国家司法考试在线

（2009 年基础班讲义—商法经济法知识产权）

国家司法考试在线
www.SiKao.com

燕 园 在 线 教 育

咨 询 电 话：010—62123123 51669600
地　　址：北京大学 871-093 信箱
传　　真：010—62147240
网　　址：www.SiKao.com
电 子 邮 箱 ：info@SiKao.com

2009年商法经济法知识产权法

编讲：张海峡

第一章 公司法

一、概述

（一）公司的概念和特征

公司是依照法定的条件与程序设立的、以营利为目的的社团法人。根据我国《公司法》的规定，包括有限责任公司和股份有限公司两种类型，属于我国法人分类中的企业法人。注意，在我国法定公司分类中不包括无限公司和两合公司（但是存在实质的对应类型企业）。

公司具有独立法人资格。

公司作为法人，必然具备《民法通则》第37条规定的条件，其中最重要的是具有三独属性：

1 独立的财产

2 并且能够以自己的名义享有民事、商事权利

3 并独立承担民事、商事责任。

公司的股东一旦把自己的投资财产投入并转移给公司，就丧失了对该财产的所有权或使用权，从而取得股权，而公司则对股东投入的财产享有完全的、独立的法人财产权。公司独立承担责任是公司法人资格的最终体现，具体包含以下三点：公司应以它的全部财产对其债务承担责任；公司股东不对公司债务直接承担责任；当公司资产不足以抵偿其债务时，就依法宣告破产，清算结束后未受清偿的债务不再清偿。

（二）公司权利能力和行为能力

（1）转投资及担保的限制。

公司转投资对象：公司可以向其他企业投资；但是，除法律另有规定外，不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。

另外，第十六条规定：公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司为公司股东或者实际控制人提供担保的，必须经股东会或者股东大会决议。

公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。（超过也有效，章程不约束债权人。）

总结：

（2）公司举债的限制。发行公司债券的公司，其累计债券余额不超过公司净资产额的40%（《证券法》第16条）。

总结：

何为净资产？

（三）公司的分类

1、以公司股东的责任形式划分，公司可分为无限责任公司（对应普通合伙企业）、两合公司（对应有限合伙企业）、股份两合公司（我国没有此类型）、有限责任公司、股份有限公司。

总结：

A 有限公司和股份公司的区别：

B 有限和股份公司的出资凭证区别：

2、以公司之间的组织关系为标准，可以分为本公司和分公司、母公司与子公司。

子公司与分公司的区别：

思考：

A 分公司独立诉讼资格有否？

B 母公司和子公司的关系：

子公司一般分为： ！

C 母公司全资设立的子公司是什么公司？最少出资多少？出资怎样到位，一次性还是分期？

D 母为子担保，谁来决议？

E 子为母担保，谁来决议？若子公司为全资的一人公司的话，则不得对母公司担保，原因？

参考：对内担保限制：接受担保股东不得参与表决，由无关联股东表决权的过半数通过。是为关联股东回避制度。

那么，该种子公司可否对外为其他主体担保呢？

F 母公司对外负债，可否执行它对子公司的出资？可执行什么？

子公司对外负债，可否执行母公司的财产呢？什么情形下可以？

例题：

甲乙丙三人一起设立了 A 公司，乙和 A 后来又共同出资设立 B 公司，可否？

AB 可否再共同出资设立 C 公司呢？

二、公司法基本制度

（一）公司财务与会计

（1）.种类：法定公积金、任意公积金和资本公积金：

①公司分配当年税后利润时，应当提取利润的百分之十列入公司法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的百分之五十以上的，可以不再提取。

公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照前款规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。

总结：

②公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。

总结：

③公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司依照本法第 35 条（股东实缴出资比例）的规定分配；股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反前款规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。

思考：

为什么有限公司按照实缴出资比例分配红利？

④公司持有的本公司股份不得分配利润也没有表决权。

（2）用途：公司的公积金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。但是，资本公积金（来自于股东出资的自然增值和股票发行溢价款等）不得用于弥补公司的亏损。

总结：

（3）.法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的百分之二十五。

（二）公司合并、分立和变更

1.公司合并：

（1）.定义：公司合并可以采取吸收合并或者新设合并。一个公司吸收其他公司为吸收合并，被吸收的公司解散。两个以上公司合并设立一个新的公司为新设合并，合并各方解散。

吸收合并：A+B=A;B 的人格消灭；A 的人格存续；

新设合并：A+B=C;A、B 的人格都消灭。产生新的人格 C；

思考：

新设合并会灭失原来各方的无形资产，例如，索尼和爱立信合并，就采用了原名称的机械相加，索爱，为什么不采用新名？

（2）.合并的程序：公司合并，应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

总结：

2.公司分立：

派生分立：A=A＋B；B 公司的人格派生出来，A 的人格继续存续；

新设分立：A=B+C;A 公司的人格消灭，产生两个或者两个以上的新人格；

公司分立其财产作相应的分割。公司分立，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。公司分立前的债务由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

总结：

3.公司减资的程序：公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出减少注册资本决议之日起十日内通知债权人，并于三十日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起三十日内，未接到通知书的自公告之日起四十五日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。

公司减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

总结：

（三）公司机关人员的种类及其任职资格和法律义务

1.种类及其关联关系

(1)高级管理人员，是指公司的经理、副经理、财务负责人，上市公司-董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

总结：

(2)控股股东，是指其出资额占有限责任公司资本总额百分之五十以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额百分之五十以上的股东；出资额或者持有股份的比例虽然不足百分之五十，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

总结：

(3)实际控制人，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司

行为的人。

总结：

2.任职资格：有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：

(1)无民事行为能力或者限制民事行为能力；

(2)因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年；

(3)担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；

(4)担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年；

总结：

(5)个人所负数额较大的债务到期未清偿。

总结：

另外，公司违反上述规定选举、委派董事、监事或者聘任经理的，该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的，公司应当解除其职务。

3、公司董事、高级管理人员的忠实义务和勤勉义务

例如：

董事、高级管理人员不得有下列行为（不含监事）：

（一）挪用公司资金；

（二）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；

（三）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；

（四）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；

（五）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；

（六）接受他人与公司交易的佣金归为己有；

（七）擅自披露公司秘密；

（八）其他；

董事、高级管理人员违反前款规定所得的收入应当归公司所有。

总结：

可否开除股东呢？可否开除合伙人呢？

（四）股东诉讼制度：

1.代表诉讼制度（代位诉讼、派生诉讼）

（1）董事、高级管理人员有本法第一百五十条规定的情形的（损害公司），有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以书面请求监事会或者不设监事会的有限责任公司的监事向人民法院提起诉讼；监事有本法第一百五十条规定的情形的，前述股东可以书面请求董事会或者不设董事会的有限责任公司的执行董事向人民法院提起诉讼。

（2）监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事收到前款规定的股东书面

请求后拒绝提起诉讼，或者自收到请求之日起三十日内未提起诉讼，或者情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的，前款规定的股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

（3）他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续一百八十日以上单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以依照上述规定向人民法院提起诉讼。

总结：

2.股东直接诉讼：

董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以向人民法院提起诉讼。

总结：

3.公司人格否认之诉：

公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，公司人格被否认，**相关股东**应当与公司对债权人承担**连带**责任。

例如：

母公司设立子公司，然后以子公司名义向卖方进货 1000 万元标的，然后，子公司和母公司间进行关联交易，子公司低价将此 1000 万标的卖给母公司，卖方债权人来向子公司索要货款时，子公司没有履行能力，此时，可以将母子公司列为连带被告。

总结：

4.其他股东诉讼制度：

公司股东会或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

股东会或者股东大会、董事会的会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程，或者决议内容违反公司章程的，股东可以自决议作出之日起六十日内，请求人民法院撤销。

总结：

股东依照前款规定提起诉讼的，人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

公司根据股东会或者股东大会、董事会决议已办理变更登记的，人民法院宣告该决议无效或者撤销该决议后，公司应当向公司登记机关申请撤销变更登记。

三、有限责任公司

（一）设立有限责任公司，应当具备下列条件：

1.股东资格和人数：除国有独资公司外，自然人和法人都可以为股东，有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

总结

2.股东出资要求：

⑴.最低注册资本：有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

总结：

⑵.出资形式：股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。

不得出资的形式：劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权和设定担保的财产。

总结:

全体股东的货币出资金额不得低于有限责任公司注册资本的百分之三十。

总结:

⑶资本制:有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。公司全体股东的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十,也不得低于法定的注册资本最低限额,其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足;其中,投资公司可以在五年内缴足。

总结:

⑷出资责任:

A 股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的,应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户;以非货币财产出资的,应当依法办理其财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的,除应当向公司足额缴纳外,还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。

总结:

B 有限责任公司成立后,发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的,应当由交付该出资的股东补足其差额;公司设立时的其他股东承担连带责任。股东缴纳出资后,必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。

总结:

C 公司成立后,股东不得抽逃出资。

总结:

⑸.有限责任公司成立后,应当向股东签发出资证明书。

出资证明书由公司盖章。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

(二)有限责任公司股东权利和股东名册:

1.股东权利

⑴.股东有权查阅、复制公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。

⑵.股东可以要求查阅公司会计账簿。股东要求查阅公司会计账簿的,应当向公司提出书面请求,说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有不正当目的,可能损害公司合法利益的,可以拒绝提供查阅,并应当自股东提出书面请求之日起十五日内书面答复股东并说明理由。公司拒绝提供查阅的,股东可以请求人民法院要求公司提供查阅。

⑶.股东按照实缴的出资比例分取红利;公司新增资本时,股东有权优先按照实缴的出资比例认缴出资。但是,全体股东约定不按照出资比例分取红利或者不按照出资比例优先认缴出资的除外。

⑷强制解散公司的权利:公司僵局:公司经营管理发生严重困难,继续存续会使股东利益受到重大损失,通过其他途径不能解决的(用尽公司内部救济原则),持有公司全部股东表决权百分之十以上的股东,可以请求人民法院解散公司。

总结:

⑸代位诉权:

总结:

⑹股权买回请求权

总结：

（7）临时股东会的召集权

（8）股东会的主持权

（9）提案权

总结：

2.股东名册：有限责任公司（和股份公司为记名股东）应当置备股东名册

公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记。未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

总结：

（三）有限责任公司股东的出资转让

1.有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。

总结：

2.股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满三十日未答复的，视为同意转让。其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。

总结：

3.经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

总结：

4.股权买回请求权：有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：

①公司连续五年不向股东分配利润，而公司该五年连续盈利，并且符合本法规定的分配利润条件的；

②公司合并、分立、转让主要财产的；

③公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起六十日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起九十日内向人民法院提起诉讼。

总结：

（四）公司治理机构

1.股东会：有限责任公司股东会由全体股东组成。

资本多数决：股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。

总结：为认缴出资比例。

股东会决议：股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表三分之二以上表决权的股东通过。

总结：

2.董事会：

董事会的组成：有限责任公司设董事会，其成员为三人至十三人；但是，股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理。执行董事的职权由公司章程规定。

总结：

人头主义：董事会决议的表决，实行一人一票。

董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围。

3.监事会是有限责任公司的监督机关。

监事会的组成：有限责任公司设监事会，其成员不得少于三人。任期3年，股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设一至二名监事，不设监事会。

监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

例如：监事王某被聘为经理违法。

（五）一人有限责任公司的特别规定

总结：

1.一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

2.最低注册资本和法定资本制：一人有限责任公司的注册资本最低限额为人民币十万元。股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。

3.投资人的限制：一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司；另外，该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。

总结：

4.设立：一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。一人有限责任公司章程由股东制定。

总结：

5.组织机构：一人有限责任公司不设股东会。股东作出本法第三十八条第一款所列决定也就是股东会的主要权利事项时，应当采用书面形式，并由股东签名后置备于公司。

总结：

6. 一人公司人格否认制度：

一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。

是为财产混同，举证责任倒置。

例如：

	一人有限公司	有限责任公司
投资人	一个自然人股东或者一个法人股东	有限责任公司由五十个以下股东出资设立。

资本制度	股东应当一次足额缴纳公司章程规定的出资额。也即法定资本制。	首次出资额不得低于注册资本的百分之二十，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分由股东自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。也即分期缴付制
最低注册资本	人民币十万元。	有限责任公司注册资本的最低限额为人民币三万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。
组织机构	不设股东会。其他机构可设。	公司机构应当健全。
转投资限制	一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。	无限制。

（六）国有独资公司的特别规定

国有独资公司，是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

1.无股东会。

总结：

2.董事会：国有独资公司设董事会，董事每届任期不得超过三年。董事会成员中应当有公司职工代表。董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定。

总结：

兼职禁止义务（相对禁止）：国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职。

总结：

3.监事会：国有独资公司监事会成员不得少于五人，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。

总结：

四、股份有限公司

有限责任公司和股份有限公司的区别	
有限责任公司	股份有限公司
股东会或没有（例如国独）	股东大会
董事会或执行董事	董事会
监事会或者只有 1—2 名监事	监事会
可以发行债券	可以发行债券
不可以	发行可转换公司债
规模小，准则主义设立，封闭，人合性，股权一般内部转让，不发行股份	公开发行股份，发行股票，规模大纯资合性

各类的公司最低资本限额总结：

有限责任公司	一般为 3 万元为认缴资本，
	一人有限责任公司为 10 万为实缴资本；
股份有限公司	注册资本的最低限额为人民币 500 万元。
商业银行：	（1）全国性商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币；
	（2）城市合作商业银行的注册资本最低限额为一亿元人民币；
	（3）农村合作商业银行的注册资本最低限额为五千万元人民币；
	以上均为实缴货币资本。
拍卖公司：	（1）一般拍卖公司的注册资本最低限额为一百万元人民币；
	（2）经营文物拍卖的拍卖公司的注册资本最低限额为一千万元人民币。
证券公司。	（1）经纪类证券公司的注册资本最低限额为五千万元人民币；
	（2）综合类证券公司的注册资本根据经营项目分别为最低限额为一亿、五亿元人民币。
保险公司	保险公司的注册资本最低限额为二亿元人民币，且必须为实缴货币资本。

总结：

（一）股份有限公司的设立

1. 设立股份有限公司设立方式和设立出资：

发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司。

募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

总结：

国家司法考试在线 www.SiKao.com

⑴. 发起人的规定：设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。

⑵. 发起设立的分期缴付制：股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的百分之二十（即 100 万），其余部分由发起人自公司成立之日起两年内缴足；其中，投资公司可以在五年内缴足。

在缴足前，不得向他人募集股份。

总结：

⑶. 募集设立的法定资本制：股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

募集设立的程序：

股份有限公司募集设立的程序：

|发起人认购股份

↓ 制作招股说明书

↓ 签订承销协议和代收股款协议

↓ 申请批准募集

↓ 公开募股

↓ 召开创立大会

↓ 申请设立登记

⑷.最低注册资本：股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

⑸.发起人的出资规定：

以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的百分之三十五；但是，法律、行政法规另有规定的，从其规定。

总结：

2.创立大会：

总结，

⑴.发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。发起人应当自股款缴足之日起三十日内主持召开公司创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。

三种情形可撤资：发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开创立大会的，或者创立大会决议不设立公司的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。

发起人应当在创立大会召开十五日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席，方可举行，创立大会对前款所列事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

⑵发起人的责任：

股份有限公司成立后，发起人未按照公司章程的规定缴足出资的，承担违约责任，并应当补缴；其他发起人承担连带责任。

股份有限公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的发起人补足其差额；其他发起人承担连带责任。

3.有限责任公司变更为股份有限公司的要求：折合的实收股本总额不得高于公司净资产额。

总结：

登记前	登记后
认股人、发起人	股东
认股书	股票
创立大会	股东大会
选举董事会、监事会（发起设立中股东大会选）	更换
通过章程	修改
三种情形可以撤资	不可以

发起人合伙	法人
认股人对出资财产仍享有所有权	公司财产

（二）上市公司特别规定：

上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。

⑴.上市公司的特别决议事项：上市公司在一年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

总结：

⑵.独立董事制度：上市公司应当设立独立董事，具体办法由国务院规定。

独立董事是指来自公司外部,用以制衡董事,确保公司安全稳健运行,保护股东利益不受侵犯的董事。相对于内部董事而言,独立董事是能够在比较客观公正立场上,敢于质询、批评甚至公开谴责公司管理层,确保公司遵守良好治理守则的捍卫者。在决定公司战略和政策,保护股东利益以及增强公司董事会的效率方面,独立董事也能够发挥不可替代的作用。由于独立董事独立于任何一股东、不在公司内部任职、与公司或公司人员没有经济的或家庭的密切关系等原因，独立董事可以不受利益的局限而公平地对待全体股东、董事和经理人员，维护全体股东和整个社会的权益。除应具备公司法和其他相关法律法规赋予的职能外，还拥有提议权、建议权、发表权、独立建议权、知情权、监督权等职权。

总结：

⑶.关联董事的回避制度：上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的，不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会的无关联关系董事人数不足三人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。

⑷.上市公司的财务披露义务：上市公司必须依照法律、行政法规的规定，公开其财务状况、经营情况及重大诉讼，在每会计年度内半年公布一次财务会计报告。

总结：

（三）股份有限公司的股份发行

（1）股份转让的限制：

①发起人持有的本公司股份，自公司成立之日起一年内不得转让。公司公开发行股份前已发行的股份，（例如发起人认购的 35%）自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。

总结：

②公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的百分之二十五；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起一年内不得转让。上述人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

（2）股份自己收购的限制：公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的除外：

①减少公司注册资本；

②与持有本公司股份的其他公司合并；

③将股份奖励给本公司职工；（也即股票期权制度）

总结：

④股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的。（股权买回请求权，退股权）

公司因前款第①项至第③项的原因收购本公司股份的，应当经股东大会决议。公司依照前款规定收购本公司股份后，属于第①项情形的，应当自收购之日起十日内注销；属于第②项、第④项情形的，应当在六个月内转让或者注销。

公司依照第一款第③项规定收购的本公司股份，不得超过本公司已发行股份总额的百分之五；用于收购的资金应当从公司的税后利润中支出；所收购的股份应当在一年内转让给职工。

总结：

公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

总结：

（3）记名股票被盗、遗失或者灭失，股东可以依照《中华人民共和国民事诉讼法》规定的公示催告程序，请求人民法院宣告该股票失效。人民法院宣告该股票失效后，股东可以向公司申请补发股票。

总结：

第二章 合伙企业法

第一节 普通合伙企业

一．普通合伙企业设立

有二个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力；

国有独资公司、国有企业、上市公司、公益性事业单位和社会团体不可以为普通合伙人；法律法规禁止从事经营的人如国家公务员、法官、检察官、警察不能成为合伙人。

法律依据：

《公务员法》第五十三条　公务员必须遵守纪律，**不得**有下列行为：

（14）从事或者参与营利性活动，在企业或者其他营利性组织中兼任职务；

二．合伙企业财产相对独立性

（1）、合伙企业债务抵消禁止以及代位权行使限制。

合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

债权可以执行合伙人的收益和经由法院执行合伙人的出资份额。

总结：

（2）、合伙财产份额质押限制。非经全体合伙人一致同意，合伙人不得以其在合伙企业中的财产份额出质，否则无效，行为人对第三人进行赔偿，性质为缔约过失责任。

总结：

三、合伙事务执行及合伙人的相关权利

（一）合伙企业事务执行

除合伙协议另有约定外，合伙企业的下列事项应当经全体合伙人一致同意：

1. 改变合伙企业的名称；

2. 改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；

3. 处分合伙企业的不动产；

4.转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；

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.合伙人按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以增加或者减少对合伙企业的出资。

思考：上述事项可否对抗第三人？

总结：

（二）竞业的绝对禁止和自我交易的相对禁止等：

第一，合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。

第二，除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人不得同本合伙企业进行交易。

（三）合伙企业的利润分配、亏损分担

第一，按照合伙协议的约定办理；合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

总结：

第二，合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

总结：

（四）合伙人向外转让份额，除非另有协议，否则要经过其他人一致同意。

四、合伙企业与第三人关系

（一） 合伙企业与其债权人的关系：

合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任，是为补充无限连带责任

（二）双重优先原则：当合伙企业与合伙人同时分别负债，企业的钱先还企业的债个人的钱先还个人的债。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

五、入伙与退伙

（一）入伙

入伙的法律后果:新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

（二）退伙

退伙包括以下四种情形：

1.协议退伙：合伙协议约定合伙期限的，在合伙企业存续期间，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：

⑴合伙协议约定的退伙事由出现；

⑵经全体合伙人一致同意；

⑶发生合伙人难以继续参加合伙的事由；

⑷其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

思考：谁退？

2.单方通知退伙：声明退伙是指基于退伙人的单方意思表示而退伙。

合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前三十日通知其他合伙人。

合伙人违反上述的规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

总结：

3.当然退伙：退伙事由实际发生之日为退伙生效日。合伙人有下列情形之一的，当然退伙：

⑴作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；

⑵个人丧失偿债能力；

思考：

⑶作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；

总结：

⑷法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；

总结：

⑸合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

总结：

4.除名退伙：即开除。合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：

总结：

⑴未履行出资义务；

⑵因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；

⑶执行合伙事务时有不正当行为；

例如：竞业。

⑷发生合伙协议约定的事由。

对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起三十日内，向人民法院起诉。

总结：

（三）退伙的后果

1.合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

总结：

2.有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

⑴继承人不愿意成为合伙人；

⑵法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；

⑶合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

3.合伙人的继承人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经全体合伙人一致同意，可以依法成为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。全体合伙人未能一致同意的，合伙企业应当将被继承合伙人的财产份额退还该继承人。

4.退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

第二节 有限合伙企业

一、定义

有限合伙，即在至少有一名合伙人承担无限责任的基础上，允许其他合伙人承担有限责任的合伙企业。

二、特征

（一）部分合伙人承担有限责任，但是至少有一个普通合伙人承担无限责任；

（二）普通合伙人，承担无限连带责任，行使合伙事务执行权，负责企业的经营管理；

（三）有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任；本法特别规定对有限合伙人的出资包括货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利应作价，并在企业登记事项中予以载明。这样规定的目的是起到公示作用，保护债权人利益。

（四）有限合伙企业由二个以上五十个以下合伙人设立；但是，法律另有规定的除外。有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

总结：

三、有限合伙人的义务：

（一）有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资，但是有限合伙人不得以劳务出资。有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

（二）有限合伙人不得执行合伙企业事务，不得对外代表有限合伙企业。有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。

（三）表见普通合伙人：第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。

总结：

还债顺序：

（四）无权代理：有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

还债顺序：

（五）新入伙的有限合伙人对入伙前有限合伙企业的债务，以其认缴的出资额为限承担责任。

外观保护。

四、有限合伙人的权利

（一）自己交易自由及其例外：有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易；但是，合伙协议另有约定的除外。

（二）竞业自由及其例外：有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务；但是，合伙协议另有约定的除外。

（三）出质自由及其例外：有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；但是，合伙协议另有约定的除外。

（四）对外转让份额自由：有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额，不需要其他合伙人的同意，但应当提前三十日通知其他合伙人。

五．有限合伙人的个人债务清偿：

有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

总结：

六、有限合伙人的退伙

（一）有限合伙人有本法下列情形之一的，当然退伙：

1. 作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；

2. 作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；

3. 合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。

（二）当然继承：作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

总结：

（三）有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

总结：

七、合伙人责任性质的转换

（一）除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意。

（二）有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

总结：

（三）普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

总结：

八、 合伙企业破产制度

合伙企业不能清偿到期债务的，债权人可以依法向人民法院提出破产清算申请，也可以要求普通合伙人清偿。合伙企业依法被宣告破产的，普通合伙人对合伙企业债务仍应承担无限连带责任。

总结：

第三章 企业破产法

一、破产程序中的实体权利

（一）破产债权

基于破产宣告前的原因而发生的，经依法申报并获得确认，能够通过破产程序由破产财产公平受偿的请求权称为破产债权。

破产债权不包括有担保债权，破产财产是债务人财产在破产宣告后的别名，含有担保物；

（二）破产抵销权

债权人在破产申请受理前对债务人负有债务的，可以向管理人主张抵销。

（三）别除权

总结：

（四）取回权

破产的取回权的一点特殊限制规定：

二、破产费用和共益债务

破产费用和共益债务是指从破产程序开始后，为破产程序进行以及为全体债权人的共同利益而支付的费用。

首先，破产费用主要包括：人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：

1.破产案件的诉讼费用；

2.管理、变价和分配债务人财产的费用；

3.管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。

其次，人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：

1.因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；

2.债务人财产受无因管理所产生的债务；

3.因债务人不当得利所产生的债务；

4.为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；

5.管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；

6.债务人财产致人损害所产生的债务。

总结：共益债务应当注意发生时间：

A 一句话：

最后，破产费用和共益债务的偿付遵循以下原则：

1.破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。

2.债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。

3.债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。

总结：破产费用和共益债务的二者的清偿顺序，外部按先后，内部按比例。

三、可撤销无效行为：

1.破产程序中的可撤销行为：

人民法院受理破产申请前一年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：

①无偿转让财产的；

②以明显不合理的价格进行交易的；

③对没有财产担保的债务提供财产担保的；

④对未到期的债务提前清偿的；

⑤放弃债权的。

人民法院受理破产申请前六个月内，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

总结：

2.破产程序中的无效行为：

涉及债务人财产的下列行为无效：

①为逃避债务而隐匿、转移财产的；

②虚构债务或者承认不真实的债务的。

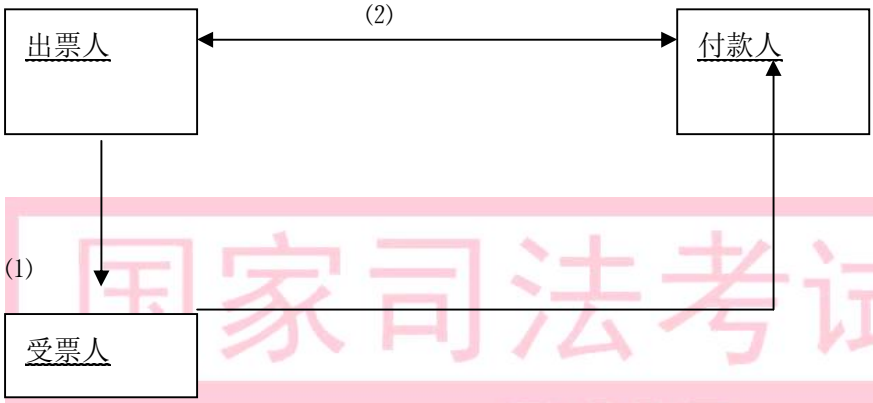
总结：

因上述行为而取得的债务人的财产，管理人有权追回。

另外：人民法院受理破产申请后，债务人的出资人尚未完全履行出资义务的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。

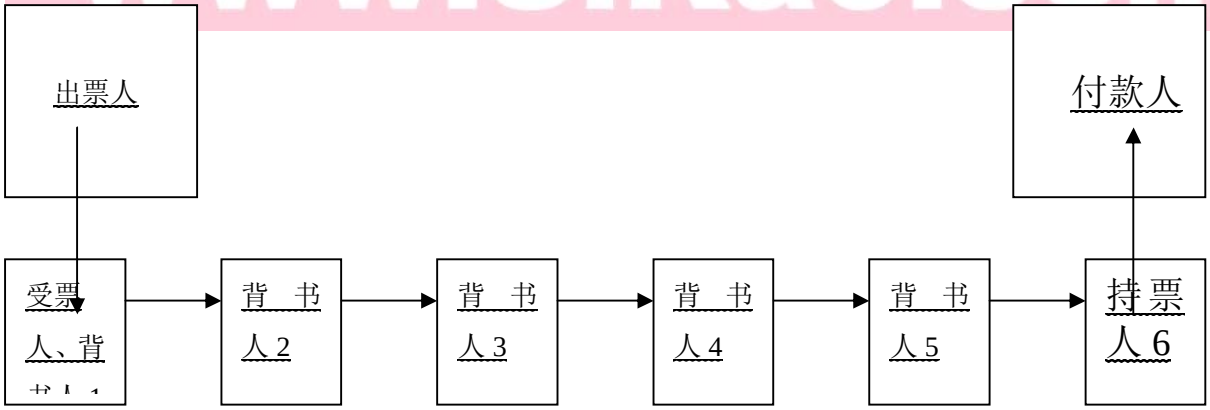
第四章 票据法

一、首先学员要搞清楚的是：顺汇



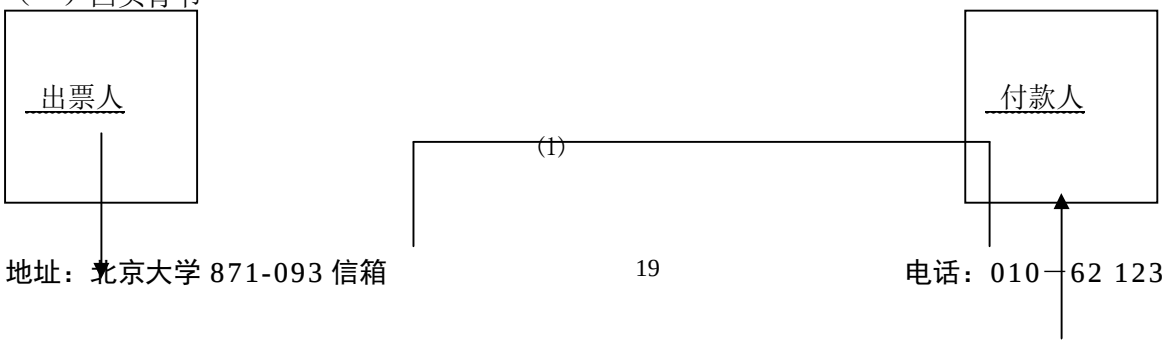
国家司法考试在线 www.SiKao.com

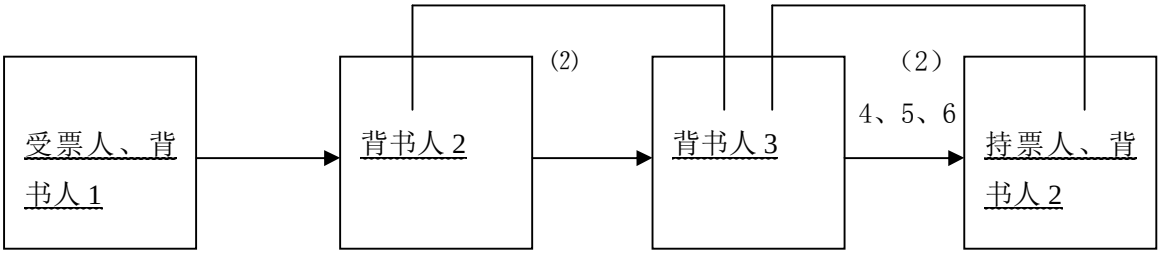
二



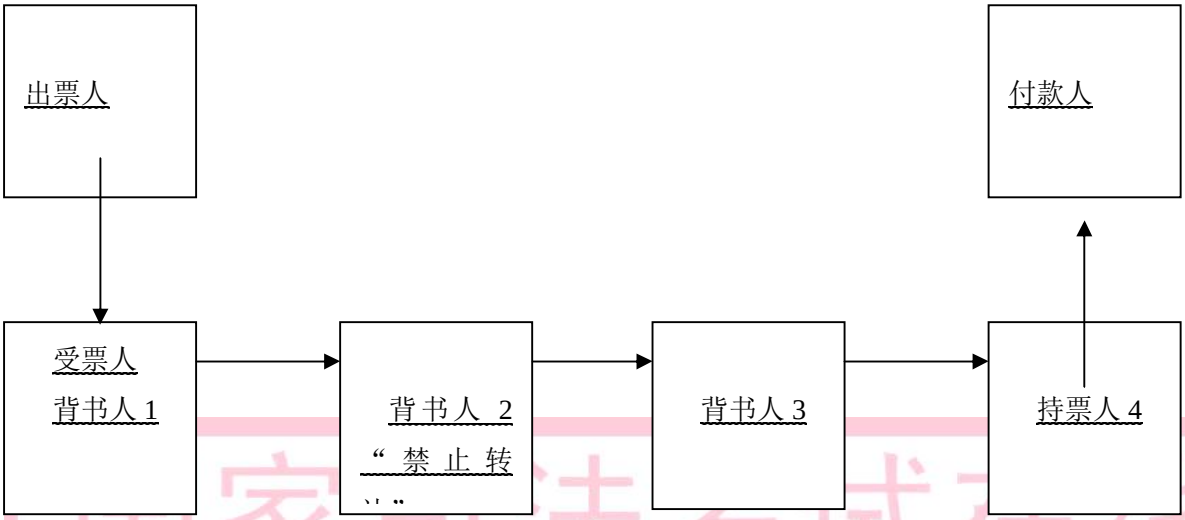
三、背书

（一）回头背书

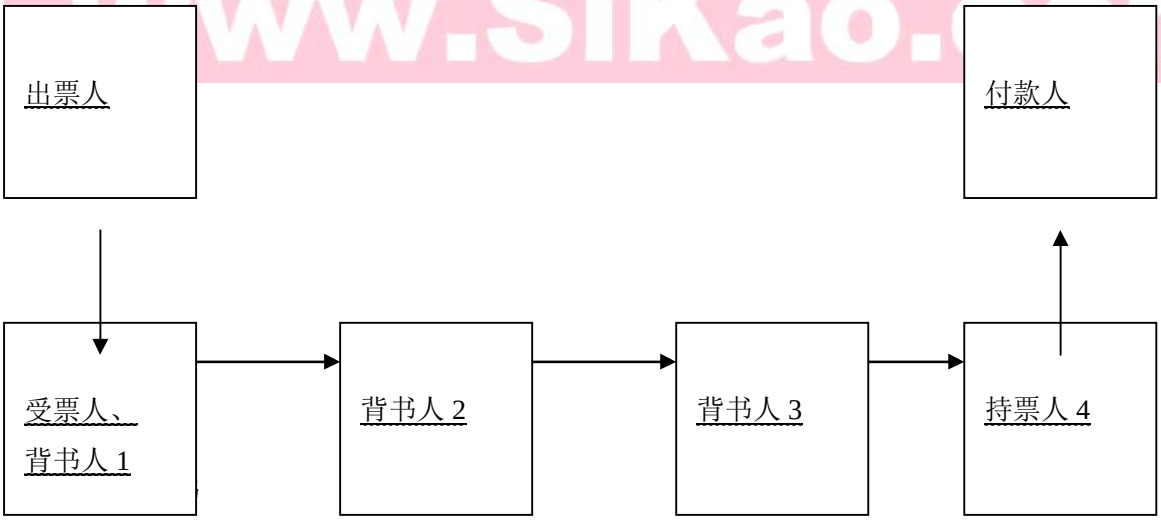




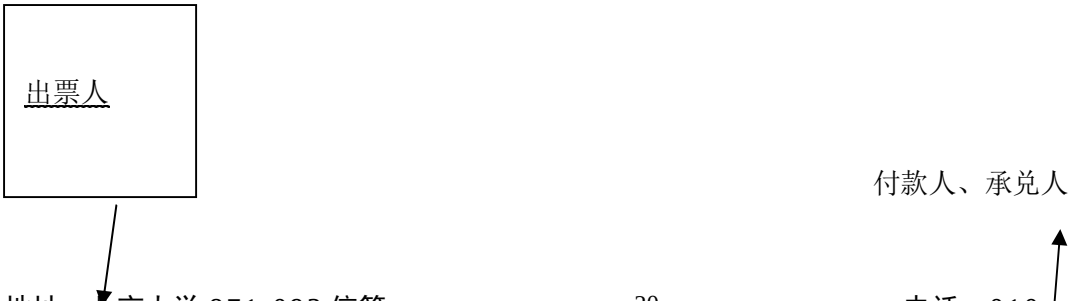
(二)禁止转让背书

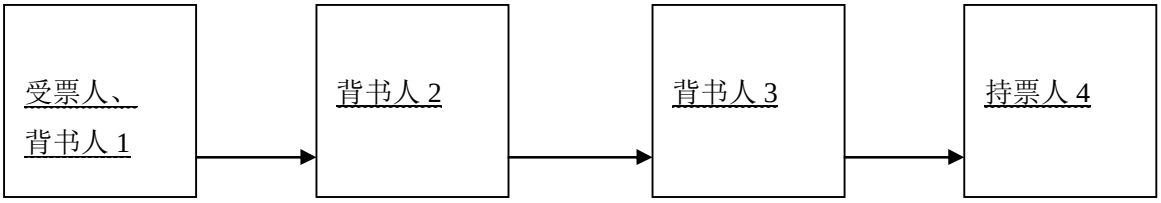


（三）背书的涂消



四、承兑和保证





五、票据的伪造

被背书人	2	3	
背书人	1	2	

票据权利的种类

1．付款请求权

票据法规定持票人最基本的权利是请求付款人按票据金额支付款项。付款请求权是票据的第一次权利，实践中人们常称此权利为主票据权利。

付款请求权须符合以下条件：

（1）持票人持有处在有效期内的票据，其中汇票和本票的有效期自票据到期日起 2 年以内；见票即付的汇票和本票，自出票日起 2 年以内；支票自出票起 6 个月以内。

（2）持票人须将原来票据向付款人提示付款，如果不能提供票据原件的，不能请求付款，付款人也不得付款；

（3）持票人只能请求付款人支付票据上确定的金额，付款人须一次性将债务履行完毕，因此，持票人也不得向付款人请求少于票据确定的金额付款。

（4）持票人得到付款后，必须将票据移交给付款人，原票据上的权利可能由付款人承受，向其他债务人请求付款，从而使付款请求权呈持续状态。

（5）付款人支付票据金额后，如果发现该票据有伪造、变造情况的，有权向持票人请求返还所给付的金额。这是对票据权利不确切的处置。

2．追索权

指持票人行使付款请求受到拒绝承兑或拒绝付款时，或有其他法定事由请求付款未果时，向其前手请求支付票据金额的权利。由于这一请求是在第一次请求未果后的再次请求，所以将其称为第二次请求权，是票据权利的再次行使追索权的追索对象视票据种类的不同，可以分别包括出票人、背书人、保证人、承兑人和参加承兑人，这些人在票据中的地位是连带债务人，持票人可以不按照汇票债务人的先后顺序，对其中的任何一人、数人或全体行使追索权；持票人对汇票债务人仍可行使追索权。被追索人清偿债务后，与持票人享有相同的权利。

票据权利的行使

（一）行使方式

1．提示承兑

承兑是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为，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，首先要在汇票到期日前向付款人提示承兑，见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起，1 个月内向付款人提示承兑，这是付款人行使票据权利的必经程序。

2．提示付款

国家司法考试在线 www.SiKao.com

是指持票人在法定期间内，向付款人提示票据请求付款的票据行为。其中支票自出票日起１０日内向付款人提示付款；本票自出票日起2个月内；见票即付的汇票1个月向付款人提示付款；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天内向付款人提示付款。

３．行使追索权

票据到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及票据的其他债务人行使追索权，在票据到期日前，如汇票被拒绝承兑的，承兑人付款人死亡、逃匿的，承兑人付款人被依法宣告破产的，以及因违法被责令终止业务活动的，持票人也可以行使追索权。

（二）票据权利的保全和消灭

１．保全

指票据权利人为防止票据权利丧失所进行的行为。票据权利的保全方式包括进行票据提示、作成拒绝证书、中断时效。

（１）按期提示票据。持票人在法定期间内提示票据行使票据权利，就是保全票据权利的方式之一，我国票据法明确规定持票人只有在法定期间内提示票据请求付款被拒绝的，方可行使追索权；期前追索的进行也以按期提示请求承兑被拒绝为条件之一。

（２）作成拒绝证书。我国票据法规定，持票人行使追索权时，应当提供被拒绝承兑或被拒绝付款的有关证明。而在持票人提示承兑或者提示付款被拒绝时，承兑人或者付款人必须出具证明。

（３）中断时效。一般说来，与普通民事债权相同，诉讼可以中断时效，保全票据权利。

票据权利的取得

（一）票据权利取得的原则

１．持票人是就票据受款人，受款人享有出票人给予的票据权利，任何人不得对此票据权的合法性提出疑义。

２．凡是通过连续背书而取得票据的，在票据上记名的持票人就合法地取得票据权利。

３．凡取得票据时是善意或无重大过失的，就合法地取得票据权利。票据法第１２条规定，以欺诈、偷盗或胁迫等手段取得票据的，或明知有前列情形，出于恶意取得票据的，不得享有票据权利。持票人因重大过失取得不符合本法规定的票据的，也不得享有票据权利。

４．凡是无代价或不以相当代价取得的票据，不得享有优先于前手的权利。因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，所享有的票据权利不得优于其前手。

票据权利的瑕疵

（一）票据的伪造和变造

1、票据伪造。指假冒或虚构他人名义为票据行为并在票据上签章。被伪造人不承担任何票据责任，伪造人亦不承担票据义务但须承担其他法律责任。伪造的签章不影响真实签章的效力。付款人或代理付款人在付款时，只要按法律规定对票据签章和各记载事项进行了通常审查，即使未能辨认出伪造的签章，付款行为仍然有效。

2、票据变造。指无合法变更权限之人，对除签章外的票据记载事项加以变更。变造人在票据上没有签章，则不承担票据义务，但应负相应刑事、民事及行政责任；若变造人在票据上有签章，则按其变造以后的票据记载事项承担票据义务，并承担相应刑事、民事及行政责任；在变造之前签章的其他人对原记载事项负责；在变造之后签章的其他人对变造后的记载事项负责；不能辨别在变造之前签章或变造之后签章的，视为在变造之前签章。

（二）票据的更改和涂销

票据的更改是指更改票据上记载事项的行为。合法地更改票据上的记载事项，必须是有法定更改权限

的人依法更改票据上可以更改的记载事项。票据法第 9 条规定，票据金额、日期、受款人名称不得更改，更改的票据无效。对票据上的其他记载事项，原记载人可以更改，更改时应当由原记载人签章证明。可以更改的其他记载事项是指除金额、日期和收款人名称之外的事项，包括付款人名称、付款日期、付款地、出票地等事项。

票据的更改和涂销是指将票据上的签名或其他记载事项加以更改或涂抹消除的行为。

票据涂销的法律责任。我国票据法第 9 条规定，除票据金额、日期、收款人名称任何人不得更改，更改会导致票据无效外，以及根据最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定，更改银行汇票的实际结算金额，也会导致票据无效外。对票据上的其他记载事项如付款人名称、付款日期、付款地、出票地等，原记载人可以更改，更改时只需签章证明即可。

出票

（一）汇票法定记载事项

1．表明“汇票”的字样。

2．无条件支付的委托。如果汇票上记载“交付货物后汇票照付”或“资金到达后付款”等字样的该票据无效。

3．确定的金额。票据法第 8 条规定，票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。

4．付款人名称。

5．收款人名称。

6．出票日期。

7．出票人签章。

（二）出票人的签名盖章须注意三点：

第一，出票人一人签章即有效。

第二，必须以本名签章，不得以化名或笔名签章。

第三，法人为出票人的，其签章为法人的票据专用章或法人公章，以及法定代表人或其授权代理人的个人印章或签名。

（三）汇票未记载事项的认定

1．汇票上未记载付款日期的，为见票即付。

2．汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或经常居住地为付款地。

3．汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或经常居住地为出票地。

（四）付款日期及签发汇票的后果

签发汇票的法律后果

（1）汇票经签发后，即代表一定的资金数额；

（2）出票人须将汇票交付收款人才算签发（收款人出票则由付款人承兑后才算签发），收款人收取汇票后即享有票据权利；

（3）汇票签发后，付款人承担的票据责任是按时付款，以及为付款作准备的承兑。

汇票的转让

转让限制

在票据上记载特别内容，对背书转让加以一定限制，则构成限制背书。限制背书实为对背书人担保责任或被背书人权利施加的限制，主要有：

（1）出票人限制背书。出票人记载“不得转让”字样，票据不能再依票据法规定的背书方式转让，

通过一般背书或贴现、质押取得票据的持票人不享有票据权利。

（2）背书人限制背书。背书人在票据上记载“不得转让”字样，若其后手再背书转让（如贴现、质押），原背书人对后手的被背书人不负票据责任。

（3）回头背书。回头背书以已在票据上签名的票据债务人为被背书人。被背书人是出票人的，只有在汇票已承兑时才可以向承兑人行使追索权；被背书人是先前的背书人时，因其须对后手负担保责任，因而不能向他们行使追索权。

（4）附条件背书。背书附有条件的，所负条件不具有票据上的效力。

（5）部分背书和分别背书。将票据金额部分转让或分别转让给不同被背书人，背书无效，票据权利不发生转移。

承兑及票据保证

（一）承兑

1．承兑的概念及意义

（1）承兑是指汇票付款人承诺在到期日支付汇票金额的一种票据行为。三种票据种类中只有汇票才有承兑制度。

（2）承兑是一种票据行为，承兑是一种附属票据行为，须先有出票，然后才有承兑，并且，要以汇票原件为行为对象，持票人须凭票提示承兑，付款人须在该票正面签章准予承兑。

2．提示承兑

（1）提示承兑的概念，票据法规定，定日付款或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。

（2）承兑的时效，见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失对其前手的追索权。

（3）承兑的例外，见票即付的汇票无须承兑，付款人不得以该汇票未经承兑而拒绝立即付款，否则就构成拒绝付款，并须承担相应的行政责任和财产责任。

3．付款人的承兑程序

（1）付款人对向其承兑的汇票，应当在收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或拒绝承兑，票据法第41条规定，付款人收到持票人提示承兑的汇票时，应当向持票人签发收到汇票的回单，回单上应当注明提示承兑的日期并签章。

（2）承兑的记载事项，付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。

（3）付款人承兑汇票不得附有条件，否则为拒绝承兑。

（二）保证

汇票的保证的法律效力

1）保证人责任。我国票据法第49条规定，保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利，承担保证责任。但是被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外。票据法第50条还规定，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，保证人应足额付款。这说明：

（1）保证人就票据债务来说，与被保证人承担的是同一责任，与被保证人的责任完全相同；

（2）保证人的责任是独立责任。即使被保证的票据债务因实质性原因而无效，已经完成的票据保证仍然有效。能够导致保证人保证行为无效的原因，一般说来，只有三个：第一，被保证的票据债务自始不存在，也就是说被保证人并非票据债务人。第二，被保证的票据债务，因汇票记载事项的欠缺而无效。第

三，保证行为自身在形式上不完备。

（３）保证人的责任是连带责任。而且票据保证人的连带责任是一种法定连带责任而非补充责任，所以，对于票据保证人来说，不享有一般保证人的催告抗辩权或先诉抗辩权。在保证人为２人以上时，保证人之间亦须承担连带责任，对票据权利人来说，不分第一保证人或第二保证人，可以向任何一个保证人或全体保证人请求履行保证义务。

２）保证人的代位权。根据我国票据法第５２条的规定，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。

３）保证附条件的法律后果。根据我国票据法第４８条规定，保证不得附有条件；保证附有条件的，不影响对汇票的保证责任。即汇票保证如果附有条件，保证依然有效，所附条件视为无记载，无论条件成就与否，保证人均须承担保证责任。

追索权

（一）追索权的法律性质及原因

１．追索权的法律性质。汇票到期被拒绝付款的，持票人可以对背书人、出票人以及汇票的其他债务人行使追索权。追索权是持票人在第一次请求付款收到拒绝后，行使的第二次请求权，第一次请求权主债务人付款，这是持票人的基本票据权利，在主债务人拒绝付款或无力付款时，持票人可行使第二次请求权，要求所有在汇票上签名的人中一人、数人或全体人员，偿付汇票金额。

２．追索权行使的原因

（１）汇票到期被拒付的，或虽然付款人表示可以付款，但是，要满足其一定的条件，视为拒绝付款。

（２）汇票未到期，但是被拒绝承兑的，被拒绝承兑的汇票必须是形式上符合票据法规定，不缺少必要的记载事项，以及持票人的票据身份没有缺陷等。

（３）承兑人或付款人死亡、逃匿的。

（４）承兑人或付款人被依法宣告破产的，或因违法被责令终止业务活动的，在此情况下，持票人有两种选择，第一种是行使追索权，请求其他的债务人履行汇票义务；第二种是放弃追索权，以汇票金额向破产清算组提出破产债权申报，意图从破产人处得到汇票金额的偿还。

追索与再追索

１．承担被追索责任者。票据法第６８条第１款规定，汇票的出票人、背书人、承兑人和保证人对持票人承担连带责任，参加承兑者也应是承兑连带责任的汇票债务人员。

２．被追索人清偿债务时，持票人应当交出汇票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用收据。

３．再追索。被追索者清偿债务后，与持票人享有同一（追索）权利，再向其他汇票债务人行使追索权。依此顺序，直至该汇票的债权债务关系因履行或其他法定原因而消灭为止。

４．追索的例外。当持票人为出票人的，对其前手无追索权；当持票人为背书人的，对其后手无追索权。

付款；

１、付款的期限。我国票据法第５３条规定，持票人应当按照下列期限提示付款：

（１）见票即付的汇票，自出票日起１个月内向付款人提示付款；

（２）定日付款、出票一定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起１０日内向承兑人提示付款；

（３）持票人未按照票据法规定的期限提示付款的，在做出说明后，承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。

２、提示付款。提示付款人应为合法持票。持票人也可以委托代理人进行提示。我国票据法第５３条

第 3 款规定，通过委托收款银行或者通过票据交换系统向付款人提示付款的，视同持票人提示付款。

3、付款程序。

（1）持票人在票据法规定的提示期限内提示付款的，付款人必须在当日足额付款；

（2）持票人获得付款的，应当在汇票上签收，并将汇票交给付款人。持票人委托银行收款的，受委托的银行将代收的汇票金额转账收入持票人账户，视同签收；

（3）持票人委托的收款银行的责任，限于按照汇票上记载事项将汇票金额转入持票人账户。

（4）付款人及其代理付款人付款时，应当审查汇票背书的连续，并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件；

（5）汇票金额为外币的，按照付款日的市场汇价，以人民币支付。

（三）付款损失的承担

根据我国票据法的规定，付款人在进行付款时，只须对所提示的票据进行形式审查，交无实质审查义务。付款人在履行法定审查义务后进行的付款是有效付款，即使发生错付，亦可善意免责。但在下列情况下，付款人须承担付款的损失：

（1）在到期日前付款；

（2）因恶意或重大过失而欠缺对提示付款人合法身份证明或有效证件的审查（注意：《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》第 69 条认为，付款人或代理付款人未能识别出伪造、变造的票据或身份证件而错误付款的，亦属重大过失。银行责任被加重。）；

（3）未对票据必要记载事项是否完备、是否有禁止记载事项、背书是否连续等进行审查；

（4）对在公示催告期间的票据进行付款；

（5）收到止付通知后付款；

（6）其他恶意或重大过失情形。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

付款请求权与追索权之主要差异

	付款请求权	追索权
次序	第一次权利	第二次权利，非因付款请求权受阻不得行使。
对象	承兑人或付款人	出票人、背书人、承兑人和保证人。
行使条件	票据未过时效；持票人持有票据原件；票据所载金额必须一次性得以完整履行；持票人得到付款后必须向付款人移转票据。	有法定追索原因；已按《票据法》提示承兑或提示付款；作成相关证明；在追索时效内。
行使次数	一次	数次，可一直追索至票据权利义务消灭。
金额	票据金额	票据金额、法定利息、取得有关拒绝证明和发出通知之费用。
消灭时效	汇票和本票自票据到期日起 2 年内有效；见票即付的汇票和本票自出票日起 2 年内有效；支票自出票日起 6 个月内有效。	自被拒绝承兑或被拒绝付款之日起 6 个月；再追索权时效为清偿日或被提起诉讼之日起 3 个月。

支票的出票

支票的法定记载事项。

（1）表明“支票”的字样；

（2）无条件支付的承诺；

（3）确定的金额；

（4）付款人名称；

（５）出票日期；

（６）出票人签章。支票上未记载上述事项的，支票无效。

未记载事项的补救。

（１）票据法第８６条规定，支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用；

（２）支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记；

（３）支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地；

（４）支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或经常居住地为出票地。

出票的效力。

（１）出票人必须按照签发的支票金额承担向持票人付款的保证责任。包括保证自己在付款银行有足够的存款，未签发空头支票等；

（２）出票人在付款银行的存款足以支付支票金额时，付款应当在持票人提示付款的当日足额付款，使持票人能够及时得到票款的支付。

支票的付款

１、提示付款。支票的持票人应当在出票日起１０日内提示付款；异地使用的支票，付款提示期限由中国人民银行另行规定。超过付款提示期限的，付款人可以拒绝付款。

２、逾期提示的法律后果。因超过提示付款期限付款人不予付款的，持票人仍享有票据权利，出票人仍应对持票人承担票据责任，支付票据所载金额。

３、付款的意义。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责任。但是，付款人以恶意或重大过失付款的除外。

４、因出票人签发空头支票或者签发与其签名样式或预留印鉴不符的支票，给他人造成损失的，支票的出票人和背书人应当依法承担民事责任。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

	汇票	本票	支票
信用功能	基于出票人和付款人信用，除见票即付，还可另行指定到期日，为信用证券。	《票据法》上本票限于见票即付，为支付证券。	见票即付，属支付证券。
基本当事人	出票人、付款人和收款人。	出票人（付款人和出票人为同一个人）和收款人。	出票人、付款人和收款人。 出票人与付款人之间必须先有资金关系，才能签发支票。
对出票人资格要求	具完全民事行为能力即可。	只能为银行。	必须使用本名、提交合法身份证件开立支票存款帐户，存入足够支付的款项，并预留本名的签名样式和印章样式。
对付款人资格要求	银行汇票付款人为参加“全国联行往来”的银行；商业汇票付款人为商品交易活动中接受货物的当事人或与出票人签订承诺委托协议的银行。	与出票人为同一银行。	有从事支票业务资格的银行或其他金融机构。
绝对必要记载事项	“汇票”字样、无条件支付的委托、确定的金额、出票日期、出票人签章、付款人、收款人名称。	“本票”字样、无条件支付的承诺、确定的金额、出票日期、出票人签章、收款人名称。	“支票”字样、无条件支付的委托、确定的金额（可授权补记）、出票日期、出票人签章（必须与在银行预留印鉴的印章和签名式样一致）、付款人名称。
付款期限	见票即付者，自出票日起 1 个月内；定日付款、出票后定期付款、见票后定期付款者，自到期日起 10 日内。	出票日起 2 个月内。	同城支票为出票日起 10 日内；异地适用的支票，付款提示期限由中国人民银行另行规定。

权利消灭时效	见票即付者，自出票日起 2 年内有效；远期汇票自到期日起 2 年内有效。	自出票日起 2 年内有效。	自出票日起 6 个月内有效。

第五章　保险法

第一节 保险合同总论

一、保险合同的分类

足额保险合同是指保险金额等于保险价值的保险合同。

不足额保险合同是指保险金额低于保险价值的合同。对于不足额合同，保险人对被保险人损失的赔偿责任仅以保险金额为限，除合同另有约定外，保险人按照保险金额与保险价值的比例承担赔偿责任。

超额保险合同是指保险金额超过保险价值的保险合同。我国《保险法》规定：保险金额不得超过保险价值；超过保险价值的，超过的部分无效。

二、相关概念

保险价值，也称保险价额，是指投保人与保险人订立保险合同时，作为确定保险金额基础的保险标的的价值，也即投保人对保险标的所享有的保险利益在经济上用货币估计的价值金额。保险价值的确定有三种方法：按照市价确定；依合同双方约定；依照法律规定。

保险金额，是约定的赔偿额，也叫保额。

保险金，实际的赔偿额。

保单的现金价值：由于人寿保险开始发生签订合同时事故的发生率低，以后则慢慢增高，为了平衡起见，保险费始终稳定的一个比例，这样导致合同的起初，所交付的保险费是高的，必然有一部分是储蓄性质，因此解除合同时应当退还，这就是保单的现金价值。

（保费和事故概率成正比，因人而异，因时而变。）

三、合同当事人与关系人

1．当事人

保险合同的当事人是指订立保险合同并享有和承担保险合同所确定的权利义务的人，包括保险人和投保人。

2．保险合同关系人

保险关系人是指在保险事故或者保险合同约定的条件满足时，对保险人享有保险金给付请求权的人，包括被保险人和受益人。

(1)被保险人。被保险人是指约定的保险事故可能在其财产或人身上发生的人。

(2)受益人。受益人又称保险金受领人，是指由投保人或被保险人在保险合同中指定的，于保险事故发生时，享有赔偿请求权的人。

受益人的特征是：①受益人由被保险人指定；投保人指定产生也可，要经过被保险人的同意；②受益人享有保险金的请求权；③投保人、被保险人或者第三人均可以为受益人；④受益人不受有无行为能力及保险利益的限制；⑤受益人只存在于人身保险合同中；⑥受益人的资格可以被取消，也可能会依法丧失。

四、保险合同的义务

订立保险合同时投保人和保险人的义务

（1）投保人的告知义务。

第一、投保人故意隐瞒事实，不履行如实告知义务的，或者因重大过失未履行如实告知义务，足以影

响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的，保险人有权解除保险合同。

第二、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。

第三、投保人因重大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。

对保险人在投保人未依法履行如实告知义务时，可以在一定条件下解除合同的权利作出进一步限制。一是投保人虽然未如实告知，但**保险人在订立保险合同时已经知道**其未如实告知的情况的，保险人不得解除合同，发生保险事故的，应当承担保险责任；二是投保人未依法履行如实告知义务，保险人可以依法行使解除权，但自知道是有之日起 30 日或者自**合同成立之日起两年内未行使该权利的，则不得再行使**。即保险人解除合同的抗辩权的期限为两年。

（2）保险人的说明义务。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；保险合同中规定有关于保险人责任免除条款的，保险人在订立保险合同时应当向投保人明确说明，未明确说明的，该条款不产生效力。

对采用格式条款订立保险合同的保险人，其订立合同时所尽义务做出更严格的规定。一是规定保险人对合同应当履行全部说明义务；二是向投保人提供的投保单应当附格式条款，以便于投保人了解全部合同内容，以此为基础做出是否投保的决定；三是规定保险人对保险合同中免除其责任的条款做出提示。提示义务指合同中所有涉及免除责任，包括全部免除和部分免除的条款。

依据公平原则，对保险人提供的保险条款的内容做出规范。根据保险活动中，保险合同多为保险人单方拟定的格式条款即为定式合同的特点，为防止保险人在合同中做出免除自身依法应承担的义务或加重投保人、被保险人责任的规定，损害投保人、被保险人的利益，规定：**这类合同中，有免除保险人依法应承担的义务的条款，或者加重投保人、被保险人责任，或排除投保人、被保险人、受益人依法享有的权利的条款无效。**

国家司法考试在线 www.SiKao.com

五、保险合同变更、解除或终止

1、保险标的的转让应当，依法变更合同。但是，货物运输保险合同和另有约定的合同除外；（因人而异）

保险标的转让的规定进行修改。**一是明确财产保险合同保险标的转让，其相应的保险权利义务由受让人自然承继，保险合同继续有效，维护保险关系的稳定；**二是规定保险标的转让后，其危险程度**显著**增加的，保险人才可以要求增加保险费或者解除合同，以限制保险人的权利。大家知道，比如我把我的房子上了一个保险，但是我把我的房子可能转让给别人了，属于保险合同标的的转让，标的转让以后保险关系是不是随之转让？根据新的保险法的规定，为了保证保险关系的稳定性，规定在保险标的转让的情况下，相应的保险权利义务由受让人继续承继，保险关系继续存在。**另外规定，在保险标的转让之后，投保人有义务尽快通知保险公司，因为保险标的的转让有可能导致保险标的危险程度的增加。**

2、保险合同的解除。

除《保险法》另有规定或者保险合同另有约定外，保险合同成立后，投保人可以解除保险合同，这是投保人的法定解除权，也就是退保。《保险法》另有规定是指在货物运输保险合同以及运输工具航程保险合同中，在保险责任开始后，投保人不得随意解除合同；

六、保险合同的履行

（一）投保人义务的履行

（1）缴纳保险费的义务；

（2）保险事故的通知义务。

对保险事故发生后，投保人等未及时履行通知义务，保险人可以在一定条件下不承担赔偿责任的规定增加限制条件。**即，保险事故发生后，投保人、被保险人或者受益人虽然未及时履行通知义务，但保险人通过其他途径已经及时知道或者应当及时知道保险事故发生的，保险人应当承担赔偿责任。有些重大保险事故，保险人通过媒体等途径可以很快得知事故的发生，并及时进行现场查勘，在这种情况下，即使有关当事人未能及时通知保险人，也不应免除保险人的保险责任。**

（3）维护保险标的安全的义务。

（4）危险程度增加的通知义务。在财产保险合同有效期内，保险标的危险程度增加的，被保险人按照合同约定应当及时通知保险人，保险人有权要求增加保险费或者解除合同。被保险人未履行前款规定的通知义务的，因保险标的危险程度增加而发生的保险事故，保险人不承担赔偿责任。（因时而变）

（5）防止或减少损失的义务。为此，保险人将额外赔付救助费（含调查费在内），但最高不超过保险金额，不足额保险，救助费也是按比例赔付。

（二）保险人义务的履行

（1）保守秘密的义务

（2）给付保险金的义务。

保险人的先予支付义务。保险人自收到赔偿或者给付保险金的请求和有关证明、资料之日起六十日内，对其赔偿或者给付保险金的数额不能确定的，应当根据已有证明和资料可以确定的最低数额先予支付；保险人最终确定赔偿或者给付保险金的数额后，应当支付相应的差额。

保险金给付请求权的时效。人寿保险的被保险人或者受益人对保险人请求给付保险金的权利，自其知道保险事故发生之日起五年诉讼时效内不行使而消灭。人寿保险以外的其他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二年诉讼时效不行使而消灭。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

七、代位求偿权

（1）代位求偿权是一种债权转移。

（2）代位求偿权中的保险事故是由第三人引起；

（3）代位求偿权的取得必须以保险人支付了保险金为基础，保险人在赔付后自动取得代位求偿权；

（4）代位求偿权的范围不得超过保险人的赔付金额；

（5）保险人在行使代位求偿权时，是以自己的名义，行使的对象是造成保险事故的第三人；

（6）

A 保险事故发生后，保险人赔偿保险金之前，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。

B 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。

C 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；

（7）除被保险人的家庭成员或者其组成人员故意造成保险事故以外，保险人不得对被保险人的家庭成员或者其组成人员行使代位请求赔偿的权利；

（8）代位求偿权仅适用于财产保险，不适用于人身保险。

第二节 保险合同分论

一、财产保险合同 （总论内容主要适用财产险）

二、人身保险合同

1、财产保险合同和人身保险合同的区别

	财产保险合同	人身保险合同
保险标的	财产或财产利益	人的生命或者身体
保险金的计算	在保险金额内，不定额支付	不存在超额问题，保险金定额支付
保障职能	补偿性保险	给付性保险
兼有功能	无	兼有储蓄性质
代位求偿权	适用	不适用

2、人身保险合同的特别规定

在保险合同总论中对保险合同的一般规定适用于人身保险合同。《保险法》对人身保险合同还有一些特别的规定，主要有以下几项：

（1）人身保险合同的保险利益。保险利益原则是《保险法》的一般原则，在人身保险合同中，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除前三项外，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。

另外，单位对于由劳动关系的劳动者有保险利益，可以为其投保。

（2）以死亡为给付保险金条件的合同的特别规定。

①投保人的限制。投保人不得为无民事行为能力人投保以死亡为给付保险金条件的人身保险，保险人也不得承保。父母为其未成年子女投保的人身保险，不受前款规定限制，但是死亡给付保险金额总和不得超过保险监督管理机构规定的限额；

②保险金的确定。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，不受限制。

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。因为，保单的转移占有，会直接影响受益人的索赔。

（4）除外责任。人身保险合同中除外责任的范围包括：

①投保人、受益人故意造成被保险人死亡、伤残或者疾病的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照合同约定向其他权利人（含受益人、被保险人继承人等）退还保险单的现金价值。受益人故意造成被保险人死亡或者伤残的，或者故意杀害被保险人未遂的，丧失受益权；

②以死亡为给付保险金条件的合同，被保险人自杀的，保险人不承担给付保险金的责任，被保险人为无行为能力人的除外；但对投保人已支付的保险费，保险人应按照保险单退还其现金价值。但是，自保险合同成立之日起满二年后，如果被保险人自杀的，保险人可以按照合同给付保险金；

③被保险人故意犯罪导致其自身伤残或者死亡的，保险人不承担给付保险金的责任。投保人已交足二年以上保险费的，保险人应当按照保险单退还其现金价值。

（5）保险金的继承。被保险人死亡后，遇有下列情形之一的，保险金作为被保险人的遗产，由保险人向被保险人的继承人履行给付保险金的义务：①没有指定受益人的；②受益人先于被保险人死亡，没有其他受益人的；③受益人依法丧失受益权或者放弃受益权，没有其他受益人的。

（6）人寿保费不得诉讼强制请求。因为，保险人可以中止或者解除合同。

知识产权法

第一章　著作权

一、著作权的客体

著作权因作品的创作完成，形成作品这一法律事实的存在而自然取得，而不需再履行任何法定手续。即著作权自动取得。

二、著作权的主体

（一）一般作品

（二）合作作品的著作权

合作作品是指两人以上共同创作完成的作品。合作作品的作者须具备创作合意与合创事实两个条件。

合作作品的著作权属于全体作者，对著作权的行使须征得全体合作作者的同意。对于可以分割的合作作品，作者对于各自创作的部分可以单独享有著作权，但不得侵犯合作作品整体的著作权。对于不可分割使用的，由合作作者协商一致行使；协商不成的，无正当理由任何一方不得阻止他方行使除转让以外的权利，所得收益应合理分配给所有合作作者。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

（三）演绎作品的著作权

演绎作品是指通过改编、翻译、注释、整理已有作品而产生的作品。演绎行为是演绎者的创造性劳动，也是一种创作方式。因此，法律规定，演绎作品的著作权由演绎者享有，但其对著作权的行使，不得侵犯原作品的著作权。另外，第三人在使用演绎作品时，应征求原作者和演绎作品作者的同意。

（四）汇编作品的著作权人

（五）影视作品的著作权

影视作品是指电影作品或以类似摄制电影的方式创作的作品。影视作品的著作权由制片人享有，但编剧、导演、摄影、作词、作曲等的作者享有署名权和依合同获得报酬权。影视作品中的剧本、音乐等可以单独使用的作品的作者，有权单独行使其著作权。

（六）委托作品的著作权

委托作品是指作为受托人的作者按照委托人的意志和要求而创作的作品。关于委托作品著作权的归属，由委托人和受托人通过合同约定解决，没有订立合同或合同没有明确约定的，为保护作者权益，著作权属于受托人，即作者本人。

（七）美术作品的著作权

美术作品的著作权由作者享有。但须注意美术作品和美术作品载体的关系，作品原件的所有权与作品的著作权是相区分的。“美术作品原件所有权的转移，不视为作品著作权的转移”，此规则也适用于计算机软件等具有知识产权的标的物，但法律另有规定或当事人另有约定的除外。但美术作品原件的所有人享有展览权，此外的其他权利仍由著作权人享有。

（八）身份不明的作品的著作权

身份不明的作品是指作者不具名或不写其真实姓名的作品。身份不明的作品由作品原件合法持有人行

使除署名权外的著作权。作者身份确定后，由作者或其继承人行使著作权。作者不明的作品，只有作品是原件，且必须是合法持有人才享有除署名权以外的著作权。

三、著作权的内容

（一）著作人身权

1、发表权，即作者依法决定是否将其作品公之于众的权利。“公之于众”是指将作品向不特定的人公开，但不以公众知晓为要件。发表权是一次性的权利，一经行使即归消灭。

2、署名权，即标明作者身份，在作品上署名的权利。具体包括作者决定是否署名及如何署名等。

3、修改权，即作者本人或授权他人修改其作品的权利。

4、保护作品完整权，即保护作品不受歪曲、篡改的权利。

（二）著作财产权

著作财产权是指著作权人依法享有的控制其作品的使用并获取财产收益的权利，主要内容包括：

1、复制权，即通过印刷、拓印等方式将作品复制一份或多份的权利。

2、发行权，即以出售或赠与的方式向公众提供作品原件或复制件的权利。

3、出租权，即有偿许可他人临时使用电影作品或以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件的权利，但计算机软件不是出租的主要标的除外。

4、展览权，即公开陈列美术作品、摄影作品原件或复制件的权利。

5、表演权，即公开表演作品，及用各种手段公开播送作品的权利。

6、放映权，即通过各种技术设备，公开再现美术、摄影、电影等作品的权利。

7、广播权，即以无线、有线或转播的方式向公众传播广播的作品，以及通过扩音器或其他设备向公众传播广播的作品的权利。

8、信息网络传播权，即以有线或无线方式，向公众提供作品，使公众可以在其选定的时间和地点获得作品的权利。

9、摄制权，即以摄制电影或以类似摄制电影的方式将作品固定在有关载体上的权利。

10、改编权、翻译权、汇编权等应当由著作权人享有的其他权利。

11、转让权，著作权人可以转让上述部分或全部权利，并获取报酬的权利。

12、许可使用权，是指著作权人通过于他人签订使用许可合同，许可他人使用其作品并获得报酬的权利。

13、获得报酬权，是指著作权人依法享有的因作品的使用或转让而获得报酬的权利。

四、著作权的合理使用

著作权的合理使用是指针对他人已经发表的作品，根据法律的规定，在不必征得著作权人同意的情况下，而无偿使用其作品的行为，但应指明作者姓名、作品名称，并不得侵犯著作权人的其他权利。根据《著作权法》22 条的规定，合理使用的范围包括：

（一）为个人学习、研究或者欣赏，使用他人已经发表的作品；

（二）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；

（三）为报道时事新闻，在报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体中不可避免地再现或者引用已经发表的作品；

（四）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放其他报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体已经发表的关于政治、经济、宗教问题的时事性文章，但作者声明不许刊登、播放的除外；

国家司法考试在线 www.SiKao.com

（五）报纸、期刊、广播电台、电视台等媒体刊登或者播放在公众集会上发表的讲话，但作者声明不许刊登、播放的除外；

（六）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，供教学或者科研人员使用，但不得出版发行；

（七）国家机关为执行公务在合理范围内使用已经发表的作品；

（八）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；

（九）免费表演已经发表的作品，该表演未向公众收取费用，也未向表演者支付报酬；

（十）对设置或者陈列在室外公共场所的艺术作品进行临摹、绘画、摄影、录像；

（十一）将中国公民、法人或者其他组织已经发表的以汉语言文字创作的作品翻译成少数民族语言文字作品在国内出版发行；

将已经发表的汉族文学作品翻译成少数民族文字在国内行；将已经发表的作品改成盲文出版，在我国均属于合理使用。

（十二）将已经发表的作品改成盲文出版。

五、著作权法定使用许可制度

法定许可使用制度是指依照著作权法的规定，传播者在使用他人已经发表但没有著作权保留声明的作品时，可以不经著作权人许可，但应向其支付报酬，并尊重著作权人其他权利的制度。

法定许可与合理使用的主要区别在于：首先，合理使用无须向著作权人支付报酬，而法定许可则必须向著作权人支付报酬：其次，合理使用的范围较为广泛，我国著作权法第二十二条规定十二种，而法定许可的范围较窄。再次，前者是任何人用，后者是传播者的特权。

根据《著作权法》的规定，法定许可包括以下几种情况：

（一）作品在刊登后，著作权人声明不得转载、摘编的以外，其他报刊可以转载或作为文摘、资料刊登，但应当向作者支付报酬。报社、期刊社可以对作品作文字性的修改、删节，但对文章内容的修改，则应征得作者的同意。

（二）录音制作者使用他人已经合法录制为录音制品的音乐作品制造录音制品，可以不经著作权人许可，但应当按规定支付报酬，著作权人声明不得使用的除外。

（三）广播电台、电视台使用他人已经发表的作品或已经出版的录音制品，可以不经著作权人许可，但应支付报酬。

（四）为实施国家九年义务教育或国家教育规划而编写出版教科书，除作者声明不许使用的外，可以不经著作权人许可，在教科书中汇编已经发表的作品片断或短小的文字作品、音乐作品或美术、摄影作品。但应当按规定支付报酬，并指明作者姓名、作品名称，并不得侵犯著作权人享有的其他权利。

七、邻接权

邻接权，也称作品传播者权，是指作品传播者对其赋予作品的传播形式所享有的权利。邻接权以著作权为基础。邻接权的保护期限为 50 年。邻接权中，除表演者权外，一般不涉及人身权。

（一）表演者权

表演者权是指演员或其他文学、艺术作品的表演人（包括演出单位），对其表演所享有的权利。表演者对其表演，享有 A 表明表演者身份、B 保护表演形象不受歪曲、A 许可他人从现场直播和公开传送其现场表演、B 许可他人录音录像、许可他人复制、发行录有其表演的录音录像制品、C 许可他人通过信息网

络向公众传播其表演，并获得报酬的权利。

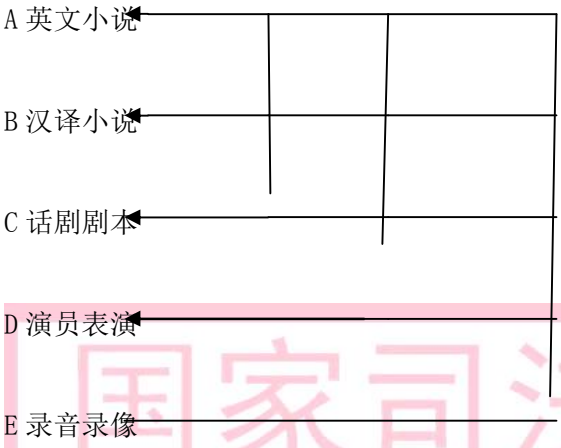
表演者使用他人作品进行表演，应当取得著作权人的许可，并支付报酬。演出组织者组织演出的，由组织者征得著作权人的许可，并支付报酬。使用演绎作品进行演出的，应当同时征得演绎作品著作权人和原作品著作权人的许可，并支付报酬。

（二）出版者权：专有出版权、版式设计权；

（三）录音录像制作者权

录制者对其制作的音像制品，享有许可他人复制、发行、出租、网络传播并获取报酬的权利。该权利的保护期为 50 年，自改制品制作完成后第 50 年的 12 月 31 日。

音像制作者使用他人的作品制作音像制品，应当取得著作权人的许可，并支付报酬。若为演绎作品，还须征得原著作权人的许可，录制表演活动的，还须同表演者签订合同，并支付报酬。



国家司法考试在线 www.SiKao.com

（四）播放者权

播放者可以许可他人转播、录制其广播电视节目。

八、著作权侵权行为

侵权举证采用过错推定：不能证明其出版复制行为有合法来源的，推定其为侵权；过错推定，举证责任倒置；

侵犯著作权的诉讼时效为二年，自著作权人知道或者应当知道侵权行为之日起计算。权利人超过二年起诉的，如果侵权行为在起诉时仍在持续，在该著作权保护期内，人民法院应当判决被告停止侵权行为；侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算二年计算。

第二章　商标权

一、商标注册

绝对禁止条件

首先，第九条　申请注册的商标，应当有显著特征，便于识别，并不得与他人在先取得的合法权利相冲突。

其次，第十条　下列标志不得作为商标使用：

（1）同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的，以及同中央国家机关所在地特定地点的名称或者标志性建筑物的名称、图形相同的；

（2）同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的，但该国政府同意的除外；

（3）同政府间国际组织的名称、旗帜、徽记相同或者近似的，但经该组织同意或者不易误导公众的除外；

（4）与表明实施控制、予以保证的官方标志、检验印记相同或者近似的，但经授权的除外；

（5）同“红十字”、“红新月”的名称、标志相同或者近似的；

（6）带有民族歧视性的；

（7）夸大宣传并带有欺骗性的；

（8）有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

（9）地理标记：

商标使用地理标记，而又非来自于该地区的违法。

县级以上行政区划的地名或者公众知晓的外国地名，不得作为商标。但是，地名具有其他含义或者作为集体商标、证明商标组成部分的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

再次，商标法规定（11 条）下列标志不得作为商标注册：

（1）仅有本商品的通用名称、图形、型号的；

（2）仅仅直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；

（3）缺乏显著特征的。

前款所列标志经过使用取得显著特征，并便于识别的，可以作为商标注册。

复再次，商标法规定（12 条）以三维标志申请注册商标的，仅由商品自身的性质产生的形状、为获得技术效果而需有的商品形状或者使商品具有实质性价值的形状，不得注册。

最后，商标法规定（13 条）就相同或者类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人未在中国注册的驰名商标，容易导致混淆的，不予注册并禁止使用。

就不相同或者不相类似商品申请注册的商标是复制、摹仿或者翻译他人已经在中国注册的驰名商标，误导公众，致使该驰名商标注册人的利益可能受到损害的，不予注册并禁止使用。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

二、商标侵权行为

（一）一切侵害他人注册商标权益的行为，都是侵犯商标权的行为。根据《商标法》 第 52 条的规定，侵犯注册商标专用权的行为主要包括以下几种：

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注册商标相同或近似的商标的行为。

2、销售侵犯注册商标专用权的商品的行为。结合《商标法》第 56 条第 3 款的规定：销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得并说明提供者的，不承担赔偿责任。因此，这种形式的商标侵权行为是需要销售者主观明知为要件的。

3、伪造或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行为。须注意的是，这种侵权行为是商标标识的侵权行为，包括“制造”和“销售”两种行为。

4、未经商标注册人同意，更换其注册商标并将该更换商标的商品又投入市场的行为。这种行为在理论上也称为“反向假冒”行为。

5、给他人的注册商标专用权造成其他损害的行为。

（二）根据商标法实施条例第 50 条及最高人民法院《关于审理商标民事案件适用法律若干问题的解释》第 1 条规定，属于商标法第五十二条第（五）项规定的给他人注册商标专用权造成其他损害的行为，包括：

1、在同种或类似商品上，将与他人注册商标相同或近似的标志作为商品名称、装潢使用，误导公众的；

2、故意为侵犯他人注册商标专用权的行为提供仓储、运输、邮寄、隐匿等便利条件的；

3、将与他人注册商标相同或近似的文字作为企业的字号或在相同或类似商品上突出使用，容易使相关公众产生误认的；

4、将与他人注册商标相同或近似的文字注册为域名，并通过该域名进行有关商品交易的电子商务活动，容易使相关公众产生误认的；

第三章　专利权

一、专利权的客体

根据我国《专利法》的规定，包括发明、实用新型、外观设计三种形式。

（一）发明发明是指对产品、方法或者其改进所提出的技术方案。发明是与“自然规律”有关的思想创新，是利用自然规律的结果，但自然规律本身并非发明，即科学发现不同于发明。

（二）实用新型实用新型是指对产品的形状、构造或者形状和构造的结合所提出的适于实用的新技术方案。申请实用新型专利的主体必须是产品，且必须有确定的形状、固定的三维构造，能自由移动。对于无确定形状的产品如气态、液态产品及颗粒状等的固态产品，以平面图案设计为特征的产品，不可移动的建筑物均不能被授予实用新型专利。作为实用新型的产品的对象的产品还必须具有实用性，即能够在生产中运用，一旦实施，能够取得某种技术的、社会的或经济的效果。另外，实用新型的真正内涵是一种技术的思想，产品的形状、构造及其结合只是这种创造性技术思想的体现，并非法律保护的实质。

（三）外观设计外观设计是指对产品的形状、图案或者其结合以及色彩与形状、图案的结合所做出的具有美感并适于工业上运用的新设计。外观设计可以是立体的，也可以是平面的。外观设计必须以产品为依托，离开了具体的产品就无所谓外观设计。外观设计并不考虑实用目的，所解决的并不是技术问题，而是以产品的形状、图案和色彩作为要素，以追求美感目的为核心的。另外，外观设计还必须适于工业应用，即可以通过工业手段大量复制。对于外观设计，原则上也是可以受到著作权法的保护的，但这两种法律在权利的保护效力上却是有很大差别的。著作权法并不排斥他人独立创作出相同或类似的作品，即著作权法独创性原则的体现；而专利法则不允许对相同或类似的设计授予专利。因此外观设计权的专有程度大大强于著作权，所以其保护期限也相应短于著作权。另外，由于我国现行《商标法》并不保护立体商标，一些立体的、原可作为商标申请的设计，可以申请外观设计专利。另外，知名商品特有的包装、装潢是《反不正当竞争法》保护的一项重要权利，对其应当按照使用在先的原则予以认定和保护。经营者擅自将他人知名商品特有的包装、装潢作相同或者近似使用，并取得外观设计专利的行为，侵害他人知名商品特有的包装、装潢的在先使用权，造成或者足以造成购买者误认或者混淆的，违反了《反不正当竞争法》第 5 条第 2 项的规定，构成不正当竞争行为，应当按照《反不正当竞争法》和国家工商行政管理总局《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》予以查处。

（四）专利法不予保护的对象 1　对于违反国家法律、社会公德或者妨碍社会公共利益的发明创造，不授予专利。2　科学发现。由于科学发现本身不是专利法意义上的发明，因此法律不授予其专利。3　智力活动的规则和方法。4　疾病的诊断和治疗方法。注意，对于诊断和治疗疾病而发明的各种仪器设备是可以被授予专利的。5　动物和植物的品种。但对动植物的生产方法可以获得专利；另外，对于植物新品种可以采用专利法以外的方式予以保护。6　用原子核变换方法获得的物质。7. 平面设计的具有标示性的图案；

方法不授予专利的实物授予，实物不授予专利的方法授予。

二、专利权的主体专利权主体即专利权人，是指依法享有专利权并承担相应义务的人。包括以下几种：

（一）发明人或设计人发明人或设计人

（二）发明人或设计人的单位三、授予专利权的实质条件

（一）授予发明、实用新型专利的实质条件　　发明、实用新型获得专利的实质要件包括：新颖性、创造性和实用性，称为“三性”。

1　新颖性。　根据《专利法》的规定，新颖性，是指该发明或者实用新型不属于现有技术（现有技术也没有任何人就同样的发明或者实用新型在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公布的专利申请文件或者公告的专利文件中。

申请专利的发明创造在申请日以前 6 个月内，有下列情况的，不丧失新颖性：（1）在中国政府主办或承认的国际展览会上首次展出的；（2）在国务院有关主管部门和全国性学术团体组织召开的学术会议或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。需要注意的是，对于这三种情况，虽然不丧失新颖性，但其效力却十分有限，它不具有排除第三人申请的效力。如果有他人在这 6 个月内就同样的发明创造提出申请，靠这种不丧失新颖性的规定是无法与之抗衡的。

2　创造性。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特点和进步。实用新型的创造性标准低于发明。另外，《专利法》对实用新型的专利申请不进行实质审查，所以对实用新型创造性的评价，也是在对实用新型专利权提出无效宣告请求时才可能涉及。

3　实用性。实用性是指一项发明创造能够在产业上进行制造或者使用，并且能够产生积极的效果。具备实用性的发明创造应当能够制造或使用，即具备可实施性，且能重复实施。另外，其还须能带来积极的效果，即具备有益性。在判断有益性时须注意的是，在申请时这种发明创造所带来的积极效果可能没有产生，只要有产生积极效果的可能性即可。

（二）授予外观设计专利的实质要件外观设计专利获得专利的实质要件为：新颖性、美观性及不与在先的权利冲突。授予专利权的外观设计，应当不属于现有设计；也没有任何人就同样的外观设计在申请日以前向国务院专利行政部门提出过申请，并记载在申请日以后公告的专利文件中。（本法所称现有设计，是指申请日以前在国内外为公众所知的设计。申请专利的发明创造，在申请日前已经在国内外出版物上公开或者被使用或者以其它形式为公众所知，就导致其新颖性丧失。）

授予专利权的外观设计与现有设计或者现有设计特征的组合相比，应当具有明显区别。

授予专利权的外观设计不得与他人在申请日以前已经取得的合法权利相冲突。

“美观性”是指外观设计使用在产品上时能使人产生美感，增加产品对消费者的吸引力。授予专利权的外观设计不能与他人在先取得的合法权利相冲突，如不得擅自将他人享有著作权的美术作品作为外观设计申请专利。

四、专利的申请与审批

（一）专利申请的原则

1　形式法定原则。申请专利的各项手续，都应当以书面形式或国家知识产权局专利局规定的其他形式办理，否则不产生效力。

2　单一性原则。也称为“一发明一申请原则”，是指一份专利申请文件只能就一项发明创造提出专利申请。但是属于一个总的发明构思的两项以上的发明或实用新型，可以作为一件提出；用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可以作为一件申请提出。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

同样的发明创造只能授予一项专利权。但是，同一申请人同日对同样的发明创造既申请实用新型专利又申请发明专利，先获得的实用新型专利权尚未终止，且申请人声明放弃该实用新型专利权的，可以授予发明专利权。

根据《专利法》第 8 条的规定，两个以上单位或者个人合作完成的发明创造、一个单位或者个人接受其他单位或者个人委托所完成的发明创造，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或者个人；申请被批准后，申请的单位或者个人为专利权人。第 31 条也规定，一件发明或者实用新型专利申请应当限于一项发明或者实用新型。属于一个总的发明构思的两项以上的发明或者实用新型，可以作为一件申请提出。一件外观设计专利申请应当限于一种产品所使用的一项外观设计。用于同一类别并且成套出售或者使用的产品的两项以上的外观设计，可以作为一件申请提出。

3　先申请原则。两个或两个以上的申请人分别就同样的发明创造申请专利的，专利权授予最先申请的人。注意：对于专利申请日的确定，国务院专利行政部门收到完整专利申请文件的日期为专利申请日。如果申请文件是邮寄的，以寄出的邮戳日为申请日。邮戳日不清晰的，除当事人能够提供证明的外，以专利局收到专利申请文件的日期为申请日。专利申请人享有优先权的，以优先权日为申请日。

（1）同一日申请的，协商，协商不成的，都驳回，各自作为商业秘密，平等保护。（2）共同发明人，有的要申请专利，有的反对的，不申请。专利申请权或者专利权的共有人对权利的行使有约定的，从其约定。没有约定的，共有人可以单独实施或者以普通许可方式许可他人实施该专利；许可他人实施该专利的，收取的使用费应当在共有人之间分配。除前述规定的情形外，行使共有的专利申请权或者专利权应当取得全体共有人的同意。（3）对于相同或者类似产品，不同的发明人都拥有专利权的有以下三种情形：一是不同的发明人对该产品所作出的发明创造的发明点不同，他们的技术方案之间有本质区别；二是在后的专利技术是对在先的专利技术的改进或改良，它比在先的专利技术更先进，但实施该技术，有赖于实施前一项专利技术，因而它属于从属专利；三是因实用新型专利未经实质审查，前后两项实用新型专利的技术方案相同或者等同，后一项实用新型专利属于重复授权。　人民法院在审理专利侵权纠纷案件时，根据《专利法》规定的先申请原则，只要原告先于被告提出专利申请，则应当依据原告的专利权保护范围，审查被告制造的产品主要技术特征是否完全覆盖原告的专利保护范围。在一般情况下，前述第一种情形由于被告发明的技术方案同原告发明的技术方案有本质的区别，故被告不构成侵权；后两种情形或者被告为了实施其从属专利而未经在先专利权人的许可，实施了在先的专利技术，或者由于前后两项实用新型专利的技术方案相同或者等同，被告对后一项重复授权专利技术的实施，均构成对原告专利权的侵犯。因此，人民法院不应当仅以被告拥有专利权为由，不进行是否构成专利侵权的分析判断即驳回原告的诉讼请求，而应当分析被告拥有专利权的具体情况以及与原告专利权的关系，从而判定是否构成侵权。

4　优先权原则。专利申请人就其发明创造自第一次提出专利申请后，在法定期限内，又就相同主题的发明创造提出专利申请的，以其第一次申请的日期为其申请日，这种权利称为优先权，此处所谓的法定期限，就是优先权期限。优先权可分为外国优先权和本国优先权。（1）外国优先权。我国《专利法》规定，申请人自发明或实用新型在外国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，或者自外观设计第一次提出专利申请之日起 6 个月内，又在中国就相同主题提出专利申请的，依照该外国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照相互承认优先权的原则，可以享有优先权。（2）本国优先权。申请人自发明或实用新型在中国第一次提出专利申请之日起 12 个月内，又就相同主题提出专利申请的，可以享有优先权，这种在国内的申请优先权即本国优先权。本国优先权不包括外观设计。

（二）专利的审批

1 发明专利申请的审批。（1）初步审查。初步审查是指国务院专利行政部门受理发明专利申请后，就其是否符合《专利法》及其实施细则规定的形式要求以及是否存在明显的实质性缺陷进行审查。但并不对其新颖性、创造性和实用性进行评价。（2）早期公开。国务院专利行政部门收到发明专利申请后，经初步审查认为符合要求的，自申请日起满 18 个月，即行公布。国务院专利行政部门可以根据申请人的请求早日公布其申请。除上述规定外，国务院专利行政部门受理发明专利申请后，应当将需要进行保密审查的申请转送国务院有关主管部门审查；有关主管部门应当自收到该申请之日起 4 个月内，将审查结果通知国务院专利行政部门；需要保密的，由国务院专利行政部门按照保密专利申请处理，并通知申请人。（3）实质审查。实质审查是国务院专利行政部门对发明专利申请是否符合授予专利权的实质要件依法进行的审查。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。专利局认为必要的时候，也可自行对发明专利申请进行实质审查。（4）授权登记公告。发明专利申请经实质审查没有发现驳回理由的，由国务院专利行政部门作出授予发明专利权的决定，发给发明专利证书，同时予以登记和公告。发明专利权自公告之日起生效。

2 实用新型和外观设计专利的审批。我国专利法规定，对实用新型和外观设计专利申请只进行初步审查，不进行实质审查。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，由国务院专利行政部门作出授予实用新型或外观设计专利权的决定，发给相应的专利证书，同时予以登记和公告。实用新型和外观设计专利权自公告之日起生效。

（四）专利的复审国务院专利行政部门设立专利复审委员会。专利申请人对国务院专利行政部门驳回申请的决定不服的，可以自收到通知之日起 3 个月内，向专利复审委员会请求复审。专利申请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

1 发明专利权的期限为 20 年，实用新型专利权和外观设计专利权的期限为 10 年，均自申请日起计算。专利权人应当自被授予专利权的当年开始缴纳年费。

2 有下列情形之一的，专利权在期限届满前终止： （1）没有按照规定缴纳年费的。 （2）专利权人以书面声明放弃其专利权的。 专利权在期限届满前终止的，由国务院专利行政部门登记和公告。

3 自国务院专利行政部门公告授予专利权之日起，任何单位或者个人认为该专利权的授予不符合法律有关规定的，可以请求专利复审委员会宣告该专利权无效。专利复审委员会对宣告专利权无效的请求应当及时审查和作出决定，并通知请求人和专利权人。宣告专利权无效的决定，由国务院专利行政部门登记和公告。

对专利复审委员会宣告专利权无效或者维持专利权的决定不服的，可以自收到决定之日起 3 个月内向人民法院起诉。人民法院应当通知无效宣告请求程序的对方当事人作为第三人参加诉讼。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，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，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。但是因专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。

如果依照上述规定，专利权人或者专利权转让人不向被许可实施专利人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。

4 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，已经履行或者强制执行的专利侵权纠纷处理决定，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。

5 如果是因为专利权人的恶意给他人造成的损失，应当给予赔偿。如果出现上述情况，专利权人或者专利权转让人不向被许可实施专利人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。

五、专利权的内容和限制

（一）专利权人的权利

1 独占的实施权。专利权人的独占实施权包括两个方面：首先，专利权人自己享有实施该专利的特权；其次，专利权人有权禁止他人擅自实施其专利。

2 许可实施权。许可实施权是指专利权人通过实施许可合同的方式，许可他人实施其专利并收取专利使用费的权利。专利许可合同的形式有普通的许可合同、独占的许可合同、排他的许可合同三种，通过不同的合同形式，专利权人可以不同程度地对被许可人进行合理控制。普通的实施许可是指专利权人在同一地域和时间可以自己并许可多人实施其专利；独占实施许可是指专利权人许可被许可方在合同约定的时间和地域范围内，以合同约定的方式对专利进行独占性实施，从而排斥包括专利权人在内的一切人实施该专利；排他的实施许可是指在合同约定的时间和地域范围内，专利权人只许可一个被许可人实施其专利，但专利权人自己有权实施该专利。

3 转让权。专利可以转让。转让专利权的当事人之间须签订书面合同，并由国务院专利行政部门登记和公告，专利权的转让自登记之日起生效。中国单位或个人向外国人转让专利的，还须经国务院有关主管部门批准。专利权只能作为一个整体转让。专利权转让与实施许可不同，后者移转的是专利的使用权，前者移转的是专利的所有权，出让人丧失专利所有权，受让人称为新的专利权人。4 标示权。专利权人有权在其专利产品或产品的包装上标明专利标记和专利号。

（二）专利权人的义务专利权人应当自被授予专利权的当年开始缴纳年费。年费也称为专利维持费，专利权人所缴纳的年费是逐年递增的。如果未按规定缴纳年费，可能导致专利权的终止。

（三）强制许可制度强制许可是指国务院专利行政部门根据法律规定，不经专利权人的同意，直接许可具备实施条件的申请者实施发明或实用新型专利的一种行政措施。其目的在于促进获得专利的发明创造得以实施，防止专利权人滥用专利权，维护国家利益和社会公共利益。包括以下几种情况：

1 专利权人自专利权被授予之日起满三年，且自提出专利申请之日起满四年，无正当理由未实施或者未充分实施其专利的；

2 专利权人行使专利权的行为被依法认定为垄断行为，为消除或者减少该行为对竞争产生的不利影响的。

3 为了公共健康目的，对取得专利权的药品，国务院专利行政部门可以给予制造并将其出口到符合中华人民共和国参加的有关国际条约规定的国家或者地区的强制许可。”

4 交叉强制

六、专利侵权

专利侵权的类型主要有：1 假冒专利。假冒他人专利的，除依法承担民事责任外，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，没收违法所得，可以并处违法所得 3 倍以下的罚款，没有违法所得的，可以处 5 万元以下的罚款；构成犯罪的，依法追究刑事责任。

下列行为属于假冒他人专利的行为：（1）未经许可，在其制造或者销售的产品、产品的包装上标注他人的专利号；（2）未经许可，在广告或者其他宣传材料中使用他人的专利号，使人将所涉及的技术误认为是他人的专利技术；（3）未经许可，在合同中使用他人的专利号，使人将合同涉及的技术误认为是他人的专利技术；（4）伪造或者变造他人的专利证书、专利文件或者专利申请文件。

2 冒充专利。以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的，由管理专利工作的部门责令改正并予公告，可以处 5 万元以下的罚款。下列行为属于以非专利产品冒充专利产品、以非专利方法冒充专利方法的行为：（1）制造或者销售标有专利标记的非专利产品；（2）专利权被宣告无效后，继续在制造或者销售的产品上标注专利标记；（3）在广告或者其他宣传材料中将非专利技术称为专利技术；（4）在合同中将非专利技术称为专利技术；（5）伪造或者变造专利证书、专利文件或者专利申请文件。

侵犯专利权的赔偿数额，按照权利人因被侵权所受到的损失或者侵权人因侵权所获得的利益确定；被侵权人的损失或者侵权人获得的利益难以确定的，参照该专利许可使用费的倍数合理确定。专利权人或者利害关系人有证据证明他人正在实施或者即将实施侵犯其专利权的行为，如不及时制止将会使其合法权益受到难以弥补的损害的，可以在起诉前向人民法院申请采取责令停止有关行为和财产保全的措施。侵犯专利权的诉讼时效为 2 年，自专利权人或者利害关系人得知或者应当得知侵权行为之日起计算。 发明专利申请公布后至专利权授予前使用该发明未支付适当使用费的，专利权人要求支付使用费的诉讼时效为 2 年，自专利权人知道或者应当知道他人使用其发明之日起计算，但是，专利权人于专利权授予之日前即已知道或者应当知道的，自专利权授予之日起计算。

专利权人或者利害关系人虚构事实或者不正当理由而指控他人侵犯其专利权向人民法院起诉或者请求管理专利工作的部门处理，给对方造成损失的，应当承担赔偿责任。

（二）在下列情形下，不视为侵犯专利权

1 专利权人制造、进口或者经专利权人许可而制造、进口的专利产品或者依照专利方法直接获得的产品售出后，使用、许诺销售或者销售该产品的。理论上称为“权利穷尽”。 2 在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的。这就是理论上所说的“先用权”。 3 临时通过中国领陆、领水、领空的外国运输工具，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，为运输工具自身需要而在其装置和设备中使用有关专利的。理论上称之为“临时过境”。 4 专为科学研究和实验而使用有关专利的。

经济法部分

第一章 竞争法

一、反垄断法

一、垄断行为的分类

垄断行为分为经营性垄断和行政性垄断。

经营性垄断行为包括：

（一）经营者达成垄断协议；

（二）经营者滥用市场支配地位；

（三）具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。

行政性垄断行为主要包括行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，排除、限制竞争。

国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作

二、 垄断协议，是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。

（一）禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议：

（1）固定或者变更商品价格；

（2）限制商品的生产数量或者销售数量；

（3）分割销售市场或者原材料采购市场；

（4）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；

（5）联合抵制交易；

（6）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

（二）禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议：

（1）固定向第三人转售商品的价格；

（2）限定向第三人转售商品的最低价格；

（3）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。

经营者能够证明所达成的协议属于下列情形之一的，不属于垄断协议；

（1）为改进技术、研究开发新产品的；

（2）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；

（3）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；

（4）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；

（5）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；

（6）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的；

（7）法律和国务院规定的其他情形。

上述第一项至第五项情形，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益。

（三） 行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。

三、 滥用市场支配地位

市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：

（一）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；

（二）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；

（三）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；

（四）没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易；

（五）没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；

（六）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇；

（七）国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：

（一）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；

（二）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的；

国家司法考试在线 www.SiKao.com

（三）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的。

有前款第二项、第三项规定的情形，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

四、 经营者集中

经营者集中是指下列情形：

（一）经营者合并；

（二）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；

（三）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

五、 滥用行政权力排除、限制竞争

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力，实施下列行为，妨碍商品在地区之间的自由流通：

（一）对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准，或者规定歧视性价格；

（二）对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准，或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施，限制外地商品进入本地市场；

（三）采取专门针对外地商品的行政许可，限制外地商品进入本地市场；

（四）设置关卡或者采取其他手段，阻碍外地商品进入或者本地商品运出；

（五）妨碍商品在地区之间自由流通的其他行为。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

二、反不正当竞争法

不正当竞争行为主要有以下几种：

1、混淆交易行为

经营者在市场经营活动中，客观上实施了反不正当竞争法第 5 条禁止的不正当竞争手段，如假冒他人注册商标、企业名称，仿冒国家名优标志，擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢，伪造产地名称等。

2、商业贿赂行为

商业贿赂是指经营者为争取交易机会，暗中给予交易对方有关人员和能够影响交易的其他相关人员以财物或其他好处的行为。

3、虚假宣传行为

虚假宣传行为是指经营者利用广告和其他方法，对产品的质量、性能、成分、用途、产地等所作的引人误解的不实宣传。

4、侵犯商业秘密行为

5、低价倾销行为

低价倾销行为是指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。

第 1 1 条规定了四种除外情况：

（1）销售鲜活商品；

（2）处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；

（3）季节性降价；

（4）因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

6、不正当有奖销售行为

一种是奖励给所有购买者的附赠式有奖销售，一种是奖励部分购买者的抽奖式有奖销售。

（1）谎称有奖销售或对所设奖的种类，中奖概率，最高奖金额，总金额，奖品种类、数量、质量、提供方法等作虚假不实的表示；

（2）采取不正当手段故意让内定人员中奖；

（3）故意将设有中奖标志的商品、奖券不投放市场或不与商品、奖券同时投放，或者故意将带有不同奖金金额或奖品标志的商品、奖券按不同时间投放市场；

（4）抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超5000元（以非现金的物品或者其他经济利益作为奖励的，按照同期市场同类商品或者服务的正常价格折算其金额）；

（5）利用有奖销售手段推销质次价高的商品；

（6）其他欺骗性有奖销售行为。

7、诋毁商誉行为

第二章 消费者法

第一节 消费者权益保护法

（一）销售者与生产者之间的责任归属

1．销售者先行赔偿制度。

2．销售者与生产者之间连带赔偿制度。

（二）营业执照持有人与租借人的赔偿责任

使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务，损害消费者合法权益的，消费者可向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

（三）展销会举办者、柜台出租者的特殊责任

消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后，也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

（四）虚假广告的广告主要与广告经营者的责任

广告主严格责任；

广告经营者明知应知连带；

否则，没有责任，但有义务指出广告主，否则全部责任。

（五）（1）检验机构及认证机构的法律责任：

①伪造检验结果或者出具虚假证明时承担行政责任；

②出具的检验结果或者证明不实，造成损失的，应当承担相应的赔偿责任；造成重大损失的，撤销其检验资格、认证资格；

③对不符合认证标准而使用认证标志的产品，未依法要求其改正或者取消其使用认证标志资格的，对因产品不符合认证标准给消费者造成的损失，与产品的生产者、销售者承担连带责任；情节严重的，撤销其认证资格。

（六）社会团体、社会中介机构对产品质量作出承诺、保证，而该产品又不符合其承诺、保证的质量要求，给消费者造成损失的，与产品的生产者、销售者承担连带责任。

（六）三包和双罚

1 对国家规定或经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换或退货。

在保修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或退货。对包修、包换、包退的大件商品，消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。

依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

2 经营者提供商品或服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或接受服务的费用的一倍。

第二节　产品质量法

（一）产品责任——专指缺陷侵权责任

①因产品存在缺陷造成人身、缺陷产品以外的其他财产（以下简称他人财产）损害的，生产者应当承担赔偿责任。（无过错责任）

生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：

（一）未将产品投入流通的；

（二）产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；

（三）将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的；

②由于销售者的过错使产品存在缺陷，造成人身、他人财产损害的，销售者应当承担赔偿责任。

销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的，销售者应当承担赔偿责任。（过错推定）

③因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的，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（生产者与销售者连带责任）。属于产品的生产者的责任，产品的销售者赔偿的，产品的销售者有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任，产品的生产者赔偿的，产品的生产者有权向产品的销售者追偿。

④因产品存在缺陷造成受害人人身伤害的，侵害人应当赔偿医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用；造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用；造成受害人死亡的，并应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。

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者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人应当赔偿损失。

⑤因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为**二年**，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满**十年**丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。（锅炉是终身保修）

⑥本法所称缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的**不合理的危险**；产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，是指不符合该标准。

（二）产品的瑕疵担保责任——专指合同责任

售出的产品有下列情形之一的，销售者应当负责修理、更换、退货；给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失：

（一）不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的；（默示担保义务）

（二）不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；（明示担保义务）

（三）不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；（明示担保义务）

销售者依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后，属于生产者的责任或者属于向销售者提

供产品的其他销售者（以下简称供货者）的责任的，销售者有权向生产者、供货者追偿。

销售者未按照第一款规定给予修理、更换、退货或者赔偿损失的，由产品质量监督部门或者工商行政管理部门责令改正。

生产者之间，销售者之间，生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同有不同约定的，合同当事人按照合同约定执行。

注意：瑕疵担保责任的诉讼时效适用民法通则，为一年（出售不合格商品未声明的）

第三节 食品卫生安全法

第四条 国务院设立**食品安全委员会**，其工作职责由国务院规定。

国务院卫生行政部门承担食品安全综合协调职责，负责食品安全风险评估、食品安全标准制定、食品安全信息公布、食品检验机构的资质认定条件和检验规范的制定，组织查处食品安全重大事故。

国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门依照本法和国务院规定的职责，分别对食品生产、食品流通、餐饮服务活动实施监督管理。

第二章 食品安全风险监测和评估

第十一条 国家建立食品安全风险监测制度，对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定、实施国家食品安全风险监测计划。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划，结合本行政区域的具体情况，组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。

第十二条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门获知有关食品安全风险信息后，应当立即向国务院卫生行政部门通报。国务院卫生行政部门会同有关部门对信息核实后，应当及时调整食品安全风险监测计划。

第十三条 国家建立食品安全风险评估制度，对食品、食品添加剂中生物性、化学性和物理性危害进行风险评估。

国务院卫生行政部门负责组织食品安全风险评估工作，成立由医学、农业、食品、营养等方面的专家组成的食品安全风险评估专家委员会进行食品安全风险评估。

对农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等的安全性评估，应当有食品安全风险评估专家委员会的专家参加。

食品安全风险评估应当运用科学方法，根据食品安全风险监测信息、科学数据以及其他有关信息进行。

第十四条 国务院卫生行政部门通过食品安全风险监测或者接到举报发现食品可能存在安全隐患的，应当立即组织进行检验和食品安全风险评估。

第十五条 国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门应当向国务院卫生行政部门提出食品安全风险评估的建议，并提供有关信息和资料。

国务院卫生行政部门应当及时向国务院有关部门通报食品安全风险评估的结果。

第十六条 食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的，国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措施，确保该食品停止生产经营，并告知消费者停止食用；需

要制定、修订相关食品安全国家标准的，国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。

第十七条 国务院卫生行政部门应当会同国务院有关部门，根据食品安全风险评估结果、食品安全监督管理信息，对食品安全状况进行综合分析。对经综合分析表明可能具有较高程度安全风险的食品，国务院卫生行政部门应当及时提出食品安全风险警示，并予以公布。

第三章 食品安全标准

第十九条 食品安全标准是强制执行的标准。除食品安全标准外，不得制定其他的食品强制性标准。

第二十一条 食品安全国家标准由国务院卫生行政部门负责制定、公布，国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。

屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。

有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的，应当与食品安全国家标准相一致。

第二十二条 国务院卫生行政部门应当对现行的食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准中强制执行的标准予以整合，统一公布为食品安全国家标准。

本法规定的食品安全国家标准公布前，食品生产经营者应当按照现行食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准生产经营食品。

1食品安全国家标准应当经食品安全国家标准审评委员会审查通过。食品安全国家标准审评委员会由医学、农业、食品、营养等方面的专家以及国务院有关部门的代表组成。

制定食品安全国家标准，应当依据食品安全风险评估结果并充分考虑食用农产品质量安全风险评估结果，参照相关的国际标准和国际食品安全风险评估结果，并广泛听取食品生产经营者和消费者的意见。

2 没有食品安全国家标准的，可以制定食品安全地方标准。

省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门组织制定食品安全地方标准，应当参照执行本法有关食品安全国家标准制定的规定，并报国务院卫生行政部门备案。

3 企业生产的食品没有食品安全国家标准或者地方标准的，应当制定企业标准，作为组织生产的依据。国家鼓励食品生产企业制定严于食品安全国家标准或者地方标准的企业标准。企业标准应当报省级卫生行政部门备案，在本企业内部适用。

第二十六条 食品安全标准应当供公众免费查阅。

第四章 食品生产经营

第二十七条 食品生产经营应当符合食品安全标准，并符合下列要求：

（一）具有与生产经营的食品品种、数量相适应的食品原料处理和食品加工、包装、贮存等场所，保持该场所环境整洁，并与有毒、有害场所以及其他污染源保持规定的距离；

（二）具有与生产经营的食品品种、数量相适应的生产经营设备或者设施，有相应的消毒、更衣、盥洗、采光、照明、通风、防腐、防尘、防蝇、防鼠、防虫、洗涤以及处理废水、存放垃圾和废弃物的设备或者设施；

（三）有食品安全专业技术人员、管理人员和保证食品安全的规章制度；

（四）具有合理的设备布局和工艺流程，防止待加工食品与直接入口食品、原料与成品交叉污染，避免食品接触有毒物、不洁物；

（五）餐具、饮具和盛放直接入口食品的容器，使用前应当洗净、消毒，炊具、用具用后应当洗净，保持清洁；

（六）贮存、运输和装卸食品的容器、工具和设备应当安全、无害，保持清洁，防止食品污染，并符合保证食品安全所需的温度等特殊要求，不得将食品与有毒、有害物品一同运输；

（七）直接入口的食品应当有小包装或者使用无毒、清洁的包装材料、餐具；

（八）食品生产经营人员应当保持个人卫生，生产经营食品时，应当将手洗净，穿戴清洁的工作衣、帽；销售无包装的直接入口食品时，应当使用无毒、清洁的售货工具；

（九）用水应当符合国家规定的生活饮用水卫生标准；

（十）使用的洗涤剂、消毒剂应当对人体安全、无害；

（十一）法律、法规规定的其他要求。

第二十八条 禁止生产经营下列食品：

（一）用非食品原料生产的食品或者添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康物质的食品，或者用回收食品作为原料生产的食品；

（二）致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品；

（三）营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品；

（四）腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品；

（五）病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品；

（六）未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类，或者未经检验或者检验不合格的肉类制品；

（七）被包装材料、容器、运输工具等污染的食品；

（八）超过保质期的食品；

（九）无标签的预包装食品；

（十）国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品；

（十一）其他不符合食品安全标准或者要求的食品。

第二十九条 国家对食品生产经营实行许可制度。从事食品生产、食品流通、餐饮服务，应当依法取得食品生产许可、食品流通许可、餐饮服务许可。

取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品，不需要取得食品流通的许可；取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品，不需要取得食品生产和流通的许可；农民个人销售其自产的食用农产品，不需要取得食品流通的许可。

第三十四条 食品生产经营者应当建立并执行从业人员健康管理制度。患有痢疾、伤寒、病毒性肝炎等消化道传染病的人员，以及患有活动性肺结核、化脓性或者渗出性皮肤病等有碍食品安全的疾病的人员，不得从事接触直接入口食品的工作。

食品生产经营人员每年应当进行健康检查，取得健康证明后方可参加工作。

第三十五条 食用农产品生产者应当依照食品安全标准和国家有关规定使用农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等农业投入品。食用农产品的生产企业和农民专业合作经济组织应当建立食用农产品生产记录制度。

县级以上农业行政部门应当加强对农业投入品使用的管理和指导，建立健全农业投入品的安全使用

国家司法考试在线 www.SiKao.com

制度。

第三十六条 食品原料、食品添加剂、食品相关产品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于二年。

食品进货查验记录应当真实，保存期限不得少于二年。 第四十三条 国家对食品添加剂的生产实行许可制度。申请食品添加剂生产许可的条件、程序，按照国家有关工业产品生产许可证管理的规定执行。

第四十五条 食品添加剂应当在技术上确有必要且经过风险评估证明安全可靠，方可列入允许使用的范围。国务院卫生行政部门应当根据技术必要性和食品安全风险评估结果，及时对食品添加剂的品种、使用范围、用量的标准进行修订。

第五十三条 国家建立食品召回制度。食品生产者发现其生产的食品不符合食品安全标准，应当立即停止生产，召回已经上市销售的食品，通知相关生产经营者和消费者，并记录召回和通知情况。

食品经营者发现其经营的食品不符合食品安全标准，应当立即停止经营，通知相关生产经营者和消费者，并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的，应当立即召回。

第五十四条 食品广告的内容应当真实合法，不得含有虚假、夸大的内容，不得涉及疾病预防、治疗功能。 （百度的竞价排名属于虚假广告，散布虚假事实的共同违法。）

食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会不得以广告或者其他形式向消费者推荐食品。

第五十五条 社会团体或者其他组织、个人在虚假广告中向消费者推荐食品，使消费者的合法权益受到损害的，与食品生产经营者承担连带责任。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

第五章 食品检验

第五十八条 食品检验由食品检验机构指定的检验人独立进行。

检验人应当依照有关法律、法规的规定，并依照食品安全标准和检验规范对食品进行检验，尊重科学，恪守职业道德，保证出具的检验数据和结论客观、公正，不得出具虚假的检验报告。

第五十九条 食品检验实行食品检验机构与检验人负责制。食品检验报告应当加盖食品检验机构公章，并有检验人的签名或者盖章。食品检验机构和检验人对出具的食品检验报告负责。

第六十条 食品安全监督管理部门对食品不得实施免检。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当对食品进行定期或者不定期的抽样检验。进行抽样检验，应当购买抽取的样品，不收取检验费和其他任何费用。

第六章 食品进出口

第六十四条 境外发生的食品安全事件可能对我国境内造成影响，或者在进口食品中发现严重食品安全问题的，国家出入境检验检疫部门应当及时采取风险预警或者控制措施，并向国务院卫生行政、农业行政、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门通报。接到通报的部门应当及时采取相应措施。

第七章 食品安全事故处置

第七十条 国务院组织制定国家食品安全事故应急预案。

县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况，制定本行政区域的食品安全事故应急预案，并报上一级人民政府备案。

食品生产经营企业应当制定食品安全事故处置方案，定期检查本企业各项食品安全防范措施的落实情况，及时消除食品安全事故隐患。

第七十一条 发生食品安全事故的单位应当立即予以处置，防止事故扩大。事故发生单位和接收病

人进行治疗的单位应当及时向事故发生地县级卫生行政部门报告。

农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在日常监督管理中发现食品安全事故，或者接到有关食品安全事故的举报，应当立即向卫生行政部门通报。

发生重大食品安全事故的，接到报告的县级卫生行政部门应当按照规定向本级人民政府和上级人民政府卫生行政部门报告。县级人民政府和上级人民政府卫生行政部门应当按照规定上报。

任何单位或者个人不得对食品安全事故隐瞒、谎报、缓报，不得毁灭有关证据。

第八十二条　国家建立食品安全信息统一公布制度。下列信息由国务院卫生行政部门统一公布：

（一）国家食品安全总体情况；

（二）食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息；

（三）重大食品安全事故及其处理信息；

（四）其他重要的食品安全信息和国务院确定的需要统一公布的信息。

第九十六条　违反本法规定，造成人身、财产或者其他损害的，依法承担赔偿责任。

生产不符合食品安全标准的食品或者销售明知是不符合食品安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，还可以向生产者或者销售者要求支付价款十倍的赔偿金。（“十加一”连带赔偿责任）

第九十七条　违反本法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金，其财产不足以同时支付时，先承担民事赔偿责任。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

第四章　银行业法

一、商业银行的管理

资产负债比例管理制度

（一）商业银行的资产负债比例管理

资产负债比例管理是商业银行通过规定资产负债的一定比率，对资产和负债间的比例关系设定警戒线，以保障其资产运营的安全。

主要内容有：资本充足率不得低于８％，贷款余额与存款余额的比例不得超过７５％，流动性资产余额与流动性债务余额的比例不得低于２５％，对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过１０％，向股东提供贷款余额不得超过股东已缴股金的１００％，以及中央银行对资产负债方面的其他规定。

（二）商业银行的资产风险管理

有关贷款的特别规定。对银行关系人的贷款限制，即不得对银行高级职员及其亲友以及银行投资的金融机构发放信用贷款，不得对银行高级职员及其亲友担任高级管理职务的公司、企业和其他经济组织发放信用贷款。

关系人的范围：

①商业银行的董事、监事、管理人员、信贷业务人员及其近亲属；

②前项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。

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权，应当自取得之日起２年内予以处分。

禁止商业银行投资的风险项目。商业银行在我国境内不得从事信托投资和股票业务，不得投资于非自用不动产。商业银行在我国境内，不得向非银行金融机构和企业投资。

第五章　证券法

（一）对证券公司的监管：

（1）证券公司设立、收购或者撤销分支机构，变更业务范围或者注册资本，变更持有百分之五以上股权的股东、实际控制人，变更公司章程中的重要条款，合并、分立、变更公司形式、停业、解散、破产，必须经国务院证券监督管理机构批准。证券公司在境外设立、收购或者参股证券经营机构，必须经国务院证券监督管理机构批准。

（2）国务院证券监督管理机构应当对证券公司的净资本，净资本与负债的比例，净资本与净资产的比例，净资本与自营、承销、资产管理等业务规模的比例，负债与净资产的比例，以及流动资产与流动负债的比例等风险控制指标作出规定。

（3）证券公司不得为其股东或者股东的关联人提供融资或者担保。证券公司为客户买卖证券提供融资融券服务，应当按照国务院的规定并经国务院证券监督管理机构批准。

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。证券公司及其从业人员不得未经过其依法设立的营业场所私下接受客户委托买卖证券。

（4）国家设立证券投资者保护基金。证券投资者保护基金由证券公司缴纳的资金及其他依法筹集的资金组成，其筹集、管理和使用的具体办法由国务院规定。

（5）证券公司从每年的税后利润中提取交易风险准备金，用于弥补证券交易的损失，其提取的具体比例由国务院证券监督管理机构规定。

（6）证券公司应当建立健全内部控制制度，采取有效隔离措施，防范公司与客户之间、不同客户之间的利益冲突。

（7）证券公司应当妥善保存客户开户资料、委托记录、交易记录和与内部管理、业务经营有关的各项资料，任何人不得隐匿、伪造、篡改或者毁损。上述资料的保存期限不得少于二十年。

（二）证券交易

限制和禁止的证券交易行为

1、一般规定证券交易的限制和禁止行为是指法律规定证券市场的参与者在证券交易过程中限制和禁止从事的行为，除《证券法》第三章第四节（“禁止的交易行为”）的集中规定以外，对限制和禁止的交易行为还有一些一般性规定，这些一般性规定散见于《证券法》、《公司法》之中，主要包括：

（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。

（2）依法发行的股票、公司债券及其他证券，法律对其转让期限有限制性规定的，在限定的期限内不得买卖。

（3）依法公开发行的股票、公司债券及其他证券，应当在依法设立的证券交易所上市交易或者在国务院批准的其他证券交易场所转让。

（4）证券在证券交易所上市交易，应当采用公开的集中交易方式或者国务院证券监督管理机构批准的其他方式。

（5）证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定的其他形式。

（6）证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。

（7）证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、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。

(8)证券交易所、证券公司、证券登记结算机构必须依法为客户开立的账户保密。

(9)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证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后六个月内，不得买卖该种股票。

除前款规定外，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证券服务机构和人员，自接受上市公司委托之日起至上述文件公开后五日内，不得买卖该种股票。

(10)上市公司董事、监事、高级管理人员、持有上市公司股份百分之五以上的股东，将其持有的该公司的股票在买入后六个月内卖出，或者在卖出后六个月内又买入，由此所得收益归该公司所有，公司董事会应当收回其所得收益。但是，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有百分之五以上股份的，卖出该股票不受六个月时间限制。

2、内幕交易行为

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活动。

3、操纵证券市场行为

操纵市场行为包括：

单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量；

4、虚假陈述和信息误导行为

总结：新闻自由可以，但是不可以自由新闻；

5、欺诈客户行为

第六章　财税法

第一节 税法

一、企业所得税法

第一条 在中华人民共和国境内，企业和其他取得收入的组织（以下统称企业）为企业所得税的纳税人，依照本法的规定缴纳企业所得税。

个人独资企业、合伙企业不适用本法。

第四条 企业所得税的税率为25%。

非居民企业适用税率为20%。（没有场所和机构在我国境内的为20%，有也是25%；另外非居民企业仅就境内所得纳税，居民企业就境内外所得都纳税。）

第九条 企业发生的公益性捐赠支出，在年度利润总额12%以内的部分，准予在计算应纳税所得额时扣除。

第七条 收入总额中的下列收入为不征税收入：

（一）财政拨款；

（二）依法收取并纳入财政管理的行政事业性收费、政府性基金；

（三）国务院规定的其他不征税收入。

第二十六条 企业的下列收入为免税收入：

（一）国债利息收入；

（二）符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益；

（三）在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、

红利等权益性投资收益；

（四）符合条件的非营利组织的收入。

二、个人所得税法

税收优惠：个人所得税的税收优惠由国务院决定，分为减税和免税两种，都应经过批准，可以减征的法定情形有：一是残疾、孤老人员和烈属的所得；二是因严重自然灾害造成重大损失的。

个人所得税的法定免税项目共有九种，应特别注意以下方面：⑴奖金必须是省、部级军级以上单位颁发的；⑵利息免税仅限于国债和金融债券，其他利息一律要纳税的；⑶离、退休人员的工资，保险赔款，福利费、抚恤金、救济金，以及军人的转业费、复员费，不管数额多少，均不纳税。（越是非劳动的所得，越免税。）

三、税收征收管理法

1 措施中应注意区分采取税收保全措施的条件与具体的税收保全措施。

项目	适用对象	适用时间	适用步骤	措施	关系
税收保全措施	从事生产、经营的纳税人	纳税期前	限期缴纳-提供纳税担保-经批准保全措施	银行冻结存款；查封、扣押财产	保全措施后，限期内仍未缴纳税款，经过**县级以上税务局(分局)局长再次批准**，采取强制执行措施
税收强制执行	从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人、纳税担保人	纳税期后	限期缴纳-强制执行	银行扣缴、（查封、扣押）拍卖、变卖	

国家司法考试在线 www.SiKao.com

2 保护税收的措施：

①离境清税措施。即离开中国应结清税款、滞纳金或者提供担保，否则税务机关可以通知出入境管理机关阻止其出境。这是防止纳税人逃避纳税义务的一项措施，这项措施针对的主体是纳税人或者他的法定代表人。

②税收优先原则。这里的“优先”是指三个方面：第一，税务机关征收税款，税收优先于无担保债权，法律另有规定的除外；第二，纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的，税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。第三，纳税人欠缴税款，同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的，税收优先于罚款、没收违法所得。

③纳税人合并、分立时纳税义务的承担。纳税人有合并、分立情形的，应报告税务机关并缴清税款，否则由合并后的纳税人继续履行未履行的纳税义务，或者由分立后的纳税人对未履行的纳税义务承担连带责任。

④限制处分财产。欠缴税款数额较大的纳税人处分不动产或者大额资产之前，应报告税务机关。

⑤行使代位权、撤销权。这是从合同法上借鉴过来的，不再加以介绍。

⑥税款的退还、补缴和追征。第一，税款的退还。对于纳税人多缴纳的税款，税务机关发现后应予退还，纳税人自缴纳税款之日起 3 年内发现的，可以要求退还；税款缴纳 3 年后发现的，便不得再请求退还。这里的 3 年在性质上属于除斥期间。第二，税款的补缴。对于因税务机关原因导致的税款少缴纳或少解缴，税务机关在 3 年内发现的，可以要求补缴税款，但不得请求滞纳金；3 年后发现的，税务机关便丧失了请求的权利。第三，税款的追征。对于因纳税人、扣缴义务人计算错误等失误，造成税款少缴纳或少解缴的，税务机关可以在 3 年内追征；有特殊情况的，追征期可以延长到 5 年。这里应注意，追征期 3 年或 5 年是针对纳税人主观上没有故意这种情况的.

若主观上有故意则属于偷税、欠税或是骗税，追征期是无限的。

第二节 审计法

第七条 国务院设立审计署，在国务院总理领导下，主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。

第八条 省、自治区、直辖市、设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府的审计机关，分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下，负责本行政区域内的审计工作。

第九条 地方各级审计机关对本级人民政府和上一级审计机关负责并报告工作，审计业务以上级审计机关领导为主。

第十五条 审计人员依法执行职务，受法律保护。

任何组织和个人不得拒绝、阻碍审计人员依法执行职务，不得打击报复审计人员。

审计机关负责人依照法定程序任免。审计机关负责人没有违法失职或者其他不符合任职条件的情况的，不得随意撤换。

地方各级审计机关负责人的任免，应当事先征求上一级审计机关的意见。

第十六条 审计机关对本级各部门（含直属单位）和下级政府预算的执行情况和决算以及其他财政收支情况，进行审计监督。

第十七条 审计署在国务院总理领导下，对中央预算执行情况和其他财政收支情况进行审计监督，向国务院总理提出审计结果报告。

地方各级审计机关分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下，对本级预算执行情况和其他财政收支情况进行审计监督，向本级人民政府和上一级审计机关提出审计结果报告。

第十八条 审计署对中央银行的财务收支，进行审计监督。

审计机关对国有金融机构的资产、负债、损益，进行审计监督。

第十九条 审计机关对国家的事业组织和使用财政资金的其他事业组织的财务收支，进行审计监督。

第二十条 审计机关对国有企业的资产、负债、损益，进行审计监督。

第二十一条 对国有资本占控股地位或者主导地位的企业、金融机构的审计监督，由国务院规定。

第二十二条 审计机关对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算，进行审计监督。

第二十三条 审计机关对政府部门管理的和其他单位受政府委托管理的社会保障基金、社会捐赠资金以及其他有关基金、资金的财务收支，进行审计监督。

第二十四条 审计机关对国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支，进行审计监督。

第二十五条 审计机关按照国家有关规定，对国家机关和依法属于审计机关审计监督对象的其他单位的主要负责人，在任职期间对本地区、本部门或者本单位的财政收支、财务收支以及有关经济活动应负经济责任的履行情况，进行审计监督。

第四十五条 对本级各部门（含直属单位）和下级政府违反预算的行为或者其他违反国家规定的财政收支行为，审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内，依照法律、行政法规的规定，区别情况采取下列处理措施：

（一）责令限期缴纳应当上缴的款项；

（二）责令限期退还被侵占的国有资产；

（三）责令限期退还违法所得；

（四）责令按照国家统一的会计制度的有关规定进行处理；（五）其他处理措施。

第七章 劳动法

一、劳动法概述

自然人要成为劳动者，必须具备主体资格，即必须具有劳动权利能力和劳动行为能力。依《劳动法》规定，凡年满 16 周岁、有劳动能力的公民具有劳动权利能力和劳动行为能力；法律禁止用人单位招用未满 16 周岁的未成年人，但文艺、体育、特种工艺单位确需招用未满 16 周岁的文艺工作者、运动员和艺徒时，须报经县级以上劳动行政部门批准；

二、劳动合同

（一）劳动合同主体

1、中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织（以下称用人单位）与劳动者建立劳动关系，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，适用本法。

总结：

2、国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者，订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，依照本法执行。

总结：

（二）书面劳动合同的订立

1、订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。

双方的先合同义务：

（1）用人单位招用劳动者时，A 应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬，以及劳动者要求了解的其他情况；B 用人单位招用劳动者，C 不得扣押劳动者的居民身份证和其他证件，D 不得要求劳动者提供担保或者以其他名义向劳动者收取财物。（2）用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

双方的后合同义务：

A 用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明，B 并在十五日内为劳动者办理档案和社会保险关系转移手续。劳动者应当按照双方约定，办理工作交接。C 用人单位依照本法有关规定应当向劳动者支付经济补偿的，在办结工作交接时支付。D 用人单位对已经解除或者终止的劳动合同的文本，至少保存二年备查。

劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，劳动者也要遵守。

2、用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。

总结：

3、已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。

4、用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。

总结：

用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

总结：

（三）劳动合同的分类和必要条款

1、用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同（例如建筑业合同）。

重点：无固定期限劳动合同

总结：

（1）协商订立：用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。

（2）法定强制：有下列情形之一，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：①劳动者在该用人单位连续工作满十年的；②用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的（双十）；③连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者无劳动合同法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形（单位享有法定解除权的情形，劳动者有过错；以及非工伤和不胜任工作两种情形），续订劳动合同的。

（3）还有一种推定签订：超过一年不签书面合同，视为签订了无固定期限合同。

总结：

法律责任中规定：用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

总结：

2、劳动合同应当具备以下条款：

法定条款：

（1）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（2）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（3）劳动合同期限；（4）工作内容和工作地点；（5）工作时间和休息休假；（6）劳动报酬；（7）社会保险；（8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（9）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

总结：

任意条款：

首先，试用期条款：

劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。

总结：

同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准，否则不足并支付赔偿金。

总结：

其次，违约金条款：

适用对象：

（1）涉及培训的：用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。

劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。

总结：

（2）涉及保密的：用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。

对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，A 在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

B 竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。

在解除或者终止劳动合同后，前款规定的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的 C 竞业限制期限，不得超过二年。

D 竞业期内可以到非竞业单位就业。

除本法上述的情形外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。

（四）劳动合同的履行

1、用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令；人民法院应当依法发出支付令。

总结：

国家司法考试在线 www.SiKao.com

2、用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。

3、劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。4、国家采取措施，建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。

总结：

5、劳动合同履行中的责任：

用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额百分之五十以上百分之一百以下的标准向劳动者加付赔偿金：

（1）未依照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；

（2）低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；

（3）安排加班不支付加班费的；

（4）解除或者终止劳动合同，未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

（五）、解除劳动合同和无效劳动合同情形

1、协商解除

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。

总结：

2、劳动者单方解除劳动合同

（1）预告解除

劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

（2）即时解除

用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（1）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（2）未及时足额支付劳动报酬的；（3）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（4）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者合法权益的；（5）因用人单位过错致使劳动合同无效的；（6）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。（7）用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

3、用人单位单方解除劳动合同的情形

（1）即时解除

劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的（规章规定）；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因劳动者过错致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。

总结：

（2）预告解除

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

总结：

（3）经济性裁员

有下列情形之一，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列劳动者：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位依法裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

总结：

不得解除的情形：

劳动者有下列情形之一的，用人单位不得预告解除和裁员解除劳动合同，但是还可以及时解除：

（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；

（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；

（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；

（四）女职工在孕期、产期、哺乳期的；

（五）在本单位连续工作满十五年，且距法定退休年龄不足五年的；（社会责任：十五加五，一不得解除二不得终止。）

（六）法律、行政法规规定的其他情形。

（4）经济补偿

用人单位存在违反工资支付、社会保险等方面的法律规定的行为，劳动者提出解除劳动合同的，用人单位必须支付经济补偿。

用人单位应当依法支付经济补偿的情形是：除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同，（不低于原来的待遇）劳动者不同意续订的情况外，固定期限劳动合同期满终止的；因用人单位被依法宣告破产，或者用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散，而终止劳动合同的。

新法还增加规定了向高收入劳动者支付经济补偿的限额。即劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过十二年。

总结：

（六）终止合同

劳动合同法定终止的情形，除劳动合同期满外，还包括：劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；用人单位被依法宣告破产的；用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的等。需要支付补偿金。

（七）劳务派遣和其他用工形式

劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

用工单位应当履行下列义务：1 执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；2 告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；3 支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；4 对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；5 连续用工的，实行正常的工资调整机制。6 用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。7 被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。8 劳务派遣一般在

临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。9 用人单位不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者。10 被派遣劳动者权益受到损害的，由劳务派遣单位和用工单位承担连带赔偿责任。

非全日制用工

俗称小时工，是指以小时计酬为主，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过四小时，每周工作时间累计不超过二十四小时的用工形式。

非全日制用工可以订立口头协议。从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同；但是，后订立的劳动合同不得影响先订立劳动合同的履行。非全日制用工不得约定试用期。非全日制用工双方当事人任何一方均可随时通知对方终止用工。终止用工不支付经济补偿。

非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准。非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过十五日。

三、劳动基准法

（一）工作时间和休息休假制度

加班制度：⑴一般情况下的延长工作时间：由于生产经营的需要延长工作时间，须与工会和劳动者协商并获得同意，同时受延长工作时间的时数限制。一般每天加班不得超过 1 小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下，每日不得超过 3 小时；每月合计不得超过 36 小时。⑵禁止规定：禁止安排未成年工、怀孕 7 个月以上的女职工和哺乳未满 1 周岁婴儿的女职工延长工作时间。⑷加班的工资标准：安排劳动者延长工作时间的，支付不低于工资的１５０％的工资报酬；休息日安排劳动者工作又不能安排补休的，支付不低于工资的２００％的工资报酬；法定休假日安排劳动者工作的，支付不低于工资的３００％的工资报酬。

（二）工资法律制度

工资是用人单位支付给劳动者的劳动报酬，用人单位支付给劳动者的社会保险福利费用，如计划生育补贴、劳动保护方面的费用、按照规定未列入工资总额的各种劳动报酬及其他劳动收入，如发明创造奖等，不属于工资范围。这部分内容的考试主要针对工资保障，注意以下内容：1、工资应以货币形式按月支付，不得以实物或者有价证券代替货币支付；2、劳动者依法享受年休假、探亲假、婚丧假期间，以及依法参加社会活动期间，用人单位应按照劳动合同约定的标准支付工资；3、劳动者在试用、熟练、见习期间，在法定工作时间内提供了正常劳动的，用人单位应支付其不低于最低工资标准的工资；4、在劳动合同中，约定劳动者在未完成劳动定额或者承包任务的情况下，用人单位可以低于最低工资标准支付劳动者工资的条款不具有法律效力；5、职工患病或者非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内，支付给其的病假工资或者疾病救济费，可以低于当地最低工资支付标准；6、上述“最低工资”不包括延长工作时间的工资报酬，以货币形式支付给劳动者的各种补贴、津贴，以及按照国家规定的社会保险福利待遇。

四、劳动争议解决机制

一、劳动争议处理的主要方式

（一）协商：发生劳动争议，劳动者可以与用人单位协商，也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商，达成和解协议。

（二）调解仲裁诉讼：

发生劳动争议，当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的，可以向调解组织申请调解；不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；对仲裁裁决不服的，除本法另有规定的外，可以向人民法院提起诉讼。

（三）其他

发生劳动争议，当事人对自己提出的主张，有责任提供证据。与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的，用人单位应当提供；用人单位不提供的，应当承担不利后果。发生劳动争议的劳动者一方在十人以上，并有共同请求的，可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动。县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表建立协调劳动关系三方机制，共同研究解决劳动争议的重大问题。

二、适用调解仲裁的劳动争议范围

我国境内的用人单位与劳动者发生的下列劳动争议：

（一）因确认劳动关系发生的争议；

（二）因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议；

（三）因除名、辞退和辞职、离职发生的争议；

（四）因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议；

（五）因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议；

（六）法律、法规规定的其他劳动争议。

事业单位实行聘用制的工作人员与本单位发生劳动争议的，依照本法执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定。

劳动争议仲裁不收费，经费由财政予以保障。

三、 劳动调解

（一）调解主体：

1、企业劳动争议调解委员会；

2、依法设立的基层人民调解组织；

3、在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。

企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生，企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

（二）调解程序：

1 当事人申请劳动争议调解可以书面申请，也可以口头申请。经调解达成协议的，应当制作调解协议书。

2 调解协议书由双方当事人签名或者盖章，经调解员签名并加盖调解组织印章后生效，对双方当事人具有约束力，当事人应当履行。

3 自劳动争议调解组织收到调解申请之日起十五日内未达成调解协议的，当事人可以依法申请仲裁。达成调解协议后，一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的，另一方当事人可以依法申请仲裁。

（三）部分调解协议的司法效力

因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议，用人单位在协议约定期限内不履行的，劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

四、 劳动仲裁

（一）仲裁主体

劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立；直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。

劳动争议仲裁委员会应当设仲裁员名册。

仲裁员应当公道正派并符合下列条件之一：

1 曾任审判员的；

2 从事法律研究、教学工作并具有中级以上职称的；

3 具有法律知识、从事人力资源管理或者工会等专业工作满五年的；

4 律师执业满三年的。

（二）仲裁管辖：

劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的，由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

发生劳动争议的劳动者和用人单位为劳动争议仲裁案件的双方当事人。劳务派遣单位或者用工单位与劳动者发生劳动争议的，劳务派遣单位和用工单位为共同当事人。

（三） 申请和受理

1 申请应当采用书面形式，书写仲裁申请确有困难的，可以口头申请，由劳动争议仲裁委员会记入笔录，并告知对方当事人。

2 劳动争议仲裁委员会收到仲裁申请之日起五日内，认为符合受理条件的，应当受理，并通知申请人；认为不符合受理条件的，应当书面通知申请人不予受理，并说明理由。对劳动争议仲裁委员会不予受理或者逾期未作出决定的，申请人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请后，应当在五日内将仲裁申请书副本送达被申请人。被申请人收到仲裁申请书副本后，应当在十日内向劳动争议仲裁委员会提交答辩书。劳动争议仲裁委员会收到答辩书后，应当在五日内将答辩书副本送达申请人。被申请人未提交答辩书的，不影响仲裁程序的进行。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

（四） 开庭和裁决

1 劳动争议仲裁委员会裁决劳动争议案件实行仲裁庭制。仲裁庭由三名仲裁员组成，设首席仲裁员。简单劳动争议案件可以由一名仲裁员独任仲裁。

劳动争议仲裁委员会应当在受理仲裁申请之日起五日内将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以视为撤回仲裁申请。被申请人收到书面通知，无正当理由拒不到庭或者未经仲裁庭同意中途退庭的，可以缺席裁决。

2 劳动者无法提供由用人单位掌握管理的与仲裁请求有关的证据，仲裁庭可以要求用人单位在指定期限内提供。用人单位在指定期限内不提供的，应当承担不利后果。

3 当事人申请劳动争议仲裁后，可以自行和解。达成和解协议的，可以撤回仲裁申请。

4 仲裁庭在作出裁决前，应当先行调解。 调解达成协议的，仲裁庭应当制作调解书。

调解书应当写明仲裁请求和当事人协议的结果。调解书由仲裁员签名，加盖劳动争议仲裁委员会印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，发生法律效力。调解不成或者调解书送达前，一方当事人反悔的，仲裁庭应当及时作出裁决。

5 下列劳动争议，除本法另有规定的外，仲裁裁决为终局裁决，裁决书自作出之日起发生法律效力：

（1）追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金，不超过当地月最低工资标准十二个月金额的争议；

（2）因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。

（五）先予执行和仲裁期限

1 仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件，根据当事人的申请，可以裁决先予执行，移送人民法院执行。

仲裁庭裁决先予执行的，应当符合下列条件：

（一）当事人之间权利义务关系明确；

（二）不先予执行将严重影响申请人的生活。

劳动者申请先予执行的，可以不提供担保。

2 仲裁庭裁决劳动争议案件，应当自劳动争议仲裁委员会受理仲裁申请之日起四十五日内结束。案情复杂需要延期的，经劳动争议仲裁委员会主任批准，可以延期并书面通知当事人，但是延长期限不得超过十五日。逾期未作出仲裁裁决的，当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。仲裁庭裁决劳动争议案件时，其中一部分事实已经清楚，可以就该部分先行裁决。

劳动者仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。

（六）仲裁时效：

1 劳动争议申请仲裁的时效期间为一年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。

2 因当事人一方向对方当事人主张权利，或者向有关部门请求权利救济，或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起，仲裁时效期间重新计算。

3 因不可抗力或者有其他正当理由，当事人不能在本条第一款规定的仲裁时效期间申请仲裁的，仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起，仲裁时效期间继续计算。

4 劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的，劳动者申请仲裁不受一年仲裁时效期间的限制；但是，劳动关系终止的，应当自劳动关系终止之日起一年内提出。

国家司法考试在线 www.SiKao.com

第七章　土地法与房地产法

第一节 土地管理法

一、国有土地使用权

（一）出让土地使用权

出让土地使用权是土地使用者以向国有土地所有者代表支付出让金为对价而原始取得的有期限限制的国有土地使用权。

1．出让土地使用权的主体。境内外法人、非法人组织和公民个人可依法取得出让土地使用权。但是，外商投资开发经营成片土地，应依法设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业，享有该项权利。

2．出让土地使用权的取得。出让土地使用权的合法取得方式为拍卖、招标、协议。城市房地产管理法规定，商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地，应当采取拍卖、招标方式出让土地使用权。没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取协议方式出让土地使用权。采取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。

国家可将出让土地使用权作价出资或人股作为对企业的投资，国家对企业享有相应的投资者权益（股权），企业享有出让土地使用权。

3．出让土地使用权的年限。根据国务院的现行规定，城镇国有土地使用权出让的最高年限，按土地用途分为以下几种情况：

（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）综合或者其他用地50年。

此外，开发国有荒山、荒地、荒滩从事广义的农业生产的，使用期限最长不得超过50年。

国有土地所有者代表与用地者可在不超过最高出让年限的前提下，在出让合同中约定出让年限。

（二）划拨土地使用权

划拨土地使用权是土地使用者经县级以上人民政府依法批准，在缴纳补偿、安置等费用后所取得的或者无偿取得的没有使用期限限制的国有土地使用权。

1．适用范围包括：①国家机关用地例如政府大院和军事用地；②城市基础设施用地例如道路、停车场和公益事业用地例如残疾人工厂学校、希望小学，不包含正常健康人的学校；③国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地，如三峡工程、京九铁路等；④法律法规规定的其他用地。

第二节 城市房地产管理法

一、房地产开发

用途与期限。以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的，必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满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。

二、房地产交易

1．一般规则。

（1）按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金，并取得土地使用权证书；

（2）按照出让合同约定进行投资开发，属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上，属于成片开发土地的，形成工业用地或其他建设用地条件。

出让合同的效力及转让后继受取得土地使用权的用地者。出让合同体现着出让方（国家）与受让方（用地者）双方的意志，一经生效即具有法律效力，受让方转让其权利，不影响出让合同的继续履行，因此，城市房地产管理法规定，房地产转让时，土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移。

以出让方式取得土地使用权的，转让房地产后，其土地使用权的使用年限为原土地使用权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。

2．商品房预售。

商品房预售是一种比较特殊的房地产转让行为，预售方具有一定投机性，预购方具有较大风险性，如不加以控制，预购方权益易受到侵犯。因此，城市房地产管理法对商品房预售规定了较之一般出让土地使用权转让更加严格的限制性条件和程序。

商品房预售，应当符合下列条件：

（1）已支付全部土地使用权出让金，取得土地使用权证书；

（2）持有建设工程规划许可证；

（3）按提供预售的商品房计算，投入开发建设的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）向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记，取得商品房预售许可证明。

商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门登记备案。商品房预售所得款项，必须用于有关的工程建设。

3．划拨土地使用权转让。

划拨土地使用权人权利内容不充分，其对土地仅有占有权、使用权和部分收益权，而无处分权，也无完全的收益权，其实施房地产转让时，应依法获取国有土地所有者代表同意并与之分享土地收益。因此，城市房地产管理法规定：

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

（2）以划拨方式取得土地使用权的，转让房地产报批时，有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的，转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或作其他处理。

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。

国家司法考试在线
www.SiKao.com