

CPV · 1999

1999年全国注册资产评估师考试辅导教材

经 济 法

全国注册资产评估师
考试辅导教材编写组 编



中国财政经济出版社

1999NIAN
QUANGUO ZHUCE ZICHAN PINGGUSHI
KAOSHI FUDAO JIAOCAI

1999 年全国注册资产评估师考试辅导教材

经 济 法

全国注册资产评估师考试辅导教材编写组 编

中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

经济法 / 全国注册资产评估师考试辅导教材编写组编.
3 版. - 北京: 中国财政经济出版社, 1999.4
1999 年全国注册资产评估师考试辅导教材
ISBN 7-5005-4151-1

I. 经… II. 全… III. 经济法 - 经济师 - 资格考核 - 教材

IV. D912.290.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 06988 号

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.com>

e-mail: cfeph@dre.gov.cn.net

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京东城大佛寺东街 8 号 邮政编码: 100010

发行处电话: 64033095 财经书店电话: 64033436

北京印刷一厂印刷 各地新华书店经销

850×1168 毫米 32 开 16.125 印张 383 000 字

1999 年 3 月第 1 版 1999 年 5 月北京第 2 次印刷

印数: 40 061—68 060 定价: 29.60 元

ISBN 7-5005-4151-1/F·3769

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

前 言

随着社会主义市场经济体制的建立,资产评估在社会主义市场经济中的作用日益重要。经过十年的发展,资产评估业已经发展成为一个公证性的社会中介服务行业,资产评估业务量显著增长,资产评估从业人员队伍迅速壮大。为了提高资产评估质量,加强对资产评估人员执业的管理,更好地为社会主义市场经济服务,1995年我国建立了注册资产评估师制度,1996年和1997年共举办了两次考试,约有14000人通过了考试。资产评估行业的发展呼唤更多的优秀人才加入到评估队伍,1999年的注册资产评估师考试,在总结前两次考试经验基础上,对考试科目和考试方法等方面都作了调整,使之更适合评估行业人才培养和选拔的要求。为了配合1999年度注册资产评估师全国统一考试工作,更好地为广大考生服务,我们根据《1999年注册资产评估师全国统一考试大纲》确定的考试范围,编写了《资产评估学》、《经济法》、《财务会计学》、《机电设备评估基础》、《建筑工程评估基础》五科辅导教材,供大家在考前培训和自学中参考。

这五科辅导教材是在1997年度注册资产评估师四科考试辅导教材的基础上,根据社会经济和资产评估行业发展需要修订编写的。其中《资产评估学》是注册资产评估师考试的专业科目,《经济法》是综合性法规科目,《财务会计学》、《机电设备评估基础》和《建筑工程评估基础》是与资产评估相关的专业基础科目。《资产

评估学》重点在资产评估基础理论、资产评估方法、资源资产评估、无形资产评估、房地产评估、资产评估案例等方面增加和完善；《经济法》和《财务会计学》主要是根据财务会计制度、经济法规内容进行修订，进一步突出了与资产评估相关的内容；《建筑工程评估基础》和《机电设备评估基础》是将原《工程技术基础》科目分为两科，并分别按建筑工程和机电设备评估基础内容根据其学科体系加以充实，增加了新的内容，原有的内容部分也增加了一定的深度。经过修订，整套教材更好地体现了取得注册资产评估师应具备的知识体系。

由于编写时间紧迫，教材中难免有疏误之处，敬请读者批评指正。

中国资产评估协会

1999年3月

目 录

第一章 资产评估法规	(1)
第一节 资产评估法规概述	(1)
第二节 资产评估的适用范围	(4)
第三节 资产评估的管理体制	(7)
第四节 资产评估的程序	(17)
第五节 资产评估的方法	(24)
第六节 法律责任	(26)
第二章 产权管理法规	(30)
第一节 国有企业财产监督管理	(30)
第二节 产权界定	(32)
第三节 国有资产产权登记	(46)
第四节 产权交易	(58)
第三章 土地管理法	(65)
第一节 土地管理法概述	(65)
第二节 土地的所有权和使用权	(66)
第三节 土地利用总体规划和耕地保护	(77)
第四节 建设用地	(82)
第五节 违反土地管理法的责任和处理	(86)

第四章 房地产管理法	(91)
第一节 房地产管理法概述	(91)
第二节 房地产开发用地	(92)
第三节 房地产开发管理	(100)
第四节 房地产交易管理	(104)
第五节 房地产产权登记管理	(113)
第六节 法律责任	(119)
第五章 自然资源法	(123)
第一节 自然资源法概述	(123)
第二节 森林法	(126)
第三节 矿产资源法	(143)
第四节 草原法和水法	(166)
第六章 知识产权法	(172)
第一节 知识产权概述	(172)
第二节 专利法	(174)
第三节 商标法	(187)
第四节 著作权法	(193)
第七章 公司法	(204)
第一节 公司法概述	(204)
第二节 有限责任公司	(208)
第三节 股份有限公司	(215)
第四节 上市公司的资产评估	(226)
第五节 公司的债券和财务、会计	(230)

第六节	公司的合并、分立、破产、解散和清算·····	(233)
第七节	外国公司的分支机构·····	(236)
第八节	法律责任·····	(237)
第八章	企业法·····	(242)
第一节	企业法概述·····	(242)
第二节	全民所有制工业企业法·····	(245)
第三节	企业破产法·····	(259)
第四节	合伙企业法·····	(276)
第九章	外商投资企业法·····	(287)
第一节	外商投资企业法概述·····	(287)
第二节	中外合资经营企业法·····	(292)
第三节	中外合作经营企业法·····	(305)
第四节	外商投资企业的清算·····	(308)
第十章	金融法·····	(316)
第一节	中国人民银行法·····	(316)
第二节	商业银行法·····	(323)
第三节	票据法·····	(332)
第四节	保险法·····	(346)
第五节	外汇管理法·····	(358)
第十一章	证券法·····	(363)
第一节	证券法概述·····	(363)
第二节	证券发行·····	(366)
第三节	证券交易·····	(373)

第四节	禁止和限制的证券交易行为·····	(378)
第五节	上市公司的收购·····	(381)
第六节	证券机构·····	(384)
第七节	违反证券法的责任·····	(392)
第十二章	税法·····	(398)
第一节	税法概述·····	(398)
第二节	增值税法·····	(407)
第三节	消费税法 and 营业税法·····	(416)
第四节	所得税法·····	(422)
第五节	固定资产投资方向调节税法·····	(430)
第六节	税收征收管理法·····	(435)
第七节	违反税法的责任·····	(440)
第十三章	市场行为管理法·····	(446)
第一节	反不正当竞争法·····	(446)
第二节	消费者权益保护法·····	(451)
第三节	产品质量法·····	(455)
第十四章	合同法·····	(462)
第一节	合同法概述·····	(462)
第二节	合同的订立·····	(464)
第三节	合同的效力·····	(470)
第四节	合同的履行·····	(472)
第五节	合同的变更和转让·····	(475)
第六节	合同的权利义务终止·····	(477)
第七节	违约责任·····	(479)

第八节 其他规定.....	(484)
第九节 买卖合同.....	(487)
第十节 技术合同.....	(492)
第十一节 其他合同.....	(501)
编后语.....	(506)

第一章 资产评估法规

第一节 资产评估法规概述

一、资产评估的概念

资产评估是为市场经济服务的一种中介服务活动，是对资产某一时点的价格进行评定估算。具体讲，就是由评估机构根据特定的目的，遵循公允的原则和标准，按照法定的程序，运用科学的方法，对资产的现时价格进行评定和估算。

资产评估在国外已有多年历史，在我国，主要是随着改革开放才逐步发展起来的。改革开放以来，我国大力发展商品经济，社会主义市场经济逐步形成，企业成为相对独立的经济实体，生产要素通过市场进行交换、流动，资产也成为经营交换的对象，企业通过联营、兼并、股份制改组、资产转让、交易等产权变动行为，提高资产的运营效益。这些产权变动、交易都要求对资产有一个客观、公正的评价，以保障交易双方的权益。同时，政府征税、融资、管理等方面需要根据有关法规对资产进行评估，因此，我国的资产评估行业应运而生。

二、资产评估法规的概念

资产评估法规是指国务院及其有关部委等行政机关制定发布

的，调整资产评估关系，规定资产评估的组织管理、机构人员、范围、程序、方法以及法律责任等内容的法律规范的总和。

为了适应资产评估这一新型行业建立和发展的需要，使资产评估工作有法可依、有章可循，90年代以来，国家制定了一系列资产评估法规。主要有《国有资产评估管理办法》、《国有资产评估管理办法施行细则》、《资产评估机构管理暂行办法》、《关于从事证券业务的资产评估机构资格确认的规定》、《关于资产评估报告书的规范意见》、《注册资产评估师执业资格制度暂行规定》、《注册资产评估师执业资格考试实施办法》、《资产评估执业人员自律守则》、《关于资产评估立项、确认工作的若干规范意见》、《设立外商投资资产评估机构若干暂行规定》、《对外国资产评估机构来中国境内执行资产评估业务的暂行规定》、《中国注册资产评估师执业道德准则》等，这些法规对于规范资产评估行业的管理，促使资产评估行业沿着法制化轨道不断发展和完善起到重要作用。

三、对资产评估实行法制化管理的意义和作用

目前，一些国家对资产评估的管理方式有政府管理也有行业自律性管理。我国的管理体制是两者的结合。无论采取何种管理体制或方式，对资产评估都须有相应的法规规范。这是由资产评估的本质、地位及发展需要决定的。

第一，对资产评估实行法制化管理，是由它本身具有独立、客观、公正的本质所决定的。资产评估是一项社会公正性事业，它要公正地维护各方所有者的权益，要为政府公平地进行社会经济管理提供依据，因此，资产评估机构和人员必须独立地、不受任何方面干扰地执行业务，评估的结果也需要公正、客观，为了提供有效保障以达到这个目的，我们必须制定相应的法规，规范

评估的管理、评估的程序、方法以及其他评估的行为，同时，还要规范法律责任，以保证评估的独立性、客观性、公正性。

第二，资产评估是为市场经济服务的中介行业之一，它也是市场经济的一个组成部分。为了使市场经济能够健康发展，政府必须采取行政、经济、法律等手段，对市场经济进行有序管理。从某种意义上来说，市场经济也是法制经济。资产评估作为市场经济不可缺少的一部分，也必须有相应的法律法规来规范和约束。否则，就不能与其在市场经济中的地位相适应，也不能满足市场经济发展的需要。

第三，对资产评估实行法制化管理，是资产评估行业本身发展的需要。对资产评估，如果国家不进行统一的法制化管理，各部门、各地区就有可能各搞一套，这个行业就很难存在或形成一个统一行业。资产评估行业要发展，要不断提高人员的素质水平，就要对机构、人员实行相应的管理。目前实行的评估机构管理办法、注册资产评估师暂行制度规定等都是这方面的制度。为了提高评估质量，还要制定相应的业务准则，制定立项确认、仲裁的规定。同时，为了与其他国家进行业务交流，各国之间互相开展业务活动，也要有相应的法规制度来规范。这些制度规范都将会促进我国评估行业的发展，因此，资产评估行业的发展离不开法制化管理。

第四，对资产评估实行法制化管理，是巩固社会主义公有制经济的需要。我国是社会主义国家，公有制经济仍占主导地位。随着改革开放的不断深入，国家允许或鼓励国有企业由单一的独立生产经营形式向跨行业、跨地区、跨所有制、跨国界的多种生产经营形式发展。国有企业与外资合资合作，或进行联营、转让、兼并等产权变动行为越来越多。在这些行为过程中，出现了一些严重损害国有资产权益的问题。有的立项时不经过资产评

估，有的故意压低国有资产价值。为了解决这些问题，必须制定强制性的法律规范，明确规定国有企业进行上述行为时必须经过资产评估才具有法律效力。同时建立完善的资产评估法律制度，以保证评估机构公正的行使职能，并加强国家对资产评估工作的管理和制约，以达到防止国有资产流失，巩固社会主义公有制经济的目的。

第二节 资产评估的适用范围

一、应当进行资产评估的经济行为

应当进行的资产评估，是指除资产评估行政管理部门批准可以不予评估外，都必须进行的资产评估。对于应当进行资产评估的经济行为没有进行评估，或者没有按照《国有资产评估管理办法》和《国有资产评估管理办法施行细则》的规定立项、确认，该经济行为无效。根据以上资产评估管理办法及其施行细则的规定，国有资产占有单位有下列经济行为之一的，应当进行资产评估：

1. 资产拍卖、转让。在这里，资产转让是指国有资产占有单位有偿转让超过百万元或占全部固定资产原值 20% 以上的非整体性资产的经济行为。

2. 企业兼并、出售。企业兼并是指一个企业以承担债务、购买、股份化和控股等形式有偿接收其他企业的产权，使被兼并方丧失法人资格或改变法人实体的行为。企业出售，在这里是指独立核算的企业或企业内部的分厂、车间及其他整体性资产的出售。

3. 企业联营、股份经营。企业联营是指国内企业、单位之

间，以固定资产、流动资产、无形资产和其他资产投入组成的各种形式的联合经营。股份经营是指企业实行股份制，包括法人持股企业、内部职工持股企业、向社会公开发行股票企业和股票上市交易的企业。联营、股份经营的企业进行资产评估时，应对联营及合股各方投入的资产进行全面评估。

4. 与外国公司、企业和其他经济组织或者个人开办中外合资经营企业或者中外合作经营企业。

5. 企业清算。企业清算包括依据《中华人民共和国企业破产法（试行）》的规定，宣告企业破产，对破产企业进行清算；或是依照国家有关规定，对改组、合并、撤销法人资格的企业资产进行清算；或是企业按照合同、契约、协议规定，终止经济活动所进行的结业清算。

6. 企业整体资产的租赁。

7. 国有资产租赁给外商或非国营单位。

8. 国家行政事业单位占有的非经营性资产转为经营性资产。非经营性资产转为经营性资产是指国家行政事业单位按照国家有关政策规定，在保证完成本单位正常工作的前提下，为减轻财政负担，弥补事业经费不足，用于兴办经济实体、入股、合资、联营以及对外出租、出借、抵押等从事生产经营活动的资产。行政事业单位非经营性资产转经营性资产，必须按照法律规定进行资产评估。

9. 依照国家有关规定需要进行资产评估的其他情形，如现代企业制度改制的评估，征税管理方面的有关评估规定等。

二、可以进行资产评估的经济行为

可以进行的资产评估，是指资产占有单位根据实际情况，可以对资产进行评估或者不进行评估。根据资产评估管理办法及其

施行细则的规定，资产占有单位有下列经济行为之一的，该资产占有单位或行业主管部门等认为需要，可以进行资产评估：

1. 资产抵押。在这里，资产抵押是指资产占有单位以本单位的资产作为物质保证进行抵押而获得贷款的经济行为。

2. 资产担保。资产担保是指资产占有单位以本单位的资产为其他单位的经济行为担保，并依法承担一般或连带担保责任的行为。

3. 企业租赁。企业租赁是指资产占有单位或上级主管机关在一定期限内，以收取租金的形式，将企业全部或部分资产的经营使用权转让给其他经营使用者的行为。

4. 需要进行资产评估的其他经济行为。

三、其他需要进行资产评估的行为

1. 向外商出售国有资产产权。产权主体向外商出售国有资产产权，或在与外商合资、合作经营过程中涉及各方资产权益变化时，必须按照国家规定，对中方国有资产进行认真评估。以非国有资产与外商举办合资、合作企业的中方，可以参照上述规定评估资产。

另外，中外合资企业投资各方在经营中单方以现金增资时，仍属产权变动的经济行为，应对该合资企业原实物资产进行评估，并以评估后的价值及增资的数额重新确定各方股权比例。

2. 人民法院强制处置国有资产。国有资产占有单位发生破产清算、贷款抵押或其他经济纠纷，被人民法院裁定强制拍卖或变卖国有资产抵债时，应当根据法律规定进行资产评估。如果国有资产占有单位拒不进行资产评估立项和评估结果确认，妨碍司法程序正常进行时，则以人民法院出具的《协助执行通知书》作为资产评估立项的依据，并由人民法院委托评估机构进行资产评

估。人民法院强制处置国有资产，一般应以评估确认结果作为基准价（保留价），依法公开拍卖或变卖。

3. 企业托管。对经营困难的企业实行托管，是帮助企业摆脱困境的一种尝试。从加强管理出发，国有企业被托管前应当进行资产评估。为了减轻企业负担，对其中已进行了清产核资的企业，可以按照资产重估价值作为进行托管的依据。在托管期满后，如果企业归还不了托管公司的债务或注入的资金，而由托管公司收购（兼并）的，则应严格按照法律规定进行资产评估。

4. 股份发行和上市交易。股份有限公司发行各种股票、境内外上市等，必须由具有资产评估行政管理部门和证券监督管理部门联合审批并授予证券业资产评估资格的机构进行资产评估。国有企业改组设立股份有限公司，必须明确进入改组范围的全部资产，经评估确认后，将其净资产统一折股和设置股权。

四、评估的资产范围

评估的资产范围包括：流动资产、长期投资、固定资产、无形资产及其他资产。对负债及所有者权益也要进行对应调整。

第三节 资产评估的管理体制

一、管理机构

国家对资产评估实行统一领导、分级管理的原则。国家资产评估行政管理部门负责组织、管理、指导和监督全国的资产评估工作。

地方各级资产评估行政管理部门按照国家政策法规和上级资产评估行政管理部门的规定，负责管理本级的资产评估工作。

上级资产评估行政管理部门对下级资产评估行政管理部门在资产评估管理工作中不符合规定的做法，有权进行纠正。

对占有国有资产单位的评估组织工作，按占有单位的隶属关系，由行业主管部门负责。即各级政府的行业主管部门对所属单位的资产评估立项和评估结果进行初审、签署意见，并对本行业的资产评估工作负责督促和指导。

二、资产评估机构

在我国社会主义市场经济不断健全和发展的情况下，资产评估业务大量存在。这些评估业务主要由我国的资产评估机构来承担和完成。目前，我国的资产评估机构主要是从事资产评估业务的资产评估公司（事务所）、会计师事务所、审计事务所、财务咨询公司等。另外，我国允许设立外商投资资产评估机构，允许外国资产评估机构在某些情况下来中国境内执业。

（一）内资资产评估机构的设立

资产评估机构必须是经工商行政管理部门注册登记，具有法人资格，并持有国务院或省、自治区、直辖市（含计划单列市）资产评估行政管理部门颁发的资产评估资格证书的单位。

1. 设立条件。资产评估机构必须具备下列条件，方可申请评估资格：（1）经工商行政管理部门核准注册登记，具有独立法人资格，并具有与开展评估业务相适应的资金和固定的办公地点；（2）具备一定数量能胜任工作的专业评估专职人员，其中会计、经济人员、工程技术人员共不少于 10 人（其中土地建筑、机电设备、会计、经济人员分别不少于 2 人）；具有中级以上专业技术资格的应占 50% 以上；专职的职龄人员不得少于 40%，最低不得少于 8 人；专职人员只能在一家评估机构专职从业；（3）经省以上资产评估行政管理部门认可的专业培训人员比例，

要达到 30% 以上；(4) 会计师事务所、审计事务所、财务咨询公司等机构从事资产评估业务，应在机构内设置专职的资产评估部门，配备专职评估人员；(5) 资产评估行政管理部门规定的其他条件。

另外，设立从事证券业务的资产评估机构还应具备下列条件：(1) 必须是已取得省级以上资产评估行政管理部门（或受托的计划单列市资产评估行政管理部门）授予正式资产评估资格的评估机构。兼营评估业务的机构必须设有独立的资产评估业务部门。(2) 在具有正式资格的资产评估机构中，必须是业务水平高、职业道德好、社会信誉高并拥有丰富评估经验的机构，以往没有发生过明显的工作失误或违反职业道德的行为。(3) 评估机构中的专职人员不得少于 10 人，其中职龄人员（非离退休人员）不得少于 5 人。专职人员超过 17 人的评估机构，其中职龄人员所占比例不少于 1/3。(4) 评估机构中的专职人员必须具有较高的资产评估水平、经验和技能，并具有较丰富的证券业务及相关金融、法律、经济方面的知识，其中骨干人员参加过股份制改造的资产评估工作。(5) 评估机构的实有资本金不得少于 30 万元人民币，风险准备金不得少于 5 万元人民币，自取得从事证券业务资格之年起，每年从业务收入中计提不少于 4% 的风险准备金。

2. 设立程序。凡具备以上条件的机构，欲申请资产评估资格，必须按照隶属关系向国务院或省、自治区、直辖市资产评估行政管理部门申请资产评估资格，并同时提交有关文件资料。经审查批准，取得资产评估资格或临时评估资格后，方能从事国有资产评估业务，也可以从事非国有资产评估业务。计划单列市从事资产评估业务的机构，由省资产评估行政管理部门委托计划单列市资产评估行政管理部门审核其资产评估资格并颁发资格证

书。

新建独立的资产评估公司（事务所），应向资产评估行政管理部门报送申请文件、初组人员名单、章程等。经审查同意，资产评估行政管理部门出具同意设立该资产评估公司（事务所）的证明，到工商行政管理部门办理注册登记，获得法人资格后，再按照资产评估机构必备的条件，依法向资产评估行政管理部门提交有关文件资料，申请资产评估资格。

设立从事证券业务的资产评估机构，由国家资产评估行政管理部门审核同意后会同证监会对申请机构的证券评估资格进行联合确认。并由国家资产评估行政管理部门和证监会联合颁发证券业务资产评估许可证，同时向社会公告。

（二）内资资产评估机构的管理

1. 资产评估机构的管理关系。国家对资产评估机构实行统一领导、分级管理的原则。国家资产评估行政管理部门负责组织、管理、指导和监督全国资产评估机构的工作，并直接管理中央级的资产评估机构。省、自治区、直辖市资产评估行政管理部门或经省资产评估行政管理部门授权的计划单列市资产评估行政管理部门管理和监督本级的资产评估机构。

2. 资产评估机构的资格管理。国家依法对取得资产评估资格的机构颁发资产评估资格证书。国家资产评估行政管理部门负责审查中央级的资产评估机构的评估资格，颁发资产评估资格证书。省、自治区、直辖市和受托的计划单列市资产评估行政管理部门负责审查地方各级资产评估机构的评估资格，颁发资格证书，并报国家资产评估行政管理部门备案。

资产评估资格证书由国家资产评估行政管理部门统一印制、盖章、编号。

国家及省、自治区、直辖市和受托的计划单列市资产评估行

政管理部门，在审批本级资产评估机构过程中，对基本具备从事资产评估业务能力的机构，可以给予临时资产评估资格，并在临时资格证书上注明“临时资格”字样及有效期限，有效期最多不超过一年。评估机构在临时资格到期前，可向授予其资格的资产评估行政管理部门申请转为正式资格，按规定报送申请转正的材料。

3. 分支机构的管理。按照《资产评估机构管理暂行办法》的规定，资产评估机构下设的非独立法人资格的分支机构（分所）用总所名义从事资产评估业务的，由总所负法律责任。总所应制定严格的监督管理和复审签章制度。具有独立法人资格的分支机构，欲从事资产评估业务，必须单独申请资产评估资格，独立承担法律责任，不得使用总所的资格从事资产评估业务。

4. 特殊评估机构的管理。房地产、地价评估事务所等专业性评估机构从事国有土地使用权、国有房产等资产评估业务，也要向资产评估行政管理部门申请评估资格并领取资产评估资格证书。

5. 资产评估机构的年检。对资产评估机构除日常管理外，资产评估行政管理部门应定期对评估机构进行年检。每年年检的内容和要求由国家资产评估行政管理部门规定。

年检由审批资产评估资格的资产评估行政管理部门对授予资产评估资格的评估机构进行检查。对年检合格的资产评估机构，在其评估资格证书上加盖国家资产评估行政管理部门统一规定的年检专用章，方可继续从事资产评估业务。

（三）外商投资资产评估机构

1. 外商投资资产评估机构的概念。外商投资资产评估机构，是指由外国资产评估机构与中国资产评估机构以中外合作、合资形式设立的，接受各类资产相关人员的委托，以第三者身份为委

托人提供各类相关估价信息的外商投资企业。我国允许外国评估机构在中国境内设立中外合作、合资资产评估机构。不得设立外商独资资产评估机构。外国评估机构在中国境内只允许设立一个外商投资评估机构。

2. 设立外商投资评估机构应具备的条件。(1) 中国评估机构应是获得了国家资产评估行政管理部门统一印制的《资产评估资格证书》的资产评估公司(事务所)、土地估价事务所、房地产估价事务所、会计师事务所、审计事务所、财务咨询公司等。(2) 外国评估机构应是具有先进专业技术和良好信誉, 年收入不少于 2000 万美元, 评估专业人员不少于 200 人, 且具有和中国资产评估高级人员进行业务交流水平的机构。来华从事资产评估业务的专业人员, 须已取得所在国家(地区)的注册资产评估师资格, 并具有 5 年以上资产评估资历和丰富的资产评估知识与经验。

3. 外商投资评估机构注册资本最低不得少于 50 万美元, 并须有与其申办业务相适应的经营管理人员、专业技术人员和固定的办公场所。

4. 外商投资评估机构的业务范围由国家资产评估行政管理部门负责审定和管理。经批准, 外商投资评估机构可以经营下列部分或全部业务: 与委托人相关的流动资产、长期投资、房地产、机器设备、在建工程、递延资产及无形资产等价值评估。

5. 外商投资评估机构的经营期限一般不超过 30 年。

(四) 来华执业的外国资产评估机构

我国允许外国资产评估机构在中国境内临时执行资产评估业务。凡来中国境内执行资产评估业务的外国机构, 必须符合我国法律规定的条件, 持有国家资产评估行政管理部门统一印发的《中华人民共和国境内临时执行资产评估业务许可证》, 遵守中国

法律、法规，接受中国资产评估协会的监督与管理。上述执业许可证的有效期自许可证发给之日起半年内有效，逾期另行申请批准。取得许可证的外国机构，应按有关规定办理工商、税务等手续。

外国机构来华可从事的资产评估项目范围：

1. 中国境内企业到外国机构所在国家（地区）上市或发行股票，需要由外国资产评估机构单独进行或与中国资产评估机构合作进行资产评估的项目；

2. 外商与中国境内企业有某种经济关系（如外商独资或中外合资合作），需要由外国资产评估机构单独进行或与中国资产评估机构合作进行资产评估的项目。

香港及澳门、台湾地区的机构比照上述规定办理。

（五）资产评估机构的权利和义务

资产评估机构是社会公证性服务机构，实行自主经营、自负盈亏、独立承担法律责任。资产评估机构从事资产评估业务不受地区、行业限制，实行有偿服务。其主要权利义务如下：

1. 权利：（1）资产评估机构有权在法律规定的业务范围内接受资产占有单位的委托，也可以接受经占有单位同意、与被评估资产有关的其他当事人的委托，或是资产评估行政管理部门的委托，依法独立从事资产评估业务。（2）资产评估机构承担评估业务不受地区和行业的限制，既可以承接本地和本行业的资产评估业务，也可以承接外地、境外和其他行业的资产评估业务。（3）资产评估机构实行有偿服务，有权依法收取资产评估费用。（4）资产评估机构有权要求资产占有单位如实提供评估所需的各种资料。

2. 义务：（1）资产评估机构必须依法独立、客观、公正地从事资产评估业务。（2）资产评估机构对资产占有单位所提供的

数据资料和评估结果，应严格保密。(3) 评估机构和评估人员如与委托单位或其他当事人有利害关系的，应当回避。(4) 资产评估机构应按照评估协议中确定的期限完成评估工作。

资产评估机构接受资产占有单位的委托后，应与委托方签订资产评估协议或合同，内容应包括被评估资产项目名称、评估目的、评估范围、评估期限、收费办法和金额、双方权利和义务、违约责任等。

三、资产评估人员

国家对评估行业人员实行注册资产评估师执业资格制度管理。凡按规定通过考试，取得中华人民共和国注册资产评估师《执业资格证书》，并经注册登记的人员，方可从事资产评估业务。获得执业资格证书的人员，表明已具备执业的能力和水平，该证书作为依法申请执业的依据。

(一) 资产评估人员执业资格的取得

资产评估人员通过考试取得执业资格。

注册资产评估师执业资格考试合格者由各省、自治区、直辖市人事（职改）部门颁发人事部统一印制、人事部和国家资产评估行政管理部门用印的中华人民共和国注册资产评估师《执业资格证书》，经注册后全国范围有效。

(二) 注册资产评估师的注册

注册资产评估师执业资格实行注册登记制度。国家资产评估行政管理部门和省级资产评估行政管理部门为注册资产评估师执业资格的注册管理机构。人事部和各级人事部门对注册资产评估师执业资格的注册和使用情况有检查、监督的责任。

考试合格者取得资格证书后，须在3个月内到当地省级资产评估行政管理部门申请办理注册登记手续。

申请注册的资产评估人员，必须同时具备下列条件：(1) 遵纪守法，遵守注册资产评估师执业道德；(2) 注册资产评估师执业资格考试合格；(3) 经单位考核同意，再次注册者，应经单位考核合格并有知识更新、参加业务培训的证明。

注册资产评估师有下列情形之一者，不予注册：(1) 完全丧失民事行为能力；(2) 因在资产评估业务中犯有严重错误，受行政处罚的；(3) 受刑事处罚的。

注册资产评估师注册有效期一般为3年，有效期满前3个月持证者要按规定主动到注册管理机构重新办理注册登记。

各省（自治区、直辖市）资产评估行政管理部门应将准予注册的人员名单报国家资产评估行政管理部门备案，国家资产评估行政管理部门发现注册不符合规定的，将通知有关省级资产评估行政管理部门撤消注册。各省级资产评估行政管理部门依本规定不予注册的，应自决定之日起15日内书面通知申请人。申请人有异议的，可以向省级管理部门或国家资产评估行政管理部门申请复议。

准予注册的申请人，由国家资产评估行政管理部门或其授权的部门核发统一印制的《注册资产评估师注册证》。

凡脱离注册资产评估师工作岗位连续两年以上者（含两年），注册管理机构将取消其注册。注册资产评估师执业资格注册登记内容变更，须在变更后30日内向原注册管理机构办理变更登记。

（三）注册资产评估师的执业道德

1. 注册资产评估师执业道德的概念和原则。注册资产评估师的执业道德，是指注册资产评估师从事资产评估工作应当遵守的执业品德、执业纪律、专业胜任能力等执业行为规范。

注册资产评估师在执业中应遵守下列原则：(1) 守法原则。注册资产评估师在执业中应认真遵守国家法律、法规，遵守行业

管理制度，执行相应的行业准则。(2) 独立客观公正原则。注册资产评估师在执业中应恪守独立、客观、公正的原则。(3) 实事求是的原则。注册资产评估师执行业务时，应当实事求是，不为他人所左右，也不得因个人好恶影响正确估算、分析、判断资产价值的准确性。(4) 正直廉洁诚实的原则。注册资产评估师执行业务时，应当正直、廉洁、诚实，不偏不倚地维护各方合法权益。(5) 回避的原则。注册资产评估师和所在评估机构与客户存在以下利害关系，应声明回避：曾在委托单位任职，离职后未满两年的；持有客户的股票、债券或与客户有其他经济利益关系的；与客户的负责人或当事人有近亲关系的；其他应回避的情况。

2. 执业能力与规则。注册资产评估师应具备资产评估及相关专业知识和实践经验，并按规定接受后续教育，充实和更新知识，提高执业胜任能力。

注册资产评估师和所在评估机构，应如实向委托方申明所具有的执业能力，不得承办不能胜任的评估业务和相关业务。注册资产评估师在执行业务时，应当保持应有的职业谨慎，应根据不同的评估对象和评估目的，采用恰当科学的评估方法和适当的评估程序，完成和履行评估协议中规定的各项工作和义务。

注册资产评估师出具资产评估报告，必须以可靠、充分和完整的工作底稿为依据，不得以其职业身份对未评估事项出具评估报告。不得允许他人以本人名义在评估报告上签字、盖章。不得抬高和压低评估价值出具欺诈与误导性评估报告。

3. 与客户的关系。注册资产评估师有权要求客户及时提供执行评估业务所需要的资料，由于客户拖延提供资料或提供资料不全面、不真实，造成评估结果失实，注册资产评估师不承担相应责任。注册资产评估师应当向客户阐明评估报告的使用范围，

如客户对评估报告使用不当，注册资产评估师不承担相应责任。

注册资产评估师及其助理人员，对于执业过程中所知悉的客户商业秘密、数据资料及其评估结果负有保密义务。除下列情况外，不得将客户任何资料提供或泄露给第三者：（1）客户书面允许；（2）依据有关法律、法规，通过一定程序要求检查公布的；（3）中国资产评估协会组织的工作检查。

注册资产评估师执业中必须遵从下列规定：（1）不得迁就客户，满足其不合理要求；（2）不得授意客户规避有关法律法规；（3）不得为了客户利益损害国家利益、公共利益和其他组织、公民的合法权益。

4. 行业责任。注册资产评估师应当维护职业形象，遵守职业道德，在本行业中应团结协作，维护行业信誉。注册资产评估师不得同时在两家或两家以上评估机构执业。

注册资产评估师和所在评估机构不得以下列不正当手段争揽业务：（1）诋毁、贬损同行的信誉；（2）利用回扣、提成、压价竞争等；（3）借助某些行政机关的权力，对行业、地区、系统的评估业务垄断；（4）采取强制、欺诈、利诱等方式；（5）其他不正当手段。

注册资产评估师和评估机构不得向客户或通过客户获取服务费之外的不正当利益。不得利用各种传播媒体进行招揽业务的宣传。

第四节 资产评估的程序

国有资产的评估，应依法按照下列程序进行：

一、申请立项

国有资产占有单位，欲按有关规定评估其资产，须经其主管部门审查同意后，向同级资产评估行政管理部门提交资产评估立项申请书，有特殊情形的，按有关规定申请立项。资产评估行政管理部门对资产占有单位的立项申请进行审查，符合条件的，予以批准，下达立项通知书。

（一）立项的管理分工

归属中央管辖的国有资产占有单位的资产评估立项由国家资产评估行政管理部门办理。归属地方各级管辖的国有资产占有单位的资产评估立项，一般由同级资产评估行政管理部门办理；其中，重大的、亿元以上的资产评估项目和经国家计委批准立项的中外合资、合作项目的评估，须报国家资产评估行政管理部门备案，必要时，由国家资产评估行政管理部门审批立项。向社会公开发行人股票并上市交易以及境外发行股票、境外上市交易和其他重要的资产评估项目，由地方资产评估行政管理部门初审，国家资产评估行政管理部门办理审批立项。

根据资产评估项目的具体情况，资产评估行政管理部门必要时可委托下一级（国有资产占有单位所在地）资产评估行政管理部门或占有单位的上级主管部门办理资产评估立项。

（二）申报立项的原则

资产评估立项原则上应由国有资产占有单位申报。

国内联营、股份经营等项目的各出资方应分别向同级资产评估行政管理部门申报立项、评估各自出资的资产。也可由各出资方同级资产评估行政管理部门的共同上级资产评估行政管理部门一并办理该项目的评估立项。

已开办的联营企业按其主体单位（或出资额最大的国有资产

占有单位)的归属关系、企业集团按其核心企业的归属关系、国有控股的股份制企业按持股额最大的国有资产占有单位的归属关系、中方总出资占控股地位的中外合资企业按中方出资额最大的国有资产占有单位的归属关系,向相应资产评估行政管理部门申报资产评估立项。也可向各国有资产占有单位同级资产评估行政管理部门的共同上级资产评估行政管理部门申报该项目的评估立项。

(三) 立项的申请

国有资产占有单位申请资产评估立项,必须向有管辖权的资产评估行政管理部门提出书面申请。资产评估立项申请书主要内容包括:资产占有单位名称、隶属关系、所在地点、评估目的和范围、资产账面总量、申报日期等,立项申请可以制成表格形式。附报材料主要有:该项经济情形有关申报和批准文件;有关资产的类型、账面值、产权归属等的简单说明。

资产评估立项申请书和附件,由上级主管部门签署意见,并向同级资产评估行政管理部门申报资产评估立项;按有关规定,有的还需转报上级资产评估行政管理部门直至国家资产评估行政管理部门。

在国家和地方单列的单位以及无上级主管部门的单位,直接向资产评估行政管理部门申请立项。

按照国家规定允许境外或国外资产评估机构参与评估的资产评估项目,应在申报资产评估立项的同时,由境外或国外评估机构向国家资产评估行政管理部门提出承接该项资产评估业务的申请,并附报有关材料;国有资产占有单位也同时提出拟委托该评估机构进行本项目资产评估的申请,经其上级主管部门和同级资产评估行政管理部门签署意见,报国家资产评估行政管理部门审批。

(四) 立项的审查

资产评估行政管理部门接到资产占有单位提交的资产评估立项申请书及附报材料后，应进行立项申请审查。立项申请审查合格的主要标准为：(1) 立项申请手续完备、材料齐全；(2) 该项经济情形符合《国有资产评估管理办法》及其实施细则等法律、法规和有关政策规定。

资产评估行政管理部门对资产占有单位的资产评估立项申请书及附报材料依法审查后，应作出同意立项或不同意立项的决定，并在 10 日内向申请单位的上级主管部门下达评估立项通知书或不予立项通知书。有的还需报上一级资产评估行政管理部门直至国家资产评估行政管理部门备案。

国家资产评估行政管理部门在收到境外或国外机构承接该项资产评估业务的申请和国有资产占有单位委托该机构进行评估的申请后的 10 日内，审查申报材料是否齐全、手续是否完备，并通知补报材料、补办手续；在材料齐全、手续完备后的 15 日内，分别情况作出同意或要求补充说明、不同意的决定，并通知上级主管部门。

二、资产清查和评定估算

(一) 资产清查

国有资产占有单位收到立项通知书后，应聘请或委托具有合法资格的资产评估机构，对批准立项所涉及到的全部资产进行评估。受委托的资产评估机构应对委托单位的资产、债权、债务进行实地清查，核实资产账账、账实是否相符，经营成果是否真实，据以作出账项调整，并作出实物登记。

(二) 评定估算

资产评估机构在资产清查的基础上，根据不同的目的，选择

适当的方法，利用科学的依据，对被评估资产的价值进行评定和估算，向委托单位出具资产评估结果报告书。

三、验证确认

委托单位收到资产评估机构提出的资产评估报告书后，报其主管部门审查。主管部门审查同意后，报批准立项的资产评估行政管理部门确认资产评估结果。资产评估行政管理部门要组织审核、验证，确认资产评估结果，并下达确认通知书。

国有资产的资产评估结果必须经批准立项的资产评估行政管理部门确认后才具有法律效力。资产评估结果的确认就是由资产评估行政管理部门审查认定资产评估机构对国有资产评估结果的法律效力的行为。

（一）确认的申请

国有资产占有单位应向批准评估立项的资产评估行政管理部门提出确认资产评估结果的申请。评估结果确认申请，应附报资产评估报告书和有关资料（包括境外或国外评估机构的资产评估报告书）及国有资产占有单位的上级主管部门签署意见。

资产评估结果确认申请书包括以下主要内容：资产占有单位名称、隶属关系、评估目的、评估范围、起止日期、评估基准日、评估结果以及资产占有单位（委托方）对资产评估机构工作的简要评价意见等。确认申请可制成表格形式。

附报的资产评估报告书应符合《国有资产评估管理办法》及其实施细则和《关于资产评估报告书的规范意见》的要求，准确报告评估结果，全面阐述评估结果的适用条件，具体说明取得评估结果的过程、依据和方法。

（二）确认的审核验证

资产评估行政管理部门或受其委托的上级主管部门以及其他

机构应对资产评估报告书进行审核验证。审核验证合格基本标准为：(1) 已办理资产评估立项；(2) 资产评估机构具有资产评估行政管理部门授予的资产评估资格，境外或国外资产评估机构具有国家资产评估行政管理部门授予进行该项目资产评估的资格，从事证券业务资产评估还需具有国家资产评估行政管理部门和中国证券监督管理委员会联合颁发的“证券业务资产评估许可证”。资产评估机构的选择、委托符合《国有资产评估管理办法》及其实施细则等有关法规政策的规定；(3) 被评估的所有各项资产(包括房屋建筑物、机器设备、土地使用权、商标、专利技术、专有技术等)，均由具有前述评估资格的评估机构的在册人员具体负责进行评估，评估人员符合有关规定要求；(4) 评估目的明确，评估范围与经济情形所涉及资产的范围一致，并符合政策规定；(5) 资产、负债的清查核实工作全面、仔细、准确；(6) 评估过程、步骤符合规定要求；(7) 评估依据充分、合理，包括引用法律、法规、政策准确、适当；选用资料、数据、参数真实、可靠、适用；(8) 评估基准日选择适宜；(9) 各项资产选用评估方法合理、适宜，计算准确，价值影响因素考虑周全；(10) 评估结果客观、公正、合理，适用条件明确、适宜；(11) 资产评估说明全面、充分；(12) 资产评估报告书内容完整、正确，附件资料齐全。

资产评估行政管理部门审核验证结束后，应出具审核验证意见书。审核验证意见书主要包括如下方面的内容：(1) 国有资产占有单位名称、隶属关系等简要情况；(2) 资产评估机构名称、资产评估资格情况；(3) 评估目的、范围，经济情形简要情况；(4) 评估基准日、评估起止时间；(5) 评估方法；(6) 评估结果，包括总资产、净资产评估值，各类资产评估值和汇总以及与账面值的比较；(7) 对资产评估报告的总体评价；(8) 其他需说

明的内容。

（三）下达确认通知

资产评估行政管理部门或其委托的主管部门，在审核验证的基础上下达资产评估结果确认通知书，或分别情况作出要求修改资产评估报告书、重新评估或者不予确认的决定，并通知申报单位及其上级主管部门。

资产评估行政管理部门一般应在收到确认申请后的 10 日内审查申报材料是否齐全、手续是否完备，并通知补报材料、补办手续；在材料齐全、手续完备后的 30 日内提出审核验证意见，下达资产评估结果确认通知书或分别情况作出要求补充说明、修改、重新评估或者不予确认的决定，并通知申报单位及其上级主管部门。

资产评估结果确认通知书主要内容包括：（1）国有资产占有单位名称及其上级主管部门；（2）资产评估机构名称；（3）评估目的、范围；（4）总资产、净资产评估值及各类资产评估值；（5）评估基准日；（6）确认日期及盖章。审核验证意见作为资产评估结果确认通知书的附件一起下达。

资产评估行政管理部门作出不予确认或要求修改资产评估报告书、重新进行资产评估的决定时，须明确说明原因，指出问题所在。资产占有单位按要求修改资产评估报告书或重新评估后，资产评估行政管理部门重新进行审核验证和确认。

（四）确认的效力

资产评估结果确认通知书下达后，该项资产评估工作方告结束，该项经济行为方可报批生效。

经资产评估行政管理部门确认的资产评估结果，作为确定有关资产价值的底价或作价依据。该资产评估结果自评估基准日起一年内有效。有效期内，当资产数量发生变化时，根据不同情况

可由原资产评估机构或资产占有单位按原评估方法作相应调整；当国家经济政策、企业资产和经营情况或外部经济环境发生重大变化，并对评估结果产生较大影响时，应由原资产评估机构作相应调整，调整后还需视具体情况报资产评估行政管理部门备案或审核确认。超过一年有效期，原资产评估结果无效，须重新进行资产评估立项、聘请评估机构进行评估、办理审核确认。为满足境外上市企业评估结果有效期短于一年的要求，需对评估结果进行调整或重新评估的，报资产评估行政管理部门备案或审核确认。

四、申请复议

国有资产占有单位、资产评估机构如果对资产评估行政管理部门下达的评估立项、确认通知或作出的不予立项、不予确认、要求修改资产评估报告、重新进行资产评估的决定有异议时，经同级资产评估行政管理部门协调无效，可以自收到确认通知之日起 15 日内向上级资产评估行政管理部门申请复议。

对于非国有资产的评估，法律没有规定必须经过立项和确认程序。一般来说，可由非国有资产占有单位直接聘请有合法资格的资产评估机构，经过资产清查和评定估算程序，由评估机构依法出具资产评估结果报告书，就可生效。

第五节 资产评估的方法

资产评估方法包括：收益现值法、重置成本法、现行市价法、清算价格法及国务院资产评估行政管理部门规定的其他评估方法。

资产评估机构进行资产评估时，应根据不同的评估目的和对象，选用上述规定的一种或几种方法进行评定估算。选用几种方法评估，应对各种方法评出的结果进行比较和调整，得出合理的资产重估价值。

一、收益现值法

收益现值法是将评估对象剩余寿命期间每年的预期收益，用适当的折现率折现，累加得出评估基准日的现值，以此估算资产价值的方法。用收益现值法进行资产评估的，应当根据被评估资产合理的预期获利能力和适当的折现率，计算出资产的现值，并以此评定重估价值。

二、重置成本法

重置成本法是用现时条件下被评估资产全新状态的重置成本减去该项资产的实体性贬值、功能性贬值和经济性贬值，估算资产价值的方法。

实体性贬值是由于使用磨损和自然损耗造成的贬值。功能性贬值是由于技术相对落后造成的贬值。经济性贬值是由于外部经济环境变化引起的贬值。

用重置成本法进行资产评估的，应当根据该项资产在全新情况下的重置成本，减去按重置成本计算的已使用年限的累积折旧额，考虑资产功能变化、成新率等因素，评定重估价值；或者根据资产的使用期限，考虑资产功能变化等因素重新确定成新率，评定重估价值。

三、现行市价法

现行市价法是通过市场调查，选择一个或几个与评估对象相

同或类似的资产作为比较对象，分析比较对象的成交价格和交易条件，进行对比调整，估算出资产价值的方法。采用现行市价法进行资产评估的，应当参照相同或者类似资产的市场价格，评定重估价值。

四、清算价格法

清算价格法是依据企业清算时其资产可变现的价值，评定重估价值的一种方法。清算价格法适用于依照中华人民共和国企业破产法规定，经人民法院宣告破产的企业等资产评估。评估时应当根据企业清算时其资产可变现的价值，评定重估价值。

第六节 法律 责任

一、对资产占有单位的规定

资产占有单位违反规定，提供虚假情况和资料，或者与资产评估机构串通作弊，致使资产评估结果失实的，资产评估行政管理部门可以宣布资产评估结果无效，并可以根据失实程度，责令限期改正或重新进行评估，重新评估的费用由违法单位支付。同时，对以上违反规定的资产占有单位，还可以根据情节轻重，单处或者并处下列处罚：（1）通报批评；（2）限期改正，并可以处以相当于评估费用以下的罚款；（3）提请有关部门对单位主管人员和直接责任人员给予行政处分，并可以处以相当于本人3个月基本工资以下的罚款。

二、对资产评估机构的规定

资产评估机构作弊或者玩忽职守，致使资产评估结果失实

的，资产评估行政管理部门可以宣布资产评估结果无效，并可以根据失实程度，责令限期改正或重新进行评估，重新评估的费用由违法单位支付。同时，还可以根据情节轻重，对该资产评估机构给予下列处罚：(1) 警告；(2) 停业整顿；(3) 吊销国有资产评估资格证书。除以上处罚外，还应没收该资产评估机构的违法收入，并视违法行为的情节轻重，对单位处以评估费用两倍以内、对个人处以6个月基本工资以内的罚款。也可以给予通报批评或建议有关单位给予相应的行政处分。以上处罚可以并处。

资产评估机构被处以停业整顿的，在停业整顿期间不得承接资产评估业务，停业整顿期限不得少于3个月。停业整顿的资产评估机构，经原颁发资产评估资格证书的资产评估行政管理部门审查合格后，方可重新开展资产评估业务。被吊销资产评估资格证书的资产评估机构，两年内不得重新发给资产评估资格证书。两年期满后，需按审批程序，重新申请资产评估资格。

三、对注册资产评估师的规定

注册资产评估师有下列情形之一的，由注册管理机构视其情节轻重，给予警告、暂停执业直至吊销执业资格的处分：(1) 在执业期间，违反法律、法规规定买卖委托方的股票或债券；(2) 利用执行业务之便，索取、收受委托方不正当的酬金或其他财物，或者谋取其他不正当的利益；(3) 允许他人以本人名义执行业务；(4) 同时在两个或者两个以上的资产评估机构执行业务；(5) 违反法律、法规的其他行为。

对涂改、伪造或以虚假和不正当手段获取注册资产评估师《执业资格证书》和《注册资产评估师注册证》的人员，发证机关应当收回其《执业资格证书》，取消其注册，并视情节轻重，给予必要的行政处分。

四、对管理部门人员的规定

资产评估行政管理部门或者行业主管部门工作人员违反本办法，利用职权谋取私利、或者玩忽职守，造成国有资产损失的，资产评估行政管理部门或者行业主管部门可以按照干部管理权限，给予行政处分，并可以处以相当于本人3个月基本工资以下的罚款。

违反本办法，利用职权谋取私利的，由有查处权的部门依法追缴其非法所得。

五、追究刑事责任的规定

1997年10月1日起施行的《中华人民共和国刑法》第229条明确规定：“承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织的人员故意提供虚假证明文件，情节严重的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。前款规定的人员，索取他人财物或者非法收受他人财物，犯前款罪的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。前款规定的人员，严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。”

另外，对本节所述所有单位的责任人员违反规定，情节严重，构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

思考与练习

1. 我国对资产评估机构和资产评估人员的组织管理作了哪些规定？如何学习和掌握这些规定，并将其作为自己的行为准则？

2. 如何理解资产评估的程序?
3. 什么是资产评估和资产评估法规? 我国的资产评估法规主要有哪些?
4. 对资产评估实行法制化管理的意义和作用是什么?
5. 资产评估适用于哪些经济行为? 应当进行资产评估和可以进行资产评估的经济行为有何不同?
6. 设立资产评估机构的条件和程序是什么?
7. 国家对资产评估机构的资格、分支机构等如何管理?
8. 资产评估机构主要有哪些权利和义务?
9. 我国对外商投资资产评估机构和来华执业的外国资产评估机构作了哪些规定?
10. 注册资产评估师应遵守哪些执业道德?
11. 国家对资产评估立项和确认的管理是怎样进行分工的?
12. 说明资产评估的程序。
13. 资产评估的方法有哪些?
14. 申报资产评估立项的原则是什么? 如何进行立项申请?
15. 什么是资产评估的确认? 确认的效力如何?
16. 资产评估机构和注册资产评估师的哪些行为应承担法律责任?
17. 新刑法对资产评估人员的刑事责任是如何进行规定的?

第二章 产权管理法规

第一节 国有企业财产监督管理

一、国有企业财产监督管理的概念和原则

国有企业财产是指国家以各种形式对企业投资和投资收益形成的财产以及根据法律、行政法规认定的企业其他国有资产。目前，我国关于国有企业财产监督管理方面的法规主要是1994年7月24日，国务院发布的《国有企业财产监督管理条例》。

企业财产的监督管理应当遵循下列原则：

(1) 政企职责分开的原则；(2) 政府的社会经济管理职能和国有资产所有者职能分开的原则；(3) 企业财产的所有权与经营权分离的原则；(4) 投资收益和产权转让收入用于资本的再投入的原则；(5) 资本保全和维护所有者权益的原则；(6) 企业独立支配其法人财产和独立承担民事责任的原则。

二、监事会

(一) 监事会的概念

监事会是监督机构根据需要派出的，对企业财产保值增值状况实施监督的组织。我国法律明确规定：国有企业财产属于全民所有，即国家所有。国务院代表国家统一行使对企业财产的所有

权。国务院可以授权有关部门或者有关机构，对指定的或者其所属的企业财产的经营管理实施监督。国务院授权的监督机构可以根据需要，依法对指定的或所属的企业派出监事会。

（二）监事会的组成

监事会由不少于5人、不超过15人的奇数成员组成。监督机构委派和政府其他部门派出的监事人数不得超过监事会成员总数的2/3。监事会主席由政府或者监督机构在监事会成员中指定。监事会每届任期3年，监事连任不得超过两届。

监督机构派出的监事会成员，可以从下列人员中委派和聘请：（1）监督机构委派的代表；（2）财政部、国家经贸委和国家国有资产管理等政府有关部门及有关银行派出的代表；（3）监督机构聘请的经济、金融、法律、技术和企业经营管理等方面的专家；（4）监督机构聘请的被监督企业的领导人和企业职工代表；（5）监督机构聘请的其他人员。

（三）监事会的职责

1. 审查经注册会计师验证的或者经厂长（经理）签署的企业财务报告，监督、评价企业经营效益和企业财产保值增值状况。

2. 根据工作需要，查阅企业的财务账目和有关资料，对厂长（经理）和有关人员提出询问。

3. 对厂长（经理）的经营业绩进行监督、评价和记录，向派出监事会的监督机构提出对厂长（经理）任免及奖惩的建议。

4. 根据厂长（经理）的要求，提供咨询意见。

（四）监事会的议事规则

监事会会议每年召开一至二次。经监事会主席或者1/3以上监事提议，或者应厂长（经理）的请求，监事会可以举行临时会议。

监事会会议由监事会主席主持，主席缺席时，可以委托其他监事代其主持会议。监事会会议应当建立记录。监事会决议应当由监事记名表决，经全体监事过半数同意方为有效。

三、企业法人财产权

企业享有法人财产权，依法独立支配国家授予其经营管理的财产，政府和监督机构不得直接支配企业法人财产。除法律规定外，政府和监督机构不得以任何形式抽取注入企业的资本金，不得调取企业财产，不得以任何名义向企业收取任何费用。

国家对企业承担的财产责任以投入企业的资本额为限，企业以其全部法人财产独立承担民事责任。企业应当建立资产经营责任制，对企业全部法人财产及其净资产承担保值增值的责任。

企业改组为股份制的，与其他企业或者事业单位之间联营组成新的企业法人的，与外商实行合资、合作经营或者向境外投资的，须经监督机构和有关部门批准。企业向个人、私营企业、境外投资者等转让产权的，应当依照国务院规定的权限和程序报经批准。

第二节 产权界定

一、产权界定概述

(一) 产权界定的概念

1. 产权。产权是指财产所有权和与财产所有权有关的财产权。其中财产所有权是指所有权人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。与财产所有权有关的财产权是指财产所有者依据法律或合同等形式，把财产所有权的部分权能让渡给

非所有者使用，由非所有人享受的并受财产所有者约束的对所有人财产的占有、使用以及一定程度的依法收益、处分的权利。

国有资产产权，就是指国家财产所有权以及与国家财产所有权有关的财产权。

2. 产权界定。产权界定，主要指财产所有权以及与财产所有权相关的其他财产权的界定，也就是国家依法划分财产所有权和经营权、使用权等产权归属，明确各类产权主体行使权利的财产范围及管理权限的法律行为。

国有资产产权界定，是指对全部或部分占用国有资产单位的产权、全民所有制单位与其他所有制单位之间以及全民所有制单位之间的产权，依法划分归属国家享有的资产所有权和企业享有的经营权及其他相关权利，明确各类产权主体行使权利的财产范围及管理权限的法律行为。

（二）产权界定法规

产权界定法规，是指国务院及其有关部委等行政机关制定发布的调整产权界定关系的条例、办法、规定、通知等规范性文件的总和。近些年来，随着国家经济体制改革的不断深化，企业的合资、合作、产权交易等行为大量增加。在这种情况下，产权界定已成为一项不可缺少的重要工作。产权界定在明晰产权关系，促进现代企业制度的建立，保护国有资产等诸方面，已显示出重大作用。

目前，我国尚未制定统一的产权界定方面的法律。为了搞好国有资产产权界定，国家国有资产管理局于1993年发布了《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》和《集体企业产权界定办法》，1996年2月国家科委和国家国有资产管理局联合发布了《集体科技企业产权界定若干问题的暂行规定》。以上三个法规明确规定了国有企业、集体企业、集体科技企业、中外合资、

中外合作、联营、股份制等企业的产权界定原则、标准、组织实施、法律责任及纠纷处理等问题，是我们界定产权，保护国有资产不受侵犯，明确各类产权主体的权利义务关系的法律依据。

（三）我国产权界定制度的建立

1956年以后，我国形成了一个以全民所有制为主体、包括集体所有制在内的单一公有制结构，在政府统一调拨的计划经济体制下，企业没有自主经营权，也没有自身的经济利益，国有资产所有权及其各项权能都是由同一个主体行使，它们都是由行政划拨来确定，因此，产权归属简单明了。

党的十一届三中全会以后，我国实行改革开放政策，倡导多种经济成分并存和共同发展，在公有制经济占主导地位的前提下，其他经济成分有了较快的发展，多种经济成分并存局面已经形成，多种经济成分之间的合资参股、产权交易变动逐步增多，同时，国家对国有企业实行了政企职责分开、所有权和经营权相对分离的管理体制，部分国有资产的管辖权发生变化，又都有了各自的经济利益。全民所有制企业的资金来源有了多种渠道，资金投入方式也多样化了，企业投资构成出现了多元化。一部分非经营性资产转为经营性资产，也带来了产权及收益归属问题。加之投资、信贷、利税政策的多次调整变化，使得国有资产产权归属出现了许多争议和混乱，以各种名目化公为私，化国有为集体所有，侵害所有者权益的行为屡屡发生，经营权、使用权、收益权方面的争端也时有发生，这就有必要建立产权界定法律制度，来界定国有资产的归属，进而明确各种产权关系，保护国有资产以及其他经济成分所有者的合法利益，建立正常商品经济新秩序。

（四）产权界定制度的意义

1. 国有资产产权界定是巩固社会主义公有制经济的重要措

施。国有资产产权界定在巩固社会主义公有制经济体制中，有着不可忽视的作用。通过国有资产产权界定明确财产产权关系，在很多方面可以堵塞因国有资产法规不健全而出现的国有资产流失的漏洞，从而有利于保证社会主义公有财产不受侵蚀和瓜分，有利于社会主义公有制的巩固。

2. 国有资产产权界定是明确企业产权关系，深化国有企业改革的重要手段。在当前改革中，明晰产权关系，是产权制度改革的前提和基础，只有产权界定清楚了，才有条件搞好产权管理，推行现代企业制度，才有利于调动生产经营者的积极性。

3. 国有资产产权界定是加强国有资产管理的重要保证。国有资产是全国人民坚持自力更生、艰苦奋斗取得的物质财富，也是推进社会主义建设和改革，不断改善全国人民物质文化生活的重要保证。只有搞好国有资产产权界定，才能搞清国有资产的基数，在企业合资、合作、联营、兼并等变动中保证国有资产不受侵犯，加强国有资产管理，提高国有资产的效益。

4. 国有资产产权界定是维护企业合法权益的重要方式。国有资产产权界定，是对国有资产的所有权和经营权、使用权等财产权的归属进行确认的一种法律行为，它在明确国家对国有资产的所有权的同时，也明确了企业对国有资产的经营权。这样便明确了企业享有经营权的范围，企业可以依法对这部分财产享有经营管理权，依法对这部分财产进行占有、使用、收益和处分。

5. 产权界定除了对维护国有资产具有上述重要意义外，对于维护其他产权所有者的合法权益也具有重要作用。按照“谁投资，谁拥有产权”的原则，对于企业中属于集体、个人、外商等各种非国有资产主体投资形成的产权加以明确的界定，可以明晰企业的产权关系，调动各种非国有资产投资主体的积极性。尤其是1999年3月15日九届全国人大二次会议通过的《中华人民共

和国宪法修正案》明确规定：“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分。”“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。”在这种情况下，搞好产权界定，有利于落实宪法规定的经济政策，推动国家整个经济建设的发展。

二、产权界定的适用范围和基本原则

（一）产权界定适用的主体范围

1. 适用于全部或部分占用国有资产单位的产权界定。例如：对国有企业进行的产权界定；对国有企业与外国投资者共同投资设立的中外合资经营企业进行的产权界定等。

2. 适用于全民所有制单位与其他所有制单位之间的产权界定。例如：国有企业与集体企业之间发生联营、产权交易等关系时所进行的产权界定。

3. 适用于全民所有制单位与全民所有制单位之间的国有资产的产权界定。例如：国有企业与国有企业之间发生产权不清或有争议时所进行的产权界定。

（二）产权界定适用的经济行为范围

占有、使用国有资产的单位，发生下列情形的，应当进行产权界定：（1）与外方合资、合作的；（2）实行股份制改造和与其他企业联营的；（3）发生兼并、拍卖等产权变动的；（4）国家机关及其所属事业单位创办企业和其他经济实体的；（5）国有资产管理部门认为需要界定的其他情形。

（三）产权界定的基本原则

产权界定应遵循以下两个原则：

1. 对国有资产所有权的界定应遵循国家统一所有、政府分级分工管理的原则。中华人民共和国是国有资产所有权的唯一主

体，国务院代表国家行使国有资产所有权，国家对国有资产实行分级分工管理，国有资产分级分工管理主体的区分和变动不是国有资产所有权的分割和转移。

2. 产权界定应遵循“谁投资，谁拥有产权”的原则。产权界定应实事求是地依法进行，谁投资，谁拥有产权，谁受益。在界定过程中，既要维护国有资产所有者及经营使用者的合法权益，又不得侵犯其他财产所有者的合法权益。

三、产权界定的标准

(一) 国家机关及其所属事业单位的产权界定

国家机关及其所属事业单位占有、使用的资产以及政党、人民团体中由国家拨款等形成的资产，界定为国有资产。

(二) 全民所有制企业的产权界定

全民所有制企业中的下列资产界定为国有资产：

1. 有权代表国家投资的部门和机构以货币、实物和所有权属于国家的土地使用权、知识产权等向企业投资，形成的国家资本金。

2. 全民所有制企业运用国家资本金及在经营中借入的资金等所形成的税后利润，经国家批准留给企业作为增加投资的部分以及从税后利润中提取的盈余公积金、公益金和未分配利润等。

3. 以全民所有制企业和行政事业单位（以下统称全民单位）担保，完全用国内外借入资金投资创办的或完全由其他单位借款创办的全民所有制企业，其收益积累的净资产。

4. 全民所有制企业接受馈赠形成的资产。

5. 在实行《企业财务通则》，《企业会计准则》以前，全民所有制企业从留利中提取的职工福利基金、职工奖励基金和“两则”实行后用公益金购建的集体福利设施而相应增加的所有者权

益。

6. 全民所有制企业中党、团、工会组织等占用企业的财产，不包括以个人缴纳党费、团费、会费以及按国家规定由企业拨付的活动经费等结余购建的资产。

（三）集体所有制企业中国有资产所有权界定

集体所有制企业中国有资产所有权界定依下列办法处理：

1. 全民单位以货币、实物和所有权属于国家的土地使用权，知识产权等独资（包括几个全民单位合资，下同）创办的以集体所有制名义注册登记的企业单位，其资产所有权界定按照全民所有制企业中的产权界定有关规定办理。但依国家法律、法规规定或协议约定并经国有资产管理部门认定的属于无偿资助的除外。

2. 全民单位用国有资产在非全民单位独资创办的集体企业（以下简称集体企业）中的投资以及按照投资份额应取得的资产收益，包括留给集体企业用于发展生产的资本金及其权益，界定为国有资产。

3. 集体企业依据国家规定享受税前还贷形成的资产，其中属于国家税收应收未收的税款部分，界定为国有资产；集体企业依据国家规定享受减免税形成的资产，其中列为“国家扶持基金”等投资性的减免税部分界定为国有资产。经国有资产管理部门会同有关部门核定数额后，继续留给集体企业使用，由国家收取资产占用费。上述国有资产的增值部分由于历史原因无法核定的，可以不再追溯产权。

集体企业改组为股份制企业时，改组前税前还贷形成的资产中，国家税收应收未收的税款部分和各种减免税形成的资产中列为“国家扶持基金”等投资性的减免税部分界定为国家股，其他减免税部分界定为企业资本公积金。

4. 集体企业使用银行贷款、国家贷款等借贷资金形成的资产，全民单位只提供担保的，不界定为国有资产，但履行了连带责任的，全民单位应予追索清偿或经协商转为投资。

5. 供销合作社、手工业合作社、信用合作社中由国家拨入的资本金（含资金或者实物）界定为国有资产，经国有资产管理部门会同有关部门核定数额后，继续留给合作社使用，由国家收取资产占用费。上述国有资产的增值部分由于历史原因无法核定的，可以不再追溯产权。

6. 集体企业和合作社无偿占用国有土地的，应由国有资产管理部门会同土地管理部门核定其占用土地的面积和价值量，并依法收取土地占用费。

（四）中外合资经营企业中国有资产所有权的界定

开办中外合资经营企业，以下资产界定为国有资产：

1. 中方以国有资产出资投入的资本总额，包括现金、厂房建筑物、机器设备、场地使用权、无形资产等形成的资产。

2. 企业注册资本增加，按双方协议，中方以分得利润向企业再投资或优先购买另一方股份的投资活动中所形成的资产。

3. 可分配利润及从税后利润中提取的各项基金中中方按投资比例所占有的份额，不包括已提取用于职工奖励、福利等分配给个人消费的基金。

4. 中方职工的工资差额。

5. 企业根据中国法律和有关规定，按中方工资总额一定比例提取的中方职工的住房补贴基金。

6. 企业清算或完全解散时，馈赠或无偿留给中方继续使用的各项资产。

中外合作经营企业中的国有资产所有权界定，参照中外合资企业国有资产所有权界定的有关原则办理。

(五) 股份制企业中国有资产所有权的界定

股份制企业中的下列资产应界定为国有资产：

1. 国家机关或其授权单位向股份制企业投资形成的股份，包括现有已投入企业的国有资产折成的股份，构成的股份制企业中的国家股。

2. 全民所有制企业向股份制企业投资形成的股份，构成的国有法人股。

3. 股份制企业公积金、公益金中，全民单位按照投资应占的份额。

4. 股份制企业未分配利润中，全民单位按照投资比例所占的相应份额。

联营企业中国有资产所有权界定参照股份制企业国有资产所有权界定的原则办理。

四、全民单位之间的产权界定

(一) 全民单位之间产权界定的一般规定

1. 全民单位非经批准或约定，不得变更资产管理关系的规定。各个全民单位占用的国有资产，应按分级分工管理的原则，分别明确其与中央、地方、部门之间的管理关系，非经有权管理其所有权的人民政府批准或双方约定，并办理产权划转手续，不得变更资产的管理关系。

2. 全民单位拥有的产权不得无偿调拨的规定。全民单位对国家授予其使用或经营的资产拥有使用权或经营权。除法律、法规另有规定者外，不得在全民单位之间无偿调拨其资产。

3. 维护企业法人对外投资、入股、联营的合法权益的规定。全民所有制企业之间是平等竞争的法人实体，相互之间可以投资入股，按照“谁投资、谁拥有产权”的原则，企业法人的对外长

期投资或入股，属于企业法人的权益，不受非法干预或侵占。依据国家有关规定，企业之间可以实行联营，并享有联营合同规定范围内的财产权利。

4. 政企分开的规定。国家机关投资创办的企业和其他经济实体，应与国家机关脱钩，其产权由国有资产管理部门会同有关部门委托有关机构管理。

国家机关所属事业单位经批准以其占用的国有资产出资创办的企业和其他经济实体，其产权归该单位拥有。

(二) 全民单位之间权属不清的国有资产产权的界定

由于历史原因和管理上的问题，全民单位之间的资产存在一些产权关系不清的情况，有的已在全民单位之间造成了争议。例如：有关房屋产权和土地使用权方面的权属不清和争议，就是比较突出的问题。根据有关产权界定的法律规定，对全民单位之间的房屋产权和土地使用权关系不清或有争议的，按以下办法处理：

1. 全民单位租用房产管理部门的房产，因各种历史原因全民单位实际上长期占用，并进行过多次投入、改造或翻新，房产结构和面积发生较大变化的，可由双方协商共同拥有产权。

2. 对数家全民单位共同出资或由上级主管部门集资修建的职工宿舍、办公楼等，应在核定各自出资份额的基础上，由出资单位按份共有或共同共有其产权。

3. 对有关全民单位已办理征用手续的土地，但被另一些单位或个人占用，应由原征用土地一方进行产权登记，办理相应的法律手续。已被其他单位或个人占用的，按规定实行有偿使用。

4. 全民单位按国家规定以优惠价向职工个人出售住房，凡由于分期付款，或者在产权限制期内，或者由于保留溢值分配权

等原因，产权没有完全让渡到个人之前，全民单位对这部分房产应视为共有财产。

(三) 由行业统一经营管理，使用单位投入的国有资产产权的界定。

按照国家规定，电力、邮电、铁路和城市市政公用事业等部门，其资产由行业统一经营管理。这种做法符合电力、邮电等部门的特点，便于国家统一调配、使用国有重要资源和设施，对国民经济的正常发展起到重要保证作用。但是长期以来，上述行业国有资产的使用单位，为了适应工作的需要，不同程度地投入了大量资金并形成了新的资产。对于资产使用单位投入的资产，其产权应界定为使用单位享有还是界定为行业享有？根据有关资产界定方面的法律规定，对这一问题，可由国有资产管理部门委托行业主管部门，根据历史因素及其行业管理特点，按照下列办法处理：

1. 使用单位投入资金形成的资产交付这些行业进行统一管理，凡已办理资产划转手续的，均作为管理单位法人资产；凡没有办理资产划转手续的，可根据使用单位与管理单位双方自愿的原则，协商办理资产划转手续或资产代管手续。

2. 对使用单位投入资金形成的资产，未交付这些行业统一管理而归使用单位自己管理的，其产权由使用单位拥有。

3. 对由电力部门代管的农电资产，凡已按规定办理有关手续，并经过多次更新改造，技术等级已发生变化，均作为电力企业法人资产。

4. 凡属于上述部门的企业代管其他企业、单位的各项资产，在产权界定或清产核资过程中找不到有关单位协商或办理手续的，经通告在一定期限后，可以视同为无主资产，归国家所有，其产权归代管企业。

5. 对于地方政府以征收的电力建设资金或集资、筹资等用于电力建设形成的资产，凡属于直接投资实行按资分利的，在产权界定中均按投资比例划分投入资本份额；属于有偿使用已经或者将要还本付息的，其产权划归电力企业。

五、产权界定的程序

（一）全民单位产权界定的程序

1. 全民单位的各项资产及对外投资，由全民单位首先进行清理和界定，其上级主管部门负责督促和检查。必要时也可以由上级主管部门或国有资产管理部门直接进行清理和界定。

2. 全民单位经清理、界定已清楚属于国有资产的部分，按财务隶属关系报同级国有资产管理部门认定。

3. 经认定的国有资产，须按规定办理产权登记等有关手续。

占用国有资产的其他单位的产权界定，可以参照上述程序办理。

（二）集体企业产权界定的程序

集体企业的产权界定应从查账入手。查阅财政、银行和其他部门的拨款拨物账单、投资单位拨入资金或实物的证明或收据，以及税务部门给予企业减免税等优惠的文件规定和减免数额。还可对照检查企业收款收物账和享受减免税额，上下结合，以确定国家投资或拨入资产。因为历史等原因，拨入资产手续不全，账单不存的，可以事实为依据，确定拨入资产。

产权界定的具体程序如下：

1. 建立由国有资产管理部门、企业主管部门、财税部门、社会公证性中介机构和企业参加的产权界定小组，具体负责企业产权界定工作。

2. 查阅有关资料和原始凭证。

3. 对企业资产进行清理和界定。

4. 经界定属于国有资产的，由企业填报“国有资产产权界定表”，报同级国有资产管理部門认定。

5. 经认定的国有资产，要明确管理主体，办理有关法律手续。

6. 调整会计账目，属于政府部门投资的，办理产权登记手续。

六、产权纠纷的处理

产权纠纷，是指由于财产所有权及经营权、使用权等产权归属不清而发生的争议。它包括不同所有制产权主体之间因资产所有权归属不清而引起的纠纷，也包括全民所有制单位之间因经营权或使用权归属不清而引起的纠纷。以上产权纠纷的处理程序如下：

(一) 全民单位之间的产权纠纷的处理

1. 调解和裁定。全民所有制单位之间因对国有资产的经营权、使用权等发生争议而产生的纠纷，应在维护国有资产权益的前提下，由当事人协商解决。协商不能解决的，应向同级或共同上一级国有资产管理部門申请调解和裁定，必要时报有权管辖的人民政府裁定，国务院拥有最终裁定权。

2. 申请复议。上述全民单位对国有资产管理部門的裁定不服的，可以在收到裁定书之日起 15 日内，向上一级国有资产管理部門申请复议，上一级国有资产管理部門应当自收到复议申请之日起 60 日内作出复议决定。

(二) 全民单位与集体科技企业之间产权纠纷的处理

集体科技企业是指以科技人员为主体，按照“自筹资金，自愿组合，自主经营，自负盈亏”的原则创办和经营，主要从事技

术开发、技术转让、技术咨询、技术服务和科技成果产业化业务，在工商行政管理机关注册为集体所有制性质的企业法人。包括经各级科学技术委员会认定或审批的集体科技企业（含高新技术企业）。

全民单位与集体科技企业之间发生产权争议时，由科技管理部门会同国有资产管理部门组织界定。科技管理部门会同国有资产管理部门，根据当事人提出的产权界定书面申请，可调解解决产权争议。经调解不能达成协议的，由国有资产管理部门会同科技管理部门，在查清事实的基础上，根据国家有关法律、法规和《集体科技企业产权界定若干问题的暂行规定》进行裁决，当事人对裁决结果不服的，可提请行政复议。

科技管理部门和国有资产管理部门有义务保护产权纠纷当事人的商业秘密。

（三）全民单位与其他经济成分之间产权纠纷的处理

全民所有制单位与其他经济成分（不包括集体科技企业）之间发生的产权纠纷，由全民单位提出处理意见，经同级国有资产管理部门同意后，与对方当事人协商解决。协商不能解决的，依司法程序处理。

七、法律责任

对产权界定主管机关工作人员违反规定，利用职权谋取私利或者玩忽职守，造成国有资产损失的，国有资产管理部门和有关部门应按照干部管理权限，给予责任人员行政、经济的处罚；构成犯罪的，由司法部门予以惩处。

对国有资产占有单位违犯规定，隐瞒不报或串通作弊，导致国有产权益受损的，产权界定主管机关可以根据情节轻重，对占用单位的主管人员和直接责任人员给予通报批评、罚款等处

罚。

不论何方，违反产权界定的规定，导致国有资产流失的，由国有资产管理部门会同有关部门根据情节轻重，分别给予直接责任人员行政经济的处罚；构成犯罪的，由司法部门予以惩处。

第三节 国有资产产权登记

一、国有资产产权登记概述

(一) 国有资产产权登记的概念

国有资产，是指国家依法取得和认定的资产以及国家以各种形式对企业投资和投资收益形成的资产，国家向行政事业单位拨款等形成的资产。

国有资产产权登记，是指国有资产管理部门代表国家和政府对行政事业资产和占有国有资产的企业进行登记，依法确认国家对国有资产的所有权和企业的经营权、行政事业单位的占有、使用权及其相关权利的法律行为。这就是说，通过国有资产管理部门组织的产权登记，一方面，明确了国家对哪些资产具有所有权，另一方面，也明确了企业、单位对哪些资产具有经营使用权。这两方面的确认都用法律文件的形式表现出来，具有法律效力并受到法律保护。

产权登记由以下要素组成：(1) 登记人，也就是登记主体，指法人组织，即具有法人资格的企业、公司和单位。(2) 登记对象，即登记客体，指对什么进行登记，具体表现为登记的内容。(3) 违章处理，指产权登记主管部门对登记人违反国家规定应给予的各种处罚措施。(4) 计算方法，指由产权登记管理办法所规定的，在进行产权登记时统一采用的计算方法和口径。(5) 管理

权限，指由国家规定的各级产权管理部门进行产权登记工作的管理范围、职责权限。

（二）国有资产产权登记法规

国有资产产权登记法规，是指国务院及其有关部委等行政机关制定发布的，调整国有资产产权登记关系，规定产权登记的内容、种类、程序、主管机关和法律责任等事项的法律规范的总和。

过去长期以来我国实行的是单一所有制计划经济体制及政府直接操作企业生产经营的管理体制，政府对资产的了解仅仅通过财务报表或有关统计报表。改革开放以后，企业逐步有了经营自主权，产权变动、资产价格变动不断，经济行为也迫切要求被纳入法制化轨道，因此产权的基础管理被逐步重视并开展起来。1990年，国家国有资产管理局、财政部和国家工商行政管理局开始进行产权登记试行工作，制定产权登记法规的工作也被列入议事日程。1992年5月11日，国家国有资产管理局、财政部、国家工商行政管理局联合发布了《国有资产产权登记管理试行办法》，经国务院批准，于1992年在全国范围内开展国有资产产权登记工作。

1992年以后，通过不断总结实践经验，在上述《试行办法》的基础上，国务院于1996年1月25日制定发布了《企业国有资产产权登记管理办法》，国家国有资产管理局和财政部于1995年2月15日联合发布了《行政事业单位国有资产管理办法》。以上两个法规是有关国家机关、企事业单位进行国有资产产权登记工作的主要法律依据。

（三）产权登记的意义和作用

开展国有资产产权登记，其意义和作用主要表现在以下方面：

1. 产权登记是国有资产管理的基础。通过产权登记，可以摸清家底，搞清国有资产的状况，防止国有资产的流失。产权登记一方面要搞清资产的定性，即那些属于国有资产，必须结合产权界定来进行，另一方面，要搞清楚有多少国有资产，要账账相符，账物相符，不得有账外物资、资金，造成遗漏。产权登记的资产数额，有法律效力，未经国有资产管理部门批准，不得随意变动，因此产权登记可以监督企业国有资产的变动，防止国有资产的流失。

另外，产权登记是准确汇总国有资产统计报表的基础。国有资产的产权登记，要求做到口径统一，账金相符，数字准确，不重不漏，在进行产权登记中，按照上述要求，通过对所登记企业、单位的会计报表、资金信用证明、验资证明等文件的严格审查和核实，可以确定企业、单位实际占用的国有资产的准确数字，为填报国有资产汇总报表奠定可靠的基础。

2. 产权登记有利于明晰产权关系，为深化企业改革奠定基础。产权登记确认了国家对国有资产的所有权，有助于保障所有权不受侵犯，同时还确认了企业对国有资产的占有及经营使用权，有助于调动经营者的积极性，在这两方面确认基础上，可以进一步明晰产权关系，规范所有者和经营者的行为，贯彻公司法，实现现代企业制度，从而推进改革向深层次发展。

3. 有助于考核和评价国有资产经营使用效益。国有资产管理体制和管理方法改革的一个重要方面，就是要建立起科学的以资本金利润率为中心的考评制度，对国有资产的经营、使用效益进行正确的考核和评价。这一制度的建立，需要做好一定的基础工作。通过产权登记，产权登记主管机关在审核登记单位占有、使用的国有资产价值总量及其增减变化情况的过程中，可以准确地掌握有关资产占有和使用及增减变化的基本数据和资料，这些

资料和数据是制定资本金利润率并据以考核资产经营效益和使用效益的可靠依据。做好了产权登记工作，也就为考核和评价国有资产的经营效益和使用效益创造了条件。

4. 产权登记是一种法律行为，它在明确国家对国有资产所有权归属基础上，对企业单位的占有使用权赋予法律依据，有利于产权交易、变动等行为受到法律的保护，有利于社会主义市场经济走上法制化轨道。产权登记的法律文件是国家国有资产管理局统一制定的《国有资产产权登记表》、《国有资产产权登记证》等。

二、行政事业资产产权登记

（一）行政事业资产产权登记的概念

行政事业资产，是指由行政事业单位占有使用的、在法律上确认为国家所有的、能以货币计量的各种经济资源的总和。包括国家拨给行政事业单位的资产，行政事业单位按照国家政策规定运用国有资产组织收入形成的资产以及接受捐赠和其他经法律确认为国家所有的资产。行政事业资产的表现形式为：流动资产、长期投资、固定资产、无形资产和其他资产。

行政事业资产产权登记，是指国有资产管理部门代表国家对行政事业资产进行登记，依法确认国家对国有资产的所有权和行政事业单位占有、使用国有资产的行政行为。国有资产管理部门核发的《国有资产产权登记证》是国家对行政事业单位占用国有资产享有使用权的法律凭证。行政事业资产是国有资产的重要组成部分，是社会主义公有制经济的重要物质基础，为保障国家对行政事业资产的所有权，落实行政事业单位管好、用好其占有、使用国有资产的义务和责任，必须认真做好行政事业资产产权登记这一工作。

(二) 行政事业资产产权登记的内容

行政事业资产产权登记的内容主要有：

1. 单位名称、住所、负责人及单位上级主管部门。
2. 预算管理形式。

3. 单位资产总额，指行政事业单位占有、使用的全部资产的总和，为所有权属于国家的资产和所有权属于其他主体所有的财产之和。按该单位财务报表所列数字填写。

4. 国有资产总额，指行政事业单位占有使用的属于国家所有的资产总和。包括国家拨给行政事业单位的资产和行政事业单位依法运用国有资产组织收入形成的资产，以及接受捐赠的资产等。按该单位财务报表所列数字填写。

5. 国有资产管理规定的其他事项。

(三) 行政事业资产产权登记的范围

按照《行政事业单位国有资产管理办法》第 10 条的规定：“凡占有、使用国有资产的行政事业单位，不论其是否纳入预算管理以及实行何种预算管理形式，都必须向国有资产管理部 门申报、办理产权登记手续。”可见，行政事业资产产权登记的范围，包括所有占有、使用国有资产的行政事业单位。

(四) 行政事业资产产权登记的种类

行政事业资产产权登记分为设立产权登记、变动产权登记和撤销产权登记三种。

1. 设立产权登记。适用于新设立的行政事业单位。新设立的行政事业单位，应在正式成立后 30 日内，向同级国有资产管理部门或委托的主管部门申报、办理产权登记手续。

2. 变动产权登记。适用于某些事项发生变化的行政事业单位。行政事业单位的隶属关系、单位名称、地址、单位负责人发生变化以及国有资产总额发生变化超过一定比例，应在主管部门

或审批机关批准后 30 日内，向同级国有资产管理部門或委托的主管部門申报、办理变动产权登记手续。

3. 撤销产权登记。适用于主体资格灭失的行政事业单位。行政事业单位发生分立、合并、改制、撤销等情况，导致主体资格灭失时，应在主管部門或审批机关批准后 30 日内，向同级国有资产管理部門或委托的主管部門申报、办理撤销产权登记手续。

4. 产权登记年检制度。行政事业资产产权登记实行年度检查制度，每年进行一次。每次检查，行政事业单位都要在认真查清年末资产存量的基础上，如实填制年检登记证，以向国有资产管理部門提供行政事业资产的真实情况，便于国家对行政事业资产进行管理。

三、企业国有资产产权登记

(一) 企业国有资产产权登记的概念

企业国有资产产权登记，是指国有资产管理部門代表政府对占有国有资产的各类企业的资产、负债、所有者权益等产权状况进行登记，依法确认产权归属关系的法律行为。

建国以来，国家向企业投入了大量资本金，资本金在生产经营过程中不断发生着变化和产生着收益。这些数额巨大的国有资产构成了国家重要的物质财富，是国有资产管理的对象。为了体现国家所有权与企业经营权适当分离的原则，既保障国家对国有资产的所有权，又落实企业占有、使用国有资产的经营权和经营责任，加强对企业国有资产管理，提高国有资产的营运效益，必须搞好企业国有资产产权的登记工作。

(二) 企业国有资产产权登记的内容

企业国有资产产权登记的内容主要有：

1. 出资人名称、住所、出资金额及法定代表人。

2. 企业名称、住所及法定代表人。

3. 企业的资产总额，指企业拥有或者控制的能以货币计量的经济资源的总金额，包括各种财产、债权和其他权利。资产总额可分为流动资产、长期投资、固定资产、无形资产、递延资产和其他资产，应按照企业当期资产负债表中的资产总计数填列。

4. 企业的负债总额，指企业所承担的能以货币计量，需以资产或劳务偿付的债务，分为流动负债和长期负债。企业负债总额应按照企业当期资产负债表中的负债总计数填列。

5. 企业所有者权益，指企业投资主体对企业净资产的所有权，包括投资主体对企业的投入资本以及形成的资本公积金、盈余公积金和未分配利润等。应按企业当期资产负债表中的所有者权益总计数填列。

6. 企业实收资本，指企业占有、使用的，投资者实际投入企业经营活动的各种财产物资。企业实收资本应当按照实际入账的投资数额填列。

7. 企业国有资本，指企业根据国家法律、法规的规定，采用国家投资的方式筹集的资本。包括属于国家所有的现金、实物、无形资产等形式的投资。企业国有资本应按照入账数额如实填列，如果对某些国有资产实际已投资但未入账的，应及时调整账目。

8. 企业投资情况。包括其他企事业单位用其占用的资产对本企业的实际投资和本企业向其他企业（含境外企业）的投资。企业可以依法接受其他企事业单位的投资，也可以依法采用现金、实物、无形资产或者购买股票、债券等有偿证券方式向其他单位投资，包括短期投资和长期投资。企业的投资情况应按照当期资产负债表中所列数字如实填列和说明。

9. 国有资产管理部门规定的其他事项。

(三) 企业国有资产产权登记的范围

按照《企业国有资产产权登记管理办法》第3条的规定：“国有企业、国有独资公司、持有国家股权的单位以及以其他形式占有国有资产的企业，应当依照本办法的规定办理产权登记。”可见，企业国有资产产权登记的范围包括国有企业、国有独资公司、持有国家股权的单位和以其他形式占有国有资产的企业。

上述企业产权归属关系不清楚或者发生产权纠纷的，可以申请暂缓办理产权登记。经批准允许暂缓办理产权登记的企业，应当在暂缓办理产权登记期限内，将产权界定清楚，或将产权纠纷处理完毕，并及时办理产权登记。

(四) 企业国有资产产权登记的种类

企业国有资产产权登记分为占有产权登记、变动产权登记和注销产权登记。

1. 占有产权登记。适用于占有使用国有资产的新开办企业。新开办企业应在审批机关批准后30日内，在向工商行政管理机关申办工商注册登记之前，到国有资产管理部门申报占有产权登记。企业办理占有产权登记，应当按照规定填报国有资产产权登记表并提交有关文件、凭证、报表等。填报的内容或者提交的文件、凭证、报表等不符合规定的，国有资产管理部门有权要求企业补正。

国有资产管理部门向企业核发的国有资产产权登记表是国家对一个企业占有、使用国有资产的最原始的法律记载凭证，其主要的作用如下：(1) 为国有资产管理部门提供国家直接投入各个企业的国有资本金数额的原始法律凭证，以便进行国家投资的跟踪反馈、监督管理，防止国家资产流失；(2) 为企业法人申请开业提供资金信用证明；(3) 为企业的经营管理者提供该企业单位

对国有资产所有者负有多大经济责任的依据。

2. 变动产权登记。适用于企业发生下列变动情况之一的产权登记：(1) 企业名称、住所或者法定代表人改变的；(2) 国有资本占企业实收资本比例发生变化的；(3) 企业分立、合并或者改变经营形式的；(4) 有国务院国有资产管理部门规定的其他变动情形。企业发生以上变动情形之一，应当自变动之日起 30 日内办理变动产权登记。

企业国有资产变动产权登记的作用是：经国有资产管理部门审定变动的资产总额作为法人注册资金变更登记资信证明，审定调整后的国有资产总额可作为国家核定企业承担相应经济责任的依据，同时还为国有资产管理部门提供企业产权登记主要事项的变动信息，以便进行相应管理。

3. 注销产权登记。适用于企业发生下列情况之一的产权登记：(1) 企业解散、被依法撤销或者被依法宣告破产的；(2) 企业转让全部产权或者企业被划转的；(3) 有国务院国有资产管理部门规定的其他情形。企业发生以上情形之一的，应当自该情形发生之日起 30 日内办理注销产权登记。

注销产权登记的主要作用是监督企业是否按国家的有关规定处置国有资产，防止企业在被兼并、被合并、被撤销等过程中国有资产的流失，从而维护国有资产的权益；为企业法人注销登记提供国有资产产权完结证明。

4. 产权登记年度检查。企业应当在每一年度终结后 90 日内，办理产权年度检查登记，向国有资产管理部门提交财务报告和国有资产经营年度报告书。报告书应包括下列主要内容：(1) 出资人的资金实际到位情况；(2) 企业国有资产的结构变化，包括企业对外投资情况；(3) 国有资产增减、变动情况；(4) 国务院国有资产管理部门规定的其他事项。

企业国有资产产权登记年度检查的作用是：为国有资产管理部 门提供有关国有资本金投入及其收益的信息，通过年度检查，还可以监督企业的资本金管理，检查企业资本金占用投入是否合理，国有资产的保值增值情况及国有资本金的效益状况，并通过统计各行业资本金投入结构、规模、盈利及偿债能力等，为政府进行宏观调控提供决策依据。

四、产权登记的组织实施

（一）产权登记的主管机关和组织实施的原则

1. 产权登记的主管机关。根据法律规定，行政事业资产产权登记的主管机关是国家国有资产管理部门和地方各级国有资产管理部门。各级国有资产管理部门负责本级行政事业单位国有资产产权登记。企业国有资产产权登记，由县级以上各级人民政府国有资产管理部门，按照产权归属关系办理。

2. 产权登记组织实施的原则。产权登记组织实施的原则是：（1）统一政策，分级管理的原则；（2）按照行政隶属关系和产权归属关系实施产权登记的原则；（3）产权登记不重不漏的原则。

（二）产权登记的法律要求

1. 对行政事业单位和企业的法律要求。各级行政事业单位必须按照法律规定的要求，如实填报国有资产产权登记表及有关文件，依法取得《国有资产产权登记证》。各级国有资产管理部门，对不按规定要求填报产权登记的行政事业单位，可建议主管部门或财政部门对其停拨或缓拨有关经费。

占有国有资产的企业必须按照法律规定的要求，如实填报国有资产产权登记表和其他应填报的文件。国有资产产权登记表由国务院国有资产管理部门统一制定。任何单位和个人不得伪造、涂改、出卖或者出借国有资产产权登记表。国有资产产权登记表

遗失或者被毁坏的，应当按照规定申请补领。

2. 对国有资产管理部門的法律要求。国有资产管理部門应当建立健全产权登记档案制度，妥善保管行政事业单位和企业的产权登记表，了解和掌握国有资产存量增减变动情况，并定期分析和报告国有资产产权状况。

（三）产权登记的具体分工

1. 国家国有资产管理部門负责登记的范围。国家国有资产管理部門负责以下单位、企业的产权登记：（1）中央级行政事业单位国有资产产权登记；（2）国务院批准设立的全国性公司和国家计划单列的企业集团公司，国务院授权部門批准，由国务院各部門、各直属机构、各事业单位及全国性社会团体设立的直属公司和企业的产权登记；（3）专业银行总行、保险总公司、国家级非银行金融机构的产权登记；（4）其他应由国家国有资产管理部門负责产权登记的单位、企业的国有资产。

国有资产管理部門根据工作需要，可以按照行政隶属关系委托主管部門对行政事业资产进行产权登记，也可以按照产权归属关系委托政府有關部門或者机构办理企业国有资产产权登记。

2. 省、自治区、直辖市国有资产管理部門负责登记的范围。省、自治区、直辖市国有资产管理部門负责以下单位、企业的产权登记：（1）本级行政事业资产的产权登记；（2）省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府批准设立的直属企业、企业集团的产权登记；（3）经省、自治区、直辖市及计划单列市人民政府授权部門批准，由政府部門、事业单位和社会团体直属设立的企业产权登记；（4）省级公司、企业下属企业和企业集团的产权登记；（5）其他应由省、自治区、直辖市国有资产管理部門负责登记的国有资产。

3. 省、自治区、直辖市以下各级国有资产管理部門负责登

记的范围。省、自治区、直辖市以下各级国有资产管理部门负责以下单位、企业的产权登记：（1）本级行政事业资产的产权登记；（2）本级企业国有资产的产权登记；（3）其他应由其负责登记的国有资产。

五、产权登记的一般程序

产权登记的一般程序由申请受理、填报审查、审核认定、核发证书四道程序组成。

（一）申请受理

需申办产权登记的行政事业单位和企业，向有管辖权的国有资产管理部门申报产权登记，经国有资产管理部门受理后，填写《国有资产产权登记表》。

（二）填报审查

申报产权登记的行政事业单位和企业将填好的《国有资产产权登记表》报主管部门审查，并由主管部门签署意见。

（三）审核认定

《国有资产产权登记表》经主管部门签署意见后，申办产权登记的行政事业单位和企业将此表提交国有资产管理部门，并同时提交有关文件、证件、资料。由国有资产管理部门予以审核认定，并办理有关手续。

（四）核发证书

国有资产管理部门对审查合格的行政事业单位和占有国有资产的企业核发《国有资产产权登记证》。

六、违反产权登记的法律責任

（一）行政事业单位的法律責任

行政事业单位不按照《行政事业单位国有资产管理办法》的

规定，如实进行产权登记，而是在产权登记申报、填报资产负债表等过程中隐瞒真实情况，由国有资产管理部门和主管部门责令其改正，并按照管理权限，由上级机关或所在单位追究主管领导和直接责任人员的责任。

（二）企业的法律责任

企业不按照《企业国有资产产权登记管理办法》的规定申办产权登记，有下列行为之一的，由国有资产管理部门责令改正、通报批评，可以处以 10 万元以下罚款，并提请政府有关部门对企业领导人员和直接责任人员按照规定给予纪律处分：（1）在规定期限内不办理产权登记的；（2）隐瞒真实情况，未如实办理产权登记的；（3）不按照规定办理产权年度检查登记的；（4）伪造、涂改、出卖或者出借国有资产产权登记表的。

（三）国有资产管理部门工作人员的法律责任

国有资产管理部门工作人员在办理产权登记中不依法办事，或玩忽职守、循私舞弊、滥用职权、谋取私利，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第四节 产权交易

一、产权交易概述

（一）产权交易的概念和特征

产权交易是指交易双方当事人，依照法律的规定和合同的约定，通过购买、出售、兼并、拍卖等方式，将一方当事人所享有的企业产权转让给另一方当事人，而使被交易企业丧失法人资格或改变法人实体的法律行为。

产权交易行为具有以下特征：

1. 转让企业产权的交易主体，应是被交易企业的所有者或所有者代表。交易双方主体可以是国有单位，也可以是非国有单位和个人，或一方是国有单位另一方是非国有单位和个人，法律允许企业产权在不同的所有者或经营者之间交易。

2. 产权交易是以企业的产权，包括所有权和经营权这一特定的企业财产权利和经营权利为标的物而进行的一种交易行为。它反映了社会经济生活中物质资料的转移和归属。

3. 产权交易一般是有偿的，转让方要收回企业产权的资产价值。因此，产权交易区别于行政指令下的企业合并、撤销等变动方式。

4. 产权交易行为最终导致被交易企业法人地位的消灭或法人实体的改变。

（二）产权交易的法规情况

随着我国社会主义市场经济体制的逐步形成以及企业改革的不断深化，企业产权交易已趋于一种正常的市场交易活动。无论是国有企业产权主体之间的产权交易，还是国有企业产权主体与集体、私营个体等非国有企业产权主体之间的产权交易，或是集体、私营个体等非国有企业产权主体之间的产权交易都大量存在。为规范产权交易行为，1989年1月19日国家发布了《关于出售国有小型企业产权的暂行办法》，同年2月19日又发布了《关于企业兼并的暂行办法》，1994年2月22日国务院办公厅发出了《关于加强国有企业产权交易管理的通知》，1995年5月12日国家国有资产管理局发出了《关于加强企业国有产权转让监督管理工作的通知》等规范性文件。这些法规对于国有企业产权交易的审批权限、法律要求、交易的程序、交易的资产评估等有关问题作了明确的规定。

二、产权交易的原则和监督管理

(一) 产权交易的原则

1. 产权交易应以国家经济发展战略和产业政策为指导，使资产存量向需要发展的重点产业、新兴产业和生产短线产品的企业流动，实现生产要素的优化组合。尤其是企业国有产权转让，必须符合国家产业结构调整的需要，促进提高规模经济效益，增强国有经济活力和发挥国有经济主导作用。

2. 产权交易应遵循自愿、互利和有偿的原则，在市场竞争过程中进行，实现优胜劣汰。不能用行政命令强制或阻挠优势企业购买、兼并劣势企业。

3. 产权交易应遵循注重实效的原则，其衡量标准是优化产业结构、产品结构和企业组织结构，提高企业的整体素质和社会效益。

4. 产权交易除国家有特殊规定者外，不受地区、所有制、行业和隶属关系的限制。

5. 产权交易既要促进企业规模经济效益，又要防止形成垄断，以有利于企业之间的竞争。

6. 交易商业企业的产权，不仅要考虑经济效益，还应考虑方便人民生活。交易时应统筹考虑经营范围和经营方向。

(二) 产权交易的监督管理

有关法规明确规定：各级国有资产管理部门要加强对企业国有产权转让活动的监督管理，为政府把好关，严禁各种以明晰产权为名，把国有资产无偿或低价卖给集体或个人，搞“负债持股”或以行政干预方式有意低估国有资产价值，损害国家利益，造成国有资产流失的行为。同时，各级国有资产管理部门应严格按照国家的要求，认真做好产权变动登记和产权注销登记工作，

充分发挥产权登记在监督企业国有产权变动方面的功能与作用,并根据本地区产权变动情况,定期编制国有资产产权变动分析报告,反映企业中国有产权变动总体状况,分析评价产权变动对国有资产产业结构、区域分布、经营效益及国有经济发展趋势的影响。

三、产权交易的审批和收益处置

(一) 产权交易的审批

企业中国有资产的产权属于国家所有,因此,转让、出售、兼并、拍卖企业国有资产产权,必须经过有批准权限的国家机构进行审批。《关于加强国有企业产权交易管理的通知》明确规定:省、自治区、直辖市人民政府组织成批国有企业产权交易活动,必须报国务院审批。地级市以下人民政府不准组织成批国有企业产权交易活动。地方管理的国有企业产权转让,要经地级市以上人民政府审批,其中有中央投资的,要事先征得国务院有关部门同意,属中央投资部分的产权收入归中央。中央管理的国有企业产权转让,由国务院有关部门报国务院审批。所有特大型、大型国有企业(包括地方管理的)产权转让,报国务院审批。

(二) 产权交易收益的处置

企业产权交易的收入,归该企业的产权所有者所有。如果被交易方企业是全民所有制企业,应依据《国有资产收益收缴管理办法》的规定,并结合本地区的情况来处理企业产权交易的收入。一般来说,应首先安置好本企业职工并偿还银行债务,其余应由财政部门组织解缴本级人民政府国库,列入专门账户,纳入预算管理。本级人民政府应专项用于支持结构调整或补充需要扶持的国有企业资本金,不准用于经常性支出和弥补财政赤字、发放工资奖金。如果被交易方企业是集体、私营等非国有企业,其净收入按产权归属比例分别归属不同的所有者。企业产权归属不

清的，其净收入视同国有资产管理。

四、产权交易的程序

企业产权交易活动是一个复杂的过程，大致应经过以下几个程序：

1. 通过直接洽谈或产权交易市场，初步确定交易双方和被交易的企业。

2. 对被交易企业现有资产进行评估，清理债权债务，以确定资产或产权转让底价。

3. 以底价为基础，通过协商、招标投标等方式确定成交价，被交易企业是全民所有制企业的，其成交价要经产权归属的所有者代表确认。

4. 交易双方签署协议。协议内容包括：被交易企业概况、交易价格、付款方式、原有债权债务处理、退休及在职职工安置办法以及双方商定的其他事项。国有企业所有者代表为负责审核批准企业产权交易的机构。产权交易协议应进行公证。

5. 产权交易成交后，交易双方应办理产权转让的交接、清算及法律手续。法律手续包括办理产权和土地使用权转移手续；向工商行政管理部门申报换发营业执照，被交易企业的所有制性质随购买方所有制性质而定；办理其他有关法律手续。

五、产权交易的资产评估

企业国有资产产权被交易之前，必须按照《国有资产评估管理办法》及其实施细则的规定，对包括土地使用权在内的企业资产认真进行评估，并按国家有关规定办理产权变动和注销登记手续。评估工作必须委托取得合法资格的评估机构承担和依法进行，不受行政干预。评估价值要经同级资产评估行政主管部门确

认，并据此作为企业产权交易的底价。允许成交价在底价的基础上有一定幅度的浮动，如果浮动价低于评估价的90%，要经同级资产评估行政管理部门批准。凡未按规定进行评估的，一律不予办理产权变动登记。

思考与练习

1. 我国国有资产产权界定制度是如何建立的？有哪些重要意义？与资产评估业务有何联系？
2. 如何对行政事业资产和企业国有资产进行产权登记？
3. 企业财产的监督管理应遵守哪些原则？
4. 说明监事会的组成、职责和议事规则。
5. 国家对企业法人财产权作了哪些主要规定？
6. 如何理解国有资产产权界定的概念？
7. 国有资产产权界定制度有哪些重要意义？
8. 国有资产产权界定的适用范围和基本原则有哪些？
9. 全民所有制企业应按照怎样的标准进行界定？
10. 集体所有制企业中的国有资产应按照怎样的标准进行界定？
11. 中外合资经营企业中的国有资产应按照怎样的标准进行界定？
12. 全民单位之间权属不清的资产和由行业统一经营管理，使用单位投入的资产应如何界定？
13. 全民单位和集体企业产权界定的程序如何？
14. 什么是产权纠纷？怎样处理产权纠纷？
15. 什么是国有资产产权登记和国有资产产权登记法规？产权登记由哪些要素组成？

16. 什么是行政事业资产产权登记? 登记的内容和种类有哪些?

17. 什么是企业国有资产产权登记? 登记的内容、范围和种类有哪些?

18. 如何组织实施产权登记?

19. 产权登记应按照怎样的程序进行?

20. 违反产权登记应承担哪些法律责任?

21. 什么是产权交易? 我国的产权交易有哪些特征?

22. 产权交易应遵守哪些原则?

23. 企业国有资产产权进行交易应经过哪些机构审批? 对交易的收入应如何处理?

24. 国家对产权交易程序和资产评估有哪些主要规定?

第三章 土地管理法

第一节 土地管理法概述

一、土地管理法的概念

土地管理法是调整由于土地而形成的各种社会关系的法律规范的总称。土地是人类赖以生存的最重要的自然资源。我国是一个人口大国，人多地少，人均占有土地仅为 13 亩，还不及世界人均土地的 1/3。现有人均耕地仅为 1.3 亩，不少地区人均耕地已不足 1 亩，而且耕地后备资源严重不足。随着人口的增加，人地矛盾将更加尖锐。因此，十分珍惜和合理利用每一寸土地，切实保护耕地，是我国的一项基本国策。为落实这一国策，必须加强土地管理方面的立法，深入全面地调整各类土地关系。全面规划，严格管理，保护土地资源，制止非法占用土地的行为。土地管理法是我国的重要法律。

二、土地管理的立法状况

为了加强土地的管理，维护土地的社会主义公有制，保护、开发土地资源，合理利用土地，切实保护耕地，促进社会主义经济的可持续发展，1986 年 6 月六届全国人大常委会第 16 次会议通过了《中华人民共和国土地管理法》，1988 年 2 月七届全国人

大常委会第5次会议和1998年8月29日第九届全国人大常委会第4次会议两次重新修订了《中华人民共和国土地管理法》，1991年1月国务院发布了《中华人民共和国土地管理法实施条例》，1988年11月国务院发布了《土地复垦规定》，1989年9月国家土地管理局发布了《土地违法案件处理暂行办法》，1993年2月国务院办公厅印发了《全国土地利用总体规划纲要（草案）》，1995年3月11日国家土地管理局发布了《确定土地所有权和使用权的若干规定》，1996年9月18日国家计委、国家土地管理局印发了《建设用地计划管理办法》，1997年4月15日中共中央、国务院联合发出了《关于进一步加强土地管理切实保护耕地的通知》等法律、法规，对我国土地所有权和使用权、土地的利用和保护、国家建设用地及土地违法案件的处理等问题作出了一系列的规定，起到规范土地关系，加强土地管理的重要作用。

第二节 土地的所有权和使用权

一、土地的所有权

（一）土地所有权的概念

土地所有权是土地所有者依法对土地实行占有、使用、收益和依照国家法律规定作出处分，并排除他人干涉的权利，是土地所有制关系在法律上的体现。我国土地所有权是以社会主义公有制为前提的，土地所有权为全民和农村集体经济组织所有。

（二）国家土地所有权

1. 国家土地所有权的概念和特征。国家土地所有权，是国家占有、使用、收益和处分属于全民所有的土地的权利。国家土

地所有权具有三方面的明显特征：(1) 中华人民共和国是国家土地所有权的唯一和统一的主体。(2) 国家土地所有权的客体具有广泛性，作为国家土地所有权客体的土地，包括了各种用地，如耕地、林地、草原、荒地、滩涂等。对于国有土地这一重要客体，法律规定了特殊的保护措施。(3) 国家土地所有权在内容上表现为国家对国有土地行使占有、使用、收益和处分的权能。国有土地范围大、数量多的客观情况，决定了国家不可能也没有必要直接对国有土地占有、使用、收益和处分，根据宪法和法律的规定，对国有土地的使用权，可以通过出让、划拨、转让等方式交由用地者使用。

2. 国家土地所有权的理论依据。所有权制度与所有制有密切的关系，所有制是生产关系的基础和核心，所有权制度是所有制形式在法律上的表现。一定阶段社会的所有制形式，决定了该社会占统治地位的经济关系，同时也确认了该社会所有权制度的性质。我国是实行社会主义公有制的社会主义国家，在社会主义公有制的基础上，必然建立社会主义的土地所有权的公有制。

3. 国家土地所有权的范围。土地管理法第2条规定：“中华人民共和国实行土地的社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制。全民所有，即国家所有土地的所有权由国务院代表国家行使。任何单位和个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地。”依法属于国家所有的土地有：(1) 城市市区的土地；(2) 农村和城市郊区中依法没收、征用、征收、征购，收归国有的土地（依法划定或者确定为集体所有的除外）；(3) 国家未确定为集体所有的林地、草原、山岭、荒地、滩涂、河滩地以及其他土地。土地所有权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。另外，根据《确定土地所有权和使用权的若干规定》，国家土地所有权的范围具体划分如下：

(1) 城市市区范围内的土地属于国家所有。

(2) 依据 1950 年《中华人民共和国土地改革法》及有关规定，凡当时没有将土地所有权分配给农民的土地属于国家所有；实施 1962 年《农村人民公社工作条例修正草案》（以下简称《六十条》）未划入农民集体范围内的土地属于国家所有。

(3) 国家建设征用的土地，属于国家所有。

(4) 开发利用国有土地，开发利用者依法享有土地使用权，土地所有权仍属国家。

(5) 国有铁路线路、车站、货场用地以及依法留用的其他铁路用地属于国家所有。土改时已分配给农民所有的原铁路用地和新建铁路两侧未经征用的农民集体所有土地属于农民集体所有。

(6) 县级以上（含县级）公路线路用地属于国家所有。公路两侧保护用地和公路其他用地凡未经征用的农民集体所有的土地仍属于农民集体所有。

(7) 国有电力、通讯设施用地属于国家所有。但国有电力通讯杆塔占用农民集体所有的土地，未办理征用手续的，土地仍属于农民集体所有，对电力通讯经营单位可确定为他项权利。

(8) 军队接收的敌伪地产及解放后经人民政府批准征用、划拨的军事用地属于国家所有。

(9) 河道堤防内的土地和堤防外的护堤地，无堤防河道历史最高洪水位或者设计洪水位以下的土地，除土改时已将所有权分配给农民，国家未征用，且迄今仍归农民集体使用的外，属于国家所有。

(10) 县级以上（含县级）水利部门直接管理的水库、渠道等水利工程用地属于国家所有。水利工程管理和保护范围内未经征用的农民集体土地仍属于农民集体所有。

(11) 国家建设对农民集体全部进行移民安置并调剂用地后，

迁移农民集体原有土地转为国家所有。但移民后原集体仍继续使用的集体所有土地，国家未进行征用的，其所有权不变。

(12) 因国家建设征用土地，农民集体建制被撤销或其人口全部转为非农业人口，其未经征用的土地，归国家所有。继续使用原有土地的原农民集体及其成员享有国有土地使用权。

(13) 全民所有制单位和城镇集体所有制单位兼并农民集体企业的，办理有关手续后，被兼并的原农民集体企业使用的集体所有土地转为国家所有。乡（镇）企业依照国家建设征用土地的审批程序和补偿标准使用的非乡（镇）村农民集体所有的土地，转为国家所有。

(14) 1962年9月《六十条》公布以前，全民所有制单位，城市集体所有制单位和集体所有制的华侨农场使用的原农民集体所有的土地（含合作化之前的个人土地），迄今没有退给农民集体的，属于国家所有。

《六十条》公布时起至1982年5月《国家建设征用土地条例》公布时止，全民所有制单位、城市集体所有制单位使用的原农民集体所有的土地，有下列情形之一的，属于国家所有：签订过土地转移等有关协议的；经县级以上人民政府批准使用的；进行过一定补偿或安置劳动力的；接受农民集体馈赠的；已购买原集体所有的建筑物的；农民集体所有制企事业单位转为全民所有制或者城市集体所有制单位的。

1982年5月《国家建设征用土地条例》公布时起至1987年《土地管理法》开始施行时止，全民所有制单位、城市集体所有制单位违反规定使用的农民集体土地，依照有关规定进行了清查处理后仍由全民所有制单位、城市集体所有制单位使用的，确定为国家所有。

凡属上述情况以外未办理征地手续使用的农民集体土地，由

县级以上地方人民政府根据具体情况，按当时规定补办征地手续，或退还农民集体。1987年《土地管理法》施行后违法占用的农民集体土地，必须依法处理后，再确定土地所有权。

(15) 1986年3月中共中央、国务院《关于加强土地管理、制止乱占耕地的通知》发布之前，全民所有制单位、城市集体所有制单位租用农民集体所有的土地，按照有关规定处理后，能够恢复耕种的，退还农民集体耕种，所有权仍属于农民集体；已建永久性建筑物的，由用地单位按租用时的规定，补办手续，土地归国家所有。凡已经按照有关规定处理的，可按处理决定确定所有权和使用权。

(16) 土地所有权有争议，不能依法证明争议土地属于农民集体所有的，属于国家所有。

(三) 集体土地所有权

1. 集体土地所有权的概念和特征。集体土地所有权是农业集体经济组织依法占有、使用、收益和处分自己土地的权利。它是社会主义劳动群众集体所有制在法律上的表现。同国家土地所有权一样，集体土地所有权也建立在社会主义土地公有制之上，具有社会主义性质。它有以下特征：(1) 集体土地所有权主体是农业集体经济组织；(2) 集体土地所有权的客体包括法律规定为集体所有的耕地、林地、山岭、草原、荒地、滩涂等；(3) 集体经济组织可以对所有的土地行使占有、使用、收益和处分的权利。也可以依法转让、抵押和租赁。

2. 集体土地所有权的范围。土地管理法规定：农村和城市郊区的土地，除法律规定属于国家所有的以外，属于集体所有；宅基地和自留地、自留山，属于集体所有。另外，根据《确定土地所有权和使用权的若干规定》，集体土地所有权的范围具体划分如下：

(1) 土地改革时分给农民并颁发了土地所有证的土地，属于农民集体所有；实施《六十条》时确定为集体所有的土地，属于农民集体所有。依照上述规定属于国家所有的除外。

(2) 农村农民集体所有的土地，按目前该村农民集体实际使用的本集体土地使用权界线确定所有权。

根据《六十条》确定的农民集体土地所有权，由于下列原因发生变更的，按变更后的现状确定集体土地所有权：由于村、队、社、场合并或分割等管理体制的变化引起土地所有权变更的；由于土地开发、国家征地、集体兴办企事业或者自然灾害等原因进行过土地调整的；由于农田基本建设和行政区划变动等原因重新划定土地所有权界线的。行政区划变动未涉及土地权属变更的，原土地权属不变。

(3) 农民集体连续使用其他农民集体所有的土地已满 20 年的，应视为现使用者所有；连续使用不满 20 年，或者虽满 20 年但在 20 年期满之前所有者曾向使用者或有关部门提出归还的，由县级以上人民政府根据具体情况确定土地所有权。

(4) 乡（镇）或村在集体所有的土地上修建并管理的道路、水利设施用地，分别属于乡（镇）或村农民集体所有。

(5) 乡（镇）或村办企事业单位使用的集体土地，《六十条》公布以前使用的，分别属于该乡（镇）或村农民集体所有；《六十条》公布时起至 1982 年国务院《村镇建房用地管理条例》发布时止使用的，有下列情况之一的，分别属于该乡（镇）或村农民集体所有：签订过用地协议的（不含租借）；经县、乡（公社）、村（大队）批准或同意，并进行了适当的土地调整或者经过一定补偿的；通过购买房屋取得的；原集体企事业单位体制经批准变更的。

1982 年国务院《村镇建房用地管理条例》发布时起至 1987

年《土地管理法》开始施行时止，乡（镇）、村办企事业单位违反规定使用的集体土地按照有关规定清查处理后，乡（镇）、村集体单位继续使用的，可确定为该乡（镇）或村集体所有。

乡（镇）、村办企事业单位采用上述以外的方式占用的集体土地，或虽采用上述方式，但目前土地利用不合理的，如荒废、闲置等，应将其全部或部分土地退还原村或乡农民集体，或按有关规定进行处理。1987年《土地管理法》施行后违法占用的土地，须依法处理后再确定所有权。

(6) 乡（镇）企业使用本乡（镇）、村集体所有的土地，依照有关规定进行补偿和安置的，土地所有权转为乡（镇）农民集体所有。经依法批准的乡（镇）、村公共设施、公益事业使用的农民集体土地，分别属于乡（镇）、村农民集体所有。

(7) 农民集体经依法批准以土地使用权作为联营条件与其他单位或个人举办联营企业的，或者农民集体经依法批准以集体所有的土地的使用权作价入股，举办外商投资企业和内联乡镇企业的，集体土地所有权不变。

二、土地使用权

(一) 土地使用权的概念

土地使用权是指土地使用者根据法律、合同的规定，在法律允许范围内，对国家或集体所有的土地，所享有占有、使用、收益、处分权能的一种权利。土地使用权是从土地所有权中分离出来的一项权利。它包含一定的占有、使用、收益、处分的权能，具体表现为土地使用者对土地享有使用权（利用权）、出租权、转让权和抵押权。因此，也可以说土地使用权是指从土地所有权中分离出来的，具有一定的占有、使用、收益、处分权能的一种权利。

土地管理法规定：国有土地和农民集体所有的土地可以依法确定给单位或者个人使用。使用土地的单位和个人，有保护、管理和合理利用土地的义务。土地使用权可以依法出让、转让、出租和抵押。

（二）国有土地使用权的范围

1. 土地使用者经国家依法划拨、出让或解放初期接收、沿用，或通过依法转让、继承、接受地上建筑物等方式使用国有土地的，可确定其国有土地使用权。

2. 土地公有制之前，通过购买房屋或土地及租赁土地方式使用私有的土地，土地转为国有后迄今仍继续使用的，可确定现使用者国有土地使用权。

3. 因原房屋拆除、改建或自然坍塌等原因，已经变更了实际土地使用者的，经依法审核批准，可将土地使用权确定给实际土地使用者；空地及房屋坍塌或拆除后两年以上而未恢复使用的土地，由当地县级以上人民政府收回土地使用权。

4. 原宗教团体、寺观教堂宗教活动用地，被其他单位占用，原使用单位因恢复宗教活动需要退还使用的，应按有关规定予以退还。

5. 军事设施用地（含靶场、试验场、训练场）依照解放初土地接收文件和人民政府批准征用或划拨土地的文件确定土地使用权。

国家确定的保留或地方代管的军事设施用地的土地使用权确定给军队，现由其他单位使用的，可依照有关规定确定为他项权利。

经国家批准撤销的军事设施，其土地使用权依照有关规定由当地县级以上人民政府收回并重新确定使用权。

6. 依法接收、征用、划拨的铁路线路用地及其他铁路设施

用地，现仍由铁路单位使用的，其使用权确定给铁路单位。铁路线路路基两侧依法取得使用权的保护用地，使用权确定给铁路单位。

7. 国家水利、公路设施用地依照征用、划拨文件和有关法律、法规划定用地界线。

8. 驻机关、企事业单位内的行政管理和服务性单位，经政府批准使用的土地，可以由土地管理部门商被驻单位规定土地的用途和其他限制条件后分别确定实际土地使用者的土地使用权。但租用房屋的除外。

9. 原由铁路、公路、水利、电力、军队及其他单位和个人使用的土地，1982年5月《国家建设征用土地条例》公布之前，已经转由其他单位或个人使用的，除按照国家法律和政策应当退还的外，其国有土地使用权可确定给实际土地使用者，但严重影响上述部门的设施安全和正常使用的，暂不确定土地使用权，按照有关规定处理后，再确定土地使用权。1982年5月以后非法转让的，经依法处理后再确定使用权。

10. 农民集体使用的国有土地，其使用权按县级以上人民政府主管部门审批、划拨文件确定；没有审批、划拨文件的，依照当时规定补办手续后，按使用现状确定；过去未明确划定使用界限的，由县级以上人民政府参照土地实际使用情况确定。

11. 未按规定用途使用的国有土地，由县级以上人民政府收回重新安排使用，或者按有关规定处理后确定使用权。

12. 1987年1月《土地管理法》施行之前重复划拨或重复征用的土地，可按目前实际使用情况或者根据最后一次划拨或征用文件确定使用权。

13. 以土地使用权为条件与其他单位或个人合建房屋的，根据批准文件、合建协议或者投资数额确定土地使用权，但1982

年《国家建设征用土地条例》公布后合建的，应依法办理土地转让手续后再确定土地使用权。

14. 以出让方式取得的土地使用权或以划拨方式取得的土地使用权补办出让手续后作为资产入股的，土地使用权确定给股份制企业。

国家以土地使用权作价入股的，土地使用权确定给股份制企业。

国家将土地使用权租赁给股份制企业的，土地使用权确定给股份制企业。企业以出让方式取得的土地使用权或以划拨方式取得的土地使用权补办出让手续后，出租给股份制企业的，土地使用权不变。

15. 企业以出让方式取得的土地使用权，企业破产后，经依法处置，确定给新的受让人；企业通过划拨方式取得的土地使用权，企业破产时，其土地使用权由县级以上人民政府收回后，根据有关规定进行处置。

16. 法人之间合并，依法属于应当以有偿方式取得土地使用权的，原土地使用权应当办理有关手续，有偿取得土地使用权；依法可以以划拨形式取得土地使用权的，可以办理划拨土地权属变更登记，取得土地使用权。

(三) 集体土地建设用地使用权的范围

1. 乡（镇）村办企业事业单位和个人依法使用农民集体土地进行非农业建设的，可依法确定使用者集体土地建设用地使用权。对多占少用、占而不用的，其闲置部分不予确定使用权，并退还农民集体，另行安排使用。

2. 按照集体土地所有权第7项确定的农民集体土地，集体土地建设用地使用权确定给联营或股份制企业。

3. 1982年2月国务院发布《村镇建房用地管理条例》之前

农村居民建房占用的宅基地，超过当地政府规定的面积，在《村镇建房用地管理条例》施行后未经拆迁、改建、翻建的，可以暂按现有实际使用面积确定集体建设用地使用权。

4. 1982年2月《村镇建房用地管理条例》发布时起至1987年1月《土地管理法》开始施行时止，农村居民建房占用的宅基地，其面积超过当地政府规定标准的，超过部分按1986年3月中共中央、国务院《关于加强土地管理、制止乱占耕地的通知》及地方人民政府的有关规定处理后，按处理后实际使用面积确定集体建设用地使用权。

5. 符合当地政府分户建房规定而尚未分户的农村居民，其现有的宅基地没有超过分户建房用地合计面积标准的，可按现有宅基地面积确定集体建设用地使用权。

6. 非农业户口居民（含华侨）原在农村的宅基地，房屋产权没有变化的，可依法确定其集体建设用地使用权。房屋拆除后没有被批准重建的，土地使用权由集体收回。

7. 接受转让、购买房屋取得的宅基地，与原有宅基地合计面积超过当地政府规定标准，按照有关规定处理后允许继续使用的，可暂确定其集体建设用地使用权。继承房屋取得的宅基地，可确定集体建设用地使用权。

8. 农村专业户宅基地以外的非农业建设用地与宅基地分别确定集体建设用地使用权。

9. 按照以上第3至7项确定农村居民宅基地集体建设用地使用权时，其面积超过当地政府规定标准的，可在土地登记卡和土地证书内注明超过标准面积的数量。以后分户建房或现有房屋拆迁、改建、翻建或政府依法实施规划重新建设时，按当地政府规定的面积标准重新确定使用权，其超过部分退还集体。

10. 空闲或房屋坍塌、拆除两年以上未恢复使用的宅基地，

不确定土地使用权。已经确定使用权的，由集体报经县级人民政府批准，注销其土地登记，土地由集体收回。

三、土地所有权和使用权的确认

农民集体所有的土地，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权。农民集体所有的土地依法用于非农业建设的，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认建设用地使用权。

单位和个人依法使用的国有土地，由县级以上人民政府登记造册，核发证书，确认使用权；其中，中央国家机关使用的国有土地的具体登记发证机关，由国务院确定。

确认林地、草原的所有权或者使用权，确认水面、滩涂的养殖使用权，分别依照《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国草原法》和《中华人民共和国渔业法》的有关规定办理。

第三节 土地利用总体规划和耕地保护

一、土地利用总体规划

(一) 土地利用总体规划的概念

土地利用总体规划是在土地的空间上合理组织土地利用，确定土地用途的一项重要措施。土地管理法明确规定：“国家实行土地用途管制制度。”编制土地利用总体规划是对土地用途实行管制的重要手段。

国家编制土地利用总体规划，规定土地用途，将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地，控制建设用地总量，对耕地实行特殊保护。农用地是指直接用于农业生产的土地，包括耕地、林地、草地、农田水利用地、养殖水

面等；建设用地是指建造建筑物、构筑物的土地，包括城乡住宅和公共设施用地、工矿用地、交通水利设施用地、旅游用地、军事设施用地等；未利用地是指农用地和建设用地以外的土地。使用土地的单位和个人必须严格按照土地利用总体规划确定的用途使用土地。

（二）土地利用总体规划的编制

土地利用总体规划由各级人民政府依据国民经济和社会发展规划、国土整治和资源环境保护的要求、土地供给能力以及各项建设对土地的需求组织编制。下级土地利用总体规划应当依据上一级土地利用总体规划编制。地方各级政府编制的土地利用总体规划中的建设用地总量，不得超过上一级土地利用总体规划确定的控制指标，耕地保有量不得低于上一级土地利用总体规划确定的控制指标。省、自治区、直辖市人民政府编制的土地利用总体规划，应当确保本行政区域内耕地总量不被减少。

土地利用总体规划编制的原则是：（1）严格保护基本农田，控制非农业建设占用农用地；（2）提高土地利用率；（3）统筹安排各类、各区域用地；（4）保护和改善生态环境，保障土地的可持续利用；（5）占用耕地与开发复垦耕地相平衡。

县级土地利用总体规划应当划分土地利用区，明确土地用途。乡（镇）土地利用总体规划也应当划分土地利用区，并根据土地使用条件，确定每一块土地的用途，并予以公告。

（三）土地利用总体规划的审批和修改

国家对土地利用总体规划实行分级审批。省、自治区、直辖市的土地利用总体规划，报国务院批准。省、自治区人民政府所在地的市、人口在100万以上的城市以及国务院指定的城市的土地利用总体规划，经省、自治区人民政府审查同意后，报国务院批准。上述以外的土地利用总体规划，逐级上报省、自治区、直

辖市人民政府批准；其中，乡（镇）土地利用总体规划可以由省级人民政府授权的设区的市、自治州人民政府批准。土地利用总体规划一经批准，必须严格执行。

土地利用总体规划的修改，必须经原批准机关批准，未经批准，不得改变土地利用总体规划确定的土地用途。经国务院批准的大型能源、交通、水利等基础设施建设用地，需要改变土地利用总体规划的，必须根据国务院的批准文件修改。经省、自治区、直辖市人民政府批准的能源、交通、水利等基础设施建设用地，需要改变土地利用总体规划的，属于省级人民政府批准权限的，根据省级人民政府的批准文件修改。

（四）土地利用总体规划与其他规划的衔接

城市建设用地规模应当符合国家规定的标准，充分利用现有建设用地，不占或者尽量少占农用地。城市总体规划、村庄和集镇规划，应当与土地利用总体规划相衔接，城市总体规划、村庄和集镇规划中建设用地规模不得超过土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模。在城市规划区内、村庄和集镇规划区内，城市和村庄、集镇建设用地应当符合城市规划、村庄和集镇规划。

江河、湖泊综合治理和开发利用规划，应当与土地利用总体规划相衔接。在江河、湖泊、水库的管理和保护范围以及蓄洪滞洪区内，土地利用应当符合江河、湖泊综合治理和开发利用规划，符合河道、湖泊行洪、蓄洪和输水的要求。

（五）建立土地调查和土地统计制度

县级以上人民政府土地行政主管部门会同同级有关部门进行土地调查，并根据土地调查成果、规划土地用途和国家制定的统一标准，评定土地等级。

县级以上人民政府土地行政主管部门和同级统计部门共同制

定统计调查方案，依法进行土地统计，定期发布土地统计资料。土地面积统计资料是各级人民政府编制土地利用总体规划的依据。

二、耕地保护

（一）实行占用耕地补偿制度

国家保护耕地，严格控制耕地转为非耕地，实行占用耕地补偿制度。土地管理法规定：非农业建设经批准占用耕地的，按照“占多少，垦多少”的原则，由占用耕地的单位负责开垦与所占用耕地的数量和质量相当的耕地；没有条件开垦或者开垦的耕地不符合要求的，应当按照省、自治区、直辖市的规定缴纳耕地开垦费，专款用于开垦新的耕地。省、自治区、直辖市人民政府应当制定开垦耕地计划，监督占用耕地的单位按照计划开垦耕地或者按照计划组织开垦耕地，并进行验收。

省、自治区、直辖市人民政府应当严格执行土地利用总体规划和土地利用年度计划，采取措施，确保本行政区域内耕地总量不减少；耕地总量减少的，由国务院责令在规定期限内组织开垦与所减少耕地的数量与质量相当的耕地，并由国务院土地行政主管部门会同农业行政主管部门验收。个别省、直辖市确因土地后备资源匮乏，新增建设用地后，新开垦耕地的数量不足以补偿所占用耕地的数量的，必须报经国务院批准减免本行政区域内开垦耕地的数量，进行易地开垦。

（二）建立基本农田保护制度

土地管理法规定：国家根据土地利用总体规划建立基本农田保护区，对列入基本农田保护区的耕地严格管理。依法列入基本农田保护区的耕地有：（1）经国务院有关主管部门或者县级以上地方人民政府批准确定的粮、棉、油生产基地内的耕地；（2）有

良好的水利与水土保持设施的耕地，正在实施改造计划以及可以改造的中、低产田；(3) 蔬菜生产基地；(4) 农业科研、教学试验田；(5) 国务院规定应当划入基本农田保护区的其他耕地。各省、自治区、直辖市划定的基本农田应当占本行政区域内耕地的80%以上。基本农田保护区以乡（镇）为单位进行划区定界。

政府和用地单位都应维护排灌工程设施，改良土壤，提高地力，防止土地荒漠化、盐渍化、水土流失和污染土地。非农业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。禁止占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等。禁止占用基本农田发展林果业和挖塘养鱼。

（三）禁止闲置、荒芜耕地

已经办理审批手续的非农业建设用耕地，一年内不用又可以耕种和收获的，应由原耕种该幅耕地的集体或者个人恢复耕种，也可以由用地单位组织耕种；一年以上未动工建设的，应按省、自治区、直辖市的规定缴纳闲置费；连续两年未使用的，经原批准机关批准，由县级以上人民政府无偿收回用地单位的使用权；该幅土地原为农民集体所有的，应交由原农村集体经济组织恢复耕种。

承包经营耕地连续两年弃耕抛荒的，原发包单位应当终止承包合同，收回发包的耕地。

在城市规划区内，以出让方式取得土地使用权用于房地产开发而闲置的，依照城市房地产管理法的规定办理。详见本书第四章第三节。

（四）鼓励开发未利用的土地

国家鼓励单位和个人按照土地利用总体规划，在保护和改善生态环境、防止水土流失和土地荒漠化的前提下，开发未利用的

土地；适宜开发为农业用地的，应当优先开发成农用地。开垦未利用的土地，必须经过科学论证和评估，在土地利用总体规划规定的可开垦的区域内，经批准后进行。禁止毁坏森林、草原开垦耕地，禁止围湖造田和侵占江河滩地。对破坏生态环境开垦、围垦的土地，要有计划有步骤地退耕、还林、还牧、还湖。

开发未确定使用权的国有荒山、荒地、荒滩从事种植业、林业、畜牧业、渔业生产的，经县级以上人民政府依法批准，可以确定给开发单位或者个人长期使用。

（五）搞好土地整理

地方政府应当组织农村集体经济组织，按照土地利用总体规划，对田、水、路、林、村综合整治，提高耕地质量，增加有效耕地面积，改善农业生产条件和生态环境。并采取措施，改造中、低产田，整治闲散地和废弃地。

因挖损、塌陷、压占等造成土地破坏，用地单位和个人应当按照国家有关规定负责复垦；没有条件复垦或者复垦不符合要求的，应当缴纳土地复垦费，专项用于土地复垦。复垦的土地应当优先用于农业。

第四节 建设用地

一、建设用地的权属关系

（一）建设占用国有土地的权属关系

土地管理法规定：任何单位和个人进行建设，需要使用土地的，必须依法申请使用国有土地（经批准使用集体土地的除外）。以上所称国有土地包括国家所有的土地和国家征用的原属于农民集体所有的土地。

土地占有单位和个人建设占用国有土地的，经国家规定的机关审批并办理合法手续后，依法享有该幅土地的使用权，该幅土地的所有权依法归国家享有。

（二）建设占用集体土地的权属关系

土地占用单位和个人建设占用集体所有的农业用地，如果属于征用土地的，经过国家规定的机关批准，用地方必须依法支付土地补偿费并办理合法手续后，才享有该幅土地的使用权，该幅土地的所有权依法归国家享有。

乡镇企业、农村集体经济组织、乡镇村公共设施、公益事业、农村村民住宅等建设占用集体所有的土地，经国家规定的机关依法审批，土地占用者依法缴纳有关费用并取得合法手续后，土地占用者依法享有该幅土地的使用权，该幅土地的所有权依法归集体组织享有。

二、建设用地的审批程序

土地管理法对建设占用农业用地的审批作了明确的规定：省、自治区、直辖市人民政府批准的道路、管线工程和大型基础设施建设项目、国务院批准的建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由国务院批准。在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内，为实施该规划而将农用地转为建设用地的，按土地利用年度计划分批次由原批准土地利用总体规划的机关批准。在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。除以上规定以外的建设项目占用土地，涉及农用地转为建设用地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准。

建设用地征用基本农田；征用基本农田以外的耕地超过 35 公顷的；征用其他土地超过 70 公顷的，由国务院批准。征用上

述范围以外的其他土地的，由省、自治区、直辖市人民政府批准，并报国务院备案。

乡镇企业、乡（镇）村公共设施、公益事业、农村村民住宅等乡（镇）村建设，应当按照村庄和集镇规划，合理布局，综合开发，配套建设；建设用地，应当符合乡（镇）土地利用总体规划和土地利用年度计划，并依法办理审批手续。

农村集体经济组织使用乡（镇）土地利用总体规划确定的建设用地兴办企业或者与其他单位、个人以土地使用权入股、联营等形式共同举办企业的，应当持有关批准文件，向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请，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（镇）村公共设施、公益事业建设，需要使用土地的，经乡（镇）人民政府审核，向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请，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；涉及占用农用地的，按照国家规定进行审批。

三、建设用地的补偿和安置

土地管理法规定：征用土地的，按照被征用土地的原用途给予补偿。征用耕地的补偿费用包括土地补偿费、安置补助费以及地上附着物和青苗的补偿费。

1. 土地补偿费。建设征用土地，由用地单位支付土地补偿费。征用耕地的补偿费，为该耕地被征用前3年平均年产值的6~10倍。征用其他土地的补偿费标准，由省、自治区、直辖市参照征用耕地的补偿费标准规定。

2. 安置补助费。建设征用土地，用地单位还应支付安置补助费。征用耕地的安置补助费，按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数，按照被征用的耕地数量除以征地前

被征用单位平均每人占有耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费标准，为该耕地被征用前3年平均年产值的4~6倍。但是，每公顷被征用耕地的安置补助费，最高不得超过被征用前3年平均年产值的15倍。

征用其他土地的安置补助费标准，由省、自治区、直辖市参照征用耕地的安置补助费的标准规定。

3. 附着物和青苗补偿费。被征用土地上的附着物和青苗的补偿标准，由省、自治区、直辖市规定。征用城市郊区的菜地，用地单位应当按照国家有关规定缴纳新菜地开发建设基金。

按照上述规定支付的土地补偿费和安置补助费，尚不能使需要安置的农民保持原有生活水平的，经省、自治区、直辖市政府批准，可以增加安置补助费。但土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征用前3年平均年产值的30倍。土地补偿费和安置补助费，除属于个人的附着物和青苗的补偿费付给本人外，其余均由被征地单位用于发展生产和安排多余劳动力的就业以及作为不能就业人员的生活补助，不得移作他用，任何单位和个人不得占有。被征地的农村集体经济组织应当将征用土地的补偿费用的收支状况向本集体经济组织的成员公布，接受监督。

4. 劳动力安置。因国家建设征用土地造成的多余劳动力，由县以上土地管理部门组织被征地单位、用地单位和有关单位，通过扩大农副业生产和乡镇企业等途径，加以安置；安置不完的，可以安排符合条件的人员到用地单位或其他全民、集体所有制单位就业，并将相应的安置补助费转拨给吸收劳动力的单位。

被征地单位的土地被全部征用的，经省、自治区、直辖市人民政府审查批准，原有的农业户口可以转为非农业户口。原有的集体所有的财产和所得的补偿费、安置补助费，由县级以上地方人民政府与有关乡（镇）村商定处理办法，用于组织生产和不能

就业人员的生活补助。

第五节 违反土地管理法的责任和处理

一、违反土地管理法的责任

1. 买卖或者以其他形式非法转让土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门没收违法所得，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，没收在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施，可以并处罚款；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。

2. 占用耕地建窑、建坟或者擅自在耕地上建房、挖砂、采石、采矿、取土等，破坏种植条件的，或者因开发土地造成土地荒漠化、盐渍化的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令限期改正或者治理，可以并处罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 拒不履行土地复垦义务的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令限期改正；逾期不改正的，责令缴纳复垦费，专项用于土地复垦，可以处以罚款。

4. 未经批准或者采取欺骗手段骗取批准，非法占用土地的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地，对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的，限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施，恢复土地原状，对符合土地利用总体规划的，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；对非法占用土地单位的

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。

超过批准的数量占用土地，多占的土地以非法占用土地论处。

5. 农村村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，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地，限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋。

超过省、自治区、直辖市规定的标准，多占的土地以非法占用土地论处。

6. 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，不按照土地利用总体规划确定的用途批准用地的，或者违反法律规定的程序批准占用、征用土地的，其批准文件无效，对非法批准征用、使用土地的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。

7. 侵占、挪用被征用土地单位的征地补偿费用和其他有关费用，构成犯罪的依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

8. 依法收回国有土地使用权，而当事人拒不交出土地的，临时使用土地期限已满拒不归还的，或者不按批准的用途使用国有土地的，由县级以上政府土地主管部门责令交还土地，处以罚款。

9. 擅自将农民集体所有的土地的使用权出让、转让或者出租用于非农业建设的，由县级以上人民政府土地主管部门责令限期改正，没收违法所得，并处罚款。

10. 不依照本法规定办理土地变更登记的，由县级以上人民政府土地行政主管部门责令其限期办理。

11. 责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的，建设单位或者个人必须立即停止施工，自行拆除；对继续施工的，作出处罚决定的机关有权制止。建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的，可以在接到责令限期拆除决定之日起 15 日内，向人民法院起诉；期满不起诉又不自行拆除的，由作出处罚决定的机关依法申请人民法院强制执行，费用由违法者承担。

12. 土地行政主管部门的工作人员玩忽职守、滥用职权、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

二、违法案件的处理

(一) 土地违法案件的处理机关

土地违法案件是指违反土地管理法律、法规，必须追究法律责任的案件。土地违法案件由县级以上地方政府土地管理部门依法处理。

1. 县级土地管理部门处理本行政区域内的下列案件：
(1) 全民所有制单位、城市集体所有制单位和乡(镇)村集体非法占用土地的案件；(2) 城镇非农业户口居民非法占用土地案件；(3) 买卖或以其他形式非法转让土地案件；(4) 非法批准占用土地案件；(5) 非法占用征地补偿费和安置补助费案件；(6) 临时使用土地期满不归还，或土地使用权被收回，拒不交出土地的案件；(7) 违反法律规定，在耕地上挖土、挖沙、采石、采矿等，严重毁坏种植条件，或因开发土地，造成土地严重沙化、盐渍化、水土流失的案件；(8) 侵犯土地所有权或使用权案件；(9) 违反土地复垦规定的案件；(10) 其他违反土地管理法律、法规的案件；(11) 同级人民政府和上级土地管理部门交办的案件。

2. 地、市、州、盟土地管理部门处理下列案件：(1) 在本行政区域内有较大影响的案件；(2) 同级人民政府和上级土地管理部门交办的案件。

3. 省、自治区、直辖市土地管理部门处理下列案件：(1) 在本行政区域内有重大影响的案件；(2) 同级人民政府和国家土地管理部门交办的案件。

(二) 土地违法案件的立案条件

根据 1989 年 9 月国家土地管理局发布的《土地违法案件处理暂行办法》的规定，符合下列条件的土地违法案件，土地管理部门应当立案：(1) 有明确的行为人；(2) 有违反土地管理法律、法规的事实；(3) 依照土地管理法律、法规，应当追究法律责任的；(4) 土地管理部门依法有权处理的。符合以上立案条件的案件，须填写《土地违法案件立案呈批表》，经土地管理部门主管领导批准后立案。

(三) 土地违法案件的处理方式

承办土地违法案件的人员在案件调查结束后，应根据事实和法律，提出《土地违法案件调查报告》，经领导集体审议，分别情况予以处理：

1. 认定举报不实或者证据不足，未发现违法事实的，立案予以撤销，重大案件的撤销，应报上一级土地管理部门备案。

2. 认定违法事实清楚、证据确凿的，土地管理部门依法作出行政处罚决定，发出《土地违法案件行政处罚决定书》，送达当事人。

3. 认定侵犯土地所有权或者使用权的，土地管理部门依法作出处理决定；发出《土地侵权行为处理决定书》，送达当事人。

4. 认定当事人拒绝、阻碍土地管理工作人员依法执行职务的，应提请公安机关处理。

5. 认定国家工作人员违法,依法应给予行政处分的,须提出书面建议,并附调查报告和有关证据,移送当事人所在单位或者上级机关、行政监察机关处理。处理结果应抄送移送案件的机关。

6. 认定违法行为构成犯罪的,应将案件及时移送司法机关,依法追究刑事责任。

思考与练习

1. 怎样认识和理解土地的所有权和使用权的概念及它们之间的关系?

2. 为了落实我国十分珍惜和合理利用每一寸土地,切实保护耕地的基本国策,应采取哪些措施?

3. 说明国家土地所有权的概念和特征。国有土地所有权的范围是如何划分的?

4. 什么是集体土地所有权?集体土地所有权的范围是如何划分的?

5. 国有土地使用权的范围如何?

6. 集体土地建设用地使用权的范围如何?

7. 什么是土地利用总体规划?土地利用总体规划如何被编制、审批和修改?

8. 为了保护耕地,法律规定应采取哪些措施?

9. 建设用地的权属关系和审批程序如何?

10. 征用土地应按照怎样的标准支付土地补偿费和安置补助费?

11. 违反土地管理法应承担哪些法律责任?

12. 县级土地管理部门有权处理哪些土地违法案件?

13. 土地违法案件的处理方式有哪些?

第四章 房地产管理法

第一节 房地产管理法概述

一、房地产的概念

房地产是房产与地产的合称。地产指土地财产，房产指房屋财产。从物质形态上看，房产依附于地产，房地相联不可分割；从经济形态上看，房产和地产的经济内容和运动过程也具有内在的整体性和统一性。因此，房地产是土地及地上建筑物、附着物的总称，是房产和地产构成的有机统一体。从事房地产开发、经营等活动的综合性产业称为房地产业。房地产业是一种独立的先导性、基础性产业。在许多发达国家正成为支柱性产业。

在我国，随着土地使用权有偿转让和住宅商品化的发展，房地产业正日益成为一个重要的经济部门。房地产业对其他各个产业的发展、对金融业的振兴，对消费结构的变革以及整个经济的发展，都有极为重要的影响。另外，加快发展房地产业，对于提高土地既是资源又是资产的认识，促进土地的节约和合理利用，对政府筹集建设资金，加快城市建设和经济发展，都具有重要作用。

二、房地产管理法的概念

我国的房地产管理法，是调整城市规划区国有土地范围内的

房地产权属关系以及在房地产开发、经营、使用等活动中发生的社会关系的法律规范的总称。

房地产管理法是一项重要的经济法律。从我国国情出发，国家 1986 年 6 月发布了《中华人民共和国土地管理法》，1990 年 5 月发布了《城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》和《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》，1992 年 11 月发布了《关于发展房地产业若干问题的通知》，1994 年 7 月 5 日八届全国人大常委会第 8 次会议通过了《中华人民共和国城市房地产管理法》，1995 年 6 月 23 日发布了《关于转让国有房地产征收土地增值税中有关房地产价格评估问题的通知》，1995 年 12 月 28 日发布了《土地登记规则》，1997 年 5 月 9 日发布了《城市房地产抵押管理办法》，1998 年 2 月 17 日发布了《国有企业改革中划拨土地使用权管理暂行规定》，1998 年 7 月 20 日发布了《城市房地产开发经营管理条例》等。这些法律法规，对于建立健全我国房地产法律体系，规范人们在房地产开发、交易等过程中的行为，起到了重要作用。

第二节 房地产开发用地

一、土地使用权出让

(一) 土地使用权出让的概念和意义

土地使用权出让，是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者，并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。土地使用权出让是解决房地产开发用地问题的主要方式。这种方式我国在改革开放后逐步扩大使用，它体现了价值规律的要求，是运用市场机制配置土地资源，提高土

地使用效益的有效手段。在社会主义市场经济体制下，土地既是资源又是资产，必须有偿使用。土地使用权出让是深化土地使用权制度改革，将国有土地无偿调拨使用改为有偿使用的重要方式。按照市场经济的客观要求，我国正在逐步扩大城镇国有土地有偿有期限使用的范围，除对国家投资的党政军机关、行政事业单位办公用房、公共设施、公用事业等建设用地，继续采用划拨方式供应外，其他新增建设用地，首先是商业、金融、旅游、服务业、商品房屋和涉外工程建设用地，正逐步采用土地使用权有偿有期限出让的办法。土地使用权出让对于深化改革，促进合理开发、利用、经营土地，节约用地，吸引外资，促进城乡建设和经济发展具有重要意义。

（二）土地使用权出让的报批

国家出让国有土地的使用权，必须有计划、有步骤地进行。按照房地产管理法的规定，土地使用权出让，必须符合土地利用总体规划、城市规划和年度建设用地计划。县以上地方政府出让土地使用权用于房地产开发的，须根据省以上政府下达的控制指标，拟定年度出让土地使用权总面积方案，按规定报国务院或省级人民政府批准。报批的内容包括：出让地块的位置、面积、利用现状、出让年限、规划用途、出让方式、地价评估、效益测算等情况。由市、县人民政府土地管理部门会同城市规划、建设、房产管理部门共同拟定方案，报经有批准权的政府批准后，由市、县土地管理部门与土地使用权受让人正式签订土地使用权出让合同，依法办理土地使用权登记手续。

（三）土地使用权出让的期限

按照房地产管理法的规定，土地使用权出让最高年限，根据出让土地的用途不同而不同，具体分为以下5种情况：（1）居住用地70年；（2）工业用地50年；（3）教育、科技、文化、卫

生、体育用地 50 年；(4) 商业、旅游、娱乐用地 40 年；(5) 综合或其他用地 50 年。以上规定是法定最高年限，任何土地使用权出让合同约定的期限，都不得超过法定最高期限，否则合同无效。

(四) 土地使用权出让的方式

土地使用权出让，可以采取拍卖、招标、双方协议三种方式。土地使用权的出让，是我国房地产一级市场，要在城市总体规划指导下，尽量通过招标、拍卖等方式进行，减少协议出让。商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，有条件的，必须采取拍卖、招标方式；没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。采取双方协议方式出让土地使用权的出让金，不得低于按国家规定所确定的最低价。出让合同签订后，市县人民政府土地管理部门应当将协议出让国有土地使用权出让金向社会公布。

(五) 土地使用权出让合同

1. 土地使用权出让合同的主体和内容。土地使用权出让，应当签订书面出让合同。土地使用权出让合同，由市、县人民政府土地管理部门与土地使用者签订。土地使用权出让合同，必须明确规定土地使用权出让年限、土地用途、投资开发期限、在规定期限内的开发程度、土地出让金和支付方式等。土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后 60 日内，支付全部土地使用权出让金。在支付全部土地使用权出让金后，可依法办理登记，领取土地使用证，取得土地使用权。出让方应当按照合同规定，提供出让的土地使用权。未按合同规定提供土地使用权的，土地使用者有权解除合同，并可请求违约赔偿。

2. 土地用途。土地使用权出让合同，必须明确规定土地用途。土地使用者确需改变土地用途的，应当经有关政府土地管理

部门同意，报原批准用地的人民政府批准。其中，在城市规划区内改变土地用途的，在报批前应当先经有关城市规划主管部门同意。然后，重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理登记。

3. 土地使用权出让合同的续期。通常，国家对出让合同规定的土地使用权，在其期限届满之前不予收回。但是在特殊情况下，根据社会公共利益的需要，可以依照法律程序提前收回，并根据土地使用的实际年限和开发土地的实际情况，给予土地使用者相应的补偿。出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金。

（六）土地使用权的收回

土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者未申请续期或者虽申请续期但未获批准的，土地使用权由国家无偿收回。另外，土地管理法规定：国家为公共利益需要使用土地的；为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地的，由有关人民政府土地主管部门报经原批准用地的人民政府或有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权。依照上述规定收回国有土地使用权的，对土地使用权人应当给予适当补偿。

二、土地使用权划拨

（一）土地使用权划拨的概念

土地使用权划拨，是指县级以上人民政府批准，在土地使用者缴纳补偿、安置等费用后，将该幅土地交付其使用，或者将土地使用权无偿交付给土地使用者使用的行为。即土地使用者通过除

国家出让土地使用权以外的其他方式依法取得的国有土地使用权。土地使用权划拨具有无偿性、无期限性和不可转让等特点，这种取得土地使用权的方式，是我国改革开放以前惯用的一种方式。

（二）土地使用权划拨的范围

改革开放以后，我国逐步建立起社会主义市场经济体制，继续大规模采用划拨土地使用权的方式，已不适应经济建设的需要了，但在现阶段，完全取消这一方式也是不现实的。因此，法律严格规定了划拨土地使用权的范围。房地产管理法第 23 条明确规定：“下列建设用地的土地使用权确属必须的，可以由县级以上人民政府依法批准划拨：（1）国家机关用地和军事用地；（2）城市基础设施用地和公益事业用地；（3）国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地；（4）法律、行政法规规定的其他地。”

（三）土地使用权划拨的收回

无偿取得划拨土地使用权的土地使用者，因迁移、解散、撤销、破产或者其他原因而停止使用土地的，市、县人民政府应当无偿收回其划拨的土地使用权，并可依照法律规定，将收回的土地予以出让。另外，对划拨土地的使用权，市、县人民政府，可以根据城市建设发展需要和城市规划的要求，无偿收回。收回的土地使用权可以依照法律规定予以出让。政府无偿收回划拨土地使用权时，对其地上的建筑物、其他附着物，应当根据实际情况，给予适当补偿。

（四）划拨土地使用权的处置

国有企业使用的划拨土地使用权，应当依法逐步实行有偿使用制度。

对国有企业改革中涉及的划拨土地使用权，根据企业改革的

不同形式和具体情况，可分别采取国有土地使用权出让、国有土地租赁，国家以土地使用权作价出资（入股）和保留划拨用地方式予以处置。

以上所称国有土地租赁，是土地使用者与县级以上人民政府土地管理部门签定一定年期的土地租赁合同，并支付租金的行为。土地租赁合同经出租方同意后可以转让，改变原合同规定的使用条件，应当重新签订土地租赁合同。租赁土地上的房屋等建筑物、构筑物可以依法抵押，抵押权实现时，土地租赁合同同时转让。

以上所称国家以土地使用权作价出资（入股），是国家以一定年期的国有土地使用权作价，作为出资投入改组后的新设企业，该土地使用权由新设企业持有，可以依照土地管理法律、法规关于出让土地使用权的规定进一步转让、出租、抵押。土地使用权作价出资（入股）形成的国家股股权，由享有权利的国家有关部门委托有资格的国有股权持股单位统一持有。

1. 以出让或租赁方式处置。国有企业改造或改组为有限责任公司、股份有限公司以及组建企业集团；国有企业改组为股份合作制企业；国有企业租赁经营；非国有企业兼并国有企业。以上四种情况涉及到的国有企业划拨土地使用权，应当采取出让或租赁方式处置。

另外，国有企业破产或出售，企业原划拨土地使用权应当以出让方式处置。

2. 以作价出资（入股）方式处置。根据国家的产业政策，须由国家控股的关系国计民生、国民经济命脉的关键领域和基础性行业企业或大型骨干企业，改造或改组为有限责任公司、股份有限公司以及组建企业集团，涉及到划拨土地使用权，经省级以上人民政府土地管理部门批准，可以采取国家以土地使用权作价

出资（入股）方式处置。

3. 以保留划拨方式处置。企业改革涉及的土地使用权，有下列情形之一的，经批准可以采取保留划拨方式处置：（1）继续作为城市基础设施用地、公益事业用地和国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地，原土地用途不发生改变，但是改造或改组为公司制企业的除外；（2）国有企业兼并国有企业或非国有企业，国有企业合并，兼并或合并后的企业是国有工业生产企业的；（3）在国有企业兼并、合并中，被兼并的国有企业或国有企业合并中的一方属于濒临破产的企业；（4）国有企业改造或改组为国有独资公司的。

以上第（2）、（3）、（4）项保留划拨用地方式的期限不超过5年。

三、外商开发土地的规定

依照中国法律的规定，中国境外的公司、企业、其他组织和个人，除法律另有规定者以外，均可依法取得土地使用权，进行土地开发、利用、经营。外商投资进行房地产开发、经营，可以弥补我国投资的不足，并可引起竞争机制。为了正确引导外商的投资方向，加强公用设施建设，改善投资环境，1990年5月19日国务院发布了《外商投资开发经营成片土地暂行管理办法》，对外商投资成片开发土地作了规定。

（一）成片开发土地的概念

成片开发土地，是指开发者在取得国有土地使用权后，依照规划对土地进行综合性的开发建设，包括平整场地、建设供排水、供电、供热、道路交通、通讯等公用设施建设，形成工业用地和其他建设用地条件，然后转让土地使用权、经营公用事业，或者进行建设通用工业厂房以及相配套的生产和生活服务设施等

地面建筑物，并对这些地面建筑物进行转让或出租的经营活动。成片开发土地是对大面积土地进行整体商业性的综合开发，是土地开发的一种重要形式，需要大量资金。

（二）外商投资成片开发土地的审批

外商成片开发土地的项目，应由市、县人民政府组织编制成片开发项目建议书或初步可行性研究报告。

开发区域所在的市、县人民政府向外商投资开发企业出让国有土地使用权，应依照法律规定，合理确定地块范围、用途、年限、出让金和其他条件，签订土地使用权出让合同，并按出让土地使用权的审批权限报经审批。

（三）外商投资成片开发土地的企业形式

外商投资成片开发土地，应依法成立相应的开发企业，其企业形式有以下三种：（1）依照中外合资经营企业法成立中外合资经营企业；（2）依照中外合作经营企业法成立中外合作经营企业；（3）依照外资企业法成立外资企业。以上三种外商投资开发企业依法自主经营管理，但其在开发区域内没有行政管理权，开发企业与其他企业是商务关系。国家鼓励国有企业以国有土地使用权作为投资或合作条件，与外商组成开发企业。

（四）外商投资开发企业土地使用权的转让

外商投资开发企业在取得土地使用权后，必须实施成片开发规划，并达到土地使用权出让合同规定的条件后，方可转让土地使用权，否则不得转让土地使用权。这样做，是为了防止炒卖地皮的现象发生。外商投资开发企业依照土地使用权出让合同的规定投资开发土地，并达到了合同和成片开发规划的要求后转让或出租国有土地使用权，必须依法办理，不得擅自行事。外商投资开发企业必须服从开发区域的行政管理、司法管理、口岸管理和海关管理等，不得从事国家法律、法规禁止的经营活动和社会活

动。

第三节 房地产开发管理

一、房地产开发的概念

房地产开发，是指以土地开发和房屋建设为投资对象所进行的生产经营活动。房地产开发包括土地开发和房屋建设两个环节。土地开发是指依法征地拆迁，平整场地，建设供水、排水、供电、道路交通等公用基础设施，形成房屋建设或其他建设用地条件，使土地得以增值的活动。房屋建设是指建造房屋以及相配套的其他地面建筑物的活动。房地产开发的基本目的是提供满足人类各种需要的房屋和其他建筑物，它是房地产业的生产环节，是整个房地产运行的基础。

二、房地产开发的原则

根据土地管理法、房地产管理法的规定和其他有关立法的精神，房地产开发必须遵循以下原则：

1. 符合土地利用总体规划、年度建设用地计划和城市规划、房地产开发年度计划的要求的原则。

2. 按照经济效益、社会效益、环境效益相统一的原则，实行全面规划、合理布局、综合开发、配套建设。

3. 坚持旧区改建和新区建设相结合的原则，注重开发基础设施薄弱、交通拥挤、环境污染严重以及危旧房屋集中的区域，保护和改善城市生态环境，保护历史文化遗产。

4. 统筹安排配套基础设施，先地下、后地上的原则。

5. 对房地产开发加强宏观调控和管理的原则。

6. 合理调整房地产开发结构，确保重点的原则。房地产开发的重点是为重点项目配套的房地产开发项目和居民住宅。对花园别墅、高档宾馆等市场需求有限的项目要严格控制在内。

三、房地产开发的要求

房地产开发应符合以下要求：

1. 房地产开发企业应当按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限进行项目开发建设。出让合同约定的动工开发期限满1年未动工开发的，可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费；满2年未动工开发的，可以无偿收回土地使用权。但是，因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工迟延的除外。

2. 房地产开发企业开发建设的房地产项目，应当符合有关法律、法规的规定和建筑工程质量、安全标准、建筑工程勘察、设计、施工的技术规范以及合同的约定，并对其开发建设的房地产开发项目的质量承担责任。

勘察、设计、施工、监理等单位应当依照有关法律、法规的规定或者合同的约定，承担相应的责任。

3. 房地产开发项目竣工，经验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。房地产开发项目竣工后，房地产开发企业应当向项目所在地的县级以上地方人民政府房地产开发主管部门提出竣工验收申请。房地产开发主管部门应当自收到竣工验收申请之日起30日内，对涉及公共安全的内容，组织工程质量监督、规划、消防、人防等有关部门或者单位进行验收。

4. 住宅小区等群体房地产开发项目竣工，应当依照上述规定和下列要求进行综合验收：（1）城市规划设计条件的落实情况

况；(2) 城市规划要求配套的基础设施和公共设施的建设情况；(3) 单项工程的工程质量验收情况；(4) 拆迁安置方案的落实情况；(5) 物业管理的落实情况。

5. 房地产开发企业应当将房地产开发项目建设过程中的主要事项记录在房地产开发项目手册中，并定期送房地产开发主管部门备案。

四、房地产开发企业

(一) 设立房地产开发企业的条件

设立房地产开发企业，除应当符合有关法律、行政法规规定的企业设立条件外，还应当具备下列条件：(1) 有 100 万元以上的注册资本；(2) 有 4 名以上持有资格证书的房地产专业、建筑工程专业的专职技术人员，2 名以上持有资格证书的专职会计人员。

省、自治区、直辖市人民政府可以根据本地方的实际情况，对设立房地产开发企业的注册资本和专业技术人员的条件作出高于前款的规定。

(二) 房地产开发企业的登记和备案

设立房地产开发企业，应当向县级以上人民政府工商行政管理部门申请登记。工商行政管理部门对符合条件的，应当自收到申请之日起 30 日内予以登记；对不符合条件不予登记的，应当说明理由。工商行政管理部门在对设立房地产开发企业申请登记进行审查时，应当听取同级房地产开发主管部门的意见。

房地产开发企业应当自领取营业执照之日起 30 日内，持下列文件到登记机关所在地的房地产开发主管部门备案：(1) 营业执照复印件；(2) 企业章程；(3) 验资证明；(4) 企业法定代表人的身份证明；(5) 专业技术人员的资格证书和聘用合同。

(三) 核定房地产开发企业的资质等级

房地产开发主管部门应当根据房地产开发企业的资产、专业技术人员和开发经营业绩等，对备案的房地产开发企业核定资质等级。房地产开发企业应当按照核定的资质等级，承担相应的房地产开发项目。

五、对高档房地产开发项目的控制

房地产业在我国是一个新兴产业，尚处于起步阶段，国家对房地产开发建设的管理还不够完善。在房地产业发展过程中出现了建设规模偏大、高档房地产开发项目超过市场实际需求，而居民住宅建设资金不足等问题。为了解决上述问题，1995年5月26日国务院发布了《关于严格控制高档房地产开发项目的通知》，该《通知》的主要内容有：

1. 要严格控制高档房地产开发项目的审批。这些项目包括：
(1) 别墅性质的高档住宅及度假村；(2) 单位面积建筑设计造价高于当地一般民用住宅、办公楼一倍以上的公寓、写字楼；(3) 建筑标准四星级或相当于四星级以上的宾馆、饭店。
2. 进一步严格和明确了高档房地产开发项目的批准权限。
3. 严格高档房地产开发项目的资金管理。
4. 加强房地产项目建设用地的管理。
5. 规范土地出让收入的征收和使用管理。
6. 加强对外商投资房地产开发建设的管理。
7. 加强各类房地产开发建设项目所需进口物资的税收管理。
8. 加强计划、城建、规划、土地、审计等有关部门和人民银行等金融机构，对高档房地产开发项目的监督管理。

第四节 房地产交易管理

一、房地产交易的概念和原则

(一) 房地产交易的概念

房地产交易是指房地产权利人依照法律的规定和合同的约定，通过转让、抵押和租赁的方式将所享有的房地产权利部分或全部移交给受让人的行为。依照《房地产管理法》的规定，我国的房地产交易包括房地产转让、房地产抵押和房地产租赁三种方式。

国家土地所有权出让后的房地产开发经营和房地产投入使用后的多种交易形式，属于我国房地产的二级市场、三级市场。应在国家宏观管理下放开搞活，实行市场调节。

(二) 房地产交易的原则

1. 进行房地产交易首先应遵循合法、自愿、互利、公平和诚实信用的原则。依法设立的房地产转让、抵押、租赁受法律保护。

2. 当事人从事房地产转让、抵押等交易时，必须遵守房屋的所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押的原则。

3. 国家对房地产交易中的基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格实行定期确定并公布的制度。具体办法依照国务院的规定执行。

4. 国家实行房地产价格评估制度。

5. 房地产价格评估，应当遵循公正、公平、公开的原则，按照国家规定的技术标准和评估程序，以基准地价、标定地价和

各类房屋的重置价格为基础，参照当地的市场价格进行评估。

6. 国家实行房地产成交价格申报制度。房地产权利人转让房地产，应当向县级以上地方人民政府规定的部门如实申报成交价格，不得瞒报或者作不实的申报。

7. 国家对当事人转让、抵押房地产实行权属登记制度。当事人必须依照房地产管理法关于房地产权属登记的规定进行登记。

二、房地产转让

(一) 房地产转让的概念

房地产转让，是指房地产权利人通过买卖、赠与或其他合法方式，将其房地产转移给他人的行为。以上所称其他合法方式包括：(1) 以房地产作价入股，与他人成立企业法人，房地产权属发生变更的；(2) 一方提供土地使用权，另一方或多方提供资金，合资、合作开发经营房地产，而使房地产权属发生变更的；(3) 因企业被收购、兼并或合并，房地产权属随之转移的；(4) 以房地产抵债的；(5) 法律规定的其他情形。

在这里，土地使用者或将土地所有权单独转让，或将土地使用权连同地上建筑物、其他附着物共同转让。无论哪一种情况，土地使用权已是再一次发生转移。房地产转让是房地产交易的主要形式，也是房地产交易管理的主要内容。在房地产转让中，房地产买卖是最主要的转让形式。

(二) 房地产转让的条件

1. 出让土地使用权的转让条件。以出让方式取得土地使用权的，土地使用权享有者转让房地产时，应当符合下列条件：(1) 按照出让合同约定，已经支付全部土地使用权出让金，并办理手续，取得土地使用权证书。(2) 已按照出让合同的约定进行

投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的 25% 以上，属于成片开发土地的，已形成工业用地或者其他建设用地条件。(3) 转让房地产时，房屋已经建成的，还应当持有房屋所有权证书。

2. 划拨土地使用权的转让条件。以划拨方式取得土地使用权的，土地使用权享有者一般不能转让其房地产。确需转让的，应当按规定报请有批准权的人民政府审批。经审批准予转让的，应当将土地使用权由划拨改为出让，由转让房地产的一方办理土地使用权出让手续，依照国家规定缴纳土地使用权出让金。属于下列情形之一的，经有批准权的人民政府批准，可以不办理土地使用权出让手续，但应当将转让房地产所获收益中的土地收益上交国家或作其他处理：(1) 经城市规划部门批准，转让的土地用于法律规定的划拨土地使用权范围内的建设项目的；(2) 私有住宅转让后仍用于居住的；(3) 按照国务院住房制度改革有关规定出售公有住宅的；(4) 同一宗土地上部分房屋转让而土地使用权不可分割转让的；(5) 转让的房地产暂时难以确定土地使用权出让用途、年限和其他条件的；(6) 根据城市规划土地使用权不宜出让的；(7) 县级以上人民政府规定暂时无法或不需要采取土地使用权出让方式的其他情形。

3. 商品房预售的条件。商品房预售，应当符合下列条件：(1) 预售方已全部交付土地使用权出让金，并办理手续，取得土地使用权证书；(2) 预售方持有建设工程规划许可证和施工许可证；(3) 按提供的预售商品房计算，预售方投入的建设资金达到工程建设总投资的 25% 以上，并已经确定施工进度和竣工交付日期；(4) 已办理预售登记，并取得商品房预售许可证明。预售方应当按照国家有关规定将预售合同报县以上政府房管部门和土地管理部门登记备案。

（三）不允许转让的房地产

《房地产管理法》第 37 条明确规定，下列房地产不得转让：

（1）以出让方式取得土地使用权，但不符合以上所述转让房地产条件的；（2）司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；（3）国家或集体依法收回土地使用权的；（4）共有房地产，未经其他共有人书面同意的；（5）房地产权属有争议的；（6）未依法登记，领取房地产权属证书的；（7）法律、行政法规规定禁止转让的其他情况。

（四）房地产转让合同

当事人转让房地产，应当签订书面转让合同。转让合同应载明下列主要内容：（1）双方当事人的姓名或者名称、住所；（2）房地产权属证书的名称和编号；（3）房地产座落位置、面积、四至界限；（4）土地宗地号、土地使用权取得的方式及年限；（5）房地产的用途或使用性质；（6）成交价格及支付方式；（7）房地产交付使用的时间；（8）违约责任；（9）双方约定的其他事项。

以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，其土地使用权的最高使用年限为：原出让合同约定的使用年限减去原土地使用者已经使用年限后的剩余年限。土地使用权转让，原土地使用权出让合同和登记文件中所载明的权利义务随之转移。如果受让土地使用权的一方当事人，改变原出让合同规定的土地用途的，必须取得原出让方和市、县政府城市规划部门的同意，并签订土地使用权出让合同的变更协议，或者重新签订土地使用权出让合同，相应调整土地使用权出让金。

（五）房地产转让价格的评估

国有房地产的转让价格，是权利人转让国有房地产（包括国有土地使用权、地上建筑物及附属物）的纳税依据。关系到土地

增值稅的徵收和維護國有資產的重大問題，必須認真、公正地予以評估。1995年6月23日財政部、國家稅務總局、國家國有資產管理局聯合發出了《關於轉讓國有房地產徵收土地增值稅中有關房地產價格評估問題的通知》，對國有房地產轉讓價格評估作出如下規定：

1. 轉讓國有房地產的納稅人，依法需要根據房地產的評估價格計稅的，可委託經政府批准設立、並按規定由省以上資產評估行政管理部门授予評估資格的資產評估事務所、會計師事務所等各類評估機構受理轉讓房地產評估業務。

2. 各評估機構必須嚴格按照法律規定的方法進行評估。評估結果經資產評估行政管理部门審核驗證後作為房地產轉讓的底價，並按稅務部門的要求按期報送房地產所在地主管稅務機關，作為確認計稅依據的參考。主管稅務機關要求評估機構提供有關評估資料的，評估機構應無償提供，不得以任何借口拒絕。

3. 資產評估機構在執業過程中必須遵守職業道德，堅持獨立、客觀、公正的原則，對評估結果的真實性、合法性負法律責任。如有隱瞞事實、提供虛假評估結果，或與當事人串通作弊等違法行為的，一經發現堅決取消執業資格。

4. 資產評估機構不向主管稅務機關提供有關的、真實的房地產評估資料，或有意提供虛假評估結果，造成納稅人不繳或少繳土地增值稅，應承擔相應的法律和經濟責任。因上述行為造成國家稅收和國有資產嚴重流失的，要提請司法機關追究有關當事人的刑事責任。

5. 各級財政、稅務和資產評估行政管理部门應密切配合、相互協作，加強對土地增值稅的徵收管理，加強對資產評估機構的監督管理，使房地產評估為保證國家稅收收入和維護國有資產權益發揮作用。

三、房地产抵押

(一) 房地产抵押的概念

房地产抵押，是指抵押人用其合法的房地产，以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时，债权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。抵押人，是指将依法取得的房地产提供给抵押权人，作为本人或者第三人履行债务担保的公民、法人或者其他组织。抵押权人，是指接受房地产抵押作为债务人履行债务担保的公民、法人或者其他组织。房地产抵押是市场经济中一种十分常见的债务担保方式，当债务人不履行债务时，抵押权人有权依法将抵押的房地产拍卖，并从拍卖所得的价款中优先受偿。

根据法律原则，土地使用权抵押时，其地上建筑物、其他附着物随之抵押。地上建筑物、其他附着物抵押时，其占用范围内的土地使用权也随之抵押。房地产抵押，应当凭土地使用权证书、房屋所有权证书办理。

(二) 房地产抵押的范围

依照法律规定，下列房地产可以设定抵押权：(1) 依法取得的房屋所有权，连同该房屋占用范围内的土地使用权；(2) 依法通过出让、转让方式取得的土地使用权；(3) 法律规定的其他可以抵押的房地产。

以享受国家优惠政策购买的房地产抵押的，其抵押额以房地产权利人可以处分和收益的份额比例为限。国有企业、事业单位法人以国家授予其经营管理的房地产抵押的，应当符合国有资产管理的有关规定。以集体所有制企业的房地产抵押的，必须经集体所有制企业职工（代表）大会通过，并报其上级主管机关备案。以中外合资企业、合作经营企业和外商独资企业的房地产抵

押的，必须经董事会通过，但企业章程另有规定的除外。以有限责任公司、股份有限公司的房地产抵押的，必须经董事会或者股东大会通过，但企业章程另有规定的除外。有经营期限的企业以其所有的房地产抵押的，其设定的抵押期限不得超过该企业的经营期限。以具有土地使用年限的房地产抵押的，其抵押期限不得超过土地使用权出让合同规定的使用年限减去已经使用年限后的剩余年限。以共有的房地产抵押的，抵押人应当事先征得其他共有人的书面同意。预购商品房贷款抵押的，商品房开发项目必须符合房地产转让条件并取得商品房预售许可证。以已出租的房地产抵押的，抵押人应当将租赁情况告知抵押权人，并将抵押情况告知承租人。原租赁合同继续有效。

法律规定不得设定抵押权的房地产有：（1）权属有争议的房地产；（2）用于教育、医疗、市政等公共福利事业的房地产；（3）列入文物保护的建筑物和有重要纪念意义的其他建筑物；（4）已依法公告列入拆迁范围的房地产；（5）被依法查封、扣押、监管或者以其他形式限制的房地产；（6）依法不得抵押的其他房地产。

（三）房地产抵押合同

房地产抵押，抵押当事人应当签订书面抵押合同。房地产抵押合同的主要内容有：（1）抵押人、抵押权人的名称或者个人姓名、住所；（2）主债权的种类、数额；（3）抵押房地产的处所、名称、状况、建筑面积、用地面积以及四至等；（4）抵押房地产的价值；（5）抵押房地产的占用管理人、占用管理方式、占用管理责任以及意外损毁、灭失的责任；（6）抵押期限；（7）抵押权灭失的条件；（8）违约责任；（9）争议解决方式；（10）抵押合同订立的时间与地点；（11）双方约定的其他事项。

抵押权人要求抵押房地产保险的以及要求在房地产抵押后限

制抵押人出租、转让抵押房地产或者改变抵押房地产用途的，抵押当事人应当在抵押合同中载明。抵押当事人约定对抵押房地产保险的，由抵押人为抵押的房地产投保，保险费由抵押人负担。抵押房地产投保的，抵押人应当将保险单移送抵押权人保管。在抵押期间，抵押权人为保险赔偿的第一受益人。

以通过出让、转让方式取得的土地使用权设定抵押权的，不得违背土地使用权出让合同的规定，在抵押合同有效期内，当事人必须继续履行土地使用权出让合同规定的各项义务，同时，抵押期限不得超过出让合同规定的使用年限减去已经使用年限后的剩余年限。

（四）抵押房地产的占用与管理

已作抵押的房地产，由抵押人占用与管理。

抵押权可以随债权转让。抵押权转让时，应当签订抵押权转让合同，并办理抵押权变更登记。抵押权转让，原抵押权人应当告知抵押人。经抵押权人同意，抵押房地产可以转让或者出租。抵押房地产转让或者出租所得价款，应当向抵押权人提前清偿所担保的债权，超过债权数额的部分，归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。

抵押人占用与管理的房地产发生损毁、灭失的，抵押人应当及时将情况告知抵押权人，并应采取措施防止损失扩大。因抵押人的过错行为导致房地产损失，且房地产价值不足以作为履行债务的担保时，抵押权人有权要求抵押人重新提供或增加担保，以弥补不足，或直接向保险公司请求赔偿。抵押人对房地产价值减少无过错的，抵押权人只能在抵押人得到损害赔偿的范围内要求担保。抵押房地产价值未减少的部分，仍作为债务的担保。

（五）抵押房地产的处分

发生下列情况之一的，抵押权人有权要求处分抵押的房地

产：(1) 债务履行期满，抵押权人未受清偿的，债务人又未能与抵押权人达成延期履行协议的；(2) 抵押人死亡、或被宣告死亡而无人代为履行到期债务的，或者抵押人的合法继承人、受遗赠人拒绝履行到期债务的；(3) 抵押人被依法宣告解散或者破产的；(4) 抵押人违反规定擅自处分抵押房地产的；(5) 抵押合同约定的其他情况。

发生上述情况之一的，经抵押权人和抵押人协商可以通过拍卖等合法方式处分抵押房地产。协议不成的，抵押权人可以向法院起诉。抵押权人欲处分抵押房地产时，应书面通知抵押人；抵押房地产为共有或者出租的，还应同时书面通知共有人或承租人；在同等条件下，共有人或承租人依法享有优先购买权。

以划拨方式取得的土地使用权连同地上建筑物设定抵押进行处分时，应当从处分所得的价款中缴纳相当于土地使用权出让金的款额后抵押权人方可优先受偿。房地产抵押合同签订后，土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押房地产时，可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖，但对拍卖新增房屋所得，抵押权人无权优先受偿。

处分抵押房地产所得金额的分配顺序为：(1) 支付处分抵押房地产的费用；(2) 扣除抵押房地产应缴纳的税款；(3) 偿还抵押权人债权本息；(4) 依法向抵押权人支付违反合同的违约金和赔偿金；(5) 剩余金额交还抵押人。

四、房地产租赁

(一) 房地产租赁的概念

房地产租赁，是指房地产产权所有人或其他合法权利人，将房地产在一定期限内租赁给他人使用，并收取租金的行为。原拥有房地产权利的一方称为出租人，承租房地产的一方称为承租

人。

（二）房地产租赁合同

房地产租赁，出租人和承租人应当签订书面租赁合同，约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款以及双方的其他权利和义务，并向房地产管理部门登记备案。

租赁合同不得违反国家法律、法规、政策以及原土地使用权出让合同的规定。土地使用权出租后，承租人需要改变原土地使用权出让合同规定内容的，必须征得出租人同意，并按规定的审批权限经土地管理部门和城市规划部门批准，依法重新签订土地使用权出让合同，调整土地使用权出让金，并办理土地登记手续。

（三）出租人和承租人的权利义务

租赁期间，出租人负有及时、认真检查和维修出租房屋及其附属设备的义务，出租人转让房地产的，还应提前通知承租人，承租人在同等条件下享有优先购买权。如出租人将房地产转让给他人的，原租赁关系继续有效。承租人负有按合同规定支付租金和合理使用房地产的义务，并不得转让房地产。互换、转租以及利用房地产与他人联营、合营的，应征得原出租人同意。

住宅用房的租赁，应当执行国家和房屋所在地政府的租赁政策和规定，租用房屋从事生产经营活动的，由租赁双方协商议定租金。以划拨方式取得土地使用权而建筑的房屋，房屋所有权人将其出租的，应当将租金中所含土地收益上缴国家。

第五节 房地产产权登记管理

房地产产权登记管理，是指国家有关房地产管理机关对房地产权及其合法变动情况，予以审查、确认、记载，并颁发相应

证书的管理活动。房地产产权登记制度能够确认和保护房地产权利人的合法权益，能够保证房地产权利人取得、变更房地产的法律效力，便于加强国家对房地产工作的管理，并能为有关国家机关处理房地产权属纠纷提供必要的依据。因此，房地产管理法第59条明确规定：“国家实行土地使用权和房屋所有权登记发证制度。”

一、地产权登记

地产权登记主要包括土地使用权登记、土地所有权登记和土地他项权利登记。地产权登记的法律凭证有《国有土地使用证》、《集体土地所有证》、《集体土地使用证》和《土地他项权利证明书》。按照《土地登记规则》的规定，地产权登记分为设定土地权利登记、变更土地权利登记和注销土地权利登记。

（一）设定土地权利登记

设定土地权利登记，是指申请人为设定土地使用权、所有权和他项权利，而依法向土地管理部门申请进行的登记。设定土地权利登记，分为以下几种情况：

1. 以划拨方式取得国有土地使用权的，新开工的大中型建设项目使用划拨国有土地的，建设单位应当在接到县级以上人民政府发给的建设用地批准书之日起30日内，持建设用地批准书申请土地预登记，建设项目竣工验收后，建设单位应当在该建设项目竣工验收之日起30日内，持建设项目竣工验收报告和其他有关文件申请国有土地使用权设定登记；其他项目使用划拨国有土地的，土地使用单位或者个人应当在接到县级以上人民政府批准用地文件之日起30日内，持批准用地文件申请国有土地使用权设定登记。

2. 以出让方式取得国有土地使用权的，受让方应当在按出

让合同约定支付全部土地使用权出让金后 30 日内，持土地使用权出让合同和土地使用权出让金支付凭证申请国有土地使用权设定登记。成片开发用地采取一次出让、分期付款、分期提供出让国有土地使用权的，受让方应当在每期付款后 30 日内，持土地使用权出让合同和土地使用权出让金支付凭证申请国有土地使用权设定登记。

3. 国家将国有土地使用权以作价入股方式让与股份制企业的，该企业应当在签订入股合同之日起 30 日内，持土地使用权入股合同和其他有关证明文件申请国有土地使用权设定登记。

4. 依法向政府土地管理部门承租国有土地的，承租人应当在签订租赁合同之日起 30 日内，持土地租赁合同和其他有关证明文件申请承租国有土地使用权设定登记。

5. 依法抵押土地使用权的，当事人应当在抵押合同签订后 15 日内，持抵押合同以及有关文件申请土地使用权抵押登记。土地管理部门应当在被抵押土地的土地登记卡上登记，并向抵押权人颁发土地他项权利证明书。

同一宗地多次抵押时，以收到抵押登记申请先后为序办理抵押登记和实现抵押权。

6. 有出租权的土地使用者依法出租土地使用权的，出租人与承租人应当在租赁合同签订后 15 日内，持租赁合同及有关文件申请土地使用权出租登记。土地管理部门应当在出租土地的土地登记卡上进行登记，并向承租人颁发土地他项权利证明书。

(二) 变更土地权利登记

变更土地权利登记，是指申请人为变更土地使用权、所有权和土地他项权利，而依法向土地管理部门申请的登记。申请变更土地权利登记，申请者应按规定申报地价；未申报地价的，按宗地标定地价进行登记。变更土地权利登记主要有以下情况：

1. 划拨土地使用权依法办理土地使用权出让手续的，土地使用者应当在缴纳土地使用权出让金后 30 日内，持土地使用权出让合同、出让金缴纳凭证及原《国有土地使用证》申请变更登记。

2. 企业将通过出让或者国家入股等形式取得的国有土地使用权，再以入股方式转让的，转让双方当事人应当在入股合同签订之日起 30 日内，持出让或者国家入股等方式取得土地使用权的合法凭证、入股合同和原企业的《国有土地使用证》申请变更登记。

3. 集体土地所有者将集体土地使用权作为联营条件兴办三资企业和内联企业的，双方当事人应当在联营合同签订后 30 日内，持县级以上人民政府批准文件和入股合同申请变更登记。

4. 依法转让土地使用权；因买卖、转让地上建设物、附着物等一并转移土地使用权的，土地使用权转让双方当事人应当在转让合同或者协议签订后 30 日内，涉及房产变更的，在房产变更登记发证后 15 日内，持转让合同或者协议、土地税费缴纳证明文件和原土地证书等申请变更登记。

房屋所有权变更而使土地使用权变更的，在申请变更登记时，应当提交变更后的房屋所有权证书。

5. 因单位合并、分立、企业兼并等原因引起土地使用权变更的，有关各方应当在合同签订后 30 日内或者在接到上级主管部门的批准文件后 30 日内，持合同或者上级主管部门的批准文件和原土地证书申请变更登记。

6. 因交换、调整土地而发生土地使用权、所有权变更的，交换、调整土地的各方应当在接到交换、调整协议批准文件后 30 日内，持协议、批准文件和原土地证书共同申请变更登记。

7. 因处分抵押财产而取得土地使用权的，取得土地使用权

的权利人和原抵押人应当在抵押财产处分后 30 日内，持有关证明文件申请变更登记。

8. 商品房预售，预售人应当在预售合同签订后 30 日内，将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门和土地管理部门登记备案。县级以上人民政府土地管理部门建立商品房预售合同登记备案簿，记录预售人和预购人名称、商品房所占土地位置、预售金额、交付使用日期、预售面积等内容。

9. 出售公有住房，售房单位与购房职工应当在县级以上地方人民政府房产管理部门登记房屋所有权之日起 30 日内，持公房出售批准文件、售房合同、房屋所有权证书和售房单位原土地证书申请变更登记。

10. 土地使用权抵押期间，抵押合同发生变更的，土地使用权出租期间，租赁合同发生变更的以及涉及变更其他土地他项权利的，当事人应当在变更之日起 15 日内申请变更登记。

11. 依法继承土地使用权和土地他项权利的，或涉及其他形式的土地使用权、所有权和土地他项权利变更，继承人或其他当事人应当在发生变更之日起 30 日内，持有关证明文件申请变更登记。

12. 土地使用者、所有者和土地他项权利者更改名称、地址和依法变更土地用途的，必须依照规定向土地管理部门申请登记。

（三）注销土地登记

集体所有的土地依法被全部征用或者农业集体经济组织所属成员依法转为城镇居民的；县级以上人民政府依法收回国有土地使用权的；国有土地使用权出让或者租赁期满，未申请续期或者续期申请未获批准的；因自然灾害等造成土地权利灭失的；土地他项权利终止的，土地使用者、所有者和土地他项权利者均应依

法办理注销土地登记。土地使用者、所有者和土地他项权利人未按照规定申请注销登记的，土地管理部门可以依照规定直接办理注销土地登记，注销土地证书。

二、房产产权登记

凡在城市、县城、建制镇和工矿区范围内的房屋，都必须到房屋所在地的市、县级房产管理机关申请登记，领取《房屋所有权证》或《房地产权证》，共有的房屋应领取《房屋共有权证》。全民所有的房屋，《房屋所有权证》或其他权利证书发给国家授权的管理部門；集体所有的房屋和私有房屋，《房屋所有权证》或其他权利证书直接发给房屋所有权人。

新建成的房屋，应当凭土地使用权证书，向县级以上地方政府房产管理部门申请登记，由其核实并颁发房屋所有权证书。房产转让或者变更时，应当向县级以上政府房产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证向同级人民政府土地管理部门申请土地使用权变更登记。

三、房地产抵押登记

土地使用权抵押登记。土地使用权抵押权的设立、变更和消灭应依法办理土地登记手续。土地使用权抵押合同经登记后生效，未经登记的土地使用权抵押权不受法律保护。土地使用权抵押权的合法凭证是《土地他项权利证明书》。

房地产抵押登记。房地产抵押合同自签订之日起 30 日内，抵押当事人应当到房地产所在地的房地产管理部门办理房地产抵押登记。房地产抵押合同自抵押登记之日起生效。

以取得房屋所有权证书的房地产抵押的，登记机关应当在原《房屋所有权证》上作他项权利记载后，由抵押人收执。并向抵

押权人颁发《房屋他项权证》。以预售商品房或者在建工程抵押的，登记机关应当在抵押合同上作记载。抵押的房地产在抵押期间竣工的，当事人应当在抵押人领取房地产权属证书后，重新办理房地产抵押登记。

抵押合同发生变更或者抵押关系终止时，抵押当事人应在变更或终止之日起 15 日内，到原登记机关办理变更或者注销抵押登记。

因依法处分抵押房地产而取得土地使用权和建筑物、其他附着物所有权的，抵押当事人应当自处分行为生效之日起 30 日内，到县级以上政府房地产管理部门申请房产变更登记，并凭变更后的房屋所有权证书向同级土地管理部门申请土地使用权变更登记。

第六节 法律责任

一、违反房地产开发、交易管理的法律责任

1. 违反房地产管理法的规定，擅自批准出让，或者未经批准擅自出让土地使用权用于房地产开发的，由上级机关或者所在单位给予有关责任人员行政处分。

2. 不符合房地产管理法规定的法定条件，未取得营业执照，擅自从事房地产开发业务的，由县级以上人民政府工商行政管理部门责令停止房地产开发业务活动，没收违法所得，并可处以违法所得 5 倍以下罚款。

3. 违反房地产管理法，未取得资质等级证书或者超越资质等级从事房地产开发经营的，由县级以上人民政府房地产开发主管部门责令限期改正，处 5 万元以上 10 万元以下的罚款；逾期

不改正的，由工商行政管理部门吊销营业执照。

4. 违反房地产管理法，将未经验收的房屋交付使用的，由县级以上人民政府房地产开发主管部门责令限期补办验收手续；逾期不补办验收手续的，由县级以上人民政府房地产开发主管部门组织有关部门和单位进行验收，并处10万元以上30万元以下的罚款。经验收不合格的，或将验收不合格的房屋交付使用的，由县级以上人民政府房地产开发主管部门责令限期返修，并处交付使用的房屋总造价2%以下的罚款；情节严重的，由工商行政管理部门吊销营业执照；给购买人造成损失的，应当依法承担赔偿责任；造成重大伤亡事故或者其他严重后果，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 违反房地产管理法的规定，不具备转让房地产的法定条件而转让土地使用权的，由县级以上人民政府土地管理部门没收违法所得，并可处以罚款。

6. 违反房地产管理法关于以划拨方式取得土地使用权时转让房地产的规定，非法转让房地产的，由县级以上人民政府土地管理部门，责令缴纳土地使用权出让金，没收违法所得，并可处以罚款。

7. 违反房地产管理法关于商品房预售的规定，非法预售商品房的，由县级以上人民政府房产管理部门责令停止预售活动，没收违法所得，并可处以罚款。

8. 违反房地产管理法的规定，未取得营业执照，擅自从事房地产中介服务业务的，由县级以上工商行政管理部门责令停止房地产中介服务业务活动，没收违法所得，并可处以罚款。

二、国家机关及其工作人员的法律责任

1. 国家机关及其工作人员，没有法律依据向房地产开发企

业收费的，由上级机关责令退回所收取的钱款；情节严重的，由上级机关或者所在单位给予直接责任人员行政处分。

2. 房产管理部门、土地管理部门工作人员玩忽职守，滥用职权，构成犯罪的，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

3. 房产管理部门、土地管理部门工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益，构成犯罪的，依照惩治贪污罪贿赂罪的补充规定追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。

思考与练习

1. 如何理解土地使用权出让的概念、意义？它与土地使用权划拨有何区别？

2. 你认为怎样做才能搞好房地产价格的评估？

3. 什么是房地产管理法？房地产管理法的立法情况如何？

4. 什么是房地产开发？房地产开发的原则和法律要求有哪些？

5. 国家对房地产开发企业有哪些规定？

6. 严格控制审批的高档房地产开发包括哪些项目？

7. 什么是土地使用权出让？土地使用权出让的批准权限和出让期限、方式如何？

8. 如何签订土地使用权出让合同？

9. 说明划拨土地使用权的范围、收回和处置。

10. 哪些建设用地可以通过划拨的方式取得？

11. 说明外商成片开发土地的批准权限和企业形式。

12. 房地产交易有哪几种方式？应遵循哪些原则制度？

-
13. 房地产转让有哪几种方式? 转让的条件是什么?
 14. 如何签订房地产转让合同?
 15. 国家对房地产转让价格的评估作了哪些具体规定?
 16. 说明房地产抵押的范围和抵押合同。
 17. 如何占用、管理和处分抵押房地产?
 18. 如何进行房地产产权登记?
 19. 哪些违反房地产管理法的行为应承担法律责任?

第五章 自然资源法

第一节 自然资源法概述

一、自然资源的概念

自然资源是自然界中一切能够为人类所利用的自然要素。包括植物资源、动物资源、矿产资源、森林资源、土地资源、水资源等等。

对自然资源可以从不同的角度进行划分。按照自然资源客观存在的条件不同，可分为地下资源和地表资源两大类。前者包括铝、铁、锡、镁、煤、石油等矿产资源，后者包括森林、土地、水等地表资源。按照自然资源的用途不同，可以分为生存资源、生产资源、风景资源和科学资源等。按照自然资源的可更新性质不同，可分为可更新资源、不可更新资源和无限资源三类。第一类可更新资源，包括动物、植物、森林、草地等生物资源和土地、水等非生物资源。对生物资源的开发利用必须强调合理性，利用量不能超过再生量。对非生物资源的开发利用，必须符合其恢复和循环的规律，以使非生物资源成为人类永续不竭的自然财富。第二类不可更新资源，它们没有生命和再生能力，主要包括各种金属和非金属矿产资源。它们的总储量伴随着开发利用而逐渐耗竭。人类应尽量减少其消耗并完善回收技术，以延长其使用

期限。第三类无限资源，包括太阳能、风等。对于无限资源，人类应采取先进技术，尽量加以开发利用。

任何一个社会，生产的发展都离不开自然资源这个基本的物质条件，人类社会创造的任何财富都是建立在自然资源基础之上的，自然资源作为劳动资料和劳动对象的组成部分，为社会物质生产的发展提供了可能性和必要的条件。

我国土地辽阔矿藏丰富，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。这一切都要求我们必须加强自然资源方面的立法，系统地规范自然资源的管理、保护、开发和利用。

二、自然资源法的概念

自然资源法是调整在自然资源的管理、保护、开发、利用过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。自然资源法由多种专门的法律规范构成。

目前加强自然资源立法，搞好自然资源保护，已成为全世界一项共同的任务。1980年3月5日，我国同世界上30多个国家一起，公布了由国际自然和自然资源保护同盟、联合国环境规划署和世界野生生物基金会共同制定的《世界自然资源保护大纲》；1987年5月22日，我国也颁布了《中国自然资源保护纲要》。1982年联合国还通过了《联合国海洋法公约》。

新中国成立以来，尤其是近10多年来，国家陆续制定了一系列自然资源保护的法律法规。这些法律、法规主要有：《中华人民共和国森林法》、《中华人民共和国矿产资源法》、《中华人民共和国草原法》、《中华人民共和国水法》、《中华人民共和国水土保持法》、《中华人民共和国渔业法》、《中华人民共和国野生动

物保护法》、《中华人民共和国矿产资源法实施细则》、《中华人民共和国陆生野生动物保护实施条例》等等。这些法律、法规对于规范我国自然资源的管理、保护、开发、利用起到重要作用。

三、自然资源与资产评估

自然资源是人类社会的物质基础，其中能够被人们开发利用的资源性资产，对人类的生活、生产和经济建设更是具有举足轻重的作用。我国的资源性资产是国有资产的重要组成部分，是国家进行经济建设不可缺少的物质资料，因此，它们又是市场经济条件下资产评估的重要对象。随着我国企业改革的不断深化，资产占有主体在产权变动过程中涉及到的资源性资产评估越来越多。

资源性资产的评估工作能否搞好，直接关系到能否维护资源性资产所有者的合法权益，能否防止国有资产流失，能否保证我国企业改革和产权变动工作遵循市场经济的客观规律有秩序地顺利开展。为此，1995年6月15日国家国有资产管理局发布的《关于加强国有资源性资产评估管理有关问题的通知》规定：“凡获得国务院有关资源主管部门或省、自治区、直辖市人民政府批准，拟以国有资源开采、使用权进行联营、股份经营、中外合资合作的单位，应按照《国有资产评估管理办法》的规定，由省以上国有资产管理部门授予资产评估资格的社会公证性中介机构进行资产评估，并将评估结果报省以上国有资产管理部门确认。”“凡涉及以国有资源开采、使用权进行联营、股份经营、中外合资合作等应进行评估的经济行为，而未经省以上国有资产管理部门授予资产评估资格的中介机构评估的，一律不得以资源开采、使用权进行投资折股。否则，各级国有资产管理部门不予办理产权登记，对同一企业或项目涉及其他有形或无形资产的评估结果

也不予进行确认”。

第二节 森 林 法

一、森林法概述

(一)森林和森林资源

森林是以乔木为主的复杂的生态系统，是有一定面积的集林木以及与之共生的植物、动物、微生物和土壤、气候等形成的总体。森林是国家重要的、不可替代的财富。它能够提供木材和各种林产品，不断满足国家经济建设和人民生活的需要；能够蓄水保土、调节气候、防沙固林，保障农、牧业的发展；能够净化空气、防治污染、保护和美化生活环境和生态环境；还能够有利国防。总之，森林在人类生活中发挥着多种效益和作用。

我国森林法规定的森林是指森林资源。森林资源是指森林、林木和林地以及林区内的受到法律保护的动物、植物等一切生物。森林资源比森林的含义更为广泛。《森林法实施细则》第2条明确规定：“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。”

我国是个少林国家，森林资源基础薄弱，可采伐利用的成过熟林资源越来越少。我国森林覆盖率仅为13.92%，大大低于世界森林覆盖率32%，距离森林法提出的全国森林覆盖率30%的奋斗目标相差甚远。这就需要我们不断加强林业法制建设，大力植树造林，切实保护森林资源，采取合理的采伐措施，确保森林资源永续利用，适应社会主义现代化建设的需要。

（二）森林法的概念

森林法是指调整人们在森林资源的管理、保护、利用、发展过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。1984年9月20日第六届全国人大常委会第七次会议通过的《中华人民共和国森林法》是新中国的第一部林业大法，是森林经营管理、保护、采伐、植树造林活动的行为准则。该法于1998年4月29日，由第九届全国人大常委会第二次会议修正。除以上法律以外，1986年4月28日，国务院批准发布了《森林法实施细则》；1988年1月16日，国务院发布了《森林防火条例》；1989年12月18日，国务院发布了《森林病害防治条例》；1992年6月8日，国务院办公厅转发了林业部等部门《关于进一步加强林地保护管理工作的请示》；1993年2月26日，国务院发出了《关于进一步加强造林绿化工作的通知》；1994年5月16日，国务院办公厅发出了《关于加强森林资源保护管理工作的通知》等等。

（三）森林资源的所有权

我国宪法和森林法对森林资源的所有权作了规定。森林法第3条明确规定：“森林资源属于国家所有，由法律规定属于集体所有的除外。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，由县级以上地方人民政府登记造册，发放证书，确认所有权或者使用权。”

森林资源包括森林、林木和林地以及林区内的野生植物和动物。森林、林木和林地属于全民和集体所有。同时，法律允许公民个人对林木享有所有权，对林木所在地的林地享有使用权。国家保障全民、集体和个人的所有权和使用权不受侵犯。

全民所有林的所有权属于国家。集体所有林的所有权分属于农村集体经济组织。个人所有的林木包括农民在房前屋后、自留山、自留地和集体组织指定的地方种植的树木。机关、部队、团

体、厂矿、学校等单位，在地方政府指定的地方种植的树木，归该单位所有或按比例分成。联合营造的林木归联合单位共有。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，承包宜林荒山荒地营造的林木归承包者所有，承包合同另有规定的按照合同规定办理。义务种植的树木，归造林地的使用单位所有，或者归地方政府指定的单位所有。

全民所有和集体所有的森林、林木和林地，个人所有的林木和使用的林地，都须经县级以上人民政府按照森林、林木和林地的权属登记造册、颁发证书，以此来确认所有权或使用权。所有权或使用权一经确认，森林、林木、林地的所有者和使用者的权益即受国家法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

（四）林种划分

根据森林法的规定，森林可以分为以下 5 类：

1. 防护林：以防护为主要目的的森林、林木和灌木丛，包括水源涵养林，水土保持林，防风固沙林，农田、牧场防护林，护岸林，护路林；
2. 用材林：以生产木材为主要目的的森林和林木，包括以生产竹材为主要目的的竹林；
3. 经济林：以生产果品、食用油料、饮料、调料，工业原料和药材等为主要目的的林木；
4. 薪炭林：以生产燃料为主要目的的林木；
5. 特种用途林：以国防、环境保护、科学实验等为主要目的的森林和林木，包括国防林、实验林、母树林、环境保护林、风景林、名胜古迹和革命纪念地的林木，自然保护区的森林。

二、森林资源的经营管理和保护

（一）森林资源的经营管理

森林资源的经营管理，是指森林资源产权人将其享有所有权或使用权的森林资源通过转让、合资入股等合法形式，改变其产权主体的行为以及国家对这类行为的管理。近几年来，森林资源产权人利用森林资源进行转让、作价入股、合资合作、出资等经营行为越来越多，新修订的森林法明确规定，必须加强对森林资源经营行为的管理。

1. 森林资源的管理体制。森林法明确规定：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。并负责组织森林资源清查，建立资源档案制度，掌握资源变化情况。各级人民政府应当制定林业长远规划。国有林业企业事业单位和自然保护区，应当根据林业长远规划，编制森林经营方案，报上级主管部门批准后实行。林业主管部门应当指导农村集体经济组织和国有的农场、牧场、工矿企业等单位编制森林经营方案。

如果单位之间发生了林木、林地所有权和使用权争议，由县级以上人民政府依法处理。个人之间、个人与单位之间发生的林木所有权和林地使用权争议，由当地县级或者乡级人民政府依法处理。当事人对人民政府的处理决定不服的，可以在接到通知之日起一个月内，向人民法院起诉。在林木、林地权属争议解决以前，任何一方不得砍伐有争议的林木。

2. 森林资源产权变动的管理。森林法第 15 条明确规定：下列森林资源可以依法转让，也可以依法作价入股或者作为合资、合作造林、经营林木的出资、合作条件，但不得将林地改为非林地：（1）用材林、经济林、薪炭林；（2）用材林、经济林、薪炭林的林地使用权；（3）用材林、经济林、薪炭林的采伐迹地、火烧迹地的林地使用权；（4）国务院规定的其他森林、林木和其他林地使用权。

依照上述规定、转让、作价入股或者作为合资、合作造林、经营林木的出资、合作条件的，已经取得的林木采伐许可证可以同时转让，同时转让的双方都必须遵守本法关于森林、林木采伐和更新造林的规定。除上述规定的情形外，其他森林、林木和其他林地使用权不得转让。

3. 建设工程占用林地的管理。用地单位进行勘查、开采矿藏和各项建设工程，应当不占或者少占林地；必须占用或者征用林地的，经县级以上人民政府林业主管部门审核同意后，依照有关土地管理的法律、行政法规办理建设用地审批手续。凡是征用占用林地的，用地单位应当按规定支付林地、林木补偿费、森林植被恢复费和安置补助费。凡临时使用林地的，要支付林地损失补偿费。

森林植被恢复费专款专用，由林业主管部门依照有关规定统一安排植树造林，恢复森林植被，植树造林面积不得少于因占用、征用林地而减少的森林植被面积。上级林业主管部门应当定期督促、检查下级林业主管部门组织植树造林、恢复森林植被的情况。任何单位和个人不得挪用森林植被恢复费。县级以上人民政府审计机关应当加强对森林植被恢复费使用情况的监督。

（二）森林资源的保护

为作好森林资源的保护工作，法律规定应采取下列保护措施：

1. 建立护林组织，增加护林设施，订立护林公约，划定护林责任区，配备专职或者兼职护林员。
2. 在林区设立森林公安机关，负责维护辖区社会治安秩序，保护辖区内的森林资源，并可以依照法律规定，在国务院林业主管部门授权的范围内，代行行政处罚权。
3. 作好森林火灾的预防和扑救工作。在森林防火期内，禁

止在林区野外用火，在林区设置防火设施。发生森林火灾，必须立即组织当地军民和有关部门扑救。

4. 组织好森林病虫害防治工作。

5. 禁止毁林开垦和毁林采石、采砂、采土以及其他毁林行为。禁止在幼林地和特种用途林内砍柴、放牧。

6. 在不同自然地带的典型森林生态地区、珍贵动物和植物生长繁殖的林区、天然热带雨林区和具有特殊保护价值的其他天然林区，划定自然保护区，加强保护管理。

7. 林区内列为国家保护的野生动物，禁止猎捕。

三、植树造林和森林采伐

(一) 植树造林

森林法规定：“植树造林、保护森林是公民应尽的义务。”森林法实施细则第14条规定：“全国森林覆盖率的奋斗目标为30%。县级以上地方人民政府按照山区一般达到70%以上、丘陵区一般达到40%以上、平原区一般达到10%以上的标准，确定本行政区域内的森林覆盖率的奋斗目标。”

为了实现上述奋斗目标，各级人民政府应当组织全民义务植树，开展植树造林活动。凡宜林荒山荒地，属于国家所有的，由林业主管部门和其他主管部门组织造林；属于集体所有的，由集体经济组织组织造林。铁路公路两旁、江河两侧、湖泊水库周围，由各有关主管单位因地制宜地组织造林；工矿区，机关、学校用地，部队营区以及农场、牧场、渔场经营地区，由各该单位负责造林。国家所有和集体所有的宜林荒山荒地可以由集体或者个人承包造林。

(二) 森林采伐

1. 森林采伐量。国家根据用材林的消耗量低于生长量的原

则，严格控制森林年采伐量。国家所有的森林和林木以国有林业企业事业单位、农场、厂矿为单位，集体所有的森林和林木、个人所有的林木以县为单位，制定年采伐限额，由省、自治区、直辖市林业主管部门汇总，经同级人民政府审核后，报国务院批准。国家制定统一的年度木材生产计划。年度木材生产计划不得超过批准的年采伐限额。

2. 采伐许可证。采伐林木必须申请采伐许可证，按许可证的规定进行采伐；农村居民采伐自留地和房前屋后个人所有的零星林木除外。国有林业企业事业单位、机关、团体、部队、学校和其他国有企业事业单位采伐林木，由所在地县级以上林业主管部门依照有关规定审核发放采伐许可证。铁路、公路的护路林和城镇林木的更新采伐，由有关主管部门依照有关规定审核发放采伐许可证。农村集体经济组织采伐林木，由县级林业主管部门依照有关规定审核发放采伐许可证。农村居民采伐自留山和个人承包集体的林木，由县级林业主管部门或者其委托的乡、镇人民政府依照有关规定审核发放采伐许可证。审核发放采伐许可证的部门，不得超过批准的年采伐限额发放采伐许可证。

国有林业企业事业单位申请采伐许可证时，必须提出伐区调查设计文件。其他单位申请采伐许可证时，必须提出有关采伐的目的、地点、林种、林况、面积、蓄积、方式和更新措施等内容的文件。对伐区作业不符合规定的单位，发放采伐许可证的部门有权收缴采伐许可证，终止其采伐，直到纠正为止。

3. 森林采伐的具体要求。(1) 成熟的用材林应当根据不同情况，分别采取择伐、皆伐和渐伐方式，皆伐应当严格控制，并在采伐的当年或者次年内完成更新造林；(2) 防护林和特种用途林中的国防林、母树林、环境保护林、风景林，只准进行抚育和更新性质的采伐；(3) 特种用途林中的名胜古迹和革命纪念地的

林木、自然保护区的森林，严禁采伐。(4)采伐林木的单位或者个人，必须按照采伐许可证规定的面积、株数、树种、期限完成更新造林任务，更新造林的面积和株数不得少于采伐的面积和株数。

四、森林资源资产的产权变动

为深化林业的改革开放，适应社会主义市场经济要求，加强科学管理与保护森林资源，保障国家及其他所有者的合法权益，促进森林资源合理配置和林业经济的持续发展，中华人民共和国林业部、国家国有资产管理局于1995年11月10日发布《关于森林资源资产产权变动有关问题的规范意见（试行）》，该《规范意见》对森林资源资产产权变动的有关问题，作出了明确的规定。

（一）森林资源资产产权变动的形式、原则及范围

1. 产权变动的形式。森林资源资产产权变动是指由于出让、转让、合资、合作、股份经营、联营、租赁经营、抵押、拍卖、企业清算等引起的森林、林木和林地资产产权的变动。

森林资源资产产权变动的形式主要包括：(1)森林、林木资产的产权变动；(2)林地使用权出让、转让和出租；(3)森林、林木与林地使用权同时出让转让。

2. 产权变动应遵循的原则。(1)有利于保护、培育和开发利用森林资源；(2)平等互利，依法公开公正地进行，严禁欺行霸市；(3)必须经林业行政主管部门批准，不得随意买卖，严禁炒买炒卖；(4)防止国有森林资源资产的流失，确保国有森林资源资产的保值增值，维护国家所有者权益。国有林地的产权变动应保持原有的经营规模及用途，确需改变经营规模或改林地为非林地的需按有关规定报经上一级林业行政主管部门批准。

3. 产权变动的范围。允许产权变动的森林资源资产包括：(1) 用材林（包括竹林）；(2) 经济林；(3) 薪炭林；(4) 林地，包括有林地、采伐迹地、宜林荒山荒地。

下列森林资源不允许产权变动：(1) 权属不清或有纠纷的森林、林木和林地；(2) 自然保护区的森林、林木和林地；(3) 其他按规定不允许产权变动的森林、林木和林地。

(二) 森林资源资产产权变动的管理

1. 森林资源资产的占有单位发生森林资源资产产权变动时，应向当地林业行政主管部门提交森林资源资产产权变动申请书及有关材料。

2. 资格审查合格后，国有森林资源资产产权变动由上一级林业行政主管部门审批；集体组织的森林资源资产转让由县级以上林业行政主管部门审批；东北、内蒙古国有林区森工企业经营的森林资源资产产权变动由林业部审批。在资格审查中，如涉及港、澳、台等外籍公民或法人，应审查其所在地区（国）的公证、外交机构的认证和我国驻该地区（国）商务代表处、使馆的认证文件。

3. 森林资源资产产权变动必须进行资产评估。

4. 双方协商，按《经济合同法》的规定签订森林资源资产产权变动合同或协议。

5. 签订的合同或协议生效后，当事人应向当地林业行政主管部门办理产权变动登记手续。

6. 森林资源资产产权变动的单位应提供以下资料：(1) 林权证书及有关证明；(2) 合同及协议；(3) 森林资源资产评估报告；(4) 其他有关证明材料。

(三) 森林资源资产产权变动后的采伐与更新

1. 经过评估确认的森林资源资产出让、转让成交采伐时，

应按规定办理木材采伐许可证和落实迹地更新任务。其采伐量需纳入所在行政区域当年的森林采伐限额。

2. 出让转让成交的林木采伐时，应按规定向林业部门交纳林业金费，并在合同中予以明确。

3. 出让转让成交的林木采伐时，必须落实迹地更新造林责任和资金，以保证在采伐后的当年或次年完成迹地更新。

五、森林资源资产的评估

为了规范森林资源资产的评估工作，加强森林资源资产评估管理，国家国有资产管理局和林业部于1996年12月16日发布了《森林资源资产评估技术规范（试行）》，于1997年2月3日发布了《关于加强森林资源资产评估管理工作若干问题的通知》。以上法规对森林资源资产评估的有关问题作出了明确的规定。

（一）评估的管理体制

国家资产评估行政管理部门和林业部负责国有森林资源资产评估管理工作。各省（区）资产评估行政管理部门和林业行政主管部门负责本行政区域内国有森林资源资产的评估管理工作。

国有森林资源资产的评估立项和评估结果由本级林业行政主管部门审核同意后，报同级资产评估行政管理部门负责审批和验证确认；林业部直属和东北、内蒙古国有林区的国有森林资源资产占有单位及地方管辖的重要的中外合资或金额巨大的森林资源资产评估立项和评估结果由林业部审核同意后，报国家资产评估行政管理部门审批和验证确认。

非国有森林资源资产的项目管理工作由县及县以上林业行政主管部门负责。参照国有森林资源资产的行业规范管理。

（二）评估机构

森林资源资产评估应由具备森林资源资产评估条件的专职评

估机构或综合评估机构进行。

森林资源资产专职评估机构，需具备一定数量能胜任工作的森林资源资产评估专职人员，其中林学、森林资源调查及管理等相关专业的人员分别不少于2~4人；从事森林资源资产评估的从业人员，必须经过由林业部和国家资产评估行政管理部门共同组织的专业培训，并取得合格证书。国务院有关部门和地方各级申请成立森林资源资产专职评估机构的，应分别由林业部和省级林业行政主管部门审核同意，报同级资产评估行政管理部门组织审批。其他资产评估机构从事森林资源资产评估业务，必须是已取得《资产评估资格证书》的评估机构，并按上述要求配备或聘请专业人员，评估人员须经过林业部和国家资产评估行政管理部门共同组织的专业培训。同时将以上有关材料报经省以上林业行政主管部门资审同意后，报资产评估行政管理部门认定。

从事森林资源资产评估业务的评估机构，可以接受有关林业行政主管部门、资产评估行政管理部门或人民法院的委托，对森林资源资产产权纠纷的非法获利和损失作出评估。

评估机构进行森林资源资产评估，必须按照国家资产评估行政管理部门和林业部共同制定的森林资源资产评估技术规范进行资源核查和评定估算。

（三）应当进行资产评估的行为

森林资源资产占有单位有下列情形之一的，应当依法进行森林资源资产评估：（1）出让或转让森林资源资产的；（2）以森林资源资产作价出资进行中外合资、合作的；（3）以森林资源资产作价出资进行股份经营或联营的；（4）以森林资源资产从事租赁经营的；（5）以森林资源资产作抵押或进行拍卖的；（6）出让、转让或出租林地使用权的；（7）同时出让、转让森林、林木与林地使用权的；（8）需要进行森林资源资产评估的其他情形。

森林资源资产占有单位进行评估，应向受委托的评估机构提交林权证书。没有核发林权证书的，出具其他有效的产权证明。

（四）森林资源资产的核查

1. 核查的要求。森林资源资产的实物量是价值量评估的基础，评估机构在森林资源资产价值量评定估算前，必须对委托单位提交的有效森林资源资产清单上所列示资产的数量和质量进行认真的核查。要求账面、图面、实地三者一致。

森林资源资产数量、质量的核查，必须由具有森林资源调查工作经验的中、高级技术职称的林业专业技术人员负责进行。

2. 核查的项目。森林资源资产的核查项目，主要包括权属、林地或森林类型的数量、质量和空间位置等内容。具体可分为对林地的核查和对林木的核查。

对林地的核查，包括权属、地类、面积、立地质量等级、地利等级等。对林木的核查：（1）用材林，应核查其权属、树种组成、林龄、平均树高、平均胸径、单位面积活立木蓄积或材种出材率等级等；（2）经济林，应核查其权属、种类及品种、林龄、单位面积产量；（3）薪炭林，应核查其权属、林龄、树种组成、单位面积立木蓄积量；（4）竹林，应核查其权属、平均胸径、立竹度、均匀度、整齐度、林龄结构和产笋量；（5）防护林，除核查与用材林相应的项目外，还要增加与评估目的有关的项目；（6）特种用途林，除核查与其他林种相应的项目外，还要增加与评估目的有关的项目；（7）未成林造林地上的幼树，应核查其权属、树种组成、造林时间、平均高、造林成活率、造林保存率。

3. 核查的方法。评估机构可按照不同的评估目的、种类和特点以及委托方的要求，选择抽样控制法、小班抽查法和全面核查法，核查森林资源资产。

（1）抽样控制法：即以评估对象为抽样总体，以 95% 的可

靠性，布设一定数量的样地进行实地调查，要求总体蓄积量抽样精度达到 90% 以上。林地的核查，首先依据具有法定效力的资料，核对其境界线是否正确，然后在林业基本图或林相图上直接量算或采用成数抽样的办法核查各类土地和森林类型的面积，主要地类的抽样精度要求达到 95% 以上（可靠性 95%）。

（2）小班抽查法：即采用随机抽样或典型选样的方法分别林地及森林类型、林龄等因子，抽出若干比例小班进行核查。核查的小班个数依据评估目的、林分结构等因素来确定。对抽中小班的各项按规定必须进行核查的因子进行实地调查，以每个小班中 80% 的核查项目误差不超过允许值，视为合格。

（3）全面核查法：即对资产清单上的全部小班逐个进行核查。对即将采伐的小班设置一定数量的样地进行实测，必要时进行全林每木检尺。

（五）林木资产的评估

林木资产评估要根据不同的林种，选择适用的评估方法和林分质量调整系数进行评定估算。评估方法主要有以下几种：（1）市价法：包括市场价倒算法、现行市价法。（2）收益现值法：包括收益净现值法、收获现值法、年金资本化法。（3）成本法：包括序列需工数法、重置成本法。（4）清算价格法。

1. 用材林（含薪炭林）林木资产评估。用材林林木资产评估一般按森林经营类型分龄组进行：

幼龄林一般选用现行市价法、重置成本法和序列需工数法。

中龄林一般选用现行市价法、收获现值法。在使用收获现值法时必须要有能反映当地生长过程的生长过程表或收获表。在没有这些数表时，也可利用当地的调查材料，拟合当地的林木平均生长过程，以取得预测值。

近、成、过熟林主要选用现行市价法中的市场价倒算法。

用材林林木资产评估时，要充分注意各龄组评估值之间的衔接。

2. 经济林林木资产评估。经济林林木资产评估一般选用现行市价法、收益现值法和重置成本法。在选用收益现值法时应考虑经济林经营的经济寿命期、各生长发育阶段的经济林产品的产量和成本的差异、经济寿命期末的林木残值。在选用重置成本法时应以盛产期前为重置期确定重置成本，进入盛产期后，还应根据收获年数确定调整系数（折耗系数）。

3. 防护林林木资产评估。防护林是以国土保安、防风固沙、改善农业生产条件等防护功能为主要目的的森林。防护林资产评估包括林木的价值和生态防护效益的评定估算，林木价值评估一般选用市价法、收益现值法和重置成本法。在选用收益现值法进行评估时，必须以按防护林经营时所能获得的实际经济效益为基础。生态防护效益要通过实际调查确定标准和参数。

4. 竹林林木资产评估。竹林是由各类竹子构成的森林。竹林林木资产由地上立竹和地下竹鞭构成。竹林林木资产评估一般选用现行市价法、年金资本化法，新造未成熟的竹林可采用重置成本法。在采用年金资本化法时必须考虑大小年对竹材和竹笋产量及经济收入的影响。

5. 特种用途林林木资产评估。特种用途林是以保存物种资源、保护生态环境、国防、森林旅游、科学实验等为主要经营目的的森林。特种用途林资产主要指能带来经济效益的风景林、实验林、母树林、名胜古迹和革命纪念林等。其中，实验林是以提供教学或科学研究实验场所为主要目的的森林。实验林资产评估一般选用现行市价法、收获现值法和收益净现值法。在采用收获现值法和收益净现值法时，收益的预测必须在满足原经营目的条件下进行。母树林是以培育优良种子为主要目的的森林。母树林

林木资产评估一般参照经济林林木资产评估的方法进行。在估算时应充分考虑母树木材价值较高的特点。

(六) 林地资产的评估

林地是指国家法律确认的用于林业用途的土地，包括有林地、疏林地、未成林造林地、灌木林地、采伐迹地、火烧迹地、苗圃地和国家规划的宜林地。林地资产评估是对某一时日一定面积林地使用权的价格进行评定估算。当林地使用权发生变动或其他情形需单独确定林地使用权的价格时，应进行林地资产评估。

林地资产评估主要有现行市价法、林地期望价法、年金资本化法和林地费用价法。现行市价法是以具有相同或类似条件林地的现行市价作为比较基础，估算林地评估值的方法。林地期望价法以实行永续皆伐为前提，从无林地造林开始计算，将无穷多个轮伐期的纯收益全部折为现值累加求和，作为林地的评估值。年金资本化法是将评估林地资产每年相对稳定的地租收益作为资本投资收益，按适当的投资收益率估算林地评估值的方法。林地费用价法是以取得林地所需的费用和把林地维持到现在状态所需的费用来估算林地评估值的方法。

林地资产评估方法中，现行市价法适用于各类林地资产评估；林地期望价法适用于用材林、薪炭林、防护林、疏林地、未成林造林地、灌木林地、采伐迹地、火烧迹地和国家规划的宜林地林地资产的评估；年金资本化法适用于林地年租金相对稳定的林地资产评估；林地费用价法一般适用于苗圃地等林地资产评估。

(七) 森林景观资产的评估

森林景观资源是指具有游览、观光、休闲等价值的森林资源。森林景观资产是指通过经营能带来经济收益的森林景观资源，主要包括风景林（含森林公园）、森林游憩地、部分名胜古

迹和革命纪念林、古树名木等。

森林景观资产评估主要选择下列几种方法，并同时结合景区评价等级和相关设施等进行综合评定估算：（1）现行市价法，现行市价法是以相同或类似森林景观资产的市场价格作为比较基础，估算评估对象价值的方法；（2）年金资本化法，年金资本化法主要适用于有相对稳定收入的森林景观资产的价值评估；（3）条件价值法，条件价值法是通过调查游客，获得森林景观资产评估值的评估方法；（4）重置成本法，重置成本法是用现有条件下重新取得与被评估对象相类似的森林景观资产所需的成本费用，作为被评估森林景观资产价值的评估方法。

（八）整体林业企事业资产评估

整体林业企事业单位资产评估是对独立林业企事业单位和其他具有独立经营获利能力的经济实体的全部资产和负债所进行的资产评估。

整体资产评估范围一般应为该林业企事业的全部资产。资产包括经营性资产和非经营性资产以及森林资源资产。整体林业企事业单位资产评估时，森林资源资产评估按本规范进行，非森林资源资产的评估按国家有关规定进行。

六、违反森林法的责任

违反了森林法的规定，应依法承担下列行政责任、经济责任直至刑事责任。

1. 盗伐、滥伐森林或其他林木。盗伐森林或者其他林木的，依法赔偿损失；由林业主管部门责令补种盗伐株数 10 倍的树木，没收盗伐的林木或者变卖所得，并处盗伐林木价值 3 倍以上 10 倍以下的罚款。滥伐森林或者其他林木，由林业主管部门责令补种滥伐株数 5 倍的树木，并处滥伐林木价值 2 倍以上 5 倍以下的罚款。

罚款。拒不补种树木或者补种不符合国家有关规定的，由林业主管部门代为补种，所需费用由违法者支付。盗伐、滥伐森林或者其他林木，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 非法采伐、毁坏珍贵树木的，依法追究刑事责任。

3. 超过批准的年采伐限额发放林木采伐许可证或者超越职权发放林木采伐许可证、木材运输证件、批准出口文件、允许进出口证明书的，由上一级人民政府林业主管部门责令纠正，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；有关人民政府林业主管部门未予纠正的，国务院林业主管部门可以直接处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

4. 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，由林业主管部门没收违法买卖的证件、文件和违法所得，并处违法买卖证件、文件的价款1倍以上3倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

伪造林木采伐许可证、木材运输证件、批准出口文件、允许进出口证明书的，依法追究刑事责任。

5. 在林区非法收购明知是盗伐、滥伐的林木的，由林业主管部门责令停止违法行为，没收违法收购的盗伐、滥伐的林木或者变卖所得，可以并处违法收购林木的价款1倍以上3倍以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

6. 违法进行开垦、采石、采砂、采土、采种、采脂和其他活动，致使森林、林木受到毁坏的，依法赔偿损失；由林业主管部门责令停止违法行为，补种毁坏株数1倍以上3倍以下的树木，可以处毁坏林木价值1倍以上5倍以下的罚款。违法在幼林地和特种用途林内砍柴、放牧致使森林、林木受到毁坏的，依法赔偿损失；由林业主管部门责令停止违法行为，补种毁坏株数1倍以上3倍以下的树木。拒不补种树木或者补种不符合国家有关

规定的，由林业主管部门代为补种，所需费用由违法者支付。

7. 采伐林木的单位或者个人没有按照规定完成更新造林任务的，发放采伐许可证的部门有权不再发给采伐许可证，直到完成更新造林任务为止；情节严重的，可以由林业主管部门处以罚款，对直接责任人员由所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

8. 从事森林资源保护、林业监督管理工作的林业主管部门的工作人员和其他国家机关的有关工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊，构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，依法给予行政处分。

第三节 矿产资源法

一、矿产资源法概述

(一) 矿产资源和矿产资源法

矿产资源是在地壳形成后，经过几千万年、几亿年甚至几十亿年的天然作用形成的、具有一定数量和质量的矿物或岩石。包括呈固体、液体或气体状态的各种金属、非金属、燃料矿产和地下热能。矿产资源是人类社会赖以生存和发展的重要物质基础，是人类生产和生活资料的源泉，是一个社会取得繁荣、一个国家得以富强的先决条件之一，与人民生活条件和生活质量的改善息息相关。

我国矿产资源的总量比较丰富，现在世界上已知的 150 种矿产，我国都已找到。但是我国人均占有矿产资源的水平只相当世界人均水平的一半。约有 95% 的能源、80% 的工业原材料取自矿产资源，经济发展对矿产资源具有很强的依赖性。近几年我国

矿产资源的开发强度越来越大，实际工作中还存在着粗放经营、采富弃贫、采多弃少等破坏和浪费自然资源的现象，使得供需矛盾更加尖锐。

矿产资源是一种性质独特、极其珍贵的自然资源，它的储量有限，采后消失不能再生，具有有限性和非再生性，因此合理利用和保护矿产资源是我国目前一项非常迫切的任务。

矿产资源法是调整人们在保护、开发、利用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。主要包括矿产资源的所有权、矿产资源管理、矿产资源的勘查、开采、开发利用和保护等内容。

新中国建立以来，我国发布和实施的矿产资源法律、法规主要有：1986年3月19日第六届全国人大第15次会议通过并于1996年8月29日第八届全国人大第21次会议修正的《中华人民共和国矿产资源法》、1994年3月26日国务院发布的《矿产资源法实施细则》、1998年2月12日国务院发布的《矿产资源勘查区块登记管理办法》、《矿产资源开采登记管理办法》和《探矿权采矿权转让管理办法》等等。以上法律、法规的发布、实施，对于维护矿产资源的国家所有权，加强矿产资源勘查、开采的监督管理，促进矿产资源的有偿使用，保证国民经济的可持续性发展具有重要意义。

（二）矿产资源的所有权

我国宪法规定，凡我国领域和海域内的各种矿藏（即矿产资源）均属于国家所有。即国家对于各种矿产资源享有占有、使用、收益和处分的权利。矿产资源法第3条明确规定：“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”。

根据上述规定，中华人民共和国是我国矿产资源的统一的唯一的所有权主体，国家所有的权利由国务院行使，其他任何社会组织和个人都不能作为矿产资源所有权的主体。矿产资源无论在哪里发现，都须经国家授权的部门批准，才能进行勘查和开采工作，矿产资源所在地的地方政府无权决定由谁勘查、开采。另外，国家对矿产资源的占有具有无限广泛性，在地表或地下的矿产资源，不因土地所有权或使用权而改变国家所有的性质。

为了体现国家享有矿产资源的所有权，国家实行探矿权、采矿权有偿取得的制度。改变计划经济体制下，探矿权、采矿权由国家无偿授予并不得流转的做法。探矿权人和采矿权人必须按照国家规定缴纳有关税款和费用，才能取得矿产资源勘查、开采的权利。国家依法保护合法取得的探矿权、采矿权，严禁将探矿权、采矿权倒卖牟利以及乱挖、乱采、破坏和浪费矿产资源的行为，以维护矿产资源的国家所有权。

（三）矿产资源勘查开发的方针、原则

1. 国家对矿产资源的勘查、开发实行统一规划、合理布局、综合勘查、合理开采和综合利用的方针。

2. 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。

3. 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。

（四）矿产资源勘查、开采的主体

国有矿山企业是开采矿产资源的主体，国家首先保障国有矿业经济的巩固和发展，同时允许集体矿山企业、私营企业和个体采矿，并鼓励、指导和帮助矿山企业的发展，引导、帮助、监督和管理私营企业和个体采矿。

矿产资源法实施细则第7条规定：“国家允许外国的公司、

企业和其他经济组织以及个人依照中华人民共和国有关法律、行政法规的规定，在中华人民共和国领域及管辖的其他海域投资勘查、开采矿产资源。”因此，法律允许外国的公司、企业、其他经济组织和个人成为矿产资源勘查、开采的主体，并保障其合法权益。

二、矿产资源的勘查

国家对矿产资源的勘查实行统一的区块登记管理制度、勘查作业区范围最大面积限制制度、探矿权有偿取得制度、勘查出资人制度、探矿权排他制度、最低勘查投入制度等等。

（一）矿产资源勘查区块登记管理

区块是指按经纬度的一定间隔划成的范围。勘查区块登记管理，是以经纬度为坐标系，按照国际统一分幅标准和编图，把我国的领域和管辖的其他海域统一划分成“经度1分×纬度1分”的基本单位区块，纳入计算机网络。勘查矿产资源必须按照以基本单位区块计算的勘查作业区范围提出申请，经登记管理机关审查批准，缴纳探矿权使用费，领取勘查许可证，成为探矿权人后，方可进行矿产资源勘查活动。

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。

勘查下列矿产资源，由国务院地质矿产主管部门审批登记，颁发勘查许可证：（1）跨省、自治区、直辖市的矿产资源；（2）领海及中国管辖的其他海域的矿产资源；（3）外商投资勘查的矿产资源；（4）本办法附录所列的矿产资源。

勘查石油、天然气矿产的，经国务院指定的机关审查同意后，由国务院地质矿产主管部门登记，颁发勘查许可证。除以上

之外的勘查项目和国务院地质矿产主管部门授权省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门审批登记的矿产资源，由省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门审批登记，颁发勘查许可证，并应当自发证之日起 10 日内，向国务院地质矿产主管部门备案。

（二）勘查作业区最大面积限制

世界上许多国家对探矿权都有最大面积或最多区块个数的限制。我国在计划经济时期普遍存在勘查登记面积过大、时间过长的情况。为了保证探矿权人有足够的投入进行勘查，避免探矿权人申请的面积过大，在总结实践经验的基础上，《矿产资源勘查区块登记管理办法》对此作了明确规定，每个勘查项目允许登记的最大范围为：（1）矿泉水为 10 个基本单位区块，约 20.8—32.4 平方公里；（2）金属矿产、非金属矿产、放射性矿产为 40 个基本单位区块，约 83—129 平方公里；（3）地热、煤、水气矿产为 200 个基本单位区块，约 416—648 平方公里；（4）石油、天然气矿产为 2500 个基本单位区块，约 5200—8100 平方公里。

（三）勘查出资人

《矿产资源勘查区块登记管理办法》第 5 条规定：“勘查出资人为探矿权申请人；但是，国家出资勘查的，国家委托勘查的单位为探矿权申请人。”这一规定明确了勘查出资人的法律地位。目前，地质勘查投资主体、投资渠道呈现多元化趋势，勘查出资人不一定直接从事勘查活动。根据勘查出资人即为探矿权申请人的规定，探矿权申请人的申请事项一旦获得批准，勘查出资人便成为探矿权人，明确了勘查出资人的权利义务，体现了“谁投资、谁受益”的市场经济原则。

在这种情况下，国家地质单位不再是唯一的探矿权申请人，任何愿意出资进行矿产资源勘查的公民、法人或其他组织，不论

是国内的还是国外的，均可以成为探矿权人申请人。但是根据法律规定，有两种情况自然人不得成为探矿权申请人。一是自然人不得申请石油、天然气矿产的勘查，二是外国人来华投资勘查矿产资源，必须设立企业，成为中国的企业法人。

另外，我国每年投入大量国拨地勘费用用于地质勘查，对于国家出资勘查的，由国家委托进行勘查工作的单位申请探矿权。也就是说，国家出资勘查的，受委托的地质勘查单位为探矿权人。这样做可进一步明确国家与勘查单位的权利义务关系，有利于加快地质勘查单位企业化改革的进程。

（四）矿产资源勘查登记的程序

1. 勘查登记申请和审批的程序。出资进行矿产资源勘查的主体或接受国家的委托进行矿产资源勘查的单位，必须依法办理申请登记手续，领取勘查许可证，取得探矿权，才能依法行使矿产资源勘查的权利。《矿产资源勘查区块登记管理办法》规定：探矿权申请人申请探矿权时，应向登记机关提交申请登记书、申请登记范围图等资料。申请勘查石油、天然气的，还应当提交国务院批准设立石油公司或者同意进行石油、天然气勘查的批准文件以及勘查单位法人资格证明。申请石油、天然气滚动勘探开发的，应当向登记管理机关提交法律规定的其他资料，经批准，办理登记手续，领取滚动勘探开发的采矿许可证。

登记管理机关应当自收到申请之日起 40 日内，按照申请在先的原则作出准予登记或者不予登记的决定，并通知探矿权申请人。对申请勘查石油、天然气的，登记管理机关还应当在收到申请后及时予以公告或者提供查询。

准予登记的，探矿权申请人应当自收到通知之日起 30 日内，依照规定缴纳探矿权使用费和国家出资勘查形成的探矿权价款，办理登记手续，领取勘查许可证，成为探矿权人。不予登记的，

登记管理机关应当向探矿权申请人说明理由。

2. 勘查登记变更的程序。探矿权人扩大或者缩小勘查区块范围的、改变勘查工作对象的、经依法批准转让探矿权的、探矿权人改变名称或者地址的，应当在勘查许可证有效期内，向登记管理机关申请变更登记。

3. 勘查登记注销的程序。勘查许可证有效期届满，探矿权人不办理延续登记或者不申请保留探矿权的，探矿权人申请采矿权或者因故需要撤销勘查项目的，应当在勘查许可证有效期内，向登记管理机关递交勘查项目完成报告或者勘查项目终止报告，报送资金投入情况报表和有关证明文件，由登记管理机关核定其实际勘查投入后，办理勘查许可证注销登记手续：

自勘查许可证注销之日起 90 日内，原探矿权人不得申请已经注销的区块范围内的探矿权。

4. 勘查许可证的有效期限。勘查许可证有效期最长为 3 年；但是，石油、天然气勘查许可证有效期最长为 7 年。需要延长勘查工作时间的，探矿权人应当在勘查许可证有效期届满的 30 日前，到登记管理机关办理延续登记手续，每次延续时间不得超过 2 年。探矿权人逾期不办理延续登记手续的，勘查许可证自行废止。

石油、天然气滚动勘探开发的采矿许可证有效期最长为 15 年；但是，探明储量的区块，应当申请办理采矿许可证。

（五）对探矿权人的行为限制

1. 探矿权人应当自领取勘查许可证之日起，按照下列规定完成最低勘查投入：（1）第一个勘查年度，每平方公里 2000 元；（2）第二个勘查年度，每平方公里 5000 元；（3）从第三个勘查年度起，每个勘查年度每平方公里 10000 元。探矿权人当年度的勘查投入高于最低勘查投入标准的，高于的部分可以计入下一个

勘查年度的勘查投入。

2. 探矿权人应当自领取勘查许可证之日起 6 个月内开始施工；在开始勘查工作时，应当向勘查项目所在地的县级人民政府负责地质矿产管理工作的部门报告，并向登记管理机关报告开工情况。

3. 探矿权人在勘查石油、天然气等流体矿产期间，需要试采的，应当向登记管理机关提交试采申请，经批准后可以试采 1 年；需要延长试采时间的，必须办理登记手续。

4. 登记管理机关需要调查勘查投入、勘查工作进展情况，探矿权人应当如实报告并提供有关资料，不得虚报、瞒报，不得拒绝检查。对探矿权人要求保密的申请登记资料、勘查工作成果资料和财务报表，登记管理机关应当予以保密。

三、矿产资源的开采

(一) 矿产资源开采的法律要求

1. 开采矿产资源，必须采取合理的开采顺序、开采方法和选矿工艺。矿山企业的开采回采率、采矿贫化率和选矿回收率应当达到设计要求。

2. 在开采主要矿种的同时，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；对暂时不能综合开采或者必须同时采出而暂时还不能综合利用的矿产以及含有有用组分的尾矿，应当采取有效的保护措施，防止损失破坏。

3. 开采矿产资源，必须遵守有关环境保护的法律规定，防止污染环境。

4. 开采矿产资源，应当节约用地。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。

5. 开采矿产资源给他人生产、生活造成损失的，应当负责赔偿，并采取必要的补救措施。

(二) 矿产资源开采审批登记的管理

矿山企业开采矿产资源，应当按照国务院关于采矿登记管理的规定，办理申请、审批和采矿登记。

1. 开采下列矿产资源，由国务院地质矿产主管部门审批登记，颁发采矿许可证：(1) 国家规划矿区和对国民经济具有重要价值的矿区内的矿产资源；(2) 领海及中国管辖的其他海域的矿产资源；(3) 外商投资开采的矿产资源；(4) 《矿产资源开采登记管理办法》附录所列的煤、石油、油页岩等 34 种矿产资源。

开采石油、天然气矿产的，经国务院指定的机关审查同意后，由国务院地质矿产主管部门登记，颁发采矿许可证。

2. 开采下列矿产资源，由省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门审批登记，颁发采矿许可证：(1) 上述第 1 个问题中第 (1)、(2) 项规定以外的矿产储量规模中型以上的矿产资源；(2) 国务院地质矿产主管部门授权省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门审批登记的矿产资源。

3. 上述规定以外的矿产资源，由县级以上地方人民政府负责地质矿产管理工作的部门，按照省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会制定的管理办法审批登记，颁发采矿许可证。

4. 矿区范围跨县级以上行政区域的，由所涉及行政区域的共同上一级登记管理机关审批登记，颁发采矿许可证。

县级以上地方人民政府负责地质矿产管理工作的部门在审批发证后，应当逐级向上一级人民政府负责地质矿产管理工作的部门备案。

(三) 矿区范围的预申请程序

《矿产资源开采登记管理办法》第 4 条规定：“采矿权申请人

在提出采矿权申请前，应当根据经批准的地质勘查储量报告，向登记管理机关申请划定矿区范围。”

矿山资源的开采涉及到矿山企业设立、项目审批和申领采矿许可证等若干环节，根据法律规定，申请划定矿区范围是第一步。这是因为矿区范围是矿山企业开采矿产资源的工作区域，没有矿区范围，采矿权就不能存在，矿山企业也就没有存在的意义。所以采矿权申请人在申请采矿权之前，必须首先申请划定矿区范围。

申请划定矿区范围，必须持有经批准的地质勘查储量报告。采矿登记管理机关根据申请人提交的经批准的地质勘查储量报告，结合其申请开采的规模和开发矿产资源的合理性等情况，划定拟开采的矿区范围，登记占用储量。这样做还可以帮助各级登记管理机关掌握哪些范围是空白区，可以设定采矿权，哪些范围已经有采矿权申请人的存在，不能设定新的采矿权等情况，避免采矿权的重复设定，保证采矿权的排他性。

（四）矿产资源开采登记的程序

1. 开采登记的申请和批准。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，方予批准，并依法办理登记手续。

矿山企业申请办理采矿登记，取得采矿许可证，必须向登记机关提交法律规定的资料。申请开采国家规划矿区或者对国民经济具有重要价值的矿区内的矿产资源和国家实行保护性开采的特定矿种的，还应当提交国务院有关主管部门的批准文件。申请开采石油、天然气的，还应当提交国务院批准设立石油公司或者同意进行石油、天然气开采的批准文件以及采矿企业法人资格证

明。

登记管理机关应当自收到申请之日起 40 日内，作出准予登记或者不予登记的决定，并通知采矿权申请人。准予登记的，采矿权申请人应当自收到通知之日起 30 日内，依照规定缴纳采矿权使用费和国家出资勘查形成的采矿权价款，办理登记手续，领取采矿许可证，成为采矿权人。不予登记的，登记管理机关应当向采矿权申请人说明理由。

登记管理机关在颁发采矿许可证后，应当通知矿区范围所在地的有关县级人民政府。有关县级人民政府应当自收到通知之日起 90 日内，对矿区范围予以公告，并可以根据采矿权人的申请，组织埋设界桩或者设置地面标志。

2. 开采登记的变更。采矿权人变更矿区范围的、变更主要开采矿种的、变更开采方式的、变更矿山企业名称和经依法批准转让采矿权的，应当在采矿许可证有效期内，向登记管理机关申请变更登记。

3. 开采登记的注销。采矿权人在采矿许可证有效期内或者有效期届满，停办、关闭矿山的，应当自决定停办或者关闭矿山之日起 30 日内，向原发证机关申请办理采矿许可证注销登记手续。

4. 采矿许可证的有效期限。采矿许可证有效期，按照矿山建设规模确定：大型以上的，采矿许可证有效期最长为 30 年；中型的，采矿许可证有效期最长为 20 年；小型的，采矿许可证有效期最长为 10 年。采矿许可证有效期满，需要继续采矿的，采矿权人应当在采矿许可证有效期届满的 30 日前，到登记管理机关办理延续登记手续。

采矿权人逾期不办理延续登记手续的，采矿许可证自行废止。

(五) 对矿产资源开采的监督管理

国务院地质矿产主管部门和地方各级地质矿产主管部门应当对本行政区域内的采矿权人合理开发利用矿产资源、保护环境及其他应当履行的法定义务等情况依法进行监督检查。采矿权人应当如实报告有关情况，并提交年度报告。

另外，矿产资源法实施细则还对集体、私营矿山企业和个体采矿者的采矿范围作了限制性的规定：

1. 集体所有制矿山企业可以开采的矿产资源有：(1) 不适用于国家建设大、中型矿山的矿床及矿点；(2) 经国有矿山企业同意，并经其上级主管部门批准，在其矿区范围内划出的边缘零星矿产；集体所有制矿山企业开采这类矿产资源时，必须与国有矿山企业签订合理开发利用矿产资源和矿山安全协议，不得浪费和破坏矿产资源，并不得影响国有矿山企业的生产安全；(3) 矿山闭坑后，经原矿山企业主管部门确认可以安全开采并不会引起严重环境后果的残留矿体；(4) 国家规划可以由集体所有制矿山企业开采的其他矿产资源。

2. 私营矿山企业开采矿产资源的范围参照集体矿山企业执行。

3. 个体采矿者可以采挖的矿产资源有：(1) 零星分散的小矿体或者矿点；(2) 只能用作普通建筑材料的砂、石、粘土。

四、探矿权和采矿权

(一) 探矿权和采矿权的概念

探矿权，是指在依法取得的勘查许可证规定的范围内，勘查矿产资源的权利。取得勘查许可证的单位或者个人称为探矿权人。

采矿权，是指在依法取得的采矿许可证规定的范围内，开采

矿产资源和获得所开采的矿产品的权利。取得采矿许可证的单位或者个人称为采矿权人。

探矿权和采矿权是探矿权人和采矿权人对国家所有的矿产资源依法享有勘查和开采的权利。它是探矿权人和采矿权人依法取得国有矿产资源经营权的表现形式，具有财产权的属性。探矿权和采矿权归根结底是矿产资源的使用权，而不是矿产资源的所有权，这种使用权的行使，不妨碍国家作为矿产资源所有人，对矿产资源享有终极处置的权利。按照法律规定，我国建立探矿权、采矿权有偿取得和经批准依法转让的制度，目前，探矿权和采矿权不得出租和抵押。这一制度适应建立社会主义市场经济体制的要求，利于建立公平竞争的矿业管理体制，利于矿产资源勘查、开采投资多元化局面的形成，利于促进我国矿业的健康发展。

（二）探矿权和采矿权的有偿取得

国家实行探矿权和采矿权有偿取得的制度。

探矿权人和采矿权人依法办理审批登记，必须按规定向国家缴纳使用费，在某些情况下，还应向国家缴纳探矿权和采矿权的价款，才能够取得矿产资源勘查许可证和开采许可证，享有勘查和开采的权利。

1. 探矿权、采矿权使用费。探矿权、采矿权使用费，是探矿权人或采矿权人为获取国家所有的矿产资源的探矿权或采矿权而支付的代价。

探矿权使用费以勘查年度计算，逐年缴纳。探矿权使用费标准：第一个勘查年度至第三个勘查年度，每平方公里每年缴纳100元；从第四个勘查年度起，每平方公里每年增加100元，但是最高不得超过每平方公里每年500元。采矿权使用费，按照矿区范围的面积逐年缴纳，标准为每平方公里每年1000元。

2. 探矿权、采矿权价款。探矿权、采矿权价款是国家前期

地质勘查出资形成的探矿权、采矿权价值。建国后通过国家投资勘查，已形成了大量工作程度不同的矿产地。如果不实行探矿权、采矿权价款制度，将会对国家利益造成严重侵害。因此，探矿权、采矿权申请人申请勘查、开采国家已出资探明的矿产地区块时，不仅要缴纳探矿权、采矿权使用费，还要缴纳探矿权、采矿权价款。

探矿权、采矿权价款，由国务院地质矿产主管部门会同国务院国有资产管理部门认定的评估机构进行评估；评估结果由国务院地质矿产主管部门确认。

探矿权、采矿权使用费和国家出资勘查形成的探矿权、采矿权价款，由登记管理机关收取，全部纳入国家预算管理。

3. 探矿权、采矿权使用费和价款的减免。(1) 探矿权使用费和价款的减免。对于国家鼓励勘查的矿种、区域和国务院地质矿产主管部门会同国务院财政部门规定的其他情形，由探矿权人提出申请，经登记管理机关批准，可以减缴、免缴探矿权使用费和探矿权价款。(2) 采矿权使用费和价款的减免。有下列情形之一的，由采矿权人提出申请，经省级以上人民政府登记管理机关按照国务院地质矿产主管部门会同国务院财政部门制定的采矿权使用费和采矿权价款的减免办法审查批准，可以减缴、免缴采矿权使用费和采矿权价款：①开采边远贫困地区的矿产资源的；②开采国家紧缺的矿种的；③因自然灾害等不可抗力的原因，造成矿山企业严重亏损或者停产的；④国务院地质矿产主管部门和国务院财政部门规定的其他情形。

4. 不按期缴纳使用费和价款的处理。探矿权人和采矿权人违反法律规定，不按期缴纳应缴的探矿权、采矿权使用费和价款的，由登记管理机关责令限期缴纳，并从滞纳之日起每日加收2‰的滞纳金；逾期仍不缴纳的，由原发证机关吊销勘查许可证

和采矿许可证。探矿权人被吊销勘查许可证的，自勘查许可证被吊销之日起6个月内，不得再申请探矿权。采矿权人被吊销采矿许可证的，自采矿许可证被吊销2年内，不得再申请采矿权。

(三) 探矿权人、采矿权人的权利和义务

1. 探矿权人的权利有：(1) 按照勘查许可证规定的区域、期限、工作对象进行勘查；(2) 在勘查作业区及相邻区域架设供电、供水、通讯管线，但是不得影响或者损害原有的供电、供水设施和通讯管线；(3) 在勘查作业区及相邻区域通行；(4) 根据工程需要临时使用土地；(5) 优先取得勘查作业区内新发现矿种的探矿权；(6) 优先取得勘查作业区内矿产资源的采矿权；(7) 自行销售勘查中按照批准的工程设计施工回收的矿产品，但是国务院规定由指定单位统一收购的矿产品除外。

2. 探矿权人的义务有：(1) 在规定的期限内开始施工，并在勘查许可证规定的期限内完成勘查工作；(2) 向勘查登记管理机关报告开工等情况；(3) 按照探矿工程设计施工，不得擅自进行采矿活动；(4) 在查明主要矿种的同时，对共生、伴生矿产资源进行综合勘查、综合评价；(5) 编写矿产资源勘查报告，提交有关部门审批；(6) 按照国务院有关规定汇交矿产资源勘查成果档案资料；(7) 遵守有关法律、法规关于劳动安全、土地复垦和环境保护的规定；(8) 勘查作业完毕，及时封、填探矿作业遗留的井、硐或者采取其他措施，消除安全隐患。

3. 采矿权人的权利有：(1) 按照采矿许可证规定的开采范围和期限从事开采活动；(2) 自行销售矿产品，但是国务院规定由指定的单位统一收购的矿产品除外；(3) 在矿区范围内建设采矿所需的生产和生活设施；(4) 根据生产建设的需要依法取得土地使用权；(5) 法律、法规规定的其他权利。

4. 采矿权人的义务有：(1) 在批准的期限内进行矿山建设

或者开采；（2）有效保护、合理开采、综合利用矿产资源；（3）依法缴纳资源税和矿产资源补偿费；（4）遵守国家有关劳动安全、水土保持、土地复垦和环境保护的法律、法规；（5）接受地质矿产主管部门和有关主管部门的监督管理，按照规定填报矿产储量表和矿产资源开发利用情况统计报告。

（四）探矿权和采矿权的转让

1. 允许转让的探矿权和采矿权。按照《探矿权采矿权转让管理办法》的规定，下列探矿权和采矿权可以转让：（1）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。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）已经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，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。

2. 探矿权、采矿权转让的审批管理。国务院地质矿产主管部门和省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门是探矿权、采矿权转让的审批管理机关。

国务院地质矿产主管部门负责由其审批发证探矿权、采矿权转让的审批。

省、自治区、直辖市人民政府地质矿产主管部门负责除国务院地质矿产主管部门负责审批以外的探矿权、采矿权转让的审批。

3. 探矿权、采矿权转让的条件。探矿权人转让探矿权，应当具备下列条件：（1）自颁发勘查许可证之日起满2年，或者在勘查作业区内发现可供进一步勘查或者开采的矿产资源；（2）完成规定的最低勘查投入；（3）探矿权属无争议；（4）按照国家有

关规定已经缴纳探矿权使用费、探矿权价款；(5) 国务院地质矿产主管部门规定的其他条件。

采矿权人转让采矿权，应当具备下列条件：(1) 矿山企业投入采矿生产满1年；(2) 采矿权属无争议；(3) 按照国家有关规定已经缴纳采矿权使用费、采矿权价款、矿产资源补偿费和资源税；(4) 国务院地质矿产主管部门规定的其他条件。国有矿山企业在申请转让采矿权前，应当征得矿山企业主管部门的同意。

探矿权或者采矿权转让的受让人，应当符合《矿产资源勘查区块登记管理办法》或者《矿产资源开采登记管理办法》规定的有关探矿权申请人或者采矿权申请人的条件。

4. 探矿权、采矿权转让的程序。探矿权人或者采矿权人在申请转让探矿权或者采矿权时，应当向审批管理机关提交转让申请书、转让人与受让人签订的转让合同等法律规定的资料。国有矿山企业转让采矿权时，还应当提交有关主管部门同意转让采矿权的批准文件。

审批管理机关应当自收到转让申请之日起40日内，作出准予转让或者不准转让的决定，并通知转让人和受让人。准予转让的，转让人和受让人应当自收到批准转让通知之日起60日内，到原发证机关办理变更登记手续；受让人按照国家规定缴纳有关费用后，领取勘查许可证或者采矿许可证，成为探矿权人或者采矿权人。批准转让的，转让合同自批准之日起生效。不准转让的，审批管理机关应当说明理由。

探矿权、采矿权转让后，探矿权人、采矿权人的权利、义务随之转移。探矿权、采矿权转让后，勘查许可证、采矿许可证的有效期限，为原勘查许可证、采矿许可证的有效期限减去已经进行勘查、采矿的年限的剩余期限。

五、矿产资源资产和地质勘查成果的评估

(一) 矿产资源资产的评估

为规范化工矿山企业、有色金属企业、煤炭企业、冶金企业等利用矿产资源出租、转让、合作经营等经济行为，进一步加强化工、冶金、煤炭等行业的国有资产管理，维护国有矿产资源的合法权益，1997年初国家国有资产管理局与化学工业部、中国有色金属工业总公司、煤炭工业部、冶金工业部等分别联合发出了《关于化工资源资产评估有关问题的通知》、《关于有色金属矿产资源资产评估问题的通知》、《关于煤炭资源资产评估问题的通知》和《关于冶金矿产资源资产评估问题的通知》。以上通知的内容主要有：

1. 国有化工矿山企业及其控股、参股的企业等国有资产占有单位在发生符合国家规定的、涉及化工矿产资源及其相关权属的出资、转让、股份经营、中外合资合作经营等经济行为之一时，必须委托省以上资产评估行政管理部门授予资格的资产评估机构进行评估，并按照《国有资产评估管理办法》规定的程序，对于大中型以上的国有化工矿山企业，经化工部审核同意后，向国家资产评估行政管理部门申办立项和评估结果确认。

2. 国有有色金属工业企业及其控股、参股的企业等国有资产占有单位在发生符合国家规定的、涉及有色金属矿产资源及其相关权属的出资、转让、合作经营等经济行为之一时，必须委托省以上资产评估行政管理部门授予资格的资产评估机构进行评估。并按照《国有资产评估管理办法》规定的程序，经中国有色金属工业总公司签署同意，向国家资产评估行政管理部门申办资产评估立项和评估结果确认。

3. 国有煤炭企业及其控股、参股的企业等国有资产占有单

位在国家规定允许范围内发生涉及煤炭资源及其相关权属的出资、转让、合作经营等经济行为之一时，必须委托省以上资产评估行政管理部门授予资格的资产评估机构进行评估。并按照《国有资产评估管理办法》规定的程序，经煤炭管理部门审查同意，向国家资产评估行政管理部门申办资产评估立项和评估结果确认。

4. 国有冶金工业企业及其控股、参股的企业等国有资产占有单位在国家规定允许的范围内发生涉及冶金矿产资源及其相关权属的出资、转让、合作经营等经济行为之一时，必须委托省以上资产评估行政管理部门授予资格的资产评估机构进行资产评估。并按照《国有资产评估管理办法》规定的程序，经冶金部门审查同意，向国家资产评估行政管理部门申办资产评估立项和评估结果确认。

（二）地质勘查成果的评估

1. 地质勘查成果评估概述。地质勘查成果是矿产普查、详查、勘探报告及其他有价值的勘查资料的统称。

根据有关规定，地勘成果可作为无形资产进行资产评估作价。国有资产占有单位占有的地勘成果资产，在发生产权交易行为时，必须按照《国有资产评估管理办法》及其实施细则的规定进行资产评估，并按照国家规定办理资产评估的立项和评估结果的确认。经资产评估行政管理部门确认的资产评估价值作为产权交易的作价依据，并按有关的财务会计制度规定进行账务处理。

2. 地质勘查成果评估的范围和对象。国有地勘成果资产占有单位，有下列情况之一的，必须进行资产评估：（1）拍卖、转让的地勘成果资产；（2）企业兼并、出售、联营、股份经营的地勘成果资产；（3）与外国公司、企业和其他经济组织或个人开办的中外合资经营或者中外合作经营的地勘成果资产；（4）依照国

家有关规定需要进行评估的地勘成果资产。

以下三类资产属于评估对象：

第一类：矿产地质勘查报告。包括：（1）地质普查成果资产。包含固体矿产普查报告；石油及海洋地质初查、概查、普查报告；1:20万及小于1:20万比例尺（不含区调）的水文地质普查的报告；地球物理、地球化学概查、普查、详查工作报告；（2）地质详查成果资产。包含固体矿产详查报告；水文地质详查报告；石油及海洋地质详查报告；（3）地质勘探成果资产。包含固体矿产地质勘探报告（含矿段地质勘探报告、井田地质勘探报告、矿床地质勘探报告）；石油及海洋地质初勘、详勘、早期开发、油气田开发地质报告；水文地质勘探报告。

第二类：有价值的勘查资料。有价值的勘查资料是指具备以下条件的勘查资料：（1）以进行了地勘成果登记为基准，最早独立说明某一矿产的地质状况，可作为矿产发现权的证据；（2）为其他地勘成果做出重大突破的不可缺少的早期成果；（3）由某种勘探手段而获得的有价值的资料成果；（4）能作为勘查登记的唯一依据。

具备上述条件的下列地勘成果，可作为资产评估对象：（1）地质简况（简报）资料形成的地勘成果资产。包括早期成矿区带（I—V级）成果；成矿预测区（A、B、C类）资料成果；新发现矿产地质资料成果；（2）油气地质普查资料形成的地勘成果资产。包括储集油气局部构造资料；构造面积资料；圈闭资料；生油层资料；油层资料；油气显示资料；（3）地球物理（化学）异常检查中形成的资料成果。不包括区域物化探调查中圈定的异常资料；（4）专项地质成果资料；（5）能表示各类地质现象的图纸。

第三类：地质勘查进程中形成的实物成果，可单独列项评

估，其中包括：(1) 新发现的矿产地（点）、水源地；(2) 工业用油气井（探采井）；(3) 探采结合扩孔水文成井；(4) 岩矿心。

3. 地质勘查成果评估的程序。地质勘查成果的评估程序按照《国有资产评估管理办法》及其实施细则和其他有关规定办理。

资产占有单位应提供的资料有：(1) 被评估的地勘成果资产清单；(2) 资产的各类产权证明；(3) 地勘成果资产使用权转让协议书（或合同书）；(4) 矿山建设项目可行性研究报告（或预可行性研究报告）；(5) 地勘成果审批报告（包括储量审批意见书，或交易双方的储量审核意见书）；(6) 地质勘查期间的诸年财务决算报告；(7) 地质勘查期间的诸年统计年报；(8) 产权证明文件。

受资产占有单位委托的资产评估机构，应对所提供的资产清单进行认真核对，并到现场踏勘，核实产权关系，对所提供的各类评估资料和证明，要逐一核实。

评估结果须经资产评估行政管理部门确认后方具有法律效力。

4. 地质勘查成果评估的方法。地勘成果资产价值评估方法包括：收益现值法、重置成本法、现行市价法和国家资产评估行政管理部门规定的其他评估方法。

用收益现值法评估时，应根据地勘成果的预期收益和适当的折现率，计算出地勘成果资产的现值，并以此确定评估价值。

采用重置成本法评估时，按成本构成根据评估基准日的价格标准进行重置，并以此确定评估价值。地勘成果资产的成本构成为：(1) 各种勘探手段的实际耗费；(2) 应分摊的综合研究及编写报告、岩矿测试、其他地质工作、工地建筑等费用；(3) 应分摊的风险费用；(4) 其他应摊的费用。

用现行市价法评估时，应选择在矿产资源成因类型、勘探类型等方面与评估对象相类似的地勘成果整体资产作为参照物，并根据交易条件、利用区位、矿床规模、资源丰度等因素进行合理调整来确定评估价值。

六、违反矿产资源法的责任

1. 违反法律规定，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的，责令停止开采、赔偿损失，没收采出的矿产品和违法所得，可以并处罚款；拒不停止开采，造成矿产资源破坏的，依照刑法规定对直接责任人员追究刑事责任。

2. 超越批准的矿区范围采矿的，责令退回本矿区范围内开采、赔偿损失，没收越界开采的矿产品和违法所得，可以并处罚款；拒不退回本矿区范围内开采，造成矿产资源破坏的，吊销采矿许可证，依照刑法规定对直接责任人员追究刑事责任。

3. 盗窃、抢夺矿山企业和勘查单位的矿产品和其他财物的，破坏采矿、勘查设施的，扰乱矿区和勘查作业区的生产秩序、工作秩序的，分别依照刑法有关规定追究刑事责任；情节显著轻微的，依照治安管理处罚条例有关规定予以处罚。

4. 买卖、出租或者以其他形式转让矿产资源的，没收违法所得，处以罚款。违反法律的规定将探矿权、采矿权倒卖牟利的，吊销勘查许可证、采矿许可证，没收违法所得，处以罚款。

5. 违反法律规定收购和销售国家统一收购的矿产品的，没收矿产品和违法所得，可以并处罚款；情节严重的，依照刑法规定，追究刑事责任。

6. 违反法律规定，采取破坏性的开采方法开采矿产资源的，

处以罚款，可以吊销采矿许可证；造成矿产资源严重破坏的，依照刑法规定对直接责任人员追究刑事责任。

7. 批准不符合办矿条件的单位或者个人开办矿山，对未经依法批准的矿山企业或者个人颁发采矿许可证的，对主管人员和直接责任人员给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

8. 未经审批管理机关批准，擅自转让探矿权、采矿权的，由登记管理机关责令改正，没收违法所得，处10万元以下的罚款；情节严重的，由原发证机关吊销勘查许可证、采矿许可证。

9. 违反法律规定，以承包等方式擅自将采矿权转给他人进行采矿的，由县级以上人民政府负责地质矿产管理工作的部门按照国务院地质矿产主管部门规定的权限，责令改正，没收违法所得，处10万元以下的罚款；情节严重的，由原发证机关吊销采矿许可证。

10. 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，违反法律规定批准勘查、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，依法追究刑事责任；不构成犯罪的，给予行政处分。违法颁发的勘查许可证、采矿许可证，上级人民政府地质矿产主管部门有权予以撤销。

11. 以暴力、威胁方法阻碍从事矿产资源勘查、开采监督管理工作的国家工作人员依法执行职务的，依照刑法规定追究刑事责任；拒绝、阻碍从事矿产资源勘查、开采监督管理工作的国家工作人员依法执行职务未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照治安管理处罚条例的规定处罚。

当事人对行政处罚决定不服的，可以依法申请复议，也可以依法直接向人民法院起诉。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，由作出处罚决定的机关申请人民法院强制执行。

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。

第四节 草原法和水法

一、草原法

(一) 草原法的概念

草原法是调整人们在保护、管理和建设草原过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。

草原是以旱生、多年生草本植物为主的植物群落，是重要的自然资源之一。它适应性强、覆盖面积大、更新速度快，能够维持生态平衡、保持水土、防风固沙和生产饲料、燃料、工业原料等，是把太阳能转化为生物能的巨大绿色能源库和丰富宝贵的生物基因库，是保证国家牧业稳定发展的基础。

我国草原面积有 50 多亿亩，居世界第三位。但是由于种种原因，草原遭到破坏、沙化等情况十分严重。为了保护、管理、建设好草原，第六届全国人大常委会第 11 次会议于 1985 年 6 月 18 日通过了《中华人民共和国草原法》，该法于 1985 年 10 月 1 日起施行。该法对于加强我国草原的保护、管理、建设和合理利用，保护和改善生态环境，发展现代畜牧业，促进民族自治地区的经济繁荣起到重要作用。

(二) 草原的所有权和使用权

《草原法》第4条规定：“草原属于国家所有，即全民所有，由法律规定属于集体所有的草原除外。”这一规定与宪法的规定完全一致。草原的国家所有权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

草原法还规定，全民所有的草原，可以固定给集体长期使用。全民所有的草原、集体所有的和长期固定使用的草原，可以由集体或者个人承包从事畜牧业生产。国有单位使用的草原，由县级以上地方人民政府登记造册，核发证书，确认使用权。集体所有的草原和长期固定使用的全民所有的草原，由县级人民政府登记造册，核发证书，确认所有权或者使用权。

草原所有权和使用权发生争议，当事人协商不成的，由政府处理。全民所有制单位之间、集体所有制单位之间以及全民单位与集体单位之间的草原所有权和使用权争议，由县级以上人民政府处理。个人之间、个人与全民或集体单位之间的草原使用权争议，由乡级或县级人民政府处理。当事人对处理决定不服的，可以在接到通知之日起一个月内向人民法院起诉。

（三）草原的保护和管理

草原保护的措施主要是：

1. 禁止滥垦和破坏草原。草原使用者少量开垦，必须经县级以上地方政府批准。已开垦并造成草原沙化或严重水土流失的，由县级以上地方政府限期封闭，责令恢复植被，返耕还牧。

2. 维护草原生态平衡。未经原使用者同意并经乡、县级政府批准，不准在草原上割灌木、挖药材、挖野生植物、刮碱土等。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。未经县级政府批准，不得采集草原上的珍稀野生植物，不准捕猎食鼠虫的益鸟益兽。

3. 加强草原的防火和防鼠虫害管理。

各级政府负责组织本行政区域内的草原资源普查，制定草原和牧畜业发展规划，加强对草原的保护和建设，提高草原的载畜能力。国家鼓励在农、林、牧区和城镇种草，保护草原的生态环境，防治污染。法律禁止过量放牧，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，应加强管理、合理经营、科学利用、防止退化。

（四）违反草原法的责任

侵犯草原所有权、使用权、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，由乡级政府或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。被侵权人也可以直接向人民法院起诉。当事人对行政部门作出的罚款或赔偿损失的决定不服的，可以在接到决定通知书之日起一个月内向人民法院起诉。期满不起诉又不履行的，有关乡级政府和农牧业部门可以申请人民法院强制执行。

二、水法

（一）水法的概念

水法是调整人们在水的管理、保护、治理和水的开发、利用过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。

水是构成自然环境的一个重要因素。它溶解矿物盐，保证植物和微生物获得营养物质，没有水，地球上就不可能有复杂的生命。它是最重要的自然资源，人类一切的生活和生产活动一刻都离不开水。我国陆地水资源总量为 2.8 万亿立方米，居世界第六位，但年人均量仅有 2700 立方米，约为世界年人均量的 24%。同时，我国水资源时空分布极不均衡，水旱等灾害频繁，在水资

源开发利用和保护管理方面存在诸多问题，迫切需要加强水资源立法。

我国关于水资源方面的法律、法规主要有：1984年第六届全国人大常委会第五次会议通过的《中华人民共和国水污染防治法》、1988年1月21日第六届全国人大常委会第24次会议通过的《中华人民共和国水法》、1991年6月29日第七届全国人大常委会第20次会议通过的《中华人民共和国水土保持法》以及国务院制定发布的《河道管理条例》、《防汛条例》、《水土保持法实施条例》、《城市供水条例》等。

（二）水的所有权和使用权

我国宪法规定：凡我国领域内一切水资源均属全民所有，即国家所有。依附于土地的水，包括地表水和地下水，不因土地所有权而改变其全民所有的性质。水法规定：水资源属于国家所有，即全民所有。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。

依据法律规定，一切单位和个人依法经水管理部门批准，都可以有偿地使用水，并享有相应的权利和义务。

（三）水资源的管理、保护、开发和利用

国家保护地表水域面积，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。并规定：一切用水工程或机械提水设施，直接从江河、湖泊或者地下取水的单位和个人，都应申请办理取水许可证，并依照规定取水。

国家对防汛抗洪、防护抢险和洪水调度，实行统一领导和指挥。各级政府根据工作需要设立防汛指挥机关。在防汛工作中坚

决实行下级服从上级、局部服从整体、小局服从大局的原则。应做好河道堤防等防洪工事的日常管理、维修工作，汛前要查清河道行洪能力、阻水情况、堤防抗洪能力、工程隐患和险工险段情况。在汛情紧急时，防汛指挥机关有权调度和使用所需的物资、设备、运输工具和劳动力。按照自然流势或由防汛指挥机关统一调度下泄的洪水涝水，下游任何单位和个人不得阻拦，上游地区也不得擅自增加下游承纳洪水涝水的负担。

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。开发利用水资源必须进行综合考察和调查评价。国家实行计划用水、厉行节约用水等方针。

（四）违反水法的责任

按照水法的规定，对于违反水法的行为，应分别情况给予下列不同的处理：停止侵害、排除妨碍、赔偿损失；由县级以上水行政主管部门或有关主管部门责令停止违法行为，限期消除障碍或者采取其他补救措施，并处罚款；对有关责任人员由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分；依照《治安管理处罚条例》的规定予以处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

思考与练习

1. 如何搞好森林资源资产和矿产资源资产的评估？
2. 为适应社会主义市场经济的发展，我国对矿产资源的勘查和开采规定了哪些制度？
3. 如何对自然资源进行分类？为什么要对自然资源进行评估？
4. 什么是森林资源？我国关于森林资源的立法情况如何？

5. 什么是森林？如何对林种进行划分？
6. 森林资源的权属如何？
7. 我国法律对森林资源的经营管理和保护、植树造林和森林采伐作了哪些主要规定？
8. 我国法律对森林资源资产的产权变动作了哪些主要规定？
9. 如何搞好森林资源的资产评估？
10. 违反森林法应承担哪些责任？
11. 什么是矿产资源？矿产资源归谁所有？
12. 国家允许哪些主体勘查、开采矿产资源？勘查、开采矿产资源的方针和原则是什么？
13. 国家对矿产资源的勘查和开采作了哪些主要规定？
14. 什么是探矿权和采矿权？探矿权和采矿权怎样有偿取得？
15. 探矿权人和采矿权人有哪些权利义务？怎样转让探矿权和采矿权？
16. 如何对矿产资源资产和地质勘查成果进行评估？
17. 违反矿产资源法应承担哪些责任？
18. 草原法和水法有哪些主要内容？

第六章 知识产权法

第一节 知识产权概述

一、知识产权的概念

知识产权是专利权、商标权、著作权等无形财产专有权的统称。知识产权在国际上依法律存在已有 300 多年的历史。我国改革开放后，先后制定并颁布了专利法、商标法、著作权法等，建立了知识产权体系。知识产权与资产评估业务存在密切联系，知识产权法是经济法的重要内容。

二、知识产权的特征

以智力成果为客体的知识产权是无形财产，它与有形财产所有权相比具有以下主要特征：

1. 专有性。对智力成果的无形财产，法律赋予它的发明创造人或合法受让人以专有性和排他性的权利。因为无形财产与有形财产不同，它可以不通过无形财产所有人同时被许多人占有和使用，并取得经济效益。为保护所有权人的利益，法律规定知识产权是国家赋予专利权人、商标专用权人和著作权人在一定时期内，对发明创造、注册商标和作品享有独占、使用、收益和处分的权利。除法律另有规定者外，未经权利人的许可，任何人不得

使用。否则，构成侵权行为，就要依法受到惩罚和制裁。

2. 时间性。知识产权的保护具有一定的有效期限。在法律规定的期限内，当事人享有专利权、商标专用权和著作权，超过期限则丧失其专利权、商标专用权和著作权。而有形财产权是随物质财产本身存在而存在，不受时间限制。

3. 地域性。一国保护的知识产权只在本国有效。一国主管机关授予、拒绝授予、变更或消灭知识产权的决定，只在该国范围内有效，对其他国家不发生法律效力。只有在使用国际统一保护知识产权的国际公约或某一国家承认另一国家的特殊规定时才能改变这种情况。在一般情况下，任何国家都不承认根据别国法律所取得的知识产权。而有形财产的取得，则不受地域的限制。

三、知识产权的国际保护

知识产权的效力是有地域限制的，它只能在授予这种权利的国家内存在和行使。但知识是无国界的，特别是随着经济的发展和国际技术交流的增多，知识产权保护的范围不断扩大。因此，各国政府经过谈判，在国际范围内建立了一系列有关知识产权的国际条约和国际组织。

目前，最主要的国际条约和国际组织有：

1. 1883年3月20日在巴黎签订的《保护工业产权巴黎公约》。该公约到1989年3月已有99个成员国，我国于1985年3月19日正式成为该公约的成员国。

2. 1891年4月14日在西班牙马德里签订的《商标国际注册马德里协定》。我国于1989年加入了该协定。

3. 1970年在华盛顿签订的《专利合作条约》(PCT)。

4. 1973年6月12日在维也纳签订的《商标注册条约》(TRT)，于1980年正式生效。该条约与《商标国际注册马德里

协定》是并行的，一个国家可以同时参加两个或只参加一个。

5. 1967年7月14日在斯德哥尔摩，根据“成立世界知识产权组织公约”而建立了政府间的国际机构——世界知识产权组织(WIPO)。1974年该组织成为联合国15个专门机构之一，我国于1980年加入了该组织。

第二节 专 利 法

一、专利和专利法

(一)专利的概念

专利通常有两种涵义：(1)专利是专利权的简称，它是指某项发明创造根据专利法的规定向国家专利局提出申请，经审查合格后，授予申请人在法律规定的时间内对其发明创造所享有的专有权。这是专利的基本含义。(2)专利是受专利法保护的发明创造，一般包括发明、实用新型和外观设计三种。

(二)专利法的概念

专利法是调整在确认和保护发明创造的专有权以及在利用专有的发明创造过程中产生的社会关系的法律规范的总和。

1984年3月12日，六届全国人大常委会第四次会议通过了《中华人民共和国专利法》，自1985年4月1日起施行。1992年9月4日，七届全国人大常委会第二十七次会议通过了《关于修改〈中华人民共和国专利法〉的决定》。1985年1月19日国务院批准了《中华人民共和国专利法实施细则》。1992年12月21日国务院批准修订了《中华人民共和国专利法实施细则》。这标志着我国保护发明创造的法律制度进入了一个新的阶段，对推动我国经济、科技体制的完善和促进科学技术转化为现实的生产

力，具有重大作用。另外，为了搞好专利资产的评估，1996年10月18日国家国有资产管理局和中国专利局联合发出了《关于加强专利资产评估管理工作若干问题的通知》，1997年4月20日，中国专利局和国家国有资产管理局共同制定发布了《专利资产评估管理暂行办法》。

（三）专利法的任务

我国专利法第1条规定：“为了保护发明创造专利权，鼓励发明创造，有利于发明创造的推广应用；促进科学技术的发展，适应社会主义现代化建设的需要，特制定本法。”这一规定既高度概括了我国专利法的立法目的和宗旨，又指明了我国专利法的根本任务。具体说专利法有以下三大任务：（1）保护和鼓励发明创造；（2）促进发明创造的推广应用和科学技术的发展；（3）促进国际技术交流。

二、专利权的主体和客体

（一）专利权的主体

专利权主体是指有权提出专利申请并取得专利权的单位和个人。依据专利法，我国专利权主体有以下几种：

1. 职务发明创造的单位。职务发明创造，是指发明人或设计人为执行本单位的任务或者是利用本单位的物质条件所完成的发明创造。根据专利法第6条的规定，发明人、设计人的职务发明创造申请专利的权利属于该单位。申请被批准授予专利后，全民所有制单位取得的专利权归国家所有，由单位持有；非全民所有制单位专利权归该单位所有。对职务发明创造的发明人或设计人，应按照国家法律规定的形式和比例给予奖励。

执行本单位任务是指：（1）在从事本职工作中所作出的发明创造；（2）履行本单位交付的本职工作之外的任务所作出的发明

创造；(3) 辞职、退休或调动工作一年以内作出的，与在原单位承担的本职工作或者分配的任务有关的发明创造。

利用本单位的物质条件是指利用本单位的资金、设备、零部件、原材料或不向外公开的技术资料等。

2. 非职务发明创造的个人。非职务发明创造，是指企事业单位工作人员，不是为执行本单位任务，未利用本单位物质条件所完成的发明创造。非职务发明创造申请专利的权利属于发明人或者设计人，取得的专利权归申请者个人所有。对于发明人或设计人的非职务发明创造的申请，任何单位不得压制。

3. 共同发明人、设计人。由两人或两人以上共同完成的发明创造称为共同发明创造。完成该项发明创造人，称为共同发明人或共同设计人。共同发明创造申请专利的权利归共同发明人或共同设计人，申请批准后的专利权，归共同发明人或共同设计人所有。

共同发明人、设计人包括个人也包括单位。两个以上单位协作，或者一个单位接受其他单位的研究、设计任务所完成的发明创造，除另有协议的以外，申请专利的权利属于完成或者共同完成的单位；申请被批准后，专利权归共同申请的单位所有或持有。

4. 外国的个人或单位。《中华人民共和国专利法》第 18 条明确规定：“在中国没有经常居所或者营业所的外国人，外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则，根据本法办理”。据此，外国企业、其他组织或者个人也可以向中国申请专利，成为我国专利权的主体。

(二) 专利权的客体

专利权客体是指专利法保护的对象，即依法可以取得专利权

的发明创造。我国专利权的客体有：发明、实用新型、外观设计。

1. 发明。发明一般是指创造和设计某种前所未有的东西。而专利法所指发明与一般所说发明不完全相同。专利法实施细则规定，专利法所称发明，是指对产品、方法或者其改进所提出的技术方案。因此，发明包括两种：一种是产品发明，另一种是制造产品的方法发明，即制造某种产品所包含的一系列步骤的技术方案。

2. 实用新型。实用新型是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。实用新型也属于发明的范畴，但与发明主要有两点不同：一是实用新型只适用于产品形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案，不适用于方法；二是实用新型发明水平较低，因此有人把它称为“小发明”，把取得的专利称为“小专利”。

3. 外观设计。外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者其结合所作出的富有美感并适于工业上应用的新设计。实用新型与外观设计都关系到形状，其区别在于：实用新型主要关系到产品的功能，外观设计主要关系到产品的外观。而不涉及产品的制造和设计技术。

三、授予专利权的条件

(一) 授予发明和实用新型专利的实质条件

按照专利法的规定，一项发明创造要取得发明和实用新型专利，应同时具备新颖性、创造性和实用性三个条件。

1. 新颖性。新颖性是指申请专利的发明或实用新型是新的、前所未有的、未被公用和公知的。专利法第 22 条规定：“新颖性，是指在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出

出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知，也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。”另外，专利法第 24 条还规定：在申请日以前 6 个月内，有下列情形之一的，不丧失其新颖性：（1）在中国政府主办或者承认的国际展览会上首次发表的；（2）在规定学术会议或者技术会议上首次发表的；（3）他人未经申请人同意而泄露其内容的。

2. 创造性。创造性是指申请专利的发明或者实用新型要比现有技术有明显的进步，这是对授予专利的发明或实用新型的质量要求。专利法第 22 条规定：“创造性，是指同申请日以前已有的技术相比，该发明有突出的实质性特点和显著的进步，该实用新型有实质性的特点和进步。”对于发明或实用新型的创造性的评价，是一件很复杂的工作。从大多数国家的专利法来看，评价发明或实用新型是否具有创造性，可考虑以下几点：（1）该发明开辟了一个全新的领域；（2）该发明或实用新型能够产生积极的生产效果；（3）该发明或实用新型解决了人们长期解决不了的技术难题，或是克服了人们长期在技术上的某种偏见。

3. 实用性。实用性是指一项发明或者实用新型能够在工业上或者产业上获得应用的本质特征。专利法第 22 条规定：“实用性，是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极效果”。此处所说工业或产业，泛指工业、农业、交通运输业、采掘业、商业、科学技术等各个部门。实用性的条件，说明要申请专利的发明或者实用新型，不能是只停留在抽象思维阶段上的理论，而是能够在生产中实施应用的技术方案。

（二）授予外观设计专利的实质条件

申请外观设计专利，首先应具备新颖性，即应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公开使用过的外观设计

不相同或者不近似。其次应具备创造性，即与已有的外观设计相比有明显的特点或者不近似。再次应具备实用性，即必须能够应用于工业生产之中。最后应富有美感性，即外观设计的图案、色彩、花纹等能够对人们表现出美感。

（三）不授予专利权

根据《中华人民共和国专利法》第 25 条规定，对下列各项不授予专利权：

1. 科学发现。
2. 智力活动的规则和方法。
3. 疾病的诊断和治疗方法。
4. 动物和植物品种。动物和植物品种的生产方法，可以依照专利法的规定授予专利权。
5. 用原子核交换方法获得的物质。

四、专利的申请、审查和批准

（一）专利的申请

1. 发明和实用新型专利的申请。专利法第 26 条规定：“申请发明或者实用新型专利的，应当提交申请书、说明书及其摘要和权利要求书等文件。”

请求书是申请人向国家专利局表示请求授予专利权的一份申请文件。说明书是专利申请中一份重要的技术性文件。申请人通过说明书将发明或实用新型向公众公开，达到使所属技术领域的技术人员能够实现的程度。说明书既是申请人要求权利的依据，又是申请人解释权利的方式。摘要是对说明书内容的简短说明。权利要求书是申请人申请专利保护的范围。它是确定该发明或实用新型专利权范围的根据，也是判断他人是否侵权的依据，权利要求书具有直接的法律效力。

2. 外观设计专利的申请。由于外观设计是指对产品的形状、图案和色彩的设计，很难用文字说明或者写成权利要求书，只能通过图片或者照片才能正确体现出来。因此，专利法第 27 条规定：“申请外观设计专利的，应当提交请求书以及该外观设计的图片或者照片等文件，并且应当写明使用该外观设计的产品及其所属的类别。”

（二）专利的审查、批准

1. 初步审查。专利局收到专利申请后，首先进行初步审查，又称形式审查。主要审查申请文件是否齐全及其是否符合规定；委托专利代理的是否提交委托书；是否属于不授予专利权的范围。

2. 早期公开。我国专利法规定，对发明专利申请采用早期公开、延迟审查制。专利局收到发明专利申请后，经初步审查认为符合要求的，应在申请日之后的 18 个月之内予以公布，从公布之日起，申请人就享有临时性保护。

3. 实质审查。实质审查主要是对发明的新颖性、创造性和实用性进行严格审查。专利法第 35 条规定：“发明专利申请自申请日起 3 年内，专利局可以根据申请人随时提出的请求，对其申请进行实质审查；申请人无正当理由逾期不请求实质审查的，该申请即被视为撤回。”这一制度通常被称为延迟审查制。请求实质审查应向专利局提交申请日前与其发明有关材料，无正当理由不提交的，被视为撤回。

4. 撤回或驳回。专利局对发明专利申请进行实质审查后，认为不符合专利法规定的，应当通知申请人，要求其在指定的期限内陈述意见，或者对其申请进行修改；无正当理由逾期不答复的，该申请即被视为撤回。发明专利申请经申请人陈述意见或者进行修改后，专利局仍然认为不符合专利法规定的，应当予以驳

回。

5. 授予专利权。发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，专利局应当作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，并予以登记和公告。

实用新型和外观设计专利申请经初步审查没有发现驳回理由的，专利局应当作出授予实用新型专利权或者外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，并予以登记和公告。

6. 维持或撤销专利权。自专利局公告授予专利权之日起6个月内，任何单位或者个人认为专利权的授予不符合专利法规定的，都可以请求专利局撤销该专利权，专利局接到申请后，经审查作出撤销或维持专利权的决定。撤销专利权的决定，由专利局登记和公告。被撤销的专利权视为自始即不存在。

7. 复审。专利局设立专利复审委员会。对专利局驳回申请的决定不服，或对撤销或维持专利权的决定不服，可以自收到通知之日起3个月内，向复审委员会请求复审。专利复审委员会复审后，应作出决定，并通知专利申请人、专利权人或者撤销专利权的请求人。复审委员会对有关实用新型和外观设计的复审请求所作出的决定为终局决定。

8. 向人民法院起诉。发明专利的申请人、发明专利权人或者撤销发明专利权的请求人，对专利复审委员会的复审决定不服的，可以自收到通知之日起3个月内向人民法院起诉。

五、专利权的期限、终止和无效

(一) 专利权的期限

专利权的期限即专利权的法定有效时间。专利权在有效时间内受法律保护。

按照专利法的规定，发明专利的法定有效时间为20年；实

用新型专利的法定有效时间为 10 年；外观设计专利的法定有效时间为 10 年。以上法定有效时间均自申请之日起计算。

（二）专利权的终止

专利权在以下情况下终止：（1）期限届满；（2）专利权人未按规定缴纳年费；（3）专利权人以书面声明放弃其权利。专利权在后两种情况下终止，即期限届满前终止由专利局登记和公告。

（三）专利权的无效

自专利局公告授予专利权之日起满 6 个月后，任何单位和个人认为该专利权的授予不符合专利法规定的，都可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效。复审委员会经审查，请求理由成立，则宣布该专利权无效；理由不成立，驳回请求，专利继续有效。宣告专利权无效的决定，由专利局登记和公告。

宣告无效的专利权视为自始即不存在。宣告专利权无效的决定，对在宣告专利权无效前人民法院作出并已执行的专利侵权的判决、裁定，专利管理机关作出并已执行的专利侵权处理决定以及已经履行的专利实施许可合同和专利权转让合同，不具有追溯力。但因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。如果专利权被宣告无效后，专利权人或者专利权转让人，不依照上述规定向被许可实施专利或者专利权受让人返还专利使用费或者专利权转让费，明显违反公平原则，专利权人或者专利权转让人应当向被许可实施专利人或者专利权受让人返还全部或者部分专利使用费或者专利权转让费。

六、专利的实施

专利实施，是指专利权人或者专利权人许可他人为了生产经营的目的，制造、使用和销售专利产品或使用专利的方法。专利实施有以下四种情况：

(一) 专利权人实施

专利权人取得权利后，可以自己单独实施，也可以将专利作为投资与他人合资经营或合作经营进行实施。

(二) 许可他人实施

专利权人可以订立许可合同的方式，许可他人实施其专利，获得使用费。

(三) 指定实施

专利法第 14 条规定：国务院有关主管部门和省、自治区、直辖市人民政府根据国家计划，有权决定本系统内或者所管辖的全民所有制单位持有的重要发明创造专利允许指定的单位实施，由实施单位按照国家规定向持有专有权的单位交付使用费。集体所有制单位和个人专利，对国家利益或公共利益具有重大意义，需要推广应用的，由国务院有关主管部门报国务院批准后，参照对全民所有制专利权指定实施的有关规定办理。

(四) 强制许可实施

即专利局在一定条件下，不需经过专利权人的同意，准许其他单位和个人实施专利权人专利的一种强制性手段。专利法规定：

1. 具备实施条件的单位，以合理的条件请求发明或者实用新型专利权人许可实施其专利，而未能在合理长的时间内（一般为 3 年）获得这种许可时，专利局根据该单位的申请，可以给予实施该发明专利或者实用新型专利的强制许可。

2. 国家出现紧急状况或非常情况时，或者为了公共利益的目的，专利局给予实施发明或实用新型专利的强制许可。

3. 一项取得专利权的发明或实用新型，比以前已取得专利权的发明或实用新型在技术上先进，其实施有赖于前一发明或实用新型的实施的，专利局根据后一专利权人的申请，可以给予实

施前一发明或实用新型强制许可。在依照上述规定给予实施强制许可的情形下，也可以根据前一专利权人的申请，给予实施后一发明或实用新型的强制许可。

七、专利权的保护

（一）专利侵权

专利侵权是指未经专利权人许可，实施其专利的行为。依据专利法的规定，发明或者实用新型专利权的保护范围以其权利要求书的内容为准；外观设计专利权的保护范围以表示在图片或照片中的该外观设计专利产品为准。如实施了保护范围之内的专利产品或方法，则构成专利侵权。

对于专利侵权，专利权人或利害关系人可以请求专利管理机关进行处理，也可以向法院起诉。专利管理机关处理时，有权责令侵权人停止侵权行为，并赔偿损失。当事人不服的，可以在收到通知之日起3个月内向法院起诉。期满不起诉又不履行的，专利管理机关可以请求法院强制执行。

（二）专利犯罪

专利犯罪是指违反专利法情节严重，并触犯我国刑律的行为。有以下三种：

1. 假冒专利。即非专利权人在自己的产品或包装上弄虚作假，加上专利权人的专利产品标记或专利号，非法销售和牟取利润，情节严重的，比照刑法规定，追究刑事责任。

2. 专利局工作人员及有关国家工作人员徇私舞弊的，由专利局或有关主管机关给予行政处分；情节严重的，比照刑法规定追究刑事责任。

3. 擅自向外国申请专利、泄露国家重要机密的，由所在单位或上级主管机关给予行政处分；情节严重的，依法追究刑事责

任。

八、专利资产的评估

(一) 专利资产评估概述

专利资产是指专利权、专利申请权以及与之相关的资产。专利资产作为一类重要的无形资产，是资产评估的重要对象。专利资产评估是无形资产评估的重要组成部分。在市场经济深入发展的条件下，为了给专利资产的转让提供客观、公允的参考价格，为了在产权变动过程中给专利资产投资人股提供作价依据，专利资产的评估大量存在，正确评估专利资产的价值，对经济与科技的发展具有重要意义。

按照《专利资产评估管理暂行办法》的规定：我国的专利资产评估工作由国家资产评估行政管理部门和中国专利局共同管理。专利资产评估操作规范及有关参数、标准，由国家资产评估行政管理部门和中国专利局共同制定。

(二) 应当依法进行专利评估的情况

1. 国有专利资产占有单位发生下列情形之一的，应当依法进行专利资产的评估：(1) 转让专利申请权、专利权的；(2) 国有企业和事业单位作为法人在变更或终止前需要对专利资产作价的；(3) 以国有专利资产与外国公司、企业、其他经济组织或个人合资、合作实施的；或者许可外国公司、企业、其他经济组织或个人合资、合作实施的；(4) 以专利资产作价出资成立有限责任公司或股份有限公司的；(5) 需要进行专利资产评估的其他情形。

2. 非国有专利资产因作价出资、转让等情形需要进行评估的，其所有人或有利害关系的当事人应当委托具有专利资产评估资格的评估机构对有关专利资产进行评估。

3. 专利资产占有单位发生以上第 1、2 项以外的情形, 需要进行专利资产评估的, 也可以委托从事专利资产评估业务的机构进行专利资产的评估。

(三) 专利资产评估的业务管理

1. 出具专利证明文件。委托进行专利资产评估的当事人应向受托的评估机构提交有效的专利证明文件。不能提交专利证明文件的, 应按照专利管理的有关规定, 到所在地省、自治区、直辖市专利管理机关或主管部委的专利管理机关办理确权手续。办理确权手续时, 应向专利管理机关提出确权申请, 并应提交下列文件: (1) 法定代表人或本人签署的确权申请; (2) 专利资产确权登记表; (3) 被评估专利资产的专利证书、受理通知书、有关资料的复印件; (4) 单位营业执照、登记证件或个人居民身份证的复印件; (5) 专利管理机关要求的其他文件。

专利管理机关自收到完备的确权申请文件之日起 30 个工作日内, 应作出确权决定, 下达专利资产确权通知书及有关证明文件。专利管理机关应将下达的专利资产确权通知书报中国专利局备案。

2. 报送评估结果备案。从事专利资产评估业务的评估机构应当在专利资产评估结束后 1 个月内, 将评估结果报送中国专利局备案, 中国专利局负有对备案资料保密的义务。整体资产或其他形式的资产评估中涉及专利资产的, 适用上述规定。

报送评估结果备案的, 应当提交下列文件:

(1) 专利资产评估结果备案报告; (2) 加盖评估机构公章的专利资产评估合同复印件; (3) 专利资产确权通知书复印件; (4) 有直接从事该项评估工作的符合规定并取得专利资产评估人员考核合格证书的评估人员签署的专利资产评估结果报告书; (5) 资产评估行政管理部门下达的评估结果确认通知书复印件。

3. 专利纠纷标的评估。专利管理机关可以委托从事专利资产评估业务的评估机构对专利纠纷的标的进行评估, 委托时应出具专利纠纷标的评估委托书。从事专利资产评估业务的评估机构应当保证其出具的专利资产评估报告书的真实性和合法性, 保证其评估结果的真实、可信、公正、合法。

第三节 商 标 法

一、商标的概念、种类

(一) 商标的概念和作用

商标是商品和商业服务的标记。它是商品生产者或经营者, 用以标明自己所生产或销售的商品, 或是商品服务者用以标明自己所提供的服务, 与其他人生产或销售的同类商品或提供的同类服务相区别的标记。这种标记一般用文字、图形或者文字和图形的组合来表示, 并置于商品表面或商品包装上和服务场所及服务说明书上。

商标是商品经济的产物, 随着商品经济的发展而发展。在我国社会主义市场经济条件下, 商品生产、商品交换不仅继续存在, 而且在一定时期内还会有很大的发展, 商标的作用仍然存在, 它对于社会主义社会的商品生产和商品交换来说, 仍然是必不可少的。商标的主要作用是: (1) 区别同一种商品和服务的不同生产者、经营者和服务者。(2) 促进生产者、经营者和服务者保证商品和服务质量。(3) 便于广告宣传。(4) 便于开展商品竞争。(5) 有利于发展国际贸易。

(二) 商标的种类

从商标的结构来划分, 主要有以下三类:

1. 文字商标。即以文字组成的商标。可以使用汉字、汉语拼音，也可以使用外国文字。

2. 图形商标。即以图形构成的商标。图形商标应具有显著的特征，否则不能作为商标。

3. 组合商标。即以文字和图形构成的商标。组合商标图文并茂，便于识别，是商标中最常用的一种。

(三) 商标法的概念

商标法是调整在确认、保护商标专用权和商标使用过程中发生的社会关系的法律规范的总称。

我国于1982年8月颁布了《中华人民共和国商标法》，1983年3月颁布了《中华人民共和国商标法实施细则》，1988年1月修订了《中华人民共和国商标法实施细则》。1993年2月修改了《中华人民共和国商标法》，1993年7月第二次修订《中华人民共和国商标法实施细则》。现行的商标法律规范进一步加强了对商标专用权的确认和保护，加强了对商品质量的监督和对违反商标法行为的惩罚措施，更为适应社会主义市场经济发展的需要。

二、商标注册

(一) 商标注册的概念

商标注册是商标所有人为取得商标专用权，依照法定程序，向商标局申请，经过审核予以注册的法律事实。凡经过注册的商标，在商品或商品包装上注明“注册商标”字样或者标明 \oplus 或 \otimes 字样。注册商标是一种无形财产，商标注册人在法定期限内享有占有、使用、收益和处分的权利，这种权利受法律保护。商标注册是某一国家确认该国范围内商标专用权的一种方法。世界各国对于商标专用权的生效或有效，主要采用商标注册和商标使用

两种方法。商标注册，即商标专用权通过注册取得。按照这种方法，不管商标是否经申请人使用，只要符合商标法的规定，经商标主管机关注册，申请人便取得该商标的专用权，受法律保护。《中华人民共和国商标法》第3条规定：“经商标局核准注册的商标为注册商标，商标注册人享有商标专用权，受法律保护。”据此，我国采用通过商标注册来确认和取得商标专用权的方法。

（二）商标注册的原则

1. 自愿注册和强制注册相结合的原则。我国大部分商品的商标使用人，是否申请商标注册，由其自己决定。注册商标与未注册商标的区别在于：前者享有专用权，受法律保护；后者不享有专用权，不受法律保护。这就需要商标使用人根据各种情况，对是否进行商标注册作出决策。

我国对大多数商品实行自愿注册的同时，对少数几类商品实行强制商标注册。即不经商标局核准注册的，不能在市场上销售。商标法实施细则第7条规定：“国家规定并由国家工商行政管理局公布的人用药品和烟草制品，必须使用注册商标。国家规定必须使用注册商标的其他商品，由国家工商行政管理局公布。”

2. 注册在先为主，使用在先为补充的原则。商标法规定，两个或者两个以上申请人，在同一种或者类似的商品上，以相同或者近似的商标申请注册时，以谁先申请注册，商标专用权应属于谁专有。两个以上申请人于同一天在以上相同情况下申请注册时，实行使用在先的原则，即谁先使用该商标，商标专用权应属于谁。

（三）商标注册的申请

1. 申请人。商标注册申请人，必须是依法成立的企业、事业单位、社会团体、个体工商户、个人合伙。外国人或者外国企业在中国申请商标注册的，应当按其所属国和中华人民共和国签

订的协议或者共同参加的国际条约办理，或者按对等原则办理。

申请商标注册，可以直接办理，也可以委托商标代理组织代理。外国人或外国企业在中国申请商标注册或者办理其他商标事务，应当委托国家工商行政管理局指定的商标代理组织代理。

2. 申请方法。商标法规定，商标注册申请采用一类商品、一个商标、一份申请的办法。如果同一申请人在不同类别的商品上使用同一商标的，必须按商标国际分类表提出注册申请。对于注册商标，如果需要扩大使用到同一类其他商品上，应当另行提出注册申请。注册申请应当向商标局提出，每一个商标申请应送交商标注册申请书 1 份、商标图样 10 份（指定颜色的，应当交送着色图样 10 份）、黑白墨稿 1 份。

（四）商标注册的审批

1. 补步审定。商标注册申请，经商标局初步审查，凡符合商标法规定的，予以初步审定并公告，不符合商标法规定的，由商标局驳回申请，申请人不服的，可以在收到通知 15 天内申请复审。

2. 公告。商标局对初步审定的申请，刊登在《商标公告》上，进行公告。

3. 异议。对初步审定的商标，自公告之日起 3 个月内，任何人都可以提出异议。商标局应将异议书交被异议人，限期在 30 天内答辩，并根据当事人的事实和理由予以裁定。期满不答辩的，由商标局裁定。当事人对异议裁定不服的，应当在收到商标异议裁定书之日起 15 天内，申请商标异议复审。

4. 核准注册。对于初步审定的商标，公告后 3 个月内无人提出异议或虽有异议但经裁定不能成立的，予以核准注册，登记在册，并予以第二次公告，发给商标注册证。

三、商标的续展、转让和使用许可

(一) 商标的续展

续展是指延长注册商标的有效期，继续使用原注册商标。注册商标专用权的有效期为10年，自核准注册之日起计算。到期可以续展。需要续展的，应当在注册商标有效期满前6个月到商标局申请续展注册。在此时间内未提出续展申请的，给予6个月的宽展期。宽展期满仍未申请续展的，则注销其注册商标。续展注册可以无限期重复，每次续展注册的有效期为10年。

(二) 商标的转让

它是指注册商标所有人依法将注册商标的所有权转让给他人，而失去该商标的专用权，得到转让费。同时，受让人成为该注册商标的所有权人，享有该商标的专用权。

转让注册商标，受让人必须符合商标法关于商标注册人主体资格的规定。转让人和受让人应当共同向商标局提交转让申请书，交回原商标注册证，由受让人所在地的工商行政管理部门核转，经商标局核准后，将原商标注册证加注发给受让人，并公告后才具有法律效力。

(三) 商标的使用许可

它是指注册商标所有人许可他人使用其注册商标，获取使用费。在此不涉及商标所有权的转移。注册商标使用许可，许可人与被许可人必须签订商标使用许可合同，并将合同副本报商标局备案。

四、商标使用的管理

(一) 商标使用的管理机关

国家商标主管机关对注册商标和未注册商标的使用进行管

理。国家商标主管机关是国家工商行政管理局的商标局和地方各级工商行政管理部门。商标管理机构的主要任务是：严格执行《商标法》，监督商标的正确使用，制止商标的滥用等违法行为。

（二）注册商标使用的管理

使用注册商标的产品粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的，商标管理机关责令其限期改正，可予以通报，并处以非法经营额20%以下或者非法获利两倍以下的罚款。对有毒、有害并且没有使用价值的商品，予以销毁，并依法撤销其注册商标。另外，有下列行为之一的，由商标管理机关责令限期改正或者撤销其注册商标：（1）自行改变注册商标文字、图形或者其组合的；（2）自行改变注册商标的注册人名字、地址或其他注册事项的；（3）自行转让注册商标的；（4）连续3年停止使用注册商标的。

（三）未注册商标使用的管理

未注册商标如不是法律规定必须注册的，允许使用。但是，未注册商标的使用与注册商标专用权的保护关系密切，必须加强对未注册商标使用的管理。凡使用未注册商标，有下列行为之一的，由地方工商行政管理部门责令限期改正，并可予以通报或处以罚款：（1）冒充注册商标的；（2）违反商标标识禁用规定的；（3）粗制滥造，以次充好，欺骗消费者的。

五、商标专用权的保护

注册商标专用权，是指注册商标的所有人对其所有的注册商标享有独占使用权。当他人侵犯了商标专用权时，被侵权人可以向侵权人所在地或侵权行为所在地县级以上工商行政管理部门要求处理，也可以直接向法院起诉。

（一）商标侵权行为

1. 未经注册商标所有人许可，在同一种商品或类似商品上

使用与其注册商标相同或者近似的商标；

2. 销售明知是假冒注册商标的商品；

3. 伪造、擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

4. 给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

(二) 对商标侵权的法律制裁

1. 对侵权行为，工商行政管理机关有权责令侵权人停止侵权，并依法赔偿被侵权人的经济损失，处以非法经营额 50% 以下，或侵权所获利润 5 倍以下罚款。当事人对处理决定不服的，可以在收到通知 15 天内向法院起诉，期满不起诉又不履行的，由工商行政管理部门申请法院强制执行。

2. 假冒注册商标；伪造、擅自制造他人注册商标标识，或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识；销售明知是假冒注册商标的商品，构成犯罪的，除赔偿被侵权人损失外，依法追究侵权人刑事责任。

第四节 著作权法

一、著作权法概述

(一) 著作权的概念

著作权亦称版权，是指著作权人对作品所享有的权利。我国著作权法第 51 条明确规定：“本法所称的著作权与版权系同义语。”据此，在我国著作权与版权是同一涵义。

著作权是知识产权的一种。它与专利权、商标专用权共同构成知识产权。采用法律手段保护著作权，对于保护作者和其他著作权人的合法权益，调动他们的创作热情，促进我国科学文化事

业的发展具有重要意义。目前，我国已加入了《伯尔尼保护文学和艺术作品公约》、《世界版权公约》、《保护录音制作者防止未经许可复制其录音制品公约》等国际著作权保护公约，并与美国签订了《中美关于保护知识产权的谅解备忘录》。在这种形势下，不断加强和完善对著作权的保护，对于保护著作权及与著作权相关的权益，促进我国与世界各国文化艺术的交流与发展具有重要作用。

（二）著作权法的概念

著作权法，是指一个国家有关确认作者对其创作的作品享有著作权，并调整作者与传播者和广大公众三者之间的社会关系的法律规范的总称。著作权法一方面规定作者对其制作的文学、科学、艺术等作品享有国家规定的权利，另一方面还规定由于作者创作作品而与作品的传播者（包括出版者、翻译者、著作权的继承人等）和广大公众三者之间的权利义务关系。著作权法同专利法、商标法共同构成我国的知识产权法。

目前，我国关于著作权法的立法主要有：1990年9月7日七届全国人大常委会第15次会议通过的《中华人民共和国著作权法》，该法于1991年6月1日起施行；国务院制定的同时于1991年6月1日起施行的《中华人民共和国著作权法实施条例》；国务院制定的于1991年10月1日起施行的《计算机软件保护条例》，另外还制定有《音像制品管理条例》、《著作权涉外代理机构管理办法》、《出版管理条例》、《著作权行政处罚实施办法》等。

（三）著作权法的原则

我国的著作权法以宪法作为立法依据。著作权法第1条明确规定：“为保护文学、艺术和科学作品作者的著作权以及与著作权有关的权益，鼓励有益于社会主义精神文明、物质文明建设的

作品的创作和传播，促进社会主义文化和科学事业的发展与繁荣，根据宪法制定本法。”由此可以看出，著作权法旨在保护作者及其他著作权主体的合法权益，鼓励他们创作出更好的作品，从而促进文学、艺术、科学作品的创作，繁荣科学文化事业，提高全民族的科学文化水平。根据上述规定的精神，著作权法遵循以下三大基本原则：

1. 保护文学、艺术、科学作品作者著作权及其有关权益的原则。

2. 鼓励创作和传播有益于社会主义精神文明、物质文明建设的作品的原则。

3. 促进社会主义文化和科学事业发展与繁荣的原则。

二、作品

(一) 作品的概念和种类

作品是指文学、艺术和科学领域内，具有独创性，并能以某种有形形式复制的智力创作成果。它是我国著作权法保护的客体。

我国著作权法所称作品，可分为以下 10 种：(1) 文字作品，即以文字、数字或符号等为表现形式的作品。(2) 口述作品，即以口语作为表现形式的作品。(3) 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈作品，即以符号创作、旋律表现其内容的作品。(4) 美术、摄影作品，即富有美感形象，通过人们视觉感受到的艺术作品。(5) 电影、电视、录像制品。(6) 工程设计、产品设计图纸及其说明。(7) 地图、示意图等图形作品。(8) 计算机软件。(9) 民间文学艺术作品。(10) 法律、行政法规规定的其他作品。

(二) 作品受著作权法保护的条件

我国著作权法保护的作品，必须具备以下四个条件：(1) 必

须是作者自己创作的作品，具有独创性；（2）必须是属于文学、艺术或科学领域的作品；（3）必须以一定的客观形式或体裁表现出来或固定下来，使人能看得见、摸得着；（4）作品的内容不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。

（三）不受著作权法保护和不适用于著作权法的作品

1. 著作权法第4条规定：依法禁止出版、传播的作品，不受著作权法保护。

2. 著作权法第5条规定：法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件及官方正式译文；时事新闻；历法、数表、通用表格和公式，不适用于著作权法。

三、著作权人

（一）著作权人的概念和种类

著作权人是指依法享有著作权的主体。

享有我国著作权法规定的著作权人，有以下三种人：（1）作者。作者是指创作作品的公民。这里有两点要明确：一是作品必须由作者本人创作，二是作者只能是公民或自然人。（2）作者以外未参加作品创作，而享有著作权的其他公民。这主要是指通过继承或委托关系而获得著作权的公民。（3）未参加作品创作，依照法律或通过委托合同、劳务合同而获得著作权的法人或非法人单位。例如：制作电影、电视、录像作品的制片者，是依照法律享有著作权的法人或非法人单位。

（二）著作权人享有的权利

按照著作权法的规定，著作权人享有的著作权分为两大类：一类是著作权中的人身权利；另一类是著作权中的财产权利。可具体划分为以下5种：（1）发表权，即决定作品是否公之于众的

权利；(2)署名权，即表明作者身份，在作品上署名的权利；(3)修改权，即修改或者授权他人修改作品的权利；(4)保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利；(5)使用权和获得报酬权，即以复制、表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像，或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利以及许可他人以上述方式使用作品，并由此获得报酬的权利。

四、著作权的归属和限制

(一) 著作权的归属

1. 著作权首先归属于创作作品的作者。依照著作权法的规定，作者包括三种情况：(1)参加原始创作活动的公民即为作者。(2)由法人或者非法人单位主持，代表法人或者非法人单位意志创作，并由法人或者非法人单位承担责任的作品，法人或者非法人单位视为作者，享有著作权。(3)如果没有相反的证明，在作品上署名的公民、法人，或者非法人单位为作者，享有著作权。

2. 改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品，其著作权由改编、翻译、注释、整理人享有。

3. 两人以上合作创作的作品，著作权由合作作者共同享有。没有参加创作的人，不能成为合作作者。

4. 编辑作品由编辑人享有著作权。

5. 电影、电视、录像作品的导演、编剧、作词、作曲、摄影等作者享有署名权，著作权的其他权利由制作电影、电视、录像作品的制片者享有。

(二) 著作权的限制

一般来说，对著作权的限制，主要是指对著作权的使用权和获得报酬权进行限制，特别是对使用权进行限制。我国著作权法

明确规定，在某些情况下可以不经著作权人许可而使用已发表的作品，并不向其支付报酬，但应当指明作者姓名、作品名称，并且不得侵犯著作权人享有的其他权利。这些不经著作权人同意，可以使用已发表的作品的情况是：(1) 为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品。(2) 为介绍、评论某一作品或者说明某一问题，在作品中适当引用他人已经发表的作品。(3) 为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播、电视节目或者新闻纪录片中引用已经发表的作品。(4) 报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台已经发表的社论、评论员文章。(5) 报纸、期刊、广播电台、电视台刊登或播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不准刊登、播放的除外。(6) 为学校课堂教学或者科学研究，翻译或者少量复制已经发表的作品。(7) 国家机关为执行公务使用已发表的作品。(8) 图书馆、档案馆、纪念馆、博物馆、美术馆等为陈列或者保存版本的需要，复制本馆收藏的作品。(9) 免费表演已经发表的作品。(10) 对设置或陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像。(11) 将已经发表的汉族文字作品翻译成少数民族文字在国内出版发行。(12) 将已经发表的作品改成盲文出版。

五、著作权的保护期和继承

(一) 著作权的保护期

作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。

公民的作品，其发表权、使用权和获得报酬权的保护期为作者终生及其死亡后 50 年，截止于作者死亡后第 50 年的 12 月 31 日；如果是合作作品，截止于最后死亡的作者死亡后第 50 年的

12月31日。法人或者非法人单位的作品、著作权（署名权除外）由法人或者非法人单位享有的职务作品，其发表权、使用权和获得报酬权的保护期为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，著作权法不再保护。电影、电视、录像和摄影作品的发表权、使用权和获得报酬权的保护期为50年，截止于作品首次发表后第50年的12月31日，但作品自创作完成后50年内未发表的，著作权法不再保护。

（二）著作权的继承

著作权法第19条规定：著作权属于公民的，公民死亡后，其作品的使用权和获得报酬权在著作权法规定的保护期内，依照继承法的规定转移。著作权属于法人或者非法人单位的，法人或者非法人单位变更、终止后，其作品的使用权和获得报酬权在著作权法规定的保护期内，由承受其权利义务的法人或者非法人单位享有，没有承受其权利义务的法人或者非法人单位的，由国家享有。

六、著作权的许可使用

（一）著作权许可使用的种类

著作权人可以将自己的权利允许他人使用。例如，将自己的作品交给出版社出版，交给改编、翻译、注释者进行改编、翻译、注释等等，这称为著作权许可使用。著作权许可使用分为专有使用和非专有使用两种：

1. 著作权许可专有使用。即著作权人只将权利允许某人或某单位使用，该使用人从而取得对著作权人所创作作品的专有使用权。在这种情况下，著作权人不得再将作品授予第三人使用。著作权法明确规定，图书出版者对著作权人交付出版的作品，在

合同约定期间，享有专有出版权。按照这一规定，著作权人不能将作品同时交付两个以上出版社出版，在其与出版社订立出版合同时，出版社取得的只能是专有使用权。

2. 著作权许可非专有使用。即著作权人将其作品授予两个或两个以上使用人使用。在这种情况下，使用人对著作权人创作的作品只取得非专有使用权。依照著作权法的规定，除图书出版者享有专有使用权外，其他使用作品的情况都可以是非专有的。

（二）著作权许可使用合同

著作权许可使用合同，是指使用作品的人同著作权人就双方的权利义务所订立的协议。

1. 订立著作权使用合同的条件。按照著作权法规定，在以下情况下应当订立著作权使用合同：（1）图书出版社出版图书；（2）改编、翻译、注释、整理他人未发表的作品；（3）摄制电影；（4）播放未发表的作品；（5）发行电影等。

2. 著作权使用合同的主要条款。（1）许可使用作品的方式；（2）许可使用的权利是专有使用权或者非专有使用权；（3）许可使用的范围、期间；（4）付酬的标准和方法；（5）违约责任；（6）双方认为需要约定的其他内容。

3. 著作权使用合同的有效期限。著作权使用合同的有效期限不超过10年。第一个合同的具体期限，应由著作权人同作品使用人在10年幅度之内协商确定。合同期满后，可以续订。

（三）著作权许可使用的保护与限制

著作权法规定：出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台等依法取得他人的著作权使用权的，不得侵犯作者的署名权、修改权、保护作品完整权和获得报酬权。出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台依法享有的出版图书和报刊的权利、表演的权利、制作录音录像制品的权利、制作广

播、电视节目的权利，依法受到法律保护。

其中，图书出版者对著作权人交付出版的作品，在合同约定期间内享有专有出版权。合同约定图书出版者享有专有出版权的期限不得超过 10 年，合同期满可以续订。

著作权人应当按合同约定的期限交付作品，图书出版者应当按照合同约定的出版质量、期限出版图书。图书出版者不按合同约定的期限出版，应当依法承担民事责任。图书出版者重印、再版作品的，应当通知著作权人，并支付报酬。图书脱销后，图书出版者拒绝重印、再版的，著作权人有权终止合同。

图书出版者经作者许可，可以对作品修改、删节。报社、杂志社可以对作品作文字性修改、删节，对内容的修改，应当经作者许可。出版改编、翻译、注释、整理、编辑已有作品而产生的作品，应当向改编、翻译、注释、整理、编辑作品的著作权人和原作品的著作权人支付报酬。

七、法律责任

（一）侵权行为及民事责任

依照著作权法的规定，有下列侵犯著作权的侵权行为，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任：（1）未经著作权人许可，发表其作品的。（2）未经合作作者许可，将与他人合作创作的作品当作自己单独创作的作品发表的。（3）没有参加创作，为谋取个人名利，在他人作品上署名的。（4）歪曲、篡改他人作品的。（5）未经著作权人许可，以表演、播放、展览、发行、摄制电影、电视、录像或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的。著作权法另有规定的除外。（6）使用他人作品，未按照规定支付报酬的。（7）未经表演者许可，从现场直播其表演的。（8）其他侵犯著作权以及与著作

权有关的权益的行为。

(二) 侵权行为及民事、行政责任

依照著作权法的规定,有下列侵犯著作权的侵权行为,应当根据情况,承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任,并可以由著作权行政管理部门给予没收违法所得、罚款等行政处罚:(1)剽窃、抄袭他人作品的。(2)未经著作权人许可,以营利为目的,复制发行其作品的。(3)出版他人享有专有出版权的图书的。(4)未经表演者许可,对其表演制作录音录像出版的。(5)未经录音录像制作者许可,复制发行其制作的录音录像的。(6)未经广播电台、电视台许可,复制发行其制作的广播、电视节目的。(7)制作、出售假冒他人署名的美术作品的。

(三) 违约行为及民事责任

当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定条件的,应当依照民法通则有关规定,承担民事责任。

思考与练习

1. 发明、实用新型、外观设计三种专利的申请和审批程序有何异同?

2. 联系实际案例,掌握专利法关于专利指定实施和强制许可实施的有关规定。

3. 著作权包括哪几类权利?这些权利的保护期限是否相同?为什么?

4. 什么是知识产权?它有哪些特征?

5. 什么是专利和专利法?专利法的任务是什么?

6. 什么是专利权的主体?它有哪些种类?

7. 什么是专利权的客体？它有哪些种类？
8. 授予专利权的条件有哪些？
9. 申请发明专利要经过哪些审批程序？
10. 专利权的有效期限是多长？在什么情况下专利权终止？
11. 专利权的撤销和无效有何异同？专利权被宣告无效后其法律后果如何？
12. 什么是专利侵权？专利犯罪行为有哪几种？
13. 如何对专利资产进行评估？
14. 什么是商标和商标法？商标有哪些作用？
15. 什么是商标注册？商标注册应遵守哪些原则？
16. 哪些主体可以申请商标注册？申请方法如何？
17. 商标的转让和使用许可应符合哪些规定？
18. 如何对商标的使用进行管理？
19. 什么是著作权法？著作权法的原则是什么？
20. 著作权的客体有哪几种？它们在什么条件下受到法律保护？
21. 著作权的主体有哪些种类？他们享有哪些权利？
22. 说明著作权的归属、限制、保护期和继承。
23. 说明著作权许可使用的种类、合同、保护和限制。
24. 哪些侵犯著作权的行为应承担民事责任？

第七章 公 司 法

第一节 公 司 法 概 述

一、公司的概念和种类

(一) 公司的概念和特征

公司是指依照公司法在中国境内设立的、由法定数额的股东所组成的企业法人。公司是企业的组织形式，它具有各种企业所共有的属性。它与一般企业的不同之处在于：它是依照公司法设立的，由法定数额的股东共同出资经营的经济组织。它具有法人资格。

公司的主要特征有：

1. 公司是依照公司法设立的经济组织。公司要依照公司法设立，符合公司法规定的设立条件。我国在 1994 年 7 月 1 日公司法施行之前设立的公司，只要具备了公司法规定的条件，亦视为符合依照公司法设立这一特征。

2. 公司是由法定数额的股东共同出资形成的经济组织。公司股东以其出资额形成对公司的股权，这在法律上体现为一种股权式的联合。各股东以其出资的金额、比例，共同享受利润承担风险。

3. 公司是具有法人资格的经济组织。法人是指具有民事权

利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。它必须是依法成立，有必要的财产或者经费，有自己的名称、组织机构和场所，能够独立承担民事责任。公司是依照法定程序成立的，享有股东投资形成的全部法人财产权，依法享有民事权利和承担民事责任的企业法人。

（二）公司的种类

公司有多种分类的方法，最基本的分类方法是按照股东对公司所负责任的不同来分类，按照这种方法可将公司分为以下五类：（1）无限公司。它是由两个以上股东组成，其全体股东对公司的债务负无限连带清偿责任的公司。（2）有限公司，亦称有限责任公司。它是全体股东对公司的债务仅以各自的出资额为限承担责任的公司。（3）两合公司。它是一部分股东对公司债务负无限责任，而另一部分股东对公司债务仅负有限责任的公司。（4）股份公司，亦称股份有限公司。它是由有限责任股东组成，全部资本分为等额股份，股东仅以其认购的股份对公司的债务承担责任的公司。（5）股份两合公司。它是由无限责任股东与股份有限责任股东组成的公司，其中一部分股东对公司债务负无限责任，另一部分股东仅以其认购的股份对公司债务负责。

我国公司法第2条明确规定：“公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。”这说明，我国法律只规定了有限责任公司和股份有限公司这两种类型的公司。

二、公司法的概念和作用

（一）公司法的概念

公司法是调整关于公司的各种经济关系的法律规范的总称。公司作为市场经济的重要主体，在其设立、变更、终止和一系列经营管理活动中，要与外部有关国家机关、其他经济主体和内部

股东、董事、经理等发生一系列关系。公司法就是调整公司的设立、变更、终止和其在经营管理过程中发生的经济关系的法律规范。公司法既是组织法，又是行为法。作为组织法，公司法主要规定了公司的设立、变更、终止和公司的组织机构等内容。作为行为法，公司法主要规定了公司债券的发行、公司股票的发行和转让以及对公司财务会计的管理等内容。

我国关于公司方面的法律、法规主要有：1993年12月29日，八届全国人大常委会第五次会议通过的《中华人民共和国公司法》。该法自1994年7月1日起施行。1994年6月国务院发布的《中华人民共和国公司登记管理条例》，1995年11月22日，国家国有资产管理局发布的《关于组建上市公司及发行上市股票资产评估若干问题的通知》，1996年2月7日中国证监会发布《关于规范上市公司股东大会的通知》，同年4月22日，发出《关于加强对上市公司董事、监事、经理持有本公司股份管理的通知》，1997年5月21日国家国有资产管理局发出《关于加强上市公司资产评估管理工作若干问题的通知》，1997年7月4日国家科委和国家工商行政管理局发布的《关于以高新技术成果出资入股若干问题的规定》等。

（二）公司法的作用

公司法是建立社会主义市场经济体制的一部重要法律。公司法的制定和实施，对建立社会主义市场经济体制的作用主要有：（1）有利于规范市场主体的组织行为，深化企业改革，建立现代企业制度。（2）有利于加快转换企业经营机制的步伐；明晰产权关系，完善企业法人制度。（3）有利于加快市场体系的培育和完善，规范市场交易行为，从而更好地发挥市场机制在配置资源中的基础性作用。（4）有利于促进政府转变职能，真正实现政企分开，从而促进国民经济的发展。

三、公司法的适用范围

《中华人民共和国公司法》，是我国第一部系统规范公司制度的基本法，它的适用范围主要有：

1. 1994年7月1日以后，按照《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国公司登记管理条例》的规定，在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

2. 1994年7月1日以前，依照法律、行政法规登记成立的公司，可继续保留。其中不完全具备公司法规定条件的，应当在规定的期限内达到公司法规定的条件。具体实施办法，按国务院规定执行。

3. 在中国境内设立的外商投资企业，其组织形式为有限责任公司的，也适用公司法。对于这一问题，为了维持多年来国家对外商投资企业政策的连续性和稳定性，《中华人民共和国公司法》第18条规定：“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。”目前，我国规定中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业的法律主要是《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》。依照公司法的上述规定，如果公司法对外商投资有限责任公司的规定与这三个法律不一致的话，则以这三个法律为准。

4. 国有企业改建为公司的，也应适用于公司法。《中华人民共和国公司法》第7条规定：“国有企业改建为公司，必须依照法律、行政法规规定的条件和要求，转换经营机制，有步骤地清产核资、界定产权，清理债权债务，评估资产，建立规范的内部管理机构。”国有企业按照这一条规定，经改建，达到公司法规定的条件和要求以后，成为公司的，也应适用于公司法。

第二节 有限责任公司

一、有限责任公司的概念和特征

(一) 有限责任公司的概念

有限责任公司，是依照公司法在中国境内设立的，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。当公司资不抵债时，股东除出资额以外的其他财产不受影响，不负连带责任。有限责任公司是公司的一种，具有重要地位。它是中小企业的重要组织形式。依照我国公司法的规定，有限责任公司和股份有限公司构成了我国公司组织的主体。

(二) 有限责任公司的特征

首先，有限责任公司具备公司的一般特征，它由法定数额的股东共同出资组织，依公司法设立，是具有法人资格，能够独立享有权利承担义务的经济实体。

其次，有限责任公司与无限公司、两合公司、股份两合公司相比较，最主要的特征是其股东均负有限责任。所谓有限责任，是指公司的股东以其出资额为限对公司负责。也就是说，股东除了自己认缴的股本以外，对公司债务不负任何责任。公司的债务完全以公司的财产清偿。因此，为保护公司债权人的利益和维护公司的信用，法律要求公司在设立时，其筹集的股本总额必须达到最低资金限额。同时，公司法还对公司股本的确定、维持、变化等作了限制性规定。有限责任公司的这一特征与股份有限公司相同。

再次，有限责任公司与股份有限公司相比较，其特征主要

是：资本不分为等额股份，证明股东出资份额的权利凭证是出资证明书（或股单），而不是股票。有限责任公司的股东人数的上下限法律上都有限制，而股份有限公司的股东人数，法律只规定了最低限额，而没有规定最高限额。有限责任公司的法定资本最低限额的标准低于股份有限公司，其设立的程序比股份有限公司简单。另外，有限责任公司具有人合与资合公司的双重性质，而股份有限公司具有典型的资合公司性质。

二、有限责任公司的设立

（一）设立条件

1. 股东符合法定人数。有限责任公司，除国有独资有限责任公司以外，应由 2 个以上 50 个以下股东共同出资设立。

2. 股东出资达到法定资本最低限额。根据公司法第 23 条规定，有限责任公司的注册资本，即公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额，不得少于下列最低限额：（1）以生产经营为主的公司或以商品批发为主的公司为 50 万元；（2）以商业零售为主的公司为 30 万元；（3）科技开发、咨询、服务性公司为 10 万元。特定行业的有限责任公司的注册资本最低限额需高于上列限额的，由法律、法规另行规定。

3. 股东共同制定公司章程。

4. 有公司的名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构。

5. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

（二）股东的出资

股东的出资方式有货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权等。除货币方式外，以其他方式作为投资的，必须如实地进行评估作价，核实财产；土地使用权的评估作价，依法律规定办理，以工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过有限

责任公司注册资本的 20%。

但是，以高新技术成果出资入股，作价总金额可以超过公司注册资本的 20%，但不得超过 35%。这一规定仅适用于有限责任公司的出资。按照 1997 年 7 月 4 日国家科学技术委员会和工商行政管理局发布的《关于以高新技术成果出资入股若干问题的规定》，向有限责任公司出资入股的高新技术成果，应属于国家科委颁布的高新技术范围；是公司主营产品核心技术；出资者对该项高新技术享有合法的出资入股处分权，保证公司对该项成果的财产权可以对抗任何第三人，并已通过国家科委或省级科技管理部门的认定。

出资入股的高新技术成果需经具有合法资格的评估机构评估作价。作价金额超过公司注册资本 20% 的，还需要提交技术成果出资申请书、出资人享有权利的证明文件、技术入股协议书等文件，报省级以上科技管理部门认定。

股东应当足额缴纳公司章程中规定的各自认缴的出资额。股东不按规定缴纳所认缴的出资额，应当向已足额缴纳出资的股东承担违约责任。股东在公司登记后，不得抽回出资。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。

（三）设立程序

公司的设立，一种是登记设立，是指符合法定设立公司必须具备的条件，当事人向工商行政管理部门提交公司章程，验资证明和设立登记申请书，经批准登记，发给营业执照。其营业执照的签发日，为有限责任公司的成立日。一种是批准成立，是指设立公司必须经过主管行政机关批准，在办理设立登记时，提交批准文件，然后登记注册，方可成立。按照公司法第 8 条的规定，一般有限责任公司的设立，采取登记设立的方式。法律、行政法规规定，设立公司必须报经审批的，采取批准设立的方式。具体

程序如下：

1. 制定公司章程。全体股东对设立公司达成一致意见后，应先制定公司章程。

2. 审批。法律、行政法规规定，设立公司必须报经审批的，应经主管行政机关审批。

3. 股东缴纳出资。股东应纳足其认缴的出资额。股东的全部出资额经法定验资机构验资后，才能够向登记机关申请设立登记。

4. 申请设立登记。经全体股东指定的代表或共同委托的代理人有权向登记管理机关申请公司设立登记。申请公司设立登记应提交登记申请书、公司章程、验资证明等文件。

5. 签发出资证明书。出资证明书是证明股东出资份额的凭证。由公司在登记注册后签发。出资证明书必须由公司盖章。

有限责任公司可以设立分公司，分公司不同于子公司，它虽然可以依法独立从事生产经营活动，但是它只是总公司下属的分支机构，不具有独立的法人资格，其民事责任由总公司承担。分公司的设立有两种情况：(1) 在设立有限责任公司的同时设立分公司的，应当就所设分公司向公司登记机关申请登记，领取营业执照。(2) 公司成立后设立分公司，应当由公司法定代表人向公司登记机关申请登记，领取营业执照。

三、有限责任公司的组织机构

有限责任公司的组织机构包括股东会、董事会、监事会和经理。如果股东人数较少和公司规模较小，可不设董事会，只设一名执行董事，并由他兼任公司经理，同时，可不设监事会。

(一) 股东会

股东会是公司的权力机构，决定公司的重大问题。它依法行

使下列职权：决定公司的经营方针和投资计划；选举和更换董事和由股东代表出任的监事，决定有关董事、监事的报酬事项；审议批准董事会、监事会或者监事的报告；审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本、发行公司债券、股东向股东以外的人转让出资作出决议；对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；修改公司章程等。

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。股东会对公司增加或减少注册资本、分立、合并、解散、变更公司形式、修改公司章程作出的决议，必须经2/3以上表决权的股东通过。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权。由出资最多的股东召集和主持首次股东会议。设立董事会的公司，股东会由董事会召集，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其他董事主持。股东会的决定要作成会议记录，出席会议的股东应在会议记录上签名。

（二）董事会

董事会是股东会的执行机构，对股东会负责并报告工作。董事会成员为3~13人，设董事长1人，可设副董事长1~2人。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事每届任期不得超过3年，但可连选连任。董事长为公司的法定代表人。董事长负责召集和主持董事会。董事长因特殊原因不能履行职务时，由其指定副董事长或董事召集和主持。董事会的决定应作成会议记录，出席的董事应在记录上签名。

公司法第46条规定，董事会行使下列职权：负责召集股东会，并向股东会报告工作；执行股东会决议；决定公司的经营计划和投资方案；制定公司的年度财务预算方案、决算方案；制定

公司利润分配方案和弥补亏损方案；制定公司增加或者减少注册资本的方案；拟订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；决定公司内部管理机构的设置；聘任或者解聘公司经理（总经理），根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；制定公司的基本管理制度。

（三）经理

经理由董事会聘任或者招聘。经理对董事会负责，并列席董事会会议。其主要职权是主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议。

（四）监事会或监事

监事会。公司的经营规模较大的，设立监事会，其成员不得少于3人。监事会内部推选1名召集人。监事会由股东代表和适当比例的职工代表组成，具体比例由公司章程规定。其中的职工代表由公司职工民主选举产生。

监事。股东人数较少和规模较小的公司，可设1~2名监事。董事、经理及财务负责人不得兼任监事。监事的任期每届3年，但任期届满，可以连选连任。监事可列席董事会会议。

监事会或监事行使下列职权：检查公司财务；对董事、经理执行公司职务时违反法规、公司章程的行为进行监督；当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求他们予以纠正；提议召开临时股东会；公司章程规定的其他职权。

从公司各组织机构的职能看，公司的决策权一般由股东会、董事会行使；其执行权一般由董事长、董事、经理行使；其监督权由监事会、监事行使。

公司法第57条、58条对公司的董事、监事、经理的人选作了限制性的规定。凡具有下列情形之一的，不得担任前列职务：无民事行为能力或者限制民事行为能力；有经济犯罪被判处刑

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；担任过破产清算企业的董事、厂长、经理，并对其破产负有个人责任的，自该企业破产清算完结之日起未逾3年；担任因违法被吊销营业执照的企业法定代表人，并负有个人责任的，自该企业被吊销营业执照之日起未逾3年；个人所负数额较大的债务到期未清偿。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、聘任为无效。

四、国有独资公司

（一）国有独资公司的概念

国有独资公司，是指由国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司。国有独资公司与其他有限责任公司相比，具有以下主要特点：（1）股东只有一个，即国家授权投资的机构或者国家授权的部门；（2）公司财产属全民所有；（3）公司的机构设置和财产的监督管理制度等与其他有限责任公司不同。

（二）国有独资公司的范围

国有独资公司主要包括：（1）经营管理制度健全、经营状况较好的大型国有独资公司，可以由国务院授权行使资产所有者的权利；（2）国务院确立的生产特殊产品的公司或者属于特定行业的公司，应当采取国有独资公司形式；（3）1994年7月1日公司法实施以前已设立的国有企业，符合公司法规定设立有限责任公司条件的，单一投资主体的，可以依照公司法改建为国有独资公司。

（三）国有独资公司的组织机构

国家授权投资的机构或者国家授权的部门依法对国有独资公司的国有资产实施监督管理，并决定公司的合并、分立、解散、

增减资本和发行公司债券，办理审批公司的资产转让和财产权转移手续，按公司董事会的任期委派或更换董事会成员，从董事会成员中指定董事长、副董事长。经国家授权的机构的同意，董事会成员可以兼任经理。公司的董事长、副董事长、董事、经理，未经国家授权的机构同意，不得兼任本公司之外的其他公司或经营组织的负责人。

公司设董事会。董事会成员为3~9人。其中应当有公司职工代表。该职工代表由公司职工民主选举产生。董事会设董事长1人，可以视需要设副董事长。董事会的职权，公司法第46条、66条作了规定。由于国有独资公司不设股东会，董事会的职权主要有：行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但不能决定公司的合并、分立、解散、增减资本和发行公司债券。董事会与一般有限责任公司有大致相同的职权，即依照公司法第46条规定行使职权。董事会每届任期为3年。董事长为公司的法定代表人。经理由董事会聘任或解聘。经理的职权与一般有限责任公司的经理职权相同。

第三节 股份有限公司

一、股份有限公司的概念和特征

股份有限公司，是指依照公司法在中国境内设立的，其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。

股份有限公司具有以下特征：

1. 股份有限公司的资本划分为等额股份。公司注册资本总额由若干股份组成，股份的单位数额由公司根据自身情况而定，

但无论多少，每股（份）金额必须是相等的。这样既便于准确计算股东权益和责任，也便于募集社会资金。

2. 公司的股份体现为股票形式，股票可以向社会公开发行和转让，但一般不能退股。由于公司的股票可以向社会公开发行，任何购买了公司股票的人便成为公司的股东，股东也可以通过经纪人在证券交易所自由出售。股份有限公司的这一特征，是区别于有限责任公司的显著标志。

3. 股份有限公司实行有限责任制。有限责任是指财产责任，是针对公司和股东双方而言的，股东以其投资入股财产即所持股份为限，公司以其全部资产为限对公司债务承担责任。

4. 股份有限公司的设立程序较为复杂。

二、股份有限公司的设立

（一）设立条件

1. 发起人符合法定人数。设立股份有限公司，应当有 5 人以上发起人，其中必须有过半数的发起人在中国境内有住所。国有企业改建为股份有限公司的，发起人可以少于 5 人，但应当采取募集设立的方式。公司法对股份有限公司股东的最高人数没有限制。

2. 发起人认缴和社会公开募集的股本达到法定资本最低限额。股份有限公司的注册资本，即股份有限公司在公司登记机关登记的实收股本总额的最低限额，法律规定为 1000 万元。

3. 股份发行、筹办事项符合法律规定。

4. 发起人制定公司章程，并经公司创立大会通过。

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。

（二）设立方式

股份有限公司有发起设立和募集设立两种方式。发起设立是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。募集设立是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余部分向社会公开募集而设立公司。

以发起设立方式设立公司的，由发起人认购公司章程规定发行的股份；以非现金的实物或其他财产权抵作股款的，应当依法办理其财产权的转移手续。以募集方式设立公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的 35%，其余股份应向社会公众募集。向公众募股时，必须向国家证券管理部门递交募股申请和有关文件，并经过批准；必须公告招股说明书，并制作认股书；与证券经营机构签订承销协议；与银行签订代收股款协议。

股款缴足后，必须经法定验资机构验资并出具证明。

（三）设立程序

发起设立股份有限公司的，其设立程序与有限责任公司的设立程序和募集设立的股份有限公司的设立程序均有相同之处，总的来看，比有限责任公司的设立程序复杂，比募集设立的股份有限公司的设立程序简单，介于二者之间。比募集设立股份有限公司的设立程序的简单之处主要在于：发起设立股份有限公司的发起人须认领公司第一次发行的全部股份的总额，而无须向社会募股。这样，就免去了向国务院证券管理部门提出申请，并报送有关文件，经核准后再向社会募股，包括向社会公告招股说明书、签订股票承销协议等一系列有关程序。因此，发起设立股份有限公司的程序比募集设立股份有限公司的程序要简单许多。

在股份有限公司的设立过程中，发起设立和募集设立公司的发起人的出资方式是一致的，有货币、实物、工业产权、非专利技术、土地使用权等。对非货币的出资方式，必须进行评估作

价，核实财产，并折合为股份，即作价出资。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%。

对募集设立的股份有限公司而言，其设立程序如下：

1. 制定公司章程。公司章程是经发起人全体同意，依法订立的，为公司的组织和行为所依据的准则。它是公司用以申请批准和申请登记的必备文件。但是依据公司设立的程序，公司的初始章程还需经创立大会通过和有关国家机关的审批和核准登记才对公司具有法律约束力。

2. 经有关国家机关批准。公司法第 77 条规定：“股份有限公司的设立，必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准。”

3. 发起人认领股份、缴纳股款。如果是发起设立股份有限公司，全体发起人须认领公司第一次发行股份总额的全部，并按照所认领的股份缴纳股款。如果是募集设立股份有限公司，发起人认领的股份不得低于法律规定的股份发行总额的一定比例，然后发起人按照所认领的股份缴纳股款。

4. 向社会募股。以募集方式设立股份有限公司，除由发起人认购一部分股份外，其余须向社会公众募集。公司法对向社会公开募股作了较严格的规定。(1) 必须经过审批。以募集方式设立的股份有限公司，向社会公开募集股份时，必须向国务院证券管理部门提出申请，并报送批准设立公司的文件等一系列有关资料，经核准后，才能公开向社会募股。向社会募集股份完成时，应将募集股份情况报国务院证券管理部门备案。(2) 必须向社会公告招股说明书，附公司章程，并制作认股书。招股说明书应载明：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额；认股人的权利、义务；本次募股的起止期限及逾期未募足时认股人可撤回所认股份的说明。(3) 发起人必须与

证券经营机构签订承销协议，由证券经营机构承销。

5. 召开创立大会。创立大会是由发起人召集，由认股人出席，讨论决定公司设立事务的会议。它实际上是一次股东大会。创立大会的召开应具备两个条件：(1) 设立公司发行股份的股款已经筹足。(2) 已筹足的股款已经法定验资机构验资，并已取得验资证明。

股份有限公司的创立大会应在筹足股款并取得验资证明后的30日以内召开。创立大会由发起人召集主持，并应有代表股份1/2以上的认股人出席，方可召开。创立大会的主要职权是：审议发起人关于公司筹办情况报告；修改和通过公司章程；选举董事、监事；对发起人用于抵作股款的财产的作价和办理财产权的转移手续进行审查等。创立大会的决议，必须经出席会议的认股人所持表决权的半数以上通过。

6. 申请设立登记。公司董事会应于创立大会召开后30日内，向公司登记机关报送有关材料，申请设立登记。公司登记机关经审查后，应在30日内作出是否予以登记的决定，符合公司法条件准予登记的，发给《企业法人营业执照》，股份有限公司即告成立。

公司成立后，应当进行公告。

设立股份有限公司的同时设立分公司的，应当就所设分公司向公司登记机关申请登记，领取营业执照。股份有限公司成立后设立分公司，应当由公司法定代表人向公司登记机关申请登记，领取营业执照。

三、股份有限公司的组织机构

(一) 股东大会

股东大会由股东组成，它是公司的权力机构，决定公司的重

大事项。股东大会的具体职权如下：决定公司的经营方针和投资计划；选举和更换董事和由股东代表出任的监事；决定有关董事、监事的报酬事项；审议批准董事会的报告、公司的年度财务预算方案和决算方案、公司的利润分配方案或弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本、发行公司债券和公司合并、分立、解散、清算等事项作出决议；修改公司章程。

股东大会的召集和会前准备。股东大会应当每年召开一次年会，遇有特殊情况，可依法召开临时股东大会。股东大会由董事会召集，由董事长主持。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其他董事主持。会前 30 天应将会议审议事项通知股东。临时股东大会不得对通知中未列明的事项作出决议。发行无记名股票的，应当于会议召开 45 天以前就会议审议事项作出公告。无记名股票持有人出席股东大会的，应当于会议召开 5 日以前至股东大会闭会时止将股票交存于公司。

股东大会的议事方式。股东出席股东大会，所持每一股份有一表决权。股东大会的一般决议，必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过，对公司合并、分立、解散的决议和修改公司章程，必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。股东可以委托代理人出席股东大会，代理人应向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使职权。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。股东在出席股东的签名册签名。

（二）董事会

股份有限公司设董事会，其成员为 5~19 人，设董事长 1 人，可设副董事长 1~2 人，董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事会对股东大会负责，行使下列职权：负责召集股东大会，并向股东大会报告工作；执行股东大会

的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制定公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案、弥补亏损方案、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；拟订公司合并、分立、解散的方案；决定公司内部管理机构的设置；聘任或解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或解聘公司副经理、财务负责人，决定其报酬事项；制定公司基本管理制度。

董事会每年至少召开 2 次会议，应当于会议召开 10 日以前通知全体董事。董事会会议由 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。董事因故不能出席会议，可以书面委托其他董事代为出席。董事会决议应作成会议记录，并由出席的董事和记录员签名。

董事长为公司法定代表人，他行使下列职权：主持股东大会和召集、主持董事会会议；检查董事会决议的实施情况；签署公司股票、公司债券。公司根据需要，可以由董事会授权董事长在董事会闭会期间，行使董事会的部分职权。

董事每届任期不得超过 3 年。董事任期届满，连选可连任。董事在任时，股东大会不得无故解除其职务。

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、法规或者公司章程，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。但会议记录中证明在表决时表明异议的董事除外。

（三）经理

经理由董事会聘任或解聘。经理对董事会负责，行使下列职权：主持公司的生产经营管理工作；组织实施董事会决议；组织实施公司年度经营计划和投资方案；拟订公司内部管理机构设置方案和公司的基本管理制度；制定公司的具体规章；提请聘任或解聘公司副经理、财务负责人；聘任或解聘除应由董事会聘任或

解聘以外的公司管理人员；公司章程和董事会授予的其他职权。经理列席董事会会议。

董事、经理应遵守公司章程，该法第 57、58 条有关不得担任董事、经理的规定以及董事、经理义务、责任的规定，适用于股份有限公司的董事和经理。

（四）监事会

股份有限公司设监事会，其成员不得少于 3 人。监事会从监事中推选 1 名召集人。监事会由股东代表和适当比例的公司职工代表组成。其中的职工代表由职工民主选举产生。监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可连任。监事会行使下列职权：检查公司的财务；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；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；提议召开临时股东大会；公司章程规定的其他职权。监事列席董事会会议。

四、股份有限公司的股份发行和转让

（一）股份和股票

1. 股份。股份有限公司的股份是以股票为表现形式的，体现股东权利义务的公司资本的组成部分。股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额应当相等。股份有以下特征：（1）是公司资本的组成部分。公司全部资本划分为等额股份，全部等额股份之和即为公司资本总额。（2）它体现股东的权利和义务。股份是股东权利和义务的依据，决定股东享有权利和义务的大小。（3）它以股票为表现形式，股份的发行转让也就是股票的发行转让。

2. 股票。股票是股份有限公司签发的证明股东所持股份的凭证。股票采用纸面形式或者国务院证券管理部门规定的其他形式。股票应当载明下列主要事项：（1）公司名称；（2）公司注册

成立的日期；(3) 股票的种类、票面金额及代表的股份数；(4) 股票的编号。股票由董事长签名，公司盖章。发起人的股票应当标明“发起人”的股票字样。

(二) 股份的发行

1. 股份发行的概念。股份发行是股份有限公司为了筹集股本而出售或分配自己的股份的行为。股份的发行可以分为设立发行和发行新股两类。设立发行是公司在设立过程中发行股份，这是公司第一次发行股份。发行新股是公司在成立之后发行股份，是指公司在第一次发行股份以后的各次发行。

设立发行已经在股份有限公司的设立中介绍过了，这里主要介绍股份发行的原则、价格和新股发行等内容。

2. 股份发行的原则。股份发行必须坚持“公开”、“公平”、“公正”的“三公”原则；必须坚持同股同利，同股同权，每一股份的股东权益必须相等。公司法第 130 条规定：“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。”

3. 股份发行的价格。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。以超过票面金额发行股票的，须经国务院证券管理部门批准。超过票面金额发行股票，须经国务院证券管理部门批准，所得溢价收入应列入公司资本公积金。

4. 记名股票和无记名股票的发行。记名股票是将股东的姓名记载于股票上的股份。这种股票只有所记载姓名的所有人才能享受权利。无记名股票是不记载姓名的股份。无记名股票持有人可随时请求将无记名股票改为记名股票。

按照公司法的规定，公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票，应当为记名股票。并应记载该发起人、机构或

者法人的名称，不得另立户名或者以代表人姓名记名。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：股东的姓名，或者名称及住所；各股东所持股份数；各股东所持股票的编号；各股东所得股份的日期。发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

5. 新股的发行。公司发行新股，必须具备下列条件：（1）前一次发行的股份已经募足，并且间隔1年以上。（2）公司在最近3年内连续盈利，并可向股东支付股利；公司如发生亏损，不得发行新股。（3）公司在最近3年内财务会计文件无虚假记载。（4）公司预期利润率可达同期银行存款利率，其估算应经注册会计师验证。

新股发行的程序：（1）股东大会作出发行新股的决议，并同时决定新股的种类及数额、新股发行价格、新股发行的起止日期、向原有股东发行新股的种类及数额等问题。（2）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。（3）公司经批准向社会公开发行新股时，必须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。（4）向社会公开发行新股，公司应当与依法设立的证券经营机构签订承销协议，由证券经营机构承销股票，并且认购后的余额由承销人承担。（5）公司发行新股募足股款后，必须向公司登记机关办理变更登记，并公告。

（三）股份的转让

1. 股份转让的概念。股份转让是出让人将其股东权转移给受让人，出让人丧失股东资格，受让人取得股东资格的过程。

2. 股份转让的自由与限制：（1）股份转让的自由。一般来

说，股份可以自由转让，公司不得以章程或其他方式禁止或限制股份自由转让。这是因为就股份所有人出让股份而言，属于投资的收回；对于受让人而言，则是资本的投入；对于公司本身而言，股款既已缴足，也不影响公司的资本总额，所以原则上股份的转让是自由的。股份转让的自由是股份有限公司的本质。但是，为了加强国家对股票交易的管理，避免有关人员利用股份的转让进行投机，牟取暴利，公司法对股份的转让作了若干限制性的规定。因此股份的转让并非绝对自由。（2）股份转让的限制：①股东转让其股份，必须在依法设立的证券交易场所进行。②发起人认购的股份，自公司成立之日起3年内不得转让。这是为了避免发起人进行投机，牟取暴利。③由国家授权投资的部门或者机构持有的股份，可以依法转让，这些机构也可以购买其他股东持有的股份。但转让或者购买股份要经过审批。这种审批权限、管理办法，由法律、法规另行规定。④公司董事、监事、经理等高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份，并在任职期间内不得转让。证监会发布的《关于加强对上市公司董事、监事、经理持有本公司股份管理的通知》规定：各上市公司须在定期报告（中期报告、年度报告）中报告公司董事、监事、经理持股的数量、变动情况、变动原因等情况。董事、监事、经理在离职6个月后方可出售所持有的本公司股份。证券交易所须采取必要的技术性措施，对上市公司董事、监事、经理所持本公司股份进行锁定；对离职6个月后欲出售所持股份的，须由公司董事会向证券交易所提供其不再任职的证明。⑤公司不得收购本公司的股票，但为减少公司资本而注销股份或者与持有本公司股票的其他公司合并时除外；公司不得接受本公司的股票作为抵押权的标的。

3. 股份转让的方式。无记名股票的转让方式，只需股东交

付股票给受让人后即发生转让的效力，但应当在证券交易所内进行，而不能私下里进行。记名股票的转让方式，须由股票持有人以背书方式转让，或者按照法律、法规规定的其他方式转让。

4. 记名股票的失效。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，请求有管辖权的法院宣告该股票失效。法院按照法定程序宣告该股票失效后，股东可以向公司申请补发股票。

第四节 上市公司的资产评估

一、概述

上市公司是指经国务院证券监督管理部门审核批准，允许其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。

近些年来，我国每年都有相当数额的股票上市，国有企业组建或改组为上市公司、增发股票、境外上市等情况频繁发生。这些行为与资产评估密切相关，为了加强对上市公司资产评估的管理工作，保证评估质量，防止失误和国有资产流失，国家对上市公司的资产评估工作作出有关规定，这些规定对客观、公正地确定上市公司的资产状况，规范股份有限公司的上市行为，起到重要作用。

二、必须进行资产评估的情况

国有资产占有单位有下列情况之一的，必须进行资产评估，并由资产评估行政管理部门办理立项和确认：(1) 改组为募集设立的股份有限公司，发行上市股票；(2) 由定向募集公司转为社会募集公司；(3) 老股份制企业重新规范，股票上市交易；(4)

境外上市；(5) 股票已在国内上市需在境外上市，或已在境外上市需在境内上市；(6) 已发行上市股票，需要增发其他种股票；(7) 以非现金资产配发股票；(8) 涉及上市公司兼并、收购、转让股权、对外投资等经济行为；(9) 已进行过资产评估，但评估不是为上述目的，或自评估基准日起一年内不能完成确认、审批股权、工商注册登记、安排上市发行等工作。

三、资产评估的前期工作

1. 确立评估的资产范围。应将一切拟进入上市公司的资产全部纳入资产评估的范围，包括拟作价入股的资产、拟由上市公司购买、租赁的资产以及原企业部分改组上市公司时与上市公司共用的资产等等。评估机构要注意检查核实有关资产是否全部纳入了评估范围，尤其要注意账外资产、已摊销完资产、出租资产、共用资产、异地存放资产以及土地使用权等无形资产，不能仅以企业要求评估的资产作为评估范围。

2. 做好产权界定工作。资产占有单位及其主管部门应首先认真细致地做好产权界定工作，明确分清产权归属，准备好产权证明文件。

3. 设立资产评估协调小组。资产占有单位可设立资产评估工作协调小组，并吸收评估机构人员参加。协调小组应组织企业各方面配合评估工作的进行，帮助评估人员了解市场行情、企业经营状况和各类资产的特点。

4. 合理选择评估基准日。评估基准日与评估报告提交日期不宜距离太久，并且在此期间企业资产最好没有重大变化。评估报告提交以后至评估结果确认之前，企业资产发生变化应及时通知评估机构，并向确认部门报告，由确认部门根据具体情况决定是否需要评估机构重新调整评估结果。

5. 制定评估方案、收集信息资料。评估机构应认真拟定评估方案，统筹考虑评估步骤、时间进度、评估人员选配、评估原则和方法以及与境外评估机构的合作方式等问题。了解被评估资产的行业技术特征，收集有关的数据资料。并应及时将准备工作向资产评估行政管理部门汇报。资产评估行政管理部门要将评估方案备案并进行检查。

6. 确定中外评估机构的合作方式。境外评估机构承接国内国有企业到境外上市资产评估业务，必须按规定向资产评估行政管理部门报批，国内和境外评估机构在评估过程中应加强信息交流，协调评估方法和取价标准，宜按混合编组、共同报告、平等合作、及时沟通的原则进行合作，减少不必要的误差和分歧，争取双方的评估结果取得一致。

7. 全面清查核实评估范围内的资产和负债。资产占有单位应全面清查进入上市公司的所有资产和负债，并填写资产评估明细表中资产状况、账面价值等内容，并对所填报资产的完整性和真实性负责。会计报表必须根据《中国注册会计师独立审计准则》由注册会计师进行审计。评估机构承担检查核实的责任，评估机构在检查核实工作中要注意产权归属，防止虚报、遗漏或重复填报。评估机构清查出账外资产，属评估机构工作成绩，对此类资产应列表另报。

四、资产评估的方法

上市公司整体资产评估宜采用重置成本法，即根据各单项资产的评估结果，累加求出全部资产的评估值，以满足按资产评估结果重新建账的需要。其中，各单项资产则应分析具体情况，在现行市价法、重置成本法和收益现值法这三种基本的评估方法中选择。

用重置成本法评估单项资产时，应注意合理考虑功能性贬值、经济性贬值的因素，采用系数或指数调整法确定重置价值时应考虑适用条件，注意所用系数或指数的科学性和合理性。采用现行市价法评估时，应注意选取有可比性的参照物和符合公允市价条件的市场参考价格。采用收益现值法则应科学地预测未来收益，合理地确定折现率。企业整体资产的评估，可采用收益现值法来验证重置成本法得出的评估结果。

五、资产评估的程序

对于股票发行上市等具有重大影响的资产评估项目，由国家资产评估行政管理部门审批立项并确认评估结果。其中，地方企业须先经省级资产评估行政管理部门初审确认，中央企业由其主管部门签署意见。

必须坚持先立项、再聘评估机构进行评估、最后确认的工作程序。资产评估立项申报人经其上级单位向同级资产评估行政管理部门提出立项申请，同级资产评估行政管理部门签署意见后转报上级。在材料完备、手续齐全的情况下，每级资产评估行政管理部门均应在收到申请后 10 日内签署意见并转报。最后国家资产评估行政管理部门在收文后 10 日内作出资产评估立项批复。

从评估立项批复到申请评估结果确认必须有合理的工作周期。国家资产评估行政管理部门在收到手续完备、材料齐全的申请后，在 6~8 个工作日内给出初次反馈意见；如需修改调整，则在收到新的评估报告书后 3~5 个工作日内给出再次反馈意见；在基本合格后的 3~5 个工作日内提交专家评审会议评审，在评审合格、资产评估报告书完整无误的 2~5 个工作日内作出确认批复。

评估过程中，资产占有单位和评估机构应将评估中的重大事

项，包括企业背景、评估方案、评估的难点及对策以及评估范围、程序、对象、产权、基准日、方法、标准、依据、重要参数、重要资产监测鉴定、进度等及时通报给资产评估行政管理部门，评估管理部门应强化服务意识，深入现场跟踪指导。

第五节 公司的债券和财务、会计

一、公司的债券

(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。

(二) 公司债券的主体

依照公司法第 159 条的规定，以下三类主体可以依法发行债券：(1) 股份有限公司；(2) 国有独资公司；(3) 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。

(三) 公司债券的发行

1. 发行条件。发行公司债券，必须具备下列条件：(1) 股份有限公司的净资产额不低于 3000 万元，有限责任公司的净资产额不低于 6000 万元；(2) 累计债券总额不超过公司净资产额的 40%；(3) 最近 3 年平均可分配利润足以支付公司债券 1 年的利息；(4) 筹集的资金投向符合国家的产业政策；(5) 债券的利率不得超过国务院限定的利率水平；(6) 国务院规定的其他条件。

尤其应注意的是：公司发行债券筹集的资金，必须用于审批机关批准的用途，不得用于弥补亏损和非生产性支出。

2. 发行停止。凡有下列情形之一的，不得再次发行公司债券：(1) 前一次发行的公司债券尚未募足的；(2) 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，且仍处于继续状态的。

3. 发行程序。(1) 一般的公司发行公司债券，由董事会制定方案和债券募集办法，股东会作出决议；国有独资公司则应由国家授权投资的机构或者国家授权的部门作出决定。(2) 然后，公司应当向国务院授权的部门报请批准，并提交公司登记证明、公司章程、公司债券募集办法、资产评估报告和验资报告等文件。(3) 申请经批准后，应当公告公司债券募集办法。募集办法中应载明：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、代销机构。

(四) 公司债券的转让

公司法第 170 条规定：公司债券可以转让。转让公司债券应当在依法设立的证券交易场所进行。

1. 记名公司债券的转让。由债券持有人以背书方式或者法律法规规定的其他方式转让。记名债券的转让，由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿。

2. 无记名公司债券的转让。由债券持有人在合法的证券交易场所将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

二、公司的财务、会计

(一) 财会工作的法律要求

公司法规定，公司应当依照法律、法规和国家财政、税务主管部门的有关规定，建立本公司的财务会计制度，并向有关行政

主管部门报送财务会计报告，向股东会报告年度财务预、决算方案和利润分配方案。财务会计报告应当经合法的注册会计师验证和出具证明。每一会计年度终了所作的财务会计报告，应当包括下列财务会计报表及附属明细表：资产负债表、损益表、财务状况变动表、财务状况说明书、利润分配表。会计报告应按规定提供股东查阅。以募集设立方式成立的股份有限公司还必须公告其财务会计报告。

（二）利润分配

公司的税后利润应按下列顺序分配：（1）弥补亏损。如果上年有亏损，公司的法定公积金不足弥补上一年度公司亏损的，应当先用当年的利润予以弥补。（2）扣除支付违反税法缴纳的滞纳金和罚款、违反经济合同缴纳的违约金和赔偿金、支付没收的财物损失等。（3）按10%的比率提取法定公积金和5%~10%法定公益金。当法定公积金累计金额超过公司注册资本50%时，可不再提取。（4）经股东会议决议，可提取任意公积金。（5）分配股东红利。有限责任公司按照股东出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

（三）公积金和公益金的用途

公积金是用于弥补公司的亏损，扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。公司在从税后利润中提取法定公积金后，经股东会决议，可以提取任意公积金。任意公积金提取的数额、用途等均由公司自己决定。一经股东会确定其用途，非经股东会决议变更，不得挪作他用。股份有限公司将公积金转为资本时，按股东原有股份比例派送新股或者增加每股面值。但法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于注册资本的25%。

公司提取的法定公益金用于本公司职工的集体福利。

第六节 公司的合并、分立、 破产、解散和清算

一、公司的合并、分立

(一) 合并与分立的概念

1. 公司的合并，是指两个或两个以上的公司通过签订合并协议，依法定程序，合并为一个公司的法律行为。公司合并主要有两种形式：一是一个公司吸收其他公司，称吸收合并，被吸收的公司解散。二是两个以上公司合并设立一个新的公司，称新设合并，合并各方解散。

2. 公司的分立，是指一个公司分开设立为两个以上的公司。公司分立主要有两种方式：一是公司将其部分财产或业务分离出去另设一个或数个新的公司，原公司继续存在。二是公司将其全部财产分别归入两个或两个以上的新设公司中，同时原公司解散。

(二) 合并与分立的程序

1. 公司合并或分立，应由公司股东会作出决议。股份有限公司合并或分立，还必须经原批准机关批准。公司合并的，还应由各方签订合并协议。

2. 编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并或分立决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告 3 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。不清偿债务或者不提供相应担保的，公司不得合并或分立。

3. 依法向公司登记机关办理变更登记。公司解散的，应办理注销登记；设立新公司的，应办理公司设立登记。

（三）注册资本增减的程序

1. 有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，按照公司法设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股应当按照公司法设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。

2. 减少注册资本的，应由公司作出决议，还必须编制资产负债表及财产清单。其他程序与公司合并、分立程序的第二项相仿。最后应当依法向公司登记机关办理变更登记。

二、公司的破产和解散

（一）破产

公司因不能清偿到期债务，根据利害关系人的申请，由法院依法宣告公司破产。破产宣告表示着公司作为一个独立的民事行为主体的终结，并由法院组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组，对公司进行破产清算。

（二）解散

公司的解散是指已经成立的公司，因章程或法律规定的特定事项发生，而使公司法人资格归于消灭。根据公司法第 190、192 条的规定，有下列情形之一时，应予解散：（1）公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时。（2）股东会决议解散。（3）公司违反法律、行政法规被依法责令关闭的。如公司设立或其他登记事项有弄虚作假，情节严重的。（4）因公司合并或分立需要解散的。

公司属于上列（1）、（2）、（3）项原因解散的，应成立清算组，进行清算。属于第（3）项解散的，由主管机关组织清算组；

属于第(1)、(2)项解散的,应当在15日内成立清算组,有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由股东大会确定其人选。

三、公司的清算

(一) 清算和清算组

公司的清算,是指了结已解散公司的一切法律关系,并依法分配公司财产。公司清算的具体事宜,由清算组负责组织进行。

清算组的职权主要有:(1)清理公司的财产,分别编制资产负债表和财产清单;(2)通知或公告债权人;(3)处理与清算有关的公司未了结的业务;(4)清缴所欠税款;(5)清理债权和债务;(6)处理公司清偿债务后的剩余财产;(7)代表公司参与民事诉讼活动。

(二) 清算程序

公司清算,应按下述程序进行:

1. 清算组按法定时间书面通知或公告债权人;债权人按法定时间向清算组申报债权,并提供证明材料和有关债权的说明。

2. 清算组在编制公司资产负债表和财产清单后,制定清算方案,并报股东会或有关主管机关确认。

3. 如果公司财产不足清偿债务的,应当立即向法院申请宣告破产,待法院宣告破产后,清算组应将清算事务移交给法院;如果公司财产够清偿公司债务的,分别支付清算费用、职工工资和劳动保险费用、缴纳所欠税款、清偿公司债务。

4. 公司财产清偿上列各项后,才能分配尚有剩余的财产,有限责任公司按照股东的出资比例分配,股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

5. 最后由清算组制作清算报告,报股东会或主管机关确认,

并报公司登记机关，注销公司登记，公告公司终止。

第七节 外国公司的分支机构

一、外国公司分支机构的法律地位

(一) 外国公司的概念

外国公司是指依照外国法律在中国境外登记设立的公司。外国公司与本国公司的区别，主要在于公司的注册地不同，而不是股东的国籍不同。也就是说，无论哪个国家和地区的股东，只要他们出资设立的公司注册地是中国，就是中国的公司，适用我国公司法的规定。相反，中国的公民或法人出资设立公司，其注册地在国外，该公司就是外国公司，不适用我国公司法。

外国公司要在中国设立分支机构，首先必须有某个外国公司存在，然后该外国公司向中国政府提出申请，经批准后才能在中国设立分支机构。分支机构必须遵守我国公司法的规定。

(二) 外国公司分支机构的法律地位

外国公司在中国境内设立的分支机构不同于外国公司在中国境内设立的子公司，后者在中国登记注册，是中国的公司，具有法人资格。而分支机构仅仅是外国公司的驻外机构，不具有独立的法人资格，不是独立的民事主体，因此，分支机构自身不能承担民事责任，它的民事责任只有由它的派出机构——外国公司承担。

二、外国公司分支机构的设立

(一) 设立条件

外国公司在中国设立分支机构，必须同时具备以下两个条

件：(1) 必须在中国境内指定分支机构代表人或代理人；(2) 必须有与其经营活动相适应的资金。

(二) 设立程序

外国公司在中国设立分支机构的程序如下：(1) 向中国政府提出申请，具体说是向中国有关主管机关提出申请，并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件。(2) 经中国有关主管机关批准后，向中国公司登记机关依法办理登记注册，领取营业执照。(3) 分支机构应当在其名称中标明该外国公司的国籍及责任形式。

三、外国公司分支机构的权利义务

1. 外国公司的分支机构在其经营业务范围内享有经营权，其合法权益受中国法律保护。

2. 外国公司的分支机构必须遵守中国的法律，不得损害中国的社会公共利益。

3. 外国公司撤销其在中国境内的分支机构时，必须依法清偿债务，并按照公司法规定的清算程序进行清算。未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产移至中国境外。

第八节 法律责任

一、公司的法律责任

1. 公司办理登记时，虚报注册资本、提交虚假证明文件或采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的，责令改正。对虚报注册资本的公司，处以虚报资本额 5% ~ 10% 以下罚款；对采取欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。情

节严重的，撤销公司登记，构成犯罪的，追究刑事责任。

2. 公司制作虚假招股说明书、认股书、债券募集办法发行股票或债券的，或未经主管部门批准，擅自发行股票或债券的，责令停止发行，退还所募资金及其利息，处以非法募集资金的1%~5%罚款，构成犯罪的，追究刑事责任。

3. 公司违反规定，在法定会计账册以外另立会计账册的责令改正，处以1万元至10万元的罚款。公司向股东和社会公众提供虚假或隐瞒重要事实的财务会计报告的，对公司或对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以1万元至10万元的罚款。将公司资产以任何个人名义开立账户储存的，没收违法所得，并处以违法所得1倍至5倍的罚款。以上违法行为构成犯罪的，均依法追究刑事责任。

4. 公司不按规定提取法定公积金、公益金的，责令如数补足；公司在合并、分立、减少注册资本或进行清算时，不按规定通知或公告债权人的，责令改正。对以上两种违法行为可处以1万元至10万元的罚款。

5. 公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或财产清单作虚假记载，或者未清偿债务前分配公司财产的，责令改正，对公司处以隐匿财产或分配公司财产1%~5%的罚款。对直接责任人员处以1万元至10万元的罚款。构成犯罪的，追究刑事责任。

6. 公司成立后，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，由公司登记机关吊销其营业执照。公司登记事项变更，未依法办理有关变更登记的，责令限期登记，逾期不登记的，处以1万元至10万元的罚款。

二、发起人、股东的法律责任

公司的发起人、股东未交付货币、实物或未转移财产权，虚

假出资、欺骗债权人和社会公众的，或者在公司成立后，抽逃其出资的，责令改正，并处以虚假出资额和抽逃出资额的5%~10%的罚款，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、董事、监事、经理的法律责任

1. 董事、监事、经理利用职权收受贿赂和其他非法收入，或侵占公司财产的，没收违法所得，责令退还财产，由公司给予处分。

2. 董事、经理挪用公司资金或将公司资金借贷给他人的，责令退还资金，将其所得收归公司所有，并由公司给予处分。以上两条构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 董事、经理违反规定，用公司资产为本公司股东或其他个人债务提供担保的，责令取消担保，将所得收入收归公司所有。违法者依法承担赔偿责任，情节严重的，由公司给予处分。

4. 董事、经理违反规定，自营或者为他人经营与任职公司同类业务的，除将其所得收入归公司所有外，并可由公司给予处分。

四、清算组及其成员的法律责任

清算组不按照公司法的规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告隐瞒重要事实或有重大遗漏的，责令改正。

清算组成员利用职权徇私舞弊、谋取非法收入或者侵占公司财产的，责令退还公司财产，没收违法所得，并可处以违法所得1~5倍的罚款。构成犯罪的，追究刑事责任。

五、其他有关机构的法律责任

1. 国务院授权的有关主管部门，对不符合条件设立公司的

申请予以批准，或对不符合条件的股份发行的申请予以批准，情节严重的，对直接负责人员和直接责任人员给予行政处分。

2. 国务院证券管理部门对不符合条件的募集股份、股票上市和债券发行的申请予以批准，情节严重的，对直接负责人员和直接责任人员给予行政处分。

3. 公司登记机关对不符合条件的登记申请予以登记，情节严重，或公司登记机关的上级部门强令公司登记机关对不符合条件的登记申请予以登记的，或对违法登记进行包庇的，对直接负责人员和直接责任人员依法给予行政处分。

4. 承担资产评估、验资或者验证的机构，提供虚假证明文件的，没收违法所得，处以违法所得1~5倍的罚款，并可由主管部门责令该机构停业，吊销直接责任人员的资格证书。

以上四类违法行为，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 承担资产评估，验资或验证的机构，因过失提供有重大遗漏报告的，责令改正。情节较重的，处以所得收入1~3倍的罚款，并可由有关主管部门责令该机构停业，吊销直接责任人员的资格证书。

思考与练习

1. 如何理解有限责任公司的概念和特征？
2. 试比较有限责任公司与股份有限公司在设立方面有何异同。
3. 公司有哪些特征和种类？
4. 说明公司法的适用范围。
5. 有限责任公司具有哪些特征？
6. 有限责任公司设立的条件和程序如何？

7. 说明有限责任公司的组织机构。
8. 哪些人不能担任公司的董事、监事、经理？
9. 国有独资公司的特点和组织机构如何？
10. 股份有限公司设立的条件和方式如何？
11. 设立股份有限公司应遵守哪些程序？
12. 说明股东大会的职权和议事方式。
13. 股份有限公司发行股份应遵循哪些原则？
14. 公司法对股份的转让作了哪些限制？
15. 哪些主体可以发行公司债券？
16. 说明公司合并与分立的概念和程序。
17. 发生哪些情形之一时，公司应予解散。
18. 外国公司分支机构的法律地位如何？享有哪些权利义务。
19. 公司及其董事、监事、经理的哪些行为应承担法律责任？
20. 公司的税后利润应按照怎样的顺序进行分配？
21. 如何对上市公司资产进行评估？

第八章 企 业 法

第一节 企业法概述

一、企业的概念和法律形态

(一) 企业的概念和特征

企业是人类社会经济发展到一定历史阶段的产物，是现代社会经济生活中最常见最基本的经济组织形式。具体说，企业是指依法成立的，实行独立核算、自负盈亏，相对独立的从事商品生产经营活动的经济组织。

企业的特征主要有：必须依法设立；从事商品生产经营活动；是实行独立核算、自负盈亏的独立的经济实体；以盈利为目的。

(二) 企业的法律形态

现阶段我国企业的法律形态具有明显的经济体制转轨过程的痕迹。按照现行的法律规定，可以按照企业投资者的多少和承担责任的不同来划分企业的组织形式，也可以按照所有制的不同来划分企业的组织形式，两种划分方式及相应的组织形式相互交叉、并存。

1. 按照投资者承担责任形式的不同来划分，企业的法律形态有公司、合伙企业、独资企业等。

2. 按照所有制形式的不同来划分，企业的法律形态有全民

所有制企业、集体所有制企业、私营企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业等。

二、企业法的概念和体系

企业法，是指调整企业的设立、变更和终止，企业的法律地位、权利义务以及企业内部领导制度等关系的法律规范的总称。

我国目前现行的企业法主要有《全民所有制工业企业法》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》、《城镇集体所有制企业条例》、《乡村集体所有制企业条例》、《私营企业暂行条例》、《中华人民共和国合伙企业法》、《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》和《外资企业法》等。《中华人民共和国公司法》也属于企业法的范畴。

经济体制改革，使我国企业发生了重大变化。首先，企业的种类大大增多，除原有的国有企业、集体企业外，出现了合伙企业、私营企业、外商投资企业等。其次，国有企业的地位发生了变化，在诸多行业，国有企业的垄断局面已被打破，国有企业正在逐步成为众多平等的市场经营主体之一，私营企业等正在国民经济中发挥着越来越重要的作用。再次，企业的经营方式正在朝着多样化发展。除承包、租赁等经营方式外，托管等方式也被部分企业采用。从以上可以看出，随着建立现代企业制度步伐的加快，我国企业组织形式和经营活动也朝着社会化、国际化的方向发展。尤其是许多企业采取了公司、合伙等组织形式，对我国的企业立法工作提出了更高的要求。形势的发展要求企业立法工作，不能再固守按照企业的所有制不同进行立法的思想，而是应转向按照投资者承担责任的不同来进行立法。近几年来我国先后发布实施的《中华人民共和国公司法》和《中华人民共和国合伙企业法》标志着我国在企业立法工作上的飞跃。

三、企业法的主要内容

企业法是经济法的主体法和组织法。它主要调整、规范企业的组织和行为两个方面的关系。它的内容主要包括：

(一) 关于企业设立、变更和终止的规定

企业作为一种进行市场活动的经济实体，必须具备合法的主体资格。因此企业法一般都明确规定企业取得合法主体资格的实体条件和程序条件。设立企业的实体条件主要是要求企业具备一定的名称、组织形式、生产经营场所、必需的资产和从业人员等。设立企业的程序条件主要有申请、审批和登记。另外，企业法还规定企业主体资格变更和终止的条件和程序。

(二) 关于企业权利义务的规定

企业权利义务方面的规定，是对企业自主经营权行使范围的限定，企业权利义务的大小能够从某一方面表明企业在社会经济生活中的法律地位以及企业外部环境的宽松程度。改革开放以来，我国通过法律形式不断扩大企业的经营自主权，这有利于理顺企业与国家之间的关系，有利于调动企业的积极性，促使企业增强风险意识和竞争意识，独立面对市场，实现自我约束和自我发展。

现行的几个企业法都规定了企业具有两大权利，即财产权和经营管理权。财产权是指企业对自己所有的财产或依法授予经营的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。经营管理权是指企业在生产经营、人事劳动、资金分配等方面的组织、指挥、计划等项权利。企业法同时规定了企业对国家、对社会、对职工应承担的义务。

(三) 关于企业领导体制的规定

企业的领导体制是由企业的领导机构构成的组织领导体系以

及各领导机构、人员之间的权限划分。正确、科学地规定这方面内容，有利于理顺企业的内部关系，调动出资者、经营者和广大职工的积极性，形成团结协作的局面。

企业的领导体制如何建立，与企业出资状况密切联系，现行的企业法根据出资状况不同对各种企业的领导体制作了不同的规定。

（四）关于违反企业法责任的规定

包括违反企业设立程序、违反企业产品质量、企业领导人滥用职权、侵犯企业合法权益等方面的法律责任。

第二节 全民所有制工业企业法

一、全民所有制企业法概述

（一）全民所有制企业的概念和特征

全民所有制企业是以生产资料全民所有制为基础，依法从事生产经营活动，自主经营、自负盈亏、独立核算的商品经济组织。全民所有制企业依法享有法人资格。

与其他组织相比，全民所有制企业具有以下三个基本特征：

1. 全民所有制企业是商品经济组织。它以创造利润和追求经济效益为目的。这一特征明确了它的经济组织性质，使它与国家机关、事业单位、社会团体等组织区别开来。

2. 全民所有制企业是自主经营、自负盈亏、独立核算的组织。它是一个具有法人资格的经济实体。这一特征明确了它独立的经济地位，使它与下属的分厂、车间、班组等区别开来。

3. 全民所有制企业是以生产资料全民所有制为基础的组织。它的财产属于国家所有，企业对国家授予其经营管理的财产享有

法人财产权。全民所有使它与集体企业、私营企业、外商投资企业等组织区别开来。

（二）全民所有制工业企业法的概念和适用范围

狭义的全民所有制工业企业法仅指 1988 年 4 月 13 日七届全国人大一次会议通过的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》。广义的全民所有制工业企业法泛指一切调整全民所有制工业企业的设立、变更和终止及其经营管理关系的法律规范的总称。因其原则上可以适用于其他行业的全民所有制企业，故本书以下均称为全民所有制企业。

目前，我国现行的关于全民所有制企业的法律、法规主要有：《中华人民共和国全民所有制工业企业法》、《全民所有制工业企业厂长工作条例》、《全民所有制工业企业职工代表大会条例》、《中国共产党全民所有制工业企业基层组织工作条例》、《企业法人登记管理条例》、《禁止向企业摊派暂行条例》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》、《关于进一步推动横向经济联合若干问题的规定》等等。其中《中华人民共和国全民所有制工业企业法》是一部重要的基本法律，它于 1988 年 4 月 13 日公布，自 1988 年 8 月 1 日起施行。这部法律对于全部现行的全民所有制工业企业法规起着统帅作用，是制定新的全民所有制工业企业法规的依据。另外，国务院于 1992 年 7 月 23 日发布施行的《全民所有制工业企业转换经营机制条例》，是我国社会主义市场经济新形势下的一项重要法规，该《条例》提出了新形势下企业转换经营机制的目标和原则，并对企业的经营权、自负盈亏的责任、政府与企业的法律责任等作了更全面更深刻的规定。

二、全民所有制企业的设立、变更和终止

（一）企业的设立

1. 企业设立的概念和条件。企业设立是指企业为开办从事生产经营活动，依照法定程序经批准、登记、取得法人资格的过程。

企业设立必须具备以下条件：(1) 产品为社会所需要；(2) 有能源、原材料，交通运输的必要条件；(3) 有自己的名称和生产经营场所；(4) 有符合国家规定的资金；(5) 有自己的组织机构；(6) 有明确的经营范围；(7) 法律、法规规定的其他条件。

2. 企业设立的审批和登记。企业设立必须依照法律和国务院规定，报请政府或者政府主管部门审核批准。批准后，企业持批准文件、组织章程、资信证明和其他有关文件，向工商行政管理机关办理开业登记。企业经工商行政管理机关核准登记注册，领取《企业法人营业执照》后，即告成立。

企业登记注册的内容，主要包括下列事项：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、注册资金、从业人数、经营期限、分支机构。企业应当在核准登记的经营范围内从事生产经营活动。

(二) 企业的变更

1. 企业变更的概念和形式。企业变更是指企业的名称、地址、法定代表人、生产经营范围、生产经营方式、注册资金以及增设或者撤销分支机构等的改变。

企业变更，通常采取合并、分立、转产、兼并、迁移等形式。《转换经营机制条例》规定：企业可以主动实行转产，可以自主决定兼并其他企业，经政府决定或批准，可以合并或分立。总之，企业可以通过转产、停产整顿、合并、分立、解散、破产等方式进行产品结构和组织结构调整，实现资源合理配置和企业的优胜劣汰。

2. 企业变更应注意的问题。(1) 必须采取有效措施，保护

企业财产，任何人不得盗窃、毁坏、哄抢、私分、隐匿和无偿转让。企业的领导人员必须组织职工群众保护好企业的厂房、设备、工具、原材料、燃料、产品等。企业主管部门要加强管理和监督。(2) 企业合并或分立时，原企业的权利义务由变更后的企业享有和承担。

(三) 企业的终止

1. 企业终止的概念和原因。企业终止是指企业的存在状态归于结束，法人资格不再存在。

企业发生下列情形之一的，依法终止：(1) 违反法律、法规被责令撤销；(2) 政府主管部门依照法律、法规的规定决定予以解散；(3) 依法被宣告破产；(4) 其他原因。

2. 企业终止的清算。企业终止时要进行清算。被解散、撤销的企业，应当由政府主管机关组织清算组进行清算；被宣告破产的企业，应当由人民法院组织清算组进行清算。通过清算，查清企业财产，清理债权债务，依法处理剩余财产。

3. 企业终止的注销登记。企业终止时，应持法定代表人签署的申请注销登记报告，审批机关的批准文件，清理债权债务的有关文件，向工商行政管理机关办理注销登记。经核准后，收缴《企业法人营业执照》及其副本，收缴公章，并将注销登记情况告知企业的开户银行。

三、全民所有制企业的权利和义务

全民所有制企业作为民事和经济法律关系主体，依法享有相关法律规定的法人财产权、经营权等一切权利。

企业法人的财产权是指企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。《全民所有制工业企业法》第2条第2款规定：“企业的财产属于全民所有，国家依照所有

权和经营权分离的原则授予企业经营管理。企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。”

企业在自主经营方面的权利包括以下具体内容：

1. 生产经营决策权。企业可以根据国家宏观计划指导和市场需要，自主作出生产经营决策，生产产品和为社会提供服务。企业可以自主决定调整生产经营范围。对缺乏应当由国家计划保证的能源、主要物资供应和运输条件的指令性计划，可以要求调整。计划部门不予调整的，企业可以不执行。

2. 产品、劳务定价权。企业生产的日用工业消费品，除了个别产品以外，可自主定价。企业生产的生产资料，除少数产品外，可自主定价。企业提供的加工、维修、技术协作等劳务，由企业自主定价。

3. 产品销售权。企业可以在全国范围内自主销售本企业生产的产品，任何部门和地方政府不得对其采取封锁、限制和其他歧视性措施。国务院另有规定的除外。

4. 物资采购权。企业可以自行选择供货单位、供货形式、供货品种和数量。自主签订购货合同和进行物资调剂，购进生产所需要的物资。

5. 进出口权。企业可以在全国范围内自行选择外贸代理企业从事进出口业务，并有权参与同外商的谈判。企业享有的外汇留成，任何单位和部门不得平调和截留。

6. 投资决策权。企业依照法律和国务院有关规定，有权以留用资金、实物、土地使用权、工业产权和非专利技术向国内各地区、各行业的企、事业单位投资，购买和持有其他企业的股份。经政府有关部门批准，可以向境外投资或者在境外开办企业。

7. 留用资金支配权。企业在保证实现企业财产保值、增值

的前提下，有权自主确定税后留用利润中各项基金的比例和用途，报政府有关部门备案。

8. 资产处置权。企业根据生产经营的需要，对一般固定资产可以自主决定出租、抵押或者有偿转让；对关键设备、成套设备或者重要建筑物可以出租，经政府主管部门批准也可以抵押、有偿转让。法律另有规定的除外。

9. 联营、兼并权。企业有权与其他企业、事业单位联营，有权按照自愿、有偿的原则兼并其他企业，报政府主管部门备案。

10. 劳动用工权。企业有权按照面向社会、公开招收、全面考核、择优录取的原则，自主决定招工的时间、条件、方式、数量。

11. 人事管理权。企业有权按照德才兼备、任人唯贤的原则和责权利相统一的要求，自主行使人事管理权。对管理人员和技术人员可以实行聘任制、考核制。可以根据实际需要，设置在本企业内有效的专业技术职务。

12. 工资奖金分配权。企业有权确定适合本企业情况的工资形式和奖金分配办法。

13. 内部机构设置权。企业有权决定内部机构的设立、调整和撤销，决定企业的人员编制。

14. 拒绝摊派权。企业有权拒绝任何部门和单位向企业摊派人力、物力、财力。企业可以向审计部门或者其他有关部门控告、检举、揭发摊派行为。并要求做出处理。有权抵制任何部门和单位对企业进行检查、评比、评优、达标、升级、鉴定、考试、考核。法律和国务院另有规定的除外。

企业的义务有：

1. 企业必须完成国家指令性计划。必须履行依法订立的合

同。

2. 企业必须保障固定资产的正常维修, 改进和更新设备。

3. 企业必须遵守国家关于财务、劳动工资、物价管理等方面的规定, 接受财政、审计、劳动工资和物价、工商等机关的监督。

4. 企业必须保证产品质量, 对用户和消费者负责。

5. 企业必须提高劳动效率, 节约能源和原材料, 努力降低成本。

6. 企业必须加强保卫工作, 维护生产秩序, 保护国家财产。

7. 企业必须贯彻安全生产制度, 改善劳动条件, 做好劳动保护和环境保护工作, 做到安全生产和文明生产。

8. 企业应当加强思想政治教育、法制教育、国防教育、科学文化教育和技术业务培训, 提高职工队伍素质。

9. 企业应当支持和奖励职工进行科学研究、发明创造, 开展技术革新、合理化建议和社会主义劳动竞赛活动。

四、企业的厂长(经理)负责制

(一) 厂长(经理)负责制(以下简称厂长负责制)的概念

厂长负责制是企业的生产经营管理工作由厂长统一领导和全面负责的一种企业内部领导制度。

实行厂长负责制, 必须保证厂长在企业生产经营重大问题上的决策权, 突出厂长在行政指挥中的作用。但是, 不应把实行厂长负责制同加强和改善党对企业的领导、巩固和发扬民主管理对立起来。而是要使企业行政、党组织和工会等群众组织, 都紧紧围绕生产经营的中心, 按照分工, 加强各自职责范围内的工作, 调动各个方面的积极性。

(二) 厂长的法律地位

按照企业法的规定，厂长是企业的法定代表人，在企业中处于中心地位，对企业的物质文明和精神文明负全面责任。厂长的法律地位主要体现在厂长对外代表企业进行各种法律活动，如签订合同、向银行贷款、参加诉讼和对内行使各种职权等。

1. 厂长的职权。厂长依法享有以下职权：（1）企业经营管理的决策权和生产指挥权。（2）企业副厂长和厂级经济技术负责人的提名权；企业中层干部的任免权。（3）按国家规定对本企业职工奖惩权。（4）拒绝摊派权。（5）对职工代表大会决议的提请复议权。如对工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度、福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的决议提请复议。（6）国家规定的其他权限。

2. 厂长的责任。厂长应当根据国家计划 and 市场需求，结合任期责任目标，提出企业的年度经营目标和发展方向；应当组织企业各方面的力量，保证完成国家计划，严格履行经济合同；应当注重市场信息，不断开发新产品，推进企业的技术进步和现代化管理；应当不断改善劳动条件，改善职工生活条件，充分发挥职工参加社会主义建设的主动性、积极性和创造性。

3. 厂长的奖励和处分。（1）厂长的奖励。厂长在工作中成绩显著，具有下列情形之一者，给予荣誉奖励、一次性物质奖励或晋级奖励：①企业主要经济技术指标达到国际先进水平，或在全国同行业、同类企业中达到先进水平；②企业产品进入国际市场，有竞争能力，为国家创汇作出较大贡献；③企业产品销售额、实现利润、上缴税利连续3年以上有较大幅度增长，职工收入有所增加；④创出优质名牌产品，社会经济效益显著；⑤推动技术改造和技术进步成绩显著，有重大技术突破，或为企业创造了自我发展的条件；⑥推行现代化管理取得显著效果。（2）厂长的处分。由于厂长的过错，企业违反法律、法规和规章制度，损

害国家、企业、职工、用户或消费者利益；不履行经济合同造成重大损失；忽视产品质量，多次发生重大质量事故等，应当区别情节轻重，给予行政处分，情节严重，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

4. 厂长执行职务的法律保护。厂长行使职权时受国家法律保护，任何组织和个人不得威胁、压制、阻挠和打击报复。凡是阻碍厂长和各级管理人员依法行使职权的，或者扰乱企业秩序，致使生产、营业、工作不能正常进行的，由企业所在地公安机关给予治安管理处罚，情节严重构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

（三）厂长的产生和任免

1. 厂长的产生。《全民所有制工业企业法》第 44 条规定：厂长的产生，除国务院另有规定外，由政府主管部门根据企业的情况采取下列两种方式：（1）由政府主管部门委任或招聘；（2）由企业职工代表大会选举。政府主管部门委任或招聘的厂长人选，须征求职工代表的意见；企业职工代表大会选举的厂长，须报政府主管部门批准。

2. 厂长的任免。厂长实行任期制，每届任期 3~5 年，可以连任。厂长任期届满前，原任命或批准机关应当根据厂长在任期内的实绩，在听取职工代表大会意见的基础上作出连任或离任的决定。职工代表大会提出要求罢免厂长的建议时，企业主管机关应当在 30 天内调查处理完毕。厂长在任期内因力不胜任或有严重失职行为，企业主管机关有权免除其职务。

（四）企业的管理委员会

1. 管理委员会的构成。企业建立以厂长为首的、统一的、强有力的、高效率的生产经营管理系统——管理委员会。管理委员会由厂长、副厂长、总工程师、总经济师、总会计师、党委书

记、工会主席、团委书记和职工代表组成。职工代表（包括工会主席）人数一般应当占管理委员会成员的1/3。厂长任管理委员会主任。

2. 管理委员会的性质。企业管理委员会是协助厂长决定重大问题的机构。如对企业经营方针、长远和年度计划、基本建设方案和重大技术改造、技术引进方案、工资调整计划、重要规章制度的建立、修改和废除等等重大问题协助厂长决策。

五、企业职工代表大会

（一）职工代表大会的性质和职权

1. 职工代表大会的性质。职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式，是职工行使民主管理权力的机构。企业实行民主管理，是由企业的社会主义性质决定的，也是搞好经济体制改革增强企业活力的需要，同时又是发挥职工群众积极性，正确实行厂长负责制保证。因此要不断加强职工代表大会的思想建设和组织建设，充分发挥它在企业各项民主管理工作中的巨大作用。

2. 职工代表大会的职权。（1）听取和审议厂长关于企业的经营方针、长远计划、年度计划、基本建设方案、重大技术改造方案、职工培训计划、留用资金分配和使用方案等的报告，提出意见和建议。（2）审查同意或者否决企业的工资调整方案、奖金分配方案、劳动保护措施、奖惩办法以及其他重要的规章制度。（3）审议决定职工福利基金使用方案、职工住宅分配方案和其他有关职工生活福利的重大事项。（4）评议、监督企业各级行政领导干部，提出奖惩和任免的建议。（5）根据政府主管部门的决定选举厂长，报政府主管部门批准。

（二）职工代表大会的组织制度

1. 职工代表。职工代表应当由职工直接选举产生。大型企

业的职工代表也可由分厂或车间的职工代表相互选举产生。职工代表每两年改选一次，可以连选连任。

2. 参加企业管理委员会的职工代表，由职工代表大会选举产生。他们要向职工代表大会汇报工作，接受职工代表大会的监督。职工代表大会有权撤换参加管理委员会的职工代表。

3. 会议制度。职工代表大会至少每半年召开一次。每次会议必须有 2/3 以上的职工代表参加。遇有重大事项，经厂长、工会或 1/3 以上职工代表提议，可召开临时会议。职工代表大会进行选举和作出决议，必须经全体职工代表过半数通过。职工代表大会在其职权范围内决定的事项，非经职工代表大会同意不得修改。

4. 专门小组。职工代表大会可根据需要，设立若干精干的临时或经常性的专门小组，完成其交办的有关事项。专门小组进行活动需占用生产和工作时间，有权按照正常出勤享受应得的待遇，但需经厂长同意。专门小组的人员，一般在职工代表中提名，也可聘请非职工代表，但须经职工代表大会通过。

（三）职工代表大会的工作机构

职工代表大会的工作机构，即企业的工会（全称工会委员会）。工会负责职工代表大会的日常工作，主要有下列 7 项：（1）组织职工选举职工代表；（2）提出职工代表大会议题的建议，主持职工代表大会的筹备工作和会议的组织工作；（3）主持职工代表团（组）长、专门小组负责人联席会议；（4）组织专门小组进行调查研究，向职工代表大会提出建议，检查督促大会决议的执行情况，发动职工落实职工代表大会决议；（5）向职工进行民主管理的宣传教育，组织职工代表学习政策、业务和管理知识，提高职工代表素质；（6）接受和处理职工代表的申诉和建议，维护职工代表的合法权益；（7）组织企业民主管理的其他工作。

六、企业与政府的关系

(一) 正确处理企业与政府关系的意义

建国以来，由于长期政企职责不分，国家对企业统得太多，管得太死，带来了严重的弊端：企业缺乏应有的自主权，实际上成了政府机构的附属物，压抑了企业的生机和活力；政府机构包揽了许多本来不应管的事，而许多该管的事又未能管好；隶属于不同部门和地区的企业互相割裂，难以开展专业化协作和社会竞争。因此，必须按照政企职责分开的原则改革企业和政府的关系。

总结我国过去长期政企不分的经验教训，正确处理企业和政府之间的关系具有以下意义：

1. 有利于加强政府对企业的宏观管理，使政府机关集中精力组织领导好企业，并为企业生产经营活动提供保证和服务。
2. 有利于明确政府的职责权限，促进国家机关简政放权，加强国家机关自身的思想建设和组织建设。
3. 有利于企业摆脱部门、地区和行业的不合理的束缚和干预，保证企业真正成为相对独立的经济实体，促进企业的横向经济联系。
4. 有利于将企业置于市场经济的大潮之中，增加企业的责任感和竞争观念，以使企业适应复杂多变的社会主义市场经济的需要。

(二) 政府对企业的职责

政府对企业的职责，主要是对企业进行协调、监督和管理，为企业提供服务。具体有以下五大项：

1. 国务院代表国家行使企业财产的所有权。为确保这一权利，政府及其有关部门分别行使下列 8 项职责：(1) 考核企业财

产保值、增值指标，对企业资产负债和损益情况进行审查和审计监督。(2) 根据国务院有关规定，决定、批准企业生产性建设项目。(3) 根据国务院有关规定，决定国家与企业之间财产收益的分配方式、比例或者定额。(4) 决定或者批准企业的资产经营形式和企业的设立、合并（不含兼并）、分立、终止、拍卖，批准企业提出的被兼并申请和破产申请。(5) 根据国务院有关规定，审批企业财产的报损、冲减、核销及关键设备、成套设备或者重要建筑物的抵押、有偿转让，组织清算和收缴被撤销、解散企业的财产。(6) 依照法定条件和程序，决定或者批准企业厂长的任免和奖惩。(7) 拟定企业财产管理法规，并对执行情况进行监督、检查。(8) 维护企业依法行使经营权，保障企业的生产经营活动不受干预。

2. 加强宏观调控和行业管理，建立宏观调控体系。主要包括：制定经济和社会发展战略、方针和产业政策，控制总量平衡，规划和调整产业布局；运用利率、税率、汇率等经济杠杆和价格政策，调控和引导企业行为；引导企业组织结构调整，实现资源合理配置；建立和完善适应商品经济发展的企业各项制度；推动技术进步，开展技术和业务培训，为企业决策和经营活动提供信息、咨询。

3. 培育和完善的市场体系，发挥市场调节作用。主要包括：协调和建立生产资料市场、劳务市场、金融市场、技术市场、信息市场和企业产权转让市场，发布市场信息、加强市场管理，制止违法经营和不正当竞争。

4. 建立和完善社会保障体系。主要是建立和完善养老保险制度；职工的待业保险制度；医疗保险、工伤保险和生育保险等制度。

5. 为企业提供服务。主要包括：发展和完善与企业有

关的公共设施和公益事业；建立和发展会计师、审计师、律师事务所和其他社会服务组织；完善劳动就业服务体系；健全劳动争议仲裁制度；协调企业与其他单位的关系，保障企业的正常生产经营秩序。

（三）政府机关的法律责任

根据《企业转换经营机制条例》第 47 条的规定，政府有关部门违反该条例，有以下 12 种行为之一的，上级机关应当责令其改正；情节严重的，由同级机关或者有关上级机关对主管人员和直接责任人员给予行政处分；构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

1. 超越、滥用管理权限下达指令性计划并强令企业执行的；
2. 干预企业投资决策权或者审批企业投资项目有重大失误的；
3. 以封锁、限制或者其他歧视性措施，侵犯企业物资采购权或者产品销售权的；
4. 干预、截留企业的产品、劳务定价权的；
5. 限制、截留企业进出口权，或者平调、挤占、挪用企业自主使用的留成外汇的；
6. 截留或无偿调拨企业留用资金，或干预企业资产处置的；
7. 强令企业对职工进行奖励、晋级增薪，干预企业录用、辞退、开除职工或者解除劳动合同的；
8. 未依照法定程序和条件任免厂长、其他厂级领导或者干预厂长行使企业中层行政管理人員任免权的；
9. 强令企业设置对口机构、规定人员编制和级别待遇，违反法律和国务院规定，对企业进行检查、评比、评选、达标、升级、鉴定、考试、考核的；
10. 非法要求企业提供人力、物力、财力以及对拒绝摊派的

企业进行打击报复的；

11. 未依照法定程序和条件，阻止或者强迫企业进行组织机构调整的；

12. 不依法履行对企业监督、检查职责，或有其他非法干预企业经营权，侵犯企业合法权益行为的。

第三节 企业破产法

一、企业破产法概述

(一) 企业破产法的形成和发展

破产这一社会现象随着商品经济的出现而萌芽。早在奴隶制社会简单的商品经济中，自由民破产的事件就屡有发生。奴隶主阶级为了维护作为债权人的奴隶主的权益，在罗马法中制定了处理破产事件的规定。到了封建社会，由于农民、手工业者和商人的破产事件日益增多，意大利从13世纪起，法国、德国、英国从15~16世纪起相继制定了破产法规。到了资本主义社会，由于商品经济上升到统治地位，企业破产倒闭的现象大量增加，资本主义国家的破产法也不断得到发展和完善。

商品经济是导致企业破产现象发生的根源，这是因为价值规律引起竞争，竞争规律导致优胜劣汰，优胜劣汰规律要求在竞争中处于劣势的失败者必然被淘汰。在我国社会主义市场经济条件下，价值规律、竞争规律、优胜劣汰规律仍在发挥作用。尤其是我国横向经济联合的发展，生产资料市场、劳务市场、金融市场等社会主义市场经济体系的建立，国际市场的开拓以及社会主义竞争的日益激烈等等，使得企业严重亏损和濒临破产的现象连续发生。这就说明，实施破产制度，不仅是剥削阶级社会的需要，也

是社会主义市场经济发展的客观要求。

(二) 企业破产法的概念和特征

1. 企业破产法的概念。企业破产是指企业不能清偿到期债务时，由人民法院依法将其全部财产抵偿所欠各种债务，并依法免除其无法偿还的债务的一种法律事实。企业破产法是调整因企业破产而产生的各种社会关系的法律规范的总称，主要是调整债权、债务关系和破产企业的经营管理权和财产所有权关系。

在我国现阶段，部分企业发生破产是一种客观存在，它是企业在商品经济中，生产经营活动失败的结果。施行破产法，就是通过法律程序承认破产事实，解决破产纠纷，处理破产财产及其他一系列有关企业破产的问题，促进竞争，促进企业加强经营管理，减少破产事件的发生。破产法一般包括实体规范和程序规范两个方面的内容。实体规范主要有破产界限、破产财产及其清偿、破产债权等。程序规范主要有破产申请的提出与受理、债权人会议、和解整顿等。

我国企业破产法的立法宗旨主要在于：促进企业改善经营管理，提高经济效益，既保护债权人的合法权益，也保护债务人的合法权益，维持正常的市场经济秩序。

2. 企业破产法的特征。(1) 我国企业破产法的立法指导思想是促进全民所有制企业不断提高和发展，使其在市场竞争中立于不败之地。全民所有制企业是社会生产力和经济技术进步的主导力量，实行破产制度的基本出发点，就是促进它们充分行使国家授予的经营管理权，努力提高自身素质，适应社会主义市场经济的客观要求。(2) 我国企业破产法把对濒临破产企业的挽救作为重点内容。企业破产法专门设立了“和解和整顿”一章，对于达到破产界限的企业，可以进行整顿和挽救，争取使它复苏，起死回生，以减少企业破产，保护社会生产力。(3) 我国企业破产

法对妥善安排破产企业职工的生活和就业作出明确规定。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。具体办法由国务院另行规定。”根据这一规定，国务院于1986年7月发布了《国营企业待业保险暂行规定》，明确要求设立职工待业保险基金，并由当地劳动行政主管部门所属的劳动服务公司负责办理就业指导、转业训练、介绍工作和发放待业救济金等事项。(4)我国企业破产法明确规定了企业破产后，法定代表人、上级主管部门的领导人应承担的法律责任。这一规定充分体现了企业要对国家授予其经营管理的财产负责的原则，厂长（经理）及其有关人员要对企业破产负责的原则。

（三）全民所有制企业破产法的立法状况

根据经济发展的需要，1986年12月2日第六届全国人大常委会第十八次会议审议通过了《中华人民共和国企业破产法（试行）》，并于1988年11月1日开始施行。该法结束了我国建国后没有破产法的历史，是我国处理国有企业破产案件的主要依据。另外，为了贯彻执行上述企业破产法，正确处理破产诉讼中的有关问题，最高人民法院于1991年11月7日发出了《关于贯彻执行〈中华人民共和国企业破产法（试行）〉若干问题的意见》。随后，为适应我国社会主义市场经济体制的建立和发展，国务院于1994年10月25日发出了《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》，国家国有资产管理局于1997年11月10日发布了《在若干城市试行国有企业破产有关资产评估问题的暂行规定》等。除此以外，在《中华人民共和国民事诉讼法》、《全民所有制工业企业转换经营机制条例》等重要规范性文件中，也规定有企业破产方面的法律规范。

以上法律、法规确立了我国破产制度的原则、体系及具体内

容，对于促进企业改善经营状况，提高经济效益，保护债权人、债务人的合法权益，保证经济体制改革的顺利发展起到重要作用。

（四）企业破产法的适用范围

我国企业破产法适用于全民所有制企业。《中华人民共和国企业破产法（试行）》第43条明确规定：“本法自《全民所有制工业企业法》实施满3个月之日起试行。”可见，企业破产法与《全民所有制工业企业法》有着密切的联系。我国《全民所有制工业企业法》于1988年8月1日起施行，《企业破产法（试行）》于1988年11月1日起施行。这两部重要法律的适用范围均为全民所有制企业。

目前，我国除全民所有制企业以外，集体企业、外商投资企业、合营企业等也存在破产问题，我国的法律没有对非国有企业破产的问题作出专门规定，但是第七届全国人大第四次会议于1991年4月9日通过的《中华人民共和国民事诉讼法》第19章专门规定了“企业法人破产还债程序”。该章规定适用于所有具有法人资格的企业，包括集体企业、外商投资企业、合营企业等等。因此，非国有企业的破产还债程序应按照《中华人民共和国民事诉讼法》第19章的规定执行。国有企业案件的破产还债程序，适用《企业破产法（试行）》，该法没有规定的，同样适用《中华人民共和国民事诉讼法》第19章规定的程序。

（五）我国企业破产法的重要意义

1. 从微观来看，有以下四点意义：（1）促进企业落实经营自主权；（2）促进企业建立健全层层责任制；（3）促进企业加强民主管理；（4）促进企业改善经营管理，提高经济效益。

2. 从宏观来看，有以下两点意义：（1）依法处理债权人和债务人的关系，保护债权人和债务人的合法权益，稳定社会经济

秩序。(2) 促进竞争, 优胜劣汰, 保证社会主义市场经济健康发展。

(六) 破产界限

破产法第3条规定: “企业因经营管理不善造成严重亏损, 不能清偿到期债务的依照本法规定宣告破产。”这说明, 破产作为一种法律结果, 引起它的唯一原因是经营管理不善。只有由于经营管理不善引起企业严重亏损(不包括政策性亏损), 并且达到不能清偿到期债务的地步, 才导致破产。有下列情况之一的, 不予宣告破产: (1) 公用企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。另外, 企业由债权人申请破产, 上级主管部门申请整顿并且经企业与债权人会议达成和解协议的, 中止破产程序。

二、破产案件的管辖、申请、受理和债权人会议

(一) 破产案件的管辖

破产案件由债务人所在地人民法院管辖。债务人所在地, 是指企业主要办事机构所在地。基层人民法院一般管辖县、县级市或区的工商行政管理机关核准登记的国有企业的破产案件; 中级人民法院一般管辖地区、地级市(含本级)以上工商行政管理机关核准登记的国有企业的破产案件。

(二) 破产的申请

企业提出破产申请应采用书面形式。

1. 债权人申请。债务人不能清偿到期债务, 债权人可以申请宣告债务人破产。债权人提出破产申请时, 应当向人民法院提供下列材料: 债权发生事实及有关证据; 债权的性质、数额; 债权有无财产担保(有财产担保的应当提供证据); 债务人不能清

偿到期债务的有关证据。

2. 债务人申请。债务人经其上级主管部门同意后，可以申请宣告破产。债务人提出破产申请时，应当向人民法院提供下列材料：企业亏损情况的说明；会计报表；企业财产状况明细表和有形财产的处所；债权清册和债务清册（包括债权人和债务人的名单、住所、开户银行，债权债务发生的时间，债权债务数额，有无争议等）；破产企业上级主管部门或者政府授权部门同意其申请破产的意见；人民法院认为依法应当提供的其他材料。

（三）破产案件的受理

1. 审查。人民法院收到破产申请后，应当对债务人是否达到了破产界限以及破产申请是否提供了规定的材料进行审查，并在7日内决定是否立案。人民法院经审查认为破产申请需要更正、补充材料的，可以责令申请人限期更正、补充。按期更正、补充材料的，自收到更正补充材料的次日起7日内决定是否立案；逾期未予更正、补充材料的，视为撤回申请。

申请人不服人民法院驳回破产申请裁定的，有权向上一级人民法院提起上诉。上诉的期限为10日。

2. 通知和公告。（1）通知。法院受理破产案件后，对债权人申请破产的，应当在10日内通知债务人。债务人应在收到法院通知15日内提交有关材料。法院在收到债务人提交的债务清册后10日内，通知已知的债权人。通知中应告知破产案件的申报债权的期限、地点和逾期未报的法律后果以及第一次债权人会议召开的日期、地点等。（2）公告。人民法院受理破产案件后，应当在10日内发布公告。公告除了在受理破产案件的人民法院公告栏内张贴外，还应根据具体案情，如债权人所分布的区域、破产财产所在的区域等，在地方或全国性报刊上登载。公告应包括立案时间；破产案件的债务人；申报债权的期限、地点和逾期

未报的法律后果；第一次债权人会议召开的日期、地点等内容。

3. 债权申报和登记。债权人应在收到通知后1个月内，未收到通知的债权人应当自公告之日起3个月内，向法院申请债权，说明债权的数额和有无财产担保，并提交有关证明材料。逾期未申报债权的，视为自动放弃债权。人民法院对有财产担保的债权和无财产担保的债权申报，应当分别登记。按照法律规定，不同性质的债权在清偿时将受到不同的对待。即有财产担保债权的债权人，享有就担保物优先受偿的权利，可以不通过破产程序获得清偿；无财产担保债权的债权人，只能按照破产程序受偿。

法院受理破产案件后，对债务人财产的其他民事执行程序必须中止。同时，债务人对部分债权人的清偿无效，但是债务人正常生产经营所必需的除外。

4. 债务人的义务。人民法院受理破产案件后，债务人主要有以下义务：(1) 债务人自收到人民法院的通知之日起，停止清偿债务。债务人正常生产经营所必须偿付的，在清算组成立前应当经人民法院审查批准。债务人仍然对部分债权人清偿债务，或者有隐匿、私分或无偿转让财产；非正常压价出售财产；对原来没有财产担保的债务提供财产担保；对未到期的债务提前清偿；放弃自己债权等行为的，人民法院应当裁定无效，追回该项财产，并可依照有关法律对法定代表人、上级主管部门负责人以及其他直接责任者进行处罚，直至追究刑事责任。(2) 债务人的开户银行收到人民法院的通知后，应当及时停止办理债务人清偿债务的结算业务，并不得扣划债务人的既存款和汇入款抵还贷款，扣划的无效，应当退回。开户银行支付维持债务人正常生产经营所必需的费用，需经人民法院许可。(3) 破产企业的全体职工应保护好企业财产，不得非法处理企业的账册、文书、资料和印章，不得隐匿、私分、无偿转让、非正常压价出售企业的财产。

(4) 破产企业的法定代表人在破产程序终结以前,不得擅离职守或以其他方式逃避或者拒绝向清算组办理交接手续。如果有以上行为或者民事诉讼法第 102 条规定的下列行为之一的,人民法院可以根据情节轻重,予以罚款、拘留;构成犯罪的,依法追究刑事责任:伪造、毁灭重要证据,妨碍人民法院审查案件的;以暴力、威胁、贿买方法阻止证人作证或者指使、贿买、胁迫他人作伪证的;隐藏、转移、变卖、毁损已被查封、扣押的财产,或者已被清点并责令其保管的财产,转移已被冻结的财产的;对司法工作人员、诉讼参加人、证人、翻译人员、鉴定人、勘验人、协助执行的人,进行侮辱、诽谤、诬陷、殴打或者打击报复的;以暴力、威胁或者其他方法阻碍司法工作人员执行职务的;拒不履行人民法院已经发生法律效力的判决、裁定的。

(四) 债权人会议

1. 债权人会议的性质。它是由债权人依据法院的通知或公告而组成的一个行使债权,破产参与权的决议机构。债权人会议的法律地位十分重要,它既是一个清理债权债务的决议机构,又是一个监督机构。所有债权人均作为债权人会议成员。债权人会议成员享有表决权,但是有财产担保的债权人除外。债务人的保证人在代替债务人清偿债务后,可以作为债权人。债权人会议主席由人民法院从有表决权的债权人中指定。债务人的法定代表人必须列席债权人会议,回答债权人的询问。

2. 债权人会议的召开。第一次债权人会议由法院召集,应当在债权申报期限届满后 15 日内召开。以后的债权人会议在法院或会议主席认为必要时召开,也可以在清算组或占无财产担保债权总额的 1/4 以上的债权人要求时召开。

3. 债权人会议的职权。(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处理和分配方案。

4. 债权人会议的决议及约束力。债权人会议的决议，一般由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其代表的债权额必须占无财产担保债权总额的 1/2 以上方能生效；通过和解协议草案的决议，要由出席会议的有表决权的债权人过半数通过，并且其代表的债权额必须占无财产担保债权总额的 2/3 以上方能生效。债权人会议的决议，对于全体债权人均有约束力。债权人认为债权人会议决议违反法律规定的，可在决议作出后 7 日内提请法院裁定。

三、和解整顿

(一) 和解和整顿的概念

和解和整顿是法院依法裁定宣告企业破产之前的一种重要程序，又称预防破产程序。和解是指债务人和债权人会议就企业延期清偿债务的期限等问题达成和解协议，经法院认可后，由法院公告中止破产程序。整顿是指被申请破产的企业和债权人会议达成和解协议后，由企业上级主管部门主持对企业进行整顿，使其在一定期限内，扭亏为盈以清偿债权人的债务。

(二) 和解协议

1. 和解协议的内容。在被申请破产的企业上级主管部门提出对该企业进行整顿申请后，被申请整顿的企业应当向债权人会议提出和解协议草案。和解协议的内容主要包括：债权人与债务人的名称；债权的性质和数额；要求债权人减免偿还债务的数额；债务人清偿债务的期限等。

2. 和解协议的效力。《企业破产法（试行）》第 19 条规定：“企业和债权人会议达成和解协议，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。”和解协议生效必须具备两个条件：一是和解协议的内容必须由被申请整顿的企业和债权人会议双方协商一致；二是和解协议必须经人民法院认可并发布公告。

和解协议一经生效，和解双方必须严格遵守。和解协议生效之日是中止破产程序之时。中止破产程序不是破产程序的终结，而是暂时停止破产程序，对企业进行整顿。

（三）整顿的条件、方案及终结

1. 整顿的条件。整顿的条件是：由债权人申请破产的，债务人的上级主管部门在人民法院受理案件后3个月内提出整顿申请，经债权人会议通过和法院认可。人民法院受理破产案件后，企业的上级主管部门不申请整顿的，即可依法宣告其破产。

2. 整顿方案。企业整顿能否顺利进行并达到预期的目的，一个重要方面是要制定好整顿方案。整顿方案的内容主要包括：企业的概况和达到破产界限的原因分析；根据需要调换企业领导人、改组企业领导机构以及精减多余人员的措施；改进经营管理的计划、措施及其可行性研究报告；整顿的期限和目标。依照破产法规定，整顿期限不得超过两年。企业整顿方案应当经过企业职工代表大会讨论，应当提交人民法院和债权人会议。企业整顿的情况应当向企业职工代表大会报告，并听取意见。根据最高人民法院《意见》第36条的规定，企业整顿期间，企业的上级主管部门应当定期向债权人会议和人民法院报告整顿情况、和解协议执行情况。

3. 整顿的终结。企业整顿的终结可以分为正常终结和非正常终结。

正常终结。企业整顿的正常终结，是《企业破产法（试行）》第22条规定的以下两种情况：（1）经过整顿，企业能够按照和解协议清偿债务的，人民法院应当终结对该企业的破产程序并且

予以公告。(2) 整顿期满, 企业不能按照和解协议清偿债务的, 人民法院应当宣告企业破产, 并且依法重新登记债权。经过和解整顿程序以后, 人民法院受理破产案件后不久登记的债权很可能已经发生了变化, 例如: 根据破产企业的要求, 某些债权人可能在和解协议中同意减免一些债务; 企业在整顿过程的生产经营活动中产生一些新的债权债务关系等。因此人民法院需要对债权依法重新进行登记。

非正常终结。根据《企业破产法(试行)》第 21 条的规定, 非正常终结是企业整顿期间有下列情况之一的, 经人民法院裁定, 终结该企业的整顿, 宣告其破产: (1) 不执行和解协议的。(2) 财务状况继续恶化, 债权人会议申请终结整顿的。(3) 有隐匿、私分或者无偿转让财产; 非正常压价出售财产; 对原来没有财产担保的债务提供担保; 对未到期的债务提前清偿; 放弃自己的债权的行为之一, 并严重损害债权人利益的。

四、破产宣告和破产清算

(一) 破产宣告

1. 破产宣告的条件。达到破产界限的企业具备下列条件之一的, 即可由法院裁定宣告破产: (1) 债权人申请破产, 企业的上级主管机关未提出和解整顿请求的; (2) 整顿期间, 由法院依法终结整顿的; (3) 整顿期满, 企业不能按照和解协议清偿债务的。

2. 破产宣告的程序。破产宣告权由人民法院行使。其他任何单位和个人都无权宣告企业破产。人民法院进行破产宣告应该公开进行。人民法院裁定宣告企业破产, 应当通知债权人、债务人到庭。债权人和债务人拒不到庭的, 不影响裁定的效力。人民法院裁定宣告企业破产的同时, 可以发布公告。公告应当具备以

下主要内容：企业亏损、资产负债状况；宣告企业破产的理由和法律依据；宣告企业破产的日期；宣告企业破产后破产企业的财产、账册、文书、资料和印章的保护。公告应当加盖人民法院的印章。

人民法院宣告企业破产的裁定自宣告之日起生效。破产企业自破产宣告生效之日起，应当停止生产经营活动，但人民法院或者清算组认为确有必要继续生产经营的除外。企业被宣告破产后，应由依法成立的清算组接管。破产企业的原法定代表人在向清算组办理移交手续前，负责保管破产企业的财产、账册、文书、资料和印章等。

（二）清算组

法院应当自宣告企业破产之日起 15 日内成立清算组，接管破产企业，清算破产企业的财产，负责对破产财产进行保管、清理、估价、拍卖和分配等。清算组对法院负责并报告工作。清算组成员由法院从企业上级主管部门、政府财政部门等有关部门和专业人员中指定。清算组可以聘任必要的工作人员。

清算组的职能是：（1）接收破产企业的债务人和财产持有人清偿或交付的财产；（2）依法进行必要的民事活动，如对破产企业所签合同，决定解除或继续履行；（3）要求破产企业的法定代表人协助进行清算工作；（4）清理破产财产，提出分配方案。

（三）破产财产及其分配

1. 破产财产的概念和构成。破产财产是指企业被宣告破产后，可以用来进行财产清算和清偿的财产。它由以下三个部分构成：（1）企业破产时所经营管理的全部财产。包括国家授予其经营管理的财产；企业支配的各项基金和自有资金以及其他单位的投资和股金等。（2）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。主要指尚未

到期的债权。

2. 破产债权和破产费用。破产债权是指债权人通过破产程序而要求破产企业偿还债务的权利。它包括：(1) 破产宣告前成立的无财产担保的债权；(2) 放弃优先受偿权利的有财产担保的债权；(3) 破产宣告时未到期的债权；(4) 有财产担保，但债权数额超过担保物价款的部分；(5) 由于企业破产，致使破产企业对有业务联系的当事人不能履行某些义务而发生的赔偿、罚款等。

破产费用包括下列三项：(1) 破产财产的管理、变卖和分配所需的费用；(2) 破产案件的诉讼费用；(3) 为债权人共同利益而在破产程序中支付的其他费用。

3. 破产财产的分配。破产财产经变卖取得现金后，便可进行分配。分配方案由清算组提出，经债权人会议讨论通过，报请人民法院裁定后执行。破产财产分配顺序如下：(1) 优先拨付破产费用；(2) 破产企业所欠职工工资和劳动保险费用；(3) 破产企业所欠国家税款；(4) 破产债权。这里应注意两点：一是破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。二是破产财产中无法变卖的实物，可由清算组估价，以物抵债。

4. 破产财产的处置。根据国务院《关于在若干城市试行国有企业破产有关问题的通知》、《关于在若干城市试行国有企业兼并破产和职工再就业有关问题的补充通知》和国家经贸委、中国人民银行 1996 年 7 月 25 日发布的《关于试行国有企业兼并破产中若干问题的通知》的规定：破产财产处置前，应当由具有法定资格的资产评估机构进行评估，并以评估价值作底价，通过拍卖、招标等方式依法转让。

破产企业依法取得的土地使用权，应该以拍卖或者招标的方式为主依法转让，转让所得首先用于破产企业职工的安排；安置

破产企业职工后有剩余的，剩余部分与其他破产财产统一列入破产财产分配方案。破产企业以土地使用权作为抵押物的，其转让所得也应首先用于职工的安置，对剩余部分抵押权人享有优先受偿的权利。处置土地使用权所得不足以安置职工的，不足部分依次从处置无抵押财产、其他抵押财产所得中拨付。抵押权人未优先受偿部分，参加一般债权的清偿分配。破产企业财产拍卖所得、土地使用权转让所得仍不足安置职工的，按照企业隶属关系，由同级人民政府负担。

企业在破产前为维持生产经营，向职工筹借的款项，视为破产企业所欠职工工资处理，借款利息按照借款实际使用时间和银行同期存款利率计算。职工在企业破产前作为资本金投资的款项，视为破产财产。破产企业的职工住房、学校、托幼园（所）、医院等福利性设施，原则上不计入破产财产，由破产企业所在地的市或者市辖区、县的人民政府接收处理，其职工由接收单位安置。但是，没有必要续办并能整体出让的，可以计入破产财产。

5. 担保的处理。在清算过程中，对于破产企业设定担保的财产，按以下规定办理：（1）破产企业作为抵押物的财产，债权人放弃优先受偿权利的，抵押财产计入破产财产；债权人不放弃优先受偿权利的，超过抵押债权的部分计入破产财产。企业对其同一财产设定两个以上抵押权的，企业破产时，抵押权人按照抵押顺序受偿。（2）一个企业为另一个企业提供担保的，被担保企业破产后，担保企业应当按照担保合同承担担保责任。但是，偿债期限可以由担保企业与被担保企业的债权人协商确定。（3）行政机关为企业提供担保的，应当按照国家有关规定确认担保合同无效。

（四）破产企业职工的安置

破产企业所在地的市或者市辖区、县的人民政府应当采取转

业培训、介绍就业、生产自救、劳务输出等各种措施，妥善安排破产企业职工重新就业，并保障他们在重新就业前的基本生活需要。

1. 安置费。政府鼓励破产企业职工自谋职业。对自谋职业的，政府可以根据当地的实际情况，发放一次性安置费，不再保留国有企业职工身份。一次性安置费原则上按照破产企业所在市的企业职工上年平均工资收入的3倍发放，具体发放标准按照各有关市人民政府规定办理。

2. 失业保险。破产企业职工失业期间，依照《国有企业职工待业保险规定》享受失业保险待遇。失业保险期满无法重新就业的职工，符合社会救济条件的，由当地民政部门按照规定发给社会救济金。失业救济金按照各地区民政部门规定的社会救济金额的一定比例发放。失业职工连续工作时间满1年不满5年的，按社会救济金标准的120%发放；失业职工连续工作时间满5年不满10年的，按社会救济金标准的130%发放；失业职工连续工作时间满10年不满15年的，按社会救济标准的140%发放；失业职工连续工作时间满15年以上的，按社会救济标准的150%发放；失业职工领取救济金期限超过12个月的，从第13个月起，失业救济金一律按社会救济金标准的120%发放。

3. 养老和医疗保险。破产企业离退休职工的离退休费和医疗费由当地社会养老、医疗保险机构负责管理。破产企业参加养老保险、医疗保险基金社会统筹的，其离退休职工的离退休费、医疗费由当地社会养老、医疗保险机构分别从养老保险、医疗保险基金社会统筹中支付。没有参加养老保险、医疗保险基金社会统筹或者养老保险、医疗保险基金社会统筹不足的，从企业土地使用权出让所得中支付；处置土地使用权所得不足以支付的，不足部分从处置其他破产财产所得中拨付。

破产企业中因工致残或者患严重职业病、全部或者大部分丧失劳动能力的职工，作为离退休职工安置。距离退休年龄不足5年的职工，经本人申请，可以提前离退休。

破产企业中的劳动合同制职工的安排，依照《国营企业实行劳动合同制暂行规定》等法律、行政法规的规定办理；临时工的安排，依照《全民所有制企业临时工管理暂行规定》办理。

破产企业职工的安置费用来源不足的，按照企业隶属关系，由破产企业所在地的市或者市辖区、县的人民政府负担。

五、破产企业资产的评估

（一）评估的程序和方法

按照有关法律规定，国有破产企业的财产在处置之前，由清算组报资产评估行政管理部门办理资产评估立项，获得批复后委托具有合法资格的评估机构对企业的破产财产进行评估。整体资产评估结果经清算组审核后报资产评估行政管理部门验证、确认。

破产企业资产评估，一般应采用清算价格法。

（二）评估的基准日和评估结果有效期

破产企业资产评估基准日以人民法院宣告企业破产并发布公告之日为准。资产评估结果有效期自评估基准日起不超过6个月。在此期间经资产评估行政管理部门确认的整体资产评估结果，作为确定企业破产财产处置底价的依据。

（三）评估的立项和确认

破产企业资产评估的立项和确认，原则上按企业隶属关系报同级资产评估行政管理部门办理，但破产企业总资产1亿元以上的地方企业，由省、自治区、直辖市、计划单列市资产评估行政管理部门负责评估的立项和确认。确认后，将有关资产评估报告和确认书报国家资产评估行政主管部门备案。破产企业总资产5亿元

以上的地方企业,应由省级资产评估行政管理部门办理评估立项和评估结果的初审,经省级资产评估行政管理部门初审通过后,报国家资产评估行政管理部门确认。在特殊情况下,国家资产评估行政管理部门直接办理地方破产企业的评估立项和确认。

(四) 资产评估机构的权利和义务

资产评估机构在破产企业资产评估过程中,有权要求破产方或清算组提供真实和详细的财务资料和有关原始凭证,有权独立执业,不受政府和其他行政部门的干预,有权按照国家规定的收费标准收取评估费用。

资产评估机构在评估过程中,有义务向清算组和债权人会议报告评估的结论和依据,有义务回答清算组和债权人会议提出的评估质询,有义务对纳入破产范围的全部资产(包括抵押资产)和相关债务进行评估,有义务向确认机关报告评估的过程、依据和结论。评估机构应恪守客观、公正的执业准则,如实反映破产企业的资产价值。

六、破产终结和法律责任

(一) 破产终结

破产财产按照破产程序分配完毕,由清算组提请人民法院终结破产程序。此时,对于债权人没有得到清偿的债权,债务人依法受到豁免。破产程序终结后,由清算组向破产企业原登记机关办理注销登记,破产企业即不复存在。

(二) 法律责任

根据《企业破产法(试行)》的规定,人民法院受理破产案件前6个月至破产宣告之日的期间内,破产企业有下列行为之一的,对该企业的法定代表人和直接责任人员给予行政处分:(1) 隐匿、私分或者无偿转让财产的;(2) 非正常压价出售财产的;

(3) 对原来没有财产担保的债务提供财产担保的；(4) 对未到期的债务提前清偿的；(5) 放弃自己的债权的。破产企业的法定代表人和直接责任人员的行为构成犯罪的，依法追究刑事责任。

另外，破产法还对破产企业的法定代表人和企业上级主管部门领导人规定了以下责任：(1) 破产企业的法定代表人对企业破产负有主要责任的，给予行政处分。(2) 破产企业的上级主管部门对企业破产负有主要责任的，对该上级主管部门的领导人给予行政处分。(3) 破产企业的法定代表人和破产企业的上级主管部门的领导人，因玩忽职守造成企业破产，致使国家财产遭受重大损失的，依照《中华人民共和国刑法》的规定追究刑事责任，可处以5年以下有期徒刑或者拘役。

企业破产的责任，由政府监察部门和审计部门负责查明和追究。

第四节 合伙企业法

一、合伙企业法概述

(一) 合伙企业的概念

合伙企业是指依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。

合伙是一项古老的制度，它是商品经济发展条件下，商品经营者（即合伙人）之间积聚资本联合经营的一种初级表现形式。目前我国的合伙企业是合伙人各自提供资金、实物、技术等，合伙经营、共担风险的经济组织。它是我国企业的组织形式之一，是公司、国有企业等企业组织制度的重要补充。由于合伙企业的

合伙人比其他组织的出资人承担的责任和风险大得多，因此合伙企业比较适合那种商业风险不大，从业人员具有较强的专业经验和能力，规模较小的经济组织。例如，合伙企业比较适合社会中介行业。合伙企业不依附于任何机构和组织，独立性较强，能保证其客观、公正的执行事务。合伙成员在执业中也更为重视质量和信誉。因此，目前我国的律师事务所、会计师事务所等中介机构已大量采用合伙的组织形式。

（二）合伙企业的特征

与其他组织制度相比，合伙企业具有以下特征：

1. 从组织形式上看，合伙企业是契约式组织。合伙企业的实质是一种合同行为，它是依据联结合伙人之间合作关系的合伙合同确立下来的。合伙企业法第3条规定：“合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。”在合伙企业中，合伙协议具有举足轻重的作用，合伙人必须依照合伙协议出资、执行事务、享受收益和承担风险，因此合伙企业是契约式企业，它不具有法人资格。

2. 从财产上看，合伙人对合伙企业的财产享有共有权。合伙企业法规定：合伙企业的财产由全体合伙人依法共同管理和使用。合伙人对合伙企业承担着完全出资的义务，对合伙企业的财产享有共有权。这就决定了合伙人对合伙企业的经营享有平等的权利和义务。合伙企业法规定：（1）合伙企业经营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。（2）合伙人依法或者按照合伙协议对合伙企业有关事项作出决议时，除法律另有规定或者合伙协议另有约定外，经全体合伙人决定可以实行1人1票的表决方法。（3）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。

3. 从责任形态上看, 合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。合伙企业债务不同于合伙人个人债务。但是, 当合伙企业的财产不足以清偿企业债务时, 各合伙人连带承担以自己全部财产负清偿责任的义务。这是合伙企业区别于有限责任公司、股份有限公司、国有企业、集体企业等组织的最基本的特征。如果部分合伙人代为清偿了债务, 清偿债务的合伙人取得代位求偿权, 可以向其他合伙人追偿其多分担的部分。

4. 从人员结构上看, 合伙企业人员结构稳定, 合伙人变动不自由。由于合伙人享有与企业经营管理有关的权限, 并且对企业在经营活动中所产生的债务负连带责任, 这就决定了合伙人的所有权与经营权联系紧密, 企业有着较强的凝聚力。在这种情况下, 合伙人的变动对于其他合伙人甚至企业的债权人都是非常重要的问题, 因此法律对合伙人的变动有着严格的限制。

(三) 合伙企业法的概念

合伙企业法是调整有关合伙企业外部与内部各方面关系的法律规范的总称。为规范合伙企业的组织和行为, 正确调整合伙企业与国家、合伙企业与第三人、合伙企业与合伙人、合伙人与合伙人等主体之间的各种关系, 国家在 1987 年 1 月 1 日开始施行的《民法通则》中就确立了我国个人合伙的法律制度。1996 年 10 月 25 日司法部发布了《合伙律师事务所管理办法》。1997 年 2 月 23 日第八届全国人大常委会第 24 次会议通过了《中华人民共和国合伙企业法》, 自 1997 年 8 月 1 日起施行。该法是调整合伙企业关系的一部主要法律, 该法的发布施行对完善我国经济组织方面的立法具有重要意义。

二、合伙企业的设立

(一) 设立条件

设立合伙企业，应当具备下列条件：（1）有2个以上合伙人，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。

合伙人应具备下列条件：（1）合伙人应当为具有完全民事行为能力的人。（2）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。

（二）合伙人的出资

合伙人可以用货币、实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资；上述出资应当是合伙人的合法财产及财产权利。对货币以外的出资需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构进行评估。经全体合伙人协商一致，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。

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。

（三）设立程序

1. 制定合伙协议。合伙人设立合伙企业，应首先制定合伙协议，合伙协议应包括以下内容：（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）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）合伙企业事务的执行；（7）入伙与退伙；（8）合伙企业的解散与清算；（9）违约责任。合伙协议还可以载明合伙企业的经营期限和合伙人争议的解决方式。

合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。

2. 向企业登记机关提出申请。工商行政管理机关是合伙企

业的登记机关。申请设立合伙企业，应向登记机关提交由全体合伙人签署的登记申请书、全体合伙人的身份证明，合伙协议等法律规定的文件。法律、行政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的，还应当提交全体合伙人的委托书。

3. 核准登记。企业登记机关应当自收到申请人依照法律规定提交的全部文件之日起 30 日内，作出核准登记或者不予登记的决定。合伙企业的营业执照签发之日，为合伙企业的成立日期。

三、合伙企业的财产、事务执行以及与第三人的关系

(一) 合伙企业的财产

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。合伙企业的财产由全体合伙人依法共同管理和使用。

合伙企业存续期间，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人。合伙人依法转让其财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先受让的权利。经全体合伙人同意，合伙人以外的人依法受让合伙企业财产份额的，经修改合伙协议即成为合伙企业的合伙人，依照修改后的合伙协议享有权利，承担责任。

合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意。未经其他合伙人一致同意，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。

（二）合伙企业的事务执行

各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利，可以由全体合伙人共同执行合伙企业事务，也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务。执行合伙企业事务的合伙人，对外代表合伙企业。委托一名或者数名合伙人执行合伙企业事务的，其他合伙人不再执行合伙企业事务。不参加执行事务的合伙人有权监督执行事务的合伙人，检查其执行合伙企业事务的情况。

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员；（7）依照合伙协议约定的有关事项。

（三）合伙企业与第三人的关系

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。以合伙企业财产清偿合伙企业债务时，其不足的部分，由各合伙人按照合伙协议约定的比例，用其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任。合伙协议未约定的，由各合伙人平均分担。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。

合伙企业中某一合伙人的债权人，不得以该债权抵销其对合伙企业的债务。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。合伙人个人财产不足清偿其个人所负债务的，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。

四、合伙企业的入伙、退伙、解散和清算

(一) 入伙

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企业的经营状况和财务状况。入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，按约定办理。入伙的新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担连带责任。

(二) 退伙

1. 退伙的条件。在合伙协议约定企业经营期限的情况下，具备下列条件之一，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。

在合伙协议未约定合伙企业的经营期限的情况下，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。

合伙人有下列情形之一的，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。

2. 退伙的财产处理。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。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约

定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。

退伙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。合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当依法分担亏损。

3. 合伙人财产的继承。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经全体合伙人同意，从继承开始之日起，即取得该合伙企业的合伙人资格。

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。

（三）解散

合伙企业有下列情形之一时，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的；（2）合伙协议约定的解散事由出现；（3）全体合伙人决定解散；（4）合伙人已不具备法定人数；（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。

合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

（四）清算

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日内指定一名或者数名合伙人，或者委托第三人，担任清算人。15日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

清算人在清算期间执行下列事务：（1）清理合伙企业财产，

分别编制资产负债表和财产清单；(2) 处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；(3) 清缴所欠税款；(4) 清理债权、债务；(5) 处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；(6) 代表合伙企业参与民事诉讼活动。

合伙企业财产在支付清算费用后，按下列顺序清偿：(1) 合伙企业所欠招用的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。

合伙企业解散后，原合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担连带责任，但债权人在 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

五、法律责任

1. 违反合伙企业登记管理规定进行登记，或未依法进行企业登记的，责令改正或停止经营活动，并可处以 2000 元以上至 5000 元以下罚款。

2. 合伙人执行合伙企业事务中，侵占合伙企业财产或擅自处理必须经全体合伙人同意始得执行的事务，或擅自执行合伙企业的事务，给合伙企业或其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 合伙人违法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。

4. 清算人在执行清算事务时，谋取非法收入或者侵占合伙企业财产的，责令将该收入和侵占的财产退还合伙企业，并依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 清算人违反法律规定，隐匿、转移合伙企业财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载，或者在未清偿债务前分配企

业财产的，责令改正；损害债权人利益的，依法承担赔偿责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

6. 合伙人违反合伙协议的，应依法承担违约责任。

7. 合伙企业招用的职工利用职务上的便利，将合伙企业财物非法占为己有或者挪用合伙企业资金归个人使用的，依法承担民事责任；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

8. 有关行政管理机关及其工作人员违反本法规定，滥用职权、徇私舞弊、收受贿赂、侵害合伙企业合法权益的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

思考与练习

1. 我国全民所有制企业的法律地位如何？
2. 我国企业破产法的哪些方面体现了社会主义国家的本质特征？
3. 合伙企业与国有企业在哪些方面存在区别？
4. 什么是企业？企业有哪些法律形态？
5. 企业法主要包括哪些内容？
6. 全民所有制企业法调整哪些经济关系？
7. 《全民所有制工业企业法》对企业法人的财产权作了怎样的规定？你如何理解企业法人的财产权？
8. 企业享有哪些权利和义务？
9. 设立企业应具备哪些条件？设立的程序如何？
10. 企业变更有哪些形式？
11. 发生哪些原因企业依法终止？企业终止应办理哪些手续？
12. 全民所有制企业法对厂长的法律地位、产生和任免是如

何规定的？

13. 职工代表大会是什么性质的机构？它的职权和组织制度有哪些？
14. 政府对企业具有哪些职责？
15. 什么是企业破产法？我国的企业破产法有哪些特征和意义？
16. 我国企业破产法的立法状况和适用范围如何？
17. 谁可以申请宣告破产？人民法院受理破产案件的程序如何？
18. 人民法院受理破产案件后，债务人应承担哪些义务？
19. 债权人会议是一个什么性质的机构？它有哪些职权？它在什么情况下作出的决议具有法律约束力？
20. 什么是和解整顿？和解协议在什么条件下生效？
21. 整顿应具备哪些条件？什么是整顿的正常终结和非正常终结？
22. 宣告破产的条件和程序是什么？
23. 清算组由哪些人员组成？其职能是什么？
24. 破产财产和破产债权包括哪些财产和权利？
25. 按照法律规定，破产财产应如何进行分配和处置？
26. 破产企业法定代表人、直接责任人员和企业上级主管部门领导人在哪些情况下应承担法律责任？
27. 对破产企业的资产应如何进行评估？
28. 什么是合伙企业？它有哪些特征？
29. 怎样设立合伙企业？
30. 法律对合伙企业的财产、与第三人的关系、入伙退伙和清算等作了哪些规定？
31. 违反合伙企业法应承担哪些责任？

第九章 外商投资企业法

第一节 外商投资企业法概述

为了利用外国直接投资，引进先进技术，提高产品质量，扩大对外经济技术交流和合作，发展国民经济，我国先后制定了许多调整外商投资企业的法律、法规。

一、外商投资企业的概念

外商投资企业是外国人依照中国的法律，在中国境内以直接投资方式参与或独立设立的各种企业的总称。

从投资主体看，外商投资企业是外国人参与或独立设立的企业。“外国人”是指具有外国国籍的法人和自然人，包括外国企业、其他经济组织或个人。“参与或独立设立”包括两种情况：一是参与设立，是指外国人与中国企业或其他经济组织共同设立的企业，包括有中外合资经营企业和中外合作经营企业。二是独立设立，即独资企业，全部资本由外国投资者投资并独立经营的企业。因此，外商投资企业主要包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业。

根据最高人民法院《关于适用涉外经济合同法若干问题的解答》和国务院《关于鼓励台湾同胞投资的规定》，港澳台地区的企业、其他经济组织或个人同内地的企业或其他经济组织之间设

立的合资经营企业、合作经营企业或其在内地的独资企业，也适用有关外商投资企业的法律规定。

从设立地点看，外商投资企业是依照中国法律，在中国境内设立的企业，包括外国公司在我国设立的子公司，不包括外国公司和其他经济组织在我国境内的分支机构。所谓外国公司是指依照外国法律、在中国境外登记成立的公司，属于外国法人。其在中国境内的分支机构不具有中国法人资格，外国公司对其分支机构在中国境内进行经营活动承担民事责任。

从投资方式看，外商投资企业是外国人以直接投资方式设立的。直接投资方式是国际投资方式的一种，是直接引进资本投入生产，外商以不同方式参与使用投资的生产或经营，许多发展中国家和发达国家作为东道国，都采用合资经营、合作生产或允许外商独自经营等直接投资形式，除此以外还经常采用合作经营项目、合作勘探开发自然资源、补偿贸易、对外加工装配等形式的直接投资。直接投资不同于间接投资。间接投资是借用国外各种贷款，如外国政府、国际金融组织的贷款和一般商业贷款等，或以发行债券从事投资活动，外商并不参与使用贷款的生产或经营环节。

二、外商投资企业法的概念

外商投资企业法是指由我国立法机关制定颁布的调整外商投资企业在设立、管理、经营和终止过程中产生的经济关系的法律规范的总称。

1979年7月1日五届全国人大二次会议通过了中国第一部利用外资的法律《中华人民共和国中外合资经营企业法》，自此确立了中外合资经营企业的基本格局，其后公布了中外合资经营企业劳动管理、登记管理等法规。1990年4月4日第七届全国

人民代表大会通过了对该法的修正，从而使之更加完善。1983年9月20日国务院发布了《中华人民共和国中外合资经营企业法实施条例》，1987年12月21日国务院对该条例部分条款进行了修改。条例把合资经营企业法的许多原则规定加以具体化，使得中外合资经营企业的法律规定更为具体和完备。

1988年4月13日第七届全国人大一次会议通过的《中华人民共和国中外合作经营企业法》，确立了解决中外合作经营企业问题的基本法律依据。

1986年4月12日第六届全国人大第四次会议通过的《中华人民共和国外资企业法》及于1990年10月28日国务院批准的《中华人民共和国外资企业法实施细则》，对外商独资经营企业的基本事项作了明确规定。

另外还有大量的单行法规出台。如《中外合资经营企业合营期限暂行规定》、《国务院关于鼓励外商投资的规定》、《中华人民共和国技术引进合同管理条例》、《中外合资经营企业合营各方出资的若干规定》、《外商投资企业清算办法》等一系列配套规定和措施。中国关于涉外企业的立法已渐趋完善。

从1982年起我国与近50多个国家签订了《互相鼓励和保护投资协定》，对投资者、投资范围、投资者在东道国待遇、国有化问题、资本收益与自由转移、投资争议如何解决等问题作了规定。另外，我国还参加了《多边投资担保机构公约》、《关于解决国家和他国国民之间投资争端的公约》。这些规定对于鼓励外商来华投资，改善投资环境、保障投资双方利益，促进对外交流起到了很大作用。基本做到有法可依、有章可循，并将促进我国对外经济和国民经济的长足发展。

我国关于外商投资企业的立法，体现了以下原则：维护国家主权和民族利益原则、坚持平等互利原则、鼓励和保护外商投资

原则、对出口型和技术型生产企业特别优惠原则。

三、国家对外商投资的管理

1. 为确保国家宏观调控措施的落实，对于某些关系国计民生且易于形成垄断的基础设施产业和国民经济支柱产业，一般不允许外商独资经营，对其中的合资、合作项目要保证国家控股或拥有调控权。

2. 国有企业嫁接外资进行技术改造，即国有企业对外出售股权或以存量资产与外商进行合资或合作经营，必须进行资产评估，评估机构必须具有合法资格，评估结果必须经资产评估行政管理部门确认。此类项目报批时，要向审批机关提交同级资产评估行政管理部门确认的资产评估结果。

3. 加强外商投资企业设立审批环节的国有资产管理，任何单位以国有资产投资设立外商投资企业，都必须经过资产评估并经资产评估行政管理部门对评估结果进行确认。如发现仍有未进行国有资产评估及确认的，或违反规定漏评、低评等问题，要查明原因，按照法律规定严肃处理。除进行经济处罚外，要同时依法追究中方合营者、合作者领导人的责任。较大数额国有资产未实施评估并因此造成国有资产流失的，要将有关情况报国家国有资产管理部门，必要时上报国务院。

4. 外商以进口机器、设备等实物资产和专有技术等无形资产投资时，为避免不法外商高报价，以次充好、以旧顶新，监督机构和企业主管部门在审查合资、合作合同时，应要求中方合营、合作者提交商检部门的价格鉴定报告或资产评估行政管理部门的资产评估结果确认文件。

5. 在外商投资企业审查批准的过程中和登记开业以后，国有资产管理部门应加强对中方国有产权的管理。外商投资企业发

生增资、扩股等重大产权变动，涉及所有者的权利时，中方应在召开董事会讨论决定之前，召集有关人员听取中方管理人员的报告，共同讨论作出决定。数额较大或影响中方控股地位的，应由监督机构或企业主管部门审批，并报国有资产管理部门备案。中外合资、合作企业，凡由中方控股的，在发生产权变动时，应依照法律规定，进行资产评估。

6. 中外合资、合作经营企业，可以按照中外双方的投资比例，分别提供投资贷款担保。中方不得为合营、合作企业外方的投资贷款提供担保，同时，中方不能比照贷款、债券的方式或以其他形式，保证外商投资的回报率。

7. 外商投资企业原则上要做到外汇自求平衡，对那些外汇不能自行平衡的外商投资项目，中方不得自行承诺保证外方的外汇收入。

8. 境内投资单位拟用国有资产实物，包括机器、设备、原材料等，作为资本金投往境外，创办独资或合资、合作经营企业（不含境外企业生产所需的原材料），必须按照《境外国有资产产权登记管理暂行办法实施细则》第12条的规定，由境内投资单位或境外机构的国内组建单位向资产评估行政管理部门申报资产评估立项和确认，并以资产评估行政管理部门确认的评估价值作为实物投资的价值依据，办理向境外转移国有资产的产权立案登记。

四、外商投资企业投资者的股权变更

依照外商投资企业法的规定，允许外商投资企业的投资者发生变化，允许投资者在外商投资企业的出资或提供的合作条件的份额（即股权）发生变化，但必须符合下列规定：

1. 依照《外商投资产业指导目录》，不允许外商独资经营的

产业，股权变更不得导致外国投资者持有企业的全部股权；因股权变更而使企业变为外资企业的，必须符合法律规定的设立外资企业的条件。需由国有资产占控股或主导地位的产业，股权变更不得导致外国投资者或非中国国有企业占控股或主导地位。

另外，除非外商投资者向中国投资者转让其全部股权，企业投资者股权变更不得导致外方投资者的投资比例低于企业注册资本的 25%。

2. 经外商投资企业其他投资者同意，缴付出资的投资者可以依据我国担保法的规定，通过签定质押合同并经审批机关批准，将其已缴付出资部分形成的股权质押给质权人。投资者不得质押未缴付出资部分的股权，不得将其股权质押给本企业。在质押期间，出质投资者作为企业投资者的身份不变，未经出质投资者和企业其他投资者同意，质权人不得转让出质股权；未经质权人同意，出质投资者不得将已出质的股权转让或再质押。

3. 以国有资产投资的中方投资者股权变更时，必须经具有合法资格的评估机构对拟变更的股权进行评估，并经资产评估行政管理部门对评估结果进行确认，经确认的评估结果应作为股权变更的作价依据。

第二节 中外合资经营企业法

一、中外合资经营企业的设立和资产评估

中外合资经营企业是指中国的企业或其他经济组织与外国的企业、其他经济组织或个人根据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。按投资比例分享利润、分担风险及亏损的企业。

依法在中国境内举办的中外合资经营企业具有中国法人资格，受中国法律的保护和管辖。即一方面他们的合法权益、合法财产受法律保护，合营企业可以根据中国政府批准的合营企业协议、合同和章程，享有自主经营管理的权利；另一方面中外合资经营企业必须遵守中国的法律，其中包括遵守适用于境内一切企业和个人的一般法律规定，也包括遵守适用于合资经营企业的专门法律规定。

（一）允许设立的行业及条件

允许设立合资经营企业的主要行业是：（1）能源开发、建筑材料工业、化学工业、冶金工业；（2）机械制造业、仪器仪表工业、海上石油开采设备的制造业；（3）电子工业、计算机工业、通讯设备的制造业；（4）轻工业、纺织工业、食品工业、医药和医疗器械工业、包装工业；（5）农业、牧业、养殖业；（6）旅游和服务业。

申请设立合资经营企业应注重经济效益，符合下列一项或数项要求：（1）采用先进设备和科学管理方法，能增加产品品种、提高产品质量和产量，节约能源和材料；（2）有利于企业技术改造，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。

国家鼓励中外合资经营者设立下列两种类型的生产性企业，并给予特别优惠：（1）产品主要用于出口，年度外汇总收入额减除年度生产经营外汇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，即产品出口企业；（2）外国投资者提供先进技术，从事新产品开发，实现产品升级换代，以增加出口创汇或者替代进口的，即先进技术企业。

申请设立合资经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)协议、合同、章程中有不公平、损害合营一方权益的。

(二) 设立程序

中外合资经营企业的设立程序一般经过三个步骤：

1. 由中国合营者按行政隶属关系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，经主管部门审查同意转报审批机构审批。审批机构批准后，合营各方进行以可行性研究为中心的各项准备工作，在此基础上进行谈判，商签合营企业协议、合同、章程。

2. 合营企业各方签订协议、合同、章程之后，由我国合营者向审批机构正式提出举办合营企业的申请，同时报送双方共同编制的可行性研究报告，合营协议、合同、章程，合营企业董事长、副董事长、董事人选名单及中方主管部门和合营企业所在地省一级人民政府的意见，由审批机构审批。审批机构在3个月内决定批准或不批准。

前述审批机构是指国家对外经济贸易行政主管部门或其委托授权机构。凡是具备下列条件的，对外经济贸易行政主管部门可以委托有关省、自治区、直辖市的人民政府或者国务院有关部、局审批：(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。受托机构批准设立合营企业后，应报对外经济贸易行政主管部门备案。

审批机构批准后，由对外经济贸易行政主管部门发给批准证书。

3. 合营企业收到批准证书后1个月内向合营企业所在地的省、自治区、直辖市工商行政管理局办理登记手续，领取营业执照。营业执照的签发日期，即为该合营企业的成立日期。

合营企业的协议、合同、章程是设立合营企业应当具备的几

个主要法律文件。

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。合同的主要内容有：(1) 合营各方的名称、注册国家、法定地址和法定代表人的姓名、职务、国籍；(2) 合营企业名称、法定地址、宗旨、经营范围和规模；(3) 合营企业的投资总额、注册资本、合营各方的出资额、出资比例、出资方式、出资的缴付期限以及出资额欠缴、转让的规定；(4) 合营各方利润分配及亏损分担的比例；(5) 合营企业董事会的组成、董事名额的分配以及总经理、副总经理及其他高级管理人员的职责、权限和聘用办法；(6) 采用的主要生产设备、生产技术及其来源；(7) 原材料购买和产品销售方式，产品在中国境内和境外销售的比例；(8) 外汇资金收支的安排；(9) 财务、会计、审计的处理原则；(10) 有关劳动管理、工资、福利、劳动保险等事项的规定；(11) 合营企业期限、解散及清算程序；(12) 违反合同的责任；(13) 解决合营各方之间争议的方式和程序；(14) 合同文本采用的文字和合同生效的条件。

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。合营企业章程包括的主要内容有：(1) 合营企业名称及法定地址；(2) 合营企业的宗旨、经营范围和合营期限；(3) 合营各方的名称、注册国家、法定地址、法定代表人的姓名、职务、国籍；(4) 合营企业的投资总额、注册资本、合营各方的出资额、出资比例、出资额转让的规定，利润分配和亏损分担的比例；(5) 董事会的组成、职权和议事规则，董事的任期，董事长、副董事长的职责；(6) 管理机构的设置，办事规则，总经

理、副总经理及其他高级管理人员的职责和任免方法；（7）财务、会计、审计制度的原则；（8）解散和清算；（9）章程修改的程序。

合营企业协议与合同有抵触时，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。审批机构和登记管理机构对合营企业合同、章程的执行负有监督检查的责任。

（三）资产评估

根据《国有资产评估管理办法》的规定，与外国公司、企业和其他经济组织或个人开办中外合资经营企业或者中外合作经营企业的国有资产占有单位，应当进行资产评估。

资产评估是对外开放中实现平等互利原则的必要条件。发展中外合资经营企业，对吸引外资、引进先进技术和管理技能有显著的成效，但是在合资中有很多中方投资者未及时或未按规定进行资产评估，出现国有资产严重贬值的问题，如投资作价不公允、实物资产被低估、忽视我方无形资产的存在等。对外开放政策要求利益对等，风险共担，只有对中方资产以及外方资产进行合理评估，才能真正贯彻平等互利的原则，从而有利于对外开放政策的执行。

二、中外合资经营的组织形式、注册资本和出资

（一）组织形式

根据中外合资经营企业法的规定，合资经营企业的组织形式是有限责任公司。合营者按合同规定的份额出资，出资后发给投资证明书或其他类似证明文件。

合营各方对合资经营企业的责任以各自认缴的出资额为限。

（二）注册资本

合资经营企业的注册资本是指为设立合资经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。我国为鼓励外商投资，在中外合资经营企业的注册资本中规定，外国合营者的投资比例一般不低于 25%。合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。

注册资本额的确定应符合与投资总额的比例。投资总额是指按照合资经营企业合同、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总和。投资总额是注册资本加上合资经营企业的借贷资金。国家工商行政管理局《关于中外合资经营企业注册资本与投资总额比例的暂行规定》（1987 年 3 月 1 日公布）中规定：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 $\frac{7}{10}$ ；投资总额在 300 ~ 1000 万美元（含 1000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 $\frac{1}{2}$ ；投资总额在 1000 ~ 3000 万美元（含 3000 万美元）的，其注册资本至少应占投资总额的 $\frac{2}{5}$ ；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 $\frac{1}{3}$ 。这样规定可以防止合资经营企业贷款过多，自有资本过少，企业承担风险的能力太弱，同时也促使外方合营者对合营项目进行更多的投资。

中外合资经营企业在合营期内不得减少其注册资本，但可以增加注册资本，也允许转让。注册资本的增加、转让或以其他方式处置，应由董事会会议通过，并报原审批机构批准，向原登记管理机构办理变更登记手续。合营一方向第三方转让其全部或部分出资额，须经合营他方同意，合营他方有优先购买权。合营一方向第三方转让出资额的条件，不得比向合营他方转让的条件优惠。

（三）出资方式 and 出资期限

出资方式是指合营各方出资标的的种类。根据中外合资经营

企业法实施条例的规定：中外合营者可以用货币出资，也可以用建筑物、厂房、机器设备或其他物料、工业产权、专有技术、场地使用权等作价出资。合营各方按照合营合同的规定向合营企业认缴的出资，必须是合营者自己所有的现金、自己所有并且未设立任何担保物权的实物、工业产权、专有技术等。任何一方不得用以合营企业名义取得的贷款、租赁的设备或其他财产以及合营者以外的他人财产作为自己的出资，也不得以合营企业的财产和权益或者合营他方的财产和权益为其出资担保。

投入现金是投资的普遍形式。合资经营企业为了购买实物、支付工资、经营管理费用等需要一定的货币现金，所以合营企业各方的出资中应有一部分现金。

提供场地使用权是中国合营者投资的方式之一。我国宪法规定，土地归国家或集体所有。中国合营者不具有土地所有权，不能以土地所有权投资，只能以场地使用权投资。另外，中外合资经营企业所需场地，也可以由合营企业向其所在地的市（县）级土地主管部门提出申请，经审查批准后，通过签订合同取得场地使用权。场地使用费作价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、直辖市人民政府决定，并向对外经济贸易行政管理部门和国家土地主管部门备案。如果场地使用权未作为中国合营者投资的一部分，合营企业应向中国政府缴纳使用费。

外国合营者以实物出资的应符合以下条件：（1）为合营企业生产所必不可少；（2）中国不能生产或虽能生产，但价格过高或在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。

外国合营者以工业产权或专有技术出资的，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）

能改进现有产品的性能、质量，提高生产效率的；(3) 能节约原材料、燃料、动力的。以工业产权或专有技术出资者应出具享有所有权或处置权的有效证明。专利技术应进行检索，以确认它的有效状况。

对有形资产和无形资产应由有合法资格和较高权威的机构进行资产评估。外国合营者作为出资的机器设备或其他物料等实物、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，报审批机构批准。

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。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；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%，并且应当从营业执照签发之日起3个月内缴清。合营各方未能在规定的期限内缴付出资的，视同合营企业自动解散，合营企业批准证书自动失效。合营一方未按照合营合同的规定如期缴付或缴清其出资的，即构成违约。经催告逾期仍未缴付或缴清的，视同违约方放弃在合同中的一切权利，自动退出合营企业。并依法应当赔偿因未缴付或缴清出资给守约方造成的经济损失。守约方应在违约方退出合营企业后规定时间内，向原审批机关申请批准解散合营企业或申请批准另找合营者承担违约方在合营合同中的权利义务。

合营各方缴付出出资额后，应由中国注册会计师验证，出具验资报告后，由合资经营企业据以发给出资证明书。

三、中外合资经营企业的组织机构

中外合资经营企业的组织机构包括：董事会和经营管理机构。

董事会是合营企业最高权力机构，决定企业的一切重大问题，包括：企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业以及总经理、副总经理、总工程师、总会计师的任命或聘请及其职权和待遇等。

董事会的人数组成由合营各方协商，在合同、章程中确定，并由合营各方委派或撤换。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。董事长是企业的法定代表人。董事长不能履行职务时，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，由董事长负责召集或主持。董事长不能召集时，由董事长委托副董事长或其他董事负责召集并主持董事会会议。董事会形成决议采取的表决方式，根据所需表决事项重要程度的不同，表决可采取多数通过或一致通过的方法。法律规定下列事项须由出席董事会会议的董事一致通过方可作出决议：（1）章程的修改；（2）企业的中止、解散；（3）注册资本的增加、转让；（4）企业与其他经济组织的合并。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。

合资经营企业的经营管理机构，负责日常的经营管理工作。经营管理机构是由总经理 1 人、副总经理若干人和总工程师、总会计师等高级管理人员组成。总经理、副总理由企业董事会聘请，可以由中国公民或外国公民担任，并由中外双方分别担任。董事长、副董事长、董事可以兼任合营企业的总经理、副总经理或其他高级管理人员。

合营企业实行董事会领导下的总经理负责制。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，对内任免下属工作人员，行使董事会授予的其他职权。总经理、副总经理不得兼任其他经济组织的总经理、副总经理，不得参与其他组织对本企业的商业竞争。

四、中外合资经营企业的经营管理

合营企业的经营管理涉及合营企业的人、财、物、产、供、销各个方面。下面仅从法律角度，叙述以下几个主要问题：

（一）计划

中外合资经营企业法规定，合营企业生产经营计划应报主管部门备案，并通过经济合同方式进行。合营企业在经营管理方面有较强的自主权，但作为我国整个经济组成的一部分，其生产经营计划也应由董事会讨论批准后，报主管部门备案，纳入国家计划，在国家统一计划指导下进行生产和经营活动。合营企业的基本建设计划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。

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）购买与销售

合营企业所需物资及运输工具有权自行决定在中国购买或从国外购买；在同等条件下应尽先在中国购买。除法律另有规定外，合营企业在中国购买物资，在同等条件下享受与中国企业同等的待遇。合营企业在中国购买物资，其供应渠道为：（1）属于计划分配的物资，纳入企业主管部门供应计划，按计划合同保证供应；（2）属于物资商业部门经营的物资，向有关的物资经营单位购买；（3）属于市场自由流通的物资，向生产企业或经销、代销机构购买；（4）属于外贸公司经营的出口物资，向外贸公司购

买。

合营企业在合营合同规定的经营范围内进口本企业生产所需的机器设备、零配件、原材料、燃料，凡属国家规定需要领取进口许可证的，每年编制一次计划，每半年申领一次。外商投资企业为履行其产品出口合同，需要进口的机械设备，生产用车辆及本企业自用的原材料、燃料、零配件，不需报请审批，免领进口许可证，由海关实行监管，凭企业合同或进出口合同验放。

我国鼓励合营企业出口其产品。合营企业有权自行出口其产品，也可以委托外国合营者的销售机构或中国的外贸公司代销或经销。属于需要申领出口许可证的产品，按照企业年度出口计划，每半年申领一次出口许可证。合营企业出口产品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。属于中国急需的或需要进口的产品，可以中国境内市场销售为主。合营企业在中国境内销售产品，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，应执行国家规定的价格，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。

（三）财务与会计

合营企业的财务与会计制度，要根据中国有关法律和财务会计制度的规定，结合本企业的情况加以制定。

合营企业会计采用国际通行的权责发生制和借贷记账法记账。一切自制凭证、账簿、报表必须用中文书写，也可以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账本位币，经合营各方商定，也可以采用某一种外币为本位币。

如何进行分配是合营企业各方极为关注的问题。合营企业按外商投资企业和外国企业所得税法的规定缴纳所得税后的利润按以下原则分配：（1）提取储备基金、职工奖励及福利基金、企业

发展基金，提取比例由董事会决定。其中储备基金除用于弥补合营企业亏损外，经审批机构批准，也可以用于本企业增加资本、扩大生产。(2)按上述规定提取三项基金后的可分配利润，如董事会确定分配，应按合营各方出资比例进行分配。

以前年度的亏损未弥补前不得分配利润，以前年度未分配的利润，可并入本年度利润分配。

合营企业应向合营各方、当地税务机关、企业主管部门和同级财政部门报送季度和年度会计报表。合营企业的年度会计报表经中国注册会计师验证和出具证明方为有效。

(四) 税务与外汇管理

中外合资经营企业应按照中国有关法律的规定缴纳各种税款，并依法可以享受减税或免税的优惠待遇。

合营企业的一切外汇事宜，按照我国的《外汇管理暂行条例》及其实施细则等法规的有关规定办理。合营企业的外汇收支一般应保持平衡，外商投资企业之间，在外汇管理部门监管下，可以相互调剂外汇余缺。每个企业都应按照《国务院关于中外合资经营企业外汇收支平衡问题的规定》和对外经济贸易部《关于外商投资企业购买国内产品出口解决外汇收支平衡办法》，改善经营管理，扩大创汇门路，达到外汇收支平衡。

(五) 劳动管理及工会

合营企业可以面向社会公开招聘所需要的工人、专业技术人员和经营管理人员，也可以从中方合营者推荐的人员中选聘，在本地区招聘职工不能满足需要时，也可以跨地区招聘。合营企业按合同和有关规定辞退职工，任何部门、单位或个人不得干预。

在中外合资经营企业担任董事长、董事的中方人员，在任期内委派单位不得擅自调动他们的工作，如需调动时，委派单位应征求该企业的审批机构和合营他方的意见。合营企业聘用的中方

高级管理人员，在其聘用合同期内，未经企业董事会和总经理同意，任何部门和单位无权调动他们的工作。

合营企业职工有权按照《中华人民共和国工会法》、《中国工会章程》的规定，建立基层工会组织。合营企业工会是职工利益的代表，其基本任务是：依法维护职工的民主权利和物质利益，协助合营企业安排和合理使用福利、奖励基金，组织职工学习政治、业务知识，开展文体活动，教育职工遵守劳动纪律，努力完成企业的各项经济任务。工会有权代表职工同合营企业签订劳动合同，并监督合同的执行。工会的代表有权列席董事会会议。在董事会会议研究决定有关职工奖惩、工资制度、生活福利、劳动保护和保险等问题时，应听取工会的意见，取得工会的合作。合营企业应支持工会的工作。

五、中外合资经营企业的合营期限和终止

举办中外合资经营企业，属于国家规定鼓励和允许投资项目的合营各方可以在合同中约定合营期限，也可以不约定合营期限。但属于下列行业或情况的，合营各方应依照法律、法规的规定在合营合同中约定合营期限：（1）服务性行业；（2）从事土地开发及经营房地产的；（3）从事资源勘查开发的；（4）国家规定限制投资项目的；（5）其他法律、法规规定需要约定合营期限的。

约定合营期限的合营企业，合营各方同意延长合营期限的，应在距合营期满前6个月向审批机构提出申请，审批机构应在接到申请书之日起1个月内予以批复。

中外合资经营企业的终止，有以下几种情况：（1）合营期限届满；（2）企业严重亏损无力继续经营；（3）合营一方不履行协议、合同和章程规定的义务；（4）企业因自然灾害或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。

除因期满而终止的情况外，其他原因提前终止，都应由董事会提出解散申请书，报审批机构批准。

第三节 中外合作经营企业法

中外合作经营企业与中外合资经营企业都属于外商投资企业。在企业的设立、终止及企业采购、销售、外汇平衡等经营管理方面有许多相同或相似的规定。但是，中外合作经营企业在组织形式、合作条件、利润分配、组织机构等方面有比较灵活的规定。合作双方当事人根据需求和利益可选择更合适的合作形式，以便充分发挥合作各方的优势，合作企业也是我国利用外资的一种有效形式。

一、中外合作经营企业的组织形式

中外合作经营企业是契约式的合营企业，合作的基础是合作企业合同。合作双方通过协商在合同中具体约定投资或合作条件、收益或产品分配、风险和亏损的分担以及经营方式，合作企业终止时财产归属等事项。在合同中可以不计算各方投资比例，不按投资比例分配利润和承担风险，而是以约定的方式确定。

合作企业可以采取两种组织形式。基于合作双方的意思组成法人企业或非法人企业。若符合中国法律关于法人条件的规定，可依法取得中国法人资格，实行有限责任制。合作企业以其全部财产对债务承担有限责任，合作各方以其出资额或约定对合作企

业债务负有限责任。不具备法人资格的合作企业,法理上属于合伙性质,可以成为我国《民法通则》第52条规定的联营式的合作企业。中外合作经营企业法对这类企业的责任形式未作规定。但是在实践中这一类企业对外较多地采取有限责任形式。在合作企业合同中合作双方应当约定合作各方承担债务的责任形式和比例。

二、关于中外合作各方出资的规定

中外合作者的投资或提供的合作条件可以是现金、实物、土地使用权、工业产权、非专利技术和其他财产权利。合作各方的出资不必折算为货币形式计算比例,只须确定双方的合作条件。中外合作者的投资或提供的合作条件由中国注册会计师或有关机构验证并出具证明。用借款进行投资的,其担保自行解决。

中外合作者应当依照法律、法规的规定和合作企业合同的约定,如期履行缴足投资、提供合作条件的义务。逾期不履行的,由工商行政管理机关限期履行,限期届满仍未履行的,由审查批准机关和工商管理机关依照国家有关规定处理。

在合作期间,中外合作者一方转让其在合作企业中的全部或部分权利、义务的,必须经他方同意,并报审查批准机关批准。

三、中外合作经营企业利润分配和资本回收

中外合作经营企业在利润分配方式上有较大的灵活性:既可以实行利润分成也可以实行产品分成。分成比例按双方在合同中的约定,同时可以按此约定承担风险和亏损。

中外合作经营企业中,合作各方可以约定在合作项目投资或开业后一定期间内,由外国合作者逐年回收其投资本金,到合作期满时,全部投资收回,合作企业的全部固定资产归中国合作者所有。如果双方在合同中这样约定,则还应同时约定外国合作者

在合作期内先行回收投资的办法。实践中先行回收投资的方式有很多，比较常见的有两种：（1）外国合作者在利润分成中先行回收投资。即在合作期的前期，中国合作者减少其应分得的利润，扩大外国合作者利润分成的比例，使其资本回收；合作期满后，合作企业的固定资产归中方所有。（2）外国合作者从企业固定资产折旧费中进行资本回收。即中外合作者在合作企业合同中约定企业固定资产折旧费的提取办法，加速固定资产折旧，然后外方每年提取企业固定资产折旧费，用于资本回收；合作期满后，全部固定资产归中方。

为了防止外国合营者先行回收投资后影响对合作企业债务的承担，损害债权人和中方合作者的利益，合作经营企业法又规定，外国合作者在合作期内先行回收投资的，中外合作者应当按照有关法律的规定和合作合同的约定对合作企业的债务承担责任。

四、中外合作经营企业的组织机构

中外合作经营企业的组织机构较合资经营企业更为灵活。实践中，除采取董事会管理制以外，还可以采取联合管理制，委托管理制。

董事会管理制是实行董事会领导下的总经理负责制。具有法人资格的合作企业，一般采取董事会制。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。有关董事会及其经营管理机构的组建与职责、工作程序等可参照中外合资经营企业法的规定。

联合管理制是不具有法人资格的中外合作经营企业常采用的管理方式。由合作各方代表组成的联合管理机构，是企业的最高领导和决策机构。它有权决定企业的重大问题。联合管理机构的

主任和副主任，分别由中外合作者担任。联合管理机构可以决定任命或聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。总经理对联合管理机构负责。

委托管理制是合作企业委托合作一方或中外合作者以外的第三方对合作企业进行的管理，组成委托管理机构。委托中外合作者一方管理的，需经中外合作双方同意。受托方负责企业的经营管理，合作他方不得参与企业经营管理活动。委托第三方进行经营管理的，须经董事会或联合管理机构一致同意，合作企业与受托方订立委托管理合同，由受托方独立行使企业经营管理权。合作企业各方不参与经营管理，只收取投资利润。受托方根据委托管理合同的规定对委托方负责，并受委托方监督。

合作企业成立后，改为委托中外合作者以外的第三人经营管理的，属于企业事项的重大变更。应报审查批准机关批准，并向工商行政管理机关办理变更登记手续。

第四节 外商投资企业的清算

一、清算原则及方式

外商投资企业经营期满或因其他原因提前终止时，应当依照法定程序对企业的资产及债权债务进行清算。在清算过程中，首先，应坚持依法清算的原则。1996年6月15日国务院批准并由对外贸易经济合作部发布的《外商投资企业清算办法》是外商投资企业进行清算程序的依据。其次，外商投资企业的清算应按照公平、合理和保护企业、投资者、债权人的原则进行。

根据外商投资企业终止的原因不同，可依法采取不同的方式进行清算。企业被依法宣告破产的，应依照破产法等法律、行政

法规进行破产清算。企业经营期满或因其他原因提出解散申请，经审批机构批准提前解散或法院、仲裁机关判决裁决终止企业合同而提前解散的企业，能够自行组成清算委员会进行清算的，依据《外商投资企业清算办法》进行普通清算。企业不能自行组成清算委员会，或依照普通清算规定进行清算出现严重障碍的，或被依法责令关闭而解散进行清算的，依据《外商投资企业清算办法》中特别清算的规定办理。

二、清算委员会

清算委员会是外商投资企业进行清算时，由企业权力机构，或企业审批机关或其委托部门组织设立负责清算的机构。

进行普通清算时，由企业权力机构组织成立清算委员会。其成员在企业权力机构成员中选任或聘请有关专业人员担任，至少由3人组成。设主任一人，由权力机构任命。

进行特别清算时，由企业审批机关或其委托的部门组织设立清算委员会。成员由中外投资者、有关机关的代表和有关专业人员组成。设主任一人，由企业审批机关或其委托的部门指定。在特别清算期间，清算委员会主任行使企业法定代表人的职权，清算委员会行使企业权力机构的职权，清算委员会处理有关清算的事务，向企业审批机关报告工作。

清算委员会在清算期间行使下列职权：（1）清理企业财产，编制资产负债表和财产清单，制定清算方案；（2）公告未知债权人并书面通知已知债权人；（3）处理与清算有关的企业未了结的业务；（4）提出财产评估作价和计算依据；（5）清缴所欠税款；（6）清理债权、债务；（7）处理企业清偿债务后的剩余财产；（8）代表企业参与民事诉讼活动。

清算委员会成员应当忠于职守，不得利用职权收受贿赂或谋

取非法收入，不得侵占企业财产。在清算期间，有下列情形之一的，应当更换：（1）清算委员会成员有违法行为；（2）债权人请求并确有正当理由；（3）清算委员会成员死亡或者丧失行为能力。

三、清算期限和清算程序

（一）清算期限

外商投资企业清算期限是指自企业清算开始之日起至向企业审批机关提交清算报告之日止。

普通清算开始之日为企业经营期届满之日，或者企业审批机关批准企业解散之日，或者人民法院判决、仲裁机构裁决终止合同之日。特别清算开始之日为企业审批机关批准特别清算之日或者企业被依法责令关闭之日。

企业清算期限不得超过 180 日。因特殊情况需要延长清算期限的，由清算委员会在距清算期限届满的 15 日前，向企业审批机关提出延长清算期限的申请，延长的期限不得超过 90 日。

企业在清算期间不得开展新的经营活动。清算期间，企业审批机关和其他有关主管机关可以派人参加企业有关清算的会议，监督企业清算工作。

（二）清算程序

外商投资企业进行清算应按照下列程序进行：

1. 通知与公告。企业应当自清算开始之日起 7 日内，将企业名称、地址、清算原因和清算开始日期等以书面通知企业审批机关、企业主管部门、海关、外汇管理机关、企业登记机关和企业开户银行等有关单位；企业有国有资产的，还应当通知国有资产管理行政主管部门。

清算委员会应当自成立之日起 10 日内，书面通知已知的债

权人申报债权，并在一种全国性报纸、一种当地省或市级报纸上刊登公告。自成立之日起 60 日内至少应进行两次公告。公告中应当写明企业名称、地址、清算原因、清算开始日期，清算委员会通讯地址，成员名单及联系人等。

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，向清算委员会申报债权。未在规定的申报债权期限内申报债权的，按照以下规定办理：(1) 已知债权人的债权，应当列入清算；(2) 未知债权人的债权，在企业剩余财产分配结束前，可以请求清偿；分配已经结束的，视为放弃债权。

2. 登记核定债权、债务，清理财产进行评估。对债权人申报的债权，清算委员会应当进行登记，并在核定债权后，将核定结果书面通知债权人。债权人对核定结果有异议的，可以自收到书面通知之日起 15 日内要求清算委员会进行复核，对复核结果仍有异议的，可以自收到复核的书面通知之日起 15 日内向企业所在地的人民法院提起诉讼；债权人与企业有仲裁约定的，应当依法提交仲裁。诉讼或仲裁期间，清算委员会不得对有争议的财产进行分配。

清算委员会对清算期间发生的财产盘盈或盘亏、变卖、无力归还的债务或者无法收回的债权以及清算期间的收入或者损失等，应当书面向企业权力机构说明原因、提出证明并计入清算损益。

在特别清算期间，特别清算委员会可以召集企业权力机构会议和债权人会议，商讨有关清算的具体事项。债权人会议行使下列职权：(1) 审查债权人提供的有关债权的证明材料以及债权数额和担保情况；(2) 了解债务清偿情况，就清算方案和债务清偿情况向清算委员会提出债权人意见。

在清算过程中，对清算财产合理的评估作价，对维护债权人债务人的利益有着重要的意义，评估作价办法应当按照以下规定办理：（1）企业合同、章程有规定的，按照企业合同、章程的规定办理；（2）企业合同、章程没有规定的，由中外投资者协商决定，并报企业审批机关批准；（3）企业合同、章程没有规定，中外投资者协商不能达成一致意见的，由清算委员会依照国家有关规定及参照资产评估机构的意见确定并报企业审批机关批准；（4）法院判决或者仲裁裁决终止企业合同，并规定清算财产评估作价办法的，依照判决或裁决的规定办理。

清算财产变卖时，企业投资者有优先购买权，由出价高的一方购买。

在清算过程中，发现企业自清算开始之日前的 180 日内有下列行为，应认定行为无效：（1）无偿转让企业财产；（2）非正常压价出售企业财产；（3）对原来没有财产担保的债务提供财产担保；（4）对未到期的债务提前清偿；（5）放弃本企业的债权。

另外，自清算开始之日起至清算终结前，中外投资者对企业财产不得处理。

3. 制定清算方案、进行清算并制作清算报告。清算期间发生的下列清算费用从清算财产中优先支付：（1）管理、变卖和分配企业清算财产所需要的费用；（2）公告、诉讼、仲裁费用；（3）在清算过程中需要支付的其他费用。

优先支付清算费用后，清算财产按照下列顺序清偿：（1）职工的工资、劳动保险费；（2）国家税款；（3）其他债务。清算开始之日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。

清算财产按顺序清偿了全部债务后还有剩余的，按照投资者的实际出资比例分配；但是法律、行政法规或者企业合同、章程

另有规定的除外。清算过程中发现企业财产不足清偿债务的，清算委员会应当向人民法院申请宣告企业破产；被依法宣告破产的，依照有关破产清算的法律、行政法规办理。

清算委员会完成清算方案所确定的工作后，应当制作清算报告。清算报告应当包括以下内容：（1）清算的原因、期限、过程；（2）债权、债务的处理结果；（3）清算财产的处理结果。

进行普通清算的，清算方案和清算报告须经企业权力机构确认后，报企业审批机关备案。进行特别清算的，清算方案和清算报告须经企业审批机关确认。

4. 清算终结。企业清算结束后，应当将其所保管的各项会计凭证、会计账册及会计报表等资料交给合资、合作企业中方投资者负责保管，中方投资者有两个以上的，由企业主管部门指定其中一个负责保管。外资企业的，由企业审批机关指定的单位负责保管。之后，清算委员会依法办理企业的注销登记手续。

四、法律责任

1. 清算期间，外商投资企业违反有关清算法规规定应承担的法律责任。在清算期间，企业开展新的经营活动的，由企业登记机关责令改正，可以处1万元以上10万元以下的罚款。

企业不按照《外商投资企业清算办法》的规定通知或公告债权人的，由企业登记机关责令改正，可以处1万元以上10万元以下的罚款。

企业在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者清算费用未支付，债务未清偿以前分配企业财产的，由企业审批机关、企业登记机关责令改正，企业登记机关对企业处隐匿财产或未清偿企业全部债务前分配企业财产金额的1%以上至5%以下的罚款，对直接负责的主管人员和其他责任

人员处 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

中外投资者在清算期间处理企业财产的，由企业审批机关责令恢复原状或者向企业返还被处理的财产，造成损害的，依法承担赔偿责任。

2. 清算委员会违反有关清算法规规定应承担的法律责任。清算委员会未按规定向企业审批机关报送清算报告备案、向企业登记机关报送清算报告的，报送清算报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，由企业审批机关、企业登记机关责令改正。

清算委员会成员利用职权徇私舞弊，谋取非法收入或者侵占企业财产的，由企业审批机关、企业登记机关责令退还侵占的企业财产，企业登记机关没收违法所得，可以并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚款。

思考与练习

1. 中外合资经营企业和中外合作经营企业的设立与资产评估存在什么联系？

2. 中外合作经营企业与中外合资经营企业在组织形式、合作条件、利润分配、组织机构等诸方面存在哪些区别？

3. 什么是外商投资企业？从其主体、设立地点和投资方式看，外商投资企业有哪些特征？

4. 什么是外商投资企业法？改革开放以来我国制定了哪些外商投资企业方面主要的法律、法规？这些立法体现了什么原则？

5. 允许设立中外合资经营企业的行业和要求有哪些？

6. 设立中外合资经营企业一般要经过哪些步骤？

7. 什么是中外合资经营企业的注册资本和投资总额？二者

关系如何？

8. 中外合营者的出资方式有哪些？合营企业如何取得土地使用权？

9. 外国合营者以实物、工业产权或专有技术出资的，应符合哪些条件？

10. 法律对合营各方的出资期限及未按约定期限出资的法律后果作了哪些规定？

11. 说明中外合资经营企业董事会的性质、职权、组成和议事规则。

12. 国家对合营企业购买所需物资和运输工具以及进口所需机械设备、零配件、原材料、燃料等作了哪些规定？

13. 合营企业所取得的利润应按照什么原则进行分配？

14. 国家对合营企业的合营期限有何规定？在哪些情况下合营企业终止？

15. 中外合作经营企业可以采取哪几种组织形式？外国合作者可以通过哪些方式先行收回投资？

16. 中外合作经营企业的组织机构可以采取哪几种管理制度？

17. 外商投资企业清算的原则和方式有哪些？

18. 什么是普通清算和特别清算？清算委员会由哪些人员组成？享有哪些职权？

19. 国家对清算的期限有何规定？清算应按照哪些程序进行？

20. 在清算过程中对清算财产应采取哪些评估作价办法？清算财产的清偿顺序如何？

21. 国家如何对外商投资进行管理？

22. 外商投资企业投资者股权变更应遵守哪些规定？

第十章 金融法

金融，即货币资金的融通，一般是指与货币流通和银行信用有关的一切活动的总称。金融活动包括货币发行、银行存款与贷款、票据贴现、汇兑往来、外汇管理等内容。金融法是调整金融关系的法律规范的总称。我国的金融关系主要是国家在管理金融活动中和银行等金融机构在从事金融业务过程中与其他金融主体之间发生的经济关系。我国的金融法包括银行法、票据法、保险法、外汇管理法、金银管理法等。

货币流通和银行信用活动主要是通过银行等金融机构的各种业务来实现的，因此，银行法在金融法之中占有十分重要的地位。

第一节 中国人民银行法

一、中国人民银行法概述

中国人民银行法是确立中国人民银行的地位和职责，调整中国人民银行在制定和执行货币政策、对金融业监督管理等宏观调控过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。

我国关于中国人民银行的立法工作有一个历史发展过程。中国人民银行于1948年建立，长时期内是综合性的国家银行。经

济体制改革开始以后，国务院于1982年7月批准发布了《关于人民银行的中央银行职能及其与专业银行的关系问题的请示》，根据这一《请示》，随着当时中国农业银行、中国银行的恢复和设立，中国人民银行既领导、监督和管理全国的银行和金融业，又直接办理工商信贷和储蓄业务，兼有中央银行和商业银行的双重职能。1983年9月，国务院发布了《关于中国人民银行专门行使中央银行职能的决定》。根据《决定》，中国人民银行办理的工商信贷和储蓄业务交给中国工商银行办理，中国人民银行演变成国务院领导和管理金融事业的国家机关，这是我国银行体制的一次重大改革。1986年1月，国务院发布了《中华人民共和国银行管理暂行条例》，又进一步明确了中央银行、各专业银行和其他金融机构在我国金融体系中的地位和职责。

1995年3月18日第八届全国人大第三次会议通过并公布实施了《中华人民共和国中国人民银行法》。该法的颁布和实施，确立了中国人民银行的地位和职责，促进了我国中央银行体制的完善，能够保障中国人民银行制定和执行货币政策的科学性、权威性，保证金融体系稳健运行，是我国金融法制建设的里程碑。

二、中国人民银行的法律地位、职责范围和组织机构

（一）中国人民银行的法律地位

《中国人民银行法》第二条规定：“中国人民银行是中华人民共和国的中央银行。中国人民银行在国务院领导下，制定和实施货币政策，对金融业实施监督管理”。中国人民银行是唯一代表国家进行金融管理和金融调控的特殊的金融机构，是我国金融活动的中心，处于金融组织体系的最高地位。

中国人民银行是我国的中央银行，是全国唯一的发行银行、国家银行、储备银行、银行的银行。发行银行是指中国人民银行

享有人民币的独占发行权，且法律规定人民币是我国唯一的法定货币。国家银行是指中国人民银行由国家掌握，由中央人民政府即国务院领导。储备银行是指中国人民银行享有持有、管理、经营国家外汇储备和黄金储备的权力。银行的银行主要是指中央银行以商业银行为业务对象，对商业银行的支付能力和风险负有监护责任。

中国人民银行的全部资本由国家出资，属国家所有，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，不受各级政府、部门、社会团体和个人的干涉。为保证中国人民银行的独立性，法律规定，中国人民银行实行独立的财务预算管理体制，其预算经国务院财政部门审核后，纳入中央预算，接受国务院财政部门的预算执行监督。

（二）中国人民银行的职责范围

中国人民银行履行下列 11 项职责：依法制定和执行货币政策；发行人民币，管理人民币流通；按照规定审批、监督管理金融机构；按照规定监督管理金融市场；发布有关金融监督管理和业务的命令和规章；持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；经理国库；维护支付、清算系统的正常运行；负责金融业的统计、调查、分析和预测；作为国家的中央银行，从事有关的国际金融活动；国务院规定的其他职责。

（三）中国人民银行的组织机构

中国人民银行设行长一人，副行长若干人，实行行长负责制。中国人民银行的工作由行长领导，副行长协助行长工作。中国人民银行设立货币政策委员会，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。中国人民银行对分支机构实行集中统一领导和管理。

三、人民币的发行和管理

(一) 我国的货币政策

1. 货币政策目标。货币政策目标是一国的中央银行据以制定和执行货币政策的依据。实践证明，只有币值稳定，才能促进国民经济持续、快速、健康发展。中国人民银行的货币政策应以稳定币值为目标，通过调节货币供应总量并保持国际收支平衡，为国民经济的发展创造一个良好的货币金融环境，以此促进经济的增长。为此，《中国人民银行法》第3条明确规定：“货币政策目标是保持货币币值的稳定，并以此促进经济增长。”

2. 货币政策工具。货币政策工具是实现货币政策目标的手段。货币政策的实施应当根据国民经济发展的客观需要，控制和调节货币供应量和信用总量，从而保证国民经济从宏观上实现供给与需求的基本平衡。中央银行为了实现货币政策目标，在执行货币政策时需要根据国家宏观经济调控的要求采用相应的手段。根据《中国人民银行法》的规定，中国人民银行实施货币政策的工具是：（1）要求金融机构按照规定的比例交存存款准备金；（2）确定中央银行基准利率；（3）为在中国人民银行开立账户的金融机构办理再贴现；（4）向商业银行提供贷款；（5）在公开市场上买卖国债和其他政府债券及外汇；（6）国务院确定的其他货币政策工具。

(二) 人民币的法律地位

《中国人民银行法》规定：“中华人民共和国的法定货币是人民币”。人民币是我国境内流通使用的唯一合法货币。作为法定支付手段，以人民币支付我国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。我国实行独立、统一、稳定的货币政策。国家禁止金银、外币在国内市场自由流通，通过立法维护人

人民币的统一市场。

（三）人民币的发行

人民币发行是中国人民银行向流通领域投入人民币现金的行为。发行人民币、管理人民币流通是中国中国人民银行的职责之一。《中国人民银行法》明确规定：“人民币由中国人民银行统一印制、发行”。人民币的发行关系着整个国民经济的稳定，必须坚持集中统一发行、计划发行和经济发行的原则，以保持货币币值的稳定和货币流通的正常进行。

1. 集中统一发行。它是指人民币的发行权属于国家，中国人民银行统一发行人民币，管理人民币的流通。为此，中国人民银行设立人民币发行库，分支机构设立分支库。

2. 计划发行。有计划地调节货币流通，是实现保持货币稳定、并以此促进经济增长的货币政策最终目标的重要保证。因此，人民币的发行必须按国家规定的货币发行计划进行，发行量由国务院统一掌握。

3. 经济发行。又称信用发行。它是指根据国家经济发展的正常需要，决定货币发行的数量。这是保持货币基本稳定的重要前提。这就要坚持信贷资金和财政基金分别管理的原则。与经济发行相对应的是财政发行。财政发行是为了弥补财政赤字而增加的货币发行，这样增发的货币是没有物质保证的，必然导致总供给和总需求的不平衡，因此《中国人民银行法》第28条规定：“中国人民银行不得对政府财政透支，不得直接认购、包销国债和其他政府债券”。

（四）人民币的管理

《中国人民银行法》对人民币管理的规定主要有：禁止伪造、变造人民币，禁止出售、购买伪造、变造的人民币，禁止运输、持有、使用伪造、变造的人民币，禁止故意毁损人民币，禁止在

宣传品、出版物或者其他商品上非法使用人民币图样；任何单位和个人不得印制、发售代币票券，以代替人民币在市场上流通；残缺、污损的人民币，按照中国人民银行的规定兑换，并由中国人民银行负责收回、销毁。

四、中国人民银行的业务范围

中国人民银行的业务活动主要有：依法制定和执行货币政策、对金融业实施监督和管理、金融服务等。中国人民银行的金融业务活动，不以盈利为目的，不经营商业银行业务，不与商业银行竞争，而是以执行货币政策、保证货币政策目标实现为指导原则，与一般商业银行和其他金融机构的业务活动相比较，存在很大的区别。

（一）作为政府银行的业务范围

（1）依照法律、行政法规的规定经理国库；（2）代理国务院财政部门向各金融机构组织发行、兑付国债和其他政府债券；（3）持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；（4）中国人民银行作为政府银行从事的其他业务。

（二）作为银行的银行的业务范围

（1）为金融机构开立账户，但不得对金融机构的账户透支；（2）组织或者协助组织金融机构相互之间的清算系统，协调金融机构相互之间的清算事项，提供清算服务；（3）根据执行货币政策的需要，可以决定对商业银行贷款的数额、期限、利率和方式，但贷款的期限不得超过一年；（4）中国人民银行作为银行的银行从事的其他业务。

（三）对金融业监督管理的业务范围

金融机构作为经营货币这种特殊商品的特殊企业，其经营结果对社会经济发展有很大影响，因此，必须加强对金融业的管

理。加强对金融业的管理，是顺利实施货币政策，保证金融业有序运作、防范金融风险、对金融业实现有效宏观调控的重要条件。《中国人民银行法》明确规定了中国人民银行对金融业监督管理的业务范围：（1）按照规定审批金融机构的设立、变更、终止及其业务范围；（2）有权对金融机构的存款、贷款、结算、呆账等情况随时进行稽核、检查监督；（3）有权对金融机构违反规定提高或者降低存款利率、贷款利率的行为进行检查监督；（4）有权要求金融机构按照规定报送资产负债表、损益表以及其他财务会计报表和资料；（5）负责统一编制全国金融统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布；（6）对国家政策性银行的金融业务，进行指导和监督；（7）建立、健全本系统的稽核、检查制度，加强内部的监督管理。

五、法律责任

（一）违反人民币管理的法律责任

（1）伪造人民币、出售伪造的人民币或者明知是伪造的人民币而运输的，依法追究刑事责任，变造人民币、出售变造的人民币或者明知是变造的人民币而运输，构成犯罪的，依法追究刑事责任，情节轻微的，由公安机关处 15 日以下拘留、5000 元以下罚款；（2）购买伪造、变造的人民币或者明知是伪造、变造的人民币而持有、使用，构成犯罪的，依法追究刑事责任，情节轻微的，由公安机关处 15 日以下拘留、5000 元以下罚款；（3）在宣传品、出版物或者其他商品上非法使用人民币图样的，中国人民银行应当责令改正，并销毁非法使用的人民币图样，没收违法所得，并处 50000 元以下罚款；（4）印制、发售代币票券，以代替人民币在市场上流通的，中国人民银行应当责令停止违法行为，并处 20 万元以下罚款。

(二) 违反金融管理的法律责任

违反法律、行政法规有关金融监督管理规定的，中国人民银行应当责令其停止违法行为，并依法给予行政处罚，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

(三) 中国人民银行及其工作人员的法律责任

(1) 中国人民银行违反规定提供贷款、对单位和个人提供担保、擅自动用发行基金的，对负有直接责任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，依法追究其刑事责任，造成损失的，负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员应当承担部分或者全部赔偿责任；(2) 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及其工作人员违反法律规定提供贷款或者担保的，对负有直接责任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，依法追究其刑事责任，造成损失的，应当承担部分或者全部赔偿责任；(3) 中国人民银行的工作人员泄露国家秘密，构成犯罪的，依法追究其刑事责任，情节轻微的，依法给予行政处分。(4) 中国人民银行的工作人员贪污受贿、徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守，构成犯罪的，依法追究其刑事责任，情节轻微的，依法给予行政处分。

第二节 商业银行法

一、商业银行法概述

(一) 商业银行的概念

《商业银行法》第二条规定：“商业银行是指以吸收存款、发放贷款、办理结算等业务，以盈利为目的的企业法人”。可见，商业银行是依法成立的，以盈利为目的的法人组织，是经营货币

的特殊企业。

为了建立适应社会主义市场经济需要的现代金融体制，实行政策性银行与商业性银行相分离，割断政策性贷款与基础货币的直接联系，近些年来，我国组建了三家政策性银行，把商业银行的政策性业务分离出去，把各专业银行：中国工商银行、中国农业银行、中国银行和中国人民建设银行转变为国有商业银行。按照我国商业银行法的规定，我国的商业银行是实行自主经营、自担风险、自负盈亏、自我约束和发展的经营金融业务的机构，它依法开展业务活动，不受任何单位和个人的干涉，并以其全部法人财产独立承担民事责任。商业银行依法接受中国人民银行的监督管理。

商业银行与其他有关机构之间的关系：第一，商业银行与中国人民银行的的关系。中国人民银行对商业银行的设立负责审批，对商业银行的金融业务活动实施业务领导和监督管理。第二，商业银行与政策性银行的关系。二者都是我国金融组织体系的重要组成部分，但是二者的目标和业务范围等不同，政策性银行保本经营，不与商业银行竞争。第三，商业银行的总行与其分支机构之间的关系。商业银行的分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行连带承担。第四，商业银行与政府各部门之间的关系。商业银行进行业务活动不受政府各部门和地方政府以及单位和个人的干涉。

（二）商业银行的经营原则

1. 商业银行经营的“三性”原则，即效益性、安全性和流动性的经营原则。

2. 商业银行与客户之间平等、自愿、公平和诚实信用的原则。

3. 商业银行开展业务应当合法，并不得损害国家利益和社

会公共利益的原则。

4. 商业银行应当公平竞争，不得从事不正当竞争的原则。
5. 保障存款人的合法权益不受任何单位和个人侵犯的原则。
6. 开展信贷业务，严格审查借款人资信，实行担保的原则。

（三）商业银行法的概念

商业银行法是调整商业银行在组织管理和业务活动中，与中国人民银行、存款人和其他客户等主体之间所发生的一系列经济关系的法律规范的总称。

1995年5月10日，第八届全国人大常委会第13次会议通过了我国第一部《中华人民共和国商业银行法》，并于1995年7月1日起施行。该法明确规定了我国商业银行的设立和组织机构、对存款人的保护、贷款和其他业务的基本规则、财务会计、监督管理、接管与终止等内容，为商业银行的健康发展提供了法律保证，并有利于促进国家专业银行向商业银行的转变，促进我国金融体制的改革与完善。

二、商业银行的设立和组织机构

（一）商业银行的设立

1. 设立的条件。设立商业银行，应当具备的条件主要有：
(1) 有符合《商业银行法》和《中华人民共和国公司法》规定的章程；(2) 有符合法律规定最低限额的注册资本；(3) 有具备任职专业知识和业务工作经验的董事长（行长）、总经理和其他高级管理人员；(4) 有健全的组织机构和管理制度；(5) 有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。

2. 商业银行的注册资本。根据法律规定，设立商业银行的注册资本最低限额为10亿元人民币；城市合作商业银行的注册资本最低限额为1亿元人民币；农村合作商业银行的注册资本最

低限额为 5000 万元人民币。注册资本应当是实缴资本。中国人民银行可以根据经济发展状况调整注册资本的最低限额，但不得少于上述法律规定的限额。

3. 商业银行设立的程序。设立商业银行，申请人应当向中国人民银行提出申请，并提交法律规定的文件、资料。中国人民银行审查设立申请时，应当考虑经济发展的需要和银行业竞争的状况。经批准设立的商业银行，由中国人民银行颁发经营许可证。申请人凭该经营许可证，向工商行政管理机关办理注册登记，领取企业法人营业执照。经批准设立的商业银行分支机构，也应由中国人民银行颁发经营许可证，并凭该许可证向工商行政管理部门办理登记，领取营业执照。

4. 商业银行的分支机构。商业银行根据业务需要可以在中华人民共和国境内外设立分支机构。设立分支机构必须经中国人民银行审查批准。商业银行在中华人民共和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。拨付各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%。商业银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。商业银行分支机构不具有法人资格，在总行授权范围内依法开展业务，其民事责任由总行承担。

经批准设立的商业银行及其分支机构，由中国人民银行予以公告。

（二）商业银行的组织形式

《商业银行法》第 17 条规定：商业银行的组织形式、组织机构适用公司法的规定。也就是说，商业银行的组织形式主要是符合公司法要求的有限责任公司和股份有限公司。在我国金融机构的改革实践中，商业银行主要有以下三种组织形式：

1. 国有独资商业银行。它是公司法规定的国有独资公司在

金融机构方面的具体表现形式。目前主要是指国家出资设立的中国工商银行、中国人民建设银行、中国农业银行和中国银行这四大国有商业银行。

2. 股份制商业银行。这是股份有限公司在金融机构方面的具体表现形式。目前主要是指公有资本占控股地位的新兴的股份制商业银行。例如：交通银行、光大银行、华夏银行、中信实业银行等。

3. 城市合作商业银行。它是由法定数额以上股东出资设立的股份制商业银行，其出资股东主要是地方财政、城市企业和居民。城市合作商业银行自1995年开始组建以来，现已得到较快发展。

(三) 商业银行的组织机构

按照商业银行法和公司法的规定，商业银行设股东会（股东大会）、董事会、监事会。董事会可聘任总经理。

国有独资商业银行不设股东会，其监事会由中国人民银行、政府有关部门的代表、有关专家和本行工作人员的代表组成。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高级管理人员违反法律、行政法规或者章程的行为和损害银行利益的行为进行监督。

法律规定，下列人员不得担任商业银行的高级管理人员：

- (1) 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，或者因犯罪被剥夺政治权利的；
- (2) 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；
- (3) 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；
- (4) 个人所负数额较大的债务到期未清偿的。

三、商业银行的业务

(一) 存款业务

商业银行通过付出一定利息吸收存款是其负债业务的主要内容，也是商业银行业务活动之一，通过吸收存款形成的资金是商业银行的经营之本。

吸收存款包括吸收企事业单位和个人储蓄存款，这是商业银行负债业务的主体内容，一般占其总负债量的70%左右。商业银行法规定：办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。

对个人储蓄存款和单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外。商业银行应当按照中国人民银行规定的存款利率的上下限，确定存款利率，并予以公告。应当保证存款本金和利息的支付，不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。

(二) 贷款业务

贷款业务是商业银行将货币在一定期限内借出，借款人按照合同约定还本付息的一种信用形式的业务。它是商业银行资产业务的主要内容，同样是商业银行业务活动之一。

1. 商业银行开展信贷业务，应遵守的原则。首先，应坚持根据国民经济和社会发展的需要，在国家产业政策指导下开展贷款业务的原则；其次，应坚持对借款人的借款用途、偿还能力、还款方式等情况进行严格审查的原则，要实现这一原则，就应当实行审贷分离、分级审批的制度；再次，应坚持借款人提供担保，对保证人的偿还能力，抵押物、质物的权属和价值以及实现抵押权、质权的可行性进行严格审查的原则。除此之外，商业银行贷款还应按计划贷款，坚持综合平衡的原则；对借款人区别对

待、择优扶植的原则；信贷资金按期归还、收取利息、不得豁免的原则。

2. 信贷业务的法律形式。商业银行贷款，应当与借款人订立书面信贷合同。信贷合同是贷款人将货币借给借款人，借款人按期归还贷款并支付规定的利息的协议，它是表现信贷业务的法律形式。贷款合同应当约定贷款种类、借款用途、金额、利率、还款期限、还款方式、违约责任和双方认为需要约定的其他事项。商业银行应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率。

3. 商业银行信贷业务的限制性条款。(1) 商业银行不得向关系人发放信用贷款，向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件。此处所称关系人是指：商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属。上述所列人员投资或者担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织。(2) 任何单位和个人不得强令商业银行发放贷款或者提供担保。商业银行有权拒绝任何单位和个人强令要求其发放贷款或者提供担保。(3) 借款人到期不归还担保贷款的，商业银行依法享有要求保证人归还贷款本金和利息或者就该担保物优先受偿的权利。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股票，应当自取得之日起一年内予以处分。借款人到期不归还信用贷款的，应当按照合同约定承担责任。

(三) 中介业务

中介业务是指商业银行不需运用自己的资金，只代替客户承办交付、收取和其他委托事项而收取手续费的业务。中介业务与负债业务、资产业务共同构成现代商业银行的三大业务。市场经济的迅速发展，带来了多种融资和多样化金融服务的要求，中介业务适应这种需求，它可以较少占用银行资金，使银行盈利结构

呈现多元化，利于提高银行的经济效益。

商业银行法规定了下列中介业务：办理国内外结算；发行金融债券；代理发行、兑付、承销政府债券；买卖、代理买卖外汇；提供信用证服务及担保；代理收付款项及代理保险业务；提供保险箱服务。商业银行法规定，商业银行办理票据承兑、汇兑、委托收款等结算业务，应当按照规定的期限兑现，收付入账，不得压单、压票或者违反规定退票。商业银行发行金融债券应当依法报经批准。商业银行办理业务，提供服务，按照中国人民银行的规定收取手续费。

四、法律责任

（一）商业银行的法律责任

1. 商业银行有无故拖延、拒绝支付存款本金和利息等给存款人或其他客户造成损害的行为，应当承担迟延履行及利息及其他民事责任。

2. 商业银行有未经批准发行金融债券或到境外借款等行为，由中国人民银行责令改正，有违法所得的，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下罚款，没有违法所得的，处以10万元以上50万元以下罚款，情节特别严重或者逾期不改正的，中国人民银行可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

3. 商业银行未按规定比例交缴存款准备金、未经批准设立分支机构等，由中国人民银行责令改正，有违法所得的，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上3倍以下罚款，没有违法所得的，处以5万元以上30万元以下罚款。

4. 商业银行有以上第1、2、3项违法行为的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，应当给予纪律处分，构成犯罪的

的，依法追究其刑事责任。

5. 商业银行不按照规定向中国人民银行报送有关文件、资料或者对变更事项不报批的，由中国人民银行责令改正，逾期不改正的，可以处以1万元以上10万元以下罚款。

(二) 商业银行工作人员的法律責任

1. 商业银行工作人员利用职务上的便利，索取、收受贿赂或者违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费的，依法追究其刑事责任。有上述行为，发放贷款或者提供担保造成损失的，应当承担全部或者部分赔偿责任。

2. 商业银行工作人员利用职务上的便利，贪污、挪用、侵占本行或者客户资金，构成犯罪的，依法追究其刑事责任，未构成犯罪的，应当给予纪律处分。

3. 商业银行工作人员违反本法规定玩忽职守造成损失的，应当给予纪律处分，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。违反规定徇私向亲属、朋友发放贷款或者提供担保造成损失的，应当承担全部或者部分赔偿责任。

4. 商业银行工作人员泄露在任职期间知悉的国家秘密、商业秘密的，应当给予纪律处分，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

(三) 其他机构、人员的法律責任

1. 未经批准在名称中使用“银行”字样的，未经批准购买商业银行股份总额10%以上的，将单位的资金以个人名义开立账户存储的，由中国人民银行责令改正，有违法所得的，没收违法所得，可以处以违法所得1倍以上3倍以下罚款，没有违法所得的，可以处以5万元以上30万元以下罚款。

2. 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，依法追究其刑事责任，并

由中国人民银行予以取缔。伪造、变造、转让商业银行经营许可证的，依法追究其刑事责任。

3. 单位或者个人强令商业银行发放贷款或者提供担保的，应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员或者个人给予纪律处分，造成损失的，应当承担全部或者部分赔偿责任。

第三节 票 据 法

一、票据法概述

(一) 票据的概念和特征

票据是出票人依照法律规定签发的，约定自己或委托他人在见票时或指定日期无条件支付确定的金额给收款人或持票人的有价证券。票据有广义和狭义之分。广义的票据是指商业活动中的一切凭证，如发票、提单、汇票等；狭义的票据只限于以支付一定金额为目的的票据。我国票据法规定的票据是狭义的票据，即指汇票、本票和支票。

票据具有以下法律特征：(1) 票据是设权证券，票据的权利义务因出票人签发而产生；(2) 票据是债权证券，票据权利是以请求支付票据载明的金额这一债权为内容；(3) 票据是要式证券，其格式与记载事项必须符合法律规定的形式，否则将影响票据的效力；(4) 票据是文义证券，票据所表现的权利义务的内容以及与票据有关的一切事项，必须以票据上记载的文字为准；(5) 票据是无因证券，即票据权利义务与票据原因严格分离，持票人行使票据权利时，无须证明其取得票据的原因；(6) 票据是流通证券，在票据到期前，票据权利可以依据背书或单纯交付而转让。

（二）票据的作用

票据是商品经济发展到一定阶段的产物，票据制度形成于资本主义商品经济发达以后。在社会主义市场经济中，票据仍具有重要的不可替代的作用：

1. 支付作用。即以票据代替现金作为商品交易的支付工具。
2. 结算作用。即利用票据办理各种主体之间的结算。
3. 信用作用。即以远期票据作为信用工具来进行商品的信用交易。
4. 流通作用。即允许票据背书转让，使票据可在市场上广泛流通，节约现金的使用。
5. 融资作用。即通过票据贴现来调度资金。

（三）票据法的概念

票据法是规定票据的种类、形式、内容，调整因票据活动而产生的各种社会关系的法律规范的总称。改革开放以来，随着社会主义市场经济的逐步建立，票据的使用得到较快发展，有关票据方面的立法工作也得到大大加强。1988年6月上海市人民政府颁布的《上海市票据暂行规定》，是我国第一个系统调整票据关系的地方法规。1988年12月19日中国人民银行颁布的《银行结算办法》，从改革我国结算制度的角度对票据制度作了规定。1993年5月中国人民银行又发布了《商业汇票办法》等。尤为重要的是，1995年5月10日第八届全国人大常委会第13次会议审议通过了《中华人民共和国票据法》，标志着我国第一部票据法的诞生，该法于1996年1月1日起施行。该法出台之后，中国人民银行制定了《票据管理实施办法》、《支付结算办法》等实施办法和配套法规。这些立法工作对于完善我国的票据法体系具有重要作用。

二、有关票据的法律关系

(一) 票据关系

票据关系是指当事人之间基于票据行为而发生的债权债务关系。它是有关票据的法律关系中的一种，是根据票据关系当事人的票据行为而直接发生的权利义务关系。例如，基于出票行为而发生的出票人与收款人之间的关系，收款人与付款人之间的关系；基于汇票承兑行为而发生的持票人与承兑人之间的关系；基于背书行为而发生的背书人与被背书人的关系、被背书人与付款人之间的关系、背书的前手与后手之间的关系等等。

票据关系的主体是票据债权人和票据债务人。持有票据并据此享有票据权利的人为票据债权人，实施一定的票据行为而在票据上签名的人为票据债务人。票据关系的主体还可以划分为基本当事人和非基本当事人。基本当事人是签发票据时就已存在的当事人，如汇票和支票的出票人、付款人、收款人等。非基本当事人是签发票据后通过各种票据行为加入到票据关系中的当事人，如背书人、被背书人、票据保证人等。票据关系的内容是票据债权人依法享有的付款请求和追索权，以及票据债务人依法承担的给付票据金额的义务。票据关系的客体是票据债权人和债务人权利义务所共同指向的一定数额的金钱。

票据关系相对独立于票据法上的非票据关系和票据基础关系。

(二) 票据法上的非票据关系

票据法上的非票据关系是指由票据法所规定的，不是基于票据行为直接发生的法律关系。如票据正当权利人对于恶意或重大过失而取得票据的人行使票据返还请求权的关系；因时效期满或手续欠缺而丧失票据权利的持票人对于出票人或承兑人行使利益

偿还请求权的关系；票据付款人付款后请求持票人交还票据的关系等。

票据法上的非票据关系直接根据票据法的规定而发生，而不是根据当事人的票据行为而发生，非票据关系内容的权利不是票据权利，该项权利的行使不以持有票据为必要，票据法对非票据关系作出规定的目的，是保障票据关系和票据权利的实现。

（三）票据的基础关系

票据关系当事人之间之所以发生授受票据的行为，是基于一定的原因或前提，这种授受票据的原因或前提关系即票据的基础关系。票据的基础关系是由经济、民事法律行为而导致的法律关系，其内容是一般经济、民事权利义务，而并非票据权利义务。票据的基础关系决定票据关系，但与票据关系相分离。票据的基础关系有以下三种：

1. 票据原因关系。这是基于票据当事人之间授受票据的原因而发生的关系。如导致使用支票的商品买卖关系等。

2. 票据资金关系。这是指票据的出票人与付款人之间事先约定的，由付款人为出票人付款的关系。如商业汇票的出票人与银行之间约定的由银行为商业汇票付款的承兑协议等就是票据资金关系。

3. 票据预约关系。这是指票据当事人之间以授受票据为标的的合同关系。如商品购销双方关于使用票据的种类、金额和到期日的约定等。

三、票据行为

票据行为是以发生票据上的权利义务为目的所实施的要式法律行为。我国票据法规定了五种票据行为：出票、背书、承兑、保证和付款。票据行为分为基本票据行为和附属票据行为。出票

是创设票据权利义务的基本行为，票据上的权利义务都由出票而产生。其他票据行为则是以出票为前提才发生的，所以属于附属票据行为。一般情况下，汇票具备上述全部票据行为；本票由于出票人即是付款人，无需承兑，只有四种票据行为；支票的付款人是银行或其他金融机构，一般无需保证和承兑，只有三种票据行为。

票据行为具有以下特征：（1）要式性，当事人进行票据行为必须采取书面形式，并按照一定的格式填写、签章；（2）抽象性，票据行为只需具备抽象的形式即可生效，而不用问其实质如何；（3）文义性，票据行为的内容完全以票据上的文字记载为准；（4）独立性，同一票据上如有数个票据行为，每一票据行为各自独立发生效力，不因其他票据行为的无效而受影响。

票据行为可由他人代理。为了保护持票人的利益，票据代理除了适用民法通则关于代理的一般规定外，还应适用票据法的特殊规定。这些规定主要有：（1）票据代理应具备严格的形式要件，代理人应在票据上签章，并应在票据上表明其代理关系；（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；（3）代理人超越代理权限的，应当就其超越权限的部分承担票据责任。

四、票据权利

（一）票据权利的概念种类

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。

付款请求权即持票人对票据主债务人行使的权利，是票据权利的第一请求权。票据主债务人，就汇票而言是指汇票的付款人或承兑人及其保证人；就本票而言是指本票发票人及其保证人；

就支票而言是指支票的付款人。票据主债务人对票据负有绝对的付款责任。追索权又称偿还请求权，是持票人在行使或保全票据权利后，向应偿还票据金额义务人行使的权利。追索权是票据的第二次请求权，只有在第一次请求权得不到实现时，即持票人行使付款请求权遭拒绝或有其他法定原因，方可行使追索权。

（二）票据权利的取得

票据权利的取得有两种方式，一是原始取得，即因票据的创设而取得票据权利；二是继受取得，即因票据的转让、继承等原因而取得票据权利。

票据权利的取得可分为善意取得和恶意取得。善意取得是指票据受让人依据法律规定的方法，主观无恶意和重大过失取得票据，从而享有票据权利。恶意取得是指明知或应当知道票据转让人没有处分票据的权利而受让票据。票据法规定：以欺诈、偷盗或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法律规定的票据的，也不得享有票据权利。

票据的取得必须给付对价。即给付票据双方当事人认可的相对应的代价。因税收、继承、赠与可依法无偿取得的票据，不受给付对价的限制。

（三）票据权利的转让

票据是一种流通证券，票据权利可以通过背书而自由转让。但票据权利的转让与一般债权的转让存在区别，首先，票据权利可以通过交付票据或经背书交付票据而转让，不必通知债务人。只要持票人按法定方式将票据转给受让人，债务人就必须承担依票据向受让人付款的义务。其次，善意而支付了对价的受让人可取得票据的所有权，享有票据上的一切权利。即使票据是出让人偷盗而来，只要受让人符合善意取得的条件，原票据所有人也不

能要求受让人返还票据，而只能向偷窃者追偿。按照票据法的规定，善意取得必须是主观上无恶意和重大过失，所取得的票据具备法定形式要件，以背书转让的，背书应连续无间断，支付了相当的对价。

（四）票据抗辩

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。票据抗辩包括：（1）物的抗辩，是指票据债务人根据票据本身的内容而向一切票据债权人提出的抗辩。例如：票据欠缺应记载的事项，票据系伪造、变造等。（2）人的抗辩，是指票据债务人与特定债权人之间发生的抗辩。如：债权人缺乏受领能力、票据背书不连续等。

票据法着重保护持票人的权利，票据债务人不得以自己与出票人或与持票人前手之间的抗辩事由对抗持票人，但持票人明知票据债务人与出票人或持票人前手之间存在抗辩事由的，票据债务人可以持票人恶意取得为由，拒绝向其履行义务。

（五）票据的伪造、变造及丧失

1. 票据的伪造。票据的伪造是指假借他人名义而实施票据行为。票据的伪造不产生法律上的效力，但伪造的票据上有其他真实签章的，真实签章人应对自己所为的票据行为负责。

2. 票据的变造。票据的变造是指无变更权限的人变更票据上除签章以外的记载事项的行为。发生票据变造时，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别签章在票据变造之前或之后的，视同在变造之前签章。

3. 票据的丧失。票据的丧失是指票据权利人丧失对票据的占有。票据丧失的原因有票据灭失、遗失、被盗等。

按照法律规定，票据丧失后，有以下三种补救办法：（1）挂

失止付，即持票人在丧失票据后，向付款人通知票据丧失的情形，并请求停止付款。收到挂失止付通知的付款人应当暂停支付。失票人应在挂失止付后三日内，申请公示催告或提起诉讼。(2) 公示催告，即丧失票据的人申请法院宣告票据无效而使票据权利与票据相分离的一种制度。(3) 提起诉讼，即持票人在丧失票据后，可以通过普通诉讼程序请求票据债务人付款。

(六) 票据时效

票据时效是指票据权利有效的时间范围。根据票据法的规定：票据权利在下列期限内不行使而消灭：(1) 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；(2) 持票人对支票出票人的权利，自出票日起 6 个月；(3) 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；(4) 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。票据的出票日、到期日由票据当事人依法确定。

五、汇票

(一) 汇票的概念和出票

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。汇票分为银行汇票和商业汇票。

汇票的出票是指出票人作成汇票并将其交付给他人的一种票据行为。出票的效力表现在：出票人签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任，汇票付款人负有代出票人付款的义务，收款人则取得付款请求权和追索权。

汇票上绝对必要记载的事项有：(1) 表明“汇票”的字样；(2) 无条件支付的委托；(3) 确定的金额；(4) 付款人名称；

(5) 收款人名称；(6) 出票日期；(7) 出票人签章。

以上事项必须依法记载，缺一项将导致汇票无效。除绝对必要记载事项以外，还有相对必要记载事项，即记载则发生法律效力，不记载也不影响汇票的效力。如：出票地、付款地、付款日期等。

(二) 汇票的背书

背书是指在汇票背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。背书通常以转让票据权利为目的，另外也可用于委托他人代为取款或设定质权。

一般转让背书的效力：(1) 票据权利移转的效力，即背书成立后，票据上的一切权利因背书而转移给被背书人；(2) 票据责任担保的效力，即背书人因背书而对其后手负担担保承兑和担保付款的责任；(3) 票据权利证明的效力，即票据权利的有效移转，可以用背书连续的形式予以证明。所谓“背书连续”，是指在票据转让中，转让票据的背书人与受让票据的被背书人在票据上的签章依次前后衔接。背书由背书人签章并记载背书日期。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，必须记载被背书人名称。

背书可以分为转让背书和非转让背书。转让背书，是指以转让票据权利为目的而为之的背书。非转让背书，是指以转让票据权利以外的目的而为之的背书。

转让背书包括：(1) 记名背书，是指背书人签章并且记载被背书人的名称的背书；(2) 空白背书，是指背书人仅签章但不记载被背书人名称的背书。我国票据法只允许记名背书。(3) 无担保背书，是指背书人作成背书时记载不负任何担保责任的背书；(4) 禁转背书，是指背书人在作成背书时，记载禁止票据再经背书转让的背书等等。

非转让背书包括：(1) 委任背书，是指背书人授权由被背书人代理自己行使票据权利（通常为代背书人取款）的背书；(2) 设质背书，是指背书人以票据权利为被背书人设定质权而作成的背书。

（三）汇票的承兑

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。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。未记载承兑日期的，以付款人收到提示承兑的汇票的第4日为承兑日期。

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，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑；见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑；见票即付的汇票无需承兑。应当提示承兑的汇票未按规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

付款人对向其提示承兑的汇票，应当自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。付款人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。回单上应当记明汇票提示承兑日期并签章。

（四）汇票的保证

保证是票据债务人以外的第三人担保票据债务履行的票据行为。票据法规定，保证不得附有条件，附有条件的，不影响对汇票的保证人责任。保证人为二人以上的，保证人之间承担连带责任。

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。汇票到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，

保证人应当足额付款。

保证人清偿汇票债务后，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

保证是要式行为。保证人为票据保证时，应在票据或者粘单上记载下列事项：(1) 表明“保证”的字样；(2) 保证人名称和住所；(3) 被保证人的名称；(4) 保证日期；(5) 保证人签章。保证人在为票据保证时，如未记载被保证人的名称的，已承兑的汇票，以承兑人为被保证人；未承兑的汇票，以出票人为被保证人。

(五) 汇票的付款

票据付款，是指票据上的付款人支付票据金额以消灭票据关系的行为。汇票付款包括提示和支付两个阶段。持票人应在规定期限向付款人，或者通过委托收款银行或票据交换系统向付款人进行付款提示。我国票据法规定：(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；(2) 定日付款、出票后定期付款或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。持票人未按规定期限提示付款的，在作出说明后，承兑人或付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。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。

持票人在规定期限提示付款时，付款人必须在当日足额付款。付款人故意压票、拖延支付而致持票人遭受损失的，应依法承担赔偿责任。付款人在付款前，应对提示的汇票作形式上的审查，包括审查汇票背书的连续，审查提示付款人的合法身份证明或有效证件。付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。持票人获得付款时，应当在汇票上签收，并将汇票交给付款人。

(六) 汇票的追索权

追索权是指当汇票不获承兑、不获付款或有其他法定原因时，持票人向其前手请求偿还票据金额、利息及其他法定费用的一种票据权利。

行使汇票追索权必须符合下列条件：

1. 汇票到期被拒绝付款。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) 汇票被拒绝承兑的；(2) 承兑人或者付款人死亡、逃匿的；(3) 承兑人或者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。

2. 提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或未按规定期限提供其他合法证明的，丧失对其前手的追索权，但是，承兑人或者付款人仍应对持票人承担责任。

3. 在法定期限内提出。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。持票人也可以同时向各汇票债务人发出书面通知。

未按照前款规定期限通知的，持票人仍可以行使追索权。因延期通知给其前手或者出票人造成损失的，由没有按照规定期限通知的汇票当事人，承担对该损失的赔偿责任，但是所赔偿的金额以汇票金额为限。

在规定期限内将通知按照法定地址或者约定的地址邮寄的，视为已经发出通知。

持票人行使追索权，可以不按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。持票人对汇票债务人中的一人或数人已经行使追索权的，对其他汇票债务人仍可以行使追索权。持票人行使追索权时，可以向被追索人请求支付的金

额和费用包括：被拒绝付款的汇票金额；汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。被追索人向追索权人清偿后，可以再向其他汇票债务人行使再追索权。被追索人行使再追索权时，可以请求的金额和费用包括：已清偿的全部金额；所清偿的金额自清偿日起至再追索清偿日，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；发出通知书的费用。持票人获得清偿时，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。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一权利。

六、本票和支票

（一）本票

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时或指定日期无条件支付确定的金额给收款人或持票人的票据。我国票据法上的本票限于银行本票，并且到期日为见票即付。本票除了适用票据法对本票的专门规定外，在很多方面适用有关汇票的规定。如本票的背书、保证、付款和追索权的行使等同时适用有关汇票的规定。

本票的出票人必须有支付本票金额的可靠资金来源，并保证支付。我国票据法规定，本票出票人的资格由中国人民银行审定。本票的出票人在持票人提示见票时，必须承担付款的责任。本票自出票日起，付款期限最长不得超过两个月。因此本票的持票人应当在本票出票日后两个月内进行付款提示。

本票必须记载的事项包括：（1）表明“本票”的字样；（2）无条件支付的承诺；（3）确定的金额；（4）收款人名称；（5）出票日期；（6）出票人签章。

（二）支票

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其

他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。根据票据法的规定，支票有三种，即普通支票、现金支票和转账支票。普通支票可以支取现金，也可以转账，转账时应在支票正面注明。现金支票只能用于支取现金，转账支票只能用于转账。

支票出票时，必须记载的事项包括：（1）表明“支票”的字样；（2）无条件支付的委托；（3）确定的金额；（4）付款人名称；（5）出票日期；（6）出票人签章。支票的出票人所签发的支票金额不得超过其付款时在付款人处实有的存款金额。出票人签发的支票金额超过其付款时在付款人处实有的存款金额的支票，为空头支票。票据法禁止签发空头支票。

支票限于见票即付。出票人在付款人处的存款足以支付支票的金额时，付款人应在持票人提示当日足额付款。持票人应在法律规定期限提示付款。票据法规定，支票的持票人应当自出票日起10日内提示付款，对于超过提示付款期限的支票，付款人可不予付款，但出票人仍应对持票人承担票据责任。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。但付款人以恶意或有重大过失付款的除外。

七、违反票据法的责任

（一）票据欺诈行为的法律责任

有下列票据欺诈行为之一，应依法承担刑事责任，情节轻微不构成犯罪的，应依法承担行政处罚：（1）伪造、变造票据的；（2）故意使用伪造、变造的票据的；（3）签发空头支票或者故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票，骗取财物的；（4）签发无可靠资金来源的汇票、本票，骗取资金的；（5）

汇票、本票的出票人在出票时作虚假记载，骗取财物的；(6) 冒用他人的票据，或者故意使用过期或者作废的票据，骗取财物的；(7) 付款人同出票人、持票人恶意串通，实施前 6 项所列行为之一的。

(二) 金融机构及其工作人员的法律責任

金融机构工作人员在票据业务中玩忽职守，对违反本法规定的票据予以承兑、付款或者保证的，给予处分；造成重大损失，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

由于金融机构工作人员因前款行为给当事人造成损失的，由该金融机构和直接责任人员依法承担赔偿责任。

(三) 票据付款人的法律責任

票据的付款人对见票即付或者到期的票据，故意压票，拖延支付的，由金融行政管理部门处以罚款，对直接责任人员给予处分。

票据的付款人故意压票，拖延支付，给持票人造成损失的，依法承担赔偿责任。

第四节 保 险 法

一、保险法概述

(一) 保险的概念和种类

保险是一方当事人依据合同约定向另一方当事人支付费用，另一方当事人对于合同约定发生的事故所造成的损失承担赔偿责任，或者当指定的人死亡、伤残、疾病或者生存到合同约定的年龄、期限时，承担给付责任的行为。保险是一种特殊的经济补偿制度，功能在于分散危险、消化损失，通过建立基金，对特定危

险事故或特定事件导致的损失给予经济上补偿的一种经济互助形式。保险又是一种法律制度，具体说是一种双务有偿的合同关系。保险法律行为的实质，是一方当事人承担给付保险费的义务，另一方当事人承担给付保险金的义务。保险合同中的给付义务，或者根据国家法律规定而发生，或者根据保险人与投保人订立的保险合同而发生。

保险的分类方法有很多，主要分类有：

1. 自愿保险和强制保险。自愿保险是投保人和保险人在自愿、平等、互利的基础上，通过协商一致订立保险合同。强制保险又称法定保险，是依据国家法律规定发生法律效力或必须投保的保险。

2. 财产保险和人身保险。财产保险是以财产和与财产有关的利益为保险标的的保险，可具体划分为财产损失保险、责任保险、信用保险、保证保险、海上保险等险种。人身保险是以人的寿命或者身体为保险标的的保险，主要有有人寿保险、意外伤害保险和健康保险三类。

3. 单保险和复保险。单保险是投保人对于同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故，与一个保险人订立保险合同的行为。复保险即重复保险，是投保人对同一保险标的、同一保险利益、同一保险事故，与数个保险人分别订立数个保险合同的行为。

4. 原保险和再保险。原保险是保险人和投保人之间订立的作为再保险标的的保险。再保险是保险人以其承担的保险责任的一部分或全部作为保险标的，向其他保险人转保而订立保险合同的行为。

（二）保险法的概念

保险法是调整保险关系的法律规范的总称。保险活动具有社

会性、技术性和强制性的特点。为了规范保险活动，保护保险合同当事人的合法权益，1995年6月30日第八届全国人大常委会第14次会议通过了《中华人民共和国保险法》，并于同年10月1日起施行。该法的颁布施行，标志着我国保险业走向商业化、规范化、法制化发展的新阶段。

我国保险法主要适用于商业保险。海上保险首先适用海商法的有关规定，海商法来作规定的，适用保险法的规定。

二、保险合同

(一) 保险合同概述

1. 保险合同的特征。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。保险合同可分为财产保险合同和人身保险合同两类。在财产保险合同中，保险人按照损害补偿的原则支付保险金，这种支付一般不超过被保险人实际遭受的损失。在人身保险合同中，保险人按照给付性原则给付保险金。

保险合同是经济合同中的一种，与其他经济合同相比，它有自己的特殊性，具体表现为：保险合同是双务有偿合同、是要式合同、是补偿性或给付性合同、是诚信合同。

2. 保险合同的当事人和关系人。保险合同的当事人和关系人包括保险人、投保人、被保险人和受益人。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。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。被保险人是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。

在以上四类合同主体中，保险人和投保人是保险合同的当事

人；被保险人、受益人是保险合同的关系人。保险人在保险合同中有收取保险费并应履行支付保险金的义务。投保人作为保险合同的一方当事人应当对保险标的具有保险利益，并负有交纳保险费的义务。在财产保险合同中，投保人和被保险人实际上是同一个人，在人身保险合同中，投保人可以是被保险人本人，也可以是被保险人的配偶或是法律许可的其他人。被保险人是受保险合同保障并有权按保险合同的规定向保险人索取保险金的人。受益人是人身保险合同中的被保险人死亡后，有权向保险人领取保险金的人，人身保险合同中应写明受益人，如果合同中没有指定受益人，或者受益人先于被保险人死亡后没有重新指定受益人，则保险金由被保险人的继承人领取。

3. 保险合同的标的。保险合同的标的是保险合同双方当事人即保险人和投保人的权利义务共同指向的对象。保险合同中双方权利义务关系主要在于：投保人应当依约向保险人支付保险费，保险人应对合同约定事故发生而造成的损失承担赔偿责任，或对指定人发生合同约定情况承担给付责任。双方权利义务指向的对象即为作为保险对象的财产及与财产有关的利益，或者人的寿命和身体。

4. 保险利益。保险利益是指投保人必须对保险标的的毁损有经济上的利害关系。保险法规定：投保人对保险标的应当具有保险利益。也就是说，第一，投保人一定要对保险标的有保险利益才能投保；第二，保险利益是保险合同生效的依据，在保险期间，保险利益必须始终存在，保险合同才始终有效；第三，保险利益必须是符合法律要求的利益，保险利益的范围应当依据法律予以确定。

财产保险合同在订立时，就要求投保人具有保险利益。人身保险合同中要求的保险利益与财产保险合同不同。人的价值不能

用金钱衡量，为防范道德危险，通过法律规定一定范围的特定人具有保险利益。我国保险法规定，投保人对下列人员具有保险利益：（1）本人；（2）配偶、子女、父母；（3）前项以外与投保人有抚养、赡养或者扶养关系的家庭其他成员、近亲属。（4）被保险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）保险合同的订立、变更和解除

1. 订立保险合同的程序和形式。投保人首先提出保险请求，简称投保。投保是投保人向保险人提出的订立保险合同的意思表示，实质为保险要约。投保要由投保人填写投保单。保险人收到投保单后，经必要的审核或与投保人协商后，没有异议而在投保单上签字盖章的，保险合同即告成立。

保险合同成立后，保险人应当及时签发保险单或保险凭证。保险单或保险凭证是保险合同已经成立的书面证明。保险单应载明保险合同的全部内容，保险凭证实际是简化了的保险单，保险凭证没有载明的内容，以同一险种的保险单的内容为准。如保险人未签发保险单或保险凭证，仍应承担保险合同中规定的义务。

保险合同是要式合同，应采取书面形式。保险合同的书面形式多已实现格式化。保险合同的书面形式主要有投保单、保险单、保险凭证等。经投保人和保险人协商同意，也可以采取其他书面协议形式订立保险合同。

2. 保险合同的内容主要有：（1）保险人名称和住所；（2）投保人、被保险人名称和住所，以及人身保险的受益人的名称和住所；（3）保险标的；（4）保险责任和责任免除；（5）保险期间和保险责任开始时间；（6）保险价值；（7）保险金额；（8）保险费以及支付办法；（9）保险金赔偿或者给付办法；（10）违约责任和争议处理；（11）订立合同的年、月、日。

3. 订立保险合同应注意的问题。订立保险合同，保险人应当向投保人说明保险合同的条款内容，并可以就保险标的或者被保险人的有关情况提出询问，投保人应当如实告知。

投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。投保人因过失未履行如实告知义务，对保险事故的发生有严重影响的，保险人对于保险合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，但可以退还保险费。

4. 保险合同的变更。在保险合同有效期内，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。变更保险合同的，应当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的书面协议。

5. 保险合同的解除。保险合同的解除是保险合同成立后，当事人因一定事由解除双方的权利义务关系，使保险合同自始无效的法律行为。保险合同成立后，除法律规定或保险合同约定不许解除外，投保人可以解除合同；而保险人只能在法律规定或保险合同约定的情况下解除保险合同。保险合同成立后，有下列情形之一的，保险人可以解除合同：（1）投保人违反如实告知的义务；（2）保险标的的危险增加；（3）投保人违反防灾减损义务；（4）被保险人或受益人违反诚实信用原则等。

（三）财产保险合同

1. 财产保险合同的概念和特征。财产保险合同是以财产及其有关利益为保险标的的保险合同。财产保险合同的标的是财产和与财产有关的利益；财产保险的目的在于填补事故损害所造成的损失；财产保险合同适用保险代位权。

2. 保险事故。保险事故是指按照保险合同的约定导致保险人对保险标的的损失承担保险责任的各种事故和事件。保险事故

一般包括一切引起保险标的损失的不可预料事故和不可抗力事件,投保人和被保险人或其代理人、受雇人的过失行为,以及引起保险标的损失的战争和军事行动等。但是,在保险合同成立前造成保险标的损害的事故,投保人或被保险人故意造成保险标的损害的事故,投保人未如实告知而造成的事故,被保险人不履行防灾减损义务而造成和增加的保险标的损失等,不构成保险事故。

保险事故发生时,被保险人有责任尽力采取必要的措施,防止或者减少损失。保险事故发生后,被保险人为防止或者减少保险标的的损失所支付的必要的、合理的费用,由保险人承担;保险人所承担的数额在保险标的损失赔偿金额以外另行计算,最高不超过保险金额的数额。

3. 保险责任。保险责任是指保险合同中约定的保险事故发生时,保险人依约向被保险人给付保险赔偿金的责任。保险人承担保险责任,必须是在保险合同有效期内,且保险事故已经发生。保险人承担的保险责任,以保险合同约定的金额为限。保险金额不得超过保险标的价值。

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。财产保险的被保险人或者受益人,对保险人请求赔偿或者给付保险金的权利,自其知道保险事故发生之日起2年不行使而消灭。

4. 保险代位求偿权。保险代位求偿权,是指保险人向被保险人支付保险金后,有权向造成保险标的损害并负有赔偿责任的第三人请求赔偿的权利。在财产保险关系中,如果事故损失是由第三者过失造成,而被保险人遭受的经济损失已由保险人赔付,则被保险人应对有过失损害行为的第三人的债权,转让给保险人。否则,被保险人就会因遭受保险事故而获两倍赔偿。因此,保险法规定: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。

保险法还规定：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。

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。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。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。

（四）人身保险合同

人身保险合同是以人的寿命和身体为保险标的的保险合同。保险法规定，投保人只能为具有保险利益的人的寿命和身体投保。其中，以死亡为给付保险金条件的合同，未经被保险人书面同意并认可保险金额的，合同无效，父母为其未成年子女投保的人身保险除外。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。

人身保险的受益人由被保险人或者投保人指定。投保人指定受益人时须经被保险人同意。被保险人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，可以由其监护人指定受益人。被保险人或者投保人指定一人或者数人为受益人。受益人为数人的，被保险人或者投保人确定受益顺序和受益份额；未确定受益份额的，受益人按照相等份额享有受益权。

被保险人或者投保人变更受益人并书面通知保险人。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。投保人变更受益人时须经被保险人同意。

三、保险公司

(一) 保险公司的设立

保险法规定：设立保险公司，应当具备下列条件：（1）有符合保险法和公司法规定的章程；（2）有符合保险法规的最低限额的注册资本，保险公司的注册资本的最低限额为人民币2亿元，保险公司注册资本最低限额必须为实缴货币资本；（3）有具备任职专业知识和业务工作经验的高级管理人员；（4）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。

设立保险公司，申请人首先向金融监督管理部门提出申请，申请经初步审查合格后，申请人应当依照该法和公司法的规定进行保险公司的筹建。经筹建具备保险公司设立条件的，申请人应向金融监督管理部门提交正式申请表和法律规定的文件、资料。金融监督管理部门自收到设立保险公司的正式申请文件之日起6个月内，应当作出批准或者不批准的决定。经批准设立的保险公司，由批准部门颁发经营保险业务许可证。申请人领取经营许可证后，应持经营许可证和法律规定的文件、资料向工商行政管理机关办理登记，领取营业执照。保险公司自取得经营保险业务许可证之日起6个月内无正当理由未办理公司设立登记的，其经营保险业务许可证自动失效。

(二) 保险公司的组织形式和组织机构

保险公司的组织形式基本采用公司制，主要有专营保险业务的股份有限公司和国有独资公司。股份有限公司因规模较大，资本充足，为各国保险立法首选的经营保险业务的组织形式。经有关国家机关审批、登记设立的专营保险业务的股份有限公司为股份有限保险公司。经国家出资组建的经营保险业务的国有独资公

司为国有独资保险公司。另外，根据我国改革开放的经济发展趋势，国家即将允许外商来华从事保险业务。中国人民保险公司是国有独资保险公司，在全国范围内经营保险和再保险业务。

保险公司的组织机构，适用公司法的规定。国有独资保险公司设立监事会。监事会由金融监督管理部门、有关专家和保险公司工作人员的代表组成，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、行政法规或者章程的行为和损害公司利益的行为进行监督。

（三）保险公司的经营规则

1. 保险公司分业经营规则。保险法规定：同一保险人不得同时兼营财产保险业务和人身保险业务。财产保险业务，包括财产损失保险、责任保险、信用保险等保险业务；人身保险业务，包括人寿保险、健康保险、意外伤害保险等保险业务。从事财产保险业务的保险公司不得从事人身保险业务，从事人身保险业务的保险公司不得从事财产保险业务。但是，经金融监督管理部门核定，保险公司可以经营上述保险业务的分出保险和分入保险的再保险业务。

2. 保险准备金的提取。保险准备金提取，关系到保险公司偿付能力的强弱。保险法明确规定，除人寿保险业务外，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%。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。保险公司应当按照已经提出的保险赔偿或者给付金额，以及已经发生保险事故但尚未提出的保险赔偿或者给付金额，提取未决赔款准备金。

3. 保险公司的资金运用。保险在国民经济活动中，除了具有经济补偿作用外，一个重要职能是将分散的消费资金集中起

来，投入经济建设中去并使之不断保值增值。但是，保险公司的资金运用必须稳健，遵循安全性原则，并保证资产的保值增值。保险法规定：保险公司的资金运用，限于在银行存款、买卖政府债券、金融债券和国务院规定的其他资金运用形式。保险公司的资金不得用于设立证券经营机构和向企业投资。

4. 保险公司的行为限制。保险公司及其工作人员在保险业务活动中不得有下列行为：（1）欺骗投保人、被保险人或者受益人；（2）对投保人隐瞒与保险合同有关的重要情况；（3）阻碍投保人履行本法规定的如实告知义务，或者诱导其不履行本法规定的如实告知义务；（4）承诺向投保人、被保险人或者受益人给予保险合同规定以外的保险费回扣或者其他利益。

（四）保险业的监督管理

我国保险业的监督管理机构是国务院金融监督管理部门，其监管的职权主要有：

1. 制定商业保险的主要险种的基本保险条款和保险费率。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。

2. 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。

3. 保险公司未按照法律规定提取或者结转各项准备金，或者未按照法律规定办理再保险，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采取措施限期改正。

4. 金融监督管理部门作出限期改正的决定后，保险公司在限期内未予改正的，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，对该保险公司进行整顿。保险公司经整顿已纠正其违反法律规定的行为，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。

5. 保险公司违反法律规定，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。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。

四、保险代理人和保险经纪人

保险代理人是根据保险人的委托，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或者个人。

保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的单位或个人。

保险代理人和经纪人非经金融监督管理部门核准登记，并缴存保证金不得从事保险辅助业务。保险代理人和经纪人应当具备法律规定的条件和资格，取得经营保险代理业务许可证或经纪业务许可证，经工商行政管理机关核准登记，领取营业执照，并缴存保证金或投保职业责任险。保险代理人和经纪人应当有固定的业务处所，并设立账簿记载业务收支，以备有关机关监督和检查。保险代理人、保险经纪人办理保险业务时，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、引诱或者限制投保人订立保险合同。

五、违反保险法的责任

1. 投保人、被保险人或者受益人进行保险欺诈活动，构成犯罪的，依法追究刑事责任。情节轻微，不构成犯罪的，依照国

家有关规定给予行政处罚。

2. 保险公司及其工作人员在保险业务中隐瞒与保险合同有关的重要情况, 欺骗投保人、被保险人或者受益人, 或者拒不履行保险合同约定的赔偿或者给付保险金的义务, 构成犯罪的, 依法追究刑事责任; 不构成犯罪的, 由金融监督管理部门对保险公司处以 1 万元以上 5 万元以下的罚款; 对有违法行为的工作人员, 给予处分, 并处以 1 万元以下的罚款。

3. 保险代理人或者保险经纪人在其业务中欺骗投保人、被保险人或者受益人的, 由金融监督管理部门责令改正, 并处以 1 万元以上 5 万元以下的罚款; 情节严重的, 吊销经营保险代理业务许可证或者经纪业务许可证。构成犯罪的, 依法追究刑事责任。

4. 违反法律规定, 擅自设立保险公司或者非法从事商业保险业务活动的, 依法追究刑事责任, 并由金融监督管理部门予以取缔。情节轻微, 不构成犯罪的, 给予行政处罚。

5. 违反法律规定, 超出核定的业务范围从事保险业务的, 由金融监督管理部门责令改正, 责令退还收取的保险费, 有违法所得的, 没收违法所得, 并处以违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款; 没有违法所得的, 处以 10 万元以上 50 万元以下的罚款; 逾期不改正或者造成严重后果的, 责令停业整顿或者吊销经营保险业务许可证。

第五节 外汇管理法

一、外汇管理法概述

外汇通常是指以外国货币表示的, 用于国际结算的信用凭证和支付凭证。

外汇交易，即外汇买卖。国际间债权债务的清算一般是通过经营外汇业务的银行买卖外汇来办理。外汇交易可分为现金外汇交易和期货外汇交易两种。

外汇管理法就是国家通过法律、法规对外汇的收支存兑进行管理的法律规范的总称，是国家根据自己的意志和本国的经济、金融状况制定颁布的有关国家管理外汇的机构、方针、对象、范围和奖惩办法等法律规范的总称。

改革开放以来，国家加强了外汇管理方面的立法。1980年12月18日，国务院颁布了《中华人民共和国外汇管理暂行条例》，1985年国务院批准国家外汇管理局发布《违反外汇管理处罚施行细则》等规定，中国人民银行于1993年12月28日发布了《关于进一步改革外汇管理体制的公告》，国务院1996年1月8日公布《中华人民共和国外汇管理条例》并于1997年1月14日作了修正，该条例是我国调整外汇管理关系的一部重要法规，共7章55条，1997年1月8日国家外汇管理局、海关总署印发了《关于对携带外汇进出境管理的规定》，等等。

二、外汇管理条例的主要内容

1. 在中华人民共和国境内，禁止外币流通，并不得以外币计价结算。

2. 境内机构的经常项目外汇收入必须调回境内，并应按国务院关于结汇、售汇和付汇管理的规定卖给外汇的指定银行或经批准在外汇指定银行开立外汇账户。至于其用汇应按规定，持有效凭证和商业单据向外汇指定银行购汇支付。

3. 个人因私用汇，在规定限额以内购汇。个人携带外汇进出境，应当向海关办理申报手续；超过规定限额的，还应向海关出具有效凭证。个人移居境外后，其境内资产产生的收益，可以

持规定的证明材料和有效凭证向外汇指定银行购汇汇出或者携带出境。

4. 境内机构的资本项目收入应调回境内，并按规定在外汇指定银行开立账户；卖给外汇指定银行的，须经外汇管理机关批准。境内机构向境外投资，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，经批准后，按规定办理有关资金汇出手续。借用国外贷款，由国务院确定的政府部门、外汇管理部门批准的金融机构和企业按国家规定办理。金融机构在境外发行外币债券，须经外汇部门批准，按规定办理。

5. 金融机构经营外汇业务须经外汇管理机关批准，领取外汇业务许可证。未经批准，任何单位和个人不得经营外汇业务。经批准经营外汇业务的金融机构，经营外汇业务不得超出批准的范围。

6. 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币的汇率。外汇市场交易的币种和形式由外汇管理部门规定和调整。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，他们应当根据中国人民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，等等。

三、违反外汇管理法的责任

(一) 逃汇

逃汇是指境内机构或个人，将外汇擅自存放境外、擅自汇出或带出境外，逃避我国外汇管制的行为。对逃汇行为应责令限期调回、强制收兑，并可处以逃汇金额 30% 以上 5 倍以下罚款。构成犯罪的，追究刑事责任。

（二）套汇

套汇是指我国境内机构或个人采取一定方式私自向他人用人民币或者物资换取外汇或外汇收益的行为，对套汇行为应给予警告、强制收兑、并可处以非法套汇金额的 30% 以上 3 倍以下罚款。构成犯罪的，追究刑事责任。

（三）扰乱外汇市场

扰乱外汇市场是指违反国家规定经营外汇业务或从事外汇交易的行为。对于未经外汇管理机关批准，擅自经营外汇业务的，没收违法所得并予以取缔；超出批准的经营范围经营外汇业务的，责令改正，没收违法所得，并处罚款，情节严重或逾期不改的，责令整顿或吊销经营外汇业务许可证。以上两种行为构成犯罪的，均追究刑事责任。

外汇指定银行未按规定办理结汇、售汇业务的，经营外汇业务的金融机构违反人民币汇率管理、外汇存贷款利率管理或外汇交易市场管理的，由外汇管理机关责令改正、通报批评、没收违法所得，并处罚款，情节严重的，停止其办理结汇、售汇业务或者责令整顿或吊销经营外汇业务许可证。

（四）违反外债管理

对违反外债管理行为可给予警告、通报批评，并处以 10 万元以上 50 万元以下罚款。情节严重构成犯罪的，追究刑事责任。

（五）违反外汇账户管理

对违反外汇账户管理的行为，可责令改正、撤销外汇账户、通报批评，并处以 5 万元以上 30 万元以下罚款。

（六）违反外汇核销管理

对违反外汇核销管理的行为，可给予警告、通报批评、没收违法所得，并处以 5 万元以上 30 万元以下罚款。情节严重构成犯罪的，追究刑事责任。

(七) 违反外汇经营管理

对违反外汇经营管理的行为，包括不按规定交存外汇存款准备金、违反外汇资产负债比例、不接受外汇管理机关监督检查等行为，可以责令改正、通报批评，并处以 5 万元以上 30 万元以下罚款。

思考与练习

1. 中国人民银行与商业银行在性质、职责、组织机构等方面有哪些不同？
2. 比较有关票据的三种法律关系。
3. 中国人民银行的法律地位、职责范围和组织机构如何？
4. 我国法律对人民币的发行和管理作了哪些规定？
5. 中国人民银行的业务范围有哪些？
6. 商业银行应遵守哪些经营原则？
7. 怎样设立商业银行？商业银行有哪些组织形式？
8. 商业银行的业务主要有哪几种？
9. 什么是票据？票据有哪些特征和作用？
10. 什么是票据行为和票据权利？如何取得、转让票据权利？
11. 什么是票据抗辩？票据抗辩有哪几种情况？
12. 我国法律对汇票、本票和支票作了哪些主要规定？
13. 什么是保险合同？如何订立、变更和解除保险合同？
14. 人身保险合同和财产保险合同各有什么特点和区别？
15. 法律对保险公司作了哪些主要规定？
16. 外汇管理条例有哪些主要内容？
17. 违反金融法应承担哪些责任？

第十一章 证 券 法

第一节 证 券 法 概 述

一、证券的概念和作用

(一) 证券的概念

证券的概念有广义和狭义之分。

广义的证券是证明持券人享有一定的经济权益的书面凭证。狭义的证券是指具有一定票面金额，证明持券人享有一定的所有权和债权的书面凭证。广义的证券包括资本证券、货币证券和商品证券。狭义的证券专指资本证券，即股票和债券。我国证券一词的概念多指狭义的证券。

资本证券是证明持有人享有一定的所有权和债权的书面凭证。例如股票和债券。货币证券是证明持有人享有一定货币请求权的书面凭证。例如支票、汇票、本票等。商品证券是证明持有人享有一定商品请求权的书面凭证。例如货单、货运单、栈单等。

由于我国证券一词的概念，多指资本证券，即股票和债券，因此本章主要介绍我国有关股票、债券方面的法律规定。

(二) 证券的作用

证券在国民经济中的作用主要表现在以下几方面：

1. 证券是企业筹集资金的重要手段。证券是商品货币经济

制度发展的产物，在商品经济不断发展，企业不断追求经济效益的过程中，企业必然需要不断扩大生产经营规模，以适应竞争和生产社会化的要求，在这种情况下，证券应运而生，它是企业筹集资金的重要手段。改革开放以来，尤其是90年代以后，我国已通过证券方式为企业的生产经营发展筹集了大量资金。

2. 证券可促进企业经营机制的转换。企业要想发行股票、债券，必须具有较好的经营状况，达到国家规定的条件，并向社会公开自己的财务报表等有关资料。尤其是上市的股份有限公司要想上市交易自己的股票，必须达到很高的条件要求，并依法进行信息披露。在这种情况下，企业必须面向市场，转换经营机制，适应市场发展的需要。

3. 证券可促进经济结构的合理调整。在我国，经过有关国家机关的批准，被允许向社会公开发行股票、债券的企业，尤其是被允许股票上市交易的股份有限公司，绝大部分都符合国家的产业发展政策。这些企业、公司通过证券方式筹集资金，能保证生产经营得到较快发展。这样便从一个方面起到促进国民经济资源合理配置和经济结构合理调整的作用。

4. 证券可以促使信用制度高度发展。商品证券和资本证券，它们可以随时兑现，并且都可以自由转让，具有商业信用手段和资本信用手段的功能。

二、证券法的概念和立法状况

证券法是调整证券在发行、交易等活动中以及国家在管理证券机构和管理证券的发行、交易等活动的过程中，所发生的社会关系的法律规范的总称。

· 为适应发展社会主义市场经济的需要，建立健全统一的证券市场，加强国家对证券工作的管理，保护投资者的合法权益和社

会公共利益,近几年来,国家大大加强了有关证券方面的立法,这些立法主要有:1993年4月11日国务院发出的《关于坚决制止乱集资和加强债券发行管理的通知》、1993年4月22日国务院发布的《股票发行与交易管理暂行条例》、1993年7月1日国家体改委发布的《定向募集股份有限公司内部职工持股管理规定》、1993年7月7日国务院证券委员会发布的《证券交易所管理暂行办法》、1993年8月2日国务院发布的《企业债券管理条例》、1993年8月15日国务院批准的《禁止证券欺诈行为暂行办法》、1996年6月17日国务院证券委员会发布的《证券经营机构股票承销业务管理办法》等。

1998年12月29日,第九届全国人大常委会第六次会议通过了《中华人民共和国证券法》,该法共12章214条,自1999年7月1日起施行。这部重要的法律确定了我国证券市场活动的基本规则,明确了发行证券实行核准或审批的制度,界定了禁止证券交易的行为,对于筹集建设资金,保护投资者的合法权益,防范和化解金融风险,保障证券市场健康发展,将起到重要作用。

三、证券法的基本原则

1. 公开、公平、公正的原则。公开是证券发行和交易制度的核心,是杜绝证券市场舞弊行为的有利手段。只有以公开为基础,才能实现公平和公正。公平是在证券发行和交易活动中,发行人、投资人、证券商和证券专业服务机构的法律地位完全平等,其合法权益受到同等保护。公正是国家证券监管机关在履行职责时,应当依法行使职责,对一切被监管的主体给予公正的待遇。

2. 自愿有偿、诚实信用的原则。证券发行与交易活动的当事人应当遵守市场活动规则,自愿有偿、诚实信用,实事求是的

履行自己所承担的义务，不得有任何证券欺诈行为。

3. 合法原则。证券法第5条规定“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”。同时证券发行、交易活动不得损害国家、集体或他人的利益，不得损害社会公共利益。

4. 分业经营、分业管理的原则。证券法第6条明确规定：“证券业和银行业、信托业、保险业分业经营、分业管理。证券公司与银行、信托、保险业务机构分别设立”。

5. 保护投资者合法权益的原则。证券市场的发展必须依靠社会公众的支持，投资者的热情和信心是证券市场稳健发展的重要保证。因此，证券法应将保护投资者的合法权益放在重要地位。我国证券法中规定的信息披露、禁止证券欺诈行为等制度和规范，都体现了保护投资者合法权益的原则。

6. 加强对证券业管理的原则。我国证券业处于初级发展阶段，必须加强管理。证券法规定：国务院证券监督管理机构依法对全国证券市场实行集中统一监督管理。国务院证券监督管理机构根据需要可以设立派出机构，按照授权履行监督管理职责。在国家对证券发行、交易活动实行集中统一监督管理的前提下，依法设立证券业协会，实行自律性管理。

国家审计机关对证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券监督管理机构，依法进行审计监督。

第二节 证 券 发 行

一、股票的发行

(一) 股票的概念和种类

1. 股票的概念和特征。股票是股份有限公司签发的，证明股东所持股份的凭证。

股票具有以下特征：(1) 它是一种所有权凭证，它证明持有股票的股东享有发行该股票的股份有限公司一定数额或一定比例的股份。(2) 它是持有股票的股东分取股息或红利的凭证。股票是表明股东权利的有价证券，股东享有的权利除取得股息和红利以外，还有参与重大决策、选举董事、监事等项权利。(3) 股票持有人的收益受签发该股票的股份有限公司经营状况影响较大，并且股东无权退股，不能定期收回投资，风险较大。

2. 股票的种类。根据股东所享有的权利的不同，股票可以分为普通股和优先股；根据票面上是否记载股东姓名划分，股票可以分为记名股票和无记名股票；根据是否载明票面金额划分，股票可分为面额股票和无面额股票等；根据股票的表现形式不同，股票可分为簿记式股票和实物券式股票。簿记式股票是指发行人按照证监会规定的统一格式的、记载股东权益的书面名册。实物券式股票是指发行人在证监会指定的印制机构统一印制的书面股票。

3. 股票与债券的联系与区别。股票与债券的相同之处主要在于：二者都是有价证券的主要形式，具有有价证券共同的性质和特征。它们都可以依法发行，并在流通市场上转让，同属可流通证券。

债券与股票的主要区别在于：(1) 性质不同。股票表示的是股东权，是股权凭证，实质是表示所有权，债券表示的是债权，是债权凭证；(2) 收益不同。股票持有人是从公司利润中分取股息、红利，并且分取的数额与公司盈利的大小成正比，债券持有人是依据事先约定的利率计取利息，不受公司盈利大小的影响；(3) 承担的风险不同。债券持有人（债权人）承担的风险相对于

股票持有人（股东）承担的风险要小；（4）债券与股票持有人对公司经营管理享有的权利不同。债券持有人无权参与公司经营管理。

（二）股票发行的概念和种类

股票发行是股份有限公司或其承销机构，以同一条件对不特定若干人出售股票的行为。股票发行是股份发行的表现形式。

股票发行人必须是具有股票发行资格的股份有限公司，包括已成立的股份有限公司和经核准拟设立的股份有限公司。

股份有限公司发行股票的原因和目的不同，其所发行的股票的种类也就不同。股票发行一般有两种：一是为设立新公司首次发行股票，即设立发行；二是为扩大已有的公司规模而发行的新股，即增资发行。对不同种类的股票发行，法律规定了不同的发行条件。

（三）股票发行的条件

1. 设立发行股票的条件。设立发行又称首次发行，是发起人通过发行公司股票来筹措经营资本，成立股份有限公司的行为。在我国，以募集方式设立股份有限公司而举行的股票发行即为设立发行。设立发行除应具备公司法规定的条件外，根据《股票发行与交易管理暂行条例》的规定，还须符合下列条件：（1）股份有限公司的生产经营符合国家产业政策；（2）发行的普通股限于一种，同股同权；（3）发起人认购的股本数额不少于公司拟发行的股本总额的 35%；（4）在公司拟发行的股本总额中，发起人认购的部分不少于人民币 3000 万元；（5）向社会公众发行的部分不少于公司拟发行股本总额的 25%，其中公司职工认购的股本数额不得超过拟向社会公众发行的股本总额的 10%；（6）发起人在近 3 年内没有重大违法行为；（7）证券委规定的其他条件。

2. 改组设立发行股票的条件。原有企业改组设立股份有限公司，申请公开发行股票，除符合新设立的股份有限公司申请公开发行股票的条件外，还应符合以下条件：发行前1年来，净资产在总资产中所占比例不低于30%，无形资产在净资产中所占的比例不高于20%，但是证券委另有规定的除外。近3年连续盈利。此外，国有企业改组设立股份有限公司公开发行股票的，国家股在股份总额中所占的比例应根据国务院或国务院授权部门的规定。

3. 增资发行股票的条件。股份有限公司增资申请发行股票，除符合新设立的股份有限公司和原有企业改组设立股份有限公司申请公开发行股票的条件外，还应符合下列条件：前一次公开发行股票所得金额的使用与其招股说明书相符，并且资金使用效益良好；距前一次公开发行股票的时间不少于12个月；法律规定的其他条件。此问题详见本书第七章公司法第三节第四个问题。另外，上市公司对发行股票所募资金，必须按招股说明书所列资金用途使用。改变招股说明书所列资金用途，必须经股东大会批准。擅自改变用途而未作纠正的，或者未经股东大会认可的，不得发行新股。

（四）股票发行的程序

1. 申请。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。发行人向国务院证券监督管理机构或者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，保证其所出具文件的真实性、准确性和完整性。

2. 审核。国务院证券监督管理机构设发行审核委员会，依

法审核股票发行申请。发行审核委员会由国务院证券监督管理机构的专业人员和所聘请的该机构外的有关专家组成，以投票方式对股票发行申请进行表决，提出审核意见。

国务院证券监督管理机构依照法定条件负责核准股票发行申请。核准程序应当公开，依法接受监督。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。

国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门应当自受理证券发行申请文件之日起3个月内作出决定；不予核准或者审批的，应当作出说明。

3. 公开信息。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，在证券公开发行前，公告公开发行募集文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。发行证券的信息依法公开前，任何知情人不得公开或者泄露该信息。发行人不得在公告公开发行募集文件之前发行证券。

4. 撤销。国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门对已作出的核准或者审批证券发行的决定，发现不符合法律、行政法规规定的，应当予以撤销。尚未发行证券的，停止发行；已经发行的，证券持有人可以按照发行价并加算银行同期存款利息，要求发行人返还。

5. 承销。承销是指证券经营机构依照协议包销或者代销发行人所发行的证券的行为。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。包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者在承销期结束时，将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。证券公司承销证券，应当同发行人签订代销或者包销协议，并应当

对公开发行募集文件的真实性、准确性、完整性进行核查；发现含有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，不得进行销售活动；已经销售的，必须立即停止销售活动，并采取纠正措施。

向社会公开发行的证券票面总值超过人民币 5000 万元的，应当由承销团承销。承销团应当由主承销和参与承销的证券公司组成。证券的代销、包销期最长不得超过 90 日。证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司事先预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。

证券公司包销证券的，应当在包销期满后 15 日内，将包销情况报国务院证券监督管理机构备案。证券公司代销证券的，应当在代销期满后 15 日内，与发行人共同将证券代销情况报国务院证券监督管理机构备案。

二、债券的发行

（一）债券的概念和种类

1. 债券的概念和特征。债券是依照法定程序发行的，约定在一定期限内还本付息的有价证券。

债券具有以下特征：（1）它是一种债权凭证，而不是所有权凭证，这一特征使它从根本上区别于股票。它证明债券持有人与发行该债券的企业之间存在债权债务关系。（2）它是债务人还本付息的凭证。债券应注明本金、利率以及还本付息期限，凭借债券，持有人可按期收回本金和固定利息。（3）债券持有人的利息收益不受发行企业经营状况的影响，债券持有人收益固定，风险较小。

2. 债券的种类。债券根据发行人的不同，可分为政府债券（公债券）和公司（企业）债券两大类。发行政府债券的目的是

政府筹集预算资金。政府债券包括国库券、中期公债、长期公债等。公债券可分为记名债券、无记名债券；可转换为股票的转换公司债券与非转换公司债券；有担保公司债券与无担保公司债券等等。

（二）债券发行的条件

债券的发行分为政府债券发行和企业债券发行。由于政府债券是国家财政或金融机构作为债务人，因此，国家法律对于政府债券发行的条件、程序及其票面形式不作特别规定，主要是对企业债券发行进行规范和管理。

按照《企业债券管理条例》第12条的规定，发行企业债券必须符合下列条件：（1）企业规模达到国家规定的要求；（2）企业财务会计制度符合国家规定；（3）具有偿债能力；（4）企业经济效益良好、发行企业债券前连续3年盈利；（5）所筹资金用途符合国家产业政策。

（三）债券发行的程序

1. 申请。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申请文件和国务院授权的部门规定的有关文件。发行人提交的文件和专业机构、人员为发行人出具的文件，必须真实、准确、完整。

2. 审批。国务院授权的部门负责对公司债券发行申请进行审批，审批程序参照证券法关于股票发行审核的规定执行。

3. 公开信息。企业的申请被批准后，应当公布经批准的发行章程和其他有关资料。企业发行债券必须给予投资者或潜在的投资者关于企业经营状况、偿债能力、还本付息方式等等真实、准确、完整的介绍。这是企业债券能否发行成功的必要条件。

4. 承销。参见股票发行程序中的有关承销的论述。

(四) 债券发行管理

国务院《关于坚决制止乱集资和加强债券发行管理的通知》规定：严格控制各项债券的年度发行规模，国家下达的债券发行计划指标为年度债券发行的最高限额，各地区和部门必须严格执行，未经国家计委和国务院证券委同意，不得擅自突破规模，也不得随意调整计划内的各项指标。另外，要优先保证国库券和用于国家重点建设债券的发行。

法律还规定：企业发行债券的总面额不得大于该企业的自有资产净值。企业债券利率不得高于银行同期居民储蓄定期存款利率的40%。企业发行债券所筹资金应当按照批准的用途，用于本企业的生产经营。发行企业债券所筹资金不得用于房地产买卖、股票买卖和期货交易等与本企业生产经营无关的风险性投资。任何单位不得以财政预算拨款、银行贷款和法律规定其他不能用于购买债券的资金购买企业债券。办理储蓄业务的机构不得将所吸收的储蓄存款用于购买企业债券。

我国1994年7月1日开始施行的《中华人民共和国公司法》，对公司债券的发行和管理作了更为严格的规定（详见第七章公司法）。公司发行债券应同时符合《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国证券法》和《企业债券管理条例》等法律、法规的规定。

第三节 证 券 交 易

一、股票交易

(一) 股票交易的概念

根据我国目前的立法精神和实践状况，股票交易仅指经国务

院证券管理部门核准的上市公司所发行的股票在证券交易所上市交易的活动。上市是指股票在证券交易所挂牌买卖。上市公司是指所发行的股票经国务院证券管理部门核准在证券交易所上市交易的股份有限公司。

（二）股票交易的条件

股份有限公司申请其股票在证券交易所上市交易，应符合下列条件：（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，原有企业改组设立的股份有限公司，原企业近 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公司股份总额的 25% 以上，公司股本总额超过人民币 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，财务会计文件无虚假记载；（6）法律、法规规定的其他条件。

（三）股票交易的程序

1. 申请。股份有限公司申请其股票上市交易，必须报经国务院证券监督管理机构核准。向国务院证券监督管理机构提出股票上市交易申请时，应当提交下列文件：（1）上市报告书；（2）申请上市的股东大会决议；（3）公司章程；（4）公司营业执照；（5）经法定验证机构验证的公司最近 3 年的或者公司成立以来的财务会计报告；（6）法律意见书和证券公司的推荐书；（7）最近一次的招股说明书。

2. 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。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应提交的文件。

3. 公开信息。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的 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众查阅。

上市公司除公告上述规定的上市申请文件外，还应当公告下列事项：（1）股票获准在证券交易所交易的日期；（2）持有公司股份最多的前 10 名股东的名单和持股数额；（3）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。

4. 股票上市。证券交易所应当自接到该股票发行人提交的法律规定的文件之日起 6 个月内，安排该股票上市交易。

（四）股票交易的暂停和终止

上市公司丧失公司法规定的上市条件的，其股票依法暂停上市或者终止上市。

二、债券交易

（一）债券交易的概念

债券交易是指经国务院证券管理部门核准的上市公司所发行的债券在证券交易所上市交易的活动。

（二）债券交易的条件

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 5000 万元；（3）公司申请其债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。

（三）债券交易的程序

1. 申请。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。向国务院证券监督管理机构提出公司债券上市交易申请时，应当提交下列文件：

(1) 上市报告书；(2) 申请上市的董事会决议；(3) 公司章程；(4) 公司营业执照；(5) 公司债券募集办法；(6) 公司债券的实际发行数额。

2. 核准。与股票交易的核准程序相同。

3. 公开信息。公司债券上市交易申请经证券交易所同意后，发行人应当在公司债券上市交易的 5 日前公告公司债券上市报告、核准文件及有关上市申请文件，并将其申请文件置备于指定场所供公众查阅。

4. 债券上市。证券交易所应当自接到该债券发行人提交的法律规定的文件之日起 3 个月内，安排该债券上市交易。

(四) 债券交易的暂停和终止

公司债券上市交易后，公司有下列情形之一的，由国务院证券监督管理机构决定暂停其公司债券上市交易：(1) 公司有重大违法行为；(2) 公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；(3) 公司债券所募集资金不按照审批机关批准的用途使用；(4) 未按照公司债券募集办法履行义务；(5) 公司最近 2 年连续亏损。

公司有上述第 (1) 项、第 (4) 项所列情形之一经查实后果严重的，或者有上述第 (2) 项、第 (3) 项、第 (5) 项所列情形之一，在限期内未能消除的，由国务院证券监督管理机构决定终止该公司债券上市。公司解散、依法被责令关闭或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市，并报国务院证券监督管理机构备案。

三、上市公司的持续信息公开

1. 股票或者公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度的上半年结束之日起 2 个月内，向国务院证券监督管理机构和

证券交易所提交记载以下内容的中期报告，并予公告：（1）公司财务会计报告和经营情况；（2）涉及公司的重大诉讼事项；（3）已发行的股票、公司债券变动情况；（4）提交股东大会审议的重要事项；（5）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

2. 股票或者公司债券上市交易的公司，应当在每一会计年度结束之日起4个月内，向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交记载以下内容的年度报告，并予公告：（1）公司概况；（2）公司财务会计报告和经营情况；（3）董事、监事、经理及有关高级管理人员简介及其持股情况；（4）已发行的股票、公司债券情况，包括持有公司股份最多的前10名股东名单和持股数额；（5）国务院证券监督管理机构规定的其他事项。

3. 发生可能对上市公司股票交易价格产生较大影响、而投资者尚未得知的重大事件时，上市公司应当立即将有关该重大事件的情况向国务院证券监督管理机构和证券交易所提交临时报告，并予公告，说明事件的实质。

上述所称重大事件包括：（1）公司的经营方针和经营范围的重大变化；（2）公司的重大投资行为和重大的购置财产的决定；（3）公司订立重要合同，而该合同可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响；（4）公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况；（5）公司发生重大亏损或者遭受超过净资产10%以上的重大损失；（6）公司生产经营的外部条件发生的重大变化；（7）公司的董事长，1/3以上的董事，或者经理发生变动；（8）持有公司5%以上股份的股东，其持有股份情况发生较大变化；（9）公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定；（10）涉及公司的重大诉讼，法院依法撤销股东大会、董事会决议；（11）法律、行政法规规定的其他事项。

第四节 禁止和限制的证券交易行为

一、禁止和限制证券交易行为的一般规定

1. 证券交易当事人依法买卖的证券，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。

2. 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。

3. 证券交易以现货进行交易，证券公司不得从事向客户融资或者融券的证券交易活动。

4. 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，在任期或者法定限期内，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。

5. 为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，在该股票承销期内和期满后6个月内，不得买卖该种股票。除上述规定外，为上市公司出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后5日内，不得买卖该种股票。

6. 持有—个股份有限公司已发行的股份5%的股东，应当在其持股数额达到该比例之日起3日内向该公司报告，公司必须在接到报告之日起3日内向国务院证券监督管理机构报告；属于上市公司的，应当同时向证券交易所报告。上述股东，将其所持有

的该公司的股票在买入后 6 个月内卖出，或者在卖出后 6 个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回该股东所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有 5% 以上股份的，卖出该股票时不受 6 个月时间限制。

公司董事会不按照上述规定执行的，其他股东有权要求董事会执行。公司董事会不按照上述的规定执行，致使公司遭受损害的，负有责任的董事依法承担连带赔偿责任。

二、禁止内幕交易的行为

内幕交易是指知悉证券交易内幕信息的知情人员，利用内幕信息进行证券交易的活动。

证券法明确规定，知悉证券交易内幕信息的知情人员包括：(1) 发行股票或者公司债券的公司董事、监事、经理、副经理及有关的高级管理人员；(2) 持有公司 5% 以上股份的股东；(3) 发行股票公司的控股公司的高级管理人员；(4) 由于所任公司职务可以获取公司有关证券交易信息的人员；(5) 证券监督管理机构工作人员以及由于法定的职责对证券交易进行管理的其他人员；(6) 由于法定职责而参与证券交易的社会中介机构或者证券登记结算机构、证券交易服务机构的有关人员；(7) 国务院证券监督管理机构规定的其他人员。

内幕信息是指证券交易活动中，涉及公司的经营、财务或者对公司证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息。内幕信息包括：(1) 法律规定上市公司必须信息公开的、可能对股票价格产生较大影响、而投资者尚未得知的重大事件；(2) 公司分配股利或者增资的计划；(3) 公司股权结构的重大变化；(4) 公司债务担保的重大变更；(5) 公司营业用主要资产的抵押、出售或者报废一次超过该资产的 30%；(6) 公司的董事、监事、经理、

副经理或者其他高级管理人员的行为可能依法承担重大损害赔偿
责任；(7) 上市公司收购的有关方案；(8) 国务院证券监督管理
机构认定的对证券交易价格有显著影响的其他重要信息。

知悉证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取内幕信息的
其他人员，不得买入或者卖出所持有的该公司的证券，或者泄露
该信息或者建议他人买卖该证券。

三、禁止操纵市场的行为

操纵市场是单位或个人以获取利益或者减少损失为目的，利
用手中掌握的资金等优势影响证券市场价格，制造证券市场假
象，诱导或者致使投资者在不了解事实真相的情况下作出证券投
资决定，扰乱了证券市场秩序的行为。

证券法规定，操纵市场的行为包括：(1) 通过单独或者合
谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买
卖，操纵证券交易价格；(2) 与他人串通，以事先约定的时间、
价格和方式相互进行证券交易或者相互买卖并不持有的证券，影
响证券交易价格或者证券交易量；(3) 以自己为交易对象，进行
不转移所有权的自买自卖，影响证券交易价格或者证券交易量；
(4) 以其他方法操纵证券交易价格。

四、禁止虚假陈述和信息误导的行为

证券法规定：禁止国家工作人员、新闻传播媒介从业人员和
有关人员编造并传播虚假信息，严重影响证券交易。禁止证券交
易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构、社会
中介机构及其从业人员、证券业协会、证券监督管理机构及其工
作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导。各种传
播媒介传播证券交易信息必须真实、客观，禁止误导。

五、禁止欺诈客户的行为

在证券交易中，禁止证券公司及其从业人员从事下列损害客户利益的欺诈行为：(1) 违背客户的委托为其买卖证券；(2) 不在规定时间内向客户提供交易的书面确认文件；(3) 挪用客户所委托买卖的证券或者客户账户上的资金；(4) 私自买卖客户账户上的证券，或者假借客户的名义买卖证券；(5) 为牟取佣金收入，诱使客户进行不必要的证券买卖；(6) 其他违背客户真实意思表示，损害客户利益的行为。

六、禁止的其他行为

1. 在证券交易中，禁止法人以个人名义开立账户，买卖证券。
2. 在证券交易中，禁止任何人挪用公款买卖证券。
3. 国有企业和国有资产控股的企业，不得炒作上市交易的股票。
4. 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、社会中介机构及其从业人员对证券交易中发现的禁止的交易行为，应当及时向证券监督管理机构报告。

第五节 上市公司的收购

一、上市公司收购的概念和方式

(一) 上市公司收购的概念

上市公司的收购，是指收购人为取得某一上市公司的控股权或实施对某一上市公司的兼并，而公开购入该公司发行在外的部

分或全部股份的行为。实施收购行为的投资者称为收购人，作为收购目标的上市公司称为被收购公司。

（二）上市公司收购的方式

证券法规定了两种上市公司收购的方式，即要约收购和协议收购。采取要约收购方式的，收购人必须遵守证券法规定的程序和规则，在收购要约期限内，不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买卖被收购公司的股票。

采取协议收购方式的，收购人可以依照法律、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。以协议方式收购上市公司时，达成协议后，收购人必须在3日内将该收购协议向国务院证券监督管理机构及证券交易所作出书面报告，并予公告。在未作出公告前不得履行收购协议。

二、上市公司收购的程序和规则

（一）报告和公告持股情况

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日起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的股票。

（二）收购要约

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。依照规定发出收购要约，收购人必须事先向国务院证券监督管理机构报送上市公司收购报告书，收购人还应当将上述公司收购报告书同时提交证券交易所。收购人在依照上述规定报送上市公司收购报告书之日起 15 日后，公告其收购要约。

收购要约的期限不得少于 30 日，并不得超过 60 日。在收购要约的有效期限内，收购人不得撤回其收购要约。在收购要约的有效期限内，收购人需要变更收购要约中事项的，必须事先向国务院证券监督管理机构及证券交易所提出报告，经获准后，予以公告。

（三）终止上市交易和应当收购

收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的 75% 以上的，该上市公司的股票应当在证券交易所终止上市交易。

收购要约的期限届满，收购人持有的被收购公司的股份数达到该公司已发行的股份总数的 90% 以上的，其余仍持有被收购公司股票的股东，有权向收购人以收购要约的同等条件出售其股票，收购人应当收购。

（四）报告和公告收购情况

收购上市公司的行为结束后，收购人应当在 15 日内将收购情况报告国务院证券监督管理机构和证券交易所，并予公告。

三、上市公司收购的法律后果

1. 在上市公司收购中，收购人对所持有的被收购的上市公司的股票，在收购行为完成后的 6 个月内不得转让。
2. 收购行为完成后，被收购公司不再具有公司法规定的条

件的，应当依法变更其企业形式。

3. 通过要约收购或者协议收购方式取得被收购公司股票并将该公司撤销的，属于公司合并，被撤销公司的原有股票，由收购人依法更换。

第六节 证 券 机 构

一、证券交易所

(一) 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。我国的证券交易所不以营利为目的，仅为证券的集中和有组织的交易提供场所、设施，并履行相关职责，实行会员制的法人。例如，1990年设立的上海证券交易所和1991年设立的深圳证券交易所。

证券交易所的设立和解散，由国务院决定。

(二) 证券交易所的机构

证券交易所设理事会。证券交易所设总经理1人，由国务院证券监督管理机构任免。

有公司法第57条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券交易所的负责人：(1) 因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、经理，自被解除职务之日起未逾5年；(2) 因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者法定资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾5年。

另外，因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券登记结算机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人

员，不得被聘为证券交易所的从业人员。

（三）证券交易所的竞价交易

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会员资格的证券公司。

投资者应当在证券公司开立证券交易账户，以书面、电话以及其他方式，委托为其开户的证券公司代其买卖证券。证券公司根据投资者的委托，按照时间优先的规则提出交易申报，参与证券交易所场内的集中竞价交易；证券登记结算机构根据成交结果，按照清算交割规则，进行证券和资金的清算交割，办理证券的登记过户手续。

（四）证券交易所的职能

依据证券法的规定，证券交易所具有以下职能：（1）为组织公平的集中竞价交易提供保障，及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）依照法律、行政法规的规定，办理股票、公司债券的暂停上市、恢复上市或者终止上市的事务；（3）因突发性事件而影响证券交易的正常进行时，证券交易所可以采取技术性停牌的措施，因不可抗力的突发性事件或者为维护证券交易的正常秩序，证券交易所可以决定临时停市；（4）对在交易所进行的证券交易实行实时监控，并按照国务院证券监督管理机构的要求，对异常的交易情况提出报告；（5）对上市公司披露信息进行监督，督促上市公司依法及时、准确地披露信息；（6）依照证券法律、行政法规制定证券集中竞价交易的具体规则，制定证券交易所的会员管理规章和证券交易所从业人员业务规则，并报国务院证券监督管理机构批准；（7）对违反交易规则的证券交易人员给予纪律处分，情节严重的，可撤销其交易资格，禁止其入场进行证券交易。

二、证券公司

(一) 证券公司的概念和分类

证券公司是指依法成立、经营证券业务以及相关业务的机构。我国证券法所称证券公司是指依照公司法和证券法的规定，依法被批准从事证券经营业务的有限责任公司和股份有限公司。证券市场的经营活动，大部分是以证券经营机构为中介进行的，无论是证券的发行还是证券的交易，都离不开证券公司，因此证券公司是证券市场的重要主体。

证券公司分为两类：一类是综合类证券公司，另一类是经纪类证券公司。综合类证券公司是依法可以经营证券承销、自营和经纪等业务的有限责任公司和股份有限公司。经纪类证券公司是依法专门从事证券经纪业务的有限责任公司和股份有限公司。国家对两类证券公司实行分类管理，并由国务院证券管理机构按照分类颁发业务许可证。

(二) 证券公司的设立

设立综合类证券公司，必须具备下列条件：(1) 注册资本最低限额为人民币 5 亿元；(2) 主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格；(3) 有固定的经营场所和合格的交易设施；(4) 有健全的管理制度和规范的自营业务与经纪业务分业管理的体系。

经纪类证券公司注册资本最低限额为人民币 5000 万元；主要管理人员和业务人员必须具有证券从业资格；有固定的经营场所和合格的交易设施；有健全的管理制度。

设立证券公司，必须经国务院证券监督管理机构审查批准。未经国务院证券监督管理机构批准，不得经营证券业务。

(三) 证券公司的机构

证券公司的机构按照公司法的规定设置。有公司法第 57 条规定的情形或者下列情形之一的，不得担任证券公司的董事、监事或者经理：（1）因违法行为或者违纪行为被解除职务的证券交易所、证券登记结算机构的负责人或者证券公司的董事、监事、经理，自被解除职务之日起未逾 5 年；（2）因违法行为或者违纪行为被撤销资格的律师、注册会计师或者法定资产评估机构、验证机构的专业人员，自被撤销资格之日起未逾 5 年。

另外，因违法行为或者违纪行为被开除的证券交易所、证券登记结算机构、证券公司的从业人员和被开除的国家机关工作人员，不得被聘为证券公司的从业人员。国家机关工作人员和法律、行政法规规定的禁止在公司中兼职的其他人员，不得在证券公司中兼任职务。证券公司的董事、监事、经理和业务人员不得在其他证券公司中兼任职务。

（四）证券公司的业务

综合类证券公司可以经营下列证券业务：（1）证券经纪业务；（2）证券自营业务；（3）证券承销业务；（4）经国务院证券监督管理机构核定的其他证券业务。经纪类证券公司只允许专门从事证券经纪业务。

综合类证券公司必须将其经纪业务和自营业务分开办理，业务人员、财务账户均应分开，不得混合操作。客户的交易结算资金必须全额存入指定的商业银行，单独立户管理。严禁挪用客户交易结算资金。同时，禁止银行资金违规流入股市。证券公司的自营业务必须使用自有资金和依法筹集的资金。证券公司自营业务必须以自己的名义进行，不得假借他人名义或者以个人名义进行。证券公司不得将其自营账户借给他人使用。

在证券交易中，代理客户买卖证券，从事中介业务的证券公司，为具有法人资格的证券经纪人。证券公司办理经纪业务，必

须为客户分别开立证券和资金账户，并对客户交付的证券和资金按户分账管理，如实进行交易记录，不得作虚假记载。证券公司办理经纪业务，应当置备统一制定的证券买卖委托书，供委托人使用。采取其他委托方式的，必须作出委托记录。客户的证券买卖委托，不论是否成交，其委托记录应当按规定的期限，保存于证券公司。

证券公司接受证券买卖的委托，应当根据委托书载明的证券名称、买卖数量、出价方式、价格幅度等，按照交易规则代理买卖证券；买卖成交后，应当按规定制作买卖成交报告单交付客户。证券交易中确认交易行为及其交易结果的对账单必须真实，并由交易经办人员以外的审核人员逐笔审核，保证账面证券余额与实际持有的证券相一致。证券公司接受委托卖出证券必须是客户证券账户上实有的证券，不得为客户融券交易。证券公司接受委托买入证券必须以客户资金账户上实有的资金支付，不得为客户融资交易。

证券公司办理经纪业务，不得接受客户的全权委托而决定证券买卖、选择证券种类、决定买卖数量或者买卖价格。证券公司不得以任何方式对客户证券买卖的收益或者赔偿证券买卖的损失作出承诺。

三、证券登记结算机构

证券登记结算机构为证券交易提供集中的登记、托管与结算服务，是不以营利为目的的法人。设立证券登记结算机构必须经国务院证券监督管理机构批准。

设立证券登记结算机构，应当具备下列条件：（1）自有资金不少于人民币2亿元；（2）具有证券登记、托管和结算服务所必须的场所和设施；（3）主要管理人员和业务人员必须具有证券从

业资格；(4) 国务院证券监督管理机构规定的其他条件。证券登记结算机构的名称中应当标明证券登记结算字样。

证券登记结算机构履行下列职能：(1) 证券账户、结算账户的设立；(2) 证券的托管和过户；(3) 证券持有人名册登记；(4) 证券交易所上市证券交易的清算和交收；(5) 受发行人的委托派发证券权益；(6) 办理与上述业务有关的查询；(7) 国务院证券监督管理机构批准的其他业务。

证券登记结算机构应当向证券发行人提供证券持有人名册及其有关资料。证券登记结算机构应当根据证券登记结算的结果，确认证券持有人持有证券的事实，提供证券持有人登记资料。证券登记结算机构应当保证证券持有人名册和登记过户记录真实、准确、完整，不得伪造、篡改、毁坏。

证券登记结算机构应当采取下列措施保证业务的正常进行：(1) 具有必备的服务设备和完善的数据安全保护措施；(2) 建立健全的业务、财务和安全防范等管理制度；(3) 建立完善的风险管理系统。

四、证券交易服务机构

证券交易服务机构是指从事证券投资咨询、资信评估，为证券发行和上市交易提供专业性服务的机构。

证券投资咨询机构可以专门设立或单独设立，也可以由证券公司兼设。其业务主要是接受委托对证券投资技巧、法律问题、上市公司情况等提供研究报告和建议；为证券发行人、承销商设计有关方案，提供咨询服务；接受委托起草有关证券业务资料、文件等。证券投资资信评估机构主要是对证券投资进行研究、统计、咨询、质量评估，包括对公司发行证券评定资信等级，为投资者提供有关资信方面的咨询等。

证券法规定：专业的证券投资咨询机构、资信评估机构的业务人员，必须具备证券专业知识和从事证券业务2年以上经验。同时，证券投资咨询机构的从业人员不得从事下列行为：(1)代理委托人从事证券投资；(2)与委托人约定分享证券投资收益或者分担证券投资损失；(3)买卖本咨询机构提供服务的上市公司股票；(4)法律、行政法规禁止的其他行为。

另外，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。

五、证券业协会

证券业协会是证券业的自律性组织，是社会团体法人。证券公司应当加入证券业协会。1991年8月28日，我国成立了中国证券业协会。它是中国证券发展史上第一个全国性的证券行业自律管理组织，是证券经营机构依法自主自行组织的自律性会员组织，具有独立的社团法人资格。

证券业协会的权力机构是全体会员大会。证券业协会设理事会，理事会成员依章程规定选举产生。

证券业协会履行下列职责：(1)协助证券监督管理机构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)组织会员就证券业的发展、运作及有关内容进行研究；(7)监督、

检查会员行为，对违反法律、行政法规或者协会章程的，按照规定给予纪律处分；（8）国务院证券监督管理机构赋予的其他职责。

六、证券监督管理机构

证券法规定，依法对证券活动实行监督管理的机构是国务院证券监督管理机构，目前即为中国证券监督管理委员会。

国务院证券监督管理机构在对证券市场实施监督管理中履行下列职责：（1）依法制定有关证券市场监督管理的规章、规则，并依法行使审批或者核准权；（2）依法对证券的发行、交易、登记、托管、结算，进行监督管理；（3）依法对证券发行人、上市公司、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券投资基金管理机构、证券投资咨询机构、资信评估机构以及从事证券业务的律师事务所、会计师事务所、资产评估机构的证券业务活动，进行监督管理；（4）依法制定从事证券业务人员的资格标准和行为准则，并监督实施；（5）依法监督检查证券发行和交易的信息公开情况；（6）依法对证券业协会的活动进行指导和监督；（7）依法对违反证券市场监督管理法律、行政法规的行为进行查处；（8）法律、行政法规规定的其他职责。

另外，国务院证券监督管理机构依法履行职责时，有权采取下列措施：（1）进入违法行为发生场所调查取证；（2）询问当事人和与被调查事件有关的单位和个人，要求其对与被调查事件有关的事项作出说明；（3）查阅、复制当事人和与被调查事件有关的单位和个人的证券交易记录、登记过户记录、财务会计资料及其他相关文件和资料；对可能被转移或者隐匿的文件和资料，可以予以封存；（4）查询当事人和与被调查事件有关的单位和个人的资金账户、证券账户，对有证据证明有转移或者隐匿违法资

金、证券迹象的，可以申请司法机关予以冻结。

第七节 违反证券法的责任

一、违反证券发行的法律责任

1. 未经法定机关核准或审批，擅自发行证券的，或者制作虚假的发行文件发行证券的，责令停止发行，退还所募资金和加算银行同期存款利息，并处以非法所募资金金额1%以上5%以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以3万元以上30万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 证券公司承销或者代理买卖未经核准或者审批而擅自发行的证券的，由证券监督管理机构予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以3万元以上30万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 依照证券法规定，经核准上市交易的证券，其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，由证券监督管理机构责令改正，对发行人处以30万元以上60万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以3万元以上30万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。上述发行人未按期公告其上市文件或者报送有关报告的，由证券监督管理机构责令改正，对发行人处以5万元以上10万元以下的罚款。

二、违反证券交易的法律责任

1. 证券交易内幕信息的知情人员或者非法获取证券交易内幕信息的人员，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的，责令依法处理非法获得的证券，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下或者非法买卖的证券等值以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。证券监督管理机构工作人员进行内幕交易的，从重处罚。

2. 违反证券法规定，操纵证券交易价格，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的，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 违反证券法规定，挪用公款买卖证券的，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款；属于国家工作人员的，还应当依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

4. 编造并且传播影响证券交易的虚假信息，扰乱证券交易市场的，处以3万元以上20万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

5. 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、社会中介机构及其从业人员，或者证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员，在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导的，责令改正，处以3万元以上20万元以下的罚款；属于国家工作人员的，还应当依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

6. 违反证券法规定，法人以个人名义设立账户买卖证券的，

责令改正，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款；其直接负责的主管人员和其他直接责任人员属于国家工作人员的，依法给予行政处分。

三、违反证券机构、人员管理的法律责任

1. 非法开设证券交易场所的，由证券监督管理机构予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。没有违法所得的，处以10万元以上50万元以下的罚款。对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以3万元以上30万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 未经批准并领取业务许可证，擅自设立证券公司经营证券业务的，由证券监督管理机构予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。没有违法所得的，处以3万元以上10万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 法律、行政法规规定禁止参与股票交易的人员，直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票的，责令依法处理非法持有的股票，没收违法所得，并处以所买卖股票等值以下的罚款；属于国家工作人员的，还应当依法给予行政处分。

4. 证券交易所、证券公司、证券登记结算机构、证券交易服务机构的从业人员、证券业协会或者证券监督管理机构的工作人员，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的，取消从业资格，并处以3万元以上5万元以下的罚款；属于国家工作人员的，还应当依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

四、证券机构的法律责任

1. 综合类证券公司违反本法规定，假借他人名义或者以个

人名义从事自营业务的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款；情节严重的，停止其自营业务。

2. 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，并处以1万元以上10万元以下的罚款。

3. 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、出借客户账户上的证券或者将客户的证券用于质押的，或者挪用客户账户上的资金的，责令改正，没收违法所得，处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，并责令关闭或者吊销责任人员的从业资格证书。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

4. 证券公司经办经纪业务，接受客户的全权委托买卖证券的，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的，责令改正，处以5万元以上20万元以下的罚款。

5. 证券公司及其从业人员违反证券法规定，私下接受客户委托买卖证券，证券公司未经批准经营非上市挂牌证券的交易的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。

6. 证券公司成立后，无正当理由超过3个月未开始营业的，或者开业后自行停业连续3个月以上的，由公司登记机关吊销其公司营业执照。

7. 证券公司违反证券法规定，超出业务许可范围经营证券业务的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。情节严重的，责令关闭。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，混合操作的，责令改正，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚

款；情节严重的，由证券监督管理机构撤销原核定的证券业务。

8. 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的，或者证券公司在证券交易中有严重违法行为，不再具备经营资格的，由证券监督管理机构取消其证券业务许可，并责令关闭。

9. 未经证券监督管理机构批准，擅自设立证券登记结算机构或者证券交易服务机构的，由证券监督管理机构予以取缔，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。证券登记结算机构和证券交易服务机构违反本法规定或者证券监督管理机构统一制定的业务规则的，由证券监督管理机构责令改正，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。情节严重的，责令关闭。

10. 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，不履行本法规定的职责，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。

五、会计师事务所、资产评估机构、律师事务所的法律责任

1. 为股票的发行或者上市出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的专业机构和人员，违反证券法的规定买卖股票的，责令依法处理非法获得的股票，没收违法所得，并处以所买卖的股票等值以下的罚款。

2. 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，就其所应负责的内容弄虚作假的，没收违法所得，并处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，并由有关主管部门责令该机构停业，吊销直接责任人员的资格证书。造成损失的，承担连带赔偿责任。构成犯罪的

的，依法追究刑事责任。

思考与练习

1. 债券和股票的概念、特征、联系与区别。

2. 我国 1998 年 12 月 29 日新通过的证券法对证券上市交易的程序、风险以及禁止和限制的证券交易行为作了哪些新的规定？

3. 什么是证券？证券有几种形式？证券在国民经济中有哪些重要作用？

4. 证券法的基本原则有哪些？

5. 什么是股票？股票发行应符合哪些条件和程序？

6. 什么是债券？债券发行应符合哪些条件和程序？

7. 简述股票交易的条件、程序、暂停和终止。

8. 简述债券交易的条件、程序、暂停和终止。

9. 证券法对上市公司的持续信息公开作了哪些规定？

10. 证券法对哪些证券交易行为进行限制和禁止？

11. 证券法对上市公司的收购作了哪些规定？

12. 我国有哪些证券机构？它们各自的性质、职责和业务范围如何？

13. 违反证券法应承担哪些责任？

第十二章 税 法

第一节 税法概述

一、税收的概念、特征和作用

(一) 税收的概念

税收是国家为实现其职能，凭借政权的力量，按照法定的标准和程序，无偿地、强制取得财政收入而发生的一种分配关系。这种分配关系的主体是国家，客体是劳动人民创造的国民收入和积累的社会财富，目的是为了实现在国家的职能。

税收作为取得财政收入的一种形式，在社会再生产过程中，属于分配范畴，但它是一种特定的分配关系。税收的过程，就是一部分社会产品和国民收入从社会成员、社会组织手里转为国家所有的分配过程。税收在历史上经历了由自发到自觉的过程，从不完备到趋于完备的过程。在社会主义社会，税收仍然存在。按照马克思主义关于生产资料公有制社会进行各项“社会扣除”必要性的理论，社会总产品在进入劳动者个人对消费资料分配以前，必须进行一系列的“社会扣除”，如社会生产基金、后备基金、对外援助费用等等。只有通过种种扣除，才能形成社会所需要的各类基金，才能保障社会生产和人们的经济生活的正常进行。社会主义条件下的税收，为实现以国家为主体的，对社会的

国民总收入进行必要的“社会扣除”提供了稳定的来源，为实现社会再生产过程，保证国家所需要的资金提供了有利的形式。

（二）税收的特征

税收具有强制性、无偿性和固定性三个特征。

1. 强制性。税收是国家凭借政治权力开征的，国家运用法律手段公布征税标准，并运用行政手段和司法手段来保证征税任务的完成。每个公民、企业、经济组织等都有依法纳税的义务。对拒不纳税或者逃避纳税者，国家有权强制征收，并有权给予法律制裁。

2. 无偿性。税收是国家凭借政治权力强制征收的，其征收的税款归国家所有。国家对具体纳税人既不需要直接偿还，也不必付出任何代价。

3. 固定性。国家在征税之前就以法律法规的形式，将征税对象、征税比例或数额等标准公布于众，然后按事先公布的标准征收。这种标准制定公布后，在一定时间内保持稳定不变。

（三）税收的作用

税收的作用是税收职能在一定经济条件下的具体体现。在不同的历史阶段，税收职能发挥着不同的作用。在现阶段，税收的作用主要表现在以下几个方面：

1. 组织财政收入的作用。国家为了行使自己的职能，需要有足够的财力基础，财力基础表现在财政收入有稳定的来源和增长，而税收在保证和实现财政收入方面，起着重要作用。税收是国家组织收入的一个主要手段。税收组织收入的职能是通过设置不同的税种、参与社会产品和国民收入的分配来实现的。从社会再生产的各个环节看，税收渗透到物质生产、商品流通、收入分配、社会消费等各个领域。由于税收具有强制性、无偿性和固定性的特征，而且组织收入具有十分广泛的领域，是其他组织收入

形式所不可替代的重要手段。

2. 调节经济发展的作用。税收作为一种经济分配杠杆具有可以通过对利益的分配影响各种纳税人的经济活动能力和行为,引起各地区、各部门以及各阶层、各类纳税人经济利益的变化,进而必然会对社会政治经济状况产生某些影响。国家正是通过这种影响来实现一定的政策、达到一定的政治经济目的。如国家根据不同时期、不同阶段经济发展战略和产业政策等的变化,自觉地利用税收杠杆,调节经济发展速度,调节生产要素的部门流动和地区流动,协调产业结构,调整社会再生产的比例关系,调节社会总的收入水平和消费水平等。

税收调节经济的职能寓于组织收入的过程中,是在组织收入的过程中实现的。

3. 维护国家政权的作用。国家政权是税收产生和存在的必要条件,而国家政权的存在又有赖于税收的存在。没有税收,国家机器就不可能有效运转。同时,税收分配不是按照等价原则和所有权原则分配的,而是凭借政治权力,对物质利益进行调节,体现国家支持什么、限制什么,从而达到维护和巩固国家政权的目的。

4. 监督经济活动的作用。税收对经济活动的监督是在税收征管工作中实现的。国家在征收税款过程中,一方面要查明情况,正确计算并收取税款,一方面又能发现纳税人在生产经营过程中或是在缴纳税款过程中存在的问题。通过税收的征收管理,可以暴露企业经营管理中的问题,以促进企业加强管理,提高经济核算水平和经济效益。可以通过税源的变化,收入的多少等及时反映出企业的生产和经营状况。这些信息反映给经济决策部门,就可以成为制定政策的重要依据。同时,通过各个税种的征收工作,也能起到对各项经济活动的监督作用。

二、税法的概念和体系

(一) 税法的概念

税法是调整税收关系的法律规范的总称，亦即调整国家与纳税人之间在征纳税过程中形成的各种社会关系的法律规范的总称。

国家与纳税人之间在征纳税过程中形成的各种社会关系包括下列三个基本方面：(1) 是税收征纳关系，即国家税务机关向纳税人无偿征收货币或实物的关系。具体包括：税务机关与企业、事业单位和公民个人在征纳税过程中形成的征纳税关系；税务机关与国家行政机关、事业单位之间因预算外收入发生的征纳税关系。(2) 是国家权利机关与其授权的行政机关之间，中央和地方之间因税收管理权限而形成的关系。(3) 是征税纳税程序关系。如税务登记程序关系、纳税申报程序关系等。

(二) 税收立法体系

我国对税收的立法工作十分重视，先后制定发布了一系列税收法律、行政法规和规章。现行的税法主要包括以下方面：

1. 税收征管类法律、行政法规。例如 1992 年 9 月 4 日第七届全国人大常委会第二十七次会议通过，1995 年 2 月第八届全国人大常委会第十二次会议修订的《中华人民共和国税收征收管理法》、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》、1993 年 12 月 12 日财政部发布的《中华人民共和国发票管理办法》等。

2. 流转税类法律、行政法规。例如，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》、《中华人民共和国消费税暂行条例》、《中华人民共和国营业税暂行条例》，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》、《中华人民共和国消费税暂行条例实施细则》、《中华人民共和国营业税暂行条例实施细则》等。还有1992年3月18日国务院修订发布的《中华人民共和国进出口关税条例》等。

3. 所得税类法律、行政法规。例如，1993年10月31日第八届全国人大常委会第四次会议修订通过的《中华人民共和国个人所得税法》，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》，1991年4月9日第七届全国人大常委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》，同年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》，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》，1994年2月4日财政部发布的《中华人民共和国企业所得税暂行条例实施细则》等。

4. 资源税类法律、行政法规。例如，1988年9月27日国务院发布的《中华人民共和国城镇土地使用税暂行条例》，1993年12月25日国务院发布的《中华人民共和国资源税暂行条例》，1993年12月30日财政部发布的《中华人民共和国资源税暂行条例实施细则》等。

5. 财产、行为及特定目的税类法律、行政法规。例如，关于房产税、车船税、遗产税、印花税、土地使用税、固定资产投资方向调节税、证券交易税、屠宰税方面的行政法规。

目前，我国税收中的主要税种都已立法。

三、税法结构

税法的构成一般包括：纳税主体、征税对象、税目、税率、计税依据、纳税环节、纳税期限、减免税、违章处理等要素。

(一) 纳税主体

纳税主体又称纳税人，它是指税法规定的直接负有纳税义务的社会组织和个人。纳税义务人是税收制度中区别不同税种的重要标志之一，因此，每个税种都有明确的纳税义务人。

（二）征税对象

征税对象又称征税客体，即对什么征税。每一种税法都规定了明确而具体的征税对象，征税对象关系着各种税法的基本界限，是征税的直接依据和税法的最基本要素。根据征税对象的不同，可分为对流转额征税、对所得额征税、对财产征税、对特定行为征税。

（三）税目

税目是征税对象的具体化，它是一个税种在税法中具体规定应当纳税的项目，反映了具体的征税范围。制定税目的基本方法一般有两种：一是列举法，即按照每种商品或经营项目分别设置税目，必要时还可以在一个税目下设若干子目；二是概括法，即是把性质相近的产品或项目归类设置税目，如产品按大类或行业设置税目等。

（四）税率

税率是应纳税额与征税对象之间的比例，是计算税额的尺度，是税法结构中的核心部分。

我国现行税率有三种：比例税率、累进税率、定额税率。比例税率是不分征税对象的大小，只限定一个比例的税率。累进税率是按照征税对象数额的大小规定不同等级的税率，征税对象数额越大，税率越高。累进税率又分为全额累进税率和超额累进税率；全额累进税率是以征税对象的全额，适用相应等级的税率，计征税款。超额累进税率是按征税对象数额超过低一等级的部分，适用高一等级税率计征税款，然后分别相加，得出应纳税款的总额。定额税率是按单位征税对象直接规定固定的税额，而不

采取百分比的形式，这是税率的一种特殊形式。

（五）纳税环节

纳税环节是指在商品流转过程中应当缴纳税款的环节，亦即在对商品流转额的征税中应征几道税的问题。商品流转一般要经过生产、采购、批发、零售等若干环节，具体确定在哪个环节应当缴纳税款，则确定该环节为纳税环节。

（六）纳税期限

纳税期限是指纳税人发生纳税义务后，向国家缴纳税款的期限。纳税期限可分为两种：一是按期纳税，二是按次纳税。纳税人不按纳税期限缴纳税款的，应依法加收滞纳金补缴税款。纳税期限是税收固定性特点在纳税时间上的体现。

（七）减免税

减税是指从应征税额中减征部分税款；免税是对应征税款全部予以免征。减免税可分为固定减免税、定期减免税和临时减免税三种。

（八）违章处理

违章处理是指纳税人违反税法行为时，税务机关可以依法作出处理。税务机关对违章处理的主要措施有：加收滞纳金、处以罚款、罚没并处、税收保全措施、强制执行措施、提请司法机关处理等。

（九）税务纠纷的处理原则

税务纠纷是指纳税人对税务机关征税时适用税法、核定税目、确定税率、计算税额等方面，有不同意见而产生的争议。解决税务纠纷的原则，即纳税人先按税务机关的意见纳税、后申请复议的原则。对复议决定不服，可向人民法院起诉。

四、我国的税收体系

税收体系是指按照一定的原则标准对税收进行分类,在该种分类的基础上,由全部税收种类构成的税收的有机整体。我国税收体系由多层次的税种构成,并可以采用多种分类的方法。

税收的分类方法一般有以下几种:(1)根据税法规定的征税对象区分,可分为流转税、收益税、财产税、行为税、资源税等五类;(2)按照税收的管理和使用权限区分为中央税、地方税和中央地方共享税等三类;(3)按计征的标准区分,可分为从价税和从量税二类;(4)按税金是否包含在商品价内区分,可分为价内税和价外税二类;(5)按纳税主体的国籍区分,可分为对内税和对外税。其中按征税对象不同所作的分类,具有特别重要的意义。下面将按征税对象区分的五类税作一些介绍。

(一) 流转税

1. 流转税的概念。流转税是以商品流转额和非商品(劳务)流转额为征税对象的税。

商品流转额是指在商品交换过程中,因销售或购进商品而支出的数额。商品流转额又分为实物流转额和货币流转额。实物流转额是指商品实物的销售或购进数量。货币流转额是指商品的销售收入金额或购进所支付的金额。由于商品流转中有销售和购进之分,商品流转额也有销售和购进之分。当税法规定卖方为纳税人时,商品流转额为商品销售数量和销售收入金额。当税法规定买方为纳税人时,商品流转额为商品购进数量和购进支付金额。在货币流转额中又有流转总额和流转增值额之分。流转总额是指商品每次流转中的货币总额,流转增值额是指商品每次流转中发生的增值金额。非商品流转额是指不从事商品生产交换,只从事经营活动的企业、事业单位或个人向社会提供劳务或服务业务所

取得的收入金额。

2. 流转税的特征。流转税主要有三个特征：(1) 流转税与商品生产和商品流通联系紧密。有了商品生产和商品流通，才有流转税。同时流转税的开征并通过各种税收手段的运用，又对商品生产和商品流通起到调节作用。(2) 流转税与商品价格联系紧密。流转税中除一部分是按实物流转额计征外，大部分是按货币流转额计征。按货币流转额计征税款，除税率大小外，主要看价格大小，价格大的，税款就多，而征税款的多少又关系到商品的销售，在流转税作为商品或劳务价格的组成部分的情况下，征税额的多少还直接关系到企业的利润水平。(3) 流转税的缴纳者和税收的实际负担者往往是分离的。纳税人纳税后可将税负转嫁出去，由他人负担。

3. 流转税的种类。流转税类主要包括增值税、消费税、营业税、关税、城乡维护建设税等。

(二) 所得税

1. 所得税的概念。所得税又称收益税，是以纳税人的收益额为征税对象的税。收益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入额；纯收益额是指在总收入额中减去成本费用之后的余额。收益税既可以是对纳税人的总收益额征税，也可以是对纯收益额征税。所得税的特征是按纳税人的负担能力确定税收负担，即纳税人有所得才有纳税义务，并且它是直接税，税负不能转嫁。所得税一般采用按年所得额征税、分期预缴、年终汇算清缴。

2. 所得税的特征。所得税的特征是：(1) 征税客体是纳税人全年实际所得额或收益额；(2) 以纳税人实际负担能力为征税原则，所得多则多征，所得少则少征，无所得则不征；(3) 除适用比例税率外，还适用超额累进税率；(4) 根据纳税人全年所得

额或收益额征收，采取按季预征、年终结算的方式。所得税包括企业所得税、外资企业所得税和个人所得税。

3. 所得税的种类。目前的所得税有企业所得税、外商投资企业和外国企业所得税及个人所得税。

（三）财产税

财产税是以财产的价值额或租价额为征税对象的各个税种的统称。财产税的特点是：以纳税人所占有或转移的财产为征税对象，面向财产所有人或使用人征收。财产税主要包括房产税、车船税、契税等。

（四）行为税

行为税是以特定行为为征税对象的各个税种的统称。行为税主要包括固定资产投资方向调节税、屠宰税、筵席税、耕地占用税、城乡土地使用税、印花税等。

（五）资源税

资源税是为了促进合理开发利用资源，调节资源级差收入而对资源产品征收的各个税种的统称。即对开发、使用我国资源的单位和个人，就各地的资源结构和开发、销售条件差别所形成的级差收入征收的一种税。这种税根据国务院 1993 年 12 月 25 日发布的《中华人民共和国资源税暂行条例》征收。

第二节 增 值 税 法

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各个环节的增值因素为征税对象的一种流转税。增值是纳税人在生产经营活动中所创造的新增价值或商品的附加值，亦即纳税人在一定时期内销售产品

或提供应税劳务所得收入超过其购进商品或进行劳务时所支出的差额部分。增值税具有以下主要特征：

1. 排除了对同一产品重复征税的现象。增值税的征收，不论同一产品经过多少环节，国家只对其增值部分征税，这样就排除了原税制中对产品销售金额征税所造成的重复征税的现象。

2. 减轻了纳税人的税收负担。按照流转税的原理，其税收负担实际上是由最终消费者或购买者承受的。原税制中的产品税、营业税都属价内税，税金包含在商品价格之内，交换环节越多，价格就越高，消费者或购买者的最终负担也就越重。而增值税只对增值额征税，税负与商品交换次数无关，实际上减轻了税收负担。

3. 增值税按照生产、销售环节的增值额，每经过一环节征收一次，因此增值税适用广泛，具有普遍性、连续性、合理性的特点。

4. 有利于生产协作化的发展。增值税的税负不受商品流转环节的影响，这样就使企业免去了流转环节越多、税负越高的顾虑，不再搞“大而全”、“上而全”的全能型企业，而可致力于自己专业优势的发展，提高专业化程度。

二、增值税的征税范围和纳税人

（一）增值税的征税范围

按照《增值税暂行条例》的规定，在中华人民共和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都属于增值税的征税范围。

在税收实践中，某些纳税人的经营行为既涉及增值税的征税范围，又涉及营业税的征税范围，税法对这种情况如何纳税作了明确规定：（1）混合销售行为，即一项销售行为既涉及应纳增值

税销售货物的行为，又涉及非增值税应税劳务的行为。税法规定：从事货物的生产、批发或零售的企业、企业性单位及个体经营者，包括以货物的生产、批发或零售为主，兼营非应税劳务的企业、企业性单位和个体经营者，对于他们的混合销售行为，视为销售货物，应当征收增值税，其他单位和个人的混合销售行为，视为销售非应税劳务，不征收增值税。（2）兼营非应税劳务，即增值税纳税人既经营增值税应税货物、劳务，又从事非应税劳务（即营业税规定的各项劳务）的行为。纳税人兼营非应税劳务的，应分别核算应税货物、劳务和非应税劳务的销售额，并分别征收增值税和营业税，纳税人不分别核算或不能准确核算的，应将其非应税劳务与应税货物、劳务一并征收增值税。

（二）增值税的纳税人

增值税的纳税人是：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单位和个人。

出于征税管理的需要，我国借鉴了国际通行的做法，将纳税人分为小规模纳税人和一般纳税人。一般纳税人是指年应税销售额超过财政部规定的小规模纳税人标准的纳税人。小规模纳税人是指年应税销售额在规定标准以下，并且会计核算不健全，不能按规定报送有关税务资料的增值税纳税人。

根据《增值税暂行条例实施细则》的规定，小规模纳税人的标准为：（1）从事货物生产或提供应税劳务的纳税人和以从事货物生产或提供应税劳务为主，并兼营货物批发或零售的纳税人，年应税销售额在 100 万元以下的；（2）从事货物批发或零售的纳税人，年应税销售额在 180 万元以下的。年应税销售额超过上述标准的个人、非企业性单位，不经常发生应税行为的企业，视同小规模纳税人。

三、增值税的税率

增值税的税率是增值税税额与课税依据之间的比例。增值税采取比例税率，依据中性和简便原则设计，分为基本税率17%，低税率13%和零税率三种。17%的基本税率适用于纳税人销售或者进口货物，提供加工、修理修配劳务的行为。13%的低税率适用于纳税人销售或者进口下列货物的行为：（1）粮食、食用植物油；（2）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；（3）图书、报纸、杂志；（4）饲料、化肥、农药、农机、农膜；（5）国务院规定的其他货物。另外，依据财政部、国家税务总局1995年联合发出的《关于印发〈农业产品征税范围注释〉的通知》等文件规定，国务院对部分农业产品、金属矿采选产品、非金属矿采选产品的增值税税率由17%调整至13%。调整的农业产品包括种植业、养殖业、林业、牧业、水产业生产的各种植物、动物的初级产品；金属矿采选产品包括黑色和有色金属矿采选产品；非金属矿采选产品包括除金属矿采选产品以外的非金属矿采选产品和煤炭。零税率只适用于出口货物，依照税法规定，货物报关离境并在财务上作对外销售处理，且属于增值税征税范围的，可按照税法规定，向税务机关办理出口退税。

由于小规模纳税人经营规模较小，且会计核算不健全，难以使用增值税专用发票抵扣进项税款，并按照17%和13%两档税率计税，因此税法规定实行按销售额计税，并采用6%的征收率计算应纳税额的办法。

四、增值税的应纳税额

计算增值税的应纳税额，应先确定纳税人的销售额、销项税

额、进项税额等基本数据，然后才能准确计算出应纳税额。同时应分别一般纳税人、小规模纳税人和进口货物三种情况，采取不同的计税方法。增值税以不含增值税税金的价格为计税依据。

（一）销售额和销项税额

《增值税暂行条例》中所称的销售额是指：纳税人销售货物或者应税劳务向购买方收取的全部价款和全部价外费用，但是不包括收取的销项税额。价外费用是指向购买方收取的手续费、补贴、基金、集资费、返还利润、奖励费、违约金、延期付款利息、包装费、包装物租金、储备费、运输装卸费、代收款项、代垫款项及其他各种性质的价外收费。价外费用不包括向购买方收取的销项税额、受托加工应征消费税的消费品所代收代缴的消费税以及同时符合承运部门将运费发票开具给购货方和纳税人将该项发票转交给购货方两个条件的代垫运费。

另外，根据税法规定，下列经营行为视同销售货物，应按照规定计算销售额和销项税额：（1）将货物交付他人代销；（2）销售代销货物；（3）设有两个以上机构并实行统一核算的纳税人，将货物从一个机构移送其他机构用于销售（相关机构设在同一县、市的除外）；（4）将自产或委托加工的货物用于非应税项目；（5）将自产、委托加工或购买的货物作为投资提供给其他单位或个体经营者；（6）将自产、委托加工或购买的货物分配给股东或投资者；（7）将自产、委托加工的货物用于集体福利或个人消费；（8）将自产、委托加工或购买的货物无偿赠送他人。

销项税额是纳税人销售货物或应税劳务，按照销售额和规定的税率计算并向购买方收取的增值税额。销项税额的计算公式是：

$$\text{销项税额} = \text{销售额} \times \text{税率}$$

增值税是价外税，公式中的“销售额”必须是不包括销项税

额的销售额。纳税义务人的销项税额，必须如实填写在增值税专用发票的“销项税额”栏目内。

（二）进项税额

进项税额是纳税义务人购进货物或接受应税劳务所支付或者负担的增值税额。增值税实行以纳税人收取的销项税额抵扣其支付的进项税额之后的余额，作为纳税人应纳增值税额的制度，因此进项税额直接关系到纳税人实际纳税的多少。按照税法规定，准予从销项税额中抵扣的进项税额，仅限于法定的增值税扣税凭证上注明的增值税额。包括：（1）纳税人购进货物或者接受应税劳务，从销售方取得的增值税专用发票上注明的增值税额；（2）进口货物从海关取得的完税凭证上注明的增值税额。

除以上之外，增值税条例规定，一般纳税人购进免税农产品，可按买价10%的扣除率计算进项税额。一般纳税人销售和外贸货物所支付的运输费用，根据运费结算单据（普通发票）所列运费金额，可按7%的扣除率计算进项税额，但是随同运费支付的装卸费、保险费等其他杂费和规定不允许并入销售额的代垫运费，不得计算扣除进项税额。一般纳税人取得由税务所为小规模纳税人代开的专用发票，可以将专用发票上填写的税额作为进项税额计算抵扣。

另外，税法规定下列项目的进项税额不得从销项税额中抵扣：（1）购进的固定资产；（2）用于非应税项目的购进货物或者应税劳务；（3）用于免税项目的购进货物或者应税劳务；（4）用于集体福利或者个人消费的购进货物或者应税劳务；（5）非正常损失的购进货物；（6）非正常损失的在产品、产成品所耗用的购进货物或者应税劳务；（7）纳税人购进货物或者应税劳务，未按规定取得并保存增值税扣税凭证，或者增值税扣税凭证上未按规定注明增值税额及其他有关事项，其进项税额也不得从销项税额

中抵扣。

(三) 应纳税额的计算

1. 一般纳税人应纳税额的计算。一般纳税人销售货物或者提供应税劳务，应纳税额为当期销项税额抵扣当期进项税额后的余额。计算公式：

$$\text{当期应纳税额} = \text{当期销项税额} - \text{当期进项税额}$$

如果当期销项税额小于进项税额时，其不足抵扣的部分可以结转下期继续抵扣。

2. 小规模纳税人应纳税额的计算。小规模纳税人应纳税额采取简易方法计算。其计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{销售额} \times \text{征收率}$$

因销货退回或折让退还给购买方的销售额，应从销货退回或折让当期的销售额中扣减。小规模纳税人销售货物或者提供应税劳务的征收率为6%。从1998年7月1日起，商业企业小规模纳税人的增值税征收率由6%调整为4%。

3. 进口货物应纳税额的计算。税法规定，进口货物，按照组成计税价格和税率计算应纳税额，不得抵扣任何税额。其计算公式为：

$$\text{组成计税价格} = \text{关税完税价格} + \text{关税} + \text{消费税}$$

$$\text{应纳税额} = \text{组成计税价格} \times \text{税率}$$

五、增值税的纳税期限和减免税

(一) 增值税的发生时间

增值税纳税义务的发生时间，是指纳税人向国家履行纳税义务时间的开始。税法规定增值税的纳税义务发生时间为：(1) 销售货物或提供应税劳务的，为收讫销售款或者取得索取销售凭据的当天。(2) 进口货物，为报关进口的当天。

（二）增值税的纳税期限

增值税的纳税期限分别为1日、3日、5日、10日、15日或1个月。纳税人的具体纳税期限，由主管税务机关根据纳税人应纳税额的大小分别核定，不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以1个月为一期纳税的，自期满之日起10日内申报纳税，以1日、3日、5日、10日或者15日为一期纳税的，自期满之日起5日内预缴税款，于次月1日起10日内申报纳税并结清上月应纳税款。纳税人进口货物，应当自海关填发税款缴纳税证的次日起7日内缴纳税款。纳税人出口适用税率为零的货物，向海关办理出口手续后，凭出口报关单等有关凭证，可按月向税务机关申报办理该项出口货物的退税。

（三）增值税的减免税

增值税制度实行价外征收而且是多环节多次征收，在上一个环节缴纳的税款，在下一个环节中可以抵扣，因此在中间环节减免税不仅没意义，反而会干扰经济的正常运行。因此，增值税法律制度中，对减免税作了较严格的控制。其减免税项目都由国务院规定。免税项目有：（1）农业生产者销售的自产农业产品；（2）避孕药品和用具；（3）古旧图书；（4）直接用于科学研究，科学试验和教学的进口仪器、设备；（5）外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备；（6）来料加工、来件装配和补偿贸易所需进口的设备；（7）由残疾人组织直接进口供残疾人专用的物品；（8）销售自己使用过的物品；（9）供残疾人专用的假肢、轮椅、矫形器；（10）国家定点企业生产和经销单位经销的专供少数民族饮用的边销茶。

六、增值税专用发票

（一）增值税专用发票制度的建立

为了有效地征收增值税，我国自1994年1月1日起开始征收新增增值税的同时，实行增值税专用发票制度。实行增值税专用发票制度的目的，是为了配合新的增值税制的施行。

增值税专用发票有多种作用。对购买方来说，是其进项税额及其抵扣的依据；对销售方来说，是其确定销售额和销项税额的凭据；对双方来说，增值税专用发票则是一种商业和财务凭证。对税务机关来说，它又是对纳税义务人征收增值税的依据。

（二）增值税专用发票的领购使用范围

增值税专用发票只限于一般纳税人领购使用，小规模纳税人和非增值税纳税义务人不得领购使用。但一般纳税人如有下列情况之一的，也不得领购使用：（1）会计核算不健全，即不能按会计制度和税务机关的要求准确核算增值税的销项税额、进项税额的应纳税额者；（2）不能准确向税务机关提供增值税销项税额、进项税额、应纳税额数据及其他有关增值税税务资料者；（3）有以下行为，经税务机关责令限期改正仍未改正者：私自印刷专用发票；向个人或税务机关以外的单位买取专用发票；借用他人专用发票；向他人提供专用发票；未按规定开具专用发票；未按规定保管专用发票；未按规定申报专用发票的购、用、存情况；未按规定接受税务机关检查。

（三）增值税专用发票的开具

增值税一般纳税人销售货物（包括视同销售货物）或提供应税征收增值税的应税劳务，必须向购买方开具增值税专用发票，但是属于下列情形之一的，不得开具增值税专用发票：（1）向消费者销售应税项目；（2）销售免税项目；（3）销售报关出口货物，在境外销售应税劳务；（4）将货物用于非应税项目；（5）将货物用于集体福利和个人消费；（6）将货物无偿赠与他人；（7）提供非应税劳务，转让无形资产，销售不动产。

一般纳税义务人向小规模纳税义务人销售货物或应税劳务，可以不开具专用发票。

纳税义务人开具增值税发票，应符合有关法规规定的要求。对于不符合要求的增值税发票，不得以其作为抵扣、计税凭证，购买方可以拒收。

(四) 增值税专用发票各联次的用途

增值税专用发票分为四个联次，各联用途如下：

第一联是存根联，由销货方留存备查。

第二联是发票联，交购货方作为付款的记账凭证。

第三联是税款抵扣联，交购货方作扣税凭证。

第四联是记账联，由销货方留作记账凭证。

第三节 消费税法 and 营业税法

一、消费税法

(一) 消费法的概念和特征

消费税是对特定的消费品和消费行为征收的一种流转税。消费税是 1994 年 1 月 1 日实行的税制改革中新开征的税种，是从原税制的产品税、增值税中分离出来，属于新老税制收入的转换。消费税的征收范围是有选择的，这种选择性能更好地体现国家的产业政策、消费政策，对产业结构的调整，对于引导消费能起到积极作用。消费税的特征是：(1) 只对一部分消费品和消费行为征税；(2) 只在消费品生产、流通或消费的某一环节征税；(3) 根据不同消费品的种类、档次、结构、功能等情况，制定不同的税率；(4) 税负最终要转嫁到消费者身上，由消费者负担。

（二）消费税的纳税人

《消费税暂行条例》规定：在中国境内生产、委托加工和进口属于消费税暂行条例所规定的消费品的单位和个人，为纳税义务人。上述规定中的单位和个人包括国有企业、集体企业、私营企业、股份制企业、外商投资企业、外国企业、事业单位、军事单位、社会团体和其他单位以及个体经营者和其他应履行纳税义务的中国公民、外国公民。

（三）消费税的税目和税率

税目是征税对象的具体化。我国的消费税共有 11 个税目，分别是：烟、酒及酒精、化妆品、护肤护发品、贵重首饰、鞭炮和焰火、汽油、柴油、汽车轮胎、摩托车、小汽车。

消费税实行的税率有定率和定额两种。根据不同应税消费品的种类、档次、结构、功能以及供求、价格等情况，实行高低不同的税率、税额。其中黄酒、啤酒、汽油、柴油实行从量定额的计税方法，其余的消费品实行从价定率的计税方法，税法规定了 10 档比例税率，最低的税率为 3%，最高的税率为 45%。

（四）消费税的应纳税额

1. 销售额和应纳税额的计算。实行从价定率征收的应税消费品，其计税依据是含消费税而不含增值税的销售额，也称应税销售额。从价定率征收中的应税销售额包括纳税人销售应税消费品向购买方收取的全部价款和价外费用。价外费用是指价外收取的基金、集资费、返还利润、补贴、违约金、延期付款利息、手续费、包装费、储备费、运输装卸费、代收款项、代垫款项以及其他各种性质的价外费用。但价外费用不包括向购买方收取的增值税款、承运部门的运费发票开具给购货方的款项和纳税人将该项发票转交给购货方的款项。如果纳税人应税消费品的销售额中未扣除增值税款或因不得开具增值税专用发票而发生价款和增值

税税款合并收取的，在计算消费税时，应当换算为不含增值税税款的销售额。其计算公式为：

$$\text{应税消费品 含增值税} \\ \text{的 销售额} = \text{的 销售额} \div \left(1 + \begin{array}{l} \text{增值税税率} \\ \text{或征收率} \end{array} \right)$$

纳税人自产自用的应税消费品，凡不是用于连续生产应税消费品而是用于其他方面，应按照纳税人生产的同类消费品的销售价格计算纳税，没有同类消费品销售价格的，按照组成计税价格计算纳税。计算公式为：

$$\text{组成计税价格} = (\text{成本} + \text{利润}) \div (1 - \text{消费税税率})$$

委托加工的应税消费品，按照受托方同类消费品的销售价格计算纳税，没有同类消费品销售价格的，按组成计税价格计算纳税。计算公式为：

$$\text{组成计税价格} = (\text{材料成本} + \text{加工费}) \div (1 - \text{消费税税率})$$

进口应税消费品，按照组成计税价格计算纳税。计算公式为：

$$\text{组成计税价格} = \left(\begin{array}{l} \text{关税完} \\ \text{税价格} \end{array} + \text{关税} \right) \div \left(1 - \begin{array}{l} \text{消费税} \\ \text{税率} \end{array} \right)$$

关税完税价格是指海关核定的关税计税价格。

实行从价定率征收消费税的产品，其应纳税额的计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{销售额} \times \text{消费税税率}$$

2. 销售数量和应纳税额的计算。实行从量定额征收消费税的应税消费品，其计税依据是销售应税消费品的实际销售数量。自产自用的应税消费品，除用于连续生产的应税消费品外，其应税消费品实际销售数量为移送使用数量；委托加工应税消费品的，为纳税人收回的应税消费品数量；进口的应税消费品，为海关核定的应税消费品进口征税数量。实行从量定额征收消费税的产

品，其应纳税额的计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{销售数量} \times \text{单位税额}$$

（五）消费税的纳税期限和减免税

1. 消费税的发生时间。纳税人生产应税消费品的纳税义务发生时间为纳税人销售应税消费品时，金银首饰另有规定的除外。纳税人自产自用的应税消费品，用于生产非应税消费品和在建工程、管理部门、非生产机构、提供劳务以及用于馈赠、集资、赞助、职工福利、奖励等方面的，于移送环节纳税，移送使用的当天，为纳税义务发生的时间。委托加工的应税消费品，由受托方向委托方交货时代收代缴消费税税款，纳税义务发生的时间为委托人提货的当天。进口的应税消费品，由报关进口者纳税，纳税义务发生的时间为报关进口的当天。

2. 消费税的纳税期限。《消费税暂行条例》规定，消费税的纳税期限分别为1日、3日、5日、10日、15日或1个月。具体纳税期限由主管税务机关根据纳税人应纳税额的多少分别核定，不能按照固定期限纳税的，可以按次纳税。纳税人以1个月为一纳税期限的，自期满之日起10日内申报纳税；以1日、3日、5日、10日或15日为一纳税期限的，自期满之日起5日内预缴税款，于次月1日起10日内申报纳税，并结清上月应纳税款。纳税人进口应税消费品，应当自海关填发税款缴纳凭证的次日起7日内缴纳税款。

3. 减免税。消费税是选择一部分消费品为征税对象，其目的之一就是要调节消费。因此，在我国只有出口的应税消费品和国务院有特别规定的可以免征消费税。其他应税消费品都在征税之列。出口应税消费品的免税办法由国家税务总局规定。

按照现行的法律规定，出口消费品消费税的减免主要有：出口免税并退税、出口免税但不退税、出口不免税也不退税三种情

况。

二、营业税法

(一) 营业税的概念

营业税是对经营《中华人民共和国营业税暂行条例》所规定的应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的营业额征收的一种流转税。营业税征税范围较广，税负低而均衡。

(二) 营业税的纳税人和扣缴义务人

凡是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。在我国境内是指实际税收行政管理的区域是我国。具体情况为：(1) 所提供的劳务发生在境内；(2) 在境内载运旅客或货物出境；(3) 在境内组织旅客出境旅游；(4) 所转让的无形资产在境内使用；(5) 所销售的不动产在境内；(6) 境内保险机构提供的保险业务，不包括为出口货物提供的保险业务；(7) 境外保险机构以在境内的物品为标的提供的保险劳务。作为营业税纳税义务人的单位，是指发生应税行为，并向对方收取货币、货物和其他经济利益的单位，无论其是否独立核算，均为营业税的纳税义务人。作为营业税纳税义务人的个人，是指个体工商户以及其他有经营行为的个人。

营业税的扣缴义务人是指根据税法的规定，负有扣缴纳税人应纳税款义务的单位和个人。具体包括：(1) 委托金融机构发放贷款，以受托发放贷款的金融机构为扣缴义务人；(2) 建筑安装业务实行分包或转包的，以总承包人为扣缴义务人；(3) 境外单位或者个人在境内发生应税行为而在境内未设经营机构的，其应纳税款以代理人为扣缴义务人；没有代理人的，以受让人或购买人为扣缴义务人；(4) 单位或者个人进行演出由他人售票的，其应纳税款以售票者为扣缴义务人；(5) 演出经纪人为个人的，其

办理演出业务的应纳税款以售票者为扣缴义务人；(6) 分保险业务，以初保人为扣缴义务人；(7) 个人转让专利权、非专利技术、商标权、著作权、商誉等无形资产的，其应缴税款以受让者为扣缴义务人。

(三) 税目、税率

营业税的税目、税率基本上是按行业设置。税目为 9 个，有：交通运输业、建筑业、金融保险业、邮电通讯业、文化体育业、娱乐业、服务业、转让无形资产、销售不动产。

营业税按行业实行有差别的比例税率，共分为四档。第一档：交通运输业、建筑业、邮电通信业、文化体育业，税率为 3%；第二档：服务业、转让无形资产、销售不动产，税率为 5%；第三档：金融保险业税率为 8%；第四档：娱乐业税率为 5%~20%。

(四) 营业税的应纳税额

营业税以纳税人提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产取得的营业额为计税依据。营业额为纳税人向对方收取的全部价款和价外费用。价外费用包括基金、集资款、手续费、代收代垫款项及其他各种性质的价外收费。价外费用均应依法并入营业额计算应纳税额。其计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{营业额} \times \text{税率}$$

纳税人兼有不同税目应税行为的，应当分别核算，未分别核算营业额的从高适用税率。

(五) 起征点和减税、免税

1. 起征点。《营业税暂行条例》规定：按期缴纳营业税的起征点为月营业额 200—800 元；按次缴纳营业税的起征点为每次（日）营业额 50 元。省、自治区、直辖市人民政府所属税务机关应当在规定的幅度内，根据实际情况确定本地区适用的起征点，

并报国家税务总局备案。

纳税人营业额没有超过起征点的收入，免于征收营业税；超过起征点的，应按营业额全额计算应纳税额。

2. 减税、免税。税法规定，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。

第四节 所得税法

一、企业所得税

（一）概念

企业所得税是指对中国境内内资企业，就其生产、经营的纯收益、所得额和其他所得额征收的一种税。

（二）企业所得税的纳税人

企业所得税的纳税人为：在中国境内实行独立经济核算的内资企业或其他组织。具体包括：国有企业、集体企业、私营企业、联营企业、股份制企业和有生产、经营所得和其他所得的其他组织。

（三）企业所得税的应纳税额

1. 应纳税所得额的计算。企业所得税的应纳税所得额为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。其计算公式为：

应纳税所得额 = 年收入总额 - 准予扣除的项目

上式中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。准予扣除的项目请参见下文。

2. 准予扣除的项目。准予扣除的项目，是指与纳税人取得收入有关的成本、费用和损失，还有按照《企业所得税暂行条例》规定的可扣除项目。包括：(1) 生产、经营成本；(2) 纳税人为生产、经营商品和提供劳务等所发生的经营费用、管理费用和财务费用；(3) 纳税人按规定缴纳的消费税、营业税、城市维护建设税、资源税、土地增值税。教育费附加可视同税金。(4) 纳税人生产经营过程中的各项营业外支出、已发生的经营亏损和投资损失及其他损失。

除以上之外，税法允许下列项目按照规定的范围和标准扣除：(1) 纳税人在生产经营期间，向金融机构借款的利息支出，按照实际发生数扣除；向非金融机构借款的利息支出，不高于按照金融机构同类、同期贷款利率计算的金额部分，准予扣除。(2) 纳税人支付给职工的工资，按照计税工资扣除。(3) 纳税人的职工工会经费、职工福利费、教育费，分别按照计税工资总额的2%、14%、1.5%计算扣除。(4) 纳税人用于公益、救济性的捐赠，在年度应纳税所得额3%以内的部分准予扣除，等共18项。

3. 不得扣除的项目。税法规定，计算应纳税所得额时下列项目不得扣除：(1) 资本性支出；(2) 无形资产受让、开发支出；(3) 违法经营的罚款和被没收财物的损失；(4) 各项税收的

滞纳金、罚金和罚款；(5) 自然灾害或者意外事故损失有赔偿的部分；(6) 超过国家规定允许扣除的公益、救济性捐赠以及非公益、救济性捐赠；(7) 各种赞助支出；(8) 与取得收入无关的其他各项支出。

4. 应纳税额的计算。企业所得税应纳税额以应纳税所得额为计税依据。其计算公式为：

$$\text{应纳税额} = \text{应纳税所得额} \times \text{税率}$$

在计算应纳税额的过程中，税法对下列情况作了明确规定：(1) 纳税人来源于中国境外的所得，已在境外缴纳的所得税款，准予在汇总纳税时，从其应纳税额中扣除，但是扣除额不得超过其境外所得依照我国税法计算的应纳税额。(2) 纳税人从联营企业分回的税后利润，如果投资方企业所得税税率低于联营企业，不退还所得税；如果投资方企业所得税税率高于联营企业，投资方企业分回的税后利润应按规定补缴所得税。

(四) 企业所得税的税率

企业所得税的税率为比例税率，一般纳税人的税率为 33%。为了照顾我国目前有很多的企业利润少、规模小，原来适用的税率较低的实际情况，作为过渡暂时按低税率征收。对年所得额在 3 万元（含 3 万元）以下的企业，按 18% 的比例税率征收，对年所得额在 3 万元以上 10 万元（含 10 万元）以下的企业，按 27% 的比例税率征收。对于国家一些银行、保险公司及所属的金融性机构，暂时按 55% 所得税率缴纳。对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。

(五) 纳税期限

纳税义务发生时间。企业所得税纳税义务发生时间为纳税人取得应纳税所得额的计征期終了日。实行分月预缴的，每一月份的最后一日为纳税义务发生时间；实行分季预缴的，每一季

度的最后一日为纳税义务发生时间；进行年度汇算清缴时，纳税年度的最后一日为纳税义务发生时间。

纳税期限。缴纳企业所得税，按年计算，分月或者分季预缴。月份或者季度终了后 15 日内预缴，年度终了后 4 个月内汇算清缴，多退少补。

（六）减免税

1. 民族自治地方的企业，需要照顾和鼓励的，经省政府批准，可以给予定期减税或者免税。

2. 法律、行政法规和国务院有关规定给予企业减税或免税的。例如，经国务院同意，财政部与国家税务总局于 1994 年 3 月发出《关于企业所得税若干优惠政策的通知》，对于一些行业或经营单位给予税收优惠。

3. 纳税人发生年度亏损，可以用下一纳税年度的所得弥补；下一纳税年度的所得不足弥补的，可以逐年延续弥补，但是延续弥补期最长不得超过 5 年。

二、外商投资企业和外国企业所得税

（一）概念

外商投资企业和外国企业所得税，是对在中国境内的外商投资企业（包括中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业）和外国企业的生产、经营所得和其他所得征收的一种税。根据 1991 年 4 月七届全国人大四次会议通过，并于 7 月 1 日起施行的《外商投资企业和外国企业所得税法》征收。

（二）外商投资企业和外国企业所得税的纳税人

外商投资企业和外国企业所得税的纳税人，是依法负有纳税义务的外商投资企业和外国企业。具体可分为以下五类：（1）中外合资经营企业；（2）中外合作经营企业；（3）外资企业；

(4) 在中国境内设立机构、场所，从事生产、经营的外国公司、企业和其他经济组织；(5) 在中国境内没有设立机构、场所而有来源于我国的股息、利息、租金、特许权使用费等项所得的外国公司、企业和其他经济组织。

(三) 外商投资企业和外国企业所得税的税率

外商投资企业和外国企业所得税实行比例税率。税率为30%，地方税率为3%，总税负为33%。另外，对于没有在中国境内设立机构、场所，而有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的外国企业，或者虽然在中国境内设立机构、场所，但其来源于中国境内的上述所得与所设立机构、场所的经营没有实际联系的外国企业，按照20%的税率征收所得税。

(四) 应纳税所得额

外商投资企业和外国企业在中国境内设立的从事生产、经营的机构、场所每一年度的收入总额，减去成本、费用及损失后的余额，为应纳税所得额。在计算应纳税所得额时，税法规定下列各项不得列为成本、费用和损失：(1) 固定资产的购置、建造支出；(2) 无形资产的受让、开发支出；(3) 资本的利息；(4) 各项所得税税款；(5) 违法经营的罚款和被没收财物的损失；(6) 各项税收的滞纳金和罚款；(7) 自然灾害或者意外事故损失有赔偿的部分；(8) 用于中国境内公益、救济性质以外的捐赠；(9) 支付给总机构的特许权使用费；(10) 与生产经营业务无关的其他支出。

(五) 减税免税

国家本着贯彻产业政策，引导外商投资方向，鼓励采用先进技术、设备，产品全部或大部分出口的精神，对外商企业所得税规定了地区减免、产业减免、再投资减免、地方减免等多方面的

减免税优惠。

三、个人所得税

(一) 概念

个人所得税是对个人所得额征收的一种税。依据 1993 年 10 月全国人大常委会重新修订的《中华人民共和国个人所得税法》征收。

(二) 纳税主体

在中国境内有住所或者无住所，而在境内居住满一年的公民，从中国境内和境外取得的所得；在中国境内无住所又不居住，或无住所而在境内居住不满一年的个人，从中国境内取得的所得，均应依法缴纳个人所得税。

(三) 征税对象

(1) 工资、薪金所得；(2) 个体工商户的生产、经营所得；(3) 对企事业单位的承包经营、承租经营所得；(4) 劳务报酬所得；(5) 稿酬所得；(6) 特许权使用费所得；(7) 利息、股息、红利所得；(8) 财产租赁所得；(9) 财产转让所得；(10) 偶然所得；(11) 经国务院财政部门确定征税的其他所得。

(四) 税率和应纳税所得额的计算

个人所得税实行超额累进税率与比例税率相结合的税率体系。具体分为以下五种情况：

1. 工资、薪金所得，适用超额累进税率，其税率如表 12-1 所示。

表内“全月应纳税所得额”，是以其每月收入额减除费用 800 元或附加减除费用后的余额。

应纳税所得额的计算公式为：

应纳税所得额 = (全月工资、薪金收入 - 800 元) × 适用税

率。

2. 个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得，适用五级超额累进税率。其税率如表 12-2 所示。

表 12-1 个人工资、薪金所得税税率表

级数	全月应纳税所得额	税率 (%)
1	不超过 500 元的部分	5
2	超过 500 元至 2000 元的部分	10
3	超过 2000 元至 5000 元的部分	15
4	超过 5000 元至 20000 元的部分	20
5	超过 20000 元至 40000 元的部分	25
6	超过 40000 元至 60000 元的部分	30
7	超过 60000 元至 80000 元的部分	35
8	超过 80000 元至 100000 元的部分	40
9	超过 100000 元的部分	45

表 12-2 个体工商户生产经营所得税税率表

级数	全年应纳税所得额	税率 (%)
1	不超过 5000 元的	5
2	超过 5000 元至 10000 元的部分	10
3	超过 10000 元至 30000 元的部分	20
4	超过 30000 元至 50000 元的部分	30
5	超过 50000 元的部分	35

注：对企事业单位承包承租经营所得同样适用此税率表。

表内“全年应纳税所得额”，对个体工商户来说，是以每一纳税年度的收入总额，减去成本、费用以及损失后的余额；对企事业单位承包承租经营者来说，是以每一纳税年度的收入总额，减去必要费用后的余额。

应纳所得税额的计算公式为：

个体工商户的生产、经营所得应纳所得税额 = [全年收入总

额 - (成本 + 费用 + 损失)] × 适用税率。或者：应纳税所得税额 = 全年应纳税所得额 × 适用税率。

3. 稿酬、劳务报酬、特许权使用费、财产租赁等应纳税所得额的计算，每次收入不超过 4000 元的，减除费用 800 元；4000 元以上的，减除 20% 的费用，其余额为应纳税所得额。除稿酬外，应纳税所得税额 = 应纳税所得额 × 20%。稿酬所得在求出应纳税所得税额后，还要按应纳税额减征 30%。稿酬的应纳税所得税额 = 应纳税所得额 × 税率 (20%) × $\left(1 - \frac{30}{100}\right)$ 。

4. 财产转让所得，以转让财产的收入额减去财产原值和合理费用后的余额，为应纳税所得额。应纳税所得税额 = 应纳税所得额 × 20%。

5. 利息、股息、红利所得、偶然所得和其他所得，以每次收入额为应纳税所得额。其应纳税所得税额 = 应纳税所得额 × 20%。个人将其所得对教育事业和其他公益事业捐赠的部分，应从应纳税所得额中扣除。对在中国境内无住所而在中国境内取得工资、薪金所得和在中国境内有住所而在中国境外取得工资、薪金所得的纳税义务人，可以根据其情况确定附加减除费用。纳税义务人从中国境外取得的所得，在其应纳税所得税额中应扣除已在境外缴纳的个人所得税额，但扣除额不得超过该纳税人境外所得依照该法规定计算的应纳税额。

(五) 减税免税

有下列情形之一的，经批准可以减税：(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税的。

下列各项个人所得免税：(1) 省政府、国务院各部委和中国人民解放军军以上单位以及外国组织、国际组织颁布的科学、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) 职工的安家费、退职费、离退休工资、离休生活补助费；(8) 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的所得；(10) 经国务院财政部门批准免税的所得。

第五节 固定资产投资方向调节税法

一、固定资产投资方向调节税的概念

固定资产投资方向调节税（以下简称投资方向调节税），是国家对单位和个人用于固定资产投资的各种资金征收的一种税。主要法规有 1991 年 4 月国务院发布的《固定资产投资方向调节税暂行条例》和同年国家税务总局发布的《固定资产投资方向调节税暂行条例实施细则》。投资方向调节税是在我国原建筑税的基础上发展起来的，自 1991 年开征。投资方向调节税是国家贯彻产业政策，控制投资规模，引导投资方向的重要举措，也是调整投资结构，加强重点建设，促进国民经济持续、稳定、协调发展的重要手段。

二、投资方向调节税的纳税人和征税范围

（一）纳税人

税法规定，在中华人民共和国境内进行固定资产投资的单位和个人，为投资方向调节税的纳税义务人。上述纳税义务人包括

使用各种资金进行固定资产投资的各级政府、机关团体、部队、国营企事业单位、集体企事业单位、私营企业、个体工商户及其他单位和个人。为了有利于吸引外商直接投资，保持政策的稳定性和连续性，对中外合资经营企业、中外合作经营企业、外资企业在我国境内进行的固定资产投资，不征收投资方向调节税。

（二）征税范围

投资方向调节税的征税范围，是在我国境内所有用于固定资产投资的各种资金。上述所说固定资产投资包括：基本建设投资、更新改造投资、商品房投资和其他固定资产投资。各种资金包括：国家预算内资金、国家预算外资金、地方机动财力、国内外贷款借款赠款、各种自有资金、自筹资金和其他资金。各种固定资产投资资金的具体内容包括：

1. 基本建设投资额，即指构成基本建设投资完成额的各项费用支出。包括建筑工程投资、安装工程投资、设备投资、待摊投资、转出投资以及应核销投资等。

2. 更新改造投资额，仅指更新改造项目的建筑工程实际完成投资额。包括各种房屋、建筑物和设备的基础等建筑工程的资金，水利工程的资金，防空、地下建筑等特殊工程资金支出以及其他应列入建筑工程成本的费用等。

3. 商品房投资资金，即用于商品房建设投资的各种资金。

4. 其他固定资产投资资金，主要包括全民单位其他固定资产投资和未纳入各级计委、经委和主管部门计划管理的私营企业、个体工商户建设项目的投资以及其他建设项目的投资资金。

三、投资方向调节税的税目、税率

投资方向调节税划分为 14 大类，下设 296 个税目。

投资方向调节税根据国家产业政策确定的产业发展序列和经

济规模的要求，对固定资产投资实行差别税率，具体适用税率分为0%、5%、10%、15%、30%五个档次。差别税率按两大类设计：一类是基本建设项目投资；另一类是更新改造项目投资。

（一）基本建设项目投资适用税率

根据税法规定，基本建设项目投资适用税率有以下几种情况：（1）对国家急需发展的项目投资，如农业、林业、水利、能源、交通等基础产业和薄弱环节部门项目投资，如治理污染、保护环境等项目投资，实行0%税率。（2）对国家鼓励发展但受能源、交通等制约的项目投资，如钢铁、化工、石油化工、水泥等重要原材料及机械、电子等重要项目投资，实行5%税率。（3）对商品房建设投资的适用税率：城乡个人为了改善居住条件，配合住房制度改革，修建、购买住宅的投资实行0%税率；单位修建、购买一般住宅投资，实行5%税率；单位用公款修建、购买高标准独门独院、别墅式住宅投资，实行30%的高税率。（4）对楼堂馆所以及国家严格限制发展的项目投资，实行30%税率。（5）对不属于上述四种情况的其他项目投资，实行15%税率。

（二）更新改造项目投资适用税率

为了鼓励企事业单位进行设备更新和技术改造，促进技术进步，对国家急需发展的项目投资实行0%税率；对单纯工艺改造和设备更新的项目投资实行0%税率；除以上之外的更新改造项目投资，一律按照建筑工程投资额实行10%的税率。

另外，为了利于吸引外资，对外国政府赠款和其他国外赠款的投资，实行0%税率。

四、投资方向调节税的应纳税额

（一）计税依据

投资方向调节税的计税依据，是固定资产投资项目实际完成的投资额。税法对基本建设项目和更新改造项目规定了不同的计税依据。具体规定有：(1) 基本建设项目的计税依据为实际完成的投资总额，包括建筑安装工程投资、设备投资、其他投资、转出投资、待摊投资和应核销投资。(2) 更新改造投资项目的计税依据为建筑工程实际完成的投资额。(3) 其他固定资产投资项目的计税依据为实际完成的投资总额。

(二) 应税投资完成额

基本建设项目投资的应税投资完成额的确定程序是：

1. 确定项目应税投资完成额。项目应税投资完成额为项目投资完成总额减去不征税支出。其计算公式为：

项目应税投资完成额 = 项目投资完成总额 - 不征税支出

不征税支出是指计入固定资产投资总额，但不征收投资方向调节税的银行贷款建设期利息和投资方向调节税税款。

2. 确定单位工程应税投资完成额。单位工程应税投资完成额的计算公式为：

单位工程应税
投资完成额 = 单位工程
基本费用 + 直接计入的
综合费用 + 分摊计入的
综合费用

单位工程的基本费用包括建筑安装工程投资、设备投资和部分其他投资。直接计入的综合费用包括部分其他投资和部分应核销投资。分摊计入的综合费用包括待摊投资、转出投资和部分应核销投资。

(三) 应纳税额的计算

1. 基本建设项目应纳税额的计算。基本建设项目投资金额较大、项目内容较多，一般都有生产性和非生产性两类设施，适用两个以上税率。计算的基本步骤是：(1) 根据项目主体工程的内容确定适用税率，包括确定不同单位工程的适用税率。辅助生

产设施均按其有关的主体工程确定适用税率。(2) 确定投资项目的应税投资完成额。(3) 将综合费用分摊到各单位工程中去, 确定各单位工程的应税投资完成额。(4) 根据所确定的单位工程的适用税率计算各个单位工程应纳的投资方向调节税。(5) 将各个单位工程的应纳税额汇总, 即为整体项目的应纳税额。

2. 更新改造项目应纳税额的计算。更新改造项目应纳税额的计算步骤与基本建设项目基本相同。其主要区别有: (1) 更新改造项目的投资方向调节税的税率只有 0% 和 10% 两档, 确定其适用税率比较简单; (2) 更新改造项目生产性设施, 只对其中的建筑工程实际完成投资额征税, 因此只需计算建筑工程的应税投资完成额; (3) 更新改造项目的综合费用, 如果由建筑工程单独承担, 可直接计入建筑工程投资, 如果由生产性设施共同承担, 则应分别计入建筑工程投资、设备投资和其他投资。

3. 在建项目应纳税额的计算。在建项目应纳税额的计算步骤是: (1) 计算出在建项目累计完成的投资额和本年度应税投资完成额; (2) 计算出本年度各单位工程完成的投资额; (3) 计算出本年度各单位工程应纳的投资方向调节税; (4) 计算出本年度在建项目应纳的投资方向调节税。

五、起征点和减免税

1. 起征点。根据税法规定, 对不纳入计划管理的投资额不满 5 万元的项目, 投资方向调节税的征收和减免由各省、自治区、直辖市人民政府自行确定。

2. 减免税。税法规定, 除了起征点减免和国务院另有规定以外, 一律不得减免税。

第六节 税收征收管理法

税收征收管理是税收机关对纳税人依法征纳税和进行税务监督管理的总称。1995年2月28日修改公布的《中华人民共和国税收征收管理法》，1993年8月4日发布的《中华人民共和国税收征收管理法实施细则》和税法中的征管条款确定了税收征管制度。

一、税收管理体制

税收管理体制是指在中央和地方政府之间划分税收管理权限的制度。我国税收管理体制的总原则是“统一领导，分级管理”。分级管理主要指由国务院、财政部和省、直辖市、自治区行使的税收管理权限。现行税收管理体制对税收管理权限的具体划分是：

（一）属于人大和国务院管理的权限

税法的制定、税收的开征、停征以及以法律形式规定减税、免税、退税、补税，法律授权国务院规定的，国务院依法制定相应的行政法规。

（二）属于财政部管理的权限

制定和执行国家税收方针、政策，组织制定税收条例或有关实施细则，制定税种的增减和税目税率的调整等规范性文件，具有对税法的解释权，审订临时性减免税，管理和监督全国各项财政收入，包括税收收入。

（三）属于省、直辖市、自治区政府的权限

主要是对个别纳税单位因经济情况发生较大变化，纳税有困

难的可定期减免税，对于地方税，在法律授权范围内，有减免税、变更税率、调整税额及停征、开征的管理权限。

二、税收征收管理机关

税收征收管理机关目前有四种：国家税务局、地方税务局、地方财政局和海关。

国家税务局系统主要负责下列主要税种的征收和管理：（1）增值税；（2）消费税；（3）中央企业所得税；（4）铁路、保险总公司、各银行及其金融企业的营业税、所得税；（5）资源税；（6）外商投资企业和外国企业的各项税收及外籍人员缴纳的个人所得税；（7）证券交易税。

地方税务局主要负责下列各税的征收和管理：（1）营业税；（2）个人所得税；（3）城建维护税；（4）资源税；（5）地方企业所得税；（6）城镇土地使用税；（7）按地方营业税附征的教育税附加；（8）各种行为税类等。

地方财政局目前主要负责下列各税的征收和管理：（1）农业税；（2）农林特产税；（3）牧业税；（4）耕地占用税；（5）契税。

海关主要负责关税的征收和管理。

三、税务管理

税务管理包括税务登记管理，账簿、凭证管理和纳税申报管理三个部分。

（一）税务登记

又称纳税登记，是指纳税人在领取营业执照后向税务机关申请办理书面登记的法律手续。从事生产、经营的纳税人包括企业，企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所，个体

户和从事生产经营的事业单位，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纳税登记。税务机关审核后发给税务登记证件。

税务登记证件是纳税人依法履行税务登记义务的书面证明。纳税人应按照国家税务主管部门的规定使用税务登记证件。纳税人在办理申请减税免税、退税、领购发票，外出经营活动税收管理证明以及其他有关税务事项时，必须持有税务登记证件。税务登记证件只限纳税人本人使用，不得转借、涂改、损毁、买卖或者伪造。

从事生产经营活动的纳税人，税务登记内容发生变化的，自工商行政管理机关申请变更登记之日起 30 日内或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前，持有关证件向税务机关申报变更或者注销登记。

（二）账簿、凭证管理

从事生产、经营的纳税人及扣缴义务人按照国务院财政、税务主管部门的规定设置账簿，根据合法、有效凭证记账，进行核算。个体工商户确实不能设置账簿的，经税务机关核准，可以不设置账簿。从事生产经营的纳税人的财务、会计制度或者财务、会计处理办法，应当报送税务机关备案。发票必须由省、自治区、直辖市人民政府税务主管部门指定，不得擅自印制发票。从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人必须按照国务院财政、税务主管部门规定的保管期限保管账簿、记账凭证、完税凭证及其他有关资料，而不得伪造、变造或者擅自损毁。

（三）纳税申报

纳税申报，是指纳税人或者扣缴义务人必须在法定期限向税务机关报送纳税申报表、财务会计报表、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纳税人和扣缴义务人

报送其他有关资料的法律行为。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。

四、税款征收

(一) 税款征收方式

根据我国《税收征收管理法》及其实施细则的规定，税款征收方式有五种：

1. 查账征收。查账征收是由纳税人依据账簿记载，先自行计算缴纳，事后经税务机关查账核实，如有不符时，可多退少补。这种征收方式主要对已建立会计账册、会计记录完整的单位采用。

2. 查定征收。查定征收是由税务机关根据纳税人的生产设备等情况在正常生产条件下的生产销售情况，对其生产的应税产品查定产量和销售额，然后依率征收的一种方式。这种方式主要对生产不固定、账册不健全的单位采用。

3. 查验征收。查验征收是由税务机关派员对纳税申报人的应税产品进行查验，并贴上完税证、查验证或盖查验戳，凭证运销的方式。这种方式主要对零星、分散的高税率工业产品适用。

4. 定期定额征收。定期定额征收是先由纳税人自报生产经营情况和应纳税款，再由税务机关对纳税人核定一定时期的税款征收率或征收额，实行增值税或营业税和所得税一并征收的一种征收方式。这种方式主要对一些营业额、所得额难以准确计算的小型纳税人适用。

5. 其他征收方式。如代扣代缴、代收代缴、委托代征、邮寄申报纳税等。

(二) 税款征收中的特殊措施

税收保全措施。税务机关采取税收保全措施的条件是：(1) 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，可在规定的纳税期之前，责令限期缴纳应纳税款；(2) 税务机关在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或应纳税收入的迹象的，可以责成纳税人提供纳税担保；(3) 纳税人不能提供纳税担保。

税收保全措施有两种：(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。

强制执行措施。强制执行是在纳税义务人或扣缴义务人未按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税款所担保的税款，由税务机关责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的情况下采用。强制执行措施分两种：一是书面通知其开户银行或其他金融机构从其存款中扣缴税款；二是扣押、查封、拍卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产，以拍卖所得抵缴税款。

五、税务检查

税务检查是税收征收管理的一个重要环节。它是指税务机关依法对纳税人履行缴纳税款义务和扣缴义务人履行代扣、代收税款义务的状况所进行的监督检查。纳税人、扣缴义务人必须接受税务机关依法进行的税务检查，如实反映情况，提供有关资料，不得拒绝、隐瞒。税务机关依法进行税务检查时，有关部门和单位应当支持、协助。

税务检查的对象，涉及到被检查者的商业秘密，必须慎重进行，税务机关派人执行税务检查时，必须出示税务检查证件，并有责任为被检查人保守秘密。

第七节 违反税法的责任

一、违反税收征收管理程序的法律责任

违反税收征收管理程序的行为有：(1) 未按规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记的；(2) 未按规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料的；(3) 未按规定将财务、会计制度或者财务、会计处理办法报送税务机关备查的；(4) 扣缴义务人未按规定设置保管代扣代缴、代收代缴税款账簿、税款记账凭证及有关资料的；(5) 纳税人未按规定期限办理纳税申报，或者扣缴义务人未按规定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，并可处以 2000 元以下罚款，情节严重的，除第 (4) 项外，可处以 2000 元以上 1 万元以下罚款；其中第 (4) 项，可处以 2000 元以上 5000 元以下罚款。

二、偷税的法律责任

偷税是指纳税人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证，在账簿上多列支出或者不列、少列收入，或者进行虚假申报的手段，不缴或者少缴应纳税款的行为。偷税的表现形式主要有：(1) 伪造、变造记账凭证和账簿；(2) 隐匿、擅自销毁记账凭证和账簿；(3) 虚列支出或不列、少列收入；(4) 虚假申报。

纳税人偷税数额不满 1 万元或者偷税数额占应纳税额不到 10% 的，由税务机关追缴其偷税款，并处以偷税数额 5 倍以下的罚款。扣缴义务人采取偷税手段不缴或少缴已扣、已收税款，数额不满 1 万元或者占同期应缴税额不到 10% 的，由税务机关追缴其不

缴或少缴的税款,并处以不缴或少缴税款 5 倍以下的罚款。

纳税人偷税数额在 1 万元以上且占同期应纳税额 10% 以上的,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 5 倍以下的罚款。偷税数额在 10 万元以上且占同期应纳税额 30% 以上的,处 3 年以上 7 年以下有期徒刑,并处偷税数额 5 倍以下的罚款。扣缴义务人采取偷税手段,不缴或少缴已扣、已收税款,数额在 1 万元以上且占同期应缴税额 10% 以上的,依照上述犯罪行为处罚。企业、事业单位偷税构成犯罪的,依照上述犯罪行为进行刑事处罚,对纳税单位判处罚金,并对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员,处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

三、骗税的法律责任

骗税是指用虚构事实或隐瞒真相的方法,经过公开和合法的程序,利用国家税收优惠政策,骗取减免税和出口退税的行为。骗税与偷税比较,具有明显的公开欺骗性,它以公开欺骗的手段,骗得税务机关信任,非法占有国家税款,并在表面上具有合法性。骗税主要有骗取减免税和骗取出口退税两种表现形式。

纳税人骗取减免税的,按照偷税处理。

企事业单位骗取国家出口退税款数额不足 1 万元的,由税务机关追缴骗取的出口退税款,处以骗取税款 5 倍以下的罚款。其他单位和个人骗取国家出口退税款,数额较小未构成犯罪的,由税务机关追缴其骗取的退税款,处以骗取税款 5 倍以下的罚款。

企事业单位采取对生产或经营的商品假报出口等欺骗手段,骗取国家出口退税款,数额在 1 万元以上的,处骗取税款 5 倍以下的罚款,并对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员,处 3 年以下有期徒刑或者拘役。其他单位或个人骗取国家出口退

税款，按照诈骗罪追究刑事责任，并处骗取税款 5 倍以下的罚金；单位犯有本罪的，除处以罚金外，对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，按照诈骗罪追究刑事责任。

四、欠税的法律责任

欠税是指纳税人、扣缴义务人逾期未缴纳税款的行为。税务机关对欠税者可采取以下追缴方式：（1）从滞纳之日起，按日课征 2‰ 的滞纳金；（2）责令限期缴纳或解缴税款，但最长期限为 15 日；（3）责令限期缴纳，逾期仍未缴纳的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可以采取强制执行措施；（4）欠缴税款的纳税人在出境前未按规定结清应纳税款，或提供纳税担保的，税务机关可以通知出入境管理机关阻止其出境。

纳税人、扣缴义务人在规定期限内不缴或少缴应纳税款，经税务机关限期催缴无效的，除可强制征收外，还可处以不缴或少缴税款 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，并处欠缴税款 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 5 倍以下的罚款。企事业单位逃避欠税的追缴，构成犯罪的，依照上述刑法规定，对纳税单位判处罚金，并对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

五、抗税的法律责任

抗税，是指纳税义务人以暴力、威胁的手段拒不缴纳税款的行为。是一种最严重的违反税法和税收征收管理的违法犯罪行为。

对有抗税行为的纳税义务人，除由税务机关追缴其所抗拒缴纳的税款外，还要由司法机关依照刑法规定追究其刑事责任，即处以3年以下的有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款5倍以下的罚款。情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处拒缴税款5倍以下的罚款。情节轻微，未构成犯罪的，可由税务机关追缴其拒缴的税款，处以拒缴税款5倍以下的罚款。

六、税务人员的法律责任

税务人员违反法律规定，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，还应补征应征税款，退回不应征税款，并由上级机关追究直接责任人员的行政责任。

税务人员有下列行为之一，未构成犯罪的，给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：（1）与纳税人、扣缴义务人勾结，唆使或者协助纳税人、扣缴义务人违反税法规定的；（2）利用职务上的便利，收受或者索取纳税人、扣缴义务人财物的；（3）玩忽职守，不征或少征应征税款，致使国家税收遭受重大损失的。

七、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，然后可以在收到缴款凭证后60日内向上一级税务机关申请复议。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、强制执行措施或税收保全措施不服的，可在15日内向作出决定或采取措施的机关的上一级机关申请复议，对复议决定不服的，可以在接到复议决定书15

日内向人民法院起诉。当事人也可以不申请复议，而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，又不履行的，作出处罚决定的税务机关可以申请人民法院强制执行。

思考与练习

1. 在深入学习、理解我国税收体系的基础上，搞清我国的税法体系。

2. 增值税有何特点？它在我国流转税体系中地位如何？

3. 说明税收的概念、特征和作用。

4. 什么是税法？我国现行税法主要包括哪些方面的立法？

5. 税法的结构包括哪些要素？

6. 说明增值税的征税范围、纳税人、税率、应纳税额和纳税期限。

7. 说明消费税的纳税人、税目税率、应纳税额和纳税期限。

8. 说明营业税的纳税人、税目税率、应纳税额和减免税。

9. 我国有哪几种所得税？企业所得税的纳税人有哪些？其税率和纳税期限如何？

10. 如何计算企业所得税的应纳税额？

11. 说明外商投资企业和外国企业所得税的纳税人、税率和应纳税额。

12. 说明个人所得税的纳税人和税法规定的五种税率情况。

13. 什么是固定资产投资方向调节税？投资方向调节税的纳税人、征税范围、税目税率及应纳税额如何？

-
14. 我国四种税收征管机关的征管范围如何？
 15. 税务管理包括哪些方面的管理？
 16. 税款征收的方式有哪些？征收中可采取哪些特殊措施？
 17. 什么是偷税、骗税、欠税和抗税？对于偷税、骗税、欠税和抗税的行为应追究哪些法律责任？

第十三章 市场行为管理法

第一节 反不正当竞争法

一、反不正当竞争法概述

反不正当竞争法是确认和调整不正当竞争行为及其所引起的各种经济关系的法律规范的总称。简言之，它是调整社会主义市场经济关系的法律规范的总称。

竞争是伴随市场经济而产生的，它是经济活力的重要源泉。但市场经济需要的是公平竞争而不需要不正当竞争。为了维护公平竞争，维护市场经济秩序，保护经营者和消费者的合法权益，现代各国大都重视以法律手段反对不正当竞争的行为。我国早在1980年，国务院就发布了《关于开展和保护社会主义竞争的暂行规定》，标志着反不正当竞争立法的开始。以后在商标法、广告法规和市场监督管理中，也有某些反不正当竞争的规定。1993年9月2日由八届全国人大常委会第三次会议通过的《中华人民共和国反不正当竞争法》，是适应社会主义市场经济发展的需要，由国家立法机关制定的我国第一部反不正当竞争的法律，该法自1993年12月1日起实行。反不正当竞争法是保障社会主义市场经济健康发展的重要法律。

二、不正当竞争行为的范围

从事商品经营或者盈利性服务的法人，其他经济组织和个人（简称经营者）有下列行为属于不正当竞争行为。

1. 采用不正当手段从事市场交易，损害竞争对手的行为。包括假冒他人注册商标；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，使购买者误认为是该知名商品；擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示。

2. 公用企业或者其他依法具有独立地位的经营者，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。但国家规定专卖、专营的商品除外。

3. 政府及其所属部门不得滥用行政权力，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。政府及其所属部门不得滥用行政权力，限制外地商品进入本地市场、或者本地商品流向外地市场。

4. 经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的，以受贿论处。但经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的，必须如实入账；接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

5. 经营者利用广告或者其他方法，对商品质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。

6. 经营者用下列手段侵犯商业秘密：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；披露、使用或者允许他人使用以上述手段获取的权利人的商业秘密；违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第三人明知或者应知以上所列违法行为，获取、使用或者披露他人的商业秘密，视为侵犯商业秘密。

所谓商业秘密，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。

7. 经营者以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。但处理积压商品或者有效期即将到期的商品；季节性降价；因清偿债务、转产、歇业降价销售商品；销售鲜活商品降价的，不属于不正当竞争行为。

8. 经营者强行搭配或者附加其他不合理条件销售商品的。

9. 经营者采用不正当的有奖销售。谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；采用最高奖超过 5000 元的抽奖式的有奖销售。

10. 经营者捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

11. 投标者串通投标、抬高标价或者压低标价。投标者和招标者相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。

三、对不正当竞争行为的监督检查

(一) 监督检查的机关

根据反不正当竞争法第 3 条和第 16 条的规定，对不正当竞争行为进行监督检查的为县级以上工商行政管理部门和法律、行

政法规规定的其他部门。

（二）监督检查部门的职权

监督检查部门的职权主要有：（1）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者与不正当竞争行为有关的其他资料。（2）查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务电函和其他资料。（3）检查与假冒他人注册商标、名优标志等不正当竞争行为有关的财物，必要时可以责令被检查的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、销毁该财物。

在监督检查不正当竞争行为时，监督检查部门工作人员应当出示检查证件；被检查的经营者、利害关系人和证明人应当如实提供有关资料 and 情况。

（三）社会监督

对不正当竞争行为的监督检查，不仅要发挥政府机关和专门监督检查机构的作用，也要注意一切社会组织和个人在这方面的积极作用，形成社会监督的力量。反不正当竞争法第4条规定：国家鼓励、支持和保护一切组织和个人对不正当竞争行为进行社会监督。国家机关工作人员不得支持、包庇不正当竞争行为。

四、法律责任

经营者和管理者违反了反不正当竞争法，应当承担以下法律责任。

（一）经济责任

1. 赔偿受害者损失的责任。经营者违法，给被侵害的经营者造成损害的，应承担赔偿损失的责任。被侵害者的损失难以计算的，赔偿额为侵权人在侵权期间所获得的利润。侵权人还应承担被侵害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。

被侵害的经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向法院起诉。

2. 罚款和没收违法所得。除假冒他人注册商标，擅自使用他人的企业名称或者姓名，伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量作引人误解的虚假表示的，依照《商标法》、《产品质量法》的规定处罚外，对其他不正当竞争行为，可分别处以没收违法所得、违法所得1倍以上3倍以下的罚款或者1~20万元的罚款。但对违法有奖销售的处以1~10万元的罚款。

以上处罚权主要由县级以上人民政府工商行政管理机关行使。

（二）行政责任

1. 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，未构成犯罪的，给予行政处分。

2. 政府及其所属部门滥用行政权力，限制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，限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场的，由上级机关责令其改正；情节严重的，由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。

3. 对经营者的不正当竞争行为，情节严重的，可吊销营业执照。

（三）刑事责任

1. 对经营者的不正当竞争行为，情节严重，构成犯罪的，由司法机关依法追究刑事责任。

2. 对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，构成犯罪的，或者徇私舞弊，对明知违法构成犯罪的经营者故意包庇不使其受追诉的，均由司法机关依法追究刑

事责任。

根据反不正当竞争法第 29 条规定：当事人对监督检查部门作出的处罚决定不服的，可以自收到处罚决定之日起 15 日内向上一级主管机关申请复议；对复议决定不服的，可以自收到复议决定书之日起 15 日内向法院起诉，也可以直接向法院起诉。

第二节 消费者权益保护法

一、消费者权益保护法概述

消费者权益保护法是调整消费者在生活消费过程中与经营者发生的社会关系，并以保护消费者合法权益为目的的法律规范的总称。消费者是指为生活消费需要而购买、使用商品或接受服务的个人和单位。经营者是指为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的所有经营者。

为了保护消费者合法权益，维护社会经济秩序，保障社会主义市场经济健康发展，1993 年 10 月 31 日，八届全国人大第四次会议通过了《中华人民共和国消费者权益保护法》，并于 1994 年 1 月 1 日起施行。这是我国制定的第一部专门保护消费者权益的法律，必将对促进市场经济的发展产生深远的影响。

二、消费者的权利

1. 安全权。即消费者在购买、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以及消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。

2. 知情权。即消费者享有知悉商品和服务真实情况的权利，具体内容是：消费者有权要求经营者提供产品的价格、产地、生

生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

3. 自主选择权。即消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权选择经营者；有权选择商品品种或服务方式；有权自主决定购买或者不购买任何一种商品，接受或不接受任何一项服务；消费者在自主选择商品或服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

4. 公平交易权。这一权利主要体现在两个方面：其一，消费者在购买商品或接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件；其二，消费者有权拒绝经营者的强制交易行为。

5. 求偿权。即消费者因购买、使用商品或接受服务受到人身、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、财产损害的人，包括商品的购买者、使用者、接受服务者，也包括受害的第三人。

6. 结社权。即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。消费者社会团体在我国目前主要指消费者协会，但不限于此，它可以是消费者为维护自己合法权益而依法成立的各种群众性社会组织。

7. 获知权。即消费者有权获得有关消费方面的知识及有关消费者权益保护方面的知识的权利。

8. 受尊重权。即消费者在购买、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。

9. 监督权。即消费者有权对有关商品、服务的价格、质量、品种、供应量、供应方式、服务态度、侵权行为等问题及保护消

消费者权益的工作，向有关经营者或机构提出意见、建议，进行检举或控告，甚至提起诉讼。

三、经营者的义务

1. 守法守约。即经营者应遵守本法、产品质量法及其他相关法律。同时，经营者还应履行与消费者所订合同中规定的经营者的义务。

2. 听取意见，接受监督。即经营者应当听取消费者对其提出商品或服务的意见，认真接受消费者的批评、建议和监督。

3. 保证商品或服务的安全。即经营者所提供的可能危及人身、财产安全的商品或服务，必须符合保障人身健康、财产安全的标准。发现商品或服务存在严重缺陷时，应采取措施防止损害的发生。

4. 提供真实信息。首先，经营者不得作引人误解的虚假宣传；其次，经营者对消费者就其提供的商品或服务的质量和和使用方法等问题提出的询问，应作真实、明确的答复；第三，商店提供商品应明码标价。

5. 标明真实名称和标记。即经营者应当如实标明其企业名称和营业标记，不得假冒或仿冒他人企业名称或营业标记从事不正当竞争。

6. 出具凭证或单据。即经营者应按照国家有关规定或商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据，消费者索要凭证或单据的，经营者必须出具。

7. 保证商品或服务的质量、性能、用途和有效期。

8. 按约定或规定承担包修、包换、包退或其他责任。

9. 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。

10. 不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

四、消费者组织

目前，我国消费者组织主要是消费者协会。消费者协会的性质、设立、任务、职能如下：

1. 性质。消费者协会是保护消费者权益体系中的一个重要组成部分，它属于社会团体组织，因此它不同于国家机关、企业等社会组织。具体说，它属于半官方的群众性团体。

2. 设立。消费者协会应依国务院发布的社会团体登记管理条例的规定设立。即中国消费者协会应向民政部申请登记；各地消费者协会应向其办事机构所在地相应的民政部门申请登记。中国消费者协会于1984年成立，并于1987年加入国际消费者联盟。

3. 任务。消费者协会有两项任务：一是对商品和服务进行社会监督，即除国家权力机构之外的民间监督；二是保护消费者的合法权益。我国的各级消费者协会自成立后开展了大量的，卓有成效的工作，在广大消费者心目中树立了良好的形象。

4. 职能。消费者协会有以下职能：（1）向消费者提供消费信息和咨询服务；（2）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；（3）就有关消费者合法权益问题，向有关行政部门反映、查询、提出建议；（4）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；（5）投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；（6）就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；（7）对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

五、消费者权益争议的解决

消费者与经营者之间的消费者权益争议，主要表现为：消费者在购买、使用商品或接受服务的过程中，由于经营者不履行或不适当履行义务，使消费者的合法权益受到侵害；或消费者对经营者提供的商品或服务不满意，而使双方在权利、义务方面发生冲突、纠纷。解决争议的途径主要有五种：

1. 与经营者协商和解。即双方当事人在平等自愿基础上，在互谅互让中找出解决矛盾的方法。

2. 请求消费者协会调解。即在消费者协会主持下，双方当事人就有关问题自愿协商，达成协议而解决纠纷。

3. 向有关行政部门申诉。即消费者可通过口头或书面形式直接向各级人民政府所属的与保护消费者权益相关的职能部门（如工商行政管理部门，质量监督管理部门等）反映情况，请求解决纠纷。

4. 根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁。即当消费者与经营者达成仲裁协议时，消费者可将争议提交指定的仲裁机构审理。

5. 向人民法院提起诉讼。即消费者在其合法权益受到侵害时，可向人民法院提起诉讼，通过司法审判程序来解决争议。

第三节 产品质量法

一、产品质量法的概念

产品质量法是调整在生产、交换、消费领域中，因产品质量而产生的生产者、销售者与使用者之间的权利义务关系和产品质

量监督管理关系的法律规范的总称。产品质量是指国家有关法规、质量标准以及合同规定的产品的可靠性、安全性、耐用性等内在性能与外观形态的总和。

改革开放以来，国家在加强计量、标准化立法的同时，也大大加强了产品质量方面的立法。主要有：1993年2月22日公布、同年9月1日起实行的《中华人民共和国产品质量法》；1985年1月31日国家标准局颁发的《全国产品质量仲裁检验暂行办法》；1985年3月7日国务院批准的《产品质量监督试行办法》；1991年5月7日国务院发布并实行的《中华人民共和国产品质量认证管理条例》；1992年7月25日国务院发布的《关于进一步加强质量工作的决定》；1993年7月2日公布、同年9月1日起实行的《关于惩治生产、销售伪劣商品犯罪的决定》等。此外，在《民法通则》、《全民所有制工业企业法》、《商标法》、《药品管理法》、《食品卫生法》中，都有关于产品质量的规定。

二、生产者、销售者的责任和义务

（一）生产者的产品质量责任和义务

（1）其产品质量应当符合下列要求：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，人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；具备产品应当具备的使用性能，但是，对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外；符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。（2）产品或者其包装上的标识应当符合下列要求：有产品质量检验合格证明；有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，相应予以标明；限期使用的产品，标明生产日期和安全使用期或者失效日

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，应有警示标志或者中文警示说明。裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品，可以不附加产品标识。（3）有特殊要求的产品（如剧毒、危险、易碎、储运中不能倒置），其包装必须符合相应的要求，有警示标志或者中文警示说明标明储运注意事项。（4）不得生产国家明令淘汰的产品。（5）不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址；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。

（二）销售者的产品质量责任和义务

（1）应当执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识；（2）销售产品的标识应当符合上列生产者责任的第（2）项的要求；（3）应当采取措施，保持销售产品的质量，不得销售失效、变质的产品；（4）销售者不得有上列生产者责任和义务的第五项所列行为。

三、产品质量的监督管理

（一）监督管理的机构

国务院产品质量监督管理部门负责全国产品质量监督管理工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督管理工作。县级以上地方人民政府管理产品质量监督工作的部门负责本行政区域内的产品质量监督管理工作。县级以上地方人民政府有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督管理工作。

（二）产品质量监督管理的基本要求

基本要求是：禁止伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志；禁止伪造产品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址；禁止在生产、销售的产品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好。

(三) 产品质量监督管理的法律规定

(1) 产品质量应当检验合格，不得以不合格产品冒充合格产品。(2) 可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准；未制定国家标准、行业标准的，必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求。(3) 国家根据国际通用的质量管理标准，推行企业质量体系认证制度；并参照国际先进的产品标准和技术要求，推行产品质量认证制度。企业根据自愿原则可以向国务院产品质量监督管理部门或者国务院产品质量监督管理部门授权的部门认可的认证机构申请产品质量认证。经认证合格的，由认证机构颁发产品质量认证证书，准许企业在产品或者其包装上使用产品质量认证标志。(4) 国家对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度，对可能危及人体健康和人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及用户、消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。监督抽查工作由国务院产品质量监督管理部门规划和组织。产品质量抽查的结果应当公布。法律对产品质量的监督检查另有规定的，依照有关法律规定执行。(5) 用户、消费者有权就产品质量问题，向产品的生产者、销售者查询；向产品质量监督管理部门、工商行政管理部门及有关部门申诉，有关部门应当负责处理。(6) 保护消费者权益的社会组织可以就消费者反映的产品质量问题建议有关部门负责处理，支持消费者对因产品质量造成的损害向人民法院起诉。

四、违反产品质量法的责任

(一) 经济赔偿责任

1. 修理、更换、退货。售出的产品不具备产品应具备的使用性能而事先未作说明的，不符合在产品或者其包装上注明采用

的产品标准的，不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的，由销售者负责修理、更换、退货，如属生产者或者供货者的责任，销售者承担责任后，有权向生产者、供货者追偿。

2. 赔偿。因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，生产者或销售者应承担赔偿责任。造成受害人人身伤害的，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；造成受害人死亡的，并应支付丧葬费、抚恤费、死者生前抚养的人的必要生活费用等。因产品存在缺陷造成受害人财产损失的，侵害人应当恢复原状或折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。上述损失受害人可以向产品的生产者要求赔偿，也可以向产品的销售者要求赔偿。属于生产者的责任，销售者赔偿的，销售者有权向生产者追偿。属于销售者的责任，生产者赔偿的，生产者有权向销售者追偿。

索赔诉讼时效。因产品存在缺陷造成受害人财产损害的索赔诉讼时效为2年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

（二）行政责任

1. 没收违法产品、违法所得，罚款。凡生产和销售不符合保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的，生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真、以次充好，或以不合格产品冒充合格产品的，生产国家明令淘汰的产品的，销售失效、变质的产品的，除责令其停止违法行为外，分别情况，没收违法生产或销售的产品，没收违法所得，并处以违法所得1~5倍的罚款，也可以吊销其营业执照。

2. 没收违法所得、罚款。生产者、销售者伪造产品的产地，伪造或冒用他人的厂名、厂址，伪造或冒用认证标志、名优标志等质量标志，责令公开更正，没收违法所得，可以并处罚款；产

品标识不符合产品质量法的规定，责令改正；有包装的产品标识不符合生产、使用或者有效期规定以及警示标识规定，情节严重的，可责令其停止生产、销售，并可处以违法所得 15% ~ 20% 的罚款；伪造检验数据或者伪造检验结论，除责令其改正外，可处以所收检验费 1 ~ 3 倍的罚款；情节严重的，吊销营业执照。

有关吊销营业执照的处罚由工商行政管理部门决定，其他行政处罚由管理产品质量监督工作的部门或者工商行政管理部门按照国务院规定的职权范围决定。法律、行政法规对行使行政处罚权的机关另有规定的，依照有关法律、行政法规的规定执行。

（三）刑事责任

违反产品质量法并构成犯罪的，根据其造成的后果和危害的程度，由司法机关依法追究刑事责任。对企业事业单位违反产品质量法构成犯罪的直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法追究刑事责任。以暴力、威胁方法阻碍从事产品质量监督管理的国家工作人员依法执行职务的，依照刑法的规定追究刑事责任；拒绝、阻碍从事产品质量监督管理的国家工作人员依法执行职务未使用暴力、威胁方法的，由公安机关依照治安管理处罚条例的规定处罚。

思考与练习

1. 比较反不正当竞争法、消费者权益保护法和产品质量法的调整范围。
2. 如何理解消费者享有的九大权利？
3. 反不正当竞争法规定了哪些不正当竞争行为？
4. 如何对不正当竞争行为进行监督检查？
5. 违反了反不正当竞争法应承担哪些法律责任？

6. 消费者依法享有哪些权利?
7. 经营者依法承担哪些义务?
8. 如何解决消费者权益争议?
9. 生产者、销售者应依法承担哪些责任和义务?
10. 我国如何对产品质量进行监督管理?
11. 违反产品质量法应承担哪些法律责任?

第十四章 合 同 法

第一节 合同法概述

一、合同的概念和特征

合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。合同具有以下特征：

1. 合同是一种法律行为。当事人之间签订的合同，是依据法律规定成立的，一经成立，就具有法律效力，受到国家法律的保护。当事人就要依约履行自己所承担的义务，否则就要承担法律责任。

2. 合同是双方的法律行为。双方当事人意思表示一致，合同才能成立。

3. 合同是当事人的意思表示一致。签订合同的当事人必须有明确的目的，并作出意思完全一致的表示。

4. 合同各方当事人的法律地位平等。在合同关系中，当事人的法律地位完全平等，应通过协商一致签订合同，任何一方不得把自己的意志强加给他方，这是由商品经济的客观规律所决定的。

5. 合同是当事人的合法行为。合同要符合法律规定，否则合同所规定的权利义务不但得不到法律的保护和监督，而且要承

担由此而产生的法律后果。

二、合同法的概念和适用范围

(一) 合同法的概念

合同法是调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间所发生的合同关系的法律规范的总称。

合同法是调整和规范社会主义市场经济的基本法律。建国以来尤其是党的十一届三中全会以来，国家十分重视合同法的立法工作。1981年第五届全国人大通过《经济合同法》，1985年第六届全国人大通过《涉外经济合同法》，1987年第六届全国人大常委会通过《技术合同法》，1993年第八届全国人大常委会对《经济合同法》作了修改，等等。在以上合同法的立法基础上，1999年3月15日，九届全国人大二次会议审议通过了《中华人民共和国合同法》（以下简称《合同法》）。该法分为总则、分则和附则，共23章，428条，于1999年10月1日起施行。《合同法》是我国第一部统一的合同法。它的诞生，使得社会主义市场经济体制体系更为完善，对保障我国社会主义市场经济秩序和市场经济的健康发展，必将产生十分重要的积极影响。

(二) 合同法的适用范围

《合同法》的适用范围非常广泛。无论是从调整的主体上看，还是从调整的合同种类上看，《合同法》都大大超过了原《经济合同法》、《涉外经济合同法》和《技术合同法》的调整范围。《合同法》调整平等主体的自然人、法人、其他组织之间的所有合同关系，但不适用婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，有关婚姻、收养、监护等有关人身份关系的协议，适用其他法律的规定。《合同法》的具体适用范围包括其分则规定的以下15大类合同：（1）买卖合同；（2）供用电、水、气、热力合同；（3）

赠与合同；(4)借款合同；(5)租赁合同；(6)融资租赁合同；(7)承揽合同；(8)建设工程合同；(9)运输合同；(10)技术合同；(11)保管合同；(12)仓储合同；(13)委托合同；(14)行纪合同；(15)居间合同。

另外，《合同法》第124条明确规定：“本法分则或者其他法律没有明文规定的合同，适用本法总则的规定，并可以参照本法分则或者其他法律最相类似的规定。”可见除婚姻、收养、监护等协议外，《合同法》适用包括上述15类合同在内的一切合同。

三、合同法的基本原则

1. 平等原则。《合同法》第3条规定：“合同当事人的法律地位平等，一方不得将自己的意志强加给另一方”。

2. 自愿原则。《合同法》第4条规定：“当事人依法享有自愿订立合同的权利，任何单位和个人不得非法干预”。

3. 公平原则。《合同法》第5条规定：“当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。”

4. 诚实信用原则。《合同法》第6条规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”

5. 遵守法律、行政法规，尊重社会公德的原则。《合同法》第7条规定：“当事人订立、履行合同，应当遵守法律、行政法规，尊重社会公德，不得扰乱社会经济秩序，损害社会公共利益”。

第二节 合同的订立

合同的订立，是两个或两个以上当事人在平等自愿的基础

上，就合同的主要条款经过协商取得一致意见，最终建立起合同关系的法律行为。

一、合同订立的形式

当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。

书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

二、合同的内容

合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

1. 当事人的名称或者姓名和住所。

2. 标的。合同的标的是指合同双方当事人的权利和义务共同指向的对象。订立合同，首先要明确标的。没有标的或者标的不明确，双方当事人的权利义务就无法落实，合同也就无法成立。合同的标的，因合同的种类不同而有所区别，如物、货币、行为等。

3. 数量。合同的标的确定以后，还需进一步明确标的数量，数量是衡量标的物 and 当事人权利义务大小的尺度，在买卖合同中，即供方的交货数量。当事人计算标的数量，要采用国家规定的计量单位和计量方法。

4. 质量。质量是标的的内在素质和外观形态优劣的标志。合同应对标的的质量作出明确的规定。对于标的的质量，国家规定有技术标准，双方当事人应在合同中写明标的的技术标准，同时写明标准的编号和代号；国家没有规定技术标准的，由双方当

事人在合同中通过协商，明确约定。

5. 价款或者报酬。价款是合同一方当事人交付产品或智力成果后，另一方当事人支付的款项。报酬是合同一方当事人完成工作、提供劳务后，另一方当事人以货币形式给付的报酬。价款和报酬的确定，要符合国家的价格政策和价格管理法规。价款和报酬的支付，除法律另有规定者外，必须用人民币支付。价款和报酬的结算，除国家规定允许使用现金者外，必须通过银行办理转账或票据结算。

6. 履行的期限、地点和方式。合同的履行期限，是指双方当事人履行义务的时间范围。合同的履行地点，是指当事人完成所承担义务的具体地方。履行地点根据标的的特征或法律规定和当事人的约定而确定。

合同的履行方式，是指采用什么样的方法来履行合同规定的义务。如一次履行还是分期分批履行、用汽车送达还是用火车送达等等。

7. 违约责任。违约责任，是指合同当事人由于自己的过错，没有履行或没有全面履行应承担的义务，按照法律和合同的规定应该承担的法律后果。对于违约责任条款，当事人应根据《合同法》违约责任的规定，在合同中进一步约定。

8. 解决争议的方法。《合同法》规定，解决合同争议有和解、调解、仲裁、诉讼四种方法。当事人应在合同中约定解决合同争议所采用的方法。

三、合同订立的方式

(一) 要约

1. 要约的概念。要约是希望和他人订立合同的意思表示，该意思表示应当符合下列规定：(1) 内容具体确定；(2) 表明经

受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束。要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示。寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。商业广告的内容符合要约规定的，视为要约。

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

3. 要约的撤回和撤销。要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。

要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。有下列情形之一的，要约不得撤销：(1) 要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；(2) 受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。

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

(二) 承诺

1. 承诺的概念。承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

2. 承诺的期限。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：(1) 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺，但当事人另有约定的除外；(2) 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到

达。

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

3. 承诺的生效。承诺通知到达要约人时生效。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同的，承诺到达的时间适用《合同法》关于要约到达受要约人时间的规定。

4. 承诺的撤回。承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

5. 新要约。以下两种情况导致新要约的发生：（1）受要约人超过承诺期限发出承诺的，除要约人及时通知受要约人该承诺有效的以外，为新要约。但是，受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但因其他原因承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的以外，该承诺有效。（2）承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。但是，承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

四、合同的成立

《合同法》规定：承诺生效时合同成立。承诺生效的地点为

合同成立的地点。具体有以下几种情况：

1. 当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

2. 当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。

3. 采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

4. 当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

5. 法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同，当事人未采用书面形式但一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

6. 采用合同书形式订立合同，在签字或者盖章之前，当事人一方已经履行主要义务，对方接受的，该合同成立。

五、合同的格式条款

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提请对方注意免除或者限制其责任的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。

格式条款具有《合同法》规定的，导致合同无效的情形的，或者提供格式条款一方免除其责任、加重对方责任、排除对方主要权利的，该条款无效。

对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解

释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

第三节 合同的效力

一、合同生效的期限

依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。

当事人对合同的效力可以约定附条件。附生效条件的合同，自条件成就时生效。附解除条件的合同，自条件成就时失效。当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

当事人对合同的效力可以约定附期限。附生效期限的合同，自期限届至时生效。附终止期限的合同，自期限届满时失效。

二、代理人订立合同的效力

1. 限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。相对人可以催告法定代理人在一个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

2. 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同，未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在一个月内

予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

3. 行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

4. 法人或者其他组织的法定代表人、负责人超越权限订立的合同，除相对人知道或者应当知道其超越权限的以外，该代表行为有效。

5. 无处分权的人处分他人财产，经权利人追认或者无处分权的人订立合同后取得处分权的，该合同有效。

三、无效和可撤销的合同效力

(一) 无效的合同

无效的合同，就是当事人虽然协商订立，但因违反法律要求，国家不承认其法律效力的合同。无效的合同从订立的时候起，就没有法律约束力，不受国家法律的保护。

《合同法》规定，有下列情形之一的，合同无效：(1) 一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的；(2) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；(3) 以合法形式掩盖非法目的；(4) 损害社会公共利益；(5) 违反法律、行政法规的强制性规定。

另外，合同中的下列免责条款无效：(1) 造成对方人身伤害的；(2) 因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

(二) 可撤销的合同

《合同法》规定，下列合同，当事人一方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销：(1) 因重大误解订立的；(2) 在订立合同时显失公平的。一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，

使对方在违背真实意思的情况下订立的合同，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构变更或者撤销。

当事人请求变更的，人民法院或者仲裁机构不得撤销。有下列情形之一的，撤销权消灭：（1）具有撤销权的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内没有行使撤销权；（2）具有撤销权的当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为放弃撤销权。

（三）无效和被撤销合同的效力

无效的合同或者被撤销的合同自始没有法律约束力。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。合同无效、被撤销或者终止的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

合同无效或者被撤销后，因该合同取得的财产，应当予以返还；不能返还或者没有必要返还的，应当折价补偿。有过错的一方应当赔偿对方因此所受到的损失，双方都有过错的，应当各自承担相应的责任。当事人恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的，因此取得的财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

第四节 合同的履行

一、部分条款不明确的合同的履行

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

1. 质量要求不明确的，按照国家标准、行业标准履行；没

有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

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

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

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

5. 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

6. 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担。

二、合同价格调整的履行

《合同法》规定：执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

三、合同当事人互负债务的履行

1. 当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。

2. 当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符

合同约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。

应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（1）经营状况严重恶化；（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（3）丧失商业信誉；（4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

当事人依照上述《合同法》的规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保时，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力并且未提供适当担保的，中止履行的一方可以解除合同。

四、合同的提前履行和部分履行

1. 债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

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

五、合同履行的代位权和撤销权

1. 代位权。代位权是指因债务人怠于行使其到期债权，对债权人造成损害的，债权人可以向人民法院请求以自己的名义代位行使债务人的债权的权利。但是，按照《合同法》的规定，该债权专属于债务人自身的除外。

代位权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

2. 撤销权。撤销权是指因债务人放弃其到期债权或者无偿

转让财产，对债权人造成损害的，债权人可以请求人民法院撤销债务人的行为。债务人以明显不合理的低价转让财产，对债权人造成损害，并且受让人知道该情形的，债权人也可以请求人民法院撤销债务人的行为。

撤销权的行使范围以债权人的债权为限。债权人行使撤销权的必要费用，由债务人负担。撤销权自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起一年内行使。自债务人的行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

第五节 合同的变更和转让

一、合同的变更

合同的变更是指对已经依法成立的合同，在承认其法律效力的前提下，对其进行修改或补充。《合同法》规定：当事人协商一致，可以变更合同。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。

二、合同的转让

（一）合同转让的概念

合同转让是当事人一方取得另一方同意将合同的权利、义务转让给第三方的法律行为。合同权利、义务的转让是合同变更的一种特殊形式。它不是变更合同中规定的权利义务的内容，而是变更合同主体。法律、行政法规规定转让权利或者转移义务应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

（二）债权人转让合同权利

《合同法》规定，债权人可以将合同的权利全部或者部分转让给第三人，但有下列情形之一的除外：(1) 根据合同性质不得转让；(2) 按照当事人约定不得转让；(3) 依照法律规定不得转让。

债权人转让权利的，应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，但该从权利专属于债权人自身的除外。债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩，可以向受让人主张。

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

(三) 债务人转让合同义务

《合同法》规定，债务人将合同的义务全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。债务人转移义务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。

(四) 合同权利义务的一并转让

《合同法》规定，当事人一方经对方同意，可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。权利和义务一并转让的，适用上述有关债权人和债务人转让的有关规定。

另外，当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

第六节 合同的权利义务终止

一、合同权利义务终止的概念、条件和法律后果

合同权利义务的终止，即合同规定的权利义务已经消灭或者不再履行。

《合同法》规定，有下列情形之一的，合同的权利义务终止：（1）债务已经按照约定履行；（2）合同解除；（3）债务相互抵销；（4）债务人依法将标的物提存；（5）债权人免除债务；（6）债权债务同归于一人；（7）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

另外，债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止，债权和债务同归于一个人的，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

合同的权利义务终止后，当事人应当遵循诚实信用原则，根据交易习惯履行通知、协助、保密等义务。合同的权利义务终止，不影响合同中结算和清理条款的效力。

二、合同的解除

（一）合同解除的概念

合同的解除是指当事人一方在合同规定的期限内未履行、未完全履行或者不能履行合同时，另一方当事人或者发生不能履行情况的当事人可以根据法律规定的或者合同约定的条件，通知对方解除双方合同关系的法律行为。合同的解除是一种单方的法律行为，其结果是该合同的权利义务归于消灭。

（二）合同解除的条件

当事人协商一致，可以解除合同。当事人可以约定一方解除合同的条件。解除合同的条件成就时，解除权人可以解除合同。

《合同法》还明确规定，有下列情形之一的，当事人可以解除合同：(1) 因不可抗力致使不能实现合同目的；(2) 在履行期限届满之前，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；(3) 当事人一方迟延履行主要债务，经催告后在合理期限内仍未履行；(4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的；(5) 法律规定的其他情形。

(三) 合同解除的期限和手续

法律规定或者当事人约定解除权行使期限，期限届满当事人不行使的，该权利消灭。法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限，经对方催告后在合理期限内不行使的，该权利消灭。

当事人一方依照双方约定和《合同法》规定的条件主张解除合同的，应当通知对方。合同自通知到达对方时解除。对方有异议的，可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除合同的效力。

法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记等手续的，依照其规定。

(四) 合同解除的法律后果

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

三、合同债务的抵销

当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。

当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

四、标的物的提存

《合同法》规定，有下列情形之一，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：（1）债权人无正当理由拒绝受领；（2）债权人下落不明；（3）债权人死亡未确定继承人或者丧失民事行为能力未确定监护人；（4）法律规定的其他情形。标的物不适于提存或者提存费用过高的，债务人依法可以拍卖或者变卖标的物，提存所得的价款。

标的物提存后，除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人。标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担。提存期间，标的物的孳息归债权人所有。提存费用由债权人负担。

债权人可以随时领取提存物，但债权人对债务人负有到期债务的，在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。

第七节 违约责任

一、不履行合同义务的违约责任

当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定

的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行合同义务的，对方可以在履行期限届满之前要求其承担违约责任。具体违约责任的承担，有以下几种情况：

1. 当事人一方未支付价款或者报酬的，对方可以要求其支付价款或者报酬。

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

3. 质量不符合约定的，应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确，依照《合同法》关于合同履行的规定仍不能确定的，受损害方根据标的的性质以及损失的大小，可以合理选择要求对方承担修理、更换、重作、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

4. 当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当赔偿损失。损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失。

5. 当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还

应当履行债务。

二、采用担保方式的违约责任

1. 定金。定金，就是经济合同当事人一方为了证明合同的成立和保障合同的履行，预先付给对方的一定数额的货币。当事人可以依照《中华人民共和国担保法》约定一方向对方给付定金作为债权的担保。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。

当事人既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款。

2. 保证。保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的行为。保证有一般保证和连带责任保证两种。

一般保证是指保证人与债权人约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的行为。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。但是，发生以下三种情况的除外：（1）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的；（2）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的；（3）保证人以书面形式放弃拒绝承担保证责任权利的。

连带责任保证是指保证人与债权人约定，保证人与债务人对债务承担连带责任的行为。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担

保证责任。

保证责任的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。保证合同另有约定的，按照约定办理。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

3. 抵押。抵押是指债务人或者第三人不转移抵押物的占有，将该抵押物（财产）作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依法以该抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物的价款优先受偿。债务人或者第三人为抵押人，债权人为抵押权人。

抵押这一担保方式不得与债权分离而单独转让。债务履行期限届满抵押权人未受清偿的，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院起诉。

4. 质押。质押是指债务人或者第三人将其动产或权利移交债权人占有，将该动产或权利作为债权的担保。当债务人不履行债务时，债权人有权依法以该动产或权利折价的价款优先受偿，或是以拍卖、变卖该动产或权利的价款优先受偿。债务人或第三人为出质人，债权人为质权人，移交的动产或权利为质物。质押分为动产质押和权利质押两种。依照法律规定，债务履行期限届满后，债权人未受清偿的，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖质物。质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。

5. 留置。留置是指经济合同一方当事人已合法占有对方的财物，当对方不履行合同规定的义务时，有权扣留并处置他所占有的对方的财物。一方当事人合法占有对方的财物，这是采用留置这一担保方式的前提条件。因此，当提供财物的一方当事人违约，合法占有财物的一方当事人有权扣留对方提供的财物，并将

其财物以变卖等方式处置，以抵偿违约方应付的费用。变卖价款经抵偿后如有剩余，应退还提供财物的一方，如不足补偿，守约方还有权请求其另行补偿。

三、违约责任的免除

因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但法律另有规定的除外。当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

合同法所称不可抗力，是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况。当事人一方因不可抗力原因不能履行合同时，应当及时向对方通报不能履行或需要延期履行、部分履行合同的情况和理由，并应当在合理的期限内取得有关证明后，才能免除违约责任。当事人不履行通报义务的，应承担因此引起对方当事人的损失的赔偿责任。

四、其他违约责任

1. 当事人一方因不可抗力不能履行合同的，应当及时通知对方，以减轻可能给对方造成的损失，并应当在合理期限内提供证明。否则应承担相应责任。

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

3. 当事人双方都违反合同的，应当各自承担相应的责任。

4. 当事人一方因第三人的原因造成违约的，应当向对方承担违约责任。当事人一方和第三人之间的纠纷，依照法律规定或者按照约定解决。

5. 因当事人一方的违约行为, 侵害对方人身、财产权益的, 受损害方有权选择依照本法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任。

第八节 其他规定

一、涉外合同争议的法律适用

涉外合同争议的法律适用是指双方当事人发生合同争议时, 仲裁机构或法院以哪一国的实体法规范作为解决争议的准据法的问题。《合同法》第 126 条明确规定: “涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律, 但法律另有规定的除外。涉外合同的当事人没有选择的, 适用与合同有最密切联系的国家的法律。在中华人民共和国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同, 适用中华人民共和国法律。” 据此, 处理涉外经济合同争议的法律适用应坚持以下原则:

1. 意思自治原则。按照各国通行的惯例, 允许当事人通过协议选择合同争议所适用的法律, 并在合同中加以规定。这在国际私法上叫作“意思自治”。我国《合同法》规定采用的是有限意思自治。具体表现在: (1) 选择适用的法律时, 必须经过双方协商一致, 一方不得强加于另一方。(2) 不能违反中国法律的基本原则和社会公共利益。(3) 在中国境内履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同必须适用中国法律。

2. 适用与合同有密切联系的国家法律的原则。如果当事人没有选择合同争议所适用的法律时, 则适用与合同有密切联系国

家的法律，并由接受解决争议的机构根据其冲突规范或其他法律规定予以确定。确定标准一般包括合同成立地法、合同履行地法、标的物所在地法、当事人国籍所属国法，受理合同争议的法院或仲裁机构所在地法等。

二、合同的管理

依据《合同法》的规定，我国合同管理机关是工商行政管理部门和其他有关行政主管部门。工商行政管理部门和其他有关行政主管部门在各自的职权范围内，依照法律、行政法规的规定，对利用合同危害国家利益、社会公共利益的违法行为，负责监督处理；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

三、合同争议的解决

（一）合同争议的概念

合同争议是指在国内和涉外的经济活动中，合同当事人因合同是否成立、合同成立的时间、合同内容的解释、合同的履行、违约责任以及合同的变更、转让、解除、终止等过程中发生的合同纠纷。

（二）合同争议的解决方式

1. 和解。当事人之间发生合同争议时，双方应本着互谅互让、平等互利的精神，直接通过和解来解决争议。这是当事人双方应首先选择的方法。通过协商自行和解，程序简单，有利于合同纠纷的尽快解决。这既能减少不必要的仲裁诉讼程序，又可以防止损失的扩大，节省人力财力。和解解决合同纠纷时应坚持合法和平等的原则。

2. 调解。调解是在双方当事人共同同意的第三者主持下，通过说服调停的方法达成和解，解决争议。在仲裁和诉讼程序中

也可以通过调解使双方的争议达成和解。调解必须双方自愿，调解协议应当符合法律的要求。生效的调解书具有判决书、判决书同样的法律效力。

3. 仲裁。当事人不愿协商、调解的，或协商调解不成的，可以根据合同中的仲裁条款或事后达成的书面仲裁协议，提交仲裁机构仲裁。仲裁是由合同双方当事人选定的仲裁机构或仲裁员，对合同争议依法作出具有法律约束力的书面裁决而解决争议的一种方法。仲裁机构受理仲裁案件并行使管辖的权力是根据仲裁协议规定享有的，除法律另有规定外，当事人双方可以选择国内仲裁机构，也可以选择国外或境外仲裁机构。仲裁协议一经成立即具有法律约束力。仲裁协议独立存在，合同的变更、解除、终止或无效，不影响仲裁协议的效力。当事人对仲裁协议的效力有异议的，可以请求仲裁委员会作出决定或者请求人民法院作出裁定。仲裁委员会作出的生效的裁决书具有法律效力，当事人应当自觉执行裁决。不执行的，另一方当事人可以申请有管辖权的人民法院强制执行。

4. 诉讼。当事人在合同中未约定仲裁条款，事后又未达成书面仲裁协议的或者仲裁协议无效的，可以向法院起诉。诉讼是由法院对合同争议依法作出书面判决而解决争议的一种方法。人民法院审理合同纠纷案件适用我国《民事诉讼法》的有关规定，合同纠纷案件应由被告人所在地或合同履行地的法院管辖。我国人民法院对所有涉外合同争议案件都享有管辖权。我国审理涉外合同纠纷的一审法院是中级人民法院。

（三）合同争议仲裁和诉讼的时效

无论是仲裁还是诉讼，必须在时效期限内提出，时效届满即无权再提起诉讼和仲裁。《仲裁法》规定，法律对仲裁时效有规定的，适用该规定，法律对仲裁时效没有规定的，适用诉讼时效

的规定。《民法通则》规定，向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为2年，法律另有规定的除外。《合同法》第129条规定：“因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限为4年，自当事人知道或者应当知道其权利受到侵害之日起计算。因其他合同争议提起诉讼或者申请仲裁的期限，依照有关法律的规定。”

第九节 买卖合同

一、买卖合同概述

买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。买卖合同的内容除应具备第二节所述合同应具备的8项条款外，还可以包括包装方式、检验标准和方法、结算方式、合同使用的文字及其效力等条款。

买卖合同的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分，并应符合法律、行政法规禁止或者限制转让标的物的规定。

二、买卖合同标的物的权属转移

根据《合同法》的规定：标的物的所有权自标的物交付时起转移，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。当事人可以在买卖合同中约定买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人。

出卖人应当履行向买受人交付标的物或者交付提取标的物的单证，并转移标的物所有权的义务。出卖人应当按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料。

出卖具有知识产权的计算机软件等标的物的，除法律另有规

定或者当事人另有约定的以外，该标的物的知识产权不属于买受人。

标的物在交付之前产生的孳息，归出卖人所有，交付之后产生的孳息，归买受人所有。

三、买卖合同标的物的交付期限和地点

根据《合同法》的规定：出卖人应当按照约定的期限交付标的物。约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间的任何时间交付。标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效的时间为交付时间。

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。

当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照《合同法》关于履行的规定仍不能确定的，适用下列规定：

1. 标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；

2. 标的物不需要运输，出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物；不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物。

四、买卖合同的风险承担

《合同法》对于买卖合同的风险承担作出下列规定：

1. 标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担，但法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

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

3. 出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定的以外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

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

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

6. 出卖人按照约定未交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物毁损、灭失风险的转移。

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

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

五、买卖合同标的物的质量和包装

根据《合同法》的规定：

1. 出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人提供有关标的物质量说明的，交付的标的物应当符合该说明的质量要求。出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依照《合同法》的有关规定要求承担违约责任。

2. 凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的

标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合同种物的通常标准。

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

六、买卖合同标的物的检验

《合同法》明确规定：买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。没有约定检验期间的，应当及时检验。

当事人约定检验期间的，买受人应当在检验期间内将标的物的数量或者质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。当事人没有约定检验期间的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期间内通知出卖人。买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起两年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定，但对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该两年的规定。

出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受前两款规定的通知时间的限制。

七、买卖合同的价款

《合同法》对于买卖合同的价款作出下列规定：

1. 买受人应当按照约定的数额支付价款。对价款没有约定或者约定不明确的，适用《合同法》关于合同履行中的有关规定。

2. 买受人应当按照约定的地点支付价款。对支付地点没有

约定或者约定不明确，依照《合同法》关于合同履行的规定仍不能确定的，买受人应当在出卖人的营业地支付，但约定支付价款以交付标的物或者交付提取标的物单证为条件的，在交付标的物或者交付提取标的物单证的所在地支付。

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

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

八、买卖合同的解除

《合同法》明确规定：

1. 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。因标的物的从物不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物。

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

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

出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使今后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除。买受人如果就其中一批标的物解除，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交

付和未交付的各批标的物解除。

4. 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的1/5的, 出卖人可以要求买受人支付全部价款或者解除合同。

出卖人解除合同的, 可以向买受人要求支付该标的物的使用费。

第十节 技术合同

一、技术合同概述

(一) 技术合同的概念和特征

技术合同是当事人就技术开发、转让、咨询或者服务订立的, 确立相互之间权利和义务的合同。订立技术合同, 应当有利于科学技术的进步, 加速科学技术成果的转化、应用和推广。

随着技术成果在生产中的应用, 越来越多的技术成果进入了流通领域。技术成果的商品化导致一种新型的合同应运而生, 这就是以技术为标的的技术合同。实践证明, 我国的技术合同是连结科学技术和经济建设的纽带, 是技术成果转化为现实生产力的桥梁。

技术合同与其他合同相比, 具有以下特征:

1. 技术合同的主体比较广泛。首先, 法人是技术合同的重要主体。其次, 业余兼职科技人员、离退休专业技术人员等公民也是技术合同的主体。再次, 由科技人员自筹资金、自负盈亏、自主经营的科学研究、技术开发组织和科技咨询等民办科研机构也是技术合同的主体。

2. 技术合同的标的具有严格的特定性。即仅限于作为知识形态商品的科学技术成果, 简言之, 就是技术。这是技术合同与

其他合同最根本的区别，也是技术合同最突出的特点。

3. 技术合同当事人的权利义务关系是围绕技术成果由谁享有、如何使用和利益怎样分配等问题发生、变更和消灭。

(二) 技术合同的主要内容

技术合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：

1. 项目名称。它是区分各种技术合同的重要标志，也是技术合同与买卖合同、租赁合同、借款合同等相区别的重要标志。一般来说，项目名称就是技术合同标的名称。

2. 标的的内容、范围和要求。这是签订技术合同的中心条款，是确定当事人权利义务的主要依据。当事人各方对此条款要签得清楚、详细、具体。标的条款要写明技术合同的类型、技术范围和对技术的具体要求。如果是专利技术转让合同，应写明发明创造的名称、专利的类型、专利权人、专利号、专利有效期等等。

3. 履行的计划、进度、期限、地点和方式。在签订技术合同时，当事人应明确规定技术合同的履行计划、进度和期限。对于履行地点，要写明技术成果开发地、转让地、技术服务地、技术咨询地，还要写明应用技术成果所在地等具体的履行地点。对于技术合同的履行方式，要写明是一次交付技术成果还是分阶段交付技术成果；是一次交付价款和报酬还是分期交付等。

4. 技术情报和资料的保密。在签订技术合同过程中，当事人任何一方都可以要求他方承担保密义务。签订这一条款，要写明保密主体、保密事项、保密范围、保密期限和保密责任等。

5. 风险责任的承担。技术开发是对未知技术的探索，可能会出现无法预见、无法防止、无法克服的技术因素，导致研究开发的失败或部分失败。因此，应明确规定风险责任如何承担。

6. 技术成果的归属和收益的分成方法。技术合同的履行能

够产生新的技术成果。对于新技术成果的使用权和转让权、收益分成的方法等问题，应在技术合同中明确规定。

7. 验收标准和方法。在签订技术合同时，当事人要明确规定验收标准和方法。包括：标准名称、标准号、验收方法的具体技术方案等。

8. 价款、报酬或者使用费及其支付方式。技术合同价款、报酬或者使用费的支付方式由当事人约定，可以采取一次总算、一次总付或者一次总算、分期支付，也可以采取提成支付或者提成支付附加预付入门费的方式。

约定提成支付的，可以按照产品价格、实施专利和使用技术秘密后新增的产值、利润或者产品销售额的一定比例提成，也可以按照约定的其他方式计算。提成支付的比例可以采取固定比例、逐年递增比例或者逐年递减比例。约定提成支付的，当事人应当在合同中约定查阅有关会计账目的办法。

9. 违约金或者损失赔偿额的计算方法。

10. 争议的解决办法。技术合同发生争议后，一般当事人双方可通过协商或者调解解决；合同中规定了仲裁条款或者事后达成仲裁协议的，可以按照约定向国家仲裁机构申请仲裁；合同中没有约定仲裁条款，事后双方又没有达成书面仲裁协议的，才可以直接向人民法院起诉。

11. 名词和术语的解释。技术合同涉及到科学技术领域的各个方面，包含的科学技术名词和术语十分广泛。对技术合同中出现的关键性名词，或当事人认为有必要明确范围、含义的术语以及在合同中重复出现而被简化了的略称，应当作出清楚、明确地解释，这对于防止发生疑义、产生纠纷十分必要。

除上述外，与履行合同有关的技术背景资料、可行性论证和技术评价报告、项目任务书和计划书、技术标准、技术规范、原

始设计和工艺文件以及其他技术文档，按照当事人的约定可以作为合同的组成部分。

技术合同涉及专利的，应当注明发明创造的名称、专利申请人和专利权人、申请日期、申请号、专利号以及专利权的有效期限。

（三）技术合同的主体

1. 法人或其他经济组织。《合同法》第 326 条规定：“职务技术成果的使用权、转让权属于法人或者其他组织的，法人或者其他组织可以就该项职务技术成果订立技术合同。”

职务技术成果是执行法人或者其他组织的工作任务，或者主要是利用法人或者其他组织的物质技术条件所完成的技术成果。法人或者其他组织应当从使用和转让该项职务技术成果所取得的收益中提取一定比例，对完成该项职务技术成果的个人给予奖励或者报酬。法人或者其他组织订立技术合同转让职务技术成果时，职务技术成果的完成人享有以同等条件优先受让的权利。

2. 个人。非职务技术成果的使用权、转让权属于完成技术成果的个人，完成技术成果的个人可以就该项非职务技术成果订立技术合同。完成技术成果的个人有在有关技术成果文件上写明自己是技术成果完成者的权利和取得荣誉证书、奖励的权利。

二、技术开发合同

（一）技术开发合同的概念

技术开发合同是指当事人之间就新技术、新产品、新工艺和新材料及其系统的研究开发所订立的合同。

技术开发是从研究或试制开始直至新产品投入大批量生产的全过程。它是变头脑想象为实现财富的“转换器”，是使科学研究通向生产实践的桥梁。技术合同作为一种新的合同形式是以现

代化科研活动规模日益扩大以及科研与生产联系日益紧密为基础的。技术开发合同是技术合同中的重要一类，它可以分为委托开发合同和合作开发合同。技术开发合同应当采取书面形式。

（二）委托开发合同

委托开发合同是指当事人一方委托另一方进行研究开发所订立的合同。其特征是委托方向研究开发方提供研究开发经费或者报酬，研究开发方完成研究开发工作并向委托方交付研究开发成果。这种合同多发生在生产部门与科研单位之间。《合同法》对于委托开发合同当事人的义务和责任，作了以下规定：

1. 委托方的主要义务是：（1）按照合同约定支付研究开发经费和报酬；（2）按照合同约定提供技术资料、原始数据、并完成协作事项；（3）按期接受研究开发成果。

2. 研究开发方的主要义务是：（1）制定和实施研究开发计划；（2）合理使用研究开发经费；（3）按期完成研究开发工作，交付研究开发成果，提供有关的技术资料和必要的技术指导，帮助委托方掌握研究开发成果。

3. 双方的违约责任是：（1）委托人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。（2）研究开发人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

（三）合作开发合同

合作开发合同是指当事人各方就共同进行研究开发所订立的合同。其特征是当事人各方共同投资、共同参与研究开发活动、共同承担研究开发的风险、共同分享研究开发成果。

合作开发合同当事人的义务和责任是：（1）合作开发合同的当事人应当按照约定进行投资，包括以技术进行投资；分工参与研究开发工作；协作配合研究开发工作。（2）合作开发合同的当

事人违反约定造成研究开发工作停滞、延误或者失败的，应当承担违约责任。

（四）技术开发合同的风险承担

技术开发合同是对未知领域的探索，因此存在一定风险，为了明确技术开发合同的风险责任的承担，《合同法》明确规定：

1. 因作为技术开发合同标的的技术已经由他人公开，致使技术开发合同的履行没有意义的，当事人可以解除合同。

2. 在技术开发合同履行过程中，因出现无法克服的技术困难，致使研究开发失败或者部分失败的，该风险责任由当事人约定。没有约定或者约定不明确，依照《合同法》关于合同履行的规定仍不能确定的，风险责任由当事人合理分担。

当事人一方发现上述规定的可能致使研究开发失败或者部分失败的情形时，应当及时通知另一方并采取适当措施减少损失。没有及时通知并采取适当措施，致使损失扩大的，应当就扩大的损失承担责任。

（五）技术成果的归属和分享

技术成果的归属和分享，是指在履行技术开发合同过程中所产生的新的技术成果归谁所有、如何使用以及由此产生的利益怎样分配。在技术开发合同履行过程中，不仅发生当事人各方权利、义务的实现，而且还会产生新的技术成果。处理这种新产生的技术成果，要兼顾国家、集体、个人的利益，兼顾研究开发方和委托方的利益，兼顾合作各方的利益。此外还应结合科学研究和技术开发的特点，体现尊重知识、尊重人才、尊重智力劳动的方针。

1. 技术成果归属和分享的一般原则：（1）精神权利不可侵犯的原则。精神权利是指与技术成果完成者人身不可分割的荣誉权和身份权。这些精神权利仅属于对科技成果做出创造性贡献的

人。相反的约定无效。(2) 经济权利合理分享的原则。经济权利是指通过使用、转让技术成果取得物质利益的财产权利。这些权利可以由合作各方根据平等互利的原则合理分享。(3) 合同约定不得阻碍技术竞争和技术进步的原则。

2. 技术成果归属和分享的具体规定：(1) 委托开发所完成的发明创造，除合同另有约定者外，申请专利的权利属于研究开发方。研究开发方取得专利权的，委托方可以免费实施该项专利。研究开发方就其发明创造转让专利申请权的，委托方可以优先受让专利申请权。(2) 合作开发所完成的发明创造，除合同另有约定者外，申请专利的权利属于合作开发各方共有。一方转让其共有专利申请权的，另一方或者其他各方可以优先受让其共有的专利申请权。合作开发各方中一方声明放弃专利申请权的，可以由另一方单独申请，或者由其他各方共同申请。发明创造被授予专利权以后，放弃专利申请权的一方可以免费实施该项专利。合作开发各方中，一方不同意申请专利的，另一方或者其他各方不得申请专利。(3) 委托开发或者合作开发所完成的非专利技术成果的使用权、转让权以及利益分配的办法，由当事人在合同中约定。合同没有约定的，当事人均有使用和转让的权利。但是，委托开发的研究开发方不得在向委托方交付研究开发成果之前，将研究开发成果转让给第三方。

三、技术转让合同

(一) 技术转让合同的概述

技术转让合同是指当事人就专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、非专利技术的转让所订立的合同。技术转让合同是特定的现有技术在不同法律主体之间的转移。

技术转让合同应当采用书面形式。技术转让合同可以约定让

与人和受让人实施专利或者使用技术秘密的范围，但不得限制技术竞争和技术发展。专利实施许可合同只在该专利权的存续期间内有效。专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的，专利权人不得就该专利与他人订立专利实施许可合同。

技术转让合同依其内容不同，可分为专利申请权转让合同、专利权转让合同、专利实施许可合同和非专利技术转让合同。

（二）技术合同当事人的义务和责任

1. 专利实施许可合同：（1）专利实施许可合同的让与人应当按照约定许可受让人实施专利，交付实施专利有关的技术资料，提供必要的技术指导。（2）专利实施许可合同的受让人应当按照约定实施专利，不得许可约定以外的第三人实施该专利；并按照约定支付使用费。

2. 技术秘密转让合同：（1）技术秘密转让合同的让与人应当按照约定提供技术资料，进行技术指导，保证技术的实用性、可靠性，承担保密义务。（2）技术秘密转让合同的受让人应当按照约定使用技术，支付使用费，承担保密义务。

3. 技术转让合同：（1）技术转让合同的让与人应当保证自己是所提供的技术的合法拥有者，并保证所提供的技术完整、无误、有效，能够达到约定的目标。（2）技术转让合同的受让人应当按照约定的范围和期限，对让与人提供的技术中尚未公开的秘密部分，承担保密义务。（3）让与人未按照约定转让技术的，应当返还部分或者全部使用费，并应当承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，违反约定擅自许可第三人实施该项专利或者使用该项技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。（4）受让人未按照约定支付使用费的，应当补交使用费并按照约定支付违约金；不补交使用费或者支付违约金的，应当停止实施专利或

者使用技术秘密，交还技术资料，承担违约责任；实施专利或者使用技术秘密超越约定的范围的，未经让与人同意擅自许可第三人实施该专利或者使用该技术秘密的，应当停止违约行为，承担违约责任；违反约定的保密义务的，应当承担违约责任。(5) 受让人按照约定实施专利、使用技术秘密侵害他人合法权益的，由让与人承担责任，但当事人另有约定的除外。

四、技术咨询和技术服务合同

(一) 技术咨询合同

技术咨询合同是指当事人一方为另一方就特定的技术项目提供可行性论证、技术预测、专题技术调查、分析评价报告所订立的合同。技术咨询合同主要是顾问方利用技术、知识、经验和信息为委托方完成咨询报告、解决技术问题，提供决策参考。顾问方对委托方按照咨询报告和意见作出决策并付诸实施所发生的损失不承担责任，但是合同约定由顾问方决策并指导实施的除外。

技术咨询合同当事人的义务和责任：(1) 技术咨询合同的委托人应当按照约定阐明咨询的问题，提供技术背景材料及有关技术资料、数据；接受受托人的工作成果，支付报酬。(2) 技术咨询合同的受托人应当按照约定的期限完成咨询报告或者解答问题；提出的咨询报告应当达到约定的要求。(3) 技术咨询合同的委托人未按照约定提供必要的资料和数据，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受咨询成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。(4) 技术咨询合同的受托人未按期提出咨询报告或者提出的咨询报告不符合约定的，应当承担减收或者免收报酬等违约责任。(5) 技术咨询合同的委托人按照委托人符合约定要求的咨询报告和意见作出决策所造成的损失，由委托人承担，但当事人另有约定的除外。

（二）技术服务合同

技术服务合同是指当事人一方以技术知识为另一方解决特定技术问题所订立的合同，不包括建设工程合同和承揽合同。特定技术问题是指专业技术工作中有关改进产品结构、改良工艺流程、提高产品质量、降低产品成本、节约资源能耗、保护资源环境、实现安全操作、提高经济效益等问题。以生产经营为目的所订立的加工承揽合同和建设工程的勘察、设计、安装、施工合同，不属于技术服务合同，而属于其他合同的范围。

技术服务合同当事人的义务和责任：（1）技术服务合同的委托人应当按照约定提供工作条件，完成配合事项；接受工作成果并支付报酬。（2）技术服务合同的受托人应当按照约定完成服务项目，解决技术问题，保证工作质量，并传授解决技术问题的知识。（3）技术服务合同的委托人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，影响工作进度和质量，不接受或者逾期接受工作成果的，支付的报酬不得追回，未支付的报酬应当支付。（4）技术服务合同的受托人未按照合同约定完成服务工作的，应当承担免收报酬等违约责任。

在技术咨询合同、技术服务合同履行过程中，受托人利用委托人提供的技术资料和工作条件完成的新的技术成果，属于受托人。委托人利用受托人的工作成果完成的新的技术成果，属于委托人。当事人另有约定的，按照其约定。

第十一节 其他合同

一、供用电、水、气、热力合同

供用电合同是供电人向用电人供电，用电人支付电费的合

同。供用电合同的内容包括供电的方式、质量、时间，用电容量、地址、性质，计量方式，电价、电费的结算方式，供用电设施的维护责任等条款。

供用水、供用气、供用热力合同，参照供用电合同的有关规定。

二、赠与合同

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与可以附义务。

三、借款合同

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。借款合同采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。借款合同的内容包括借款种类、币种、用途、数额、利率、期限和还款方式等条款。

四、租赁合同

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。租赁合同的内容包括租赁物的名称、数量、用途、租赁期限、租金及其支付期限和方式、租赁物维修等条款。

五、融资租赁合同

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。融资租赁合同的内容包括租赁物名称、数量、规格、技术性能、检验方法、租赁期限、租金构成及其支付期限和方式、币种、租赁期间届满租赁物的归属等条款。融资租赁合同应当采

用书面形式。

六、承揽合同

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人给付报酬的合同。承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。承揽合同的内容包括承揽的标的、数量、质量、报酬、承揽方式、材料的提供、履行期限、验收标准和方法等条款。

七、建设工程合同

建设工程合同是承包人进行工程建设，发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。建设工程合同应当采用书面形式。

八、运输合同

运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。

运输合同包括客运合同、货运合同和多式联运合同。

九、保管合同

保管合同是保管人保管寄存人交付的保管物，并返还该物的合同。寄存人应当按照约定向保管人支付保管费。保管人应妥善保管被保管物。

十、仓储合同

仓储合同是保管人储存存货人交付的仓储物，存货人支付仓储费的合同。仓储合同自成立时生效。

十一、委托合同

委托合同是委托人和受托人约定，由受托人处理委托人事务的合同。

十二、行纪合同

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

十三、居间合同

居间合同是居间人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务，委托人支付报酬的合同。

思考与练习

1. 什么是合同？合同具有哪些法律特征？
2. 合同法的适用范围和基本原则有哪些？
3. 法律允许采用哪些形式和方式订立合同？
4. 合同应具备哪些主要条款？
5. 《合同法》对合同的成立和合同的格式条款作了哪些规定？
6. 《合同法》对合同的效力作了哪些规定？
7. 当事人应如何依法履行合同？
8. 合同终止和解除的条件和法律后果如何？
9. 什么是合同的变更和转让？二者有哪些区别？
10. 当事人违约应依法承担哪些法律责任？
11. 涉外合同的法律适用应遵守哪些原则？

-
12. 发生了合同争议应通过哪些途径加以解决?
 13. 什么是买卖合同?《合同法》对买卖合同作了哪些重要规定?
 14. 当事人应如何承担买卖合同标的物的风险?
 15. 什么是技术合同?技术合同应具备哪些主要内容?
 16. 《合同法》对四种技术合同作了哪些重要规定?
 17. 《合同法》规定了哪几类合同?

编 后 语

本修订版是在财政部中国资产评估协会主持下，由中国资产评估协会考试部具体组织，赵兵同志编写（其中第九章由尚珂同志执笔），戚天常教授、戴凤歧教授及财政部条法司杨敏副司长进行了审定，在此一并表示感谢。

编 者

1999年3月

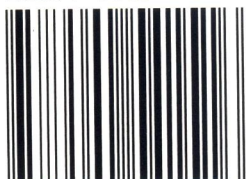
1999年全国注册资产评估师考试辅导教材

- ◆ 资产评估学
- 财务会计学
- 经济法
- 建筑工程评估基础
- 机电设备评估基础

责任编辑 / 李玲兰

封面设计 / 颜 黎

ISBN 7-5005-4151-1



9 787500 541516 >

ISBN 7-5005-4151-1

F · 3769 定价: 29.60元