

## 绪论——什么是经济法？

### 一、历史发展中的经济法学

相比刑法、民法而言，经济法是一个相当年轻的学科。最初出现于 20 世纪 20 年代的德国；二战期间德国法学理论上较为系统的提出了经济法的概念与体系。

注意：也有人评价“经济法也是法，正如怪胎也是胎一样”。

### 二、中国经济法学在世界的地位

德国、日本、中国、前苏联

### 三、经济法的体系和主要内容

（一）总论

（二）市场规制法：竞争法、消费者权益保护法、产品质量法

（三）国家投资经营法：国有资产管理法、国有企业法、国有企业改革法

（四）宏观调控法：计划法、产业政策法、财政法、税法、金融法、价格法

### 四、与经济法相关的社会现象与案例

（一）社会现象：

1. 各国央行调整存贷款基准利率、购买国债等债券的行为；发行国债；制定、调整税种、税率、税收优惠。
2. 政府调整各大银行的房贷额度、利率；国家成立国企投资。
3. 市场监管管理局对违反产品质量法等行为的打击、处罚。

## 第一章 经济法的发展历史与概念

### 第一节 经济法的历史

#### 一、经济法产生的经济与社会基础

##### （一）市场失灵理论的提出

1. 经济形式的发展脉络：自然经济 商品经济 市场经济
2. 市场调节机制：（1）竞争机制——优胜劣汰  
（2）价值发现规律——社会资源的优化配置
3. 市场机制的不足：市场失灵
  - （1）市场障碍（垄断和不正当竞争导致市场调节机制的扭曲）
  - （2）市场惟利性（导致社会经济中存在一些市场主体难以或不愿进入的领域）
  - （3）市场被动性和滞后性（导致全社会的生产过剩或者投资不足）

##### （二）政府职能的转变

- 1、国家对市场竞争的强行规制（权力）
- 2、国家直接参与投资经营（资本）
- 3、国家宏观调控（信息）

国家调节机制的形成及其作用，是对市场缺陷和市场失灵的救济。市场经济的调节机制仍然以市场调节为基础，国家调节同市场调节密切配合。

国家调节的出现及其与市场调节并存是社会经济调节机制的二元化。调节机制的二元化，标志着由自由市场经济阶段到现代市场经济阶段的发展。

### （三）福利社会思潮的兴起

随着经济的发展，在社会学上逐渐形成福利国的观念，强调人的社会性，而政府自成立时即具有保障公平平等享有社会资源的义务，给与公民获得人格独立于自由所必须的必要社会福利。

### （四）传统法律部门的局限性

不同的经济形态需要不同的法律制度

#### 1. 自由市场经济 —— 民商法和行政法

传统民商法的重要原则，如平等、契约自由、过错责任原则，所有权绝对原则等受到了冲击。而行政法只涉及国家对治安、文化、卫生等领域的控制，不涉及经济内容。

#### 2. 垄断市场经济 —— 经济法（三部分）

（1）为规范和保障国家以强制干预方式排除市场障碍而制定的反垄断法、不正当竞争法等，统称市场规制法。1890年《谢尔曼反托拉斯法》

（2）为规范和保障国家以直接参与方式进行投资经营而制定的国家投资经营法。

（3）为规范和保障国家以促导方式对社会经济实行引导、促进和宏观调控而制定的宏观调控法。

由此，经济法突破民商法与行政法等传统法律的框架，逐步建立起公平、安全、社会责任本位等重要法律原则，并将这些原则在经济法范围内的法律规范上予以体现。

## 二、社会主义国家经济法产生的轨迹

### 计划法——经济法

小结：从资本主义和社会主义国家经济法产生的轨迹我们可以看出，民商法无法治愈市场的缺陷，无法解决效率与公平，个体营利性与社会公益性的矛盾；而计划排斥市场的作用，严格限制市场主体的经济行为。二者都无法满足经济发展的需要，经济法由此产生，其目的既要确认国家对经济的调控，又要规范政府的经济行为。

## 第二节 经济法的概念

### 一、经济法的调整对象

经济法的调整对象是：政府在市场失灵时，介入市场中发生的各种社会关系。注意比较经济法调整对象与其他法学部门的调整对象。

### 二、经济法的概念

#### （一）官方界定

经济法是调整国家从社会整体利益出发，对经济活动实行干预、管理或者调控所产生的社会经济关系的法律规范。

经济法为国家对市场经济进行适度干预和宏观调控提供法律手段和制度框架，防止市场经济的自发性和盲目性所导致的弊端。

——《中国特色社会主义法律体系白皮书》

## （二）理论界定

### 1. 国家协调论（杨紫烜）

定义：经济法是调整在国家协调本国经济运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

调整对象：协调经济关系，具体为：市场监管关系和宏观调控关系。

体系构成：市场监管法、宏观调控法。

### 2. 需要国家干预论（李昌麒）

定义：经济法是國家为了克服市场调节的盲目性和局限性而制定的，调整需要由国家干预的具有全局性和社会公共性的经济关系的法律规范的总称。

调整对象：市场主体调控关系、市场运行调控关系、宏观经济调控关系、社会分配关系。

### 3. 国家调制（张守文）

对象角度：经济法是调整在现代国家进行宏观调控和市场规制过程中发生的社会关系的法律规范的总称，简单地说，经济法就是调整调制关系的法律规范的总称。

行为角度：经济法是规范经济调制行为和市场对策行为的法律规范的总称。

## 第二章 经济法与相关学科的关联及其体系

### 第一节 经济法与相关学科的关联性

#### 一、法学部门法划分的理论与标准

（一）传统部门法划分的逻辑基础

（二）领域法学：新兴的划分标准

（三）当前趋势：以法律关系为主、领域为辅

#### 二、经济法的调整范围思考

（一）经济法是一个系统概念：无法实现法典化

在经济法系统中，由特殊的价值判断、原则，将各个具体的规范和制度之间建立起关联性。

（二）经济法的价值与原则（立法宗旨）

维护经济生活秩序。国家一方面要控制政府权力，另一方面，利用私法自治等制度保障个人经济自由。

#### \*何为经济生活秩序？

《魏玛帝国宪法》第五章规定了经济生活秩序一章。该章开篇将“经济生活秩序”表述为：经济生活的秩序必须符合那些以保障所有人的生存尊严为目的的正义的基本原则。

但是，应注意到，契约自由、所有权以及私法的其他重要制度的意义和任务不再是限于个人之间的公正秩序，而是被国家利用之后，作为一项措施来服务于实现一个对整体经济来说正确的秩序，其不仅仅具有私法属性，更有公法属性。例如契约自由在保险法、行政协议上的运用。又如国有企业中的股权的属性。

（三）经济法部门法的界定

经济法是將那些实现整体经济秩序的法律规范和法律制度整合在一起。换言之，经济法同时通

过私法自治与国家主权的调整，从宏观经济正确的角度出发，调整个人、政府以及其他组织的行为。

### 三、经济法与行政法、民商法的关系

#### （一）经济法与行政法

二者有交叉，但功能不同

#### （二）经济法与民商法

二者有交叉，但功能不同

#### （三）小结

出现经济法与民商法、行政法关系难以厘清的原因，在于部门法的划分标准不同。经济法倡导的是以价值判断为标准，而传统的划分标准是以法律关系为标准。经济法的出现并不会必然排出其他部门法，也不会歪曲其他部门法，而可以与其他部门法共存，共用一些相同的法律规范。

### 四、经济法与经济学

#### （一）经济法与经济学的区分

注意区分经济法与经济政策、经济决策

#### （二）经济法与经济学的合作

经济法利用经济学的知识，构建法律体系、制度。由此，产生了法律经济学、法律经济分析方法。

## 第二节 经济法的体系

### 一、经济法体系的争论

#### （一）中国经济法体系的争论

1.宏观调控与市场规制两分法（主流）（参照经济学关于宏观经济学与微观经济学的划分）

2. 三构成说（漆多俊等人）

宏观调控、市场规制、国家投资经营法

3.四构成说（杨紫烜）

企业组织管理、市场管理、宏观调控、社会保障。

4.五构成说（顾功耘）

市场规制、宏观调控、国有企业法、涉外经济法、产业法

#### （二）域外经济法理论的划分标准

1.德国主流学说

经济宪法、经济行政法、经济私法

2.日本主流学说

总论、一般经济法、特别经济法

### 二、经济法的体系（域外主流）

#### （一）经济法总论

经济宪法与经济法一般规定

#### （二）一般经济法

1.国家宏观调控法 2.企业法 3.反垄断法 4.反不正当竞争法 5.政府规制法

- (三) 特别经济法  
产业法、金融法、能源法等

### 第三节 经济法的主体与法律责任

#### 一、经济法主体（权利、力义务的指向）

##### （一）国家经济权力机关

- 1.概念： 国家经济权力机关对市场进行宏观调控与市场规制的主体。
- 2.种类：（1）政府经济职能部门（行政机关）  
（2）独立经济管制机构（如美联储，美国金融监管局）  
（3）自律监管机构（中基协、证券协会等）  
（4）辅助机构、第三方机构（质量检验机构）
- 3.特点：（1）任职期限长于行政机关  
（2）机构设置方式不以行政区划为标准  
（3）权力性质（集三权于一体）  
（4）议事规则（民主议事）

##### （二）消费者

- 1.概念：购买公共服务与一般商品、服务的个人
- 2.特点：经济法所保障的对象，在经济法上只有权利而没有义务。
- 3.权利：（1）抽象：人格尊严、经济独立与自由  
（2）具体：消费者权利、获得公共产品的权利

##### （三）经营者

- 1.概念：参与市场交换，并受到经济权力机关干预的企业与个人。
- 2.特点：（1）单向权利义务的不对等性；  
（2）有对经济权力机关的干预提起复议、诉讼的权利。
- 3.权利义务：经营权和接受市场规制的义务

#### 二、经济法律责任

##### （一）经济法责任的提出

##### （二）经济法律责任的表现形式

- 1.国家违反义务——不作为、行政赔偿、国家赔偿等
- 2.经营者——行政处罚、信用减损、产品召回、禁止准入。

##### （三）经济法律责任与传统责任类型的比较与思考

## 第三章 经济法的基础与法缘

### 第一节 经济法的法理基础

#### 一、最高价值：自由人格权——权利本位

- 1.宪法基础：经济法的原则在于保障人格自由，是国家对市场干预与调控的根源。而人格自由包

含经济因素，体现于法律上，特别主要的如经营自由、基本经济保障权等。

#### 2.人格自由的保障路径：私法制度与政府职能保障

通过平等权的私人自治，以及通过民主合法化的国家权力。其中，以私法制度为主，以国家权力为辅助。

### 二、国家权力的限制与合法化

1.法治国原则的确立。即宪法规定了国家权力必须在法律的框架内行使。国家的经济立法、执法等行为必须符合宪法和法律的规定。

2.中央政府与地方政府的权力分配制度。

中央政府组成部门的经济职能划分、地方政府的经济政策的制定与实施，是否侵犯公民的人格自由。

3.劳动集体合同制度以及结社的自由

劳动合同制度体现了国家权力与私法自治的边界。结社自由可以保证经营者权利的维护。

### 三、社会国原则与经济法

1.社会国原则：应对建立以公共服务为导向的国家。即国家有提供公平的公共服务的社会责任。

2.经济法中社会国原则的体现

社会国原则也应以政治民主为前提，而政治民主又必须以经济民主为前提。经济法为保证经济民主，确立了市场经济的优先性，即维护市场竞争。

### 四、国家重要权限的分配

1.政府权限分配的原则

尊重私法自治、政府职能分配

2.保障公民物质生产的权限

3.保障竞争的权限

4.经济监督和经济调控的权限

## 第二节 经济法的法源

### 一、宪法

公民经济权利与国家管理经济高权行为的依据

第十一条：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、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。

第十五条：国家实行社会主义市场经济。国家加强经济立法，完善宏观调控。国家依法禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序。

第八十九条：国务院的职权：（六）领导和管理经济工作和城乡建设、生态文明建设；

### 二、法律

#### （一）立法法

第八条规定：以下事项只能制定法律：（九）基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度；

#### （二）税法领域

《预算法》《企业所得税法》《个人所得税法》《政府采购法》《财政转移支付法》等。

#### （三）金融法领域

《中国人民银行法》《商业银行法》《证券法》《保险法》《证券投资基金法》等。

#### （四）市场规制法领域

《反垄断法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》《产品质量法》《价格法》《广告法》

#### （五）经济主体法

《企业国有资产法》

#### （六）劳动与社会保障法

《劳动法》《职业安全保障法》《劳动合同法》

### 三、行政法规与部门规章

### 四、地方性法规

### 五、其他规范性法律文件

## 第四章 宏观调控法的基本理论与制度

### 第一节 基本理论

#### 一、宏观调控法的理论基础

##### （一）宏观调控理论来源于宏观经济学

##### 1. 宏观经济学的含义

宏观经济学将整个经济运行作为一个整体进行研究，考察的是影响企业、消费者和工人的总体因素。相反，微观经济学所研究的是单个产品的价格、数量与市场。

##### 2. 宏观经济学两个核心命题：

- （1）产出、就业、金融环境和价格短期波动，即商业周期；
- （2）产出和生活水平的长期变动趋势，即经济增长。

##### 3. 宏观经济学的发展简史

18 世纪到 20 世纪初，欧洲大陆与美国的国家经济政策主要受古典自由主义经济思想的影响，强调政府对市场规律的尊重，避免干预。这一时期主要代表人物是亚当·斯密、李嘉图、马歇尔等经济学家。政府的角色是市场的守夜人、维护市场秩序、保障产权。

20 世纪 30 年代，凯恩斯（John Maynard Keynes）率先解释引发大萧条的经济机制，标志着现代宏观经济学的创新。凯恩斯主义宏观经济学解释了产出与就业下降的原因，如何才能减少就业；通货膨胀的原因，如何控制它；一国如何提高经济增长率等问题。

二战后，凯恩斯主义学派在宏观经济研究和政府政策制定等领域中占有主导地位。该学派保证：政府行为可以消除商业周期。

但是，随着经济学对关于供给因素、预期、工资以及价格变动的研究成果的成熟，凯恩斯主义经济学的统治地位开始动摇。二十世纪九十年代以来，经济自由主义占据了主导。现在已经很少学者认为政府行为可以消除商业周期变动。

##### 4. 宏观经济学的目标与工具

- （1）宏观经济学的目标：高水平的和快速增长的产出率、低失业率和稳定的价格水平。
- （2）工具

财政政策：税收与政府支出

货币政策：政府对货币、信贷及银行体制管理

## （二）宏观调控法的调整对象

国家运用政府高权职能对宏观经济进行干预行为所发生的社会关系，包括立法、执法与司法。

## （三）宏观调控法的立法宗旨与原则

1.立法宗旨：规范和保障国家宏观调控行为，维护经济增长，平衡国家利益与个人利益。

2.原则：调控法定、调控绩效、调控公平。

# 二、宏观调控的体系

## （一）财税法

1.财政转移支付法：预算、政府采购与转移支付。

2.税收法：政府取得财政收入的课征行为。

## （二）金融调控法

### 1.现代金融系统的构成

金融系统包括货币市场、固定利率的债权货抵押贷款、股票等资本市场，外汇市场。

### 2.金融系统的功能

（1）在不同时间、部门与地区之间转移资源

（2）对经济有控制风险的作用

（3）吸收与发放资金

（4）保证证券与票据的交换

### 3.金融工具或资产

（1）货币（2）储蓄账户（3）信贷市场工具（4）普通股（5）货币市场基金与共同基金（6）养老金（7）金融衍生品

### 4.中央银行与中央银行法

（1）中央银行的功能

（2）中央银行的金融监管权

## 第二节 宏观调控法基本制度

### 一、宏观调控法的主体制度

#### （一）全国人大及其常委

制定调控法律（法律保留）

《立法法》第八条规定：以下事项只能制定法律：（九）基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度；

#### （二）中央人民政府及其组成部门

决定宏观经济调控行为

1.国务院 制定宏观经济政策等。

2.税务总局、财政部、海关总署 制定税率等。如《关于深化增值税给个有关政策的公告》。



3. 中国人民银行 公布基准利率、存款准备金等

4. 国家发改委 财政支出、价格等

## 二、宏观调控的程序法

- (一) 宏观调控的决策程序 财政预算审批等。
- (二) 宏观调控的执行程序 执行、公告、审计等程序。

## 第六章 金融监管法律制度

### 第一节 金融监管法基础理论

#### 一、金融监管法的体系

##### (一) 金融宏观调控法

国家通过中央银行的货币政策，调整货币供应量，维持一定的利率与汇率，在宏观层面对市场干预的法律规范。如《中国人民银行法》。

##### (二) 金融业规制法

金融规制法着眼于国家在微观层面对金融行业的监管（规制）。主要表现在金融业（证券、银行与保险）的合规审查上，如准入与退出条件；维护金融市场交易秩序；控制金融机构的风险以及金融消费者的保护等方面。

金融业规制法是对金融交易行为的单一、具体的干预与控制，其宗旨在于维护金融行业的稳定与安全。

##### (三) 金融调控法与金融业规制法的弥合

当前学界与实务界，将金融宏观调控法与金融业规制法统称为金融法或者金融监管法。

因为央行不仅具有制定货币政策的职能，其行为亦对具体金融行业的经营行为产生影响。央行还承担着对系统性金融风险监管的职能，而系统性金融风险的监管又离不开对具体金融机构和个人行为的监管。具体的金融行业监管也受宏观经济和金融的影响。因此，二者无法完全分离。

例如，由于宏观经济的影响，央行与银保监会对商业银行进行窗口指导，要求收缩房贷比例，提高房贷利率。

## 二、金融监管法的监管目标与监管工具

### (一) 监管目标

#### 1. 维持稳定的宏观经济

指保持经济的稳定增长，避免出现大幅波动（如衰退），低失业率，维持稳定的低通胀。（具体经济指标：GDP,CPI,PPI,PMI,失业率，财政赤字率，远期国债利率等）

#### 2. 维护金融稳定、防范系统性金融风险

##### (1) 系统性金融风险的界定

对何为系统性金融风险，当前并没有清晰的界定。

简单而言，就是在造成整个国家金融系统崩溃或者瘫痪的金融风险。可以从宏观和微观两个方面来判断。微观层面系统性金融风险指标侧重于识别和监测系统重要性金融机构；宏观层面系统性金融风险指标的研究重点是金融系统的负外部性是否会影响宏观经济活动。

#### （2）具体表现

股价大跌、货币贬值率加速、房产泡沫、银行挤兑风险等。

### （二）监管工具

#### 1.存款准备金制度

#### 2.基准利率

#### 3.外汇制度

#### 4.再贴现率与再贷款制度

#### 5.公开市场操作制度

主要指央行在公开市场上买卖国债、其他政府债券和金融债券以及外汇等行为。如国债逆回购，中期借贷行为，买卖外汇，甚至买入公司债。

#### 6.对金融交易行为的合规监管

##### （1）金融机构的准入与退出监管

金融机构的抗风险能力是保证金融秩序稳定的主要因素，因此，立法要求准入与退出规则，监管部门应进行合规监管。例如商业银行的注册资本金要求，金融机构接管与破产清算规则（如包商银行）。

##### （2）交易行为监管

通过监管交易行为抑制金融风险。如我国的 P2P 监管，证券、保险欺诈行为的监管等。

##### （3）金融消费者权益保护

设立金融消费者保护机构，如美国的金融消费者保护局，我国央行与其他金融监管机构内设的金融消费者保护部门。

设置金融消费者的集团诉讼。

设立金融消费者赔偿基金。如美国的公平基金。

### 三、我国的金融监管架构

#### （一）中央人民银行

主要负责货币政策的制定与执行。

#### （二）证监会

主要负责证券以及类似证券行业的监管。

#### （三）银保监会

主要负责银行业与保险业的监管

#### （四）国务院金融稳定委员会

对各个监管机构进行协调的组织，国务院副总理担任主任。

#### （五）自律监管的行业协会

1.保险业行业协会;2.中国期货业协会;

3.中国证券投资基金业协会

#### （六）其他发挥金融基础设施作用的机构

例如，中国证券中小投资者服务中心有限责任公司，中国证券登记有限公司等

## 第二节 中央银行法

人类有史以来已经有三项伟大的发明：火、轮子与中央银行 —— 威尔·罗杰斯

### 一、中央银行概述

#### （一）中央银行的起源

最早的央行是 1688 年瑞典央行。1694 年英格兰银行在全球金融发挥了几个世纪的重要作用。直至 1913 年美国通过《联邦储备法案》，建立美国联邦储备委员会，美联储成为当今影响力最大的中央银行。

#### （二）各国央行简介

##### 1. 美国央行

美国联邦储备系统，由联邦储备委员会与 12 个区域性的联邦储备银行组成。美联储确定联邦基准利率，大规模购买资产等行为影响经济。

##### 2. 欧洲央行

欧盟内部形成货币联盟，多个国家共享一家央行。在欧元区 17 个国家共同的央行，在这些国家内部又有各自的央行。

##### 3. 中国

中国人民银行，由中国人民银行与地方区域支行组成。

#### （三）中央银行的功能

综合性目标是保持经济稳定，包括稳定的通货膨胀，低失业率，快速的经济增长，稳定汇率等。

主要可分为两个职能：

1. 维持宏观经济稳定。主要通过货币政策实现。
2. 维护金融稳定。主要通过“最后贷款人”的定位实现。

## 二、中国人民银行的法律地位

（一）法律性质： 国家机关，国务院的组成部门。

其行为属于行政行为。

《中国人民银行法》第二条：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，制定和执行货币政策，防范和化解金融风险，维护金融稳定。

因此，对中国人民银行的行為可以提起行政诉讼。

参见案例：艾扬诉中国人民银行南京分行（以下简称人行南京分行）政府信息公开案（（2019）苏行终1054号行政裁定）

#### （二）组成

中国人民银行设行长一人，副行长若干人。中国人民银行行长的人选，根据国务院总理的提名，由全国人民代表大会决定；中国人民银行副行长由国务院总理任免。

中国人民银行设立货币政策委员会及其他分支机构。

## 三、中国人民银行的职能

#### （一）制定、执行货币政策——抽象行为

1. 发行货币
2. 制定存款准备金制度
3. 确定基准利率
4. 确定再贴现率
5. 确定再贷款率
6. 公开市场操作
- 7.

## 其他货币政策

《中国人民银行法》第二十三条：中国人民银行为执行货币政策，可以运用下列货币政策工具：（一）要求银行业金融机构按照规定的比例交存存款准备金；（二）确定中央银行基准利率；（三）为在中国人民银行开立账户的银行业金融机构办理再贴现；（四）向商业银行提供贷款；（五）在公开市场上买卖国债、其他政府债券和金融债券及外汇；（六）国务院确定的其他货币政策工具。中国人民银行为执行货币政策，运用前款所列货币政策工具时，可以规定具体的条件和程序。

### （二）金融监督管理——具体行为

#### 1.向金融机构进行监管检查

为了维护金融稳定与金融秩序而进行的执法行为，例如向商业银行进行监管。（参见判例：燃-爱思开能源控股有限公司、中国人民银行台州市中心支行金融行政管理(金融)二审行政判决书.docx

#### 2.向其他单位和个人进行金融监督检查

为了执行金融政策，对单位与个人的执法行为。如为了保证借款人的信用而进行的征信行为。

《中国人民银行法》第三十二条：人民银行有权对金融机构以及其他单位和个人的下列行为进行检查监督：（一）执行有关存款准备金管理规定的行为；（二）与中国人民银行特种贷款有关的行为；（三）执行有关人民币管理规定的行为；（四）执行有关银行间同业拆借市场、银行间债券市场管理规定的行为；（五）执行有关外汇管理规定的行为；（六）执行有关黄金管理规定的行为；（七）代理中国人民银行经理国库的行为；（八）执行有关清算管理规定的行为；（九）执行有关反洗钱规定的行为。前款所称中国人民银行特种贷款，是指国务院决定的由中国人民银行向金融机构发放的用于特定目的的贷款。

第三十三条：中国人民银行根据执行货币政策和维护金融稳定的需要，可以建议国务院银行业监督管理机构对银行业金融机构进行检查监督。国务院银行业监督管理机构应当自收到建议之日起三十日内予以回复。

第三十四条：当银行业金融机构出现支付困难，可能引发金融风险时，为了维护金融稳定，中国人民银行经国务院批准，有权对银行业金融机构进行检查监督。

### 第三十五条

中国人民银行根据履行职责的需要，有权要求银行业金融机构报送必要的资产负债表、利润表以及其他财务会计、统计报表和资料。中国人民银行应当和国务院银行业监督管理机构、国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制。

例子：央行与银保监会的联合监管行为：

针对 2020 年疫情发生以来，深圳房价的持续大幅上涨，人行深圳中心支行与深圳银保监局联合开展针对商业银行的合规房贷监督检查。

1.2020 年 4 月 20 日，人行深圳中心支行向深圳市各商业银行发通知，要求他们自查是否有经营贷资金流入房地产。

2.2020 年 4 月 20 日，深圳银保监局联合人行深圳中心支行，并要求本市各银行行长召开关于审查经营贷流向问题。

3.2020 年 4 月 22 日，人行深圳中心支行发布监督检查结果：人民银行深圳市中心支行：未发现支小再贷款信贷资金通过房产抵押经营贷形式流入房地产市场的情况

### 第三节 证券业监管

#### 一、证券的涵义

##### (一) 概括式的界定

我国当前的立法未界定证券的概念，美国法亦如此。学理上也没有一个足够精确的权威界定。

1. 证券的本质特征：证券是一种金融工具，用于投资或者盈利，是一种权益凭证。即记载具有交换价值的权利的凭证。

#### 2. 立法对证券涵义进行界定的必要性

证券发行、交易应当遵守一定规则，目的在于维护交易安全。

#### 3. 理论与实践对证券界定的观点

朱锦清的观点：证券是投资于一项共同风险事业而取得的，主要通过他人的努力而盈利的权益（凭证）。

朱伟一的观点：证券是特殊形式的金融凭证（金融产品）。

格雷厄姆对证券的分类：

证券是进行投资的一种金融工具，主要分为股票与债券。

固定价值类证券——高级债券或优先股

具体分三类 变动价值类的优先证券——可转换债、低级债券或优先股

（按是否亏损） 普通股 —— 普通股

《证券法》第二条规定：

在中华人民共和国境内，股票、公司债券、存托凭证和国务院依法认定的其他证券的发行和交易，适用本法；本法未规定的，适用《中华人民共和国公司法》和其他法律、行政法规的规定。

政府债券、证券投资基金份额的上市交易，适用本法；其他法律、行政法规另有规定的，适用其规定。

资产支持证券、资产管理产品发行、交易的管理办法，由国务院依照本法的原则规定。

在中华人民共和国境外的证券发行和交易活动，扰乱中华人民共和国境内市场秩序，损害境内投资者合法权益的，依照本法有关规定处理并追究法律责任。（新增长臂管辖。近期由于瑞幸咖啡虚假陈述，导致股价大跌，已有境内投资者向厦门中院起诉，法院已受理。）

##### (二) 列举式

1. 股票 记载公司股权的凭证。注意股票的分类及其权利形式方式。

2. 公司债券、政府债券 记载一定期限内还本付息的凭证。

### 3.投资基金

(1)基金是一种证券组合,基金管理是资产管理的一种,投资人根据基金份额购买和获得收益。基金公司或管理人将基金投资于股票、股权、期货、货币与债券等金融产品。

(2)我国《基金法》并未对基金下定义。一般在理论与实务中,依照是否公开发售,将基金分为公募基金与私募基金。

A.公募基金依照交易规则的特点,分为封闭型基金与开放型基金。开放型基金分为普通开放型基金与可交易型开放基金(Exchange Traded Fund; ETF)。

依照投资标的,分为货币市场基金、股票基金(股票指数基金与普通股票基金)、货币基金、债券基金、混合基金等(详见《公开募集证券投资基金运作管理办法》的规定)。

B.私募基金是非公开募集成立的基金,即由基金管理人向特定的合格投资者发行的投资基金。其存在形式是私募基金合同。依照投资的目标,分为私募股权基金(PE)与私募证券投资基金。该资金不得用于它途。私募基金的发行仅需要备案登记。

私募股权基金(PE)。私募基金管理人将募集的资金投资于购买未上市公司的股权,通过

私募证券投资基金。国外称为对冲基金(Hedge Fund),私募基金管理人主要将募集的资金投资于公开流通交易的各种证券,可以做多也可以做空。

证监会2014年《公开募集证券投资基金运作管理办法》第三十条规定基金合同和基金招募说明书应当按照下列规定载明基金的类别:

(一)百分之八十以上的基金资产投资于股票的,为股票基金;

(二)百分之八十以上的基金资产投资于债券的,为债券基金;

(三)仅投资于货币市场工具的,为货币市场基金;

(四)百分之八十以上的基金资产投资于其他基金份额的,为基金中基金;

(五)投资于股票、债券、货币市场工具或其他基金份额,并且股票投资、债券投资、基金投资的比例不符合第(一)项、第(二)项、第(四)项规定的,为混合基金;

(六)中国证监会规定的其他基金类别。

### 4.金融衍生品证券

指由基本证券衍生出来的证券,其本质是一系列关于金融产品的合约。

最典型的形式是银行发行的各种交易工具,如存托凭证、纸黄金、纸白银、纸原油(如中行发行的“原油宝”)以及证券公司发行的期权等。

期权即在约定的期限内以约定的价格买入或者卖出某种证券的权利。期权分为点叫权与投放权。

点叫权是权利在约定期限内按照约定价格向义务人购买某种证券的权利；投放权是权利人在约定期限内依照约定价格向义务人出售某种证券的权利。

存托凭证。指一国证券市场流通的代表外国公司有偿证券的可转让凭证。主要标的是外国公司的股票，发行主体是银行，即外国公司的股东将其股票委托给本国的银行，委托该银行转让其持有的股票。

## 5.类似证券的金融产品

融资租赁、理财产品、信托产品等。这些形式上不是证券，但是与证券的权利类似。一般由证监会与银保监会共同监管。

典型的如银行理财产品，投资者购买该产品，由银行将资金投资于低风险资产，以获得收益。投资者到期赎回资金。

资产支持证券是信托产品的一种。资产支持证券，即 **Asset-Backed Security, ABS**。其由受托机构发行的、代表特定目的信托的信托受益权份额。受托机构以信托财产为限向投资机构承担支付资产支持证券收益的义务。其支付基本来源于支持证券的资产池产生的现金流。项下的资产通常是金融资产，如贷款或信用应收款。

## **二、证券业的监管架构**

### (一) 央行

宏观层面的监管，主要是预防系统性金融风险。如人民银行与证监会、银保监会联合发布《关于完善系统重要性金融机构监管的指导意见》，旨在对大型金融机构的稳定经营进行监管。

### (二) 证监会与银保监会

#### **1.证监会**

(1) 对证券业进行监管的主要监管机构。中央机构是中国证券监督管理委员会，每个省与市区设立证券监督管理局作为派出机构。

#### **(2) 机构性质**

行政机构，级别相当于国务院部委。其对外的行为属于行政行为。

#### **(3) 监管方式**

**A.制定部门规章与细则 B.行政许可、行政处罚等 C.与其他监管部门的协调 D.指导金融机构合规经营等。**

#### **2.银行保险业监督管理委员会**

该监管机构在证券业监管中主要是协助的监管机构。当银行与保险公司从事证券发行与交易行为，有违规的情形时，配合政监管进行监管。

### （三）行业协会的自律监管

#### 1. 中国证券业协会

制定自律规则、执业标准和业务规范，对会员及其从业人员进行自律管理；负责证券业从业人员资格考试、认定和执业注册管理等。

#### 2. 中国证券基金业协会

类似于证券业协会。

### （四）金融基础设施的协助监管

#### 1. 证券交易所

制定上市规则、披露细则、退市规则等。通过与上市公司签订上市协议，问询等行为行使部分监管权。

#### 2. 中国证券登记结算有限公司

#### 3. 期货交易所

#### 4. 中国证券中小投资者服务中心有限公司

### **三、证券业的监管对象**

#### （一）发行证券的公司与金融机构

如发行股票、股票上市的公司，发行债券的公司或金融机构等。

#### （二）证券公司

监管内容：准入资格、授信义务（告知义务、披露义务）等。

#### （三）基金管理公司

监管内容：准入资格、授信义务（告知义务、披露义务）等。

#### （四）商业银行与保险公司

监管内容：从事证券类业务的行为。例如金融衍生品、托管凭证等业务。

#### （五）境内外证券投资者

##### 1. 投资者准入标准

例如，境外资金的准入比例、持有特定证券的比例。

对特定证券设定投资者准入条件，如设定“合格投资者”的标准，投资者分级制度等。

##### 2. 投资者合规交易

如投资者证券投资账户的限制，投资依法从事证券交易。



### 3.投资者教育

人行金融消费者权益保护局、证监会的投保局等开展投资者教育活动，如风险意识、投资基本知识普及等。

第五十八条 任何单位和个人不得违反规定，出借自己的证券账户或者借用他人的证券账户从事证券交易。

## 四、证券行为的监管

### (一) 证券发行行为监管

#### 1.证券公开发行的审核监管

发行证券的规定，参见《证券法》第 11-19 条的规定。

上市交易的规则。核准制与注册制，第 46 条。

#### 2.虚假陈述

在发行证券时应对如实披露与证券相关的信息。第 19 条。

#### 3.配资与增发的监管

即发行新股，第 13 条。

第十九条 发行人报送的证券发行申请文件，应当充分披露投资者作出价值判断和投资决策所必需的信息，内容应当真实、准确、完整。

为证券发行出具有关文件的证券服务机构和人员，必须严格履行法定职责，保证所出具文件的真实性、准确性和完整性。

第四十六条 申请证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。

证券交易所根据国务院授权的部门的决定安排政府债券上市交易。

### (二) 证券交易行为的规制

#### 1.内幕交易

指证券交易一方知道某些影响证券价格的重要信息，在他人不知情的情况下买卖证券的行为。（不以盈利为构成要件）

①内幕交易的主体

②内幕交易的信息范围

③内幕交易的处罚

第五十条 禁止证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人利用内幕信息从事证券交易活动。

第五十一条 证券交易内幕信息的知情人包括：

（一）发行人及其董事、监事、高级管理人员；（二）持有公司百分之五以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员，公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员；（三）发行人控股或者实际控制的公司及其董事、监事、高级管理人员；（四）由于所任公司职务或者因与公司业务往来可以获取公司有关内幕信息的人员；（五）上市公司收购人或者重大资产交易方及其控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员；（六）因职务、工作可以获取内幕信息的证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构的有关人员；（七）因职责、工作可以获取内幕信息的证券监督管理机构工作人员；（八）因法定职责对证券的发行、交易或者对上市公司及其收购、重大资产交易进行管理可以获取内幕信息的有关主管部门、监管机构的工作人员；（九）国务院证券监督管理机构规定的可以获取内幕信息的其他人员。

## 第五十二条

证券交易活动中，涉及发行人的经营、财务或者对该发行人证券的市场价格有重大影响的尚未公开的信息，为内幕信息。

本法第八十条第二款、第八十一条第二款所列重大事件属于内幕信息。

第八十条第二款：（二）公司的重大投资行为，公司在一年内购买、出售重大资产超过公司资产总额百分之三十，或者公司营业用主要资产的抵押、质押、出售或者报废一次超过该资产的百分之三十；

第八十一条第二款：（二）公司债券信用评级发生变化

第五十三条 证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，不得买卖该公司的证券，或者泄露该信息，或者建议他人买卖该证券。

持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有公司百分之五以上股份的自然人、法人、非法人组织收购上市公司的股份，本法另有规定的，适用其规定。

内幕交易行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

第一百九十一条 证券交易内幕信息的知情人或者非法获取内幕信息的人违反本法第五十三条的规定从事内幕交易的，责令依法处理非法持有的证券，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处以五十万元以上五百万元以下的罚款。单位从事内幕交易的，还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以二十万元以上二百万元以下的罚款。国务院证券监督管理机构工作人员从事内幕交易的，从重处罚。

违反本法第五十四条的规定，利用未公开信息进行交易的，依照前款的规定处罚。

## 2.利用未公开信息交易行为

特定主体利用其职务便利，获取内幕信息之外的信息以后，利用该信息优势进行的交易行为。俗称“老鼠仓”。

第五十四条 禁止证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构和其他金融机构的从业人员、有关监管部门或者行业协会的工作人员，利用因职务便利获取的内幕信息以外的其他未公开的信息，违反规定，从事与该信息相关的证券交易活动，或者明示、暗示他人从事相关交易活动。

利用未公开信息进行交易给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

### **3.操纵市场**

指利用各种交易行为，影响或者意图影响证券交易价格或者证券交易量。

《证券法》以及证监会《操纵行为认定指引》对操纵市场行为进行了规范。

第五十五条 禁止任何人以下列手段操纵证券市场，影响或者意图影响证券交易价格或者证券交易量：（一）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；（二）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；（三）在自己实际控制的账户之间进行证券交易；（四）不以成交为目的，频繁或者大量申报并撤销申报；（五）利用虚假或者不确定的重大信息，诱导投资者进行证券交易；（六）对证券、发行人公开作出评价、预测或者投资建议，并进行反向证券交易；（七）利用在其他相关市场的活动操纵证券市场；（八）操纵证券市场的其他手段。

操纵证券市场行为给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

第一百九十二条 违反本法第五十五条的规定，操纵证券市场的，责令依法处理其非法持有的证券，没收违法所得，并处以违法所得一倍以上十倍以下的罚款；没有违法所得或者违法所得不足一百万元的，处以一百万元以上一千万元以下的罚款。单位操纵证券市场的，还应当对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以五十万元以上五百万元以下的罚款。构成犯罪的，依照《证券法》第二百三十一条、《最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释》等追究刑事责任。

### **4.虚假陈述**

（1）界定：《最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定》第十七条 证券市场虚假陈述，是指信息披露义务人违反证券法律规定，在证券发行或者交易过程中，对重大事件作出违背事实真相的虚假记载、误导性陈述，或者在披露信息时发生重大遗漏、不正当披露信息的行为。

《证券法》第五十六条

禁止任何单位和个人编造、传播虚假信息或者误导性信息，扰乱证券市场。

禁止证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员，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市场信息必须真实、客观，禁止误导。传播媒介及其从事证券市场信息报道的工作人员不得从事与其工作职责发生利益冲突的证券买卖。

编造、传播虚假信息或者误导性信息，扰乱证券市场，给投资者造成损失的，应当依法承担赔

偿责任。

## （2）构成

### a. 虚假陈述人

第七条 虚假陈述证券民事赔偿案件的被告，应当是虚假陈述行为人，包括：

（一）发起人、控股股东等实际控制人；（二）发行人或者上市公司；（三）证券承销商；（四）证券上市推荐人；（五）会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等专业中介服务机构；（六）上述（二）、（三）、（四）项所列单位中负有责任的董事、监事和经理等高级管理人员以及（五）项中直接责任人；（七）其他作出虚假陈述的机构或者自然人。

### b. 虚假陈述行为

对于重大事件，应当结合证券法第五十九条、第六十条、第六十一条、第六十二条、第七十二条及相关规定的内容认定。

虚假记载，是指信息披露义务人在披露信息时，将不存在的事实在信息披露文件中予以记载的行为。

误导性陈述，是指虚假陈述行为人在信息披露文件中或者通过媒体，作出使投资人对其投资行为发生错误判断并产生重大影响的陈述。

重大遗漏，是指信息披露义务人在信息披露文件中，未将应当记载的事项完全或者部分予以记载。

不正当披露，是指信息披露义务人未在适当期限内或者未以法定方式公开披露应当披露的信息

### c. 投资者损失与虚假-陈述有因果关系

第十八条 投资人具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间存在因果关系：

- （一）投资人所投资的是与虚假陈述直接关联的证券；
- （二）投资人在虚假陈述实施日及以后，至揭露日或者更正日之前买入该证券；
- （三）投资人在虚假陈述揭露日或者更正日及以后，因卖出该证券发生亏损，或者因持续持有该证券而产生亏损。

第十九条 被告举证证明原告具有以下情形的，人民法院应当认定虚假陈述与损害结果之间不存在因果关系：

- （一）在虚假陈述揭露日或者更正日之前已经卖出证券；
- （二）在虚假陈述揭露日或者更正日及以后进行的投资；
- （三）明知虚假陈述存在而进行的投资；
- （四）损失或者部分损失是由证券市场系统风险等其他因素所导致；
- （五）属于恶意投资、操纵证券价格的。

## 五、证券投资者的利益保护

### （一）证券投资者权利

#### 1.知情权

对应证券发行人与交易主体、监管机构的信息披露。

#### 2.公平交易权

对应禁止证券操纵等行为。

#### 3.信赖利益的保护

对应证券公司、基金公司的信义义务。

### （二）证券投资者的利益保护制度

#### 1.建立中小投资者保护机构

人行、证监会等内部设立金融消费者保护机构，还有专门的投资者保护机构。

#### 2.建立证券投资者赔偿基金（我国未设立）

如美国的“公平基金”等。

#### 3.构建证券纠纷集团诉讼（94、95条）

#### 4.先行赔付制度（93条）

## 六、证券监管的法律保障

（一）民事责任 证券欺诈的民事赔偿责任。

（二）行政责任 限期整改、警告、行政处罚、吊销营业资质等。

（三）刑事责任 内幕交易罪、利用非公开信息交易罪等。

## 第四节 银行业的监管

### 一、我国的银行体系

#### （一）商业银行

依照商业银行法设立，以吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务。商业银行是银行业监管的对象。

#### （二）政策性银行与金融开发性银行

由中央政府设立，以执行特定政策与金融目的为宗旨的银行。如中国进出口银行、中国农业发展银行与国家开发银行。

### 二、对货币市场的监管

## （一）涉及监管的法律、法规以及规章

《商业银行法》；《银行业监督管理法》；《存款保险条例》；中国人民银行银保监会、证监会、国家外汇管理局《关于规范金融机构资产管理业务的指导意见》（简称 2018《资管新规》）

## （二）监管内容

### 1. 银行机构的准入以及组织机构的监管

例如，《商业银行法》第十三条：设立全国性商业银行的注册资本最低限额为十亿元人民币。设立城市商业银行的注册资本最低限额为一亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为五千万元人民币。注册资本应当是实缴资本。

国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额，但不得少于前款规定的限额。

### 2. 经营行为的监管

#### （1）确立存贷利率（38 条）

《商业银行法》第 38 条：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。

#### （2）遵守资产负债比的规定（39 条）

《商业银行法》第 39 条：商业银行贷款，应当遵守下列资产负债比例管理的规定：（一）资本充足率不得低于百分之八；（二）流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于百分之二十五；（三）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百分之十；（四）国务院银行业监督管理机构对资产负债比例管理的其他规定。本法施行前设立的商业银行，在本法施行后，其资产负债比例不符合前款规定的，应当在一定的期限内符合前款规定。具体办法由国务院规定。

#### （3）贷款行为的规制

《商业银行法》第 35 条：商业银行贷款，应当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。商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批的制度。

#### （4）对发布理财产品行为的规制（资管新规第 19 条）

《资管新规》第 19 条：个人不得使用银行贷款等非自有资金投资资产管理产品，资产负债率达到或者超出警戒线的企业不得投资资产管理产品，警戒线的具体标准由人民银行会同相关部门另行规定。

#### （5）对金融衍生品的规制

适用证券法的相关规定。由证监会与银保监会共同监管。

#### （6）对存款人的保护

第 29 条：商业银行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，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。

### 3.对银行退出机制的监管

#### (1) 接管

第 64 条：商业银行已经或者可能发生信用危机，严重影响存款人的利益时，国务院银行业监督管理机构可以对该银行实行接管。接管的目的是对被接管的商业银行采取必要措施，以保护存款人的利益，恢复商业银行的正常经营能力。被接管的商业银行的债权债务关系不因接管而变化。

#### (2) 破产清算

#### (三) 存款保险制度

《存款保险条例》第二条、第三条等规定

第二条 在中华人民共和国境内设立的商业银行、农村合作银行、农村信用合作社等吸收存款的银行业金融机构（以下统称投保机构），应当依照本条例的规定投保存款保险。

投保机构在中华人民共和国境外设立的分支机构，以及外国银行在中华人民共和国境内设立的分支机构不适用前款规定。但是，中华人民共和国与其他国家或者地区之间对存款保险制度另有安排的除外。

第三条 本条例所称存款保险，是指投保机构向存款保险基金管理机构交纳保费，形成存款保险基金，存款保险基金管理机构依照本条例的规定向存款人偿付被保险存款，并采取必要措施维护存款以及存款保险基金安全的制度。

第五条 存款保险实行限额偿付，最高偿付限额为人民币 50 万元。中国人民银行会同国务院有关部门可以根据经济发展、存款结构变化、金融风险状况等因素调整最高偿付限额，报国务院批准后公布执行。

## 第七章 财政税收法律制度

### 第一节 财政调控法的基本原理

#### 一、财政调控法的界定

##### (一) 财政的涵义

国家（公共部门）为行使其职能，通过公共收支行为进行社会产品分配的活动。财政的本质是国家对社会资源的分配，目的在于社会稳定与提高公民福利。

##### (二) 财政调控法的概念

调整国家在财政政策制定与执行行为中形成的社会关系的法律规范。

注意国家财政行为可以是公权力的形式也可以是私法行为。

（即依照公权力的预算行为，也包括政府投资、支付等私行为）。

#### 二、财政法的组成

(一) 财政预算法（政府收支的前置程序）

规范国家在财政收入与支出进行的预算与决算，控制一定的收支比、支出的使用范围。

(二) 政府债法（增减政府负债、刺激或抑制投资）

规范国债、地方政府债的发行与履行。

(三) 政府投资与经营法（刺激投资、资产保值增值、提升公共福利）

规范政府利用公共资金进行的投资与经营行为。

(四) 转移支付法（基于保障公平考量支持）

规范公共支出与分配均衡行为。

### 三、财政预算法

(一) 财政预算法的概念与法律规范

财政预算是政府的基本财政收支计划，调整该收支行为的法律规范称为财政预算法。主要的法律依据是《预算法》（2018）。

(二) 政府预算的类型

1. 一般公共预算

一般公共预算是对以税收为主体的财政收入，安排用于保障和改善民生、推动经济社会发展、维护国家安全、维持国家机构正常运转等方面的收支预算。

2. 政府性基金预算

政府性基金预算是对依照法律、行政法规的规定在一定期限内向特定对象征收、收取或者以其他方式筹集的资金，专项用于特定公共事业发展的收支预算。

3. 国有资本经营预算

国有资本经营预算是对国有资本收益作出支出安排的收支预算。国有资本经营预算应当按照收支平衡的原则编制，不列赤字，并安排资金调入一般公共预算。（国企也需要进行预算）

4. 社会保险基金预算

社会保险基金预算是对社会保险缴款、一般公共预算安排和其他方式筹集的资金，专项用于社会保险的收支预算。社会保险基金预算应当按照统筹层次和社会保险项目分别编制，做到收支平衡。

### 四、政府债法

(一) 政府债是中央与地方政府通过借款或者发行有价证券的方式向社会筹集资金形成的债务，本质是一种政府融资。

(二) 国债的发行、流通与监管



每年国库券的发行数额、利率、偿还期等，经国务院确定后，由财政部予以公告。（共 14 条的《国库券条例》）

国库券发行采取承购包销、认购等方式。

### （三）地方政府债的发行

1.依据：财政部《地方政府一般债券发行管理暂行办法》

2.地方政府债的分类 一般债券、专项债券

3.地方政府债发行的条件

经过预算，发债的目的是用于基础设施与公共服务投入，不能用于其他用途。

## 五、国家投资经营法

### （一）国家投资经营法概述

1.概念：规范国家投资经营行为的法律规范。

2.国家投资经营的原因：国家稳定、安全与保障公民福利。

3.国家投资经营的形式、类别、领域

形式：成立各种形式的国企实体（一般企业、银行、基金等）。

范围：固定资产投资、金融产品投资等。

领域：公共基础设施、国防军工、金融、社会保险、医疗卫生等。（国家安全与市场无法有效发挥资源配置的领域）

4.主要的法律规范：《企业国有资产法》《政府投资条例》。

### （二）公共基础设施的投资经营

1. 《政府投资条例》制定背景

为了规范政府的固定资产投资行为，约束政府投资的范围，2019 年 4 月通过，2019 年 7 月 1 日正式实施。

2.主要内容

（1）政府投资界定：本条例所称政府投资，是指在中国境内使用预算安排的资金进行固定资产投资建设活动，包括新建、扩建、改建、技术改造等。（狭义政府投资）

（2）政府投资范围：政府投资资金应当投向市场不能有效配置资源的社会公益服务、公共基础设施、农业农村、生态环境保护、重大科技进步、社会管理、国家安全等公共领域的项目，以非经营性项目为主。

（第三条）

（3）政府投资的方式：政府投资资金按项目安排，以直接投资方式为主；对确需支持的经营性项目，主要采取资本金注入方式，也可以适当采取投资补助、贷款贴息等方式。（第六条）

(4) 政府投资的管理、程序、监督等。

### 3.《基础设施和公用事业特许经营管理办法》

#### (1) 基础设施和公用事业特许经营的含义

本办法所称基础设施和公用事业特许经营，是指政府采用竞争方式依法授权中华人民共和国境内外的法人或者其他组织，通过协议明确权利义务和风险分担，约定其在一定期限和范围内投资建设运营基础设施和公用事业并获得收益，提供公共产品或者公共服务。(第三条)

#### (2) 特许经营的适用范围

中华人民共和国境内的能源、交通运输、水利、环境保护、市政工程等基础设施和公用事业领域的特许经营活动，适用本办法。(第二条)

#### (3) 特许经营的载体：政府特许经营协议

实施机构应当与依法选定的特许经营者签订特许经营协议。需要成立项目公司的，实施机构应当与依法选定的投资人签订初步协议，约定其在规定期限内注册成立项目公司，并与项目公司签订特许经营协议。(第十一条)

#### (4) 政府特许经营协议的性质

根据《行政诉讼法》及其司法解释的规定，政府特许经营协议属于行政协议，最高人民法院《关于审理行政协议案件若干问题的解释》中规定，政府特许经营协议案件中，法院应当对协议的内容进行全面的合法性审查，并且在这些纠纷的案件中，特许经营者可以提起诉讼，政府部门不能提起反诉。

思考：政府特许经营协议与一般的私法合同有何区别？

### (三) 金融产品的投资经营

#### 1.国家主权财富基金

为了保障国家金融安全，政府出资成立专门性的公司，进行交易金融产品，维持国有资产保值增值，汇率稳定。如中国投资有限责任公司、中国华安投资有限公司等。

#### 2.国家产业投资基金

扶持特定产业政策的政府基金。如国家集成电路产业投资基金等。

#### 3.社会养老保障基金

实现公民与企业缴纳的社保金保值与增值。

## 六、财政转移支付法与支出法

### (一) 财政转移支付法

在立法宗旨方面，即通过各种形式的转移支付来满足不同层次的公共需要，以在整体上实现财

政职能，保障效率与公平。保障社会公共利益和基本人权，进而促进经济与社会的良性运行和协调发展。然而，我国仍没有统一的一部《转移支付法》，主要的内容体现在《预算法》中。

《预算法》第十六条 规定：国家实行财政转移支付制度。财政转移支付应当规范、公平、公开，以推进地区间基本公共服务均等化为主要目标。 财政转移支付包括中央对地方的转移支付和地方上级政府对下级政府的转移支付，以为均衡地区间基本财力、由下级政府统筹安排使用的一般性转移支付为主体。

按照法律、行政法规和国务院的规定可以设立专项转移支付，用于办理特定事项。建立健全专项转移支付定期评估和退出机制。市场竞争机制能够有效调节的事项不得设立专项转移支付。 上级政府在安排专项转移支付时，不得要求下级政府承担配套资金。但是，按照国务院的规定应当由上下级政府共同承担的事项除外。

## （二）《政府采购法》

### 1.政府采购界定

本法所称政府采购，是指各级国家机关、事业单位和团体组织，使用财政性资金采购依法制定的集中采购目录以内的或者采购限额标准以上的货物、工程和服务的行为。（第二条第二款）

政府采购合同的属性：私法合同，适用合同法。

### 2.政府采购与信息公开

政府采购的信息应当在政府采购监督管理部门指定的媒体上及时向社会公开发布，但涉及商业秘密的除外。（第十一条）

### 3.政府采购的方式（第二十六条）

政府采购采用以下方式：（一）公开招标；（二）邀请招标；（三）竞争性谈判；（四）单一来源采购；（五）询价；（六）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。

公开招标作为政府采购的主要采购方式。

## 第二节 税收法律制度

### 一、税法的基本构造

#### （一）税法的概念

1.税法是调整税收活动中发生的社会关系的法律规范。

2.税法的范围：可分为税收体制关系与税收征管关系，前者是税权的确认与配置，后者是税收征管的具体规定。

#### （二）课税要素

##### 1.税收主体

（1） 征税主体（国家）           （2） 纳税主体（公民 企业 社会团体 法人 （书上有））

## 2.征税客体

指税收指向的对象。一般分为流通中的商品、所得以及财产三类。（所得是可支配的收入 eg 工资，财产 eg. 房产税）

## 3.税目与计税依据

（1）税目：税法规定的征税的具体项目。

（2）计税依据：又称为税基，计算应纳税额的依据。

## 4.税率

应纳税额与计算基数之间的比率。

## 二、税法的基本原则

### （一）税收法定原则

税法主体的权利义务、各类构成要素，必须由法律予以明确。

### （二）税收公平原则

负担能力相等，税负相同；负担能力不等，税负不同

### （三）税收效率原则

行政效率 经济效率

### （四）实质课税原则

应根据客观事实确定是否符合课税要件，并根据纳税人的真实负担能力决定纳税人的税负，而不能仅考虑相关外观和形式

## 三、税权的法律分配

### （一）税收立法权

1.指立法机关制定与税收有关的法律规范的权力。税收的立法权属于全国人大及其常委，这为《立法法》所确认。我们称之为税收法定原则。我国同时授权了国务院一定的税收立法权，国务院又将此权力分配给税务总局总局、海关总署以及财政部。

### 2.税收立法权的表现

主要表现在：确定税种，税目与税率；税收优惠等。

### （二）税收征管权

1.概念：税收征管机关进行税收征收管理的权力，由税收征收管理法及税收征收管理的有关法律、法规和规章进行规范。

## 2.税收征管权的主体

我国税收的征收机关有税务与海关部门，税务机关征收各种工商税收，海关征收关税。

## 3.税收征管的相对人

纳税人、扣缴义务人和其他有关单位。

## 四、商品税

（一）概念：商品税是以商品流通为计税依据的税，税基是商品的流转额，亦称为流转税。

我国主要的商品税包括：增值税、消费税、关税。

### （二）增值税

1.概念：是对在我国境内销售货物、加工修理修配劳务、服务、无形资产或者不动产以及进口货物的单位和个人，就其取得的销售额，以及进口货物服务的金额计算税款，并实行税款抵扣制的一种流转税。

2.计税原理：对商品生产和流通中各环节的新增价值或商品附加值进行征税。

3.计算办法：根据销售额，按照规定的税率计算税款，然后从中扣除上一道环节已纳增值税税款。

当期应纳税额=当期销项税额—当期进项税额：

（1）购进货物时，除了向出售方交纳货物价款外，还要交纳进项税额（进项税额采用购进抵扣的办法，只要应税货物的购进有正规发票，无论货物以后销售还是挪作他用都可以抵扣）；

（2）销售货物时，除了向购买方收取货物价格外，还要收取销项税额。用当期销项税额减去当期进项税额就是当期应纳税额。

4.纳税人：一般纳税人与小规模纳税人。

5.税率：（1）销售交通运输服务、邮政、基础电信、建筑、不动产租赁服务，销售不动产，转让土地使用权以及销售或进口正列举的农产品等货物（易混项见附件）税率为 **9%**；加工修理修配劳务、有形动产租赁服务和进口税率为 **13%**；销售无形资产（除土地使用权）为 **6%**，出口货物税率为 **0**；

（2）其余的：货物是 **13%**，服务是 **6%**。

### （三）消费税

1.概念：消费税是以特定消费品或消费行为为课税对象所征收的一种价内税，属于流转税的范畴。

2.目的：调节产品结构；引导消费方向；保证国家财政收入。

3.法律依据：《消费税暂行条例》，正在制定《消费税法》。

4.纳税主体：我国境内生产/委托加工和进口特定消费品的单位和个人。

5.税目：烟，小汽车；酒及酒精；高尔夫球及球具；化妆；高档手表；贵重首饰及珠宝玉石；游艇；鞭炮、焰火；木制一次性筷子；成品油；实木地板；摩托车；电池；涂料。

## 6.税率

(1) 从价定率和从量定额的复合税率。如烟和白酒。

卷烟：定额税率:每标准箱收取 150 元。比例税率:调拨价为每条 50 元以上的，适用 45%;调拨价为每条 50 元以下的，适用 30%。

(2) 从量定额。如：啤酒：250 元/吨(出厂价 3000 元/吨以上)；220 元/吨(出厂价 3000 元/吨以下)

(3) 从价定率。除了上述之外的商品从价定率。

### (四) 关税

#### 1.法律依据

《中华人民共和国海关法》《中华人民共和国进出口关税条例》《中华人民共和国海关进出口税则》和《中华人民共和国海关入境旅客行李物品和个人邮递物品征收进口税办法》为基本法规。

2.关税的课税对象:准许进出境的货物和物品。

3.关税的计算方法：关税的征税基础是关税完税价格。进口货物以海关审定的成交价值为基础的到岸价格为关税完税价格；出口货物以该货物销售与境外的离岸价格减去出口税后，经过海关审查确定的价格为完税价格

4.关税的种类：普通关税与附加关税。附加关税如反倾销税、反补贴税、惩罚性关税等。

## 5.税率

(1) 税率由国务院税则委员会确定。

(2) 进口关税税率

a.税率设置与适用：最惠国税率、协定税率、特惠税率、普通税率、暂定税率、关税配额税率。

b.税率计征办法：从价税、从量税、复合税、选择税、滑准税。

(3) 出口关税税率——比例税

## 四.所得税

### (一) 所得税概述

1.概念：以收入所得为征税对象，向获取所得的主体征税的一类税。

2.计税方法：累进税率与比例税率并用。

### (二) 企业所得税

#### 1.概念

企业所得税是对我国境内企业和其他取得收入的组织的生产经营所得和其他所得所征收的一种税收。

## 2.纳税主体

现行企业所得税将企业划分为居民企业和非居民企业两大类：居民企业负无限纳税义务，即来源于我国境内、外的所得都要向中国政府缴纳所得税。非居民企业负有限纳税义务，即中国境内的所得向中国政府缴纳所得税。（个人独资企业、合伙企业不适用本法）

居民企业：登记在中国境内

非居民企业：登记在境外 在境内营业（税收相对较优惠）

## 3.征税对象为应纳税所得额

企业所得税以应纳税所得额为课税对象，应纳税所得额是按照企业所得税法规的规定，为企业在一个纳税年度内的应税收入总额扣除各项成本、费用、税金和损失后的余额，而不是依据会计制度的规定计算出来的利润总额。

## 4.税率

（1）基本税率为 25%。适用于居民企业和在中国境内设有机构、场所且所得与机构、场所有关联的非居民企业。实际基本上收的也低于 25%

（2）低税率为 20%。适用于在中国境内未设立机构、场所的，或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的非居民企业。但实际征税时适用 10%的税率。

## （三）个人所得税

1.概念：以个人所得为征税对象的一种税。

2.课税对象：下列各项个人所得，应当缴纳个人所得税：（一）工资、薪金所得；（二）劳务报酬所得；（三）稿酬所得；（四）特许权使用费所得；（五）经营所得；（六）利息、股息、红利所得；（七）财产租赁所得；（八）财产转让所得；（九）偶然所得。（个人所得税法第二条）

3.税率：采用累进税率计税：

- （一）综合所得，适用百分之三至百分之四十五的超额累进税率（税率表附后）；
- （二）经营所得，适用百分之五至百分之三十五的超额累进税率（税率表附后）；个体工商户
- （三）利息、股息、红利所得，财产租赁所得，财产转让所得和偶然所得，适用比例税率，税率为百分之二十。

## 五.财产税

（一）概念 以财产为征税对象的一类税，区别于商品与所得。

（二）种类 包括资源税、房产税、土地使用税、土地增值税、耕地占用税、契税、车船税等。

### 第一节 市场规制法基本理论

#### 一、市场规制概述

##### （一）规制的涵义

规制一般指的是代表公权力的规制部门依据具有规范性效果的准则，调整市场主体活动的行为或过程。经济法中，一般称为市场规制，或者市场监管，突出对市场主体的规制。

\*规制的语义分析：

规制对应的英文是 **regulate**,或 **regulation**。该英文可对应中文“规制”、“监管”、“管制”。在不同学科上，对该词的使用侧重点不同。

1.从“规制”在我国的使用源流看，规制最早出现在经济学领域，从日本经济学理论引入。日本经济学家将“**regulation**”翻译成“规制”，强调政府依照规则进行的管制、制约。关于规制的定义，经济学上较通行的界定是“规制是政府依靠法律威慑力限制市场个体与组织的选择自由。”

2.在政治学视野下，政府规制是“政府部门依据相关法律规定对微观经济主体及其经营活动进行约束、规范以及限制的行为。”规制强调政府部门基于公共利益考量，选择公权力介入市场的时机与方式，规制的过程是各方利益集团政治博弈的手段。

3.《布莱克法律词典》对“**regulation**”界定有两层含义：其一，指依据规则或限制进行控制的行为或过程；其二，“指通常由行政机关颁布的，具有法律效力的规制或命令。《韦氏法律词典》将“**regulation**”的界定为：其一，“规制的行为或被规制的状态（规制指依据规则的治理或引导，或者置于法律控制之下，抑或制定）；”其二，“权威的规则，特别是由政府部门颁布的具有法律效力的规则。”《元照法律词典》将“**regulation**”界定为：其一，“广义上指任何规范行为的法律规定，狭义上通常指政府各部门根据法定权限所发布的各种从属性法律；”其二，“指管理；管制；规制；监管控制；”其三，“指内部章程；内部规章。”因此，规制有两次涵义：第一，指依据规则对特定对象进行的约束、控制与引导或者指该过程；第二，指具有法律效力的规则，特别是政府部门制定的规则。

##### （二）规制的主体

代表公权力的主体，包括政府与非政府组织。非政府规制主体包括行业协会、独立的规制机构。例如市场监管管理局、基金行业协会、律师行业协会等。（如市场监管总局处罚阿里巴巴公司“二选一”，处罚其营业额4%，即182亿元。）

##### （三）规制的对象

经营者及其经营者利益代表，例如某些行业组织、消费者协会、某些地方政府或事业单位机构。要注意，规制对象不包括参与市场活动的消费者。

#### 二、市场规制法的作用

##### （一）维护市场竞争秩序



## 1. 竞争的涵义

经济学的上的竞争一般指的是在市场经济条件下，经营者在经营活动中自由选择、相互争夺的行为。

经济学上还有完全竞争市场的概念，指的是产品的价格等于生产成本，生产者及销售者的利润只能维持在该产业的投资，并且每个愿意支付该价格的人均可购买到它。经济学理论认为竞争市场是有效率的，可以促进生产力的提升。

法学上的竞争概念：绝大多数国家没有在立法上直接规定什么是竞争，即没有规定公平竞争或者合法竞争的涵义，一般都是规定什么是非法竞争，主要包括不正当竞争与排除、限制竞争两种。并列具体的不正当竞争类型。

我国台湾地区“公平交易法”第4条规定：两个以上市场主体在市场上以较有利之价格、数量、品质、服务或者其他条件，争取交易机会之行为。该界定可供参考。

## 2. 四种不同竞争程度的市场结构

（1）市场结构的种类：完全竞争市场、垄断竞争市场、寡头市场以及垄断市场。后三种称为不完全竞争市场。

### （2）不完全竞争市场的根源

现实生活中，几乎所有的市场都是不完全竞争市场，完全竞争的市场只是理想中的市场结构形式。因为：

第一，大规模生产出现规模效应并降低成本时，一个产业中的竞争者就会越来越少。在这些条件下，大企业可以比小企业以更低的成本进行生产，而小企业职能以低于成本价格销售，无法生存。

第二：当出现进入壁垒，即新的企业很难加入某一行业时，可能出现不完全竞争。例如，政府颁布限制竞争者数量的法律规范（出租车牌照），又如新企业因为进入市场的成本太高而被拒之门外（如外卖平台？）。

（3）不完全竞争的原因可归结为：进入壁垒（规模经济），法律限制（专利与特许经营），进入的高成本（高科技行业），广告与产品的差异化（如可口可乐与百事可乐）

（4）不完全竞争虽然由它的缺点，但大企业可以利用规模经济优势，同时也负责大部分科技创新，推动经济长期发展。

## 3. 不完全竞争者的判断

如果一个企业能够影响其产品的市场价格，那么，该企业就是一个不完全竞争者。

## 4. 垄断行为的危害

经济学理论研究结论：垄断行为会导致高价格、低效率和低产出，从而会减少消费者的福利。

注意：不完全竞争市场结构与垄断行为的关系，即垄断地位与垄断行为的区别，有垄断地位不一定会实施垄断行为

## （二）维护消费者权益

消费者相对于产品的生产者、销售者、销售平台而言，显然是处于弱势的地位。因此，需要对上述主体赋予一定义务，才能保障消费者权益。（例如最近几年我国频繁出现的汽车车主维权事件）

为了保护消费者权益，一般是通过赋予消费者权利，给产品生产者、销售者设定义务的方式实现。

通过设定刑事责任、行政责任以及特殊的民事责任形式保证义务人履行义务。

## （三）维护社会公共安全

现代社会的產品可能蕴含巨大的社会危险性（风险社会），如果不对产品质量、食品安全等方面进行最低要求，可能对公众的生命和财产造成极大的危害。

现代社会的公共安全还包括金融安全、能源安全、环境安全等，因此，需要对金融市场、能源市场以及环境保护等领域进行监管。（例如，当下我国政府提出“碳中和”概念，即通过一系列措施减少碳排放，实现环境保护的目标）

## 三、市场规制法的范围

### （一）竞争法

被称为“经济宪法”，旨在对竞争秩序的维护，包括反不正当竞争法与反垄断法。

### （二）消费者权益保护法

对消费者权益的维护，主要包括规定消费者权利，经营者义务等内容。

### （三）公共安全相关的法律

产品质量法、食品、药品安全法、广告法等。

## 四、市场规制法调整的法律关系

### （一）国家与经营者之间的强制法律关系

即赋予经营者强制性的义务。例如，销售者必须提供符合国家制定的安全标准的产品，该义务是强制性义务，不得约定排除。

### （二）经营者之间的法律关系

经营者之间应当有序竞争，不得不正当竞争，不得限制、排除竞争，实施垄断行为。

### （三）经营者与消费者之间的法律关系

经营者与消费者的法律关系表现为权利与义务关系。二者之间的权利义务是不对等的。

消费者在权益遭受侵害时候，有权要求经营者赔偿损失、赔礼道歉、退换货等多种形式的责任。其中的赔偿规则与一般的民事赔偿规则有很大不同，如三倍惩罚性赔偿、十倍赔偿规则。

## 第二节 竞争法的基础理论

## 一、竞争法的概念和功能

### （一）竞争法的概念

竞争法的称谓并无统一。美国称为反托拉斯法；英国称为竞争法；德国传给你为限制竞争法与反不正当竞争法；日本称为禁止私人垄断及确保公正交易法；欧盟竞争法主要涉及反垄断法问题。竞争法有广义与狭义之分。

竞争法是由国家颁布的规制竞争行为和调整竞争关系的法律规范的总称。

### （二）竞争法的功能

#### 1.保护竞争

#### 2.保护竞争者

如我国《反垄断法》第 50 条规定，经营者实施垄断行为，给他人造成损失的，依法承担民事责任。《反不正当竞争法》多条规范规定了因不正当竞争行为遭受损失的经营者可主张赔偿。

#### 3.保护消费者

对商业混淆行为的规制，对垄断高价的规制等，有利于消费者。

思考：竞争法的实施表现为在一定期间内对大企业的打击，可能引发技术创新的停滞，由此引发的争议，大家怎么看？

## 二、竞争法的立法形式

### （一）合并立法与分别立法

#### 1.合并立法

在一部法律里面，规定了反不正当竞争法与反垄断法。立法例有我国台湾地区的“公平交易法”，韩国《限制垄断与公平交易法》。

#### 2.分别立法

分别制定反垄断法与反不正当竞争法。如我国、德国、日本、瑞士等。

#### 3.我国的竞争法制定和形式

我国与 1993 年颁布了《反不正当竞争法》，里面包括了个别垄断行为的规制，如行政垄断、不当低价销售等行为。2008 年实施的《反垄断法》是第一部专门规定反垄断行为的法律。2017 《反不正当竞争法》修订时，删除了涉及反垄断的内容。

## 三、竞争法的价值和原则

### （一）竞争法的价值

#### 1.保障经济自由；2.保障经济公平

## （二）原则

- 1.自由竞争原则
- 2.公平竞争原则
- 3.诚信竞争原则

## 四、竞争法的地位与不确定性

### （一）地位

竞争法具有经济宪法的地位，是对私人经济权力（市场力量）的限制，以保障市场竞争自由，保障消费者基本经济权利的法律。

### （二）竞争法的不确定性

- 1.规制对象的不确定性
- 2.多元价值目标的冲突
- 3.竞争性损害的不确定性
- 4.产业政策的影响

## 第九章 反不正当竞争法

### 第一节 反不正当竞争法概述

#### 一、反不正当竞争法的概念与特征

##### （一）概念

1.不正当竞争行为：是指经营者在生产经营活动中，违反本法规定，扰乱市场竞争秩序，损害其他经营者或者消费者的合法权益的行为。（《反不正当竞争法》第2条第2款）

##### 2.反不正当竞争法

制止经营者采用欺骗、利诱以及其他违背诚实信用原则的手段从事的各种不正当竞争行为，以维护公平竞争的商业道德和交易秩序的法律规范的总称。

##### 3.反不正当竞争法时间简史

（1）1824年英国法院确认了仿冒行为的侵权行为，对受到侵害的竞争者提供相应救济。是最早的实质竞争法。

（2）19世纪中叶，法国法院适用《民法典》中的法律规范处理商业欺诈行为。

(3) 1896 年德国制定了世界上第一部专门的反不正当竞争法。

(4) 1900 年《保护工业产权巴黎公约》加入了反不正当竞争条款。反不正当竞争法开始在各普遍发展。

(5) 20 世纪时候，很多国家制定了专门性的反不正当竞争法，即形式意义上的反不正当竞争法。如日本、奥地利、希腊等国。

(6) 我国 1993 年颁布《反不正当竞争法》，历经多次修改，现行法是 2019 年修订的。

## (二) 特征

### 1. 调整功能上的补充性

填补民法、知识产权法等私法领域对侵权行为规制的不足。例如在对智力成果的保护方面，专有技术、商业秘密、集成电路布图设计、知名商品特有的名称、包装、装潢、字号、域名、商誉等方面，知识产权法的保护力度不足，很多时候需要寻求反不正当竞争法的保护。

例如：某些知名品牌的单一颜色标识，如“蒂芙尼蓝”，并未获得知识产权法的保护，但可能被认定为商品混淆行为。

### 2. 调整对象的行为法特征

着眼于竞争行为，对违反诚实信用的不正当竞争行为予以禁止，保护经营者与消费者的合法权益。

### 3. 救济手段的综合性

反不正当竞争法对行为人规定的法律责任包括三种责任，可同时适用。

## 二、不正当竞争行为的类型与认定

### (一) 类型

#### 1. 学理上的划分

以行为手段为标准：欺骗性市场行为、利诱性市场交易行为、市场妨碍行为。

#### 2. 我国立法的划分

七种行为：商业混淆、商业贿赂、虚假或引入误解的商业宣传、侵犯商业秘密、不正当有奖销售、商业诋毁、互联网领域的不正当竞争行为。

### (二) 认定

#### 1. 行为主体

经营者，即从事商品生产、经营或提供服务的主体。

如何认定一个主体是否是经营者？一般以行为标准来判定，即只要从事了经营者行为的主体均是经营者，例如经营者的员工、其他主体。并且不以营利为必要条件。

《反不正当竞争法》第2条第3款：本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。

第9条2款：经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

## 2.行为客体

损害竞争者或者消费者的权益或者社会公共利益。

## 3.主观方面

以主观过错为要件。

最高法《关于审理不正当竞争民事案件应用法律若干问题的解释》第1条第2款规定：在不同地域范围内使用相同或者近似的知名商品特有的名称、包装、装潢，在后使用者能够证明其善意使用的，不构成不正当竞争。

## 4.客观方面

实施了有悖于诚实信用原则或者工人的商业道德的行为。

## 三、反不正当竞争法与知识产权法的关系

传统上，一般认为反不正当竞争法是对知识产权法的补充，即知识产权法对“知识和智慧成果”的保护源于类型法定主义以及知识与智慧成果的社会性，有严格的构成要件，包括实质要件与形式要件。知识产权法具有强保护与窄保护的特点。

而反不正当竞争法则体现了对知识与智慧成果的宽保护。因为该法保护的是商业领域的善良风俗与商业道德的维护。对知识的侵害可能导致侵害市场的公平竞争。

此外，在理论上有不同的观点，如“补充说”“平行保护说”“独立说”。

司法现状：对不合格的知识产权对象进行利用，或者对合格对象进行不受专有权利控制的利用，这两种情形都不构成对相应知识产权的侵害。对这两类不受相应知识产权法禁止的情形，都有裁判以反不正当竞争法一般条款予以禁止。在“金庸诉江南”“大众点评诉爱帮网”“大众点评诉百度”“耀宇公司诉斗鱼公司”“央视诉动景”等案件，法院即以《反不正当竞争法》第2条，禁止被告擅自利用思想、部分不构成作品的用户点评、不构成作品的游戏画面、体育赛事节目、专利保护期届满的产品外观设计。

司法政策：《最高人民法院关于当前经济形势下知识产权审判服务大局若干问题的意见》第11条、《最高人民法院关于充分发挥知识产权审判职能作用推动社会主义文化大发展大繁荣和促进经济自主协调发展若干问题的意见》第24条只有在“不与专门法的立法政策相抵触”“专门法未作穷尽性保护”的情况下，法官才可以援引反不正当竞争法为知识产权提供附加保护。

反不正当竞争法与知识产权法的关系.doc

讨论：商家在宣传中使用网络上的各种美术字体，违法吗？

## 第二节 反不正当竞争法行为

### 一、商业混淆行为

#### (一) 概述

1.概念：商业混淆行为指经营者通过仿冒他人标识，使自己的商品或服务被误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的不正当竞争行为。

2.本质：窃取他人成果、攀附他人声誉以谋取交易机会或竞争优势的搭便车行为。

#### (二) 商业混淆的构成要件

##### 1.行为主体：经营者

判断标准是该主体是否从事了经营行为。

##### 2.行为手段：仿冒他人标识

未经权利人同意，仿冒他标识。

##### 3.行为后果：具有混淆效果

达到足以引人误认为是他人商品或与他人存在特定联系。

#### (三) 四种类型的混淆行为（第6条）

1.擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；

2.擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)、姓名(包括笔名、艺名、译名等)；

3.擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；

4.其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。（2019年修法新增）

### 二、商业贿赂行为

#### (一) 概念

经营者为了争取交易机会或竞争优势，采用财务或者其他手段，收买交易相对方的委托代理人以及对交易具有一定影响力的单位和个人的行为。

商业贿赂的主要危害在于违背商业伦理，腐化市场风气。

#### (二) 主要表现 回扣、付赠式商业贿赂、非法佣金等。

#### (三) 立法规定

第七条 经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：

(一)交易相对方的工作人员；

(二)受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人;

(三)利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。

经营者在交易活动中,可以以明示方式向交易相对方支付折扣,或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的,应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。

经营者的工作人员进行贿赂的,应当认定为经营者的行为;但是,经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

### 三、虚假或引人误解的商业宣传

#### (一) 概念

对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。

#### (二) 立法规定

第八条 经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传,欺骗、误导消费者。

经营者不得通过组织虚假交易等方式,帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

#### (三) 虚假宣传的认定

1.主体 包括为自己产品进行宣传的经营者,也包括为其他经营者进行宣传的主体。例如包括广告经营者、发布者及代言人。

2.主观要件 主观上有过错,即故意或者过失均可构成虚假宣传。

3.客观方面 宣传信息虚假;引入误解

### 四、侵犯商业秘密

#### (一) 概念

1.商业秘密:指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

2.侵犯商业秘密的行为:经营者为了获得交易机会,以不正当的方式取得、披露或者使用他人商业秘密的行为。

#### (二) 构成要件

1.主体 经营者、员工、第三人等实施了侵犯行为的,均为侵权主体。

2.侵权行为的方式

(1) 非法获取他人商业秘密



(2) 非法披露他人商业秘密

(3) 非法使用他人商业秘密

(4) 违反竞业禁止协议

(三) 立法规定

第9条：经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：

(一)以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密；

(二)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密；

(三)违反保密义务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；

(四)教唆、引诱、帮助他人违反保密义务或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，获取、披露、使用或者允许他人使用权利人的商业秘密。

经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施前款所列违法行为的，视为侵犯商业秘密。

第三人明知或者应知商业秘密权利人的员工、前员工或者其他单位、个人实施本条第一款所列违法行为，仍获取、披露、使用或者允许他人使用该商业秘密的，视为侵犯商业秘密。

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。

## 五、不正当有奖销售

(一) 有奖销售的概念：

有奖销售，是指经营者在销售商品或者提供服务时，向消费者或相关公众提供金钱、物品或者其他利益的行为。包括附赠式有奖销售和抽奖式有奖销售。

附赠式有奖销售是指经营者销售商品或者提供服务时，向满足一定条件的消费者或者相关公众提供金钱、物品或者其他利益的行为。抽奖式有奖销售是指经营者以抽签、摇号等带有偶然性的方法决定消费者或者相关公众是否中奖的行为。

(二) 立法规定

第十条 经营者进行有奖销售不得存在下列情形：

(一)所设奖的种类、兑奖条件、奖金金额或者奖品等有奖销售信息不明确，影响兑奖；

(二)采用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；

(三)抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五万元。

## 六、商业诋毁

### （一）概念

当前法学界并没有对商业信誉、商品声誉的概念有界定，

主要通过判例进行开放式的理解，一般商业信誉是一个经营者的综合印象，商品声誉是某项商品的个人印象。

### （二）立法规定

第十一条 经营者不得编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

## 七、互联网新型不正当竞争行为

### （一）立法规定

第十二条 经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。

经营者不得利用技术手段，通过影响用户选择或者其他方式，实施下列妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为：

(一)未经其他经营者同意，在其合法提供的网络产品或者服务中，插入链接、强制进行目标跳转；

(二)误导、欺骗、强迫用户修改、关闭、卸载其他经营者合法提供的网络产品或者服务；

(三)恶意对其他经营者合法提供的网络产品或者服务实施不兼容；

(四)其他妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

## 第十章 消费者保护法律制度

### 第一节 消费者权益保护的基础理论

#### 一、消费者权益保护法的立法宗旨

##### （一）国家各类市场规制行为的逻辑起点

国家对市场进行干预与调控的行为是手段与途径，即通过维护市场秩序，保障人民的经济独立与自由，是宪法规定的公民享有人权的具体化。（《宪法》第 13 条

##### （二）赋予消费者权益与设定经营者义务

立法宗旨的实现：将公民在市场交易过程中的人权（经济独立于自由）具体化为消费者权益，并以该权益为核心，设定经营者的义务。市场规制行为主要围绕经营者义务展开。这些权益具有公法上的权利与私权利的特点，是一项混合型权利与利益。

##### （三）同时采用公法与私法的制度工具实现立法宗旨

赋予市场监督管理部门的行政处罚权，消协等自律监管部门的监督权等，对经营者违反义务的行为进行处罚。规定消费者对经营者的损害赔偿请求权，惩罚性赔偿请求权。

## 二、消费者权益保护法的立法体例

### （一）专门性立法与分散立法相结合

专门性立法指制定一部统一的消费者权益保护法，如日本、英国以及我国的《消费者权益保护法》。

分散立法是针对具体的消费领域、消费品安全标准等方面的立法。

### （二）我国的消费者权益保护法体系

#### 1.《消费者权益保护法》为基本法

该法 1993 年制定，最近一次修改是 2013 年，规定了消费者的权利；经营者的义务；国家对消费者合法权益的保护；消费者组织；争议的解决以及法律责任等内容。

#### 2.几个与消费者权益保护联系密切的法律规范

##### （1）《产品质量法》与《食品安全法》

主要规定了消费品的质量标准、安全标准，以及经营者、生产者的责任，监管部门的监管责任等内容。

（2）《民法典》（侵权责任法、合同法）《反垄断法》《反不正当竞争法》《广告法》等消费者权益基础法与分支法。主要对经营者、生产者的不正当竞争行为进行规制，保障处于被支配地位的消费者权益。

##### （3）司法解释《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》（（2013）28 号）。

## 三、关于消费者的范围

### （一）我国立法仅规定了消费品，未直接规定消费者。

《消法》第二条：消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。

### （二）理论上对消费者的界定

1.通常的界定：为生活消费而购买、使用商品或接受服务的人。

2.构成《消法》保护的消费者的条件

（1）主体为自然人。（思考：其他组织可能是消费者吗）可能 主要看使用的目的、场所是什么

（2）购买、使用商品与接受服务是为了生活消费。

（3）标的：生活消费使用的商品与服务。

## 四、消费者权益保护的监管部门

### （一）市场监管管理部门

1.监管定位：对违法市场交易行为的规制部门，包括市场监管管理局、物价局、检验检疫局等部门。

2.监管职能：《消法》第三十三条：有关行政部门在各自的职责范围内，应当定期或者不定期对经营者提供的商品和服务进行抽查检验，并及时向社会公布抽查检验结果。有关行政部门发现并认定经营者提供的商品或者服务存在缺陷，有危及人身、财产安全危险的，应当立即责令经营者采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。

## （二）消费者权益保护协会

1.性质：社会组织，自律监管机构

2.职能

《消法》第三十三条：消费者协会履行下列公益性职责：

（一）向消费者提供消费信息和咨询服务，提高消费者维护自身合法权益的能力，引导文明、健康、节约资源和保护环境的消费方式；（二）参与制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准；（三）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；（四）就有关消费者合法权益的问题，向有关部门反映、查询，提出建议；（五）受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；（六）投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以委托具备资格的鉴定人鉴定，鉴定人应当告知鉴定意见；（七）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或者依照本法提起诉讼；（八）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。

## 第二节 消费者权益与经营者义务体系

### 一、消费者权益的性质

私权利与社会性权利（公法上权利）的混合，是宪法人权的具体化，可以依据这些权利直接提起请求权。

### 二、消费者权益的内容：

（一）消费者享有四项权利：

有权获得安全保障；有权获得正确资料；有权自由决定选择；有权提出消费意见。

——1962 年 3 月 15 日，肯尼迪在美国国会发表的《关于保护消费者利益的总统特别国情咨文》

（二）我国《消法》规定的消费者权利

#### 1.安全保障权

《消法》第七条：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。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。（不泄露个人信息）

#### 2.知情权

《消法》第八条：消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权

根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、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

《消法》第九条：消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

### 4. 公平交易权

《消法》第十条：消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

### 5. 依法求偿权

《消法》第十一条：消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

### 6. 一定期限的法定合同解除权

《消法》二十五条：经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由，但下列商品除外：（一）消费者定作的；（二）鲜活易腐的；（三）在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；（四）交付的报纸、期刊。除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。

### 7. 依法结社权

《消法》第十二条：消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会组织的权利。

### 8. 接受教育权

第十三条：消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。消费者应当努力掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。

### 9. 受尊重权

第十四条：消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有个人信息依法得到保护的权利。

### 10. 监督批评权

第十五条：消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消

消费者权益工作提出批评、建议。

## 二、经营者义务

### （一）经营者义务的性质

《消法》《产品质量法》等规定的经营者义务属于法定义务。违反这些义务导致的后果是可能承担民事责任、行政责任与刑事责任。

### （二）经营者义务的内容

#### 1. 听取意见，接受监督义务

《消法》第十七条：经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。

#### 2. 保障消费者人身和财产安全义务

《消法》第十八条：经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院等经营场所的经营者，应当对消费者尽到安全保障义务。

#### 3. 不作虚假宣传或引人误解的宣传义务

《消法》第二十条：经营者向消费者提供有关商品或者服务的质量、性能、用途、有效期限等信息，应当真实、全面，不得作虚假或者引人误解的宣传。

经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。经营者提供商品或者服务应当明码标价。

#### 4. 出具凭证和单据义务

《消法》第二十二条：经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具发票等购货凭证或者服务单据；消费者索要发票等购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

#### 5. 品质担保义务

《消法》第十九条：经营者发现其提供的商品或者服务存在缺陷，有危及人身、财产安全危险的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。采取召回措施的，经营者应当承担消费者因商品被召回支出的必要费用。

《消法》第二十三条：经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵，且存在该瑕疵不违反法律强制性规定的除外。

经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的，应当保证其提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消

费者自接受商品或者服务之日起六个月内发现瑕疵，发生争议的，由经营者承担有关瑕疵的举证责任。举证责任倒置 证明出厂时候是好的

## 6.退、换货和修理义务

《消法》第二十四条：经营者提供的商品或者服务不符合质量要求的，消费者可以依照国家规定、当事人约定退货，或者要求经营者履行更换、修理等义务。没有国家规定和当事人约定的，消费者可以自收到商品之日起七日内退货；七日后符合法定解除合同条件的，消费者可以及时退货，不符合法定解除合同条件的，可以要求经营者履行更换、修理等义务。

依照前款规定进行退货、更换、修理的，经营者应当承担运输等必要费用。

第二十五条：经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起七日内退货，且无需说明理由，但下列商品除外：（一）消费者定作的；（二）鲜活易腐的；（三）在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品；（四）交付的报纸、期刊。

除前款所列商品外，其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品，不适用无理由退货。

消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起七日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。

## 7.告知与提示义务

第二十六条：经营者在经营活动中使用格式条款的，应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容，并按照消费者的要求予以说明。

经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式，作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定，不得利用格式条款并借助技术手段强制交易。

## 8.尊重消费者人格尊严的义务

《消法》第二十七条：经营者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。

## 9.信息提供与信息保护义务

《消法》第二十八条：采用网络、电视、电话、邮购等方式提供商品或者服务的经营者，以及提供证券、保险、银行等金融服务的经营者，应当向消费者提供经营地址、联系方式、商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等信息。

第二十九条：经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。

经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经

营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。

经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。

### （三）电子商务平台经营者的义务

#### 1. 对进入平台的经营者信息进行审查的义务

《电子商务法》第二十七条：电子商务平台经营者应当要求申请进入平台销售商品或者提供服务的经营者提交其身份、地址、联系方式、行政许可等真实信息，进行核验、登记，建立登记档案，并定期核验更新。电子商务平台经营者为进入平台销售商品或者提供服务的非经营用户提供服务，应当遵守本节有关规定。

#### 2. 协助市场监管管理部门监管的义务

《电子商务法》第二十八条：电子商务平台经营者应当按照规定向市场监督管理部门报送平台内经营者的身份信息，提示未办理市场主体登记的经营者依法办理登记，并配合市场监督管理部门，针对电子商务的特点，为应当办理市场主体登记的经营者办理登记提供便利。电子商务平台经营者应当依照税收征收管理法律、行政法规的规定，向税务部门报送平台内经营者的身份信息和与纳税有关的信息，并应当提示依照本法第十条规定不需要办理市场主体登记的电子商务经营者依照本法第十一条第二款的规定办理税务登记。

《电子商务法》第二十九条：电子商务平台经营者发现平台内的商品或者服务信息存在违反本法第十二条、第十三条规定情形的，应当依法采取必要的处置措施，并向有关主管部门报告。

#### 3. 维护网络稳定与保存电子数据的义务

《电子商务法》第三十条：电子商务平台经营者应当采取技术措施和其他必要措施保证其网络安全、稳定运行，防范网络违法犯罪活动，有效应对网络安全事件，保障电子商务交易安全。电子商务平台经营者应当制定网络安全事件应急预案，发生网络安全事件时，应当立即启动应急预案，采取相应的补救措施，并向有关主管部门报告。

《电子商务法》第三十一条：电子商务平台经营者应当记录、保存平台上发布的商品和服务信息、交易信息，并确保信息的完整性、保密性、可用性。商品和服务信息、交易信息保存时间自交易完成之日起不少于三年；法律、行政法规另有规定的，依照其规定。

#### 4. 制定交易规则并明确提示的义务

第三十二条：电子商务平台经营者应当遵循公开、公平、公正的原则，制定平台服务协议和交易规则，明确进入和退出平台、商品和服务质量保障、消费者权益保护、个人信息保护等方面的权利和义务。

第三十三条：电子商务平台经营者应当在其首页显著位置持续公示平台服务协议和交易规则信息或者上述信息的链接标识，并保证经营者和消费者能够便利、完整地阅览和下载。

第三十四条：电子商务平台经营者修改平台服务协议和交易规则，应当在其首页显著位置公开征求意见，采取合理措施确保有关各方能够及时充分表达意见。修改内容应当至少在实施前七日予以公示。平台内经营者不接受修改内容，要求退出平台的，电子商务平台经营者不得阻止，并按照修改前的服务协议和交



易规则承担相关责任。

第四十条：电子商务平台经营者应当根据商品或者服务的价格、销量、信用等以多种方式向消费者显示商品或者服务的搜索结果；对于竞价排名的商品或者服务，应当显著标明“广告”。

#### 5.对进入平台的经营者的公平对待义务

第三十五条：电子商务平台经营者不得利用服务协议、交易规则以及技术等手段，对平台内经营者在平台内的交易、交易价格以及与其他经营者的交易等进行不合理限制或者附加不合理条件，或者向平台内经营者收取不合理费用。

第三十六条：电子商务平台经营者依据平台服务协议和交易规则对平台内经营者违反法律、法规的行为实施警示、暂停或者终止服务等措施的，应当及时公示。

#### 6.建立健全信用评价制度与公示信用评价规则的义务

第三十九条：电子商务平台经营者应当建立健全信用评价制度，公示信用评价规则，为消费者提供对平台内销售的商品或者提供的服务进行评价的途径。电子商务平台经营者不得删除消费者对其平台内销售的商品或者提供的服务的评价。

#### 7.保护知识产权的义务

第四十一条：电子商务平台经营者应当建立知识产权保护规则，与知识产权权利人加强合作，依法保护知识产权。

第四十二条：知识产权权利人认为其知识产权受到侵害的，有权通知电子商务平台经营者采取删除、屏蔽、断开链接、终止交易和服务等必要措施。通知应当包括构成侵权的初步证据。电子商务平台经营者接到通知后，应当及时采取必要措施，并将该通知转送平台内经营者；未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与平台内经营者承担连带责任。因通知错误造成平台内经营者损害的，依法承担民事责任。恶意发出错误通知，造成平台内经营者损失的，加倍承担赔偿责任。

### **第三节 消费者权益的保障机制**

#### **一、争议解决途径（《消法》第三十九条）**

- （一）与经营者协商和解；
- （二）请求消费者协会或者依法成立的其他调解组织调解；
- （三）向有关行政部门投诉；
- （四）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；
- （五）向人民法院提起诉讼。

#### **二、侵犯消费者权益的一般侵权责任**

##### （一）侵权责任的归责原则

## 1. 对生产者、销售者采用的是严格责任原则（类似于民法上的过错推定）

（1）具体而言，不要求消费品的提供者（包括生产者、销售者）的主观上有侵权的主观过错，只要侵害了消费者的权益均应承担责任。但是与无过错责任不同，提供者可以证明自身无过错，而不承担责任或者向其他提供者追偿。

### （2）法源依据

《消法》第四十条：消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。

《民法典》第 1203 条：被侵权人的请求权和生产者与销售者之间的追偿权

因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。

## 2. 对电子商务平台等（包括第三人）采用的是过错责任

（1）电子商务平台等有过错时，对消费者承担侵权责任。

### （2）法源依据

《电子商务法》第三十八条：电子商务平台经营者知道或者应当知道平台内经营者销售的商品或者提供的服务不符合保障人身、财产安全的要求，或者有其他侵害消费者合法权益行为，未采取必要措施的，依法与该平台内经营者承担连带责任。对关系消费者生命健康的商品或者服务，电子商务平台经营者对平台内经营者的资质资格未尽到审核义务，或者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，依法承担相应的责任。

《消法》第四十四条：消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务，其合法权益受到损害的，可以向销售者或者服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或者服务者的真实名称、地址和有效联系方式的，消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿；网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的，应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后，有权向销售者或者服务者追偿。

网络交易平台提供者明知或者应知销售者或者服务者利用其平台侵害消费者合法权益，未采取必要措施的，依法与该销售者或者服务者承担连带责任。

《民法典》第 1204 条：第三人过错导致产品缺陷时生产者、销售者的追偿权

因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，

有权向第三人追偿。

## （二）承担侵权责任的主体范围

- 1.生产者、销售者
- 2.电子商务平台、第三人（运输、仓储者）
- 3.展销会举办者、柜台的出租者

《消法》第四十三条：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，可以向销售者或者服务者要求赔偿。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。

## 4.广告经营者、发布者、推荐者

《消法》第四十五条消费者因经营者利用虚假广告或者其他虚假宣传方式提供商品或者服务，其合法权益受到损害的，可以向经营者要求赔偿。广告经营者、发布者发布虚假广告的，消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者、发布者不能提供经营者的真实名称、地址和有效联系方式的，应当承担赔偿责任。

广告经营者、发布者设计、制作、发布关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告，造成消费者损害的，应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

社会团体或者其他组织、个人在关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告或者其他虚假宣传中向消费者推荐商品或者服务，造成消费者损害的，应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

## （三）侵犯消费者权益的侵权行为（12346 是欺诈）

《消法》第四十八条：经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：（一）商品或者服务存在缺陷的；（二）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；（三）不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；（四）不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；（五）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；（六）销售的商品数量不足的；（七）服务的内容和费用违反约定的；（八）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；（九）法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

## （四）责任承担方式

### 1.连带责任

- （1）销售者与生产者（《消法》第四十条）
- （2）销售者与网络销售平台（《消法》第四十四条）

### 2.责任承担方式

- （1）支付损害赔偿金

《消法》第四十九条：经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害的，应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用，以及因误工减少的收入。造成残疾的，还应当赔偿残疾生活辅助具费和残疾赔偿金。造成死亡的，还应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

#### （2）停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉等

《消法》第五十条：经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

#### （3）支付精神损失赔偿金

《消法》第五十一条：经营者有侮辱诽谤、搜查身体、侵犯人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为，造成严重精神损害的，受害人可以要求精神损害赔偿。

#### （4）修理、退换货、退还价款等

《消法》第五十二条经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当依照法律规定或者当事人约定承担修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等民事责任。

#### （5）退货

《消法》第五十四条 依法经有关行政部门认定为不合格的商品，消费者要求退货的，经营者应当负责退货。

### 三、侵犯消费者权益的惩罚性赔偿（特殊侵权责任）

#### （一）惩罚性赔偿属于一种特殊侵权责任（民事责任）

《民法典》第 1207 条：明知产品存在缺陷仍然生产、销售，或者没有依据前条规定采取有效补救措施，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

#### （二）惩罚性赔偿的具体种类

##### 1.经营者有欺诈行为——按价款的三倍赔偿

（1）经营者有欺诈的主观故意，并实施了欺诈行为。

（2）结果上消费者因购买、使用商品遭受了损失。

一是主观方面，经营者有“欺诈”的故意，即经营者明知提供的商品或服务在数量、质量、价格、品牌、功效等方面存在虚假情况仍向消费者作出不实陈述的主观心理状态。二是客观方面，经营者实施了欺诈行为，即经营者在向消费者提供商品或服务时有虚假陈述、夸大宣传或隐瞒真实信息的行为。

（3）赔偿标准：按商品价格三倍赔偿，赔偿金额不足 500 元的，按 500 元计算。

《消法》第五十五条第一款：经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。

## 2.放任销售缺陷商品，造成严重后果——损失的两倍赔偿

- (1) 主观心态是放任，客观行为是销售了缺陷商品。
- (2) 造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害。
- (3) 赔偿标准：有权请求赔偿损失，并要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

《消法》第五十五条第二款：经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

## 3.生产、销售不安全食品——销售价款的十倍或者损失的三倍赔偿

(1) 生产者、销售者主观有过错，客观上实施了生产不符合安全标准的产品，或明知不安全食品而仍然销售的行为。

(2) 对危害结果没有要求。

(3) 赔偿标准：赔偿损失，另外还可以要求销售价款的十倍或者损失的三倍赔偿。

《食品安全法》第一百四十八条：消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。生产不符合食品安全标准的食品或者经营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经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。

《最高人民法院关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》第十五条：生产不符合安全标准的食品或者销售明知是不符合安全标准的食品，消费者除要求赔偿损失外，向生产者、销售者主张支付价款十倍赔偿金或者依照法律规定的其他赔偿标准要求赔偿的，人民法院应予支持。

## **四、行政责任与刑事责任**

### **(一) 行政处罚**

1.责令改正，停业整顿； 2.警告； 3. 吊销营业执照； 4.没收违法所得； 5.罚款。

### **(二) 刑事处罚**

情节严重，依法追究刑事责任（刑法第三章第一节规定的“生产、销售伪劣商品罪”）

## **第四节 产品质量法**

### **一、《产品质量法》对产品的界定**

经过加工、制作，用于销售的产品。

《产品质量法》第二条：在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。本法所称产品是指经过加工、制作，用于销售的产品。建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑构配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法规定。

## 二、产品质量的监管机构及其职能

### （一）监管机构

- 1.国家市场监督管理总局及地方各级市场监督管理局
- 2.社会中介机构（自律监管辅助机构）

### （二）市场监督管理局的监管职能

- 1.抽查产品（《产品质量法》第十五条）
- 2.限期改正，公告，复查，停业整顿，吊销营业执照（《产品质量法》第十七条）
- 3.查封，扣押，没收违法所得，罚款等行政处罚（《产品质量法》第十八条，以及第五章）

### （三）产品质量检验与认证机构

#### 1.产品质量的标准

《产品质量法》第十三条：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。禁止生产、销售不符合保障人体健康和人身、财产安全的标准和要求的工业产品。具体管理办法由国务院规定。

《标准化法》第五条：国务院标准化行政主管部门统一管理全国标准化工作。国务院有关行政主管部门分工管理本部门、本行业的标准化工作。县级以上地方人民政府标准化行政主管部门统一管理本行政区域内的标准化工作。县级以上地方人民政府有关行政主管部门分工管理本行政区域内本部门、本行业的标准化工作。

#### 2.产品质量的检测机构

《产品质量法》第十九条：产品质量检验机构必须具备相应的检测条件和能力，经省级以上人民政府市场监督管理部门或者其授权的部门考核合格后，方可承担产品质量检验工作。法律、行政法规对产品质量检验机构另有规定的，依照有关法律、行政法规的规定执行。

《产品质量法》第二十条：从事产品质量检验、认证的社会中介机构必须依法设立，不得与行政机关和其他国家机关存在隶属关系或者其他利益关系。

#### 3.产品质量的认证

《产品质量法》第十四条：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。企业根据自愿原则可以向国务院市场监督管理部门认可的或者国务院市场监督管理部门授权的部门认可的认证机构申请企业质量体系认证。经认证合格的，由认证机构颁发企业质量体系认证证书。国家参照国际先进的产

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市场监督管理部门认可的或者国务院市场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。

### 三、生产者与经营者义务

#### （一）生产者义务

##### 1.积极义务

###### （1）产品质量担保义务

《产品质量法》第二十六条 生产者应当对其生产的产品质量负责。产品质量应当符合下列要求：

(一)不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准；(二)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；(三)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）产品或其包装上的标识真实、合规义务

《产品质量法》第二十七条 产品或者其包装上的标识必须真实，并符合下列要求：

(一)有产品质量检验合格证明；(二)有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址；(三)根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成份的名称和含量的，用中文相应予以标明；需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料；(四)限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；(五)使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明。

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。

《产品质量法》第二十八条 易碎、易燃、易爆、有毒、有腐蚀性、有放射性等危险物品以及储运中不能倒置和其他有特殊要求的产品，其包装质量必须符合相应要求，依照国家有关规定作出警示标志或者中文警示说明，标明储运注意事项。

##### 2.消极义务

《产品质量法》第二十九条 生产者不得生产国家明令淘汰的产品。

第三十条 生产者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

第三十一条 生产者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。

第三十二条 生产者生产产品，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）销售者义务

《产品质量法》第三十三条 销售者应当建立并执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识。

第三十四条 销售者应当采取措施，保持销售产品的质量。

第三十五条 销售者不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品

第三十六条 销售者销售的产品的标识应当符合本法第二十七条的规定。

第三十七条 销售者不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

第三十八条 销售者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。第三十九条 销售者销售产品，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

#### 四、产品责任

##### (一) 产品责任概述

1.概念：产品责任指的是生产者、销售者违反其义务而向消费者承担的一种责任。

2.责任属性：是一种概括性的责任，其包括违约责任、侵权责任、行政责任与刑事责任。我们通常说的产品责任，更倾向于在狭义使用这一概念，狭义的产品责任则指向侵权责任。

##### (二) 产品违约责任

1.产品违约责任的承担主体：销售者

2.产品违约责任所违反的合同义务：产品符合《产品质量法》规定的默示担保义务；或者明示的约定义务。

3.产品违约责任归责原则：无过错原则。

4.产品违约责任的承担方式：修理、更换、退货、赔偿损失。

5.法条依据：《产品质量法》第四十条

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；(二)不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的；(三)不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

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，由市场监督管理部门责令改正。

##### (三) 产品侵权责任

1.产品侵权责任的发生前提

生产、销售缺陷产品，并造成损害。

《产品质量法》第四十六条 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。

## 2.销售者的产品侵权责任

### （1）侵权责任关系

侵权人：销售者

被侵权人：消费者

### （2）侵权责任的归责原则：严格责任

即只要发生了损害后果，销售者就应对向消费者进行赔偿，除非销售者可以证明消费者的损害是其故意造成的，或者产品使用不当造成的。

### （3）销售者的追偿权

销售者承担赔偿责任后，若其无过错，可向生产者追偿。

### （4）法条依据：

《产品质量法》第四十三条 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。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。

《消法》第四十条作了同样的规定。

### （5）销售者承担的惩罚性赔偿——要求销售者有侵权的主观故意

《消法》第五十五条第二款：经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

## 3.生产者的产品侵权责任

### （1）侵权责任关系

侵权人：生产者

被侵权人：消费者

### （2）侵权责任的归责原则：严格责任

即只要发生了损害后果，生产者就应对向消费者进行赔偿，除非生产者可以证明消费者的损害是其故意造成的，或者产品使用不当造成的，或者有《产品质量法》第四十一条第二款规定的情形。

### （3）生产者的追偿权

生产者承担赔偿责任后，若属于销售者的责任，可向销售者追偿。

### （4）法条依据：

《产品质量法》第四十一条 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。

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。

第四十二条 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。

《产品质量法》第四十三条 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。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。

《消法》第四十条作了同样的规定。

(5) 生产者承担的惩罚性赔偿——要求生产者有侵权的主观故意

《消法》第五十五条第二款：经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。

#### 4.侵权责任的赔偿范围

《产品质量法》第四十四条 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。

(四) 产品行政责任与刑事责任

《产品质量法》第五章的规定与《刑法》的相关规定

### 第五节 食品安全法

#### 一、食品安全法的立法宗旨与调整对象

(一)《食安法》的立法宗旨

《食安法》第一条：保证食品安全，保障公众身体健康和生命安全。

(二) 调整对象

1.食品生产；2.食品经营；3.食品添加剂生产经营；4.食品相关产品的生产经营；5.食品的贮存和运输；

6.对食品、食品添加剂、食品相关产品的安全管理。7.其他情形。

《食安法》第二条：在中华人民共和国境内从事下列活动，应当遵守本法：（一）食品生产和加工（以下称食品生产），食品销售和餐饮服务（以下称食品经营）；（二）食品添加剂的生产经营；（三）用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备（以下称食品相关产品）的生产经营；（四）食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品；（五）食品的贮存和运输；（六）对食品、食品添加剂、食品相关产品的安全管理。供食用的源于农业的初级产品（以下称食用农产品）的质量安全管理，遵守《中华人民共和国农产品质量安全法》的规定。但是，食用农产品的市场销售、有关质量安全标准的制定、有关安全信息的公布和本法对农业投入品作出规定的，应当遵守本法的规定。

## 二、食品安全的检测与评估

### （一）食品安全检测与主管部门

1.检测：对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

2.主管部门：中央层面是国家卫生健康委员会（国务院组成部门，正部级）与国家市场监督管理总局负责。

根据《食安法》与《国家卫生健康委员会职能配置、内设机构和人员编制规定》的相关规定，食品安全的检测与评估的职责由卫健委与国家市监局负责。

《食安法》第十四条：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食品安全监督管理等部门，制定、实施国家食品安全风险监测计划。国务院食品安全监督管理部门和其他有关部门获知有关食品安全风险信息后，应当立即核实并向国务院卫生行政部门通报。对有关部门通报的食品安全风险信息以及医疗机构报告的食源性疾病等有关疾病信息，国务院卫生行政部门应当会同国务院有关部门分析研究，认为必要的，及时调整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会同同级食品安全监督管理等部门，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，制定、调整本行政区域的食品安全风险监测方案，报国务院卫生行政部门备案并实施。

### 《国家卫生健康委员会职能配置、内设机构和人员编制规定》

第三条 国家卫生健康委员会贯彻落实党中央关于卫生健康工作的方针政策和决策部署，在履行职责过程中坚持和加强党对卫生健康工作的集中统一领导。主要职责是：

（五）组织制定国家药物政策和国家基本药物制度，开展药品使用监测、临床综合评价和短缺药品预警，提出国家基本药物价格政策的建议，参与制定国家药典。组织开展食品安全风险监测评估，依法制定并公布食品安全标准。

### （十四）有关职责分工。

4.与国家市场监督管理总局的有关职责分工。国家卫生健康委员会负责食品安全风险评估工作，会同国家市场监督管理总局等部门制定、实施食品安全风险监测计划。国家卫生健康委员会对通过食品安全风险

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，并及时向国家市场监督管理总局等部门通报食品安全风险评估结果，对得出不安全结论的食品，国家市场监督管理总局等部门应当立即采取措施。国家市场监督管理总局等部门在监督管理工作中发现需要进行食品安全风险评估的，应当及时向国家卫生健康委员会提出建议。

## （二）食品安全评估

1.评估：运用科学方法，根据食品安全风险监测信息、科学数据以及有关信息，对食品、食品添加剂、食品相关产品中生物性、化学性和物理性危害因素进行风险评估。

### 2.评估的主管部门

中央层面的主管部门：国家卫生健康委员会。

### 3.应当进行评估的情形

《食安法》第十八条。

## 三、**食品安全标准**

### （一）食品安全标准的定义

为保障公众身体健康，而对食品生产经营、食品添加剂生产以及与食品相关的产品等设定的强制性产品标准。

### （二）食品安全标准的范围（《食安法第二十六条》）

- 1.污染物质以及其他危害人体健康物质的限量规定；
- 2.食品添加剂的品种、使用范围、用量；
- 3.专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品的营养成分要求；
- 4.对与卫生、营养等食品安全要求有关的标签、标志、说明书的要求；
- 5.食品生产经营过程的卫生要求；
- 6.与食品安全有关的质量要求；
- 7.与食品安全有关的食品检验方法与规程；
- 8.其他需要制定为食品安全标准的内容。

### （三）食品安全标准的种类

#### 1.国家标准（强制性）

由国务院卫生行政部门会同国务院食品安全监督管理部门制定、公布，国务院标准化行政部门提供国家标准编号。

#### 2.地方标准（强制性）

对地方特色食品，没有食品安全国家标准的，省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门可以制定并公布食品安全地方标准，报国务院卫生行政部门备案。食品安全国家标准制定后，该地方标准即行废止。

### 3.企业标准（提倡性）

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，在本企业适用，并报省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门备案。

## 四、食品生产经营

### （一）食品生产经营实行行政许可制度

食品销售、餐饮服务、食品添加剂生产，应当依法取得许可。但是，销售食用农产品除外。

### （二）食品召回制度

《食安法》第六十三条：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或者有证据证明可能危害人体健康的，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有前款规定情形的，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。由于食品经营者的原因造成其经营的食品有前款规定情形的，食品经营者应当召回。食品生产经营者应当对召回的食品采取无害化处理、销毁等措施，防止其再次流入市场。但是，对因标签、标志或者说明书不符合食品安全标准而被召回的食品，食品生产者在采取补救措施且能保证食品安全的情况下可以继续销售；销售时应当向消费者明示补救措施。食品生产经营者应当将食品召回和处理情况向所在地县级人民政府食品安全监督管理部门报告；需要对召回的食品进行无害化处理、销毁的，应当提前报告时间、地点。食品安全监督管理部门认为必要的，可以实施现场监督。食品生产经营者未依照本条规定召回或者停止经营的，县级以上人民政府食品安全监督管理部门可以责令其召回或者停止经营。

## 五、与食品安全相关的侵权民事责任

### （一）一般侵权责任

#### 1.权利人

消费者（包括“知假买假”人）

#### 2.赔偿主体

生产者与经营者，对消费者承担严格责任。

#### 3.侵权责任的构成要件

- （1）客观上有生产、销售不符合安全标准的行为；
- （2）主观上没有要求；
- （3）有损害后果

（4）损害后果与不符合食品安全标准的食品之间有因果关系。（消费者要对初步因果关系承担举证责任，生产者与销售者对食品是否符合安全标准承担举证责任）

## （二）惩罚性赔偿

1.生产者适用严格责任，经营者适用过错责任（明知是不安全食品仍然销售）

2.赔偿标准：价格十倍或者损失的三倍，底线一千。

《食安法》第一百四十八条：消费者因不符合食品安全标准的食品受到损害的，可以向经营者要求赔偿损失，也可以向生产者要求赔偿损失。接到消费者赔偿要求的生产经营者，应当实行首负责任制，先行赔付，不得推诿；属于生产者责任的，经营者赔偿后有权向生产者追偿；属于经营者责任的，生产者赔偿后有权向经营者追偿。生产不符合食品安全标准的食品或者经营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经营者要求支付价款十倍或者损失三倍的赔偿金；增加赔偿的金额不足一千元的，为一千元。但是，食品的标签、说明书存在不影响食品安全且不会对消费者造成误导的瑕疵的除外。