

商法教学

Shangfa Jiaoxue Anli

范健 ◆ 主编

王建文 / 李斌 ◆ 副主编

案例

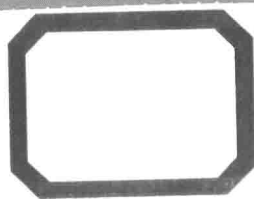
1995年,原国内贸易部为了搞活全国的“菜篮子”工程,决定在海南省建设国家级农副产品中心批发市场。同年3月22日内贸部以(1995)内贸函字第1号“关于同意设立海南省农副产品中心批发市场的复函”函复海南省人民政府:同意在海南省建设农副产品中心批发市场,该市场列入全国商品市场建设规划。同年4月24日,海南省人民政府办公厅办公室会议,会议通过前期考查论证资料议定:海南省农副产品中心批发市场选址在海口市狮子岭开发区南片,要求省商业贸易厅迅速将选址意见向内贸厅通报。同年5月,海南省人民政府“关于批准海南省农副产品中心批发市场选址的函”致内贸部,内贸部复函海南省人民政府有关负责人就中心批发市场的选址、建设等问题。中心批发市场筹建工作由内贸部和海南省政府组成筹建领导小组,领导小组采取国家和地方结合、政府和企业结合、产区和销区结合、政府和企业结合的企业运作。据此拟定设立“海南省农副产品中心批发市场投资有限公司”(以下简称商地公司)、海口金信实业有限公司等公司。中心批发市场筹建领导小组同琼山市人民政府签署了《商谈纪要》,确定建设地点定于琼山市狮子岭开发区,该市场区内土地的平整和外围道路、排水、供电设施由琼山市政府完成,费用由琼山市政府负责。据此,琼山市政府决定成立琼山开发服务集团公司(以下简称农业公司)直接参与投资中心市场的建设。7月25日,商地公司、海南福利房地产公司三方签订了一份《关于发起设立海南农副产品中心批发市场投资有限公司协议书》,协议约定:签订协议的三方为海南农副产品中心批发市场投资有限公司的发起人,公司组织形式为有限责任公司,股东以其认缴股份对公司承担有限责任,公司以其全部资产对公司债务承担责任。发起人制定的公司章程为公司的最高行为准则。公司注册资金5500万元,商地公司出资4500万元,农业公司出资500万元,福利房地产公司出资500万元。各股东须在1995年8月10日前将认缴资金全部注入本公司。三方还制定了公司《章程》。7月28日,“海南农副产品中心批发市场投资有限公司”(以下简称中心市场投资有限公司)经海南省工商局核准登记成立。1995年8月10日是各股东注入认缴资金的最后期限。8月17日,农业公司将200万元入股资金转入中心市场投资有限公司。同年10月30日,中心市场投资有限公司向海南省计划厅申请更改中心市场项目的选址,新址选在海口市长流开发区庆龄大道南侧的长流新区对外交通储备地区内。11月2日,农业公司以中心批发市场选址已不在琼山市内为由向中心市场投资有限公司申请退股。11月3日,省计划厅批复,同意将项目选址改在海口市长流开发区。11月18日,中心市场投资有限公司函复农业公司,不同意其退股申请。1997年1月2日,农业公司因中心批发市场投资有限公司拒绝退还其入股资金,多次协调未遂,遂以被告海南农副产品中心批发市场投资有限公司、海南福利房地产公司、海南福利房地产公司擅自改变项目选址、违反投资意向、违约为由于1997年1月2日向琼山市人民法院提起诉讼,请求退回出资并赔偿损失。琼山市人民法院受理后通知被告提出答辩。被告中心批发市场投资有限公司提出主管和管辖权异议。被告提出三点理由:(1)根据我国《民事诉讼法》第108条第4款的规定,原告提出的退出有限责任公司的诉讼请求,不属于人民法院受理民事诉讼请求的范围;(2)关于股东退股、转让出资、解散等问题,根据《公司法》第8条规定,均应由有限公司的权力机构股东大会行使,而不应由人民法院代替股东行使;(3)对原告未认缴出资额的,也应由工商行政管理部门责令改正,并可处以罚款,而不应由法院受理。对该管辖权异议,琼山市人民法院裁定驳回,被告遂向海南中级人民法院提起上诉。海南省高级人民法院指定由海南中级人民法院作为一审。在审理过程中,海南省商厦厅致函法院:由于中心市场投资有限公司业主的原因,农副产品中心批发市场最后决定不在海南建设。同日,海南中级人民法院作出民事裁定:中心批发市场的项目是由政府及有关部属政府的行政行为。现中心批发市场不在海南建设,股东之间的纠纷应由政



法律出版社
LAW PRESS CHINA

法律版

高等院校法学案例丛书



商法教学

Shangfa Jiaoxue Anli

范健 ◆ 主 编

王建文 / 李斌 ◆ 副主编

案例

撰稿人：范 建 龚鹏程 王建文

李 华 周长征 曾 洋

李 斌 孙 雯 何 鹰



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

商法教学案例/范健主编. —北京:法律出版社,
2004.1

(高等院校法学案例丛书)

ISBN 7-5036-4683-7

I. 商… II. 范… III. 商法-案例-中国-高等
学校-教材 IV. D923.995

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 118642 号

法律出版社·中国

责任编辑/宋杰鹏

装帧设计/温 波

出版/法律出版社·法律考试出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京民族印刷厂

责任印制/陶 松

开本/787×1092 毫米 1/16

印张/17 字数/344 千

版本/2004 年 1 月第 1 版

印次/2004 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律考试出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/test@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939637

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

客服热线/010-63939792

网址/www.chinalawbook.com

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

中法图北京分公司/010-62534456

中法图上海公司/021-62071010/1636

中法图苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 7-5036-4683-7/D·4401

定价:26.00 元

编写说明

商法以纷繁复杂、变动不居的商事法律关系为其调整对象,相对而言,商法较之于其他法律部门更具有实践性与应用性。在英美法系,虽然也有大量的成文商事法律,但判例法始终起着不可或缺、无可替代的重要作用。判例居于法律规范的核心地位,而商事成文法在某种意义上只不过起着一般规定的作用而已,具体案件的具体法律适用仍然必须依赖于随时发展变化的判例法。虽然这一特征乃英美法系法律渊源之共性,但商法因其发展变化性,使这一特征表现得更为显著。在大陆法系国家,且不论判例是否能够或在多大程度与范围上能够成为法律渊源,但至少可以肯定法院等法律实务部门与法学界都日益明显地表示出了对司法案例(在未能成为法律渊源的情况下,通常所谓判例严格意义上应当称之为司法案例)的高度重视。基于商法的极强的实践性与应用性,商法案例无疑对商事司法与商法教学与研究具有更为重要的价值。

在两大法系逐渐融合的背景下,继受了大陆法系传统的中国,尽管未将司法案例作为法律渊源之一,但其在司法实践中具有事实上的“约束力”以及在教学与研究中具有极为重要的价值,则是毋庸置疑的事实。就商法而言,由于我国市场经济制度本身尚处于一个逐渐建设与完善的过程之中,相应的商事法律制度还极不完备,因而往往会大量发生缺乏法律明文规定或者既有法律规定不尽合理,从而使诉诸法院的新型商事纠纷难以得到妥善解决。因此,正如司法解释在我国所具有的特殊地位一样,商事司法案例也往往在一定程度上具有创新法律的功能。与之相适应,商法教学与研究当然也不可能拘泥于法律规定,还必须通过对大量司法案例的剖析,从中挖掘具有事实上约束力的解决问题的规则,并以此为基础建构相应的理论体系,从而为未来的商事立法提供理论支撑。

除此之外,就商法教学而言,初学者由于相应的感性认识,往往不易理解各种复杂的商法制度,因而更有必要通过大量典型商法案例的研习,使其对商法制度与理论的理解能够落到实处。

本书读者主要是高等院校法学专业的本科学生,但基于上述商法案例的理论与实践作用,也可以成为硕士研究生尤其是经济法学、民商法学硕士研究生学习与研究商

法之参考书,此外,司法部门与其他法律实务部门工作者也能从中获取典型商事案例所反映出的新的商法精神与理念。在编写本书时,我们基于以下几个方面的因素作内容的编排与取舍:(1)基本按照教材的体例与顺序排列,以方便读者查阅;(2)选择具有代表性的典型与疑难案例,但又确保每一个案例都具有法律适用与理论上的确定性;(3)在“案情介绍”之后,以“问题”的方式将本案所涉法律问题加以明示,有时还将与此相关的问题提出加以一并分析;(4)在“评注”部分,对有关基本法律制度与理论问题予以提示,并将该案所涉及的或引发的深层次的法理加以分析;(5)将每一案例相关的法律、法规加以列举,使读者能够有一个清晰的制度对照。

范 健

2003年12月

目 录

第一编 总论	1
案例一:未经同意被登记为合伙人是否有效?	1
案例二:个人独资企业的设立条件	2
案例三:中外合资企业一方私自转让出资纠纷	5
案例四:无效期货代理合同的认定与民事责任	7
案例五:行纪行为的认定	9
案例六:公司登记的法律规制	13
案例七:公司名称登记管理	15
案例八:商号权纠纷	17
案例九:商号权与商标权纠纷	24
案例十:商事帐簿的制作责任	33
案例十一:违法制作商事帐簿的会计法责任	35
第二编 公司法	38
案例一:有限责任公司的设立及出借印章行为的认定	38
案例二:有限责任公司股东出资不实的法律责任	42
案例三:公司董事义务与责任	48
案例四:有限责任公司成立之前,发起人可否请求抽回出资?	54
案例五:公司股东能否及如何请求解散公司?	56
案例六:股份有限公司的设立	61
案例七:应如何认定股东资格?	65
案例八:股权的行使与法律保护方式	76
案例九:临时股东大会的召集程序	79
案例十:如何认定公司出资与借贷行为?	80
案例十一:股权转让中变更登记的法律效力	81

案例十二:股权转让与反收购决定权	84
案例十三:外国公司分支机构制度	89
第三编 破产法	93
案例一:债务人光明家具厂申请破产案	93
案例二:债务人申请破产后,债务人能否再提起和解整顿程序?	96
案例三:枫叶服装厂申请破产案	98
案例四:某市商业银行申请某市地下商城破产案	100
案例五:天虹纺织品公司申请破产案	105
案例六:长城电器厂申请破产案	108
案例七:有表决权的半数以上债权人不同意不予宣告破产案	114
案例八:味美葡萄酒厂申请破产案	117
案例九:五洲纺织厂申请破产案	120
案例十:债务人企业在人民法院受理破产案件后清偿债务的行为是否有效?	123
第四编 票据法	126
案例一:谁应对空白转帐票据被人冒用负责	126
案例二:转帐支票能否用于支取现金	128
案例三:票据被变造后的后果应由谁承担	130
案例四:没有商品交易的银行承兑汇票抵押担保是否有效	132
案例五:持票人未在有效的付款提示期内行使的后果如何	135
案例六:发布遗失声明的票据效力如何	138
案例七:银行因过失受理空头支票应承担票据责任	140
案例八:银行在汇票到期日前付款应承担什么责任	141
案例九:精神病人开出的支票效力如何	143
案例十:没有真实交易基础的票据是否有效	145
案例十一:谁应对支票空头负责	147
案例十二:标明“不得转让”字样的银行承兑汇票能否用来质押	148
案例十三:为拆借资金而开出的银行承兑汇票是否有效	149
案例十四:利用票据进行非法融资交易应承担什么责任	153
案例十五:法院能否冻结银行承兑汇票保证金	154
第五编 证券法	156
案例一:证券发行与监管	156

案例二: 证券交易中的持续信息公开	161
案例三: 证券公司行为的法律控制	164
案例四: 证券承销制度	166
案例五: 内幕交易行为	169
案例六: 证券公司及从业人员编造并传播虚假信息行为	171
案例七: 证券上市的暂停与终止	172
案例八: 上市公司收购	175
案例九: 证券投资基金制度	180
案例十: 基金投资与管理制度	183
第六编 保险法	186
案例一: 某果品公司货物运输保险索赔案	186
案例二: 某公司不足额投保赔偿纠纷案	189
案例三: 江某重复保险案	193
案例四: 李某某人身意外伤害保险索赔案	196
案例五: 蒋某某诉某财产保险有限公司、某银行龙王营业所渔船保险合同 纠纷案	198
案例六: 王某人寿养老保险索赔案	202
案例七: 黄某人身保险索赔案	206
案例八: 某公司海运货物保险索赔案	209
案例九: 叶某诉某保险公司飞机旅客意外伤害保险索赔案	213
案例十: 某保险公司破产案	216
第七编 海商法	221
案例一: 一例航次租船合同纠纷案的评析	221
案例二: 某面粉厂诉某外国船务公司及某香港航运有限公司海上货物运输 货损赔偿纠纷案	225
案例三: 预借提单纠纷案	227
案例四: 某电子有限公司诉某运输有限公司无正本提单交货提货纠纷案	231
案例五: 某贸易有限责任公司诉某船务有限公司国际多式联运货物灭失 赔偿案	235
案例六: 某进出口公司诉某保险公司分公司海上货物运输保险合同纠纷案	240
案例七: 拖带处于危险状态的船舶属于海难救助	242
案例八: 共同海损分摊纠纷案	245
案例九: 泄油方单方承担由于船舶碰撞造成海域油污损害责任案	249

案例十:海事赔偿责任限制案	253
案例十一:海事赔偿责任限制基金设立案	258
案例十二:海上人身伤亡赔偿纠纷案	261

第一编

总 论

案例一：未经同意被登记为合伙人是否有效？

【案情介绍】

某市市民 A 有私人住房五间，背靠大街。1998 年 3 月，外地人 B 来此地准备开餐馆，经人介绍与 A 协商以一万元的月租租用该房。A 表示，愿意出租房子，但不收租金，而要从餐馆的利润中分一部分，B 同意。双方签订了书面合同，规定：A 出房屋 5 间，并负责修缮、安装，适合开店之后交由 B 使用 5 年，A、B 按 3:7 的比例分配赢利，A 不干预 B 的经营，也不参与经营管理。于是，B 到工商部门登记，将协议上缴后，登记为合伙企业，领取了营业执照。从 1998 年 5 月到 2000 年 9 月，B 与 A 每两个月都按照合同分配赢利，A 一共从中分得盈利 4 万元。2000 年 10 月，B 不慎购进一批有质量问题的牛肉，两天造成一百多人中毒，为此赔偿医疗费、损失和罚款等费用 20 万元。B 让 A 承担一部分，A 不同意，说自己未经营饭店，是房屋的出租人，B 将自己登记为合伙人未经本人同意而无效，故中毒事故与己无关，双方发生争议，B 起诉到法院。

【问题】

1. 合伙企业成立的条件及合伙人出资的方式。
2. 不参与经营管理的合伙人是否承担赔偿责任。
3. 有过错的合伙人对合伙债务承担什么样的责任。

【评注】

1. 设立合伙企业，按照《合伙企业法》的规定，必须五项条件且同时具备才能成立。(1) 合伙企业有两个以上具有完全民事行为能力的自然人合伙，并且都是依法承担无限责任者。我国关于合伙人数上限没有规定。(2) 合伙企业成立的法律基础是合伙协议，合伙协议必须以书面表达。(3) 合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，合伙企业法中没有规定注册资本，但合伙人必须实际缴付与企业经营相对应的出资，以使企业能正常开展经营活动。(4) 合伙企业必须有自己的名称，以区别于其他商事主体。(5) 合伙企业必须有自己的经营场所和从事经营的必要条件。

关于出资方式，合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资；这里的实物是指可以利用的物质形态，包括厂房、其他建筑物、机器设备、原材

料、零部件等。在合伙企业当中,合伙人可以用实物的所有权出资,形成合伙企业的财产,也可以用财产的使用权出资,形成合伙企业使用的财产,总之,合伙人的出资形成的合伙财产由合伙人共同经营和使用。本案中,A 将自己合法所有的房屋交由 B 经营使用,并从中约定按比例分成利润,虽然未明确自己是合伙人,但其行为表明其是事实上的合伙人。该饭馆是合法设立的合伙企业,A 和 B 是该企业的合伙人。

2. 合伙企业法规定,各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利,可以由全体合伙人共同执行合伙企业事务,也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定,委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务。这表明合伙企业的事务可以由一名或数名合伙人经营管理。本案中的 A 明确表示不干预餐馆的经营,也不参加经营,属于不执行合伙事务的合伙人,但并不等于不参与经营管理就不承担合伙债务。合伙企业法明确规定,由一名或数名合伙人执行合伙企业事务的,应当按照约定向其他不参加执行事务的合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营状况和财务状况,其执行合伙企业债务所产生的收益归全体合伙人,所产生的亏损或者民事责任,由全体合伙人承担。因此,A 不参与经营管理,同样对合伙企业的债务承担连带责任。

3. 合伙企业法规定,合伙企业的利润和亏损,由合伙人按照合伙协议约定的比例分配和分担;合伙协议未约定利润分配比例和亏损分担比例的,由各合伙人平均分配和分担。虽然本案中并没有约定亏损的分担比例,但可以依据盈利的分配比例确定亏损的分配比例。最高法院《民法通则实施意见》第 147 条规定,对造成合伙经营亏损有过错的合伙人,应当根据其过错程度相应的多承担责任。根据过错责任原则,B 采购的牛肉有质量问题,是造成此次事故的主要原因,为此,B 应承担主要的责任。所以,A 与 B 在分担亏损的比例上,应在 3:7 的基础上,由 B 多承担一些。

案例二:个人独资企业的设立条件

【案情介绍】

张某因单位经营困难,下岗在家,生计困难。其朋友李某在一家出版社做销售工作,见张某此种情形,便鼓励他在某学校附近开办一家书店,并代销其所在出版社的书籍,由李某负责供应书籍,等书卖完后再付款。张某担心工商管理部門不会给予登记,因为他拿不出办书店的钱去注册。李某说,个人独资企业不象公司,没有最低注册资本的要求,就像一些报纸上讲的,“一元钱就可以办企业”,张某的担心是多余的。

【问题】

个人独资企业的设立条件。

【评注】

开办个人独资企业,必须符合以下条件:

(1) 个人独资企业的投资人及其必要的从业人员。在许多西方国家,法律对个人独资企业的出资人通常没有特别限制,这与他们推崇商业自由原则相符合,认为只要是民事主体,无论是否具有行为能力,均可以设立个人独资企业。在我国,根据《个人

独资企业法》规定,设立个人独资企业的投资人应为一个自然人。这就将法人和其他组织排除在投资人之外。依据我国《民法通则》的规定,自然人作为民事法律主体参加民商事活动,应以民事权利能力为前提,在自己为相关行为时还应具有民事行为能力。投资作为一种经营行为,自然人应具有相应的民事行为能力。

个人独资企业不同于公司和合伙企业,它只能拥有一个投资主体,而且只能是一个自然人。即使是家庭式的个人独资企业,实际投资人可能是夫妻、父子,但只要设立个人独资企业,投资人就只能以一个人的名义进行登记。同时,《个人独资企业法》还规定,法律、行政法规禁止从事营利活动的人,不得作为投资人申请设立个人独资企业。主要包括:不具有民事行为能力的人;国家公务员和中国共产党领导机关干部;法官、检察官、人民警察和现役军人;根据竞业禁止原则受到约束的特定身份的人员如国有独资公司的董事长、经理等人。我国法律法规禁止上述人员设立个人独资企业,主要考虑从事该营利活动不能影响和损害社会公共利益和其他组织和个人的合法利益。

另外,个人独资企业除了投资人即业主之外,还须有必要的从业人员,即有与企业的生产经营活动相适应的从业人员。只有有了与企业经营规模以及经营性质相符合的从业人员,才能保证企业所提供的产品或服务达到合格要求,企业才能顺利发展。这也是个人独资企业设立运行的人的要素之一。另外,《个人独资企业法》并未向《私营企业暂行条例》那样对从业人员人数作出要求,只是原则地规定须有必要的从业人员,即有与独资企业的生产经营活动相适应的营业人员。

(2)个人独资企业的名称。个人独资企业的名称又称商号,是企业作为经营主体从事生产经营服务等营业活动对外交往所使用的名称,是区别于其他企业的基本标志。个人独资企业名称是企业所享有的一种人格化财产权利,具有识别功能和经济价值。因此,个人独资企业名称一经核准便具有专用性,企业可以使用这一名称从事民商事活动和诉讼活动,并有权排斥他人使用相同或相近的名称。

有合法的企业名称是个人独资企业设立的条件之一,个人独资企业的名称必须符合国家规定。如果不对企业名称进行法律上的规定,就可能出现企业重名的混乱现象,造成经济交往和法律诉讼中的无序。因此,企业名称是企业登记的一项重要内容。由于个人独资企业名称的重要性和专用性,《个人独资企业法》第11条规定:个人独资企业名称应当与其责任形式及从事的营业符合。其一,个人独资企业名称应当与其责任形式符合。个人独资企业投资者对由其投资经营的企业所产生的债务承担无限清偿责任。对负无限责任的企业的名称,各国都有法定的特别要求。若个人独资企业在其名称中使用“有限”或“有限责任”,则上述词语与个人独资企业的属性相悖,易误导其他交易当事人,必然损害社会经济秩序。其二,个人独资企业名称与营业相符。企业的名称不仅具有识别功能,而且还具有宣示意义。企业的名称,应当表明个人独资企业所从事的活动内容,以便交易相对人能更好地了解个人独资企业的营业活动,避免误导。具体是企业名称与其从事的营业性质、营业的地域范围相符合,不允许在其

名称中标明与其从事的营业不相符的内容造成他人误解。最后,企业名称应经工商行政管理部门核准登记,经登记后便在规定的范围内享有专用权。

(3)个人独资企业投资人申报的出资。投资人申报的出资,是指在设立个人独资企业时,投资人承诺将投入企业资本的总和,它既是企业设立和经营的财产保障,也是登记机关据以登记的企业注册资本额。值得注意的是,投资人的申报出资,不能等同于最低注册资本金,这是两个完全不同的概念。按照鼓励发展,方便设立的立法原则《个人独资企业法》并没有规定设立个人独资企业的最低出资限额,也不要求进行验资,只是规定“有投资人申报的出资”。与此不同的是,《合伙企业法》规定设立合伙企业,应该有个合伙人实际交付的出资;《公司法》则规定设立公司时,不仅出资不得低于最低限额,而且股东的出资必须“实缴”,并需进行验资,奉行严格的法定资本原则。

个人独资企业是一种营利性的组织,其从事经营活动必须具有经济基础,如果没有物质保障,就有可能产生欺骗行为,损害债权人的利益。而投资人申报的出资是个人独资企业成立之初的经营资本,也是企业对外承担责任的重要财产来源,它是由个人独资企业承担与其经营活动相适应的财产责任所需要的。另一方面,规定出资是国家对个人独资企业监督管理的要求。《个人独资企业法》对个人独资企业的设立没有规定最低注册资本金的要求,但这并不等于企业的设立和经营不需要资金保证,也不意味企业登记不必登记注册资本。事实上,在设立个人独资企业时,投资人承诺将投入企业的资本金,不仅是企业设立和经营的基本保障,也是登记机关据以登记的企业出资额。同其他企业一样,个人独资企业的设立和生产经营需要一定的资金保证。由于个人独资企业对资金的需求相对较小,同时为鼓励中小企业投资者和其他有能力但一时缺少资金的人投资办企业,国家对个人独资企业注册资本要求采取实事求是的态度,不规定最低限额,只要求其保证生产经营的实际需要即可。因此,登记机关不仅需要对投资人在设立个人独资企业时申报的出资进行注册登记,而且有义务对其申报的出资进行审查,如认为其不能满足生产经营需要的,也可以要求其根据需要适当增加注册资本金。对于违反规定,提交虚假文件或采取其他欺骗手段,取得企业登记的,可以依照《个人独资企业法》第23条的规定,分别给予责令改正、罚款、吊销营业执照的处罚。这些规定,既体现了设立简便的原则,又解决了企业交易相对人的利益保护问题,有利于促进独资企业的迅速发展,符合我国现阶段经济发展的实际。

另外,《个人独资企业法》没有对出资方式加以规定和限制,其意同样在于鼓励设立。关于出资方式,需要注意的是,第一,对于用货币以外的实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资,依法需要评估作价的,应当由法定机构进行评估,核实资产,不得高估或者低估作价,登记机关也有权依法核实。第二,无论投资人以上述的哪一种方式出资,用以出资的财产和财产权利都应当是自己的或享有独立支配权的合法财产和财产权利。

(4)个人独资企业的经营场所,住所以及必要的生产经营条件。个人独资企业法

定的住所与个人独资企业生产经营场所不同。《个人独资企业法》第3条规定,个人独资企业以其主要办事机构所在地为住所。个人独资企业法规定住所只能有一处,而生产经营场所可以根据需要实际设置,可能是一处或多处。生产经营场所为个人独资企业设立的必要条件之一,有固定的生产经营场所和必要的生产条件个人独资企业存续和经营的基本物质条件。任何市场经济组织对外开展经营活动,都必须具备固定的生产经营场所,至于生产经营场所和生产经营条件的规模、数量等则根据个人独资企业的不同情况来确定。这是个人独资企业与一般的小型商贩区别开来的条件。在企业只有一处生产经营场所时,该处场所也即为住所;当企业有多处场所时,则主要办事机构所在地为其住所,确定标准是根据决定和执行企业的生产经营活动主要基地和中心场所来确定,企业住所经依法登记后如有改变还要进行变更登记。

案例三:中外合资企业一方私自转让出资纠纷

【案情介绍】

新加坡一著名化妆品公司(下称新方)为开拓中国化妆品市场。于1996年6月与北京市一日化工厂(下称中方)依法经批准成立一合作企业。该合作企业的合同、章程载明了法定事项,其中包含下列内容:

1. 该合作企业名称为中新亮秀化妆品有限责任公司,注册资本是800万人民币;
2. 合作企业设董事会,决定合作企业的重大问题,董事会成员是7人,其中中方3人,新方4人;
3. 新方提供的合作条件是提供原料(珍贵香料)、非专利技术(香料配方)、部分机器设备及流动资金200万元人民币;中方提供的合作条件是劳动力、厂房、机器实物、销售渠道和商业信誉;
4. 合作期限为10年,合作期满后,合作企业的全部固定资产归中方合作者,新方从利润分成中先行回收资本;中方和新方以3:7的比例分配利润和承担风险。

公司成立以后,看到产品销路走向很好,1997年7月,公司董事会决定将合作企业改为合营企业,将新方的投资条件折合为人民币480万元,占注册资本的60%,中方的投资条件折合为人民币320万元,占注册资本的40%,合作企业合同、章程中的其他约定不变。随后,由于化妆品市场竞争激烈,新方决定改为由中新双方以外的另一销售公司来经营管理亮秀公司。同时,新方在没有经中方同意的情况下,私自召集全部董事的半数以上成员召开董事会,操纵会议,通过了将其出资转让给一印尼商人的决定。中方闻讯后,当即表示异议,与新方交涉,并将这一情况向上级主管部门及工商行政管理部门汇报。与此同时,由于公司进口香料的船只涉嫌走私,导致香料不能如期到达,致使公司的许多销售合同不能如期履行,以致于公司被债权人申请破产。新方认为其应先收回出资,拒绝承担债务责任,为此,中新双方发生纠纷,诉至法院。

【问题】

1. 中外合作企业和中外合营企业有何不同?
2. 本案中亮秀公司经营管理有何违法之处?

【评注】

1. 中外合资经营企业,是指中国合营者与外国合营者依照中华人民共和国法律的规定,在中国境内共同投资、共同经营,并按投资比例分享利润、分担风险及亏损的企业。中外合作经营企业,是指中国合作者和外国合作者依照中华人民共和国法律的规定,在中国境内共同举办的,按合作企业合同的约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。虽然中外合资经营企业和中外合作经营企业都为外商投资企业,但两者间有很大的不同,具体表现有:

(1) 合营方式不同:合营企业属于股权式的合营,中外合营各方的各类投资,都必须作价,并折成具体股权,合营各方按各自的出资比例共担风险、共负盈亏;而合作企业属于契约式的合营,中外合作者的投资或者提供的合作条件,并不折算成股份,因此,中外合作各方不存在按持有股份的比例分配收益、分担风险的情况,中外合作者按何种比例进行收益或者产品的分配、风险和亏损的分担,都是通过合作企业的合同来约定。

(2) 组织形式不同:合营企业必须是依法取得中国法人资格的企业,为有限责任公司,以其拥有的全部财产承担有限责任;而合作企业可以是依法取得中国法人资格的企业,为有限责任公司,并以其投资或者提供的合作条件为限承担有限责任,也可以举办不具有中国法人资格的企业,依照中国民事法律的有关规定承担民事责任。

(3) 经营管理机构不同:合营企业的经营管理机构是董事会及董事会领导下的经营管理机构,实行单一的董事会领导下的总经理负责制;而合作企业的经营管理机构具有多样性,可以采取董事会负责制,也可以采取联合管理委员会制,还可以采取委托管理制等其他管理形式。

(4) 利润分配方式不同:合营企业是在毛利润扣除所得税和按规定提取的基金后,将净利润按各方的股权比例分配利润;而合作企业是按合同约定的方式和比例分配利润,可以采取净利润分成、产品分成或产值分成等分配方式。

(5) 投资回收方式不同:合营企业只有在依法终止时,方能收回自己的资本,清算后的剩余资产按原来各方的出资比例进行分配,在合营企业存续期间,合营各方是不能收回自己的资本的;而合作企业中的外国合作者在一定条件下可以先行回收投资,即如果合作企业在合同中约定的合作期满后,企业的全部固定资产归中方所有,那么可以采取中方让利的做法,让外方在前期多分利润,或采取固定资产折旧的做法,让外方在折旧费中收回资本。

2. 根据合营企业、合作企业的上述特点,依照《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》及有关法律的规定,本案中亮秀公司在经营管理中,有以下违法之处:

(1) 亮秀公司董事会擅自决定将合作企业改为合营企业的行为无效。合作企业和合营企业在设立条件、设立程序等诸方面有所不同,且都需经审批机关核准方能成立,本案中,亮秀公司擅自改变外商投资企业的形式是违法的。

(2)亮秀公司作为合作企业,可以按照约定的3:7比例分配利润和承担风险,新方可以先行收回投资。但如果改为了合营企业,上述行为均违反了法律规定。亮秀公司决定改为合营企业,中方和新方的投资比例为4:6,而其他约定不变,导致自相矛盾并违反了法律规定。

(3)依据《中外合作经营企业法》规定,合作企业成立后改为委托中外合作者以外的他人经营管理的,必须经董事会或者联合管理机构一致同意,报审查批准机关批准,并向工商行政管理机关办理变更登记手续。本案中,亮秀公司中的新方未经一致同意,便决定将公司交由另一销售公司来经营管理,是违法的,为无效行为。

(4)根据《中外合作经营企业法》第10条规定,中外合作者的一方转让其在合作企业合同中的全部或部分权利、义务的,必须经他方同意,并报审查批准机关核准,本案中尽管董事会作出了决议,但未经中方合作者同意,所以新方将其出资转让的行为属于无效。

(5)依据《中外合作经营企业法》的规定,合作企业可以约定外国合作者在合作期内先行回收其出资,在合作期满时,合作企业的全部固定资产归中方合作者所有。但是,由于资本回收是附期限的,在整个合作期内,外方合作者的投资尽管已先行回收,但由于外方合作者仍是企业的股东,仍应按照有关法律、法规的规定合作企业合同约定对合作企业的债务承担责任。

本案中,亮秀公司作为合作企业,中、新双方应以其投入公司的全部资本或合作条件承担有限责任。新方拒绝承担债务责任是不符合法律规定的。

案例四:无效期货代理合同的认定与民事责任

【案情介绍】

1996年7月,王某与上海某期货经纪公司签署《期货商务代理契约书》,先后投入50万元保证金进行期货交易。到1997年8月,王某的保证金已全部亏损,该期货经纪公司强行平仓后,还出现20万元的穿仓亏损。王某此时发现,该期货经纪公司未在国家工商局登记注册,仅持有上海市工商局于1995年核发的《企业法人营业执照》。于是王某向法院起诉,要求确认其与期货经纪公司签署的《期货商务代理契约书》无效,并要求该经纪公司返还50万元保证金及赔偿其利息损失。

【问题】

1. 期货代理合同效力的认定。
2. 无效期货代理合同的民事责任。

【评注】

1. 期货代理不同于一般委托代理,经纪公司代理客户进行期货交易是以经纪公司名义而不是以客户名义,而代理交易的风险责任都由客户承担。由于期货交易风险较大,各国法律对期货经纪公司一般都规定了较高的资格条件并对其经营范围加以严格限制,但现实中很多经纪公司无经纪资格或超越经营范围与客户签定期货代理合同,

从而产生很多纠纷。如何依法确认上述代理合同的效力,界定各当事人应承担的民事责任,是处理这类纠纷的关键。

要确定本案中期货经纪公司的法律责任,首先必须对客户王某与该期货经纪公司签定的期货代理合同的效力加以认定。判断一个合同是否有效,应主要从三方面入手:第一,当事人是否有订立此合同的资格;第二,意思表示是否真实;第三,合同内容是否合法。本案中争论的焦点集中于第一点,即该期货经纪公司是否有进行期货经纪的资格。

由于期货交易风险较大,期货经纪公司在期货市场中发挥着重要作用,各国法律一般都对其规定了严格的实质要件和形式要件。我国国家工商局于1993年4月28日颁布的《期货经纪公司登记管理暂行办法》第2条规定:“期货经纪公司指依照法律法规及本办法设立的接受客户委托,用自己的名义进行期货买卖,以获取佣金为业的公司,除已取得期货交易所会员资格的公司可以依照本办法规定申请兼营期货经纪业务外,其他公司一律不得兼营期货经纪业务。”该办法第3条规定了期货经纪公司应当具备的八项基本条件。此外,该《办法》第4条规定期货经纪公司的登记主管机关为国家工商行政管理局。

只有具备上述条件的期货经纪公司才可以与客户签定国内期货代理合同,进行期货交易代理。而从事外汇或金融期货经纪业务除了必须领取《经营外汇期货业务许可证》或《经营金融期货业务许可证》外,还必须取得《经营境外期货业务许可证》。

因此,在我国下列两种情况下期货经纪公司与客户签订的期货代理合同均属无效:(1)没有在国家工商行政管理局注册登记的无执照经营的期货经纪公司与客户签定的期货经纪合同;(2)期货经纪公司超越注册的交易期货商品经营范围与客户签订的期货代理合同。

须注意的是,对后一类期货代理合同不能一概而论,应以《国务院办公厅转发国务院证券委员会关于坚决制止期货市场盲目发展若干意见请示的通知》为依据,具体分析确认代理合同的效力。在该通知颁布以前,由于没有界定商品期货和金融期货,对已进行完毕的超越经营范围的额期货代理合同可不按无效合同处理,但应终止其代理行为,责令限期平仓、交割。第二,在该通知下发后,金融期货、外汇期货代理业务的经纪公司必须取得《经营境外期货业务许可证》、《经营金融期货业务许可证》或《经营外汇期货业务许可证》。没有取得上述相应经营许可证而从事金融、外汇期货代理业务的,应确认其代理合同无效。

本案中上海某期货经纪公司未在国家工商行政管理局登记注册,因而不具有从事期货经纪业务的主体资格,其于客户王某签订的期货代理合同应属无效。

2. 所谓“无效期货代理合同的民事责任”,是指期货代理合同因“期货经纪公司”无期货经纪资格或超越经营范围而无效后,客户因自己的判断失误造成的损失应由谁承担的问题。对这一问题,理论界和实务界尚存在较大争议。一种观点认为,既然该