

# 中國商法(一)

---

國際商法諮詢師文憑班 (HL61144)

地址：皇后大道中 151-155 號兆英商業中心  
1 字樓

時間：2010年11月20日 10:00am-1:00pm

主講：許輝程先生

---

# 中國商法特點

---

- 商法主要是規範以營利為目的的經營活動的私法，其內容更多地反映了市場經濟規則，包括市場組織規則和市場業務規則等。
  - 商法規範的商事主體是從事營利活動的經營主體，而經營主體的經濟組織形式是企業，因而在商法中包括大量的規範企業組織形式的制度，例如公司法對公司制度予以一般規定。
  - 商法的價值取向主要是確保交易安全和提高交易效率，因而商法特別規定了許多相關制度，例如信息公開制度。
  - 商法雖然在性質上屬於私法，但為保障交易安全和市場活動秩序，商法中包含有大量的公法規範，例如證券監管制度、房地產交易管理制度等等。
-

# 中國商法的體系

- 中國的法律體系包括法律、行政法規、地方法規和部門規章等諸層次，各個層次的法律規範的效力不同。以下是中國商法體系中的主要法律。
- 公司法（法律，1993） <http://www.jincao.com/fa/24/law24.01.htm>
- 合夥企業法（法律，1997） <http://www.jincao.com/fa/24/law24.03.htm>
- 對外貿易法（法律，1994） <http://www.jincao.com/fa/09/law09.01.htm>
- 證券法（法律，1998） <http://www.jincao.com/fa/09/law09.08.htm>
- 保險法（法律，1995） <http://www.jincao.com/fa/09/law09.12.htm>
- 票據法（法律，1995） <http://www.jincao.com/fa/09/law09.06.htm>
- 信託法（法律，2001） <http://www.jincao.com/fa/09/law09.02.htm>
- 城市房地產管理法（1994） <http://www.jincao.com/fa/19/law19.01.htm>
- 土地管理法（法律，1986） <http://www.jincao.com/fa/19/law19.02.htm>
- 合同法（法律，1999） <http://www.jincao.com/fa/09/law09.17.htm>
- 企業所得稅（法律，2007） <http://www.jincao.com/fa/17/law17.135.htm>

# 甲、商事主體/組織

---

- 根據投資者的責任形式和企業的組織形式，商事主體可以劃分為公司、合夥企業、個人獨資企業以及合作社等。
  - 公司：是指根據公司法的規定而設立的有限責任公司和股份有限公司。有限責任公司的股東以其出資額為限對公司承擔責任，公司以其全部資產對公司的債務承擔責任。股份有限公司的全部資本分為等額股份，股東以其所持股份為限對公司承擔責任，公司以其全部資產對公司的債務承擔責任。
  - 合夥企業：合夥企業是指根據合夥企業法的規定而設立的，由各合夥人訂立合夥協議，共同出資、合夥經營、共享收益、共擔風險，並對合夥企業債務承擔無限連帶責任的營利性組織。
  - 個人獨資企業：是指根據個人獨資企業法，由一個自然人投資，財產為投資者個人所有，投資者以其個人財產對企業債務承擔無限責任的經營實體。
  - 合作社：合作社是指為實現社員的共同經濟利益，由社員出資設立的，在平等互助的基礎上共同經營的經濟組織。
-

# 工商營業許可

---

- 營業自由為中國商法的基本原則，然為防止出現妨礙或破壞市場秩序的情形；政府通過營業許對商業行為予以一定的規範，有關措施包括以下幾種類型：
    - 營業的一般准入制度：凡是從事營業活動的商事主體，均需經過工商登記，在取得營業執照之後，才可以從事營業活動。
    - 專營制度：法律規定某些個別的特殊行業只能由國家專營，而不允許其他商事主體參與經營。如實行煙草專賣，郵政專營等等。
    - 營業行政許可制度：法律規定在某些對國計民生有重大影響的行業，實行行政許可制度；即經過相應行政主管部門的許可後，商事主體才可以進入該行業從事相應的營業。
    - 營業禁入制度：為維護社會公共利益，法律禁止從事某類營業，如賭博、販毒等；或者法律禁止某些具有特定身份的主體從事營業，如禁止公務員、法官、檢察官等從事經營活動。
-

# 財務會計制度

- 根據會計法第2條及第3條的規定，國家機關、社會團體、公司、企業、事業單位和其他組織必須依照會計法辦理會計事務。有關商法上的財務會計制度可分為商業賬簿、會計人員、會計準則及財務資料的公開等四方面：
- 商業賬簿：是按照會計準則記載其營業狀況和財產狀況的書面簿冊。商業賬簿包括會計憑證、會計賬簿和會計報表。
- 會計人員：從事會計工作的人員，必須取得會計從業資格證書。
- 會計準則：根據會計法第25條的規定，作為商事主體的公司、企業，必須根據實際發生的經濟業務事項，按照國家統一的會計制度的規定，確認、計量和記錄資產、負債、所有者權益、收入、費用、成本和利潤。
- 財務資料的提交或公開：包括（1）向商事主體的投資者提交財務資料，如有限責任公司向其股東提交其財務報告。（2）向社會公眾公開，如證券法規定證券發行人及上市公司要定期向社會公眾公開其財務信息。（3）向政府有關部門公開，如根據證券法，主要通過報送、公布財務會計報告，或者備置財務會計報告以供查閱。

# 工商登記制度

- 工商登記事項一般包括：商事主體的名稱；住所或經營場所；註冊資本；法定代表人，合夥人、有限責任公司股東或股份有限公司發起人的姓名、出資額或出資方式；企業類型；經營範圍；經營方式；營業期限等。有關工商登記的種類，我國商事登記的種類主要有：
  - 設立登記：（1）商事主體設立公司應當申請名稱預先核准。（2）法律、行政法規規定設立企業必須報經審批或者企業經營範圍中有法律、行政法規規定必須報經審批項目的，應當在報送審批前辦理企業名稱預先核准，並以工商行政管理機關核准的企業名稱報送審批。（3）設立其他企業可以申請名稱預先核准。
  - 變更登記：是指商事主體已經登記註冊的事項，在登記註冊之後有發生變化的，商事主體在該事項發生變化之後的法定期限，向工商登記機關申請將該登記事項予以變更的工商登記。
  - 註銷登記：註銷登記是指商事主體在發生解散、被撤銷、被吊銷營業執照、被責令停業、被宣告破產或者其他應消滅既存商事主體的情形下，工商登記機關將商事主體資格予以註銷。

# 年檢制度

- 是指工商行政管理機關依法按年度對企業進行檢查，確認企業繼續經營資格的法定制度。年檢起止日期為每年1月1日至4月30日。
- 登記主管機關在規定的時間內，對企業上一年度的情況進行檢查。企業應當於3月15日前向登記主管機關報送年檢材料。
- 年檢的主要內容：企業登記事項執行和變動情況；股東或者出資人的出資或提供合作條件的情況；企業對外投資情況；企業設立分支機構情況；企業生產經營情況。
- 登記主管機關對有下列情形之一的企業，不予通過年檢：企業實收資本未達到法律、行政法規規定的最低限額的；企業實收資本雖然達到法律、行政法規規定的最低限額，但與註冊資本相差懸殊的；有其他嚴重違法、違規行爲的。登記主管機關對不予通過年檢的企業，依法吊銷營業執照。



# 一、公司概述

---

□ 在中國“公司”是指：依照《中華人民共和國公司法》規定，在中國境內設立的有限責任公司和股份有限公司。公司的特徵主要有以下三點：

(一) 公司是一個法人：法人應當具備的條件包括：

- 依法成立；
- 有必要的財產或經費；
- 有自己的名稱、組織機構和場所；
- 能夠獨立承擔民事責任。法人是在法律上構建的一個實體，具有法律上的人格，特別是公司能夠獨立承擔民事責任。

(二) 公司以營利為目標，即以營利為目的的企業法人。

(三) 公司的股東僅以自己的投資額為限，對公司承擔責任。

---

# 有限責任公司制度(1)

## □ 設立條件

- 股東符合法定人數：有限責任公司由五十名以下股東共同出資設立。
- 股東出資達到法定資本最低限額：即註冊資本不得少於下列最低限額：
  - (1) 以生產經營為主的公司人民幣50萬元；
  - (2) 以商品批發為主的公司人民幣50萬元；
  - (3) 以商品零售為主的公司人民幣30萬元；
  - (4) 科技開發、諮詢、服務性公司人民幣10萬元。特定行業的有限責任公司（比如證券公司、銀行、保險公司、信託公司等），其註冊資本最低限額需高於公司法所定限額的，由法律、行政法規另行規定。
- 股東共同制定公司章程：它大體上包括公司的名稱和住所、公司的經營範圍、公司的註冊資本、股東的姓名或者名稱、股東的權利和義務、公司運作的根本規則以及議事規則、公司盈餘分配原則等內容。
- 有公司名稱，建立符合有限責任公司要求的組織機構：
- 有固定的生產經營場所和必要的生產經營條件：生產經營條件是指公司應該擁有必要的設備、設施，符合國家規定的安全、衛生條件以及從業人員等。

# 有限責任公司制度(2)

## □ 設立程序

- 依據公司法以及相關的法律規定，設立有限責任公司應當履行如下程序：
  - 草擬章程：即章程應該載明公司名稱和住所；公司的經營範圍；公司的註冊資本；股東的姓名或者名稱；股東的權利和義務；股東的出資方式和出資額；股東轉讓出資的條件；公司的機構及其產生辦法、職權、議事規則；公司的法定代表人；公司的解散事由與清算辦法；股東認為需要規定的其他事項。
  - 行政審批：除了一些特定的行業，在大多數情況下，成立有限責任公司不需要經過政府的行政審批，直接註冊登記即可。
  - 繳納出資：設立者在簽署公司設立協議或者公司章程時，應認繳出資，履行出資義務。出資可以用貨幣的形式，也可以用實物、工業產權、非專利技術或者土地使用權作價出資，
  - 驗資：設立者繳納全部出資後，爲了證明自己已經履行了出資義務，還必須經法定的驗資機構驗資並出具證明。驗資機構一般是具有營業資格的會計師事務所。
  - 申請設立登記：由全體設立者指定的代表或者共同委託的代理人向公司登記機關（工商行政管理局）申請設立登記，提交公司登記申請書、公司章程、驗資證明等文件。
  - 登記發照：公司登記機關對設立登記申請進行審查，對符合法律法規規定條件的，予以登記，發給公司營業執照。

# 股份有限公司制度(1)

## □ 設立條件

- 發起人符合法定人數：即有五名以上發起人設立，其中須有過半數的發起人在中國境內有住所。股東可以是自然人，也可以是法人。
- 股份有限公司註冊資本的最低限額為人民幣1,000萬元。
- 股份發行、籌辦事項符合法律規定：既要符合公司法的規定，也要符合證券法的有關規定。
- 制定公司章程：公司章程是規定公司的組織及行爲的基本規則，確定股東之間權利義務關係的基本文件，募集設立的並須經創立大會通過。一般說來它包括：公司的名稱和住所、公司的經營範圍、公司的設立方式、公司的股份總數、每股金額和註冊資本、發起人的姓名或者名稱、股東的權利和義務、公司運作的根本規則以及議事規則、公司盈餘分配原則等內容。
- 有公司名稱，建立符合股份有限公司要求的組織機構：
- 有固定的生產經營場所和必要的生產經營條件：

# 股份有限公司制度(2)

---

## □ 設立方式

□ 依據公司法的規定，股份有限公司可以用下列兩種方式設立：

## □ 發起設立

➤ 發起設立是指由發起人認購公司應發行的全部股份而設立公司。

## □ 募集設立

➤ 募集設立是指由發起人認購公司應發行股份的一部分，其餘部分向社會公開募集而設立公司。

➤ 以募集設立方式設立股份有限公司的，發起人認購的股份不得少於公司股份總數的35%，其餘股份應當向社會公開募集。以募集方式設立股份有限公司的，應該取得國務院證券管理部門（即中國證券監督管理委員會）核准，否則，發起人不得向社會公開募集股份。

---

# 股份有限公司制度(3)

## □ 設立程序

- 制訂公司章程：章程必須經全體發起人同意並簽名蓋章。
- 經有關部門的審批或者核准：經過國務院授權部門或省級人民政府批准，是設立股份有限公司必經的法定程序。在以募集方式設立股份有限公司時，還應該獲得中國證監會的核准。
- 認購股份：以發起方式設立股份有限公司的，發起人應以書面形式自行認足全部股份。以募集方式設立股份有限公司的，發起人認購的股份不得少於公司應發行股份總數的35%，其餘部分由社會公眾認購。
- 驗資：股東繳納全部出資後，還必須經法定驗資機構驗資並出具證明。
- 建立公司機關：選舉產生公司董事會和監事會。
- 申請設立登記：由董事會向公司登記機關（現在是工商行政管理局）申請設立登記，提交公司登記申請書、公司章程、有關主管部門的批准文件、驗資證明等文件。
- 登記發照：公司登記機關自接到股份有限公司的設立登記申請之日起30日內作出是否予以登記的決定。對符合法律法規規定條件的予以登記。

# 股份有限公司制度(4)

---

## □ 治理結構

- 股份有限公司應該設立的機構：股東大會、董事會、經理、監事會等。

## □ 股東大會

- 由全體股東組成，是公司的權力機構，主要行使下列職權：決定公司的經營方針和投資計劃；選舉和更換董事，決定有關董事的報酬事項；選舉和更換由股東代表出任的監事，決定有關監事的報酬事項；審議批准董事會的報告；審議批准監事會的報告；審議批准公司的財務預算方案和決算方案；審議批准公司的利潤分配方案和彌補虧損方案；對公司增加或者減少註冊資本作出決議；對發行公司債券作出決議；對公司合併、分立、解散和清算等事項作出決議；修改公司章程。
  - 股東大會通過決議的方式決定公司的重大事項。依照公司法的規定，關於公司增加或減少註冊資本、分立、合併、解散、變更公司形式或者修改公司章程的決議，必須經代表三分之二以上表決權的股東通過；關於其他事項的決議可經相對多數通過。
-

# 股份有限公司制度(5)

## □ 董事會、獨立董事

- 董事會是公司經營管理的戰略決策機構和業務執行機構，直接向股東大會負責。董事會主要行使下列職權：負責召集股東大會，並向股東大會報告工作；執行股東大會決議；決定公司的經營計劃和投資方案；制訂公司的年度財務預算和決算方案；制訂公司的利潤分配方案和彌補虧損方案；制訂公司增加或者減少註冊資本的方案以及發行公司債券的方案；決定公司內部管理機構的設置；聘任或者解聘公司經理及有關行政人員，決定其報酬事項；制定公司的基本管理制度等。
- 董事會的成員（即董事）由股東大會選舉產生，其成員為五人至十九人。董事任期由公司章程規定，但每屆任期不得超過三年。董事任期屆滿，連選可以連任。董事長為公司的法定代表人。
- 根據中國證監會的規定，在中國上市的公司，其董事會應該建立獨立董事制度。獨立董事應獨立於所受聘的公司及其主要股東，不得在上市公司擔任除獨立董事外的其他任何職務。其職責是維護公司整體利益，尤其要關注中小股東的合法權益不受損害。
- 董事會每年度至少召開兩次會議。董事會會議應由三分之一以上的董事出席方可舉行。董事會作出決議，必須經全體董事的過半數通過。



# 股份有限公司制度(6)

## □ 監事會

- 監事會成員由股東大會決定，其成員由股東代表和適當比例的公司職工代表組成，監事會人數不得少於三人。監事會主要負責監督公司董事會和經理人員的經營管理是否符合股東的利益，直接對股東大會負責。

## □ 股份轉讓

- 依照中國公司法的規定，股份有限公司的股東持有的公司股份可以依法轉讓，但是必須在依法設立的證券交易場所內進行。

## □ 對股份轉讓的限制

- 發起人持有的本公司股份，自公司成立之日起三年內不得轉讓。
- 公司董事、監事、經理應當向公司申報所持有的本公司的股份，並在任職期間內不得轉讓。
- 公司不得收購本公司的股票，但為減少公司資本而註銷股份或者與持有本公司股票的其他公司合併時除外。
- 為防止公司在實現抵押權時形成購買本公司股票的事實，公司法特別規定，公司不得接受本公司的股票作為抵押權的標的。

# 上市公司

- 上市公司是指所發行的股票經證券管理部門核准，在證券交易所上市交易的股份有限公司。只有以募集方式設立的股份有限公司，才能在具備上市條件並通過核准程序時轉成上市公司。股份有限公司申請其股票上市必須符合下列條件：
  - 經中國證監會批准才可向社會公開發行；
  - 公司股本總額不少於人民幣五千萬元；
  - 開業時間在三年以上，最近三年連續盈利；
  - 持有股票面值達人民幣一千元以上的股東人數不少於一千人，向社會公開發行的股份達公司股份總數的百分之二十五以上；公司股本總額超過人民幣四億元的，其向社會公開發行股份比例為百分之十五以上；
  - 公司在最近三年內無重大違法行爲，財務會計報告無虛假記載；
  - 國務院規定的其他條件。
  - 如徵得中國證監會同意或者批准，股份有限公司的股票可以到境外上市。

# 公司債券

- 公司債券是指公司依照法定程序發行的、約定在一定期限還本付息的有價證券。
- 可轉換公司債券是指在一定的條件下，債權人可以按照事先確定的價格將其轉換成公司股票的一種公司債券。一般說來，可轉換債券的票面利率都比非轉換債券要低很多。
- 發行條件
  - 股份有限公司的淨資產額不低於人民幣三千萬元，有限責任公司的淨資產額不低於人民幣六千萬元；
  - 累計債券總額不超過公司淨資產額的百分之四十；
  - 最近三年平均可分配利潤足以支付公司債券一年的利息；
  - 籌集的資金投向符合國家產業政策；
  - 債券的利率不得超過國務院限定的利率水平。
  - 公司凡有下列情形之一的，不得再次發行公司債券：
    - (1)前一次發行的公司債券尚未募足的；
    - (2)對已發行的公司債券或者其債務有違約或者延遲支付本息的事實，且仍處於繼續狀態的。

# 公司債券發行程序

---

- 在作出發行公司債券的決議或決定後，公司應當向國務院證券管理部門報請批准。申請批准發行公司債券，應當提交下列文件：
    - 公司登記證明；
    - 公司章程；
    - 公司債券募集辦法；
    - 資產評估報告和驗資報告。
  - 通過證券市場發行債券：一般公司都是通過承銷商在證券交易所發行債券。發行公司要和承銷商或者承銷團簽訂承銷協議，就承銷方式、承銷期限、承銷費用、違約責任等事項作出規定。
  - 投資者購買公司債券之後，可以自由地進行轉讓。但是，轉讓公司債券應當在國家指定的場所進行，中國公司法規定公司債券轉讓的場所是依法設立的證券交易場所。
-

# 公司的財務制度

---

## □ 財務會計報告

- 根據中國公司法的規定，公司應當在每一會計年度終了時製作財務會計報告，並依法經審查驗證。財務會計報告應當包括下列財務會計報表及附屬明細表：
  - 資產負債表：本表側重於反映企業的資產負債狀況；
  - 損益表：本表側重於反映企業運營的成本和收益；
  - 財務狀況變動表：本表主要反映企業的資金流動情況；
  - 財務情況說明書：主要講述企業的財務狀況的原因以及會計原則；
  - 利潤分配表：本表主要陳述企業利潤分配的情況。
- 爲了加強上市公司的信息披露，中國證監會要求所有上市公司必須在第一和第三季度之後的一個月之內公布其季度財務報告；在第二季度結束後的兩個月內公布公司的半年度報告；在會計年度結束之後的四個月內公布公司的年度財務報告。年度財務報告必須經過註冊會計師的審核。

# 關聯交易

---

- 是指一家公司與它的關聯公司之間的交易行爲，而關聯公司是指具有以下一種或幾種關係的兩家公司或多家公司：
    - 具有控制與從屬關係；
    - 具有相互投資關係；
    - 直接或者間接地同爲第三者所擁有或者控制；
    - 其他在利益上具有相關聯的關係。
  - 依據中國相關法規的規定，上市公司與關聯公司之間的關聯交易應該簽訂書面協議。協議的簽訂應當遵循平等、自願、等價、有償的原則，協議內容應當明確、具體。公司應將該協議的訂立、變更、終止及履行情況等事項按照有關規定予以及時披露。
  - 上市公司應採取有效措施防止關聯人以壟斷採購和銷售業務渠道等方式干預公司的經營，損害公司利益。
  - 上市公司應該避免關聯公司佔用或者轉移本公司的資產。
-

# 盈餘處理

## □ 提取公積金

- 公司在分配當年稅後利潤時，應當提取利潤的10%列入公司法定公積金，法定公積金累計額為公司註冊資本的50%以上，可不再提取。法定公積金轉為資本時，所留存的該項公積金不得少於註冊資本的25%。

## □ 提取法定公益金

- 爲了充分保護職工的利益，改善職工的福利，依據中國公司法的規定，公司在分配當年稅後利潤時，在彌補上一年度虧損以後仍有盈餘的，應當提取剩餘利潤的5%至10%列入公司法定公益金。公司提取的法定公益金只能用於本公司職工的集體福利。

## □ 分配利潤

- 公司在彌補虧損和提取公積金、法定公益金後所餘利潤，有限責任公司按照股東的出資比例分配，股份有限公司按照股東持有的股份比例分配。股東會或者董事會違反前款規定，在公司彌補虧損和提取法定公積金、法定公益金之前向股東分配利潤的，必須將違反規定分配的利潤退還給公司。

# 公司稅務(1)

---

- 在中國，公司交納的稅收主要是公司所得稅、營業稅、增值稅以及其他一些小的稅種。
  - **公司所得稅**
    - 是對公司的生產、經營所得和其他所得徵收的一種稅。公司的生產、經營所得和其他所得，包括來源於中國境內、境外的所得。
    - 公司交納的所得稅額 = 所得稅稅率 × 應納稅所得額
    - 應納稅所得額 = 收入總額 — 准予扣除項目金額
    - 所謂的“其他所得”，是指股息、利息、租金、轉讓各類資產、特許權使用費以及營業外收益等所得。
    - 在1994年稅務改革之後，中國現在實行的是三檔稅率；但2008年1月1日起，稅率一律為25%。當然，爲了鼓勵技術創新、吸引外資、扶持一些新興產業或高新技術以及促進社會公益事業等，中國又制定和實行了一些減徵所得稅的優惠政策。
-



# 公司稅務(2)

## □ 營業稅

- 營業稅是對在中國境內提供應稅勞務、轉讓無形資產或者銷售不動產的單位和個人，就其取得的營業額徵收的一種稅。公司交納的營業稅稅率一般為3%和5%。 $\text{應納稅額} = \text{營業額} \times \text{稅率}$

## □ 增值稅

- 增值稅是對在中國境內銷售貨物或者提供加工、修理修配勞務，以及進口貨物的單位和個人，就其取得的貨物或應稅勞務銷售額，以及進口貨物金額計算稅款，並實行稅款抵扣制的一種流轉稅。從計稅原理上看，增值稅是對商品生產和流通中的各環節的新增價值或商品附加值進行徵稅，所以叫做“增值稅”。
- 增值稅的稅率採取了基本稅率和低稅率兩種模式。納稅人銷售或者進口貨物，提供加工、修理修配勞務的，稅率為17%，這就是通常所說的基本稅率。而較優惠的低稅率為13%。
- 公司在經營過程中，可能還會交納或者代扣代繳其他一些小的稅費，比如消費稅、關稅、房產稅、印花稅、資源稅、土地使用稅等。

# 公司的合併與分立(1)

## □ 合併形式

- 公司合併是指兩家或兩家以上的公司訂立合併協議，依照公司法的規定，不經過清算程序，直接結合為一家公司的法律行爲。
- 合併的決定或者決議，應當由公司的股東會作出決議：國有獨資公司的合併，必須由國家授權投資的機構或者國家授權的部門決定。一般的有限責任公司的合併，要由股東會作出決議，必須獲得三分之二以上表決權的股東同意。股份有限公司的合併，先由董事會擬訂公司合併的方案，再由股東大會對該合併事宜作出決議，必須經出席會議的股東所持表決權的三分之二以上通過。
- 依據中國公司法的規定，公司合併後，合併各方的債權、債務，應當由合併後存續的公司或者新設的公司承繼。
- 公司合併可以採取吸收合併和新設合併兩種形式。
  - 吸收合併是指一家公司吸收其他公司後存續，被吸收的公司合併後解散。
  - 新設合併是指兩家或兩家以上公司合併設立一家新的公司，合併後原來的各方解散。

# 公司的合併與分立(2)

## □ 合併程序

- 按照公司法第183條的規定，股份有限公司合併，必須經國務院授權的部門或者省級人民政府批准。
- 編制資產清單：進行公司合併，參加合併的各方應當編制資產負債表及財產清單，以此作為確定各方股東在合併後公司中權益的基礎。
- 通知公司的債權人：依據公司法的規定：公司應當自作出合併決議之日起十日內通知債權人，並於三十日內在報紙上至少公告三次。債權人自接到通知書之日起三十日內，未接到通知書的自第一次公告之日起九十日內，有權要求公司清償債務或者提供相應的擔保。不清償債務或者不提供相應的擔保的，公司不得合併。
- 簽訂合併協議：公司合併，應當由合併各方簽訂合併協議，合併協議主要包括：（1）合併後存續公司或者新設公司的名稱、住所；（2）合併各方的資產狀況及其處理辦法；（3）合併各方的債權債務處理辦法等。
- 公司合併應當依法向工商行政管理機關辦理合併登記手續，登記事項發生變更的，應當依法向公司登記機關辦理變更登記；公司解散的，應當依法辦理公司註銷登記；設立新公司的，應當依法辦理公司設立登記。

# 公司的合併與分立(3)

---

## □ 分立形式

- 公司分立，是指一家公司不經過清算程序，分設為兩家或兩家以上公司的法律行爲。
  - 依據中國《公司法》第185條規定，“公司分立前的債務按所達成的協議由分立後的公司承擔。”
  - 中國《合同法》第90條規定：“當事人訂立合同後分立的，除債權人和債務人另有約定的以外，由分立後的法人或者其他組織對合同的權利義務享有連帶債權，承擔連帶債務。”
  - 公司分立可採取派生分立或新設分立兩種形式。
    - 派生分立指公司以其部分資產另設一家或者數家新的公司，原公司繼續存在。
    - 新設分立指公司全部資產分別劃歸兩家或兩家以上的新公司，原公司在公司分立之後解散。
-

# 公司的合併與分立(4)

## □ 分立程序

- 作出公司分立的決議或決定：國有獨資公司的分立，必須由國家授權投資的機構或者國家授權的部門決定。普通有限責任公司或股份有限公司的分立，由股東大會三分之二以上表決通過。
- 股份有限公司的分立，必須經國務院授權的部門或者省級人民政府批准。
- 編制資產清單：公司分立，應當編制資產負債表和財產清單。
- 通知債權人：中國《公司法》第185條規定：“公司應當自作出分立決議之日起十日內通知債權人，並於三十日內在報紙上至少公告三次。債權人自接到通知書之日起三十日內，未接到通知書的自第一次公告之日起九十日內，有權要求公司清償債務或者提供相應的擔保。不清償債務或者不提供相應的擔保的，公司不得分立。”
- 辦理分立登記手續：公司分立應當依法向工商行政管理機關辦理分立登記手續。在辦理登記手續時，應當提交下列文件：（1）分立決議或決定；（2）股份有限公司需提交主管機關批准分立的文件；（3）分立後各公司的章程；（4）經註冊會計師驗證的分立前公司的資產負債表和財產清單等；（5）工商行政管理機關要求提供的其他文件。因公司分立，公司登記事項發生變更的，應當辦理變更登記；公司解散的，應當辦理註銷登記；設立新公司的，應當辦理設立登記。

# 註冊資本的變更

---

- 中國在公司資本制度上實行確定資本制，即公司股東對於公司資本的實際投入在公司章程中必須明確規定，並且在公司的工商登記文件中固定下來，不允許隨意變動。公司註冊資本的變更可分兩類：
  - 減少註冊資本
    - 公司應當自作出減少註冊資本決議之日起十日內通知債權人，並於三十日內在報紙上至少公告三次。債權人自接到通知書之日起三十日內，未接到通知書的自第一次公告之日起九十日內，有權要求公司清償債務或者提供相應的擔保。公司減少資本後的註冊資本不得低於法定的最低限額。公司減少註冊資本，應當依法向公司登記機關辦理變更登記。
  - 增加註冊資本
    - 一般說來，股份有限公司增加註冊資本的方式有兩種，一是向特定第三者定向募股或向社會公眾的增發股票；另一個是向公司原股東的配股。公司增加註冊資本，應當依法向公司登記機關辦理變更登記。
-

# 公司的破產、解散和清算(1)

---

## □ 公司破產

- 公司破產是指公司由於持續不能清償到期債務，而依法對於公司的所有資產進行清算，並公平地分配給公司所有債權人的一種法律程序。
  - 公司的破產程序可以由公司自己向法院提起，也可以由公司的債權人依照法律的規定向法院提起。
  - 在進入公司破產的程序之後，由清算組對於公司的所有財產進行清算，扣除那些設有擔保物權的財產，餘下的財產稱為破產財產。有擔保的債權享有優先受償權。依據中國相關法律規定，對於破產財產的分配順序是：
    - (1) 破產費用；
    - (2) 破產企業的職工工資和勞動保險費用；
    - (3) 破產企業所欠的稅款；
    - (4) 破產債權。
-

# 公司的破產、解散和清算(2)

## □ 公司解散

- 公司解散是指已經成立的公司，由於行政決定、法院判決、發生章程規定或法律規定的事項等原因，因而失去法律人格的法律程序。

## □ 公司重整

- 在中國，對於那些由債權人提起的破產案件，在法院受理之後和破產案件終結前，債務人可以向法院提出和解申請，並向債權人會議提出和解協議草案。人民法院在破產案件審理過程中，也可以根據債權人和債務人的具體情況向雙方提出和解建議。債務人提交的和解協議草案主要包括：（1）公司經營狀況的檢討以及重整方案；（2）公司債務的清償辦法，尤其是債務的減免和延期償還；（3）清償債務的期限。
- 在公司重整過程中，如果債務人不履行或者不能履行和解協議的，經債權人申請，人民法院應當裁定恢復破產程序。和解協議是在破產宣告前達成的，人民法院應當在裁定恢復破產程序的同時裁定宣告債務人破產。



# 公司的破產、解散和清算(3)

## 公司清算

公司清算是清理已經解散公司的一切尚未了結的法律關係，處理公司剩餘財產的程序。依照中國公司法的規定，公司除因合併或分立解散無需清算，以及因破產而解散的公司適用破產清算程序外，其他類型的公司解散，都必須按照公司法規定的程序進行清算。清算的程序一般為：

- 成立清算組：清算組的成員一般由公司的股東或者股東委託的專業人士組成。清算組的職責是保管、清理、處理和分配已解散公司的財產。
- 通知或者公告債權人申報債權：清算組應當自成立之日起十日內通知債權人，並於六十日內在報紙上至少公告三次。
- 清理財產清償債務：清算組對公司的資產、債權、債務進行清理，在清算期間，公司不得開展經營活動，任何人未經清算組的批准不得處分公司財產。
- 清算組在清理公司財產、編制資產負債表和財產清單後，如果發現公司財產不足清償債務的，應當立即向人民法院申請宣告破產，並將清算事務移交給人民法院。清償公司債務的順序是：（1）清算費用；（2）職工工資和勞動保險費用；（3）所欠稅款；（4）公司的普通債務。
- 分配剩餘財產：在清償完公司債務之後，清算組應當將剩餘的公司財產按照股東的股權比例分配給股東。

# 二、合夥企業制度

- 合夥是指兩個以上公民，按合同各自提供資金、實物、技術等合夥經營、共同勞動的行爲或組織形式。「合夥」是非法人團體。合夥負責人執行合夥的經營決策所產生的責任，均由全體合夥人承擔。
  - 對外責任方面，每個合夥人都負有用自己的全部財產清償全部合夥債務的義務。
  - 對內責任方面。在合夥人內部，應按照各合夥人的出資比例或合夥協議的約定承擔按份責任。
- 
- 設立條件
  - 依據合夥企業法第8條的規定，設立合夥企業，應當具備下列條件：
    - 有二個以上合夥人，並且都是依法承擔無限責任者。
    - 有書面合夥協議。
    - 有合夥企業的名稱；
    - 有經營場所和從事合夥經營的必要條件。

# 合夥關係

---

- 中國對於設立合夥企業採用登記設立的方式，即只要符合法律規定的條件，都可以登記設立合夥企業，不需要特定的政府審批程序。設立一個合夥企業一般需要經過以下程序：
    - 訂立合夥協議
    - 由全體合夥人協商一致，以書面形式訂立合夥協議。合夥人應當為具有完全民事行為能力的人，並且不是法律、行政法規禁止從事營利性活動的人，如政府工作人員等。
    - 在合夥協議中應當載明下列事項：（1）合夥企業的名稱和主要經營場所的地點；（2）合夥目的和合夥企業的經營範圍；（3）合夥人的姓名及其住所；（4）合夥人出資的方式、數額和繳付出資的期限；（5）利潤分配和虧損分擔辦法；（6）合夥企業事務的執行；（7）入夥與退夥；（8）合夥企業的解散與清算；（9）違約責任。合夥協議還可以載明合夥企業的經營期限和合夥人爭議的解決方式。
    - 合夥企業設立分支機構，應當向分支機構所在地的工商管理機關申請登記，領取營業執照。
-

# 入夥和退夥

## □ 入夥

- 入夥是指在合夥企業成立之後，原合夥人以外的人通過合法的程序，加入合夥企業，並成爲一名普通合夥人的法律行爲。
- 根據合夥企業法的規定，新合夥人入夥時，應當經全體合夥人同意，並依法訂立書面入夥協議。
- 入夥的新合夥人對入夥前合夥企業的債務承擔連帶責任。
- 合夥人死亡或者被依法宣告死亡的，對該合夥人在合夥企業中的財產份額享有合法繼承權的繼承人，依照合夥協議的約定或者經全體合夥人同意，從繼承開始之日起，即取得該合夥企業的合夥人資格。
- 合法繼承人爲未成年人的，經其他合夥人一致同意，可以在其未成年時由監護人代行其權利。如果合法繼承人不願意成爲該合夥企業的合夥人的，合夥企業應退還其依法繼承的財產份額。
- 經全體合夥人同意，合夥人以外的人依法受讓合夥企業財產份額的，經修改合夥協議即成爲合夥企業的合夥人，依照修改後的合夥協議享有權利，承擔責任。

# 入夥和退夥

## □ 退夥

- 退夥是指在合夥企業成立之後，部分合夥人通過法定的程序，退出合夥企業，而合夥企業繼續存在的一種法律行爲。
- 在合夥協議中約定了經營期限，有下列其中一種情形時，合夥人可以退夥：（1）合夥協議約定的退夥事由出現；（2）經全體合夥人同意退夥；（3）發生合夥人難於繼續參加合夥企業的事由；（4）其他合夥人嚴重違反合夥協議約定的義務。如果在合夥協議中未約定合夥企業的經營期限的，合夥人在不給合夥企業事務執行造成不利影響的情況下，可以退夥，但應當提前30日通知其他合夥人。合夥人違反規定，擅自退夥的，應當賠償由此給其他合夥人造成的損失。
- 根據合夥企業法第50條的規定，合夥人有下列其中一種情形的，經其他合夥人一致同意，可以決議將其除名：（1）未履行出資義務；（2）因故意或者重大過失給合夥企業造成損失；（3）執行合夥企業事務時有不正當行爲；（4）合夥協議約定的其他事由。有關合夥人的除名決議，應當以書面通知被除名人，被除名人自接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退夥。被除名人如對除名決議有異議，可以在接到除名通知之日起30日內，向人民法院提出起訴。
- 退夥人在合夥企業中財產份額的退還辦法，由合夥協議約定或者由全體合夥人決定，可以退還貨幣，也可以退還實物。

# 合夥解散和清算

---

- 依據合夥企業法第57條的規定，合夥企業出現下列其中一種情形時，應當解散：
    - 合夥協議約定的經營期限屆滿，合夥人不願繼續經營的；
    - 合夥協議約定的解散事由出現；
    - 全體合夥人決定解散；
    - 合夥人已不具備法定人數；
    - 合夥協議約定的合夥目的已經實現或者無法實現；
    - 被依法吊銷營業執照；
    - 出現法律、行政法規規定的合夥企業解散的其他原因。
  - 合夥企業法規定，合夥企業對其債務，應先以其全部財產進行清償。合夥企業財產不足清償到期債務的，各合夥人應當承擔無限連帶清償責任。
-

# 三、個人獨資企業制度

---

- 獨資企業法在中國境內設立，由一個自然人投資，財產為投資人個人所有，投資人以其個人財產對企業債務承擔無限責任的經營實體。
  - 國家對於設立獨資企業採取登記主義原則，即只要形式上符合法律的要求，就批准設立獨資企業，法律另有規定的特殊行業除外。依據獨資企業法第8條的規定，設立個人獨資企業應當具備下列條件：
    - 設立條件
      - 投資人為一個自然人。但是，法律、行政法規禁止從事營利性活動的人，不得作為投資人申請設立個人獨資企業。
      - 有合法的企業名稱。個人獨資企業的名稱應當與其責任形式及從事的營業相符合，不得使用“公司”、“有限”或者“有限責任”等字樣。
      - 有投資人申報的出資。
      - 有固定的生產經營場所和必要的生產經營條件。
      - 有必要的從業人員。
-

# 獨資企業設立方式

- 設立獨資企業一般應當依照下列規定進行：
- 申請設立個人獨資企業，應當由投資人或者其委託的代理人向個人獨資企業所在地的工商行政管理機關提交設立申請書、投資人身份證明、生產經營場所使用證明等文件。
- 委託代理人申請設立登記時，應當出具投資人的委託書和個人獨資企業設立申請書應當載明下列事項：（i）企業的名稱和住所。個人獨資企業以其主要辦事機構所在地為住所；（ii）投資人的姓名和居所；（iii）投資人的出資額和出資方式；（iv）經營範圍。
- 工商行政管理機關應當在收到設立申請文件之日起**15**日內，對符合法律規定條件的，予以登記，發給營業執照；
- 個人獨資企業的營業執照的簽發日期，為個人獨資企業成立日期。
- 個人獨資企業設立分支機構，應當由投資人或者其委託的代理人向分支機構所在地的工商行政管理機關申請登記，領取營業執照。分支機構的民事責任由設立該分支機構的個人獨資企業承擔。
- 個人獨資企業存續期間登記事項發生變更的，應當在作出變更決定之日起的**15**日內依法向登記機關申請辦理變更登記。



# 企業解散和清算

---

- 與合夥企業的考慮類似，為有效保護債權人的利益，法律要求個人獨資企業在解散之後應該進行清算。清算可以由業主自行清算，也可以由債權人申請人民法院指定清算人進行清算。
  - 投資人自行清算的，應當在清算前15日內書面通知債權人，無法通知的，應當予以公告。債權人應當在接到通知之日起30日內，未接到通知的應當在公告之日起60日內，向投資人申報其債權。企業在解散之後，債權人在5年內未向債務人提出償債請求的，該責任消滅。
  - 在清算期間，個人獨資企業不得開展與清算目的無關的經營活動。在按法律規定清償債務之前，投資人不得轉移、隱匿財產。否則，由工商行政管理機關依法追回其財產，並按照有關規定予以處罰；構成犯罪的，相關機關依法追究其刑事責任。
  - 個人獨資企業財產不足以清償債務的，投資人應當以其個人的其他財產予以清償。投資人違反法律規定，應當承擔民事賠償責任和繳納罰款、罰金，其財產不足以支付的，或者被判處沒收財產的，應當先承擔民事賠償責任。
-

# 四、外商投資企業法

- 外商投資企業，是指依照中華人民共和國法律的規定，在中國境內設立的，由中國投資者和外國投資者共同投資或者僅由外國投資者投資的企業。
- 根據中國有關法律的規定，這裡所說的“中國投資者”包括中國的公司、企業或其他經濟組織；這裡所說的“外國投資者”包括外國公司、企業和其他經濟組織或個人，還包括中國香港、澳門、台灣地區的投資者。
- 外商投資企業包括中外合資經營企業（以下簡稱“合營企業”）、中外合作經營企業（以下簡稱“合作企業”）和外資企業三種類型，在中國，人們習慣上把它們統稱為“三資企業”。
- 為促進外國投資者在中國進行長期投資，中國政府承諾將不對外商投資企業實行國有化和徵收；在特殊情況下，根據社會公共利益的需要，對外商投資企業可以依照法律程序實行徵收，並給予相應的補償。
- 經濟特區，是指依法設立或者經國務院批准設立的深圳、珠海、汕頭、廈門和海南經濟特區；經濟技術開發區，是指經國務院批准在沿港口城市設立的經濟技術開發區；沿海經濟開放區，是指經國務院批准為沿海經濟開放區的市、縣、區。

# 外商投資企業種類

## □ 中外合資經營企業

- 中外合資經營企業，是指中國合營者與外國合營者依照中華人民共和國中外合資經營企業法的規定，在中國境內共同投資、共同經營，並按照投資比例分享利潤、分擔風險及虧損的企業。合營企業的突出特點是投資各方按照投資比例分享利潤和分攤風險，有較強的資合性質。

## □ 中外合作經營企業

- 中外合作經營企業，是指中國合作者與外國合作者依照中華人民共和國中外合作經營企業法的規定，在中國境內共同舉辦的，按合作企業合同的約定分配收益或者產品、分擔風險和虧損的企業。合作企業的突出特點是投資各方按照投資合同的約定分享利潤和分攤風險，在經營成果的分配上顯得比合營企業更靈活。

## □ 外資企業

- 外資企業，是指依照中華人民共和國外資企業法的規定，在中國境內設立的，全部資本由外國投資者投資的企業，不包括外國的企業和其他經濟組織在中國境內設置的分支機構。

# 外商投資企業的治理結構

## □ 合營企業

- 依據中國中外合資經營企業法的規定，合營企業的企業形式為有限責任公司，所以合營企業內部的治理結構採用依照有限責任公司的模式。合營企業設董事會，董事會是合營企業的最高權力機構，其人數組成由合營各方協商，在合同、章程中確定，但是不得少於3人，並由合營各方委派和撤換。董事長和副董事長由合營各方協商確定或由董事會選舉產生。

## □ 合作企業

- 中外合作經營企業符合中國法律關於法人條件的規定的，依法取得中國法人資格，在取得法人資格後，一般採用有限責任公司的企業形式；不符合法人條件的，可以保持聯營企業或者合夥企業等模式。合作企業應當設立董事會或者聯合管理機構，依照合作企業合同或者章程的規定，決定合作企業的重大問題。

## □ 外資企業

- 外資企業符合中國法律關於法人條件的規定的，依法取得中國法人資格，在取得法人資格後，一般採用有限責任公司的企業形式；如果不符合法人條件，也可以採用獨資企業或者合夥企業等模式。對於外資企業的治理結構，中國法律沒有作出特別規定。

# 外商投資企業的資本制度

- 在合營企業的註冊資本中，外國合營者的投資比例一般不低於25%。外國投資者的投資比例低於25%的，不享受外商投資企業的優惠待遇。
- 中外合作者的一方轉讓其在合作企業合同中的全部或者部分權利、義務的，必須經他方同意，並報審查批准機關批准。
- 外資企業註冊資本的轉讓，須經審批機關批准，並向工商行政管理機關辦理變更登記手續。
- 外商投資企業各方可以現金、實物、工業產權、土地使用權、非專利技術和其他財產權利等進行投資。
- 外商投資企業的企業所得稅，按應納稅的所得額計算，稅率為30%；地方所得稅，按應納稅的所得額計算，稅率為3%。
- 外國投資者在履行法律或者協議規定的義務後取得的投資收益，在外商投資企業期滿或者中止時所分得的資金，以及其他資金，可按中國外匯管理法律規定匯往國外。
- 中外合作者在合作企業合同中約定合作期滿時，合作企業的全部固定資產歸中國合作者所有的，可以在合作企業合同中約定外國合作者在合作期限內先行回收投資的辦法。

# 外商投資企業的優惠條件

- 現在，對於外商投資企業的優惠政策主要體現在稅收方面。設在經濟特區的外商投資企業和設在經濟技術開發區的生產性外商投資企業，減按15%的稅率徵收企業所得稅。這主要適用於下列企業：
  - 在沿海經濟開放區和經濟特區、經濟技術開發區所在城市的老市區設立的從事下列項目的生產性外商投資企業：技術密集、知識密集型的項目；外商投資在3,000萬美元以上，回收投資時間長的項目；能源、交通、港口建設的項目；
  - 從事港口碼頭建設的中外合資經營企業；
  - 在經濟特區和國務院批准的其他地區設立的外資銀行、中外合資銀行等金融機構，但以外國投資者投入資本或者分行由總行撥入營運資金超過1,000萬美元、經營期在10年以上的為限；
  - 在上海浦東新區設立的生產性外商投資企業，以及從事機場、港口、鐵路、公路、電站等能源、交通建設項目的外商投資企業；
  - 在國務院確定的國家高新技術產業開發區設立的被認定為高新技術企業的外商投資企業，以及在北京市新技術產業開發實驗區設立的被認定為新技術企業的外商投資企業；
- 設在沿海經濟開放區和經濟特區、經濟技術開發區所在城市的老市區的生產性外商投資企業，減按24%的稅率徵收企業所得稅。

# 外商投資企業的破產、解散和清算

- 由於中國至今沒有制訂統一的破產法，僅制訂過關於國有企業的破產法，其他法人的破產程序依照民事訴訟法關於“破產程序”的特別規定。再者，中國在法律上不允許自然人和非法人組織破產，所以，只有取得法人資格的外商投資企業才能在不能清償到期債務的時候申請破產。其他沒有取得法人資格的合作企業和外資企業，在不能清償到期債務的時候，只能進入清算程序；在清算之後，原企業的投資者仍有償還沒有受到清償的債務的義務，如果投資者是多人的話，則投資者之間有連帶清償義務。
- 合營企業的合營期限，按不同行業、不同情況作不同的約定。屬於國家鼓勵和允許投資的項目，可以約定合營期限，也可以不約定合營期限。如果在合同中不約定合營期限的話，應在合同中訂立終止條款，規定企業終止的條件、終止程序以及企業清算和財產分配原則。
- 按規定在合同中應約定合營期限的項目，其期限應根據項目的行業類型、投資額、投資風險和投資回收期的長短確定，一般不超過30年。
- 外商投資企業清算後的財產，再扣除清算費用之後，應當按照下列順序清償：（1）所欠職工工資和社會保險費用；（2）所欠稅款；（3）其他債務；（4）剩餘財產屬於投資者所有。
- 企業清算結束後，應當向工商行政管理機關辦理註銷登記手續，繳銷營業執照。

# 乙、合同法

- 合同又稱契約，是當事人之間設立、變更和終止債權債務關係的合意。
  - 合同建立在當事人法律地位平等的基礎之上，屬民事法律關係。
  - 我國合同法於1999年制定。
  
  - 合同法的基本原則
    - 合同自由原則。就是只要不違反法律的禁止性規定和社會公共利益，當事人通過合意達成的合同就當然地具有法律效力，法律要對這種合同加以承認和保護。合同自由包括：締約自由，選擇訂約相對人的自由，決定合同內容的自由，訂約方式的自由，自由決定合同糾紛解決方式。
    - 誠實信用原則。就是當事人訂立合同和履行合同時應當誠實，不能作出欺詐；要守信用，不得隨意違反合同的約定，也不得以損害對方當事人的手段謀取利益。
-



# 一、合同的成立與效力

## □ 要約 (Offer)

- 要約是一方當事人以訂立合同為目的，向對方提出合同條件，希望對方接受的意思表示。要約在對外貿易中常稱作發價、發盤、出價或報價等。
- 對於要約何時發生約束力，有發信生效主義和到達生效主義兩種做法。大陸法系國家採納到達生效主義，《聯合國國際貨物銷售合同公約》也採納了到達生效主義；而我國《合同法》第16條規定的，也是到達生效主義，第2款並對採用數據電文形式訂立合同的要約到達時間作了規定。
- 要約內容必須十分確定。要約人在要約時必須指明收受該項要約的公司、企業或個人的名稱或姓名。此外，一般應包括擬訂的合同的主要條件，如商品名稱、價格、數量、品種或規格、交貨日期和地點，以及付款方式等，以便為對方接受時，就足以成立合同。
- 要約人必須有在其要約獲接受時即受約束的意思。中國外貿公司在對外貿易實踐中常發出“實盤”或“虛盤”。
- 要約的終止或失效

# 承諾 (Acceptance)

---

- 承諾是受要約人作出同意要約，以成立合同的意思表示。承諾又稱接盤。受要約人一旦作出承諾，並到達要約人，合同即告成立。
  - 承諾的含義和構成條件：承諾必須由受要約人作出；承諾必須與要約所提出的交易條件相一致；承諾必須在要約規定的有效期內作出；未規定時間的要在合理的時間內作出；承諾必須用口頭或書面語言向要約人表示出來。
  - 承諾生效的時間：關於承諾生效的時間問題，各國法律規定不盡相同。英美法系國家採用“投遞生效原則”（Mail box rule），《銷售合同公約》採納了“到達生效原則”（Receive of the letter of acceptance rule）。
  - 對要約的內容作了變更的承諾的效力：如果承諾的內容與要約的內容不一致，它就不是真正有效的承諾，而是一項反要約（Counter-offer）。
  - 逾期的承諾（Late Acceptance）是指承諾通知送達要約人的時間已超過了要約所規定的有效期。
  - 承諾的撤回，《銷售合同公約》第22條規定，承諾得予撤回，但撤回通知應於承諾生效之前或同時送達要約人。
-

# 特別成立要件

## □ 合同的生效、效力待定

- 合同成立後，是否能夠發生當事人所預期的法律效果，即是否具有法律效力，受到法律的承認和保護，還需要根據另外的標準加以判斷。
  - 當事人行為能力及格，即當事人必須具有訂立合同的行為能力。
  - 意思表示真實，即當事人訂立合同時所表達出來的意思，應當與其內心意思一致，而且這種意思是在未受任何強制或者不當影響情況下的自由意思。
  - 不違反法律、行政法規的強制性規定和社會公共利益。
- 在通常情形，受要約人發出的承諾到達要約人時，合同即成立。但在特別情形，合同的成立需要特別要件，主要包括：書面合同、簽定確認書、法律有特別規定或當事人有特別約定、交叉要約、意思實現。
- 我國合同法規定了三種效力可以補正的合同：
  - 限制行為能力人訂立的合同。
  - 行為人沒有代理權、超越代理權，或代理權終止後以被代理人名義訂立合同。
  - 無處分權的人處分他人財產的合同。

## 二、合同的無效與撤銷

- 合同無效是指已經成立的合同因嚴重欠缺法律規定的合同有效要件，而不能發生法律效力。按照我國合同法規定，有下列情形合同無效：
    - 一方以欺詐、脅迫的手段訂立合同，損害國家利益。
    - 惡意串通，損害國家、集體或第三人利益。
    - 以合法形式掩蓋非法目的。
    - 損害社會公共利益。
    - 違反法律、行政法規的強制性規定。
  
  - 另外，合同中的下列免責條款無效：
    - 造成對方人身傷害的。
    - 因故意或重大過失而造成對方財產損失的。
  
  - 合同的撤銷
    - 合同的撤銷是指因當事人訂立合同時意思表示不真實，經撤銷權人行使撤銷權，使已經生效的合同的法律效力歸於消滅。各國對於可撤銷合同的規定大致相同，包括以下幾種情形：欺詐、脅迫、重大誤解、顯失公平。
-

# 締約過失

- 締約過失是指當事人於締約之際具有過失，導致合同不成立、無效或被撤銷，使他方當事人遭受損害，或者因當事人違反對他人的照顧和保護義務，使他方當事人遭受人身或財產損害的情形。
- 另外，依照法律規定，受害人應及時採取措施以避免損失擴大，否則就擴大的損失不得請求賠償（准用合同法第119條的規定）。

## □ 締約過失責任

- 締約過失的賠償範圍，視乎具體情況而定。
- 合同不成立、無效或被撤銷，賠償範圍應相當於相對人信其合同有效所受的損失，包括訂約費用、履約準備費用，以及另失訂約機會的損失，即以賠償信賴利益為原則，但不得超過當事人訂立合同時所應當預見的因合同不成立、無效或被撤銷而可能造成的損失，也不得超過合同有效或合同成立時，相對人可能得到的利益（履行利益）。
- 相對人的人身受到損害時，賠償的範圍為相對人所受的一切損害（即賠償維持利益）。
- 締約之際未盡通知、說明義務，而使他方遭受財產損失的，賠償範圍應包括因締約過失而造成的一切損害，不以履行利益為限。

# 雙務合同上的抗辯權

- 抗辯權是對抗請求權的一種權利。合同債權屬於請求權，它的實現必須借助於債務人的行爲。爲了保證債權的實現，法律一方面規定了債的效力，明確債務人應當受到債的拘束，並應當全面履行自己的義務。同時，爲了保護債務人的利益，賦予一定情形下債務人的抗辯權，使債務人能夠對抗債權人不適當的請求。
  - 同時履行抗辯權
    - 同時履行抗辯權是指合同上沒有約定雙方當事人履行順序的，一方當事人在對方沒有履行合同義務，或者其履行不合約定時，拒絕自己履行的權利。
  - 先履行抗辯權
    - 先履行抗辯權是指合同當事人在負有先履行義務的當事人沒有履行，或者其履行不符合約定時，拒絕自己履行的權利。
-

# 不安抗辯權

- 不安抗辯權是指有先為履行義務的當事人，有證據證明對方當事人不能實行對待給付，或者有不能實行對待給付的現實可能時，可以暫時中止履行，而要求對方當事人提供擔保，並在對方不能提供擔保時解除合同的權利。不安抗辯權的效力表現有兩個方面：
- 中止履行並請求對方當事人提供擔保。當事人在法律規定的情形發生時，為了避免將來可能遭受的損失，可以暫不履行自己的合同義務，且不構成違約。因中止履行只是作為對抗對方請求權的方式，故中止履行的一方應當及時通知對方。對方提供適當擔保時，應當恢復履行。同時，當事人沒有確切證據中止履行的，應當承擔違約責任。
- 解除合同。中止履行後，可能會發生兩種情況，一是對方提供了適當的擔保，或者其財產狀況發生明顯改善，恢復了履行能力。這時，中止履行的一方應當恢復履行自己的義務。另一種情況是對方既未恢復履行能力，又不願或不能提供適當的擔保，這時就發生不安抗辯權的第二個效力，即解除合同。按照民法通則第115條和合同法第97條的規定，合同的解除不影響請求損害賠償的權利。

# 合同的解除

□ 合同解除是指合同有效成立後，當法律規定或當事人約定的解除條件發生時，依一方或雙方的意思表示，使合同效力消滅的制度。

## □ 合同解除的條件

- 合意解除。是指雙方當事人經協商一致，使合同效力消滅。
- 約定解除。是指在合同中預先約定解除條件。
- 法定解除。是指在發生法律規定的情形時，一方當事人可以單方意思表示解除合同的形態。

## ➤ 合同解除的程序

- 發生法律規定可以解除合同的形態，合同並不當然解除，而只是發生一方當事人的解除權。因此，要發生合同解除的法律效果，需要解除權人行使解除權。

## □ 合同解除的效果

- 合同無論根據何種形態解除，均發生消滅合同權利義務關係的效力，而依附於主權利義務的從權利義務也隨之消滅，但合同中獨立存在有關解決爭議方法的條款仍然有效。



# 違約責任

- 違約責任是指當事人不履行合同義務，或者履行合同義務不符合約定時，應當向對方當事人承擔的法律責任。發生違約責任的一般要件有二：
  - 當事人不履行合同義務，或者其履行不符合合同的約定。我國合同法第108條，規定在履行期限到來以前，當事人也可以承擔違約責任。
  - 沒有可以免責的事由。免責事由包括法律規定的事由（例如不可抗力）和當事人約定的事由。
- 違約金
  - 違約金是指當事人違反合同時，向對方支付的一定數額的金錢，用以補償對方因違約而遭受的損失。
- 賠償損失
  - 賠償損失是指當事人在合同中沒有約定違約金，也沒有約定定金罰則時，違約方為彌補對方當事人所受的損失而向其支付一定數額的金錢。
- 繼續履行
  - 我國合同法規定：當事人一方不履行非金錢債務，或者履行非金錢債務不符合約定的，對方可以要求履行，但有下列情形之一的除外：（1）法律上或事實上不能履行；（2）債務的標的不適於強制履行，或者履行費用過高；（3）債權人在合理期限內未要求履行。

# 三、買賣合同

- 買賣合同是出賣人移轉所有權給買受人，而買受人支付價金的合同。買賣合同的訂立和履行，將使標的物的所有權從一個主體移轉到另一個主體。
  - 買賣合同是非要式合同，即法律並不規定買賣合同的形式，書面的、口頭的均可。法律也不要求當事人辦理登記等特別手續。
  - 買賣合同的訂立
    - 在買賣合同中，法律對出賣人的資格和標的物均有所規定。
    - 即出賣人對於出賣的標的物必須享有處分權。享有處分權的人是標的物的所有人及其代理人；其次是依照法律規定取得處分權的人，例如抵押權人、質權人、留置權人、法定優先權人和行紀人等。
    - 禁止流通物不得作為買賣合同的標的物，而限制流通物則只能在特定的領域成為買賣合同的標的物，例如國家級文物。
  - 出賣人的主要義務
    - 出賣人應負主要義務有交付標的物、移轉標的物所有權，以及瑕疵擔保。
    - 瑕疵擔保責任是指出賣人對標的物上的權利瑕疵，及標的物的質量瑕疵，所應承擔的法定無過失責任。
-

# 風險負擔

- 買賣合同中的風險負擔，是指買賣合同成立後，標的物因不可歸責於雙方當事人的原因毀損滅失時，其損失由何方負擔的規則。我國合同法以交付移轉風險為原則，同時也規定了一些例外：
- 指示送交某個地點，或者沒有約定交付地點或約定不明確，但又需要運輸的，以向第一承運人交付為準。買受人未收到貨物，仍應當支付價金。但出賣人對於承運人有損害賠償請求權的，買受人可請求代償利益。
- 買受人受領遲延的，自遲延時負擔風險。
- 標的物因有瑕疵，買受人拒絕接受或解除合同的，風險不移轉。
- 在途貨物，即沒有買受人的貨物，或者買受人實際收取標的物以前，把處於運輸途中的標的物轉賣。這時，自買賣合同成立時，風險由買受人負擔。此情形通常是指提單的買賣，而且標的物的保單也一併交付，買受人的利益已有相當的保障，由其負擔風險較為合理。

# 四、租賃合同

- 租賃合同是出租人將租賃物交付承租人使用、收益，而承租人支付租金的合同。租賃合同的標的物包括動產、房屋、土地和場地等。
- 租賃合同是移轉財產使用權的合同。租賃合同期限屆滿時，承租人負有返還租賃物的義務。同時，租賃合同也是雙務合同、有償合同和諾成合同。

## □ 租賃合同的期限和形式

- 按照我國合同法規定，租賃合同的最長期限為20年，超過20年的部分無效。租賃合同期滿後可以續訂。不定期租賃和租賃期限在6個月以下的租賃合同，可以採用任何形式，但租賃期限在6個月以上的，應當採用書面形式，未採用書面形式的，視為不定期租賃。
- 1995年建設部《城市房屋租賃管理辦法》要求，出租城市房屋的，要進行登記備案，經房屋管理部門對申請審查及格，發給房屋租賃證；未領取房屋租賃證的，責令限期補辦，並繳付罰款。

## □ 租賃合同的終止

- 租賃合同終止後，當事人依租賃合同發生的權利義務關係及從權利義務均歸消滅。租賃物為動產的，承租人返還租賃物即可。至於以土地、房屋為租賃物，則可能有若干問題需要解決。

# 轉租

---

- 轉租是指承租人把自己租賃的租賃物以租賃的方式交由第三人使用和收益，同時收取租金的行為。
  - 我國合同法規定承租人須經出租人同意，才可以將租賃物轉租給第三人。承租人未經出租人同意轉租的，出租人可以解除合同。
  - **法律對於承租人的特別保護**
    - 租賃權物權化：我國合同法第229條也規定，租賃物在租賃期間發生所有權變動的，不影響租賃合同的效力。
    - 解除權：在不定期租賃，雖然出租人可以隨時解除合同，但其解除合同應當在合理期限之前通知承租人，而承租人解除合同則無此限制（第232條）。
    - 繼續居住權：承租人在房屋租賃期間死亡的，與其生前共同居住的人可以按照原租賃合同租賃該房屋，
    - 優先購買權：即出租人選擇租賃物的受讓人時，承租人的優先購買權。
    - 續租：出租人如果要終止租賃，必須在合理期限之前通知承租人。
-

# 五、承攬合同

- 承攬合同是承攬人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，而定作人給付報酬的合同。承攬包括加工、定作、修理、複製、測試和檢驗等工作。在承攬合同中，為他人完成工作並提交成果的一方稱為承攬人，接受工作成果並支付報酬的一方稱為定作人。承攬人應負的主要義務如下：
  - 以自己的行為完成主要工作。承攬人不得將工作的主要部分任意交由他人完成，但可以把次要部分或輔助性工作交由他人完成。在這種情形，承攬人應當對他人的工作向定作人負責。
  - 依照約定提供材料，或者接受定作人提供的材料。
  - 接受定作人的檢查和監督。
  - 檢驗材料、妥善保管和重要事項的通知。
  - 交付工作成果。
  - 保密。承攬人應當按照定作人的要求保守秘密，未經定作人許可，不得留存複製品或技術資料。

# 六、國際貨物買賣合同

---

## □ 國際貨物買賣合同的主要條款

- 合同的主要條款構成合同的基本內容，此外，合同還包括序言、約尾等格式要求。
  - 其內容可大致劃分為當事人條款、貨物條款、付款條款和法律保障條款四個部分。
    - 當事人條款：主要記載合同當事人的名稱、國籍、主營業地或住所，
    - 貨物條款：包括對合同標的物即貨物本身狀態的要求，以及對交付貨物行為的要求兩方面。品名條款。品質條款。數量條款。包裝條款。貨物裝運與保險條款。檢驗條款。
    - 付款條款：主要涉及價格的確定和付款方式兩方面的內容，如單價和總價，支付工具、付款時間、付款地點及支付方式等內容。
    - 法律保障條款：合同訂立日期和地點條款；不可抗力條款。索賠條款。仲裁條款。法律適用條款。
-

# 合同買賣雙方的義務

- 《合同法》第8條規定：“依法成立的合同，對當事人具有法律約束力。當事人應當按照約定履行自己的義務，不得擅自變更或者解除合同。”
- **賣方的義務：**
  - 賣方應按照合同規定的地點交貨。
  - 賣方交付的貨物必須與合同所規定的數量、質量和規格相符，並須按照合同所規定的方式裝箱或包裝。
  - 與貨物有關的單據，主要包括但不限於提單、保險單、商業發票、原產地證書、各類商品檢驗證書等，或相應的電子數據交換（EDI）單證。
  - 賣方對貨物權利的擔保義務是指賣方應保證對其出售的貨物享有合法的權利，不得侵犯任何第三人的權利，並且任何第三人都不會就該項貨物向買方主張任何權利。

## 買方的義務：

- 辦理必要付款手續，確定貨物價格，支付貨款的地點，支付貨款的時間。



# 違反合同的救濟方法(1)

- 是指合同當事人不履行合同義務或履行合同義務不符合約定。當一方違約後，受害方可以採取適當的措施取得補償。
- **賣方違反合同的補救辦法**
- 在國際貨物買賣中，賣方違約的情況通常有以下幾種：不交貨；遲延交貨；交付的貨物與合同規定不符；交付的貨物違反賣方對貨物權利的擔保條件等。對於這些違約情況，《銷售合同公約》相應地規定了買方可以採取如下的各種救濟辦法。
- 要求賣方履行交貨義務，要求賣方交付替代物，要求賣方對不符合合同的貨物進行修理，要求減低價格如果賣方所交貨物與合同不符，拒絕收取貨物如果賣方交付的貨物數量多於合同規定的數量，宣告合同無效如果賣方不履行其在合同或公約中的任何義務，或賣方不在買方規定的額外時間內交付貨物；要求損害賠償涉及以下幾個方面：
  - 損害賠償額的確定
  - 損害賠償額的計算
  - 採取減輕損失的義務

# 違反合同的救濟方法(2)

## □ 買方違反合同的補救辦法

- 要求買方履行：賣方應規定一段合理時限的額外時間，讓買方履行其交款義務；
- 宣告合同無效：買方不履行其在合同或該公約中的任何義務；買方在賣方給予他履行合同規定的一段合理時限的額外時間裏仍不支付價款或收取貨物，
- 要求損害賠償：
- 損害賠償額的確定，買方違反合同應負的損害賠償額，應與賣方因買方違反合同而遭受的包括利潤在內的損失額相等。
- 損害賠償額的計算：如果合同被宣告無效後，賣方沒有把貨物轉賣出去，則按合同價格和宣告合同無效時交貨地點的時價（指原應交付貨物地點的現行價格）之間的差價計算，再加上因買方違約而給賣方造成的其他損失。公約還規定，如果買方沒有支付價款或任何其他拖欠金額，賣方還有權收取這些款額的利息（第78條）。
- 採取減輕損失的義務。

# 違反合同的救濟方法(3)

---

## □ 違反分批交貨合同的補救辦法

- 如果一方當事人不履行對其中一批貨物的義務，是否會影響以後的交貨，或者使整個合同都無效？《銷售合同公約》第73條對此作了專門規定。
  - 如果一方當事人不履行對任何一批貨物的義務，便對該批貨物構成根本違反合同，則另一方當事人可以宣告合同對該批貨物無效；
  - 一方當事人有充分理由斷定對今後各批貨物將會發生根本違反合同，該一方當事人可以在一段合理時間內宣告合同今後無效；
  - 買方宣告合同對任何一批貨物的交付為無效時，可以同時宣告合同對已交付的或今後交付的各批貨物均為無效，如果各批貨物是互相依存的，不能單獨用於雙方當事人在訂立合同時所設想的目的。
-

# 國際技術貿易的法律規範

---

- 由調整國際技術轉讓關係的國際條約、國際慣例和國內法所構成，主要包括以下四方面的內容：國際技術轉讓的概念、標的、形式；國際技術轉讓合同；國家對技術輸出入的法律管制；調整國際技術轉讓的國際公約與文件。
  
  - **國際技術轉讓合同**
    - 單純引進技術知識的合同，即所謂軟件交易，如專利或商標許可合同、諮詢合同、技術培訓合同等；
    - 引進技術與進口設備相結合的合同，即所謂軟硬件相結合的合同。如成套工廠設備合同、交鑰匙合同，以及含有轉讓技術知識因素的關鍵設備進口合同和補償貿易合同等；
    - 引進技術與引進外資相結合的合同，如合資經營合同、合作經營合同、勘探開發自然資源合同及大型工程承包合同等。
-

# 國際許可合同的主要條款

- 合同條款是指雙方當事人將各自的權利和義務落實到合同書上的文字表示，它們是雙方當事人履行合同和解決合同爭議的依據。
- 序文。合同的開頭部分，通常包括合同名稱、當事人的名稱和法定地點、簽約日期和地點以及鑑於（譯自英文**whereas**）條款；
- 定義條款。對合同中使用的一些關鍵名詞或術語作出界說或解釋，作為雙方當事人履行合同和解決合同爭議的依據。
- 項目條款。又可稱合同標的條款。價格和支付條款。包括計價方式、合同價格、使用貨幣等內容。
- 技術資料交付條款。
- 產品考核驗收條款。
- 技術服務和人員培訓條款。
- 技術改進條款。
- 擔保條款。
- 保密條款。
- 違約補救條款。

# 貨物運輸合同

## □ 國際海上貨物運輸合同

□ 國際海上貨物運輸合同是指船舶所有人或者承運人以船舶將貨物從一國（或地區）港口運至另一國（或地區）港口，而由租船人或託運人支付運費的合同。由於運輸方式的不同，海上貨物運輸合同的形式也不同：在班輪運輸方式下採用合同憑證的提單形式，在租船運輸方式下則採用航次租船合同。

## □ 提單（bill of lading, B/L）

- 提單是指用以證明海上貨物運輸合同和貨物已由承運人接受或裝船，以及承運人保證據以交付貨物的單證。
- 提單是託運人與承運人之間訂有運輸合同的憑證。

## □ 國際貨物多式聯運

- 是指按照多式聯運合同，以至少兩種不同的運輸方式，由多式聯運經營人將貨物從一國境內接管貨物的地點運至另一國指定交付貨物的地點的一種國際運輸。國際多式聯運把海上、內河、航空、鐵路或公路等運輸聯結為一體，實現了“門到門”（door to door）或“港到港”（port to port）的運輸，給託運人、承運人帶來方便。

（完）