司与\_与\_销的证券公司之间应签订承销团协议，就当事人的情况、: 承销股票的种类、轉、条额、发行价格、承销的具体方式、各承销成员承销的份额| 及报酬以及承销组织'工作fcl分工、承销期及起止日期、承销付款的日期及方式等达成 —\*致意见D 、‘?: ；■； ..丨

(3) 承销期限。根据《证券法》的规定，证券的代销、包销期限最长不得超过 90日。

(4) 股票发行失败。股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票 数量未达到拟公开发行股票数量70%的，为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银 行同期存款利息返还股票认购人。

(5) 备案。公开发行股票，代销、包销期限届满，发行人应当在规定的期限内将股 票发行情况报国务院证券监督管理机构备案。

(6) 承销机构的勤勉尽责义务。根据《证券法》的规定，证券公司承销证券，应当 对公开发行募集文件的真实性、准确性、完整性进行核查；发现有虚假记载、误导性陈述 或者重大遗漏的，不得进行销售活动；已经销售的，必须立即停止销售活动，并采取纠正 措施。

(三）首次公开发行股票时的老股转让

中国证监会在2013年11月30日发布的《关于进一步推进新股发行体制改革的意见》 中明确提出，发行人在首次公开发行新股时，鼓励持股满3年的原股东将部分老股向投资 者转让，增加新上市公司可流通股票的比例。此后，中国证监会发布《首次公开发行股 票时公司股东公开发售股份暂行规定》（以下简称《暂行规定》），明确了老股转让的相关 条件和程序。

按照《暂行规定》的要求，公司首次公开发行时，公司股东公开发售的股份，其已 持有时间应当在36个月以上。公司股东公开发售股份后，公司的股权结构不得发生重大 变化，实际控制人不得发生变更。公司股东公开发售的股份，权属应当清晰，不存在法律 纠纷或质押、冻结及其他依法不得转让的情况。

公司股东拟公开发售股份的，应当向发行人董事会提出申请；需要相关主管部门批准 的，应当事先取得相关部门的批准文件。发行人董事会应当依法就本次股票发行方案作出 决议，并提请股东大会批准。

发行人与拟公开发售股份的公司股东应当就本次发行承销费用的分摊原则进行约定， 并在招股说明书等文件中披露相关信息。

公司发行新股的同时，其股东拟公开发售股份的，发行方案应当载明公司预计发行新 股数量、公司相关股东预计公开发售股份的数量和上限，并明确新股发行与老股转让数量 的调整机制。公司首次公开发行股票应主要用于筹集企业发展需要的资金。新股发行数量 应根据企业实际的资金需求合理确定；公司股东公开发售股份数量不得超过自愿设定12 个月及以上限售期的投资者获得配售股份的数量。

发行人应当在招股说明书扉页载明公司拟发行新股和公司股东拟公开发售股份的数 量，并提示股东公开发售股份所得资金不归公司所有。发行公告应该披露公司股东拟公开 发售股份总数及股东名称、各自公开发售股份数量等情况，并提示投资者关注公司将不会 获得公司股东公开发售股份所得资金。

四、上市公司增发股票

我国《证券法》和《公司法》以及证监会于2006年5月7日公布并于次日实施的 《上市公司证券发行管理办法》（以下简称《发行管理办法》）对上市公司增发股票作了

相应规定。上市公司增发股票，可以公开发行，也可以非公开发行。上市公司公开增发股 票的，可以分为向原股东配售股份（即“配股”）和向不特定对象公开募集股份（一般称 “增发”，以示与配股之别。由于配股是增发股票的一种形式，所以，这里的“增发”不 是“增发股票”的简称，.下同）。

(一）上市公司增发股票的条件

1.上市公司增发股票的一般条件

上市公司增发股票的一般条件是指上市公司采用不同增发股票方式都应当具备的条 件，这些条件有：

(1) 组织机构健全，运行良好。上市公司的公司章程合法有效，股东大会、董事会、 监事会和独立董事制度健全，能够依法有效履行职责；公司内部控制制度健全，能够有效 保证公司运行的效率、合法合规性和财务报告的可靠性；内部控制制度的完整性、合理性 和有效性不存在重大缺陷；现任董事、监事和高级管理人员具备任职资格，能够忠实和勤 勉地履行职务，不存在违反《公司法》第一百四十七条、第一百四十八条规定的行为， 且最近36个月内未受到过证监会的行政处罚、最近12个月内未受到过证券交易所的公开 谴责；上市公司与控股股东或实际控制人的人员、资产、财务分开，机构、业务独立，能 够自主经营管理；最近12个月内不存在违规对外提供担保的行为。

(2) 盈利能力应具有可持续性。上市公司最近3个会计年度连续盈利。扣除非经常 性损益后的净利润与扣除前的净利润相比，以低者作为计算依据；业务和盈利来源相对稳 定，不存在严重依赖于控股股东、实际控制人的情形；现有主营业务或投资方向能够可持 续发展，经营模式和投资计划稳健，主要产品或服务的市场前景良好，行业经营环境和市 场需求不存在现实或可预见的重大不利变化；高级管理人员和核心技术人员稳定，最近. 12个月内未发生重大不利变化；公司重要资产、核心技术或其他重大权益的取得合法， 能够持续使用，不存在现实或可预见的重大不利变化；不存在可能严重影响公司持续经营 的担保、诉讼、仲裁或其他重大事项；最近24个月内曾公开发行证券的，不存在发行当 年营业利润比上年下降50%以上的情形。

(3) 财务状况良好。上市公司的会计基础工作规范，严格遵循国家统一会计制度的 规定；最近3年及1期财务报表未被注册会计师出具保留意见、否定意见或无法表示意见 的审计报告；被注册会计师出具带强调事项段的无保留意见审计报告的，所涉及的事项对 发行人无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除；资产质量良好，不良资产不 足以对公司财务状况造成重大不利影响；经营成果真实，现金流量正常，营业收入和成本 费用的确认严格遵循国家有关企业会计准则的规定，最近3年资产减值准备计提充分合 理，不存在操纵经营业绩的情形；根据证监会于2008年10月9日公布并实施的《关于 修改上市公司现金分红若干规定的决定》，最近3年以现金方式累计分配的利润不少于 最近3年实现的年均可分配利润的30%。该决定同时规定，上市公司可以进行中期现 金分红。

(4) 财务会计文件无虚假记载。上市公司不存在违反证券法律、行政法规或规章， 受到证监会的行政处罚，或者受到刑事处罚的行为；不存在违反工商、税收、土地、环 保、海关法律、行政法规或规章，受到行政处罚且情节严重，或者受到刑事处罚的行为； 不存在违反国家其他法律、行政法规且情节严重的行为。

(5) 募集资金的数额和使用符合规定。上市公司募集资金数额不超过项目需要量; 募集资金用途符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理等法律和行政法规的规定；除 金融类企业外，本次募集资金使用项目不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资 产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或间接投资于以买卖有价证券为主要业 务的公司；投资项目实施后，不会与控股股东或实际控制人产生同业竞争或影响公司生产 经营的独立性；建立募集资金专项存储制度，募集资金必须存放于公司董事会决定的专项 账户。

(6) 上市公司不存在下列行为：①本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重 大遗漏。②擅自改变前次公开发行证券募集资金的用途而未作纠正。③上市公司最近12 个月内受到过证券交易所的公开谴责。④上市公司及其控股股东或实际控制人最近12个 月内存在未履行向投资者作出的公开承诺的行为。⑤上市公司或其现任董事、高级管理人 员因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规被证监会立案调查。⑥严重损害投资者 的合法权益和社会公共利益的其他情形。

2. 上市公司配股的条件

配股除了应当符合前述一般条件之外，还应当符合以下条件：

(1) 拟配售股份数量不超过本次配售股份前股本总额的30%。

(2) 控股股东应当在股东大会召开前公开承诺认配股份的数量。

(3) 采用证券法规定的代销方式发行。

控股股东不履行认配股份的承诺，或者代销期限届满，原股东认购股票的数量未达到 拟配售数量70%的，发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息返还已经认购的 股东。

3. 上市公司增发的条件

这是指向不特定对象公开募集股份的条件。增发除了符合前述一般条件之外，还应当 符合下列条件： '

(1) 最近3个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6%。扣除非经常性损益后 的净利润与扣除前的净利润相比，以低者作为加权平均净资产收益率的计算依据。

(2) 除金融类企业外，最近一期期末不存在持有金额较大的交易性金融资产和可供 出售的金融资产、借予他人款项、委托理财等财务性投资的情形。

(3) 发行价格应不低于公告招股意向书前20个交易日公司股票均价或前一个交易日 的均价。

4. 上市公司非公开发行股票的条件

所谓非公开发行股票，是指上市公司采用非公开方式，向特定对象发行股票的行为。 证监会根据《发行管理办法》于2007年9月17日发布了《上市公司非公开发行股票实 施细则》（以下简称《非公开发行细则》），对非公开发行股票作了进一步的规定。

(1)发行对象和认购条件。根据《发行管理办法》和《非公开发行细则》的规定， 非公开发行股票的特定对象应当符合股东大会决议规定的条件，其发行对象不超过10名。 这里的发行对象不超过10名是指认购并获得本次非公开发行股票的法人、自然人或者其 他合法投资组织不超过10名。其中：证券投资基金管理公司以其管理的两只以上基金认 购的，视为一个发行对象；信托公司作为发行对象，只能以自有资金认购；发行对象为境

外战略投资者的，应当经国务院相关部门事先批准。

发行对象属于下列情形之一的，具体发行对象及其认购价格或者定价原则应当由上市 公司董事会的非公开发行股票决议确定，并经股东大会批准；认购的股份自发行结束之曰 起36个月内不得转让：①上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人；②通过 认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者；③董事会拟引人的境内外战略投 资者。

除以上之外的发行对象，上市公司应当在取得发行核准批文后，按照有关规定以竞价 方式确定发行价格和发行对象。发行对象认购的股份自发行结束之日起I2个月内不得 转让。

发行对象认购本次非公开发行股票的发行价格不低于定价基准日前20个交易日公司 股票均价的90%。这里所称“定价基准日”，是指计算发行底价的基准日。定价基准曰 可以为关于本次非公开发行股票的董事会决议公告日、股东大会决议公告日，也可以 为发行期的首日。上市公司应按不低于该发行底价的价格发行股票。这里所称“定价 基准日前20个交易日股票交易均价”的计算公式为：定价基准日前20个交易日股票 交易均价=定价基准日前20个交易日股票交易总额/定价基准日前20个交易日股票交 易总量。

同时，非公开发行认购的募集资金使用符合有关规定。如果本次发行导致上市公司控

制权发生变化的，还应当符合证监会的其他规定。

(2)上市公司存在下列情形之一的，不得非公开发行股票：

①本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

②上市公司的权益被控股股东或实际控制人严重损害且尚未消除。 .

③上市公司及其附属公司违规对外提供担保且尚未解除。

④现任董事、高级哲观人W从近兄个jjAdjiid:监.(：；的UiiWMij. d⑶r' t 月内受到过证券交易所公）1'?陆'；!：

⑤上市公司或其现任董事、高级管理人员因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违 法违规正被证监会立案调查。’

⑥最近1年及1期财务报表被注册会计师出具保留意见、否定意见或无法表示意见的 审计报告。保留意见、否以M尤汰\_/)小兑见所涉1丨.\_ '!(人?於响I」t次 发行涉及重大重组的除外

⑦严重损害找资者合法丨乂泣fn H:之公代利泣的U:池IVi)丨丨

(二）上市公:司增发股票的程序

1. ~^般程患，議囊議\_議議鐘圍

这是指上市公司增发股迠川imw \_

(1) 董事会作出决议。

(2) 提请股东大会批准股/丨(k会就n \ r十丨.j丨)(rr丨1丨丨丨决u必埘々出席^议的收t所 持表决权的2/3以上通过丨(丨j f公..1特企的收/)? n j I； )^d-人n -t .r fi<i..股今;人-?就n \; ;； 'V； 进行表决时，关联股东应当回避。上市公司就增发股票事项召开股东大会,应肖提供网络 或者其他方式为股东参加股东大会提供便利。

(3) 保荐人保荐。由保荐人保荐，并向证监会申报，保荐人应当按照证监会的有关

规定编制和报送发行申请文件。

(4) 证监会依照有关程序审核。证监会审核后，决定核准或不核准增发股票的申请。 核准程序与前述有关内容相同。

(5) 发行股票。自证监会核准发行之日起，上市公司应在6个月内发行股票；超过6 个月未发行的，核准文件失效，须重新经证监会核准后方可发行。上市公司发行股票前发 生重大事项的，应暂缓发行，并及时报告证监会。该事项对本次发行条件构成重大影响 的，发行股票的申请应重新经过证监会核准。

(6) 承销。增发股票，应当由证券公司承销。

2.非公开发行股票的程序

非公开发行股票的程序与前述程序基本相同，但是在涉及相关内容时，有所区别。

(1) 董事会决议。董事会作出决议确定具体发行对象的，上市公司应当在召开董事 会的当日或者前1日与相应发行对象签订附条件生效的股份认购合同。该认购合同应约定 本次发行一经上市公司董事会、股东大会批准并经证监会核准，该合同即应生效。董事会 决议还应当明确，上市公司的股票在定价基准日至发行日期间除权、除息的，发行数量和 发行底价是否相应调整。董事会决议应当明确本次募集资金数量的上限、拟投人项目的资 金需要总数量、本次募集资金投人数量、其余资金的筹措渠道。募集资金用于补充流动资 金或者偿还银行贷款的，应当说明补充流动资金或者偿还银行贷款的具体数额；募集资金 用于收购资产的，应当明确交易对方、标的资产、作价原则等事项。董事会作出非公开发 行股票决议，应当选择确定本次发行的定价基准日，并提请股东大会批准。

董事会决议经表决通过后，上市公司应当在两个交易日内披露，并编制非公开发行股 票预案，作为董事会决议的附件，与董事会决议同时刊登。本次发行涉及资产审计、评估 或者上市公司盈利预测的，资产审计结果、评估结果和经审核的盈利预测报告最迟应随召 开股东大会的通知同时公告。

董事会决议公告后，出现以下情况需要重新召开董事会的，应当由董事会重新确定本 次发行的定价基准日：本次非公开发行股票股东大会决议的有效期已过；本次发行方案发 生变化；其他对本次发行定价具有重大影响的事项。

(2) 股东大会决议。股东大会就非公开发行股票作出的决定，涉及关联股东的，应 当回避表决。关联股东是指董事会决议已确定为本次发行对象的股东及其关联人。

(3) 提交发行申请并核准。股东大会批准本次发行后，上市公司可向证监会提交发 行申请文件。证监会按照前述有关程序审核非公开发行股票申请。上市公司收到证监会发 行审核委员9会关于本次发行申请获得通过或者未获通过的结果后，应当在次一交易日予以 公告，并在公告中说明，公司收到证监会作出的予以核准或者不予核准的决定后，将另行 公告。

(4) 发行股票。上市公司取得核准批文后，应当在批文的有效期内，按照有关规定 发行股票。

(5) 备案。验资完成后的次一交易日，上市公司和保荐人应当向证监会提交有关备 案材料。

五、股票公开发行的方式

我国股票公开发行过程中，采用过多种股票发行方式，如全额预交款方式、储蓄存款 挂钩方式、向二级市场投资者按市值配售的发行方式等。按照《证券发行与承销管理办 法》，首次公开发行股票的网下发行应和网上发行同时进行，参与申购的网下和网上投 资者应当全额缴付申购资金。投资者应自行选择参与网下或网上发行，不得同时参与。

(一）网上发行和网下询价发行

所谓网上发行，是指利用证券交易所的交易系统，投资者在指定的时间内，按照确定 的发行价格，向作为股票唯一 “卖方”的主承销商买人股票而进行申购的发行方式。主 承销商在上网定价发行前，在证券交易所设立股票发行专户，投资者在申购委托前将申购 款全额存入与办理该次发行的证券交易所联网的证券营业部指定的账户。在上网申购期 内，投资者按委托买人股票的方式，以发行价格委托证券营业部申购股票。申购资金由证 券交易所全部冻结（现为3个工作日），冻结的资金利息全部缴存到证券交易所开立的存 储专户，作为证券投资者保护基金的来源之一。申购结束后，根据实际到位的资金，由证 券交易所主机确认有效申购。被确认的有效申购即为买入股票，未被确认的申购即为申购 失败，冻结资金返回申购者账户。

网下询价发行，是指发行人及其保荐人在网下按照规定向机构投资者推介和询价，在 确定发行价后，向网下机构投资者配售股票的发行方式。

(二）网上和网下同时发行的机制

首次公开发行股票，可以通过向网下投资者询价的方式确定股票发行价格，也可以通 过发行人与主承销商自主协商直接定价等其他合法可行的方式确定发行价格。发行股票数 量在2 000万股（含）以下且无老股转让计划的，应当通过直接定价的方式确定发行价 格。发行人和主承销商应当在招股意向书和发行公告中披露本次发行股票的定价方式。上 市公司发行证券的定价，应当符合中国证监会关于上市公司证券发行的有关规定。

首次公开发行股票，网下投资者须具备丰富的投资经验和良好的定价能力，应当接受 中国证券业协会的自律管理，遵守中国证券业协会的自律规则。网下投资者参与报价时， 应当持有一定金额的非限售股份。发行人和主承销商可以根据自律规则，设置网下投资者 的具体条件，并在发行公告中预先披露。主承销商应当对网下投资者是否符合预先披露的 条件进行核查，对不符合条件的投资者，应当拒绝或剔除其报价。

首次公开发行股票采用直接定价方式的，全部向网上投资者发行，不进行网下询价和 配售。

首次公开发行股票采用询价方式定价的，符合条件的网下机构和个人投资者可以自主 决定是否报价，主承销商无正当理由不得拒绝。网下投资者应当遵循独立、客观、诚信的 原则合理报价，不得协商报价或者故意压低、抬高价格。网下投资者报价应当包含每股价 格和该价格对应的拟申购股数，且只能有一个报价。非个人投资者应当以机构为单位进行 报价。首次公开发行股票价格（或发行价格区间）确定后，提供有效报价的投资者方可 参与申购。

首次公开发行股票采用询价方式的，总量中报价最高的部分，剔除部分不得低于所有 网下投资者拟申购总量的10%，然后根据剩余报价及拟申购数量协商确定发行价格。剔

除部分不得参与网下申购。

发行人和主承销商应当合理确定剔除最高报价部分后的有效报价投资者数量。公开发 行股票数量在4亿股（含）以下的，有效报价投资者的数量不少于10家；公开发行股票 数量在4亿股以上的，有效报价投资者的数量不少于20家。剔除最高报价部分后有效报 价投资者数量不足的，应当中止发行。

首次公开发行股票时，发行人和主承销商可以自主协商确定参与网下询价投资者的条 件、有效报价条件、配售原则和配售方式，并按照事先确定的配售原则在有效申购的网下 投资者中选择配售股票的对象。

首次公开发行股票后总股本在4亿股（含）以下的，网下初始发行比例不低于本次 公开发行股票数量的60%;发行后总股本超过4亿股的，网下初始发行比例不低于本次 公开发行股票数量的70%。其中，应安排不低于本次网下发行股票数量的40%优先向通 过公开募集方式设立的证券投资基金和由社保基金投资管理人管理的社会保障基金配售， 安排一定比例的股票向根据《企业年金基金管理办法》设立的企业年金基金和符合《保 险资金运用管理暂行办法》等相关规定的保险资金配售。公募基金、社保基金、企业年 金基金和保险资金有效申购不足安排数量的，发行人和主承销商可以向其他符合条件的网 下投资者配售剩余部分。

首次公开发行股票网下投资者申购数量低于网下初始发行量的，发行人和主承销商不 得将网下发行部分向网上回拨，应当中止发行。

网上投资者有效申购倍数超过50倍、低于100倍（含）的，应当从网下向网上回 拨，回拨比例为本次公开发行股票数量的20%;网上投资者有效申购倍数超过100倍的， 回拨比例为本次公开发行股票数量的40%;网上投资者有效申购倍数超过150倍的，回 拨后网下发行比例不超过本次公开发行股票数量的10%。这里所指公开发行股票数量应按 照扣除设定12个月及以上限售期的股票数量计算。

网上投资者申购数量不足网上初始发行量的，可回拨给网下投资者。

首次公开发行股票，持有一定数量非限售股份的投资者才能参与网上申购。网上投资 者应当自主表达申购意向，不得全权委托证券公司进行新股申购。采用其他方式进行网上 申购和配售的，应当符合中国证监会的有关规定。

首次公开发行股票的网下发行应和网上发行同时进行，网下和网上投资者在申购时无 需缴付申购资金。投资者应当自行选择参与网下或网上发行，不得同时参与。

发行人股东拟进行老股转让的，发行人和主承销商应当于网下网上申购前协商确定发 行价格、发行数量和老股转让数量。采用询价方式且无老股转让计划的，发行人和主承销 商可以通过网下询价确定发行价格或发行价格区间。网上投资者申购时仅公告发行价格区 间、未确定发行价格的，主承销商应当安排投资者按价格区间上限申购。

首次公开发行股票数量在4亿股以上的，可以向战略投资者配售股票。发行人应当与 战略投资者事先签署配售协议。发行人和主承销商应当在发行公告中披露战略投资者的选 择标准、向战略投资者配售的股票总量、占本次发行股票的比例以及持有期限等。战略投 资者不参与网下询价，且应当承诺获得本次配售的股票持有期限不少于12个月，持有期 自本次公开发行的股票上市之日起计算。

网下和网上投资者获得配售后，应当按时足额缴付认购资金。网上投资者连续12个

月内累计出现3次中签后未足额缴款的情形时，6个月内不得参与新股申购。

网下和网上投资者缴款认购的股份数量合计不足本次公开发行数量的时，可以 中止发行。

(三）首次公开发行时禁止配售的对象和监管

首次公开发行股票网下配售时，发行人和主承销商不得向下列对象配售股票：

(1) 发行人及其股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他员工；发行 人及其股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员能够直接或间接实施控制、共同控 制或施加重大影响的公司，以及该公司控股股东、控股子公司和控股股东控制的其他子 公司。

(2) 主承销商及其持股比例5%以上的股东，主承销商的董事、监事；高级管理人员 和其他员工；主承销商及其持股比例5%以上的股东、董事、监事、高级管理人员能够直 接或间接实施控制、共同控制或施加重大影响的公司，以及该公司控股股东、控股子公司 和控股股东控制的其他子公司。

(3) 承销商及其控股股东、董事、监事、高级管理人员和其他员工。

(4) 上述前3项所述人士的关系密切的家庭成员，包括配偶、子女及其配偶、父母 及配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹、子女配偶的父母。

(5) 过去6个月内与主承销商存在保荐、承销业务关系的公司及其持股5%以上的股 东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员,或已与主承销商签署保荐、承销业务合同 或达成相关意向的公司及其持股5%以上的股东、实际控制人、董事、监事、高级管琿 人员。 ：

(6) 通过配售可能导致不当行为或不正当利益的其他自然人、法人和组织。 i

上述第(2)、(3)项规定的禁止配售对象管理的公募基金不受上述规定的限制，M

应符合中国证监会的有关规定。. :\

发行人和承销商及相关人员不得泄露询价和定价信息；不得以任何方式操纵发行定| 价；不得劝诱网下投资者抬高报价；不得干扰网下投资者正常报价和申购；不得以提供轉 支、回扣或者中国证监会认定的其他不正当手段诱使他人申购股票；不得以代持、信托持| 股等方式谋取不正当利益或.向其他相关利益主体输送利益；不得直接或通过其利益相关方: 向参与认购的投资者提供财务资助或者补偿；不得以自有资金或者变相通过自有资金参与丨 网下配售；不得与网下投资者互相串通，协商报价和配售；不得收取网下投资者回扣或其 他相关利益。 . ' \ j

六、优先股发行与交易试点

优先股是依据《公司法》，在一般规定的普通种类股份之外，另行规定的其他种类股i 份，其股份持有人优先于普通股股东分配公司利润和剩余财产，但参与公司决策管理等权: 利受到限制。2013年11月30日，幽务院发布《关于开展优先股试点的指导意见》（以下丨 简称《指导意见》），宣布开展优先股试点。《指导意见》认为，开展优先股试点，有利于 进一步深化企业股份制改革二 :为发行人提供灵活的直接融资工具，优化企业财务结构，推| 动企业兼并重组；有利于丰富证券品种，为投资者提供多元化的投资渠道，提高直接融资丨 比重，进资本场稳疋发展o

《指导意见》对目前开展优先股试点的范围、条件、发行方式、信息披露和交易等都 作出了原则性规定，具体规则由中国证监会制定。2014年3月，中国证监会发布了《优 先股试点管理办法》。

1. 发行人范围。在试点阶段，公开发行优先股的发行人限于证监会规定的上市公司， 非公开发行优先股的发行人限于上市公司（含注册地在境内的境外上市公司）和非上市 公众公司。除上市公司和非上市公众公司外，其他公司尚不能发行优先股。

2. 发行条件。按照《指导意见》的要求，公司已发行的优先股不得超过公司普通股 股份总数的50%，且筹资金额不得超过发行前净资产的50%，已回购、转换的优先股不 纳入计算。公司公开发行优先股以及上市公司非公开发行优先股的其他条件适用《证券 法》的规定。非上市公众公司非公开发行优先股的条件由证监会另行规定。

3. 优先股公开发行时的特殊要求。为了保护公众投资者，《指导意见》要求公开发行 优先股的公司，必须在公司章程中规定以下事项：（1)采取固定股息率；（2)在有可分 配税后利润的情况下必须向优先股股东分配股息；（3)未向优先股股东足额派发股息的 差额部分应当累积到下一会计年度；（4)优先股股东按照约定的股息率分配股息后，不 再同普通股股东一起参加剩余利润分配。商业银行发行优先股补充资本的，可就第（2) 项和第（3)项事项另行规定。

4. 优先股的交易转让及登记存管。优先股应当在证券交易所、全国中小企业股份转 让系统或者在国务院批准的其他证券交易场所交易或转让。优先股应当在中国证券登记结 算公司集中登记存管。优先股交易或转让环节的投资者适当性标准应当与发行环节一致。

丨5.优先?股发行时的信息披露。公司应当在发行文件中详尽说明优先股股东的权利义 务，充分揭示风险。同时，应按规定真实、准确、完整、及时、公平地披露或者提供信 |息，不得有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏。

丨6.公司收购中的优先股。优先股可以作为并购重组支付手段。上市公司收购要约适 \_于被收购公司的所有股东，但可以针对优先股股东和普通股股东提出不同的收购条件。 裉据《证券法》第八十六条计算收购人持有上市公司已发行股份比例，以及根据《证券 丨法》第八十八条和第九十六条计算触发要约收购义务时，表决权未恢复的优先股不计人 | 持股数额和股本总额。 .

| 7-与持股数额相关的优先股计算。《指导意见》规定，以下事项计算持股数额时，仅 十算普通股和表决权恢复的优先股：（1)根据《证券法》第五十四条和第六十六条，认 |/宝持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额；（2)根据《证券法》第四十七条、 \_六十七条和第七十四条，认定持有公司5%以上股份的股东。

：|：； ;：]!：

公司可以通过发行公司债券筹集资金，这是债权融资的一种形式。公司债券是指公司 依照法定程序发行、约定在一定期限内还本付息的有价证券。它与股权融资方式相比，具 有融资成本低、发行程序简单、不稀释公司股权（可转换公司债除外）等特点。但是这 种融资形式在一定期限内需要还本付息，对公司现金流的要求较高，发行人存在一定的现 金支付风险。

公司债券与公司股票相比，有不同的法律特征：

1. 公司债券的持有人是公司的债权人，享有民法上规定的债权人的所有权利，而股 票的持有人则是公司的股东，享有《公司法》所规定的股东权利。

2. 公司债券的持有人，无论公司是否有盈利，享有按照约定给付利息的请求权，而 股票持有人，则必须在公司有盈利时才能依法获得股利分配。 '

3. 公司债券到了约定期限，公司必须偿还债券本金，而股票持有人仅在公司解散时 方可请求分配剩余财产。

4. 公司债券的持有人享有优先于股票持有人获得清偿的权利，而股票持有人必须在 公司全部债务清偿之后，方可就公司剩余财产请求分配。

5. 公司债券的利率一般是固定不变的，风险较小，而股票股利分配的高低，与公司 经营好坏密切相关，故常有变动，风险较大。

6. 对发行人的要求不同，股票只能由股份公司发行，而公司债券则既可以由股份有 限公司发行，也可以由有限责任公司发行。

(二）公司债券发行的种类

根据公司发行的债券种类不同，可分为一般的公司债券发行和可转换公司债券发行。 一般公司债券发行也称为公司债券发行，这是指发行人依照法定程序，向投资者发行的约 定在1年以上期限内还本付息的有价证券的行为。可转换公司债发行是指发行人依照法定 程序，向投资者发行的在一定期间内依据约定的条件可以转换成股份的公司债券的行为。 以下有关部分将会分别对两者加以说明。

记名公司债券和无记名公司债券。记名公司债券是指在公司债券上记载债权人姓名或 者名称的债券；无记名公司债券是指在公司债券上不记载债权人姓名或者名称的债券。区 分记名公司债券和无记名公司债券的法律意义在于两者转让的要求不同。根据我国《公 司法》的规定，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) 债券总额、债券的票面金额、利率、还本付息的期限和方式。（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。

上市的公司债和非上市的公司债。上市的公司债是指发行之后可以在依法设立的证券 交易所挂牌交易的公司债券；非上市的公司债是指发行之后不在证券交易所挂牌交易的公 司债券，但债券持有人也可以转让该债券，只是不能在证券交易所进行买卖。

公开发行的公司债券与非公开发行的公司债券。公开发行的公司债券是指符合规定条 件的公司债券可以向公众投资者公开发行，也可以仅面向合格投资者公开发行。公开发行 的公司债券应当在证券交易所上市交易或者全国中小企业股份转让系统转让，但发行环节 和交易环节的投资者适当性要求应当保持一致。非公开发行的公司债券应当向合格投资者

发行，并不得采用公告、公开劝诱和变相公幵发行方式，每次发行对象不得超过200人。 非公开发行的公司债券可以申请在证券交易所、全国中小企业股份转让系统、机构间私募 产品报价与服务系统、证券公司柜台转让，转让仅限于合格投资者范围内，转让后，持有 同次发行债券的合格投资者合计不得超过200人。

二、公司债券的发行

(一）公司债券发行的一般规定

1-股东大会决议

发行公司债券，发行人应当依照《公司法》或者公司章程相关规定对以下事项作出 决议：（1)发行债券的数量；（2)发行方式；（3)债券期限；（4)募集资金的用途；

(5)决议的有效期；（6)其他按照法律法规及公司章程规定需要明确的事项。

发行公司债券，如果对增信机制、偿债保障措施作出安排的，也应当在决议事项中 载明。

2. 发行的方式

公司债券可以公开发行，也可以非公开发行。上市公司、股票公开转让的非上市公众 公司发行的公司债券，可以附认股权、可转换成相关股票等条款。

公开发行公司债券应当经过中国证监会核准。

发行公司债券应当由具有证券承销业务资格的证券公司承销。取得证券承销业务资格 的证券公司、中国证券金融股份有限公司及中国证监会认可的其他机构非公开发行公司债 券可以自行销售。

3. 公司债券的期限、面值和发行价格

公司债券的期限为1年以上，公司债券每张面值100元，发行价格由发行人与保荐人 通过市场询价确定。

(二）公司债券的公开发行

1.公幵发行的条件

根据《证券法》、《公司法》和《公司债券发行与交易管理办法》的有关规定，公开 发行公司债券，应当符合下列条件：

(1) 股份有限公司的净资产不低于人民币3 000万元，有限责任公司的净资产不低于 人民币6 000万元。

(2) 本次发行后累计公司债券余额不超过最近一期期末净资产额的40%。

(3) 公司的生产经营符合法律、行政法规和公司章程的规定，募集的资金投向符合 国家产业政策。

(4) 最近3个会计年度实现的年均可分配利润不少于公司债券1年的利息。

(5) 债券的利率不超过国务院限定的利率水平。 .

(6) 公司内部控制制度健全，内部控制制度的完整性、合理性、有效性不存在重大 缺陷。

除此之外，中国证监会在《公司债券发行与交易管理办法》中还规定，资信状况符 合以下标准的公司债券可以向公众投资者公开发行，也可以自主选择仅面向合格投资者公 开发行：（1)发行人最近3年无债务违约或者迟延支付本息的事实；（2)发行人最近3

个会计年度实现的年均可分配利润不少于债券1年利息的1.5倍；（3)债券信用评级达 到AAA级；（4)中国证监会根据投资者保护的需要规定的其他条件。未达到上述规定标 准的公司债券公开发行应当面向合格投资者；仅面向合格投资者公开发行的，中国证监会 简化核准程序。

公司存在下列情形的，不得公开发行公司债券：（1)前一次公开发行的公司债券尚 未募足；（2)对已发行的公司债券或者其他债务有违约或者迟延支付本息的事实，仍处 于继续状态；（3)违反规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途；（4)最近36个月 内公司财务会计文件存在虚假记载，或公司存在其他重大违法行为；（5)本次发行申请 文件存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏；（6)严重损害投资者合法权益和社会公 共利益的其他情形。

根据《证券法》第十六条的规定，公开发行公司债券募集的资金，必须用于核准的 用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

公开发行公司债券，应当委托具有从事证券服务业务资格的资信评级机构进行信用 评级。

2. 公开发行的核准

发行人应当按照中国证监会信息披露内容与格式的有关规定编制和报送公开发行公司 债券的申请文件。

中国证监会受理申请文件后，依法审核公开发行公司债券的申请，自受理发行申请文 件之日起3个月内，作出是否核准的决定，并出具相关文件。

发行申请核准后，公司债券发行结束前，发行人发生重大事项，导致可能不再符合发 行条件的，应当暂缓或者暂停发行，并及时报告中国证监会。影响发行条件的，应当重新 履行核准程序。

3. 公开发行的方式 .

公幵发行公司债券，可以申请一次核准，分期发行。自中国证监会核准发行之日起， 发行人应当在12个月内完成首期发行，剩余数量应当在24个月内发行完毕。公开发行公 司债券的募集说明书自最后签署之日起6个月内有效。采用分期发行方式的，发行人应当 在后续发行中及时披露更新后的债券募集说明书，并在每期发行完成后5个工作日内报中 国证监会备案。

公开发行的公司债券，应当在依法设立的证券交易所上市交易，或在全国中小企业股 份转让系统或者国务院批准的其他证券交易场所转让。

(三）公司债券的非公开发行

非公开发行的公司债券应当向合格投资者发行，不得采用广告、公开劝诱和变相公开 方式，每次发行对象不得超过200人。

合格投资者，应当具备相应的风险识别和承担能力，知悉并自行承担公司债券的投资 风险，并符合下列资质条件：（1)经有关金融监管部门批准设立的金融机构，包括证券 公司、基金管理公司及其子公司、期货公司、商业银行、保险公司和信托公司等，以及经 中国证券投资基金业协会（以下简称基金业协会）登记的私募基金管理人；（2)上述金 融机构面向投资者发行的理财产品，包括但不限于证券公司资产管理产品、基金及基金子 公司产品、期货公司资产管理产品、银行理财产品、保险产品、信托产品以及经基金业协

会备案的私募基金；（3)净资产不低于人民币1 000万元的企事业单位法人、合伙企业；

(4) 合格境外机构投资者（QFII)、人民币合格境外机构投资者（RQFII); (5)社会保 障基金、企业年金等养老基金，慈善基金等社会公益基金；（6)名下金融资产不低于人 民币300万元的个人投资者；（7)经中国证监会认可的其他合格投资者。

上述所称的金融资产包括：银行存款、股票、债券、基金份额、资产管理计划、银行 理财产品、信托计划、保险产品、期货权益等；理财产品、合伙企业拟将主要资产投向单 一债券，需要穿透核查最终投资者是否为合格投资者并合并计算投资者人数，即如果理财 产品或合伙企业在投资某一债券时，需要看理财产品的投资者及合伙企业的合伙人是否符 合合格投资者的标准，并计算其人数。

发行人、承销机构应当按照中国证监会、证券自律组织规定的投资者适当性制度，了 解和评估投资者对非公开发行公司债券的风险识别和承担能力，确认参与非公开发行公司 债券认购的投资者为合格投资者，并充分揭示风险。

非公开发行公司债券是否进行信用评级由发行人确定，并在债券募集说明书中披露。

非公开发行公司债券，承销机构或依法自行销售的发行人应当在每次发行完成后五个 工作日内向中国证券业协会备案。

非公开发行公司债券，可以申请在证券交易所、全国中小企业股份转让系统、机构间 私募产品报价与服务系统、证券公司柜台转让。非公开发行的公司债券仅限于在合格投资 者范围内转让。转让后，持有同次发行债券的合格投资者合计不得超过200人。

发行人的董事、监事、高级管理人员及持股比例超过5%的股东，可以参与本公司非 公开发行公司债券的认购与转让，不受上述合格投资者资质条件的限制。

(四）公司债券发行与交易中的信息披露

公开发行公司债券的发行人应当按照规定及时披露债券募集说明书，并在债券存续期 内披露中期报告和经具有从事证券服务业务资格的会计师事务所审计的年度报告。

非公开发行公司债券的发行人信息披露的时点、内容，应当按照募集说明书的约定履 行，相关信息披露文件应当由受托管理人向中国证券业协会备案。

发行人全体董事、监事、高级管理人员应当在债券募集说明书上签字，承诺不存在虚 假记载、误导性陈述或者重大遗漏，并承担相应的法律责任，但是能够证明自己没有过错 的除外。

公司债券募集资金的用途应当在债券募集说明书中披露。发行人应当在定期报告中披 露公开发行公司债券募集资金的使用情况。非公开发行公司债券的，应当在债券募集说明 书中约定募集资金使用情况的披露事宜。

公开发行公司债券的发行人应当及时披露债券存续期内发生可能影响其偿债能力或债 券价格的重大事项。重大事项包括：（1)发行人经营方针、经营范围或生产经营外^条 件等发生重大变化；（2)债券信用评级发生变化；（3)发行人主要资产被查封、扣押、 冻结；（4)发行人发生未能清偿到期债务的违约情况；（5)发行人当年累计新增借款或 对外提供担保超过上年末净资产的20% ; (6)发行人放弃债权或财产，超过上年末净资 产的10%; (7)发行人发生超过上年末净资产10%的重大损失；（8)发行人作出减资、 合并、分立、解散及申请破产的决定；（9)发行人涉及重大诉讼、仲裁事项或受到重大 行政处罚；（10)保证人、担保物或者其他偿债保障措施发生重大变化；（11)发行人情

况发生重大变化导致可能不符合公司债券上市条件；（12)发行人涉嫌犯罪被司法机关立 案调查，发行人董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被司法机关采取强制措施；（13)其 他对投资者作出投资决策有重大影响的事项。

公开发行公司债券的发行人及其他信息披露义务人应当将披露的信息刊登在其债券交 易场所的互联网网站上，同时将披露的信息或信息摘要刊登在至少一种中国证监会指定的 报刊上，供公众查阅。

(五）公司债券持有人的权益保护

为了有效地保护公司债券持有人的利益不受损害，《公司债券发行试点办法》规定了 相应的保护措施。

1. 信用评级

公开发行公司债券，应当委托具有从事证券服务业务资格的资信评级机构进行信用

评级。 '

资信评级机构为公开发行公司债券进行信用评级，应当符合以下规定：（1)按照规 定或约定将评级信息告知发行人，并及时向市场公布首次评级报告、定期和不定期跟踪评 级报告；（2)在债券有效存续期间，应当每年至少向市场公布一次定期跟踪评级报告； (3)应充分关注可能影响评级对象信用等级的所有重大因素，及时向市场公布信用等级 调整及其他与评级相关的信息变动情况，并向证券交易所或其他证券交易场所报告。

2. 公司债券的受托管理

上市公司应当为债券持有人聘请债券受托管理人，并订立债券受托管理协议；在债券 存续期限内，由债券受托管理人按照规定或者依照协议的约定维护债券持有人的利益。

发行人应当在债券募集说明书中约定，投资者认购或持有本期公司债券视作同意债券 受托管理协议、债券持有人会议规则及债券募集说明书中其他有关发行人、债券持有人权 利义务的相关约定。

债券受托管理人由本次发行的承销机构或其他经中国证监会认可的机构担任。债券受 托管理人应当为中国证券业协会会员。为本次发行提供担保的机构不得担任本次债券发行 的受托管理人。

债券受托管理人应当勤勉尽责，公正履行受托管理职责，不得损害债券持有人利益。 对于债券受托管理人在履行受托管理职责时可能存在的利益冲突情形及相关风险防范、解 决机制，发行人应当在债券募集说明书及债券存续期间的信息披露文件中予以充分披露， 并同时在债券受托管理协议中载明。

公开发行公司债券的受托管理人应当履行下列职责：（1)持续关注发行人和保证人 的资信状况、担保物状况、增信措施及偿债保障措施的实施情况，出现可能影响债券持有 人重大权益的事项时，召集债券持有人会议；（2)在债券存续期内监督发行人募集资金 的使用情况；（3)对发行人的偿债能力和增信措施的有效性进行全面调查和持续关注， 并至少每年向市场公告一次受托管理事务报告；（4)在债券存续期内持续督导发行人履 行信息披露义务；（5)预计发行人不能偿还债务时，要求发行人追加担保，并可以依法 申请法定机关采取财产保全措施；（6)在债券存续期内勤勉处理债券持有人与发行人之 间的谈判或者诉讼事务；（7)发行人为债券设定担保的，债券受托管理协议可以约定担 保财产为信托财产，债券受托管理人应在债券发行前或债券募集说明书约定的时间内取得

担保的权利证明或其他有关文件，并在担保期间妥善保管；（8)发行人不能偿还债务时， 可以接受全部或部分债券持有人的委托，以自己名义代表债券持有人提起民事诉讼、参与. 重组或者破产的法律程序。

受托管理人因涉嫌债券承销活动中违法违规正在接受中国证监会调查或出现中国证监 会认定的其他不再适合担任受托管理人情形的，在依法变更受托管理人之前，中国证监会 可以临时指定中证中小投资者服务中心有限责任公司承担受托管理职责，直至债券持有人 会议选任出新的受托管理人为止。

非公开发行公司债券的，债券受托管理人应当按照债券受托管理协议的约定履行 职责。

受托管理人为履行受托管理职责，有权代表债券持有人查询债券持有人名册及相关登 记信息、专项账户中募集资金的存储与划转情况，证券登记结算机构应当予以配合。.

3..债券持有人会议

发行公司债券，应当在债券募集说明书中约定债券持有人会议规则。债券持有人会议 规则应当公平、合理。债券持有人会议规则应当明确债券持有人通过债券持有人会议行使 权利的范围，债券持有人会议的召集、通知、决策机制和其他重要事项。

债券持有人会议按照《公司债券发行试点办法》的规定及会议规则的程序要求所形 成的决议对全体债券持有人有约束力。

存在下列情形的，债券受托管理人应当召集债券持有人会议：（1)拟变更债券募集 说明书的约定；（2)拟修改债券持有人会议规则；（3)拟变更债券受托管理人或受托管 理协议的主要内容；（4)发行人不能按期支付本息；（5)发行人减资、合并、分立、解 散或者申请破产；（6)保证人、担保物或者其他偿债保障措施发生重大变化；（7)发行 人、单独或合计持有本期债券总额10%以上的债券持有人书面提议召开；（8)发行人管 理层不能正常履行职责，导致发行人债务清偿能力面临严重不确定性，需要依法采取行动 的；（9)发行人提出债务重组方案的；（10)发生其他对债券持有人权益有重大影响的 事项。

在债券受托管理人应当召集而未召集债券持有人会议时，单独或合计持有本期债券总 额10%以上的债券持有人有权自行召集债券持有人会议。

4.公司债券的担保

发行人可采取内外部增信机制、偿债保障措施，提高偿债能力，控制公司债券风险。 内外部增信机制、偿债保障措施包括但不限于下列方式：（1)第三方担保；（2)商业保 险；（3)资产抵押、质押担保；（4)限制发行人债务及对外担保规模；（5)限制发行人 对外投资规模；（6)限制发行人向第三方出售或抵押主要资产；（7)设置债券回售条款。

公司债券增信机构可以成为中国证券业协会会员。

三、可转换公司债券的发行

(一）公开发行可转换债券的条件

根据《上市公司证券发行管理办法》的规定，上市公司发行可转换债券，除了应当 符合增发股票的一般条件之外，还应当符合以下条件：（1)最近3个会计年度加权平均 净资产收益率平均不低于6%。扣除非经常性损益后的净利润与扣除前的净利润相比，以

低者作为加权平均净资产收益率的计算依据；（2)本次发行后累计公司债券余额不超过 最近一期期末净资产额的40%; (3)最近3个会计年度实现的年均可分配利润不少于公 司债券1年的利息。

上市公司可以公开发行认股权和债券分离交易的可转换公司债券（以下简称“分离 交易的可转换公司债券”）。所谓分离交易的可转换公司债券是指发行人一次捆绑发行公 司债券和认股权证两种交易品种，并可同时上市、分别交易的公司债券形式。分离交易的 可转换公司债券并非实际意义上的债转股，认股权证行权后其债券仍会存在，也就是说， 认股权证行权后，并不妨碍持有债券的投资者继续获得债券存续期内各期债券利息。该债 券由于附认股权证，其发行时的到期收益率低于市场水平，上市交易会出现折价。因此， 该债券发行时，只有认股权证的价值高于债券折价损失，才对投资者有利。分离交易的可 转换公司债券一旦上市交易，其债券和认股权证是分别交易的，投资者可以分别对待，并 不要求同步操作。一般的可转换公司债券的持有人只拥有在一定时间内依据约定的条件将 债券转换成股份的权利，而分离交易的可转换公司债券则具有使被低估的转债期权价值得 以提升的预期，对投资者更具吸引力；同时，这种一次审批两次融资的方式也降低了上市 公司的发行成本。但是，相比一般可转换公司债券而言，分离交易的可转换公司债券将面 临更大的付息压力，而且其发行条件更为严格。因此，这种融资方式更适合规模较大的上 市公司。

根据《上市公司证券发行管理办法》的规定，发行分离交易的可转换公司债券，除: 符合公开增发股票的一般条件外，还应当符合下列条件：（1)公司最近一期期末经审计 的净资产不低于人民币15亿元；（2)最近3个会计年度实现的年均可分配利润不少于公 司债券1年的利息；（3)最近3个会计年度经营活动产生的现金流量净额平均不少于公 司债券1年的利息，但最近3个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6% (扣除非i 经常性损益后的净利润与扣除前的净利润相比，以低者作为加权平均净资产收益率的计算 依据）的除外；（4)本次发行后累计公司债券余额不超过最近一期期末净资产额的40%， 预计所附认股权全部行权后募集的资金总量不超过拟发行公司债券金额。' ；

上市公司存在下列情形之一的，不得公开发行可转换公司债券:（1)本次发行申讀 文件有虚假记载、\_导性陈述或重大遗漏；(2)擅自改变前次公开发行证券募集资金的丨 用途而未纠正；（3)上市公司最近12个月内受到过证券交易所的公开谴责；（4)上市公 司及其控股股东或实际控制人最近12个月内存在未履行向投资者作出的公开承诺的行为;:

(5)上市公司或者其现任董事、高级管理人员因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查或涉嫌违 法违规被证监会立案调查；（6)严重损害投资者的合法利益和社会公共利益的其他情形。丨

(二）可转换债券的期限、面值和\_率

可转换公司债券的期限最短为1年，最长为6年。可转换公司债券每张面值100元。: 可转换公司债券的,fl丨V-Ii[ n f丨■?公丨丨丨1丨-i 、ii'j m W l^i niii -L、|ll必冲f：i f； I丨.丨.:X的(\ X：觇:i.-

(三）可

公开发rmhh;公丨丨I ■/： ik、丨1 ^托u. a资沿的☆[丨7丨f ㈧迸丨丨.(：;丨丨丨叶m ;:丨丨m 丨、丨, 级。资信评级机构每年至少公告一次跟踪评级报告。

公开发行可的换公Li!：；. a尺忾利的办沾：以咕wm.j.丨丨-ii人丨’,?

的权利.、程序和决议生效条件。有下列事项之一的，应当召开债券持有人会议；（\_〗）拟

变更募集说明书的约定；（2)发行人不能按期支付本息；（3)发行人减资、合并、分立、 解散或者申请破产；（4)保证人或者担保物发生重大变化；（5)其他影响债券持有人重 大权益的事项。

公开发行可转换公司债券，应当提供担保，但最近一期期末经审计的净资产不低于人 民帀15亿元的公司除外。提供担保的，应当为全额担保，担保范围包括债券的本金及利 息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。以保证方式提供担保的，应当为连带责任担 保，且保证人最近一期经审计的净资产额应不低于其累计对外担保的金额。证券公司或上 市公司不得作为发行可转债的担保人，但上市商业银行除外。设定抵押或质押的，抵押或 质押财产的估值应不低于担保金额。估值应经有资格的资产评估机构评估。

(四）可转换公司债券转为股份

可转换公司债券自发行结束之日起6个月后方可转换为公司股票，转股期限由公司根 据可转换公司债券的存续期限及公司财务状况确定。债券持有人对转换股票或者不转换股 票有选择权，转换股票的于转股的次日成为发行公司的股东。转股价格应不低于募集说明 书公告日前20个交易日该公司股票交易均价和前一交易日的均价。这里所说的转股价格， 是指募集说明书事先约定的可转换公司债券转换为每股股份所支付的价格。

可转换债券持有人不转换为股票的，上市公司应当在可转换公司债券期满后5个工作 曰内办理完毕偿还债券余额本息的事项。

(五）公开发行可转换公司债券的程序

公开发行可转换公司债券的程序与公开增发股票的程序相同。所不同的是，股东大会 作出发行可转换公司债券的决定时，所包括的事项有所不同，即包括债券利率、债券期 限、担保事项、回售条款、还本付息的期限和方式、转股期、转股价格的确定和修正。

股东大会就发行分离交易的可转换公司债券作出决定时，除作出发行可转换公司债券 的决定时应当包括的事项外，还应当包括如下事项：认股权证的行权价格、认股权证的存 续期限、认股权证的行权期间或行权日。

(六）公开发行可转换公司债券的信息披露

公开发行可转换公司债券的信息披露的内容与公开增发股票的信息披露的内容基本相 同，所不同的是募集说明书的相关内容。

募集说明书可以约定赎回条款，规定上市公司可按事先约定的条件和价格赎回尚未转 股的可转换公司债券。募集说明书可以约定回售条款，规定债券持有人可按事先约定的条 件和价格将所持债券回售给上市公司。募集说明书应当约定，上市公司改变公告的募集资 金用途的，赋予债券持有人一次回售的权利。募集说明书应当约定转股价格调整的原则及 方式。发行可转换公司债券后，因配股、增发、送股、派息、分立及其他原因引起上市公 司股份变动的，应当同时调整转股价格。

募集说明书约定转股价格向下修正条款的，应当同时约定：（1)转股价格修正方案 须提交公司股东大会表决，且须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上同意。股东大会 进行表决时，持有公司可转换债券的股东应当回避；（2)修正后的转股价格不低于前项 规定的股东大会召开日前20个交易日该公司股票交易均价和前一交易日的均价。

四、公司债券的交易

(一）公司债券上市交易

1. 公司债券上市交易的条件

根据《证券法》的规定，公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：（1)公 司债券的期限为1年以上；（2)公司债券实际发行额不少于人民币5 000万元；（3)公司 申请债券上市时应符合法定的公司债券发行条件。

上述条件既适用于普通公司债券，也适用于上市公司可转换公司债券。

2. 公司债券上市程序 \_

(1) 申请核准。申请公司债券上市交易，应当向证券交易所申请核准，并报送下 列文件：①上市报告书；②申请公司债券上市的董事会决议；③公司章程；④公司营 业执照.；⑤公司债券募集办法；⑥公司债券的实际发行数额；⑦证券交易所上市规则 规定的其他文件。申请可转换为股票的公司债券上市交易，还应当报送保荐人出具的 上市保荐书。 ‘

(2) 安排上市。证券交易所核准公司债券上市申请之后，应当及时安排债券上市。 上市的时间或日期，通常由证券交易所与申请人在签订的上市协议中确定。

(3) 上市公告。公司债券上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的 公司应当在规定的期限内公告公司债券上市文件及有关文件，并将其申请文件置备于指定 场所供公众查阅。

3. 公司债券的暂停上市和终止上市

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上 市交易：（1)公司有重大违法行为；（2)公司情况发生重大变化不再符合公司债券上市 条件；（3)公司债券所募集资金不按照核准的用途使用；（4)未按照公司债券募集办法 履行义务；（5)公司最近两年连续亏损。

公司有上述第（1)项、第（4)项所列情形之一经查实后果严重的，或者有第（2) 项、第（3)项、第（5)项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终 止其公司债券上市交易。

公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

(二）分离交易的可转换公司债券的交易

该可转换公司债券应当申请在上市公司股票上市的证券交易所上市交易。分离交易 的可转换公司债券中的公司债券和认股权分别符合证券交易所上市条件的，应当分别 上市交易。分离交易的可转换公司债券的期限最短为1年。分离交易的可转换公司债券 募集说明书应当约定，上市公司改变公告的募集资金用途的，赋予债券持有人一次回 售的权利。

认股权证上市交易时，约定的要素应当包括行权价格、存续期间、行权期间或行权 日、行权比例。认股权证的行权价格应不低于公告募集说明书日前20个交易日公司股票 均价和前一个交易日的均价。认股权证的存续期间不超过公司债券的期限，自发行结束之 日起不少于6个月。募集说明书公告的权证存续期限不得调整。认股权证自发行结束至少 已满6个月起方可行权，行权期间为存续期限届满前的一段期间，或者是存续期限内的特

定交易日。

第四节股票的上市与交易

一、股票市场的结构

证券发行市场一般被称为一级市场，而证券交易市场也就相应被称为二级市场。证券 交易市场可以按照不同标准，再区分为不同的市场。场内交易市场与场外交易市场是一种 传统的区分方式。所谓场内交易市场，即是我们所谓的交易所市场。场外交易市场则是泛 指在交易所外进行证券交易的场所。严格来说，两个市场的不同主要在于交易方式不同。 场内市场主要采取集中交易方式，多个买者和卖者之间进行价格磋商，体现价格发现机 制；而场外交易市场则多采取一对一的交易磋商机制，因此，在每一时刻，场内交易市场 往往只有一个最佳的价格，而场外交易市场则存在多个价格。

不过随着技术的进步，场内市场和场外市场的区分已经越来越不明显。

(一）交易所市场

目前中国的交易所市场，即场内市场，主要由两个交易所（上海证券交易所和深圳 证券交易所）、三个板块（主板市场、中小企业板、创业板）构成，在交易模式上又区分 为集中竞价的交易模式和大宗交易模式。

1.主板市场

上海证券交易所全部为主板市场，深圳证券交易所的部分板块为主板市场。主板市场 类似于精品店，主要为那些资质较高的企业股票提供交易服务，上市门槛较高。在主板市 场上，交易也可以区分为集中竞价的交易模式和大宗交易模式。

(1)集中竞价的交易市场。我国证券交易所采用了国际上较为先进的技术，基本上 实现了交易的自动化。因此，目前，两个证券交易所的主要交易大多通过计算机系统报 单、配对成交，不再需要有形的交易大厅和场内报单的交易代理人。

由于交易所只接受会员申报，因此，投资者必须委托作为交易所会员的证券经纪商下 达买卖股票的指令，经纪商按照接受客户委托的先后顺序向交易主机电报。

我国目前的证券集中竞价交易一般采用电脑集合竞价和连续竞价两种交易方式。集合 竞价是指对一段时间内接受的买卖申报一次性集中撮合的竞价方式；连续竞价是指对买卖 申报连续撮合的竞价方式。在连续交易市场，交易是在交易日的各个时点连续不断地进行 的，只要根据订单匹配规则，存在两个相匹配的订单，交易就会发生。而集合竞价市场则 是一个间断性的市场，即投资者作出买卖委托后，不能立即按照有关规则执行并成交，而 是在某一规定的时间，由有关机构将在不同时点收到的订单集中起来，按照同一价格进行 匹配成交。

证券交易按价格优先、时间优先的原则竞价撮合成交。成交时价格优先的原则为：较 高价格买进申报优先于较低价格买进申报，较低价格卖出申报优先于较高价格卖出申报。 成交时时间优先的原则为：买卖方向、价格相同的，先申报者优先于后申报者。先后顺序

按交易主机接受申报的时间确定。

在我国证券交易市场中，集合竞价被用来产生每个交易日的开盘价格。上海证券市场 开盘集合竞价过程为：从9点15分开始接收集合竞价订单，到9点25分结束，随即给出 集合竞价的成交价格，也就是当天的开盘价。9点25分到9点30分期间不接收任何订 单。9点30分开始重新接收订单，并开始连续竞价交易阶段。连续交易阶段上午从9点 30分至11点30分，下午从13点至15点。每周一至周五为交易日。

(2) 大宗交易系统。为了改善对机构投资者的服务，提髙对机构投资者的吸引力， 解决大宗交易遇到的流动性问题，提高大宗交易的撮合效率，降低大宗交易的成本，减小 大宗交易对市场稳定性的冲击，证券交易市场一般都建立了专门的大宗交易制度：以正常 规模交易的交易制度为基础，对大宗交易的撮合方式、价格确定和信息披露等方面采取特 殊的处理方式。 .

我領上海和深圳两个证券交易所从2002年开始建立大宗交易制度。本书以《上海证 券交易所大宗交易实施细则》为基础，介绍股票大宗交易的具体程序。

上海证券交易所规定，证券单笔买卖达到如下最低限额的，可以采用大宗交易方式： A股交易数量在50万股（含）以上，或交易金额在300万元（含）人民币以上；B股交 易数量在50万股（含）以上，或交易金额在30万美元（含）以上。

投资者进行大宗交易，应委托其办理指定交易的交易所会员办理。大宗交易的交易时 间为交易日的15: 00-15： 30。

买方和卖方根据大宗交易的意向申报信息，就大宗交易的价格和数量等要素进行议价 协商。当意向申报被其他参与者接受（包括其他参与者报出比意向申报更优的价格）时， 申报方应当至少与一个接受意向申报的参与者进行成交申报。大宗交易的成交价格，由买 方和卖方在当日最高和最低成交价格之间确定。该证券当日无成交的，以前收盘价为成 交价。

买方和卖方就大宗交易达成一致后，代表买方和卖方的会员分别通过各自席位进行成 交申报。大宗交易的成交申报须经交易所确认。确认后，买方和卖方不得撤销或变更成交 申报，并必须承认交易结果、履行相关的清算交收义务。

2.中小企业板块

2004年5月，深圳证券交易所发布《设立中小企业板块实施方案》（以下简称实施方 案），宣布在停止接受新上市公司3年后，深圳证券交易所转型为面向中小企业的证券发 行和上市的专门板块。

中小企业板块并非是在原有交易所市场之外的独立市场。按照深圳交易所的“实施 方案”，中小企业板块的总体设计，可以概括为“两个不变”和“四个独立”。

“两个不变”，是指中小企业板块运行所遵循的法律、法规和部门规章，与主板市场 相同；中小企业板块的上市公司符合主板市场的发行上市条件和信息披露要求。

“四个独立”，是指中小企业板块是主板市场的组成部分，同时实行运行独立、监察 独立、代码独立、指数独立。运行独立是指中小企业板块的交易由独立于主板市场交易系 统的第二交易系统承担。监察独立是指深圳交易所将建立独立的监察系统实施对中小企业 板块的实时监控，该系统将针对中小企业板块的交易特点和风险特征设置独立的监控指标 和报警阀值。代码独立是指将中小企业板块股票作为一个整体，使用与主板市场不同的股

票编码。指数独立是指中小企业板块将在上市股票达到一定数量后，发布该板块独立的 指数。

中小企业板块主要安排主板市场拟发行上市企业中流通股本规模相对较小的公司在该 板块上市，并根据市场需求，确定适当的发行规模和发行方式。目前，深圳证券交易所要 求的中小企业主要是主业突出、具有较好成长性和较高科技含量的中小企业。

3.创业板

与中小企业板不同，创业板是不同于主板的一个交易所市场，俗称“二板市场”。由 于交易所的主板市场上市条件比较高，不利于中小企业特别是高新技术企业上市融资，因 此，为中小企业能够顺利获得资金，有必要特别开设专门的股票交易市场，即二板市场。

2009年4月，中国证监会发布《首次公开发行股票并在创业板上市暂行管理办法》 (中国证券监督管理委员会令第61号），自该年5月1日实施。2009年9月21日，第一 批创业板公司公开发行，同年10月30日，第一批28家公司的股票在创业板上市交易。

创业板采用了与主板市场和中小企业板有所不同的上市标准，主要表现为在具体盈利 要求等方面有所放松。但由于创业板市场仍然属于交易所市场，在创业板挂牌交易仍然属 于证券上市，因此，其仍然必须符合《证券法》第五十条对于上市条件的一般规定。

(二）全国中小企业股份转让系统

全国中小企业股份转让系统（以下简称“全国股份转让系统”）是经国务院批准，依 据《证券法》设立的全国性证券交易场所，2012年9月正式注册成立，是继上海证券交 易所、深圳证券交易所之后第三家全国性证券交易场所，俗称“新三板”。在场所性质和 法律定位上，全国股份转让系统与证券交易所是相同的，都是多层次资本市场体系的重要 组成部分。

全国股份转让系统的主要特征表现为：

一是服务对象主要是中小微企业。《国务院关于全国中小企业股份转让系统有关问题 的决定》（以下简称《国务院决定》）明确了全国股份转让系统的定位主要是为创新型、 创业型、成长型中小微企业发展服务。这类企业普遍规模较小，尚未形成稳定的盈利模 式。在准人条件上，不设财务门槛，申请挂牌的公司可以尚未盈利，只要股权结构清晰、 经营合法规范、公司治理健全、业务明确的股份公司均可以经主办券商推荐申请在全国股 份转让系统挂牌。但挂牌公司必须履行信息披露义务，所披露的信息应当真实、准确、

兀登。

挂牌公司依法纳入非上市公众公司监管，相关内容参见本章关于非上市公众公司的

章节。

二是投资者有资质要求。我国交易所市场的投资者结构以中小投资者为主，而全国股 份转让系统实行了较为严格的投资者适当性制度，未来的发展方向将是一个以机构投资者 为主的市场。这是因为在全国股份转让系统挂牌的中小微企业具有业绩波动大、风险较高 的特点，所以应当严格自然人投资者的准入条件，积极培育和发展机构投资者队伍。

按照《全国中小企业股份转让系统投资者适当性管理细则（试行）》的规定，可以参 与全国股转系统挂牌公司公开转让的主要包括：

(1)机构投资者，包括：①注册资本500万元人民币以上的法人机构；②实缴出资 总额500万元人民币以上的合伙企业；③集合信托计划、证券投资基金、银行理财产品、

证券公司资产管理计划，以及由金融机构或者相关监管部门认可的其他机构管理的金融产 品或资产。

(2)同时符合下列条件的自然人投资者：①投资者本人名下前一交易日日终证券类 资产市值500万元人民币以上。证券类资产包括客户交易结算资金、在沪深交易所和全国 股份转让系统挂牌的股票、基金、债券、券商集合理财产品等，信用证券账户资产除外。

②具有两年以上证券投资经验，或具有会计、金融、投资、财经等相关专业背景或培训 经历。

投资经验的起算时间点为投资者本人名下账户在全国股份转让系统、上海证券交易所 或深圳证券交易所发生首笔股票交易之日。

下列投资者可以参与挂牌公司股票定向发行：①公司股东、公司的董事、监事、高级 管理人员、核心员工；②符合参与挂牌公司股票公开转让条件的投资者。

公司挂牌前的股东、通过定向发行持有公司股份的股东等，如不符合参与挂牌公司股 票公开转让条件，只能买卖其持有或曾持有的挂牌公司股票。

三是全国股份转让系统内部进一步分层，现阶段分为基础层和创新层，在市场服务和 监管要求方面，对不同层级挂牌公司采取差异化制度安排。

四是全国股份转让系统采取多元化交易机制，股票转让可以采取协议方式、做市方 式、竞价方式或其他中国证监会批准的转让方式。

(三）产权交易所

产权交易所是伴随着企业兼并活动在中国的增多而产生的。1988年5月，武汉市成 立了我国第一家企业产权转让市场，并制定相应的交易规则。此后经过多次清理整顿，我 国目前有产权交易所100多家，分布全国各地。

按照《国务院关于清理整顿各类交易场所切实防范金融风险的决定》（国发〔2011〕 38号）和《国务院办公厅关于清理整顿各类交易场所的实施意见》（国办发〔2012〕37 号）的规定：

(1) 不得将任何枝益拆分为均等份额公开发行。任何交易场所利用其服务与设施， 将权益拆分为均等份额后发售给投资者，即属于“均等份额公幵发行”。股份公司股份公 开发行适用《公司法》、《证券法》相关规定。

(2) 不得采取集中交易方式进行交易。所谓“集中交易方式”包括集合竞价、连续 竞价、电子撮合、匿名交易、做市商等交易方式，但协议转让、依法进行的拍卖不在 此列。

(3) 不得将权益按照标准化交易单位持续挂牌交易。所谓“标准化交易单位”是指 将股权以外的其他权益设定最小交易单位，并以最小交易单位或其整数倍进行交易。“持 续挂牌交易”是指在买人后5个交易日内挂牌卖出同一交易品种或在卖出后5个交易曰内 挂牌买人同一交易品种。

(4) 权益持有人累计不得超过200人。除法律、行政法规另有规定外，任何权益在 其存续期间，无论在发行还是转让环节，其实际持有人累计不得超过200人，以信托、委 托代理等方式代持的，按实际持有人数计算。

(5) 不得以集中交易方式进行标准化合约交易。所谓“标准化合约”包括两种情形： 一种是由交易场所统一制定，除价格外其他条款固定，规定在将来某一时间和地点交割一

定数量标的物的合约；另一种是由交易场所统一制定，规定买方有权在将来某一时间以特 定价格买人或者卖出约定标的物的合约。

(6)未经国务院相关金融管理部门批准，不得设立从事保险、信贷、黄金等金融产 品交易的交易场所，其他任何交易场所也不得从事保险、信贷、黄金等金融产品交易。

为规范交易场所名称，凡使用“交易所”字样的交易场所，除经国务院或国务院金 融管理部门批准的外，必须报省级人民政府批准。未按上述规定批准设立或违反上述规定 在名称中使用“交易所”字样的交易场所，工商部门不得为其办理工商登记。

二、股票上市与退市

(一）股票上市条件和程序

我国《证券法》第五十条规定，股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：

(1)股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行。（2)公司股本总额不少于人民币

3 000万元。（3)公开发行的股份达到公司股份总数的25%以上；公司股本总额超过人民 币4亿元的，公开发行股份的比例为10%以上。（4)公司最近3年无重大违法行为，财 务会计报告无虚假记载。证券交易所可以规定高于前款规定的上市条件，并报国务院证券 监督管理机构批准。

申请证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由 双方签订上市协议。不过，证券交易所并不直接接受发行人的申请。按照《证券法》第 四十九条的规定，申请证券上市，首先应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人，由其负 责向拟申请上市的证券交易所保荐该证券，然后证券交易所才会接受申请进行审核。

(二）股票暂停上市和终止上市

实践中，除了主动退市的上市公司外，退市公司大多都是由于违反了《证券法》第 五十五条和第五十六条的规定，被暂停上市和终止上市。2012年，上海和深圳证券交易 所分别修改《股票上市规则》，在《证券法》之外补充规定了一些新的暂停和终止上市条 件，并建立了恢复上市制度。2014年中国证监会发布《关于改革完善并严格实施上市公 司退市制度的若干意见》，对退市制度提出了改革方案，包括建立了主动退市制度和重大 违法公司强制退市制度。

1.主动退市制度

如果上市公司通过对上市地位维持成本收益的理性分析，或者为充分利用不同证券交 易场所的比较优势，或者为便捷、高效地对公司治理结构、股权结构、资产结构、人员结 构等实施调整，或者为进一步实现公司股票的长期价值，可以依据《证券法》和证券交 易所规则实现主动退市。主动退市可以采取三种模式：一是上市公司向证券交易所主动提 出申请；二是由上市公司、上市公司股东或者其他收购人通过向所有股东发出收购全部股 份或者部分股份的要约，导致公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；三 是上市公司因新设或者吸收合并，不再具有独立主体资格并被注销，或者上市公司股东大 会决议解散。 .

(1)上市公司主动申请退市或者转市。上市公司拟决定其股票不再在交易所交易， 或者转而申请在其他交易场所交易或者转让的，应当召开股东大会作出决议，须经出席会 议的股东所持表决权的2/3以上通过，且经出席会议的除以下股东以外的其他股东所持表

决权的2/3以上通过：①上市公司的董事、监事、高级管理人员；②单独或者合计持有上 市公司5%以上股份的股东。

在召开股东大会前，上市公司应当充分披露退市原因及退市后的发展战略，包括并购 重组安排、经营发展计划、重新上市安排等。独立董事应当针对上述事项是否有利于公司 长远发展和全体股东利益充分征询中小股东意见，在此基础上发表独立意见，独立董事意 见应当与股东大会通知一并公布。上市公司应当聘请财务顾问为主动退市提供专业服务、 发表专业意见并予以披露。

申请其股票退出市场交易，或者转而申请在其他交易场所交易或者转让的上市公司应 当在股东大会作出终止上市决议后的15个交易日内，向证券交易所提交退市申请。退市 申请至少应当包括股东大会决议、退市申请书、退市后去向安排的说明、异议股东保护的 专项说明及证券交易所规定的其他材料。证券交易所应当自上市公司提交退市申请之曰起 5个交易日内，作出是否受理的决定并通知公司。决定受理的，应当自受理上市公司提交 的退市申请之日起15个交易日内，重点从保护投资者特别是中小投资者权益的角度，在 审查决策程序合规性的基础上，作出同意或者不同意其股票终止上市交易的决定。

(2)通过要约收购实施的退市和通过合并、解散实施的退市。全面要约收购上市公 司股份、实施以上市公司为对象的公司合并、上市公司全面回购股份以及上市公司自愿解 散，应当按照上市公司收购、重组、回购等监管制度及公司法律制度严格履行实施程序。

因全面要约收购上市公司股份、实施以上市公司为对象的公司合并、上市公司全面回 购股份以及上市公司自愿解散，导致公司股票退出市场交易的，证券交易所应当在上市公 司公告回购或者收购结果、完成合并交易、作出解散决议之日起15个交易日内，作出终 止其股票上市的决定。

2.重大违法行为强制退市制度

按照中国证监会的要求，对于欺诈发行公司、重大信息披露违法公司应当采取强制退 市措施。这一措施包括两个层面：

首先，对欺诈发行公司和重大信息披露违法公司实施暂停上市。当上市公司因首次公 开发行股票申请或者披露文件存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使不符合发行 条件的发行人骗取了发行核准，或者对新股发行定价产生了实质性影响，或者上市公司因 信息披露文件存在虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，受到证监会行政处罚，或者因涉 嫌欺诈发行罪、违规披露、不披露重要信息罪被依法移送公安机关的，证券交易所应当依 法作出暂停其股票上市交易的决定。

其次，在一年内应当对上述上市公司实施终止上市。对于上述因受到证监会行政处 罚，或者因涉嫌犯罪被依法移送公安机关而暂停上市的公司，在证监会作出行政处罚决定 或者移送决定之日起一年内，证券交易所应当作出终止其股票上市交易的决定。

重大违法暂停上市公司终止上市的例外情形。对于上述因受到证监会行政处罚被暂停 上市的公司，在证券交易所作出终止公司股票上市交易决定前，该行政处罚决定被依法撤 销，且证监会不能重新作出行政处罚决定的，或者因对违法行为性质的认定发生根本性变 化，被依法变更的，公司可以向证券交易所申请恢复上市。对于上述因涉嫌犯罪被依法移 送公安机关而暂停上市的公司，在证券交易所作出终止公司股票上市交易决定前，公安机 关决定不予立案或者撤销案件，或者人民检察院作出不予起诉决定，或者司法机关作出无

罪判决或者免于刑事处罚，而证监会不能依法作出行政处罚决定的，公司可以向证券交易 所申请恢复上市。在证券交易所作出终止公司股票上市交易决定后，出现上述规定情形 的，公司可以向证券交易所申请重新上市。

对于上述因信息披露违法被暂停上市的公司，在证券交易所作出终止公司股票上市交 易决定前，全面纠正违法行为、及时撤换有关责任人员、对民事赔偿责任承担作出妥善安 排的，公司可以向证券交易所申请恢复上市。

证券交易所应当在规定期限内作出同意其股票恢复上市的决定。

3.因不能满足交易标准要求的强制退市指标

当上市公司的各项交易指标不能满足证券交易所的要求时，证券交易所出于维护公开 交易股票的总体质量与市场信心的目的，也会依据规则要求交投不活跃、股权分布不合 理、市值过低而不再适合公开交易的股票终止交易。这套规则主要依据各证券交易所发布 的《股票上市规则》（以下简称《上市规则》）来处理。

(1)退市风险警示。当上市公司出现财务状况异常或者其他异常情况，导致其股票 存在被终止上市的风险，或者投资者难以判断公司前景，投资权益可能受到损害的，证券 交易所将对该公司股票交易实行特别处理。特别处理包括警示存在终止上市风险的特别处 理（退市风险警示）和其他特别处理措施。特别处理措施的内容包括：①对于退市风险警 示，在公司股票简称前冠以“$ST”字样（其他特别处理的措施是冠以“ST”字样），以 区别于其他股票;②股票报价的日涨跌幅限制为5%。

丨 《上市规则》规定，上市公司出现以下情形之一的，本所对其股票实施退市风险警 示：①最近两个会计年度经审计的净利润连续为负值或者被追溯重述后连续为负值；②最 近一个会计年度经审计的期末净资产为负值或者被追溯重述后为负值；③最近一个会计年 度经审计的营业收入低于1 000万元或者被追溯重述后低于1 000万元；④最近一个会计 :年度的财务会计报告被会计师事务所出具无法表示意见或者否定意见的审计报告；⑤因财 务会计报告存在重大会计差错或者虚假记载，被中国证监会责令改正但未在规定期限内改 :正，且公司股票已停牌两个月；⑥未在法定期限内披露年度报告或者中期报告，且公司股 票已停牌两个月；⑦因欺诈发行受到中国证监会行政处罚，或者欺诈发行罪被依法 .移送公安机关；⑧因重大信息披露违法受到中国证监会行政处罚，或者因涉嫌违规披露、

;不披露重要信息罪被依法移送公安机关；⑨上市公司因要约收购或者其他原因导致股权分 ,不再具备上市条件的情形，公司披露的解决方案存在重大不确宾性，或者在规定期限内 \_披露解决方案，或者在披露可行的解决方案后一个月内未实M養成。股权分布不具备上 丨市条件，是指社会公众股东持有的股份连续20个交易日低于公司总股本的25%，公司股 丨本总额超过人民币4亿元的，低于公司总股本的10%。上述社会公众股东指不包括下列 般东的上市公司其他股东：持有上市公司10%以上股份的股本及其一致行人；上市公 丨司的董事、监事、高级管理人员及其关联人；⑩法院依法受理舍司重整、和嗓4者破产清 ^申请；?出现可能导致公司被依法强制解散的情形；?本娇规定的其他\_况。

\ .⑵暂停上市。 ' r ：■：■；

\ 《上市规则》规定，上市公司出现下列情形之一的，由\_所决崔暂停襄股票上市：①因 最近两个会计年度的净利润连续为负值或者被追溯重述后连为负值5其股票被实施退市 风险警示后，首个会计年度经审计的净利润继续为负值；l②因最近—个会计年度经审计的

期末净资产为负值或者被追溯重述后为负值，其股票被实施退市风险警示后，首个会计年 度经审计的期末净资产继续为负值；③最近一个会计年度经审计的营业收入低于1 000万 元或者被追溯重述后低于1 000万元，其股票被实施退市风险警示后，首个会计年度经审 计的营业收人继续低于1 000万元；④因最近一个会计年度的财务会计报告被会计师事务 所出具无法表示意见或者否定意见的审计报告，其股票被实施退市风险警示后，首个会计 年度被会计师事务所出具无法表示意见或者否定意见的审计报告；⑤因财务会计报告存在 重大会计差错或者虚假记载，而未在规定期限内改正，其股票被实施退市风险警示后，公 司在两个月内仍未按要求改正财务会计报告；⑥因未在法定期限内披露年度报告或者中期 报告，其股票被实施退市风险警示后，公司在两个月内仍未披露应披露的年度报告或者中 期报告；⑦因欺诈发行，其股票交易被实行退市风险警示的30个交易日期限届满；⑧因 重大信息披露违法，其股票交易被实行退市风险警示的30个交易日期限届满；⑨因股权 分布不再具备上市条件，其股票交易被实行退市风险警示后，在六个月内其股权分布仍不 具备上市条件；⑩公司股本总额发生变化不具备上市条件；?本所认定的其他情形。

(3)终止上市。

《上市规则》规定，上市公司出现下列情形之一的，由本所决定终止其股票上市：

①公司因净利润、净资产、营业收人或者审计意见类型触及相关标准，其股票被暂停 上市的，未能在法定期限内披露暂停上市后的首个年度报告。

②公司因净利润、净资产、营业收人或者审计意见类型触及相关标准，其股票被暂停 上市的，暂停上市后首个年度报告显示公司净利润或者扣除非经常性损益后的净利润为 负值。

③公司因净利润、净资产、营业收人或者审计意见类型触及相关标准，其股票被暂停 上市的，暂停上市后首个年度报告显示公司期末净资产为负值。

④公司因净利润、净资产、营业收人或者审计意见类型触及相关标准，其股票被暂停 上市的，暂停上市后首个年度报告显示公司营业收人低于1 000万元。.

⑤公司因净利润、净资产、营业收人或者审计意见类型触及相关标准，其股票被暂停 上市的，暂停上市后首个年度报告显示公司财务会计报告被出具保留意见、无法表示意见 或否定意见的审计报告。

⑥公司因净利润、净资产、营业收入或者审计意见类型触及相关标准，其股票被暂停 上市的，在法定期限内披露了暂停上市后首个年度报告但未能在其后五个交易日内提出恢 复上市申请。

⑦公司因未在规定期限内改正财务会计报告或者未在法定期限内披露年度报告、半年 度报告等出现规定情形，其股票被暂停上市的，在两个月内仍未能披露经改正的财务会计 报告、相关年度报告或者半年度报告。

⑧公司因未在规定期限内改正财务会计报告或者未在法定期限内披露年度报告、半年 度报告触及相关标准，其股票被暂停上市的，在两个月内披露了经改正的财务会计报告、 相关年度报告或者半年度报告但未能在其后的五个交易日内提出恢复上市申请。

⑨公司因欺诈发行，其股票被暂停上市后，在中国证监会作出行政处罚决定、移送决 定之日起的12个月内被法院作出有罪判决或者在前述规定期限内未满足恢复上市条件。

⑩公司因重大信息披露违法，其股票被暂停上市后，在中国证监会作出行政处罚决

定、移送决定之日起的12个月内被法院作出有罪判决或者在前述规定期限内未满足恢复 上市条件。

?公司因欺诈发行、重大信息披露违法其股票被暂停上市后，符合本规则规定的恢复 上市申请条件但未在规定期限内向本所提出恢复上市申请。

?公司因股权分布变化不再具备上市条件，其股票被暂停上市后，在六个月内股权分 布仍不具备上市条件，或虽已具备上市条件但未在规定期限内向本所提出恢复上市申请。

?公司因股本总额发生变化不再具备上市条件，其股票被暂停上市后，在本所规定的 期限内仍不具备上市条件，或虽已具备上市条件但未在规定期限内向本所提出恢复上市 申请。

?在本所仅发行A股股票的主板上市公司，通过本所交易系统连续120个交易日 (不含公司股票全天停牌的交易日）股票累计成交量低于500万股。

?在本所仅发行B股股票的主板上市公司，通过本所交易系统连续120个交易日 (不含公司股票全天停牌的交易日）股票累计成交量低于100万股。

?在本所既发行A股股票又发行B股股票的主板上市公司，通过本所交易系统连续 120个交易日（不含公司股票全天停牌的交易日）的A股股票累计成交量低于500万股且 其B股股票累计成交量同时低于100万股。

?中小企业板上市公司股票通过本所交易系统连续120个交易日（不含公司股票全 天停牌的交易日）股票累计成交量低于300万股。

⑩在本所仅发行A股股票的上市公司，通过本所交易系统连续20个交易日（不含公 司股票全天停牌的交易日）的每日股票收盘价均低于股票面值。

?在本所仅发行B股股票的上市公司，通过本所交易系统连续20个交易日（不含公 司股票全天停牌的交易日）的每日股票收盘价均低于股票面值。

?在本所既发行A股股票又发行B股股票的上市公司，通过本所交易系统连续20个 交易日（不含公司股票全天停牌的交易日）的A股、B股每日股票收盘价同时均低于股 票面值。 .?

?主板上市公司连续20个交易日（不含公司股票全天停牌的交易日、不含公司首次 公开发行股票上市之日起的20个交易日）股东人数低于2 000人。

?中小企业板上市公司连续20个交易日（不含公司股票全天停牌的交易日、不含公 司首次公开发行股票上市之日起的20个交易日）股东人数低于1 000人。

?公司被法院宣告破产。

?公司被依法强制解散。

⑩中小企业板上市公司最近36个月内累计受到本所三次公开谴责。

?恢复上市申请未被受理。

?恢复上市申请未被审核同意。

?本所规定的其他情形。

在证券交易所对股票作出终止上市决定之日后的，公司股票并非立即退市，现行 《上市规则》还规定了一个缓冲阶段——退市整理期。对于股票已经被证券交易所决定终 止上市交易的强制退市公司，证券交易所应当设置“退市整理期”，在其退市前给予30 个交易日的股票交易时间。在股票被证券交易所决定终止上市交易前，经董事会决议通过

并已公告筹划重大资产重组事项的强制退市公司应当召开股东大会，对公司股票是否进人 “退市整理期”交易进行表决，证券交易所应当按照股东大会决议对公司股票是否进人 “退市整理期”交易作出安排。“退市整理期”公司的并购重组行政许可申请将不再受理； 巳经受理的，应当终止审核。证券交易所应当建立参与“退市整理期”股票交易的投资 者适当性制度。

退市后的去向和交易安排。主动退市公司可以选择在证券交易场所交易或者转让其股 票，或者依法作出其他安排。强制退市公司股票应当统一在全国中小企业股份转让系统设 立的专门层次挂牌转让。

°三、股票交易与结算

(一）股票交易

根据我国《证券法》的规定，证券交易所是提供证券集中交易场所和设施，组织和 监督证券交易，实行自律管理的法人。进人证券父易所参与集中父易的，必须是证券父易 所的会员。为此，投资者如欲参与证券市场交易，必须到证券登记公司开立证券账户，然 后凭此证券账户与证券公司签订证券交易委托协议，并在证券公司开立证券交易账户，以 书面、电话以及其他方式，委托该证券公司代其买卖证券。

我国上海与深圳两家证券交易所的交易时间为每周一至周五开市，每日分前、后两 市，上午9点30分至11点30分为前市，下午13点至15点为后市。法定假日不开市。 交易市场开市后，如遇偶发事故，可宣布暂停交易。在宣布之前已成交的买卖仍然 有效。

交易市场交易按价格优先、时间优先的原则竞价成交。

投资者的委托如未能全部成交，证券商在委托有效期内可继续执行，直至有效期结 束。在委托未成交之前，投资者有权变更和撤销委托。投资者变更委托，视同重新办理委 托。对投资者变更或撤销委托，证券商业务员须即刻通过驻场交易员，在经驻场交易员确 认后，当即将执行结果告知投资者。对投资者撤销和失效的委托，证券商须根据投资者的 要求，及时退还其交保的资金和证券。

证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和与内部管理、业务经营 有关的各项资料，任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于 20年。

(二）资金的清算交割

我国证券交易所实行资金的二级清算。《证券法》第一百一十二条规定：“证券公司 根据投资者的委托，按照证券交易规则提出交易申报，参与证券交易所场内的集中交易， 并根据成交结果承担相应的清算交收责任；证券登记结算机构根据成交结果，按照清 算交收规则，与证券公司进行证券和资金的清算交收，并为证券公司客户办理证券的 登记过户手续”。但实际上目前只实现了资金的二级清算。证券由于直接由投资者登记 在证券登记结算公司，因此，由证券登记结算公司直接为所有交易的投资者办理股票 的过户手续。

证券交易所按“净额交收”的原则清算交割资金。每一证券商在一个清算期中，对 价款的清算，计其应收应付相抵后的净额。每日交易市场闭市后，证券交易所按席位编制

当日“清算交割表”和“资金结算一览表”，分发送证券商清算交割人员；证券商核对 “清算交割表”和“资金结算一览表”无误后，须在约定的交割期和证券交易所的清算交 割时间内履行交割手续。 ’

各证券商须按“清算交割表”中所载事项足额办理交割。办理价款交割时，由证券 交易所委托指定的银行通过账面划转直接进行。办理好与证券交易所的清算后，证券商再 按类似方式办理和委托人的清算。

(三）股票保管和过户

证券持有人持有的证券，在上市交易时，应当全部存管在证券登记结算机构。证券登 记结算采取全国集中统一的运营方式。目前，在中国主要为中国证券登记结算公司，下属 上海和深圳两个分公司。

上市股票，统一由证券登记结算公司办理过户事项。实践中均由中国证券登记结算公 司的计算机自动、统一完成过户事项，委托人毋需另办理过户手续。

证券登记结算机构应当妥善保存登记、存管和结算的原始凭证及有关文件和资料。其 保存期限不得少于20年。

(四）停牌、复牌、‘停市

停牌是指由于发生法律规定的事件，上市公司的股票暂停交易。复牌是指停牌的上市 公司股票恢复交易。上市公司股票的停复牌，原则上由上市公司向证券交易所申请，并说

明理由、计划停牌时间和复牌时间5对于不能决定是否申请停牌的情况，应及时报告证券 交易所。证券交易所可根据实际情况或根据中国证监会的要求，决定股票及艽衍生品种的

此外5因突发性事件而影响证券交易的正常进行时，证券交易所也可以采取技术性停 牌的措施。因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以决 定临时停市。证券交易所采取技术性停牌或者决定临时停市，必须及时报告国务院证券监 督管理机构。 "

{ ■) l:ih k "hi'〔趵的忧之 t|i\

r.ii>公丨丨丨\_ am例人?iii.i-jm,听的fimH丨lhwj -1上市公司的股 汾込洲->ii比例iAUliill ill-. ;； ^ ^所股⑴私IUV\_,动以外的h ；, il： 7/式控制一个上市公司的 股份达到一矩程度:，导致其获得或者可能获得对该公司实际控制权的行为。

l.iifkMiC购人的！1的「1: 丨：1丨-1?公M:l的孓丨f以达ilUj I市公司实际

1:、;丨伽丨<.?丨!山公i,丨丨的K?为，m—〉V、/收购这丨丨!.所招的M iV\_ " : ' (1)投 ■k i\ % I 1卜公 vi 丨-齡co 投资 I ii/公 uj股份表决

衩超过30% ； (3)投资者通过实际支配上市公司股份表瘦权能够决定公司董事会半数以

上成员选任；（4)投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的 决议产生重大影响；（5)中国证监会认定的其他情形。收购人可以通过取得股份的方式 成为一个上市公司的控股股东，可以通过投资关系、协议、其他安排的途径成为一个上市 公司的实际控制人，也可以同时采取上述方式和途径取得上市公司控制权。

为了规范上市公司的收购以及股份权益变动行为，中国证监会于2006年5月n曰第 180次主席办公会议审议通过了《上市公司收购管理办法》（以下简称《收购办法》）， 2008年8月27日中国证监会又通过了《关于修改〈上市公司收购管理办法〉第六十三条 的决定》，2012年2月14日中国证监委再次通过了《关于修改〈上市公司收购管理办法〉 第六十二条及第六十三条的决定》。2014年，出于简政放权的目的，中国证监会再次修改 《收购办法》。新修改的《收购办法》进一步减少了并购重组行政许可事项，简化了并购 重组行政许可程序，对提高并购重组效率具有重要意义。

(二）上市公司收购人

上市公司收购人是指意图通过取得股份的方式成为一个上市公司的控股股东，或者通 过投资关系、协议、其他安排的途径成为一个上市公司的实际控制人的投资者及其一致行 动人。收购人包括投资者及与其一致行动的他人。

所谓一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其所能够支 配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。在上市公司的收购及相关股份权益变 动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人。如无相反证据，投资者有下列情形 之一的，为一致行动人：（1)投资者之间有股权控制关系；（2)投资者受同一主体控制；

(3)投资者的董事、监事或者高级管理人员中的主要成员，同时在另一个投资者担任董 事、监事或者高级管理人员；（4)投资者参股另一投资者，可以对参股公司的重大决策 产生重大影响；（5)银行以外的其他法人、其他组织和自然人为投资者取得相关股份提 供融资安排；（6)投资者之间存在合伙、合作、联营等其他经济利益关系；（7)持有投 资者30%以上股份的自然人，与投资者持有同一上市公司股份；（8)在投资者任职的董 事、监事及高级管理人员，与投资者持有同一上市公司股份；（9)持有投资者30%以上 股份的自然人和在投资者任职的董事、监事及高级管理人员，其父母、配偶、子女及其配 偶、配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹及其配偶等亲属，与投资者持有同 一上市公司股份；（10)在上市公司任职的董事、监事、髙级管理人员及其前项所述亲属 同时持有本公司股份的，或者与其自己或者其前项所述亲属直接或者间接控制的企业同时 持有本公司股份；（11)上市公司董事、监事、高级管理人员和员工与其所控制或者委托 的法人或者其他组织持有本公司股份；（12)投资者之间具有其他关联关系。一致行动人 应当合并计算其所持有的股份；投资者计算其所持有的股份，应当包括登记在其名下的股 份，也包括登记在其一致行动人名下的股份。投资者认为其与他人不应被视为一致行动人 的，可以向中国证监会提供相反证据。

上市公司收购人应当具备一定实力，具有良好的信誉。为了防止收购人虚假收购或恶 意收购，利用上市公司的收购损害被收购公司及其股东的合法权益。中国证监会颁布的 《上市公司收购管理办法》第六条规定，有下列情形之一的，不得收购上市公司：（1)收 购人负有数额较大债务，到期未清偿，且处于持续状态；（2)收购人最近3年有重大违法 行为或者涉嫌有重大违法行为；（3)收购人最近3年有严重的证券市场失信行为；（4)收

购人为自然人的，存在《公司法》第一百四十六条规定情形；（5)法律、行政法规规定 以及中国证监会认定的不得收购上市公司的其他情形。

(三）上市公司收购中有关当事人的义务

1. 收购人的义务

(1) 报告义务。实施要约收购的收购人必须事先向中国证监会报送上市公司收购报 告书。在收购过程中要约收购完成后，收购人应当在15日内将收购情况报告中国证监会 和证券交易所。

(2) 禁售义务。收购人在要约收购期内.，不得卖出被收购公司的股票。

(3) 锁定义务。收购人持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的12个 月内不得转让。但是，收购人在被收购公司中拥有权益的股份在同一实际控制人控制的不 同主体之间进行转让不受前述12个月的限制，但应当遵守《收购办法》有关豁免申请的 有关规定。收购人通过集中竞价交易方式增持上市公司股份的，当收购人最后一笔增持股 份登记过户后，视为其收购行为完成。自此，收购人持有的被收购公司的股份，在12个 月内不得转让。

《收购办法》第六十三条规定，在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公 司已发行股份的30%的，自上述事实发生之日起1年后，每12个月内增持不超过该公司 已发行的2%的股份，该增持不超过2%的股份锁定期为增持行为完成之日起6个月。

此外，收购人还应当履行守约义务、平等对待被收购公司所有股东的义务等。

2. 被收购公司的控股股东或者实际控制人的义务。被收购公司的控股股东或者实际 控制人不得滥用股东权利，损害被收购公司或者其他股东的合法权益。被收购公司的控股 股东、实际控制人及其关联方有损害被收购公司及其他股东合法权益的，上述控股股东、 实际控制人在转让被收购公司控制权之前，应当主动消除损害；未能消除损害的，应当就 其出让相关股份所得收人用于消除全部损害作出安排，对不足以消除损害的部分应当提供 充分有效的履约担保或安排，并依照公司章程取得被收购公司股东大会的批准。

3. 被收购公司的董事、监事、高级管理人员的义务。被收购公司的童事、监事、高 级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务，应当公平对待收购本公司的所有收购人。被 收购公司董事会针对收购所作出的决策及采取的措施，应当有利于维护公司及其股东的利 益，不得滥用职权对收购设置不适当的障碍，不得利用公司资源向收购人提供任何形式的 财务资助，不得损害公司及其股东的合法权益。

(四）上市公司收购的支付方式

上市公司收购可以采用现金、依法可以转让的证券以及法律、行政法规规定的其他支 付方式进行。

二、持股权益披露

(一）大股东披露和权益变动披露

《证券法》第八十六条规定：“通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协 议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到5%时，应当在该事实发生 之日起三日内，向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告，通知该上市公 司，并予公告；在上述期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到 5%后，其所持该上市公司已发行的股份比例每增加或者减少5%，应当依照前款规定进 行报告和公告。在报告期限内和作出报告、公告后两日内，不得再行买卖该上市公司的 股票。”

该条规定的主要目的是预警：提醒市场注意，有大股东出现，这些人可能成为潜在的 收购人，并且通过对该股东以后增减股份的持续披露，来让市场监控其行为。

但如果投资者是通过协议转让的方式获得上市公司股权，投资者则无法控制协议购买 的股权数量，不能恰好在5%的时点上停下来进行报告和公告。例如，甲持有某上市公司 7%的骰权，假如投资者试图从甲手中协议购买这些股权的话，则很可能达成的协议是 7%股权的转让协议，不大可能投资者先协议转让5%，停下来进行披露，然后再协议购 买余下的2%，这样做不但增加了交易成本，甲很可能也不愿意。因此，《收购办法》对 协议转让股权的权益披露时点有所放松：投资者通过协议转让方式，在一个上市公司中拥 有权益的股份拟达到或者超过一个上市公司已发行股份5%时，履行权益披露义务。此 后，其拥有权益的股份占该上市公司已发行股份的比例每增加或者减少达到或者超过5% 的，也应当履行报告、公告义务。

也就是说，在协议转让股权的情况下，如果协议中拟转让的股权达到或者超过5%， 投资者就应当在协议达成之日起3日内履行权益报告义务。例如，在上述假设案例中，投 资者拟协议受让甲股东持有的7%上市公司股权的，就应当在该协议达成之日起3日内履 行权益披露义务，不需要将该笔协议拆分为5%和2% ?此后，该投资者的股份发生增减 变化，如果该变化使得投资者持股比例达到或者超过5%的整数倍的，也应当履行权益披 露义务。仍举上例，则披露时点应当分别为7%、10%、15%、20%、25%。

如果投资者是通过行政划转或者变更、执行法院裁定、继承、赠与等方式拥有权益的 股份变动达到上述规定比例的，也当同样履行权益披露义务。

(二）权益披露的内容

《收购办法》第十六条规定：如果投资者不是上市公司的第一大股东或者实际控制人 的，如果其拥有权益的股东达到或者超过该公司已发行股份的5%,但未达到20%的，则 应当编制简式权益变动报告书。

简式权益变动报告书的内容应当包括： k

(1) 投资者及其一致行动人的姓名、住所；投资者及其一致行动人为法人的，其名 称、注册地及法定代表人。

(2) 持股目的，是否有意在未来12个月内继续增加其在上市公司中拥有的权益。

(3) 上市公司的名称、股票的种类、数量、比例。

(4) 在上市公司中拥有权益的股份达到或者超过上市公司已发行股份的5%或者拥有 权益的股份增减变化达到5%的时间及方式。

(5) 权益变动事实发生之日前6个月内通过证券交易所的证券交易买卖该公司股票 的简要情况。

(6) 中国证监会、证券交易所要求披露的其他内容。

如果投资者拥有权益的股份达到或者超过一个上市公司已发行股份的5%，但未达到 20% ,同时，该投资者为该上市公司第一大股东或者实际控制人的，以及投资者拥有的股

份达到或者超过20%但未超过30%的，投资者应当编制详式权益变动报告书。

,.详式权益变动报告书除了披露简式权益变动报告书所具有的内容外，还应当披露以下 内容：

,(1)投资者及其一致行动人的控股股东、实际控制人及其股权控制关系结构图。

(2) 取得相关股份的价格、所需资金额、资金来源，或者其他支付安排。

(3) 投资者、一致行动人及其控股股东、实际控制人所从事的业务与上市公司的业 务是否存在同业竞争或者潜在的同业竞争，是否存在持续关联交易；存在同业竞争或者持 续关联交易的，是否已作出相应的安排，确保投资者、一致行动人及其关联方与上市公司 之间避免同业竞争以及保持上市公司的独立性。

(4) 未来12个月内对上市公司资产、业务、人员、组织结构、公司章程等进行调整 的后续计划。

(5) 前24个月内投资者及其一致行动人与上市公司之间的重大交易。

(6) 不存在本办法第六条规定的情形。

(7) 能够按照本办法第五十条的规定提供相关文件。

巳披露权益变动报告书的投资者及其一致行动人在披露之日起6个月内，因拥有权益 的股份变动需要再次报告、公告权益变动报告书的，可以仅就与前次报告书不同的部分作 出报告、公告；自前次披露之日起超过6个月的，投资者及其一致行动人应当按照本章的 规定编制权益变动报告书，履行报告、公告义务。

三、要约收购程序

对于何谓要约收购，《证券法》和《收购办法》都无界定。从理论上讲，要约收购是 收购人在证券交易所的集中竞价系统之外，直接向股东发出要购买其手中持有股票的一种 收购方式。相对于通过交易所集中竞价系统购买的方式，要约收购在时间和成本上都有所 控制。因此，在收购实践中也得到广泛采用。《证券法》也允许收购人自愿采用要约方式 进行收购。不过，《收购办法》要求无论是自愿要约还是强制要约，只要采用要约方式收 购一个上市公司的股份的，其预定收购的股份比例不得低于该上市公司已发行股份 的5%。

要约收购很可能对目标公司的中小股东造成压迫。例如，收购人往往给要约一个很短 的有效时间，而且规定先接受要约的先卖，达到预定比例就停止购买。这往往迫使被收购 公司的股东在压力下不经过充分考虑就卖出股票。为了减少要约收购对目标公司中小股东 的压迫性，各国《证券法》往往都对要约收购的程序有严格的规定，保证收购要约能够 同等适用于所有股东。

《证券法》和《收购办法》规定的要约收购程序如下：

(一）提示性公告

《收购办法》规定，以要约方式收购上市公司股份的，收购人应当编制要约收购报告 书，聘请财务顾问，通知被收购公司，同时对要约报告书摘要作出提示性公告。本次收购 依法应当取得相关部门批准的，收购人应当在要约收购报告书摘要中作出特别提示，并在 取得批准后公告要约收购报告书。 \_

(二）要约公告和竞争要约

收购人自组成要约收购提示性公告起60日内，未公告要约收购报告书的，收购人应 当在期满后次一个工作日通知被收购公司，并予公告；此后每30日应当公告一次，直至 公告要约收购报告书。

收购人在公告要约收购报告书之前可以自行取消收购计划，不过应当公告原因；自公 告之日起12个月内，该收购人不得再次对同一上市公司进行收购。

收购要约约定的收购期限不得少于30日，并不得超过60日。但出现竞争要约的 除外。

在收购要约确定的承诺期内，收购人不得撤销其收购要约。

在收购要约确定的承诺期内，收购人需要变更收购要约的，必须及时公告，载明具体 变更事项，并通知被收购公司。在收购要约期限届满前15日内，收购人不得变更收购要 约，但出现竞争要约的除外。

出现竞争要约时，发出初始要约的收购人变更收购要约距初始要约收购期限届满不足 15日的，应当延长收购期限，延长后的要约期应当不少于15日，不得超过最后一个竞争 要约的期满日，并按规定比例追加履约保证金；以证券支付收购价款的，应当追加相应数 量的证券，交由证券登记结算机构保管。

发出竞争要约的收购人最迟不得晚于初始要约收购期限届满前15日发出要约收购的 提示性公告，并应当根据规定履行报告、公告义务。

(三）要约对象和条件

收购人对同一种类股票的要约价格不得低于要约收购提示性公告日前6个月内收购人 取得该种股票所支付的最高价格。要约价格低于提示性公告前30个交易日该种股票的每 日加权平均价格的算术平均值的，收购人聘请的财务顾问应当就该种股票前6个月的交易 情况进行分析，说明是否存在股价被操纵、要约价格是否合理等情况。

收购要约提出的各项收购条件，应当适用于被收购公司的所有股东。

(四）禁止收购人通过其他方式获得股票. .

采取要约收购方式的，收购人在收购期限内，不得卖出被收购公司的股票，也不得采 取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。

(五）被收购公司董事会的义务

被收购公司奪事会应当对收购人的主体资格、资信情况及收购意图进行调查，对要约 条件进行分析，对股东是否接受要约提出建议，并聘请独立财务顾问提出专业意见。

在收购人作出提示性公告后至要约收购完成前，被收购公司除继续从事正常的经营活 动或者执行股东大会已经作出的决议外，未经股东大会批准，被收购公司董事会不得通过 处置公司资产、对外投资、调整公司主要业务、担保、贷款等方式，对公司的资产、负 债、权益或者经营成果造成重大影响。

在要约收购期间，被收购公司董事不得辞职。

(六）预受要约

同意接受收购要约的股东，在收购期内此种同意并不被视为承诺，而是被视为预受。 预受要约的股票将被证券登记结算公司临时报告，在要约收购期间，如果该股东未撤回预 受，则不得转让。

按《收购办法》的解释，预受是指被收购公司股东同意接受要约的初步意思表示，

在要约收购期限内不可撤回之前不构成承诺。在要约收购期限届满3个交易日前，预受股 东可以委托证券公司办理撤回预受要约的手续，证券登记结算机构根据预受要约股东的撤 回申请解除对预受要约股票的临时保管。在要约收购期限届满前3个交易日内，预受股东 不得撤回其对要约的接受。在要约收购期限内，收购人应当每日在证券交易所网站上公告 已预受收购要约的股份数量。

预受股东撤回预受，既可能是因为其不满意要约条件，也可能是有更优厚的要约价格 出现，例如出现了竞争要约。预受的定性其实是给与了股东在一定期限内后悔的权利。

(七）要约期满

收购期限届满，发出部分要约的收购人应当按照收购要约约定的条件购买被收购公司 股东预受的股份，预受要约股份的数量超过预定收购数量时，收购人应当按照同等比例收 购预受要约的股份；以终止被收购公司上市地位为目的的，收购人应当按照收购要约约定 的条件购买被收购公司股东预受的全部股份；未取得中国证监会豁免而发出全面要约的收 购人应当购买被收购公司股东预受的全部股份。

收购期限届满后3个交易日内，接受委托的证券公司应当向证券登记结算机构申请办 理股份转让结算、过户登记手续，解除对超过预定收购比例的股票的临时保管；收购人应 当公告本次要约收购的结果。

收购期限届满后15日内，收购人应当向证券交易所提交关于收购情况的书面报告， 并予以公告。

四、强制要约制度

有些国家通过强制要求在某种条件下必须适用要约收购程序，以保护目标公司的中小 股东。我国也采用了这一制度。《证券法》第八十八条规定：“通过证券交易所的证券交 易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的股份达到 30%时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部 分股份的要约。”

目前，对于触发强制要约义务的收购行为，实践中有三种处理方式。第一，对于协议 收购超过30%股权的行为，首先收购人应当考虑是否可以申请豁免，如果符合《收购办 法》规定的豁免条件，则中国证监会可以豁免其以要约方式增持股份或者豁免其向目标 公司所有股东发出收购要约。第二，在上述情况下，如果收购人不申请豁免或者申请但不 符合豁免条件，则其必须向目标公司除协议转让股份的股东之外的所有剩余股东发出收购 其手上全部股份的要约。第三，如收购人恰好在持股30%的点上停下来，则不触发强制 要约义务，其继续增持股份的，则必须采取要约方式，但允许其采取部分要约的方式，即 只向其余股东发出收购公司一定比例而非全部股份的要约。例如，在法国SEB公司收购 苏泊尔的案例中，SEB通过协议转让和定向增发获得了苏泊尔30%的股份，然后再向所 有剩余股东发出一个部分要约，收购不高于49 122 948股，占苏泊尔总股本的22. 74%。

中国绝大多数上市公司股权都相对比较集中，都存在控股股东或者实际控制人，发生 在中国资本市场的上市公司收购多必须在控股股东或者实际控制人的配合下进行，收购人 必须和控股股东或者实际控制人达成协议，受让他们手中持有的目标公司控股股权，才能 顺利实现对上市公司的控制。这样，收购人和目标公司控股股东、实际控制人之间的协议

转让就能实现上市公司控制权的转移，收购人不需要采取要约收购的方式来获得上市公司 控制权。中国上市公司收购的实践中，主动要约的案例特别少，而协议收购获得公司控制 权的情况又多会触发强制要约义务。因此，收购人能否获得中国证监会的豁免，就显得尤 为重要。

《收购办法》规定，投资者符合一定条件的，可以向中国证监会申请豁免：第一，免 于以要约收购方式增持股份；第二，存在主体资格、股份种类限制或者法律、行政法规、 中国证监会规定的特殊情形的，可以申请免于向被收购公司的所有股东发出收购要约。

对于未取得豁免的，《收购办法》还规定：投资者可以在接到中国证监会不予豁免通 知之日起30日内将其或者其控制的股东所持有的目标公司股份减持到或者30%以 下，也可以避免触发强制要约义务。

根据《收购办法》的有关规定，豁免事项有如下几种情况：

1..免于以要约收购方式增持股份的事项

根据新修改的《收购办法》第六十二条之规定，有下列情形之一的，收购人可以向 中国证监会提出免于以要约方式增持股份的申请：

(1) 收购人与出让人能够证明本次转让未导致上市公司的实际控制人发生变化。

(2) 上市公司面临严重财务困难，收购人提出的挽救公司的重组方案取得该公司股 东大会批准，且收购人承诺3年内不转让其在该公司中所拥有的权益。

(3)中国证监会为适应证券市场发展3 g化和# 良护投资者合: 法权益的需要而认定的:

他情形。

收购人报送的豁免申请文件符合规定， 并且已 经按照规定11 [行报告、公告义务的，.

国证监会予以受理；不符合规定或者未履 1 贤告、 公告义务的， 中国证监会不予受理。

国证监会在受理豁免申请后20个工作日内: ,就收!)3 海人所申请的具体事项作出是否予以

免的决定；取得豁免的，收购人可以完成本次增持行为。

2. 适用简易程序免于发出要约收购方式增持股份的事项

根据《收购办法》第六十三条的规定,有下列情形之一的当事人拜以\_由藥\_ 会提出免于发出要约的申请，中周证监会自收到符合规定的申请文件之&起日j 内未提出异议的，相关投资者可以向证券交易所和证券登记结算机构申请办理股份转让和j 过户登记手续： .； ' !

(1) 经政府或者国有资产管理部门批准进行国有资产无偿划转、变更、合并，导致 投资者在一个上市公司中拥有权益的股份占该公司已发行股份的比例超过30%。

(2) 因上市公司按照股东本会批准的确定价格向特定股东回购股份而减少股本，导, 致投资者在该公司中拥有权益的般份超过该公司已发行股份的30%。 i

(3) 中国证监会为适应证券市场发展变化和保护投资者合法权益的霞要#竊容\_岡 他情形。

3. 免于提出豁免申请直接办理股份转让和过户的事项 ； 根据《收购办法》第六十三条之规定，有下列情形之一的，相关投资着可以篆于\_

照有关规定提出豁免申请，直接向证券交易所和证券登记结算机构申请办輝股份转

户登记手续： .. .? ???’:? .丨“

(1)经上市公司股东大会非关联股东批准，投资者取得上市公司向其发行的新股j

导致其在该公司拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%，投资者承诺三年内不转 让本次向其发行的新股，且公司股东大会同意投资者免于发出要约。

(2) 在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的30%的， 自上述事实发生之日起一年后，每12个月内增持不超过该公司已发行的2%的股份。

(3) 在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的50%的， 继续增加其在该公司拥有的权益不影响该公司的上市地位。

(4) 证券公司、银行等金融机构在其经营范围内依法从事承销、贷款等业务导致其 持有一个上市公司已发行股份超过30%，没有实际控制该公司的行为或者意图，并且提 出在合理期限内向非关联方转让相关股份的解决方案。

(5) 因继承导致在一个上市公司中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%。

(6) 因履行约定购回式证券交易协议购回上市公司股份导致投资者在一个上市公司 中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%，并且能够证明标的股份的表决权在协 议期间未发生转移。

(7) 因所持优先股表决权依法恢复导致投资者在一个上市公司中拥有权益的股份超 过该公司巳发行股份的30%。

相关投资者应在前款规定的权益变动行为完成后三日内就股份增持情况作出公告，律 师应就相关投资者权益变动行为发表符合规定的专项核查意见并由上市公司予以披露。相 关投资者按照前款第（2)项、第（3)项规定采用集中竞价方式增持股份，每累计增持 股份比例达到该公司已发行股份的1%的，应当在事实发生之日通知上市公司，由上市公 司在次一交易日发布相关股东增持公司股份的进展公吿。相关投资者按照前款第(3)项 规定采用集中竞价方式增持股份的，每累计增持股份比例达到上市公司已发行股份的2% 的，在事实发生当日和上市公司发布相关股东增持公司股份进展公告的当日不得再行增持 股份。前款第（2)项规定的增持不超过2%的股份锁定期为增持行为完成之日起6个月。

五、收购中的信息披露

在收购过程中，收购人需要披露大量的信息，以让目标公司的中小股东判断是否接受 收购要约或者对公司未来的前景作出判断。由于中小股东可能并不参与上市公司的经营， 对公司股票的价值也许并无准确的判断，因此，目标公司（被收购公司）的董事会也有 一定的信息披露义务。

(一）要约收购报告书

当收购人主动采用要约收购方式或者未能获得豁免，被强制采用要约收购方式时，其 必须编制要约收购报告书。要约收购报告书必须载明下列事项：

(1) 收购人的姓名、住所；收购人为法人的，其名称、注册地及法定代表人，与其 控股股东、实际控制人之间的股权控制关系结构图。

(2) 收购人关于收购的决定及收购目的，是否拟在未来12个月内继续增持。

(3) 上市公司的名称、收购股份的种类。

(4) 预定收购股份的数量和比例。

(5) 收购价格。

(6) 收购所需资金额、资金来源及资金保证，或者其他支付安排。

(7) 收购要约约定的条件。

(8) 收购期限。

(9) 报送收购报告书时持有被收购公司的股份数量、比例。

(10) 本次收购对上市公司的影响分析，包括收购人及其关联方所从事的业务与上市 公司的业务是否存在同业竞争或者潜在的同业竞争，是否存在持续关联交易；存在同业竞 争或者持续关联交易的，收购人是否已作出相应的安排，确保收购人及其关联方与上市公 司之间避免同业竞争以及保持上市公司的独立性。

(11) 未来12个月内对上市公司资产、业务、人员、组织结构、公司章程等进行调 整的后续计划。 .

(12) 前24个月内收购人及其关联方与上市公司之间的重大交易。

(13) 前6个月内通过证券交易所的证券交易买卖被收购公司股票的情况。

(14) 中国证监会要求披露的其他内容。

收购人发出全面要约的，应当在要约收购报告书中充分披露终止上市的风险、终止上 市后收购行为完成的时间及仍持有上市公司股份的剩余股东出售其股票的其他后续安排； 收购人发出以终止公司上市地位为目的的全面要约，无须披露前款第（10)项规定的 内容。

(二）收购报告书

当收购人拟申请豁免强制要约收购义务的，其应编制上市公司收购报告书以及其他规 定文件，委托财务顾问向中国证监会、证券交易所提出书面报告，并公告上市公司收购报 告书摘要。收购人在取得中国证监会豁免之日起3日内公告其收购报告书、财务顾问专业 意见和律师出具的法律意见书。

(三）被收购公司董事会报告

由于被收购公司董事会在目标公司中的地位，其是判断要约收购条件是否合适的最恰 当人选，因此，尽管在要约收购中，被收购公司的董事会并非收购要约针对的对象，但基 于其对股东承担的信义责任，法律还是要求被收购公司董事会应当对要约条件进行分析， 就股东是否接受要约提出建议。

被收购公司董事会应当对收购人的主体资格、资信情况及收购意图进行调查，对要约 条件进行分析，对股东是否接受要约提出建议，并聘请独立财务顾问提出专业意见。在收 购人公告要约收购报告书后20日内，被收购公司董事会应当将被收购公司董事会报告书 与独立财务顾问的专业意见报送中国证监会，同时抄报派出机构，抄送证券交易所，并予 公告D

收购人对收购要约条件作出重大变更的，被收购公司董事会应当在3个工作日内提交

董事会及独立财务顾问就要约条件的变更情况所出具的补充意见，并予以报告、公告。

... : . .. . . .■ ： ： ■ \* ； ：. ；

：.： . . . ... ;

六、特殊类型收购

(一）协议收购

协议收购是由收购人和被收购公司的控股股东之间通过协议转让股权的方式完成控制 权转移。由于协议收购涉及的股权转让往往是整笔股权，不像在交易所集中竞价购买和要 约收购可以精确控制拟购买股份数量或比例，因此，在计算权益披露的时点和强制要约收

购义务时，都有所不同，已如上文所述。除此之外，协议收购还有一些特点：

1. 过渡期安排

以协议方式进行上市公司收购的，自签订收购协议起至相关股份完成过户的期间为上 市公司收购过渡期。《收购办法》要求：在过渡期内，收购人不得通过控股股东提议改选 上市公司董事会，确有充分理由改选董事会的，来自收购人的董事不得超过董事会成员的 1/3；被收购公司不得为收购人及其关联方提供担保；被收购公司不得公开发行股份募集 资金，不得进行重大购买、出售资产及重大投资行为或者与收购人及其关联方进行其他关 联交易，但收购人为挽救陷入危机或者面临严重财务困难的上市公司的情形除外。

2. 出让股份之控股股东的义务

被收购公司控股股东向收购人协议转让其所持有的上市公司股份的，应当对收购人的 主体资格、诚信情况及收购意图进行调查，并在其权益变动报告书中披露有关调查情况。

控股股东及其关联方未清偿其对公司的负债，未解除公司为其负债提供的担保，或者 存在损害公司利益的其他情形的，被收购公司董事会应当对前述情形及时予以披露，并采 取有效措施维护公司利益。

3. 股权过户

为了保证交易安全和协议各方的履约诚意，《收购办法》要求，协议收购的相关当事 人应当向证券登记结算机构申请办理拟转让股份的临时保管手续，并可以将用于支付的现 金存放于证券登记结算机构指定的银行。

收购报告书公告后，相关当事人应当按照证券交易所和证券登记结算机构的业务规 则，在证券交易所就本次股份转让予以确认后，凭全部转让款项存放于双方认可的银行账 户的证明，向证券登记结算机构申请解除拟协议转让股票的临时保管，并办理过户登记 手续。

收购人未按规定履行报告、公告义务，或者未按规定提出申请的，证券交易所和证券 登记结算机构不予办理股份转让和过户登记手续。 '

收购人在收购报告书公告后30日内仍未完成相关股份过户手续的，应当立即作出公 告，说明理由；在未完成相关股份过户期间，应当每隔30日公告相关股份过户办理进展 情况。

4. 管理层收购

管理层收购本公司的股权以控制本公司，可能是符合股权激励安排、减少监督成本的 好事，但也存在管理层利用其在公司的特殊地位损害公司股东的可能，并且基于管理层对 公司股东的信义义务，管理层从股东手中购买本公司股权存在利益冲突。

《收购办法》对管理层收购作出了特别规定：上市公司董事、监事、高级管理人员、 员工或者其所控制或者委托的法人或者其他组织，拟对本公司进行收购或者通过间接收购 取得本公司控制权的，该上市公司应当具备健全且运行良好的组织机构以及有效的内部控 制制度，公司董事会成员中独立董事的比例应当达到或者超过1/2。公司应当聘请具有证 券、期货从业资格的资产评估机构提供公司资产评估报告，本次收购应当经董事会非关联 董事作出决议，且取得2/3以上的独立董事同意后，提交公司股东大会审议，经出席股东 大会的非关联股东所持表决权过半数通过。独立董事发表意见前，应当聘请独立财务顾问 就本次收购出具专业意见，独立董事及独立财务顾问的意见应当一并予以公告。

上市公司董事、监事、高级管理人员存在《公司法》第一百四十七条规定情形，或 者最近3年有证券市场不良诚信记录的，不得收购本公司。

(二）间接收购

除了直接购买上市公司的股权以获得对其的控制权之外，现实中还可能存在多种安排 可以达到类似的效果。《证券法》将其表述为“通过协议、其他安排”。例如，收购人可 能通过获得上市公司母公司的控制权，从而间接控制了上市公司。

《收购办法》.统一将这些其他安排称之为“间接收购”。《收购办法》没有对间接收 购作出明确界定，但规定：“收购人虽不是上市公司的股东，但通过投资关系、协议、其 他安排导致其拥有权益的股份达到或者超过一个上市公司已发行股份的5%，未超过30% 的”，应当按照规定作权益披露。

“收购人拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%的，应当向该公司所有股东发 出全面要约；收购人预计无法在事实发生之日起30日内发出全面要约的，应当在前述30 日内促使其控制的股东将所持有的上市公司股份减持至30%或者30%以下。”

间接收购中收购人并未直接成为被收购公司的控股股东，往往是实际控制人。但是如 何衡量自己成为了实际控制人？例如，甲购买了某家非上市公司的控制权，但该非上市公 司还持有某上市公司40%的股权，此时，甲是否应当履行强制要约义务？对此《收购办 法》并未明确界定。《收购办法》仅仅在第五十七条规定：“投资者虽不是上市公司的股 东，但通过投资关系取得对上市公司股东的控制权，而受其支配的上市公司股东所持股份 达到规定比例，且对该股东的资产和利润构成重大影响的，应当按照规定履行报告、公告 义务。”换句话说，如果上市公司股权对于投资者投资公司的资产和利润不构成重大影响 的，则不会构成间接收购。例如，在上例中，虽然非上市公司持有某上市公司40%的股 权，但如果该部分股份在非上市公司的资产和利润中所占比重不足30%，则在此情形下， 投资者收购非该上市公司的主要目的并不是取得对上市公司40%股份的支配权。因此， 投资者可以免于履行强制要约义务。

在间接收购中，由于收购人只是上市公司的实际控制人，相关很多信息上市公司不能 获得，因此，上市公司实际控制人及受其支配的股东，负有配合上市公司真实、准确、完 整披露有关实际控制人发生变化的信息的义务。

如果上市公司实际控制人及受其支配的股东未履行报告、公告义务的，上市公司应当 自知悉之日起立即作出报告和公告。上市公司就实际控制人发生变化的情况予以公告后， 实际控制人仍未披露的，上市公司董事会应当向实际控制人和受其支配的股东查询，必要 时可以聘请财务顾问进行查询，并将查询情况向中国证监会、派出机构和证券交易所报 告；中国证监会依法对拒不履行报告、公告义务的实际控制人进行查处。

上市公司知悉实际控制人发生较大变化而未能将有关实际控制人的变化情况及时予以 报告和公告的，中国证监会责令改正，情节严重的，认定上市公司负有责任的董事为不适 当人选。

上市公司实际控制人及受其支配的股东未履行报告、公告义务，拒不履行上述配合义 务，或者实际控制人存在不得收购上市公司情形的，上市公司董事会应当拒绝接受受实际 控制人支配的股东向董事会提交的提案或者临时议案，并向中国证监会、派出机构和证券 交易所报告。中国证监会责令实际控制人改正，可以认定实际控制人通过受其支配的股东

所提名的董事为不适当人选；改正前，受实际控制人支配的股东不得行使其持有股份的表 决权。上市公司董事会未拒绝接受实际控制人及受其支配的股东所提出的提案的，中国证 监会可以认定负有责任的董事为不适当人选。

七、上市公司重大资产重组

. I ;

公司上市后可能因为各种原因发生重大资产重组，导致上市公司的业务性质、业务风 险、盈利能力都发生重大变化，投资者的投资风险也因此发生改变。在一般情况下，如果 资产重组仅仅采用上市公司现金购买或者出售资产的方式，则只是公司的一个重大经营决 策，只需要按照《公司法》和公司章程中的决策流程即可。对投资者的保护也可以通过 及时的信息披露和《公司法》对股东权的保护来完成。但上市公司的重大资产重组往往 导致公司发生重大变化，需要特殊的信息披露规则，甚至可能影响到上市公司是否符合上 市资质的问题。另外，上市公司往往采用发行股份购买资产的方式来进行重大资产重组， 甚至因此伴随有上市公司控制权的转移，例如，典型的借壳上市交易。在这种情况下， 2008年中国证监会颁布了《上市公司重大资产重组管理办法》（以下简称《重组办法》）， 并于2011年和2014年修订，对上市公司的重大资产重组行为进行了规定。

(一）重大资产重组行为的界定

所谓重大资产重组行为，是指上市公司及其控股或者控制的公司在日常经营活动之外 购买、出售资产或者通过其他方式进行资产交易达到规定的比例，导致上市公司的主营业 务、资产、收入发生重大变化的资产交易行为。其中所称通过其他方式进行资产交易，包 括：（1)与他人新设企业、对巳设立的企业增资或者减资；（2)受托经营、租赁其他企 业资产或者将经营性资产委托他人经营、租赁；（3)接受附义务的资产赠与或者对外捐 赠资产；（4)中国证监会根据审慎监管原则认定的其他情形。

上市公司按照经中国证监会核准的发行证券文件披露的募集资金用途，使用募集资金 购买资产、对外投资的行为，不适用《重组办法》。

《重组办法》具体界定了重大资产重组行为：上市公司及其控股或者控制的公司购 买、出售资产，达到下列标准之一的，构成重大资产重组：

(1) 购买、出售的资产总额占上市公司最近一个会计年度经审计的合并财务会计报 告期末资产总额的比例达到50%以上。

(2) 购买、出售的资产在最近一个会计年度所产生的营业收人占上市公司同期经审 计的合并财务会计报告营业收入的比例达到50%以上。

(3) 购买、出售的资产净额占上市公司最近一个会计年度经审计的合并财务会计报 告期末净资产额的比例达到50%以上，且超过5 000万元人民币。

购买、出售资产未达到前款规定标准，但中国证监会发现存在可能损害上市公司或者 投资者合法权益的重大问题的，可以根据审慎监管原则责令上市公司按照本办法的规定补 充披露相关信息、暂停交易并报送申请文件。

计算上述比例时，应当遵守下列规定：

(1)购买的资产为股权的，其资产总额以被投资企业的资产总额与该项投资所占股 权比例的乘积和成交金额两者中的较高者为准，营业收入以被投资企业的营业收人与该项 投资所占股权比例的乘积为准，资产净额以被投资企业的净资产额与该项投资所占股权比

第七章证券法律制度 l￡J-KSSfCH 257

例的乘积和成交金额两者中的较高者为准；出售的资产为股权的，其资产总额、营业收人 以及资产净额分别以被投资企业的资产总额、营业收入以及净资产额与该项投资所占股权 比例的乘积为准。

购买股权导致上市公司取得被投资企业控股权的，其资产总额以被投资企业的资产总 额和成交金额两者中的较高者为准，营业收入以被投资企业的营业收人为准，资产净额以 被投资企业的净资产额和成交金额两者中的较高者为准；出售股权导致上市公司丧失被投 资企业控股权的，其资产总额、营业收人以及资产净额分别以被投资企业的资产总额、营 业收人以及净资产额为准。

(2) 购买的资产为非股权资产的，其资产总额以该资产的账面值和成交金额两者中 的较高者为准，资产净额以相关资产与负债的账面值差额和成交金额两者中的较高者为 准；出售的资产为非股权资产的，其资产总额、资产净额分别以该资产的账面值、相关资 产与负债账面值的差额为准；该非股权资产不涉及负债的，不适用上述重大资产重组标准 第（3)项规定的资产净额标准（即达到50%以上，且超过5 000万元人民币）。

(3) 上市公司同时购买、出售资产的，应当分别计算购买、出售资产的相关比例， 并以两者中比例较高者为准。

(4) 上市公司在12个月内连续对同一或者相关资产进行购买、出售的，以其累计数 分别计算相应数额。已按照本办法的规定编制并披露重大资产重组报告书的资产交易行 为，无须纳人累计计算的范闱，但符合借壳上市标准的除外。

交易标的资产属于同一交易方所有或者控制5或者属于相同或者相近的业?务范围,或 嶋他情形下，可以认定测-或獅关资产。

(二）重大资产重组行为的丨屮

《重组办法》规定，上市公M]汰砲中:欠资r’n . ( I ) Un hi\

产业政策和有关环境保护、I-Jilitvi'li, l< m Tf u； {!?. (-H i r rtii U： ^ lYi . (') d 於 上市公司不符合股票上市WI: .； (3) [fi:大-资丨丨Ti:出所涉ii的资n价公n,, ^ iV {\ Jl/lVv 上市公司和股东合法权益的仏们:H , if!.尺资产中:;1丨％冲怂的WVNii丨|.. v..r ri-j'1 或者转移不存在法律障CO ,ff針l:iii■公k丨增训 力’不存在可能导致上市公nj#ii丨丨K处资产为观h的li1丨队(0) A

利于上市公司在业务、资产、kb\、 I',

立，符合中国证监会):.I- |-|丨/公||丨独、).作的丨彳1公规^: . ???丨‘ I ?]i^, u\)\； 1,1)^ li- 持健全病效的法人治理结构

这带所有重大资产觅组行为都必须遵守的要求。对于一些特姝的重大资产重组行为. 还需要遵守额外的要求，其屮丨i丨(HU hiji?的讣吣” m办r、n 控制权变更之日起，上市公i丨1 |Mj收购K Hi J1- 丨IX K购V:-的资产总额,I丨丨■ I.丨丨丨' 公丨丨j -jv iif!) ]?丨r, 生变更的前一个会计年度汙小!丨?的nci-j各1； i I -Hi i'jj 'k资产总颌的！i： m.u'ii賴n !-. 的，主板（含中小fr、丨j' 11；) i.丨丨丨-公丨>J购 < 丨'1(1资产M丨的'n. ?/'( % fr \：i、丨1 ；.：丨R f7/> ii I'i公?-J "V 者有限责任^/、川!i i>, ；, 「Wl:创、丨k 丨丨丨 Ii!'! f t likW

种交易行为。上述规',L的丨丨的饨卜:l\_ijj■的丨小邡MUi)1 I.丨丨丨.'HIM

(三）发行股份购买资产的规定

《重组办法》规定，上市公司发行股份购买资产，应当符合下列规途i:(U:滿分镇'明丨

并披露本次交易有利于提高上市公司资产质量、改善财务状况和增强持续盈利能力，有利 于上市公司减少关联交易、避免同业竞争、增强独立性；（2)上市公司最近一年及一期 财务会计报告被注册会计师出具无保留意见审计报告；被出具保留意见、否定意见或者无 法表示意见的审计报告的，须经注册会计师专项核查确认，该保留意见、否定意见或者无 法表示意见所涉及事项的重大影响已经消除或者将通过本次交易予以消除；（3)上市公 司及其现任董事、高级管理人员不存在因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规 正被中国证监会立案调查的情形，但是，涉嫌犯罪或违法违规的行为已经终止满3年，交 易方案有助于消除该行为可能造成的不良后果，且不影响对相关行为人追究责任的除外；

(4)充分说明并披露上市公司发行股份所购买的资产为权属清晰的经营性资产，并能在 约定期限内办理完毕权属转移手续；（5)中国证监会规定的其他条件。

上市公司为促进行业的整合、转型升级，在其控制权不发生变更的情况下，可以向控 股股东、实际控制人或者其控制的关联人之外的特定对象发行股份购买资产。所购买资产 与现有主营业务没有显著协同效应的，应当充分说明并披露本次交易后的经营发展战略和 业务管理模式，以及业务转型升级可能面临的风险和应对措施。

特定对象以现金或者资产认购上市公司非公开发行的股份后，上市公司用同一次非公 开发行所募集的资金向该特定对象购买资产的，视同上市公司发行股份购买资产。

上市公司发行股份的价格不得低于市场参考价的90%。市场参考价为本次发行股份 购买资产的董事会决议公告日前20个交易日、60个交易日或者120个交易日的公司股票 交易均价之一。本次发行股份购买资产的董事会决议应当说明市场参考价的选择依据。这 里所称交易均价的计算公式为：董事会决议公告日前若干个交易日公司股票交易均价=决 议公告日前若干个交易日公司股票交易总额/决议公告日前若干个交易日公司股票交易

思里o

特定对象以资产认购而取得的上市公司股份，自股份发行结束之日起12个月内不得 转让；属于下列情形之一的，36个月内不得转让：（1)特定对象为上市公司控股股东、 实际控制人或者其控制的关联人；（2)特定对象通过认购本次发行的股份取得上市公司 的实际控制权；（3)特定对象取得本次发行的股份时，对其用于认购股份的资产持续拥 有权益的时间不足〗2个月。

(四）信息披露和公司决议

1-信息披露

重大资产重组涉及上市公司的重大变化，属于重大信息，应当及时披露。在披露之 前，资产重组的各参与方都应当严格保密。上市公司关于重大资产重组的董事会决议公告 前，相关信息已在媒体上传播或者公司股票交易出现异常波动的，上市公司应当立即将有 关计划、方案或者相关事项的现状以及相关进展情况和风险因素等予以公告，并按照有关 信息披露规则办理其他相关事宜。

2.公司决议

上市公司股东大会就重大资产重组事项作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权 的2/3以上通过。

上市公司重大资产重组事宜与本公司股东或者其关联人存在关联关系的，股东大会就 重大资产重组事项进行表决时，关联股东应当回避表决。交易对方已经与上市公司控股股

东就受让上市公司股权或者向上市公司推荐董事达成协议或者默契，可能导致上市公司的 实际控制权发生变化的，上市公司控股股东及其关联人应当回避表决。

上市公司就重大资产重组事宜召开股东大会，应当以现场会议形式召开，并应当提供 网络投票或者其他合法方式为股东参加股东大会提供便利。除上市公司的董事、监事、高 级管理人员、单独或者合计持有上市公司5%以上股份的股东以外，其他股东的投票情况 应当单独统计并予以披露。

(五）证监会核准

上市公司应当在股东大会作出重大资产重组决议后的次一工作日公告该决议。中国证 监会依照法定条件和程序对重大资产重组申请作出予以核准或者不予核准的决定。

中国证监会在发行审核委员会中设立上市公司并购重组审核委员会，以投票方式对提 交其审议的借壳上市申请或者发行股份购买资产申请进行表决，提出审核意见。

第A节证券欺诈的法律责任

为了保证证券市场信息的真实性以及投资者获得信息的机会平等，《证券法》特别规 定了几类证券欺诈行为的法律责任，这些证券欺诈行为主要包括：虚假陈述、内幕交易和 操纵市场。

一、虚假陈述行为

禁止虚假陈述是《证券法》首要打击的欺诈活动。因为证券法以强制性信息披露作 为监管的主要手段，如果缺乏对虚假陈述的禁止，不能保证信息披露的真实、准确和完 整，则强制性信息披露的监管毫无意义。

(一）虚假陈述行为的界定

虚假陈述是指对证券发行、交易及其相关活动的事实、性质、前景、法律等事项作出 不实、严重误导或者含有重大遗漏的、任何形式的虚假陈述或者诱导、致使投资者在不了 解事实真相的情况下作出证券投资决定的行为以及未按照规定披露信息的行为。包括：

1. 发行人、上市公司和其他信息披露义务人在招股说明书、公司债券募集办法、上 市公告书、公司定期报告、临时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. 上述人等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。

4. 发行人、上市公司和其他信息披露义务人未按照规定披露信息，包括未按照规定 的方式进行披露、未及时披露等。

5..在证券发行、交易及其相关活动中的其他虚假陈述。

具体而言，中国证监会在《信息披露违法行为行政责任认定规则》（以下简称《虚假 陈述行政责任规则》）中规定：

信息披露义务人未按照法律、行政法规、规章和规范性文件，以及证券交易所业务规

则规定的信息披露（包括报告）期限、方式等要求及时、公平披露信息，应当认定构成 未按照规定披露信息的信息披露违法行为。

信息披露义务人在信息披露文件中对所披露内容进行不真实记载，包括发生业务不入 账、虚构业务入账、不按照相关规定进行会计核算和编制财务会计报告，以及其他在信息 披露中记载的事实与真实情况不符的，应当认定构成所披露的信息有虚假记载的信息披露 违法行为。

信息披露义务人在信息披露文件中或者通过其他信息发布渠道、载体，作出不完整、 不准确陈述，致使或者可能致使投资者对其投资行为发生错误判断的，应当认定构成所披 露的信息有误导性陈述的信息披露违法行为。

信息披露义务人在信息披露文件中未按照法律、行政法规、规章和规范性文件以及证 券交易所业务规则关于重大事件或者重要事项信息披露要求披露信息，遗漏重大事项的， 应当认定构成所披露的信息有重大遗漏的信息披露违法行为。

(二）虚假陈述的法律责任

1.行政责任

《证券法》第一百九十一条规定：“发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按 照规定披露信息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改 正，给予警告，并处以三十万元以上六十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他 直接责任人员给予警告，并处以三万元以上三十万元以下的罚款。

发行人、上市公司或者其他信息披露义务人未按照规定报送有关报告，或者报送的报 告有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告，并处以三十万元以上 六十万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以三万 元以上三十万元以下的罚款。

发行人、上市公司或者其他信息披露义务人的控股股东、实际控制人指使从事前两款 违法行为的，依照前两款的规定处罚。”

可见，对于发行人或者上市公司的虚假陈述行为，发行人、上市公司及其相关人员都 可能承担责任。对于虚伪陈述中个人责任的认定，《虚假陈述行政责任规则》中区分了两 类不同主体：

一类是发行人或者上市公司的董事、监事和高级管理人员。这些人依据法律规定，负 有保证信息披露真实、准确、完整、及时和公平义务，应当视情形认定其为直接负责的主 管人员或者其他直接责任人员承担行政责任，但其能够证明已尽忠实、勤勉义务，没有过 错的除外。

另一类是董事、监事、高级管理人员之外的其他人员。对于这些人，如果确有证据证 明其行为与信息披露违法行为具有直接因果关系，包括实际承担或者履行董事、监事或者 高级管理人员的职责，组织、参与、实施了公司信息披露违法行为或者直接导致信息披露 违法的，应当视情形认定其为直接负责的主管人员或者其他直接责任人员。

如有证据证明因信息披露义务人受控股股东、实际控制人指使，未按照规定披露信 息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，在认定信息披露义务人 责任的同时，应当认定信息披露义务人控股股东、实际控制人的信息披露违法责任。信息 披露义务人的控股股东、实际控制人是法人的，其负责人应当认定为直接负责的主管

o

控股股东、实际控制人直接揆意、指挥从事信息披露违法行为，或者隐瞒应当披露信 息、不告知应当披露信息的，应当认定控股股东、实际控制人指使从事信息披露违法 行为。

《虚假陈述行政责任规则》中明确规定了认定从轻或者减轻处罚的考虑情形：0)未 直接参与信息披露违法行为；（2)在信息披露违法行为被发现前，及时主动要求公司采 取纠正措施或者向证券监管机构报告；（3)在获悉公司信息披露违法后，向公司有关主 管人员或者公司上级主管提出质疑并采取了适当措施；（4)配合证券监管机构调查且有 立功表现；（5)受他人胁迫参与信息披露违法行为；（6)其他需要考虑的情形。

《虚假陈述行政责任规则》中明确规定了认定为不予行政处罚的考虑情形：（1)当事 人对认定的信息披露违法事项提出具体异议记载于董事会、监事会、公司办公会会议记录 等，并在上述会议中投反对票的；（2)当事人在信息披露违法事实所涉及期间，由于不 可抗力、失去人身自由等无法正常履行职责的；（3)对公司信息披露违法行为不负有主 要责任的人员在公司信息披露违法行为发生后及时向公司和证券交易所、证券监管机构报 告的；（4)其他需要考虑的情形。

《虚假陈述行政责任规则》中明确规定，任何下列情形，不得单独作为不予处罚情形 认定：（1)不直接从事经营管理；（2)能力不足、无相关职业背景；（3).任职时间短、 不了解情况；（4)相信专业机构或者专业人员出具的意见和报告；（5)受到股东、实际 控制人控制或者其他外部干预。

《虚假陈述行政责任规则》中明确规定，下列情形认定为应当从重处罚情形：（1)不 配合证券监管机构监管，或者拒绝、阻碍证券监管机构及其工作人员执法，甚至以暴力、 威胁及其他手段干扰执法；（2)在信息披露违法案件中变造、隐瞒、毁灭证据，或者提 供伪证，妨碍调查；（3)两次以上违反信息披露规定并受到行政处罚或者证券交易所纪 律处分；（4)在信息披露上有不良诚信记录并记入证券期货诚信档案；（5)证监会认定 的其他情形。 ■

对于虚假陈述行为，如果律师、会计师和资产评估师等证券服务机构也有涉及的，也 应当承担行政责任。《证券法》第二百二十三条规定：“证券服务机构未勤勉尽责，所制 作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，没收业务收人，暂 停或者撤销证券服务业务许可，并处以业务收入一倍以上五倍以下的罚款。对直接负责的 主管人员和其他直接责任人员给予警告，撤销证券从业资格，并处以三万元以上十万元以 下的罚款”。

2. 刑事责任

《刑法》分别针对发行时虚假陈述行为和上市公司的虚假陈述行为，规定了两种不同 的罪名，欺诈发行股票、债券罪和违规披露、不披露重要信息罪。

3. 民事责任

虚假陈述行为导致发行人或者上市公司的信息披露虚假，投资者可能据此作出了错误 的投资决策，造成了投资损失。追究虚假陈述的民事责任，不仅仅是对受害投资者的补 偿，还是对虚假陈述行为人责任追究的一种方式，可以起到威慑违法行为的作用。实际 上，美国就把民事诉讼对责任的追究视为是一种“私人的检察官”。

《证券法》第六十九条和第一百七十三条规定了虚假陈述的民事责任。

《证券法》第六十九条针对发行人、上市公司、保荐人、承销的证券公司以及发行人 和上市公司的相关人员：发行人、上市公司公告的招股说明书、公司债券募集办法、财务 会计报告、上市报告文件、年度报告、中期报告、临时报告以及其他信息披露资料，有虚 假记载、误导性陈述或者重大遗漏，致使投资者在证券交易中遭受损失的，发行人、上市 公司应当担赔偿责任；发行人、上市公司的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任 人员以及保荐人、承销的证券公司，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能 够证明自己没有过错的除外；发行人、上市公司的控股股东、实际控制人有过错的，应当 与发行人、上市公司承担连带赔偿责任。.\_

《证券法》第一百七十三条主要针对证券服务机构：证券服务机构为证券的发行、上 市、交易等证券业务活动制作、出具审计报告、资产评估报告、财务顾问报告、资信评级 报告或者法律意见书等文件，应当勤勉尽责，对所制作、出具的文件内容的真实性、准确 性、完整性进行核查和验证。其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗 漏，给他人造成损失的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己 没有过错的除外。

在实践中，对发行人或者上市公司虚假陈述民事责任的追究面临两个难题，一个是因 果关系的确定。投资者要想实现民事责任的追究，必须在虚假陈述行为和其投资损失之间 建立起因果关联。由于虚假陈述表现为一种信息的虚假，投资者要证明上述因果关系非常 困难——其首先必须证明自己信赖了该虚假信息才购买了相关证券，其后还必须证明自己 的损失和该虚假信息之间存在因果关系。许多公众投资者基本不可能完成这种举证责任。

另一个难题表现在诉讼方式上。发行人或者上市公司的虚假陈述可能影响到该发行人 或者上市公司的所有股东，其人数众多、分布广泛，每个股东也许受到的损失并不大。要 让这些受害人单独提起诉讼，成本太高，诉讼的动力不强。

最高人民法院2003年发布的《关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的 若干规定》（法释〔2003〕2号，以下简称《审理证券民事案件规定》）中对于证券市场 中因虚假陈述引发的民事赔偿诉讼作出了特别规定。

《审理证券民事案件规定》的最大突破在于对于证券虚假陈述的民事诉讼中的因果关 系采取了推定的方式，极大地减少了受害投资者在这方面的举证责任。《审理证券民事案 件规定》中采取了 “推定信赖”的方式，确定因果关系的存在。对因果关系推定，表现 为对两个时间段的认定。

首先是买人时间段，要求“投资者在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日 之前买人该证券”。其次是损失产生时间段，“投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以 后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损”，只要投资者的损失产 生在这个时间段，即推定投资者的损失与虚假陈述行为之间存在因果关系。

因此，只要投资者买入行为和损失的产生符合这两个时间段的要求，投资者即满足了 证明虚假陈述和投资损失之间因果关系的证明责任，而被告如果不想承担赔偿责任，则需 要举证证明原告具有以下情形：（1)在虚假陈述揭露日或者更正日之前已经卖出证券；

(2)在虚假陈述揭露日或者更正日及以后进行的投资；（3)明知虚假陈述存在而进行的 投资；（4)损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致；（5)属于恶意

投资、操纵证券价格的。

可以想像，被告要证明上述情形会比较困难，相应原告起诉的成功率会大大增强。不—■ 过，要想确定上述两个时间段，几个时间点的确定很关键，包括虚假陈述实施日、虚假陈 述揭露日或更正日。 i

虚假陈述实施日：对于虚假记载、误导性陈述等积极虚假陈述行为，虚假陈述实施曰 比较容易确定，即信息披露的公布日。按照中国证监会的规定，信息披露应当在指定媒体 首先披露。因此，在指定信息披露媒体发布虚假陈述文件的日期，即可以确定为虚假陈述 实施日。对于隐瞒和不履行信息披露义务的，则应以法定期限的最后一个期日为虚假陈述 实施日。

虚假陈述揭露日或者更正日：揭露日或者更正日在实践中往往很模糊，较难确定。因 此，必须把握立法上所以规定揭露日的意义。“虚假陈述被揭示的意义在于其对证券市场 发出了一个警示信号，提醒投资者重新判断股票价值，进而对市场价格产生影响”。不同 的揭示或者更正，对市场的警示效果不同，需要法院在实践中予以认定。最高人民法院的 有关人员在解释中认为：（1)监管机关有关立案稽查的消息，可以作为揭露日的标志；

(2) “媒体揭露行为是否可以作为虚假陈述揭示日，可与相关股票是否停牌挂钩，其引起 价格急剧波动导致其停牌的，则可以认定其揭露行为的时日为虚假陈述揭露曰”。

虚假陈述行为人在证券交易市场承担民事赔偿责任的范围，以投资人因虚假陈述而实 际发生的损失为限。投资人实际损失包括：（1)投资差额损失；（2)投资差额损失部分 的佣金和印花税。投资人在基准日及以前卖出证券的，其投资差额损失，以买入证券平均 价格与实际卖出证券平均价格之差，乘以投资人所持证券数量计算。投资人在基准日之后 卖出或者仍持有证券的，其投资差额损失，以买入证券平均价格与虚假陈述揭露日或者更 正日起至基准日期间，每个交易日收盘价的平均价格之差，乘以投资人所持证券数量 计算。

投资差额损失计算的基准日，是指虚假陈迷揭露或者更正后，为将投资人应获赔偿限 定在虚假陈述所造成的损失范围内，确定损失计算的合理期间而规定的截止日期。基准曰 分别按下列情况确定：（1)揭露日或者更正日起，至被虚假陈述影响的证券累计成交量 达到其可流通部分100%之日。但通过大宗交易协议转让的证券成交量不予计算；（2)按 前项规定在开庭审理前尚不能确定的，则以揭露日或者更正日后第30个交易日为基准日；

(3) 已经退出证券交易市场的，以摘牌日前一交易日为基准日；（4)已经停止证券交易 的，可以停牌日前一交易日为基准日；恢复交易的，可以本条第（1)项规定确定基 准日。

投资人持股期间基于股东身份取得的收益，包括红利、红股、公积金转增所得的股份 以及投资人持股期间出资购买的配股、增发股和转配股，不得冲抵虚假陈述行为人的赔偿 金额。

已经除权的证券，计算投资差额损失时，证券价格和证券数量应当复权计算。

二、内幕交易行为

(一）内幕交易的概念

内幕交易是指证券交易内幕信息的知情人员利用内幕信息进行证券交易的行为。内幕

交易的主体是内幕信息知情人员，行为特征是内幕信息知情人员通过掌握的内幕信息买卖 证券，或者建议他人买卖证券。内幕信息知情人员自己未买卖证券，也未建议他人买卖证 券，但将内幕信息泄露给他人，接受内幕信息者依此买卖证券的，也属内幕交易行为。

内幕交易行为破坏了投资者获取信息的平等机会，某些人因为特殊的优势可以比公众 提早获得内幕信息，允许这些人利用这些信息获利是不公平的。它不仅侵犯了广大投资者 的利益，违反了证券发行与交易中的“公开、公平、公正”原则，而且还会扰乱证券市 场。因此，各国的证券立法都将其列为禁止的证券交易行为之一。我国《证券法》禁止 证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。

(二）内幕信息

内幕信息是指在证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对该公司证券的市场价 格有重大影响的尚未公开的信息。下列信息皆属内幕信息：

1. 《证券法》第六十七条第二款所列应报送临时报告的重大事件（见前述持续信息 公开一节中临时报告涉及的重大事件）。

2. 公司分配股利或者增资的计划。

3. 公司股权结构的重大变化。

4. 公司债务担保的重大变更。

5-公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的30%。

6., :公可的葷事、监事、高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿责任。

丨飞上市公司收购的有关方案。. ：

8., &务院每券监督:管理机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他蜇要信息。 幕交易为幹认定首先需要确认存在内幕信息。内幕信息的范围已经由.h文规定，

;内幕信息另,外-■、重要的因：素是“尚未公开”。内幕交易只能发生在内幕信息产生至公开 之!辦纟这i时麻.肉二这 证券法第六十七条第二款所

列“重夫事件的发生时丨两，第七十五条规定的“计划”、“方案”等的形成时间，应气 I认走为息的形成之时。影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行人员，其动 \_、#划、::决策\_孝执行初始时间，应当认定为内幕信息的形成之时。内幕信息的公开， 国#院g券、期货监督管理机构指定的报刊、网站等媒体披露。

(三）内幕交易行为的认定

丨:^崔朽幕糧晷敏-期内，.内冪信息的知情人员和非法获取内幕信息的人，不得买卖该公 \_称证务着或者建议他人买卖该证券，否则就构成了内幕交易。

1.内靜信息知情人员

根据《证券法》第七十四条的规定，.证券交易内幕信息的知情人包括：(1)发行人 ;的■蒙高缀;管理人员;:(2)持有公司5%:以上股份的股东及其\_事、监事、髙级 管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员;(3)发行人控股的公司 、:蓝事、焉级實理人员;(4):由宁所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的 拜丨证券监督管理机构工作人员以及由于法定职责对证券的发行、交易进行管理

(6)倮荐人、承销的证券公司:、证券交易所、证券登记结算机构、证券服 \_机拘有关人员;(7)国务院证券监督管理机构规定的其他人。

2., 非法获取证券内幕信息的人员

非法获取证券内幕信息的人员包括：（1)利用窃取、骗取、套取、窃听、利诱、刺 探或者私下交易等手段获取内幕信息的；（2)内幕信息知情人员的近亲属或者其他与内 幕信息知情人员关系密切的人员，在内幕信息敏感期内，从事或者明示、暗示他人从事， 或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易，相关交易行为明显 异常，且无正当理由或者正当信息来源的；（3)在内幕信息敏感期内，与内幕信息知情 人员联络、接触，从事或者明示、暗示他人从事，或者泄露内幕信息导致他人从事与该内 幕信息有关的证券、期货交易，相关交易行为明显异常，且无正当理由或者正当信息来 源的。

上述所谓“相关交易行为明显异常”，要综合以下情形，从时间吻合程度、交易背离 程度和利益关联程度等方面予以认定：（1)开户、销户、激活资金账户或者指定交易 (托管）、撤销指定交易（转托管）的时间与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致 的；（2)资金变化与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致的；（3)买人或者卖出 与内幕信息有关的证券、期货合约时间与内幕信息的形成、变化和公开时间基本一致的；

(4)买人或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与获悉内幕信息的时间基本一 致的；（5)买入或者卖出证券、期货合约行为明显与平时交易习惯不同的；（6)买入或 者卖出证券、期货合约行为，或者集中持有证券、期货合约行为与该证券、期货公开信息 反映的基本面明显背离的；（7)账户交易资金进出与该内幕信息知情人员或者非法获取 人员有关联或者利害关系的；（8)其他交易行为明显异常情形。

3. 责任推定

当事人属于上述内幕信息知情人员或者非法获取内幕信息的人员，又在内幕信息敏感 期买卖证券的，大体可以推定其从事了内幕交易行为。当然，当事人可以通过举证推翻上 述推定。因此，只要监管机构提供的证据能够证明以下情形之一，就可以确认内幕交易行 为成立：（1)《证券法》第七十四条规定的证券交易内幕信息知情人，进行了与该内幕信 息有关的证券交易活动；（2)《证券法》第七十四条规定的内幕信息知情人的配偶、父 母、子女以及其他有密切关系的人，其证券交易活动与该内幕信息基本吻合；（3)因履 行工作职责知悉上述内幕信息并进行了与该信息有关的证券交易活动；（4)非法获取内 幕信息，并进行了与该内幕信息有关的证券交易活动；（5)内幕信息公开前与内幕信息 知情人或知晓该内幕信息的人联络、接触，其证券交易活动与内幕信息髙度吻合。

当事人如果想否认内幕交易行为的存在，就必须负有举证责任：对其在内幕信息敏感 期内从事的相关证券买卖行为作出合理说明或者提供证据排除其存在利用内幕信息从事相 关证券交易活动的可能。

4. 不属于内幕交易的情况

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应 用法律若干问题的解释》中明确规定：具有下列情形之一的，不属于刑法上的内幕交易 行为：（1)持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有上市公司5%以上股份的自然 人、法人或者其他组织收购该上市公司股份的；（2)按照事先订立的书面合同、指令、 计划从事相关证券、期货交易的；（3)依据已被他人披露的信息而交易的；（4)交易具 有其他正当理由或者正当信息来源的。

(四）短线交易

《证券法》第四十七条规定：“上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司 股份5%以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6 个月内又买人，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证 券公司因包销购人售后剩余股票而持有5%以上股份的，卖出该股票不受六个月时间 限制。

公司董事会不按照前款规定执行的，其他股东有权要求董事会在30日内执行。公司 董事会未在上述期限内执行的，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。

公司董事会不按照第一款的规定执行，负有责任的董事依法承担连带责任。”

该条主要目的是限制公司的董事、监事、高级管理人员和大股东从事内幕交易，不论 其是否知悉内幕信息，也不论其是否利用了内幕信息，一概将其在6个月内交易的收益收 归公司所有。这被称为短线交易归人权”。该条运用简洁的方法没收上述人员的短线交 易利润，主要是因为发现内幕交易的成本太高。

中国证监会发布的《上市公司董事、监事和高级管理人员所持本公司股份及其变动 规则》中对时间的计算作出了更为详细的规定：上述“买人后6个月内卖出”是指最后 一笔买人时点起算6个月内卖出的；“卖出后6个月内又买人”是指最后一笔卖出时点起 算6个月内又买入的。例如，上述人员在2月1日、10日分别买人了本公司5万股和10 万股股票，在8月2日全部卖出，则以2月10日最后一次买人的10万股作为起算时点， 按照10万股来计算短线交易的利润。卖出也一样。

三、操纵市场行为

(一）操纵市场行为的概念

操纵市场是指单位或个人以获取利益或者减少损失为目的，利用其资金、信息等优势 或者滥用职权影响证券市场价格，制造证券市场假象，诱导或者致使投资者在不了解事实 真相的情况下作出买卖证券的决定，扰乱证券市场秩序的行为。《证券法》禁止任何操纵 证券市场的行为。

(二）操纵证券市场行为的认定

根据《证券法》的规定，操纵证券市场的行为主要有以下情形：

1.单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买 卖，操纵证券交易价格或者证券交易量。

2- 与他人串通，以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易，影响证券交易 价格或者证券交易量。

3. 在自己实际控制的账户之间进行证券交易，影响证券交易价格或者证券交易量。

4. 以其他手段操纵证券市场。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

其中，第2项和第3项都是以虚假交易影响证券交易价格或者证券交易量，其操纵意 图比较容易认定。但需要注意，该认定是推定性的，如果当事人能够证明自己虽然发生了 第2项和第3项交易，但是由于其他原因，并没有操纵意图，仍然不会被认定为操纵 市场。

比较困难的是第1项行为。该项行为由于通过真实交易作为影响证券交易价格或者证 券交易量的手段，因此，辨别其中的操纵意图就比较困难，否则就很难将投资者的正常投 资行为，例如通过交易所的连续购买行为大量持有某上市公司的股票，与操纵行为相区 别。在中国目前的实践中，操纵者往往综合使用第1项和第2项、第3项操纵手段，还比 较容易认定。如果只有第1项行为，则必须从主观意图与客观行为去综合认定。在主观方 面需要看行为人的交易动机、交易前后的状况、交易形态、交易占有率以及是否违反投资 效率等因素，在客观行为方面，则要从行为人是否为市场价格的主导者、行为人是否为某 种证券的市场支配者，以及行为人若停止买卖是否导致某种证券之价格暴跌等因素去考量 行为的不法性。

操纵手段千变万化，很难通过立法将其全部囊括。因此，立法上规定了一个概括性的 条款。目前对于该“以其他手段操纵证券市场”，已经有一些行政和司法上的认定。例 如，在赵喆操纵证券交易价格案中，法院认定被告人“利用修改计算机信息系统存储数 据的方法”，人为操纵股票价格，构成了 “以其他手段操纵证券市场”。

中国证监会也在一系列行政处罚中认定：（1)某些投资者通过在短时间内对某只股 票频繁以高价申报买入，在成交前又撤单的行为操纵股票价格获利，构成了 “以其他手 段操纵证券市场”；(2)某些投资者故意在开盘竞价阶段以大量涨停价买入，但在最后时 刻又撤单，影响股票交易量和开盘价的行为，构成了 “以其他手段操纵证券市场”；（3)某 些证券投资咨询机构和个人，利用其从事证券投资咨询业务的地位和优势，在咨询报告发 布前，买人该咨询报告推荐的证券，并在咨询报告向社会公众发布后卖出该种证券的行 为，构成了 “以其他手段操纵证券市场”。

(三）利用信息的操纵

某些人或者机构利用编造信息的方式，误导市场，在很多国家证券立法中也被纳入操 纵市场的范畴。不过，我国《证券法》将其单独列出，明令禁止。《证券法》第七十八条 规定：

“禁止国家工作人员、传播媒介从业人员和有关人员编造、传播虚假信息，扰乱证券 市场。

禁止证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员，证券 业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息 误导。

各种传播媒介传播证券市场信息必须真实、客观，禁止误导。”

该条对于不同主体的要求是不同的。对于证券行业中的相关主体，因为其有专业知 识，所以要求较高。“证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从 业人员，证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员”只要作出虚假陈述或者信息误 导，就违反了本条。但对于这些特殊主体之外的人，即使其为传播媒介从业人员，也需要 发现其“编造、传播虚假信息”。换句话说，这些主体必须是虚假信息的源头，一般投资 者仅仅传播“小道消息”并不构成对本条的违反。

一、破产与破产法的概念与特征

(一）破产的概念与特征

破产是指对丧失清偿能力的债务人，经法院审理，强制清算其全部财产，公平、有序 fi也请偿全体债权人的法律制度。破产一般是指破产清算程序，但在谈及破产法律制度时， I?常是从广义理解.，不仅包括破产清算制度，而且包括以挽救债务人、避免其破产为主要 I目的的重整、和解等法律制度。

; 破产清算是破产法的基本制度，它与民事执行制度相比，具有以下特征：

! ；. i.破产程序中的债务人已无清偿能力,不能对债权人履行全部清偿义务，故须以破 ^方式解决对全体债权人的公平、有序清偿问题。而民事执行程序中的债务人通常具有清 jft能力，因拒不履行义务而需要强制执行。当民事执行程序中的债务人丧失清偿能力时， 应当转人破产程序。在民事执行中，强调债务人自动履行义务、债权人主动行使权利。 [m在破产程序中，因债权人的单独执行或债务人对个别债权人的主\_襄行违背对全体债权 K公平清偿的原则，反为法律所禁止。 ；

| 2.破产清算是为全体债权人的利益而进行，属于债权的集体清偿程序。民事执行是 申请执行的个别债权人的利益进行的，属于债权的个别清偿程序。后者的目的只为债的 别清偿，而前者则吏强调清偿在债权人之间的公平，解决多複权人之间因债务人财产 M足清偿全部债权而发生的矛盾，以保证公平、有序的债务清偿。

| ； 3.破产是对债务人财产等法律关系的全面清算，破产宣告后，破产人为企业法人的， 完成后将终结其民事主体资格。而民事执行的范围则仅限:于与被执行债务相关的财 不涉及民事主体资格消灭问题。此外，民事执行的对象范广泛，既每辉谱财产的执 g，'也包括对行为的执行，而破产程序中执行的对象仅为财产;5 !

\ 另一方面，破产制度与民事执行制度又有着密切的关系。两者都是依法进行的、以实 \_债权为&的的具有执行性质的程序，其最初产生原因主要:焉为;r保护债权人的利益，在 \_午多具体程序上两者也有相通之处。所以，《企业破产法》'第四条规定：“破产案件审理 程序，本法没有规定的，适用民事诉讼法的有关规定。”

(二）破产法的概念与特征

破产法是规定在债务人丧失清偿能力时，法院强制对其全部财产进行清算分配，公 平、有序清偿债权人，或通过债务人与债权人会议达成的和解协议清偿债务，或进行企业 重整，避免债务人破卢的法律规范的总称。破产法有广义和狭义之分。狭义的破产法特指 破产法典，如我国于2006年8月27日通过的《企业破产法》；广义的破产法则还包括其 他有关破产的法律、法规、行政规章、司法解释及散见于其他立法中的调整破产关系的法 律规范，如《商业银行法》、《保险法》、《公司法》、《合伙企业法》、《农民专业合作社 法》等立法中有关破产的规定。现代意义上的破产法均由破产清算制度与挽救债务人的 和解、重整等制度两方面的法律构成。

破产法是集实体与程序内容合一的综合性法律，主要调整债务人丧失清偿能力时对债 务的公平、有序清偿即权利实现问题，以及对债务人的挽救问题，对当事人间的实体权利 义务争议（如债务是否存在与数额多少等）则应在破产程序之外通过民事诉讼、仲裁等 方式解决。破产法不具备解决民事权利义务争议、保障当事人诉讼权利的各项制度。破产 法的基本制度主要源于民事债权和民事执行制度，并根据破产程序的特点对当事人的权 利、义务予以必要的扩张或限制，.同时遵循经济法的理念，兼顾对社会利益与公平的维 护。破产法的社会涉及面甚广，不仅民法、民事诉讼法与之相关，企业法、公司法、劳动 法、社会保险法乃至刑法、行政法等都与之有密切联系。破产法的顺利实施需要依靠相关 法律及配套制度营造的社会环境保障，单靠一部破产法是难以广泛实施并充分发挥其应有 之社会调整功能的。

(三）我国破产立法概况

1986年12月2日，第六届全国人大常委会第十八次会议通过了《中华人民共和国企 业破产法（试行）》（.以下简称旧破产法），仅适用于全民所有制企业。1991年4月9曰， 第七届全国人大第四次会议通过《中华人民共和国民事诉讼法》。其第二编第十九章规定 “企业法人破产还债程序”，适用于非全民所有制的企业法人。至此，所有法人型企业均 被纳入破产法的调整体系。2006年8月27日，第十届全国人大常委会第二十三次会议通 过了《中华人民共和国企业破产法》（以下简称《企业破产法》），自2007年6月1日起 施行，旧破产法同时废止。2007年10月28日第十届全国人大常委会第30次会议《关于 修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉的决定》，删除原法第十九章“企业法人破产还债程 序”，破产问题统一由《企业破产法》调整。

《企业破产法》颁布后，最高人民法院制定了关于管理人指定及报酬确定、新旧破产 法衔接以及法律适用等方面的司法解释，以配合破产法的实施。在《企业破产法》实施 之后，最高人民法院又制定了一系列有关破产法的司法解释等规范文件，如2008年发布 了《关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人申请破产清算案件如何处理 的批复》；2009年发布了《关于依法审理和执行被风险处置证券公司相关案件的通知》、 《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》、《关于 受理借用国际金融组织和外国政府贷款偿还任务尚未落实的企业破产申请问题的通知》； 2010年发布了《关于对因资不抵债无法继续办学被终止的民办学校如何组织清算问题的 批复》；2011年发布了《关于适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定

(一）》、《关于正确适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一），.充分发

挥人民法院审理企业破产案件司法职能作用的通知》；2012年发布了《关于税务机关就破 产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确认之诉应否受理问题的批复》、《关于个人独 资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的批复》、《关于审理上市 公司破产重整案件工作座谈会纪要》；2013年发布了《关于适用〈中华人民共和国企业破 产法〉若干问题的规定（二）》，等等。 —

二、破产法的立法宗旨与调整作用

(一）破产法的立法宗旨

《企业破产法》第一条规定：“为规范企业破产程序，公平清理债权债务，保护债权 人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序，制定本法”。《企业破产法》对立 法宗旨在强调破产法基本调整功能的基础上进行了以下革新：第一，明确破产法的特定社 会调整目标，区分其直接社会调整作用与间接社会影响的关系；第二，区分破产法与劳动 法、社会保障法等相关立法间不同的调整范围，将不属于破产法调整的破产企业职工的救 济安置等社会问题交由其他立法调整；第三，排除政府的不当行政干预，避免因行政利益 的影响而歪曲破产法的实施，同时强调政府必须履行提供充分社会保障、安置失业职工等 职责，保障破产法的顺利实施。

(二）破产法的调整作用

破产法的直接调整作用，是通过其特有的调整手段保障债务关系在债务人丧失清偿能 力时的最终公平、有序实现，通过重整与和解制度避免具有挽救希望与价值的债务人企业 破产，维护债权人和债务人的合法权益，完善企业市场退出机制，维护社会利益与正常经 济秩序。破产法通过对债务关系的调整还产生一系列的间接社会影响，有助于完善市场经 济优胜劣汰的竞争机制和市场退出机制；通过破产清算与重整等制度，优化社会资源的市 场配置、调整产业与产品结构等。

三、破产法的适用范围

(一）破产法的主体适用范围

根据《企业破产法》第二条规定，其主体适用范围是所有的企业法人。同时，该法 第一百三十五条规定：“其他法律规定企业法人以外的组织的清算，属于破产清算的，参 照适用本法规定的程序”，适当扩大了破产法的实际适用范围。目前，根据其他法律规 定，可以参照适用破产法的主体主要是合伙企业、农民专业合作社等。根据最高人民法院 发布的《关于对资不抵债无法继续办学被终止的民办学校如何组织清算问题的批复》，资 不抵债的民办学校的清算，参照适用《企业破产法》规定的程序进行。根据最髙人民法 院发布的《关于个人独资企业清算是否可以参照适用企业破产法规定的破产清算程序的 批复》，在个人独资企业不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏 清偿能力的情况下，可以参照适用《企业破产法》规定的破产清算程序进行清算。

(二）《企业破产法》的地域适用范围

《企业破产法》的地域适用范围主要是指破产法的域外效力问题，即一国的破产程序 对位于其他国家的破产人财产是否有效。破产程序的域外效力发生于跨境破产的情况。跨 境破产，是指同时涉及本国与外国因素的破产程序。通常，影响跨境破产形成的因素主要

是债务人的财产位于两个以上的国家。

从历史上看，对于破产程序的域外效力在立法上主要有两种理论。一种是属地主义， 主张破产程序的效力仅及于本国国内，只有破产人在该国内的财产属于破产财产。另一种 为普及主义，认为破产制度设立的目的，在于一次性公平解决破产人全部债务清偿问题， 所以破产程序的效力应及于破产人在国内外的全部财产。两种立法主义各有利弊，目前普 及主义具有普遍适用的趋势，各国破产法在积极采取各种措施解决跨境破产问题。有的国 家对外国破产程序视同外国裁判，按照相应的法律程序个案处理，在一定条件下承认其全 部或部分效力。有的国家采取缔结条约的方法，承认缔约方破产程序在本国具有相应的法 律效力。联合国贸易法委员会制定了《跨国界破产示范法》，力图通过全球立法统一化的 方式普遍性的解决跨境破产问题。目前，一些国家已经在本国立法中采纳了联合国贸易法 委员会制定的《跨国界破产示范法》的主要原则，适当承认外国破产程序的效力已成为 各国的立法发展趋势。

.我国《企业破产法》采取有限制的普及主义原则，其第五条规定：“依照本法开始的 破产程序，对债务人在中华人民共和国领域外的财产发生效力。对外国法院作出的发生法 律效力的破产案件的判决、裁定，涉及债务人在中华人民共和国领域内的财产，申请或者 请求人民法院承认和执行的，人民法院依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约，或 者按照互惠原则进行审查，认为不违反中华人民共和国法律的基本原则，不损害国家主 权、安全和社会公共利益，不损害中华人民共和国领域内债权人的合法权益的，裁定承认 和执行。”

(三）《企业破产法》的适用时间

《企业破产法》第一百三十六条规定：“本法自2007年6月1日起施行，《中华人民 共和国企业破产法（试行）》同时废止。”

—、破产原因

(一）破产原因概述

破产原因，也称破产界限，指认定债务人丧失清偿能力，当事人得以提出破产申请， 法院据以启动破产程序的法律事实。破产原因也是和解与重整程序开始的原因，但重整程 序开始的原因更为宽松，债务人在尚未发生破产原因但有明显丧失清偿能力可能时，就可 以依法申请重整。

各国立法规定破产原因的方式主要有列举主义与概括主义。前者列举规定表明债务人 丧失清偿能力的各种具体行为，实施行为之一者即视为发生破产原因，后者则对破产原因 从法学理论上作抽象概括规定。通常用于概括规定破产原因的概念有不能清偿（到期债 务）、资产不足以清偿全部债务（即资不抵债）以及停止支付。我国立法对破产原因的规 定采取概括主义。

所谓不能清偿，是指债务人对债权人请求偿还的到期债务，因丧失清偿能力而持续无 法偿还的客观财产状况。这里的到期债务是指已到偿还期限、提出清偿要求、无合理争议 或经生效法律文书确定的债务。不能清偿在法律上的着眼点是债务关系能否正常维持。资 不抵债是指债务人的资产不足以清偿全部债务，其着眼点是资债比例关系以及因此产生的 清偿风险。资不抵债在考察债务人的偿还能力时仅以实有财产为限，不考虑信用、能力等 其他偿还因素；计算债务数额时，不考虑是否到期，均纳入总额之内。由于债务人在资不 抵债时，如到期债务数额不大，并不一定不能清偿，而且还存在以资产之外的信用、能力 方式还债的可能，所以，当以资不抵债作为破产原因时，还需考虑债务人是否具有持续经 营能力。另一方面，在债务人资产超过负债时，也可能因资产结构不合理无法变现，对到 期债务缺乏现实支付能力而持续无法清偿。所以，两者对破产界限的认定既有交叉又有区 别，尽管在实践中进入破产程序的债务人往往是既不能清偿又资不抵债。由于债务双方对 资不抵债的举证能力不同，所以资不抵债主要是在债务人提出破产申请时适用。停止支付 是指债务人以其行为向债权人作出不能支付债务的主观意思表示。停止支付包括以明示、 默示表示的各种行为，既包括债务人以书面或口头形式表示无力还债，也包括欠债不还却 转移财产、停业关店，老板“跑路”、弃企隐匿，票据被拒付等情况。

采用概括主义立法的国家大多以不能清偿作为对所有破产主体普遍适用的一般破产原 因，而以资不抵债作为对特定主体主动申请破产的特殊破产原因，以防止其在资不抵债的 情况下仍不适当地扩张债务，损害债权人利益。这里的特定主体是指资合法人、清算中法 人、遗产等仅以有限财产为清偿保证、无人对其债务负无限责任的主体。同时规定，停止 支付可推定为不能清偿，以解决债权人申请破产时对债务人的财产状况或清偿能力举证困 难问题，保障债权人的破产申请权可以顺利行使。

(二）《企业破产法》及司法解释对破产原因的规定

根据《企业破产法》第二条的规定，企业法人的破产原因是不能清偿到期债务，并 且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力。2011年最高人民法院颁布了《关于 适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一）》（下称《破产法司法解释 (一）》）。其第一条规定：“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据此规定，破产原因可以分为两种情况：第一，债务 人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务，主要适用于债务人提出破产申请且 其资不抵债情况通过对相关证据的形式审查即可判断的案件；第二，债务人不能清偿到期 债务，并且明显缺乏清偿能力，主要适用于债权人提出破产申请和债务人提出破产申请但 其资不抵债状况通过形式审查不易判断的案件。此外，对债务人丧失清偿能力、发生破产 原因的认定，不以其他对其债务负有清偿义务者（如连带责任人、担保人）也丧失清偿 能力、不能代为清偿为条件。只要债务人本人不能清偿到期债务即为发生破产原因，其他 人对其负债的连带责任、担保责任，不能视为债务人的清偿能力或其延伸。

《破产法司法解释（一）》第二条规定：“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。”本条规定实际上是将破产法理论上的“不能清偿”解释为

“停止支付”，因为仅仅依据这三项条件只能说明债务人未清偿债务，尚不能够充分说明 债务人是否是因为已经完全丧失清偿能力而不能清偿债务。这是考虑到我国立法现实情 况、司法解释的立法权限以及司法实践的需要，在不违背破产法适用原则的情况下作出的 变通规定，弥补因立法未规定停止支付概念造成的调整空缺。

《破产法司法解释（一）》第三条规定了对资不抵债的认定，指出“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”。通常，判断企业资产与负债关系即资是否抵债的文件是其资产负债表， 但如果由债务人自行编制的资产负债表未经过审计，其内容就有可能出现不及时、不真 实、不准确的问题。因此，当利害关系人对债务人出具的资产负债表存在异议时，本条规 定，可以以中介机构出具的具有更高公信力与证明力的审计报告和资产评估报告作为判断 债务人资产与负债总额的依据。而且，如果当事人提交的证据能够证明债务人的资产与债 务总额，还可以推翻资产负债表、审计报告或者资产评估报告对是否资不抵债的认定。

《企业破产法》第七条规定，只要债务人不能清偿到期债务，无需考虑资不抵债问 题，债权人就可以向人民法院提出破产申请。《破产法司法解释（一）》第四条规定：“债 务人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”：第一，因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务。在司法实践中， 有时虽然债务人账面资产（如土地使用权、厂房等）大于负债，但由于无法变现或变现 即意味着失去经营条件不得不破产倒闭，所以长期对到期债务无法清偿，即使是有物权担 保的债权人有时也难以说服法院采取必然导致债务人企业倒闭、职工失业的执行措施以实 现权利，所以对其只有通过破产程序才能彻底解决债务清偿问题。第二，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。在此种情况下（如老板、髙管人员弃 企跑路等），债务人已经丧失民事行为能力，往往也已丧失了清偿能力，必须及时启动破 产程序才能维护债权人的利益。第三，经人民法院强制执行，无法清偿债务。经采取强制 执行措施仍不能清偿债务的债务人显然已经完全丧失清偿能力，甚至由于已经司法程序确 认而无需再通过推定认定其发生破产原因。因为任何债务的不能执行，都意味着债务人完 全丧失清偿能力，所以依据本项规定，只要债务人的任何一个债权人经人民法院强制执行 未能得到清偿，其每一个债权人均有权提出破产申请，并不要求申请人自己已经采取了强 制执行措施。第四，长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务。此项规定侧重于从债务人 的持续经营能力角度考察其清偿能力。当债务人不能清偿债务，同时长期亏损且经营扭亏 困难，失去持续经营能力时，虽然其账面资产大于负债，但未来只会是持续性地减少，进 一步损害债权人利益，所以应当认为其发生破产申请原因。第五，导致债务人丧失清偿能 力的其他情形。此乃通常授权法院在法律列举情况之外可以裁量认定适用相关规定的兜底 性条款。

二、破产申请的提出

《企业破产法》将当事人提起破产清算、和解与重整这三个程序的申请统一规定于第 二章之中，所以该章中的“申请”规定同时适用于清算、和解与重整三个程序。此外， 在“重整”与“和解”章节中对提出重整或和解申请的特殊问题作了相应规定。

(一）提出破产申请的当事人

根据法律规定，债务人发生破产原因，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算 申请。债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产 清算的申请，但不能提出和解申请。 .

没有物权担保的债权人享有破产申请权，对破产人的特定财产享有担保权的债权人 (下称担保债权人）同样享有破产申请权。在司法实践中，债务人破产时，担保债权人通 常可从担保物上直接获得优先清偿，没有必要浪费时间、精力去申请债务人破产。但在债 权人出于某种原因放弃优先受偿权，或担保物的价款可能不足以清偿所担保的债权时，便 不得不行使破产申请权，以维护其权利。所以，即使担保物的价款足以清偿所担保的债 权，担保债权人同样享有破产申请权。我国《企业破产法》对担保债权人行使破产申请 权没有限制规定。

税务机关和社会保险机构享有对债务人的破产清算申请权，但不宜享有重整申请权， 因为它们依法定职责均不能在重整程序中主动作出债权减免的让步，不能为重整作出实质 贡献，尤其是社会保险机构连表决权都没有，赋予其重整申请权没有意义。破产企业的职 工作为债权人可以申请债务人企业破产或者重整。但职工债权人一方面是企业的债权人， 另一方面又是企业的雇员，申请企业破产可能实现申请职工的债权，但也可能因企业破产 导致全部职工的失业，从而可能出现债权与就业权、申请职工与其他职工的利益矛盾。所 以为慎重起见，职工提出破产申请应经职工代表大会或者全体职工会议决议通过。

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，依法负有清算责 任的人应当向人民法院申请破产清算。《公司法》第一百八十七条第一款规定：“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。”此外，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（二）》第十七条对此种情况还规定有一简易程序，该条指出：“人 民法院指定的清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单时，发现公司财产不足 清偿债务的，可以与债权人协商制作有关债务清偿方案。债务清偿方案经全体债权人确认 且不损害其他利害关系人利益的，人民法院可依清算组的申请裁定予以认可。清算组依据 该清偿方案清偿债务后，应当向人民法院申请裁定终结清算程序。债权人对债务清偿方案 不予确认或者人民法院不予认可的，清算组应当依法向人民法院申请宣告破产。”

为避免强制清算程序在适用上的浪费，合理解决企业清算过程中债权人的破产申请权 利，《破产法司法解释（一）》第五条规定：“企业法人巳解散但未清算或者未在合理期限 内清算完毕，债权人申请债务人破产清算的，除债务人在法定异议期限内举证证明其未出 现破产原因外，人民法院应当受理。”在这些情况下，债权人本也可以通过有关《公司 法》司法解释中规定的司法强制清算程序解决，但鉴于目前企业发生解散原因如被吊销 营业执照后不清算等恶意逃债现象十分严重，且这类企业即使进行司法强制清算往往最后 也要转人破产清算程序，所以司法解释本条明确规定，债权人可以选择直接申请其破产， 以简化程序，节省司法资源与诉讼时间，更好地保障债权人的合法权益。在因清算义务人 怠于履行义务，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，或者导致主要财产、账册、重 要文件等灭失，无法进行破产清算时，债权人仍可以在破产程序终结后主张由清算义务人 对公司债务承担连带清偿等法律责任。

根据《企业破产法》第一百三十四条规定：“商业银行、证券公司、保险公司等金融 机构有本法第二条规定情形的，国务院金融监督管理机构可以向人民法院提出对该金融机 构进行重整或者破产清算的申请。国务院金融监督管理机构依法对出现重大经营风险的金 融机构采取接管、托管等措施的，可以向人民法院申请中止以该金融机构为被告或者被执 行人的民事诉讼程序或者执行程序。”

(二）破产案件的管辖

当事人的申请应向对破产案件有管辖权的人民法院提出。《企业破产法》规定，破产 案件的地域管辖由债务人住所地人民法院管辖。债务人住所地指债务人的主要办事机构所 在地。债务人主要办事机构所在地不明确、存在争议的，由其注册登记地人民法院管辖。 根据《民事诉讼法》以及最高人民法院对旧破产法的司法解释规定，破产案件的级别管 辖依破产企业的工商登记情况确定。基层人民法院一般管辖县、县级市或者区的工商行政 管理机关核准登记企业的破产案件；中级人民法院一般管辖地区、地级市（含本级）以 上的工商行政管理机关核准登记企业的破产案件；纳人国家计划调整的国有企业破产案件 即政策性破产，由中级人民法院管辖。上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的企业破 产案件，确有必要将本院管辖的企业破产案件交下级人民法院审理的，应当报请其上级人 民法院批准。下级人民法院对它所管辖的企业破产案件，认为需要由上级人民法院审理 的，可以报请上级人民法院审理。人民法院之间因管辖权发生争议，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。省、自治区、直辖市范围 内因特殊情况需对个别企业破产案件的地域管辖作调整的，须经共同上级人民法院批准。 金瑯机构、上市公司的破产与重整案件或者具有重大影响、法律关系复杂的破产案件，一 般应由中级人民法院管辖。此外，有的地方法院对破产案件的管辖作有特别规定，进行适 当的跨地区集中专业化审理，如深圳市的破产案件均由深圳.市中级人民法院受理，基层人 民法院不受理破产案件。

(三）当事人提出破产申请时的举证责任

当事人向人民法院提出破产申请，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、被申请人的基本情况；（2)申请目的，即申请破产清算还 是申请重整或和解；（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。

债权人提出破产申请时，应当提交债务人不能清偿到期债务的有关证据。根据《破 产法司法解释（一）》第二条的规定，债权人需要举证证明的实际上已经不再是债务人不 能清偿到期债务，而是“债权债务关系依法成立、债务履行期限已经届满、债务人未完 全清偿债务”，其举证责任大为减轻且具有可行性。债务人提出申请的,，还应当向人民法 院提交企业财产状况说明、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等有关材料。由于企业在破产后往往既无能力 也无义务对职工就业等作出安置，所以除特殊企业外，要求提交的“职工安置预案”实 际应由地方政府有关部门履行相应职责在企业协助下负责制定。债务人为国有企业的，因 可能涉及职工身份转换等历史遗留问题，职工安置预案应列明拟安置职工基本情况、安置 障碍及主要解决方案、社会稳定因素评估及主要应对措施等。债务人为非国有企业的，职 工安置预案应列明劳动关系解除后依法应对职工的补偿方案，但并不要求企业承担安置资 金、解决就业等问题。

申请人申请债务人破产重整的，除提交《企业破产法》规定的上述材料外，还应当 提交债务人具有重整可行性的报告。申请人申请上市公司破产重整的，应当提交关于上市 公司具有重整可行性的报告、上市公司住所地省级人民政府向证券监督管理部门的通报情 况材料以及证券监督管理部门的意见、上市公司住所地人民政府出具的维稳预案等。

破产申请提交后，在人民法院受理破产申请前，申请人可以请求撤回申请。

三、破产申请的受理

人民法院收到破产申请后，应当依法进行审查，及时作出是否受理破产案件的裁定。 在过去的司法实践中；有的法院在申请人对相关材料的补充、补正环节，以不及时告知， 或者对可一次性补充、补正的材料故意分多次告知等方式，拖延受理，阻碍破产申请，以 达到迫使申请人放弃申请、不受理破产案件的目的。为解决这一问题，《破产法司法解释

(一）》.第七条规定：“人民法院收到破产申请时，应当向申请人出具收到申请及所附证据 的书面凭证。人民法院收到破产申请后应当及时对申请人的主体资格、债务人的主体资格 和破产原因，以及有关材料和证据等进行审查，并依据企业破产法第十条的规定作出是否 受理的裁定。人民法院认为申请人应当补充、补正相关材料的，应当自收到破产申请之日 起5日内告知申请人。当事人补充、补正相关材料的期间不计人企业破产法第十条规定的 期限。”《最高人民法院关于人民法院登记立案若干问题的规定》第七条规定：“当事人提 交的诉状和材料不符合要求的，人民法院应当一次性书面告知在指定期限内补正。”根据 上述司法解释及文件的规定，需要申请人补充、补正材料的，必须在五日内一次性书面告 知申请人，对当事人的权利给予充分保障。凡是在法定期限内未告知申请人补充、补正相 关材料的，应认定为申请人提交的申请文件符合申请条件，法院在审查案件应否受理阶段 无权再要求申请人补充、补正材料，除非是对已经要求申请人提交的补充、补正材料本身 的再次补充、补正，法院也不得以申请材料不符合条件为由不受理破产申请。对于与案件 受理审查事项即债务人是否存在破产原因无关，应当在案件受理后再查明解决的其他问 题，法院不得要求申请人在此时就提交证据材料，不得以要求提交与案件受理无关材料的 方式阻碍当事人正常行使破产申请权，或作为不受理案件的借口。在司法实践中，有的法 院在当事人提出重整申请时就要求提交完整的重整计划草案，甚至提交高额的所谓保证 金，故意以此作为阻止受理申请的手段，这些做法都是违法的，必须予以纠正。

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。通知中 应告知债务人不得转移资产、逃避债务，不得进行任何有碍于公平清偿的行为，否则将追 究其法律责任。《破产法司法解释（一）》第六条第一款规定：“债权人申请债务人破产 的，应当提交债务人不能清偿到期债务的有关证据。债务人对债权人的申请未在法定期限 内向人民法院提出异议，或者异议不成立的，人民法院应当依法裁定受理破产申请。”债 务人对债权人提出的破产申请有异议的，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，并提交相关的证据材料。人民法院认为有必要的，可以组织债权人与债务人等 利害关系人进行听证，听证会期间不计入法定受理期间。

债务人以其具有清偿能力或资产超过负债为由提出抗辩异议，但又不能立即清偿债务 或与债权人达成和解的，依据《破产法司法解释（一）》第二、四等条的规定，其异议不 能成立。

在债务人对债权人申请人是否享有债权提出异议时，人民法院应当依法对相关债权进 行审查。如果人民法院能够依据双方签订的合同、支付凭证、对账单和还款协议等主要证 据确定债权存在，且债务人没有相反证据和合理理由予以反驳的，人民法院对其异议应不 予支持。在此需特别注意的是，人民法院不能因为债务人对债权提出毫无道理和证据的异 议，就不加区别地要求债权人都通过诉讼解决，否则将使债务人可以任意拖延债权人的破 产申请，甚至趁机转移财产逃债，损害债权人的破产申请权、破产受偿权等权益。此外， 债务人对债权人申请人享有债权的数额提出异议时，如果存在双方无争议的部分债权数 额，且债务人对该数额已经丧失清偿能力，则此项异议同样不能阻止法院受理破产申请， 虽然对双方有争议的那部分债权的确认仍需通过诉讼解决。与此同理，债务人对申请人的 债权是否存在担保等提出异议，因不影响破产原因的成立，也不能成为阻止法院受理破产 申请的理由。

《破产法司法解释（一）》第八条规定：“破产案件的诉讼费用，应根据企业破产法第 四十三条的规定，从债务人财产中拨付。相关当事人以申请人未预先交纳诉讼费用为由， 对破产申请提出异议的，人民法院不予支持。”

人民法院应当自债务人提出异议期满之日起10日内裁定是否受理。除债务人对债权 人申请提出异议的情形外，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受理案件期限的，经上一级人民法院批准，可以延长15 口。

人民法院裁定受理破产申请的5应当将裁定自作出之日起5日内送达申请人。债权人 提出申请的，人民法院应当自裁定作出之日起5日内送达债务人。债务人应当自裁定送达 之日起15日内，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 告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况等有关材料。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上述文件与情况说明的，应承担相应法律责任。《破 产法司法解释（一）》第六条第二款规定：“受理破产申请后，人民法院应当责令债务人 依法提交其财产状况说明、债务清册、债权清册、财务会计报告等有关材料.，债务人拒不 提交的，人民法院可以对债务人的直接责任人员采取罚款等强制措施”。

债务人不能提交歲者拒不提交有关材料的，不影响人民法院对破产申请的受理和审丨 理。根据最髙人民法晓颁布的《关于债权人对人员下落不明或者财产状况不清的债务人丨 申请破产清算案件如何处理的批复》规定，债权人对人员下落不明或者财产状况不清的 债务人申请破产清算，符合《企业破产法》规定的，人民法院应依法予以受理。债务人 能否依据《企业破产法》:索十一条第二款的规定向人民法院提交财产状况说明、债权债 务清册等相关材料，不影晌对债权人申请的受理。

此外，所谓债权人申锖动机不纯和债务人存在资产下落不明等逃债行为，也不是拒绝: 受理案件的稱由，座否受理破产案件的关键是债务人是否发生破产原因。即使存在债务人 的转移财产等班债行为，：通过对破产案件的受理，可以由管理人行使撤销权等权利追回财 产，打击债务人的逃债行为，维护债权人权益。最高人民法院在其颁布的《关于正确审 理企业破产案件为维护HX场经济秩序提供司法保障若干问题的意见》中指出：“对于已经 出现破产原因的企业，人民法院要依法受理符合条件的破产清算申请，通过破产清算程序 使其从市场中有序退出。:对于虽有借破产逃废债务可能但符合破产清算申请受理条件的非 诚信企业，也要将其纳人到法定的破产清算程序中，通过撤销和否定其不当处置财产行

为，以及追究出资人等相关主体责任的方式，使其借破产逃废债务的目的落空，剥夺其市 场主体资格。对债权人申请债务人破产清算的，人民法院审查的重点是债务人是否不能清 偿到期债务，而不能以债权人无法提交债务人财产状况说明等为由，不受理债权人的申 请。” “人民法院在审理债务人人员下落不明或财产状况不清的破产案件时，要从充分保 障债权人合法利益的角度出发，在对债务人的法定代表人、财务管理人员、其他经营管理 人员，以及出资人等进行释明，或者采取相应罚款、训诫、拘留等强制措施后，债务人仍 不向人民法院提交有关材料或者不提交全部材料，影响清算顺利进行的，人民法院就现有 财产对已知债权进行公平清偿并裁定终结清算程序后，应当告知债权人可以另行提起诉讼 要求有责任的有限责任公司股东、股份有限公司董事、控股股东以及实际控制人等清算义 务人对债务人的债务承担清偿责任。”根据上述规定，在当事人特别是债务人不能提交或 拒不提交有关材料的情况下，只要可以认定破产原因存在，法院不得拒绝受理破产案件或 驳回破产申请。

在当事人未能依法提交全部有关证据材料的情况下，无论是债权人因客观条件所限无 法提交，还是债务人拒不提交，如果能够根据债务人的外观行为（如未清偿依法成立的 到期债务）判定债务人存在破产原因，法院也应当受理破产申请。在司法实践中，申请 人未能提交全部有关证据材料，通常并不影响对破产原因存在的判定。《企业破产法》第 2条第1款明确规定，“企业法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，依照本法规定清理债务。”法院判定应否受理破产申请的标准，不 是申请人等是否提交了法律规定的全部有关证据材料，而是债务人是否存在破产原因。

人民法院裁定不受理破产申请的，应当将裁定自作出之日起5日内送达申请人并说明 理由。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起10日内向上一级人民法院提起上诉。

在过去的司法实践中，有的法院拒不接受申请人递交的破产申请，或收到破产申请拒 不向申请人出具收到申请及所附证据的书面凭证，从而导致申请人难以举证确认法院何时 收到破产申请，无法起算法定受理期间与届满时间，进而无法向上级法院提出上诉或者异 议。为此，《破产法司法解释（一）》第九条规定：“申请人向人民法院提出破产申请，人 民法院未接收其申请，或者未按本规定第七条执行的，申请人可以向上一级人民法院提出 破产申请。上一级人民法院接到破产申请后，应当责令下级法院依法审查并及时作出是否 受理的裁定；下级法院仍不作出是否受理裁定的，上一级人民法院可以径行作出裁定。上 一级人民法院裁定受理破产申请的，可以同时指令下级人民法院审理该案件。”据此，申 请人如有书面证据、录音录像等视听材料，可以证明人民法院拒不接受其破产申请和有关 材料，或者未向其出具收到申请及所附证据的书面凭证，或在法定期限内未作出是否受理 裁定的，就可以直接向上一级法院提出破产申请。

为从法院内部体制上解决破产案件受理难的问题，最髙人民法院在《关于正确适用 〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（一），充分发挥人民法院审理企业破产 案件司法职能作用的通知》中指出，人民法院要加强法官专业化队伍建设，在人员和物 资保障方面给予支持。有条件的法院可以根据受理企业破产案件的数量，成立专门的破产 案件审判庭，或指定专门的合议庭负责审理破产案件，应建立合理的企业破产案件专门绩 效考评机制。

人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现案件受理时债务人未发生破产原

因的，可以裁定驳回申请。但是，由于债务人财产的市场价值发生变化导致其在案件受理 后资产超过负债、乃至破产原因消失的，不影响破产案件的受理与继续审理，人民法院不 得裁定驳回申请，债务人如不愿意进行破产清算，可以通过和解、重整等方式清偿债务、 结束破产程序。申请人对驳回申请裁定不服的，可以自裁定送达之日起10日内向上一级 人民法院提起上诉。

人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人，并在裁定受理破产申请之日起 25日内通知巳知债权人，并予以公告。 —

为保证破产程序顺利进行，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。所谓债务人的有关人员 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。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。

为保证对全体债权人的公平清偿，《企业破产法》.第十六条规定：“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。”但是，债务人以其财产向债权人提供 物权担保的，其在担保物市场价值内向债权人所作的债务清偿，不受上述规定限制。因物 权担保债权人享有对担保物的优先受偿权，对其债务清偿可使债务人收回担保财产，用于 对所有债权人的清偿，或用于和解、重整中的继续经营活动，不会损害其他债权人的利 益，不违反公平清偿原则。

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，如其故意违反法律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，不免除其清偿债务或者交付财产的义务。所谓故意违反法律规定，是指上述当事人明 知或应知人民法院已经受理破产申请，仍向债务人清偿债务或者交付财产。’通常，以人民 法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人接到法院向其发出的通知或者法院 向社会发布公告为标准，判断当事人是否明知或应知破产案件已经受理。所谓不免除清偿 债务或者交付财产的义务，是以债权人因此受到损失的范围为限。如果债务人的债务人或 者财产持有人虽向债务人清偿债务或者交付财产，但债务人将接收到的清偿款项或者财产 全部上交管理人，债权人并未受到损失，则不必再承担民事责任。

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。管理人决定解除或者继 续履行合同，一般应当以保障债权人权益最大化为原则，但必要时也需兼顾公平原则。管 理人自破产申请受理之日起两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。不过此项规定仅是要限制管理人的合同选择履行权， 即超过通知或答复的法定期限，管理人即丧失要求对方继续履行合同的选择权，但如果是 此后双方均同意继续履行合同，合同仍可继续履行。因为这是当事人的契约自由，是其意 志自由范围内决定的事项，法律是不予干预的。认为超过法定期限就只能将合同解除，禁 止双方自愿继续履行的观点，是不符合立法本意的。管理人决定继续履行合同的，对方当

事人应当履行，但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。管理 人在破产程序中只享有一次性的合同选择履行权。也就是说，管理人对合同的选择履行权 只能行使一次，不得反向再次或多次行使，尤其是不得在决定或实际接受继续履行合同后 又决定解除合同，否则不仅违背诚信原则，而且会严重损害对方当事人的正当权益。管理 人对合同选择履行权的行使，既包括明示的方式，如通知对方当事人合同是否继续履行， 也包括默示的方式，如以实际行为表明对合同的继续履行，包括在买卖合同中接收对方交 付的履行标的物、在租赁合同中继续接受对方支付的租金，并对合同的履行不提出异议， 无论管理人以何种方式选择继续履行合同或解除合同，均不得再反悔。但是，管理人不能 多次反向行使合同选择履行权，并不排斥其在选择合同继续履行后，再依据《合同法》 的有关规定以及双方在合同中的约定要求解除合同，或者在解除合同后，当事人之间又协 商签订新的有关合同。对于一些特殊种类的合同，出于维护社会公平、实现诚实信用、保 障经济秩序等目的，管理人的合同选择履行权要受到必要的限制。例如，对于破产企业为 他人提供担保的合同，管理人无权选择解除合同，逃避法律义务。保险公司破产时，对尚 未履行完毕的保险合同特别是人寿保险合同，管理人无权予以解除，以保护投保人等当事 人的权益。根据国际惯例或商务惯例，如国际互换与衍生工具协会制订的ISDA主协议以 及中国银行间市场交易商协会发布的《中国银行间市场金融衍生产品交易协议》 (NAFMII主协议），对于金融衍生品交易的合同，在企业进入破产程序时要提前终止，进 行净额结算，管理人无权选择对合同继续履行。破产企业对外出租不动产的合同如房屋租 赁合同，除存在严重影响破产财产的整体变价与价值实现、且无法分别处分等特殊情况 夕卜，管理人不得违背合同约定任意单方解除合同；在变价破产财产时，房屋可以带租约出 售，承租人在同等条件下享有优先购买权。

《企业破产法》规定，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。法律规定应当解除的保全措施，既包括民事诉讼保全措施， 也包括在行政处罚程序中的保全措施，如海关、工商管理部门等对债务人财产（指合 法财产，不包括禁止持有的毒品、枪支、走私物品等非法物）采取的扣押、查封等措 施，还应包括刑事诉讼中公安、检察机关等采取的相关措施。最高人民法院在《关于 适用〈中华人民共和国企业破产法〉若干问题的规定（二）》（下称《破产法司法解释 (二）》）中对执行程序中止问题作出进一步规定，其第二十二条规定：“破产申请受理 前，债权人就债务人财产向人民法院提起本规定第二十一条第一款所列诉讼，人民法 院已经作出生效民事判决书或者调解书但尚未执行完毕的，破产申请受理后，相关执 行行为应当依据企业破产法第十九条的规定中止，债权人应当依法向管理人申报相关 债权”。所谓执行程序应当中止，通常是指对无物权担保债权的执行中止，物权担保债 权人对担保物的执行尤其是对其占有的担保物的执行原则上不必中止，除非当事人申 请的是重整程序。因为在破产清算和和解程序中，物权担保债权人对担保物享有优先 受偿权，其就担保物的个别执行，不违反公平清偿原则。但在担保物为破产企业占有 的情况下，物权担保债权人就担保物的清偿应经过管理人进行。《破产法司法解释

(二）》第十四条还规定：“债务人对以自有财产设定担保物权的债权进行.的个别清偿， 管理人依据企业破产法第三十二条的规定请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债 务清偿时担保财产的价值低于债权额的除外”。

根据司法解释规定，对债务人财产已采取保全措施的相关单位，在知悉人民法院已裁 定受理有关债务人的破产申请后，应当依法及时解除对债务人财产的保全措施。人民法院 受理破产申请后至破产宣告前裁定驳回破产申请，或者依据《企业破产法》第一百零八 条的规定裁定终结破产程序的，应当及时通知原已采取保全措施并已依法解除保全措施的 单位按照原保全顺位恢复相关保全措施。在已依法解除保全的单位恢复保全措施或者表示 不再恢复之前，受理破产申请的人民法院不得解除对债务人财产的保全措施。此外，司法 解释还规定了人民法院在受理破产申请后对债务人财产采取强制措施的权力。破产申请 受理后，对于可能因有关利益相关人的行为或者其他原因，影响破产程序依法进行的， 受理破产申请的人民法院可以根据管理人的申请或者依职权，对债务人的全部或者部 分财产采取保全措施。破产申请受理后，有关债务人财产的执行程序未依法中止的， 采取执行措施的相关单位应当依法予以纠正。依法执行回转的财产，人民法院应当认 定为债务人财产。

《企业破产法》规定，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财产、掌握诉讼情况后能够继续进行 时，该诉讼或者仲裁继续进行。就涉及债务人的其他相关诉讼，《破产法司法解释（二）》 第二十一条规定：“破产申请受理前，债权人就债务人财产提起下列诉讼，破产申请受理 时案件尚未审结的，人民法院应当中止审理：（1)主张次债务人代替债务人直接向其偿 还债务的；（2)主张债务人的出资人、发起人和负有监督股东履行出资义务的董事、高 级管理人员，或者协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员、实际控制人等直接向 其承担出资不实或者抽逃出资责任的；（3)以债务人的股东与债务人法人人格严重混同 为由’主张债务人的股东直接向其偿还债务人对其所负债务的；（4)其他就债务人财产 提起的个别清偿诉讼。债务人破产宣告后，人民法院应当依照企业破产法第四十四条的规 定判决驳回债权人的诉讼请求。但是，债权人一审中变更其诉讼请求为追收的相关财产归 人债务人财产的除外。债务人破产宣告前，人民法院依据企业破产法第十二条或者第一百 零八条的规定裁定驳回破产申请或者终结破产程序的，上述中止审理的案件应当依法恢复 审理”。破产申请受理后，债权人就债务人财产向人民法院提起上述诉讼的，人民法院不 予受理。

破产申请受理后，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。但是 其他法律有特殊规定的应当除外，如当事人约定仲裁解决纠纷的，仍应当以仲裁方式解 决。《破产法司法解释（二）》第四十七条进一步规定：“人民法院受理破产申请后，当事 人提起的有关债务人的民事诉讼案件，应当依据企业破产法第二十一条的规定，由受理破 产申请的人民法院管辖。受理破产申请的人民法院管辖的有关债务人的第一审民事案件， 可以依据民事诉讼法第三十八条的规定，由上级人民法院提审，或者报请上级人民法院批 准后交下级人民法院审理。受理破产申请的人民法院，如对有关债务人的海事纠纷、专利 纠纷、证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿纠纷等案件不能行使管辖权的，可以依据民事 诉讼法第三十七条的规定，由上级人民法院指定管辖”。

第三节管理人制度

—、管理人制度的一般理论

《企业破产法》在债务人财产的管理制度上，用管理人制度取代了旧法中以政府官员 为主导的清算组制度，这是我国破产法走向规范化、市场化、国际化的重要一步。通常而 言，管理人是指破产案件受理后成立的，全面接管破产企业并负责破产财产的保管、清 理、估价、处理和分配等破产清算事务的专门机构或人员。管理人概念有广义与狭义之 分。狭义的管理人仅负责破产清算程序中的管理工作，所以又称破产管理人，如前述概 念。广义的管理人则还在和解、重整程序中承担管理、监督工作。我国《企业破产法》 规定，管理人的工作自案件受理开始，横贯破产清算、和解与重整三个程序，使用是广义 的管理人概念。

作为债务人财产的管理人，必须具有独立的法律地位，在破产案件中与债权人、债务人 等不存在可能影响其公正从事管理活动的利害关系，并具有相应的专业能力。为此，各国破 产立法均规定由律师、注册会计师等具有专门知识与较高社会诚信力的专业人士担任管理人。

《企业破产法》第二十二条规定，管理人由人民法院指定，指定管理人和确定管理人 报酬的办法，由最高人民法院规定。《企业破产法》颁布后，最高人民法院制定了《最高 人民法院关于审理企业破产案件指定管理人的规定》（以下简称《指定管理人规定》）和 《最高人民法院关于审理企业破产案件确定管理人报酬的规定》（以下简称《确定管理人 报酬规定》），以指导管理人制度的具体实施。

二、管理人的资格与指定

(一）管理人的资格

《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。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。个人担任管理人的，应当参加执业 责任保险。”对这一规定在理解与执行上需注意以下几个问题。

1.指定清算组担任管理人的案件范围

《指定管理人规定》综合考虑各方面的因素，在第十八条规定了可以指定清算组担任 管理人的案件范围。其一，破产申请受理前，根据有关规定已经成立的清算组，人民法院 认为符合司法解释有关规定的案件。这里的“根据有关规定已经成立的清算组”，包括所 有在破产申请受理前依有关法律、法规成立的清算组、清算委员会、行政清算组（行政 清理组）等。但并非所有这些清\*组都可以继续在破产案件中被指定为管理人，人民法

院应依照《企业破产法》及司法解释规定的条件审查清算组成员的适格性。不符合规定 时，应依法另行指定管理人。其二，《企业破产法》第一百三十三条规定的案件，即纳人 国家计划的国有企业政策性破产案件。由于国有企业政策性破产制度目前已被彻底废止， 此类案件将不复出现。其三，有关法律规定企业破产时成立清算组的案件，主要是指 《商业银行法》和《保险法》等规定的金融机构破产。这些立法大都是在《企业破产法》 颁布前制定，难以考虑到与管理人制度的衔接，也不可能将清算组称为管理人，从法理上 讲，本可以不予特别考虑。但因目前我国对金融机构的破产尚缺乏具体制度规定，为了解 决金融监督管理机构和相关行政部门参加破产程序、进行监督的需要，目前只能通过人民 法院指定清算组担任管理人的形式，使这些部门的人员通过成为清算组成员而参加到破产 程序中来。所以，从某种意义上讲，这是一个变通性办法。其四，人民法院认为可以指定 清算组为管理人的其他情形。此为兜底条款，为人民法院审理上述情形以外的破产案件确 需指定清算组为管理人的情况留下一定操作空间。需要强调指出的是，由中介机构担任管 理人是破产法所倡导的主导模式，指定清算组担任管理人仅以必要为前提，在管理人的指 定上，必须克服旧有的思维模式与操作惯例。

2. 个人担任管理人问题

《企业破产法》规定，中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的个人，也可以 担任管理人，但立法对哪些破产案件适合个人担任管理人未作明确界定。为利于统一执 法，《指定管理人规定》规定，对于事实清楚、债权债务关系简单、债务人财产相对集中 的企业破产案件，人民法院可以指定管理人名册中的个人为管理人。司法解释没有将指定 个人管理人的适用范围限定为小额破产案件，主要是考虑实践中破产案件的标的额标准复 杂、具体数额不易确定，尤其是在破产案件受理时就确定，有时虽然案件标的额较大，但 符合上述三个界定因素，并不会增加破产清算工作的难度与复杂性，仍可以由个人担任管 理人。此外，由个人担任管理人并非仅由一个个人完成破产案件的管理工作，管理人可以 聘任必要的工作人员。

3. 管理人的利害关系回避问题 ’-

《指定管理人规定》第二十三条规定：“社会中介机构、清算组成员有下列情形之一， 可能影响其忠实履行管理人职责的，人民法院可以认定为企业破产法第二十四条第三款第 三项规定的利害关系：（1)与债务人、债权人有未了结的债权债务关系；（2)在人民法 院受理破产申请前3年内，曾为债务人提供相对固定的中介服务；（3)现在是或者在人民 法院受理破产申请前3年内曾经是债务人、债权人的控股股东或者实际控制人；（4)现在 担任或者在人民法院受理破产申请前3年内曾经担任债务人、债权人的财务顾问、法律顾 问；（5)人民法院认为可能影响其忠实履行管理人职责的其他情形。”第二十四条规定： “清算组成员的派出人员、社会中介机构的派出人员、个人管理人有下列情形之一，可能 影响其忠实履行管理人职责的，可以认定为企业破产法第二十四条第三款第三项规定的利 害关系：（1)具有本规定第二十三条规定情形；（2)现在担任或者在人民法院受理破产 申请前3年内曾经担任债务人、债权人的董事、监事、高级管理人员；（3)与债权人或 者债务人的控股股东、董事、监事、高级管理人员存在夫妻、直系血亲、三代以内旁系血 亲或者近姻亲关系；（4)人民法院认为可能影响其公正履行管理人职责的其他情形?”

(二）管理人的指定

根据《企业破产法》规定，管理人由人民法院指定。在实践中，并非所有的中介机 构及个人都具备担任管理人的客观能力与主观意愿，《指定管理人规定》设置了管理人名 册制度。由人民法院根据本地破产案件发生数量从报名者中择优确定编人管理人名册的人 数，并从编入管理人名册的中介机构及其取得执业资格的成员中实际指定管理人。人民法 院对管理人名册实行动态管理，根据破产案件发生的数量、编人管理人名册者的工作考核 情况以及社会中介机构和个人的情况变化，适时调整名册，加以增删，以适应审理破产案 件的实际需要。

根据《指定管理人规定》，目前，指定管理人主要有随机、竞争、接受推荐三种方 式。第一，随机方式。随机方式包括抽签、摇号、轮候等形式。随机方式指定管理人通常 可以排除人为干预，其程序公开、透明，有利于防止人民法院的有关人员行使权力寻租现 象的发生，但是也存在指定的管理人业务能力可能与案件管理的实际要求不相符等弊端。 第一，竞争方式。《指定管理人规定》第二十一条规定：“对于商业银行、证券公司、保 险公司等金融机构或者在全国范围有重大影响、法律关系复杂、债务人财产分散的企业破 产案件，人民法院可以采取公告的方式，邀请编人各地人民法院管理人名册中的社会中介 机构参与竞争，从参与竞争的社会中介机构中指定管理人。参与竞争的社会中介机构不得 少于三家。采取竞争方式指定管理人的，人民法院应当组成专门的评审委员会。评审委员 会应当结合案件的特点，综合考量社会中介机构的专业水准、经验、机构规模、初步报价 等因素，从参与竞争的社会中介机构中择优指定管理人。被指定为管理人的社会中介机构 应经评审委员会成员1/2以上通过。采取竞争方式指定管理人的，人民法院应当确定一至 两名备选社会中介机构，作为需要更换管理人时的接替人选。”以竞争方式指定管理人有 利于确定最优者担任管理工作，但是也存在可能有人为因素影响、指定程序复杂、期间较 长等问题。第三，接受推荐的方式。对于经过行政清理、清算的商业银行、证券公司、保 险公司等金融机构的破产案件，人民法院可以在金融监督管理机构推荐的已编入管理人名 册的社会中介机构中指定管理人。

在由清算组担任管理人时，对清算组成员的指定方法，《指定管理人规定》第十九条 规定：“清算组为管理人的，人民法院可以从政府有关部门、编入管理人名册的社会中介 机构、金融资产管理公司中指定清算组成员，人民银行及金融监督管理机构可以按照有关 法律和行政法规的规定派人参加清算组。”

人民法院指定社会中介机构或者清算组担任管理人的，应当同时根据中介机构或清算 组的推荐，指定管理人负责人。社会中介机构或者清算组需要变更管理人负责人的，应当 向人民法院申请更换。

管理人无正当理由，不得拒绝人民法院的指定。《指定管理人规定》第三十九条对管 理人拒绝指定行为规定有相应处罚，可以决定停止其担任管理人1年至3年，或将其从管 理人名册中除名。 、

《企业破产法》第二十二条第二款规定，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，债权人会议可以申请人民法院予以更换。《指定管理人规定》 对管理人的更换原因加以释明，以列举的方式分别对机构管理人和个人管理人的法定更换 事由作出明确规定。其第三十三条规定：“社会中介机构管理人有下列情形之一的，人民' 法院可以根据债权人会议的申请或者依职权径行决定更换管理人：（1)执业许可证或者

营业执照被吊销或者注销；（2)出现解散、破产事由或者丧失承担执业责任风险的能力； (3)与本案有利害关系；（4)履行职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损 害；（5)有本规定第二十六条规定的情形（社会中介机构或者个人有重大债务纠纷或者 因涉嫌违法行为正被相关部门调查的）。清算组成员参照适用前款规定。”其第三十四条 规定：“个人管理人有下列情形之一的，人民法院可以拫据债权人会议的申请或者依职权 径行决定更换管理人：（1)执业资格被取消、吊销；（2)与本案有利害关系；（3)履行 职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害；（4)失踪、死亡或者丧失民事 行为能力；（5)因健康原因无法履行职务；（6)执业责任保险失效；（7)有本规定第二 十六条规定的情形。清算组成员的派出人员、社会中介机构的派出人员参照适用前款规 定。”在更换管理人时，除竞争方式外，通常可以按原指定方式进行。

三、管理人的报酬

管理人履行职责，付出劳动，应当获得合理的报酬。《企业破产法》第二十八条规 定：“管理人的报酬由人民法院确定。”

根据《确定管理人报酬规定》规定，管理人获得的报酬是纯报酬，不包括其因执行 职务、进行破产管理工作中需支付的其他费用，如公告费用、变价财产费用等。《确定管 理人报酬规定》第二条规定：“人民法院应根据债务人最终清偿的财产价值总额，在以下 比例限制范围内分段确定管理人报酬：（1)不超过100万元（含本数，下同）的，在 12%以下确定；（2)超过100万元至500万元的部分，在10%以下确定；（3)超过500 万元至1 000万元的部分，在8%以下确定；（4)超过1 000万元至5 000万元的部分，在 6%以下确定；（5)超过5 000万元至1亿元的部分，在3%以下确定；（6)超过1亿元 至5亿元的部分，在1%以下确定；（7)超过5亿元的部分，在0.5%以下确定。担保权 人优先受偿的担保物价值，不计入前款规定的财产价值总额。高级人民法院认为有必要 的，可以参照上述比例在30%的浮动范围内制定符合当地实际情况的管理人报酬比例限 制范围，并通过当地有影响的媒体公告，同时报最高人民法院备案。”

在上述规定中只规定了管理人报酬提取比例的上限，人民法院在具体确定或者调整管 理人报酬方案时，应当考虑以下因素：（1)破产案件的复杂性；（2)管理人的勤勉程度； (3)管理人为重整、和解工作作出的实际贡献；（4)管理人承担的风险和责任；（5)债 务人住所地居民可支配收入及物价水平；（6)其他影响管理人报酬的情况。对于债务人 财产不足以支付破产费用或者对债权人没有财产可供清偿分配的案件，人民法院可以考虑 根据管理人工作的时间等情况确定其相应报酬。

人民法院采取公开竞争方式指定管理人的，可以根据社会中介机构提出的报价确定管 理人报酬方案，报酬比例不得超出上述限制范围。

清算组中有关政府部门派出的工作人员参与工作的，不收取报酬。其他机构或人员的 报酬根据其履行职责的情况确定。

对于担保物的价值是否计人管理人报酬计酬基数内，各国规定有所不同。在我国的司 法实践中，破产案件受理后，有些担保财产如机器设备等抵押物处于管理人的占有与管理 之下，有些担保物如质押物、留置物则因被债权人占有，通常无需管理人的管理工作，债 权人就可以通过对担保物的执行实现其权利。此外，有些不需要移转占有的担保物如土地

使用权、股权、商标权等，本身不存在管理、维护工作，至多是在变价处分时，可能需要 管理人做一些简单安排。综合考虑这些情况，我国立法规定，担保权人优先受偿的担保物 价值原则上不计入管理人报酬的标的额。《确定管理人报酬规定》第十三条规定：“管理 人对担保物的维护、变现、交付等管理工作付出合理劳动的，有权向担保权人收取适当的 报酬。管理人与担保权人就上述报酬数额不能协商一致的，人民法院应当参照本规定第二 条规定的方法确定，但报酬比例不得超出该条规定限制范围的10%。”

管理人经人民法院许可，可以聘用必要的工作人员。《企业破产法》第四十一条规 定，管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用为破产费用。为避免管理人重复 计酬收费，必须对破产费用的支出加以限定。其中，最可能发生重复计酬问题的，是管理 人聘请工作人员的费用，如不加控制，可能出现管理人将其工作全部聘请工作人员完成， 并从破产财产中支付聘请工作人员的费用，而自己白拿报酬的现象。《确定管理人报酬规 定》第十四条规定：“律师事务所、会计师事务所通过聘用本专业的其他社会中介机构或 者人员协助履行管理人职责的，所需费用从其报酬中支付。破产清算事务所通过聘用其他 社会中介机构或者人员协助履行管理人职责的，所需费用从其报酬中支付。”

人民法院受理破产申请后，应当对债务人可供清偿的财产价值和管理人的工作量作出 预测，初步确定管理人的报酬方案，包括管理人报酬比例和收取时间等，并在方案确定后 3曰内书面通知管理人。

管理人应当在第一次债权人会议上报告管理人报酬方案内容。管理人、债权人会议对 管理人报酬方案有不同意见，可以进行协商。双方就调整管理人报酬方案内容协商一致 的，管理人应向人民法院书面提出具体的请求和理由，并附相应的债权人会议决议。人民 法院经审查认为上述请求和理由不违反法律和行政法规强制性规定，且不损害他人合法权 益的，应当按照双方协商的结果调整管理人报酬方案。

债权人会议对管理人报酬有异议，无法与管理人协商一致的，应当向人民法院书面提 出具体的请求和理由。异议书应当附有相应的债权人会议决议。人民法院应当自收到债权 人会议异议书之日起3日内通知管理人。管理人应当自收到通知之日起3日内作出书面说 明。人民法院认为有必要的，可以举行听证会，听取当事人意见。人民法院应当自收到债 权人会议异议书之日起10日内，就是否调整管理人报酬问题书面通知管理人、债权人委 员会或者债权人会议主席。

人民法院确定管理人报酬方案后，可以根据破产案件和管理人履行职责的实际情况进 行调整，并在调整方案确定后3日内书面通知管理人。管理人应当自收到上述通知之日起 3曰内，向债权人委员会或者债权人会议主席报告管理人报酬方案调整内容。

管理人发生更换的，人民法院应当分别确定更换前后的管理人报酬。其报酬比例总和 不得超出司法解释规定的限制范围。

最终确定的管理人报酬及收取情况，应列入破产财产分配方案。在和解、重整程序 中，管理人报酬方案内容应列人和解协议草案或重整计划草案，报债权人会议审查通过。

四、管理人的职责与责任

管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务。根据《企业破产法》规定，管理人履行下列 职责：（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；0)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。《企业破产法》第二十六 条规定：“在第一次债权人会议召开之前，管理人决定继续或者停止债务人的营业或者有 本法第六十九条规定行为之一的，应当经人民法院许可。”此外，《企业破产法》对管理 人在重整等程序中的职责另有具体规定。

管理人依法执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监 督。管理人应当列席债权人会议，向债权人会议报告职务执行情况，并回答询问。管理人 没有正当理由不得辞去职务。管理人辞去职务应当经人民法院许可。

管理人未依法勤勉尽责，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。

一％债务人财产的一般规定

(一）债务人财产的范围

根据《企业破产法》第三十条规定，债务人财产包括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。债务人财产在破产 宣告后改称为破产财产，但是在两个称谓之下的财产范围是一致的。据此规定，确定债务 人财产范围的界定时点是破产申请受理时，而不是破产宣告时；已作为担保物的财产也属 于债务人财产。 '

最高人民法院在《破产法司法解释（二）》中对破产财产的具体范围作出规定，指出 “除债务人所有的货币、实物外，债务人依法享有的可以用货币估价并可以依法转让的债 权、股权、知识产权、用益物权等财产和财产权益，人民法院均应认定为债务人财产”。 但“下列财产不应认定为债务人财产：（一）债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借 用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产；（二）债务人在所有权保 留买卖中尚未取得所有权的财产；（三）所有权专属于国家且不得转让的财产；（四）其 他依照法律、行政法规不属于债务人的财产”。

债务人已依法设定担保物权的特定财产，属于债务人财产。债务人的特定财产在担保 物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分，在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务 和其他破产债权。

债务人对按份享有所有权的共有财产的相关份额，或者共同享有所有权的共有财产的 相应财产权利，以及依法分割共有财产所得部分，属于债务人财产。人民法院宣告债务人 破产清算，属于共有财产分割的法定事由。人民法院裁定债务人重整或者和解的，共有财 产的分割应当依据物权法第九十九条的规定进行；基于重整或者和解的需要必须分割共有

财产的，管理人有权请求分割。因分割共有财产导致其他共有人损害产生的债务，作为共 益债务清偿。 .

(二）债务人财产的收回

人民法院受理破产申请后，管理人的一项重要工作就是清理债务人财产，追收财产。 债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资， 而不受出资期限的限制。所谓债务人的出资人尚未完全履行出资义务，是指该出资人因出 资分期缴纳期限未到而没有缴纳认缴的出资、出资缴纳期限已到而没有缴纳或全部缴纳认 缴的出资，广义上还包括缴纳出资后又抽逃出资的情况。根据《公司法》规定，出资人 是以认缴的而不是实缴的出资或股份对公司承担责任，所以在企业破产时，出资人必须立 即缴纳所认缴的出资，而不受原出资期限是否已到的限制。管理人代表债务人提起诉讼， 主张出资人向债务人依法缴付未履行的出资或者返还抽逃的出资本息，出资人以认缴出资 尚未届至公司章程规定的缴纳期限或者违反出资义务已经超过诉讼时效为由抗辩的，人民 法院不予支持。管理人依据公司法的相关规定代表债务人提起诉讼，主张公司的发起人和 负有监督股东履行出资义务的董事、高级管理人员，或者协助抽逃出资的其他股东、董 事、高级管理人员、实际控制人等，对股东违反出资义务或者抽逃出资承担相应责任，并 将财产归人债务人财产的，人民法院应予支持。

为维护债权人及债务人的合法权益，《企业破产法》第三十六条规定：“债务人的董 事、.监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收人和侵占的企业财产，管理人应 当追回。”《破产法司法解释（二）》第二十四条规定："债务人有企业破产法第二条第一 款规定的情形(即发生破产原因)时，债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权获 取的以下收人，人民法院应当认定为企业破产法第三十六条规定的非正常收入：（一）绩 效奖金；（二）普遍拖欠职工工资情况下获取的工资性收人；（三）其他非正常收入。债 务人的事、监事和高级管理人员拒不向管理人返还上述债务K财产,符J:丨I! K屯张L；ii： K Vi .i H Wi;的.人V U!i. Ui o人的>'ii： \_Ji:、 和高级管理人员因返还第一款第 ()丨….、來(?:)叫Ihl:常收人P成.的丨m uUUfl:为没通破产债权清偿。因返还第一 (■：.) j'Ji丨人形成的m依训企、丨卜嗔一百一十三条第款的规定， \_丨々-照戌企、丨M只.1:十小.丨丨:货n\_V):的部分作为他欠职丨：高出该企业职工平均工资计 算的部分:，可以作为普通破产债权淸偿”

竹评人(mU;.丨iVAH K、丨iWr &的出资人收丨?人财产的養任。债权人通过 .丨丨,:咖a. U以成ri iH人?.:■ i'- ； Tv J'l!人依;太I'11丨(A: yj-人、债务人的出资人等追收债务 人财丨、' 竹m Ihm!h绝ill收的' ikH IV丨人民法院更换管理人，人民

法院对其请求应予支持。管观人不予追收，个别债权人代表全体债权人提起相关诉讼、主 次/、吐m丨1丨('/彳人丨丨':丨出7i〈c人^'i I'1! fi!'. & K'iu Jk it hm. 人财产，或者依法申请合并 破产的，人民法院应予受理.，

人it」、丨mw1/产屮in/,-；■ 丨、nj-以讪坎仏；7戍者提#为廣权人接受的担

保収M质物、衍m\ I'V/ili人!；ir fi-.的y7o成汁{.^1： III u,在质物：；置物的价值 丨n: m丨促的侦杈如in、丨,丨1灰听物成/f!vnv!:物、1丨iij的山?场价a为限。否叫.忒iif能出现对 实际上并无担倮的债权优先偏袒清偿的情况。管理人拟通过清偿债务或苦提供担保取回质 物、留置物，或者与质权人、留置权人协议以质物、留置物抵i清偿债备等亦式，进行对

债权人利益有重大影响的财产处分行为的，应当及时报告债权人委员会。未设立债权人委 员会的，管理人应当及时报告人民法院。

二、破产撤销权与无效行为

《企业破产法》规定了破产撤销权与无效行为。撤销权是指管理人对债务人在破产案 件受理前的法定期间内进行的欺诈逃债或损害公平清偿的行为，有申请法院撤销，并追回 财产的权利。我国破产法上的无效行为则是针对《民法通则》、《合同法》等规定的无效 行为在破产程序中的表现特点作出的强调性规定，在法律上并无实质性新内容，只是为突 出对破产欺诈行为的打击。

债务人陷于破产境地后，其财产全部用于清偿债权人尚且不足，对财产已经丧失实际 利益，但仍掌握着财产处分权力。这时其出于种种不良利益动机极易发生道德风险，往往 会在破产案件受理前竭力转移财产、逃避债务，或对个别债权人进行偏袒性清偿。一些债 权人也会利用各种不正当手段争夺清偿，从而造成经济秩序混乱，使破产法公平、有序清 偿之目的无法实现。由于破产程序启动后，债务人财产被管理人接管，债务人丧失财产控 制权，所以上述违法行为集中发生在破产案件受理前夕、债务人仍控制其财产的期间内。 要实现破产法保障公平清偿的宗旨，就必须制定相应的行为规则，使债务人诚信地承担债 务责任，并对债务人在此期间进行的不当财产处分行为采取必要的法律措施加以纠正，恢 复、保全债务人的责任财产，实现破产财产在全体债权人间的公平分配，这便是设置撤销 权的目的。破产法以维护债务公平清偿为首要目标，撤销权则是维护公平清偿的关键环 节，故各国均将撤销权视为破产法上最重要的制度之一。

民法与合同法中规定有撤销权，破产撤销权也是依民法撤销权的原理产生的，但两者 有一定区别。破产撤销权针对债务人丧失清偿能力的特殊情况设置，适用范围同民法撤销 权有所不同。破产法规定的一些可撤销行为，在债务人有清偿能力时是具有法律效力的， 属于债务人对其民事权利的处分，如对原无担保的债务提供物权担保，对未到期的债权提 前清偿等。但在债务人丧失清偿能力时，因违背公平清偿原则，这些行为便属于损害债权 人团体利益的欺诈行为或偏袒清偿行为，应予撤销。民法撤销权的行使主体为当事人和利 害关系人，而破产撤销权要维护的是债权人团体的利益而不是个别债权人的利益，所以在 破产程序中应由管理人统一行使，故破产撤销权存在利益主体与行使主体分离的现象。由 于管理人并非直接利害关系人，其依法行使包括撤销权在内的破产事务管理职权，实质上 是为债权人的利益工作，所以对其而言，及时依法行使撤销权不仅是权利，而且也是一项 义务。管理人应当在规定的时效期间内行使撤销权以维护债权人权益，并在违背义务时承 担相应的法律责任。《破产法司法解释（二）》第九条规定：“管理人依据企业破产法第三 十一条和第三十二条的规定提起诉讼，请求撤销涉及债务人财产的相关行为并由相对人返 还债务人财产的，人民法院应予支持。管理人因过错未依法行使撤销权导致债务人财产不 当减损，债权人提起诉讼主张管理人对其损失承担相应赔偿责任的，人民法院应予支 持”。此外，两类撤销权在行为的主观构成要件、适用条件等方面也存在一定区别，所以 民法与合同法上的撤销权在与破产撤销权不相冲突的情况下，可以在破产程序中并行适 用，但冲突时破产撤销权优先适用。

撤销权是为防止债权人的利益受到侵害，故从理论上讲，其构成应有债权人利益因该

行为受损的事实，即可撤销行为发生在债务人存在破产原因的情况下。立法如采用这一实 质判断原则较为公平，但因时过境迁、信息不对称，存在债权人举证困难、法官判断困难 问题，在实践中甚难实行。我国破产法采用程序判断原则，只要债务人的特定行为发生在 法定期间内，即构成可撤销行为，立法一般不再对被撤销行为实施时债务人是否存在破产 原因作实质判断，债务人与第三人主观上是否为恶意原则上也不影响撤销权的行使，据此 可以解决举证责任等问题，更好地维护债权人利益。

《企业破产法》对破产无效行为和撤销权制度作了全面规定，其第三十三条规定： “涉及债务人财产的下列行为无效：（1)为逃避债务而隐匿、转移财产的；（2)虚构债务 或者承认不真实的债务的。”其中，“为逃避债务”而隐匿、转移财产，是指债务人的行 为客观上构成逃避债务的后果，而不是要求债务人主观上必须具有逃避债务的目的。因为 无论债务人有无逃避债务的目的，其在丧失清偿能力时隐匿、转移财产，本身就是客观上 损害债权人利益的无效行为，如以主观目的作为认定行为无效的构成要件，则存在难以克 服的举证与判定问题。管理人依据上述法律规定提起诉讼，主张被隐匿、转移财产的实际 占有人返还债务人财产，或者主张债务人虚构债务或者承认不真实债务的行为无效并返还 债务人财产的，人民法院应予支持。

《企业破产法》第三十一条规定：“人民法院受理破产申请前1年内，涉及债务人财 产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：（1)无偿转让财产的；（2)以明显 不合理的价格进行交易的；（3)对没有财产担保的债务提供财产担保的；（4)对未到期 的债务提前清偿的；（5)放弃债权的。”在具体理解与执行上，“无偿转让财产”行为中 的“财产”，既包括实物财产也包括财产性权利。此类行为之所以被撤销，是因为行为的 无偿性减少了债务人财产，侵害了债权人的清偿利益，所以在无偿行为的方式上并不完全 局限于“转让”这一种类型，无偿设置用益物权等其他无偿行为也应包括在内。“以明显 不合理的价格进行交易”，也属于损害债权人清偿利益的行为。虽然在交易中价格条件的 不合理往往是实践中表现最为突出的问题，但由于不合理的交易条件不仅限于价格一项， 故交易对象、付款条件、付款期限等其他交易条件明显不合理的不公平交易，也可以撤 销。人民法院根据管理人的请求撤销对债务人财产以明显不合理价格进行的交易的，买卖 双方应当依法返还从对方获取的财产或者价款。因撤销该交易，债务人所产生的应返还受 让人已支付价款的债务，作为共益债务清偿。“对没有财产担保的债务提供财产担保”， 是指对原来已经成立的债务补充设置物权担保，因其使被提供担保的债权人得到本不享有 的优惠清偿利益，所以应当撤销，但于可撤销期间内在设定债务的同时为债务提供的财产 担保不包括在内，因其是有对价的行为。“对未到期的债务提前清偿”，是指对在破产申 请受理之后才到期的债务，提前到破产申请受理之前清偿，因其使原本只能在破产程序中 得到部分比例清偿甚至得不到清偿的该债权得到了偏袒性的全额清偿，所以应当予以撤 销。所谓债权“未到期”专指在破产申请受理时尚未到期。但是，不符合这一构成条件 的清偿则应予以保护。《破产法司法解释（二）》第十二条规定：“破产申请受理前一年内 债务人提前清偿的未到期债务，在破产申请受理前已经到期，管理人请求撤销该清偿行为 的，人民法院不予支持。但是，该清偿行为发生在破产申请受理前六个月内且债务人有企 业破产法第二条第一款规定情形的除外”。“放弃债权”即债务免除、放弃权利，是指以 明示或默示的方式放弃对他人的债权，包括放弃债权等权利、不为诉讼时效的中断、撤回

诉讼、对诉讼标的之舍弃等，此类行为在其他国家立法中通常归属于无偿行为之列。为了 维护债务人财产，《破产法司法解释（二）》第十九条规定：“债务人对外享有债权的诉讼 时效，自人民法院受理破产申请之日起中断。债务人无正当理由未对其到期债权及时行使 权利，导致其对外债权在破产申请受理前一年内超过诉讼时效期间的，人民法院受理破产 申请之日起重新计算上述债权的诉讼时效期间”。

合同法上的撤销权在与破产撤销权不冲突的情况下，也可以在破产程序中并行行使。 《破产法司法解释（二）》第十三条规定：“破产申请受理后，管理人未依据企业破产法第 三十一条的规定请求撤销债务人无偿转让财产、以明显不合理价格交易、放弃债权行为 的，债权人依据合同法第七十四条等规定提起诉讼，请求撤销债务人上述行为并将因此追 回的财产归入债务人财产的，人民法院应予受理。相对人以债权人行使撤销权的范围超出 债权人的债权抗辩的，人民法院不予支持”。

《企业破产法》第三十二条规定：“人民法院受理破产申请前6个月内，债务人有本 法第二条第一款规定的情形，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以 撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。”这是对债务人在发生破产原因时清偿 到期债务行为的撤销。债务人发生破产原因，本应及时申请破产，以减少债权人的损失并 保障公平清偿。但其不申请破产，反而继续个别清偿债务，这就可能会造成清偿不公，出 现债务人对其关联人的债务优先偏袒性清偿等，所以虽是对到期债务的清偿，法律规定也 可予以撤销。但此条规定在适用时需要加以适当限制，否则会影响到正常的债务清偿秩 序。首先，“对个别债权人进行清偿”，是指对无物权担保债权人的个别清偿，对有物权 担保债权人在担保物的市价范围内所做的清偿不受限制。其次，应将可撒销行为限定在恶 意所为、具有不公平效果的范围内。对清偿是否存在恶意，可以根据被清偿的债权人与债 务人有无关联关系或其他特殊利益关系，债务清偿是否具有必要性、急迫性、合理性等分 析确认。《破产法司法解释（二）》第十六条规定：“债务人对债权人进行的以下个别清 偿，管理人依据企业破产法第三十二条的规定请求撤销的，人民法院不予支持：（1)债 务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的；（2)债务人支付劳动报酬、人身损害 赔偿金的；（3)使债务人财产受益的其他个别清偿”。其第十五条还规定：“债务人经诉 讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿，管理人依据企业破产法第三十二条的规定 请求撤销的，人民法院不予支持。但是，债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益的 除外”。

为了解决经过行政清理或强制清算程序转人破产程序的企业其可撤销行为的起算时间 被延误问题，《破产法司法解释（二）》第十条规定：“债务人经过行政清理程序转入破产 程序的，企业破产法第三十一条和第三十二条规定的可撤销行为的起算点，为行政监管机 构作出撤销决定之日。债务人经过强制清算程序转人破产程序的，企业破产法第三十一条 和第三十二条规定的可撤销行为的起算点，为人民法院裁定受理强制清算申请之日”。

撤销权与对无效行为的矫正原则上应由管理人统一行使。《企业破产法》第三十四条 规定：“因本法第三十一条、第三十二条或者第三十三条规定的行为而取得的债务人的财 产，管理人有权追回。”但是在重整程序中，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产 和营业事务，其职权相当于管理人。此时，在不与债务人利益发生冲突的情况下，撤销权 等也可由债务人自行行使，管理人负责监督。但如与债务人利益发生冲突，撤销权等应由

管理人行使，以保护债权人权益。

《企业破产法》完善了对可撤销行为的法律责任制度，其第一百二十八条规定：“债 务人有本法第三十一条、第三十二条、第三十三条规定的行为，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。”《破产法司法解释（二）》第十 八条规定：“管理人代表债务人依据企业破产法第一百二十八条的规定，以债务人的法定 代表人和其他直接责任人员对所涉债务人财产的相关行为存在故意或者重大过失，造成债 务人财产损失为由提起诉讼，主张上述责任人员承担相应赔偿责任的，人民法院应予支 持”。

2006年6月29日，第十届全国人大常委会第22次会议通过了《中华人民共和国刑 法修正案（六）》，自公布之日起施行。该修正案的第六条规定：“公司、企业通过隐匿财 产、承担虚构的债务或者以其他方式转移财产、处分财产，实施虚假破产，严重损害债权 人或者其他人利益的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑 或者拘役，并处或者单处2万元以上20万元以下罚金。”此外，《企业破产法》还规定， 对其他违反该法规定，构成犯罪的行为，也要依法追究刑事责任。

根据《企业破产法》规定，在破产清算程序终结后两年内，债权人可以行使破产撤 销权或针对债务人的无效行为而追回财产。在此期间内追回的财产，应用于对全体债权人 分配。在破产清算程序终结两年之后，债权人发现因无效行为而应追回的财产，或者可行 使民法、合同法上的撤销权追回的财产时，仍可行使相应权利追回财产，但追回的财产一 般不再按照破产法规定用于对全体债权人清偿，而是用于对追回财产的债权人个别清偿。

三、取回权

(一）一般取回权

破产法上的取回权分为一般取回权与特别取回权。《企业破产法》第三十八条规定： “人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通 过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。”这是对一般取回权的规定。.所谓“本法另 有规定的除外”，主要是指在重整程序中行使取回权应当符合事先约定的条件。《破产法 司法解释（二）》第四十条规定：“债务人重整期间，权利人要求取回债务人合法占有的 权利人的财产，不符合双方事先约定条件的，人民法院不予支持。但是，因管理人或者自 行管理的债务人违反约定，可能导致取回物被转让、毁损、灭失或者价值明显减少的除 外”。

取回权的基础权利主要是物权，尤其是所有权，但也不完全排除依债权产生取回权的 特殊情况。司法实践中，取回权主要表现为加工承揽人破产时，定作人取回定作物；承运 人破产时，托运人取回托运货物；承租人破产时，出租人收回出租物；保管人破产时，寄 存人或存货人取回寄存物或仓储物；受托人破产时，信托人取回信托财产等等。

一般取回权在破产案件受理后形成，其行使不受原约定条件、期限的限制，也不受破 产程序限制（重整程序除外），在无争议时无须通过诉讼程序，但因财产在管理人占有之 下，权利人须通过其取回财产。权利人在取回定作物、保管物等财产时，存在对待给付义 务的，应向管理人交付相应费用。《破产法司法解释（二）》第二十八条规定：“权利人行 使取回权时未依法向管理人支付相关的加工费、保管费、托运费、委托费、代销费等费

用，管理人拒绝其取回相关财产的，人民法院应予支持”。权利人依法向管理人主张取回 相关财产，管理人不予认可，权利人有权以债务人为被告向人民法院提起诉讼请求行使取 回权。权利人依据人民法院或者仲裁机关的相关生效法律文书向管理人主张取回所涉争议 财产，管理人以生效法律文书错误为由拒绝其行使取回权的，人民法院不予支持。权利人 行使取回权，应当在破产财产变价方案或者和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决 前向管理人提出。权利人在上述期限后主张取回相关财产的，应当承担延迟行使取回权增 加的相关费用。

对债务人占有的权属不清的、鲜活易腐等不易保管的财产或者不及时变现价值将严重 贬损的财产，管理人应当及时变价并提存变价款，有关权利人可以就该变价款行使取回 权。在通常情况下，一般取回权的行使只限于取回原物。如原物被违法转让，便需要根据 不同具体情况确定相应的处理方法。《破产法司法解释（二）》第三十条规定：“债务人占 有的他人财产被违法转让给第三人，依据物权法第一百零六条的规定第三人已善意取得财 产所有权，原权利人无法取回该财产的，人民法院应当按照以下规定处理：（1)转让行 为发生在破产申请受理前的，原权利人因财产损失形成的债权，作为普通破产债权清偿； (2)转让行为发生在破产申请受理后的，因管理人或者相关人员执行职务导致原权利人 损害产生的债务，作为共益债务清偿”。第三十一条规定：“债务人占有的他人财产被违 法转让给第三人，第三人已向债务人支付了转让价款，但依据物权法第一百零六条的规定 未取得财产所有权，原权利人依法追回转让财产的，对因第三人已支付对价而产生的债 务，人民法院应当按照以下规定处理：（1)转让行为发生在破产申请受理前的，作为普 通破产债权清偿；（2)转让行为发生在破产申请受理后的，作为共益债务清偿”。

债务人占有的他人财产毁损、灭失，因此获得的保险金、赔偿金、代偿物尚未交付给 债务人，或者代偿物虽已交付给债务人但能与债务人财产相区分的，权利人有权主张取回 就此获得的保险金、赔偿金、代偿物，这就是代偿取回权。代偿取回权是对一般取回权制 度的必要补充。代偿取回权行使的基本前提，是代偿物与债务人的其他财产能够加以区 分。如果保险金、赔偿金已经交付给债务人，且不能与债务人财产相区分，人民法院应当 按照以下规定处理：（1)财产毁损、灭失发生在破产申请受理前的，权利人因财产损失 形成的债权，作为普通破产债权清偿；（2)财产毁损、灭失发生在破产申请受理后的， 因管理人或者相关人员执行职务导致权利人损害产生的债务，作为共益债务清偿。债务人 占有的他人财产毁损、灭失，没有获得相应的保险金、赔偿金、代偿物，或者保险金、赔 偿物、代偿物不足以弥补其损失的部分，也应按照上述原则处理。

管理人或者相关人员在执行职务过程中，因故意或者重大过失不当转让他人财产或者 造成他人财产毁损、灭失，导致他人损害产生的债务作为共益债务，由债务人财产随时清 偿不足弥补损失，权利人向管理人或者相关人员主张承担补充赔偿责任的，人民法院应予 支持。上述债务作为共益债务由债务人财产随时清偿后，债权人有权以管理人或者相关人 员执行职务不当导致债务人财产减少给其造成损失为由提起诉讼，主张管理人或者相关人 员承担相应赔偿责任。此外，权利人的财产在破产申请受理前被非法转让，在破产程序中 未能获得足额清偿的，权利人有权以债务人的董事、高级管理人员侵害其权利为由提起诉 讼，主张相关人员承担相应赔偿责任。

(二）出卖人取回权

《企业破产法》第三十九条规定：“人民法院受理破产申请时，出卖人已将买卖标的 物向作为买受人的债务人发运，债务人尚未收到且未付清全部价款的，出卖人可以取回在 运途中的标的物。但是，管理人可以支付全部价款，请求出卖人交付标的物。”这是对特 别取回权中出卖人取回权的规定。

买受人在破产申请受理时尚未付清货款，同时也没有收到货物，尚未取得货物的所有 权。如不允许出卖人对尚属于自己的货物行使取回权，货物在管理人收到后被纳人破产财 产，?其未得到支付的货款便只能作为破产债权受偿，有失公平。为此，破产法特设立出卖 人取回权。

《破产法司法解释（二）》第三十九条规定：“出卖人依据企业破产法第三十九条的规 定，通过通知承运人或者实际占有人中止运输、返还货物、变更到达地，或者将货物交给 其他收货人等方式，对在运途中标的物主张了取回权但未能实现，或者在货物未达管理人 前已向管理人主张取回在运途中标的物，在买卖标的物到达管理人后，出卖人向管理人主 张取回的，管理人应予准许。出卖人对在运途中标的物未及时行使取回权，在买卖标的物 到达管理人后向管理人行使在运途中标的物取回权的，管理人不应准许”。

(三）所有权保留买卖合同的处理

所有权保留买卖合同，是当事人约定买受人未履行支付价款或者其他义务，标的物的 所有权属于出卖人的买卖合同。在所有权保留买卖合同的标的物所有权未依法转移给买受 人前，一方当事人破产的，该买卖合同属于双方均未履行完毕的合同，管理人有权依法决 定解除或者继续履行合同。

出卖人破产时，其管理人决定继续履行合同的，买受人应当按照原合同的约定支付价 款或者履行其他义务。买受人未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出 卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，出卖人管理人依法主张取回标的物 的，人民法院应予支持。但是，买受人已经支付标的物总价款百分之七十五以上或者第三 人善意取得标的物所有权或者其他物权的除外。因上述原因出卖人未能取回标的物的，管 理人有权依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任。

出卖人破产，其管理人决定解除合同的，有权依法要求买受人向其交付买卖标的物。 买受人以其不存在未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者 作出其他不当处分情形抗辩的，人民法院不予支持。买受人将买卖标的物交付出卖人管理 人后，在合同履行中依法履行义务者，其已支付价款损失形成的债权作为共益债务清偿; 买受人在合同履行中违反约定义务的，其上述债权作为普通破产债权清偿。

买受人破产，其管理人决定继续履行合同的，原合同中约定的买受人支付价款或者履 行其他义务的期限在破产申请受理时视为到期，买受人管理人应当及时向出卖人支付价款 或者履行其他义务。买受人管理人无正当理由未及时支付价款或者履行完毕其他义务，或 者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害的，出卖人有权依法主 张取回标的物；但买受人已支付标的物总价款百分之七十五以上或者第三人善意取得标的 物所有权或者其他物权的除外。出卖人因上述情况未能取回标的物，有权主张买受人继续 支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任。对因买受人未支付价款或者未履 行完毕其他义务，以及买受人管理人将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分导致出卖 人损害产生的债务，作为共益债务清偿。

买受人破产，其管理人决定解除合同的，出卖人有权主张取回买卖标的物。出卖人取 回买卖标的物的，买受人管理人有权主张出卖人返还已支付价款。取回的标的物价值明显 减少给出卖人造成损失的，出卖人可从买受人已支付价款中优先予以抵扣，剩余部分返还 给买受人；对买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物价值减损损失形成的债权，作为 共益债务清偿。

四、抵销权

破产法上的抵销权，是指债权人在破产申请受理前对债务人即破产人负有债务的，无 论是否已到清偿期限、标的是否相同，均可在破产财产最终分配确定前向管理人主张相互 抵销的权利。《企业破产法》第四十条规定：“债权人在破产申请受理前对债务人负有债 务的，可以向管理人主张抵销。”破产抵销权是破产债权只能依破产程序受偿的例外，抵 销权实施的结果使该债权在抵销范围内得以由破产财产中得到全额、优先清偿。破产抵销 权是民法、合同法上的抵销权在债务人丧失清偿能力时的特别适用，故具有优先于民法、 合同法上抵销权适用的效力。但在破产程序中并不排斥民法、合同法上的抵销在不违背破 产法公平清偿原则下的适用，例如对破产费用、共益债务的抵销。

破产法上的抵销权只能由债权人向管理人提出行使，管理人（或债务人）不得主动 主张债务抵销。因为抵销权作为债权人的一项权利，是可以任由其行使或放弃的，而管理 人主动主张抵销，将使个别债权人受益，使破产财产减少，客观上对多数破产债权人不 利，与管理人应当为全体债权人共同利益活动的职责不符，故除非抵销能使债务人财产受 益，管理人不得主动主张抵销。债务人在重整程序中自行管理财产的，也应受不得主动主 张抵销的限制。《破产法司法解释（二）》第四十一条规定：“债权人依据企业破产法第四 十条的规定行使抵销权，应当向管理人提出抵销主张。管理人不得主动抵销债务人与债权 人的互负债务，但抵销使债务人财产受益的除外”。

债权人应当在破产财产最终分配确定之前向管理人主张破产抵销。所谓“破产财产 最后分配确定前”，在破产清算程序中，是指破产财产分配方案提交债权人会议表决之 前；在重整与和解程序中，是指和解协议草案、重整计划草案提交债权人会议表决之前。 债权人在破产财产最终分配确定之前有充裕的时间可以行使破产抵销权，如果允许其在破 产财产最终分配确定后还可以行使破产抵销权，则会影响破产程序进行。

管理人收到债权人提出的主张债务抵销的通知后，经审查无异议的，抵销自管理人收 到通知之日起生效。管理人对抵销主张有异议的，应当在约定的异议期限内或者自收到主 张债务抵销的通知之日起三个月内向人民法院提起诉讼。无正当理由逾期提起的，人民法 院不予支持。管理人以下列理由提出异议的，人民法\_不予支持：（1)破产申请受理时， 债务人对债权人负有的债务尚未到期；（2)破产申请受理时，债权人对债务人负有的债 务尚未到期；（3)双方互负债务标的物种类、品质不同。人民法院判决驳回管理人提起 的抵销无效诉讼请求的，该抵销自管理人收到主张债务抵销的通知之日起生效。

为防止破产抵销权被当事人所滥用，损害他人利益，各国破产法对抵销权的行使均规 定有禁止条款。《企业破产法》第四十条规定：“债权人在破产申请受理前对债务人负有 债务的，可以向管理人主张抵销。但是，有下列情形之一的，不得抵销：（1)债务人的 债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；（2)债权人巳知债务人有不能清

偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者 有破产申请一年前所发生的原因而负担债务的除外；（3)债务人的债务人已知债务人有 不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因 为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而取得债权的除外。”

据此规定，以下几种情况在破产程序中禁止抵销：

第一，债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的，禁止抵销，因 为债权转手后的抵销会损害其他破产债权人的利益。通常，破产债权只能获得债权名义数 额一定比例的清偿，甚至得不到清偿，实际价值与收购价格远低于名义价值。但当它用于 抵销债务时，却可获得全额清偿，在破产清偿与抵销清偿之间有巨大的差额。如不禁止债 务人的债务人用破产申请受理后取得的他人破产债权对自己债务进行抵销，则势必出现债 务人低价收买破产债权以抵销须全额偿付的债务，损害其他破产债权人利益的现象。

第二，债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债 务的，禁止抵销；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因而负担 债务的除外。如不禁止此种情况下的抵销，就可能出现债权人在知道债务人有不能清偿到 期债务或者破产申请的事实时，通过购买债务人的财产形成负债，却恶意地不予清偿，待 到破产程序启动后再用其不能获得完全清偿的破产债权与该项债务进行抵销，使其他破产 债权人可分配破产财产减少。但债权人负担的债务，是因为法律规定如继承，或者是破产 申请一年前所发生的原因者除外。如在破产申请一年前当事人签订了企业合并合同，但延 迟至破产申请受理的一年内才完成工商变更登记，而企业的合并各方有的对债务人享有债 权，有的对债务人负有债务，合并后即可不受抵销禁止的限制。

第三，债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务 人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请一年前所发生的原因 而取得债权的除外。此项规定禁止抵销的理由与第一种情况实质相同，只不过因债务人的 债务人“已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实”，而将禁止抵销债权取得 的时间提前到破产申请受理前。所谓“对债务人取得债权”，一般是指取得他人对债务人 的债权，因为只有在此种情况下才存在取得债权成本与抵销清偿之间的差额，有利可图。 “但书”豁免禁止抵销的情况与前一项规定相同。

债权人以对债务人特定财产享有优先受偿权的债权进行抵销，因未损害其他债权人的 利益，不受上述禁止规定的限制。《破产法司法解释（二）》第四十五条规定：“企业破产 法第四十条所列不得抵销情形的债权人，主张以其对债务人特定财产享有优先受偿权的债 权，与债务人对其不享有优先受偿权的债权抵销，债务人管理人以抵销存在企业破产法第 四十条规定的情形提出异议的，人民法院不予支持。但是，用以抵销的债权大于债权人享 有优先受偿权财产价值的除外”。

如果当事人违反法律禁止抵销规定进行了抵销，管理人可以向法院申请认定抵销无 效。《破产法司法解释（二）》第四十四条规定：“破产申请受理前六个月内，债务人有企 业破产法第二条第一款规定的情形，债务人与个别债权人以抵销方式对个别债权人清偿， 其抵销的债权债务属于企业破产法第四十条第（二）、（三）项规定的情形之一，管理人 在破产申请受理之日起三个月内向人民法院提起诉讼，主张该抵销无效的，人民法院应予 支持”。

根据各国立法之惯例，股东之破产债权，不得与其欠缴的注册资本相抵销。通常破产 债权只能得到一部分清偿，甚至得不到清偿，其实际价值大大低于名义债额。如果允许股 东将其破产债权与欠缴的注册资本抵销，实际上是允许股东以其名不符实的破产债权不足 额地缴纳法律和公司章程中规定其应当全额缴纳的出资额，这不仅违反了资本充实原则， 而且也违反了《公司法》关于“作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产”的规 定，将严重损害其他债权人与公司的合法权益。对债务人股东滥用股东权利或者关联关系 损害公司利益对债务人所负的债务，也应当禁止抵销。为此，《破产法司法解释（二）》 第四十六条规定：“债务人的股东主张以下列债务与债务人对其负有的债务抵销，债务人 管理人提出异议的，人民法院应予支持：（1)债务人股东因欠缴债务人的出资或者抽逃 出资对债务人所负的债务丨（2)债务人股东滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对 债务人所负的债务”。

此外，其他法律、法规在实体法意义上规定禁止抵销的情况在破产程序中同样适用。 一些国家规定，因债务之性质不得抵销者，在破产程序中也禁止抵销，如养老金、抚养 费、抚恤金、生活费、工资、税收等。还有的国家规定，破产债权人因犯罪行为或侵权行 为而对破产人负担的债务原则上禁止抵销，以避免道德风险。这些规定对我国破产抵销权 的进一步完善具有借鉴意义。

五、破产费用与共益债务

(一）破产费用

在破产案件中，为保障破产程序顺利进行，维护全体债权人的共同利益，会产生各种 各样的费用支出；为在必要时继续破产企业的营业、继续履行合同、进行破产财产的管理 等，也可能会使破产财产负担一定的债务。旧破产法将这些费用与债务作统一规定，称为 破产费用，从破产财产中优先拨付。《企业破产法》则区分其性庳，分别规定为破产费用 与共益债务，并规定了债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务时两者的清偿顺 序，更为科学合理。

破产费用，是在破产程序中为全体债权人共同利益，因程序进行而支付的各项费用的 总称。《企业破产法》第四十一条规定：“人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破 产费用：（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，是在破产程序中发生的应由债务人财产负担的债务的总称。《企业破产 法》第四十二条规定：“人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：（i)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。”

(三）破产费用与共益债务的清偿

破产费用与共益债务均是以债务人财产为清偿对象的，并享有优先于其他债权的受偿

权。但是，它们优先受偿的范围仅限于债务人的无担保财产，对债务人的特定财产享有担 保权的权利人，仍对该特定财产享有优先于破产费用与共益债务受偿的权利。不过专为设 有担保权的特定财产而支出的费用，如担保财产的拍卖费用、维护费用等，可以从担保财 产的变价款中支付。

《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。人民法院应当自收到请求之日起15日内裁定终 结破产程序，并予以公告。”债务人财产虽然不足以支付所有破产费用，但是破产案件的 债权人、管理人、债务人的出资人或者其他利害关系人愿意垫付相关费用的，经人民法院 同意，破产程序可以继续进行。这样可以避免因债务人财产不足，反而使债务人或其董 事、监事、经理等高级管理人员的转移财产、逃避债务等违法行为无法纠正，不能追回财 产.，并使其逃脱法律制裁。

在债权人或债务人等提出破产清算申请时，人民法院即发现破产人财产可能不足以支 付破产费用、无财产可供分配的，应当先受理破产案件，在对此情况审查确认后作出破产 宣告，同时作出终结破产程序的裁定。这样可使当事人的债务关系得以合法终结，使债务 人企业依法退出市场。

—、破产债权申报的一般规则

破产债权是依破产程序启动前原因成立的，经依法申报确认，并得由破产财产中获得 障偿的可强制执行的财产请求权。但法律另有明文规定者除外。《企业破产法》第一百零 七条第二款规定，“人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称A破产债权”。据此， \_定破产债权的时点与破产程序启动的时点相统一，均为受理破产申请时，解决了旧法以 破产宣告作为确定破产债权的时点使破产申请受理后至破产宣告期伺新产生债权法律地位 :混乱的问题；对破产人的特定财产享有担释权的债权也属于破产偾权，未再对其作排除性 规定。

\ 债权申报是不确定多数债权人集体清偿程序中的一项必备制度，破产程序、清算程序 \_集体清偿程序中都存在债权申报问题。只有通过彳责权的申报，才能够确定有权参加清偿 丨的债权人范围，确定不同债权人间的清偿顺序，做葑対多数债权人的有序、:公平清偿。债 权的个别清偿程序如诉讼执行程序，因债权人的权利实i不受其他债权人影响，故不存在 #权申报问题。根据破产法的一般原则，破产案件受理后，::债权入只有在依法申报债权并 得到确认后，才能行使破产参与、受偿等权利。债权人行使各项权利，应依照破产法规定 的程序进行。

《企业破产法》规定，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。在法律规定的期间内，人民法院可以根据案件的具体情况确定申报债权 的期限。

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，这是一般性规则， 但是法律有特别规定的可以除外。债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用， 所欠的应当划人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，不必申报，由管理人调查后列出清单并予以公示。职工对 清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起 债权确认诉讼。据此，职工劳动债权是免申报的债权，这有助于更好地维护职工权益，避 免出现因职工离职等情况而遗漏职工债权申报的现象。除此之外，其他债权如税收债权、 社会保障债权以及对债务人特定财产享有担保权的债权均需依法申报。

未到期的债权，在破产申请受理时视为到期。附利息的债权自破产申请受理时起停止 计息。无利息的债权，无论是否到期均以本金申报债权。附条件、附期限的债权和诉讼、 仲裁未决的债权，债权人也可以申报。职工劳动债权计算到解除劳动合同时止，所以管理 人接管企业后的一项重要工作，就是及时解除所有不必维持的劳动合同，避免给债权人扩 大损失。

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。申 报的债权是连带债权的，应当说明。连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报 债权，也可以共同申报债权。 ’

《企业破产法》第五十六条规定：“在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申 报债权的，可以在破产财产最后分配前补充申报；但是，此前已进行的分配，不再对其补 充分配。为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。”如前所述，所谓“破 产财产最终分配之前”，在破产清算程序中，是指破产财产分配方案提交债权人会议表决 之前；在重整与和解程序中，是指和解协议草案、重整计划草案提交债权人会议表决之 前。如果在此后仍然允许补充申报债权，就需要重新制定分配方案，将补充申报的债权纳 入，债权人会议对分配方案已经作出的决议就要作废，要重新开会，甚至人民法院对破产 财产最终分配方案作出的裁定认可也要作废，必然造成破产程序的浪费与不当延误，损害 绝大多数债权人的利益。此外，补充申报债权人所应承担的费用，仅限于依破产程序审查 和确认补充申报债权所实际发生的费用，不得按照法院审理诉讼案件的标准收费。补充申 报的债权人对其申报债权前已经进行完毕的各项破产活动，如债权人会议所作出的各项决 议，原则上不得再提出异议。这一规定纠正了旧破产法中债权人逾期未申报债权的视为自 动放弃债权的错误规定，更有利于维护债权人的正当权益。需注意的是，根据《企业破 产法》的规定，有些产生于破产案件受理后的债权也属于破产债权，如管理人行使合同 解除权后对方当事人因合同解除产生的损害赔偿请求权等。这些债权有可能因产生时间过 晚而无法在法院规定的申报期间内申报，但此种情况下的补充申报并非因其自身过错造 成，由其承担债权的审查和确认费用是不合理的，所以应当作为破产费用支付。

二、破产债权申报的特别规定

《企业破产法》对一些特殊破产债权的确认与申报作有特别规定。债务人的保证人或

者其他连带债务人已经代替债务人清偿债务的，以其对债务人的求偿权申报债权；尚未代 替债务人清偿债务的，以其对债务人的将来求偿权预先申报债权。允许保证人或连带债务 人预先申报债权，是为避免在债务未到期时，债权人不参加破产清偿而待到期后再直接向 保证人或连带债务人要求清偿，而保证人或连带债务人在履行保证或连带责任后却因破产 人的破产财产分配程序巳终结，而无法行使其代位求偿权。但是，债权人已向管理人申报 全部债权的，保证人或连带债务人不能再申报债权，否则就会出现债务人对一项破产债务 向债权人和保证人或连带债务人作二次重复清偿，从而损害其他债权人的合法权益。这 时，即使保证人或连带债务人履行了代偿义务，也不再具有代位求偿权。例如破产债权数 额为10万元，破产清偿比例为20%。债权人如未向管理人申报债权，保证人可以预先申 报债权并先得到2万元清偿。其向债权人清偿10万元后，所承担的担保责任为8万元。 如果债权人自己先向管理人申报债权可得到2万元清偿，保证人同样须承担8万元的连带 责任。如果允许保证人在履行连带责任后仍享有代位求偿权，将其承担的8万元再次申报 破产债权，则可从破产财产中再获得1.6万元的清偿。这将使破产财产对10万元破产债 权的清偿数额从2万元不当地增加至3.6万元，超过其他债权的破产分配比例，从而出现 对一项债务的重复清偿，损害其他债权人的合法权益。

根据《民法通则》第八十七条的规定，负有连带义务的债务人，每人都负有清偿全 部债务的义务。连带债务的设立通过扩大债务人的范围，使全体连带债务人的所有一般财 产（无物权担保财产）都成为债务清偿的执行对象，以最大限度地保障债权人的利益。 遵照这一宗旨，各国破产立法都规定，当负有连带义务的债务人全体或数人破产时，债权 人可以将债权总额作为破产债权，同时或先后分别向每个破产人要求清偿，但其获得清偿 的总数不得超过债权总额。我国《企业破产法》第五十二条也规定，连带债务人数人被 裁定适用该法规定的程序的，其债权人有权就全部债权分别在各破产案件中申报债权。这 一规定对保障债权人的利益是十分必要的。在各连带债务人财产合计具有清偿能力的正常 情况下，债权人一般是先要求一个连带债务人清偿债务，当其不能完全还清时，再以债务 余额逐个向其他连带债务人要求清偿，直至完全得到偿还为止。但在连带彳责务人全体或数 人同时破产时情况便不同了。其一，各连带债务人的破产程序在同时进行，一旦破产财产 分配完毕后，债权人的权利便无从实现。所以，逐个向连带债务人要求清偿的方法会延误 程序已不可能完全保障债权人的利益，必须允许其向所有破产的连带债务人同时提出清偿 要求。其二，破产债权一般不可能得到全额偿还，要打相当比例的折扣。如债权人只能在 以债权总额向一个连带债务人要求清偿后，再以余额向其他连带债务人求偿，或虽可同时 分别向各连带债务人求偿，但提出的各破产债权总和不能超过债权总额，则因破产清偿比 例所限，不可能实现连带责任的要求，使债权完全得到偿还，所谓同时要求清偿也就失去 了实际意义。在这种情况下，各连带债务人实际承担的只是在补充范围内余额的连带责 任，并没有将连带债务人的全部财产都纳人对债权总额的连带清偿范围内，只有允许债权 人同时对每个破产人都以债权总额作为破产债权，才可能使债权得到最大限度的清偿，实 现连带债务要求每个债务人都对全部债务负清偿责任的设立目的。不过债权人从各连带债 务人处所接受的清偿总额不得超过其所享有的债权总额，否则应作为不当得利返还各破产 人，由于在连带债务人之间通常是按份之债的关系，所以各破产案件的管理人可以自行解 决公平分担问题。打破时间、顺序及破产债权数额方面的传统清偿做法的约束，是使连带

责任在连带债务人全体或数人被宣告破产情况下完全实现的关键。

人民法院受理债务人破产案件后，对于负连带责任的保证人，债权人有权直接要求其 清偿保证债务，也可以先向进人破产程序的债务人追偿，然后再以未受偿的余额向保证人 追偿。在债务追偿问题上，债权人享有向债务人或保证人追偿的选择权。债权人也可以同 时向债务人和保证人追偿，债务人先做清偿的，相应减少保证人的保证责任；保证人先做 清偿的，债权人将其申报的相应破产债权转移给保证人行使。负补充责任的保证人在债务 人未破产的情况下，原可享有先诉抗辩权，但依据《担保法》第十七条三款的规定，人 民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的，保证人不得行使先诉抗辩权。因此时债权 人巳不能通过对债务人财产的个别执行正常地先向债务人行使权利。据此，债权人便可以 直接向负补充责任的保证人追偿。但是，债务人破产案件受理时主债务未到期的，负补充 责任的保证人并无提前履行保证责任的义务，仍应按照原保证合同的约定承担保证责任。 债权人先向债务人申报债权追偿的，对于其在破产程序中未受清偿的部分，债权人要求保 证人承担到期保证责任的，最迟应当在破产程序终结后6个月内提出。

人民法院受理保证人破产案件的，保证人的保证责任不得因其破产而免除。保证债务 已到期时，债权人可依保证合同的约定向保证人申报债权追偿。保证债务尚未到期的，可 适用《企业破产法》第四十六条的规定，将其未到期之保证责任视为已到期，提前予以 清偿。取消保证人的期限利益后，对负连带责任的保证人可以直接申报债权求偿。但对负 补充责任的保证人的追偿，还存在先诉抗辩权的处理问题。这时如继续维持负补充责任的 保证人的先诉辩权，债权人必须待债务到期后先向债务人求偿，然后再向保证人求偿， 但这时保证人的破产财产可能已经分配完毕，无异于变相免除保证责任。故为保障交易公 平，实现保证权利设置之本意，这时应当取消保证人的先诉抗辩权。由于债权人尚未获得 主债务人的清偿，.申报债权时无法确定保证人应承担补充责任的范围，故可先以保证债权 额的全部向保证人申报债权。在破产分配过程中，如债权人先获得债务人清偿，便应根据 清偿结果相应调整其对保证人的破产债权额。如债权人先从保证人处获得清偿，应先行提 存，待债权人在债务到期从债务人处行使受偿权利后，再确定保证人应否承担保证责任， 并按保证人实际应承担补充责任的范围向债权人支付，余款由法院收回，分配给保证人的 其他破产债权人。需要注意的是，保证人的补充责任应按破产债权数额而不是实际分配数 额确定，否则便会不适当地扩大其责任范围，使保证人的补充责任变成连带责任。例如， 债权人的债权为10万元，保证担保的范围为债务全额，保证人的破产分配比例为50%。 债权人以10万元申报债权后先从保证人处获得破产分配5万元，予以提存。债务到期后 债务人亦破产，债权人又从债务人处获得破产分配5万元。这时，虽然债权人从二破产人 处获得的破产清偿总额未超过原债权额，但保证人所做的清偿却超出了其应负的补充责任 范围。因为当债权人从债务人处获得5万元的破产清偿以后，其对保证人享有的破产债权 便不再是原来推定的10万元，而应根据债务人的实际清偿情况相应核减为5万元，即保 证人仅应对债权人未从债务人处得到清偿的5万元债权承担补充清偿责任，依破产分配比 例，实际清偿额应为2.5万元。在此案例中，债权人的10万元债权额，从债务人和保证 人的破产分配中，共应得到7. 5万元清偿。如不依此方式计算，就使保证人从仅对债务人 未能清偿部分承担补充责任，变成了实际上对全部债务承担连带责任，违背了保证合同的 责任约定。

管理人或者债务人依照破产法规定解除双方均未履行完毕的合同，对方当事人以因合 同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。这时可申报的债权以实际损失为限，违约金不 得作为破产债权申报。

债务人是委托合同的委托人，其破产案件被人民法院受理，受托人不知该事实，继续 处理委托事务的，受托人以由此产生的请求权申报破产债权。如果受托人巳知该事实，但 为了债务人即全体债权人利益，在无法向管理人移交事务的紧急情况下继续处理委托事务 的，受托人由此产生的请求权作为共益债务优先清偿。如果受托人已知委托人破产之事 实，无必要的继续处理委托事务，不当增加委托费用与报酬数额的，由此而产生的债权， 不得作为破产债权受偿。

债务人是票据的出票人，其破产案件被人民法院受理，该票据的付款人继续付款或者 承兑的，付款人以由此产生的请求权申报债权。这一规定是为了维护票据作为无因证券的 地位，保证票据的流通信用，保障付款人或承兑人的合法权益。虽然出票人已经破产，但 该票据的付款人依据合同可能仍需要继续付款或者承兑，以维持票据信用，故由此产生的 债权应作为破产债权。

三、破产债权的确认

债权人申报之债权需经审查确认后才能在破产程序中行使权利。债权审查的判断原则 是，凡未经发生法律效力的法律文书所确认的债权，均应在审查确认之列；已经发生法律 效力的法律文书所确认的债权，原则上不在审查确认之列，可直接列人债权确认表中；但 是，生效法律文书系因债务双方捏造事实、虚假诉讼、串通欺诈等行为所致者除外。

根据《企业破产法》规定，管理人收到债权申报材料后，应当登记造册，对申报的 债权进行审查，并编制债权登记表。管理人必须将申报的债权全部登记在债权登记表上， 不允许以其认为债权超过诉讼时效或不能成立等为由拒绝编人债权登记表。管理人进行实 质审查后对各项债权的认定结果，如是否真实存在、是否超过诉讼时效等，应附在提交第 一次债权人会议的债权登记表后，供核查使用。债权登记表和债权申报材料由管理人保 存，供利害关系人查阅。

管理人依法编制的债权登记表，应当提交第一次债权人会议核查。首先，由管理人宣 读被核查债权的申报登记情况以及有关证据材料，必要时可由该债权人作进一步说明。随 后由管理人、债务人、其他债权人等利害关系人陈述意见，由该债权人解释，有疑问者可 继续进行询问。经核查后，管理人、债务人、其他债权人等对债权无异议的，列人债权确 认表中。债权确认表由人民法院裁定确认，其确认具有与生效判决同等的法律效力。

经核查后仍存在异议的债权，由人民法院裁定该异议债权是否列人债权确认表内。该 项裁定无实体法律效力，不影响债权人等利害关系人提起债权确认诉讼的权利。’人民法院 裁定异议债权列人债权确认表的，异议人可以该债权人为被告提起债权确认诉讼。人民法 院裁定异议债权不列人债权确认表，该债权人可以异议人为被告提起债权确认诉讼。根据 《企业破产法》规定，管理人、债务人、债权人等利害关系人对债权表记载的债权有异议 的，可以向受理破产申请的人民法院提起诉讼。税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳 金提起的债权确认之诉，人民法院也应依法受理。

第六节债权人会议

―、债权人会议的组成

(一）债权人会议的概念

我国破产程序中的债权人会议，是由所有依法申报债权的债权人组成，以保障债权人 共同利益为目的，为实现债权人的破产程序参与权，讨论决定有关破产事宜，表达债权人 意志，协调债权人行为的破产议事机构。

在破产程序中，债权人会议不是一个独立的民事权利主体，而只是具有自治性质的团 体机构。债权人会议仅在破产程序中与法院、管理人、债务人或破产人等有关当事人进行 交涉，负责处理涉及全体债权人共同利益的问题，协调债权人的法律行为，采用多数决的 表决方式在其职权范围内议决有关破产事宜。债权人会议不能与破产程序之外的主体发生 法律关系。债权人会议依召集会议的方式进行活动，虽属于法定必设机关，但不是常设的 机构，而是会议体机构。债权人会议仅为决议机关，虽享有法定职权，但本身无执行功 能，其所作出的相关决议一般由管理人、债权人委员会负责执行。

(二）债权人会议的成员与权利

依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。需 注意的是，凡是申报债权者均有权参加第一次债权人会议，有权参加对其债权的核查、确 认活动，并可依法提出异议。对于第一次会议以后的债权人会议，便只有债权得到确认者 才有权行使表决权。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 债权额者外，不得行使表决权。根据《企业破产法》第五十九条第三款规定：“对债务人 的特定财产享有担保权的债权人，未放弃优先受偿权利的，对于本法第六十一条第一款第 七项（通过和解协议）、第十项（通过破产财产的分配方案）规定的事项不享有表决权。” 据此，对债务人的特定财产享有担保权的债权人也属于债权人会议成员，且享有法定的表 决权。

债权人可以自己出席会议，也可以委托代理人出席债权人会议，行使表决权。代理人 出席债权人会议，应当向人民法院或者债权人会议主席提交债权人的授权委托书。，，

为维护企业职工的权益，立法规定，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。通常认为，债务人的职工尤其是工会的代表在债权人会议上没 有表决权。因工会代表并非债权人，而职工债权人则处于最优先的清偿地位，破产程序的 进行与分配一般不影响其实际利益，故不应享有表决权，以保证当事人的权利与义务对 等。但如存在职工劳动债权不能从破产财产中获得全额、及时优先受偿，或是在重整程序 中债权人会议决议通过可能影响其清偿利益的重整计划草案等情况下，职工债权人应享有 表决权。

为保证债权人会议的顺利进行，我国立法规定，债权人会议设主席一人，由人民法院 在有完全表决权的债权人中指定，通常是由在破产程序中无优先权的大债权人担任。由单

位出任债权人会议主席的，该单位应当指定一名常任代表履行主席职务，且一般情况下不 得更换。债权人会议主席依法行使职权，负责债权人会议的召集、主持等工作。

在债权人会议上除有权出席会议的债权人之外，还有其他列席人员。债权人会议的列 席人员是指不属于会议正式成员，无表决权，为协助债权人会议顺利召开，因履行法定义 务或职务义务而参加会议的人员。债务人的法定代表人有义务列席债权人会议。经人民法 院决定，债务人企业的财务管理人员和其他经营管理人员也有义务列席债权人会议。管理 人作为负有财产管理职责的人应当列席债权人会议。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。

二、债权人会议的召集与职权

(一）债权人会议的召集

债权人会议是依召集方式活动的议决机关。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1/4以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。这 里的提议召开，应理解为有提议即应召开，债权人会议主席无权拒绝召开会议。召开债权 人会议，管理人应当提前15日通知已知的债权人。

(二）债权人会议的职权

《企业破产法》第六十一条对债权人会议的职权作有规定：“债权人会议行使下列职 权：0)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作成会议记录。”.

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1/2以上。但是，法律对债权人会议通过和解协议与重整计划 草案的决议有更为严格的规定，在相关部分将作具体讲解。债权人会议的决议，对于在该决 议事项上有表决权的全体债权人均有约束力。同时，立法为反对债权人会议决议者提供了救 济渠道。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，可以自债权人会议作 出决议之日起15日内，请求人民法院裁定撤销该决议，责令债权人会议依法重新作出决议。

《企业破产法》还对可能出现的债权人会议僵局设置了解决办法。其第六十五条规 定：“本法第六十一条第一款第八项、第九项所列事项（即通过债务人财产的管理方案和 通过破产财产的变价方案），经债权人会议表决未通过的，由人民法院裁定。本法第六十 一条第一款第十项所列事项（即通过破产财产的分配方案），经债权人会议二次表决仍未 通过的，由人民法院裁定。对前两款规定的裁定，人民法院可以在债权人会议上宣布或者 另行通知债权人。”人民法院在裁定之前应对方案进行严格的审查，如果发现方案存在违 反法律规定、违反债权人利益最大化原则等问题，应当要求管理人对方案作出相应修改 后，再次提交债权人会议表决。第六十六条规定：“债权人对人民法院依照本法第六十五

条第一款作出的裁定（即批准债务人财产管理方案和破产财产变价方案的裁定）不服的， 债权额占无财产担保债权总额1/2以上的债权人对人民法院依照本法第六十五条第二款作 出的裁定（即批准破产财产分配方案的裁定）不服的，可以自裁定宣布之日或者收到通 知之日起15日内向该人民法院申请复议。复议期间不停止裁定的执行。”

三、债权人委员会

(一）债权人委员会的概念与组成

《企业破产法》规定，在债权人会议中可以设置债权人委员会，建立了各国破产法中 均存在的破产监督人制度。债权人委员会是遵循债权人的共同意志，代表债权人会议监督 管理人行为以及破产程序合法、公正进行，处理破产程序中的有关事项，维护债权人利益 的常设监督机构。在破产程序中设立债权人委员会具有重要意义，有助于保护全体债权人 的利益.，保障债权人会议职能的有效执行，并在债权人会议闭会期间对破产程序进行曰常 必要的监督。

债权人委员会为破产程序中的选任机关，由债权人会议根据案件具体情况决定是否设置。 债权人委员会中的债权人代表由债权人会议选任、罢免。此外，债权人委员会中还应当有一名 债务人企业的职工代表或者工会代表。为便于决定事项、开展工作，债权人委员会的成员人数 原则上应为奇数，最多不得超过9人。出任债权人委员会的成员应当经人民法院书面认可。

(二）债权人委员会的职权

债权人委员会行使下列职权：（1)监督债务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作出说明或者提供 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 就监督事项清求人民法院作出决定，强制施行。人民法院接到债权人委员会的请求应当在i 5日内作出决定。

为保障侦权人委员会能够及时了解破产程序进行的有关信息，行使对重大事项的监: 督权力，《企业破产法》还规定，管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会??!

(1) 涉及土地、房屋等不动产权益的转让；（2)探矿权、采矿权、知识产权等财产权的丨 转让；（3)全部库存或者营业的转让；（4)借款；（5)设定财产担保；（6)债权和有丨 价证券的转让；（7)履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同；(8)放弃权利;: (9)担保物的收回；（10)对债权人利益有重大影响的其他财产处分行为。未设立债权人 委员会的，管理人实施上述行为应当及时报告人民法院。

由于立法对管理人应报告债权人委员会的上述财产处分行为，仅作了定性规定，而没 有定量规定i即没有规定数额界限，这就使对该条规定的理解与执行可能出现意见争议、丨 操作困难。实践中，可以采取债权人会议对债权人委员会、管理人授权的方式解决具体操 作标准问题。通常由第一次债权人会议通过相应决议，根据本案具体情况对管理人的财产 处分行为进行授权，根据行为的性质区分，在一定数额以下者，管理人可以自行处理，不 必临时性报告债权人委员会，可以在债权人委员会例会上集中报告；而超过一定数额者< 应当报告债权人委员会，数额再高者，则应报告债权人会议。 ：

债权人委员会的成员应当依法正确履行职责，公平维护债权人的正当权益，如有违法

o王

一--系-!-

敕正

—、重整制度的一般理论

(一）重整制度的概念与意义

《企业破产法》借鉴有关国家立法经验创建了重整制度。重整是指对已经或可能发生 破产原因但又有挽救希望与价值的企业，通过对各方利害关系人的利益协调，借助法律强 制进行股权、营业、资产重组与债务清理，以避免破产、获得更生的法律制度。我国重整 制度的适用范围为企业法人，由于其程序复杂、费用高昂、耗时很长，故实践中主要适用 于较大型企业，较小型企业则往往采用更为简化的和解程序。

传统的破产清算制度在保障债务公平清偿，维护债权人、债务人的正当权益，维护社 会经济秩序等方面具有重要的作用，但也存在一些问题。破产清算程序耗时长、费资多、 成本高，而债权人实际分配所得往往很少。破产企业及其经营事业被清算消灭，企业各项 有形、无形的资产构成要素被分解变卖，丧失作为完整运营体的社会价值，许多财产或权 利完全丧失经济价值或大幅贬值，在清算中很难以适当价格及时变现，不仅使企业的股 东、债权人受到严重损失，对社会财富与生产力来说也是一种损害。企业的破产倒闭还会 造成职工失业，乃至发生其供应商、销售商、连环担保企业等相关企业的连锁破产，对企 业所在城市与社区的经济、金融、税收、社会发展都可能产生消极影响，危及社会稳定与 和谐。重整制度的设置，就是要在可能的情况下尽力缓解这些问题的不利影响，避免或减 少职工失业，挽救企业的经济与社会价值，努力保护社会投资与事业经营，实现破产财产 价值的最大化，保障债权人等利害关系人的权益，维护社会稳定。

重整制度的产生，是破产法价值取向发展中的一次突破，在现代立法由个体本位逐步 向社会本位的转变过程中，重整制度体现国家公力透过司法程序对社会经济活动的适度介 入，在维护债权人、债务人权益的同时，也强调保障社会的整体利益与实质公平。

(二）重整制度的特征

重整制度具有以下特点：

第一，重整申请时间提前、启动主体多元化。提出破产清算与和解申请，以债务人巳 经发生破产原因为前提，而重整申请不仅在债务人巳经发生破产原因时可以提出，而且在 其有破产原因发生的可能时即可提出，可以使债务人获得更为充分的挽救机会。重整申请 可以由多方主体提出，不仅债务人、债权人可以提出，债务人的股东也可在一定条件下提 出。根据《企业破产法》第一百三十四条的规定，国务院金融监督管理机构可以向人民 法院提出对金融机构进行重整的申请。

第二，参与重整活动的主体多元化、重整措施多样化。债权人包括有物权担保的债权- 人、债务人及债务人的股东等各方利害关系人均参与重整程序的进行。重整企业可运用多 种重整措施，达到恢复经营能力、清偿债务、避免破产的目的，除延期、减免偿还债务

外，还要提出企业的经营方案，可以采取向重组企业者无偿转让全部或部分股权，核减或 增加注册资本，向特定对象定向发行新股或债券，将债权转为股份，转让营业或置换资产 等方法。重整的目的在于维持公司之事业，而不限于公司本身，故必要时还可采取解散清 算原有公司、设立第二公司，或公司分立、合并等方法。

第三，担保物权受限。物权担保债权人的优先受偿权受到限制，这是重整程序与其他 破产程序的重大不同之处。限制担保物权的目的，是为保证债务人不因担保财产的清偿执 行而影响其生产经营，无法进行重整。

第四，重整程序具有强制性。只要债权人会议各表决组及股东组以法定多数通过重整 计划，经法院批准，对所有当事人均具有法律效力。而且，在未获全部表决组通过的情况 下（但至少有一组利益受影响组通过），如重整计划草案符合法定条件，债务人或者管理 人可以申请人民法院予以批准。人民法院可在保证反对者的既得利益不受损害等法定条件 下强制批准重整计划，以避免因部分利害关系人的反对而无法进行重整。

第五，债务人可自行管理财产，负责制定、执行重整计划。除非债务人存在破产欺 诈、无经营能力等情况，根据《企业破产法》规定，在重整期间，经债务人申请、人民 法院批准，债务人可以在管理人的监督下制定重整计划草案，自行管理财产和营业事务。 这可以消除债务人及其股东、董事等高级管理人员对重整的抵制心理，保障其合理的既得 利益，促使其在发生债务危机时尽早申请重整，以减少债权人的损失，并力促重整成功。 而且，相对于由律师、注册会计师等出任的管理人，债务人更为熟悉企业的经营与业务， 由其负责重整计划的制定与执行，成功的可能性较大。

由于上市公司的破产重整案件较为特殊，不仅涉及到《企业破产法》、《证券法》、 《公司法》等法律的综合适用，还涉及司法程序与行政审核程序的衔接问题，为了进一步 明确案件的审理原则，细化有关程序和实体规定，更好地规范相关主体的权利义务，以充 分保护债权人、广大投资者和上市公司的合法权益，优化配置社会资源，促进资本市场健 康发展，保障职工权益，维护社会稳定，最高人民法院制定了《关于审理上市公司破产 重整案件工作座谈会纪要》（以下简称《座谈会纪要》），以指导司法实践。'

针对上市公司重整存在的特殊问题，《座谈会纪要》规定，审理上市公司破产重整案 件应遵循以下原则：

1. 依法公正审理原则。上市公司破产重整案件参与主体众多，涉及利益关系复杂， 人民法院审理上市公司破产重整案件，既要有利于化解上市公司的债务和经营危机，提高 上市公司质量，保护债权人和投资者的合法权益，维护证券市场和社会的稳定，又要防止 没有再生希望的上市公司利用破产重整程序逃废债务，滥用司法资源和社会资源；既要保 护债权人利益，又要兼顾职工利益、出资人利益和社会利益，妥善处理好各方利益的冲 突。上市公司重整计划草案未获批准或重整计划执行不能的，人民法院应当及时宣告债务 人破产清算，不能在个别地方政府的不当行政干预下，违法拖延时间，拒不处理。

2. 挽救危困企业原则。充分发挥破产重整制度的作用，为尚有挽救希望的危困企业 提供获得新生的机会，有利于上市公司、债权人、出资人、关联企业等各方主体实现共 赢，有利于社会资源的有效利用，可以促进就业，优化资源配置，促进产业结构的调整和 升级换代，减少上市公司破产清算对社会带来的不利影响。

3. 维护社会稳定原则。上市公司进人破产重整程序后，因涉及债权人、上市公司、

出资人、企业职工等相关当事人的利益，各方矛盾比较集中和突出，如果处理不当， 极易引发群体性、突发性事件，影响社会稳定。人民法院审理上市公司破产重整案件， 要充分发挥地方政府的风险预警、部门联动、资金保障等协调机制的作用，积极配合政府 做好上市公司重整中的维稳工作，并根据上市公司的特点，加强与证券监管机构的沟通 协调。

二、重整申请和重整期间

(一）重整申请

《企业破产法》规定，债务人或者债权人可以依法直接向人民法院申请对债务人进行 重整。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1/10以上的出资人。，可以向人民法院申请重 整。其他债权人也可以申请对债务人进行重整。国务院金融监督管理机构可以向人民法院 提出对金融机构进行重整的申请。债务人提出重整申请，除应提交《企业破产法》第八 条规定的材料外，还应当提交债务人通过重整程序，能够持续经营，获得经济收益以偿还 债务，摆脱困境的重整可行性报告。

根据《座谈会纪要》，债权人对上市公司提出重整申请，上市公司在法律规定的时间 内提出异议，或者债权人、上市公司、出资人分别向人民法院提出破产清算申请和重整申 请的，人民法院应当组织召开听证会。人民法院应当于听证会召开前通知申请人、被申请 人，并送达相关申请材料。公司债权人、出资人、实际控制人等利害关系人申请参加听证 的，人民法院应当予以准许。人民法院应当就申请人是否具备申请资格、上市公司是否已 经发生重整事由、上市公司是否具有重整可行性等内容进行听证。

人民法院经审查认为重整申请符合法律规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。 人民法院在审查重整申请时，要依法掌握受理标准，一方面，对符合法律规定的申请应当 及时受理，不得拖延阻碍；另一方面，对不具有重整可能的申请应不予受理，不能让重整 制度变成债务人阻止债权人实现权利的手段，偏离其立法宗旨，不能使重整程序变成政府 不正当行政干预企业市场化破产的避风港。

鉴于上市公司破产重整案件较为敏感，不仅涉及企业职工和二级市场众多投资者的利 益安排，还涉及与地方政府和丨正券监管机构的沟通协调。因此，目前人民法院在裁定受理 上市公司破产重整申请前，应当将相关材料逐级报送最高人民法院审查。

针对破产重整上市公司的信息保密和披露问题，《座谈会纪要》规定，对于股票仍在 正常交易的上市公司，在上市公司破产重整申请相关信息披露前，上市公司及其债权人、 出资人等利害关系人应当按照法律、行政法规、证券监管机构的部门规章及证券交易所上 市规则做好信息保密工作。上市公司的债权人提出破产重整申请的，人民法院应当要求债 权人提供其已就此告知上市公司的有关证据。上市公司应当按照相关规则及时履行信息披 露义务。

上市公司进人破产重整程序后，由管理人履行相关法律、行政法规、部门规章和公司 章程规定的原上市公司董事会、董事和高级管理人员承担的职责和义务，上市公司自行管 理财产和营业事务的除外。管理人在上市公司破产重整程序中存在信息披露违法违规行为 的，应当依法承担相应的责任。

(二）重整期间

自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。需注意的是，所谓 重整期间，仅指重整申请受理至重整计划草案得到债权人会议分组表决通过和人民法院审 查批准，或重整计划草案未能得到债权人会议分组表决通过或人民法院不予批准的期间， 不包括重整计划得到批准后的执行期间。

在重整期间，债务人的财产管理和营业事务执行，可以由债务人或管理人负责。《企 业破产法》规定，经人民法院批准，债务人自行管理财产和营业事务的，管理人应当向 债务人移交财产和营业事务，管理人的职权由债务人行使。管理人起监督之作用。管理人 负责管理财产和营业事务的，可以聘任债务人的经营管理人员负责营业等事务。

为保障重整的顺利进行，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使。 但是，对企业重整无保留必要的担保财产，经债务人或管理人同意，担保权人可以行使担 保权。?此外，担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权 人可以向人民法院请求恢复行使担保权。

在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以以债务人财产为该借款设 定担保。债务人在重整期间为重整进行而发生的费用与债务，性质属于共益债务，可以不 受重整程序限制从债务人财产中及时受偿。

债务人合法占有的他人财产，该财产的权利人在重整期间要求取回的，应当符合事先 约定的条件。

在重整期间，债务人的出资人不得请求投资收益分配；债务人的董事、监事、高级管 理人员不得向第三人转让其持有的债务人的股权，但经人民法院同意的除外。

在重整期间，有下列情形之一的，经管理人或者利害关系人请求，人民法院应当裁定 终止重整程序，并宣告债务人破产：（1)债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏 挽救的可能性；（2)债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的 行为；（3)由于债务人的行为致使管理人无法执行职务。

三、重整计划的制定与批准

(一）重整计划的制定

债务人企业在重整申请受理之后，应当在法定期限内制定并提交重整计划草案。债务 人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案。管理人负责管理财产和营业 事务的，由管理人制作重整计划草案。债务人或者管理人应当自人民法院裁定债务人重整 之曰起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。债权人、’股东、战略 投资人等利害关系人也可以制作重整计划草案，提交给债务人或管理人。债务人或管理人 认为该重整计划草案可行的，可以提交或修改后提交债权人会议讨论。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。债务人或者管理人未 按期提出重整计划草案的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

根据《企业破产法》第八十一条规定：“重整计划草案应当包括下列内容：（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。”所谓 经营方案，是指债务人的经营管理方案、融资方案以及股权、资产与业务重组方案等有关

具体重整措施内容的方案。

上市公司或者管理人制定的上市公司重整计划草案应当包括详细的经营方案。有关经 营方案涉及并购重组等行政许可审批事项的，上市公司或管理人应当聘请经证券监管机构 核准的财务顾问机构、律师事务所以及具有证券期货业务资格的会计师事务所、资产评估 机构等证券服务机构按照证券监管机构的有关要求及格式编制相关材料，并作为重整计划 草案及其经营方案的必备文件。

控股股东、实际控制人及其关联方在上市公司破产重整程序前因违规占用、担保等行 为对上市公司造成损害的，制定重整计划草案时应当根据其过错对控股股东及实际控制人 支配的股东的股权作相应减少调整。

(二）重整计划草案的表决与批准

在重整计划草案提请表决之前，债务人或管理人应当向债权人等利害关系人履行详尽 的说明义务，利害关系人认为债务人或管理人说明不充分的，可以要求债务人或管理人补 充说明或接受询问。

重整计划草案在债权人会议上进行分组表决。表决组的划分要充分体现出当事人在重 整计划中的差别利益。根据《企业破产法》规定，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 应当划人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。 《企业破产法》规定的债权分组是指导性的，不是强制性的，除法律列举的组别划分外， 人民法院还可以根据案件具体情况，决定设置其他组别，如公司债债权人组、次级债债权 人组等。但是，表决组别的设置不得损害表决结果的公平性。

债务人的出资人代表可以列席讨论重整计划草案的债权人会议。重整计划草案涉及出 资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决。出资人组的表决，按照公司 法规定的股东（大）会的表决方式进行，即按照出资比例行使表决权，同意者的人数不 是表决是否通过的考虑因素，这是与债权人组表决不同的。出资人组对重整计划草案中涉 及出资人权益调整事项的表决，经参与表决的出资人所持表决权三分之二以上通过的，即 为该组通过重整计划草案。在上市公司的重整中，考虑到现场出席会议表决需要耗费一定 的人力物力，一些中小投资者可能因此放弃参加现场表决会议的权利。为最大限度地保护 中小投资者的合法权益，上市公司或者管理人应当提供网络表决的方式，为出资人行使表 决权提供便利。关于网络表决权行使的具体方式，可以参照适用中国证券监督管理委员会 发布的有关规定。

《企业破产法》第八十三条规定：“重整计划不得规定减免债务人欠缴的本法第八十 二条第一款第二项规定以外的社会保险费用（即纳入社会统筹账户的社会保险费用）；该 项费用的债权人不参加重整计划草案的表决。”

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2/3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曰 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重 整计划符合法律规定，无损害利害关系人利益的内容，各表决组中反对者的法定既得利益 未受到损害，经营方案具有可行性，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。

为保幛重整程序能够顺利进行，《企业破产法》还专门设置了人民法院强制批准重整 计划草案的程序。该法第八十七条规定：“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下列条件的，债务人或者管理 人可以申请人民法院批准重整计划草案：（1)按照重整计划草案，本法第八十二条第一 款第一项所列债权就该特定财产将获得全额清偿，其因延期清偿所受的损失将得到公平补 偿，并且其担保权未受到实质性损害，或者该表决组已经通过重整计划草案；（2)按照 重整计划草案，本法第八十二条第一款第二项、第三项所列债权将获得全额清偿，或者相 应表决组已经通过重整计划草案；（3)按照重整计划草案，普通债权所获得的清偿比例， 不低于其在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例，或者该表 决组已经通过重整计划草案；（4)重整计划草案对出资人权益的调整公平、公正，或者 出资人组已经通过重整计划草案；（5)重整计划草案公平对待同一表决组的成员，并且 所规定的债权清偿顺序不违反本法第一百一十三条的规定；（6)债务人的经营方案具有 可行性。人民法院经审查认为重整计划草案符合前款规定的，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。”

从上述规定中可以看出，人民法院强制批准重整计划草案（其实也包括正常批准重 整计划草案）的基本原则之一，是所有未通过重整计划草案的表决组以及通过重整计划 草案的表决组中的反对者的法定既得利益不得受到损害。对立法规定的强制批准重整计划 草案条件在理解时需注意：

第一，“有物权担保之债权就该特定财产获得全额清偿，其因延期清偿所受的损失得 到公平补偿，并且其担保权未受到实质性损害”，不仅是在该表决组未通过重整计划草案 时才需要审查的内容，即使该表决组以法定多数通过了重整计划草案，也必须审查确认反 对重整计划草案的少数成员的上述权利得到全部保障。法定优先受偿权是不允许由任意当 事人组成的自治组织以多数表决形式加以剥夺的。如果重整计划草案中制定有任何限制、 剥夺债权人法定优先受偿权的内容，必须以该组每一个债权人都同意为前提。以法定多数 通过了重整计划草案，不是可以剥夺少数反对者的法定优先受偿权的理由，除非该债权人 自愿放弃其权利。该款以及其他款中的所谓“或者该表决组已经通过重整计划草案”，不 能理解为只要该表决组以法定多数通过了重整计划草案，对重整计划草案中是否存在损害 反对者法定既得利益的情况就无须进行审查，就必须批准重整计划草案。对重整计划草案 中具有优先受偿顺序的职工劳动债权与税收债权清偿内容的审查，也应实行此原则。所谓 对债务人特定财产有优先受偿权的债权“因延期清偿所受的损失将得到公平补偿”，通常 是指按月支付其法定或约定利息。

第二，所谓“普通债权所获得的清偿比例，不低于其在重整计划草案被提请批准时 依照破产清算程序所能获得的清偿比例”，其关键是对破产清偿与重整清偿比例的公平模 拟计算。在破产清算程序中，债权人分配的数额多少、比例高低，完全由破产财产的实际 变现情况即经市场化清算的价值所决定。而在重整程序中，由于通常不对企业财产进行实 际清算变现，所以无论是所谓债权人“在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序 所能获得的清偿比例”，还是在重整计划草案中拟定的分配比例，完全是模拟计算出来 的。这种模拟计算的结果就可能由于利益冲突、技术失误等因素的影响而存在不够准确、 合理乃至恶意欺诈、损害债权人利益的问题，并由此引发债权人的争议，所以需要对债权 人的利益予以全面的保护。此外，在比较破产清偿与重整计划的清偿比例高低时，必须将 因迟延支付导致的债权人的利息等利益损失考虑在内，即对延期支付的清偿比例进行折 现，才能实现真正的公平。

第三，“重整计划草案对出资人权益的调整公平、公正”。这里的调整是指调整股东 的权利，如减少或完全消灭其股份，包括将其股份有偿或无偿地转让给债权人、新的战略 投资者等。在重整程序中可以对股东的股权进行调整，限制乃至剥夺其对公司的控制权， 是各国破产立法的共同规则。有的国家立法明文规定，在公司“资不抵债”，或者是股东 滥用对公司的控制权利损害公司利益时，应当调整减少股东股权、限制股东控制权。《座 谈会纪要》也规定，控股股东、实际控制人及其关联方在上市公司破产重整程序前因违 规占用、担保等行为对上市公司造成损害的，制定重整计划草案时应当根据其过错对控股 股东及实际控制人支配的股东的股权作相应调整。在我国的司法实践中，巳经出现全部取 消股东对严重资不抵债的公司之股权的案例。

最高人民法院在《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若 干问题的意见》中指出：“人民法院适用强制批准裁量权挽救危困企业时，要保证反对重 整计划草案的债权人或者出资人在重整中至少可以获得在破产清算中本可获得的清偿。对 于重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例的确定，应充分考虑 其计算方法是否科学、客观、准确，是否充分保护了利害关系人的应有利益。人民法院要 严格审查重整计划草案，综合考虑社会公共利益，积极审慎适用裁量权。对不符合强制批 准条件的，不能借挽救企业之名违法审批。上级人民法院要肩负起监督职责，对利害关系 人就重整程序中反映的问题要进行认真审查，问题属实的，要及时予以纠正。”

在管理人或债务人提出强制批准重整计划草案的申请后，应当通知所有未通过重整计 划草案的表决组以及通过重整计划草案的表决组中的反对者。人民法院裁定批准重整计划 前，未通过重整计划草案的表决组以及通过重整计划草案的表决组中的反对者或出资人， 可以就重整计划草案中的破产清算率是否公平、重整清偿率是否实质上高于破产清算率以 及对出资人的权益调整是否公平、公正等问题以书面形式提出异议。人民法院应当组织债 务人、债权人及利害关系人及时进行听证，并可以委托其他中介机构进行重新测算。

上市公司重整计划草案涉及证券监管机构行政许可事项的，受理案件的人民法院应当 通过最高人民法院，启动与中国证券监督管理委员会的会商机制。由最高人民法院将有关 材料函送中国证券监督管理委员会，由中国证券监督管理委员会安排并购重组专家咨询委 员会对会商案件进行研究。并购重组专家咨询委员会应当按照与并购重组审核委员会相同 的审核标准，对提起会商的行政许可事项进行研究并出具专家咨询意见。人民法院应当参 考专家咨询意见，作出是否批准重整计划草案的裁定。

重整计划草案未获得通过且未依照法律规定获得人民法院的强制批准，或者已通过的 重整计划未获得批准的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

四、重整计划的执行、监督与终止

(一）重整计划的执行

根据《企业破产法》规定，重整计划由债务人负责执行。依据法律规定之文意，即 使重整计划草案是由管理人负责制定的，在批准之后也要由债务人负责执行。为此，在重 整计划草案制定时以及债权人会议审查、表决重整计划草案时，必须考虑在重整计划草案 中对债务人董事、监事、经理等高级管理人员中有违法行为者及不称职者进行更换，以免 在债务人执行重整计划的过程中因人员不当而发生何题。

人民法院裁定批准重整计划后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财 产和营业事务。

人民法院裁定批准重整计划后，重整计划内容涉及证券监管机构并购重组行政许可事 项的，上市公司应当按照相关规定履行行政许可核准程序。重整计划草案提交出资人组表 决且经人民法院裁定批准后，上市公司无须再行召开股东大会，可以直接向证券监管机构 提交出资人组表决结果及人民法院裁定书，以申请并购重组许可申请。并购重组审核委员 会的审核工作应当充分考虑人民法院与中国证券监督管理委员会会商机制中并购重组专家 咨询委员会提交的专家咨询意见。并购重组申请事项获得证券监管机构行政许可后，应当 在重整计划的执行期限内实施完成。

(二）重整计划的监督

在重整计划中应当规定对重整计划执行的监督期限。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。在监督期内，债务人 应当向管理人报告重整计划执行情况和债务人财务状况。

监督期届满时，管理人应当向人民法院提交监督报告。自监督报告提交之日起，管理 人的监督职责终止。经管理人申请，人民法院可以裁定延长重整计划执行的监督期限。管 理人向人民法院提交的监督报告，重整计划的利害关系人有权查阅。

(三）重整计划的效力

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，包括对债务人 的特定财产享有担保权的债权人。债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权 利，不受重整计划的影响，可以依据原合同约定行使权利。

在重整程序中，债权人未依法申报债权的，在债务人或管理人向人民法院和债权人 会议提交重整计划草案表决后，不得再通过补充申报债权要求在重整计划中获得清偿， 以免打乱重整计划中债权调整、清偿等方案，影响重整程序进行。未依法申报债权的债 权人可以继续申报债权，但在重整计划执行期间不得行使权利；在重整计划执行完毕后， 可以按照重整计划规定的同类债权的清偿条件行使权利。

债务人应全面执行重整计划。但有时由于市场等情况的变化，重整计划在执行过程中 也可以进行必要的变更。如前所述，重整计划的内容可以大致分成两个部分：其一是债务 清偿方案，其二是经营方案。对于债务清偿方案原则上是不得变更的，除非债权人可以得 到实质上更多的清偿，或者受到不利益影响的债权人全部同意。但债务人的经营方案由于 情况变化进行一些变更是可以允许的，但是必须符合相应的法律程序。重整计划在执行过 程中确需变更的，由债务人提出变更方案，经负责监督的管理人审查后向人民法院提出申 请。人民法院决定受理重整计划变更申请的，受重整计划变更影响的利害关系人应当按照 原重整计划表决程序重新表决。人民法院根据《企业破产法》的有关规定裁定是否批准 重整计划变更。

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作出的债权调整的承诺失 去效力，但为重整计划的执行提供的担保继续有效。债权人因执行重整计划所受的清 偿仍然有效，债权未受清偿的部分作为破产债权。在重整计划执行中已经接受清偿的债 权人，只有在其他同顺位债权人与自己所受的重整清偿达到同一比例时，才能继续接受破 产分配。

按照重整计划减免的债务，自重整计划执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任。

和解的特征与一般程序

(一）和解的概念与特征

和解是预防债务人破产的法律制度之一。在发生破产原因时，债务人可以提出和解中 请及和解协议草案，由债权人会议表决，如能获得通过，再经人民法院裁定认可后生效执 行，可以避免被破产清算。因和解程序在债务人发生破产原因后才能提出申请，挽救企业 治勺时机较晚5且不能约束对债务人的特定财产享有担保权的债权人，又没有强制批准程 序，所以其挽救债务人的强制性效果不如重整程序，主要适用于没有重要财产设置物权担 倮的企业以及中小型企业，但其具有简单易行、成本低廉、时间快\_优势。

(二）和解程序

i 和解申请只能由债务人一方提出，这是与破产清算申请和重整申请还可由债权人等其 牠主体提出有所不同的。债务人可以依法直接向人民法院申请耜輪，也可以在人民法院受 理破产申请后、宣告破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解，应当提出和解协议

:草案。 ’

I 人民法院经审查认为和解申请符合法律规定的，,应当受理其申请，裁定和解，予以公 并召集债权人会议讨论和解协议草案。和解程序对就债务人特定财产享有担保权的权 \_人无约束力，该权利人自人民法院裁定和解之日即受理和解申请之日起,可以对担保物 to使权利。债务人如要避免担保物被执行，需与担保债权人协#解决。：

债权人会议通过和解协议的决议，由出席会议的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2/3以上。对债务人的特定财产享有担保权的 债权人，对此事项无表决权，也不受和解协议的约束。

债权人会议通过和解协议的，由人民法院裁定认可，终止和解程序，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。

二、和解协议的效力

(一）和解协议对债务人与和解债权人的效力

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物权担保债权的人。债务人应当按照和解 协议规定的条件清偿债务。按照和解协议减免的债务，自和解协议执行完毕时起，债务人

不再承担清偿责任。

在和解程序中，债权人未依法申报债权的，在债务人向债权人会议提交和解协议草案 付诸表决后，不得再通过补充申报债权要求在和解协议中获得清偿，以免打乱和解协议中 的债权调整、清偿方案，影响和解程序进行。和解债权人未依照法律规定申报债权的，可 以继续申报债权，但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。

(二）和解协议对债务人的保证人和其他连带债务人的效力

和解债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受和解协议的影 响。也就是说，和解协议对债务人的保证人或连带债务人无效，和解债权人对债务人所作 的债务减免清偿或延期偿还的让步，效力不及于债务人的保证人或连带债务人，他们仍应 按原来债的约定或法定责任承担保证或连带责任。在破产和解中，不适用主债务减少从债 务随之减少的原则。因为债权人设立保证或连带债务之本意，就是为使保证人或连带债务 人在债务人无力清偿债务尤其是破产时承担责任，如因债权人在和解协议中不得已而减免 债务人的部分债务，便相应减轻保证人或连带债务人的责任，这就与保证或连带债务设立 的宗旨相违背，债权人设置担保或连带债务之目的就无从达到，且违反法律规定之诚信、 公平原则。让债务人的保证人或连带债务人仍按原来债的约定或法定责任承担保证或连带 责任，并没有加重他们本应承担的责任，如果债权人不参加破产程序，而是直接向债务人 的保证人或连带债务人追偿，他们也须承担同样的责任。再者，破产程序中的和解与一般 民事和解不同，不是建立在双方互让的基础上，而只能是债权人单方无奈的让步，债务人 因陷于破产境地已无步可让。而债权人的这种让步从本质上讲，是一种迫不得已的非自愿 行为，所谓“两害相权取其轻”而已。此外，破产和解是强制和解，和解协议由法定多 数表决即可通过，部分不同意的债权人也要受协议拘束，如其债权设有保证担保或连带债 务，在他们反对和解的情况下仍使保证人或连带债务人的责任随之减免，‘显然是不公平、 不合理的。这样做还可能迫使债权设有保证担保或连带债务的债权人不得不为自身利益而 强烈反对和解，使和解难以达成，反不利于挽救债务人。

(三）和解协议的终止 ，

因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立的和解协议，人民法院应当裁定无效，并宣 告债务人破产。有上述情形的，和解债权人因执行和解协议所受的清偿，在其他债权人所 受清偿同等比例的范围内，不予返还，这是与一般合同无效时双方应完全返回财产不

同的。

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。破产法上的和解协议只具有程序法上的意义，没有 强制执行的效力。债务人不履行和解协议时，债权人只能向法院申请终止和解协议，宣告 其破产，依照破产清算程序获得清偿，而不能提起对和解协议的强制执行程序，否则又可 能出现债务人的财产全部被部分债权人执行完毕，而其他债权人得不到清偿的不公现象。

人民法院裁定终止和解协议执行的，和解债权人在和解协议中作出的债权调整的承诺 失去效力，但债务人方面为和解协议的执行提供的担保继续有效。和解债权人因执行和解 协议所受的清偿仍然有效，不予退回，和解债权未受清偿的部分作为破产债权。上述债权 人只有在其他债权人同其原债权所受的和解清偿达到同一比例时，才能继续接受破产 分配。

为尊重当事人的自主决:定权，《企业破产法》还规定，人民法院受理破产申请后，债 务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的，可以请求人民法院裁定认可，并终 结破产程序。

::q^T

—、破产宣告

破产宣告是指法院依据当事人等的申请或法定职权裁定宣布债务人破产以清偿债务的 活动。人民法院依法宣告债务人破产，应当自裁定作出之日起5日内送达债务人和管理 人，自裁定作出之日起10日内通知已知债权人，并予以公告。

债务人被宣告破产后，在破产程序中的有关称谓也发生相应变化，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。

《企业破产法》第一百零八条规定：“破产宣告前，有下列情形之一的，人民法院应 当裁定终结破产程序，并予以公告：（1)第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清 偿全部到期债务的；（2)债务人已清偿全部到期债务的。”因为在上述情况下，债务人已 经解决了债务清偿问题，完成了破产程序的任务，自然应终结破产程序。但需注意的是， 所谓“第三人为债务人提供足额担保”，必须是为债权人所自愿接受的担保，从程序上 讲，则应采取和解方式进行，也就是要由债务人向债权人会议提交包括第三人为债务人提 供足额担保内容的和解协议草案，由其表决，依法定程序完成。

二、别除权

《企业破产法》第一百零九条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对 该特定财产享有优先受偿的权利。”此项权利即是破产法理论上的别除权。别除权是指债 权人因其债权设有物权担保或享有法定特别优先权，而在破产程序中就债务人（即破产

人）特定财产享有的优先受偿权利。别除权的优先受偿权不受破产清算与和解程序的限 制，但在重整程序中受到一定限制。

根据《企业破产法》规定，别除权之债权属于破产债权，其担保物属于破产财产。 据此，别除权人享有破产申请权，也应当申报债权，未依法申报债权者不得依照破产法规 定的程序行使权利。

别除权人就破产人的特定财产享有优先受偿权利，即该项财产的变价款必须优先清偿 别除权人的担保债权，只有在全部清偿其担保债权后仍有剩余财产时才能够用于对其他普 通债权人的清偿。所以别除权人对破产人的特定财产处于最优先的清偿顺序，但法律另有 规定的除外。

别除权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权。别除权 人放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。但如破产人仅作为担保人为他人债务提供 物权担保，担保债权人的债权虽然在破产程序中可以构成别除权，但因破产人不是主债务 人，在担保物价款不足以清偿担保债额时，余债不得作为破产债权向破产人要求清偿，只 能向原主债务人求偿。此时，别除权人如放弃优先受偿权利，其债权也不能转为对破产人 的破产债权，因两人之间只有担保关系，无基础债务关系。

别除权的基础权利是担保物权和法定特别优先权。各国立法对担保物权种类的规定不 尽相同，我国法律规定的担保物权中被公认在破产程序中可享有别除权的有抵押权、质权 和留置权。此外，《担保法》第九十五条规定：“海商法等法律对担保有特别规定的，依 照其规定。”《海商法》第十一条规定有船舶（含建造中的船舶）抵押权，《民用航空法》 第十六条规定了民用航空器抵押权，这些权利在破产程序中均构成别除权。

优先权，是指特定债权人依据法律直接规定，对债务人的全部财产或特定财产之变卖 价值享有的优先于其他债权人受偿的权利。其中，对债务人全部财产（非特定财产）享 有的优先受偿权利，为一般优先权；对债务人特定财产享有的优先受偿权利，为特别优先 权。优先权主要是立法基于对社会政策、公共利益、实质公平等方面的考虑而设置的，目 的是为破除债权人之间形式上的平等，维护实质上的社会公平。赋予特种债权以优先权， 主要是根据债权的性质或产生原因确定，以体现公平、正义的法律理念，并保障有关社会 利益的立法政策实现。优先权为法定权利，不由当事人约定设置，不以登记或占有公示为 成立要件。在破产程序中，一般优先权表现为债权分配顺序的先后，而特别优先权因具有 担保物权的一般特征构成别除权。

目前，我国主要是在《海商法》、《民用航空法》等立法中对特别优先权作有较为系 统的规定。《海商法》中规定了船舶优先权。《民用航空法》中规定了民用航空器优先权。 此外，《合同法》第二百八十六条规定：“发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催 告发包人在合理期限内支付价款。发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折 价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程 依法拍卖。建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿?”承包人的建设工程 款债权属于特别优先权。《担保法》第五十六条规定：“拍卖划拨的国有土地使用权所得 的价款，在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后，抵押权人有优先受偿 权”。国家对“应缴纳的土地使用权出让金”，优先于抵押权人等其他债权人受偿，此项 权利也属于优先权。这些特别优先权均构成别除权。

别除权与职工劳动债权之间的清偿顺序在符合法定条件时，可以依《企业破产法》 第一百三十二条的特别规定确定。别除权人为及时获得清偿，可以在处置担保物时按照对 担保物享有优先于别除权受偿的职工劳动债权部分从变价款中全额提存，在不影响该债权 清偿的前提下，对特定财产行使优先受偿权。享有优先受偿权的权利人为两人以上时，对 职工劳动债权的责任按照各权利人行使优先受偿权的财产比例分担。现在随着时间的推 移，在《企业破产法》公布前拖欠的职工债权基本上已经解决完毕，可适用第一百三十 二条规定的情况巳经极少发生。.

三、破产财产的变价和分配

(一）破产财产的变价 ’

破产财产的分配以货币分配为基本方式。在破产宣告后，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。管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院依法 裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。

变价出售破产财产应当通过拍卖方式进行，但债权人会议另有决议的除外。因为在实 践中，虽然拍卖方式有助于保证公平，但有时不一定能够使破产财产以最高价格售出而 且其成本较高，耗时较长。所以，只要债权人会议作出相应决议，就可以不采取拍卖方式 处分财产。破产财产的变价出售必须以价值最大化即债权人利益最大化为原则，不能与破 产企业职工安置挂钩，职工安置是政府应负责解决的问题，不允许以低价向购买者出售破 产财产的方式换取其对职工的就业安置，以损害债权人利益的方式解决政府的财政与工作 困难。

破产企业可以以全部或者部分变价方式出售。企业变价出售时，可以将其中的无形资 产和其他财产单独变价出售。按照国家规定不能拍卖或者限制转让的财产，应当按照国家 规定的方式处理。

(二）破产财产的分配

破产分配是指将破产财产按照法律规定的债权清偿顺序和案件实际情况决定的受偿比 例进行清偿的程序。破产财产的分配应当遵守法定的分配顺序和分配方法。对破产财产可 以进行一次性分配，也可以进行多次分配，需视破产财产的多少、变价难易等情况而定。 依照破产分配进行的时间不同，可分为中间分配、最后分配和追加分配。'

《企业破产法》第一百一十三条规定：“破产财产在优先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 应当划人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)破产人欠缴的除前项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。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。破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。”

破产分配时，对债务人的董事、监事和高级管理人员在破产申请受理前拖欠的工资， 应当按照企业拖欠职工工资的平均期间、以同期职工平均工资为标准予以调整，此前如有 多发放的，应作为非正常收人予以追回。这是为避免企业董事、监事和高级管理人员在企 业濒临破产期间拖欠职工的工资，却对自己的工资按期照发，或者在企业破产后，破产财 产被董事、监事和高级管理人员不合理的高额工资所侵占，损害债权人利益。《破产法司

法解释（二）》对此有明确规定，并指出其“高出该企业职工平均工资计算的部分，可以 作为普通破产债权清偿”。

最高人民法院《关于正确审理企业破产案件为维护市场经济秩序提供司法保障若干 问题的意见》中规定，对于职工欠薪和就业问题突出、债权人矛盾激化、债务人弃企逃 债等敏感类破产案件，要及时向当地党委汇报，争取政府的支持。有条件的地方，可通过 政府设立的维稳基金或鼓励第三方垫款等方式，优先解决破产企业职工的安置问题，政府 或第三方就劳动债权的垫款，可以在破产程序中按照职工债权的受偿顺序优先获得清偿。

根据最高人民法院《关于税务机关就破产企业欠缴税款产生的滞纳金提起的债权确 认之诉应否受理问题的批复》规定，破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳 金属于普通破产债权，不享有与欠缴税款相同的优先受偿地位。对于破产案件受理后因欠 缴税款产生的滞纳金，人民法院应当依照《最高人民法院关于审理企业破产案件若干问 题的规定》第六十一条规定处理。根据该条规定，滞纳金不属于破产债权，在破产程序 .中不予清偿。

此外，其他立法对破产分配顺序有特别规定的，依其规定执行。如《商业银行法》 第七十一条规定：“商业银行不能支付到期债务，经国务院银行业监督管理机构同意，由 人民法院依法宣告其破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织国务院银行业监督管 理机构等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。商业银行破产清算时，在支付清算 费用、所欠职工工资和劳动保险费用后，应当优先支付个人储蓄存款的本金和利息。” 《企业破产法》第一百三十四条第二款还规定：“金融机构实施破产的，国夯院可以依据 本法和其他有关法律的规定制定实施办法。”再如《农民专业合作社法》第四十八条规 定：“农民专业合作社破产适用企业破产法的有关规定。但是，破产财产在清偿破产费用 和共益债务后，应当优先清偿破产前与农民成员已发生交易但尚未结清的款项”。

在实践中，有些破产财产变现处分较为困难，或在变价过程中会造成较大损失，有些 破产企业的债权一时难以追回，股权无法变现，在破产分配时，经债权人会议决议，可以 进行实物分配、债权或股权分配。例如，在某证券公司的破产案件中，破产财产中包括公 司持有的两支股票，且持股比例在被持股的上市公司中较高，如果在二级市场出售变现存 在变价周期较长、集中大量抛售股票易带动股价下跌导致变现价值损失等问题，管理人决 定对股票采用实物的方式分配，其分配方案经债权人会议表决通过，得到人民法院裁定认 可，并通过中国证券登记结算有限责任公司以非交易过户的方式划转至参与分配的债权人 相关证券账户，财产分配顺利执行完毕。

《企业破产法》第一百三十二条对职工债权的清偿问题作有特别规定。根据该条规 定：“本法施行后，破产人在本法公布之日前所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费 用，所欠的应当划人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，依照本法第一百一十三条的规定清偿后不足以清偿的 部分，以本法第一百零九条规定的特定财产优先于对该特定财产享有担保权的权利人 受偿。”

职工劳动债权的清偿顺序，是破产立法中的一个重要争议问题。在立法过程中，有的 人主张担保物权优先受偿，有的人主张职工劳动债权优先受偿。《企业破产法》以该法公 布时间为界，以“老事老办法、新事新办法”的折衷方式解决了立法与实践中的难题。

虽然在立法通过后的一段期间内还可能出现职工劳动债权优先于担保物权受偿的现象，但 随着社会保障制度的健全、历史遗留问题的解决，我国的破产制度将较彻底地告别非市场 化因素的干扰，对市场经济秩序起到长远的保障作用。由于《企业破产法》公布时间已 久，能够适用该项规定优先于担保物权受偿的职工劳动债权现在基本上不复存在。对破产 企业拖欠的职工劳动债权仅靠在破产法中提前其清偿顺序，是不能从根本上解决问题的。 关键是必须制止欠薪等问题的发生，这要靠社会保障法、劳动法的完善，要靠政府在平时 主动正确履行其职责解决。此外，必须尽快建立破产企业职工工资保障基金，以保障职工 的权益。

管理人应当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 当载明下列事项：（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。

债权人会议表决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，经人民法院裁定认可后，由管理人执行。

管理人按照破产财产分配方案实施多次分配的，应当公告本次分配的财产额和债权 额。管理人实施最后分配的，应当在公告中指明，并载明法律规定的事项。

管理人实施分配，应当通知所有债权人。对债权人留有明确姓名或名称、地址、银行 账户，无需债权人受领行为即可交付的，管理人应当在通知后直接将破产财产分配额交付 债权人。无法通知且无法直接交付、或者经通知债权人未受领也无法直接交付的破产财产 分配额，管理人应当提存。债权人自最后分配公告之日起满两个月仍不领取的，视为放弃 受领分配的权利，管理人或者人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。

对附生效条件或者解除条件的债权，管理人应当将其分配额提存。在最后分配公告 日，生效条件未成就或者解除条件成就的，提存的分配额应当分配给其他债权人；在最后 分配公告日，生效条件成就或者解除条件未成就的，提存的分配额应当交付给该债权人。

破产财产分配时，对于诉讼或者仲裁未决的债权，管理人应当将其分配额提存。自破 产程序终结之日起满两年仍不能受领分配的，人民法院应当将提存的分配额分配给其他债 权人。

四、破产程序的终结

(一）破产终结程序

破产程序终结方式主要有四种：其一，因和解、重整程序顺利完成而终结；其二，因 债务人以清算外的其他方式解决债务清偿问题（包括第三人代为清偿债务、自行和解） 而终结；其三，因债务人的破产财产不足以支付破产费用而终结；其四，因破产财产分配 完毕而终结。在破产清算程序中仅涉及后两种情况。

破产人无财产可供分配的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序。在破产人有 财产可供分配的情况下，管理人在最后分配完结后，应当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。人民法院应当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。裁定终结的，应当予以公告。

管理人应当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

产人的原登记机关办理注销登记。

(二）遗留事务的处理

通常情况下，管理人应于办理破产人注销登记完毕的次日终止执行职务。但是，破产 案件中存在债权诉讼或者仲裁未决等情况时，管理人可以在破产程序终结后，继续办理破 产案件的遗留事务。

在破产程序因债务人财产不足以支付破产费用而终结，或者因破产人无财产可供分配 或破产财产分配完毕而终结时，自终结之日起两年内，有下列情形之一的，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：

1. 发现在破产案件中有可撤销行为、无效行为或者债务人的董事、监事和高级管理 人员利用职权从企业获取非正常收入和侵占企业财产的情况，应当追回财产的；

2. 发现破产人有应当供分配的其他财产的。

有上述情形，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。

一、支付结算的概念与方式

支付结算，是指单位、个人在社会经济活动中使用票据、银行卡、汇兑、托收承付、 委托收款、信用证、电子支付等结算方式进行货H5给付及资金淸算的行为。

厂…在现代市场经济中，产品市场和要素市场各个环节的流通均需要借助于货币这一媒 :介。依其形式，货币结算可以分为现金结算和非现金结算，前者是指支付结算双方直接便 i用现金进行给付,后者是指双方通过开户银行将款项从付款入账户转移到收款人账户的货 丨市给付及资金清算行为。由于我国实行现金管理制度，除按照国务院《现金管理暂行条 N>-可以使用现金结算的情形外，单位之间的货币结算都需要通过银行转账进行。

丨支付结算的方式，依不同的标准，可作不同的分类。例如，银行本票和支票是同城结 \_方式，托收承付、银行汇票是异地结算方式，汇兑、商业汇票、委托收款、银行卡等是 |同城和异地均可采用的结算方式。根据支付工具在支付结算中的职能，汇兑、委托收款、 I托收承付是贷诂支付工具，银行汇票、银行本票、支票是借记支付工具。^

丨。从支付结算方式的法律特征考虑，可分为票据结算方式和非票据结式。本章第二 ^介绍票据法律制度，第三节介绍汇兑、托收承付、委托收款、国内信用证、银行卡、预 |付卡、电子支付等非票据结算方式。

| 二、支付结算的特征

卜:从法律上来说，支付结算主要有如下两个特征： ；

|U: (4):支付结算必须通过法律规定的中介机构进行 . ；

n被结算主要涉及付款人（或出票人）、收款人（或持串人）和:申介机构。银行（包 W衣w信用合作社)是支付结箅和资金清算的主要中介机域。未经中国人民银行批准的 '非银行金融机构和其他单位不得作为中介机构经营支付结算\_务。’

I 银行办理银行汇票、汇兑、委托收款、托收承付等支付结?事业無可实行代理。即银行 \_方之间，一方可以委托另一方办理其支付结算业务，委托方~被￥理行，受委托方为代 丨理行。.. . \ ::

根据《非金融机构支付服务管理办法》的规定，依法取得《支付业务许可证》的非 金融机构可以成为支付机构，在收付款人之间作为中介机构提供网络支付、预付卡的发行 与受理、银行卡收单和中国人民银行确定的其他支付服务。但这些支付机构之间的货币资 金转移应委托银行业金融机构办理，不得通过支付机构相互存放货币资金或委托其他支付 机构等形式办理。这些支付机构也不得办理银行业金融机构之间的货币资金转移，经特别 许可的除外。

(二）支付结算必须遵循法律规定的特定形式要求

支付结算行为具有要式性。票据和结算凭证是办理支付结算的工具，直接关系到支付 结算的准确、及时和安全。单位、个人和银行办理支付结算，必须使用按中国人民银行统 一规定印制的票据凭证和结算凭证。未使用按中国人民银行统一规定印制的票据，票据无 效；未使用中国人民银行统一规定格式的结算凭证，银行不予受理。

填写票据和结算凭证，必须做到标准化、规范化。例如，单位和银行的名称应当记载 全称或规范化的简称；票据和结算凭证上的签章形式要严格按照要求；结算凭证的金额、 签发日期、收款人名称不得更改，更改的结算凭证，银行不予受理；票据和结算凭证金额 须以中文大写和阿拉伯数字同时记载，两者必须一致，两者不一致的票据无效，两者不一 致的结算凭证，银行不予受理。

三、支付结算的原则

支付结算工作的任务，是根据经济往来组织支付结算，准确、及时、安全办理支付结 算，依法管理支付结算，保障支付结算活动的正常进行。为此，《支付结算办法》第十六 条规定，单位、个人和银行在办理支付结算时，应当遵守以下三个基本原则：（1)恪守 信用，履约付款；（2)谁的钱进谁的账，由谁支配；（3)银行不得垫款。

(一）“恪守信用，履约付款”原则

承担付款义务的一方当事人，应当按照约定的付款金额、时间和方式进行支付。对于 银行来说，一方面，银行应当依照客户的委托妥善办理支付结算；另一方面，作为中介机 构，银行应以善意且符合规定的正常操作程序审查票据和结算凭证，对票据和结算凭证上 的签章以及需要交验的相关证件未发现异常而支付金额，对出票人或付款人不再承担接受 委托付款的责任，对持票人或收款人不再承担付款的责任。

(二）“谁的钱进谁的账，由谁支配”原则

委托人是支付结算的发起人，对其账户中的资金具有自主的处分权。银行应当遵循委 托人的意志，按支付结算凭证的内容，准确、及时办理支付结算，尊重和维护客户的合法 权益。银行应当依法为单位、个人在银行所开立的存款账户的信息保密，维护其资金的自 主支配权。对单位、个人在银行开立上述存款账户的存款，除法律、行政法规另有规定 夕卜，银行不得为任何单位或者个人查询；除法律另有规定外，银行不代任何单位或者个人 冻结、扣款?，不得停止单位、个人存款的正常支付。

(三）“银行不得垫款”原则

银行在办理支付结算业务时，只是作为中介机构，接受客户的委托，办理结算当事人 之间的资金转移，不承担垫付款项的责任。在银行开立存款账户的单位和个人办理支付结 算，除非《支付结算办法》另有规定，账户内须有足够的资金保证支付。没有开立存款

账户的个人向银行交付款项后，也可以通过银行办理支付结算。客户只能在存款余额范围 内签发支款凭证；委托银行代收款项的，只有在款项收妥后，收款人才能使用。

四.、银行结算账户

?支付结算活动，在多数情形下是通过存款人在银行开立的结算账户进行的。限于篇 幅，本书仅介绍人民币结算账户，不涉及外币结算账户。

根据中国人民银行《人民币银行结算账户管理办法》的规定，银行结算账户是指银 行为存款人开立的办理资金收付结算的人民币活期存款账户。这里的“银行”是指在中 国境内经中国人民银行批准经营支付结算业务的政策性银行、商业银行（含外资独资银 行、中外合资银行、外国银行分行等）、农村信用合作社（城市信用合作社现已改制为城 市商业银行）；“存款人”是指在中国境内开立银行结算账户的机关、团体、部队、企业、 事业单位、其他组织、个体工商户和自然人。

由此可见：银行结算账户办理的是人民币业务，与外币账户不同；银行结算账户办理 的是资金收付结算业务，与普通的储蓄账户不同；银行结算账户是活期存款账户，与定期 存款账户不同。

存款人可以自主选择银行开立银行结算账户。除法律、行政法规和国务院规定外，任 何单位和个人不得强令存款人到指定银行开立银行结算账户。境外机构在中国境内银行开 立人民币银行结算账户须遵循《境外机构人民币银行结算账户管理办法》（2010年）、 《中国人民银行关于境外机构人民币银行结算账户开立和使用有关问题的通知》t (银发 [2012] IS3号）等规定，未尽事宜按照《人民币银行结算账户管理办法》及其实施细则 执行。

(一）银行结算账户的种类

银行结算账户按存款人不同，可分为单位银行结算账户和个人银行结算账户。

1. 单位银行结算账户。存款人以单位名称开立的银行结算账户为单位银行结算账户。 个体工商户凭营业执照以字号或经营者姓名开立的银行结算账户纳人单位银行结算账户管 理。单位银行结算账户按用途可分为基本存款账户、一般存款账户、专用存款账户和临时 存款账户。

中国人民银行对于基本存款账户、临时存款账户（因注册验资和增资验资而开立的 除外）、预算单位专用存款账户和QFII专用存款账户实行核准制度。

2. 个人银行结算账户。存款人因投资、消费、结算等凭个人身份证件，以自然人名 称开立的可办理支付结算的银行结算账户，为个人银行结算账户。邮政储蓄机构办理银行 卡业务幵立的账户纳人个人银行结算账户管理。'

存款人应在注册地或住所地开设银行结算账户。按照法律、行政法规和规章，可以在 异地（跨省、市、县或区）开立银行结算账户的除外。

(二）基本存款账户

基本存款账户是指存款人因办理日常转账结算和现金收付需要而开立的银行账户，是 其主办账户。

下列存款人可以申请开立基本存款账户：（1)企业法人；（2)非法人企业；（3)机 关、事业单位；（4)团级（含）以上军队、武警部队及分散执勤的支（分）队；（5)社

会团体；（6)民办非企业组织；（7)异地常设机构；（s)外国驻华机构；（9)个体工商 户；（10)居民委员会、村民委员会、社区委员会；（11)单位设立的独立核算的附属机 构；（12)其他组织。可见，具备申请资格的并不限于具有独立法人资格的单位。

存款人申请开立基本存款账户，应向银行出具法律规定的证明文件。单位银行结算账 户的存款人只能在银行开立一个基本存款账户。

(三）一般存款账户

一般存款账户是指存款人在基本存款账户开户银行以外的银行营业机构开立的用于办 理借款转存、借款归还和其他结算的银行结算账户。该账户可以办理现金缴存，但不得办 理现金支取。

开立基本存款账户的存款人都可以开立一般存款账户。开立一般存款账户，实行备案 制，无须中国人民银行核准。

(四）专用存款账户^

专用存款账户是指存款人按照法律、行政法规和规章，为对其特定资金进行专项管理 和使用而开立的银行结算账户。对下列资金的管理与使用，存款人可以申请开立专用存款 账户：（1)基本建设资金；（2)更新改造资金；（3)财政预算外资金；（4)粮、棉、油 收购资金；（5)证券交易结算资金；（6)期货交易保证金；（7)信托基金；（8)金融机 构存放同业资金；（9)政策性房地产开发资金；（10)单位银行卡备用金；（11)住房基 金；（12)社会保障基金；（13)收入汇缴资金和业务支出资金；（14)党、团、工会设在 单位的组织机构经费；（15)其他需要专项管理和使用的资金。

合格境外机构投资者在境内从事证券投资开立的人民币特殊账户和人民币结算资金账 户（简称QFII专用存款账户）纳入专用存款账户管理。‘

存款人申请开立专用存款账户，应按规定向银行出具其开立基本存款账户所需的证明 文件、基本存款账户开户许可证和法律规定的其他相关证明文件。

(五）临时存款账户

临时存款账户是指存款人因临时需要并在规定期限内使用而开立的银行结算账户。存 款人有下列情况的，可以申请开立临时存款账户：（1)设立临时机构；（2)异地临时经 营活动；（3)注册验资；（4)境外（含港澳台地区）机构在境内从事经营活动。

存款人为临时机构的，只能在其驻在地开立一个临时存款账户，不得开立其他银行结 算账户；存款人在异地从事临时活动的，只能在其临时活动地开立一个临时存款账户；建 筑施工及安装单位在异地同时承建多个项目的，可以根据建筑施工及安装合同开立不超过 项目合同个数的临时存款账户。

临时存款账户应根据有关开户证明文件确定的期限或存款人的需要确定其有效期限。存 款人在账户的使用中需要延长期限的，应在有效期限内向开户银行提出申请，并由开户银行 报中国人民银行当地分支行核准后办理展期。临时存款账户的有效期最长不得超过2年。

(六）个人银行结算账户

个人银行结算账户用于办理个人转账收付和现金存取。存款人有下列情况的，可以 申请开立个人银行结算账户：（1)使用支票、银行卡、电子支付等信用支付工具的；

(2)办理汇兑、定期借记（如代付水、电、话费）、定期贷记（代发工资）、借记卡等结 算业务的。

银行为个人开立银行结算账户时，可根据需要要求申请人出具相关的身份证明文件， 还可要求申请人出具依据法律、法规和国家有关文件规定的其他有效证件，比如户口簿、 驾驶执照、护照等。

个人的工资收入等合法款项可以转入个人银行结算账户。单位从其银行结算账户支付 给个人银行结算账户的款项，每笔超过5万元的，应向其开户银行提供付款依据。储蓄账 户仅限于办理现金存取业务，不得办理转账结算。

(七）异地存款账户

存款人一般应在注册地（指存款人的营业执照等开户证明文件上记载的住所地）或 住所地开立银行结算账户。依《人民币银行结算账户管理办法》的规定，存款人有下列 情形之一的，可以在异地开立有关银行结算账户：（1)营业执照注册地与经营地不在同 一行政区域（跨省、市、县或区）需要开立基本存款账户的；（2)办理异地借款和其他 结算需要开立一般存款账户的；（3)存款人因附属的非独立核算单位或派出机构发生的 收人汇缴或业务支出需要开立专用存款账户的；（4)异地临时经营活动需要开立临时存 款账户的；（5)自然人根据需要在异地开立个人银行结算账户的。

(八）银行结算账户的撤销

银行结算账户的撤销是指存款人因开户资格或其他原因终止银行结算账户使用的行 为。发生下列事由之一的，存款人应向开户银行提出撤销银行结算账户的申请：（1)被 撤并、解散、宣告破产或关闭的；（2)注销、被吊销营业执照的；（3)因迁址需要变更 开户银行的；（4)其他原因需要撤销银行结算账户的。

存款人因主体资格终止撤销银行结算账户的，应先撤销一般存款账户、专用存款账 户、临时存款账户，将账户资金转人基本存款账户后，方可办理基本存款账户的撤销。

银行得知存款人主体资格终止情况，存款人超过规定期限未主动办理撤销银行结算账 户手续的，银行有权停止其银行结算账户的对外支付。

存款人撤销银行结算账户，必须与开户银行核对银行结算账户存款余额，交回各种重 要空白票据及结算凭证和开户许可证，银行核对无误后方可办理销户手续。'存款人未按规 定交回各种重要空白票据及结算凭证的，应出具有关证明，造成损失的，由其自行承担。

银行撤销单位银行结算账户时应在其基本存款账户开户登记证上注明销户日期并签 章，同时于撤销银行结算账户之日起2个工作日内，向中国人民银行报告。

对于存款人应撤销而未办理销户手续的单位银行结算账户或一年内未发生收付活动且 未欠开户银行债务的单位银行结算账户，银行应通知单位自发出通知之日起30日内办理 销户手续，逾期视同自愿销户，未划转款项列入久悬未取专户管理。

五、支付结算的主要法律法规

支付结算的应用非常广泛。随着商业和科技的发展，支付结算方式也不断推陈出新。 同时，为了维护支付结算体系的安全稳定，中国人民银行等监管机构也经常发布一些政策 性规定。因此，关于支付结算的法律制度，已逐步形成一个以基础性法律法规为主体，以 各种具体支付结算方式相关规定和监管部门政策性规定为补充的法律规范体系。

(一）基础性的法律法规

与支付结算相关的基础性法律规定，主要包括《商业银行法》（2015年修正），《人 民币银行结算账户管理办法》（中国人民银行令〔2003〕第5号）及其实施细则（银发 〔2005〕16号）、《境外机构人民币银行结算账户管理办法》（银发〔2010〕249号），《非 金融机构支付服务管理办法》（中国人民银行令〔2010〕第2号）及其实施细则（中国人 民银行公告〔2010〕第17号）、《支付机构客户备付金存管办法》（中国人民银行公告 〔2013〕第6号）等。

(二）有关支付结算方式的具体规定

与各种支付结算方式相关的规定，除票据类（详见第二节）外，主要包括《支付结 算办法》（银发〔1997〕393号）、《支付结算业务代理办法》（银发〔2000〕176号）， 《电子签名法》（2015年修正）、《电子支付指引（第一号）》（中国人民银行公告〔2005〕 第23号）、《电子银行业务管理办法》（中国银行业监督管理委员会令2006年第5号）、 《非银行支付机构网络支付业务管理办法》（中国人民银行公告〔2015〕第43号）、《银 行卡业务管理办法》（银发〔1999〕17号）、《银行卡收单业务管理办法》（中国人民银行 公告〔2013〕第9号）、《商业银行信用卡业务监督管理办法》（中国银行业监督管理委员 会令2011年第2号）、《支付机构预付卡业务管理办法》（中国人民银行公告〔2012〕第 I2号）、《单用途商业预付卡管理办法（试行）》（商务部令2012年第9号）、《国内信用 证结算办法》（银发〔1997〕265号）、《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题 的规定》（法释〔2005〕13号）等。

(三）监管部门的政策性规定

较近的与支付结算相关的政策性规定，主要包括《中国人民银行关于改进个人支付 结算服务的通知》（银发〔2007〕154号）、《中国人民银行关于进一步加强人民币银行结 算账户开立、转账、现金支取业务管理的通知》（银发〔2011〕116号）、《中国人民银行 关于境外机构人民币银行结算账户开立和使用有关问题的通知》（银发〔2012〕183号）、 《中国人民银行关于切实做好银行卡刷卡手续费标准调整实施工作的通知》.（银发[2012] 263号）、《中国人民银行关于加强银行卡业务管理的通知》（银发〔2014〕5号）、《中国 人民银行关于加强银行业金融机构人民币同业银行结算账户管理的通知》（银发〔2014〕 178号）等。

第二节票据法律制度

一、票据与票据法概述

(一）票据的概念和种类 .

票据，是指出票人签发的、承诺由本人或者委托他人在见票时或者在票载日期无条件 支付一定金额给持票人的有价证券。根据我国《票据法》第二条第二款规定，我国法律 上的“票据”是汇票、本票和支票的合称。

需要注意的是，“票据” 一词有多种含义。如“中央银行票据”，是中国人民银行为 调节商业银行超额准备金而向商业银行发行的短期债务凭证，其实质是中央银行债券，由 中国人民银行在银行间市场通过中国人民银行债券发行系统发行。发票、国库券、企业债 券等，也常被称为“票据”。但是，狭义的、法律意义的票据，仅指《票据法》所规定的 三种有价证券：

1. 汇票。《票据法》第十九条规定：“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。”

2. 本票。《票据法》第七十三条规定：“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。”

3. 支票。《票据法》第八十一条规定：“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。”

假设甲医院拟向乙公司购买一批药品，总价150万元。如果甲医院选择采用银行承兑 汇票.(汇票的一种）的方式付款，则可以签发一张以甲医院为出票人、以乙公司为收款 人、以甲医院的开户银行（X银行）为付款人的汇票，将其交付给乙公司。经甲医院申 请，X银行审核后作为承兑人在票据上签章。乙公司在票据到期时，委托自己的开户银行 (Y银行）向X银行提示付款。X银行经审核无误后，将票据金额150万元支付给Y银 行，由其存入乙公司的账户。

如果甲医院选择采用转账支票（支票的一种）的方式付款’则可以签发一张以自己 为出票人、以乙公司为收款人、以开户银行（X银行）为付款人的转账支票。乙公司委 托自己的开户银行（Y银行）向X银行提示付款。X银行经审核无误后，将票据金额150 万元支付给Y银行，由其存人乙公司的账户。

(二）票据的特征

票据是有价证券的一种。所谓“有价证券”，法律上并无统一的规定，乃是泛指各种 记载了某种民事权利的文书（纸张），并且该权利与记载权利的文书具有紧密的结合关 系，该权利的发生、转移、行使须全部或者部分依该文书而为之。日常生活和商业活动中 所使用的纸质的邮票、提单、仓单、股票、电影票、车票、演出或体育比赛入场券等，都 是有价证券。票据上记载的是请求支付一定金额的债权（票据权利），并且票据权利与票 据具有紧密的结合关系，因而是有价证券的一种。

票据作为依票据法发行的、以无条件支付一定金额为目的的一种有价证券，具有自己 独特的性质。

1. 票据是债权证券和金钱证券。持票人可以就票据上所载的金额向特定票据债务人 行使其请求权，其性质是债权，所以票据是债权证券。就债权的标的而言，持票人享有的 权利就是请求债务人给付一定的金钱，所以票据是一种金钱证券。

2. 票据是设权证券。所谓设权证券，是指权利的发生必须首先作成证券。票据上所 表示的权利，是由出票这种票据行为而创设，没有票据，就没有票据上的权利。因此，票 据是一种设权证券。

3. 票据是文义证券。票据上的一切权利义务，都严格依照票据上记载的文义而定， 文义之外的任何理由、事项都不得作为根据。也就是说，票据上记载的文义即使有错，通 常也不得依据票据之外的其他证据变更或者补充。票据的这个特征，主要是为了保护善意 持票人，以维护交易安全。

传统的票据均为纸质。中国人民银行近年来大力推行电子商业汇票业务。中国人民银 行批准建立了电子商业汇票系统，这一系统依托网络和计算机技术，具有接收、存储、发 送数据电文功能。票据当事人可利用该系统，以数据电文形式签发票据和进行其他票据行 为，以电子签名取代传统的签章方式。这一业务提高了票据业务的透明度，有利于防范票 据业务风险，避免纸质票据毁损灭失的问题，还能够节约当事人的成本。需要注意的是， 电子票据与传统的纸质票据相比，只是其载体有所区别、签章方式有所区别。票据法律制 度原则上适用于电子票据（当然，由于载体的变化，其中某些制度显然没有了适用余地， 例如票据丧失补救制度）。在实务中，纸质票据的使用量仍然大大高于电子票据。

(三）票据的分类

根据不同标准，票据可以作如下分类：

1. 委托票据与自付票据。根据出票人是否直接对票据付款，可作此种分类。委托票 据是指出票人不担任票据付款人，而是记载他人为付款人的票据，如汇票和支票。但是， 有的汇票也可能由出票人将自己记载为付款人。自付票据是指由出票人自己承担付款义务 的票据，其典型是本票。

2. 即期票据与远期票据。根据票据所记载的到期日的不同，可作此种分类。有的票 据的到期日是“见票即付”，即持票人可以随时请求付款。此种票据称为即期票据。有的 票据则并非持票人可以随时请求付款，而须在票据记载的特定日期或者以一定方法计算的 日期到来时，才有权请求付款。此种票据称为远期票据。按照我国法律的有关规定，本 票、支票均为即期票据，汇票可以是即期票据，也可以是远期票据。

(四）票据在经济上的职能

在生活中，特别是在商事活动之中，票据可以发挥不同的功能。

1. 支付职能。票据记载的是金钱债权，可以替代现金作为支付方式，避免了运送和 清点现金的麻烦。正是因为票据以及其他支付结算方式的出现和普及，我国法律上才可以 严格限制现金在经济往来中的使用。

2. 汇兑职能。异地之间需要支付金钱时，携带现金既不方便，也不安全。应付款方 可以签发或者转让票据给异地的收款方，从而使票据发挥汇兑的职能。例如，甲公司为向 异地的乙公司支付货款，可以将一定的金额交给开户银行（X银行），X银行即签发一张 以本行为出票人和付款人、以甲公司为收款人的银行汇票，甲公司将该汇票背书转让给乙 公司，乙公司即可向X银行在当地的分支机构请求付款。

3. 信用职能。这是远期票据可以发挥的功能。例如，甲公司向乙公司购买货物，需 要对方立即交货，但是并无足够的资金用于立即付款。甲公司如果签发一张6个月后到期 的汇票给乙公司，就可以有6个月的时间来筹措资金，其经济意义相当于获得了6个月的 贷款。票据法上的追索权制度使得票据权利人实现其权利的可能性大为增加，从而增强了 票据的信用职能。

4. 结算职能。结算职能又可称为债务抵销职能。互负票据债务的双方当事人，可以 不必分别实际支付票据金额，而可以在金额相同的范围内进行抵销，从而简化了程序，减 少了交易费用。

5. 融资职能。对于远期票据来说，虽然票据权利人无权在到期日之前请求票据债务 人支付票据金额，但是可以在法律允许的范围内将票据权利转让给他人，并从受让人处立

即获得对价，或者将票据权利为他人设定质押，从而达到融资的目的。

(五）票据法的法律渊源

第八届全国人大常委会第十三次会议于1995年5月10日正式通过了《中华人民共和 国票据法》，该法于1996年1月1日起施行。由此，中国初步建立起了票据法体系。

我国票据法的法律渊源主要有：

1. 法律。《票据法》（2004年修订）是最主要的法律。《票据法》没有规定的，应当 适用《民法通则》、《合同法》、《物权法》、《担保法》等一般民事法律的规定。此外， 《民事诉讼法》中的公示催告程序也是票据法的重要组成部分。

2. 行政法规。目前最主要的行政法规是中国人民银行制定、国务院批准的《票据管 理实施办法》（1997年8月21日发布，2011年1月8日修订）。

3. 司法解释。为了正确适用《票据法》，最高人民法院于2000年11月14日公布了 《最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》（以下简称《票据法司法解 释》）。这是票据法领域最重要的司法解释。

4. 部门规章。中国人民银行是国务院的金融主管机关，制定了一大批有关票据的部 门规章或者其他规范性文件。其中较为重要的有《支付结算办法》（1997年9月19日）、 《商业汇票承兑、贴现与再贴现管理暂行办法》（1997年5月22日）、《电子商业汇票业 务管理办法》（2009年10月16日）等。

(六）票据法的立法精神

票据乃是记载一定金钱债权的有价证券。为了达到前文所阐述的票据在经济上的职 能，票据制度必须作出不同于一般民法制度的特殊设计，才可以达到这些特殊效果。票据 法上的这些特殊设计，可以总结为票据法的特别立法精神——促进票据流通。

票据的流通，就是票据权利的转让。民法上有债权转让的规则，但是票据法认为债权 转让规则中的一些内容不利于促使第三人受让债权，因此设计了特殊制度来克服这些障 碍，其宗旨在于特别保护票据受让人的利益。具体而言，主要包括两种方法：

1. 使受让人能够迅速地取得权利，避免时间上的拖延。为了求得“迅速”，票据法对 票据凭证的格式有严格规定，从而使得票据真伪易于辨认，有利于节约时间和成本。票据 权利的转让方式是背书或者交付，相对于一般债权的转让，其不同之处在于无须通知债务 人即可以对债务人发生效力，手续简单，节约时间。另外，此种方式可以让受让人迅速辨 别让与人（前手）是否有权转让票据，也避免了一般债权转让中可能需要的繁琐的查证。

2. 使受让人能够安全地取得权利，避免因为各种原因而导致不能取得权利、取得的 权利有瑕疵或者容易丧失权利，并在最大程度上保障票据权利的实现。为了求得“安 全”，票据行为具有独立性，法律设有票据权利善意取得制度和抗辩切断制度，此外还有 追索权制度（担保承兑和担保付款的责任）以及利益偿还请求权、公示催告制度，这些 特殊制度使得票据受让人的权利得到更有效的保障。此外，票据法还以刑事制裁阻吓票据 犯罪。

二、票据关系

(一)票据关系与非票据关系的概念

所谓票据关系，是指基于票据行为而发生的、以请求支付票据金额为内容的债权债务

关系。这种法律关系的内容，一方面是票据债权，一方面是票据债务。我国通常将票据债 权称为票据权利，将票据债务称为票据义务或者票据责任。

但是，票据关系只是票据法所规范的法律关系中的一部分，或者说，票据权利和票据 义务只是票据法所规范的权利、义务的一部分。此外，票据法还规范所谓的“非票据关 系”。

非票据关系，是指与票据有密切联系，但是并非基于票据行为而发生，并且不以请求 支付票据金额为内容的法律关系。非票据关系也是票据法的规范对象，但是其内容并非请 求票据金额，在票据法上居于比较次要的地位。

非票据关系分成两大类：

1. 票据法上的非票据关系。它是指依据票据法上的规定而发生的非票据关系。其中 比较重要的是利益返还请求权关系。

2. 民法上的非票据关系。它是指依据民法的一般规定而发生的、与票据有紧密联系 的法律关系。民法上的非票据关系的特点在于其发生依据是民法的一般规定，这些规定并 不包含于狭义的票据法之中。但是，由于这些法律关系与票据有紧密联系，票据法不得不 规定它们对票据关系有何种影响。民法上的非票据关系又被称为票据基础关系。其中最重 要的是票据签发、转让的当事人之间的票据原因关系。

为了说明以上各种关系，我们举一个例子。甲公司于2008年1月10日与乙公司订立 合同购买一批饲料，约定价款为50万元。双方还约定：甲公司应在收到货物后10日内签 发转账支票以支付价款。1月15日，乙公司交货。甲公司于1月20日签发一张金额为50 万元、以丙银行为付款人的转账支票。乙公司没有在出票日起10日内请求丙银行付款， 也没有向甲公司提出任何请求，直到2009年10月。

上例中，甲、乙公司2008年1月10日订立买卖合同而发生的债权债务关系，是民法 上的非票据关系（票据原因关系）。甲公司对乙公司签发了支票，出票行为属于票据行 为，导致了票据关系的发生。具体而言，乙公司因此取得了请求支付票据金额的权利，即 票据权利，甲公司负有票据义务。由于乙公司没有在出票日起10日内向丙银行请求付款 (参见《票据法》第一百二十六条），丙银行可以不予付款，但是根据《票据法》第九十 一条第二款，出票人甲公司仍承担票据责任。但是，由于乙公司没有在出票日起6个月内 向出票人甲公司请求付款，乙公司对甲公司的票据权利消灭（参见《票据法》第十七条 第一款第二项）。但是，根据《票据法》第十八条的规定，乙公司可以请求甲公司返还其 与未支付的票据金额相当的利益。双方的这一关系在理论上属于票据法上的非票据关系。

(二）票据权利概述

票据权利，是指持票人基于票据行为而取得的、向票据债务人请求支付票据金额的权 利。需要说明的是，所谓“持票人”，其字面含义是占有票据的人。其实，占有票据的人 并不一定是票据权利人（比如拾得他人遗失之票据的人）；另一方面，票据权利人丧失其 票据后通常并不丧失其权利（比如票据被遗失、偷盗）。但是，由于票据行为以交付为要 件（从而使票据权利人必须取得占有），票据权利的行使通常也必须提示票据（因此票据 权利人必须仍旧保持其占有），因此一般以“持票人”来指称票据权利人。票据权利就是 票据债权，只是我国《票据法》和我国票据法实践中习惯使用“票据权利”的称法。需 要注意的是，非票据关系上的权利人，其权利不能称为“票据权利”。

票据权利的性质是金钱债权，但是相对于民法上的一般债权，票据权利呈现出相当的 复杂性。这主要体现在，票据权利包括了付款请求权和追索权两个方面。

《票据法》第四条第四款规定，票据权利包括付款请求权和追索权。付款请求权一般 是指持票人对主债务人的权利。追索权是指持票人的付款请求权没有获得满足或者有可能 无法获得满足的情况下，在符合了法定的条件之后，可以向偿还义务人所主张的票据权 利。例如，A公司向B公司签发汇票，以X银行为付款人。X银行在票据上进行了承兑。 B公司将票据背书转让给C公司，C公司背书转让给D公司，D公司是最后持票人。那 么，D公司享有什么样的票据权利呢？ D公司可以向X银行请求付款。这一权利，被称为 付款请求权。如果D公司向X银行请求付款遭到拒绝，在取得拒绝证书后，可以向A、 B、C追索，也可以向X追索。D对A、B、C、X的这种权利，被称为追索权。

持票人应当首先向主债务人或者付款人请求付款，在被拒绝付款或者显然有不获付款 的可能性时，才可以向偿还义务人主张追索权。因此，《票据法司法解释》将付款请求权 称为持票人的“第一顺序权利”，将追索权称为“第二顺序权利”。

从经济意义上看，票据权利相对于一般债权的优越性，首先体现在追索权。在付款请 求权未获满足的情形下，票据权利人可以向所有的票据债务人主张追索权。再加上抗辩切 断等制度，这些制度使得在票据上签章的人（票据债务人）可以向持票人提出抗辩的机 会大大减少，从而使票据权利人实现其权利的可能性大大增加。

(三）票据责任概述

票据责任是指票据债务人基于其票据行为而发生的向持票人支付票据金额的义务。票 据责任就是票据关系上的票据义务。

票据义务人，可以区分为主债务人和次债务人。

1.票据上的主债务人，是指本票出票人、汇票承兑人。之所以将其称为主债务人， 是因为最后持票人应当首先对其请求付款，并且在追索关系中，其为最终的偿还义务人， 不再享有再追索权。主债务人的义务，常被称为第一次义务或者主义务。

至于票据上的保证人，应区分其被保证人的身份而定。如果被保证人是主债务人，则 保证人属于主债务人；如果被保证人是次债务人，则属于次债务人。

2-票据上的次债务人，是指票据关系上除了主债务人之外的其他债务人。最后持票 人并不可以首先对其请求付款，而只能在追索关系中对其主张追索权。次债务人如果因为 被追索而偿还，通常还可以向前手再追索。次债务人的义务，常被称为第二次义务、次义 务或者偿还义务。次债务人包括：

(1) 汇票上的出票人、背书人、保证人。

(2) 本票上的背书人、保证人。

(3) 支票上的出票人、背书人、保证人。

需要注意的是，支票上的付款人，以及未经承兑的汇票的付款人，并非票据义务人， 而仅仅是票据关系的“关系人”（或称为“关系主体”）。他们未在票据上签章，并不承 担票据债务，但是他们的行为会对票据关系产生重要影响。此外，委托收款人以及代理付 款人也是票据关系上的关系主体，而非票据义务人。

三、票据权利的取得

(一）票据权利的取得原因概述

票据权利，乃是依票据行为而发生的债权。因此，票据行为显然是票据权利最主要的 发生原因。但是，票据权利也可能因为其他原因而取得。

1. 依票据行为而取得票据权利

票据行为是一种民事法律行为。依照票据行为而取得票据权利，也就是依当事人的意 思而使票据权利发生。我国票据法所规定的依票据行为取得票据权利的情形有四种：

(1) 依出票行为而取得。出票行为是票据上的第一个票据行为，有效的出票可以使 票据上第一次发生票据权利。

(2) 依让与而取得。最主要的情形是让与背书，在例外情况下也可以是空白票据的 单纯交付。善意取得是让与取得的特殊方式。

(3) 依票据保证而取得。票据保证人提供了票据保证，票据权利人即可以向保证人 行使票据权利。

(4) 依票据质押而取得。票据质押行为（质押背书）虽然在严格意义上并未使得票 据质权人取得票据权利，但是质权人可以像票据权利人一样直接行使票据权利。

2. 依法律规定而直接取得票据权利

在特定情形下，当事人并非基于他人的票据行为而取得票据权利，而是基于法律的规 定而直接取得票据权利。具体可包括下列两类情形：

(1) 依票据法上的规定而取得。其中最主要的是，被追索人（含票据保证人）向持 票人偿还票据金额、利息费用后，可以取得票据权利。

(2) 依其他法律规定而取得。其中比较重要的是，因为继承、法人合并或者分立、 税收等原因而取得票据权利。

(二）票据行为的概念与特征

票据行为，是票据法律行为的简称，是指能够发生票据权利和义务的法律行为。我国 票据法上的票据行为包括出票、背书、承兑、保证四种，其中承兑为汇票所独有。

和一般的民事法律行为相比，票据行为具有诸多的特点，这些特点多数是为了促进票 据的流通性而在票据法上特别设计的。

1.票据行为是要式法律行为

票据行为是一种要式法律行为，是说这种民事法律行为必须满足特定的形式要件才能 够成立和生效。票据行为的这一特点，常被表述为票据行为的“要式性”，或者因此而称 票据是一种“要式证券”。

首先，票据行为的要式性体现在书面形式上。票据行为（票据意思表示）必须记载 于票据的票面，采取口头和默示的形式则不能成立。记载于票据以外的其他载体的，也不 能发生票据行为的效力。

其次，票据行为的要式性还体现为票据行为人必须要签章。票据法上，票据行为人必 须签章才能够满足票据行为的形式要件。因此，票据行为人，必然是票据上的签章人。

再次，票据行为的要式性还体现在，每一种票据行为都有特定的“款式”，也就是 说，法律针对每一种票据行为，分别规定了哪些属于“绝对必要记载事项”，哪些属于

“相对必要记载事项”，哪些属于不得记载事项等。如果未记载绝对必要记载事项，或者 记载了因记载则使票据行为无效的事项，则票据行为无效。

2. 票据行为的解释以文义解释为主

票据行为和其他民事法律行为一样，都需要进行解释。一般民事法律行为的解释是非 常复杂的，需要综合运用多种解释方法，包括文义解释、目的解释、历史解释等，以最终 探明意思表示的内容。但是，票据行为的解释，原则上仅仅使用文义解释。《票据法》第 四条第一、三款规定，‘出票人和其他票据义务人都应当“按照所记载的事项”承担票据 责任。

当然，文义解释并非票据行为解释的唯一方法。由于在直接当事人之间，票据义务人 可以以基础关系上的抗辩对抗票据关系，因此，在基础关系上的意思表示解释，就可以用 来对抗票据行为的文义。

3. 票据行为是一种“格式”化的法律行为

在民法上，有所谓“格式合同”或者“格式条款”。票据行为如同一种法定的格式性 法律行为。《票据法》明确规定了出票、承兑、背书、保证这几种票据行为应当如何作 成，分别发生何种效果。当事人如果要进行票据行为，就只能按照这种要求去做，对于所 发生的法律后果也没有另作特别约定的余地。票据行为的这个特点，使得票据行为的内 容、法律效果都相当明确。尽管限制了意思自治，但是避免了意思自治所导致的复杂情 况，从而避免了大多数可能发生的争议。这样，票据的流通性可以得到加强。

4. 票据行为的独立性

票据上的各个票据行为之间互相独立，是否有效乃是根据各自的要件。一个票据行为 如果形式上合法但因为欠缺其他要件而无效，原则上不影响其他票据行为的效力。例如， 《票据法》第六条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的， 其签章无效，但是不影响其他签章的效力。”《票据法》第十四条第二款规定：“票据上有 伪造、变造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。”《票据法》第四十九条规定： “保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利，承担保证责任。但是，被保证人的 债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外。”也就是说，被保证人的债务如果非因为汇票记 载事项欠缺而无效，而是因为其他原因而无效，保证人仍应承担保证责任。当然，票据行 为的独立性也有例外，主要体现在《票据法》第十二条（因为恶意或者重大过失而取得 票据）和第十三条（票据抗辩切断的例外）规定的情形。

.(三）票据行为的成立与生效

一个票据行为必须满足法律规定的所有要件，才能够发生法律效力，导致票据关系发 生。票据法关于票据行为的要件，有诸多复杂的规定。

1.票据行为的形式要件

票据行为的行为人，须以一定方式在票据上进行记载。票据法对于票据行为的形式， 有许多复杂的要求。其中较为重要的有：

(1)票据凭证。《票据法》第一百零八条第二款规定：“票据凭证的格式和印制管理 办法，由中国人民银行规定。”《票据管理实施办法》第五条规定：“票据当事人应当使用 中国人民银行规定的统一格式的票据。”《支付结算办法》第九条第二款规定：“未使用按 中国人民银行统一规定印制的票据，票据无效。”

(2) 特定事项的记载方式。《票据法》第八条规定：“票据金额以中文大写和数码同 时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。”《票据法》第九条第二款规定：“票 据金额、.日期、收款人名称不得更改，更改的票据无效。”

(3) 签章方式。按照《票据法》第七条的规定，票据行为人必须在票据上签章，其 签章方式必须符合如下要求：

自然人的签章，为签名、盖章或者签名加盖章。法人和其他单位的签章，为该法人或 者该单位的盖章，加其法定代表人或者其授权的代理人的签章（签名、盖章或者签名加 盖章）。并且，法律对于法人或者其他单位的盖章，还明确规定了其具体类型。①银行的 签章。银行作为银行汇票的出票人、银行承兑汇票的承兑人签章时，应当盖该银行的汇票 专用章。作为银行本票的出票人签章时，应当盖银行本票专用章。不过，根据《票据法 司法解释》第四十二条，加盖银行公章的也有效。②其他法人或者单位的签章。商业汇 票上的出票人、支票的出票人的签章，应当盖该单位的财务专用章或者公章。

《票据管理实施办法》第十七条规定：“出票人在票据上的签章不符合票据法和本办 法规定的，票据无效；背书人、承兑人、保证人在票据上的签章不符合票据法和本办法规 定的，其签章无效，但是不影响票据上其他签章的效力。”

(4) 一定的款式。票据行为的款式，是指票据法对各种票据行为的记载事项所做的 要求。违反相关规定的，可能影响票据行为的效力。票琚行为的款式（记载事项）可作 如下分类： .

①绝对必要记载事项。如果未记载这类事项，则票据行为无效。例如出票行为中的票 据金额。

②相对必要记载事项。如果未记载这类事项，票据行为仍然有效，但须依照法律规定 决定相应事项。例如出票行为中的票据到期曰。

③任意记载事项（可以记载事项）。如果未记载这类事项，则不发生相应的法律效 果。如果进行了记载，则依照记载发生票据法上的效力。例如出票和背书行为中的“禁 止转让”事项。

④记载不生票据法上效力的事项。记载此类事项并不产生票据法上的效力，但是可以 产生民法上的效力。例如背书时记载的条件。

⑤记载本身无效事项。记载的此类事项在票据法和民法上均无效，但是不影响票据行 为本身的效力。例如汇票的出票人免除其担保承兑、担保付款责任的记载。

⑥记载使票据行为无效事项。记载此类事项的，不仅关于该事项的记载无效，而且导 致整个票据行为无效。例如，汇票的出票行为、承兑行为附条件。

需要注意的是，票据行为必须在票据（票据正面、背面或者粘单）上进行记载，才 可能产生票据法上的效力。如果在票据之外另外以书面形式记载有关事项，即使其内容和 票据有关，也不发生票据上的效力。

(5) 交付。票据行为首先表现为票据行为人在票据上进行记载。但是，行为人的记 载行为并非立即导致票据行为成立。票据行为人还必须将进行了这种记载的票据交付给相 对人，票据行为才成立。

《票据法》第二十条规定：“出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行 为。”尽管票据法没有对其他票据行为就“交付”问题进行类似的明确.规定，但是在解释

上应当相同。

例如，甲公司是某张汇票记载的收款人，甲公司拟将汇票背书转让给乙公司，自行完 成了背书记载但尚未交付对方，之后，又因为某种原因（例如乙公司未按照约定交货） 而不欲使乙公司取得票据权利，则可以自行涂销自己的背书记载（但是应当另行签章以 证明其自己涂销了背书记载）。此后，如因为购买货物须向丙公司付款，甲公司可以另行 以丙公司为被背书人而为背书记载，并交付丙公司。丙公司可以取得票据权利。

这还意味着，如果一个人在完成记载后，非因其意思而丧失对票据的占有，例如票据 遗失、被盗，则票据行为人所记载的票据权利人并不能取得对签章人的票据权利。不过， 如果第三人善意取得该票据而成为权利人，则由于行为人的记载符合票据行为的形式，并 且其签章真实，行为人也对票据权利人负票据责任。例如，汇票的收款人甲公司完成了对 乙公司的转让背书记载后票据遗失，拾得人丙向丁公司声称其乃是乙公司的代理人，并伪 造了乙公司的签章而将其背书转让给丁公司，如果丁公司基于善意取得制度而取得票据权 利，其虽然对乙公司不享有票据权利（基于票据伪造的法律规定），但是对甲公司则可以 主张票据权利。

2. 票据行为的实质要件 ‘除了上述形式要件外，票据行为还必须满足诸多的实质要件才能生效。

(1) 票据行为能力。《票据法》第六条规定：“无民事行为能力人或者限制民事行为 能力人在票据上签章的，其签章无效，但是不影响其他签章的效力。”

(2) 意思表示真实。根据《票据法》第十二条第一款的规定，以欺诈、胁迫手段取 得票据的，不能取得票据权利。

(3) 如果票据行为由代理人进行，则代理权的欠缺也会影响票据行为的效力。详见 下文讨论。

(4) 如果背书转让票据的背书人并不享有处分权，则背书行为无效。但是，如果符 合善意取得的要件，则转让背书行为可以有效。详见下文关于票据权利善意取得的讨论。

(5) 基础关系对票据行为效力的影响。如果票据的签发、转让并非基于真实的交易 关系，或者作为票据原因关系的合同无效,票据行为是否因此而无效？如果在票据原因关 系上欠缺对价，票据行为的效力是否因此而受影响？详见下文讨论。

(四）票据行为的代理

1. 票据行为代理的概念

票据行为是一种民事法律行为，可以由代理人进行，其法律效果归属于被代理人。 《票据法》第五条第一款规定：“票据当事人可以委托其代理人在票据上签章，并应当在 票据上表明其代理关系。”

2. 票据代理行为的生效要件 \_

票据行为如果由代理人进行，除了需要满足票据行为的成立要件和其他生效要件外， 还必须满足法律对于票据代理行为特别规定的生效要件。这些要件包括：

(1)须明示本人（被代理人）的名义，并表明代理的意思。《票据法》第五条第一 款规定，代理人应当在票据上表明其代理关系，也就是说，须记载本人是谁，并表明行为 人乃是作为代理人在票据上签章。假如未作该记载，而是以自己的名义进行票据行为，那 么不论其是否确有使他人承受票据行为之法律效果的真实意思，均不发生代理的效果，而

由“代理人”自己承担票据行为的法律效果。

(2) 代理人签章。代理人签章的方式，适用票据行为人签章的一般规定。

(3) 代理人有代理权。只有代理人有代理权，其以本人的名义所为的票据行为的法 律效果才能归属于本人。代理人的代理权，可能基于法律规定（无民事行为能力人、限 制民事行为能力人的监护人），但是在绝大多数情形下，乃是基于本人的授权而取得。如 果代理人欠缺代理权，则构成无权代理。

3. 票据行为的无权代理

《票据法》第五条第二款规定：“没有代理权而以代理人名义在票据上签章的，应当 由签章人承担票据责任；代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责 任。”这一规定应如何解释，需要分析。

(1) 如果不符合表见代理的要件，比如，相对人明知代理人没有代理权，或者因过 失而不知，那么，参照适用《合同法》第四十八条关于狭义无权代理的规定，该代理行 为应当不生效力。也就是说，相对人不能取得票据权利。相应地，不论本人还是无权代理 人均不承担票据责任。

当然，如果本人在事后表示追认，则可以参照适用《合同法》第四十八条的规定， 票据行为对本人发生效力，并由本人承担票据责任。

(2) 如果满足了表见代理的要件，相对人取得票据权利。此时，本人应承担票据责 任，无权代理人不承担票据责任。

《合同法》第四十九条规定：“行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以 被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。”这是 关于表见代理的规定。《票据法》中没有对表见代理进行规定，《合同法》的上述规定可 以参照适用于票据行为。也就是说，虽然票据行为人客观上欠缺代理权，但是如果相对人 有理由相信其有代理权，则其代理而为的票据行为有效，本人应根据该票据行为而承担票 据责任。

(3) 在上述第（1)种情况下（票据代理构成狭义无权代理），如果相对人又对他人 进行票据行为，假如该人因满足善意取得的要件而取得票据权利，无权代理之下的本人仍 然不承担票据责任。理由在于，本人并未在票据上签章，也没有授权他人为票据行为。但 是，无权代理人须对票据权利人承担票据责任。这是《票据法》第五条规定的意义。其 理由在于，票据行为的代理人应当无条件地担保其具有代理权；如果其客观上没有代理 权，因其在票据上进行了签章，应承担票据责任。例如，汇票的收款人是A，而B以A 的名义将其背书转让给C,该代理构成狭义无权代理，因而C不能取得票据权利。但是C 又将该票据背书转让给D，由于善意取得的要件满足，D取得了票据权利。此时，A对D 不负担票据责任，但是B负有票据责任。 '

4. 票据行为的代行

票据行为的代行，是指行为人在进行票据行为时在票据上记载他人之名，或者盖他人 之章，而未签署自己的姓名或者盖自己的章。此种情形，并不构成代理。代行行为的法律 效力，应类推适用有关代理的法律规定，视代行人是否获得本人之授权而定。如果代行人 获得了本人的授权，则应类推适用有权代理的规定，本人承担票据行为的法律效果。如果 代行人未获得本人的授权，其行为构成票据签章的伪造，本人和代行人均不承担票据责

任；但是，如果相对人有理由相信代行人获得了本人的授权，则类推适用表见代理的规 定，由本人承担票据责任。

(五）票据权利的善意取得

1. 票据权利善意取得的含义

票据权利的善意取得，是指无处分权人处分他人之票据权利，受让人依照票据法所规 定的票据转让方式取得票据，并且善意且无重大过失，则可以取得票据权利的法律制度。

票据权利可以转让，但是转让票据权利的票据行为，须以转让人（处分人）对于该 票据权利享有处分权为条件。如果转让人并无处分权，为了保障真正票据权利人的合法权 益，本不应使受让人取得票据权利（因为这意味着真正的票据权利人的权利消灭）。但 是，如果受让人受让票据权利时善意且无重大过失，为了保障交易安全，促进票据的流通 性，票据法特别规定受让人可以取得票据权利。

《票据法》第十二条规定：“以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有 前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。” “持票人因重大过失取得不符合 本法规定的票据的，也不得孚有票据权利。”该条虽然没有从正面直接规定票据权利的善 意取得，但是，从第一款分析，以欺诈等手段取得票据的，不享有票据权利；进而，以上 述手段取得票据（但不享有票据权利）后，又向他人转让票据权利的，实际上就是非票 据权利人在处分他人之票据权利。该款规定，如果受让人明知转让人取得票据权利乃是基 于上述原因，也就是，明知转让人并非真正的票据权利人，没有处分权，却仍然受让票 据，则不能取得票据权利。基于第二款的规定，如果受让人因为重大过失而不知上述原 因，也不能取得票据权利。从上述分析反推可知，假如受让人不知道转让人没有处分权， 并且是因为轻过失甚至无过失而不知情，则可以取得票据权利。

票据权利的无权处分，与无权代理存在区别。无权处分，乃是以自己的名义处分他人 的票据权利。而无权代理，则行为人虽然也在票据上签章，但是仅仅作为代理人签章，必 须指明本人（被代理人）是谁。如果发生了无权代理，善意相对人的保护是通过表见代 理规则来实现的，而无权处分之下，善意相对人的保护则通过善意取得规则实现。

2. 票据权利善意取得的要件

(1) 转让人是形式上的票据权利人，享有处分权。票据权利的受让人，须以一定的 方式审查转让人是否享有处分权。在通常情形下，票据权利乃是基于票据行为而取得，具 体而言，须票据所记载的收款人或者被背书人（转让背书）才享有票据权利。因此，转 让人须为票据记载的最后持票人（收款人或者被背书人），受让人才有理由相信其具有处 分权。

(2) 转让人没有处分权。虽然票据记载了特定的人是票据权利人，此人却可能因为 各种原因在实质上并不享有票据权利。例如：

情形之一：转让人从其前手取得票据权利时，其前手没有完全民事行为能力。例如， A对B签发转账支票，B取得票据后患精神病而丧失民事行为能力，但仍将支票背书转让 给C。C又将支票背书转让给D。根据《票据法》第六条的规定，B对C的背书行为无 效，C不能取得票据权利，因此，B仍然是票据权利人。C对D背书转让时，C没有处分 权，其实质是在处分B的票据权利。

情形之二：转让人从其前手取得票据权利时，其前手的意思表示不真实。例如，A公

司以B公司为收款人而签发汇票，B公司受C公司的欺诈而背书转让，C公司又背书转让 给D公司。根据《票据法》第十二条第一款的规定，C公司未从B公司处取得票据权利。 因此，C公司对D公司背书转让时，C公司没有处分权，其实质是在处分B公司的票据权 利。

情形之三：转让人从其前手取得票据权利时，其前手的代理人是无权代理，且不符合 表见代理的要件。例如，汇票的收款人是B公司，C公司从B公司受让票据权利时，明 知B公司的代理人X并无代理权。这里是狭义无权代理，代理行为不生效力，C公司未 取得票据权利。因此，C公司对D公司背书转让时，C公司没有处分权，其实质是在处分 B公司的票据权利。

情形之四：转让人并非票据所记载的权利人，但是冒充权利人并伪造其签章而转让票 据权利。例如，A公司对B签发转账支票，B的票据遗失（或被盗），被C拾得（或窃 取）。C对D声称自己就是B，并签下B的名字背书转让。C对D公司背书转让时，C没 有处分权，其实质是在处分B的票据权利。

情形之五：转让人从其前手取得票据权利时，其前手的签章乃是被伪造的，且转让人 并未善意取得票据权利。同上例，并且C对D声称自己就是B时，D因重大过失而不知 C的说法是假的，或者，D明知B不是C (甚至C与D串通而为），那么，D不能基于C 的背书而取得票据权利。这样，当D对E背书转让时，D并无处分权，其实质是在处分B 的票据权利。

情形之六：转让人从其前手取得票据权利时^没有真实的交易关系和债权债务关系, 并导致票据行为无效。这样，转让人虽然在形式上体现为票据权利人，却并非真正的权利 人。其再背书转让时，实质上是对他人（其前手）的票据权利进行无权处分。

(3) 受让人依照票据法规定的转让方式取得票据。这主要是指，受让人乃是基于背 书转让的方式取得票据。这一背书须符合一般背书行为的形式和实质要件。

(4) 受让人善意且无重大过失。即受让人并不知道转让人没有处分权，并且非因重 大过失而不知情^

如果受让人明知转让人没有处分权，也就是存在恶意，则不能取得票据权利。如果受 让人并非明知，也应尽到一定程度的注意以审查转让人是否有处分权。例如，应当审查转 让人的身份是否就是票据上所记载的权利人。.在上述情形之五，D应审查C的身份证，以 确定其是否就是B。如果D未提出这一要求即轻信，或者C提供的身份证显然是伪造的 而D竞然未能识别，则D有重大过失。但是，如果C伪造了带有自己照片的“B”的身 份证，十分逼真，蓊通人难以识别，则应认为D并无过失，或者仅有轻过失。

转让人没有处分权的多数情形是因为转让人与其前手之间的票据行为无效。应当认: 为，受〖丨:人并无义务i审查转让人与其前手之间的法律关系，更没有义务审查更早的法律关 系。只有在受让人\_为某种^他原因而知道或者应当知道相关事由时，才导致其存在恶意 或者有重大过失。 /

(5) 受让人须付出相当,it价。《票据法》第十二条虽然没有明确规定票据的善意受让 人须付出相当的对价;、但筹，《票据法》第十一条第一款规定：“因税收、继承、赠与可 以依法无偿取得票据的，本受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于其前手 的权利。”可见，无偿取#?票据的受让人所能够取得的权利不能优于其前手。在无权处分

情形下，前手并不享有票据权利，因此，无偿的善意受让人也不能取得票据权利。

3. 票据权利善意取得的法律后果

如果符合上述要件，则有如下法律后果：

(1)受让人取得票据权利。（2)原权利人丧失票据权利。（3)无权处分人的行为导 致原权利人的权利消灭，其应承担何种责任需要适用其他规定来解决。除了可能存在的民 法上的赔偿责任甚至刑事责任外，如果无权处分人乃是以自己的名义在票据上作为背书人 签章（如上文所列的情形一、二、三、六），则应基于票据法的一般规定承担背书人的票 据责任；如果无权处分人并未以自己名义签章（如上文所列的情形四、五），处分人是票 据伪造中的伪造人，则并不承担票据责任。（4)原权利人是否对票据权利人承担票据责 任呢？有的善意取得情形下，原权利人并未在票据上签章，如上文所列的情形三、四、 五，不承担票据责任。有的情形下，原权利人曾经在票据上签章，原则上应承担票据责 任，如上文所列的情形二、六。但是，在情形一之下，根据《票据法》第六条的规定， 原权利人B应不承担票据责任。

4. 票据权利善意取得制度的类推适用

典型的票据权利善意取得虽如上述，但是，还有一些情形与此类似，应类推适用善意 取得制度。

(1) 形式合法的但实质上无效的出票行为所记载的收款人，将其背书转让给他人。 例如，无权代理人A以甲公司的名义签发一张支票，收款人乙公司明知A没有代理权， 根据上文分析，代理行为无效，乙公司不能取得票据权利。如果乙公司将票据背书转让给 丙公司，在符合善意取得要件的情况下，丙公司应可取得票据权利。就票据关系的其他当 事人而言，乙公司承担背书人的票据责任；根据《票据法》第五条第二款的规定，甲公 司不承担票据责任，A承担作为出票人的票据责任。

(2) 出票人完成记载后票据遗失或者被盗。例如，甲拟出票给乙，记载完毕后票据 遗失。丙拾得后，冒充乙并伪造乙的签章，将其背书转让给丁。如果符合善意取得的要 件，则丁可以取得票据权利。就其他当事人而言，乙、丙作为票据伪造的被伪造人和伪造 人，均不承担票据责任。甲的签章是真实签章，应承担票据责任。

上述两种情形的特点在于，出票行为在实质上并未生效，票据上并不存在任何真实的 票据权利，因此，此后的背书转让行为在实质上并非对他人的票据权利进行处分。但是， 由于出票行为在形式上并无瑕疵，从被背书人的角度看，有维护交易安全的必要。因此， 票据善意取得制度应当被参照适用于此类情形。

(3) 票据质权的善意取得。无权处分人如果并非将票据权利转让他人，而是为他人 设定质权，也应适用善意取得制度。

(六）票据原因关系对票据行为效力的影响

1.票据原因关系的概念

票据原因关系，是指作为票据当事人之间授受票据原因的法律关系。出票人与收款人 之间的出票行为、背书人与被背书人之间转让背书行为，总是基于一定的原因。例如，为 了支付货物买卖的价款、支付工程款、支付租金、缴纳税款、返还借款等。尽管出票人、 背书人通常是基于一定的原因关系而为票据行为，但是，这一原因关系可能并不真实存 在，或者不符合法律的要求。例如，买卖合同无效，出卖人并无支付价款的义务，但是却

在认为合同有效的情形下签发了票据。因此，法律上需要决定的是：原因关系对于票据行 为的效力应产生何种影响。

2-出票行为和转让背书行为，须以履行基于真实的交易关系而发生的债务为目的

《票据法》第十条第一款规定：“票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原 则，具有真实的交易关系和债权债务关系。”根据该规定，出票行为和背书转让行为，必 须为了履行基于“真实的交易关系”而发生的债务。问题是，如果缺乏这种“真实的交 易关系”而为的出票、背书行为，其效力是否因此而受到影响。

缺乏真实的交易关系的情形，主要有以下几种情况：

(1) 作为原因关系的合同无效、被撤销。例如，为履行买卖合同上的价款义务而签 发票据，但是买卖合同实际上无效。

(2) 票据授受的原因是票据权利买卖。例如，甲公司缺乏资金，遂与乙公司约定： 甲公司向乙公司签发一张6个月后到期、金额为100万元的远期汇票，乙公司立即向甲公 司支付95万元。或者，甲公司此时持有一张5个月后到期的、金额为100万元的汇票， 遂与乙公司达成协议：甲公司将其背书转让给乙公司，乙公司立即支付甲公司96万元。 从《票据法》第十条来看，上述约定并非“真实的交易关系”。

关于上述情形下票据行为的效力，在理论上不无争论。《票据法司法解释》第二条规 定：“依照票据法第十条的规定，票据债务人（即出票人）以在票据未转让时的基础关系 违法、双方不具有真实的交易关系和债权债务关系、持票人应付对价而未付对价为由，要 求返还票据而提起诉讼的，人民法院应当依法受理。”该条规定应当被理解为，如果出票 行为的原因关系不存在，或者双方不具有真实的交易关系和债权债务关系时，出票行为无 效，出票人有权请求持票人返还票据。这一观点也应适用于背书转让行为。

当然，作为票据授受之原因的交易关系，并非必须在票据行为的直接当事人之间。例 如，甲公司向乙公司购买货物，乙公司从丙公司租赁机器需要支付租金，乙公司遂要求甲 公司直接向丙公司签发转账支票。应认为该出票行为的当事人之间具有真实的交易关系。

需要注意的是，虽然未以真实交易关系作为原因关系的出票和背书行为无效，收款人 或者被背书人不能因此而取得票据权利，但是由于其形式上是票据权利人，在其向他人背 书转让票据权利时，受让人可能基于善意取得制度而取得票据权利。

3. 以赠与或者其他无偿法律关系为原因的出票和背书转让

《票据法》第十条不应被解释为票据授受的原因必须是买卖等有偿合同关系。《票据 法》第十一条第一款，实际上承认了赠与等原因可以是票据授受的合法原因，只是其取 得的票据权利不得优于其前手。

还有基于其他无偿的原因关系而授受票据的情形。例如，在委托合同之下，委托人为 了预付处理委托事务的费用，向受人签发票据或者背书转让票据，也应适用《票据法》 第十一条。但是，如果受托人先行垫付了费用，委托人向其偿还该费用时，即使该委托合 同是无偿的，受托人取得该票据的原因，在票据法的意义上应视为有偿，不适用该条 规定。

4. “真实交易关系”的例外

关于“真实交易关系”的要求，有若干例外。银行汇票、银行本票发挥的是单纯的 支付职能。向银行申请签发银行汇票、银行本票的当事人，需要向银行足额支付金额后，

银行才会签发银行汇票和银行本票。票据上的“收款人”，则根据申请人的要求填写，银 行并不特别审查其申请原因。因此，申请人可以申请将自己填写为收款人，也可以要求将 他人填写为收款人。在这两种情况下，作为出票人的银行与收款人之间均不存在任何的 “交易”关系。这是因为，关于真实交易关系的要求，主要是基于我国的金融政策，避免 当事人套取银行资金，造成实质上的信贷规模扩大。而银行汇票、银行本票的签发方式， 则不存在这个问题。当然，即便是银行汇票、银行本票，在其背书转让的过程中，仍然需 要以真实的交易关系作为基础。

关于真实交易关系的要求，主要是针对商业汇票。商业汇票的签发、转让，原则上均 要求以真实的交易作为基础。但是法律上的一个例外是，持票人可以向金融机构办理贴 现。贴现是一种单纯的票据权利买卖关系，并不以其他交易作为基础。这个问题，在本书 关于汇票的背书部分讨论。

四、票据的伪造和变造

(一）票据伪造

1. 票据伪造的概念

票据伪造，是指假冒或者虚构他人名义而为的票据行为。具体而言，就是在未获得他 人授权的情况下，假冒他人或者声称获得了他人之授权，而径行以他人之名义为票据行 为；或者，虚构某个并不存在的人，并以此人名义为票据行为。

需要注意的是，如果票据行为人在指明本人的存在并以代理人的身份在票据上签章， 即使其欠缺代理权，也不构成票据伪造，而是无权代理。

2. 票据伪造的构成要件

(1) 伪造者的行为符合票据行为的形式要件。假如票据行为欠缺形式要件并因此而 无效，那么无论是否构成伪造，票据行为已经确定无效，自然无须特别考虑伪造问题。

任何票据行为，包括出票、承兑、保证、背书，均可能发生伪造问题。

(2) 伪造者假冒或者虚构他人名义在票据上签章。上文已经分析了票据行为的代行。 假冒他人名义，在形式上体现为票据行为的代行。如果行为人获得了本人的授权，或者出 现可以类推表见代理的情形，则代行的票据行为有效，本人应承担票据责任；否则，即构 成票据的伪造。

虚构他人之名义，主要指虚构一个不存在的法人或者其他单位的情形。假如行为人只 是没有使用其本名，那么不论其主观目的如何，该票据行为均应视为有使其法律效果归属 于自己的意思，应由其承担票据责任，而不构成票据伪造。

3. 票据伪造的法律后果

(1) 票据行为的法律效力。在票据伪造的情形下，如果属于假冒他人名义，如上文 分析，其法律效果应类似于无权代理。如果属于狭义无权代理的，则票据行为不生效力。 但是，如果其情形可以类推适用表见代理，则票据行为有效。

如果票据伪造的情形属于虚构他人名义，票据行为应无效。

根据《票据法》第十四条第二款的规定，如果伪造的票据行为无效，其他真实签章 的效力不受影响。从理论上来说，这一规定体现了票据行为的独立性。这一规定对票据关 系的影响，可以举两个例子说明：

例1:出票行为被伪造并且无效的，收款人不能取得票据权利。但是'，如果收款人对 他人进行转让背书，被背书人可以取得票据权利，但是其权利仅针对收款人，被伪造人 (“出票人”）并不承担票据责任。

例2:背书转让行为被伪造并且无效的情形。例如，A是某票据的收款人，B冒充A 并伪造其签章，对C进行转让背书。如果不符合善意取得的要件，则被伪造的背书行为 无效，C不能取得票据权利，A仍然是票据权利人。假如C又对D进行转让背书，则属于 无权处分。如果符合善意取得要件，D取得票据权利，A的票据权利消灭。C的签章是真 实签章，C负有作为背书人的票据责任。

(2) 对被伪造人的法律后果。在虚构他人名义的情形下，并不存在一个“被伪造 人”，因此不存在相应的法律后果问题。在假冒他人名义的情形下，假如属于上文所分析 的票据行为无效的情形，被伪造人不承担因为该票据行为所产生的票据责任。

(3) 对伪造人的法律后果。根据《票据法：T第十四条第一款，伪造人并未以自己名 义在票据上签章，不承担票据责任。但是可能要承担刑事责任、行政法律责任或者民法上 的赔偿责任。

(二）票据变造

1-票据变造的概念

票据变造，是指没有变更权限的人变更票据上签章以外的其他记载事项的行为。票据 行为人在票据上记载了一定的事项后，其本人或者其他人又对该事项（签章除外）进行 变更的，对于与被变更的事项有关的票据关系产生何种影响，是票据变造制度所要处理的 冋题。

2. 变造与变更权人的变更的区别

《票据法》第九条第二、三款规定：“票据金额、日期、收款人名称不得更改，更改 的票据无效。” “对票据上的其他记载事项，原记载人可以更改，更改时应当由原记载人 签章证明。”因此，除了金额、日期（应当解释为出票日期）、收款人名称之外的事项， 原记载人（或者经其授权的人）有权变更，但是应当专门就记载之变更行为进行签章。 通常来说，变更会发生在记载完成后、交付给相对人之前。假如已经交付，则票据行为已 经按照原记载的内容成立并生效，因此，如果要变更，还应当征得利害关系人的同意，特 别是持票人的同意。

关于金额、出票日期、收款人名称这三个事项，任何人均不得变更，包括原记载人自 己。如果对这三个事项的变更比较明显，可以通过查看票面而发现，根据《票据法》第 九条第二款的规定，票据无效。“票据无效”的含义应理解为，如果出票行为成立时就存 在该瑕疵，出票行为无效，其他票据行为也因此而无效，票据权利根本不发生。但是，如 果出票行为成立时并无该瑕疵，出票行为已经在当时生效，票据权利就巳经发生。此后再 发生此类变更，该行为导致的“票据无效”，应理解为该票据凭证失去效力，但是已经存 在的票据权利并不因此而消灭。应当适用票据丧失的规定，票据权利人以其他方式证明其 票据权利后，仍可行使其权利。』

3. 票据变造的构成要件

(1)有变更票据上签章以外记载事项的行为。“变更”的情形，可能是涂销原有记载 并且添加新的记载。例如，将票据上原来记载的金额5万元（阿拉伯数字以及中文大写）

变更为95万元。也可能是单纯地涂销原有记载。例如，背书时记载了 “不得转让”字 样，之后仅单纯地涂销该字样。还应当包括，原来并无某种记载，之后添加某种记载。例 如，在背书转让后，添加“不得转让”字样。当然，如果背书人在将票据交付被背书人 之前添加这一字样，并不属于变更，因为添加之前票据行为尚未成立，自可补充记载。

需要注意的是，《票据法》第九条第二款规定了三种不得变更的事项。而实务中，最 常见的变造对象是票据金额。应当理解为，如果从票面来看，对于这三种事项的变更可以 通过查看票面而发现，应适用该款规定。但是，如果其变更难以通过查看票面而发现，则 票据的效力应不受影响，而适用关于变造的规定。

(2)变更行为人没有变更权。

4.票据变造的法律后果

依照《票据法》第十四条第三款的规定，票据变造产生如下法律后果：

(1) 变造前在票据上签章的票据行为人，依照原记载事项负责。不能辨别是在票据 被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

(2) 变造后在票据上签章的票据行为人，依照变造后的记载事项负责。如果变造人 也是票据上的签章人，变造人应解释为在变造后票据行为人。

五、票据权利的消灭

(一）票据权利的消灭事由概述

1. 票据权利的一般消灭原因——付款

票据权利人向票据债务人主张权利，票据债务人向其付款的，其债务消灭。具体而言， 如果汇票的付款人或者承兑人、支票的付款人、本票的出票人向票据权利人支付了票据金 额，票据权利全部消灭；如果票据权利人向其他票据债务人主张追索权（如果出现了追索 事由），被追索人向其履行债务后，其自身的票据债务消灭，但因此而享有再追索权。

2. 因为没有进行票据权利的保全而导致追索权消灭

如果票据权利人没有按照规定期限提示承兑或者提示付款，或者在受到拒绝时没有依 法取证，其追索权消灭。

3. 消灭时效期间的经过

票据权利人没有在法定的消灭时效期间内行使权利的，其票据权利因此而消灭。

(二）追索权因为未进行票据权利保全而消灭

按照票据法的规定，票据权利人原则上应当在规定的时间、地点，以规定的方法提示 付款或者提示承兑（“遵期提示”）；并且，在被拒绝时，应当依法取得相应的证明（“依 法取证”）。否则，其追索权将因此而消灭。因此，遵期提示和依法取证的行为在理论上 称为“票据权利的保全”，也就是票据权利人为防止票据权利丧失而为的行为。

1.遵期提示

《票据法》第二十五条规定了汇票到期日的四种记载方式，分别是：见票即付；定日 付款；出票后定期付款；见票后定期付款。

见票即付，是指一经持票人提7K，付款人即应付款。其实质，是以提付款日为到期 曰。但是，为免持票人长期不提示付款，法律另行规定了见票即付汇票的提示付款期限。 本票、支票均为见票即付的票据。

定日付款，是指在汇票上明确记载特定的日期为到期日。出票后定期付款，是指出票 后一定的期间经过后的日期为到期日。此种付款日期，与定日付款在实质上并无区别，只

是需要一定的计算。

见票后定期付款，是指汇票的持票人向付款人提示承兑，付款人予以承兑或者拒绝承 兑后，以承兑日或者拒绝承兑证书做成之日为基础，经计算而确定到期日。这种付款日 期，无法直接依照票面记载而确定到期日。

(1) 遵期提示承兑。承兑是汇票的特有制度。见票即付的汇票无须提示承兑。另外 三种到期日的汇票，须在到期之前提示承兑。具体而言，根据《票据法》第三十九、四 十条的规定，定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人 提示承兑；见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。 汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。根据《票据法司法解. 释》第十九条的规定，汇票的持票人未遵期提示承兑的，并不丧失对出票人的追索权。

(2) 遵期提示付款。《票据法》第五十三条第一款、第七十八条、第九十一条第一款 分别规定了汇票、本票、支票的提示付款期限。如果未在规定期限内提示付款，根据 《票据法》第五十三条第二款、第七十九条、第九十一条第二款以及《票据法司法解释》 第十九条的规定，持票人即丧失对出票人、汇票承兑人之外的前手的追索权。

《票据法》第十六条规定：“持票人对票据债务人行使票据权利，或者保全票据权利， 应当在票据当事人的营业场所和营业时间内进行，票据当事人无营业场所的，应当在其住 所进行。”

2. 依法取证

即使持票人遵期提示承兑或者提示付款，如果未能获得满足，还应采取措施获取相应 的证明。

出具相应的拒绝证明是汇票付款人或者承兑人、本票出票人、支票付款人的法定义 务。关于汇票，《票据法》第六十二条第二款规定：“持票人提示承兑或者提示付款被拒 绝的，承兑人或者付款人必须出具拒绝证明，或者出具退票理由书。”如果因为其他原因 而导致持票人不能取得拒绝证明，或者汇票承兑人或者付款人破产，或者被责令终止业务 活动，根据《票据法》第六十三、六十四条的规定，持票人可以以其他证明替代拒绝证 明。上述规定也适用于本票、支票。

根据《票据法》第六十五条、《票据法司法解释》第十九条的规定，如果持票人未取 .得拒绝证明或者具有相同效力的其他证明，或者在行使追索权时不出示该证明，则不能行 使对其前手的追索权，但仍享有对出票人、承兑人的追索权。

需要注意的是，假如持票人未能遵期提示，即使取得了上述证明，根据上文所述，也 丧失了对前手（出票人、承兑人除外）的追索权。

(三）票据时效

1.票据时效概述

票据时效，也就是票据权利的消灭时效，是指票据权利人如果未在法定期间内行使权 利，其权利归于消灭的票据法律制度。票据时效与民法上的诉讼时效是类似的制度，但是 票据法关于票据时效的规定排除了民法上诉讼时效制度的适用。两者相比，票据时效期间 较短，并且，票据时效期间经过的法律效果是票据权利消灭，这与民法上的诉讼时效制度

有很大的不同。

根据《票据法》第十七条的规定，票据时效期间根据票据种类、权利类型的不同而 有所不同。

2. 付款请求权的消灭时效（票据上的主债务的消灭时效期间）

持票人对汇票承兑人或者本票出票人的付款请求权，消灭时效期间为2年，自票据到 期日起算；见票即付的汇票、本票，自出票日起算。需要注意的是，持票人对汇票承兑 人、本票出票人的票据权利，包括付款请求权和追索权。《票据法》第十七条第一款第一 项所规定的持票人对汇票承兑、本票出票人的权利，根据《票据法司法解释》第十三条 的规定，包括付款请求权和追索权。就这两项权利，其票据时效分别计算。

3. 追索权的消灭时效（票据上的次债务的消灭时效期间）

(1) 汇票：持票人对汇票承兑人、出票人的追索权，消灭时效期间为2年。起算方 法同上。

(2) 本票：持票人对本票出票人的追索权，消灭时效期间为2年。起算方法同上。

(3) 支票：持票人对支票出票人的追索权，消灭时效期间为6个月，自出票曰起 计算。

(4) 汇票、本票、支票的持票人对其他前手的追索权，消灭时效期间为6个月，自 被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起算。根据《票据法司法解释》第十八条的决定，这一 期间，不适用于对出票人、汇票承兑人的追索权。

(5) 汇票、本票、支票的被追索人对前手的再追索权，消灭时效期间为3个月，自 清偿日或者被提起诉讼之日起算。

4. 票据时效的中止、中断

《票据法》并未明确规定票据时效的中止、中断问题。《票据法司法解释》第二十条 规定：“票据法第十七条规定的票据权利时效发生中断的，只对发生时效中断事由的当事 人有效。”基于该规定，票据时效期间可以发生中断。进而，也应可以发生中止。但是， 票据时效期间的中止、中断，只对发生时效中断事由的当事人有效，持票人对其他票据债 务人的票据时效的计算方法，并不因此而受影响。

5. 利益返还请求权

《票据法》第十八条规定：“持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而 丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金 额相当的利益。”票据时效期间经过后，票据权利归于消灭。如果票据上的全部权利均因 此而消灭，票据权利人就陷入非常不利的境地。为此，票据法特别规定了持票人的利益返 还请求权，使其可以享有请求出票人或者承兑人返还与未支付的票据金额相当之利益的权 利，以为补救。这一权利的性质并非票据权利，而是票据法所规定的一种特别权利。

(1) 利益返还请求权关系的当事人。在利益返还请求权关系上，享有权利的当事人 是持票人。这里的持票人可以是票据所记载的最后持票人，也可以是在被追索并清偿后， 享有再追索权的当事人，例如背书人、保证人。负有义务的当事人，是票据上的出票人或 者承兑人。

(2) 利益返还请求权的成立要件。根据票据法的规定，利益返还请求权的成立要件 包括：①票据权利曾经有效存在。②票据权利因为消灭时效期间的经过而消灭。③出票人

或者承兑人因为持票人的权利消灭而受有额外利益。这主要是指：汇票、本票、支票的出 票人已经基于出票行为而取得了对价，或者汇票的承兑人已经收取了出票人提供的资金。

(3) 利益返还请求权的效力。如果符合上述要件，则持票人享有请求出票人或者汇 票承兑人返还所受利益的权利。该权利并非票据权利，不适用《票据法》第十七条关于 票据时效的规定，而应适用民法上关于诉讼时效的一般规定。

六、票据抗辩

(一）票据抗辩概述

票据抗辩，是指票据上记载的票据债务人基于合法事由对持票人拒绝履行票据债务的 行为。票据所记载的债务人，包括出票人、承兑人、转让背书和质押背书人、保证人。如 果持票人向其主张票据权利，其可能基于特定的事由而拒绝履行债务。其中，有的人在实 质上并非票据债务人，有的人虽然是票据债务人，但是有合法的理由拒绝履行其票据债 务。这里，对于各种合法的抗辩事由进行概括。

票据抗辩的特点，主要在于下文述及的抗辩切断制度，以及基于票据行为独立性而对 票据保证人之抗辩事由的限制。

(二）票据抗辩中的“物的抗辩”

票据上的物的抗辩，又称绝对的抗辩，是指票据所记载的债务人可以对任何持票人所 主张的抗辩。其具体情形可以包括以下三类：

1-票据所记载的全部票据权利均不存在

(1) 出票行为因为法定形式要件的欠缺而无效。例如，出票行为因为欠缺绝对必要 记载事项而无效，或者记载了可导致出票行为无效的事项（如.出票行为附有条件），或者 若干事项的记载方式不符合法律规定（例如，票据金额的中文大写和数码不一致；对票 据金额、日期、收款人名称进行了更改）。

(2) 票据权利已经消灭。最主要的情形是，汇票付款人（或承兑人）、本票出票人、 支票付款人已经按期全额付款，票据上的全部权利、义务均消灭。 ’

2. 票据上记载的特定债务人的债务不存在

也就是说，虽然票据上记载了特定人所进行的票据行为，但是基于法律的规定，该当 事人并不因此而发生票据债务。这样，不论谁是持票人，在向其主张权利时，该当事人均 可基于其并非票据债务人而拒绝付款。根据上文对各项具体制度的说明，此类情形可以 包括：

(1) 签章人是无民事行为能力或者限制民事行为能力人的，票据行为无效，不承担 票据责任。

(2) 狭义无权代理情形下，本人不承担票据责任，或者仅对不超越代理权限的部分 承担票据责任。

(3) 票据伪造的被伪造人，不承担票据责任。

(4) 票据被变造时，变造前在票据上签章的债务人，可以拒绝依照变造后的记载事 项承担票据责任。

(5) 对特定债务人的票据时效期间经过，其票据债务消灭。

(6) 对特定票据债务人的追索权，因为持票人未进行票据权利的保全而丧失。

根据《票据法》第四十九条的规定，即使被保证人的债务并不存在，票据保证人的 保证责任原则上仍然存在，并不因此而受影响。

3. 票据权利的行使不符合债的内容

(1) 票据权利人行使其权利的时间、地点、方式不符合票据记载或者法律规定。

(2) 法院经公示催告后作出除权判决后，票据权利人持票据（而非除权判决）主张 权利的。此种情形下，虽然除权判决所认定的权利人仍然享有票据权利，但是其票据本身 已经失效，不可以再作为权利凭证。

(三）票据抗辩中的“人的抗辩”

票据上的人的抗辩，又称相对的抗辩，是指票据债务人仅可以对特定的持票人主张的 抗辩事由。此类情形下，票据所记载的债务人是真正的债务人。但是，如果特定的票据权 利人向其主张票据权利，票据债务人可以此类事由拒绝履行债务。如果其他人取得并向其 主张票据权利，则不得对其主张该抗辩事由。其具体情形，可以包括以下几类：

1. 基于持票人方面的原因

(1) 持票人不享有票据权利。假如票据上的全部权利均已经消灭，则属于上述“物 的抗辩”的情形。假如票据上仍有权利存在，只是现在占有并主张票据权利的持票人并 非真正的权利人，则属于人的抗辩的范围。例如，有效的汇票上的收款人对他人进行转让 背书，该背书行为因为某种原因而无效（如，背书人欠缺完全民事行为能力、狭义无权 代理、无权处分但没有被善意取得），则被背书人并未取得票据权利，票据权利仍由收款 人享有。假如被背书人仍占有票据，并向票据记载的债务人（承兑人、出票人、收款人） 主张权利，债务人可以此为由拒绝付款。

(2) 持票人不能够证明其权利。最主要的情形是，背书不连续，持票人又不能证明 背书中断之处乃是由于其他合法原因而发生票据权利的转移。

(3) 背书人记载了 “不得转让”字样的情形下，记载人对于其直接后手的后手不承 担票据责任。

2. 在票据行为的直接当事人之间，票据债务人可以基于基础关系上的事由对票据权 利人进行抗辩

《票据法》第十三条第二款规定：“票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直 接债权债务关系的持票人，进行抗辩。”票据行为的当事人之间，总是基于一定的民法上 的基础关系而为票据行为。例如，A为了支付买卖合同上的货款而对B签发或者背书转让 票据。当B向A主张票据权利时，如果B在买卖合同上构成违约，则A可以以此为由拒 绝履行其在票据上的债务。

3. 票据债务人以其与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人的情形

如上所述，《票据法》第十三条第二款规定的是，在票据行为的直接当事人之间，票 据债务人以基础关系上的事由对抗票据权利。如果双方并非直接当事人，在特定情形下， 票据债务人可以基于其与持票人前手之间在基础关系上的抗辩事由，对抗持票人。这主要 包括两类情形：

(1) 持票人未给付对价而取得票据。《票据法》第十一条第一款规定:? “因税收、继 承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得 优于其前手的权利。”因此，票据债务人如果与持票人的前手是票据行为的直接当事人，

并且对其享有基础关系上的抗辩，那么当持票人乃是无偿取得票据时，票据债务人有权以 该事由对抗持票人。如上例，若B以赠与为目的将票据背书转让给C，或者为了缴纳税收 而背书转让给税务机关，或者在B死亡时，C作为继承人而取得票据权利，那么，A有权 以B违反买卖合同为由，拒绝对C承担票据责任。同样，假如C又以赠与为目的而将票 据背书转让给D，当D对A主张票据权利时，A也有权提出相同的抗辩。

(2)明知出票人对持票人的前手存在抗辩事由而取得票据。根据《票据法》第十三 条第一款的规定，如果持票人明知票据债务人与出票人或者与持票人的前手之间存在抗辩 事由，而仍然受让票据权利的，票据债务人可以该事由对抗持票人。这与“抗辩切断” 制度是正反两面的关系。如上例，若B拟为支付租金而将票据背书转让给C之前，C知 道A、B之间存在买卖合同关系，也知道B已经对A构成违约，也就是说，知道A对B 有权以买卖合同上的事由对抗其票据权利，却仍然接受B背书转让票据，那么，A有权以 该事由对抗C，拒绝履行票据债务。

需要注意，这里要求的是持票人“明知”。如果其不知情，即使有重大过失，票据债 务人仍不得对其主张抗辩。另外，“明知”与否的判断时点，应为票据交付之时。假如持 票人在票据交付后才知道的，不适用该款规定，票据债务人不得对其主张此种抗辩。

4.抗辩切断制度

根据《票据法》第十三条第一款，除了上文介绍的两种情形之外，票据债务人原则 上不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。这一制度被称 为票据抗辩的切断。

票据抗辩的切断，是票据法上的特殊制度。它使得持票人的权利通常不受前手之间的 基础关系的影响，使其权利的受保障程度大大提高。因此，也大大增加了票据的流通性。

需要注意的是，在持票人无偿取得票据的情况下，如果其前手的权利已经获得了抗辩 切断的保护，那么持票人的权利也受到抗辩切断的保护。如上例，假如B为支付租金而 将票据背书转让给C，C又以赠与为目的而背书转让给D，那么A不得以其对B之间在买 卖合同上的抗辩事由对抗D。因为，C从B处取得票据是有对价的，A不得以其对B在买 卖合同上的抗辩事由对抗C,进而，尽管D是从C处无偿取得票据，A也不能对抗D。

另一个需要注意的问题是抗辩切断与善意取得之间的关系。这是两个不同的制度，尽 管其目的均在于保障持票人的利益。善意取得制度所处理的问题是，善意受让人是否可以 在无权处分的情形下取得票据权利，并同时导致原来的票据权利人丧失其权利。该制度并 不直接涉及谁要承担票据责任，以及抗辩事由的问题。从实际结果来看，由于善意取得的 构成要件包括了善意且无重大过失、给付相当的对价，善意受让人必然受到抗辩切断制度 的保护，其取得的票据权利是无瑕疵的权利，前手之间的抗辩事由均不得对抗善意受让 人。而在抗辩切断制度所涉及的问题之下，持票人的前手并非对其无权处分。如上例，B 在票据关系上因为A的背书而成为票据权利人，尽管A对B可以主张买卖合同关系上的 抗辩，但B对C转让时，B的处分却是有权处分。因此，不论C是否给付对价或者明知 该抗辩事由，这里并不存在善意取得制度的适用问题。C所取得的权利的情况，只可能考 虑抗辩切断制度是否适用。

七、票据丧失及补救

(一）票据丧失概述

票据丧失，是指持票人丧失对票据的占有。丧失了票据的票据权利人，称为失票人。 票据丧失的具体情形，可以是票据的物质形态的根本变化，比如被烧毁、撕毁、泡成纸泥 等，也可以虽然存在，但是脱离了持票人的占有，例如被遗失、被盗、被抢。在后种情形 下，失票人可能知道谁占有票据，也可能不知道谁占有票据。

由于票据权利的行使须提示票据，因此失票人无法证明和行使其权利，甚至可能被他 人所利用。因此法律上设置了几种制度对失票人提供法律救济：挂失止付、公示催告、提 起诉讼。

(二）挂失止付

1. 挂失止付的概念.

挂失止付，是指失票人将票据丧失的情形通知付款人（包括代理付款人，下同），付 款人接到通知后决定暂停支付，以防止他人取得票据金额的临时性救济措施。

挂失止付是一种临时性的措施。付款人在收到挂失通知时，并不知道可能也来不及审 查其是不是真正的票据权利人，只是在接到挂失通知后，在法定的短期之内，不向任何持 票请求付款的人支付票据金额。这样，丧失票据的票据权利人就可以赢得宝贵的时间，通 过公示催告或者诉讼程序来确认票据权利，并最终证明和行使其票据权利。

2. 挂失止付适用的票据种类

,根据《支付结算办法》第四十八条的规定，已承兑的商业汇票、支票、填明“现金” 字样和代理付款人的银行汇票以及填明“现金”字样的银行本票丧失，可以由失票人通 知付款人或者代理付款人挂失止付。未填明“现金”字样和代理付款人的银行汇票以及 未填明“现金”字样的银行本票丧失，不得挂失止付。

3. 程序

失票人需要挂失止付的，应当在填写挂失止付通知书并签章后，通知付款人。付款人 收到挂失止付通知书后，查明挂失票据确未付款时，'应当立即暂停止付。付款人在收到通 知书前已经依法向持票人付款的，不再接受挂失止付。

4. 挂失止付的效力

挂失止付只是一种临时性措施，申请人是不是真正的票据杈利人，只能由人民法院认 定。因此，根据《票据法》第十五条、《票据管理实施办法》第二十条的规定，申请挂失 止付的当事人，必须在申请之前已经向法院申请公示催告或者起诉，或者应当在通知挂失 止付后的3日内向法院申请公示催告或者起诉；否则，挂失止付失去效力。如果申请人已 经采取了这一措施，付款人应继续暂停止付。但是，如果自收到通知书之日起12日内还 没有收到法院的止付通知书的，自第13日起，挂失止付通知书失效。

(三）公示催告程序

1.公示催告程序的含义

公示催告程序，是指法院根据失票人的申请，以公示的方式催告利害关系人在一定期 限内向法院申报权利，到期无人申报权利的，法院将根据申请人的申请作出除权判决的一 种非讼程序。公示催告程序主要规定在《民事诉讼法》第十八章。此外，《最高人民法院

关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》以及《票据法司法解释》中 也有较为详细的规定。

在该程序之下，申请人声称自己是已丧失之特定票据上的权利人，法院则向社会发出 公告，催促可能存在的票据利害关系人申报权利。如果没有人在指定期限内申报权利，则 可以推定申请人的主张成立。在其申请法院作出除权判决时，法院应作出该判决，确认申 请人为票据权利人。这样，申请人就可以持除权判决书行使票据权利了。

如果有利害关系人前来就同一票据申报权利，法院并不在该程序之下对申请人与申报 权利人之间的争议进行实体审理，而是会裁定终结该程序。申请人如欲主张票据权利，可 以向对方提起普通民事诉讼。

挂失止付并非公示催告的前置程序。失票人可以不申请挂失止付，而直接向法院申请 公示催告。 ，

2??公示催告程序适用的票据种类

根据《民事诉讼法》第二百一十八条的规定，可以背书转让的票据丧失的，持票人 可以申请公示催告。一般票据均属于这个范围，只有较少的例外。如《支付结算办法》 第二十七条规定，填明“现金”字样的银行汇票、银行本票和现金支票不得背书转让。 因此这些票据不能申请公示催告。

3. 公示催告申请人的资格

可以申请公示催告的失票人，是指在丧失票据占有以前的最后合法持票人，也就是票 据所记载的票据权利人。出票人已经签章的授权补记的支票丧失后，持票人也可以申请公 示催告。

4. 公示催告的具体程序

根据《民事诉讼法》以及有关司法解释的规定，公示催告程序主要包括以下几个主 要环节：

(1) 失票人向票据付款地的基层法院提出书面的公7K催告申请。

(2) 法院收到申请后，应当立即审查。符合条件的，通知予以受理。-

(3) 法院在受理公示催告申请的同时通知付款人或者代理付款人停止支付。付款人 或者代理付款人应当停止支付，直到公示催告程序终结。

(4) 法院在受理后的3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间， 由人民法院根据情况决定，但不得少于60日。

(5) 利害关系人在法院作出除权判决之前申报权利的，法院应通知其向法院出示票 据，并通知公示催告申请人查看该票据。如果该票据就是申请人申请公示催告的票据，法 院应裁定终结公示催告程序，并通知申请人和付款人。如果该票据并非申请人公示催告的 票据，法院应裁定驳回利害关系人的申报。

(6) 公示催告期届满，且无上述（5)所列应裁定终结公示催告程序的事由，申请人 可以在届满次日起1个月内，申请法院作出除权判决。逾期未申请的，法院终结公示催告 程序。

(7) 申请人提出上述（6)所述申请的，法院作出除权判决。

5. 除权判决的效力

除权判决有两个主要效力：第一，确认申请人是票据权利人。第二，宣告票据失去效

力，即票据权利与票据相分离，原来的票据凭证不再是票据权利的载体。这样，申请人有 权持除权判决向票据上的义务人主张票据权利。

6. 除权判决的撤销

利害关系人倒为正当理由不能在除权判决之前向法院及时申报权利的，自知道或者应 当知道判决公告之日起1年内，可以向作出除权判决的法院起诉，请求撤销除权判决。

(四）提起民事诉讼 ’

票据权利人丧失票据后，除了以公示催告程序证明自己的票据权利外，还可以提起普 通民事诉讼来实现其权利。《票据法司法解释》规定了三种与票据权利有关的民事诉讼： 票据返还之诉、请求补发票据之诉、请求付款之诉。在实务上，票据返还之诉的重要性相 对较高，于此略作介绍。

《票据法司法解释》第三十七条规定：“失票人为行使票据所有权，向非法持有票据 人请求返还票据的，人民法院应当依法受理。”票据所记载的是票据权利和票据债务，其 本身虽然只是一张纸，但也具有物的属性，是所有权的客体。票据作为一种有价证券，应 认为票据权利与票据所有权原则上具有一致性，票据权利人通常就是票据所有权人。因 此，当票据被他人所占有时，票据权利人也可以基于其所有权，请求返还票据。其具体情 形，不仅包括票据因遗失、被盗等原因而被他人占有，也包括这类情形：票据行为因为行 为人欠缺行为能力等原因而无效，票据权利并未转移，占有票据的人并未依法取得票据权 利，因此，票据权利人可以基于其所有权而请求占有票据的人返还票据。

八、汇票的具体制度

(一）汇票概述

汇票，是指由出票人签发，委托付款人在指定的到期日向持票人无条件支付一定金额 的票据。

根据不同标准，可以将汇票区分为不同的种类。在我国实际业务中最重要的一种分类 是，根据出票人的不同，将汇票分为银行汇票和商业汇票。

1. 银行汇票

银行汇票，就是银行作为出票人的汇票。,但是，根据我国有关规定，银行汇票又被限 定为一种仅具有汇兑或者结算功能的汇票。具体而言，银行汇票有以下几个主要特点：

(1) “申请人”为办理资金结算，可以将一定款项交给银行，申请其签发银行汇票。

(2) 银行收妥款项后，签发银行汇票。其中，银行所记载的“收款人”是申请人所 指定的、在交易关系中享有收取一定金额之债权的相对人；但是也可以是申请人自己，.或 者，当申请人是单位时，以申请人经办该项业务的工作人员作为收款人，进而由其以背书 转让的方式将汇票权利转让给交易关系中的债权人。

(3) 银行签发银行汇票时，基于所收妥的金额填写“出票金额”。银行汇票申请人在 取得汇票后，由其自己或者取得汇票的相对人根据实际应支付的款项，另行填写“实际 结算金额”，其数额不得超过出票金额。在法律意义上，“实际结算金额”才是票据金额， 是票据权利人有权请求支付的金额。未填明实际结算金额和多余金额或实际结算金额超过 出票金额的，银行不予受理。多余金额由出票银行退交申请人。

2. 商业汇票

商业汇票是由银行之外的企业或者其他组织作为出票人的汇票。只有在银行开立存款 账户的法人以及其他组织之间，才能使用商业汇票。

商业汇票所记载的付款人可能是银行，也可能是其他当事人。以此为区别，商业汇票 又区分为银行承兑汇票和商业承兑汇票。 ， ‘

(1) 银行承兑汇票：出票人记载银行为付款人，并由付款人（银行）予以承兑。

(2) 商业承兑汇票：出票人记载银行之外的人为付款人，并由付款人予以承兑。具 体而言，商业承兑汇票有两种主要的签发方式。①由出票人兼任付款人并予以承兑。例 如，甲公司向乙公司购买货物，遂签发一张以自己（甲公司）为出票人和付款人的汇票， 并分别在出票人签章栏和承兑人签章栏进行签章，然后将汇票交付乙公司。此类商业汇 票，其功能与商业本票基本相同，但是适用票据法中关于汇票的规定。②由出票人兼任收 款人。如上例之下，乙公司（货物的出卖人）签发一张以自己（乙公司）为出票人和收 款人、以甲公司为付款人的汇票，并在出票人签章栏签章，然后将汇票交付甲公司，向其 提示承兑，甲公司予以承兑后返还乙公司。

需要注意的是，虽然商业汇票区分为银行承兑汇票和商业承兑汇票，在实践中也可能 出现付款人并未承兑的商业汇票。

(二）汇票的出票

1. 出票的含义

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。

2. 汇票出票的款式

(1) 绝对必要记载事项。根据《票据法》第二十二条的规定，汇票上必须记载以下 7个事项，否则汇票无效：表明“汇票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款 人名称；收款人名称；出票日期；出票人签章。

.需要注意的是，如上所述，银行汇票上存在三个金额：出票金额、实际结算金额、多 余金额。其中，实际结算金额是票据法意义上的票据金额。

(2) 相对必要记载事项。出票人可以记载付款日期、付款地、出票地。根据《票据 法》第二十三条的规定，如果未记载，出票行为仍然有效，但是应根据该条规定来确定 这三个事项。其中，未记载付款日期的，为见票即付；未记载付款地的，付款人的营业场 所、住所或者经常居住地为付款地；未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常 居住地为出票地。

如果出票人记载付款日期，其可以选择的形式包括四种：见票即付；定日付款；出票 后定期付款；见票后定期付款。

(3) 可以记载事项。出票人可以记载“不得转让”字样。如果未做该种记载，则汇 票可以转让。如果记载了该事项，根据《票据法》第二十七条第二款的规定，汇票不得 转让。

(4) 记载不生票据法上效力的事项。除了票据法明确规定应当记载或者可以记载的 事项之外，出票人还可以记载其他事项，例如，关于利息、违约金的记载。但是这些记载 不具有汇票上的效力。是否具有民法上的效力，应根据民法进行判断。

(5) 记载无效事项。《票据法》第二十六条规定：“出票人签发汇票后，即承担保证 该汇票承兑和付款的责任。”在法律解释上一般认为，基于该规定，出票人不得在票据上

表明不承担保证该汇票承兑或者付款的责任；如有此类记载，出票行为仍然有效，但是该 记载无效。即，出票人在持票人不能获得承兑或者付款时，仍应承担票据责任。

(6)记载使票据无效事项。《票据法》第二十二条第一款第二项规定，出票人必须记 载“无条件支付的委托”。该条第2款规定，未作该记载的，汇票无效。因此，如果票据 上所记载的出票人对付款人的委托并非无条件的，而是附有条件，即应理解为没有记载 “无条件支付的委托”，不仅该记载无效，而且出票行为也无效。

此外，《票据法》第二十五条第一款规定了出票人可以记载的四种付款日期形式。如 果出票人另行记载了其他形式，这种记载应导致出票行为无效。

3.汇票出票的效力

如果出票行为有效，则发生如下法律效力：

(1) 对出票人的效力。出票人成为票据债务人，承担担保承兑和担保付款的责任。 (根据《票据法》第二十六条的规定）。

(2) 对付款人的效力。付款人成为票据上的关系人。付款人并未在票据上签章，并 非票据义务人。

(3) 对收款人的效力。收款人取得票据权利，包括付款请求权、追索权，以及以背 书等方式处分其票据权利的权利。

(三）汇票的背书

1.背书的含义

背书，是指持票人为将票据权利转让给他人或者将票据权利授予他人行使，在票据背 面或者粘单上记载有关事项并签章，然后将票据交付给被背书人的票据行为。背书包括转 让背书、委托收款背书和质押背书。

2-转让背书的一般问题

我国票据法所承认的主要的票据权利转让方式是背书转让。也就是，必须由持票人在 背书栏或者粘单上记载转让的意思并将票据交付给受让人。票据法对于这种债权转让方式 和转让的效力，作出了与一般的民事债权相比具有特殊性的规定，使受让人（被背书人） 的地位高于一般债权的受让人，从而促进票据的流通性。如果没有采用背书方式转让，而 是口头或者在票据之外书面达成转让的合意，这种转让并没有票据法上的效力。票据法所 承认的另外一种票据权利转让方式是对空白授权票据以单纯交付的方式转让。还需要注意 的是，票据权利还可以因为转让之外的原因而发生转移，例如继承、法人的合并或分立。

转让背书，除了须满足票据行为的一般成立要件和生效要件外，还必须满足的条件 是：该票据权利是可以背书转让的权利。或者换一个角度来说，就是不存在对于背书转让 的禁止。原则上，汇票上的票据权利均可以转让。但是，在两类情形下，票据权利不得背 书转让。

①出票人记载“不得转让”的情形。《票据法》第二十七条第二款规定：“出票人在 汇票上记载‘不得转让’字样的，汇票不得转让。”根据《票据法司法解释》第四十八、 五十三条规定，如果收款人将汇票背书转让（包括贴现）给他人，背书行为无效，取得 票据的人并不能因此而取得票据权利。此人若再对他人背书转让，进而取得票据的人更不 能因此而取得票据权利。需要注意的是，如果不是出票人，而是其他当事人在背书时记载 “不得转让”字样，并不影响后手的背书行为的效力。

②法定的转让背书禁止。《支付结算办法》第二十七条规定，填明“现金”字样的银 行汇票不得背书转让。此外，《票据法》第三十六条还规定了 “期后背书”的禁止。

3. 转让背书的款式

(1) 绝对必要记载事项。根据《票据法》的规定，转让背书的绝对必要记载事项包 括：被背书人、背书人的签章。

《票据法》第三十条规定，背书人必须记载被背书人的名称。不过，《票据法司法解 释》第四十九条规定：“背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据 被背书人栏内记载自己的名称与背书人记载具有同等法律效力。”也就是说，被背书人的 名称虽然是背书行为的绝对必要记载事项，但是，背书人未记载该事项并不导致背书行为 无效，而是可以授权受让人予以补记。

(2) 相对必要记载事项。根据《票据法》第二十九条的规定，背书人应当记载背书 日期；背书未记载日期的，视为在汇票到期日前背书。

(3) 可以记载事项。根据《票据法》第三十四条规定：“背书人在汇票上记载‘不 得转让’字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任。”据 此，背书人如果不记载“不得转让”字样，则其后手再背书的，背书人要对后手的被背 书人承担保证责任，也就是要负担追索权上的义务。但是，根据《票据法司法解释》第 五十一、五十四条的规定，如果背书人进行了该记载，那么，该记载虽然不影响被背书人 (其直接后手）对他人进行转让背书（包括贴现）、质押背书的效力，但是，背书人仅对 其直接后手承担票据责任，而不对其直接后手的后手承担票据责任。

(4) 记载不生票据法上效力事项。《票据法》第三十三条第一款规定：“背书不得附 有条件。背书时附有条件的，所附条件木具有汇票上的效力。”当然，背书所附条件可能 具有民法上的效力。 ’

(5) 记载无效事项。《票据法》第三十七条规定：“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。”在法律解释上，背书人如果作出免除担保承 兑、担保付款责任的记载，该记载无效，但是不影响背书行为本身的效力。?当然，如上所 述，背书人如果记载“不得转让”，则可以免除对直接后手的被背书人的票据责任。

(6) 记载使背书无效事项。《票据法》第三十三条第二款规定：“将汇票金额的一部 分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效。”需要注意的是，此种转 让背书无效，意味着票据权利并未因为转让背书而转移：票据权利仍然存在，并且其归属 不变，即仍由背书人享有。

4. 背书转让的效力

(1) 权利转移的效力。转让背书生效后，被背书人取得票据权利，原权利人（背书 人）的权利消灭。此时，并有抗辩切断制度的适用。

(2) 权利担保的效力。背书人对于所有后手承担了担保承兑和担保付款的责任，从 而在被追索（包括被再追索）时，承担相应的票据责任。不过，转让背书的权利担保效 力，票据法在两种情形下设置了例外规定。

第一种情形，如上所述，假如背书人记载“不得转让”，则对于后手的被背书人不承 担票据责任。

第二种情形是“回头背书”。《票据法》第六十九条规定：“持票人为出票人的，对其

前手无追索权。持票人为背书人的，对其后手无追索权。”例如，A出票给B，B背书转 让给C5 C背书转让给D, D背书转让给B。依照上述规定，当B作为最后持票人向付款 人提示承兑或者向承兑人提示付款遭到拒绝时，可以向A追索，但是对C、D没有追索 权。假设D将汇票背书转让给A, A作为最后持票人向付款人提示承兑或者向承兑人提示 付款遭到拒绝时，对B、C、D均无追索权。

(3)权利证明的效力。《票据法》第三十一条第一款规定：“以背书转让的汇票，背 书应当连续。持票人以背书的连续，证明其汇票权利；非经背书转让，而以其他合法方式 取得汇票的，依法举证，证明其汇票权利。”第二款规定：“前款所称背书连续，是指在 票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。”

《票据法司法解释》第五十条规定：“依照票据法第三十一条的规定，连续背书的第 一背书人应当是在票据上记载的收款人，最后的票据持有人应当是最后一次背书的被背 书人。”

背书连续的典型情形，参见下例。A公司出票，以B公司为收款人。在票据的背书 栏，B公司在第一栏中的“被背书人”栏填写“C公司”并在“背书人”栏签章；在第 二栏，C公司在“被背书人”栏填写“D公司”并在“背书人”栏签章。这样，当D公 司持票据主张权利时，背书栏记载的背书连续，D公司以此方式证明自己是票据权利人。

在上例中，在背书栏的第二栏，假如“E公司”被记载为被背书人，“D公司”在 “背书人”栏签章，那么，这里的背书不连续。E公司如果持票主张自己是票据权利人， 背书就不足以作为证明其为票据权利人的充分证据。E公司必须举证证明为什么发生了背 书中断，进而证明自己的票据权利。因为，根据背书栏的第一栏，C公司因为B公司的背 书而成为票据权利人，可是，票据记载却无法显示票据权利如何从C公司转移到D公司， 进而由D公司背书转让给E公司。如果E公司不能证明C公司的票据权利如何被D公司 取得，那么，票据债务人就可以拒绝对持票人E公司承担票据责任。《票据法司法解释》 第十六条规定：“票据债务人依照票据法第九条、第十七条、第十八条、第二十二条和第

三十一条的规定，对持票人提出下列抗辩的，人民法院应予支持： （四）以背书方

式取得但背书不连续的……”。

当然，背书连续并非证明票据权利的唯一方式。在上例中，假如持票人E公司能够 证明：C公司与D公司发生了吸收合并，C公司被注销登记，C公司的所有权利、义务均 由D公司承受，那么，尽管背书并不连续，但是相关证据证明了 C、D之间权利转移的原 因。这样，E公司就可以主张票据权利了。

对于票据权利的真实性，付款人仅仅负有形式审查义务。其中，关于票据权利的转 让，主要审查的就是转让背书的连续性。假如某个转让背书因为欠缺实质要件而无效，并 进而导致持票人并非票据权利人，付款人善意且无重大过失的付款仍具有一般付款的效 力，可以消灭其票据责任，并导致票据关系全部消灭。

5-票据贴现的特殊问题

票据贴现，是指商业汇票的持票人在汇票到期日前，将票据权利背书转让给金融机 构，由其扣除一定利息后，将约定金额支付给持票人的一种票据行为。票据贴现是金融机 构向持票人融通资金的一种方式。

远期的商业汇票（包括银行承兑汇票和商业承兑汇票）的持票人，包括收款人或者

转让背书的最后被背书人，是票据权利人。在汇票未到期时，自然不能通过提示付款而取 得资金。其实现汇票价值的方式，要么是等待汇票到期时请求付款而获得资金，要么基于 真实的交易关系而将其转让他人。如果并无这两种情形，而持票人又马上需要资金，则会 陷人困境。

票据贴现，其实质是一种票据权利的买卖。从票据关系上来说，持票人（贴现申请 人，“贴出人”）须将票据权利背书转让给贴现人（或称“贴入人”），作为对价，贴现人 对其支付一定的金额。由于贴现人（被背书人）必须等到票据到期时才能够取得票据金 额，因此必然根据贴现日距到期日的时长，贴付一定的利息。

在我国，只有经批准的金融机构才有资格从事票据贴现。向金融机构申请贴现必须符 合一些特殊条件。其中包括，办理票据贴现业务的机构，必须是经过中国人民银行批准经 营贷款业务的金融机构；申请贴现的人，必须是商业汇票的持票人，并在该金融机构开立 存款账户；贴现人必须审查贴现申请人与前手之间交易关系的有关文件；贴现利息以及贴 现票据的选择，须符合国家规定等。在实务中，银行承兑汇票几乎没有风险，金融机构乐 于接受。商业承兑汇票则可能存在较大风险，办理贴现业务的金融机构会比较谨慎。.

进行了贴现而通过转让背书取得票据权利的金融机构，在符合有关规定的情况下，还 可以将未到期的汇票以贴现方式转让给其他金融机构。这种业务称为“转贴现”。贴现 人、转贴现人，还可以将其以贴现方式背书转让给中国人民银行。这种业务称为“再贴 现”。

可见，票据贴现是票据行为以真实交易为基础之要求的一个例外。但是，从票据行为 本身来看，就是一个普通的转让背书。票据法上关于转让背书的规定，适用于票据贴现。

6. 委托收款背书

(1) 委托收款背书的含义。委托收款背书，是指以授予他人行使票据权利、收取票 据金额的代理权为目的的背书。委托收款背书并不导致票据权利的转移，而是使得被背书 人取得代理权，因此与转让背书有很大的区别。

(2) 委托收款背书的款式。与一般背书转让相同，但是必须加上“委托收款”（或者 “托收”、“代理”）字样作为绝对必要记载事项。假如没有记载该事项，则其形式上体现 为转让背书。

(3) 委托收款背书的效力。委托收款背书的主要效力是，被背书人取得代理权，具 备包括行使付款请求权、追索权以及收取款项的代理权。被背书人的权限不包括处分票据 权利的代理权。《票据法》第三十五条第一款规定，委托收款背书的“被背书人不得再以 背书转让汇票权利”。因此，假如其以代理人的身份对他人进行转让背书或者质押背书， 委托收款背书的存在并不能证明其代理权，有可能构成无权代理。

委托收款人的权限，还包括再对他人进行委托收款背书。其实质，是授予复代理权。 此时，委托收款人虽然也作为背书人在票据上签章，但是，并不像转让背书的背书人那样 发生权利担保的效力。此外，委托收款背书不发生抗辩切断问题。

7. 质押背书

(1)质押背书的含义。质押背书，是指为担保他人之债权的实现，票据权利人在票 据上为了对债权人设定质权而进行的背书行为。票据质权是权利质权的一种。除了《票 据法》有规定外，在《物权法》中也有相关规定。

(2) 质押背书的款式。质押背书的款式，与转让背书基本相同，但是必须记载“质 押”（或者“设质”、“担保”）字样作为绝对必要记载事项。假如未做该记载，则形式上 构成转让背书。

和其他票据行为一样，质押背书也必须在票据上进行。《票据法司法解释》第五十五 条规定：“依照票据法第三十五条第二款的规定，以汇票设定质押时，出质人在汇票上只 记载了 4质押’字样未在票据上签章的，或者出质人未在汇票、粘单上记载4质押’字 样而另行签订质押合同、质押条款的，不构成票据质押。”

(3) 质押背书的效力。首先，质押背书具有设定票据质权的效力。经质押背书，被 背书人即取得票据质权。票据质权人的权利体现在：第一，有权以相当于票据权利人的地 位行使票据权利，包括行使付款请求权、追索权。第二，票据质权人的优先受偿权。出质 人（背书人）如有其他债权人，票据质权人（被背书人）享有优先于其他债权人的权利。

需要注意的是，质押背书的被背书人并不享有对票据权利的处分权。根据《票据法 司法解释》第四十七条的规定，票据质权人进行转让背书或者质押背书的，背书行为无 效。但是，被背书人可以再进行委托收款背书。

其次，质押背书具有抗辩切断的效力。《票据法》第十三条关于票据抗辩的规定，尤 其是其中关于抗辩切断的特别规定，也适用于票据质权人。也就是说，票据质权人在票据 法上的地位，在这一点上与票据权利人是一致的。

第三，权利证明的效力。质押背书是关于被背书人取得票据质权的证明。

第四，权利担保的效力。质押背书的背书人，也就是出质人，承担了担保承兑、担保 付款的责任。如果被背书人被拒绝承兑、拒绝付款，享有追索权，包括可以向背书人 (出质人）行使追索权。

(四）汇票的承兑

1. 承兑的概念

承兑，是指远期汇票的付款人，在票据正面作出承诺在票据到期日无条件支付票据金 额的记载并签章，然后将票据交付请求承兑之人的票据行为。需要注意的是，实践中有人 将票据债务人支付票据金额的行为称为“承兑”，这是不准确的。

出票行为是出票人的行为。票据上虽然记载了出票人无条件委托付款人支付票据金额 的内容，但是这仅仅是出票人的记载，而付款人自己并未在票据上签章。因此，付款人并 不因为出票行为而承担票据责任。当然，即便如此，付款人仍然是票据上的关系人。例 如，在见票即付的汇票之下，如果付款人在持票人请求付款时对其支付了票据金额，票据 上的全部权利义务均消灭。只有当付款人在票据上签章、同意承担支付票据金额的票据责 任后，才基于这一票据行为而成为票据义务人。此时，其称谓即从“付款人”改为“承 兑人”。

根据《票据法》第三十九条第一款、第四十条第一款的规定，远期汇票的持票人均 应当提示承兑。未按期提示承兑的，丧失对前手的追索权。根据《票据法》第四十条第 三款的规定，即期汇票（见票即付的汇票）无需承兑。

2. 承兑的程序

承兑的过程，由持票人和付款人的行为构成。

(1)提示承兑。提示承兑，是指持票人向付款人出示汇票，要求付款人承诺付款

(即“承兑”）的行为。

持票人提示承兑，应当在一定期限内进行。《票据法》第三十九条第一款规定，定曰 付款、出票后定期付款的汇票，应当在汇票到期日前向付款人提示承兑；第四十条第一款 规定，见票后定期付款的汇票，应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。不在上述期 限内提示承兑的，按照上文的介绍，持票人丧失对出票人之外的其他前手的追索权。

(2) 付款人签发回单。根据《票据法》第四十一条第二款的规定，付款人收到提示 承兑的汇票时，应当向持票人签发收到汇票的回单，其中记明提示承兑的日期并签章。

(3) 付款人承兑或者拒绝承兑。根据《票据法》第四十一条第一款的规定，付款人 应当自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。

付款人通常基于与出票人之间的约定，而有义务在持票人提示承兑时进行承兑。但 是，付款人的这一义务仅仅是民法上的义务。如果其拒绝承兑，仍然在票据法上发生拒绝 承兑的法律效果。至于其如何对出票人承担违约责任，则是民法上的问题，应另行解决。 这就是票据法上所谓“承兑自由原则”。

付款人承兑的，在进行承兑的记载后，应将票据交还持票人。付款人拒绝承兑的，根 据《票据法》第六十二条第二款的规定，应当交还汇票，并出具拒绝证明。

需要注意的是，上述程序虽然为《票据法》所规定，但是与我国的汇票实践却有一 定的不同。《支付结算办法》第八十条第一款规定：“商业汇票可以在出票时向付款人提 示承兑后使用，也可以在出票后先使用再向付款人提示承兑。”在实践中，多数的银行承 兑汇票的出票人在记载了出票事项后，并非直接交付给收款人并由收款人在之后按照上述 程序提示承兑，而是直接向付款人（银行）申请承兑，付款人（银行）审查同意后，在 票据上记载承兑事项，然后将票据返还出票人。之后，出票人将其交付给收款人。也就是 说，收款人取得汇票时，上面已经同时存在出票行为和承兑行为。需要注意的是，付款人 在汇票上作为承兑人的签章并交付给出票人，并非法律意义上承兑行为的完成。因为出票 人尚未将汇票交付收款人，尚无法律意义的持票人（票据权利人）。

就商业承兑汇票而言，如果由出票人兼承兑人，则出票人会在票据上分别作为出票人 和承兑人签章，然后交付给收款人。收款人所获得的汇票上也同时存在出票行为和承兑 行为。

3. 承兑的款式

(1) 绝对必要记载事项。根据《票据法》第四十二条第二款的规定，承兑行为的绝 对必要记载事项包括承兑文句（“承兑”字样）以及签章。 '

(2) 相对必要记载事项。根据《票据法》第四十二条第二款的规定，承兑日期是相 对必要记载事项。如果承兑人未记载承兑日期，则以收到提示承兑的汇票之日起的第3曰 为承兑日期。

(3) 记载使承兑无效事项。根据《票据法》第四十三条的规定，承兑附有条件的， 视为拒绝承兑。也就是说，承兑行为因此而无效。 '

4. 承兑的效力

(1)对付款人的效力。承兑使得付款人成为票据债务人，称为承兑人。《票据法》第 四十四条规定：“付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。”并且，承兑人是汇票 上的主债务人，承担最终的追索责任。持票人即使未按期提示付款或者依法取证，也不丧

失对承兑人的追索权。

(2)对持票人的效力。经承兑，持票人即取得对承兑人的付款请求权。

(五）汇票的保证

1. 票据保证的含义

票据保证，是指票据债务人之外的人，为担保特定票据债务人的债务履行，以负担同 一内容的票据债务为目的，在票据上记载有关事项并签章的票据行为。

票据保证与民法上的保证有类似之处，但它赋予持票人的权利要比民法上的保证更为 优厚，这主要体现在票据保证的独立性上。

票据保证是一种票据行为，必须在票据上记载有关事项，才能发生票据保证的效力。 《票据法司法解释》第六十二条规定：“保证人未在票据或者粘单上记载‘保证’字样而 另行签订保证合同或者保证条款的，不属于票据保证，人民法院应当适用《中华人民共 和国担保法》的有关规定。”因此，未在票据上进行记载，而是另行约定对特定票据债务 人的票据债务提供保证的，可以具有民法上的保证的效力，但是并不发生票据保证的 效力。

2. 票据保证的实质要件

除了应具备票据行为的一般要件之外，票据保证行为的保证人的资格亦有特殊要求。 《票据管理实施办法》第十二条规定：“票据法所称‘保证人’，是指具有代为清偿票据债 务能力的法人、其他组织或者个人。” “国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、 企业法人的分支机构和职能部门不得为保证人；但是，法律另有规定的除外。”《票据法 司法解释》第六十条规定：“国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、企业法人 的分支机构和职能部门作为票据保证人的，票据保证无效，但经国务院批准为使用外国政 府或者国际经济组织贷款进行转贷，国家机关提供票据保证的，以及企业法人的分支机构 在法人书面授权范围内提供票据保证的除外。”

3. 票据保证的款式

(1) 绝对必要记载事项。根据《票据法》第四十六、四十七条的规定，票据保证的 绝对必要记载事项包括三项：保证文句（表明“保证”的字样）、保证人的名称和住所、 保证人签章。

(2) 相对必要记载事项。根据《票据法》第四十七条的规定，被保证人名称、保证 曰期是相对必要记载事项。该条第一款规定，保证人未记载被保证人的，巳承兑的汇票， 承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。该条第二款规定，保证人未记载 保证日期的，出票日期为保证日期。

(3) 记载不生票据法上效力事项。《票据法》第四十八条规定：“保证不得附有条件； 附有条件的，不影响对汇票的保证责任。”也就是说，保证所附的条件不发生票据法上的 效力。

《票据管理实施办法》第二十三条规定：“保证人应当依照票据法的规定，在票据或 者其粘单上记载保证事项。保证人为出票人、付款人、承兑人保证的，应当在票据的正面 记载保证事项；保证人为背书人保证的，应当在票据的背面或者其粘单上记载保证 事项。”

4. 票据保证的效力

(1)对保证人的效力。票据保证的主要效力是，使得签章人（保证人）成为票据债 务人。票据保证人的责任具有以下三重特性。

第一，票据保证人责任的从属性。保证人与被保证人负同一责任。持票人对被保证人 可以主张的任何票据权利，均可向保证人行使，包括在行使票据权利的顺序上，也是一致 的。如果以承兑人为被保证人，由于持票人可以向承兑人行使付款请求权，则也可以向保 证人行使付款请求权。如果以特定的背书人作为被保证人，则持票人不得对保证人主张付 款请求权，只能对其行使追索权。

票据保证人不享有先诉抗辩权，这与民法上的一般保证有所不同（参见《担保法》 第十七条）。持票人也并非在被保证人迟延履行时才有权向票据保证人主张权利，而是可 以直接对其行使权利。这一点，与民法上的连带责任保证也有所不同（参见《担保法》 第十八条）。可见，票据保证可以赋予持票人更加优厚的保护。

第二，票据保证人责任的独立性。《票据法》第四十九条规定：“保证人对合法取得 汇票的持票人所享有的汇票权利，承担保证责任。但是，被保证人的债务因汇票记载事项 欠缺而无效的除外。”被保证人的债务如果因为某种原因而并不存在，需要分析其原因， 以判断其对票据保证之效力的影响。如果被保证人的债务乃是因为形式要件的欠缺而无效 (即因为汇票记载事项欠缺而无效），那么，保证人也不承担票据责任。例如，票据保证 以承兑人为被保证人，但是承兑人的签章不符合法律规定的形式（例如加盖了公司的合 同专用章），因而承兑行为无效，那么票据保证行为也因此而无效。假如被保证人的债务 乃是因为实质要件的欠缺而无效，例如，欠缺民事行为能力、签章伪造、无权代理、欺 诈、胁迫等，则不影响票据保证行为的效力。当然，即使票据保证有效，可以对其主张票 据保证责任的，只能是票据权利人。所以，该条规定，持票人必须“合法取得汇票”。如 前所述，此类情形属于票据抗辩中的“物的抗辩”，保证人自然也可以对持票人主张。

例如，甲公司签发汇票给乙公司，以A银行为付款人。A银行承兑。B伪造乙公司的 签章而背书转让给恶意的丙公司，丙公司背书转让给善意无过失的丁公司，丁公司被戊公 司胁迫而背书转让。C在背书栏中以乙公司为被保证人而进行了票据保证的记载并签章。 从票据权利的归属来看，乙公司的签章被伪造，丙公司恶意，因此背书行为无效。但是丙 公司背书转让给丁公司，丁公司善意取得票据权利。丁公司受到戊公司胁迫，背书行为无 效，戊公司并未取得票据权利，丁公司仍然是票据权利人。从票据保证来看，C的票据保 证以乙公司为被保证人，乙公司的转让背书并非因为欠缺形式要件而无效，因此，C的票 据保证仍然有效。有权对C主张票据保证上的权利的，是票据权利人。如上分析，戊公 司并非真正的票据权利人，C可以对其拒绝履行债务。假设丁公司对戊公司提起票据返还 诉讼并胜诉，重新取得票据后，如对C主张票据权利，则c应当承担保证责任。具体而 言，C的票据责任与被保证人乙公司相同。假设丁公司在票据到期日直接向C主张票据金 额，C可以拒绝其请求，因为C的票据责任只与乙公司应有之责任（追索责任）相同。 假如丁公司向承兑人A银行按期请求付款而遭到拒绝，在保全其票据权利后，直接向c 追索，C应当承担票据责任。C对丁公司承担票据责任后，有权向甲公司、A银行再追 索，但是无权对乙公司、丙公司追索。

第三，票据保证人责任的连带性。根据《票据法》第五十、五十一条的规定，保证 人应当与被保证人对持票人承担连带责任；保证人为二人以上的，保证人之间承担连带

责任。

(2) 对持票人的效力。票据保证生效的，持票人（票据权利人）的权利又多了一个 票据债务人。如果承兑人是被保证人，持票人有权向保证人行使付款请求权。如果出票 人、转让背书人是被保证人，持票人有权对其行使追索权。

(3) 对被保证人及其前手、后手的效力。票据保证行为使得持票人的权利增加了一 个债务人。如果承兑人是被保证人，保证人向持票人履行票据债务后，票据关系全部消 灭。如果出票人、转让背书人是被保证人，当持票人对其行使追索权时，保证人对其履行 票据债务后，被保证人的后手的票据责任消灭，但是，被保证人及其前手的票据责任仍然 存在，保证人成为票据权利人，可以对其行使再追索权。

保证人对前手行使再追索权时，适用抗辩切断制度。被再追索的票据债务人，不得以 其与被保证人或者被保证人的前手之间的抗辩事由对抗善意的保证人。

(六）汇票的付款 ’

1. 汇票付款的概念

汇票付款，是指付款人或者代理付款人依照汇票文义支付票据金额的行为。广义的付 款还包括追索义务人对追索权利人的支付、票据保证人对持票人的支付。这里所分析的是 狭义的付款。

出票是票据关系的起点。在通常情形下，付款是票据关系的终点。付款人或者代理付 款人支付票据金额后，票据关系全部消灭。但是，付款并非一种票据行为。依照上文所述 的票据行为的定义，票据行为是能够导致票据权利、义务发生的法律行为。付款的法律效 果是导致票据权利、义务消灭。显然，付款并非票据行为。

付款主要包括两个步骤：持票人的提示付款行为，以及付款人或者代理付款人支付票 据金额的行为。

2. 提示付款

提示付款，是指持票人或者其代理人向付款人或者代理付款人现实地出示票据，请求 其付款的行为。

(1) 提示付款的当事人。有权提示付款的，是持票人，包括持有票据的票据权利人， 以及受委托收取票款的代理人。实务中，多数的汇票均由持票人委托自己的开户银行 (通过委托收款背书）作为代理人来提示付款。

提示付款的被提示人，也就是接受付款提示的人，可以是付款人本人，也可以是付款 人的代理人（即“代理付款人”），还可以是“票据交换系统”。对于银行承兑汇票，持 票人通常向承兑银行提示付款。银行汇票主要用于异地结算，通常由代理付款人付款。商 业承兑汇票一般由付款人的开户银行作为代理付款人。所谓“票据交换系统”，是指由当 地的人民银行主持、在同一票据交换地区、由各个金融机构对于相互之间代收人代付一定 金额的票据以及其他凭证，按照规定的时间、场次等要求，集中进行交换和清算资金的系 统。通过票据交换系统，金融机构之间可以只结算差额。

(2) 提示付款时应提供的文件。提示付款时，提示人应提交票据，还应提供合法身 份证明或者有效证件。如果背书不连续，或者持票人乃是因为票据行为之外的原因（例 如法人合并）而取得票据权利，还应提供相关证据。

(3) 提示付款的期间。根据《票据法》第五十三条的规定，见票即付的汇票，自出

票日起1个月内向付款人提示付款；定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇 票，自到期日起10日内向承兑人提示付款。如前所述，未在该期限内提示付款的，持票 人丧失部分前手的追索权，但是对承兑人、出票人的票据权利仍然存在。

(4)提示付款的例外。如果票据权利人丧失了票据，就无法正常地提交票据以请求 付款，只能依照票据丧失的补救措施证明自己的权利，并持相应的法律文书请求付款。

如果持票人在远期汇票提示承兑时被拒绝，在取得付款人的拒绝证书后，可以向前手 行使追索权。在此种情况下，持票人自然不必再毫无意义地提示付款。

此外，《票据法》第六十三、六十四条规定的几种情形，包括因付款人死亡、逃匿或 者其他原因而无法对其提示付款，或者付款人被人民法院依法宣告破产或者因违法被责令 终止业务活动，持票人也可以不必对其提示付款。

3.付款

(1.)付款人的审查。收到付款提示后，付款人应当进行审查。付款人的审查主要分 两个方面：票据权利的真实性；提示付款人身份的真实性。也就是说，票据所记载的持票 人，是否真实地享有票据权利；提示付款人，是否就是票据所记载的持票人。《票据法》 第五十七条第一款规定：“付款人及其代理付款人付款时，应当审查汇票背书的连续，并 审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。”该款即分别就上述两个方面作出规定。 当然，该款仅规定了付款人对背书连续性的审查，这并不全面，因为背书连续性是付款人 审查票据权利真实性的主要环节，但并非唯一的事项。

对于票据权利的真实性，付款人原则上仅有形式审查的义务。即仅从票据的外观进行 审查。其中主要包括：票据凭证是否符合法律规定；出票、背书等票据行为是否记载了绝 对必要记载事项，是否记载了使票据行为无效事项等；票据记载的到期日是否到来。特别 应当审查转让背书是否连续。

对于票据权利的真实性，付款人没有实质审查的义务。票据行为可能因为欠缺某个实 质要件而无效，但是在票据的形式上却没有瑕疵。付款人并无义务审查各个实质要件是否 满足。例如，持票人的前手欠缺民事行为能力，或者其签章是伪造的，并且因此而导致持 票人并非真正的票据权利人,付款人即使未对此事项进行审查并查明，也不承担责任； (下文详述）。

提示付款人身份的真实性问题，付款人应当进行实质审查。这一事项并非票据所记载: 的事项，只能进行实质审查。例如，票据所记载的最后被背书人是“张晓叁”，在票据到丨 期时，某人持“张晓叁”的居民身份证提示付款。付款人应当审查此人是不是“张晓 叁”，具体方法,只能是审查其居民身份证的真实性，身份证上的照片是否与提示付款人 相吻合。这一审查，无可避免是一种实质审查。因身份错误而发生的付款问题，下文 详述。 ..;

经审查无误后，付款人即应足额付款。 ：

(2)汇票的签收与缴回。付款人付款时，有权要求持票人在汇票上签收并交出汇票。丨

《票据法》第五十五条规定：“持票人获得付款的，应当在汇票上签收，并将汇票交! 给付款人。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人持票人账 户，视同签收。”《票据管理实施办法》第二十五条规定:“票据法第五十五条所称‘签 收是指持票人在票据的正面签章，表明持票人已经获得付款。”

(3)付款的效力。付款人对票据权利人付款的，汇票上的票据关系全部消灭，全体 票据债务人的债务消灭。

4.错误付款

如果付款人向客观上并非票据权利人的提ZK付款人付款，应发生何种法律效果？

《票据法》第五十七条第二款规定：“付款人及其代理付款人以恶意或者有重大过失 付款的，应当自行承担责任。”根据该规定，付款人（或者代理付款人）将票据金额支付 给非票据权利人时，应区分其过错状态来确定付款的法律后果。

(1) 善意且无重大过失的错误付款。假如付款人不知道提示付款人并非票据权利人， 并且是因为无过失或者轻过失而不知情，那么，付款人的付款行为与一般的付款具有相同 的效力。也就是说，全部票据关系均消灭。这样，真正票据权利人的权利也因此而消灭， 只能根据民法上的侵权责任制度或者不当得利制度向获得票据金额的当事人主张权利。

(2) 恶意或者重大过失付款。如果付款人明知提示付款人并非票据权利人（“恶 意”），或者虽然并非明知，但是进行一般的审查即可获知持票人并非票据权利人，但是 没有进行审查或者经过审查而没有发现（“重大过失”），而向持票人付款的，“应当自行 承担责任”。也就是说，此时的付款并不发生通常情形下付款的效力，票据关系并不因此 而消灭，真正的票据权利人的权利仍然存在，各个票据债务人（包括承兑人）的票据责 任仍然继续存在。付款人因为已经对提示付款人付款而发生的损失，只能另行根据民法上 的侵权责任制度或者不当得利制度向获得票据金额的当事人请求赔偿或者返还。

付款人对于票据权利的真实性问题，并无实质审查的义务，只有形式审查的义务」假 如票据存在形式上的瑕疵，付款人可以通过形式审查即发现持票人并非真正的票据权利 人，即可认为付款人至少存在重大过失。假如票据上的某个票据行为欠缺某个实质要件并 因此而无效，导致持票人并非票据权利人，如上文所言，付款人对此并无审查的义务。假 如付款人因为未审查而不知情，并不能认为其有过失。但是，假如付款人因为某种其他原 因而知情，却以其没有实质审查义务为由而“假装”不知情，仍构成“恶意”付款。假 如付款人因为某种其他原因而应当知情，并且由于重大过失而未了解有关情况，那么，尽 管其的确不知道提示付款人非票据权利人，也构成重大过失付款。需要注意的是，假如票 据存在形式上的瑕疵（主要是出票行为上的瑕疵）而导致票据整体无效，那么，票据上 并不存在任何真正的票据权利人。这样，也就不存在所谓恶意或者重大过失付款的问题， 因为这一问题乃是针对票据有效但是提示付款人并非真正票据权利人的情形。、

关于提示付款人身份的真实性，付款人应当进行实质审查。假如付款人未能识别出伪 造、变造的身份证件，不能仅仅因此就认定付款人有重大过失，仍须结合其他事实来认 定。例如，提示付款人所提供的身份证件，一望可知是伪造的，付款人竟然以为真实而付 款，则应认为有重大过失；假如伪造的身份证十分逼真，付款人采取了合理的核实措施却 未能辨别的，不能认为有重大过失。

由于票据行为的独立性，即使付款人对于某个票据行为存在形式或者实质瑕疵处于明 知或者应知的状态，假如这一瑕疵不影响持票人的票据权利.，其付款不属于恶意或者重大 过失付款。例如，付款人在收到付款提示时发现，票据保证人在背书栏中的签章不符合法 律要求，但是转让背书连续、无形式瑕疵。票据保证生效与否并不影响票据权利的归属， 付款人对持票人的付款不属于恶意或者重大过失付款。又如，对于A签发的票据，付款

人x明知收款人B对C的转让背书属于狭义无权代理，也就是被背书人c不能取得票据 权利，但是C又将票据背书转让给D, D作为最后持票人请求付款。假如D可以基于善意 取得制度取得票据权利，付款人X应当对D付款。尽管X因为某种原因而明知B的转让 背书无效，也不构成恶意付款。

(3)期前的错误付款。《票据法》第五十八条规定：“对定日付款、出票后定期付款 或者见票后定期付款的汇票，付款人在到期日前付款的，由付款人自行承担所产生的责 任。”基于该规定，对于远期汇票，付款人如果在到期日之前付款，假如提示付款人是真 正的票据权利人，付款的法律效果与到期之后的付款相同。但是，假如发生了错误付款， 那么即使付款人善意且无过失，仍然要“自行承担所产生的责任”。其法律效果与恶意或 者重大过失付款相同。

(七）汇票的追索权

1..汇票追索权的概念

汇票的追索权，是指汇票到期不获付款、到期前不获承兑或者有其他法定原因时，持 票人依法向汇票上的债务人请求偿还票据金额、利息和其他法定款项的票据权利。

追索权是票据法上的重要制度。持票人的付款请求权不能或者有可能不能实现时，追 索权制度使得持票人可以向所有的票据债务人请求偿还票据金额以及利息和费用，其债权 获得最终实现的可能性大大提高，从而增加了票据的信用。《票据法司法解释》第五条将 付款请求权称为“第一顺序权利”，将追索权称为“第二顺序权利”。

2. 追索权的当事人

(1) 追索权人。依法享有追索权的人，包括最初追索权人和再追索权人。最初追索 权人，是享有票据的最后持票人。有关的票据债务人在被持票人追索而清偿了相应的债务 后，就享有了作为持票人的权利，享有再追索权，有权向其前手进行再追索。再追索权 人，可以包括背书人、保证人、出票人。其中，关于保证人的追索权，《票据法》第五十 二条规定，“保证人清偿汇票后，可以行使持票人对被保证人及前手的追索权。”

(2) 被追索人。追索权人的追索权所针对的义务人，称为被追索人，?或者偿还义务 人，其负有偿还票据金额、利息和法定费用的义务。根据《票据法》第六十一条的规定， 被追索人包括背书人、出票人、保证人、承兑人。其中，承兑人既是付款义务人，也是被 追索人。在其作为被追索人而承担票据责任时，其票据义务的范围不限于票据金额，还包 括利息和费用。

3. 追索权（最初追索权）的取得与保全

追索权是第二顺序的票据权利。与付款请求权不同，须满足更多的条件时，才能够取 得该权利，并且，在特定情形下，票据权利人还会丧失对部分票据债务人的追索权。

(1) 到期追索权的发生原因。根据《票据法》第六十一条第一款的规定，汇票到期 被拒绝付款的，持票人可以行使追索权。在解释上，在汇票到期时因为付款人的原因而发 生客观上无法提示付款的情形，也可以行使追索权。例如，票据所记载的付款场所并不存 在、付款人不存在等。

(2) 期前追索权的发生原因。对于远期汇票来说，持票人还可能在到期前取得追索 权。在票据记载的到期日到来之前，如果发生了特定的事由使到期付款已经不可能或者可 能性显著降低，法律赋予了持票人在到期之前就进行追索的权利。这种追索权，称为

“期前追索权”。

根据《票据法》第六十一条第二款的规定，持票人取得期前追索权的情形主要有： 被拒绝承兑（包括承兑附条件）；承兑人或者付款人死亡、逃匿；承兑人或者付款人被宣 告破产或者因违法被责令终止业务活动。但是，我国当前的汇票一般不存在个人作为付款 人的情形。即使是商业承兑汇票，也是在法人和其他组织之间使用。《票据法》该条规定 的是一般法理。

(3)追索权的保全。如上文所述，持票人须遵期提示、依法取证，才能保全其追索 权。但在例外情形下，持票人可以不必提示承兑或者提示付款，即可基于有关证据而行使 追索权，而不发生丧失追索权的后果。这主要包括：在票据到期之前或者到期时，出现付 款人死亡、逃匿、被宣告破产、被责令终止业务活动等情形，持票人无法对其提示承兑或 者提示付款。

此时，持票人无法取得拒绝证明，但是可以依法取得关于付款人死亡或者逃匿的有关 证明（包括医院或者有关单位出具的付款人死亡的证明、人民法院出具的宣告付款人失 踪或者死亡的证明或者法律文书；公安机关出具的付款人逃匿或者下落不明的证明等）； 公证机关出具的具有拒绝证明效力的文书；人民法院宣告付款人破产的司法文书以及行政 主管部门责令付款人终止业务活动的行政处罚决定。这些文件，具有拒绝证明的效力，持 票人可以据以行使追索权。如果未取得这些文件，则不能行使追索权。

上述内容都是关于最初追索权的保全。如果最初追索权得以保全，自然可以进而发生 再追索的问题。如果最初追索权因为未能保全而消灭，只有出票人和承兑人仍然承担票据 责任。在这种情形下，再追索权的发生余地巳经很小，g卩：持票人向出票人追索，出票人 对其清偿了债务后，向承兑人进行再追索。

顺便提及的是，无论最初追索权还是再追索权，都可能因为消灭时效期间的经过而 消灭。

4. 追索的金额

(1) 最初追索权的追索金额。根据《票据法》第七十条第一款的规定，持票人行使 追索权，可以请求被追索人支付的金额包括：被拒绝付款的汇票金额；汇票金额自到期日 或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；取得有关拒绝 证明和发出通知书的费用。

关于利率，根据《票据管理实施办法》第二十九条、《票据法司法解释》第二十二条、 《支付结算办法》第四十六条的规定，指中国人民银行规定的同档次流动资金贷款利率。

(2) 再追索权的追索金额。根据《票据法》第七十一条第一款的规定，被追索人依 照前条规定清偿后，向其他汇票债务人行使再追索权时可以请求支付的金额包括：巳清偿 的全部金额；前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算 的利息；发出通知书的费用。其中，利率标准的确定方法同上。

5. 追索权的行使

最后持票人行使追索权（最初追索权)的方式，《票据法》有详细的规定。

首先，持票人负有及时通知的义务。持票人应当自收到被拒绝承兑或者拒绝付款的有 关证明之日起3日内，将被拒绝的事由书面通知其直接前手，还可以同时通知其他（甚 至全部）的追索义务人。如果未按照规定期限通知，虽然仍可以行使追索权，但应当赔

偿因为迟延通知而给被追索人造成的损失，赔偿金额以汇票金额为限。持票人的直接前手 应当自收到通知之日起3日内书面通知其自己的再前手（参见《票据法》第六十六、六 十七条）。

其次，持票人应当确定被追索的对象。根据《票据法》第六十八条的规定，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。持票人可以不按照汇票债务人 的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。持票人对汇票债务人中的一人 或者数人已经进行追索的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。票据债务人的连带责 任，使得持票人获得了很高程度的保障。需要注意的是，在回头背书的情形下，持票人的 追索权有限制（参见《票据法》第六十九条）。

被追索人如果依照《票据法》第七十条第一款所规定的金额履行了债务，则消灭了 自己的债务。如果被追索人是票据上的最终债务人，包括承兑人，或者未经承兑之汇票的 出票人，则票据上的全部债权债务消灭。如果被追索人是其他票据债务人，根据《票据 法》第六十八条第三款第二句的规定，即“与持票人享有同一权利”，也就是成为了新的 票据权利人，可以向其前手再追索，但是对于其后手没有再追索权（基于《票据法》第 六十九条的解释）。

再追索权人行使其权利时，其追索义务人仍然承担连带责任。与上文所述相同，假如 其选择最终债务人行使权利，并且最终债务人按照《票据法》第七十一条第一款规定的 金额履行债务，票据上的全部债权债务消灭。如果被追索人是其他票据债务人，其清偿债 务后还进一步发生再追索的问题。

无论是行使最初追索权还是再追索权，根据《票据法》第七十条第二款、第七十一 条第二款的规定，被追索人清偿债务时，持票人均应交回汇票和有关拒绝证明，并出具所 收到的利息和费用的收据。

6. 追索权行使的效力

根据《票据法》第七十二条的规定，被追索人清偿其债务后，其自身的票据责任消 灭。并且，根据被追索人是否属于票据上的最后债务人，来确定票据上的全部债权债务均 告消灭，抑或被追索人成为新的票据权利人，进而对其前手发生再追索权。在后种情形 下，抗辩切断制度适用于再追索权人与其追索义务人之间的关系。也就是说，被追索人不 得以其对于再追索权人的前手之间的抗辩事由对抗再追索权人，除非其相互之间有直接的 基础关系，或者再追索权人明知这一抗辩事由的存在。

九、本票的具体制度

(一）本票概述

1. 本票的概念

本票，是指出票人签发的，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。

2. 本票的特征

本票是出票人承诺自己支付一定金额的票据，因此并不存在与汇票上的付款人相当的 票据当事人，进而也就不存在承兑制度。从理论上来说，可以根据出票人的身份是银行还 是其他当事人，区分为银行本票和商业本票。不过，我国现行法之下的本票仅有银行本

票，而不存在商业本票。当然，我国现行票据制度承认出票人兼付款人的商业承兑汇票， 其功能相当于商业本票。

根据《支付结算办法》等规定，我国的本票仅仅在有限的情形下使用。单位或者个 人需要使用银行本票的，应当将相应的金额交给出票银行。银行收妥后，在符合法律规定 的其他条件的情形下，签发银行本票。此外，现行法之下的本票均为见票即付，而不存在 远期的本票。也就是说，我国实务中的本票仅仅发挥支付功能，与银行汇票类似，而不像 商业汇票那样可以发挥信用功能。

《票据法》关于汇票的规定是比较完整的，而关于本票的规定中，只规定本票的特殊 制度，其他制度适用关于汇票的规定。本书这里也主要介绍本票的特殊制度。

(二）本票的出票

1. 本票的出票人

根据《支付结算办法》第一百条的规定，银行本票的出票人，为经中国人民银行当 地分支行批准办理银行本票业务的银行机构。向银行申请签发本票的当事人（“本票申请 人”）并非出票人。

2. 本票出票的款式

(1) 绝对必要记载事项。根据《票据法》第七十五条的规定，本票的绝对必要记载 事项包括6项：表明“本票”的字样；无条件支付的承诺；确定的金额；收款人名称； 出票日期；出票人签章。未记载上述任一事项均导致出票无效。

收款人由出票人按照本票申请人的指定填写。出票人当然也可以指定由自己作为收款 人。假如出票人按照申请人的要求填写了第三人作为收款人，出票人在记载完毕后，并非 直接将本票交付给收款人，而是交付给申请人。此时，出票行为尚未完成，因为票据行为 所要求的“交付”要件是指交付给票据权利人。只有当申请人将本票交付给收款人时， 出票行为才生效。

(2) 相对必要记载事项。根据《票据法》第七十六条的规定，付款地和出票地是相 对必要记载事项。本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。本票上未记载出 票地的，出票人的营业场所为出票地。

(3) 其他事项。根据《票据法》第八十条第二款的规定，本票的出票行为除了该章 的特殊规定外，适用《票据法》第二十四条关于汇票的规定，即其他记载事项不发生票 据法上的效力。

需要注意的是，出票人如果记载了 “不得转让”字样，该本票不得转让。《票据法》 虽然没有就本票的出票行为直接作出这一规定，但是基于《票据法》第八十条第一款的 规定，该法关于汇票背书的规定适用于本票，因此《票据法》第二十七条第二款（规定 在汇票的“背书” 一节）的规定可以适用。也就是说，就出票行为而言，这一事项属于 任意记载事项。

3. 出票的效力。出票行为生效后，出票人成为第一债务人，收款人成为票据权利人。

(三）本票的付款

1. 被提示人

与汇票不同，本票的出票人是最终的票据责任人，持票人应当向出票人提示付款。

2. 提示付款期限

现行法之下的本票均为见票即付。《票据法》第七十八条规定，持票人的提示见票并 请求付款的期限最长不超过2个月。也就是说，持票人可以在出票日起2个月内随时提本 付款。超过这一期限提示付款的，按照《票据法》第七十九条的规定，持票人即丧失对 出票人之外的前手的追索权。

(四）汇票有关制度的适用

《票据法》第八十条第一款规定：“本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使， 除本章规定外，适用本法第二章有关汇票的规定。”有关内容可以参考上文所述。

由于本票制度的特点，汇票上的有关制度并非可以全部适用。例如，仅适用于远期汇 票的各种规定，不能适用于本票。其中包括并不发生所谓期前追索的问题。

十、支票的具体制度

(―)支票概述

1. 支票的概念

支票，是指出票人签发的，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。

2. 支票的特点

支票与汇票非常类似，其基本当事人（出票行为的肖事人）有二个：出票人、付款 人、收款人。其最特殊之处是，付款人的资格有明确的限制。支票的付款人，必须是办理 支票存款业务的银行或者其他金融机构(以下统一简称为“银行”）。其他组织或者个人 不能成为支票的付款人。 丨

根据《票据管理实施办法》第十一条的规定，支票的出票人，必须是在经中国人民： 银行批准办理支票存款业务的银行、城市信用合作社和农村信用合作社开立支票存款账户丨 的企业、其他组织和个人。一个单位或者个人在银行开立支票存款业务后，存人一定的調 项，即可领用空白的支票本，供其在需要时签发支票。 \

在我国，支票主要发挥的是支付手段的功能。因此，现行法不允许支票所记载的付款 人进行承兑。持票人请求付款时，假如出票人在付款人处的存款金额足够支付支票金额，丨 则付款人应当付款；如果不足，则付款人应当拒绝付款。 .!

此外，根据《票据法》第九十条的规定，支票均为见票即付，不存在远期支票。! 支票的另一特点是，收款人名称并非出票行为的绝对必要记载事项5可以授权补记。I

(二）支票出票的款式

1. 绝对必要记载事项 j 根据《票据法》第八十四条的规定，支票的出票行为有6个绝对必要记载事项：表

明“支票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；.付款人名称；出票日期；出票人|

签章。支票上未记载上述任一亊项的，Y票无效。但是，根据《票据法》第八十五条策 一款的规定，支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前不得使用。

2. 相对必要记载事项

根据《票据法》第八十六条的规定，付款地、出票地是相对必要记载事项。支票上 未记载付款地的,付款人的营业场所为付款地。支氕I?.本丨己贷出，地的.出^人的fN卜场 、 、 一、 ： 所、住所或者经常居住地为出票地。

3. 任意记载事项

《票据法》第八十六条第一款规定：“支票上未记载收款人名称的，经出票人授权， 可以补记。”并且，第八十四条并未将收款人名称列为绝对必要记载事项。可以理解为， 出票人既可以授权收取支票的相对人补记，也可以由相对人再授权他人补记。例如，甲公 司签发支票给乙公司，但是未记载收款人。乙公司为支付货款，直接将支票交付给丙公 司，未作任何记载。丙公司将自己的名称记载为收款人后，持票向付款人主张票据权利。 甲公司、乙公司的行为，均符合票据法。也就是说，就支票而言，我国票据法承认了转让 背书之外的这种票据权利转让方式。

此外，基于《票据法》第九十三条第一款、第二十七条第二款的规定，出票人也可 以记载“不得转让”字样。如有该记载，则支票不得转让。

4. 记载不生票据法上效力的事项

《票据法》第九十三条第二款规定：“支票的出票行为，除本章规定外，适用本法第 二十四条、第二十六条关于汇票的规定。”应当理解为，基于《票据法》第二十六条的规 定，出票人免除其担保付款责任的记载不发生票据法上的效力。其他记载，也不发生票据 法上的效力。

5. 记载无效事项

根据《票据法》第九十条的规定，支票限于见票即付；如果出票人记载了以其他方 式计算的到期日，该记载无效。

6. 记载使支票无效事项

由于《票据法》第八十四条第一款第二项将“无条件支付的委托”规定为绝对必要 记载事项，假如出票人记载了付款人支付票据金额的条件，即应认为欠缺该绝对必要记载 事项，支票无效。

(三）支票的付款

1. 付款提示期限

《票据法》第九十一条第一款规定：“支票的持票人应当自出票日起10日内提示付 款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定。”根据第二款的规 定，超过该期限提示付款的，持票人丧失对出票人之外的前手的追索权。

2. 支付密码

《票据管理实施办法》第二十二条规定：“申请人申请开立支票存款账户的，银行、 城市信用合作社和农村信用合作社可以与申请人约定在支票上使用支付密码，作为支付支 票金额的条件。”

3. 付款人的责任

支票的付款人并未在票据上签章，票据法甚至未设置相当于承兑的制度，因此，付款 人并未进行任何票据行为，并非票据债务人。如果持票人提示付款时，出票人的存款金额 不足以支付支票金额（此时称为“空头支票”，参见《票据法》第八十七条），付款人不 予付款。?

:汇兑 、（一）汇兑概述

汇兑是汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式。汇兑简便灵活，适用于单 位和个人的各种款项的结算，且不受金额起点的限制。汇兑分为信汇和电汇两种。信汇是 以邮寄方式将汇款凭证转给外地收款人指定的汇入行，电汇则是以电报方式将汇款凭证转 发给收款人指定的汇人行，后者更加快捷，汇款人可以根据实际情况选择使用。

(二）汇兑的基本流程

汇兑业务的基本流程如图9-1所示。

图9 - 1汇兑业务基本流程

(1) 汇款人按要求签发汇兑凭证。汇款人签发汇兑凭证时，必须记载相关事项并签 章。汇兑凭证上记载收款人为个人的，收款人需要到汇人银行领取汇款，汇款人应在汇兑 凭证上注明“留行待取”字样。

(2) 汇出银行受理、审查汇款人签发的汇兑凭证。经审查无误后，应及时向汇人银 行办理汇款，并向汇款人签发汇款回单。汇款回单只能作为汇出银行受理汇款的依据，不 能作为该笔汇款已转入收款人账户的证明。

(3) 汇入银行接收汇出银行的汇兑凭证，经审核无误后，根据收款人的不同情况进 行审查并办理付款手续。

①汇入银行对开立存款账户的收款人，应将汇给其的款项直接转入收款人账户，并向 其发出收账通知。收账通知是银行将款项确已收人收款人账户的凭据。

②未在银行开立存款账户的收款人，'凭信、电汇的取款通知或“留行待取”的，向 汇入银行支取款项，必须交验夺人的身份证件，在信、电汇凭证上注明证件名称、号码及 发证机关，并在“收款人签盖章”处签章；信汇凭签章支取的，收款人的签章必须与预 留信汇凭证上的签章相符。银行审查无误后，以收款人的姓名开立应解汇款及临时存款账 户，该账户只付不收，付完清户，不计付利息。?

③支取现金的，信、电汇凭证上必须有按规定填明的“现金”字样，才能办理。未 填明“现金”字样，需要支取现金的，由汇人银行按照国家现金管理规定审查支付。

④收款人还可以委托他人向汇人银行支取款项，或者转账支付到单位或个体工商户的 存款账户（严禁转入储蓄和信用卡账户），或者办理转汇。

(三）汇兑的撤销和退汇 —

1. 撤销

汇款人对汇出银行尚未汇出的款项可以申请撤销。汇出银行查明确未汇出款项的，收 回原信、电汇回单，方可办理撤销。

2. 退汇

汇款人对汇出银行已经汇出的款项可以申请退汇。对在汇人银行开立存款账户的收款 人，由汇款人与收款人自行联系退汇；对未在汇入银行开立存款账户的收款人，汇款人应 出具正式函件或本人身份证件以及原信、电汇回单，由汇出银行通知汇入银行，经汇人银 行核实汇款确未支付，并将款项汇回汇出银行，方可办理退汇。

汇人银行对于收款人拒绝接受的汇款，应立即办理退汇。汇人银行对于向收款人发出 取款通知，经过2个月无法交付的汇款，应主动办理退汇。

二、托收承付

(一）托收承付概述

托收承付，是根据买卖合同由收款人发货后委托银行向异地付款人收取款项，由付款 人向银行承认付款的结算方式。托收承付结算款项的划回方法，分邮寄和电报两种，由收 款人选用。托收承付结算每笔的金额起点为1万元（新华书店系统为1 000元）。

《支付结算办法》对托收承付的适用规定了较为严格的条件：（1)使用托收承付结算 方式的收款单位和付款单位，必须是国有企业、供销合作社以及经营管理较好，并经开户 银行审查同意的城乡集体所有制工业企业。（2)办理托收承付结算的款项，必须是商品 交易，以及因商品交易而产生的劳务供应的款项。代销、寄销、赊销商品的款项，不得办 理托收承付结算。（3)收付双方使用托收承付结算必须签有符合法律规定的买卖合同， 并在合同上订明使用异地托收承付结算方式。（4)收款人办理托收，必须具有商品确巳 发运的证件（包括铁路、航运、公路等运输部门签发的运单、运单副本和邮局包裹回 执）。没有发运证件，可凭其他有关证件办理。（5)收付双方办理托收承付结算，必须重 合同、守信用。如果收款人对同一付款人发货托收累计三次收不回货款的，收款人开户银 行应暂停收款人向付款人办理托收；付款人累计三次提出无理拒付的，付款人开户银行应 暂停其向外办理托收。

(二）托收承付的基本流程

托收承付业务的基本流程如图9 -2所示。

1.托收

托收是指收款人根据买卖合同发货后，委托银行向付款人收取款项。

收款人办理托收，应填制托收凭证，盖章后并附发运证件或其他符合托收承付结算的 有关证明和交易单证送交银行。

图9-2托收承付业务基本流程

收款人开户银行接到托收凭证及其附件后，应当按照托收范围、条件和托收凭证填写 的要求认真进行审查。经审查无误的，将有关托收凭证连同交易单证，一并寄交付款人开 户行。

2.承付

承付是指由付款人向银行承认付款的行为。

付款人开户银行收到托收凭证及其附件后，应当及时通知付款人。付款人在承付期内 审查核对，安排资金。

承付货款分为验单付款和验货付款两种，由收付双方商量选用，并在合同中明确 规定。

验单付款的承付期为3天5从付款人开户银行发出承付通知的次日算起（承付期内 遇法定休假日顺延）。付款人在承付期内，未向银行表示拒绝付款，银行即视为承付，并 在承付期满的次日（遇法定休假日顺延）上午银行开始营业时，将款项主动从付款人的 账户内付出，划给收款人。

验货付款的承付期为10天，从运输部门向付款人发出提货通知的次日算起，收付双 方在合同中明确规定，并在托收凭证上注明验货付款期限的，银行从其规定。付款人收到 提货通知后，应即向银行交验提货通知，付款人在银行发出承付通知后（次日算起）的 10天内，未收到提货通知，应在第10天将货物尚未到达的情况通知银行。在第10天付 款人不通知银行的，银行即视同已验货，于10天期满的次日上午银行开始营业时，将款 项划给收款人；在第10天付款人通知银行货物未到，而以后收到提货通知没有及时送交 银行，银行仍按10天期满的次日作为划款日期，并按超过天数，计扣逾期付款赔偿金。 收款人则必须在托收凭证上加盖明显的“验货付款”字样戳记。

无论是验单付款还是验货付款，付款人都可以在承付期内提前向银行表示承付，并通 知银行提前付款，银行应立即办理划款；因商品的价格、数量或金额变动，付款人应多承 付款项的，须在承付期内向银行提出书面通知，银行据此随同当次托收款项划给收款人。

(三）拒绝付款的处理

付款人在承付期内，对于如下情况，可向银行提出全部或部分拒绝付款：（1)没有 签订买卖合同或合同未订明托收承付结算方式的款项；（2)未经双方事先达成协议，收 款人提前交货或因逾期交货，付款人不需要该项货物的款项；（3)未按合同规定的到货 地址发货的款项；（4)代销、寄销、赊销商品的款项；（5)验单付款，发现所列货物的

品种、规格、数量、价格与合同规定不符，或货物已到，经查验货物与合同规定或发货清 单不符的款项；（6)验货付款，经查验货物与合同规定或发货清单不符的款项；（7)货 款已经支付或计算有错误的款项。不属上述情况的，付款人不得向银行提出拒绝付款。

付款人对以上情况提出拒绝付款时，必须填写“拒绝付款理由书”，并加盖单位公 章，注明拒绝付款理由，涉及合同的应引证合同有关条款，并提供有关证明，一并送交开 户银行。

开户银行经审查，认为拒付理由不成立，均不受理，应实行强制扣款。银行同意部分 或全部拒付的，应在拒绝付款理由书上签注意见。部分拒绝付款的，除办理部分付款外， 应将拒绝付款理由书连同拒付证明和拒付商品清单邮寄收款人开户银行转交收款人。全部 拒绝付款的，应将拒绝付款理由书连同拒付证明和有关单证邮寄收款人开户银行转交收 款人。

三、委托收款

(一）委托收款概述

委托收款是收款人委托银行向付款人收取款项的结算方式。委托收款结算款项的划回 方式，分邮寄和电报两种，由收款人选用。委托收款的适用范围十分广泛，无论是同城还 是异地都可办理。单位和个人凭已承兑商业汇票、债券、存单等付款人债务证明办理款项 的结算，均可以使用委托收款结算方式。在同城范围内，收款人收取公用事业费或根据国 务院的规定，可以使用同城特约委托收款。收取公用事业费，必须具有收付双方事先签订 的合同，由付款人向开户银行授权，并经开户银行同意，报经中国人民银行当地分支行 批准。

(二）委托收款的基本流程 、

委托收款业务的基本流程如图9-3所示。

图9-3委托收款业务基本流程

1.委托

收款人办理委托收款，应当向银行提交所填写的委托收款凭证和有关债务证明。有关 债务证明是指能够证明付款人到期并应向收款人支付一定款项的证明，如水电费单、电话 费单、巳承兑的商业汇票、债券、存单等。

委托收款以银行以外的单位为付款人的，委托收款凭证必须记载付款人开户银行名

称；以银行以外的单位或在银行开立存款账户的个人为收款人的，委托收款凭证必须记载 收款人开户银行名称；以未在银行开立存款账户的个人为收款人的，委托收款凭证必须记 载被委托银行名称。欠缺上述记载的，银行不予受理。

2.付款

银行在接到寄来的委托收款凭证及债务证明，并经审查无误之后应向收款人办理付 款：（1)以银行为付款人的，银行应在当日将款项主动支付给收款人；（2)以单位为付 款人的，银行应及时通知付款人，按照有关办法规定，需要将有关债务证明交给付款人的 应交给付款人，并签收。付款人应于接到通知的当日书面通知银行付款。如果付款人未在 接到通知日的次日起3日内通知银行付款的，视同付款人同意付款，银行应于付款人接到 通知日的次日起第4日上午开始营业时，将款项划给收款人。

付款人提前收到由其付款的债务证明，应通知银行于债务证明的到期日付款。付款人 未于接到通知日的次日起3日内通知银行付款，付款人接到通知日的次日起第4日在债务 证明到期日之前的，银行应于债务证明到期日将款项划给收款人。

银行在办理划款时，发现付款人存款账户不足支付的，应通过被委托银行向收款人发 出未付款通知书。如果债务证明留存付款人开户银行的，应将其债务证明连同未付款项通 知书邮寄被委托银行转交收款人。

(三）拒绝付款的处理

付款人在审查有关债务证明后，对收款人委托收取的款项需要拒绝付款的，可以办理 拒绝付款：（1)以银行为付款人的，应自收到委托收款及债务证明的次日起3日内出具 拒绝证明，连同有关债务证明、凭证寄给被委托银行，转交收款人；（2)以单位为付款 人的，应在付款人接到通知日的次日起3日内出具拒绝证明，持有债务证明的，应将其送 交开户银行。银行将拒绝证明、债务证明和有关凭证一并寄给被委托银行，转交收款人。

四、国内信用证

(一）国内信用证概述

国内信用证（简称信用证）是指开证银行依照申请人（买方）的申请向受益人（卖 方）开出的凭符合信用证条款的单据支付的付款承诺。信用证结算方式适用于国内企业 之间的商品交易。

信用证是一种在国际经济贸易中常用的结算方式，国内贸易的当事人也在一定范围内 使用该种方式。但是我国法律对二者并未作统一规定。这里介绍的是国内信用证。比较而 言，国内信用证有更加严格的限制，其实际使用的范围也不够广。但是，近年来其实际使 用量有很大的提高。特别是，开证申请人向开证行支付一定比例的保证金（不低于20%) 即可申请开立国内信用证，因此具有融资功能，也提高了其对企业的吸引力。

信用证结算中，各有关当事人处理的只是单据，而不是与单据有关的货物及劳务。信 用证与作为其依据的买卖合同相互独立。银行在处理信用证业务时，不受买卖合同的约 束。一家银行作出的付款、议付或履行信用证项下其他义务的承诺不受申请人与开证行、 申请人与受益人之间关系的制约。受益人在任何情况下，不得利用银行之间或申请人与开 证行之间的合同关系。

我国的信用证为不可撤销、不可转让的跟单信用证。“不可撤销”是指信用证开立

后，在有效期内非经信用证各有关当事人（即开证银行、开证申请人和受益人）的同意， 开证银行不得修改或者撤销；“不可转让”是指受益人不能将信用证的权利转让给他人。

只有经中国人民银行批准经营结算业务的商业银行总行以及经商业银行总行批准开办 信用证结算业务的分支机构可以办理信用证结算业务。

信用证只能用于转账结算，不得支取现金。

C二)信用证的具体流程

办理信用证的基本流程如图9-4所示。

图9-4办理信用证基本流程

1. 开证

(1) 申请。开证申请人使用信用证时，应委托其开户银行办理开证业务。开证申请 人申请办理开证业务时，应当填具开证申请书、信用证申请人承诺书并提交有关买卖 合同。

(2) 受理。开证行根据申请人提交的开证申请书、信用证申请人承诺书及买卖合同 决定是否受理开证业务。开证行在决定受理该项业务时，应向申请人收取不低于开证金额 20%的保证金，并可根据申请人资信情况要求其提供抵押、质押或由其他金融机构出具 保函。 .

开立信用证有信开和电开。信开信用证，应由开证行加盖信用证专用章和经办人名章 并加编密押，寄送通知行；电开信用证，应由开证行加编密押，以电传方式发送通知行。

信用证的基本条款包括：①开证行名称及地址；②开证日期；③信用证编号；④不可 撤销、不可转让信用证；⑤开证申请人名称及地址；⑥受益人名称及地址（受益人为有 权收取信用证款项的人，一般为买卖合同的卖方）；⑦通知行名称（通知行为受幵证行委 托向受益人通知信用证的银行）；⑧信用证有效期及有效地点（信用证有效期为受益人向 银行提交单据的最迟期限，最长不得超过6个月；信用证的有效地点为信用证指定的单据 提交地点，即议付行或开证行所在地）；⑨交单期（交单期为提交运输单据的信用证所注 明的货物装运后必须交单的特定日期）；⑩信用证金额；?付款方式（即期付款、延期付 款或议付）；?运输条款（包括运输方式、装运地、目的地等）；?货物描述（包括货物 名称、数量、价格等）；?单据条款（必须注明据以付款或议付的单据，至少包括发票、 运输单据或货物收据）；?其他条款；?开证行保证文句。

2. 通知

(1)通知行的确定。开证行与受益人开户行为同一系统行的，受益人开户行为通知 行。开证行与受益人开户行为跨系统行的，开证行确定的在受益人幵户行的同城同系统银 行机构为通知行。开证行在受益人开户行所在地没有同系统分支机构的，应在受益人所在 地选择一家银行机构建立信用证代理关系，其代理行为通知行。

(2)通知行的责任。通知行收到信用证及信用证修改书，应认真核验开证行签章的 真伪、所用密押是否正确等表面真实性。无误的，应填制信用证通知书或信用证修改通知 书，连同信用证或信用证修改书交付受益人。

通知行确定信用证或信用证修改书签章不符的，必须及时退返开证行，并告知开证行 签章不符；密押不符的，应向开证行查询补正。

通知行收到的信用证或信用证修改书的内容不完整或不清楚的，必须及时查询开证 行，并要求开证行提供必要的内容。通知行在收到开证行回复前，可先将收到的信用证或 信用证修改书通知受益人，并在信用证通知书或信用证修改通知书上注明该通知仅供参 考，通知行不负任何责任。

通知行应在收到信用证或信用证修改书的次日起3个营业日内作出处理。

3. 议付

议付是指信用证指定的议付行在单证相符条件下，扣除议付利息后向受益人给付对价 的行为。只审核单据而未付出对价的，不构成议付。议付仅限于延期付款信用证。

议付行必须是开证行指定的受益人开户行。未被指定议付的银行或指定的议付行不是 受益人开户行，不得办理议付。

受益人可以对议付信用证在交单期或信用证有效期内向议付行提示单据、信用证正 本、信用证修改书正本及信用证通知书、信用证修改通知书，并填制信用证议付/委托收 款申请书和议付凭证，请求议付。议付行在受理的次日起5个营业日内审核信用证规定的 单据，确定表面与信用证条款相符并决定议付的，应在信用证正本背面记明议付日期、业 务编号、增额、议付金额、信用证余额、议付行名称，并加盖业务公章。

议付行审核受益人提示的单据发现单据不符时，可洽受益人修改相符后，同意议付 的，办理议付；经洽受益人修改仍不符，拒绝议付的，应及时作出书面拒绝议付通知，注 明拒绝议付理由，通知受益人。议付行可以根据受益人的要求不作议付，仅为其办理委托 收款。

议付行议付卮，应通过委托收款将单据寄开证行索偿资金。议付行议付信用证后，对 受益人具有追索权。到期不获付款的，议付行可从受益人账户收取议付金额。

4. 付或

受益人在交单期或信用证有效期内向开证行交单收款，应向开户银行填制委托收款凭 证和信用证议付/委托收款申请书，并出具单据和信用证正本、信用证修改书正本。开户 银行收到凭证和单证审查齐全后，应及时为其向开证行办理交单和收款。

开证行在收到议付行寄交的委托收款凭证、单据及寄单通知书或受益人开户行寄交的 委托收款凭证、信用证正本单据及信用证议付/委托收款申请书的次日起5个营业日内， 及时核对单据表面与信用证条款是否相符。无误后，对即期付款信用证，从申请人账户收 取款项支付给受益人；对延期付款信用证，应向议付行或受益人发出到期付款确认书，并 于到期日从申请人账户收取款项支付给议付行或受益人。

开证行审核单据发现不符时，应在收到单据的次日起5个营业日内将全部不符点用电 讯方式通知交单人。该通知必须说明单据已代为保管听候处理。同时商洽开证申请人，开 证申请人同意付款的，开证行应即办理付款，开证申请人不同意付款的，开证行应将单据 退交议付行或将信用证正本、信用证修改书正本及单据退交受益人。

申请人交存的保证金和其存款账户余额不足支付的，开证行仍应在规定的付款时间内 进行付款。对不足支付的部分作逾期贷款处理。对申请人提供抵押、质押、保函等担保 的，按《物权法》、《担保法》等的有关规定索偿。

五、银行卡

(一）银行卡概述

银行卡是指由商业银行向社会发行的具有消费信用、转账结算、存取现金等全部或部 分功能的信用支付工具。随着商业的发展、科技的进步、人们的消费习惯和用卡习惯的变 化，银行卡的功能也越来越丰富，使用范围越来越广泛。如今，银行卡已成为我国居民最 广泛使用的非现金支付工具。截至2014年末，全国累计发行银行卡49. 36亿张，其中借 记卡44.81亿张，信用卡4.55亿张。2014年，全国共发生银行卡交易595. 73亿笔，金额 449. 90万亿元随着支付环境的不断改善和应用领域的不断扩大，银行卡的使用将更加 便捷，发卡量仍将保持增长趋势。

(二）银行卡的种类

依照不同的标准，可将银行卡作不同的分类。例如按币种不同，银行卡可分为人民币 卡和外币卡。按信息载体不同，银行卡可分为磁条卡、芯片（1C)卡（1C卡既可应用于 单一的银行卡品种，又可应用于组合的银行卡品种）等。按使用对象的不同，银行卡可 分为单位卡和个人卡D单位卡是指商业银行向企业、事业单位、学校、机关、团体、部队 等单位发行的银行卡；个人卡是指商业银行向个人发行的银行卡。

从结算方式的特点来说，银行卡可分为信用卡和借记卡。

1. 信用卡

根据《商业银行信用卡业务监督管理办法》的定义，信用卡是指记录持卡人账户相 关信息，具备银行授信额度和透支功能，并为持卡人提供相关银行服务的各类介质。

信用卡按是否向发卡银行交存备用金，又可分为贷记卡、准贷记卡两类：（I}贷记 卡是指发卡银行给予持卡人一定的信用额度，持卡人可在信用额度内先消费、后还款的信 用卡。（2)准贷记卡是指持卡人须先按发卡银行要求交存一定金额的备用金，当备用金 账户余额不足支付时，可在发卡银行规定的信用额度内透支的信用卡。

2. 借记卡

借记卡是指持卡人先将款项存入卡内账户，然后进行消费的银行卡。借记卡不具备透支 功能，结算也比较简单。借记卡按功能不同分为转账卡（含储蓄卡）、专用卡、储值卡。

(1) 转账卡是实时扣账的借记卡，具有转账结算、存取现金和消费功能。

(2) 专用卡是具有专门用途、在特定区域使用的借记卡，具有转账结算、存取现金 功能。这里的“专门用途”是指在百货、餐饮、饭店、娱乐行业以外的用途。

(3) 储值卡是发卡银行根据持卡人要求将其资金转至卡内储存，交易时直接从卡内 扣款的预付钱包式借记卡。

此外，还有一种联名/认同卡，是商业银行与营利性机构/非营利性机构合作发行的银行

卡附属产品，其所依附的银行卡品种必须是已经中国人民银行批准的品种，并应当遵守相应 品种的业务章程或管理办法。发卡银行和联名单位应当为联名卡持卡人在联名单位用卡时 提供一定比例的折扣优惠或特殊服务；持卡人领用认同卡表示对认同单位事业的支持。

(三）银行卡的发行

商业银行（包括外资银行、合资银行）开办银行卡业务，应满足严格的基本条件， 并经中国人民银行批准。

发卡银行各类银行卡章程应载明下列事项：（o卡的名称、种类、功能、用途；

(2)卡的发行对象、申领条件、申领手续；（3)卡的使用范围（包括使用方面的限制） 及使用方法；（4)卡的账户适用的利率，面向持卡人的收费项目及标准；（5)发卡银行、 持卡人及其他有关当事人的权利、义务；（6)中国人民银行要求的其他事项。

(四）银行卡的申领、挂失与销户

1. '申领

(1) 单位卡。凡在中国境内金融机构开立基本存款账户的单位，应当凭中国人民银 行核发的开户许可证申领单位卡。单位人民币卡账户的资金一律从其基本存款账户转账存 人，不得存取现金，不得将销货收入存入单位卡账户。单位外币卡账户的资金应从其单位 的外汇账户转账存人，不得在境内存取外币现钞。

(2) 个人卡。个人申领银行卡（储值卡除外），应当向发卡银行提供公安部门规定的 本人有效身份证件，经发卡银行审查合格后，为其幵立记名账户。个人人民币卡账户的资 金以其持有的现金存人或以其工资性款项、属于个人的合法的劳务报酬、投资回报等收人 转账存人。个人外币卡账户的资金以其个人持有的外币现钞存入或从其外汇账户（含外 钞账户）转账存人。该账户的转账及存款均按国家外汇管理局《个人外汇管理办法》 办理。

2. 挂失

发卡银行应当提供24小时挂失服务，通过营业网点、客户服务电话或电子银行等渠 道及时受理持卡人挂失申请并采取相应的风险管控措施。借记卡的挂失手续办妥后，持卡 人不再承担相应卡账户资金变动的责任，司法机关、仲裁机关另有判决的除外。发卡银行 对储值卡和1C卡内的电子钱包可不予挂失。

3. 销户

持卡人在还清全部交易款项、透支本息和有关费用后，可申请办理销户。销户时，单 位人民币卡账户的资金应当转入其基本存款账户，单位外币卡账户的资金应当转回相应的 外汇账户，不得提取现金；个人卡账户可以转账结清，也可以提取现金。

(五）银行卡的计息和收费

银行卡的计息包括计收利息和计付利息。

发卡银行对准贷记卡及借记卡（不含储值卡）账户内的存款，按照中国人民银行规 定的同期同档次存款利率及计息办法计付利息。发卡银行对贷记卡账户的存款、储值卡 (含1C卡的电子钱包）内的币值不计付利息。

贷记卡持卡人非现金交易享受如下优惠条件：

(1)免息还款期待遇。银行记账日至发卡银行规定的到期还款日之间为免息还款期。 免息还款期最长为60天。持卡人在到期还款日前偿还所使用全部银行款项即可享受免息

还款期待遇，无须支付非现金交易的利息。

(2)最低还款额待遇。持卡人在到期还款日前偿还所使用全部银行款项有困难的， 可按照发卡银行规定的最低还款额还款。

但是，贷记卡持卡人选择最低还款额方式或超过发卡银行批准的信用额度用卡时，不 再享受免息还款期待遇，应当支付未偿还部分自银行记账日起，按规定利率计算的透支利 息。贷记卡持卡人支取现金、准贷记卡透支，不享受免息还款期和最低还款额待遇，应当 支付现金交易额或透支额自银行记账日起，按规定利率计算的透支利息。

发卡银行对贷记卡持卡人未偿还最低还款额和超信用额度用卡的行为，应当分别按最 低还款额未还部分、超过信用额度部分的5%收取滞纳金和超限费。

此外，为继续改善我国银行卡受理环境，进一步发挥银行卡在扩大内需、促进流通和 消费等方面的积极作用，从2013年2月25日起，开始全面执行新的《银行卡刷卡手续费 标准》.，涉及发卡行服务费、银行卡清算机构网络服务费和收单服务费基准价等。

(六）银行卡的使用

1.提取现金

根据《银行卡业务管理办法》的规定，持卡人用银行卡提取现金的，发卡银行对贷 记卡的取现应当每笔授权，每卡每日累计取现不得超过2 000元人民币；储值卡的面值或 卡内币值不得超过1 000元人民币。中国人民银行于2007年5月11日发布《关于改进个 ;人支付结算服务的通知》，将借记卡在自动柜员机取款的交易上限由原来的每卡每日累计 3000元提高至2万元。各银行可在2万元的限度内综合考虑客户需要、服务能力和安全 控制水平等因素，确定本行每卡单笔和每日累计提现金额。

! 2-购物消费

j 持卡人可持银行卡在特约单位购物、消费。特约商户,是指与收单机构签订银行卡受 丨理协议、按约定受理银行卡并委托收单机构为其完成交易资金结算的企事业单位、个体工 \_户或其他组织，以及按照国家工商行政管理机关有关规定，开展网络商品交易等经营活

丨动的自然人。 ,

; 特约单位不得拒绝受理持卡人合法持有的、箓约银行发行的有效银行卡，不得因持卡 使用银行卡而向其收取附加费用。持卡人不得以和商户发生纠纷为由拒土支付所欠银行 项。

! 为规范银行卡收单业务，保障各参与方的合法权益，防范支付风险，中国人民银行在 \_13年制定了《银行卡收单业务管理办法》（〔2013〕第9号）。

丨 六、预付卡 v

| 支付机构可以在境内从事预付业务。根据《非金融机构支付服务管理办法》、《非金 |融机构支付服务管理办法实施细则》、《支付机构预付卡业奪管理办:法》等规定，“预付 丨卡”是指发卡机构以特定载体和形式发行的、可在发卡机\_之外购买商品或服务的预付 丨价值，但不包括：（〗）仅限于发放社会保障金的预付卡；（2、仅限于乘坐公共交通工具 |的预付卡；（3)仅限于缴纳电话费等通信费用的预付卡；（4i:发行抖构与特约商户为同 广法人的预付卡。“支付机构”是指取得《支付业务许可证》，\获准办理“预付卡发行与 丨受理”业务的发卡机构和获准办理“预付卡受理”业务的受理机构。

预付卡分为记名预付卡和不记名预付卡。记名预付卡是指预付卡业务处理系统中记载 持卡人身份信息的预付卡。不记名预付卡是指预付卡业务处理系统中不记载持卡人身份信 息的预付卡。记名预付卡应当可挂失、可赎回，不得设置有效期。不记名预付卡一般不挂 失、不赎回。不记名预付卡有效期不得低于3年。预付卡不得具有透支功能。

此外，根据商务部2012年《单用途商业预付卡管理办法（试行）》的规定，从事零 售业、住宿和餐饮业、居民服务业的企业法人也可以在境内开展单用途商业预付卡业务。 单用途商业预付卡是指企业发行的，仅限于在本企业或本企业所属集团或同一品牌特许经 营体系内兑付货物或服务的预付凭证。

七、电子支付

(一）电子支付概述

根据《电子支付指引（第一号）》的规定，电子支付是指单位、个人直接或授权他人 通过电子终端发出支付指令，实现货币支付与资金转移的行为。与传统支付方式相比，电 子支付具有信用虚拟性（通过电子数字形态进行支付）、系统开放性（通过互联网或通信 网络等开放性系统平台运行）、办理快捷性（使用先进的网络和通讯手段，较不受时空限 制）等特点，更加方便、高效和经济。但同时也带来了不稳定性和风险性，电子支付的 安全问题一直是关注焦点。银行应针对与电子支付业务活动相关的风险，建立有效的安全 管理制度。

我国的电子支付近年来持续保持迅速发展态势。仅2014年，全国银行机构共发生网 络支付业务333. 33亿笔，金额140个65万亿元。其中，互联网支付业务285. 74亿笔，金 额1 376. 02万亿元；电话支付业务2. 34亿笔，金额6. 04万亿元；移动支付业务45.24亿 笔，金额22.59万亿元。支付机构累计发生网络支付业务374.22亿笔，金额24. 72万 亿元。

为规范和引导电子支付的健康发展，保障当事人的合法权益，防范支付风险，确保银 行和客户资金的安全，中国人民银行于2005年10月26日发布了《电子支付指引（第一 号）》，以规范银行和客户之间的电子支付行为。2010年中国人民银行发布《非金融机构 支付服务管理办法》及其实施细则，规范非金融机构的支付服务行为（包括网络支付）。 2015年12月28日中国人民银行又发布专门的《非银行支付机构网络支付业务管理办 法》，规范非银行支付机构的网络支付业务。此外，《电子签名法》对于电子签名的法律 效力问题进行了规范。

(二）电子支付的类型

电子支付的应用极为广泛，支付方式也不断创新。广义上的电子支付工具包括卡基支 付工具（因此前述银行卡、?预付卡等也都属于广义的电子支付）、网上支付工具和移动支 付工具等。根据发起电子支付指令的电子终端不同，电子支付可以分为网上支付、电话支 付、移动支付、销售点终端交易、自动柜员机交易和其他电子支付等类型。依托公共网络 或专用网络在收付款人之间转移货币资金的支付方式，包括互联网支付（网上支付）、移 动电话支付、固定电话支付、数字电视支付等，也被合称为网络支付。其中，使用最为广 泛的是网上支付和移动支付。

网上支付是指通过互联网进行货币支付、现金流转、资金清算等行为，通常仍须以银

行为中介。在典型的网上支付模式中，银行建立支付网关和网上支付系统，为客户提供网 上支付服务。网上支付指令在银行后台处理，并通过传统支付系统完成跨行交易的清算与 结算。与传统支付方式相比，在网上支付的过程中，客户成为了支付系统的主动参与者。

2010年，中国人民银行网上支付跨行清算系统建成运行，可以处理网银贷记业务 (付款人通过付款行向收款行主动发起的付款业务）、网银借记业务（收款人根据事先签 订的协议，通过收款行向付款行发起的收款业务）、第三方贷记业务（第三方机构接受付 款人或收款人委托，通过网上支付跨行清算系统通知付款行向收款行付款的业务）以及 跨行账户信息查询等业务。截至2014年末，共有146家机构接人网上支付跨行清算系统。 20M年，网上支付跨行清算系统共处理业务16. 39亿笔，金额17. 79万亿元。

移动支付是指依托移动互联网或专用网络，通过移动终端（通常是手机）实现收付 款人之间货币资金转移的支付服务，包括但不限于近场支付（通过具有近距离无线通讯 技术的移动终端实现本地化通讯进行货币资金的转移）和远程支付（通过移动网络与后 台支付系统建立连接，尤其是利用网银、第三方支付平台等互联网支付工具，实现各种转 账、消费等）等业务。

(三）电子支付的基本流程

电子支付的当事人一般包括发出电子支付指令的客户、接受电子支付指令的客户、提 供电子支付网络环境服务或移动通信服务的经营商、银行、支付机构等。

电子支付的基本流程是：

1. 电子支付指令的发起

即客户根据需要就货币支付和资金转移通过电子终端，根据其与发起行签订的协议， 发出电子支付指令。接受客户委托发出电子支付指令的发起银行称为发起行。

2. 电子支付指令的确认

在客户发出电子支付指令前，发起行应建立必要的安全程序，在提示客户对指令的准 确性和完整性进行确认的前提下，对客户身份和电子支付指令再次进行确认，并应能够向 客户提供纸质或电子交易回单，同时形成日志文件等记录，保存至交易后5年。

3. 电子支付指令的执行

发起行在确认客户电子支付指令完整和准确后，通过安全程序执行电子支付指令。发 起行执行该指令后，客户不得要求变更或撤销电子支付指令。

如果银行自身提供了电子支付的网络环境，一般就不涉及提供该项服务的经营商；否 则，银行只有与提供电子支付网络环境的经营商合作，才能完成电子支付行为。

4. 电子支付指令的接收

电子支付指令接收人的开户银行或接收人未在银行开立账户而电子支付指令确定的资 金汇人银行称为接收行。接收行收到电子支付指令后，应按照协议，及时回复确认。

第四编经济法相关制度

高顿网校

www.gaodun.com

第十章企业国有资产法律制度

第一节企业国有资产法律制度概述

—、企业国有资产的概念和监督管理体制

(一）企业国有资产的概念

国有资产是指属于国家所有的一切财产的总称。国有资产按照用途和性质划分，可分

为经营性国有资产、行政事业性国有资产和资源性国有资产等。客 t营性国有资产J i指国家

作为出资者在企业中依法拥有的资产及权益。行政事业性国有资产 :是指党政机关、 .各级政

府及其派出机构以及国有事业单位等组织使用管理的国有资产。资 源性国有资产J 指以资

源形态存在并能带来一定经济价值的国有资源，如国家所有的: 土地、矿藏、1 1林、水

流等。

企业国有资产，仅指国有资产中的经营性国有资产。根据《 中华人民共和国企业国

有资产法》（以下简称《企业国有资产法》）规定，企业国有资产是指国家对企业各种形 式的出资所形成的权益。企业国有资产具有以下两个特征/

1. 企业国有资产是国家以各种形式对企业的出资形政的。国家对企I的出资，是指; 各级政府以及政府授权投资的部门、机构投入到企业的、作为企业资本金组成部分的资| 产。国家对企业的出资有多种形式，旣可以以货币出资，也可以以实物、知识产权、土地 使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资。

2. 企业国有资产是国家作为出资人对出资企业所享有的一种权益。企业国有资产与 企业法入财产不同。企业国有资产是指国家作为出资人X3?所出资企业所享有的权益，而不 是指国家出资企亚的各项具体财产。出资人将出资投入企业，所形成的企业的厂房、机器 设备等企业的各项具体财产，属于企业的法人财产权。依照物权法等法律规定，企业法人 的不动产和动产，由企业依照含律、行政法规和企业章程享有占有、使用、收益和处分的 权利。出资人对企;业窀人财产不具有直接的所有权，其对企业享有的是出资人权利，通常: 表现为资产收益写重大决策和选择管理者等权利。

2008年10月28曰第十一届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过了《企业 国有资产法〉〉，自2009年5月1日起施行。该法的颁布施行，对于维护国家的基本制度， 巩固和发展国有经济，保障国有资产权益，发挥国有经济在国民经济中的主导作用，促进

社会主义市场经济发展，具有重大的意义。

(二）企业国有资产的监督管理体制

《企业国有资产法》对企业国有资产的监督管理体制作出了明确规定，主要内容 包括： '

1. 企业国有资产属于国家所有，即全民所有。国务院代表国家行使企业国有资产所

有权。

2. 国务院和地方人民政府依照法律、行政法规的规定，分别代表国家对国家出资企 业履行出资人职责，享有出资人权益。国务院确定的关系国民经济命脉和国家安全的大型 国家出资企业，重要基础设施和重要自然资源等领域的国家出资企业，由国务院代表国家 履行出资人职责。其他的国家出资企业，由地方人民政府代表国家履行出资人职责。

3. 国务院和地方人民政府应当按照政企分开、社会公共管理职能与企业国有资产出 资人职能分开、不干预企业依法自主经营的原则，依法履行出资人职责。

4. 国家采取措施，推动企业国有资本向关系国民经济命脉和国家安全的重要行业和 关键领域集中，优化国有经济布局和结构，推进国有企业的改革和发展，提高国有经济的 整体素质，增强国有经济的控制力、影响力。

5. 国家建立健全与社会主义市场经济发展要求相适应的企业国有资产管理与监督体 制，建立健全企业国有资产保值增值考核和责任追究制度，落实企业国有资产保值增值 责任。

6. 企业国有资产受法律保护，任何单位和个人不得侵害。

根据2015年10月25日国务院发布的《关于改革和完善国有资产管理体制的若干意 见》，加强企业国有资产管理，改革国有资本授权经营体制。一是，改组组建国有资本投 资、运营公司。主要通过划拨现有商业类国有企业的国有股权，以及国有资本经营预算注 资组建，以提升国有资本运营效率、提高国有资本回报为主要目标，通过股权运作、价值 管理、有序进退等方式，促进国有资本合理流动，实现保值增值；或选择具备一定条件的 国有独资企业集团改组设立，以服务国家战略、提升产业竞争力为主要目标，在关系国家 安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，通过开展投资融资、产业培育和资本整合 等，推动产业集聚和转型升级，优化国有资本布局结构。二是，明确国有资产监管机构与 国有资本投资、运营公司关系。政府授权国有资产监管机构依法对国有资本投资、运营公 司履行出资人职责。国有资产监管机构按照“一企一策”原则，明确对国有资本投资、 运营公司授权的内容、范围和方式，依法落实国有资本投资、运营公司董事会职权。国有 资本投资、运营公司对授权范围内的国有资本履行出资人职责，作为国有资本市场化运作 的专业平台，依法自主开展国有资本运作，对所出资企业行使股东职责，维护股东合法 权益，按照责权对应原则切实承担起国有资产保值增值责任。三是，界定国有资丰投 资、运营公司与所出资企业关系。国有资本投资、运营公司依据公司法等相关法律法 规，对所出资企业依法行使股东权利，以出资额为限承担有限责任。以财务性持股为 主，建立财务管控模式，重点关注国有资本流动和增值状况；或以对战略性核心业务 控股为主，建立以战略目标和财务效益为主的管控模式，重点关注所出资企业执行公 司战略和资本回报状况。

二、履行出资人职责的机构

(一）履行出资人职责的机构的概念

履行出资人职责的机构，是指根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出 资企业履行出资人职责的机构、部门。根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职 责的机构有以下几种：

1. 国务院国有资产监督管理机构，即国务院国有资产监督管理委员会。根据国务院 的授权，其代表国务院对国家出资企业履行出资人职责，主要职责有：（1)根据国务院 授权，依照《公司法》等法律和行政法规履行出资人职责，监管中央所属企业（不含金 融类企业）的国有资产，加强国有资产的管理工作。（2)承担监督所监管企业国有资产 保值增值的责任。建立和完善国有资产保值增值指标体系，制订考核标准，通过统计、稽 核对所监管企业国有资产的保值增值情况进行监管，负责所监管企业工资分配管理工作， 制定所监管企业负责人收入分配政策并组织实施。（3)指导推进国有企业改革和重组， 推进国有企业的现代企业制度建设，完善公司治理结构，推动国有经济布局和结构的战略 性调整。（4)通过法定程序对所监管企业负责人进行任莬、考核并根据其经营业绩进行 奖惩，建立符合社会主义市场经济体制和现代企业制度要求的选人、用人机制，完善经营 者激励和约束制度。（5)按照有关规定，代表国务院向所监管企业派出监事会，负责监 事会的日常管理工作。（6)负责组织所监管企业上交国有资本收益，参与制定国有资本 经营预算有关管理制度和办法，按照有关规定负责国有资本经营预决算编制和执行等工 作。（7)按照出资人职责，负责督促检查所监管企业贯彻落实国家安全生产方针政策及有 关法律法规、标准等工作。（8)负责企业国有资产基础管理，起草国有资产管理的法律法 规草案，制定有关规章、制度，依法对地方国有资产管理工作进行指导和监督。（9)承 办国务院交办的其他事项。

2. 地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构。根据地方人民政 府的授权，其代表地方人民政府对国家出资企业履行出资人职责。 '

3. 国务院和地方人民政府根据需要授权的其他部门、机构。如根据国务院的有关规 定，国务院授权财政部对金融行业的国有资产进行监管，授权财政部对中国邮政集团公司 履行出资人职责等。

(二）履行出资人职责的机构的基本职责和履职要求

1. 履行出资人职责的机构的基本职责

根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责的机构的基本职责主要有：（1)履 行出资人职责的机构代表本级人民政府对国家出资企业依法享有资产收益、参与重大决策 和选择管理者等出资人权利。（2)履行出资人职责的机构依照法律、行政法规的规定， 制定或者参与制定国家出资企业的章程。（3)履行出资人职责的机构对法律、行政法规 和本级人民政府规定须经本级人民政府批准的履行出资人职责的重大事项，应当报请本级 人民政府批准。（4)履行出资人职责的机构委派的股东代表参加国有资本控股公司、国 有资本参股公司召开的股东会会议、股东大会会议，应当按照委派机构的指示提出提案、 发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构。

2. 履行出资人职责的机构的履职要求

根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责的机构的履职要求主要有：（1)履 行出资人职责的机构应当依照法律、行政法规以及企业章程履行出资人职责，保障出资人 权益，防止企业国有资产损失。（2)履行出资人职责的机构应当维护企业作为市场主体 依法享有的权利，除依法履行出资人职责外，不得干预企业经营活动。（3)履行出资人 职责的机构对本级人民政府负责，向本级人民政府报告履行出资人职责的情况，接受本级 人民政府的监督和考核，对企业国有资产的保值增值负责。（4)履行出资人职责的机构 应当按照国家有关规定，定期向本级人民政府报告有关企业国有资产总量、结构、变动、 收益等汇总分析的情况。

根据2015年10月25日国务院发布的《关于改革和完善国有资产管理体制的若干意 见》，国有资产监管机构作为政府直属特设机构，根据授权代表本级人民政府对监管企业 依法履行出资人职责，科学界定国有资产出资人监管的边界，专司国有资产监管，不行使 政府公共管理职能，不干预企业自主经营权。以管资本为主，重点管好国有资本布局、规 范资本运作、提高资本回报、维护资本安全，更好服务于国家战略目标，实现保值增值。 发挥国有资产监管机构专业化监管优势，逐步推进国有资产出资人监管全覆盖。根据改革 要求，推进国有资产监管机构职能转变，将国有资产监管机构行使的投资计划、部分产权 管理和重大事项决策等出资人权利，授权国有资本投资、运营公司和其他直接监管的企业 行使；将依法应由企业自主经营决策的事项归位于企业；加强对企业集团的整体监管，将 延伸到子企业的管理事项原则上归位于一级企业，由一级企业依法依规决策；将国有资产 监管机构配合承担的公共管理职能，归位于相关政府部门和单位。

三、国家出资企业

(一）国家出资企业的概念

根据《企业国有资产法》规定，国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国 有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。国家出资企业有以下四类：

1. 国有独资企业，即依照《全民所有制工业企业法》设立的，企业全部注册资本均 为国有资本的非公司制企业。根据《全民所有制工业企业法》的规定，全民所有制企业 是依法自主经营、自负盈亏、独立核算的经营单位。企业财产属于全民所有，国家依照所 有权和经营权分离的原则授予企业经营管理，企业对国家授予其经营管理的财产享有占 有、使用和依法处分的权利。企业内部的治理结构与公司制企业不同：企业的髙级管理人 员由政府或者履行出资人职责的机构直接任命；政府通过向企业派出监事组成的监事会， 对企业的财务活动及负责人的经营管理行为进行监督。 ，

2. 国有独资公司，即依照《公司法》设立的企业全部资本均为国有资本的公司制企 业。《公司法》对国有独资公司作了专门规定，具体内容参见《公司法》一章。

3. 国有资本控股公司，即根据《公司法》成立的国有资本具有控股地位的公司。这 类公司包括有限责任公司和股份有限公司。这里所称国有资本控股，是指国有资本的出资. 人具有控股股东的地位。这是指其出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有 的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足 50%，但依其出资额或者持有的股份享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生 重大影响的股东。

4.国有资本参股公司，即公司资本包含部分国有资本，但国有资本没有控股地位的 股份公司。

由国家出资企业出资设立的子企业不属于国家直接出资的企业，但国家出资企业的国 有资本出资人权益，通过国家出资企业的投资延伸到子企业。对国家出资企业履行出资人 职责的机构，应当通过对国家出资企业行使出资人权利，决定或者参与决定母企业的对外 投资，并通过母企业行使对子企业的出资人权利，维护母企业作为出资人的权益，从而维 护作为母企业的国有资本出资人的权益。

(二）对国家出资企业的要求

《企业国有资产法》对国家出资企业的要求作出如下具体规定：

1. 国家出资企业对其动产、不动产和其他财产依照法律、行政法规以及企业章程享 有占有、使用、收益和处分的权利。国家出资企业依法享有的经营自主权和其他合法权益 受法律保护。这里所称的占有，是指国家出资企业对其财产予以支配和控制；使用，是指 国家出资企业对其财产进行运用，以发挥财产的使用价值；收益，是指国家出资企业对其 财产通过占有、使用，取得经济效益；处分，是指国家出资企业对其财产予以处置，如转 让、赠与他人等。 .

2. 国家出资企业从事经营活动，应当遵守法律、行政法规，加强经营管理，提高经 济效益，接受人民政府及其有关部门、机构依法实施的管理和监督，接受社会公众的监 督，承担社会责任，对出资人负责。国家出资企业应当依法建立和完善法人治理结构，建 立健全内部监督管理和风险控制制度。

3. 国家出资企业应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定，建立健全财务、 会计制度，设置会计账簿，进行会计核算，依照法律、行政法规以及企业章程的规定向出 资人提供真实、完整的财务、会计信息。国家出资企业应当依照法律、行政法规以及企业 章程的规定，向出资人分配利润。

4. 国有独资公司、国有资本控股公司和国有资本参股公司应当根据《公司法》的规 定设立监事会。国有独资企业由履行出资人职责的机构按照国务院的规定委派监事组成监 事会。国家出资企业的监事会依照法律、行政法规以及企业章程的规定，对董事、高级管 理人员执行职务的行为进行监督，对企业财务进行监督检查。

5. 国家出资企业依照法律规定，通过职工代表大会或者其他形式，实行民主管理。

6. 国家出资企业对其所出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等 出资人权利。国家出资企业对其所出资企业，应当依照法律、行政法规的规定，通过制定 或者参与制定所出资企业的章程，建立权责明确、有效制衡的企业内部监督管理和风险控 制制度，维护其出资人权益。

(三）国有企业功能界定与分类

为了准确界定不同国有企业功能，有针对性地推进国有企业改革，2015年12月29 日国有资产监督管理委员会、财政部、国家发展和改革委员会联合发布了《关于国有企 业功能界定与分类的指导意见》，将国有企业界定为商业类和公益类。

1.商业类国有企业

商业类国有企业以增强国有经济活力、放大国有资本功能、实现国有资产保值增值为 主要目标，按照市场化要求实行商业化运作，依法独立自主开展生产经营活动，实现优胜

劣汰、有序进退。其中，主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、 主要承担重大专项任务的商业类国有企业，要以保障国家安全和国民经济运行为目标，重 点发展前瞻性战略性产业，实现经济效益、社会效益与安全效益的有机统一。

.商业类国有企业要按照市场决定资源配置的要求，加大公司制股份制改革力度，加快 .完善现代企业制度，成为充满生机活力的市场主体。其中，主业处于充分竞争行业和领域 的商业类国有企业，原则上都要实行公司制股份制改革，积极引入其他资本实现股权多元 化，国有资本可以绝对控股、相对控股或参股，加大改制上市力度，着力推进整体上市。 主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的 商业类国有企业，要保持国有资本控股地位，支持非国有资本参股。处于自然垄断行业的 商业类国有企业，要以“政企分开、政资分开、特许经营、政府监管”为原则积极推进 改革，根据不同行业特点实行网运分开、放开竞争性业务，促进公共资源配置市场化。对 需要实行国有全资的企业，要积极引人其他国有资本实行股权多元化。

商业类国有企业要优化资源配置，加大重组整合力度和研发投人，加快科技和管理创 新步伐，持续推动转型升级，培育一批具有创新能力和国际竞争力的国有骨干企业。其 中，对主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业，要支持和鼓励发展有竞争优势的 产业，优化国有资本投向，推动国有产权流转，及时处置低效、无效及不良资产，提高市 场竞争能力。对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担 重大专项任务的商业类国有企业，要合理确定主业范围，根据不同行业特点，加大国有资 本投入，在服务国家宏观调控、保障国家安全和国民经济运行、完成特殊任务等方面发挥 更大作用。

2.公益类国有企业

公益类国有企业以保障民生、服务社会、提供公共产品和服务为主要目标，必要的产 ■品或服务价格可以由政府调控。

公益类国有企业可以采取国有独资形式，具备条件的也可以推行投资主体多元化，还 可以通过购买服务、特许经营、委托代理等方式，鼓励非国有企业参与经营。

公益类国有企业要根据承担的任务和社会发展要求，加大国有资本投入，提高公共服 务的质量和效率。严格限定主业范围，加强主业管理，重点在提供公共产品和服务方面作 出更大贡献。

四、国家出资企业管理者的选择和考核

(一）国家出资企业管理者的选择

1. 国家出资企业管理者的任免范围 ?

根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责的机构依照法律、行政法规以及 企业章程的规定，任免或者建议任免国家出资企业的下列人员：（1)任免国有独资企业 的经理、副经理、财务负责人和其他高级管理人员；（2)任免国有独资公司的董事长、 副董事长、董事、监事会主席和监事；（3)向国有资本控股公司、国有资本参股公司的 股东会、股东大会提出董事、监事人选。上述第（1)、(2)项规定的企业管理者，国务 院和地方人民政府规定由本级人民政府任免的，依照其规定。

国家出资企业中应当由职工代表出任的董事、监事，依照有关法律、行政法规的规定

由职工民主选举产生。根据有关法律、行政法规的规定，国家出资企业的董事会、监事会 成员，除由股东代表出任外，分不同情况，有的必须有职工代表，有的可以有职工代表：

(1)国有独资公司的董事会成员中应当有职工代表；监事会成员中也应当有职工代表，

其比例不得低于监事会成员的1/3，具体比例由公司章程规定；董事会、监事会成员中的 职工代表均由职工代表大会选举产生。（2)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职工代表；其他有限责任公 司董事会成员中可以有职工代表；有限责任公司监事会中应当有职工代表，其比例不得低 于监事会成员的1/3，具体比例由公司章程规定；职工代表由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。丨（3)股份有限公司董事会中可以有职工代表；监事 会中应当有职工代表，其比例不得低于监事会成员的1/3，具体比例由公司章程规定；职 工代表由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。

2..国家出资企业管理者的任职条件

根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责的机构任命或者建议任命的董事、 监事、高级管理人员，应当具备下列条件：（1)有良好的品行；(2)有符合职位要求的专 业知识和工作能力；（3)有能够正常履行职责的身体条件；（4)法律、行政法规规定的 其他条件。董事、监事、高级管理人员.在任职期间出现不符合上述规定情形或者出现 《公司法》第一百四十七条规定的不得担任公司董事、监事、高级管理人员情形的，履行 出资人职责的机构应当依法予以免职或者提出免职建议。

3. 国家出资企业管理者的任命考察

履行出资人职责的机构对拟任命或者建议任命的董事、监事、高级管理人员的人选， 应当按照规定的条件和程序进行考察。考察合格的，按照规定的权限和程序任命或者建议 任命。

4. 国家出资企业管理者的兼职限制

根据《企业国有资产法》的规定，未经履行出资人职责的机构同意，国有独资企业、

国有独资公司的董事、高级管理人员不得在其他企业兼职。未经股东会、股东大会同意， 国有资本控股公司、国有资本参股公司的董事、高级管理人员不得在经营同类业务的其他 企业兼职。未经履行出资人职责的机构同意，国有独资公司的董事长不得兼任经理。未经 股东会、股东大会同意，国有资本控股公司的董事长不得兼任经理。董事、高级管理人员 不得兼任监事。

5. 国家出资企业管理者的义#

国家出资企业的董事、监事、高级管理人员，应当遵守法律、行政法规以及企业章、 程，对企业负有忠实义务和勤勉义务，不得利用职权收受贿赂或者取得其他非法收入和不 当利益，不得侵占、挪用企业资产，不得超越职权或者违反程序决定企业重大事项，不得 有其他侵害企业国有资产出资人权益的行为。

(二）国家出资企业管理者的考核

1.国家出资企业管理者的经营业绩考核

经营业绩考核，是指按照一定的指标对企业管理者的经营业绩进行考核评价的制度。 《企业国有资产法》规定，国家建立国家出资企业管理者经营业绩考核制度。履行出资人 职责的机构应当对其任命的企业管理者进行年度和任期考核，并依据考核结果决定对企业

管理者的奖惩。实行国家出资企业管理者经营业绩考核制度，有利于加强对企业管理者的 监督，对企业管理者建立有效的激励和约束机制，有利于维护国有资产出资人权益，落实 企业国有资产保值增值责任。

根据考核期间的不同，国家出资企业管理者经营业绩考核分为年度经营业绩考核和任 期经营业绩考核。 '

年度经营业绩考核以公历年为考核期，采取由履行出资人职责的机构的负责人或者其 授权代表与国家出资企业管理者签订经营业绩责任书的方式进行。年度经营业绩考核指标 包括基本指标与分类指标。基本指标包括利润总额和经济增加值。其中，利润总额是指经 核定的企业合并报表利润总额，利润总额的计算，可以考虑经核准的因企业处理历史遗留 问题等而对当期经营业绩产生重大影响的因素，并扣除通过变卖企业主业优质资产等取得 的非经常性收益。经济增加值是指经核定的企业税后净营业利润减去资本成本后的余额。 分类指标由履行出资人职责的机构根据企业所处行业特点和功能定位，综合考虑企业经营 管理水平及风险控制能力等因素确定，具体指标在责任书中确定。

任期经营业绩考核以3年为考核期，采取由履行出资人职责的机构的负责人或者其授 权代表与国家出资企业管理者签订经营业绩责任书的方式进行。任期经营业绩考核指标包 括基本指标和分类指标。基本指标包括国有资本保值增值率和总资产周转率。其中，国有 资本保值增值率是指企业考核期末扣除客观因素后的国有资本及权益同考核期初国有资本 及权益的比率，计算方法为：任期内各年度国有资本保值增值率的乘积；总资产周转率是 指企业任期内平均主营业务收人同平均资产总额的比值，计算公式为：总资产周转率=3年 主营业务收入之和/3年平均资产总额之和。分类指标由履行出资人职责的机构综合考虑 企业所处行业特点和功能定位，选择符合企业中长期发展战略、反映可持续发展能力的指 标予以确定，具体指标在责任书中确定。

履行出资人职责的机构应当按照国家有关规定，确定其任命的国家出资企业管理者的 薪酬标准，并依据年度经营业绩考核结果和任期经营业绩考核结果对国家出资企业管理者 实施奖惩与任免。

2.国家出资企业管理者的任期责任审计

任期责任审计，是指依照国家规定的程序、方法和要求，对国家出资企业管理者任期 期间所在企业资产、负债、权益和损益的真实性、合法性和效益性以及有关经济活动进行 审计，以监督、评价该管理者经济责任履行情况的活动。《企业国有资产法》规定，国有 .独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司的主要负责人，应当接受依法进行的任期经 济责任审计。

依照有关规定，履行出资人职责的机构按照对国家出资企业管理者的管理权限负责组 织任期责任审计工作，弁会同有关部门依法对任期责任审计工作进行监督。履行出资人职 责的机构实施任期责任审计工作，可以采取委托国家有关审计机关具体实施审计工作，或 者聘请具有相应资质条件的社会审计组织承担审计工作等形式。

任期责任审计在全面核实企业各项资产、负债、权益、收人、费用、利润等账务的基 础上，依据国家有关经营绩效评价政策规定，对企业管理者任职期间经营成果和经营业 绩，以及企业资产运营和回报情况进行客观、公正和准确的综合评判。任期责任审计工作 结果，作为对企业管理者任免、奖惩的重要依据。

五、关系企业国有资产出资人权益的重大事项

《企业国有资产法》对关系企业国有资产出资人权益的重大事项作出了具体的规定， 主要内容包括：

(一0 一'般规定

1. 国家出资企业合并、分立、改制、上市，增加或者减少注册资本，发行债券，进 行重大投资，为他人提供大额担保，转让重大财产，进行大额捐赠，分配利润，以及解 散、申请破产等重大事项，应当遵守法律、行政法规以及企业章程的规定，不得损害出资 人和债权人的权益。 .

2. 国有独资企业、国有独资公司合并、分立，增加或者减少注册资本，发行债券， 分配利润，以及解散、申请破产，由履行出资人职责的机构决定。 ?'、

3. 国有独资企业、国有独资公司有上述第1项所列事项的，除依照上述第2项规定 和有关法律、行政法规以及企业章程的规定，由履行出资人职责的机构决定的以外，国有 独资企业由企业负责人集体讨论决定，国有独资公司由董事会决定。

4. 国有资本控股公司、国有资本参股公司有上述第1项所列事项的，依照法律、行 政法规以及公司章程的规定，由公司股东会、股东大会或者董事会决定。由股东会、股东 大会决定的，履行出资人职责的机构委派的股东代表，应当按照委派机构的指示提出提 案、发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构。

5. 重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的合并、分立、解散、 申请破产以及法律、行政法规和本级人民政府规定应当由履行出资人职责的机构报经本级 人民政府批准的重大事项，履行出资人职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本 控股公司股东会会议、股东大会会议的股东代表作出指示前，应当报请本级人民政府批 准。重要的国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司，按照国务院的规定确定。

6. 国家出资企业发行债券、投资等事项，有关法律、行政法规规定应当报经人民政 府或者人民政府有关部门、机构批准、核准或者备案的，依照其规定。按照现行规定，企 业发行的债券分为企业债券和公司债券两种。发行企业债券应当符合《企业债券管理条 例》的规定，报国家发展和改革委员会核准。发行公司债券应当符合《证券法》、《公司 法》等法律及相关行政法规的规定，报中国证券监督管理委员会核准。根据国务院20(M 年7月发布的《国务院关于投资体制改革的决定》的规定，对于企业不使用政府投资建 设的项'目，一律不再实行审批制，区别不同情况实行核准制和备案制。企业投资的项目属 于《政府核准的投资项目目录》中规定的重大项目和限制类项目的，应按规定报经核准； 企业投资的项目不属于《政府核准的投资项目目录》中的项目，只须按照规定报备案。

7. 国家出资企业投资应当符合国家产业政策，并按照国家规定进行可行性研究；与 他人交易应当公平、有偿，取得合理对价。

8. 国家出资企业的合并、分立、改制、解散、申请破产等重大事项，应当听取企业 工会的意见，并通过职工代表大会或者其他形式听取职工的意见和建议。

(二）企业改制

1.企业改制的类型

根据《企业国有资产法》规定，企业改制有以下情形：?

(1) 国有独资企业改为国有独资公司。这是指依照《全民所有制工业企业法》登记 成立的国有独资企业，依照《公司法》的有关规定改制成为国有独资的有限责任公司。

(2) 国有独资企业、国有独资公司改为国有资本控股公司或者非国有资本控股公司。 这是指国有独资企业、国有独资公司依照《公司法》的有关规定，吸收其他法人、自然 人出资，或者出让其部分资产，将原来由国家单独投资设立的国有独资企业、国有独资公 司改制为多个主体投资的国有资本参股公司，或者出让其全部资产，将原来由国家独资设 立的国有独资企业、国有独资公司改为没有国有资本的公司。

(3) 国有资本控股公司改为非国有资本控股公司。这是指国有资本控股公司依照 《公司法》的有关规定，吸收其他法人、自然人改制为国有资本只参股不控股的公司，或 者将该企业的国有资本出资全部转让，成为没有国有资本参股的公司。

2. 企业改制的程序

企业改制应当依照法定程序，由履行出资人职责的机构决定或者由公司股东会、股东 大会决定。重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的改制，履行出资人 职责的机构在作出决定或者向其委派参加国有资本控股公司股东会会议、股东大会会议的 股东代表作出指示前，应当将改制方案报请本级人民政府批准。

3. 企业改制方案的制定

企业改制应当制定改制方案，载明改制后的企业组织形式、企业资产和债权债务处理 方案、股权变动方案、改制的操作程序、资产评估和财务审计等中介机构的选聘等事项。 企业改制涉及重新安置企业职工的，还应当制定职工安置方案，并经职工代表大会或者职 工大会审议通过。

根据有关规定，国有企业实施改制前，原企业应当与投资者就职工安置费用、劳动关 系接续等问题明确相关责任，并制订职工安置方案。职工安置方案必须经职工代表大会或 职工大会审议通过，企业方可实施改制。职工安置方案必须及时向广大职工公布，其主要 内容包括：企业的人员状况及分流安置意见；职工劳动合同的变更、解除及重新签订办 法；解除劳动合同职工的经济补偿金支付办法；社会保险关系接续；拖欠职工的工资等债 务和企业欠缴的社会保险费处理办法等。企业实施改制时必须向职工公布企业总资产、总 负债、净资产、净利润等主要财务指标的财务审计、资产评估结果，接受职工的民主监 督。改制为国有控股企业的，—改制后企业继续履行改制前企业与留用的职工签订的劳动合 同；留用的职工在改制前企业的工作年限应合并计算为在改制后企业的工作年限；原企业 不得向继续留用的职工支付经济补偿金。改制为非国有企业的，要严格按照有关法律法规 和政策处理好改制企业与职工的劳动关系。’对企业改制时解除劳动合同且不再继续留用的 职工，要支付经济补偿金。企业国有产权持有单位不得强迫职工将经济补偿金等费用用于 对改制后企业的投资或借给改制后企业（包括改制企业的投资者）使用。企业改制时， 对经确认的拖欠职工的工资、集资款、医疗费和挪用的职工住房公积金以及企业欠缴社会 保险费，原则上要一次性付清。改制后的企业要按照有关规定，及时为职工接续养老、失 业、医疗、工伤、生育等各项社会保险关系，并按时为职工足额交纳各种社会保险费。

4. 企业改制的资产界定

企业改制应当按照规定进行清产核资、财务审计、资产评估，准确界定和核实资产， 客观、公正地确定资产的价值。企业改制涉及以企业的实物、知识产权、土地使用权等非

货币财产折算为国有资丰出资或者股份的，应当按照规定对折价财产进行评估，以评估确 认价格作为确定国有资本出资额或者股份数额的依据。不得将财产低价折股或者有其他损 害出资人权益的行为。

(三）与关联方的交易

这里所称关联方是指本企业的董事、监事、高级管理人员及其近亲属，以及这些人员 所有或者实际控制的企业。根据有关规定，国家出资企业与关联方的交易应当遵守下列 规定：

1. 国家出资企业的关联方不得利用与国家出资企业之间的交易，谋取不当利益，损 害国家出资企业利益。

2. 国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司不得无偿向关联方提供资金、 商品、服务或者其他资产，不得以不公平的价格与关联方进行交易。

3. 未经履行出资人职责的机构同意，国有独资企业、国有独资公司不得有下列行为：

(1)与关联方订立财产转让、借款的协议；（2)为关联方提供担保；（3)与关联方共同 出资设立企业，或者向董事、监事、高级管理人员或者其近亲属所有或者实际控制的企业 投资。 |

4. 国有资本控股公司、国有资本参股公司与关联方的交易，依照《公司法》和有关 行政法规以及公司章程的规定，由公司股东会、股东大会或者董事会决定。由公司股东 会、股东大会决定的，履行出资人职责的机构委派的股东代表，应当按照委派机构的指示 提出提案、发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构。公 司董事会对公司与关联方的交易作出决议时，该交易涉及的董事不得行使表决权，也不得 代理其他董事行使表决权。

5. 在涉及关联方交易活动中，当事人恶意串通，损害国有资产权益的，该交易行为 无效。

(四）资产评估

1. 国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司合并、分立、改制，转让重大 财产，以非货币财产对外投资，清算或者有法律、行政法规以及企业章程规定应当进行资 产评估的其他情形的，应当按照规定对有关资产进行评估。

2. 国有独资企业、国有独资公司和国有资本控股公司应当委托依法设立的符合条件 的资产评估机构进行资产评估；涉及应当报经履行出资人职责的机构决定的事项的，应当 将委托资产评估机构的情况向履行出资人职责的机构报告。

3. 国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司及其董事、监事、高级管理人 员应当向资产评估机构如实提供有关情况和资料，不得与资产评估机构串通评估作价。资 产评估机构及其工作人员受托评估有关资产，应当遵守法律、行政法规以及评估执业准 贝IJ，独立、客观、公正地对受托评估的资产进行评估。资产评估机构应当对其出具的评估 报告负责。

(五）企业国有资产转让

这里所称企业国有资产转让是指依法将国家对企业的出资所形成的权益转移给其他单位 或者个人的行为，不包括按照国家规定无偿划转企业的国有资产。有关企业国有资产转让的 具体内容，见本章有关章节。根据有关规定，企业国有资产的转让应当遵守以下规定：

1. 企业国有资产转让应当有利于国有经济布局和结构的战略性调整，防止企业国有 资产损失，不得损害交易各方的合法权益。

2. 企业国有资产转让由履行出资人职责的机构决定。履行出资人职责的机构决定转 让全部企业国有资产的，或者转让部分企业国有资产致使国家对该企业不再具有控股地位 的，应当报请本级人民政府批准。

3. 企业国有资产转让应当遵循等价有偿和公开、公平、公正的原则。除按照国家规 定可以直接协议转让的以外，企业国有资产转让应当在依法设立的产权交易场所公开进 行。转让方应当如实披露有关信息，征集受让方；征集产生的受让方为两个以上的，转让 应当采用公开竞价的交易方式。转让上市交易的股份依照《证券法》的规定进行。

4. 企业国有资产转让应当以依法评估的、经履行出资人职责的机构认可或者由履行 出资人职责的机构报经本级人民政府核准的价格为依据，合理确定最低转让价格。

5. 法律、行政法规或者国务院国有资产监督管理机构规定可以向本企业的董事、监 事、高级管理人员或者其近亲属，或者这些人员所有或者实际控制的企业转让的企业国有 资产，在转让时，上述人员或者企业参与受让的，应当与其他受让参与者平等竞买；转让 方应当按照国家有关规定，如实披露有关信息；相关的董事、监事和高级管理人员不得参 与转让方案的制定和组织实施的各项工作。

6. 企业国有资产向境外投资者转让的，应当遵守国家有关规定，不得危害国家安全 和社会公共利益。 '

(六）’国有企业混合所有制改革

2015年9月23日国务院发布《关于国有企业发展混合所有制经济的意见)〉，对推进 国有企业混合所有制改革作出规定。

1.分类推进国有企业混合所有制改革

(1) 稳妥推进主业处于充分竞争行业和领域的商业类国有企业混合所有制改革。按 照市场化、国际化要求，以增强国有经济活力、放大国有资本功能、实现国有资产保值增 值为主要目标，以提高经济效益和创新商业模式为导向，充分运用整体上市等方式，积极 引人其他国有资本或各类非国有资本实现股权多元化。

(2) 有效探索主业处于重要行业和关键领域的商业类国有企业混合所有制改革。对 主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域、主要承担重大专项任务的 商业类国有企业，要保持国有资本控股地位，支持非国有资本参股。对自然垄断行业，实 行以政企分开、政资分开、特许经营、政府监管为主要内容的改革，根据不同行业特点实 行网运分开、放开竞争性业务，促进公共资源配置市场化，同时加强分类依法监管，规范 营利模式。其中：重要通信基础设施、枢纽型交通基础设施、重要江河流域控制性水利水 电航电枢纽、跨流域调水工程等领域，实行国有独资或控股，允许符合条件的非国有企业 依法通过特许经营、政府购买服务等方式参与建设和运营；重要水资源、森林资源、战略 性矿产资源等开发利用，实行国有独资或绝对控股，在强化环境、质量、安全监管的基础 上，允许非国有资本进入，依法依规有序参与开发经营；江河主干渠道、石油天然气主干 管网、电网等，根据不同行业领域特点实行网运分开、主辅分离，除对自然垄断环节的管 网实行国有独资或绝对控股外，放开竞争性业务，允许非国有资本平等进人；核电、重要 公共技术平台、气象测绘水文等基础数据采集利用等领域，实行国有独资或绝对控股，支 持非国有企业投资参股以及参与特许经营和政府采购。粮食、石油、天然气等战略物资国 家储备领域保持国有独资或控股；国防军工等特殊产业，从事战略武器装备科研生产、关 系国家战略安全和涉及国家核心机密的核心军工能力领域，实行国有独资或绝对控股。其 他军工领域，分类逐步放宽市场准人，建立竞争性采购体制机制，支持非国有企业参与武 器装备科研生产、维修服务和竞争性采购；对其他服务国家战略目标、重要前瞻性战略性 产业、生态环境保护、共用技术平台等重要行业和关键领域，加大国有资本投资力度，发 挥国有资本引导和带动作用。

(3)引导公益类国有企业规范开展混合所有制改革。在水电气热、公共交通、公共 设施等提供公共产品和服务的行业和领域，根据不同业务特点，加强分类指导，推进具备 条件的企业实现投资主体多元化。通过购买服务、特许经营、委托代理等方式，鼓励非国 有企业参与经营。

2. 分层推进国有企业混合所有制改革

(1) 引导在子公司层面有序推进混合所有制改革。对国有企业集团公司二级及以下 企业，以研发创新、生产服务等实体企业为重点，引入非国有资本，加快技术创新、管理 创新、商业模式创新，合理限定法人层级，有效压缩管理层级。明确股东的法律地位和股 东在资本收益、企业重大决策、选择管理者等方面的权利，股东依法按出资比例和公司章 程规定行权履职。

(2) 探索在集团公司层面推进混合所有制改革。在国家有明确规定的特定领域，坚 持国有资本控股，形成合理的治理结构和市场化经营机制；在其他领域，鼓励通过整体上 市、并购重组、发行可转债等方式，逐步调整国有股权比例，积极引入各类投资者，形成 股权结构多元、股东行为规范、内部约束有效、运行高效灵活的经营机制。

(3) 鼓励地方从实际出发推进混合所有制改革。

3. 鼓励各类资本参与国有企业混合所有制改革

(1) 鼓励非公有资本参与国有企业混合所有制改革。非公有资本投资主体可通过出 资入股、收购股权、认购可转债、股权置换等多种方式，参与国有企业改制重组或国有控 股上市公司增资扩股以及企业经营管理。非公有资本投资主体可以货币出资，或以实物、 股权、土地使用权等法律法规允许的方式出资。企业国有产权或国有股权转让时，除国家 另有规定外，一般不在意向受让人资质条件中对民间投资主体单独设置附加条件。

(2) 支持集体资本参与国有企业混合所有制改革。明晰集体资产产权，发展股权多 元化、经营产业化、管理规范化的经济实体。允许经确权认定的集体资本、资产和其他生 产要素作价人股，参与国有企业混合所有制改革。

(3) 有序吸收外资参与国有企业混合所有制改革。引入外资参与国有企业改制重组、 合资合作，鼓励通过海外并购、投融资合作、离岸金融等方式，’充分利用国际市场、技 术、人才等资源和要素，发展混合所有制经济，深度参与国际竞争和全球产业分工，提高 资源全球化配置能力。

(4) 推广政府和社会资本合作（PPP)模式。优化政府投资方式，通过投资补助、基 金注资、担保补贴、贷款贴息等，优先支持引入社会资本的项目。以项目运营绩效评价结 果为依据，适时对价格和补贴进行调整。组合引人保险资金、社保基金等长期投资者参与 国家重点工程投资。鼓励社会资本投资或参股基础设施、公用事业、公共服务等领域项

目，使投资者在平等竞争中获取合理收益。

(5) 鼓励国有资本以多种方式人股非国有企业。在公共服务、高新技术、生态环境 保护和战略性产业等重点领域，以市场选择为前提，以资本为纽带，充分发挥国有资本投 资、运营公司的资本运作平台作用，对发展潜力大、成长性强的非国有企业进行股权投 资。鼓励国有企业通过投资人股、联合投资、并购重组等多种方式，与非国有企业进行股 权融合、战略合作、资源整合，发展混合所有制经济。支持国有资本与非国有资本共同设 立股权投资基金，参与企业改制重组。

(6) 探索完善优先股和国家特殊管理股方式。国有资本参股非国有企业或国有企业 引入非国有资本时，允许将部分国有资本转化为优先股。在少数特定领域探索建立国家特 殊管理股制度，依照相关法律法规和公司章程规定，行使特定事项否决权，保证国有资本 在特定领域的控制力。

(7) 探索实行混合所有制企业员工持股。员工持股主要采取增资扩股、出资新设等方 式，优先支持人才资本和技术要素贡献占比较高的转制科研院所、高新技术企业和科技服务 型企业开展试点，支持对企业经营业绩和持续发展有直接或较大影响的科研人员、经营管理 人员和业务骨干等持股。完善相关政策，健全审核程序，规范操作流程，严格资产评估，建 立健全股权流转和退出机制，确保员工持股公开透明，严禁暗箱操作，防止利益输送。

4.建立依法合规的操作规则

(1) 严格规范操作流程和审批程序。在组建和注册混合所有制企业时，要依据相关 法律法规，规范国有资产授权经营和产权交易等行为，健全清产核资、评估定价、转让交 易、登记确权等国有产权流转程序。国有企业产权和股权转让、增资扩股、上市公司增发 等，应在产权、股权、证券市场公开披露信息，公开择优确定投资人，达成交易意向后应 及时公示交易对象、交易价格、关联交易等信息，防止利益输送。国有企业实施混合所有 制改革前，应依据有关规定制定方,案，报同级国有资产监管机构批准；重要国有企业改制 后国有资本不再控股的，报同级人民政府批准。国有资产监管机构要按照要求，明确国有 企业混合所有制改革的操作流程。方案审批时，应加强对社会资本质量、合作方诚信与操 守、债权债务关系等内容的审核。要充分保障企业职工对国有企业混合所有制改革的知情 权和参与权，涉及职工切身利益的要做好评估工作，职工安置方案要经过职工代表大会或 者职工大会审议通过。 '

(2) 健全国有资产定价机制。按照公开公平公正原则，完善国有资产交易方式，严 格规范国有资产登记、转让、清算、退出等程序和交易行为。通过产权、股权、证券市场 发现和合理确定资产价格，发挥专业化中介机构作用，借助多种市场化定价手段，完善资 产定价机制，实施信息公开，加强社会监督，防止出现内部人控制、利益输送造成国有资 产流失。

(3) 切实加强监管。政府有关部门要加强对国有企业混合所有制改革的监管，完善 国有产权交易规则和监管制度。

六、企业资产损失责任追究

(一）企业资产损失责任追究的概念

企业资产损失责任追究，是指履行出资人职责的机构对国家出资企业及其独资或者

控股子企业（以下简称子企业）的经营管理人员和其他有关人员，违反国家有关规定 以及企业规章制度，未履行或者未正确履行职责，造成企业直接或者间接资产损失的， 经调查核实和责任认定，追究其责任的行为。为加强企业国有资产保护，完善中央企 业资产管理责任制度，规范中央企业资产损失责任追究行为，2008年8月18日国务院 国有资产监督管理委员会发布了《中央企业资产损失责任追究暂行办法》，对国务院国 有资产监督管理委员会履行出资人职责的企业及其子企业资产损失责任追究工作作出、 了规范。

(二）企业资产损失认定

1. 企业资产损失认定的原则。对企业发生的资产损失，应当在调查核实的基础上， 依据有关规定认定损失性质、情形及金额。

2. 企业资产损失认定的证据。企业资产损失责任追究中能够证明资产损失真实情况 的各种事实，均可作为损失认定证据。主要包括：（1)司法机关、公安机关、行政部门、 专业技术鉴定部门等依法出具的与本企业资产损失相关的书面文件；（2)会计师事务所、 资产评估机构、律师事务所、税务师事务所等社会中介机构对企业某项经济事项出具的专 项经济鉴证证明或者意见书；（3)企业内部涉及特定事项的资产损失的会计记录、内部 证明材料或者内部鉴定意见书等；（4)可以认定资产损失的其他证明材料。

3. 企业资产损失认定的金额。认定资产损失金额应当包括直接损失金额和间接损失 金额。直接损失金额是与相关人员行为有直接因果关系的资产损失金额；间接损失金额是 由相关人员行为引发或者导致的、除直接损失金额之外的、能够确认计量的其他资产损失 金额。资产损失金额应当依据有关会计账簿记录，按照会计核算确认的损失分类分项进行 认定。未在会计账簿记录或者账面价值与公允价值相差较大的资产，应当按照市价、重置 价值等公允价值认定资产损失金额。

相关的交易或者事项尚未形成事实损失，但确有证据证明在可预见的未来将发生事实 损失，且能计量损失金额的，应当认定为资产损失。

4. 企业资产损失认定的种类。资产损失根据企业实际情况，按照金额大小和影响程 度划分为一般资产损失、较大资产损失、重大资产损失和特别重大资产损失：（1) 一般 资产损失是指企业资产损失金额较小且造成影响较小的；（2)较大资产损失是指企业资 产损失金额较大或者在企业造成一定不良影响的；（3)重大资产损失是指企业资产损失 金额巨大或者在企业及社会造成严重不良影响的；（4)特别重大资产损失是指企业资产 损失巨大并影响企业持续经营和发展能力，或者在国际、国内造成严重不良影响的。

(三）企业资产损失责任追究范围、

1. 在企业采购产品、服务过程中，企业经营管理人员有下列情形之一造成资产损失 的，应当追究相关责任人责任：（1)未按照规定订立合同的；（2)未按照规定进行招标 的；（3)未进行必要的资信调查支付预付款项的；（4)采购标的物与市场同类商品价格 相比明显偏高的；（5)采购标的物与合同约定严重不符而未采取有效措施的；（6)虚报、 瞒报物资（劳务）采购价格的；（7)授意、指使或者串通进行违规采购的；（8)未按照 规定造成资产损失的其他情形。

2. 在销售产品或者提供服务的过程中，企业经营管理人员有下列情形之一造成资产 损失的，应当追究相关责任人责任：（1)未按照规定订立合同的；（2)擅自压低价格销

售产品或者提供服务的；（3)擅自提供赊销信用或者超出信用额度、期限提供赊销信用 的；（4)应收账款未进行及时催收、对账，以及对异常应收款项未及时追索或者未采取 有效保全措施的；（5)签订虚假合同，提供虚假产品或者服务的；（6)未按照规定造成 资产损失的其他情形。

3. 在资金管理和使用中，企业经营管理人员有下列情形之一造成资产损失的，应当 追究相关责任人责任：（1)未按照规定使用、调度资金的；（2)超越权限或者违反程序 授权、批准资金支出的；（3)违规拆借资金的；（4)因资金管理不严，发生贪污、失窃、 携款潜逃等事件的；（5)支票等票据丢失未及时采取有效措施的；（6)违反有关规定委 托其他机构或者个人从事理财业务的；（7)未及时核对银行存款余额、清理未达账项的；

(8) 现金未及时入账、留存现金超过核定限额或者私存私放资金的；（9)未按照规定造 成资产损失的其他情形。

4. 在投资决策和授资管理中，企业经营管理人员有下列情形之一造成资产损失的， 应当追究相关责任人责任：（1)未履行规定的投资决策程序的；（2)对投资项目未进行 必要、充分可行性研究论证的；（3)越权审批或者擅自立项扩大投资规模和生产经营规 模的；（4)未履行规定程序超概算投资的；（5)对投资项目未进行有效监管，发生损失 未及时采取有效措施的；（6)未按照规定进行非主业投资的；（7)未按照规定造成资产 损失的其他情形。

5. 在从事股票、期货、外汇，以及金融衍生工具等投资业务中，企业经营管理人员 有下列情形之一造成资产损失的，应当追究相关责任人责任：（1)违规经营或者超范围 经营的；（2)风险控制制度存在重大缺陷的；（3)资金来源违反国家有关规定的；（4)以 个人名义使用企业资金从事投资业务的；（5)违规买卖本企业股票、债券的；（6)未履 行规定程序或者未经授权擅自决策的；（7)未按照规定造成资产损失的其他情形。

6. 在从事保证、抵押、质押等担保活动中，企业经营管理人员有下列情形之一造成 资产损失的，应当追究相关责任人责任：（1)违规进行保证、抵押、质押的；（2)对担 保项目未进行有效监管，发生损失未及时采取有效措施的；（3)未履行规定程序或者未 经授权擅自为其他企业及个人提供担保的；（4)未按照规定造成资产损失的其他情形。

7. 在资产转让、收购和改组改制过程中，企业经营管理人员有下列情形之一造成资 产损失的，应当追究相关责任人责任：（1)企业管理层转（受）让资产或者产权（股 权），主导制订改制方案，指定中介机构，确定转让、收购价格的；’（2)未按照规定进行 清产核资、财务审计和资产评估的；（3)干预或者操纵清产核资、财务审计和资产评估， 造成鉴证结果不实的；（4)向中介机构提供虚假材料，造成审计、评估结果不实的；（5)将 国有资产低价折股或者无偿分给其他'单位、个人的；（6)未按照规定进场交易（国家另 有规定的除外）或者超越规定权限，擅自转让资产或者产权（股权）的；（7)在企业资 产租赁或者承包经营中，以不合理低价出租或者发包的；（8)以不合理低价或者无偿转 让资产、主要业务的；（9)未按照规定造成资产损失的其他情形。

8. 对房屋建筑物、机器设备、运输设备、原材料、在产品、产成品等实物资产保管 不当、维护不善，造成非正常毁损、报废或者丢失、被盗的，应当追究相关责任人责任。

9. 未按照会计制度及会计准则规定核算或者披露已发生的资产损失，导致企业严重 账实不符、会计信息失真的，应当追究相关责任人责任。

10.因企业内部控制存在重大缺陷或者内部控制执行不力等其他情形造成资产损失 的，应当追究相关责任人的责任。

(四）企业资产损失责任划分

1. 企业资产损失责任的种类。企业资产损失责任分为直接责任、主管责任、分管领 导责任和重要领导责任。直接责任是指相关人员在其职责范围内，未履行或者未正确履行 职责，以及违反法律、法规和相关规定，对造成资产损失起决定性作用时所应当承担的责 任。主管责任是指企业部门主管负责人在其职责范围内，未履行或者未正确履行主管工作 职责，以及违反法律、法规和相关规定，造成资产损失时所应当承担的责任。分管领导责 任是指企业分管负责人在其职责范围内，未履行或者未正确履行分管工作职责，以及违反 法律、法规和相关规定，造成资产损失时所应当承担的责任。重要领导责任是指企业主要 负责人在其职责范围内，未履行或者未正确履行管理职责，以及违反法律、法规和相关规 定，造成资产损失时所应当承担的责任。

2. 企业资产损失责任的承担。企业资产损失责任的承担情形主要包括：

(1) 企业因未建立内控管理制度或者内控管理制度存在重大缺陷，造成企业重大或 者特别重大资产损失的，除按照规定对其他相关责任人进行责任认定外，企业分管负责人 和企业主要负责人应当分别承担分管领导责任和重要领导责任。

(2) 子企业发生重大或者特别重大资产损失，除按照规定对子企业相关责任人进行 责任认定外，其上级企业相关负责人应当承担相应的分管领导责任或者重要领导责任。：

(3) 企业因违反有关规定，未履行或者末正确履行职责，导致决策失误造成重大或 者特别重大资产损失的，企业主要负责人应当承担直接责任，参与决策的企业其他人员应: 当承担相应的责任。参与决策的人员经会议记录证明决策时曾表明异议的,可以免除相应 的责任。

(4) 企业发生重大或者特别重大资产损失隐瞒不报或者少报资产损失的，除按照规 定对相关责任人进行责任认定外，总会计师或者企业分管财务负责人和企业主要负责人应 当承担分管领导责任和重要领导责任。 . 丨

(5) 企业发生重大或者特别重大资产损失，未对相关人员进行责任追究的，一经查 实，除按照规定对相关责任人进行处罚外，对企业主要负责人应当比照直接责任人进行 处罚。

(五〉企业资产损失责任处罚 I

1. 企业资产损失责任处罚的种类。对企业资产损失责任人的处罚包括经济处罚、行 政处分和禁人限制等。经济处罚是指扣发绩效薪金(奖金），终止授予新的股权;行政处 分是指警告、记过、降级（职）、责令辞职、撤职、解聘、开除等；禁人限制是指在1至 5年内或者终身不得被企业聘用或者担任企业负责人。以上处罚可以单独适用，也可以合 并适用。

2. 企业资产损失责任处罚的情形。企业发生资产损失，经过查证核实和责任认定后，: 在依据国家或者企业有关规定要求予以赔偿的基础上，应当根据程度及影响对相关责任人 分別给予以下处罚：（1)企业发生一般资产损失的，在责任认定年度对直接责任人和主 管责任人处以扣发一定比例的绩效薪金(奖金)的经济处罚，以及警告、记过或者降级 (职）等处分。（2)企业发生较大资产损失的，在责任认定年度对直接责任人和主管责任

人处以扣发一定比例的绩效薪金（奖金）的经济处罚，以及降级（职）、责令辞职、撤 职、解聘或者开除等处分；对分管领导责任人处以扣发一定比例的绩效薪金（奖金）的 经济处罚，以及记过、降级（职）、责令辞职或者撤职等处分。（3)企业发生重大资产损 失的，在责任认定年度对直接责任人和主管责任人处以扣发一定比例的绩效薪金（奖 金）、一定期限内不授予新的股权的经济处罚，以及撤职、解聘或者开除等处分；对分管 领导责任人和重要领导责任人处以扣发一定比例的绩效薪金（奖金）、一定期限内不授予 新的股权的经济处罚，以及降级（职）、责令辞职或者撤职等处分。（4)企业发生特别重 大资产损失的，在责任认定年度对直接责任人和主管责任人处以扣发一定比例的绩效薪金 (奖金）、一定期限内不授予新的股权的经济处罚，以及解聘或者开除等处分；对分管领 导责任人或者重要领导责任人处以扣发一定比例的绩效薪金（奖金）、一定期限内不授予 新的股权的经济处罚，以及撤职、解聘或者开除等处分。（5)企业发生特别重大资产损 失，以及连续发生重大资产损失的，除对相关责任人处以经济处罚和行政处分外，应当同 时给予禁入限制。除按照上述规定对资产损失相关责任人进行责任追究外，对违反国家有 关法律法规规定的，还应当依法承担相应的法律责任。涉嫌犯罪的，依法移送司法机关处 理。资产损失相关责任人违反《中国共产党纪律处分条例》等有关规定的，建议党组织 进行处理。

此外，《企业国有资产法》规定，国家出资企业的董事、监事、高级管理人员有下列 行为之一，造成企业国有资产损失的，依法承担赔偿责任；属于国家工作人员的，并依法 给予处分：（1)利用职权收受贿赂或者取得其他非法收人和不当利益的；（2)侵占、挪 用企业资产的；（3)在企业改制、财产转让等过程中，违反法律、行政法规和公平交易 规则，将企业财产低价转让、低价折股的；（4)违反规定与本企业进行交易的；（5)不 如实向资产评估机构、会计师事务所提供有关情况和资料，或者与资产评估机构、会计师 事务所串通出具虚假资产评估报告、审计报告的；（6)违反法律、行政法规和企业章程 规定的决策程序，决定企业重大事项的；（7)有其他违反法律、行政法规和企业章程执 行职务行为的。国家出资企业的董事、监事、高级管理人员因上述所列行为取得的收人， 依法予以追缴或者归国家出资企业所有。履行出资人职责的机构任命或者建议任命的董 事、监事、高级管理人员有上述所列行为之一，造成国有资产重大损失的，由履行出资人 职责的机构依法予以免职或者提出免职建议。

国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的董事、监事、高级管理人员违反 规定，造成国有资产重大损失，被免职的，自免职之.日起5年内不得担任国有独资企业、 国有独资公司、国有资本控股公司的董事、监事、高级管理人员；造成国有资产特别重大 损失，或者因贪污、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 罚的，终身不得担任国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的董事、监事、高 级管理人员。

第二节国有资产评估制度

—、国有资产评估的概念和原则.

(一）国有资产评估的概念

资产评估，是指专业机构和人员按照国家法律、法规以及资产评估准则，根据特定目 的，遵循评估原则，依据相关程序，选择适当的价值类型，运用科学方法，对资产价值进 行分析、估算并发表专业意见的行为和过程。

国有资产评估，是指对国家所有的资产的价值进行的评估。

为了正确体现国有资产的价值量，规范国有资产评估行为，维护国有资产出资人合法 权益，防止国有资产流失，国务院和国务院国有资产监督管理机构、财政部先后发布了 《国有资产评估管理办法》（国务院第91号令）、《企业国有资产评估管理暂行办法》（国 务院国有资产监督管理委员会第12号令）、《国有资产评估违法行为处罚办法》（财政部 第15号令）、《资产评估机构审批和监督管理办法》（财政部第64号令）等有关国有资产 评估管理的法律制度，对国有资产评估管理工作作出了规范。

(二）国有资产评估的原则

国有资产评估工作涉及国家及社会各有关方面的经济利益，是一项政策性很强的工 作。在国有资产评估工作中应坚持下列三项基本原则：

1. 真实性原则。所谓真实性原则包括三个方面的含义：一是进行评估所依据的数据 资料必须是真实的。提供数据资料的人，必须实事求是，提供真实、客观存在的数据资 料。进行评估的人对其数据资料的真实性应进行考察鉴别；二是评估过程是真实的，即必 须是按照规定实施了每一个评估步骤，而不是只估不评，随意虚估；三是提供的评估结果 报告必须是真实的，即不能弄虚作假。

2. 科学性原则。所谓科学性原则，即是要充分运用国有资产评估中的客观规律来开 展评估工作。国有资产评估的规范、标准、程序、方法等，必须符合客观规律。与此同 时，国家有关部门制定的评估规则必须反映资产价值表现的规律。此外，必须正确地运用 这些科学的规则去进行分析、比较，得出科学的结论。

3. 可行性原则。可行性原则又称有效性原则。所谓有效性原则是指提出的评估结果 必须被法律所承认，评估结果必须是在法律上有效。具体而言，评估组织必须是合法的， 其程序、方法、标准均是依照法定程序进行的。

二、国有资产评估的范围

国有资产评估的范围包括：固定资产、流动资产、无形资产和其他资产。

根据有关规定，国家出资企业及其各级子企业（本节以下统称企业）有下列行为之 一的，应当对相关资产进行评估：（1)整体或者部分改建为有限责任公司或者股份有限 公司；（2)以非货币资产对外投资；（3)合并、分立、破产、解散；（4)非上市公司国

有股东股权比例变动；（5)产权转让；（6)资产转让、置换；（7)整体资产或者部分资 产租赁给非国有单位；（8)以非货币资产偿还债务；（9)资产涉讼；（10)收购非国有 单位的资产；（11)接受非国有单位以非货币资产出资；（12)接受非国有单位以非货币 资产抵债；（13)法律、行政法规规定的其他需要进行资产评估的事项。

企业有下列行为之一的，可以不对相关国有资产进行评估：（1)经各级人民政府或 其国有资产监督管理机构批准，对企业整体或者部分资产实施无偿划转；（2)国有独资 企业与其下属独资企业（事业单位）之间或其下属独资企业（事业单位）之间的合并、 资产（产权）置换和无偿划转。

根据有关规定，企业发生应当进行资产评估行为的，应当由其产权持有单位委托具有 相应资质的资产评估机构进行评估。企业产权持有单位委托的资产评估机构应当具备下列 基本条件：（1)遵守国家有关法律、法规、规章以及企业国有资产评估的政策规定，严 格履行法定职责，近3年内没有违法、违规记录；（2)具有与评估对象相适应的资质条 件；（3)具有与评估对象相适应的专业人员和专业特长；（4)与企业负责人无经济利益 关系；（5)未向同一经济行为提供审计业务服务。

三、国有资产评估的组织管理

国有资产评估是一项政策性强、技术要求复杂的工作，必须要有一套科学严密的组织 管理系统。国有资产评估的组织管理系统由国有资产监督管理机构和资产评估机构两部分 组成。

(一）国有资产监督管理机构

根据有关规定，各级国有资产监督管理机构负责其所出资企业的国有资产评估监管工 作。国务院国有资产监督管理机构负责对全国企业国有资产评估监管工作进行指导和监 督。各级国有资产监督管理机构及其所出资企业，应当建立企业国有资产评估管理工作制 度，完善资产评估项目的档案管理，做好项目统计分析报告工作。省级国有资产监督管理 机构和中央企业应当于每年度终了 30个工作日内将其资产评估项目情况的统计分析资料 上报国务院国有资产监督管理机构。

各级国有资产监督管理机构应当加强对企业国有资产评估工作的监督检查，重点检查 企业内部国有资产评估管理制度的建立、执行情况和评估管理人员配备情况，定期或者不 定期地对资产评估项目进行抽查。省级国有资产监督管理机构应当于每年度终了 30个工 作日内将检查、抽查及处理情况上报国务院国有资产监督管理机构。

(二）资产评估机构

资产评估机构，是指依法设立、取得资产评估资格，从事资产评估业务活动的机构。

资产评估机构的组织形式为合伙制或者有限责任公司制。资产评估机构应当依法取得 资产评估资格，遵守有关法律、法规、执业准则和执业规范。资产评估机构依法从事评估 业务，不受行政区域、行业限制。但是资产评估机构与被评估单位有直接经济利益关系 的，不得对其进行评估。资产评估实行有偿服务，资产评估机构接受委托进行评估时，应 依国家规定向委托单位收费，并与委托单位在评估合同中明确具体收费办法。

根据有关规定，资产评估机构与委托人或被评估单位串通作弊，故意出具虚假报告 的，没收违法所得，处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，并予以暂停执业；给利害关

系人造成重大经济损失或者产生恶劣社会影响的，吊销资产评估资格证书。资产评估机构 因过失出具有重大遗漏的报告的，责令改正，情节较重的，处以所得收人1倍以上3倍以 下的罚款，并予以暂停执业。资产评估机构有下列情形之一的，责令改正，并予警告：

(1)冒用其他机构名义或者允许其他机构以本机构名义执行评估业务的；（2)向委托人 或者被评估单位索取、收受业务约定书以外的酬金或者其他财物，或者利用职务之便，牟 取其他不正当利益的；（3)对其能力进行虚假广告宣传的；（4)向有关单位和个人支付 回扣或者介绍费的；（5)对委托人、被评估单位或者其他单位和个人进行胁迫、欺诈、 利诱的；（6)恶意降低收费的；（7)与委托人或被评估单位存在利害关系应当回避而没 有回避的。

四、国有资产评估项目核准制和备案制

根据有关规定，企业国有资产评估项目实行核准制和备案制。

(一）核准制 ^

经各级人民政府批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，分别由其国有资产监督管 理机构负责核淮。国务院批准的重大经济事项同时涉及中央和地方的资产评估项目，可由 国有股最大股东依照其产权关系，逐级报送国务院国有资产监督管理机构进行核准。

凡需经核准的资产评估项目，企业在资产评估前应当向国有资产监督管理机构报告下 列有关事项：（1)相关经济行为批准情况；（2)评估基准日的选择情况；（3)资产评估 范围的确定情况；（4)选择资产评估机构的条件、范围、程序及拟选定机构的资质、专 业特长情况；（5)资产评估的时间进度安排情况。企业应当及时向国有资产监督管理机 构报告资产评估项目的工作进展情况。国有资产监督管理机构认为必要时，可以对该项目 进行跟踪指导和现场检查。

资产评估项目的核准按照下列程序进行：

1. 企业收到资产评估机构出具的评估报告后应当逐级上报初审，经初审同意后，自 评估基准日起8个月内向国有资产监督管理机构提出核准申请。 .

企业提出资产评估项目核准申请时，应当向国有资产监督管理机构报送下列文件材 料：（1)资产评估项目核准申请文件；（2)资产评估项目核准申请表；（3)与评估目的 相对应的经济行为批准文件或有效材料；（4)所涉及的资产重组方案或者改制方案、发 起人协议等材料；（5)资产评估机构提交的资产评估报告（包括评估报告书、评估说明、 评估明细表及其电子文档）；(6)与经济行为相对应的审计报告；（7)资产评估各当事方 的相关承诺函；（8)其他有关材料。

2. 国有资产监督管理机构收到核准,申请后，对符合核准要求的，及时组织有关专家 审核，在20个工作日内完成对评估报告的核准；对不符合核准要求的，予以退回。

国有资产监督管理机构应当对下列事项进行审核：（1)资产评估项目所涉及的经 济行为是否获得批准；（2)资产评估机构是否具备相应评估资质；（3)评估人员是否 具备相应执业资格；（4)评估基准日的选择是否适当，评估结果的使用有效期是否明 示；（5)资产评估范围与经济行为批准文件确定的资产范围是否一致；（6)评估依据是 否适当；（7)企业是否就所提供的资产权属证明文件、财务会计资料及生产经营管理资 '料的真实性、合法性和完整性作出承诺；（8)评估过程是否符合相关评估准则的规定；

(9)参与审核的专家是否达成一致意见。

(二）备案制

经国务院国有资产监督管理机构批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，由国务院 国有资产监督管理机构负责备案；经国务院国有资产监督管理机构所出资企业（以下简 称中央企业）及其各级子企业批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，由中央企业负

责备案。

经国务院国有资产监督管理机构批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，其中包括 采用协议方式转让企业国有产权事项涉及的资产评估项目和股份有限公司国有股权设置事 项涉及的资产评估项目，由国务院国有资产监督管理机构负责备案。经国务院国有资产监 督管理机构批准进行主辅分离辅业改制项目中，按限额专项委托中央企业办理相关资产评 估项目备案。其中，属于国家授权投资机构的中央企业负责办理资产总额账面值5 000万 元（不含）以下资产评估项目的备案，5 000万元以上的资产评估项目由国务院国有资产 监督管理机构办理备案；其他中央企业负责办理资产总额账面值2 000万元（不含）以下 资产评估项目的备案，2 000万元以上的资产评估项目由国务院国有资产监督管理机构办 理备案。

资产评估项目的备案按照下列程序进行：

1. 企业收到资产评估机构出具的评估报告后，将备案材料逐级报送给国有资产监督 管理机构或其所出资企业，自评估基准日起9个月内提出备案申请。

资产评估项目备案需报送下列文件材料：（1)国有资产评估项目备案表一式三份；

(2)资产评估报告（评估报告书、评估说明和评估明细表及其电子文档）；(3)与资产 评估项目相对应的经济行为批准文件；（4)其他有关材料。

2. 国有资产监督管理机构或者所出资企业收到备案材料后，对材料齐全的，在如个 工作日内办理备案手续，必要时可组织有关专家参与备案评审。

国有资产监督管理机构及所出资企业根据下列情况确定是否对资产评估项目予以备 案：（1)资产评估所涉及的经济行为是否获得批准；（2)资产评估机构是否具备相应评 估资质，评估人员是否具备相应执业资格；（3)评估基准日的选择是否适当，评估结果 的使用有效期是否明示；（4)资产评估范围与经济行为批准文件确定的资产范围是否一 致；（5)企业是否就所提供的资产权属证明文件、财务会计资料及生产经营管理资料的 真实性、合法性和完整性作出承诺；（6)评估程序是否符合相关评估准则的规定。

(三）核准制与备案制的其他规定

1. 有多个国有股东的企业发生资产评估事项，经协商一致可由国有股最大股东依照 其产权关系办理核准或备案手续；国有股股东持股比例相等的，经协商一致可由其中一方 依照其产权关系办理核准或备案手续。

2. 国有资产监督管理机构下达的资产评估项目核准文件和经国有资产监督管理机构 或所出资企业备案的资产评估项目备案表是企业办理产权登记、股权设置和产权转让等相 关手续的必备文件。

3. 经核准或备案的资产评估结果使用有效期为自评估基准日起1年。

4. 企业进行与资产评估相应的经济行为时，应当以经核准或备案的资产评估结果为 作价参考依据。当交易价格低于评估结果的90%时，应当暂停交易，在获得原经济行为

批准机构同意后方可继续交易。

五、国有资产评估方法

国有资产评估根据资产原值、净值、新旧程度、重置成本、获利能力等因素和法定的 评估方法进行。同一资产因采取的评估标准和方式不同，其评估出的价值也可能不一样， 采用什么样的标准和方法评估资产要依评估对象和评估目的而定。资产评估的方法很多， 但在进行国有资产评估时，必须依照《国有资产评估管理办法》以及有关资产评估准则 规定的方法进行。我国《国有资产评估管理办法》规定了以下几种评估方法：

(一）收益现值法

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

(二）重置成本法

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

重置成本法主要适用于单项资产评估，对企业进行整体评估时也可以用重置成本法。

(三）现行市价法

现行市价法是指通过市场调查，选择一个或几个与评估对象相同或类似的资产作为 比较对象，分析比较对象的成交价格和交易条件，进行对比调整，估算出资产价值的 方法。使用现行市价法评估无形资产时应当注意四个事项：一是确定具有合理比较基础 的类似的无形资产；二是收集类似的无形资产交易的市场信息和做评估无形资产以后的交 易信息；三是依据的价格信息具有代表性，且在评估基准日是有效的；四是根据宏观经 济、行业和无形资产情况的变化，考虑时间因素，对被评估无形资产以后交易信息进行必 要调整。

现行市价法主要适用于单项资产的评估。

(四）清算价格法

.清算价格法是指以企业在停业或破产后，进行企业清算，出卖资产时可收回的快速变 现价格，来评定企业资产价值的方法。采用这种方法进行资产评估要注重调查与被评估资

产相同或类似资产的拍卖价格清理资料，对价格资料的准确性进行认真分析研究，并要逐 项将评估对象与参照物进行对比，根据其差异程度来确定评估结果。

清算价格法主要适用于企业停业和破产时的资产评估。

(五）其他方法

根据有关规定和惯例，对流动资产中的原材料、在制品、协作件、库存商品、低值易 耗品等存货资产进行评估时，可根据该项资产的现行市场价格、计划价格，考虑购置费 用、产品完工程度、损耗等因素，评定重估价值；对有价证券的评估，可参照市场价格评 定重估价值，没有市场价格的，可考虑票面价值、预期收益等因素，评定重估价值；对无 形资产的评估，应区别情况分别评定：（1)外购的无形资产，根据购人成本及该项资产 具有的获利能力评定价值；（2)自创或自身拥有的无形资产，根据其形成时的实际成本 及该项资产的获利能力，评定价值；（3)自创或自身拥有的未单独计算成本的无形资产， 根据该项资产具有的获利能力评定估算。，

—、企业国有资产产权登记的概念

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

企业国有资产产权登记是一种法律行为，这种行为不是简单地将国有资产记录在册， 更重要的是记录在册后，要依法确认产权归属关系，国有资产监督管理机构将向企业颁发 《中华人民共和国企业国有资产产权登记证》，该登记证是依法确认企业产权归属关系的 法律凭证，也是企业的资信证明文件。

! 为了加强企业国有资产产权登记管理，健全国有资产基础管理制度，防止国有资产流 失，1996年1月25日国务院发布了《企业国有资产产权登记管理办法》，之后，国务院 国有资产监督管理委员会于2012年4月20日发布了《国家出资企业产权登记管理暂行办 法》，这些法律制度对企业国有资产产权登记管理工作作出了具体的规范。

二、企业国有资产产权登记的范围

丨 根据《企业国有资产产权登记管理办法》和《企业国有资产产权登记业务办理规则》 丨的规定，国有企业、国有独资公司、设置国有股权的有限责任公司和股份有限公司、国有 企业和国有独资公司投资设立的企业以及其他形式占有国有资产的企业，都应当依照规定 申请办理国有资产产权登记。

国家出资企业、国家出资企业（不含国有资本参股公司）拥有实际控制权的境内外 各级企业及其投资参股企业，应当纳入产权登记范围。国家出资企业所属事业单位视为其 乎企业进行产权登记。但上述企业为交易目的持有的下列股权不进行产权登记：（1)为 了赚取差价从二级市场购人的上市公司股权；（2)为了近期内（一年以内）出售而持有

的其他股权。上述所称拥有实际控制权，是指国家出资企业直接或者间接合计持股比例超 过50%,或者持股比例虽然未超过50%，但为第一大股东，并通过股东协议、公司章程、 董事会决议或者其他协议安排能够实际支配企业行为的情形。

有限责任公司、股份有限公司、中外合资经营企业、.中外合作经营企业和联营企业， 应由国有股权持有单位或委托企业按规定申办企业国有资产产权登记。有关部门所属未脱 钩企业和事业单位及社会团体所投资企业的产权登记工作，由同级国有资产监督管理机构 组织实施。企业产权归属关系不清楚或者发生产权纠纷的，可以申请暂缓办理产权登记。 被批准暂缓办理产权登记的企业应当在暂缓期内，将产权界定清楚，将产权纠纷处理完 毕，然后及时办理产权登记。

三、企业国有资产产权登记的内容和程序

(一）产权登记的内容

1. 占有产权登记。根据有关规定，占有产权登记的主要内容包括：（1)出资人名称、 住所、出资金额及法定代表人；(2)企业名称、住所及法定代表人；（3)企业的资产、 负债及所有者权益；（4)企业实收资本、国有资本；（5)企业投资情况；（6)国务院国 有资产监督管理机构规定的其他事项。

已取得法人资格的企业应当通过所出资企业向产权登记机关申办占有产权登记，并提 交下列文件和资料：（1)企业国有资产占有产权登记表；（2)批准设立企业的文件；

(3)企业章程和《企业法人营业执照》副本复印件和最近一次的验资报告；（4)国有资 产监督管理机构审核批复的或经注册会计师审计的企业上一年度财务会计报告；（5)出 资人为企业法人单位的应该提交企业法人营业执照副本复印件，其中国有资本出资人还应 当提交产权登记证；（6)产权登记机关要求的其他文件和资料。产权登记机关核准企业 占有登记后/向企业发放产权登记证，所出资企业可将产权登记机关核准后的企业国有资 产占有产权登记表留存备案。

申请取得法人资格的企业应当于办理工商注册登记前30日内通过所出资企业申办占 有产权登记，并提交下列文件和资料：（1)企业国有资产占有产权登记表；（2)批准设 立企业的文件；（3)企业章程和《企业名称预先核准通知书》；(4)出资人为企业法人 单位的应该提交企业法人营业执照副本复印件、国有资产监督管理机构审核批复的或经注 册会计师审计的企业上一年度财务会计报告，其中国有资本出资人还应当提交产权登记 证；（5)经注册会计师审核的验资报告，其中以非货币性资产投资的还应当提交资产评 估报告的核准或备案文件；（6)产权登记机关要求的其他文件和资料。所出资企业持产 权登记机关核准后的企业国有资产占有产权登记表，向工商行政管理部门申办注册登记， 在取得企业法人营业执照后30日内由所出资企业向原产权登记机关领取新设企业产权登 记证，同时提交新设企业的《企业法人营业执照》副本复印件。

根据有关规定，履行出资人职责的机构和履行出资人职责的企业有下列情形之一的， 应当办理占有产权登记：（1)因投资、分立、合并而新设企业的；（2)因收购、投资人 股而首次取得企业股权的；（3)其他应当办理占有产权登记的情形。

2. 变动产权登记。根据有关规定，企业发生下列情形之一的，应当通过所出资企业 向产权登记机关申办变动产权登记：（1)企业名称改变的；（2)企业组织形式、级次发

生变动的；（3)企业国有资本额发生增减变动的；（4)企业国有资本出资人发生变动的；

(5)企业国有资产产权发生变动的其他情形。企业发生上述第（1)项情形的，应当于工 商行政管理部门核准变动登记后30日内，向原产权登记机关申办变动产权登记。企业发 生上述第（2)项至第（5)项情形的，应当自企业出资人或者有关部门批准、企业股东 大会或者董事会作出决定之日起30日内，向工商行政管理部门申请变更登记前，向原产 权登记机关申办变动产权登记。

企业申办变动产权登记，应当提交下列文件和资料：（1)企业国有资产产权登记证； (2)企业国有资产变动产权登记表；（3)批准产权变动行为的文件；（4)修改后的企业 章程和《企业法人营业执照》副本复印件；（5)经注册会计师审计的产权变动时的验资 报告，其中以非货币性资产投资的应当提交评估报告的核准文件或备案表；（6)企业国 有资本出资人发生变动的，提交新加人的出资人的企业法人营业执照副本复印件，其中国 有资本出资人还应当提交产权登记证；（7)通过产权交易机构转让国有资产产权的，提 交产权交易机构出具的转让国有资产产权的交易凭证；（8)产权登记机关要求的其他文 件和资料。产权登记机关核准企业变动产权登记后，办理企业产权登记证变更手续，所出 资企业可将产权登记机关核准后的企业国有资产产权变动登记表留存备案。

3.注销产权登记。根据有关规定，企业发生下列情形之一的，应当申办注销产权登 记：（1)企业解散、被依法撤销或被依法宣告破产；（2)企业转让全部国有资产产权或 改制后不再设置国有股权的；（3)其他需要注销国有资产产权的情形。企业解散的，应 当自出资人的所出资企业或上级单位批准之日起30日内，由所出资企业向原产权登记机 关申办注销产权登记。企业被依法撤销的，应当自政府有关部门决定之日起30日内由所 出资企业向原产权登记机关申办注销产权登记。企业被依法宣告破产的，应当自法院裁定 之日起60日内由企业破产清算机构向原产权登记机关申办注销产权登记。企业转让全部 国有资产产权（股权）或改制后不再设置国有股权的，应当自出资人的所出资企业或上 级单位批准后30日内由所出资企业向原产权登记机关申办注销产权登记。所出资企业发 生上述情形的，由其出资人代表办理注销产权登记手续。

企业申办注销产权登记，应当提交下列文件和资料：（1)企业国有资产产权登记证；

(2)企业国有资产注销产权登记表；（3)批准产权注销行为文件或法院宣告企业破产的 裁决书；（4)企业清算报告或资产评估报告的核准文件或备案表；（5)产权登记机关要 求的其他文件和资料。产权登记机关核准企业注销产权登记后，收回产权登记证并注销， 所出资企业可将经核准后的企业国有资产注销产权登记表留存备案。

(二）产权登记的程序

1. 企业申办产权登记，应当按规定填写相应的产权登记表，并向产权登记机关提交 有关文件资料。

2. 产权登记机关对企业产权登记申报文件资料齐全的予以受理。

3. 产权登记机关对受理后的产权登记文件资料进行合规性审核。审核内容包括：

(1)企业填报的产权登记表内容是否真实可靠；（2)企业提交的相关文件资料是否符合 国家有关规定。

4. 产权登记机关应当在受理后10个工作日内对企业申报的产权登记作出准予登记或 不予登记的决定。

四、企业国有资产产权登记的管理

(一）产权登记的管理机关

根据有关规定，企业国有资产产权登记机关是各级国有资产监督管理机构。在企业国 有资产产权登记工作中，国有资产监督管理机构依法履行下列职责：（1)依法确认企业 产权归属，理顺企业集团内部产权关系；（2)掌握企业国有资产占有、使用的状况；（3)监 管企业的国有产权变动；（4)检查企业国有资产经营状况；（5)监督国家授权投资机构、 国有企业和国有独资公司的出资行为；（6)备案企业的担保或资产被司法冻结等产权或 有变动事项；（7)在汇总、分析的基础上，编报并向同级政府和上级产权登记机关呈送 产权登记与产权变动状况分析报告。

根据有关规定，国务院国有资产监督管理机构负责下列企业的国有资产产权登记管 理工作：（1)国务院管辖的企业、行业总公司；（2)中央政府各部门、各直属机构、 各直属事业单位及全国性社会团体管辖的企业；（3)在国家计划单列的企业集团公司；

(4)国家授权投资的机构；（5)中央国有企业、国有独资公司投资设立的企业。

省、自治区、直辖市及计划单列市国有资产监督管理机构负责下列企业的国有资产产 权登记管理工作：（1)省级人民政府管辖的企业；（2)省级政府各部门、直属机构、事 业单位及社会团体管辖的企业；（3)省计划单列的企业集团公司；（4)省国有企业、国 有独资公司投资设立的企业；（5)国家财政部委托办理产权登记的企业。

上级产权登记机关指导、监督下级产权登记机关的产权登记工作。地方各级国有资产 监督管理机构负责本级所出资企业产权登记监管、汇总和分析工作，并将汇总分析数据资 料上报上一级国有资产监督管理机构。所出资企业负责申请办理本企业及其各级子企业的 产权登记，并对各级子企业的产权登记情况进行监管。

(二）产权登记的年度检查

企业国有资产产权登记实行年度检查制度。企业应当于每年2月1日至4月30曰完 成企业产权登记情况的年度检查工作，并向产权登记机关报送企业产权登记年度汇总表和 年度汇总分析报告。各级产权登记机关应当于每年5月31日前对企业产权登记的情况进 行抽查，并将本级政府所出资企业产权登记年度汇总表和年度汇总分析报告逐级上报，国 务院国有资产监督管理机构应于每年6月30日前完成全国非金融类企业国有资产产权登 记年度汇总检查工作。各级国有资产监管机构可以选择采用统一组织年检或企业自查、各 级产权登记机关抽查相结合的年检方式。

企业产权登记年度汇总分析报告书应报告四个方面的内容：（1)企业国有资本金实 际到位和增减变动情况；（2)企业国有资本的分布及结构变化，包括企业对外投资情况；

(3) 本企业及其各级子企业发生国有资产产权变动情况及办理相应产权登记手续情况；

(4) 国务院国有资产监督管理机构规定的其他事项。

(三）产权登记的其他管理事项

1.两个及两个以上国有资本出资人共同投资设立的企业，由国有资本出资额最大的 出资人所在的所出资企业依据其产权归属关系申请办理产权登记。国有资本出资人股权比 例相等的，由各国有资本出资人推举一个国有资本出资人的所出资企业申请办理产权登 记，其余出资人出具产权登记委托书。各级产权登记机关办理上述企业产权登记后，发放

产权登记证。企业办理产权变动、注销登记时，需提交产权登记证。

2. 国务院国有资产监督管理机构统一制发产权登记表和产权登记证，确定各类产权 登记表和产权登记证的内容和格式。任何单位和个人不得伪造、涂改、出借、出租或出售 产权登记机关审核颁发的产权登记证，若有遗失或毁坏的，应向原核发产权登记证的产权 登记机关申请补发。

3-企业申办产权登记时，应当将所提交的文件资料整理成卷，附加目录清单。企业 未按要求提交文件、资料的，产权登记机关不予受理。

4. 企业违反规定，有下列行为之一的，由国有资产监督管理机构责令改正、通报 批评，可以处以10万元以下的罚款，并按照职责权限或者提请政府有关部门对企业领 导人员和直接责任人员按照规定给予纪律处分：（1)在规定期限内不办理产权登记的；

(2) 隐瞒真实情况、未如实办理产权登记的；（3)不按照规定办理产权年度检查登记的；

(4) 伪造、涂改、出卖或者出借国有资产产权登记表的。国有资产监督管理机构工作人 员在办理产权登记中玩忽职守、徇私舞弊、滥用职权、谋取私利，构成犯罪的，依法追究 刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第四节企业国有产权转让制度

—%企业国有产权转让的概念和原则

(一）企业国有产权转让的概念

企业国有产权，是指国家对企业以各种形式投人形成的权益、国有及国有控股企业各 种投资所形成的应享有的权益，以及依法认定为国家所有的其他权益。

企业国有产权转让，是指国有资产监督管理机构、持有国有资本的企业（以下称转 让方）将所持有的企业国有产权有偿转让给境内外法人、自然人或者其他组织（以下称 受让方）的活动。

为了规范企业国有产权转让行为，加强企业国有产权交易的监督管理，促进企业国有 资产的合理流动S.国有经济布局和结构的战略性调整，防止企业国有资产流失，2003年 12月31日国务院国有资产监督管理委员会、财政部联合发布了《企业国有产权转让管理 暂行办法》，对除金融类企业国有产权转让和上市公司的国有股权转让以外的企业国有产 权转让作出了规定。此后，国务院国有资产监督管理委员会、财政部于2006年12月31 曰联合发布了《关于企业国有产权转让有关事项的通知》等，这些法律制度对企业国有 产权转让的有关问题又作出了具体的规范。

(二）企业国有产权转让的原则

企业国有产权转让遵循下列原则：

1.企业国有产权转让应当遵守国家法律、行政法规和政策规定，有利于国有经济布 局和结构的战略性调整，促进国有资本优化配置，坚持公开、公平、公正的原则，保护国 家和其他各方合法权益。

2. 除法律、行政法规另有规定外，企业国有产权转让应当在依法设立的产权交易机 构中公开进行，不受地区、行业、出资或者隶属关系的限制。

3. 企业国有产权转让可以采敢拍卖、招投标、协议转让以及国家法律、行政法规规 定的其他方式进行。

4. 转让的企业国有产权权属应当清晰。权属关系不明确或者存在权属纠纷的企业国 有产权不得转让。被设置为担保物权的企业国有产权转让，应当符合《物权法》、《担保 法》等法律制度的规定。

二、企业国有产权转让的程序

(一1)企业审议

企业国有产权转让应当做好可行性研究，按照内部决策程序进行审议，并形成书面决 议。国有独资公司的产权转让，应当由董事会审议，没有设立董事会的，由总经理办公会 议审议。涉及职工合法权益的，应当听取转让标的企业职工代表大会的意见，对职工安置 等事项应当经职工代表大会讨论通过。 ’

企业应制订企业国有产权转让方案，连同有关决议、产权登记证等文件一并上报有关 机构批准。转让方案一般应当载明下列内容：（1)转让标的企业国有产权的基本情况；

(2)企业国有产权转让行为的有关论证情况；（3)转让标的企业涉及的、经企业所在地 劳动保障行政部门审核的职工安置方案；（4)转让标的企业涉及的债权、债务包括拖欠 职工债务的处理方案；（5)企业国有产权转让收益处置方案；（6)企业国有产权转让公 告的主要内容。转让企业国有产权导致转让方不再拥有控股地位的，应当附送经债权金融 机构书面同意的相关债权债务协议、职工代表大会审议职工安置方案的决议等。

(二）清产核资

企业国有产权转让事项经批准或者决定后，转让方应当组织转让标的企业按照有关规 定开展清产核资，根据清产核资结果编制资产负债表和资产移交清册，并委托会计师事务 所实施全面审计（包括按照国家有关规定对转让标的企业法定代表人的离任审计）。资产 损失的认定与核销，应当按照国家有关规定办理。转让所出资企业国有产权导致转让方不 再拥有控股地位的，由同级国有资产监督管理机构组织进行清产核资，并委托社会中介机 构开展相关业务。在清产核资和审计的基础上，转让方应当委托具有相关资质的资产评估 机构依照国家有关规定进行资产评估。评估报告经核准或者备案后，作为确定企业国有产 权转让价格的参考依据。

(三）确定受让方

转让方应当将产权转让公告委托产权交易机构刊登在省级以上公开发行的经济或者金 融类报刊和产权交易机构的网站上，公开披露有关企业国有产权转让信息，广泛征集受让 方。产权转让公告期为20个工作日。产权转让公告应由产权交易机构按照规定的渠道和 时间公开披露，对于重大的产权转让项目或产权转让相关批准机构有特殊要求的，转让方 可以与产权交易机构通过委托协议另行约定公告期限，但不得少于20个工作日。转让公 告期自报刊发布信息之日起计算。产权转让公告发布后，转让方不得随意变动或无故提出 取消所发布信息。因特殊原因确需变动或取消所发布信息的，应当出具相关产权转让批准 机构的同意或证明文件，并由产权交易机构在原信息发布渠道上进行公告，公告日为起

算曰。

转让方披露的企业国有产权转让信息应当包括如下内容：（1)转让标的的基本情况；

(2)转让标的企业的产权构成情况；（3)产权转让行为的内部决策及批准情况；（4)转 让标的企业近期经审计的主要财务指标数据；（5)转让标的企业资产评估核准或者备案 情况；（6)受让方应当具备的基本条件；（7)其他需披露的事项。

在征集受让方时，转让方可以对受让方的资质、商业信誉、经营情况、财务状况、管 理能力、资产规模等提出必要的受让条件。受让方一般应当具备如下条件：（1)具有良 好的财务状况和支付能力；（2)具有良好的商业信用；（3)受让方为自然人的，应当具 有完全民事行为能力；（4)国家法律、行政法规规定的其他条件。在产权转让公告中提 出的受让条件不得出现具有明确指向性或违反公平竞争的内容。企业国有产权转让信息公 开披露后，有关方面应当按照同样的受让条件选择受让方。

对征集到的意向受让方由产权交易机构负责登记管理，产权交易机构不得将对意向受 让方的登记管理委托转让方或其他方面进行。产权交易机构要与转让方按照有关标准和要 求对登记的意向受让方共同进行资格审查，确定符合条件的意向受让方的数量。产权交易 机构要对有关意向受让方资格审查情况进行记录，并将受让方的登记、资格审查等资料与 其他产权交易基础资料一同作为产权交易档案妥善保管。在对意向受让方的登记过程中， 产权交易机构不得预设受让方登记数量或以任何借口拒绝、排斥意向受让方进行登记。

(四）确定转让价格

企业国有产权转让价格应当以资产评估结果为参考依据，在产权交易市场中公开竞价 形成，产权交易机构应按照有利于竞争的原则积极探索新的竞价交易方式。企业国有产权 转让价格确定原则为：（1)转让企业国有产权的首次挂牌价格不得低于经核准或备案的 资产评估结果。经公开征集没有产生意向受让方的，转让方可以根据标的企业情况确定新 的挂牌价格并重新公告；如拟确定新的挂牌价格低于资产评估结果90%的，应当获得相 关产权转让批准机构书面同意；（2)对经公开征集只产生一个意向受让方而采取协议转 让的，转让价格应按本次挂牌价格确定；（3)企业国有产权转让中涉及的职工安置、社 会保险等有关费用，不得在评估作价之前从拟转让的国有净资产中先行扣除，也不得从转 让价款中进行抵扣；（4)在产权交易市场中公开形成的企业国有产权转让价格，不得以 任何付款方式为条件进行打折、优惠。

(五）转让成交

经公开征集只产生一个受让方或者按照有关规定经国有资产监督管理机构批准的，可以 采取协议转让的方式。采取协议转让方式的，转让方应当与受让方进行充分协商，依法妥善 处理转让中所涉及的相关事项后，草签产权转让合同，并按照企业审议程序进行审议。

根据有关规定，对于国民经济关键行业、领域的结构调整中对受让方有特殊要求的， 或者国家出资企业内部资产重组中确需采取直接协议转让的，经省级以上国有资产监督管理 机构批准后，可以采取协议转让方式转让国有产权。允许协议转让的范围包括：（1)在 国有经济结构调整中，拟直接采取协议方式转让国有产权的，应当符合国家产业政策以及 国有经济布局和结构调整的总体规划。受让方的受让行为不得违反国家经济安全等方面的 限制性或禁止性规定，且在促进企业技术进步、产业升级等方面具有明显优势。标的企业 属于国民经济关键行业、领域的，在协议转让企业部分国有产权后，仍应保持国有绝对控

股地位。（2),在国家出资企业内部的资产重组中，拟直接采取协议方式转让国有产权的， 转让方和受让方应为国家出资企业或其全资、绝对控股企业。国家出资企业协议转让事项 的批准权限，按照转让方的隶属关系，中央企业由国务院国有资产监督管理机构批准，地 方企业由省级国有资产监督管理机构批准。相关批准机构不得自行扩大协议转让范围，不 得下放或分解批准权限。协议转让项目的资产评估报告由该协议转让的批准机构核准或备 案，协议转让项目的转让价格不得低于经核准或备案的资产评估结果。

经公开征集产生两个以上受让方时，转让方应当与产权交易机构协商，根据转让标的 的具体情况采取拍卖或者招投标方式组织实施产权交易。采取拍卖方式转让企业国有产权 的，应当按照《中华人民共和国拍卖法》及有关规定组织实施。采取招投标方式转让企 业国有产权的，应当按照国家有关规定组织实施。

企业国有产权转让成交后，转让方与受让方应当签订产权转让合同，并应当取得产权 交易机构出具的产权交易凭证。企业国有产权转让合同应当包括如下主要内容：（i)转 让与受让双方的名称与住所；（2)转让标的企业国有产权的基本情况；（3)转让标的企 业涉及的职工安置方案；（4)转让标的企业涉及的债权、债务处理方案；（5)转让方式、 转让价格、价款支付时间和方式及付款条件；（6)产权交割事项；（7)转让涉及的有关 税费负担；（8)合同争议的解决方式；（9)合同各方的违约责任；（10)合同变更和解 除的条件；（11)转让和受让双方认为必要的其他条款。

转让企业国有产权导致转让方不再拥有控股地位的，在签订产权转让合同时，转让方 应当与受让方协商提出企业重组方案，包括在同等条件下对转让标的企业职工的优先安置 方案。

(六）支付转让价款

企业国有产权转让的全部价款，受让方应当按照产权转让合同的约定支付。

转让价款原则上应当一次付清。如金额较大、一次付清确有困难的，可以采取分期付 款的方式。采取分期付款方式的，受让方首期付款不得低于总价款的30%，并在合同生 效之日起5个工作日内支付；其余款项应当提供合法的担保，并应当按同斯银行贷款利率 向转让方支付延期付款期间利息，付款期限不得超过1年。

(七）企业国有产权转让中的其他事项

1. 在企业国有产权转让中，涉及受让方为外国的企业和其他经济组织或者个人的 (以下称外商），应当按以下规定办理：（1)向外商转让企业国有产权应在产权交易市场 中公开进行。特殊情况下，确需采取协议方式转让的，应符合有关批准协议转让的相关规 定。（2)转让方在提出受让条件时，应对照《外商投资产业指导目录》及相关规定，对 国家对外商受让标的企业产权有限制性或禁止性规定的，应在产权转让公告中予以提示。

(3)通过产权交易市场确定外商为受让主体的，由转让方按照国家有关管理规定报政府 相关职能部门审核批准。香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的投资者受让企业 国有产权，参照以上规定办理。

2. 转让企业国有产权涉及国有划拨土地使用权转让和由国家出资形成的探矿权、采 矿权转让的，应当按照国家有关规定另行办理相关手续。

3. 转让企业国有产权导致转让方不再拥有控股地位的，应当按照有关政策规定处理 好与职工的劳动关系，解决转让标的企业拖欠职工的工资、欠缴的各项社会保险费以及其

他有关费用，并做好企业职工各项社会保险关系的接续工作。

4. 转让企业国有产权取得的净收益，按照国家有关规定处理。

5. 企业国有产权转让成交后，转让和受让双方应当凭产权交易机构出具的产权交易 凭证，按照国家有关规定及时办理相关产权登记手续。

6. 在企业国有产权转让过程中，转让方、转让标的企业和受让方有下列行为之一的， 国有资产监督管理机构或者企业国有产权转让相关批准机构应当要求转让方终止产权转让 活动，必要时应当依法向人民法院提起诉讼，确认转让彳了为无效：（1)未按规定在产权 交易机构中进行交易的。（2)转让方、转让标的企业不履行相应的内部决策程序、批准 程序或者超越权限、擅自转让企业国有产权的。（3)转让方、转让标的企业故意隐匿应 当纳入评估范围的资产，或者向中介机构提供虚假会计资料，导致审计、评估结果失真， 以及未经审计、评估，造成国有资产流失的。（4)转让方与受让方串通，低价转让国有 产权，造成国有资产流失的。（5)转让方、转让标的企业未按规定妥善安置职工、接续 社会保险关系、处理拖欠职工各项债务以及未补缴欠缴的各项社会保险费，侵害职工合法 权益的。（6)转让方未按规定落实转让标的企业的债权债务，非法转移债权或者逃避债 务清偿责任的；以企业国有产权作为担保的，转让该国有产权时，未经担保权人同意的。

(7)受让方采取欺诈、隐瞒等手段影响转让方的选择以及产权转让合同签订的。（8)受 让方在产权转让竞价、拍卖中，恶意串通压低价格，造成国有资产流失的。对以上行为中 转让方、转让标的企业负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，由国有资产监督管 理机构或者相关企业按照人事管理权限给予警告，情节严重的，给予纪律处分，造成国有 资产损失的，应当负赔偿责任；由于受让方的责任造成国有资产流失的，受让方应当依法 赔偿转让方的经济损失；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、企业国有产权向管理层转让

(一）企业国有产权向管理层转让的概念

企业国有产权向管理层转让，是指企业国有产权向管理层转让或者向管理层直接或间 接出资设立企业转让的行为。这里所称管理层是指转让标的企业及标的企业国有产权直接 或间接持有单位负责人以及领导班子其他成员。

为进一步推进国有企业改革，规范企业国有产权转让，保障国有产权有序流转，2005 年4月11日国务院国有资产监督管理委员会、财政部联合发布了《企业国有产权向管理 层转让暂行规定》。该《规定》规定，国有资产监督管理机构已经建立或政府巳经明确国 有资产保值增值行为主体和责任主体的地区或部门，可以探索中小型国有及国有控股企业 国有产权向管理层转让（法律、法规和部门规章另有规定的除外）。大型国有及国有控股 企业及所属从事该大型企业主营业务的重要全资或控股企业的国有产权和上市公司的国有 股权不向管理层转让。

(二）企业国有产权向管理层转让的要求

1.企业国有产权向管理层转让，应当严格执行企业国有产权转让的有关规定，并应 当符合以下要求：（1)国有产权持有单位应当严格按照国家规定委托中介机构对转让标 的企业进行审计，其中标的企业或者标的企业国有产权持有单位的法定代表人参与受让企 业国有产权的，应当对其进行经济责任审计。（2)国有产权转让方案的制订以及与此相

关的清产核资、财务审计、资产评估、底价确定、中介机构委托等重大事项应当由有管理 职权的国有产权持有单位依照国家有关规定统一组织进行，管理层不得参与。（3)管理 层应当与其他拟受让方平等竞买。企业国有产权向管理层转让必须进入经国有资产监督管 理机构选定的产权交易机构公开进行，并在公开国有产权转让信息时对以下事项详尽披 露：目前管理层持有标的企业的产权情况、拟参与受让国有产权的管理层名单、拟受让比 例、受让国有产权的目的及相关后续计划、是否改变标的企业的主营业务、是否对标的企 业进行重大重组等。产权转让公告中的受让条件不得含有为管理层设定的排他性条款，以 及其他有利于管理层的安排。（4)企业国有产权持有单位不得将职工安置费等有关费用 从净资产中抵扣（国家另有规定除外）；不得以各种名义压低国有产权转让价格。（5)管 理层受让企业国有产权时，应当提供其受让资金来源的相关证明，不得向包括标的企业在 内的国有及国有控股企业融资，不得以这些企业的国有产权或资产为管理层融资提供保 证、抵押、质押、贴现等。

2. 管理层存在下列情形的，不得受让标的企业的国有产权：（1)经审计认定对企业 经营业绩下降负有直接责任的；（2)故意转移、隐匿资产，或者在转让过程中通过关联 交易影响标的企业净资产的；（3)向中介机构提供虚假资料，导致审计、评估结果失真， 或者与有关方面串通，压低资产评估结果以及国有产权转让价格的；（4)违反有关规定， 参与国有产权转让方案的制订以及与此相关的清产核资、财务审计、资产评估、底价确 定、中介机构委托等重大事项的；（5)无法提供受让资金来源相关证明的。

3. 企业国有产权向管理层转让，有关工作程序、报送材料等按照企业国有产权转让 的有关规定执行。企业国有产权向管理层转让后仍保留有国有产权的，参与受让企业国有 产权的管理层不得作为改制后企业的国有股股东代表。相关国有产权持有单位应当按照国 家有关规定，选派合格人员担任国有股股东代表，依法履行股东权利。管理层不得采取信 托或委托等方式间接受让企业国有产权。企业国有产权向管理层转让后涉及该企业所持上 市公司国有股性质变更的，按照国家有关规定办理。

四、企业国有产权无偿划转

' : ；' ■ ' ： ■ ... ■■ ■ ： ■

(一）企业国有产权无偿划转的概念和原则

1. 企业国有产权无偿划转的概念

企业国有产权无偿划转，是指企业国有产权在政府机构、事业单位、国有独资企业、 国有独资公司之间的无偿转移行为。为了规范企业国有产权无偿划转行为，保障企业国有 产权有序流动，防止国有资产流失，2005年8月29日国务院国有资产监督管理委员会发 布了《企业国有产权无偿划转管理暂行办法》，对企业国有产权无偿划转作出了具体的 规范。

2. 企业国有产权无偿划转的原则

根据有关规定，企业国有产权无偿划转应当遵循以下原则：（1)符合国家有关法律 法规和产业政策的规定；（2)符合国有经济布局和结构调整的需要；（3)有利于优化产 业结构和提高企业核心竞争力；（4)划转双方协商一致。

(二）企业国有产权无偿划转的程序

1.做好可行性研究。企业国有产权无偿划转应当做好可行性研究。无偿划转可行性

论证报告一般应当载明下列内容：（1)被划转企业所处行业情况及国家有关法律法规、 产业政策规定；（2)被划转企业主业情况及与划人、划出方企业主业和发展规划的关系；

(3)被划转企业的财务状况及或有负债情况；（4)被划转企业的人员情况；（5)划入方 对被划转企业的重组方案，包括投人计划、资金来源、效益预测及风险对策等；（6)其 他需说明的情况。 '

2. 划转双方审议。划转双方应当在可行性研究的基础上，按照内部决策程序进行审 议，并形成书面决议。划入方（划出方）为福有独资企业的，应当由总经理办公会议审 议；已设立董事会的，由董事会审议。划人方（划出方）为国有独资公司的，应当由董 事会审议；尚未设立董事会的，由总经理办公会议审议。所涉及的职工分流安置事项，应 当经被划转企业职工代表大会审议通过。划出方应当就无偿划转事项通知本企业（单位） 债权人，并制订相应的债务处置方案。

3. 审计或者清产核资。划转双方应当组织被划转企业按照有关规萣开展审计或清产 核资，以中介机构出具的审计报告或经划出方国有资产监督管理机构批准的清产核资结果 作为企业国有产权无偿划转的依据。

4. 签订划转协议。划转双方协商一致后，应当签订企业国有产权无偿划转协议。划 转协议应当包括下列主要内容：（1)划入划出双方的名称与住所；（2)被划转企业的基 本情况；（3)被划转企业国有产权数额及划转基准日；（4)被划转企业涉及的职工分流 安置方案；（5)被划转企业涉及的债权、债务（包括拖欠职工债务）以及或有负债的处 理方案；（6)划转双方的违约责任；（7)纠纷的解决方式；（8)协议生效条件；（9)划 转双方认为必要的其他条款。无偿划转事项按照规定程序批准后，划转协议生效。划转协 议生效以前，划转双方不得履行或者部分履行。

5. 办理产权登记手续。划转双方应当依据相关批复文件及划转协议，进行账务调整， 按规定办理产权登记等手续。.

(三）企业国有产权无偿划转的批准

1. 确定批准机构。企业国有产权在同一国有资产监督管理机构所出资企业之间无偿 划转的，由所出资企业共同报国有资产监督管理机构批准。企业国有产权在不同国有资产 监督管理机构所出资企业之间无偿划转的，依据划转双方的产权归属关系，由所出资企业 分别报同级国有资产监督管理机构批准。实施政企分开的企业，其国有产权无偿划转所出 资企业或其子企业持有的，由同级国有资产监督管理机构和主管部门分别批准。下级政府 国有资产监督管理机构所出资企业国有产权无偿划转上级政府国有资产监督管理机构所出 资企业或其子企业持有的，由下级政府和上级政府国有资产监督管理机构分别批准。企业 国有产权在所出资企业内部无偿划转的，由所出资企业批准并抄报同级国有资产监督管理 机构。

2. 批准机构审查。批准机构批准企业国有产权无偿划转事项，应当审查下列书面材 料：（1)无偿划转的申请文件；（2)总经理办公会议或董事会有关无偿划转的决议；

(3)划转双方及被划转企业的产权登记证；（4)无偿划转的可行性论证报告；（5)划转 双方签订的无偿划转协议；（6)中介机构出具的被划转企业划转基准日的审计报告或同 级国有资产监督管理机构清产核资结果批复文件；（7)划出方债务处置方案；（8)被划 转企业职工代表大会通过的职工分流安置方案；（9)其他有关文件。

企业国有产权无偿划转事项经批准后，划出方和划入方调整产权划转比例或者划转协 议有重大变化的，应当按照规定程序重新报批。 '

有下列情况之一的，不得实施无偿划转：（1)被划转企业主业不符合划入方主业及 发展规划的；（2)中介机构对被划转企业划转基准日的财务报告出具否定意见、无法表 示意见或保留意见的审计报告的；（3)无偿划转涉及的职工分流安置事项未经被划转企 业的职工代表大会审议通过的；（4)被划转企业或有负债未有妥善解决方案的；（5)划 出方债务未有妥善处置方案的。

3.由政府决定的无偿划转事项。根据规定，下列国有产权无偿划转事项，依据中介 机构出具的被划转企业上一年度（或最近一次）的审计报告或经国有资产监督管理机构 批准的清产核资结果，直接进行账务调整，并按规定办理产权登记等手续：（1)由政 府决定的所出资企业国有产权无偿划转本级国有资产监督管理机构其他所出资企业的；

(2)由上级政府决定的所出资企业国有产权在上、下级政府国有资产监督管理机构之间 的无偿划转；（3)由划人、划出方政府决定的所出资企业国有产权在互不隶属的政府的 国有资产监督管理机构之间的无偿划转；（4)由政府决定的实施政企分开的企业，其国 有产权无偿划转国有资产监督管理机构持有的；（5)其他由政府或国有资产监督管理机 构根据国有经济布局、结构调整和重组需要决定的无偿划转事项：

五、国有股东转让所持上市公司股份

在股权分置改革后，持有上市公司股份的国有及国有控股企业、有关机构、部门、事 业单位等（以下简称国有股东）可以采用一定的方式转让所持上市公司股份。根据2007 年6月30日国务院国有资产监督管理委员会、中国证券监督管理委员会发布的《国有股 东转让所持上市公司股份管理暂行办法》的规定，国有股东转让所持上市公司股份可以 通过证券交易系统转让、以协议方式转让、无偿划转或间接转让等方式进行。

(一）证券交易系统转让 -

国有股东通过证券交易系统转让上市公司股份，区别不同情况作如下处理：

1. 国有控股股东通过证券交易系统转让上市公司股份，同时符合以下两个条件的， 由国有控股股东按照内部决策程序决定，并在股份转让完成后7个工作日内报省级或省级 以上国有资产监督管理机构备案：（1)总股本不超过10亿股的上市公司，国有控股股东 在连续3个会计年度内累计净转让股份（累计转让股份扣除累计增持股份后的余额，下 同）的比例未达到上市公司总股本的5% ;总股本超过10亿股的上市公司，国有控股股 东在连续3个会计年度内累计净转让股份的数量未达到5 000万股或累计净转让股份的比 例未达到上市公司总股本的3%。（2)国有控股股东转让股份不涉及上市公司控制权的转 移。多个国有股东属于同一控制人的，其累计净转让股份的数量或比例应合并计算。

国有控股股东转让股份不符合上述规定的两个条件之一的，应将转让方案逐级报国务 院国有资产监督管理机构审核批准后实施。

2. 国有参股股东通过证券交易系统在一个完整会计年度内累计净转让股份比例未达 到上市公司总股本5%的，由国有参股股东按照内部决策程序决定，并在每年1月31曰 前将其上年度转让上市公司股份的情况报省级或省级以上国有资产监督管理机构备案；达 到或超过上市公司总股本5%的，应将转让方案逐级报国务院国有资产监督管理机构审核

批准后实施。

国有股东通过证券交易系统转让上市公司股份需要报国有资产监督管理机构审核批 准的，其报送的材料主要包括：（1)国有股东转让上市公司股份的请示；（2)国有股 东转让上市公司股份的内部决策文件及可行性研究报告；（3)国有股东基本情况及上一 年度经审计的财务会计报告；（4)上市公司基本情况及最近一期的年度报告和中期报告；

(5)国有资产监督管理机构认为必要的其他文件。

(二）协议转让

协议转让，是指国有股东不通过证券交易系统转让所持上市公司股份，而是通过协议 的方式进行。国有股东协议转让上市公司股份的，应当遵守下列规定：

1. 国有股东拟协议转让上市公司股份的，在内部决策后，应当及时按照规定程序逐 级书面报告省级或省级以上国有资产监督管理机构，并应当同时将拟协议转让股份的信息 书面告知上市公司，由上市公司依法公开披露该信息，向社会公众进行提示性公告。公开 披露文件中应当注明，本次股份拟协议转让事项须经相关国有资产监督管理机构同意后才 能组织实施。上述所称国有股东报告省级或省级以上国有资产监督管理机构拟协议转让上 市公司股份事项的材料主要包括：（1)国有股东拟协议转让上市公司股份的内部决策文 件及可行性研究报告；（2)拟公开发布的股份协议转让信息内容；（3)国有资产监督管 理机构认为必要的其他文件。

2. 省级或省级以上国有资产监督管理机构收到国有股东拟协议转让上市公司股份的 书面报告后，应在10个工作日内出具意见。

3. 国有股东获得国有资产监督管理机构对拟协议转让上市公司股份事项的意见后， 应当书面告知上市公司，由上市公司依法公开披露国有股东所持上市公司股份拟协议转 让信息。国有股东所持上市公司股份拟协议转让信息包括但不限于以下内容：（1)拟转 让股份数量及所涉及的上市公司名称及基本情况；（2)拟受让方应当具备的资格条件；

(3)拟受让方递交受让申请的截止日期。

存在下列特殊情形的，经省级或省级以上国有资产监督管理机构批准后，国有股东可 不披露拟协议转让股份的信息直接签订转让协议：（1)上市公司连续2年亏损并存在退 市风险或严重财务危机，受让方提出重大资产重组计划及具体时间表的；（2)国民经济 关键行业、领域中对受让方有特殊要求的；（3)国有及国有控股企业为实施国有资源整 合或资产重组，在其内部进行协议转让的；（4)上市公司回购股份涉及国有股东所持股 份的；（5)国有股东因接受要约收购方式转让其所持上市公司股份的；（6)国有股东因 解散、破产、被依法责令关闭等原因转让其所持上市公司股份的。

4. 国有股东收到拟受让方提交的受让申请及受让方案后，应当对受让方案进行充分 的研究论证，并在综合考虑各种因素的基础上择优选取受让方。受让国有股东所持上市公 司股份后拥有上市公司实际控制权的，受让方应为法人，且应当具备以下条件：（1)受 让方或其实际控制人设立3年以上，最近2年连续盈利且无重大违法违规行为；（2)具 有明晰的经营发展战略；（3)具有促进上市公司持续发展和改善上市公司法人治理结构 的能力。

5. 国有控股股东拟采取协议转让方式转让股份并不再拥有上市公司控股权的，应当 聘请在境内注册的专业机构担任财务顾问，财务顾问应当具有良好的信誉及近3年内无重

第十章企业国有资产法律制度 \E1T■怨&■ 421

大违法违规记录。

6. 国有股东协议转让上市公司股份的价格应当以上市公司股份转让信息公告日（经 批准不须公开股份转让信息的，以股份转让协议签署日为准，下同）前30个交易日的每 日加权平均价格算术平均值为基础确定；确需折价的，其最低价格不得低于该算术平均值 的 90%。

存在下列特殊情形的，国有股东协议转让上市公司股份的价格按以下原则分别确定：

(1) 国有股东为实施资源整合或重组上市公司，并在其所持上市公司股份转让完成后全 部回购上市公司主业资产的，股份转让价格由国有股东根据中介机构出具的该上市公司股 票价格的合理估值结果确定。（2)国有及国有控股企业为实施国有资源整合或资产重组， 在其内部进行协议转让且其拥有的上市公司权益和上市公司中的国有权益并不因此减少 的，股份转让价格应当根据上市公司股票的每股净资产值、净资产收益率、合理的市盈率 等因素合理确定。

7. 国有股东选择受让方后，应当及时与受让方签订转让协议。转让协议应当包括 但不限于以下内容：（1)转让方、上市公司、拟受让方企业名称、法定代表人及住所；

(2) 转让方持股数量、拟转让股份数量及价格；（3)转让方、受让方的权利和义务；

(4)股份转让价款支付方式及期限；（5)股份登记过户的条件；（6)协议变更和解除条 件；(7)协议争议的解决方式；(8)协议各方的违约责任;(9)协议生效条件。

8. 国有股东与拟受让方签订股份转让协议后，应及时履行信息披露等相关义务，同 时应按规定程序报国务院国有资产监督管理机构审核批准。决定或批准国有股东协议转让 上市公司股份，应当审查下列书面材料：（1)国有股东协议转让上市公司股份的请示及 可行性研究报告；（2)国有股东公开征集的受让方案及关于选择拟受让方的有关论证情 况；（3)国有股东上一年度经审计的财务会计报告；（4)拟受让方基本情况、公司章程 及最近一期经审计的财务会计报告；（5)上市公司基本情况、最近一期的年度报告及中 期报告；（6)股?转让协议及股份转让价格的定价说明；(7)拟受让方与国有股东、上 市公司之间在最\_ 12个月内股权转让、资产置换、投资等重大情况及债权债务情况；i

(8)律师事务所出具的法律意见书；（9)国有资产监督管理机构认为必要的其他文件。；

9. 国有股东应及时收取上市公司股份转让价款。拟受让方以现金支付股份转让价款 的，国有股东应在取份转让协议签订后5个工作日内收取不低于转让收入30%的保证金，丨 其余价款应在戚粉过户前全部结清。,奔全部转让价款支付完毕或交由转让双方共同认可的 第三方妥善保管前，不得办理转让份的过户登记手续。拟受让方以股票等有价证券支付 股份转让价款的萍照有关规定办#。 丨

(三）无偿&转， ；/

无偿将国有股^所持上市公司股份依法无偿划转给政府机构、事业单位、: 国有独资企业以友\_有独资舍#藝有的行为。国有独资公司作为划入或划出一方的，应当丨 符合《公司法关规定^；

上市公司股份如转双方\_当在可行性研究的基础上，按照内部决策程序进行审议，并 形成无偿划转股份的书面\_文件。国有股东无偿划转所持上市公司股份可能影响其偿债 能力时，上市公司股份划\_方应当就无偿划转事项制定相应的债务处置方案。上市公司股 份无偿划转由划t双方彳安叙fe程序逐级报国务院国有资产监督管理机构审核批准。

(四）间接转让

间接转让，是指国有股东因产权转让或增资扩股等原因导致其经济性质或实际控制人 发生变化的行为。国有股东间接转让股份应当遵守下列规定：

1. 国有股东所持上市公司股份间接转让应当充分考虑对上市公司的影响，并按照有 关国有股东协议转让上市公司股份价格的确定原则合理确定其所持上市公司股份价格，上 市公司股份价格确定的基准日应与国有股东资产评估的基准日一致。国有股东资产评估的 基准日与国有股东产权持有单位对该国有股东产权变动决议的日期相差不得超过1个月。

2. 上市公司国有控股股东所持上市公司股份发生间接转让的，应当聘请在境内注册 的专业机构担任财务顾问，并对国有产权拟受让方或国有股东引进的战略投资者进行尽职 调查，并出具尽职调查报告。

3. 国有股东所持上市公司股份间接转让的，国有股东应在产权转让或增资扩股方案 实施前（其中，国有股东国有产权转让的，应在办理产权转让鉴证前；国有股东增资扩 股的，应在公司工商登记前），由国有股东逐级报国务院国有资产监督管理机构审核 批准。

决定或批准国有股东所持上市公司股份间接转让，应当审查下列书面材料：（1)国 有股东间接转让所持上市公司股份的请示；（2)国有股东的产权转让或增资扩股批准文 件、资产评估结果核准文件及可行性研究报告；（3)经批准的国有股东产权转让或增资 扩股方案；（4)国有股东国有产权进场交易的有关文件或通过产权交易市场、媒体或网 络公开国有股东增资扩股的信息情况及战略投资者的选择依据；（5)国有股东的国有产 权转让协议或增资扩股协议；（6)国有股东资产作价金额，包括国有股东所持上市公司 股份的作价说明；（7)上市公司基本情况、最近一期的年度报告及中期报告；（8)国有 产权拟受让方或战略投资者最近一期经审计的财务会计报告；（9)财务顾问出具的财务 顾问报告（适用于国有控股股东国有产权变动的）；(10)律师事务所出具的法律意见书；

(11)国有资产监督管理机构认为必要的其他文件。

第五节企业境外国有资产管理制度

一、企业境外国有资产的概念和管理体制

(一）企业境外国有资产的概念

企业境外国有资产是指中央企业及其各级独资、控股子企业，(本节以下简称各级子 企业）在境外以各种形式出资所形成的国有权益。

中央企业是指国务院国有资产监督管理委员会（以下简称国资委）履行出资人职责 的企业。境外企业，是指中央企业及其各级子企业在我国境外以及香港特别行政区、澳门 特别行政区和台湾地区依据当地法律出资设立的独资及控股企业。 —

为了加强中央企业境外国有资产管理，规范境外企业经营行为，维护境外国有资产权 益，防止国有资产流失，国资委于2011年6月14日发布了《中央企业境外国有资产监督

管理暂行办法》和《中央企业境外国有产权管理暂行办法》、2012年3月18日发布了 《中央企业境外投资监督管理暂行办法》，对企业境外国有资产管理作出了规范。

(二）企业境外国有资产管理体制

1. 国资委依法对中央企业境外国有资产履行下列监督管理职责：（1)制定中央企业境 外国有资产监督管理制度，并负责组织实施和监督检查；（2)组织开展中央企业境外国有 资产产权登记、资产统计、清产核资、资产评估和绩效评价等基础管理工作；（3)督 促、指导中央企业建立健全境外国有资产经营责任体系，落实国有资产保值增值责任；

(4)依法监督管理中央企业境外投资、境外国有资产经营管理重大事项，组织协调处理 境外企业重大突发事件；（5)组织开展境外企业重大资产损失责任追究工作等。国资委 应当将境外企业纳入中央企业业绩考核和绩效评价范围，定期组织开展境外企业抽查审 计，综合评判中央企业经营成果。

2. 中央企业依法对所属境外企业国有资产履行下列监督管理职责：（1)依法审核决 定境外企业重大事项，组织开展境外企业国有资产基础管理工作；（2)建立健全境外企 业监管的规章制度及内部控制和风险防范机制；（3)建立健全境外国有资产经营责任体 系，对境外企业经营行为进行评价和监督，落实国有资产保值增值责任；（4)负责或者 配合国资委开展所属境外企业重大资产损失责任追究工作；（5)协调处理所属境外企业 突发事件等。中央企业应当定期对境外企业经营管理、内部控制、会计信息以及国有资产 运营等情况进行监督检查，建立境外企业生产经营和财务状况信息报告制度，按照规定向 国资委报告有关境外企业财产状况、生产经营状况和境外国有资产总量、结构、变动、收 益等情况。

3. 中央企业及其各级子企业依法对境外企业享有资产收益、参与重大决策和选择管 理者等出资人权利，依法制定或者参与制定其出资的境外企业章程。中央企业及其各级子 企业应当依法参与其出资的境外参股、联营、合作企业重大事项管理。

二、境外出资管理

中央企业应当建立健全境外出资管理制度，对境外出资实行集中;t理，统一规划。境 外出资应当遵守法律、行政法规、国有资产监督管理有关规定和所在国（地区）法律， 符合国民经济和社会发展规划及产业政策，符合国有经济布局和结构调整方向，符合中央 企业发展战略和规划。中央企业及其重要子企业收购、兼并境外上市公司以及重大境外出 资行为应当依照法定程序报国资委备案或者核准。

境外出资应当进行可行性研究和尽职调查，评估企业财务承受能力和经营管理能力， 防范经营、管理、资金、法律等风险。境外出资原则上不得设立承担无限责任的经营实 体。以非货币资产向境外出资的，应当依法进行资产评估并按照有关规定备案或者核准。 境外出资形成的产权应当由中央企业或者其各级子企业持有。根据境外相关法律规定须以 个人名义持有的，应当统一由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出资、 代持等保全国有资产的法律手续，并以书面形式报告国资委。

中央企业应当将境外企业纳入本企业全面预算管理体系，明确境外企业年度预算目 标，加强对境外企业重大经营事项的预算控制，及时掌握境外企业预算执行情况。中央企 业应当将境外资金纳人本企业统一的资金管理体系，明确界定境外资金调度与使用的权限

与责任，加强日常监控。具备条件的中央企业应当对境外资金实施集中管理和调度。中央 企业应当建立境外大额资金调度管控制度，对境外临时资金集中账户的资金运作实施严格 审批和监督检查，定期向国资委报告境外大额资金的管理和运作情况。中央企业应当加强 境外金融衍生业务的统一管理，明确决策程序、授权权限和操作流程，规定年度交易量、 交易权限和交易流程等重要事项，并按照相关规定报国资委备案或者核准。从事境外期 货、期权、远期、掉期等金融衍生业务应当严守套期保值原则，完善风险管理规定，禁止 投机行为。

三、境外投资管理

境外投资，是指中央企业及其各级独资、控股子企业（以下简称各级子企业）在我 国境外以及香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区的固定资产投资、股权投资等投 资行为。

中央企业应当根据企业国际化经营战略需要制定境外投资规划，建立健全企业境外投 资管理制度，提高决策质量和风险防范水平，组织开展定期审计，加强对各级子企业境外 投资活动的监督和指导。中央企业各级子企业应当依法建立健全境外投资管理制度，严格 遵守中央企业境外投资管理规定，加强境外投资决策和实施的管理。中央企业境外投资管 理制度应当报国资委备案。

境外投资应当遵循以下原则：（1)符合国民经济和社会发展规划和境外投资产业政 策；（2)符合国有经济布局和结构调整方向；（3)符合企业发展战略和国际化经营战略, 突出主业，有利于提高企业的国际竞争力；（4)投资规模与企业资产经营规模、资产负 债水平、实际筹资能力和财务承受能力相适应；（5)遵守投资所在国（地区）法律和政 策，尊重当地习俗。

中央企业应当根据境外投资规划编制年度境外投资计划，并按照有关要求报送国资 委。年度境外投资计划应当包括下列主要内容：（1)境外投资总规模、资金来源与构成；

(2)重点投资项目基本情况（包括项目背景、项目内容、股权结构、拱资地点、投资额、 融资方案、实施年限、风险分析及投资效益等）。其中，重点投资项目是指中央企业按照 内部境外投资管理制度规定，由其最高投资决策机构研究决定的中央企业及其各级子企业 投资的项目。列入中央企业年度境外投资计划的主业重点投资项目，国资委实行备案。未 列人中央企业年度境外投资计划，需要追加的主业重点投资项目，中央企业应在履行企业 内部投资决策程序后报送国资委备案。

中央企业原则上不得在境外从事非主业投资。有特殊原因确需投资的，应当经国资委核 准。中央企业应向国资委报送下列核准材料：（1)申请核准非主业投资的请示；（2)中 央企业对非主业投资项目的有关决策文件；（3)非主业投资项目可行性研究报告、尽职 调查等相关文件；（4)非主业投资项目风险评估、风险控制和风险防范报告；（5)其他 必要材料。国资委依据相关法律、法规和国有资产监管规定予以审核，在20个工作日内 出具书面意见。

在重点投资项目实施过程中，出现项目内容发生实质改变、投资额重大调整和投资对 象股权结构重大变化等重要情况时，中央企业应当及时报告国资委。根据国家境外投资管 理有关规定，需要由国务院或国务院有关部门决定、批（核）准的境外投资项目，中央

企业应当将有关报批文件同时抄送国资委。

四、境外产权管理

境外国有产权是指中央企业及其各级子企业以各种形式对境外企业出资所形成的权 益。中央企业是其境外国有产权管理的责任主体，应当依照我国法律、行政法规建立健全 境外国有产权管理制度，同时遵守境外注册地和上市地的相关法律规定，规范境外国有产 权管理行为。中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业所持有的境内国有产权的 管理，比照国资委境内国有产权管理的相关规定执行。

境外国有产权应当由中央企业或者其各级子企业持有。境外企业注册地相关法律规定 须以个人名义持有的，应当统一由中央企业依据有关规定决定或者批准，依法办理委托出 资等保全国有产权的法律手续，并以书面形式报告国资委。

中央企业及其各级子企业发生以下事项时，应当由中央企业统一向国资委申办产权登 记：（1)以投资、分立、合并等方式新设境外企业，或者以收购、投资入股等方式首次 取得境外企业产权的；（2)境外企业名称、注册地、注册资本、主营业务范围等企业基 本信息发生改变，或者因企业出资人、出资额、出资比例等变化导致境外企业产权状况发 生改变的；（3)境外企业解散、破产，或者因产权转让、减资等原因不再保留国有产权 的；（4)其他需要办理产权登记的情形。

中央企业及其各级子企业以其拥有的境内国有产权向境外企业注资或者转让，或者以 其拥有的境外国有产权向境内企业注资或者转让，应当依照企业国有资产评估管理的有关 规定，聘请具有相应资质的境内评估机构对标的物进行评估，并办理评估备案或者核准。 中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在境外发生转让或者受让产权、以非货 币资产出资、非上市公司国有股东股权比例变动、合并分立、解散清算等经济行为时，应 当聘请具有相应资质、专业经验和良好信誉的专业机构对标的物进行评估或者估值，评估 项目或者估值情况应当由中央企业备案；涉及中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控 股、绝对控股转为相对控股或者失去控股地位等经济行为的，评估项目或者估值情况应当 报国资委备案或者核准。中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在进行与评估 或者估值相应的经济行为时，其交易对价应当以经备案的评估或者估值结果为基准。

境外国有产权转让等涉及国有产权变动的事项，由中央企业决定或者批准，并按国家 有关法律和法规办理相关手续。其中，中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝 对控股转为相对控股或者失去控股地位的，应当报国资委审核同意。中央企业及其各级子 企业转让境外国有产权，要多方比选意向受让方。具备条件的，应当公开征集意向受让方 并竞价转让，或者进入中央企业国有产权转让交易试点机构挂牌交易。中央企业在本企业 内部实施资产重组，转让方为中央企业及其直接或者间接全资拥有的境外企业，受让方为 中央企业及其直接或者间接全资拥有的境内外企业的，转让价格可以以评估或者审计确认 的净资产值为底价确定。境外国有产权转让价款应当按照产权转让合同约定支付，原则上 应当一次付清。确需采取分期付款的，受让方须提供合法的担保。

中央企业及其各级子企业独资或者控股的境外企业在境外首次公开发行股票，或者中 央企业及其各级子企业所持有的境外注册并上市公司的股份发生变动的，由中央企业按照 证券监管法律、法规决定或者批准，并将有关情况以书面形式报告国资委。境外注册并上

市公司属于中央企业重要子企业的，上述事项应当由中央企业按照《国有股东转让所持 上市公司股份管理暂行办法》等相关规定报国资委审核同意或者备案。

五、境外企业管理

中央企业是所属境外企业监督管理的责任主体。境外企业应当定期向中央企业报告境 外国有资产总量、结构、变动、收益等汇总分析情况。

境外企业应当建立完善法人治理结构，健全资产分类管理制度和内部控制机制，定期 开展资产清查，加强风险管理，对其运营管理的国有资产承担保值增值责任。境外企业应 当依据有关规定建立健全境外国有产权管理制度，明确负责机构和工作责任，切实加强境 外国有产权管理。

境外企业应当加强投资管理，严格按照中央企业内部管理制度办理相关手续。境外企 业应当加强预算管理，严格执行经股东（大）会、董事会或章程规定的相关权力机构审 议通过的年度预算方案，加强成本费用管理，严格控制预算外支出。境外企f应当建立健 全法律风险防范机制，严格执行重大决策、合同的审核与管理程序。境外企业应当遵循中 央企业确定的融资权限。非金融类境外企业不得为其所属中央企业系统之外的企业或个人 进行任何形式的融资、拆借资金或者提供担保。境外企业应当加强资金管理，明确资金使 用管理权限，严格执行企业主要负责人与财务负责人联签制度，大额资金支出和调度应当 符合中央企业规定的审批程序和权限。境外企业应当选择信誉良好并具有相应资质的银行 作为开户行，不得以个人名义开设账户，但所在国（地区）法律另有规定的除外。境外 企业账户不得转借个人或者其他机构使用。

境外企业应当按照法律、行政法规以及国有资产监督管理有关规定和企业章程，在符 合所在国（地区）法律规定的条件下，及时、足额向出资人分配利润。境外企业应当建 立和完善会计核算制度，会计账簿及财务报告应当真实、完整、及时地反映企业经营成 果、财务状况和资金收支情况。境外企业应当通过法定程序聘请具有资质的外部审计机构 对年度财务报告进行审计。暂不具备条件的，由中央企业内部审计机构进行审计。

六、境外企业重大事项管理

中央企业应当依法建立健全境外企业重大事项管理制度和报告制度，加强对境外企业 重大事项的管理。中央企业应当明确境外出资企业股东代表的选任条件、职责权限、报告 程序和考核奖惩办法，委派股东代表参加境外企业的股东（大）会会议。股东代表应当 按照委派企业的指示提出议案、发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及 时报告委派企业。

境外企业有下列重大事项之一的，应当按照法定程序报中央企业核准：（1)增加或 者减少注册资本，合并、分立、解散、清算、申请破产或者变更企业组织形式；（2)年 度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案；（3)发行公司债券或者股 票等融资活动；（4)收购、股权投资、理财业务以及开展金融衍生业务；（5)对外担保、 对外捐赠事项；（6)重要资产处置、产权转让；（7)开立、变更、撤并银行账户；（8)企 业章程规定的其他事项。

境外企业转让国有资产，导致中央企业重要子企业由国有独资转为绝对控股、绝对控

股转为相对控股或者失去控股地位的，应当按照有关规定报国资委审核同意。

境外企业发生以下有重大影响的突发事件，应当立即报告中央企业；影响特别重大 的，应当通过中央企业在24小时内向国资委报告：（1)银行账户或者境外款项被冻结；

(2)开户银行或者存款所在的金融机构破产；（3)重大资产损失；（4)发生战争、重大 自然灾害，重大群体性事件，以及危及人身或者财产安全的重大突发事件；（5)受到所 在国（地区）监管部门处罚产生重大不良影响；（6)其他有重大影响的事件。

第六节金融企业国有资产管理制度

—、金融企业国有资产的概念

金融企业，是指在中华人民共和国境内依法设立的国有及国有控股金融企业、金融控 股公司、担保公司，以及城市商业银行、农村商业银行、农村合作银行、信用社等。

金融企业国有资产，是指各级人民政府及其授权投资主体对金融企业各种形式的出资 所形成的权益。

财政部门是金融企业国有资产的监督管理部门。财政部负责金融机构国有资产的基础 管理工作，组织实施金融机构国有资产的清产核资、资本金权属界定和登记、统计、分 析、评估，负责金融机构国有资产转让、划转处置管理，监交国有资产收益。

为了加强对金融企业国有资产的监督管理，规范金融企业国有资产评估、产权登记、 转让行为，维护国有资产所有者合法权益，财政部先后发布了《金融企业国有资产评估 监督管理暂行办法》、《金融类企业国有资产产权登记管理暂行办法》和《金融企业国有 资产转让管理办法》等，这些法律制度对金融企业国有资产管理作出了具体的规范。

二、金融企业国有资产评估管理

. ■■ …

,

(一')\_.评估事项

1.应当进行评估的情形。金融企业有下列情形之一的，应当委托资产评估机构进行 资产评估：（1)整体或者部分改制为有限责任公司或者股份有限公司的；（2)以非货币 性资产对外投资的；（3)合并、分立、清算的；（4)非上市金融企业国有股东股权比例 变动的；（5)产权转让的；（6)资产转让、置换、拍卖的；（7)债权转股权的；（8)债 务重组的；（9)接受非货币性资产抵押或者质押的；（10)处置不良资产的；（11)以非 货币性资产抵债或者接受抵债的；（I2)收购非国有单位资产的；（I3)接受非国有单位 以非货币性资产出资的；（14)确定涉讼资产价值的；（15)法律、行政法规规定的应当 进行评估的其他情形。 ， ‘

根据有关规定，金融企业出现上述经济行为时，应按下列要求确定评估范围：U)整 体或者部分改制为有限责任公司或者股份有限公司，合并、分立、清算，或产权转让的， 应对企业进行整体资产评估；（2)对子公司增资扩股时，因吸收新股东入股或企业原股 东未按照原有出资比例追加投资等，造成原国有股东股权比例发生变化的，需要对子公

司进行整体资产评估。以非货币性资产增资或出资的，还应对非货币性资产进行评估；

(3) 接受非国有单位以非货币性资产出资的，应对接受非国有资产的企业进行整体资产 评估，还应对非货币性资产进行评估；（4)以债权转股权方式进行债务重组的，应对拟 转股的企业进行整体资产评估；（5)收购非国有单位股权的，应对被收购企业进行整体 资产评估。以非货币性资产收购的，还应对非货币性资产进行评估；（6)以非货币性资 产对外进行长期股权投资，接受非货币性资产抵押或质押，以及以非货币性资产抵债或者 接受抵债的，应对非货币性资产进行评估；（7)收购非国有单位非股权类资产，处置不 良资产，确定涉讼资产价值，或进行资产转让、置换和拍卖的，应对所涉及的资产进行 评估。

2- 可以不举行评估的情形。金融企业有下列情形之一的，对相关的资产可以不进行 资产评估：（1)县级以上人民政府或者其授权部门批准其所属企业或者企业的部分资产 实施无偿划转的；（2)国有独资企业与其下属的独资企业之间，或者其下属独资企业之 间的合并，以及资产或者产权置换、转让和无偿划转的；（3)发生多次同类型的经济 行为时，同一资产在评估报告使用有效期内，并且资产、市场状况未发生重大变化的；

(4) 上市公司可流通的股权转让。

根据有关规定，中央直接管理的金融企业与其下属的独资企业之间，或者其下属独资 企业之间的合并，以及资产或者产权置换、转让和无偿划转的，未造成国有股权比例发生 变动的，对相关的资产可以不进行评估。

3- 评估项目的委托。需要资产评估时，应当按照下列情况进行委托：（1)经济行为 涉及的评估对象属于金融企业法人财产权的，或者金融企业接受非国有资产的，资产评估 由金融企业委托；（2)经济行为涉及的评估对象属于金融企业出资人权利的，资产评估 由金融企业出资人或者其上级单位委托。金融企业有关经济行为的资产评估报告，自评估 基准日起1年内有效。

根据有关规定，金融企业出现整体或者部分改制为有限责任公司或者股份有限公司， 合并、分立、清算，非上市金融企业国有股东股权比例发生变动，产权转让，债务重组， 接受非国有单位以非货币性资产出资等经济行为时，涉及的评估对象属于金融企业出资人 权利的，应由国有出资人直接委托，或书面授权金融企业作为评估委托方。金融企业出现 以非货币性资产对外出资，资产转让、置换、拍卖，债权转股权，接受非货币性资产抵押 或质押，处置不良资产，以非货币资产抵债或接受抵债，收购非国有单位资产，确定诉讼 资产价值等经济行为时，涉及的评估对象属于金融企业法人财产权或者金融企业接受非国 有资产的，资产评估应由金融企业委托。

(二）核准和备案

金融企业资产评估项目实行核准制和备案制。

1.核准。金融企业下列经济行为涉及资产评估的，资产评估项目实行核准：（1)经 批准进行改组改制、拟在境内或者境外上市、以非货币性资产与外商合资经营或者合作经 营的经济行为；（2)经县级以上人民政府批准的其他涉及国有资产产权变动的经济行为。 中央金融企业资产评估项目报财政部核准。地方金融企业资产评估项目报本级财政部门 核准。

需要核准的资产评估项目，金融企业应当在资产评估前向财政部门报告下列情况：

(1) 相关经济行为的批准情况；（2)评估基准日的选择情况；（3)资产评估范围的确定 情况；（4)资产评估机构的选择情况；（5)资产评估的进度安排情况。

对资产评估机构出具的评估报告，金融企业应当逐级上报审核，自评估基准日起8个 月内向财政部门提出资产评估项目核准申请。金融企业申请资产评估项目核准时，应当向 财政部门报送下列材料：（1)资产评估项目核准申请文件；（2)金融企业资产评估项目 核准表；（3)与资产评估目的相对应的经济行为批准文件及实施方案；（4)资产评估报 告及电子文档；（5)按照规定应当进行审计的审计报告。其中，核准申请应报送的经济 行为批准文件，为各级人民政府批准金融企业进行改组改制、拟在境内（外）上市、以 非货币性资产与外商合资合作或其他涉及国有资产产权比例变动经济行为事项时的审批文 件，或财政部门依照本级人民政府审批文件出具的、同意金融企业开展相应资产评估事项 的批准文件。中央直接管理的金融企业需报送的经济行为批准文件，为国务院批准同意的 重组改制等相关经济行为审批文件，或财政部根据国务院审批文件出具的、同意其开展相 应资产评估事项的批准文件。

财政部门受理申请后，应当对申请材料进行审查，并应当在受理申请后的20个工作 日内作出是否予以核准的书面决定。作出不予核准的书面决定的，应当说明理由。

2. 备案。除上述第1项规定的经济行为以外的其他经济行为，应当进行资产评估的， 资产评估项目实行备案。中央直接管理的金融企业资产评估项目报财政部备案。中央直接 管理的金融企业子公司、省级分公司或分行、金融资产管理公司办事处账面资产总额大于 或者等于5 000万元人民币的资产评估项目，由中央直接管理的金融企业审核后报财政部 备案。中央直接管理的金融企业子公司、省级分公司或分行、金融资产管理公司办事处账 面资产总额小于5 000万元人民币的资产评估项目，以及下属公司、银行地（市、县）级 支行的资产评估项目，报中央直接管理的金融企业备案。

对资产评估机构出具的评估报告，金融企业应当逐级上报审核，自评估基准日起9个 月内向财政部门（或者金融企业）提出资产评估项目备案申请。金融企业申请资产评估 项目备案时，应当报送下列材料：（1)金融企业资产评估项目备案表；（2)与资产评估 目的相对应的经济行为批准文件；（3)资产评估报告及电子文档；（4)按照规定应当进 行审计的审计报告。其中，备案申请应报送的经济行为批准文件分为：（1)已经设立股 东（大）会、董事会的，根据《公司法》和公司章程的相关规定，经济行为批准文件为 董事会或股东（大）会决议；或按照股东（大）会、董事会对管理层的授权，由管理层 在授权范围内，根据决策议事机制，对经济行为审议同意后形成的文件。对按规定需报财 政部门批准的事项，经济行为批准文件为财政部门的审批文件。（2)尚未设立股东（大） 会、董事会的，根据财务和资产管理制度的有关规定，经济行为批准文件为财政部门的批 复文件；或者按规定的内部决策议事机制，经总经理（行长、总裁、党委）办公会以及 其他内部审核部门审议同意后形成的文件。

财政部门（或者金融企业）收到备案材料后，应当在20个工作日内决定是否办理备 案手续。对材料齐全、符合要求的，应当办理备案手续，并将资产评估项目备案表退资产 占有企业和报送企业留存；对材料不齐全或者不符合要求的，不予办理备案手续，并书面 说明理由。

3. 其他管理事项。（1)涉及多个产权投资主体的，按照金融企业国有股最大股东的

财务隶属关系申请核准或者备案。国有股东持股比例相等的，经协商可以委托其中一方按 照其财务隶属关系申请核准或者备案。申请核准或者备案的金融企业应当及时将核准或者 备案情况告知产权投资主体。（2)财政部门准予资产评估项目核准文件和经财政部门 (或者金融企业）备案的资产评估项目备案表是金融企业办理产权登记、股权设置和产权 转让等相关手续的必备材料。（3)金融企业发生与资产评估相对应的经济行为时，应当 以经核准或者备案的资产评估结果为作价参考依据。当交易价格与资产评估结果相差 10%以上时，应当就差异原因向财政部门（或者金融企业）作出书面说明。

(三）监督检查

财政部门按照统一政策、分级管理的原则，对本级金融企业资产评估工作进行管理。 .省级以上财政部门应当对金融企业资产评估工作进行监督检查，必要时可以对资产评估机 构进行延伸检查，并且应当将监督检查中发现的问题，及时向相关监管部门进行通报。

金融企业应当建立健全金融企业资产评估管理工作制度，完善档案管理，加强统计分 析工作。金融企业不得委托同一中介机构对同一经济行为进行资产评估、审计、会计业务 服务。金融企业有关负责人与中介机构存在可能影响公正执业的利害关系时，应当予以 回避。 .

三、金融企业国有资产产权登记管理

：(一）产权登记范围和管辖

I 1.产权登记范围。在中华人民共和国境内或境外设立的金融类企业，其实收资本包 括国家资本和国有法人资本的，应当办理国有资产产权登记。金融类企业以国有法人资本 形式在中华人民共和国境内或境外设立子公司或依法投资其他金融类和非金融类企业的， 由该金融类企业按规定办理子公司国有资产产权登记工作。金融类企业依法行使债权或担 保物权而受偿于债务人、担保人或第三人的股权资产，不属于产权登记的范围,但要按照. 相关规定做好登记和处置工作。

；.上述所称金融类企业，是指所有获得金融监管机构颁发金融业务许可证的企业，包括 fe不限于商业银行、政策性银行、邮政储蓄银行、金融资产管理公司、证券公司、保险公 Nv信托投资公司、金融租赁公司、期货公司、城市信用社、农村信用社、汽车金融公司 丨以及在巢团公司内部具有独立法人资格的财务公司等金融企业。

\ 2.:产权登记管辖。金融类企业国有资产产权登位和管理机关为同级财政部门。财政 \_负责中央金融企业及其子公司和投资实体的国有#表产权登记管理工作。县级以上地方 \_政部门负责同级地方政府出资的金融类企业及其分支姐构、子公司和拱资实体的国有资 产产权登记管理工作。各级主管财政部门履行以下职责A (1)依法确地傘融类企业国有 产权归属、理顺产权关系，核发产权登记证；（2)统计.、'丨汇总和分桁\_論类业国有资 产占有、使用和变动情况；（3)监督国有及国有控股金\_為企业的出丨资\_为；(4)对金 融类企业产权被司法冻结等产权或有变动事项进行备案；:(5)检查g融类企业国有资产 经营状况；(6)向上级主管财政部门报送国有资产产权登记与产权变i状浼分析报告。

1 各级主管财政部门核发的产权登记证是依法确认金融类企业国有产权归属关系的法律 凭证，也是企业的资信证明文件。金融类企业在进行国有J曼权类资产评估和国有产权转让 时必须出具产权登记证。 .’丨 ；

金融类企业国有资产产权登记的职责划分为：（1)金融类企业的集团公司或控股公 司负责统一申请办理集团公司或控股公司本级及其子公司的产权登记，并逐级对子公司的 产权登记情况进行监督管理。（2)两个及两个以上国有资本出资人共同投资设立的金融 类企业，按国有资本额最大的出资人的产权归属关系确定产权登记的主管财政部门。若国 有资本各出资人出资额相等，按推举的出资人的产权归属关系确定产权登记的主管财政 部门，其余出资人出具产权登记委托书。（3)各级主管财政部门为金融类企业办理产权 登记后，发放产权登记证。

(二）产权登记内容和程序

1.产权占有登记。金融类企业首次申请办理国有资产产权占有登记的，须提交以下 资料：（1)出资人公司股东会（董事会）决议及有关部门批准设立的文件；（2)企业国 有资产产权占有登记申报表；（3)经会计师事务所审核的验资报告，其中??以货币投资 的应当.附银行进账单，以实物、无形资产等非货币资产投资的应当提交资产评估报告的核 准或备案证明；（4)最近一期的年度或季度财务报告；（5)各出资人的企业法人营业执 照副本复印件，其中，国有资本出资人还应当提交产权登记证副本复印件；（6)企业章 程；（7)《企业法人营业执照》副本复印件，新设企业须提交《企业名称预先核准通知 书》；(8)主管财政部门认定须提交的其他文件或资料。

新设金融类企业应当按照上述规定，于办理工商注册登记前30个工作日内向主管财 政部门申办产权占有登记，并在取得企业法人营业执照后30个工作日内申请领取新设企 业产权登记证，同时提交新设企业的《企业运人营业执照》副本复印件。主管财政部门 应及时审核企业申报的相关材料是否符合产权登记的要求，对材料齐备，符合要求的，应 在30个工作日内核准企业国有资产产权占有登记，并及时向企业发放产权登记证。

未办理产权占有登记的企业发生国有资产产权变动时，应当按规定补办产权占有登记 后，再申办变动或注销产权登记。未办理产权占有登记的企业不得进行国有资产产权 转让。 — '

2..产权变动登记。金融类企业发生下列情形之一的，须申办产权变动登记：（1)名 称、住所或法定代表人改变；（2)组织形式、管理级次发生变动；（3)国有资本出资人 发生变动；（4)国有资本额发生增减变动；（5)因其他出资人出资额发生变动，造成国 有资本持股比例发生5%以上（含5%)变化的；（6)主管财政部门认定的其他变动 情形。 '

金融类企业申办产权变动登记属于上述第（1)项情形的，应当于工商行政管理部门 核准变动登记后30个工作日内，向主管财政部门申办产权变动登记，并提交企业名称、 住所或法定代表人依法变更的相关文件和资料。金融类企业申办产权变动登记属于上述第

(2)、（3)、（4)、（5)、(6)项情形的，应当自企业出资人作出决定或者有关部门批准之 日起30个工作日内，向工商行政管理部门申请变更登记前，向主管财政部门申办产权变 动登记。金融类企业应提交下列文件和资料：（1)企业国有资产产权登记证；（2) t业 国有资产产权变动登记申报表；（3)相关部门批准产权变动行为的文件；（4)由出资人 公司股东会（董事会）决议及有关部门批准国有资本额增减变动的文件；（5)企业章程 和《企业法人营业执照》副本复印件；（6)经会计师事务所审计的产权变动时的验资报 告，其中：以货币投资的应当附银行进账单，以实物、无形资产等非货币资产投资的应当

提交资产评估报告的核准文件或备案证明；（7)企业国有资本出资人发生变动的，提交 新加入的出资人的企业法人营业执照副本复印件，其中，国有资本出资人还应当提交产权 登记证复印件；（8)通过产权交易机构转让国有资产产权的，提交产权交易机构出具的 转让国有资产产权的交易凭证；（9)发生变动事项后最近一期的财务报告；（10)主管财 政部门认定须提交的其他有关文件、资料等。

3.产权注销登记。金融类企业发生下列情形之一的，须向主管财政部门申办产权注 销登记：（1)解散、被依法撤销或被依法宣告破产；（2)转让全部国有产权或改制后不 再设置国有股权；（3)由金融类国有企业转变为非金融类国有企业；（4)主管财政部门 认定的其他需要注销国有资产产权的情形。

金融类企业解散的，应当自出资人或上级单位批准之日起30个工作日内，由集团 (或控股）公司或清算机构向主管财政部门申请办理产权注销登记。企业被依法撤消的， 应当自政府有关部门决定之日起30个工作日内，向主管财政部门申请办理产权注销登记。 企业被依法宣告破产的，应当自法院裁定之日起.60个工作日内，向主管财政部门申请办 理产权注销登记。企业转让全部国有资产产权（股权）或改制后不再设置国有股权的， 或由金融类国有企业转变为非金融类国有企业的，应当自企业出资人作出决定或有关部门 批准之日起30个工作日内，向主管财政部门申请办理产权注销登记。 '

金融类企业申办产权注销登记的，应当向主管财政部门提交下列文件和资料：（1)企 业国有资产产权注销登记申报表；（2)出资人公司股东会（董事会）和有关主管部门 的决议及批准文件，或政府有关部门责令关闭的文件，或法院宣告企业破产的裁定书；

(3) 财产清查、清算报告以及国有资产评估报告核准文件或备案证明；（4)国有产权 (股权）有偿转让或整体改制的协议、方案；（5)本企业的产权登记证正、副本和《企业 法人营业执照》副本复印件,；(6)受让企业的《企业法人营业执照》副本；（7)主管财 政部门认定须提交的其他文件或资料。主管财政部门核准企业产权注销登记后，应收回产 权登记证并注销。

(三）产权登记监督管理

1. 监督检查。金融类企业应当于每年5月31日前，完成对上一年度企业本级及其各 级子公司产权登记情况的监督检查工作，并向主管财政部门提交以下资料：（1)上一年 度财务报告；（2)产权登记证副本和《企业法人营业执照》副本；（3)上一年度国有资 产产权变动报告书；（4)主管财政部门认定须提交的其他文件或资料。其中，金融类企 业提交的反映上一年度国有资产产权变动情况的报告书应包括以下内容：（1)国有资本 金实际到位和增减变动情况；（2)国有资本的分布及结构变化，包括企业对外投资和 投资收益情况；（3)企业本级及子公司发生产权变动以及办理相应产权变动登记情况；

(4) 企业本级及子公司提供担保及资产被司法机关冻结等产权或有变动事项；（5)主管 财政部门认定须说明的其他问题。

下级主管财政部门应当于每年5月31日前，编制并向上级主管财政部门报送上一年 度本级金融类企业国有资产产权登记年度汇总表与产权变动状况的分析报告。

2. 登记管理。任何单位和个人不得伪造、涂改、出借、出租或出售产权登记机关审 核颁发的金融类企业国有资产产权登记证，若有遗失或毁坏的，应向原核发产权登记证的 产权登记机关申请补发。

金融类企业应保证申报材料的全面真实有效，按规定填写相应的产权登记报表，并在 规定期限内向主管财政部门如实申报国有资产产权登记、变更和注销的有关文件资料。

主管财政部门和金融类企业应当妥善保管企业申办国有资产产权登记的文件和资料， 并建立产权登记档案。 '

四、金融企业国有资产转让管理

(一）转让范围和管辖

1. 转让范围。金融企业国有资产转让，是指县级以上人民政府财政部门（以下简称 财政部门）和县级以上人民政府或者财政部门授权投资主体转让所持金融企业国有资产， 国有及国有控股金融企业（以下统称转让方）转让所持国有资产给境内外法人、自然人 或者其他组织（以下统称受让方）的行为。

金融企业国有资产转让包括非上市企业国有产权转让和上市公司国有股份转让。金融 企业国有资产转让以通过产权交易机构、证券交易系统交易为主要方式。符合规定条件 的，可以采取直接协议方式转让金融企业国有资产。

拟转让的金融企业国有资产权属关系应当明晰。权属关系不明确或者存在权属纠纷以 及法律、行政法规和国家有关政策规定禁止转让的金融企业国有资产不得转让。转让已经 设立担保物权的金融企业国有资产，应当符合《物权法》、《担保法》等有关法律、行政 法规的规定。 -

2. 转让管辖。金融企业国有资产转让按照统一政策、分级管理的原则，由财政部门 负责监督管理。财政部门转让金融企业国有资产，应当报本级人民政府批准。政府授权投 资主体转让金融企业国有资产，应当报本级财政部门批准。金融企业国有资产转让过程 中，涉及政府社会公共管理和金融行业监督管理事项的，应当根据国家规定，报经政府有 关部门批准。以境外投资人为受让方的，应当符合国家有关外商投资的监督管理规定，由 转让方按照有关规定报经政府有关部门批准。

财政部门是金融企业国有资产转让的监督管理部门，并履行下列监督管理职责：（1)决 定或者批准金融企业国有资产转让事项，审核重大资产转让事项并报本级人民政府批准；

(2)确定承办金融企业国有资产交易业务的产权交易机构备选名单；（3)负责金融企业 国有资产转让情况的监督检查工作；（4)负责金融企业国有资产转让信息的收集、汇总、 分析和上报工作；（5)本级人民政府授权的其他职责。

国有及国有控股金融企业在境内外依法设立子公司或者向企业投资的，由该国有及 国有控股金融企业按规定负责所设立子公司和投资企业的国有资产的转让工作，并履 行下列职责：（1)按照国家有关规定，制定企业所属分支机构、子公司的国有资产转让 管理办法和工作程序，并报本级财政部门备案；（2)研究资产转让行为是否有利于促进 企业的持续发展；（3)审议所属一级子公司的资产转让事项，监督一级子公司以下的资 产转让事项；（4)向财政部门、.相关金融监督管理部门和其他有关部门报告有关资产转 让情况。

(二）非上市企业国有产权转让

非上市企业国有产权的转让应当在依法设立的省级以上产权交易机构公开进行，不受 地区、行业、出资或者隶属关系的限制。

非上市企业国有产权转让按照下列程序进行：

1. 审批。国有及国有控股金融企业转让一级子公司的产权，应当报财政部门审批。 除国家明确规定需要报国务院批准外，中央管理的国有及国有控股金融企业转让一级子公 司的产权应当报财政部审批；地方管理的金融企业国有资产转让的审批权限，由省级财政 部门确定。国有及国有控股金融企业一级子公司（省级分公司或者分行、金融资产管理 公司办事处）转让所持子公司产权，由控股（集团）公司审批。其中，涉及重要行业、 重点子公司的重大国有产权转让，或者导致转让标的企业所持金融企业或者其他重点子公 司控股权转移的，应当报财政部门审批。这里所称重要行业是指金融、军工、电网电力、 石油石化、电信、煤炭、民航、航运8大行业。重点子公司是指国有及国有控股金融企业 对涉及上述行业的公司拥有控股权，以及对上市公司拥有控股权。

2. 制定转让方案。转让方应当制定转让方案，并按照内部决策程序交股东会或者股 东大会、董事会或者其他决策部门审议，形成书面决议。转让方案包括转让标的企业产权 的基本情况、转让行为的论证情况、产权转让公告以及其他主要内容。转让标的企业涉及 职工安置问题的，应当按照国家有关规定办理职工安置工作。

3-委托评估。转让方应当依照国家有关规定，委托资产评估机构对转让标的企业的 整体价值进行评估。

4.确定产权交易机构。转让方确定的进场交易的产权交易机构，应当符合下列基本 条件：（1)遵守有关法律、法规、规章；（2)具备相应的交易场所、信息发布渠道和专 业人员，能够满足金融企业国有产权交易活动的需要；（3)具有健全的内'部管理制度， 产权交易操作规范；（4)能够履行产权交易机构的职责，依法审查产权交易主体的资格 和条件；（5)连续3年没有违法、违规记录；（6)按照国家有关规定公开披露产权交易 信息，并能够按要求及时向省级以上财政部门报告场内金融企业国有产权交易情况。

非上市企业国有产权转让需要报财政部门审批的，转让方应当在进场交易前报送以下 材料：（1)产权转让的申请书，包括转让原因，是否进场交易等内容；（2)产权转让方 案及内部决策文件；（3)转让方基本情况及上一年度经会计师事务所审计的财务会计报 告；（4)转让标的企业基本情况、当期财务会计报告和最近一期经会计师事务所审计的 财务会计报告；（5)转让方和转让标的企业国有资产产权证明文件；（6)转让标的企业 资产评估核准或者备案文件；（7)拟选择的产权交易机构；（8)意向受让方应当具备的 基本条件、支付方式；（9)律师事务所出具的法律意见书；（10)财政部门认为必要的其 他文件。

5-刊登产权转让公告。转让方在确定进场交易的产权交易机构后，应当委托该产权 交易机构在省级以上公开发行的经济或者金融类报刊和产权交易机构的网站上刊登产权转 让公告，公开披露有关非上市企业产权转让信息，征集意向受让方。产权转让公告期不得 少于20个工作日。其中，转让方披露的非上市企业产权转让信息应当包括下列内容：

(1)转让标的企业的基本情况；（2)转让标的企业的产权构成情况；（3)产权转让行为 的内部决策情况；（4)转让标的企业最近一期孥会计师事务所审计的主要财务指标数据；

(5)转让标的企业资产评估核准或者备案情况；（6)受让方应当具备的基本条件；（7)其 他需要披露的事项。需要办理审批手续的，还应当披露产权转让行为的批准情况。

6.确定受让方。在产权交易过程中，首次挂牌价格不得低于经核准或者备案的资产

评估结果。首次挂牌未能征集到意向受让方的，转让方可以根据转让标的企业情况确定新 的挂牌价格并童新公告。如新的挂牌价格低于资产评估结果的90%，应当重新报批。

经公开征集，产生2个以上（含2个）意向受让方时，转让方应当会同产权交易机 构共同对意向受让方进行资格审核，根据转让标的企业的具体情况采取拍卖、招投标或者 国家规定的其他公开竞价方式实施产权交易。经产权交易机构公开征集只产生1个符合条 件的意向受让方时，产权转让可以采取场内协议转让方式进行，但转让价格不得低于挂牌 价格。采取场内协议转让方式的，转让方应当与受让方进行充分协商，依法妥善处理转让 中所涉及的相关事项后，签订产权转让协议。

7. 签订转让协议。确定受让方后，转让方应当与受让方签订产权转让协议。转让协 议应当包括下列内容：（1)转让与受让双方的名称与住所；（2)转让标的企业产权的基 本情况；（3)转让方式、转让价格、价款支付时间和方式及付款条件；（4)产权交割事 项；（5)转让涉及的有关税费负担；（6)协议争议的解决方式；（7)协议各方的违约责 任；（8)协议变更和解除的条件；（9)转让和受让双方认为必要的其他条款。

8. 收取转让价款。转让方应当按照产权转让协议的约定及时收取产权转让的全部价 款，转让价款原则上应当采取货币性资产一次性收取。如金额较大、一次付清确有困难 的，可以约定分期付款方式，但分期付款期限不得超过1年。采用分期付款方式的，受让 方首期付款不得低于总价款的30%,并在协议生效之日起5个工作日内支付；其余款项 应当办理合法的价款支付保全手续，并按同期金融机构基准贷款利率向转让方支付分期付 款期间利息。在全部转让价款支付完毕前或者未办理价款支付保全手续前，转让方不得申 请办理国有产权登记和工商变更登记手续。受让方以非货币性资产支付产权转让价款的， 转让方应当按照有关规定委托资产评估机构进行资产评估，确定非货币性资产的价值。

9. 办理产权登记。非上市企业产权转让完成后，转让和受让双方应当凭产权交易机 构出具的产权交易凭证，按照国家有关规定及时办理相关国有产权登记手续。

(三）上市公司国有股份转让 ?

转让上市金融企业国有股份和金融企业转让上市公司国有股份应当通过依法设立的证 券交易系统进行。

转让方为上市公司控股股东，应当将股份转让方案报财政部门审批后实施。涉及国民 经济关键行业的，应当得到相关部门的批准。转让方为上市公司参股股东，在1个完整会 计年度内累计净转让股份（累计减持股份扣除累计增持股份后的余额，下同）比例未达 到上市公司总股本5%的，由转让方按照内部决策程序决定，并在每年1月10日前将上 一年度转让上市公司股份的情况报财政部门；达到或者超过上市公司总股本5%的，应当 事先将转让方案报财政部门批准后实施。转让方转让上市公司国有股份需要报财政部门审 批的，报送材料应当包括：（1)转让上市公司股份的申请书，包括转让原因、转让股份 数量、持股成本、转让价格确定等内容；（2)上市公司股份转让方案和内部决策文件；

(3)转让方基本情况及上一年度经会计师事务所审计的财务会计报告；（4)上市公司基 本情况及最近一期年度财务会计报告和经会计师事务所审计的财务会计报告；（5)转让 上市公司股份对公司控制权、公司股价和资本市场的影响；（6)财政部门规定的其他文 件。财政部门应当对转让方报送的材料进行认真审核，确定是否同意上市公司股份转让 事项。 \_

转让方采取大宗交易方式转让上市公司股份的，股份转让价格不得低于该上市公司股 票当天交易的加权平均价格；当日无成交的，不得低于前1个交易日的加权平均价格。

上市公司股份转让完成后，转让方应当按照国家有关规定及时办理国有产权登记

手续。

(四）国有资产直接协议转让

1. 直接协议转让情形及审批。有下列情况之一，经国务院批准或者财政部门批准，转 让方可以采取直接协议转让方式转让非上市企业国有产权和上市公司国有股份：（1)国 家有关规定对受让方有特殊要求；（2)控股（集团）公司进行内部资产重组；（3)其他 特殊原因。

拟采取直接协议转让方式对控股（集团）公司内部进行资产重组的，中央管理的金 融企业一级子公司的产权转让工作由财政部负责；一级以下子公司的产权转让由控股 (集团）公司负责，其中：拟直接协议转让控股上市公司股份的，应当将转让方案报财政 部审批。

2. 直接协议转让非上市企业产权。转让方采用直接协议方式转让非上市企业产权的， 应当按照上述非上市企业国有产权转让的有关规定，组织转让方案制定、资产评估、审核 材料报送、转让协议签署和转让价款收取等项工作。

非上市企业产权直接协议转让的价格不得低于经核准或者备案的资产评估结果。国有. 金融企业在实施内部资产重组过程中，拟采取直接协议方式转让产权、且转让方和受让方 为控股（集团）公司所属独资子公司的，可以不对转让标的企业进行整体评估，但转让 价格不得低于最近一期经审计确认的净资产值。

3. 直接协议转让上市公司股份。转让方拟直接协议转让上市公司股份的，应当按照 内部决策程序交股东大会、董事会或者其他决策部门进行审议，形成书面决议，并及时报 告财政部门。转让方应当将拟直接协议转让股份的信息书面告知上市公司，由上市公司依 法向社会公众连行提示性公告，公告中应当注明，本次股份拟直接协议转让事项应当经财 政部门审批。

转让方直接协议转让上市公司股份，应当向财政部门提交下列材料：（1)协议转让 上市公司股份的申请书，包括转让原因、转让股份数量、持股成本等内容；\2)协议转 让上市公司股份的内部决策文件及可行性研究报告；（3)拟公开发布的股份协议转让信 息内容；（4)财政部门规定的其他文件。财政部门收到转让方提交的直接协议转让上市 公司股份材料后，应当认真进行审核，确定是否批准协议^^让事项，并在15个工作日内 予以答复。转让方收到财政部门出具的意见后2个工作日内，应当书面告知上市公司，由 上市公司依法公开披露国有股东拟直接协议转让上市公司股份的信息。转让方直接协议转 让上市公司股份信息应当包括以下内容：（1)转让股份数量及所涉及的上市公司名称及 .基本情况；（2).受让方应当具备的资格条件；（3)受让方递交受让申请的截止日期；

(4)财政部门和相关部门的批复意见。但是，具有下列情形之一的，经财政部门批准后， 转让方可以不披露上市公司股份协议转让信息：（1)国民经济关键行业、领域中对受让 方有特殊要求的；（2)转让方作为国有控股股东，为实施国有资源整合或者资产重组， 在控股公司或者集团企业内部进行协议转让的；（3)上市公司连续2年亏损并存在退市 风险或者严重财务危机，受让方提出重大资产重组计划及具体时间表的；（4)上市公司

回购股份涉及转让方所持股份的。

转让方作为上市公司控股股东，拟采取直接协议转让方式转让股份并失去控股权的， 应当聘请具有相应资质的专业中介机构担任财务顾问和法律顾问，并提出书面意见。财务 顾问和法律顾问应当具有良好的信誉及近3年内无重大违法违规记录。转让方认为必要 时，可委托具有证券评估资格的资产评估机构对转让标的资产进行评估。

转让方直接协议转让上市公司股份的，转让价格应当按照上市公司股份转让信息公告 日（经批准不须公开股份转让信息的，以股份转让协议签署日为准）前30个交易日每日 加权平均价格的加权平均价格或者前1个交易日加权平均价格孰高的原则确定。转让方作 为上市公司国有控股股东，为实施国有资源整合或者资产重组，在内部进行协议转让，且 拥有的上市公司权益并不因此减少的，转让价格应当根据上市公司最近一期经审计的净资 产、净资产收益率、市盈率等因素合理协商确定。

受让方确定后，转让方应当及时与受让方签署股份转让协议。转让协议应当包括但不限 于以下内容：（1)转让方、上市公司、受让方企业名称、法定代表人姓名及住所；（2)转 让方持股数量、拟转让股份数量及价格；（3)转让方、受让方的权利和义务；（4)股份 转让价款支付方式及期限；（5)股份登记过户条件；（6)协议变更和解除条件；（7)协 议争议解决方式；（8)协议各方的违约责任；（9)协议生效条件。

,上市公司股份的转让方为国有及国有控股金融企业的，转让方在确定受让方后，应当 及时向财政部门报送以下材料：（1)转让方案的实施及选择受让方的有关情况；（2)上 一年度经会计师事务所审计的财务会计报告；（3)受让方基本情况、公司章程及最近一 期经会计师事务所审计的财务会计报告；（4)上市公司基本情况、最近一期中期财务会 计报告及经会计师事务所审计年度财务会计报告；（5)股份转让协议及股份转让价格的 定价说明；（6)受让方与国有股东、上市公司之间在最近12个月内股权转让、资产置 换、投资等重大情况及债权债务情况；（7)律师事务所出具的法律意见书；（8)转让上 市公司股份对公司股价和资本市场的影响；（9)财政部门规定的其他文件。财政部门应 当对转让方报送的材料进行认真审核，并出具股份转让批复文件。 '

转让方应当按照规定，收取转让价款，及时办理相关国有产权登记手续。

第十一章反鑾断法律制度

反垄断法是调整国家规制垄断过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。在经济学 上，垄断最初的含义是指一个经营者独占某一市场的结构状态，也称“独占”。在法学 上，垄断作为反垄断法的规制对象，其概念则随各国和地区建立在一定经济社会基础之上 的竞争政策的发展而不断变迁。当今世界，反垄断法主要从禁止达成和实施垄断协议、禁 止滥用市场支配地位以及控制经营者集中等方面对“垄断”予以规制。显然，其所关注 的“垄断”与市场结构意义上的“独占”巳相去甚远,、而是“限制竞争”或“反竞争” 的同义语。

现代意义上的反垄断法产生于19世纪末西方自由资本主义进人垄断资本主义时期。

!89\_0年美国颁布的《谢尔曼法》是早期现代反垄断立法的典型代表。目前，绝大多数市 场经济国家都有较为完善的反垄断法律制度。中国的《反垄断法》颁布于2007年8月30 日，于2008年8月i日开始实施。《反垄断法》法典和与之配套的行政法规、规章、司法 解释等规范性法律文件共同构成我国反垄断法律规范体系。

第一节反垄断法律制度概述

立法宗旨，也称立法自丨的，是一部法律的价值取向及其所要实现的调整目标的集中反 映，是法律解释和实施，以及具体细则制定的指导思想：反垄断法的立法宗旨-般关注如 下几方而：一是保护竞争，竞争是市场的灵魂、.垄断的根本性危窖在于限制、扭曲迕承，

ill ii.i岣社I w;〕济的v- a - n此iW re丨圮H mn<iiy n. ^丨丨彳示。二是提高经济效率。 fi- 1-i ■〔丨!丨Cx WMYi u戌,il/场经i,V的价(i'i (\：. f它能k.U il 7丨文观优胜劣汰，进而提高经济 效率。在反垄断法执法和司法过程中,是否有助于提高效率是对限制竞争行为的违法性进 行判断的主要标准。三是提升消费者福利。健康而有活力的市场经济必然意味着较高的卞

J.I水f- -U ^的迮,0必然立味it较的ri'i赀n说余浪断对]\_?浪I所者意味着超额利润， 对于消费者来说则意味着高价盘剥、福利减损。因此,提升消费者福利也是反垄断法的重 要目标。上述三个目标中，保护竞争是反垄断法最基本、最直接的目标，效率和消费者福 利的提升均建立在竞争受到很好保护的基础之上。另外,保护竞争、发展经济并非只关系

个体社会成员的利益，而是事关全局，而且，一个经济体在制定自己的反垄断法时还要考 虑提升民族经济的竞争力甚至保障国家经济安全等因素，因此，社会公共利益目标也会被 导人反垄断法的立法宗旨。但是，此目标相对于前述三个目标而言更为宏观和抽象。

根据我国《反垄断法》第一条的规定，其立法宗旨是：预防和制止垄断行为，保护 市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场 经济健康发展。

二、反垄断法的适用范围

法的适用范围是指一部法律发挥其调整功能的边界，具体包括适用的主体和行为的范 围，以及适用的时间和空间范围。反垄断法的适用范围即反垄断法的规制范围。合理界定 反垄断法的规制范围，对于有效遏制和打击不法垄断行为，避免国家对市场的不当干预， 保证市场对资源配置的决定性作用，具有十分重要的意义。在反垄断法的生效期内，其适 用范围主要从适用的地域范围、适用的主体及行为，以及适用除外等三个维度进行界定。

(一）反垄断法适用的地域范围

反垄断法适用的地域范围主要解决其法律规范是只适用于本国国内，还是同时也适用 于国外的问题。传统上，作为公法的反垄断法是纯粹的国内法，不具有域外效力。但是， 在经济全球化背景下，国与国之间的经济联系日益紧密，境外经济行为对境内市场竞争产 生排除和限制效果或者损害境内消费者福利的情况越来越多。为维护本国的市场竞争秩 序、消费者福利以及民族企业的贸易利益，越来越多的国家依据效果原则，规定本国反垄 断法对发生在境外的垄断行为同样具有管辖权。效果原则，也称影响原则，是指若发生在 国外的垄断行为对国内市场竞争产生了影响，就可对该垄断行为适用本国反垄断法。在反 垄断法适用的地域范围方面，“属地原则+效果原则”被当今各国反垄断法所广泛采用， 我国也不例外。

我国《反垄断法》第二条规定：“中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用 本法。”这就是属地原则。同时，该条后半段还对效果原则进行了规定：“中华人民共和 国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用本法。”可见，我国 《反垄断法》的效力不仅及于发生在境内的垄断行为，而且还及于发生在境外的对境内市 场竞争产生排除、限制影响的垄断行为。这里所称“境内”，不含我国港、澳、台地区。

(二）反垄断法适用的主体和行为

1.以经营者为主体的垄断行为

根据当今世界反垄断法的通例，我国《反垄断法》对以“经营者”为行为主体的下列 垄断行为予以规制：（1)经营者达成垄断协议；（2)经营者滥用市场支配地位；（3)具有 或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。上述三种垄断行为的主体是“经营 者”。所谓经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。 对这三种行为的规制制度是反垄断法实体规范的主体，通常被称作反垄断法的三大支柱。 应当指出，反垄断法所禁止或限制的垄断协议、滥用市场支配地位行为以及经营者集中， 均具有特定含义、构成要件和适用条件，并非所有的类似行为均为非法。因此，《反垄断 法》第五条规定，“经营者可以通过公平竞争、自愿联合，依法实施集中，扩大经营规 冷吴，提闻市场竞争能力”。

2. 行业协会参与的垄断行为

在市场经济条件下，作为特定经营领域的自律性组织，行业协会具有促进信息交流、 维护成员企业的合法权益等重要作用。但是，作为一种企业间的联合，行业协会有时也会 参与组织实施诸如“价格联盟”之类的垄断行为，为此，行业协会的行为也会受到反垄 断法的关注。我国《反垄断法》第十一条规定：“行业协会应当加强行业自律，引导本行 业的经营者依法竞争，维护市场竞争秩序。”第十六条规定：“行业协会不得组织本行业 的经营者从事本章禁止的垄断行为。” ■

3. 滥用行政权力排除、限制竞争行为

滥用行政权力排除、限制竞争行为，在理论上通常被称为?“行政垄断行为”。行政垄 断，是转轨国家的特有现象。《反垄断法》第八条规定：“行政机关和法律、法规授权的 具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，排除、限制竞争。”可见，滥用行政权 力排除、限制竞争行为的主体是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组 织。滥用行政权力排除、限制竞争行为虽不是传统意义上的垄断行为，但同样具有排除、 限制竞争的效果，因此，也是我国反垄断法的规制对象。

(三）反垄断法的适用除外

反垄断法上的适用除外是指将特定领域排除在反垄断法的适用范围之外，根本不予适 用的制度，是从消极方面界定反垄断法的适用范围。《反垄断法》第五十五条和第五十六 条分别规定了知识产权和农业领域的反垄断法适用除外制度。

1. 知识产权的正当行使

为鼓励创新和科技进步，法律赋予知识产权权利人以垄断权独占性”是知识产权 的本质属性。因此，经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行 为，不适用反垄断法。但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，不可排除反 垄断法的适用。'2015年4月7日国家工商总局发布了《关于禁止滥用知识产权排除、限 制竞争行为的规定》，对非价格性滥用知识产权排除、限制竞争行为的表现及认定规则进 行了较为具体的规定。

2. 农业生产中的联合或者协同行为

农业是国民经济命脉，事关粮食安全。为弱化农业领域的竞争风险，稳定农民收人， 进而解除国家的后顾之忧，反垄断法对农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、 销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同片为排除适用。

另外需要特别说明的是《反垄断法》第七条第一款。该款规定，“国有经济占控制地 位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业，国家对其经营者 的合法经营活动予以保护，并对经营者的经营行为及其商品和服务的价格依法实施监管和 调控，维护消费者利益，促进技术进步”，但是，这并不意味着《反垄断法》不适用于国 有垄断企业。对于铁路、石油、电信、电网、烟草等重点行业，国家通过立法赋予国有企 业以垄断性经营权，但是，如果这些国有垄断企业从事垄断协议、滥用市场支配地位行 为，或者从事可能排除、限制竞争的经营者集中行为，同样应受《反垄断法》的规制。

三、相关市场界定

竞争和垄断均为特定市场范围内的相对概念。在一定范围的市场内的垄断，如果放在

更大范围的市场内考察，就不一定是垄断。因此，认定垄断之前必须先界定相关市场的范 围。相关市场界定是反垄断分析的重要步骤。在垄断协议及滥用市场支配地位的禁止，以 及经营者集中的反垄断审查案件中，均可能涉及相关市场的界定问题。恰如其分地界定相 关市场，是判断经营者之间的竞争关系（识别竞争者）、经营者的市场地位，评估垄断行 为对竞争的影响的前提和条件。国务院反垄断委员会于2009年5月发布了《关于相关市 场界定的指南》，对相关市场界定的依据和方法进行了说明，为反垄断执法机构的相关执 法工作提供了比较具体的指导性意见。

(一）相关市场的概念及维度 '

根据《反垄断法》第十二条第二款，相关市场是经营者在一定时期内就特定商品或 者服务（统称商品）进行竞争的商品范围和地域范围。正如对空间需要从长、宽、高三 个不同维度界定一样，相关市场的界定也涉及不同的维度。.从上述相关市场的法律定义可 以看出，界定相关市场涉及的维度包括时间、商品和地域等三个维度。

但是，并非任何市场界定都涉及全部三个维度。大部分反垄断分析中，相关市场只需 从商品和地域两个维度进行界定；只有在时间因素可以影响商品之间的竞争关系的特定情 形下，才会用到时间维度。在“唐山人人诉百度滥用市场支配地位案”中，法院将相关 市场界定为“中国搜索引擎服务市场”，其中商品维度就是“搜索引擎服务”，地域维度 .是“中国”。通常，我们将相关市场界定中的商品、地域和时间维度分别称为相关商品市 场、相关地域市场和相关时间市场。

(二）界定相关市场的基本标准与分析视角 .

界定相关市场的意义在于：明确在特定的时间段内，哪些地域范围内的哪些商品之间 存在着竞争关系。判断商品之间是否具有竞争关系、是否在同一相关市场的基本标准，是 商品间的“较为紧密的相互替代性”。一般来说，商品之间的可替代性越高，它们之间的 竞争关系就越强，就越可能属于同一相关市场。

市场中存在着卖方和买方两个主体，因此，界定商品市场可以从需求替代和供给替代 两个视角进行分析。需求替代是根据需求者对商品功能用途的需求、质量的认可、价格的 接受以及获取的难易程度等因素，对商品之间的相互替代程度进行分析。需求替代是界定 相关市场的主要分析视角。供给替代是指当一种商品的需求增加时，其他经营者转产该种 商品以进人市场、.增加供给的可能性。当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需 求替代时，也应考虑供给替代。一般来说，其他经营者的转产成本越低，提供紧密替代商 品越迅速，则供给替代程度就越高，其就越可能划入同一相关市场；在需要计算市场份额 时，其他经营者因转产而带来的潜在市场份额也将一并计入相关市场的总量。其他经营者 转产的成本主要表现为改造生产设施的投入、承担的风险、进人目标市场的时间等。

(三）相关商品市场及其界定

相关商品市场，是指具有较为紧密替代关系的商品范围。所有具有较为紧密的相互替 代关系的商品构成同一个市场。这里的“商品”，是个广义概念，不仅包括传统意义上的 货物，而且还包括服务。在技术贸易、许可协议等涉及知识产权的反垄断执法工作中，商 品的概念还会拓展到技术以及为完成某项技术创新而从事的研发活动，也就是通常所说的 “相关技术市场”和“相关创新市场”。

从需求角度界定相关商品市场，一般考虑以下几个方面的因素：U)需求者因商品

价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向购买其他商品的证据。（2)商品的外形、特 性、质量和技术特点等总体特征和用途。商品可能在特征上表现出某些差异，但需求者仍 可以基于商品相同或相似的用途将其视为紧密替代品。一般来说，如果商品之间具有相似 的功能和用途，能满足消费者相同的使用目的，即可认定它们属同一商品市场。（3)商 品之间的价格差异。通常情况下，替代性较强的商品价格比较接近，而且在价格变化时表 现出同向变化趋势。反之，如果两种商品的价格相差悬殊，即使彼此的功能和用途相同或 非常接近，也很难发生竞争关系，也就不可U定为属于同一相关商品市场。（4)商品的 销售渠道。销售渠道不同的商品面对的需求者可能不同，相互之间难以构成竞争关系，属 于同一相关商品市场的可能性较小。（5)其他重要因素。如需求者偏好或需求者对商品 的依赖程度；可能阻碍大量需求者转向某些紧密替代商品的障碍、风险和成本；是否存在 区别定价等。一般来说，在消费者特别偏爱某种商品的情况下，这种商品的可替代性就会 减弱，：从而使其更倾向于单独构成一个商品市场。

从供给角度界定相关商品市场，一般考虑的因素包括：经营者的生产流程和工艺，转 产的难易程度，转产需要的时间，转产的额外费用和风险，转产后所提供商品的市场竞争 力，营销渠道等。

(四）相关地域市场及其界定

相关地域市场，是指相同或具有替代关系的商品相互竞争的地理区域。不同的地理区 域之间因空间距离导致的运输成本以及关税等贸易壁垒形成的隔阻，会影响商品的自由流 动，进而导致相同或近似的商品之间不具有竞争关系。

一般来说，相关市场一般被界定为一国的全部或部分。随着经济全球化程度的加深以 及贸易壁垒的逐步消除，界定相关市场时有时还需要超越国界，考虑国际因素。我国地域 辽阔，交通和物流业还不够发达，非均衡的区域性经济长期存在，因此，确定地域市场就 更为复杂，有些商品的地域市场可能是全国范围，有些商品的地域市场可能仅限于国内某 个特定的地理区域。

界定相关地域市场，也要从需求和供给两方面考虑。从需求角度界定相关地域市场， 一般考虑以下几个方ffi的因素：（1)需求者因商品价格或其他竞争因素变化，转向或考 虑转向其他地域购买商品的证据。’(2)商品的运输成本、运输特征。相对于商品的价格 来说，运输成本越高，相关地域市场的范围越小，如水泥等；商品的运输特征也决定了商 品的销售地域，如需要管道运输的工业气体等。（3)多数需求者选择商品的实际区域和 主要经营者商品的销售分布。（4)地区间的贸易壁垒，包括关税、地方性法规、环保因 素、技术因素等。如关税相对商品的价格来说占比例较高时，则相关地域市场很可能是一 个区域性市场。（5)其他重要因素。如特定区域需求者偏好，商品运进和运出该地域的 数量。从供给角度界定相关地域市场时，需要考虑其他地域供应或销售相关商品的即时性 和可行性，如将订单转向其他地域经营者的转换成本等。

.(五）相关时间市场

相关时间市场是指相同或近似的商品在同一区域内相互竞争的时间范围。相对于相关+ 商品市场和相关地域市场而言，相关时间市场并不是确定相关市场的主要维度。但是，当 商品的生产周期、使用期限、季节性、流行时尚性或知识产权保护期限等已构成商品不可 忽视的特征时，界定相关市场还应考虑时间性，时间的变化可能导致相关产品市场和相关

地理市场随之变化。假设某种水果只在夏季才出产，而另外某种水果是在秋季出产，即使 两种水果从商品属性角度看具有较为紧密的相互替代性，但由于上市时间的错位，也不具 有竞争关系，不能划在同一相关市场。

(六）假定垄断者测试

在经营者竞争的市场范围不够清晰或不易确定时，可以按照“假定垄断者测试”的 分析思路来界定相关市场。假定垄断者测试是一种在相关市场界定实践中被普遍使用的计 量分析方法。.该方法提高了相关市场界定中的替代关系测试的客观性和准确性。

1. 假定垄断者测试在相关商品市场界定中的应用

通过假定垄断者测试界定相关商品市场的基本路径是：假设反垄断审查关注的经营者 是以利润最大化为经营目标的垄断者，在其他商品的销售条件保持不变的情况下，看其能 否持久（一般为1年）而小幅（一般为5% ~ 10% )提高其商品的价格，并仍然有利可 图。如果能，则其商品可以单独构成一个相关市场；如果在此过程中，由于其商品涨价导 致需求者转向购买与其商品具有紧密替代关系的其他商品，从而引起假定垄断者销售量下 降，并最终无利可图，则其商品不能单独构成一个相关市场，需求者所转向的其他商品与 其商品也同处一个相关市场。按如此路径继续测试，直至该经营者可以通过持久而小幅的 涨价实现盈利，由此便界定出相关商品市场。

2. 假定垄断者测试在相关地域市场界定中的应用

界定相关地域市场与界定相关商品市场的思路相同：假设反垄断审查关注的经营者 是以利润最大化为经营目标的垄断者，在其他地域的销售条件不变的情况下，看其对 目标地域内的相关商品进行持久（一般为1年）小幅涨价（一般为5%~10%)是否有 利可图。如果答案是肯定的，目标地域就构成相关地域市场；如果其他地域市场的强烈替 代使得涨价无利可图，就需要扩大地域范围，直到涨价最终有利可图，该地域就是相关地 域市场。

四、反垄断法的实施机制

法的实施，是指法律在社会实际生活中的具体运用和实现。广义上的法的实施包括执 法、司法和守法等内容。本教材是在狭义上使用法的实施的概念，即行政执法机关和司法 机关通过执法和司法活动实现法律的行为。反垄断法的实施机制，是指行政执法机构和司 法机关通过执法和司法活动实现反垄断法的机制，具体包括反垄断法的实施主体、法律责 任及其追究方式等内容。

我国反垄断法的实施机制采用行政执法与民事诉讼并行的“双轨制”模式。《反垄断 法》第九条、第十条对国务院反垄断机构的设置和职责进行了规定，此外还具体规定了 反垄断行政调查、处罚程序以及经营者集中反垄断审查中的行政许可程序。《反垄断法》 第五十条则为私人诉讼奠定了基础，规定经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法 承担民事责任。2012年5月3日，最高人民法院公布《关于审理因垄断行为引发的民事 纠纷案件应用法律若干问题的规定》（以下简称《反垄断司法解释》），细化了反垄断民事 诉讼的具体程序规则。

在制度构成上，反垄断法的实施机制主要包括法律责任、行政执法机制以及民事诉讼 机制等方面的内容。

(一）反垄断法律责任

根据法律责任所适用对象的不同，反垄断法上的法律责任包括三个方面：一是因实施 非法垄断行为而应承担的法律责任；二是因妨碍反垄断执法活动而应承担的法律责任；三 是因反垄断执法人员执法行为不当而应承担的法律责任。第一类责任直接针对垄断行为， 设置该类责任的目的是维护有效的市场竞争秩序；设置后两类责任的目的则是为了维护正 常的行政执法秩序。狭义上的反垄断法法律责任仅指因实施非法垄断行为而应承担的法律 责任，即垄断行为的法律责任。垄断行为的法律责任又可分为三类：一是反垄断执法机构 对违法主体科以的行政责任；二是违法主体对因垄断行为而受损的他方承担的民事责任； 三是实施垄断行为，情节严重构成犯罪的，承担的刑事责任。

1. 行政责任

反垄断法上的行政责任，是指由反垄断行政执法机构针对违法垄断行为作出的制裁措 施。我国《反垄断法》规定的行政责任主要包括：责令停止违法行为、没收违法所得、 罚款、限期恢复原状等形式。当事人不服反垄断法执法机构有关处罚决定的，可以申请行 政复议，也可以直接向人民法院提起行政诉讼。

2. 民事责任

非法垄断行为给他人造成损失的，行为人应当承担民事责任。有关反垄断法的民事责 任，主要包括停止侵害、赔偿损失等。其中，损害赔偿责任是最主要的民事责任。一般来 说，在如下情形下，相关当事人可依据反垄断法和民法主张赔偿责任：一是因经营者的滥 用市场支配地位行为而受损的；二是因垄断协议当事人一方对违反垄断协议的他方实施处 罚，给其造成损失的；三是因垄断协议无效，协议一方当事人向另一方当事人主张返还对 价，恢复原状的；四是因垄断协议无效，消费者向实施垄断协议的经营者主张返还多付价 款的。

3. 刑事责任

我国《反垄断法》未对垄断行为规定刑事责任，但不意味着我国对垄断行为完全没 有刑事规制。事实上，我国《招标投标法》及《刑法》均对情节严重的串通招投标行为 规定了刑事责任。由于串通超投标行为可能同时构成《反垄断法》上的垄断协议或滥用 市场支配地位行为，因此，这两种垄断行为的行为人是有可能依法承担刑事责任的。

另外应该说明的是，《反垄断法》对阻碍、拒绝反垄断执法机构审查、调查行为以及 反垄断法执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商 业秘密两种情形，规定了刑事责任。

(二）反垄断行政执法

反垄断行政执法行为主要包括两个基本类型：一是反垄断执法机构依法对涉嫌构成垄 断协议，滥用市场支配地位行为以及滥用行政权力排除、限制竞争行为的调查和处罚；二 是反垄断执法机构对经营者集中的审查。鉴于经营者集中的审查程序的特殊性和专属性， 本教材将其置于本章第四节，与经营者集中审查实体制度一并介绍。

1.反垄断机构

反垄断机构是指负责反垄断法执法的行政机构及其他相关行政机构。我国的反垄断机 构采取双层制模式：国务院反垄断执法机构负责反垄断法的行政执法；另外，在其之上还 设反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。出于尊重既有执法格局、节省改革

成本等考虑，我国并没有设立一个单一的反垄断执法机构，《反垄断法》所称“国务院反 垄断执法机构”实际上是一个多元化概念，主要指国家工商局、国家发改委和商务部。 三家执法机构的职责具体划分为：国家工商局负责垄断协议、滥用市场支配地位、滥用行 政权力排除、限制竞争方面的反垄断执法工作，价格垄断行为除外；国家发改委负责依法 查处价格垄断行为；商务部负责经营者集中行为的反垄断审查工作。此外，国务院反垄断 执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，负责有关反 垄断执法工作。

需要说明的是，国务院反垄断委员会并不是执法机构，而是关于反垄断工作的议事协 调机构。根据《反垄断法》第九条第一款，国务院反垄断委员会的职责则包括：（1)研 究拟订有关竞争政策；（2)组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；（3)制 定、发布反垄断指南；（4)协调反垄断行政执法工作；（5)国务院规定的其他职责。国 务院反垄断委员会下设办公室。办公室设在商务部反垄断局，承担国务院反垄断委员会曰 常工作。

2. 反垄断调查措施

反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为，可以采取下列措施：（1)进入被调查的经营者 的营业场所或者其他有关场所进行检查；（2)询问被调查的经营者、利害关系人或者其 他有关单位或者个人，要求其说明有关情况；（3)查阅、复制被调查的经营者、利害关 系人或者其他有关单位或者个人的有关单证、协议、会计账簿、业务函电、电子数据等文 件和资料；（4)查封、扣押相关证据；（5)查询经营者的银行账户。

3. 反垄断调查程序

调查程序包括立案、调查和处理三个阶段。（1)立案。反垄断法执法机构可依举报 人举报对涉嫌垄断行为立案调查，也可依职权主动立案。对涉嫌垄断行为，任何单位和个 人有权向反垄断执法机构举报。举报采用书面形式并提供相关事实和证据的，反垄断执法 机构应当进行必要的调查。（2)调查。立案后，反垄断法执法机构应对涉嫌垄断的行为 展开调查。反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为，执法人员不得少于两人，并应当出示执法 证件。执法人员进行询问和调查，应当制作笔录，并由被询问人或者被调查人签字。反垄 断执法机构及其工作人员对执法过程中知悉的商业秘密负有保密义务。被调查的经营者、 利害关系人或者其他有关单位或者个人应当配合反垄断执法机构依法履行职责，不得拒 绝、阻碍反垄断执法机构的调查。被调查的经营者、利害关系人有权陈述意见。反垄断执 法机构应当对被调查的经营者、利害关系人提出的事实、理由和证据进行核实。（3)处 理。反垄断执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后，认为构成垄断行为的，应当依法作出处 理决定，并可以向社会公布。

4. 经营者承诺

对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可 的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。中止调查 的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。 .

反垄断执法机构决定中止调查的，应当对经营者履行承诺的情况进行监督。经营者 履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。有下列情形之一的，反垄断执法机 构应当恢复调查：（1)经营者未履行承诺的；（2)作出中止调查决定所依据的事实发

生重大变化的；（3)中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的j言息作 出的。

(三）反垄断民事诉讼

与普通民事诉讼相比，反垄断民事诉讼在原告资格、管辖、' 举证责任、诉讼时效等方 面均具有一定的特殊性。为此，《反垄断司法解释》对有关问题进行了规定。

1. 原告资格

原告资格解决什么人能向法院提起反垄断民事诉讼的问题。根据《反垄断司法解释》 第一条的规定，因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而 发生争议的自然人、法人或者其他组织，可以向人民法院提起反垄断民事诉讼。可见，我 国法律并未对反垄断民事诉讼的原告资格作特别限制。作为间接购买人的消费者，只要因 垄断行为受损，也可以作为垄断民事案件原告的。这一规定有利于维护消费者合法权益、 打击非法垄断行为。由于因垄断行为受到损失的消费者可能人数众多，而单个当事人的损 失额又较小，因此，有效发挥公益诉讼制度的功能十分必要。

2. 民事诉讼与行政执法的关系

在行政执法与民事诉讼双轨制的反垄断法实施体制下，民事诉讼是否以行政执法机构 巳对相关垄断行为进行查处为前置条件，是需要解决的另外一个重要问题。在日本法上， 当事人不能直接提起反垄断民事诉讼，而需以行政执法机构作出的关于相关垄断行为违法 的决定为前提。根据《反垄断司法解释》第二条的规定，原告直接向人民法院提起民事 诉讼，或者在反垄断执法机构认定构成垄断彳了为的处理决定发生法律效力后向人民法院提 起民事诉讼，并符合法律规定的其他受理条件的，人民法院应当受理。可见，在我国，人 民法院受理垄断民事纠纷案件，是不以执法机构已对相关垄断行为进行了查处为前提条 件的。

3. 专家在诉讼中的作用

作为典型的经济法，反垄断法以法为表，以经济为里，具有很强的专业性。在反垄断 诉讼中，相关市场的界定以及涉嫌垄断行为违法性的认定等，通常需借助经济学分析手 段；对反垄断法律规范的解释，也涉及经济、社会等诸多因素；有时，特定产业领域的反 垄断案件，还会涉及自然科学以及技术方面的专业知识。为了为法官判断案件提供专业性 意见，保证反垄断诉讼的顺利进行，在较为复杂的反垄断案件中，就需要引进专家就有关 专业性问题进行说明。根据《反垄断司法解释》，专家参与反垄断民事诉讼的情形有 两种：

(1) 专家出庭就专门问题进行说明。根据《反垄断司法解释》第十二条的规定，在 反垄断民事诉讼中，当事人可以向人民法院申请一至二名具有相应专门知识的人员出庭， 就案件的专门性问题进行说明。根据这一规定，原被告双方都有权向人民法院申请专家出 庭；经人民法院准许，双方聘请的专家都可以出庭并发表专业意见。实践中，通常将出庭 专家称为“专家证人”，但事实上，在这种情形下，专家在法庭上提供的意见并不属于 《民事诉讼法》上的证据形式，而是作为法官判案的参考依据。

(2) 专家出具市场调查或者经济分析报告。《反垄断司法解释》第十三条第一款规 定，当事人可以向人民法院申请委托专业机构或者专业人员就案件的专门性问题作出市场 调查或者经济分析报告。经人民法院同意，双方当事人可以协商确定专业机构或者专业人

员；协商不成的，由人民法院指定。该条第二款规定，人民法院可以参照民事诉讼法及相 关司法解释有关鉴定结论的规定，对前款规定的市场调查或者经济分析报告进行审查判 断。与专家出庭就专门问题进行的说明不同，本条规定的“专业人员就案件的专门性问 题作出的市场调查或者经济分析报告”，应当视为鉴定意见。鉴定意见是《民事诉讼法》 上的一种证据，有法定的审查和采信规则。根据《反垄断司法解释》，并结合《民事诉讼 法》相关规定，就案件的专门性问题作出市场调查或者经济分析报告的专家的产生有两 个途径：一是经人民法院同意，由双方当事人协商确定；二是经当事人申请或因双方当事 人协商不成，由人民法院指定。

4.诉讼时效

(1) 诉讼时效的起算。因垄断行为产生的损害赔偿请求权诉讼时效期间，从原^■知 道或者应当知道权益受侵害之日起计算。

(2) 诉讼时效的中断。原告向反垄断执法机构举报被诉垄断行为的，诉讼时效从其 举报之日起中断。反垄断执法机构决定不立案、撤销案件或者决定终止调查的，诉讼时效 期间从原告知道或者应当知道不立案、撤销案件或者终止调查之日起重新计算。反垄断执 法机构调查后认定构成垄断行为的，诉讼时效期间从原告知道或者应当知道反垄断执法机 构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力之日起重新计算。

(3) 持续性垄断行为的诉讼时效抗辩。原告起诉时被诉垄断行为已经持续超过2年， 被告提出诉讼时效抗辩的，损害赔偿应当自原告向人民法院起诉之日起向前推算2年 计算。

第二节垄断协议规制制度

垄断协议本质上是竞争者之间相互勾结以限制竞争，是垄断行为的最基本形态。从历 史上看，在美国最早出现的垄断行为就是企业间联合限制竞争行为。经营者达成垄断协议 是实现市场垄断最直接、最主要的方式，尤其是竞争者之间的横向垄断协议，对竞争的损 害及恶性程度都非常深，因此，各国和地区的反垄断法都将其作为规制重点。目前，除 《反垄断法》外，我国在禁止垄断协议方面的实体性立法主要包括国家发改委和国家工商 总局分别发布的《反价格垄断规定》和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》。

.一、垄断协议的概念、特征与分类\_

(一）概念及特征

垄断协议，也称限制竞争协议、联合限制竞争行为，是指两个或两个以上经营者排 除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。垄断协议具有以下特征： ‘

第一，垄断协议的主体是两个或两个以上的经营者。达成垄断协议的经营者须为复 数，这是由“协议”的本身属性决定的。

第二，垄断协议的表现形式多样化。垄断协议为广义概念，泛指当事人之间通过意思 联络并取得一致后而形成的协议、决定和其他协同行为。其中，“协议”与合同法意义上

的协议相同，既包括书面协议，也包括口头协议。“决定”则是指企业集团、其他形式的 企业联合组织以及行业协会等要求其成员企业共同实施排除、限制竞争的决议。“其他协 同行为”则指经营者虽然没有达成协议，也没有可供遵循的决定，但相互间通过意思联 络，共同实施的排除、限制竞争的协调、合作行为。垄断协议的当事人未必都有明示的意 思表示一致，“协同行为”即一种“默示”行为，经营者之间的意思联络是通过当事人客 观上协调一致的行动表现出来的“心有灵犀”、“心领神会”和“心照不宣”。

第三，垄断协议排除、限制竞争。经营者达成固定价格、划分市场、限制数量等内容 的垄断协议，旨在避免竞争风险，实施市场垄断，牟取不正当利益，是对竞争最直接的 破坏。

(二）分类

根据不同的标准，可以对垄断协议进行不同的分类。在此主要介绍两种比较重要的 .分类?

1. 横向垄断协议与纵向垄断协议

根据参与垄断协议的经营者之间是否具有竞争关系，可将垄断协议分为横向垄断协议 和纵向垄断协议。横向垄断协议是具有竞争关系的经营者达成的联合限制竞争协议，如生 产相同产品的经营者达成的固定产品价格的协议。纵向垄断协议是指同一产业中处于不同 市场环节而具有买卖关系的企业通过共谋达成的联合限制竞争协议，如产品生产商与销售 商之间关于限制转售价格的协议。

横向垄断协议与纵向垄断协议虽都产生排除、限制竞争的效果，但是，两者在行为构 成特别是对竞争的危害程度等方面有很大区别。因此，反垄断法往往对两者区别对待，对 于纵向垄断协议的规制态度要比横向垄断协议宽松得多。在美国，法院在判断垄断协议违 法性案件过程中，发展出“本身违法原则”和“合理原则”。前者是指，对那些性质恶 劣、危害后果明确的垄断协议，为了节约司法成本.、提高审判效率，法院不必调查其行为 后果而直接认定其违法；后者是指对行为效果不甚明确，可能其促进效率的积极效果要大 于限制竞争的消极效果的，法院则通过进一步考虑其行为目的、调查其行为后果来进行行 为的合理性评估，在此基础上再作出行为是否违法的判断。一般来说，对于横向垄断协 议，多适用本身违法原则；而对于纵向垄断协议，多适用合理原则。

2. 价格垄断协议与非价格垄断协议

从我国执法体制的角度，垄断协议还可分为价格垄断协议和非价格垄断协议。国家发 改委于2010年12月发布的《反价格垄断规定》对价格垄断协议进行了界定，即指在价 格方面排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。除价格垄断协议以外的其他垄断 协议为非价格垄断协议。价格垄断协议由国家发改委依法查处，非价格垄断协议则由国家 工商总局依法查处。

二、横向垄断协议规制制度

横向垄断协议也称为卡特尔。生产或销售同类商品的经营者通过垄断协议相约不竞 争，事实上结为一体，可使市场出现独占的效果，进而使经营者获得垄断利润。因此，横 向垄断协议被认为是最原始、最直接、危害最大的垄断行为。被《反垄断法》禁止的具 有竞争关系的经营者达成的垄断协议主要包括：

(一）固定或者变更商品价格的协议

固定或者变更商品价格的协议/也称价格卡特尔。在市场经济中，价格是反映和传递 供求关系和竞争程度的信息载体；价格竞争是调节市场供求、合理配置社会资源，进而提 升市场效率的重要机制。竞争者之间达成和实施价格垄断协议的动机在于摆胶竞争压力， 获得垄断利润。价格垄断协议扭曲价格信号，屏蔽市场竞争，使市场配置资源和保证经济 效率的功能丧失殆尽，同时严重损害消费者福利。故而，价格垄断被视为危害最严重的垄

断行为，必须予以禁止。

固定或者变更商品价格的协议的表现形式多样。除了赤裸裸地通过协议锁定、?维持或 提高商品销售价格外，它还可以表现为对经营者定价过程设定统一的限制条件，从而实现 固定价格、限制竞争的目的。根据《反价格垄断规定》，上述限制条件主要包括：（1)固 定或者变更价格变动幅度；（2)固定或者变更对价格有影响的手续费、折扣或者其他费 用；（3)使用约定的价格作为与第二方父易的基础；（4)约定米用据以计算价格的标准 公式；（5)约定未经参加协议的其他经营者同意不得变更价格等。应当注意的是，若固 定或变更价格协议是在具有竞争关系的买方之间达成时，此类协议的内容则为锁定、维持 价格或降低购买价格。

(二）限制商品的生产数量或者销售数量的协议

限制商品的生产数量或者销售数量的协议，可统称为限制数量协议，是指参与垄断协 议的经营者通过限制相关市场上商品的生产或销售数量，间接控制商品价格的垄断协议。丨 在市场机制作用下，商品的市场供给量与其价格呈反比。在需求一定的情况下> 市场中商 品供应量越多，其价格越低；市场中商品供应量越少，其价袼越高。在有效竞争的条件丨 下，经营者根据市场价格的变化调节商品生产或销售的数量s市场价格在市场主体之间的; 互动下在正常范围内上下波动。经营者限制商品生产数量或销售数量，意在人为控制商品; 价格，从而获得垄断利润。实践中，限制数量的协议与价格垄断协议往往合并使用，以销 证和巩固价格垄断的实现和维持。限制数量的垄断协议同样损害市场绩效，降低经济效率j

和消费者福利，应予以禁止。 .：: -!

限制数量的垄断协议包括限制商品生产数量和限制商品销售数量两种形式。根据j 《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，竞争者之间达成的数量限制协议可具^ 表现为：（1)以限制产量、固定产量、停止生产等方式限制商品的生产数量或者限制商| 品特定品种、型号的生产数量；（2)以拒绝供货、限制商品投放量等方式限制商品的销 售数量或者限制商品特定品种、型号的销售数量。 1

(三）分割销售市场或者原材料采购市场的协议 ::\ 分割销售市场或者原材料采购市场的垄断协议，也称划分市场协议。统一、开放的市丨

场是保证有效竞争的基础。只有消除各种市场进入障碍，使所有潜在竞争者都能有机会詞 与到任何自己感兴趣的市场，才能使竞争充分有效，从而提升经济效率和消费者福利。如j 果经营者人为将市场进行划分，约定各自固守一部分市场，互不进入对方的“领地” \_ 行竞争，就相当于使经营者在各自市场内取得垄断地位，进而可以各自自由定价，获取\_

断利润。 . 丨

划分市场可以通过划分地域、划分市场可以通过划分地域、划分客户和划分产品等形丨 式实现。划分地域即经营者约定各自在销售或采购市场上的地域范围，相互不跨区销售或

采购。划分客户是指经营者约定各自的采购或销售对象，互不向他方的客户销售或采购。 划分产品则是通过约定各自经营的产品类型来实现互不竞争。根据《工商行政管理机关 禁止垄断协议行为的规定》，划分市场协议可具体表现为：（1)划分商品销售地域、销售 对象或者销售商品的种类、数量；（2)划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的 采购区域、种类、数量；（3)划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的供应商。

(四）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的协议

有效的市场竞争可以提升动态效率，即刺激经营者不断进行技术创新和应用以提升竞 争力，进而提升经济效率。限制创新的垄断协议可以缓解经营者的竞争压力，在不增加开 发投人成本的基础上维持现有产品的供求平衡、价格和利润。限制购买新技术、新设备或 者限制开发新技术、新产品的协议，限制了经营者通过创新开展的竞争，保护了落后，严 重伤害市场的创新能力，降低了效率，损害了消费者福利。

根据《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第六条，限制购买新技术、新 设备或者限制开发新技术、新产品的协议的表现形式有：（1)限制购买、使用新技术、 新工艺；（2)限制购买、租赁、使用新设备；（3)限制投资、研发新技术、新工艺、新 产品；（4)拒绝使用新技术、新工艺、新设备；（5)拒绝采用新的技术标准。

(五）联合抵制交易

联合抵制交易在我国台湾地区称为“杯葛”（英文boycott的音译），是指具有竞争关 系的经营者联合起来，共同拒绝与其他的特定经营者进行交易的行为。选择哪个交易对象 进行交易本是市场主体的权利和自由，但是若多个经营者联合起来一致行动，拒绝与特定 经营者进行交易，就要受到反垄断法的关注。联合抵制交易行为具有限制竞争、减少消费 者选择机会、抬高商品价格等反竞争效果，应予禁止。

联合抵制交易一般用作惩治某些“不受欢迎”的经营者，比如，具有竞争关系的经 营者通过联合起来拒绝与之进行商业往来的方式，惩罚违反或不配合固定价格垄断协议的 同行，再如某产品的多个供货商联合起来，对违反供货商关于产品销售价格的限制、自行 降价的销售商，采取一致拒绝供货的惩罚。此外，联合抵制还可以被用来要挟客户接受价 格或其他条件、迫使供应商或者客户停止与其他任何竞争对手进行交易等。根据《工商 行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，联合抵制交易协议的具体表现包括：（1)联合 拒绝向特定经营者供货或者销售商品；（2)联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品；

(3)联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易。

三、纵向垄断协议规制制度

与横向垄断协议发生在处于生产或者销售链条中的同一环节的经营者之间不同，纵向 垄断协议发生在处于不同的生产经营阶段或者环节的经营者之间，即上下游经营者之间。 《反垄断法》将其表述为“经营者与交易相对人”达成的垄断协议。

(一）纵向垄断协议的主要表现形式

常见的纵向垄断协议主要有以下几种：

1.维持转售价格协议

这是一种最常见的纵向垄断协议。实践中，多为供应商对销售商的最终销售价格进行 固定或者作出不得低于或高于某一价格水平的限制。

2. 地域或客户限制协议

所谓地域或客户限制，即供应商对不同销售商的销售区域和对象进行划分，严禁销售 商越界销售。

3. 排他性交易协议

排他性交易也称独家交易，通常包括一个或者一系列协议，其中约定供应商同意在特 定的地区内向特定销售商独家供应商品，或者销售商同意只从特定供应商处购买用于转售 的一类商品，或者双方当事人相互承担上述两个方面的约束。

(二）纵向垄断协议的经济效果

纵向垄断协议与横向垄断协议另一不同点在于，其在限制竞争的同时又有促进竞争和 效率的效果，因此，其对竞争和经济效率的净效果并不容易判断。进一步了解纵向垄断协 议在正反两方面的经济效果，有助于理解和运用反垄断法中的有关规则。

1..消极效果

在实践中，生产商对销售商的价格约束或者地域保护可以直接对某个特定商品的竞争 产生限制，甚至可能完全排除竞争。概括地说，纵向限制竞争协议可能对市场产生以下不 利影响：（1)促成价格卡特尔。如果一个生产商限制其销售商的最低转售价格，同一品 牌商品的销售商之间就不能开展价格竞争，实际上是在销售商之间建立起一个价格卡特 尔，这自然不利于消费者。此外，纵向价格约束因为可以固定销售商的价格，这种协议也 有助于不同品牌的生产商在价格方面搞协调。或者说，在存在纵向价格约束的情况下，生 产商之间的价格卡特尔会更持久和更稳定。U)导致市场进人障碍。纵向限制经常导致 市场进入的障碍。例如，地域市场划分就会导致在这个市场内的进入障碍。而在独家经销 的情况下，经销商不能经营其他厂商的产品也会导致其他厂商的产品或服务进入障碍。因 为，毕竟在一个区域内的经销商的数量是有限的，而另行建立自己的销售渠道又成本 极髙。

2.积极效果

从经济分析的角度，纵向垄断协议具有如下积极效果：（1)减少“搭便车”。有的纵 向垄断协议可以减少或消除“搭便车”现象。比如，有的生产商在广告上投入较多，而 其他同类产品的生产商可能转而采取降低对分销商的供货价格的策略。当顾客到商店购买 广告中宣传的商品时，店主则会极力鼓动顾客购买另外品牌的价格较低的同类产品，因为 店主可以从中得到更多的利润。而这种“搭便车”现象可以通过排他性销售安排（也就 是要求分销商只卖单一品牌的商品）来解决。虽然这种排他性交易安排减少了 “品牌间 竞争，’，但是它可以整体改善某一品牌的竞争条件，鼓励企业加强产品推广和创新，提高 消费者盈余。（2)克服销售商加价，提升消费者福利。有些纵向限制竞争行为表现为生 产商限制销售商的转售价格。如果生产商要求销售商在销售中不能超过一定的价格水平， 这种纵向的价格约束有利于避免销售商自行加价，从而起到稳定商品价格，保护消费者利 益的作用。（3)改善售后服务。生产商为了自己的商业利益，有时在供货时向销售商提 出某些要求，如要求销售商在销售产品后提供安装和试调服务或在一定时期内提供免费维 修服务。这种纵向限制行为虽然约束了销售商，但有利于扩大销售和生产，有利于消费 者，从而对市场竞争起着积极的推动作用。此外，在销售商的转售价格受到限制的情况 下，他们就十分可能在售后服务上展开竞争以赢得市场优势，此时，消费者也会随之受

益。（4)有利于经营者的市场进人。一个欲进人特定市场的经营者，可以通过授予目标 市场中某经营者（通常为销售商）以某种特权（如独家销售权）的方式，使被授权企业 的经济收益与本企业在目标市场中的销售业绩直接联系起来，从而有力激励被授权企业努 力推销授权企业的产品，为授权企业进入市场提供一定的保障。.

(三）《反垄断法》禁止的纵向垄断协议

鉴于纵向垄断协议的经济效果比较模糊，反垄断法对其规制比较审慎，只有那些对竞 争和效率的消极效果明确大于积极效果的纵向垄断协议才被法律认定为非法。我国《反 垄断法》列举了两种受到禁止的纵向垄断协议形式：（1)固定向第三人转售商品的价格；

(2)限定向第三人转售商品的最低价格。可见，《反垄断法》明确禁止的是价格性纵向垄 断协议。此外，国务院反垄断执法机构还可认定其他类型的非法纵向垄断协议。

四、垄断协议的豁免

经营者（特别是具有竞争关系的经营者）之间的联合，乃反垄断法之大忌。但是， 有些情形下，经营者之间的联合有利于防止竞争过度和无效，有利于技术进步和效率的提 咼，从而符合社会公共利益，故而豁免。

(一）豁免的概念及其与适用除外的区别

豁免是反垄断法上的一项重要制度，是指对违反反垄断法的行为，由于其满足一定的 条件，而不受反;垄断法禁止。豁免与适用除外是完全不同的两个制度。反垄断法上的适用 除外是指将特定领域排除在反垄断法的适用范围，根本不予适用；而豁免则是在适用反垄 断法过程中，发现某些违反反垄断法的行为符合法定条件而不予禁止。

(二）垄断协议可被《反垄断法》豁免的条件

1.符合《反垄断法》规定的特定情形根据《反垄断法》第十五条的规定，垄断可被 《反垄断法》豁免的垄断协议类型主要包括：

(1) 为改进技术、研究开发新产品的。这类垄断协议也称为技术性卡特尔。新技术、 新产品的开发与利用对提高经济效率和消费者福利均具有积极的促进作用。由于新技术和 新产品开发耗资和风险巨大，个别企业难以承受，因此，企业间就此达成合作协议可以得 到豁免。

(2) 为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化 分工的。这类垄断协议也称为标准化卡特尔和专业化卡特尔。经营者为降低成本、提高质 量、增进效率而达成的统一产品规格和标准的协议，以及经营者之间分工合作、各自发挥 比较优势以提高产品质量和生产效率的协议，可得到反垄断法的豁免。

(3) 为提髙中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的。这类垄断协议也称中 小企业合作卡特尔。中小企业是维持市场竞争活力和“生态”平衡的重要力量。缺乏联 合的中小企业由于势单力孤，容易受到大企业的排挤。为了提高中小企业的经营效率，增 强它们的竞争力，中小企业之间在生产、融资、研发、采购等领域达成的合作协议可豁免 于反垄断法。

(4) 为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的。此类协议因符合社 会公共利益可以被豁免。

(5) 因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的。此类协议也称为

“不景气卡特尔”或“结构危机卡特尔”。面临经济不景气，为解决生产过剩，摆脱困境， 避免恶性竞争造成的更大的经济损害，企业间达成限制或排除竞争的协议，可以得到反垄 断法的豁免。

(6)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的。此类协议主要表现为出口卡 特尔。出口卡特尔是指国内经营者为了确保或促进产品出口，就出口商品价格和国际市场 划分等达成的限制竞争协议。一般来说，出口卡特尔限制了境外市场的竞争，损害他国消 费者的福利，但对出口国不但无害反而有利。故而，为了维护国际贸易中的国家利益，反 垄断法对之予以豁免。

2.垄断协议豁免的附加条件

对于符合上述第（1)至第（5)项情形的垄断协议，《反垄断法》还要求经营者应 当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利 益。否则，也不能获得豁免。 ■

五、“其他协同行为”的认定

实践中，垄断协议的证明和认定往往比较困难，很多涉嫌垄断协议行为表现为“其 他协同行为”。《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》第二条第三款将“其他协 同行为”界定为“经营者虽未明确订立书面或者口头形式的协议或者决定，但实质上存 在协调一致的行为”。根据我国反垄断执法机构的分工，国家发改委负责价格垄断行为的 执法查处工作。《反价格垄断规定》和《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》分 别为“价格性其他协同行为”和“非价格性其他协同行为”的认定规定了初步规则。

(一）价格性其他协同行为的认定

对于价格垄断协议中的“其他协同行为”的认定，应当依据下列因素：（1)经营者 的价格行为具有一致性；（2)经营者进行过意思联络。认定协同行为还应考虑市场结构 和市场变化等情况。

(二）非价格性其他协同行为的认定， ■

认定其他协同行为，应当考虑下列因素：（1)经营者的市场行为是否具有一致性；

(2)经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；（3)经营者能否对一致行为作出合 理的解释。此外，认定其他协同行为，还应当考虑相关市场的结构情况、竞争状况、市场 变化情况、行业情况等。

六、对行业协会组织达成和实施垄断协议的规制

行业协会是以行业共同利益为目的，由相同或者相近行业的经营者在自愿基础上依法 组成，实行行业服务和自律管理的非营利性社会团体法人。虽然行业协会不属于经营者， 但它是同行经营者的共同体，在组织协调本行业经营者方面具有先天优势，因此成为反垄 断法的关注对象。

' 在我国，经营者通过行业协会组织协调价格联盟的案例并不鲜见。为了有效规范行业 协会在市场竞争中的角色和行为，《反垄断法》要求行业协会加强行业自律，引导本行业 的经营者依法竞争，维护市场竞争秩序；禁止行业协会组织本行业的经营者订立或实施反 垄断法所禁止的垄断协议。根据《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，应被禁

止的行业协会组织本行业经营者从事垄断协议的行为具体包括：（1)制定、发布含有排 除、限制竞争内容的行业协会章程、规则、决定、通知、标准等；（2)召集、组织或者 推动本行业的经营者达成含有排除、限制竞争内容的协议、决议、纪要、备忘录等。

七、法律责任

(一）民事责任

经营者因达成并实施垄断协议给他人造成损失的，依法承担民事责任。

(二）行政责任

经营者违反反垄断法规定，达成并实施垄断协议的，由反垄断执法机构责令停止违法 行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款；尚未实施所达成的 垄断协议的，可以处50万元以下的罚款。

行业协会违反反垄断法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，反垄断执法机构 可以处50万元以下的罚款；情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。

八、宽恕制度

实践中，反垄断执法机构对垄断协议的调查取证工作面临当事人之间订立攻守同盟、 直接证据难易获得等诸多实际困难。为了激励掌握情况的垄断协议成员主动向执法机构揭 发违法行为，从而从内部将其瓦解，《反垄断法》特别规定了垄断协议的宽恕制度。所谓 宽恕制度，是指参与垄断协议的经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情 况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以对其宽大处理，酌情减轻或者免除其处罚。在 宽恕制度的具体适用中，主要有两个具体问题：

(一）“重要证据”的界定

向执法机构提供有关垄断协议的重要证据，是参与垄断协议经营者获得宽大处理的必 要条件。《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》和《工商行政管理机关查处垄断 协议、滥用市场支配地位案件程序规定》对宽恕制度进行了细化。所谓“重要证据”应 当是能够对工商行政管理机关启动调查或者对认定垄断协议行为起到关键性作用的证据， 包括参与垄断协议的经营者、涉及的产品范围、达成协议的内容和方式、协议的具体实施 情况等。而国家发改委于2010年12月发布的《反价格垄断行政执法程序规定》中关于 宽恕制度的规定则将“重要证据”界定为对政府价格主管部门认定价格垄断协议具有关 键作用的证据，并未把对启动调查具有关键性作用的证据列人。由此可见，执法机构查处 价格垄断协议时，其对宽恕制度中重要证据的认定标准要比查处非价格垄断协议时严格。

(二）区分情况减免处罚的具体规则

根据《工商行政管理机关禁止垄断协议行为的规定》，对第一个主动报告所达成垄断 协议的有关情况、提供重要证据并全面主动配合调查的经营者，免除处罚；对主动向工商 行政管理机关报告所达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的其他经营者，酌情减轻处 罚；对垄断协议的组织者，不适用宽恕的规定。《反价格垄断行政执法程序规定》中关于 价格垄断协议执法中宽恕制度的适用则有更为具体的规定：第一个主动报告达成价格垄断 协议的有关情况并提供重要证据的，可以免除处罚；第二个主动报告达成价格垄断协议的 有关情况并提供重要证据的，可以按照不低于50%的幅度减轻处罚；其1他主动报告达成

价格垄断协议的有关情况并提供重要证据的，可以按照不高于50%的幅度减轻处罚。

第三节滥用市场支配地位规制制度

：;；■

：. .. ： . ... ..： ： ; : : : . !

经营者的实力和地位各不相同。有的经营者在竞争中依靠技术创新和管理水平赢得优 势，有的经营者通过合并重组做强做大，也有的经营者则因所处行业特殊而被法律赋予垄 断性经营权。它们都会因此而成为自己所在相关市场中具有一定市场支配地位的企业。当 今世界，反垄断法对经营者合法取得的市场支配地位（包括垄断地位）并不视为非法， 而对于具有市场支配地位的经营者滥用其市场支配地位的行为则严加规制。目前，除 《反垄断法》外，我国在禁止滥用市场地位行为方面的实体性立法主要包括发改委和国家 工商总局分别发布的《反价格垄断规定》和《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位 行为的规定》。其中，《反价格垄断规定》主要规制具有市场支配地位的经营者使用价格 手段，排除、限制竞争的行为。

—、市场支配地位的概念

(一）市场支配地位的法律界定

根据《反垄断法》的相关规定，市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控 制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进人相关市场能力 的市场地位。根据《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》，这里所称 “其他交易条件”，是指除商品价格、数量之外能够对市场交易产生实质影响的其他因素， 包括商品品质、付款条件、交付方式、售后服务等。这里所称“能够阻碍、影响其他经 营者进入相关市场”，是指排除其他经营者进人相关市场，或者延缓其他经营者在合理时 间内进入相关市场，或者其他经营者虽能够进入该相关市场，但进人成本提高难以在市场 中开展有效竞争等。

(二）市场支配地位的涵义

对市场支配地位的概念可以从以下三个方面进行理解：第一，具有市场支配地位的经 营者未必是“独占”者。市场的非独占者有足够强大的影响市场竞争的能力时，也会成 为具有市场支配地位的经营者。第二，具有市场支配地位的经营者可以是一个，也可以是 多个经营者共同具有市场支配地位。如果多个具有独立法人地位的企业之间具有紧密关联 关系，或者它们相互之间无关联关系但属于相关市场内不存在实质竞争的寡占者，当它们 作为整体具有足够的影响市场竞争的能力并涉嫌共同实施了某种滥用行为时，则该多个经 营者可被认定具有市场支配地位。第三，市场支配地位是一种市场结构状态。当今世界的 反垄断法已由结构主义转变为行为主义，即法律主要关注垄断行为，对市场支配地位这种 结构状态并无否定性评价。

二、滥用市场支配地位行为的概念与分类

(一）滥用市场支配地位行为的概念

滥用市场支配地位行为，是指具有市场支配地位的经营者凭借其市场支配地位实施的 排挤竞争对手或不公平交易行为。滥用市场支配地位行为的构成要件有三：一是行为主体 须是具有市场支配地位的经营者；二是客观方面实施了排挤竞争对手或不公平交易的反竞 争行为；三是在行为后果方面削弱了竞争，破坏了市场竞争秩序。

(二）滥用市场支配地位行为的分类

滥用市场支配地位行为可分为两个基本类型，即排他性滥用和剥削性滥用。排他性滥 用是指寻求损害竞争者的竞争地位，或者从根本上将它们排除出市场的行为，主要表现形 式包括掠夺定价、搭售、价格歧视和拒绝交易等。剥削性滥用是指具有市场支配地位的经 营者凭借其市场支配地位对交易对方进行剥削的行为，实践中主要表现为不公平定价 行为。

三、市场支配地位的认定

在反垄断法律实践中，判断经营者是否具有市场支配地位的首要步骤是界定相关市 场，之后再根据市场集中度及市场进入的难易程度等各种相关因素综合考察经营者在该相 关市场中是否具有市场支配地位。经营者的市场份额是判断市场结构的量化标准，由于它 具有客观性和可量化等特点，因此，实践中通常优先以经营者的市场份额作为经营者市场 支配地位的推定标准。当经营者的市场份额达到一定程度时，可先推定其具有市场支配地 位；如果其提不出能够证明其不具有市场支配地位的其他证据，则可在此基础上认定其具 有市场支配地位。

(一）认定经营者具有市场支配地位时应当依据的因素

在总结当今世界反垄断法立法、执法和司法经验的基础上，我国《反垄断法》规定 了以下认定经营者具有市场支配地位时应当依据的因素：

1. 经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况

市场份额是反映经营者在相关市场中所处地位的结构性指标。一般而言，经营者在一 个相关市场上长期占有很高的市场份额，便会凭借自己的绝对规模和相对优势处于支配地 位。这种支配地位能使其在定价以及其他市场决策中获得相当大的自由，不用顾忌其他竞 争者和消费者的反应。另外，市场份额是可量化标准，可以克服市场支配地位认定中主观 因素的影响，因此，尽管市场结构不是判断经营者市场支配地位的唯一标准，但它的确是 重要标准，而且大多数时候是决定性标准。 ?

相关市场的竞争状况主要是指市场中的竞争者的多寡以及他们之间的竞争程度。一般 而言，若一个相关市场中的竞争者众多，并且竞争者之间存在实质性竞争，即该市场是一 个有效竞争的市场，则少数竞争者对商品价格、供应数量以及潜在竞争者的市场进入等进 行控制和阻碍的局面很难形成，也就很难出现具有市场支配地位的经营者。反之则相反。

2. 经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力

原材料供给和产品销售是企业经营中至关重要的上下游环节。若经营者拥有控制产品 销售市场的能力，就在很大程度上具有了产品的定价自由和决定其他交易条件的权力。同 理，若经营者拥有控制原材料采购市场的能力，便在很大程度上对原材料采购价格和其他 交易条件具有了谈判能力。实践中，能够控制产品销售价格的经营者一定是该市场中具有 市场支配地位甚至是垄断地位的卖者；而能够控制原材料采购价格的经营者一定是该市场

中具有市场支配地位甚至是垄断地位的买者。因此，经营者控制销售市场或者原材嵙采购 市场的能力是判断其是否具有市场支配地位的重要参考标准。

3.经营者的财力和技术条件

财力和技术是决定经营者实力的重要物质条件。经营者的财力和技术能够在一定程度 上反映其市场支配能力。经营者的财力是其经济实力的最直接体现。通常情况下，经营者 的财力越大，其在市场中的竞争力越强，控制市场竞争的能力也越大。在知识经济时代， 技术特别是包括专利权在内的垄断性技术，往往是一个企业取得竞争优势并对其他潜在竞 争者形成市场进入障碍的先天条件。但是，根据《关于禁止滥用知识产权排除、限制竞 争行为的规定》第六条第二款的规定，经营者拥有知识产权可以构成认定其市场支配地 位的因素之一，但不能仅根据经营者拥有知识产权推定其在相关市场上具有市场支配 地位。

4..其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度

其他经营者的交易依赖可表现为买方对卖方的依赖，如经销商对某种斧牌产品生产商 的依赖；也可表现为卖方对买方的依赖，如产品生产商对某些大型销售商的依赖。其他经 营者在交易上的依赖，可以使受到依赖的经营者在相关市场上具有明显的优势。这种情况 实际上是反映了相关市场上的结构及竞争状况。这种依赖越甚，受依赖的经营者具有市场 支配地位的可能性就越大。

5.其他经营者进入相关市场的难易程度

在市场进入无障碍的情况下，任何市场出现垄断利润，都会吸引其他经营者进人到该 市场，进而打破原有的市场竞争格局，使供给趋于充分，进而使利润率恢复到正常水平。 因此，潜在竞争者进入的压力，是使现有竞争者保持充分竞争的外部条件。所以，具有市 场支配地位的经营者总是希望或试图通过制造市场进入障碍排除潜在竞争，从而维持其垄 断利润。如果市场的进入障碍来自外部，如国家法令，则可将市场中现有的竞争者造就成 为有市场支配地位的经营者。 .

一般来说，市场进入的障碍可能来自以下几个方面：一是资金门槛。特定行业非常高 的资金投入可能导致市场进人的困难，从而影响该市场中的充分竞争。但是，随着资本市 场的不断发达，资本积聚渠道的日益畅通，资金门槛导致实质性市场进人障碍的可能性也 在减小。二是技术门槛。特定产业的技术开发难度大，尤其是在既有经营者巳经通过专利 保护等方式控制了相关核心技术的情况下，也可能对特定市场的进入造成实质性障碍。三 是国家法令。国家可能通过法令赋予少数企业以特定行业的经营权，或者通过法令对特定 行业的进人设置很高的审批门槛。四是市场中已有的市场支配地位企业所采取的特殊市场 策略，如频繁地开发和推出新产品并辅以大规模广告投入，或控制分销渠道等。

(二）经营者市场支配地位的推定标准

《反垄断法》规定了以市场份额为基础的经营者市场支配地位推定标准。根据该标 准，一个经营者在相关市场的市场份额达到1/2的，即可推定为具有市场支配地位；对于 多个经营者可能共同拥有市场支配地位的情况，两个经营者在相关市场的市场份额合计达 到2/3的，或三个经营者在相关市场的市场份额合计达到3/4的，这些经营者被推定为共 同占有市场支配地位。同时，对于多个经营者被推定为共同占有市场支配地位时，其中有 的经营者市场份额不足1/10的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。 ‘

市场份额不是认定市场支配地位的唯一的和绝对的标准，因此，被推定具有市场支配 地位的经营者，如有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。 这里的证据应从市场份额以外的其他认定市场支配地位的因素中寻找。

四、《反垄断法》禁止的滥用市场支配地位行为

根据《反垄断法》第十七条第一款的规定，该法禁止的滥用市场支配地位行为主要 包括：

(一）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品

正常情况下，商品价格由市场决定，而在市场中存在具有市场支配地位企业的情况 下，价格则由个别经营者决定。在市场交易中，当卖方拥有市场支配地位时，可能以不公 平的高价来盘剥买方；当买方拥有市场地位时，可能以不公平的低价盘剥卖方。这两类不 公平定价行为的目的在于获取超额的利润，而不是排挤竞争对手。

根据《反价格垄断规定》，认定“不公平的高价”和“不公平的低价”，应当主要考 虑下列因素：（1)销售价格或者购买价格是否明显高于或者低于其他经营者销售或者购 买同种商品的价格；（2)在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高销售价格或 者降低购买价格；（3)销售商品的提价幅度是否明显高于成本增长幅度，或者购买商品 的降价幅度是否明显高于交易相对人成本降低幅度。

(二）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品

无正当理由以低于成本的价格销售商品的行为，也称掠夺性定价。掠夺性定价的目的 是为了排挤竞争对手，进一步强化自己的市场支配地位。当具有市场支配地位的企业通过 掠夺性定价将竞争对手逐出市场后，再恢复垄断价格，将掠夺战中的损失捞回来。

当具有正当理由时，以低于成本的价格销售商品行为不违法。根据《反价格垄断规 定》，因下列情形而进行的低于成本价格销售均为正当：（1)降价处理鲜活商品、季节性 商品、有效期限即将到期的商品和积压商品的；（2)因清偿债务、转产、歇业降价销售 商品的；（3)为推广新产品进行促销的；（4)能够证明行为具有正当性的其他理由。

(三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易

无正当理由的拒绝交易，是具有市场支配地位的企业妨碍下游企业市场竞争的重要方 式。拒绝交易通常表现为占市场支配地位的企业拒绝向买者出售商品。实践中，拒绝交易 往往作为某些纵向交易安排的辅助手段出现。拒绝交易行为可能会对市场产生以下不利影 响：一是限制下游企业之间的竞争。生产商可以拒绝供货为要挟，强迫经销商按其规定的 价格销售商品，从而限制经销商之间在该种商品上进行价格竞争。二是可直接影响市场竞 争状况。比如，经营者拒绝将其产品销售给某一地域的部分销售商，实际上就使该地域内 的其他销售商获得了垄断市场的机会。再如，具有市场支配地位的经营者作为原材料供应 者时，通过拒绝向下游需方供货，可实现将该下游企业排挤出市场的效果。

具有市场支配地位的经营者拒绝与交易相对人进行交易时，通常通过间接方式变相进 行。根据《反价格垄断规定》及《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》 的相关规定，下列没有正当理由、以间接方式拒绝交易的行为同样受到禁止：（1)通过 设定过高的销售价格或者过低的购买价格，变相拒绝与交易相对人进行交易；（2)削减 与交易相对人的现有交易数量；（3)拖延、中断与交易相对人的现有交易；（4)拒绝与

交易相对人进行新的交易；（5)设置限制性条件，使交易相对人难以继续与其进行交易； (6)拒绝交易相对人在生产经营活动中以合理条件使用其必需设施。在认定上述第（6)项 时，应当综合考虑另行投资建设、另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生 产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动 造成的影响等因素。

拒绝交易的经济效果也需具体分析。只有无正当理由的拒绝交易才为非法。根据《反 价格垄断规定》的相关规定，能构成否认拒绝交易行为违法性的正当理由包括：U)交易 相对人有严重的不良信用记录，或者出现经营状况持续恶化等情况，可能会给交易安全造 成较大风险的；（2)交易相对人能够以合理的价格向其他经营者购买同种商品、替代商 品，或者能够以合理的价格向其他经营者出售商品的；（3)能够证明行为具有正当性的 其他理由。

(四）没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者 进行交易

限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易的行为也称强 制交易行为。实践中，强制交易还可表现为具有市场支配地位的经营者限定交易相对人不 得与其竞争对手进行交易。通过强制交易，经营者可限制交易相对人与自己的竞争者进行 交易，从而达到抑制竞争者甚至将其逐出市场的目的。另外，强制交易还可起到阻碍竞争 者市场进人的效果。

强制交易的经济效果也并非绝对，只有经营者无正当理由地实施该行为时才为非法。 根据《反价格垄断规定》，强制交易的“正当理由”包括：（1)为了保证产品质量和安 全的；（2)为了维护品牌形象或者提高服务水平的；（3)能够显著降低成本、提高效率， 并且能够使消费者分享由此产生的利益的；（4)能够证明行为具有正当性的其他理由。

(五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件

搭售及附加不合理交易条件行为，是指经营者利用其市场支配地位，在销售某种产品 时强迫交易相对人购买某不愿购买的其他商品，或接受其他不合理条件。根据《反价格 垄断规定》及《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》，所谓“附加其他 不合理的交易条件”主要包括：（1)在价格之外附加不合理的费用；（2)对合同期限、 支付方式、商品的运输及交付方式或者服务的提供方式等附加不合理的限制；（3)对商 品的销售地域、销售对象、售后服务等附加不合理的限制；（4)附加与交易标的无关的 交易条件。

搭售及附加不合理交易条件行为不但违反意思自治原则，而且将经营者在某一相关市 场的支配地位延伸到其他市场。应该指出的是，被搭售的商品与第一种商品须是两个独立 的商品。如果两个商品从交易习惯或功能上看必须搭配使用，则不属于独立商品，如鞋和 鞋带。

搭售及附加不合理交易条件行为并不当然违法。经常被用作合理理由的有维护商品的 品质和信誉，以及降低成本、增进效率等。

(六）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别

待遇

对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇的行为简称差别待遇

或歧视待遇。根据《工商行政管理机关禁止滥用市场支配地位行为的规定》，除价格外的 其他交易条件主要包括：（1)实行不同的交易数量、品种、品质等级；（2)实行不同的 数量折扣等优惠条件；（3)实行不同的付款条件、交付方式；（4)实行不同的保修内容 和期限、维修内容和时间、零配件供应、技术指导等售后服务条件。

差别待遇可使相同产品的卖方或者买方获得不同的交易机会，从而直接影响到他们的 公平竞争。而且，同一种产品的不同批发价会直接影响到零售价，不同的零售价又直接影 响消费者的利益。因此，价格歧视不仅影响市场竞争，而且还会损害消费者的利益。

由于差别待遇的反竞争效果并非绝对，因此，《反垄断法》只禁止无正当理由的差别 待遇行为。在实践中，就差别待遇可能出现的合理性抗辩理由主要包括：一是回应竞争对 手的竞争。如果采取差别待遇的卖方证明它向买方提供商品的价格是为了适应竞争对手在 相关市场中的低价竞争，即可使行为获得合法性。二是成本抗辩。有时不同的买方获得了 不同的价格折扣，是因为卖方在不同的买方那里付出的生产、运输以及销售等成本不同。

(七）与知识产权行使有关的滥用市场支配地位行为

知识产权的正当行使行为不适用反垄断法，但是经营者不得滥用知识产权，排除、限 制竞争。实践中，滥用知识产权排除、限制竞争行为既可表现为垄断协议行为，也可表现 为滥用市场支配地位行为。其中，与知识产权行使有关的滥用市场支配地位行为中，有其 专属性的行为类型。根据《关于禁止滥用知识产权排除、.限制竞争行为的规定》，这些专 属性的滥用市场支配地位行为主要包括：

1. 拒绝许可

具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在其知识产权构成生产经营活动必需 设施的情况下，拒绝许可其他经营者以合理条件使用该知识产权，排除、限制竞争。认定 此种行为需要同时考虑下列因素：一是该项知识产权在栢关市场上不能被合理替代，为其 他经营者参与相关市场的竞争所必需；二是拒绝许可该知识产权将会导致相关市场上的竞 争或者创新受到不利影响，损害消费者利益或者公共利益；三是许可该知识产权对该经营 者不会造成不合理的损害。 .

2. 附加不合理限制条件 '

具有市场支配地位的经营者没有正当理由，在行使知识产权的过程中，不得实施下列 附加不合理限制条件的行为，排除、限制竞争：（1)要求交易相对人将其改进的技术进 行独占性的回授；（2)禁止交易相对人对其知识产权的有效性提出质疑；（3)限制交易 相对人在许可协议期限届满后，在不侵犯知识产权的情况下利用竞争性的商品或者技术；

(4)对保护期已经届满或者被认定无效的知识产权继续行使权利。

3-专利联营中的滥用行为

专利联营，是指两个或者两个以上的专利权人通过某种形式将各自拥有的专利共同许 可给第三方的协议安排。其形式可以是为此目的成立的专门合资公司，也可以是委托某一 联营成员或者某独立的第三方进行管理。具有市场支配地位的专利联营管理组织没有正当 理由，不得利用专利联营实施下列滥用市场支配地位的行为，排除、限制竞争：（1)限 制联营成员在联营之外作为独立许可人许可专利；（2)限制联营成员或者被许可人独立 或者与第三方联合研发与联营专利相竞争的技术；（3)强迫被许可人将其改进或者研发 的技术独占性地回授给专利联营管理组织或者联营成员；（4)禁止被许可人质疑联营专

利的有效性；（5)对条件相同的联营成员或者同一相关市场的被许可人在交易条件上实 行差别待遇。

4.标准必要专利滥用行为

标准必要专利，是指实施该项标准所必不可少的专利。经营者不得在行使知识产权的 过程中，利用标准（含国家技术规范的强制性要求）的制定和实施从事排除、限制竞争 的行为。具有市场支配地位的经营者没有正当理由，不得在标准的制定和实施过程中实施 下列排除、限制竞争行为：（1)在参与标准制定的过程中，故意不向标准制定组织披露 其权利信息，或者明确放弃其权利，但是在某项标准涉及该专利后却对该标准的实施者主 张其专利权。（2)在其专利成为标准必要专利后，违背公平、合理和无歧视原则，实施 拒绝许可、搭售商品或者在交易时附加其他的不合理交易条件等排除、限制竞争的行为。

五、法律责任

(一）民事责任

经营者因实施滥用市场支配地位行为给他人造成损失的，依法承担民事责任。

(二）行政责任

经营者违反〈(反垄断法》规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止 违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款。

第四节经营者集中反垄断审查制度

; … .i ... . .

—、经营者集中反垄断审查制度概述

： ... .... ' :

(一）经营者集中的概念

经营者集中，是指经营者之间通过合并、取得股份或者资产、委托经营或联营以及人 事兼任等方式形成的控制与被控制状态。由于一定规模的经营者集中可能改变市场结构， 并进而可能妨碍市场竞争，损害消费者福利，因此，反垄断法将其纳人调整视野。

经营者集中主要包括以下三种情形：（1)合并。经营者合并是指两个或两个以上的 经营者按照法律规定的程序结合为一个经营者的法律行为。根据《公司法》的有关规定， 合并分为吸收合并和新设合并。吸收合并是指一个经营者吸收其经营者，被吸收的经营 者解散，前者存续并扩大的合并方式；新设合并是指两个或两个以上的经营者合并设立一 个新的经营者，合并各方解散的合并方式。（2)通过取得股权或者资产的方式取得对其 他经营者的控制权。经营者可以通过购买、置换等收购方式取得其他经营者的股权或资 产，进而达到控制该经营者的目的。从理论上讲，一个经营者如果取得另一个经营者50% 以上的股权，即成为控股股东，就可以对其施加支配性影响。由于公司股权可能出现不同程 度的分散化，因此实践中，往往不需要取得50%以上的股权就可以实现控股。（3)通过合 同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。此种情形主 要包括经营者通过委托经营或者联营以及人事兼任等方式取得对其他经营者的控制权或者

对其他经营者施加决定性影响。

(二）经营者集中的分类

根据参与集中的经营者在产业中的位置和相互关系，可将经营者集中分为横向集中、 纵向集中和混合集中。横向集中，是指因生产或销售同类产品，或者提供同种服务而具有 相互直接竞争关系的经营者之间的集中。纵向集中，是指同一产业中处于不同阶段，彼此 之间不存在竞争关系，但有买卖关系的经营者之间的集中，亦即某种产品的卖方和买方之 间的集中或上游经营者与下游经营者间的集中。混合集中，是指生产经营的产品或服务在 彼此没有关联的经营者之间的集中。参与混合集中的经营者之间既不存在竞争关系，也不 存在买卖关系，即跨行业的经营者集中，如一个移动电话制造商与一个房地产商之间的 集中。

(三）经营者集中的经济效果

经营者集中的经济效果同样具有两面性。在积极效果方面，第一，经营者集中有利于 实现规模经济，提高经济效率。具体而言，横向集中有利于实现统一的经营管理，从而节 省费用，增进效率。纵向集中则可以使企业的供应、销售和生产环节协调配合，从而降低 交易费用。混合集中则有助于企业实现多样化的综合经营，从而降低经营失败的风险。第 二，经营者集中有利于提高企业的经营效率。经营者集中可以使企业的存量资产和生产要 素得到调整和重组，有利于实现资源的优化配置，促进产业结构、产品结构和企业结构的 合理化和均衡化。在纵向集中的情况下，生产企业通过整合销售企业，可以更容易地将其 经营扩展到新的销售领域。第三，经营者集中有利于优化市场竞争环境。一方面，面对被 其他经营者兼并的压力，经营者能提高自身危机感，激发竞争活力，提高企业效率；另一 方面，经营者集中也可以减轻过度的企业破产给社会带来的压力。

在消极效果方面，首先，横向集中必然减少相关市场中的竞争者数量，并且极易造就 具有市场支配地位的经营者，从而加大经营者达成横向垄断协议及滥用市场支配地位的风 险。其次，纵向集中有可能产生阻碍市场进人的限制性效果。比如，一个生产企业通过纵 向集中控制了下游的各主要批发商，从而控制了该产品的销售渠道。在这种情况下，如果 其他企业打算进入到这个市场，可能会因重新建立销售渠道的巨额成本而望而却步。

(四）《反垄断法》对经营者集中的规制模式

经营者集中的经济效果的两面性，决定了《反垄断法》对它的规制在于“控制”，而 不在于“禁止”。这种控制制度体现为经营者集中申报制度。从各国反垄断立法和执法实 践来看，经营者集中申报制度主要分为三种模式：强制的事前申报、强制的事后申报和自 愿申报。目前，绝大多数国家采取的是强制的事前申报模式，我国也是如此。所谓强制的 事如申报，是指法律要求当事人在实施集中前必须事先向反垄断法执法机构申报，待执法 机构审查批准后才可实施集中的制度。

(五）我国关于经营者集中反垄断控制的主要立法

《反垄断法》对经营者集中的反垄断审查制度进行了专章规定。其后，国务院于2008 年8月公布了《国务院关于经营者集中申报标准的规定》，规定了经营者集中申报的基本 标准，同时，授权国务院商务主管部门会同国务院有关部门另行制定金融业经营者集中申 报营业额的计算办法。2009年7月，商务部、人民银行、银监会、证监会和保监会联合 发布了《金融业经营者集中申报营业额计算办法》，具体规定了银行、保险、证券、期货

等金融行业经营者的营业额要素和计算公式。2009年11月，商务部发布了《经营者集中 申报办法》和《经营者集中审查办法》，对有关经营者集中申报标准的一些具体操作性问 题以及审查程序进行了明确和细化。此外，商务部还陆续发布了《关于评估经营者集中 竞争影响的暂行规定》、《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》以及《关于经营者 集中附加限制性条件的规定》等规章，对经营者集中反垄断审查中的有关实体和程序制 度进行了明确。

二、经营者集中的申报

(一■)经宫者集中申报标准

经营者集中申报制度并不要求所有的集中都应申报，而是达到一定法定标准的集中才 申报。经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先向国务院商务主管部门申报，未 申报的不得实施集中：（1)参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额 合计超过100亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均 超过4亿元人民币；（2)参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计 超过20亿元人民币，并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4亿元人民币。经营者集中未达到上述申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明 该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，国务院商务主管部门应当依法进 行调查。

上述申报标准中所称“营业额”，包括相关经营者上一会计年度内销售产品和提供服 务所获得的收人，扣除相关税金及其附加；“在中国境内”是指经营者提供产品或服务的 买方所在地在中国境内。

参与集中的单个经营者的营业额应当为下述经营者的营业额总和：（1)该单个经营 者；（2)第（1)项所指经营者直接或间接控制的其他经营者；（3)直接或间接控制第

(1)项所指经营者的其他经营者；（4)第（3)项所指经营者直接或间接控制的其他经 营者；（5)第（1)项至第（4)项所指经营者中两个或两个以上经营者共同控制的其他 经营者。参与集中的单个经营者的营业额不包括上述（1)至（5)项所列经营者之间发 生的营业额。

如果参与集中的单个经营者之间或者参与集中的单个经营者和未参与集中的经营者之 间有共同控制的其他经营者，参与集中的单个经营者的营业额应当包括被共同控制的经营 者与第三方经营者之间的营业额，且此营业额只计算一次。如果参与集中的单个经营者之 间有共同控制的其他经营者，则参与集中的所有经营者的合计营业额不应包括被共同控制 的经营者与任何一个共同控制他的参与集中的经营者，或与后者有控制关系的经营者之间 发生的营业额。

在一项经营者集中包括收购一个或多个经营者的一部分时，对于卖方而言，只计算集 中涉及部分的营业额。在一项经营者集中包括收购一个或多个经营者的一部分时，相同经 营者之间在两年内多次实施的未达到申报标准的经营者集中，应当视为一次集中交易，集 中发生时间从最后一次交易算起，该经营者集中的营业额应当将多次交易合并计算。另 外，如果经营者通过与其有控制关系的其他经营者实施的上述行为，即构成“相同经营 者之间在两年内多次实施的未达到申报标准的经营者集中”的，也依此规则处理。所谓

两年内”是指从第一'次集中父易完成之日起至最后一'次集中父易签订协议之日止的 期间。

此外，鉴于银行、保险、证券、期货等行业、领域的特殊性，《金融业经营者集中申 报营业额计算办法》规定，银行业金融机构、证券公司和期货公司等三类经营者集中申 报营业额的计算公式为：营业额=(营业额要素累加-营业税金及附加）xlO%。保险 公司集中申报营业额的计算公式为：营业额=(保费收人-营业税金及附加）xlO%， 其中，保费收入=原保险合同保费收入+分入保费-分出保费。

(二）申报材料的提交与补正

经营者向国务院反垄断执法机构申报集中，应当提交下列文件、资料：（1)申报书；

(2)集中对相关市场竞争状况影响的说明；（3)集中协议；（4)参与集中的经营者经会 计师事务所审计的上一会计年度财务会计报告；（5)国务院反垄断执法机构规定的其他 文件、.资料。 ?

经营者提交的文件、资料不完备的，应当在国务院反垄断执法机构规定的期限内补交 文件、资料。经营者逾期未补交文件、资料的，视为未申报。

(三）申报豁免

为了提高效率，节约国家执法资源，对于虽达申报标准，但属于关系极为紧密的关联 企业之间的集中，可以免于申报。其道理在于，这些企业之间在集中前本来就已具有控制 与被控制关系，集中不会产生或加强其市场地位。我国《反垄断法》规定，经营者集中 有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报：（1)参与集中的一个经营者 拥有其他每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产的；（2)参与集中的每个经营者

以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

: 三、经营者集中审查程序 丨 （一）两阶段审查

丨 根据《反垄断法》，执法机构对经营者集中实施两阶段审查制。第^阶段为初步审 \_。.反袭断执法机构应当自收到经营者提交的符合规定的文件、资料之日内，对 i申报的经营者集中进行初步审查，作出是否实施进一步审查的决定，并书k通知经营者。 味垄断执法机构作出决定前，经营者不得实施集中。反垄断执法机构作出不实施进一步审 査的决定或者逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。 '

! 如果反垄断执法机构决定实施进一步审查的，则进入第二阶段审查。第二阶段审查应 丨当自执法机构作出实施进一步审查决定之日起90日内完毕，并作出焉否禁止经营者集中 j的决定，书面通知经营者。作出禁止经营者集中的决定，应当说明理由^审查期间，经营 不得实施集中。有下列情形之一的，国务院反垄断执法机构经书面通知楚营者，可以延长 前款规定的审查期限，但最长不得超过60日：（1)经营者肉意延长审金期限的；(2)经 I营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的；（3) g营者申报后有关情况发生重 |大变化的。国务院反垄断执法机构逾期未作出决定的，经营，可以实施集中。

丨（二）简易程序 \ ；-；

\ 为了提高经营者集中的审查效率，降低集中方的合规成本\苘务部于2014年2月发 布了《关于经营者集中简易案件适用标准的暂行规定》，明确了经耆者集中简易案件的认

定标准。凡符合该标准的案件，适用简易审查程序。

根据该暂行规定，符合下列情形的经营者集中案件，为简易案件：（1)在同一相关 市场，所有参与集中的经营者所占的市场份额之和小于15% ; (2)存在上下游关系的参 与集中的经营者，在上下游市场所占的份额均小于25% ; (3)不在同一相关市场、也不 存在上下游关系的参与集中的经营者，在与交易有关的每个市场所占的份额均小于25% ；

(4) 参与集中的经营者在中国境外设立合营企业，合营企业不在中国境内从事经济活动；

(5) 参与集中的经营者收购境外企业股权或资产的，该境外企业不在中国境内从事经济 活动；（6)由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中一个或一个以上经 营者控制。

另外，虽符合上述条件，但存在下列情形的经营者集中案件，不视为简易案件：

(1)由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中的一个经营者控制，该经 营者与合营企业属于同一相关市场的竞争者；（2)经营者集中涉及的相关市场难以界定； (3)经营者集中对市场进入、技术进步可能产生不利影响；（4)经营者集中对消费者和 其他有关经营者可能产生不利影响；（5)经营者集中对国民经济发展可能产生不利影响；

(6) 商务部认为可能对市场竞争产生不利影响的其他情形。

(三）审查决定

根据不同情况，国务院反垄断执法机构应作出以下不同决定：

1. 禁止集中决定

国务院反垄断执法机构认为经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，应 当作出禁止经营者集中的决定。

2. 不予禁止决定

国务院反垄断执法机构认为经营者集中不具有排除、限制竞争效果的，或者国务院反 垄断执法机构虽认为经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果，但是经营者能够 证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响或者符合社会公共利益的，国务院反 垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定。 .

3. 附条件的不予禁止决定

对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生 不利影响的限制性条件。'

对于禁止集中决定和附条件的不予禁止决定，国务院反垄断执法机构应当及时向社会 公布。

四、经营者集中审查的实体标准

经营者集中反垄断审查的实体标准是相对于申报标准这一程序性标准而言的，是指反 垄断执法机构据以判断一个经营者集中案是否应依法予以禁止的标准。一般来说，经营者 集中反垄断审查的实体标准可从三个层面来界定，即一般标准、经济分析中应考虑的因素 和抗辩理由。

(一）一般标准 ■

我国《反垄断法》第二十八条规定，经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争 效果的，国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。可见，我国《反垄断

法》是将“具有或者可能具有排除、限制竞争效果”作为经营者集中审查的一般标准。

(二）对经营者集中竞争影响的评估

在对经营者集中进行审查并作出相应决定的过程中，国务院反垄断执法机构要对经营 者集中对竞争的影响进行经济分析和评估。根据《反垄断法》及商务部于2011年发布的 《关于评估经营者集中竞争影响的暂行规定》，在评估经营者集中对竞争产生不利影响的 可能性时，首先考察集中是否产生或加强了某一经营者单独排除、限制竞争的能力、动机 及其可能性。当集中所涉及的相关市场中有少数几家经营者时，还应考察集中是否产生或 加强了相关经营者共同排除、限制竞争的能力、动机及其可能性。当参与集中的经营者不 属于同一相关市场的实际或潜在竞争者时，重点考察集中在上下游市场或关联市场是否具 有或可能具有排除、限制竞争的效果。

审查经营者集中，根据个案具体情况和特点，综合考虑下列因素：

1. 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力

市场份额是分析相关市场结构、经营者及其竞争者在相关市场中地位的重要因素。市 场份额直接反映相关市场结构、经营者及其竞争者在相关市场中的地位。判断参与集中的 经营者是否取得或增加市场控制力时，综合考虑下列因素：（1)参与集中的经营者在相 关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；（2)参与集中的经营者产品或服务的替 代程度；（3)集中所涉相关市场内未参与集中的经营者的生产能力，以及其产品或服务 与参与集中经营者产品或服务的替代程度；（4)参与集中的经营者控制销售市场或者原 材料采购市场的能力；（5)参与集中的经营者的商品购买方转换供应商的能力；（6)参 与集中的经营者的财力和技术条件；（7)参与集中的经营者的下游客户的购买能力；（8)应 当考虑的其他因素。

2. 相关市场的市场集中度

市场集中度是对相关市场的结构所作的一种描述，体现相关市场内经营者的集中程 度，通常可用赫芬达尔一赫希曼指数（HHI指数，以下简称赫氏指数）和行业前N家企 业联合市场份额（CRn指数，以下简称行业集中度指数）来衡量。赫氏指数等于集中所 涉相关市场中每个经营者市场份额的平方之和；行业集中度指数等于集中所涉相关市场中 前N家经营者市场份额之和。市场集中度是评估经营者集中竞争影响时应考虑的重要因 素之一。通常情况下，相关市场的市场集中度越高，集中后市场集中度的增量越大，集中 产生排除、限制竞争效果的可能性越大。

3. 经营者集中对市场进人、技术进步的影响

市场进入是否通畅是判断竞争是否受到排挤和限制的重要指标。经营者集中可能提髙 相关市场的进入壁垒，集中后经营者可行使其通过集中而取得或增强的市场控制力，通过 控制生产要素、销售渠道、技术优势、关键设施等方式，使其他经营者进入相关市场更加 困难。如果集中所涉及的相关市场进人非常容易，未参与集中的经营者就能够对集中交易 方的排除、限制竞争行为作出反应，并发挥遏制作用，从而在一定程度上抵销经营者集中 可能给竞争带来的不利影响。判断市场进人的难易程度时，需全面考虑进入的可能性、及 时性和充分性。

技术进步是判断市场绩效的重要指标。经营者集中既可以对技术进步产生积极影响， 也可能产生消极影响。前者如可更好地整合技术研发的资源和力量，对技术进步产生积极

影响，抵销集中对竞争产生的不利影响，并有助于增进消费者福利；后者如减弱参与集中 的经营者的竞争压力，降低其科技创新的动力和投人；参与集中的经营者也可通过集中提 高其市场控制力，阻碍其他经营者对相关技术的投人、研发和利用。

4. 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响

经营者集中可提高经济效率、实现规模经济效应和范围经济效应、降低产品成本和提 局产品多样化，从而对消费者利益产生积极影响。集中也可能提局参与集中经营者的市场 控制力，增强其采取排除、限制竞争行为的能力，使其更有可能通过提高价格、降低质 量、限制产销量、减少科技研发投资等方式损害消费者利益。

经营者集中可能提高相关市场经营者的竞争压力，有利于促使其他经营者提高产品质 量、降低产品价格，增进消费者利益。同时，凭借通过集中而取得或增强的市场控制力， 参与集中经营者也可能通过实施某些经营策略或手段，限制未参与集中经营者扩大经营规 模或削弱其竞争能力，从而减少相关市场的竞争，也可能对其上下游市场或关联市场竞争 产生排除、限制竞争效果。

5. 经营者集中对国民经济发展的影响

经营者集中有助于企业扩大经营规模，增强市场竞争力，从而提高经济效率，促进国 民经济发展。在特定情况下，经营者集中也可能破坏相关市场的有效竞争和相关行业的健 康发展，对国民经济造成不利影响。

6. 国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素

评估经营者集中时，除考虑上述因素，还需综合考虑集中对公共利益的影响、集中对 经济效率的影响、参与集中的经营者是否为濒临破产的企业、是否存在抵销性买方力量等 因素。

五、经营者集中附加限制性条件批准制度

(一）经营者集中附加限制性条件的概念

经营者集中附加限制性条件，也称经营者集中的救济措施，是指在经营者集中反垄断 审查中，为了消除集中对竞争造成的不利影响，由参与集中的经营者向执法机构提出消除 不利影响的解决办法，执法机构附条件批准该项集中的制度。《反垄断法》第二十九条规 定，对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生 不利影响的限制性条件。

(二）限制性条件的分类

限制性条件包括如下几类：（1)剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益等 结构性条件；（2)开放网络或平台等基础设施、许可关键技术（包括专利、专有技术或 其他知识产权）、终止排他性协议等行为性条件；（3)结构性条件和行为性条件相结合的 综合性条件。剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益，简称业务剥离，是指由参 与集中的经营者将自己的部分业务出售给第三方经营者，以保持这部分业务的竞争性。

(三）限制性条件的确定

针对商务部就经营者集中提出的竞争关切（集中具有或可能具有的排除、限制竞争 效果），集中申报方可提出旨在减少集中对竞争可能产生的不利影响的限制性条件建议。 商务部提出集中具有或可能具有排除、限制竞争效果之前，申报方也可以提出附条件

建议。

限制性条件的建议应当能够消除或减少经营者集中具有或者可能具有的排除、限制竞 争效一果，并具有现实的可操作性。商务部应与申报方进行协商，对附条件建议的有效性、 .可行性和及时性进行评估，并将评估结果通知申报方。申报方提出的附条件建议首选方案 存在不能实施的风险的，商务部可以在审查决定中要求申报方在首选方案基础上提出备选 方案。备选方案应比首选方案的条件更为严格。

(四）业务剥离的实施 .

1. 业务剥离的方式

附加限制性条件为业务剥离的，可采取自行剥离或者受托剥离的方式。自行剥离指剥 离义务人在审查决定规定的期限内，找到适当的买方、签订出售协议并经商务部审核批 准。受托剥离指剥离义务人未能如期完成自行剥离的情形下，由剥离受托人在审查决定规 定的期限内寻找买方、签订出售协议并经商务部审核批准。剥离受托人，是指受申报方委 托并经商务部同意，在受托剥离阶段负责出售剥离业务的自然人、法人或其他组织。

2. 剥离业务的买方资格

剥离业务的买方应当符合如下要求：（1)独立于参与集中的经营者；（2)拥有必要的 资源、能力并有意愿使用剥离业务参与市场竞争；（3)取得其他监管机构的批准；（4)不 得向参与集中的经营者融资购买剥离业务；（5)商务部根据具体案#情况提出的其他要 求。此外，买方已有或者能够从其他途径获得的生产要素应当与剥离业务相匹配，买方有 权请求商务部对剥离资产的范围进行必要的调整。

3. 剥离受托人和监督受托人

剥离义务人应在商务部作出审查决定之日起15日内向商务部提交监督受托人人选， 在进人受托剥离阶段30日前向商务部提交剥离受托人人选。剥离义务人应与监督受托人 和剥离受托人签订书面协议，明确各自的权利和义务。剥离义务人应负责支付监督受托人 和剥离受托人报酬。剥离义务人应对监督受托人、剥离受托人和剥离业务买方提供必要的 支持和便利。

监督受托人和剥离受托人应当符合下列要求：（1)独立于剥离义务人和剥离业务的 买方；（2)具有履行受托人职责的专业团队，团队成员应当具有对限制性条件进行监督 所需的专业知识、技能及相关经验；（3)提出可行的工作方案；（4)对买方人选确定过 程的监督；（5)商务部提出的其他要求。

监督受托人应当在商务部的监督下，履行下列职责：（1)监督剥离义务人履行本规 定、审查决定及相关协议规定的义务；（2)对剥离义务人推荐的买方人选、拟签订的出 售协议进行评估，并向商务部提交评估报告；（3)监督出售协议的执行，并定期向商务 部提交监督报告；（4)协调剥离义务人与潜在买方就剥离事项产生的争议；（5)应商务 部的要求提交其他与剥离有关的报告。监督受托人不得披露其在履行职责过程中向商务部 提交的各种报告及相关信息。

在受托剥离阶段，剥离受托人负责为剥离业务找到买方并达成出售协议。剥离受托人 有权以无底价方式出售剥离业务。

4. 剥离完成前剥离义务人的特定义务

在剥离完成之前，为确保剥离业务的存续性、竞争性和可销售性，剥离义务人应当履 行下列义务：（1)保持剥离业务与其保留的业务之间相互独立，并采取一切必要措施以 最符合剥离业务发展的方式进行管理；（2)不得实施任何可能对剥离业务有不利影响的 行为，包括聘用被剥离业务的关键员工，获得剥离业务的商业秘密或其他保密信息等; (3)指定专门的管理人，负责管理剥离业务。管理人在监督受托人的监督下履行职责， 其任命和更换应得到监督受托人的同意；（4)确保潜在买方能够以公平合理的方式获得 有关剥离业务的充分信息，评估剥离业务的商业价值和发展潜力；（5)根据买方的要求 向其提供必要的支持和便利，确保剥离业务的顺利交接和稳定经营；（6)向买方及时移 交剥离业务并履行相关法律程序。

剥离义务人应当及时向商务部报告其遵守审查决定、实施剥离和执行相关协议等情 况。监督受托人负责对剥离义务人的报告事项进行监督。

六、经营者集中未依法申报的调查处理

我国的经营者集中反垄断控制制度，采取的是集中实施前经营者主动申报审查模式。 依据这种模式，只要达到法律规定的申报标准的经营者集中，均应主动向执法机构申报， 接受审查。应该申报而未申报的，应当承担相应的法律责任。根据《反垄断法》第四十 八条的规定，“经营者违反本法规定实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施 集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状 态，可以处五十万元以下的罚款”。

此外，商务部发布了《未依法申报经营者集中调查处理暂行办法》，对经营者集中未 依法申报的调查处理程序，做了较为具体的规定。在未依法申报的法律责任方面，该规定 除了重申了《反垄断法》第四十八条的内容外，还附加规定，商务部在依据该条作出处 理时，应当考虑未依法申报行为的性质、程度、持续的时间，以及关于该行为是否具有或 者可能具有排除、限制竞争效果的评估结果等因素。

第五节滥用行政权力排除、限制竞争规制制度

—、滥用行政权力排除、限制竞争行为概述

(一）概念

滥用行政权力排除、限制竞争，即通常所谓“行政性垄断”，是指行政机关和法律、 法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，排除、限制竞争的行为。行政性 垄断是我国体制转轨过程中备受垢病的一大社会现象，辟专章规定行政垄断规制制度是我 国《反垄断法》的亮点和特色。

(二）成因

行政性垄断现象出现和长期存在的原因比较复杂。一是政府职能转变不到位。我国社 会主义市场经济体制尚不完善，长期在计划经济体制下运行导致的政府包揽全局、权力髙 度集中的惯性依然存在，政府还未能完全转变到现代市场经济条件下承担宏观调控、市场 规制、公共服务、社会管理等有限职能的角色上来。政府有时甚至直接参与、推动和指挥 具体的经济活动。这在客观上为行政性垄断提供了条件。二是利益驱动是直接动因。现有 的财税体制使地方财政收入与本地经济发展和税收状况紧密相关；同时，公务员的工资福 利也与本部门和单位的经济效益挂钩。因此，为保护和谋求地方利益、部门利益、系统利 益甚至单位利益等目的而实施行政性垄断也就不足为怪了。三是观念原因。一些地方、部 门负责人的全局意识、法律意识和市场意识不强，不能正确处理局部利益和整体利益、当 前利益与长远利益的关系。四是制度原因。我国规范行政权力运行程序、运行方式的制度 不够健全，行政权力的具体边界不十分清楚。

(三）危害

行政性垄断与一般的市场性垄断一样具有破坏市场秩序，损害市场绩效，减损消费者 福利的效果。此外，它还助长腐败，毒化社会风气、破坏社会主义政治民主和制度文明。 因此，.应予以禁止。

二、《反垄断法》禁止的滥用行政权力排除、限制竞争行为

(一）强制父易 、

行政性垄断意义上的强制交易，是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务 职能的组织滥用行政权力，限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经 营者提供的商品的行为。《反垄断法》第三十二条对此种行为明确予以禁止。

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织强制交易的动机有两方 面：一是为了地方经济利益，保护本地经营者，限制外地经营者；二是为了本部门、本单 位的小团体利益，通过强制单位或个人与本部门或本单位有利益关系的经营者进行交易， 从中获利，以充实本单位的“小金库”，有时还可能伴随着少数人的腐败行为。

从强制交易的实施方式来看，有的是直接、明确要求单位或者个人经营、购买或使用 其指定的经营者提供的商品，但更多时候是通过变相手段实现强制交易的目的。2010年 12月发布的《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》明确禁 止行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织“以明确要求、暗示或者 拒绝、拖延行政许可以及重复检查等方式限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使 用其指定的经营者提供的商品或者限定他人正常的经营活动”。

(二）地区封锁

地区封锁，即通常所谓“地方保护主义”，是指行政机关和法律、法规授权的具有管 理公共事务职能的组织滥用行政权力，限制外地商品进人本地市场，或者限制本地商品流 向外地市场的行为。实践中，限制外地商品流入本地一般是为了通过限制外地商品的市场 准人排除本地市场的竞争，以保护本地生产相同或类似商品企业的利益。限制本地商品 流向外地则往往是针对某种紧缺性生产资料，目的也是为了保护本地企业，排挤外地 企业。

《反垄断法》及执法部门发布的相关行政规章通过总结实践中地区封锁的表现形式禁 止以下由行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织实施的妨碍商品在地 区之间自由流通的行为：（1)对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准， 或者规定歧视性价格；（2)对外地商品执行与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，

或者采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，阻碍、限制外地商品进入本地市场；

(3)采取专门针对外地商品的行政许可，或者对外地商品实施行政许可时采取不同的许 可条件、程序、期限等，阻碍、限制外地商品进人本地市场；（4)设置关卡或者采取其 他手段，阻碍、限制外地商品进人本地市场或者本地商品运往外地市场；（5)妨碍商品 在地区之间自由流通的其他行为。

(三）排斥或限制外地经营者参加本地招标投标

排斥或限制外地经营者参加本地招标投标，意在减少本地招标投标市场中的竞争，保 护本地企业的商业机会。此种行为的手段包括对外地投标者设定歧视性资质要求、评审标 准或者不依法发布信息等。此种行为不仅违反《反垄断法》，而且违反《招标投标法》、 《政府采购法》等相关法律。

(四）排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构或者妨碍外地经营者在 本地的正常经营活动

为了排除外地投资者和企业对本地投资者和企业的竞争压力，地方政府及其有关部门 也可能会通过采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资 或者设立分支机构或者妨碍外地经营者在本地的正常经营活动。《反垄断法》及相关行政 规章均对此类行为予以禁止。

(五）强制经营者从事垄断行为

强制经营者从事垄断行为，.是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能 的组织滥用行政权力，强制经营者达成、实施排除、限制竞争的垄断协议，或者强制具有 市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位的行为，或者强制经营者实施违法经营者集 中等。地方政府实施此种行为的动机可能是保护地方经济、挽救某地方企业等。此外，国 家工商总局发布的《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为程序规定》 以及《工商行政管理机关制止滥用行政权力排除、限制竞争行为的规定》明确规定，经 营者不得以行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织的行政限定、行政 授权等为由，实施垄断行为。

(六）抽象行政性垄断行为

《反垄断法》第三十七条规定：“行政机关不得滥用行政权力，制定含有排除、限制 竞争内容的规定。”这是对抽象行政性垄断行为的禁止规定。抽象行政性垄断行为，是指 行政机关滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定的行为，其具体形式包括决 定、公告、通告、通知、意见、会议纪要等。与具体行政行为只针对特定主体和特定事项 不同，抽象行政行为则是行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件， 具有一定的“普适性”，因此，抽象行政性垄断行为比具体行政性垄断行为的危害更大。 此外，经营者以依据行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织制定、发 布的行政规定为由实施垄断行为，亦为违法。

三、法律责任

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，实施排 除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员 依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。

行政性垄断行为在我国由来已久，在《反垄断法》颁布前，已经存在一些对之进行 规制的法律、法规，如2001年颁布的《国务院关于禁止在市场经济活动中实行地区封锁 的规定》等。为了与这些既巳存在且仍在生效的特别法相衔接，《反垄断法》第五十一条 第二款规定：“法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的 组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。”

第十二章涉外经济法律制度

i

涉外经济法律制度是调整涉外经济关系的法律规范的总称。涉外经济关系是指具有涉 外因素的经济关系，是因国际经贸往来亦即货物（商品）、服务、资本和劳动力的跨境流 动而形成的经济关系。涉外经济关系的一个突出特点在于，其必然涉及两个或两个以上国 家（地区）的人（包括自然人、法人和其他实体）或物。因此，一国的涉外经济法律制 度尽管仍属国内法，却必然需要较多地考虑其他国家（地区）.的相关制度以及通行的国 际规则。一国缔结或参加的双边和多边国际条约、协定，对于其涉外经济法律制度有着重 要影响。例如：我国2001年加入世界贸易组织（以下简称“世贸组织”）后，世贸组织 框架下的多边协定就深刻影响了我国的对外贸易法律制度，并成为我国2004年修订《对 外贸易法》的主要动因。 ：

涉外投资和对外贸易是涉外经济关系的主要内容，涉外投资法律制度和对外贸易法律： 制度也因此构成涉外经济法律制度的主体部分。按照资本流入、流出的方向不同，涉外投 资习惯上又区分为外商投资和对外（海外）投资，从而形成外商投资法律制度和对外投 资法律制度这两套各有特点而又相互联系的法律制度。进而言之，由于贸易和投资往往\_ 合在一■起，因此，涉外投资法和对外贸易法也联系密切。例如，外商投资企业为经营需丨 要，通常会进口原材料和设备，其产品也往往大量出口，这些都受到对外贸易法律制度的 调整。与此同日彳\无论是涉外投资，还是对外贸易，都要受制于我国的外汇管理制度。g 中，对外贸易车要涉及经常项目下的外汇管理，涉外投资则主要涉及资本项目下的外汇補 理。因此，涉外投资法律制度、对外贸易法律制度和外汇管理制度有着不可分割的内在顯 系，共同构成渉外经济法律制度这个整体。 \

—、外商直接投资法律轫度 ；

(一）外商直接梭资概^ |

外商直接投资，舞指外国企业、经济组织或个人（包括华侨、港澳台胞以及我国在丨 境外注册的企业）依照中国有关法律法规，使用现汇、实物、技术等，在中国境内以开1 办外商独资企业、中外合k经营企业、中外合作经营企业、中外合资股份有限公司或者合丨

作勘探开发自然资源等方式进行的投资，包括外商投资收益的再投资。外商直接投资通常 与被投资企业的经营管理控制权相联系，这是其区别于外商间接投资的核心特征所在。，

外商直接投资的专门法律制度主要包括《中华人民共和国外资企业法》及其实施细 则、《中华人民共和国中外合资经营企业法》及其实施条例、《中华人民共和国中外合作 经营企业法》及其实施细则、国务院《指导外商投资方向规定》以及相关部门规章。此 外，《公司法》和《合同法》也广泛适用于外商直接投资领域。

(二）外商直接投资的主要形式

1. 中外合资经营企业

中外合资经营企业（以下简称“合营企业”）亦称股权式合营企业，是指外国公司、 企业、其他经济组织或者个人同中国的公司、企业或者其他经济组织，依照中国法律法规 在中国境内设立的，由双方共同投资、共同经营，按照各自的出资比例共担风险、共负盈 亏的企业。按照中外投资者的出资比例来确定投资者的风险、责任和利润分配，各自的权 利和义务十分明确。这种形式较多地应用于投资多、技术性强、合作时间长的项目。

2. 中外合作经营企业

中外合作经营企业（以下简称“合作企业”）亦称契约式合营企业，是指外国公司、 企业、其他经济组织或者个人同中国公司、企业或者其他经济组织，依照中国法律法规在 中国境内设立的，由双方通过合作经营企业合同约定各自的权利和义务的企业。合作企业 的特点是合作方式较为灵活，中方投资者可以无形资产等要素作为合作的条件，解决了我 国企业投资资金缺乏的问题；允许外方投资者先行回收投资，对外国投资者有较大的吸引 力；在合作期满后，企业全部固定资产无偿归中方所有。

3. 外商独资经营企业

外商独资经营企业亦称外资企业，是指外国公司、企业、其他经济组织或者个人，依 照中国法律法规在中国境内设立的，全部资本由外国投资者投资的企业，但不包括外国公 司、企业其他经济组织在中国境内设立的分支机构。

4. 中外合资股份有限公司

中外合资股份有限公司（以下简称“合资股份公司”）亦称外商投资股份有限公司， 是指外国公司、企业、其他经济组织或者个人（以下简称“外国股东”）同中国公司、企 业或者其他经济组织（以下简称“中国股东”），依照中国法律法规在中国境内设立的， 全部资本由等额股份构成，股东以其所认购的股份对公司承担责任，公司以其全部财产对 公司债务承担责任，外国股东和中国股东共同持有公司股份，且外国股东持有的股份占公 司注册资本25%以上的企业法人。合资股份公司实际上是合营企业的一种，是按照股份 有限公司形式组织的合营企业。

5. 中外合作勘探开发自然资源合同

中外合作勘探开发自然资源合同，是指中国公司、企业或者其他经济组织与外国公 司、企业、其他经济组织或者个人依照中国法律法规所订立的，按照一定条件在中国境内 的某些特定区域内合作勘探、开发、生产自然资源的合同。中外合作勘探开发自然资源合 同具有以下特点：中外合作勘察开发为专营勘探开发，作为合作者的中方的合作资格为法 律法规所特许，不是任何公司、企业或其他组织均可为之；合作勘探开发的区域需经国务 院批准；中外合作者之间完全是契约式合作，合作条件、产品分配、风险分担完全由合同

约定。

(三）外商直接投资的投资项目

为使外商投资企业的投资项目与我国国民经济和社会发展规划相适应，并有利于保护 投资者的合法权益，2002年2月21日，国务院发布了《指导外商投资方向规定》，并自 2002年4月1日起施行。根据这一规定，国家发改委、商务部等部门会不时颁布《外商 投资产业指导目录》，这些指导目录就各行业以及各行业的具体项目分为鼓励、允许、限 制和禁止四类作了明确规定。本书仅根据《指导外商投资方向规定》的规定，对外商投 资企业的投资项目的鼓励、允许、限制和禁止四类加以说明。

1. 鼓励类外商投资项目

属于下列情形之一的，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、重要原材料工业的；（2)属于高新技术、先进适用技术，能够改进产品 性能、提高企业技术经济效益或者生产国内生产能力不足的新设备、新材料的；（3)适 应市场需求，能够提高产品档次、开拓新兴市场或者增加产品国际竞争能力的；（4)属 于新技术、新设备，能够节约能源和原材料、综合利用资源和再生资源以及防治环境污染 的；（5)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)法律、 行政法规规定的其他情形。

2. 限制类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为限制类外商投资项目：（1)技术水平落后的；（2)不利 于节约资源和改善生态环境的；（3)从事国家规定实行保护性开采的特定矿种勘探、开 采的；（4)属于国家逐步开放的产业的；（5)法律、行政法规规定的其他情形。

3. 禁止类外商投资项目

属于下列情形之一的，列为禁止类外商投资项目：（1)危害国家安全或者损害社会公 众利益的；（2)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)占用大量 耕地，不利于保护、开发土地资源的；（4)危害军事设施安全和使用效能的；（5)运用 我国特有工艺或者技术生产产品的；（6)法律、行政法规规定的其他情形。

4. 允许类外商投资项目

不属于鼓励类、限制类和禁止类的外商投资项目，为允许类外商投资项目。

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

根据2014年5月17日发布、2014年6月17日起施行的《外商投资项目核准和备案 管理办法》，外商投资项目管理分为核准和备案两种方式。2014年10月31日发布的《政 府核准的投资项目目录（2014年本）》（以下简称《核准目录》）进一步放宽了外商投资 项目的核准要求。根据上述规定，实行核准制的外商投资项目的范围为：（1)《外商投资 产业指导目录》中有中方控股（含相对控股）要求的总投资（含增资）10亿美元及以上 鼓励类项目，以及总投资（含增资）1亿美元及以上限制类（不含房地产）项目，由国 务院投资主管部门核准；其中总投资（含增资）2?亿美元及以上项.目报国务院备案。 (2)《外商投资产业指导目录》限制类中的房地产项目和总投资（含增资）小于1亿美元 的其他限制类项目，由省级政府核准；《外商投资产业指导目录》中有中方控股（含相对

控股）要求的总投资（含增资）小于10亿美元的鼓励类项目，由地方政府核准。（3)前 两项规定之外的属于《核准目录》第1至10条所列的外商投资项目，按照《核准目录》 的相应规定核准。（4)由地方政府核准的项目，省级政府可以根据本地实际情况具体划 分地方各级政府的核准权限；其中由省级政府核准的项.目，核准权限不得下放。上述情形 以外的外商投资项目，由地方政府投资主管部门备案。

(四）外商投资企业的组织形式和组织机构

不同类型的外商投资企业在组织形式和组织机构方面的法律要求不尽相同。

1. 合营企业的组织形式和组织机构

合营企业的组织形式为有限责任公司。合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资 额为限，合营企业以其全部资产对其债务承担责任。

合营企业不设股东会，其组织机构为董事会和经营管理机构，或者说实行董事会领导 下的总经理负责制。董事会是合营企业的最高权力机构，根据合营企业章程的规定，讨论 决定合营企业的一切重大问题。董事会由董事长、副董事长及董事组成。董事会成员不得 少于3人。董事长和副董事长由合营各方协商确定或者由董事会选举产生。中外合营者的 一方担任董事长的，由他方担任副董事长。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商 确定，董事由合营各方按照分配的名额委派和撤换。董事任期4年，可以连任。董事长是 合营企业的法定代表人。董事长不能履行职责时，应当授权副董事长或者其他董事对外代 表合营企业。

董事会会议由董事长召集，董事长不能召集时，可以由董事长委托副董事长或者其他 董事召集。董事会每年至少召开一次董事会会议；经1/3以上董事提议，可以召开临时会 议。董事会会议应有2/3以上董事出席，其决议方式可以根据合营企业章程载明的议事规 则作出。但涉及合营企业的下列事项，必须经出席董事会会议的董事一致通过方可作出决 议：（1)合营企业章程的修改；（2)合营企业的中止、解散；（3)合营企业注册资本的 增加、减少；（4)合营企业的合并、分立。

经营管理机构负责合营企业的日常经营管理工作。经营管理机构设总经理1人，副总 经理若干人，其他高级管理人员若干人。总经理的职责主要有：（1)执行董事会会议的 各项决议；（2)组织领导合营企业的日常经营管理工作；（3)在董事会的授权范围内， 代表合营企业对外进行各项经营业务；（4)任免下属人员；（5)行使董事会授予的其他 职权。

合资股份公司的组织机构应当按照《公司法》关于股份有限公司组织机构的规定 办理。

2. 合作企业的组织形式和组织机构

合作企业可以申请为具有法人资格的合作企业，也可以申请为不具有法人资格的合作 企业。具有法人资格的合作企业，其组织形式为有限责任公司。除合作企业合同另有约定 外，合作各方对合作企业承担的责任以其出资或者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，合作各方的关系是一种合伙关 系。合作各方依照中国民事法律的有关规定，承担民事责任。

合作企业的组织机构是董事会或者联合管理委员会。具备法人资格的合作企业，一般 设立董事会；不具备法人资格的合作企业一般设立联合管理委员会。董事会或者联合管理

委员会是合作企业的权力机构，按照合作企业章程的规定，决定合作企业的重大问题。董 事会或者联合管理委员会成员不得少于3人，其名额的分配由中外合作者参照其投资或者 提供的合作条件协商确定。董事会或者联合管理委员会成员由合作各方自行委派或者撤 换。董事会董事长、副董事长或者联合管理委员会主任、副主任的产生办法由合作企业章 程规定；中外合作者的一方担任董事长、主任的，副董事长、副主任由他方担任。董事或 者委员的任期由合作企业章程规定，每届最长不得超过3年，但可以连任。

董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开一次，由董事长或者主任召集并 主持。董事长或者主任因特殊情况不能履行职务时，由指定的副董事长、副主任或者 其他董事、委员召集并主持。1/3以上的董事或者委员可以提议召开董事会会议或者联 合管理委员会会议。董事会会议或者联合管理委员会会议应当有2/3以上董事或者委员出 席方能举行，其决议须经全体董事或者委员过半数通过。但下列事项由出席董事会会议或 者联合管理委员会会议的董事或者委员一致通过，方可作出决议：（1)合作企业章程的 修改；（2)合作企业注册资本的增加或者减少；（3)合作企业的解散；（4)合作企业的 资产抵押；（5)合作企业合并、分立和变更组织形式；（6)合作各方约定由董事会会议 或者联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项。 '

合作企业设总经理1人，负责合作企业的日常经营管理工作，对董事会或者联合管理 委员会负责。合作企业的总经理由董事会或者联合管理委员会聘任、解聘。总经理及其他 高级管理人员可以由中国公民担任，也可以由外国公民担任。经董事会或者联合管理委员 会聘任，董事或者委员可以兼任合作企业的总经理或者其他高级管理职务。

3-外资企业的组织形式和组织机构

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

外资企业的组织机构可以由外国投资者根据企业不同的经营内容、经营规模、经营 方式自行设置。但是，按照国际惯例，设立外资企业的权力机构应遵循资本占有权同 企业控制权相统一的原则，根据这一原则，外资企业的最高权力机构由资本持有者组 成。外资企业应根据其组织形式设立董事会。如果一个外资企业是由多个外国投资者出 资建立的，则该企业所设立的董事会中董事的名额，一般应按照每个股东的出资比例分 配。外资企业设立的董事会应推选出董事长。董事长是企业的法定代表人，须向中?国政府 申报备案。

(五）外商投资企业的出资方式和比例

1.外商投资企业的投资总额、注册资本与出资方式

外商投资企业的投资总额，是指开办外商投资企业所需资釜总额，即按其生产规模需 要而投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。外商投资企业的注册资本，是指为设立 外商投资企业而在工商行政管理机关登记的资本总额，即中外投资者认缴的全部出资额。 外商投资企业的注册资本与投资总额的比例应当符合国家有关规定。

外商投资企业出资方可以用现金出资，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。

(1)现金出资。外方投资者以现金出资时，只能以外币缴付出资，不能以人民币缴

付出资。外方投资者用外币缴付出资，应当按照缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折 算成人民币或者套算成约定的外币。中方投资者用人民币缴付出资，如需折合成外币，'应 当按照缴款当日中国人民银行公布的基准汇率折算。

根据有关规定，境外投资者可以进行跨境人民币直接投资，即以合法获得的境外人民 币来华开展新设企业、增资、参股、并购境内企业等外商直接投资活动。跨境人民币直接 投资及所投资外商投资企业的再投资应当符合外商投资法律法规及有关规定的要求，遵守 国家外商投资产业政策、外资并购安全审查、反垄断审查的有关规定。外商投资企业不得 使用跨境人民币直接投资的资金在中国境内直接或间接投资于有价证券和金融衍生品 (战略投资上市公司除外），以及用于委托贷款。境外投资者申请将原出资币种由外币变 更为人民币的，无需办理合同或章程变更审批，可按照外商投资法律、行政法规和有关规 定要求，到有关部门和银行办理登记、开立账户、资金汇兑等手续。

此外，《外资企业法实施细则》规定，经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中 国境内举办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

(2)作价出资。中外投资者以建筑物、厂房、机器设备或者其他物料、工业产权、 专有技术出资的，其作价由中外投资各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请中外投 资各方同意的第三者评定。

外方投资者以机器设备或者其他物料出资的，应符合下列条件：①为企业生产所必 需；②作价不得高于同类机器设备或其他物料当时的国际市场价格。外方投资者以工业产 权或者专有技术出资的，应符合下列条件之一：①能显著改进现有产品的性能、质量，提 高生产效率；②能显著节约原材料、燃料、动力。外方合资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。

中外投资者应当按照合同或章程规定的出资期限缴清各自认缴的出资额。逾期未缴或 者未缴清的，应当按规定支付迟延利息或者赔偿损失。中外投资者缴付出资额后，应当由 中国的注册会计师验证，出具验资报告后，由外商投资企业据以发给出资证明书。

根据《中外合作经营企业法》的规定，中外合作者除了可以用以上资产作为出资或 者合作条件外，还可以用其他财产权利出资或作为合作条件。根据我国《民法通则》及 其他有关法律、法规的规定，其他财产权利主要包括国有企业的经营权、国有自然资源的 使用经营权、公民或集体组织的承包经营权、公司股份等。

2.外商投资企业的出资比例

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

我国外商投资法律制度对外国投资者的出资比例作出了明确规定。在合营企业中，外 国合营者的投资比例一般不得低于合营企业注册资本的25%。在合作企业中，对取得法 人资格的合作企业，外国合作者的投资比例一般不得低于注册资本的25%;对不具备法 人资格的合作企业，合作各方的投资比例或合作条件，由商务部规定。在外资企业中，外 资企业的注册资本全部由外国投资者投入。在中外合资股份有限公司中，外国股东购买并 持有的股份应不低于公司注册资本的25%。

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

(六）外商投资企业投资者股权变更

外商投资企业投资者股权变更，是指依照中国法律法规在中国境内设立的合营企业、 合作企业、外资企业的投资者或其在企业的出资（包括提供合作条件）份额（以下简称 “股权”）发生变化。

1. 外商投资企业投资者股权变更的原因

导致外商投资企业投资者股权变更的原因，主要包括以下几项：（1)外商投资企业 投资者之间协议转让股权；（2)外商投资企业投资者经其他各方投资者同意向其关联企 业或其他受让人转让股权；（3)外商投资企业投资者协议调整企业注册资本导致变更各 方投资.者股权；（4)外商投资企业投资者经其他各方投资者同意将其股权质押给债权人， 质权人或受益人依照法律规定和合同约定取得该投资者股权；（5)外商投资企业投资者 破产、解散、被撤销、被吊销或死亡，其继承人、债权人或其他受益人依法取得该投资者 股权；（6)外商投资企业投资者合并或者分立，其合并或分立后的承继者依法承继原投 资者股权；（7)外商投资企业投资者不履行企业合同、章程规定的出资义务，经原审批 机关批准，更换投资者或变更股权。

2. 外商投资企业投资者股权变更应遵循的原则

外商投资企业投资者股权变更，应当遵守中国有关法律法规，经审批机关批准和登记 机关变更登记，并符合中国法律、法规对投资者资格的规定和产业政策的要求。依照 《外商投资产业指导目录》，不允许外商独资经营的产业，股权变更不得导致外国投资者 持有企业的全部股权；因股权变更而使企业变成外资企业的，还必须符合外资企业法律制 度所规定的设立外资企业的条件。需由国有资产占控股或主导地位的产业，股权变更不得 导致外国投资者或非中国国有企业占控股或主导地位。

3. 外商投资企业投资者股权变更的要求

(1) 除非外方投资者向中国投资者转让其全部股权，否则外商投资企业投资者股权 变更不得导致外方投资者的投资比例低于企业注册资本的25%。

(2) 经外商投资企业其他投资者同意，缴付出资的投资者可以依据《担保法》的有 关规定，通过签订质押合同并经审批机关批准将其巳缴付出资部分形成的股权质押给质权 人。投资者不得质押未缴付出资部分的股权。投资者不得将其股权质押给本企业。在质押 期间，出质投资者作为企业投资者的身份不变，未经出质投资者和企业其他投资者同意， 质权人不得转让出质股权；未经质权人同意，出质投资者不得将巳出质的股权转让或再 质押。

外商投资企业投资者与质权人签订股权质押合同后，应将下列文件报送批准设立该企 业的审批机关审查：①企业董事会及其他投资者关于同意出质投资者将其股权质押的决 议；②出质投资者与质权人签订的质押合同；③出质投资者的出资证明书；④由中国注册 的会计师及其所在事务所为企业出具的验资报告。审批机关应自接到上述规定的全部文件 之日起30日内决定批准或不批准。企业应在获得审批机关同意其投资者出质股权的批复 后30日内，持有关批复文件向原登记机关办理备案。

(3)以国有资产投资的中方投资者股权变更时，必须经有关国有资产评估机构对需 变更的股权进行价值评估，并经国有资产管理部门确认。经确认的评估结果应作为变更股 权的作价依据。

4.外商投资企业投资者股权变更的审批和登记

(1) 外商投资企业投资者股权变更的审批。外商投资企业投资者股权变更的审批机 关为批准设立该企业的审批机关。如果因合营企业、合作企业中方投资者的股权变更导致 企业变成外资企业，且该企业从事外资企业法律制度所规定的限制设立外资企业的行业， 则该股权变更必须经商务部批准。如果企业因增加注册资本而使投资者股权发生变化并且 导致其投资总额已超过原审批机关的审批权限，则该股权变更应按照审批权限和有关规定 报上级审批机关审批。

(2) 外商投资企业投资者股权变更的登记。外商投资企业投资者股权变更的登记机 关为原登记机关，经商务部批准的股权变更，由国家工商行政管理总局或其委托的原登记 机关办理变更登记。.

(七）外商投资者并购境内企业

外国投资者并购境内企业，是指外国投资者购买境内非外商投资企业（以下简称 “境内公司”）股东的股权或认购境内公司增资，使该境内公司变更设立为外商投资企业 (以下简称“股权并购”）；或者，外国投资者设立外商投资企业，并通过该企业协议购买 境内企业资产且运营该资产，或外国投资者协议购买境内企业资产，并以该资产投资设立 外商投资企业运营该资产（以下简称“资产并购”）。

1.外国投资者并购境内企业的要求

外国投资者并购境内企业，应符合中国法律、行政法规和规章对投资者资格的要求以 及产业、土地、环保等政策。依照《外商投资产业指导目录》不允许外国投资者独资经 营的产业，并购不得导致外国投资者持有企业的全部股权；需由中方控股或相对控股的产 业，该产业的企业被并购后，仍应由中方在企业中占控股或相对控股地位；禁止外国投资 者经营的产业，外国投资者不得并购从事该产业的企业被并购境内企业原有所投资企业 的经营范围应符合有关外商投资产业政策的要求；不符合要求的，应进行调整。

境内公司、企业或自然人以其在境外合法设立或控制的公司名义并购与其有关联关系 的境内的公司，应报商务部审批。当事人不得以外商投资企业境内投资或其他方式规避上 述要求。

外国投资者并购境内企业并取得实际控制权，涉及重点行业、存在影响或可能影响国 家经济安全因素或者导致拥有驰名商标或中‘华老字号的境内企业实际控制权转移的，当事 人应就此向商务部进行申报。当事人未予申报，但其并购行为对国家经济安全造成或可能 造成重大影响的，商务部可以会同相关部门要求当事人终止交易或采取转让相关股权、资. 产或其他有效措施，以消除并购行为对国家经济安全的影响。 。

外国投资者进行股权并购的，并购后所设外商投资企业承继被并购境内公司的债权和 债务。外国投资者资产并购的，出售资产的境内企业承担其原有的债权和债务。外国投资 者、被并购境内企业、债权人及其他当事人可以对被并购境内企业的债权债务的处置另行 达成协议，但是该协议不得损害第三人利益和社会公共利益。债权债务的处置协议应报送 审批机关。出售资产的境内企业应当在投资者向审批机关报送申请文件之前至少15曰，

向债权人发出通知书，并在全国发行的省级以上报纸上发布公告。

并购当事人应以资产评估机构对拟转让的股权价值或拟出售资产的评估结果作为确定 交易价格的依据。并购当事人可以约定在中国境内依法设立的资产评估机构。资产评估应 采用国际通行的评估方法。禁止以明显低于评估结果的价格转让股权或出售资产，变相向 境外转移资本。外国投资者并购境内企业，导致以国有资产投资形成的股权变更或国有资 产产权转移时，应当符合国有资产管理的有关规定。

并购当事人应对并购各方是否存在关联关系进行说明。如果有两方属于同一个实际控 制人，则当事人应向审批机关披露其实际控制人，并就并购目的和评估结果是否符合市场 公允价值进行解释。当事人不得以信托、代持或其他方式规避上述要求。

2. 外国投资者并购境内企业的审批和登记

(1) 并购审批。外国投资者并购境内企业的审批机关为商务部或省级商务主管部门。 并购后所设外商投资企业，根据法律、行政法规和规章的规定，属于应由商务部审批的特 定类型或行业的外商投资企业的，省级商务主管部门应将申请文件转报商务部审批，商务 部依法决定批准或不批准。

(2) 并购登记。外国投资者并购境内企业的登记管理机关为国家工商行政管理总局 或其授权的地方工商行政管理局。

3. 外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司

外国投资者以股权作为支付手段并购境内公司，是指境外公司的股东以其持有的境外 公司股权，或者境外公司以其增发的股份，作为支付手段，购买境内公司股东的股权或者 境内公司增发股份的行为。上述所称的境外公司应合法设立并且其注册地具有完善的公司 法律制度，且公司及其管理层最近3年未受到监管机构的处罚；除特殊目的公司外，境外 公司应为上市公司，其上市所在地应具有完善的证券交易制度。

(1) 并购条件。外国投资者以股权并购境内公司所涉及的境内外公司的股权，应符 合以下条件：①股东合法持有并依法可以转让；②无所有权争议且没有设定质押及任何其 他权利限制；③境外公司的股权在境外公开合法证券交易市场（柜台交易布场除外）挂 牌交易；④境外公司的股权最近1年交易价格稳定。但上述第③、④项不适用于特殊目的 公司。

外国投资者以股权并购境内公司，境内公司或其股东应当聘请在中国注册登记的中介 机构担任顾问（以下称“并购顾问”）。并购顾问应就并购申请文件的真实性、境外公司 的财务状况以及并购是否符合规定的要求作尽职调查，并出具并购顾问报告，逐项发表明 确的专业意见。并购顾问应符合以下条件：①信誉良好且有相关从业经验；②无重大违法 违规记录；③具有调查并分析境外公司注册地和上市所在地法律制度与境外公司财务状况 的能力。

(2) 申报程序。外国投资者以股权并购境内公司应报送商务部审批。商务部自收到 规定报送的全部文件之日起30日内对并购申请进行审核，符合条件的，颁发批准证书， 并在批准证书上加注“外国投资者以股权并购境内公司，自营业执照颁发之日起6个月 内有效”。境内公司应自收到加注的批准证书之日起30日内，向登记管理机关、外汇管 理机关办理变更登记，由登记管理机关、外汇管理机关分别向其颁发加注“自颁发之.曰 起8个月内有效”字样的外商投资企业营业执照和外汇登记证。境内公司向登记管理机

关办理变更登记时，应当预先提交旨在恢复股权结构的境内公司法定代表人签署的股权变 更申请书、公司章程修正案、股权转让协议等文件。

自营业执照颁发之日起6个月内，境内公司或其股东应就其持有境外公司股权事项， 向商务部、外汇管理机关申请办理境外投资开办企业核准、登记手续。商务部在核准境内 公司或其股东持有境外公司的股权后，颁发企业境外投资证书，并换发无加注的外商投资 企业批准证书。境内公司取得无加注的外商投资企业批准证书后，应在30日内向登记管 理机关、外汇管理机关申请换发无加注的外商投资企业营业执照和外汇登记证。

自营业执照颁发之日起6个月内，如果境内外公司没有完成其股权变更手续，则加注 的外商投资企业批准证书和企业境外投资证书自动失效，登记管理机关根据境内公司预先 提交的股权变更登记申请文件核准变更登记，使境内公司股权结构恢复到股权并购之前的 状态。

境内公司取得无加注的外商投资企业批准证书和外汇登记证之前，不得向股东分配利 润或向有关联关系的公司提供担保，不得对外支付转股、减资、清算等资本项目款项。

(3)关于特殊目的公司的特别规定。特殊目的公司，是指中国境内公司或自然人为 实现以其实际拥有的境内公司权益在境外上市而直接或间接控制的境外公司。境内公司在 境外设立特殊目的公司，应向商务部申请办理核准手续。获得企业境外投资证书后，设立 人或控制人应向所在地外汇管理机关申请办理相应的境外投资外汇登记手续。特殊目的公 司境外上市的股票发行价总值，不得低于其所对应的经中国有关资产评估机构评估的被并 购境内公司股权的价值。

特殊目的公司以股权并购境内公司的，境内公司应向商务部申报。商务部初审同意 的，出具原则批复函，境内公司凭该批复函向国务院证券监督管理机构报送申请上市的文 件。国务院证券监督管理机构于20个工作日内决定是否核准。境内公司获得核准后，向 商务部申领批准证书。商务部向其颁发加注“境外特殊目的公司持股，自营业执照颁发 之曰起1年内有效”字样的批准证书。并购导致特殊目的公司股权等事项变更的，持有 特殊目的公司股权的境内公司或自然人，凭加注的外商投资企业批准证书.，向商务部就特 殊目的公司相关事项办理境外投资开办企业变更核准手续，并向所在地外汇管理机关申请 办理境外投资外汇登记变更。

境内公司应自收到加注的批准证书之日起30日内，向登记管理机关、外汇管理机关 办理变更登记，由登记管理机关、外汇管理机关分别向其颁发加注“自颁发之日起14个 月内有效”字样的外商投资企业营业执照和外汇登记证。境内公司向登记管理机关办理 变更登记时，应当预先提交旨在恢复股权结构的境内公司法定代表人签署的股权变更申请 书、公司章程修正案、股权转让协议等文件。

境内公司应自特殊目的公司或与特殊目的公司有关联关系的境外公司完成境外上市之 曰起30日内，向商务部报告境外上市情况和融资收入调回计划，并申请换发无加注的外 商投资企业批准证书。同时，境内公司应自完成境外上市之日起30日内，向国务院证券 监督管理机构报告境外上市情况并提供相关的备案文件。境内公司还应向外汇管理机关报 送融资收人调回计划，由外汇管理机关监督实施。境内公司取得无加注的批准证书后，应 在30日内向登记管理机关、外汇管理机关申请换发无加注的外商投资企业营业执照和外 汇登记证。如果境内公司在规定期限内未向商务部报告，则境内公司加注的批准证书自动

失效，境内公司股权结构恢复到股权并购之前的状态，并应办理变更登记手续。

特殊目的公司的境外上市融资收人，应按照报送外汇管理机关备案的调回计划，根据 现行外汇管理规定调回境内使用。融资收人可采取以下方式调回境内：（1)向境内公司 提供商业贷款；（2)在境内新设外商投资企业；（3)并购境内企业。在上述情形下调回 特殊目的公司境外融资收人，应遵守中国有关外商投资及外债管理的法律和行政法规。如 果调回特殊目的公司境外融资收人，导致境内公司和自然人增持特殊目的公司权益或特殊 目的公司净资产增加，当事人应如实披露并报批，在完成审批手续后办理相应的外资外汇 登记和境外投资登记变更。境内公司及自然人从特殊目的公司获得的利润、红利及资本变 动所得外汇收入，应自获得之日起6个月内调回境内。利润或红利可以进人经常项目外汇 账户或者结汇。资本变动外汇收人经外汇管理机关核准，可以开立资本项目专用账户保 留，也可经外汇管理机关核准后结汇。

自营业执照颁发之日起1年内，如果境内公司不能取得无加注批准证书，则加注的批 准证书自动失效，并应办理变更登记手续。

4.外国投资者并购境内企业的安全审查

(1>并购安全审查范围。并购安全审查的范围为：①外国投资者并购境内军工及军 工配套企业，重点、敏感军事设施周边企业，以及关系国防安全的其他单位；②外国投资 者并购境内关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重要基础设施、重要运输服 务、关键技术、重大装备制造等企业，且实际控制权可能被外国投资者取得。

这里所称外国投资者取得实际控制权，是指外国投资者通过并购成为境内企业的控股 股东或实际控制人。包括下列情形：①外国投资者及其控股母公司、控股子公司在并购后 持有的股份总额在50%以上;②数个外国投资者在并购后持有的股份总额合计在50%以 上；③外国投资者在并购后所持有的股份总额不足50%，但依其持有的股份所享有的表 决权已足以对股东会或股东大会、董事会的决议产生重大影响；④其他导致境内企业的经 营决策、财务、人事、技术等实际控制权转移给外国投资者的情形。

(2) 并购安全审查内容。并购安全审查的内容包括：①并购交易对国防安全，包括 对国防需要的国内产品生产能力、国内服务提供能力和有关设备设施的影响；②并购交易: 对国家经济稳定运行的影响；③并购交易对社会基本生活秩序的影响；④并购交易对涉及 国家安全关键技术研发能力的影响。

(3) .并购安全审查工作机制。我国建立外国投资者并购境内企业安全审查部际联席 会议制度，具体承担并购安全审查工作。联席会议在国务院领导下，由国家发改委、商务! 部牵头，根据外资并购所涉及的行业和领域，会同相关部门开展并购安全审查。联席会议 的主要职责是分析外国投资者并购境内企业对国家安全的影响，研究、协调外国投资者并 购境内企业安全审查工作中的重大问题，对需要进行安全审查的外国投资者并购境内企业 交易进行安全审查并作出决定。

(4) 并购安全审查程序。外国投资者并购境内企业，应按照规定，由投资者向商务 部提出申请。两个或者两个以上外国投资者共同并购的，可以共同或确定一个外国投资者 向商务部提出并购安全审查申请。对属于安全审查范围内的并购交易，商务部应在5个工 作日内提请联席会议进行审查。外国投资者并购境内企业，国务院有关部门、全国性行业 协会、同业企业及上下游企业认为需要进行并购安全审查的，可以向商务部提出进行并购

安全审查的建议，并提交有关情况的说明，商务部可要求利益相关方提交有关说明。属于 并购安全审查范围的，商务部应在5个工作日内将建议提交联席会议。联席会议认为确有 必要进行并购安全审查的，可以决定进行审查。

联席会议对商务部提请安全审查的并购交易，首先进行一般性审查，对未能通过一般 性审查的，进行特别审查。一般性审查采取书面征求意见的方式进行。联席会议收到商务 部提请安全审查的并购交易申请后，在5个工作日内，书面征求有关部门的意见；有关部 门在收到书面征求意见函后，应在20个工作日内提出书面意见。如有关部门均认为并购 交易不影响国家安全，则不再进行特别审查，由联席会议在收到全部书面意见后5个工作 日内提出审查意见，并书面通知商务部；如有部门认为并购交易可能对国家安全造成影 响，联席会议应在收到书面意见后5个工作日内启动特别审查程序。启动特别审查程序 后，联席会议组织对并购交易的安全评估，并结合评估意见对并购交易进行审查，意见基 本一致的，由联席会议提出审查意见；存在重大分歧的，由联席会议报请国务院决定。联 席会议应自启动特别审查程序之日起60个工作日内完成特别审查，或报请国务院决定。 审查意见由联席会议书面通知商务部。在并购安全审查过程中，申请人可向商务部申请修 改交易方案或撤销并购交易。

商务部收到联席会议书面审查意见后，在5个工作日内将审查意见书面通知申请人， 以及负责并购交易管理的地方商务主管部门。对不影响国家安全的，申请人可按照有关规 定，到具有相应管理权限的相关主管部门办理并购交易手续。对可能影响国家安全且并购 交易尚未实施的，当事人应当终止交易。申请人未经调整并购交易、修改申报文件并经重 新审查，不得申请并实施并购交易。外国投资者并购境内企业行为对国家安全已经造成或 可能造成重大影响的，根据联席会议审查意见，商务部会同有关部门终止当事人的交易， 或采取转让相关股权、资产或其他有效措施，以消除该并购行为对国家安全的影响。

外国投资者并购境内企业未被提交联席会议审查，或联席会议经审查认为不影响国家 安全的，若此后发生调整并购交易、修改有关协议文件、改变经营活动以及其他变化 (包括境外实际控制人的变化等），导致该并购交易属于并购安全审查制度明确的并购安 全审查范围的，当事人应当停止有关交易和活动,由外国投资者按照规定向商务部提交并 购安全审查申请。

(八）外商投资企业的合并与分立

外商投资企业的合并与分立，是指依照中国法律在中国境内设立的中外合资经营企 业、具有法人资格的中外合作经营企业、外资企业、外商投资股份有限公司（以下简称 “公司”，此简称仅适用于本部分关于外商投资企业合并与分立的内容）之间的合并或 分立。 丨

1.外商投资企业合并与分立的基本要求

公司合并或分立应符合《指导外商投资方向暂行规定》和《外商投资产业指导目录》 的规定，不得导致外国投资者在不允许外商独资、控股或占主导地位的产业的公司中独资 控股或占主导地位。公司因合并或分立而导致其所从事的行业或经营范围发生变更的，应 符合有关法律、法规及国家产业政策的规定并办理必要的审批手续。

公司合并或分立，须经公司原审批机关批准并到登记机关办理有关公司设立、变更或 注销登记。拟合并公司的原审批机关或登记机关有两个以上的，由合并后公司住所地省级

商务主管部门和国家工商行政管理总局授权的登记机关作为审批和登记机关。拟合并公司 的投资总额之和超过公司原审批机关或合并后公司住所地审批机关审批权限的，由具有相 应权限的审批机关审批。拟合并的公司至少有一家为股份有限公司的，由商务部审批。因 公司合并或分立而解散原公司或新设异地公司，须征求拟解散或拟设立公司的所在地审批 机关的意见。在投资者按照公司合同、章程规定缴清出资、提供合作条件且实际开始生 产、经营之前，公司之间不得合并，公司不得分立。

有限责任公司之间合并后为有限责任公司；股份有限公司之间合并后为股份有限公 司；上市的股份有限公司与有限责任公司合并后为股份有限公司；非上市的股份有限公司 与有限责任公司合并后可以是股份有限公司，也可以是有限责任公司。股份有限公司之间 合并或者公司合并后为有限责任公司的，合并后公司的注册资本为原公司注册资本额之 和。有限责任公司与股份有限公司合并后为股份有限公司的，合并后公司的注册资本为原 有限责任公司净资产额根据拟合并的股份有限公司每股所含净资产额折成的股份额与原股 份有限公司股份总额之和。

分立后公司的注册资本额，由分立前公司的最高权力机构，依照有关外商投资企业法 律、法规和登记机关的有关规定确定，但分立后各公司的注册资本额之和应为分立前公司 的注册资本额。各方投资者在分立后的公司中的股权比例，由投资者在分立后的公司合 同、章程中确定，但外国投资者的股权比例不得低于分立后公司注册资本的25%。

公司合并，采取吸收合并形式的，接纳方公司的成立日期为合并后公司的成立日期； 采取新设合并形式的，登记机关核准设立登记并签发营业执照的日期为合并后公司的成立 日期。因公司分立而设立新公司的，登记机关核准设立登记并签发营业执照的日期为分立 后公司的成立日期。

投资者已经按照公司合同、章程规定缴付出资、提供合作条件的，公司可以与中国内 资企业合并。公司与中国内资企业合并必须符合我国利用外资的法律、法规规定和产业政 策要求，并具备以下条件：（1)拟合并的中国内资企业是依照《公司法》规范组建的有 限责任公司或股份有限公司;.(2)投资者符合法律、法规和规章对合并后公司所从事有 关产业的投资者资格要求；（3)外国投资者的股权比例不得低于合并后公司注册资本的 25% ； (4)合并协议各方保证拟合并公司的原有职工充分就业或给予合理安置。

公司与中■内资企业合并后为外商投资企业，其投资总额为原公司的投资总额与中国 内资企业财务审计报告所记载的企业资产总额之和，注册资本为原公司的注册资本额与中 国内资企业的注册资本额之和。合并后的公司注册资本与投资总额比例，应当符合国家工 商行政管理总局《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》；在特殊 情况下，不能执行该规定的，须经商务部会同国家工商行政管理总局批准。与公司合并的 中国内资企业已经投资设立的企业，成为合并后公司所持股的企业，应当符合中国利用外 资的产业政策要求和《关于外商投资企业境内投资的暂行规定》。合并后的公司不得在禁 止外商投资产业的企业中持有股权。

合并后存续的公司或者新设的公司全部承继因合并而解散的公司的债权、债务。分立 后的公司按照分立协议承继原公司的债权、债务。

2.外商投资企业合并与分立的程序

(1)向审批机关提出申请。公司吸收合并，由接纳方公司作为申请人；公司新设合

并，由合并各方协商确定一个申请人。申请人负责向审批机关报送文件。

拟合并的公司有两个以上原审批机关的，拟解散的公司应当在向审批机关报送有关文 件之前，向其原审批机关提交因公司合并而解散的申请。

(2) 审批机关作出审批决定。审批机关应自接到规定报送的有关文件之日起45日 内，以书面形式作出是否同意合并或分立的初步批复。公司合并的审批机关为商务部的， 如果商务部认为公司合并具有行业垄断的趋势或者可能形成就某种特定商品或服务的市场 控制地位而妨碍公平竞争，可于接到有关文件后，召集有关部门和机构，对拟合并的公司 进行听证并对该公司及其相关市场进行调查。这种情况下，审批期限可延长至180天。

(3) 办理工商登记等相关事宜。公司采取吸收合并形式的，接纳方公司应到原审批 机关办理外商投资企业批准证书变更手续并到登记机关办理公司变更登记；加人方公司应 到原审批机关缴销外商投资企业批准证书并到登记机关办理公司注销登记。公司采取新设 合并形式的，合并各方公司应到原审批机关缴销外商投资企业批准证书并到登记机关办理 公司注销登记；新设立的公司应通过申请人到审批机关领取外商投资企业批准证书并到登 记机关办理公司设立登记。公司采取存续分立形式的，存续的公司应到审批机关办理外商 投资企业批准证书变更手续并到登记机关办理公司变更登记；新设立的公司应到审批机关 领取外商投资企业批准证书并到登记机关办理公司设立登记。公司采取解散分立形式的， 原公司应到原审批机关缴销外商投资企业批准证书并到登记机关办理公司注销登记；新设 立的公司应到审批机关领取外商投资企业批准证书并到登记机关办理公司设立登记。公司 与中国内资企业合并的仅由公司办理有关外商投资企业批准证书手续。

公司投资者因公司合并或分立而签署的修改后的公司合同、章程自审批机关变更或核 发外商投资企业批准证书之日起生效。

(九）外商投资纠纷案件的审理及法律适用

本部分基于最高人民法院2007年《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用 若干问题的规定》和2010年《关于审理外商投资企业纠纷案件若干问题的规定（一）》 的规定，对外商投资纠纷案件的审理和法律适用问题加以简要介绍。 '

1.关于外商投资企业的设立和出资

当事人在外商投资企业设立、变更等过程中订立的合同，依法律、行政法规的规定应 当经外商投资企业审批机关批准后才生效的，自批准之日起生效；未经批准的，人民法院 应当认定该合同未生效。当事人请求确认该合同无效的，人民法院不予支持。但上述合同 因未经批准而被认定未生效的，不影响合同中当事人履行报批义务条款及因该报批义务而 设定的相关条款的效力。当事人就外商投资企业相关事项达成的补充协议对已获批准的合 同不构成重大或实质性变更的，人民法院不应以未经外商投资企业审批机关批准为由认定 该补充协议未生效。所谓重大或实质性变更，包括注册资本、公司类型、经营范围、营业 期限、股东认缴的出资额、出资方式的变更以及公司合并、公司分立、股权转让等。

人民法院在审理案件中，发现经外商投资企业审批机关批准的外商投资企业合同具有 法律、行政法规规定的无效情形的，应当认定合同无效；该合同具有法律、行政法规规定 的可撤销情形，当事人请求撤销的，人民法院应予支持。

外商投资企业合同约定一方当事人以需要办理权属变更登记的标的物出资或者提供合 作条件，标的物已交付外商投资企业实际使用，且负有办理权属变更登记义务的一方当事

人在人民法院指定的合理期限内完成了登记的，人民法院应当认定该方当事人履行了出资 或者提供合作条件的义务。外商投资企业或其股东以该方当事人未履行出资义务为由主张该 方当事人不享有股东权益的，人民法院不予支持。外商投资企业或其股东举证证明该方当事 人因迟延办理权属变更登记给外商投资企业造成损失并请求赔偿的，人民法院应予支持。

2.关于外商投资企业的股权转让和质押

外商投资企业股权转让合同成立后：（1)转让方和外商投资企业不履行报批义务， 经受让方催告后在合理的期限内仍未履行，受让方请求解除合同并由转让方返还其已支付 的转让款、赔偿因未履行报批义务而造成的实际损失的，人民法院应予支持。（2)转让 方和外商投资企业不履行报批义务，受让方以转让方为被告、以外商投资企业为第三人提 起诉讼，请求转让方与外商投资企业在一定期限内共同履行报批义务的，人民法院应予支 持；受让方同时请求在转让方和外商投资企业于生效判决确定的期限内不履行报批义务时 自行报批的，人民法院亦应予以支持。（3)转让方、外商投资企业或者受让方根据上述 规定就外商投资企业股权转让合同报批，未获外商投资企业审批机关批准，受让方另行起 诉，请求转让方返还其已支付的转让款的，人民法院应予支持；受让方请求转让方赔偿因 此造成的损失的，人民法院应根据转让方是否存在过错以及过错大小认定其是否承担赔偿 责任及具体赔偿数额。（4)转让方和外商投资企业拒不根据人民法院生效判决确定的期 限履行报批义务，受让方另行起诉，请求解除合同并赔偿损失的，+民法院应予支持；赔 偿损失的范围可以包括股权的差价损失、股权收益及其他合理损失1

外商投资企业股权转让合同约定受让方支付转让款后转让方才办理报批手续，受让方 未支付股权转让款，经转让方催告后在合理的期限内仍未履行，转让方请求解除合同并赔 偿因迟延履行而造成的实际损失的，人民法院应予支持。.

外商投资企业股权转让合同成立后：（1)受让方未支付股权转让款，转让方和外商 投资企业亦未履行报批义务，转让方请求受让方支付股权转让款的，人民法院应当中止审 理，指令转让方在一定期限内办理报批手续；该股权转让合同获得外商投资企业审批机关 批准的，对转让方关于支付转让款的诉讼请求，人民法院应予支持。（2)受让方已实际 参与外商投资企业的经营管理并获取收益，但合同未获外商投资企业审批机关批准，转让 方请求受让方退出外商投资企业的经营管理并将受让方因实际参与经营管理而获得的收益 在扣除相关成本费用后支付给转让方的，人民法院应予支持。

外商投资企业一方股东将股权全部或部分转让给股东之外的第三人，应当经其他股东 一致同意，其他股东以未征得其同意为由请求撤销股权转让合同的，人民法院应予支持， 但下列情形之一的除外：（1)有证据证明其他股东已经同意；（2)转让方已就股权转让 事项书面通知，其他股东自接到书面通知之日满30日未予答复；（3)其他股东不同意转 让，又不购买该转让的股权。其他股东以该股权转让侵害了其优先购买权为由请求撤销股 权转让合同的，人民法院亦应予以支持，但其他股东在其知道或者应当知道股权转让合同 签订之日起1年内未主张优先购买权的除外；转让方、受让方以侵害其他股东优先购买权 为由请求认定股权转让合同无效的，人民法院不予支持。

外商投资企业股东与债权人订立的股权质押合同，除法律、行政法规另有规定或者合 同另有约定外，自成立时生效；未办理质权登记的，不影响股权质押合同的效力。当事人 仅以股权质押合同未经外商投资企业审批机关批准为由主张合同无效或未生效的，人民法

院不予支持。股权质押合同依照《物权法》的相关规定办理了出质登记的，股权质权自 登记时设立。

3. 关于外商投资企业的名义股东与实际投资者

当事人之间约定一方实际投资、另一方作为外商投资企业名义股东，不具有法律、行 政法规规定的无效情形的，人民法院应认定该合同有效；一方当事人仅以未经外商投资企 业审批机关批准为由主张该合同无效或未生效的，人民法院不予支持。实际投资者请求确 认其在外商投资企业中的股东身份或者请求变更外商投资企业股东的，人民法院亦不予支 持，但同时具备下列条件的除外：（1)实际投资者已经实际投资；（2)名义股东以外的 其他股东认可实际投资者的股东身份；（3)人民法院或当事人在诉讼期间就将实际投资 者变更为股东，征得了外商投资企业审批机关的同意。

实际投资者请求名义股东依据双方约定履行相应义务的，人民法院应予支持；双方未 约定利益分配，实际投资者请求名义股东向其交付从外商投资企业获得的收益的，人民法 院应予支持；名义股东向实际投资者请求支付必要报酬的，人民法院应酌情予以支持。名 义股东不履行与实际投资者之间的合同，致使实际投资者不能实现合同目的，实际投资者 请求解除合同并由名义股东承担违约责任的，人民法院应予支持。但实际投资者根据其与 名义股东的约定，直接向外商投资企业请求分配利润或者行使其他股东权利的，人民法院 不予支持。

实际投资者与名义股东之间的合同被认定无效，名义股东持有的股权价值高于实际投 资额，实际投资者请求名义股东向其返还投资款并根据其实际投资情况以及名义股东参与 外商投资企业经营管理的情况对股权收益在双方之间进行合理分配的，人民法院应予支 持；名义股东明确表示放弃股权或者拒绝继续持有股权的，人民法院可以判令以拍卖、变 卖名义股东持有的外商投资企业股权所得向实际投资者返还投资款，其余款项根据实际投 资者的实际投资情况、名义股东参与外商投资企业经营管理的情况在双方之间进行合理分 配。名义股东持有的股权价值低于实际投资额，实际投资者请求名义股东向其返还现有股 权的等值价款的，人民法院应予支持；名义股东明确表示放弃股权或者拒绝继续持有股权 的，人民法院可以判令以拍卖、变卖名义股东持有的外商投资企业股权所得向实际投资者 返还投资款。

实际投资者请求名义股东赔偿损失的，人民法院应当根据名义股东对合同无效是否存 在过错及过错大小认定其是否承担赔偿责任及具体赔偿数额。实际投资者与名义股东之间 的合同因恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益，被认定无效的，人民法院应当将因 此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

4. 关于恶意变更外商投资企业股东

外商投资企业一方股东或者外商投资企业以提供虚假材料等欺诈或者其他不正当手段 向外商投资企业审批机关申请变更外商投资企业批准证书所载股东，导致外商投资企业他 方股东丧失股东身份或原有股权份额，他方股东请求确认股东身份或原有股权份额的，人 民法院应予支持；第三人已经善意取得该股权的除外。他方股东请求侵权股东或者外商投 资企业赔偿损失的，人民法院应予支持。

5. 关于外商投资合同的法律适用

在中国领域内履行的下列合同，专属适用中国法律，不得由当事人意思自治选择合同 准据法或者适用其他法律选择规则：（1)中外合资经营企业合同；（2)中外合作经营企 业合同；（3)中外合作勘探、开发自然资源合同；（4)中外合资经营企业、中外合作经 营企业、外商独资企业股份转让合同；（5)外国自然人、法人或者其他组织承包经营在 中国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同；（6)外国自然人、法 人或者其他组织购买中国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同；（7)外国自然人、 法人或者其他组织认购中国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合 同；（8)外国自然人、法人或者其他组织购买中国领域内的非外商投资企业资产的合同。

二、对外直接投资法律制度

(一）对外直接投资概述

中国对外直接投资（以下简称“对外直接投资”），是指中国境内投资者以现金、实 物、无形资产等方式在国外及港澳台地区设立或购买境外企业，并控制企业经营管理权的 投资活动。对外直接投资与外商直接投资从性质上说均属国际直接投资，区别仅在于资金 的流向：在外商直接投资中，中国是资金输人国，是投资者的东道国；在对外直接投资 中，中国是资金输出国，是投资者的母国。因此，同外商直接投资一样，对外直接投资也 与被投资企业的经营管理控制权相联系，这是其区别于对外间接投资的核心特征。

对外直接投资的形式包括新设、并购、参股、增资、再投资等。中国早期的对外直接 投资以新设投资或所谓绿地投资为主，近年来，跨国并购所占比例则呈上升趋势。

中国境内投资者对外直接投资，需要遵守投资所在国即东道国的法律和政策，以及中 国与有关东道国签订的双边投资保护协定和双方共同缔结或参加的多边条约中的相关规 定。与此同时，作为投资者的母国，中国国内法中的相关规定当然也要予以适用。理论上 说，母国关于对外直接投资的法律规定应当包括管理（控制）和促进（保障）两个方面， 但从我国现有的法律规定看，主要是关于管理和控制的内容，促进和保障的内容相对稀缺。 从法律层级看，目前我国还没有专门调整对外直接投资行为的法律或行政法规，所依据的法 律规范主要是国家发改委、商务部、国资委、国家外汇管理局等部委发布的部门规章。

(二）对外直接投资核准备案制度

1.商务部的核准和备案

根据2014年9月6日发布、2014年10月6日起施行的《境外投资管理办法》，商务 部和省级商务主管部门按照企业境外投资的不同情形，分别实行备案和核准管理。企业境 外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理；企业其他情形的境外投资，实 行备案管理。其中，实行核准管理的国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国 制裁的国家，必要时商务部可另行公布其他实行核准管理的国家和地区的名单；实行核准 管理的行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地 区）以上利益的行业。企业境外投资不得有以下情形：（1)危害我国国家主权、安全和 社会公共利益，或违反我国法律法规；（2)损害我国与有关国家（地区）关系；（3)违 反我国缔结或者参加的国际条约、协定；（4)出口我国禁止出口的产品和技术。对属于 备案情形的境外投资，中央企业报商务部备案，地方企业报所在地省级商务主管部门备 案；对属于核准情形的境外投资，中央企业向商务部提出申请，地方企业通过所在地省级 商务主管部门向商务部提出申请。两个以上企业共同开展境外投资的，应当由相对大股东 在征求其他投资方书面同意后办理备案或申请核准；如果各方持股比例相等，应当协商后 由一方办理备案或申请核准；如投资方不属同一行政区域，负责办理备案或核准的商务部 或省级商务主管部门应当将备案或核准结果告知其他投资方所在地商务主管部门。核准境 外投资应当征求中国驻外使领馆意见，涉及中央企业的，由商务部征求意见；涉及地方企 业的，由省级商务主管部门征求意见。

商务部和省级商务主管部门通过“境外投资管理系统对企业境外投资进行管理， 并向获得备案或核准的企业颁发《企业境外投资证书》（以下简称《证书》）。《证书》是 企业境外投资获得备案或核准的凭证，按照境外投资最终目的地颁发。企业境外投资经备 案或核准后，原《证书》载明的境外投资事项发生变更的，企业应当按照规定程序向原 备案或核准的商务部或省级商务主管部门办理变更手续。自领取《证书》之日起2年内， 企业未在境外开展投资的，《证书.》自动失效；如需再开展境外投资，应当重新办理备案 、或申请核准。

2.国家发改委的核准和备案

根据2014年4月8日发布、2014年5月8日起施行，并于2014年12月27日修改的 《境外投资项目核准和备案管理办法》，国家发改委和省级政府投资主管部门根据不同情 况，对境外投资项目分别实行核准和备案管理。涉及敏感国家和地区、敏感行业的境外投 资项目，由国家发改委核准；其中，中方投资额20亿美元及以上的，由国家发展改革委 提出审核意见报国务院核准。其他境外投资项目，实行备案管理。其中，中央管理企业实 施的境外投资项目、地方企业实施的中方投资额3亿美元及以上境外投资项目，由国家 发改委备案；地方企业实施的中方投资额3亿美元以下境外投资项目，由各省、自治区、 直辖市及计划单列市和新疆生产建设兵团等省级政府投资主管部门备案。

在此，境外投资项目是指投资主体通过投人货币、有价证券、实物、知识产权或技 术、股权、债权等资产和权益或提供担保，获得境外所有权、经营管理权及其他相关权益 的活动；中方投资额是指投资主体为境外投资项目投入的货币、有价证券、实物、知识产 权或技术、股权、债权等资产和权益或提供担保的总额。

投资主体实施需国家发展改革委核准或备案的境外投资项目，在对外签署具有最终法 律约束效力的文件前，应当取得国家发展改革委出具的核准文件或备案通知书，或可在签 署的文件中明确生效条件为依法取得国家发展改革委出具的核准文件或备案通知书。投资 主体凭核准文件或备案通知书，依法办理外汇、海关、出人境管理和税收等相关手续；对 于未按规定权限和程序核准或者备案的项目，有关部门不得办理相关手续，金融机构不得 发放贷款。

第二节对外贸易法律制度

一、对外贸易法律制度概述

中国对外贸易是国际贸易的组成部分，是指中国同其他国家或地区之间发生的贸易活

动，包括货物进出口贸易、技术进出口贸易和国际服务贸易。

《中华人民共和国对外贸易法》（以下简称《对外贸易法》）是我国调整对外贸易的 基本法律依据。为发展对外贸易，维护对外贸易秩序，促进社会主义市场经济的健康发 展，我国于1994年制定了《对外贸易法》。2001年，我国加入世贸组织，世贸组织诸协 定以及《中华人民共和国加入世界贸易组织议定书》（以下简称《中国加人议定书》）和 《中国加入世界贸易组织工作组报告》（以下简称《工作组报告》）成为对中国具有约束 力的法律文件。为适应对外贸易形势的发展，特别是履行中国“入世”承诺，我国于 2004年对《对外贸易法》进行了全面修订。新法在立法目的中增加了 “扩大对外开放” 和“保护对外贸易经营者的合法权益”这两条，一方面，表明我国加入世贸组织后将以 更加开放的心态来面对世界；另一方面，强调《对外贸易法》不仅是管理性质的法律， 也是保护和服务性质的法律，体现出鲜明的时代特征。

除《对外贸易法》夕卜，《中华人民共和国货物进出口管理条例》、《中华人民共和国技 术进出口管理条例》（以下简称《技术进出口条例》）、《中华人民共和国反倾销条例》（以 下简称《反倾销条例》）、《中华人民共和国反补贴条例》（以下简称《反补贴条例》）和 《中华人民共和国保障措施条例》（以下简称《保障措施条例》）等行政法规，以及商务部等 政府主管部门颁行的管理对外贸易的相关规章，也构成对外贸易法律制度的重要内容。

二、对外贸易经营者

(一）对外贸易经营者的概念

对外贸易经营者是我国对外贸易活动的经营主体，是指依法办理工商登记或者其他执 业手续，依照《对外贸易法》和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动 的法人、其他组织或者个人。

1. 对外贸易经营者包括法人、其他组织和个人

对外贸易经营者既可以是法人，也可以是非法人组织如合伙，还可以是个人亦即自然 人。给予个人对外贸易经营权是2004年《对外贸易法》修订的一大进步。1994年的《对 外贸易法》规定对外贸易经营者仅包括法人和其他组织。《中国加人议定书》第5. 2条规 定：“除本议定书另有规定外，对于所有外国个人和企业，包括未在中国投资或注册的外 国个人和企业，在贸易权方面应给予其不低于给予在中国的企业的待遇。”据此，外国个 人有权在中国从事对外贸易活动。在此情况下，中国个人自然也应享有对外贸易权，否则 就会形成对外国自然人的“超国民待遇”。因此，2004年的《对外贸易法》顺应这一要 求，允许个人从事对外贸易经营活动。

2. 对外贸易经营无需专门许可

我国在很长时间内对于对外贸易经营实行特许制，只有经过审批并获得外贸经营资格 才能从事对外贸易活动。1994年，《对外贸易法》即规定，从事货物进出口与技术进出口 的对外贸易经营，必须具备该法规定的条件，并经国务院对外经济贸易主管部门许可。 《工作组报告》第84 (a)段规定：“中国代表确认，中国将在加人后3年内取消贸易权 的审批制。届时，中国将允许所有在中国的企业及外国企业和个人，包括其他世贸组织成 员的独资经营者，在中国全部关税领土内进口所有货物（议定书附件2A所列保留由国营 贸易企业进口和出口的产品份额除外）。”为履行这一承诺，《对外贸易法》于2004年修

订时取消了外贸特许制，规定依法办理了工商登记或其他执业手续的单位和个人均可从事 外贸经营。当然，对外贸易经营者必须首先依据《公司法》、《非公司型企业法》、《外商 投资企业法》、《个体工商户条例》等法律法规的规定，完成设立登记。

(二）对外贸易经营者的管理

1. 货物贸易和技术贸易经营者的备案登记

《对外贸易法》规定，从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向商 务部或者其委托的机构办理备案登记；但是，法律、行政法规和商务部规定不需要备案登 记的除外。对外贸易经营者未按照规定办理备案登记的，海关不予办理进出口货物的报关 验放手续。

2. 关于国营贸易的特别规定

《对外贸易法》规定，我国可以对部分货物的进出口实行国营贸易管理；实行国营贸 易管理货物的进出口业务只能由经授权的企业经营，但国家允许部分数量的国营贸易管理 货物的进出口业务由非授权企业经营的除外；实行国营贸易管理的货物和经授权经营企业 的目录，由商务部会同国务院其他有关部门确定、调整并公布。

所谓国营贸易，是指国家设立的国有企业以及国家给予排他性特权的私营企业所进行 贸易，亦即国家通过授予对外贸易经营者在特定贸易领域内的专营权或特许权的方式，对 特定产品的进出口实施的管理。《对外贸易法》关于国营贸易的上述规定有三方面的含 义：第一，国家只对部分而非全部货物实行国营贸易管理，且此类货物应当是明确和公开 的，通过目录的方式让公众周知。从商务部公布的《进口国营贸易管理货物目录》和 《出口国营贸易管理货物目录》看，实行进口国营贸易管理的货物涉及粮食、植物油、 糖、烟草、原油、成品油、化肥和棉花等类别，而实行出口国营贸易管理的货物主要是烟 草专卖品。第二，国营贸易一般由经授权的企业经营。第三，国家可以根据具体情况，允 许部分数量的国营贸易管理货物的进出口业务由非授权企业经营。

国营贸易是世贸组织明文允许的贸易制度。需要指出的是，经授权从事国营贸易的企 业，亦即所谓国营贸易企业，是指在国际贸易中基于国内法律规定或者事实上享有专营权 或特许权的政府企业和非政府企业。判断一个企业是不是国营贸易企业，关键是看该企业 是否在国际贸易中享有专营权或特许权，与该企业的所有制形式并无必然联系。换言之， 国营贸易企业的判断标准并非所有制形式，其与我国过去所称的国营企业是完全不同的 概念。 ' \_

三、货物进出口与技术进出口

(一）货物和技术进出口的一般原则

《对外贸易法》规定，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。根据这一规定，我国对货物和技术进出口实施一定限制管理下的自由贸易制 度，即国家在保证进出口贸易不对国家安全和社会公共利益等造成损害的情况下，允许货 物和技术自由进出口；当法律、行政法规另有规定时，则按照特别法优于一般法的原理， 根据具体规定对某些货物和技术的进出口实施限制。

(二）货物和技术自由进出口的例外情形

《对外贸易法》对于货物和技术的自由进出口规定了两类例外情形。

《对外贸易法》第十六条规定，国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技 术的进出口：（1)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进 口或者出口的；（2)为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护 环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；（3)为实施与黄金或者白银进出口有关的措 施，需要限制或者禁止进口或者出口的；（4)国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的 自然资源，需要限制或者禁止出口的；（5)输往国家或者地区的市场容量有限，需要限 制出口的；（6)出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；（7)为建立或者加快建 立国内特定产业，需要限制进口的；（8)对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限 制进口的；（9)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；（10)依照 法律、行政法规的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的；（11)根据我国缔结或 者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止进口或者出口的。

《对外贸易法》第十七条规定，国家对与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有 关的货物、技术进出口，以及与武器、弹药或者其他军用物资有关的进出口，可以采取任 何必要措施，维护国家安全；在战时或者为维护国际和平与安全，国家在货物、技术进出 口方面可以采取任何必要措施。

上述两类对自由进出口予以限制的例外情形也是世贸组织法律文件明文允许的，分别 属于《关税与贸易总协定》第二十条所规定的“一般例外”情形和第二十一条所规定的 “安全例外”情形。

(三）货物和技术进出口的管理制度

1. 货物进出口自动许可制度

《对外贸易法》规定，商务部基于监测进出口情况的需要，可以对部分自由进出口的 货物实行进出口自动许可并公布其目录。实行自动许可的进出口货物，收货人、发货人在 办理海关报关手续前提出自动许可申请的，商务部应当予以许可；未办理自动许可手续 的，海关不予放行。这表明：第一，进出口自动许可针对的是部分而非全部货物，并通过 目录方式让公众周知；第二，进出口自动许可仅是出于监测进出口情况的需要，并非对自 由进出口的限制；第三，自动许可申请仅具有“备案”意义，商务部对于申请应当许可， 这也正是“自动”的含义所在。

根据《货物进出口条例》以及商务部据此颁行的《货物自动进口许可管理办法》，进 「1属于自动进口许可管理的货物，均应当给予许可。实行自动进口许可管理的货物目录， 包括具体货物名称和海关商品编码，由商务部会同海关总署等有关部门确定和调整，并由 商务部至少在实施前21天以公告形式发布。

2. 技术进出口备案登记制度

《对外贸易法》规定，进出口属于自由进出口的技术，应当向商务部或其委托的机构 办理合同备案登记。据此，我国对自由进出口技术的进出口实行合词登记制度。但需要指 出的是，此种合同登记仅具有备案意义，合同自依法成立时生效，不以登记作为合同生效 的条件。

根据《技术进出口条例》以及商务部据此颁行的《技术进出口合同登记管理办法》， 技术进出口合同包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同、技术秘 密许可合同、技术服务合同和含有技术进出口的其他合同。商务主管部门是技术进出口合

同的登记管理部门。其中，商务部负责对《政府核准的投资项目目录》和政府投资项目 中由国务院或国务院投资主管部门核准或审批的项目项下的技术进口合同进行登记管理; 各省、自治区、直辖市和计划单列市商务主管部门负责对除此以外的自由进出口技术合同 进行登记管理；中央管理企业的自由进出口技术合同，按属地原则到各省、自治区、直辖 市和计划单列市商务主管部门办理登记；各省、自治区、直辖市和计划单列市商务主管部 门可授权下一级商务主管部门对自由进出口技术合同进行登记管理。

3. 关于技术进口合同的特别规定

根据《技术进出口条例》，技术进口合同中不得含有下列限制性条款：（1)要求受让 人接受并非技术进口必不可少的附带条件，包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备 或者服务；（2)要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使 用费或者承担相关义务；（3)限制受让人改进让与人提供的技术或者限制受让人使用所 改进的技术；（4)限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其 竞争的技术；（5)不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者 来源；（6)不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格；（7)不合理地限 制受让人利用进口技术生产产品的出口渠道。

4. 配额和许可证制度

《对外贸易法》规定，商务部会同国务院其他有关部门，依照该法第十六条和第十七 条的规定（见上文），制定、调整并公布限制或者禁止进出口的货物、技术目录。此外， 商务部或者由其会同国务院其他有关部门，经国务院批准，可以在第十六条和第十七条规 定的范围内，临时决定限制或者禁止上述目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。国 家对限制进口或者出口的货物，实行配额、许可证等方式管理；对限制进口或者出口的技 术，实行许可证管理。实行配额、许可证管理的货物、技术，经商务部或者经其会同国务 院其他有关部门许可方可进口或者出口。国家对部分进口货物还可以实行关税配额管理。 关税配额是将关税和配额制度结合起来的一种数量限制措施，是指在一定时期内对进口商 品的绝对数量不加限制，但对在规定关税配额内的进口货物适用较低的关税税率，对超过 规定数量限额的进口货物则适用较高的关税税率，以此来调节货物进口的数量。进出口货 物配额和关税配额由商务部或者国务院其他有关部门在各自职责范围内，按照公开、公 平、公正和效益的原则进行分配。

(1)货物进出口配额和许可证制度。

根据《货物进出口条例》的规定，国家规定有数量限制的限制进出口货物，实行配 额管理；其他限制进出口货物，实行许可证管理。实行配额管理的限制进出口货物，由商 务部和国务院有关经济管理部门（统称“进出口配额管理部门”）按照国务院规定的职责 划分进行管理。

进出口经营者凭进出口配额管理部门发放的配额证明，向海关办理报关验放手续。国 务院有关经济管理部门应当及时将年度配额总量、分配方案和配额证明实际发放的情况向 商务部备案。实行许可证管理的限制进出口货物，进出口经营者应当向商务部或者国务院 有关部门（统称“进出口许可证管理部门”）提出申请，后者应当自收到申请之日起30 曰内决定是否许可。进出口经营者凭进出口许可证管理部门发放的进出口许可证，向海关 办理报关验放手续。

实行关税配额管理的进口货物目录，由商务部会同国务院有关经济管理部门制定、调 整并公布。属于关税配额内进口的货物，按照配额内税率缴纳关税；属于关税配额外进口 的货物，按照配额外税率缴纳关税。进口经营者凭进口配额管理部门发放的关税配额证 明，向海关办理关税配额内货物的报关验放手续。国务院有关经济管理部门应当及时将年 度关税配额总量、分配方案和关税配额证明实际发放的情况向商务部备案。

(2)技术进出口许可证制度。

根据《技术进出口条例》，我国对属于限制进出口的技术实行许可证管理，未经许可 不得进出口。进口属于限制进口的技术，应当向商务部提出技术进口申请并附有关文件； 技术进口项目需经有关部门批准的，还应当提交有关部门的批准文件。商务部收到申请 后，应当会同国务院有关部门进行审查，并自收到申请之日起30个工作日内作出批准或 者不批准的决定。出口属于限制出口的技术，应当向商务部提出申请。商务部收到申请 后，应当会同国务院科技管理部门对申请出口的技术进行审查，并自收到申请之日起30 个工作日内作出批准或者不批准的决定。技术进出口申请获得批准的，由商务部发给技术 进出口许可意向书。进出口经营者取得技术进出口许可意向书后，方可对外签订技术进出 口合同。进出口经营者签订技术进出口合同后，应当向商务部提交合同副本及有关文件， 申请技术进出口许可证，技术进出口合同自许可证颁发之日起生效。进出口经营者凭技术 进出口许可证，办理外汇、银行、税务、海关等相关手续。

四、国际服务贸易

《对外贸易法》规定，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 定中的承诺，给予其他缔约方、参加方市场准人和国民待遇。商务部和国务院其他有关部 门依照该法和其他有关法律、行政法规的规定，对国际服务贸易进行管理。国家基于下列 原因，可以限制或者禁止有关的国际服务贸易：（1)为维护国家安全、社会公共利益或 者公共道德，需要限制或者禁止的；（2)为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的 生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止的；（3)为建立或者加快建立国内特定服 务产业，需要限制的；（4)为保障国家外汇收支平衡，需要限制的；（5)依照法律、行 政法规的规定，其他需要限制或者禁止的「（6)根据我国缔结或者参加的国际条约、协 定的规定，其他需要限制或者禁止的。此外，国家对与军事有关的国际服务贸易，以及与 裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的国际服务贸易，可以采取任何必要措施， 维护国家安全；在战时或者为维护国际和平与安全，国家在国际服务贸易方面可以采取任 何必要措施。商务部会同国务院其他有关部门，依照上述规定以及其他有关法律、行政法 规的规定，制定、调整并公布国际服务贸易市场准入目录。

从事国际服务贸易，应当遵守《对外贸易法》和其他有关法律、行政法规的规定。 由于国际服务贸易涉及多个行业，具体情况不尽相同，同时，我国在国际服务贸易方面采 取的又是逐步发展的政策，因此，我国对于国际服务贸易不实行统一的备案登记制，而是 由相关行业主管部门分别予以管理。在加入世贸组织时，我国对法律服务（不包括中国 法律业务）、会计服务、广告服务、建筑及相关工程服务，建筑设计、工程、集中工程、 城市规划服务（不包括城市总体规划服务），教育服务、旅行社服务、电信服务、仓储服 务、铁路货运服务、国际运输服务（货物和客运，不包括沿海和内水运输）、分销服务、

银行服务、保险服务、证券服务以及医疗和牙医服务等16项服务贸易作出了相应的准人 承诺，并基于这些承诺循序渐进地逐步开放服务贸易市场。例如，在会计服务方面，允许 获得我国主管部门颁发的中国注册会计师执业资格许可证的人在华设立会计师事务所，并 在国民待遇基础上向通过中国注册会计师资格考试的外国人颁发执业许可证。对外贸易经 营者在从事国际服务贸易时，必须遵守所属服务行业的相关法律、行政法规和部门规章。 例如，根据《注册会计师法》，外国会计师事务所在中国境内设立常驻代表机构，须经财 政部批准；需要在中国境内临时办理有关业务的，须经省级人民政府财政部门批准。又 如，根据司法部和国家工商总局《关于外国律师事务所在中国境内设立办事处的暂行规 定》，外国律师事务所在中国境内设立办事处，须经司法部批准、国家工商总局登记 注册。

五、对外贸易救济

《对外贸易法》规定，国家根据对外贸易调查结果，可以采取适当的对外贸易救济措 施。所谓贸易救济措施，是指对外贸易中其他国家或地区的不公平贸易行为或者特定条件 下的公平贸易行为对我国相■关产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内 产业造成实质阻碍时，我国根据国际条约、协定和国内法律、行政法规所采取的，旨在消 除或者减轻此种损害、损害威胁或者阻碍的措施。对外贸易救济措施包括反倾销措施、反 补贴措施和保障措施。

(一）反倾销措施

其他国家或者地区的产品以低于正常价值的倾销方式进入我国市场，对已建立的国内 产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，国家可 以采取反倾销措施，消除或者减轻这种损害、损害的威胁或者阻碍。

1.基本概念

“倾销”是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进人中国市场。 对倾销的调查和确定，由商务部负责。进口产品的正常价值按照下列方法确定：（1)进 口产品的同类产品在出口国（地区）国内市场的正常贸易过程中有可比价格的，以该可 比价格为正常价值；（2)进口产品的同类产品在出口国（地区）国内市场的正常贸易 过程中没有销售的，或者该同类产品的价格、数量不能据以进行公平比较的，以该同类产 品出口到一个适当第三国（地区）的可比价格或者以该同类产品在原产国〔地区）的生 产成本加上合理费用、利润，作为正常价值。进口产品的出口价格按照下列方法确定：

(1)进口产品有实际支付或者应当支付的价格的，以该价格为出口价格。（2)进口产品 没有出口价格或者其价格不可靠的，以根据该进口产品首次转售给独立购买人的价格推定 的价格为出口价格，若该进口产品未转售给独立购买人或者未按进口时的状态转售，可以 商务部裉据合理基础推定的价格为出口价格。对进口产品的出口价格和正常价值，应当考 虑影响价格的各种可比性因素，按照公平、合理的方式进行比较。进口产品的出口价格低 于其正常价值的幅度，为倾销幅度。

“损害”是指倾销对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者 对建立国内产业造成实质阻碍。对损害的调查和确定，由商务部负责；其中，涉及农产品 的反倾销国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。在确定倾销对国内产业造成的损

第十二章涉外经济法律制度 497

1111 ■ ■ ■ -ar^JmaLrn\'rm

害时，应当审查下列事项：（1)倾销进口产品的数量，包括倾销进口产品的绝对数量或 者相对于国内同类产品生产或者消费的数量是否大量增加，或者倾销进口产品大量增加的 可能性；（2)倾销进口产品的价格，包括倾销进口产品的价格削减或者对国内同类产品 的价格产生大幅度抑制、压低等影响；（3)倾销进口产品对国内产业的相关经济因素和 指标的影响；（4)倾销进口产品的出口国（地区）、原产国（地区）的生产能力、出口 能力，被调查产品的库存情况；（5)造成国内产业损害的其他因素。对实质损害威胁的 确定，应当依据事实，不得仅依据指控、推测或者极小的可能性。在确定倾销对国内产业 造成的损害时，应当依据肯定性证据，不得将造成损害的非倾销因素归因于倾销。

“国内产业”是指中国国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全 部总产量的主要部分的生产者；但是，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联 的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外。

“同类产品”是指与倾销进口产品相同的产品；没有相同产品的，以与倾销进口产品 的特性最相似的产品为同类产品。

2. 反倾销调查

国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织（统称“申请人”），可以 依照《反倾销条例》的规定向商务部提出反倾销调查的书面申请。商务部应当自收到申 请书及有关证据之日起60日内，对申请是否由国内产业或者代表国内产业提出、申请书 内容及所附具的证据等进行审查，并决定立案调查或者不立案调查。在决定立案调查前， 应当通知有关出口国（地区）政府。在表示支持申请或者反对申请的国内产业中，支持 者的产量占支持者和反对者的总产量的50%以上的，应当认定申请是由国内产业或者代 表国内产业提出，可以启动反倾销调查；但是，表示支持申请的国内生产者的产量不足国 内同类产品总产量的25%的，不得启动反倾销调查。在特殊情形下，商务部虽未收到反 倾销调查的书面申请，但有充分证据认为存在倾销和损害以及二者之间有因果关系的，可 以自行决定立案调查。

立案调查决定由商务部予以公告，并通知申请人、已知的出口经营者和进口经营者、 出口国（地区）政府以及其他有利害关系的组织、个人。立案调查的决定一经公告，商 务部应当将申请书文本提供给巳知的出口经营者和出口国（地区）政府。商务部根据调 查结果，就倾销、损害和二者之间的因果关系是否成立作出初裁决定，并予以公告。初裁 决定确定倾销、损害以及二者之间的因果关系成立的，商务部应当对倾销及倾销幅度、损 害及损害程度继续进行调查，并根据调查结果作出终裁决定，予以公告。在作出终裁决定 前，应当由商务部将终裁决定所依据的基本事实通知所有巳知的利害关系方。反倾销调查 应当自立案调查决定公告之日起12个月内结束；特殊情况下可以延长，但延长期不得超 过6个月。

有下列情形之一的，反倾销调查应当终止，并由商务部予以公告：（1)申请人撤销 申请的；（2)没有足够证据证明存在倾销、损害或者二者之间有因果关系的；（3)倾销 幅度低于2%的；（4)倾销进口产品实际或者潜在的进口量或者损害属于可忽略不计的；

(5)商务部认为不适宜继续进行反倾销调查的。

3. 反倾销措施

(1)临时反倾销措施。初裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的，可 以采取下列临时反倾销措施：①征收临时反倾销税；②要求提供保证金、保函或者其他形 式的担保。临时反倾销税税额或者提供的保证金、保函或者其他形式担保的金额，不得超 过初裁决定确定的倾销幅度。征收临时反倾销税，由商务部提出建议，国务院关税税则委 员会根据商务部的建议作出决定，由商务部予以公告；要求提供保证金、保函或者其他形 式的担保，由商务部作出决定并予以公告。海关自公告规定实施之日起执行。临时反倾销 措施实施的期限，自临时反倾销措施决定公告规定实施之日起，不超过4个月；在特殊情 形下，可以延长至9个月。自反倾销立案调查决定公告之日起60天内，不得采取临时反 倾销措施。

(2) 价格承诺。倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间，可以向商务部作出 改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。商务部可以向出口经营者提出价格承诺的 建议，但不得强迫出口经营者作出价格承诺。出口经营者不作出价格承诺或者不接受价格 承诺的建议的，不妨碍对反倾销案件的调查和确定；出口经营者继续倾销进口产品的，商 务部有权确定损害威胁更有可能出现。商务部对倾销以及由倾销造成的损害作出肯定的初 裁决定前，不得寻求或者接受价格承诺。

商务部认为出口经营者作出的价格承诺能够接受并符合公共利益的，可以决定中止或 者终止反倾销调查，不采取临时反倾销措施或者征收反倾销税；中止或者终止反倾销调查 的决定由商务部予以公告。商务部不接受价格承诺的，应当向有关出口经营者说明理由。 出口经营者违反其价格承诺的，商务部可以立即决定恢复反倾销调查；根据可获得的最佳 信息，可以决定采取临时反倾销措施，并可以对实施临时反倾销措施前90天内进口的产 品追溯征收反倾销税，但违反价格承诺前进口的产品除外。

(3) 反倾销税。终裁决定确定倾销成立，并由此对国内产业造成损害的，可以征收 反倾销税。征收反倾销税应当符合公共利益。征收反倾销税，由商务部提出建议，国务院 关税税则委员会根据商务部的建议作出决定，由商务部予以公告；海关自公告规定实施之 曰起执行。反倾销税原则上仅适用于终裁决定公告之日以后进口的产品。反倾销税的纳税 人为倾销进口产品的进口经营者。反倾销税应当根据不同出口经营者的倾销幅度，分别确 定；对于未包括在审查范围内的出口经营者的倾销进口产品，需要征收反倾销税的，应当 按照合理的方式确定对其适用的税率。在任何情形下，反倾销税税额不超过终裁决定确定 的倾销幅度。

反倾销税的征收期限不超过5年，但经商务部复审确定终止征收反倾销税有可能导致 倾销和损害的继续或者再度发生的，反倾销税的征收期限可以适当延长。

(二）反补贴措施

进口的产品直接或者间接地接受出口国家或者地区给予的任何形式的专向性补贴，对 已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻 碍的，国家可以采取反补贴措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。

1.基本概念

“补贴”是指出口国（地区）政府或者其任何公共机构（统称“出口国（地区）政 府”）提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收人或者价格支持。此处所 称的“财政资助”包括：（1)出口国（地区）政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接 提供资金，或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务；（2)出口国（地区）

政府放弃或者不收缴应收收人；（3)出口国（地区）政府提供除一般基础设施以外的货 物、服务，或者由出口国（地区）政府购买货物；（4)出口国（地区）政府通过向筹资 机构付款，或者委托、指令私营机构履行上述职能。

依照《反补贴条例》进行调查、采取反补贴措施的补贴必须具有专向性。根据《反补 贴条例》的规定，有下列情形之一的补贴，具有专向性：（1)由出口国（地区）政府明确 确定的某些企业、产业获得的补贴；（2)由出口国（地区）法律、法规明确规定的某些 企业、产业获得的补贴；（3)指定特定区域内的企业、产业获得的补贴；（4)以出口实 绩为唯一条件或条件之一而获得的补贴；（5)以使用本国（地区）产品替代进口产品为 条件而获得的补贴。在确定补贴专向性时，还应当考虑受补贴企业的数量和企业受补贴的 数额、比例、时间以及给与补贴的方式等因素。对补贴的调查和确定，由商务部负责。

“损害”是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者 对建立国内产业造成实质阻碍。对损害的调查和确定，由商务部负责；其中，涉及农产品 的反补贴国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。在确定补贴对国内产业造成的损 害时，应当审查下列事项：（1)补贴可能对贸易造成的影响；（2)补贴进口产品的数量， 包括补贴进口产品的绝对数量或者相对于国内同类产品生产或者消费的数量是否大量增 加，或者补贴进口产品大量增加的可能性；（3)补贴进口产品的价格，包括补贴进口产 品的价格削减或者对国内同类产品的价格产生大幅度抑制、压低等影响；（4)补贴进口 产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响；（5)补贴进口产品出口国（地区）、原产 国（地区）的生产能力、出口能力，被调查产品的库存情况；（6)造成国内产业损害的 其他因素。

“国内产业”和“同类产品”的概念见反倾销措施部分的讨论。

2.反补贴调查与反补贴措施

反补贴调查在申请、启动、实施、终止等方面的条件和程序与反倾销调查基本相同。 略有差异的是，《反补贴条例》规定的终止情形之一是“补贴金额为微量补贴”，而不是 “幅度低于2%”；还有一种终止情形是“通过与有关国家（地区）政府磋商达成协议， 不需要继续进行反补贴调查”，该终止情形为反倾销调查所无。

反补贴措施包括临时反补贴措施，取消、限制补贴或者其他有关措施的承诺，以及反 补贴税，其具体内容和实施程序与反倾销措施基本相同。略有差异的是，临时反补贴措施 实施的期限，自临时反补贴措施决定公告规定实施之日起不超过4个月，不得延长。

(二）保障措施

因进口产品数量大量增加，对生产同类产品或者与其直接竞争的产品的国内产业造成 严重损害或者严重损害威胁的，国家可以采取必要的保障措施，消除或者减轻这种损害或 者损害的威胁，并可以对该产业提供必要的支持。这是保障措施的基本含义。此外，因其 他国家或者地区的服务提供者向我国提供的服务增加，对提供同类服务或者与其直接竞争 的服务的国内产业造成损害或者产生损害威胁的，国家可以采取必要的救济措施，消除或 者减轻这种损害或者损害的威胁（即服务贸易中的保障措施）；因第三国限制进口而导致 某种产品进入我国市场的数量大量增加，对已建立的国内产业造成损害或者产生损害威 胁，或者对建立国内产业造成阻碍的，国家可以采取必要的救济措施，限制该产品进口 (即针对贸易转移的保障措施）。从性质上说，保障措施与反倾销和反补贴措施有所不同：

反倾销和反补贴措施针对的是倾销和补贴这样的不公平贸易行为，而保障措施针对的则是 公平贸易条件下的特殊情形。

根据《保障措施条例》的规定，进口产品数量增加是指进口产品数量的绝对增加或 者与国内生产相比的相对增加。对进口产品数量增加及损害的调查和确定，由商务部负 责；其中，涉及农产品的保障措施国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。在确定 进口产品数量增加对国内产业造成的损害时，应当审查下列相关因素：（1)进口产品的 绝对和相对增长率与增长量；（2)增加的进口产品在国内市场中所占的份额；（3)进口 产品对国内产业的影响，包括对国内产业在产量、销售水平、市场份额、生产率、设备利 用率、利润与亏损、就业等方面的影响；（4)造成国内产业损害的其他因素。国内产业 是指中国国内同类产品或者直接竞争产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品或 者直接竞争产品全部总产量的主要部分的生产者。

与国内产业有关的自然人、法人或者其他组织，可以依照《保障措施条例》的规定， 向商务部提出采取保障措施的书面申请；商务部应当及时对申请进行审查，决定立案调查 或者不立案调查。商务部虽未收到采取保障措施的书面申请，但有充分证据认为国内产业 因进口产品数量增加而受到损害的，也可以决定立案调查。商务部应当将立案调查决定予 以公告，并及时通知世贸组织保障措施委员会（以下简称“保障措施委员会”）。对于进 N产品数景增加和损害的调杳结果及其理由的说明，由商务部予以公布，并及时通知保障 措施委员会。

商务部根据调查结果，可以作出初裁决定，也可以直接作出终裁决定，并予以公告。 有明确证据表明进口产品数量增加5不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损 害时，商务部可以作出初裁决定，并采取临时保障措施。临时保障措施采取提高关税的形 式。采取临时保障措施由商务部提出建议，国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出 决定，由商务部予以公告;海关自公告规定实施之日起执行。在采取临时保障措施前，商 务部应当将有关情况通知保障措施委员会。临时保障措施的实施期限，自临时保障措施决 定公告规定实施之日起，不超过200天。

终裁决定确定进口产品数量增加，并由此对国内产业造成损害的，可以采取保障措 施。保障措施可以采取提髙关税、数量限制等形式。保障措施采取提高关税形式的,由商 务部提出建议，国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定，由商务部予以公告； 采取数量限制形式的,由商务部作出决定并予以公告。海关自公告规定实施之日起执行。 商务部应当将采取保障措施的决定及有关情况及时通知保障措施委员会。

采取数量限制措施的，限制后的进口量不得低于邊近3个有代表性年度的平均进口 量，但有正当理由表明为防止或者补救严重损害而有必荽采取不同水平f量限制措施的除 外。采取保障措施应当限于防止、补救严重损害并便利调整国内产业所1、\_的范围内。在 采取保障措施前,商务部应当为与有关产品的出口经营f有实质利益的i国家（地区）政 府提供磋商的充分机会。 ' 1

保障措施的实施期限不超过4年。符合下列条件的，保障措施的实施期限可以适当延 长：(1)按照《保障措施条例》规定的程序确定保障措施对于防止或者补救严重损害仍 有必要。(2)有证据表明相关国内产业正在进行调整。(3)已经履行有关对外通知、磋 商的义务。（4)延长后的措施不严于延长前的措施。但在任何丨情况下，丨一项保障措施的

实施期限及其延长期限不得超过10年。

第三节外汇管理法律制度

—、外汇及外汇管理的概念

(一）外汇的概念

各国（地区）都有自己独立的货币和货币制度，一国（地区）之货币不可能在他国 (地区）流通，在跨国投资、国际贸易或其他国际经济往来活动中，结算和支付就需要将 外国（地区）货币与本国（地区）货币相互兑换，于是产生了外汇的概念。

根据我国《外汇管理条例》的规定，外汇包括外币现钞、外币支付凭证或者支付工 具、外币有价证券、特别提款权及其他外汇资产。其中，外币现钞包括纸币和铸币。外币 支付凭证或者支付工具包括票据、银行存款凭证、银行卡等。外币有价证券包括债券、股 票等。特别提款权是国际货币基金组织（以下简称“基金组织”）创立的用于进行国际支 付的特殊手段。它是基金组织分配给会员国的一种使用资金的权利。当会员国发生国际收 支逆差时，可用它向基金组织指定的其他会员国换取外汇，以偿付国际收支逆差或偿还基 金组织贷款，还可与黄金、其他外汇资产一样充作国际储备。

(二）外汇管理的概念

外汇管理又称外汇管制，是指一国为保持本国的国际收支平衡，对外汇的买卖、借 贷、转让、收支、国际清偿、汇率和市场实行一定限制措施的管理制度。外汇管制的目的 在于保持本国的国际收支平衡，稳定汇率，限制资本外流，防止外汇投机，促进本国的经 济发展。外汇管制的基本手段有两种，即外汇数量管制和外汇汇率管制。前者是指为集中 外汇数量而采取的外汇统筹统配，如强制结汇制度；后者是指通过实行本位币定值过高或 歧视性多重汇率来实现保证本国国际收支平衡、增强出口竞争力等目标。

国家的外汇管理政策主要通过相关立法加以体现和规定。1996年1月29日发布，并 经1997年和2008年两次修订的《外汇管理条例》是我国现行外汇管理法律体系中的基本 行政法规。

二、《外汇管理条例》的适用范围和基本原则

《外汇管理条例》对适用范围的规定采取了属人主义与属地主义相结合的原则。境 内机构和境内个人的外汇收支或者外汇经营活动，不论其发生在境内或境外，均适用 该条例。对于境外机构和境外个人而言，仅在中国境内的外汇收支和外汇经营活动适 用该条例。《外汇管理条例》还特别对境内机构和境内个人的概念进行了界定。所谓境 内机构，是指中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、部队等， 外国驻华外交领事机构和国际组织驻华代表机构除外。所谓境内个人，是指中国公民 和在中华人民共和国境内连续居住满1年的外国人，外国驻华外交人员和国际组织驻华 代表除外。

我国目前外汇管理的基本原则是经常项目与资本项目区别管理原则。

先实行经常项目可兑换再逐步放宽资本项目管制，是发展中国家放松外汇管制的基本 路径。当前，.适应我国经济结构、市场发育和监管能力等各方面的国情，在外汇管理制度 上，我国还处在“经常项目可兑换、资本项目部分管制”的过渡期，形成了经常项目与 资本项目区别管理的基本架构。《外汇管理条例》第五条规定，国家对经常性国际支付和 转移不予限制。这也就是通常所说的人民币经常项.目可兑换。人民币经常项目可兑换，是 指取消对经常性国际交易支付和转移的所有汇兑限制，即只要是确属经常项目下的国际交 易支付和转移，而不是用于资本转移目的，就可以对外支付，不得有数量限制。经常项目 可兑换并不意味着没有管理。在经常项目外汇活动中，银行仍需根据外汇管理制度的要 求，通过核对交易单证进行真实性审核。与经常项目管理不同的是，资本项目外汇管理主 要是通过外汇管理部门进行事前审批和事后备案。对于风险较大、管制较多的资本项目， 即使符合真实性原则，也可能不被允许。

三、、经常项目外汇管理制度

(一）经常项目及经常项目外汇的概念

经常项目，通常是指一个国家或地区对外交往中经常发生的交易项目，包括贸易收 支、服务收支、收益和经常转移，其中，贸易及服务收支是最主要内容。在经常项目下发 生的外汇收支，即经常项目外汇。贸易收支又称货物贸易收支，是一国出口货物所得外汇 收入和进口货物所需外汇支出的总称。服务收支又称服务贸易收支，是一国对外提供各类 服务所得外汇收人和接受服务发生的外汇支出的总称，包括国际运输、旅游等项下外汇收 支。收益包辉职工报酬和投资收益两部分，其中，职工报酬主要为工资、薪金和其他福 利，投资收益主要是利息、红利等。经常转移也称单方面转移，是资金或货物在国际间的 单向转移，不产生归还或偿还问题。经常转移具体包括个人转移和政府转移，前者指个人 之间的无偿赠与或赔偿等，后者是指政府间的军事及经济援助、赔款、赠与等。

(二）经常项目外汇收支管理的一般规定

我国经常项目外汇管理制度经历了严格管制、逐步放松和不予限制即完全可兑换的过 程。《外汇管理条例》对经常项目外汇收支管理的一般规定主要包括：

1. 经常项目外汇收人实行意愿结汇制。《外汇管理条例》第十三条规定，经常项目外 汇收人，可以按照国家有关规定保留或者卖给经营结汇、售汇业务的金融机构。此前，我 国实行强制结汇制，境内机构的所有外汇收人都必须按照规定卖给外汇指定银行，或者在 外汇指定银行开立的外汇账户中，在经批准的限额内保留一部分。

2. 经常项目外汇支出凭有效单证，无需一审批。《外汇管理条例》第十四条规定，经常 项目外汇支出，应当按照国务院外汇管理部门关于付汇与购汇的管理规定，凭有效单证以 自有外汇支付或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。

3. 经常项目外汇收支需有真实、合法的交易基础。人民币经常项目可兑换后，对 企业和个人经常项目下用汇的管理，主要体现为对外汇收支及汇兑环节的真实性审核。 《外汇管理条例》第十二条规定，经常项目外汇收支应当具有真实、合法的交易基础。 经营结汇、售汇业务的金融机构应当按照国务院外汇管理部门的规定，对交易单证的真实 性及其与外汇收支的一致性进行合理审查。外汇管理机关有权对前款规定事项进行监督

检查。

(三）货物贸易外汇管理制度

1996'年，国家实现经常项目可兑换后，国家对具有真实、合法交易基础的货物贸易 外汇支付不予以限制，只是对贸易外汇资金流动的真实性及其与货物进出口的一致性实施 监督管理，防范本无贸易背景的外汇资金假借货物贸易渠道非法流出和流人。2012年6 月，国家外汇管理局、海关总署、国家税务总局联合发布公告，决定自2012年8月1日 起在全国范围内实施货物贸易外汇管理制度改革，并发布《货物贸易外汇管理指引》。改 革后，货物贸易外汇管理制度的核心内容是总量核查、动态监测和分类管理，基本做法是 依托全国集中的货物贸易外汇监测系统全面采集企业进出口收付汇及进出口货物流的完整 信息，以企业主体为单位，对其资金流和货物流进行非现场总量核查，对非现场总量核查 中发现的可疑企业实施现场核查，进而对企业实行动态监测和分类管理。

1. |企业名录管理

企业在依法取得对外贸易经营权后，应当持有关材料到国家外汇管理局分支局（以 下简称“外汇局”）办理名录登记手续。外汇局实行“贸易外汇收支企业名录”（以下简 称名录）登记管理，统一向金融机构发布名录。金融机构不得为不在名录的企业直接办 理贸易外汇收支业务。

2. 企业分类管理

外汇局根据非现场或现场核查结果，结合企业遵守外汇管理规定等情况，将企业分成 A、B、C三类。核查期内企业遵守外汇管理相关规定，且贸易外汇收支经外汇局非现场 或现场核查情况正常的，可被列为A类企业。在分类管理有效期内，对A类企业贸易外 汇收支，适用便利化的管理措施。对B、C类企业的贸易外汇收支，在单证审核、业务类 型及办理程序、结算方式等方面实施审慎监管。外汇局建立贸易外汇收支电子数据核查机 制，对B类企业贸易外汇收支实施电子数据核查管理。对C类企业贸易外汇收支业务以 及外汇局认定的其他业务，由外汇局实行事前逐笔登记管理，金融机构凭外汇局出具的登 记证明为企业办理相关手续。 . ’

3. 货物贸易外汇收支

企业应当按照“谁出口谁收汇、谁进口谁付汇”的原则办理贸易外汇收支业务。企 业应当根据贸易方式、结算方式以及资金来源或流向，凭相关单证在金融机构办理贸易外 汇收支，并按规定进行贸易外汇收支信息申报。金融机构应当查询企业名录和分类状态， 按规定进行合理审查，并向外汇局报送前款所称贸易外汇收支信息。

4. 非现场核查和现场核查

外汇局定期或不定期对企业一定期限内的进出口数据和贸易外汇收支数据进行总量比 对，核查企业贸易外汇收支的真实性及其与货物进出口的一致性。外汇局可对企业非现场 核查中发现的异常或可疑的贸易外汇收支业务实施现场核查。外汇局可对金融机构办理贸 易外汇收支业务的合规性与报送信息的及时性、完整性和准确性实施现场核查。

(四）服务贸易外汇管理制度

改革开放以来，我国服务贸易有了较大的发展。人民币经常项目实现可兑换后，服务 贸易外汇管理不断调整完善，明确了绝大多数服务贸易购付汇的真实性审核要求，形成了 基本管理框架。2013年，国家外汇管理局发布《服务贸易外汇管理指引》。

1. 金融机构负责审查单证与外汇收支的一致性

经营外汇业务的金融机构（以下简称金融机构）办理服务贸易外汇收支业务，应当 按照国家外汇管理规定对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查，确认 交易单证所列的交易主体、金额、性质等要素与其申请办理的外汇收支相一致。

境内机构和境内个人办理服务贸易外汇收支，应按规定提交能够证明交易真实合法的 交易单证；提交的交易单证无法证明交易真实合法或与其申请办理的外汇收支不一致的， 金融机构应要求其补充其他交易单证。

服务贸易外汇收支涉及的交易单证应符合国家法律法规和通行商业惯例的要求，主要 包括：（1)包含交易标的、主体等要素的合同（协议）；(2)发票（支付通知）或列明 交易标的、主体、金额等要素的结算清单（支付清单h (3)其他能证明交易真实合法的 交易单证，例如，除法规明确不需要提交税务证明的服务贸易项目之外，其他服务贸易项 目的对外支付，除提交合同等材料外，还须提交相关税务证明。对于部分行业主管部门有 市场准入、事前审核、登记备案管理的服务贸易交易，境内机构在办理服务贸易对外支付 时，除提交合同等材料外，还需提交行业主管部门出具的核准、登记或备案证明材料。

2. 单证留存与备查

办理服务贸易外汇收支业务，金融机构应按规定期限留存审查后的交易单证备查；境 内机构和境内个人应按规定期限留存相关交易单证备查。

3. 外汇管理局负责监督检查

外汇局通过外汇监测系统，监测服务贸易外汇收支情况，对外汇收支异常的境内机 构、境内个人和相关金融机构进行非现场核查、现场核查或检查，查实外汇违法行为。

(五）个人外汇管理制度

个人外汇收支管理遵循经常项目可兑换的总体原则，立足于满足个人正当合理的用汇 需求，采用额度管理的方式。目前，对于个人结汇和境内个人购汇实行年度总额管理，年 度总额为每人每年等值5万美元，国家外汇管理局根据国际收支状况对年度总额进行调 整。个人经常项目项下外汇收支分为经营性外汇收支和非经营性外汇收支。对于个人开展 对外贸易产生的经营性外汇收支，视同机构按照货物贸易的有关原则进行管理。另外，随 着近年来出国留学、移民人员的增多，境内个人在境外买房、投资等方面的需求增加，境 外个人在境内买房、购买股权等行为时有发生，这些资本项下的外汇交易行为按照资本项 目的管理原则和相关政策办理。

境内个人是指持有中华人民共和国居民身份证、军人身份证件、武装警察身份证件的 中国公民。境外个人是指持外国护照、港澳居民来往内地通行证、台湾居民来往大陆通行 证的外国公民（包括无国籍人）以及港澳台同胞。

四、资本项目外汇管理制度

(一）资本项目外汇管理制度概述

资本项目，是指国际收支中引起对外资产和负债水平发生变化的交易项目，包括资本 转移、非生产及非金融资产的收买或放弃、直接投资、证券投资、衍生产品投资及贷款 等。在资本项目下发生的外汇，即资本项目外汇。

对资本项目外汇实施管制主要是为了避免短期资本流动剧烈变动引起的国际收支危机 或汇率波动。通常认为，短期资本流动大多是投资者不顾经济的基本情况，根据传闻进行 交易或出于投机性动机引起的，因而，对其进行限制有利于长期、正常的经济发展。对于 资本流出进行管理可以避免本币汇率急剧贬值，抑制资本外逃；对于资本流人进行管理可 以避免本币汇率过度升值，防止通货膨胀。

《外汇管理条例》对资本项目外汇收支管理的一般规定主要包括：

1. 资本项目外汇收人 ‘

资本项目外汇收人保留或者卖给经营结汇、售汇业务的金融机构，应当经外汇管理机 关批准，但国家规定无需批准的除外。

2. 资本项目外汇支出

资本项目外汇支出，应当按照国务院外汇管理部门关于付汇与购汇的管理规定，凭有 效单证以自有外汇支付或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。国家规定应当经 外汇管理机关批准的，应当在外汇支付前办理批准手续。依法终止的外商投资企业，按照 国家有关规定进行清算、纳税后，属于外方投资者所有的人民币，可以向经营结汇、售汇 业务的金融机构购汇汇出。

3. 资本项目外汇及结汇资金的使用

资本项目外汇及结汇资金，应当按照有关主管部门及外汇管理机关批准的用途使用。 外汇管理机关有权对资本项目外汇及结汇资金使用和账户变动情况进行监督检查。

(二）直接投资项下的外汇管理

1-外商直接投资

对外商直接投资的外汇管理，重点在于统计监测外商直接投资项下的跨境资本流动， 同时以外汇账户为核心进行相应的外商投资企业外汇资本金结汇管理。2013年，国家外 汇管理局发布《外国投资者境内直接投资外汇管理规定》，对外商境内直接投资的外汇实 行登记管理制度。

无论是直接投资的汇人还是汇出，外国投资者应先在外汇局办理登记。如果登记事项 发生变化，外国投资者还应当办理变更登记。境内直接投资所涉主体在办理登记后，可根 据实际需要到银行开立前期费用账户、资本金账户及资产变现账户等境内直接投资账户。

外商投资企业资本金结汇及使用应符合外汇管理相关规定。外商投资企业外汇资本金 及其结汇所得人民币资金，应在企业经营范围内使用，并符合真实自用原则。

银行在为境内直接投资所涉主体办理账户开立、资金人账、结售汇、境内划转以及对 外支付等业务前，应确认其已按规定在外汇局办理相应登记。银行应按外汇管理规定对境 内直接投资所涉主体提交的材料进行真实性、一致性审核，并通过外汇局指定业务系统办 理相关业务。同时，银行应按照规定将相关信息及时、完整、准确地向外汇局报送。

外汇局根据国家相关规定对外商投资企业实行年检。 .

2.境外直接投资

在鼓励和完善外商直接投资的同时，我国逐步放松境外投资的相关限制。《外汇管理 条例》规定，境内机构、境内个人向境外直接投资，应当按照国务院外汇管理部门的规 定办理登记。国家规定需要事先经有关主管部门批准或者备案的，应当在外汇登记前办理 批准或者备案手续。据此，国家外汇管理局于2009年7月13日发布《境内机构境外直接 投资外汇管理规定》（2009年8月1日起施行），取消了境外投资外汇资金的来源审核，

改为实行登记备案制度。 '

境内机构可以使用自有外汇资金、符合规定的国内外汇贷款、人民币购汇或实物、无 形资产及经外汇局核准的其他外汇资产来源等进行境外直接投资。境内机构境外直接投资 所得利润也可留存境外用于其境外直接投资。其中，自有外汇资金包括经常项目外汇账 户、外商投资企业资本金账户等账户内的外汇资金。

国家外汇管理局及其分支机构（以下简称“外汇局”）对境内机构境外直接投资及其 '形成的资产和相关权益实行外汇登记备案制度。境内机构境外直接投资获得相关主管部门 核准后，持有关材料到所在地外汇局办理境外直接投资外汇登记。外汇局审核上述材料无 误后，在相关业务系统中登记有关情况，并向境内机构颁发境外直接投资外汇登记证；境 内机构凭登记证办理境外直接投资项下的外汇收支业务。多个境内机构共同实施一项境外 直接投资的，由境内机构所在地外汇局分别向相关境内机构颁发境外直接投资外汇登记 证，并在相关业务系统中登记有关情况。

境内机构将其所得的境外直接投资利润汇回境内的，可以保存在其经常项目外汇账户 或办理结汇。

3.有价证券及衍生产品发行、交易项下的外汇管理

《外汇管理条例》规定，境外机构、境外个人在境内从事有价证券或者衍生产品发 行、交易，应当遵守国家关于市场准入的规定，并按照国务院外汇管理部门的规定办理登 4己。境内机构、境内个人从事境外有价证券、衍生产品发行、交易，应当按照国务院外汇 管理部门的规定办理登记。国家规定需要事先经有关主管部门批准或者备案的，应当在外 汇登记前办理批准或者备案手续。目前，我国关于有价证券及衍生产品发行、交易项下的 外汇管理主要涉及合格境外机构投资者（QFII)、合格境内机构投资者（QDII)、境外上 市外资股（H股）、境内上市外资股（B股）等制度。

(1) 合格境外机构投资者（QFII)制度。合格境外机构投资者（QFII)制度是指允 许符合条件的境外机构投资者经批准汇入一定额度的外汇资金，并转换为当地货币，通过 严格监管的专用账户投资当地证券市场，其本金、资本利得、股息等经批准后可购汇汇出 的一种资本市场开放模式。QFII制度管制的主要内容包括资格条件的限制、投资规模的 限制、投资通道的控制（专用账户制度）和资金汇出人限制等。我国现行的QFII制度框 架是，市场准人审定和投资额度审批，分别由中国证监会和国家外汇管理局负责，具体监 管分工如下：中国证监会负责QFII资格的审定、投资工具的确定、持股比例限制等。国 家外汇管理局负责投资额度的审定、资金汇出人和汇兑管理等。

(2) 合格境内机构投资者（QDII)制度。合格境内机构投资者（QDII)制度是QFII 的反向制度，是指允许符合条件的境内机构，经监管部门批准，在一定额度内，通过专用 账户投资境外证券市场的一种开放模式。QDII制度管制的主要内容包括资格条件的限制、 投资规模的限制和投资通道的控制等。目前，我国的QDII包括但不限于：商业银行、证 券公司、基金管理公司、保险机构、信托公司等。根据职责分工，银监会、证监会、保监 会分别负责各自监管范围内金融机构境外投资业务的市场准入，包括资格审批、投资品种 确定以及相关风险管理；国家外汇管理局负责QDII机构境外投资额度、账户及资金汇兑 管理等。

(3) 境外上市外资股（H股）制度。境外上市外资股是指中国境内股份有限公司向

境外投资人发行的股票，在境外公开的证券交易所流通转让。2013年，国家外汇管理局 发布《关于境外上市外汇管理有关问题的通知》，对境外上市的外汇管理问题作出明确 规定。 ，

按照规定，境内公司应在境外上市首次发股结束后的15个工作日内，到其注册所在 地外汇局办理境外上市登记；境内公司境外上市后，其境内股东拟根据有关规定增持或减 持境外股份的，也应到境内股东所在地外汇局办理境外持股登记。境内公司和境内股东应 当凭上述登记证明，分别在所在地银行开立境内专用账户，用以办理与该项业务对应的资 金汇兑与划转。

境内公司申请境外上市境内专用账户资金结汇的，应向所在地外汇局申请，外汇局审 核上述材料无误后为境内公司出具结汇核准件，境内公司凭该核准件到银行办理结汇

手续。

(4)境内上市外资股（B股）制度。境内上市外资股（B股），也称人民币特种股 票，是指在中国境内注册的股份有限公司向境外投资者发行并在中国境内证券交易所上市 的股票。2001年2月19日，B股市场向境内持有外汇账户的居民个人开放。

4.外债管理

外债指境内机构对非居民承担的以外币表示的债务，包括境外借款、发行债券、国际 融资租赁等。境内机构对外提供担保形成的潜在外汇偿还义务，是一种或有外债，也纳人 外债管理。

2013年，国家外汇管理局发布《外债登记管理办法》，规定：国家外汇管理局及其分 支局负责外债的登记、账户、使用、偿还以及结售汇等管理、监督和检查，并对外债进行 统计和监测。国家外汇管理局负责全口径外债的统计监测，并定期公布外债情况。

外债登记是指债务人按规定借用外债后，应按照规定方式向所在地外汇局登记或报送 外债的签约、提款、偿还和结售汇等信息。根据债务人类型实行不同的外债登记方式。外 债借款合同发生变更时，债务人应按照规定到外汇局办理外债签约变更登记。外债未偿余 额为零且债务人不再发生提款时，债务人应按照规定到外汇局办理外债注销登记手续。

外商投资企业借用的外债资金可以结汇使用。除另有规定外，境内金融机构和中资企 业借用的外债资金不得结汇使用。

债务人借款合同中约定的外债资金用途应当符合外汇管理规定。短期外债原则上只能 用于流动资金，不得用于固定资产投资等中长期用途。 、

符合规定的债务人向境内金融机构借款时，可以接受境外机构或个人提供的担保 (以下简称外保内贷）。境内债权人应按相关规定向所在地外汇局报送相关数据。发生境 外担保履约的，债务人应到所在地外汇局办理外债登记。

外商投资企业办理境内借款接受境外担保的，可直接与境外担保人、债权人签订担保 合同。发生境外担保履约的，其担保履约额应纳人外商投资企业外债规模管理。

中资企业办理境内借款接受境外担保的，应事前向所在地外汇局申请外保内贷额度。 中资企业可在外汇局核定的额度内直接签订担保合同。

境内机构对外转让不良资产，应按规定获得批准。对外转让不良资产获得批准后，境 外投资者或其代理人应到外汇局办理对外转让不良资产备案手续。受让不良资产的境外投 资者或其代理人通过清收、再转让等方式取得的收益，经外汇局核准后可汇出。

5.境内机构对外提供商业贷款的管理

银行业金融机构在经批准的经营范围内可以直接向境外提供商业贷款。其他境内机构 向境外提供商业贷款，应当向外汇管理机关提出申请，外汇管理机关根据申请人的资产负 债等情况作出批准或者不批准的决定；国家规定其经营范围需经有关主管部门批准的，应 当在向外汇管理机关提出申请前办理批准手续。向境外提供商业贷款，应当按照国务院外 汇管理部门的规定办理登记。

五、人民币汇率制度 ?

汇率是一国货币与另一国货币相互折算的比率，即以一国货币表示另一国货币的价 格。汇率的高低由外汇市场供求关系和其他有关经济、政治因素所决定。改革开放前，我 国一直实行单一的汇率制度。改革开放后，外汇留成制和外汇调剂市场的建立，使我国汇 率体制从单一汇率制转变为双重汇率制，形成官方汇率和调剂市场汇率并存的局面。1993 年12月28日，根据国务院决定，中国人民银行发布了《关于进一步改革外汇管理体制的 公告》，决定从1994年1月1日起，取消外汇留成，将两种汇率并轨，实行以市场供求为 基础、单一的、有管理的浮动汇率制度。2005年7月21日，经国务院批准，中国人民银 行发布了《关于完善人民币汇率形成机制改革的公告》，决定自2005年7月21日起，在 我国开始实行以市场供求为基础，参考“一篮子”货币进行调节、有管理的浮动汇率制 度。这一汇率制度包含三个方面的内容：一是以市场供求为基础的汇率浮动，发挥汇率的 价格信号作用；二是根据经常项目主要是贸易平衡状况动态调节汇率浮动幅度，发挥 “有管理”的优势；三是参考“一篮子”货币，即从“一篮子”货币的角度看汇率，不 片面地关注人民币与某个单一货币的双边汇率。 '

在现行人民币汇率形成机制下，企业、个人和余融机构参与银行柜台和银行间两个层 次的外汇市场交易，由供求关系在国家规定的中间价波动幅度内决定市场汇率，国家对中 间价的形成方式和市场汇率的波动幅度实施管理和调控。

六、外汇市场管理

根据市场参与者的性质不同，外汇市场可划分为外汇零售市场和外汇批发市场。外汇 零售市场是指银行与企业、银行与个人客户之间进行柜台式外汇买卖所形成的市场；外汇 批发市场是指商业银行等金融机构之间进行外汇买卖所形成的市场，也称银行间外汇市 场。《外汇管理条例》第六章所称的“外汇市场管理”，特指银行间外汇市场。

(一）外汇市场的交易主体

《外汇管理条例》第二十八条规定，经营结汇、售汇业务的金融机构和符合国务院外 汇管理部门规定条件的其他机构，可以按照国务院外汇管理部门的规定在银行间外汇市场 进行外汇交易。目前，我国的银行间外汇市场的参与主体以境内银行业金融机构为主，同 时包括部分非银行金融机构和非金融企业。

在我国外汇市场交易主体中，有两种特殊交易主体，即做市商和开展衍生品外汇经纪 业务的货币经纪公司。建立做市商制度主要是为了提髙和保障市场流动性。银行间外汇市 场做市商，是指在银行间外汇市场进行人民币与外币交易时，承担向市场成员持续提供 买、卖价格义务，通过自身的买卖行为为市场提供流动性的银行间外汇市场成员。做市商

通过自身的连续报价和交易，为市场提供流动性，平滑市场价格波动，提高交易效率、分散 风险，并通过买卖价差盈利。为进一步提高外汇市场的流动性和交易效率，2008年10月发 布实施了《货币经纪公司外汇经纪业务管理暂行办法》，规范和鼓励货币经纪公司在银行间 外汇市场为人民币对外汇衍生产品交易、外汇拆借和外汇对外汇交易提供经纪服务。

银行申请银行间外汇市场远期、货币掉期会员和做市商资格，非银行金融机构和非金 融企业申请银行间即期外汇市场会员资格，以及货币经纪公司开办外汇经纪业务，应满足 一定条件，并经国家外汇管理局核准后获得相应资格。

(二）外汇市场交易的币种和形式

《外汇管理条例》第三十条规定，外汇市场交易的币种和形式由国务院外汇管理部门 规定。目前，银行间外汇市场包括即期、远期、外汇掉期和货币掉期四类人民币外汇产 品，共有人民币对美元、欧元、日元、港币、英镑、加元、澳元、泰铢、新西兰元、新加 坡元、瑞士法郎、俄罗斯卢布、马来西亚林吉特、哈萨克斯坦坚戈等14个本外币交易货 币对。此外，银行间外汇市场还包括欧元/美元、澳元/美元、英镑/美元、美元/日元、美 元/加元、美元/瑞士法郎、美元/港币、欧元/日元和美元/新加坡元等9个外币对外币的 即期交易。

七、人民币加入特别提款权货币篮及其影响

2015年12月，国际货币基金组织执行董事会正式批准人民币加人特别提款权货币 篮，权重为10.92%。人民币成为与美元（41.73%)、欧元（ 30.93%)、日元 (8.33%),英镑（8.09%)并列的第5种可自由使用货币。

特别提款权由基金组织于1968年创设，其本身不是货币，但可用于成员国与基金组 织之间的官方结算，并可基于基金组织指定机制或者成员国之间的协议，用于换取（“提 取”）等量的可自由使用货币。特别提款权本身有价值，其“币值”由货币篮组成货币的 币值按各自权重计算并加总而成。货币篮组成货币的权重由基金组织执行董事会每5年审 议一次。所谓可自由使用货币，是指基金组织认定同时符合下列两个条件的成员国货币： (1)事实上在国际交易中广泛用于支付；（2)在主要外汇市场上被广泛交易。前者主要 是关于贸易结算，后者主要是关于外汇交易。按照基金组织的口径，对特定货币在国际交 易中使用情况的评估应当基于货物和服务贸易使用该种货币进行支付的程度，以及以该种 货币计价的资本交易的相对规模；对特定货币是否在主要外汇市场被广泛交易的评估应当 基于交易的规模、远期市场的存在情况，以及以该种货币计价的交易的买入价和卖出价之 间的价差，其中一国拥有足够深广的外汇市场是一个必要条件。要言之，可自由使用货币 的判定涉及相关货币在国际上的实际使用和交易，与货币是否自由兑换、汇率是否自由浮 动是不同的概念。这也正是人民币尚未完全实现可自由兑换（资本项目下还存在限制）， 却能被基金组织认定为可自由使用货币的原因所在。

从基金组织的相关规则看，人民币加人特别提款权货币篮本身并不会对我国外汇管理 制度直接提出新的要求或者施加新的义务。但这是对人民币国际地位的重要承认，标志着 国际社会正式认可人民币成为世界主要货币之一。鉴于人民币的币值将直接影响特别提款 权的定值，我国将以此为契机完善汇率形成机制，使人民币汇率更加灵活、更加市场化。

高顿网校

www.gaodun.com