

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

商事法学 经济法



序 言

党的十五大，将依法治国，建设社会主义法治国家，作为我国政治体制改革的重要目标和内容，第一次写入党的纲领性文件，这是党的领导方式和执政方式的重大完善和发展，具有划时代的意义。改革开放越深入，市场经济越发展，经济活动和利益关系越错综复杂，就越迫切地需要完善的法治来引导、规范、约束和保障市场经济所必须的良好秩序，市场经济与法治的内在联系将会越来越紧密，经济发展所需要的法律需求将会越来越大。这就意味着我国律师业正面临着一个极好的发展机遇。回顾十四大以来的律师工作，总的说，这几年改革的方向是正确的，改革的措施是符合实际的，改革的成果是明显的。几年来，各级司法行政机关、律师协会和广大律师，在以江泽民同志为核心的党中央领导下，高举邓小平理论伟大旗帜，按照司法部党组的部署，积极探索，努力实践，律师工作取得了长足发展。律师队伍的数量和质量明显提高。目前，全国律师工作人员已达 10 万余人，具有博士、硕士学历的 3000 余人，律师事务所 8300 多家。律师的业务领域不断拓展，广大律师逐步介入金融、证券、房地产、知识产权保护、国际贸易、反倾销、高科技等市场经济的新兴领域。律师的对外交流与合作进一步加强。已有 7 家律师事务所在国外设立办事处，有 50 家外国律师事务所、23 家香港地区律师事务所在境内设立办事处。律师在社会生活中的重要作用日益显现。律师积极参与的河北衡水 100 亿美元诈骗案，新疆克拉玛依特大火灾案、浙江千岛湖游船特大抢劫案的辩护和代理工作，维护了法律的尊严和统一，促进了社会稳定。广大律师积极参与大型项目，如三峡工程、黄河小浪底工程、大亚湾核电站、上海地铁工程等，为确保上述工程的顺利进行作出了贡献，赢得了各级领导和社会各界的广泛赞誉。可以说律师在建立社会主义市场经济体制、加强民主法制建设、促进对外开放等方面所发挥的作用越来越引人注目。

1986 年，司法部开始组织律师资格统一考试，至今已举办了九次。自 1993 年起，两年一次的全国律师资格考试改为一年一次。1996 年，全国第一部律师法典《中华人民共和国律师法》把律师资格考试制度作为律师队伍发展的主要途径确认下来，为律师资格考试工作的科学化、规范化提供了法律依据。几年来，律师资格考试制度不断完善，赢得了全社会的关注和重视。到目前为止，已有 55.8 万人报名参加了全国律师资格考试，有 11.4 万人通过考试取得了律师资格，为律师队伍输送和储备了一大批专业人才。律师资格考试制度的实行和律师制度改革的不深入，使人们日益认识到律师在社会发展中的重要作用，律师行业已成为令人崇尚的行业之一。

随着党的十五大精神的贯彻落实，社会政治、经济、文化等建设事业将进入一个全新的历史阶段，特别是经济体制改革和经济发展战略的实施，如国有企业改革，组建大企业集团及国有小型企业改组、联合、兼并、租赁、股份合作制、出售、破产，金融与证券市场的建立等都为律师工作的进一步改革发展提供了更为广阔的舞台。我们完全有理由相信，律师队伍将有一个更大的发展。为了适应形势发展的需要，司法部在总结历年律师资格考试工作经验的基础上，组织专家、学者和执业律师重新编写了律师资格考试指导用书。这套用书在内容编排、学科设置、整体框架、篇幅分配、编写角度和深度等方面都比过去的用书有明显改进，突出了基本法律知识及律师实务和

技能。它不仅具有辅导考试的作用，而且还能在较大范围、较深层次上起到法制宣传教育的作用。我希望这套用书，能够成为广大考生以及热爱律师事业、热爱法制工作的人们的良师益友。我祝愿所有读者都能从该书中学有所得，祝愿该书对所有考生都有所裨益，并通过你们的努力，加入到律师队伍中来，为律师事业的发展作出贡献。

司法部部长高思程

1998年4月28日

出版说明

为了适应我国律师资格考试发展的需要,进一步完善与律师资格考试相关的配套措施,并为广大考生提供适合律师资格考试特点的学习、复习用书,经过酝酿与准备,《全国律师资格考试指定用书》出版发行。

这套指定用书分为教材系列和主要参阅法律、法规汇编系列,共九册。其中教材系列为七册;主要参阅法律、法规汇编系列为二册,收入75个法律、法规、司法解释。现就这套书籍的编撰、出版说明如下:

一、教材系列由全国律师资格考试指定用书编辑委员会主持编辑,约请北京大学、中国人民大学、中国政法大学、北京商学院、华东政法大学、清华大学、北京联合大学应用文理学院、中国社会科学院法学研究所及司法部律师司等单位的学者、专家和北京部分律师事务所律师撰写。书稿撰写前曾进行数次研讨、论证,确定重点学科、撰写大纲、教材特点等,并由各书主编、副主编审阅统稿,最后由司法部律师资格考试委员会组织有关专家审定。

二、教材系列共七本书,即:(一)法学基础理论·宪法学;(二)刑事法学;(三)民事法学;(四)商事法学·经济法学;(五)行政法学;(六)国际经济法学·国际私法学;(七)律师制度与律师实务。其中,刑事法学包括刑法和刑事诉讼法,民事法学包括民法和民事诉讼法,合同法、知识产权法归入民法,公司法、外商投资企业法、合伙企业法、破产法、票据法、保险法、海商法归入商事法学。

三、前述七本书的划分主要是根据学科比重、编写体例、内容安排以及律师资格考试的特点而设计的,并不代表或反映编撰者和审定者对各法学学科进行划分的意见或观点。对于各法学学科理论中尚存争议的问题,除非需要对某一理论或制度问题的诸种学术观点作客观、公正的介绍,本教材力求采通行之说,尽量避免编撰者的一家之言。

四、教材系列力求反映和体现律师资格考试和律师职业的特点,突出法学理论与司法实践的结合,强调律师素质教育与应试指导的结合,尤其突出对重要立法的阐述和学科基本理论、基本制度在司法实践中的运用。其理论水准定位在大学本科层次。在内容安排、文字风格等方面力求与已有的其他法学教材相区别。

五、基于律师资格考试命题与标准答案的准确性、科学性、客观性、有效性的要求,教材系列对各项具体法律制度的阐释均以我国现行有效的法律、法规、司法解释为依据。

六、教材系列体系与内容将保持相对稳定性和连续性,但将根据现行法律的修订而在再版时及时作出相应的修改。

七、主要参阅法律、法规汇编系列是根据教材系列确定的体系。由司法部律师资格考试委员会组织参与教材撰写的专家、教授共同选定。为方便考生复习,减轻考生负担,此次对所选法律、法规进行了较大的压缩,只选定较为重要的法律、法规、司法解释。教材系列中已有较为详细阐述的法规、司法解释未再收入。律师资格考试命题将主要以本汇编为法律依据,但是考生复习时仍应注意了解和掌握教材中相关部分所涉及的有关法规和解释。

八、司法部律师资格考试委员会将于每年以本套指定用书为依据颁布当年的考试大纲。律师资格考试命题以当年的考试大纲为依据。

本套指定用书在编辑、出版过程中,得到了前述单位和有关人员的大力

支持和协作，司法部高昌礼部长还为本套书撰写了序言，在此一并表示衷心的感谢。由于时间仓促，书中难免有疏漏和不当之处，请广大考生和读者不吝指正。

《全国律师资格考试指定用书》
编辑委员会

修订说明

《全国律师资格考试指定用书》出版已近一年。一年来，我国的民主法制进程在“依法治国”方略的指引下，又向前迈了一大步，从1998年下半年到1999年3月，国家先后颁布了《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》，对《中华人民共和国土地管理法》及《中华人民共和国土地管理法实施条例》作了修改，随着这些法律的颁布实施，我们编辑的这套《全国律师资格考试指定用书》也须作相应的修订。

此次修订主要有以下几个方面：第一，根据读者的意见和立法的变化，对原书的考试大纲所列知识点作了部分充实；第二，对原套书中的主要参阅法律、法规汇编进行了增删，增加《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》等法律，删除失效的法律、法规；第三，根据国家近一年颁布的法律和司法解释，对原套书的七本教材中的有关内容作了相应的修改。尤其是对教材中所涉及的《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国宪法修正案》和《中华人民共和国合同法》的部分都进行了改写；第四，对原书章以下的体例作少量调整，对原书的疏漏加以补正。

此次修订力求在学理阐述上系统科学，在各章节上层次分明，同时文字精练，修辞准确。鉴于篇幅所限，各卷书一般不评介当前的学术争议，也不专论通说之外的个家之言。在原作者修订的基础上，又请部分作者对各书的体例及文字进行了统校。

修订工作由司法部领导段正坤同志、律师公证工作指导司负责人贾午光、吴明德同志主持，参加各书修订及统稿的人员有：段正坤、贾午光、吴明德、邱征、周塞军、刘凯湘、马怀德、潘剑锋、王卫国、王传丽、陈光中、陈卫东、赵永林、韩大元、舒国滢、钱明星、裴广川、刘晓红、贾京平、刘晔、李传敢、徐波、阎欣、于晋。在此，我们对参加修订工作的所有人员和关心这套书并提出修改意见的各界人士表示衷心的感谢。

《全国律师资格考试指定用书》

修订委员会

1999年3月

商事法学·经济法学

导 论

全国律师资格考试教材《商法和经济法》分为上、下两编。其中，上编包括公司法、合伙企业法、外商投资企业法、破产法、票据法、保险法和海商法，下编包括反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法、银行法、证券法、税法、土地管理法、自然资源法、环境保护法和劳动法。需要指出的是，关于商法与经济法的划分界限问题，我国学术界还存在着不同的意见。本书的这种编排，仅为编写上的方便起见，并不代表作者们对这个问题的任何倾向性意见。

这里就商法的一些基本问题作简要论述。关于经济法的一些基本问题，在下编的导论中说明。

商法，又称商事法，是以商事关系为调整对象的法律规范的总称。所谓商事关系，大体上说，就是一定社会中通过市场经营活动而形成的社会关系。它主要包括两部分，一是商事组织关系，二是商事交易关系。商事组织就是人们为从事商品生产和交换而结成的经济实体。商事交易就是商事组织以及其他人在市场领域从事的各种经营活动。

一国商法之有无及其发达程度，取决于该国社会经济生活中商事组织和商事交易的发展水平。这种发展水平主要表现为商事组织定型化、准则化和商事交易专门化、技术化的程度。例如，在现代发达国家，公司、合伙、合资这样的企业组织都有确定的组织形式和内外关系准则，对于票据、保险、证券、海商等等的交易活动都有大量特殊的操作程序和复杂的行为规则。

商法的历史渊源可以追溯到古代的某些商事规则。但一般认为，近代商法始于中世纪地中海沿岸自治城市的商人法。当时，随着城市商业的复兴，商人获得独立地位。他们组成团体，根据自己的商业习惯订立商事规约，进行商事仲裁。行之既久，便形成为所谓商人法。以后，随着资本主义商品经济的发达和统一民族国家的确立，一些欧洲君主国家开始进行习惯法编纂，例如，《法国的商事条例》（1673年）和《海事条例》（1681年）。最早的近代商法典是1807年在拿破仑的主持下制定的《法国商法典》。德国于1681年制定《普通商法典》，1897年颁布新商法典。日本曾于1891年和1894年两次颁布商法典。英国和美国各州，自19世纪后期开始，在传统商事习惯和判例的基础上，不断颁布成文的商事单行法。而美国于1892年以后，更有联邦统一商法运动，形成一系列统一商事立法，其中1952年公布的统一商法典最富代表性。此外，国际商事立法也取得了显著成果，例如《联合国国际货物销售合同公约》。

旧中国曾于1903年至1910年起草大清商律。民国时期曾起草商法，后改用民商合一体制，未制定商法典，但仍颁布了公司、破产、票据、海商、保险等商事法律。中华人民共和国成立后，曾于50年代发布过一些调整商事活动的法规。实行计划经济后，商事法荡然无存。80年代以来，随着市场经济体制的形成，我国先后制定了《中外合资经营企业法》（1979年）、《外资企业法》（1986年）、《企业破产法》（1986年）、《中外合作经营企业法》（1988年）、《海商法》（1992年）、《公司法》（1993年）、《票据法》（1995年）、《保险法》（1995年）、《合伙企业法》（1997年）、

《证券法》（1998年）等商事法律及相关法规。可以说，商法已经成为我国经济生活中最重要的法律部门之一，并且正在不断地发展和完善。尽管我国学术界对商法与民法、经济法的关系还存在着一些不同意见，商法在我国法律体系中的地位已经得到了各方面的承认。总的说来，商法是民事特别法，它和民法都是调整平等主体之间民事关系的规范。而对于市场关系来说，民法提供了民事主体、民事权利、民事行为和民事补救的一般规定，而商法则提供了各种商事组织和商事交易的具体规则。前者以原则性、普遍性和稳定性著称，后者以特殊性、技术性和灵活性见长。而经济法则国家对社会经济进行宏观调控和秩序保障的法律手段。在民法和商法中，也包含了某些国家干预的成分，这是我国民商法在保障民事主体合法权益的同时，贯彻保护社会利益原则的结果。商法与民法、经济法相互配合，密切协同，构成了我国社会主义市场经济的法律体系。

商法的一般原则是随市场经济的发展而演进的。近代商法以契约自由、方式自由和诚实信用为原则，适应了当时冲破封建关系束缚，建立自由、和谐的交易秩序的需要。到了现代，生产的高度社会化带来了商品交换的普遍化、专业化和国际化，因而对商法规范提出了进一步的要求。这些要求概括起来就是四个方面：强化企业组织、提高经济效率、维护交易公平、保障交易安全。这就是现代商法的四大基本原则。

强化企业组织，包括企业素质、企业结构和企业功能的强化。企业素质的强化，首先要求企业具备有效运行所必需的经济实力和交易能力，因此需要有对企业成立的条件、程序以及影响企业人格变动的各种因素进行控制的法律机制；其次，要求企业在竞争和协作的环境中不断优化自己的经济实力和交易能力，因此需要有实现企业优胜劣汰、维护公平竞争和维系社会连带关系的法律机制。企业结构的强化，首先要求企业内部管理机构在法律上得到加强，这种加强主要是通过一系列职责和权力的设置，以及若干相关程序、保护措施等等的设立来实现的；其次是企业内部的各种机构及各方当事人相互之间有协调与合作的条件，这包括关于各方利益的平衡，决策和实施过程中的制衡与协同，以及各方权力、权利及其行使方法的规则。企业功能的强化，包括资源积聚、资源运用和资源分配等方面的强化，亦即集资的规模化、管理的有效化和经营的合理化，而这一切都是通过各种有法可依、有章可循的交易行为及契约关系来实现的。

提高经济效率，总的说来就是要减少交易成本和提高经营收益。为此，需要有利益保护和激励机制，风险分配和控制机制，以及各种便利交易，简化程序，加速流转和减少费用的法律手段和措施。这种指导思想不仅贯串在直接实现商事交易的法律制度中，而且影响着那些对商事交易进行国家干预的法律规定。商法总是以自由原则为基准。因为，当事人在意志自由的情况下，才有可能更充分地发挥主观能动性，以明智的决策和积极的努力，去谋求尽可能大的经济效益。所以，除了为交易公平和交易安全进行必要的干预和限制外，法律应充分尊重当事人的意思自治。

维护交易公平，就是要维护市场的正常秩序。为此，需要确立交易行为必须遵循的基本道德准则，并运用这些准则去协调交易关系，矫正异常行为。例如，现代商法本着权利平等和机会均等的原则，禁止恃强凌弱，禁止以政治权力为私人谋取交易中的优势，禁止以不正当手段损人利己，禁止垄断和

非法歧视。又如，现代商法奉行诚实信用原则，在许多场合规定了当事人披露有关事实的义务和忠实履行约定条款的义务，禁止欺诈和背信行为。

保障交易安全，就是要减少和消除商事关系中的不确定因素，保证交易行为的法律效用和法律后果具有可预见性，以增强人们的安全感，调动人们从事交易的积极性。现代商法为保障交易安全，设立了很多强制性的制度和规则。例如，对于公司章程、票据、保险单、提单等重要商事文书，各国商法都强行规定了必要记载事项，以避免重大问题上的缺漏。在涉及公众或多数当事人的场合，商法实行公示原则，要求将有关事实公诸于世。对于法律行为的效力，各国商法大都采用客观主义的认定方法，即有关行为的内容及含义的解释，以表示行为的客观表象为准，即使这种解释不利于表意人也不得推翻。对于交易中的欺诈行为（如出具空头支票、欺诈性破产等），各国商法规定了严厉的制裁措施。总之，现代商法中的登记主义、要式主义、公示主义和严格责任主义规定的大量出现，在一定程度上缓解了市场变动和激烈竞争给经营者带来的风险和压力。

以上是关于商法的一些背景知识。这些知识虽然不属于律师考试的命题范围，但对于读者理解掌握各商事法律的基本原理会有所裨益。大家知道，商法和经济法都具有很强的实务性。对于为参加律师资格考试而阅读本书的读者来说，把吸收知识与培养实际操作能力结合起来是十分重要的。因此，在学习过程中，以下几点是需要注意的：（1）把握各法律及其各种具体制度的目的、对象和有关的法律政策，以掌握规则的精神实质，而不可拘泥于法律条文的表面字句；（2）联系实际，结合具体的事实场景，来理解法律规则的含义，努力提高针对具体情况运用法律规则进行推理和判断的能力，而不可一味死记硬背，囫囵吞枣；（3）把握相关制度和规则的联系，培养在实务中综合运用法律知识的能力，而不可一得自矜，以掌握个别条文为满足。

需要说明的是，本书作为律师资格考试教材，不能不以我国的现行法律为基本依据。我国的商事、经济立法正处在发展变化的过程中。一些已经颁布的法律正在或将要被修订或重新制定。因此，今后我们将随时根据新的立法成果，对本书的内容进行修改、补充或更新。

第一章 公司法

第一节 公司概论

一、公司的概念

从法律上讲，公司就是以营利为目的而依法设立的具有法人资格的商事组织。具体说，公司具有三个最基本的特征。

第一，公司是法人。公司与其他商事组织如独资企业、合伙企业的主要区别在于，公司具有法人的属性。公司的法人属性使公司财产与公司成员的个人财产完全区别开来，从而使公司能够以自己的名义独立地从事民事活动、享受民事权利和承担民事义务。因此，与独资企业、合伙企业不同，公司的股东（出资人）对公司的债务的清偿责任仅以其出资额为限（即承担有限责任）。这样，公司就能够大规模地吸收社会资金，形成严密的企业组织，造就专门的管理层，实现资源的高效率的运用。

第二，公司以营利为目的。所谓营利，就是获取经济上的利益。这通常表现为通过生产、经营活动获取可以用货币单位计算的收益。作为公司目的，这种收益应该是扣除成本后的增值部分，即利润。所以，我们在一般情况下可以把营利目的简单地理解为获取利润。以营利为目的是公司与机关、事业单位和社会团体法人的主要区别所在。也就是说，公司是一个营业实体。所谓营业实体，主要表现为，首先，公司拥有营业财产，即人们为营利目的而通过投资、借贷、积累等方式形成的属于公司的有组织财产；其次，公司从事营业活动，即公司以营利为目的而运用营业财产所从事的各种生产经营活动。

第三，公司应依法成立。所谓公司依法成立包括三层含义：（1）公司成立应依据专门的法律，即公司法和其他有关的特别法律、行政法规；（2）公司成立应符合公司法规定的实质要件；（3）公司成立须遵循公司法规定的程序，履行规定的申请和审批登记手续。

二、公司的种类

（一）公司的基本类型

以出资人的责任形式划分，在历史上有无限公司、两合公司、股份两合公司、有限责任公司和股份有限公司五种公司类型。

无限公司，指二人以上股东所组织，全体股东对公司债务负连带无限责任的公司。所谓连带无限责任是指，公司财产不足清偿其债务时，股东应以其个人财产清偿公司债务；在这种情况下，公司的债权人有权请求公司股东中的任何一人或数人承担全部清偿责任。

两合公司，指一人以上无限责任股东与一人以上有限责任股东所组织，前者对公司债务负连带无限责任，后者仅负有限责任的公司。所谓有限责任，是指股东以其出资额为限对公司的债务承担责任。两合公司实为无限公司的变种，其无限责任股东经营企业，有限责任股东仅提供资本和分享利润，不参与公司事务。

股份两合公司，指一人以上无限责任股东和若干有限责任股东所组织的公司。股份两合公司是借两合公司之名行股份有限公司之实，其不同于两合公司之处有：有限责任股东须为多人；有限责任股份采取等额股票、公开发行的形式募集；有限责任股东组成股东会，监察公司事务。

有限责任公司，指二人以上出资组织，全体股东负有限责任的公司。

股份有限公司，指全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司债务承担责任的公司。

随着公司制度的发展，有些公司类型已经趋于消亡。所以，我国公司法只规定了两种公司，一是有限责任公司，二是股份有限公司。

（二）本公司与分公司

本公司在实践中常常被称作总公司，是指一个公司法人的总机构，而分公司则是本公司管辖之下的法人分支机构，没有单独的法人资格（《公司法》第 13 条第 1 款）。分公司没有独立的财产；其财产属本公司所有。分公司不独立享受权利和承担义务；其经营所得归属于本公司，其债务和其他责任也归属于本公司。分公司可以在本公司授权范围内以自己名义进行业务活动，也可以代表本公司进行诉讼，但其行为和诉讼的效力当然地及于本公司。这意味着，本公司要承担分公司的经营失败的风险和其他风险。

根据我国《公司登记管理条例》的规定，分公司的设立、变更和撤销，必须向公司登记机关办理相应的登记手续。

（三）母公司和子公司

当一个公司拥有另一公司的相对多数股份因而能够对其加以实际控制时，前者为母公司，后者为子公司。子公司具有法人资格，拥有独立的财产，独立享受权利和承担责任（《公司法》第 13 条第 2 款）。一个母公司可以拥有若干个子公司。一个子公司又可以成为别的公司的母公司。通过这种层层控股的办法，可以吸收大量资金，形成庞大的企业集团。采用设立子公司的办法进行投资，可以减少投资者的风险。但是，利用子公司进行欺诈和规避法律的现象也不容忽视，所以，有些国家规定，在一定情况下，可以无视子公司的法人资格，强制母公司对子公司的行为承担责任。

（四）本国公司与外国公司

在我国，凡是依照中国法律在中国境内登记成立的公司，都是本国公司。依照外国法律在中国境外登记成立的公司，则为外国公司。所以，外商在中国设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外商独资企业，都是中国公司。但是，外国公司在中国境内设立的分支机构（如办事处），虽然也必须经过中国政府批准，却不具有中国法人的资格，不属于中国公司。因此，外国公司分支机构在中国境内进行经营活动的民事责任要由它所归属的外国公司承担。

第二节 公司法总论

一、公司法概说

公司法的概念，有狭义和广义之分。狭义的公司法专指被命名为《公司法》的法律。广义的公司法是有关公司的组织与活动的法律规范的总称。

从性质上讲，公司法首先是一种商事组织法，即规定公司的法律地位、公司设立的条件和程序、公司的内部结构、公司股东的权利和义务、公司的解散等直接关系公司组织的事项。其次，公司法也是商事行为法，主要是规定与公司组织直接相关的一些公司行为，如募集资本、发行公司债、利润分配等。

公司法的内容，以强制性规范为主，也包括一些任意性规范。公司法规规范基本上属于实体性规范，但也包括某些程序性的规范。

我国于 1993 年 12 月颁布了《公司法》。该法对公司组织和一系列公司行为作出规定。在公司组织方面，该法规定了公司的设立、合并、分立、终止、内部机构的设置及职权等等。在公司行为方面，该法规定了公司发起人募股、出资人出资、公司财务管理、公司发行股份、转让股份、发行公司债等等。除此之外，国务院还发布了一系列规范公司组织和行为的行政法规。这些法规也属于广义公司法的范畴。

二、公司名称

公司名称同一个人的名字一样，具有主体识别的作用。所以，我国公司法规定，公司名称是公司成立必须具备条件之一。

公司名称的第一个意义是实现公司法人的人格特定化。为此，公司名称必须含有足以与其他民事主体相区别的标记。根据我国的现行规定，在同一登记机关的辖区内，同行业的企业不允许有相同或类似的名字。因此，一般要求公司名称中必须冠以公司登记地的地名。而冠以“中国”、“中华”、“全国”、“国际”字样的公司，则必须经国家工商行政管理局核准。同时，公司名称还必须表明公司的法律性质。如，按照我国公司法的规定，凡为有限责任公司者，其名称中必须含有“有限责任公司”字样；凡为股份有限公司者，其名称中必须含有“股份有限公司”字样。

公司名称的第二个意义是公司商业信誉的维系和表彰。由于公司名称的识别作用，一家公司长期的诚实经营和优良业绩能够通过公司名称得以传播和标示。于是，公司名称便具有一定的经济价值。所以，在法律上，公司名称权（又称商号权）既是一种人身权，又是一种财产权。作为财产权的公司名称，是一种可以有偿转让的无形财产。公司名称权受法律保护。根据我国反不正当竞争法规定，擅自使用他人的企业名称，使人误认为是他人的商品的，为法律禁止的行为。

三、公司住所

（一）公司住所的意义

同自然人一样，公司也应该有自己的住所。住所的意义在于赋予民事主体以空间上的确定性。住所的法律效用主要有：（1）据以确定公司的诉讼管辖地（《民事诉讼法》第 22—31 条）；（2）据以确定公司的受送达地点（《民事诉讼法》第 79 条）；（3）在一定情况下，可据以确定合同履行地（《民法通则》第 88 条）；（4）在一般情况下，据以确定公司的登记机关。

（二）公司住所的确定

《公司法》第 10 条规定：“公司以主要办事机构所在地为住所。”当公司只有一个办事机构时，即以该机构所在地为住所。若公司有位于不同地方的两个以上的办事机构，则应确定其中一个为主要办事机构。习惯上，公司在不同地方设有分支机构的，以公司总部为主要办事机构。但在法律上，应以公司的登记为准。例如，某公司在北京、上海均设有办事机构，其登记的主要办事机构在北京，但事实上公司机关设在上海。在这种情况下，应以北京为该公司的住所。

根据现行《公司登记管理条例》规定，申请设立公司，应当提交住所证明，即“能够证明公司对其享有使用权的文件”。例如，房屋产权证、房屋租赁合同等。

四、公司的权利能力和行为能力

（一）公司的权利能力

原则上，公司处于与其他民事主体平等的地位，应当同等地享有民事权利。但是，基于公司固有性质和某些法律政策上的原因，公司在享受某些权利上受到一定的限制。

首先，公司不能享有某些只能由自然人享有的权利，如生命权、身体权、婚姻权等等。

其次，公司在经营活动中的某些权利，要受到法律的限制。根据我国公司法的现行规定，主要有以下两种限制。

1. 经营范围的限制。《公司法》第 11 条为了保护股东、债权人的利益和维护经济秩序，对公司的经营范围规定了以下规则：

（1）公司的经营范围必须由公司章程作出规定。

（2）公司的经营范围必须依法进行登记。这里所说的“依法”，主要指依照公司法和公司登记管理条例。

（3）公司的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应当依法经过批准，例如，经营金融业务，必须经过中国人民银行的批准。经营香烟零售业务，必须经过烟草专卖局的批准。

（4）公司应当在登记的经营范围范围内从事经营活动。根据《公司登记管理条例》的规定，公司超出核准登记的经营范围从事经营活动的，由公司登记机关责令改正，并可处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。但是，公司超范围经营所订立的合同，如果不属于法律、行政法规限制项目的范围，则不应因其超出经营范围而确认为无效，除非相对人为恶意（即在订立合同时明知或应知该合同超出了公司的经营范围）。

（5）公司依照法定程序修改公司章程并经公司登记机关变更登记，可以变更其经营范围。具体说，公司变更其经营范围，首先必须按照公司法规定的程序，由公司的股东会（指有限责任公司）或股东大会（指股份有限公司）作出修改公司章程的决议，然后向公司登记机关申请变更登记。如果变更经营范围涉及法律、行政法规规定必须报经审批的项目，则应在作出决议后先报请有关部门批准，然后申请变更登记。

2. 转投资的限制。根据《公司法》第 12 条的规定，公司向其他公司进行投资，必须遵守以下规则：

（1）公司向其他公司投资，只能承担有限责任。也就是说，现行公司法只允许公司成为其他有限责任公司、股份有限公司的股东。

（2）公司向其他公司的投资额必须符合规定。这就是：除了国务院规定

的投资公司或者控股公司外，公司向其他公司的累计投资额不得超过本公司净资产的 50%。这里所说的“净资产”，指公司资产总额超过负债的部分；“累计投资额”，指公司以出资方式投入其他公司的现金、实物、无形资产的帐面总值。这一规定的意义是，当公司的对外投资总额超过公司现有净资产的 50% 时，公司不得继续投资。在这种情况下，一般说来，只有随着公司净资产的增加，对外投资额在公司净资产中所占比例降低到 50% 以下，公司才可以在这一法定比例的范围内增加对外投资。但是，在计算这一比例时，公司接受被投资公司以利润转增的资本，不包括在内。也就是说，即使公司的对外投资额已经达到净资产额的 50%，仍可以接受被投资公司以增配股份的方式提供的利润分配。

在我国现阶段，以上规定有利于保护公司债权人的利益。因为，在转投资比例高的情况下，公司债权人的清偿利益在很大程度上要依赖于转投资股权的可转让性以及这些股权的事后变现值。如果债权人不得不接受以转投资股权作为清偿，而这些股权难以转让变现或者其变现值低于清偿时的评估值，那就等于让债权人承担公司的投资风险。

（二）公司的行为能力

公司是法人，具有法律上的团体人格，能够像自然人一样地按照自己的意志实施行为。因此，凡为公司者，必具有完全的民事行为能力。

公司的意志是通过公司的法人机关来形成和表示的。法人机关就是公司的意思机关。公司的法人机关由股东会、董事会和监事会组成。它们按照公司法规定的职责和程序，相互配合又相互制衡，构成一个完整的组织体。

公司的行为能力包括：（1）民事行为能力，即公司能够通过自己的意思表示，设立、变更或消灭民事法律关系，独立地享有民事权利和承担民事义务；（2）侵权行为能力，即公司因自己的行为致人损害时，应当承担民事责任；（3）犯罪能力，即公司的行为违反法律，构成犯罪时，公司应依法承担刑事责任。

五、公司资本

（一）公司资本的概念

公司资本，就是以营利目的而集聚在公司法人名下的财产。从某种意义上说，公司就是一个资本实体，即整体化、人格化的财产集合体。

尽管资本不是一个严格意义上的法律概念，它却是一个在公司法实务中被经常使用的术语。其中较为常见的有：

（1）注册资本。又称帐面资本、核定资本，指公司章程预先规定公司有权筹集的全部资本。

（2）发行资本。指公司向社会募集的资本。

（3）未发行资本。指注册资本中尚未募集的部分。

（4）认购资本。指出资人同意缴付的出资总额。

（5）实缴资本。指认购资本中出资人已经缴付的出资。

（6）未缴付资本。指认购资本中出资人应缴付而未缴付的出资。

（7）催缴资本。指公司已向出资人发出缴付催告的未缴资本。

（二）资本三原则

现代公司作为资本的集合体，其信用基础寄托于自身资本的真实和稳定。这种真实和稳定不仅对公司自身的生存和发展，而且对于社会的交易安全，都至关重要。所以，大陆法上有所谓“资本三原则”，即资本确定原则、

资本维持原则和资本不变原则。我国公司法对有限责任公司和股份有限公司的规定，均贯彻了这些原则。

1. 资本确定原则。即要求确保公司作为资本实体拥有必要的财产基础。在如何实现资本确定的问题上，存在着两种不同的体制。一是传统大陆法的体制，它要求公司设立时，其资本总额必须全部募足。这种体制虽然对资本的确定提出了严格的要求，对确保公司拥有必要财产十分有力，但由于过于僵硬，增加了设立公司的难度和成本。二是英美法的体制，即授权资本制，它允许公司在成立时只募足其注册资本的一部分（但不得低于法定最低比例，如日本为发行股份总数的 $1/4$ ），其余部分则授权董事会在公司成立以后根据公司业务需要再行募集。这种体制使公司的设立较为容易，成立后的资金运作也较为便捷，并且能够在其他有关制度的配合下给予债权人以较充分的保障。目前，多数大陆法国家已经转为采用授权资本制。我国《公司法》目前实行的是严格化的传统大陆法体制，它要求公司资本于成立时全部募足并且全部缴足。

2. 资本维持原则。又称资本充实原则、资本拘束原则，即要求公司维持与资本总额相当的财产。这一原则是资本确定原则的进一步延伸，其本意就是要在公司成立后的动态过程中保持实有资本额的相对稳定。为了保证公司拥有充足的财产，现代公司法设立了许多强制性的规范。例如，我国《公司法》规定，出资人缴纳出资后，必须经法定验资机构验资（第 26、91 条），股东对非现金出资的实际价差负连带补偿责任（第 28 条），公司成立后，发起人、股东不得抽回出资（第 34、93、209 条），股票发行价格不得低于票面金额（第 131 条），除公司法规定的特殊情况外，公司不得收购本公司的股票（第 149 条），公司的利润，只有在弥补亏损和提取公积金、公益金之后，才能进行分配（第 177 条）。这些都是资本维持原则的体现。

3. 资本不变原则。即要求公司的资本额确定之后，非依法定程序，不得减少。也就是说，对公司资本额的减少实行严格限制是公司法的一项基本政策，其目的在于维护公司的生命力和债权人的利益。在我国公司法上，限制资本减少的程序规则包括：（1）须编制资产负债表和财产清单；（2）须经股东大会作出决议；（3）须于减资决议后的法定期间内向债权人发出通知并且公告；（4）债权人有权在法律规定的期限内要求公司清偿债务或者提供相应的担保；（5）公司减少后的注册资本不得低于法定的最低限额；（6）须向公司登记机关办理变更登记。（公司法第 103、186、188 条）

六、公司股份

（一）股份的概念

首先，对公司而言，股份是以货币价值量计算的均等的资本单位或单位资本。这些单位资本的总和就是公司的股本。股份有限公司的资本募集，总是将发行资本分为等额股份，由投资者认购。有限责任公司的资本募集，也可以采用这种方式。所以，无论对股份有限公司还是对有限责任公司，股份的概念都是适用的。

其次，对股东而言，股份是股东基于出资而享有的法律地位和权利的总称。所谓股东，就是股份的持有人，亦即公司的出资人。一个股东拥有股份，并不意味着他拥有公司的任何现实财产，而是意味着他享有由股份代表的股东资格及相应的权利。股东的权利是一种集合权利，主要有：（1）收益权，即享受利润分配和其他财产分配的权利，包括 股息权， 红利权， 其他

盈余分配权；（2）表决权，即出席股东大会并且就决议事项参加投票表决的权利；（3）知情权，即了解公司业务情况、查阅公司章程、股东会会议记录、公司财务会计报表的权利；（4）其他权利，如请求召开股东大会的权利，对股东大会、董事会的违法决议提起诉讼的权利，等等。

（二）股份的种类

1. 普通股、优先股、后配股。普通股有两种含义。第一，在不存在特别股（即优先股、后配股）的情况下，指全体股东享有的权利平等的股份。第二，在存在特别股的情况下，指后于优先股而先于后配股获得利润分配的股份。

优先股是指，依据公司章程或股份发行条件，享有某种优先权的股份。这种优先权通常为利润分配的优先权。也就是说，公司分配利润时，首先偿付优先股的股息，如有剩余，再分配给普通股。如为参与分享的优先股，在获得股息后，还有权与普通股共同平均分配剩余利润。一般情况下，优先股和普通股享有同等的表决权，但可以限制优先股的表决权。也可以发行定期赎回的优先股。公司发行优先股的意义在于增加股票的吸引力，以便早日完成公司资本的募集，或者迅速获取新的资本以应急需。

后配股就是最后享受利润分配的股份。在存在后配股的情况下，通常是在向普通股偿付股息后，将剩余利润的全部或部分分配给后配股。后配股的发行有三种情况：发起人认购；对股份认购者的奖励（例如，认购 10 股普通股，赠送 1 股后配股）；对发起人或者职工的奖励。

我国公司法尚无特别股的具体规定，但《公司法》第 135 条规定：“国务院可以对公司发行本法规定的股票以外的其他种类的股票，另行作出规定。”可见，我国立法并不排除设立特别股的可能性。

2. 记名股、无记名股。记名股是将股东姓名记载于股票的股份。在记名股的场合，公司设有股东名册，故股东权利并不完全依附于股票。持有记名股票的人，若在股东名册上无记载，不得对公司主张股东权。记名股票遗失，可以按照公司法的规定，办理失效宣告和补发手续。记名股转让时，应于背书和移交股票后，由受让人向公司办理登记入册。

无记名股是指不将股东姓名记载于股票的股份。这种股份的股东权利完全依附于股票，凡持票人均可主张其股东资格。无记名股的转让时，只需在合法场所将股票交付于受让人，即可发生股权转移的效力。

3. 额面股，无额面股。额面股，又称票面金额股、面值股，指股票票面标明一定金额的股份。额面股的票面金额必须一致，其同次发行的价格和条件也应当相同。额面股的发行价格可以等于或高于票面金额，但不得低于票面金额。

无额面股，指股票不标明金额，只标明每股占公司资本的比例，故又称比例股。目前，一些国家（如法国、德国）已禁止发行无额面股。我国《公司法》第 132 条第 2 款第 3 项关于股票应当载明票面金额的规定，实际上等于禁止在我国发行无额面股。

4. 表决权股、无表决权股。表决权股，指享有表决权的股份。公司法奉行一股一权原则，故通常的表决权股为单一表决权股。但在有些国家，也允许以章程设定多重表决权股。较为常见的现象是所谓管理股（即董事、监事等管理人员所持股份）享有二个或多个表决权。

无表决权股指不享有表决权的股份。这也属于一股一权原则的例外，通

常由公司章程设定。常见无表决权股有：无表决权的优先股；股东持股超过章程规定限额的部分；公司自己持有的本公司股份。

七、公司债券

（一）公司债券的概念

公司债券是指公司依照法定条件和程序发行的、约定在一定期限内还本付息的有价证券。发行公司债券是公司以借贷方式向公众筹集资金的一个重要方式。与发行股份相比，公司债券利率固定，风险较小，易于吸引投资者，但必须到期还本付息，对公司有一定压力。所以，发行公司债券必须经过严格的经济测算并做好相应的资金准备。

（二）公司债券的种类

1. 记名公司债券、无记名公司债券。公司债券可分为记名债券和无记名债券。记名债券记载债权人的姓名，可挂失，其转让一般须采用背书方式，并须将受让人姓名记载于公司债券存根簿。无记名债券不记载债权人的姓名，不挂失，其转让以证券在合法场所的交付为满足。

2. 有担保公司债券、无担保公司债券。有担保公司债券是指公司为债券的还本付息提供了一定担保的公司债券。按照所提供的担保的种类不同，又有所谓抵押担保公司债、质押担保公司债、保证担保公司债，以及设备担保公司债、证券担保公司债等等。

无担保公司债券就是仅以公司信用为基础而无任何财产担保的公司债券。这种债券通常是由信誉卓著的大公司发行的。有时候，这种债券设有一定的附款以取信于债权人。例如，规定公司不得对本公司财产设定抵押权，在本次公司债券清偿前不得另行发行新的公司债券，本次发行公司债券所筹得的资金将用于指定的用途而不得派作他用，等等。

3. 可转换公司债券、非转换公司债券。可转换公司债券指可以转换为公司股份的公司债券。持有这种债券的人，可以在一定时候向公司办理转换手续，从而由债权人变为股东；持券人享有办理或不办理转换手续的选择权。发行可转换公司债券，实际上属于公开募集股份的一种形式，故应遵守股票上市的有关规则。按照我国公司法的规定，发行可转换公司债券的公司，必须经股东大会决议，并制定具体的转换办法，然后报国务院证券管理部门批准。根据国务院 1997 年 3 月 25 日发布的《可转换公司债券管理暂行办法》的规定，目前在我国境内只有上市公司和重点国有企业能够发行以人民币认购的可转换公司债券。发行可转换公司债券，应当在债券上标明“可转换公司债券”的字样。

非转换公司债券指不能够转换为公司股份的公司债券。凡未标明为可转换公司债券的，均为非转换公司债券。

（三）公司债券的发行

1. 发行公司债券的条件

根据我国《公司法》第 161 条的规定，发行公司债券必须符合规定的条件。这些条件归纳起来，包括以下六点。

（1）公司净资产。股份有限公司的净资产额不低于人民币 3000 万元，有限责任公司的净资产额不低于人民币 6000 万元。

（2）已有公司债。公司有已经发行而未偿还的债券的，其累计总额不超过公司净资产额的 40%。

已经发行过债券的公司，有下列情形之一的，不得再次发行公司债券：

前一次发行的公司债券尚未募足的； 对已发行的公司债券或者其债务有违约或者延迟支付本息的事实，并且仍处于继续状态的。

（3）收益水平。公司最近3年平均每年的可分配利润足以支付公司债券1年的利息。这里所说的“可分配利润”，是指公司年度利润在依法缴纳各种税款并依法弥补亏损和提取公积金、公益金以后的余额。这里所说的“公司债券1年的利息”，在有以往发行而未偿还的公司债券的情况下，应为累计债券总额的年利息。

（4）资金用途。筹集的资金投向应符合国家产业政策。发行公司债券募集的资金，必须用于审批机关批准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

（5）债券利率。拟发行的公司债券，其利率不得超过国务院限定的利率水平。

（6）其他条件。国务院可以在以上条件之外，对公司债券的发行规定其他的条件。

《公司法》第172条还规定，发行可转换公司债券的，除具备发行公司债券的条件外，还应当符合股票发行的条件。

2. 发行公司债券的程序

根据我国《公司法》的规定，发行公司债券应按以下程序进行：

（1）决议。股份有限公司、有限责任公司发行公司债，应当由董事会制订方案，股东会作出决议。国有独资公司发行公司债券，应由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作出决定。（第163条）。

（2）审批。股东会或者国家授权机构作出发行公司债券的决议或决定后，公司应当向国务院证券管理部门申请批准。申请批准时，应提交公司登记证明、公司章程、公司债券募集办法、资产评估报告和验资报告。（第163条、165条）

国务院证券管理部门对公司提出的发行公司债券的申请进行审查，对符合公司法规定条件的予以批准，不符合的则不予批准。该部门在审批时，还必须服从国务院确定的公司债券的发行规模。（第164条第1款）

国务院证券管理部门如果发现已经作出的批准不符合公司法的规定，应当予以撤销。此时，如果被批准的公司债券尚未发行，应停止发行；如果已经发行，应当向认购人返还所缴款项并加算银行同期存款的利息。（第164条第2、3款）

（3）公告。发行公司债券的申请经批准后，应当公告公司债券募集办法。该办法应当载明下列主要事项： 公司名称； 债券总额和债券的票面金额； 债券的利率； 还本付息的期限和方式； 债券发行的起止日期； 公司净资产额； 已发行的尚未到期的公司债券总额； 公司债券的承销机构。（第166条）

（4）发行。公司债券的发行方法，可分为直接发行和间接发行两种。直接发行就是由公司自己向公众募集和接受应募。间接发行就是公司委托他人向公众募集和接受应募。间接发行又分为承销发行和代销发行两种。承销发行就是将公司债券的发行交证券商承销，无论债券是否全部售出，承销人均应向公司付清全部价款。代销发行就是将公司债券的发行委托他人代销，代销人收取手续费，债券不能全部售出时，代销人不负责任。我国《公司法》第166条第2款第8项规定公司债券募集办法中必须载明“公司债券的承销

机构”，可见立法者只认可承销发行这一种方法。在我国，目前只允许有证券经营权的金融机构承担公司债券的承销业务。

发行公司债券，必须在债券上载明公司名称、债券票面金额、利率、偿还期限等事项，并由董事长签名，公司盖章。（第 167 条）

公司债券的募集采用公告方式进行。发行公告除载明公司债券募集办法中的有关事项外，还应载明公司债券的发行价格和发行地点。公司债券的发行价格可以高于或低于债券票面金额，即溢价发行或折价发行。发行公告在性质上属于合同法上的要约。而公众的应募行为则属于承诺。应募的方式，有填写应募书和当场购买两种。应募人填妥应募书并交给发行商，合同即告成立。合同成立后，应募人负有按期付清价款的义务，发行人负有在价款收讫时交付债券的义务。当场购买方式适用于个人购买，通常以现金支付，属于即时清结的合同。

公司在发行公司债券后，应当制作并置备公司债券存根簿。发行记名公司债券的，应当在公司债券存根簿上载明下列事项：债券持有人的姓名或者名称及住所；债券持有人取得债券的日期及债券的编号；债券总额，债券的票面金额，债券的利率，债券的还本付息的期限和方式；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。（第 169 条）

（四）公司债券的转让

公司债券可以转让。其转让应当在依法设立的证券交易所进行。转让价格由转让人与受让人约定。记名债券的转让，由债券持有人以背书方式或其他法定方式交付与受让人，并由公司将受让人的姓名（名称）和住所记载于公司债券存根簿后，始发生效力。无记名债券，由债券持有人在依法设立的证券交易所将该债券交付给受让人后，即发生转让的效力。（第 170、171 条）

八、公司财务、会计

（一）财务、会计制度的意义

财务、会计制度是公司法上的重要制度。财务制度是指公司的资金管理、成本费用计算、营业收入分配、货币管理、财务报告、清算和纳税等方面的规范。会计制度是指公司的会计记帐、会计核算、会计监督等方面的规程。会计制度是公司财务制度的具体实现。公司必须依照法律的规定，结合本公司的实际情况，建立自己的财务会计制度。

公司财务、会计制度的意义有五：（1）完善企业管理，提高经济效益；（2）保护公司股东的合法权益；（3）保护债权人的合法权益；（4）保护国家的财政利益；（5）实现国家的执法监督。

公司的财务会计制度，除了适用《公司法》的有关规定外，还要适用一系列的法律、行政法规和国务院财政主管部门的规定，例如《会计法》、《税收征收管理法》、《审计条例》、《企业财务通则》、《企业会计准则》等等。我国《公司法》关于公司财务、会计制度的规定，包括两方面的主要内容：一是财务会计报告制度，即公司应当依法编制财务会计表册和制作财务会计报告；二是收益分配制度，即公司在年度分配时应当依照法律的规定和股东会的决议，将所得利润和其他收入用于缴纳税款、提取公积金和公益金，以及分配股东。

（二）公司的财务会计报告制度

公司的财务会计报告是指公司的业务执行部门在每一会计年度终了时制作的反映公司财务会计状况和经营效果的书面文件。公司的财务会计报告制度主要包括以下规则：

1. 财务会计报告的制作人。公司的财务会计报告应当由公司业务执行部门制作，具体说，就是由有限责任公司的董事会或执行董事、股份有限公司的董事会负责制作。

2. 财务会计报告的制作时间。公司的财务会计报告应当在法律规定的时间内制作，具体说，就是必须在每一会计年度终了时制作完成（第 175 条第 2 款）。根据《会计法》的规定，会计年度的终了时间为公历 12 月 31 日。

3. 财务会计报告的构成。根据《公司法》第 175 条的规定，公司的财务会计报告是由一系列的财务会计报表及附属明细表组成的，其中包括：

（1）资产负债表。资产负债表是指反映公司在某一特定日期财务状况即月末、年末公司全部资产、负债和所有者权益情况的会计报表。它是根据“资产 = 负债 + 所有者权益”这一会计公式，按照一定的编制要求编制而成的。所谓资产，是指公司所拥有或者控制的能以货币计量的经济资源，包括各种财产、债权和其他权利。公司的资产可分为流动资产、长期投资、固定资产、无形资产、递延资产和其他资产。所谓负债，是指公司所承担的能以货币计量、需要以资产或劳务偿付的债务。所谓所有者权益，是指股东对公司净资产的所有权（即股权），包括股东投入公司的资本以及所形成的资本公积金、盈余公积金和未分配利润等。

通过资产负债表，可以了解公司在某一特定日期所掌握的经济资源及其构成、公司承担的债务以及投资者拥有的权益，评价公司的变现能力和偿债能力，考量公司资本的保值增值情况，评估公司的资本结构和财务实力，预测公司未来的财务状况变动趋势。

（2）损益表。损益表是指反映公司在一定会计期间（月份、年度）内利润（亏损）情况的报表。在损益表中，将一个会计期间内的营业收入与同期营业成本进行配比，求出这一期间的净利润（亏损）。因此，损益表所提供的各项指标表现了公司一定时期经济活动的过程和结果。

通过损益表，可以了解公司某一时期实现净利润或发生亏损的情况，分析公司利润计划的执行情况及利润增减变化的原因，评价公司经济效益的高低，判断公司的盈利能力以及未来一定时期内的盈利趋势。

（3）财务状况变动表。财务状况变动表是综合反映公司在一定会计期间内营运资金的来源、运用以及增减变动情况的会计报表。它的项目分为营运资金来源和营运资金运用；二者的差额即为营运资金增加或减少的净额。它与公司的资产负债表和损益表配合使用，有助于了解和分析公司的经营状况。

（4）财务情况说明书。财务情况说明书又称会计报表附注，是为了帮助理解会计报表内容而对报表中的有关项目和其他有关情况所作的解释。其说明的事项包括：所采用的主要会计处理方法，会计处理方法的变更情况、变更原因，非经常性项目的说明，财务会计报表中有关重要项目的明细资料，等等。

（5）利润分配表。利润分配表是反映公司利润分配和年末利润节余情况的会计报表。它是按照公司利润的分配去向和分配程序建立的。该表的纵向为项目设置，主要有：利润总额、税后利润、可供分配利润、未分配利润等

栏目；该表的横向为本年实际和上年实际两个栏目。

4. 财务会计报告的送交、置备和公告。向股东送交、置备或公告财务会计报表是公司的义务，其意义在于保证公司的股东能够获得有关公司经营和财务的信息，以便维护他们的合法权益。这里所说的“送交”，指有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财会报表送交各股东。“置备”，指股份有限公司应当在召开股东大会年会的 20 日以前将财会报表置备于本公司，供股东查阅。“公告”，指以募集方式成立的股份有限公司必须公告其财务会计报告。（第 176 条）

（三）公司的收益分配制度

1. 公司的收益分配顺序。公司的收益分配是指通过公司的董事会或者执行董事提出方案，经公司股东会或股东大会批准，依法将公司利润和其他收益进行分割。公司收益分配为年终分配。这种分配以公司利润的存在为前提。

公司收益分配的法定顺序如下：（1）缴纳所得税；（2）在公司已有的法定公积金不足以弥补上一年度公司亏损的情况下，弥补亏损；（3）提取法定公积金；（4）提取法定公益金；（5）有限责任公司按照出资比例，股份有限公司按照股份比例，对股东进行分配。（第 177 条）

我国《公司法》在规范公司收益分配时，重点规定了有关公积金、公益金的规则。依法提取法定公积金、法定公益金，是公司的一项重要义务。公司如违反这一义务，除应当被责令如数补足应当提取的金额外，还可能被处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款（第 216 条）。

2. 公积金。公积金是为将来扩大公司经营规模和弥补亏损，依法从公司的营业利润和其他收入中提取的一种储备金。其用途主要有：增加公司资本，即公司在没有亏损的情况下，可以通过股东大会决议将公积金的一部分扩充为公司的资本，并将相应的股权按出资比例或其他方式分配给股东；弥补公司亏损；法律、法规规定的其他用途。（第 179 条第 1 款）

股份有限公司经股东大会决议将公积金转为资本时，应按股东原有股份比例派送新股或者增加每股面值。但是，法定公积金转为资本时，所留存的各项公积金不得少于注册资本的 25%。（第 179 条第 2 款）

公积金分为法定公积金和任意公积金。法定公积金是依照法律的强制性规定从利润和其他收入中提取的公积金。任意公积金是在从税后利润中提取法定公积金以后，经股东会决议提取的公积金。

法定公积金按提取的来源不同，又分为盈余公积金和资本公积金。盈余公积金的来源是公司的税后利润。按照我国《公司法》的规定，法定盈余公积金的提取比例为税后利润的 10%（第 177 条第 1 款）。资本公积金的来源是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主管部门规定列入资本公积金的其他收入（如，法定财产重估增值，接受捐赠的价值等）（第 178 条）。

公司法定公积金累计额达到公司注册资本的 50% 以上时，可不再提取。（第 177 条第 1 款）

3. 法定公益金。法定公益金是法律规定必须从公司的税后利润中提取的用于本公司的职工集体福利基金（第 180 条）。按照我国《公司法》的规定，法定公益金的提取比例为税后利润的 5% 至 10%（第 177 条第 1 款）。

（四）关于公司会计帐册的禁止性规定

公司的会计帐册是以会计凭证为依据，连续地、系统地、全面地、综合

地记录和反映公司各项业务活动的内容，并以相互联系的专门格式的帐页组成的簿籍。会计帐册是编制财务会计报表的依据，也是合法分配公司利润的根据。保证会计帐册的合法性、真实性和完整性，对于公司财务会计报告制度和收益分配制度的实施，具有十分重要的意义。

有关会计帐册的操作规则，主要由会计法及其相关法规规定。我国《公司法》第 181 条规定，公司不得在法定会计帐册以外另立非法会计帐册，也不得以个人名义为公司资产开立存储帐户。在我国当前的现实生活中，一些企业把帐外建帐和公款私存作为逃避国家税收和审计监督的手段。这些做法也为企业抽逃财产、损害债权人利益和个人贪污、集体私分开了方便之门。为了杜绝这类行为，《公司法》第 211 条还特别规定了对另立非法帐册和公款私存行为的处罚措施。

九、公司的合并、分立

（一）公司的合并

公司合并就是二个以上的公司合为一个公司。合并有两种形式：一是吸收合并，即合并各方中，吸收方保留，被吸收方解散；二是新设合并，即合并以后形成一个新的公司，合并各方解散。（第 184 条第 2 款）

合并是企业实现规模经营，增强市场竞争能力的重要途径。合并也可以成为困境企业资产重组、走向复兴的一条出路。

无论采用何种方式合并，都必须按照下列程序进行。

1. 合并协议和决议。由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。合并协议通常由各方的业务执行机关（董事会或执行董事）进行谈判，签订合并协议，并编制资产负债表，然后将合并协议提交各自的股东大会股东会议决。各方股东会作出批准的决议后，合并协议始得生效。（第 182、183 条，第 184 条第 3 款）

《公司法》第 183 条的规定，合并一方为股份有限公司的，必须经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。

2. 公告。合并决议作出后，合并各方应当自作出合并决议之日起 10 日内通知其债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告三次。（第 184 条第 3 款）

公司合并时，合并各方的资产和债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。（第 184 条第 4 款）

3. 提供清偿或担保。公司法为保护债权人的利益，特赋予债权人以公司合并时的异议权。如果债权人认为公司的合并将给自己的债权实现带来不利影响，有权请求清偿或提供清偿之担保。这种请求的提出，不以债权到期为限。但这种异议权仅得在法定期间内行使，否则合并的确定性无法保证。我国《公司法》第 184 条第 3 款规定，债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 90 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。对于债权人在法定期间内提出的清偿请求或担保请求，公司若不予满足，则不得合并。在法定期间内，债权人若未向公司提出清偿或担保的请求，则视为承认合并。承认合并的债权人，其债权继续有效，由合并后存续或新设的公司负责清偿。

4. 登记。在完成以上程序后，应办理合并登记。其登记形式包括：合并后继续存续的公司，办理变更登记；因合并而解散的公司，履行注销登记；因合并而新设的公司，履行设立登记。合并未经登记的，法律不予承认。（第 188 条）

需要指出的是，近一个世纪以来，企业合并（兼并）已经成为与反垄断法密切相关的领域。因为，托拉斯的形成及其对市场的控制，往往借助了企业兼并的手段。当今各发达国家均制定了针对垄断性兼并的立法。在我国，反垄断法已经列入立法规划。

（二）公司的分立

公司分立就是一个公司分为二个以上的企业法人。其方法有二：一是原公司解散，在此基础上形成二个以上新的法人；二是原公司继续存在，由其中分离出来的部分形成新的法人。公司分立可以用作企业扩大规模的手段，例如，以分离出来的公司吸收他人投资。公司分立也可以用于企业调整经营结构，例如，将分立的部分企业转让。当然，有时公司分立也可成为一种反垄断措施（即，对垄断性的公司实行强制分立）。

公司分立的程序，大体上与公司合并相同。实践中，公司分立常常发生损害债权人的情况，因而在实务中应当尤其注意认真执行《公司法》第 185 条和第 217 条第 1 款的规定，切实保护债权人的知情权和异议权。

十、公司的解散、清算

（一）公司解散和公司清算的概念

公司解散，指已成立的公司基于一定的合法事由而丧失营业能力。解散的公司，除因合并、分立、破产而解散的外，必须经过公司法上的清算程序，才能归于消灭。

公司清算是指解散的公司清理债权债务，分配剩余财产，了结公司的法律关系，从而归于消灭的程序。

解散和清算的区别和联系在于，解散是一种法律事实，它构成法人消灭的原因；清算是一种法律程序，它构成法人消灭的过程。解散是清算的前提，清算是解散的结果。

（二）公司解散的事由和效果

1. 解散的事由。公司解散的事由，大体上可分为两类情形，一是自愿解散，二是强制解散。

（1）自愿解散，就是基于公司股东的意志而发生的解散。自愿解散的事由，根据《公司法》第 190 条的规定，包括三种情形：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；股东会决议解散；因公司合并或者分立而需要解散。

（2）强制解散，就是基于国家强制力的作用而发生的解散。我国《公司法》第 192 条规定，公司违反法律、行政法规的规定被依法责令关闭的，应当解散。这里所说的“责令”，可以是行政命令，也可以是法院判决。在我国，公司因违反法律、行政法规而可能被责令关闭的情形主要有：违反《公司法》的行为，如，公司采取欺诈手段隐瞒重要事实而取得公司注册的（第 206 条），公司成立之后无正当理由超过 6 个月未开业的，或者开业后自行停业连续 6 个月以上的（第 225 条）；违反其他法律的行为，如，严重侵犯消费者权益的（《消费者权益保护法》第 50 条），严重污染环境的（《水污染防治法》第 38 条、《大气污染防治法》第 33 条），等等；违反行政法规的行为，如，违反公司登记管理规定的（《公司登记管理条例》第 58、59、62、66～69、71 条）。

公司不能清偿到期债务，被人民法院依法宣告破产的，理论上也属于强制解散的一种，但应当适用破产法规定的清算程序。（第 189 条）

2.解散的法律效果。符合法律规定的解散事由一旦发生，公司即进入解散的事实状态。这种事实状态，于法律上产生如下效果：

（1）除合并、分立和破产的外，解散的公司应当依照公司法规定的程序进行清算。

（2）解散的公司，其法人资格仍然存在，但公司的权利能力仅限于清算所必要的范围内。在清算期间，公司超越其清算范围所为的民事行为无效。

（3）公司原有的法定代表人和业务执行机关丧失权力，由清算人接替之。

（三）公司清算的程序

公司清算分为破产清算程序和非破产清算；前者适用破产法规定的程序，后者适用公司法规定的程序。非破产清算又分为普通清算和特别清算。普通清算即公司自行清算，是公司在没有法院干预和债权人参与的情况下，通过清算人进行的清算。而特别清算是在某些法定的特殊情形下（通常为清算遇有显著障碍时或者存在可能损害债权人利益的情况时）适用的，在法院直接干预和债权人参与下的清算程序。我国《公司法》没有规定特别清算程序。

我国《公司法》规定的清算程序包括以下步骤：

1.成立清算组。在我国的公司立法中，清算人称作“清算组”，这意味着清算人必须由二人以上组成。按照《公司法》第191条的规定，在自愿解散的情况下，有限责任公司的清算组应由股东担任，股份有限公司的清算组人选应由股东大会确定。在强制解散的情况下，清算组成员应由有关主管机关从股东、有关机关及专业人士中指定。

2.清算组的职权和义务。根据《公司法》第193、195、197条的规定，清算组主要有以下职权：

（1）接管公司财产。清算组就任后，应当立即着手清理公司财产，编制资产负债表和财产清单。

（2）了结现务，收取债权和清理债务。清算组就任后，应当立即着手结束公司对外的一切未了结事务。对于公司拥有的债权，应予收取。对于公司所负的债务，应当在债权申报和制定清算方案的基础上予以清偿。在处理有关事务中，清算组有权对外代表公司，有权以公司名义参与诉讼活动。清算期间，公司不得开展新的经营活动。

（3）分配剩余财产。债务清偿完毕后，公司财产还有剩余的，清算组应当按照《公司法》规定的办法，将剩余财产分配给股东。

（4）清算结束时，制作清算报告和办理公司注销登记。

清算组成员应当忠于职守，依法履行职责。如有隐匿财产、对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者于清偿债务前分配公司财产者，按照《公司法》第217条第2款的规定处理。利用职权徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的，按照第218条第2款的规定处理。

清算组成员因故意或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。（第198条第3款）

3.债权申报。清算组应当自成立之日起10日内通知债权人，并于60日内在报纸上至少公告三次。债权人应当自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自第一次公告之日起90日内，向清算组申报债权。债权人在申报债权时，应当说明有关情况，并提供证明材料。清算组应当对申报有据的债权

进行登记。（第 194 条）

清算组不按上述规定通知或者公告债权人的，应依照《公司法》第 117 条第 1 款的规定给予处罚。

4.清算方案。清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，在公司财产能够清偿公司债务的情况下，应当制定清算方案，报股东会或者有关主管机关确认。（第 195 条第 1 款）

清算方案应包括的项目有：支付清算费用；支付职工工资和劳动保险费用；缴纳所欠税款；清偿公司债务。（第 195 条第 2 款）

5.剩余财产的分配。清算方案执行完毕，公司如有剩余财产，由清算组按如下办法分配给股东：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。（第 195 条第 3 款）

6.清算的终止。根据我国《公司法》的规定，公司清算可以因两种事由而终止：

（1）公司具备破产原因。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，应当立即向人民法院申请宣告破产。在法院裁定宣告公司破产后，清算组应当办理清算事务的移交。（第 196 条）

（2）清算完结。清算组在清偿债务，分配剩余财产完结后，应当制作清算报告，报股东大会或者有关主管机关确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记和公告公司终止。如果清算组未申请注销公司登记，则由公司登记机关吊销其公司的营业执照，并予以公告。（第 197 条）

十一、公司的民主管理

（一）民主管理机构

1.工会。根据我国《工会法》规定，工会是职工自愿结合的工人阶级的群众组织，其主要职能有：（1）维护职工合法权益；（2）组织职工参加本单位的民主管理和民主监督；（3）通过各种教育，提高职工素质，调动职工的劳动积极性。该法规定，在中国境内的企业、事业单位、机关中工作以工资收入为主要生活来源的体力劳动者和脑力劳动者，均有依法参加和组织工会的权利。

《公司法》第 16 条第 1 款规定，公司职工依法组织工会，开展工会活动，维护职工的合法权益。按照《工会法》的规定，企业、事业单位、机关有会员 25 人以上的，可建立基层工会委员会；会员不足 25 人的，选举组织员 1 人，组织会员开展活动。

2.职工代表大会。职工代表大会是我国国有企业中职工民主管理的基本形式。《全民所有制工业企业法》对职工代表大会的职权作了明确规定。并规定，工会委员会是职工代表大会的工作机构。

《公司法》第 16 条第 2 款规定，国有独资公司和两个以上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，依照宪法和有关法律的规定，通过职工代表大会和其他形式，实行民主管理。因此，这类公司应当同时建立工会和职工代表大会。

（二）公司决策中的职工参与制度

1.有关职工切身利益的决策。《公司法》规定，有限责任公司、股份有限公司在研究决定有关职工工资、福利、安全生产以及劳动保护、劳动保险等涉及职工切身利益的问题时，应当事先听取公司工会和职工的意见，并邀

请工会或者职工代表列席有关会议。（第 55、121 条）

2. 其他重要决策。《公司法》规定，有限责任公司、股份有限公司在研究决定生产经营的重大问题、制定重要的规章制度时，应当听取公司工会和职工的意见和建议。（第 56、122 条）

十二、《公司法》对外商投资企业的适用

《公司法》第 18 条规定：“外商投资企业的有限责任公司适用本法，有关中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律另有规定的，适用其规定。”根据这一规定，有关《公司法》对外商投资企业的适用问题，应主要掌握以下两点：

1. 外商投资企业中，只有采用有限责任公司形式的才适用《公司法》。我国法律规定，中外合资经营企业必须为有限责任公司，中外合作经营企业和外资企业可以为有限责任公司，也可以为其他形式的企业（例如合伙、负无限责任的独资企业，但不能为股份有限公司）。因此，采用其他形式的外商投资企业不适用《公司法》。

2. 有关外商投资企业的法律有特别规定的，适用其规定。这里所说的特别规定，是指与《公司法》不相一致的规定，以及《公司法》没有的规定。这些规定主要有：

（1）关于公司出资的特别规定。主要有：中外合资、合作经营企业的外方出资比例一般不得低于注册资本的 25%；中外合资、合作经营企业的出资可以在营业执照签发以后缴清，也采用分期缴付的办法；中外合资、合作经营企业的任何一方转让出资权益时，必须经其他各方的同意；中外合作经营企业的投资可以不计出资比例，而依约定分配收益和分担亏损；中外合资经营企业、外资企业的注册资本不得减少；中外合作经营企业的注册资本除因投资总额和生产规模等变化确需减少，并经审查机关批准减少的外，不得减少。

（2）关于公司设立程序的特别规定。主要有：中外合资、合作经营企业的设立申请，以合营（合作）企业协议、合同为必备文件；设立外商投资企业，必须经过国家对外贸易经济合作部或者国务院授权的部门和地方政府批准；外商投资企业必须确定一定的经营期限，报审查机关批准。

（3）关于公司组织机构的特别规定。主要有：中外合资、合作经营企业不设股东会 and 监事会；中外合作经营企业可以不设董事会，而设联合管理机构；中外合资、合作经营企业由合营（合作）一方担任董事长的，应由他方担任副董事长；中外合资经营企业的董事会人数由合营各方协商确定，董事会成员由合营各方委派和撤换，正副总经理（或正副厂长）由合营各方分别担任；外资企业的组织机构，可以由外商自己决定。

（4）关于公司收益分配制度的特别规定。中外合作经营企业可以在合同中约定外国合作者在合作期间先行回收投资的办法；合作企业还可以约定外国合作者在缴纳所得税前回收投资，但必须报经财政税务机关批准。

（5）关于公司解散和清算的特别规定。中外合资、合作经营企业的自愿解散，由董事会（或者合作企业的联合管理委员会）决定，报审批机关批准；中外合资经营企业解散时，由董事会提出清算的程序、原则和清算委员会人选，报企业主管部门审核并监督清算；中外合作经营企业可以约定，合作期满时，合作企业的全部固定资产归中国合作者所有，合作企业的债务由中外合作者按照约定承担责任。

第三节 有限责任公司

一、有限责任公司的特点

有限责任公司，是指股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。有限责任公司与股份有限公司有许多共同之处，如，实行资本三原则；按照股份份额进行表决和分配；股东对公司债务负有限责任；公司具有与股东个人相分离的法人人格。有限责任公司与股份有限公司相区别之处，在于它的相对封闭性。这种封闭性的显著标志有三：第一，股份不公开发行；第二，股份转让受一定限制；第三，股东人数受一定限制。这三条限制的本意在于保持公司成员相对稳定性，以增强其内部凝聚力。

有限责任公司为德国首创于 1892 年，以后为许多国家所采用。我国曾于 1979 年在《中外合资企业经营法》中正式采用有限责任公司的形式。1993 年又在《公司法》中设立有限责任公司的专章。实践证明，有限责任公司对于中小规模的企业是比较理想的模式，其优点在于：（1）投资者风险较小，易于筹集资本；（2）设立手续简易，机构简单，便于组织管理；（3）股东人数较少，相互了解信任，内部关系密切；（4）资本确定，人员稳定，对外信用牢固。在我国，由于股份有限公司的成立受到较多的法律限制和较严格的政府控制，以及国有企业股份化改组等原因，有限公司的形式也时常为大型企业所采用。

二、有限责任公司的设立

（一）公司设立的立法体例

关于公司设立制度的立法体例，历史上有四种类型：

1. 自由设立主义。亦称放任主义，指公司的设立任凭当事人自由决定，法律不加干涉。也就是说，在程序上不加任何限制，只要具备公司成立的实质条件，便当然地获得法律上的人格。此制盛行于中世纪后期的自由贸易时代。由于其流弊甚多，已为现代商法所不取。

2. 特许主义。指公司的设立需经国家元首颁发特许状（元首特许主义）或者国会通过特别法案（法律特许主义）予以授权。这种体例盛行于 17 世纪至 19 世纪。由于其失之过严，且机会不均，亦为现代商法所不用（英国除外）。

3. 核准主义。又称许可主义，指公司的设立须经行政当局核准。其核准的根据，当然是一定的法律，但行政机关有较大的自由裁量权。核准主义与特许主义的区别在于：核准权是行政权，而特许权是立法权；核准是执行一般的法律，而特许是颁布特别的法令。此制创始于 1673 年法国商事条例。由于其程序严格、繁琐，在现代西方各国的公司法中已属罕见，但在 20 世纪的一批实行计划经济体制的国家中曾被广泛采用。

4. 准则主义。指公司的设立，只要符合法律规定的条件，就可以取得法人资格。此制为 1862 年英国公司法首先采用，以后为大多数现代国家所接受。但多数国家规定，符合条件者仍须呈请登记。然登记与核准毕竟不同；登记只是公司成立的事实记载，而核准则是对公司成立与否的决定。准则主义虽有简易方便之利，却难免流于放任主义之虞，故现代商法倾向于准则主义的严格化，其主要表现为：详细规定公司成立条件；以完成登记为公司成立的前提，且登记机关有权进行审查（通常为形式审查）和决定是否予以登记（其决定以是否符合法定条件为准）；严格规定发起人的责任规范。

所以，学术上将旧时的准则主义称为单纯准则主义，将现代的准则主义称为登记准则主义或严格准则主义。

在我国，有限责任公司的设立制度，原则上采用登记准则主义。但是，在法律、行政法规有特别规定的情况下，适用核准主义（《公司法》第 11 条第 2 款、第 27 条第 2 款）。

（二）设立条件

根据《公司法》第 19 条的规定，有限责任公司的设立，应当具备如下条件：

1. 股东人数符合法律规定。即 2 人以上，不超过 50 人。股东可以是公民，也可以是法人或者其他营业组织。国家可以通过它授权的机构或者部门，成为有限责任公司的股东。（第 20 条）

2. 有限责任公司的注册资本必须是在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额。公司注册资本达到法定最低限额。具体限额为：（1）以生产经营为主的公司人民币 50 万元；（2）以商品批发为主的公司人民币 50 万元；（3）以商业零售为主的公司人民币 30 万元；（4）科技开发、咨询、服务性公司人民币 10 万元。特定行业的有限责任公司注册资本需要高于以上最低限额时，可以由法律、行政法规另行规定。（第 23 条）

股东出资的形式可以是货币，也可以是实物、工业产权、非专利技术、土地使用权。但是，除国家对采用高新技术成果有特别规定的，以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过公司注册资本的 20%。以非货币形式出资的，其用于出资的有形财产或无形财产必须进行评估作价，核实财产。评估作价时，不得高估，也不得低估。（第 24 条）

公司成立后，如发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额的，交付该项出资的股东负有补交差额义务。对于这项补交义务，公司设立时的其他股东承担连带责任。

（第 28 条）

3. 股东共同制订公司章程。有限责任公司的章程由全体股东订立，形式上要求有全体股东的签名、盖章。公司章程应当载明如下事项：（1）公司名称和住所；（2）公司经营范围；（3）公司注册资本；（4）股东的姓名或者名称；（5）股东的权利和义务；（6）股东的出资方式 and 出资额；（7）股东转让出资的条件；（8）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；（9）公司的法定代表人；（10）公司的解散事由与清算办法；（11）股东认为需要规定的其他事项。（第 22 条）

4. 有公司名称，并建立符合法律规定的组织机构。公司的名称必须标明有限责任公司字样（第 9 条第 1 款）。公司应当按照《公司法》第二章第二节的有关规定，建立公司的组织机构，即股东会、董事会（或执行董事）及经理、监事会（或监事）。

5. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

（三）设立程序

根据《公司法》和《公司登记管理条例》的规定，有限责任公司的设立程序如下：

1. 缴纳出资和验资。股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入准备设立的有限责任公司在银行开设的临时帐户；以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用

权出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。（第 25 条第 1 款）

股东不按上述规定缴纳所认缴的出资，应当向已足额缴纳出资的股东承担违约责任。（第 25 条第 2 款）

股东全部缴纳出资后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。（第 26 条）

2. 公司名称预先核准。设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关申请名称预先核准。申请时，应当提交下列文件：（1）公司全体股东签署的公司名称预先申请书；（2）股东的法人资格证明或者自然人的身份证明；（3）公司登记机关要求提交的其他文件。

公司登记机关应当自收到上述文件之日起 10 日内作出核准或者驳回的决定。决定核准的，应当发给《企业名称预先核准通知书》。（《公司登记管理条例》第 15 条）

预先核准的公司名称保留期为 6 个月。预先核准的公司名称在保留期内，不得用于从事经营活动，不得转让。（《公司登记管理条例》第 16 条）

3. 设立登记。设立有限责任公司，应当由全体股东指定的代表向公司登记机关申请设立登记。申请时，应当提交下列文件：（1）公司董事长签署的设立登记申请书；（2）全体股东指定代表或者共同委托代理人的证明；（3）公司章程；（4）具有法定资格的验资机构出具的验资证明；（5）股东的法人资格证明或者自然人身份证明；（6）载明公司董事、监事、经理的姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明；（7）公司法定代表人任职文件和身份证明；（8）企业名称预先核准通知书；（9）公司住所证明。法律、行政法规规定设立有限责任公司必须报经审批的，还应当提交有关的批准文件。（《公司登记管理条例》第 17 条）

公司申请登记的经营范围中有法律、行政法规规定必须报经审批的项目的，应当在申请登记前报经国家有关部门批准。（第 11 条第 2 款）

公司章程有违反法律、行政法规的内容的，公司登记机关有权要求公司作相应修改。（《公司登记管理条例》第 20 条）

公司登记机关对符合条件的予以核准登记，发给《企业法人营业执照》，公司即告成立。营业执照的签发日期，为公司成立日期。公司成立后，凭营业执照刻制印章，开立银行帐户，申请纳税登记。（《公司登记管理条例》第 22 条）

三、有限责任公司的股权

（一）股权证书

有限责任公司成立后，应当向股东签发由公司盖章的出资证明书。出资证明书应当载明如下事项：（1）公司名称；（2）公司登记日期；（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。（第 30 条）

公司还应当置备股东名册，载明如下事项：（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。（第 31 条）

股东有权查阅股东会会议记录和公司财务会计报告，并享有按出资比例分取红利和公司新增资本时优先认缴出资的权利。（第 32、33 条）

（二）股权转让

根据资本维持原则，《公司法》第 34 条规定，公司成立后，股东不得抽

回出资。所谓抽回出资，就是退股，即股东要求公司购买其股份。公司法不允许股东向公司转让股份，但允许股东向本公司的其他股东或者本公司股东以外的其他人转让股份。

有限责任公司内部的股份转让不受限制。《公司法》第 35 条规定，股东之间可以相互转让其全部或部分出资。所谓转让出资，实际上就是指转让股权。

由于有限责任公司的相对封闭性，股东对外转让股权要受到一定的限制。所以，《公司法》第 35 条规定，股东向股东以外的人转让其出资时，必须经全体股东过半数同意。与此同时，为了保护股东的转让自由，该条又规定，不同意转让的股东应当购买该转让的出资；如果不购买该转让的出资，视为同意转让。这意味着，一个股东除了行使优先购买权以外，无法阻止别的股东对外转让股份。因为，如果他表示不同意对外转让，同时又不购买，就会被视为同意，从而被计入同意者的名单。这样，当表示同意的和被视作同意的人数超过了股东总人数的一半时，就算是获得了过半数同意。所以，对于股东对外转让股份的表决，只会有两种结果：一是股东行使优先购买权，使对外转让变为对内转让；二是股东同意对外转让，即同意接纳新的股东加入公司。

在股东对外转让股份获得同意的情况下，其他股东还可以行使优先购买权。《公司法》第 35 条规定，对于经同意转让的出资，其他股东有同等条件下的优先购买权。这意味着，如果被出让股权的出让价格于表决时尚不确定，或者事后对外议定的出让价格低于表决时声明的价格，那么，即使出让人在得到同意以后与外部受让人达成了股份转让协议，公司的其他股东仍然可以行使优先购买权。

四、有限责任公司的组织机构

大体上说，有限责任公司的组织机构包括三部分：股东会、董事会及经理、监事会，即权力机构、执行机构和监察机构。总的说来，有限责任公司的组织机构比股份有限公司的精简。为适应小型企业的需要，《公司法》还规定，有限责任公司的执行机构和监察机构可以减至一名执行董事和一名监事。

（一）股东会

1. 股东会的组成和职权。股东会是公司的最高权力机关，由公司全体股东组成。（第 37 条）

股东会行使以下职权：（1）决定公司的经营方针和投资计划；（2）选举和更换董事，决定有关董事的报酬事项；（3）选举和更换由股东代表出任的监事，决定有关监事的报酬事项；（4）审议批准董事会的报告；（5）审议批准监事会或者监事的报告；（6）审议批准公司年度财务预算方案、决算方案；（7）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（8）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（9）对发行公司债券作出决议；（10）对股东向股东以外的人转让出资作出决议；（11）对公司的合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；（12）修改公司章程。（第 38 条）

2. 股东会会议的召开。股东会会议为全体股东出席的会议。分为定期会议和临时会议。定期会议按照公司章程的规定按时召开，每年至少 1 次，可以为 2 次或数次。临时会议在定期会议闭会期间应股东、董事或者监事的提议召开。《公司法》规定，有权提议召开临时会议的人员为：（1）代表 1/4

以上表决权的股东，或者（2）1/3 以上董事，或者（3）任何一名监事。（第 43 条第 1、2 款）

股东会会议的召集人，除首次会议由出资最多的股东召集和主持外，应由董事会召集，董事长主持。董事长因特殊情况不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或者其他董事主持。（第 43 条第 3 款）

召开股东会会议，应于会议召开 15 日以前通知全体股东。（第 44 条第 1 款）

股东会应当对所议事项的决定作成会议记录。凡出席会议的股东均应在会议记录上签名。（第 44 条第 2 款）

3. 股东会的表决程序。股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的以外，由公司章程规定。（第 39 条第 1 款）

股东会对公司增加或者减少注册资本、分立、合并、解散或者变更公司形式作出的决议，以及修改章程的决议，必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过。（第 39 条第 2 款）

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。（第 41 条）

（二）董事会（执行董事）及经理

1. 董事会的组成和职权。董事会是公司的业务执行机关。《公司法》第 45 条规定，有限责任公司的董事会成员为 3 人至 13 人，由股东会选出的董事组成。董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1 至 2 人。董事长为公司的法定代表人。

董事任期和董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。但是，董事每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可以连任。董事在任期届满前，股东会不得无故解除其职务。（第 47 条）

董事会对股东会负责，行使下列职权：（1）负责召集股东会并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的年度财务预算方案、决算方案；（5）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（6）制订公司增加或者减少注册资本的方案；（7）拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；（8）决定公司内部管理机构的设置；（9）聘任或解聘公司经理（总经理）、副经理、财务负责人，并决定其报酬事项；（10）制定公司的基本管理制度。（第 46 条）

2. 董事会会议。董事会会议的议事方式和表决程序，除《公司法》有规定的以外，由公司章程规定。（第 49 条第 1 款）

董事会会议由董事长召集和主持；董事长因特殊情况不能履行职务时，由董事长指定副董事长或者其他董事召集和主持。1/3 以上董事可以提议召开董事会会议。（第 48 条）

召开董事会会议，应当于会议召开 10 日前通知全体董事。（第 49 条第 2 款）

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。（第 49 条第 3 款）

3. 经理。经理是公司法规定的必设机构，是董事会的助理机关。经理对董事会负责，行使下列职权：（1）主持公司的日常经营管理工作，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）聘任或

者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员；(8) 公司章程或者董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。(第 50 条)

4. 执行董事。有限责任公司股东人数较少和规模较小的，可以设一名执行董事，不设立董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权，应参照《公司法》第 46 条关于董事会职权的规定，由公司章程规定。(第 51 条第 1、2 款)

在公司不设董事会的情况下，执行董事为公司的法定代表人。(第 51 条第 3 款)

(三) 监事会(监事)

监事会是公司的监督机关。公司经营规模较大的，设立监事会，其成员不少于 3 人。监事会自行推选召集人 1 名。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。(第 52 条第 1、2 款)

公司股东人数较少和规模较小的，可以设 1 至 2 名监事，不设监事会。(第 52 条第 3 款)

董事、经理和财务负责人不得兼任监事。(第 52 条第 4 款)

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。(第 53 条)

监事会或者监事的职权为：(1) 检查公司财务；(2) 对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；(3) 当董事和经理的行为损害公司利益时，要求董事和经理予以纠正；(4) 提议召开临时股东大会；(5) 公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。(第 54 条)

(四) 董事、监事、经理的任职资格和义务、责任

1. 关于董事、监事、经理的任职资格的禁止性规定。《公司法》规定，有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、经理：(1) 无民事行为能力或者限制民事行为能力；(2) 因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，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) 担任因经营不善破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，并对该公司、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。(第 57 条第 1 款)

公司违反上述规定选举、委派董事、监事或者聘任经理的，该选举、委派或者聘任无效。(第 57 条第 2 款)

国家公务员不得兼任公司的董事、监事、经理。(第 58 条)

2. 董事、监事、经理的义务、责任。《公司法》对公司董事、监事、经理的义务、责任，有如下规定：

董事、监事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利，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。(第 59 条)

董事、经理不得挪用公司资金或者将公司资金贷给他人，不得将公司资产以其个人名义或者其他个人名义开立帐户存储，不得以公司资产为本公司的股东或者其他个人债务提供担保。(第 60 条)

董事、经理不得自营或者为他人经营与其公司同类的营业或者从事其他

有损公司利益的活动，从事这类营业或活动所得的收入，应当归公司所有。董事、经理非经公司章程许可或董事会同意，不得与本公司进行交易。（第 61 条）

董事、监事、经理除依照法律规定或者经股东会同意外，不得泄露公司秘密。（第 62 条）

董事、监事、经理违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损害的，应当承担赔偿责任。（第 63 条）

以上规定，也适用于股份有限公司的董事、监事、经理。

五、有限责任公司的资本变动

（一）增加注册资本

公司为扩大经营规模和拓展业务，可以依法增加注册资本（简称“增资”）。公司增资，按照以下程序进行：

1. 股东会决议。公司增资，应当由董事会（执行董事）制订增加注册资本的方案，提交股东会议决。（第 38、46 条）增资方案应写明增资的目的和用途、增资的数额、以及增资的方法。其中，增资的方法可以为内部认缴（即由原有的股东认购新增的股份），也可以为外部认缴（即吸收新股东向公司投资），也可以内外结合（即部分新股由原有股东认购，部分由新股东认购）。内部股东的认购数额，可以按原有的出资比例，也可以约定新的出资比例。

增资方案经代表 2/3 以上表决权的股东通过后，由股东会作出增资和修改公司章程的决议。（第 39 条第 2 款）

2. 缴纳出资。新增出资的缴纳，应当执行《公司法》第 24、25 条关于注册资本和缴纳出资的规定。出资缴纳完毕后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。（第 187 条）

3. 申请变更登记。根据《公司登记管理条例》第 28 条的规定，公司应当自新增出资缴足之日起 30 日内向公司登记机关申请变更注册资本的登记，申请时应当提交变更登记申请书、公司增资决议、验资证明，以及修改后的公司章程或者公司章程修正案。如为股份有限公司，还应提交国务院授权部门或者省级政府的批准文件；以募集方式增资的，还应提交国务院证券管理部门的批准文件。

如因增资而吸收新股东加入，还应当同时申请变更股东的登记。申请时应当提交新股东的法人资格证明或者自然人身份证明。

（二）减少注册资本

公司因资本过剩或者实际资产减少，可以依法减少注册资本（简称“减资”）。所谓资本过剩，指公司原有资本规模超过公司经营规模的实际需要，形成资本的闲置，故有减资的必要。所谓实际资产减少，指公司因严重亏损或者财产严重贬值，造成公司注册资本严重地名不副实；在这种情况下，如不能以其他办法加以弥补，可通过减资来维持公司资信。一般说来，以资本过剩为理由的减资由于涉及到退还股本金，往往有抽回出资之嫌，故需从保护债权人的立场严加控制。

公司减资必须按照下列程序进行：

1. 股东会决议。公司减资，应当由董事会（执行董事）制订减资方案，提交股东会议决（第 38、46 条）。减资方案应写明公司减资后的注册资本、减资后的股权比例安排、以及减资后对债权人利益的保护。其中，公司减资后的注册资本，不得低于法定的最低限额（第 186 条第 2 款）。

减资方案经代表 2/3 以上表决权的股东通过后，由股东会作出减资和修改公司章程的决议。（第 39 条第 2 款）

2. 编制财务文件。董事会在制订减资方案的同时，必须编制资产负债表及财产清单，供股东会、债权人和主管机关随时查阅。（第 186 条第 1 款）

3. 通知和公告。公司应当自作出减资决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告三次。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 90 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。（第 186 条第 2 款）

4. 申请变更登记。根据《公司登记管理条例》第 28 条的规定，公司应当自减资决议作出之日起 90 日后向公司登记机关申请变更注册资本的登记。申请时应当提交变更登记申请书、公司减资决议、验资证明、公司在报纸上登载公司减资公告至少三次的有关证明、公司债务清偿或者债务担保情况的说明，以及修改后的公司章程或者公司章程修正案。

六、有限责任公司的转化

公司转化，又称公司变更类型，指公司在不丧失法人资格的前提下转变为另一法定形态的公司。这是公司根据市场变化和自身需要而进行自我调整、自我完善的一种方式。

目前，我国《公司法》只规定了有限责任公司向股份有限公司的转化。这实际上属于公司为扩大经营规模而进行的转化。这种转化的方法，包括股份转换和增资扩股两个环节。所谓股份转换，就是将公司原有的股份转换为股份有限公司股份。增资扩股，除了公司的原有股东认购新股外，也可以吸收新的股东或者向社会公开募股。所以，从某种意义上讲，有限责任公司转化为股份有限公司，实质上属于股份有限公司设立的一种方式，因而应当适用股份有限公司设立的有关规定。我国《公司法》第 98 条、第 99 条的规定，就体现了这一精神。其中，主要包含了三条基本规则：

1. 有限责任公司的转化，应当适用股份有限公司设立的条件和程序。例如，注册资本不得低于股份有限公司的法定最低限额，发起人不得少于 5 人，等等。但是，公司转化在办理登记时，只需申请变更登记。这也体现了公司转化手续较便捷，成本较低的优点。

2. 有限责任公司转化时，折合的股份总额应当相当于公司的净资产额。也就是说，原有股份在折算成股份有限公司股份时，必须以原公司的净资产额（即公司资产总额减去负债总额）为基准。只有这样，才符合资本确定和资本充实的原则。

3. 有限责任公司转化时，向社会募集股份应当依法进行。这主要是指：向国务院证券管理部门递交募股申请，并报送有关文件，由国务院证券管理部门批准；同依法批准设立的证券经营机构签订承销股票的协议；公告招股说明书和财会报表等文件，制作认股书，等等。

有限责任公司转化后，其原有的债权、债务由转化形成的股份有限公司承继。（第 100 条）

七、国有独资公司

（一）国有独资公司的概念

国有独资公司是指国家授权投资的机构或者国家授权的部门（以下简称“国家授权机构”）单独投资设立的有限责任公司（第 64 条第 1 款）。其特点有二：

第一，投资者主体的单一性和法定性。即它的投资者只有一个，而且只能是法律规定的国家授权机构。这是国有独资公司与一般的有限责任公司相区别之处。

第二，投资者责任的有限性。即它的投资者对公司债务承担有限责任。这是国有独资公司与一般的独资企业相区别之处。

《公司法》规定，国务院确定的生产特殊产品的公司或者属于特定行业公司，必须采用国有独资公司的形式。（第 64 条第 2 款）

（二）国有独资公司的成立

国有独资公司的章程由授权机构依照《公司法》的规定制定，或者由董事会制订，报授权机构批准。国有独资公司设立登记的申请人为国家授权机构。（第 65 条）

（三）国有独资公司的组织机构

国有独资公司不设股东会和监事会。其投资者权利由国家授权机构行使。（第 66 条）

国有独资公司设董事会。董事会每届任期 3 年。董事会成员为 3 至 9 人，由国家授权机构委派或者更换。董事会成员中应当有公司职工民主选举的职工代表。董事会设董事长 1 人，可以视需要设副董事长，均由国家授权机构从董事会成员中指定。董事长为公司的法定代表人。（第 68 条）

国有独资公司的董事会，除了行使有限责任公司董事会的一般职权外，还被授权行使有限责任公司股东会的一部分职权（但不包括必须由国家授权机构行使的对公司合并、分立、解散、增减资本和发行公司债券的决定权）。

（第 66 条）

国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。（第 69 条）

国有独资公司的董事、经理，一律不得兼任其他公司或经营组织的负责人。（第 70 条）

（四）国有独资公司的资产管理

国家授权机构依法对国有独资公司的国有资产实施监督管理。（第 67 条）

国有独资公司的资产转让，由国家授权机构依法办理审批和财产权转移手续。

经营管理制度健全、经营状况较好的大型国有独资公司，可以经国务院授权，行使资产所有者的权利。（第 71 条）

（五）国有独资公司的法律适用

国有独资公司是一种特殊的有限责任公司。因此，国有独资公司的法律适用，在《公司法》及其他法律、行政法规有特殊规定时，适用其特殊规定；无特殊规定时，适用有限责任公司的规定或者对所有公司适用的共同规定。

第四节 股份有限公司

一、股份有限公司的概念

股份有限公司是指全部资本分为等额股份，股东以其所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。股份有限公司是完全的资合公司（即资本的集合体），实行股份等额化（及证券化）和转让自由化，对股东身份、资格和最高人数都没有限制，因而能够广集资金，扩大规模，并保持公司人格的独立性、永存性。股份有限公司是现代企业制度最典型的形式。

股份有限公司的雏形，是 1602 年荷兰的东印度公司和 1613 年英国的东印度贸易公司。当时，这些公司都是由政府特许成立的。自产业革命以后，股份有限公司风行西方各国，成为现代企业的主要组织形式。其设立制度也逐渐由特许主义、核准主义转为准则主义。成熟的现代股份有限公司，有以下主要特点：（1）资本证券化，全部资本分为等额股份，以股票形式公开发行，并允许自由转让；（2）个人财产与企业财产相分离，股东除了负出资义务外，对公司债务不承担任何责任；（3）所有权与经营权相分离，股东虽有资本所有权却没有业务执行权，股东会不参与经营，企业经营权由董事会和经理掌握。

二、股份有限公司的设立

（一）设立条件

按照我国《公司法》的规定，设立股份有限公司应具备五个条件：（1）发起人符合法定人数；（2）发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定最低限额；（3）股份发行、筹办事项符合法律规定；（4）发起人制订公司章程，并经创立大会通过；（5）有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；（6）有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。（第 73、78 条）

在上述条件中，发起人、章程和资本（股份）被认为是股份有限公司设立的三大基本要素。

1. 发起人。发起人就是发起并从事创办公司的人。在公司设立阶段，发起人对外代表设立中的公司。发起人的行为，经成立后的公司确认的，其效果归属于公司。发起人可以是自然人，也可以是法人，还可以是政府。自然人作为发起人的，必须具有完全行为能力的人。

发起人的人数，应当有 5 人以上，其中须有过半数在中国境内有住所。但是，国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于 5 人，但须采取募集设立方式。（第 75 条）

发起人的主要职责是制订章程、募集股份和履行设立公司的各种法定手续。发起人负有依法认购其应认购的股份的义务。

发起人应当承担下列责任：（1）公司不能成立时，对设立行为所产生的债务和费用负连带责任；（2）公司不能成立时，对认股人已缴纳的股款，负返还股款并加付同期银行存款利息的义务；（3）在公司设立过程中，因自己的过失使公司利益受到损害的，应当对公司承担赔偿责任。（第 97 条）

2. 章程。章程是为支配和管理公司事务而约束全体股东，并规范公司的组织和活动的根本准则。章程由全体发起人共同制订，经创立大会通过，随设立申请文件报送公司登记机关，于公司获准登记时生效。

股份有限公司的章程应当载明以下事项：（1）公司的名称和住所；（2）

公司的经营范围；（3）公司设立方式；（4）公司股份总数、每股金额和注册资本；（5）发起人的姓名和名称、认购的股份数；（6）股东的权利和义务；（7）董事会的组成、职权、任期和议事规则；（8）公司的法定代表人；（9）监事会的组成、职权、任期和议事规则；（10）公司利润分配办法；（11）公司的解散事由与清算办法；（12）公司的通知和公告办法；（13）股东大会认为需要规定的其他事项。（第 79 条）

3. 资本。资本是公司赖以生存的财产基础和信用基础。为保证资本的确定和充实，公司法规定，除发起人可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作为出资外，股东只能以金钱作为出资。发起人的非金钱出资，必须进行评估作价，核实财产，并折合为股份。发起人以工业产权、非专利技术出资的金额不得超过公司注册资本的 20%。（第 80 条）

《公司法》第 78 条规定，股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的实收资本总额。这意味着，股份有限公司的注册资本必须于公司成立时全部募足并缴足。

该条还规定，股份有限公司注册资本的最低限额为人民币 1000 万元，但是，法律、行政法规对法定最低限额另有高于此数额的规定时，从其规定。

（二）设立方式

股份有限公司的设立方式有发起设立和募集设立两种。无论以何种方式设立，都必须首先经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准。（第 74、77 条）

1. 发起设立。发起设立，是指由发起人自行认购公司应发行的全部股份而设立公司。按照《公司法》的规定，发起设立的程序包括以下要点：

（1）发起人认购股份。发起人在获得政府主管机关的批准以后，应当认购公司应发行的全部股份。认购采用书面形式，载明认股人的姓名或名称、住所、认股数、应交股款金额、出资方式，由认股人填写并签名（盖章）。认购书具有承诺的性质，一经填妥并签署，即具有法律上的约束力。

全部发起人所认购的股份总数，应当等于公司应发行的全部股份。发起人认购的股份数小于公司应发行的全部股份数时，有 5 种解决办法：原发起人增加自己的认购数；吸收新的发起人，由新发起人认购全部尚未被认购的股份；在不低于法定最低资本限额的情况下，改变原定的公司资本总数，使之与实际认购数一致，并报原批准机关批准；改为募集方式设立，报有关主管机关批准；公司不成立。

（2）发起人缴清股款。发起人在认购股份之后，应当缴纳自己所认购股份的全部股款。发起人以货币出资的，应当缴付现金。发起人以实物、工业产权、非专利技术或者土地使用权抵作股款的，应当依法评估作价，并办理财产权转移手续，使之转归公司所有。

发起人缴清股款后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。（第 82 条）

（3）召开创立大会。发起人缴清全部股款并验资后，应当召开创立大会，选举董事会和监事会，创立大会的程序，参照《公司法》第 92 条关于募集设立的股份有限公司创立大会的规定进行。

（4）申请设立登记。董事会应于创立大会结束后 30 日内，向公司登记机关报送下列文件，申请设立登记：公司董事长签署的设立登记申请书；国务院授权部门或者省级人民政府的批准文件；创立大会的会议记录；

公司章程； 筹办公司的财务审计报告； 具有法定资格的验资机构出具的验资证明； 发起人的法人资格证明或者自然人身份证明； 载明公司董事、监事、经理姓名、住所的文件以及有关委派、选举或者聘用的证明； 公司法定代表人任职文件和身份证明； 企业名称预先核准通知书；(11)公司住所证明。其中，企业名称预先核准的申请，应当在发起设立之初，由全体发起人的代表或代理人提出（所需文件与有限责任公司相同）。（《公司登记管理条例》第 18 条）

公司登记机关自接到股份有限公司设立申请之日起 30 日内作出是否予以登记的决定。对符合《公司法》规定条件的，发给公司营业执照。公司以营业执照签发日期为成立日期。公司成立后，应当进行公告。（第 95 条）

2. 募集设立。募集设立，是指发起人认购应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而成立公司。募集设立的程序，包括以下要点：

（1）发起人认购股份。发起人在获得政府主管机关的批准以后，应当认购公司应发行的股份。在募集设立的情况下，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%。发起人只有在缴足所认购的出资以后，才能够向社会公开募集股份。（第 83 条）

（2）制作招股说明书。招股说明书是发起人对非特定人表示募股意思并披露有关事实的书面陈述，是申请募股的必备文件。招股说明书只有经过国务院证券管理部门批准，才能予以公告。招股说明书应当附有发起人制订的公司章程，并载明如下事项： 发起人认购的股份数； 每股的票面金额和发行价格； 无记名股票的发行总数； 认股人的权利、义务； 本次募股的起止日期及逾期未募足时认股人可撤回所认股份的说明。（第 87 条）

（3）签订承销协议和代收股款协议。发起人向社会公开募集股份，应当同依法设立的证券经营机构签订承销协议，并且同银行签订代收股款协议。（第 89、90 条）

（4）申请批准募股。发起人向社会公开募集股份时，必须向国务院证券管理部门递交募股申请，并报送下列主要文件： 批准设立公司的文件； 公司章程； 经营估算书； 发起人的姓名或者名称，发起人认购的股份数、出资种类及验资证明； 招股说明书； 代收股款银行的名称及地址； 承销机构名称及有关的协议。未经国务院证券管理部门批准，发起人不得向社会公开募集股份。国务院证券管理部门根据募股申请是否符合《公司法》的规定，决定是否予以批准；对已作出的批准，事后发现不符合规定的，应当予以撤销。（第 84、86 条）

（5）公开募股。发起人获准募股后，应当公告招股说明书，并制作认股书。认股书应载明招股说明书所列事项，由认股人填写所认股数、金额、住所，并签名、盖章。认股人按照所认股数缴纳股款。（第 88 条）

认股人缴纳股款后，如有以下情况之一发生，有权要求发起人返还所缴股款并加算银行同期存款利息： 招股说明书规定的募股期限届满，而股份尚未募足； 在全部股款缴足后 30 日内未召开创立大会； 公司创立大会作出不设立公司的决定； 国务院证券管理部门撤销募股批准。（第 86、91、92、97 条）

发行股份的股款缴足后，必须经法定的验资机构验资并出具证明。（第 91 条）

（6）召开创立大会。认股人缴清股款并验资完毕后，发起人应当在 30

日内主持召开公司创立大会。创立大会由认股人组成。发起人应于创立大会召开前 15 日内通知或公告会议日期。会议应有代表股份总数 1/2 以上的认股人出席，方可举行。创立大会的职权为： 审议发起人关于公司筹办情况的报告； 通过公司章程； 选举董事会成员； 选举监事会成员； 对公司的设立费用进行审核； 对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核； 发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。创立大会就上述事项作出决议，须经出席会议的认股人所持表决权的半数以上通过。（第 91、92 条）

（7）申请设立登记。董事会应于创立大会结束后 30 日内，申请设立登记。申请时应提交的文件，除发起设立时应当提交的全部文件外，还应当提交国务院证券管理部门的批准文件。（第 94 条）

公司登记机关自接到股份有限公司设立申请之日起 30 日内作出是否予以登记的决定。对符合《公司法》规定条件的，发给公司营业执照。公司以营业执照签发日期为成立日期。公司成立后，应当进行公告，并将募集股份情况报国务院证券管理部门备案。（第 95 条）

三、股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构由三部分组成：股东大会、董事会和监事会。

（一）股东大会

1. 股东大会的组成和职权。股东大会由全体股东组成，是公司的权力机构。股东大会行使以下职权：（1）决定公司的经营方针和投资计划；（2）选举和更换董事，决定有关董事的报酬事项；（3）选举和更换由股东代表出任的监事，决定有关监事的报酬事项；（4）审议批准董事会的报告；（5）审议批准监事会的报告；（6）审议批准公司年度财务预算方案、决算方案；（7）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（8）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（9）对发行公司债券作出决议；（10）对公司的合并、分立、解散和清算等事项作出决议；（11）修改公司章程。（第 103 条）

2. 股东大会的召开。股东大会应当每年召开一次年会。此外，有下列情形之一的，应当在 2 个月内召开临时股东大会：（1）董事人数不足法定或章程规定人数的 2/3；（2）公司未弥补的亏损达到股本总额的 1/3；（3）持有公司股份 10% 以上的股东请求召开；（4）董事会认为有必要召开；（5）监事会提议召开。（第 104 条）

股东大会会议由董事会召集，董事长主持。董事长因特殊原因不能履行职务时，由董事长指定的副董事长或者其他董事主持。召开股东大会，应当将会议审议的事项于会议召开 30 日以前通知各股东。临时股东大会不得对通知中未列明的事项作出决议。（第 105 条第 1 款）

发行无记名股票的公司，其股东大会的召开应当于 45 日以前公告。无记名股票的持有人出席股东大会的，应于会议召开 5 日前至会议闭幕期间将股票交存于公司。（第 105 条第 2、3 款）

3. 股东大会的表决程序。股东大会的表决，实行一股一票原则，即每一股份有一表决权。股东大会作出决议，必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过。股东大会对公司合并、分立或者解散公司作出决议，以及公司修改章程，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。（第 106、107 条）

股东可以委托代理人出席股东大会，代理人应当向公司提交股东的授权

委托书，并在授权范围内行使表决权。（第 108 条）

股东大会应当对所议事项的决定作成会议记录，由出席会议的董事签名。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。（第 109 条）

4. 股东的权利。股东除享有股东大会的出席权和表决权外，在股东大会开会和闭会期间均享有如下权利：

（1）查阅权。股东有权查阅公司章程、股东大会会议记录和公司财务会计报告。（第 110 条）

（2）建议权、质询权。股东有权对公司的经营提出建议或者质询。这里所说的质询，是指对董事会、经理的经营行为提出疑问并要求解答。（第 110 条）

（3）诉权。股东大会、董事会的决议违反法律、行政法规，侵犯股东合法权益的，股东有权向人民法院提起要求停止该违法行为或侵害行为的诉讼。（第 111 条）

（二）董事会及经理

1. 董事会的组成和职权。董事会是公司的业务执行机关。董事会的成员为 5 至 19 人。董事会对股东大会负责，行使下列职权：（1）负责召集股东大会，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、结算方案；（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的方案以及发行公司债券的方案；（7）拟订公司合并、分立、解散的方案；（8）决定公司内部管理机构的设置；（9）聘任或解聘公司经理，根据总经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；（10）制定公司的基本管理制度。（第 112 条）

董事会设董事长 1 人，可以设副董事长 1 至 2 人，均由全体董事以过半数选举产生。董事长为公司的法定代表人。董事长行使以下职权：（1）主持股东大会和召集、主持董事会会议；（2）检查董事会决议的实施情况；（3）签署公司股票、公司债券。在公司需要时，董事长可以经董事会授权，在董事会闭会期间行使董事会的部分职权。（第 113、114、120 条）

董事任期由章程规定，但每届不得超过 3 年。董事在任期届满前，股东大会不得无故解除其职务。（第 115 条）

2. 董事会会议。董事会每年度至少召开 2 次会议，每次会议应当提前 10 日通知全体董事。董事会召开临时会议，可以另行决定召集会议的通知方式和通知时限。（第 116 条）

董事会会议应由 1/2 以上的董事出席方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。（第 117 条）

董事应本人出席董事会会议。董事因故不能出席的，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权事项（第 118 条）。授权事项中，可以包括代为行使表决权。

董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、法规或公司章程，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。但是，根据会议记录的记载，证明在表决时曾表明异议的董事，可以免除责任。（第 118 条第 3 款）

3. 经理。股份有限公司设经理，由董事会聘任或者解聘。经理作为辅助

董事会执行业务的人员，对董事会负责，行使下列职权：（1）主持公司的日常经营管理工作，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）聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员；（8）公司章程或者董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。（第 119 条）

公司董事会可以决定，由董事会成员兼任经理。（第 120 条第 2 款）

（三）监事会

股份有限公司设立监事会，其成员不得少于 3 人。监事会应在其成员中推选 1 名召集人。（第 124 条第 1 款）

监事会是公司的监督机关，由股东代表和适当比例的公司职工代表组成，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工民主选举产生。董事、经理和财务负责人不得兼任监事。（第 124 条第 2、3 款）

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。（第 125 条）

监事会行使下列职权：（1）检查公司的财务；（2）对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；（3）当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正；（4）提议召开临时股东大会；（5）公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。（第 126 条）

监事会的议事方式和表决程序由公司章程规定。（第 127 条）

（四）董事、监事、经理的任职资格和义务、责任

董事、经理应当遵守公司章程，忠实履行职务，维护公司利益，不得利用在公司的地位和职权为自己谋取私利。（第 123 条）

监事应当依照法律、行政法规、公司章程，忠实履行监督职责。（第 128 条）

《公司法》关于有限责任公司董事、监事、经理的任职资格和义务、责任的规定（第 57～63 条），适用于股份有限公司的董事、监事、经理。（第 123、128 条）

四、股份有限公司的股份发行和转让

（一）股份发行

股份发行是公司向社会筹集资金的行为。与此相对应的是投资者的认购行为。通过发行和认购，投资者承担出资义务，并且在履行出资义务的基础上取得股东的地位和权利。公司在成立前可以为募集资本而发行股份，成立后可以为扩充资本而发行新股。有关股份发行的规则，主要有以下各项：

1. 股东平等原则。股东平等原则是现代股份有限公司法上的一项重要原则。其精神实质是股权平等，即股东依其所持有的股份，平等地享受权利和承担义务。这就是所谓“一股一权主义”。所以，股份有限公司的股东平等，完全体现为股权之间的平等。

根据这一原则，我国《公司法》规定，股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。公司的股份采取股票的形式。并规定，股份的发行，实行公开、公平、公正的原则，必须同股同权，同股同利。同次发行的股票，每股的发行条件和价格应当相同。任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同价额。（第 129、130 条）

2.股票发行价格。《公司法》第 131 条规定，股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额（即股票溢价发行），但不得低于票面金额。

股票溢价发行的，必须经过国务院证券管理部门批准。股票溢价发行所得的溢价款，应当列入公司资本公积金。

3.股票的形式。股票一般采用纸面形式。股票应载明以下事项：（1）公司名称；（2）公司登记成立的日期；（3）股票种类、票面金额及代表的股份数；（4）股票的编号。股票应由董事长签名，公司盖章。发起人的股票，应当标明发起人股票字样。（第 132 条）

4.股票的记名和无记名。《公司法》第 133 条规定，公司向发起人、国家授权投资机构、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、机构或者法人的名称。凡属发起人、机构、法人的股票，不得另立户名或者以代表人姓名记名，以避免发起人逃避财产责任和防止将公有股权化为私有。公司对社会公众发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。

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）各股东取得其股份的日期。（第 134 条）

5.股票的交付。公司向股东交付股票的时间，必须在公司成立之后。公司成立前不得向股东交付股票。（第 136 条）

6.新股发行。公司发行新股，应当具备以下条件：前一次发行的股份已经募足，并间隔 1 年以上；公司在最近 3 年内连续盈利，并可向股东支付股利；公司在最近 3 年内财务会计文件无虚假记载；公司预期利润率可达同期银行存款利率。其中，第 2 项所称的“股利”，指以现金或股票形式对股东进行的利润分配。公司以当年利润对股东分派新股时，不受上述第 2 项的限制（例如，公司去年无盈利，今年盈利，则不妨以分派新股的方式对股东进行利润分配）。（第 137 条）

新股发行，必须实施以下步骤：

（1）发行决议。公司发行新股，股东大会应当对下列事项作出决议：发行新股的种类及数额；新股发行价格；新股发行的起止日期；向原有股东发行的办法。（第 138 条）

（2）申请批准。股东大会作出发行新股的决议后，董事会必须向国务院授权的部门或者省级人民政府申请批准。属于向社会公开募集的，须经国务院证券管理部门批准。（第 139 条）

（3）发行准备。公司经批准向社会公开发行新股时，应当公告新股招股说明书和财务会计报表及附属明细表，并制作认股书。如系向社会公开发行，还应当由依法设立的证券经营机构承销，签订承销协议。（第 140 条）

公司发行新股，可根据公司连续盈利情况和财产增值情况，确定其作价方案。（第 141 条）

（4）登记和公告。公司发行新股募足股款后，应当向公司登记机关办理变更登记，并予以公告。（第 142 条）

（二）股份转让

股份有限公司的股份转让，是指公司股份的持有人在自愿和平等协商的基础上，将自己的股份转让给他人的民事法律行为。从商法的角度讲，股份转让是以股票所代表的公司股份为标的的特殊交易。股份转让除了应遵守有关民事法律行为的一般民法规则外，还应当适用公司法的一些特别规定。这

些特别规定主要包括以下各项：

1. 股份持有人的转让自由。《公司法》第 143 条规定，股东持有的股份可以依法转让。原则上，股东享有转让股份的自由。但是，为保护交易当事人和公司的合法权益，法律对股份转让设定了一些规则，当事人必须遵守。

《公司法》第 147 条规定，发起人持有本公司股份的，自公司成立之日起 3 年内不得转让。公司董事、监事、经理所持有的股份，必须向公司申报，并禁止在任职期间转让。这是公司法对“内部人”的股份转让自由作出的限制。这样规定，有利于防止他们利用内部人地位炒作公司股票，牟取暴利和损害公众以及公司的利益。

2. 股份转让场所。股东转让股份，必须在依法设立的证券交易所进行。（第 144 条）

3. 记名股票的转让。记名股票，由股东以背书方式或者其他合法方式转让。记名股票的转让，由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司股东名册。记名股票转让后未记载于公司股东名册的，不得以其转让对抗公司，也就是说，未记载于股东名册的记名股票受让人对公司主张权利时，公司有权拒绝。在股东大会召开前 30 日内或者公司决定分配股利的基准日前 5 日内，不得进行以股票转让为原因的股东名册变更登记。（第 145 条）

4. 无记名股票的转让。无记名股份的转让，采用交付生效，只要股东在依法设立的证券交易场所将股票交付给受让人，即发生转让效力。（第 146 条）

5. 对公司收购行为的限制。原则上，公司不能收购自己的股票。作为例外，《公司法》第 149 条允许公司在为减少资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并的情况下收购本公司股票，但是，公司在收购以后，必须于 10 日内注销所收购的股票，并依法办理变更登记并予以公告。

为防止当事人规避上述规则，该条还规定，公司不得接受本公司的股票作为抵押权的标的。因为，在以接受本公司股票作为抵押的情况下，一旦抵押权实现，该股票即转归本公司所有。这实际上是变相的股票买卖。

6. 记名股票挂失。从一般理论上讲，股权附着于股票；失去股票，即丧失股权。但是，如前所述，记名股票的股东权利并不完全依附于股票，故因意外事故失去股票的股东，可获得公司法上的补救。我国《公司法》第 150 条规定，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。依照公示催告程序，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。显然，这一补救也得益于公司法关于记名股票转让的限制性规定。由于这一规定，盗取或拾得股票之人，无法以未经股东背书的股票向公司主张股权转让，故股东可获得补救。之所以规定采用公示催告程序，是为了给正当受让人以保护其权利的机会，以防止股票转让人滥用法律补救。

五、上市公司

（一）上市公司的概念

上市公司是指所发行的股票经国务院或者国务院授权证券管理部门批准在证券交易所上市交易的股份有限公司。（第 151 条）

上市公司必须符合以下条件：（1）股票经国务院证券管理部门批准已向社会公开发行；（2）公司股本总额不少于人民币 5000 万元；（3）开业时间在 3 年以上，最近 3 年连续盈利；（4）持有股票面值达人民币 1000 元以上

的股东人数不少于 1000 人，向社会公开发行的股份达到公司股份总数的 25 %以上；公司股本超过人民币 4 亿元的，其向社会公开发行股份的比例为 15 %以上；(5) 公司在最近 3 年内无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载；(6) 国务院规定的其他条件。(第 152 条)

(二) 股票上市程序

股份有限公司申请股票上市应当按照以下程序进行：

1. 报请国务院或者国务院授权证券管理部门批准。申请时提交的文件，依照法律、行政法规的规定。
2. 经批准后，被批准的上市公司必须公告股票上市报告，并将其申请文件存放在指定地点供公众查阅。
3. 向证券交易所提出申请，经批准后，发出上市公告。
4. 依照有关法律、行政法规的规定，将被批准的上市股份投入合法证券交易市场进行交易。

(三) 对上市公司的监管

为了保护投资者的利益，维护证券市场秩序，《公司法》对上市公司的监督管理规定了以下制度：

1. 信息公开制度。上市公司必须按照法律、行政法规的规定，定期公开其财务情况和经营情况，在每会计年度内半年公布一次财务会计报告。(第 156 条)

公司向社会公众提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告的，对直接责任人员处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。(第 212 条)

2. 暂停上市制度。上市公司有下列情形之一的，由国务院证券管理部门决定暂停其股票上市：(1) 公司股本总额、股权分布等发生变化，不再具备上市条件；(2) 公司不按规定公开其财务状况，或者对财务会计报告作虚假记载；(3) 公司有重大违法行为；(4) 公司最近 3 年连续亏损。(第 157 条)

3. 终止上市制度。上市公司有下列情形之一的，由国务院证券管理部门决定终止其股票上市：(1) 有上述暂停上市事由第 2 项或者第 3 项，经查后果严重的；(2) 有上述暂停上市事由第 1 项或者第 4 项，在限期内未能消除，不具备上市条件的；(3) 公司决议解散的；(4) 被行政主管部门依法责令关闭的；(5) 被宣告破产的。(第 158 条)

第五节 外国公司的分支机构

一、外国公司分支机构的概念

外国公司分支机构是指外国公司依照本国法律在本国设立的分支机构。所谓外国公司，依照我国《公司法》的规定，是指依照外国法律在中国境外登记设立的公司（第 199 条第 2 款）。也就是说，我国关于公司的国籍认定，实行登记地标准。

我国《公司法》上的外国公司分支机构，具有以下几个特点：

（1）外国公司分支机构以外国公司的存在为前提。外国公司分支机构的名称、国籍和财产，都从属于该外国公司。因此，如果外国公司不存在，则外国公司分支机构无从成立；如果外国公司归于消灭，则外国公司分支机构应予撤销。

（2）外国公司分支机构是依照中国法律在中国境内登记设立的。也就是说，外国公司分支机构的设立必须符合我国法律规定的条件，并按照我国的法定程序办理设立申请和审批手续。外国公司未经我国法定机关依法批准，不得在我国设立分支机构。

（3）外国公司分支机构以在中国境内从事经营业务活动为目的。外国公司在我国依法设立的分支机构，无论是称作分公司，还是称作办事处，或者是采用其他名称，都是该公司在我国从事业务活动的机构。因此，这些机构属于以营利为目的的经济组织，具有从事相应的民事活动的主体资格。如果外国公司在我国境内设立的机构不以从事经营业务活动为目的，则不是我国公司法意义上的外国公司分支机构，无需履行公司登记。

（4）外国公司分支机构不具备法人资格。因此，外国公司分支机构的行爲，视作该外国公司的行爲；其行爲所生的权利、义务和民事责任，当然地归属于该外国公司。（第 202 条）

二、外国公司分支机构的设立

（一）设立的基本条件

外国公司要在中国设立分支机构，应当具备以下条件：

1. 外国公司的证明文件。外国公司在中国境内申请设立分支机构，必须提交包括公司章程、所属国的公司登记证书等足以反映该公司真实情况和合法资格的证明文件。其公司章程，还应当置备于该分支机构，供随时查阅。

2. 分支机构的名称。外国公司分支机构的名称中，必须标明该外国公司的国籍及责任形式。（第 202 条）

3. 分支机构的代表人或者代理人。外国公司必须在中国境内指定负责其分支机构的代表人或者代理人。该代表人或代理人的国籍不限。

4. 分支机构的经营资金。外国公司必须向其在中国境内的分支机构拨付与其所从事的经营活劢相适应的资金。必要时，国务院可以规定外国公司分支机构经营资金的最低限额。

（二）设立程序

1. 申请批准。外国公司在中国境内设立分支机构，必须向中国的主管机关提出申请。目前，受理申请的机关为对外贸易经济合作部。申请时，应当提交以下证明文件：（1）该外国公司的公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件；（2）该外国公司在中国境内指定的代表人或者代理人的姓名、住所及其有关身份证明文件；（3）该外国公司向其分支机构拨付经营资金的证

明。（第 200 条）

2. 办理公司登记。外国公司在中国境内设立分支机构的申请获得中国主管机关的批准之后，申请人凭批准文件，并提交公司登记所需的有关文件，向公司登记机关办理登记，领取营业执照。（第 200 条）

外国公司违反我国公司法规定，擅自在中国境内设立分支机构的，责令改正或者关闭，并可处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。（第 226 条）

三、外国公司分支机构的业务活动

经批准成立的外国公司分支机构在中国境内开展业务活动，享有充分的自主经营权，其合法权益受到中国法律的保护。与此同时，《公司法》第 204 条规定，这些机构必须遵守中国的法律，不得损害中国的社会公共利益。

四、外国公司分支机构的解散和清算

（一）外国公司分支机构的解散

外国公司分支机构解散的原因主要有：

1. 自愿解散。外国公司分支机构的自愿解散，有两种情况：

（1）外国公司作出撤回其在中国的分支机构的决定。这一般是因为外国公司无意继续在中国经营或者其在中国的经营规模缩小，经公司决策机关作出撤回该分支机构的决定，并向中国主管机关提出申请。

（2）外国公司分支机构本身请求撤销。这一般是因为外国公司分支机构本身因经营困难，或者公司拨给的资金不足，无法继续开展业务，经请示公司总部，向中国主管机关提出撤销申请。

（3）外国公司分支机构的经营期限届满。这是指该分支机构在设立时已经确定了一定的存续期限，在期限届满时，未提出延期申请或者其延期申请未获批准的情形。

2. 强制解散。外国公司分支机构被强制解散的原因有：

（1）外国公司发生合并、分立、破产、自动歇业等事件，致使该外国公司不复存在。

（2）该分支机构因违反中国法律，或者损害中国社会公共利益，被有关部门查封或责令关闭。

（3）该分支机构因不能清偿债务，其财产被强制执行，不能继续经营。

（4）该分支机构设立时有虚假陈述或者提交虚假文件等违法行为，被依法吊销营业执照。

（二）外国公司分支机构的清算

外国公司分支机构解散的，应当依法进行清算，在自愿解散的情况下，清算人可由外国公司分支机构的负责人或者外国公司指定的其他人担任；在强制解散的情况下，应由有关主管机关指定人员担任，清算人的主要职责是清理财产，了结现务，清偿债务。在清偿债务以后，如有剩余财产，移交该外国公司。在清算结束前，分支机构的财产不得移往中国境外。（第 205 条）

如果外国公司分支机构清算时，其现有的财产不足清偿其债务，则应当由该外国公司承担清偿责任。

清算结束后，清算人应当制作清算报告，报主管机关确认，并报送公司登记机关，申请注销登记。

第二章 合伙企业法

第一节 合伙企业概论

一、合伙的概念

（一）传统民法上的合伙概念

合伙制度起源于罗马法。在罗马法上，“合伙（societa）是一种合意契约，根据它，两人以上相互承担义务将物品或劳作集中在一起，以实现某一合法的且具有共同功利的目的。”1804年《法国民法典》将合伙定义为：“合伙为二人或数人同意将若干财产共集一处，而以分配其经营所得利益为目的的契约。”1900年《德国民法典》对合伙定义是：“根据合伙契约，各合伙人互相负有义务，以由契约规定的方式促进达成共同事业的目的，尤其是提供约定的出资。”总之，合伙的特征就是二人以上共同出资、共同经营、共享收益，共担风险。但是，关于合伙的性质，传统民法以合伙为契约，不承认合伙的团体人格。

（二）现代商法上的合伙概念

在民商分立的大陆法国家，存在着民事合伙与商业合伙之分。其主要区别在于：（1）商业合伙必须从事商业活动并达到一定的程度和规模（德国商法要求达到一个“完全商人”的标准），而民事合伙则不一定以经商为业或者不以经商为主业或常业；（2）商业合伙必须拥有自己的商号，并且在商号的名义下进行活动，而民事合伙则不受此限。基于这些特点，商业合伙的团体人格比民事合伙更为显著和重要。所以，法国民法典1978年关于合伙的修正案规定：除隐名合伙以外的合伙，自登记之日起享有法人资格。美国商法也承认，合伙是一个非法人的“法律实体”，它可以以自己的商号起诉和应诉，也可以作为商行宣告破产，甚至可以以商号的名义拥有和转让财产。所以，在现代商法上，合伙作为商事组织的一种，其法律上的团体人格已得到普遍承认。

在现代市场经济国家，合伙是一种被广泛采用的企业形式。在美国，合伙主要分布在农、林、牧、渔、自由职业（医生、律师、代理商等）、小型加工、商品零售等行业。在德国，商品批发业、零售业乃至工业企业，都大量地采用合伙形式，拥有百万马克资产的合伙组织亦屡见不鲜。

合伙作为一种企业形态，具有如下优点：（1）合伙组织形式简单，集资迅速灵活，创办手续简便且费用很低；（2）合伙内部关系紧密，成员较稳定，内部凝聚力较强；（3）合伙人负无限责任，虽增大了个人风险，但也有利于刺激合伙成员的责任心和巩固合伙组织的信用。

在现代，合伙不仅是个人集资创办企业的形式，而且是企业之间经营联合的形式。在一些发达国家（例如法国、比利时），合伙被广泛地运用于企业间的商事联合体。美国统一合伙法规定，可以成为合伙人的“人”，包括“个人、合伙、公司和其他联合体”。在我国《民法通则》中，不仅个人合伙得到了肯定，合伙型联营体也获得了承认。

（三）合伙的种类

合伙可分为普通合伙和特殊合伙。普通合伙就是全体合伙人共同出资、共同经营、共享利润和共负亏损，全体合伙人对合伙债务承担无限责任的合

[意]彼德罗·彭梵得：《罗马法教科书》，中国政法大学出版社1992年版，第379页。

伙。特殊合伙主要包括两种，一为隐名合伙，二为有限合伙。

1. 隐名合伙。隐名合伙指当事人约定一方对他方所经营的事业出资，而分享其营业所得收益及分担其营业所受损失的契约。其中，出资的一方称为隐名合伙人，而经营事业的他方称为营业人。

隐名合伙为大陆法所特有。它起源于中世纪的海上商业贸易合伙和陆上商业贸易合伙。在大陆法上，隐名合伙只是一种契约关系，没有团体人格，其成立方式比较简易、自由。

隐名合伙的特点是：

(1) 隐名合伙无独立的合伙财产，隐名合伙人的出资归入营业人的营业财产。

(2) 隐名合伙人只分享营业利润和分担营业损失，并不参加营业。基于这一特点，隐名合伙人的出资以金钱或实物为限，而不得以劳务或信用出资；隐名合伙人无权代表营业单位与第三人发生权利义务关系；隐名合伙人的财产责任以其出资为限；隐名合伙人除了为维护其利益而行使监督权外，无权干涉营业单位的内部事务。

隐名合伙人的所谓隐名，并非绝对地隐姓埋名；他可以公开其隐名合伙人身份。但是，如果隐名合伙人将其身份（姓名或商号）加入营业单位，即属以普通合伙方式出现，这样，他就应当对合伙营业所生债务承担连带责任。

2. 有限合伙。有限合伙就是一名以上普通合伙人与一名以上有限合伙人组成的合伙。其中，普通合伙人执行合伙事务，对外代表合伙组织，并对合伙的债务承担无限责任。有限合伙人不执行合伙事务，不对外代表合伙组织，只按出资比例享受利润分配和分担亏损，并仅以其出资额为限度对合伙的债务承担清偿责任。有限合伙人的出资必须是金钱或者其他财产，不得是劳务或信用。

有限合伙为英美法上的一种独立的合伙形态。英国有 1907 年有限合伙法，美国有 1916 年统一有限合伙法。有限合伙这种企业形式，现已为一些大陆法国家所接受（如瑞典、瑞士）。

有限合伙不同于大陆法上的隐名合伙的主要之点，在于它具有明显的实体性，即有一定的团体人格，在英国，有限合伙的成立必须在公司注册处履行登记，即是明证。英美学者认为，有限合伙是比普通合伙更接近于公司的企业组织形式。在英美，企业改变组织形态相当自由。一个独资企业，可以通过吸收他人入伙而变成合伙；为扩大资本，他们又可以吸收一些有限合伙人，以便继续控制企业的领导权。以后，企业继续扩大，这个有限合伙又可以进一步转变为公司。

有限合伙的优点是：第一，企业由少数普通合伙人经营管理并承担无限责任，可以保持合伙组织结构简单、管理费用低、内部关系紧密和决策效率高等特点，这是它优于公司之处；第二，能够以有限责任吸引他人入股，有利于广开资金来源，扩大企业规模，这是它优于普通合伙之处。所以，有限合伙有利于在保持合伙企业原有内部关系稳定的前提下吸收新的投资，扩大经营规模，同时也可以鼓励那些不愿承担无限责任的人向合伙企业投资，是一种有利于中小企业发展壮大企业形式。

我国深圳市曾于 1994 年 3 月颁布《深圳经济特区合伙条例》，其中有关于有限合伙的规定。1997 年提交全国人大常委会审议的《合伙企业法（草案）》，也规定了有限合伙。但是，1997 年 2 月全国人大法律

二、合伙企业的概念

我国《合伙企业法》规定：“本法所称合伙企业，是指依照本法在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。”（第2条）由此可见，合伙企业具有如下特征：

1. 合伙企业的成立以订立合伙协议为法律基础。合伙企业从法律上讲，属于人合性质。就是说，合伙本质上是人的结合而不是资本的结合。合伙的信用基础是全体合伙人而不是合伙财产。因此，合伙企业的建立，必须由各合伙人协商一致，订立合同。没有合伙协议，就不可能成立合伙企业。

2. 合伙企业的内部关系属于合伙关系。所谓合伙关系，就是共同出资、共同经营、共享收益，共担风险的关系。尽管不同合伙企业所赖以成立的合伙协议有很大差别，但是在这四个基本问题上都遵循着共同的准则。

3. 合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。合伙企业的团体人格与合伙人的个人人格紧密联系，合伙企业的债务，归根结底是合伙人的债务。所以，当合伙企业的财产不足清偿其债务时，合伙人应当以自己的个人财产承担该不足部分的清偿责任。

在理解掌握我国现行立法上的合伙企业概念时，需要注意到以下几个问题：

第一，我国现行立法上的“合伙企业”概念，主要是为了有别于不具备企业形态的契约型合伙，二者的主要区别在于：（1）合伙企业必须具有营利目的，而契约型合伙不一定具有营利目的（例如以居住为目的合伙购房）；（2）合伙企业具有较为长期稳定的营业，而契约型合伙的营业往往是临时性（例如一次性的合伙贩运）；（3）合伙企业必须有自己的名称（即商号），而契约型合伙则不以具备名称为必要；（4）设立合伙企业必须向企业登记机关申请登记，领取营业执照，而契约型合伙只要订立合伙合同即为成立。因此，《合伙企业法》只适用于合伙企业，而契约型合伙则适用《民法通则》和合同法的有关规定。

第二，我国现行立法上的“合伙企业”，以按照现有行政管理划分规定应由工商行政管理机关登记管理的企业为限。也就是说，采用合伙制的律师事务所、会计师事务所、医生诊所、建筑设计师事务所等组织，由于归其他行政主管部门登记管理，尽管它们也具有营利性质，却不属于《合伙企业法》的调整范围。

第三，我国现行立法上的“合伙企业”，仅限于以自然人为合伙人的企业，不包括企业法人之间的合伙型联营。也就是说，我国现行立法不允许法人成为合伙企业的合伙人。

委员会提出的对该草案的审议结果报告，以“问题较复杂”，“我国目前尚无有限合伙的登记，还缺乏这方面的经验”为由，否定了在《合伙企业法》中规定有限合伙的方案。

1997年提交全国人大常委会审议的《合伙企业法（草案）》，在附则中曾有律师事务所、会计师事务所、医生诊所、建筑设计师事务所等组织准用本法的规定。但是，1997年2月全国人大法律委员会提出的对该草案的审议结果报告，以“按照现行有关法律规定，律师事务所、会计师事务所等是由国务院的有关主管部门负责审批登记和进行日常管理”，“难以用本法的规定进行处理”为由，否定了将这些合伙组织纳入《合伙企业法》统一规范的方案。

1997年提交全国人大常委会审议的《合伙企业法（草案）》，曾规定法人可以成为合伙人，其主要理由：

在我国，合伙作为一种商业组织形式，已有很长的历史。自改革开放以来，合伙企业有很大发展，到 1995 年底，已有近 12 万个。由于合伙企业具有组织简单、集资灵活、设立简便、结构简单、管理便利和内部关系密切、成员较稳定等优点，适合多种行业的中小规模经营，在发展经济、扩大就业、方便人民生活、满足社会多样化需要方面具有重要作用。因此，尽管《合伙企业法》由于在制定过程中受到种种因素的局限，与现代商法的普遍水准相比较还有一定差距，但这部法律的出台是具有重要意义的。其意义主要表现为：（1）使合伙企业这一重要的商事组织形式在我国有了一部较为系统的法律，从而使我国商事组织的立法体系进一步臻于完备；（2）为现实生活中大量存在的合伙企业提供了规范运行的法律依据，有利于建立社会主义市场经济秩序；（3）为合伙企业及其合伙人的合法权益提供了法律保障，有利于调动广大群众的生产经营积极性，促进经济发展，提高人民生活。

1.法人有充分的权利能力处分自己的财产；2.法人参加合伙后以其全部财产承担民事责任并不影响股东对法人承担有限责任；3.多数国家的法律对此并无限制；4.我国民法通则第 52 条规定了企业、事业单位可以采取联营的形式，并且实际存在着合伙型联营的企业集团。但是，1997 年 2 月全国人大法律委员会提出的对该草案的审议结果报告，以设立合伙企业应当“有二个以上合伙人，并且都是依法承担无限责任者”为根据，认为，“按照这一法定条件，依法承担有限责任的企业，包括国有企业，不能作为合伙企业的合伙人”，否定了草案关于法人可以成为合伙人的规定。

第二节 合伙企业的设立

一、合伙企业的设立条件

《合伙企业法》第8条规定，设立合伙企业，应当具备以下条件：（1）有二个以上的合伙人，并且都是依法承担无限责任者；（2）有书面合伙协议；（3）有各合伙人实际缴付的出资；（4）有合伙企业的名称；（5）有经营场所和从事合伙经营的必要条件。

下面对这五项条件分别加以说明。

（一）合伙人

关于合伙人的人数，各国均不作限制，我国也是如此。以二人为最低限度，实为当然之理；若为一人，则无合伙可言。

关于合伙人的资格问题，《合伙企业法》有两条规定。首先，第9条规定，合伙人应当为具有完全民事行为能力的人。也就是说，无民事行为能力人和限制民事行为能力人不得成为合伙企业设立时的合伙人。其次，第9条规定，法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得成为合伙企业的合伙人。例如，法官、检察官、人民警察、国家公务员，依照有关法律、行政法规，被禁止从事营利性活动，因而不能成为合伙企业的合伙人。

第8条第1项关于合伙人应当是“依法承担无限责任者”的规定，是指参加合伙企业的人都应当无例外地对合伙债务承担无限责任。也就是说，合伙企业不允许有承担有限责任的合伙人。但是，从这一规定中，并不能推出“法人因承担有限责任而不能成为合伙人”的结论。实际上，所谓“法人承担有限责任”，指的是法人的出资人对法人债务的责任以其出资为限。法人应以自己的全部财产对自己的行为承担责任。跟自然人以自己的全部财产对自己的行为承担责任，并无区别。法人参加合伙，对合伙债务负无限责任，并不影响法人的出资人继续对法人债务承担有限责任。不过，从《合伙企业法》第13条关于合伙协议应载明“合伙人的姓名及其住所”的用语可以看出，立法者并无允许法人或其他组织成为合伙人之意。因为，按照我国立法用语的惯例，“姓名”专指自然人，而对法人和其他组织则用“名称”。在该条文中，对合伙协议必要条款的规定没有出现“名称”一语，可见在立法者的预期中，法人不具有参加合伙企业的资格。

（二）合伙协议

1. 合伙协议的条款。合伙企业设立的基础，是合伙人之间订立的合伙协议。根据《合伙企业法》第3条的规定，合伙协议应当由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。

《合伙企业法》第13条第1款规定，合伙协议应当载明以下事项：（1）合伙企业的名称和主要经营场所的地点；（2）合伙目的和合伙企业的经营范围；（3）全体合伙人的姓名及其住所；（4）合伙人出资的方式、数额和缴付出资的期限；（5）利润分配和亏损分担办法；（6）合伙企业的事务执行；（7）入伙与退伙；（8）合伙企业的解散与清算；（9）违约责任。

以上为合伙协议的必要记载事项，即不可缺少的事项。但是，在书面合伙协议中缺少以上事项中的一项或数项，或者一项或数项规定不明确的，如果能够通过其他方式加以弥补，并不一定导致合伙协议无效。例如，以上第（5）至（9）项，如协议中未作规定或者规定不明，可以按照《合伙企业法》的有关规定处理。

此外，第 13 条第 2 款规定，合伙协议可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式。这些属于合伙协议的任意记载事项。合伙人可以在协议中加以规定，也可以不加规定。

以下就合伙协议的部分条款作进一步的说明：

关于合伙协议中的目的和经营范围条款。合伙目的是指当事人订立合同的基本宗旨，用以表明合伙目的的营利性质。必要时，也可以在目的条款中指明合伙企业从事业务的行业范围。例如，“当事人各方合伙开设商店，从事商品零售，以获取经济收益”，“为获取经济效益，上述合伙人自愿合伙开办一家农副产品加工厂”。经营范围条款应具体反映合伙企业经营活动的内容，如生产经营的产品品种、服务项目种类。按照《私营企业暂行条例》等法规的现行规定，合伙企业可以从事工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食服务业、修理业和科技咨询行业的生产经营，也可以从事营利性的文化、艺术、旅游、体育、食品、医药、养殖等行业的生产经营，但是不能从事军工、金融业的生产经营，不得经营国家禁止的产品。

关于出资条款。应按照每个合伙人出资的方式、数额和缴付出资的时间一一列明。如果某个合伙人的名下有若干种出资，应分别列明。对于非金钱的出资，应当有较明细的描述，例如，房屋的位置和产权证号码，专利权的名称和专利号。关于出资的法律规定，将在下面论述。

关于事务执行条款。可以规定由全体合伙人共同执行合伙企业事务，也可以约定委托一名或数名合伙人执行合伙事务。如系后一种情况，委托一名或数名合伙人执行的合伙事务，可以是全部合伙事务，也可以是指定的部分事务。

2. 合伙协议的订立和生效。在订立合伙协议时，各当事人应当如实说明自己的财产和负债情况，以及从事其他经营活动的情况。

《合伙企业法》第 14 条第 2 款规定，合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。这是因为，合伙协议属于诺成合同，一经订立就应当在当事人之间产生约束力。但是，合伙企业的设立，应从它完成登记时开始。《合伙企业法》第 17 条第 2 款规定，合伙企业领取营业执照前，合伙人不得以合伙企业名义从事经营活动。所以，在合伙协议成立至合伙企业完成登记这段时间，合伙人之间的关系属于单纯的合同关系而非企业组织关系。在此期间，合伙人依据合伙协议实施的行为，由全体合伙人承担连带责任。

合伙协议生效后，全体合伙人可以在协商一致的基础上，对该协议加以修改或者补充。（第 14 条第 2 款）

（三）合伙出资

1. 出资的形式。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。根据《合伙企业法》第 11 条的规定，合伙人的出资，可以是货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利。合伙人对于自己用于缴纳出资的财产或者财产权，应当拥有合法的处分权。也就是说，合伙人不得将自己无权处分的财产或者财产权用于缴纳出资。

对于非货币的出资，是否需要评估作价，由全体合伙人协商确定。一般说来，合伙协议规定按照出资分配利润和分担亏损的，需要对非货币出资评估作价。评估作价的方法有两种：一是自行评估，也就是由全体合伙人协商定价；二是委托评估，也就是由全体合伙人委托法定评估机构进行评估。在自行评估的情况下，可以聘请中介机构或专家提供评估意见，但最后要由全

体合伙人在协商一致的基础上对评估结论予以共同认可。而在委托评估的情况下，通常由全体合伙人共同出具委托书，这样，受托评估的机构作出的评估结论就是最终的评估结果。

经全体合伙人一致同意，合伙人也可以用劳务出资，其评估办法由全体合伙人协商确定。所谓劳务出资，是指出资人以自己未来付出的能够给合伙企业带来利益的劳动，或者是自己已经付出的确实给合伙企业带来利益的劳动，作为出资。

各合伙人的出资形式和作价金额，应当在合同中载明。如果评估作价是在合伙协议订立以后完成的，则评估结果应当以书面记载，经全体合伙人签名、盖章，作为合伙企业的附件或者补充协议文件。

2. 出资义务的履行。合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付出资的期限，履行出资义务。

《合伙企业法》第 12 条第 2 款规定，各合伙人按照合伙协议实际缴付的出资，为对合伙企业的出资。这意味着，在计算合伙人出资比例或者其他需要计算合伙人出资的场合，合伙人出资数额的认定只能以实际缴付额为准；认缴而未实际缴付的出资，不得计入。

（四）合伙名称

拥有合伙名称是设立合伙企业的必备条件。因此，合伙人在成立合伙企业时，必须确定其合伙名称。根据《合伙企业法》第 5 条和《企业名称管理规定》的有关规定，在确定合伙企业的名称时，应当注意以下几点：

（1）企业名称应当在企业申请登记时，由企业名称登记主管机关即各级工商行政管理部门加以核定。

（2）企业只准登记使用一个名称，在登记主管机关辖区内不得与已登记的同行业其他企业的名称相同或者近似。

（3）企业名称一般应当由以下部分依次组成：企业所在地行政区划名称；字号（商号）；行业或者经营特点、组织形式。

（4）合伙企业不得含有下列内容和文字：“有限”或者“有限责任”字样；可能对公众造成欺骗或者误解的；外国国家名称、国际组织名称、政党名称、党政军机关名称、群众组织名称、社会团体名称及部队番号等等。

（5）企业应当根据其主管业务，依照国家行业分类标准划分的类别，在企业名称中标明所属行业或者经营特点。

（五）营业场所及必要条件

合伙企业要经常性地从事生产经营活动，就必须有一定的营业场所和从事合伙经营的必要条件。所谓必要条件，就是根据合伙企业的合伙目的和经营范围，如果欠缺则无法从事生产经营活动的物质条件。

二、合伙企业的设立登记

根据《合伙企业法》第 15 条至第 17 条和 1997 年 11 月 19 日国务院发布的《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：

（一）登记机关

工商行政管理机关是合伙企业登记机关。国务院工商行政管理部门主管全国的合伙企业登记工作。市、县工商行政管理机关负责本辖区内的合伙企业登记。

（二）申请人

设立合伙企业应当以全体合伙人为申请人。但是，按照规定，申请合伙企业登记的具体事务，应当由全体合伙人从他们当中指定的代表或者他们共同委托的代理人负责办理。代表的指定或者代理人的委托，应当采用书面形式。

（三）登记事项

合伙企业的登记事项包括：合伙企业的名称、经营场所、经营范围、经营方式和合伙人的姓名及住所、出资额及出资方式。其中，经营范围应载明经核准登记的生产经营项目和商品类别。经营方式包括自产自销、代购代销、来料加工、来样加工、来件装配、零售、批发、批零兼营、客运服务、货运服务、代客储运、装卸、修理服务、咨询服务等等。

合伙企业如果确定了执行事务的合伙人或者设立分支机构，登记事项中还应当包括执行事务的合伙人或者分支机构的情况。

（四）应提交的文件

申请设立合伙企业，应当向企业登记机关提交下列文件：（1）全体合伙人签署的合伙申请书；（2）全体合伙人的身份证明；（3）全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人的委托书；（4）合伙协议；（5）出资权属证明；（6）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。

法律、法规规定设立合伙企业须报经审批的，还应当提交有关批准文件。合伙协议约定或全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙事务的，还应当提交全体合伙人的委托书。

（五）登记发照

企业登记机关自收到申请人提交的符合规定的全部申请文件之日起 30 日内，作出核准登记或者不予登记的决定。符合《合伙企业法》规定条件的，予以登记，发给营业执照；对不符合规定条件的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。

合伙企业营业执照签发之日，为合伙企业的成立日期。

三、合伙企业分支机构

（一）合伙企业分支机构的概念

合伙企业分支机构是指合伙企业在自身营业场所以外设立的，以合伙企业的财产从事本企业核定经营范围内的业务活动的，从属于合伙企业的经营机构。如，分厂、分店、门市部、办事处等。合伙企业分支机构的财产属于合伙企业的财产，其行为属于合伙企业的行为。合伙企业分支机构可以以该机构的名义对外订立合同，由此所生的权利义务和民事责任当然地归属于合伙企业。

合伙企业设立分支机构，有利于扩大业务，提高企业经济效益。但是，由于分支机构较为分散且有一定的独立性，而分支机构的行为后果要由合伙企业承担，如果管理不善，可能增加合伙企业的责任风险。所以，合伙企业设立分支机构应当慎重，并且需要对所设立的分支机构建立完善的管理制度。

（二）合伙企业分支机构的设立登记

为了规范合伙企业设立分支机构的行为，防止他人冒名欺诈，保护交易安全和合伙企业的合法权益，有必要对合伙企业分支机构实行登记管理。为此，《合伙企业法》第 18 条规定，合伙企业设立分支机构，应当向分支机构

所在地的企业登记机关申请登记，领取营业执照。

合伙企业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、经营方式和分支机构负责人的姓名及住所。分支机构的经营范围和经营方式不得超出合伙企业的经营范围和经营方式。

申请设立合伙企业分支机构，应当向企业登记机关提交下列文件：（1）分支机构设立登记申请书；（2）全体合伙人签署的设立分支机构的决定书；（3）企业登记机关加盖公章的合伙企业营业执照复印件；（4）全体合伙人委派执行分支机构事务负责人的委托书及其身份证明；（5）经营场所证明；（6）国务院工商行政管理部门规定提交的其他文件。此外，法律、法规规定设立合伙企业分支机构须报经审批的，还应当提交有关批准文件。

第三节 合伙企业的内部关系

一、合伙企业的财产

（一）合伙财产的性质

《合伙企业法》第 19 条第 1 款规定，合伙企业存续期间，合伙人的出资和所有以合伙企业名义取得的收益均为合伙企业的财产。也就是说，合伙财产由两部分构成：（1）合伙人出资的财产，（2）合伙人出资财产的增殖。合伙企业的合伙财产，属于共有财产的性质。

合伙财产的共有，属于共同共有。对合伙财产的占有、使用、收益和处分，均应当依据全体合伙人的共同意志。因此，《合伙企业法》第 19 条第 2 款规定，合伙企业的财产只能由全体合伙人共同管理和使用。在合伙企业存续期间，除非有法定事由，合伙人不得要求分割合伙财产（第 20 条第 1 款）。这里所说的法定事由，指合伙人退伙。

（二）合伙财产的处分

在交易实践中，合伙企业的财产处分通常是通过个别合伙人实施的。按照合伙财产的共同共有性质，个别合伙人处分合伙财产，应当得到全体合伙人的授权。如果个别合伙人未经全体合伙人授权，擅自处分了合伙财产，应当如何处理？按照各国通行的规则，此时应根据财产受让人是否为善意，予以区别对待。所谓善意，就是不知情。如果受让人在受让合伙财产时，不知道并且没有正当理由认为他应当知道该财产是合伙财产，或者他虽然知道是合伙财产，但不知道并且没有正当理由认为他应当知道该合伙人无权处分该财产，即应认定为善意；否则，应认定为恶意。根据保护善意受让人的法律政策，合伙企业不得以个别合伙人未经授权擅自处分合伙财产为由，主张其处分行为无效。这一政策，不仅有利于保护交易安全和促进交易开展，而且有利于合伙企业的经营和发展。易言之，如果法律要求人们在与合伙企业交易时承担因合伙人越权行为而致合同无效的风险，或者迫使他们为避免这种风险而支付查明合伙人是否越权的成本，则人们可能倾向于不愿同合伙企业交易。所以，我国《合伙企业法》第 20 条第 2 款规定，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不知情的善意第三人。

二、合伙企业的事务执行

（一）管理参与权与事务授权

“共同经营”是合伙关系的一项基本准则。因此，合伙企业的全体合伙人，应享有同等的管理参与权。原则上，合伙企业的一切事务，应由全体合伙人共同决定。但是事实上，事无巨细都要经全体通过是很难做到的。所以，通常的做法是，以全体一致的决议，将部分或者全部日常事务的管理权委托给某一个或者某几个合伙人。《合伙企业法》第 25 条规定，各合伙人对执行合伙事务享有同等的权利，可以由全体合伙人共同执行合伙事务，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。执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业。这里所说的“合伙企业事务”，应理解为合伙企业的全部日常事务。

需要注意的是，并非所有的合伙事务的决定权都可以被授予个别合伙人。《合伙企业法》第 31 条规定，合伙企业的下列事务必须经全体合伙人同意：（1）处分合伙企业的不动产；（2）改变合伙企业的名称；（3）转让或

者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；（4）向企业登记机关申请办理变更登记手续；（5）以合伙企业名义为他人提供担保；（6）聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人；（7）依照合伙协议约定的有关事项。该法第 69 条还规定，对于本法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人同意始得执行的事务，个别合伙人擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，应当承担赔偿责任。

在需要全体合伙人对合伙事务进行表决时，有关的表决规则，由全体合伙人以合伙协议或者全体一致通过的决议加以确定。实践中，一般是采用一人一票的办法，也可以采取按出资比例确定表决权的办法，或者全体合伙人认为适当的其他办法。关于表决制度，常见的做法是，对于日常事务的决议，实行多数议决制（过半数通过，或者以超过半数的其他比例通过）；对于重大事务，则实行全体合伙人一致通过的制度。但是，法律规定必须经过全体同意的事务（例如，《合伙企业法》第 31 条规定的事务），必须实行一致通过的制度。

（二）知情权和监督权

无论是全体合伙人共同执行事务，还是委托个别合伙人执行事务，各合伙人均有权随时了解有关合伙事务和合伙财产的一切情况，包括有权查阅帐簿和其他业务文件。根据这一准则，《合伙企业法》第 28 条第 1 款明确规定，合伙人了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅帐簿。

在委托个别合伙人执行合伙企业事务的情况下，其他合伙人应当尊重事务执行人的事务执行权。所以，《合伙企业法》第 26 条第 1 款明确规定，在委托事务执行人的情况下，其他合伙人不再执行合伙企业事务。该法第 70 条还规定，不具有事务执行权的合伙人，擅自执行合伙企业的事务，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。这样规定，有利于合伙事务的正常进行，符合全体合伙人的利益。

在委托事务执行人的情况下，不执行事务的合伙人享有对事务执行人的监督权。所以，《合伙企业法》第 26 条第 2 款规定：不参加执行事务的合伙人有权监督执行事务的合伙人，检查其执行合伙事务的情况。这样规定，有利于维护全体合伙人的共同利益，同时也可以促使事务执行人更加谨慎和勤勉地处理合伙事务。

为保障合伙人对事务执行人的监督权，《合伙企业法》第 27 条特别规定了事务执行人的报告义务，即事务执行人应当依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情况和财务情况。

实际上，这种监督权是合伙人管理参与权在特定情况下采取的一种形式。也就是说，事务执行人在其他合伙人的监督下执行事务，本质上仍属于全体合伙人共同经营。所以，第 27 条还规定，事务执行人执行合伙事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。

（三）异议权和撤销权

既然事务执行人的行为所产生的亏损和责任要由全体合伙人承担，那么，当事务执行人行为被认为有损于全体合伙人的利益时，不执行事务的合伙人就应该有权提出异议和加以制止，并于必要时撤销对他的事务授权。《合伙企业法》第 29 条规定，合伙协议约定或者经全体合伙人决定，合伙人分别执行合伙事务时，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，应暂停该项事务的执行。如果发生争议，可由全体合伙人共同决定。被

委托执行合伙企业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。

（四）忠实义务

由于合伙具有“人合”的性质，信任关系对于合伙的存续意义重大。所以，现代合伙法以“最高度之诚信”为维系合伙内部关系的指导原则。这一原则的基本精神，就是合伙人应当忠实于合伙事业和全体合伙人的共同利益。由此派生出一系列被称作“忠实义务”的行为准则，例如，以高度的谨慎执行合伙事务，提交真实帐目，不隐瞒真实情况，不从事与合伙相竞争的业务，等等。我国《合伙企业法》第 30 条对合伙人的忠实义务作了一些规定，具体包括以下三项：

1. 竞业禁止。即合伙人不得自营或者同他人合伙经营与本合伙企业相竞争的业务。依此类推，合伙人受他人委托，为他人经营与本合伙企业相竞争的业务，也应当在禁止之列。对此，合伙人可以在合伙协议中，加以明确规定。

2. 交易禁止。即合伙人非经合伙协议约定或者全体合伙人同意，不得同本合伙企业进行交易，因为，在多数情况下，交易双方存在着利益冲突：交易条件越是有利于一方，就越是不利于另一方。一般认为，合伙人在同合伙企业进行交易，不可能最大限度地维护合伙企业的利益，甚至可能以牺牲合伙企业的利益来满足自己的利益。所以，原则上不允许合伙人同本合伙企业进行交易。但是，如果全体合伙人认为，合伙人同本合伙企业进行某种交易对本企业并无损害，甚至有利，则可以通过合伙协议或者其他形式予以同意。

3. 对其他损害行为的禁止。即合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动。这实际上是除竞业禁止和交易禁止之外的一般性规定。其精神是，凡是有损合伙企业利益的行为，例如玩忽职守，提交虚假帐目，隐瞒真实情况，在事务执行中谋取私利，泄露企业商业秘密等等，均在禁止之列。

对于违反忠实义务的行为，《合伙企业法》规定了相应的制裁措施。该法第 68 条规定，侵占合伙企业利益或者合伙企业财产的，应当承担返还和赔偿损失的民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。第 71 条规定，合伙人违反本法第 30 条的规定，从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

三、合伙企业的分配

共享利润和共担风险，是合伙关系的基本准则。而共担风险体现在分配上，就是共负亏损。《合伙企业法》第 32 条第 1 款规定，合伙企业的利润和亏损，由合伙人依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和亏损分担比例的，由各合伙人平均分配和分担。

实践中的通常做法是，合伙结算期到来时，合伙企业进行年度结算。在企业盈利的情况下，进行利润分配。利润分配的方案，应按照合伙协议规定的比例。合伙协议未规定比例的，全体合伙人可以就当年的分配比例作出一致同意的决定。但是，以决议确定当年分配比例的做法不为我国《合伙企业法》所认可。所以，在合伙协议无分配比例规定的情况下，只有两种处理方法：一是按法定比例，即平均分配，二是经全体合伙人协商一致，在合伙协议中补充规定分配比例。

实践中，合伙企业的分配比例有以下几种类型：（1）固定比例，一般是平均分配，也可以是当事人商定的其他任何比例；（2）资本比例，即按出资

比例分配；（3）混合比例，即先支付资本利率（资本利率可采用银行利率，也可以另行约定），然后按固定比例分配剩余利润。

在企业亏损的情况下，当事人应当可以按比例分担弥补亏损的责任。这种比例的确定方法，与以上所述的利润分配比例确定方法相同。一般说来，亏损分担的比例应当与利润分配比例相一致。但是，如果基于正当理由，在合伙协议中约定与利润分配比例不同的亏损分担比例，也是允许的。

无论采用何种比例，均不得违反利润共享和亏损共担的原则和公平原则。为此，《合伙企业法》第32条第2款规定，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。

第四节 合伙企业的外部关系

一、合伙人对外行为的效力

合伙人或者事务执行人只要是在正常业务范围内，按通常方式处理属于该合伙企业业务范围的事务，其对外实施的法律行为，就对合伙企业具有约束力。当然，法律并不禁止合伙组织通过内部协议对合伙人对外执行事务和代表合伙组织的行为加以限制。但这种内部限制若要对第三人发生效力，必须以第三人知道这一情况为条件；如果第三人不知情，则该内部限制不对该第三人发生抗辩力。例如，合伙企业委派一名合伙人与某公司签订一项合同。合伙企业内部规定，该合伙人须将合同交全体合伙人审查同意后，方可签字。如果该合伙人未经其他合伙人同意便签署了合同，则合伙企业应当受该合同的约束，而不得以该合伙人违反内部规定而主张合同无效。但是，倘若该合伙企业证明，它事先给该公司递交了一份函件，声明该合伙人只有在持有全体合伙人签名的授权委托书的情况下才能代表合伙企业在合同上签署，而该合伙人是在未经授权的情况签署合同，那么，该合伙企业有权主张合同无效。

根据上述通行规则，《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，不得对抗不知情的善意第三人。

一般说来，个别合伙人在办理合伙企业日常经营业务中的财产处分和债务承担行为，被认为存在着全体合伙人默示授权。例如，凡属合伙企业经营范围内的产品销售或者商品出售，其买受人一般被认定为善意，除非合伙企业能够证明，该买受人明知全体合伙人对事务执行人的权限有特别限定，因而明知该事务执行人的行为越权。反之，当合伙人实施的行为属于超出合伙企业日常经营范围的财产处分或债务承担行为，特别是法律规定必须经全体合伙人一致同意的行为时，相对人应当在得知合伙事务执行人有正当授权的情况下，才与之签订合同；否则，应被认为存在恶意。

二、合伙企业和合伙人的债务清偿

（一）合伙企业的债务清偿与合伙人的关系

1. 合伙人的连带清偿责任。《合伙企业法》第 39 条规定，合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业财产不足清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带清偿责任。

这里包含四条重要规则：

（1）清偿标的，必须是到期债务。也就是说，未到期的债务，不属于《合伙企业法》第 39 条的规则范围，其债权人不得依据该条规定请求清偿。

（2）清偿顺序，必须是先以合伙企业的财产清偿，只有当合伙企业财产不足清偿时，才由合伙人以其个人财产进行清偿。也就是说，当合伙企业财产能够清偿时，债权人不得向合伙人追索。不过，这里所说的“能够清偿”，是指具有现实的处分可能的财产。合伙人不能以合伙企业的某些无现实处分可能的财产（如，位于境外的财产，无法收回的债权，无人愿意实施的专利等等）之存在为理由拒绝承担无限连带责任。

（3）合伙人的所有可执行财产，均可用于清偿。所谓可执行财产，是指合伙人所有的个人财产中，除去依法不可执行的财产（例如，合伙人及其所扶养的家属的生活必需品，已设定抵押权、质权的财产）后余下的部分。

（4）债权人可以向合伙人中的任何一人或数人请求清偿全部债务。例如，合伙企业有三名合伙人，在合伙企业财产不足清偿到期债务的情况下，

债权人可以请求他们中的一人或二人清偿全部尚未清偿的债务。这时，被请求的合伙人应当以其可执行财产，满足债权人的清偿请求。

2. 合伙人之间的债务分担和追偿。《合伙企业法》第 40 条第 1 款规定，以合伙企业财产清偿合伙企业债务时，其不足的部分，由各合伙人依照本法第 32 条第 1 款规定的比例，用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。这一规定，在重申合伙人对合伙债务负无限责任的基础上，明确了合伙人分担合伙债务的比例应当如何确定的问题。具体说，就是应当以合伙企业分担亏损的比例为准。亏损分担比例的确定，适用《合伙企业法》第 32 条第 1 款的规定。

需要注意的是，合伙人之间的分担比例对债权人没有约束力。所以，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比例向各合伙人分别追索（例如，合伙人甲乙约定平均分担亏损，债权人请求甲支付债款的 80%，乙支付 20%）。如果合伙人实际支付的债务数额超过了他依照既定比例所应当承担的数额，则他有权就该超过部分，请求未支付或者未足额支付其应承担数额的合伙人给予补偿。《合伙企业法》第 40 条第 2 款规定，合伙人由于承担连带责任，所清偿数额超过其应当承担的数额时，有权向其他合伙人追偿。概括地说，合伙人的这种追偿权，应当具备以下条件：（1）须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；（2）须被追偿人未实际承担或者未足额承担其应当承担的数额；（3）追偿的数额不得超过追偿人超额清偿部分的数额和被追偿人未足清偿部分的数额。

（二）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利益，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》规定了如下规则。

1. 合伙人的债权人不得对合伙企业主张抵销权。如果合伙人的债权人对合伙企业负有债务，他是否可以主张以他对该合伙人的债权与他对合伙企业的债务相抵销？回答是否定的。因为，该债权人对合伙企业的负债，实质上是对全体合伙人负债；而对他欠债的，只是个别合伙人。如果允许二者抵销，就等于强迫其他合伙人对个别合伙人的个人债务承担责任。这样做，违反了合伙制度的本意，加大了合伙人的风险，不利于合伙企业这种经济组织形式的发展。所以，《合伙企业法》第 41 条规定，合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债务抵销其对合伙企业的债务。

2. 合伙人的债权人不得代位行使合伙人的权利。如果合伙人负债，其债权人要求代位行使该合伙人在合伙企业中的权利，如管理参与权、事务执行权等等，能否允许？回答也是否定的。因为，合伙具有人合性质，合伙人相互间的了解和信任是维系合伙关系的基础。如果允许个别合伙人的债权人随意插手合伙事务，则不利于合伙关系的稳定和合伙企业的正常运营。何况，债权人因无合伙人身份，其参与合伙事务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，这显然是不公平的。所以，《合伙企业法》第 42 条规定，合伙人个人负有债务，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利。

3. 合伙人的债权人可以依法追索合伙人在合伙企业中的收益和财产份

额。当然，对于个别合伙人的债权人，法律并不是不予保护。《合伙企业法》第 43 条第 1 款规定，合伙人个人财产不足清偿其个人所负债务时，该合伙人只能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。这样规定，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在合伙企业中的收益作为清偿的情况下，他并不能参与合伙内部事务，也不能妨碍该债务人正常行使其作为合伙人的正当权利。而在依法请求以债务人在合伙企业中的财产份额清偿的情况下，该债权人因取得该财产份额而成为合伙人，这实质上属于合伙股份转让，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，故不存在转嫁责任风险的问题。

在以合伙人的财产份额清偿其个人债务的情况下，需注意两点。第一，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。第二，在强制执行个别合伙人在合伙企业中的财产份额时，根据《合伙企业法》第 43 条第 2 款的规定，其他合伙人有优先受让的权利。也就是说，如果其他合伙人不愿意接受该债权人成为其合伙企业的新合伙人，可以由他们中的任何一人或数人行使优先受让权，取得该债务人的份额；受让人支付的价金，用于向该债权人清偿债务。

第五节 合伙企业的变更

合伙企业的变更，从合伙法的角度讲，指合伙出资份额结构的变更。具体说，有三种情况：（1）新合伙人入伙；（2）合伙人退伙；（3）合伙人出资份额转让。无论发生何种变更，都必须符合《合伙企业法》的规定，并依照《合伙企业法》第 56 条和《合伙企业登记管理办法》的规定，向原登记机关办理变更登记手续。

一、新合伙人入伙

（一）入伙的条件和程序

入伙，指合伙存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人资格。按照传统民法，新合伙人入伙的性质属旧合伙解体和新合伙成立。这种学说置合伙的团体人格于不顾，已为现代商法所不取。现代的通说，以新合伙人入伙为合伙的变更，只需修改合伙协议的相应条款以及履行变更登记即可。

根据《合伙企业法》第 44 条的规定，新合伙人入伙时，应当经全体合伙人同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人告知原合伙企业的经营状况和财务状况。这里包括三项规则。第一，新合伙人入伙，以全体合伙人一致同意为条件；未获一致同意的，不得入伙。第二，新合伙人入伙，应当订立书面入伙协议；入伙协议应当以原合伙协议为基础，明确新合伙人的出资义务（包括出资形式、数额、缴付时间等），新合伙人入伙后有关事务执行、利润分配、亏损分担等事项的相应变更等。第三，新合伙人入伙时，原合伙人应当就合伙企业的经营状况和财务状况，履行告知义务和如实陈述义务。

（二）新合伙人的权利和责任

新合伙人入伙后，原则上应享有与原合伙人同等的地位。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，按照当事人意思自治的原则，应予允许。所以，《合伙企业法》第 45 条第 1 款规定，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，入伙协议另有规定的，从其规定。

新合伙人入伙条件中，最为重要的是对合伙企业的既往债务是否承担连带责任。对此，各国立法规定不一。我国《合伙企业法》第 45 条第 2 款规定，入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。这是采用肯定说。这样规定的好处是有利于现有合伙关系的稳定和保护债权人，缺点是对合伙企业扩大规模有较大的限制作用。

二、合伙人退伙

退伙，指合伙人退出合伙，从而丧失合伙人资格。按照传统民法，合伙人之一退伙，合伙即告消灭。而现代民商法为维护合伙的团体人格，已抛弃此说，而以合伙人退伙为合伙的变更。

（一）退伙的原因

合伙人退伙，可分为两种情况：一是声明退伙，即合伙人通过向其他合伙人作出退伙的正式表示而退伙；二是法定退伙，即合伙人基于法律规定的事由而退伙。

1. 声明退伙。声明退伙，又称自愿退伙，是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。这种意思表示的形式，可以为事前协议（协议退伙），也可以为

届时通知（通知退伙）。

关于协议退伙，《合伙企业法》第 46 条规定，合伙协议约定合伙企业的经营期限的，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）经全体合伙人同意退伙；（3）发生合伙人难于继续参加合伙企业的事由；（4）其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。其中，第 2 项规定意味着，在合伙协议有约定经营期限的情况下，合伙人未经其他合伙人一致同意，不得以单方通知退伙。

关于通知退伙，《合伙企业法》第 47 条规定，合伙企业未约定合伙企业的经营期限的，在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，合伙人可以退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。由此可见，法律对合伙人通知退伙有一定限制，即附有以下三个条件：（1）须合伙协议未约定合伙企业的经营期限；（2）须该合伙人的退伙不致给合伙企业事务执行造成不利影响；（3）须提前 30 日通知其他合伙人。这三个条件必须同时具备，缺一不可。

《合伙企业法》第 48 条规定，合伙人违反前二条规定，擅自退伙的，应当赔偿由此给其他合伙人造成的损失。

2. 法定退伙。法定退伙，是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。这种法定事由可分为两类，一是某种客观情况（当然退伙），二是其他合伙人的决议（除名）。

关于当然退伙，《合伙企业法》第 49 条规定，合伙人有下列情形之一的，当然退伙：（1）死亡或者被依法宣告死亡；（2）被依法宣告为无民事行为能力人；（3）个人丧失偿债能力；（4）被人民法院强制执行在合伙企业中的全部财产份额。当然退伙的日期，为法定事由实际发生之日。

关于除名，《合伙企业法》第 50 条规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：（1）未履行出资义务；（2）因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；（3）执行合伙企业事务时有不正当行为；（4）合伙协议约定的其他事由。对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人自接到除名通知之日起，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以在接到除名通知之日起 30 日内，向人民法院起诉。

（二）退伙的效果

退伙的效果，指发生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，即退伙人的财产份额和民事责任归属于退伙人的继承人；二是退伙结算，即退伙人的财产份额和民事责任归属于退伙人本人。

1. 财产继承。这是在合伙人因死亡或者被宣告死亡而退伙时发生的效果。《合伙企业法》第 51 条规定，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，依照合伙协议的约定或者全体合伙人同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业合伙人的资格。合法继承人不愿意成为该合伙企业的合伙人的，合伙企业应退还其依法继承的财产份额。合法继承人为未成年人的，经其他合伙人一致同意，可以在其未成年时由监护人代行其权利。

这里对继承人取得合伙人资格规定了三项条件：（1）有合法继承权；（2）有合伙协议的约定或者全体合伙人的一致同意；（3）继承人愿意。在欠缺第 2 项或者第 3 项条件时，继承人取得合伙人的财产份额，但不取得合伙人资

格，此时应按退伙结算的有关规定办理。

2.退伙结算。除死亡或宣告死亡的情形外，合伙人退伙时，其财产和责任，应按退伙结算的规则办理。对此，《合伙企业法》有以下规定。

第 52 条规定，合伙人退伙的，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业的财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待了结后进行结算。

实践中，退伙结算主要包括两个方面，一是退还出资，二是按当时合伙企业的财产状况分享利润或分担亏损。退还出资的方法，根据第 53 条的规定，应由合伙协议约定或者全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。如果退还实物可能影响合伙企业的正常运营，则以评估作价、退还货币为宜。利润分享或亏损分担的方法，按照本法第 32 条第 1 款的规定办理。

合伙人退伙以后，并不能解除其对于合伙企业既往债务的连带责任。第 54 条规定，退伙人对其退伙前已发生的合伙企业债务，与其他合伙人承担连带责任。

三、合伙人出资份额转让

合伙人出资份额转让，可分为内部转让和对外转让两种。内部转让是以其他合伙人为受让人的转让。对外转让是以合伙人以外的第三人为受让人的转让。在对外转让的情况下，存在着相当于新合伙人入伙的变更。在合伙人将其出资份额全部转让的情况下，则存在着相当于退伙的变更。不同的是，这些变更并不引起合伙财产的增加或减少。

由于对外转让会引起新合伙人的加入，《合伙企业法》规定，必须经其他合伙人一致同意（第 21 条第 1 款）。而且，在这种情况下，其他合伙人享有同等条件下的优先受让权（第 22 条）。

第三人经全体合伙人同意，受让取得合伙人的出资份额而成为新合伙人时，全体合伙人应当对合伙协议作相应的修改。新合伙人依照修改后的合伙协议享受权利和承担责任。（第 23 条）

至于内部转让，由于不影响合伙企业的人合性质，不以其他合伙人同意为条件，只需通知其他合伙人即可。（第 21 条第 2 款）

此外，由于合伙人财产份额出质可能导致该财产份额依照担保法的规定发生权利转移，《合伙企业法》第 24 条规定，合伙人将自己在合伙财产中的财产份额出质的，需经其他合伙人的一致同意。未经其他合伙人一致同意，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，其行为无效，或者作为退伙处理；由此给其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

第六节 合伙企业的解散和清算

一、合伙企业的解散

根据《合伙企业法》第 57 条的规定，合伙企业有下列情形之一的，应当解散：

- (1) 合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿继续经营；
- (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) 合伙企业已不具备法定人数；
- (5) 合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；
- (6) 被依法吊销营业执照；
- (7) 出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

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》规定的关于清算的程序规则如下：

1. 通知和公告。《合伙企业法》第 58 条规定，合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

2. 选任清算人。《合伙企业法》第 59 条规定，合伙企业解散，清算人由全体合伙人担任；未能由全体合伙人担任清算人的，经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散后 15 日内指定一名或数名合伙人，或者委托第三人，担任清算人。如果在 15 日内未确定清算人，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。

3. 执行清算事务。根据《合伙企业法》第 60 条的规定，清算人在清算期间，应执行以下事务：(1) 清理合伙企业的财产，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) 代表合伙企业参加民事诉讼。

4. 财产清偿顺序。根据《合伙企业法》第 61 条的规定，在清算过程中，合伙企业财产应当首先用于支付清算费用。随后，按如下顺序清偿：(1) 合伙企业有招用职工的，所欠职工工资和劳动保险费用；(2) 合伙企业所欠税款；(3) 合伙企业的债务；(4) 返还合伙人的出资。合伙企业在按上述顺序清偿后仍有剩余的，按合伙企业既定的利润分配比例进行分配。

合伙企业清算时，其全部财产不足清偿其债务的，依照本法第 39 条和第 40 条的规定，由全体合伙人承担无限连带清偿责任。(第 62 条)

5. 清算结束。根据《合伙企业法》第 63 条的规定，在清算期间，如果全体合伙人以个人财产承担清偿责任后，仍不足清偿合伙企业的债务，应当结束清算程序。对于未能清偿的债务，由合伙人在今后继续承担连带清偿责任。债权人享有在清算结束后以原合伙人为连带债务人，继续请求清偿的权利。但是，如果债权人在连续 5 年内未向债务人提出清偿请求，则债务人的清偿责任归于消灭。

清算结束后，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 10 日内向登记机关报送清算报告，办理合伙企业注销登记。

第三章 外商投资企业法

第一节 外商投资企业法概述

一、外商投资企业的概念和种类

外商投资企业，是指依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内设立的，由中国投资者和外国投资者共同投资或者仅由外国投资者投资的企业。根据我国有关法律的规定，中国投资者包括中国的企业或者其他经济组织，外国投资者包括外国的企业和其他经济组织或者个人。由于公司是企业的一种组织形式，因此中国的企业和外国的企业，当然分别包括中国的公司和外国的公司在内。

外商投资企业包括中外合资经营企业（以下简称合营企业）、中外合作经营企业（以下简称合作企业）、外资企业。对于这三类企业，人们往往称其为“三资”企业。

二、外商投资企业立法

我国关于外商投资企业的法律、法规主要有：《中华人民共和国中外合资经营企业法》（全国人大于1979年7月1日通过，1990年4月4日修改，以下简称《合资企业法》）、《中华人民共和国外资企业法》（全国人大于1986年4月12日通过，以下简称《外资企业法》）、《中华人民共和国中外合作经营企业法》（全国人大于1988年4月13日通过，以下简称《合作企业法》）、《中外合资经营企业法实施条例》（1983年9月20日）、《关于鼓励外商投资的规定》（1986年10月11日）、《外资企业法实施细则》（1990年12月12日）、《中外合作企业法实施细则》（1995年9月4日）等。

三、外商投资企业受中国法律的管辖和保护

在世界上，各个设立外商投资企业的国家都对外商投资企业的管理和监督作出了规定；外商投资企业必须遵守东道国的法律、法规。这是国际上通行的做法。在中国境内设立的外商投资企业，都是中国的民事法律主体；凡符合中国法律关于法人条件规定的，依法取得中国法人资格。外商投资企业不仅受中国法律的保护，而且受中国法律的管辖。为了依法加强对外商投资企业的管理和监督，我国外商投资企业法明确规定，外商投资企业必须遵守中国的法律、法规，不得损害中国的社会公共利益；国家有关机关依法对外商投资企业实行管理和监督。

为了保护外商投资企业的合法权益，《合资企业法》和《外资企业法》分别规定，国家对合营企业和外资企业不实行国有化和征收；在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，对合营企业和外资企业可以依照法律程序实行征收，并给予相应的补偿。

第二节 中外合资经营企业法

一、中外合资经营企业的概念

中外合资经营企业，是指中国合营者与外国合营者依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内共同投资、共同经营，并按投资比例分享利润、分担风险及亏损的企业。

中外合资经营企业与中外合作经营企业各有自己的一些特征，我们将在下一节进行阐述。

二、中外合资经营企业的设立

（一）设立合营企业的条件

申请设立的合营企业应注重经济效益，符合下列一项或数项要求：

1. 采用先进技术和科学管理方法，能增加产品品种，提高产品质量和产量，节约能源和材料；
2. 有利于技术改造，能做到投资少、见效快、收益大；
3. 能扩大产品出口，增加外汇收入；
4. 能培训技术人员和经营管理人员。

《中外合资经营企业法实施条例》（以下简称《实施条例》）第5条规定，申请设立合营企业有下列情况之一的，不予批准：

1. 有损中国主权的；
2. 违反中国法律的；
3. 不符合中国国民经济发展要求的；
4. 造成环境污染的；
5. 签订的协议、合同、章程显属不公平，损害合营一方权益的。

（二）设立合营企业的申请

要在中国境内设立合营企业，应由中国合营者向企业主管部门呈报拟与外国合营者设立合营企业的项目建议书和初步可行性研究报告。该建议书和初步可行性研究报告经企业主管部门审查同意并转报审批机关批准后，合营各方才正式进行谈判，从事以可行性研究为中心的各项工作的，在此基础上商签合营企业协议、合同和章程。

申请设立合营企业，由中国合营者负责向审批机关报送下列正式文件：

1. 设立合营企业的申请书；
2. 合营各方共同编制的可行性研究报告；
3. 由合营各方授权代表签署的合营企业协议、合同和章程；
4. 由合营各方委派的合营企业董事人选名单，以及由合营各方协商确定或由董事会选举产生的董事长、副董事长人选名单；
5. 中国合营者的企业主管部门和合营所在地的省、自治区、直辖市人民政府对设立该合营企业签署的意见。

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

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

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

合营企业协议与合营企业合同有抵触时，以合营企业合同为准。经合营

各方同意，也可以不订立合营企业协议而只订立合营企业合同、章程。

（三）设立合营企业的审批

1. 设立合营企业的审批机关。在中国境内设立合营企业，必须经国家对外经济贸易主管部门审查批准。批准后，由国家对外经济贸易主管部门发给批准证书。但具备以下两个条件的，国家对外经济贸易主管部门得委托有关的省、自治区、直辖市人民政府或国务院有关部、局（以下简称受托机关）审批：（1）投资总额在国务院规定的金额内，中国合营者的资金来源已落实的；（2）不需要国家增拨原材料，不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等的全国平衡的。受托机关批准设立合营企业后，应报国家对外经济贸易主管部门备案，并由国家对外经济贸易主管部门发给批准证书。国家对外经济贸易主管部门和受托机关，统称为审批机关。

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

（四）设立合营企业的登记

1. 登记的申请和登记注册的主要事项。合营企业办理开业登记，应当在收到国家对外经济贸易主管部门发给的批准证书后 30 天内，由企业的组建负责人向登记主管机关提出申请。

合营企业申请开业登记，应当提交下列文件、证件：

- （1）组建负责人签署的登记申请书；
- （2）国家对外经济贸易主管部门发给的批准证书；
- （3）合营各方签订的合营企业章程；
- （4）资金信用证明、验资证明或者资金担保；
- （5）企业主要负责人的身份证明；
- （6）住所和经营场所使用证明；
- （7）其他有关文件、证件。

合营企业登记注册的主要事项：企业法人名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资本、从业人数、经营期限、分支机构。

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

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

三、中外合资经营企业的组织形式与注册资本

（一）合营企业的组织形式

《合资企业法》第 4 条第 1 款规定：“合营企业的形式为有限责任公司。”《实施条例》第 19 条第 2 款规定：“合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限。”作为有限责任公司股东的合营各方以其认缴的出资额对企业承担有限责任。合营企业以其全部资产对其债务承担责任。这种做法，投资者承担的风险较小，可以起到鼓励投资的作用。所谓认缴的出资额，是指

合营各方为设立合营企业同意投入的资金数额。合营各方应按合营企业合同规定的期限，一次或几次缴清各自认缴的出资额。

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

（二）合营企业的注册资本与投资总额

合营企业的注册资本，是指为设立合营企业在登记管理机构登记的资本总额，应为合营各方认缴的出资额之和。注册资本与投资总额是两个不同的概念。

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

在合营企业的注册资本中，外国合营者的投资比例一般不低于 25%，对外国合营者投资比例的上限未作规定，这比多数发展中国家不允许外资超过 49% 的规定更为开放，以利于吸引外资。

合营各方的投资比例在一定条件下也是可以变化的。因为经合营他方同意和审批机关批准，合营一方可以向第三者转让其全部或部分出资额；合营一方转让其全部或部分出资额时，合营他方有优先购买权。

合营企业投资总额是按照合营企业合同、章程规定的生产规模需要投入的基本建设资金和生产流动资金的总和。如果合营各方的出资额之和达不到投资总额，可以以合营企业的名义进行借款。在这种情况下，投资总额包括注册资本和企业借款。

注册资本与企业借款必须保持一个适当的比例，如果企业借款过多，就会直接影响对债权人和第三人的利益的保护，以及整个社会经济秩序的稳定。因此，国家工商行政管理局于 1987 年 3 月 1 日公布了《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》，明确了合营企业注册资本与投资总额的比例，实际上也确立了合营企业借款额与注册资本的比例。

根据上述规定，合营企业的注册资本，应当与生产经营的规模、范围相适应。注册资本与投资总额的比例应为：

1. 合营企业的投资总额在 300 万美元以下（含 300 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 7/10。

2. 合营企业的投资总额在 300 万美元以上至 1000 万美元（含 1000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 1/2，其中投资总额在 420 万美元以下的，注册资本不得低于 210 万美元。

3. 合营企业的投资总额在 1000 万美元以上至 3000 万美元（含 3000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额 2/5，其中投资总额在 1250 万美元以下的，注册资本不得低于 500 万美元。

4. 合营企业的投资总额在 3000 万美元以上的，其注册资本至少应占投资总额的 1/3，其中投资总额在 3600 万美元以下的，注册资本不得低于 1200 万美元。

四、中外合资经营企业合营各方的出资方式与出资期限

（一）合营各方的出资方式

合营各方都可以用下列方式出资：一是用货币出资，即用现金出资；二是用实物出资，即用建筑物、厂房、机器设备或其他物料作价出资；三是用

工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。

以实物、工业产权、专有技术作为出资的，其作价由合营各方按照公平合理的原则协商确定，或者聘请合营各方同意的第三者评定。

作为外国合营者出资的机器设备或其他物料，必须符合下列各项条件：

1. 为合营企业生产所必不可少的；
2. 中国不能生产，或虽能生产但价格过高或者技术性能和供应时间上不能保证需要的；
3. 作价不得高于同类机器设备或其他物料当时国际市场价格。

根据国家商检局、财政部 1994 年 3 月 18 日发布的《外商投资财产鉴定办法》的规定，国外投资者投入的财产，由各地商检局或者经国家批准的其他鉴定机构，对财产的品种、质量、数量、价值和损失进行鉴定。鉴定结果具有法律效力。会计师事务所应凭商检局或者其他鉴定机构的价值鉴定书办理验资工作。

作为外国合营者出资的工业产权或专有技术，必须符合下列条件之一：

1. 能生产中国急需的新产品或出口适销产品的；
2. 能显著改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的；
3. 能显著节约原材料、燃料、动力的。

《实施条例》第 29 条、第 30 条分别规定：外国合营者以工业产权或专有技术作为出资，应提交该工业产权或专有技术的有关资料；外国合作者作为出资的机器设备或其他物料、工业产权或专有技术，应经中国合营者的企业主管部门审查同意，报审批机关批准。

此外，外国合营者以工业产权或专有技术出资签订技术转让协议的，还应当符合以下规定： 技术使用费应当公平合理，一般应采取提成方式支付，提成率不得高于国际上通常的水平； 除双方另有协议以外，技术输出方不得限制技术输入方出口其产品的地区、数量和价格； 技术转让协议的期限不超过 10 年； 技术转让协议期满后，输入方有权继续使用该技术； 双方相互交换改进技术的条件应当对等； 输入方有权按照自己认为合适的来源购买需要的机器设备零部件和原材料； 不得含有为中国法律、法规所禁止的不合理的限制性条款。

关于场地使用权是否可以作价出资的问题，根据《合资企业法》第 5 条的规定，中国合营者的出资方式，可以包括为合营企业经营期间提供的场地使用权。如果场地使用权未作为中国合营者出资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。《实施条例》规定，场地使用费标准应根据该场地的用途、地理环境条件、征地拆迁安置费用和合营企业对基础设施的要求等因素，由所在地的省、自治区、直辖市人民政府规定，并向国家对外经济贸易主管部门和国家土地主管部门备案。如果场地使用权作为中国合营者出资的一部分，其作价金额应与取得同类场地使用权所应缴纳的使用费相同。

（二）合营各方的出资期限

合营各方应当在合营合同中订明出资期限，并且应当按照合营合同规定的期限缴清各自的出资。对此，国家工商行政管理局和原对外经济贸易部于 1988 年 1 月 1 日发布的经国务院批准的《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》作出了具体规定。

根据上述《规定》，合营合同中规定一次缴清出资的，合营各方应当从营业执照签发之日起 6 个月内缴清；合营合同中规定分期缴付出资的，合营

各方第一期出资，不得低于各自认缴出资额的 15%，并且应当在营业执照签发之日起 3 个月内缴清。合营各方未能在合营合同规定的上述期限内缴付出资的，视同合营企业自动解散，合营企业批准证书自动失效。

合营各方缴付第一期出资后，超过合营合同规定的其他任何一期出资期限 3 个月，仍未出资或者出资不足时，工商行政管理机关应当会同原审批机关发出通知，要求合营各方在 1 个月内缴清出资。未按上述通知期限缴清出资的，原审批机关有权撤销对该合营企业的批准证书。

合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或者缴清其出资的，即构成违约。守约方应当催告违约方在 1 个月内缴付或者缴清出资。逾期仍未缴付或者缴清的，视同违约方放弃在合营合同中的一切权利，自动退出合营企业。守约方可以依法要求违约方赔偿因未缴或者未缴清出资造成的经济损失。

五、中外合资经营企业的权力机构和经营管理机构

（一）合营企业的权力机构

合营企业的董事会，是合营企业的最高权力机构。

董事会的职权是按合营企业章程的规定，讨论决定合营企业的一切重大问题。

董事会的人数，由合营各方协商，在合营企业合同、章程中确定，但不得少于 3 人。

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

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

董事会会议每年至少召开一次。经 1/3 以上的董事提议，可召开董事会临时会议。董事会会议应有 2/3 以上董事出席方能举行。举行董事会会议的地点，一般应在合营企业的法定地址所在地。

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

（二）合营企业的经营管理机构

合营企业的经营管理机构，负责企业的日常经营管理工作。

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

总经理执行董事会会议的各项决议，组织领导合营企业的日常经营管理工作。在董事会授权范围内，总经理对外代表合营企业，对内任免下属人员，行使董事会授予的其他职权。副总经理协助总经理工作。

合营企业可以根据生产经营需要，自行确定其机构设置和人员编制。

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

六、中外合资经营企业的经营管理工作

（一）合营企业的计划

合营企业的基本建设计划（包括施工力量、各种建筑材料、水、电、气等），应根据批准的可行性研究报告编制，并纳入企业主管部门的基本建设计划，企业主管部门应优先予以安排和保证实施。

合营企业按照合营合同规定的经营范围和生产规模所制订的生产经营计划（包括购买物资计划、产品销售计划、外汇收支计划、劳动工资计划等），由董事会批准执行，报企业主管部门备案。企业主管部门和各级计划管理部门，不对合营企业下达指令性生产经营计划。

（二）合营企业的物资购买

不论是中国还是其他国家，为了发展本国经济，一般都要求合营企业尽可能使用本国物资。但是，有些物资如果本国没有供应，或者虽有供应但规格、质量不符合需要，或者虽然规格、质量符合需要但价格高于国际市场，合营企业可以在国外购买。所以，《实施条例》第 57 条规定，合营企业所需的机器设备、原材料、燃料、配套件、运输工具和办公用品等，有权自行决定在中国购买或向国外购买，但在同等条件下，应尽先在中国购买。

合营企业自行决定从国外购买它所需要的物资，如果这些物资属于需要领取进口许可证的产品，要每年编制一次进口计划，每半年申领一次许可证。

合营企业在国内购买物资和所需服务的价格，除国家另有规定者外，应与国有企业同等看待，并以人民币支付。

（三）合营企业的产品销售

中国政府鼓励合营企业向国际市场销售其产品。合营企业生产的产品，属于中国急需的或中国需要进口的，可以以在中国国内市场销售为主。

合营企业出口产品的价格，由合营企业自行制定，报企业主管部门和物价管理部门备案。合营企业在中国国内销售的产品，除经物价管理部门批准可以参照国际市场价格定价的以外，应执行国家关于价格管理的规定，实行按质论价，收取人民币。合营企业制定的产品销售价格，应报企业主管部门和物价管理部门备案。

（四）合营企业的财务与会计

1. 财务会计机构、人员和制度。合营企业应当在中国境内企业所在地设置财务会计机构。规模较小，设置财务机构确有困难的，可以不设，但须报知主管财政机关或中央企业主管部门。

合营企业应当配备合格的财务会计人员，依法办理财务会计工作。

《实施条件》第 80 条规定：“合营企业的财务与会计制度，应根据中国有关法律和财务会计制度的规定，结合合营企业的情况加以制定，并报当地财政部门、税务机关备案”。

2. 会计核算的若干原则。外商投资企业的会计核算工作应当以实际发生的经济业务为依据，做到记录准确，内容完整，方法正确，手续齐备，符合时限。

合营企业和其他外商投资企业都应当根据权责发生制的原则和借贷记帐法记帐。

《实施条例》第 84 条规定，一切自制凭证、帐簿、报表必须用中文书写，也可以同时用合营各方商定的一种外文书写。

合营企业原则上采用人民币为记帐本位币，但经合营各方商定，也可采用某一种外币为本位币。以外币记帐的合营企业，除编制外币的会计报表外，

还应另编折合人民币的会计报表。

3. 利润分配。合营企业缴纳所得税后的利润按下列顺序分配：一是支付各项赔偿金、违约金、滞纳金、罚息、罚款；二是弥补企业以前年度亏损；三是提取储备基金、企业发展基金和职工奖励及福利基金；四是向投资人分配利润。

合营企业的储备基金、企业发展基金和职工奖励及福利基金的提取比例由董事会确定。

合营企业的税后利润中可向投资人分配的利润，按照投资人的实际出资比例进行分配。合营企业以前年度尚未分配的利润，可并入本年度的利润进行分配。

合营企业以现金分配利润时，除合同、章程另有规定者外，原则上按企业经营所得的货币进行分配。

4. 季度会计报表和年度会计报告的报送。合营企业的季度会计报表和年度会计报告应当分别报送主管财政部门、当地税务机关、企业主管部门以及投资人。年度会计报告还应当报送原审批机关。

季度会计报表应当于季度终了后 15 天内报出，年度会计报告应当于年度终了后 4 个月内连同中国注册会计师的查帐报告一并报出。

5. 中国注册会计师的验证和出具证明。《实施条例》第 90 条规定，合营企业的下列文件、证件、报表，应经中国注册会计师验证和出具证明，方为有效：一是合营各方的出资证明书；二是合营企业的年度会计报表；三是合营企业清算的会计报表。

（五）合营企业的劳动管理

合营企业可以根据生产经营需要，自行确定其机构设置和人员编制，聘用或者辞退高级经营管理人员，增加或者辞退职工。中方企业同外商合营时，原企业的职工可由合营企业按照需要择优聘用。合营企业的富余人员可以辞退。合营企业外籍职工的雇用、解雇和辞职事项，应在雇用合同中作出规定。

合营企业应加强对职工的业务、技术培训。合营企业要制订切实可行的培训计划，提供必要的经费，建立严格的考核制度，加强对职工培训工作的组织领导。

合营企业职工的工资水平，由董事会按照不低于所在地区同行业条件相近的国有企业平均工资的 120% 的原则加以确定，并根据企业经济效益好坏逐步加以调整。合营企业按照所在地区人民政府的规定，缴纳中方职工退休养老基金和待业保险基金，支付住房补助基金。职工在职期间的保险福利待遇，按照中国政府对国有企业的有关规定执行。合营企业外籍职工的报酬、福利和社会保险等事项，应在雇用合同中作出规定。合营企业可以依法处罚职工。

七、中外合资经营企业的合营期限与解散

（一）合营企业的合营期限

《合资企业法》第 12 条规定：“合营企业的合营期限，按不同行业、不同情况，作不同的约定。有的行业的合营企业，应当约定合营期限；有的行业的合营企业，可以约定合营期限，也可以不约定合营期限。”

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

（二）合营企业的解散

已经开业的合营企业，具有下列情况之一时解散：

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

在发生上述第 2、3、4、5、6 种情况时，应由董事会提出解散申请书，报审批机关批准。

在上述第 3 种情况下，不履行合营企业协议、合同、章程规定的义务一方，应对合营企业由此造成的损失负赔偿责任。

第三节 中外合作经营企业法

一、中外合作经营企业的概念

中外合作经营企业，是指中国合作者与外国合作者依照中华人民共和国法律的规定，在中国境内共同举办的，按合作企业合同的约定分配收益或者产品、分担风险和亏损的企业。根据《中外合作经营企业法》第1条规定，中国合作者包括中国的企业或其他经济组织，外国合作者包括外国企业、其他经济组织和个人。

中外合作经营企业属于契约式的合营企业。中外合作者的投资或者提供的合作条件，并不折算成股份。因此，也就不存在按持有股份的比例分配收益或者产品、分担风险和亏损的问题。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，是在合作企业合同中约定的。这同中外合资经营企业这种股权式的合营企业是有明显区别的。

中外合作经营企业同中外合资经营企业的另一个显著区别是：中外合作者可以共同举办具有中国法人资格的合作企业，也可以共同兴办不具有中国法人资格的合作企业，而依法在中国境内设立的中外合资经营企业都是中国法人。

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

二、中外合作经营企业的设立

（一）国家鼓励兴办的中外合作企业

《中外合作企业法》第4条规定：“国家鼓励兴办产品出口的或者技术先进的生产型合作企业。”

产品出口企业，是指产品主要用于出口、年度外汇总收入额减除年度生产经营支出额和外国投资者汇出分得利润所需外汇额以后，外汇有结余的生产型企业。

先进技术企业，是指外国投资者提供先进技术，从事新产品开发，实行产品升级换代，以增加出口创汇或者替代进口的生产型企业。

（二）设立中外合作企业的申请和审批

申请设立中外合作企业，应当由中方合作者向审查批准机关报送下列文件：

1. 设立中外合作企业的项目申请书，并附送主管部门审查同意的文件；
2. 合作各方共同编制的可行性研究报告，并附送主管部门审查同意的文件；
3. 由合作各方的法定代表人或授权的代表签署的合作企业协议、合同、章程；
4. 合作各方的营业执照、资信证明及法定代表人的有效证明文件，外国合作者是自然人的，应提供有关其身份、履历和资信情况的有效证明；
5. 合作各方协商确定的董事长、副董事长、董事或者联合管理委员会主任、副主任、委员的名单；
6. 审查批准机关要求报送的其他文件。

合作企业协议是指合作各方对设立合作企业的原则和主要事项达成一致意见后形成的书面文件。合作企业章程是指按照合作企业合同的约定，经合作各方一致同意，约定合作企业原则、经营管理方法的书面文件。合作企业

合同是合作各方就相互之间的权利、义务关系达成一致意见后形成的书面文件。合作企业协议、章程的内容与合同不一致的，以合作企业合同为准。

中外合作企业的设立由对外经济贸易合作部或者国务院授权的部门和地方人民政府批准。属于下列情形的，由国务院授权部门或者地方人民政府批准：

1. 投资总额在国务院规定由国务院授权部门或地方人民政府审批的投资限额以内的；
2. 自筹资金，且不需要国家平衡建设、生产条件的；
3. 产品出口不需要领取国家有关主管部门发放的出口配额、许可证，或者需要领取，但在报送项目建设书前已征得国家有关主管部门同意的；
4. 有法律、行政法规规定由国务院授权的部门或者地方人民政府审查批准的其他情形的。

对外经济合作贸易部和国务院授权部门批准设立的合作企业，由对外经济贸易合作部颁发批准证书。国务院授权的地方人民政府批准设立的合作企业，由有关地方人民政府颁发批准证书，并自批准之日起 30 日内将有关批准文件报送对外经济贸易合作部备案。

在下列情况下，设立合作企业的申请将不予批准：

1. 损害国家主权或者社会公共利益的；
2. 危害国家安全的；
3. 对环境造成污染损害的；
4. 有违反法律、行政法规或者国家产业政策的其他情形的。

（三）设立中外合作企业的登记

设立中外合作企业的申请经批准后，应当自接到批准之日起 30 日内向工商行政管理机关申请登记，领取营业执照。营业执照签发日期为企业的成立日期。合作企业自成立之日起 30 日内向税务机关办理税务登记。

三、中外合作经营企业的组织形式与注册资本

（一）中外合作经营企业的组织形式

《合作企业法》第 2 条第 2 款规定：“合作企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。”这就是说，可以申请设立具有法人资格的合作企业，也可以申请设立不具有法人资格的合作企业。

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

不具有法人资格的合作企业，合作各方的关系是一种合伙关系。合作各方应根据其认缴的出资额或提供的合作条件，在合作合同中约定各自承担债务责任的比例，但不得影响合作各方连带责任的履行。偿还合作企业债务超过自己应当承担数额的合作一方，有权向其他合作者追偿。

（二）中外合作经营企业的注册资本

合作企业的注册资本，是指为设立合作企业，在工商行政管理机关登记的合作各方认缴的出资额之和，注册资本可以用人民币表示，也可以用合作各方约定的一种可自由兑换的外币表示。注册资本与投资总额不是同一概念。投资总额包括注册资本和借贷资本。

合作企业注册资本在合作期限内不得减少。但是，因投资总额和生产规模等变化，确需减少的，须经审查批准机关批准。

四、中外合作经营企业的投资与合作条件

（一）合作各方的出资方式

合作各方应依法和依合作企业合同的约定向合作企业投资或提供合作条件。合作各方投资或提供合作条件的方式可以是货币，也可以是实物或者工业产权、专有技术、土地使用权等财产权利。合作各方以自有的财产或财产权利作为投资或合作条件，对该投资或合作条件不得设立抵押或其他形式的担保。合作各方缴纳投资或合作条件后，应当由中国注册会计师验证，合作企业据此发给合作各方出资证明书。

（二）合作各方的出资比例

依法取得法人资格的中外合作企业，外方合作者的投资一般不低于合作企业注册资本的 25%。不具备法人资格的中外合作企业，对合作各方向合作企业投资或者提供合作条件的具体要求，由对外经济贸易合作部确定。

（三）合作各方的出资期限

中外合作企业的合作各方应当根据合作企业的生产经营需要，在合作企业合同中约定合作各方向合作企业投资或提供合作条件的期限。合作各方未按期缴纳投资、提供合作条件的，工商管理部门应当限期履行；期限届满仍未履行的，审查批准机关应当撤销批准证书，工商行政管理机关应当吊销营业执照，并予以公告。

未按合作企业合同缴纳投资或提供合作条件的一方，应当向已经缴纳投资或提供合作条件的他方承担违约责任。

五、中外合作经营企业的组织机构

《合作企业法》第 12 条规定，合作企业应当设立董事会或者联合管理机构，依照合作企业合同或者章程的规定，决定合作企业的重大问题。此外，还规定，合作企业成立后可改为委托中外合作者以外的他人经营管理。可见，合作企业在组织机构的设置上有较大的灵活性，同中外合资经营企业有很大区别，合作企业的管理形式有以下三种：

（一）董事会制

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

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

（二）联合管理制

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

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

（三）委托管理制

经合作各方一致同意，合作企业可以委托中外合作一方进行经营管理，另一方不参加管理；也可以委托合作方以外的第三方经营管理企业。合作企

业成立后改为委托第三方经营管理的，属于合作合同的重大变更，必须经董事会或者联合管理机构一致同意，并报审批机关审批，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

（四）议事规则

合作企业的董事会会议或者联合管理委员会会议每年至少召开一次，由董事长或主任召集并主持。董事长或者主任因特殊原因不能履行职务时，由副董事长、副主任或者其他董事、委员召集并主持。1/3 以上董事或委员可以提议召开董事会会议或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，不能出席董事会会议或者联合管理委员会会议的董事或委员应当书面委托他人代表其出席和表决。董事会会议或者联合管理委员会会议作出决议，须经全体董事或者委员的过半数通过。董事或者委员无正当理由不参加又不委托他人代表其参加董事会会议或者管理委员会会议的，视为出席董事会会议或者管理委员会会议并在表决中弃权。

召开董事会会议或者联合管理委员会会议，应当在会议召开的 10 天前通知全体董事或者委员。董事会或联合管理委员会也可以用通讯方式作出决议。

董事会或联合管理委员会作出决议一般由出席会议董事或委员过半数同意，但是，合作企业章程的修改、合作企业注册资本的增加和减少、合作企业的解散、合作企业的资产抵押、合作企业的合并、分立和变更组织形式、合作各方约定由董事会会议的董事或联合管理委员会会议一致通过方可作出决议的其他事项，应由出席董事会会议或者管理委员会的委员一致通过，方可作出决议。

六、中外合作经营企业的收益分配和投资回收

（一）合作企业收益或者产品的分配

根据《合作企业法》第 2 条的规定，关于合作企业收益或者产品的分配，中外合作者应当依照本法的规定，在合作企业合同中约定。这就是说，合作企业在分配方式上，可以实行利润分成，也可以实行产品分成。后者一般是在资源开发项目中采用的。至于利润分成、产品分成的比例，也是由中外合作者在合作企业合同中约定的。由于具体情况不同，合同当事人可以约定在合作企业期满前始终按同一个比例实行利润或产品分成，也可以在合作企业期满前的一定时期按某种比例分成，在另外的时期按别的比例分成。

关于合作企业收益或者产品的分配，《合作企业法》第 2 条的上述规定同《合资企业法》第 4 条关于“合营各方按注册资本比例分享利润”的规定相比，更具有灵活性。这在一定条件下适应了部分中外合作者的需要，有利于引进外资。当然，中外合作者约定的分配权益或者产品的合同条款，也必须遵守中国的法律、法规，符合平等互利的原则。

（二）合作企业外国合作者投资的回收

在实践中，合作企业在合作期满时，其全部固定资产往往归中国合作者所有。那么，怎样保证外国合作者回收自己的投资呢？《合作企业法》第 22 条第 2 款规定，中外合作者在合作企业合同中约定合作期满时合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，可以在合作企业合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法。

回收投资的办法一般有二：其一，通过加速固定资产折旧，用折旧金偿

还；其二，扩大外国合作者利润分成或产品分成的比例。

如果外国合作者在合作期限内回收投资尚未完毕，经过审批机关批准，可以延长合作期限，以保证外商继续回收应予回收而尚未回收的投资。

合作企业合同约定外国合作者在缴纳所得税前回收投资的，必须向财政税务机关提出申请，由财政税务机关依照国家有关税收的规定审查批准。

七、中外合作经营企业的期限和解散

（一）期限规定

中外合作企业的期限由中外合作者协商并在合作企业合同中规定。合作企业期限届满，合作各方同意延长合伙期限的，应当在期限届满 180 天前向审查批准机关提出申请，说明原合作企业合同执行情况、延长合作期限的原因，报送合作各方就延长期间权利、义务等事项达成的协议。审批机关自接到申请之日起 30 日内作出批准或不批准的决定。合作企业中，外方先行收回投资的，并且已经收回完毕的，不再延长合作期限。但外国合作者增加投资，合作各方协商同意延长的，可向审查批准机关申请延长合作期限。合作延长期限一经批准，合作企业应到工商行政管理部门办理变更登记手续。

（二）解散规定

中外合作企业解散的原因有：合作期限届满；合作企业发生严重亏损，或者因不可抗力遭受严重损失，无力继续经营；中外合作者一方或数方不履行合作企业合同、章程规定的义务，致使合作企业无法继续经营；合作企业合同、章程规定的解散原因已经出现；合作企业违法，被依法责令关闭。

合作企业解散，应依法及合作企业合同、章程的规定办理。

第四节 外资企业法

一、外资企业的概念

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

外资企业不同于中外合资经营企业、中外合作经营企业的主要特征是：它的全部资本是来自外国投资者的；合营企业、合作企业的资本是由中外合营者或中外合作者共同投资的。与此相联系的另一个重要特征：外资企业是由外国投资者经营的；合营企业是由中外合营者共同经营的，合作企业除少数实行委托管理制外，一般也是由中外合作者共同经营的。

二、外资企业的设立与变更

（一）外资企业的设立

1. 设立外资企业的条件。根据《外资企业法》第3条和《中华人民共和国外资企业法实施细则》（以下简称《实施细则》）第3条的规定，设立外资企业，必须有利于中国国民经济的发展，能够取得显著的经济效益，并应当至少符合下列一项条件：

（1）采用先进技术和设备，从事新产品开发，节约能源和原材料，实现产品升级换代，可以替代进口的；

（2）年出口产品的产值达到当年全部产品产值 50% 以上，实现外汇收支平衡或者有余的。

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

限制设立外资企业的行业包括：公用事业；交通运输、房地产；信托投资；租赁。

申请设立外资企业，有下列情况之一的，不予批准：

- （1）有损中国主权或者社会公共利益的；
- （2）危及中国国家安全的；
- （3）违反中国法律、法规的；
- （4）不符合中国国民经济发展要求的；
- （5）可能造成环境污染的。

2. 设立外资企业的申请。外国投资者在提出设立外资企业的申请前，应当就下列事项向拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上地方人民政府提交报告。报告内容包括：设立外资企业的宗旨；经营范围、规模；生产产品；使用的技术设备；产品在中国和外国市场的销售比例；用地面积及要求；需要用水、电、煤、煤气或者其他能源的条件及数量；对公共设施的要求等。县级或者县级以上地方人民政府应当在收到外国投资者提交的报告之日起 30 天内以书面形式答复外国投资者。

外国投资者设立外资企业，应当通过拟设立外资企业所在地的县级或者县级以上人民政府向审批机关提出申请，并报送下列文件：

- （1）设立外资企业申请书；
- （2）可行性研究报告；
- （3）外资企业章程；

- (4) 外资企业法定代表人（或者董事会人选）名单；
- (5) 外国投资者的法律证明文件和资信证明文件；
- (6) 拟设立外资企业所在地的县级或县级以上人民政府的书面答复；
- (7) 需要进口的物资条件；
- (8) 其他需要报送的文件。

两个或者两个以上外国投资者共同申请设立外资企业，应当将其签订的合同副本报送审批机关备案。

3. 设立外资企业的审批。《外资企业法》第6条规定，设立外资企业的申请，由国家对外经济贸易主管部门或者国务院授权的机关审批批准。审查批准机关应当在接到申请之日起90天内决定批准或者不批准。根据上述规定，《实施细则》对设立外资企业的审批作了具体规定。

设立外资企业的申请，由国家对外经济贸易主管部门审查批准后，发给批准证书。设立外资企业的申请属于下列情形的，国务院授权省、自治区、直辖市和计划单列市、经济特区人民政府（以下简称受托机关）审查批准后，发给批准证书：一是投资总额在国务院规定的投资审批权限以内的；二是不需要国家调拨原材料，不影响能源、交通运输、外贸出口配额等全国综合平衡的。受托机关在国务院授权范围内批准设立外资企业，应当在批准后15天内报国务院对外经济贸易主管部门备案。国家对外经济贸易主管部门和授权机关，统称审批机关。还需要指出的是，申请在国家规定限制设立外资企业的行业中设立外资企业，除法律、法规另有规定外，须经国家对外经济贸易主管部门批准。申请设立的外资企业，其产品涉及出口许可证、出口配额、进口许可证或者属于国家限制进口的，应当依照有关管理权限事先征得国家对外经济贸易主管部门的同意。

审批机关应当在收到申请设立外资企业的全部文件之日起90天内决定批准或者不批准。审批机关如果发现上述文件不齐全或者有不当之处，可以要求限期补报或者修改。

4. 设立外资企业的登记。设立外资企业的申请经批准后，外国投资者应当在接到批准证书之日起30天内，向国家工商行政管理局或者国家工商行政管理局授权的地方工商行政管理局申请开业登记。登记主管机关应当在受理申请后30天内，做出核准登记或者不予核准登记的决定。申请开业登记的外国投资者，经登记主管机关核准登记注册，领取营业执照后，企业即告成立。外资企业的营业执照签发日期，为企业成立日期。外资企业应当在企业成立之日起30天内在税务机关办理税务登记。

外资企业符合中国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。为什么符合法人条件的外资企业不是外国法人而是中国法人呢？因为法人的国籍是以其按照哪一个国家的法律设立、在哪一个国家登记注册来确定的。在中国的符合法人条件的外资企业，如前所述，是依照中华人民共和国法律的规定设立的，是经中国国家机关审查批准后在中国登记注册的，所以它是中国法人。

（二）外资企业的变更

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

外资企业申请变更登记，应当在审查批准机关批准后30天内，向登记主

管机关申请办理变更登记。

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

三、外资企业的组织形式与注册资本

（一）外资企业的组织形式

《实施细则》第 19 条规定：“外资企业的组织形式为有限责任公司。经批准也可以为其他责任形式。”

外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限。外资企业以其全部资产对其债务承担责任。

外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

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

（二）外资企业的注册资本

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

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

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

四、外国投资者的出资方式与出资期限

（一）外国投资者的出资方式

根据《实施细则》第 26 条的规定，外国投资者可以用可自由兑换的外币出资，也可以用机器设备、工业产权、专有技术等作价出资。经审批机关批准，外国投资者也可以用其从中国境内兴办的其他外商投资企业获得的人民币利润出资。

外国投资者以机器设备作价出资的，该机器设备必须符合下列要求：一是外资企业生产所必需的；二是中国不能生产，或者虽能生产，但在技术性能或者供应时间上不能保证需要的。该机器设备的作价不得高于同类机器设备当时的国际市场正常价格。对作价出资的机器设备，应当列出详细的作价出资清单，包括名称、种类、数量、作价等，作为设立外资企业申请书的附件一并报送审批机关。作价出资的机器设备抵中国口岸时，外资企业应当报请中国的商检机构进行检验，由该商检机构出具检验报告。

外国投资者以工业产权、专有技术作价出资时，该工业产权、专有技术必须符合下列要求：一是外国投资者自己所有的；二是能生产中国急需的新产品或者出口适销产品的。该工业产权、专有技术的作价应当与国际上通常的作价原则相一致，其作价金额不得超过外资企业注册资本的 20%。对作价出资的工业产权、专有技术，应当备有详细资料，包括所有权证书的复制件，有效状况及其技术性能、实用价值，作价的计算根据和标准等，作为设立外资企业申请书的附件一并报送审批机关。作价出资的工业产权、专有技术实施后，审批机关有权进行检查。

（二）外国投资者的出资期限

外国投资者缴付出资的期限应当在设立外资企业申请书和外资企业章程中载明。外国投资者可以分期缴付出资，但最后一期出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清。其第一期出资不得少于外国投资者认缴的出资额的 25%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴清。

外国投资者未能在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴付第一期出资的，或者无正当理由逾期 30 天不缴付其他各期出资的，外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照；不办理注销登记手续和缴销营业执照，由工商行政管理机关吊销其营业执照，并予以公告。

外国投资者有正当理由要求延期出资的，应当经审批机关同意，并报工商行政管理机关备案。

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

五、外资企业的用地及其费用

（一）外资企业用地的解决

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

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

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

（二）外资企业用地的费用

外资企业在领取土地证时，应当向其所在地土地管理部门缴纳土地使用费。外资企业使用经过开发的土地，应当缴付土地开发费。土地开发费包括征地拆迁安置费用和为外资企业配套的基础设施建设费用。土地开发费可由土地开发单位一次性计收或者分年计收。外资企业的土地使用费和土地开发费的计收标准，依照中国有关规定办理。

外资企业使用未经开发的土地，可以自行开发或者委托中国有关单位开发。基础设施的建设，应当由外资企业所在地县级或者县级以上地方人民政府统一安排。

六、外资企业的经营管理工作

（一）外资企业的物资购买

外资企业有权自行决定购买本企业自用的机器设备、原材料、燃料、零部件、配套件、元器件、运输工具和办公用品等。上述物资，外资企业可以在中国购买，也可以在国际市场购买；在同等条件下，应当尽先在中国购买。外资企业在中国购买物资，在同等条件下，享受与中国其他企业同等待遇。

外资企业为生产出口产品所需进口机械设备、生产用车辆、原材料、燃料、散件、零部件、元器件、配套件，免领进口许可证，由海关实行监管，凭批准成立企业的文件、合同或出口合同验收。

外资企业在批准的经营范围内，进口本企业自用并为生产所需的物资，依照中国规定需要领取进口许可证的，应当编制年度进口计划，每半年向发证机关申领一次。

外资企业进口的物资以及技术劳务的价格不得高于当时的国际市场同类

物资以及技术劳务的正常价格。

（二）外资企业的产品销售

外资企业在中国市场销售其产品，应当依照经批准的销售比例进行。外资企业超过批准的销售比例在中国市场销售其产品，须经审批机关批准。外资企业有权依照批准的销售比例自行在中国销售本企业生产的产品，也可以委托中国的商业机构代理。

外资企业有权自行出口本企业生产的产品，也可以委托中国的外贸公司代销或者委托中国境外的公司代销。外资企业在本企业经营范围出口本企业生产的、不属于出口许可证管理的产品，海关凭出口合同等有关证件验放。外资企业出口产品，依照中国规定需要领取出口许可证的，应当编制年度出口计划，每半年向发证机关申领一次。

外资企业依照批准的销售比例在中国市场销售产品的价格，应当执行中国有关价格管理的规定。外资企业的出口产品价格，由外资企业参照当时的国际市场价格自行确定，但不得低于合理的出口价格。

（三）外资企业的财务与会计

1. 财务会计制度的建立。《实施细则》第 59 条规定：“ 外资企业应当依照中国法律、法规和财政机关的规定，建立财务会计制度并报其所在地财政、税务机关备案。” 外资企业的财务、会计工作应当贯彻执行财政部制定并发布的有关规定和经国务院批准后由财政部发布的《企业财务通则》、《企业会计准则》。

2. 会计年度和会计凭证、帐簿、报表的文字。外资企业的会计年度自公历的 1 月 1 日起至 12 月 31 日止。外资企业的自制会计凭证、会计帐簿和会计报表，应当用中文书写；用外文书写的，应当加注中文。

3. 利润分配。外资企业依照中国税法规定缴纳所得税后的利润，应当提取储备基金和职工奖励及福利基金。储备基金的提取比例不得低于税后利润的 10%，当累计提取金额达到注册资本的 50% 时，可以不再提取。职工奖励及福利基金的提取比例由外资企业自行确定。

外资企业以往年度的亏损未弥补时，不得分配利润；以往年度的未分配利润，可与本会计年度可供分配的利润一并分配。

4. 帐簿的设置和查阅。《实施细则》第 66 条规定，外资企业应当在企业所在地设置会计帐簿，并接受财政、税务机关的监督。违反这一规定的，财政、税务机关可以处以罚款，工商行政管理机关可以责令停止营业或者吊销营业执照。

外国投资者可以聘请中国或者外国的会计人员查阅外资企业帐簿，费用由外国投资者承担。

5. 有关报表的报送。外资企业应当独立核算。外资企业的年度会计报表和清算会计报表，应当依照中国财政、税务机关的规定编制。以外币编报会计报表的，应当同时编报外币折合为人民币的会计报表。外资企业的年度会计报表和清算会计报表，应当聘请中国的注册会计师进行验证并出具报告。上述年度会计报表和清算会计报表，连同中国的注册会计师出具的报告，应当在规定的时间内报送财政、税务机关，并报审批机关和工商行政管理机关备案。

外资企业应当向财政、税务机关报送年度资产负债表和损益表，并报审批机关和工商行政管理机关备案。

（四）外资企业职工雇用、培训和处分

外资企业可以根据生产经营需要，按照国际上通行的办法行使用人自主权。

外资企业在中国境内雇用职工，企业和职工双方应当依照中国的法律、法规签订劳动合同。合同中应当订明雇用、辞退、报酬、福利、劳动保护、劳动保险等事项。外资企业不得雇用童工。

外资企业应当负责职工的业务、技术培训，建立考核制度，使职工在生产、管理技能方面能够适应企业的生产与发展需要。

对违反规章制度，造成一定后果的职工，外资企业可以根据情节轻重，给予不同处分，直至开除。

外资企业招聘、招收、辞退或者开除职工，应当向当地劳动人事部门备案。

（五）外资企业职工工资、保险福利费用

外资企业有权自行确定工资标准、工资形式和奖励、津贴制度。

外资企业职工工资水平，由企业按照不低于所在地区同行业条件相近的全民所有制企业平均工资的 120% 的原则加以确定，并根据企业经济效益好坏逐步加以调整。经济效益好的，工资可以多增；经济效益差的，可以少增或不增。

外资企业要按照所在地区人民政府的规定，缴纳中方职工退休养老基金和行业保险基金。职工在职期间的保险福利待遇，按照中国政府对全民所有制企业的有关规定执行；所需费用，从企业成本费用中如实列支。

外资企业要按照所在地区人民政府的规定，支付住房补助基金，中方用于补贴建造、购置职工住房的费用。

七、外资企业的经营期限、终止与清算

（一）外资企业的经营期限

《外资企业法》第 20 条规定：“外资企业的经营期限由外国投资者申报，由审查批准机关批准。期满需要延长的，应当在期满 180 天以前向审查批准机关提出申请。审查批准机关应当在接到申请之日起 30 天内决定批准或者不批准。”《实施细则》第 73 条、第 74 条作了更为具体的规定，外资企业的经营期限，根据不同行业和企业的具体情况，由外国投资者在设立外资企业的申请书中拟订，经审批机关批准。外资企业的经营期限，从其营业执照签发之日起计算。外资企业经批准延长经营期限的，应当自收到批准延长期限文件之日起 30 天内，向工商行政管理机关办理变更登记手续。

（二）外资企业的终止

外资企业有下列情形之一的应予终止：

1. 经营期限届满；
2. 经营不善，严重亏损，外国投资者决定解散；
3. 因自然灾害、战争等不可抗力而遭受严重损失，无法继续经营；
4. 破产；
5. 违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销；
6. 外资企业章程规定的其他解散事由已经出现。

外资企业如存在上述第 2、3、4 项所列情形，应当自行提交终止申请书，报审批机关批准。审批机关作出核准的日期为企业的终止日期。

（三）外资企业的清算

外资企业如果是由于前面讲到的第 1、2、3、6 项所列的情形终止的，应当在终止之日起 15 天内对外公告并通知债权人，并在终止公告发出之日起 15 天内，提出清算程序、原则和清算委员会人选，报审批机关审核后清算。

清算委员会应由外资企业的法定代表人、债权人代表以及有关主管机关的代表组成，并聘请中国的注册会计师、律师等参加。

清算委员会的职权包括：召集债权人会议；接管并清理企业财产，编制资产负债表和财产目录；提出财产作价和计算依据；制定清算方案；收回债权和清偿债务；追回股东应缴而未缴的款项；分配剩余财产；代表外资企业起诉和应诉。

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

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

外资企业清算结束，应当向工商行政管理机关办理注销登记手续，缴销营业执照。

外资企业如果是由于破产而终止的，参照中国有关法律、法规进行清算。如果外资企业是由于违反中国法律、法规，危害社会公共利益被依法撤销而终止的，依照中国有关规定进行清算。

第四章 破产法

第一节 破产法总论

一、破产的概念

在破产法上，“破产”一词有两种含义。第一，破产是指债务人不能清偿到期债务的事实状态；第二，破产是指在债务人无力偿债的情况下公平清理债务的一种法律程序（即破产清算）。

一般说来，在企业无力偿债的情况下，该企业和它的债权人可以选择：（1）通过协商，找出解决债务问题的办法（例如，延期偿还）；（2）依照破产法向法院提出受理破产案件的申请。

破产案件并不一定以债务人清算倒闭为唯一结局。例如，我国现行企业破产法规定“和解和整顿”程序，就意味着可以使企业在债权人让步的基础上整顿复兴。此外，本世纪70年代以来在发达国家兴起的重整制度，以更加有力的法律手段，对陷于债务困境的企业予以拯救。

二、破产制度的意义

破产法是通过司法程序公平清理债务的一系列法律制度和规则的总和。破产制度的意义，可归纳为以下几个方面：第一，对于债权人，通过破产程序，可以使他们的债权请求得到公正的待遇，避免了在缺乏公平清偿秩序的情况下可能受到的损害。第二，对于债务人企业，破产程序可以起到两种作用，一是淘汰落后，二是起死回生（通过和解、重整以及破产企业的整体变价）。第三，对于社会，破产制度的意义，首先在于通过规范破产行为，维护正常的债务清偿秩序，其次，在于妥善处理破产事件，减少其消极影响，维护社会安定，再次，通过优胜劣汰机制，实现资源优化组合，促进经济发展。

三、我国的破产法律规范

我国于1986年颁布《企业破产法（试行）》。1991年颁布新的《民事诉讼法》，其中包括了企业法人破产还债程序（第19章）。最高人民法院于1991年发布《关于贯彻执行〈企业破产法（试行）〉若干问题的意见》。这些是当前我国法院处理破产案件的主要程序规范。此外，处理破产案件还涉及到一系列实体法问题，如买卖、借贷、租赁、土地使用权、知识产权、劳动者权益等等，需要适用相关的实体性法律和行政法规。

目前，我国正在起草新的破产法。制定新破产法的基本指导思想是，公正、公开地审理破产案件，保护债权人和债务人的合法权益，促进企业自主经营、自负盈亏，建立企业优胜劣汰机制，适应社会主义市场经济的要求。

四、破产法的适用范围

1986年《企业破产法》规定，该法适用于全民所有制企业。1991年《民事诉讼法》第十九章将破产程序的适用范围扩大到所有的企业法人。按照该法第206条的规定，无法人资格的企业、个体工商户、农村承包经营户、个人合伙，在不能清偿到期债务的情况下，都不能适用破产程序。同样地，自然人也不能适用破产程序。

五、破产原因

破产原因是适用破产程序所依据的特定法律事实。它是法院进行破产宣告所依据的特定事实状态。其特点是：第一，它必须是实际存在的事实状态；

第二，它必须是符合法律规定的事实状态。作为破产原因的法律事实，可以是单一的，也可以是复合的。目前，各国关于破产原因的立法通例，是采用单一规定，即以债务人不能清偿到期债务为唯一原因。而我国现行立法，采用复合规定，即以多项事实组成破产原因。《企业破产法》第3条规定的破产原因由三项事实构成：（1）企业经营不善；（2）严重亏损；（3）不能清偿到期债务。《民事诉讼法》第199条规定的破产原因由两项事实构成：（1）严重亏损；（2）不能清偿到期债务。前一种规定适用于国有企业，后一种适用于其他企业法人。

六、破产案件的管辖

（一）地域管辖

《企业破产法》第5条规定，企业破产案件由债务人所在地人民法院管辖。所谓债务人所在地，指企业主要办事机构所在地。

（二）级别管辖

最高人民法院规定，破产案件的级别管辖，以债务人的企业登记机关为准，即：（1）县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记的企业，由基层法院管辖；（2）地区、地级市（含本级）以上工商行政管理机关核准登记的企业，由中级法院管辖。

七、破产案件中的裁定

人民法院对破产案件作出的裁定，除驳回破产申请的裁定外，一律不准上诉。当事人对裁定有异议的，可以向做出裁定的人民法院申请复议。复议期间，不停止裁定的执行。

八、破产法对企业职工的保护

《企业破产法》第4条规定，国家通过各种途径妥善安排破产企业职工重新就业，并保障他们重新就业前的基本生活需要。近几年来，政府还发布了大量的行政法规来加强对破产企业职工的就再就业安置和待业保障。此外，破产程序制度还给予劳动债权以优先保护。

第二节 破产案件的申请和受理

一、破产案件的申请

破产案件的申请，分为两类，一是债权人申请，二是债务人申请。

（一）债权人申请

债务人不能清偿到期债务的，债权人可以提出破产案件的申请。

债权人提出破产申请时，应当说明企业亏损的情况，提交关于债权数额、有无财产担保以及债务人不能清偿到期债务的证明。债权人申请债务人破产时，不需要证明债务人严重亏损的事实。

（二）债务人申请

债务人具备破产原因的，可以提出破产申请。申请时，应当提出其存在破产原因的证明，包括企业亏损情况说明，会计报表、财产明细表、债务清册和债权清册。

按照《企业破产法》的规定，国有企业作为债务人申请破产时，还应当提交该企业的上级主管部门同意其申请破产的书面意见。

二、破产案件的受理

（一）受理程序

人民法院收到破产申请后，应审查申请材料是否符合法律规定。符合规定的，应裁定受理。不符合规定的，可驳回申请，或者责令申请人限期更正、补充。逾期未更正、补充的，视为撤回。

人民法院受理破产案件后，应当在10日内通知债务人并发布公告。在债权人提出申请的情况下，应当在对债务人的通知中，限定其在15日内向法院提交企业亏损情况说明，会计报表、财产明细表、债务清册和债权清册。法院在收到债务人提交的债务清册后，应当在10日内通知已知的债权人。在公告和给债权人的通知书中，应当包括如下内容：（1）立案时间；（2）破产案件的债务人；（3）申报债权的期限、地点和逾期未报的法律后果。

申请人对人民法院驳回破产申请的裁定不服的，有权向上一级人民法院提起上诉。上诉的期限为10日。

（二）受理的效果

法院受理破产申请，意味着破产程序的开始。破产程序开始后，债务人的财产进入保全状态，债权人的权利行使也受到约束。具体说，发生以下效果：

1.对债务人的约束。自破产案件受理之日起，债务人及其法定代表人承担以下义务：（1）妥善保管企业财产，未经法院许可，不得擅自处分；（2）不得对个别债权人清偿债务，也不得以其财产设立新的担保；（3）法定代表人应列席债权人会议并如实回答询问；（4）法定代表人不得擅自离职守。

债务人违反上述义务，妨碍破产程序正常进行的，人民法院可视其情节轻重，依照《民事诉讼法》第102、104条的规定，对债务人的法定代表人予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2.对债权人的约束。破产案件受理后，债权人只能通过破产程序行使权利。债权人不得个别追索债务，也不能向法院提起新的民事诉讼。

有财产担保的债权人，在破产案件受理后至破产宣告前的期间，未经人民法院同意，不得行使优先权。

3.对第三人的约束。破产案件受理后，债务人的开户银行应当遵照人民

法院的通知，履行下列义务：（1）停止办理债务人清偿债务的结算业务；（2）支付债务人维持正常业务所必需的费用时，需经法院许可；（3）不得划扣债务人的既存款和汇入款抵还贷款。

破产案件受理后，人民法院应当向企业职工发布公告。企业职工应当保护好企业财产，不得非法处理企业的财产和帐册、文书、印章等物品。

4. 对其他民事程序的影响。破产案件受理后，对债务人财产的其他民事执行程序必须中止。

破产案件受理后，向债务人请求给付的经济纠纷案件，尚未审结且另无连带责任人的，应当终结诉讼；尚未审结且另有连带责任人的，应当中止诉讼。

破产案件受理后，债务人向他人请求给付的经济纠纷案件，受诉法院不能在3个月内结案的，应当移送受理破产案件的人民法院。

5. 破产无效行为。破产无效行为是指债务人在破产状态下实施的违反公平清偿原则，有损债权人一般利益，依法应确认无效的财产处分行为。破产无效行为包括两种：欺诈破产行为和个别清偿行为。

欺诈破产行为是指，破产案件受理前6个月至破产宣告之日的期间内，债务人的下列行为：（1）隐匿、私分或者无偿转让财产；（2）非正常压价出售财产；（3）对原来没有财产担保的债务提供财产担保；（4）对未到期债务提前清偿；（5）放弃自己的债权。

个别清偿行为是指，破产案件受理后，债务人对个别债权人所作的清偿。但是，债务人维持正常生产经营所必需的清偿（如缴纳水电费、电话费）除外。

因破产无效行为给付的财产，清算组有权向人民法院申请追回。追回的财产，列入破产财产。

对于实施欺诈破产行为的直接责任人员，人民法院可依照《民事诉讼法》第102条、第104条的规定予以处罚。

三、债权申报

（一）债权申报的概念

债权申报，是指破产案件受理后，债权人依照法定程序主张并证明其债权，以便参加破产程序的法律行为。债权申报具有以下特征：

1. 债权申报是债权人的单方意思表示。根据意思自治原则，债权人享有申报和不申报的自由。

2. 债权申报以主张并证明债权为内容。申报人主张债权以外的其他权利（例如财产取回权）的，或者不能提出债权证据的，不予接受。

3. 债权申报是债权人参加破产程序的必要条件。债权人申报债权并经确定后，即具有参加债权人会议的资格，并依法享有相应的程序权利。未申报的债权人，不得参加破产程序。

4. 申报债权，必须符合法定的程序规范。例如，超过法定期限申报债权的，法院不予受理。

（二）债权申报的程序

1. 申报期限。破产案件受理后，债权人在收到通知后30日内，未收到通知的自公告之日起3个月内，向人民法院申报债权。

2. 申报方式。债权人申报债权时，应说明债权的数额和有无财产担保，并提交有关证明材料。

3. 登记造册。人民法院对于申报的债权，应当指派专人，进行登记造册。
4. 审查确定。申报的债权，须经债权人会议审查确认，方为确定。
5. 逾期未报的后果。按照现行规定，债权人逾期未申报债权的，视为自动放弃债权。

第三节 债权人会议

一、债权人会议的法律地位

债权人会议是全体债权人参加破产程序并集体行使权利的决议机构。从性质上讲，债权人会议是债权人团体在破产程序中的意思表示机关。也就是说，债权人会议的职能是要使全体债权人能够作为一个整体，就他们的权利行使和权利处分作出共同的意思表示，并为维护他们的共同利益而采取必要的行动。

根据债权人自治原则，有关债权人权利行使和权利处分的一切事项，均应由债权人会议独立地作出决议。债权人在债权人会议上应享有充分的表达自由和表决自由。人民法院应尊重债权人的自治权利，并依法维护债权人会议的程序公正。

二、债权人会议的组成和职权

（一）债权人会议的组成

债权人依法申报债权后，成为债权人会议的成员，享有表决权。但是，有财产担保的债权人只有在放弃优先受偿权利的情况下，才享有表决权。

债权人会议主席由人民法院从有表决权的债权人中指定。

（二）债权人会议的职权

债权人会议的职权是：（1）审查有关债权的证明材料，确认债权有无财产担保及其数额；（2）讨论通过和解协议草案；（3）讨论通过破产财产的变价和分配方案。

三、债权人会议的召开和议决程序

（一）债权人会议的召开

1. 召集人。第一次债权人会议由人民法院召集，以后的债权人会议由会议主席召集。

2. 召集原因。债权人会议召开的原因有以下三种：（1）法律规定，这是指第一次债权人会议，按规定它应当在债权申报期限届满后 15 日内召开；（2）人民法院或者债权人会议主席认为必要；（3）清算组或者占无担保债权总额 1/4 以上的债权人要求。

3. 召集通知。召开债权人会议，应当提前将会议的时间、地点、内容等事项通知债权人。债权人在本地的，应提前 7 日通知；债权人在外地的，应提前 20 日通知。

（二）债权人会议的议决程序

1. 会议主持人。第一次债权人会议由人民法院主持，以后的债权人会议由会议主席主持。

2. 表决代理。债权人可以委托代理人出席债权人会议，行使表决权。代理人出席会议时，应当提交委托人签名盖章的授权委托书。

3. 决议方式。债权人会议的决议的通过，应当具备两个条件：（1）出席会议的有表决权的债权人的过半数赞成；（2）赞成票所代表的债权额占无财产担保债权总额的半数以上，但是，在通过和解协议时，应当占这一总额的 2/3 以上。这里所说的“债权额”，指经过债权人会议确认的已申报债权的总额。

4. 决议的效力。债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。也就是说，各债权人不论是否出席了会议，也不论是否投票赞成该决议，都当然

地受会议决议的约束。

5.对决议的异议。债权人认为债权人会议决议违法的，可以在该决议作出后 7 日内提请法院裁定。

第四节 破产宣告和破产清算

一、破产宣告

（一）破产宣告的依据

破产案件受理后，债务人不能通过其他程序（如和解）免于清算倒闭的，由法院宣告其破产。破产宣告是法院对债务人具备破产原因的事实作出有法律效力的认定。

债务人具备破产原因，是破产宣告的基本依据。没有破产原因的事实存在，则不得进行破产宣告。但是，有破产原因，并不必然地导致破产宣告。根据我国的现行规定，在两种情况下，具备破产原因的债务人可免于破产宣告。其一，在破产宣告前，债务人与债权人达成和解。其二，债务人具备不予宣告破产的法定事由，即按照《企业破产法》第3条第2款规定，在债权人提出破产申请的案件中，具备以下情形之一者：（1）公用事业和与国计民生有重大关系的企业，政府有关部门给予资助或者采取其他措施帮助清偿债务的；（2）取得担保，自破产申请之日起6个月内清偿债务的。

（二）破产宣告的效果

破产宣告是一种司法行为。它导致一系列的法律效果。概括地说，有以下几项：

1. 破产案件进入清算程序。在破产案件受理后，破产宣告以前，债务人可以通过和解或者其他方式（例如取得担保，在短期内清偿债务）而避免破产清算。而一旦破产宣告，则破产案件不可逆转地进入清算程序。所谓不可逆转，就是说，破产宣告以后，就不能以任何方式退回到破产宣告以前的状态，而只能按清算程序进行下去。例如，破产宣告以后，当事人申请和解整顿的，不得准许。

2. 债务人成为破产人。在我国，被申请破产的企业，在破产宣告前称为债务人，在破产宣告后称为破产企业。破产企业的身份，就是破产人。所谓破产人，就是民事权利受到破产程序拘束的人。就破产企业而言，其民事权利受到如下拘束：

（1）破产企业丧失对财产和事务的管理权，由清算组全面接管。

（2）企业财产成为破产财产，即成为归清算人占有、支配并用于破产分配的财产。破产财产在归属、用途和处置方法上都服从于实现破产清算的目的。

（3）破产企业的法定代表人承担与清算有关的法定义务，如，向清算组办理移交，按照法院或清算组的要求进行工作，不得擅离职守等。

3. 债权人获得行使权利的特别许可。破产宣告后，债权人为获得清偿，得到以下特别许可：（1）未到期的债权视为到期；（2）有财产担保的债权人可以随时由担保物获得清偿；（3）对破产企业负有债务的债权人享有破产抵销权；（4）无财产担保的债权人依照法定程序集体确定破产分配方案，由破产财产获得清偿。

4. 第三人承担相应的权利或义务。根据现行规定，主要有以下几种情况：（1）对位于破产企业内的财产拥有财产权的人，有权向清算组取回其财产；（2）破产企业的债务人，应当向清算组清偿债务；（3）持有破产企业财产的人，应当向清算组交付财产；（4）破产企业的开户银行，应按照法院的通知，限定该企业银行帐户仅供清算组使用。

破产宣告后，法院指定破产清算人负责破产财产的管理、变价和清算分配等事务。清算人有权向破产企业的债务人追索或者受领清偿给付，有权决定待履行合同的解除或继续履行，也有权追回破产企业基于无效行为给付的财产。

二、破产清算组

（一）清算组的性质和职责

清算组是依照破产法规定，在破产宣告后成立的，负责执行破产清算事务的机构。

清算组的基本职能是对破产财产进行保管、清理、变价和分配。其具体职责包括：（1）接管和清理破产企业的财产和事务；（2）管理和维护破产财产；（3）行使破产企业的财产权利，包括向第三人追讨债务、索回财产、受领偿付，以及决定待履行合同的解除或继续履行；（4）向取回权人交还财产；（5）向别除权人交付担保物；（6）支付破产费用；（7）追回因破产无效行为给付的财产；（8）制订和实施破产财产变价方案；（9）提出破产财产分配方案，经债权人会议通过和法院批准后予以执行；（10）分配方案执行完毕后，提请人民法院终结破产程序；（11）破产程序终结后，办理企业注销登记。

（二）清算组的选任

人民法院应当自破产宣告之日起 15 日内成立清算组，接管破产企业。

《企业破产法》第 24 条规定，清算组成员由人民法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门中指定。按照最高人民法院的规定，成立清算组以前，人民法院商请同级人民政府从企业上级主管部门、政府财政、工商行政管理、计委、审计、税务、物价、劳动、人事等部门和专业人员中用公函指定清算组成员。一经指定，有关单位和有关人员不得借故推托或擅离职守，确因客观情况不能执行职务的，人民法院可以另行指定。

清算组可以聘用一定数量的会计师及其他工作人员。

（三）清算组与人民法院、债权人会议的关系

清算组对人民法院负责并报告工作，接受人民法院的监督。清算组有损害债权人利益的行为或其他违法行为的，人民法院应当予以纠正，并可撤换不称职的清算组成员。

清算以实现债务公平清偿，保护债权人的合法权益为宗旨。因此，清算组在履行职务时，应当充分听取债权人的意见，尊重债权人会议的决议。清算组应当列席债权人会议并受债权人会议监督。清算组的决定违背债权人利益的，债权人可以申请人民法院裁定撤销。

（四）清算组的撤销

破产程序终结，破产企业登记注销后，由人民法院宣布清算组撤销。

三、破产财产

（一）破产财产的范围

破产财产，又称破产财团，有形式的破产财产和实质的破产财产两种含义。前者指原属破产人所有，由清算人接管并依破产程序分配给债权人的财产的集合体。后者指在破产过程中所有在本国可扣押的破产人财产的总和。这意味着，破产财产并不局限于破产宣告后清算组接管的那些财产，甚至不局限于在破产宣告后破产程序终结前破产人取得的财产；破产程序终结后追回的原属破产人的财产，也属于破产财产。破产财产本质上是用于破产清偿

的财产。虽然从理论上讲，破产清偿完结后的剩余财产应属于破产人或者其出资人，但是实际上，这种可能性几乎不存在。所以，可以认为，破产财产归根结底是债权人的财产。所以，任何不法减少破产财产的行为，都是对债权人合法权益的侵犯。

我国《企业破产法》第 28 条第 1 款规定，破产财产由下列财产组成：（1）宣告破产时破产企业经营管理的全部财产；（2）破产企业在破产宣告后至破产程序终结前所取得的财产；（3）应当由破产企业行使的其他财产权利。

（二）取回权

1. 取回权的概念。取回权是指从清算人接管的财产中取回不属于破产人财产的请求权。该请求权的主体是标的物的所有人，其相对人是破产清算人。取回权标的物在被取回以前，列入破产财产；该财产若受到不法侵犯，清算人得请求法律保护。

2. 取回权的范围。《企业破产法》第 29 条规定，破产企业内属于他人的财产，由该财产的权利人通过清算人取回。实践中，作为取回权标的物的“属于他人的财产”主要包括：（1）按份共有的财产；（2）委托管理的财产；（3）租赁财产；（4）借用财产；（5）加工承揽财产；（6）寄存财产；（7）寄售财产；（8）基于其他法律关系交破产人占有、但未转移所有权的他人财产。

3. 取回权的行使。破产宣告后，破产程序终结前，取回权人得随时向清算组请求取回财产。清算组收到取回权人的请求后，一经证明属实，即应予以返还。

取回权标的物应当原物返还（原物取回权）。取回权标的物因已经处分或者毁损灭失而不能原物返还的，应当折价返还（赔偿取回权）。在后一种情况下，折价款应随时全额支付，而不得被当作破产债权纳入破产分配。

四、破产债权

（一）破产债权的条件

破产债权是基于破产宣告前的原因而发生的，能够通过破产分配由破产财产公平受偿的财产请求权。我国《企业破产法》第 30 条规定，破产宣告前成立的无财产担保的债权和放弃优先受偿权利的有财产担保的债权为破产债权。

构成破产债权，应具备以下条件：

（1）须为基于破产宣告前的原因而发生的请求权。破产宣告后的新生债权，除了应列入破产费用的外，不得由破产财产受清偿。

（2）须为财产上请求权。属于人身性质请求权，因不能够强制执行，不得纳入破产债权。但是，该债权人于破产宣告前因债务人不履行而受损失的，其赔偿请求权得列入破产债权。

（3）须为不享受优先受偿权的请求权。享受优先受偿权的债权，不参加破产分配，故不得成为破产债权。但是，有财产担保的债权，如果债权人放弃了优先受偿权，则不妨成为破产债权。

（二）破产债权的范围

破产宣告前成立的以下请求权，得成为破产债权：（1）无财产担保的债权；（2）放弃了优先受偿权的债权；（3）有财产担保的债权，经由担保物清偿后的未足清偿部分；（4）破产人的保证人或其他连带债务人，因代替破产人清偿债务而取得的求偿权；（5）上述债权，应计算利息的，至破产宣告

之日止的利息；（6）票据发票人或背书人被宣告破产，其付款人或承兑人不知其事实而付款或承兑，由此所产生的债权；（7）清算组决定解除合同，另一方当事人因合同解除受到损害的，经法院确定的赔偿额。

以下各项，不得成为破产债权：（1）破产债权在破产宣告后的利息；（2）债权人参加破产程序的费用；（3）对破产人科处的罚金、罚款和没收财产；（4）超过诉讼时效期间的债权。此外，按照现行规定，未按法定期间申报的债权也不能成为破产债权。

按照《企业破产法》第 37 条的规定，劳动债权（职工工资和劳动保险费用）和欠缴税金，不属于破产债权，而是先于破产债权受偿的特别请求权。

五、破产抵销权

（一）破产抵销权的范围

破产抵销权，是指破产债权人在破产宣告前对破产人负有债务的，不论债的种类和到期时间，得于清算分配前以破产债权抵销其所负债务的权利。

《企业破产法》第 33 条规定，债权人对破产企业负有债务的，可以在清算分配前主张抵销。

破产抵销权与民法上的抵销权相比较，有三个特征：（1）享有破产抵销权的人，须为破产债权人；（2）与破产债权相抵销的债务，须为破产债权人于破产宣告前对破产人所负的债务；（3）该债权和债务的抵销，不受债的种类和履行期限的限制，也就是说，首先，非金钱之债与金钱之债之间，以及非金钱之债相互间，都可以折价抵销，其次，破产宣告时尚未到期的债，在破产宣告后均视为到期，故破产抵销权不受原有履行期的限制。

（二）不适用破产抵销的情形

根据破产抵销权的上述定义，对破产抵销有如下限制：

（1）破产债权人在破产宣告后对破产人负担的债务，不能抵销。例如破产债权人购买破产清算中变卖的财产，必须支付价金，而不得以自己破产人享有的债权为抵销，否则，将有违公平清偿的原则。

（2）破产人的债务人在破产宣告后受让取得的他人对破产人的破产债权，不得用于抵销。这样规定是为了防止破产人的债务人廉价取得对破产人的债权，而不正当地免除对破产财产的债务，从而使其他破产债权人因破产财产的不当减少而受损害。

（3）破产债权人已知破产人有停止支付或者破产申请的事实，而对破产人负担的债务，不得抵销。这样规定是为了防止破产债权人以赊购破产人财产的方式使自己的债权抢先得到满足，从而逃避破产清偿程序。

（三）破产抵销权的行使

破产债权人向清算组提出破产抵销的主张，经清算组承认，即发生抵销的效果。如果清算组对抵销有异议，可以通过诉讼解决。

抵销以后，破产债权超过债务的部分，仍属破产债权，经申报的，可以参加清算分配。

抵销以后，债务超过破产债权的部分，仍属破产财产，破产债权人应当履行给付义务。

六、别除权

（一）别除权的概念

别除权是指债权人不依破产程序，而就破产财产中的特定财产单独优先受偿的权利。

《企业破产法》第 32 条规定，破产宣告以前成立的有财产担保的债权，债权人享有就该担保物优先受偿的权利。这里所说的“财产担保”，包括三种形式：抵押、质押、留置。因此，抵押权、质权和留置权，是别除权的基础权利。

（二）别除权的行使

别除权人行使别除权，不受破产程序的约束。别除权人占有担保物的，可不经清算组同意，而依担保法和其他有关法律的规定行使权利。别除权人未占有担保物的，应当向清算组主张权利，经清算组承认，取得担保物，按法律规定的程序优先受偿。如果清算组对别除权有异议，可通过诉讼解决。

处分担保物所得的价款不足以清偿所担保的全部债权，其未受清偿的部分，作为普通破产债权参加破产分配。处分担保物所得价款在清偿所担保的债务后有剩余的，剩余部分列入破产财产。

七、破产费用

（一）破产费用的范围

破产费用，是指破产程序开始后，为破产程序的进行以及为全体债权人的共同利益而在破产财产的管理、变价和分配中产生的费用，以及为破产财产进行诉讼和办理其他事务而支付的费用。由于这些费用是为破产债权人的共同利益而支出的，按照民事诉讼法关于民事执行费用由债务人承担的规则和民法关于共益费用优先受偿的规则，这些费用应当从破产财产中优先拨付。

《企业破产法》第 34 条规定，下列破产费用，应当从破产财产中优先支付：（1）破产财产的管理、变卖和分配所需要的费用，包括聘任工作人员的费用；（2）破产案件的诉讼费用；（3）为债权人的共同利益而在破产程序中支付的其他费用。

（二）破产费用的偿付

实践中，破产费用总是随时发生，随时偿付，不需要债权申报，而不必留待清算分配时偿付。从这个意义上说，破产费用同取回权、抵销权和别除权一样，是破产财产减少的一种原因。所以，不排除这样一种可能性：由于破产费用的支出以及取回权、抵销权和别除权的行使，破产财产全部耗尽，清算分配无从进行，从而使破产程序提前终结。为此，《企业破产法》第 34 条规定，破产财产不足以支付破产费用的，人民法院应当宣告破产程序终结。

八、破产变价和分配

（一）破产变价

破产变价，是指清算人将非金钱的破产财产，通过合法方式加以出让，使之转化为金钱形态，以便于清算分配的过程。

破产清算以金钱分配为原则，实物分配为例外，此为各国之通例。我国破产法也贯彻这一原则。

破产财产的变价前，有必要进行估价的，应当进行估价。对于房屋、土地使用权等重要财产的估价，应当按照有关法规规定的程序进行。

根据《企业破产法》第 15 条第 3 项的规定，清算组进行破产财产的变价，应当制订变价方案，提交债权人会议审议通过。依照国家规定不能公开拍卖或出售的财产，应当依照国家规定的方式变卖。

变卖破产财产，原则上应当公开进行，通常采用的形式有：（1）拍卖；（2）招标出售；（3）标价出售。

《企业破产法》第 36 条规定，破产财产中的成套设备，应当整体出售；不能整体出售的，可以分散出售。

（二）破产分配

1. 分配方案。破产分配，应首先由清算组提出破产财产分配方案，经债权人会议通过，报请人民法院裁定后执行。

破产财产分配方案应记载如下事项：（1）参加破产分配的债权人名单；（2）参加分配的债权额；（3）可供分配的财产数额；（4）分配的顺序、比例及数额；（5）实施分配的方法。

2. 破产分配的顺序。根据《企业破产法》第 37 条的规定，破产财产优先拨付破产费用后，按如下顺序清偿：（1）破产企业所欠职工的工资和劳动保险费用；（2）破产企业所欠税款；（3）破产债权。

按顺序清偿的规则是，在先顺序清偿完毕后，有剩余财产时，进行下一顺序的清偿；每一顺序的债权，破产财产足够清偿的，予以足额清偿；不足清偿的，按比例清偿（例如，清偿税款后剩余的破产财产为 10 万元，破产债权总额 100 万元，则按每 10 元债权偿付 1 元的比例进行清偿）。

（三）补充分配

破产财产终结后，如发现本应纳入破产分配的破产人财产的，应当追回财产，进行补充分配。一般说来，追回的破产财产，通常是破产人隐匿、私分的财产，此外还有遗失财产、被盗财产以及被他人合法占有而在破产人财产清册中遗漏的财产。我国《企业破产法》第 40 条规定，破产企业有欺诈破产行为，自破产终结之日起 1 年内被查出的，由人民法院追回财产，依照法定清算顺序对破产债权人进行清偿。

九、破产案件的终结

（一）终结的事由

破产宣告后，有下列之一的，人民法院应当宣告破产程序终结：（1）破产财产不足支付破产费用的；（2）破产财产分配完毕，清算组提出终结破产程序的申请的。

（二）终结的效果

破产程序终结后，发生如下法律效果：

（1）清算组办理破产企业的注销登记。至此，破产企业的法律人格归于消灭。

（2）注销登记后，人民法院宣布清算组撤销。

（3）未得到清偿的破产债权不再清偿。债权人无权向破产企业的上级主管部门或者出资人提出请求。但是，债权人可以就未受清偿的部分债权，请求破产企业的保证人或其他连带债务人承担清偿责任。

第五节 和解程序

一、和解的概念

和解是指具备破产原因的债务人，为避免破产清算，而与债权人团体达成以让步方法了结债务的协议，协议经法院认可后生效的法律程序。

综合各国的经验，和解制度有如下特征：（1）由已经发生破产原因的债务人提出和解的请求；（2）和解请求以避免破产清算为目的；（3）债务人与债权人团体之间达成协议；（4）和解协议采用让步方法了结债务；（5）和解程序受法定机关监督。

我国《企业破产法》第四章规定的和解制度，具有如下特点：

（1）和解与整顿相结合。所谓整顿，是指企业上级主管部门对企业采取的旨在改善企业经营管理、提高企业效益的一系列行政措施。整顿申请为提出和解申请的前提，实施整顿为执行和解协议的前提。

（2）和解和整顿只适用于债权人申请破产的案件。

二、和解程序

根据我国《企业破产法》的规定，和解程序的要点是：

（一）和解程序的开始

和解程序的开始，须具备两个条件：

1. 债权人提出破产申请，人民法院受理案件后3个月内，被申请破产的企业上级主管部门向法院和债权人会议申请对该企业进行整顿，并提交整顿方案。整顿期限不超过2年。

2. 被申请破产的企业向债权人会议提交和解协议草案。

（二）达成和解协议

和解协议草案经债权人会议通过，即为达成和解协议。达成的和解协议，经人民法院认可后，由人民法院发布公告，中止破产程序。和解协议自公告之日起具有法律效力。

（三）企业整顿

和解协议生效后，企业由上级主管部门主持整顿。整顿方案须经企业职工代表大会讨论。企业整顿的情况应当向职工代表大会报告，并定期向债权人会议报告。

整顿期间，企业有下列情形之一的，法院应裁定终结整顿，宣告其破产：

- （1）不执行和解协议；
- （2）财务状况继续恶化，债权人会议申请终结整顿；
- （3）有欺诈破产行为，严重损害债权人利益。

（四）清偿债务

经过整顿，企业能够按照和解协议清偿债务的，人民法院应当终结破产程序并予以公告。

整顿期满，企业不能按照和解协议清偿债务的，人民法院应当宣告其破产，并按案件受理程序的有关规定重新登记债权。

第五章 票据法

第一节 票据概述

一、票据

（一）票据的性质

票据法中的票据是指依法发行的，由自己无条件支付或委托他人无条件支付一定金额的有价证券。在长期的商业活动中，人们将许多能使财产证券化的并具有支付功能的证券都称为票据，如提单、仓单、保函等，由于这些证券的物质化含量太大，流通性较小，所以，现在人们已不将其视为票据，我国的票据法专指汇票、本票和支票为票据，有关票据的权利义务关系也专指这些票据在经济活动中的支付关系和担保、贴现及融资关系。因此，人们将票据称为能够流通、担保和融资的支付工具。

（二）票据的特点

1. 票据是完全的有价证券。票据权利的发生需要当事人将其作成有价证券，票据的转让需要向受让方交付证券为先决条件；持有人向债务人行使权利须向债务人出示票据，票据权利的转移以交付票据为前提，由此特点可见票据这种证券与一些股票、债券和提单等证券不同，后者在有登记权利的情况下，即使证券丢失也可以通过查找票据发行的存根证实权利人的身份。

2. 票据是一种要式证券。票据须符合一定的格式才能有效。当事人发行、转让、背书、贴现、担保等票据行为都要遵循法律规定的形式，因为票据具有极强的流通作用，如不遵守一定的规则，就难以保证票据的安全，也就意味着难以维护付款人和收款人的利益。

3. 票据是一种无因证券。权利人享有票据权利仅以持有票据为必要。只要持票人占有票据，一般不问占有原因和资金关系，就能接受其行使权利的要求，人们也将票据称为一种无因证券。

4. 票据是一种文义证券，所谓文义证券是指该证券的义务人只按证券上所指明的金额和条件对权利人履行义务，而不管此金额或条件与出票人的原意是否有出入，或者与其他的票据关系人的利益是否有冲突，如持票人与其他票据当事人就票据上的权利义务发生任何解释或履行上的不同意见，概以票据上的文义为准，当事人的其他解释一般不能获得法律的支持和保护。

二、票据法

（一）我国的票据法

我国的《票据法》是 1995 年 5 月 10 日由全国人大常委会第十三次会议通过的，自 1996 年元旦起实施。我国票据法有以下几个特点：

1. 票据法是特别法，票据法是处理经济交易中有关支付结算的一个法律，从为交易服务的功能看，它是属于民事法律范畴的，尤其是在民事活动中，既有合同的履行，也有合同需要给付时的结算行为，这个结算经常是与票据的支付活动联系在一起的。当事人既要遵守有关民法和合同法方面的规定，也要遵守票据法方面的规定，当涉及票据支付时，就应优先适用票据法的规定。

但是，我国现行《票据法》尚未接受票据无因性理论。该法第 10 条规定，票据的签发、取得和转让，应当“具有真实的交易关系和债权债务关系”。

2. 票据法是强行法，指票据关系的设定、变更或消灭，均以法律的规定为行为准则，票据的内容由法律直接规定，不由当事人的意愿而作变更，包括票据的种类、格式、有关当事人的权利、义务等内容均为票据所规定，其中少有当事人可以任意而为的机会。首先，票据由法律规定为三种：即汇票、本票和支票，除此之外任何银行、单位和个人不得创设新的证券票据；其次，票据是严格的要式文件，各种票据行为也是严格的要式行为，使用票据的人如果不按照规定的形式做，其行为将无效。

3. 技术性，指票据法的规定多数是出自商业交易活动的经验总结的需要，与刑法、诉讼法和行政法相比，其反映交易安全和方便可靠的技术性较强，世界各国的票据法所强调的规定基本上保持了一致性。

4. 国际统一性，票据的产生就是从国际贸易开始的，随着国际贸易的发展，不同国家的票据法正逐步向统一靠拢。日内瓦统一法就是适应国际贸易的要求而为多数国家所接受的，票据法已成为国际上通用程度最高的一种法律。

（二）国际统一票据法

票据只是代表一定债权债务关系的支付工具，其中含有各国的政治色彩较淡，基本上是纯技术性的东西，所以，票据的效力容易越过国境，到外国也依然发挥效力。既然是技术因素主宰票据法，那各国就可以修正本国票据法中有关涉及民法和民事诉讼法中的内容，使彼此的票据法的内容基本相同，以适应国际间的日益发展的经贸合作关系。为此目的，1910年由德国和意大利两国倡议在荷兰海牙召开了票据法国际统一会议，1912年会议拟定了统一票据（汇票本票规则）、票据统一公约、统一支票规则等文件，因第一次世界大战爆发，各国没能批准这些文件。至1926年国际联盟设置票据专家委员会，研究票据法国际统一问题，1930年国际联盟理事会在瑞士日内瓦召开国际票据法统一会议，议定了《统一汇票本票法》和《汇票本票统一公约》、《解决汇票本票的法律冲突事项公约》、《汇票本票印花税法公约》；1931年在日内瓦召开的第二次国际票据法统一会议，议定了《统一支票法》和《支票统一公约》、《解决支票冲突的法律事项公约》、《支票印花税法公约》。此后，德、日、瑞士等国相继依据《统一汇票本票法》和《统一支票法》修改了本国的票据法和支票法，从此，大陆法系各国的票据立法在基本内容和主要规则上趋于一致，与美英法系的票据法并存于世。

第二节 票据法律关系

及票据行为

一、票据法律关系

（一）票据法律关系的概念

票据法律关系是指有关当事人之间因设立、变更或消灭票据上的权利义务而表现的一种票据债权债务关系，包括因票据本身所产生的法律关系（通常称之票据关系），以及与票据相关的法律关系（通常称之非票据关系）。票据关系是基于票据行为人产生的权利义务关系，而非票据关系一般是基于票据法和其他法律的规定而产生的权利义务关系，包括票据原因关系、票据资金关系和票据预约关系等内容。

（二）票据法律关系的内容

票据关系是由当事人的票据行为而发生的债权债务关系，主要内容是持票人（债权人）的付款请求权和追索权，债务人付款义务和偿付义务。在票据法律关系的当事人中，债权人和债务人的身份经常可能转化，如第二债务人履行了付款义务后就有权向第一债务人请求偿还债权，其身份就由债务人转变成债权人了。票据法律关系主要有以下种类：

1. 基于出票行为产生的出票人与受款人之间无因付款的关系，在本票和支票中出票人是债务人，在汇票中，是与汇票相关的合同中应给付款项的一方当事人是债务人，在此的出票人不包括合同中提供货物或劳务的当事人。

2. 基于受款人与付款人之间的请求付款的关系，包括汇票关系中尚未到期的汇票的承兑，也视为一种付款请求。

3. 基于承兑人与持票人之间担保承兑付款的关系，承兑人分银行承兑人和商业承兑人两种，银行承兑人是银行根据委托人的资信良好的情况，而给予委托人的一种银行信用，承兑后仍然由委托人付款；商业承兑人就是付款人。如果持票人请求承兑受到拒绝时，可以向债务人提起追索，以维护自己的票据权益。

4. 基于背书行为而产生的前手与后手的关系。前手将自己的票据权利转让给后手，取得了票面金额（扣除未到期的利息），后手得到票据后可以行使票据的所有权利，如果其权利不能全部实现，将可按票据法的规定向其前手追索。

5. 基于票据担保而发生的保证人与持票人之间的关系，当被保证的第一债务人不能履行付款义务时，保证人将代替债务人付款，以及之后产生的追索关系或再追索等。

（三）票据关系的当事人

1. 基本当事人，指在票据发行时就已存在的当事人，包括出票人、受款人与付款人三种。在汇票及支票有出票人、付款人与受款人，在本票有出票人与受款人，基本当事人是构成票据上的法律关系的必要主体，这种主体不存在或不完全，票据上的法律关系就不能成立，票据也就无效。

2. 非基本当事人，是指在票据发出后通过各种票据行为而加入票据关系中成为票据当事人的人，如背书人、保证人、参加付款人、预备付款人等。票据上的非基本当事人在各种票据行为中都有自己特定的名称，所以，同一当事人可以有两个名称，即双重身份，如汇票中的付款人在承兑汇票后称为

承兑人，第一次背书中的被背书人就是第二次背书中的背书人等。

（四）非票据关系

1. 原因关系，指票据的当事人之间交付票据的理由，包括出票人与受款人之间，背书人与被背书人之间因支付货物价金及其他合同的给付事宜和票据本身的转让的起因。此起因对票据行为是否发生有重大的关系，但是，当票据已经通过一定的程序转至持票人手中时，票据的权利即告成立或转移，形成权利的原因关系即告结束。

2. 票据预约，指票据当事人在授受票据之前，就票据的种类、金额、有效期间、地点等事项达成的协议，即就出票或背书转让票据达成的合同。因为，票据权利的开始，由票据行为产生票据权利，又由票据原因导致票据行为，而票据预约就是票据原因和票据行为之间的媒介。票据预约是当事人之间就票据权利的获得与给予的一个民事合同，此合同中的权利义务是民法上的权利义务，而不是票据法上的权利义务，因此，如果就此合同的履行发生争议时，应当适用的不是票据法，而是合同法的有关规定。

3. 资金关系，指存在于汇票出票人与付款人之间、支票出票人与银行之间的基础关系。汇票和支票的出票人之所以委托付款人付款，付款人之所以愿意付款（或承兑），是因为他们之间有一定的约定代为给付的关系，例如，付款人处存有出票人的资金；双方订有委托付款合同，都可以形成债务人与委托付款人之间的资金关系。

二、票据行为

（一）票据行为的概念及特征

1. 票据行为是指设立、变更或消灭票据法律关系的合法活动，包括出票、背书、承兑、参加承兑、保证、涂改、禁止背书、付款和参加付款等活动。所有的票据行为均以出票为其他票据行为产生的前提条件，所以，人们将出票行为称为主票据行为，将由主票据行为的基础上产生背书、承兑、参加承兑和保证等行为称为从票据行为，当主票据行为有效时，从票据行为才能有效存在，当主票据行为不能有效时，从票据行为也不可能得到法律的保护。

2. 票据行为的特征，票据行为除了具有前述票据所具有的要式性、无因性和文义性三个特征之外，还有独立性这个特征，指在同一票据上有多种票据行为存在时，各种票据行为依据各自在票据上所记载的文义内容，独立发生法律效力，一种行为的无效，不影响其他行为的效力。

（二）票据行为的条件

1. 实质要件，指票据当事人须有法律上规定的权利能力、行为能力和真实的意思表示。

2. 形式要件，指票据的格式由中国人民银行统一规定，票据的记载事项由票据法统一规定，分必须记载的事项，可选择记载的事项和不得记载的事项三类。其中必须记载的事项指票据法规定的，如金额、出票日期、出票人、付款人和受款人、签名盖章等；可选择记载的事项如票据的保证等；不得记载的事项，也称有害记载事项，如保证人不得在票据保证中附加条件，否则所附条件无效等。

（三）票据行为的代理

1. 当事人的代理票据行为是一种民事活动，适用民法通则和其他有关代理的法律法规，公民和法人委托他人代理自己设立、变更、消灭民事权利义务关系，代理自己取得一定的民事权利和履行一定的民事义务，代理人以被

代理人的名义在代理的权限内所为的行为后果由被代理人承担。

2. 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，即《票据法》第4条第5款规定的向持票人支付票据金额义务。如果签章人拒绝承担支付的责任，除非他能举证其签章行为具有委托代理关系，并且是在代理权限内的行为，否则就导致追索和承担票据责任及其他的法律责任。

3. 代理人超越代理权限的，应当就其超越权限部分承担票据责任，在权限范围内的代理行为继续有效。

第三节 票据权利

一、票据权利概述

（一）票据权利的概念及特征

1. 票据权利，我国的《票据法》第4条规定票据权利是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。票据权利是我国法律保护的一种民事权利，其权利的形成须是由出票人在票据上设定一定的金额，然后再由持票人合法持有票据，凭票享有相应的权利。

2. 票据权利的特征。票据权利的特征主要有以下三点：

（1）票据权利是金钱债权，债务人履行义务时，不能以货物、劳务或其他无形财产权利来代替支付金钱的义务。票据的持有人可凭票据向主债务人请求给付，在不能得到额定的金钱时，可以凭票据行使追索权。

（2）票据权利的行使范围限定在票据的当事人之中，当事人包括出票人、背书人、承兑人、保证人、付款人、这些人在票据中的地位均处在持票人之前，即持票人有权向这些人中的付款人或任何一个人请求实现自己的票据权利，不受被请求人所处票据活动中的那个阶段的限制，但是，持票人不得向处在自己后面的当事人追索，《票据法》第69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。

（3）票据权利的确定性，出票人签发票据时须根据票据法的规定将确定的金额、收款人的名称、出票日期、本人的签章和无条件承诺的事项填写在票据上，之后该票据无论流通到何人手中，无论持票人与付款人之间存在着何种关系，该票据上所确定的票据种类、金额和支付日期是不会有改变的，不但持票人不能改变票据上的内容，就是出票人在票据签发后也不得改变票据的金额、日期和收款人的名称这些最基本的事项，如果有所更改的，被更改的票据无效。

（二）票据权利取得的原则

1. 持票人就是票据收款人，收款人享有出票人给予的票据权利，任何人不得对此票据权利的合法性提出疑义。

2. 凡是通过连续背书而取得票据的，在票据上记名的持票人就合法地取得票据权利；

3. 凡取得票据时是善意或无重大过失的，就合法地取得票据权利。《票据法》第12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，也不得享有票据权利。

4. 凡是无代价或不以相当代价取得的票据，不得享有优于前手的权利。《票据法》第11条规定，因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，所享有的票据权利不得优于其前手的权利。

（三）票据权利的种类

1. 付款请求权，票据法规定持票人最基本的权利是请求付款人按票据金额给付，付款请求权是票据的第一次权利，实践中人们常称此权利为主票据权利。付款人包括汇票的承兑人、本票的出票人、付款人、保付支票的付款人，参加承兑人、参加付款人等，对持票人承担付款责任。付款请求权须满足以下条件：

（1）持票人持有处在有效期内的票据，其中汇票和本票的有效期自票据

到期日起2年以内；见票即付的汇票和本票，自出票日起2年以内；支票自出票日起6个月以内。如果票据已经过了此期限，持票人的票据权利丧失。

（2）持票人须将原票据向付款人提示付款，如果不能提供票据原件的，不能请求付款，付款人也不得付款。

（3）持票人只能请求付款人支付票据上确定的金额，付款人须一次性将债务履行完毕，因此，持票人也不得向付款人请求少于票据确定的金额付款。

（4）持票人得到付款后，必须将票据移交给付款人，原票据上的权利可能由付款人承受，向其他债务人请求付款，从而使付款请求权呈持续状态。

（5）付款人支付票据金额后，如果发现该票据有伪造、变造情况的，有权向持票人（接受付款人）请求返还所给付的金额。这是对票据权利不确切的处置。

2. 追索权，指持票人行使付款请求权受到拒绝承兑或拒绝付款时，或其他法定事由请求付款未果时，向其前手请求支付票据金额的权利。由于这个请求是在第一次请求未果后的再次请求，所以将其称为第二次请求权，是票据权利的再次行使。追索权的追索对象视票据种类的不同，可以分别包括出票人、背书人、保证人、承兑人和参加承兑人，这些人在票据中的地位是连带债务人，持票人可以 not 按照汇票债务人的先后顺序，对其中的任何一人、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行使追索权。被追索人清偿债务后，与持票人享有相同权利。

二、票据权利的取得

（一）票据权利的原始取得

1. 票据权利原始取得的概念，是指出票人在其开出的票据上填写的收款人取得票据的行为，此行为既包含取得票据的原件，也包括取得票据上所记载的权利。因为这个行为是票据被开出后收款人第一次接到票据，所以称之为原始取得。

2. 票据权利原始取得的条件：第一，出票人应当按照法定条件在票据上签章，并承诺无条件地按照所记载事项承担票据责任；第二，出票人要将票据交予收款人；第三，代理人所为的票据行为必须是在代理权限内，才能发生对被代理人有法律意义的票据债权债务关系；第四，票据的签发和取得，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，接受票据的一方必须给付对价（货物、劳务和无形财产），只有因税收、继承和赠与这三种情况可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。

（二）票据权利的继受取得

票据权利的继受取得，是指第三人自收款人手中取得的票据行为称之为票据权利继受取得。由出票行为产生了原始取得，当票据进行第一次转让时，就派生出票据权利的继受取得。

1. 依据票据法的规定进行票据权利继受取得。

（1）背书转让方式，持票人按票据法的规定，在票据的背面填写有关事项，将其转让给被背书人，后者通过给付一定的对价取得票据权利。

（2）贴现方式，持票人急等资金使用时，可向银行申请尚未到期的票据贴现，贴现银行认为此票据的资信情况良好的，可在扣除未到期的利息并给付票据金额后，取得票据权利。

（3）质押方式，持票人在进行其他经济活动时，可将其尚未到期的票据

质押于人作担保，当质押人最终不能清偿债务，质押权人可依约直接兑现质押票据，或依法转让或申请贴现票据，从所得中优先受偿。其中直接兑现质押票据行为即构成继受取得票据权利。

（4）保证方式，在票据行为的保证活动中，保证人在履行了担保义务后，取得票据权利。

（5）付款方式，在付款人进行了票据付款行为后，发现有持票人有欺诈事实的，可根据其付款数额取得相应的票据权利。

2. 依据其他法律的规定继受取得票据权利。

（1）继承方式，当事人通过继承或接受遗赠取得原来属于死亡者的票据权利，这种方式须按继承法的规定处理。

（2）赠送方式，当事人通过接受持票人的赠送，取得票据权利，这种方式须按民法通则的有关规定处理，但是，如果持票人的赠送是在破产宣告前半年内所作的，或是这种赠送包含有其他规避法律的情况，赠送行为无效，受赠人也不能取得票据权利。

（3）公司分立或合并方式，当公司新设分立、新设合并或吸收合并时，都可能使公司的财产变更所有人，其中也包括公司的票据权利，当新公司取得这些权利时，就是票据权利的取得，这种方式须按公司法的有关规定处理。

（4）清算方式，公司或企业因破产、解散或被撤销进行清算时，公司的票据权利也如同其他财产一样易手，新得到票据者即是票据的继受取得，这种方式须按有关公司法、民事诉讼法和破产法的有关规定处理。

三、票据权利的行使

（一）票据权利的行使

1. 提示承兑，承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为，而提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。定日付款或出票后定期付款的汇票持票人，要行使票据权利时，首先要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一个月内向付款人提示承兑。这是持票人行使票据权利的一个必经程序，如果省略此程序就不能得到票据的金额。

2. 提示付款，是指持票人在法定期限内向付款人请求付款的行为。其中支票自出票日起 10 日内向付款人提示付款，本票自出票日起 2 个月内向付款人提示付款；见票即付的汇票，自出票日起一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 天内向承兑人提示付款。

3. 行使追索权，票据到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及票据的其他债务人行使追索权；在票据到期日前，如有汇票被拒绝承兑的，承兑人或付款人死亡、逃匿的，承兑人或者付款人被依法宣告破产的及因违法被责令终止业务活动的情形的，持票人也可以行使追索权。

4. 票据权利行使的时间和地点，由于票据具有流通性，法律对票据责任的兑现场所和时间应有所规定，以便持票人行使票据权利。《票据法》第 16 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。

（二）票据权利的保全和消灭

1. 票据权利保全，是指持票人为了防止票据权利的丧失，依据票据法的

规定进行提示票据，要求付款人提供拒绝承兑或拒绝付款的证明和中断时效的行为。提示票据包括提示承兑和提示付款行为，以及要求付款人提供拒绝承兑或拒绝付款证明的行为，这些行为既是持票人请求实现自己的票据权利，也是为实现权利所准备诉诸法律的证据。因为票据权利有时效的限制，持票人使用这些证据可以使自己的票据权利得以保存，如前所述，此处从略。

《票据法》第 17 条规定，票据权利在下列期限内不行使而消灭：持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起 2 年；见票即付的汇票、本票，自出票日起 2 年；持票人对支票出票人的权利，自出票日起 6 个月；持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或被拒绝付款之日起 6 个月。过了期限，持票人的票据权利就丧失。持票人可以采用时效中断的方法避免损失，并且可使自己的票据权利得以延续。具体方式可采取向付款人提示承兑或提示付款的行为，或者以诉讼的行为中断时效。时效中断了，票据法上规定的各种时间限制就暂停计算，或者重新计算。

2. 票据权利的消灭。在发生下列情况下，票据权利归于消灭：

（1）付款人履行了付款义务，全体债务人的责任解除，持票人的票据权利也随之消灭；出现债的抵销、债的混同、债的提存和债的免除等情况时，票据权利也随之消灭。

（2）持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起 2 年。无论该票据的出票日是何时间，票据法从票据的到期日开始计算时效。持票人应当注意票据权利的有效期，特别是在接受转让时，更应注意。

（3）见票即付的汇票、本票，自出票日起 2 年。这种票据无须承兑，持票人随时可请求付款，以实现自己的票据权利，票据法依据民法通则对一般民事权利的保护时效的规定，要求这种票据的持票人在 2 年以内行使票据权利。

（4）持票人对支票出票人的权利，自出票日起 6 个月。因为支票是一种快速使用的支付工具，其信用以在银行中的存款为基础，支票是不用承兑的，持票人可以随时请求付款，为了保证这种快速支付工具的信用，票据法规定持票人的票据权利只有 6 个月。

（5）持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起 6 个月。当持票人的票据权利不能实现时，有两种选择，一种是放任不管，等待债务人自己履行义务；一种是请求法律保护。由于票据权利是金钱债务权利，具有两次请求权，当第一次向付款人的请求被拒绝时，可以进行第二次请求，即行使向其前手追索的权利。因为金钱债务的流通性强，其时效也随之较短，只有 6 个月时间，逾期则不能受到法律保护。

（6）持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起 3 个月。所谓再追索权是指票据的债务人因被持票人追索而履行了支付义务后，取得了原持票人的地位，享有向其前手追索的权利。因相对于前面的追索是第二次进行的追索，所以，将其称之为再追索。《票据法》第 71 条规定，被追索人按规定清偿后，可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求支付已清偿的全部金额、利息和有关追索的费用。当发生再追索时，票据的权利义务关系已经非常明确，持票人对自己的票据权利要么是放弃，要么是请求法律保护，票据法只给 3 个月的选择时间，这是民事活动中最短的时效之一，目的是使持票人重视自己的票据权利。

四、票据权利的瑕疵

（一）票据的伪造和变造

票据的伪造指伪造人假冒出票人或者其他票据当事人的名义进行签章和票据其他记载事项的行为；票据的变造指采用技术手段改变票据上已经记载事项的内容，或者增加、减少票据记载事项的内容，从而达到变更票据权利义务关系的目的。

1. 伪造、变造票据者的法律责任。《票据法》第 14 条第 1 款规定，票据上的记载事项应当真实，不得伪造、变造。伪造、变造票据上的签章和其他记载事项的，应当承担法律责任。其中票据上的签章是指应当由出票人和其他票据行为人本人所为的签章行为；其他记载事项是指票据法规定的票据种类、金额、付款日期、付款人名称、出票日期等内容。

伪造、变造票据者应当承担的法律责任包括民事责任、行政责任和刑事责任三种。其中，承担的民事责任是指伪造、变造者应当承担票据当事人因票据被伪造、变造而受到的损失，如票据不能被承兑和不能被支付，所支出的费用及利息损失。此外，还包括在特定的条件下伪造、变造者承担票据付款的义务。应承担的行政责任是指伪造、变造票据者应受到有关公司法、企业法和行政法规的惩处，包括给责任者的个人处分，给公司、企业警告、罚款、停业整顿、吊销营业执照等处分。应承担的刑事责任是指伪造、变造票据的行为，根据《票据法》第 103 条和我国《刑法》的规定，对责任者给予刑事处罚，可以并处罚金。

2. 对其他人的影响。《票据法》第 14 条第 2 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的签章的效力。

3. 对变造票据的其他记载事项的处理。《票据法》第 14 条第 3 款规定，票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在票据被变造之前签章。

（1）一张票据在背书转让、贴现、质押前的票据权利就是出票人所填写的法定记载事项，如果在此之后票据权利发生的变化，即构成了票据的变造。在票据权利发生变化前的签章人，只负责对原出票人所填写的票据权利承担责任，对变造后新产生的金额及权利不承担责任。如果这些新产生的金额及权利给持票人造成损失的，责任由变造者承担。

（2）如果票据发生了变造后继续流转的，后签章的人对变造后的票据权利承担责任。其责任以自己所获得或者将能获得的利益为限，对超出此利益的金钱给付责任，由变造票据者承担。除非其明知有变造的情况，仍然接受该票据的，有可能得不到法律的保护，甚至会与变造者共同承担责任。

（3）持票人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。票据法这项规定是为了保护持票人的票据权利和其前手的票据责任，维护票据市场秩序的稳定，票据变造人或者其他任何第三人不得以票据有瑕疵为由，要求持票人承担责任，或者限制持票人的票据权利。

（二）票据的更改和涂销

1. 票据法规定只有票据的原记载人才能更改票据记载事项。原记载人主要是指出票人；其他记载事项是指除了金额、日期和收款人之外的事项，包括付款人名称、付款日期、付款地、出票地等事项。付款人（或委托付款人）一般是银行。如果出票人有两个以上的银行帐户，其在出票时就可能因帐户情况变化而变更银行，付款地也可能相应改变。付款日期往往和对方履行合

同的时间相关，如果对方提前或推迟履行合同，出票人也可相应地变更付款日期。须注意的是，如果出票人不填写付款日期的，票据法则视为见票即付的票据。票据上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地，出票人可以根据自己业务的需要，填写合适的出票地，以利法律保护措施的适用。

2. 凡是属于票据金额、日期和收款人这三个事项的，在任何情况下都不得更改。如果确属填写有误的，原记载人可与收款人（或其他当事人）协商收回原票据，再开给新的票据，由此所造成的损失由出票人承担。如果原记载人或任何人士更改这三个事项，则产生两个法律后果，第一是更改无效，此票据作废；第二是更改人要承担伪造或变造票据的法律责任，包括赔偿由于更改票据产生的损失，及其他的行政责任，涉及金额巨大的可能要承担刑事责任。

3. 票据的涂销，指有关当事人将票据上的签名或其他记载事项以笔或其他方式涂抹或消除的行为。世界上许多国家的票据法都规定有关于票据涂销的内容，因为在票据实务中常有当事人签署了票据或记载事项后，又变更主意，拒绝签名或承担记载事项的义务，所以要有涂销票据的情况。

第四节 票据抗辩及补救

一、票据抗辩

（一）票据抗辩的概念及种类

1. 票据抗辩，是指票据债务人根据票据法的规定，对票据债权人拒绝履行义务的行为。《票据法》第 13 条规定，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。在实务中，一般是票据的承兑人、付款人和其他债务人对票据债权人提出的承兑或付款请求，提出某种合法的事由而予以拒绝。这是票据债务人的一种自我保护方法，其能行使的抗辩方法越多，对债务人就越有利。

2. 票据抗辩的种类，主要有两种：

（1）物的抗辩。指基于票据本身的内容（票据所记载的事项及票据的性质）发生的事由所作的抗辩。无论持票人是谁，债务人都可根据票据上所记载的内容进行抗辩，理由可以是票据无效、日期未至、签名不符、金额的大小写不一致、有涂改痕迹等等。抗辩的理由须以票据法的规定为依据，不得自定理由，也不得单方面解释法律的规定，为不履行义务而找推卸责任的理由。

（2）人的抗辩。主要是指由于债务人与特定的债权人之间的关系而发生的抗辩，这种情况往往是当事人在票据约定（或注明）付款人只对票据上的收款人承担票据责任，或者该票据只能在约定的主体范围内流通，债务人才承担票据责任。如果持票人不是收款人或不是约定范围内的主体，债务人就可以持票人的资格不符为由，拒绝给予承兑或付款。

（二）抗辩的事由及限制

1. 抗辩的事由，是指债务人不履行义务的合法理由。除了前述物的抗辩和人的抗辩两种形式之外，尚有恶意抗辩事由和对价抗辩事由，这是从法理上所作的划分。在票据活动实务中，债务人提出抗辩，一般是从该票据是否有不当的记载事项及伪造、变造票据情况，是否有不当的主体关系，如当事人的资格欠缺、票据行为人没有相应的行为能力等情况，以及是否存在当事人恶意取得票据的情况，是否存在取得票据中是否有对价或无相当对价的情况。如果出现上述任何一种情况，债务人均可以此为由提出抗辩，即拒绝承兑或者拒绝付款。

2. 抗辩的法律后果。抗辩是债务人依法维护自己的合法权利的一种措施，但这种措施仅仅是出于债务人的单方面判断。判断是否符合实际情况有两种可能，一种可能是判断准确，债权人的票据权利的确有瑕疵，拒绝履行承兑或付款的行为是正确的；一种可能是判断有误，债权人的资格及票据权利不存在任何瑕疵，拒绝承兑或拒绝付款的行为给债权人造成了损害，因此，债务人要承担自己不当抗辩给有关票据债权人造成损害的赔偿责任。由此可见，票据的抗辩是应当谨慎小心的行为，在行使抗辩权的同时，要考虑抗辩不当所可能产生的消极后果。

3. 票据抗辩的限制，是指债务人不得任意提出票据的抗辩，抗辩须有法律规定的事项根据。《票据法》第 13 条规定，票据债务人不得以自己与出票人或持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人，各国的票据法理论都指出，票据一经转让，债务人对其让与人（前手）的抗辩就不能随债权的转移到受让人（后手）身上，称为切断。切断后，持票人享有原来的票据权利，但不

接受出票人或其前手与债务人之间存有的抗辩事由，这些事由将由债务人与出票人或持票人的前手另案处理，与持票人没有关系。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。

二、票据丧失补救

（一）挂失止付

1. 挂失止付，是指持票人丢失票据后，依照票据法规定的程序通知票据上记载的付款人停止支付的行为。我国《票据法》第 15 条规定，票据丧失，失票人可以及时通知票据的付款人挂失止付，但是，未记载付款人或者无法确定付款人及其代理付款人的票据挂失除外。

2. 挂失止付的条件

（1）被请求挂失止付人。挂失止付是我国银行业保护客户的一种传统的做法，票据的挂失止付的请求人可以包括银行和其他金融机构、公司、企业及个人多种主体，这些主体可以充当票据的付款人。如果票据没有记载付款人，或无法确定付款人或代理付款人的，就没有挂失止付请求人，也就无从行使挂失止付的权利。

（2）有丢失票据的事实。中国人民银行“关于施行《中华人民共和国票据法》有关问题的通知”第 6 条规定，商业承兑汇票、支票和填明“现金”字样的银行本票丧失，可以由失票人通知付款人止付；填明“现金”字样并填明代理付款银行的银行汇票丧失，可以由失票人通知付款人或代理人付款挂失止付。其他票据不得挂失止付。当事人必须有丢失票据的情况才能通知付款人停止支付，如果票据不是丢失，而是因为其他合同纠纷或其他交易原因使票据脱离控制的，不得挂失止付。

（3）向付款人本人挂失止付。

3. 挂失止付的程序。挂失止付应按下列程序办理：

（1）填写通知书。失票人需要挂失止付的，应填写挂失止付通知书（以异地结算查询查复通知书代），记载下列事项：票据丧失事由，票据种类、号码、金额、付款日期、付款人名称，通知止付人的姓名、联系地址，签章后交付付款人或者代理付款人。

（2）付款人或者代理付款人收到挂失止付通知后，查明挂失票据确未付款时，应立即止付；在挂失前已被支付的，对其付款不承担责任。

（3）失票人办理挂失止付的，应在通知挂失止付的次日起 3 日内向人民法院申请公示催告或提起诉讼，并向付款人或者代理付款人提供已经申请公示催告或提起诉讼的证明。否则，3 日期满后，挂失止付通知失其效力。

（4）失票人办理挂失止付的，在通知挂失止付的次日起 3 日内，付款人或者代理付款人收到失票人向人民法院申请公示催告或提起诉讼的证明，在 3 日期满的次日起 12 日内，收到人民法院的停止支付通知时，按照人民法院的停止支付通知书办理止付；未收到此通知书的，在 12 日期满后，挂失止付通知失其效力，付款人或者代理付款人按票据的记载事项付款，发生冒领的，对其付款不承担责任。

4. 挂失止付的后果。《票据法》第 15 条规定，收到挂失止付通知的付款人，应当暂停支付。付款人只是对符合程序的挂失止付通知予以承认，并冻结该票据涉及的款项，但不能将该款项立即交付给挂失申请人，否则，在票据被虚假挂失止付的情况下，付款人仍然应当承担对该票据真正权利人的付款责任。

（1）遗失银行汇票的补救办法，持票人遗失了填明“现金”字样的银行汇票，应当立即向兑付银行或签发银行请求挂失。在银行受理挂失前（包括对方银行收到挂失通知之前）被冒领，银行概不负责；如果遗失了填明收款单位或个体经营户名称的汇票，银行不予挂失，可以通知收款单位或个体经济户、兑付银行、签发银行，请其协助防范。遗失的银行汇票在付款期满 1 个月后，确未被冒领，可以给予退款。

（2）遗失银行本票的补救办法，银行本票为见票即付的，不予挂失。申请人因银行本票超过付款期或其他原因要求退款时，可持银行本票到签发银行办理；遗失不定额银行本票在付款期满后一个月，确未被冒领的，可以给予退票。

（二）公示催告及诉讼

1. 公示催告的概念。公示催告是指人民法院根据票据权利人的申请，以向社会公示的方法，将丧失的票据周知各界，催促不明利害关系的有关当事人在一定的期间向法院申报票据权利，如不在规定的期间内申报，就不能以有关的票据权利请求法律保护。我国《民事诉讼法》第 193 条规定，按照规定可以背书转让的票据持有人，因票据被盗、遗失或灭失，可以向票据支付地的基层人民法院申请公示催告。

2. 公示催告的适用。《票据法》第 15 条第 3 款规定，失票人应当在通知挂失止付后 3 日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或者向人民法院提起诉讼。

3. 公示催告的后果。法院受理公示催告后，应当立即通知支付人停止支付，并在通知后的 3 日内发出公告，催促利害关系人在 3 个月内申报权利，公告期间，票据权利被冻结，不能承兑、不能付款、不能贴现、转让，有关当事人对票据的任何处分均没有法律效力。

4. 公示催告的结局。公示催告可导致除权判决。人民法院在公示催告期间终止后，针对无人申请的票据，按照《民事诉讼法》第 197 条的规定，在公示催告期满前没人申报权利的，应当根据申请人的申请，判决宣告该票据无效，所有的票据权利遂告结束。原合同或原交易关系中的债权债务关系作为新的个案处理。

第五节 汇票

一、汇票概述

（一）汇票的概念和特征

1. 汇票的概念，汇票是支付工具中最重要的一种。

我国《票据法》第 19 条规定，汇票是由出票人签发的，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. 汇票的特征

（1）汇票是一种金钱证券，也是一种支付工具。为了保证使用可靠，在该票据上必须标明“汇票”的字样，以利使用者和其他利害关系人了解这种支付工具。日内瓦统一汇票本票法第一条规定，票据应有“汇票”的字样，此项字样所用文字应以该项票据所用文字为准。这个规定是为了避免票据在不同国家流通时，因文字不同而产生不必要的异议。

（2）汇票须有无条件支付一定金额的委托的字样，以使这种支付工具在经济活动中有较高信用。汇票是一种委托证券，付款人与收款人之间另有其他交易关系，在商业承兑汇票中出票人可以是付款人，也可以是收款人，此种汇票，须经承兑才有商业意义，经济活动中的应给付金钱一方以汇票的形式委托他人支付，为体现自己的信用能力，汇票上须以无条件支付的委托为其流通的前提。

（3）汇票是确定一定的日期才履行支付义务的票据。汇票有见票即付和指定日期支付两种，这一点与支票不同。支票均为见票即付的票据，而汇票具有远期的支付能力，其信用范围大，可以作为一种通货使用。实践中，汇票是许多交易首选的支付工具。

（二）汇票的种类

划分汇票种类意义在于使有关当事人明白自己的票据权利和他人的票据责任，不同的汇票具有不同的权利义务行使方式，不同种类汇票的权利行使时间有早晚差别和信用能力的差别，所以，在实践中选择适合自己需要的汇票具有比较大的实用意义。

1. 银行汇票与商业汇票。

（1）银行汇票是指汇款人将款项交存当地银行，由银行签发给汇款人持往异地办理转帐结算或支取现金的票据。在此种票据制度中，银行是票据的签发人，签发的条件是汇款人须将款项预先存在银行，在存款之后或存款的同时通知银行将一定的款项转往指定的地点，并将汇票交给汇款人，后者持票往指定银行办理转帐或提取现金。这种汇票是由银行签发的，持票人已经将款项存入银行，其支付具有银行信用保证，是最可靠的支付工具，也是在商业购销活动中最受供货物方欢迎的票据。

（2）商业汇票，根据我国《支付结算办法》第 72 条的规定，商业汇票是收款人或付款人（或承兑申请人）签发，由承兑人承兑，并于到期日向收款人或被背书人支付款项的票据，按承兑的不同，可以分为商业承兑汇票和银行承兑汇票，商业承兑汇票由收款人签发，经付款人承兑，或由付款人签发并承兑的票据。这种汇票是由付款人自己承兑，自己保证自己的信用，一旦出现支付不能时，收款人或被背书人的票据权利将得不到银行信用的支持，因而这是一种信用程度比较低的汇票。银行承兑汇票是由出票人签发，并由承兑申请人向开户银行申请，经银行审查同意承兑的票据。这种汇票因

为银行承兑，有银行的信用作担保，收款人或持票人的票据权利得到比较可靠的保障，是接受合同给付方比较欢迎的高质量汇票。

2. 即期汇票和远期汇票

(1) 即期汇票是指以提示日为到期日，持票人持票到银行或其他委托付款人处，后者见票必须付款的一种汇票。这种汇票的持票人可以随时行使自己票据权利，在此之前无须提前通知付款人准备履行义务。

(2) 远期汇票是指约定一定的期日付款的汇票，可分为定期付款汇票，出票日后定期付款汇票，见票后定期付款等三种。远期汇票是交易活动中收取款项方给付款方的一种信用，这种信用可在市场上转让、贴现、质押，对促进交易进行，提高资金周转速度都有比较实用的意义。

3. 按照有无附属单据的不同，汇票可以分为光单汇票和跟单汇票。其中银行汇票基本上是光单汇票，跟单汇票是指附带货运单据的汇票。我国国内的汇票主要是光单汇票，只有银行承兑汇票在承兑时，应当交验有关交易合同所涉及的增值税发票。在国际贸易中有些是跟单汇票，其意义是汇票的付款须以有关合同及履行该合同的单据为辅助，证明持票人付款的请求是符合当事人约定的，从而有利于交易和票据的安全。

(三) 汇票当事人

人们的出票、背书、承兑汇票等活动称为汇票行为。因汇票行为产生的法律关系称之为汇票法律关系。在汇票法律关系中享有票据权利和承担票据责任者，称为汇票当事人。享有票据权利者称为汇票权利人，承担汇票责任的称为汇票债务人。汇票权利人就是持票人，汇票债务人可包括汇票上载明的付款人、背书人、保证人。

1. 出票人。指签发汇票的人。《票据法》第 20 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。既然是一种票据行为，行为人的资格须符合法律的规定，具有行为能力是签发票据的前提条件，无行为能力者的出票行为由其法定代理人或监护人代理。

2. 收款人。指汇票上记载享有票据权利的人。任何人都可以是银行汇票的收款人，但不是任何人都可以担当商业汇票的收款人。《支付结算办法》规定，商业汇票只能用于各企业单位之间合法的商品交易情况，禁止签发无商品交易的汇票，包括支付劳务的报酬、清偿债务和借贷资金等结算都不能使用商业汇票。

3. 付款人，指履行汇票支付责任的人。银行汇票的付款人是参加“全国联行往来”的银行；商业汇票的付款人是商品交易活动中接受货物的当事人或与之签订承兑协议的银行。

二、出票

(一) 出票行为

出票是指出票人依照票据法规定的格式做成汇票，并将其交付与收款人的票据行为。做成汇票包括按照票据法的要求记载汇票所必须记载的事项和签署自己的姓名、加盖单位用于票据的公章，然后才能交付给收款人。《票据法》第 22 条规定，汇票须记载下列事项，否则汇票无效。

1. 表明“汇票”的字样。汇票单据均是统一格式，当事人不得私自印制汇票单据，票据法要求表明“汇票”字样，实际上指出票人必须使用汇票单据，此单据有银行汇票、银行承兑汇票和商业承兑汇票三种，出票人务必选择合同确定的汇票种类。

2. 无条件支付的委托。汇票是一种强调信用的支付工具，汇票上记载无条件支付委托的字样是为了使收款人和被背书人在票据的本身就得到此票的票据权利能够实现的保证。这是汇票与借款合同或其他支付合同的一个重要的差别。如果汇票上记载“交付货物后汇票照付”或“资金到达后付款”等字样的，该票据无效。

3. 确定的金额。首先要确定货币的种类，才能确定货币的金额。其次在填写资金数额时不得作选择性、浮动性的记载，也不得不记载具体的金额，如有这些情况，则汇票无效。《票据法》第8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。

4. 收款人名称。指汇票上记载收取款项的公司或其他交易主体的名称，该名称必须用全称，不得使用简称或企业代号。

5. 出票日期。指票面上所记载的公历年、月、日。出票日对出票行为有重要意义，出票日是决定到期日的计算基准日，也是决定汇票到期后利息如何计算的基准日，还是决定保证是否成立的基准日。除此之外，出票日还具有以下意义：第一，在出票的当日，出票人是否已经具备行为能力（个人须年满18周岁，法人须已经登记成立等）；第二，对出票后定期付款的汇票，出票日就是计算汇票到期日的基准；第三，对见票后定期付款的汇票，出票日为计算提示承兑日的基准；第四，对见票即付的汇票，出票日即可作提示付款日。

6. 出票人签章。出票人的签名盖章须注意三点：第一，出票人一人签章即有效，如果有二人或二人以上的人签章的，所有签章者为共同出票人，对汇票上的记载事项负连带责任；第二，必须以本名签章，不得以化名或笔名签章；第三，法人为出票人的，其签章为法人的票据专用章或法人公章，以及法定代表人或其授权的代理人的个人印章或签名。

（二）汇票未记载事项的认定

《票据法》第23条规定，汇票上记载付款日期、付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。因为这些事项关系到票据权利的行使和票据追索权的行使，以及诉讼管辖权的认定等实体权利和程序权利，虽然不是汇票必须记载的内容，但是一旦记载后，即与票据上的其他记载的法律效力相同。

1. 汇票上未记载付款日期的，为见票即付。汇票是信用支付工具，以一定的日期为提示承兑或提示付款时间，如果汇票上未记载这个时间，持票人的票据权利就无法行使，为了保障持票人的票据权利和提高出票人（包括商业汇票的承兑人）的权利意识，票据法规定汇票上无记载付款日期的，为见票即付。

2. 汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。付款地是持票请求付款地，以及在受到拒绝支付时，要求付款人提供拒绝证书之地，在国际汇票使用中付款地是确定货币种类的根据。如果当事人因汇票争议发生诉讼时，付款地是决定法院管辖地的依据。我国《民事诉讼法》第27条规定，因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告所在地人民法院管辖。

3. 汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。根据一般的法理，出票地是决定当事人的出票行为准据法的适用，在我国国内实施的汇票明确出票地的意义主要在于某类票据有自己流通的区域，以及不同省份之间可能有不同的地方票据规范，而这些规范的某些内容

可能是票据法没有规定的，或没有详细规定的，不同的地方法规可能使当事人的权利义务关系有所不同，这是出票人应当注意的。

（三）付款日期及签发汇票的后果

1. 付款日期。我国的票据法规定汇票有四种付款日期，即见票即付，定日付款，出票后定期付款和见票后定期付款。由出票人根据需要选择一种在汇票上记载，由收款人开出的商业汇票上已经记载付款日期的，承兑时，付款人须审查该付款日期是否符合原交易合同的约定，如原合同没有约定，则要看此日期是否在交付货物的日期之后，是否适合自己资金使用计划等，在承兑之后，就表示承认汇票上的付款日期，不得再作更改。

2. 签发汇票的法律后果。主要体现在《票据法》第 26 条的规定，出票人签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任。出票人在汇票得不到承兑或者付款时，应当向持票人清偿《票据法》第 70 条、第 71 条规定的金额和费用。

（1）汇票经签发后，即代表一定的资金数额。由于汇票是一种票据，其功能主要可作支付工具和融资工具，所以，该汇票可作为通货在市场上流通（转让和贴现），并可为持票人融资提供担保（质押）。

（2）出票人须将汇票交付收款人才算签发（收款人出票则由付款人承兑后才算签发）。收款人收取汇票后即享有票据权利，可以依法处分，包括转让、贴现、质押等。

（3）汇票经签发后，付款人承担的票据责任是按时付款，以及为付款作准备的承兑。如果付款人不能按时承兑或付款的，则要受到追索，偿还原汇票的金额、利息及有关费用。

三、汇票转让

（一）汇票转让的特征

汇票转让的特征可以概括为受款权主体的改变。票据的特点在于流通，流通的基础在于转让，所以，票据转让可被看作票据制度的核心，汇票的转让就是接受汇票金额的权利转让。

1. 汇票的转让是收款人（持票人）单方面的法律行为，转让者在任何情况下都无义务通知债务人（付款人），接受转让者的身份无限制，转让次数无限制，即使汇票再转让到收款人或前背书人手中也有效，其既是现在的债权人，又是以前的债务人，但是，这种债权债务关系不因混同而消灭。

2. 汇票转让后，背书人就成为汇票的第二债务人之一，对持票人负有担保承兑与担保付款之责，直至付款人清偿完毕为止。这种转让与非票据债权转让不同。普通债权转让后，转让人就与该债脱离关系，今后发生的任何事情均与己无关；而票据的转让，所有在票据上签名的人在该票据未获完全清偿之前，均不能免除债务人身份。

3. 汇票转让是要式行为，不但要遵循一定的格式，而且其处分权也要受到一定限制，如不得部分转让、不得附加条件等。

4. 汇票转让后，付款人不得以对抗背书人的抗辩事由对抗善意受让人（被背书人）。

（二）背书转让

1. 背书交付。指收款人（持票人）以转让票据权利为目的在汇票上签章并作必要的记载所作的一种附属票据行为。《票据法》第 27 条规定背书的定义是：背书是指在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。转

让人称为背书人，受让人称为被背书人。

(1) 汇票以背书转让或者以背书将一定的汇票权利授予他人行使时，必须记载被背书人的名称（个人须记本名，单位须记注册全称）。持票人以转让票据权利为目的将票据交付与他人是一种票据行为。我国的票据法规定汇票的取得一般须以背书为条件，即记名汇票，只有在少数情况下，如继承、企业合并、破产受偿等情况可以是无记名汇票。无记名汇票虽然手续简单，但交易不安全的因素较记名汇票显著增大。

(2) 票据凭证不能满足背书人记载事项的需要，可以加附粘单，粘附于票据凭证之上。粘单上的第一记载人，应当在汇票和粘单的粘接处签章。粘单上的记载事项与汇票上的记载事项具有相同的法律效力，如果粘单上第一记载人没有在粘接处签章的，粘单上记载的事项无效。

2. 背书的法律后果。被背书人取得汇票，由于不是收款人，在行使汇票权利时，须按《票据法》第 31 条的规定证实自己的身份。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。

(1) 票据法规定的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前后次序衔接。如果中间缺少相连的环节，就构成空白背书，而我国的票据法是不承认空白背书的，空白背书的结果将是导致不能行使汇票权利。

(2) 以其他合法方式取得汇票的，是指通过继承、合并、破产清算等程序得到的汇票，持票人须提供必要的证明文件。

(3) 以背书转让的汇票，后手应当对其直接前手背书的真实性负责，后手是指在票据签章人之后签章的其他票据债务人。票据法作此规定是为了使票据再作转让时，该后手对被背书人的保证作用更为可靠。

(4) 背书人以背书转让汇票后，即承担保证其后手所持汇票承兑和付款的责任。背书人在汇票得不到承兑或者付款时，应当向持票人清偿《票据法》第 70 条和第 71 条的金额和费用。此规定是为了保证汇票流通信用的可靠性，保障持票人的利益的连带责任措施。

3. 转让限制。付款人或其他债务人为了保证汇票的安全性，可以对持票人的范围和资格作出限制。

(1) 出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让；填明“现金”字样的银行汇票不得背书转让。

(2) 背书人在汇票上记载“不得转让”字样的，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。此处的保证责任就是保证承兑和保证付款的义务，持票人只得向其前手追索，也就意味着书写“不得转让”字样的背书人免除了其后手的后手的追索权，其债务的范围就只限于对其后手一个人。

(3) 汇票须完整转让，将汇票金额的一部分转让的背书，或将汇票金额分别转让给 2 人以上的背书无效。

(4) 背书不得附有条件，票据法规定，背书附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力。背书人所记载的任何条件都将被视为无记载，持票人不得请求付款人按此条件承兑或付款，也不得将此条件作为再背书转让的优惠吸引他人接受让与。

(5) 背书记载“委托收款”字样的，被背书人有权代背书人行使被委托

的汇票权利。《联合国国际汇票和国际本票公约》(草案)第20条规定背书含有“托收用”、“存款用”、“委托代理”等字样的,托收人仅得为托收目的而在票据上背书,并且对票据的任何后手持票人不承担责任。

(6) 汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的,不得背书转让;背书转让的,背书人应当承担汇票责任。

4. 汇票担保,《票据法》第35条第2款规定,汇票可以设定质押,质押时应当以背书记载“质押”字样,被背书人依法实现其质权时,可以行使汇票权利。

(1) 质押是担保的一种形式,指债务人以其所有的动产交付给债权人,担保自己能够按时履行义务,如果不能按时履行义务的,就由质权人将质押物处分,并以处分所得款项优先受偿。

(2) 背书人在质押汇票时,须在汇票上注明“质押”字样,表明被背书人的身份,被背书人在依法实现担保权之前,不得以自己的名义享有该汇票权利,按一般票据法理,享有汇票担保权者只能以代理人的名义处分汇票。

(三) 贴现

1. 汇票贴现的概念。贴现是一种票据转让方式,是指持票人在需要资金时,将其持有的未到期的商业汇票,经过背书转让给银行,银行从票面金额中扣除贴现利息后,将余款支付给申请贴现人的票据行为。贴现既是一种票据转让行为,也是一种银行授信行为,即银行通过接受汇票给持票人短期贷款,如果汇票付款期满,银行能收回汇票资金的,该贷款就自动冲销,如果银行不能得到汇票付款,则可以向汇票付款人和所有的债务人追索。

2. 贴现的性质。贴现是银行的一项资产业务,汇票的付款人对银行负债,银行实际上是与付款人有一种间接贷款关系。贴现虽然是银行的授信业务,但是与一般的贷款不同,贴现由付款人、受款人、背书人、承兑人和保证人承担连带清偿责任,如果出现汇票到期不能付款的情况,银行可以向负连带责任的任何一人或全体追索,从而在最大程度上保证了这种短期信贷资金的安全。

3. 贴现方法。持票人以背书方式将汇票转让给银行,银行根据汇票的信用能力,可要求背书人提供保证人,也可以按照票据保证手续办理。因为贴现也是银行的信用业务,所以,同时要满足一定的银行手续。

4. 再贴现和转贴现。再贴现是指贴现银行向中央银行再转让汇票,转贴是指贴现银行向其他商业银行转让汇票,二者都是贴现银行以未到期的贴现票据,经背书后的再次贴现。中央银行或其他商业银行按规定扣除再贴现或转贴现的利息后,给申请贴现行兑付票款。

四、承兑及票据保证

(一) 承兑

1. 承兑的概念及意义

(1) 承兑是指汇票付款人承诺在到期日支付汇票金额的一种票据行为。三种票据种类中只有汇票才有承兑制度,其目的是明确出票人在汇票中所记载的事项是否为付款人所承认,付款人是否愿意支付该汇票的金额,如果愿意,在加盖“承兑”印章并签章后,就成为该汇票的主债务人,在此之前付款人只是可能意义上的债务人,一经承兑,他就成为现实意义上的第一债务人。

(2) 承兑总是一种票据行为,与其他票据行为一样,也要符合一定的条件。

其中比较有自己特色的是，承兑是一种附属票据行为，须先有出票，然后才有承兑，并且，要以汇票原件为行为对象，持票人须凭票提示承兑，付款人须在该票正面签章准予承兑。

2. 提示承兑

（1）提示承兑的概念。票据法规定，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。提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。

（2）承兑的时效。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。票据法规定的提示承兑是赋予持票人的一种票据权利，是为了使持票人在一定的期间证实自己的票据权利，如果其不按时行使，就是对自己权利的放弃，也属于一种权利处分。

（3）承兑的例外。见票即付的汇票无须承兑，付款人不得以该汇票未经承兑而拒绝立即付款，否则就构成拒绝付款，并须承担相应的行政责任和财产责任。

3. 付款人的承兑程序

（1）付款人对向其承兑的汇票，应当在收到提示承兑的汇票之日起 3 日内承兑或拒绝承兑。《票据法》第 41 条规定，付款人收到持票人提示承兑的汇票时，应当向持票人签发收到汇票的回单，回单上应当注明汇票提示承兑的日期并签章。

（2）承兑的记载事项，付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“ 承兑 ” 字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。汇票上未记载承兑日期的，以付款人收到提示承兑的汇票之日起第 3 日为承兑日期。

（3）付款人承兑汇票不得附有条件。承兑附有条件的，或者以其他方法变更汇票上的记载事项的，视为拒绝承兑。

（二）保证

1. 汇票保证及其法律效力

（1）汇票保证是指汇票的债务人以外的第三人以担保特定的汇票债务人承担汇票付款为目的，在汇票上签章及记载必要事项的票据行为。其中担保汇票付款者称为保证人，被担保的特定汇票债务人称被保证人。

（2）保证的法律效力。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。被保证的汇票，保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任，汇票到期后，被保证人不能付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当无条件足额付款。

保证人清偿汇票债务后，代位取得汇票权利，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

（3）保证人为 2 人以上的，保证人之间承担连带责任，各保证人之间不得互相推诿，对外界不分第一保证人和第二保证人，持票人可以向任何一个保证人或全体保证人请求付款。

（4）保证的除外。《票据法》第 45 条规定，保证人不承担被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而导致无效的责任。

2. 保证事项。《票据法》第 45 条规定，保证人必须在汇票或者粘单上记载下列事项：

(1) 表明“保证”的字样。此记载不属于汇票上其他的记载事项，而是明确担保人自己将承担担保付款的票据责任。

(2) 保证人的名称和住所。个人须用其身份证上的本名，单位须用其企业注册登记全称，地址须详细具体。

(3) 被保证人的名称。一般应将付款人列作被保证人，如果保证人在汇票或粘单上未记载被保证人名称的，已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。

(4) 保证日期。保证人在汇票或者粘单上未记载保证日期的，出票日期为保证日期，也就意味着不管保证是何时作出的，其保证责任都从出票日期开始预备。

(5) 保证人签章。

(6) 保证不得附有条件。附有条件的，不影响保证人对汇票承担的付款责任。即汇票上记载的保证事项中虽然有保证人提出担保付款的先决条件，但这些条件将不被法律所承认，视同为无记载。

五、付款

(一) 付款的法律意义

付款是汇票义务人承担汇票责任对持票人所作的给付。请求付款是持票人的汇票权利，也是其拥有汇票的目的；而付款则是汇票债务人的责任，《票据法》第60条规定，付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。

(二) 付款的程序

1. 付款的期限。《票据法》第53条规定，持票人应当按照下列期限提示付款：

(1) 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。

(2) 持票人未按照前款规定期限提示付款的，在作出说明后，承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。在此票据法所称的“作出说明”并无实际上可以否决的意思，持票人无论出于何种原因，只要其不放弃汇票权利，即使超过提示付款期，但未超过票据权利期限的，也仍然有权请求付款。

2. 提示付款。这是票据权利的行使，其主体是提示付款人，包括持票人和《票据法》第53条第3款规定的情况，即通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的，视同持票人提示付款。

3. 付款程序。付款是指付款人对持票人支付汇票金额的行为，其程序主要有：

(1) 持票人请求付款的，付款人必须当日足额付款，否则就会影响付款人或银行的信用，并且还应承担相应的财产责任。

(2) 汇票金额为外币的，按照付款日的市场汇价，以人民币支付。在中国人民银行规定的人民币经常性项目可自由兑换的规定生效后，可根据具体的交易项目及持票人的要求予以支付人民币，或相应的外币。

(3) 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入持票人帐户，视同签收。持票人的汇票权利得到实现，汇票债务人的责任全部解除。

(4) 持票人委托的收款银行的责任，限于按照汇票上记载的事项将汇票

金额转入持票人帐户；付款人委托的付款银行的责任，限于按照汇票上记载事项从付款人帐户支付汇票金额。

（5）付款人及其代理付款人付款时，应当审查汇票背书的连续性，并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。

4. 付款损失。指由于付款人自己的原因，造成支付金额后，尚不能解除或者不能完全解除付款责任的事实，主要有以下两种情况。

（1）《票据法》第 57 条第 2 款规定，付款人及其代理人以恶意或者重大过失付款的，应当自行承担赔偿责任。

（2）《票据法》第 58 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。

六、追索权

（一）追索的法律性质及原因

1. 追索的法律性质。汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。追索权是持票人在第一次请求付款受到拒绝后行使的第二次请求权。第一次请求权是请求主债务人（付款人）付款，这是持票人的基本票据权利，在主债务人拒绝付款或无力付款时，持票人可行使第二次请求权，要求所有在汇票上签名的人中的一人、数人或全体人员，偿付汇票金额。

2. 追索的原因，《票据法》第 61 条规定，汇票到期日前，有下列情形之一的，持票人可以行使追索权：

（1）汇票到期被拒付的，或者虽然付款人表示可以付款，但是要满足其一定的条件（如将汇票金额的全部或一部分存在付款人所在银行里，购买付款人的金融债券或公司债券，以及其他汇票上原来没有记载的条件，和付款人新提出的条件等等），票据法规定，付款人提出条件的，视为拒绝付款。

（2）汇票未到期，但是被拒绝承兑的。被拒绝承兑的汇票必须是形式上符合票据法规定，不缺少必要的记载事项，以及持票人的票据身份没有缺陷等。

（3）承兑人或付款人死亡、逃匿的。

（4）承兑人或付款人被依法宣告破产的，或者因违法被责令终止业务活动的。在此情况下，持票人有两种选择，第一种是行使追索权，请求其他的债务人履行汇票义务；第二种是放弃追索权，以汇票金额向破产清算组提出破产债权申报，以便从破产人处得到汇票金额的偿还。

（二）追索的条件及程序

1. 追索的条件。《票据法》第 62 条规定，持票人行使追索权时，应当提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。

（1）提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明，即承兑人或者付款人开出的拒绝承兑证书或拒绝付款证书。

（2）因承兑人或付款人死亡、逃匿或者其他原因，不能取得拒绝证明的，可以依法取得其他有关证明，例如医院、公安机关等部门出具的死亡证明书，司法机关出具的失踪证明（如宣告失踪或宣告死亡的判决书等）。

（3）承兑人或付款人被法院宣告破产的司法文书。被企业登记机关注销企业法人资格，以及承兑人或付款人被解散、歇业在企业登记管理机关登记文件的正、副本等文件具有拒绝证明的效力；

2.拒绝证书的效力。拒绝证书是持票人行使追索权的法律根据之一，没有拒绝证书就不能向除承兑人或付款人以外的其他汇票债务人请求偿还汇票金额。

3.通知

(1)通知的内容。通知是持票人承兑汇票或请求付款受到拒绝时，行使追索权前，将受到拒绝的事实书面告诉其前手及所有汇票债务人的一种票据行为，其内容应当记明汇票的主要记载事项，并说明该汇票已经被退票。

(2)通知的期限。持票人应当自收到被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明之日起3日内，将被拒绝事由书面通知其前手；其前手应当自收到通知之日起3日内书面通知其再前手，以此类推。

(3)延期通知的后果。未按上述期限通知的，持票人仍可行使追索权。但是，因延期通知给其前手造成损失的，须承担相应的赔偿责任，赔偿金额以汇票金额为限。

(三)追索与再追索

1.承担被追索责任者。《票据法》第68条第1款规定，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，参加承兑者也应是承担连带责任的汇票债务人成员，上述人员对持票人受到拒绝承兑或拒绝付款承担无条件地给付汇票全部金额的责任。持票人可以按《票据法》第68条第2款的规定，自由选择对自己有利的追索对象。

2.追索。被追索人清偿债务时，持票人应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。

3.再追索。被追索者清偿债务后，与持票人享有同一（追索）权利，再向其他汇票债务人行使追索权。依此顺序，直至该汇票的债权债务关系因履行或其他法定原因而消灭为止。

4.追索的例外。当持票人为出票人的，对其前手无追索权；当持票人为背书人的，对其后手无追索权。

5.追索内容。持票人有权请求债务人偿还该汇票的本金、自偿还汇票金额到期日或者付款提示日起至清偿日止的利息，以及取得有关拒绝证明和发出通知书的费用，包括通讯费、差旅费和必要的人工费。

第六节 本票和支票

一、本票

（一）本票的概念及特征

1. 我国《票据法》第 73 条规定本票的定义是：本票是由出票人签发的，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。第 2 款接着规定，本法所指的本票是指银行本票。也就是说，我国票据法上的本票不包括商业本票，更不包括个人本票。所以，这个本票的定义只表示目前我国通行的即期本票的概念，并无将国际通行的远期本票和商业本票包含在内。

2. 本票的特征

（1）自付票据。本票是由出票人本人对持票人付款，而不是像汇票和支票委托银行付款，所以，也可将本票称为自付证券。

（2）基本当事人少。本票的基本当事人只有出票人和收款人两个，与汇票和支票相比，在很多情况下少了付款人这个基本当事人，其债权债务关系也相应简单一些。

（3）无须承兑。本票在很多方面与汇票相似，汇票的背书、保证、付款、追索等法律制度对本票也适用。但是，由于本票是由出票人本人付款，并无委托银行付款，所以，本票不用承兑即能保证付款。

（二）本票的出票

1. 出票的人的资格。本票具有极高的信用，是交易活动中被普遍欢迎的一种支付工具。而本票信用程度高的原因在于出票人的资信状况好，银行肩负维护正常的结算秩序的任务，对签发能在社会上具有较高信誉的本票持一种谨慎态度，对谁担当本票的出票主体要进行资格评审。《票据法》第 75 条规定，本票出票人的资格由中国人民银行审定。

2. 本票必须记载的事项。票据法对本票的要求与汇票相同，其目的均在于保证票据的流通质量，维护收款人和持票人的合法利益。《票据法》第 76 条规定，本票必须记载以下事项，缺少任何一个事项的，本票无效。

（1）表明“本票”的字样。定额本票由人民银行印制并发行，不定额本票由各银行按人民银行规定的统一格式印制和发行，出票人不得以其他票据、单据代替本票，也不得以白纸书写有关事项代替本票。凡不符合格式的本票将被视为无法律效力。

（2）无条件支付的承诺。这点与汇票相同，实际上银行本票是已经将款存入银行，其信用已经留在银行，承诺付款是有充分的保障的。

（3）确定的金额。包括确定货币种类，要求货币的大写金额与小写金额完全相同，如出现大小写金额不一致的情况，则导致本票的无效。

（4）收款人名称。须填写真名及全称，不要以化名、笔名、简称、代号等，否则，在发生纠纷时，可能会发生资格难以确定的问题。

（5）出票日期。这是关系到收款人票据权利开始计算的起点，也是关系到持票人本票权利期限的基准点，切不可省略。我国票据法规定本票一律为见票即付。

（6）出票人签章。单位在票据上的签章，应为该单位的公章或财务专用章并加盖单位法定代表人或其授权代理人的签章；银行汇票、银行本票的出票人和银行承兑汇票的承兑人在票据上的签章，应为该银行现行规定使用的

专用章并加盖法定代表人或其授权经办人的名章。

《票据法》第 81 条第 2 款规定，本票的出票行为，除本章规定外，适用本法第 24 条关于汇票的规定，即（本票）上可以记载本法规定事项以外的其他出票事项，但是该记载事项不具有本票上的效力，这个效力主要是指持票人的票据权利不变，付款人的票据责任不变。

3. 本票可任意记载的事项，与汇票的记载事项相同，目的均在于提高本票据的信用和保证其流通的顺利进行。这些事项包括：本票到期后的利率、利息的计算，本票据是否禁止转让，是否缩短付款的提示期限（因为票据法规定本票的提示付款期限最长不超过 2 个月，所以本票的提示期限只可缩短，不可延长），在发生拒绝付款时对其他债务人通知事项的约定，免除或拒绝证书的约定等事项。

4. 本票责任承担的地点。《票据法》第 77 条规定，本票上记载付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。以利有关当事人享受权利和履行义务，如果出票人在本票上未记载付款地的，以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。收款人或持票人凭票到出票人的营业场所要求付款；当该票据发生争议时，可到出票人的营业场所所在地的人民法院请求法律保护，即出票地具有票据责任履行地和诉讼管辖地的意义。

5. 付款

（1）提示付款。收款人或持票人向出票人提示付款是行使自己票据权利的主要方法，《票据法》第 78 条规定，本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任。见票是指收款人或持票人以本票原件给出票人检查，如果本票上的背书及有关记载没有违反票据法规定的，出票人应当足额付款。

（2）付款期限。《票据法》第 79 条规定，本票自出票日起，付款期限最长不超过 2 个月。

（3）与提示付款相关的权利。提示付款是持票人请求出票人履行义务的要式表示行为，在一定的期限内提示可获得确定的本票金额，当不能获得时，提示就成为持票人曾经行使过第一次付款请求权的证明，接着便可以行使第二次请求权，向本票的其他债务人追索。可以说行使第一次请求权是行使第二次请求权的必经程序，因此，没有按期提示的本票，持票人就不能向其前手追索。

（三）本票适用票据法的规定

本票在经济活动中使用比较少，所产生的问题和纠纷也比较少，因此，票据法对本票规定的内容也比较少。但是，由于本票与汇票一样均是可以流通的金融支付工具，本票具有汇票的很多特征及功能，所以，《票据法》第 81 条规定，本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，除本章（指《票据法》第三章，第 73 条至第 81 条）规定外，适用本法第二章有关汇票的规定。

二、支票

（一）支票概述

1. 支票的概念及特点。支票是指由出票人签发的，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持票人的票据。支票是票据的一种，也具有其他有价证券的特征，但是，由于支

票同时是经济活动中最常用的一种非货币支付工具，所以，也有自己一些独特之处：

（1）支票的出票人身份与付款人身份不重合。汇票的一部分和本票是由出票人兼任付款人的，而支票是出票人预先存款于银行，然后在存款余额内开出支票，委托银行见票即付给持票人指定的金额。所以，支票有三个当事人，除收款人外，出票人与付款人分属二个主体。

（2）支票付款人的资格有所限制。票据法规定支票的付款者是银行和其他金融机构，除此之外所有的公司和个人都不能担当支票的付款人，无论这些公司或个人的资信程度多么良好，都不能行使法律专门赋予金融机构的业务特权。

（3）支票的付款时间只有见票即付一种形式。而汇票有四种形式。支票见票即付形式免去了承兑程序，即使支票上缺少记载必要的事项，法律上仍可视其为合法票据，付款人仍然要支付给持票人。所以，支票制度要求出票人的信用特别可靠，否则就会出现信用危机，持票人的权利就会受到损害，出票人也要受到银行的制裁。

（4）支票是支付证券，与汇票相比更强调出票人的资金储备。而汇票则强调付款人的信用。所以，支票流通的时间较短，只有 10 天期限，而汇票期限要长得多，其流通次数的机会比支票也多得多。支票重在立即支付能力，银行对签发空头支票的行为要给予较严的处罚。

2. 支票的种类。支票按是否记名可分为记名支票和不记名支票；按支付期限可分为即期支票和远期支票，但我国的支票只有即期支票一种；按支票的支付金融工具种类的不同，可分为现金支票和转帐支票，其中现金支票主要为指己支票，即出票人本人为了取得现金而开出以自己为收款人的支票。

（二）支票权利的主要内容

1. 支票出票人的资格。出票人应满足以下条件：

（1）建立帐户。《票据法》第 83 条规定，开立支票存款帐户，申请人必须使用其本名，并提交证明其身份的合法证件。支票出票人的资格首先要求其在银行或其他金融机构开立一个存款帐户，以此作为自己与金融机构之间的资金关系的联结点，也是自己与金融机构建立委托付款的合作联结点。为此，要求申请人向金融机构提交真实的身份证件，以保证与金融机构之间资金关系的安全和可靠。

（2）存入足够支付的款项。支票是支付证券，收款人持票即应得到票款，如果出票人的存款余额比票款金额少，就构成空头支票，金融机构将完全不支付，该支票因丧失信用而被退回。因此，《票据法》第 83 条第 2 款规定，开立支票存款帐户，应当有可靠的资信，并存入一定的资金。

（3）预留印鉴。支票见票即付的特点既有利于资金结算和票据的流通，但也给流通中带来较高的风险，最常见的是冒名顶替利用他人的支票转走资金，为防止这个风险，票据法和银行操作实务都要求申请开立支票存款帐户者在银行留下其本名的签名式样和印鉴。

2. 出票。支票的出票与汇票相同，是由出票人按照一定的格式，记载必要的事项，然后将支票交给收款人的一种票据行为。因为是票据行为，所以，票据法上关于票据行为的全部规定对支票也都适用。支票必须记载下列事项：

（1）表明“支票”的字样。这点与汇票和本票相同，论述从略。

(2) 无条件支付的承诺。不需要承兑,不需要预先通知付款人准备资金。

(3) 确定的金额。票据法要求出票人就金额事项填写清楚,包括货币种类、金额的确切数额,不可写估计金额或大概金额,否则将可能构成支票无效。但是,实践中出票人在交易中往往难以肯定付款金额,经常将金额填写事项留空,待交易后再填金额。这种做法虽然不符合票据法的规定,但是实务中一般也不会受到法律的否定。

(4) 收款人名称。法律要求涉及证券的行为均要使用行为人的真实姓名和单位名称,这不但是管理的需要,更是涉及维护持票人的实体权利和程序权利的需要,最简单的例子是,银行对假名票据存折不接受挂失申请。

出票人可以在支票上记载自己为收款人,这就是指己支票,通常用于提取现金的现金支票和在单位的不同帐目中的转帐。

(5) 出票日期。支票限于见票即付,不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的,该记载无效。出票人和持票人都不得以此记载请求委托付款人延长付款日期。

(6) 出票人签章。支票的出票人不得签发与其预留本名的签名式样或者印鉴不符的支票。否则,担当其委托付款人的银行或其他金融机构将拒绝接受,所造成的财产损失和信用损失由出票人自负。

《票据法》第 85 条规定,支票上未记载前款规定事项之一的,支票无效。但是在实务中,由于支票的性质是支付证券,即使略有缺陷,法律是允许出票人或出票人同意的持票人加以补足的。

3. 未记载事项的补救。我国票据法有如下规定:

(1) 支票上的金额可以由出票人授权补记,未补记前的支票,不得使用。

(2) 支票上未记载付款地的,付款人的营业场所为付款地,但是,付款人有多个营业场所的,有权告诉提示付款的客户在某个营业点付款。

(3) 支票上未记载出票地的,出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。这个规定对持票人行使追索权和诉讼权特别有意义。

4. 出票的效力。

(1) 出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任。包括保证自己在委托付款人处有足够的存款,保证不签发空头支票等。

(2) 出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时,付款人应当在当日足额付款。

5. 付款。

(1) 提示付款,支票的持票人应当自支票出票日起 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。超过提示付款期限的,付款人可以拒绝付款。

(2) 逾期提示的法律后果,因超过提示期限付款人不予付款的,持票人仍然享有票据权利,出票人仍然应当对持票人承担票据责任,即付款义务,主要方法是重新开出支票,或者以其他方式支付持票人应得的资金。

(3) 付款的意义,《票据法》第 93 条规定,付款人依法支付支票金额的,对出票人不再承担受委托付款的责任,对持票人不再承担付款的责任。即出票人与银行(委托人)之间就每一项出票的票据行为设立一个委托付款关系,当付款任务完成后,付款人就不再承担此项票据行为涉及的其他义务。

付款人在付款时以恶意或者有重大过失付款的情况时,不得援引《票据法》第 93 条的规定,并且须对自己的恶意行为或者重大过失行为承担相应的

财产责任。在此恶意主要是指付款人与他人勾结，图谋出票人的合法资金的行为；而重大过失主要是指付款人的付款行为违反法律的规定或者不符合其业务规范，从而导致出票人的资金损失，付款人虽然付款完毕，但是其付款责任仍然没有结束，已经付出的资金损失将由其自己承担。

（三）支票适用汇票规定的情况

《票据法》第 94 条规定，支票的背书、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。前面论述汇票时，已经详细分析，在此从略。

《票据法》第 94 条第 2 款规定，支票的出票行为，除本章规定外，适用本法第 24 条、第 26 条关于汇票的规定。第 24 条是关于汇票可以记载必要事项之外的事项的规定；第 26 条是关于出票后，出票人须保证该汇票的付款的责任，在持票人得不到付款时，应当向持票人清偿汇票的金额、超过付款期限的汇票金额的利息和行使追索权所支出必要的费用。

第七节 涉外票据的法律适用

一、涉外票据

（一）涉外票据的概念及认定涉外票据的意义

1. 涉外票据的概念。根据《票据法》第 95 条的规定，涉外票据是指出票、背书、承兑保证、付款等行为中，既有发生在中华人民共和国境内的，又有发生在中华人民共和国境外的票据。认定某张票据是否涉外票据的根据是该票据上有无记载既发生在国内又发生在国外的票据行为，而不是以该票据的当事人中是否有外国人的标准来认定涉外票据。

2. 认定涉外票据的意义。认定某张票据是否涉外票据的意义主要不是为了经贸方面的需要，而是为了确定解决票据争议的准据法的需要。如果某张票据已经顺利付款完毕，当事人之间没有任何异议，当然也就没有争议。但一旦有了争议，就要以法律认定事实和判断是非，这就涉及到要适用那个国家的法律来认定票据上的何种行为是有效的，何种行为是无效的，并在认定有效和无效的基础上，判断各当事人应承担的责任。

（二）涉外票据的特征，涉外票据与国内票据一样都是可流通的有价证券，除了具有票据的所有特征之外，还有自己独有的一些票据特征：

1. 票据的主体不是认定涉外票据的必然根据。票据是一种有价证券，只要持票人合法拥有票据，就可享有相应的票据权利，行使票据权利无须与身份联系。所以，不管哪个国家的公民或法人均可在我国国内进行各种票据活动，这些活动全部在我国法律管辖之下，非中国民事主体并非必然具有涉外票据因素。

2. 票据本身是记载有关票据行为和票据事项的载体。涉外票据的行为一定有跨国界的记录，包括出票、背书、承兑、保证和付款等票据行为在内，其跨越国界的行为可以是一次，也可以是多次，法律没作限定，但只要有一次即构成涉外票据。有关票据当事人就可举证此票据是涉外票据，要求适用有关的外国法律或国际惯例。

3. 涉外票据的适用法律多元化。除了中国法律外，还有国际条约、国际惯例和外国法律，适用的根据不是依票据当事人的身份或国籍而定，而主要是采纳行为发生地法律适用原则。而国内票据行为准则是中国法律，解决票据争议的也是中国法律，有关法律适用的关系简单明了。

二、涉外票据的法律适用

（一）涉外票据的准据法

1. 中国法律。包括我国的法律、法规、最高人民法院的司法解释和在地方解决争议适用的地方法规。

2. 国际条约。在此是指对我国有约束力的国际条约。《票据法》第 96 条规定，中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的，适用国际条约的规定。但是，中华人民共和国声明保留的条款除外。

3. 国际惯例。中国的法律和中国缔结或参加的国际条约都没有规定的情况出现时，可以适用国际惯例。须注意，要具备中国法律没有规定的这个前提，如果中国的法律，包括争议事实及行为所在地的地方法规对之有所规定，就不能提出适用国际惯例的请求，这是法律优先于惯例原则在涉外票据争议关系中的体现。

（二）确定涉外票据行为的准据法

1. 票据债务人的民事行为能力，适用其本国法律。这种情况是指债务人在本国进行的票据行为，其本人是否具有民事行为能力由本国法律决定。债务人不在本国境内从事票据行为的，依照中国《票据法》第 97 条第 2 款的规定，适用行为地法律。该债务人本人或其他票据当事人不得以自己的利益需求来选择适用该债务人的本国法律或行为地法律。

2. 汇票、本票出票时的记载事项，适用出票地的法律。如果出票地法律认为票据中的某个记载事项违反法律的规定，则该票据虽然流通到国外，有关利害关系人仍然可以举证主张该票据不符合出票地法律，以此作为票据抗辩的事由。

3. 支票出票时的记载事项，适用出票地的法律。但是，当事人认为有必要的，经过协商并以书面约定，可以适用付款地法律。因为支票是一种自付证券，持票人的票据权利的行使，关键在于出票人与付款人之间的资金关系，况且支票上记载事项是可以补充的，所以，我国票据法规定，认定支票记载事项是否与法律规定冲突，可以付款人所在地的法律为准据法。

4. 背书、承兑、付款和保证等票据行为适用行为地法律。我国《票据法》第 99 条规定，票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律。如果涉及不同国家、地区间的法律对这些票据行为有不同规定的，当事人应遵照票据行为地具体的法律进行票据活动，发生争议时，也以行为地法律为准据法。如有违反，则可能会受到有关利害关系人的票据抗辩，导致自己利益的延迟实现或造成其他不必要的损失。

5. 追索权适用出票地法律。当票据受到拒绝承兑或拒绝付款时，持票人即可行使追索权，但这个权利是有一定期限的，在不同的国家或地区可能会有不同的规定，期限有长有短，应以出票地法律为准据法，有关利害关系人不得请求适用票据当时处在地的法律，也不得请求适用债务人所在地的法律。

6. 有关提示及拒绝证书的事项适用付款地法律。《票据法》第 101 条规定，票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限，适用付款地的法律。持票人在行使追索权时，不得就提示期限及拒绝证书开设期限等事项请求适用债务人所在地法律，或诉讼所在地法律，否则，有关利害关系人将可以此作为票据抗辩的事由。

7. 票据保全适用付款地法律，当票据丧失时，失票人请求保全票据权利的程序，适用付款地法律。因为付款地即付款人所在地，遗失的票据所受到的风险最终会落到付款地，会联系到付款人，失票人为了维护自己的票据权利，最有效的办法就是通过法定的程序进行保全，以防止不当持票人请求付款。由此进行的各种法律行为只有以付款人所在地法律为依据，才有法律效力。

第六章 保险法

第一节 保险概述

一、保险的概念

（一）保险是一种商事交易

我国《保险法》第2条规定，保险是指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人对于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金的责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的商业保险行为。

（二）保险是一种金融活动

保险也特指保险公司的经营活动，根据我国的《保险法》的规定，保险公司是依法设立的，并由国务院金融监督管理部门进行监督管理的一个金融机构。须依特别法设立，并受中央银行的监督管理，其经营行为属于金融活动，须依金融法的规定进行。

（三）保险是一种投资方式

保险人投保是为了在约定的保险事故发生后或约定的条件满足后，保险公司对自己或自己指定的人的一种赔偿或给付。也就是投保人投资的回报，是一种附条件成就的投资行为，也是既有利于投保人，也有利于社会的互助式投资活动。

二、保险制度

（一）必须有危险存在或条件能够满足

投保人与保险公司约定的保险事项必须是客观上可能发生的。如果是以赔偿为目的的给付，则保险事项必须是投保人的活动环境中存在着危险因素；如果是以满足条件为目的的给付，这些条件必须是能够满足的。其意义在于，如果保险公司与投保人约定的保险事项的危险是不可能存在的或条件是不可能实现的，所约定的保险合同就是无效的。

（二）保险必须有约定的赔偿或给付

保险必须是对约定的事故造成的损失的对约定条件成就时给受益人的给付，这是保险公司对投保人的一种财产责任。这以经济手段承担社会责任，与普通的社会救济、单位补助及亲友乡邻的帮助不同，前者兑现保险责任是不可推卸的义务，而后者只是一种可有可无的或然援助行为。

（三）事故保险必须形成互助共济关系

保险制度采取将不特定的事故分散到众多的投保者共同分担的方法，来减少或补偿遭受事故的投保者的损失。投保者通过交纳保险费，与其他众多的投保者建立了互助共济关系，以一人为大家，大家为一人的精神建立保险补偿基金，共同取得财产上的保障。

三、保险法及其主要原则

（一）保险法的概念

保险法是调整保险活动中保险人与投保人、被保险人以及受益人之间法律关系的重要商事法律，也是国家对保险企业、保险市场实施监督管理的法律。因此，保险法是以保险关系为调整对象的法律规范的总称，在我国，其基本法是《中华人民共和国保险法》、有关保险的行政法规，同时也包括其他法律中涉及保险关系的规定。可以将保险法分为三个部分，第一是保险业

法，是对保险企业进行监督管理的法律、法规；第二部分是保险合同法，主要内容是规定保险当事人之间的各种权利义务关系；第三部分是保险特别法，是专门针对某类险种的保险关系的法律和法规，如海商法中的海上保险规定等。

（二）守法原则和公平竞争原则

《保险法》第4条明确规定，从事保险活动必须遵守法律、行政法规，遵循自愿和诚实信用原则。包括确定保险人的资格，订立保险合同，明确保险责任及其他法律责任等重大内容。《保险法》第7条规定保险公司开展业务，应当遵循公平竞争的原则，不得从事不正当竞争，包括擅自降低保险费率，诋毁同业伙伴，诱导投保等行为。

（三）保险利益原则

《保险法》规定无论是财产保险，还是人身保险，当事人所签订保险合同的效力必须以保险利益的存在为前提。保险利益必须是可保利益，是受益人对保险标的具有利害关系而后产生的经济利益。

1. 财产保险利益的条件是：第一须为合法利益；第二须为经济上的利益，即投保人对于其财产现在享有或预计享有的利益；第三须为确定的利益，即该利益是可预期实现的。

2. 人身保险利益的条件是：第一，投保人对本人、配偶、子女、父母，以及与投保人有抚养、赡养或者抚养关系的家庭其他成员、近亲属具有保险利益。第二，被保险人同意投保人为其订立保险合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。

（四）最大诚信原则

所有的合同，均须以诚实信用为基础，无论是民事合同，还是经济合同。在保险合同中尤其讲究诚实信用原则，投保人要将被保险利益的真实情况完全告诉给保险人，如有任何隐瞒则可能导致整个保险合同的无效。因为投保人的告诉是保险人评估风险和计算保险费率的 basic 依据。

（五）损害赔偿原则

此原则指被保险人因保险事故所受到的损失，应按合同约定的条件获得赔偿。赔偿的数额不超过损害的数额，即赔偿是使被保险人的利益恢复到保险事故发生前的状态，所以，赔偿应当以保险利益的存在为前提，赔偿金额是实际损失、保险金额和保险利益三者中最小的一个数额。凡是不符合最小数额原则的，即可构成道德风险。

（六）保险代位原则

保险代位指实现保险利益的权利代位和被保险标的物残余价值产权的代位两种。其中权利代位指保险事故发生后，被保险人有权获得赔偿，之后有义务将追究造成损害的第三者责任的权利转给保险人，即代位追偿。第三者是被保险人的家属或雇员时，保险人不能代位追偿，但故意造成损害的除外。

第二节 保险公司

一、保险公司的设立、变更和清算

（一）保险公司的设立

保险公司是依照我国的保险法和公司法设立的金融机构，其他任何单位和个人不得经营商业保险业务。我国的商业保险是指除了劳动保险和养老保险之外的盈利性保险业务。

1. 保险公司须符合特定的条件。保险法第三章规定，设立保险公司必须经中央银行批准，须符合下列条件：有符合保险法和公司法规定的章程；有不低于保险法规定的最低限额 2 亿元人民币的注册资本（中央银行根据保险公司的业务范围和经营规模，可以调高其注册资本的最低限额）；有具备任职专业知识和业务工作经验的高级管理人员；有健全的组织机构和管理制度；有符合要求的营业场所和与业务有关的其他设施。

2. 提交必要的文件。申请设立保险公司，应当提交下列文件：设立申请书，主要内容包括拟设立公司的名称、注册资本和业务范围；可行性研究报告；中央银行规定的其他文件和资料。

3. 设立保险公司的程序。设立保险公司的申请经过初步审查合格后，申请人应当依照保险法和公司法的规定进行保险公司的筹建，具备前两项条件的，向中央银行提交正式申请表和下列有关文件：保险公司的章程；股东名册及其股份或者出资人及其出资额；持有公司股份 10% 以上的股东的资信证明和有关资料；法定验资机构出具的验资证明；拟任职的高级管理人员的简历和资格证明；经营方针和计划；营业场所和与业务有关的其他设施的资料；金融管理监督部门规定的其他文件资料。中央银行收到上述申请文件之日起 6 个月内，应当作出批准或不批准的决定。

经批准设立的保险公司，由中国人民银行颁发经营保险业务许可证，并凭经营业务许可证向工商行政管理机关办理登记，领取营业执照。如果超过 6 个月无正当理由未办理公司登记的，其经营保险业务许可证自动失效。

4. 保证金。保险公司成立后应当按照其注册资本总额的 20% 提取保证金，存入中央银行指定的银行，除保险公司清算时用于清偿债务外，不得动用。

（二）保险公司的变更

1. 保险公司不得擅自变更公司的注册事项。保险公司要变更的，须按规定提出申请，报经中央银行的批准后才能生效。

2. 变更的范围包括：公司变更名称；增减注册资本；变更公司或者分支机构的营业场所；调整业务范围；公司分立或者合并；修改公司章程；变更出资人或者持有公司股份 10% 以上的股东；中央银行规定的其他变更事项。保险公司更换董事长和总经理的，应当报经中央银行审查其任职资格。

（三）保险公司的清算

1. 保险公司因分立、合并或者公司章程规定的解散事由出现，经中央银行批准后解散。保险公司应当依法成立清算组，进行清算。

经营有人寿保险业务的保险公司，除分立或合并外，不得解散，以保护受益人的合法利益。

2. 保险公司违反法律、行政法规，被金融监督管理部门吊销经营保险业务许可证的，依法撤销。金融监督管理部门依法及时组织清算组，进行清算。

3. 保险公司不能清偿到期债务，经金融监督管理部门同意，由人民法院依法宣告破产。保险公司被宣告破产的，由法院组织金融监督管理部门等有关部门和有关人员成立清算组，进行清算。破产财产在优先支付破产费用后，按照下列顺序清偿：所欠职工工资和劳动保险费用；赔偿或者给付保险金；所欠税款；清偿公司债务。破产财产不足清偿同一顺序清偿要求的，按照比例分配。

4. 经营有人寿保险业务的保险公司被依法撤销的或者被依法破产的，其持有的人寿保险合同及准备金，必须转移给其他经营有人寿保险业务的保险公司；不能同其他保险公司达成转让协议的，由金融监督管理部门指定经营有人寿保险业务的保险公司接受，以最大限度地保护人寿保险受益人的利益。

二、保险公司的组织

（一）保险公司的组织形式

《保险法》第 69 条规定保险公司应当采取股份有限公司或者国有独资公司形式，不包括一般的有限责任公司形式和合伙形式的企业。

股份保险公司依照公司法的规定组成股东会、董事会、监事会和经理部门，以及各种必要的组织机构。

保险公司在我国境外设立分支机构，须经中央银行批准，取得分支机构经营保险业务许可证，分支机构不具有法人资格，其民事责任由保险（总）公司承担。

（二）监事会的特殊规定

监事会，股份公司的监事会按公司法的规定办理。国有独资保险公司须设立监事会，其成员由中央银行、有关专家和保险公司工作人员组成，对国有独资保险公司提取各项准备金、最低偿付能力和国有资产保值增值等情况以及高级管理人员违反法律、行政法规及章程的行为和损害公司利益的行为进行监督，较之公司法的规定更加严格。

三、监督管理

（一）业务范围管理

保险业务最基本的内容是险种、保险条款和保险费率。《保险法》第 106 条规定，商业保险的主要险种的基本保险条款和保险费率由中央银行制定。保险公司拟订的其他险种的保险条款和保险费率，应当报金融监督管理部门备案。

（二）中央银行的检查

1. 中央银行有权检查保险公司的业务状况、财务状况及资金运用状况，有权要求保险公司在规定的期限内提供有关的书面报告和资料。

2. 保险公司未按保险法的规定提取或者结转各项准备金，或者未按照保险法的规定办理再保险，或者严重违反关于资金运用的规定的，由金融监督管理部门责令该保险公司采取措施限期改正，包括纠正违法运用资金的行为和调整负责人及有关管理人员的岗位或工作。

（三）整顿

1. 在中央银行作出限期改正的决定后，保险公司未在期限内改正的，由金融监督管理部门决定选派保险专业人员和指定该保险公司的有关人员，组成整顿组织，对该公司进行整顿。中央银行作出的整顿决定应当载明被整顿保险公司的名称、整顿理由、整顿组织和整顿期限，并予公告。

2. 整顿组织在整顿过程中，有权监督该保险公司的日常业务。该保险公司的负责人及有关管理人员应当在整顿组织的监督下行使自己的职权。公司重大的事情及资金运用和投资情况应及时告之整顿组织。在整顿过程中，保险公司的原有业务继续进行，但是，金融监督管理部门有权停止开展新的业务或者停止部分业务，调整资金的运用。

3. 被整顿的保险公司经整顿已纠正其违反保险法规定的行为，恢复正常经营状况的，由整顿组织提出报告，经金融监督管理部门批准，整顿结束。

（四）接管

1. 决定接管。保险公司违反保险法的规定，损害社会公共利益，可能严重危及或者已经危及保险公司的偿付能力的，金融监督管理部门可以对该保险公司实行接管，成立接管组织和制定接管的实施办法，并向社会予以公告。

2. 接管情态。接管的目的是对被接管的保险公司采取必要措施，以保护被保险人的利益，恢复保险公司的正常经营。被接管的保险公司的债权债务关系不因接管而变化，以利社会经济关系的稳定。接管的期限由金融监督管理部门决定，期限届满，但未达到接管目的的，可以适当延期，但接管期限最长不得超过 2 年。

3. 接管终止。接管期限届满，被接管的保险公司已恢复正常经营能力的，金融监督管理部门可以决定接管终止。

接管组织认为被接管的保险公司的财产已不足以清偿所负债务的，经金融监督管理部门批准，依法向人民法院申请宣告该保险公司破产。

第三节 保险经营规则

一、保险公司的业务范围

（一）国内财产保险

国内财产保险的主要险种包括企业财产保险，家庭财产保险，货物运输保险，运输工具保险，此险种的运输工具包括法人所有的、合伙人所有的和个人所有的陆上、海上、水上和空中运输工具，农业保险，包括各种种植业和养殖业的保险。

（二）人身保险

我国的人寿保险是由专门的人寿保险公司经营的业务，其主要险种包括人寿保险（包括团体人寿保险、养老保险及简易人身保险等险种），意外伤害保险，医疗保险，健康保险。

（三）进出口货物保险

进出口货物保险的主要险种包括海洋货物运输保险，陆上货物运输保险，航空货物运输保险。

（四）国际运输工具保险

国际运输工具保险的主要险种包括远洋船舶保险，飞机保险，汽车保险。

（五）涉外保险

涉外保险的主要险种有涉外财产保险，展览会责任保险，工程保险，海上石油开采保险，核电站保险，雇主责任保险，投资保险。

二、保险业务的划分

（一）分业保险

《保险法》第 90 条规定，同一保险人不得同时兼营财产保险和人身保险业务。即保险公司划分为财产保险公司和人寿保险公司两类经营实体，业务互不交叉。

（二）再保险

1. 经金融监督管理部门核定，保险公司可以经营其业务范围内的再保险业务，即分出保险和分入保险。再保险也称分保，指保险公司将其所承担的保险责任的一部分或全部分散给其他保险公司承担的保险业务。再保险以原保险的存在为基础，是对第一次保险的再次保险。再保险需要签订合同，合同的当事人均是有保险资格的保险公司，一方称为分出公司，一方称为分入公司。再保险合同的标的，是分出公司所承担的赔偿责任，分入公司不是直接对保险事故的损失赔偿，而是对分出公司所应承担的责任进行约定的补偿。

2. 再保险主要有两种，第一种是比例再保险，指原保险人将其所收保险费的一部分给予再保险人，并按再保险人的保险费占自己所收保险费的比例把保险责任分配给再保险人。第二种是非比例再保险，指原保险人和再保险人的赔偿责任不按比例计算，而是在再保险合同中给原保险人对某一笔保险业务规定了最高的赔偿数额或赔款率，当超过约定的赔偿数额或赔款率时，由再保险人承担。

3. 保险公司需要办理再保险分出业务的，应当优先向中国境内的保险公司办理，以维护本国保险公司的利益。

4. 再保险合同的主要条款，包括原保险人和再保险人的名称、地址，合同的有效起止期，再保险的险种和方式，除外责任和保险费的计算及给付，

双方责任的分担和赔偿支付方法，争议的解决和仲裁条款，以及共同利益条款，过失或疏忽条款，双方权利保障条款等内容。双方还可将协商同意的其他事项写进再保险合同。

5.再保险的费用及法律意义。再保险人只能要求保险分出人支付约定的保险费，不得向原保险的投保人要求支付保险费；原保险的被保险人或受益人只能向保险人请求履行保险责任，不得向再保险人提出赔偿或给付保险金的请求；再保险的分出人必须对被保险人或受益人承担全部的保险责任，不得以再保险人未履行再保险责任为由，拒绝履行或者延迟履行其原保险责任。

三、保险公司的资金运用

（一）提存保险准备金

《保险法》第93条规定，保险公司除人寿保险外，经营其他保险业务，应当从当年自留保险费中提取未到期责任准备金；提取和结转的数额，应当相当于当年自留保险费的50%。对经营有人寿保险业务的保险公司，应当按照有效的人寿保险单的全部净值提取未到期责任准备金。准备金提取之后，应当分别留存，不得用作投资，也不得相互挪用。

（二）保险公司的偿付能力

1.除了前述保险准备金外，保险公司还应当按照国家法律、行政法规和财务会计制度的规定提取公积金。公积金是公司税后利润分配前按比例留在公司用于弥补亏损和公司发展的准备资金，不得用于非生产性开支。

2.保险保障基金。为了保障被保险人的利益，支持保险公司的稳健发展，保险公司应当按照中央银行的规定提存保险保障基金。此资金应当集中管理，统筹使用。

3.增加资本金。保险公司应当具有与其业务规模相适应的最低偿付能力。保险公司的实际资产减去实际负债的差额不得低于金融监督管理部门规定的数额。低于最低数额的，应当增加资本金，补足差额。

4.经营财产保险业务的保险公司当年自留保险费，不得超过其实有资本金加公积金总和的4倍，以应付可能发生的财产损失赔偿。

5.再保险。保险公司对每一危险单位，即对每一次保险事故可能造成的最大损失范围所承担的责任，不得超过其实有资本金加公积金总和的10%，超过的部分应当办理再保险，将保险责任分担出去。

除人寿保险业务外，保险公司应当将其承保的每笔保险业务的20%按照国家有关规定办理再保险，强制分散保险责任，以保障保险公司的稳健经营。

第四节 保险代理

一、保险代理人

（一）保险代理人及经纪人的概念

保险代理人指根据保险人的委托，向保险人收取代理手续费，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的单位和个人。保险代理人根据保险人的授权代为办理保险业务的行为，由保险人承担责任。

保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立合同提供中介服务，并依法收取佣金的单位。保险经纪人不承担保险业务的任何责任。

（二）保险代理人的资格

保险代理人包括专业代理人、兼业代理人和个人代理人三种，其资格必须要满足下列条件：

1. 考试。除了兼业代理外，保险代理人员必须参加保险代理人资格考试，考试由中国人民银行统一组织实施。考试及格者由人民银行当地分行颁发可获得《保险代理人资格证书》。

2. 考试的条件。年满 18 周岁、具有高中以上学历或同等学历的个人可报名参加保险代理人资格考试。但是，有以下情形之一的，取消考试资格：曾触犯国家法律而受过处罚者；曾被吊销《保险代理人资格证书》者；保险监督管理部门、保险公司和保险行业协会现职人员、以及中国人民银行认定不宜从事保险代理业务的其他人员。

二、专业代理人

（一）专业代理人的条件

1. 专业代理人是指专门从事保险代理业务的保险代理公司。这种公司的组织形式必须是有限责任公司，并应符合以下条件：公司最低实收货币资本金为人民币 50 万元；有符合规定的章程；有至少 30 名持有《保险代理人资格证书》的代理人员；有符合任职资格的董事长和总经理；有符合要求的营业场所。保险代理公司的主要负责人除具有《保险代理人资格证书》外，还应具有保险专业大专以上学历，从事保险工作 5 年以上；具有非保险专业大专以上学历的，要从事保险工作 7 年以上；具有高中学历的，要从事保险工作 10 年以上；以及从事经济工作 12 年以上的经历。

2. 在保险代理公司的资格中，个人资本之和不得超过资本金总额的 30%，每一个人资本不得超过资本金总额的 5%。

3. 各级政府及政府的职能部门、社团法人、银行和保险公司不得投资于保险代理公司。

4. 保险公司的在职人员不得在保险代理公司兼职。

（二）保险代理公司的筹建

1. 申请筹建保险代理公司，应当向当地中国人民银行提交下列资料：筹建申请报告，筹建可行性报告，筹建方案，筹建人员名单、简历及其《保险代理人资格证书》，中国人民银行要求的其他文件资料。

2. 保险代理公司由中国人民银行省级和计划单列市分行负责审批，但在批准其筹建前，应向中国人民银行总行备案，后者收到备案文件之日起 30 日内未提出异议的，视同认可。

3. 保险代理公司的筹建期限为 6 个月。筹建就绪后，应向中国人民银行省分行或计划单列市分行申请开业，并提交下列资料：开业申请报告，资本

金验资证明、入帐原始凭证复印件，股东简介及其资信证明材料，拟任负责人名单、简历及其《保险代理人资格证书》，公司章程，中国人民银行要求的其他资料。

4.开业。经批准开业的保险代理公司有中国人民银行省级和计划单列市分行颁发《经营保险代理业务许可证》，并在工商行政管理局注册登记，方可营业。保险代理公司的名称中必须冠有“保险代理”字样，以免社会公众误以为是能独自承担保险责任的保险公司。

保险代理公司未经批准不得设立分支机构。

（三）保险代理公司的业务范围

保险代理公司的业务范围由中央银行核定，不得自行增加或增大业务种类和范围。《保险代理人管理暂行规定》第23条规定其业务范围是：代理销售保险单，代理收取保险费，保险和风险管理咨询服务，代理保险人进行损失的勘查和理赔，中国人民银行批准的其他业务。

（四）中国人民银行的其它监控

1.营业。保险代理公司自正式批准后6个月内，无正当理由未营业者，中国人民银行吊销其《经营保险代理业务许可证》。

2.期限。颁发的《经营保险业务许可证》的有效期限为3年，持证人应当在有效期满前2个月内申请换发。

3.变更。保险代理公司对以下变更事项应当经中国人民银行省级或计划单列市分行批准：修改章程，变更资本金，变更股东，调整业务范围，变更营业场所，以及更换董事长、总经理等事项。

4.保险代理公司申请歇业、破产、解散，应按其设立时的申报程序经中国人民银行批准，须缴回《经营保险代理业务许可证》及在指定的报纸上公告。

5.保险代理公司被收购或兼并、破产、解散或被责令关闭，应当在中国人民银行和有关部门的监督下依法清算。

三、兼业代理人和个人代理人

（一）兼业代理人

1.兼业代理人的概念及条件。兼业代理人指受保险人委托，在从事自身业务的同时，指定专人为保险人代为保险业务的单位。作为兼业代理人须符合下列条件：具有所在单位法人授权书，有专人从事保险代理业务，有符合规定的营业场所。

2.申请程序。兼业代理人代理保险业务，须由被代理的保险公司为其申请办理《经营保险业务许可证》，并提交下列文件：申请报告，保险代理合同意向书，兼业代理人资信证明及有关资料，保险代理业务负责人简历及《保险代理人资格证书》。

3.兼业代理人的业务范围

兼业代理人的业务范围只有两项工作，即代理销售保险单和代理收取保险费。

（二）个人代理人

1.凡持有《保险代理人资格证书》者，均可申请从事保险代理业务，并由被代理的保险公司审核登记报中国人民银行当地分行备案。

任何个人不得兼职从事保险代理业务。

2.代理证及代理范围。个人代理人由被代理的保险公司颁发代理证，代

理证主要内容有；姓名及身份证号，被代理的保险公司名称及发证日期，授权范围和可代理的保险险种，代理证的有效期限。个人代理人的业务范围也是两种：代理销售保险单和代理收取保险费。

个人代理人不得办理企业财产保险和团体人身保险；个人代理人不得同时为两家保险公司代理保险业务。

四、执业管理

（一）代理的限制

保险代理人只能为经中国人民银行批准设立的保险公司代理保险业务。其中代理人寿保险业务的保险代理人只能为一家人寿保险公司代理业务；保险代理人只能为其注册登记的行政辖区内的保险公司代理保险业务。

（二）代理合同

保险代理人在从事代理业务前应与保险人签订代理合同，明确双方的权利和义务，代理期限、手续费支付标准和方式、代理范围、代理险种、保险费交付方式和其他有关代理事项。保险代理合同应当报当地中国人民银行备案。

（三）代理行为

保险代理人应遵循诚实信用原则，将被保险人应该知道的保险公司的业务情况和保险条款的内容及其含义如实告诉被保险人。保险代理人不得利用行政权力、职务或者职业便利以及其他不正当手段，强迫、引诱或者限制投保或转换保险人。

第五节 保险合同

一、保险合同概述

（一）保险合同的概念及当事人的主要权利义务

1. 保险合同是投保人与保险人约定保险权利义务关系的协议。其中投保人是指与保险人订立保险合同，并按照合同负有支付保险费义务的单位或个人；保险人是指与投保人订立保险合同，并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。

2. 保险人的主要义务。第一，指保险公司在保险事故发生后或者保险合同中规定的事项发生后对被保险人的损失按约定的金额予以赔偿，或向受益人支付约定的保险金。保险公司赔偿或给付须满足以下条件：必须是保险标的的受到损失，对保险标的的以外的财产，即使是保险标的的引起的，也不属于保险责任范围；财产损失或人身灾害必须是由保险合同中规定的危险引起的；财产保险损失的赔偿不能超过保险金额，人身保险中保险金的给付以保险金额为准；财产损失应当发生在合同约定的地点。第二，指保险人须承担投保人或被保险人为减少保险标的的损失而付出的施救费用、诉讼费用和理赔费用。此外，保险人还有一项义务，就是检查保险标的的安全状况，以及灾害预防的费用支出。这个义务也是保险公司的权利。

3. 投保人（被保险人和受益人）的主要义务。第一是交付保险费；第二是在保险标的的危险增加时通知保险人，《保险法》第14条规定，投保人如不履行告知的义务造成损失的，保险人不承担赔偿责任；第三是危险事故的补救和通知义务。保险法规定，在保险事故发生后，投保人（被保险人）有义务采取一切必要的措施避免损失的扩大，并将事故发生的情况及时通知保险人。如果投保人没有采取措施防止损失的扩大，无权就扩大的部分请求赔偿。

（二）订立保险合同的原则及条件

1. 原则。《保险法》第10条规定，投保人和保险人订立保险合同，应当遵循公平互利、协商一致、自愿订立的原则，不得损害社会公共利益。

2. 条件。保险合同最重要的条件是投保人对保险标的应当具有保险利益。其中保险标的是指作为保险对象的财产及其有关利益或者人的寿命和身体；保险利益是指投保人对保险标的具有法律上承认的利益。如果不具备保险利益的，所签订的保险合同无效。保险利益可分为财产保险利益和人身保险利益两类。

（1）财产保险利益的构成条件。主要有三个：第一须为法律上承认的利益，也称适法利益；第二须为金钱利益，凡不能以金钱计算的利益不能作为保险利益；第三须为确定利益，无论是现有利益，还是预期利益都是客观存在，并且可以计算的。

（2）人身保险利益的构成条件。主要有二个：第一，投保人与保险标的之间须有利害关系，包括经济上的和人身上的利害关系，如投保人于配偶、子女、父母之间因有人身上的利害关系而具有保险利益；第二，须为适法利益，即投保人与被保险人之间的利害关系必须符合法律的规定。

（三）订立保险合同的程序

1. 申请。此行为相当于一般合同订立程序中的要约，指投保人以订立保险合同为目的所作的意思表示，包括投保人填写保险单或者与保险公司当面

洽谈两种形式都是投保人提出保险要求。

2. 同意。此行为相当于一般合同订立程序中的承诺，指保险公司接受投保人的投保申请，同意承保，或双方就保险合同的条款达成协议，保险合同即告成立。为了争取客户和尽可能满足投保人的需求，我国《保险法》第12条规定，经投保人和保险人协商同意，也可以采取其他的书面形式订立保险合同。

3. 保险责任开始。保险合同成立后，投保人按照约定交付保险费，保险人按照约定的时间开始承担保险责任。

除保险法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除保险合同，保险人应当在扣除法定的保险费用后，将剩余的保险费退还给投保人。这是保险法赋予给投保人的一个合同重新选择权和终止权。

除保险法另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，保险人不得解除合同，即使判断危险必然要发生，也不得以任何理由解除保险合同。这是因为，在保险法律关系中，保险公司处于强者的地位，其专业知识和业务经验一般要超过投保人，并且其业务就是为社会提供保险服务，一旦保险法律关系成立后，保险公司便不能否定自己的承诺。

二、保险合同的主要内容

（一）合同照实填写的条款

包括合同前部规定的保险人的名称和住所，投保人、被保险人名称和住所，以及人身保险受益人的名称和住所，和合同尾部规定的订立合同的年、月、日时间。此部分条款虽然无须协商，但对合同的履行和合同争议的处理有重要的意义。

合同的主体分两方，第一方是保险人，即保险公司，第二方有投保人、被保险人和受益人三种，其中被保险人指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人，投保人可以为被保险人。受益人是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，投保人、被保险人可以为受益人。

（二）合同的基本条款

1. 保险标的及价值。保险标的指作为保险对象的财产及其有关利益或者人的寿命和身体健康。保险标的决定了保险的险种，并且是判断投保人或被保险人是否有保险利益存在的根据。保险价值是指保险标的的价值，对财产保险而言，保险价值是确定保险金额的依据。保险金额不得超过保险价值；如果超过，则超过的部分无效，被保险人不得对超过部分请求赔偿。保险金额低于保险价值的，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿责任。

2. 保险金额。指投保人和保险人约定在保险事故或事件发生时，保险人应当赔偿或交付的最高限额，是计算保险费的依据。在不同的保险合同里，保险金额有不同的计算方法：在财产保险中，保险金额要由保险价值来确定，保险金额不能超过保险价值。在人身保险中，因为人身的价值无法以金钱计算，所以，人身保险的保险金额是合同约定保险人承担的最高限额或实际给付金额。

3. 保险费的支付和保险期限。保险费是保险人根据保险金额、保险费率和保险期限决定的，保险费率是由保险标的的风险率来制定的；而保险期限对确定投保人的保险利益有无、保险危险的发生与消灭与否、保险费的交纳

期限和合同是否已经生效等重大事项的确定都有重要的意义。

4. 违约责任和争议的处理。违约责任指投保人、受益人和保险人因自己的过错致使保险合同不能履行或不能完全履行时应承担的法律后果，主要是财产方面的责任。

保险合同的争议指当事人对合同中约定的各项内容及履行有不同的意见或解释。为了保证合同的顺利履行和保障当事人的合法权益，在合同发生争议时须尽快处理，其处理方式与普通合同的争议处理方式一样，也有四种，即协商、调解、仲裁和诉讼。在此须注意的是仲裁和诉讼都是当事人请求法律保护的权利，但是，这两个权利不能同时享有，即当事人选择了仲裁就不能再进行诉讼，选择了诉讼就不能请求仲裁。

（三）合同的重点条款

1. 保险责任。指约定的保险事故或事件发生后，保险人所承担的保险金赔偿或给付责任。保险责任须明确保险人所承担的风险范围，即保险人可能承保的危险。构成可保危险须符合下列五个条件：可能性，合法性，偶然性，确定性，未来性。其中可能性和偶然性指保险危险是可能发生的，也是可能不发生的；合法性指保险标的的产权明确，用途不违法；确定性指保险危险是客观存在的；未来性指在订立保险合同时尚未发生保险事故。如果合同对风险范围约定不确定，则加重了保险人的责任。

2. 责任的免除。指保险人不负责赔偿或给付责任的范围，也即是一般合同所指的不可抗力事件的范围和对方当事人的过错的范围。保险公司对不可抗力事件的范围和属于投保人的过错范围是比较了解的，但是，投保人不一定了解。为避免将来可能发生的争议，须在合同中将这些情况逐一列举，包括战争或军事行为所造成的损失，保险标的的正常性的自然损耗，货物固有的瑕疵，货物自然属性所造成的损失，被保险人的故意行为所造成的损失，以及其他不属于保险责任范围的损失。

（四）合同的特约条款

保险合同的特约条款，是指当事人在满足法律规定的基本条款之后，认为还需要将一些没有被基本条款包括的权利义务以合同的形式确定下来的内容。主要有三种：协议条款，保证条款和附加条款。例如在保险合同中增加有关保证的条款，被保证人承诺保证履行某些义务的内容。或者增加对合同中某些条款的修正条款，对保险单内的基本条款的内容进行适当的补充，意在扩大或限制原条款中规定的权利义务。因为基本条款一般是事先就印制好的，当事人可根据实际情况进行变更，所以，可增加一些附加条款。另外，在海上保险合同中也经常需要附加特约条款。

三、无效保险合同

（一）无效保险合同

无效保险合同，指当事人所签定的合同的内容或其程序违反了法律的规定，法律不予承认和保护。有以下种类：

1. 主体不合格。签订保险合同的当事人的主体资格不符合法律的规定，如投保人没有完全的民事行为能力，不是投保财产的所有人或合法占有人，保险人没有所承保险种的权利能力，保险代理人超出险种授权范围，没有保险营业资格的主体等。凡是这些主体所签订的保险合同都因为其主体资格不符合保险法、民法通则和经济合同法的有关规定而不具有法律效力。

2. 意思表示不真实。在保险合同中当事人的意思表示不真实主要有受了

对方的欺诈或胁迫的两类情况。保险欺诈行为指当事人故意隐瞒真实情况，致使对方作出错误判断的行为；胁迫指当事人以一定的条件威胁，对方为避免威胁可能造成的损害而被迫接受不平等的条件订立合同的行为。欺诈行为和胁迫行为可以由投保人作出，也可以由保险人作出，只要当事人举出对方有欺诈或胁迫的证据，就可请求法律宣告该合同无效。

3. 客体不合法。客体指保险标的，客体不合法包括以下几种情况：

（1）危险不存在。在订立合同时，保险标的已经发生了危险，或者该标的是不可能发生约定的危险的情况，即构成了保险标的的不合法。

（2）重复保险。为避免道德风险，财产保险的基本原则是投保多少赔偿多少，损失多少赔偿多少，保险赔偿的金额不得超过保险标的价值。在某些情况下，投保人对财产重复投保，应将被保险人的名称及保额通知各保险人，若故意不通知或图谋额外保险收益的，该保险合同无效。

所谓道德风险，是一种无形的人为风险。例如，有意造成危险事故发生，从而导致损失结果或扩大损失程度等。

（3）未经授权。指在死亡保险合同中，投保人未经被保险人的同意，订立的死亡保险合同无效。投保人以他人的生命为保险标的的死亡保险合同，未经被保险人的书面承认并约定保险金额的，以及为无民事行为能力的人和限制民事行为能力的人所订立的死亡保险合同，都将被视为含有道德风险而被宣布无效。

（4）虚报年龄。人寿保险合同中因投保人对被保险人的年龄不作如实的陈述，其真实年龄已经超过了保险人规定的年龄的上限，使人寿保险的条件消失，而导致合同的无效。

（二）无效合同的认定及后果

无效保险合同的认定由人民法院或仲裁机构经审理后作出。其程序是由当事人向法院或仲裁机构提出认定无效保险合同的申请，并负责举证，法院或仲裁机构认定该合同的内容或程序确实构成违法的，应宣告该合同无效。

无效保险合同的效力自合同订立时就没有法律效力，当事人因履行合同而相互交付的保险费和保险赔偿金及保险给付应当各自返还。除了这些全部无效的保险合同外，尚有一些是部分无效合同，如，投保人善意超额保险，应视超额保险部分无效。

四、合同的变更和解除

（一）合同的变更

在保险合同的有效期内，投保人和保险人经协商同意，可以变更保险合同的有关内容，由保险人在原保险单或者其他保险凭证上批注或者附贴批单，或者由投保人和保险人订立变更合同的书面协议。合同的变更包括：

1. 主体的变更。指投保人提出更换被保险人或受益人的请求，经保险人同意，原保险利益始得由变更后的主体享有。如果投保人擅自变更了保险标的的产权关系，而不向保险公司办理有关变更主体的手续，其保险利益将得不到保障。

2. 客体的变更。指保险标的范围的扩大或减小，由于投保人本身的情况发生了变化，可以请求保险人变更保险标的的保险范围。但是，变更的主动权在保险人，保险人可根据实际情况同意或拒绝投保人的请求。

3. 内容的变更。指投保人与保险人协商，变更原来保险责任的条件和范围，和变更保险责任免除的条件和范围，或者增加某些限制权利行使的条款

（特约条款）。如增减保险费，改变保险赔偿或给付金额及其支付方式和期限，增加保险人监控或被保险人通知等内容。内容的变更涉及权利义务的改变，因此引起保险费的增减将是双方协商的重点。

4. 期限的变更。当投保人的情况发生变化时，可以向保险人提出缩短或延长保险期限的建议。变更保险期限将使保险人的保险责任的增加或减少，保险费自然也随之增减。

（二）合同的解除

保险合同解除的事由如下。

1. 投保人通知保险人解除保险合同。无论何种理由，投保人都可根据自己的需要决定是否解除合同（但须根据投保时间的长短扣除一定的保险费），这是保险法赋予投保人的权利。保险人若无法定理由不可解除保险合同。

2. 当事人一方有义务通知对方事项却没有通知。除了不可抗力的原因外，不论当事人是否故意，对方均有权单方解除合同。

3. 违反告知义务。在保险中，告知义务是当事人必须遵循的诚信原则，投保人故意隐瞒，或因过失遗漏，或因错误陈述，足以变更或减少保险人对保险标的的危险的估计的，这些故意或过失的行为都可导致保险人有权解除保险合同。

4. 违反特约条款，致使原合同的履行成为不必要或不可能。此时双方均可单方提出解除合同，无须与对方协商。

5. 保险欺诈嫌疑。保险金额超过保险标的价值的，如果是出于投保人的欺诈的，保险人有权解除合同。

除了第1点之外，保险合同解除后，合同自始无效，根据责任的大小，已交付的保险费应返还给投保人，已受领的保险金应当返还给保险人，被解除合同的一方应承担损害赔偿责任。

（三）合同的终止

在保险合同的存续期间，一定的法律事实可使保险合同的效力消失，如保险期限届满，保险人履行赔偿责任，保险标的全部灭失，保险人破产（但人寿保险应转给其他的人寿保险公司），人寿保险中投保人不再按约交纳保险费，因危险程度的增减而对另议保险费不能达成协议等情况都可能导致保险合同的终止。保险合同的终止，不溯及以往的效力，终止前的保险费不必偿还，终止后的保险费可以返还给投保人或受益人。

五、索赔和理赔

（一）通知与索赔

1. 通知。投保人、被保险人或者受益人知道保险事故发生后，应当及时通知保险人。以便保险人能够及时勘查保险标的受损失的现场和调查保险事故发生的原因和查证保险标的损失情况。

2. 提交证明等文件。保险事故发生后，依照保险合同请求保险人赔偿或者给付保险金时，投保人、被保险人或者受益人应当向保险人提供其所能提供的与确认保险事故的性质、原因、损失程度等有关的证明和资料，包括保险单或保险凭证的正本，已支付保险费的凭证，帐册、收据、发票、装箱单和运输合同等有关保险标的的原始凭据，身份证、工作证、户口簿及其他有关人身保险的被保险人的姓名、年龄、职业等情况的证明，保险事故证明及损害结果证明，索赔受损财产、各种费用的清单。

3. 提出索赔的请求。包括保险标的受损失的情况和损失的金额，请求赔

偿的金额等。索赔的时效有两种：人寿保险的被保险人或受益人行使保险金给付请求权的诉讼时效期间为5年；人寿保险以外的其他保险的被保险人或者受益人行使保险金赔偿或者给付请求权的诉讼时效期间为2年。超出索赔时效的请求不受法律保护。

（二）理赔

1. 理赔。保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，应当及时作出核定，对属于保险责任的，在与被保险人或者受益人达成有关赔偿或者给付保险金额的协议后10日内，履行赔偿或者给付保险金义务。保险合同对保险金额及赔偿或者给付期限有约定的，保险人应当依照保险合同的约定，履行赔偿或者给付保险金的义务。

2. 先予支付。保险人自收到赔偿或者给付保险金的请求和有关证明、资料之日起60日内，对其赔偿或者给付保险金的数额不能确定的，应当根据已有证明和资料可以确定的最低数额先予支付；保险人最终确定赔偿或者给付保险金的数额后，应当支付相应的差额。

3. 拒绝理赔。保险人收到被保险人或者受益人的赔偿或者给付保险金的请求后，对不属于保险责任的，应当向被保险人或者受益人发出拒绝赔偿或者拒绝给付保险金的通知。

4. 违反理赔责任。保险人未及时履行理赔义务的，除支付保险金外，应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。

六、保险欺诈及其法律后果

（一）谎称保险事故

被保险人或者受益人在未发生保险事故的情况下，谎称发生了保险事故，向保险人提出赔偿或者给付保险金的请求的，保险人有权解除保险合同，并且不退还保险费。

（二）故意制造保险事故

投保人、被保险人或者受益人故意制造保险事故的，保险人有权解除保险合同，不承担赔偿或者给付保险金的责任，也不退回保险费。唯一例外的是在人身保险中投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任，但是，投保人已经交足2年以上保险费的，保险人应当按照合同的约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值。

（三）虚报损失

保险事故发生后，投保人、被保险人或者受益人以伪造、变造的有关证明、资料或者其他证据，编造虚假的事故原因或者夸大损失程度的，保险人对其虚报的部分不承担赔偿或者给付保险金的责任。

第六节 财产保险合同

一、财产保险概述

（一）财产保险的概念及对象

1. 财产保险的概念。财产保险是保险法规定的以各种物质财产和与其有关的利益为保险标的，保险人承担这些财产保险标的因遭受各种自然灾害或意外事故所造成经济损失的赔偿责任的一种法律制度。

2. 财产保险的特性。财产保险是保险公司与投保人之间为了一定的经济目的而订立的协议，也是对各种风险损失进行补偿的制度。其有两个特性：即投保人之间的互助性和保险人计算财产风险的科学性。其中科学性是指当危险发生在某时某地某一特定的保险标的上是很偶然的，但从长期大量的保险事件中可以归纳出某一类危险的规律性。运用概率原理，保险人通过对社会上该类财产的风险损失率的调查，得出保险费率的计算根据，从而使某类财产保险的投保人的保险费分摊程度相对公平合理。

3. 财产保险的对象。指投保人投保的财产和相关的利益。现代的财产保险不但包括物质财产保险，也包括与财产利益相关的责任保险、保证保险和信用保险。

（二）保险危险

保险危险指保险人承保责任范围内的各种火灾、爆炸、水灾、坍塌、山崩、地震等各种自然灾害与人为灾难事故的总称，其表明的是事故是潜在的危险和危险发生的可能程度。构成保险公司的可保的危险有下列三个主要条件：

1. 可保危险是可能发生的客观情况，不是当事人想象中的情况，也不是自然界和社会上不存在的状况。

2. 可保危险的发生是偶然的，保险公司和投保人都不能确切知道所投保的财产是否会遭遇损失，对必然要发生的损失，（如危房、过了使用期的机动车辆等财产）保险公司是拒绝承保的。

3. 保险估价。保险人根据同类财产在普通情况下的损失事故率计算出可保危险标的的保险费率，保险费率乘以保险金额就是保险费。保险金额是按保险标的的实际价值确定的，是保险人承保的最高赔偿额度，所以，保险金额不能超过保险标的的实际价值，超过的部分无效。

4. 除外责任。保险法以法条的形式列举了由于某些自然灾害、战争、暴乱、被保险人的故意行为、以及保险危险造成的间接损失不属于保险公司的赔偿范围。

（三）财产保险分类

1. 灾害事故险。指保险人承保因火灾和其他自然灾害和意外事故引起的直接经济损失。险种主要有企业财产保险，家庭财产保险，家庭财产两全保险（指只以所付费用的利息作保险费，保险期满退还全部本金的险种），涉外财产保险，其他保险公司认为适合开设的财产险种。

2. 货物运输保险。指保险人承保货物运输过程中自然灾害和意外事故引起的财产损失。险种主要有国内货物运输保险，国内航空运输保险，涉外海（陆、空）货物运输保险，邮包保险（专指国际邮包），各种附加险和特约保险。

3. 运输工具保险。指保险人承保运输工具因遭受自然灾害和意外事故造

成运输工具本身的损失和第三者责任。险种主要有汽车、机动车辆保险，船舶保险，飞机保险，其他运输工具保险。

4. 农业保险。指保险人承保种植业，养殖业，饲养业，捕捞业在生产过程中因自然灾害或意外事故所造成的损失。

5. 工程保险。指保险人承保中外合资企业，引进技术项目及与外贸有关的各专业工程的综合性危险所致损失，以及国内建筑和安装工程项目，险种主要有建筑工程一切险，安装工程一切险，机器损坏保险，国内建筑、安装工程保险，船舶建造险，以及保险公司承保的其他工业险。

6. 责任保险。指保险人承保被保险人的民事损害赔偿责任的险种，主要有公众责任保险或第三者责任险，产品责任保险，雇主责任保险，职业责任保险等险种。

7. 保证保险。指保险人承保的信用保险。被保证人根据权利人的要求投保自己信用的保险是保证保险；权利人要求被保证人信用的保险是信用保险。包括合同保证保险，忠实保证保险，产品保证保险，商业信用保证保险，出口信用保险，投资（政治风险）保险。

二、财产保险的程序

（一）投保单

投保单是由投保人提交保险人表示对保险合同的要约，投保单中列出投保人对投保财产的名称，数量，金额，坐落地点，保险金额和特别约定等条件。

（二）保险单

1. 保险单。是指保险人承认投保单的各项条件，交给投保人的书面文件，一般是在标准格式单上填写所承保的各项内容。保险单有正本二份，由保险人和投保人保存，副本若干，包括交给投保人一份。保险单的主要内容包括：保险单编号，投保单位名称，保险财产所在地址，保险费率，保险费，保险期限和签单日期，保险单收据。保险单填写完毕，将保险单收据交付投保人，企业财产保险有 15 天交费的宽限期，企业在此期间交费，保险单自动生效。其他险种在未交保险费之前，保单无效。

2. 批单。是指用以改正或增加保险单内容，附在保险单上的文件。保险单一经批改，保险单就以经改正或增加的内容为准。投保人和保险人双方都有权要求更改保险单的内容。其中投保人要求更改的，保险单正本一经保险人签发就立即生效。

（三）保险标的转让和解除

1. 转让。在保险公司签发保险单后，被保险人的保险标的转让应当通知保险人，经保险人同意继续承保后，双方依照保险法的规定办理合同的变更，实际上是被保险人的变更。但是，货物运输保险合同和双方另有约定保险标的物不可转让的保险合同不得转让。

2. 解除。《保险法》第 14 条规定在保险责任开始后，投保人可以解除合同，但是在货物运输保险合同和运输工具航程保险合同中，保险责任开始后，合同的当事人不得解除合同。

（四）保险标的监管

1. 管理。被保险人应对保险标的妥善照管。在保险责任开始后，被保险人应当遵守国家有关消防、安全、生产操作、劳动保护等方面的规定，维护保险标的的安全。不得放任不管，将财产安全的责任完全推给保险公司。

2.通知。在保险合同的有效期内，保险标的危险程度增加的，被保险人按照合同的约定应当及时通知保险人，保险人有权增加保险费或者解除保险合同。被保险人未履行上述通知义务的，因保险标的危险程度增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿责任。

3.建议。保险公司对某些保险风险比较大的保险标的的安全状况不易了解，为此可在合同中约定，保险人可以对保险标的的安全状况进行检查，并及时向投保人或被保险人提出消除不安全因素和隐患的书面建议。经被保险人的同意，保险人可以对保险标的采取必要的安全措施，以防损失的发生。

4.增加保费或解除合同。投保人或被保险人未按照保险合同的约定履行其对保险标的的安全应尽的责任的，意味着保险风险增大，保险人有权要求增加保险费，保险风险显著增大的，保险人有权解除保险合同。

5.减低及退还保费。如果合同没有特别的约定，当保险标的的价值明显减少，或者保险标的的危险程度明显减少时，保险人应当减低保险费，并按日计算退还相应的保险费。

6.退保。在保险责任开始前，投保人要求解除合同的，应当向保险人支付手续费，保险人应当退还保险费。保险责任开始后，投保人要求解除合同的，保险人可以收取自保险责任开始之日起至合同解除之日止期间的保险费，剩余部分退还投保人。

7.重复保险。是指投保人就一项保险标的、同一保险利益、同一保险事故分别与两个以上的保险人订立保险合同的保险。重复保险的投保人应当将重复保险的有关情况通知各保险人，避免因重复保险使保险标的保险金额虚涨，诱发道德风险。重复保险的保险金额总和超过保险价值的，各保险人的赔偿金额的总和不得超过保险价值。除合同另有约定外，各保险人按照其保险金额与保险金额总和的比例承担赔偿责任。

三、保险事故的处理

（一）措施费用

保险事故是指事实上已经发生的保险危险。保险人、被保险人为查明和确定保险事故的性质、原因和保险标的的损失程度所支付的必要的、合理的费用，由保险人承担。

（二）申请赔偿

1.提供文件。被保险人申请赔偿时，应当提供保险财产损失清单、救护费用清单以及必要的帐册、单据和有关部门的证明。保险人应当在 10 日内一次支付赔偿结案。

2.时效。如果被保险人从通知保险人发生保险事故的当天起 3 个月内不向保险人提供各种有关文件和资料的，或者从保险人书面通知之日起 1 年内不领取应得的赔款，视为自愿放弃权益。

（三）部分损失

保险标的发生部分损失时，在保险人赔偿后 30 日内，投保人可以终止合同；除合同约定不得终止合同的以外，保险人也可终止合同。保险人终止合同的，应当提前 15 日通知投保人，并将保险标的未受损失部分的保险费，扣除自保险责任开始之日起至终止合同之日止期间的应收部分后，退还投保人。

（四）残余价值

保险事故发生后，保险人已经支付了全部保险金额，并且保险金额相等

于保险价值的，受损保险标的的全部权利归于保险人；保险金额低于保险价值的，保险人按照保险金额与保险价值的比例取得受损保险标的的部分权利。如果被保险人不愿将保险标的的权利从自己所有财产的整体中分离，应将相应的保险标的的残余价值交还给保险人。

（五）代位请求赔偿

1. 因第三者对保险标的的损害而造成保险事故的，保险人自向被保险人赔偿保险金之日起，在赔偿金额范围内代位行使被保险人对第三者请求赔偿的权利。如果被保险人已经从第三者取得损害赔偿的，保险人赔偿保险金时，可以相应扣减被保险人从第三者处取得的赔偿金额。

2. 保险人依法向第三者请求赔偿时，不影响被保险人就未取得赔偿的部分向第三者请求赔偿。即被保险标的的保险金额不足弥补其实际损失时，被保险人还可就未能得到保险赔偿的损失请求第三者给予赔偿。

3. 在保险人向第三者行使代位请求赔偿权利时，被保险人应当向保险人提供必要的文件和其所知道的有关情况。

4. 代位请求赔偿的例外。有四种情况，第一，保险事故发生后，保险人未赔偿保险金之前，被保险人放弃对第三者的请求赔偿的权利的，保险人不承担赔偿保险金的责任。第二，保险人向被保险人赔偿保险金后，被保险人未经保险人同意放弃对第三者请求赔偿的权利的，该行为无效。第三，由于被保险人的过错致使保险人不能行使代位请求赔偿的权利的，保险人可以相应扣减保险赔偿金，以使被保险人就自己的过错分担部分责任。第四，在家庭财产保险中，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利，除非这些成员有故意造成保险事故的行为。

（六）直接向第三者赔偿

责任保险是指以被保险人依法应负的赔偿责任为保险标的的保险。责任保险的被保险人因给第三者造成损害的保险事故而被提起仲裁或者诉讼的，除了合同另有约定之外，由被保险人支付的仲裁或者诉讼费用以及其他必要的、合理的费用，由保险人承担。

四、机动车辆保险

（一）车辆损失险

1. 车辆损失危险的范围和不属于保险事故的范围由保险公司以格式合同条款的形式约定。

2. 赔偿。在保险合同的有效内，车辆发生了保险事故而遭受的损失，保险人按下列两种方式赔偿：第一是全部损失赔偿，但最高金额不超过出险时车辆重置的价值。第二是部分损失，投保时按重置价值确定保险金额的车辆，按实际修理费用赔偿。

（二）第三者责任险

1. 第三者责任险的范围由保险公司在保险合同中以格式条款加以规定：被保险人或其允许的驾驶人员在使用保险车辆过程中发生意外事故，致使第三者遭受人身伤亡或财产的直接损毁，被保险人依法应当支付赔偿金额，保险人依照保险合同的规定给予赔偿，此后保险人投保的第三者责任险继续有效，直至保险期满。保险人不得以已经对被保险人的事故作出赔偿了为由宣告合同终止。

2. 不承担保险责任的范围：被保险人所有或代管的财产；私车的被保险人及其家庭成员，以及他们所有或代管的财产；本车的驾驶人员；本车上的

一切人员和财产；拖带的未保险车辆或其他拖带物造成的损失以及各种间接损失；保险车辆发生意外事故，引起停电、停水、停气、停产、停业或停驶造成的事故，以及各种间接损失；酒后驾驶或无有效驾驶证；被保险人的故意行为。凡有上述行为之一的，保险人不承担第三者责任险，其损失由有关责任者自负。

3. 赔偿，保险车辆发生第三者责任事故时，应按出险当地交通事故处理规定和有关法律法规处理赔偿。保险人自行承诺或支付赔偿金额，保险人有权重新核定，发现赔偿金超过合理数额的，可以不承担超出部分的赔偿金。

被保险人索赔时，应提交保险单、事故证明、事故调解结案书、损失清单和各种费用单据。保险人无异议的，应当在 10 天内一次赔偿结案。

保险人对第三者的责任事故作出赔偿后，保险人投保的第三者责任险继续有效，直至保险期满。保险人不得以已经对被保险人的事故作出赔偿了为由宣告合同终止。

4. 先予赔偿，保险车辆发生的保险事故应由第三方承担责任的，被保险人可向第三方索赔，也可以向保险人索赔。保险人应按规定先予赔偿，但被保险人必须将向第三方追偿的权利转让给保险人，并协助保险人向第三方追偿。

5. 被保险人的主要义务有三条：第一，对投保的车辆的情况如实申报，并一次交清保险费；第二，在合同的有效期内，保险车辆转让、赠送或变更用途，被保险人应当事先通知保险人，并申请办理批改；第三，保险车辆发生保险事故后，被保险人应立即采取合理的保护和施救措施，同时通知保险人。

6. 无赔款优待，保险车辆在一年保险期间内无赔款，续保时可享受无赔款优待，优待金额为上年度应交保险费的 10%。

第七节 人身保险

一、人身保险概述

（一）人身保险的概念与性质

1. 概念。人身保险是以人的寿命和身体作为保险标的的一种保险。投保人与保险人通过订立人身保险合同，约定投保人按时交纳一定的保险费，在被保险人或受益人因疾病或遭受意外事故而致伤残或死亡时，或在保险期满时，保险人一次或按期向其支付医疗费或保险金的一种法律制度。

2. 性质。人身保险是一种定额给付性质的保险，投保人投保多少金额，当条件满足时，保险人必须承担多少给付的责任，无须调查损失的有无和大小。

（二）人身保险的分类

1. 强制保险与自愿保险。我国的人身保险绝大多数是自愿保险，强制保险只限于旅客搭乘铁路、轮船、飞机和汽车时，须由运输经营者向保险公司投保旅客意外伤害保险。

2. 人寿保险。是指以保险人在一定时期或终身的死亡或生存为给付条件的一种保险。人寿保险可以因保险内容（生存或死亡），保险期限，保险金额，交费方式，给付方式等条件的不同组合而构成多种保险合同。

3. 人身意外伤害险。指保险人与投保人约定人身伤害的范围，在保险期间内，只要发生了意外伤害，被保险人就可按规定获得保险金的一种保险制度。人身意外伤害的保险期为1年，期满时须续办保险手续。

4. 疾病保险。也称健康保险，指保险人承担被保险人患病、分娩以及所致残废或死亡时的保险金，疾病保险不包括意外伤害引起的损失。

5. 团体人身保险。指以团体为投保人，与保险人订立的一份总保险单，该团体的成员为被保险人的一种人身保险。其保险范围是死亡和残废保险。特点是以集体选择代替个人选择，保险人也不能对团体成员中的个人作选择。团体被保险人免除体检责任，其手续简单，保险费较低，期限为1年。

6. 简易人身保险。其保险期限、保险费和保险金额标准化，其特点是低保费、低保额、交费频繁，免体检，保险量次不限，根据被保险人的年龄，在不超期最高年龄限额（我国定为70周岁）的情况下，由投保人自由选择。

二、人身保险合同

（一）保险利益

下列人员对投保人具有保险利益：本人，配偶、子女、父母，与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属，以及被投保人同意投保人为其订立合同的，视为投保人对被保险人具有保险利益。

（二）投保

1. 年龄不真实的后果。投保人申报的被保险人的年龄不真实，并且其真实年龄不符合合同约定的年龄的限制的，保险人可以解除合同，并在扣除手续费后，向投保人退还保险费。

2. 投保的例外。投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金的人身保险，以免诱发道德风险。但是，父母为其未成年子女投保的人身保险不受此限制。

3. 特别规定。以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人的书面同

意，并认可保险金额的，合同无效。

依照以死亡为给付保险金条件的合同所签发的保险单，未经被保险人书面同意，不得转让或者质押，以免权利主体发生改变后诱发道德风险。

（三）保险费及时效

1. 付费方式。包括一次支付全部保险费和按照合同的约定分期支付保险费的两种方式。

2. 合同中止。合同约定分期支付保险费，投保人支付首期保险费后，除合同另有约定外，投保人超过规定的期限 60 日未支付当期保险费的，合同效力中止，或者由保险人按照合同约定的条件减少保险金额。

（四）受益人

受益人是人身保险的条件满足时享有保险利益的人。人身保险的受益人由被保险人或投保人指定，投保人指定受益人时须经被保险人同意，以免诱发或产生道德风险。被保险人或投保人可以变更受益人，（投保人变更受益人前，应取得被保险人的同意），将变更结果书面通知保险人，保险人收到变更受益人的书面通知后，应当在保险单上批注，随之生效。

受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权。

（五）保险金

1. 保险金归受益人享有。被保险人死亡后，有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人向被保险人的继承人履行给付保险金的义务：没有指定受益人的；受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。

2. 保险金的丧失。投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已经交足 2 年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他享有权利的受益人退还保险单的现金价值。

3. 被保险人自杀。以死亡为给付保险金条件的合同，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，但对投保人已经支付的保险费，保险人应当按照保险单退还其现金价值。如果被保险人是在合同生效 2 年以后自杀的，保险人可以按照合同给付保险金。

4. 被保险人犯罪。被保险人故意犯罪导致其自身伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已经交足 2 年以上保险费的，保险人应当按照保险单退还其现金价值。

5. 没有代位追偿权。人身保险的被保险人因第三者的行为而发生死亡、伤残或者疾病等保险事故，保险人向被保险人或者受益人给付保险金后，不得享有向第三者追偿的权利。

（六）解除合同

投保人解除合同，已经交足 2 年以上保险费的，保险人应当自接到解除合同通知之日起 30 日内，退还保险单的现金价值；未交足 2 年保险费的，保险人按照合同的约定在扣除手续费后，退还保险费。

第七章 海商法

第一节 海商法概述

一、海商法的概念

海商法是调整海上运输关系和船舶关系法律规范的总称。我国《海商法》第1条规定：“为了调整海上运输关系、船舶关系、维护当事人各方的合法权益，促进海上运输和经贸的发展，制定本法。”海上运输关系，是指海上货物运输关系和海上旅客运输关系，包括海江之间、江海之间的直达运输关系。所说船舶关系，主要包括船舶所有权关系、船舶抵押权、船舶优先权和船舶碰撞等关系。

海商法有广义和狭义之分。狭义的海商法是指1992年11月7日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过的《中华人民共和国海商法》（以下简称：《海商法》）。其内容主要有船舶与船员、海上货物运输、海上旅客运输、船舶租用、海上拖航、船舶碰撞、海难救助、共同海损、海事赔偿责任限制、海上保险等。

广义的海商法，除《海商法》以外，还包括船舶修建、丈量、检验、管理、救生、信号、沿海港口管理、港口的规章制度、船舶登记、水污染、引水等有关法律、法令和国际公约。

二、海商法的性质

1. 海商法是私法。根据公私法划分的理论，海商法属于私法范畴，贯彻权利本位，体现当事人意思自治的意思。《海商法》第127条规定：“本章（船舶租用合同）关于出租人和承租人之间的权利、义务的规定，仅在船舶租用合同没有约定或者没有不同约定时适用。”这一规定充分体现了当事人意思自治的精神。

2. 海商法属于传统的商法。海商法调整的船舶关系和运输关系是民法调整的财产关系的特别化。

三、海商法的适用范围

海商法的适用范围一般包括适用船舶、适用水域和适用事项等。适用的船舶，依据《海商法》的规定，是指海船和其他海上移动装置，但不包括适用于军事、政府公务的船舶以及20吨以下的小型船舶。适用水域，依照《海商法》的规定，是指海洋和沿海。但内河与海洋之间直达运输时，内河也为适用水域。但在一般情况下，内河不为适用水域。适用事项，依照《海商法》的规定，主要包括船舶、运输和租船合同，损害赔偿等。

四、我国海商法的制定

我国海商法的制定工作始于1953年，当时由交通部负责组织进行。至1992年公布，历时39年，期间易稿近20次。一部法律的制定、修改需要这么长的时间，在中国现代立法史上是罕见的。

我国《海商法》的制订体现了独立自主、平等互利和参照国际惯例的方针，最大限度地体现当事人意思自治的精神。这部法律对于维护船、货各方的利益，促进我国海上运输及经贸的发展，具有重要意义，对于海事纠纷的处理提供了重要的法律准则。

第二节 船舶与船员

一、船舶

(一) 船舶的定义

海商法上所指的船舶是指海船和海上移动装置。其特点是：(1)它是“水上的”。以空中飞行为主的水上飞机或飞艇，不被认为是船舶。(2)它是“移动的”。处于固定地点的灯船、水上仓库、浮船坞，不被认为是船舶。(3)它是“装置”。筏子、水上滑行器不被认为是船舶。根据我国《海商法》第3条的规定，军事船、政府公务船和20吨以上的小型船艇，均不为海商法上所指的船舶。

(二) 船舶所有权

船舶所有权，是指船舶所有人依法对其船舶享有占有、使用、收益和处分的权利。国家所有的船舶授权全民所有制企业法人经营管理的，享有经营管理权的该企业法人享有船舶所有人的权利。

船舶所有权的取得为要式法律行为，非经登记不得对抗第三人。根据我国现行船舶登记法规的规定，凡属我国国家所有、集体所有和个人所有的船舶，除军事、公安舰艇外，都应在我国港口进行登记。只有经登记取得船舶国籍证书、船舶登记证书或船舶执照后，才有权悬挂我国国旗在海上航行。对于在国外取得的船舶，由我国驻该地的领事发给临时的我国船舶证书，到达我国港口时，应进行登记，并取得正式的船舶证书。

船舶所有权的转让、消灭也应进行登记。船舶的共有也应进行登记，否则，不得对抗第三人。

(三) 船舶抵押权

船舶抵押权，是指抵押权人对于抵押人提供的作为债务担保的船舶，在债务人不履行债务时，可以依法拍卖，从卖得价款中优先受偿的权利。

船舶抵押权的设定，应当签订书面合同，口头合同通常不具有效力。建造中的船舶也可以设定船舶抵押权，但应向船舶登记机关提交船舶建造合同。船舶共有人就共有船舶设定抵押权，除共有人之间另有约定外，应当取得持有2/3份额以上共有人的同意。

设定船舶抵押权，应由船舶抵押权人和抵押人共同向船舶登记机关办理抵押权登记。登记的主要事项有：(1)抵押人和抵押权人的姓名、名称、地址；(2)被抵押船舶的名称、国籍、船舶所有权证书的颁发机关和证书号码；(3)所担保的债权数额、利息率、受偿期限。设定抵押权未经登记的，不得对抗第三人。设定船舶抵押权登记，有利于公众查询。

在船舶抵押权关系中，抵押人有两项主要义务：(1)除合同另有约定外，抵押人应当对被抵押船舶进行保险。抵押人未保险的，抵押权人有权对该船舶进行保险，但保险费由抵押人负担。(2)抵押人未经抵押权人同意，不得将被抵押船舶转让给他人。

船舶抵押权随主债权的转移而转移，并随抵押船舶的灭失而消灭。船舶抵押权设定以后，抵押权人将所担保的债权全部或部分转让给他人的，抵押权随之转移。设置抵押权船舶灭失的，抵押权也随之消灭，但抵押权人对于船舶灭失得到的保险赔偿，有优先于其他债权人受偿的权利。同一船舶可以设置两个以上的抵押权。对于同一船舶设置两个以上抵押权的，抵押权人的受偿顺序以登记顺序为准，即登记在先的抵押权人有优先于登记在后的抵押

权人受偿的权利。同一天登记的抵押权，则按同一顺序受偿；船舶拍卖所得价款不足以清偿同一顺序数个抵押权的，则按同一比例受偿。

（四）船舶优先权

船舶优先权，是指海事请求人依法向船舶所有人、光船承租人、船舶经营人提出海事请求，对产生该海事请求的船舶具有优先受偿的权利。船舶优先权又称船舶先行请求权、船舶优先债权或优先受偿权。

船舶优先权的债权项目和受偿顺序。我国《海商法》第 22、23 条规定，其债权项目和受偿顺序为：（1）船长、船员和在船上工作的其他在编人员根据劳动法、行政法规或劳动合同产生的工资、其他劳动报酬、船员遣返费用和社会保险费用的给付请求；（2）在船舶营运中发生的人身伤亡的赔偿请求；（3）船舶吨税、引航费、港务费和其他港口规费的赔偿请求；（4）海难救助的救助款项的给付请求；（5）船舶在营运中因侵权行为产生的财产赔偿请求。但载运 2000 吨以上的散装货油的船舶，持有有效的证书，证明已经进行的油污损害民事责任保险或者具有相应的财产保证的，对其造成的油污损害的赔偿请求，不属于因侵权产生的财产赔偿请求。

船舶优先权的受偿顺序在一些情况下会发生变动。第一，上述第（4）项给付请求，后于第（1）项至第（3）项发生的，应先于第（1）至第（3）项受偿。第二，上述第（4）项给付请求中有两个以上的，后发生的给付请求先受偿。但第（1）、（2）、（3）、（5）项给付请求中有两个以上的，则不分先后，同时受偿；不足受偿的，按比例受偿。

船舶优先权、船舶留置权及船舶抵押权的受偿顺序。船舶留置权是指造船人、修船人在合同另一方未履行合同时，可以留置所占有的船舶，以保证造船费或修船费得到偿还的权利。如果同一船舶既存在优先权，又存在留置权，还存在抵押权时，其受偿顺序依次为：船舶优先权、船舶留置权、船舶抵押权。

实现船舶优先权的费用。为了实现船舶优先权，所花费用包括：（1）因行使船舶优先权产生的诉讼费用；（2）保存、拍卖船舶和分配船舶价款产生的费用；（3）为海事请求人的共同利益而支付的其他费用。对于实现船舶优先权的费用，从船舶拍卖所得价款中先行拨付。

船舶优先权的移转。船舶优先权与船舶同在，船舶所有权转移，船舶优先权亦发生转移。船舶优先权与海事请求权同在，海事请求权发生移转的，则船舶优先权随之发生移转。

船舶优先权的消灭。船舶优先权消灭的原因有：（1）超过船舶优先权时效。船舶优先权的时效为 1 年。（2）船舶经法院强制出售。（3）船舶灭失。（4）船舶转让时，船舶优先权自法院应受让人申请予以公告之日起满 60 日不行使消灭。船舶优先权的 1 年时效不适用时效中止和中断的规定。

二、船员

（一）船员的定义

船员是指在船上的一切在职人员。船员包括高级船员和一般船员。高级船员有船长、驾驶员、轮机员、电机员、报务员、管事和船医；一般船员是指除上述人员以外的其他在船上服务的人员。

（二）船员的任职条件

依照我国《海商法》第 32、33 条的规定，船员必须具备与其职务相适应的技术能力。船长、驾驶员、轮机长、轮机员、电机员、报务员，必须经专

门机关考试，取得合格证书，才能任职。对于其他船员，也须经过专业训练，基本掌握职责范围内的操作规程，才能担任适当的工作。对于从事国际航行的中国籍船员，必须持有我国港务监督机构颁发的海员证和有关证书。

（三）船长的职责

1. 负责对船舶的管理和驾驶。船长在职权范围内所发布的命令，船员、旅客和其他在船人员都应当执行。船长对于船舶以及在船人员、文件、邮件、货物和其他财产，应当采取必要措施防止任何损害。任何在船人员如有危害船舶或者船上的生命、财产安全的行为，船长有权加以拘禁；但是，对于非法拘禁，他应当负刑事责任。

2. 保障在船人员和船舶的安全。为此，船长应当采取措施，防止犯罪的人逃亡及隐匿、毁灭、伪造证据，对于犯罪的人做成案情报告书，附具证据。报告书应由船长和在船上的两个以上的在船人员签字作证，将犯罪的人连同报告书送交我国港口的公安机关，或者交送航行途中遇到的我国军舰。如果船舶在国外，应当将案情报告给就近的我驻外使领馆，并且按照他们的指示办理。

3. 证明船上每一出生或者死亡事件。船长应将船上发生的出生或死亡事件记入航海日志，并在两名证人的参与下制作证明书。死亡证明书应当附有死者遗物清单。死者有遗嘱的，船长应予以证明。死亡证书和遗嘱由船长负责保管，并且送交第一到达的我国港口的有关机关或者外国港口的我驻外使领馆。

4. 领导船员和其他在船人员尽力施救船舶及船上生命。船舶发生危及船上生命、财产安全的海上事故时，船长应组织船员和其他在船人员奋力施救。如果船长认为船舶的沉没、毁灭已不可避免，可以决定弃船。但是，除紧急情况外，船长决定弃船应当报经船舶所有人同意。弃船时，船长必须采取一切措施，首先组织旅客离船，然后安排船员离船，船长应当最后离船。船长在离船以前，应当指挥船员尽力抢救航海日志、机舱日志、油类记录簿、无线电台日志、本航次使用的海图和文件，以及贵重物品、邮件和现金。

船长在航行中死亡或者因故不能执行职务时，应当由驾驶员中职务最高的人代理船长的职务；在下一港口开航前，船舶所有人应当指派新船长接任。

第三节 海上货物运输合同

一、海上货物运输合同概述

（一）海上货物运输合同的概念和特征

海上货物运输合同，是指承运人收取运费，负责将托运人托运的货物经海路由一港运至另一港的合同。

我国《海商法》规定的海上货物运输合同具有下面的特点：

1.它具有明显的涉外性。依海商法，海上运输包括海江之间、江海之间的直达运输，但不包括我国港口之间的海上货物运输。换言之，《海商法》第四章海上货物运输合同的规定，不适用于中华人民共和国港口之间的海上货物运输。我国海商法的这一规定不同于其他国家。原因在于，我国的沿海运输与内河运输已经由《经济合同法》及据此制定的《水路货物运输合同实施细则》和《水路货物运输规则》调整；而海商法关于海上货物运输合同的规定，是参照有关的国际公约和国际惯例制定的，二者存在着区别。

2.作为合同标的物的货物包括活动物和由托运人提供的用于集装货物的集装箱、货盘或者类似的装运器具。

3.合同的效力往往及于合同当事人以外的第三人，除承运人和托运人外，实际承运人、收货人等也要受合同约束。

（二）海上货物运输合同的主要种类

1.件杂货运输合同（零担运输合同）。件杂货运输合同，是指海上承运人负责将件杂货经海路从一港运至另一港，而由托运人支付运费的协议。这种合同具有下面的特点：（1）件杂货运输合同的承运人一般都是依确定的航线、固定的停靠港口及规定的费率经营班轮的班轮公司，所以又称班轮运输合同；（2）在件杂货运输合同中，由于承运人要为数众多的托运人签订运输合同，一般都不一一进行谈判并拟定合同文本，而是采用印在提单或其他海运单背面的定型的合同条款。因此，以提单为主的海运单就成了件杂货运输合同的主要证明，故件杂货运输合同往往又被称作提单运输合同。件杂货运输合同是最常见的海上货物运输合同。

2.航次租船合同。航次租船合同，是指船舶出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位，装运约定的货物，从一港运至另一港，由承租人支付约定运费的合同。航次租船合同之所以被归入货物运输合同，主要是因为航次租船中，船舶仍由出租人占有和控制，承租人只是为了运送货物才租赁船舶的舱位，与班轮运输合同大体上是一致的。但二者之间也存在着一些区别，主要表现在下面几个方面：

（1）作为件杂货运输合同承运人的班轮公司，如无特殊原因，不能拒绝运送托运人的货物；而航次租船合同的出租人则可拒绝他人的租船请求。

（2）由于件杂运输合同的托运人往往处于不利的谈判地位，合同条件一般都是承运人拟定的，所以许多国家都通过立法来制约提单条款，规定承运人应承担最低限度的责任和义务。我国《海商法》第41—91条具体规定了承运人与托运人的权利和义务，并明确指出作为合同凭证的提单或者其他运输单证中的条款，如果违反海商法的上述规定，即为无效；换言之，承运人的责任和义务不得低于海商法的要求。而航次租船合同双方的谈判地位则至少在理论上是平等的，因此，我国《海商法》第94条的规定，《海商法》第四章中有关海上货物运输合同当事人权利义务的规定除第47条承运人适航义

务和第 49 条不得绕航义务对航次租船合同是强制性的外,其他规定都是任意性的,仅在航次租船合同没有约定或者没有不同约定时,适用于航次租船合同的出租人和承租人。

(3) 件杂货运输合同注重货物的性质和数量,而对船舶,只要是适航的,在其他方面一般没有特殊的要求,所以一般都允许使用代替船舶,提单上往往载有代替船舶条款和转运条款。而航次租船合同则较注重船舶的特性,合同中往往都订有船舶说明条款,出租人应按约定提供船舶。

(4) 班轮运输一般按照固定的费率收取运费;而航次租船合同的运费由双方协议确定。

(5) 件杂货运输一般由班轮公司安排泊位进行装卸,合同一般不对装卸时间及滞期费进行约定;航次租船合同中,由于装卸货物均由承租人负责,装卸期间和滞期费、速遣费往往成为合同的主要条款。

3. 多式联运合同。多式联运合同,是指多式联运经营人以两种以上的不同运输方式,其中一种是海上运输方式,负责将货物从接收地运至目的地交付收货人,并收取全程运费的合同。多式联运是在集装箱运输的基础上发展起来的,这种运输方式并没有新的通道和工具,而是利用现代化的组织手段,将各种单一的运输方式有机地结合起来,打破了各个运输区域的界限,是现代管理科学在运输业中运用的结果。多式联运合同具有下面特点:

(1) 它必须包括两种以上的运输方式,而且其中必须有海上运输方式。在我国,由于国际海上运输与沿海运输、内河运输分别适用不同的法律,所以国际海上运输与国内沿海、内河运输可以视为不同的运输方式。

(2) 多式联运虽涉及到两种以上不同的运输方式,但托运人只和多式联运经营人订立一份合同,只从多式联运经营人处取得一种运输单证——多式联运单证,只向多式联运经营人按一种费率交纳运费。这就避免了单一运输方式多程运输手续多,易出错缺点,为货主确定运输成本和货物在途时间提供了方便。

必须注意的是,由承运人负责将货物自一港经两段以上海路运至另一港,而由托运人支付运费的海上货物联运合同,虽然涉及到多个海上承运人,参加运输的除作为合同一方当事人的承运人以外,还有与承运人具有另外的合同关系的实际承运人,但由于只涉及到一种运输方式,因此不属于海商法规定的多式联运合同。

二、海上货物运输合同的订立、变更和解除

(一) 海上货物运输合同的订立

海上货物运输合同和其他合同一样,其订立可大致分为要约和承诺两个阶段。但各种海上货物运输合同订立的具体方式与程序又具有一定的特点,合同的内容也不尽相同。下面我们就分别加以介绍:

1. 件杂货运输合同的订立。如前所述,班轮公司是件杂货的主要承运人,班轮公司往往就自己经营的班轮航线和班轮离抵港时间作广告宣传,其中最常见的是报纸上的船期公告,这种宣传属于要约邀请。货物托运人或其代理人向班轮公司申请货物运输的行为才是要约。这种申请一般表现为填写订舱单,写明货物的种类、数量、装船期限、卸货港等内容。船公司一旦在托运单上指定船名并签字,即为承诺,运输合同即告成立。

件杂货运输合同可以采取口头形式,但如果一方要求书面确认合同成立的,对方当事人应当照办。这样规定主要是为了避免日后举证的困难。在实

践中，提单或其他货运单证都能起到证明合同存在的作用。

2. 航次租船合同的订立。航次租船合同的订立过程和定期租船、光船租赁基本上一致，我们将在船舶租用合同中一并介绍。

船次租船合同应当书面订立。电报、电传和传真具有书面效力。

航次租船合同的内容，主要包括出租人和承租人的名称、船名、船籍、载货重量、容积、货名、装货港和目的港、受载期限、装卸期限、运费、滞期费、速遣费以及其他有关事项。

（二）海上货物运输合同的变更与解除

海上货物运输合同订立后，可因法定事由或当事人的协议而变更或解除，合同的变更或解除，不影响当事人要求赔偿的权利。下面我们主要介绍我国海商法对海上货物运输合同解除的规定。我国海商法主要规定了下列三种海上货物运输合同解除的情形：

1. 托运人在船舶开航前的任意解除。托运人在开航前的任意解除是指托运人由于非不可抗力的突发原因，如因买卖合同的变更或解除而不能按时提供约定的货载时对合同的解除。我国海商法允许托运人在船舶在装货港开航前解除合同，但规定托运人应当承担违约责任。除合同另有约定外，托运人应当向承运人支付约定运费的一半；货物已经装船的，托运人还应当负担装货、卸货和其他与此有关的费用。我国《海商法》虽未明确规定部分解除，但解释上应允许托运人部分解除合同（变更合同），如无约定，支付解除部分货物运费的一半。

此外，有些国家，如日本、韩国海商法还规定了托运人在船舶开航后的任意解除，但规定了苛刻的条件。我国海商法未规定开航后的解除，但也未禁止当事人在合同中对此作出规定。

2. 合同因不可归责于双方当事人的原因而在开航前解除。依我国海商法，在船舶开航之前，因不可抗力或者其他不可归责于双方当事人的原因致使合同不能履行或不能继续履行的，任何一方当事人均可解除合同而不承担违约责任。我国《海商法》规定的不可抗力，原则上应当依《民法通则》第153条的解释，理解为“不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”，如海上的自然灾害。其他不可归责于承运人或者托运人的原因，如承运人的受雇人管理或驾驶船舶的过失，依我国海商法，也属于不可归责于承运人的原因。实践中常见的船舶在开航前的法定解除事由主要有：（1）装货港或卸货港被宣布封锁；（2）船舶或货物因军事行动或其他行动有遭劫夺的危险；（3）船舶根据政府命令被扣押，或因国家特定需要被征收、征用；（4）货物被禁止从装货港输出或向卸货港输入；（5）船舶或者货物非因不可归责于双方当事人的原因而全损。

海上货物运输合同因非可归责于双方当事人的原因而在开航前解除的，除合同另有约定外，运费已经支付的，承运人应当将运费退还给托运人；货物已经装船的，托运人应当承担装卸费用，已经签发提单的，托运人应当将提单退还承运人。

3. 船舶因不可归责于承运人和托运人的原因不能抵达目的港时的解除。海商法的这一规定涉及到海上货物运输合同的一个重要条款即“就近条款”，根据这一条款，如果船方认为合同规定的卸货港不安全，就可将船开到另一个附近安全港口卸货，视为已经履行合同。此外，“罢工条款”、“战争条款”、“冰冻条款”中也对这种情况进行了规定。船方在援引海商法的这条

规定时，应注意下列事项：（1）合同约定的目的港必须发生了诸如战争、冰冻、罢工、封港等不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因，致使船舶不能在该目的港卸货；（2）上述事由必须持续一定的时间；（3）上述事由发生于船舶在装货港开航后；（4）船长决定将货物在目的港附近的安全港口或者地点卸载的，应当及时通知托运人或者收货人，并考虑托运人或者收货人利益。

三、海上货物运输合同的承运人

在海上货物运输合同关系中，承运人是指本人或者委托他人以本人名义与托运人订立海上货物运输合同的人。承运人与实际承运人不是同一概念，实际承运人是指接受承运人委托，从事货物运输或者部分运输的人，包括接受转委托从事此项运输的其他人。

（一）承运人的主要义务

1. 保证适航。保证船舶处于适航状态是承运人的主要义务。保证适航，既包括承运人提供的船舶具有适航能力，即船舶处于能安全航海的状态；又包括航海能力，即承运人必须适当地配备船员，装备船舶和配备供应品；还包括适货能力，即承运人应使货舱、冷藏舱、冷气舱和其他载货处所能适宜和安全地收受、运送和保管货物。承运人保证适航的责任期间为开航前和开航时。如不在开航前和开航时，船舶处于非适航状态，承运人不负责。

我国海商法规定的承运人的适航义务实际上即为广义的船舶适航义务。需要说明的是：第一，承运人或他的受雇人、代理人承担的是谨慎处理使船舶适航的义务，是一种过错责任。只要承运人根据已知的或者能合理预见的预定航次中包括货物在内的各种情况采取了合理措施，即视为已经履行了上述义务。换言之，对经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷所造成的货损，承运人不负责。第二，海商法只要求承运人保证船舶在开航前和开航当时是适航的，只要承运人能证明自己在开航前和开航当时已经谨慎处理，对于船舶航行期间的不适航，承运人是无责任的。

2. 收货和装货。承运人为使货物装船，有向装货地开航的义务。承运人须使船舶在装货港的适货地点停泊。承运人负有装货义务，承运人应妥善地、谨慎地装载、搬移、积载货物。否则，对于货物的灭失或损坏，承运人应负赔偿责任。

3. 运输和管理货物及不得绕航。承运人有把货物运至目的港的义务。在履行运输义务时，除非有必要，原则上承运人不得变更预定航线，不得绕航，而有直达目的港航行的义务。只有在有正当理由时，即为救助或企图救助人命或财产而发生绕航或者其他合理绕航，方为具有绕航的合理性。承运人对所装运的货物应以该船运抵卸货港，不得以他船转运。承运人从收到货到卸货，均有对货物进行精心管理和照料的义务。

4. 卸货和交货。承运人要将卸货船舶驶进运输合同规定的卸货港，并在约定或习惯确定的卸货地点卸货。在卸货港，承运人负有向正当的收货人交付货物的义务。在交付了货物之后，承运人运输合同上的义务即告结束。但是：

（1）因不可抗力或者其他不能归责于承运人和托运人的原因致使船舶不能在合同约定的目的港卸货的，除合同另有规定外，船长有权将货物在目的港邻近的安全港口或者地点卸载，视为已经履行合同。

（2）在卸货港无人提取货物或者收货人迟延、拒绝提取货物的，船长可

以将货物卸在仓库或者其他适当场所，由此产生的费用和 risk 由收货人承担。但船长应做到合理安排，并尽量减少费用和 risk 的发生。

（二）承运人的权利

1. 运费请求权。运费请求权是承运人因完成货物运输而享有的报酬请求权。如系预付运费，托运人应在货物装船后，船方签发提单前支付。按照航运惯例，即使货物在运输途中因可归责于承运人的原因毁损、灭失或者迟延交付，承运人也没有退还运费的义务，托运人只能把预付运费作为损失的一部分，向承运人索赔。如合同约定的货到付运费，则承运人只有当货物安全抵达目的港时才有权收取。

除运费外，承运人还有权收取亏舱费，滞期费等其他费用。

2. 对所运货物的留置权。我国《海商法》明确规定：（1）应当向承运人支付的运费、共同海损分担、滞期费和承运人为货物垫付的必要费用以及应当向承运人支付的其他费用没有付清，又没有提供适当担保的，承运人可以在合理的限度内留置其货物。（2）承运人留置的货物，自船舶抵达卸货港的次日起满 60 日无人提取的，承运人可以申请法院裁定拍卖；货物易腐烂变质或者货物的保管费用可能超过其价值的，可以申请提前拍卖。（3）拍卖所得价款，用于清偿保管、拍卖货物的费用和运费以及应当向承运人支付的其他有关费用；不足的金额，承运人有权向托运人追偿；剩余的金额，退还托运人；无法退还的，自拍卖之日起满 1 年又无人领取的，上缴国库。

必须说明的是：（1）除法律另有规定外，承运人可以自行留置货物，但是，第一，如果托运人（收货人）或者承租人提供了适当的担保，承运人就不应再行使留置权。第二，承运人留置的货物数量必须合理，留置货物的数量不能超过其债权和实现留置权所需费用之和。（2）承运人只能留置因为运输合同而占有的其债务人的货物。例如，在 CIF 或 CFR 条件下的货物买卖，货物由卖方负责托运，货物装船后，其所有权即从卖方（托运人）转移到买方（收货人），此时，承运人就不能因为托运人未支付运费或者其他费用而留置货物。

（三）承运人的责任

1. 承运人对货物迟延交付的赔偿责任。所谓迟延交付，是指承运人未能在明确约定的时间，在卸货港交付货物。依我国海商法，迟延交付只是指晚于运输合同明确约定的交货时间。如果运输合同未对交货时间作明确约定，货方就无法依海商法要求承运人承担迟延交付的责任。

承运人迟延交付货物的，除依法可以免责的外，应当承担下面的责任：

（1）对由于自己的过失造成的货物因迟延交付而灭失或者损坏的后果，承担赔偿责任；（2）对由于自己的过失造成的货物因迟延交付而遭受的经济损失，承担赔偿责任。这里的经济损失包括货物市价下跌的损失，利息损失、工厂停工待料损失以及其他承运人已经或者应当预见到的损失。需要说明的是，这两项赔偿责任并非互相排斥的，可以同时适用。

2. 承运人对货物灭失或者损坏的赔偿责任。除承运人依法可免责的情况外，货物在承运人责任期间内灭失或损坏的，包括因承运人迟延交付而灭失或者损坏的，承运人应负赔偿责任。依我国海商法，承运人未能在明确约定的交货时间届满 60 日内交付货物的，有权对货物灭失提出赔偿请求的人可以认为货物已经灭失。

关于赔偿额的计算，按照《海商法》第 55 条的规定：（1）货物灭失的

赔偿额，按照货物的实际价值计算，即按照货物装船时价值（货物的发票价格）加保险费加运费计算，无论贸易合同中采取什么价格条件，均按 CIF 价格计算货物的实际价值。（2）货物损坏的赔偿额，按照货物受损前后实际价值的差额或者货物的修复费用计算。货物受损前的实际价值，通常就是货物的 CIF 价格；受损后的实际价值一般由公证机关作出评估或由货物检验机构作出判定。但在实际赔偿时，应从货物的实际价值中减去因货物灭失或者损坏而少付或者免付的有关费用，如到付运费。

3. 承运人对货物的责任期间。承运人对货物的责任期间，简单称承运人的责任期间，是指承运人管货义务的存续期间。承运人只对在其责任期间内发生的货物的灭失或者损坏负赔偿责任。

依我国海商法的规定：承运人的责任期间主要是：

（1）承运人对于集装箱装运的货物的责任期间，包括货物在装货港、运输途中和卸货港处于承运人掌管之下的全部期间。

（2）承运人对于非集装箱装运的货物的责任期间，是指从货物装上船时起至卸下船时止，货物处于承运人掌管之下的全部期间。在实践中，这一规定常被称为“钩到钩”原则或“舷到舷”原则，但“钩到钩”或“舷到舷”不是一条绝对的界限。我国《海商法》允许承运人就非集装箱运输的货物，在装船前和卸船后所承担的责任，和托运人达成任何协议。提单中一般规定承运人对“装前卸后”货物的灭失或者损坏不负责任。

（四）承运人的免责事由

1. 承运人的一般免责事由。在承运人责任期间，货物发生灭失或毁损，如属下列原因之一造成的，承运人可免除责任：（1）船长、船员、引航员或者承运人的其他受雇人在驾驶船舶中的过失；（2）火灾，但是由于承运人本人的过失所造成的除外；（3）天灾，海上或者其他可航水域的危险或者意外事故；（4）战争或武装冲突；（5）政府或者主管部门的行为、检疫限制或司法扣押；（6）罢工、停工或者劳动受到限制；（7）在海上救助或企图救助人命或者财产；（8）托运人、货物所有人或者他们的代理人的行为；（9）货物的自然特性或者固有缺陷；（10）货物包装不良或者标志欠缺、不清；（11）经谨慎处理仍未发现的船舶潜在缺陷；（12）非由于承运人或承运人的受雇人、代理人的过失造成的其他原因。

承运人要想免除责任，除火灾原因外，应负举证责任。

2. 承运人对活动物灭失或者损害的特殊免责事由。我国海商法规定因运输活动物的固有风险造成活动物灭失或者损害的，承运人不负赔偿责任。承运人援引该项免责，应当证明：（1）他业已履行托运人关于运输活动物的特别要求。这种特别要求应当由托运人书面的提供或在有关单证上表示。（2）活动物受损是由于运输活动物的固有的特殊风险造成的。

3. 承运人对舱面货（也称甲板货）的灭失或者损坏的特殊免责事由。承运人依规定或者约定将货物装载在舱面的，对由于此种装载的特殊风险造成的货物灭失或者损坏，不负赔偿责任。但是，承运人在舱面上装载货物，应当同托运人达成协议，或者符合航运惯例，或者符合有关法律、行政法规的规定。这里的航运惯例，主要指集装箱货物在集装箱船舱面上的装载，这是国际航运界和跟单信用证惯例所认可的，但如当事人另有约定，应依约定。如果承运人违反约定或者规定，擅自把货物积载在舱面，就不能援引这一特殊免责。

关于承运人的上述免责，尚需说明的是，如果货物的灭失、损坏或者迟延交付是由于承运人或其受雇人、代理人不能免除赔偿责任的原因和其他原因（即上面介绍的各种免责事由）共同造成的，承运人仅在其不能免除赔偿责任的范围内负赔偿责任；但是，承运人对其他原因造成的灭失、损坏或者迟延交付应当负举证责任。

（五）承运人的赔偿责任限额

承运人在责任期间对货物灭失或损坏的赔偿，一般实行限额赔偿。其赔偿限额按照货物件数或者其他货运单位数计算，每件或每个其他货运单位为666.67 计算单位，或者按照货物毛重计算，每公斤为2 计算单位，以二者中赔偿限额较高的为准。但是，托运人在货物装运前已经申报其性质和价值，并在提单中载明的，或者承运人与托运人已经另行约定高于本条赔偿限额的除外。

货物用集装箱、货盘或者类似装运器具集装的，提单中载明装在此类装运器具中的货物件数或者其他货运单位数，则按此件数或货运单位数计算赔偿限额；未载明的，每一装运器具视为一件或一个单位。装运器具不属于承运人所有或者非由承运人提供的，装运器具本身视为一件或一个单位。

承运人对于货物因迟延交付造成经济损失的赔偿限额，为所迟延交付的货物的运费数额。货物的灭失或损坏和迟延交付同时发生的，承运人的赔偿责任适用赔偿限额的规定。

货物的灭失、损坏或迟延交付经证明是因承运人的故意或者明知可能造成损失而轻率地作为或不作为造成的，承运人不享有责任赔偿限额的权利。货物的灭失、损坏或迟延交付经证明是由于承运人的受雇人、代理人的故意或明知可能造成损失而轻率地作为或不作为造成的，承运人的受雇人或代理人也不享有责任赔偿限额的权利。

（六）承运人与实际承运人之间的法律关系

对承运人与实际承运人之间的法律关系，我国海商法作了以下两种规定：

1. 承运人对全部运输负责，实际承运人对自己履行运输的部分负责。（1）承运人将货物运输或者部分运输委托给实际承运人履行的，承运人仍须对全部运输负责。对实际承运人承担的运输，承运人应当对实际承运人的行为或者实际承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内行为负责。例如在定期租船中，承运人（承租人）将自己从托运人处承揽的货物全部委托给实际承运人（出租人）履行，承租人仍须对全部运输负责。（2）承运人与实际承运人都负有赔偿责任的，应当在此项责任范围内负连带责任。换言之，如果货物在实际承运人掌管期间发生灭失、损坏或者迟延交付，提单持有人既可以向承运人索赔，又可以向实际承运人索赔。（3）承运人或者实际承运人在对外承担责任后，可以根据实际责任情况，向对方追偿应当由对方承担的部分。

2. 分段责任制。我国《海商法》允许当事人在海上运输合同中规定分段责任制。《海商法》第60条第2款规定：“在海上运输合同中明确约定合同所包括的特定部分运输由承运人以外的指定的实际承运人履行的，合同可以同时约定，货物在指定的实际承运人掌管期间发生的灭失、损坏或者迟延交付，承运人不负责任。”

分段责任制主要发生于签发转船提单的情况下，其适用条件是：（1）提

单中载明了实际承运人的名称（指定的实际承运人）；（2）提单持有人能够向实际承运人提起诉讼，即能够证明货物的灭失、损坏或者迟延交付发生在实际承运人掌管期间，并且，该实际承运人有承担责任的能力。否则即使有这种约定，承运人也应承担赔偿责任。

（七）我国海商法对多式联运经营人和参加多式联运的区段承运人责任的特别规定

多式联运合同作为海上货物运输合同的一种，应该适用海商法有关货物运输合同的一般规定，但考虑到其特殊性，海商法对多式联运合同又作了特别规定。

1. 多式联运经营人的责任期间。多式联运经营人的责任期间自接收货物时起至交付货物时止。

2. 多式联运经营人和参加多式联运的区段承运人对货方的责任。我国《海商法》采取了网状责任制，就多式联运经营人和参加多式联运的区段承运人责任作了如下规定：

（1）多式联运经营人负责履行或者组织履行多式联运合同，并对全程运输负责。参加多式联运的各区段承运人作为实际承运人，应对自己完成的区段运输负责。

（2）货物的灭失或者损坏发生于多式联运的某一运输区段的，多式联运经营人的赔偿责任和限额，适用调整该区段运输方式的有关法律规定。在不能确定货物的灭失或者损坏的发生区段时，按照海商法关于承运人赔偿责任和责任限额的规定确定多式联运经营人的赔偿责任。

（3）多式联运经营人与参加多式联运的各区段承运人，可以就多式联运合同的各区段运输，另以合同约定相互之间的责任。但是，此项合同不得影响多式联运经营人对全程运输所承担的责任。多式联运经营人在向货方承担责任后有权依合同向有责任的区段承运人追偿。

四、海上货物运输合同的托运人和收货人

我国《海商法》中所说的托运人是指：（1）本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人与承运人订立海上货物运输合同的人。（2）本人或者委托他人以本人名义或者委托他人为本人将货物交给与海上货物运输合同有关的承运人的人。

我国海商法中的收货人是指有权提取货物的人。收货人可以是托运人本人，也可以是托运人以外的第三人。

（一）托运人、收货人的基本义务

1. 按约定提供货物的义务。（1）托运人应及时将货物运至船边或承运人指定的其他地点，以供装船；（2）除非合同中另有规定或者事先征得承运人同意，托运人不得擅自更改约定的货物种类；（3）托运人应当妥善包装货物，做到包装牢固、标志清楚，适于运输；（4）托运人应当如实申报托运货物，向承运人保证货物装船时所提供的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积的准确性。

2. 办理货物运输所需手续并向承运人交付单证的义务。托运人应当及时向港口、海关、检疫、检验和其他主管机关办理货物运输所需要的各项手续，并将已办理各项手续的单证送交承运人。

3. 支付运费和其他费用的义务。运费一般均由托运人支付，但托运人与承运人可以约定运费由收货人支付，此项约定应当在运输单证中载明。

4.及时按约定收受货物。

5.不得擅自托运危险货物。托运人托运危险货物，应当依照有关海上危险货物运输的规定，妥善包装，作出危险品标志和标签。并将其正式名称和性质以及应当采取的预防危害措施书面通知承运人；托运人未通知或者通知有误的，承运人可以在任何时间、任何地点根据情况需要将货物卸下、销毁或者使之不能为害，而不负赔偿责任。必须说明的是，即使托运人已经向承运人申报了货物的危险性质并取得承运人同意，承运人仍然可以在该项货物对于船舶、人员或者其他货物构成实际危险时，将货物卸下、销毁或者使之不能为害，由此造成的损失，除共同海损外，承运人概不负责。

（二）托运人、收货人的基本权利

1.取得合同约定的货物装船舱位；

2.有权凭提单等运输单证在目的港提货；

3.在货物因可归责于承运人的原因而在承运人责任期间内灭失、损坏或者承运人迟延交付货物时，有权向承运人索赔。但是：

（1）收货人要求承运人赔偿货物因迟延交付造成的经济损失的，必须及时向承运人提交书面通知。如果承运人自交付货物的次日起连续 60 日内，未收到收货人就货物因迟延交付造成经济损失而提交的书面通知的，不负赔偿责任。这一规定不适用因迟延交付引起货物灭失或损坏的情况。

（2）收货人要求承运人对货物灭失或者损坏承担赔偿责任的：如果灭失或者损坏的情况显而易见的，收货人应当在承运人向其交付货物时将灭失或者损坏的情况通知承运人，否则，此项交付视为承运人已经按照运输单证的记载交付以及货物表面状况良好的初步证据。货物灭失或者损坏情况非显而易见的，在货物交付的次日起连续 7 日内，集装箱货物交付的次日起连续 15 日内，收货人未提交书面通知的，此项交付视为承运人已经按照运输单证的记载交付以及货物表面状况良好的初步证据。

换言之，收货人未按上述规定提交书面通知的，将来索赔时就必须对货物灭失或者损坏另行提出证据，如货物检验人的报告。但是，货物交付时，收货人已经会同承运人对货物进行联合检查或者检验的，无需就所查明的灭失或者损坏的情况提交书面通知。为鼓励当事人通过检验确认货物的状况，以减少纠纷，便利纠纷的解决，海商法明文规定收货人在目的港提取货物前或者承运人在目的港交付货物前，可以要求检验机构（在我国通常就是中国商品检验局及其在各地的分支机构）对货物状况进行检验；要求检验的一方应当支付检验费用，但有权向造成货物损失的一方追偿。并要求承运人和收货人相互提供合理的必要条件。

货物由实际承运人交付的，收货人向实际承运人提交的书面通知，与向承运人提交书面通知具有同样的效力；向承运人提交的书面通知，与向实际承运人提交书面通知具有同样效力。

（3）收货人必须在诉讼时效期间内提起诉讼。依我国海商法，就海上货物运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为 1 年，自承运人交付或者应当交付货物之日起计算；但在航次租船合同的承租人为收货人时，收货人对承运人（航次租船合同的出租人）就货物损害要求赔偿的诉讼时效期间 2 年，自知道或者应当知道权利被侵害之日起计算。

（三）托运人的责任

我国《海商法》规定托运人及其受雇人、代理人对承运人、实际承运人

或者船舶所遭受的损坏，不负赔偿责任，除非承运人能够证明损失是托运人或者托运人的受雇人、代理人的过失造成的。这一规定确立了托运人的过失责任制，具体的说，托运人的赔偿责任包括：

1. 托运人未尽妥善包装如实申报托运货物义务，承运人由于包装不良或者资料不正确受到损害时，托运人应当负赔偿责任。但承运人不能以这一受偿权利对抗托运人以外的人。如果提单上没有批注，货物因包装不良或者托运人申报不明受损的，承运人应先自己对托运人以外的第三人负责，再向托运人追偿。

2. 因托运人办理货物运输所需各项手续的有关单证送交不及时、不完备或者不正确，使承运人的利益受到损害的，托运人应当负赔偿责任。

3. 托运人未履行托运危险货物时的特殊义务，致使承运人因运输此类货物而受到损害的，应当负赔偿责任。

五、提单和其他运输单证

在海上货物运输中，提单为主要运输单证，但也有一些其他单证。

（一）提单的概念和性质

提单，是指用以证明海上货物运输合同和货物已经由承运人接收或装船，以及承运人保证据以交付货物的单证。它具有以下特征：（1）提单是海上货物运输合同的证明。提单仅是证明海上货物运输合同的单证，其本身并不是运输合同。但是，在班轮运输中，由于提单载明了各项重要条款，因此它能起到运输合同的作用。（2）证明货物由承运人接收或装船的单证。（3）承运人保证凭以交付货物的物权凭证。由于提单是证明货物由承运人接收或装船的单证，交付货物的请求自然以提单为据。即使提单上未指定船舶，也不能否定提单的证据效力。提单上载明的向记名人交付货物，或者按照指示人的指示交付货物，或者向提单持有人交付货物的条款，构成了承运人据以交付货物的保证。

（二）提单的签发

提单须经签署才产生效力。提单在承运人接收货物或货物装船后经托运人请求签发。提单可由承运人或承运人授权的代理人签发。货物装船后，载货船舶的船长也可签发提单。他们签发的提单具有同一效力。

（三）提单的内容

提单应包括下列内容：（1）货物的品名、标志、包数或件数、重量、体积，以及运输危险货物时对危险性质的说明；（2）承运人的名称或主营业所；（3）船舶名称；（4）托运人的名称；（5）收货人的名称；（6）装货港或在装货港接收货物的日期；（7）卸货港；（8）多式联运提单增列接收货物地点和交付货物地点；（9）提单的签发日期、地点和份数；（10）运费的支付；（11）承运人或者其代表的签字。提单缺少上述一项或几项内容的，不影响提单的性质。

（四）提单的种类

1. 已装船提单和收货待运提单。承运人出具的提单上载明“货物已由某船装运”字样的提单为已装船提单。承运人接收货物未装船，应托运人请求签发的提单为收货待运提单。对于收货待运提单，在货物装船后，托运人可将其退还承运人，以换取已装船提单；承运人也可在上面加注承运船舶的船名和装船日期，加注后的收货待运提单视为已装船提单。

2. 清洁提单和不清洁提单。承运人在提单上加注“货物处于良好状态”

的提单为清洁提单。承运人或代其签发提单的人未在提单上批注货物表面状况的，视为货物的表面状况良好，该提单为清洁提单。承运人或其代理人在提单批注“货物处于非良好状态”等内容的提单为不清洁提单。

3. 记名提单、指示提单和不记名提单。在提单正面载明收货人姓名的提单为记名提单。在收货人里仅记载按收货人的指示交付货物的提单为指示提单。在收货人中不写明收货人名称的提单为无记名提单。我国《海商法》承认上述三种形式的提单。

4. 联运提单。它是指根据联运合同签发的提单。它分为海上联运提单和多式联运提单。

（五）提单的效力

1. 提单是货物状况和货物已经装船的初步证据。承运人向善意受让提单的包括收货人在内的第三人提出的与提单所载状况不同的证据，不予承认。但是，承运人或其代理人，知道或有合理根据怀疑提单记载的货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积与实际接收的货物不符，在签发已装船提单的情况下怀疑与已装船的货物不符，或者没有适当的方法核对提单记载的，可在提单上批注，说明不符之处、怀疑根据，或者说明无法核对。承运人或其代理人在提单上有以上保留批注的，可以进行抗辩。

2. 提单是确定承运人同收货人、提单持有人之间权利、义务关系的依据。

（六）提单的转让

记名提单不得转让，指示提单经记名背书或者空白背书转让。

（七）其他单证

承运人签发提单以外单证以证明收到货物的，该单证即为订立海上货物运输合同和承运人接收该单证中所列货物的初步证据。承运人签发的该类单证不得转让。

第四节 海上旅客运输合同

一、海上旅客运输合同概述

（一）海上旅客运输合同的概念和特征

海上旅客运输合同，是指承运人以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一港运至另一港，由旅客支付票款的合同。

我国海商法规定的海上旅客运输合同具有下面的特点：1.它包括了我国沿海海上旅客运输合同。换言之，我国海商法关于海上旅客运输合同的规定，除承运人赔偿责任限额外，既适用于国际海上旅客运输，也适用于我国沿海海上旅客运输。2.海上旅客运输合同的旅客既是合同的一方当事人，同时又是运送的对象。随船舶一起完成海上旅客运输。3.承运人必须用适于运送旅客的船舶来完成运送任务。换言之，承运人用于运送旅客的船舶必须符合国际公约和国内法规定的技术标准，取得相应的技术证书。

（二）海上旅客运输合同的订立和解除

1.海上旅客运输合同的订立程序与成立时间。与其他合同一样，海上旅客运输合同的订立也要经过要约和承诺两个阶段。实践中承运人往往先公告船舶营运时间和运价，这种公告应视为要约邀请，而非要约。旅客根据自己的需要向承运人提出由一港到另一港的申请，属于要约。承运人接受申请，并收取票价，即为承诺。由于法律并未要求海上旅客运输合同以书面形式订立，因此，承运人承诺后，合同即告成立。

2.海上旅客运输合同中的无效条款。为保护旅客的利益，防止承运人利用其优势地位在合同中订入侵害旅客合法权利的条款，我国海商法明文规定海上旅客合同中含有下列内容之一的条款无效：（1）免除承运人对旅客应当承担的法定责任；（2）降低海商法规定的承运人的责任限额；（3）对海商法规定的举证责任作出相反的约定；（4）限制旅客提出赔偿请求的权利。同时规定上述条款无效的，不影响合同其他条款的效力。

3.海上旅客运输合同的解除。在下列情况下，可以解除合同：

（1）旅客在船舶开航前退票解除合同。我国虽然没有像其他国家一样，在海商法中对旅客的任意解除作出规定，但实践中允许旅客在开航前解除合同。按照国际上的通行做法，旅客在船舶开航前48小时要求退票的，应支付票价1/3。我国一些船公司规定的更加严格，开航前24小时内不许退票。

（2）因旅客本身的不可抗力而解除。旅客在登船前死亡，或者经医生证明，旅客患病不能登船，或者由于其他不得已的情况而不能登船的，其本人或其亲属可以退票解除合同，但承运人可以保留票款的一定比例，以弥补自己的损失。

（3）合同因不可抗力解除。按照航运惯例，在船舶开航前船舶灭失或被征用，因由于军事行动有被捕获或劫夺的危险，或由于与双方当事人均无关的原因被政府扣押，或者起运港或目的港被宣布封锁，双方当事人均有权解除合同。合同解除，承运人应退还票款。

（三）海上旅客运输合同成立的凭证——旅客客票

1.旅客客票的性质。旅客客票只是海上旅客运输合同成立的凭证，而非海上旅客运输合同。这一点可以从以下几个方面理解：（1）从合同成立的时间上说，海上旅客运输合同在承运人签发客票前即已成立。实践中承运人一般在合同成立的当时（即收受票价时）签发客票，但也有预收票价，旅客在

开航前一定时间再领取客票的，有时候旅客还先登船再购买客票。（2）客票上的记载不能代表合同的全部内容。客票上一般只有船名、航次、开航时间、客票等级和票价、起运港和目的港等。国际航线的旅客客票上通常还载有承运人的名称、地址、旅客姓名，客票条款或旅客须知等。合同双方当事人的权利义务一般不在客票上记载。（3）客票上只有承运人签字盖章，而无旅客的签名。

2. 旅客客票的内容。旅客客票是海上运输合同成立和旅客支付了票价的证明。客票应当载明：（1）签发的地点和日期；（2）出发港和目的港；（3）承运人的名称和地址；（4）旅客的姓名和地址（记名客票）；（5）船舶名称；（6）开航时间，如有约定，还应载明到达时间；（7）合同所依据的运输条件；（8）票价。

（四）海上旅客运输的运送对象

海上旅客运输的对象除旅客外，还包括行李。后者，是指根据海上旅客运输合同由承运人载运的任何物品和车辆，但是活动物除外。行李可分为：

（1）自带行李，即旅客自行携带、保管或者放置在客舱中的行李。自带行李包括旅客在其车内或车上的行李。自带行李，只要没有超过合同规定的限额，就不用另行交费；超过限额的部分，只有经承运人同意才能带上船，但需另行交费。（2）托运行李，即自带行李以外的行李，由旅客凭客票办理行李托运手续。与自带行李不同的是，托运行李在船期间由承运人保管。

二、海上旅客运输合同的承运人

海上旅客运输合同承运人是指本人或委托他人以本人名义与旅客订立海上运输合同的人。实际承运人是指接受承运人委托，从事旅客运送或部分运送的人，包括接受转委托从事此项运送的人。如接受作为承运人的旅行社的委托履行运输任务的船公司，就是实际承运人，如果该船公司再将部分航程转委托给另一家船公司，另一家船公司也是实际承运人。

（一）承运人的主要义务

我国《海商法》第107条规定，承运人应以适合运送旅客的船舶经海路将旅客及其行李从一港运至另一港。具体地说，承运人应该：

1. 在开航之前和开航当时提供适航船舶，并在整个航程中保持船舶的适航状态。

2. 按约定时间开航，直驶目的港，航程中不得有不合理的绕航或其他延误。但船舶开航后，因不可抗力不能抵达目的港的，承运人可以退还全程票价减去旅客已乘区段票价后的票价差额，将旅客及其行李送至预定的中途港或就近港口；或者退还全部运费将旅客及其行李运回起运港。

3. 使船舶适客。承运人应为旅客提供与客票等级相符的舱位与配套设施；并为旅客在船的生活提供方便，如提供膳食（如票款中已包括膳食费）或膳食服务。

4. 免费为旅客运送一定的行李。

5. 保证旅客及其行李的安全。

（二）承运人的权利

1. 按票价收取运费的权利。我国海商法明文规定，对无票乘船、越级乘船或者超程乘船的旅客，承运人有权要求按规定补足票款并加收票款；旅客拒不交付的，船长有权在适当地点令其离船，承运人有权向其追偿。

2. 对未付或未付足运费、行李费、承运人为旅客垫付的款项或其他应付

费用的旅客行李的留置权。

3. 按时开航的权利。旅客在起运港或中途港未按规定时间上船的，承运人有权按预定开航时间开航。

（三）承运人的最低责任

1. 承运人的过失责任及举证责任。

（1）承运人对旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏承担过失责任。在承运人的责任期间内，因承运人或者承运人的受雇人、代理人在受雇或者受委托的范围内的过失引起事故，造成旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏的，承运人应当负赔偿责任。

（2）请求人（即对旅客人身伤亡或者行李灭失、损坏提出索赔的一方）应当对承运人或者承运人的受雇人、代理人的过失负举证责任。但是有下列情形之一的，实行举证责任倒置，除非承运人或者承运人的受雇人、代理人提出反证，否则即推定其有过失：由于船舶的沉没、碰撞、搁浅、爆炸、火灾或者船舶的缺陷引起旅客的人身伤亡或者自带行李的灭失、损坏的；旅客自带行李以外的行李灭失或者损坏的。

2. 承运人的责任期间。承运人责任期间分两种：

（1）承运人对旅客及其自带行李的运送期间。海上旅客及其自带行李运输的责任期间，自旅客登船时起至旅客离船时止，即包括旅客登上船舶舷梯时起至下船离开舷梯时止的全部时间。如果旅客须经一段水路才能登船或登岸的，只要客票票价中包含了接送费用，旅客及其自带行李的运送期间还应包括承运人经水路将旅客从岸上接到船上和从船中送到岸上的时间。但在任何情况下，运送期间都不包括旅客的港站内、码头上或者在港口其他设施内的时间，即旅客在岸上的时间。

（2）承运人对旅客自带行李以外的其他行李的运送期间。旅客自带行李以外的其他行李，运送期间自旅客将行李交付承运人或者承运人的受雇人、代理人时起至承运人或者承运人的受雇人、代理人交还旅客时止。在实践中，从承运人凭客票接受旅客托运时起至旅客领取行李时止。

3. 承运人免责或者减轻责任的情况。承运人在三种情况下免责或减轻责任：

（1）旅客有过失。经承运人证明，旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏，是由于旅客本人的过失或者旅客和承运人的共同过失造成的，可以免除或者相应减轻承运人的赔偿责任。实践中承运人能否免除或减轻责任，要由法院或有权机关决定。

（2）旅客的故意或健康状况。经承运人证明，旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏是由于旅客本人的故意造成的，或者旅客的人身伤亡是由于旅客本人的健康状况造成的，承运人不负赔偿责任。这一免责事由是绝对的，只要承运人有充分的证据，即可不负赔偿责任。

（3）承运人对旅客的货币、金银、珠宝、有价证券或者其他贵重物品所发生的灭失、损坏，不负赔偿责任，除非按照双方事先的约定，这种贵重物品已交由承运人保管。必须说明的是，只有承运人明知其保管的是贵重物品时，承运人才对旅客贵重物品的灭失、损坏负赔偿责任；如果旅客将贵重物品夹带在行李中而未向承运人申明，则即使行李已交与承运人保管，托运人无权就贵重物品的灭失、损坏向承运人索赔。

4. 承运人在每次海上旅客运输中的赔偿责任限额。（1）旅客人身伤亡的，

每名旅客不超过 46666 特别提款权；（2）旅客自带行李灭失或者损坏的，每名旅客不超过 833 特别提款权；（3）旅客车辆包括该车辆所载行李灭失或者损坏的，每一车辆不超过 333 特别提款权；（4）旅客其他行李灭失或者损坏的，每名旅客不超过 1200 特别提款权。

承运人和旅客可以约定，承运人对每辆旅客车辆的灭失或损坏，应有不超过 117 特别提款权的免赔额，对旅客车辆以外的其他行李的灭失或损坏，应有不超过每位旅客 13 特别提款权的免赔额；在计算每一车辆或者每名旅客车辆以外的其他行李的损失赔偿数额时，应当扣除约定的承运人的免赔额。

关于承运人的赔偿责任限额，尚需说明如下几点：（1）承运人和旅客可以书面约定更高的赔偿责任限额。（2）海商法关于海上旅客运输承运人赔偿限额的规定，适用于承运人对贵重物品的灭失、损坏的赔偿责任。（3）海商法关于海上旅客运输承运人赔偿限额的规定，不适用于我国沿海旅客运输。沿海旅客运输承运人的责任限额，由交通部另行制定，报国务院批准后实施。（4）经证明，旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏，是由于承运人或其受雇人、代理人的故意或者明知可能造成损害而轻率地作为或者不作为造成的，承运人或其受雇人、代理人不得享受赔偿责任限额。（5）就旅客的人身伤亡或者行李的灭失、损坏分别向承运人、实际承运人以及他们的受雇人、代理人提出赔偿请求的，赔偿总额不得超过海商法规定的或合同约定的赔偿责任限额。

（四）承运人的受雇人、代理人的法律地位

承运人的受雇人或者代理人只要能够证明其行为是在受雇或者受委托范围内的，即可在他人向其提出赔偿请求时，援引承运人享有的抗辩理由和赔偿责任限额。

（五）承运人与实际承运人的法律关系

1. 承运人将旅客运送或者部分运送委托给实际承运人履行时，在任何情况下，承运人均须对全程运输负责。实际承运人只对其履行的区段负责。

2. 如果旅客的人身伤亡或者行李的灭失发生在实际承运人履行运输的区段，旅客既可以向实际承运人索赔，也可向承运人索赔。在这种情况下，承运人与实际承运人应当在此项责任限度内负连带责任。

3. 承运人和实际承运人在对外承担连带责任后，有权按他们之间的过失比例相互追偿。

三、旅客

旅客，是指根据海上旅客运输合同运送的人；经承运人同意，根据海上货物运输合同，随船护送货物的人，视为旅客。按照这一规定：第一，根据海上货物运输合同随船护送货物的人，如在运送活动物时随船照料活动物的人员，视为旅客。这些人员与承运人之间虽无海上旅客运输合同关系，但在船上的权利义务与一般旅客相同，当他在运送期间发生人身伤亡的，可以取得与一般旅客同样的赔偿。第二，成年旅客根据合同免费携带的小孩，是承运人依其与成年旅客间的海上货物运输合同运送的人，当然属于旅客。在我国，每名成年旅客可以免费携带身高 1.1 米（含 1.1 米）以下旅客 1 名。

（一）旅客的权利

1. 搭乘承运人提供的符合要求的船舶，完成从起运港到目的港的旅行。

2. 免费携带一定的行李，并凭客票托运一定的行李。

3. 就自己的人身伤亡或者行李的灭失、损坏，向承运人索赔。但是，行

行李在运送期间内灭失、损坏的，除非旅客已经会同承运人对行李进行了联合检查或者检验，否则，旅客应在规定的时间内向承运人或者承运人的受雇人、代理人提交书面通知，具体地说：（1）行李发生明显损坏的，自带行李，应当在旅客离船前或者离船时提交；其他行李，应当在行李交还前或者交还时提交。（2）行李的损坏不明显，旅客在离船时或者行李交还时难以发现的，以及行李发生灭失的，应当在离船或者行李交还或者应当交还之日起 15 日内提交。否则，除非旅客提出反证，视为其已完整无损地收到行李。

依我国《海商法》第 258 条，就海上旅客运输向承运人要求赔偿的请求权，时效期间为 2 年，分别按下列规定计算：（1）有关旅客人身伤害的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算；（2）有关旅客死亡的请求权，发生在运送期间的，自旅客死亡之日起计算；因运送期间内的伤害而导致旅客离船后死亡的，自旅客死亡之日起计算，但是此期限自离船之日起不得超过 3 年；（3）有关行李灭失或者损坏的请求权，自旅客离船或者应当离船之日起计算。

（二）旅客的义务

1. 支付票款和其他应由旅客承担的费用。
2. 在船期间，遵守客运规章，服从船长的指挥和管理。
3. 不得随身携带或者在行李中夹带违禁品或者易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性以及有可能危及船上人身和财产安全的其他危险品。旅客违反这一义务，造成损害的，应当负赔偿责任。

对于旅客违反规定随身携带或者在行李中夹带的违禁品、危险品，承运人可以在任何时间、任何地点将其卸下、销毁或者使之不能为害，或者送交有关部门，而不负赔偿责任。

第五节 船舶租用合同

一、定期租船合同

（一）定期租船合同的概念和特征

1. 定期租船合同的概念。定期租船合同，是指船舶出租人向承租人提供约定的由出租人配备船员的船舶，由承租人在约定的期间内按照约定的用途使用，并支付租金的合同。

2. 定期船合同的特征——定期租船合同（期租）与航次租船合同（程租）的区别。（1）在对船舶的使用方面，期租使用船舶的全部舱位，而程租则可以约定使用船舶的部分舱位。（2）在使用船舶的时间上，期租合同具体约定一定的期限，而程租合同则以一定的航程为条件，另约定装卸时间来确定租船人的使用时间。（3）在船舶的营运上，期租合同的承租人负责船舶的营运，出租人仅负责配备船员和管理船舶；而程租合同的出租人则不仅要负责配备船员和管理船舶，还要负责船舶的营运。（4）在运费（租金）及其他费用的计算和负担上，期租按租金率乘租期来确定租金，实践中往往按船舶夏季载重吨每月每吨为单位计算；而程租运费则按货物重量乘运费率计算或者约定整船包价。期租条件下，承租人要负责船舶的营运费用；程租条件下，承租人除支付运费外，仅负担货物装卸费（按约定）与隔票费、船舶滞期费，其余费用均由出租人负担。（5）在装运货物方面，期租合同一般不列举具体货物，而注明不准装运的货物或规定只能装运合法的货物；程租合同中则列明所装货物的品名和数量。（6）期租合同的出租人一般不直接对货物的运输负责；而程租合同的出租人实质上就是承运人，要就本航次的运输对承租人或承租人以外的托运人负责。（7）期租合同的承租人租船的目的除运输自己的货物外，还可能为经营船舶牟利，为此，他必须了解管理船舶的技术；而程租合同的承租人则一般就是货主，技术性工作一般由出租人负责。

正是因为二者存在上述区别，所以我国海商法将航次租船合同归入海上货物运输合同中，而将定期租船合同和光船租赁合同规定为租船合同。但二者之间也有一定的联系，如在我国租船业务中，有一种航次期租方式，它属于定期租船合同，但合同中不明确规定租期，而是以完成一定航次货运任务为准，其他条件均与一般的定期租船合同相同。

（二）出租人的主要义务

我国《海商法》规定出租人的主要义务是：（1）按照合同约定的时间交付船舶。因出租人延误提供船舶，致使承租人遭受损失的，出租人应负赔偿责任。出租人如果不能按时提供船舶应及时通知承租人，承租人有权在 48 小时内作出解除合同或继续租用船舶的决定，并通知出租人。（2）交付的船舶应保证适航和适于约定的用途。出租人交付船舶时，应使船舶处于适航状态，交付的船舶应适于约定的用途。出租人不履行这一义务的，承租人有权解除合同，并有权要求因此赔偿损失。（3）采取合理措施使船舶恢复适航状态。船舶在租期内不符合约定的适航状态，出租人应采取可能采取的合理措施，使之恢复约定的适航状态。船舶不符合绝密的适航状态而不能正常营运连续满 24 小时的，对因此损失的营运时间，承租人不付租金。

（三）承租人的主要义务

依照我国《海商法》的规定，承租人的主要义务有：（1）在约定的航区内从事约定的海上运输。承租人应保证船舶在约定的航区内的安全港口或地

点之间从事约定的海上运输。承租人不履行这一义务的，出租人有权解除合同，并可要求赔偿损失。（2）运输约定的货物。承租人应当保证船舶用于运输约定的合法的货物。承租人将船舶运输其他货物或危险货物的，应事先征得出租人的同意。承租人违反这一义务造成损失的，出租人有权要求赔偿损失，但不得要求解除合同。（3）支付租金。承租人应当按照合同约定支付租金。承租人超过合同约定期限完成航次的超期期间，承租人应当按照合同约定的租金率支付租金；市场的租金率高于合同的租金率的，承租人应当按市场租金率支付租金。承租人不按合同约定支付租金的，出租人有权解除合同，并有权要求赔偿损失。（4）交船义务。承租人向出租人交还船舶时，该船舶应具有与出租人交船时相同的良好状态。否则，除自然损耗外，承租人应负修复或赔偿责任。

（四）定期租船合同中当事人的权利

定期租船合同中，出租人的主要权利有：（1）收取租金权。（2）解除合同权。（3）赔偿损失请求权。（4）留置权。承租人未向出租人支付约定租金的，出租人对于船上属于承租人的货物和财产以及转租船舶的收入享有留置权。承租人的主要权利有：（1）解除合同权。（2）赔偿损失请求权。

（3）指示船长权。承租人就船舶的营运，在合同约定的范围内，有向船长发出指示的权利。（4）转租权。承租人可将租用的船舶转租，但应将转租的情况及时通知出租人。（5）获取一半救助款项权。在合同期间，船舶进行海难救助的，承租人有权获得一半救助款项的权利。

二、光船租赁合同

（一）光船租赁合同的概念与特征

光船租赁合同，是指船舶出租人向承租人提供不配备船员的船舶，在约定的期间内由承租人占有、使用和营运，并向出租人支付租金的合同。

与定期租船合同相比，光船租赁合同具有下面的特征：

1. 光船租赁合同承租人租船的目的主要是经营船舶取得收益；而定期租船合同的承租人租船的目的主要是完成一定的货物运输。

2. 在光船租赁下，承租人占有船舶；而在期租条件下，船舶则由出租人占有。

3. 在光船租赁下，船用燃料、物料、给养等均由承租人提供，承租人除交付租金外，还要承担船舶的全部航行费用；而在期租下，船用燃料、物料、给养等均由出租人装备，承租人只支付租金并负担船舶的营运费用。

4. 在光船租赁下，船长和船员均由承租人雇用；而在期租条件下，船长和船员均由出租人雇用。

5. 光船租赁权的设定、转移和消灭，应当向船舶登记机关登记；未经登记的，不得对抗第三人；而定期租船合同则没有登记制度。

（二）出租人的主要权利与义务

在光船租赁合同中，出租人的主要义务是按照合同约定的港口或地点，依合同约定的时间向承租人交付船舶及船舶证书。交付的船舶应处于适航状态并适于合同约定的用途。出租人应对船舶享有所有权，因船舶所有权发生争议或出租人所负的债务使船舶被扣押的，出租人应当保证承租人的利益不受影响；致使承租人遭受损失的，出租人应负赔偿责任。此外，未经承租人同意，出租人在光船租赁期间负有不得对船舶设定抵押权的义务。出租人的权利主要是收取租金的权利。承租人未按合同约定的时间支付租金连续超过

7 日的，出租人有权解除合同并要求赔偿损失。此外，出租人在光船租赁期间，因承租人的原因使自己的利益受到影响或损失的，有权要求消除影响或赔偿损失。

（三）承租人的主要义务和权利

在光船租赁合同中，承租人的主要义务是：（1）保证船舶在约定地区内的安全港口或地点之间从事约定的海上运输。承租人违反这一义务的，出租人有权解除合同，并有权要求赔偿损失。（2）保证船舶用于运输约定的合法的货物。（3）负责船舶的保养、维修。在光船租赁期间，船舶的保养、维修义务由承租人承担。（4）负责船舶的保险。在光船租赁期间，承租人应当按照合同约定的船舶价值，以出租人同意的保险方式为船舶进行保险，并负担保险费用。（5）支付租金。承租人应当按照合同的约定支付租金。船舶发生灭失或失踪的，租金应当自船舶灭失或得知其最后消息之日起停止支付，预付租金应按比例退还。（6）不得擅自转让合同权利或义务，不得转租。光船租赁期间，未经出租人书面同意，承租人不得转让合同的权利或义务，也不得以光船租赁的方式将船舶进行转租。（7）返还完好船舶的义务。承租人向出租人交还船舶时，应使船舶处于出租人交船时相同的良好状态。否则，除自然损耗外，承租人应负责修复或给予赔偿。

承租人的权利主要为：（1）要求出租人按时提供约定的船舶的权利。出租人未按时提供约定的船舶或提供非约定的船舶的，承租人有权解除合同，并要求赔偿损失。（2）对光船租赁期间船舶抵押的书面同意权。在光船租赁期间，出租人要对船舶设置抵押的，应事先取得承租人的书面同意。否则，承租人遭受损失的，有权要求赔偿损失。（3）付清租购费时取得船舶所有权。光船租赁合同订有租购条款的，承租人按照合同约定付清租购费时，即取得船舶所有权。

第六节 船舶碰撞

一、船舶碰撞的概念与含义

船舶碰撞，是指船舶在海上或者与海相通的可航水域发生接触造成损害的事故。

船舶碰撞有以下几层含义：（1）船舶碰撞是指海船与海船的碰撞。用于军事或者政府公务的船艇的碰撞不包括在内。（2）船舶碰撞是指船与船的碰撞，船舶与栈桥、码头及其他水上、水下固定物体的碰撞，即使发生了损害，也不为船舶碰撞。（3）船舶碰撞不仅包括实际碰撞，而且包括间接碰撞。所说间接碰撞是指船舶没有实际碰撞，但因船舶的某一项操纵的作为或不作为，或因不遵守航行规章，致使另一船或船上的货物、人身遭受损害，即为间接碰撞。依我国《海商法》的规定，船舶间接碰撞的，也按船舶碰撞的规定处理。

二、船舶碰撞的法律后果

（一）当事船船长在船舶碰撞后的义务

1. 施救义务。船舶发生碰撞，当事船舶的船长在不严重危及本船和船上人员安全的情况下，对于相碰的船舶和船上人员必须尽力施救。这一规定主要是为了减少船舶碰撞造成的社会危害。

2. 通知义务。船舶发生碰撞，碰撞船舶的船长应当尽可能将其碰撞船舶名称、船籍港、出发港和目的港通知对方。这一规定主要是为了方便船舶碰撞的行政、民事责任的调查处理和水上交通安全行政处理。

必须说明的是：（1）船长的上述义务与船舶碰撞责任的归属无关，即使对船舶碰撞没有任何责任的当事船舶的船长，也应履行上述义务。（2）上述义务是船长的个人义务。船长违反上述义务，船长本人应依法承担行政的或刑事责任，但并不当然地将责任加于船舶所有人；换言之，不能以此为由扣押船舶或者增加船舶所有人对船舶碰撞的责任。（3）船长负有尽最大努力进行施救和通知的义务。只要不严重危及本船和船上人员安全，船长就应“尽力”、“尽可能”地履行其义务，而不能仅仅是“合理注意”或者“谨慎处理”。（4）本条规定适用于船长及依规定代行船长职权的人。

（二）船舶碰撞责任承担

1. 船员无过失碰撞。船员无过失碰撞，是指由于不可抗力或者其他不能归责于任何一方的原因或者无法查明的原因造成的碰撞。对于船员无过失碰撞，损害由遭受者自行承担。

2. 船员过失引起的碰撞。船舶碰撞中的过失，是指未遵守海上碰撞规则的过失。船员过失引起的碰撞分为两种情况：（1）单方面过失所致的船舶碰撞。碰撞事故是由一方的过失造成的，损失由过失船舶负担。两船未发生实际碰撞，但由于一船的过失造成他船的损害，即间接碰撞时，过失船仍应负赔偿责任。（2）双方互有过失的船舶碰撞。碰撞事故由双方的过失所致，损失依各船过失程度按比例负担。如果过失程度相当或者无法判定哪一方的过失更大，损失由双方平均负担。

3. 船舶碰撞的损害赔偿。船舶碰撞的损害赔偿，包括船舶的损害和船上所载货物的损害，以及船上旅客、船员的人身伤亡及财产损失。船舶碰撞造成第三人人身伤亡的，互有过失的船舶负连带赔偿责任。

三、船舶碰撞损害赔偿诉讼的管辖和诉讼时效

（一）诉讼管辖和准据法

1. 诉讼管辖。依据我国《民事诉讼法》第 31 条规定，因船舶碰撞或其他海损事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地法院管辖。

2. 准据法。依据《海商法》第 273 条规定，（1）船舶碰撞的损害赔偿适用侵权行为地法；（2）船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿，适用受理案件的法院所在地法；（3）同一国籍的船舶，不论碰撞发生在何地，碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。

（二）船舶碰撞损害赔偿请求权的诉讼时效

依我国《海商法》第 261 条规定，（1）有关船舶碰撞的请求权，时效期间为 2 年，自碰撞事故发生之日起计算；（2）互有过失的船舶，对造成的第三人的人身伤亡承担了连带责任的，向其他过失船舶追偿的时效期限为 1 年，自当事人连带支付损害赔偿之日起计算。

第七节 海难救助

一、海难救助的概念

海难救助，是指对遭遇海难的船舶、货物的全部或部分，由外来力量对其进行的救助。实施救助的力量可以是从事救助工作的专业救助公司，也可以是邻近和过往的船舶。海上救助的水域包括海上和与海相通的可航水域。海上救助是以维护航行安全为目的，以承认救助人的报酬请求权来促进安全航行的实现。

二、救助合同

（一）救助合同的概念

在海上救助开始前或进行中，救助人和被救助人以书面或口头形式，达成旨在明确双方权利义务的协议，称为救助合同。遇险船舶的船长有权代表船舶所有人订立救助合同。遇险船舶的船长或船舶所有人有权代表船上财产所有人订立救助合同。

（二）救助合同的变更

救助合同一经订立，当事人不能任意解除或随意变更。我国《海商法》第176条规定，救助合同在两种情况下经一方当事人起诉或申请仲裁，可判决或裁决变更合同；（1）合同在不正当或危险情况的影响下订立，合同条款显失公平的；（2）根据合同支付的救助款项明显高于或低于实际提供的救助服务的。

（三）救助合同的种类

救助合同可分为两类：（1）无效果无报酬救助合同。即救助行为没有效果，便不产生支付救助报酬的义务。（2）实际费用救助的合同。当事人可约定，救助报酬依救助所花的实际费用为依据。我国《海商法》承认这两种合同。

（四）救助方的义务

在救助作业过程中，救助方对被救助方负下列义务：（1）以应有的谨慎进行救助；（2）以应有的谨慎防止或者减少环境污染损害；（3）在合理的情况下，寻求其他救助方援助；（4）当被救助方合理要求其他救助方参与救助作业时，接受此种要求，但是要求不合理的，原救助方的救助报酬金额不受影响。

（五）被救助方的义务

在救助作业过程中，被救助方对救助方负有下列义务：（1）与救助方通力合作；（2）以应有的谨慎防止或者减少环境污染损害；（3）当获救的船舶或者其他财产已经被送至安全地点时，及时接受救助方提出的合理的移交要求。

三、救助报酬

（一）救助报酬请求权

海难救助报酬请求权的成立条件是：（1）必须遭遇海难。这里所说的海难，是指因航海发生的危险，如触礁、搁浅、碰撞、火灾及破裂等使船舶处于不能自救的状态，而不问海难发生的原因和海域。船舶、货物遭遇海难是海难救助报酬请求权成立的前提条件。（2）救助应有效果。一般实行无效果无报酬的救助原则，但合同另有约定的除外。（3）救助入必须没有救助义务。有义务进行救助的人进行救助，不能请求救助报酬。但在下列情况下，则被

认为是有义务进行救助：第一，船舶遇险时，该船船长及船员对本船人命、船货的救助。第二，两船发生碰撞时，船长及船员对他船船上的人命、财产的救助。第三，获悉他船遇险，船长及船员对他船人命的救助。

（二）不能获得救助报酬的救助行为

遇有下列情况之一的，救助方不能获得救助报酬：（1）有义务进行的救助行为；（2）正常履行拖航合同或者其他服务合同的义务进行的救助行为；（3）不顾遇险船舶的船长、船舶所有人或者其他财产所有人明确和合理的拒绝，仍然进行救助的行为。

（三）减少或取消救助款项的救助行为

救助方有下列情况之一的，减少或取消救助方的救助款项：（1）由于救助方的过失致使救助作业成为必要或更加困难的；（2）救助方有欺诈或者其他不诚实行为的。

（四）救助报酬负担人

应支付救助报酬的人是获救的船舶和其他财产的所有人。如果船货均已投保，则救助报酬可由保险人承担。对于人命救助，被救助者没有支付报酬的义务。但是，救助方可以从救助船舶或者其他财产获得合理的份额。

（五）救助报酬数额

救助报酬数额一般由救助合同予以规定。在确定救助报酬时，应考虑下列因素：（1）船舶和其他财产获救的价值。即船舶和其他财产获救后的估计价值或者实际出卖的收入，扣除有关税款和海关、检疫、检验费用以及进行卸载、保管、估价、出卖所产生的费用后的价值，但船员获救的私人物品和旅客获救的自带行李的价值不包括在内。（2）救助方在防止或者减少环境污染损害方面的技能和努力。（3）救助方的救助效果。（4）危险的性质和程度。（5）救助方的救助船舶及其他财产和人员方面的技能和努力。（6）救助方所用的时间、支出的费用和遭受的损失。（7）救助方或者救助设备所冒的责任风险和其他风险。（8）救助方提供救助服务的及时性。（9）用于救助作业的船舶和其他设备的可用性和使用情况。（10）救助设备的备用状况、效能和设备的价值。但是，救助报酬不得超过船舶和其他财产的获救价值。

对于构成环境污染损害危险的船舶或船上货物进行救助，救助方获得的救助报酬少于救助费用的，还可以从船舶所有人处获得相当于救助费用的特别补偿。救助方取得防止或者减少环境污染损害效果的，救助方还可以从船舶所有人处取得另行增加的特别补偿，该补偿数额可达到救助费用的30%。

（六）救助报酬的承担

救助报酬由获救的船舶和其他财产所有人承担。他们之间则按照船舶和其他各项财产的获救价值占全部获救价值的比例承担。

四、救助款项及其担保

救助款项，是指被救助方应当向救助方支付的救助报酬、酬金或者补偿。对于救助款项，被救助方在救助作业结束后，应根据救助方的要求，提供满意的担保。获救船舶的所有人还应当在获救货物交还前，尽力使货物的所有人对其应当承担的救助款项提供满意的担保。

如果被救助方未提供满意的担保，未经救助方的同意，不得将获救的船舶和其他财产从救助作业完成后最初到达的港口或者地点移走。对于获救满90日的船舶和其他财产，被救助方不支付救助款项及不提供满意担保的，救助方可以申请法院强制拍卖；对于无法保管、不易保管或保管费用可能超过

其价值的船舶和其他财产，可以申请提前拍卖。对于拍卖所得价款，支付救助款项有剩余的，应退还被救助方，无法退还的，自拍卖之日起满 1 年又无人认领的，上缴国库；拍卖金额不够偿还救助款项的，救助方有权向被救助方追偿。

第八节 共同海损

一、共同海损的概念与特征

共同海损，是指在同一海上航程中，船舶、货物和其他财产遭遇共同危险，为了共同安全，有意地合理地采取措施所造成的特殊牺牲及支付的特殊费用。

与单独海损相比，共同海损具有下面的特征：

1. 发生的原因不同。共同海损是有意采取措施造成的；而单独海损则是由偶然的意外事件造成的。
2. 涉及的利益方不一样。共同海损是为船货各方的共同利益所受的损失；而单独海损则只涉及到损失方个人的利益。
3. 后果不同。共同海损应由受益方分摊；而单独海损则由损失方自己承担。

二、共同海损的成立条件

共同海损的成立条件是：（1）船舶、货物和其他财产必须遭遇共同危险。危险必须是船货共同面临的，因此空载航行的船舶或者卸货完毕后的船舶遭遇海难，就不存在共同海损。而且，共同危险必须是实际存在的，而不是臆测的。船长考虑不周，贸然采取措施，但事后证明没有共同危险存在，船方应负过失责任，而不能以共同海损论处。（2）措施必须是有意的和合理的。所说措施必须是有意的，是指船方在遇到海难时，主动采取行动以避免船货的共同危险。例如，舱内着火，引水灌舱，使未着火的包件带来湿损，就属共同海损。所说采取的措施必须是合理的，是指以最小的损失来避免最大的灾难。因采取的措施不合理而造成的损失，其不合理的部分不能得到共同海损的补偿。（3）牺牲和费用必须是特殊的。船方采取措施造成的牺牲和支付的费用，只要是其应尽义务之外的，不是在正常情况下应当发生的，即被认为是特殊的。例如，船舶为避免船货的全损的浅滩自动搁浅造成的牺牲和引起的救助费用就属特殊的。（4）采取的措施取得了效果，达到了全部或部分保全船货或其他财产的目的。

三、共同海损的范围

（一）共同海损损失

共同海损损失是指为了抢救船货等而造成的船货和其他财产的合理损失。包括：

1. 抛弃货物的损失。（1）被抛弃货物（含船用物料）本身的损失。需要说明的是，被抛弃的货物，必须是按公认货运习惯运输的，才能作为共同海损受偿。因此，抛弃舱面货，通常不构成共同海损，除非该舱面货是按照承运人与托运人的协议，或者按照航运惯例，或者按照法律、行政法规的规定装运的。（2）抛弃货物的损害是为共同安全所作的牺牲。例如，为了抛货而在船上开口，或因抛货而损坏船上设备，或因开舱抛货致使海水进入舱内浸湿了舱内其他货物。

2. 为扑灭船上火灾而造成的损失。即在扑灭船上火灾时，由于用水灭火或使失火船舶搁浅、沉没等措施所致的船舶或货物的损失。但船舶和货物因火灾所致的损失，包括烟熏或火烤所致的损失，不得作为共同海损受偿。

3. 割弃残损部分的损失。即因割弃残损物所造成的船舶或者货物的进一步损害和发生的费用，但被割弃的残损部分，不得作为共同海损受偿。

4. 自愿搁浅所致的损失。即为共同安全而主动将船驶往浅滩或凿沉在浅水搁浅所致的灭失或损害。

5. 机器和锅炉损害的损失。对于搁浅并处于危险境地的船舶，为力图将其重新浮起，致使机器及锅炉蒙受损害，只要这种措施是为了共同安全而有意采取的，机器和锅炉的损害即可列入共同海损。但船舶在漂浮状态下因使用推进机或锅炉而受的灭失或损害，在任何情况下，都不得列为共同海损受偿。

6. 作为燃料烧掉的船用材料和物料。是指在危急情况下，为了共同安全不得不烧掉的船用材料或物料。但如果上述情况是由于船舶未备足燃料所致，则应由船东自行承担该项损失。

7. 卸货等过程中造成的损失。货物、燃料或物料在操作起卸、存栈、重装或积载过程中所受的损失，在而且仅在这些作业的费用已分别列为共同海损时，才能作为共同海损受偿。如依我国《海商法》第 194 条的规定，船舶因意外、牺牲或其他特殊情况而受到损坏时，为修理而卸载、储存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产所造成的损失，应当列入共同海损。

8. 运费损失。即由于货物的灭失或损害所造成的运费损失。

（二）共同海损费用

1. 救助报酬。救助报酬，不论是否依据救助合同给付的，只要救助活动是为了共同安全进行的，便应列入共同海损受偿。依 1990 年 6 月 29 日国际海事委员会通过的《1974 年约克·安特卫普规则》规则 6 修正案，救助报酬中应考虑《1989 年救助公约》规定的救助人在防止或减轻环境污染上的技能与努力。但船舶所有人应支付给救助人的特别补偿，不应列为共同海损。我国海商法未对此问题作明确规定。

2. 搁浅船舶减载费用。如果船舶搁浅，而货物、船用燃料及物料，或其中任何一项，作为共同海损行为卸下，则减轻积载、租用驳船和重装（如果发生）等额外费用，应列入共同海损。由此所受灭失或损害，应作为卸货等过程中造成的损失，列为共同海损受偿。

3. 在避难港等地的费用。所谓避难港，是指船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况而损坏时，为了安全完成航程，进行必要的避险、补给或修理等活动时，不得不驶入的避难港口、避难地点或原装货港口或装货地点。我国《海商法》规定船舶因发生意外、牺牲或者其他特殊情况（如船方过失）而损坏时，下列费用应当列入共同海损：

（1）为了安全完成本航程，驶入避难港进行必要的修理而发生的修理费。

（2）在避难港额外停留期间所支付的港口费、船员工资、给养、船舶所消耗的燃料、物料而发生的费用。必须说明的是，如果避难港是船舶预定挂靠或正常情况下停留的港口，则船舶进出该港和在该港正常停留期间必将发生的港口费和为支付船员工资、给养、船舶所消耗的燃料、物料而发生的费用属于船舶正常营运费用，不能列入共同海损；只有额外停留期间支付的费用，才可列入共同海损。

（3）为修理而卸载、储存、重装或者搬移船上货物、燃料、物料以及其他财产而支付的费用。

如果船舶驶入第一个避难港后，发现该港无法实现为安全完成本航程所

需的作业或活动，而进入第二个避难港，则在该第二避难港发生的费用，也应适用《海商法》有关避难港费用的规定。

4. 代替费用。我国《海商法》规定为代替可以列为共同海损的特殊费用而支付的额外费用，可以作为代替费用列入共同海损；但是，列入共同海损的代替费用的金额，不得超过被代替的共同海损的特殊费用。

5. 垫款手续费和共同海损利息。（1）垫款手续费，是指预先垫付共同海损特殊费用的一方，就垫付的费用应收取的管理费，该手续费应由各受益方分摊。需要说明的是，为船员工资、给养和船舶消耗的燃料、物料垫付的共同海损特殊费用不能计算手续费，因为这些费用属于船方的一般性经常开支。（2）共同海损利息，是指共同海损特殊牺牲和垫付的共同海损特殊费用应当计算的利息，该利息应列入共同海损受偿。

6. 理算费用。理算费用一般包括：书写海事报告和认证费用、共同海损损失的鉴定费用、共同海损分摊价值的鉴定费用、理算人的通讯费和差旅费等。理算费用习惯上也列入共同海损由各受益人分摊。

四、共同海损的理算

共同海损事故发生后，采取合理措施所引起的共同海损牺牲和支付的共同海损费用，由全体受益方共同分摊。为此，需要确定作为共同海损受到补偿的牺牲和费用的项目及金额，应参加分摊的受益方及其分摊价值，各受益方的分摊额以及最后应付的金额和结算办法，编制理算书等。这一系列调查研究和审计核算工作，称为共同海损理算。我国《海商法》规定，共同海损理算适用当事人约定的理算规则，只有合同未约定时，才适用我国《海商法》规定的理算规则。

（一）共同海损牺牲金额的确定

我国《海商法》规定，共同海损牺牲金额的确定规则是：（1）船舶共同海损牺牲的金额，按照实际支付的修理费，减除合理的以新换旧的扣减额计算。船舶尚未修理的，按照牺牲造成的合理贬值计算，但是不得超过估计的修理费。船舶发生实际全损或者修理费用超过修复后的船舶价值的，共同海损牺牲金额按照该船舶在完好状态下的估计价值，减除不属于共同海损损坏的估计修理费和该船舶受损后的价值的余额计算。（2）货物共同海损牺牲的金额，货物灭失的，按照货物在装货时的价值加保险费和运费，减除由于牺牲无需支付的运费计算。货物损坏，在损坏程度达成协议前出售的，按照货物在装船时的价值加保险费和运费，与出售货物净得的差额计算。（3）运费共同海损牺牲的金额，按照货物遭受牺牲造成的运费的损失金额，减除为取得这笔运费本应支付，但是由于牺牲无需支付的营运费用计算。

（二）共同海损分摊价值的计算

我国《海商法》规定，共同海损分摊价值的计算规则是：（1）船舶共同海损分摊价值，按照船舶在航程终止时的完好价值，减除不属于共同海损的损失金额计算，或者按照船舶在航程终止时的实际价值，加上共同海损的牺牲金额计算。（2）货物共同海损分摊价值，按照货物在装船时的价值和保险费、运费，减除不属于共同海损的损失金额和承运人承担风险的运费计算。货物在抵达目的港以前出售的，按照出售净得金额加上共同海损牺牲的金额计算。（3）运费分摊价值，按照承运人承担风险并于航程终止时有权收取的运费、减除为取得该项运费在共同海损事故发生后，为完成本航程所支付的营运费用，加上共同海损牺牲的金额计算。（4）未申报的货物或者谎报的货

物，应当参加共同海损的分摊；其遭受的特殊牺牲，不得列入共同海损。不正当以低于货物实际价值作为申报价值的，按照实际价值分摊共同海损；在发生共同海损牺牲时，按照申报价值计算牺牲金额。（5）免除分摊义务的财产为旅客的行李和个人物品。

（三）确定各受益方的分摊金额

共同海损应当由受益方按照各自的分摊价值的比例分摊。实践中一般按下列步骤计算各受益方分摊的共同海损金额：

1. 将共同海损总金额除以共同海损分摊价值总额，计算出共同海损损失率，即：

$$\text{共同海损损失率} = \frac{\text{共同海损总金额}}{\text{共同海损分摊价值总额}} \times 100\%$$

2. 用各受益方的分摊价值分别乘以共同海损损失率，得到各受益方应分摊的共同海损金额，即：

各受益方的分摊金额 = 各受益方的分摊价值 × 共同海损损失率。

五、共同海损的举证责任、准据法和诉讼时效

（一）共同海损的举证责任

提出共同海损分摊请求的一方应当负举证责任，证明其损失应当列入共同海损。

（二）共同海损理算的准据法

共同海损理算，适用理算法。

（三）共同海损分摊请求权的诉讼时效

有关共同海损分摊的请求权，时效期间为 1 年，自理算结束之日起计算。

第九节 海事赔偿责任限制

海事赔偿责任限制，是指发生重大海难，给其他人带来重大损失时，将责任方的赔偿责任，限制在一定限度之内的赔偿制度。这是海上运输中特有的赔偿制度。

一、有权享受海事赔偿责任限制的责任人

在海商法上，人们习惯把对海事赔偿请求负有责任并有权根据海事赔偿责任限制的法律限制其海事请求的人统称为责任主体。我国海商法主要规定了下列责任主体：

1. 船舶所有人，包括船舶承租人（含光船承租人、期租承租人和程租承租人）和船舶经营人。

2. 救助人。

3. 船舶所有人、救助人对其行为、过失负有责任的人员，即船舶所有人、救助人的代理人、受雇人。把船舶所有人、救助人的代理人、受雇人列入责任主体，规定限制性债权的债权人向这些人员提起海事赔偿请求时，这些人员也可以依法限制赔偿责任，主要是为了防止索赔方通过对这些人员提起海事赔偿请求以谋求绕过船舶所有人、救助人取得更多的赔偿。因为依据责任代理制，这些人员的赔偿责任最终是由船舶所有人、救助人负担。

4. 责任保险人。依我国海商法，如果被保险人依法可以限制赔偿责任，则对该海事赔偿请求承担责任的保险人有权享受与被保险人相同的赔偿责任限制。

其中船舶所有人和救助人是基本的责任主体，规定船舶所有人、救助人对其行为、过失负有责任的人员，责任保险人也可援引海事赔偿责任限制，最终也是为了使船舶所有人、救助人能够切实享受到海事赔偿责任限制。

二、限制性债权和非限制性债权

（一）限制性债权

限制性债权，是指海事赔偿责任主体根据海商法有关海事赔偿责任限制的规定可以限制其赔偿责任的海事赔偿请求。我国海商法明确规定下列海事赔偿请求，无论赔偿责任的基础有何不同，无论提出的方式有何不同，责任人均可以依法限制赔偿责任：

1. 在船上发生的或者与船舶营运、救助作业直接相关的人身伤亡或者财产的灭失、损坏，包括对港口工程、港池、航道和助航设施造成的损坏，以及由此引起的相应损失的赔偿请求；

2. 海上货物运输因迟延交付或者旅客及其行李运输因迟延到达造成损失的赔偿请求；

3. 与船舶营运或者救助作业直接相关的，侵犯非合同权利的行为造成其他损失的赔偿请求；

4. 责任人以外的其他人，为避免或者减少责任人依法可以限制赔偿责任的损失而采取措施的赔偿请求，以及因此项措施造成进一步损失的赔偿请求。但责任人以合同约定支付的报酬，责任人的支付责任不得援用赔偿责任限制。

（二）非限制性债权

非限制性债权，是指责任主体无权根据海商法有关海事赔偿责任限制的规定限制其赔偿责任的海事赔偿请求。包括：

1.对救助款项或者共同海损分摊的请求。把救助报酬排除在外，一方面是为了鼓励救助，另一方面是因为我国海商法已对救助报酬规定了最高限额；把共同海损分摊排除在外，则主要是出于公平考虑，因为货方已在同样条件下分摊了自己的海损。

2.中华人民共和国参加的国际油污损害民事责任公约规定的油污损害的赔偿请求。

3.中华人民共和国参加的国际核能损害责任限制公约规定的核能损害的赔偿请求。

4.核动力船舶造成的核能损害的赔偿请求。之所以把这种赔偿请求排除在外，是因为已有专门的国际公约加以调整。

5.船舶所有人或者救助人的受雇人提出的赔偿请求，根据调整劳务合同的法律，船舶所有人或者救助人对该类赔偿请求无权限制赔偿责任，或者该项法律作出了高于海商法规定的赔偿限额的规定。规定这种非限制性债权主要是为了保护船员的利益。

三、海事赔偿责任限额

海事赔偿责任限额，是指责任主体依法对所有限制性债权的最高赔偿额。我国《海商法》规定了以下两种海事赔偿责任限额。

（一）对于一般情况下发生的海事赔偿请求，按船舶总吨位分级计算

人身伤亡分五个等级，非人身伤亡的赔偿请求，即财产损失分四个等级。300—500 吨的船舶为第一个等级。人身伤亡的赔偿限额以 333000 特别提款权为基数；财产损失的赔偿限额以 167000 特别提款权为基数。500 总吨以上的吨位每吨分级增加一定的数额。详见下表：

船舶总吨位（吨）		人身伤亡（S·D·R·）	财产损失（S·D·R·）
每 吨 位 增 加	300 — 500	333000	167000
	501 — 3000	500	167
	3001 — 30000	333	
	30001 — 70000	250	125
	超过 70000 部分	167	83

不以船舶进行救助作业或者在被救助船舶上进行救助作业的救助人，其责任限额按照总吨位为 1500 吨的船舶计算。即人身伤亡的赔偿责任限额为 833000 特别提款权；财产损失的赔偿责任限额为 334000 特别提款权。但如果救助人在实施救助作业造成损害时，是在救助船上，则仍按救助船的实际吨位计算责任限额。

总吨位不满 300 吨的船舶，从事中华人民共和国港口之间的运输的船舶，以及从事沿海作业的船舶，其赔偿限额由国务院交通主管部门制定，报国务院批准后施行。

（二）旅客人身伤亡的赔偿责任限额

海上旅客运输的旅客人身伤亡赔偿责任限制，按照 46666 特别提款权乘以船舶证书规定的载客定额计算赔偿限额，但是最高不超过 2500000 特别提款权。因此，当客船上载运的旅客超过 535 名时，责任人也只赔偿 2500000 特别提款权，而每位旅客也就只能在 2500000 特别提款权的限额内按比例受偿。

但是，中华人民共和国港口之间的海上旅客运输的旅客人身伤亡，赔偿限额由国务院交通主管部门制定，报国务院批准后施行，而不适用海商法规定。

四、海事赔偿责任限制的适用

1.我国海商法采取事故制，上述赔偿责任限额，仅适用于特定场合发生的事故引起的，向船舶所有人、救助人本人和他们对其行为、过失负有责任的人员提出的请求的总额（海商）。

所谓特定场合发生的事故，是指由于同一原因造成的且相互之间存在因果关系的事故。如船舶航行途中，由于承运人的过失发生火灾，一部分货物被火烧毁，剩下的货物和船舶一起沉没。这种情况下，因为火灾和沉没都是由于承运人的同一个过失造成的，且火灾是沉没的主要原因，因此，承运人对货物被烧毁的货主和随船沉没的货物的货主的赔偿请求可以用一个责任限额加以限制。反之，在同一航次中，基于不同的原因而发生的或者相互之间没有因果关系的数个事故，即使时间上相隔很近，也不属于同一特定场合发生的事故。在上面的例子中，如果船舶起火后并未沉没，灭火后继续航行，后又因承运人的过失起火灾沉没，则应认为发生了两次独立的事故，对因第一次火灾受损的货主和因第二次事故受损的货主的赔偿请求必须分别进行责任赔偿限制。

2.我国《海商法》规定的责任限制是一种差额限制。享受责任限制的人，就同一事故向请求人提出反请求的，双方的请求金额应当互相抵消，海事赔偿责任限额只适用于两个请求金额之间的差额。即先相互抵消，再用责任限额限制两个请求金额间的差额。

3.我国《海商法》规定的海事赔偿责任限制属于综合性限制，不同于海上货物运输或者海上旅客运输的承运人所享有的单位责任限制。如果某一海事赔偿请求既属于海事赔偿责任限制制度中的限制性债权，又适用单位赔偿责任限制，则先用单位赔偿责任限额进行第一次限制，再根据海事赔偿责任限制的有关规定进行第二次限制。例如：

某托运人的 50 件货物因承运人不能免责的事由在一次事故中灭失，共损失 25 万特别提款权，该事故没有造成其他人身伤亡和财产损害。假设每件货物重 2000 公斤，运输船舶的总吨位为 300 吨。则按我国海商法关于承运人单位赔偿责任限额的规定，承运人对每公斤货物的赔偿责任限额为 2 特别提款权，因此承运人应赔偿 20 万特别提款权，而不是 25 万特别提款权。但由于还要根据海事赔偿责任限额进行第二次限制，因此，承运人最后实际只赔偿 167000 特别提款权。

4.我国《海商法》规定的海事赔偿责任限制不受海商法关于船舶优先权的规定的影响。也就是说，具有船舶优先权的海事请求，如果属于限制性债权，也应受到海事赔偿责任限额的限制。

导 论

经济法被称为一个新的法律部门，时间不算太久。由于世界各国的经济和法律制度的差异，经济法的理论相去甚远，至今还没有一个统一的经济法概念。

在很多国家，法学家把经济法看成是国家依靠行政权力干预国民经济的法律规范的总称。德国学者就认为经济法是国家管理经济的法律，是国家以直接影响国民经济为目的的法律规范的总称。日本的学者则认为经济法是通过对国家的权力来完成民法无法完成的调节社会经济关系的法规。说法虽然不一样，但基本意思却是相同的，即经济法是国家对经济领域进行干预的法律。

我国法学界对经济法的概念和调整对象以及它和民法、行政法等法律部门的关系问题的研究和探讨，始于改革开放之初，研究经济法理论的人士大都在经济法与民法、行政法的关系问题上，主张经济法是同民法及行政法相区别的，坚持经济法是一个新的独立的法律部门，但对经济法的概念和调整对象则众说纷纭，始终没有一个统一的看法。

尽管由于对经济法在整个法律体系中的地位的不同看法直接影响到了对经济立法的性质的界定，但各种不同的经济法学说却反映出了一个共同的事实。这就是，随着从本世纪初开始的各种经济立法对社会关系进行纵横交错的领域性调整这种现象的出现，人们逐步意识到，只有自觉地理解和运用综合法律调整的方法，同时运用各种不同的法律手段来对某一特定的经济领域进行综合调整，才有可能更有效地发挥出法律手段的作用，实现法律系统调整的社会功能，最终达到全面调整特定经济领域内各种社会关系的预定目标。各种经济法无疑都是这样一种围绕着某种特定的经济活动领域而逐步发展起来的综合性调整的立法。所以，有人为区别于传统的“部门法”的调整方法，而将其称之为“领域性”调整的方法。

近年来，随着系统理论在法学研究领域的应用，不少同志主张在传统的部门法划分的理论概念和框架概念的基础上，将经济法与传统的部门法都看成是一个个的法律规范系统，将其作为我们整个法律体系这个大系统中的一个一个的子系统。像经济立法这样一组相互联系、相互作用的调整经济生活这一特定社会领域中的各种社会关系的法律规范，通过其特有的综合立法的结构形式而集合在一起，其无疑具备系统的结构性。这些法律规范，以整体的形式与外界发生作用，从而又具备了经济立法调整经济领域内各种社会关系的特定的系统功能性。在经济立法的法律规范中，既有调整纵向经济法律关系的行政法规范，又有调整横向经济法律关系的民法规范，还有调整各种经济犯罪的刑事法律规范等，这显然具备了系统的综合性。

总之，我国的经济法律体系，指的应是我国全部现行的各种经济法律规范，遵循一定的规律和原则，相互联系、相互作用而组成的具有调整经济关系的一定功能的有机整体或系统。而构成这一系统的要素就是经济法律规范。

这里所谓经济法律规范，指的是国家机关在组织、协调、管理社会经济活动中所制定的对经济关系参加者具有一般约束力的行为规则的总和。在这里，经济法律规范具有广泛的涵义，既包括调整我国社会客观存在的商品经

济关系的法律规范，又包括调整国家在组织领导国民经济运行中所形成的经济管理关系的法律规范，还包括调整与经济活动相联系的其他社会关系的法律规范。具体说，就是把规定我国经济制度和基本经济关系的部分宪法规范，调整我国社会商品所有者在交换过程中所形成的等价有偿的商品关系或财产关系的民法规范，调整国家在组织、领导和管理社会经济活动中所形成的经济管理关系的经济行政法规规范，调整国家财政、税收、金融、劳动、环保等管理活动中所发生的经济关系的各种相应法律规范，以及规定经济犯罪及其制裁的部分刑法规范，都看作了经济法的构成要素。

我们在学习和研究经济法时，必须注意其统一的调整目的，还必须注意其由于调整手段的不同，在形成法律关系时所必然表现出来的不同特征。

首先，纵向经济管理关系的性质，决定了调整管理关系的法律方法必然是以一定的意志决定或者管理指令、命令等为构成要件。这在客观上要求在运用法律规范调整这一关系时，必须采取以行政指令和服从为主的方法，即他律式的法律调整方法。这种调整方法的主要特点是：第一，它反映了国家在市场经济领域中从事宏观调控活动时所形成的上下级行政隶属关系即垂直关系，体现着市场经济管理关系参加者的非平等地位；第二，它表明在对市场经济的管理活动中主要运用命令性的原则，即国家的管理指示和命令的方式，通过授权、豁免、命令、禁止、许可、核准、确认、取缔、保护、制裁等手段，对市场主体的组织和行为加以规范，对它们之间的利益关系加以协调，从而实现国家在社会范围内对市场经济生活的统一领导和管理；第三，它意味着市场经济管理关系中的主体的利益是不等价的，当事人之间基本上不存在相对利益，国家可以从全社会利益出发，对商品经济活动及其主体的行为加以检查和监督；第四，它还意味着在市场经济管理关系中，国家机关往往以行政领导者的身份，作出具有法律约束力的指令性决定，对当事人的经营活动和交易关系加以干预，从而体现了行政强制的性质。

其次，商品经济的一般规律决定了，任何商品经济都必须在平等、自愿的基础上，等价、有偿地进行。平等、自愿、等价和有偿的民事法律关系，构成了商品交换关系及其法律表现形式的基础，当然这也就是在市场经济中自律式法律调整方法赖以存在和发挥作用的客观依据。很显然，自律式的法律调整方法与市场经济的基本要求是一致的。这种调整方法的特点是：第一，它反映了具有横向性质的商品经济关系参加者的平等地位，体现了当事人在平等基础上所形成的交换关系；第二，它意味着在横向的商品经济关系中实行意思自治原则，即国家允许市场主体作出以取得一定权利为目的的行为，从而在市场经济活动中享有自主权；第三，它还表明商品经济关系的当事人在利益上是等价有偿的，离开一定的利益关系，商品交换及其过程就没有实际意义；第四，它也意味着商品经济关系的主体应当在平等自愿的基础上，进行各种法律行为。

市场经济是法治经济，加强经济立法，完善宏观调控，规范经济行为，保障经济运行，是建设社会主义市场经济体制的迫切要求。经济法的理论，必将随着经济立法的不断发展而逐步完善。探寻经济立法的规律，掌握经济立法的特点，对于我们学习和研究经济法，有着重要的意义。

以上是有关经济法的一些理论性介绍，供读者在学习本书时参考。

第一章 反不正当竞争法

第一节 反不正当竞争法概述

一、不正当竞争与反不正当竞争法的概念

不正当竞争，是指经营者违反法律规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。所谓经营者，是指从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人。

反不正当竞争法，是调整在制止不正当竞争行为过程中发生的社会关系的法律规范的总称。1993年9月2日第八届全国人大常委会第三次会议通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》），自1993年12月1日起施行。

二、反不正当竞争法的宗旨

根据《反不正当竞争法》第1条的规定，我国反不正当竞争法的宗旨有三：（一）保障社会主义市场经济的健康发展。竞争机制是市场经济最基本、最重要的运行机制，是其他市场经济规律赖以发挥作用的基础。对竞争秩序的破坏会引起市场运行规律的扭曲，导致社会经济秩序的紊乱。作为调整竞争关系的法律，反不正当竞争法的首要目标是保护竞争机制，使整个社会经济能够有序运转。（二）鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争。（三）保护经营者和消费者的合法权益。

三、反不正当竞争法的基本原则

根据《反不正当竞争法》第2条的规定，我国反不正当竞争法有下列两项基本原则：（一）自愿、平等、公平原则。自愿主要指竞争者不得强迫、胁迫或利诱交易对方与自己进行交易或不与竞争对手进行交易。平等指竞争者应相互尊重对方的独立地位，不得为自己利益损害竞争对手的利益。公平原则一方面要求市场应当是自由开放的，竞争者参加竞争的机会应是均等的，另一方面要求竞争者不得以大欺小、以强凌弱，不当利用自己的竞争优势。公平原则还要求竞争者只能以公开合法的手段进行竞争，不得进行幕后交易。（二）诚实信用，遵守公认商业道德的原则。此项原则要求经营者无论进行任何经济活动均应出于正当的商业动机，以正当的、符合商业道德的手段实现其经济目的。

第二节 不正当竞争行为

一、不正当竞争行为概述

不正当竞争行为有广义和狭义之分。广义的不正当竞争行为指一切损害竞争机制有效发挥作用的行为，包括下列三类行为：1. 垄断或图谋垄断；2. 限制竞争行为；3. 不正当竞争方法。垄断一般是指一个或少数几个企业占有某行业的绝大部分市场份额。图谋垄断指企业通过兼并、股份保有、董事兼任等方式减少竞争者，有导致垄断倾向的行为。限制竞争行为指排除、阻止、限制和妨碍竞争者之间开展竞争的安排或行为。不正当竞争方法指竞争者违背诚实信用原则，违反公认的商业道德的方法同竞争者进行竞争的行为。狭义的不正当竞争行为即是指不正当竞争方法。

我国《反不正当竞争法》调整两类不正当竞争行为。一类是限制竞争行为，包括：1. 公用企业或其他依法享有独占地位经营者的限制竞争行为；2. 政府机构的限制竞争行为；3. 搭售或附加其他不合理条件；4. 串通投标。另一类是不正当竞争方法，包括：1. 欺骗性交易方法；2. 商业贿赂；3. 侵犯商业秘密；4. 虚假广告；5. 掠夺性定价；6. 不正当有奖销售；7. 诋毁竞争对手商业信誉。

二、我国《反不正当竞争法》所规定的限制竞争行为

（一）公用企业或其他依法享有独占地位的经营者的限制竞争行为。所谓公用企业或其他依法享有独占地位的经营者，主要包括供电、供水、供热、供气、邮政、电讯、交通运输等行业的经营者。公用企业应当遵守国家法律的规定，不得利用自身的优势地位妨碍其他经营者的公平竞争，也不得侵害消费者的合法权益。然而，事实上，由于这些企业的自然特点及我国旧的经济体制的延续，这类企业所提供的商品或服务具有某种程度的垄断，特定消费者对提供者往往没有选择的余地。正是基于这种垄断地位，公用企业往往限定他人购买其指定的经营者的商品或服务。这种行为的表现形式通常是以不与进行交易为要挟，要求其所提供的商品或服务的需求者购买其指定经营者的商品，这些商品一般是与该项商品或服务相联系的。根据《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》，公用企业在市场交易中的下列行为属于限制竞争行为：1. 限定用户或消费者只能购买和使用其附带提供的相关商品，而不得购买和使用其他经营者提供的符合技术标准的同类商品；2. 限定用户或消费者只能购买和使用其指定的经营者生产或者经销的商品，而不得购买和使用其他经营者提供的符合技术标准的同类商品；3. 强制用户、消费者购买其提供的不必要的商品及配件；4. 强制用户、消费者购买其指定的经营者提供的不必要的商品；5. 以检验商品质量、性能等为借口，阻碍用户、消费者购买、使用其他经营者提供的符合技术标准要求的其他商品；6. 对不接受其不合理条件的用户、消费者拒绝、中断或者削减供应相关商品，或者滥收费用；7. 其他限制竞争的行为。这种行为的危害性在于：排除被指定经营者的竞争者与其进行竞争的可能，使他们处于不平等的竞争地位，损害了其他经营者的权益；被指定经营者由于缺乏竞争压力将不致力于改进技术、改善经营管理，阻碍企业更新改造，同时由于缺乏竞争机会，竞争者也无改进技术的积极性从而阻碍了整个行业的进步；剥夺了消费者选择产品权利，从而损害了消费者利益。

下面是一例关于公用企业限制竞争案：辽宁省葫芦岛市邮电局于 1995

年5月18日在局营业大厅内贴出通告，通告规定：在市邮电局安装电话的用户，一律要到辽宁省邮电器材集团葫芦岛公司购买电话机；用户在办理装机手续的同时，须先交电话机款，否则不予办理。自通告实行之日起到工商局检查时为止，该公司已通过上述办法售出电话机300部。另查明，辽宁省邮电器材集团葫芦岛公司是葫芦岛市邮电局的下属企业，该公司的法定代表人由葫芦岛市邮电局供应科科长兼任。葫芦岛市工商局认定，市邮电局在安装电话时限定用户购买其指定经营者的电话机的行为，违反了《反不正当竞争法》第6条“公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争”的规定，构成不正当竞争行为，并根据《反不正当竞争法》第23条规定决定，责令葫芦岛市邮电局停止违法行为，并处罚款5万元。分析该案需要注意的是：通讯业是具有一定的垄断性的行业，但通讯网络的终端设备国家并不实行垄断经营政策。为保证通讯网络的质量，保证用户购买电话机后能够进入通讯网正常使用，国家对电话机实行入网许可管理，即电话机投放市场销售前，必须经邮电部检测符合入网质量标准要求。凡邮电部许可入网的电话机，均可以生产、销售，用户均可以购买、使用，邮电部门对电话机并无专营权。所以葫芦岛市邮电局限定用户购买其指定的经营者的电话机的作法构成不正当竞争行为。

（二）政府机构的限制竞争行为。政府机构指的是除国务院以外的各级行政机构，包括国务院各部、委及其下属机构、各级地方政府所属机构。政府机构构成限制竞争行为必须具备的一个要件是滥用行政权力。所谓滥用行政权力是指行政机关的行政行为违反合法、合理的行政原则。合法、合理的行政原则，指行政机关行使职权时，凡有法律明确规定的必须严格依法办事；法规灵活时，行政机关应在法律规定幅度内合理处理；法律没有规定的，行政行为应符合国家基本政策和原则。不违反上述合法、合理行政原则，即使是行政行为的结果事实上限制了竞争，也不构成此项限制竞争行为。例如，国家法律规定从事某种行业经营需从有关政府部门取得许可，则有关部门禁止未取得许可者经营，虽有限制竞争的效果，但这种行政行为是依法进行的，不构成限制竞争行为。再如，少数民族地区政府禁止或限制该民族禁忌物品进入本地市场，也不属于限制竞争行为。政府机构限制竞争行为的危害性极大，主要表现在：1.阻碍社会经济资源的合理配置，造成不合理的社会经济结构，各种供求信息、价格信息被人为扭曲，一方面在被指定企业或本地区内企业看来市场供不应求，进而盲目扩大生产，事实上这种市场状况是在将其他竞争者排除在外的情况下形成的；另一方面对被排斥的竞争者来说，即使是效率高、经营好、技术先进也无法与受保护企业竞争，无法发挥优势，从全局来看，地区封锁，行业分割造成经济结构的大而全、小而全，低水平重复建设，整个国民经济受到影响；2.使被保护者和被排斥者均失去改善经营管理、改进技术的积极性，使经济失去活力；3.损害了被排斥的经营者的利益；4.限制了消费者的自由选择权，损害了消费者利益。

（三）搭售或附加其他不合理条件。该种行为的主体为经营者。经营者与消费者或用户都是相互平等的民事主体，彼此之间不存在命令与服从的关

系，但经营者与消费者或用户的经济地位是互不相同的。经营者之所以能够违背交易相对人的意愿进行搭售或附加其他不合理条件，凭借的正是其所拥有的经济优势地位。搭售指销售方在销售商品时要求购买方购买一定数量的其他商品或服务。附加其他不合理条件包括很多种，如限制转售价格、限制转售地区、限制转售客户等。这种行为的危害性表现在：1.限制竞争。就搭售而言，由于搭售者具有某种经济优势，如它是某种产品的唯一生产商或对某种产品享有专利权等，使这种商品的需求者不得不接受被搭售产品，购买者就不可能再从其他企业购买这种被搭售商品，结果限制了被搭售商品行业竞争。附加其他不合理条件，如限制转售地区，对竞争的限制更加明显。2.造成浪费。商品购买者未必需要被搭售商品，一方面不能使购买者的资金得到充分利用而造成浪费，另一方面使被搭售商品得不到充分利用而造成浪费。3.损害了消费者利益。

（四）串通投标。串通投标是一种联合限制竞争行为，其表现或者是投标者非法串通损害招标者利益，或者是招标者与某投标者串通损害其他投标者利益。投标者串通投标的办法可以是投标者共同压低报价，不进行价格竞争，另一种办法是一批投标者在一系列投标中安排轮流提出最高报价。招标者与投标者串通，在多数情况下，并非作为法人实体的招标者与投标者串通，而是招标者的职员与投标者串通，但也不排除作为法人实体的招标者为掩人耳目而安排虚假招标。

三、我国《反不正当竞争法》所规定的不正当竞争方法

（一）欺骗性交易方法。《反不正当竞争法》第5条规定了四种欺骗性交易方法：1.假冒他人注册商标；2.擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人知名商品相混淆，使购买者误认为是他人的商品；3.擅自使用他人的企业名称或姓名，引人误认为是他人的商品；4.在商品上伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。上述欺骗性交易方法基本上均属于经营者盗用他人劳动成果的行为，其中，根据《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》，擅自将他人知名商品特有的商品名称、包装、装潢作相同或者近似使用，造成与他人的知名商品相混淆，使购买者误认为或足以使购买者误认为是该知名商品的行为，属于仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为。所谓“知名商品”，是指在市场上具有一定知名度，为相关公众所知悉的商品；所谓“特有”，是指商品名称、包装、装潢非为相关商品所通用，并具有显著的区别性特征；此处的“名称”是指知名商品独有的与通用名称有显著区别的商品名称（但该名称已经作为商标注册的除外，此时应按假冒商标行为处理）；此处的“包装”是指为识别商品以及方便携带、储运而使用在商品上的辅助物和容器；此处的“装潢”是指为识别与美化商品而在商品或者其包装上附加的文字、图案、色彩及其排列组合。商品的名称、包装、装潢被他人擅自作相同或者近似使用，足以造成购买者误认的，该商品即可认定为知名商品。对使用与知名商品近似的名称、包装、装潢，应根据主要部分和整体印象，一般购买者加以普通注意力即会发生误认等综合因素认定。

欺诈性交易的危害性在于：1.扭曲竞争机制。竞争机制有效发挥作用的关键在于经营者在竞争压力下努力依靠自己劳动，改进技术和经营管理等来争取竞争优势，从而促进社会经济的发展。而欺骗性交易方法通过不当利用

他人劳动成果进行竞争，不仅不会促进社会进步，反而会破坏经济秩序，阻碍经济发展；2. 损害了竞争对手的合法权益；3. 使消费者受骗上当，损害消费者利益。

下面是一个关于仿冒知名商品包装、装潢方面的案例：吉林省延吉市制药厂（以下简称制药厂）从 1971 年开始研制生产“梅花鹿茸精”，其包装、装潢是由上海市广告装潢公司美术师设计，在 1980 年召开的全国医药会上被评为针剂包装第一名。其包装装潢的主要特点是：盒底面颜色为橙黄色，商品名称为烫金行书毛笔字“梅花鹿茸精”，图案为烫金凸面梅花鹿茸角。制药厂自 1980 年将此产品正式投放市场以来，畅销省内外，深受广大用户好评。延吉市制药二厂（以下简称制药二厂）感到“梅花鹿茸精”销路好，便于 1993 年 9 月起组织一班人马筹划上项目，也开始生产“梅花鹿茸精”并组织人设计包装装潢。制药二厂新产品开发科把制药厂“梅花鹿茸精”的包装、装潢作为样板，设计出制药二厂的“梅花鹿茸精”包装、装潢，其包装盒上的底面颜色、产品名称及字样、梅花鹿角图案等完全抄袭了制药厂的设计。制药二厂生产的“梅花鹿茸精”上市后，造成了与制药厂产品的混淆，使购买者误认为其是制药厂的“梅花鹿茸精”。至投诉时止，制药二厂共印刷仿冒的包装盒 28.9 万盒，每盒成本价为 3.79 元，以 4 元的出厂价向外销售，获利计 2.1 万元。经延吉市工商行政管理局查处，对制药二厂作出了没收违法所得 2.1 万元、罚款 2.1 万元、责令停止使用现行包装盒的处罚决定。

再举一伪造名优标志的案例：上海佳美服饰鞋业公司自 1993 年 7 月起，在销售其“银狼”牌皮鞋时，将原上海佳美皮鞋厂在上海市第七届新优服装设计展示展销会中所获皮鞋作品优秀设计奖，改为“上海市第七届新优产品设计优秀奖”；又将该厂所获首届扬州“琼花杯”皮鞋质量跟踪销售最佳奖改为“93‘琼花杯’皮鞋质量最佳奖”，并印制在皮鞋的外包装盒上，对商品的质量、信誉作引人误解的虚假表示。公司将包装上印有“两奖”内容的皮鞋在上海市几个商厦进行销售，至案发时止，共销售这种伪造名优标志的“银狼”牌皮鞋近 2 万双，销售额达近 190 万元。上海市南市区工商局认定，上海佳美服饰鞋业公司在商品上伪造名优标志的行为，违反了《反不正当竞争法》第 5 条第（4）项的规定，属于不正当竞争行为。根据《反不正当竞争法》第 20 条第 1 款和《产品质量法》第 41 条的规定，对该公司处罚如下：（1）责令公开更正；（2）罚款 4 万元。

（二）商业贿赂。商业贿赂是指经营者为争取交易机会，暗中给予能够影响市场交易的有关人员以财物或其他好处。所谓暗中给予指给予的财物或其他好处不在交易对方的正规帐目中予以反映。如果这种财物或好处，包括佣金、回扣、折扣等等，记载入交易对方的正规帐目中，则不至于因为这种财物或好处导致交易对方偏离正常的商业考虑而进行交易。商业贿赂的危害性在于：1. 损害交易对方的利益。商业贿赂多数是付给交易对方职员的，使这些职员以损害雇主的利益进行交易；2. 损害了竞争对手的利益，破坏了公平竞争原则。以贿赂诱使交易对方不以正常的商业考虑进行交易，使得竞争

案例来源：《不正当竞争案例精选》，国家工商行政管理局公平交易局编著，工商出版社 1996 年版，第 13—14 页。

案例来源：《不正当竞争案例精选》，国家工商行政管理局公平交易局编著，工商出版社 1996 年版，第 26 页。

者根本无法以正当的竞争与其竞争。

（三）虚假广告。虚假广告指经营者利用广告或其他使公众知道的方法，对商品的质量、制作成份、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。构成虚假广告必须达到足以引起一般公众误解的程度。广告宣传中，适度的美化和夸张是允许的。一般公众均了解这一点，总是对广告内容的相信有所保留。虚假广告则超出了这一允许范围，严重影响了消费者的客观判断。虚假广告的危害性在于：1.违反商业道德，侵害竞争者的合法权益。虚假广告对正直、诚实的竞争者是不公平的，使守法、守道德的人失去市场，而不道德者取得利益。如得不到制止，则会逼使正直的竞争者不得不违反商业道德进行竞争，从而造成经济秩序紊乱和商业道德的堕落；2、侵害了消费者利益。

（四）侵犯商业秘密。商业秘密是指不为公众所知悉，能为权利人带来经济利益，具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息，所谓“不为公众所知悉”，是指该信息是不能从公开渠道直接获取的。所谓“能为权利人带来经济利益具有实用性”，是指该信息具有确定的可应用性，能为权利人带来现实的或者潜在的经济利益或者竞争优势。所谓“权利人采取保密措施”，包括订立保密协议，建立保密制度及采取其他合理的保密措施。所谓“技术信息和经营信息”，包括设计、程序、产品配方、制作工艺、制作方法、管理诀窍、客户名单、货源情报、产销策略、招标投标中的标底及标书内容等信息。所以构成商业秘密必须同时具备下列三个条件：1.不为公众知晓性；2.经济实用性；3.权利人采取了适当的保密措施。根据《反不正当竞争法》第10条的规定和《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》的规定，侵犯商业秘密包括下列行为：1.以盗窃、利诱、胁迫或其他不正当手段获取权利人的商业秘密；2.披露、使用或允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；3.与权利人有业务关系的单位和个人违反合同约定或违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或允许他人使用其所掌握的权利人的商业秘密；4.权利人的职工违反合同约定或者权利人保守商业秘密的要求，披露、使用或允许他人使用其所掌握的权利人的商业秘密。第三人明知或应知上述违法行为，获取、使用或披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。侵犯商业秘密行为的危害性在于：1.侵犯权利人的合法权益。权利人的商业秘密是其劳动成果的结晶，是一种无形财产，他人采用不正当手段获取、使用、披露商业秘密，不仅侵犯了其财产权益，同时会给予其生产、经营造成巨大损失。2.扭曲竞争机制。侵权人不靠自己的劳动，而靠无偿攫取他人劳动成果来进行竞争，使竞争失去了刺激生产力发展的作用，使价值规律不能有效运行。

例如：宁波太阳实业总公司（以下简称太阳公司）在1988年立项开发CT051型输纱器产品，同年12月通过宁波市级新产品鉴定。产品投放市场以后，获得了较好的经济效益。于是，太阳公司于1992年制订了保密制度，并下达文件，将CT051型输纱器的技术资料、经营信息等列为保密资料，且采取了保密措施。1992年5月至1993年5月期间，曾在太阳公司技术科任技术员的王某利用职务之便，复制了太阳公司CT051型输纱器的生产用图、销售档案和综合计划各一份，于1993年5月调离太阳公司时，把上述资料擅自带回家中。1993年11月，慈溪机床厂在准备开发新产品过程中，向王某打听并索要有关CT051型输纱器的技术、经营信息资料。同月6日，王某把从

太阳公司窃取的 CT051 型输纱器生产图纸、综合计划、销售档案（包括用户名称、地址、联系人、电话号码等）送到慈溪市机床厂，该厂厂长接受后承诺，项目上马后效益好即支付王报酬。经慈溪、宁波两级工商局共同研究认为，太阳公司所有的 CT051 型输纱器生产用图、销售、综合计划系公司的技术、经营信息，是不为公众所知悉、能为公司带来经济效益，并已采取保密措施的商业秘密。慈溪机床厂以利诱手段非法获取太阳公司的商业秘密情况属实，已构成侵犯他人商业秘密的不正当竞争行为，违反了《反不正当竞争法》第 10 条第 1 款第 1 项“以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密”的规定。鉴于慈溪机床厂尚未使用该项商业秘密，没有造成太阳公司的经济损失，为此，慈溪市工商局根据《反不正当竞争法》第 10 条第 1 款第 1 项和第 25 条的规定，作出如下处罚：责令慈溪机床厂立即停止侵犯太阳公司商业秘密的违法行为；收缴其非法获取的有关技术资料。

（五）掠夺定价。掠夺定价指经营者以挤垮竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品的行为。此种行为有两项构成要件：1. 以挤垮竞争对手为目的。如果非以挤垮竞争对手为目的，而是为应付经营中的困难情况而以低于成本的价格销售商品则不构成掠夺定价。《反不正当竞争法》第 11 条规定四种不构成掠夺定价的情况：（1）销售鲜活商品；（2）处理有效期限即将到期的商品或其他积压商品；（3）季节性降价；（4）因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。2. 以低于成本的价格销售商品。所以如果不是以挤垮竞争对手为目的而以低于他人销售价格的价格销售商品不是不正当竞争行为，是正当的促销行为或经营行为。掠夺定价的危害在于：损害了弱小竞争者的利益；导致恶性竞争，造成资源浪费；损害消费者利益。

（六）不正当有奖销售行为。有奖销售是指经营者销售商品或者提供服务，附带性地向购买者提供物品、金钱或者其他经济上的利益的行为，包括奖励所有购买者的附赠式有奖销售和奖励部分购买者的抽奖式有奖销售，抽奖式有奖销售是指以抽签、摇号等带有偶然性的方法决定购买者是否中奖的有奖销售（经政府或者政府主管部门依法批准的有奖募捐及其他彩票发售活动不在此列），不正当有奖销售包括欺骗性有奖销售、巨奖销售和利用有奖销售手段推销质次价高的商品。根据《关于禁止有奖销售中不正当竞争行为的若干规定》，欺骗性有奖销售是指下列四种情况：1. 谎称有奖销售或者对所设奖的种类，中奖概率，最高奖金额，总金额，奖品种类、数量、质量、提供方法等作虚假不实的表示；2. 采取不正当的手段故意让内部人员中奖；3. 故意将设有中奖标志的商品、奖券不投放市场或者不与商品、奖券同时投放市场；故意将带有不同奖金金额或者奖品标志的商品、奖券按不同时间投放市场；4. 其他欺骗性有奖销售行为。欺骗性有奖销售实质上是一种商业欺诈行为，是对消费者的欺骗和玩弄，损害了消费者的利益，同时破坏了公认的商业道德。巨奖销售是指在抽奖式有奖销售中最高奖的金额超过 5 千元的有奖销售行为；如果是以非现金的物品或者其他经济利益作为奖励的，则按照同期市场同类商品或者服务的正常价格折算其金额。利用有奖销售的手段推销质次价高的商品也属于不正当有奖销售，所谓“质次价高”应由工商行政管理机关根据同期市场同类商品的价格、质量和购买者的投诉进行认定，必要时会同有关部门进行认定。巨奖销售和利用有奖销售手段推销质次价高

的商品的危害性在于错误引导社会资金流向，促使生产企业不以质量为重，以粗制滥造的低成本商品供应社会，损害消费者利益。

除上述不正当有奖销售外，经营者的正当有奖销售行为是受法律保护的，但经营者举办有奖销售时，应当向购买者明示其所设奖的种类、中奖概率、奖金金额或者奖品种类、兑奖时间、兑奖方式等事项，如属于非现场即时开奖的抽奖式有奖销售，告知事项还应当包括开奖的时间、地点、方式和通知中奖者的时间、方式，所有上述事项一经向公众明示，经营者便不得变更。有关当事人因有奖销售活动中的不正当竞争行为而受到侵害的，可以向人民法院起诉，请求赔偿。

下面是不正当有奖销售的一个实例：1995年1月27日，成都鞋城与成都市社会福利募捐委员会签订协议约定，由成都鞋城负责销售社会福利募捐委员会提供的10万张（面值共20万元）彩票，成都鞋城按39%缴纳福利基金，享有6%的发行费，独立设奖并且返奖率须达55%。当日，成都鞋城即发布了有奖销售“公告”，将有奖销售办法公布于众。从次日开始，成都鞋城在成都天座商城营业厅使用成都市社会福利募捐委员会提供的10万张社会福利彩票进行有奖销售，具体做法是：凡购买成都鞋城的商品达100元者赠送彩票一张，多买多赠；不单独销售彩票。消费者购买成都鞋城商品所得彩票当场揭开兑奖，如内印的图形和事先设定的中奖图形相符即为中奖。奖品设6个等级，其中特等奖的奖品是奥拓微型汽车（价值超过5000元），奖品由成都鞋城出资设立。至2月22日，成都鞋城已随销售的商品赠送彩票6027张。该案中，成都鞋城的有奖销售活动实质是有意将社会福利彩票销售活动与《反不正当竞争法》禁止的有奖销售行为相混淆，企图在缴纳福利基金后，利用社会福利彩票设立巨奖，以此达到促销商品的目的。四川省工商局认定，成都鞋城利用社会福利彩票进行巨奖销售行为，已妨碍了正常的市场竞争秩序，构成《反不正当竞争法》第13条第3项所指的“抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过5千元”的不正当竞争行为，责令其停止违法行为，并处以1万元的罚款。该案的特殊性在于成都鞋城利用的是社会福利彩票设立巨奖，从事有奖销售活动。社会福利彩票是经国务院批准的为筹集社会福利基金而发行的彩票，销售和购买社会福利，实质是一种募捐活动。正是因为社会福利彩票的特殊意义，为鼓励社会福利募捐活动，国家工商行政管理局《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》第2条规定，“经政府或者政府有关部门依法批准的有奖募捐及其他彩票发售活动，不适用本规定。”但社会福利彩票不能用其他商业活动的奖券，以设立巨奖进行有奖销售，否则，会同时造成市场的不公平竞争，危害市场经济秩序。因此，设立巨奖单独销售社会福利彩票，法律不干预，但利用社会福利彩票设立巨奖推销其他商品，是《反不正当竞争法》所禁止的。

（七）诋毁竞争对手的商业信誉。该种行为的行为主体为经营者，非经营者，如记者或专业人员等所写报道或学术文章所依据的事实有误，观点有偏差等不构成该行为。如属蓄意诋毁经营者信誉，经营者可依民法的规定要求赔礼道歉或赔偿损失，而不适用反不正当竞争法。诋毁竞争对手的商业信誉的方式为捏造、散布虚假事实。如果经营者所散布的事实并非虚假，虽对

竞争对手的信誉造成损害也不构成不正当竞争行为。诋毁竞争对手商业信誉的危害性在于：损害竞争对手的利益；影响消费者的客观判断，使其不能按自己的意愿购买到满意的商品，从而不正当影响消费者的商品选择权。

下面是诋毁竞争对手的一个实例：辽宁抚顺煤矿安全仪器配件公司（以下简称配件公司）主要经营煤矿安全救护、仪器仪表等产品，该公司于 1994 年 8 月间，在其推销产品的宣传材料“BP—10 型标准气体配气装置综合介绍”中，捏造、散布虚假事实，诋毁抚顺长虹机电技术研究所（以下简称研究所）的商品声誉。该研究所自 1990 年 10 月以来，先后开发生产煤矿用“标准气体配气装置”系列化产品三个型号四个品种，产品曾获省级优质产品一等奖，销路一直看好。而配件公司仅凭某些用户的道听途说，未经调查核实和进行必要的检测，就在介绍产品的宣传材料中大肆罗列研究所气体配置系列产品的缺陷，贬低其商品质量，并将上述材料散发到湖北省煤炭系统，造成严重的不良影响。致使研究所的产品销售严重受阻，仅一次订货会就减少订货 80%，蒙受重大经济损失，为维护企业形象，恢复商业信誉及声誉，研究所向抚顺市工商局新抚分局投诉，要求制止配件公司的商业诋毁违法行为，挽回影响。抚顺市新抚分局经过调查，依据《反不正当竞争法》第 14 条的规定，认定配件公司的行为构成商业诋毁，并向该公司下达了“建议停止违法行为通知书”，建议其立即停止违法宣传，在湖北省煤炭管理局范围内消除影响；研究所另案向法院起诉，要求配件公司赔偿经济损失。——

第三节 不正当竞争行为的法律责任

一、《反不正当竞争法》规定的法律责任

我国《反不正当竞争法》就不正当竞争行为规定了下列三种法律责任：民事责任、行政责任、刑事责任。

（一）民事责任

某种行为之所以构成不正当竞争行为，首先是因为它对竞争秩序和竞争者的权益造成损害。《反不正当竞争法》是调整竞争关系的法律，保护经营者的合法权益是其基本任务。因此，《反不正当竞争法》规定不正当竞争者的民事法律责任，补偿竞争者因该行为而受到的经济损失是理所当然的。《反不正当竞争法》明确规定了两种形式的民事责任：

1. 赔偿竞争者的经济损失及合理费用。《反不正当竞争法》第 20 条规定，经营者违反本法规定，给被侵害的经营者造成损害的，应当承担赔偿责任。被侵害的经营者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间因侵权所获得的利润，并应承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。可见我国《反不正当竞争法》的民事赔偿责任实行“补偿原则”，而非“惩罚原则”。

2. 宣告合同无效。这主要是针对通谋投标行为而言的，《反不正当竞争法》第 27 条规定，投标者和招标者相互勾结，以排挤竞争者为目的的；投标者串通投标，抬高或压低价的，其中标无效。所以原基于通谋投标行为而签定的合同应宣布为无效，合同应授予次优投标，这从另一方面保护了其他竞争者的利益。

（二）行政责任

《反不正当竞争法》规定了六种行政责任方式：（1）责令停止违法行为；（2）责令改正，消除影响；（3）行政处分；（4）行政罚款；（5）没收违法所得；（6）吊销营业执照。《反不正当竞争法》对这六种行政责任的具体适用作出了明确规定。

1. 经营者擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢造成与他人的知名商品混淆，使购买者误认为是该知名商品的，监督检查部门应责令停止违法行为，没收违法所得，可根据情节处以违法所得 1 倍以上 3 倍以下的罚款；情节严重的，可以吊销营业执照。除上述处罚外，工商行政机关对侵权物品可作如下处理：收缴并销毁或者责令侵权人销毁尚未使用的侵权包装和装潢；责令并监督侵权人消除现存商品上侵权的商品名称、包装和装潢；收缴直接专门用于印制侵权商品包装和装潢的模具、印版和其他作案工具；采取上述手段仍不足以制止侵权行为的，或者侵权的商品名称、包装和装潢与商品难以分离的，责令并监督侵权人销毁侵权物品。

2. 经营者采用财物或其他手段进行贿赂以销售或购买商品，不构成犯罪的，工商行政部门可根据情节对其处以 1 万元以上 20 万元以下的罚款，有违法所得的，予以没收。

3. 公用企业或其他依法具有独占地位的经营者，限定他人购买其指定经营者的商品，以排挤其他经营者公平竞争的，省级或设区的市的监督检查部门应责令停止违法行为，根据情节处以 5 万元以上 20 万元以下的罚款。被指定的经营者借此销售质次价高商品或滥收费的，工商行政部门应没收违法所

得，可根据情节处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款。

4. 经营者利用广告或其他方法对商品作虚假宣传，工商行政管理部门应当责令停止违法行为，消除影响，可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。广告经营者，在明知或应知的情况下，代理、设计、制作、发布虚假广告的，工商行政管理部门应责令停止违法行为，没收违法所得，并依法处以罚款。

5. 侵犯商业秘密的，工商行政管理部门应责令停止违法行为，可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款，同时对侵权物品可作如下处理：（1）责令并监督侵权人将载有商业秘密的图纸、软件及其他有关资料返还权利人；（2）监督侵权人销毁使用权利人商业秘密生产的流入市场将会造成商业秘密公开的产品，但权利人同意收购、销售等其他处理方式的除外。权利人认为其商业秘密受到侵害，向工商行政机关申请查处侵权行为时，应当提供商业秘密及侵权行为存在的有关证据，权利人能证明被申请人所使用的信息与自己的商业秘密具有一致性或者相同性，同时能证明被申请人有获取其商业秘密的条件，而被申请人不能提供或者拒绝提供其所使用的信息是合法获得或者使用的证据的，工商行政机关可以根据有关证据，认定被申请人有侵权行为。对被申请人违法披露、使用、允许他人使用商业秘密将给权利人造成不可挽回的损失，应权利人请求并由权利人出具自愿对强制措施后果承担责任的书面保证，工商行政机关可以采取下列措施：（1）扣留被申请人以不正当手段获得权利人的载有商业秘密的图纸、软件及其他有关资料；（2）责令被申请人停止销售使用权利人商业秘密生产的产品。

6. 经营者进行欺骗性有奖销售或巨奖销售的，工商行政管理部门应当责令停止违法行为，可根据情况处以1万元以上10万元以下的罚款。

7. 通谋投标的，工商行政管理部门可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

8. 经营者违反被责令暂停销售、不得转移、隐匿、销毁与不正当竞争行为有关的财物的行为，工商行政机关可以根据情节处以被销售、转移、隐匿、销毁财物的价款的1倍以上2倍以下的罚款。

9. 政府及其所属部门限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动，或限制商品在地区间正常流通的，由上级机关责令其改正，情节严重的，由同级或上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或滥收费用的，工商行政管理部门应当没收违法所得，可根据情节处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款。

10. 监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员滥用职权，玩忽职守，不构成犯罪的，给予行政处分。

（三）刑事责任

《反不正当竞争法》只原则性规定了对某些不正当竞争行为可以追究刑事责任，至于此种行为达到何种程度才构成犯罪，对于构成犯罪的人适用何种刑罚措施、量刑幅度以及追究刑事责任的程度等均未做规定。司法机关应遵照《刑事诉讼法》规定的程序，根据《刑法》有关规定追究犯罪人的刑事责任。《反不正当竞争法》规定可追究刑事责任的行为有：（1）侵犯商标专用权的行为；（2）销售伪劣商品的行为；（3）进行商业贿赂的行为；（4）监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员滥用职权，玩忽职守的行为；（5）监督检查不正当竞争行为的国家机关工作人员徇私舞弊的行为。

二、不正当竞争行为法律责任的追究

不正当竞争行为的民事责任属私法领域的责任，由当事人自己行使起诉权，由审判机关进行审理；不正当竞争行为的行政责任由工商行政部门作为监督检查部门予以查处；不正当竞争行为的刑事责任由检察机关提起公诉，由审判机关审理，根据《反不正当竞争法》的有关规定，追究违法者责任的途径主要有以下几种：

1. 受害人通过司法途径追究违法者的民事责任，包括向法院提起民事诉讼、刑事附带民事诉讼。

2. 受害当事人向监督检查机关投诉，要求制止违法行为，并追究有关单位或人的行政责任。

3. 监督检查部门根据任何人的举报和指控，或依职权主动查处不正当竞争行为，制止违法行为，追究有关单位或个人的行政责任。《反不正当竞争法》第3条规定，县级以上人民政府工商行政管理部门是监督检查反不正当竞争法执行情况的主要机构。《反不正当竞争法》赋予监督检查部门广泛的执法职权，包括按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人，并要求提供证明材料或与不正当竞争行为有关的其他资料；检查与欺骗性交易方法有关的财物，必要时责令被检查经营者说明该商品的来源和数量、暂停销售、听候检查、不得转移、隐匿、销毁财物。《反不正当竞争法》同时规定了被检查经营者、利害关系人和证明人如实提供有关资料或情况的义务。

4. 司法机关依据刑事诉讼的程序，追究违法者的刑事责任。

第二章 消费者权益保护法

第一节 消费者权益保护法概述

一、消费者及消费者权益保护法的概念

所谓消费者，是指为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的个人。消费者权益保护法是保护消费者合法权益的法律规范的总称。《中华人民共和国消费者权益保护法》（以下简称《消费者权益保护法》）于 1993 年 10 月 31 日公布，1994 年 1 月 1 日起施行。

对“消费者”的概念应作严格的解释：其一，消费者必须是为“个人生活消费需要”而购买或使用商品或接受服务，如果不是为生活消费需要而是明显地基于其他目的去购买或使用商品或者接受服务，则不能认为是消费者；其二，消费者只能是个人，即自然人。法人或其他任何组织、团体均不属于消费者的范畴，不受消费者权益保护法的保护，尽管法人或其他组织、团体以其名义购买、使用商品或接受服务。所谓个人生活消费，是指为满足个人生活需要的各种物质资料和劳务消费，它包括两部分：一部分是物质资料消费，如购买日常生活所需之各种食品、衣物、用具等，另一部分是由经营者提供劳务的服务消费，一般包括商业性劳务消费（如照相、理发、餐饮等）、工交劳务消费（如电器修理、居民室内装修、公共交通等）、文化教育劳务消费（如影视、图书等方面的消费）、卫生保健劳务消费（如医疗、保健、计划生育等方面的消费）、旅游劳务消费、信息劳务消费（如通讯、科学咨询等）。国际标准化组织消费者政策委员会 1978 年 5 月 10 日在日内瓦召开的第一届年会上将“消费者”一词定义为“为个人目的购买或者使用商品和服务的个体社会成员”。根据我国《消费者权益保护法》第 2 条的规定，消费者是指为“生活消费需要购买、使用商品或者接受服务”的个人。同时，根据《消费者权益保护法》第 54 条的规定，农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，如化肥、农药、农膜、农业机械等，适用《消费者权益保护法》。

二、消费者权益保护法的基本原则

根据我国经济文化发展水平以及消费者的素质状况，《消费者权益法》突出体现了以下四个基本原则：

- （一）经营者与消费者进行交易，应当遵循自愿、平等、诚实、信用的原则；
- （二）向消费者倾斜，给消费者以特别保护的原则；
- （三）保障消费者的人身、财产和其他合法权益不受侵害的原则；
- （四）保护消费者的合法权益是全社会的共同责任的原则。

《中国经济法律百科全书》“消费者”条目，谢次昌撰写，刘瑞复主编，中国政法大学出版社 1992 年版，第 848 页。

《新编经济法》，李仁玉主编，中央民族大学出版社 1994 年版，第 276 页。

第二节 消费者的权利

一、消费者权利的概念

消费者权利是指消费者根据消费者权益保护法的规定，在消费领域中享有的各种权利。它是消费者利益在法律上的表现。在法律上赋予消费者多少权利，意味着消费者在多大程度上得到国家法律的保护。

二、消费者权利的内容

（一）安全保障权

《消费者权益保护法》第7条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。”安全保障权包括人身安全权和财产安全权两个方面的内容。安全保障权是消费者最重要的权利，也是宪法和民法赋予公民的人身权、财产权在消费领域的具体体现。

（二）知悉真情权

《消费者权益保护法》第8条规定：“消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利”；“消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、规格、费用等有关情况。”这项权利的规定包含两层意思：一是消费者在购买、使用商品或者接受服务时，有权询问、了解商品或服务的有关情况；二是经营者提供的商品或服务的情况必须是真实的。对消费者来说，知情是消费活动中必不可少的，它是消费者决定购买某种商品、接受某项服务的前提。

（三）自主选择权

《消费者权益保护法》第9条规定：“消费者享有自主选择商品或者服务的权利。”也就是说，消费者有权根据自己的消费需求、意向和兴趣，自主选择自己满意的商品或服务。在消费领域中，每一个消费者的心理偏好以及习惯不同，其对商品和服务的要求也就不同，这是十分正常的现象。消费者自主选择权主要包括以下几个方面的内容：1.有权自主选择提供商品或者服务的经营者；2.有权自主选择商品品种或者服务方式；3.有权自主决定购买或者不购买任何一种商品，接受或者不接受任何一项服务；4.在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。此外，消费者还有权选择购买商品或者接受服务的场所，有权根据商品或者服务的不同情况选择商品的商标、产地、价格等以及服务的名称、内容、费用等事项。

（四）公平交易权

《消费者权益保护法》第10条规定：“消费者享有公平交易的权利。”在消费法律关系中，消费者与经营者的法律地位平等，他们之间所产生的行为属于市场交易行为，因而应当遵循市场交易的基本原则，从而保护公平交易的实现。根据这一规定，消费者在购买商品或者接受服务时，其公平交易权表现在以下两个方面：1.有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件；2.有权拒绝经营者的强制交易行为。

（五）求偿权

《消费者权益保护法》第11条规定：“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。”享有求偿权的主体是因购买、使用商品或者接受服务而受到人身、财产损害的消费者，包括四种类型：1.商品的购买者；2.商品的使用者；3.服务的接受者；4.第三

人。第三人是指除商品的购买者、使用者或者服务的接受者之外的，因为偶然原因而在事故发生现场受到损害的其他人。

（六）结社权

《消费者权益保护法》第 12 条规定“ 消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。” 我国宪法明确规定：中华人民共和国公民享有结社的权利。消费者依法成立维护自身合法权益的社会团体，属于公民结社权的组成部分，也是宪法的规定在消费者权益保护法中的具体化。在消费领域中，消费者与经营者相比，在经济上处于弱者的地位，这在实际中导致两者之间的法律地位并不平等。尽管目前我国有很多的政府机构从不同的侧面保护消费者的利益，但消费者依法成立的维护自身合法权益的社会团体仍然有不可忽视的重要作用，主要体现在：1.可以把消费者组织起来，形成对商品和服务的广泛的社会监督；2.通过调解、仲裁等方式及时解决消费权益纠纷；3.沟通政府与消费者之间的联系，充当桥梁；4.指导消费者的消费行为，不断提高消费者的自我保护意识。

（七）获得有关知识权

《消费者权益保护法》第 13 条规定：“ 消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。” 有关消费方面的知识主要有：1.有关消费观的基本知识；2.有关商品和服务的基本知识；3.有关市场的基本知识。有关消费者权益保护方面的知识，主要是指有关消费者权益保护的法律、法规和政策，以及保护机构和争议解决途径等方面的知识。

（八）人格尊严和民族风俗习惯受尊重权

《消费者权益保护法》第 14 条规定：“ 消费者在购买、使用商品和接受服务时享有其人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。” 人格尊严是消费者人身权的重要组成部分，包括姓名权、名誉权等。尊重少数民族的风俗习惯，对于保护少数民族消费者的合法权益，贯彻党和国家的民族政策都有极其重要的意义。

（九）监督批评权

《消费者权益保护法》第 15 条规定：“ 消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。” 就是说，消费者对商品和服务的质量、价格、计量、侵权行为等问题以及保护消费者权益工作，有向有关经营者或机构提出批评、建议或进行检举、控告的权利。消费者的监督对于维护消费者的合法权益有着重要的作用。

第三节 经营者的义务

一、经营者义务的概念

经营者，是向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的单位和个人，它是以营利为目的从事生产经营活动并与消费者相对应的另一方当事人。

在消费法律关系中，经营者是与消费者相对应的主体。消费者所享有的权利，从某种意义上讲就是经营者的义务。经营者的义务是经营者在经营活动中应履行的法律上的义务。

二、经营者义务的内容

（一）履行法律、法规的规定和与消费者的约定的义务

《消费者权益保护法》第 16 条规定：“经营者向消费者提供商品和服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他法律、法规的规定履行义务”；经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违反法律、法规的规定。不管是法律、法规的规定，还是双方的约定，都是对经营者提供商品和服务行为的规范，经营者必须履行其应尽的义务。

（二）接受消费者监督的义务

《消费者权益保护法》第 17 条规定：“经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。”经营者向消费者提供商品或者服务与消费者接受经营者的商品或者服务，是一个事物的两个方面，前者往往会因各种原因出现许多引起消费者不满的问题，后者往往会出现因消费者为确保自己的利益得到充分保护，而对经营者提供的商品或者服务的质量、方式等提出批评和建议的情况。经营者只有广泛听取消费者的批评和建议，不断改进自己的商品和服务，才能获得更多消费者的信任，得到更多的利润。所以，经营者要通过建立一套制度，比如，通过设立专门机构、配置专职人员收集、听取消费者的批评和建议，经常与之对话，直接听取消费者的意见等多种途径和方式，来履行这项义务。

（三）保证商品和服务安全的义务

《消费者权益保护法》第 18 条规定：“经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法”。经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。保证商品和服务的安全，从而保障消费者的人身、财产安全、是经营者应履行的重要义务。

（四）提供商品和服务真实信息的义务

商品和服务的真实信息，是消费者行使自主选择权的基础，对此，《消费者权益保护法》第 19 条规定了经营者提供商品和服务真实信息的义务。1. 经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传；2. 经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复；3. 商店提供商品应当明码标价。

（五）标明真实名称和标记的义务

《消费者权益保护法》第 20 条规定：“经营者应当标明真实名称和标记”；“租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。”经营者标明真实名称和标记是对消费者权益的尊重。经营者不得以虚假的名称和标记欺骗消费者。

（六）出具购货凭证或者服务单据的义务

为了切实保护消费者的合法权益，《消费者权益保护法》第 21 条规定了经营者出具购货凭证或服务单据的义务。即“经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商品惯例向消费者出具购货凭证或服务单据，消费者索要购货凭证或服务单据的，经营者必须出具。”

（七）保证商品或者服务质量的义务

商品或者服务质量的好坏，直接关系到消费者的切身利益，对此，《消费者权益保护法》规定了经营者保证商品或服务质量的义务：经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限（但消费者在购买该商品或者接受服务前已经知道其存在瑕疵的除外）；经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

（八）履行“三包”或者其他责任的义务

所谓“三包”是指包修、包换、包退。所谓其他责任是指除“三包”外的其他民事责任。《消费者权益保护法》第 23 条规定：“经营者提供商品或者服务，按照国家规定或与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。”

（九）不得以格式合同等方式排除或限制消费者权利的义务

《消费者权益保护法》第 24 条规定：“经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任”；“格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。”就是说，经营者单方面限制或排除消费者的权利，或者减轻、免除自己所应承担的责任，这是法律所不允许的。经营者即使以口头或书面方式已经做出了这种决定，其决定的内容在法律上也是无效的，对消费者并无约束力。

（十）不得侵犯消费者人格权的义务

人格权是人身权的重要内容，是公民人格尊严的法律体现，主要包括名誉权、肖像权、人身自由权等。消费者作为消费法律关系的主体，依法享有人格权，作为其交易相对人的经营者应当尊重消费者的人格权，不得侵犯。在司法实践中，经营者在消费领域中的侵权行为主要表现为对消费者名誉权、隐私权、人身自由权的侵犯。《消费者权益保护法》第 25 条从规定经营者义务的角度，体现了本法对消费者人格权的保护：1.不得对消费者进行侮辱、诽谤；2.不得搜查消费者的身体及其携带的物品；3.不得侵犯消费者的人身自由。

第四节 侵犯消费者合法权益行为的法律责任

侵犯消费者合法权益的行为人应承担怎样的法律责任，这不仅关系到消费者的合法权益是否能够得到充分的保护，而且关系到是否能够有效地制裁这些违法行为。

对侵害消费者合法权益的行为，应采取民事的、行政的、刑事的三种法律手段来保护消费者的合法权益，具体表现在由经营者根据其违法行为的性质、情节、社会危害等因素分别承担民事责任、行政责任和刑事责任。

一、侵犯消费者合法权益行为的民事责任

（一）侵犯消费者合法权益行为的民事责任的具体情形

《消费者权益保护法》第 40 条规定，经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：

1. 商品存在缺陷的；
2. 不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；
3. 不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；
4. 不符合商品、实物样品等方式表明的质量状况的；
5. 生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；
6. 销售的商品数量不足的；
7. 服务的内容和收取的费用违反约定或法律规定的；
8. 对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；
9. 法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

（二）侵犯消费者合法权益行为的民事责任的具体范围

1. 人身损害的民事责任。人身损害的民事责任包括：

（1）经营者在提供商品或服务时造成消费者或其他受害人身体伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入及其他费用。

（2）经营者提供商品或服务造成消费者或其他受害人残疾的，除赔偿上述费用外，还应当支付残疾者生活自助用具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用。

（3）经营者提供商品或服务，造成消费者或其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。

（4）经营者违反本法第 25 条规定，侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

2. 财产损害的民事责任。在《消费者权益保护法》中，对经营者在财产损害方面的民事责任作了具体规定，除了消费者与经营者另有约定的以外，这些责任形式主要有以下几种：（1）修理；（2）重作；（3）更换；（4）退货；（5）补足商品数量；（6）退还货款和服务费用；（7）赔偿损失。

3. 几种特殊情况下的民事责任。

（1）“三包”的民事责任。《消费者权益保护法》第 45 条规定：“对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或者退货。在保修期内两次修理不能使用的，经营者应当负责更换或者退货”，“对包修、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更

换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。”

（2）以邮购方式销售商品中的民事责任。《消费者权益保护法》规定，经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回货款；并应当承担消费者必须支付的合理费用。

（3）以预收款方式提供商品或服务中的民事责任。《消费者权益保护法》第47条规定：“经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预收款；并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。”

（4）依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

（三）欺诈行为的惩罚性赔偿金制度

《消费者权益保护法》中规定惩罚性赔偿金在我国现行法律、法规中是一项重大突破，是对我国民事法律制度的进一步丰富和完善。本法第49条规定：“经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的1倍。”

二、侵犯消费者合法权益行为的行政责任

根据《消费者权益保护法》第50条规定，经营者有下列侵犯消费者权益情形之一的，应承担行政责任，受到行政处罚：

- （1）生产、销售的商品不符合保障人身、财产安全要求的；
- （2）在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；
- （3）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；
- （4）伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志的；
- （5）销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的；
- （6）对商品或者服务作引人误解的虚假宣传的；
- （7）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求故意拖延或者无理拒绝的；
- （8）侵犯消费者人格尊严或者侵犯消费者人身自由的；
- （9）法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。

对以上行为，其他法律、法规（如《产品质量法》、《食品卫生法》等）对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；其他法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门依照本法规定的处罚方式执行。行政处罚的具体方式包括责令改正，警告，没收违法所得，处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，情节严重的可责令停业整顿或吊销营业执照。

《消费者权益保护法》另外还规定了与侵犯消费者合法权益有关的违法行为也应负行政责任。经营者有义务接受工商行政管理机关及有关行政部门的监督检查，不得为其设置障碍。对拒绝、阻碍工商行政管理机关及有关行政部门工作人员依法执行职务，未使用暴力、威胁方法的，由公安机关予以治安处罚。

为了保护经营者不受行政机关违法的行政制裁，保护其合法权益，并实

现对行政机关执法的监督,《消费者权益法》第 51 条对有关行政复议及行政诉讼的事项作出了明确的规定:“经营者对行政处罚决定不服的,可以自收到处罚决定之日起 15 日内向上一级机关申请复议,对复议决定不服的,可以自收到复议决定书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼;也可以直接向人民法院提起诉讼。”

三、侵犯消费者合法权益行为的刑事责任

(一)对侵犯消费者合法权益的行为达到一定的严重程度,触犯我国刑事法律的规定,构成犯罪的,要受到刑事制裁。我国《消费者权益保护法》对此作了相应的原则规定,即经营者提供商品或者服务,造成消费者或者其他受害人人身伤害或死亡,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(二)与侵犯消费者合法权益有关的犯罪行为也要负相应的刑事责任。包括(1)以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的;(2)国家机关工作人员玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益的行为,情节严重,构成犯罪的。

第三章 产品质量法

第一节 产品质量法概述

一、产品质量法的概念

产品质量法是调整产品的生产者、销售者以及政府有关行政主管部门等主体之间，在产品质量方面的权利、义务、责任等方面关系的法律规范。广义的产品质量法是指任何调整产品质量关系的各种法律规范的总称。狭义的产品质量法又称形式意义上的产品质量法，是指以产品质量法命名的专门调整产品质量关系的单行法律。《中华人民共和国产品质量法》（以下简称《产品质量法》）于 1993 年 2 月 22 日第七届全国人大常委会第三十次会议通过，1993 年 9 月 1 日开始实施。

二、产品质量法的调整对象

依据《产品质量法》第 2 条的规定，我国产品质量法的调整对象是产品质量监督管理部门、生产者、销售者、用户、消费者在产品生产、销售活动中发生的关系。具体而言，包括两方面的关系：一是产品质量监督管理关系，它是指各级产品质量监督管理部门与生产者、销售者之间在产品质量监督管理活动中产生的管理与被管理的关系。这种关系具有行政管理性质，其中管理者包括国务院产品质量监督管理部门，县级以上地方人民政府管理产品质量监督工作的部门以及其它有关负责产品质量监督管理工作的部门，被管理者包括从事产品生产、销售活动的自然人、法人及非法人组织。二是产品质量责任关系，它是指生产者、销售者与用户、消费者之间在产品质量方面的权利义务及由此而产生的责任等方面的关系。此种关系属私法性质的关系，即当事人之间平等的民事关系。产品质量法所调整的上述两种社会关系的客体仅限于产品及产品的监督、检查、生产、销售，而不包括其他领域。这是《产品质量法》对其调整范围所作的明确界定。所谓产品是指经过加工、制作，用于销售的产品，不包括建设工程。

在理解产品质量法的调整对象时，除明确以上内容外，还应分清产品质量法与产品责任法之间的关系。现代社会中，许多国家为了加强对消费者利益的保护，制定了专门的产品责任法。所谓产品责任法，是指调整产品的生产者、销售者因生产或销售有缺陷的产品致使消费者人身或财产损害所产生的损害赔偿关系法律规范的总称。在现代法律体系中，产品责任法属于民商法领域中侵权行为法的范畴。产品质量法则既包括国家对产品质量进行行政管理的内容，又包括产品的生产者、销售者与消费者之间因产品质量引起的损害赔偿责任的內容，二者分别体现为行政法律规范与民事法律规范。因此产品质量法不完全属于侵权行为法的范畴，而是一部综合性的法律规范。如果按公法与私法的理论来区分，产品责任法属于私法领域，而产品质量法基本上可归入公法领域，尽管其兼具公法与私法的双重属性。

三、产品质量法的内容

产品质量法是调整产品质量监督管理和产品质量责任的法律规范，因此，其内容相应地包括：

（一）产品质量监督管理。产品质量监督管理是指国家技术监督行政部门以及地方技术监督行政部门依据法定的行政权力，以实现国家职能为目的，对产品质量进行的管理活动。《产品质量法》第二章主要规定了国家为

保证产品质量而采取的宏观管理和具体监督措施，主要包括：

1. 产品质量检验制度。《产品质量法》规定，产品质量应当经过检验合格，检验机构必须具备检测条件和能力并经有关部门考核合格后，方可承担检验工作。未经检验的产品视为不合格产品。

2. 某些特殊或重要产品的特殊管理制度。对于可能危及人体健康和人身财产安全的产品以及重要工农业原材料，影响国计民生的重要工业产品制定特殊质量标准或管理措施。例如规定某些工业产品必须符合保障人体健康、人身财产安全的国家标准，对有些产品的生产实行生产许可证制度等。

3. 企业质量体系认证制度。企业质量体系认证是指依据国家质量管理体系和质量保证体系标准，经过认证机构对企业质量体系的检查和确认并通过颁发认证证书，证明企业质量保证能够符合相应要求的活动。《产品质量法》第9条规定，国家根据国际通用标准，推行企业质量认证，企业根据自愿原则申请企业质量体系认证。经过质量体系认证的企业在申请生产许可证、产品质量认证及申请其他质量认证时可免于质量体系审查。

4. 产品质量认证制度。产品质量认证是依据产品标准和相应的技术要求，经认证机构确认并通过颁发认证证书标志来证明某一产品符合相应标准的活动。这一制度是西方国家在市场经济条件下，由消费者希望获得一个第三方的公正证明，以表明产品质量的可信赖程度而产生出来的一种证实评价产品质量的制度。我国《产品质量法》第9条规定，国家参照国际先进的产品标准的技术要求，由企业自愿申请产品质量认证；认证合格，由认证机构颁发证书，准许企业在产品或者包装上使用产品质量认证标志。

5. 产品质量监督检查制度。主要是以抽查方式为主对可能危及人体健康、人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。

（二）产品质量责任。产品质量责任是指产品的生产者、销售者以及其他相关当事人对产品质量所应承担的义务以及违反此种义务时应承担的法律责任。有关产品质量责任的具体内容，将在以下各节中阐述。

第二节 生产者的产品质量义务

产品质量义务是指产品生产者、销售者在保证产品质量方面应该从事的行为，包括作为的义务和不作为的义务。

根据《产品质量法》第三章第一节的规定，生产者的产品质量义务主要有下列各项：

一、作为的义务

1. 生产者应当使其生产的产品达到以下质量要求，即：不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应符合该标准。

2. 除了对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的以外，产品质量应当具备基本的使用性能。

3. 产品的实际质量应符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，并符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。

4. 除裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的产品可以不附加产品标识外，其他任何产品或产品包装上均应当有标识。产品标识应当符合下列要求，即有产品质量检验合格证明及中文标明的产品名称、生产厂名和厂址；根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量的，要相应予以标明；限期使用的产品，应当标明生产日期和安全使用期或失效日期；使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。

5. 产品包装应符合规定的要求。剧毒、危险、易碎、储运中不能倒置以及有其他特殊要求的产品，其包装必须符合相应要求，有警示标志或者中文警示说明，以标明储藏运输的注意事项。

二、不作为义务

生产者的不作为义务由《产品质量法》的若干禁止性规范所规定，主要表现在：

1. 生产者不得生产国家明令淘汰的产品。国家明令淘汰的产品主要包括机电产品和药品。

2. 生产者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。产地是生产产品所在的某一地区，一般指某一级行政区域，厂址是企业进行业务活动所在地。一般来说，企业的厂址与产品的产地是一致的，但随着经营范围的扩大，有的企业生产经营场所分布非常广泛，生产制造厂不止一个，还有某些联营企业，这些情形下就会出现产地与厂址不完全一致。厂名是企业名称或者商号，是区别不同企业生产经营活动的标志。由于厂名、厂址、产地均与某种产品的质量、声誉有密切关系，因此产品质量法为防止假冒他人厂名、厂址、产地以次充好，明文规定生产者负有不得伪造或冒充他人产地、厂名、厂址的义务。

3. 生产者不得伪造或冒用认证标志、名优标志等质量标志。认证标志即产品质量认证标志，是指认证机构对符合认证要求的企业颁发认证书，并准许按规定使用的标志。我国产品质量认证标志分两种，即合格认证标志和安全认证标志。在获准认证的产品上标以产品质量认证标志，是表示该产品经过公证机构的检查和监督，符合国家规定的有关标准，它向消费者和用户传达了正确可靠的质量信息。所谓名优标志是优质产品的荣誉标记。名优标志

分两级，一级是国家级的，有金质奖牌、银质奖牌两种。另一是部级、省级的，其标志为国家技术监督局统一规定的“优”字标志的图案。获得优质产品标志的产品，企业可以在该产品或产品说明书、产品检验合格证、包装容器上面标记名优标志。认证标志、名优标志是企业依法享有的荣誉权，直接关系到企业的生产、经营状况，因此法律不允许伪造和冒用。

4.生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。所谓掺杂、掺假，是指生产者以牟取利润为目的，故意在产品中掺入杂质或造假，进行欺骗性商业活动，使产品中有关物质的含量不符合国家有关法律、法规规定的、质量标准或合同中约定的质量标准的一种违法行为。例如在羊毛中掺入石粉、砂土，在棉花中掺入石英粉，在鲜奶中掺水，在白酒中掺入甲醇甚至农药等。这是一种极为严重的危及消费者人身财产安全的行为，应予严惩。所谓以假充真是指生产者以牟取利润为目的，用别的产品冒充本来意义上的产品，进行欺骗性商业活动的违法行为。以次充好是生产者以牟取利润为目的，用低档产品冒充高档产品，进行欺骗性商业活动的违法行为。所谓以不合格产品冒充合格产品是指以不符合产品质量法规定的产品质量标准的产品冒充符合上述要求的产品，这种行为同样影响产品质量的监督、管理以及消费者利益的保护，故为法律所禁止。

第三节 销售者的产品质量义务

《产品质量法》第三章第二节规定了销售者的产品质量义务，主要包括以下方面：

一、销售者进货时的质量义务

销售者应当执行进货检查验收制度。所谓进货检查验收制度，是指销售者进货时，要对所进货物进行检查，查明货物的质量，同时对货物应具备的标识，如产品合格证、生产日期、认证标志等是否齐备进行验查，查明货物可以销售时才收存货物的制度。进货检查验收制度是销售者销售合格产品的前提，也是区分生产者和销售者责任的依据。如果销售者在执行进货检查验收制度过程中查明产品不符合产品质量法及有关法规规定或合同的约定，应拒绝接收货物，防止不合格产品、伪劣产品在市场上流通。

二、销售者进货后、销售前的质量义务

销售者进货后应当采取措施，保持销售产品的质量。如果进货时的产品符合质量要求，销售时的产品出现缺陷，销售者就要承担相应的责任。

三、销售者销售的产品的标识应当符合产品质量法对生产者产品标识的有关规定。

四、销售者不得违反法律规定的禁止性规范

销售者不得销售失效、变质的产品；不得伪造或冒用认证标志、名优标志等质量标志；不得掺杂、掺假；不得以假充真、以次充好；不得以不合格产品冒充合格产品。

第四节 违反产品质量义务的法律责任

一、违反产品质量义务的法律责任的种类

违反产品质量义务的法律责任即产品质量责任，是指生产者、储运者、销售者以及对产品质量负有直接责任的人违反产品质量义务应承担的法律后果。其种类主要有以下三种：（1）民事责任，违反产品质量义务的民事责任包括违约责任与侵权责任两种。（2）行政责任，包括对生产者、销售者的行政处罚和对个人责任者给予的行政处分，例如限期整顿、责令停产、撤销生产许可证、吊销执照、没收非法收入、罚款以及警告、记过、开除等。（3）刑事责任，即对由于产品质量的原因造成人身伤亡、财产损害触犯刑律的，对责任人应追究刑事责任。

二、判定产品质量责任的依据

以何标准作为承担产品质量责任的依据，是产品质量法的核心内容。我国《产品质量法》所规定的判定产品质量责任的依据，主要包括三个方面：一是违反默示担保，即违反国家法律、法规规定的产品质量要求。产品必须符合安全、卫生要求，具备应有的使用性能。法律、法规规定产品质量必须满足的条件，不得以任何形式予以排除和限制。二是违反明示担保，即违反明示采用的产品质量标准以及以合同、产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。明示担保是生产者、销售者自身对产品质量作出的保证和承诺，可以用产品说明、标识、预先预告、样品等方式表示。三是产品质量缺陷。即产品存在危及他人人身、财产安全的不合理的危险或不符合有关标准，并且造成了用户或消费者的人身伤害或财产损失。产品质量有符合上述三个方面情形之一的，生产者、销售者应当依法承担责任。需要说明的是，对于违反默示担保和明示担保的，不论是否造成损害后果，生产者、销售者均要承担责任。对于产品质量缺陷的情形只有造成了损害后果，才能承担赔偿责任。

三、违反产品质量义务的民事责任

违反产品质量义务的民事责任也称产品质量民事责任，包括违约责任与侵权责任两个方面的内容。

1. 违约责任。即产品的生产者、销售者违反明示或默示担保的产品质量要求而依合同法原理应承担的瑕疵担保责任，通常为交付的产品不符合法律规定或合同约定的质量条件。产品质量违约责任成立的条件是：当事人之间应存在合同关系；生产者、销售者履行的标的不符合法律规定或合同约定的质量要求；生产者、销售者在主观上有过错。依产品质量法的有关规定，生产者、销售者应承担的违约责任主要有：生产者应当对其生产的产品质量负责，在没有除外说明的情况下，生产者对其生产的产品承担瑕疵担保责任；销售者售出的产品不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明或不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准、不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的，应当负责修理、更换、退货，给购买产品的用户、消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失。销售者承担上述责任后，如果该责任依法应由生产者或向销售者提供产品的其他销售者承担时，销售者有权向生产者、其他销售者追偿。

2. 侵权责任。又称产品质量侵权责任，是指生产者、销售者因产品存在缺陷而造成他人人身、缺陷产品以外的其他财产损害时，应当承担的赔偿责任。这种责任的构成要件是：（1）产品存在缺陷。缺陷是指产品存在危及人

身、财产安全的不合理危险，产品有人体健康、人身财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。具体而言包括设计上的缺陷、制造上的缺陷和指示上的缺陷。（2）产品缺陷在销售时已经存在。产品的生产者或销售者将产品作为交易客体时，应使产品具有消费者或他人可期待的安全性，如在投入流通时不消除质量缺陷，则应承担责任。（3）损害事实存在，即由于产品缺陷已经给他人人身或缺陷产品以外的其他财产造成损害。（4）产品缺陷与损害事实之间有因果关系。

由于产品质量侵权责任的法律规定直接关系到消费者权益的保护，而保护的强弱主要取决于法律以何种归责原则来确定生产者、销售者的侵权责任。在此方面，多数西方国家及某些国际组织的产品责任法采取严格责任原则，即无过错责任原则。只要产品存在缺陷并给他人造成人身、财产损害，不论生产者、销售者是否有过错，均应承担赔偿责任。我国民法通则的有关条款作了类似的规定。《产品质量法》针对生产者和销售者作了不同规定：生产者的质量侵权责任实行无过错责任原则，即只要产品存在缺陷并造成他人人身、财产损害，均应承担责任，不论主观上是否有过错。但是，生产者能够证明下列情形之一时，则不承担赔偿责任，即：未将产品投入流通的；产品投入流通时，引起损害的缺陷不存在的；将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷存在的。这是实行无过错责任原则的前提下生产者的法定免责条件。销售者的质量侵权责任实行过错推定原则，即由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人人身财产损害的，销售者应当承担责任。在销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者时，即不能证明自己无过错时，即推定其有过错而应承担赔偿责任。

依《产品质量法》的规定，消费者因生产者、销售者的产品缺陷遭受人身、财产损害时，生产者、销售者应承担连带责任。因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，应当恢复原状或折价赔偿，受害人因此遭受的其他重大损失，侵害人应当赔偿损失。因产品缺陷造成人身伤害的；侵害人应当赔偿医疗费、因误工减少的收入、残废者生活补助费等费用；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、抚恤费、死者生前抚养的人必要的生活费等费用。

四、违反产品质量义务的行政责任和刑事责任

根据《产品质量法》的规定，生产者、销售者违反法律规定的产品质量义务时，不仅要承担民事责任，还要承担行政责任，构成犯罪的，要承担刑事责任。行政责任是有关行政主管部门依法对生产者、销售者及直接责任者作出的处罚决定。例如：责令停止生产、停止销售、没收违法生产、销售的产品及违法所得，罚款、吊销营业执照等。刑事责任是指生产者、销售者违反法律规定的产品质量义务并触犯刑律构成犯罪时，由司法机关按照刑事法律的规定强制其承担的法律后果。司法实践中，违反产品质量法的刑事责任主要发生在以下场合：（1）生产、销售假药、劣药，已经危害或足以危害人体健康的；（2）生产、销售不符合卫生标准的食品，造成严重食物中毒事故的；（3）在食品、饮料、酒类中掺入有毒、有害物质，造成伤亡事故的；（4）生产销售假农药、假化肥、假种子，造成严重后果的；（5）生产或销售不符合卫生标准的化妆品，和不符合保障人身健康、财产安全标准的医疗器械、医用卫生材料、电器、压力容器、易燃易爆产品等。

五、有关产品质量案件诉讼的几个问题

1. 关于产品质量纠纷的诉讼时效

根据《产品质量法》的规定，因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期限为 2 年，自当事人知道或应当知道其权益受到损害时起计算。因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初用户、消费者满 10 年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

2. 关于产品质量纠纷的行政复议与行政诉讼

当事人对工商行政管理部门、产品质量监督部门作出的行政处罚决定不服的，可以在接到处罚通知之日起 15 日内向作出处罚决定的机关的上一级机关申请复议，也可以自接到处罚通知之日起 15 日内直接向人民法院起诉。复议机关应在接到复议申请之日起 60 日内作出复议决定。当事人对复议决定不服的，可以在接到复议决定之日起 15 日内向人民法院起诉。复议机关逾期不作出复议决定的，当事人可以在复议期满之日起 15 日内向人民法院起诉。当事人逾期不申请复议也不向人民法院起诉，又不履行处罚决定的，作出处罚决定的机关可以申请人民法院强制执行。

第四章 银行法

第一节 中央银行法

一、中央银行的法律地位

（一）中央银行的概念

我国的中央银行是中国人民银行，它在国务院的领导下，制定和实施货币政策，对金融业实施监督管理，并向全国人民代表大会常务委员会提出有关货币政策情况和金融监督管理情况的工作报告。

（二）中央银行的历史

18 世纪开始的工业革命使经济快速发展，金融市场的业务量也随之增长，金融市场需要有一个具有高度权威的、统一的和公正的并且能够支持商业银行资金安全运转的清算机构和监控机构。上世纪末和本世纪初西方主要国家相继建立了中央银行。经过了 30 年代的经济大危机后，中央银行的职能基本明确，即中央银行是发行货币的银行、银行的银行和国家的银行。

中国的中央银行产生于本世纪 20 年代，1924 年广东革命政府设立了我国历史上第一家中央银行。1928 年在南京成立了新的中央银行，至 1945 年中国的中央银行才具有了中央银行的全部功能。

中国人民银行是 1948 年 12 月 1 日由华北银行、北海银行、西北农民银行合并组建，承担了我国货币人民币发行的职责，并在全国形成了高度集中的银行体制，至 1983 年 9 月国务院作出中国人民银行专门行使中央银行职能的决定，改变了人民银行具有中央银行和商业银行双重职能的局面，建立了以人民银行为核心，各专业银行为主体，多家金融机构并存的银行体系。

二、中国人民银行的组织机构

（一）中国人民银行的法律地位

1. 中国人民银行是我国的中央银行，《银行法》第 2 条规定了它的法律地位，具有国家机关的性质，是特殊的金融机构，相对独立于政府。

2. 中国人民银行在国务院领导下依法独立执行货币政策，履行职责，开展业务，不受地方政府、各级政府部门、社会团体和个人的干涉。

3. 中国人民银行的全部资本由国家出资，属于国家所有。

（二）领导体制

1. 中国人民银行设行长一人，副行长若干人。其中行长由国务院总理提名，全国人民代表大会决定；在全国人民代表大会闭会期间，由全国人民代表大会常务委员会决定，中华人民共和国主席任免。副行长由国务院总理任免。

2. 中国人民银行实行行长负责制，行长领导中国人民银行的工作，副行长协助行长工作。

3. 中国人民银行设立货币政策委员会，成员由国务院各有关职能部门领导组成，其职责、组成和工作程序，由国务院规定，报全国人大常委会备案。

4. 中国人民银行的内设机构主要有：办公厅，计划资金司，政策研究室，条法司，调查统计司，银行司，保险司，非银行金融机构司，金融市场管理司，稽核监督局，科技司，国际司，外资金融机构管理司，货币金银司，会计司，国库司，人事司，教育司，以及国家外汇管理局。

（三）分支机构

中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构，作为中国人民银行的派出机构，没有独立的法人资格，不享有独立的权力。中国人民银行对分支机构实行集中统一的领导和垂直管理，在行政隶属、业务经营上与地方不发生直接关系。分支机构在总行的授权下，负责本辖区的金融监督管理，承办有关业务。

三、中央银行的职责

（一）货币发行的银行

1. 发行货币。中央银行是货币发行的银行，即垄断银行券的发行权，成为全国惟一的现钞发行机构。

2. 人民币的法律地位。我国的法定货币是人民币，以人民币支付我国境内的一切公私债务，任何单位和个人不得拒收。人民币由中国人民银行统一制版发行，任何单位不得印制、发售代币票券，以代替人民币在市场上流通。

（二）银行的银行

中央银行作为银行的银行，是指中央银行与商业银行之间带有管理与被管理性质的特殊业务关系，银行的“存、放、汇”业务在中央银行则体现为，中央银行以商业银行和其他金融机构为办理存款、放款和汇款的业务对象。中央银行可通过此种业务对商业银行和其他金融机构的活动施以影响：

1. 集中存款准备。中央银行是商业银行和其他金融机构存款准备金的唯一保管银行，中央银行统一保管商业银行和非银行金融机构存款准备金和备付金，可以保证存款机构的清偿能力，维护存款人的资金安全和银行等金融机构本身的安全；有利于中央银行调节信用规模和控制货币供应量。

2. 票据清算。中央银行组织各商业银行和其他金融机构的票据清算活动，各商业银行和其他金融机构须在中央银行开设活期帐户，即备付金帐户，自1998年3月份起，中国人民银行决定商业银行的存款准备金和备付金合为一个帐户，并将存款准备金从商业银行存款余额的13%降为8%。他们彼此之间应收应付的票据交换差额在中央银行的活期帐户进行调增和调减，中央银行也就因其权威性和公正性成为全国的票据交换中心。

3. 最终贷款人。当其他商业银行和其他金融机构的资金呈业务性短缺时，作为最后贷款人全力支持资金周转困难的商业银行和其他金融机构，保证金融业的稳定。

（三）政府的银行

中央银行作为政府的银行代表国家贯彻执行财政金融政策，代为管理国家财政收支以及为国家提供各种金融服务：

1. 经理国库；
2. 代理国库券的发行；
3. 持有、管理、经营国家外汇储备和黄金储备，进行外汇和黄金的买卖管理；
4. 制定、发布并监督执行有关金融监督管理和业务的命令和规章；
5. 负责金融业的统计、调查、分析和预测；
6. 代表国家参加国际金融组织，进行国家间和国际间的金融合作。

四、中国人民银行货币政策委员会

（一）货币政策委员会的法律地位

我国的货币政策委员会是中国人民银行制定货币政策的咨询议事机构，根据1997年第215号国务院令，在中国人民银行设立了货币政策委员会，人

员由国家有关职能机关首长组成，通过全体会议履行其职责。

（二）货币政策委员会的组织机构

构成货币政策委员会成员的单位：中国人民银行正副行长 3 人，国家计委副主任 1 人，国家经济贸易委员会副主任 1 人，财政部副部长 1 人，国家外汇管理局局长，中国证券监督管理委员会主席，国有独资银行行长 2 人，金融专家 1 人，国务院可根据情况对上述组成单位予以调整。

（三）货币政策委员会的职责

货币政策委员会的基本职责是在综合分析宏观经济形式的基础上，依据国家的宏观经济调控目标，讨论下列事项，并向国家提出建议：货币政策的制定，一定时期内的货币政策控制目标，货币政策工具的运用，有关货币政策的重要措施，货币政策与其他宏观经济政策的协调，这些建议将作为国家制定和调整金融政策的依据。

五、中央银行的货币政策工具

（一）货币政策

货币政策是中央银行为实现其特定的经济目标而采用的各种控制和调节货币供应量的方针和措施的总称，它与国家的财政政策和外汇政策共同构成了国家调节宏观经济的三个主要间接手段，其通过调节国家流通的货币总量，来调节社会的总需求，从而间接地影响社会总供给的变化，维持社会总需求和总供给的平衡。

（二）货币政策的目标

1. 最终目标，指一个国家的中央银行为了国民经济的正常运转而制定的战略目标，其主要内容有四个，第一，稳定币值和稳定物价，物价稳定的反面是通货膨胀，而通货膨胀直接影响货币政策的实现，所以，抑制通货膨胀，保持物价的基本稳定是中央银行的基本任务之一；第二，充分就业，一般将失业率低于 4% 视为充分就业；第三，经济增长；第四，国际收支平衡。

2. 中介目标，要实现战略目标须有中间过程，也就是由若干个短期内就可实现的目标构成战略目标。这个短期目标就是中介目标，主要有利率和货币供应量两个指标，通过制定不同的利率和控制经济中的货币供应量来影响各种生产经营活动。

（三）货币政策工具

1. 存款准备金制度，指中央银行在法律赋予的权限内，通过规定和调整商业银行交存中央银行的存款准备金比率，控制商业银行的信用创造能力，间接地控制社会货币供应量的一种法律制度。存款准备金的内容：

（1）规定存款准备金的比率，有关金融机构从自己吸收的存款中，依法定比率提取一定的金额，低息存入中央银行。商业银行的存款准备金缴存的比例是 8%。

（2）规定可以充当存款准备金的只能是存在中央银行的存款，商业银行所持有的其他资产不能充当存款准备金。

（3）规定存款准备金的计提基础，中央银行通过对存款准备金比率的调整，控制商业银行创造存款货币的基础和能力，实现对货币供应量的调节和控制。

2. 再贴现，指商业银行和其他金融机构将贴现所获得的未到期的票据，背书让与中央银行兑取现款，中央银行于票面金额中扣除自兑取日至到期日之间的利息和手续费后，将票据的余额付给再贴现申请人。

3. 公开市场业务，指中央银行在金融市场上买卖国债、其他政府债券及外汇，吞吐基础货币，以此影响货币供应量和市场利率的行为。中央银行可以经常地、连续地操作金融政策工具，中央银行可以主动采取措施影响商业银行准备金状况，从而直接影响货币供应量。

4. 确定中央银行基准利率

中央银行基准利率，指中央银行规定各种期限的存款利率和放款利率的幅度，各商业银行及其他金融机构须按此基准利率进行资金活动。

5. 再贷款，指中央银行对商业银行和其他金融机构的最终贷款。

（四）其他货币政策工具

1. 直接信用控制，指中央银行对商业银行创造信用业务加以各种直接干预的总称。

2. 间接信用控制，主要有五个控制手段，第一，道义劝告；第二，窗口指导；第三，消费者信用控制；第四，证券市场信用控制；第五，不动产信用控制。

六、中央银行的金融监督管理及法律责任

（一）对商业银行及其他金融机构的监督管理

中央银行对商业银行、证券公司、金融信托投资机构、保险公司、信用社，外资金金融机构的设立、行政、财务、业务等方面重要的活动实行调控和监管，以使各金融机构在一定的规则下公平经营和安全经营。金融监督管理以金融行政管理权为基础，金融行政管理权包括：规章和命令的发布权，金融机构的设置及其业务范围的审批权，信息获取权，稽核检查权，行政处罚权。

1. 对商业银行的监督管理。包括：

（1）设立审批。设立商业银行总行，由人民银行总行报国务院批准；设立商业银行的省级分行或计划单列市分行，由商业银行总行提出申请，报人民银行总行审核批准；设立地、市级分支行，由商业银行省级分行提出申请，报人民银行省级分行批准；设立县（市）支行、市区办事处、地市级分行营业部，由商业银行地市级分、支行提出申请，经人民银行地市级分行审核，报省分行批准。

（2）检查和监管，包括不定期检查、金融机构年检和专项检查，检查的内容主要是机构设立的合法性，执行政策情况，经营情况等；监管商业银行的全部业务，包括对其资本结构、资产负债比例监管和风险资产、其信贷计划执行的监管、存贷款业务活动、结算业务的监管，利率管理的监管、对其外汇业务的监管等。

2. 对非银行金融机构的监督管理。包括：

（1）对信托投资公司业的监管；（2）对证券业的监督管理；（3）对保险公司业的监督管理；（4）对其他金融机构的监督管理。

（二）违反中国人民银行法的法律责任。

1. 货币违法的责任。伪造人民币和出售、运输伪造的人民币的，依法追究刑事责任。变造人民币和出售变造、运输变造的人民币，以及购买伪造、变造人民币构成犯罪的，依法追究其刑事责任，情节轻微的，处 15 日以下的拘留和 5 千元以下的罚款。在宣传品、出版物和其他商品上非法使用人民币图样的，人民银行应当责令其改正，并销毁非法使用的人民币图样，没收非法所得，并处 5 万元以下的罚款。印制、发售代替人民币在市场上流通的票

证，人民银行应当责令其停止违法行为，并处 20 万元以下罚款。

2. 人民银行的违法责任。中国人民银行有下列行为之一的，对负有直接主管责任的人员和其他责任人员，依法给予行政处分，构成犯罪的，追究刑事责任：向地方政府和各级政府部门提供贷款的，违法向非银行金融机构及其他单位和个人提供贷款的，向单位和个人提供担保的，擅自动用发行基金的。对此所造成的损失，有关责任人员应承担部分或全部赔偿责任。

3. 地方政府，各级政府部门、社会团体和个人强令中国人民银行违法提供贷款或担保的，对负有直接责任的人员给予行政处分，构成犯罪的，依法追究刑事责任。造成损失的，应当承担部分或全部赔偿责任。

第二节 外汇管理法

一、外汇管理概述

（一）外汇的概念及种类

我国的外汇是指可以用作国际清偿的支付手段和资产。在国际贸易和国际交往多样化的环境中，外汇不再是传统意义上的外国货币，或在国际市场上可自由兑换的硬通货，而是包括一切可以作为清偿他国债务的货币和其他资产：外国货币，包括纸币和铸币；外币支付凭证，包括各种票据、银行存款凭证和邮政储蓄凭证；外币有价证券，包括政府债券、公司债券和股票等证券；特别提款权和欧洲货币单位，以及其他资产。

（二）外汇管理法律制度的主体

1. 外汇管理部门，我国的外汇管理部门是国务院外汇管理部门及其分支机构，称为国家外汇管理局及其分局，统称外汇管理机关。

2. 外汇管理对象，凡是我国境内的企事业单位、国家机关、社会团体、部队和外商投资企业、个人、外国政府及公司驻华机构和来华人员的外汇收支或者经营活动，受《中华人民共和国外汇管理条例》管辖。

（三）外汇管理的客体

1. 外汇申报。国家实行国际收支统计申报制度，凡有国际收支活动的单位和个人须向外汇管理部门进行国际收支申报。

2. 国家对经常性国际支付和转移不予限制，经常性项目包括贸易收支、劳务收支及单方面转移等。

3. 境内禁止外币流通。我国的外汇管理法规定在中华人民共和国境内禁止外币流通，所有的交易和支付活动都不得以外币计价结算。任何单位和个人都有权检举和揭发违反外汇管理的行为和活动，外汇管理机关视情况予以奖励并负责保密。

二、经常项目外汇

（一）外汇存放

1. 境内机构的经常项目外汇收入必须调回境内，不得违反国家有关规定将外汇擅自存放在境外。

2. 境内机构的经常项目外汇收入，应当按照国家关于结汇、售汇及付汇管理的规定卖给外汇指定银行，或者经批准在外汇指定银行开立外汇帐户。前述外汇指定银行是指经国家外汇管理机关批准经营结汇和售汇业务的银行。

（二）外汇使用

1. 境内机构的经常项目用汇，应按照国家结汇、售汇及付汇管理的规定，持有效凭证和商业单据向外汇指定银行购汇支付。

2. 境内机构的出口收汇和进口付汇，须按照国家关于出口核销管理和进口付汇核销管理的规定办理核销手续。

（三）个人外汇

1. 个人外汇，可以自行持有，也可以存入银行或者卖给外汇指定银行。

2. 个人因私用汇，可在国家规定的限额内购汇；携带外汇出境，超过规定限额的，应当向海关出具有效凭证。

3. 中国公民的外币及外汇资产，非经外汇管理机关批准，不得携带或邮寄出境。

4.个人移居境外后，其在境内资产产生的收益，可以按规定的证明材料和有效凭证向外汇指定银行购汇汇出或携带出境。

三、资本项目外汇及金融机构外汇业务

（一）资本项目外汇

1.外汇存放。境内机构的资本项目外汇收入，除国务院另有规定外，应当调回境内；境内机构的资本项目外汇收入，应当按规定在外汇指定银行开立帐户；如果要卖给外汇指定银行的，须经外汇管理机关批准。

2.对外投资。境内机构拟向境外投资的，须在向审批主管部门申请前，由外汇管理机关审查其外汇资金来源。经审批主管部门批准向外投资后，按国家关于向境外投资外汇管理的规定办理有关资金汇出手续。

3.向外借款。（1）借用国外贷款的，由国务院确定的政府部门、国务院外汇管理部门批准的金融机构和企业按照国家有关规定办理。（2）外商投资企业借用国外贷款，应当向外汇管理机关备案。（3）金融机构在境外发行外币债券的，须经国务院外汇管理部门批准。

4.对外担保。提供对外担保的，只能由符合国家规定条件的金融机构和企业办理，并须经外汇管理机关批准。

5.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，可以向指定银行购汇汇出或者携带出境；属于中方投资者所有的外汇，应当全部卖给外汇指定银行。

（二）金融机构外汇业务

1.经营外汇资格。金融机构经营外汇业务须经外汇管理机关批准，领取经营外汇业务许可证，并且不得超范围经营外汇业务。

2.外汇存款准备金。金融机构经营外汇业务，应当按照国家有关规定交存外汇存款准备金，遵守外汇资产负债比例管理的规定，并建立呆帐准备金。

3.外汇业务。外汇指定银行办理结汇业务所需的人民币资金须使用自有资金；其结算周转外汇，实行比例幅度管理，向外汇管理机关报送外汇资产负债表、损益表以及其他财务会计报表和资料，并接受外汇管理机关的检查、监督。

（三）人民币汇率和外汇市场

1.我国的金融管理制度中的人民币汇率实行以市场供求为基础的，单一的有管理的浮动汇率制度。中国人民银行根据银行间外汇市场形成的价格，公布人民币对主要外汇的汇率，并根据货币政策的要求和外汇市场的变化，依法对外汇市场进行调控。

2.外汇交易，外汇市场交易的币种和形式由国家外汇局规定和调整，外汇指定银行和经营外汇业务的其他金融机构是银行间外汇市场的交易者，他们应当根据中央银行公布的汇率和规定的浮动范围，确定对客户的外汇买卖价格，办理外汇买卖业务。

四、法律责任

（一）逃汇套汇的法律责任

1.逃汇。属于下列行为的构成逃汇：违反国家规定，擅自将外汇存放在境外的；不按规定将外汇卖给外汇指定银行的；擅自将外汇汇出或者携带出境的；擅自将外币存款凭证、外币有价证券携带或者邮寄出境的，以及其他逃汇行为。对行为者由外汇管理机关限期调回外汇，强制收兑，并处逃汇金额30%以上5倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2.套汇。属于下列行为的构成套汇：违反国家规定，以人民币支付或者以实物偿付应当以外汇支付的进口货款或者其他类似支出的；以人民币为他人支付在境内的费用，由对方付给外汇的；未经外汇管理机构批准，境外投资者以人民币或者境内所购物资在境内进行投资的；以虚假或者无效的凭证、合同、单据向外汇指定银行骗购外汇的，以及非法套汇的其他行为。对构成套汇者，由外汇管理机构给予警告、强制收兑，并处套汇金额 30% 以上 3 倍以下的罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（二）违法经营外汇业务的法律责任

1.未经外汇管理机构批准，擅自经营外汇业务的，由外汇管理机构没收违法所得，并予以取缔，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2.经营外汇业务的金融机构擅自超出批准的范围经营外汇业务的，由外汇管理机构责令改正，有违法所得的，予以没收，并处 1 倍以上 3 倍以下的罚款；没有违法所得的，处 10 万元以上 50 万元以下的罚款。情节严重或者逾期不改的，责令整顿或者吊销经营外汇业务许可证。构成犯罪的，追究其刑事责任。

3.境内机构有下列违反外债管理行为之一的，由外汇管理机构给予警告，通报批评，并处 10 万元以上 50 万元以下的罚款，构成犯罪的追究刑事责任：擅自办理对外借款的；擅自在境外发行外币债券的；擅自对外提供担保的，以及其他违反外债管理的行为。

4.非法使用外汇的，境内机构以外币在境内计价结算的，擅自以外汇作质押的；私自改变外汇用途的，以及非法使用外汇的其他行为，由外汇管理机构责令改正，并强制收兑外汇、没收违法所得、并处违法外汇金额等值以下的罚款，构成犯罪的，追究刑事责任。

5.境内机构违反外汇帐户管理规定，擅自在境内、境外开立外汇帐户的，出借、串用、转让外汇帐户的，或者擅自改变外汇帐户使用范围的，由外汇管理机构责令改正，撤销外汇帐户，通报批评，并处 5 万元以上 30 万元以下的罚款。

第三节 商业银行法

一、商业银行组织

(一) 商业银行概述

1. 商业银行，指依照商业银行法和公司法设立的，吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。商业银行是经营货币和资金的金融企业，具有独立的民事权力能力和民事行为能力，依法自主经营、自负盈亏，银行以其全部法人财产独立承担民事责任。商业银行的组织形式有两种，第一是有限责任公司，股东以其出资额为限对银行的债务承担责任，该银行以其全部资产对银行的债务承担责任；第二是股份有限公司，其全部资本划分为等额股份，股东以其所持股份为限对银行承担责任，银行以其全部资产对银行的债务承担责任。

2. 商业银行的经营原则。商业银行法除了以具体条款规定商业银行的行为准则外，还列举了以下原则：自主经营、自担风险、自负盈亏和自我约束的经营原则；按照国家的产业政策和发展政策的要求开展信贷业务，业务往来遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则；保障存款人利益的原则；独立经营的原则；公平竞争原则；依法接受中央银行监管的原则；业务经营的安全性、流动性和盈利性原则。

3. 中国的商业银行主要有：中国工商银行、中国建设银行、中国银行、中国农业银行、交通银行、中国投资银行，中信实业银行，中国光大银行，华夏银行，广东发展银行，深圳发展银行，招商银行，上海浦东发展银行，福建兴业银行，海南发展银行；以及经济中心城市的城市信用合作社改组成立的城市合作银行等。

4. 不属于商业银行的政策性银行，指由政府创立、参股或保证的，不以盈利为目的，专门贯彻、配合政府社会经济政策和产业政策，在特定的业务领域内，直接或者间接地从事政策性金融活动，充当政府发展经济、促进社会进步和进行宏观管理的专门金融机构。我国的政策性银行有三家，即国家开发银行，中国农业发展银行，中国进出口银行。

(二) 设立商业银行的条件

1. 有符合商业银行法和公司法规定的章程。章程是规定公司对外经营和对内管理各种权利能力的根本准则，是公司对外展示其权利能力和对内实行管理的依据。

2. 注册资本。是指商业银行成立时，记载于银行章程并已经筹足的自有资本额的总和。商业银行的设立应经中国人民银行批准，有符合规定的最低资本实缴资本额（设有分支机构的全国性银行为 20 亿元，不设分支机构的全国性银行为 10 亿元，区域性银行为 8 亿元，城市合作银行为 1 亿元，农村合作银行为 5 千万元）。

3. 商业银行的投资入股。

(1) 不得投资的情况。国拨经费的事业单位不得向商业银行投资；政策性银行不得向商业银行投资；信用合作社除向合作银行和信用联社外，不得向金融机构投资；各金融机构的分支机构不得向金融机构投资，外资、合资金融机构和企业不得向中资金融机构投资；工商企业与金融机构之间、金融机构之间不得以换股形式相互投资。

(2) 限制投资的情况。下列投资须事先经中国人民银行批准：任何单位

和个人购买商业银行股份总额 10%以上的；地方财政部门的财政节余资金向金融机构投资的；工商银行、农业银行、建设银行和中国银行向金融机构投资的。

（3）保险公司投资金融机构的金额不超过其资本金的 25%；证券公司投资金融机构的金额，不超过其资本金的 20%；企业投资金融机构不得超过其净资产的 50%。

4. 有健全的组织机构和管理制度。根据我国公司法的规定，按照有限责任公司和股份有限公司的标准要求商业银行设置相应的组织机构，建立必要的管理制度。

5. 国有独资商业银行设立监事会，其成员由人民银行、政府有关部门的代表、有关专家和本行的工作人员组成，其办法由国务院规定。监事会对国有独资商业银行的信贷资产质量、资产负债比例、国有资产保值增值等情况，以及对高级管理人员违反法律、行政法规、章程的行为和损害银行利益的行为进行监督。

6. 有符合要求的营业场所、安全防范设备和其他设施。

（三）分支机构

1. 设立分支机构须报中国人民银行批准，在境内的分支机构不按行政区划定，而是根据业务需要而定。

2. 资金限制，商业银行在我国境内设立分支机构，应当按照规定拨付与其经营规模相适应的营运资金额。各商业银行总行拨付分支机构营运资金额的总和，不得超过总行资本金总额的 60%。

3. 经批准设立的分支机构由人民银行颁发经营许可证并公告，分支机构凭许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。商业银行的分支机构不具有法人资格，分支机构在总行的授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行承担。总行对其分支机构实行全行统一核算，统一调度资金，分级管理的财务制度。

（四）商业银行的职能

1. 信用中介职能，商业银行是经营货币和货币资本的企业，其从事放款和投资业务需要充足的资金来源，资金主要来源于存款和其他形式吸收的资金。吸收资金被称为负债业务，而运用其资金的业务称为资产业务，分为放款和投资两种。

2. 支付中介职能，即货币经营的职能，主要表现在其中间业务上：包括汇兑业务，代收业务和代理融洽业务等，这是商业银行吸引客户和提供社会财务服务最主要的方式。

3. 信用创造职能，这是商业银行区别于其他金融机构最显著的特征。商业银行在吸收存款的基础上发放贷款，在支票和流通和转帐结算的基础上，贷款可转化为存款，在存款不提取的情况下，就增加了商业银行的资金来源，最后，整个银行体系可以形成数倍于原始存款的派生存款，这就是信用创造功能。

4. 创造金融工具的职能，商业银行在其负债业务和中间业务中不断地创造着各种金融工具，如可转让定期存单，各种金融债券、银行支票、本票、银行汇票等。

5. 金融服务职能，商业银行除了资产负债业务和汇兑、结算业务外，还有其他业务，因为这些业务不列入资产负债表内，而且不影响银行资产与负

债总额的经营活动，所以被称为表外业务。其业务种类：现金管理，代理保管，代理租赁，代客资信调查，信息咨询业务；还有提供商业信用证，银行承兑汇票，备用信用证，票据发行便利，贷款销售与资产证券化等。

二、商业银行的业务

（一）资产业务

1. 现金资产业务，现金资产是银行随时可以用来应付现金需要的资产，是银行资产中最富有流动性的部分。由库存现金和在中央银行存款两部分组成。

（1）库存现金，指银行金库中的纸币和硬币。

（2）中央银行的存款，指商业银行在中央银行的法定存款准备金和备付金。商业银行系统内资金调度，联行汇差的计算，与中央银行往来资金的清算等，大部分要通过在中央银行的存款实缴实拨，实收实付。

2. 信贷业务，这是商业银行最重要的资产业务，通过放款收回本金和利息，扣除成本后获得利润。

（1）信贷程序。由于放款脱离了银行的控制，不能按时收回本息的风险较大，所以，对信贷应在遵守《借款合同条例》和《贷款通则》的基础上，建立严格的贷款制度，其主要内容是：建立贷款关系，贷款申请，贷前调查，贷款审批及发放，贷后检查，贷款收回与展期，信贷制裁。

（2）贷款种类。贷款通则将贷款分为以下三种：自营贷款，委托贷款和特定贷款。其中委托贷款指委托人提供资金，银行作为受托人按委托人指定的对象、用途、金额、期限和利率等条件办理贷款的手续，只收取手续费，不承担贷款的风险。特定贷款是指经国务院批准，并对贷款可能造成的损失采取相应的补救措施后，责成国有独资银行发放的贷款。

（3）贷款期限，有三种：第一，短期贷款，期限在1年以内；第二，中期贷款，期限在1年以上，5年以下；第三，长期贷款，指期限超过5年的贷款。

（4）借款合同，指借款方和贷款方签定的由贷款方按双方约定的条件提供资金给借款方使用，借款方按约定的用途使用该资金，并按时偿还本息的协议。是确定银行和借款人权利义务的法律依据。其主要内容有：贷款种类，借款用途，金融，利息，期限，还款资金来源及还款方式，担保条款，违约责任，双方当事人商定的其他条款。

3. 投资业务，指商业银行在金融市场购买有价证券，获取盈利的活动。可分为政府证券投资和企业证券投资二种类型。我国《商业银行法》第43条规定商业银行在我国境内不得从事信托投资和股票业务，不得投资于非自用不动产，不得向非银行金融机构和企业投资，以利银行资金的运作安全。

4. 贴现业务，指企业为了取得资金，以未到期的票据向商业银行融通资金，申请贴现。银行按规定的贴现率，扣除自贴现日至到期日的利息后，将票面余额付给申请贴现者，票据到期时，银行持票向票据的债务人收回款项的一种特殊形式的融资。

（二）负债业务

1. 存款业务，主要指商业银行的各项存款，包括活期存款，定期存款，定活两便存款，同业存款等。

2. 其他负债业务，指除了吸收存款之外能够借到的资金。主要有三种：

（1）向中央银行借款，主要有直接借款和再贴现两种形式。

(2) 发行金融债券，金融债券是银行为了筹集社会闲散资金所发行的一种有价证券，持券人有权按期取得固定利息和到期收回本金。发行金融债券的资金只能用于发放特种贷款，不可挪用作一般的工商企业贷款。

(3) 同业拆借，指商业银行因临时资金不足向其他银行及金融机构的临时借款。同业拆借一般都是短期的，尽管时间较短，但可维持资金的正常周转，避免或减少出售资产而发生的损失。因此，同业拆借是各金融机构彼此间共荣共济的一种资金调剂活动，其利率水准一般较低。《商业银行法》第46条规定，同业拆借的期限不得超过4个月。禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资。拆出资金限于交足存款准备金、备付金和归还中央银行到期贷款之后的闲置资金；拆入资金用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。

(三) 商业银行的中间业务

1. 结算性中间业务，指商业银行利用汇票、支票、本票和其他信用工具清算债权人和债务人之间的债权债务关系的一种银行业务。结算须注意两个重点问题，第一，保障客户使用存款自主权，除了按照法律规定可以冻结和扣款的情况外，银行不得代任何单位和个人冻结款项和扣款，不能限制客户使用银行存款；第二，银行不得为客户结算提供垫款，防止利用银行信用。金融法规定银行的结算方式主要有以下五种：(1) 银行汇票结算；(2) 商业汇票结算；(3) 银行本票结算；(4) 支票结算；(5) 汇总结算。

2. 担保性中间业务，主要指银行为商业汇票提供承兑服务，一般做法是由持票人请求银行承兑未到期的票据，银行审查该出票人具有足够的给付能力后，同意为其承兑，在票据到期前10日，如果出票人的存款金额不足时，银行通知出票人补足存款，以供持票人兑现，出票人不能存足款项致使持票人不能兑现时，银行应无条件地向持票人支付，然后再向有关票据当事人追索。银行承兑票据时，一般按票据面额的0.5%收取手续费。

3. 其他中间性业务，包括融资性中间业务，管理性中间业务，信息咨询业务，信用卡业务，电子银行等中间业务。

(四) 信用卡业务

我国的信用卡是指经中央银行批准发行，商业银行按一定的条件提供给资信情况良好的单位和个人的一种信用支付工具。持卡者可以在发卡方指定的消费场所免付现金消费，并可在允许的数额内善意透支，还可凭卡进行转帐、储蓄、汇兑、在自动取款机取款等功能。

1. 开办信用卡业务。商业银行开办信用卡业务须经中国人民银行批准，其所属分支行办理信用卡业务，须报辖区内的中国人民银行分支行备案。

(1) 开办信用卡业务的条件：资产负债比例须符合商业银行法和中国人民银行的规定；有相应的内部管理机构合格的工作人员、健全的制度；必要的电信设备和营业场所，人民银行规定的其他条件。

(2) 信用卡章程的主要内容：信用卡名称、种类、发行对象，使用范围，各项手续费标准，发卡银行与特约单位、持卡人三方的权利、义务和责任，以及中国人民银行要求的其他事项。

2. 信用卡的申领程序。

(1) 单位卡。凡在我国境内金融机构开立基本存款帐户的单位可申领单位卡，单位卡可申领若干张，持卡人的资格由申领单位法定代表人或其委托的代理人书面指定和注销。单位卡的资金一律从其基本存款帐户转帐存入，

不得交存现金，不得将其存款帐户和销货收入的款项存入单位卡帐户。

（2）个人卡。具有完全民事行为能力的公民可以申领个人卡，个人卡的主持卡人可为其配偶及年满 10 周岁的亲属申领附属卡，附属卡最多不超过两张，主持卡人有权要求注销其附属卡。

（3）单位和个人申请者向商业银行申请领取信用卡，须按规定向银行交存备用金，数额可由银行自定。银行根据申请者的资信情况，要求其提供担保，担保的方式可采用保证、抵押或质押。信用卡备用金存款利息，按照中国人民银行规定的活期存款利率及计息办法计算；以定期存款质押的，其定期存款按照中国人民银行规定的定期存款利率及计息办法计算。银行经审核认为申请者信用可靠的，发给信用卡，并且告之使用方法及注意事项。

3. 持卡人的权利义务。持卡人可以凭卡办理转帐结算、存取现金和消费信用，持卡人不得转让、出租或转借信用卡及其帐户，并在信用卡的帐户中保持足额以备使用。

4. 法律责任

（1）持卡人违反《信用卡业务管理办法》的规定，出租或转借信用卡及其帐户的，除责令其纠正外，对其按帐户出租、转借发生的金额处以 5% 但不低于 1 千元的罚款，并没收其非法所得。

（2）有下列情况的将可能被追究其刑事责任：持卡人恶意透支的；银行工作人员与持卡人或特约单位串通进行欺诈活动的；伪造、盗用信用卡，使用伪造、作废的信用卡，冒领冒用、涂改信用卡骗取消费的。

（五）商业银行的国际业务

1. 外币兑换业务。包括收兑外币钞票、旅行支票、旅行信用证、汇票、兑付信用卡等业务，兑换时，根据外币的进出及是否现钞以定不同的牌价：兑入国外来的电汇、信汇、票汇、旅行信用证、旅行支票等采用外汇买入价；兑出外汇时采用外汇卖出价；兑入外币现钞时，采用现钞买入价。

2. 国际贸易结算。

3. 外汇资金业务。经中国人民银行批准，商业银行可做外汇买卖业务，外汇保值业务，国际筹资业务，外汇担保业务等多种外汇资金业务。

第四节 商业银行的管理

一、商业银行的资产负债管理

（一）资产管理

资产负债管理指商业银行根据经济金融情况的变化，使银行的资产和负债在期限、结构、方式、数量和利率上进行不断地调整，以降低经营风险和增加获利机会，实现银行安全性、流动性和盈利性的经营管理目标。其中资产包括：现金资产，证券资产，贷款资产，固定资产和无形资产；负债指商业银行以借入资金的方式来保持银行的流动性，从而增加资产及收益，包括吸收的各种存款，在中央银行的借款，同业拆入款等。

（二）负债管理

负债，指商业银行以借入资金的方式来保持银行资产的流动性，从而增加资产和银行的效益。负债管理的方式主要是以短期借入款来弥补提取的存款，这样一增一减，保持了营运资金的平衡，以及用借入款来应付增加的借款需求，资产和负债都增加，通过扩大负债来增加盈利资产，获得银行资本金以外的利润。负债管理的重点是负债结构的合理化，在此基础上组织吸收资金的多样化和负债工具的创新，提高负债金额，以增加利差机会。

（三）资产负债比例管理

1. 资产负债比例管理是商业银行通过规定资产负债的一定比率，对资产和负债间的比例关系设定警戒线，以保障其资产运营的安全。最重要的两个监控指标：资本充足率和资产流动性比例。

2. 主要内容：资本充足率不得低于 8%，贷款余额与存款余额的比例不得超过 75%，流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于 25%，对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过 10%，向股东提供贷款余额不得超过股东已缴股金的 100%，以及中央银行对资产负债方面的其他规定。

3. 资本充足率，指商业银行的资本总额与加权风险资本总额的比例，其是衡量银行业务经营情况是否稳健的一个重要标志。1988 年国际清算银行成员国的中央银行在瑞士的巴塞尔达成了《关于统一国际银行资本衡量和资本标准的协议》中提出的目标就是资本充足率不低于 8%，我国商业银行法也是如此规定。商业银行的资本分为两类，一类是核心资本，其包括实收资本，资本公积，盈余公积和未分配利润，这类资本至少应占整个资本的一半；另一类是附属资本，其变现流动性和价值稳定性较前类差，包括银行的呆帐准备金和累计的折旧。

4. 资产流动性比例，指银行流动性资产与流动性负债的比例不得低于 25%。其中流动性资产指一个月内可变现的资产，包括库存现金，在中央银行的存款，存放同业款，国库券，一个月内到期的同业净拆出款，一个月内到期的贷款，一个月内到期的银行承兑汇票，其他经中央银行核准的证券。而流动性负债指一个月内到期的存款，同业净拆入款。

（四）资本和资产风险权数

1. 资本是银行营业的根本，为了保证资本在预定的安全线内运营，需要对银行的资本和资产划定一定风险的百分比，这是根据银行资产长期运作中得出的一个概率。我国中央银行设定风险权数的资本、资产，指银行开办人民币业务的金融资本、金融资产，这些资产按其实际运营质量划分成不同的

种类，按风险程度设定风险权数，风险权数划分为 0、10%、20%、50%、100% 五类，根据风险权数计算的资产称为加权风险资产。

2. 资本成份：（1）核心资本，包括银行的实收资本，资本公积，盈余公积和未分配利润。（2）附属资本，包括银行的贷款呆帐准备，累计折旧。（3）应从资本总额中扣除：购买外汇资本金支出，不合并列帐的银行和财务附属公司资本的投资，在其他银行和金融机构资本中的投资，呆帐损失尚未冲销部分。

二、商业银行的资产风险管理

（一）资产风险管理的概念及种类

资产风险管理指商业银行为了保证经营资金的安全，采取必要的风险管理办法，来防范、分散、转移和消除各种经营风险，经营风险的种类包括信用、投资、流动性和经营管理风险。

（二）有关贷款的特别规定

1. 资本充足率不得低于 8%；
2. 贷款余额与存款余额的比例不得超过 75%；
3. 流动资产余额与流动性负债余额的比例不得低于 25%；
4. 对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过 10%；
5. 对股东贷款的比例不得超过其出资的 100%；
6. 对银行关系人的贷款限制，即不得对银行高级职员及其亲友以及银行投资的金融机构发放信用贷款，不得对银行高级职员及其亲友担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织发放信用贷款。

（三）禁止商业银行投资的风险项目

1. 商业银行在我国境内不得从事信托投资和股票业务，不得投资于非自用不动产。因为信托投资和股票业务的风险较大，不符合商业银行稳健性经营的原则；而投资于不动产势必占用银行大量的资金，以致商业银行的资产中可在短期内变现的资产余额与总资产余额的比例失调，造成银行的支付风险，影响银行的安全性、流动性和效益性的经营效用。

2. 《商业银行法》第 43 条还规定，商业银行在我国境内不得向非银行金融机构和企业投资。本法实施前，商业银行已向非银行金融机构和企业投资的，由国务院另行规定实施办法。

第五节 商业银行的接管、清算、终止以及法律责任

一、商业银行的接管

（一）接管的条件

1. 接管的条件，当商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益时，中国人民银行可以对该银行实行接管。信用危机的主要表现为，商业银行不能应付存款人的提款，不能清偿到期的债务，以及同业拒绝拆借资金，为原客户和市场所普遍拒绝其服务。商业银行有上述情况之一的，即可被视为发生信用危机。

2. 接管的目的，指中央银行对拟被接管的商业银行采取必要的措施，以保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。

（二）接管程序

1. 接管决定，人民银行认为商业银行出现危机时，可以决定对其接管，并组织实施。接管决定由中国人民银行予以公告，公告应载明下列主要内容：被接管的商业银行的名称、接管的理由、接管组织和接管期限。

2. 接管的法律后果。（1）自接管开始之日起，由接管组织行使商业银行的经营管理权力，接管组织的组成人员由中国人民银行指定。（2）被接管商业银行的债权债务关系不因接管发生变化。（3）接管期限届满，中国人民银行可以决定延期，但接管期限最长不得超过2年，以维持金融行业的稳定。

3. 接管终止，《商业银行法》第68条规定，当出现下列情况时，接管即告终止：

（1）接管决定规定的期限届满，或中国人民银行决定的接管延期届满。期限的届满一般有两种可能，其一是接管成功，银行恢复正常的经营，存款人的利益已经得到了有效的保障；其二是接管不成功，银行的经营危机仍然没有消除，为保护债权人的利益和维护金融秩序的稳定，该银行将被转入清算。

（2）接管期限届满前，该商业银行已经恢复正常经营能力。

（3）接管期限届满前，该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

二、商业银行的清算及终止

（一）分立、合并及解散的清算

1. 解散的条件，商业银行因分立、合并或者出现公司章程规定的解散事由需要解散的，应当向中国人民银行提出申请，并附申请解散的理由和支付存款的本金和利息等债务清偿计划。经中国人民银行批准后解散。

2. 解散程序，商业银行解散的，应当依法成立清算组，清算组成员由中国人民银行指定。由清算组进行清算，按照既定的清算计划及时偿还存款本金和利息债务，然后再偿还银行其他的债务。中国人民银行监督清算过程，对清算的重大事项有否决权。

（二）商业银行的被撤销

商业银行因被吊销经营许可证而撤销的，中国人民银行应当依法及时组织成立清算组，进行清算，按照清偿计划及时偿还存款本金和利息。程序与解散清算的程序相同。

（三）破产清算

1. 破产条件及适用法律，商业银行不能支付到期债务，经中国人民银行同意，由人民法院宣告破产。商业银行被宣告破产的，由人民法院组织中国

人民银行等部门和有关人员成立清算组，进行清算。

商业银行破产的条件主要有三个：不能支付到期债务，经营状况持续恶化，经债权人或银行自己申请，并经中国人民银行同意。此三个条件缺一不可。除了按照商业银行法的有关规定进行破产程序外，主要还应根据破产法和民事诉讼法的规定办理。

2. 破产清算支付顺序，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。在此支付后剩余的破产财产才能按顺序支付国家的税款，之后的剩余才能清偿普通的债权，包括其他银行、单位、机构在银行的存款、拆出资金和破产银行所欠他人债务。

（四）商业银行的终止

商业银行因解散、被撤销和被宣告破产而终止。商业银行的终止是重大的金融活动，须经中央银行的批准在先，以及按照商业银行法和公司法、公司登记条例等法律法规的规定办理。

三、违反商业银行法的法律责任

（一）侵犯存款人利益应承担的法律责任

商业银行有下列行为之一的，对存款人或者其他客户造成财产损害的，应当承担支付延迟履行的利息以及其他民事责任：

1. 无故拖延或者拒绝支付存款本金和利息的；
2. 违反票据承兑等结算业务规定，不予兑现，不予收付入帐，压单、压票或者违反规定退票的；
3. 非法查询、冻结、扣划个人储蓄存款或者单位存款的；
4. 违反商业银行法的规定对存款人或者其他客户造成其他损害的。

（二）逃脱中央银行监控应承担的法律责任

商业银行有下列行为之一，由人民银行责令改正，有违法所得的予以没收，并处5倍以下的罚款，可并处5万元至50万元的罚款。情节严重或拒不改正的，中国人民银行可责令其停止整顿或者吊销其营业执照。

1. 未经批准发行金融债券或者到境外借款的；
2. 未经批准买卖政府债券或者买卖、代理买卖外汇的；
3. 在境内从事信托投资和股票业务或者投资于非自用不动产的；
4. 向境内非银行金融机构和企业投资的；
5. 向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款条件的；
6. 提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报表的；
7. 拒绝中国人民银行稽核、检查监督的；
8. 出租、出借经营许可证的。
9. 未按照中国人民银行的规定交存存款准备金的，未遵守有关资产负债比例管理的规定的；
10. 未经批准设立分支机构的，未经批准合并、分立其分支机构的；
11. 违反中央银行关于利率的规定，擅自提高或降低利率以及用其他不正当的手段吸收存款和发放贷款的；
12. 同业拆借超过期限，或者利用拆入资金用于发放固定资产贷款的。

（三）侵犯商业银行权利的法律责任

有下列行为之一，情节或后果严重的，将被依法追究刑事责任：

1. 未经中国人民银行批准，擅自设立商业银行，或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的；
2. 伪造、变造、转让商业银行经营许可证的；
3. 借款人采取欺诈手段骗取贷款，构成犯罪的；
4. 商业银行的工作人员利用职务上的便利索取、收受贿赂，贪污、挪用、侵占本行资金或客户资金，构成犯罪的，玩忽职守的，泄漏国家秘密和商业秘密的。

第五章 证券法

第一节 证券和证券法概述

一、证券的概念

1. 一般定义。广义的证券就是记载和代表一定权利的文书，即用以证明证券的持有人，有权按照证券所载的内容，享有相应的权益的一种凭证。

2. 有价证券。是指具有一定票面金额，证明持券人有权按期取得一定收入的所有权或债权证书。

3. 广义的有价证券：（1）货币证券。是指因商品的买卖而产生的，表示索取与商品价值相等的货币的证券。其发挥着货币支付手段的作用。主要是指商业票据，如支票、本票、汇票等。

（2）资本证券。是指随着借贷资本产生的，表明权利人索取与其出资的价额相应的利益的权益凭证。指股份公司股票、公司债券及国家债券等。

4. 狭义的有价证券。证券法上的证券一般都是指狭义的有价证券，即专指资本证券。

二、证券的分类

（一）股票的概念和特征

股票是股份有限公司发给股东，表明其入股的股份，并据以行使权利的凭证，股票同时又是代表具有财产价值的股东权的有价证券。

股份在法律上是表示股份有限公司资本的构成单位。股份有限公司的资本全部划分为金额相等的若干股份，每股金额乘以股份总数便构成了股份有限公司的资本总额。

股票是证券化了的股份，即以票证的形式表现出来的公司股份，作为股东权的表现形式，它使有关股东权的商事活动更便捷而且更迅速，并使其更规范和安全。

（二）股利

1. 股票的股息和红利。股票的股息和红利通称股利，是构成股东收益权的基本内容。

（1）股息。所谓股息是指股东依其所持股票金额的一个确定的比率，定期从股份公司领取的投资回报。

（2）红利。所谓红利是股东依其所持股票的金额，从股份公司领取的超过股息部分的利润。

股息率是固定的，而红利的数额则是不固定的，是随着公司每年可供分配盈余的多少而浮动的，它取决于股息支付后公司剩余利润的多少。

2. 股利的分配。

（1）股利分配的前提

股息和红利都来自公司的盈余，但并非全部盈余都用于股息红利的分配，而是在公司盈余首先弥补了往年亏损，再提取法定的公积金和章程规定的公积金后，其剩余的部分才能用于股利的分配。

（2）股利的分配形式

股份有限公司以现金的形式支付给股东的股利叫现金股利。

股份有限公司以本公司股票的形式支付给股东的股利就叫股票股利。

（三）股票的分类

1. 股票可以根据股东所享有的权利分为

(1) 普通股

即享有股东的基本权利而无特别利益的股份，它是股份有限公司最基本的股份，是构成股份有限公司资本的基础。

(2) 优先股

是指在分配股息、红利、公司清算剩余财产时等诸方面享有特别利益，并优先于普通股实现的股份。其特别利益表现在其分配比例是事先确定的、只要有盈余就要按照这个比例分配，不因公司经营好坏而提高或降低，其分配顺序在普通股之前。

(3) 后配股

是指在分配股息红利、公司剩余财产及行使表决权等方面劣于普通股的股票。

其权利的劣位性表现在：公司盈余或剩余财产只有在分配给普通股股东后有剩余时，才能再分配给后配股股东。后配股股东的表决权也往往受到限制或者无表决权。

普通股以外的股票称作特别股。

我国公司法主要规定了普通股，对优先股和后配股等普通股以外的特别股未作规定。

2. 根据票面上及股东名册是否记有股东姓名分为

(1) 记名股票

其所表示的权利只能由股东本人享有，非股东即使持股票也不享有股东权。记名股票的股东姓名，要记载于公司的股东名册之中。

(2) 无记名股票

凡是股票票面上没有记载股东姓名的股票，即为无记名股票。凡持有无记名股票的人即可凭票行使股东权，一般无须再证明其股东资格，所以其便于流通和转让。

3. 根据是否有票面金额分为

(1) 额面股

是指在票面上记载一定的金额，以表明股票价值的股票。我国公司法只规定了额面股股票

(2) 无额面股

是指票面上不记载金额，即无票面价值的股票，这种股票的价值依据其所占公司的资本总额的一定比例确定，它不是一个固定不变的常数，而是随公司资产的实际增减而升降。

4. 以股票发行对象的不同分为

(1) 发起人股

是指股份有限公司向发起人发行的股票。在股份有限公司设立过程中，发起人负责公司设立事务，要认购公司发行股票的全部或一部分，就形成了发起人股。

(2) 国家授权投资机构股

即通常所说的“国家股”，它是指由国家授权的投资机构代表国家以国有资产向股份有限公司投资而持有的股票。

(3) 法人股

是指具有法人资格的企业、事业单位和社会团体向股份有限公司投资而

持有的股票。法人股票应为记名股票。

（4）社会公众股

是指股份有限公司向发起人，国家授权投资机构和法人以外的社会投资大众所发行的股票。

对社会发行的股票可以是记名股票，也可以是无记名股票。

5. 以发行的资本范围的不同分为

（1）旧股

是指在公司设立时章程确定的资本总额范围内发行的股份，包括在公司设立时已经发行的股份和实行授权资本制时，公司在成立后发行的授权股份。

（2）新股

是指公司成立后，修改章程、增加资本总额而发行的股份。

6. 以股票的购买币种和持有人地域不同分为

（1）A 种股票

是指以人民币标值，由境内中国公司或法人以人民币购买或交易的股票，也称内资股。

（2）B 股又称人民币特种股票

指以人民币标明股票面额，以外币认购和进行交易，专供境外和中国香港、澳门、台湾地区投资者买卖的股票，经过批准，可以在上海或深圳证券交易所上市。

（3）H 股

系以人民币标明股票面额，以外币认购和进行交易，专供境外和中国香港、澳门、台湾地区的投资者买卖的股票，该股票在香港联合交易所上市。

（四）债券的定义

债券是发行人为了筹集资金而依法发行的，其持有者可以在发行人承诺规定的日期，请求按规定的利率来还本付息的一种债的书面证书。它也是有价证券的一种，作为一种债务证书，是对借款承担偿还本息义务的凭证。债券是发行者的筹资手段，是一种吸引投资的工具。

（五）债券的分类

1. 债券根据发行人的不同可分为

（1）政府债券包括国库券、中期公债、长期公债

是指中央政府、地方政府或政府机构发行的债券，通常也称公债。

（2）金融债券包括国家金融债券和地方金融债券。

是指银行和各类金融机构发行的债券。

（3）企业债券包括担保公司债、转换公司债等。

是指股份公司、有限责任公司和其他具有债券发行资格的企业为筹集资金而发行的债券。

2. 按照债券的发行对象的不同分为

（1）公募债券

是指在社会上向不特定的投资者公开发行的债券，即公开向社会公众和投资机构发行的债券。

（2）私募债券

是指向特定的投资者发行的债券。

3. 按照债券的发行方式分为

（1）直接发行债券

是指由发行主体直接向投资者出售的债券。

（2）间接发行债券

是指通过债券发行中介机构向投资者销售的债券。

4. 按照债券是否记载持有人姓名分类

（1）记名债券

是指债券存根簿上记载了持有人姓名的债券。

（2）不记名债券

是指债券存根簿上不记载持有人姓名的债券。记名债券和不记名债券在挂失、转让、本息支付等方面要求不同。例如，记名债券应以背书转让，不记名债券交付即为转让。

三、证券法的概念和特征

（一）广义与狭义的证券法

证券法在广义上是指调整证券发行、交易和证券监管过程中发生的各种社会关系的法律规范的总称。

狭义的证券法仅指调整证券和证券发行，不包括证券交易的规则。我国的《证券法》是广义上的证券法。

（二）证券法的特征

1. 确保高度的交易安全是证券法的首要特点。

2. 证券行为是法定的要式行为，证券发行或证券交易行为的实施、证券发行和交易法律关系的发生，都必须具备法律规定的形式和程序，否则就不能有效。

3. 证券市场秩序关系到整个经济秩序和社会生活秩序的安定，关系到投资公众的利益，所以证券法规范多为强制性规范。

4. 证券法是有关证券发行和证券交易的操作规程，是实用的法律技术规范。

5. 证券市场的发展越来越国际化、全球化。任何一国的证券立法，必须考虑与国际有关立法相衔接，参照和引用国际上通行的做法。

四、证券法的基本原则

（一）公开原则

1. 公开原则的概念与意义

公开原则，即所谓信息公开制度，它是指在证券发行和交易过程中，证券发行人和其他有关当事人必须向社会公众公开能够影响投资者作出投资决定的一切信息资料。具体体现为：

（1）证券应当向社会公开发行；

（2）证券发行后，应当在证券交易场所公开上市交易；

（3）必须真实、准确、完整、及时、易得、适法地公开与证券发行、交易相关的一切信息。

公开原则是公正、公平的前提和保障，是实现公平、公正的必要措施，是证券法的精髓所在。

2. 公开的内容

凡是影响证券交易价格的重大事件都是需要公开的内容。

（1）初次公开

我国证券法规定，证券发行申请经核准或者经审批，发行人应当依照法

律、行政法规的规定，在证券公开发售前，公告公开募集文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。

（2）持续公开

是指发行人在证券已经发行或上市后，应继续不断地披露有关可能对公司的股票价格产生重大影响的证券发行和交易的重大信息，主要是公开有关发行人的财务经营状况资料，内部管理人员及其持股或变动情况，重大诉讼等。

（二）公正原则

公正原则是指在证券市场中，立法者应制定公正的规则，司法者和管理者按照这一规则公正地执行法律，对一切被监管者给予公正待遇。公正主要是针对债券管理行为而言。

证券发行、交易活动，必须遵守法律、行政法规；禁止欺诈、内幕交易和操纵证券交易市场的行为。

我国《证券法》规定，参与核准股票发行申请的人员，不得与发行申请单位有利害关系；不得接受发行申请单位的馈赠；不得持有所核准的发行申请的股票；不得私下与发行申请单位进行接触。

（三）公平原则

公平原则是指在证券发行和交易活动中，当事人具有平等的法律地位，即平等地享受权利和承担义务，公平地开展竞争，合法权益受到公平保护。即所谓“同股同权，同股同利，同股同价”。

债券市场的公平首先是秩序的公平；其次是主体地位的平等；最后才是等价交换。总之，应当遵守自愿、有偿、诚实信用的原则。

第二节 证券发行制度

一、证券发行与证券市场

（一）证券发行的概念

所谓证券发行是指，发行主体以筹集资金为目的，第一次将证券直接或间接销售给证券投资人的活动。包括募集、制作、交付、直接销售或委托中介机构承销、代销证券的一系列活动。

（二）证券市场

证券发行市场，也叫证券初级或一级市场，是指证券发行者为了筹集资金，首次将证券出售给投资者；也就是投资者出资购买新发行的证券的交易活动和社会关系的总和。它一般是由发行人、承销机构和投资人的活动构成的。

（三）发行人

所谓发行人是指通过发行证券来筹集资金的法人组织。包括：

1. 股份有限公司

股份有限公司既可以发行股票，也可以发行公司债券，而且只有股份有限公司方可以发行股票，它是股票的惟一发行主体。

2. 有限责任公司

有限责任公司，是股东以其出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的企业法人。有限责任公司不发行股票，但有权发行公司债券。

3. 国有独资公司

国有独资公司是指国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司。

4. 其他企业法人

指除了有限公司和股份有限公司以外的企业法人。例如依法可以发行债券的国有企业或集体企业、外国投资企业等。

5. 金融机构

金融机构包括银行和非银行金融机构，它们都可以成为金融债券的发行主体。

6. 国家是国家公债的发行主体，由国家中央政府决定以国家名义发行债券，其发行主体就是国家。

7. 地方政府

地方政府是地方公债的发行主体。

（四）发行方式

1. 直接发行

是指发行人不通过承销机构而直接将证券销售给投资人。

2. 间接发行

（1）证券承销

指发行人通过承销机构代为进行发行。按照承销机构在承销活动中所处地位和所负义务的不同，又可分为包销、代销和承销团承销。

（2）承销机构

证券公司应当依照法律、行政法规的规定承销发行人向社会公开发行的证券。证券承销业务采取代销或者包销方式。《证券法》规定，证券的代销、包销最长不得超过 90 日。

证券公司又称证券商，指依法设立的、专营证券代理发行，自营、代理证券买卖，代理证券还本付息和红利支付等业务，并可兼营证券的代保管、鉴证、登记过户、贴现、抵押贷款、证券投资咨询等业务的法人。

3. 证券承销法律关系的分类

(1) 证券包销

指承销公司将发行人的证券按照协议全部购入，或在承销期结束时，将售后剩余证券全部购入的承销方式。

证券包销又可分为全额包销、定额包销和余额包销。

(2) 证券全额包销

是指证券承销商向证券发行人支付全部证券价款，购进发行人发行的全部证券，然后再以市场价格向公众销售证券，以赚取购销差价收入。

(3) 证券定额包销

是指承销商在承销合同中认明保留一部分证券自行认购，向发行人支付部分价款，购进发行人发行的部分证券，然后再按市场价格向公众投资者销售以赚取购销差价收入，而对其余证券则以代销的方式销售。

(4) 证券余额包销

是指证券承销商依承销合同包销发行人发行的证券，于合同约定的承销期限届满后，对约定包销的证券，凡未能全部销售的，剩余部分应自行认购，并在约定的时间，向证券发行人交付全部证券销售款额，但有权收取包销费用的销售方式。

(5) 证券代销

是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。

(6) 承销团承销

证券单独承销是指，只有一个证券承销机构单独承销发行人发行的证券。

承销团承销是指，由一家承销机构牵头担任主承销，若干承销机构参与组成承销团来共同承销发行人发行的证券。

向社会公开发行的证券票面总值超过人民币 5 千万元的，应当由承销团承销。

(五) 投资人

1. 投资主体

证券的投资主体就是指以营利为目的，购买并持有资本证券，承担证券投资风险，行使证券权利的投资人。

2. 证券投资主体的种类

证券投资主体通常包括国家（政府投资者）、工商企业投资者、机构投资者和个人投资者。

我国证券法规定，证券交易所、证券公司、证券登记结算机构从业人员、证券监督管理机构工作人员和法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定期限内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。任何人在成为前款所列人员时，其原已持有的股票，必须依法转让。

3. 证券投资基金制度

证券投资信托基金是指依照法律规定，经主管机关的许可，以投资者委

托代理投资的财产为基础而设立的，以发行和赎回受益凭证、证券或其他金融投资为主要业务的财团法人。

它其实是由众多的投资者，将其可用于证券投资的资金集中起来，委托给具有专门知识和经验的投资专家来经营操作，依据分散投资的原则，投资于各类有价证券，然后将产生的收益分配给投资者。

所以，投资基金证券就是证明投资人认购了投资基金并有权领取投资收益的凭证。由于投资基金证券体现着基金投资人与基金经营人间的一种信托法律关系，所以它也叫做投资信托基金证券。

二、债券的发行

（一）公债券的发行

在我国，政府债券和金融债券的发行一般都是为了满足特定的集资需要，由于它们是国家财政或金融机构作为债务人发行的债券，因此法律对其发行的条件、程序和票面形式都不做特别规定。

1. 公债发行的主体是政府及政府机构。
2. 公债的发行多以公共利益为目的。
3. 公债在各种债券中具有最高的安全性。
4. 公债的利率一般比公司债券或金融债券低。

（二）公司债券的发行

1. 公司债券的发行主体

我国公司法第 159 条规定，股份有限公司、国有独资公司和两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，为筹集生产资金可依照公司法发行公司债券。

企业债券的发行主体是我国境内具有法人资格的企业，除此而外的任何单位和个人都不得发行企业债券。

2. 发行公司债券应具备的条件

发行公司债券的条件，包括法律要求发行公司债券必须具备的信用条件和其他政策性条件。

发行公司债券所筹集的资金，必须用于审批机关批准的用途，不得用于弥补亏损或其他非生产性支出。

根据公司法的规定，上市公司发行可转换为股票的公司债券时，除应当具备上述发行公司债券的条件外，还应当符合股票的发行条件。

3. 公司债券发行的程序

（1）作出发行公司债券的决议或决定。

（2）发行公司债券，必须依照公司法规定的条件，报经国务院授权的部门审批。发行人必须向国务院授权的部门提交公司法规定的授权文件和国务院授权的部门规定的文件。

（3）公告公司债券募集办法。

（4）制作债券。

（5）销售债券，收回债款。

（6）置备公司债券存根簿。

4. 公司申请其公司债券上市交易必须符合下列条件：

- （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 千万元；
- （3）公司申请其债券上市时应符合法定的公司债发行条件。

5. 企业债券的发程序

- (1) 制定发行章程。
- (2) 申请、审批。
- (3) 公告发行章程。
- (4) 信用评级（并非必经程序）。
- (5) 委托证券经营机构承销。
- (6) 销售认购。

三、股票的发行

(一) 定义

股票发行，即股份有限公司以募集资本为目的，分配或出售自己的股份，由发起人或其他投资人认购。

股票发行是股份有限公司股票的最初产生，是新股票的第一手买卖，关系到公司资本总额的增加。

(二) 股票发行的主要分类

股票发行按不同的标准有不同的分类。不同种类的股票发行，其发行的条件和程序也是不同的。

1. 按股票发行时间的不同可分为

(1) 设立发行

设立发行是指股份有限公司在设立阶段为筹集初始资本而进行的股票发行，由此而发行的股票叫初始股票、原始股票或旧股。

其中，公司设立应发行的全部股份都由发起人来全部认购的股票发行，叫发起设立方式的发行。

而公司设立应发行股份的一部分由发起人认购，其余部分向社会公开募集的股票发行，称之为募集设立方式的发行。

(2) 新股发行

概念：新股发行是指股份有限公司成立后，为了增加公司资本总额而发行股票的行为。又分为公开发行新股和配股。

新股发行是区别于设立发行而言的，它是指股份有限公司设立后再向社会募集股份的行为。

条件：我国公司法规定，股份有限公司发行新股必须符合下列条件：前一次发行的股份已经募足，并间隔 1 年以上；公司在最近 3 年内连续盈利，并可向股东支付股利；公司在最近 3 年内财务会计文件无虚假记载；公司预期收益可达同期存款利率。公司只有同时具备这四个条件，才能有资格发行新股。

新股发行的程序：

首先要由股东大会作出发行新股的决议。

其次，公开发行股票，须报经国务院证券监督管理机构核准。

第三要公告新股招股说明书和财务报表及附属明细表，并制作认股书。

第四是签订承销协议，由证券经营机构承销股份。

最后是办理登记与公告。

配股：所谓配股，是指公司发行新股时，按股东所持的股份数，以低于市场价格的特价，分配股份，由股东认购。我国证券法规定，上市公司发行新股，可以向社会公开募集，也可以向原股东配售。

2. 按股票发行方式的不同可分为

（1）公募发行

即公开向社会发行股份，指除向公司股东和公司雇员发行股份外，还向社会公众发行股份。采用这种公开间接发行方式时，股份有限公司通过证券承销机构公开向广大社会公众发行股票。根据我国法律的规定，股份公司采取募集设立方式发行股份，或向社会公开募集新股都应采用公募发行，也称公开委托发行。公开发行的发行人有权依法自主选择承销的证券公司。

（2）私募发行

指股份公司采取发起设立方式时，直接向特定的发行人发行股票。因为其不涉及社会公众利益，所以审批程序就比较简化。

（三）股票的发行价格

1. 票面价值与发行价格

在我国允许发行的股票都是面额股票，在股票的票面上都标明有一定的货币金额，即所谓股票的票面价值。股票的票面价值只表示股票的最初购买者作为投资人向公司资本中投入的货币价值。同时也表示该项投资在公司总资本额中所占的比例。

股票的发行价格是公司在发行股票时所确定的价格。它是固定的，同次发行的股票，每股的发行条件和价格是相同的。因为股份有限公司的全部资本都划分为等额股份，所以股份公司的全部股票的面值等于公司的资本总额。这样，公司发行了多少股票，就必须收回多少资本，因此，确定股票的发行价格就必须等于或高于股票的票面价值，否则就无法确保公司出售一定比例的股票后，能够获得相应比例的实收资本。

2. 按股票的面额确定发行价格，就是平价发行。

3. 溢价发行即按照高于股票票面金额的价格发行。

我国公司法规定：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。以超过票面金额为股票发行价格的，须经国务院证券管理部门批准。以超过股票票面金额发行股票所得溢价款列入公司资本公积金。股票发行采取溢价发行的，其发行价格由发行人与承销的证券公司协商确定，报国务院证券监督管理机构核准。

（四）股票的交付

股票的交付是指由发行股票的公司将股票交付股东的行为。

我国公司法规定，股份有限公司登记成立后，即向股东正式交付股票。公司登记成立之前不得向股东交付股票，因为如果公司不能设立，股东持有股票没有意义。由此可见，股票的交付时间是在公司登记成立后。股票的交付时间意味着股东权益的开始，股份公司成立后，股东即可享受其股东权益。

（五）股票的发行程序

1. 公开发行股票，必须依照公司法规定的条件，报经国务院证券监督管理机构核准。发行人必须向国务院证券监督管理机构提交公司法规定的申请文件和国务院证券监督管理机构规定的有关文件。

2. 发行人向国务院证券监督管理机构获准国务院授权的部门提交的证券发行申请文件，必须真实、准确、完整。

为证券发行出具有关文件的专业机构和人员，必须严格履行法定职责，保证出具文件的真实性、准确性和完整性。

3. 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。

4.国务院证券监督管理机构依照法定条件负责股票发行申请。核准程序应当公开，依法接受监督。

第三节 证券交易制度

一、证券交易概述

（一）证券交易

1. 概念

指已经发行的证券在不同的证券投资者之间再次进行交换的行为，又称证券买卖。

2. 特点

（1）参加证券交易法律关系的证券投资者，总有一方是在证券发行市场上已认购了某种证券的投资者，或已经在证券交易市场购买某种证券的投资者。

参加证券交易市场的证券商都是证券自营商或证券经纪商。

（2）证券交易法律关系的客体，是证券交易当事人依法买卖的证券。其必须是依法发行并交付的证券。非依法发行的证券，不得买卖。依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内，不得买卖。

（3）证券交易法律关系的核心是证券买卖法律关系，证券交易法律关系在实质上是单纯的证券买卖法律关系，只要证券买卖完成，证券交易法律关系也就结束。

证券交易过程中的其他法律关系都是配合证券买卖法律关系完成的，是围绕证券买卖法律关系相联系发生的。

（二）证券交易法律关系的分类

证券交易在实质上是已经发行的证券的再次买卖，证券交易法律关系实质上就是证券的买卖法律关系，既有证券投资者直接的证券买卖，又有投资者委托证券经纪商代理买卖证券，所以证券交易法律关系不外乎有三种情况：

1. 是证券交易买卖法律关系；
2. 是证券交易行纪法律关系；
3. 是证券交易服务法律关系。

一个证券交易法律关系，往往是几种证券法律关系的组合，即这三种法律关系综合在一起，才构成一个证券交易法律关系。但是在这三种法律关系中，证券买卖法律关系是证券交易法律关系的主干和核心内容。证券交易行纪法律关系，证券交易服务法律关系等，都是服务于证券交易法律关系的。

二、证券交易市场

（一）概念

进行证券交易而形成的市场即证券交易市场，又称二级市场，它主要由客户、证券公司、证券交易的服务机构以及证券交易场所构成。证券交易所、证券公司、证券登记结算登记机构必须依法为客户所开立的帐户保密。

（二）证券公司

证券公司是指依照公司法和证券法规定批准的从事证券经营业务的有限责任公司或者股份有限公司。

1. 证券自营公司又称证券自营商

是指依法经营证券自营业务，在证券发行市场和交易中以自己的名义为自己买卖证券的证券公司。

2. 证券经纪公司又称证券经纪商

是指接受客户委托，在证券交易中以自己名义为客户代理买卖证券的证券公司。我国证券法规定，经纪类证券公司只允许专门从事证券经纪业务。

3. 证券承销公司

是指依法经营证券承销业务，于证券发行市场中以合同约定的包销或代销方式，承销发行人发行的证券的证券公司，即证券承销商。

（三）证券交易的服务机构

1. 概念

证券交易的服务机构，是指在证券交易中专门从事证券登记、证券托管、证券清算过户等业务的机构。

2. 证券服务机构分类

证券服务机构是专门从事证券交易清算过户、证券的代保管和签证、证券资信评估、证券投资咨询、证券抵押、证券法律服务等业务，为证券交易和发行提供服务职能的机构。

证券交易的收费必须合理，且收费项目、收费标准和收费办法亦须公开。

单行设立的证券服务机构主要有：

（1）证券登记结算机构

证券登记结算机构是指为证券交易提供证券登记、证券托管、证券清算等服务事项的不以营利为目的的法人。

证券登记结算机构履行证券帐户、结算帐户的设立；证券的托管和过户；证券持有人名册登记；证券交易所上市证券交易的清算和交收；办理有关查询等。

（2）证券投资咨询机构

是指在证券发行和交易中向投资者咨询服务的机构。证券投资咨询机构的从业人员不得代理委托人从事证券投资；不得与委托人约定分享证券投资受益或者分担证券投资损失；不得买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票。

（3）证券资信评估机构

证券资信评估机构，是指在证券发行中对证券的信用程度给予级别评定的服务机构，它是专门的证券评级机构。

为证券的发行、上市或者证券交易活动出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，必须按照执业规则规定的工作程序出具报告，对其所出具报告内容的真实性、准确性和完整性进行核查和验证，并就其负有责任的部分承担连带责任。

（四）证券交易场所

证券交易场所分为集中竞价的证券交易场所和非集中竞价的证券交易场所。

1. 证券交易所的概念

证券交易所是提供证券集中竞价交易场所的不以营利为目的的法人。是对证券集中竞价交易进行管理的机构。证券交易所本身并不从事证券交易业务，它只是提供证券交易场所，由证券经营机构从事证券交易。

证券交易所应当为组织公平的集中竞价提供保障，即时公布证券交易行情，并按交易日制作证券市场行情表，予以公布。

2. 会员制证券交易所

会员制证券交易所的会员一般是经申请批准并对交易所出资的证券公司和证券自营商等。

设立证券交易所必须制定章程，证券交易所必须在其名称中标明证券交易所字样。其他任何单位或者个人不得使用证券交易所或者近似的名称。

进入证券交易所参与集中竞价交易的，必须是具有证券交易所资格的证券公司。在会员制证券交易所内，只有会员才有资格参加交易大厅的证券交易活动。会员通常派出代表，并指令其进行买卖，凡是参加证券交易所交易的证券公司等证券经营机构也须取得交易所的会员资格。

3. 证券交易所本身不得自行买卖证券，也不得代客买卖证券。其主要的日常收入是证券发行公司的证券上市费和证券交易双方的佣金。会员要按照证券交易所章程的规定向证券交易所缴纳有关费用，如会费、席位费和应当分担的其他经费，并以章程规定为限对证券交易所承担责任。证券交易所可以自行支配的各项费用收入，应当首先用于保证其证券交易场所和设施的正常运行并使其逐步改善。

4. 挂牌上市

经依法核准的上市交易的股票、公司债券及其他证券，应当在证券交易所挂牌交易。

在交易所交易的证券必须达到交易所规定的条件，在交易所注册登记，称作挂牌上市。只有上市证券才能在交易所交易。各交易所都规定有上市条件，主要是对证券发行人的资产状况、经济效益等方面订出最低标准，达到这些标准的公司所发行的证券才能在交易所上市交易。

（五）我国的证券交易所

我国目前的证券交易所只有两个，即上海证券交易所和深圳证券交易所。我国法律规定了会员制是我国证券交易所的惟一组织形式。

证券交易所设理事会。证券交易所设总经理一人，由国务院证券管理机构任免。

证券交易所的设立和解散由国务院决定。证券交易所章程的制定和修改，必须经国务院证券监督管理机构批准。

三、证券上市

（一）证券上市

1. 国家鼓励符合产业政策同时又符合上市条件的公司股票上市交易。

2. 股份有限公司申请其股票上市交易，必须报经国务院证券管理监督机构核准。国务院证券监督管理机构可以授权证券交易所依照法定条件和法定程序核准股票上市申请。

3. 股票上市交易申请经国务院证券监督管理机构核准后，其发行人应当向证券交易所提交核准文件和申请时提交的文件。证券交易所应当自接到股票发行人提交的法定文件之日起 6 个月内，安排该股票上市。

4. 股票上市交易申请经证券交易所同意后，上市公司应当在上市交易 5 日前公告经核准的股票上市的有关文件，并将该文件置备于指定场所供公共查阅。并公告核准在证券交易所交易的日期；持有公司股份最多的前十名股东的名单和持股数额；董事、监事、经理及有关高级管理人员的姓名及其持有本公司股票和债券的情况。

5. 公司申请其发行的公司债券上市交易，必须报经国务院证券监督管理机构核准。

（二）场内交易

所谓场内交易，是指在证券交易所进行的证券交易。客户参加场内交易必须遵守证券法规定的程序。

1. 开户

投资者应当在证券公司开立证券交易帐户，以书面、电话以及其他方式，委托为其开户的证券公司代其买卖证券。

2. 委托

即投资者通过与证券经营机构签订证券委托买卖合同，委托证券经营机构以某种价格购进或售出一定数量的某种证券；

证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督机构规定的其他形式。

3. 成交

证券在证券交易所挂牌交易，应当采取公开的集中竞价交易方式。证券交易的集中竞价应当实行价格优先、时间优先的原则。

4. 清算交割

证券经营机构与投资者之间实现券、款交收；证券交易以现货进行交易。

5. 过户

即证券所有权的转移过程。

四、上市公司收购

上市公司收购，是指投资者为达到对股份有限公司控股或者兼并的目的，而依法购买其已发行上市的股份的行为。

由于上市公司收购是公司购并的一种重要形式，有利于优化资源配置，加速资本集聚，促进规模经济的形成；有利于证券市场的稳定和有序运作；维护投资公众特别是被收购公司小股东的合法权益。因此法律对上市公司收购进行规范具有重大意义。

上市公司收购可以采取要约收购或者协议收购的方式。

（一）要约收购

指收购方通过向被收购方的股东发出收购要约的方式进行收购。

通过证券交易所的证券交易，投资者持有有一个上市公司已发行的股份的5%时，应当在该事实发生之时起3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，并予以公告；在上述规定的期限内，不得再行买卖该上市公司的股票。

投资者持有有一个上市公司已发行的股份的5%后，通过证券交易所的证券交易，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2日内，不得再行买卖该上市公司股票。

通过证券交易所的证券交易，投资者持有有一个上市公司已发行的股份的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要约。且必须事先向国务院证券监督管理机构报送有关文件，并同时提交证券交易所。

（二）协议收购

是收购方依照法律或行政法规的规定，同被收购公司的股东以协议方式进行股权转让。

第四节 证券监管制度

一、我国的证券监督管理机构

国务院证券管理机构依法对证券市场实行监督管理，维护证券市场秩序，保障其合法运行。

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：

（一）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；

（二）依法对证券的发行、交易、登记、托管、结算，进行监督管理；

（三）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；

（四）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；

（五）依法监督检查证券发行和交易的信息公开情况；

（六）依法对证券业协会的活动进行指导和监督；

（七）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；

（八）法律、行政法规规定的其他职责。

二、证券业协会

（一）证券业协会的概念

证券业协会是指证券经营机构组成的，依其自律规则对证券经营者进行管理的自律性的社会团体法人。

区别于政府对行业的管理，它是依其章程、规则等确立的纪律规范约束成员行为的。为了促进证券业的自我约束，证券法一般都规定，证券经营机构应当加入证券业协会。证券法还规定，于证券交易所进行证券集中交易的证券经营机构必须是证券交易所的会员，非会员不得在证券交易所从事证券集中交易。

（二）证券业协会的自律性管理职责主要包括：

1. 协助主管部门教育和组织会员执行证券法律、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纠纷进行调解；
6. 组织会员对证券业的发展、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规定给予纪律处分。

（三）证券业协会的组成

证券业协会的权力机构为全体会员组成的会员大会。证券业协会设理事会。理事会成员依章程的规定由选举产生。

三、证券违法行为及其法律责任

证券违法行为，是指在证券发行、交易及其相关活动中违反证券法律、法规的行为。

(一) 我国的证券违法行为主要有：

1. 虚假陈述、欺诈客户

虚假陈述是指任何单位或者个人对证券发行、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。包括：

证券发行人未按照有关规定披露信息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者有重大遗漏的；有关人员故意提供虚假资料，伪造、变造或者销毁交易记录，诱骗投资者买卖证券；证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会中介机构及其工作人员，或者证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员在证券交易中作出虚假陈述或者信息误导等。

2. 内幕交易

内幕交易，是指内幕人员和以不正当手段获取内幕信息的其他人员违反法律规定，泄露内幕信息，根据内幕信息买卖股票或者向他人提出买卖股票的建议的行为。

证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券内幕信息的人员，在涉及证券的发行、交易或者其他对证券的价格有重大影响的信息尚未公开前，买入或者卖出该证券，或者泄露该信息或者建议他人买卖该证券等。

3. 操纵市场

操纵市场，是指利用手中掌握的资金、信息等优势或者滥用职权影响证券市场价格，编造并且传播影响证券交易的虚假信息，或者制造证券交易的虚假价格或者证券交易量，获取不正当利益或者转嫁风险，扰乱证券市场秩序的行为。

4. 卖空交易

卖空交易是指投资者在不持有款或券的情形下，向金融机构或证券经营机构融资或融券，从事证券买入或卖出，以期谋利的行为。

未经法定的机关核准或者审批，擅自发行证券的，或者制作虚假的发行文件发行证券的；证券公司承销或者代理买卖未经批准或者审批擅自发行证券的；为客户卖出其帐户上未实有的证券或者融资为客户买入证券；

5. 违规运作

非法开设证券交易所；未经批准领取业务许可证，擅自设立证券公司经营证券业务；挪用公款买卖证券；当日接受客户委托或者自营买入证券又于当日将证券再行卖出的；法人以个人名义设立帐户买卖证券；综合类证券公司违反规定，假借他人名义或者以个人名义从事自营业务；证券公司、证券登记结算机构及其从业人员，未经客户的委托，买卖、挪用、出借客户帐户上的证券或者挪用客户帐户上的资金；证券公司经办经纪业务，接受客户的全权委托买卖证券，或者对客户买卖证券的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺；违反上市公司收购的法定程序，利用上市公司收购谋取不正当利益；证券公司及其工作人员违法私下接受客户委托买卖证券；未经批准经营非上市挂牌证券交易；证券公司成立后，无正当理由超过3个月未开始营业的，或者开业后自动停业连续3个月以上；超出业务许可证范围经营证券业务；证券公司同时经营证券经纪业务和证券自营业务，不依法分开办理，混合操作；提交虚假证明文件或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实骗取证券业务许

可，或者证券公司在证券交易中有严重违法行为，不再具备经营资格等。

（二）证券违法行为的法律责任

1. 民事责任

证券公司违背客户的委托买卖证券、办理交易事项，以及其他违背客户真实意思表示，办理交易以外的其他事项，给客户造成损失的，依法承担赔偿责任。

违反证券法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事责任。

2. 行政责任

包括警告、责令改正、责令退还非法所筹款项、责令依法处理非法持有的股票、没收违法所得、罚款、取消从业资格、限制或者暂停其证券经营业务、吊销公司营业执照、吊销直接责任人员资格证书等。

我国证券法同时规定，证券监督管理机构对不符合证券法规定的证券发行、上市的申请予以核准，或者对不符合本法规定条件的设立证券公司、证券登记结算机构或者证券交易服务机构的申请予以批准，情节严重的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

证券监督管理机构的工作人员和发行审核委员会的组成人员，不履行证券法规定的职责，徇私舞弊、玩忽职守或者故意刁难有关当事人的，依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

拒绝、阻碍证券监督管理机构及其工作人员依法行使监督检查职权未使用暴力、威胁方法的，依照治安管理处罚条例的规定进行处罚。

3. 刑事责任

即当证券违法行为构成犯罪时，依法对犯罪人实施刑事处罚。

证券法明文禁止的各种违法行为，凡情节严重，构成犯罪的，都规定要依法追究刑事责任。

同时规定，以暴力、威胁方法阻碍证券监督管理机构依法行使监督检查权的，依法追究刑事责任。新刑法第 178 条到 182 条，明文规定了，

- （1）伪造、变造有价证券罪；伪造、变造股票、债券罪；
- （2）擅自发行股票、债券罪；
- （3）内幕交易罪；
- （4）编造并且传播影响债券交易的虚假信息罪；
- （5）诱骗投资者买卖证券罪；
- （6）操纵证券市场罪。

第六章 税法

第一节 税法概述

一、税法的概念

税法是调整税收征纳关系的法律规范的总称。

税收是国家为了满足一般的社会共同需要，凭借政治权力，按照法律规定的标准，向负有纳税义务的人无偿地征收货币或实物所形成的一种特殊分配关系。它是国家为了行使其职能，取得财政收入的一种方式。

税收的特征是：（1）强制性。负有纳税义务的人必须依法纳税，无条件地履行纳税义务，否则要受到法律制裁。（2）无偿性。它是国家对纳税人的一种无偿征收。税款一经征收即归国家所有，国家对纳税人既不付出任何代价，也不偿还。（3）固定性。它是按税法规定的标准征税。税法规定各税的征收对象、征收数额或比例、征收期限，国家和纳税人都必须遵守，不能擅自改变。强制性、无偿性、固定性三位一体，是税收区别于其他财政收入的基本标志，也是鉴别某一种财政收入是不是税收的基本尺度。

税法的调整对象是税收征纳关系。所谓税收征纳关系，就是代表国家的税务机关、负有纳税义务的社会组织和个人在征纳税过程中发生的社会关系。这些关系包括：国家权力机关、国家行政机关、税务机关之间的税收管理权限关系；税务机关、纳税人之间的税收经济关系；税务机关、纳税人之间的税收征收管理程序关系。

二、税法的构成要素

税法构成要素即税收制度构成要素，是指构成税收制度的基本要素。它是规范征纳双方权利与义务的法律规范的具体表现。因此，税法构成要素也可表述为税收法律规范的内部构成。税法构成要素，一般包括征税主体与纳税主体、征税客体、税目、计税依据、税率、纳税环节、纳税期限和纳税地点、减免税与加征、违法处理、税务纠纷处理。

（一）征税主体与纳税主体

征税主体，是指代表国家行使征税权的税务机关、地方财政局和海关。

纳税主体又称纳税人，是指税法规定负有纳税义务的社会组织和个人。每一种税都有它的纳税人，同一种税可以有不同的纳税人，某一纳税人也可以成为几种税的纳税人。为防止偷税漏税，实现税源扣缴，税法还规定有扣缴义务人。扣缴义务人，是指税法规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的社会组织和个人。

（二）征税客体

征税客体又称征税对象，是指征税主体、纳税主体共同指向的对象，即对什么征税。它是区分不同税种的主要标志。每一种税都有明确的征税对象。例如流转税类的各项产品销售收入和服务收入额、所得税类的所得额、财产税类的财产数量和价值等。征税对象是确定国家征税权利与纳税人履行纳税义务的前提，是征纳税的直接依据。

（三）税目

税目，是指各税种所规定的具体征税项目，是征税范围的具体化。例如，消费税中有“贵重首饰及珠宝玉石”一税目，它的征税范围是“包括各种金银珠宝首饰及珠宝玉石”。税目和征税范围都是法律规定的。但是，税目不

能作为一个独立的要素，税目的作用在于明确征税客体的范围或区别征税客体的不同情况，制定高低不同的税率，体现国家鼓励或限制发展的政策。

（四）计税依据

计税依据，是指计算应纳税额的依据。税种不同计税依据不同。例如土地增值税的计税依据是转让房地产所取得的增值额，营业税的计税依据是从事经营活动的营业额。

（五）税率

税率，是指应纳税额与计税依据之间的法定比例，是计算应纳税额的尺度，体现征税的深度。税率的高低直接关系到国家财政收入多少和纳税人负担轻重。税率的设计是正确处理国家、集体和个人之间的经济利益，以及充分发挥经济杠杆作用的关键。我国现行税率分为以下三种：

1. 定额税率。又称固定税率或固定税额。它是按征税对象的单位直接规定固定的税额。适用从量计征的税种。通常对价格比较稳定、质量和规格标准比较统一的商品适用定额税率征税。如资源税、车船使用税、城镇土地使用税、耕地占用税以及消费税中的黄酒、啤酒、汽油、柴油等商品适用定额税率计征。

2. 比例税率。它是对同一征税对象，不论数额多少，都适用同一比率计征。比例税率计算简便，税负相同。通常适用流转额征税。如增值税、营业税的税率均适用固定的比例税率。比例税率的缺点在于它不能调节高低悬殊的收入，也不能体现税收合理负担原则。

3. 累进税率。它是按征税对象数额大小划分若干等级，从低到高分别按逐级递增的税率计征。征税对象数额越大，税率越高。累进税率能体现量能负担原则，使纳税人的负担水平与负担能力相适应，即所得多的多征，所得少的少征，无所得的不征。因此，累进税率适用于所得额征税。累进税率又分为全额累进税率、超额累进税率和超率累进税率。我国现行税法只采用超额累进税率和超率累进税率两种形式。超额累进税率是依据征税对象数额的不同等级部分，按照规定的每个等级的适用税率计征。征税对象数额增加，需提高一级税率时，只对增加数额按提高一级税率计征税额。每一等级设计一个税率，分别计算税额，各等级计算出来的税额之和就是应纳税额。一般采用“速算扣除数”方法计算应纳税额。现行个人所得税中的工资、薪金所得，个体工商户的生产、经营所得，企事业单位承包、承租经营所得，都采用超额累进税率。超率累进税率是对纳税人的全部利润，按不同的销售利润划分若干等级，分别适用不同税率计征。现行的土地增值税就采用超率累进税率。

（六）纳税环节

纳税环节，是指应税商品在流转过程中应当缴纳税款的环节。它确定一种税在哪个或哪几个环节征收。我国目前对流转税的征收多采用多环节征税。

（七）纳税期限和纳税地点

纳税期限，是指纳税人按照税法规定缴纳税款的期限。税法规定纳税人按日、月、季度、纳税年度缴纳税款。此外，税法还规定按次纳税，即按纳税人从事生产经营活动的次数作为纳税期限。

纳税地点，是指缴纳税款的地方。纳税地点一般采用属地主义原则，以纳税人所在地、征税对象的所在地和应税行为的发生地所在的税务机关为纳

税地点。

（八）减免税与加征

减税是对应纳税额的少征。免税是对应纳税额全部免除。减免税是对纳税义务的减轻或免除。

与减免税有关的还有起征点和免征额。起征点，是指计税依据的数额达到开征的界限。未达到起征点的不征税；达到或超过起征点的，按其全额征税。免征额，是指在计税依据总额中免予征税的数额。它是按照一定标准从计税依据总额中预先减除的数额。免征额部分不征税，超过免征额的部分征税。

加征亦称加成，是指按规定税率计算出税款后，再加征一定成数。加成与附加不同。附加是按基本税率征收正税之外，另加征占正税一定比例的税额。

（九）违法处理

违法处理，是指税法规定的对纳税人违反税法行为所采取的处罚措施。

（十）税务纠纷处理

税务纠纷处理，是指税务机关、人民法院依法处理因适用税法发生争议的行为。纳税人与税务机关因适用税法发生争议，纳税人不服税务机关所作的决定，可以依法向上一级税务机关申请复议、向人民法院起诉。

三、税法的分类

我国税法是由各种单行税收法律、法规和规章组成的税收法律体系。按照不同的标准划分，税法有不同的分类。

（一）按照纳税主体不同，税法可分为对内税法和涉外税法。对内税法是调整国家税务机关与国内社会组织或中国公民个人之间的税收征纳关系的法律规范。涉外税法是调整国家税务机关与外国企业或外国人之间的税收征纳关系的法律规范。

（二）按照征税对象性质不同，税法可分为流转税法、收益税法、财产税法、资源税法、行为税法。

流转税是以商品生产、流通和提供劳务的销售额或营业额为征税对象的各个税种的总称。我国现行的流转税有增值税、消费税、营业税、城市维护建设税和关税。

收益税是以纳税人的收益额（所得额）为征税对象的各个税种的总称。我国现行的收益税有企业所得税、外商投资企业和外国企业所得税、个人所得税和农（牧）业税。

财产税是以法律规定的财产为征税对象的各个税种的总称。我国现行的财产税有房产税和契税。

资源税是以法律规定的资源和资源开发条件的差异而形成的级差收入为征税对象的各个税种的总称。我国现行的资源税有资源税、土地增值税、城镇土地使用税和耕地占用税。

行为税是以特定行为为征税对象的各个税种的总称。我国现行的行为税有固定资产投资方向调节税、印花税、车船使用税、屠宰税和筵席税。

（三）按照各级政府税收管辖权限不同，税法可分为中央税法、地方税法、中央和地方共享税法。

中央税法是中央政府管辖的各个税种的总称。包括关税，海关代征的消费税和增值税，消费税，中央企业所得税，地方银行和外资银行及非银行金

融企业所得税，铁道、银行总行、保险总公司等集中缴纳的营业税、所得税和城市维护建设税。

地方税法是地方各级政府管辖的各个税种的总称。包括营业税（不含铁道、银行总行、保险总公司集中缴纳的营业税）、地方企业所得税（不含地方银行、外资银行和非银行金融企业所得税）、个人所得税、城镇土地使用税、固定资产投资方向调节税、城市维护建设税（不含铁道、银行总行、保险总公司集中缴纳的城市维护建设税）、房产税、车船使用税、印花税、屠宰税、筵席税、农（牧）业税、耕地占用税、契税和土地增值税。

中央和地方共享税是指征收的税款由中央和地方政府分享的各个税种的总称。包括增值税（中央分享 75%，地方分享 25%）、资源税（海洋石油缴纳的资源税 100%归中央，其他资源开发缴纳的资源税 100%归地方）、证券交易的印花税（中央分享 80%，地方分享 20%）。

第二节 几种主要税种

一、增值税

(一) 增值税的概念和特征

增值税是以商品生产流通和劳务服务在各个流转环节的增值额为征税对象的一种税。它是以商品销售额和应税劳务营业额为计税依据，运用税收抵扣原则征收的一种流转税。增值税具有以下特征：

1. 征税对象是法定的增值额。增值税是以商品生产和流通中各个环节的新增价值额或商品附加值额为征税对象。所谓增值额，是指国家税法规定的增值额，即纳税人在我国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物过程中新增加的价值额。它是纳税人在一定时期内销售产品或提供劳务所取得的收入，大于购进商品或取得劳务时所支付的金额的差额。由于我国税法规定购进的固定资产的进项税额不得从销项税额中抵扣，因此纳税人所创的增值税与理论上应减除已消耗掉的生产资料后的增值额不尽相同。我国税法将不属于新增价值的固定资产列为增值范围，说明我国的增值税基本上属于发展中国家普遍实行的“生产型增值税”，因此我国增值税的计税依据是法定的增值额。

2. 税负公平合理，具有中性税属性。增值税按增值征税，不管纳税环节多少，只要商品售价相同，税负相同。增值税税率档次少，不同货物或劳务的税率基本一致，税负平均分配于商品价格，税负公平，利于平等竞争。避免因企业组织形态不同和社会专业化分工不同而导致税负不公。

3. 道道征税，税不重征。增值税只对增值额征税，对流转额中已征部分不再征税。商品从生产、批发到零售，不论生产、流通环节有多少，每一个环节征一道税，但由于实行增值税价外抵扣原则，以不含增值税税额的价格作为计税依据，这就避免了以流转额总额征税而产生的重复征税现象。

(二) 增值税法的基本内容

根据 1993 年 12 月 13 日国务院发布的《中华人民共和国增值税暂行条例》（以下简称《增值税暂行条例》）和 1993 年 12 月 25 日财政部发布的《〈中华人民共和国增值税暂行条例〉实施细则》的规定，增值税的基本内容有以下几方面：

1. 纳税人。纳税人，是指在我国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人。纳税人分为一般纳税人和小规模纳税人。小规模纳税人，是指从事货物生产或提供应税劳务的纳税人以及以从事货物生产或提供应税劳务为主、兼营货物批发或零售的纳税人，其年应征增值税销售额在 100 万元以下的；或者从事货物批发或零售的纳税人，其年应征增值税销售额在 180 万元以下的；或者年应征增值税销售额超过小规模纳税人标准的个人、非企业性单位和经常发生应税行为的企业。一般纳税人，是指小规模纳税人以外的纳税人。但下列纳税人不属于一般纳税人：（1）年应税销售额未超过小规模纳税人标准的企业；（2）个人；（3）非企业性单位；（4）不经常发生增值税应税行为的企业。

2. 征税范围。凡在我国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的，均属增值税的征收范围。

属于应缴纳营业税的交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业税目在增值税上属非应税劳务，不属增值税的

征收范围。

3. 税率。增值税税率分为以下三种：

(1) 基本税率。适用一般商品和劳务。纳税人销售或者进口货物，除增值税法另有规定外，税率为 17%。

(2) 低税率。主要适用人民精神生活和物质生活必需品。纳税人销售或者进口下列货物，税率为 13%：粮食、食用植物油；自来水、暖气、冷气、热水、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品；图书、报纸、杂志；饲料、化肥、农药、农机、农膜；国务院规定的其他货物。

(3) 零税率。适用出口货物。纳税人出口货物，税率为零；但是，国务院另有规定的除外。

此外，增值税法还规定，小规模纳税人销售货物或应税劳务的征收率为 6%。

4. 减免税规定。增值税的免税、减税项目由国务院规定，任何地区、部门均不得规定免税、减税项目。免征增值税的项目有：农业生产者销售的自产农业产品；避孕药品和用具；古旧图书；直接用于科学研究、科学试验和教学的进口仪器、设备；外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备；来料加工、来件装配和补偿贸易所需进口的设备；由残疾人组织直接进口供残疾人专用的物品；销售自己使用过的物品；供残疾人专用的假肢、轮椅、矫型器等。

二、消费税

(一) 消费税的概念和特征

消费税是以特定的消费品(或消费行为)的流转额为征税对象的一种税。

消费税的特征：1. 征税范围具有选择性。根据我国目前经济发展状况、人民的消费水平和国家财政的需要，借鉴国际通行的做法，有选择地确定征税范围，可以正确引导消费方向，抑制超前消费，确保国家财政收入。2. 税负具有转嫁性。消费税的纳税人虽是生产、经营应税消费品的单位和个人，但负税人则是购买消费品的消费者，消费税的税负具有转嫁性。3. 征收环节多具单一性。消费税应税消费品大都在生产销售环节和进口环节征收，有利于控制税源，及时组织税款入库。4. 征收方式灵活简便。消费税实行从价定率或者从量定额办法计算应纳税额，征收方式灵活简便，便于征收管理。

(二) 消费税的基本内容

根据 1993 年 12 月 13 日国务院发布的《中华人民共和国消费税暂行条例》和 1993 年 12 月 25 日财政部发布的《〈中华人民共和国消费税暂行条例〉实施细则》的规定，消费税的基本内容是：

1. 纳税人。凡在我国境内生产、委托加工和进口《消费税暂行条例》列举的消费品(以下简称应税消费品)的单位和个人，为消费税的纳税义务人。

2. 征税范围。消费税应税产品共分 5 类 11 个税目。

第一类是对人类健康、社会秩序、生态环境等方面有害的特殊消费品，如烟、酒及酒精、鞭炮、焰火；第二类是奢侈品和非生活必需品，如贵重首饰及珠宝玉石、化妆品；第三类是高能耗及高档消费品，如小汽车、摩托车；第四类是不能再生和不可替代的石油类消费品，如汽油、柴油；第五类是具有财政意义的消费品，如汽车轮胎、护肤护发品。

3. 税率。消费税采用比例税率和定额税率。对黄酒、啤酒、汽油、柴油实行定额税率，采用从量定额征收，如黄酒每吨税率 240 元、啤酒每吨 220

元；对其他应税消费品实行比例税率，采用从价定率征收，税率共有 10 个档次，最高的如甲类卷烟税率为 45%，最低的如气缸容量在 2000 毫升以下的小客车税率为 3%。

4. 纳税环节。纳税人生产的应税消费品，于销售时纳税。纳税人自产自用的应税消费品，用于连续生产应税消费品的，不纳税；用于其他方面的，于移送使用时纳税。

委托加工的应税消费品，由受托方在向委托方交货时代收代缴税款。进口的应税消费品，应于报关进口时纳税。

5. 免税规定。对纳税人出口应税消费品，免征消费税；国务院另有规定的除外。

三、营业税

（一）营业税的概念和特征

营业税是对在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或销售不动产的营业收入征收的一种税。它发生在生产、经营、消费、流通过程中，是对所获得的商品经营、非商品服务收入征收的一种流转税。营业税具有以下特征：

1. 征收范围广。除了加工、修理、修配外，征收范围涉及交通运输、建筑安装、金融保险、邮电通讯、文化体育、娱乐和旅店、租赁等服务业以及转让无形资产、销售不动产等经营活动，比其他税种的征税范围广。

2. 税目税率主要按行业设置。我国《营业税暂行条例》设置 39 个税目，其中应税劳务按 7 个行业设置税目，并且规定了相应的税率，征纳税简便易行。

3. 税负低而均衡。营业税除了娱乐业实行 5% 至 20% 的幅度比例税率外，其他税率只有 3% 和 5% 两档，许多行业税负相同，比较均衡。

（二）营业税法的基本内容

根据 1993 年 12 月 13 日国务院发布的《中华人民共和国营业税暂行条例》（以下简称《营业税暂行条例》）和 1993 年 12 月 25 日财政部发布的《〈中华人民共和国营业税暂行条例〉实施细则》的规定，营业税的基本内容有以下方面：

1. 纳税人。凡在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人，均为营业税的纳税义务人。负有营业税纳税义务的单位发生应税行为并向对方收取货币、货物或其他经济利益的单位，包括独立核算的单位和独立核算的个体经营者。

值得注意的是对营业税纳税人的特殊规定：（1）企业租赁或承包给他人经营的，以承租人或承包人为纳税人。（2）中央铁路运营业务的纳税人为铁道部，合资铁路运营业务的纳税人为合资铁路公司，地方铁路运营业务的纳税人为地方铁路管理机构，基建临管线运营业务的纳税人为基建临管线管理机构。（3）从事水路运输、航空运输、管道运输或其他陆路运输业务并负有营业税纳税义务的单位，为从事运输业务并计算盈亏的单位。（4）国务院、省级人民政府或所属财政、物价部门以正式文件允许立法机关、司法机关、行政机关收费，而且收费标准符合文件规定，所收费用由立法机关、司法机关、行政机关直接收取的，不征收营业税。

2. 征税范围。营业税征税范围是在我国境内发生的有偿提供应税劳务行为、转让无形资产行为、转让不动产所有权行为。所谓在我国境内，是指所提供的劳务发生在境内；在境内载运旅客或货物出境；在境内组织旅客出境

旅游；所转让的无形资产在境内使用；所销售的不动产在境内。所谓应税劳务，是指属于交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通信业、文化体育业、娱乐业、服务业税目征收范围的劳务，不包括加工和修理、修配劳务。单位或个体经营者聘用的员工为本单位或雇主提供应税劳务，不属于营业税征税范围。

视同提供应税劳务、转让无形资产或销售不动产的下列行为，属于营业税征税范围：（1）单位或个人自己新建（以下简称自建）建筑物后进行销售的自建行为。（2）转让不动产有限产权或永久使用权行为，以及单位将不动产无偿赠与他人的行为。（3）境内保险机构提供保险劳务行为，但境内保险机构为出口货物提供保险除外；境外保险机构以在境内的物品为标的提供保险劳务行为。

3.税率。根据不同的税目设置不同的税率。交通运输业、建筑业、邮电通信业、文化体育业的税率为 3%；金融保险业、服务业、转让无形资产、销售不动产的税率为 5%；娱乐业的税率为 5 - 20%。

4.减免税规定。营业税的减免税项目由国务院规定，任何地区、部门均不得规定免税、减税项目。国务院发布的《营业税暂行条例》规定，下列项目免征营业税：（1）托儿所、幼儿园、养老院、残疾人福利机构提供的育养服务，婚姻介绍，殡葬服务；（2）残疾人员个人提供的劳务；（3）医院、诊所和其他医疗机构提供的医疗服务；（4）学校和其他教育机构提供的教育劳务，学生勤工俭学提供的劳务；（5）农业机耕、排灌、病虫害防治、植保、农牧保险以及相关技术培训业务，家禽、牲畜、水生动物的配种和疾病防治；（6）纪念馆、博物馆、文化馆、美术馆、展览馆、书画院、图书馆、文物保护单位举办文化活动的门票收入，宗教场所举办文化、宗教活动的门票收入。

纳税人兼营免税、减税项目的，应当单独核算免税、减税项目的营业额；未单独核算营业额的，不得免税、减税。

四、所得税

（一）所得税的概念和特征

所得税又称收益税，是指以纳税人的收益额（所得额）为征税对象的各个税种的总称。我国现行所得税分为四个税种：一是企业所得税，适用内资企业；二是外商投资企业和外国企业所得税，适用涉外企业；三是个人所得税，适用中国公民、外国人和无国籍人；四是农业税。

所得税的特征是：1.征税对象是收益额。收益额有总收益额和纯收益额之分。总收益额是指纳税人的全部收益额；纯收益额是指总收益额扣除成本费用后的余额。收益税既可以对纳税人的总收益征税，如农业税，也可以对纯收益额征税，如企业所得税。征税对象收益额（所得额或收入额）的范围由法律规定。2.所得税是一种直接税。直接税是指税金由纳税人缴纳，税负也由纳税人直接承担。所得税直接从纳税人取得的所得中征收，具有不可转嫁性，调节功能强。3.税负公平合理。所得税大都采用累进税率，所得多的多征，所得少的少征，税负公平合理。

（二）企业所得税

根据 1993 年 12 月 13 日国务院发布的《中华人民共和国企业所得税暂行条例》和 1994 年 2 月 4 日财政部发布《〈中华人民共和国企业所得税暂行条例〉实施细则》的规定，企业所得税的基本内容是：

1.纳税人。企业所得税的纳税人是在我国境内有生产经营所得和其他所

得的独立经济核算的企业或组织。包括国有企业、集体企业、私营企业、联营企业、股份制企业、有生产经营所得和其他的其他组织；不包括外商投资企业 and 外国企业。

2. 征税范围。企业所得税征税范围是企业生产、经营所得和其他所得。生产、经营所得，是指从事物质生产、交通运输、商品流通、劳务服务，以及经国务院财政部门确认的其他营利事业取得的所得。其他所得，是指股息、利息、租金、转让各类资产、特许权使用费以及营业外收益等所得。企业的生产、经营所得和其他所得，包括来源于中国境内、境外的所得。

3. 税率。(1) 一般纳税人的税率为 33%。(2) 年应纳税所得额在 3 万元(含 3 万)以下的企业，暂减按 18% 的税率征收所得税；年应纳税所得额在 10 万元(含 10 万元)以下至 3 万元的企业，暂减按 27% 的税率征收所得税。(3) 国务院批准的高新技术产业开发区的高新技术企业，减按 15% 的税率征收所得税。(4) 在境外发行股票的股份制企业，暂按 15% 的税率征收企业所得税。

4. 计税依据。纳税人每一纳税年度的收入总额减去准予扣除项目后的余额为应纳税所得额。企业应纳税所得额计算公式为：

应纳税所得额=每一纳税年度的收入总额-准予扣除项目

纳税人的收入总额包括：生产、经营收入；财产转让收入；利息收入；租赁收入；特许权使用费收入；股息收入；其他收入。准予扣除项目，是指与纳税人取得收入有关的成本、费用和损失。

5. 税收优惠。对下列纳税人，实行税收优惠政策：(1) 民族自治地方的企业，需要照顾和鼓励的，经省级人民政府批准，可以实行定期减税或者免税；(2) 法律、行政法规和国务院有关规定给予减税或者免税的企业，依照规定执行。

(三) 外商投资企业和外国企业所得税

根据 1991 年 4 月 9 日第七届全国人民代表大会第四次会议通过的《中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法》和 1991 年 6 月 30 日国务院发布的《〈中华人民共和国外商投资企业和外国企业所得税法〉实施细则》的规定，外商投资企业和外国企业所得税的基本内容有以下几方面：

1. 纳税人。纳税人，是指外商投资企业和外国企业。外商投资企业，是指在中国境内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业。外国企业，是指在中国境内设立机构、场所，从事生产、经营和虽未设立机构、场所，而有来源于中国境内所得的外国公司、企业和其他经济组织。

2. 征税范围。我国境内的外商投资企业和外国企业生产、经营所得和其他所得均为外商投资企业和外国企业所得税的征税范围。生产、经营所得，是指从事制造业、采掘业、交通运输业、建筑安装业、农业、林业、畜牧业、渔业、水利业、商业、金融业、服务业、勘探开发作业，以及其他行业的生产、经营所得。其他所得，是指利润(股息)、利息、租金、转让财产收益、提供或者转让专利权、专有技术、商标权、著作权收益以及营业外收益等所得。

外商投资企业的总机构设在中国境内，就来源于中国境内、境外的所得缴纳所得税。外国企业就来源于中国境内的所得缴纳所得税。所谓来源于中国境内的所得，是指：(1) 外商投资企业在中国境内设立机构、场所，从事生产、经营的所得，以及发生在中国境内、境外与外商投资企业和外国企业

在中国境内设立的机构、场所有实际联系的利润（股息）、利息、租金、特许权使用费和其他所得。（2）外国企业在中国境内未设立机构、场所取得的下列所得：从中国境内企业取得的利润（股息）；从中国境内取得的存款或者贷款利息、债券利息、垫付款或者延期付款利息等；将财产租给中国境内租用者而取得的租金；提供在中国境内使用的专利权、专有技术、商标权、著作权等而取得的使用费；转让在中国境内的房屋、建筑物及其附属设施、土地使用权等财产而取得的收益；经财政部确定征税的从中国境内取得的其他所得。

3.税率。外商投资企业的企业所得税和外国企业就其在中国境内设立的从事生产、经营的机构、场所的所得应纳的企业所得税，按应纳税的所得额计算，税率为30%；地方所得税，按应纳税的所得额计算，税率为3%。

外国企业在中国境内未设立机构、场所，而有取得的来源于中国境内的利润、利息、租金、特许权使用费和其他所得，或者虽设立机构、场所，但上述所得与其机构、场所没有实际联系的，都应当缴纳20%的所得税。

对于设在经济特区、沿海经济开发区和经济技术开发区的外商投资企业，国家另有所得税优惠税率的特殊规定的，从其规定。

4.减免税规定。对下列所得，免征、减征所得税：（1）外国投资者从外商投资企业取得的利润，免征所得税；（2）国际金融组织贷款给中国政府和中国国家银行的利息所得，免征所得税；（3）外国银行按照优惠利率贷款给中国国家银行的利息所得，免征所得税；（4）为科学研究、开发能源、发展交通事业、农林牧业生产以及开发重要技术提供专有技术所取得的特许权使用费，经国务院税务主管部门批准，可以减按10%的税率征收所得税，其中技术先进或者条件优惠的，可以免征所得税。（5）对于利润、利息、租金、特许权使用费和其他所得，需要给予所得税减征、免征的优惠待遇的，由国务院规定。

（四）个人所得税

根据1993年10月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第四次会议修正的《中华人民共和国个人所得税法》和1994年1月28日国务院发布的《〈中华人民共和国个人所得税法〉实施条例》的规定，个人所得税的基本内容有以下几方面：

1.纳税人。凡在中国境内有住所，或者无住所而在中国境内居住满1年的个人，从中国境内和境外取得所得的，以及在中国境内无住所又不居住或者无住所而在境内居住不满1年的个人，从中国境内取得所得的，均为个人所得税的纳税义务人。

所谓在中国境内有住所的个人，是指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。所谓从中国境内的所得，包括：因任职、受雇、履约等而在中国境内提供劳务取得的所得；将财产出租给承租人在中国境内使用而取得的所得；转让中国境内的建筑物、土地使用权等财产或者在中国境内转让其他财产取得的所得；许可各种特许权在中国境内使用而取得的所得；从中国境内的公司、企业以及其他经济组织或者个人取得的利息、股息、红利所得。上述所得，不论其支付地点是在中国境内还是中国境外，都认定为在中国境内取得的所得。

在中国境内无住所，但是居住1年以上5年以下的个人，其来源于中国境外的所得，经主管税务机关批准，可以只就由中国境内公司、企业以及其

他经济组织或者个人支付的部分缴纳个人所得税；居住超过 5 年的个人，从第 6 年起，应当就其来源于中国境外的全部所得缴纳个人所得税。

在中国境内无住所，但是在一个纳税年度中在中国境内连续或者累计居住不超过 90 日的个人，其来源于中国境内的所得，由境外雇主支付并且不由该雇主在中国境内的机构、场所负担的部分，免予缴纳个人所得税。

2. 征税范围。下列各项个人所得，应纳个人所得税：

（1）工资、薪金所得。包括因任职或者受雇而取得的工资、薪金、奖金、年终加薪、劳动分红、津贴、补贴以及与任职或者受雇有关的其他所得。

（2）个体工商户的生产、经营所得。包括个体工商户从事工业、手工业、建筑业、交通运输业、商业、饮食业、服务业、修理业以及其他行业生产、经营取得的所得；个人经政府有关部门批准，取得执照，从事办学、医疗、咨询以及其他有偿服务活动取得的所得；其他个人从事个体工商业生产、经营取得的所得。上述个体工商户和个人取得的与生产、经营有关的各项应纳税所得。

（3）企事业单位的承包经营、承租经营所得。它是指个人承包经营、承租经营以及转包、转租取得的所得，包括个人按月或者按次取得的工资、薪金性质的所得。

（4）劳务报酬所得。包括个人从事设计、装潢、安装、制图、化验、测试、医疗、法律、会计、咨询、讲学、新闻、广播、翻译、审稿、书画、雕刻、影视、录音、录像、演出、表演、广告、展览、技术服务、介绍服务、经纪服务、代办服务以及其他劳务取得的所得。

（5）稿酬所得。包括个人因其作品以图书、报刊形式出版、发表而取得的所得。

（6）特许权使用费所得。包括个人提供专利权、商标权、著作权、非专利技术以及其他特许权的使用权取得的所得；提供著作权的使用权的所得，不包括稿酬所得。

（7）利息、股息、红利所得。包括个人拥有债权、股权而取得的利息、股息、红利所得。

（8）财产租赁所得。包括个人出租建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。

（9）财产转让所得。包括个人转让有价证券、股权、建筑物、土地使用权、机器设备、车船以及其他财产取得的所得。

（10）偶然所得。包括个人得奖、中奖、中彩以及其他偶然性质的所得。

（11）经国务院财政部门确定征税的其他所得。

3. 税率。个人所得税的税率分项目确定：

（1）工资、薪金所得，适用九级超额累进税率，税率为 5% 至 45%。

（2）个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包、承租经营所得，适用五级超额累进税率，税率为 5% 至 35%。

（3）稿酬所得，适用比例税率，税率为 20%，并按应纳税额减征 30%，实际换算的适用税率，为 14%。

（4）劳务报酬所得，适用比例税率，税率为 20%。对个人一次取得的劳务报酬，其应纳税所得额不超过 2 万元的部分，税率为 20%；超过 2 万元至 5 万元的部分，依照税法规定计算应纳税额后再按照应纳税额加征 5 成，税率为 30%；超过 5 万元的部分加征 10 成，税率为 40%。

(5) 特许权使用费所得，利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得，偶然所得和其他所得，适用比例税率，税率为 20%。

4. 减免税规定。下列各项个人所得，免纳个人所得税：(1) 省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；(2) 储蓄存款利息，国债和国家发行的金融债券利息；(3) 按照国家统一规定发给的补贴、津贴；(4) 福利费、抚恤金、救济金；(5) 保险赔款；(6) 军人的转业费、复员费；(7) 按照国家统一规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费；(8) 依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得；(9) 中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税所得；(10) 经国务院批准免税的所得。

有下列情形之一的，经批准可以减征个人所得税：(1) 残疾、孤老人员和烈属的所得；(2) 因严重自然灾害造成重大损失的；(3) 其他经国务院财政部门批准减免的。

第三节 税收征收管理

一、税收征收管理机关

（一）税务主管部门

税务主管部门即国务院税务主管部门，是指财政部和国家税务总局。财政部是国务院综合管理国家财政收支、主管财税政策、实施财政监督、参与对国民经济进行宏观调控的职能部门。国家税务总局是国务院主管国家税务工作的职能机构。财政部、国家税务总局在各自的权限内，主管全国税收征收管理工作。所以，《中华人民共和国税收征收管理法》（以下简称《税收征收管理法》）第5条规定：“国务院税务主管部门主管全国税收征收管理工作。”

（二）税务机关

税务机关是指国家税务局和地方税务局。

国家税务局包括国家税务总局，省、市、自治区国家税务局，县（市）国家税务局。中国海洋石油税务管理局是国家税务总局所属的一个专门税务机构。国家税务总局是税务机关的中央机构，省、市、自治区国家税务局是中央税务局的派出机构，县（市）国家税务局是省、市、自治区国家税务局下设的基层税务机构，国家税务所是县（市）国家税务局的派出机构。国家税务总局、省级国家税务局、地（市）级国家税务局、县级国家税务局、国家税务所，实行垂直管理。

地方税务局包括省、市、自治区地方税务局和县（市）地方税务局。省、市、自治区地方税务局是税务机关的地方机构，负责本地区的地方税收征收管理工作。县（市）地方税务局是省、市、自治区下设的基层税务机构，负责本地区的地方税收征收管理工作。地方税务所（或地方税务分局）是县（市）地方税务局的派出机构，负责管辖规定的税收工作。对省（自治区、直辖市）以下地方税务局实行上级税务机关和同级政府双重领导、以上级税务机关垂直领导为主的管理体制，即地、市以及县（市）地方税务局的机构设置、干部管理、人员编制和经费开支由所在省（自治区、直辖市）地方税务机构垂直管理。

（三）地方财政局

地方财政局主要负责农业税、牧业税、耕地占用税、契税的征收和管理。

（四）海关

海关主要负责关税的征收和管理。

二、税务管理

（一）税务登记

企业，企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所，个体工商户和从事生产、经营的事业单位（以下统称从事生产、经营的纳税人），自领取营业执照之日起30日内，持有关证件，向税务机关申报办理税务登记。税务机关审核后，对符合规定的，予以登记，并发给税务登记证件。税务登记证件不得转借、涂改、损毁、买卖或者伪造。

《中华人民共和国税收征收管理法》（1992年9月4日第七届全国人民代表大会常务委员会第二十七次会议通过，1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议修改，自1993年1月1日起施行）

税务登记内容发生变化时，应当自工商行政管理机关办理变更登记之日起 30 日内，持有关证件，向原税务登记机关申报办理变更税务登记。

纳税人发生解散、破产、撤销以及其他情形，依法终止纳税人义务的，应当在向工商行政管理机关办理注销登记前，持有关证件，向原税务登记机关申报办理注销税务登记。

依照税收法律、行政法规规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的扣缴义务人，应当向主管税务机关申报领取代扣代缴或者代收代缴税款凭证。代扣代缴、代收代缴税款凭证，不得转借、涂改、损毁、买卖或者伪造。

（二）帐簿、凭证管理

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人按照国务院财政、税务主管部门的规定设置帐簿，根据合法、有效凭证记帐，进行核算。个体工商户确实不能设置帐簿的，经税务机关核准，可以不设帐簿。

从事生产、经营的纳税人的财务、会计制度或财务、会计处理办法，应当报送税务机关备案。财务、会计制度或财务、会计处理办法与国务院财政、税务主管部门有关税收的规定抵触的，依照国务院财政、税务主管部门有关税收的规定计算纳税。

纳税人、扣缴义务人必须按规定的保管期限保管帐簿、记帐凭证、完税凭证及其他有关资料，不得伪造、变造或擅自损毁。

（三）纳税申报

纳税人必须在规定的申报期限内办理纳税申报，报送纳税申报表、财务会计报表以及税务机关根据实际需要要求纳税人报送的其他纳税资料。扣缴义务人必须在规定的申报期限内报送代扣代缴、代收代缴税款报告表以及税务机关根据实际需要要求扣缴义务人报送的其他有关资料。

纳税人、扣缴义务人的纳税申报或者代扣代缴、代收代缴税款报告表的主要内容包括：税种、税目，应纳税项目或者应代扣代缴、代收代缴税款项目，适用税率或者单位税额，计税依据，扣除项目及标准，应纳税额或者应代扣代缴、代收代缴税额，税款所属期限等。

纳税人、扣缴义务人不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，经税务机关核准，可以延期申报。

三、税款征收

（一）税款征收依据

税务机关依照法律、行政法规的规定征收税款，不得违反法律、行政法规的规定开征、停征、多征或者少征税款。

扣缴义务人依照法律、行政法规的规定履行代扣、代收税款义务。

任何机关、单位和个人不得违反法律、行政法规的规定，擅自作出税收开征、停征以及减税、免税、退税、补税的决定。

（二）税款征收方式

1993 年 8 月 4 日国务院发布的《〈中华人民共和国税收征收管理法〉实施细则》第 31 条规定：“税务机关可以采取查帐征收、查定征收、查验征收、定期定额征收以及其他方式征收税款。”

查帐征收，是指税务机关按照纳税人提供的帐表所反映的经营情况，依照适用税率计算缴纳税款的方式。

查定征收，是指税务机关根据纳税人从业情况、生产设备、耗用材料等因素，在正常经营情况下，对其经营的应税产品查实核定产量、销售额征税

的一种方式。

查验征收，是指税务机关对纳税人应税商品，通过查验数量，按市场一般销售价格计算销售收入征税的一种方式。

定期定额征收，是对没有帐簿、难以准确计算营业额和所得额的小型企业及个体工商户，由纳税人自行申报，税务机关核定其应纳税额，实行流转税、所得税合并征收的一种方式。

扣缴即扣缴义务人扣缴、收缴税款，是指有代扣代缴、代收代缴义务的单位和个人直接扣缴、收缴纳税义务人的税款。如海关代收代缴进口货物的增值税、消费税，出版单位代扣代缴著作权人的个人所得税。

（三）税款征收期限

纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限，缴纳或者解缴税款。纳税人因有特殊困难，不能按期缴纳税款的，经县以上税务局批准，可以延期缴纳税款，但最长不得超过 3 个月。

纳税人、扣缴义务人未按照法定或税务机关依法确定的期限缴纳或解缴税款的，税务机关除责令限期缴纳外，从滞纳税款之日起，按日加收滞纳税款 2‰ 的滞纳金。

（四）税款的核定与税基的调整

纳税人有下列情形之一的，税务机关有权核定其应纳税款：1. 依照税收征收管理法可以不设置帐簿的；2. 依照税收征收管理法应当设置但未设置帐簿的；3. 虽设置帐簿，但帐目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全、难以查帐的；4. 发生纳税义务，未按规定的期限办理纳税申报，经税务机关责令限期申报，逾期不申报的。

企业或者外国企业在中国境内设立的从事生产经营的机构、场所与其关联企业之间的业务往来，应当按照独立企业之间的业务往来收取或支付价款、费用；不按照独立企业之间的业务往来收取或支付价款费用，减少其应纳税收入额或所得额的，税务机关有权对其收入额或所得额进行合理调整，根据调整后的应纳税收入额或所得额计算应纳税额。

（五）办理减、免、退、补手续，开具完税凭证

纳税人可以依照法律、行政法规规定向税务机关书面申请减税、免税。减税、免税的申请须经法律、行政法规规定的审查批准机关审批。地方各级人民政府、各级人民政府主管部门和其他单位及个人违反法律、行政法规规定，擅自作出的减税、免税决定无效。

纳税人超过应纳税额缴纳的税款，税务机关发现后应当立即退还；纳税人自结算缴纳税款之日起 3 年内发现的，可以向税务机关要求退还，税务机关查实后应当立即退还。

因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的，税务机关在 3 年内可以要求纳税人、扣缴义务人补缴税款，但是不得加收滞纳金。

因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误，未缴或少缴税款的，税务机关在 3 年内可以追征；有特殊情况的，追征期可以延长到 10 年。

税务机关征收税款和扣缴义务人代扣代收税款时，税务机关必须给纳税人开具完税凭证。

（六）税收保全

税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务的，可以在规定的纳税期之间，责令限期缴纳应纳税款；在限期内发现纳税人有明显的转移、藏匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或应纳税收入的迹象的，税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保，经县以上税务局局长批准，税务机关可以采取税务保全措施。

税务保全措施有：1. 书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构暂停支付纳税人的金额相当于应纳税款的存款；2. 扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。

纳税人在规定的期限内缴纳税款的，税务机关必须立即解除税收保全措施；限期期满仍未缴纳税款的，经县以上税务局局长批准，税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其暂停支付的存款中扣缴税款，或者拍卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产，以拍卖所得抵缴税款。

采取税收保全措施不当，或者纳税人在限期内已缴纳税款，税务机关未立即解除税收保全措施，使纳税人的合法利益遭受损失的，税务机关应当承担赔偿责任。

（七）强制执行措施

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款，纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局局长批准，税务机关可以采取强制执行措施。

强制执行措施有：1. 书面通知纳税人、扣缴义务人或纳税担保人的开户银行或其他金融机构从其存款中扣缴税款。2. 扣押、查封、拍卖纳税人、扣缴义务人或纳税担保人的价值相当于应纳税款的商品、货物或其他财产，以拍卖所得抵缴税款。

税务机关在采取强制执行措施时，对纳税人、扣缴义务人、纳税担保人应交而未交的滞纳金同时强制执行。

《税收征收管理法》第 25 条规定，对未取得营业执照从事经营的单位或个人，除由工商行政管理机关依法处理外，由税务机关核定其应纳税额，责令缴纳；不缴纳的，税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。扣押后缴纳应纳税款的，税务机关必须立即解除扣押，并归还所扣押的商品、货物。扣押后仍不缴纳应纳税款的，经县以上税务局局长批准，拍卖所扣押的商品、货物，以拍卖所得抵缴税款。

欠缴税款的纳税人需要出境的，应当在出境前向税务机关结清应纳税款或者提供担保。未结清税款，又不提供担保的，税务机关可以通知出境管理机构阻止出境。

税务机关扣押商品、货物或者其他财产时，必须开付收据；查封商品、货物或者其他财产时，必须开付清单。

四、法律责任

（一）纳税人、扣缴义务人的法律责任

1. 违反税务管理规定的法律责任。

（1）纳税人未按照规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记的，未按规定设置、保管帐簿或者保管记帐凭证和有关资料的，未按规定将财务、会计制度或财会处理办法报送税务机关备查的，由税务机关责令其限期改正；逾期不改正的，将处以 2 千元以下的罚款；情节严重的，处以 2

千元以上 1 万元以下的罚款。纳税人在法定的保存期限以前擅自损毁帐簿、记帐凭证和有关资料的，处 2 千元以上 1 万元以下的罚款；情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（2）扣缴义务人未按照规定设置、保管代扣代缴、代收代缴税款帐簿或者保管代扣代缴、代收代缴税款记帐凭证及有关资料的，由税务机关责令限期改正，逾期不改正的，可以处以 2 千元以下的罚款；情节严重的，处以 2 千元以上 5 千元以下的罚款。

（3）纳税人未按照规定的期限办理纳税申报的，扣缴义务人未按照规定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的，由税务机关责令限期改正，可以处以 2 千元以下的罚款；逾期不改正的，可以处以 2 千元以上 1 万元以下的罚款。

2. 偷税的法律责任。偷税，是指纳税人、扣缴义务人违反税收征收管理法规，采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿、记帐凭证，在帐簿上多列支出或者不列、少列收入，或者进行虚假的纳税申报的手段，不缴或者少缴应纳税款的行为。

纳税人、扣缴义务人偷税数额在 1 万元以下或者偷税数额占应纳税额 10 % 以下的，除追缴偷税款外，处以偷税数额 5 倍以下的罚款。

纳税人、扣缴义务人偷税数额占应纳税额或应缴税款的 10 % 以上不满 30 % 并且偷税数额在 1 万元以上不满 10 万元的，或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金；偷税数额占应纳税额或应缴税款的 30 % 以上并且偷税数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处偷税数额 1 倍以上 5 倍以下罚金。纳税人交纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取所缴纳的税款的，依照上述规定处罚。

3. 拖欠税款的法律责任。欠税，是指纳税人、扣缴义务人在规定期限内不缴或者少缴应纳或应解缴税款的行为。

从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在规定期限内不缴或者少缴应纳或应解缴税款，经税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，除采取强制执行措施追缴外，处以不缴或少缴的税款 5 倍以下的罚款。

纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款，数额在 1 万元以上不满 10 万元的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处欠缴 1 倍以上 5 倍以下的罚款；数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

4. 抗税的法律责任。抗税，是指纳税人、扣缴义务人以暴力、威胁方法拒不缴纳应缴税款的行为。

纳税人、扣缴义务人抗税情节轻微，未构成犯罪的，除追缴其拒缴的税款外，处以拒缴税款 5 倍以下的罚款。

纳税人、扣缴义务人以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；情节严重的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

5. 行贿的法律责任。行贿，是指纳税人为了不缴或者少缴应纳税款，给予税务人员财物的行为。

纳税人向税务人员行贿，不缴或者少缴应纳税款的，按照行贿罪追究刑事责任，并处不缴或少缴的税款 5 倍以下的罚款。

（二）其他行为人的法律责任

1. 企事业单位有偷税、逃避追缴欠税行为，未构成犯罪的，由税务机关追缴其不缴或者少缴的税款，处以不缴或者少缴的税款 5 倍以下的罚款。

2. 企事业单位采取对所生产或者经营的商品假报出口等欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额不满 10000 元的，除追缴其骗取的退税款外，处以骗取税款 5 倍以下的罚款。

企事业单位以外的单位或者个人骗取国家退税款，数额较小，未构成犯罪的，除追缴其骗取的退税款外，处以骗取税款 5 倍以下的罚款。

以假报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额巨大或者有其他严重情节的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金；数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款 1 倍以上 5 倍以下罚金或者没收财产。纳税人交纳税款后，以假报出口或者其他欺骗手段，骗取税款超过所缴纳的税款部分，依照上述规定处罚。

3. 以暴力、威胁方法阻碍税务人员依法执行职务的，依法追究刑事责任；拒绝、阻碍税务人员依法执行职务未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照治安管理处罚条例的规定处罚。

4. 行为人违反法律、行政法规的规定，擅自决定税收的开征、停征或者减税、免税、退税、补税的，除依法撤销其擅自作出的决定外，补征应征未征税数，退还不应征收而征收的税款，并由上级机关追究直接责任人员的行政责任。

（三）税务人员的法律责任

1. 税务人员与纳税人、扣缴义务人勾结，唆使或者协助纳税人、扣缴义务人违反《税收征收管理法》第 40 条、第 41 条、第 42 条、第 44 条规定，未构成犯罪的，给予行政处分；构成犯罪的，按照刑法关于共同犯罪的规定处罚。

2. 税务人员收受或索取贿赂，未构成犯罪的，给予行政处分；构成犯罪的，按受贿罪追究刑事责任。

3. 税务人员玩忽职守，不征或者少征应征税款，致使国家税收遭受重大损失的，依法追究刑事责任；未构成犯罪的，给予行政处分。

五、税务行政复议

纳税人、扣缴义务人、纳税担保人同税务机关在纳税上发生争议时，必须先依法缴纳或者解缴税款及滞纳金，然后可以在收到税务机关填发的缴款凭证之日起 60 日内向上一级税务机关申请复议。上一级税务机关应当自收到复议申请之日起 60 日内作出复议决定。对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向人民法院起诉。

当事人对税务机关的处罚决定、强制执行措施或者税收保全措施不服的，可以在接到处罚通知之日起或者税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 日内向作出处罚决定或者采取强制执行措施、税收保全措施的机关的上一级机关申请复议；对复议决定不服的，当事人可以在接到复议决定之日起 15 日内向人民法院起诉。当事人也可以在接到处罚通知之日起或者税务机关采取强制执行措施、税收保全措施之日起 15 日内直接向人民法院起诉。复议期间，强制执行措施和税收保全措施不停止执行。

当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请复议也不向人民法院起诉，又不履行，作出处罚决定的税务机关可以申请人民法院强制执行。

第四节 发票管理

一、发票的概念和种类

1993年12月23日财政部发布施行的《中华人民共和国发票管理办法》（以下简称《发票管理办法》）第3条规定：“本办法所称发票，是指在购销商品、提供或者接受服务以及从事其他经营活动中，开具、收取的收付款凭证。”发票作为商品经济交往中最基本的商事凭证，既是财务会计核算的原始凭证，也是税务稽查的重要依据。

销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方向付款方或付款方向收款方开具的各种票据，均属发票的范围。

现行发票，主要分为两大类：（一）专用发票。这是大量的、普遍使用的发票。如增值税专用发票、代扣税款专用发票、社会集团购买力专用发票、广告业专用统一发票以及国有金融、邮电、铁路、民用航空、公路和水上运输等单位的专业发票等。（二）特种发票。这是特殊行业使用的专门发票。如银行销售金银饰品使用的“特种发票”、税务机关使用的“发票换票证”等。此外，鉴于增值税专用发票具有抵扣税款的特殊用途，又将发票分为普通发票和增值税专用发票两类。普通发票是除增值税专用发票以外的其他发票的统称。

二、发票的印制

《发票管理办法》第7条规定：“发票由省、自治区、直辖市税务机关指定的企业印制；增值税专用发票由国家税务总局指定的企业统一印制。”发票防伪专用品由国家税务总局指定的企业生产。禁止私自印制、伪造、变造发票或非法制造发票防伪专用品。

三、发票的领购

（一）本地经营者领购发票

依法办理税务登记的单位和个人，在领取税务登记证件后，向主管税务机关申请领购发票。

依法不需要办理税务登记的单位需要领购发票的，也可向主管税务机关申请领购发票。

需要临时使用发票的单位和个人，可以直接向税务机关申请办理。

（二）到本辖区临时经营的经营者领购发票

临时到本省、自治区、直辖市以外从事经营活动的单位或者个人，应当凭所在地税务机关的证明，向经营地税务机关申请领购经营地的发票。

税务机关对外省、自治区、直辖市来本辖区从事临时经营活动的单位和个人申请领购发票的，可以要求其提供保证人或者根据所领购发票的票面限额及数量缴纳不超过1万元的保证金，并限期缴销发票。税务机关收取保证金应当开具收据。

按期缴销发票的，解除保证人的担保义务或者退还保证金；未按期缴销发票的，由保证人或者以保证金承担法律责任。

四、发票的开具和保管

（一）发票的开具

1. 开具发票的条件。销售商品、提供服务以及从事其他经营活动的单位和个人，对外发生经营业务收取款项，收款方应当向付款方开具发票；特殊

情况下，由付款方向收款方开具发票。

所有单位和从事生产、经营活动的个人在购买商品、接受服务以及从事其他经营活动支付款项，应当向收款方取得发票。取得发票时，不得要求变更品名和金额。

不符合规定的发票，不得作为财务报销凭证，任何单位和个人有权拒收。

2. 开具发票的要求。开具发票应当按照规定的时限、顺序，逐栏、全部联次一次性如实开具，并加盖单位财务印章或者发票专用章。

开具发票后，如发生销货退回需开红字发票的，必须收回原发票并注明“作废”字样或取得对方有效证明；发生销售折让的，在收回原发票并注明“作废”字样后，重新开具销售发票。

（二）发票的保管

1. 建立发票使用登记制度。开具发票的单位和个人应当建立发票使用登记制度，设置发票登记簿，并定期向主管税务机关报告发票使用情况。

2. 使用发票的禁止性规定。任何单位和个人未经批准，不得跨规定的使用区域携带、邮寄、运输空白发票。禁止携带、邮寄、运输空白发票出入境。

任何单位和个人不得转借、转让、代开发票；未经税务机关批准，不得拆本使用发票；不得自行扩大专业发票使用范围。

禁止倒买倒卖发票、发票监制章和发票防伪专用品。

3. 发票保存期限。开具发票的单位和个人应当按照税务机关的规定存放和保管发票，不得擅自损毁。已经开具的发票存根联和发票登记簿，应当保存5年。保存期满，报经税务机关查验后销毁。

4. 发票领购簿的变更与缴销。开具发票的单位和个人应当在办理变更或者注销税务登记的同时，办理发票和发票领购簿的变更、缴销手续。

五、发票的检查

税务机关在发票管理中有权进行下列检查：1. 检查印制、领购、开具、取得和保管发票的情况；2. 调出发票查验；3. 查阅、复制与发票有关的凭证、资料；4. 向当事各方询问与发票有关的问题和情况；5. 在查处发票案时，对与案件有关的情况和资料，可以记录、录音、录像、照相和复制。

印制、使用发票的单位和个人，必须接受税务机关依法检查，如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒。

六、对违反发票管理法规行为的处罚

违反发票管理法规的行为包括：1. 未按照规定印制发票或者生产发票防伪专用品的；2. 未按规定领购发票的；3. 未按规定开具发票的；4. 未按规定取得发票的；5. 未按规定保管发票的；6. 未按规定接受税务机关检查的。对有以上行为之一的单位和个人，由税务机关责令限期改正，没收非法所得，可以并处1万元以下的罚款；有上列两种或者两种以上行为的，可以分别处罚。

非法携带、邮寄、运输或者存放空白发票的，由税务机关收缴发票，没收非法所得，可以并处1万元以下的罚款。

私自印制、伪造变造、倒买倒卖发票，私自制作发票监制章、发票防伪专用品的，由税务机关依法予以查封、扣押或者销毁，没收非法所得和作案工具，可以并处1万元以上5万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

违反发票管理法规，导致其他单位或者个人未缴、少缴或者骗取税款的，

由税务机关没收非法所得，可以并处未缴、少缴或者骗取的税款一倍以下的罚款。

第七章 土地管理法

第一节 绪论

一、土地的概念与特点

(一) 土地的概念

土地是指人类赖以生存和发展的，由不同的生物、化学、物理性质的土壤层所构成的地球表面的陆地上层部分。

土地作为一切生产和一切存在的源泉，不但养育着各种植物，还使许多动物得以栖息和繁衍。在人类的社会生产活动中，土地无疑是最基本的生产资料，它构成了人类社会的物质基础和环境条件，因而成为人类赖以生存的最重要的资源。

土地概念中，不包括地表以上的空间及气候资源，也不包括土地下层的矿藏和地下水等自然资源，那些属于其他的自然资源范畴，要由别的相应的法律进行调整。

狭义的土地只涵盖作为人类生活和生产主要场所的地球陆地表面；而广义的土地则包括了海域。由于我国土地管理法对土地并未作出一个明确的定义，所以应当认为其所谓的土地不但包括国家和集体所有的耕地、园地、林地、草原、内陆水域、沿海滩涂、工矿用地、交通用地和国防用地，还包括荒地、沙漠、戈壁以及其他未开发利用的土地。

我国在对林地、草原和滩涂进行征用的时候，适用《土地管理法》的有关规定。但有关林地或草原的所有权或者使用权，有关滩涂的养殖使用权，以及有关其保护和行业管理的问题，则分别适用《森林法》、《草原法》和《渔业法》的有关规定。

(二) 土地资源的特点

1. 土地的基本属性。土地作为地貌、土壤、岩石、水文、气候、植被等多种自然要素长期共同作用的结果，是经过人类长期开发活动后所形成的一种自然综合体，其固有的特点是：

(1) 土地的是典型的不动产。抽象的土地，就其特定部分而言，在物理意义上，是在地球的固定地理位置上的。人所能改变的仅仅是部分的地貌，所能挪动的只能是部分的土壤，因此在一般意义上，土地本身是不能移动的。

(2) 土地的总面积是有限的。所谓土地的有限性是指，地球的总面积是既定的客观现实，在人类可见的期限内，不会有根本性的变化。人们对已有的土地的改造和开发都不能使土地的总面积有大的增加。

(3) 土地的自然和经济条件因地制宜。土地的自然条件和经济条件，因时因地差异极大，而人们对土地的开发利用，又直接取决于这些条件，故其极大地影响着人类对土地利用的不同选择，所以因地制宜的自然和经济条件，决定着土地经济价值的差别。

(4) 土地基本用途的无可替代性。土地由于其给人类提供了食物、木材、纺织纤维、皮革和其他种种基本生活用品，不但是发展农业的基本生产资料，而且是发展工业和交通的基本物质条件。正是从土地的基本用途无法用其他资源予以替代这一点出发，土地在所有自然资源中成为其它一切资源的基础。

(5) 土地利用可能的永续存在性。土地是具有恒久性的生产资料，在一

般意义上，只要尊重客观自然规律，其在使用中不存在别的自然资源或生产资料所不可避免的磨损、耗竭乃至报废的问题。只要合理利用，土地就可以永续使用，而且可以使其生产力和利用率得到提高。

2.我国土地资源的特点。从宏观上讲，土地法体现着国家对土地资源的分配和利用的调控。各个国家都有其不同的自然条件和独特的人文历史背景，所以各国的土地资源都具有自己的特点。在我国这个资源相对短缺的人口大国中，不了解土地问题的特殊之处就无法研究土地法。

(1)我国土地辽阔但人均占有土地却很少。我国 960 万平方公里的陆地，折合土地约 144 亿亩，仅占全世界陆地面积的 1/15。而我国人口却占世界的 1/5，这使得我国人均占有土地的面积只有世界平均数的 1/3。尤其是由于我国的耕地在整个国土面积中只占 1/10 左右，仅有 14 亿亩，所以人均耕地只有一亩半，不到世界人均耕地的 1/4。同时由于我国人口增长速度过快，面对耕地的迅速减少，人多耕地少的矛盾更显得非常突出。中国人用仅占世界 9%的耕地，生产了占世界总产量 17%的谷物，要解决占世界 22%的 12 亿人口的吃饭问题，土地的珍贵性当然不容置疑。

(2)我国平原和盆地少而山地、高原和丘陵多。在我国的整个国土面积中，山地面积占的比率很大。山地经济开发不可避免会造成一定程度的水土流失和生态系统的破坏，在土地的开发利用中往往会造成大面积土地质量退化的严重问题，像水土流失、土地沙漠化、盐碱化、潜育化，以及土地污染等。特别是随着我国现代化建设事业的发展，在人口不断增加的情况下，土地状况同对土地需求之间的矛盾就更突出地摆在了我们面前。

(3)可有效利用的土地资源分布不平衡。我国土地的基本属性以及由此而产生的地区间生产力的差异相当大。我国东南部处于季风区，雨量充足，雨热同季，土地的自然生产力较高，因此在这里集中了全国绝大部分的耕地、林地和农业总产值，绝大部分的农业人口也居住于此。我国大西北属于内陆地区，虽然有充足的阳光和丰富的热量，却干旱少雨，土地中沙漠、戈壁、盐碱地比例很高，土地的自然生产力相当低。而青藏高原由于海拔高，尽管日照充足，却热量不够，土地生产力低下，难于大规模开发利用。

(4)我国耕地的后备资源严重不足。我国历来估算约有 16 亿亩的荒地资源，但适合于进行开垦，能作为耕地的不到 1/3，其中一半以上也仅适于种植饲料、饲草和建设人工草地，所以真正能够被开垦为农田的最多不超过两亿亩。可净增耕地摊到十几亿人身上，人均还不到一分地。

显然，我国土地的基本特点和土地后备资源不足的国情，都使我们必须十分珍惜土地资源，必须合理开发利用土地，而要做到这一点，就必须依法治地。

二、土地法

(一)土地法的概念

土地法是调整人们在土地的开发、利用、保护和管理的过程中所产生的各种社会关系的法律规范的总和；

狭义的土地法，仅指冠以“土地”名称的法律，如《中华人民共和国土地管理法》；

而广义的土地法，则是指所有其他法律和法规中一切有关调整土地关系的法律规范。

(二)土地法律关系

所谓土地法律关系是指土地法律规范所调整的，人们在对土地开发利用和保护管理过程中所形成的，以土地为构成要素的各种的社会关系，主要包括土地民事关系和土地行政关系。前者主要包括土地物权关系，土地流转关系。后者指围绕土地行政管理所形成的各种法律关系。实践中，这两种关系常常是紧密联系的。我国的《土地管理法》，不仅包含了大量的行政管理规定，而且包含有许多有关土地民事权利的规定。

（三）土地法的原则

1. 土地公有原则。根据我国现行的法律规定，土地所有权不得进入市场进行交易。国有土地的所有权以其主体的惟一性和所有权的不可改变性为特征。我国的集体土地，除了被依法征用而变为国有土地以外，其所有权的性质同样是不可改变的。

我国土地所有权的这种不可交易性，显然是为了维护土地公有制度，同时也是为了保持国家对土地开发利用的宏观调控，以达到保护耕地和保证国家建设用地的目的。

2. 国家对土地的统一管理原则。为了维护土地公有制，合理保护和开发土地资源，我国对国有土地和集体所有的土地实行统一管理。

根据法律规定，国家对土地统一管理的权限属于各级人民政府。土地调查统计、土地利用总体规划、国有土地使用权的审批、集体土地所有权的确认、建设用地征用的审批、土地登记、查处非法用地行为等等，一律由各级人民政府负责。全国土地的统一管理工作，由国务院土地管理部门主管；省以下行政区域内的土地的统一管理工作，由县级以上人民政府土地管理部门主管；乡行政区域内的土地管理工作，由乡级人民政府负责。

任何单位和个人不得侵占、买卖或以其他方式非法转让土地。

3. 合理利用和保护土地特别是保护耕地原则。我国土地法以严格保护土地，尤其是保护耕地为基本内容。土地对整个国家的极端重要性，使无论是土地的所有者，还是土地的使用者，都负有一种法律上的义务，即必须合理地利用土地，切实地保护土地，任何单位或者个人都必须按土地用途使用土地，不得废弃土地和破坏土地。

特别是由于耕地事关十亿人的国计民生，面对我国人均占有耕地面积偏少，而耕地却日趋减少的形势，法律对耕地采取了优先保护的方针。国家对耕地实行特殊保护制度，严格控制耕地转为非耕地。具体措施是基本农田保护制度。

4. 土地有偿使用原则。随着改革开放的不断深入，为了提高土地利用效益，也为了节约用地，我国已经开始改变过去长期无偿使用土地的制度，逐步转为采用有偿使用的办法。由于土地所有权不能进入流通领域，故土地的所有权并不是土地所有权的买卖，而仅仅是通过支付土地使用费、出让和转让土地使用权的价款和缴纳税款的方式，取得对土地占有、使用和收益的权利。

5. 保护合法的土地所有权和土地使用权原则。土地这种作为人类最基本、最重要的生存条件的自然资源，具有不可移动性、耐久性、有限性和不可替代性。因此，合理利用和保护土地资源是任何国家都必须坚持的基本国策。为达此目的，确立土地物权就尤为重要。

我国《土地管理法》明确规定，土地的所有权和使用权受到法律保护，任何单位和个人不得侵犯。同时还规定，土地的承包经营权受到法律保护，

这都具体体现了法律对土地物权的确认与保护。

第二节 土地所有权

一、土地所有权的概念与特征

（一）土地所有权的概念

所谓土地所有权是指土地所有人依法对其所有的土地占有、使用、收益和处分，并排除他人非法干涉的权利。

我国的土地所有权在法律上分为国家土地所有权和集体土地所有权两种不同的类型。

（二）土地所有权的法律特征

1. 主体的特定性。土地所有权作为土地所有制关系在法律上的表现，具有严格的法定性，即土地所有权这种物权的设定必须要由国家法律明确作出规定。财产所有权都是以民法为直接法律渊源，以宪法中的有关法律的规定为间接法律渊源，而我国的土地所有权除了以民法为直接渊源外，同时还以宪法中有关土地的规定作为直接渊源。可见，在我国，土地所有权制度不仅以保护民事主体的合法权益为直接目的，同时也是为了维护土地归属和利用秩序及土地流转秩序，以符合社会的整体利益。

由于我国法律规定，土地只能由国家或农民集体所有，国家和农民集体以外的民事主体，不能成为土地所有人，也就是说，我国不允许私人土地所有权的存在。对于土地以外的其他不动产，则没有这种限制。

2. 交易的限制性。我国有关法律规定，土地所有权不得以任何形式进行交易。所以，在我国，土地所有权的买卖、赠与、互易，包括以土地所有权作为投资，都是非法的。在人类的历史上，土地这种最基本的生产资料，由于其本身的特点，确认其归属并对其加以利用对于任何国家经济和政治制度的确立和运行都有着极其重要的影响。故土地本身的特点决定了土地所有权流转的特点，这是国家长治久安的需要。

3. 权属的稳定性。由于土地所有权制度直接构成了国家社会制度的一部分，土地制度是基本国家制度，土地问题历来事关社会的发展和安宁，所以，国家必须制定一套能够公平确定和稳定土地归属关系的法律制度。因此，有关土地权利的法律制度在我国物权法的体系中居于十分重要的地位。我国的土地所有权，由于其主体的特定性和交易的限制性，具有高度的稳定性。

4. 权能的可分离性。从我国土地所有权高度稳定的实际情况出发，为了使土地资源能得以更有效的利用，有必要将土地使用权从土地所有权中分离出来，使之成为一种相对独立的物权形态，并允许流转。

因此，在现实生活中，我国的土地所有权和土地使用权在一般情况下都是相分离的。国有土地的绝大部分并非是由国家直接占有和使用，集体所有的土地，在大多数情况下也是由农户占有和使用的。在符合法律规定的情况下，土地使用权可以转让、出租或者抵押。

二、国家土地所有权

（一）概念

国家土地所有权是指国家代表全体人民对其所有的土地进行占有、使用、收益和处分，并排除他人非法干涉的权利。

在我国土地改革的过程中形成的国家土地所有权，后来在社会主义的进程中不断地进行演化和发展。我国 1982 年的新宪法规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；

由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外”。“城市的土地属于国家所有”。农村和城市郊区的土地，由法律规定属于国家所有的，也归国家所有。“国家为了公共利益的需要，可以依照法律的规定对土地实行征用”。这些规定都从法律上来确认和保护我国实行的国家土地所有权。

国家土地所有权在实现方式上与集体土地所有权有着重要的区别，其最大的特点在于，在一般情况下，它不是直接由国家来行使占有、使用等权能，而是通过所有权与国有土地使用权相分离的形式，将国有土地的占有、使用和收益的权能，通过国有土地使用权出让或者划拨的形式，有偿或无偿地授予公民、法人或其它非法人组织，从而实现土地资源的有效利用。

（二）国家土地所有权的主体

中华人民共和国是代表全国人民利益和意志，对国家土地享有所有权的统一的和惟一的主体。故国家土地所有权是国家以其特殊民事主体的身份所享有的一种民事权利。

在我国，中央人民政府是国家土地所有权的代表者，即由国务院代表国家行使国有土地所有权。各级土地管理机关和其他有关国家机关可以依照法律规定或者中央政府的授权行使国家土地所有权（例如，出让土地使用权），但这并不意味着这些机关本身是国家土地所有权的主体。

（三）国有土地所有权的客体范围

国家既是土地所有权的主体，同时又是国家主权的主体。国家所有权主体的双重身份决定了国家土地所有权的客体范围在种类上是不可能有任何限制的。故任何种类的土地都可成为国家土地所有权的客体。在我国所谓国家土地所有权的确定问题，说到底其实是划分国有土地和集体土地的界限问题。

依照我国土地法有关规定，属于国家所有的土地有：

1. 城市市区的土地；
2. 除依法划定或者确定为集体所有的外，农村和城市郊区中依法没收、征用、征购、征收、收归国有的土地；
3. 国家未确定为集体所有的林地、草地、山岭、荒地、滩涂、河滩地以及其它土地。

（四）国有土地的取得方式

1. 法定所有。即由宪法、法律直接规定某些土地属于国家所有。
2. 征用取得。指当国家进行经济、文化、国防建设以及兴办社会公共事业等，需要使用属于集体所有的土地时，国家通过征用的方式将其转归国家所有。

三、集体土地所有权

（一）概念

所谓集体土地所有权是指农民集体依法对土地进行占有、使用、收益和处分，并排除他人非法干涉的权利。

我国的集体土地所有权作为一种独立的民事权利，在法律上与国家土地所有权处于平等的地位。它是在解放后农民通过土地改革取得的私人土地所有权的基础上，经过合作化、人民公社运动发展而来，最后为宪法所确认的。我国《宪法》规定，农村和城市郊区的土地，除去法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；农民的宅基地和自留地、自留山，也属于集体所有。

（二）集体土地所有权的主体

集体土地所有权的类型。我国农村集体土地所有权的主体一般是村农民集体，由村农业生产合作社等农业集体经济组织或者村民委员会经营、管理。但为了照顾长期形成的某些既成事实，农村土地也可以属于以下农民集体经济组织所有：

（1）一个自然村内有二个以上的农业集体经济组织，而村内土地已经属于村内农民集体所有的，这些土地可以属于各该农业集体经济组织的农民集体所有；（2）如果土地已经属于乡（镇）农业集体经济组织所有的，该土地可以属于乡（镇）农民集体所有。集体所有权属于集体公共所有，而不是属于集体组织成员按份共有。集体组织内的任何成员，不得主张对集体土地的所有权。

（三）集体土地所有权客体的范围

按照土地法有关规定，属于农村集体经济组织所有的土地是：（1）农村和城市郊区的土地，除法律规定属于国家所有的以外；（2）宅基地和自留山、自留地。

根据用途划分，集体所有的土地主要有两类：（1）农地，包括耕地和其它用于种植业、林业、畜牧业和渔业生产的土地。（2）农村建设用地，指在农村已用于非农业目的的土地，包括农民住宅用地，乡镇企业用地，以及乡镇公益事业用地和乡村公共设施用地。此外，还有所谓“四荒”，即属于集体所有的荒山、荒沟、荒丘和荒滩。

（四）集体土地所有权的内容

集体土地所有权的内容就是集体经济组织依法对集体土地所享有的占有、使用、收益和处分的权利和义务。

1. 集体经济组织可以通过授予土地使用权，而将自己对集体土地所享有的占有、使用和收益的所有权的权能，转让给个人和企业，但只能以本集体经济组织的成员和本集体兴办的企业为限。

2. 集体经济组织让渡土地所有权时，只能通过土地征用程序转让给国家；如果集体经济组织放弃土地所有权时，土地所有权即自动转归国家。

3. 集体土地所有权的独立行使，不但要受法律的限制，而且要受国家农业政策和土地政策等的限制。

第三节 土地使用权

一、土地使用权的概念

土地使用权是指依法对土地进行开发和利用，以满足自己某种需要的权利。它是独立于土地所有权的其他物权，包括对土地的占有权、使用权和一定范围内的收益权，以及一定条件下的处分权。

集体所有的土地和全民所有制单位、集体所有制单位使用的国有土地，可以由集体或者个人承包经营，从事农、林、牧、渔业生产，土地承包给农户或农工，并不改变土地全民或集体所有的性质。

土地使用权只能依法取得。无论单位对国有土地享有的土地使用权，还是个人对国有或集体所有的土地享有的土地使用权均受法律保护。

二、国有土地使用权

（一）概念

所谓国有土地使用权，是指公民和法人在法律许可的范围内，对依法取得的国有土地或者集体所有的土地所享有的占有、使用、收益和处分的权利。

国有土地使用权是一种有期限的民事权利。

（二）国有土地使用权的取得方式

1. 划拨取得。这指具有相应权限的政府机构依照法律的规定，通过行政划拨的方式，将一定的国有土地无偿地提供给公民和法人使用的制度。划拨土地使用权不能进入市场。

2. 有偿出让取得。是指政府有关部门通过与土地使用人签订土地使用权出让合同，有偿提供国有土地供使用权人依照约定条件进行使用。以这种方式取得的国有土地使用权可以依法转让、出租和抵押。

3. 开发取得。经县级以上人民政府批准，开发国有荒山、荒地、滩涂用于农、林、牧、渔业生产的，开发地位可因其开发行为而取得该国有土地的使用权。

4. 复垦取得。企业用自有资金或贷款进行土地复垦的，复垦后即可以取得被复垦的国有土地的使用权。

（三）国有土地使用权的终止

国有土地使用权可因下列原因而终止：

（1）使用期限届满。国有土地使用权的期限届满以后，使用权人的续展申请没有得到批准，或者法律规定不得续展的，使用权当然终止。

（2）土地本身变故。由于自然或人为的原因，土地事实上已不能为使用人所占有、使用和收益时，土地上的国有土地使用权终止。

（3）划拨土地使用权转为出让土地使用权。随着新的出让土地使用权的设立，旧的划拨土地使用权即行终止。

（4）国家收回土地使用权。国家作为土地所有人，当然有权收回已经授予的土地使用权。但国家只有在具备法定事由时才可收回已经授予的土地使用权。

三、集体土地的使用权

（一）概念

所谓集体土地使用权是指，集体经济组织的成员，依照法律规定的方式对集体所有的土地进行开发和利用，而享有的对集体土地的占有、使用和收益的权利。

（二）集体土地使用权的取得

1.集体土地的自物权使用。由农村集体经济组织自己在农业生产中使用的集体土地，其使用权是包含在所有权之内的。而当集体经济组织建设乡（镇）企业、公共设施、公益事业，以及举办联营企业时，这些单位要取得土地使用权，就得依据法律规定的程序和方式经过专门的审核批准。

2.集体土地的他物权使用。个人或其他单位取得集体土地使用权的方式是：（1）法定取得，如，集体经济组织成员的宅基地、自留山、自留地的土地使用权，依法确定取得；（2）补偿取得，如，农村承包经营户、个体工商户进行非农业生产经营活动的用地，城镇非农业户口居民使用集体土地作宅基地，建设单位临时使用的集体土地，依照法定程序经过审批，并在给予法律规定的补偿后，取得集体土地使用权。

四、土地承包经营权

土地承包经营权是由农村联产承包责任制逐渐演化而来的，它是我国农村承包责任制在法律上的表现。农村的承包经营是我国农业经营的基本形式。为了保障农业承包经营者的合法权益，《土地管理法》规定：“土地的承包经营权受法律保护。”

土地承包经营权是指农业生产经营者在与享有土地所有权的集体组织签订土地承包经营合同的基础上，自主地对土地进行开发利用并获得收益的权利。土地承包经营权属于土地使用权的性质，具有物权法上的排他性。因此，承包经营者以外的一切个人和组织，包括作为土地发包方的集体组织，都负有不得侵犯承包经营权的义务。

可见，土地承包经营权只能通过土地承包经营合同取得，而且仅限于从事农、林、牧、渔等农业性生产经营的范围内。

集体所有的土地，全民所有制单位和集体所有制单位使用的国有土地，均可以由集体或个人承包经营，土地承包经营者应按照承包合同规定的用途合理利用土地。

第四节 土地行政管理

土地行政管理是国家依据其社会经济管理职能，依法对与土地有关的社会关系和行为所制定的管理规章和所从事的管理活动的总称。

我国土地法规定，国家实行土地的统一管理制度。

一、土地行政管理的主体

土地行政管理的主体就是依法有权对土地实施行政管理的国家行政机关。

1. 一般行政主体，即中央和地方的各级人民政府。

2. 专门行政主体，即各级人民政府所属的土地管理部门。国务院土地管理部门主管全国土地的统一管理工作。县级以上地方人民政府土地管理部门主管本行政区域内的土地的统一管理工作，机构设置由省、自治区、直辖市根据实际情况确定。乡级人民政府负责本行政区域内的土地管理工作。

3. 辅助行政主体，指各级人民政府所属的其他部门的行政职能中，有直接涉及土地管理事项者，如主管建设规划、农业、林业、水利等的部门。

4. 土地管理机构的主要职责。（1）贯彻执行国家关于土地的法律、法规和政策；（2）主管全国或本行政区域内的土地的调查、登记和统计工作；（3）组织有关部门编制土地利用总体规划；（4）管理全国或本行政区域内的土地征用和划拨及其审批，调查研究土地管理中的重大问题；（5）对土地利用情况进行检查、监督和协调；（6）会同有关部门解决土地纠纷，查处土地违法案件等。

二、土地利用的管理

（一）土地利用法律制度的概念与土地利用的原则

1. 土地利用法律制度，是指国家制定和认可的，调整因合理利用土地所产生的各种社会关系的法律规范的体系。

作为土地法的重要组成部分，它是国家进行统一的土地管理的法律依据。广义的土地利用法律制度，将一切与土地利用有关的法律制度均包括在其中，鉴于土地征用、建设用地、土地登记等法律制度的重要性，我们将对其单独介绍。

2. 土地利用的原则。我国土地法在总结我国土地利用经验的基础上，规定了为合理利用土地所应遵循的基本准则，包括节约用地的原则、改良土壤的原则、保护耕地的原则、因地制宜的原则和讲究综合效益的原则等。

（二）土地调查

土地调查是国家的土地管理机关会同有关部门，对一定区域内土地的自然状况、经济状况、社会状况所进行的调查。它是国家土地管理行政机关实施的一种土地行政管理行为。

土地调查的内容包括土地权属调查、土地利用现状调查和土地条件调查等。土地调查要有计划地进行，作为制定土地利用规划和土地政策的重要依据。在土地调查中，被调查土地的所有者和使用者有配合调查、提供必要的资料的法定义务。

县级以上土地管理部门应当会同有关部门根据土地调查成果评定土地等级，用以作为确定土地税赋、土地价格和土地规划的依据。

（三）土地利用总体规划

土地利用总体规划是指，县级以上各级人民政府，根据一定区域内对自

然特性和地域条件所进行的土地调查的资料，结合国民经济和社会远景规划诸方面对土地的需求，经过综合平衡后所编制的，对土地进行合理开发和利用以及保护的综合性规划。

土地利用总体规划是进行土地开发和利用活动的法律依据之一。编制土地利用总体规划是各级人民政府的法定职责。

（四）土地开发

我国土地法规定，开发利用是取得国有土地使用权的一种方式。但对荒地的开发，必须有计划地进行，必须经人民政府批准，要给以一定的限制和管理。开垦荒地必须注意保护环境。

开发国有荒山、荒地、滩涂，用作农、林、牧、渔生产的，必须向当地土地管理部门提出申请，并按照国家征用土地的程序和批准权限报请审批。审批权限的划分为：一次性开发2万亩以上土地的，须经国务院批准；一次性开发1万亩以上2万亩以下土地的，须经国家土地管理局批准；县级以上地方人民政府的批准权限，由省、自治区、直辖市予以规定。但法律、法规另有规定的，依照有关法律、法规的规定。

三、土地保护

我国土地法不但规定了土地规划制度，以贯彻执行十分珍惜和合理利用土地的方针，全面规划，加强管理，保护和开发土地资源，制止乱耕和滥用土地的行为，合理地使用土地。而且除了严格用地审批程序，避免乱占和浪费土地外，还规定了土地复垦制度和建立基本农田保护区制度。

（一）耕地的保护

为了保护耕地，土地法规定了三项主要内容：

1. 政府保护耕地的职责。各级人民政府应当采取措施，保护耕地，维护排灌工程设施，改良土壤，提高地力；防治土地沙化、盐渍化、水土流失，制止荒废、破坏耕地的行为，防止土壤污染。

2. 节约建设用地。国家建设和乡（镇）建设必须节约使用土地，可以利用荒地的，不得占用耕地，可以利用劣地的，不得占用好地。

3. 建立基本农田保护区，严格控制占用耕地。土地法规定，划定基本农田保护区，由县级人民政府设立保护标志，予以公告，任何单位和个人不得擅自占用基本农田保护区内耕地或改变其用途。

（二）土地复垦

1. 土地复垦的概念和适用范围。我国土地法所称的土地复垦，是指对在生产建设过程中，因挖损、塌陷、压占等造成破坏的土地，采取整治措施，使其恢复到可供利用状态的活动。土地复垦是土地保护的重点内容之一。

土地复垦主要适用于因从事开采矿产资源、烧制砖瓦、燃煤发电等生产建设活动而造成土地破坏的企业和个人。依照“谁破坏、谁复垦”的原则，各级人民政府土地管理部门负责管理和监督检查本行政区域的土地复垦工作，各级计划管理部门负责土地复垦的综合协调工作。

2. 复垦方式。企业和个人对自己在生产建设过程中破坏的土地所进行的复垦，称作自行复垦。具有条件的单位和个人对他人在生产建设过程中破坏的土地以承包形式进行的复垦叫承包复垦。法律允许选定一种方式进行复垦。

3. 复垦费用和损失补偿。土地复垦的费用，按照复垦情况的不同，在不同的资金中列支或筹集，此外，负有复垦义务的公民和法人，还应对遭受损

失单位支付土地损失补偿费和地面附着物的损失补偿费。

4.对土地复垦的鼓励。我国有关法律以免费方式鼓励以废弃物复垦土地，即利用废弃物进行土地复垦和在指定的土地复垦区倾倒废弃物的，拥有废弃物的一方和拥有土地复垦区的一方均不得向对方收取费用。

作为对使用复垦土地的鼓励，复垦后的土地用于农、林、牧、渔业生产的，依照国家有关规定减免农业税，用于基本建设的，依照国家有关规定给予优惠。

复垦后的土地的所有权和使用权，按不同的情况由不同的主体享有。

第五节 土地登记

一、土地登记的概念与意义

(一) 土地登记的概念

所谓土地登记是指，国家为了确认土地所有权和土地使用权的归属与性质，能够使人们了解其权属和状况及其变化，而依法定程序将有关内容公示于政府的登记簿的一种行政管理措施。

进行土地登记时，要按照法定程序，将土地的权属关系、用途、面积、等级、价值等情况由国家专门机关登记于专门的簿册，以使政府能对土地进行有效的管理，更好地保护权利人对土地的合法权益。

(二) 土地登记的意义

1. 土地登记制度是确认土地物权关系，保护土地所有者和使用者的合法权益的法律保障。

2. 土地登记制度是土地统一管理制度的主要内容，是土地实现全面、依法、统一、科学管理的重要措施。

3. 土地登记可以对房地产市场实施有效的监督、管理，并使之规范化，有利于依法规范房地产市场的秩序，确认和保护土地的合法权益，为土地市场建立有效的约束机制。

4. 土地登记是实现土地管理职能的必不可少的内容，是土地管理基础性工作，可以为土地管理提供基本的信息，有利于及时了解土地开发利用的变化动态。

二、我国土地登记的分类与特点以及必须遵守的原则

(一) 分类

依照不同的情况，土地登记有多种分类：

1. 按被登记的权属性质可以分为土地所有权登记和土地使用权登记；

2. 按进行登记的产生方式可以分为：(1) 应申请进行的登记，如我国的国有土地的使用权和集体土地的所有权的登记。(2) 依职能进行的登记，如未开发、使用的国家土地的所有权的登记。

3. 按登记的有关事项内容可以分为：(1) 初始登记，即原始取得土地所有权或土地使用权时进行的登记；(2) 变更登记，指土地权属变化时或土地用途改变时等所作的事项变更登记；(3) 注销登记，是指收回土地使用权或土地所有权消灭时进行的登记。

4. 我国土地管理法所规定的土地登记，主要有以下四种：(1) 应申请进行的国有土地使用权的初始登记、变更登记和注销登记；(2) 应申请进行的集体土地所有权的初始登记、变更登记；(3) 依职能进行的未开发、使用的国有土地的初始登记；(4) 依职能进行的国有土地使用权收回的注销登记等。

(二) 我国土地登记的特点

1. 属地性。土地登记作为不动产登记，在法律上都实行地域管辖，由土地所在地政府的土地管理部门办理。土地登记以县级行政区划为单位组织进行，具体工作由县级以上人民政府土地管理部门负责。

2. 强制性。土地登记作为一种法律行为，是以全部的现行法律法规为依据的。土地登记必须严格依法进行，违反法律规定的登记，要承担法律后果。

3. 公信力。土地管理部门进行土地登记，必须严格依法定程序进行，并进行公告，土地所有权、使用权和他项权利一经登记，即具有了公信力，

意味着其是真实可靠的。

4.连续性。土地登记这一套行之有效的管理办法，与整个土地开发和利用的各个阶段密切相联，坚持不断地进行土地变更登记，即可通过其对土地进行动态的监督管理。

（三）土地登记的原则

1.依法登记原则。土地登记的依据是全部现行的法律、法规。不但土地法律关系的主体在维护自己的利益时需要法律依据，进行土地登记的国家工作人员在执行公务时，也要依据法律来规范自己的行政行为。

土地登记具有排他的法律效力，经过登记的地产权利受法律保护，所以土地登记的申请书和其当事人的意思表示必须采用书面形式，申请人必须提出申请依据，申请的内容必须经过审查和核准后方能确权登记。这都体现了土地登记在法律上的严肃性和公正性。

2.申请原则。土地权利人要求政府土地管理部门保护自己的合法权益必须要有明确的意思表示，也就是要提出登记的申请，反过来，由于土地登记是受国家强制力支持的行政管理措施，不依规定申请登记的，还得受到处罚。

初始土地登记通常采取权利人单独申请的方式，变更土地登记和他项权利登记则通常采用共同申请的方式，并经审查合格后才受理登记立案。这样有利于政府从宏观上监控地产市场和规范市场行为。

3.审查原则。土地登记作为一种严肃的法律行为，实行严格审查制度。土地登记规定先是初审，由土地登记工作人员负责；然后是由土地管理部门负责人审核；最后是由政府负责人批准。没有经过审查的土地产权是不能登记的。

4.公示原则。土地登记是行政措施，但其产生的是民事权利。土地权益的确认和保护，不但事关当事人的权益，而且影响社会上其他人的利益，故登记以公开性为原则。公示不但有利于社会的监督，也促使当事人配合登记机关搞好登记工作。

所谓公示具体表现在，不但进行初始土地登记时要公告登记时限、地点和申请须知，还要公告登记审查结果，公告基准地价等。而且有关登记的地籍资料要提供副本，供人公开查阅。

三、土地登记的内容

土地登记要在土地登记簿内反映土地登记对象的质和量方面的各种要素。主要包括：

（一）土地的权属性质

即要进行登记的土地是属于国有还是集体所有，业主享有的是所有权，还是建设用地使用权或者其他土地权利。

（二）土地权属来源

即指土地所有者或使用者最初取得土地的方式。

（三）土地权属界址

即指某一产权单位申请登记的特定地块的位置和范围。界址反映在实地，即界址点及其标志物；反映在地籍图上，其表现为界址点符号及其编号和界址点连线；反映在调查簿上，即各界址点的坐标或相对位置说明。

（四）土地面积

即指一宗地的权属界址线范围内的土地面积。土地面积是否准确，事关土地的价值评定，对当事人的经济利益有重要意义。

（五）土地用途

即所谓地类，是指土地权利人依照规定对其权利范围内的土地的利用方式或该土地的功能。

（六）土地等级和价格

所谓土地的“等”，表示全国城镇之间土地的地域差异，它是在全国范围内排列的。所谓“级”，表示一个城镇内部土地的区位条件和利用效益的差异，它只在各城镇内部统一排列顺序。

土地价格是土地价值在经济上的反映。地价一般包括基准地价、标定地价和其它地价。

四、土地登记机关

（一）土地登记执行机关

即指代表县级以上人民政府，对辖区内土地登记造册，颁发证书，确认土地权属等进行管理的行政部门。具体指受理土地登记申请，组织地籍调查，审核和办理登记发证的县级以上土地管理部门。

我国《土地管理法》规定：集体土地的所有者、国有土地的使用者，应向县级以上地方人民政府土地管理部门提出土地所有权或使用权的初始登记申请。依法改变土地的所有权、使用权，或者因依法买卖、转让地上建筑物、附着物等而使土地使用权转移的，当事人应向县级以上土地管理部门提出变更登记的申请。集体所有的土地，由县级人民政府登记造册；国有土地的使用权，由县级以上地方人民政府登记造册。土地所有权、使用权的变更，由县级以上地方人民政府更换土地证书。未开发、使用的国有土地，由县级以上人民政府登记造册。依照法律规定收回用地单位的土地使用权，由土地管理部门报县级以上人民政府批准注销国有土地使用证，由土地管理部门办理注销土地登记。

（二）土地登记机关的组织形式与登记程序

土地登记机关一般是在土地管理部门内设置的地籍处、科、股等，或者隶属于土地部门的，公开对外受理土地登记事宜的专职机构。

土地登记机构中应设置专职岗位，由专业人员充任。一个行政区域内的土地登记发证，应由一个登记机关负责统一办理，以保持管理的统一性和资料的完整性，避免重叠与遗漏。

土地登记的基本单元是一宗地，即被权属界址线所封闭的地块。

初始土地登记的程序是：（1）申报；（2）地籍调查；（3）权属审核；（4）注册登记；（5）颁发土地证书。

变更土地登记的程序与初始土地登记基本相同。

第六节 建设用地

一、建设用地的概念和分类

所谓建设用地是指，旨在进行工程营造的物质建设的用地方式。国家和乡（镇）村建设用地，必须严格按照规定程序报批。任何单位和个人不得超越法定程序批准用地。

建设用地主要分为：（1）国家建设用地，即指国家为进行各种经济、文化、国防建设以及兴办各种社会公共事业进行建设，所征用的集体所有的土地或者使用的国有土地；（2）乡镇建设用地，即指乡村进行经济和文化建设，用于农民住房及兴办乡村公共事业等所需要的土地。

二、国家建设用地的管理

按照国家规定，列入国家固定资产计划的或者准许建设的国家建设项目，经过批准，建设单位方可申请用地。

建设单位必须持国务院主管部门或者县级以上人民政府按照国家基本建设程序批准的设计任务书或者其他批准文件，向县级以上人民政府土地管理部门提出申请，经县级以上人民政府审查批准后，由土地管理部门划拨土地。

国家建设需要征用集体所有的土地时，用地单位要支付土地补偿费和安置补助费。因征用土地造成的多余劳动力，有关部门也要妥善给以安置。

国家建设使用国有荒山、荒地的，按法定程序经批准后无偿划拨。使用其他单位使用的国有土地，原使用单位受到损失的，建设单位应给予适当补偿。

（一）申请定点

建设单位如需要使用国有土地，或需要征用集体所有的土地进行建设时，均须提出用地申请。

建设单位申请用地，必须是经过批准的，列入国家固定资产投资计划的，或者按照国家规定准许建设的建设项目。

我国土地法规定，建设项目设计任务书报批时，必须附具土地管理部门的意见；在城市规划区内申请用地时，应先取得建设用地规划许可证。这是为了使建设项目审批时充分考虑使用土地的问题而规定的申请用地前应经过的程序。

建设单位持应提交的文件向被征用土地所在地的县级以上地方人民政府土地管理部门申请建设用地。

（二）审核并拟定征地费用包干方案

经拟征地土地管理部门审核，同意定点征地后，划定用地范围，并组织建设单位与被征地单位以及有关单位依法商定征用土地的补偿、安置方案。取得一致意见后，草签征地费用包干方案。

（三）核定批准并拨付发证

土地管理机关对用地单位正式申报的建设面积进行核定，由县级以上人民政府依法定批准权限批准后，发给建设用地批准书。土地管理部门可以根据建设进度，一次或者分期划拨建设用地。

（四）验收核查准予登记

建设项目竣工后，建设项目主管部门组织有关部门验收时，由县级以上人民政府土地管理部门核查实际用地；城市规划区内的建设项目，由规划部门会同核查，经认可后，才能办理土地登记手续，核发国有土地使用证。

三、建设用地的征地方法

为了防止征地或申请用地时规避法律及逃避监督管理的现象，保障征地过程中合理利用土地，土地法规定了不同用地的不同征地方法以及相应禁止的方法和征地的批准权限。

土地法规定，国家建设征用土地，应由用地单位支付土地补偿费，人员安置补助费和依法规定的其他费用。人民政府和土地管理部门必须妥善安置有关人员。

四、建设临时用地和联营企业用地

（一）建设临时用地

1. 概念。建设临时用地是指因建设项目的需要，在一定的期限内使用国有土地或集体土地，期满之后仍将土地使用权予以归还的用地。

2. 国有土地的临时用地。建设单位因施工需要，在征用土地的范围外需增加国有土地作为临时用地时，应当向当地县级政府土地管理部门提出临时用地申请，报同级人民政府批准。在城市规划区内需要增加临时用地的，应先向城市规划主管部门提出定点申请，经审查同意后，再向土地管理部门提出临时用地申请。

3. 集体土地的临时用地。（1）一般建设项目的临时用地。那些仅在建设过程里使用，其后仍可用作建设项目本身的土地或恢复原有用途的，工程施工所需要的材料堆场、运输通路和其他临时设施的用地，应尽量在已征用的土地范围内安排。确实需要另行安排，并需使用集体所有土地的，建设单位应向批准工程项目用地的机关提出临时用地申请，并明确临时用地的数量和期限，经批准后，与临时用地的权属主体签订临时用地协议，按协议的规定使用该土地。（2）特殊工程的临时用地。架设地上线路，铺设地下管线，建设地下工程，进行地质勘测等工程，需要临时使用集体所有的土地时，由当地县级人民政府批准。（3）选址勘测的临时用地。建设单位为选择建设地址需要对土地勘测，而使用集体所有的土地时，应当征得当地县级人民政府的同意。

（二）临时用地人的义务

1. 在临时使用的土地上不得修建永久性建筑物；
2. 使用完毕后应恢复土地的生产条件；
3. 使用期满后要及时归还；
4. 要给予用地损失补偿。

（三）联营企业用地

农业集体经济组织与全民所有制企业、城市集体所有制企业共同投资举办联营企业，需要使用集体所有的土地时，必须持国务院主管部门或者县级以上地方人民政府按照基建程序批准的设计任务书或者其他批准文件，向县级以上地方人民政府土地管理部门提出申请，按照国家建设征用土地的批准权限，经县级以上人民政府批准，经批准使用的土地，可以按照国家建设征用土地的规定实行征用，也可以由农业集体经济组织按照协议将土地的使用权作为联营条件。

五、乡、（镇）村建设用地的管理

（一）乡（镇）村建设规划

乡（镇）村建设规划的制定和审批是乡（镇）村建设用地管理的重要内容。所谓乡（镇）村建设规划，实际上就是为了满足乡村发展经济，便于生

活，利于卫生，造福后代的需要，根据当地的现实情况、自然条件以及建设能力，对乡（镇）村的土地利用和建设所进行的合理安排和设计。

1. 乡镇规划的原则。乡（镇）村建设规划的原则是合理布局，节约用地。进行各项乡（镇）村建设，能用荒地的就不用耕地；能用劣地的，就不用好地；农民住宅用地，应尽量利用原有的宅基地和村内空闲地。

2. 乡镇规划的制定和审批。乡（镇）村建设用地规划管理，说到底，就是对包括农村居民住宅建设用地、乡镇企业建设用地、乡村公共实施用地、公益事业用地在内的一切建设用地，通过制定规划，防止盲目建设，乱占耕地，浪费土地，妨碍生产，破坏环境，贻害子孙。

乡（镇）村建设规划，一般都是由集体土地的所有者制定，经县级人民政府批准后执行的。城市规划区内的乡（镇）村建设规划，则须经市人民政府批准执行。

（二）乡（镇）村个人用地

1. 村民住宅用地。农村居民建设住宅使用原宅基地、村内空闲地和其他土地由乡级人民政府批准。

农村村民建住宅需要使用耕地的，由乡级人民政府审核，经县级人民政府土地管理部门审查同意后，报县级人民政府批准。

凡出卖或出租原有住宅后再申请宅基地的，不予批准。

2. 非农业户口居民住宅用地。城镇非农业户口居民建设住宅，需要使用集体所有的土地，应当经其所在单位或者居民委员会同意后，向土地所在的村农业集体经济组织或者村民委员会，或者乡（镇）农民集体经济组织提出用地申请，经县级人民政府批准。

3. 个人经营用地。农村承包经营户、个体工商户从事非农业生产经营活动，应当利用原有宅基地；确需另外使用集体所有的土地的，必须持有关部门批准文件，向土地所在的村农民集体经济组织或者村民委员会，或者乡（镇）农民集体经济组织提出用地申请，由村民代表会或者乡（镇）农民集体经济组织讨论通过，经乡（镇）人民政府审查同意后，由县级以上地方人民政府按照省、自治区、直辖市规定的批准权限批准。

（三）乡（镇）村企业建设用地

乡（镇）村企业建设需要使用土地的，必须持县级以上地方人民政府批准的设计任务书或者其他批准文件，向县级人民政府土地管理部门提出申请，按规定权限由县级以上地方人民政府批准。乡（镇）村公共设施和公益事业建设需要使用土地的，经乡（镇）级人民政府审核，向县级人民政府土地管理部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。农村居民建设住宅使用耕地，经乡级人民政府审核，报县级人民政府批准。

乡（镇）村企业建设用地，必须严格控制。省、自治区、直辖市可以按照乡（镇）村企业的不同行业和经营规模，分别规定用地标准。乡（镇）村企业建设用地，必须持县级以上地方人民政府批准的设计任务书或者其他批准文件，向县级人民政府土地管理部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。乡办企业的建设用地如为村农民集体所有的土地时，应当按照省、自治区、直辖市的规定，给被用地单位以适当补偿，并妥善安置农民的生产和生活。

（四）乡（镇）村公共事业建设用地

乡（镇）村公共设施、公益事业建设，需要使用土地的，经乡级人民政府审核，向县级人民政府土地管理部门提出申请，按照省、自治区、直辖市规定的批准权限，由县级以上地方人民政府批准。依照乡（镇）村建设规划兴建农村集贸市场需要使用的土地，视同公益事业建设用地，适用同一申请审批程序。

（五）乡（镇）村建设用地的审批权限和标准

乡村建设用地的审批权限，不属于村民委员会，也不属于集体经济组织，而是属于法律明文授权的人民政府。根据建设用地数量的多少，土地种类的不同，乡和县级政府享有不同的权限。

省、自治区、直辖市人民政府对乡村建设用地都规定了强制性的，具有法律效力的数量限额标准，作为各级人民政府批准乡村建设用地的依据，乡（镇）村建设任何用地均不得超过各项建设用地的标准。这是依法加强乡村建设的一项重要法律措施。

第七节 土地使用权的有偿转让

一、城镇国有土地使用权出让

(一) 概念

城镇国有土地使用权的出让，通常简称土地使用权出让，是指国家以土地所有人的身份，将一定时间内的国有土地的使用权，有偿转让给土地使用者的一种法律行为。

国有土地使用权的出让，是国有土地所有权的实现方式之一。

土地使用权出让合同，是土地使用权出让的法律形式。法律对土地使用权出让合同有一定的限制。

(二) 出让主体

由于国家土地所有权主体的惟一性，国有土地使用权的出让主体只能是国家。法律规定的出让行为和出让合同的出让方，是依法代表国家实施出让行为，与土地使用者签订出让合同的市、县人民政府的土地管理部门。

市、县人民政府负责土地使用权的出让。土地使用权出让的地块、用途、年限和其他条件，由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划和建设管理部门、房产管理部门共同拟定方案，按照国务院规定的批准权限报经批准后，由土地管理部门实施。

国务院规定的土地出让方案的批准权限与国家建设用地的批准权限相同。

(三) 出让方式

有关的土地法规定，土地使用权出让可以采取协议、招标、拍卖等方式。

1. 协议。所谓协议就是指，由市、县土地管理部门与公民和法人通过协商谈判，在没有第三人参与竞争的情况下，双方达成一致，然后签订土地使用权出让合同。一般情况下，国家重点保护的建设项目才采用这种办法。

2. 招标。所谓招标是指市、县土地管理部门以出让方的身份制定土地使用权出让的底标方案，向不特定的民事主体发出招标书，由一定数量的竞标人投标，由出让方，也可以是一定的公证组织等按一定的标准评价各个投标书或公开底标方案，最后确定应取得土地使用权的土地使用者，并与之签订土地出让合同。开发性用地或有较高技术性要求的用地，较多采用这种竞争办法。

3. 拍卖。所谓拍卖是指市、县土地管理部门以出让方的资格定出一定的起价，由竞买人竞相出价，依照拍卖规则，由出价最高者取得土地使用权，然后与之签订土地出让合同。对已开发成熟的商业用地多采此公开竞买的方式。

出让土地的具体方式及程序，可由省、自治区、直辖市人民政府规定。

土地使用权的出让是有期限的。按照土地利用的不同用途，土地使用权出让的最高年限分别是：居住用地可达 70 年；工业用地，教育、科技、文化、卫生和体育用地，以及综合用地或其他用地等为 50 年；商业、旅游、娱乐用地只有 40 年。当事人之间约定的土地使用权期限，不得超过法定期限；当事人之间没有约定期限的，按法定期限执行。

(四) 土地出让法律关系双方的权利义务

1. 土地使用权人的概念。土地使用权合同要由市、县人民政府土地管理部门与土地使用权人，按照平等、自愿、等价、有偿的原则来签订。中华人

民共和国境内外的公司、企业、其他组织和个人，除法律另有规定者外，均可依法律规定的方式取得土地使用权，成为土地使用权人。依据土地出让合同取得土地使用权的人称之为原始受让人。

2. 土地使用权人享有的权利和义务。土地使用权人对国家土地管理部门交付的指定土地，享有占有、使用和收益，并在约定的期限内对其使用权处分的权利。实际上就是按照合同的约定开发、利用和经营土地的权利，并在约定的条件下，于合同有效期内，享有转让、出租和抵押的权利。

土地使用权人负有依合同缴纳土地出让金的义务；同时负有按合同规定的条件使用土地的义务，故不得擅自改变土地用途；土地使用期届满后，还负有交还土地的义务；土地使用权人亦负有合法行使权利，不侵害他人的相邻权的义务等。

3. 出让方的权利和义务。土地管理部门作为土地出让合同的出让方，其最基本的义务就是按照合同的约定，向土地使用权人提供土地以供使用。

土地出让方享有收取全部出让金的权利；受让方逾期未缴纳出让金时，土地出让方有权解除合同并请求违约赔偿。

4. 出让方的监督权。市、县人民政府土地管理部门，不仅是土地使用权出让合同中的出让方，而且是对土地使用权的出让、转让、出租、抵押、终止等进行监督管理的政府机构。

对于在土地使用权的出让中，没有依照合同规定的期限和条件，开发利用土地的，它有权予以纠正，并可根据情节给予警告、罚款等处罚，直至无偿收回土地使用权。

二、城镇国有土地使用权转让

（一）概念

所谓城镇国有土地使用权的转让是指，土地使用者将土地使用权再转移的行为，包括出售、交换和赠与。其实质上，是土地使用权人依照法律的规定，将自己合法取得的使用权有偿或无偿地转让给他人的法律行为。

通过合同取得土地使用权，是使用权的继受取得，其本身是一种要式法律行为，所以必须签订书面的转让合同，经过土地管理部门批准，并办理过户登记手续。

（二）转让合同中的主体

在土地使用权的转让过程中，土地出让合同中的原始受让人，通过合同向他人转让自己从国家合法取得的使用权。所以，在转让合同中，原始受让人就变成了转让人，被称之为第一转让人，其相对的受让人则被称之为第一后继受让人；顺理成章，当第一后继受让人再行转让其获得的使用权时，就被称为第二转让人，其相对的受让人就称之为第二后继受让人。

（三）土地使用权转让的内容

1. 转让土地使用权的时候，土地使用权出让合同和登记文件中所载明的权利和义务随之转移。

2. 土地转让后，其使用权的年限，应当是土地使用权出让合同规定的使用年限减去已使用年限后的剩余年限。

3. 转让中的随附。（1）物随地走的随附，指因土地使用权的转让而必须转让建筑物或其它附着物。我国土地法规定，土地使用权转让时，其地上建筑物、其它附着物的所有权随之转让。（2）地随物走的随附，指因建筑物和其它附着物转让而必须转让土地使用权。我国土地法规定，地上建筑物、其

它附着物的所有人或者共有人转让地上建筑物、其它附着物的所有权时，其使用范围内的土地使用权随之转移。随附转让均应依照规定办理过户登记。

土地使用权和地上建筑物其他附着物的所有权可以分割转让的称之为土地转让中的不随附。我国土地法规定，地上建筑物、其他附着物作为动产转让时，其土地使用权可以不附随转让。但不附随的转让，要经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，并依照规定办理过户登记。

（四）土地使用权转让的限制

为了防止土地买卖投机，促进土地的合理、及时开发和利用，我国土地法规定：

1. 不得转让的限制。凡未按出让合同规定的条件和期限来开发与利用土地的，土地使用权不得转让。

2. 改变用途的限制。凡土地使用权转让后需要改变用途的，应经原出让方同意，并经土地管理部门和城市规划部门批准后，重新签订出让合同，要调整出让金，并办理登记。

3. 转让价格的限制。凡土地使用权转让价格明显低于市场价格的，市、县人民政府有优先购买权，国家实行先买以后，土地使用权又回归为国家土地所有权，土地使用权转让的市场价格不合理上涨时，市、县人民政府有采取必要措施的权限。

三、土地使用权的出租

（一）概念

这里所谓土地使用权出租是指，以承租人向出租人支付租金为条件，作为出租人的城镇国有土地使用权人将自己合法取得的土地使用权随同地上建筑物或其它附着物租赁给承租人使用的行为。

土地使用权的出租，并未使出租人丧失土地使用权人的法律地位，他只是为了获取租金，而在出租期间将自己合法取得的土地使用权让与给了承租人。出租期满，土地使用权即又自动回到其手中。

正因如此，即使土地使用权已经出租，原土地使用权人仍然负有责任，必须履行他和国家签订的土地出让合同中的各种义务。

（二）土地使用权出租的条件

1. 土地开发必须达到法律规定的和土地出让合同所约定的标准；
2. 非商业用地或无偿取得使用权的土地，出租时必须经市、县土地管理部门批准，向国家缴纳土地使用权出让金；
3. 土地使用权的出租期限不能超过土地使用权的剩余年限；
4. 土地使用权出租时，连同其地上的建筑物、附着物一并出租；
5. 土地使用权出租时必须进行登记。

四、土地使用权抵押

（一）概念

这里所谓土地使用权的抵押即指城镇国有土地使用权的抵押，它是不动产抵押的一种。具体是指当土地使用权人与其他人有债务关系时，土地使用权人可以将自己合法取得的土地使用权作为债务履行的担保，在自己不能履行债务时，债权人有权将用以担保的土地使用权按合同规定予以处分，并将处分的收益补偿土地使用权人所欠债务的这样一种法律行为。

在土地使用权抵押中，用土地使用权来保证自己债务履行的土地使用权人是抵押人；对特定的土地使用权享有抵押权的债权人是抵押权人；用来作

为债务保证的土地使用权是抵押物。

抵押权是担保物权，但抵押的设定却是担保之债。作为要式法律行为，土地使用权抵押必须签订书面合同。土地使用权是基于土地使用权出让合同才得以产生的，当然，土地使用权抵押合同的内容不得违背土地使用权出让合同的有关约定。

（二）土地使用权抵押登记

1. 当对土地使用权和地上建筑物、其他附着物抵押时，应当依照有关规定办理抵押登记；

2. 凡因处分抵押财产而取得土地使用权和地上建筑物、其他附着物所有权的，应当依照有关规定办理过户登记；

3. 当抵押权因债务清偿或者其他原因消灭的时候，应当依照有关规定办理注销抵押登记。

五、划拨土地使用权

（一）概念

所谓划拨土地使用权是指土地使用权人通过审批的方式而取得的土地使用权。划拨土地的使用权人也须依照有关法律的规定缴纳土地使用税，但与通过出让、转让、出租、抵押、变卖等方式取得的土地使用权不同，划拨土地使用权的基本特征是其取得方式的非市场性，依照法律的规定，其总是无偿或只经过补偿即可取得。

（二）划拨土地使用权的有偿转让

1. 划拨土地使用权的不可转让性。

由于划拨土地使用权是无偿取得的，或者只需支付较小的代价（即仅支付土地补偿费和安置补助费）取得的，再加上其使用期限又无限制，故一般认为，通过划拨方式所提供土地使用权，不能适用于经营性或盈利性的目的。因此土地使用权人有偿转让、出租或抵押划拨土地使用权在法律上均是被禁止的。

我国土地法规定，土地使用权人只有在改变了划拨土地使用权的无偿性以后，才可以有偿转让其土地使用权、地上建筑物及其他附着物的所有权。故可见除符合法定条件以外，划拨土地使用权是不得转让、出租和抵押的。违反法律规定，擅自对划拨土地使用权进行转让、出租、抵押的，市、县人民政府土地管理部门应当没收其非法收入，并根据情节处以罚款。

2. 划拨土地使用权转让的条件。（1）土地使用者应为公司、企业、其他经济组织和个人等营利性的经济组织，非营利性的社会组织，不能将自己无偿取得的划拨土地使用权有偿转让。（2）有偿转让划拨土地使用权时，必须领有国有土地使用证，具有其地上建筑物和其他附着物的合法产权证明。（3）必须先经市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，把无偿的取得方式改变为有偿的权利取得形式。划拨土地使用权人必须签订土地使用权出让合同，向当地市、县人民政府补交出让金，或者以转让、出租、抵押所获收益抵交土地使用权出让金。

六、国有土地使用权的终止

（一）概念

当城镇国有土地使用权因法律规定的原因回复于土地所有权之内或归于消灭时，即所谓的城镇国有土地使用权的终止。

（二）终止的原因

1. 使用权期限届满。土地使用权出让合同规定的使用年限届满，使用权人没有申请续展，或者法律规定不能续展时，土地使用权当然终止。

2. 划拨土地使用权的因国家公共需要补偿收回。为公共利益或为实施城市规划进行旧城区改建需要使用土地的，由原批准用地的人民政府土地管理部门报经本级人民政府批准，可以收回国有土地使用权；如对使用权人造成损失，应给予适当补偿。

3. 土地使用权的无偿收回。划拨土地使用权人违反国家法律，擅自改变用途，长期闲置土地，将土地用于非法目的时，国家可以收回土地使用权。

我国土地法规定：未经原批准机关同意，连续两年未使用土地的；因迁移、解散、撤销、破产或其他原因而停止使用土地的；以及公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的，市、县人民政府应当无偿收回其划拨土地使用权。

4. 划拨土地使用权变为出让土地使用权的，是划拨土地使用权的终止；同时又是出让土地使用权的设立。

5. 使用权人死后无继承人的。

6. 土地灭失或人为变故而无法使用的。

（三）终止的结果

1. 土地使用权因期限届满而终止，土地使用权及其地上建筑物、其他附着物所有权均无偿归国家所有，土地使用者须交还土地使用证，并依照规定办理注销登记。

2. 土地使用权因国家根据社会公共利益的需要，依法律程序提前收回而终止时，国家应根据土地使用者已使用的年限和开发、利用土地的实际情况，对其地上建筑物、其他附着物，由市、县人民政府酌情予以合理补偿。

（四）续期

土地使用权期满，土地使用者可以向原出让方申请续期。需要续期的，经有批准权限的市、县人民政府批准后，重新签订合同，支付土地使用权出让金，并办理登记。

七、集体土地使用权的收回

根据土地管理法的规定，有下列情形之一的，农村集体经济组织报经原批准用地的人民政府批准，可以收回土地使用权：

1. 为乡（镇）公共设施和公益事业建设需要使用土地的；
2. 不按批准的用途使用土地的；
3. 因撤销、迁移等原因而停止使用土地的。

其中，依第 1 项规定收回土地使用权的，如对使用权人造成损失，应当给予适当补偿。

第八节 违反土地法的法律责任

所谓土地法律责任是指国家对具有土地违法行为的人依法所采取的，对其行为给以否定性后果的制裁措施。

一、土地行政法律责任

(一) 土地行政违法与行政责任

1. 土地行政违法的概念。所谓土地行政违法是指，违反国家土地行政管理法律规范，依法应当承担行政法律责任的行为。不论是国家机关及其工作人员在土地执法中违反土地行政法律规范的行为，还是公民和法人违反土地行政管理法律规定的行为，都属于土地行政违法的范畴。

2. 土地行政法律责任的概念。所谓土地行政法律责任，是指由土地行政法律规范规定的，凭借国家强制力保证的，通过行政法律程序对土地行政违法的行为人所采取的行政制裁措施。它是违反土地法律规范的一种重要法律后果。

作为土地社会关系的重要组成部分的土地行政管理社会关系，诸如对土地进行的调查、登记、确权、发证、征用、征收、批用等种种行政管理活动，都是因国家对土地进行行政管理而产生的社会关系，当其为国家土地行政法律规范所调整时，即形成所谓的土地行政法律关系。

土地行政违法行为，就是土地行政法律关系的义务主体违反了土地行政法律规范的规定，拒不履行自己承担的土地行政义务，此时，作为土地行政法律关系的权利主体的国家土地管理机关，就可以通过行政法律程序，对行政违法行为人采取制裁措施。当然，违反土地行政法律规范的人就必须依法承担相应的行政法律责任。

根据土地管理法的规定，承担土地行政法律责任的情形主要有：

1. 买卖或者以其他形式非法转让土地的，除了对主管人员进行行政处分外，对其单位或者个人应当没收违法所得，限期拆除或者没收在买卖、出租以及以其他形式非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，并可以对当事人处以罚款。

2. 对于违反法律规定，在耕地上建窑、建坟、建房挖土、挖沙、采石、采矿等，严重损害种植条件的，或者因开发土地，造成土地沙化、盐渍化、水土流失的，应当责令限期治理，恢复耕种条件可以并处罚款。

3. 未经批准或采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，除了给予占地单位主管人员行政处分外，应当责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款。

4. 农村居民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地建住宅的，应当责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的房屋。

5. 对于无权批准征用、使用土地的单位或者个人非法批准占用土地的，超越批准权限非法批准占用土地的，应当宣布批准文件无效，责令退还非法占用的土地，限期拆除或者没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，并处罚款。

二、民事法律责任

所谓土地民事违法，是指违反土地民事法律规范的有关规定，依法应当承担民事法律责任的行为。侵犯土地所有权行为，侵犯土地使用权行为，违

反土地承包经营合同行为，违反土地使用合同行为，违反土地出让或转让合同行为等，均属于土地民事违法行为。

而所谓土地民事法律责任，是指由土地民事法律规范所规定的，通过国家强制力保证实施的，依照民事法律程序而由民事违法行为人所承担的民事法律后果。

这同样是违反土地法的重要法律责任。作为土地社会关系的重要组成部分的土地民事社会关系，如因土地归属、土地使用、土地承包经营、土地使用权有偿转让而产生的各种社会关系，显然是平等主体之间的社会关系。当这些具体土地社会关系受到国家土地民事法律规范的调整时，即形成了土地民事法律关系。

根据我国民法通则和土地管理法的规定，土地民事法律责任的形式包括：停止侵害、排除妨碍、返还土地、恢复原状、赔偿损失等。

三、刑事法律责任

所谓土地刑事法律责任，是指由土地刑事法律规范规定的，以国家强制力作保证的，按照刑事诉讼法律程序对土地刑事违法行为人所采用的刑事制裁措施。

刑事处罚是违反土地法的最严重的法律责任。只有触犯刑事法律规范，构成犯罪时，才依法要承担这种责任。

根据我国土地管理法的规定，在变更土地的所有权、使用权和解决土地所有权、使用权争议的过程中、行贿、受贿、敲诈勒索、贪污、盗窃国家和集体的财物，或者煽动群众闹事、阻挠国家建设，构成犯罪的，依照刑法有关规定应当追究刑事责任。

新刑法第 342 条规定了非法占用耕地罪。对非法占用耕地改作他用，数量较大，造成耕地大量毁坏的行为，给予刑事制裁。

第八章 自然资源法

第一节 自然资源法绪论

一、自然资源概述

所谓自然资源是指在一定的经济技术条件下，为人类所能利用的一切自然要素。

对自然资源可以按不同学科，从不同的角度进行分类：

1.按对资源的认识和利用程度可以分为：（1）现实资源，即在现实的生产力发展水平下，为满足人类的生活和生产需要而正在被利用的自然物质和能量，被称之为“现实资源”；（2）潜在资源，即由于经济或技术条件的限制，虽然知道其用途，但还没有办法可对其加以利用，或者虽然目前虽不知其用途，但以后随着科学技术和经济的发展，有可能被利用的自然物质和能量。

2.按资源用途可以分为：（1）生产资源；（2）风景资源；（3）科学资源。

3.按资源的属性可以分为：（1）土地资源；（2）水资源；（3）气候资源；（4）生物资源；（5）矿物资源。

4.按资源可被人类利用时间的长短可以分为：（1）有限资源，有限资源又可分可更新资源（如森林、种植物、野生动物等生物资源，它们可以借生殖而复原）和不可更新资源（如无生命的矿产及燃料等，其储量有限，消耗之后不能再生）；（2）无限资源，即所谓取之不尽，用之不竭的可以永续利用的资源。如太阳能、风能、海洋能等等。

5.按自然资源的客观贮存条件分为：（1）地下资源，即蕴藏在地壳之内的资源；（2）地表资源，即附着于地表之上的生物圈资源。

自然资源是客观存在的自然要素，而人类的主观能动性会对以有限性为特征的自然资源产生一定影响。我国国土辽阔，矿藏丰富，但是，人均耕地面积少，森林覆盖率低，草原沙化严重，水资源的人均占有量也大大低于世界平均水平，矿产资源中贫矿及共生、伴生矿较多等，且许多矿产采后都不能复生。所以，自然资源并非是取之不尽、用之不竭的物质。特别是当自然资源被不合理地开发利用，甚至遭到破坏时，还会影响到生态平衡，以致贻害后代。所以，我们必须通过加强自然资源法制，系统地解决管理、保护、开发、利用自然资源的问题。只有完善自然资源立法，健全执法机构，切实监督、管理自然资源的合理开发与利用，才可能解决我们所面临的这一问题。

二、自然资源法概述

（一）概念

所谓自然资源法是指调整在开发、利用、保护和管理自然资源过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。

建国以来，特别是改革开放以来，我国制定了一系列有关自然资源的法律、法规。现在已通过实施的有《土地管理法》、《森林法》、《草原法》、《水法》、《水土保持法》、《渔业法》、《野生动物保护法》和《矿产资源法》等。国务院还制订了相应的实施条例、细则和重要规定，当然各地还有许多有关的地方性法规。可以说，我国在自然资源领域无法可依的状况已有了根本性的改变，自然资源法的法律规范系统已初步形成。

（二）自然资源法的调整对象

应当说，凡是与自然资源的开发利用和保护有关的社会关系，都是自然资源法的调整对象。其中主要包括：（1）自然资源的民事关系，即以自然资源为客体的财产所有权关系，以及因这些财产权流转而发生的合同关系；（2）自然资源的行政管理关系；（3）其他社会关系，如人们在开发、利用、保护和管理各种自然资源的活动中所形成的财政、税收、金融、劳动、环境保护等关系，其中很多内容都需要由自然资源法作出规定予以专门的调整。

（三）自然资源法的原则

1. 自然资源国家所有的原则。我国《宪法》规定：“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源，都属于国家所有，即全民所有；由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”

国家重要的自然资源是关系国民经济命脉的生产资料，是保证国民经济稳定发展的物质基础，是国计民生的保障。只有坚持这一原则，才能更好地对自然资源进行合理的开发利用，为全体人民当前的和长远的利益服务。

当然，国家对重要的自然资源享有所有权，并不排除把一部分资源交给集体或个人使用。但是，使用者只能依法取得自然资源的使用权，而没有所有权。集体或个人在使用自然资源时，必须兼顾国家、集体、个人三者的利益。

2. 统一规划、综合利用和多目标开发的原则。自然资源相互之间，自然资源与环境之间以及资源内部的不同要素之间，作为一个互相联系、互相制约、不同层次的有机整体，体现着自然资源的整体性特征。自然资源的整体性的特点性决定了自然资源的开发管理必须因地制宜。因此，必须尊重客观规律，坚持统一规划、综合利用和多目标开发的原则，才能保证获得最好的经济、特别是社会效益。否则，将会造成难以挽回的损失，贻害子孙。

3. 经济效益、生态效益和社会效益相统一的原则。按照生态学原理，所谓自然生态平衡，其实就是指自然资源各种因素之间，以及它们与自然界其他因素之间，自然形成的具有一定内在制约的客观联系。自然界各种要素的稳定和不断增殖，有赖于生态平衡的内在作用。发展现代工业创造了巨大的物质财富，但工业的污染和资源的破坏，都直接威胁到了人类自身的生存与健康。因此，发展经济，既要注重经济效益，又不能忽视生态效益；要以生态平衡来作为衡量自然资源开发利用效果的最终标准。经济效益决不能以破坏自然环境和生态平衡为代价。因此，我们必须从长久利用自然资源的高度，把自然资源的利用和自然生态平衡二者有机地结合起来。

4. “开源”与“节流”相结合的原则。正确处理开发利用与资源保护的关系，始终是自然资源管理中的核心问题。它其实就是自然资源的有限性在客观上的必然要求。经济的发展，当然要发挥资源优势，但资源的开发利用必须有计划地进行，必须注意资源的节约和保护。因为，资源一旦被破坏，不但其循环再生的时间很长，而且还有可能从此灭绝，像矿产资源采后即不能再生，所以，“开源与节流”的原则就更显示出特别的重要意义。这里所谓“开源”，是指国家鼓励寻找新的资源，要求充分利用相对贫化的资源，并开发潜在资源或研制人造代用资源等。这里所谓“节流”，就是指要通过提高自然资源开发利用的技术水平，使自然资源的非正常损失减少到最低限度。

第二节 森林法

一、概述

1. 森林的定义。森林是指存在于一定区域之内的，以树木和其他木本植物为主的，同环境存在着复杂的相互影响的生态系统关系的植物群落。

森林法实施细则规定，森林法所称的森林是指森林资源，包括林地以及林区内野生的植物和动物。森林，包括竹林，林木，包括树木、竹子。林地，包括郁闭度 0.3 以上的乔木林地、疏林地、灌木林地、采伐迹地、火烧迹地、苗圃地和国家规划的宜林地等。

我国森林法规定，森林分为防护林、用材林、经济林、薪炭林、特种用途林等五类。

2. 森林的重要意义和特点。我国的森林面积虽然绝对数量并不少，但按人口的平均数却不到世界人均数的 1/5，所以，我国是个少林国家。我国多年以来不断加强森林立法以加强林业法治，采取了全民义务植树及其他有力措施，实现了森林面积和蓄积量的双增长，最显著的标志是人工造林面积已达了世界第一。但是我国的森林覆盖率，仍在世界一百多名之后，而且森林质量下降，消耗量却又大于增长量，故形势不容乐观。

从研究森林法的角度看，森林的特点是：

（1）再生永续性。森林是可再生资源，被砍伐之后，通过天然更新和人工营造，都可以使其得以再生。所以，只要按照其生长的客观规律办事，森林是可以为人类所永续利用的。我们完全可以通过加强森林立法，大力植树造林，切实保护森林资源。同时采取合理的采伐措施，逐步改变我国森林资源贫乏的状况。

（2）生长的周期性。森林生长所需的时间有其自己的规律，一般从开始种植到长大成材都要经过相当长的时间。森林行业的此种较长的生产周期，不但增大了其经营的风险，而且在如此之长的周期内，森林的生长极易受到自然灾害或人为活动的影响。所以，有计划地生产木材和长期坚持发展造林事业，是保护森林，使其能被永续利用的前提和基础。

（3）功能的多样性。森林作为国家一种重要的不可替代的财富，不但在经济上为我们提供木材和各种林副产品，在生态系统中还有涵养水源，保持水土，防风固沙，调节气候，保障农牧业生产，以至保存生物物种和维持生态平衡的作用。森林资源的增加，既可以美化环境，净化空气，防治污染，而且有利于国防。同时，森林作为地球生物圈的有机组成部分，在保护环境，稳定生态平衡，促进社会文化、经济、生活的发展诸方面都有其特殊的功能。

3. 森林法的概念。森林法是调整在森林以及林木的管理、保护、采伐、森林资源的合理利用和森林营造过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。

（1）广义的森林法。在广义上，一切与森林法所指的森林资源有关的法律规范的总和都属于森林法。其不但包括了森林法典和依据森林法典所制定的单行法规，以及有关林业经济活动的规定，而且包括有关森林自然保护区、国家森林公园、野生动物的保护等法律法规。

（2）狭义的森林法。在我国，森林法仅指调整人们在森林保护、森林营造、森林合理利用和林业经济活动中所发生的各种社会关系的法律规范的总和。

因此，我国的森林法不仅是资源法，而且是规范与林业保护有关的林业产业活动的法律。

二、森林、林木及林地的所有权和使用权

（一）林权

所谓林权是指民事主体对特定的森林、林木以及林地所享有的所有权、使用权、经营权或其他用益物权的总称。

我国《森林法》规定，森林、林木、林地的所有者和使用者的合法权益，受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

森林资源是指特定地区的林地面积、树种以及木材蓄积量等的总称。林权与林产品的权利在一定条件下是可以分离的。

（二）林权的分类

1. 国有林权。根据《森林法》的有关规定，森林资源除法律规定属于集体所有者外，属于国家所有。

2. 集体林权。

3. 个人林权。法律允许公民个人享有对林木的所有权。对林木所在地的林地的使用权，农村居民在房前屋后、自留地、自留山种植的林木，城镇居民和职工在自有房屋的庭院内种植的林木，归个人所有。集体或者个人承包全民所有或集体所有的宜林的荒山荒地造林的，承包后种植的林木归承包后的集体或者个人所有，承包合同另有规定的按合同规定办理。

（三）林权的确认

国家所有的和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，由县级以上人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或使用权。

三、林政管理

（一）林政的概念

所谓林政是指国家行政管理机关对森林资源和林业所进行的行政管理。

（二）林政主体

我国林业建设的方针是：“以营林为基础，普遍护林，大力造林，采育结合，永续利用。”各级林业主管部门依法对森林资源的保护、利用、更新，实行管理和监督。

国务院设林业部，主管全国的林业工作。县级以上地方人民政府林业主管部门，主管本地区的林业工作。乡级人民政府设专职或者兼职人员负责林业工作。

（三）林业主管部门的职责

林业主管部门的主要职责是：（1）负责森林资源的清查，进行林种的划定，建立森林资源档案；（2）制订林业长远规划，编制森林经营方案；（3）领导和组织植树造林，处理林权争议等。

四、植树造林和绿化的法律规定

作为增加森林面积，提高森林覆盖率的主要途径和保护森林资源的基本措施之一，我国森林法对植树造林和绿化作了专门规定。其中主要有：（1）开展全民义务植树；（2）规定森林覆盖率奋斗目标；（3）实行植树造林责任制；（4）健全绿化领导体制。

五、控制森林采伐量与采伐更新

（一）国家根据用材林的消耗量低于生产量的原则，严格控制森林的年采伐量。

不论是国有单位经营的森林和林木，还是集体单位所有的森林和林木，以及农村居民自留山的林木，都必须纳入年度木材生产计划。

森林法明确规定：除了农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木以外，采伐林木必须申请采伐许可证；审核发放许可证的部门应严格审查采伐申请，不得超过批准的年采伐限额发放许可证。

（二）采伐更新制度

凡采伐林木的单位和个人，必须贯彻采育结合的方针，按照采伐许可证规定的面积、株数、树种，限期完成更新造林任务，更新造林的任务必须大于采伐的面积和株数。

必须严格按国务院的有关规定进行林区的木材经营。必须持有林业主管部门发给的运输证件，才能从林区运出木材。

六、森林资源的保护措施

植树造林和限额采伐当然也是广义的森林保护措施，此外，森林法还规定了一系列其他的森林保护措施：

- （一）国家为发展林业而设立林业专项基金。
- （二）建立封山育林制度，利用天然能力恢复森林。
- （三）实行群众护林制度，巡护森林，制止破坏森林的行为。
- （四）建立森林防火制度，防治森林火灾。
- （五）建立森林病虫害防治制度。

七、违反森林法的法律责任

我国《森林法》对违反森林保护规定的人，规定了具体的行政处分、行政处罚和刑事责任。

（一）行政处分

有以下行为之一者，可依法给予行政处分：1. 超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证的直接责任人员；2. 超越职权发放林木采伐许可证的直接责任人员；3. 采伐后未按规定完成更新造林任务情节严重的直接责任人员；4. 在森林病虫害防治以及森林防火工作中有失职行为的国家工作人员。

（二）行政处罚

根据我国《森林法》有关规定，有以下行为之一者，可分别处以或并处责令赔偿损失、责令补种树木、责令限期更新造林、没收违法所得、警告、罚款以至拘留：1. 盗伐、滥伐森林或者其他林木，情节轻微的；2. 伪造或者倒卖林木许可证、木材运输证件的；3. 采伐木材的单位和个人，没有按照规定完成更新造林任务、情节严重的；4. 进行开垦、采矿、采土、采种、采脂、砍柴及其他活动，致使森林、林木受到破坏的；5. 违反森林病虫害防治规定，造成森林病虫害蔓延成灾的；6. 违反森林防火规定的。

（三）刑事责任

有以下行为之一者，构成犯罪的，依法追究刑事责任：1. 非法采伐、毁坏珍贵树木的；2. 盗伐、滥伐森林或者其他林木，数量较大或巨大的；3. 伪造、非法买卖林木采伐许可证、木材运输证件、批准出口文件，允许进出口证明书的；4. 在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木，情节严重的；5. 盗伐、滥伐国家自然保护区内的森林或者其他林木的，从重处罚；6. 林业主管部门的工作人员违反森林法的规定，滥用职权，超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者违反规定滥发林木许可证，情节严重，致使森林遭受严重破坏的。

第三节 草原法

一、草原

草原是指生长着旱生或半旱生的多年生草本植物组成的植被类型的土地区域。我国《草原法》所称的草原，包括草山和草地。草地中又包括了天然草地、改良草地和人工草地。

草原的经济与生态意义如下：

1. 草原是人类重要的可再生自然资源之一。它覆盖面积大，更新速度快，是畜牧业生产的基础，与人民生活息息相关。

2. 草原有维持生态平衡、保持水土、防风固沙等环境效益和提供生产饲料、燃料、工业原料等多种经济功能。

3. 草原既是宝贵的生物基因库，同时也是把太阳能转化为生物能的巨大绿色能源宝库。

4. 草原在我国国土中占很大的面积，虽然多年来草原建设成绩不小，但是由于长期忽视生态规律，重使用而轻养护，再加上滥垦、过牧、滥捕、滥砍、滥挖等，已严重导致草场退化和沙化，草原动植物资源遭到了严重的破坏。我们只有加强草原的管理与保护，合理利用草原资源，才能使其被永续利用。

二、草原法

为了维护国家和人民的最大利益，管理和保护好草原，科学地建设和利用好草原，保护生态环境的平衡，发展畜牧业，同时也为了促进民族自治地方经济的繁荣，增进民族团结，我国制定和颁行了一系列的保护草原和加强畜牧业管理的法律法规，并以地方性的法规为其补充内容。

草原法是指调整在管理、保护、建设和利用草原过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。在我国，与森林法类似，草原法是资源与行业管理相结合的法律。其不但包括了调整草原这种自然资源的各种法律规范，而且包含着调整牧业这一产业活动的各种法律规范。

三、草原权益

（一）概念

所谓草原权益是指，民事主体依法享有的对草原占有、使用、收益和处分的各种民事权益的总称。其包括了草原所有权、草原使用权以及其他的草原权益。

（二）草原的所有权

1. 国家草原所有权。《草原法》规定，草原属于国家所有，即全民所有，但由法律规定属于集体所有的草原除外。

2. 集体草原所有权。集体草原所有权的客体是法律规定归集体所有的草原，集体经济组织依照法律和组织章程对其行使草原所有权。草原集体所有权的主体是一定的集体经济组织，但集体经济组织中的个人或分支单位不能成为集体草原所有权的主体。

（三）草原使用权

1. 国有草原使用权。包括三种情况：（1）全民所有制单位对国家所有的草原依法享有的使用权。（2）集体单位的国有草原使用权。草原法规定，全民所有的草原可以固定给集体经济组织长期使用。（3）国有草原的承包使用权。草原法规定，全民所有的草原、集体所有的草原和集体长期固定使用的

全民所有的草原，可以由集体或者个人承包从事畜牧业生产。

2.集体草原使用权。包括两种情况：（1）集体草原的承包使用权；（2）集体草原的临时使用权。

四、草原行政

（一）概念

所谓草原行政是指国家对草原以及在草原上进行的牧业所给予的行政管理。

（二）草原行政的主体

各级人民政府是草原行政的一般主体。

国务院农牧业部门主管全国的草原管理工作。县级以上地方人民政府的农牧业部门主管本行政区域内的草原管理工作。所以，他们是草原行政中的专门行政主体。

（三）草原管理

1.草原普查与规划。地方各级人民政府负责组织本行政区域内的草原资源普查，制定草原和畜牧业发展规划，加强草原的保护和建设，提高草原的载畜能力。

国家鼓励在农、林、牧区和城镇种草，促进畜牧业的发展，改善生活环境。

国家保护草原的生态环境，防治污染。草原法规定，要合理利用草原，防止过量放牧。

因过量放牧造成草原沙化、退化、水土流失的，草原使用者应当调整放牧强度，补种牧草，恢复植被。对已经建成的人工草场，应当加强管理，合理经营，科学利用，防止退化。

2.草原的征用。在民族自治地方进行国家建设征用或者使用草原，应当照顾民族自治地方的利益，作出有利于其经济建设的安排。

国家建设征用集体所有的草原，要按土地管理法关于征用集体所有制土地的规定办理。确定给集体长期固定使用的全民所有的草原，国家建设单位需要使用时，应当给予牧民以适当的补偿，并须妥善安排牧民的生产和生活。

（四）草原权属争议的解决

《草原法》规定，草原所有权和使用权，受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

全民单位使用的草原，由县级以上地方人民政府登记造册，核发证书，确认使用权。集体草原和集体长期固定使用的全民草原，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权或使用权。

草原权属发生争议时，由当事人协商解决；协商不成的，由人民政府依法定程序处理。单位之间的争议，由县级人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级或者县级人民政府处理。当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以在接到通知之日起1个月内，向人民法院起诉。

五、草原保护

我国《草原法》规定的保护草原的主要措施是：

1.合理使用草原，防止过量放牧。凡因过量放牧造成草原沙化、退化、水土流失的，草原使用者应当调整放牧强度，补种牧草，恢复植被。对已经建成的人工草场应当加强管理，合理经营，科学利用，防止退化。

2.禁止破坏草原生态平衡的活动。未经草原使用者同意并经乡级或者县

级人民政府批准，不准在草原上开垦。已经开垦并造成草原沙化或者严重水土流失的，县级以上人民政府应当限期封闭，责令恢复植被，退耕还牧。

禁止在荒漠草原、半荒漠草原和沙化地区挖灌木、药材及其他固沙植物。

未经县级人民政府批准不得采集草原上的珍稀野生植物，不准在草原捕猎捕食鼠虫的益鸟益兽。

3.加强草原的防火和草原防鼠虫害和疫病的防治。我国《草原法》规定了草原防火制度；防火期；草原火灾的扑救和调查、处理办法。

4.限制所有可能破坏草原植被的行为。《草原法》不但规定了政府防治鼠虫害的职责、防治疫病的职责和狩猎者的防疫义务，而且规定机动车辆在草原上行使，也应当注意保护草原，有固定公路线的，不得离开固定的公路线行使。

六、违反草原法的法律责任

（一）侵权民事责任

草原所有权、使用权受到侵犯时，被侵权人有权请求县级以上地方人民政府的农牧部门予以处理，或直接向人民法院起诉。接受控告的地方人民政府的农牧部门有权责令侵权人停止侵权行为，赔偿受害人的损失。

《草原法》在规定对其它破坏草原的侵权行为予以行政处罚时，也都规定了民事赔偿责任，以通过行政程序或者直接通过民事诉讼，让侵权者承担民事责任，使被侵权人的合法民事权益得到保护。

（二）违反草原法的行政责任

1.破坏植被的法律责任。违反《草原法》的规定开垦草原的，或者在草原上砍挖固沙植物和其他野生植物或者采土致使草原植被遭受破坏的，由乡级人民政府或者有关农牧业部门，分别给予责令停止侵权行为、恢复植被、赔偿损失、罚款的处罚。

2.其它破坏草原的法律责任。我国《草原法》还规定，对一系列如污染草原或其它破坏草原的行为，要给予以行政处罚。违反草原防火有关规定的行为，由县级以上人民政府草原防火主管部门或其授权单位决定责令纠正，给予警告或者罚款的行政处罚。

3.草原行政诉讼。当事人对有关的农牧业部门或者乡级人民政府作出的罚款或者赔偿损失的决定不服的，可以在接到处罚决定通知之日起 1 个月内，向人民法院起诉；对有关罚款的决定期满不起诉又不履行的，有关农牧业部门或者乡级人民政府可以申请人民法院强制执行。

（三）刑事责任

破坏草原的行为情节严重，触犯刑律的，我国法律规定要依法追究刑事责任。

第四节 矿产资源法

一、矿产资源法绪论

（一）矿产资源的概念与特点

矿产资源作为人类赖以生存和发展的必要条件，是国家的宝贵财富，也是我们进行现代化建设的物质基础。

1. 概念。所谓矿产资源是指赋存在地壳内部和地表的，由地质作用所形成的，在特定的技术条件下能够被探明和开采利用的，呈固态、液态或气态的自然资源。

矿产资源是在地球形成以后，在地壳中经过漫长的天然地质作用而形成的，具有数量上和质量方面的规定性的，具体包括各种金属、非金属矿产、能源矿产和水汽矿产等。

2. 矿产资源的特点：

（1）矿产资源是一次性资源，采后不能再生。它们的形成要经历漫长的地质年代、不像可更新资源那样，只要在适宜的自然环境与合理的经营条件下，就可以使之不断地更新繁衍，并被人类永续利用。到目前为止，人类还不能找到使其恢复和循环使用的办法。

（2）矿产资源是潜在性资源。绝大多数矿物赋存状态隐蔽，成分复杂，有益成分经常伴生或共生，而且分布极不均衡。以我国为例，穷矿多，富矿少，单一成分的矿少，多种成分的综合矿藏多。我国约有 4/5 的有色金属矿，2/5 的金矿，1/4 的铁矿和许多煤矿都与其他重要矿产共生或伴生。而且与其他国家相比，我国大型超大型矿床偏少，中小型矿床多。

（3）矿产资源是耗竭性资源。就已知和现存的具体矿产资源而言，在开发利用过程中，随着矿业劳动的进行，矿产资源作为劳动对象都要逐渐被消耗掉。而矿产资源的经济价值却恰恰就在于它是开采矿物原料的源泉。随着生产力的发展和科学技术的进步，矿产资源开发的规模正日益扩大。我国资源总量不少，但人均资源量不足。且人口众多，人均拥有的矿产资源量仅及世界平均水平的一半。随着经济的发展，矿产资源的消耗量必将大幅度增长，矿产资源的状况将成为制约我国经济发展规模和速度的重要原因。

（4）贮存的隐蔽性。矿产资源多数埋藏于地下，只有经过地质勘探才有可能认识和发现它们，而且要经过采掘和冶炼等生产过程，才能把矿产品变为生产和生活资料为人类所利用。正由于其不像有的自然资源可以直接利用，才使得勘探和开采矿产品的矿业成为了国民经济中一个必不可少的产业部门。

（5）与土地的关联性。矿产资源贮存于地下，或处于一种依附于土地的状态，在任何情况下，它都与土地紧密相连，所以在对矿产资源的勘探和开发利用中，其各种生产经营活动都或多或少要对与其相关的土地造成一定的影响，所以与相关土地的关系是矿产资源开发利用过程中必不可少的一部分社会关系。

（二）矿产资源法的概念与特征

1. 概念。所谓矿产资源法是指调整在管理、保护、勘查、开采矿产资源过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。

2. 矿产资源法与矿业法。矿产资源本身的特点与其在国民经济中的重要地位，使对其进行合理利用与保护成为了任何一个国家的极重大的任务。正

因如此，当今世界各国都非常重视矿业立法。

世界上大多数国家中有关矿产资源的立法都是以矿业法为主，或是围绕矿业权而进行的。

所谓矿业权是指，直接支配国家矿产资源的开发利用，并享受因此所得的利益的一种排他性的权利。

矿业权又分为探矿权和采矿权。

探矿权实质上是国家以探矿权人对地质勘探的投资为条件，允许探矿权人对国家专有的某一特定区域内的矿产资源进行勘查的一种权利义务关系。国家将此种权利义务关系赋予了物权的性质，以将来优先取得与先定的探矿权相关联的采矿权为对价，保证了探矿权带有风险性的勘探投资，将来有可能通过探矿权或采矿权的市场转让而获得合理补偿。

采矿权实质上是国家允许采矿权人直接对国家专有的某一部分特定化的矿产资源直接进行开发利用，并取得矿产品的所有权以通过市场交换而获取利益为条件，要求采矿权人支付相应的对价（一般是采取分期分批长期付款的办法），来满足国家作为矿产资源所有人的经济利益的一种权利和义务关系。

因此，矿业法的基本内容也就一般包括：各项矿业权的权能内容和保护方法；各项矿业权的取得、变更和转移；矿业企业的分类和经营；矿业权与土地的关系以及对矿业企业的行政监督和管理等。

我国矿业的生产和管理长期以来一直隶属于其他的工业经济管理部门，由于经济体制改革还在进行之中，尚未形成统一的矿业管理体制，所以进行矿业立法有很大困难。可是矿产资源开发利用中秩序的混乱和矿产资源的严重浪费，又亟需以法制的方法进行规范和治理，所以才制定了矿产资源法。

二、矿产资源所有权与探矿权、采矿权

（一）矿产资源所有权

我国《矿产资源法》规定，矿产资源属于国家所有，由国务院行使国家对矿产资源的所有权。地表或者地下的矿产资源的国家所有权，不因其所依附的土地的所有权或者使用权的不同而改变。

（二）探矿权与采矿权内容

1. 勘查、开采矿产资源，必须依法分别申请，经批准取得探矿权、采矿权，并办理登记；但是，已经依法申请取得采矿权的矿山企业在划定的矿区范围内为本企业的生产而进行的勘查除外。

2. 国家保护探矿权和采矿权不受侵犯，保障矿区和勘查作业区的生产秩序、工作秩序不受影响和破坏。探矿权人有权在划定的勘查作业区内进行规定的勘查作业，有权优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权。

3. 国家实行探矿权、采矿权有偿取得的制度，但是，国家对探矿权、采矿权有偿取得费用，可以根据不同情况规定予以减缴、免缴。具体办法和实施步骤由国务院规定。

4. 开采矿产资源，必须按照国家有关规定缴纳资源税和资源补偿费。

5. 我国的矿产资源法规定，除符合下列规定可以转让外，探矿权、采矿权不得转让：（1）探矿权人在完成规定的最低勘查投入后，经依法批准，可以将探矿权转让他人。（2）已取得采矿权的矿山企业，因企业合并、分立，与他人合资、合作经营，或者因企业资产出售以及有其他变更企业资产产权的情形而需要变更采矿权主体的，经依法批准可以将采矿权转让他人采矿。

我国法律禁止将探矿权，采矿权倒卖牟利。

三、矿政管理

（一）矿政管理的概念

所谓矿政管理是指国家依法对矿产资源和矿业经济活动所进行的行政管理。

矿政管理的内容，主要是勘查和采矿的登记管理；矿区范围的核定和划定；矿产资源勘查和开采活动的监督管理。

（二）矿政主体

《矿产资源法》规定，国务院地质矿产主管部门主管全国矿产资源勘查、开采的监督管理工作。国务院有关主管部门协助国务院地质矿产主管部门进行矿产资源勘查、开采的监督管理工作。

省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门主管本行政区域内矿产资源勘查、开采的监督管理工作。省、自治区、直辖市人民政府有关主管部门协助同级地质矿产主管部门进行矿产资源勘查、开采的监督管理工作。

（三）矿政管理的方针

矿产资源法规定，国家对矿产资源的勘查和开发实行统一规划，合理布局，综合勘查，合理开采，综合利用的方针。

国家鼓励矿产资源勘查、开发的科学技术研究，推广先进技术，提高矿产资源勘查、开发的科学技术水平。在勘查、开发、保护矿产资源和进行科学技术研究等方面成绩显著的单位和个人，由各级人民政府给予奖励。

国家在民族自治地方开采矿产资源，应当照顾民族自治地方的利益，作出有利于民族自治地方经济建设的安排，照顾当地少数民族群众的生产和生活。民族自治地方的自治机关根据法律规定和国家的统一规划，对可以由本地方开发的矿产资源，优先合理开发利用。

国家保障矿产资源的合理开发利用。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏矿产资源。各级人民政府必须加强矿产资源的保护工作。国家保障依法设立的矿山企业开采矿产资源的合法权益。国有矿山企业作为开采矿产资源的主体，体现着国家保障国有矿业经济主体地位的政策。

四、矿产资源勘查的登记和开采的审批

（一）矿产资源勘查的登记

《矿产资源法》规定，国家对矿产资源勘查实行统一的区块登记管理制度。

1. 登记机关。矿产资源勘查登记工作，由国务院地质矿产主管部门负责，特定矿种的矿产资源勘查登记工作，可以由国务院授权有关主管部门负责。矿产资源勘查区块登记管理办法由国务院制定。

2. 探矿权主体。矿产资源法规定，从事矿产资源勘查和开采的，必须符合规定的资质条件。

3. 登记程序。申请人应提交规定的申请文件；由登记管理机关对申请登记的勘查项目进行复核；有关法律对登记中的优先序位；变更、延注和注销；以及施工义务和报告义务等，都作了具体规定。

国务院矿产储量审批机构或者省、自治区、直辖市矿产储量审批机构负责审查批准供矿山建设设计使用的勘探报告，并在规定的期限内批复报送单位。勘探报告未经批准，不得作为矿山建设设计的依据。

（二）矿产资源开采的审批

1.采矿权主体。设立矿山企业，必须符合国家规定的资质条件，并依照法律和国家有关规定，由审批机关对其矿区范围、矿山设计或者开采方案、生产技术条件、安全措施和环境保护措施等进行审查，审查合格的，才予批准。

新开办矿山企业要分别通过开办矿山企业的审批和采矿登记两种程序。

2.采矿许可证制度。采矿许可证制度是关于采矿许可证的取得条件、申请、审核、发放和管理的一整套程序、措施和方法。即矿产资源主管部门依法向符合规定条件的单位和个人发放允许其开采矿产资源的证明文件。凡在中华人民共和国领域及管辖海域开采矿产资源的单位和个人，必须经过审查批准，取得采矿许可证，否则，不得进行采矿活动。

不同区域、规模 and 不同种类的矿产资源，分别由不同的机构审批和发放采矿许可证。

（三）法律还对矿山企业的变更和延续登记，闭矿和注销登记都作了具体规定。

五、矿产资源勘查的监督管理

根据矿产资源法的规定，矿产资源勘查监督的主要内容包括：

（一）主管部门有制定区域地质调查的国家规划的职责，并根据规划对勘查区域的地质调查进行监督管理。

（二）勘查单位的综合评价义务。勘查单位普查矿产资源应当在完成主要矿种普查任务的同时，对普查区内包括共生或伴生矿产的成矿地质条件等作出初步综合评价，普查报告要按照国家的规定验收。

（三）矿产勘探，必须对矿区内具有工业价值的共生或伴生矿产进行综合评价，计算其储量。除国家另有规定者外，未作综合评价的勘查报告，不予批准。未经国务院或者省级矿产储量委员会审批的勘查报告，不能提供使用，不能作为矿山建设设计的依据。

（四）勘查成果资料的管理。勘查成果资料，实行统一管理制度，有价值的勘查资料，按国务院规定，实行有偿使用。法律对此有明确、具体的规定。

六、矿产资源开采的监督管理

（一）合理开采

矿产资源法规定，开采矿产资源，必须采取合理的开采顺序、开采办法和选矿工艺，使开采回采率、采矿贫化率和选矿回收率达到设计要求。

（二）综合开采

在开采主要矿产的同时，对具有工业价值的共生和伴生矿产应当统一规划，综合开采，综合利用，防止浪费。

（三）储量管理

矿产储量的管理对矿产资源的开采、矿山建设、矿井或矿山的关闭等都有非常重要的意义，所以它也是矿山管理中的基本内容。

（四）其它管理

开采矿产资源，还必须遵守国家劳动安全、卫生、节约用地等的各项有关规定。

（五）矿产资源的禁采区

《矿产资源法》规定，国家对国家规划矿区、对国民经济具有重要价值的矿区和国家规定实行保护性开采的特定矿种，实行有计划的开采；未经国

务院有关主管部门批准，任何单位和个人不得开采。

非经国务院授权的有关主管部门同意，不得在下列地区开采矿产资源：

- 1.港口、机场、国防工程设施固定地区以内。
- 2.重要工业区、大型水利工程设施、城镇市政工程设施附近一定距离以内。
- 3.铁路、重要公路两侧一定距离以内。
- 4.重要河流、堤坝两侧一定距离以内。
- 5.国家划定的自然保护区、重要风景区，国家重点保护的不能移动的历史文物和名胜古迹所在地。
- 6.国家规定不得开采矿产资源的其他地区。

勘查、开采矿产资源时，发现具有重大科学文化价值的罕见地质现象以及文化古迹，应当加以保护并及时报告有关部门。

禁止任何单位和个人进入他人依法设立的国有矿山企业和其他矿山企业矿区范围内采矿。

（六）关于保护环境的规定

开采矿产资源，必须遵守有关环境保护的法律规定，防止污染和破坏环境。耕地、草原、林地因采矿受到破坏的，矿山企业应当因地制宜地采取复垦利用、植树种草或者其他利用措施。

七、集体矿山企业和个体采矿的法律规定

（一）矿产资源法规定，国家对集体矿山企业和个体采矿实行积极扶持，合理规划，正确引导，加强管理的方针，鼓励集体矿山企业开采国家指定范围内的矿产资源，允许个人采挖零星分散露源和只能用作普通建筑材料的砂、石、粘土以及为生活自用采挖少量矿产。

（二）矿产储量规模适宜由矿山企业开采的矿产资源、国家规定实行保护性开采的特定矿种和国家规定禁止个人开采的其他矿产资源，个人不得开采。

（三）国务院和国务院有关主管部门批准开办的矿山企业矿区范围内已有的集体矿山企业，应当关闭或者到指定的其他地点开采，由矿山建设单位给予合理的补偿，并妥善安置群众生活；也可以按照该矿山企业的统筹安排，实行联合经营。

（四）集体矿山企业和个体采矿应当提高技术水平，提高矿产资源回收率。禁止乱挖滥采，破坏矿产资源。

八、违反矿产资源法的法律责任

违反矿产资源法应承担的法律责任，在修正后的矿产资源法中，较前更为严密和健全：

（一）民事责任

开采矿产资源，必须遵守有关环境保护的法律规定，防止污染和破坏环境。

开采矿产资源给他人生产、生活造成损失的，应当负赔偿责任，并采取必要的补救措施。

（二）行政责任

对违反矿产资源保护的法律、法规开采矿产资源的，可由地质矿产主管部门根据违法情况给予责令停止开采、赔偿损失、没收采出的矿产品和违法所得、吊销许可证、罚款等形式的行政处罚。

矿山企业之间的矿区范围的争议，由当事人协商解决；协商不成的，由有关县级以上地方人民政府根据依法核定的矿区范围处理；跨省、自治区、直辖市的矿区范围的争议，由有关省、自治区、直辖市人民政府协商解决；协商不成的，由国务院处理。

（三）刑事责任

对于违反矿产资源法的规定，未取得采矿许可证擅自采矿的，擅自进入国家规划矿区，对国民经济具有重要价值的矿区和他人矿区范围采矿的，擅自开采国家规定实行保护性开采的特定矿种，经责令停止开采后拒不停止开采，造成矿产资源破坏的，依照刑法的有关规定追究刑事责任。

对于违反矿产资源法的规定，采取破坏性的开采方法开采矿产资源，造成矿产资源严重破坏的，依照刑法的有关规定追究刑事责任。

负责矿产资源勘查、开采监督管理工作的国家工作人员和其他有关国家工作人员徇私舞弊、滥用职权或者玩忽职守，违法批准勘查、开采矿产资源 and 颁发勘查许可证、采矿许可证，或者对违法采矿行为不依法予以制止、处罚，构成犯罪的，依照刑法的有关规定追究刑事责任。

第五节 水法

一、水资源和水法

（一）水资源的定义

水资源和水是两个不同的概念。所谓水资源一般是指未经开发利用的自然状态的水，包括地表水和地下水。其中地表水主要有江河、湖泊、冰川等。

我国水法所调整的水，既包括了水资源，又包括了经过开发利用的自来水，还包括经过工程调节的洪水。

（二）水资源的基本属性

1. 物态的运动性。水作为最重要的自然资源，是构成环境的要素。水在地球上不停地运动着，把自然界的大气层圈、水圈、岩石圈和生物圈都联系在一起，水本身就是一个不断循环再生的运动系统。

2. 资源的有限性。世界上的水资源包括地球上所有的气态、液态或固态的天然水；其中还包括其他可供利用的如潜水和深层地下水、冰川和永久积雪。由于海水在地球上总储水量中占了绝大部分，陆地水的数量极其有限。我国水资源总量虽然不算少，但由于我国人口众多，年人均水量仅为世界人均占有量的 1/4 左右。而且由于我国水资源时空分布极不均衡，故使水旱等灾害频繁发生。随着社会经济的发展，对供水量的需求越来越大，水资源问题在我国已相当严重。

3. 利害的双重性。水既是宝贵的自然资源，却又可能是危害极大的自然灾害的源由，就特定的地区而言，水过多或过少，都可能引发水灾或旱灾。

4. 功能的多样性。不但在农业灌溉、工业用水、水运、水电、渔业等这些为人们所熟悉的行业中，水与人们有着密切的关系，而且随着科学的发展和社会的进步，水将在社会生产和生活的各个方面，都发挥一种难以替代的作用，水具有在社会经济中被多种行业多方面利用的多功能性。

（三）水法

1. 水法的概念。水法是调整关于水的开发、利用、管理、保护、除害过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。

2. 《水法》的适用范围。根据我国《水法》的规定，水法所称水资源，是指地表水和地下水。在中华人民共和国领域内开发、利用、保护、管理水资源，防治水害，必须遵守水法。海水的开发、利用、保护和管理，法律另行规定。

3. 《水法》的基本内容。我国《水法》的内容主要包括：水权，水资源管理，水资源的开发、利用、保护及兴利除害等。其中既有政府行使职权的水事管理行政法律关系；也有各部门、各单位之间的平等协作关系，还有当事人之间的民事权益法律关系。

二、水资源的所有权与水的开发利用权

（一）水资源的国家所有权

《水法》规定，水资源属于国家所有，即全民所有。水作为一种资源，其所有权不能由国家以外的其它民事主体享有。这是由水资源的有限性，重要性以及水权的社会性等基本特征所决定的。

（二）水的集体所有权

我国《水法》规定，农业集体经济组织所有的水塘、水库中的水，属于集体所有。国家保护依法开发、利用水资源的单位和个人的合法权益。水的

集体所有权的基本内容，是指集体经济组织对法律规定属于集体所有的水所享有的占有、使用、收益和处分的权利。

（三）取水权

所谓取水权是指以对水的利用为目的，改变水在自然状态下的空间位置，直接从地下、江河、湖泊等水资源里取水的权利。

1.法定取水权。我国《水法》规定，为家庭生活、畜禽饮用取水或其它少量取水的，不需要申请取水许可。

2.取水许可证制度。除法定取水权以外，其他从地下、江河、湖泊直接取水的，国家实行取水许可制度，即必须取得取水许可证，才能享有取水权。而且，从地下取水的，还须申请取得专门的地下水开采权。

3.与水利用有关的其它权益。水运中的水利用权利、水能的水利用权益、渔业的水利用权益，不但在水法中要有规定，更多的要在交通运输法、能源法和渔业法等有关的法律法规中，作出具体规定。

三、水行政

（一）概念

所谓水行政是指国家依法对开发利用水资源和防治水害等水事关系所进行的行政管理。

国务院水行政主管部门水利部和县级以上地方人民政府水行政主管部门是我国水行政的专门主体。国务院地矿部、建设部、交通部等和县级以上地方人民政府的有关部门是我国水行政中的辅助主体。

（二）水资源的开发利用原则

国家鼓励和支持开发水资源和防治水害的各项事业。开发、利用水资源和防治水害，应当全面规划，统筹兼顾，综合利用，讲求效益，发挥水资源的多种功能。

水开发利用的原则是：

1.兴利除害相结合的原则。不但开发利用水资源应当服从防洪的总体安排，而且在权衡利害时要兼顾各类地区之间的利益。

2.生活用水优先和统筹兼顾的原则。在满足用水需要时，生活用水应放在第一位；开发利用水资源，应统筹兼顾农业、工业和航运的需要；在水源不足的地区，应当限制城市的规模和耗水量大的工农业的发展。

3.因地制宜发展农业水利的原则。各地都应该根据水土资源条件，进行灌溉、排水和水土保持；水源不足的地区，要采取节水灌溉方式；盐碱化和水渍害地区，要采取措施控制和降低水位。

4.鼓励多目标梯级开发水能资源。国家鼓励有计划地进行多目标梯级开发水能资源，建设水电站，应当保护生态环境，兼顾防洪、供水、灌溉、航运、竹木流放和渔业等方面的需要。

（三）水规划

国家实行计划用水，厉行节约用水。保护地表水域面积，保持江河、湖泊、水库等蓄水水域的安全和自然状态完好，禁止人为地减少地表水的蓄水面积。保护地下水水量，合理开采地下水源，保持开采量和自然补给量之间的平衡，防止水源枯竭和地面沉降。开发利用水资源必须进行综合考察和调查评价。

水规划是防治水害、开发利用水资源的方案和计划。水调查是指对水资源的开发利用所作的综合科学考察和调查评价。这两项工作都是水行政的主

要职责，水法对其内容和程序都作了规定。

四、用水的管理

（一）用水管理

国家对水资源实行统一管理与分级、分部门管理相结合的制度。用水管理是指对社会各方面用水量的分配和调节，即对直接利用水资源取水的管理，以及通过计划用水和节约用水，更有效地对水资源进行利用而实施的管理。

在我国的有关法律规范体系中，除了水法的一般性规定，对此还有专项法规予以规定。

（二）水的供求计划与水量分配制度

1. 水的供求计划。在我国，水的长期供求计划分为全国的水长期供求计划，跨省的水长期供求计划和地方的水长期供求计划。水法规定：全国和跨省、自治区、直辖市区域的水长期供求计划，由国务院水行政主管部门会同有关部门制定，报国务院计划主管部门审批。地方的水长期供求计划，由县级以上地方人民政府水行政主管部门会同有关部门，依据上一级政府主管部门制定的水长期供求计划和本地区实际情况制定，报同级人民政府计划主管部门审批。

2. 水量分配方案。为了防止单方面用水和一定地区用水对其他方面、其他地区用水的不利影响，水法规定：调蓄径流和分配水量，应当兼顾上下游和左右岸用水、航运、竹木流放、渔业和保护生态环境的需要。

为了更好地调整各地区的用水需要，防止水事冲突的发生和加剧，水法特别规范了跨行政区域水量分配的上级管理：跨行政区域的水量分配方案，由上一级人民政府水行政主管部门征求有关地方人民政府的意见后制定，报同级人民政府批准后执行。

（三）取水许可制度

取水许可制度是实行计划用水的一项基本制度。通过取水许可证的颁发，使国家关于水的长期供求计划和水量分配方案得以落实到各个取水单位；而且，国家可以通过这个制度将全社会的取水用水切实地控制起来，更有力地调节各方面的用水，并为合理用水、节约用水提供保障。

1. 经过法定程序取得取水许可证以后，就享有可以直接从地下、江河、湖泊中取水的权利，其合法权益受法律保护。当然，同时负有按许可证的方式、地点、时间、数量进行取水，并接受水行政主管部门监督的义务。

2. 建设项目取水权的事先审查制度。工矿企业和事业单位以自备工程和设施直接从地下、江河、湖泊取水的，如果等一定的取水工程或建设项目在建成之后再取得取水许可，即可能导致：不给予取水许可，就会造成建设资金的浪费和建设项目的闲置；而如果无计划的新增取水，又势必与水量的计划分配产生冲突。

为了防止这种两难处境的发生，水法规定了建设项目的事先审查制度：即新建、改建、扩建的建设项目，需要申请取水许可的，建设单位在报送设计任务书时，应当附有审批取水申请的机关的书面意见。

（四）水费和水资源费

1. 水费。为了提高公民和法人建设供水工程的积极性，限制浪费用水，水法改变了无偿用水的惯例，逐渐向商品用水发展，规定使用供水工程供应的水，应当按照规定向供水单位缴纳水费。

2.水资源费。《水法》规定了直接从水资源中取水时水资源费的征收办法；对城市中直接从地下取水的单位，征收水资源费；其他直接从地下或者江河、湖泊取水的，可以由省、自治区、直辖市人民政府决定征收水资源费。这体现了“取之于水，用之于水”的方针，目的在于为水治理和水保护筹集一定的资金，并利用经济杠杆促使水的节约和合理利用。

五、违反水法的法律责任

（一）公职人员法律责任

水行政主管部门或其他主管部门以及水工程管理工作单位的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊的行为，是公职人员的违法行为，要由行为人所在单位或上级主管部门给予行政处分。公职人员的上述行为，对公共财产、国家和人民利益造成重大损失的，即构成了公职犯罪，依照刑法有关规定要追究刑事责任。

（二）水事侵权的法律责任

违反水法有关规定取水、截水、阻水、排水，给他人造成妨碍或者损失的即构成水事侵权行为，要承担停止侵害，排除妨碍，赔偿损失等民事责任。

（三）违反水保护规定的法律责任

违反水法有关行洪和航运保护以及水域保护的规定，擅自实施以下不利于行洪和航运保护以及水域保护的行为之一者，由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者有关主管部门责令其停止违法行为，限期清除障碍或采取其他补救措施，而且可以并处罚款；对有关责任人员可以由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分：1.在江河、湖泊、水库、渠道内弃置、堆放阻碍行洪、航运的物体的，种植阻碍行洪的林木和高杆作物的，在航道内弃置沉船、设置碍航渔具、种植水生植物的；2.未经批准在河床、河滩内修建建筑物的；3.未经批准或者不按照批准的范围和作业方式，在河道、航道内开采砂石、砂金的；4.围垦湖泊、擅自围垦河流的。

（四）违反水工程保护的法律责任

有以下行为之一者，由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者有关主管部门责令其停止违法行为，赔偿损失，采取补救措施，而且可以并处罚款；应当给予治安管理处罚的，依照治安管理处罚条例的规定处罚；构成犯罪的，依照刑法规定追究刑事责任：

1.毁坏水工程及堤防、护岸等有关设施，毁坏防汛设施、水文监测设施、水文地质监测设施和导航、助航设施的。

2.在水工程保护范围内进行爆破、打井、采石、取土等危害水工程安全的活动的。

（五）违反防汛和抗洪规定的法律责任

《水法》明确规定了人民政府防汛和抗洪的职责；明确了防汛指挥机构及其职权；同时赋予了防汛指挥机构在紧急情况下行使的特别职权；并规定了防汛抗洪的社会义务。明确规定：（1）擅自修建水工程或者整治河道、航道的，或者（2）擅自向下游增大排泄洪涝流量或者阻碍上游洪涝下泄的，由县级以上地方人民政府水行政主管部门或者有关主管部门责令其停止违法行为，采取补救措施，可以并处罚款，对有关责任人员可以由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分；构成犯罪的，要依照刑法规定追究刑事责任。

第九章 环境保护法

第一节 环境保护法绪论

一、环境的概念

“环境”在通常意义上是指，围绕某一中心事物的所有外部条件的总和。或者说，凡是作用于某一具体对象的所有外界影响与力量的总和就被称之为是其环境。

而作为环境科学意义上的环境，是指围绕人类活动这一中心事物，或针对客观世界为人类所提供生存和发展的空间以及其中可以直接影响人类生活的各种自然因素，而对这一具体对象发生作用的所有外界影响与力量的总和，即通常所谓的人类环境。

所以简单地讲，环境的定义应是：影响人类生存和发展的各种物质条件及自然因素的总和。

为了研究和运用的需要，我国环境保护基本法将环境分为天然环境和人工环境。而在有关环境的单行法中，是依据环境要素和功能来进行分类的，如大气环境、水环境、草原环境、森林环境、海洋环境、农业环境、生态环境等等。在学术上人们可以对环境从不同的角度进行种类繁多的分类。

二、人类与环境问题

（一）人类与环境的关系

人类既是大自然的一个组成部分，又是自然环境长期发展演化的产物，从人类诞生的那一天起，就与自然环境相互作用和相互影响。

1. 自然环境对人类的作用。（1）自然环境是人类生活和生产活动的物质场所。（2）自然环境是人类获取生活资料和生产资料的来源。（3）自然环境的质量同样是人类赖以存在和延续的条件。总之，自然环境对人类的繁衍和发展有着决定性的作用。

2. 人类活动对自然环境的影响。人类区别于动物的最大特点，就在于其不只是被动地适应自然环境，而能够利用自然环境中的一切条件去能动地改造自然环境。

（1）人类总是自身不断地演化以适应外部环境的变化。人类以环境作为其生存的基本条件，通过新陈代谢与环境不断地进行着物质和能量交换。

（2）人类的社会性，决定了它能不断地认识环境，并利用环境为自身的生存和发展服务。即所谓进行“改造自然”。

（3）人类永无终止地发展变化，环境的变化也同样永无终止。

（二）环境问题

人类改造自然的活动既会对环境产生好的影响，使自然环境变得对人越来越有利；但也可能产生坏的影响，即当人类利用和改造自然环境的活动违反了环境自身的发展规律，破坏了生态平衡，就可能造成人类的生存环境日益恶化。

故我们所谓的环境问题，其实是指那些由于人类的活动作用于环境所引起的，不利于人类生存和发展的环境质量以及结构和状态变化的现象。

环境问题是随着人类社会经济的发展而产生的，随着生产力的不断发展，在不同阶段有其不同的表现形式，虽然后果和危害程度因时因地各有不同，但总的趋势是越来越严重。所以人们对环境保护内容的认识，有一个历

史的发展过程。

人们最初意识到环境问题，是从在对大气和水的污染以及固体废物的处置开始的，当时认为，环境保护仅仅是工业发达地区的局部问题。面前的环境问题已涉及到了十分广泛的内容，而且具有综合性和系统性的特征。环境保护从最初的大气污染、海洋污染、淡水资源缺乏和水体污染问题，开始扩展到有毒化学品和危险废物污染、土地退化和荒漠化、森林过度砍伐和退化的问题上，进而发展到了对臭氧层消耗、气候变暖、生物多样性丧失等更复杂的问题的关注上。

解决环境问题，其实就是在综合考虑人口、文化、经济发展、资源与环境承载能力的基础上，通过调整生产力与科学技术发展方向，修正经济运行模式并控制人口，按照生态规律和环境要素的整体演化规律来协调人与环境之间的物质转换和能量传递关系，重新建立起一种和谐的状态。

三、环境保护的定义与内容

（一）环境保护的定义

所谓环境保护是指以协调人与自然的关系，保障经济社会的持续发展为目的，而采取的各种措施和所进行的各种活动的总称。

环境保护作为人类为解决环境问题而进行的一种积极的行为，与环境管理形成了两个既有区别又有联系的概念。

所谓环境管理是指，在环境容量的允许的条件下，按照环境科学的规律，综合运用各种管理手段，对人类影响环境的各种活动进行的调节和控制。

环境管理以协调社会经济发展与环境的关系，从而保护和改善环境为目的。其目的、手段和产生的前提与环境保护没有什么不同，只是主体和内容与环境保护有区别。

（二）环境保护的主要内容

1. 预防和治理由生产和生活活动所引起的环境污染。（1）防治工业生产排放的“三废”、粉尘、放射性物质，以及产生的噪声、振动、恶臭和电磁辐射等造成的污染；（2）防治交通运输活动产生的有害气体、废液和噪声形成的污染等；（3）防治工农业生产和人们日常生活使用的有毒有害化学品和城镇生活排放的烟尘、污水、垃圾造成的污染。

2. 防止由建设和开发活动引起的环境破坏。（1）防止大中型水利工程、铁路、公路干线、大中型港口码头，机场和大中型工业项目等工程建设对环境引起的污染和破坏；（2）防止农垦、海岸带和沼泽地的开发，森林资源和矿产资源的开发对环境的破坏与影响；（3）防止新工业区和新城鎮的建设对环境的破坏和影响等。

3. 保护有特殊价值的自然环境。（1）珍稀物种及其生活环境的保护；（2）特殊的自然发展史遗迹的保护；（3）人文遗迹的保护，湿地的保护，风景名胜的保护，生物多样性的保护等。

4. 其他。防止臭氧层破坏、防止气候变暖、国土整治、城乡规划、植树造林、控制水土流失和荒漠化、控制人口的增长和分布、合理配置生产力等，也是我国环境保护的内容。

四、环境保护是我国的基本国策

环境保护在我国经济社会发展中的重要地位和作用以及我国环境状况的现实，决定了我们必须要把环境保护作为我国的基本国策。

（一）保护环境是自然发展规律和我国社会发展的客观要求。违背自然

规律改造自然，必定要受到自然规律的惩罚。

（二）我国环境状况的严峻现实决定了环境保护的紧迫性和重要性。保护环境是使我国现代化建设顺利进行的需要。

（三）严重的环境问题已成为制约我国经济建设和社会发展重要因素，而且对我国人民的健康和人口质量也有很大影响。

（四）强化环境法治，围绕环境管理这一中心，以管促治，是中国环境保护之路。

第二节 环境保护法的概念及其基本原则

一、环保法的概念

所谓环境保护法，是调整人们在开发和利用，特别是在保护及改善环境的活动中所产生的各种社会关系的法律规范的总称。

环保法以保护和改善生活环境和自然环境、防治污染和其它公害、保障人体健康、促进经济社会的持续发展为其主要任务和基本目的。

环保法调整的对象是环境社会关系；环保法保护的对象是各种环境要素和作为整体的环境；环保法保护的客体是环境社会关系所涉及的环境权利。

二、环保法的特点

（一）环保法的保护对象包括了各种环境要素以至整个人类环境；其调整的社会关系包括了行政关系、民事关系，甚至刑事关系、诉讼关系等；其涉及的主体也具有多样性，充分表现了环保法的广泛性。

（二）环境保护事实上就是一个综合的系统工程，其综合运用各种调整手段，是以综合性为特征的法律规范系统。

（三）环保法中含有大量反映自然客观规律要求的技术性规范，因而具有很强的科学技术性。

（四）环保法不仅反映统治阶级的意志，同时它也反映着全社会公众的共同要求，所以其具有社会公益性。

（五）环保问题是全社会所面临的共同问题，故各国的环保对策大同小异，环保法的世界共同性体现了其国际性的特点。

三、环保法的基本原则

环保法的基本原则是指在环保法的各种原则中起主导作用的根本原则。它们体现着环保法的特点，为制定环保法的规则性规范和处理环保具体问题提供了基本法律依据，是在环保法的适用中始终起着广泛的宏观指导作用的具有稳定性特征的规范。

（一）经济建设与环境保护协调发展原则

经济建设和社会发展的规模与速度不能超越环境与资源的承受能力。我们既要达到经济建设和社会发展的目标，又要使环境符合人类对环境质量要求，二者应是互相促进、共同发展的关系。

（二）预防为主、防治结合、综合治理的原则

解决环境问题只能是立足于预防，防患于未然。要积极治理已经产生的污染，但工作重点要放在预防新的污染方面。我们必须正确处理防与治、单项治理与区域治理的关系，综合运用各种手段治理、保护和改善环境。

（三）公众参与的原则

首先体现为要保证公众有获得环境信息的知情权；其次体现为要保障公众对有关环境活动的决策参与权；最后表现为公众的环境权益遭受非法侵害时，可以请求赔偿或补偿，享有获得法律救济的权利。

（四）环境经济责任原则

开发利用环境和资源，排放污染物影响或危害环境质量的，必须治理其所造成的环境污染与破坏，或者支付治理由于其活动所造成的环境损害的有关费用。即所谓“开发者养护，利用者补偿，污染者治理，破坏者恢复。”

第三节 环境保护法律制度

一、环境保护法律制度的含义与特征

（一）环保法律制度的含义

环境保护法律制度是指由调整特定的环境保护社会关系的一系列环境保护法律规范所组成的相对完整的规则系统。它是环境保护管理制度的法律化，是环境保护法律规范体系的具体组成部分。

从 1979 年的《中华人民共和国环境保护法（试行）》中规定环境影响评价制度、征收排污费制度和“三同时”制度至今，我国的各种环保制度已日臻完善，在我国的环境监督管理中起着相当重要的作用。除了已比较成形的环境影响评价制度、“三同时”制度、征收排污费制度、限期治理制度、排污申报登记制度、环境标准制度、环境监测制度、废物综合利用制度、环境污染与破坏事故报告制度、现场检查制度等以外，环境保护许可证制度、污染物排放总量控制制度、严重污染环境的落后生产工艺和设备的限期淘汰制度、环境标志制度等业已建立并不断完善。另外像环境保护目标责任制度、城市环境质量综合整治定量考核制度等在环境管理实践中已经开始成功地推行，但其制度化和法律化还有一个过程。

（二）环保法律制度的特征

1. 环保法律制度适用的对象、范围、程序以及所采取的措施、法律后果都是特定的、具体的。其只适用于调整发生在开发、利用、保护、改善环境过程中的某一特定领域的社会关系。

2. 由于环保法律制度在规范的组成上具有系统性和相对的完整性，因此，健全和完善环境法律制度对促进环境法律规范的系统化和对中国环境法体系的完善都有着重要的意义。

3. 环保法律制度有其特定的适用对象和具体且完整的规则系统，因而具有很强的可操作性。故环保法律制度的健全和完善，有利于整个环境法的贯彻实施。

二、环境影响评价制度

环境影响评价，即所谓环境质量预断评价，它是指在环境开发利用之前，就对开发或建设项目的选址、设计、施工和其建成以后将对周围环境所产生的影响，拟采取的防范措施，及其最终不可避免的影响，所进行的调查、预测和估计。

作为环境影响评价在法律上的表现，环境影响评价制度则是法律对进行这种调查、预测和估计的范围、内容、程序、法律后果等所作的规定。

对开发建设项目进行环境影响评价，无疑是为了在有害环境的活动出现之前，就弄清其对环境的影响，这样就可以事先采取有效的措施尽可能地防止不利影响的发生，所以它是预防为主原则的具体体现。

我国的环境影响评价制度主要包括以下内容：

（一）适用范围

法律规定，环境影响评价适用于我国领域内的工业、交通、水利、农林、商业、卫生、文教、科研、旅游、市政等对环境有影响的一切基本建设项目、技术改造项目和区域开发建设项目，其中包括中外合资、中外合作和外商独资的建设项目。

实践中通常按建设项目的大小、开发建设的性质、建设地点的环境敏感

程度来判断开发建设项目是否对其环境会有影响。

（二）环境影响评价的形式

我国法律按建设项目环境影响评价的深度，把环境影响评价分为“环境影响报告书”和“环境影响报告表”两种。

1.环境影响报告书。是由开发建设单位依法向环境保护行政主管部门提交的，关于开发建设项目环境影响预断评价的书面文件。

其目的是在项目的可行性研究阶段，就对项目可能给环境造成的近期和远期影响、拟采取的防治措施进行评价，论证和选择技术上可行，经济和布局上合理，对环境的有害影响较小的最佳方案，为领导部门决策提供科学依据。

建设单位只能委托持有评价证书的单位来编写环境影响报告书，否则其环境影响评价不具有法律效力。环境影响评价是有偿进行的，要收取一定费用。

2.环境影响报告表。环境影响报告表是由建设单位向环境保护行政主管部门填报的关于建设项目概况及其环境影响的表格。

其目的在于弄清建设项目的基本情况及其对环境的影响情况，以便可以针对性地采取环境保护措施。

对于只需填写环境影响报告表的项目，建设单位难以填写的，也得委托有环境影响评价资格的单位来填写。环境影响报告书或环境影响报告表要在建设项目的可行性研究阶段即予以完成。

3.环境影响报告书（表）审批程序。环境影响报告书（表）完成以后，应当由建设单位送开发建设项目主管部门进行预审查，提出预审意见，然后送有审批权的环境保护行政主管部门审批。审批的机构和权限，是根据项目的大小而确定的。

（三）违反环境影响评价制度的法律后果

环境影响评价制度的适用对象是从事对环境有不利影响的开发建设活动的单位。违反这个规定，要承担法律后果。

法律规定，对于未经批准环境影响报告书（表）的开发项目，有关部门不得办理其它相应手续。擅自开工的，除可以责令停止施工，补作环境影响报告书及其手续以外，还可对建设单位及其领导人罚款。

三、“三同时”制度

（一）“三同时”制度的含义

所谓“三同时”是指，建设项目中的环境保护设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用的环保法律制度。

“三同时”制度以严格的程序作保证，对不同的建设阶段都提出了环境保护的具体要求，是一项具有独创性的环境法律制度，有利于控制新污染源的产生，有效地贯彻了预防为主的原则。

（二）“三同时”制度的适用范围

1.新建、扩建、改建项目。（1）新建项目，指原来没有什么基础，从头开始建设的项目。（2）扩建项目，是指以扩大产品生产能力或提高经济效益为目的，而在已有的建设基础上再行建设的项目。（3）改建项目，是指在原有设施的基础上，为了改变生产工艺，增加产品种类以及为了提高产量或质量，在不扩大原有建设规模的情况下进行建设的项目。

2.技术改造项目。指利用更新改造资金进行的挖潜、革新和改造的建设

项目。

3. 凡可能对环境造成污染和破坏的工程建设项目，都要执行“三同时”制度。

4. 即使是确有经济效益的综合利用项目，也应当同治理环境污染一样，与主体工程同时设计、同时施工、同时投产。这无疑是对原有的“三同时”制度的新的发展。

（三）环境保护设施竣工后的验收

在建设项目正式投产和使用前，为保证环境保护设施与主体工程同时施工、同时投产，建设单位必须向负责审批的环境保护行政主管部门提交环境保护设施的“验收申请报告”，说明环境保护设施运行的情况和治理的效果以及其达到的标准，经环境保护行政主管部门验收合格后，才能正式投入生产和使用。

自接到环境保护设施“验收申请报告”之日起一个月内，环境保护行政主管部门要组织审查验收，并在“验收申请报告”上签署意见。逾期不签署意见的，视为已被批准。

建设项目环境保护设施验收合格，须具备法定的条件。要求前期审查、审批手续完备，资料齐全，设施按批准和设计要求建成；安装质量符合验收规范、规程和检验标准；设施与主体工程建成后经负荷试车合格；防治能力适应主体工程的需要；外排污染物符合要求；建设过程中受到破坏并且可恢复的环境已经得到修整；设施能正常运转，符合交付使用的要求，并具备正常运行的条件；环境保护管理和监测机构，符合环境影响报告书（表）和有关规定的要求。

（四）违反“三同时”规定的法律后果

建设单位都必须严格按照“三同时”制度办事，履行相应的环境保护义务，否则须承担相应的法律后果。

初步设计环境保护篇章未经环境保护行政主管部门审查批准，擅自施工的，除责令其停止施工，补办审批手续外，还可以对建设单位及其负责人处以罚款。

建设项目的环境保护设施没有建成或者没有达到国家规定的要求，投入生产或使用的，由批准该建设项目环境影响报告书的环境保护行政主管部门责令停止生产或者使用，可以并处罚款。

因违反“三同时”制度而造成环境污染破坏和其它公害的，除承担赔偿责任外，环境保护行政主管部门还可以对其给予行政处罚。

四、限期治理制度

（一）概念

作为我国普遍采用的减轻或消除现有污染源的污染和改善环境质量状况的一种有效措施。所谓限期治理制度，是指对已经存在危害环境的污染源的单位，由法定机关作出决定，责令其在一定期限内治理并达到规定要求的一整套措施。

（二）限期治理的对象

1. 位于特别保护区域内的超标排污的污染源。在国务院、国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府划定的风景名胜区、自然保护区和其他需要特别保护的区域内，按规定不得建设污染环境的工业生产设施；建设其他设施，其污染物排放不得超过规定的排放标准；已经建成的设施，其污

染物排放超过规定的排放标准的，要限期治理。

2.对特殊水体的污染源。例如：《淮河流域水污染防治暂行条例》的规定，向淮河流域水体排污的单位超过排污总量控制指标排污的，由县级以上人民政府责令限期治理；淮河流域重点排污单位超标排放水污染物的，也要由有关人民政府责令限期治理。

与特别保护区域内污染源的治理类似，这类污染源不论是总量超标，还是浓度超标进行排污，都可责令其限期治理。

3.造成严重污染的污染源。对此类污染源限期治理是造成了严重污染才进行，而并非超标排污就限期治理。

至于是否属于严重污染，一般是根据排放的污染物是否对人体健康有严重影响和危害，还有是否严重扰民，以及经济效益是否远小于环境危害所造成的损失，再加上是否是属于有条件治理而不治理等情况来认定。

（三）限期治理的目标和期限

1.限期治理的目标。限期治理最终要达到的环保结果即其目标。一般情况下是指浓度目标，它是通过限期治理要使污染源排放的污染物所达到的排放标准。

对于实行总量控制的地区来说，在浓度目标之外，还要制定总量目标，就是要求污染源排放的污染物总量不超过为其规定的总量指标。

2.限期治理的期限。其最长期限不得超过3年。要由决定限期治理的机关根据污染源的具体情况，包括治理的难度和治理能力等因素来合理确定。

（四）决定限期治理的权限

限期治理是由有关的人民政府根据当地的社会经济情况来决定，而并非是由环保行政主管部门决定的。这即意味着，不是所有符合限期治理条件的污染源都要限期治理，故是否限期治理以及什么时候限期治理，按照我国法律的规定，市、县或者市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理，由市、县人民政府决定；中央或者省、自治区、直辖市人民政府直接管辖的企业事业单位的限期治理，由省、自治区、直辖市人民政府决定。

作为变通办法，我国《环境噪声污染防治法》规定，小型企业、事业单位的限期治理，可以由县级以上人民政府在国务院规定的权限内授权其环境保护行政主管部门决定。

对于淮河流域重点排污单位的限期治理问题，除了依一般权限决定外，限期治理的重点排污单位名单，要由国务院环境保护行政主管部门会商四省人民政府拟订，经淮河流域水资源保护领导小组审核同意后予以公布。

（五）违反限期治理规定的法律后果

如果经限期治理，逾期仍未完成治理任务的，依照国家规定要加收超标排污费，还可以根据其所造成的危害后果处以罚款，或者责令停业直至关闭。

向淮河流域水体排污的单位，如经限期治理逾期仍未完成治理任务的，除了先要求其集中资金尽快完成治理任务外，在完成治理任务前，限制其不得建设扩大生产规模的项目；同时，由县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门责令其限量排污，并可以处10万元以下的罚款；对情节严重的，由有关县级以上人民政府责令关闭或者停业。

五、排污申报登记制度

（一）概念

所谓排污申报登记制度，是指排污单位要向环境保护行政主管部门申报

其污染物的排放和防治情况，并依法接受监督管理的一种环保法律制度。

建立排污申报登记制度，是为了环保行政主管部门能及时地掌握准确的排污信息，为排污管理提供根据。

（二）申报登记制度的适用对象

排污申报登记适用于在我国领域内及我国管辖的其他海域内直接或者间接向环境排放污染物、工业和建筑施工噪声，产生工业固体废物的单位。这里的污染物包括废水、废气和其它有害环境的物质。但生活废水、废气和生活垃圾以及生活噪声除外。法律对排放放射性废物的，另有特殊的规定。

（三）申报登记的内容

排污单位须按规定的程序和时间要求申报登记，但对登记内容，不同的排放污染物有不同的要求。一般包括排污单位的基本情况，使用的主要原料，排放污染物的种类、数量、浓度，排放地点、去向、方式，噪声源的种类、数量和噪声强度，污染防治的设施等。

法律还规定，需要拆除或者闲置污染物处理设施的，必须提前向所在地环境保护行政主管部门申报，说明理由。环境保护行政主管部门接到申报后，应当在一个月内予以批复；逾期未批复的，视为同意拆除或闲置。

（四）违反排污申报登记制度的法律后果

对拒报或谎报排污申报登记事项的排污单位，环境保护行政主管部门可给予罚款，并责令其限期补办排污申报登记手续。应当办理变更申报登记手续而未办的，视为拒报，可按拒报给予处罚。

六、环境保护许可证制度

（一）定义

所谓环保许可证制度是指，凡从事有害或可能有害环境的活动，必须向有关管理机关提出申请，经审查批准，发给许可证后，方可进行的一种环保措施。它是对开发利用环境的各种活动进行事先审查和控制的一种行政许可。其目的都是为了把各种有害或可能有害环境的活动纳入国家统一管理下，以便将其严格控制在国家规定的范围内。环境保护许可证制度可以说是环保法中最重要的制度。

（二）环境保护许可证的分类

1. 防止环境污染许可证。包括排污许可证，海洋倾废许可证，危险废物收集、贮存、处置许可证，放射性同位素与射线装置的生产、使用、销售许可证，废物进口许可证等。

2. 防止环境破坏许可证。林木采伐许可证，渔业捕捞许可证，野生动物特许猎捕证、狩猎证、驯养繁殖许可证等。

3. 整体环境保护许可证。如建设规划许可证等。

（三）颁发程序

环境保护许可证制度同样都规定了申请、审核、颁发、中止或吊销等一整套程序和手续。对拒发、中止、吊销许可证的，还有补救程序。如水污染物的排污许可证的申办程序，包括排污申报登记；分配排污量；发放许可证；以及发证后的监督管理等内容。

七、征收排污费制度

（一）定义

征收排污费制度，即所谓排污收费制度，指国家环保管理机关通过依法对排污者征收一定费用的办法来进行环保管理的措施。

征收排污费制度的基本目的，是以经济手段约束排污者的行为，促使其节约并综合利用资源，治理污染，改善环境，同时也可以为保护环境和补偿污染损害筹集资金，所以其充分体现了“污染者负担原则”。

需要特别注意的是，排污单位缴纳排污费后，并不免除缴费者应当承担的治理污染、赔偿损失的责任和法律规定的其它责任。

排污费纳入预算，要作为环境保护补助资金，由环境保护行政主管部门会同财政部门统筹安排使用。使用原则是，专款专用，先收后用，量入为出，不得超支挪用，如有节余，可结转下年使用。

1. 在一般不得高于排污单位缴费的 80% 的范围内，补助重点排污单位治理污染源。

2. 用于环境污染的综合性治理措施。

3. 用于补助环境保护行政主管部门购置监测仪器设备，但不得用于环境保护行政主管部门自身行政经费以及盖办公楼、宿舍等非业务性开支。

（二）征收排污费的对象和范围

我国法律规定，对超过国家或地方的排放标准排放污染物的企事业单位，征收排污费。其他单位，只征收采暖锅炉烟尘排污费。

对向水体排污的单位，未超过污染物排放标准的，也要缴纳排污费。但超过国家或者地方规定的污染物排放标准的，要按照国家规定缴纳超标排污费。

依照我国法律规定，征收排污费的污染物的范围包括：污水、废气、固体废物、噪声、放射性等 5 大类。

对于蒸汽机车和其它流动污染源排放的废气，在符合环境保护标准的贮存或处置的设施、场所内贮存、处置的工业固体废物，进入城市污水集中处理设施的污水，不征收排污费。

（三）征收排污费的标准与计算方法

排污费要按国家统一的收费标准来征收。但经国务院环境保护行政主管部门批准，在个别工业密集、污染特别严重的大、中城市，对收费标准可作适当调整。

同一排污口排放两种以上污染物的，只按收费最高的一种计算收费。对排放大气污染物的，其收费额，可按排放污染物的数量乘以收费单价计算，或按消耗的燃料数量乘以收费单价计算。

水污染物超标的废水，其收费额按收费单价乘以污染物超标总量计算。但对于水污染物未超标的废水，其收费额按废水总量（吨）乘以收费单价计算。

对于固体废物的排污费，其收费额，通常是用收费单价乘以每月废物流量（吨）来计算。

排放环境噪声的收费标准，已经具体列出了通常情况下的收费额，不需要另行计算。不过，如果一个单位边界上有多处环境噪声超标，其收费额应根据最高一处超标声级计征；若有不同地点的作业场所，收费金额逐一计征；昼、夜均超标的环境噪声收费额应分别计算，迭加征收；声源一月内超标不足 15 天（昼夜）的，超标排污费减半征收。

（四）排污费的加收、减收和停收

1. 所谓排污费的加收，是指在一般法定额度之上多收排污费。环保法律规定，在四种情况下加收排污费：（1）对缴纳排污费后仍未达到排放标准

的排污单位，从开征第三年起，每年提高征收标准 5%。（2）对 1979 年 9 月 13 日以后新建的建设项目，排污超标的，加倍收费。（3）对有污染物处理设施不运行或擅自拆除，排污超标的，加倍收费。（4）对经限期治理逾期未完成治理任务的，加倍收费。

2. 所谓排污费的减收是指在排污单位显著降低了排污数量和浓度的情况下而少收排污费。

所谓停收是指由于排污单位经过治理已经达到排放标准或者已经建成符合环境保护标准的固体废物贮存、处置设施、场所而停收排污费。

（五）排污费的征收、管理和使用

征收排污费，首先要确定污染物排放量；然后由环保部门按月或按季向排污单位发出缴费通知单。排污单位应在收到缴费通知单 20 天内向指定的银行缴付。逾期不缴的，每天增收滞纳金 1‰。对于拒缴排污费的，环境保护行政主管部门可对其处以罚款，亦可申请人民法院强制执行。

排污费的加收、减收和停收，应由排污单位向环保部门提出申请，经环保部门监测属实后决定。

第四节 环境标准

一、环境标准的定义

环境标准是国家根据人体健康、生态平衡和社会经济发展对环境结构、状态的要求，在综合考虑本国自然环境特征、科学技术水平和经济条件的基础上，对环境要素间的配比、布局和各环境要素的组成以及进行环境保护工作的某些技术要求加以限定的规范。

环境标准制度是环境法制的建设逐步发展的产物。环境标准的主要内容是技术要求和各种量值规定。制定环境标准为实施环境法的其它规范提供了准确和严格的范围界限，并为认定行为的合法性提供了法定的技术依据。法律对环境标准的制定、修改、分类、分级、效力等都作了具体的规定。

二、环境标准的分类

（一）环境质量标准

作为法律，环境质量标准以为保护人体健康和社会物质财富安全和维护生态平衡为目的，对环境有害物质或因素含量的最高限额和有利于环境要素的最低要求进行了规定，环境质量标准是一个国家环境政策和环境质量目标的具体体现，是衡量一个国家、一个地区环境受污染的程度的尺度，是制定污染物排放标准的依据。

按照环境要素的不同，分为大气环境质量标准、水环境质量标准、土壤环境质量标准、声环境质量标准等。

（二）污染物排放标准

即为实现环境质量标准的目标，在技术经济条件和环境特点允许的情况下，对污染源排放污染物或有害环境能量所规定的最高限额。

1. 浓度标准，即浓度控制标准，是在经济技术可行性基础上规定的排放标准，一般以某种污染物在其载体中的百分比来表示。

2. 总量标准，即总量控制标准，是以环境容量为根据而为污染源规定的排放污染物的数量限额。它是以一定时间内排放的污染物的总量来表示的。

（三）环境基础标准

环境基础标准是指国家为制定和执行各类环境标准提供统一遵循的准则，而对在环境保护中具有普遍意义的名词术语、符号、规程、指南、导则等所作出的规定。

环境标准必须按照环境基础标准规定的准则来制定，其名词术语、符号、单位等与环境基础标准的规定必须相一致，否则就不是合法有效的，就不能得以贯彻实施。

（四）环境方法标准

是国家为了使各种环境监测和统计中的数字准确可靠并具有可比性，而对环境保护中所使用的试验、检查、采样、分析、统计和其它作业方法所作的规定。

（五）环境样品标准

是为了在环境保护工作和环境标准实施过程中标定仪器、检验测试方法、进行量值传递而由国家法定机关制作的能够确定一个或多个特性值的物质和材料的一种实物标准。

三、我国环境标准的制定与适用

（一）制定环境标准的原则

环境标准中的限值都是在综合考虑各种有关因素的基础上，遵循一定的原则确定的。

1. 确保环境不受污染破坏的原则；
2. 公众生命健康和公私财产不受污染损害的原则；
3. 技术可行与经济合理的原则；
4. 以环境基准为依据的原则；
5. 充分考虑地区差异性的原则。

（二）国家环境标准和地方环境标准的关系

1. 国家环境标准是由国务院有关部门依法制定和颁发的在全国范围内或者在全国的特定区域、特定行业适用的环境标准。

按照法律规定，国务院环境保护行政主管部门可以制定所有种类的环境标准。

2. 地方环境标准是指由省、自治区、直辖市人民政府制定颁发的在其管辖区域内适用的环境标准。

省、自治区、直辖市人民政府只能就国家环境质量标准中未规定的项目制定地方补充标准；对国家污染物排放标准中未规定的项目，可以制定地方污染物排放标准；对国家污染物排放标准中已规定的项目，只能制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准。

地方环境标准必须报国务院环境保护行政主管部门备案。省、自治区、直辖市人民政府无权制定环境基础标准、环境方法标准和环境样品标准。

地方环境标准只有省、自治区、直辖市人民政府有权制定，其它各级地方人民政府是无权制定地方环境标准的。

3. 国家环境标准在全国适用，地方环境标准只对制定该标准的机构所辖的或其下级行政机构所辖的地区适用；

当地方污染物排放标准与国家污染物排放标准并存，而且地方标准严于国家标准时，优先适用地方标准。

四、环境标准在环境法实施中的作用

作为环保法的重要组成部分的环境标准的作用是：

（一）环境质量标准是确定环境的污染程度以及是否应让排污者承担相应的法律责任的根据。

（二）污染物排放标准是认定排污行为是否违法以及排污者是否应承担相应的法律义务和责任的根据。

根据我国环境法的规定，合法排污，只有在已造成环境污染或破坏的情况下才承担某些民事责任。而违法排污，除了应按规定缴纳超标排污费外，还会受到行政处罚；如果因此造成环境污染损害，还要承担民事责任；使环境受到严重污染，导致人身伤亡或公私财产重大损失的，还要承担刑事责任。

（三）环境基础标准被用来确定单个的环境标准的合法有效性。

（四）环境方法标准被用来确定环境监测数据以及环境纠纷中有关各方出示的证据是否合法有效。

（五）环境样品标准被用来标定环境监测仪器和检验环境保护设备的性能。

第五节 环境保护法律责任

一、环境保护法律责任的概念和特点

（一）概念

所谓环保法律责任是指因不履行环保法律义务而依法必须承担的否定性的法律后果。

包括环保行政责任、环保民事责任和环保刑事责任。

（二）特点

与其它法律责任相比，环保法律责任有许多不同之处；

1. 环保法律责任的承担不以违法为必要前提。
2. 环保民事责任与环保行政责任竞合。
3. 实行无过错责任原则。
4. 环保违法具有重罚趋势。

为遏制环境恶化，减少污染危害，环保法律责任日趋加重：

（1）加重了处罚的程度。可以责令污染企业停产、搬迁、关闭。同时明显增加了罚款金额。

（2）实行惩罚性损害赔偿。环境污染损害发生后，之所以往往要处以大于可见损害实际价值的环境损害赔偿费，目的显然是为了遏制愈益严重的环境违法行为。

（3）以特别刑事手段严厉惩罚环境犯罪。原来不属于犯罪的违反环保法行为，在特别环境立法中被定为犯罪，而且法人可以是环境刑事处罚的对象，在刑事特别法中直接规定了比原先要重的处罚。

（4）实行两罚或多罚制度，我国法律规定，对于违反环保法或者造成环境污染破坏的行为，除了追究直接责任人的责任外，还要追究该行为人所属单位及其领导者或其雇主的责任。

二、环保行政责任

（一）环保行政责任的概念及其种类

1. 环保行政责任。指环保行政法律关系的主体违反环保行政法律规范或不履行环保行政法律义务所应承担的否定性的法律后果。

2. 环保行政责任的分类。（1）环保行政管理主体的环境行政责任。是指具有一定环保行政管理职权的机构及其工作人员因违反环保法或其它有关法律规定而所应承担的法律责任。（2）环保行政相对人所承担的责任。环保行政相对人的环保行政责任，是指因环保行政相对人违反环保法或不履行环境保护义务而受到的行政处罚和行政处分。它们的共同点是，作为对违法者的制裁和惩罚，二者都是行为人违反环保法的规定而承担的法律责任。其不同之处在于：其实施的机关不同；适用的对象不同；责任形式不同；补救途径不同。（3）制裁性的环保行政责任。即指为了达到一般预防和特殊预防的效果，而对违反环保行政法律规范的公民或法人所设定的惩罚措施。（4）补救性的环保行政法律责任。即指为弥补环保违法行为所造成的危害后果，而对违反环保行政法律规范或者不履行环保行政法律义务的公民或法人而设定的责任。

（二）环保行政相对人所受的行政处罚

所谓环保行政处罚是指，由法定行使环保行政管理职权的机关，对违反环保法但尚未构成犯罪的单位和个人，所实施的制裁。这种必须按法定的行

政程序实施的制裁，其方式必须由法律、法规作出明确规定。其分为申诫罚、行为罚、财产罚和自由罚四类，可以并处。

（三）环保行政相对人所受的行政处分

1. 环保行政处分的定义。对环境违法行为负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，不构成犯罪时，由其所在单位或者政府主管机关给予的惩戒性的制裁，称之为环保行政处分。

2. 特征。（1）其并非是违反单位内部规章和纪律的纪律责任，而是一种违反国家环保法律、法规的行政法律责任。（2）它是对违法但尚不构成犯罪的行为适用的。（3）这种责任一般在单位违法而被处罚或承担了民事责任的情况下适用，在个人违法的情况下有时也会适用。（4）实施处分的机构须是受处分人员的所在单位或政府主管机关，而不是专门从事环境行政管理的机关。

3. 环保行政处分的形式。不论是企业单位的职工，还是国家机关工作人员，都可能受到环境行政处分，其处分形式因人而异。

三、环保民事责任

（一）定义

环保民事责任是指环保法律关系主体，因不履行环境保护法律义务而侵害了他人的环境权益时，所必须承担的否定性的法律后果。

（二）特征

1. 与普通的民事责任相区别，环保民事责任是侵权行为责任。

2. 环保民事责任是因环境侵权损害而承担的责任。

3. 由于即使侵权行为人本身无过错，只要给他人造成损害，也得承担责任。所以环保民事责任是一种特殊的侵权行为责任。

4. 环保民事责任与环保行政责任和环保刑事责任以及环保民事制裁相区别，环保民事法律责任是平等主体之间一方当事人对另一方当事人的责任，其主要目的在于以保护、恢复或补偿被侵害者的权利，而不像在刑事责任和行政制裁中，是行为人向国家承担责任。

（三）环保民事责任的构成要件

1. 区别。环保民事责任的构成要件作为环保侵权行为人承担环保民事责任的前提条件，与普通的民事责任的构成要件有许多不同之处。

（1）合法的行为造成环境危害后果也要承担环境民事责任，故承担环保民事责任并不以违法为前提。

（2）对于无过错的行为也得承担责任，故承担环保民事责任不以侵权行为人主观上有过错为要件。

2. 环保民事责任的构成要件。（1）须有危害环境的行为存在。（2）须有环境损害的事实存在。不过即使只有损害而无损失同样可以构成环保民事责任。（3）有害环境的行为与环境损害事实之间须有因果关系。

（四）环保民事责任的免除

虽然法律规定具备环境民事责任的构成条件就应承担环境民事责任，但并非所有具备环境民事责任构成的情况都得承担责任，法律还规定了免予承担环保民事责任的条件。

1. 不可抗力。是法定的免责理由，但如果排污者在不可抗力发生后没有及时采取措施，或者采取的措施不合理，也不能完全免除其责任。

2. 受害人自我致害。当然应由其自己负责任。

3. 第三人过错。应由第三人承担环境损害责任，从而也就免除了环境开发利用者的责任。

（五）环保民事责任的承担方式

我国的环保法中并没有统一规定承担环保民事责任的具体方式，《民法通则》有关民事责任的规定，当然可以适用于承担环保民事责任的各种情况。

具体实施时，为保护受害人的环境权益，要根据侵权行为的具体情况，对侵权人适用各种环境民事责任形式，既可以单独适用，也可以合并适用。

四、环保刑事责任

（一）环保刑事责任的概念和特征

1. 概念。环境刑事责任作为对环境违法行为的最严厉制裁是指，行为人违反国家的法律，造成或可能造成环境严重污染或破坏，构成犯罪时，依法所应承担的，以刑罚为处罚方式的法律后果。

2. 环境刑事责任的特征。（1）与环保民事责任不同，环境刑事责任以行为的违法性为必要前提，法无明文不为罪，不违法就不能追究环境刑事责任。

（2）必须是以环境为直接侵害对象，造成或可能造成环境污染或破坏的行为，才构成环保刑事犯罪。

（3）只有经过刑事审判程序才能科以刑罚。处罚方式的不同是环境刑事责任与其它环境法律责任的最主要的区别。

（二）承担环保刑事责任的条件

1. 环保犯罪的主体。我国的新刑法已将单位规定为犯罪主体。环境犯罪在大多数情况下其主体是法人组织，当然有时也可能是非法人组织，但都统称为法人犯罪。

2. 环保犯罪的主观方面。在破坏环境的犯罪中，多以故意为特征；在污染环境的犯罪中，就环境被污染后又导致的财产损失和人身伤亡而言，通常则更多是过失的心态。所以污染环境的犯罪在我国以过失犯罪居多。

3. 环境犯罪的客体。环境犯罪的直接客体，因犯罪行为侵害对象的不同，可以是财产权，可以是人身权，有时可能是国家环境保护管理的秩序。我国的新刑法中，专门规定了破坏环境资源保护罪。

4. 环境犯罪的客观方面。环境犯罪的客观方面是环境犯罪活动外在表现的总和。包括犯罪人所从事的危害环境的行为、危害结果以及行为与结果之间的因果关系。

（三）环保刑事责任的具体罪名

按照我国新刑法的规定，环保犯罪的具体罪名包括：违反规定排放、倾倒、处置危险废物罪；违反规定进境倾倒、堆放、处置境外的固体废物罪，擅自进口固体废物罪；非法捕捞水产品罪；非法猎捕、杀害珍贵、濒危野生动物罪，非法收购、运输、出售珍贵、濒危野生动物及其制品罪、非法狩猎罪；非法占用耕地罪；无证擅自开采矿产资源罪、破坏性开采矿产资源罪；非法采伐、毁坏珍贵树木罪；盗伐林木罪、滥伐林木罪、非法收购盗伐、滥伐的林木罪。

对于单位构成环保犯罪的，只能适用财产刑。

第十章 劳动法

第一节 劳动法概述

一、劳动法的概念和调整对象

劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。它是一个独立的法律部门。我国劳动法的内容包括：促进就业法、劳动合同法、集体合同法、工作时间和休息休假时间法、工资法、劳动安全卫生法、女职工和未成年工特殊劳动保护法、职业培训法、劳动纪律法、社会保险和福利法、工会和职工民主管理法、劳动争议处理法、劳动监督检查法。劳动法是融实体法和程序法为一体的劳动法律规范的总和。

劳动法的调整对象是劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系。劳动法调整的劳动关系是狭义劳动关系，指劳动者与用人单位之间在实现劳动过程中发生的社会关系。劳动法调整的劳动关系具有以下特征：

（一）劳动关系是劳动者与用人单位基于劳动合同发生的社会关系。建立劳动关系应当订立劳动合同。劳动者与用人单位通过签订劳动合同确立劳动关系。劳动关系当事人一方劳动者是另一方用人单位的成员，用人单位为使用劳动者劳动力而由劳动者与用人单位明确相互权利和义务，形成提供劳动力与使用劳动力的社会关系。我国劳动法只调整基于劳动合同形成的劳动关系，至于通过其他形式形成的劳动关系则由其他法律调整。

（二）劳动关系是在实现劳动过程中发生的社会关系。所谓实现劳动过程，就是劳动者参加用人单位生产产品或提供服务的过程。它是劳动者同用人单位提供的生产资料相结合，而不是劳动者同自有的、自己支配的生产资料相结合。劳动者或其家庭成员同自有的、自己支配的生产资料相结合，就不会形成劳动法调整的劳动关系。劳动法调整的劳动关系，必须是劳动者同用人单位提供的生产资料相结合，在实现劳动过程中发生的社会关系。明确劳动关系是在实现劳动过程中发生的社会关系，就可以将劳动法调整的劳动关系与某些与劳动有关、但不是在实现劳动过程中发生的、由其他法律调整的社会关系区别开来。

（三）劳动关系是具有人身关系、经济关系属性的社会关系。劳动者是劳动力的所有者，劳动力即劳动能力与劳动者人身不可须臾分离，具有人身性。用人单位根据劳动者本人状况尤其是文化程度、技术业务水平、身体状况和现实表现等条件，录用其从事某种劳动，建立劳动关系。在社会主义条件下，劳动仍是劳动者谋生的手段，劳动者通过劳动换取生活资料，劳动是有偿劳动。用人单位因使用劳动力而给予劳动者劳动报酬。劳动关系是一种经济关系。因此，劳动者必须亲自履行劳动职责，不能由他人替代劳动。劳动关系具有人身关系、经济关系属性，是劳动关系与可以委托代理人代替自己从事法律活动的民事关系以及无偿的义务劳动关系相区别的又一特征。

（四）劳动关系是具有平等性、从属性的社会关系。劳动者与用人单位的法律地位平等，劳动关系是具有平等性的社会关系。劳动者是用人单位的工作人员。用人单位是劳动者的管理者和劳动力的支配者，劳动关系双方当事人形成管理与被管理、支配与被支配的社会关系。劳动关系又是具有从属性的社会关系。劳动关系既具有平等性又具有从属性，这与民事关系双方当事人具有平等性、行政关系双方当事人具有从属性显著不同。

劳动法的调整对象主要是劳动关系，同时还调整与劳动关系密切联系的其他社会关系。这些关系本身虽不是劳动关系，但是它与劳动关系有密切联系，有的是发生劳动关系的必要前提，有的是劳动关系的直接后果，有的是随着劳动关系而附带产生的关系，因而也是劳动法的调整对象。与劳动关系密切联系的其他社会关系表现为：

1. 因管理劳动力而发生的社会关系。即有关国家机关和其他机构因开发、配置劳动力资源而同用人单位、劳动者发生的社会关系。

2. 因执行社会保险而发生的社会关系。即社会保险机构和有关国家机关与用人单位、劳动者因执行社会保险而发生的社会关系。

3. 因组织工会和工会活动而发生的社会关系。即工会与职工、工会与用人单位因职工组建或参加工会、职工参与民主管理、维护职工合法权益而发生的社会关系。

4. 因处理劳动争议而发生的社会关系。即劳动争议处理机构因调解、仲裁、裁判劳动争议案件而同劳动者、用人单位发生的社会关系。

5. 因监督劳动法律、法规的执行而发生的社会关系。即有关国家机关和工会因监督检查劳动法律、法规的执行而同用人单位发生的社会关系。

二、《中华人民共和国劳动法》的适用范围

《中华人民共和国劳动法》（以下简称《劳动法》）由第八届全国人民代表大会常务委员会第八次会议于1994年7月5日通过，自1995年1月1日起施行。

《劳动法》第2条规定：“在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者，适用本法。国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者，依照本法执行。”根据这一规定，《劳动法》适用于：1. 在中华人民共和国境内的企业、个体经济组织（以下统称用人单位）和与之形成劳动关系的劳动者；2. 国家机关、事业组织、社会团体的工勤人员；3. 实行企业化管理的事业组织的非工勤人员；4. 其他通过劳动合同（包括聘用合同）与国家机关、事业组织、社会团体建立劳动关系的劳动者。

《劳动法》不适用于公务员和比照实行公务员制度的事业组织和社会团体的工作人员，以及农村劳动者（乡镇企业职工和进城务工、经商的农民除外）、现役军人、家庭保姆、在中华人民共和国境内享有外交特权和豁免权的外国人等。

三、劳动者的基本权利和义务

（一）劳动者的基本权利

《劳动法》第3条第1款规定：“劳动者享有平等就业和选择职业的权利、取得劳动报酬的权利、休息休假的权利、获得劳动安全卫生保护的权利、接受职业技能培训的权利、享受社会保险和福利的权利、提请劳动争议处理的权利以及法律规定的其他劳动权利。”

（二）劳动者的义务

《劳动法》第3条第2款规定：“劳动者应当完成劳动任务，提高职业技能，执行劳动安全卫生规程，遵守劳动纪律和职业道德。”

第二节 促进就业

一、促进就业的概念和措施

促进就业，是指国家为保障公民实现劳动权所采取的创造就业条件、扩大就业机会的各种措施的总称。

促进就业是国家的基本职责。国家和地方各级人民政府主要采取以下措施，创造就业条件，扩大就业机会：

（一）促进经济和社会发展，创造就业条件。《劳动法》第 10 条第 1 款规定：“国家通过促进经济和社会发展，创造就业条件，扩大就业机会。”

（二）兴办产业，拓展经营，增加就业岗位。《劳动法》第 10 条第 2 款规定：“国家鼓励企业、事业组织、社会团体在法律、法规规定的范围内兴办产业或者拓展经营，增加就业。”

（三）组织起来就业和从事个体经营。《劳动法》第 10 条第 3 款规定：“国家支持劳动者自愿组织起来就业和从事个体经营实现就业。”

（四）发展职业介绍机构，提供就业服务。《劳动法》第 11 条规定：“地方各级人民政府应当采取措施，发展多种类型的职业介绍机构，提供就业服务。”

二、劳动就业的概念和原则

劳动就业，是指具有劳动能力的公民在法定劳动年龄内从事某种有一定劳动报酬或经营收入的社会职业。

根据《劳动法》的规定，劳动就业原则有以下几项：

（一）平等就业原则

平等就业，是指在就业机会均等和录用标准相同的条件下，求职者以平等的身份相互竞争实现就业。《劳动法》第 3 条、第 12 条、第 13 条分别规定：劳动者享有平等就业的权利；“劳动者就业，不因民族、种族、性别、宗教信仰不同而受歧视”；“妇女享有与男子平等的就业权利。在录用职工时，除国家规定的不适合妇女的工种或者岗位外，不得以性别为由拒绝录用妇女或者提高对妇女的录用标准。”

（二）双向选择原则

双向选择即求职者与用人单位双向选择，是指求职者自由选择用人单位，用人单位自主择优录用求职者。《劳动法》第 3 条规定，劳动者享有选择职业的权利。求职者享有选择职业的权利，即求职者可以根据自身的素质、意愿和劳动力市场价格信息，选择用人单位；用人单位享有用人自主权，即用人单位可以根据生产经营需要和工作岗位特点，按照面向社会、公开招用、全面考核、择优录用的原则，选择必要数量、相应质量的求职者。求职者与用人单位在平等自愿、协商一致的基础上通过签订劳动合同实现求职者就业和用人单位使用劳动力。

（三）照顾特殊群体人员就业原则

特殊群体人员，是指谋求职业有困难或处境不利的人员的统称。包括残疾人、少数民族人员、退出现役的人员以及两劳释放人员等。《劳动法》第 14 条规定：“残疾人、少数民族人员、退出现役的军人的就业，法律、法规有特别规定的，从其规定。”《中华人民共和国残疾人保障法》规定，国家推动各单位吸收残疾人就业，机关、团体、企业事业组织、城乡集体经济组织，应当按一定比例安排残疾人就业，并为其选择适当的工种和岗位。《中

华人民共和国民族区域自治法》规定，在同等条件下优先招收录用当地少数民族人员。《中华人民共和国兵役法》和《退伍义务兵安置条例》规定，符合安排工作条件的义务兵退出现役后，由当地政府负责安排工作。但是，在依法保障退伍义务兵的第一次安置就业的同时，对自愿到劳动力市场竞争就业和自谋职业的应予支持和鼓励。

（四）禁止使用童工原则

童工是指未满 16 周岁，与用人单位或者个人发生劳动关系从事有经济收入的劳动或者从事个体劳动的少年、儿童。法律规定禁止使用童工。《劳动法》第 15 条规定：“禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人。文艺、体育和特种工艺单位招用未满 16 周岁的未成年人，必须依照国家有关规定，履行审批手续，并保障其接受义务教育的权利。”1991 年 4 月 15 日国务院发布的《禁止使用童工规定》第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条、第 8 条分别规定：禁止国家机关、社会团体、企业事业单位（以下统称为单位）和个体工商户、农户、城镇居民（以下统称为个人）使用童工；禁止各种职业介绍机构以及其他单位和个人为未满 16 周岁的少年、儿童介绍职业；禁止各级工商行政管理部门为未满 16 周岁的少年儿童发个体营业执照；父母或其他监护人不得允许未满 16 周岁的子女或被监护人做童工。但是，文艺、体育和特种工艺单位，确需招用未满 16 周岁的文艺工作者、运动员和艺徒时，须报经县级以上（含县级）劳动行政部门批准。

第三节 劳动合同

一、劳动合同的概念和特征

劳动合同，是指劳动者与用人单位之间为确立劳动关系，明确双方权利和义务的书面协议。

劳动合同除了具有合同的共同特征以外，还有自己独有的下列特征：

（一）劳动合同主体具有特定性。劳动合同主体一方是劳动者，即具有劳动权利能力和劳动行为能力的中国人、外国人和无国籍人；另一方是用人单位，即具有使用劳动力的权利能力和行为能力的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体等用人单位。

（二）劳动合同内容具有权利义务统一性和对应性。劳动合同规定劳动者、用人单位双方在实现劳动过程中的权利义务。双方的权利与义务具有统一性。没有只享受权利而不履行义务的，也没有只履行义务而不享受权利的。劳动合同双方当事人的权利与义务还具有对应性。一方的权利是另一方的义务，反之亦然。

（三）劳动合同客体具有单一性。劳动合同双方当事人的权利义务共同指向劳动者的劳动力，即蕴涵在劳动者体内的脑力与体力结合而成的劳动能力。劳动力是劳动合同的唯一客体。因此，劳动合同客体具有单一性。

（四）劳动合同具有要式、有偿合同的特性。我国劳动法规定，劳动合同应当以书面形式订立。劳动者与用人单位依法就劳动合同条款内容协商达成一致意见，采用书面形式签订劳动合同，劳动合同方为成立。用人单位根据劳动者劳动的数量和质量给付劳动报酬，不能无偿使用劳动者的劳动力。

（五）劳动合同具有涉及第三人利益的特性。劳动合同往往涉及第三人的物质利益。劳动者因享有社会保险和福利待遇的权利而附带产生没有参加签订劳动合同的第三人即劳动者直系亲属依法享受有关的社会保险和福利待遇。

二、劳动合同的订立

（一）订立劳动合同的原则

劳动合同的订立，是指劳动者与用人单位之间为建立劳动关系，依法就双方的权利义务协商一致，设立劳动合同关系的法律行为。《劳动法》第17条规定：“订立和变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。”根据这一规定，订立劳动合同必须遵守下列原则：

1. 合法的原则。所谓合法，就是依法订立劳动合同。订立劳动合同，不得违反法律、行政法规的规定。依法订立劳动合同，必须符合三项要求：（1）当事人必须具备合法资格。作为用人单位，应是依法成立的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体等用人单位。作为劳动者，必须具有劳动权利能力和劳动行为能力，凡年满16周岁、初中文化程度、身体健康的中国人、外国人和无国籍人，均具有签订劳动合同的资格。（2）劳动合同内容合法。劳动合同各项条款必须符合法律、行政法规的规定。（3）劳动合同形式合法。劳动合同以书面订立，方为合法。只有依法订立劳动合同，才能得到国家承认，并受法律保护。

2. 平等自愿、协商一致的原则。平等，是指劳动者与用人单位的法律地位平等，双方都以平等的身份订立劳动合同。自愿，是指订立劳动合同完全

出于双方当事人自己的意志，任何一方不得将自己的意志强加给对方，任何第三者也不得对其订立劳动合同进行非法干涉。协商一致，是指劳动者与用人单位依法对劳动合同各项条款在充分表达自己意思的基础上，经过平等协商，取得一致意见，签订劳动合同。

（二）订立劳动合同的要求

1. 劳动合同主体。劳动合同主体必须具有合法资格。只有具有劳动权利能力和劳动行为能力的劳动者、具有使用劳动能力的权利能力和行为能力的用人单位，才具有订立劳动合同的主体资格。

劳动者必须亲自同用人单位签订劳动合同。任何单位（包括工会）和个人无权代表劳动者同用人单位签订劳动合同。下列几种劳动合同的具体签订办法是：

（1）厂长、经理由上级部门聘任或委任的，应与聘任或委任部门签订劳动合同。实行公司制的经理和有关经营管理人员，应与董事会签订劳动合同。

（2）企业和实行企业化管理的事业组织的党委书记、工会主席等党群专职人员也是劳动者的一员，应当签订劳动合同。但在订立劳动合同的方式上，对尚未签订劳动合同的党委书记、工会主席，可以和厂长、经理一样，与其所在单位的上级主管部门签订劳动合同。

（3）实行租赁经营（生产）、承包经营（生产）的企业，依据租赁合同或承包合同，承租人、承包人如果作为该企业的法定代表人或者该企业法定代表人授权委托时，可代表该企业与劳动者签订劳动合同。

（4）派出到合资、参股单位的职工如果与原单位仍保持劳动关系，应当与原单位签订劳动合同；原单位可就劳动合同的有关内容在与合资、参股单位订立劳务合同时，明确职工的工资、保险、福利、休假等待遇。

（5）用人单位应与其富余人员、放长假的职工签订劳动合同，但其劳动合同与在岗职工的劳动合同在内容上可就不在岗期间的有关事项作出规定。

（6）用人单位应与其长期被外单位借用的人员、带薪上学人员、其他非在岗但仍保持劳动关系的人员签订劳动合同，但在外借和上学期间可就劳动合同中某些相关条款经双方协商予以变更。

（7）请长病假的职工，在病假期间与原单位保持劳动关系，用人单位应与其签订劳动合同。

（8）原固定职工中经批准的停薪留职人员，愿意回原单位继续工作的，原单位应与其签订劳动合同。

（9）对于用人单位招（接）收的大中专毕业生，按有关规定签订了服务合同或其他协议的，未到期的仍应继续履行，并应与用人单位签订劳动合同。

2. 劳动合同内容。劳动合同内容，是指劳动者与用人单位达成的劳动权利义务的具体规定。具体表现为合同条款。《劳动法》第19条规定：“劳动合同应当以书面形式订立，并具备以下条款：（一）劳动合同期限；（二）工作内容；（三）劳动保护和劳动条件；（四）劳动报酬；（五）劳动纪律；（六）劳动合同终止的条件；（七）违反劳动合同的责任。劳动合同除前款规定的必要条款外，当事人可以协商约定其他内容。”根据这一规定，劳动合同内容可分为法定内容和商定内容两部分。

法定内容，是指劳动法律规范规定的、劳动合同当事人必须遵照执行的内容。劳动者与用人单位订立劳动合同时，必须规定下列法定内容：（1）工作时间和休息休假。工作时间和休息休假是法定的，必须依法规定。（2）劳

动保护和劳动条件。前者是为保障劳动者在劳动过程中的安全 and 健康所采取的各项保护措施，后者则是为劳动者提供符合国家劳动安全卫生标准的工作环境。劳动合同中规定的劳动保护和劳动条件必须符合劳动法律、法规的规定。（3）劳动待遇。工资、保险、福利等项劳动待遇，不得低于国家规定的标准。劳动合同中的法定内容是劳动法律、法规规定的，但是双方当事人可以在法律规定的范围内协商具体执行办法。

商定内容，是指劳动合同当事人双方协商规定的内容。商定内容分为必要内容和补充内容。必要内容，是指劳动合同必须具备的内容，缺少了它劳动合同就不能成立。必要内容包括劳动合同期限、工作内容和劳动待遇等。补充内容，是指并非劳动合同成立必须具备的内容，缺少了它劳动合同依然成立。例如劳动合同是否规定试用期，是否约定保守用人单位商业秘密，以及用人单位是否向劳动者提供住房、班车、托儿所、幼儿园和其他生活福利设施等。劳动合同双方当事人商定的内容，无论是必要内容还是补充内容，都不得违反劳动法律、法规的规定，否则，一律无效。这里需要强调的是，用人单位在与劳动者订立劳动合同时，不得以各种名目向劳动者收取定金、保证金（物）、抵押金（物）和其他费用。对违反这一规定的，由公安部门和劳动行政部门责令用人单位立即退还给劳动者本人。

3. 劳动合同期限。劳动合同期限，是指劳动合同有效期间。劳动合同期限包括试用期（劳动合同可以约定试用期，试用期最长不得超过6个月）。关于劳动合同期限，《劳动法》第20条第1款规定：“劳动合同的期限分为有固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限。”

（1）有固定期限的劳动合同。又称定期劳动合同。它是指双方当事人约定合同有效的起始和终止日期的劳动合同。期限一般为1年、3年、5年等，不宜太长。用人单位经批准招用农民工，其劳动合同期限可以由用人单位和劳动者协商确定。从事矿山井下以及在其他有害身体健康的工种、岗位工作的农民工，实行定期轮换制度，合同期限最长不超过8年。劳动合同期限届满，劳动合同即告终止。经双方当事人协商同意，期限届满可以续订劳动合同。

（2）无固定期限的劳动合同。又称无定期劳动合同。它是指双方当事人不约定合同终止日期的劳动合同。只要不出现法律、法规规定或双方约定的可以解除、终止劳动合同的条件，劳动合同就不能解除、终止。《劳动法》第20条第2款规定：“劳动者在同一用人单位连续工作满10年以上，当事人双方同意续延劳动合同的，如果劳动者提出订立无固定期限的劳动合同，应当订立无固定期限的劳动合同。”但是，用人单位不得与农民工签订无固定期限的劳动合同。

（3）以完成一定工作为期限的劳动合同。它是指双方当事人将完成某项工作或工程作为合同终止日期的劳动合同。当某项工作或工程完成后，劳动合同自行终止。这种合同实际上是定期劳动合同，只是不具体规定劳动合同的起始和终止日期。

（三）劳动合同的效力

1. 劳动合同的成立和生效。劳动合同成立，是指双方当事人意思表示一致，设立劳动合同关系。劳动合同成立，并不意味着劳动合同一定生效。

劳动合同生效，是指劳动合同具有法律效力的起始时间。依法订立的劳动合同，其生效时间始于合同签订之日。劳动合同订立后，需要鉴证或公证

的，其生效时间始于已经鉴证或公证之日。

2. 劳动合同的无效。无效劳动合同，是指当事人违反法律、行政法规的规定，订立的不具有法律效力的劳动合同。

《劳动法》第 18 条第 1 款规定：“下列劳动合同无效：（一）违反法律、行政法规的劳动合同；（二）采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。”所谓违反法律、行政法规，是指实施法律、行政法规所明令禁止的行为，不能作任意扩大化的解释。采取欺诈手段订立劳动合同，是指一方当事人故意告知对方当事人虚假的情况，或者故意隐瞒真实的情况，诱使对方当事人作出错误意思表示，同意签订劳动合同。采取威胁手段订立劳动合同，是指当事人一方要挟对方，迫使对方违心地同意签订劳动合同。

无效劳动合同又分为全部无效和部分无效两类。全部无效劳动合同，是指劳动合同当事人和基本内容违反法律、行政法规的禁止性规定，劳动合同条款全部无效。部分无效劳动合同，是指劳动合同部分条款违反法律、行政法规的规定，但不影响劳动合同基本内容的，违反法律、行政法规的那部分条款无效，其余条款仍然具有法律效力。因此，《劳动法》第 18 条第 2 款规定：“无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。”

无效劳动合同确认权，是指确认劳动合同为无效的权力。《劳动法》第 18 条第 3 款规定：“劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。”

三、劳动合同的履行

（一）履行劳动合同的原则

劳动合同履行，是指双方当事人按照劳动合同规定的条件，履行义务并且行使权利的行为。《劳动法》第 17 条第 2 款规定：“劳动合同依法订立即具有法律约束力，当事人必须履行劳动合同规定的义务。”任何第三方不得非法干预劳动合同的履行。

履行劳动合同，必须遵循以下四项原则：

1. 亲自履行原则。亲自履行，是指劳动合同当事人必须自己履行自己所应承担义务的行为。任何一方当事人不得将自己的义务转给他人代为履行。

2. 权利义务相统一原则。权利义务相统一，是指当事人的权利与义务相辅相成，是一个不可分割的整体。任何一方当事人既享有权利又履行义务。劳动合同双方当事人互为权利、义务主体，其权利义务是在劳动过程中实现。劳动合同双方当事人互有请求权，以保证劳动合同规定的双方权利义务得以实现。

3. 全面履行原则。全面履行，是指劳动合同当事人按双方约定的各项条款履行劳动合同。当事人任何一方不得分割履行各项义务或不按合同约定履行。

4. 协作履行原则。协作履行，是指双方当事人相互协作，保证劳动合同得以履行。

（二）履行劳动合同的要求

1. 劳动合同条款约定不明确的履行要求

劳动合同条款约定不明确而难以履行的，由劳动合同双方当事人依据劳动法律、行政法规和规章的规定自行协商，明确有关劳动合同条款的内容，或者参照本单位同工种、同岗位（职务）、同职务的有关标准履行。

2. 劳动合同条款未作规定的履行要求。劳动合同条款未作规定的，按照法律、法规的规定或者按照符合法律规定的用人单位内部劳动规则和其他规章制度的规定履行。

3. 劳动合同条款与集体合同规定不一致的履行要求。劳动合同条款与本单位集体合同规定的有关规定不一致的，按照集体合同的有关规定履行。

四、劳动合同的变更

（一）变更劳动合同的原则和条件

变更劳动合同，应当遵循平等自愿、协商一致的原则，不得违反法律、行政法规的规定。

根据《劳动法》和《国营企业实行劳动合同制暂行规定》的有关规定和变更劳动合同的实际情况，允许变更劳动合同的条件是：

1. 经双方当事人协商同意的。
2. 订立劳动合同时所依据的法律、行政法规和规章已经修改或废止。
3. 劳动合同条款与集体合同规定不同的。
4. 企业经上级主管部门批准或根据市场变化决定转产或调整生产任务。
5. 企业严重亏损或因发生自然灾害，确实无法按照原约定的条件履行劳动合同的。
6. 因其他客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。
7. 劳动者因健康状况而不能从事原工作的。
8. 法律、法规允许的其他情况。

在劳动合同没有变更的情况下，用人单位不得安排劳动者从事劳动合同规定以外的的工作，但下列情况除外：

1. 发生事故或遇灾害，需要及时抢修或救灾。
2. 发生短期停工。
3. 劳动者违反劳动纪律而被调动从事其他工作。
4. 法律、法规允许的其他情况。

（二）变更劳动合同的程序

变更劳动合同的程序，一般分为以下三个步骤：

1. 及时提出变更合同的建议。当事人一方向对方提出变更劳动合同的建议，说明变更合同的理由、内容、条件以及请求对方答复的期限等项内容。
2. 按期作出答复。当事人一方得知另一方提出变更合同的建议，应在对方规定的期限内作出答复，可以依法表示同意、不完全同意或不同意。
3. 双方达成书面协议。双方当事人就变更劳动合同的内容经协商取得一致意见，达成变更劳动合同的书面协议。

劳动合同部分内容变更后，其他内容可以维持原劳动合同的规定，也可以作相应的修改。

五、劳动合同的解除

（一）解除劳动合同的条件和程序

劳动合同的解除，是指劳动合同当事人在劳动合同期限届满之前终止劳动合同关系的法律行为。解除劳动合同，可以分为以下几种情况：

1. 双方协商解除劳动合同。《劳动法》第 24 条规定：“经劳动合同当事人协商一致，劳动合同可以解除。”

双方协商解除劳动合同的条件：一是双方自愿，二是平等协商，三是不得损害另一方利益。

双方协商解除劳动合同，须达成解除劳动合同的书面协议。

2.用人单位单方解除劳动合同。用人单位单方解除劳动合同，可分为以下三种情况：

（1）因劳动者不符合录用条件或者有严重过错或触犯刑律，用人单位可随时通知劳动者解除劳动合同。《劳动法》第 25 条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，对用人单位利益造成重大损害的；（四）被依法追究刑事责任的。”

（2）因劳动者不能胜任工作或因客观原因致使劳动合同无法履行的，用人单位应提前 30 日书面通知劳动者，方可解除劳动合同。《劳动法》第 26 条规定：“有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同，但是应当提前 30 日以书面形式通知劳动者本人：（一）劳动者患病或者非因工负伤，医疗期满后，不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议的。”

（3）因经济性裁减人员，用人单位按照法定程序与被裁减人员解除劳动合同。《劳动法》第 27 条规定：“用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，确需裁减人员的，应当提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见，经向劳动部门报告后，可以裁减人员。用人单位依据本条规定裁减人员，在 6 个月内录用人员的，应当优先录用被裁减的人员。”

应当注意的是，《劳动法》第 29 条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依据本法第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同：（一）患职业病或者因负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（二）患病或者负伤，在规定的医疗期内的；（三）女职工在孕期、产期、哺乳期内的；（四）法律、行政法规规定的其他情形。”

3.劳动者单方解除劳动合同。劳动者单方解除劳动合同，可分为以下两种情况：

（1）提前 30 日书面通知用人单位解除劳动合同。《劳动法》第 31 条规定：“劳动者解除劳动合同，应当提前 30 日以书面形式通知用人单位。”

（2）随时通知用人单位解除劳动合同。《劳动法》第 32 条规定：“有下列情形之一的，劳动者可以随时通知用人单位解除劳动合同：（一）在试用期内的；（二）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；（三）用人单位未按照劳动合同约定支付劳动报酬或者提供劳动条件的。”

4.劳动合同自行解除。劳动者被开除、除名或因违纪被辞退，劳动合同自行解除。

（二）解除劳动合同的经济补偿

解除劳动合同的经济补偿，是指因解除劳动合同而由用人单位给予劳动者的一次性的经济补偿金。

《劳动法》第 28 条规定：“用人单位依据本法第二十四条、第二十六条、第二十七条的规定解除劳动合同的，应当依照国家有关规定给予经济补偿。”

根据 1994 年 12 月 3 日劳动部制定的《违反和解除劳动合同的经济补偿办法》，对解除劳动合同的经济补偿的具体办法是：

1. 经劳动合同当事人协商一致，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应根据劳动者在本单位工作年限，每满 1 年发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。工作时间不满 1 年的按 1 年的标准发给经济补偿金。

2. 劳动者患病或者非因工负伤，经劳动鉴定委员会确认不能从事原工作、也不能从事用人单位另行安排的工作而解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位的工作年限，每满 1 年发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，同时还应发给不低于 6 个月工资的医疗补助费。患重病和绝症的还应增加医疗补助费，患重病的增加部分不低于医疗补助费的 50%，患绝症的增加部分不低于医疗补助费的 100%。

3. 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位仍不能胜任工作，由用人单位解除劳动合同的，用人单位应按其在本单位工作的年限，工作时间每满 1 年，发给相当于 1 个月工资的经济补偿金，最多不超过 12 个月。

4. 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使原劳动合同无法履行，经当事人协商不能就变更劳动合同达成协议，由用人单位解除劳动合同的，用人单位按劳动者在本单位工作的年限，工作时间每满 1 年，发给相当于 1 个月工资的经济补偿金。

5. 用人单位濒临破产进行法定整顿期间或者生产经营状况发生严重困难，必须裁减人员的，用人单位按被裁减人员在本单位工作的年限支付经济补偿金。在本单位工作的时间每满 1 年，发给相当于 1 个月工资的经济补偿金。

经济补偿金的工资计算标准，是指企业正常生产情况下劳动者解除劳动合同前 12 个月的月平均工资。

用人单位解除劳动合同后，未按规定给予劳动者经济补偿，除全额发给经济补偿金外，还须按该经济补偿金数额的 50% 支付额外经济补偿金。

六、劳动合同的终止

劳动合同终止，是指终止劳动合同的法律效力。

劳动合同订立后，双方当事人不得随意终止劳动合同。只有法律规定或当事人约定的情况出现，劳动合同即行终止。《劳动法》第 23 条规定：“劳动合同期满或者当事人约定的劳动合同终止条件出现，劳动合同即行终止。”根据这一规定和终止劳动合同的实际情况，有下列情形之一的，劳动合同即行终止：（1）劳动合同期限届满；（2）企业宣告破产或者依法解散、关闭、撤销；（3）劳动者被开除、除名或因违纪被辞退；（4）劳动者完全丧失劳动能力或者死亡；（5）劳动者达到退休年龄；（6）法律、法规规定的其他情况。

七、违反劳动合同的赔偿责任

（一）用人单位承担的赔偿责任

用人单位违反《劳动法》有关劳动合同规定的情形有：

1. 用人单位故意拖延不订立劳动合同，即招用后故意不按规定订立劳动合同以及劳动合同到期后故意不及时续订劳动合同的。

2. 由于用人单位的原因订立无效劳动合同，或订立部分无效劳动合同。

3. 用人单位违反规定或劳动合同的约定侵害女职工或未成年工合法权益

的。

4. 用人单位违反规定或劳动合同的约定解除劳动合同的。

用人单位有上述情形之一，对劳动者造成损害的，应按下列规定赔偿劳动者损失：

1. 造成劳动者工资收入损失的，按劳动者本人应得工资收入支付给劳动者，并加付应得工资收入 25% 的赔偿费用。

2. 造成劳动者劳动保护待遇损失的，应按国家规定补足劳动者的劳动保护津贴和用品。

3. 造成劳动者工伤、医疗待遇损失的，除按国家规定为劳动者提供工伤、医疗待遇外，还应支付劳动者相当于医疗费用 25% 的赔偿费用。

4. 造成女职工和未成年工身体健康损害的，除按国家规定提供治疗期间的医疗待遇外，还应支付相当于其医疗费用 25% 的赔偿费用。

5. 劳动合同约定的其他赔偿费用。

（二）劳动者承担的赔偿责任

劳动者违反《劳动法》有关劳动合同规定或劳动合同的约定解除劳动合同，对用人单位造成损失的，劳动者应赔偿用人单位下列损失：

1. 用人单位招收录用其所支付的费用。

2. 用人单位为其支付的培训费用，双方另有约定的按约定办理。

3. 对生产、经营和工作造成的直接经济损失。

4. 劳动合同约定的其他赔偿费用。

劳动者违反劳动合同中约定的保密事项，对用人单位造成经济损失的，按《反不正当竞争法》第 20 条的规定支付用人单位赔偿费用。

（三）连带赔偿责任

用人单位招用尚未解除劳动合同的劳动者，对原用人单位造成经济损失的，除该劳动者承担直接赔偿责任外，该用人单位应当承担连带赔偿责任。其连带赔偿的份额应不低于对原用人单位造成经济损失总额的 70%。向原用人单位赔偿下列损失：

1. 对生产、经营和工作造成的直接经济损失。

2. 因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失。

赔偿因获取商业秘密给原用人单位造成的经济损失，按《反不正当竞争法》第 20 条的规定执行。

第四节 集体合同

一、集体合同的概念和特征

1994年12月5日劳动部发布的《集体合同规定》第5条规定：“集体合同是集体协商双方代表根据法律、法规的规定就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项在平等协商一致的基础上签订的书面协议。”它是企事业工会代表或职工代表与相应的企业或事业组织代表，就职工集体劳动事项签订的书面协议。

在我国，集体合同具有以下特征：

（一）集体合同当事人一方是企业或事业组织工会或职工代表，另一方是企业或事业组织。

（二）集体合同内容是职工集体劳动事项，包括劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全、卫生、保险福利等事项。

（三）集体合同是要式合同，报送劳动行政部门登记、审查、备案，方为有效。

（四）集体合同适用于企业或事业组织及其工会和全体职工。

（五）集体合同效力高于劳动合同，劳动合同规定的职工个人劳动条件和劳动报酬等标准不得低于集体合同的规定。

二、集体合同的订立、履行、变更、解除和终止

（一）集体合同的订立

集体合同订立，是指企业或实行企业化管理的事业组织与其工会或职工代表之间，就职工集体劳动事项经过协商一致，设立集体合同关系的法律行为。

《劳动法》第33条第2款规定：“集体合同由工会代表职工与企业签订；没有建立工会的企业，由职工推举的代表与企业签订。”

订立集体合同应当遵循的原则是：1.合法原则。集体合同的当事人、内容、期限、形式、签订程序，必须符合法律、法规的规定。2.民主原则。通过职工代表大会或职工大会组织全体职工讨论、通过集体合同。3.平等合作、协商一致原则。集体协商双方法律地位平等，按照真诚合作、协商一致的原则订立集体合同。任何一方不得有过激行为。4.三兼顾原则。兼顾国家、企业或事业组织、职工的利益。

根据《劳动法》第33条第1款、《集体合同规定》第6条的规定，集体合同内容包括：1.劳动报酬；2.工作时间；3.休息休假；4.保险福利；5.劳动安全与卫生；6.合同期限；7.变更、解除、终止集体合同的协商程序；8.双方履行集体合同的权利和义务；9.履行集体合同发生争议时协商处理的约定；10.违反集体合同的责任；11.双方认为应当协商约定的其他内容。

《集体合同规定》第16条规定：“集体合同期限为1至3年。”

订立集体合同应按下列程序进行：

1.集体协商。所谓集体协商，是指企事业工会或职工代表与相应的企事业代表，为签订集体合同进行商谈的行为。

2.讨论、通过集体合同。集体协商双方代表分别或共同组织集体合同起

实行企业化管理的事业单位与其职工进行集体协商、签订集体合同以及因签订和履行集体合同发生的争议，依照本规定执行。

草委员会或小组，在广泛调查研究、征求职工意见基础上拟定集体合同草案。

3. 报送审查。集体合同签字后，在 7 日内由企业或事业组织一方将集体合同一式 3 份及说明书报送劳动行政部门登记、审查、备案。

4. 公布集体合同文本。劳动行政部门自收到集体合同文本之日起 15 日内未提出异议的，集体合同即行生效。经劳动行政部门审查的集体合同，双方应及时以适当的形式向各自代表的全体成员公布。

（二）集体合同的履行

履行集体合同应当遵循以下三项原则：

1. 全面履行原则。双方当事人必须按照集体合同规定的条件全面履行自己承担的各项义务并且行使各项权利。

2. 相互监督原则。双方当事人相互监督对方履行集体合同规定的义务和正确行使各项权利。

3. 协作履行原则。双方当事人共同协作、保证集体合同履行。

（三）集体合同的变更和解除

在集体合同有效期限内，有下列情形之一的，允许变更或解除集体合同：

1. 经双方当事人协商同意。

2. 订立集体合同依据的法律、法规已经修改或废止。

3. 因不可抗力的原因致使集体合同部分或全部不能履行。

4. 企业转产、停产、破产、被兼并，致使集体合同无法履行。

5. 工会组织被依法撤销。

变更或解除集体合同的程序是：

1. 提出变更或解除集体合同的要求。集体合同任何一方均可提出变更或解除集体合同的要求。

2. 双方协商并达成变更或解除集体合同书面协议。

3. 审议通过变更或解除集体合同书面协议。由职工代表大会或职工大会审议、通过变更或解除集体合同书面协议。

4. 提交劳动行政部门审议。

（四）集体合同的终止

集体合同期限届满或双方约定的终止条件出现，集体合同即行终止。

三、集体合同争议处理

（一）因签订集体合同发生争议的处理

因签订集体合同发生争议，双方当事人不能自行协商解决的，当事人一方或双方可向劳动行政部门的劳动争议协调处理机构书面提出协调处理申请；未提出申请的，劳动行政部门认为必要时可视情况进行协调处理。

劳动行政部门处理因签订集体合同发生的争议，应自决定受理之日起 30 日内结束。争议复杂或遇影响处理的其他客观原因需要延期时，延期最长不得超过 15 日。

（二）因履行集体合同发生争议的处理

因履行集体合同发生的争议依据《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》处理。

第五节 工作时间和休息休假

一、工作时间的概念和工作日分类

工作时间又称劳动时间，是指法律规定的劳动者在一昼夜和一周内从事生产或工作的小时数。它包括每日工作的小时数和每周工作的天数和小时数。《劳动法》第36条规定：“国家实行劳动者每日工作时间不超过8小时、平均每周工作时间不超过44小时的工时制度。”1995年2月17日国务院第8次会议通过、1995年3月25日国务院令第174号发布《国务院关于修改〈国务院关于职工工作时间的规定〉的决定》规定：“职工每日工作8小时，每周工作40小时。”

工作日又称劳动日，是指法律规定的劳动者在一昼夜内工作时间的的小时数。它是以日为计算单位的工作时间。工作日分为定时工作日和无定时工作日两类。

（一）定时工作日。它是规定工作时间长度的工作日。定时工作日又可分为以下几种：

1. 标准工作日。是指法律规定的在一般情况下统一实行的标准长度工作日。在我国，标准工作日为每日工作8小时。即8小时工作制。

2. 缩短工作日。是指法律规定的少于标准工作日时数的工作日。即少于8小时的工作日。适用于在特殊条件下从事劳动和有特殊情况的下列职工：

- （1）从事矿山井下、高山、有毒有害、特别繁重或过度紧张等作业的职工；
- （2）从事夜班工作的职工；（3）哺乳未满1周岁婴儿的女职工。

3. 延长工作日。是指超过标准工作日长度的工作日。即超过8小时的工作日。

4. 综合计算工作日。是指以一定时间为周期，集中安排工作和休息，平均工作时间与标准工作日时数基本相同的工作日。即分别以周、月、季、年为周期，综合计算工作时间，但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。综合计算工作日适用于：（1）交通、铁路、邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊，需连续作业的职工；（2）地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工；（3）其他适合实行综合计算工时工作制的职工。

5. 弹性工作日。是指在工作周时数不变的前提下，在标准工作日的基础上，按照预先规定的办法，由职工个人自主安排工作时间的的工作日。它要求职工每天核心工作时间不缺勤，由职工个人安排上下班时间。

（二）无定时工作日。它是法律允许的没有固定工作时间限制的工作日。适用于工作时间和职责不受固定工作时间限制的职工。在企业，适用于：（1）高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员和其他因工作无法按标准工作时间衡量的职工；（2）长途运输工人、出租汽车司机和铁路、港口、仓库的部分装卸人员以及因工作性质特殊，需机动作业的职工；（3）其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系，适合实行不定时工作制的职工。

二、休息休假时间的概念和分类

休息休假时间，是指劳动者在国家规定的法定工作时间以外，不从事生产或工作而自行支配的时间。

休息休假时间分为：

（一）工作日内间歇时间。是指在工作日内给予劳动者休息和用膳时间。

一般为 1 至 2 小时，最少不得少于半小时。

（二）工作日间的休息时间。是指两个邻近工作日之间的休息时间。一般不少于 16 小时。

（三）公休假日。又称周休日。是指劳动者在 1 周（7 日）内享有不少于 24 小时的连续休息时间。星期六和星期日为周休日。企业和不能实行国家统一工作时间的事业组织，可根据实际情况灵活安排周休日。《劳动法》第 38 条规定：“用人单位应当保证劳动者每周至少休息 1 日。”

（四）法定节日。是指法律规定用以开展纪念、庆祝活动的休息时间。《劳动法》第 40 条规定：“用人单位在下列节日期间应当依法安排劳动者休假：（一）元旦；（二）春节；（三）国际劳动节；（四）国庆节；（五）法律、法规规定的其他休假节日。”

（五）年休假。是指职工满一定工作年限，每年享有照领工资的连续休息时间。《劳动法》第 45 条规定：“国家实行带薪年休假制度。劳动者连续工作 1 年以上的，享受带薪年休假。具体办法由国务院规定。”

三、加班加点的条件与限制措施

加班，是指劳动者在法定节日或公休假日从事生产或工作。

加点，是指劳动者在正常工作日以外继续从事生产或工作。

《劳动法》第 42 条规定：“有下列情形之一的，延长工作时间不受本法第四十一条规定的限制：（一）发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；（二）生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公共利益，必须及时抢修的；（三）法律、行政法规规定的其他情形。”1994 年 3 月 25 日劳动部发布《劳动部关于贯彻〈国务院关于职工工作时间的规定〉的实施办法》第 6 条规定：“任何单位和个人不得擅自延长职工工作时间。企业由于生产经营需要而延长职工工作时间的，应按〈中华人民共和国劳动法〉第四十一条的规定执行。”第 7 条规定：“有下列情形之一的，延长工作时间不受本办法第六条规定的限制：（一）发生自然灾害、事故或者因其他原因，使人民的安全健康和国家资财遭到严重威胁，需要紧急处理的；（二）生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；（三）必须利用法定节日或公休假日的停产期间进行设备检修、保养的；（四）为完成国防紧急任务，或者完成上级在国家计划外安排的其他紧急生产任务，以及商业、供销企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的。”

为了保护劳动者身体健康，促进企业改善经营管理，《劳动法》采取下列措施限制加班加点。

（一）用人单位与工会和劳动者协商。《劳动法》第 41 条规定：“用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过 1 小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过 3 小时，但是每月不得超过 36 小时。”

（二）确定较高的加班加点的工资报酬。《劳动法》第 44 条规定：“有下列情形之一的，用人单位应当按照下列标准支付高于劳动者正常工作时间工资的工资报酬：（一）安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的 150% 的工资报酬；（二）休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的 200% 的工资报酬；（三）法定休假日安排劳动者工作的，支付不

低于工资的 300%的工资报酬。”

第六节 工资

一、工资的概念和特征

工资，是指用人单位依据国家有关规定或集体合同、劳动合同的约定，以货币形式直接支付给本单位劳动者的劳动报酬。一般包括计时工资、计件工资、奖金、津贴和补贴、延长工作时间的工资报酬以及特殊情况下支付的工资等。

工资特征是：（一）它是基于劳动关系而对劳动者付出劳动的物质补偿。（二）它是依据工资法律法规、工资政策、集体合同、劳动合同的规定确定工资标准。（三）它是以法定货币形式定期支付给劳动者本人。

二、工资分配原则

工资分配原则，是指在工资分配过程中所应遵循的行为准则。我国工资分配原则有以下几项：

（一）工资总量宏观调控原则

《劳动法》第 46 条第 2 款规定，国家对工资总量实行宏观调控。所谓工资总量宏观调控，就是国家对一定时期国民生产总值用于工资分配的总量，以及地区、产业、行业、企业、各类人员之间的工资关系，通过一定的手段进行调节和控制，以保持工资增长的正常速度和合理比例。

（二）用人单位自主分配原则

《劳动法》第 47 条规定：“用人单位根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平”。用人单位自主分配，就是用人单位依法自主确定本单位的工资分配方式和工资水平。

（三）按劳分配为主体、多种分配方式并存原则

《劳动法》第 46 条规定：“工资分配应当遵循按劳分配原则”。实行以按劳分配为主体的多种分配方式，要体现奖勤罚懒、奖优罚劣，体现多劳多得、少劳少得，体现脑力劳动和体力劳动、复杂劳动和简单劳动、熟练劳动和非熟练劳动、繁重劳动和非繁重劳动之间的差别，鼓励资本、技术等生产要素参与收益分配。

（四）同工同酬原则

《劳动法》第 46 条规定，工资分配应当“实行同工同酬”。同工同酬，是指提供的劳动数量和劳动质量相同，领取相等的劳动报酬。实行同工同酬原则，要求对所有的劳动者不分性别、年龄、种族、民族，只要付出同等劳动，就付给其同等的劳动报酬。

（五）效率优先、兼顾公平原则

效率优先兼顾公平，是指企业工资总额随着劳动生产率和经济效益提高而增长的前提下体现社会公平分配。既要反对平均主义，拉开企业之间、劳动者之间的工资差距，又要反对高低过分悬殊，照顾城乡之间、工农之间的劳动收入水平。

（六）逐步提高工资水平原则

《劳动法》第 46 条规定：“工资水平在经济发展的基础上逐步提高。”工资水平，是指一定区域和一定时间内劳动者平均工资收入的高低程度。生产决定分配，只有经济发展才能提供更多的可供分配的社会产品。

三、企业基本工资制度

企业基本工资制度，是指依法规定的确定工资总额、工资水平、工资标

准、工资形式、工资增长等项办法的总称。企业根据本单位的生产经营特点，自主确定适用本单位的工资制度。企业基本工资制度主要有：

（一）等级工资制度

等级工资制度，是根据劳动的复杂程度、繁简程度和工作责任大小等因素，将各类劳动划分成不同的等级，并按等级规定工资标准的一种工资制度。等级工资制分为：技术等级工资制度和职务等级工资制度。

（二）结构工资制度

结构工资制度，是按照一定比例规定不同职能工资的工资额，再组合成职工标准工资的一种工资制度。结构工资组成项目可多可少，一般包括基本工资、职务（岗位、技能、职称）工资、年龄工资、奖励工资等项工资。

（三）岗位工资制度

岗位工资制度，是按照不同工作岗位的工作难易、劳动轻重、责任大小以及劳动环境确定工资标准，同一岗位规定一个或几个工资标准的一种工资制度。

（四）岗位技能工资制度

岗位技能工资制度，是以劳动技能、劳动责任、劳动强度和劳动条件等劳动要素的评价为基础，以岗位工资和技能工资为主要内容，按照职工提供的劳动数量和质量确定劳动报酬的一种工资制度。

（五）经营者年薪制度

经营者年薪制度，是指国有企业经营者收入以年度为单位，根据经营者的经营管理业绩和所承担的责任、风险确定其工资收入的一种工资制度。经营者是指国有企业厂长（经理）一人及兼任企业总经理的董事长。

经营者年薪收入分为基本收入和效益收入两部分。包括企业在一个经营年度内直接支付给经营者的全部工资性收入，但不包括保险福利和劳动保护费用以及创造发明奖、政府特殊津贴和对作出特殊贡献的经营者给予的一次性奖励等。

四、工资形式

工资形式，是指计量劳动和支付劳动报酬的方式。企业根据本单位的生产经营特点和经济效益，依法自主确定本单位的工资分配形式。工资形式主要有：

（一）计时工资。它是按照单位时间工资标准和劳动者实际工作时间支付劳动报酬的一种工资形式。分为月工资制、日工资制和小时工资制。

（二）计件工资。它是按照劳动者生产合格产品的数量和预先规定的计件单价支付劳动报酬的一种工资形式。

（三）浮动工资。它是劳动者劳动报酬随着企业经济效益好差及劳动者劳动贡献大小而上下浮动的一种工资形式。

（四）奖金。它是支付给劳动者的超额劳动报酬和增收节支的劳动报酬。

（五）津贴。它是对劳动者在特殊条件下的额外劳动消耗或额外费用支出给予物质补偿的一种工资形式。包括：1. 补偿劳动者特殊或额外劳动消耗的津贴。如高空津贴、井下津贴、流动施工津贴、野外工作津贴、林区津贴、高温作业临时补贴、海岛津贴、艰苦气象台（站）津贴等。2. 保健性津贴。如卫生防疫津贴、医疗卫生津贴、科技保健津贴等。3. 技术性津贴。如特级教师津贴、科研津贴、工人技术津贴等。4. 年龄性津贴。如工龄津贴、教龄津贴、护士工龄津贴等。5. 其他津贴。

（六）补贴。它是为保证职工工资水平不受物价影响，而给予职工物质补偿的一种工资制度。包括为保证职工工资水平不受物价上涨或变动影响而支付的各种补贴，如肉类价格补贴、副食品价格补贴、粮价补贴、煤价补贴、房贴、水电贴等。

（七）特殊情况下的工资。它是法律规定对非正常工作情况下的劳动者支付工资的一种工资形式。主要有加班加点工资、婚丧假工资、探亲假工资、定期休假工资、停工学习工资、履行国家和社会义务期间的工资以及病、工伤、产假、计划生育假工资。

五、最低工资

（一）最低工资的概念

《劳动法》第48条第1款规定：“国家实行最低工资保障制度。”最低工资，是指劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动的前提下，其所在企业应支付的最低劳动报酬。最低工资不包括加班加点工资，中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境、条件下的津贴，国家法律、法规和政策规定的社会保险、福利待遇。

（二）最低工资标准

《劳动法》第48条第1款规定：“最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。”

确定和调整最低工资标准应当综合参考下列因素：1.劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用；2.社会平均工资水平；3.劳动生产率；4.就业状况；5.地区之间经济发展水平的差异。最低工资标准应当高于当地的社会救济金和失业保险金标准，低于平均工资。

（三）最低工资支付

《劳动法》第48条第2款规定：“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。”

劳动者因探亲、结婚、直系亲属死亡按规定休假期间，以及依法参加国家和社会活动，视为提供了正常劳动，企业支付给劳动者的工资不得低于其适用的最低工资标准。

最低工资应以法定货币按时支付。

六、工资支付保障

工资支付保障，是对劳动者应得工资的取得及其所得工资支配权的保障。

《劳动法》第50条规定：“工资应当以货币形式按月支付给劳动者本人。不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。”根据这一规定，工资支付保障的法律规定是：

（一）严格执行工资支付规则

1994年12月6日劳动部发布《工资支付暂行规定》，对工资支付规则作了具体规定，主要规定：1.工资应以法定货币支付，不得以实物及有价证券替代货币支付；2.按约定的日期支付，至少每月支付一次，实行周、日、小时工资制的可按周、日、小时支付工资；3.劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间，以及依法参加社会活动期间，应按劳动合同规定的标准支付劳动者工资；4.工资应支付给劳动者本人，也可由劳动者家属或委托他人代领，用人单位可委托银行代发工资。

（二）禁止克扣或无故拖欠工资

《劳动法》第 50 条规定：“不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。”为保证这一规定的执行，劳动法律、法规、规章对扣除工资作了限制性规定：

1.对代扣工资的限制。《工资支付暂行规定》第 15 条规定：“用人单位不得克扣劳动者工资。有下列情况之一的，用人单位可以代扣劳动者工资：

- （一）用人单位代扣代缴的个人所得税；
- （二）用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的各项社会保险费用；
- （三）法院判决、裁定中要求代扣的抚养费、赡养费；
- （四）法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。”

2.对扣除工资金额的限制，限制包括：

（1）赔偿金。《工资支付暂行规定》第 16 条规定：“因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的，用人单位可以按照劳动合同的约定要求其赔偿经济损失。经济损失的赔偿，可从劳动者本人的工资中扣除。但每月扣除的部分不得超过劳动者当月工资的 20%。若扣除后的剩余工资部分低于当地月最低工资标准，则按最低工资标准支付。”（2）罚款。《企业职工奖惩条例》（1982 年 4 月 10 日国务院发布）第 12 条、第 16 条规定，在给予职工行政处分的同时，可以给予一次性罚款。对职工罚款的金额由企业决定，一般不超过本人月工资标准的 20%。

第七节 劳动安全卫生与女职工、未成年工特殊劳动保护

一、劳动安全卫生的概念

劳动安全卫生，是指国家为了改善劳动条件，保护劳动者在劳动过程中的安全健康而制定的各种法律规范的总称。包括劳动安全、劳动卫生两类法律规范。前者是国家为了保障劳动者在劳动过程中的安全，防止和消除伤亡事故而制定的各种法律规范；后者是国家为了保护劳动者在劳动过程中的健康，预防和消除职业病、职业中毒和各种职业危害而制定的各种法律规范。

二、劳动安全卫生工作的方针和制度

劳动安全卫生工作方针是：安全第一，预防为主。安全第一，是指在劳动过程中，始终把保障劳动者的安全放在第一位，保障劳动者安全是头等重要的大事。预防为主，就是采取有效措施消除事故隐患和防止职业病的发生。安全是目的，预防是手段，二者密不可分。

劳动安全卫生制度，是指为了保障劳动者在劳动过程中的安全 and 健康，国家、用人单位制定的劳动安全卫生管理制度。《劳动法》第 52 条规定：“用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家劳动安全卫生规程和标准，对劳动者进行劳动安全卫生教育，防止劳动过程中的事故，减少职业危害。”劳动安全卫生制度包括：

（一）安全生产责任制度

安全生产责任制度，是指企业各级领导、职能科室人员、工程技术人员和生产工人在劳动过程中应负安全责任的制度。基本内容是：安全生产人人有责，管生产的同时管安全。

（二）安全技术措施计划管理制度

安全技术措施计划管理制度，是指规定企业编制以改善劳动条件、防止和消除伤亡事故及职业病为目的的一切技术措施计划的管理制度。《劳动法》第 53 条规定：“劳动安全卫生设施必须符合国家规定的标准。新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。”

（三）劳动安全卫生教育制度

劳动安全卫生教育制度，是对劳动者进行劳动安全卫生法规、基本知识、操作技术教育的制度。

（四）劳动安全卫生检查制度

劳动安全卫生检查制度，是对劳动安全卫生工作依法检查的制度。劳动安全卫生检查除经常性检查外，每年还进行定期检查。

（五）劳动防护用品发放和管理制度

劳动防护用品发放和管理制度，是对劳动防护用品的生产经营、发放使用进行管理的制度。用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生条件和必要的劳动防护用品，对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查。

（六）劳动安全卫生监察制度

劳动安全卫生监察制度，是指行使劳动监察权的机构对用人单位执行各项劳动安全卫生法规情况进行监督检查的制度。

（七）伤亡事故和职业病统计报告处理制度

伤亡事故和职业病统计报告处理制度，是国家制定的对劳动者在劳动过

程中发生的伤亡事故和职业病进行报告、登记、调查、处理、统计和分析的制度。

三、女职工特殊劳动保护

女职工特殊劳动保护，是指根据女职工生理特点和抚育子女的需要，对其在劳动过程中的安全健康所采取的有别于男子的特殊保护。包括禁止或限制女职工从事某些作业、女职工“四期”保护等特殊保护。

（一）女职工禁忌劳动范围

《劳动法》第 59 条规定：“禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。”女职工禁忌从事的劳动范围有：1. 矿山井下作业；2. 森林业伐木、归楞及流放作业；3. 《体力劳动强度分级》标准中第四级体力劳动强度的作业；4. 建筑业脚手架的组装和拆除作业，以及电力、电信行业的高处架线作业；5. 连续负重（指每小时负重次数在 6 次以上）每次负重超过 20 公斤，间断负重每次负重超过 25 公斤的作业；6. 已婚待孕女职工禁忌从事铅、汞、苯、镉等作业场所属于《有毒作业分级》标准中第三、四级的作业。

（二）女职工“四期”保护

1. 月经期保护。《劳动法》第 60 条规定：“不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动。”

2. 怀孕期保护。《劳动法》第 61 条规定：“不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动。对怀孕七个月以上的女职工，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。”

3. 生育期保护。《劳动法》第 62 条规定：“女职工生育享受不少于九十天的产假。”

4. 哺乳期保护。《劳动法》第 63 条规定：“不得安排女职工在哺乳未满一周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排其延长工作时间和夜班劳动。”

四、未成年工特殊劳动保护

（一）未成年工及其特殊保护的概念

《劳动法》第 58 条第 2 款规定：“未成年工是指年满 16 周岁未满 18 周岁的劳动者。”国家对未成年工实行特殊劳动保护。所谓未成年工特殊劳动保护，是指根据未成年工生长发育的特点和接受义务教育的需要，对其在劳动过程中的安全健康所采取的特殊保护。

（二）未成年工特殊劳动保护措施

根据有关劳动法律、法规的规定，对未成年工特殊劳动保护的措施主要有：

1. 上岗前培训。

2. 禁止安排有害健康的工作。《劳动法》第 64 条规定：“不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动。”

3. 提供适合未成年工身体发育的生产工具。未成年工在劳动过程中使用的工具及工具台应当适合未成年工的身体发育特点。

4. 定期进行健康检查。《劳动法》第 65 条规定：“用人单位应当对未成年工定期进行健康检查。”定期进行健康检查的时间是：（1）安排工作岗位之前；（2）工作满 1 年；（3）年满 18 周岁，距前一次的体检时间已超过半

年。

第八节 社会保险

一、社会保险的概念和特征

《劳动法》第 70 条规定：“国家发展社会保险事业，建立社会保险制度，设立社会保险基金，使劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下获得帮助和补偿。”所谓社会保险，是指国家通过立法设立社会保险基金，使劳动者在暂时或永久丧失劳动能力以及失业时获得物质帮助和补偿的一种社会保障制度。

社会保险的特征是：

（一）强制性。它是国家通过立法强制实施社会保险。《劳动法》第 72 条规定：“用人单位和劳动者必须依法参加社会保险，缴纳社会保险费。”

（二）补偿性。它是对劳动者所遇劳动风险的补偿。劳动者在年老、患病、工伤、失业、生育等情况下，从社会获得物质帮助和补偿。

（三）互济性。它是通过统筹社会保险基金来帮助和补偿所遇劳动风险的劳动者。这实际上是将用人单位和劳动者缴纳的社会保险费，按照规定的标准转移给退休者、患病者、工伤者、失业者、生育者使用，体现用人单位、劳动者相互间的互济性。

二、社会保险制度

我国社会保险制度，是实行基本养老保险、单位补充保险、个人储蓄保险的多层次社会保险制度。

基本养老保险是指国家立法强制实施的社会保障所遇劳动风险的劳动者基本生活需要的保险制度。它是第一层次，也是最主要的保险方式。其特点是：（一）覆盖面广。适用于各类企业、个体经济组织和与之形成劳动关系的劳动者，以及国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者。（二）标准统一。各地区、各类企业、各种劳动者，实行统一的保险项目缴费比例和统一的保险待遇标准。（三）强制程度高。基本养老保险是法定的强制保险，保险基金统一筹集和使用。

单位补充保险，是指除了社会基本保险以外，用人单位根据自己的经济条件为劳动者投保高于社会基本保险标准的补充保险。它是第二层次的保险。补充保险以用人单位具有经济承受能力为前提条件，由用人单位自愿投保。

个人储蓄保险，是指劳动者个人以储蓄形式参加社会保险。它是第三层次的保险。劳动者根据自己的经济能力和意愿决定是否投保，具有自愿性。

三、社会保险原则

（一）保障基本生活、量力提高原则

社会保险的根本旨在保障遭遇劳动风险的劳动者的基本生活。因此，社会保险水平应保障被保险人的基本生活。《劳动法》第 71 条规定：“社会保险水平应当与社会经济发展水平和社会承受能力相适应。”社会保险水平要在保障基本生活的前提下量力提高。

（二）公平与效率相结合原则

社会保险属于国民收入再分配，应当体现公平原则。社会保险费用负担要大体公平，社会保险待遇差别应小于初次分配差别。

（三）社会化原则

社会保险社会化，要求扩大适用覆盖面，包括各类企业、个体经济组织

和与之形成劳动关系的劳动者，以及国家机关、事业组织、社会团体和与之建立劳动合同关系的劳动者；按照《劳动法》第 72 条规定：“社会保险基金按照保险类型确定资金来源，逐步实行社会统筹。”加强社会保险基金的管理与监督。

四、社会保险项目和各项社会保险制度

（一）社会保险项目

我国社会保险项目有：养老保险、医疗保险、工伤保险、失业保险和生育保险。

（二）各项社会保险制度

《劳动法》第 73 条规定：“劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：（一）退休；（二）患病、负伤；（三）因工伤残或者患职业病；（四）失业；（五）生育。劳动者死亡后，其遗属依法享受遗属津贴。劳动者享受社会保险待遇的条件和标准由法律、法规规定。劳动者享受的社会保险金必须按时足额支付。”

目前，各项社会保险改革正加快进行。劳动者的各项社会保险待遇在国家尚未颁布新的法律、行政法规之前，仍执行 1951 年 2 月 26 日政务院公布、1953 年 1 月 2 日政务院修正公布的《中华人民共和国劳动保险条例》及相关政策规章规定；如果当地政府已实行有关社会保险项目改革的，应执行当地的新规定。鉴于地方政府有关社会保险项目改革是在国务院及其有关主管部门领导下进行，地方政府的新规定体现了国务院及其有关主管部门有关社会保险项目改革的精神和规定，因此本书除介绍国务院发布的有关社会保险行政法规外，只介绍国务院有关主管部门有关社会保险项目改革的政策规章规定。

1. 养老保险制度。根据 1997 年 7 月 16 日《国务院关于建立统一的企业职工基本养老保险制度的决定》，养老保险制度改革主要内容是：

（1）企业缴纳基本养老保险费（以下简称企业缴费）的比例，一般不得超过企业工资总额的 20%。个人缴纳基本养老保险费（以下简称个人缴费）的比例，1997 年不得低于本人缴费工资的 4%，1998 年起每两年提高 1 个百分点，最终达到本人缴费工资的 8%。

（2）按本人缴费工资 11% 的数额为职工建立基本养老保险个人账户，个人缴费全部记入个人账户，其余部分从企业缴费中划入。

（3）本决定实施后参加工作的职工，个人缴费年限累计满 15 年的，退休后按月发给基本养老金。本决定实施前参加工作、实施后退休且个人缴费和视同缴费年限累计满 15 年的人员，按照新老办法平衡衔接、待遇水平基本平衡等原则，在发给基础养老金和个人账户养老金的基础上再确定过渡性养老金，过渡性养老金从养老保险基金中解决。

2. 医疗保险制度。根据 1994 年 4 月 14 日国家体改委、财政部、劳动部、卫生部印发《关于职工医疗制度改革的试点意见》，职工医疗制度改革的主要内容是：

（1）职工医疗保险费用由用人单位和职工个人缴纳。用人单位缴费，参照本城市上年实际支出的职工医疗费用换算成职工工资总额的一定比例缴纳。不超过职工工资总额 10% 的，由省级人民政府决定；超过职工工资总额 10% 的，由省级人民政府审核后，报经国家财政部批准。职工个人缴费，先从本人工资的 1% 起步，由用人单位从职工工资中代扣，今后随着工资增加

逐步提高。

(2) 建立社会统筹医疗基金和职工个人医疗帐户相结合的制度。用人单位为职工缴纳的医疗保险费用的大部分(不低于50%)和职工缴纳的医疗保险费用,记入个人医疗帐户,用于支付个人的医疗费用。个人医疗帐户的本金和利息为职工个人所有,可以结转使用和继承。用人单位为职工缴纳的医疗保险费用的其余部分进入社会统筹医疗基金,由市医疗保险机构管理,集中调剂使用。

(3) 建立对职工个人的医疗费用制约机制,减少浪费。职工就医,医疗费用首先从个人医疗帐户支付;个人医疗帐户不足支付时,先由职工自付。按年度计算,职工在个人医疗帐户之外自付的医疗费,超过本人年工资收入的5%以上部分,由社会统筹医疗基金中支付,但个人仍要负担一定比例。个人负担的比例随费用的升高而降低;超过本人年工资收入5%以上,但不足5千元的部分,个人负担10—20%;5000元至1万元的部分,个人负担8—10%;超过1万元的部分,个人负担2%。

3. 工伤保险制度。(1) 工伤范围。1996年8月12日劳动部发布的《企业职工工伤保险试行办法》第8条规定:“职工由于下列情形之一负伤、致残、死亡的,应当认定为工伤:(一)从事本单位日常生产、工作或者本单位负责人临时指定的工作的,在紧急情况下,虽未经本单位负责人指定但从事直接关系本单位重大利益的工作的;(二)经本单位负责人安排或者同意,从事与本单位有关的科学试验、发明创造和技术改进工作的;(三)在生产工作环境中接触职业性有害因素造成职业病的;(四)在生产工作的时间和区域内,由于不安全因素造成意外伤害的,或者由于工作紧张突发疾病造成死亡或经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的;(五)因履行职责遭致人身伤害的;(六)从事抢险、救灾、救人等维护国家、社会和公众利益的活动的;(七)因公、因战致残的军人复员转业到企业工作后旧伤复发的;(八)因公外出期间,由于工作原因,遭受交通事故或其他意外事故造成伤害或者失踪的,或因突发疾病造成死亡或者经第一次抢救治疗后全部丧失劳动能力的;(九)在上下班的规定时间和必经路线上,发生无本人责任或者非本人主要责任的道路交通事故的;(十)法律、法规规定的其他情形。”

《劳动法》第9条规定:“职工由于下列情形之一造成负伤、致残、死亡的,不应认定为工伤:(一)犯罪或违法;(二)自杀或自残;(三)斗殴;(四)酗酒;(五)蓄意违章;(六)法律、法规规定的其他情形。”

(2) 劳动鉴定和工伤评残。职工在工伤医疗期内治愈或者伤情处于相对稳定状态,或者医疗期满仍不能工作的,应当进行劳动能力鉴定,评定伤残等级并定期复查伤残状况。各级劳动鉴定委员会应当按国家制定的工伤与职业病致残程度鉴定标准(国家标准GB/T16180—1996)(以下简称评残标准),对因工负伤或者患职业病的职工伤残后丧失劳动能力的程度和护理依赖程度进行等级鉴定。符合评残标准一级至四级为全部丧失劳动能力;五级至六级为大部分丧失劳动能力;七级至十级为部分丧失劳动能力。

(3) 工伤保险待遇。 工伤医疗待遇。A. 医疗期。按轻伤、重伤的不同情况确定为1至24个月,严重工伤或职业病需延长医疗期的,最长不超过36个月。B. 医疗费用。挂号费、住院费、医疗费、药费、就医路费全部报销。C. 伙食补助费。住院治疗的,按当地因公出差伙食补助标准2/3发给住院伙食补助费。D. 工伤津贴。医疗期内停发工资,改为按月发给工伤津贴。工伤

津贴标准相当于工伤职工受伤前 12 个月内平均月工资收入。医疗期满仍需治疗的，继续享受工伤医疗待遇。 工伤残疾待遇。A.评残为 1 至 4 级的，应退出生产、工作岗位，终止与企业的劳动关系，享受伤残抚恤金待遇，包括一次性伤残补助金和定期伤残抚恤金。需要护理的，按月发给护理费。易地安家的，发给安家补助费。必须安置假肢等辅助工具的，按规定的标准报销费用。B.评残为 5 至 10 级的，原则上安排适当工作，并发给一次性伤残补助金。评残为 5 至 6 级、难以安排工作的，按月发给伤残抚恤金。因伤残造成本人工资降低时，由所在单位发给在职伤残补助金。 因工死亡待遇。因工死亡的，按规定的标准发给丧葬补助金、一次性工亡补助金和供养亲属抚恤金。

4.失业保险制度。1993 年 4 月 12 日国务院发布《国有企业职工待业保险规定》，对待业职工、待业保险基金的筹集和管理、待业保险基金的使用、组织管理机构的职责等项内容都做了具体规定，现重点介绍以下内容：

（1）失业人员范围。《国有企业职工待业保险规定》第 2 条规定：“本规定所称待业职工，是指因下列情形之一，失去工作的国有企业（以下简称企业）职工：（一）依法宣告破产的企业的职工；（二）濒临破产的企业在法定整顿期间被精减的职工；（三）按照国家有关规定被撤销、解散企业的职工；（四）按照国家有关规定停产整顿企业被精减的职工；（五）终止或者解除劳动合同的职工；（六）企业辞退、除名或者开除的职工；（七）依照法律、法规规定或者按照省、自治区、直辖市人民政府规定，享受待业保险的其他职工。”

（2）失业保险的主要内容。 企业按照全部职工工资总额的 0.6%缴纳失业保险费，最多不得超过企业职工工资总额的 1%。 失业人员失业前在企业连续工作 1 年以上不足 5 年的，领取失业救济金的期限最长为 12 个月；失业人员失业前在企业连续工作 5 年以上的，领取失业救济金的期限最长为 24 个月。失业救济金的发放标准为相当于当地民政部门规定的社会救济金额的 120%至 150%。具体金额由省、自治区、直辖市人民政府确定。 失业人员有下列情况之一的，失业保险机构停止发给失业救济金及其他费用：A.领取失业救济金期限届满的；B.参军或者出国定居的；C.重新就业的；D.无正当理由，两次不接受劳动就业服务机构介绍就业的；E.在领取失业救济金期限内被劳动教养或者被判刑的。 失业人员医疗费发放标准，由省、自治区、直辖市人民政府规定。失业人员丧葬补助费和其供养的直系亲属的抚恤费、救济费的发放标准，参照当地职工社会保障有关规定办理。

5.生育保险制度。1994 年 12 月 14 日劳动部发布的《企业职工生育保险试行办法》，适用于城镇企业及职工。

（1）生育保险基金筹集。企业按照一定比例向社会保险经办机构缴纳生育保险费，建立生育保险基金。生育保险费的提取比例由当地人民政府确定，但最高不得超过工资总额的 1%。职工个人不缴纳生育保险费。

（2）生育保险待遇。生育保险待遇包括： 产假。女职工生育按照法律、法规的规定享受产假。 生育津贴。产假期间的生育津贴按照本企业上年度职工月平均工资计发，由生育保险基金支付。 生育医疗费。女职工生育的检查费、接生费、手术费、住院费和药费由生育保险基金支付。超出规定的医疗服务费和药费（含自费药品和营养药品的药费）由职工个人负担。 生育疾病医疗费。女职工生育出院后，因生育引起疾病的医疗费，按照医疗保

險待遇辦理。

第九节 劳动争议

一、劳动争议的概念和分类

劳动争议又称劳动纠纷，是指劳动者与用人单位之间因执行劳动法律、法规或履行劳动合同、集体合同发生的争执。

按不同标准划分，劳动争议有不同的分类。（一）按劳动者人数划分，劳动争议分为个人劳动争议和集体劳动争议。个人劳动争议，是指劳动者个人与其所在用人单位发生的劳动争议。集体劳动争议，是指劳动者在3人以上（含3人），并有共同申诉理由的劳动争议。（二）按合同类型划分，劳动争议分为劳动合同争议和集体合同争议。劳动合同争议，是指因确认劳动合同效力和履行劳动合同发生的争议。集体合同争议，是指因订立、履行集体合同发生的争议。（三）按争议内容划分，劳动争议分为：因开除、除名、辞退职工和职工辞职、自动离职发生的争议；因执行国家有关工时、工资、保险、福利、培训、劳动保护的规定发生的争议；因履行劳动合同、集体合同发生的争议，法律、法规规定的其他劳动争议。

二、劳动争议处理机构

（一）劳动争议调解委员会

劳动争议调解委员会（以下简称调解委员会）。是指依法成立的调解本单位发生的劳动争议的群众性组织。

《劳动法》第80条规定：“在用人单位内，可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表，用人单位代表和工会代表组成。”职工代表由职工代表大会（或者职工大会，下同）推举产生；用人单位代表由法定代表人指定；工会代表由工会委员会指定。调解委员会组成人员的具体人数由职工代表大会提出并与单位法定代表人协商确定，用人单位代表的人数不得超过调解委员会成员总数的1/3。《劳动法》第80条规定：“劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。”调解委员会的办事机构设在工会委员会。

没有建立工会组织的用人单位，调解委员会的设立及其组成由职工代表和用人单位代表协商决定。

调解委员会的职责是：1.调解本单位内发生的劳动争议；2.检查督促争议双方当事人履行调解协议；3.对职工进行劳动法律、法规的宣传教育，做好劳动争议的预防工作。

（二）劳动争议仲裁委员会

劳动争议仲裁委员会（以下简称仲裁委员会），是指依法成立的行使劳动争议仲裁权的劳动争议处理机构。

《劳动法》第81条规定：“劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表、用人单位方面的代表组成。”仲裁委员会委员由组成仲裁委员会的三方组织各自选派。仲裁委员会组成人数必须是单数。仲裁委员会设主任1人，副主任1至2人。《劳动法》第81条规定：“劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。”副主任由仲裁委员会委员协商产生。

地方仲裁委员会的职责是：1.负责处理本委员会管辖范围内的劳动争议案件；2.聘任专职和兼职仲裁员，并对仲裁员进行管理；3.领导和监督仲裁

用人单位方面的代表，是指政府指定的经济综合管理部门或者有关社会团体即企业家协会的代表。

委员会办事机构和仲裁庭开展工作；4.总结并组织交流办案经验。

劳动行政部门的劳动争议处理机构为仲裁委员会的办事机构。仲裁委员会办事机构在仲裁委员会领导下，负责劳动争议处理的日常工作，主要职责是：1.承办处理劳动争议案件的日常工作；2.根据仲裁委员会的授权，负责管理仲裁员，组织仲裁庭；3.管理仲裁委员会的文书、档案、印鉴；4.负责劳动争议及其处理方面的法律、法规及政策咨询；5.向仲裁委员会汇报、请求工作；6.办理仲裁委员会授权或交办的其他事项。

仲裁委员会处理劳动争议，实行仲裁员、仲裁庭制度。仲裁员包括专职仲裁员和兼职仲裁员。专职仲裁员由仲裁委员会从劳动行政主管部门专门从事劳动争议处理工作的人员中聘任。兼职仲裁员由仲裁委员会从劳动行政主管部门或其他行政部门的人员、工会工作者、专家、学者和律师中聘任。仲裁员资格经省级以上的劳动行政主管部门考核认定。取得仲裁员资格的方可在一个仲裁委员会担任专职或兼职仲裁员。兼职仲裁员与专职仲裁员在执行仲裁公务时享有同等权利。

仲裁庭在仲裁委员会领导下处理劳动争议案件，实行一案一庭制。仲裁庭由1名首席仲裁员、2名仲裁员组成。首席仲裁员由仲裁委员会负责人或授权其办事机构负责人指定，另两名仲裁员由仲裁委员会授权其办事机构负责人指定或由当事人各选1名。简单案件，仲裁委员会可以指定1名仲裁员独任处理。仲裁庭的书记员由仲裁委员会办事机构指定，负责仲裁庭的记录工作，并承办与仲裁庭有关的具体事项。

（三）人民法院

人民法院，是指行使审判权的审判机关。劳动争议案件由人民法院的民事审判庭受理。

三、劳动争议处理程序

《劳动法》第77条规定：“用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。”《劳动法》第79条、1993年7月6日国务院发布的《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第6条均规定：劳动争议发生后，当事人应当协商解决，不愿协商或者协商不成的，可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解；调解不成，当事人一方要求仲裁的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人一方也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼。根据这些规定，劳动争议处理程序可分为协商、调解、仲裁、诉讼四个阶段。

（一）协商

劳动争议发生后，当事人应当协商解决。但是，协商不是处理劳动争议的必经程序。不愿协商的，可以申请调解。

（二）调解

劳动争议发生后，当事人不愿协商或者协商不成的，可以向本单位调解委员会申请调解，但调解也不是处理劳动争议的必经程序。

当事人申请调解，应当自知道或应当知道其权利被侵害之日起30日内，以口头或书面形式向调解委员会提出申请，并填写《劳动争议调解申请书》。调解委员会应在4日内作出受理或不受理申请的决定，对不受理的，应向申请人说明理由。

调解委员会调解劳动争议，应当自当事人申请调解之日起30日内结束；

到期未结束的，视为调解不成。经调解达成协议的，制作调解协议书，双方当事人应当自觉履行。

（三）仲裁

调解不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。当事人也可以直接向劳动争议委员会申请仲裁。仲裁是处理劳动争议的必经程序。现将仲裁的全过程简述如下：

1. 当事人申请。《劳动法》第 82 条规定：“提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起 60 日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。”若劳动争议当事人向调解委员会申请，从当事人提出申请之日起，仲裁申诉时效中止，劳动争议调解委员会应当在 30 日内结束调解，即中止期间最长不得超过 30 日。结束调解之日起，当事人的申诉时效继续计算。调解超过 30 日的，申诉时效从 30 日之后的第一天继续计算。当事人因不可抗力或者有其他正当理由超过规定的申请仲裁时效的，仲裁委员会应当受理。

当事人向仲裁委员会申请仲裁，应当提交申诉书，并按照被诉人数提交副本。

当事人可以委托 1 至 2 名律师或者其他代理人代理参加仲裁活动。无民事行为能力人和限制民事行为能力职工或者死亡的职工，可以由其法定代理人代为参加仲裁活动；没有法定代理人的，由仲裁委员会为其指定代理人代为参加仲裁活动。

2. 案件受理。仲裁委员会应当自收到申诉书之日起 7 日内作出受理或者不予受理的决定。仲裁委员会决定受理的，应当自作出决定之日起 7 日内将申诉书的副本送达被诉人，并组成仲裁庭；决定不予受理的，应当说明理由。

被诉人应当自收到申诉书副本之日起 15 日内提交答辩书和有关证据。被诉人没有按时提交或者不提交答辩的，不影响案件的审理。

3. 案件审理。仲裁委员会决定受理的劳动争议案件，应自立案之日起 7 日内组成仲裁庭。

仲裁庭审理劳动争议案件，应于开庭前 4 日前，将仲裁庭组成人员、开庭时间、地点的书面通知送达当事人。当事人接到通知，无正当理由拒不到庭的，或在开庭期间未经仲裁庭同意自行退庭的，对申诉人按撤诉处理，对被诉人作缺席裁决。

仲裁庭处理劳动争议应当先行调解，促使当事人双方自愿达成协议。调解达成协议的，仲裁庭应当根据协议内容制作调解书，调解书自送达之日起具有法律效力。调解未达成协议或者调解书送达前当事人反悔的，仲裁庭应当及时裁决。仲裁庭作出裁决后，应当制作裁决书，送达双方当事人。《劳动法》第 82 条规定：“仲裁裁决一般应在收到仲裁申请的 60 日内作出。对仲裁裁决无异议的，当事人必须履行。”

（四）诉讼

《劳动法》第 83 条规定：“劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。”

