



揭阳职业技术学院

电子商务创业学院

《经济法》教案

(2025-2026 学年第 2 学期)

教师姓名：周凯丽

所授专业：电子商务(专本协同)

授课班级：241

课程整体教学设计

一、课程的性质和任务

1. 课程的性质

本课程是电子商务专业（专本协同）的专业必修课。本课程以理论传授为主，辅以案例分析。课程内容主要学习经济法的有关概念和理论，包括：经济法总论、企业法、合同法、市场规制法、宏观调控法等。通过学习，要求学生掌握经济法的基本概念、基本分析方法、现行规范的有关规定；了解现行规范制定的理论依据、目前学科的最新研究成果及科研动向，为培养专业素质打下坚实的基础。

2. 课程的任务

设置本课程的目的在于培养学生有关经济法方面的基本技能，要求学生掌握经济法学的基本理论和基本知识，接受法学思维和业务技能的基本训练，具有运用经济法学理论和技能分析问题、解决问题的能力与创新意识。通过本课程学习经济活动中一些重要的经济法律法规，目的是让学生掌握用法律手段解决各种经济纠纷的基本方法和基本技能，同时培养和增强学生的法律意识和法治观念，全面提高学生的经济法律素养。

二、教学目标与要求

1. 教学目标

通过本课程的学习，学生应达到下列要求：正确理解经济法的基本概念和重要知识点，掌握经济法与我国社会主义市场经济的关系，了解学科发展动态，建立经济法基本理论知识体系；掌握企业的分类以及投资者如何选择合适的企业类型进行投资创业；了解企业的设立条件、内部组织机构及其运作规则；了解董监高等企业高管的任职资格和应履行的义务；掌握合同法的有关法律规定，并能运用所学知识分析案例；掌握宏观调控法和市场规制法的有关法律规定，具有运用所学知识理解、思考国家的经济法律法规、经济政策、经济制度和经济生活当中现实案例的能力；强化法律观念和规则意识，自觉地在生活、学习和工作中受其约束，做一名有法治精神的公民；掌握法律学习的方法，培养法律分析的思维，为终身学习创造条件。

2. 课程思政育人目标

本课程在立德树人育人体系的总体框架内，着重于爱国主义、四个自信、诚实守信、爱岗敬业等社会主义核心价值观方面的教育，增强学生的职业道德意识，培养学生认真严谨的工作态度，实现与思想政治理论课的同向同行，增强学生的幸福感和使命感，有利于学生树立正确的政治理想和政治道德，培养全面发展的综合性人才和对党和国家、社会主义事业忠诚可靠的建设者和接班人。

三、教学方法与手段

《经济法》是一门理论性与应用性并重的课程，课程采取课堂讲授为主、课后自学、课后练习等多种教学形式，采用讲授法、提问讨论、启发式讨论等教学方法，同时要求教学过程中注意及时更新理论和业界最新的成果，通过案例分析等方法帮助学生理解课程知识，并启迪学生的思维，将理论和实践紧密结合。

四、理论与实践课程内容与学时分配

篇章	内容	理论课时	实践课时	小计
第一章	经济法总论	2	2	4
第二章	企业法律制度	4	5	9
第三章	合同法律制度	4	5	9
第四章	市场规制法律制度	4	4	8
第五章	宏观调控法律制度	4	2	6
合计		18	18	36

第一章 经济法总论

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生能够掌握经济法的概念和调整对象；了解外国经济法和中国经济法的历史和发展趋势；认识和理解经济法体系和渊源；熟悉经济法律关系的概念和基本内容。

2. **课程思政育人目标：**通过经济法概念、调整对象、功能和发展历史的学习，让学生认识到经济法是为我国社会主义市场经济的发展保驾护航的。我国社会主义市场经济建设所取得的伟大成就充分说明我国所选择的发展道路是正确的，说明我国制度的优越性，以此增强学生对我国的制度自信，激发学生的爱国热情和为社会主义经济建设承担社会责任的使命感。

教学重点：经济法的概念；经济法的调整对象；经济法的体系；经济法的渊源；经济法律关系的构成。

教学难点：经济法的调整对象；经济法的渊源；经济法律关系的构成。

教学方法：讲练结合；案例分析

教学学时：4 学时

教学内容：

第一节 经济法的概念和历史

第二节 经济法的体系和地位

第三节 经济法律关系

第四节 法律责任

教学过程：

第一节 经济法的概念和历史

【引例】

2019 年 12 月以来，湖北省武汉市发现多起病毒性肺炎病例，被诊断为肺部感染，自此新型冠状病毒在短短几个月内肆虐全球。新冠肺炎具有人际传播、无特效药、危害较大的特点，为遏制病毒传播，习近平总书记提出：“要把人民群众生命安全和身体健康放在第一位，制定周密计划，组织各方力量开展防控，采取切实有效措施，坚决遏制疫情蔓延势头”，故自 2020 年 1 月 23 日起，对武汉作为这场突如其来的防疫抗疫战争的中心进行封锁。在春运开足马力的春节期间，中国人口流动量巨大，为避免人口流动带来的病毒传播，各大城市对出行进行限制。与此同时，全国上下众志成城，响应国家号召，在春节期间进行居家自我隔离，减少外出。春节后由于疫情未得到缓解，复工复学时间不断延迟，并视疫情防控情况确定，多家企业相继宣布停工或减产，疫情带来的影响包括停工停产造成的失业潮以及许多社会问题，包括以暴力、威胁方式阻碍疫情防控工作；编造虚假新冠肺炎疫情在网上散播；以非法占有为目的，虚构出售防疫口罩等事实或者隐瞒真相，骗取他人财物的；生产伪劣口罩并假冒他人商标进行销售；哄抬物价等。人民网记者从最高人民检察院了解到，2 月 11 日，最高人民检察院对外发布首批十个妨害新冠肺炎疫情防控犯罪典型案例，共涉及抗拒疫情防控措施、暴力伤医、制假售假、哄抬物价、破坏野生动物资源等七类犯罪。对于这些问题，国家出台相关法律政策，旨在解决这些社会问题，维持社会秩序并刺激经济。

结合本案例中政府的行为分析经济法产生的原因。

一、经济法的调整对象

（一）概念与调整对象的关联

明晰经济法的概念，之所以要先界定经济法调整对象，是因为各个部门法的调整对象都是

特定社会关系，只有揭示其具体的调整对象，才能提炼其概念。为此，在提炼某个部门法概念时，人们通常都会适用基本的定义公式，即“某某法是调整某某社会关系的法律规范的总称”。基于上述定义公式，经济法与其他部门法的共同之处在于，它们都是“某一类法律规范的总称”；但经济法与其他部门法不同之处在于，它们所调整的“特定的社会关系”各异，由此形成了经济法有别于其他部门法的调整对象。可见，要给出经济法的定义，明晰经济法的概念，就必须先界定经济法有别于其他部门法的调整对象，这也是学界通常认为调整对象是各个部门法相区别的重要标准甚至是唯一标准的重要原因。

（二）界定调整对象的重要意义

经济法是一个重要的部门法，界定其调整对象具有特别的重要意义。首先，调整对象是整个经济法研究的逻辑起点，只有正确界定调整对象，才能有效提炼经济法的概念，进一步分析经济法的特征、宗旨、本质、原则、地位、体系等理论问题。其次，经济法作为新兴的部门法，其存在的价值及其与其他部门法的关系，也取决于对其调整对象的界定。最后，经济法的主体类型，以及主体的行为、权利、义务、责任等的制度安排，也都与经济法调整对象的界定直接相关，并由此直接影响经济法的法治建设。可见，经济法学的各类重要理论，以及经济法的制度生成与发展，都与经济法的调整对象密切相关；对经济法调整对象的界定，直接影响对整体的经济法和经济法学理论的认识。

（三）界定调整对象需要“问题定位”

所谓“问题定位”，就是必须从社会经济现实出发，尤其要从人类的经济行为所带来的问题出发，根据解决经济问题和社会问题的需要，来确定经济法所需要调整的对象、领域、目标以及调整的方法。无论市场机制，抑或政府干预，都可能“失灵”，而这“两个失灵”，恰恰是传统法律无法有效解决的，它们是经济法调整需要解决的基本问题。上述基本问题的存在，与经济法所要解决的基本矛盾直接相关。依据马克思主义基本原理，生产的社会化与生产资料的私人占有之间的矛盾，是资本主义社会的基本矛盾，这一基本矛盾与经济法所要解决的基本矛盾存在着内在关联。例如，在垄断、公共物品、外部效应、信息偏在等各类导致市场失灵的原因中，都蕴含着个体营利性与社会公益性的矛盾，以及相应的效率与公平的矛盾，这些都是经济法要解决的基本矛盾。面对上述基本矛盾和基本问题，经济法的调整必须结合“两个失灵”的成因，有针对性地进行相关主体的权利和义务的配置，解决相关的体制和机制问题。

（四）调整对象的具体界定

上述市场失灵的存在，使人们更加关注市场经济的局限性，以及政府的能动作用，并试图在政府与市场之间作出取舍，这种取舍也带来了法治建设必须面对的重大现实问题。

市场失灵带来的各类经济问题都会产生巨大的负面影响。从宏观的角度看，市场失灵会造成产业失衡，并由此导致结构失衡；而各类经济结构的失衡，则会引发总量失衡，因而必须依据一定的经济目标和社会目标，进行有效的宏观调控；而在宏观层面对经济运行进行调节和控制的主体是广义的政府，由于诸多原因，在调控方面可能会出现政府失灵的问题，只有依法调控，才可能在一定程度上解决这些问题。而要依法调控，就必须有宏观调控法，并运用宏观调控法来调整政府与国民之间存在的宏观调控关系。上述由市场失灵引发的问题及其解决途径之间的内在关联，可大体表示如下：

市场失灵—结构失衡—经济失衡—宏观调控—政府失灵—依法调控—宏观调控法

此外，市场失灵不仅需要宏观层面上的调控，也需要微观层面上的规制。从微观的角度看，市场失灵会导致竞争失效，并影响整体的市场秩序，因而需要加强市场规制，即对相关市场主体的市场行为进行规范和制约，以保障良好的市场竞争环境，解决市场失序的问题。同上述的宏观调控一样，市场规制也是由政府实施的，因而在市场规制领域同样会存在政府失灵的问题。要解决此类政府失灵问题，政府必须以相关法律为圭臬，依法进行市场规制，为此，就需要有相关的市场规制法。上述由市场失灵引发的问题及其解决途径之间的关联，可大体表示如下：

市场失灵—竞争失效—市场失序—市场规制—政府失灵—依法规制—市场规制法

上述宏观层面和微观层面的分析，起点都是现实存在的市场失灵问题，正是为了解决此类问题，才需要现代国家履行两个经济职能，即宏观调控职能和市场规制职能，而调控和规制都是广义的政府作出的，且都会存在政府失灵的问题。要解决上述的“两个失灵”问题，需要有不同的法律制度的宏观调控法和市场规制法。应当说，解决“两个失灵”带来的重要制度创新，就是宏观调控法和市场规制法的产生，以及整体经济法体系的形成。

由于宏观调控和市场规制是现代国家的两大经济职能，两者的性质、目标、方向在根本上是一致的，从而也使与其相对应的宏观调控法与市场规制法紧密关联。同时，在宏观调控和市场规制领域形成的两类社会关系，即宏观调控关系和市场规制关系，应分别由宏观调控法和市场规制法来调整，并成为新兴的经济法的调整对象，这对于法治国家、法治政府、法治社会一体建设尤为重要。

基于上述分析，可将经济法的调整对象分为两类，一类是宏观调控关系，一类是市场规制关系，可以分别简称为调控关系和规制关系，或者合称为“调制关系”。因此，经济法的调整对象，最简单地讲，就是“调制关系”。

(五) 对调整对象的进一步具体化

对于上述的宏观调控关系和市场规制关系，还可以进一步具体化。由于宏观调控主要涉及财税、金融、规划等领域，因而宏观调控关系可以分为财税调控关系、金融调控关系和规划调控关系，也可以分别简称为财税关系、金融关系和规划关系，它们同各国在宏观调控方面通常采用的财税、金融和计划三大手段是一致的；由于市场规制主要涉及反垄断、反不正当竞争、消费者保护等领域，体现的是对市场主体的市场行为的专门规制，因而市场规制关系也可以分为反垄断关系、反不正当竞争关系和消费者保护关系等。

此外，由于宏观调控和市场规制，都涉及相关国家机关的权力分配，因而在宏观调控关系和市场规制关系中，还包含着一类特殊的社会关系，即体制关系，如财政体制关系、金融体制关系，等等。由于经济法的调整直接影响国民的财产权、经济自由权等基本权利，要有效地保护国民的基本权利，就必须依法界定国家机关的权力边界，因此，在宏观调控和市场规制方面，要严格贯彻法定原则，依法在各类国家机关之间进行“分权”，从而形成各种类型的体制关系或称分权关系。

二、经济法的概念

根据上述对经济法调整对象的认识，以及提炼概念应遵循的一般原则，可以认为，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。

上述经济法的定义包含了多个方面的内容，例如：第一，从时间维度看，经济法是与现代国家、现代市场经济相关联的，因而其产生基础和存续时间不同于传统部门法；第二，从空间维度看，经济法侧重于在一国范围内对调控和规制关系进行法律调整，因而不同于国际层面的法律协调，与国际公法或国际经济法有别；第三，从调整对象看，经济法调整的是宏观调控关系和市场规制关系，简称调制关系；第四，从规范归类看，经济法是一类法律规范的总称，而不是形式上的法律或法规的总称，因此，它是一个独立的部门法，应从实质意义的经济法的角度对规范加以归类。

对上述经济法概念的提炼，至少有助于理解以下几个方面的问题：第一，由于宏观调控和市场规制是作用于现代市场经济，因而经济法具有突出的现代性，它不同于传统部门法；第二，针对所要解决的基本矛盾和基本问题，经济法的调整主要是通过运用法律化的宏观调控和市场规制手段，因此，与其他部门法相比，经济法具有突出的经济性和规制性；第三，对调制关系的调整，是国家经济职能的法律体现，同时，在经济全球化的背景下，又与国际经济的法律协调密切相关，而上述对经济法的界定，则有助于打通国内经济法和国际经济法；第四，经济法

不仅涉及市场主体之间的经济关系，还涉及相关的体制关系或称分权关系，因此，经济法不仅关乎个体私益，也关乎国家利益和社会公益。

三、经济法的历史和发展趋势

每一个部门法都有其历史。鉴往知来，可以更好地理解该部门法并认识其发展趋势。经济法亦然。

（一）外国经济法的历史

据迄今史料所载，“经济法”一词最早是法国空想共产主义者摩莱里于1755年在其名著《自然法典》中提出的。在这里，应该说，“经济法”一词还不是一个科学的概念，但他把经济法和分配法等同起来，在某种程度上也暗含了真正意义上经济法的内涵。

1842年，另一位法国空想共产主义者德萨米出版了《公有法典》一书，其中第三章的标题为“分配法和经济法”，其含义与摩莱里的大致相同。虽然德萨米所谓的“经济法”包括各种经济法律制度，但他把“分配法和经济法”看作“公有法典”的重要组成部分，把经济法和分配法等同起来，也洞见了真正经济法的某些意蕴。

1865年，法国思想家蒲鲁东在《工人阶级的政治能力》一书中也使用了“经济法”这一概念。蒲鲁东认为，法律应该通过“普遍和解”的途径解决社会生活中的矛盾，但不改组社会，“普遍和解”就无法实现，而构成新社会组织基础的，就是“经济法”。因为公法会造成政府过多地限制经济自由的危险，而私法则无法影响经济活动的全部结构，都无助于实现上述目标。因此，社会组织将建立在“作为政治和民法之补充和必然结果的经济法”的基础之上，以维护社会正义。应当说，蒲鲁东已经准确把握到了“经济法”的一些本质属性，为后人认识和研究经济法指明了一条科学的道路，那就是应当在对比公法和私法中理解经济法，只有了解公法与私法的不足，才能明晰经济法的功能。

现代经济法概念的形成，肇端于第一次世界大战前后的德国。当时德国颁布了一系列国家干预社会经济的法律，有的还直接冠以“经济法”的名称，如1919年颁布的《碳酸钾经济法》《煤炭经济法》等。这些法律都有一个共同特点，即都是国家干预社会经济的法律。它们既不同于民法，也有别于行政法，于是学者们把它们命名为“经济法”。自此，“经济法”这一概念首先在德国流行起来，继而在世界各国传播开来。

美国并没有“经济法”这个法律概念，但学界公认美国1890年通过的《谢尔曼法》即属经济法。该法规定：凡以托拉斯形式订立契约、实行合并或阴谋限制贸易的行为，旨在垄断州际商业和贸易的任何一部分的垄断或试图垄断、联合或共谋犯罪的行为，均属违法；违反该法的个人或组织，将受到民事的或刑事的制裁。1914年通过的《克莱顿法》，是对《谢尔曼法》的补充，旨在预防垄断。

日本的经济法学说受德国和美国经济法学说的影响较大，但不能据此认为日本的经济法学说是德国和美国经济法学说的直接翻版。事实上，日本的经济法研究推陈出新，特别是在第二次世界大战以后，其制定了一系列促进经济市场化和民主化的法律。其中的《财阀解散法》要求日本垄断财阀承担战争责任，将财阀集团中的大企业分割成竞争性的企业。在这个基础上，日本又于1947年制定了《禁止私人垄断及确保公正交易法》，强制实行竞争政策，建立了竞争体制。在20世纪60年代至70年代，日本又制定了许多产业政策及法律，既促进了其经济的高速增长，也大大地丰富和深化了人们对经济法的认识。

苏联及东欧社会主义国家的经济法研究起步较早，但受国家政治变幻和经济体制改革的影响，起伏较大，也先后出现过“大经济法”“经济—行政法”“纵横经济法”“综合经济法”等几种有代表性的经济法学说，先后制定过许多经济法规范。

（二）中国经济法的历史

我国历史上早已存在些许国家管理经济的法律法规。例如，《秦律》中的《田律》《仓律》《工律》《金布律》《关市律》，《唐律》中的《杂律》，《大明律》和《大清律例》之《户

律》中的《仓库》《课程》《钱债》《市廛》等。我国古代法律的一个突出特点是“诸法合体，以刑为主”，其中，“诸法”就包括经济法。但由自然经济属性所决定，此时的国家管理经济实质上是国家统制经济，相关的法律不过是维护君主专制统治的工具。这些因素决定了这一时期的“经济法”只能是经济法的萌芽状态。

民国时期也颁布了一些经济法，如《预算法》《决算法》《银行法》《营业税法》《印花税法》《会计法》《所得税法》《公库法》《契税条例》等，它们是民国时期法律的重要组成部分。

新中国成立后，我国制定了诸多法律，对推动国民经济和社会发展起到了重要作用。但真正现代意义上的经济法，是在党的十一届三中全会以后才开始出现的，是随着改革开放以来商品经济的发展和社会主义市场经济体制的确立逐步形成的。

1. 党的十一届三中全会

1978年12月召开的党的十一届三中全会彻底否定“两个凡是”的方针，重新确立解放思想、实事求是的思想路线；停止以阶级斗争为纲，作出把党和国家的工作重心转移到经济建设上来，实行改革开放的决策。中国最早颁布的几部法律都与之相适应，如1979年颁布的《中外合资经营企业法》，1981年颁布的《经济合同法》。当时，立法的指导思想是：急用先立，需要一个制定一个，“成熟一个制定一个”。

2. 党的十二届三中全会

1982年9月召开的党的十二大，提出实行“计划经济为主，市场调节为辅”的经济体制。1984年10月，党的十二届三中全会指出，商品经济是社会经济发展不可逾越的阶段，我国社会主义经济是公有制基础上的有计划商品经济。据此，我国的经济体制开始了从计划经济到有计划商品经济的改革。与之相适应，我国的经济法理论蓬勃发展，盛况空前，对我国经济法的发展起着开拓、探索和奠基作用，其中许多合理的成分也为后续的经济法研究所继承和发扬。

3. 我国《民法通则》的颁布

商品经济在我国的日益确立和不断发展，为我国民法的制定奠定了基础。1986年4月，我国颁布了《民法通则》，其中第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”结合1987年10月党的十三大提出的社会主义有计划商品经济的体制应该是计划与市场内在统一的体制，人们进行了新的探索，并取得了新的发展，出现了“经济法新诸论”，认为经济法是国家干预经济的法律形式，或经济法是调整经济管理关系的法律部门的总称。这些观点逐渐成为当时经济法学界的普遍共识。

4. 党的十四大

1992年10月召开的党的十四大提出，“我们要建立的社会主义市场经济体制，就是要使市场在社会主义国家宏观调控下对资源配置起基础性作用”，“同时也要看到市场有其自身的弱点和消极方面，必须加强和改善国家对经济的宏观调控”。与之相适应，1993年3月，我国对《宪法》进行了修改，将《宪法》原第15条所规定的“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济。国家通过经济计划的综合平衡和市场调节的辅助作用，保证国民经济按比例地协调发展”“禁止任何组织或者个人扰乱社会经济秩序，破坏国家经济计划”，修改为“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”。这为中国经济法的发展带来了新的机遇，开创了新的局面，使我国的经济法建设开始加速，并取得了前所未有的发展进步。

5. 党的十八届三中全会

2013年11月召开的党的十八届三中全会指出：“经济体制改革是全面深化改革的重点，核心问题是处理好政府和市场的关系，使市场在资源配置中起决定性作用和更好发挥政府作用。”2014年10月，党的十八届四中全会通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》进一步指出：“社会主义市场经济本质上是法治经济。使市场在资源配置中起决

定性作用和更好发挥政府作用，必须以保护产权、维护契约、统一市场、平等交换、公平竞争、有效监管为基本导向，完善社会主义市场经济法律制度。”“依法加强和改善宏观调控、市场监管，反对垄断，促进合理竞争，维护公平竞争的市场秩序”，等等。上述许多方面都与经济法密切相关，有些方面还涉及经济法的核心内容，如宏观调控和市场规制等方面的法律法规。

6. 党的十九大以来

2017年10月召开的党的十九大提出：打破行政性垄断，防止市场垄断，完善市场监管体制。创新和完善宏观调控，发挥国家发展规划的战略导向作用，健全财政、货币、产业、区域等经济政策协调机制。2019年10月，党的十九届四中全会通过的《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》强调：必须坚持社会主义基本经济制度，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，全面贯彻新发展理念，坚持以供给侧结构性改革为主线，加快建设现代化经济体系，建设高标准市场体系，完善公平竞争制度，全面实施市场准入负面清单制度，强化竞争政策基础地位，落实公平竞争审查制度，加强和改进反垄断和反不正当竞争执法。2020年10月，党的十九届五中全会通过的《中共中央关于制定国民经济和社会发展第十四个五年规划和二〇三五年远景目标的建议》要求：“坚持和完善社会主义基本经济制度，充分发挥市场在资源配置中的决定性作用，更好发挥政府作用，推动有效市场和有为政府更好结合。”《中华人民共和国国民经济和社会发展第十四个五年规划和2035年远景目标纲要》进一步作出了量化细化。上述内容既一脉相承，又与时俱进，突出、明确和强化了经济法的内容和性质。2021年11月，党的十九届六中全会通过的《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》指出：“完善宏观经济治理，创新宏观调控思路和方式，增强宏观政策自主性，实施积极的财政政策和稳健的货币政策，坚持推进简政放权、放管结合、优化服务，保障粮食安全、能源资源安全、产业链供应链安全，坚持金融为实体经济服务，全面加强金融监管，防范化解经济金融领域风险，强化市场监管和反垄断规制，防止资本无序扩张，维护市场秩序，激发各类市场主体特别是中小微企业活力，保护广大劳动者和消费者权益。”这是对党百年来在经济建设上的历史经验总结，是经过长期经济建设实践积累的宝贵经验。我们必须倍加珍惜、长期坚持、日益丰富、不断发展，把它作为经济法的指导思想，并在经济法中予以全面贯彻和具体落实。

中国经济法始终贯彻马克思主义的唯物史观，从经济基础出发，立足经济关系，围绕中国经济体制改革立论。尽管我国的经济体制先后经历了计划经济、有计划的商品经济、社会主义市场经济等不同的经济体制，但其中有不变的因素，那就是上述各种经济体制的核心都是政府与市场的关系。我国现在的经济体制既不是高度集中的政府统制经济，也不是自由放任的市场调节经济，而是政府与市场有机结合、内在统一的经济，这才是经济法存在的坚实基础。

三、经济法的发展趋势

纵观中外经济法发展的历史，可以看出经济法的发展具有以下基本趋势：

一是从“非常经济法”到“常态经济法”。市场经济发展到后期，出现了限制竞争和盲目无序等不正常情况，一开始人们只将这些看作市场经济的偶然病态，为了医治这种病态现象，一些国家颁布了许多法律，这些立法旨在医治市场经济发生病变时的“非常态”情况，因而也被称为危机对策法。但后来，由于经济波动反复出现，形成经济周期，甚至演变为经济危机，人们开始认识到这是一种普遍情况、正常现象，一种只要发展市场经济就必然存在的现象。医治市场经济病变的经济法也不仅仅是“非常时期”的危机对策法，它们还是保持市场经济正常发展所必备、常备的法律。此时，经济法已开始常态化，成为常态经济法。

二是从“战时经济法”到“平时经济法”。考察经济法的发生历史，可以发现，经济法起初总是在危机时刻才大显身手，前述经济危机时期的经济法是如此，在战争时期的经济法更是如此。如第一次世界大战和第二次世界大战时期，许多国家都颁布了这方面的法律，史称“战时统制法”或“战时经济法”。虽然后来未再爆发世界大战，但局部战争此起彼伏，危急或危

机时刻从未间断，使得应急措施还要常抓不懈，战时经济法所采取的一些措施依然管用常用，并且有的已平时化、日常化了。

三是从“边缘法”到“基干法”。在市场经济的初期和中期，人们注意到民商法、行政法对市场经济的调整极大地促进了市场经济的发展，以为民商法、行政法可以对市场经济自如调整、包揽无遗。但随着市场经济中限制竞争和盲目无序的频繁发生和普遍存在，民商法、行政法已力不从心，需要宏观调控法和市场规制法进行宏观调控和市场规制，并且，只有在宏观调控法和市场规制法发挥作用之后，民商法、行政法才有发挥作用的基础和条件。因此，经济法在保障市场经济运行和市场经济秩序方面的基干作用日益突显，并受到普遍重视。

四是从“一元体系”到“二元体系”。西方资本主义国家信奉自由市场经济，把市场自由竞争奉为圭臬，其经济法体系主要是以反垄断法为核心和主干的市场规制法，形成了一元性的经济法体系。但随着资本主义经济周期的反复出现和经济危机的频繁爆发，资本主义国家也认识到仅靠市场调节是不够的，还必须由国家依法对市场经济进行宏观调控，国家宏观调控之于市场经济平稳协调有序持续健康发展的不可或缺和至关重要。自此，经济法体系中不仅有市场规制法，还有宏观调控法，从而形成经济法体系的二元结构。我国的经济法体系亦是如此。目前，我国经济法学界已经达成如下普遍的共识：经济法是调整宏观调控关系和市场规制关系的法律规范的总称。

五是从“存在差异”走向“互鉴互学”。传统的社会主义国家长期实行计划经济，计划经济异质于市场经济，计划经济所内含和要求的法律不同于市场经济所内含和要求的法律，这导致社会主义国家的经济法与资本主义国家的经济法存在较大差异，甚至无法接轨。但随着原来实行计划经济体制的国家相继向市场经济体制转型，这些国家转型后也颁布了一系列与市场经济国家相类似的经济法。目前，各国的经济法体系大体上均由宏观调控法和市场规制法构成，并且各国的经济法也有许多可以互鉴的方面。

第二节 经济法的体系和地位

一、经济法的体系

（一）经济法体系的界定

所谓经济法的体系，通常是指各类经济法规规范所构成的和谐统一的整体。某一类型的经济法规规范，便可构成经济法的一个部门法。因此，在分析经济法体系的结构时，需要研究经济法由哪些部门法构成，以及它们是如何组成一个和谐的整体。

为了说明经济法体系由哪些部门法构成，需要研究经济法规规范的分类，而这些分类则对应于经济法的具体调整对象，即经济法所调整的具体社会关系。只有厘清调整不同社会关系的经济法规规范，揭示经济法的不同类型，以及各类部门法的数量及其横向和纵向关联，才能揭示经济法体系的内部结构。因此，界定经济法体系，应说明经济法规规范的分类以及经济法各部门法的内部结构。

（二）经济法体系的构成

1. 经济法体系的基本构成

依据一般法理，部门法的体系构成主要取决于其调整对象，经济法的体系构成也是如此。如前所述，在国家进行宏观调控和市场规制的过程中，形成了两类新型社会关系，即宏观调控关系和市场规制关系，由此形成了经济法的两类规范，即调整宏观调控关系的宏观调控法规规范，以及调整市场规制关系的市场规制法规规范，前者可以总称为宏观调控法，后者可以总称为市场规制法。

对于宏观调控法和市场规制法，还可根据其具体调整对象，作进一步的分类。例如，在宏观调控领域，世界各国主要运用财税、金融和规划这三类经济政策、三类经济手段来实施间接

调控,这些政策及其手段的法律化,就构成了调整宏观调控关系、规范宏观调控行为的法律规范,这些规范可进一步分为财税调控法规范、金融调控法规范和规划调控法律规范,从而构成了宏观调控法的三大类别。又如,在市场规制领域,各国主要通过竞争政策和消费者政策来实施直接规制,而这些政策的法律化,就构成了一国的竞争法和消费者保护法,并可以进一步分为反垄断法、反不正当竞争法和消费者保护法规范,这与市场规制法所保护的各类主体的不同法益以及所运用的不同手段是一致的,它们构成了市场规制法的三大类别。

综上所述,对应于经济法调整的两类社会关系,首先,可将经济法体系分为宏观调控法和市场规制法两大部分,从而形成其基本的“二元结构”。其次,还可对上述宏观调控法和市场规制法进一步细分,从而形成经济法体系中的各个部门法。其中,宏观调控法包括三个部门法,即财税调控法、金融调控法和规划调控法,可分别简称为财税法、金融法和规划法;市场规制法也包括三个部门法,即反垄断法、反不正当竞争法和消费者保护法。

上述对经济法体系中的各个部门法的描述,可以大略概括为“财金规划调控法,两反一保规制法”。这就是经济法体系的基本构成。

当然,按照部门法原理,上述部门法还可进一步细分。如财税法包括财政法与税法两个具体的部门法,其中,财政法包括财政体制法和财政收支法,具体包括预算法、国债法、政府采购法、转移支付法等;税法又包括税收体制法与税收征纳法,而税收征纳法又可进一步分为税收征纳实体法与税收征纳程序法等。

上述分类对于经济法的其他部门法也同样适用。例如,基于上述原理,金融法可以分为金融体制法和金融市场调控法,规划法可以分为规划体制法和规划协调法。又如,在市场规制法领域,核心问题是维护竞争秩序,保障基本人权,与此相关,在竞争领域的市场规制法规范,可以分为竞争体制法和竞争行为规制法,如反垄断法包括反垄断体制法和垄断行为规制法;反不正当竞争法包括反不正当竞争体制法和不正当竞争行为规制法。

上述对经济法规范不同层次的分类,会直接影响经济法体系的纵向结构。从总体上看,经济法体系的内部结构是一个层级结构。其中,第一层结构,是体现经济法的调整范围、功能或调整手段的两类规范群,即宏观调控法规范群与市场规制法规范群,简称宏观调控法和市场规制法;第二层结构,是体现宏观调控职能的三个部门法以及体现市场规制职能的三个部门法,它们一般也被称为经济法的部门法或亚部门法;第三层结构,是每个亚部门法进一步细分的若干更小的部门法。

上述经济法体系的内部结构,揭示了各类经济法规范的类型归属、相互关联和排列顺序。由于各层结构的各类规范之间都有内在的协调互补关系,而不是相互交叉、重叠、冲突的关系,因而经济法系统能够较为稳定地发挥其整体功效。

2. 对上述基本构成的进一步理解

上述有关经济法体系构成的“二分法”,强调将宏观调控法和市场规制法作为经济法体系最核心、最基本的部分,是学界对经济法体系基本框架的一种“基本”共识。在上述认识的基础上,也往往存在把市场主体法、社会保障法、政府投资法、涉外经济法等纳入经济法体系的观点,这些观点会直接影响对经济法体系的具体结构的认识。其实,上述把经济法体系分为宏观调控法和市场规制法的“二元结构”,同调整对象、调整手段、调整领域、国家的经济职能等,都存在着内在的关联,揭示其关联,有助于形成统一、协调的理论和制度,并从不同角度对相关理论和制度作出评判,从而推进理论和制度的发展。

(三) 经济法的渊源

经济法的渊源,通常是指经济法规范的表现形式。明晰经济法的渊源,有助于更全面地理解经济法的体系,促进经济法的有效实施,提升经济法的法治建设水平,实现国家治理体系和治理能力的现代化。

1. 经济法的主要渊源

（1）宪法

宪法作为国家的根本大法，是经济法的重要渊源。随着宪法“经济性”的日益增强，“经济宪法”日益受到重视，许多宪法条款都与经济法直接相关。其中，有些宪法规范对于经济法具有总体上的意义，有些宪法规范甚至就是经济法的直接立法依据，由此使宪法成为经济法的重要渊源。

（2）法律

法律也是经济法的重要渊源。由于经济法的调整涉及国民的基本权利，因而许多领域都要求贯彻法定原则或“法律保留原则”。对此，我国《立法法》第8条已有规定，其中，涉及“基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度”等，只能制定法律，这是法律保留原则的要求和体现。而上述《立法法》所列举的需要制定法律的领域，恰恰也是经济法调整的重要领域，从而使法律成为经济法非常重要的渊源。

（3）行政法规

行政法规，是我国最高行政机关——国务院根据宪法和法律，或者根据国家立法机关的授权决定，依法制定的规范性文件。在经济法领域，由于中央政府是进行宏观调控和市场规制的重要主体，大量经济法规范实际上由国务院制定，因此，在授权立法几乎没有具体限制的情况下，经济法方面的行政法规数量更多。

（4）部门规章

国务院所属的各部、委、行、署以及具有行政管理职能的直属机构，是部门规章的制定主体，其中有多部门是进行宏观调控和市场规制的重要主体，可以统称为调制部门。它们制定和实施相关规章，是为了实现经济法的调整目标。在许多情况下，经济法领域的部门规章，内容更专业、更细致，制定程序更灵活、更便捷，从而更能及时地体现国家的经济政策和社会政策。因此，部门规章往往更常用，其作用更直接、更具体。

（5）地方性法规

省、自治区、直辖市以及设区的市的人民代表大会及其常委会依据本地具体情况和实际需要，可以依法制定地方性法规。作为经济法渊源的地方性法规不得违反上位法，它主要是对相关宏观调控法和市场规制法的具体落实；同时，其实施的空间范围是受局限的，主要侧重于解决在统一的经济法制度下的地方差异问题。

上述五类法律形式，是经济法的主要渊源，在经济法的法治建设方面发挥着重要的作用。

2. 经济法的辅助渊源

经济法的辅助渊源，是相对于主要渊源而言，起辅助作用的渊源。在辅助渊源中，既有长期存在的，也有近年来新兴的；既有国内法层面的，也有国际法层面的。

（1）地方政府规章等辅助渊源

经济法渊源，除了上述五类主要渊源以外，还包括地方政府规章、自治条例和单行条例等。其中，省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府是制定地方政府规章的主体；民族自治地方的人民代表大会，是自治条例和单行条例的制定主体。

上述辅助渊源久已存在，共识度较高。从我国的情况来看，这几类渊源的共同特点是都具有地域性，效力层次相对较低，因而在经济法的渊源体系中只具有辅助地位。

（2）与港澳台地区相关的辅助渊源

除了上述传统的经济法渊源，还应关注与特定区域相关的辅助渊源。从总体上说，我国港澳台地区的多种层次、多种形式的制定法，以及相关的判例法等，也都是经济法的渊源。

上述港澳台地区的各类经济法渊源，具有突出的地域性，尤其在“一国两制”方针下，上述地区的立法具有相对独立性。

（3）国际条约

由于法的渊源可以分为国内法渊源和国际法渊源，因而经济法的渊源中也应当包括国际法

渊源，并且，广义上的国际条约都应当成为经济法的渊源。据此，与世界贸易组织（WTO）、国际货币基金组织（IMF）、世界银行（WB）等相关的多边国际公约或条约，都应成为经济法的渊源。此外，我国同其他国家签订的投资保护协定、避免双重征税协定等，也都是经济法的渊源。

（4）法律解释

法律解释是对现行法律规范的解析和阐释，如何解释，对于法律的有效适用非常重要。在经济法领域，面对社会经济生活中的诸多复杂问题，加强法律解释甚为必要。具有统一法律效力的立法解释、行政解释、司法解释等狭义的法律解释，可以成为经济法的渊源。

二、经济法的地位

（一）经济法在经济社会发展中的地位

经济法作为调整宏观调控关系和市场规制关系的法律规范的总称，是一种市场经济之法、国家干预之法、社会本位之法。经济法的这些属性决定了经济法在经济社会发展中具有不可替代的重要地位。

市场经济的本质属性和主要优势在于市场竞争，市场竞争是经济发展、社会进步和人类文明的主要推动力。市场经济的重大缺陷和主要劣势是自发性和盲目性，为了克服上述弊端，必须进行宏观调控，而且唯有将宏观调控法治化才能科学有序，计划法、财政法、金融法和产业政策法都旨在实现宏观调控法治化。由于市场失灵的存在，没有法治化的国家干预，就无法建立健全市场调节和市场体制。经济法是一种国家干预之法，其宗旨是确立和规范国家干预，实现国家干预的法治化。这就决定了经济法之于市场体制的建立健全具有重大意义。

（二）经济法与其他法律部门的关系

经济法作为一个独立的法律部门，是法律体系的重要组成部分，与其他法律部门存在着既有区别又有联系的密切关系。

1. 经济法与宪法的关系

（1）宪法是经济法的渊源

宪法是经济法的上位法，按照法律的位阶理论，宪法自然构成经济法的渊源。首先，宪法为经济法提供了规则渊源，宪法是包括经济法在内的整个法律体系的统帅和核心。其次，宪法为经济法提供了理念渊源，宪法经济学的内容充分地体现在经济法之中。

（2）经济法贯彻实施宪法

“全面贯彻实施宪法，是建设社会主义法治国家的首要任务和基础性工作”，“宪法的生命在于实施，宪法的权威也在于实施”。宪法所规定的规则以及它所内涵的理念需要经济法等法律部门去贯彻实施，否则宪法就会被架空，甚至沦为“一纸空文”，经济法之于宪法的贯彻实施意义重大。

2. 经济法与民商法的关系

经济法与民商法都是调整社会经济关系的基本法律部门，二者的关系可以概括为：

（1）经济法与民商法的区别

两者的调整对象不同。民商法调整的是平等主体之间的人身关系和财产关系，这种社会关系具有平等性、私人性、自治性和微观性；而经济法调整的是宏观调控关系和市场规制关系，这种社会关系具有差异性、公共性、干预性而宏观性。

两者的主体性质不同。民商法的主体主要是自然人、法人和非法人组织，它们本质上都是私人；而经济法的主体是与宏观调控和市场规制有关的当事人，包括宏观调控机构和市场规制机构，以及与其相关的市场主体等各类主体，且以宏观调控机构和市场规制机构为主，它们本质上是国家机构。

两者的权利（力）范畴不同。民商法上的权利范畴包括人格权、身份权、物权、债权、知识产权等，它们是一种私权利，当事人可以自行约定，自由行使，有的还可以放弃或转让；而

经济法上的权力主要是宏观调控权和市场规制权，它们是一种公权力，要依法规定，有序行使，不可放弃或转让。

两者的构成要素不同。民商法包括物权法、债权法、知识产权法、亲属法，以及公司法、破产法、海商法等；而经济法主要由发展规划法、财政法、金融法和产业政策法组成的宏观调控法和由反不正当竞争法、反垄断法等组成的市场规制法所构成。

两者的法律属性不同。民商法是一种典型的私法，它以私人为主体的，以私权为本位，以意思自治为主旨，以保护私权为目的，本质上是一种自主调整机制的法；而经济法具有公法的属性，它以公职机构为主体，以宏观整体为本位，以社会协调为宗旨，以促进社会公共利益为目的，本质上是一种社会整体调整机制的法。

(2) 经济法与民商法的联系

经济法的调整要服务于民商法的调整。民商法是对市场经济要求的直接记载和表述，是将市场经济关系翻译为法律准则，民商法与市场经济共衰荣、同命运。市场经济的存续和发展离不开民商法的前提调整 and 基础保障。从根本上说，经济法就是要为民商法发挥作用奠定基础 and 创造条件。

民商法的调整要以经济法的调整为条件。民商法建立在平等、自由的基础之上，没有平等、自由就没有民商法。由于民商法本质上仍是一种竞争法则，优胜劣汰，最终也会导致人们之间的不平等、不自由，同样会破坏民商法存在的基础。正是由于民商法存在的基础并不现实、天然地具备，民商法本身又会破坏自身存在的基础，因而必须依靠经济法，经济法通过宏观调控法和市场规制法创立、恢复和维护人们之间的平等、自由，从而为民商法的存在奠定基础。

3. 经济法与行政法的关系

(1) 经济法和行政法都是法律体系的重要组成部分

在市场经济的垄断阶段，由于在市场经济自由竞争基础上形成了宏观调控关系和市场规制关系，提出了进行宏观调控和市场规制的普遍要求，要满足这种普遍要求，仅靠过去那种临时性的、特殊性的、行政性的管理是远远不够的，也是不尽适当的，必须进行经常性的、普遍性的、法律化的调整。在这种情况下，一个新的法律部门形成了，这个法律部门就是经济法。自此，经济法从行政法中分离独立出来，与行政法一起成为法律体系中的重要组成部分。

(2) 经济法与行政法的区别

经济法是独立于行政法的一个重要法律部门，这是由经济法和行政法的区别所决定的。

两者的调整对象不同。行政法的调整对象主要是行政管理关系，即管理行政自身的关系、内部的关系，而经济法的调整对象是宏观调控关系和市场规制关系，这种社会关系不属于行政管理关系。

两者的主体不同。行政法的主体有一方是行政机关和行政人员，而经济法的主体主要是与宏观调控和市场规制有关的当事人，介入其中的国家机构也不尽是行政机关。

两者涉及的权力不同。在行政法关系中，行政权是一种主导性权力，它决定、支配其他行政相对人的权利。而经济法领域的权力，主要是宏观调控权和市场规制权，它们作用的社会关系具有普遍性。宏观调控权和市场规制权，都是不同于传统行政权的权力。

两者的构成要素不同。行政组织法、行政程序法、行政诉讼法和国家赔偿法等是行政法的基本构成要素。而经济法调整的是宏观调控关系和市场规制关系，其构成要素主要是宏观调控法和市场规制法。

两者的宗旨不同。行政法关注的核心和规制的重心是政府本身，其宗旨是限制政府权力、管理行政机关，着重于解决政府失灵的问题。而经济法调控的核心和规制的重心是市场秩序和市场运行，其宗旨着重于解决市场失灵的问题，以保障市场经济公平、自由、竞争、协调、有序地发展。

两者追求利益的方式不同。行政法和经济法都应追求社会公共利益。但两者追求社会公共

利益的方式、路径和着力点不同。

（3）经济法与行政法的相互配合

经济与行政法是法律体系中各自相对独立的重要组成部分，它们关系密切，需要相互配合。这是由社会经济关系的性质所决定的。此外，经济法是一种国家或政府干预社会经济之法，经济法与政府干预紧密相连，与行政权力密切相关，而政府干预、行政权力是行政法规制的核心，这就决定了经济法与行政法之间存在着千丝万缕的联系，两者是相互依存的，经济法依存于行政法，行政法也依存于经济法。

第三节 经济法律关系

一、经济法律关系概述

（一）经济法律关系的概念

经济法律关系，是指国家对经济生活进行调控过程中，根据经济法的规定发生的权利和义务关系。经济法律关系与经济法的调整对象有着密切的关系。经济法律关系是作为经济法调整对象的特定经济关系在法律上的反映，是该特定经济关系的法律表现。

（二）经济法律关系的构成要素

经济法律关系由经济法律关系的主体、内容和客体三个要素构成。

经济法律关系的主体，是指在经济法律关系中，享有经济权利和承担其义务的当事人。

经济法律关系的内容，是指经济法律关系的主体所享有的经济权利和承担的经济义务。

经济法律关系的客体，是指经济法律关系的主体享有的经济权利和承担的经济义务所指向的对象。

（三）经济法律关系的发生、变更和终止

经济法律关系的发生，是指经济法律关系主体之间形成一定的经济权利和经济义务关系。

经济法律关系的变更，是指经济法律关系的主体、客体或内容发生变化。

经济法律关系的终止，是指经济法律关系主体之间的经济权利和经济义务关系的消灭。

经济法律关系的发生、变更和终止，都必须以法律事实为依据。所谓法律事实，在经济法中，是指由经济法所规定的，能够引起经济法律关系发生、变更和终止的情况。经济法律事实可以分为经济法律行为和经济法律事件两类。

二、经济法律关系的主体

经济法律关系主体的资格，由法律规定或因国家机关授权取得。在我国，经济法律关系的主体包括以下几类。

（1）国家机关。国家机关是经济法律关系中的重要主体。国家机关，包括国家权力机关、国家行政机关和国家司法机关。国家权力机关通过预结算、经济立法和法律监督来实现国家对经济生活的调控。国家各级行政机关，是最活跃的宏观调控主体和市场规制主体，也是国家经济政策和相关法律法规的实施主体，其中起主要作用的是经济管理机关。人民法院和人民检察院，通过自己的司法活动在国家调控经济生活中发挥作用。

（2）企业、事业单位和社会团体。企业是市场经济的最主要参与者。根据不同标准，企业可以划分为不同的类型。如按投资者的责任形式，可将企业分为独资企业、合伙企业和公司等。事业单位和社会团体在特定情况下也可成为经济法律关系的主体。

（3）自然人、农村承包经营户和个体工商户。自然人、农村承包经营户和个体工商户，在参与经济法律法规规定的经济活动时，便成为经济法律关系的主体。此外，经济组织的内部机构和有关人员，在一定条件下，如参与企业内部的经营管理活动时，也可能成为经济法律关系的主体。

一般来说，各主体可通过代理制度设立、变更或终止与其他主体的经济法律关系。代理是

指代理人在被授权范围内,以被代理人名义或者以自己的名义与第三人进行的对被代理人发生法律效力的法律行为。

三、经济法律关系的内容

(一) 经济权利

经济权利是指经济法律关系主体依法享有的自己为或不为一定行为和要求他人为或不为一定行为的资格。经济权利的种类主要有:经济职权、经营管理权、所有权、知识产权、债权等。

(二) 经济义务

经济义务是指经济法关系主体必须为或不为一定行为的义务。经济义务可因法律规定产生,也可因当事人的约定而产生。前者为法定义务,后者为约定义务。经济权利与经济义务相辅相成,对立统一。

四、经济法律关系的客体

经济法律关系的客体是指经济法律关系主体的权利和义务所共同指向的对象。经济法律关系的客体主要有以下几类。

(1) 物。这里的物是指具有一定形态的并具有一定价值的财物,包括自然存在的物品和人类劳动产品,以及货币、有价证券等。

(2) 经济行为。经济行为是指经济法律关系主体为达到一定的经济目的而进行的经济活动。

(3) 智力成果。智力成果指人们通过智力活动所创造的非物质财富。

第四节 法律责任

一、法律责任的概念

法律责任这一概念可以从正反两方面理解,即积极意义上的法律责任与消极意义上的法律责任。积极意义上的法律责任,是指所有组织和个人都应有遵守法律的义务,包括“作为责任”与“不作为责任”。消极意义上的法律责任,是指社会对违反法律的行为所应承担的带有强制性的否定性评价。我国现行立法、司法一般都在消极意义上使用法律责任概念。

二、违法行为的构成要素

违法行为的一般构成要素包括以下几个方面。

(1) 违法的客观方面。违法行为必须是具有一定的社会危害性,并违反现行的法律规定,包括作为和不作为。

(2) 违法客体。违法客体指违法行为所侵犯的法律所保护的权利、利益和秩序。

(3) 违法主体。违法主体指违法行为人,包括自然人、法人和其他组织。

(4) 违法的主观方面。违法责任的认定一般需要考虑行为人的主观过错情况。法律上所谓的主观过错一般是指故意或者过失。必须指出的是,现代法律的责任认定已经不仅仅采用过错原则,在许多法律关系中已采用无过错责任原则,或推定过错责任原则,或公平原则。

三、法律责任的种类和承担方式

法律责任因行为人所违反的法律不同而有不同的种类,因而也有不同的责任承担方式。

(一) 民事法律责任

民事法律责任,是指违反民事法律、法规所应承担的法律责任。民事法律责任可分为两大类:合同责任和侵权责任。合同责任是指合同当事人不履行合同或不适当履行合同而应承担的责任;侵权责任是指侵犯他人的财产权、人身权以及知识产权而产生的责任。

承担民事法律责任的形式主要有:停止侵害,排除妨碍,消除危险,返还财产,恢复原状,修理、重作、更换,赔偿损失,支付违约金,消除影响,恢复名誉,赔礼道歉等。

（二）行政法律责任

行政法律责任，是指违反行政法律、法规所应承担的法律责任。按责任主体和责任形式可分为以下两大类。

（1）行政处分。国家工作人员在执行公务过程中违反行政法律、法规规定的，按行政隶属关系给予行政处分。责任形式有：警告，记过，记大过，降级，降职，撤职，开除留用察看，开除等。

（2）行政处罚。行政处罚是指行政机关对行政相对人违反行政法律、法规的规定，尚未构成犯罪的行为所给予的法律制裁。行政处罚的种类有：人身罚（行政拘留、驱逐出境等），财产罚（罚款、没收等），行为罚（责令停产、停业，暂扣或吊销营业执照或许可证等），申诫罚（警告、通报批评等）。

（三）刑事法律责任

刑事法律责任是指触犯刑法而应承担的法律责任。我国的刑事法律责任形式可概括为两大类：主刑和附加刑。主刑包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑包括罚金、剥夺政治权利、没收财产和驱逐出境。

思政专栏

中国经济法始终贯彻马克思主义的唯物史观，从经济基础出发，立足经济关系，围绕中国经济体制改革立论。尽管我国的经济体制先后经历了计划经济、有计划的商品经济、社会主义市场经济等不同的经济体制，但其中有不变的因素，那就是上述各种经济体制的核心都是政府与市场的关系。我国现在的经济体制既不是高度集中的政府统制经济，也不是自由放任的市场调节经济，而是政府与市场有机结合、内在统一的经济，这才是经济法存在的坚实基础。高度集中的政府统制经济与自由放任的市场调节经济，都有弊端，都会失灵，都不是经济法存在的坚实基础，甚至都不需要经济法。为了既克服市场失灵又克服政府失灵，必须将有效的市场和有为的政府有机地结合起来，这才需要经济法。正是基于这一坚实的基础和基本的共识，中国几代经济法学人不懈地探索、修正和完善，使中国经济法理论和制度取得了长足发展和质的飞跃。目前，我们已基本构建了自己的经济法理论体系和学科体系，基本制定了自己的经济法规则体系和制度体系，基本形成了中国特色社会主义经济法学。

在新发展阶段，习近平法治思想作为习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，作为马克思主义法治理论同中国实际相结合的最新成果，深刻回答了我国实行全面依法治国的理据、路径等一系列重大问题，其强调的“十一个创新发展，开创了马克思主义法治理论的新境界，对加强经济法的法治建设具有直接的指导意义。例如，贯穿其中的“以人民为中心”的思想，对于指导经济法学学习和研究尤为重要。基于这一重要思想，既要在经济法的法治建设中“坚持人民主体地位”，通过“发展全过程人民民主，推动人的全面发展”，切实做到“以人民为中心”，又要深入思考经济法作为典型的“分配法”，应如何在解决分配问题、促进公平分配、实现共同富裕方面发挥特殊作用；经济法作为“发展促进法”，应如何坚持“发展为了人民、发展依靠人民、发展成果由人民共享”，从而在解决发展问题、保障各类主体发展权益、促进其全面发展方面应如何发挥重要作用；等等。又如，习近平法治思想强调，坚持中国特色社会主义法治道路，坚持建设中国特色社会主义法治体系，这对于经济法的法治建设具有直接的指导意义。在学习和研究经济法学的过程中，应深入领会上述思想，这样才能深刻理解伴随我国改革开放而产生和发展的经济法所具有的突出“中国特色”，以及经济法在保障和促进我国社会主义现代化建设方面的极其重要的作用。

课后作业

一、思考题

1. 如何理解经济法调整所要解决的基本矛盾和基本问题？
2. 如何理解经济法体系与经济法调整对象的关系？
3. 请结合实际，谈谈我国经济法的主要渊源和辅助渊源。
4. 怎样看待经济法与民商法的关系？
5. 如何理解经济法与行政法的关系？
6. 什么是经济法律关系主体？我国经济法律关系主体的种类有哪些？

二、案例分析

【案例 1】张某委托某中介公司寻找合适的出租房。双方在合同中约定：出租房应是位于城中心的一居室，月租金不高于 2000 元，张某支付 800 元作为中介费；中介公司应在合同签订后 1 个月内提供房源，否则退还中介费。合同签订 2 周后，中介公司通知张某已有房源，但月租金需 2500 元，张某表示同意。准备入住时，张某发现出租房不是一居室，而是两居室中的一间。张某要求退还中介费，遭到拒绝，双方发生争议。争议过程中发生肢体接触，造成张某住院 1 周。出院后，张某继续要求中介公司退回中介费并支付医药费。

试分析：本案存在几种法律关系？

【案例 2】某建筑公司承建某林业科学研究所办公楼，该公司法定代表人李某与某涂料厂厂长王某签订了书面买卖合同，约定：购买涂料厂涂料和 107 胶，质量按同行业的标准，货到付款。李某按协议交付了货款。某涂料厂也履行了交货义务。建筑公司在施工中因涂料质量不合格造成多次返工，涂料厂称多次返工是因为建筑公司没按要求施工所致，为此，双方发生争执。问题：

- (1) 请指出本案的经济法律关系主体，分析其主体资格。
- (2) 在本案中，李某和王某是否属于经济法律关系主体？为什么？

第二章 企业法律制度

教学目的和要求：

1. 教学目标：通过本章学习，学生能够掌握企业的概念和企业的分类；理解企业法的基本概念及其体系特点；掌握公司的设立条件、组织机构及其运作规则；熟悉公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和应履行的义务；掌握合伙企业的类型；掌握普通合伙企业的内部和外部关系。

2. 课程思政育人目标：通过企业法的学习，让学生认识到遵守法律、公司章程、忠诚和勤勉不仅仅是公司法对董事、监事和高级管理人员的要求，也是所有用人单位对于劳动者的要求，帮助学生建立遵纪守法、爱岗敬业、勤勤恳恳的价值观，传承勤劳的优秀传统，培养学生恪守职业道德和职业纪律的自觉性。

教学重点：企业的分类；法人制度；公司的设立条件；公司的组织机构及其运作规则；董监高的任职资格和义务；合伙企业的类型；普通合伙企业的内部和外部关系。

教学难点：法人制度；公司的组织机构及其运作规则；普通合伙企业的内部和外部关系。

教学方法：讲练结合；案例分析

教学学时：9 学时

教学内容：

第一节 企业法概述

第二节 公司法律制度

第三节 合伙企业法律制度

教学过程：

第一节 企业法概述

【引例】 大学生创业投资形式的选择

小张、小关、小杨、小唐是某大学的四名在校大学生。他们积极响应国家关于鼓励创新创业的号召，经过缜密的市场调查，决定在大学城商业中心创办一家大学生餐厅。他们一方面可充分利用高校的学生顾客资源，另一方面又可以利用熟悉同龄人的消费习惯和消费心理的优势，在餐厅布局、装饰风格、菜式设计等方面做出特色来吸引顾客，相对容易形成竞争优势。经学校创客中心引荐，他们的项目方案获得了某天使投资基金的青睐，该天使投资基金同意出资 500 万元扶持该项目落地实施。

小张、小关、小杨、小唐应该以怎样的形式去创办这家餐厅以及以怎样的形式获得这 500 万元的投资呢？请你帮他们出个主意。

企业是现代经济关系中最重要、最活跃的主体，是社会经济赖以生存和发展的基础。企业法是规定企业的法律地位及调整其内外部关系的法律规范。随着社会经济的不断发展，企业制度也在不断演变，企业法的内容日趋庞杂。

一、企业的概念

企业是指由各种生产要素所组成的，从事生产、流通或服务性活动的经营性组织。企业具有如下特征。

(1) 企业是各种生产要素的组合物。企业一般是指以营利为目的，运用各种生产要素向市场提供商品或服务，实行自主经营、自负盈亏、独立核算的法人或其他社会经济组织。

(2) 企业是从事生产、流通或服务性活动的经济组织。与国家机关和公益性组织不同，企业是为了满足人们生产、生活的各种需要而产生的。作为国家经济的基本生产单位，企业所

从事的经济活动范围包括生产领域、销售领域和服务领域。

(3) 企业是经营性的经济组织。经营性是指基于一定的经济目的来策划和运营某一组织,参与社会的经济、文化等活动。经营性不等于营利性。企业既可以从事竞争性经营、追求利润的最大化,如一般的竞争性企业;也可以从事政策性经营活动、执行政府某种政策,如政府设立的水、电等公用事业企业。

(4) 企业是具有某种主体资格的经济组织。企业在法律上均具有一定的主体资格。合伙企业和个人独资企业等非法人企业具有相对独立的主体资格;公司等法人企业具有独立的主体资格。

二、我国企业的类型

按照不同标准,企业有不同的划分方法。

(1) 以企业的生产资料所有制为标准,可将企业划分为全民所有制企业、集体所有制企业、私营企业和混合所有制企业。

(2) 以投资主体的国籍为标准,可将企业划分为内资企业和外商投资企业。

(3) 以企业的法律地位为标准,可将企业划分为法人企业和非法人企业。前者以公司为典型代表,后者则包括合伙企业、个人独资企业等。

(4) 以企业的投资方式和责任方式为标准,可将企业划分为个人独资企业、合伙企业、公司和非公司制法人企业。

(5) 以企业所属的经济部门为标准,可将企业划分为工业企业、农业企业、商业企业、金融企业等。

(6) 以注册地为标准,可将企业划分为本国企业和外国企业。

三、企业法的概念及其体系特点

企业法是规定企业的法律地位及调整其内外部关系的法律规范的总称。它规定并调整企业的设立、变更、终止,企业的法律地位,企业的权利和义务,企业的资本,企业内部组织机构,等等。

我国现行企业法体系中出现了两种立法模式并存的现象。一种是传统的立法模式,它的基本特点是:以单行法律、法规为基本表现形式,以企业的所有制和投资主体的涉外性为立法的出发点,原则规定与实施细则相结合。这些特点反映了中华人民共和国成立以来社会经济关系的发展变化,但这种立法模式存在企业之间权利和义务不平等、规则不统一、法出多门的弊端。随着全球经济一体化的发展及我国社会主义改革开放的深入,这些弊端越来越明显。第二种立法模式是以企业的组织形式为出发点制定企业法,即《中华人民共和国合伙企业法》、《中华人民共和国个人独资企业法》、《中华人民共和国公司法》。这种立法模式实现了投资者与企业之间的平等,更适应市场经济的公平竞争,是与国际通行做法相一致的立法模式。

第二节 公司法律制度

一、公司概述

(一) 公司的概念

公司是社会经济因素中最活跃、最重要的商事组织。根据《公司法》第二条、第三条规定的有关内容,可以对公司的概念做如下归纳:公司是以营利为目的的企业法人;公司有独立的法人财产,享有法人财产权,以其全部财产对公司的债务承担责任。

(二) 公司的特征

一般来说,公司具有下列四个特征。

1. 营利性

公司是以营利为目的的商事组织。公司设立的目的是为了获得一定的利润。尽管存在不少

以经营亏损或者破产清算而终结的公司，但公司并不因此丧失其设立目的的营利性特征。这是公司与非营利性的公益法人最主要的区别。

2. 法人性

公司是企业法人的典型形式：公司拥有独立的法人财产，公司的财产最初源于股东的出资；公司享有法人财产权，股东财产与公司财产分离，股东无权直接处分公司的财产；公司独立承担民事责任，以其全部财产对公司的债务承担责任。股东仅以其认缴的出资额或者认购的股份为限对公司承担责任，这是公司与合伙企业、个人独资企业的主要区别之一。

但是，《公司法》第二十三条又作出了关于股东承担连带责任的规定，公司股东应当遵守法律、行政法规和公司章程，依法行使股东权利，不得滥用股东权利损害公司或者其他股东的利益；不得滥用公司法人独立地位和股东有限责任损害公司债权人的利益。公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。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，应当对公司债务承担连带责任。

3. 依法成立

为了保护公司、股东和债权人的合法权益、维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的发展，公司的成立必须严格符合《公司法》的有关条件，并且遵守公司登记的法定程序。

4. 严密的组织机构

《公司法》对公司要求必须建立特定的组织机构，并相应制定了各个组织机构的名称，设置职权和议事规则，使公司的组织形式比一般的企业法人更严密、更完整。

（三）公司的类型

从世界范围来考察，根据不同的划分标准可将公司分成不同的类型。

（1）无限公司、有限公司、股份有限公司及两合公司。这是根据股东对公司债务承担责任的的不同对公司进行的划分。无限公司，是指全体股东对公司债务负无限连带责任的公司。有限责任公司和股份有限公司是指全体股东对公司债务仅以各自出资额为限承担责任的公司，且股份有限公司的注册资本须划分为等额的股份。两合公司是指一部分股东对公司债务负无限责任，另一部分股东对公司债务以其出资额为限承担责任的公司。

（2）人合公司、资合公司和人资两合公司。这是根据公司的信用基础不同对公司所作的分类。凡是公司的信用基础在于股东个人而不取决于公司资本的，称为人合公司，它的典型代表是无限公司。凡公司的信用基础是公司的资本数额而不是个人信用的，称为资合公司，它的典型代表是股份有限公司。凡公司的信用基础兼有股东个人信用和公司资本数额两方面的，称为人合兼资合公司，即人资两合公司，它的典型代表是两合公司。

（3）母公司和子公司。这是根据公司之间的控制或支配关系进行的划分。处于控制、支配地位的是母公司，被控制、被支配的公司则是子公司。无论是母公司还是子公司都是各自独立的法人。

（4）总公司和分公司。这是以公司内部的管辖系统为划分标准。总公司又称本公司，是指属于管理中心地位的公司；分公司则是本公司的分支机构，不具有独立的法人地位。

（5）本国公司和外国公司。这是根据公司国籍的不同进行的划分。凡是在本国登记注册、领取营业执照获得法人地位的公司称为本国公司；依外国法律在外国登记注册、领取营业执照的公司则是外国公司。

我国《公司法》第二条明确指出，我国所称的公司只包括有限责任公司和股份有限公司。

二、公司法的概念

（一）公司法的定义

公司法是指调整公司关系的法律规范的总称，其内容涉及公司的设立、组织、活动、解散及其他对内对外关系。狭义的公司法仅指《公司法》法典。自1993年12月29日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过《中华人民共和国公司法》以来，该法经历了多次修

订和修正，目前实行的是 2023 年 12 月 29 日第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议第二次修订的《公司法》。

（二）公司法的特点

作为调整公司关系的法律规范，公司法具有如下特点。

（1）公司法是组织法。它规定了公司的种类，确认了公司的法律地位和资格，明确了公司设立的条件和程序、公司 and 公司股东权利和义务、公司内部组织机构的设置及其职权，公司的分立、合并、终止程序等。

（2）公司法是行为法。公司的行为可分为两个方面：一方面是开展生产经营业务，如股东会、董事会决议等；另一方面则与其自身特点密切相关，如股票与公司债券的发行与转让等。

（3）公司法是公私混合法。公司法一方面体现了国家对社会经济生活的干预，要求公司的设立和运行必须严格遵守公司法的规定，对于守法者给予保护，违法者予以惩罚；另一方面又通过某些任意性条款允许公司及股东享有一定的自由决定权。

三、公司的设立

（一）公司设立的概念

公司的设立，是指出资人或者发起人为组建公司、取得法人资格，依照法律规定的条件和程序而完成的一系列的准备行为。

（二）公司设立的方式

1、有限责任公司设立方式

有限责任公司只能由股东认购公司全部的股本。

2. 股份有限公司设立方式

（1）发起设立。发起设立是指由公司的发起人认购公司应发行的全部股本或股份而设立公司。

（2）募集设立。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。

（三）公司设立的条件

根据《公司法》的有关规定，设立公司应符合以下条件。

1. 有限责任公司设立的条件

（1）有限责任公司由一个以上五十个以下股东出资设立。

（2）有限责任公司设立时的股东可以签订设立协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

（3）有限责任公司设立时的股东为设立公司从事的民事活动，其法律后果由公司承受。公司未成立的，其法律后果由公司设立时的股东承受；设立时的股东为二人以上的，享有连带债权，承担连带债务。设立时的股东为设立公司以自己的名义从事民事活动产生的民事责任，第三人有权选择请求公司或者公司设立时的股东承担。设立时的股东因履行公司设立职责造成他人损害的，公司或者无过错的股东承担赔偿责任后，可以向有过错的股东追偿。

（4）设立有限责任公司，应当由股东共同制定公司章程。

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。全体股东认缴的出资额由股东按照公司章程的规定自公司成立之日起五年内缴足。法律、行政法规以及国务院决定对有限责任公司注册资本实缴、注册资本最低限额、股东出资期限另有规定的，从其规定。

股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债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。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。股东应当按期足额缴纳公司章程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。股东未按期足额缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当对给公司造成的损失承担赔偿责任。

(5) 有限责任公司设立时，股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，或者实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。

2. 股份有限公司设立条件

设立股份有限公司，可以采取发起设立或者募集设立的方式。发起设立，是指由发起人认购设立公司时应发行的全部股份而设立公司。募集设立，是指由发起人认购设立公司时应发行股份的一部分，其余股份向特定对象募集或者向社会公开募集而设立公司。

(1) 设立股份有限公司，应当有一人以上二百人以下发起人，其中应当有半数以上的发起人在中华人民共和国境内有住所。

股份有限公司发起人承担公司筹办事务。发起人应当签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

(2) 设立股份有限公司，应当由发起人共同制订公司章程。

股份有限公司章程应当载明下列事项：公司名称和住所；公司经营范围；公司设立方式；公司注册资本、已发行的股份数和设立时发行的股份数，面额股的每股金额；发行类别股的，每一类别股的股份数及其权利和义务；发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式；董事会的组成、职权和议事规则；公司法定代表人的产生、变更办法；监事会的组成、职权和议事规则；公司利润分配办法；公司的解散事由与清算办法；公司的通知和公告办法；股东会认为需要规定的其他事项。

(3) 股本的认购

股份有限公司的注册资本为在公司登记机关登记的已发行股份的股本总额。在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份。法律、行政法规以及国务院决定对股份有限公司注册资本最低限额另有规定的，从其规定。以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当认足公司章程规定的公司设立时应发行的股份。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章程规定的公司设立时应发行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。发起人应当在公司成立前按照其认购的股份全额缴纳股款。

发起人 not 按照其认购的股份缴纳股款，或者作为出资的非货币财产的实际价额显著低于所认购的股份的，其他发起人与该发起人在出资不足的范围内承担连带责任。

向社会公开募集股份的股款缴足后，应当经依法设立的验资机构验资并出具证明。

募集设立股份有限公司的发起人应当自公司设立时应发行股份的股款缴足之日起三十日内召开公司成立大会。发起人应当在成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。成立大会应当有持有表决权过半数的认股人出席，方可举行。

公司设立时应发行的股份未募足，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开成立大会的，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、认股人缴纳股款或者交付非货币财产出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开成立大会或者成立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。

(4) 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构

股份有限公司必须拥有自己的名称，公司的名称必须用文字表示，不能用符号。依法设立的股份有限公司，必须在公司名称中标明股份有限公司或者股份公司字样。股份有限公司除拥有自己的名称外，还要建立符合股份有限公司要求的组织机构。公司的组织机构是产生意思并执行法人意思的机构，包括权力机构股东会，经营决策和业务执行机构董事会和监督机构监事会。

（5）有公司住所

固定的生产经营场所和必要的生产经营条件，是任何企业所必需的，股份有限公司也不例外。

（四）公司设立的程序

1. 有限责任公司的设立程序

与股份有限公司设立程序相比较，有限责任公司的设立程序较为简单。有限责任公司的股东需预先申请公司名称核准，在订立公司章程、设立组织机构后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程等文件，申请设立登记。依法需要前置审批的，须先向审批部门申领许可证或批准文件，才能办理设立登记。

2. 股份有限公司的设立程序

以发起设立的方式设立股份有限公司的，其设立程序与有限责任公司的基本一致。以募集方式设立的股份有限公司，其设立程序则较为复杂。在发起人订立公司章程、缴纳股款后，发起人还须向社会募集股款。发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资，并出具验资证明。发起人应当自股款缴足之日起 30 日内主持召开公司创立大会。董事会应于创立大会结束后 30 日内，向公司登记机关报送下列文件，申请设立登记：①公司登记申请书；②创立大会的会议记录；③公司的章程；④验资证明；⑤法定代表人、董事、监事的任职文件及身份证明；⑥发起人的法人资格证明或者自然人身份证明；⑦公司住所证明。

公司登记机关接到有限责任公司和股份有限公司的设立登记申请后，依法予以核准登记，并颁发营业执照。公司自营业执照颁发之日起成立。

四、公司的资本与股份

（一）公司的资本

公司的资本有广义和狭义之分。广义的公司资本是指公司生产经营的全部财产，包括股东出资、公司债、利润留成、接受捐款等。狭义的公司资本仅指股本或股份资本，是公司成立时公司章程所规定的、股东出资构成的财产总额。公司资本是公司存在的基本要素，是公司进行生产经营活动的基本物质条件，是对债权人的利益最基本的保证，也是股东对公司享有权益的基础和表现形式。根据我国《公司法》的规定，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；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缴的股本总额；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。

（二）公司的股份

公司的股份是计量公司股本的最小单位。股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。股份的表现形式是股票。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。《公司法》规定，股份的发行实行公平的原则，须同股同权、同股同利。股票可分为记名股票和无记名股票，公司向发起人、法人发行的股票应为记名股票，并置备股东名册；发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号和发行日期。股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。股票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。股票应载明下列主要事项：①公司名称；②公司成立日期；③股票种类、票面金额及代表的股份数；④股票的编号。

五、股东出资与股份的转让

（一）股东出资

股东出资是公司设立的基本条件。股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等出资，可以用货币估价并可以用依法转让的非货币财产作价出资，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价、核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

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和股份有限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。

（二）股权与股份转让

公司股权或股份的转让是指持有公司股权或股份的股东依法将自己持有的股权或股份转让与其他人，使其他人成为公司股东的法律行为。有限责任公司的股权转让与股份有限公司的股份转让有很大差别。

1. 有限责任公司的股权转让

有限责任公司的股权转让情况可以作以下几种分类。

（1）股权自愿转让。有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或部分股权。股东向股东以外的人转让股权的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的，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。

（2）股权强制转让。股权强制转让是指人民法院依照法律规定的强制执行程序转让股东的股权。在转让股权时，应当通知公司及全体股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。其他股东自人民法院通知之日起满 20 日不行使优先购买权的，视为放弃优先购买权。

（3）股权收购。为维护少数股东权益，《公司法》设置了有限责任公司股东的股权回购请求权，规定有下列情形之一的，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 5 年不向股东分配利润，而公司该 5 年连续盈利，并且符合法律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。

（4）股权继承。《公司法》规定，自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，但是公司章程另有规定的除外。

2. 股份有限公司的股份转让

由于股份有限公司的股份采用股票的形式，股份的转让实际上是股票的转让。

股东持有的股份可以依法转让，但是，为了维护公司的财产稳定、股东的利益及社会主义经济秩序，《公司法》对公司股份转让做了一些限制。

（1）股份有限公司的股东持有的股份可以向其他股东转让，也可以向股东以外的人转让；公司章程对股份转让有限制的，其转让按照公司章程的规定进行。

（2）股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

（3）股票的转让，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式进行；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。

股东会会议召开前二十日内或者公司决定分配股利的基准日前五日内，不得变更股东名册。法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构对上市公司股东名册变更另有规定的，从其规定。

（3）公司公开发行股份前已发行的股份，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。法律、行政法规或者国务院证券监督管理机构对上市公司的股东、实际控制人转让其所持有的本公司股份另有规定的，从其规定。

（4）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，在就任时确定的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。

股份在法律、行政法规规定的限制转让期限内出质的，质权人不得在限制转让期限内行使质权。

(5) 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份，公开发行股份的公司除外：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；公司转让主要财产；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，股东会通过决议修改章程使公司存续。

自股东会决议作出之日起六十日内，股东与公司不能达成股份收购协议的，股东可以自股东会决议作出之日起九十日内向人民法院提起诉讼。公司因本条第一款规定的情形收购的本公司股份，应当在六个月内依法转让或者注销。

六、公司债

(一) 公司债和公司债券的概念

公司债是指公司通过发行债券，向社会公众公开募集筹措资金而形成的一种金钱债务。公司债券是指公司依照法定程序发行、约定在一定期限还本付息的有价证券，是公司债的表现形式。公司发行公司债券应当符合《公司法》《中华人民共和国证券法》的有关规定。

(二) 公司债的种类

依照《公司法》的有关内容，公司债主要有以下两种分类。

(1) 记名公司债和无记名公司债。根据公司债是否在公司债券上记载公司债债权人的名称，可将公司债划分为记名公司债和无记名公司债。我国《公司法》规定，公司债券，可以为记名债券，也可以为无记名债券。

(2) 转换公司债和非转换公司债。根据公司债是否可以转换为公司股份，可将公司债划分为转换公司债和非转换公司债。前者依公司债债权人的请求，可以按照事先约定的办法转换为公司股份，而后者则不能转换为公司股份。

(三) 公司债的发行与转让

1. 公司债的发行

公司债是公司筹集资金的重要途径。由于公司债具有广泛的社会性，为了维护社会经济秩序和保障社会公众利益，公司债的发行必须符合法律规定的条件。《公司法》对于公司债的发行并没有涉及具体条件，但明确提出：公司发行公司债券应当符合《证券法》规定的发行条件。这一规定符合《公司法》与《证券法》各自的立法宗旨与职能。

2. 公司债的转让

公司债券可以转让，转让价格由转让人与受让人约定。公司债的转让方式，依其为记名公司债还是无记名公司债而有所不同。根据《公司法》规定，记名公司债券，由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让，转让后由公司受让人的姓名或者名称及住所记载于公司债券存根簿；而无记名公司债券的转让，由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

七、公司的组织机构

(一) 有限责任公司的组织机构

1. 股东会

股东会由全体股东组成，是公司的权力机构，依法行使其职能。

(1) 股东会的职权。《公司法》规定，股东会行使下列职权：选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；审议批准董事会的报告；审议批准监事会的报告；审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；对公司增加或者减少注册资本作出决议；对发行公司债券作出决议；对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；修改公司章程；公司章程规定的其他职权。

股东会可以授权董事会对发行公司债券作出决议。

(2) 股东会的召集。首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依法行使职权。股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上的董事、监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持；董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表十分之一以上表决权的股东可以自行召集和主持。

(3) 股东会的议事规则。召开股东会会议，应当于会议召开 15 日前通知全体股东，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。

股东会应当对所议事项的决定做成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。股东会的议事方式和表决程序，除《公司法》另有规定的除外，由公司章程规定。股东会会议做出修改公司章程、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有表决权的股东通过。

2. 董事会

(1) 董事会的组成。有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。职工人数三百人以上的有限责任公司，除依法设监事会并有公司职工代表的外，其董事会成员中应当有公司职工代表。董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。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。

有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使本法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。

董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过三年。董事任期届满，连选可以连任。

董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。

(2) 董事会的职权。董事会对股东会负责，行使下列职权：召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会的决议；决定公司的经营计划和投资方案；制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；决定公司内部管理机构的设置；决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；制定公司的基本管理制度；公司章程规定或者股东会授予的其他职权。

公司章程对董事会职权的限制不得对抗善意相对人。

规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。

(3) 董事会的召集和主持。董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事召集和主持。

(4) 董事会的议事规则。董事会的议事方式和表决程序，除法律有规定的外，由公司章程

程规定。董事会应当对所议事项的决定做成会议记录,出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会决议的表决,实行1人1票。

(5) 经理。有限责任公司可以设经理,由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责,根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。

3. 监事会

(1) 监事会的组成。有限责任公司设监事会,监事会成员为三人以上。监事会成员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。

监事的任期每届为三年。监事任期届满,连选可以连任。

监事任期届满未及时改选,或者监事在任期内辞任导致监事会成员低于法定人数的,在改选出的监事就任前,原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定,履行监事职务。

规模较小或者股东人数较少的有限责任公司,可以不设监事会,设一名监事,行使监事会的职权;经全体股东一致同意,也可以不设监事。

(2) 监事会的召集。监事会设主席一人,由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议;监事会主席不能履行职务或者不履行职务的,由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

监事会的职权。监事会行使下列职权:检查公司财务;对董事、高级管理人员执行职务的行为进行监督,对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出解任的建议;当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时,要求董事、高级管理人员予以纠正;提议召开临时股东会会议,在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议;向股东会会议提出提案;依照公司法规定,对董事、高级管理人员提起诉讼;公司章程规定的其他职权。

(3) 监事会的议事规则。监事会每年度至少召开一次会议,监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序,除公司法有规定的外,由公司章程规定。监事会决议应当经全体监事的过半数通过。监事会决议的表决,应当一人一票。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录,出席会议的监事应当在会议记录上签名。监事会行使职权所必需的费用,由公司承担。

监事会发现公司经营情况异常,可以进行调查;必要时,可以聘请会计师事务所等协助其工作,费用由公司承担。监事会可以要求董事、高级管理人员提交执行职务的报告。董事、高级管理人员应当如实向监事会提供有关情况和资料,不得妨碍监事会或者监事行使职权。

监事可以列席董事会会议,并对董事会决议事项提出质询或者建议。

(二) 股份有限公司的组织机构

1. 股东会

股份有限公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构,依照公司法行使职权。

(1) 股东会的职权。公司法关于有限责任公司股东会职权的规定,适用于股份有限公司股东会。

(2) 股东会的召开和召集。《公司法》规定,股东会应当每年召开一次年会。有下列情形之一的,应当在两个月内召开临时股东会会议:董事人数不足本法规定人数或者公司章程所定人数的三分之二时;公司未弥补的亏损达股本总额三分之一时;单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求时;董事会认为必要时;监事会提议召开时;公司章程规定的其他情形。

股东会会议由董事会召集,董事长主持;董事长不能履行职务或者不履行职务的,由副董事长主持;副董事长不能履行职务或者不履行职务的,由过半数的董事共同推举一名董事主持。

董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东请求召开临时股东会会议的，董事会、监事会应当在收到请求之日起十日内作出是否召开临时股东会会议的决定，并书面答复股东。

召开股东会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东会会议应当于会议召开十五日前通知各股东。单独或者合计持有公司百分之一以上股份的股东，可以在股东会会议召开十日前提出临时提案并书面提交董事会。临时提案应当有明确议题和具体决议事项。董事会应当在收到提案后二日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东会审议；但临时提案违反法律、行政法规或者公司章程的规定，或者不属于股东会职权范围的除外。公司不得提高提出临时提案股东的持股比例。公开发行股份的公司，应当以公告方式作出前两款规定的通知。股东会不得对通知中未列明的事项作出决议。

(3) 股东会的议事规则。股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外。公司持有的本公司股份没有表决权。股东会作出决议，应当经出席会议的股东所持表决权过半数通过。股东会作出修改公司章程、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，应当经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

2. 董事会

(1) 董事会的组成。股份有限公司设董事会，股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使公司法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。审计委员会成员为三名以上，过半数成员不得在公司担任除董事以外的其他职务，且不得与公司存在任何可能影响其独立客观判断的关系。公司董事会成员中的职工代表可以成为审计委员会成员。审计委员会作出决议，应当经审计委员会成员的过半数通过。审计委员会决议的表决，应当一人一票。审计委员会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置其他委员会。

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。

(2) 董事会的职权。《公司法》关于有限责任公司董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事会。《公司法》关于有限责任公司董事任期的规定，适用于股份有限公司董事。

(3) 董事会的召集。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的董事共同推举一名董事履行职务。董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和监事。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开临时董事会会议。董事长应当自接到提议后十日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

(4) 董事会的议事规则。董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，应当一人一票。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会会议，应当由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书应当载明授权范围。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

(5) 经理。股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。公司董事会可以决定由董事会成员兼任经理。规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设董事会，设一名

董事，行使公司法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。

公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。

3. 监事会

(1) 监事会的组成。股份有限公司设监事会，监事会成员为三人以上。监事会成员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。

监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。

规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使公司法规定的监事会的职权。

公司法关于有限责任公司监事任期的规定，适用于股份有限公司监事。

(2) 监事会的召集。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

(3) 监事会的职权。《公司法》关于有限责任公司监事会职权的规定，适用于股份有限公司监事会。

(4) 监事会的召开和议事规则。监事会每六个月至少召开一次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经全体监事的过半数通过。监事会决议的表决，应当一人一票。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。

监事会行使职权所必需的费用，由公司承担。

(三) 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务

1. 公司董事、监事、高级管理人员的任职资格

根据《公司法》的有关规定，公司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。

《公司法》对公司董事、监事、高级管理人员的任职资格作出了限制性规定。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：无民事行为能力或者限制民事行为能力；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，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；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；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、责令关闭之日起未逾三年；个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。

违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，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。

2. 公司董事、监事、高级管理人员的义务

董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程。董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务，应当采取措施避免自身利益与公司利益冲突，不得利用职权牟取不正当利益。董事、监事、高级管理人员对公司负有勤勉义务，执行职务应当为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意。

董事、监事、高级管理人员不得有下列行为：侵占公司财产、挪用公司资金；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；利用职权贿赂或者收受其他非法收入；接受他人与公司交易的佣金归为己有；擅自披露公司秘密；违反对公司忠实义务的其他行为。

董事、监事、高级管理人员，直接或者间接与本公司订立合同或者进行交易，应当就与订

立合同或者进行交易有关的事项向董事会或者股东会报告,并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过。

董事、监事、高级管理人员的近亲属,董事、监事、高级管理人员或者其近亲属直接或者间接控制的企业,以及与董事、监事、高级管理人员有其他关联关系的关联人,与公司订立合同或者进行交易,适用前款规定。

董事、监事、高级管理人员,不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会。但是,有下列情形之一的除外:向董事会或者股东会报告,并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过;根据法律、行政法规或者公司章程的规定,公司不能利用该商业机会。

董事、监事、高级管理人员未向董事会或者股东会报告,并按照公司章程的规定经董事会或者股东会决议通过,不得自营或者为他人经营与其任职公司同类的业务。

董事、监事、高级管理人员违反公司法规定所得的收入应当归公司所有。股东会要求董事、监事、高级管理人员执行职务违反法律、行政法规或者公司章程的规定,给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。

八、公司的合并与分立

(一) 合并、分立的概念、形式

公司合并是指两个或者两个以上的公司依法达成合意,成为一个公司的法律行为。公司分立是指一个公司分解为两个或两个以上的公司的法律行为。公司合并可以采取吸收合并或者新设合并两种形式:吸收合并是指一个公司吸收其他公司,被吸收的公司解散;新设合并是两个以上公司合并设立一个新的公司,合并各方解散。

(二) 合并、分立的程序

依据《公司法》规定,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或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人自接到通知之日起三十日内,未接到通知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或者国家企业信用信息公示系统公告。

(三) 合并、分立的效力

1. 权利义务的概括承受

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。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。

2. 合并、分立公司的变化

由于公司的合并、分立导致原有公司发生了公司变更、公司消灭、公司新设三种结果。无论出现哪种情况,都应向公司登记机关办理变更、注销或设立登记。

【案例】郑某与某市电器有限公司签订货物买卖合同。郑某履行合同、交付货物后,电器公司还有219924元货款尚未给付。不久,电器公司被某开关柜附件公司吸收合并。郑某向该公司索要货款被拒绝,遂向法院提起诉讼。

〔试分析〕本案应由谁承担支付货款的义务?

【分析】本案应由开关柜附件公司承担支付货款的义务。按照《公司法》的规定,公司合并后,合并各方的债权、债务效力应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。开关柜附件公司吸收合并了电器公司后,电器公司解散,开关柜附件公司是合并后存续的公司,依法应当承担原电器公司的债务。

九、公司的解散与清算

（一）公司的解散

公司解散，是指已成立的公司，因发生法律或公司章程规定的事由而停止其积极的营业活动，进入清算程序并最终丧失其法人资格的法律行为。

依据《公司法》规定，公司因下列原因解散：公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现；股东会决议解散；因公司合并或者分立需要解散；依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；人民法院依照公司法的规定予以解散。

公司出现法定解散事由，应当在十日内将解散事由通过国家企业信用信息公示系统予以公示。

（二）公司的清算

公司的清算是指公司解散时，依照法定程序，对公司的财产和债权债务关系进行清理、处分和分配，终结公司现存的财产和其他法律关系，从而消灭解散公司法人资格的程序。依《公司法》规定，董事为公司清算义务人，应当在解散事由出现之日起十五日内组成清算组进行清算。

1. 清算组的组成和职权

清算组由董事组成，但是公司章程另有规定或者股东会决议另选他人的除外。清算义务人未及时履行清算义务，给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。逾期不成立清算组进行清算或者成立清算组后不清算的，利害关系人可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。人民法院应当受理该申请，并及时组织清算组进行清算。

作出吊销营业执照、责令关闭或者撤销决定的部门或者公司登记机关，可以申请人民法院指定有关人员组成清算组进行清算。

清算组在清算期间行使下列职权：清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；通知、公告债权人；处理与清算有关的公司未了结的业务；清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；清理债权、债务；分配公司清偿债务后的剩余财产；代表公司参与民事诉讼活动。

2. 清算程序

清算组应当自成立之日起十日内通知债权人，并于六十日内在报纸上或者国家企业信用信息公示系统公告。债权人应当自接到通知之日起三十日内，未接到通知的自公告之日起四十五日内，向清算组申报其债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会或者人民法院确认。公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前款规定清偿前，不得分配给股东。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，发现公司财产不足清偿债务的，应当依法向人民法院申请破产清算。

3. 清算组成员义务

清算组成员履行清算职责，负有忠实义务和勤勉义务。清算组成员怠于履行清算职责，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任；因故意或者重大过失给债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

（三）公司的注销

公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会或者人民法院确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记。

十、法律责任

（一）公司应承担的法律责任

(1) 违反公司法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以五万元以上二百万元以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

(2) 公司未依照公司法的规定公示有关信息或者不如实公示有关信息的，由公司登记机关责令改正，可以处以一万元以上五万元以下的罚款。情节严重的，处以五万元以上二十万元以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

(3) 有下列行为之一的，由县级以上人民政府财政部门依照《中华人民共和国会计法》等法律、行政法规的规定处罚：在法定的会计账簿以外另立会计账簿；提供存在虚假记载或者隐瞒重要事实的财务会计报告。

(4) 公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以一万元以上十万元以下的罚款。

(5) 公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载，或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额百分之五以上百分之十以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

(6) 未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，或者未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司的分公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司的分公司名义的，由公司登记机关责令改正或者予以取缔，可以并处十万元以下的罚款。

(7) 公司成立后无正当理由超过六个月未开业的，或者开业后自行停业连续六个月以上的，公司登记机关可以吊销营业执照，但公司依法办理歇业的除外。

公司登记事项发生变更时，未依法规定办理有关变更登记，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以一万元以上十万元以下的罚款。

(8) 外国公司违反公司法规定，擅自在中华人民共和国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处五万元以上二十万元以下的罚款。

(9) 利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的，吊销营业执照。

(10) 公司违反公司法规定，应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的，其财产不足以支付时，先承担民事赔偿责任。

(11) 违反公司法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

(二) 公司的发起人、股东应承担的法律责任

(1) 公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，可以处以五万元以上二十万元以下的罚款；情节严重的，处以虚假出资或者未出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以一万元以上十万元以下的罚款。

(2) 公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额百分之五以上百分之十五以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以三万元以上三十万元以下的罚款。

(三) 承担资产评估、验资或者验证的机构应承担的法律责任

(1) 承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假材料或者提供有重大遗漏的报告的，由有关部门依照《中华人民共和国资产评估法》、《中华人民共和国注册会计师法》等法律、行政法规的规定处罚。

(2) 承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，

给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

（四）公司登记机关及其上级部门应承担的法律责任

公司登记机关违反法律、行政法规规定未履行职责或者履行职责不当的，对负有责任的领导人员和直接责任人员依法给予政务处分。

第三节 合伙企业法律制度

一、合伙企业和合伙企业法概述

（一）合伙企业的概念和法律特征

合伙企业是指依法由两个以上的自然人、法人或其他组织在中国境内设立的，根据共同订立的合伙协议，形成经营关系、共同承担风险和共同分享利润的营利性组织。

作为企业的一种组织形式，合伙企业具有以下法律特征：①合伙企业是两个以上的合伙人共同设立。合伙企业是人合企业，是两个以上合伙人在平等、自愿基础上组成的企业形式。单一的投资主体不能形成合伙企业，这是合伙企业与个人独资企业最重要的区别。②合伙协议是合伙企业成立的法律基础。由于合伙企业是合伙人协商一致而成立的人合组织，因此，合伙协议成为合伙人意思表示一致的标志。合伙协议不仅是合伙企业处理内部事务和外部事务的准则，也是合伙企业成立时必备的法律文件。③合伙企业是非法人企业。除了有限合伙企业的有限合伙人，其他各类普通合伙人对合伙企业的债务承担无限连带责任。

（二）合伙企业的类型

根据《合伙企业法》第二条规定，我国合伙企业的法定类型有普通合伙企业和有限合伙企业。

普通合伙企业由普通合伙人组成，合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。法律对普通合伙人承担责任的形式有特别规定的，从其规定。

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，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。

（三）合伙企业法的概念

合伙企业法是调整合伙企业内、外部关系的法律规范的总称。1997年以前，我国规范合伙企业的法律主要是《民法通则》《私营企业暂行条例》中关于合伙的规定，前者在《公民》一章和《法人》一章分别对个人合伙与法人合伙作了规定；后者则对合伙企业的概念和特征作了简单规定。1997年2月23日，第八届全国人民代表大会常务委员会第二十四次会议通过了《合伙企业法》。该法共九章七十八条，自1997年8月1日起施行。它是我国第一部较为系统规范的合伙企业的法律，对维护社会经济秩序、促进社会主义市场经济的发展具有重要意义，但是，随着社会经济不断发展、社会经济关系日趋复杂，该法在实施中不断面临新的问题，如合伙企业类型过于单一等。为了更好地体现《合伙企业法》的立法宗旨，2006年8月27日，全国人民代表大会常务委员会第二十三次会议修订了《合伙企业法》，修订后的《合伙企业法》共六章一百零九条，自2007年6月1日起施行。

二、普通合伙企业

（一）普通合伙企业的设立

《合伙企业法》第十四条至第十九条对合伙企业设立的条件和程序作出了规定。

1. 设立条件

根据《合伙企业法》的规定，设立合伙企业应当具备下列条件。

- （1）有两个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。
- （2）有书面合伙协议。合伙协议依法由全体合伙人协商一致，以书面形式订立。订立合

伙协议、设立合伙企业，应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用原则。根据《合伙企业法》第十八条规定，合伙协议应当载明下列事项：①合伙企业的名称和主要经营场所的地点；②合伙目的和合伙经营范围；③合伙人的姓名或者名称、住所；④合伙人的出资方式、数额和缴付期限；⑤利润分配、亏损分担方式；⑥合伙事务的执行；⑦入伙与退伙；⑧争议解决办法；⑨合伙企业的解散与清算；⑩违约责任。合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。合伙人按照合伙协议享有权利，履行义务。修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。合伙协议未约定或者约定不明确的事项，由合伙人协商决定；协商不成的，依照《合伙企业法》和其他有关法律、行政法规的规定处理。

(3) 有合伙人认缴或者实际缴付的出资。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出资，也可以用劳务出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资的，需要评估作价；评估方式可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。合伙人应当按照合伙协议约定的出资方式、数额和缴付期限，履行出资义务。以非货币财产出资的，依照法律、行政法规的规定，需要办理财产权转移手续的，应当依法办理。

(4) 有合伙企业的名称和生产经营场所。合伙企业名称中应当标明“普通合伙”字样。

(5) 法律、行政法规规定的其他条件。

2. 设立程序

(1) 提交有关资料。申请设立合伙企业，应当向企业登记机关提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件。合伙企业的经营范围中有属于法律、行政法规规定的登记前须经批准的项目，该项经营业务应当依法经过批准，并在登记时提交批准文件。

(2) 登记。申请人提交的登记申请材料齐全、符合法定形式，企业登记机关能够当场登记的，应于当场登记，发给营业执照。除上述规定情形外，企业登记机关应当自受理申请之日起20日内，做出是否登记的决定。予以登记的，发给营业执照；不予登记的，应当给予书面答复，并说明理由。合伙企业的营业执照签发日期为合伙企业成立日期。

(二) 合伙企业的财产

1. 合伙企业财产的构成

合伙企业财产来源于三个方面：一是合伙人的出资，这是合伙企业财产最原始的构成部分，既包括在设立合伙企业时所实际缴付的出资，也包括在合伙企业经营过程中合伙人追加的出资；二是合伙企业的收益，这是指合伙企业成立以后以合伙企业名义取得的营业收益；三是依法取得的其他财产，如合伙企业受赠的财产。

2. 合伙企业财产的分割限制

合伙企业财产是合伙企业赖以存在和发展的经济基础。为保全合伙企业财产，维护合伙人的共同利益，《合伙企业法》第二十一条规定，合伙人在合伙企业清算前，不得请求分割合伙企业的财产，法律另有规定的除外；合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人。

3. 合伙人财产份额的转让和出质

(1) 合伙人财产份额的转让。合伙企业是以合伙人之间的人身信任关系为基础的人合企业，为了维护合伙企业的稳定性，《合伙企业法》对合伙人财产份额的转让做了限制性规定。《合伙企业法》第二十二条规定，除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额时，须经其他合伙人一致同意。第二十三条又规定，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额的，在同等条件下，其他合伙人有优先购买权，合伙协议另有约定的除外。

(2) 合伙人财产份额的出质。如果合伙人将其财产份额出质，与他人订立质押合同，有

可能发生由质权人行使质权的情况，这样必然影响到合伙企业和其他合伙人的利益。因此，《合伙企业法》第二十五条对合伙人将其财产份额的出质做了明确规定，合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的，须经其他合伙人一致同意；未经其他合伙人一致同意的，其行为无效，由此给善意第三人造成损失的，由行为人依法承担赔偿责任。

（三）普通合伙企业的内部关系

合伙企业的内部关系是指合伙人之间的权利与义务关系。合伙人的权利与义务可以由合伙人在合伙协议中自行约定有关内容，约定不明或没有约定的，则遵照《合伙企业法》的有关规定。根据《合伙企业法》的规定，合伙人享有的权利主要有以下三个方面。

1. 合伙企业利润及剩余财产分配权

合伙企业的利润由全体合伙人共同享有。利润分配的具体比例，由合伙人在合伙协议中约定；合伙协议没有约定的，由全体合伙人协商决定；合伙协议没有约定、全体合伙人无法达成一致意见的，按出资比例分配；出资比例无法确定的由各合伙人平均分配利润。合伙企业清算后，仍有剩余财产的，由各合伙人依约定分配。

1. 合伙企业的事务执行权

合伙企业的事务执行权是指合伙人享有对合伙企业生产经营管理活动中各项事务的决策、执行和监督的权利。根据《合伙企业法》的规定，无论出资多少及类型，各合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利。

合伙企业事务可以由全体合伙人共同执行，也可以由合伙协议约定或者全体合伙人决定，委托1名或者数名合伙人执行合伙企业事务，其他合伙人不再执行合伙事务。接受委托执行合伙企业事务的合伙人对外代表合伙企业。其他合伙人有权监督、检查其执行合伙企业事务的情况。被委托执行合伙企业事务的合伙人不遵守合伙协议的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

除上述执行方式外，依据合伙协议约定或者经全体合伙人决定，合伙人可以分别执行合伙企业事务，合伙人之间互为代理人。合伙人有权对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应暂停该项事务的执行；如果发生争议，可以由全体合伙人共同决定。

合伙人也可以聘任合伙人以外的人经营合伙企业。

3. 对合伙企业事务的表决权

合伙人享有对合伙企业事务的表决权。合伙人对合伙企业有关事项做出决议，按照合伙协议约定的表决办法办理。合伙协议未约定或者约定不明确的，实行合伙人1人1票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。法律对合伙企业的表决办法另有规定的，从其规定。

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管理人员。

（四）普通合伙企业的外部关系

合伙企业的外部关系是指合伙人同第三人之间的关系。《合伙企业法》对于合伙企业与第三人关系的规定有以下两个方面的内容。

1. 关于合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业时的规定

合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。合伙人共同或者分别执行合伙企业事务，或者委托他人执行合伙企业事务，其权利有时间、地点、内容等方面的限制，但是这种限制是属于合伙企业内部的规定。当善意的第三人与违反合伙企业内部规定的合伙人或者代理人进行交易时，合伙企业不得以该合伙人或者代理人超越权限或者没有代理权对抗第三人，拒绝履行合同义务。

2. 关于合伙企业对外债务的规定

合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿。合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人

承担无限连带责任。无限连带责任，是指在合伙企业的资产不足以清偿合伙企业债务时，合伙人需以个人财产对外清偿企业债务；合伙人除承担企业债务分到自己名下的份额外，还需对企业其他投资人名下的债务份额承担连带性义务，即其他投资人无力偿还其名下的债务份额时，自己有义务代其偿还债务份额。合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过法律规定的其亏损分担比例的，有权向其他合伙人追偿。

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消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。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合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人，其他合伙人有优先购买权；其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照《合伙企业法》第五十一条的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

（五）普通合伙企业的入伙、退伙

1. 入伙

入伙是指合伙企业成立后，合伙人以外的第三人加入合伙企业，取得合伙人资格的行为。《合伙企业法》第四十三条规定，新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

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。但是，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：①继承人不愿意成为合伙人；②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；③合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

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。

2. 退伙

退伙是指合伙企业成立后，合伙人退出合伙企业、丧失合伙人资格的行为。退伙有以下几种情形。

（1）自愿退伙。《合伙企业法》第四十五条、第四十六条规定，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：①合伙协议约定的退伙事由出现；②经全体合伙人一致同意；③发生合伙人难以继续参加合伙的事由；④其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。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 30 日通知其他合伙人。合伙人违反上述规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

（2）当然退伙。《合伙企业法》第四十八条规定，合伙人有下列情形之一的，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个人丧失偿债能力；③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；④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；⑤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。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同

意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

(3) 除名退伙。《合伙企业法》第四十九条规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：①未履行出资义务；②因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；③执行合伙事务时有不正当行为；④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 30 日内，向人民法院起诉。

合伙人退伙，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约定或者由全体合伙人决定，可以退还货币，也可以退还实物。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算。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。合伙人退伙时，合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应当依照法律的规定分担亏损。

(六) 特殊的普通合伙企业

1. 特殊的普通合伙企业的概念

依照《合伙企业法》第五十五条规定，特殊的普通合伙企业是指以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的专业服务机构。

2. 特殊的普通合伙企业的合伙人的责任

一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成合伙企业债务的，应当承担无限责任或者无限连带责任，其他合伙人以其在合伙企业中的财产份额为限承担责任。

合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

3. 特殊的普通合伙企业的责任分散

特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。执业风险基金应当单独立户管理，具体管理办法由国务院规定。

三、有限合伙企业

(一) 设立的条件

设立有限合伙企业，应当具备下列条件。

(1) 有 2 个以上 50 个以下符合法律规定的合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。

(2) 书面合伙协议。有限合伙企业的合伙协议除符合《合伙企业法》第十八条规定外，还应当载明下列事项：①普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；②执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；③执行事务合伙人的权限与违约处理办法；④执行事务合伙人的除名条件和更换程序；⑤有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；⑥有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

(3) 合伙人认缴或者实际缴付的出资。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。

(4) 合伙企业的名称和生产经营场所，企业名称中应当标明“有限合伙”字样。

(5) 行政法规规定的其他条件。

(二) 有限合伙企业的内部关系

有限合伙企业的内部关系是指合伙人之间的权利与义务关系。有限合伙企业的合伙人分为有限合伙人和普通合伙人。

1. 有限合伙人的权利与义务

根据《合伙企业法》第七十条至第七十三条的规定，有限合伙人享有的权利是：有限合伙人可以与本有限合伙企业进行交易；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；有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质；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，但应当提前 30 日通知其他合伙人；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。

有限合伙人必须遵守的义务是不得执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。但是，根据《合伙企业法》第六十八条规定，有限合伙人的下列行为不视为执行合伙事务：①参与决定普通合伙人入伙、退伙；②对企业的经营管理提出建议；③参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所；④获取经审计的有限合伙企业的财务会计报告；⑤对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料；⑥在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；⑦执行事务合伙人怠于行使权力时，督促其行使权力或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；⑧依法为本企业提供担保。

2. 普通合伙人的权利与义务

有限合伙企业的普通合伙人的权利和义务与普通合伙企业的合伙人的权利与义务一致。

（三）有限合伙企业的外部关系

合伙企业的外部关系是指合伙人同第三人之间的关系。《合伙企业法》第六十二条规定，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。

有限合伙人不对外代表合伙企业，但是若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。同时，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。

（四）有限合伙企业的入伙与退伙

1. 入伙

根据《合伙企业法》第七十二条规定，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。

2. 退伙

《合伙企业法》第七十八条对于有限合伙人的当然退伙做了特殊规定。合伙人有下列情形之一的，属于当然退伙：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；④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。

合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的，经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人，普通合伙企业依法转为有限合伙企业。其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

同时，《合伙企业法》第七十九条、第八十条又规定，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；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。

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。

四、合伙企业的解散和清算

（一）合伙企业的解散

合伙企业的解散是指合伙人解除合伙协议，合伙关系归于消灭，合伙企业终止活动的法律行为。《合伙企业法》第八十五条规定，合伙企业有下列情形之一的，应当解散：①合伙期限届满，合伙人决定不再经营；②合伙协议约定的解散事由出现；③全体合伙人决定解散；④合伙人已不具备法定人数满 30 天；⑤合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；⑥依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；⑦法律、行政法规规定的其他原因。

（二）清算

合伙企业解散后应当进行清算，并通知和公告债权人。

1. 清算人的确定及其职权

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。

（1）清算人的确定。清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定 1 个或者数个合伙人，或者委托第三人，担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起 15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

（2）清算人的职权。根据《合伙企业法》第八十七条规定，清算人在清算期间执行下列事务：①清理合伙企业财产，分别编制资产负债表和财产清单；②处理与清算有关的合伙企业未了结的事务；③清缴所欠税款；④清理债权、债务；⑤处理合伙企业清偿债务后的剩余财产；⑥代表合伙企业参加诉讼或者仲裁活动。

2. 合伙企业财产清偿顺序

合伙企业财产应首先支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务，其剩余财产，可以依照合伙协议或法律的规定在合伙人之间进行分配。

3. 合伙企业的注销

清算结束，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。

4. 合伙人对原合伙企业债务的承担

合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。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。

五、法律责任

（一）违反企业登记管理的法律责任

关于违反企业登记管理的法律责任，《合伙企业法》作了以下三个方面的规定。

（1）提交虚假文件或者采取其他欺骗手段，取得合伙企业登记的，由企业登记机关责令改正，处以五千元以上五万元以下的罚款；情节严重的，撤销企业登记，并处以五万元以上二十万元以下的罚款。

（2）合伙企业未在其名称中标明“普通合伙”“特殊普通合伙”或者“有限合伙”字样的，由企业登记机关责令限期改正，处以二千元以上一万元以下的罚款。

（3）未领取营业执照，而以合伙企业或者合伙企业分支机构名义从事合伙业务的，由企业登记机关责令停止，处以五千元以上五万元以下的罚款。

（二）违反合伙企业事务执行规定的法律责任

关于违反合伙企业事务执行规定的法律责任，《合伙企业法》作了以下四个方面的规定。

（1）合伙人执行合伙事务或者合伙企业从业人员利用职务上的便利，将应当归合伙企业的利益据为己有的，或者采取其他手段侵占合伙企业财产的，应当将该利益和财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(2) 对本法规定或者合伙协议约定必须经全体合伙人的一致同意方可执行的事务，合伙人擅自处理，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(3) 不具有事务执行权的合伙人擅自执行合伙事务，给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(4) 合伙人违反法律规定或者合伙协议的约定，从事与本合伙企业相竞争的业务或者与本合伙企业进行交易的，该收益归合伙企业所有；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(三) 违反清算规定的法律责任

关于违反清算规定的法律责任，《合伙企业法》作了以下三个方面的规定。

(1) 清算人未依照法律规定向企业登记机关报送清算报告、或者报送清算报告隐瞒重要事实，或者有重大遗漏的，由企业登记机关责令改正。由此产生的费用和损失，由清算人承担和赔偿。

(2) 清算人执行清算事务、牟取非法收入或者侵占合伙企业财产的、应当将该收入和侵占的财产退还合伙企业；给合伙企业或者其他合伙人造成损失的、依法承担赔偿责任。

(3) 清算人违反法律规定，隐匿、转移合伙企业财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载，或者在未清偿债务前分配财产，损害债权人利益的，依法承担赔偿责任。

(四) 行政管理机关的法律责任

有关行政管理机关的工作人员违反法律规定，滥用职权、徇私舞弊、收受贿赂、分割合伙企业合法权益的，依法给予行政处分。

思政专栏

公司董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。忠实义务是指公司董事、监事、高级管理人员在执行公司业务时所承担的忠于公司，以追求公司利益作为自己行动的准则，不得追求自己和他人利益的义务。勤勉义务，也称注意义务或审慎义务，是指董事、监事、高级管理人员在管理公司事务过程中，负有运用自己的知识、经验和技能等，为了公司的利益勤勉并谨慎地履行职责的义务。

董事、监事、高级管理人员不得用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司的财产。董事、高级管理人员也不得有下列行为：①挪用公司资金；②将公司资金以个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；③违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或董事会同意，将公司资产借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；④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；⑤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，自营或者与他人经营与所任职公司同类的业务；⑥接受他人与公司交易的佣金归为己有；⑦擅自披露公司秘密；⑧违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反上述规定所得的收入应当归公司所有。董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

遵守法律、公司章程、忠诚和勤勉不仅仅是公司法对董事、监事和高级管理人员的要求，也是所有用人单位对劳动者的要求，当代大学生应建立遵纪守法、爱岗敬业、勤勤恳恳的价值观，传承勤劳的优秀传统，培养恪守职业道德和职业纪律的自觉性。

课后作业

一、简答题

1. 企业有哪些法律特征？
2. 公司设立的条件是什么？

3. 简述公司的组织机构的设置及其职权。
4. 简述公司董事、监事、高级管理人员的任职资格和义务。
5. 公司合并或者分立后，公司的权利与义务是如何承担的？
6. 简述普通合伙企业的内部和外部关系。
7. 简述协议退伙、当然退伙、除名退伙的情形。

二、案例分析

【案例 1】某年初，孙某与程某、陈某合伙开矿，该矿登记为普通合伙企业，由孙某负责执行合伙事务。王某预付 10 万元购买矿石，孙某向王某出具收条一张，载明“今收到王某购买矿石货款现金拾万元整”。之后，王某既未获得矿石，也未能收回预付款。于是，王某将孙某诉至法院，要求其偿还 10 万元欠款。法院审理期间，欲追加其他合伙人，但是王某坚持只要求孙某一人作为被告。

试分析：本案如何处理？

【案例 2】某个人独资企业开始几年由投资人老张自行经营，盈利 10 万元，后因投资人老张年老体弱，很难管理企业，便委托小张管理企业，由于小张不会管理与经营，企业连年亏损，现欠债 15 万元，企业很难再维持下去，故而准备解散和清算。

请问：（1）老张可否决定解散企业？为什么？

（2）该个人独资企业解散可由谁清算？

（3）企业解散后的 15 万元债务由老张承担，还是由小张承担？为什么？

【案例 3】王某、钱某和孙某计划设立一家以商业批发为主的有限责任公司，由王某单独制定了公司章程。其中规定：王某以劳务作为出资，作价人民币 20 万元；钱某以商品房一幢作为出资，作价人民币 100 万元；孙某以现金人民币 30 万元作为出资；由王某为董事长，钱某、孙某为副董事长；不设股东会、监事，董事会为最高权力机关。

请问：该公司能否设立？为什么？

【案例 4】2023 年 9 月，李某与郝某各出资 5 万元，设立了福顺昌挂面厂。挂面厂建好后，经营状况很好，每月有 2 万元利润。郝某见有利可图，又于 2024 年 3 月，与刘某各出资 15 万元，兴建了瑞芙祥挂面厂，该厂与福顺昌挂面厂仅相距一条街。由于瑞芙祥挂面厂规模大，采用流水线生产，成本很低，不久就占领了大部分当地市场。福顺昌挂面厂几乎处于半停产状态，这给李某造成了极大的损失，而郝某却从瑞芙祥挂面厂获得了丰厚的利润。李某与郝某交涉未果，遂向法院提起诉讼。法院应如何处理此案？

第三章 合同法律制度

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生能够掌握合同的概念、特征和分类；了解合同法的概念、调整范围及基本原则；熟悉合同的订立程序；认识合同的形式与内容；理解合同的效力；掌握合同履行的原则与规则；领会合同变更、转让、解除的条件与程序；掌握违约责任的承担方式。

2. **课程思政育人目标：**自由、平等、公平、诚信、公序良俗是合同法的基本原则，贯穿合同法的始终。通过合同法的学习，对学生进行自由、平等、公正、诚信等社会主义核心价值观的教育，培养学生的契约精神，提高学生的公民素养。

教学重点：要约的构成要件；要约与要约邀请的区别；要约的撤回和撤销；承诺的构成要件；承诺与反要约的区别；有效合同的构成要件；无效合同、可撤销或可变更的合同、效力待定的合同的认定及其法律后果；合同履行中当事人行使抗辩权的具体条件和法律责任；继续履行、违约金、定金、违约损害赔偿等各种违约责任形式的法律适用。

教学难点：要约与要约邀请的区别；可撤销或可变更合同的认定及其法律后果；合同履行中当事人行使抗辩权的具体条件和法律责任；继续履行、违约金、定金、违约损害赔偿等各种违约责任形式的法律适用。

教学方法：讲练结合；案例分析

教学学时：9 学时

教学内容：

第一节 合同法概述

第二节 合同的订立

第三节 合同的效力

第四节 合同的履行

第五节 合同的变更和转让

第六节 合同的权利义务终止

第七节 违约责任

教学过程：

第一节 合同法概述

【引例】

2024 年 3 月 15 日，某纺织厂与某服装厂签订一份布料买卖合同，双方约定：由纺织厂于 4 月 15 日前提供真丝双绉面料 1000 米，服装厂支付价款 8 万元，并于 4 月 20 日将货款一次性支付。4 月 15 日，服装厂通知纺织厂按合同约定的时间交货，纺织厂回函言：因设备老化，按时交付有一定困难，请求暂缓履行。服装厂因为要抢在夏季到来之前上市销售该批真丝服装，没有同意纺织厂迟延履行要求。4 月 25 日，因纺织厂没有履行合同，服装厂致函纺织厂，要求纺织厂最迟在 5 月 10 日前履行合同，否则解除合同。5 月 20 日，纺织厂仍未履行合同，服装厂只好从别的渠道用每米 90 元的价格购买了真丝双绉面料 1000 米，总价款 9 万元，同时通知纺织厂解除合同，返还 8 万元货款及利息，并要求纺织厂赔偿误工损失及购买布料多支付的 1 万元。8 月 10 日，纺织厂要求履行合同，称服装厂解除合同没有征得纺织厂的同意，因而合同没有解除，服装厂应当接受货物。遭到拒绝后，纺织厂起诉至法院。

一、合同概念及特征

我国《民法典》第 464 条规定：“合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的

协议。”

合同具有以下法律特征：①合同是一种双方的法律行为，并以意思表示一致为条件。②合同是平等主体之间的民事法律关系，合同双方当事人处于平等地位，不允许任何一方对他方进行限制或强迫。③合同是具有相应法律效力的协议。合同不能是违法行为，而只能是合法行为，如果合同是违法的，就会引起合同无效，甚至当事人要受到追究和制裁。④合同是从法律角度明确当事人之间特定权利与义务关系的文件。合同在当事人之间设立、变更和终止某种特定的民事权利义务关系，以实现当事人的特定经济目的。

二、合同的分类

同的种类繁多，依据不同的标准可以分为不同的类型。

1. 有偿合同和无偿合同。根据当事人取得权利是否以偿付为代价，可以将合同分为有偿合同与无偿合同。

有偿合同，是指当事人双方任何一方在享受权利的同时负有以一定对等价值的给付义务的合同。如买卖、租赁、承揽、有偿委托、有偿保管等有偿合同大多数是双务合同。

无偿合同，是指当事人一方只享有合同权利而不偿付任何代价的合同，又称恩惠合同。无偿合同不是典型的交易形式，实践中主要有赠与合同、无偿借用合同、无偿保管合同等。

2. 单务合同和双务合同。根据当事人双方权利义务的分担方式，可把合同分为单务合同与双务合同。

单务合同，也称为单边合同或片面义务契约，是指一方当事人只享有权利而不尽义务，另一方当事人只负义务而不享有权利的合同，与双务合同相对应。

双务合同，指当事人双方都享有权利和承担义务的合同，买卖合同是双务合同的典型。现实生活中的合同大多数为双务合同，如买卖、互易、租赁、承揽等。

3. 要式合同和不要式合同。根据合同的成立是否需要特定的形式，可将合同分为要式合同与不要式合同。

要式合同，是指法律要求必须具备一定的形式和手续的合同。

不要式合同，是指法律不要求必须具备一定形式和手续的合同。

4. 有名合同和无名合同。根据法律对某类合同有无赋予专门名称，可将合同分为有名合同和无名合同。

有名合同，是指法律上或者经济生活习惯上按其类型已确定了一定名称的合同，又称典型合同。如我国《民法典》所规定的 19 类合同，都属于有名合同。

无名合同，是指有名合同以外的、尚未统一确定一定名称的合同。

5. 主合同和从合同根据合同间是否有主从关系，可将合同分为主合同与从合同。

主合同，是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。

从合同，必须以他种合同的存在为前提，自身不能独立存在的合同。

6. 诺成合同与实践合同。根据合同的成立是否以交付标的物为要件，可将合同分为诺成合同与实践合同。

诺成合同，是指当事人意思表示一致即告成立且生效的合同。

实践合同，是指除当事人意思表示一致外，须以实际交付标的物才能生效的合同。

三、合同法律制度的原则

合同的订立是当事人之间产生权利义务的基础，当事人必须根据法律规定的原则订立合法有效的合同，这是合同履行的基础。

（一）平等原则

根据我国《民法典》第 4 条“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等”的规定，平等原则是指地位平等的合同当事人，在充分协商达成一致意思表示的前提下订立合同的原则。这一原则包括三方面内容：

1. 合同当事人的法律地位一律平等。不论所有制性质，也不问单位大小和经济实力的强弱，其地位都是平等的。

2. 合同中的权利义务对等。当事人所取得财产、劳务或工作成果与其履行的义务大体相当；要求一方不得无偿占有另一方的财产，侵犯他人权益。

3. 合同当事人必须就合同条款充分协商，取得一致，合同才能成立。任何一方都不得凌驾于另一方之上，不得把自己的意志强加给另一方，更不得以强迫命令、胁迫等手段签订合同。

（二）自愿原则

根据我国《民法典》第5条“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”的规定，民事活动除法律强制性的规定外，由当事人自愿约定。

（三）公平原则

根据我国《民法典》第6条“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务”的规定，公平原则要求合同双方当事人之间的权利义务要公平合理。

（四）诚实信用原则

根据我国《民法典》第7条“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺”的规定，诚实信用原则要求当事人在订立合同的全过程中，都要诚实，讲信用，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为。

（五）善良风俗原则

根据我国《民法典》第8条“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗”的规定，“不得违反法律，不得违背公序良俗”指的就是善良风俗原则。具体包括：

1. 合同的内容要符合法律、行政法规规定的精神和原则。
2. 合同的内容要符合社会上被普遍认可的道德行为准则。

第二节 合同的订立

一、合同订立方式

我国《民法典》第471条规定：“当事人订立合同，可以采取要约、承诺方式或者其他方式。”从法律上看，合同订立可以分为要约和承诺两个阶段。

（一）要约

要约是一方当事人以缔结合同为目的，向对方当事人提出合同条件，希望对方当事人接受的意思表示。发出要约的一方称要约人，接受要约的一方称受要约人。为了确保合同有效，其要约必须符合法律规定。

1. 要约的构成要件

（1）要约必须是特定人的意思表示

要约的提出旨在与他人订立合同，并唤起相对人的承诺，所以要约人必须是订立合同的一方当事人。要约人是否应当具备一定的民事行为能力，则涉及到对当事人的缔约能力的确定。我国法律要求当事人在订立合同时要具有相应的民事行为能力，因此要约人欲以订立某种合同为目的而发出某项要约，应当具有订立该合同的行为能力，这样才能使其要约产生效力。

（2）要约必须具有订立合同的意图

要约人发出要约的目的在于订立合同，而这种订约的意图一定要由要约人通过其发出的要约充分表达出来，才能在受要约人承诺的情况下产生合同。

（3）要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出

要约人向谁要约也就是希望与谁订立合同，要约只有向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出才能够唤起受要约人的承诺，要约必须向特定人发出，向不特定人发出的建议即为要约

邀请，只有向特定人发出要约，一旦受要约人发出承诺，即能够成立合同。

要约原则上应向特定的相对人发出，并不是说严格禁止要约向不特定人发出。一方面，法律在某些特定情况下允许向不特定的人发出订约的提议具有要约的效力，如对悬赏广告可明确规定为要约，另一方面，要约人愿意向不特定人发出要约，并自愿承担由此产生的后果，在法律也是允许的。

（4）要约内容必须确定和完整

所谓要约的内容必须“确定”是指要约的内容必须明确，而不能含糊不清，使受要约人不能理解要约人的真实含义，否则无法承诺。

所谓“完整”，是指要约的内容必须具有足以使合同成立的主要条件。由于要约人发出要约的目的是为了订立合同，这样要约中必须包含未来合同的主要条款。如果不能包含合同的主要条款，承诺人即难以作出承诺，即使作了承诺，也会因这种合意不具备合同的主要条款而使合同不能成立。

（5）要约必须送达受要约人。

要约只有在送达到以人以后才能为受要约人所知悉，才能对受要约人产生实际的拘束力。对于非对话要约，则应将要约的信件送达到能够为受要约人所能支配的地方。至于受要约人是否实际拆阅了这些信件或文件，则不必考虑。

只有具备上述五个要件，才能构成一个有效的要约，并使要约发出后产生应有的拘束力。

2. 要约邀请

要约邀请又称为“要约引诱”，它是指希望他人向自己发出要约的意思表示。要约邀请是当事人订立合同的预备行为，只是引诱他人发出要约，不能因相对人的承诺而成立合同。我国《民法典》第 473 条规定：“要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等均为要约邀请。商业广告和宣传的内容符合要约条件的，构成要约。”

要约和要约邀请的区别在于：

要约是当事人自己主动愿意订立合同的意思表示，以订立合同为直接的目的；要约邀请是当事人希望对方主动向自己提出订立合同的意思表示。

（2）要约必须包括将来可能订立的合同的主要内容，要约中含有当事人表示愿意接受要约约束的意思，而要约邀请则不含有当事人接受约束的意思。

（3）要约大多数是针对特定的相对人的，故要约往往采用对话方式和信函的方式，而要约邀请一般针对不特定的相对人的，故往往通过电视、报刊等媒介手段。

3. 要约生效的时间

要约生效时间指的是要约产生法律效力，对发出要约的人产生拘束力的期限，要约人即受要约的拘束，不得撤回或对要约加以限制、变更。要约人在要约生效时即取得依其承诺而成立合同的法律地位。

我国《民法典》第 137 条规定：“以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效。以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示，相对人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统时生效；未指定特定系统的，相对人知道或者应当知道该数据电文进入其系统时生效。当事人对采用数据电文形式的意思表示的生效时间另有约定的，按照其约定。”

4. 要约的撤回和撤销

（1）要约的撤回。要约人在要约未送达受要约人时，取消要约的行为称为要约的撤回。只要撤回要约的通知先于要约到达受要约人即可撤回要约。

（2）要约的撤销。要约人在要约送达受要约人后取消要约的行为称为要约的撤销。要约分为可撤销的要约和不可撤销的要约，对于不可撤销的要约，只有撤回的问题。在未订立合同

之前，要约可以撤销，如果撤销通知于受要约人发出接受通知之前送达受要约人。

但在下列情况下，要约不得撤销：

- ①要约人以确定承诺期限或者其他形式明示要约不可撤销；
- ②受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同做了合理准备工作。

撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应当在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

要约的撤回与要约的撤销的区别在于：从表现形式上看，要约撤回发生在要约到达受要约人之前，而要约撤销则发生在要约已经到达受要约人，受要约人尚未发出承诺通知之前。两者的实质，区别在于：前者是在要约尚未生效时发生的，而后者则是在要约生效后，受要约人发出承诺通知前。

5. 要约的失效

要约失效，即要约丧失其法律效力，要约人和受要约人均不再受其约束。我国《民法典》第 478 条规定，有下列情形之一的，要约失效：

- (1) 要约被拒绝；
- (2) 要约被依法撤销；
- (3) 承诺期限届满，受要约人未作出承诺；
- (4) 受要约人对要约的内容作出实质性变更。

(二) 承诺

依据《民法典》第 479 条的规定，承诺是受要约人同意要约的意思表示。即受要约人同意接受要约的全部条件而与要约人成立合同。承诺的法律效力在于，承诺一经作出，并送达要约人，合同即告成立，要约人不得加以拒绝。

1. 承诺的构成要件

任何有效的承诺，都必须具备以下条件：

(1) 承诺必须由受要约人作出。要约和承诺是一种相对人的行为。因此，承诺必须由被要约人作出。被要约人以外的任何第三者即使知道要约的内容并对此作出同意的意思表示，也不能认为是承诺。被要约人，通常指的是受要约人本人，但也包括其授权的代理人。

(2) 承诺必须是在有效时间内作出。要约在其存续期间内才有效力，一旦受要约人承诺便可成立合同，因此承诺必须在此期间内作出。如果要约未规定存续期间，在对话人之间，承诺应立即作出；在非对话人之间，承诺应在合理的期间作出。

依据《民法典》第 482 条的规定，要约以信件或者电报作出的，承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算。信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

(3) 承诺必须与要约的内容完全一致。即承诺必须是无条件地接受要约的所有条件。我国《民法典》第 488 条规定：“承诺的内容应当与要约的内容一致。受要约人对要约的内容作出实质性变更的，为新要约。有关合同标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议方法等的变更，是对要约内容的实质性变更。”

《民法典》第 489 条规定：“承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。”

2. 承诺的生效

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。承诺不需要通知的，根据交易习惯或者要约的要求作出承诺的行为时生效。采用数据电文形式订立合同的，收件人指定特定系统接收数据电文的，该数据电文进入该特定系统的时间，视为到达时间；未指定特定系统的，该数据电文进

入收件人的任何系统的首次时间，视为到达时间。

依据《民法典》第 481 条的规定，承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：（1）要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；（2）要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

3. 承诺的方式

依据《民法典》第 480 条的规定，承诺应当以通知的方式作出，但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

承诺可以书面方式进行，也可以口头方式进行。通常，它须与要约方式相应，即要约以什么方式进行，其承诺也应以此什么方式进行。对于口头要约的承诺，除要约有期限外，沉默不能作为承诺的方式，承诺的效力表现为要约人收到受要约人的承诺时，合同即为成立。

口头承诺，要约人了解时即发生效力。非口头承诺生效的时间应以承诺的通知到达要约人时为准。一般认为，承诺和要约一样准许在送到对方之前或同时撤回。但迟到的撤回承诺的通知，不发生撤回承诺的效力。

4. 承诺的迟延

承诺迟延又称为迟到的承诺，是指受要约人未在承诺期限内发出的承诺。承诺出现迟延有两种情况，一是超过要约规定的承诺期限作出，因而出现了迟延，二是在要约规定的承诺期限内作出，但由于邮政等其他原因，没有及时到达要约人。

在第一种情况下，由于承诺本应在承诺期限内作出，超过有效的承诺期限，要约已经失效，对于失效的要约发出承诺，不能发生承诺的效力，应视为新要约。《民法典》第 486 条的规定，受要约人超过承诺期限发出承诺，或者在承诺期限内发出承诺，按照通常情形不能及时到达要约人的，为新要约；但是，要约人及时通知受要约人该承诺有效的除外。

对于第二种情况，受要约人在要约的有效期限内发出承诺通知，依通常情形可于有效期限内到达要约人而迟到的。对这样的承诺，如果要约人不愿意接受，即负有对承诺人发出迟到通知的义务。要约人及时发出迟到通知后，该迟到的承诺不发生效力、合同不成立。如果要约人怠于发出迟到通知，则该迟到的承诺视为未迟到的承诺，具有承诺的效力，合同成立。《民法典》第 487 条的规定，受要约人在承诺期限内发出承诺，按照通常情形能够及时到达要约人，但是因其他原因致使承诺到达要约人时超过承诺期限的，除要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺外，该承诺有效。

5. 承诺的撤回

承诺的撤回是阻止承诺发生法律效力的一种意思表示。由于承诺通知一经收到，合同即告成立。因此，撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺同时到达要约人。

依据《民法典》第 485 条的规定，承诺可以撤回。承诺的撤回适用本法第一百四十一条的规定。《民法典》第 141 条的规定，行为人可以撤回意思表示。撤回意思表示的通知应当在意思表示到达相对人前或者与意思表示同时到达相对人。

二、合同成立时间和地点

合同成立的时间是由承诺实际生效的时间决定的，通常情况下，承诺生效时合同成立，也即承诺到达要约人时，合同成立。合同成立的地点为承诺生效的地点。

（一）合同成立的时间

1. 一般规定。合同于承诺生效时成立。《民法典》第 483 条规定，承诺生效时合同成立，但是法律另有规定或者当事人另有约定的除外。

2. 合同书形式的合同成立的时间。当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。双方当事人签字或者盖章不在同一时间的，最后签字或者盖章时合同成立。《民法典》第 490 条第一款规定，当事人采用合同书形式订立合同的，自当事人均签名、盖章或者按指印时合同成立。在签名、盖章或者按指印之前，当事人一方已经履行主要义务，

对方接受时，该合同成立。

3. 确认书形式的合同成立时间。当事人采用信件、数据电文形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。《民法典》第 491 条规定，当事人采用信件、数据电文等形式订立合同要求签订确认书的，签订确认书时合同成立。当事人一方通过互联网等信息网络发布的商品或者服务信息符合要约条件的，对方选择该商品或者服务并提交订单成功时合同成立，但是当事人另有约定的除外。

4. 合同的实际成立。《民法典》第 490 条第二款规定，法律、行政法规规定或者当事人约定合同应当采用书面形式订立，当事人未采用书面形式但是一方已经履行主要义务，对方接受时，该合同成立。

（二）合同成立的地点

1. 一般规定。承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。《民法典》第 492 条规定，承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其住所地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。

2. 书面合同的成立地点。当事人采用书面合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。《民法典》第 493 条规定，当事人采用合同书形式订立合同的，最后签名、盖章或者按指印的地点为合同成立的地点，但是当事人另有约定的除外。

三、合同主要条款和形式

（一）合同的主要条款

合同条款是合同条件的表现和固定化，是确定合同当事人权利和义务的根据。即从法律文书而言，合同的内容是指合同的各项条款。因此，合同条款应当明确、肯定、完整，而且条款之间不能相互矛盾。否则将影响合同成立，生效和履行以及实现订立合同的目的，所以准确理解条款含义有重要作用。

1. 合同的一般条款

《民法典》第 470 条规定，合同的内容由当事人约定，一般包括下列条款：

（1）当事人的姓名或者名称和住所。当事人是合同的主体，合同中如果不写明当事人，就无法确定权利的享受和义务的承担，发生纠纷也难以解决。合同中不仅要把应当规定的当事人都规定到合同中去，而且要把各方当事人名称或者姓名和住所都规定准确、清楚。

（2）标的。标的是合同当事人权利义务指向的对象。标的是合同成立的必要条件，是一切合同的必备条款。没有标的，合同不能成立，合同关系无法建立。不同性质的合同，其相应的标的物也不一样。

（3）数量。在大多数的合同中，数量是必备条款，没有数量，合同是不能成立的。许多合同，只要有了标的和数量，即使对其他内容没有规定，也不妨碍合同的成立与生效。因此，数量是合同的重要条款。

（4）质量。质量是对标的的质的规定，具体指标准、技术要求，包括性能、工艺等，一般以品种、型号、规格、等级来体现，订立合同时对此应作具体详尽的规定。

（5）价款或者报酬。价款是取得标的物所应支付的代价，酬金是获得服务所应支付的代价。

（6）履行期限、地点和方式。履行期限直接关系到合同义务完成的时间，涉及当事人的期限利益，也是确定违约与否的因素之一；履行地点是确定验收地点的依据，是确定运输费用由谁负担、风险由谁承受的依据，有时是确定标的物所有权是否转移、何时转移的依据，还是确定诉讼管辖的依据之一；履行方式同样事关人的物质利益，合同也应写明。

（7）违约责任。是指当事人一方或者双方违反合同规定，不履行或者不能完全履行合同

的义务，应承担的法律责任。违约责任对当事人的利益关系重大，应在合同中明确规定，以利于促使当事人自觉履行合同，解决合同纠纷，保护当事人的合法权益。

（8）解决争议的方法。解决争议的方法，是指有关解决争议运用什么程序、适用何种法律、选择哪家检验或者鉴定的机构等内容。当事人双方在合同中约定的仲裁条款、选择诉讼法院的条款、选择检验或者鉴定机构的条款、涉外合同中的法律适用条款、协商解决争议的条款等，均属解决争议的方法的条款。

2. 格式条款

《民法典》第 496 条第一款规定，格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定，并在订立合同时未与对方协商的条款。

《民法典》第 496 条第二款规定，采用格式条款订立合同的，提供格式条款的一方应当遵循公平原则确定当事人之间的权利和义务，并采取合理的方式提示对方注意免除或者减轻其责任等与对方有重大利害关系的条款，按照对方的要求，对该条款予以说明。提供格式条款的一方未履行提示或者说明义务，致使对方没有注意或者理解与其有重大利害关系的条款的，对方可以主张该条款不成为合同的内容。

《民法典》第 497 条规定，有下列情形之一的，该格式条款无效：（1）具有本法第一编第六章第三节和本法第五百零六条规定的无效情形；（2）提供格式条款一方不合理地免除或者减轻其责任、加重对方责任、限制对方主要权利；（3）提供格式条款一方排除对方主要权利。

《民法典》第 498 条规定，对格式条款的理解发生争议的，应当按照通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的，应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的，应当采用非格式条款。

（二）合同的形式

签订合同的形式主要是书面形式、口头形式以及其他形式，而实际采取哪一种形式来签订，当事人需要自己来选择。不过为了避免之后产生不必要的纠纷，最好采用书面的形式来签订，若日后发生了纠纷，有一份书面的合同也能在一定程度上保障自身利益不受损害。

《民法典》第 469 条规定，当事人订立合同，可以采用书面形式、口头形式或者其他形式。书面形式是合同书、信件、电报、电传、传真等可以有形地表现所载内容的形式。以电子数据交换、电子邮件等方式能够有形地表现所载内容，并可以随时调取查用的数据电文，视为书面形式。

四、缔约过失责任

缔约过失责任是指在合同订立过程中，一方因违背其依据的诚实信用原则所产生的义务，而致另一方的信赖利益的损失，并应承担损害赔偿责任。它是一种新型的责任制度，具有独特和鲜明的特点，可以是产生于缔约过程之中，也可以是合同成立并生效时。是对依诚实信用原则所负的先合同义务的违反；是造成他人信赖利益损失所负的损害赔偿责任；是一种弥补性的民事责任。

《民法典》第 500 条规定，当事人在订立合同过程中有下列情形之一，造成对方损失的，应当承担赔偿责任：（1）假借订立合同，恶意进行磋商；（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；（3）有其他违背诚信原则的行为。

《民法典》第 501 条规定，当事人在订立合同过程中知悉的商业秘密或者其他应当保密的信息，无论合同是否成立，不得泄露或者不正当地使用；泄露、不正当地使用该商业秘密或者信息，造成对方损失的，应当承担赔偿责任。

第三节 合同的效力

合同效力是法律赋予依法成立的合同所产生的约束力。合同的效力可分为四大类，即有效合同，无效合同，效力待定合同，可撤销合同。

一、有效合同

所谓有效合同，是指依照法律的规定成立并在当事人之间产生法律约束力的合同。根据《民法典》第143条规定，具备下列条件的民事法律行为有效：行为人具有相应的民事行为能力；意思表示真实；不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗。因为上述三个条件是民事行为能够合法的一般准则，当然也应适用于当事人签订合同这种民事行为，所以，合同有效的条件也应当具备上述三个条件。

（一）行为人具有相应的民事行为能力

所谓民事行为能力，就是指民事主体以自己独立的行为去取得民事权利、承担民事义务的能力。具有民事行为能力是指能够以自己的行为依法行使权利和承担义务，从而使法律关系发生、变更或消灭。

（二）意思表示真实

所谓意思表示真实，指表意人表示于外部的意思与其内心真实意思一致。在表意人作出的意思表示不自由、不真实的情况下，如果仍然不加区分地维持其效力，要么会损害表意人的利益，要么会损害他人利益或者公共利益，均非正义。

（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗

《民法典》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”

守法和公序良俗原则要求自然人、法人和非法人组织在从事民事活动时，不得违反各种法律的强制性规定，不得违背公共秩序和善良风俗，物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。

二、无效合同

无效合同是相对有效合同而言的，它是指合同虽然成立，但因其违反法律、行政法规或公共利益，因此被确认无效。《民法典》关于合同无效的法律规定：

1. 无民事行为能力人签订的合同。《民法典》第144条规定：“无民事行为能力人实施的民事法律行为无效。”

2. 合同双方以虚假的意思签订的合同。《民法典》第146条规定：“行为人与相对人以虚假的意思表示实施的民事法律行为无效。以虚假的意思表示隐藏的民事法律行为的效力，依照有关法律规定处理。”

3. 违反法律、法规强制性规定的合同。《民法典》第153条第一款规定：“违反法律、行政法规的强制性规定的民事法律行为无效。但是，该强制性规定不导致该民事法律行为无效的除外。”

4. 违背公序良俗的合同。《民法典》第153条第二款规定：“违背公序良俗的民事法律行为无效”

5. 恶意串通，损害他人合法权益的合同。《民法典》第154条规定：“行为人与相对人恶意串通，损害他人合法权益的民事法律行为无效。”

三、效力待定合同

合同效力待定，是指合同成立以后，因存在不足以认定合同无效的瑕疵，致使合同不能产生法律效力，在一段合理的时间内合同效力暂不确定，由有追认权的当事人进行补正或有撤销权的当事人进行撤销，再视具体情况确定合同是否有效。

（一）无权代理人实施的民事法律行为而订立的合同

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。被代理人已经开始履行民事法律行为中设定的义务的，视为对民事法

律行为的追认。相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

《民法典》第 503 条规定：“无权代理人以被代理人的名义订立合同，被代理人已经开始履行合同义务或者接受相对人履行的，视为对合同的追认。”

（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为而订立的合同

1. 限制民事行为能力人实施的纯获利益的民事法律行为或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应的民事法律行为有效；实施的其他民事法律行为经法定代理人同意或者追认后有效。

2. 限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为属于效力待定的民事法律行为。法定代理人的追认权性质上属于形成权。仅凭其单方面意思表示就可以使得效力待定的合同转化为有效合同。

3. 法律在保护限制民事行为能力人合法权益的同时，为避免合同相对人的利益因为合同效力待定而受损，特别规定了相对人的催告权和善意相对人的撤销权。相对人可以催告法定代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。

民事法律行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。其中的“善意”是指相对人在订立合同时不知道与其订立合同的人欠缺相应的行为能力。

四、可撤销合同

可撤销合同，是指当事人在订立合同的过程中，由于意思表示不真实，或者是出于重大误解从而作出错误的意思表示，依照法律的规定可予以撤销的合同。

（一）可撤销合同的撤销情形

1. 因重大误解而订立的合同。《民法典》第 147 条规定：“基于重大误解实施的民事法律行为，行为人有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

所谓重大误解，是指误解者作出意思表示时，对涉及合同法律效果的重要事项存在着认识上的显著缺陷，其后果是使误解者的利益受到较大的损失，或者达不到误解者订立合同的目的。对于这种合同，不能与无效民事行为一样处理，而应由一方当事人请求变更或者撤销。

因重大误解而可撤销的合同一般具有以下几个要件：

（1）误解一般是因受害方当事人自己的过失产生的。这类合同发生误解的原因多是当事人缺乏必要的知识、技能、信息或者经验而造成的。

（2）必须是要对合同的内容构成重大的误解。

（3）这类合同要能直接影响到当事人所应享有的权利和承担的义务，合同一旦履行就会使误解方的利益受到损害。

（4）重大误解与合同的订立或者合同条件存在因果关系。

2. 一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背对方真实意思的情况下订立的合同。《民法典》已规定因欺诈、胁迫订立的合同无效的问题，这和本条对因欺诈、胁迫订立的合同最大的区别是是否损害了国家利益。损害国家利益的，涉及社会公共秩序，大陆法系一般规定为无效。如果未损害国家利益，受欺诈、胁迫的一方可以自主决定该合同有效或者撤销。

《民法典》第 148 条规定：“一方以欺诈手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”，《民法典》第 149 条规定：“第三人实施欺诈行为，使一方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，对方知道或者应当知道该欺诈行为的，受欺诈方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”，《民法典》第 150 条规定：“一方或者第三人以胁迫手段，使对方在违背真实意思的情况下实施的民事法律行为，受胁迫方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

3. 在订立合同时显失公平的。所谓显失公平的合同，就是一方当事人在紧迫或者缺乏经验的情况下订立的使当事人之间享有的权利和承担的义务严重不对等的合同。

《民法典》第 151 条规定：“一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民

事法律行为成立时显失公平的，受损害方有权请求人民法院或者仲裁机构予以撤销。”

（二）撤销权消灭

《民法典》第 152 条规定：有下列情形之一的，撤销权消灭：

1. 当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起一年内、重大误解的当事人自知道或者应当知道撤销事由之日起九十日内没有行使撤销权；
2. 当事人受胁迫，自胁迫行为终止之日起一年内没有行使撤销权；
3. 当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权。当事人自民事法律行为发生之日起五年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

第四节 合同的履行

一、合同履行及履行原则

（一）合同履行的含义

合同履行指的是合同规定义务的执行。任何合同规定义务的执行，都是合同的履行行为；相应地，凡是不执行合同规定义务的行为，都是合同的不履行。因此，合同的履行，表现为当事人执行合同义务的行为。当合同义务执行完毕时，合同也就履行完毕。

（二）合同履行原则

合同履行的原则，是指法律规定的所有种类合同的当事人在履行合同的整个过程中所必须遵循的一般准则。根据《民法典》及司法实践，合同履行原则主要有全面履行原则、诚信原则、绿色原则、情势变更原则。

1. 全面履行原则

全面履行原则，又称之为适当履行原则或正确履行原则，它是指合同的当事人在适当的时间，适当的地点，以适当的方式，按照合同中约定的数量和质量，履行合同中约定的义务。《民法典》第 509 条第一款规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”

2. 诚信原则

《民法典》第 509 条第二款规定：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”此规定可以理解为在合同履行问题上将诚实信用作为基本原则的确认。当事人应当根据诚信的原则，履行合同约定之外的附随义务。附随义务是基于诚信原则而产生的一项合同义务，虽然该义务当事人在合同中可能没有约定，但是，任何合同的当事人在履行时都必须遵守。当事人应当按照法律、法规的有关要求，根据合同的性质、目的和交易习惯等，履行附随于主合同的其他义务。

3. 绿色原则

绿色义务，是《民法典》是对合同自由的限制，旨在以私法手段调整人与人之间社会关系的同时，间接调整人与环境、当代人与后代人之间的关系，具有鲜明的时代特色，符合可持续发展时代要求。新时代下，把“避免浪费资源、污染环境和破坏生态”作为民事主体应该承担的基本义务写入合同编，是法律顺应时代发展新理念和新要求的体现，也是保障个人及后代幸福生活的必然要求。《民法典》第 509 条第三款规定：“当事人在履行合同过程中，应当避免浪费资源、污染环境和破坏生态。”

4. 情势变更原则

情势变更原则，是指在合同成立后，发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化致合同基础动摇或丧失，若继续维持合同效力显失公平，允许变更合同内容和解除合同的原则。

《民法典》第 533 条第 1 款、第 2 款分别规定：“合同成立后，合同的基础条件发生了当事人在订立合同时无法预见的、不属于商业风险的重大变化，继续履行合同对于当事人一方明

显不公平的，受不利影响的当事人可以与对方重新协商；在合理期限内协商不成的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构变更或者解除合同。”这一条文是对情势变更原则的行使规则及效力规定。

二、合同履行规则

合同履行规则，是指法律规定的适用于某类合同或某种情形，当事人履行合同时必须共同遵守的具体准则。

（一）合同没有约定或者约定不明的补救措施

《民法典》第 510 条规定：“合同生效后，当事人就质量、价款或者报酬、履行地点等内容没有约定或者约定不明确的，可以协议补充；不能达成补充协议的，按照合同相关条款或者交易习惯确定。”

（二）合同约定不明确时的履行

1. 质量要求不明确的，按照强制性国家标准履行；没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行；没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行；没有国家标准、行业标准的，按照通常标准或者符合合同目的的特定标准履行。

2. 价款或者报酬不明确的，按照订立合同时履行地的市场价格履行；依法应当执行政府定价或者政府指导价的，依照规定履行。

3. 履行地点不明确，给付货币的，在接受货币一方所在地履行；交付不动产的，在不动产所在地履行；其他标的，在履行义务一方所在地履行。

4. 履行期限不明确的，债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但是应当给对方必要的准备时间。

5. 履行方式不明确的，按照有利于实现合同目的的方式履行。

6. 履行费用的负担不明确的，由履行义务一方负担；因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担。

（三）电子合同标的交付时间

过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间。电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间；前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，以实际提供服务的时间为准。

电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间。

电子合同当事人对交付商品或者提供服务的方式、时间另有约定的，按照其约定。

（四）执行政府定价或者政府指导价的履行

执行政府定价或者政府指导价的，在合同约定的交付期限内政府价格调整时，按照交付时的价格计价。逾期交付标的物的，遇价格上涨时，按照原价格执行；价格下降时，按照新价格执行。逾期提取标的物或者逾期付款的，遇价格上涨时，按照新价格执行；价格下降时，按照原价格执行。

（五）选择之债之债务人选择权、行使方法和规则

《民法典》第 515 条第 1 款、第 2 款分别规定：“标的有多项而债务人只需履行其中一项的，债务人享有选择权；但是法律另有规定、当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。”“享有选择权的当事人在约定期限内或者履行期限届满未作选择，经催告后在合理期限内仍未选择的，选择权转移至对方。”这一条文是对选择之债及债务人选择权的新规定，以前的法律没有对此做出规定。

根据此条规定，选择权以属于债务人为原则，考虑到债务毕竟是要由债务人实际履行的，如果债务人不能提前做好履行准备就不能很好地履行债务。将选择权归属于债务人，既有利于

保护债务人的利益，也有利于债务的履行。但选择权也不是绝对专属于债务人，当享有选择权的当事人在约定期限内或者履行期限届满时未作选择，经催告后在合理期限仍未选择的，为保护债务履行和债权人的合法权益，选择权转移至对方，由新的选择权人行使。

《民法典》合同编第 516 条第 1 款、第 2 款分别规定：“当事人行使选择权应当及时通知对方，通知到达对方时，标的确定。标的确定后不得变更，但是经对方同意的除外。”“可选择的标的发生不能履行情形的，享有选择权的当事人不得选择不能履行的标的，但是该不能履行的情形是由对方造成的除外。”这一条文是对选择权行使规则的规定。选择权是形成权，一经行使即发生效力，被选择的债务就被特定化，其他选项的债务即消灭。当选择通知到达对方使改选择之债自始成为简单之债。

（六）向第三人履行的规则

《民法典》第 522 条第 2 款规定：“法律规定或者当事人约定第三人可以直接请求债务人向其履行债务，第三人未在合理期限内明确拒绝，债务人未向第三人履行债务或者履行债务不符合约定的，第三人可以请求债务人承担违约责任；债务人对债权人的抗辩，可以向第三人主张。”本条规定的向第三人履行新规则，实际上扩大了向第三人履行的范围。

（七）第三人代为履行债务及后果的规则

《民法典》第 524 条第 1 款、第 2 款规定：“债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。”“债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。”这一条文是对第三人代为履行债务及后果的规则。第三人代债务人清偿后，可以向债务人行使代位权，是债权的法定移转，第三人基于本条规定直接取得债权人的债权。

（八）中止履行后未恢复履行能力且未提供担保的视为根本违约

《民法典》第 528 条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”这一条文是对当事人行使不安抗辩权后效果的规定。

三、双务合同履行抗辩权

双务合同履行抗辩权，是指当事人一方在对方提出实现其合同权利的要求时，以法律规定和必要的事实条件对抗对方当事人的履行请求权，暂时中止履行其债务的权利。《民法典》规定了同时履行抗辩权、先履行抗辩权和不安抗辩权。

（一）同时履行抗辩权

同时履行抗辩权，是指双务合同的当事人应同时履行义务的，一方在对方未履行前，有权拒绝对方请求自己履行合同的权力。根据《民法典》第 525 条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行请求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行请求。”

同时履行抗辩权的适用条件为：

- ①由同一双务合同产生的互负债务，且双方债务有对价关系；
- ②当事人双方互负的债务没有先后履行顺序且均已届清偿期；
- ③当事人一方未履行债务或未按合同约定履行债务；
- ④对方当事人应履行的义务是可能履行的。

（二）先履行抗辩权

先履行抗辩权，本质上是对先期违约的抗辩。先期违约是指一方当事人首先违约，是另一方不履行合同的理由。先履行抗辩权是对负有先履行义务一方违约的抗辩，亦即对先期违约的抗辩。根据《民法典》第 526 条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，应当先履行债务

一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行请求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行请求。”

先履行抗辩权的构成要件：双方当事人互负债务；两个债务有先后履行顺序；先履行一方不履行或不适当履行。

（三）不安抗辩权

不安抗辩权是指双务合同中有先履行义务的一方当事人，在有确切证据证明对方当事人有丧失或者可能丧失履行能力因而不能履行合同义务时，享有暂时中止履行的抗辩权。

《民法典》第 527 条规定：应当先履行债务的当事人，有确切证据证明对方有下列情形之一的，可以中止履行：（1）经营状况严重恶化；（2）转移财产、抽逃资金，以逃避债务；（3）丧失商业信誉；（4）有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

当事人没有确切证据中止履行的，应当承担违约责任。

《民法典》第 528 条规定：“当事人依据前条规定中止履行的，应当及时通知对方。对方提供适当担保的，应当恢复履行。中止履行后，对方在合理期限内未恢复履行能力且未提供适当担保的，视为以自己的行为表明不履行主要债务，中止履行的一方可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。”

第五节 合同的变更和转让

一、合同的变更

（一）合同变更的概念及原则

1. 合同变更的概念

合同的变更是指合同成立后，当事人在原合同的基础上对合同的内容进行修改或者补充。《民法典》所称合同的变更是指合同内容的变更，不包括合同主体的变更，合同主体的变更属于合同的转让。

合同是双方当事人通过要约、承诺的方式，经协商一致达成的。合同成立后，当事人应当按照合同的约定履行合同。任何一方未经对方同意，都不得改变合同的内容。但是，当事人在订立合同时，有时不可能对涉及合同的所有问题都做出明确的规定；合同签订后，当事人在合同履行前或者履行过程中也会出现一些新的情况，需要对双方的权利义务关系重新进行调整和规定。因此，需要当事人对合同内容重新修改或者补充。

2. 合同变更的原则

合同变更遵循意思自治的原则，由于合同是当事人协商一致的产物，所以，当事人在变更合同内容时，也应当本着协商的原则进行。当事人可以依据要约、承诺等有关合同成立的规定，确定是否就变更事项达成协议。《民法典》第 543 条规定：“当事人协商一致，可以变更合同。”

如果双方当事人就变更事项达成了一致意见，变更后的内容就取代了原合同的内容，当事人就应当按照变更后的内容履行合同。

（二）合同变更的要件

1. 原合同关系成立且有效

合同变更蕴含着一个前提，即原合同关系的成立且有效。如果原合同关系不存在，则合同的变更就丧失了赖以存在的基础。

2. 合同内容发生非要素的变化

合同变更，顾名思义，合同的内容需发生变化，包括对合同条款的修改与补充。修改是指对原合同条款的改变，补充是指在原合同中增加新的条款。在补充的情形下，尽管原合同内容未发生变化，但增加了新的合同条款，所以原合同依然发生了变更。

对于变更的要求，前已论及必须是不改变合同同一性的非要素变更，否则就属于合同更改

而非合同变更。一般而言，合同标的物种类的更换、履行条件的变化、价款的增减、期限的提前或延长等变化都属于合同变更。

3. 合同变更本身明确且有效

由于协议变更遵循意思自治的原则，与新合同的成立和生效规则相同，合同变更首先应当具备明确性要求，其次，应当满足相应的生效要件。对于明确性要求，我国民法典有直接规定，《民法典》第544条规定：“当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。”

（三）合同变更的效力

1. 合同变更对权利义务关系的影响

合同变更的效力在于使原合同的内容发生变化。原合同并未消灭，仅是被变更部分的效力发生变化，即原合同未变更的部分依然有效，被变更的部分不再有效，而是代由变更后的部分发生效力。换言之，合同效力的一般规定适用于原合同未变更的部分以及变更后的部分。任何一方对于原合同未变更部分以及变更后部分的违反均构成违约。

2. 合同变更的效力指向将来

根据合同效力产生的一般法理，合同变更仅对未来产生效力，不溯及原合同生效后变更前。如变更前一方已经做出履行，另一方无法要求返还，但当事人另有约定的除外。

3. 合同变更与损害赔偿的关系

合同变更后有可能使一方因变更而遭受损失，受损方可否要求赔偿损失，在约定变更中，双方当事人协议变更的，如对损失的赔偿有约定，则可按照约定获得赔偿，如未约定，应视为当事人放弃请求赔偿的权利。

二、合同的转让

合同的转让，即合同主体的变更，指当事人将合同的权利和义务全部或者部分转让给第三人。合同的转让分为债权的转让和债务的转让。当事人一方经对方同意，也可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人，即合同的概括移转。

（一）合同债权的转让

1. 债权转让的概念及条件

债权转让，是指债权人将合同的权利全部或部分转让给第三人的法律制度。《民法典》规定，债权人转让权利的，无须债务人同意，但应当通知债务人。未经通知，该转让对债务人不发生效力。债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

《民法典》第546条规定：“债权人转让债权，未通知债务人的，该转让对债务人不发生效力。债权转让的通知不得撤销，但是经受让人同意的除外。”

2. 禁止债权转让的情形

《民法典》第545条规定，下列情形的债权不得转让：

（1）根据合同性质不得转让。根据合同性质不得转让的权利，主要是指合同是基于特定当事人的身份关系订立的，合同权利转让给第三人，会使合同的内容发生变化，动摇合同订立的基础，违反了当事人订立合同的目的，使当事人的合法权益得不到应有的保护。例如，基于当事人特定身份而订立的出版合同、赠与合同、委托合同、雇佣合同等。

（2）按照当事人约定不得转让。当事人在订立合同时可以对权利的转让做出特别的约定，禁止债权人将权利转让给第三人。这种约定只要是当事人真实意思的表示，同时不违反法律禁止性规定，那么对当事人就有法律的效力。债权人应当遵守该约定不得再将权利转让给他人，否则其行为构成违约。

（3）依照法律规定不得转让。我国一些法律中对某些权利的转让做出了禁止性规定。对于这些规定，当事人应当严格遵守，不得违反法律的规定，擅自转让法律禁止转让的权利。

3. 债权转让的效力

对债权人而言，如果在全部转让的情形下，原债权人脱离债权债务关系，受让人取代债权

人地位。在部分转让情形，原债权人就转让部分丧失债权。

对受让人而言，债权人转让权利的，受让人取得与债权有关的从权利，如抵押权，但该从权利专属于债权人自身的除外。

对债务人而言，债权人权利的转让，不得损害债务人的利益，不应影响债务人的权利：

（1）债务人接到债权转让通知后，债务人对让与人的抗辩可以向受让人主张，如提出债权无效、诉讼时效已过等事由的抗辩。

（2）债务人接到债权转让通知时，债务人对让与人享有债权，并且其债权先于转让的债权到期或者同时到期的，债务人可以向受让人主张抵销。

（二）合同债务的承担

《民法典》第 551 条规定，债务人将债务的全部或者部分转移给第三人的，应当经债权人同意。债务人或者第三人可以催告债权人在合理期限内予以同意，债权人未作表示的，视为不同意。

债务人转移义务的，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但该从债务专属于原债务人自身的除外。《民法典》第 554 条规定：“债务人转移债务的，新债务人应当承担与主债务有关的从债务，但是该从债务专属于原债务人自身的除外。”

债务承担除了《民法典》规定的免责的债务承担以外，还有并存的债务承担，即第三人以担保为目的加入债的关系，与原债务人共同承担同一债务。由于并存的债务承担并不使得原债务人脱离债的关系，因此原则上不以债权人的同意为必要。

《民法典》第 552 条规定：“第三人与债务人约定加入债务并通知债权人，或者第三人向债权人表示愿意加入债务，债权人未在合理期限内明确拒绝的，债权人可以请求第三人在其愿意承担的债务范围内和债务人承担连带债务。”

（三）合同债权债务的概括移转

《民法典》规定，当事人一方经他方当事人同意，可以将自己在合同中的权利义务一并转让给第三人。概括转移有意定的概括转移和法定的概括转移两种情形。意定的概括转移基于转让合同的方式进行。法定的概括转移是因为某一法定事实的发生而导致。最典型的就是合同当事人发生合并或分立时，就会有法定的概括移转的发生。

《民法典》规定，当事人订立合同后合并的，由合并后的法人或者其他组织行使合同权利，履行合同义务。当事人订立合同后分立的，除债权人和债务人另有约定的以外，由分立的法人或者其他组织对合同的权利和义务享有连带债权，承担连带债务。

权利和义务一并转让只出现在双务合同中。对于当事人只承担义务或者享受权利的单务合同不存在权利和义务一并转让的问题。比如，赠与合同的被赠与人只享有权利而不承担义务，这些合同的当事人不可能出现将权利和义务一并转让的情况。

第六节 合同的权利义务终止

一、合同终止概述

（一）合同终止的概念和效力

1. 合同终止的概念

合同的权利义务终止，又称合同的终止或合同的消灭，是指依法生效的合同，因具备法定的或者当事人约定的情形，造成合同权利义务的消灭。合同终止包括合同履行的终止与合同关系的消灭两层含义。

合同履行的终止是指当事人因该合同所产生的权利与义务归于消灭，并面向将来消灭合同履行的效力。合同履行的终止并不消灭当事人因此所应承担的返还财产、赔偿损失等责任。

合同关系的消灭是指当事人因该合同所产生的一切权利义务关系完全不复存在,当事人不再履行合同义务,由合同引起的债权债务关系全部归于消灭。

2. 合同终止的效力

合同终止后,债权人不再享有合同权利,债务人也不必再履行合同义务。合同终止后,合同债权债务关系因此而消失,这种债权债务关系是合同直接规定的,因此,合同终止后合同条款也相应地失去其效力,但仅是合同的履行效力终止。即为一方当事人请求另一方当事人履行合同义务的效力终止。

(二) 合同权利义务终止原因

合同权利义务终止的原因大致有三类:一是基于当事人的意思,例如免除及合意解除等;二是基于合同目的消灭,例如不能履行、清偿及混同等;三是基于法律的直接规定。

(三) 后合同义务

根据《民法典》第 558 条规定,债权债务终止后,当事人应当遵循诚信等原则,根据交易习惯履行通知、协助、保密、旧物回收等义务。后合同义务是合同终止后当事人应当履行的义务。有效合同成立是后合同义务存在的前提。合同未成立、合同无效或合同可撤销都不会产生后合同义务。

二、合同权利义务终止的规定

根据《民法典》第 557 条规定,有下列情形之一的,债权债务终止:

(一) 债务已经按照约定履行

合同是当事人为达到其利益要求而达成的合意,合同目的的实现,有赖于债务的履行。债务按照合同约定得到履行,一方面可使合同债权得到满足,另一方面也使得合同债务归于消灭,产生合同的权利义务终止的后果。

债务已经按照约定履行,指债务人按照约定的标的、质量、数量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式全面履行。

(二) 债务相互抵销

债务相互抵销,指当事人互负到期债务,又互享债权,以自己的债权充抵对方的债权,使自己的债务与对方的债务在等额内消灭。抵销制度,一方面免除了当事人双方实际履行的行为,方便了当事人,节省了履行费用。另一方面,当互负债务的当事人一方财产状况恶化,不能履行所负债务时,通过抵销,起到了债的担保的作用。

(三) 债务人依法将标的物提存

提存,指由于债权人的原因,债务人无法向其交付合同标的物时,债务人将该标的物交给提存机关而消灭合同的制度。根据《民法典》第 570 条规定,有下列情形之一的,难以履行债务的,债务人可以将标的物提存:

1. 债权人无正当理由拒绝受领;
2. 债权人下落不明;
3. 债权人死亡未确定继承人、遗产管理人,或者丧失民事行为能力未确定监护人;
4. 法律规定的其他情形。

标的物不适于提存或者提存费用过高的,债务人依法可以拍卖或者变卖标的物,提存所得的价款。

(四) 债权人免除债务

债权人免除债务,指债权人放弃自己的债权。债权人可以免除债务的部分,也可以免除债务的全部。免除部分债务的,合同部分终止,免除全部债务的,合同全部终止。

(五) 债权债务同归于一人

债权和债务同归于一人,指由于某种事实的发生,使一项合同中,原本由一方当事人享有的债权,而由另一方当事人负担的债务,统归于一方当事人,使得该当事人既是合同的债权人,

又是合同的债务人。

（六）法律规定或者当事人约定终止的其他情形

除了前述合同的权利义务终止的情形，出现了法律规定的终止的其他情形的，合同的权利义务也可以终止。当事人也可以约定合同的权利义务终止的情形。

（七）合同解除

合同的解除，指合同有效成立后，当具备法律规定的合同解除条件时，因当事人一方或双方的意思表示而使合同关系归于消灭的行为。

第七节 违约责任

违约责任，是指当事人不履行合同义务或者履行合同义务不符合合同约定而依法应当承担的民事责任。

一、违约责任基本原则

根据《民法典》第 577 条规定，当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定的，应当承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

（一）违约责任是违反合同义务的民事责任

违约责任，首先，要求合同义务的有效存在。不以合同义务的存在为前提所产生的民事责任，不是违约责任，这使违约责任与侵权责任、缔约过失责任区分开，后两者都不是以合同义务的存在为必要前提。

其次，要求债务人不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定。这包括了履行不能、履行迟延和不完全履行等，还包括瑕疵担保、违反附随义务和债权人受领迟延等可能与合同不履行发生关联的制度。

合同义务的违反，可以从被违反的义务角度区分为违反主给付义务、从给付义务、附随义务和不真正义务。按照违约行为的具体形态，将违约行为区分为不履行合同义务和履行合同义务不符合约定。不履行合同义务，即债务人不为当为之事，包括履行不能和履行拒绝。

（二）违约责任的归责原则

所谓归责，就是将责任归属于某人；所谓归责原则，就是将责任归属于某人的正当理由。为了妥当地平衡行为人的行为自由和受害人的法益保护这两个价值，避免由违约方绝对承担违约责任所导致的风险不合理分配，《民法典》规定了一些相关的规则：

1. 违约责任的免除和减轻

《民法典》第 590 条第 1 款规定，当事人一方因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任，但是法律另有规定的除外。

《民法典》第 592 条规定，当事人都违反合同的，应当各自承担相应的责任。当事人一方违约造成对方损失，对方对损失的发生有过错的，可以减少相应的损失赔偿额。

同时，《民法典》在具体的典型合同中也规定了免责或者减责事由。比如第 823 条第 1 款规定，承运人应当对运输过程中旅客的伤亡承担赔偿责任；但是，伤亡是旅客自身健康原因造成的或者承运人证明伤亡是旅客故意、重大过失造成的除外。

2. 具体合同类型中的特殊归责和免责事由

《民法典》在一些具体的典型合同中规定了特殊的归责事由。比如，第 660 条第 2 款规定，依据该条第 1 款规定应当交付的赠与财产因赠与人故意或者重大过失致使毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

《民法典》在一些具体的典型合同中也规定了特殊的免责事由。例如，第 832 条规定，承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担赔偿责任。但是，承运人证明货物的毁损、灭失是不可抗力、货物本身的自然性质或者合理损耗以及托运人、收货人的过错造成的，不承担赔偿

责任。

3. 允许当事人约定免责或限制责任

根据自愿原则,《民法典》承认当事人之间自愿协商一致的免责或者限责条款的效力,仅在特殊情况下限制这些条款的效力。

二、违约责任的形式

(一) 继续履行

所谓继续履行,也称实际履行,就是按照合同的约定继续履行义务。当事人订立合同都是追求一定的目的,这一目的直接体现在对合同标的的履行上,义务人只有按照合同约定的标的履行,才能实现权利人订立合同的目的。

1. 金钱债务继续履行

《民法典》第 579 条规定,当事人一方未支付价款、报酬、租金、利息,或者不履行其他金钱债务的,对方可以请求其支付。

当事人一方迟延履行金钱债务的,除应当继续履行金钱债务外,还应当承担其他违约责任,如支付违约金、赔偿逾期利息等。

2. 非金钱债务继续履行

《民法典》第 580 条规定,当事人一方不履行非金钱债务或者履行非金钱债务不符合约定的,对方可以请求履行,但是有下列情形之一的除外:

- (1) 法律上或者事实上不能履行;
- (2) 债务的标的不适于强制履行或者履行费用过高;
- (3) 债权人在合理期限内未请求履行。

有前款规定的除外情形之一,致使不能实现合同目的的,人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求终止合同权利义务关系,但是不影响违约责任的承担。

3. 替代履行

《民法典》第 581 条规定,当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定,根据债务的性质不得强制履行的,对方可以请求其负担由第三人替代履行的费用。

适用的前提是,当事人一方不履行债务或者履行债务不符合约定,并且该债务根据债务的性质不得强制履行。此时,债权人可以请求债务人负担由第三人替代履行的费用。

(二) 履行不符合约定的补救措施

《民法典》第 582 条规定,履行不符合约定的,应当按照当事人的约定承担违约责任。对违约责任没有约定或者约定不明确,依据本法第 510 条的规定仍不能确定的,受损害方根据标的的性质以及损失的大小,可以合理选择请求对方承担修理、重作、更换、退货、减少价款或者报酬等违约责任。

(三) 法定的违约赔偿损失

《民法典》第 584 条规定,当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定,造成对方损失的,损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失,包括合同履行后可以获得的利益;但是,不得超过违约一方订立合同时预见到或者应当预见到的因违约可能造成的损失。

1. 一般原则

违约赔偿损失,是指行为人违反合同约定造成对方损失时,行为人向受害人支付一定数额的金钱以弥补其损失,是运用较为广泛的一种责任方式。违约的赔偿损失包括法定的赔偿损失和约定的赔偿损失,本条规定的是法定的违约赔偿损失。

承担违约赔偿损失责任的构成要件包括:

- (1) 有违约行为,即当事人一方不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定。

(2) 违约行为造成了对方的损失。如果违约行为未给对方造成损失,则不能用赔偿损失的方式追究违约人的民事责任。

(3) 违约行为与对方损失之间有因果关系，对方的损失是违约行为所导致的。

(4) 无免责事由。

2. 赔偿的种类

按照完全赔偿原则，违约损失赔偿额应当相当于因违约所造成的损失，包括对实际损失和可得利益的赔偿。实际损失，即所受损害，是指因违约而导致现有利益的减少，是现实利益的损失，又被称为积极损失。

较之可得利益，实际损失一般比较容易确定。实际损失包括：

(1) 信赖利益的损失，包括费用的支出、丧失其他交易机会的损失以及因对方违约导致自己对第三人承担违约赔偿的损失等。

(2) 固有利益的损失，这体现在债务人违反保护义务的情形中，例如债务人交付了病鸡，导致债权人现有养鸡场的鸡也生病。此时，债务人不仅应当赔偿债权人费用的支出，还应当赔偿债权人现有的鸡生病造成的损失。

可得利益是合同履行后债权人所能获得的纯利润，也称履行利益。可得利益也可能与信赖利益中的丧失其他交易机会的损失存在重合。根据交易的性质、合同的目的等因素，可得利益损失主要分为生产利润损失、经营利润损失和转售利润损失等类型。

(四) 约定违约金

《民法典》第 585 条规定，当事人可以约定一方违约时应当根据违约情况向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

约定的违约金低于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以增加；约定的违约金过分高于造成的损失的，人民法院或者仲裁机构可以根据当事人的请求予以适当减少。

当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。

1. 一般界定

违约金是当事人在合同中约定的或者由法律直接规定的一方违反合同时应向对方支付一定数额的金钱，这是违反合同可以采用的承担民事责任的方式，只适用于当事人有违约金约定或者法律规定违反合同应支付违约金的情形。

约定违约金可能表现为不同的形式，可以约定向对方支付一定数额的违约金，也可以约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

2. 迟延履行违约金和继续履行之间的关系

《民法典》第 585 条第 3 款规定，当事人就迟延履行约定违约金的，违约方支付违约金后，还应当履行债务。当事人可以就迟延履行这种特定的违约行为约定违约金。

违约方支付迟延履行违约金后，还应当履行债务，对此不应进行反面解释，即认为如果债权人先主张继续履行或先行受领了继续履行，即不得请求迟延履行违约金或者视为放弃迟延履行违约金。

债权人受领了债务人迟延后的继续履行，仍可并行主张迟延履行违约金，此并行主张不以受领给付时作特别保留为必要。

(五) 约定定金

《民法典》第 586 条规定，当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。

定金的数额由当事人约定；但是，不得超过主合同标的额的百分之二十，超过部分不产生定金的效力，应当予以返还或者按照约定抵作价款。实际交付的定金数额多于或者少于约定数额的，视为变更约定的定金数额。

所谓定金，是指当事人约定的，为保证债权的实现，由一方在履行前预先向对方给付的一定数量的货币或者其他代替物。

定金是担保的一种形式，由于定金是预先交付的，定金惩罚的数额事先也是明确的，因此通过定金罚则的运用可以督促双方自觉履行义务，起到担保作用。

(1) 定金与预付款不同，定金具有担保作用，不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，适用定金罚则；但预付款仅仅是在标的物正常交付或者服务正常提供的情况下预付的款项，如有不足，交付预付款的一方再补交剩余的价款即可，在交付标的物或者提供服务的一方违约时，如果交付预付款的一方解除合同，有权请求返还预付款。

(2) 定金与押金也不同，一般而言，押金没有数额的限制，而且没有定金罚则的适用。押金类型非常多，无法统一确定，甚至有的押金需要清算，多退少补。履约保证金的类型也是多种多样。当事人交付留置金、担保金、保证金、订约金、押金或者订金等，但没有约定定金性质的，不能按照定金处理。但是，如果押金和保证金根据当事人的约定符合定金构成要件的，可以按照定金处理。

定金合同是实践性合同，自实际交付定金时才成立，当然定金交付的时间由双方当事人约定。当事人订立定金合同后，不履行交付定金的约定，不承担违约责任。

同时，定金合同是一种从合同，应参照《民法典》第 682 条第 1 款的规定，主债权债务合同无效，定金合同也随之无效。但是，在主合同因违约而被解除后，根据第 566 条第 2 款“合同因违约解除的，解除权人可以请求违约方承担违约责任，但是当事人另有约定的除外”的规定，解除权人仍有权依据定金罚则请求违约方承担责任。

(六) 债权人无正当理由拒绝受领的法律后果

《民法典》第 589 条规定，债务人按照约定履行债务，债权人无正当理由拒绝受领的，债务人可以请求债权人赔偿增加的费用。在债权人受领迟延期间，债务人无须支付利息。

债权人无正当理由拒绝受领，是指债务人按照约定履行了债务或者提出了履行债务的请求，债权人无理地不予受领或者协助。

债权人无正当理由拒绝受领，构成的要件包括：

(1) 债务人按照约定现实履行了债务，或者提出了履行债务的请求，即债务人已经现实提出或者以书面或口头方式提出。但是，如果债权人预先表示了拒绝受领的意思，或者给付也同时需要债权人的行为的，债务人可以以准备给付的情事通知债权人，代替提出。这里同样也包括第三人依法有权代债务人履行债务，且债权人无权拒绝的情形。

(2) 债务内容的实现以债权人的受领给付或者其他协助为必要。如果是不需要受领给付或者其他协助的债务，例如不作为债务，就不会产生拒绝受领的问题。

(3) 债权人拒绝受领，这里的拒绝受领是广义的，即不受领，包括迟延受领或者明确或以自己的行为表明拒绝受领等情形。

(4) 债权人无正当理由。

债权人无正当理由拒绝受领，不影响债务人的给付义务，并不会使债务人的给付义务消灭。但是，债权人受领债务人的履行，既是受领人的权利，当其无正当理由不受领，会导致债务人的利益受损，因此其也是债权人的义务，但是该义务的违反一般不会导致债权人的违约责任，而是导致减轻债务人的负担或责任，或者使债权人负担增加的费用等相应的不利后果，可被认为是非真正义务，除非法律另有规定或者当事人另有约定。

债权人无正当理由拒绝受领的，对于由此给债务人增加的费用，债务人可以请求债权人赔偿。所谓给债务人增加的费用，包括：

(1) 债务人提出给付的费用，例如，货物往返运送的费用、履行债务所支付的交通费用、通知费用等；

(2) 保管给付物的必要费用；

(3) 其他费用，例如对不宜保存的标的物的处理费用。同时，《民法典》第 589 条第 2 款规定，在债权人受领迟延期间，债务人无须支付利息。

思政专栏

自由、平等、公平、诚信、公序良俗是合同法的基本原则，贯穿合同法的始终，是合同法的立法、执法和司法，以及当事人订立、履行合同均应共同遵守的准则。

合同自愿原则又称合同自由原则。根据我国《民法典》第5条“民事主体从事民事活动，应当遵循自愿原则，按照自己的意思设立、变更、终止民事法律关系”的规定，民事活动除法律强制性的规定外，由当事人自愿约定。合同自愿原则还表现为当事人有变更和解除合同的权利、选择解决合同争议方式和法律适用的权利。合同自愿原则是合同法最基本的原则，充分体现了现代合同的理念。当然，自愿也不是绝对的，应受公序良俗原则的限制。当事人之间的合意，只有在法律允许的范围内才能获得拘束力，违反强制性规范或社会公共利益的合意无效。

平等原则是指地位平等的合同当事人，在权利义务对等的基础上，经充分协商达成一致，以实现互利互惠的经济利益目的的原则。我国《民法典》第4条规定：“民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。”任何一方都不得凌驾于另一方之上，不得把自己的意志强加给另一方，更不得以强迫命令、胁迫等手段签订合同。

法徽由麦穗、齿轮、华表、天平构成，其中天平寓意公平和公正。公平是社会主义核心价值观，是法所追求的基本价值之一。《民法典》第六条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循公平原则，合理确定各方的权利和义务。”合同中的意思自治是在法律框架内的意思自治，公平是需要遵守的底线之一。公平原则要求当事人之间的权利义务要公平合理，要大体上平衡，强调一方给付与另一方给付之间的等值性，合同上的负担和风险的合理分配。公平原则是社会公德的体现，符合商业道德的要求。将公平原则作为合同当事人的行为准则，可以防止当事人滥用权利，有利于保护当事人的合法权益，维护和平衡当事人之间的利益。当事人应以社会正义、公平的观念指导自己的行为、平衡各方的利益、妥善处理纠纷。

诚实信用是市场经济活动中的道德准则，诚实信用原则是民法中的“帝王条款”。同时，诚信也是社会主义核心价值观，是公民基本道德规范。市场经济条件下，人们可以通过市场交换各取所需，合同是市场经济主体之间设立、变更、终止民事关系的协议。《民法典》第七条规定：“民事主体从事民事活动，应当遵循诚信原则，秉持诚实，恪守承诺。”第四百六十五条规定：“依法成立的合同，受法律保护。”诚实信用原则要求当事人在订立合同的全过程中，都要诚实，讲信用，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为。单方毁约有违诚信，将承担违约责任。

公序良俗是公共秩序和善良风俗的合称，包括两层含义：一是从国家的角度定义公共秩序，二是从社会的角度定义善良风俗。善良风俗指社会、国家的存在和发展所必要的一般道德，是特定社会所尊重的起码的伦理要求。善良风俗原则与诚实信用原则一样，具有填补法律漏洞的功能。我国《民法典》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”

双方当事人订立合同，要具有契约的精神。契约精神是商品经济社会中契约关系的准则，是基于平等基础上的磋商、合理的对价，诚信的订约和守信的履约，这也是社会主义核心价值观在商事合同中的具体体现。

课后作业

一、简答题

1. 简述要约与要约邀请的区别。
2. 比较要约的撤回与撤销。
3. 合同一般应具备哪些条款？

4. 合同成立和合同生效有什么不同？
5. 比较双务合同履行中的三种抗辩权。
6. 债权转让的内部效力和对外效力是什么？
7. 合同权利义务终止的情形有哪些？

二、案例分析

【案例 1】朱某、钱某和李某三人均为完全民事行为能力人。朱某与钱某签订一份房屋买卖合同，以 100 万元的价格将自有房屋卖给钱某，约定钱某给朱某三个月时间搬迁，到时一手交钱一手交房，以及申请办理房屋过户手续。但该合同签订后不到一个月，朱某隐瞒与钱某签约的事实，又与李某约定将该房屋卖给李某。为了少交税费，朱李二人签署了两份合同，一份房价为 80 万元，用于双方到房管部门办理过户时使用；另一份房价为 120 万元，为双方实际交易价格。合同签订后，李某向朱某支付了 120 万元房款，房屋也已经过户给了李某。

试分析：朱某与李某、钱某签订的三份合同的法律效力。

【案例 2】甲妻因车祸脑部受损须手术。甲为筹治疗费，无奈出售其祖传名画于乙。乙见甲急需用钱，明知该画值 10 万，仅欲半价购买，甲迫于情势与乙签约并依约履行。同日，甲又向丙借贷 10 万元，约定年利率为 40%。

请问：（1）甲出卖名画的效力如何？乙是否能取得名画的所有权？为什么？

（2）甲与丙之借贷行为效力如何？为什么？

【案例 3】甲从首饰店购买了 2 枚钻石戒指，标签标明该钻石为天然钻石，可买回去检测后被告知为人造钻石，而后，甲多次与首饰店交涉，历时一年零六个月，未果。

请问：甲欲以欺诈为由诉请法院撤销该买卖合同，其主张能否得到支持？

【案例 4】李某是甲食品有限公司的推销员，因违反财务纪律被甲食品有限公司解聘，甲食品有限公司要求李某交回其所持有的已加盖公司公章的空白合同书和介绍信。李某谎称这些材料已经遗失，后李某持甲食品有限公司的空白合同书和介绍信，以甲食品公司的名义与乙副食品商场签订了一份销售合同。

请问：（1）假设签订合同时，乙副食品商场已经知道李某被甲食品有限公司解聘，那么该合同的效力如何？为什么？

（2）假设签订合同时，乙副食品商场不知道李某已被甲食品有限公司解聘，那么该合同的效力如何？

【案例 5】小王与小李订立了一份苹果购销合同：小王向小李交付 20 万千克苹果，货款为 40 万元，小李支付了定金 4 万元，如果任何一方不履行合同应支付违约金 6 万元。后来小王把苹果卖给了小张，而无法向小李交货。

请问：小李怎样做才能既最大限度保护自己的利益又能得到法院的支持？

【案例 6】2 月 5 日，甲公司与普通信件向乙公司发出要约，要约中表示以 2000 元每吨的价格卖给乙公司某种型号钢材 100 吨。可随即甲公司又发了一封快件给乙公司，表示原要约中的价格作废，现改为 2100 元每吨，其他条件不变。普通信件于 2 月 8 日，快件于 2 月 7 日到达乙公司，但秘书忘了把快件交给董事长，乙公司董事长回信对普通信件发出的要约予以承诺。

请问：甲、乙之间的合同是否成立？为什么？

第四章 市场规制法律制度

教学目的和要求：

1. 教学目标：通过本章学习，学生能够掌握市场规制法的概念、体系和地位；掌握垄断和反垄断法的界定、不正当竞争行为和反不正当竞争法的界定与定位；理解滥用市场支配地位行为、联合限制竞争行为、经营者集中行为和行政性垄断行为的概念、特征、表现方式；理解商业混淆行为、商业贿赂行为、虚假宣传行为、侵犯商业秘密行为、不当有奖销售行为、诋毁商誉行为和网络领域不正当竞争行为的界定和行为表现；掌握消费者权利和经营者义务、消费者权益争议的解决和相关主体的法律责任的确定；熟悉产品质量监管法律的定义、地位和产品质量监管主要法律制度。

2. 课程思政育人目标：在反垄断法、反不正当竞争法的学习中，结合典型案例的分析，加强对学生遵纪守法、恪守商业道德的教育，积极引导树立正确的是非观念，做一名有法治精神的公民。

教学重点：垄断行为、不正当竞争行为的类型；各类垄断行为的构成要件；各类不正当竞争行为的界定和行为表现；消费者权利的具体内容，各类主体保护消费者的义务，对消费者承担赔偿责任的主体的确定。

教学难点：各类垄断行为的构成要件；各类不正当竞争行为的界定和行为表现；对消费者承担赔偿责任的主体的确定。

教学方法：讲练结合；案例分析

教学学时：8 学时

教学内容：

- 第一节 市场规制法概述
- 第二节 反垄断法律制度
- 第三节 反不正当竞争法律制度
- 第四节 消费者保护法律制度
- 第五节 产品质量监管法律制度

教学过程：

第一节 市场规制法概述

一、市场规制法的概念

（一）市场规制法的调整对象

市场规制法所调整的是市场规制关系。市场规制关系，就是在国家规制市场行为过程中发生的社会关系。市场规制，是国家依法规范市场主体的市场竞争行为的行为。

由于市场规制行为主要是反垄断行为和反不正当竞争行为，市场规制关系也主要包括反垄断关系和反不正当竞争关系。反垄断关系包括垄断行为规制关系和反垄断体制关系，反不正当竞争关系包括不正当竞争行为规制关系和反不正当竞争体制关系。

（二）市场规制法的概念

市场规制法，是调整在国家规制市场行为过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。

需要强调的是，这是部门法意义上即实质意义上市场规制法的定义。形式意义上的市场规制法，表现为一国或地区的反垄断和反不正当竞争的基本法律，如竞争法或反垄断法、反不正当竞争法。

二、市场规制法的体系构成

（一）概念

市场规制法的体系，是指各类市场规制法规范所构成的和谐统一的整体。由于市场规制法

是由不同类型的法律规范所构成的系统,各种类型的市场规制法规范便可分别构成市场规制法的子系统,即市场规制法的部门法。

（二）划分标准的同质性

分析市场规制法的体系,首先要明确市场规制法体系的构造。明确市场规制法体系构造的前提,则是对市场规制法作进一步划分。由于法的部门法划分是以法的调整对象为依据的,进一步划分市场规制法,仍须以对市场规制法所调整的社会关系的再划分为依据。为构建严密的法的体系,有必要坚持划分标准的同质性,按照“行为——社会关系”的范式,根据不同的行为所产生的社会关系的不同划分部门法。

（三）市场规制法体系的构造

国家对经济运行所进行的宏观调控行为和市场规制行为,即调制行为,产生宏观调控关系和市场规制关系,即调制关系。在此基础上,继续分解市场规制行为和市场规制关系,便相应地形成了对市场规制法的多层次的划分:

第一层次:经济法分为宏观调控法和市场规制法。

第二层次(只分解市场规制部分):市场规制法分为反垄断法、反不正当竞争法和消费者保护法。

第三层次(以反垄断法和反不正当竞争法为例):反垄断法分为滥用市场支配地位行为规制制度、垄断协议行为规制制度、经营者集中行为规制制度和行政性垄断行为规制制度。反不正当竞争法分为商业贿赂行为规制制度、不当附奖赠促销行为规制制度、虚假宣传行为规制制度、商业诋毁行为规制制度、商业混淆行为规制制度、侵犯商业秘密行为规制制度和互联网特殊不正当竞争行为规制制度。

随着市场竞争行为的发展,垄断行为和不正当竞争行为会有新的分化,国家规制垄断行为和不正当竞争行为的行为会进一步丰富,反垄断和反不正当竞争法也会有相应的丰富和发展。

三、市场规制法的调整方式

法是调整社会关系的社会现象。深入到法的调整方式的微观层面,我们知道,法律规范是由“假定——后果”构成的。不同类型的假定—后果,构成不同类型的规范,对规范的对象及其行为表达不同的倾向,并产生不同的作用。第一类是一般允许式,法律赋予人们可以作为或不作为的权利,一般在私法领域。第二类是一般禁止式,法律要求人们承担不为一定行为的义务,一般在公法领域。第三类是积极义务式,法律要求人们承担为一定行为的义务,在公法、私法领域都存在。这三类规范,形成法律的三类调整方式。

市场规制法调整的是在国家规制市场竞争过程中发生的社会关系,即市场规制关系。市场规制法是公法,相应地,市场规制法的调整方式主要是一般禁止式、积极义务式,辅之以有条件的允许式。

（一）一般禁止式的调整方式

市场规制法是在自由竞争的市场经济后期出现的法现象。自由竞争的市场经济条件下,法律的调整方式以一般允许式为主,积极义务式为辅。当垄断、不正当竞争泛滥,市场机制名存实亡之时,就需要国家“有形之手”介入。其一般倾向当然是划定竞争的边界,禁止市场主体为某些行为。美国《谢尔曼法》第1条、第2条,分别禁止市场主体联合限制竞争、滥用市场支配地位;我国《反垄断法》第16~19条禁止垄断协议,第22条禁止滥用市场支配地位,皆是如此。《证券法》《广告法》等特别市场规制法律也是如此。

（二）积极义务式的调整方式

基于一般禁止,市场规制法在某些情况下还会赋予市场主体为特定行为的义务。比如,经营者集中达到申报标准的,参与集中的经营者有申报的义务。又如,在一般禁止协议的前提下,如果具备适用除外条件,可以对市场主体的相应行为予以豁免,但该主体应当履行举证和证明的义务。此外,规制市场主体的市场行为需要有法律规定,还需要有相应的机构、人员实施。

因此，市场规制法在规定规制主体职权的同时，还要规定相应的职责，这种职责也属于积极义务。如《谢尔曼法》第4~6条，设定了美国法院管辖权，也赋予了法院及其法官特定的行为义务。我国市场规制法律均有规制体制和程序的规定，这些规定均设定了有关部门及其工作人员为市场规制行为的义务。

（三）有条件的允许式的调整方式

市场规制法是公法，不会有私法的一般允许式。但在一般禁止的前提下，会对特定主体的特定行为予以允许。比如，我国《反垄断法》第68条、第69条对知识产权人、农产品相关经营者设定了有条件的允许。上述情形在特别市场规制法律中也比较常见。对经营者集中附条件的许可，也是此类调整方式。

上述三种方式，正体现了市场规制法“依规而制，制以达规”的特点。需要强调的是，较之宏观调控法的调整方式，市场规制法的调整方式具有显著的直接性。

第二节 反垄断法律制度

一、垄断与反垄断法

（一）垄断的概念

垄断，是指经营者或其利益的代表者，滥用已经具备的市场支配地位，或者通过协议、合并或其他方式谋求或谋求并滥用市场支配地位，借以排除或限制竞争，牟取超额利益，依法应予规制的行为。简言之，垄断是指经营者或其利益的代表者排除或限制竞争的违法行为。

（二）反垄断法的概念

反垄断法，有实质意义和形式意义之分。实质意义上的反垄断法，是由反垄断法律规范所构成的系统，是部门法意义上的反垄断法。形式意义上的反垄断法，是指一国规制垄断行为的基本法律。例如，我国于2007年8月制定、2022年6月修正的《反垄断法》。在此之前，我国制定的法律、法规和规章中已有不少反垄断法律规范，这些规范属于实质意义上的反垄断法。

反垄断法的调整对象，是指在国家规制垄断过程中所发生的社会关系，即反垄断关系。反垄断关系，又可以分为垄断行为规制关系和反垄断体制关系。

根据反垄断法的调整对象和部门法的定义规则，可以认为：反垄断法是调整在国家规制垄断过程中所发生的社会关系的法律规范的总称。

（三）反垄断法的定位

从部门法视角看，反垄断法是经济法体系中市场规制法的重要部门法之一，而市场规制法则又是经济法的重要组成部分。

从法域归属视角看，作为经济法部门法的反垄断法，当然属于公法。

从与其他法的关系来看，反垄断法与反不正当竞争法同属于经济法中的市场规制法，它们是平行的关系；与产品质量法的关系，集中在对产品质量技术标准制定过程中发生的社会关系调整的不同划分上；与知识产权法的关系，主要集中在对知识产权的专有、行使过程中发生的社会关系调整的不同划分上，合理行使知识产权的行为不构成垄断，但滥用知识产权、排除限制竞争的行为构成垄断；与企业法之间的关系，则主要集中在对企业合并和控制上的反垄断规制。

（四）反垄断法的基本结构

由于反垄断法所调整的反垄断关系可以分为垄断行为规制关系和反垄断体制关系，反垄断法相应地可分为垄断行为规制法和反垄断体制法。由于垄断行为被分为滥用市场支配地位行为、垄断协议行为、经营者集中行为和行政性垄断行为四大类，垄断行为规制法亦可分为滥用市场支配地位行为规制法、垄断协议行为规制法、经营者集中行为规制法和行政性垄断行为规制法。

二、规制滥用市场支配地位的制度

（一）相关市场及其界定

市场，是由在一定时间和空间范围内的一系列商品或服务的贸易所构成的。相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品进行竞争的商品范围和地域范围。界定相关市场，要分别界定商品市场和地域市场。

1. 商品市场及其界定

商品市场是指经营者在一定时期内就特定商品进行竞争的商品范围，包括同种品和替代品的范围。如考察某大米经营者的市场地位，各类大米均是同种品，面粉、小米等则是替代品。实践中，比较困难的是替代商品范围的界定。

需求替代是根据需求者对商品功能用途的需求、质量的认可、价格的接受以及获取的难易程度等因素，从需求者的角度确定不同商品之间的替代程度。从需求替代角度界定相关商品市场，要考虑：需求者因价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向购买其他商品的证据；商品的外形、特性、质量和技术特点等总体特征和用途；商品之间的价格差异；商品的销售渠道等。

供给替代是根据其他经营者改造生产设施的投入、承担的风险、进入目标市场的时间等因素，从经营者的角度确定不同商品之间的替代程度。从供给替代角度界定相关商品市场，要考虑其他经营者对商品价格等竞争因素的变化作出反应的证据，转产的难易、时间、额外费用和风险，转产后所提供商品的市场竞争力，营销渠道等。

2. 地域市场及其界定

地域市场是指经营者在一定时期内就特定商品进行竞争的地域范围。由于消费需求和偏好、跨区域交通成本、贸易制度的限制，能够发生竞争关系的商品在市场的地域上总是有边界的。比如，在中国，暖气片市场的地域范围不太可能包括广东、海南地区，手表的地域市场范围要比建筑砖大得多。

从需求替代角度界定相关地域市场，要考虑：需求者因价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向其他地域购买商品的证据；商品的运输成本和运输特征；多数需求者选择商品的实际区域和主要经营者的商品的销售分布；地域间的贸易壁垒，以及特定区域需求者偏好、商品运进和运出该地域的数量等。

从供给替代角度界定相关地域市场时，还要考虑其他地域的经营者对商品价格等竞争因素的变化作出的反应，其他地域的经营者供应或销售相关商品的即时性和可行性等，比如将订单转向其他地域经营者的转换成本。

（二）市场支配地位及其认定

1. 市场支配地位

市场支配地位，是指经营者在相关市场中对其他经营者的较大影响力。比如，经营者在相关市场内具有对商品价格、数量、品种、品质、付款条件、交付方式、售后服务交易选择、技术约束等交易条件的较强的影响力，或者能够排除其他经营者进入相关市场，或者延缓其他经营者在合理时间内进入相关市场，或者其他经营者虽能够进入该相关市场，但进入成本大幅提高，难以在市场中开展与在位经营者有效竞争等情形。

2. 市场支配地位的认定

认定市场支配地位的依据，一般以市场份额为主，兼顾市场行为及其他相关因素。

①市场份额及相关市场的竞争状况。市场份额是指一定时期内经营者的特定商品销售额、销售数量等指标在相关市场所占的比例。我国《反垄断法》第24条规定，一个经营者市场份额达到 $1/2$ ，或者两个经营者、三个经营者市场份额合计分别达到 $2/3$ 、 $3/4$ 以上的，可以推定该经营者具有市场支配地位。但有相反证据证明的，不应被认定，应分析相关市场竞争状况和其他因素。

②在销售市场或者原材料采购市场的影响力，包括控制产业链上下游市场的能力，控制销售渠道或者采购渠道的能力，影响或者决定价格、数量、合同期限或者其他交易条件的能力，

以及优先获得企业生产经营所必需的原料、半成品、零部件、相关设备以及需要投入的其他资源的能力等因素。

③财力和技术条件，包括资产规模、财务能力、盈利能力、融资能力、研发能力、技术装备、技术创新和应用能力、拥有的知识产权等，以及该财力和技术条件能够以何种方式和程度促进该经营者业务扩张或者巩固、维持市场地位等因素。

④交易相对方的依赖性，包括其他经营者与该经营者之间的交易关系、交易量、交易持续时间、在合理时间内转向其他交易相对人的难易程度等因素。

⑤其他经营者进入相关市场的难易程度，包括市场准入制度、拥有必需设施的情况、获取必要资源的难度、采购和销售渠道的控制情况、资金投入规模、技术壁垒、品牌依赖、用户转换成本、消费习惯等因素。

此外，交易自由度、利润率的差距、经营者横向或纵向联合的紧密程度等也是考虑的因素。

（三）滥用市场支配地位行为

1. 滥用市场支配地位的特征和含义

滥用市场支配地位行为的特征包括：行为主体是具有市场支配地位的经营者；行为目的是维持或提高市场地位，获取超额垄断利益；行为后果是对市场竞争的实质性损害或损害的可能性；行为没有正当理由。实践中，行为主体往往会提出减少亏损、应对竞争、技术特征以及在公平、效率和消费者保护上的“正当理由”，但是否成立，需要履行举证、证明义务，并经有关机关采信。

因此，滥用市场支配地位行为，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，利用其市场支配地位所实施的排除限制竞争、牟取超额利益的违法行为。

2. 滥用市场支配地位的行为表现

①垄断高价和垄断低价。垄断高价，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，利用其市场支配地位，使其所销售商品的价格长期、稳定、大幅度地超过平均利润率水平的行为。垄断低价，则是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，利用其市场支配地位，使其所购买商品价格长期、稳定、大幅度地低于平均利润率水平的行为。垄断高价和垄断低价实质上一样，都以牟取超额利润为直接目的。

②掠夺性定价。掠夺性定价，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，为了排挤竞争对手，以低于成本的价格销售商品的行为。掠夺性定价中的“正当理由”包括：降价处理鲜活商品、季节性商品、有效期限即将到期的商品和积压商品的；因清偿债务、转产、歇业降价销售商品的；在合理期限内为推广新产品进行促销的；能够证明行为具有正当性的其他理由。

③拒绝交易。拒绝交易，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易的行为。根据传统民法意思自治的理念，经营者应当有是否交易以及和谁交易的权利。但是，当拒绝交易的权利是由具有市场支配地位的经营者来行使，且意在排除或限制竞争或者牟取超额利益的时候，其目的、效果就走向了市民社会自由竞争的反面，因此应予规制。

④独家交易。独家交易，是指具有市场支配地位的经营者，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的行为。

⑤搭售及附加不合理条件的行为。搭售，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，利用其市场支配地位，搭配销售商品的行为。搭售的直接目的可能仅是扩大市场份额、排挤竞争对手，也可能是为了扩大销量，获取超额利润。

⑥差别待遇。差别待遇，是指具有市场支配地位的经营者，没有正当理由，利用市场支配地位，对条件相同的交易相对人设定不同的交易价格等交易条件的行为。价格歧视是最常见的差别待遇。认定差别待遇，要考察行为主体和交易相对人的市场地位，还要看该行为的目的或后果。

滥用市场支配地位行为中的“用”，是指利用市场支配地位所形成的较强的影响力，通常

表现在经济、技术甚至有关交易规则等方面。在数字经济时代，具有市场支配地位的经营者，利用数据和算法、技术以及平台规则等从事《反垄断法》禁止的滥用市场支配地位行为的现象越来越多见，亦属于《反垄断法》所禁止的范围。

（四）滥用市场支配地位的危害

1. 破坏公平竞争秩序

经营者因其具有市场支配地位而与竞争对手、交易相对人实质上不平等。交易中，往往利用其市场支配地位，以形式上“合法”“合理”的交易和其他方式，限制相对方意思自由的空间，强制相对方接受价格等条款，强制相对方与己方甚至仅与己方订立合同，强制相对方接受己方随意附加的义务，蹂躏平等、公平、正义等社会理念，使市场竞争机制名存实亡。

2. 侵犯其他经营者和消费者的利益

如果没有反垄断法规制或者反垄断法规制力弱，具有市场支配地位的经营者会利用其支配地位恣意侵占其他经营者和广大消费者的利益，对社会资财巧取豪夺。阻碍性滥用虽以排除限制竞争为直接目的，但其根本目的仍是牟取超额利益。

3. 造成社会整体福利的损失

在仅凭其优势地位即可轻松攫取超额垄断利润的时候，经营者往往会失去通过平等竞争改善管理、推进技术进步的内在动力。滥用市场支配地位行为，不仅导致福利在不同经营者和社会主体间的不合理分配，还会损害社会整体福利。

4. 左右政府的市场规制法律和政策

研究表明，一些基于独占的网络而享有垄断地位的经营者，常常自觉不自觉地操纵或左右政府市场规制部门，操纵或左右政府的市场规制法律 and 政策的制定与实施，使国家政策为其一个或几个具有垄断地位的经营者服务。

（五）滥用市场支配地位的违法责任

滥用市场支配地位的违法责任主要是以财产性责任为主。在我国，经营者违反《反垄断法》规定，滥用市场支配地位的，由反垄断执法机构责令停止违法行为，没收违法所得，并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款。在确定具体的罚款数额时，应当考虑违法行为的性质、情节、程度、持续时间等因素。经营者因行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力而滥用市场支配地位的，同样应当承担上述法律责任。但经营者能够证明其从事的滥用市场支配地位行为是被动遵守行政命令所导致的，可以依法从轻或者减轻处罚。

此外，在民事责任方面，经营者实施滥用市场支配地位行为，给他人造成损失的，依法承担赔偿责任。

二、规制垄断协议的制度

（一）垄断协议的概念和特征

我国《反垄断法》所称“垄断协议”，是指经营者为限制竞争而达成协议、决定或者其他协同一致的行为。

垄断协议的特征包括：首先，主体是经营者和经营者团体。这里的经营者是指参与垄断协议的经营者。除经营者外，各种行业协会也可能通过其决定、决议等形式限制竞争。其次，行为方式是协议、决议或其他协同一致的行为。经营者虽不参与垄断协议，但组织其他经营者达成垄断协议或者为其他经营者达成垄断协议提供帮助的，也构成违法。最后，行为具有排除或限制竞争效果。经营者之间虽然订立了协议，如产品购销合同，但既无排除或限制竞争的目的，也无排除或限制竞争的效果的，就不构成垄断协议。

（二）垄断协议行为的类型

1. 不同形式的联合

一是经营者之间限制竞争的协议，包括合同、协议或其他与约定类似的方式，且具有限制竞争的目的、后果或其可能性。参与者之间必须是彼此具有产权上的独立性。

二是经营者团体的决议。经营者团体，是指同行业经营者的联合组织或者同职业人员的联合组织，如经营者联合形成的行会、商会、协会、联合会等联合体，同业从业人员的联合会等。经营者团体的决议，则是指经营者团体所作出的反映团体及其成员意愿的决定，包括章程、规章、规则、决定、决议、建议、信息交换协议、标准合同等。

三是经营者之间其他协同一致的行为。在没有上述协议、决议的情况下，经营者存在事实上的协调一致的共同行为，且经营者之间进行过意思联络或信息交流，并且经营者不能对一致行为作出合理解释，一般也可认定其属于其他协同一致的行为。认定其他协同行为，应当考虑：经营者的市场行为是否具有一致性；经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流；经营者能否对行为的一致性作出合理解释；相关市场的市场结构、竞争状况、市场变化等情况。

2. 不同内容的联合

联合的内容，一般有市场价格、市场额度、市场区域、技术开发与技术标准、交易相对人的选择等。

（三）横向垄断协议的主要表现

横向垄断协议，是指在产业链上居于同一环节的两个或两个以上经营者所为的垄断协议。如彩电销售商之间的垄断协议行为。由于横向限制竞争行为排斥了最具竞争关系的经营者之间的竞争，对竞争的危害严重，各国对其规制也非常严厉。依联合内容的不同，横向垄断协议有下列表现：

1. 固定价格

固定价格，是指处于产业链同一环节的经营者通过协议、决议或其他协同一致的方式确定、维持或者改变价格的行为。固定价格行为，也称为价格协议、价格联盟。此类垄断协议行为非常常见，如方便面或牛奶生产商分别通过协议统一上调出厂价。当相关市场内所有经营者都参加固定价格行为，则在该市场内完全排除了竞争。因此，固定价格对竞争的损害至为严重，各国对其处罚也至为严厉。固定价格行为一般适用本身违法原则。

实践中，固定价格的表现有：（1）固定或者变更商品的价格水平；（2）固定或者变更价格变动幅度；（3）固定或者变更对价格有影响的手续费、折扣或者其他费用；（4）使用约定的价格作为与第三方交易的基础；（5）约定采用据以计算价格的标准公式；（6）约定未经参加协议的其他经营者同意不得变更价格；（7）通过其他方式变相固定或者变更价格；（8）国务院价格主管部门认定的其他价格垄断协议。

2. 划分市场

划分市场，是指处于产业链同一环节的经营者通过协议、决议或其他协同一致的方式限定商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场的行为。

划分市场的行为表现有：（1）以限制产量、固定产量、停止生产等方式限制商品的生产数量或者限制商品特定品种、型号的生产数量；（2）以限制商品投放量等方式限制商品的销售数量，或者限制特定品种、型号商品的销售数量；（3）划分商品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售商品的种类、数量、时间；（4）划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商；（5）通过其他方式限制商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场。

3. 联合抵制

联合抵制，是处于产业链同一环节的经营者通过协议、决议或其他协同一致的方式拒绝与特定交易相对人交易的行为。

联合抵制的行为表现有：（1）联合拒绝向特定经营者供货或者销售商品；（2）联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品；（3）联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易；（4）通过其他方式联合抵制交易。

4. 不当技术联合

不当技术联合,是指具有竞争关系的经营者以排除或限制竞争为目的,制定技术标准,限制购买新技术、新设备,或者限制开发新技术、新产品等行为。不当技术联合的行为表现有:(1)限制购买、使用新技术、新工艺;(2)限制购买、租赁、使用新设备、新产品;(3)限制投资、研发新技术、新工艺、新产品;(4)拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品;(5)通过其他方式限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品。

(四) 纵向垄断协议的主要表现

纵向垄断协议行为,是指处于同一产业链上下环节的两个或两个以上经营者所为的垄断协议行为。比如,牛奶厂商与分销商之间就交易对象、价格、经营模式等达成的垄断协议,即是纵向垄断协议。实践中,纵向垄断协议行为以限制转售价格最为常见,此外还包括独家交易、特许协议等其他行为。

限制转售价格,是指在同一产业链中上一环节经营者与下一环节经营者通过协议确定销售价格的行为,包括限制最低价格、限制最高价格和固定某一价格。反垄断法实践中,作为卖方的经营者,限制最高价格一般不被认定为违法行为。限制转售价格的行为表现有:(1)固定向第三人转售商品的价格水平、价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用;(2)限定向第三人转售商品的最低价格,或者通过限定价格变动幅度、利润水平或者折扣、手续费等其他费用限定向第三人转售商品的最低价格;(3)通过其他方式固定转售商品价格或者限定转售商品最低价格。

我国《反垄断法》第17条、第18条规定的上述垄断协议的行为类型,只是择要列举。不属于以上情形的其他协议、决定或者协同行为,有证据证明排除、限制竞争的,应当认定为垄断协议并予以禁止。认定时应当考虑:经营者达成、实施协议的事实;市场竞争状况;经营者在相关市场中的市场份额及其对市场的控制力;协议对商品价格、数量、质量等方面的影响;协议对市场进入、技术进步等方面的影响;协议对消费者、其他经营者的影响;与认定垄断协议有关的其他因素。

此外,以下行为均构成组织本行业经营者达成或者实施垄断协议的行为,也是《反垄断法》所禁止的行为:行业协会制定、发布含有排除、限制竞争内容的行业协会章程、规则、决定、通知、标准等;召集、组织或者推动本行业的经营者达成含有排除、限制竞争内容的协议、决议、纪要、备忘录等。

(五) 垄断协议行为的违法责任

在我国,经营者违反《反垄断法》规定,达成并实施垄断协议的,实行单位个人双罚制:对违法经营者,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款,上一年度没有销售额的,处500万元以下罚款;尚未实施所达成的垄断协议的,可以处300万元以下的罚款。同时,违法经营者的法定代表人、主要负责人和直接责任人员中对达成垄断协议负有个人责任的,可以处100万元以下的罚款。经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。

行业协会违反《反垄断法》规定,组织本行业的经营者达成垄断协议的,由反垄断执法机构责令改正,可以处300万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。

在民事责任方面,经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担赔偿责任。

三、规制经营者集中的制度

(一) 经营者集中的概念和特征

市场支配地位的获得,有的来自经营者自身资本的积聚或积累,有的则来自不同经营者经济力的集中。经营者集中是获得市场支配地位最迅速的途径,并且可能为滥用市场支配地位、达成垄断协议提供条件,因此需要规制。所谓经营者集中,是指经营者通过合并、收购、委托

经营、联营或其他方式，集合经营者经济力，提高市场地位的行为。

经营者集中的主体是经营者，行为方式属于组织调整行为，包括经营者合并和不形成新经营者的股份或资产收购、委托经营或联营、业务或人事控制等。其目的和后果是迅速集合经济力，提升市场地位。其对市场竞争和经济发展利弊并存。

（二）经营者集中的类型

1. 经营者合并

经营者合并，是指两个或两个以上经营者合为一个经营者，从而导致经营者中的行为。各国反垄断法高度关注经营者集中行为。

反垄断法视角的经营者合并，可以根据参与合并的经营者在产业链上的关系，分为横向合并、纵向合并和混合合并。横向合并，是指处于同一产业链同一环节的经营者之间的合并；纵向合并，是指处于同一产业链上下环节的经营者之间的合并；混合合并，是指不属于同一产业链的经营者之间的合并。

由于参与横向合并的经营者在合并之前存在直接的竞争关系，横向合并更易导致垄断结构发生垄断行为，对其反垄断规制要比纵向合并、混合合并更为严格。

2. 经营者控制

经营者控制，是指经营者通过收购、委托经营、联营和其他方式获得控制权，从而导致经营者集中的行为。

根据其获得控制权的途径可分为三类：一是通过取得股权或资产的方式获得对其他经营者的控制权；二是通过订立受托经营、联营合同或其他合同方式获得对其他经营者的控制权；三是通过变更其所享有的债权而获得对其他经营者的控制权。

此外，根据其控制的内容还可分为财产型控制、业务型控制和人事型控制；根据经营者在产业链上的关系又可分为横向控制和纵向控制。

（三）经营者集中的动因和利弊

1. 动因与合理性

经营者集中特别是经营者合并可以为经营者带来下列利益：一是带来规模经济效益；二是减少竞争对手、提高市场份额；三是可以减轻税收负担；四是通过交易内部化降低交易成本。此外，经营者集中还有助于国家调整和完善产业结构。

2. 弊害

不言而喻，经营者集中行为会迅速提高其市场地位，并可能利用其市场支配地位对外排除或者限制市场竞争，对内会出现“X-无效率”，阻碍所在行业、产业或区域的经济的发展，损害消费者权益。在对垄断协议规制严格的情况下，经营者集中便会成为规避反垄断的一种方式。

（四）经营者集中的规制政策

正因为经营者集中既存在诸多弊害，在特定情形下又存在一定的合理性，反垄断法对经营者集中，既不是一概禁止，也不是放任。世界各国大多采用前置性的申报许可程序。对于资产、销售额、市场占有率等达到一定数量的经营者集中行为，应当向反垄断主管部门申报。如果经营者集中不产生限制竞争或损害有效竞争的后果，或者不具有产生该后果的可能性，那么应当被许可，否则将不被许可，被禁止，或者给予附限制性条件的许可。

（五）经营者集中的申报许可

根据我国《反垄断法》和配套法规、规章的规定，我国经营者集中实施下列申报许可制度：

1. 申报的实体条件

①主体。参与集中的是两个或两个以上独立的经营者，并由参与集中的经营者统一申报。如果参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产，或者参与集中的每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的，其实施“集中”行为，无须申报许可。

②行为。即经营者意图实施经营者集中行为。

③经济规模。参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过 100 亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币的;或者参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过 20 亿元人民币,并且其中至少两个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过 4 亿元人民币。

2. 申报的程序条件

①主管机关。根据现行规定,国家市场监督管理总局是我国经营者集中的反垄断执法机构。

②申报义务人。通过合并方式实施的,由参与合并的各方经营者申报;通过其他方式实施的,由取得控制权或能够施加决定性影响的经营者申报,其他经营者予以配合。申报义务人未进行集中申报的,其他参与集中的经营者可以提出申报。申报义务人可以自行申报,也可以依法委托他人代理申报。

③须提交的文件、资料。包括申报书、集中对相关市场竞争状况影响的说明、集中协议、参与集中的经营者经会计师事务所审计的上一会计年度财务会计报告、主管机关规定的其他文件和资料。申报书应当载明本次集中行为的必要信息。申报人可以自愿提供有助于主管机关对该集中进行审查和作出决定的其他文件、资料,如地方人民政府和主管部门等有关方面的意见,支持集中协议的各类报告等。

3. 审查的程序

在国务院反垄断执法机构立案之后、作出审查决定之前,申报人要求撤回经营者集中申报的,应当提交书面申请并说明理由。除放弃集中交易的情形外,申报的撤回应当经国务院反垄断执法机构同意。撤回经营者集中申报的,审查程序终止。

①初审。主管机关自收到经营者提交的符合法定条件的文件、资料之日起 30 日内进行初步审查,作出是否实施进一步审查的决定,并书面通知申报人。如作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的,参与集中的经营者可以实施集中。

②进一步审查。决定实施进一步审查的,自决定之日起 90 日内审查完毕,作出是否禁止经营者集中的决定,并书面通知经营者。作出禁止经营者集中的决定,应当说明理由。如有法定特殊情形,可以延长审查期限。逾期未作出决定的,参与集中的经营者可以实施集中。

4. 审查的结果:许可或禁止

①审查的内容。包括:参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力;相关市场的市场集中度;经营者集中对市场进入、技术进步的影响;经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响;经营者集中对国民经济发展的影响;主管机关认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。审查的重点在于评估经营者集中对竞争产生不利影响的可能性。审查、评估时,不仅要分析相关市场及其市场结构、市场集中度、市场壁垒,还要分析集中对国民经济、技术进步、市场效率、相关竞争者和消费者的影响。

②禁止。经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国家市场监督管理总局应当作出禁止经营者集中的决定。例如,2009 年 3 月 18 日,我国反垄断执法机构作出决定,禁止可口可乐收购汇源的经营者集中。

③许可。经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国家市场监督管理总局可以作出对经营者集中不予禁止的决定。

5. 审查结果的公布

主管机关应当将禁止经营者集中的决定或者对经营者集中附加限制性条件的决定,及时向社会公布。

6. 未依法申报经营者集中的调查处理

实施经营者集中,根据《反垄断法》和国务院相关规定应当申报而未申报径行集中的,国

国家市场监督管理总局负责对其调查处理。对相关举报，国家市场监督管理总局应当进行必要的核实。对有初步事实和证据表明存在未依法申报嫌疑的经营者集中，国家市场监督管理总局应当立案查处。经调查认定被调查的经营者未依法申报而实施集中的，国家市场监督管理总局可以对被调查的经营者处上一年度销售额 10% 以下的罚款，不具有排除、限制竞争效果的，处 500 万元以下的罚款，并可责令被调查的经营者采取以下措施恢复到集中前的状态：（1）停止实施集中；（2）限期处分股份或者资产；（3）限期转让营业；（4）其他必要措施。对未依法申报经营者集中的处理决定可以向社会公布。

四、规制行政性垄断的制度

（一）行政性垄断的概念

所谓行政性垄断，是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力、违反法律规定实施的限制市场竞争的行为。

（二）行政性垄断行为的构成

1. 主体

行政性垄断行为的主体不以行政机关为限，法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，也应当纳入主体范围。

2. 行为方式

（1）行政性强制交易。即行政机关滥用行政权力，违反法律规定，限定或者变相限定经营者、消费者经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。

（2）行政性限制市场准入。即行政机关滥用行政权力，违反法律规定，妨碍商品和服务在地区之间的自由流通，排除或限制市场竞争的行为

（3）行政性强制经营者限制竞争。即行政机关滥用行政权力，违反法律规定，强制经营者从事反垄断法所禁止的排除或者限制市场竞争的行为。

3. 其他要件

分析行政性垄断行为的构成，还要分析其是否滥用行政权力、是否违反法律规定、是否限制市场竞争。

（三）行政性垄断的规制路径

规制行政性垄断，需要从法律、经济、政策、文化等方面多管齐下、标本兼治，具体路径如下：

（1）进一步完善我国经济和政治体制

行政性垄断行为的根基在于体制，既包括经济体制，也包括政治体制。改革和完善我国权力分配的体制，强化权力的制衡和监督，构建有限政府，是规制行政性垄断行为的主要路径。

（2）修正政府部门及其工作人员的考核、福利机制

淡化政府特别是其官员考核中经济发展指标的权重，加入市场竞争公平性、限制不正当竞争和垄断状况等市场运行质量考核指标。继续转变政府职能，严格“三定”方案的编订和执行。实行公务员工资由本地人事、财政部门统一确定、发放，严格收支两条线，淡化政府机关的单位化色彩。

（3）不断完善和严格实施《反垄断法》

建立健全立法备案与审查制度，修订与市场经济体制不相适应的法律、法规，健全社会主义市场经济法治。根据我国《宪法》和《立法法》的规定，全面清理违背《反垄断法》的法规、规章。严格实施《行政许可法》和《行政诉讼法》，使更广范围内的主体享有对抽象行政性垄断行为提起诉讼的权利。

（4）健全和实施公平竞争审查制度

国务院于 2016 年发布的《关于在市场体系建设中建立公平竞争审查制度的意见》确立了我国的公平竞争审查制度。2022 年修正的《反垄断法》第 5 条明确规定：国家建立健全公平

竞争审查制度。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在制定涉及市场主体经济活动的规定时，应当进行公平竞争审查。

健全和实施公平竞争审查制度，有助于减少政府对市场的不当干预，避免政府的规章、政策产生排除或限制市场竞争的效果，从而有助于厘清政府与市场的关系，有效发挥政府维护市场机制健康运行、保障公平竞争的职责和义务。

（四）行政性垄断的违法责任

对涉嫌滥用行政权力排除、限制竞争行为的主体，反垄断执法机构有权进行调查，有关单位或者个人应当配合。经营者、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，涉嫌违反《反垄断法》规定的，反垄断执法机构可以对其法定代表人或者负责人进行约谈，要求其提出改进措施。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，实施排除、限制竞争行为的，由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。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应当将有关改正情况书面报告上级机关和反垄断执法机构。法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的，依照其规定。

第三节 反不正当竞争法律制度

【引例】

甲公司生产的“凤岗”牌白酒，在国内市场上较有名气，属于驰名商标。后来，乙公司推出“凤岗”牌高粱酒，其酒瓶形状和瓶贴标签的图样、色彩与“凤岗”牌几乎一样，但使用的注册商标、商品名称以及公司名称地址均不同。乙公司的行为是否构成不正当竞争？为什么？

一、不正当竞争与反不正当竞争法

（一）不正当竞争

1. 不正当竞争的概念

我国立法对不正当竞争的界定，也采取了一般条款加列举的方式。《反不正当竞争法》第2条规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。本法所称的不正当竞争行为，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。”同时，该法第二章又具体列举了不正当竞争行为的表现形式。

2. 不正当竞争的特征

一般认为，不正当竞争具有以下几个特征：

（1）不正当竞争的行为主体是经营者。按照我国《反不正当竞争法》第2条规定，这里所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。不正当竞争从根本上讲是竞争主体实施的不当行为，而竞争主体只限于经营者，因此，不正当竞争的主体只能是经营者。

（2）不正当竞争是违法的竞争行为。首先，不正当竞争行为具有竞争性。它是经营者以谋取交易机会或者竞争优势为目的的争胜行为。其次，不正当竞争行为具有违法性。即不正当竞争行为的目的，在于开展竞争并谋取交易机会或者竞争优势，但其手段违反了法律的规定。

（3）不正当竞争是损害其他经营者公平竞争权的行为。这是不正当竞争行为在危害后果上所表现出的一个特征。不正当竞争行为可能直接或者间接地侵害其他经营者的知识产权、财产权、名誉权或者经营权，也必然损害消费者的合法权益，并且都是扰乱市场竞争秩序的行为，因此，不正当竞争行为所侵犯的客体具有复合性。但是，不正当竞争行为必须以侵犯其他经营

者的公平竞争权为构成要件。

（二）反不正当竞争法

反不正当竞争法，是指为了鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，而由国家制定的调整竞争关系和竞争监管关系的法律规范的总称。

二、反不正当竞争法的定位

反不正当竞争法的定位，主要是指反不正当竞争法的功能定位以及由此决定的反不正当竞争法在一国法律体系中的地位。反不正当竞争法的具体制度构建、反不正当竞争的法律适用，都在很大程度上取决于反不正当竞争法的定位。

（一）反不正当竞争法的功能定位

我国《反不正当竞争法》第1条将保护经营者和消费者的合法权益作为其立法目的，同时，该条所规定的“促进社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为”的立法目的，在一定意义上蕴含着该法保护社会整体利益的功能定位。

（二）反不正当竞争法在法律体系中的地位

世界各国不同的立法体例，反映了不同国家和地区的传统和文化，但就反不正当竞争法在法律体系中的地位而言，仍然有如下共同点：

第一，反不正当竞争法是具有多种功能的重要法律。时至今日，绝大多数国家和地区的反不正当竞争法，已不单注重保护竞争者的公平竞争权，还成为规范市场竞争秩序、维护经营者和消费者权益以及社会整体利益的具有多种功能的法律。

第二，反不正当竞争法是竞争法的重要组成部分。市场经济在本质上是一种竞争型经济，市场配置资源的决定性作用主要是通过竞争机制来发挥的。但是，竞争本身有着向垄断和不正当竞争发展的自然趋向，由竞争引起的垄断和不正当竞争，反过来又必然妨碍、限制甚至消灭竞争，并最终使市场机制遭到破坏。因此，当今世界各国和地区都十分注重制定和实施反垄断法和反不正当竞争法，来对竞争秩序进行规范。反不正当竞争法与反垄断法共同成为竞争法不可或缺的组成部分；二者分别以维护公平竞争和自由竞争为着眼点或者直接目的，进而保护经营者、消费者的权益和社会整体利益。

三、规制混淆行为的制度

（一）混淆行为的认定

所谓混淆行为，是指经营者通过擅自使用他人具有一定影响的标识等方式，引人误认为其生产、经营的商品是他人商品或者与他人存在特定联系的行为。

我国《反不正当竞争法》第6条规定的混淆行为，包括以下两类：

1. 擅自使用他人具有一定影响的标识的行为

这类混淆行为具有以下几方面的特征：

①行为主体是经营者。所谓经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和非法人组织。

②被混淆的对象是具有一定影响的标识。这里所谓“标识”，包括三种：第一，商品标识。这是指用以区分不同经营者商品（含服务）的标志。第二，主体标识。这是指表明特定主体身份的标志。第三，互联网领域中的特殊标识，包括域名主体部分、网站名称、网页等。

③混淆的手段是擅自使用。这里所谓“使用”，包括对他人具有一定影响的标识作相同使用和近似使用两种情况。这里所谓“擅自使用”，是指未经权利人同意的使用。若经营者使用他人具有一定影响的标识依法征得了权利人的同意，那么该行为不构成混淆行为。

④混淆产生了引人误认的效果。这里所谓“产生了引人误认的效果”，既包括购买者已经发生误认，也包括足以使购买者产生误认；既包括使相关公众对商品的来源产生误认，也包括使相关公众对特定联系的误认。

2. 其他混淆行为

在我国《反不正当竞争法》中，其他混淆行为，囊括了擅自使用他人具有一定影响的标识之外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所有混淆行为。《反不正当竞争法》设置这一“兜底条款”的目的，在于为认定和处理该法漏列的混淆行为和今后可能出现的新型混淆行为提供法律依据。

（二）混淆行为的法律责任

我国《反不正当竞争法》除了对包括混淆行为在内的所有不正当竞争行为均应承担的法律责任作了规定以外，还对混淆行为的特定法律责任作了以下规定：

1. 法定赔偿额

经营者实施混淆行为，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人 500 万元以下的赔偿。

2. 行政责任

经营者实施混淆行为的，由监督检查部门责令停止违法行为，没收违法商品。违法经营额 5 万元以上的，可以并处违法经营额 5 倍以下的罚款；没有违法经营额或者违法经营额不足 5 万元的，可以并处 25 万元以下的罚款。情节严重的，吊销营业执照。经营者登记的企业名称违反《反不正当竞争法》对混淆行为的禁止性规定的，应当及时办理名称变更登记；名称变更前，由原企业登记机关以统一社会信用代码代替其名称。

四、规制商业贿赂行为的制度

（一）商业贿赂行为的认定

1. 商业贿赂的定义和特征

所谓商业贿赂，是指经营者为了谋取交易机会或者竞争优势而采用财物或者其他手段贿赂可能影响交易的单位或者个人的行为。商业贿赂的特征包括：

①行为的主体是经营者。我国《反不正当竞争法》第 7 条明确禁止经营者实施商业贿赂行为。

②行为人的目的在于谋取交易机会或者竞争优势。这意味着：不是为了谋取交易机会或者竞争优势，而是为了其他目的而收买有关人员，不构成商业贿赂。

③行为人在客观上实施了以财物或其他手段给可能影响交易的单位或者个人以利益的行为。

④行为人的行为具有违法性。即行为人给可能影响交易的单位或者个人以利益的行为违反了法律规定和商业道德，足以达到认定为商业贿赂的程度。

2. 与商业贿赂行为的认定相关的概念

①折扣。即商品购销中的让利，是指经营者在销售商品时，以明示并如实入账的方式给予对方的价格优惠，包括支付价款时对价款总额按一定比例即时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例予以退还两种形式。其特征是：

第一，折扣是由经营者向交易对方所作的款项支付。此点使得折扣既区别于佣金，也区别于商业贿赂。佣金是经营者在交易活动中向买卖双方之外为其提供服务的第三人所作的劳务报酬支付；商业贿赂的支付对象是可能影响交易的单位或者个人。

第二，折扣的给予和接受是以明示和入账的方式进行的。这里所谓明示和入账，是指根据合同约定的金额和支付方式，在依法设立的反映当事人生产经营活动或者行政事业收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载。

第三，折扣具有合法性。这是因为，折扣采取明示入账的方式进行，符合商业惯例。当然，折扣要具有合法性，必须遵守价格法、反垄断法的相关规定。

②佣金。这是指经营者在市场交易中给予为其提供服务的中间人的劳务报酬。其特点是：

第一，佣金是一种劳务报酬。这也就是说，佣金是对为交易提供服务的中间人所付出的劳务的价值补偿。

第二，佣金是经营者向中间人所作的支付。依情况的不同，佣金既可以由买方支付，也可以由卖方支付，还可以由买卖双方共同支付。但无论如何，都必须以买卖双方以外的中间人为支付对象。此点使佣金区别于经营者向交易相对方支付的折扣。在向买卖双方之外的第三人支付这一点上，佣金与商业贿赂具有相似性；对此，应当结合接受支付的第三人能否被认定为是为交易提供服务的适格、合法的中间人，以及佣金和商业贿赂各自的其他特点，来判定经营者作出的支付究竟是佣金还是商业贿赂。

第三，佣金的支付和接受是以明示的方式进行的。所谓明示，通常指如实记载在经营者与中间人之间订立的居间合同、中介合同或者代理合同中；简单的交易也允许在发票上注明。此外，按照规定，经营者给中间人佣金的，必须如实入账；中间人接受佣金的，也必须如实入账。

第四，佣金具有合法性。佣金是一种劳务报酬，且采取明示入账的方式支付和接受，符合商业惯例，这是佣金具有合法性的主要原因。佣金具有合法性，这是它与商业贿赂的一个区别。

（二）商业贿赂行为的法律责任

经营者实施商业贿赂行为，除应当承担我国《反不正当竞争法》针对包括商业贿赂在内的所有不正当竞争行为规定的共通性法律责任外，还应承担如下特定责任：经营者违反该法规定贿赂他人的，由监督检查部门没收违法所得，处10万元以上300万元以下的罚款；情节严重的，吊销营业执照。

五、规制虚假或者引人误解的商业宣传行为的制度

（一）虚假或者引人误解的商业宣传行为的认定

虚假或者引人误解的商业宣传行为，是指经营者为了谋取交易机会或者竞争优势，对商品（含服务）进行虚假或者引人误解的商业宣传，导致或者足以导致购买者对商品产生错误认识的不正当竞争行为。其特点是：（1）行为的主体是经营者。这里的经营者，是指从事商品生产、经营或提供服务的自然人、法人和非法人组织。（2）行为人在主观方面表现为故意。作为不正当竞争行为的虚假或者引人误解的商业宣传是故意行为，并且行为人具有谋取交易机会或者竞争优势的动机，具有误导他人购买商品的目的。（3）行为人在客观方面对商品（含服务）作了虚假或者引人误解的商业宣传，并产生了欺骗、误导购买者的后果或者可能性。

这里的商业宣传，是指经营者直接或者间接地介绍自己所推销的商品的活动。商业宣传包括商业广告，经营者通过商业广告实施虚假或者引人误解的宣传，也可能构成不正当竞争行为。但鉴于商业广告已由我国《广告法》规制，因此，我国《反不正当竞争法》规定，对违反《广告法》规定，属于发布虚假广告的，依照我国《广告法》的规定处罚。

所谓对商品作虚假或者引人误解的商业宣传，是指对商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等与商品有关的信息作虚假或者引人误解的商业宣传。其中，对商品作虚假商业宣传，是指经营者宣传的商品信息与实际情况不相符合；对商品作引人误解的商业宣传，通常是指经营者在对商品进行宣传中使用了含糊不清或者具有多重语义的表述，或者表述虽然真实，但仅陈述了部分事实，足以使普通购买者产生错误联想。

虚假或者引人误解的商业宣传构成不正当竞争，除要求行为人实施了虚假或者引人误解的商业宣传行为外，还必须以欺骗、误导了购买者或者具有欺骗、误导购买者的可能性为要件。因此，在判断虚假或者引人误解的商业宣传是否构成不正当竞争行为时，需要把握以下几点：第一，虚假或者引人误解的商业宣传已经造成普通购买者误认误购所宣传的商品的，通常应当认定为不正当竞争行为。第二，如果对商品某些信息的宣传虽然不真实，但对购买者的购买决策不足以产生实质性影响，那么对该虚假宣传不宜认定为不正当竞争行为。第三，有的宣传虽然陈述的信息虚假，但属于宣传的艺术夸张表达，普通公众能够正确理解其含义和用意，这也不应当认定为不正当竞争行为。

鉴于组织虚假交易是长期存在于现实经济生活中的一种虚假或者引人误解的商业宣传行为，尤其是近年来在电子商务领域，一些经营者雇用他人为其“刷单炒信”以吸引消费者购买

商品，进而不当谋取交易机会或者竞争优势的现象十分普遍，因此，我国《反不正当竞争法》第8条除规定经营者不得对商品的性能、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、误导消费者外，还专门规定：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。

（二）虚假或者引人误解的商业宣传行为的法律责任

经营者违反我国《反不正当竞争法》的规定，对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者；或者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的，除应承担该法针对包括虚假或者引人误解的商业宣传在内的所有不正当竞争行为规定的共通性法律责任外，还应对其追究以下责任：由监督检查部门责令停止违法行为，处20万元以上100万元以下的罚款；情节严重的，处100万元以上200万元以下的罚款，可以吊销营业执照。此外，经营者违反，《反不正当竞争法》的规定，属于发布虚假广告的，依照我国《广告法》的规定处罚。

六、规制侵犯商业秘密行为的制度

（一）商业秘密的界定

1. 商业秘密的定义

按照我国《反不正当竞争法》第9条的规定，所谓商业秘密，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。这里所谓“权利人”，是指依法对商业秘密享有所有权或者使用权的自然人、法人和非法人组织。这里所谓“商业信息”，是指与商业活动有关的，包括但不限于技术信息、经营信息的任何类型和形式的信息。这里所谓“技术信息”，是指利用科学技术知识、信息和经验获得的技术方案。

2. 商业秘密的特征

作为一国法律所保护的商业秘密，必须具备一定的质的规定性，即特征。这些特征，也可以说是法律所保护的商业秘密的构成要件。在当代，世界各国对商业秘密特征的认识基本一致。

①秘密性。商业秘密应当是不为公众所知悉、处于保密状态、一般人不易通过正当途径或者方法获得的信息。秘密性是商业秘密最基本的特征。商业秘密的秘密性，主要体现在两个方面，即主观秘密性和客观秘密性；并且，只有同时具备这两方面秘密性的信息，才有可能构成商业秘密并成为法律保护的对象。

商业秘密的主观秘密性，是指信息的持有者具有的对该信息予以保密的主观愿望。在实践中，通常都以信息的持有者对信息是否采取了相应保密措施，来判断是否具有这种主观愿望。相应保密措施，是指权利人为防止信息泄露所采取的与商业秘密的商业价值、他人获取的难易程度等因素相适应、合理且具有针对性的保密措施。

商业秘密的客观秘密性，是指有关信息在客观上没有被公众所了解以及不能从公开渠道直接获取。在实践中，认定某种信息是否具有客观秘密性，可视具体情况的不同，分别适用两个标准。一是根据该信息是否确为公众所了解的事实加以考察，即以该信息的公开行为所造成的实际效果作为判断客观秘密性的标准。二是该信息获取的难易程度。

②非物质性。即无体性、无形性。商业秘密包括技术信息、经营信息等商业信息，这些信息往往通过设计图纸、配方、公式、操作指南、实验报告、技术记录、经营策略、方案、计划等形式表现出来。它的载体可能是有形的，但其内容则是无形的。因此，与工业产权一样，商业秘密实际上是一种无形资产，具有非物质性的特征。商业秘密的这一特性，意味着商业秘密遗失或被窃，虽然可以追回其载体，但往往难以追回其信息，这也决定了商业秘密保护方法的特殊性。

③商业价值性。即商业秘密必须是因不为公众所知悉而具有现实的或者潜在的商业价值的商业信息。商业秘密的商业价值性，具体表现为商业秘密的权利人能够作营利性使用并给其带来经济利益，或者体现为能够维持、提升商业秘密的权利人的竞争优势。

3. 商业秘密的分类

①技术秘密。所谓技术秘密，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。

技术秘密具备商业秘密的一般特征。此外，技术秘密还具有技术性特征，即技术秘密是服务于工业生产目的的、有关产品制造和工艺改造方法的知识、诀窍和经验等技术信息。技术性技术秘密与经营秘密相区别的基本标志。

②经营秘密。所谓经营秘密，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经营信息。经营秘密同样具有商业秘密的一般特征；同时，经营秘密虽不具有技术性，但具有经营管理性，即它是经营管理以及与经营管理密切相关的信息。在现实生活中，可能构成经营秘密的经营信息是繁多的，至于某项经营信息是否属于经营秘密，应根据商业秘密的构成要件，视具体情况加以认定。

③其他商业秘密。这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和经营信息之外的其他商业信息。我国在2019年4月23日修改《反不正当竞争法》之前，对商业秘密采取的是“技术秘密”和“经营秘密”的两分法；此次修改后的《反不正当竞争法》拓展了受保护的商业信息范围，将商业秘密的外延由原来的“技术信息和经营信息”修改为“技术信息、经营信息等商业信息”。通过这一兜底性的表述，使得商业秘密的表现形式不再局限于技术信息和经营信息，由此也出现了“其他商业秘密”这一概念。

（二）侵犯商业秘密行为的表现

在包括我国在内的各国立法中，一般都采取列举的方式对侵犯商业秘密的行为予以规定。根据我国《反不正当竞争法》第9条的规定，侵犯商业秘密的行为主要包括以下几类：

1. 不正当取得权利人的商业秘密

这是指以盗窃、贿赂、欺诈、胁迫、电子侵入或者其他不正当手段获取权利人商业秘密的行为。

2. 不正当披露权利人的商业秘密

这类行为具体又包括两种：一是披露不正当取得的商业秘密的行为；二是违反保密义务或权利人有关保守商业秘密的要求，披露其所掌握的权利人的商业秘密的行为。

3. 不正当使用或允许他人使用权利人的商业秘密

这类行为也包括两种：一是使用或允许他人使用不正当取得的商业秘密的行为；二是违反保密义务或权利人有关保守商业秘密的要求，使用或者允许他人使用其所掌握的权利人的商业秘密的行为。

4. 教唆、引诱、帮助他人侵犯权利人的商业秘密

这是指教唆、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的行为。经营者以外的其他自然人、法人和非法人组织实施该违法行为的，视为侵犯商业秘密。

5. 恶意获取、披露、使用或允许他人使用来自侵权人的商业秘密

我国《反不正当竞争法》规定，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、个人获取、披露、使用或者允许他人使用商业秘密违法，但仍然获取、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。

为了准确认定侵犯商业秘密的行为，我国司法实践中还从另一角度对不视为侵犯商业秘密的行为予以明确。例如，按照最高人民法院相关司法解释和国家市场监督管理总局的相关规定，通过自行开发研制或者反向工程等类似方式获得商业秘密，不认定为侵犯商业秘密行为。所谓“反向工程”，是指通过技术手段对从公开渠道取得的产品进行拆卸、测绘、分析等而获得该产品的有关技术信息。

（三）侵犯商业秘密行为的法律责任

我国《反不正当竞争法》除对包括侵犯商业秘密在内的所有不正当竞争行为的共通性法律责任作了规定之外，还对侵犯商业秘密应当承担的特定法律责任作了以下规定：

1. 对恶意侵犯商业秘密情节严重的行为的惩罚性赔偿规定

通常而言，因侵犯商业秘密行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。但对恶意侵犯商业秘密情节严重的行为，我国《反不正当竞争法》确立了惩罚性赔偿制度，即经营者恶意实施侵犯商业秘密行为，情节严重的，可以在按照上述方法确定数额的1倍以上5倍以下确定赔偿数额。

2. 对侵犯商业秘密行为法定赔偿额的规定

经营者实施侵犯商业秘密行为，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节判决给予权利人500万元以下的赔偿。

3. 对侵犯商业秘密行为行政责任的规定

经营者以及其他自然人、法人和非法人组织实施侵犯商业秘密行为的，由监督检查部门责令停止违法行为，没收违法所得，处10万元以上100万元以下的罚款；情节严重的，处50万元以上500万元以下的罚款。

七、规制不当有奖销售行为的制度

（一）不当有奖销售行为的认定

有奖销售又称为附奖赠促销，是指经营者销售商品或者提供服务，附带性地向购买者提供物品、金钱或者其他经济上的利益，以促进销售的行为。有奖销售包括两种：一是奖励所有购买者的附赠式有奖销售；二是奖励部分购买者的抽奖式有奖销售。按照规定，凡以抽签、摇号等带有偶然性的方法决定购买者是否中奖的，均属于抽奖方式。

不当有奖销售，又称为不当附奖赠促销，是指经营者违反诚信和公平竞争的原则，利用物质、金钱或者其他经济利益引诱购买者与之交易，损害竞争对手的公平竞争权行为。不当有奖销售具有以下特征：（1）行为的主体是作为卖方的经营者；（2）行为人在主观上存在故意的心理状态，并且具有促进销售的目的；（3）行为人在客观上实施了法律所禁止的有奖销售行为；（4）行为侵害了正常的竞争秩序，损害其他经营者的公平竞争权。

不当有奖销售在现实生活中具有多种具体表现形式，我国《反不正当竞争法》第10条将其划分为以下两类：

①欺骗性有奖销售。即经营者采用欺骗购买者的方式实施有奖销售的行为。它包括以下行为：第一，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；第二，采用谎称有奖的欺骗方式进行有奖销售；第三，采用故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售。

②巨额抽奖式有奖销售。这是指最高奖的金额超过5万元的抽奖式有奖销售。巨额抽奖式有奖销售一般中奖概率低，却能吸引大量存在侥幸心理的顾客，从而严重影响其他经营者的正常经营活动，破坏公平竞争秩序。此外，过度的有奖销售还会助长人们的投机心理，败坏社会风气。因此，法律对这种促销方式加以禁止。

（二）不当有奖销售的法律責任

我国《反不正当竞争法》第22条对不当有奖销售法律責任的专门规定是：经营者实施不当有奖销售的，由监督检查部门责令停止违法行为，处以5万元以上50万元以下的罚款。

八、规制诋毁他人商誉行为的制度

（一）诋毁他人商誉行为的认定

诋毁他人商誉行为又称商业诽谤行为、商业诋毁行为，是指经营者通过编造、传播虚假信息或者误导性信息，损害竞争对手的商誉，以削弱其竞争力，由此获取不正当利益的行为。这一行为的特征是：

1. 行为的主体是经营者

在实践中，经营者通常自己实施诋毁竞争对手商誉的行为，但有时候，经营者也利用他人实施这种行为。当经营者利用他人实施诋毁竞争对手商誉的行为时，被唆使、收买或者欺骗的行为人的行为，应视为该经营者的行为。当然，具体实施行为的人不能免除其应承担的法律责任。

2. 行为人在主观上存在故意

即行为人实施诋毁竞争对手商誉的行为，目的在于贬低竞争对手的商誉，从而削弱其竞争力，进而谋求自己的交易机会或者竞争优势。经营者也可能过失造成竞争对手商誉的损害，并由此承担侵权法上的责任，但过失行为并不构成诋毁竞争对手商誉的不正当竞争行为。

3. 行为侵害的直接客体是作为竞争对手的特定经营者的商誉

这里的“商誉”，包括商业信誉和商品声誉，是指经营者在生产、流通和与此有直接联系的经济行为中逐渐形成的，反映社会对其生产、产品、销售、服务等多方面的综合评价。特定经营者的商誉是诋毁竞争对手商誉行为侵害的直接客体。同时，这种侵害伴随着对竞争对手的公平竞争权的侵犯，这也正是诋毁竞争对手商誉被作为不正当竞争行为对待的原因。

4. 行为的客观方面表现为诋毁或诽谤

即行为人编造、传播了虚假信息或者误导性信息，对竞争对手的商誉进行诋毁。行为方式包括散发传单、寄送信函、召开新闻发布会、刊播广告、张贴告示等。

（二）诋毁他人商誉行为的法律责任

我国《反不正当竞争法》第23条对诋毁他人商誉行为法律责任的专门规定是：经营者违反该法规定，损害竞争对手商业信誉、商品声誉的，由监督检查部门责令停止违法行为、消除影响，处10万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，处50万元以上300万元以下的罚款。

八、规制网络领域不正当竞争行为的制度

（一）网络领域不正当竞争行为的认定

网络领域不正当竞争行为，是指经营者以网络为手段实施的不正当竞争行为。

网络领域不正当竞争行为可以划分为以下两类：

（1）网络领域的传统不正当竞争行为。这是指经营者利用网络但未使用网络专业技术手段实施的不正当竞争行为。这类不正当竞争行为是传统不正当竞争行为在网络领域的延伸。例如，利用网络实施混淆、虚假商业宣传、商业诋毁等不正当竞争行为，即属于这类不正当竞争行为。这类不正当竞争行为与传统不正当竞争行为相比并不存在实质上的差别，只是在行为上使用了网络手段。对这类不正当竞争行为，按照反不正当竞争法关于传统不正当竞争行为的相关规定认定和处理。

（2）网络领域特有的不正当竞争行为。这是指经营者利用网络专业技术手段，通过影响用户选择或者其他方式实施的妨碍、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。这里的“运行”，应当作宽泛的理解，既包括网络产品或者服务的安装、使用，也包括下载。与其他领域一样，在网络领域，经营者合法提供的网络产品或者服务应当平等地接受用户的自主选择，经营者通过影响用户选择或者其他方式实施妨碍、破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务的正常运行，违反了公平、诚实信用等原则和商业道德，损害了其他经营者的公平竞争权和消费者的合法权益，因而是不正当竞争行为。

按照我国《反不正当竞争法》第12条的规定，“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”，具体包括以下几种：（1）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。（2）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。（3）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。（4）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。

（二）网络领域不正当竞争行为的法律责任

网络领域不正当竞争行为，应当承担我国《反不正当竞争法》针对所有不正当竞争行为所规定的共通性法律责任。此外，对于网络领域特有的不正当竞争行为，我国《反不正当竞争法》第24条还专门规定了如下责任：经营者违反该法规定，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，由监督检查部门责令停止违法行为，处10万元以上50万元以下的罚款；情节严重的，处50万元以上300万元以下的罚款。

第四节 消费者权益保护法律制度

一、消费者与消费者保护法

（一）消费者的界定

通常意义上的消费者，是指为生活消费需要购买和使用商品或服务的人。它是与商品的生产者、销售者和服务提供者即经营者相对应的一类市场主体。这一类市场主体与经营者相比，在交易中处于弱势地位，无法以自身的实力与经营者相抗衡，需要国家对其利益进行特殊保护。对于消费者概念的界定，需要从三个方面加以把握：

第一，消费主体。强调消费者的自然人属性是国际社会的通行做法，也与消费者保护的立法宗旨和目标相符合。消费者保护法，是在对市场经济条件下消费者弱势地位充分认识的基础上给予消费者特别保护的立法，单位或机构作为团体，在以某种形式进行交易时并不缺乏专门知识和交涉技能，因而不具备予以特殊保护的理论基础。

第二，消费目的。作为消费者，其消费目的是为生活需要而进行消费。在现代经济生活中，消费有生产消费和生活消费之分，生产消费的主体主要是企业等生产经营单位，生活消费的主体则一般是自然人。在上述两类消费中，消费者保护法只调整生活消费而不调整生产消费。

第三，消费客体，又称消费品。对于消费品的含义各国法律见解不一，差异较大，但包括商品和服务两种基本类型，则无争议。商品，通常是指用于交换的有形物品，但消费者权益保护法上的商品，仅限于消费品，即可用于生活消费的商品。现代社会，服务业日趋发达，服务消费成为生活消费的重要内容，而且服务领域呈不断扩大趋势，交通运输、旅游、电信、金融、医疗、文化、法律服务等均属于现代服务的范畴，应纳入消费者保护法的规制之下。

（二）消费者保护法的概念和特点

消费者保护法，是指以保护消费者利益为宗旨，调整在保护消费者权益过程中所发生的各类社会关系的法律规范的总称。

消费者保护法具有对象特定性、权力配置倾斜性及规范强制性等特点。首先，消费者保护法以消费者这一特定社会群体作为保护对象。消费者保护法是商品经济发展到一定阶段，在国家充分认识到消费者的弱势地位的基础上，通过法律干预经济生活的产物，保护消费者权益是其最为核心的立法宗旨。其次，消费者保护法对消费者和经营者双方当事人之间关系的调整，采取了完全不同于民商法所采取的均等保护的方法和手段，而以保护消费者利益为宗旨，赋予消费者更多的权利，课以经营者更为严格的义务，在权力配置上明显向消费者倾斜，是典型的强调实质公平的法律。最后，与传统的民商法不同，消费者保护法在承认传统私法所确认的权利的同时，强调公权力的介入，以社会正义、实质正义为价值追求，体现国家对私法领域的干预。因此，在消费者保护立法中多为强制性规范，交易者的意思自治受到严格限制。

消费者保护法从消费者利益出发，在充分考虑消费者弱势地位的基础上，给予消费者特殊的法律保护，是国家对经济生活的一种干预，是国家运用公权力来纠正市场信息不对称的缺陷。因此，消费者保护法本质上是经济法，是市场规制法的重要部门法。

二、消费者保护法的立法体例

我国在消费者保护立法方面采取了专门立法的体例。1993年10月31日，第八届全国人

大常委会第四次会议通过了《消费者权益保护法》，该法确立了消费者知情权、公平交易权、依法受偿权等基本权利，成为保护我国消费者权益的基本法，为维护消费者权益提供了重要的法律保障。随着互联网的迅速发展，网络购物已成为人们主要消费方式之一。为了解决消费领域出现的新情况新问题，《消费者权益保护法》于2013年10月进行了修正，对网络购物、权益诉讼、惩罚性赔偿等有关消费者权益保护方面的热点问题作出了积极回应。一方面，该法明确了网络购物“无理由退货制度”，赋予网购消费者“反悔权”；另一方面，该法进一步强化了经营者的义务，加重对违法经营行为的惩罚力度，从原规定的“退一赔一”提高到“退一赔三”，且对明知商品或服务存在缺陷，造成消费者或其他受害人死亡或健康严重损害的行为，除追究刑事责任外，还明确规定受害人不仅有权要求经营者依照该法规定赔偿损失，还有权要求所受损失两倍以下的惩罚性赔偿。《消费者权益保护法》为保护消费者的合法权益、维护社会经济秩序、促进社会主义市场经济健康发展发挥了极为重要的作用。

三、消费者保护法的原则

（一）自愿、平等、公平、诚实信用和依法交易原则

自愿、平等、公平、诚实信用是市场交易的基本原则，依法交易是消费者保护法对经营者的最低要求，也是经营者在与消费者进行交易时的法定义务。这一原则要求经营者在与消费者进行交易时，诚实守信，尊重消费者的意愿，不得恃强凌弱，不得采取欺诈或者其他违法手段，不得损害消费者的合法权益。

（二）对消费者予以特别保护原则

对消费者予以特别保护是消费者保护立法的根本宗旨，也是贯穿该法的一项基本原则。消费者保护法只规定消费者权利而不规定义务和只规定经营者义务而不规定其权利，以及该法在消费争议解决、消费者权益受损救济等问题上所创设的一系列有利于消费者的制度，均突破了传统法律平等保护的思想，体现了现代立法对实质公平的追求。

（三）国家保护和社会监管相结合的原则

由于消费者与经营者地位上的不平等，需要国家对消费关系进行干预，达到实质上的平等。同时，由于客观上的原因，国家的干预和监督也会存在种种局限，这就要求社会各类组织和个人，尤其是以保护消费者权益为宗旨的消费者保护组织，参与到对涉及消费者权益的经济与社会活动的监督中来。我国《消费者权益保护法》也明确规定了这一原则，确立了国家保护与社会监督相结合的全面保护的基本指导思想。

四、消费者的权利

消费者保护法是基于消费者弱势地位而予以特别保护的法律规定，因此，消费者权利历来是消费者保护法的核心内容。主要权利内容包括如下十个方面。

（一）安全保障权

消费者的安全保障权，是指消费者在购买、使用商品或接受服务时所享有的保障人身和财产安全不受侵害的权利，是消费者最基本的权利。它包括人身安全和财产安全两个方面，而人身安全又包括消费者的健康不受损害和生命安全保障两个方面。

我国《消费者权益保护法》规定，消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利，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。

（二）知悉真情权

知悉真情权，或称知情权，是指消费者享有的知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者只有充分了解了商品和服务，才能知晓商品和服务是否能满足自己的要求。同时，也只有满足了消费者的知情权，消费者才能正确地消费商品和服务。因此，信息的准确、及时、有效获取对于消费者具有至关重要的意义。为此，我国《消费者权益保护法》第8条对消费者的知悉真情权作了明确规定。

知悉真情权具有两方面的基本内涵：一是消费者有权了解商品或服务的真实情况；二是有权充分获取其购买、使用的商品或接受的服务的相关信息。根据《消费者权益保护法》的有关规定，消费者有权了解和获取的信息范围包括：商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

（三）自主选择权

自主选择权，是指消费者享有的根据自己的意愿自主选择其购买商品及接受服务的权利。

市场经济是建立在意思独立和意志自由的基础之上的自主经济和平等经济，它反对任何形式的强买强卖与欺行霸市。消费者作为与经营者相对立的市场主体，必须拥有独立的意志和自主选择消费的权利，任何人不得违背消费者的真实意思，强行推销商品和服务。

根据《消费者权益保护法》的规定，消费者的自主选择权具有以下几个方面的内容：一是自主选择经营者；二是自主选择商品品种和服务方式；三是自主决定购买或不购买商品、接受或不接受服务；四是在自主选择商品或服务时有权进行比较、借鉴和挑选。

（四）公平交易权

公平交易权，是指消费者在与经营者之间进行消费交易所享有的获得公平交易条件的权利。公平交易是市场经济的本质要求。公平交易的本质就是交易过程中体现公平、公正和合理的结果，任何以欺诈、胁迫、排挤或限制，以及有违平等互利、等价有偿原则的交易均属于不公平交易。

公平交易权的内容具体可以概括为以下几点：其一，消费者有权要求商品或服务应当具备公众普遍认为其应当具备的功能或质量；其二，消费者有权要求商品或服务的定价合理，即价格公允；其三，消费者有权要求商品或服务的计量正确，不得克扣或短斤少两、不得降低服务水准；其四，消费者有权拒绝经营者的强制交易行为。

（五）依法求偿权

依法求偿权，是指消费者在因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害时，依法享有的要求并获得赔偿的权利，它是弥补消费者所受损害的必不可少的救济性权利。

致人损害应承担赔偿责任，是法的一般理念和规则。消费者在购买商品或接受服务时，可能会由于商品或服务的质量、价格、计量等方面的原因而受到人身和财产方面的损害。对于这些损害，从损害赔偿的一般法理上说，当然要予以赔偿，以补偿受损者，惩戒致害者，维护市场秩序。与单纯的赔偿消费者财产损失的民事责任不同，我国《消费者权益保护法》第55条专门规定了惩罚性赔偿制度，其目的在于惩罚不法经营者，鼓励受损害的消费者与侵害消费者的不法行为作斗争。此外，快捷、高效的争议解决和诉讼救济机制对于消费者求偿权的实现具有至关重要的作用。

（六）网购反悔权

网购反悔权，其本质是一种适当期间的单方合同解除权，又称消费者反悔权或撤销权，是指消费者在限定的交易类型中，在与经营者缔约后，可在法定期限内按规定程序单方无条件解除合同，且不承担任何补偿性费用的权利。

消费者的单方合同解除权，源于“无因退货”这一商家相互竞争的现代营销手段，目前已成为不少发达市场经济国家的一项法定权利。该项权利的最终确立，与消费者权益保护运动的蓬勃发展密切相关，也反映出消费者保护立法及其理论的不断发展和完善。因为在当今发达的市场经济条件下，已经不能固守传统形式上的契约自由原则，对消费者与经营者的关系也不能从传统民法中的平等主体关系的角度来考量，而应当侧重实现实质正义。相反，有条件地赋予消费者单方享有反悔权，是对消费者进行的特别保护，符合实质上的公平正义。

由于我国刚刚开始实行这项制度，且我国消费者的整体素质有待进一步提高，在所有消费领域全面实施消费者反悔权制度的条件尚不成熟。为此，我国《消费者权益保护法》在2013

年引入该项制度时,对其适用范围和行使条件作出了较为严格的限制。根据规定,目前该项权利仅适用于采用网络、电视、电话、邮购等远程交易方式销售商品,且消费者定作的商品、鲜活易腐的商品等法定不适用单方合同解除权的商品被排除在外;同时要求商品完好无损,并在法定的期限内行使权利。

(七) 依法结社权

依法结社权,是指消费者为了维护自身合法权益而依法组织社会团体的权利。

消费者依法结社权不仅是宪法上公民结社自由在消费者群体上的具体体现,也是消费者改善自身弱势地位的必然要求。消费者往往是孤立的、分散的社会成员,其面对的经营者却表现为具有强大实力、庞大的组织机构,常常是拥有各种专门知识和经验的专业人员的企业。同时,经营者为了垄断市场、获得超额利润,往往通过协议等方式,采取一致行动,共同对付消费者。为了与强大的经营者及其经营者联盟相抗衡,实现与经营者之间的真正平等,依法组成社会团体来维护自身合法权益便具有现实必要性。为此,不少国家消费者保护法都赋予消费者依法结社的权利,我国也不例外。

消费者享有依法结社权,意味着政府不仅不能对合法的消费者团体加以限制,还应该制定有关消费者方面的政策时充分征求消费者团体的意见,支持消费者团体依法行使权利和开展工作。

(八) 受教育权

消费者受教育权,又称求知权、获得教育权,是指消费者享有的获得有关消费和消费者权益保护方面知识的权利。消费者受教育权既是接受教育之类的宪法性权利在消费者保护立法中的具体化,也是从消费者知悉真情权中引申出来的一种权利。

在现代社会条件下,消费者是以他人生产、经营的产品及提供的服务作为消费对象的,作为商品的使用者及服务的接受者,消费者面对的是不断更新、日益复杂的商品和服务,只有不断更新知识,才能更好地了解和掌握所需商品或服务的使用技能,缩小与经营者在知识和信息方面的差距,更好地实现知悉真情权,提高自我保护能力,而消费者权利意识的增强及信息知识的取得都需要通过实施消费者教育来实现。正因为如此,我国《消费者权益保护法》明确规定消费者享有受教育权。

消费者教育的内容包括消费知识教育和消费者保护知识教育。消费知识包括与消费者正确选购、公平交易、合理地使用消费品、接受服务有关的知识,如关于选购商品的方法、选购商品应注意的问题、商品的一般价格构成、商品的正常功能、使用商品应注意的问题等;有关消费者保护方面的知识,主要是指消费者保护自己的法律知识与保护途径等方面的知识。消费者受教育权作为一种权利,一方面意味着消费者有通过适当方式表达获得有关商业服务消费知识和消费者保护知识的要求的权利,另一方面意味着政府、社会应当提供相应的条件,努力保证消费者能够接受这种教育。

(九) 获得尊重权

获得尊重权,是指消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的人格尊严、民族习惯以及个人信息得到尊重和保护的權利。

人的尊严是基于人类自身的自然存在、社会存在和超越性存在而产生和发展的,是人所拥有的不可剥夺、不可侵犯的根本性权利。尊严,是人的存在意义和存在价值的最高体现。赋予消费者受尊重权既是马克思主义尊严观的要求,也是宪法及民法规定的各种人身权保护原则和制度在消费生活中的具体体现。尊重消费者的人格尊严和民族风俗,保护消费者的个人信息,有助于形成公序良俗,有利于社会文明进步。

(十) 监督批评权

消费者的监督批评权,是指消费者享有的对于商品和服务以及消费者保护工作进行监督和批评的权利。监督批评权同样是宪法性权利在消费者保护法中的具体化,对于消费者保护法运

行良性反馈机制的形成和法治社会的构建都具有积极的意义。

五、各类主体保护消费者的义务

（一）经营者的义务

根据我国《消费者权益保护法》第三章的有关规定，在保护消费者权益方面，经营者负有下列基本义务：

1. 依法定或约定履行义务

经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《消费者权益保护法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

2. 听取意见和接受监督

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。这是与消费者的监督批评权相对应的经营者义务。

3. 保障消费者人身和财产安全

这是与消费者安全保障权相对应的经营者的安全保障义务。为了有效实现消费者的安全保障权，我国《消费者权益保护法》规定：经营者应当保证其提供的商品或服务符合保障人身、财产安全的要求；对于可能危及人身、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。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。从上述规定中可以看出，这里的安全保障既包括商品安全、服务安全，也包括经营场所安全。

4. 不作虚假或引人误解的宣传

这是与消费者的知悉真情权相对应的经营者义务。为了保证消费者的知悉真情权，经营者应向消费者提供有关的商品或服务的真实信息，不得作虚假或引人误解的宣传，否则就构成侵犯消费者权益的行为和不正当竞争行为。消费者就经营者提供的商品或服务的质量和使用寿命等具体问题提出询问时，经营者应当作出真实、明确的答复。在价格标示方面，经营者在提供商品时，应当明码标价。

5. 出具相应的凭证和单据

经营者在提供商品或服务时，应当按照国家有关规定或商业惯例向消费者出具发票等购货凭证或服务单据；消费者索要发票等购货凭证或服务单据的，经营者必须出具。由于购货凭证或服务单据具有重要的证据价值，对于界定消费者和经营者的权利义务也具有重要意义，所以，明确经营者出具相应的购货凭证和服务单据的义务，有利于保护消费者权益。

6. 品质担保义务

经营者的品质担保义务分为默示担保和明示担保。默示担保是指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。明示担保是指经营者以广告、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一致。

7. 承担退货、更换或修理等义务

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7日内退货；7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。依照上述规定进行退货、更换、修理的，经营者应当承担运输等必要费用。

如前所述，与消费者的适当期间单方合同解除权相对应，《消费者权益保护法》还规定了“无理由退货”的情况，即在经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品时，消费者有权自收到商品之日起7日内退货，且无需说明理由，但下列商品除外：（1）消费者定作的；（2）鲜活易腐的；（3）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；（4）交付的报纸、期刊。除上述商品外，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。需强调的是，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7日内退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，按其约定。我国现行立法对于无理由退货制度设定的诸多限制体现了法律在经营者权益和消费者权益之间的平衡。

8. 不得从事不公平、不合理的交易

为了保证消费者的公平交易权，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，作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者权益应当承担的民事责任。格式条款、通知、声明、店堂告示等含有上述内容的，其内容无效。

9. 尊重消费者人格尊严的义务

人身权是基本人权，消费者的人格尊严、人身自由不受侵犯。为此，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。

10. 信息提供与个人信息保护的义务

在高度商业化和信息化的时代，属于个人的私密空间被不断地压缩。一方面，“不受打扰的独处”对于现代人来说几乎成了一种奢望，人们饱受各种商业广告和商业信息的滋扰；另一方面，消费者的个人信息又在不断地被外泄和商业化利用。因此，强化经营者对消费者的信息提供与对消费者的个人信息保护义务，就显得极为必要。

为此，我国《消费者权益保护法》作出了如下具体规定，以规范经营者的信息收集和使用行为：（1）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。（2）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。（3）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。

（二）国家的义务

1. 保护消费者权益是国家的职责

根据现代法治理论，国家是与公民权利相对的概念，其直接根源于公民权利，公民权利决定国家义务。随着社会经济的发展和“效能政府”“法治政府”等观念的不断深入，国家义务正在由抽象法律义务向具体法律义务转变，政府除了对公民权利予以充分尊重之外，还需要通过制度保障、权利侵害排除以及权利救济等来保障和促进公民权利的实现。

在现代市场经济体系中，政府和市场是两个相互关联的重要组成部分，既要发挥市场在资源配置方面的决定性作用，也要更好地发挥政府作用。正是由于单纯的市场机制无法给消费者提供有效的保护，才有了消费者保护法的诞生，通过国家权力来遏制侵犯消费者权利行为的发生，促进和保障消费者权益的有效实现。因此，国家是消费者权利实现的关键主体。

2.《消费者权益保护法》所规定的国家义务

为了有效地保护消费者权益，维护市场秩序，国家应当保护消费者的合法权益不受侵害，并应采取措施，保障消费者依法行使权利，维护其合法权益。依据我国《消费者权益保护法》第四章的规定，国家应在以下方面承担起保护消费者权益的义务：

(1) 立法方面的保护义务

只有把消费者权益保护上升到立法的高度，才能为消费者权益提供制度保障基石，所以制定和完善有关消费者权益保护立法是国家在维护消费者权益方面的一项基本任务。《消费者权益保护法》还规定，国家制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准，应当听取消费者和消费者协会等组织的意见。因此，立法机关在把消费者政策上升为法律时，也应该听取消费者的意见和要求。

(2) 行政管理方面的保护义务

政府的行政管理工作与消费者权益的保护水平直接相关。各级人民政府应当加强领导，组织、协调、督促有关行政部门做好保护消费者合法权益的工作，落实保护消费者合法权益的职责。各级人民政府应当加强监督，预防危害消费者人身、财产安全行为的发生，及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。

我国《消费者权益保护法》除对各级政府在消费者权益保护方面的义务作出规定以外，还特别强调政府的一些具体职能部门在消费者权益保护方面的义务。根据该法规定，各级工商行政管理部门和其他有关行政部门应当依照法律、法规的规定，在各自的职责范围内，不断畅通消费者诉求表达、矛盾化解、权益维护的渠道，加强消费维权监督执法，保护消费者的合法权益。

另外，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。

(3) 惩治违法犯罪行为方面的保护义务

对违法犯罪行为有惩处权力的有关国家机关，应当依照法律、法规的规定，惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为。

司法救济是运用国家司法权调整处理各种社会关系和矛盾并强制相关当事人履行法定义务的一种救济手段，具有权威性、强制性等特点，也是保障消费者权益的最终和最有效的途径。便捷、高效的司法救济对于消费者权利的维护具有特殊的价值和意义，因此，人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。对符合我国《民事诉讼法》起诉条件的消费者权益争议，必须受理，及时审理，以使消费者权益争议尽快得到解决。

(三) 社会的义务

保护消费者权益，不仅是国家的责任，也是全社会的共同职责。对此，我国《消费者权益保护法》明确规定，“国家鼓励、支持一切组织和个人对损害消费者合法权益的行为进行社会监督”。只有建立起全社会共同保护消费者权益的保护机制，才能使消费者的合法权益得到最充分、最有效的保护。

首先，大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传工作，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。大众传播媒介的宣传，可能针对关于商品或服务知识，也可能针对消费者权益保护知识，并应对侵害消费者合法权益的行为进行报道，实行监督。

其次，消费者组织应担负起履行消费者权益维护及宣传教育的职责。消费者组织是指依法成立的，对商品和服务进行社会监督，保护消费者合法权益的社会组织，属于非营利性、公益性的社会组织，是保护消费者合法权益体系中的重要组成部分，包括中国消费者协会和各地设立的消费者协会，以及由消费者依法成立的旨在维护自身合法权益的其他社会组织。

根据《消费者权益保护法》的有关规定，消费者协会履行下列职能：（1）向消费者提供消费信息和咨询服务；（2）参与制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准；（3）参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；（4）就有关消费者合法权益问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；（5）受理消费者投诉，并对投诉事项进行调查、调解；（6）对商品和服务的质量问题委托具备资格的鉴定人鉴定；（7）支持受损害的消费者起诉或依《消费者权益保护法》起诉；（8）通过大众传播媒介对损害消费者合法权益的行为予以揭露、批评。

六、消费者权利的法律救济

（一）消费者权益争议的解决

1. 争议解决的途径

消费者权益争议，简称消费争议，或称消费纠纷，是指消费者与经营者在购买、使用商品或接受服务过程中发生的权益争议。我国《消费者权益保护法》规定了五种争议解决途径，即：（1）与经营者协商和解；（2）请求消费者协会或依法成立的其他调解组织调解；（3）向有关行政部门投诉；（4）根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；（5）向人民法院提起诉讼。

2. 解决争议的几项特殊规则

（1）销售者的先行赔付义务

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。

（2）生产者和销售者的连带责任

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。此时，销售者与生产者可看作一个整体，对消费者承担连带责任。

（3）消费者接受服务受损害时的赔偿责任

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。

（4）变更后的企业仍应承担赔偿责任

消费者在购买、使用商品或者接受服务时，其合法权益受到损害，因原企业分立、合并的，可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

（5）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，消费者可以向其要求赔偿，也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

（6）展销会举办者、柜台出租者的特殊责任

通过展销会、出租柜台销售商品或者提供服务，不同于一般的店铺营销方式。为了在展销会结束后或出租柜台期满后，使消费者能够获得赔偿，法律规定，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。

（7）网络平台提供者的特殊责任

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。政府市场监管部门应依法做好网络交易平台的监测工作，切实维护网络市场秩序和消费者合法权益。

（8）从事虚假广告行为的经营者及相关主体的责任

广告对消费行为的影响尽人皆知。为规范广告行为，《广告法》《反不正当竞争法》《消费者权益保护法》均对虚假广告作了禁止性规定。《消费者权益保护法》规定：（1）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。（2）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。（3）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。

（二）法律责任的确定

消费者权益保护法以其独特的价值尺度，规定消费者享有的基本权利及经营者负有的基本义务，力图使原本强弱悬殊的利益群体之间趋于平衡。当消费者的权益因经营者及相关责任主体的原因无法行使或受到损害时，消费者权益保护法规定可采取相应的措施对违法者予以制裁。一般来说，违法者需要承担的法律责任主要有两类：一类是赔偿性法律责任；另一类是惩罚性法律责任。

1. 赔偿性法律责任的确定

追究赔偿性法律责任的目的在于使受害人遭受的权利损害和财产损失能够得到恢复和补救。侵犯消费者权益的行为主要包括对消费者人身权和财产权的侵犯。

（1）侵犯人身权的法律责任

人身权是重要的基本人权，为此，《消费者权益保护法》对侵犯消费者人身权的法律责任作了专门规定，其主要内容包括：

①致人伤亡的法律责任。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侵犯人格尊严或侵犯人身自由的法律责任。法律明确规定，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。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。

（2）侵犯财产权的法律责任

在消费侵权中，大量涉及的是对消费者财产权利的侵犯。为此，《消费者权益保护法》规定：（1）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。（2）经营者以预收款方式提供商品或者服务的，应当按照约定提供。未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回预付款，并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。（3）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。（4）该法特别强调，经营者对消费者未尽到安全保障义务，造成消费者损害的，应当承担侵权责任。

（3）相关法律、法规在法律责任确定方面的协调

《消费者权益保护法》属于专门针对消费者权益保护所作出的专门立法。根据特别法优于一般法的原则，特别法有特殊规定的适用特别法，没有特殊规定的适用一般法。因此，在《消费者权益保护法》没有规定的情况下，《民法典》等相关立法同样适用于消费侵权纠纷。为此，《消费者权益保护法》规定，经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：（1）商品或者服务存在缺陷的；（2）不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的；（3）不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的；（4）不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的；（5）生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；（6）销售的商品数量不足的；（7）服务的内容和费用违反约定的；（8）对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；（9）法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

2. 惩罚性法律责任的确定

与以补救受害人的损失为功能的赔偿性法律责任不同，惩罚性法律责任则重在通过对违法者的惩罚，起到法律的威慑和惩戒作用。由于在消费者侵权领域，违法者侵犯的不仅仅是单个的消费者利益，而是整体的社会经济秩序，仅补偿私人损失不足以达到有效规制市场秩序的目的，所以《消费者权益保护法》还专门规定了惩罚性法律责任。

（1）一般性违法行为应承担的惩罚性法律责任

①欺诈行为的惩罚性赔偿责任。《消费者权益保护法》第55条规定，经营者提供商品或者服务有欺诈行为的，应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失，增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的3倍；增加赔偿的金额不足500元的，为500元。法律另有规定的，依照其规定。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该法有关规定赔偿损失，并有权要求所受损失2倍以下的惩罚性赔偿。这是我国关于惩罚性赔偿责任最为明确的规定，属于特别法上的责任规则。设定这一规则的目的，一是惩罚性地制止损害消费者的欺诈行为人，特别是制造、销售假货的经营者；二是鼓励消费者同欺诈行为做斗争。惩罚性赔偿责任超越了传统的民事责任，是一种借助私法责任的手段和形式达成公法责任的目的，兼具有公法和私法责任融合特征的特殊法律责任形式。

②其他惩罚性责任。依据《消费者权益保护法》的规定，经营者有下列情形之一的，除承担相应的民事责任外，其他有关法律、法规对处罚机关和处罚方式有规定的，依照法律、法规的规定执行；法律、法规未作规定的，由工商行政管理部门或者其他有关行政部门责令改正，可以根据情节单处或者并处警告、没收违法所得、处以违法所得1倍以上10倍以下的罚款，没有违法所得的，处以50元以下的罚款；情节严重的，责令停业整顿、吊销营业执照：①提供的商品或者服务不符合保障人身、财产安全要求的；②在商品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格商品冒充合格商品的；③生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的；④伪造商品的产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址，篡改生产日期，伪造或者冒用认证标志等质量标志的；⑤销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的；⑥对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的；⑦拒绝或者拖延有关行政部门责令对缺陷商品或者服务采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施的；⑧对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求，故意拖延或者无理拒绝的；⑨侵害消费者人格尊严、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；⑩法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。经营者有上述规定情形的，除依照法律、法规规定予以处罚外，处罚机关应当记入信用档案，向社会公布。经营者违反该法规定，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的，先承担民事赔偿责任。

（2）严重违法行为应承担的惩罚性法律责任

经营者及相关责任主体严重违反法律规定，侵犯消费者合法权益的，依法应当承担刑事责任。依照我国《消费者权益保护法》的规定，经营者严重违法构成犯罪的行为包括：（1）经营者提供商品或者服务，侵害消费者合法权益，构成犯罪的；（2）以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的。此外，国家机关工作人员玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益，情节严重，构成犯罪的，也应依法追究刑事责任。

第五节 产品质量监管法律制度

一、产品质量监管法律制度概述

（一）产品质量监管法律制度的定义

产品质量监管法律制度，是指产品质量立法确立的对产品质量的形成、维持和提高进行监督管理的主体、方式、程序等方面的制度安排。

我国产品质量监管法律制度的框架，主要由《产品质量法》搭建。该法确立了产品质量监管体制，明确了产品质量监管的具体措施，设定了产品质量违法行为的法律责任。这些规定是国家和社会对产品质量实施监管的基本依据。但是，该法仅仅适用于经过加工、制作，用于销售的产品；诸如服务、建设工程、军工产品以及未经加工、制作的天然物品等特殊产品，不适用该法所确立的质量监管法律制度。不过，国家针对这些特殊产品的立法所确立的产品质量监管特别法律制度，仍然属于我国产品质量监管法律制度体系的组成部分。

（二）产品质量监管法律制度的地位

产品质量监管法律制度的地位，可以从多个角度加以认识：

第一，产品质量监管法律制度是解决产品质量问题的必要制度。发展社会主义市场经济，确保并不断提高产品质量，保护用户、消费者的合法权益，是我国的一项基本国策。当前，“我国已转向高质量发展阶段”；“我国社会主要矛盾已经转化为人民日益增长的美好生活需要和不平衡不充分的发展之间的矛盾，发展中的矛盾和问题集中体现在发展质量上。这就要求我们必须把发展质量问题摆在更为突出的位置，着力提升发展质量和效益”。高质量发展，当然要求高质量的供给；而确保并不断提高产品质量又是高质量供给的应有之义。产品质量监管法律制度，一方面，为政府监管产品质量提供正当性依据；另一方面，对政府监管产品质量进行规范，以防政府在产品质量监管中侵犯经营者自主权，同时充分发挥市场解决产品质量问题的作用。

第二，产品质量监管法律制度是我国产品质量法的重要内容。产品质量法，是指调整产品质量监管关系和产品质量责任关系的法律规范的总称。为了确保和提高产品质量，保护消费者的权益，各国都十分重视产品质量关系的法律调整，在我国，产品质量监管法律制度与产品质量责任法律制度共同构成我国产品质量法的制度体系。

第三，产品质量监管法律制度与消费者权益保护制度密切相关。产品质量法重点从保障产品的安全性、实用性等质量特性的角度，构建包括产品质量监管在内的制度；它与我国制定的侧重于确立消费者保护的政策基准、调整消费合同关系的《消费者权益保护法》，共同为消费者权益提供保护。也正是因为如此，产品质量法与消费者权益保护法密切相关。

二、产品质量监管的主要法律制度

（一）产品质量监管体制

产品质量监管体制，是指产品质量监管机构的设置及其职权划分的制度。

按照《产品质量法》的规定，结合《国务院机构改革方案》的相关内容，我国产品质量监管机构的构成是：（1）国家市场监督管理总局；（2）县级以上地方人民政府市场监督管理部

门。

产品质量监管机构主要行使以下职权：（1）产品质量监督。各级人民政府应当把提高产品质量纳入国民经济和社会发展规划，加强对产品质量工作的统筹规划和组织领导，引导、督促生产者、销售者加强产品质量管理，提高产品质量，组织各有关部门依法采取措施，制止产品生产、销售中的违法行为。国家市场监督管理总局主管全国产品质量监管工作，县级以上地方人民政府市场监督管理部门主管本行政区域内的产品质量监管工作。（2）产品质量违法案件查处。县级以上人民政府市场监督管理部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报，对涉嫌违反《产品质量法》规定的行为进行查处时，可以行使以下职权：第一，对当事人涉嫌从事违反该法的生产、销售活动的场所实施现场检查；第二，向当事人的法定代表人、主要负责人和其他有关人员调查、了解与从事违反该法的生产、销售活动有关的情况；第三，查阅、复制当事人有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料；第四，对有根据认为不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品或者有其他质量问题的产品，以及直接用于生产、销售该项产品的原辅材料、包装物、生产工具，予以查封或者扣押。

（二）产品质量检验

产品质量检验，是指按照特定的标准，对产品质量进行检测，以判明产品是否合格的活动。这里的“标准”，可以是国家标准、行业标准、地方标准或企业标准，但有强制性标准的产品，必须按强制性标准检验。产品质量检验，包括两种：

1. 生产经营者自行检验

生产经营者生产、经销的产品，其质量应当检验合格，不得以不合格产品冒充合格产品。

2. 第三方检验

第三方检验，是指由生产方和购买方以外的产品质量检验机构对产品质量进行的检验。与上述第一种检验不同，这种检验通常只在特定的情况下、针对特定的产品适用；并且其直接目的，主要不在于建立生产经营者的质量保证体系，而在于获取特定产品的质量信息，以便为产品质量纠纷处理和产品质量监管提供决策的依据。产品质量发生争议时，由当事人申请或争议处理机关决定将争议产品提交检验机构检验，这是最常见的一种第三方检验。此外，适用第三方检验的情况还有很多，例如，在国家产品质量抽查中，可以根据需要，对抽查的产品进行检验；在产品质量认证中，也要适用第三方检验，以查明特定产品是否具备获准认证的条件。《产品质量法》对第三方检验的规定，集中体现在产品质量检验机构的组织和活动要求上，具体涉及以下几项内容：（1）产品质量检验机构的资格。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。（2）产品质量检验机构的性质。从事产品质量检验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）产品质量检验机构的工作规范。即必须依照有关标准，客观、公正地出具检验结果。

（三）工业产品质量标准化管理

标准是对重复性事物和概念所作的统一规定。它以科学技术和实践经验的综合成果为基础，经有关方面协商一致，由主管机关批准，以特定形式发布，作为共同遵守的准则和依据。产品质量的标准化管理，是产品质量标准以及与产品质量有关的其他标准的制定、实施活动的总称。它是实现产品质量管理专业化、社会化和现代化的前提，也是促进技术进步，改进产品质量，提高社会经济效益的基本保障。《产品质量法》规定，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。

（四）认证

所谓认证，是指由认证机构证明产品、服务、管理体系符合相关技术规范、相关技术规范的强制性要求或者标准的合格评定活动。认证不同于认可，后者是指由认可机构对认证机构、实验室以及从事评审、审核等认证活动人员的能力和执业资格予以承认的合格评定活动。

认证是国际上通行的提高产品、服务的质量和管理水平的重要手段；开展认证工作，对于从源头上确保产品安全、规范市场行为、指导消费和促进对外贸易，都具有重要作用。

我国《产品质量法》规定了两种认证：

第一，企业质量体系认证。这是指认证机构根据申请，对企业的产品质量保证能力和质量管理体系水平进行综合性检查和评定，对符合质量体系认证标准的企业颁发认证证书的活动。企业质量体系由组织机构、职责、程序、过程和资源五个方面组成，企业质量体系认证的基本内容即是对这五个方面情况的评价、确认。按照《产品质量法》的规定，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家市场监督管理总局认可的或者国家市场监督管理总局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。

第二，产品质量认证。这是指依据产品标准和相应的技术要求，经认证机构确认，并通过颁发认证证书和认证标志，来证明某一产品符合相应标准和技术要求的活动。《产品质量法》规定，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家市场监督管理总局认可的或者国家市场监督管理总局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。

我国《产品质量法》规定的两种认证，均为自愿认证。2003年9月3日，国务院公布的《认证认可条例》（根据2016年2月6日公布的《国务院关于修改部分行政法规的决定》修正，根据2020年11月29日公布的《国务院关于修改和废止部分行政法规的决定》再次修订）对产品质量实行自愿认证与强制认证相结合的制度。按照规定，任何法人、组织和个人可以自愿委托依法设立的认证机构进行产品、服务、管理体系认证。同时，为了维护国家安全、防止欺诈行为、保护人体健康或者安全、保护动植物生命或者健康、保护环境，国家规定相关产品必须经过认证的，应当经过认证并标注认证标志后，方可出厂、销售、进口或者在其他经营活动中使用。这就是“中国强制性认证”（China Compulsory Certification，简称“3C认证”或“CCC认证”）。根据这一制度，国家对必须经过认证的产品，统一产品目录，统一技术规范的强制性要求、标准和合格评定程序，统一标志，统一收费标准；统一的产品目录由国务院认证认可监督管理部门会同国务院有关部门制定、调整，由国务院认证认可监督管理部门发布，并会同有关方面共同实施；列入目录的产品，必须经国务院认证认可监督管理部门指定的认证机构进行认证。

（五）产品质量监督检查

产品质量监督检查是推动企业保证和提高产品质量的重要措施。《产品质量法》规定，国家对产品质量实行以抽查为主要方式的监督检查制度。

产品质量监督抽查制度的主要内容为：

1. 监督抽查的产品

主要有三类：（1）可能危及人体健康和人身、财产安全的产品；（2）影响国计民生的重要工业产品；（3）消费者、有关组织反映有质量问题的产品。

2. 监督抽查工作的组织

监督抽查工作由国家市场监督管理总局规划和组织；县级以上地方人民政府市场监督管理部门在本行政区域内也可以组织监督抽查。但是，国家监督抽查的产品，地方不得另行重复抽查；上级监督抽查的产品，下级不得另行重复抽查，但下级监督抽查的产品，上级可以进行重复抽查。

3. 监督抽查的实施

首先，监督抽查应具有突然性。即不得事先通知被查企业；样品应当在市场上或者企业成品仓库内的待销产品中随机抽取。对依法进行的产品质量监督抽查，生产者、销售者不得拒绝。其次，根据监督抽查的需要，可以对产品进行检验。生产者、销售者对抽查检验的结果有异议的，可自收到检验结果之日起15日内向实施监督抽查的市场监督管理部门或者其上级市场监督管理部门申请复检，由受理复检的市场监督管理部门作出复检结论。为防止借抽查之名加重被检查人的负担，检验抽取样品的数量不得超过检验的合理需要，并不得向被检查人收取检验费用，监督抽查所需检验费用按照国务院规定列支。

4. 监督抽查的产品质量不合格的处理

依法进行监督抽查的产品质量不合格的，由实施监督抽查的市场监督管理部门责令其生产者、销售者限期改正。逾期不改正的，由省级以上人民政府市场监督管理部门予以公告；公告后经复查仍不合格的，责令停业，限期整顿；整顿期满后经复查，产品质量仍不合格的，吊销营业执照。监督抽查的产品有严重质量问题的，依照《产品质量法》的规定处罚。此外，为了使社会及时了解产品质量状况，充分发挥产品质量抽查的督促作用，《产品质量法》还规定，国务院和省、自治区、直辖市人民政府的市场监督管理部门应当定期发布其监督抽查的产品的质量状况公告。

（六）产品质量的社会监督

产品质量的社会监督，是指用户、消费者、保护消费者权益的社会组织以及新闻媒介等，对产品质量实施的监督。按照《产品质量法》的规定，消费者有权就产品质量问题，向生产者、销售者查询；有权向市场监督管理部门申诉，接受申诉的部门应当负责处理。保护消费者权益的社会组织可以就消费者反映的产品质量问题建议有关部门负责处理，支持消费者对因产品质量造成的损害向人民法院起诉。

思政专栏

自由、公平竞争是使市场在资源配置中起决定性作用的前提。在市场主体竞争的过程中，难免会同时出现正当竞争行为和不正当竞争行为；各种不正当竞争行为会破坏公平竞争秩序，影响市场经济的健康发展。反不正当竞争法与反垄断法二者分别以维护公平竞争和自由竞争为着眼点或者直接目的，进而保护经营者、消费者的权益和社会整体利益。《反不正当竞争法》第2条规定：“经营者在生产经营活动中，应当遵循自愿、平等、公平、诚信的原则，遵守法律和商业道德。”

人民对美好生活的向往，离不开安全放心的日常生活消费。没有消费，就没有生产，正是消费者不断增长的需求才推动着生产的不断发展。消费升级成为经济发展的重要引擎。为此，党的十九大报告明确提出，要“完善促进消费的体制机制，增强消费对经济发展的基础性作用”。营造安全放心的市场环境，切实维护消费者合法权益，既是落实“以人民为中心”的新时代法治观的客观要求，也是建设中国特色社会主义现代化强国，实现中华民族伟大复兴的中国梦的现实需要。

产品质量是企业的生命线，也是公民健康的生命线。各项生产经营活动都要以社会主义核心价值观为引领，认真承担社会责任，真正做到假灭真存、劣灭真存，切实维护公民的身体健康，实现以人为本的价值目标。

课后作业

一、思考题

1. 请结合若干知名反垄断执法、诉讼案件，分析界定相关产品市场和地域市场需要把握的要点。
2. 滥用市场支配地位的行为表现有哪些？

3. 如何理解行政性垄断行为构成中的“滥用行政权力”？
4. 我国反不正当竞争法规定的不正当竞争行为有哪些？
5. 消费者享有哪些基本权利？
6. 经营者对消费者应承担哪些义务？
7. 当消费者的权益受到损害时，如何确定承担损害赔偿的责任主体？
8. 怎样理解我国产品质量监管法律制度的地位？

二、案例分析

【案例 1】某品牌白酒市场份额较大且知名度较高，因销量急剧下滑，生产商召集经销商开会，令其不得低于限价进行销售，对违反者扣除保证金，减少销售配额直至取消销售资格。

试分析：该行为当如何界定？

【案例 2】2018 年 12 月，某市的十几家瓷砖厂经过磋商，达成一项协议，决定 2019 年瓷砖的产量在 2018 年的基础上削减 30%，并确定了一个最低价格，要求各厂家不得提高产量，压价销售。

请问：该厂家的行为是否违反了《反垄断法》？

【案例 3】李某伙同张某从甲电风扇厂盗窃四台尚在试产阶段的家庭用电风扇，两人各分得两台。李某将其中一台电风扇以 100 元价格卖给王某（王某对该电风扇的来源并不知情）。王某在使用时，被飞出的扇叶击中左边眼睛，导致左眼受伤。王某以扇叶设计及制造存在缺陷为由向甲电风扇厂提出索赔。

试分析：王某是否有权向电风扇厂索赔？

【案例 4】某年 1 月，陈某从甲商场购买了一条 A 厂生产的电热毯。在正常使用的过程中，电热毯漏电导致火灾，陈某被烧伤致残，家中价值 2 万元的财产被烧毁。事后，陈某与甲商场协商赔偿的事情，甲商场认为该电热毯漏电导致的损害应该由生产者承担，让陈某自己去找 A 厂索赔。陈某遂起诉到法院。

试分析：

- (1) 陈某应该最迟在什么时间提起诉讼？
- (2) 陈某可以要求谁承担赔偿责任？
- (3) 陈某可能获得哪些赔偿？

【案例 5】2018 年 5 月 10 日，吴 XX 前往陕西 A 网络传媒（集团）股份有限公司（以下简称“A 网络”）交纳数字电视基本收视维护费。A 网络告知吴 XX 数字电视基本收视维护费每月最低标准已由 25 元上调至 30 元，每次最少交纳一个季度的费用，吴 XX 遂按 A 网络的要求交纳了 90 元，其中数字电视基本收视维护费 75 元、数字电视节目费 15 元，之后，吴 XX 通过 A 网络客服中心获悉，节目升级增加了不同的收费节目，最低套餐基本收视费为每年 360 元，数字电视基本收视维护费实行政府定价，收费标准由价格主管部门制定，付费频道供用户自由选择，陕西省价格主管部门规定，数字电视基本收视维护费收费标准为：以居民用户收看一台电视机使用一个接收终端为计费单位，城市居民用户每个终端每月 25 元，A 网络是经陕西省政府批准、陕西省区域内唯一合法经营有线电视传输业务的经营者和唯一电视节目集中播控者。

请问：A 网络在陕西省区域数字电视市场内具有市场支配地位，其收取电视的数字电视节目费的行为是否违反了我国《反垄断法》的规定？

【案例 6】某地区 A 企业生产的“飞亚”牌啤酒十分畅销，但另一地区生产同类产品的小企业 B 则销路不佳。于是，B 企业决定采取以下措施：（1）将本企业产品的包装改为与 A 企业产品近似的包装；（2）散发小册子，宣传自己的产品，在宣传中加上自己产品本没有的多种疗效功能；（3）以获得 A 企业的营销策略和客户为目的，买通和高薪聘请 A 企业的销售人员。同时，B 企业还请求当地政府给予保护性支持。当地政府为了支持本地区企业的发展，决定制定一个啤酒质量标准，限制 A 企业的产品进入本地。以上措施实施后，A 企业的产品滞销，

企业效益直线下降。

问题：

- (1) B 企业采取的措施是否合法？属于什么性质的行为？
- (2) 当地政府对 B 企业的支持性做法是否合法？属于什么性质的行为？
- (3) 若 B 企业的做法不合法，其应承担什么法律责任？

第五章 宏观调控法律制度

教学目的和要求：

1. **教学目标：**通过本章学习，学生能够掌握宏观调控法的概念、地位、体系构成和调整方式；理解财政法的调整对象、基本原则和调整手段；掌握预算体制、预算权、政府采购、转移支付等重要概念；理解预算权的配置和预算法律制度的基本内容；理解国债发行与流通法律制度；理解政府采购和转移支付的基本制度。

2. **课程思政育人目标：**在宏观调控法中学习转移支付法时，以我国扶贫投入作为教学案例，并介绍我国在脱贫攻坚领域取得的伟大成就，帮助学生树立正确的人权观和发展观，说明我国制度的优越性，加强学生的制度自信，增强学生的幸福感和家国情怀。

教学重点：宏观调控法的体系；预算体制；预算的类型；政府采购的主体、对象、方式和程序；转移支付与宏观调控。

教学难点：预算的类型；政府采购的主体、对象、方式和程序；转移支付与宏观调控。

教学方法：讲练结合；案例分析

教学学时：6 学时

教学内容：

第一节 宏观调控法概述

第二节 财政调控法基本原理

第三节 预算调控法律制度

第四节 国债调控法律制度

第五节 财政支出调控法律制度

教学过程：

第一节 宏观调控法概述

一、宏观调控法的概念

（一）宏观调控法的调整对象

作为经济法一部分的宏观调控法所调整的经济关系，是国家调制关系中的一部分，即在国家对宏观经济运行进行调节和控制过程中发生的经济关系，因此，宏观调控法的调整对象是宏观调控关系。

（二）宏观调控法的语词和定义

定义与语词是相对应的。在“宏观调控法”语词中，“宏观”，特指宏观经济；“调控”，特指国家对宏观经济运行进行的调节和控制行为；“法”一般指实质意义上的法，即法律规范总称。但日常语汇中有时也用于指称形式意义上的法。

根据部门法定义的逻辑规则，作为部门法或实质意义上的宏观调控法，是指调整在国家对宏观经济运行进行调节和控制过程中发生的经济关系的法律规范的总称。

作为形式意义上的宏观调控法，概指宏观调控方面的法律、法规等规范性文件。有时，还特指宏观调控基本法律，如德国的《经济稳定与增长促进法》、美国的《充分就业和国民经济平衡增长法》等。为了区别形式意义上的宏观调控法和实质意义上的宏观调控法，在表述形式意义上的宏观调控法时，常使用“宏观调控法律”“宏观调控法律法规”“宏观调控立法”等语词。而表述实质上的宏观调控法时，则使用“宏观调控法”。

（三）宏观调控法的定位

1. 宏观调控法在法的体系中的定位

在整个法的体系中，经济法是第一层次的部门法，即独立的部门法。在经济法体系中，宏观调控法与市场规制法等并列为经济法体系中的第一层次的部门法。这也是对宏观调控法的地

位的基本认识。

2. 宏观调控法在法域归属上的地位

将法分为公法、私法等法域，也是对法的一种认识。对某一层次的部门法进行法域归属上的分析，有助于揭示该部门法的相关属性。公法、私法等法域的划分有主体论、权利论、利益论、对象论等多种标准，但无论依据哪一标准，宏观调控法都属于公法。

从宏观调控法主体来看，国家始终是实施宏观调控行为的主体。国家必然是以公主体的身份来实施宏观调控行为的，不是也不可能是以私主体的身份来实施宏观调控行为。

从宏观调控法权力来看，国家实施宏观调控行为是因为国家依法享有宏观调控权。宏观调控权的行使主体是国家，具有强制性，与宏观调控对象所享有的经营自由权之间具有很强的不对等性，是一种典型的公权力。

从所保护的利益来看，国家的宏观调控行为直接保护的利益是国家整体利益。国家整体利益与国民个人利益既有联系，也有区别。国家整体利益与作为私主体的国民个人利益具有共通性，国家宏观调控直接维护、增进国家整体利益，也会增进国民个人利益；但是，从其直接意义上讲，国家整体利益与国民个人利益是两个不同的概念，它与国民个人利益仍存在着不同程度的对立，是与国民个人利益有所不同的公共利益。

从调整对象的角度来看，宏观调控法所调整的宏观调控关系，是地位不平等的主体之间的关系，与私法所调整的私主体之间的平等关系不同。

综上所述，宏观调控法在法域归属上属于公法。

3. 宏观调控法与相关法之间的关系

①宏观调控法与市场规制法的关系。宏观调控法与市场规制法同属于经济法。在经济法体系中，宏观调控法与市场规制法并列。它们分别调整的宏观调控关系和市场规制关系虽然是不同的经济关系，但同属于经济法所调整的调制关系。

宏观调控关系和市场规制关系在逻辑上的并列关系，并不排除它们在客观表现上的密切联系。宏观调控关系和市场规制关系分别发生在经济运行的宏观层次和微观层次，而经济运行的宏观层次和微观层次之间又存在着千丝万缕的密切联系。比如，国家调整利率、汇率等的金融调控行为，往往同时需要辅之以对银行业的市场规制行为。又如，国家针对房地产市场过热所进行的调控行为，往往既有金融调控、税收调控、财政调控等调控行为，也有针对房地产市场的反垄断、反不正当竞争等市场规制行为。基于上述密切联系，在进行经济运行研究、拟定经济法对策时，往往需要同时从宏观调控法、市场规制法等多个方面加以思考。

②宏观调控法与行政法的关系。宏观调控法与行政法的关系，是经济法与行政法之间关系的具体体现。经济法与行政法在调整对象、渊源、地位、作用等方面的联系和在调整对象、主体、作用、调整方法等方面的区别，已经在本书相关部分有所阐述。比如，在主体的外观上，政府及其部门既是宏观调控法主体，又是行政法主体，但不能因此混淆宏观调控法和行政法。认识法律关系的主体，要从外观上观察，更要从行为、社会关系、角色地位和范畴上深入分析。正如不能因为企业在外观上同时是民法、经济法、行政法主体而因此将这三个部门法混同一样，也不能因为政府及其部门在外观上同时是经济法、行政法主体并且个别时候还是民法主体，就否认这三个部门法之间的区别。

（四）宏观调控法的价值、宗旨和原则

1. 宏观调控法的价值

考察宏观调控法的价值，要分析宏观调控法律规范的属性，分析宏观调控法与经济社会运行制度需求之间的契合度。法的价值最集中体现在公平、效率和秩序等方面。因此，分析宏观调控法的价值，也可以从这样的角度展开，即宏观调控法在规范国家及其政府的宏观调控行为、调整宏观调控关系的时候，能否为经济和社会带来或增进公平、提升效率、维护秩序；或者说，宏观调控法的制定和实施，能否带来或增进公平、提升效率、维护秩序。研究表明，宏观调控

法有利于在经济和社会层面带来或增进公平、提升效率和维护秩序，因而具有公平价值、效率价值和秩序价值。

(1) 宏观调控法的公平价值。宏观调控法的公平价值，体现在宏观调控法的制定和实施，有利于在经济和社会层面带来或增进公平。宏观调控所带来或增进的公平，体现在公平的各种类型上。以形式公平和实质公平为例，一方面，宏观调控法平等地对待一切受控主体，不仅仅因某一单个主体的状况制定和实施宏观调控法规范；另一方面，由于受控主体在能力、收入、信息等方面具有差异性，宏观调控法的制定和实施往往要在以所有受控主体中等状况为基本参照的基础上，充分照顾到少数主体的特殊状况。

宏观调控法的公平价值，还体现在宏观调控法所规范的宏观调控行为所实现的价值上。宏观调控行为所提供的是宏观经济总量均衡、结构优化、就业充分和国际收支平衡等“公共物品”，所欲实现的是增进国家整体利益。这些功能的实现，需要进行收入的二次分配。收入第二次分配的结果是国家整体利益的实现，这显然带来或增进结果公平。

(2) 宏观调控法的效率价值。宏观调控法的效率价值主要体现在宏观调控法的制定和实施，能够提升效率，促进经济的持续增长，增进国家整体利益和个人利益。

各国制定和实施宏观调控法律、法规前后的经济社会状况表明，宏观调控法通过授权和规范国家机构运用财政、税收、金融、计划等手段，调控宏观经济总量、结构，预防和降低经济危机给国民经济和市场主体造成的危害，有助于提高资源配置效率，增进社会整体福利。

(3) 宏观调控法的秩序价值。宏观调控法的秩序价值，主要体现在宏观调控法的制定和实施，有利于在经济和社会层面维护秩序。

各国宏观经济运行的经验教训表明，国民经济如果出现总量失衡、结构失调、失业率高、国际收支不平衡的状况，同时也是宏观经济运行无序的状况。宏观经济运行的无序，既表现为市场主体的固定资产投资、信贷、进出口等行为和利率、汇率的失控和无序；也表现为政府的货币发行、投资和信贷干预、进出口管制行为的失控。前者被称为市场失灵，后者被称为政府失灵。为此，就需要制定和实施一系列宏观调控法规范，规范市场主体的投资、信贷、进出口等行为，规范政府介入市场的宏观调控行为，以实现国民经济的有序运行。

2. 宏观调控法的宗旨

宏观调控法的宗旨，是指宏观调控法所欲实现的目标。可以认为，充分实现宏观调控法的价值，就是宏观调控法的宗旨之所在。根据目的与行为的关系，可以将宏观调控法的宗旨分为初级宗旨和终极宗旨。其中，初级宗旨是直接目的，终极宗旨是根本目的。

综合和提炼各国宏观调控立法宗旨，宏观调控法的初级宗旨集中地体现在充分实现宏观调控所欲直接实现的经济社会功能上。由此，宏观调控法的初级宗旨可以概括为：规范和保障国家宏观调控行为，预防和克服市场失灵，实现国民经济总量的均衡和结构的优化，实现物价平稳、就业充分和国际收支平衡，促进国民经济的有序运行和持续增长。宏观调控法的终极宗旨可以概括为：在实现初级宗旨的基础上，协调和解决国家整体利益和经济个体利益的矛盾，实现经济和社会的良性运行和协调发展。

具体到我国当前，“宏观调控的主要任务是保持经济总量平衡，促进重大经济结构协调和生产布局优化，减缓经济周期波动影响，防范区域性、系统性风险，稳定市场预期，实现经济持续健康发展”。

3. 宏观调控法的原则

宏观调控法的原则，是宏观调控法规范宏观调控行为应遵循的根本准则。宏观调控法原则统率所有的宏观调控法规范，又是经济法原则在宏观调控领域的体现，并与市场规制法原则相区别。

(1) 调控法定原则。调控法定原则的基本要求是，国家介入市场、调控宏观经济运行的行为必须有法律的明确授权，并受宏观调控法实体性、程序性规范的约束。宏观调控行为所针

对的宏观经济运行，影响国民经济全局，事关国家整体利益和社会公共利益，因而必须在法治的框架下运行。由法律明确规定宏观调控的主体、行为及其程序，有助于规范宏观调控行为，实现宏观调控法的价值，促进国家经济协调行为的法治化。

（2）调控绩效原则。调控绩效原则的基本要求是，国家宏观调控行为，应以提高经济运行的宏观效率、促进国民经济持续增长为目标。提高效率或绩效，既是国家整体经济运行追求的目标，也是市场主体经济活动的目的。相比之下，宏观调控法更侧重于提高经济运行的宏观效率和增进国家整体利益。强调并坚持调控绩效原则，有助于规范国家宏观调控行为、有效引导市场主体的经营行为，有助于节约经济资源、优化调控行为，有助于防范和克服国家宏观调控行为和市场主体的经营行为的一切非效率化倾向。因此，在制定和实施宏观调控法规范时，都应当以提高调控绩效为基本准则之一。

（3）调控公平原则。调控公平原则的基本要求是，国家宏观调控行为，应当兼顾效率与公平，注重经济资源在不同主体、区域、产业之间分配的公平。经济发展的产业、地区不平衡，失业率过高，收入分配差距过大，更多地与经济总量及结构不平衡、不协调有关。制定和实施宏观调控法，规范宏观调控行为，就在于通过兼具效率与公平价值的宏观调控行为，矫正市场在配置资源过程中的不公平现象，实现分配在形式公平与实质公平、机会公平与结果公平的平衡。

（4）调控适度原则。调控适度原则的基本要求是，在法律实体性和程序性规定的范围内，国家宏观调控行为应当以量化的、最佳的效率和公平状态为目标，统筹宏观经济运行各变量之间的关系，兼顾宏观调控的各目标，准确、有效地运用各种相关的宏观调控手段，努力实现宏观调控综合效果的最优化。将宏观经济运行调控在最佳区间或幅度内，是宏观调控法律制度的设计和实施应当遵循的基本准则之一。宏观调控权的行使、宏观调控手段的选择、宏观调控规范的制定和实施都应当符合适度的原则。

二、宏观调控法的体系构成

分析宏观调控法的体系，需要运用“行为—关系—法律规范”的分析范式，遵循逻辑分类同质性的要求，逐层划分，形成对宏观调控法体系构造的认识。

国家对经济运行的协调行为之一是宏观调控行为。宏观调控行为，包括财政调控行为、税收调控行为、金融调控行为和计划调控行为等；相应地，分别产生财政调控关系、税收调控关系、金融调控关系和计划调控关系等；调整这些经济关系的法律规范，分别为财政调控法规范、税收调控法规范、金融调控法规范和计划调控法规范等。上述各类调控规范，分别总称为财政调控法、税收调控法、金融调控法和计划调控法等。

继续运用这一分析范式，还可以对财政调控行为、税收调控行为、金融调控行为、计划调控行为等做进一步的划分，相应地划分出更具体的宏观调控关系和更低层次的宏观调控法的部门法。比如，财政调控行为，包括财政收入行为、财政支出行为和财政管理行为；相应地，分别产生财政收入关系、财政支出关系和财政管理关系；财政调控法律规范，也分别相应地划分为财政收入法律规范、财政支出法律规范和财政管理法律规范，并分别称为财政收入法、财政支出法和财政管理法。

三、宏观调控法的调整方式

宏观调控法的调整方式，是指宏观调控法立法时所采取的行为规范方式和法律后果形式。宏观调控法调整的是在国家调控宏观经济运行过程中发生的社会关系，即宏观调控关系。宏观调控法是公法，相应地，宏观调控法的调整方式主要是一般禁止式、积极义务式，辅之以有条件的允许式。这三种调整方式体现了宏观调控法将积极的鼓励、促进和消极的限制、禁止相结合的规制性，同时考虑到了特殊情况，彰显了宏观调控法调整手段的灵活性、多样性。

1. 一般禁止式的调整方式

一般禁止式，是指直接规定禁止宏观调控主体实施某种行为的调整方式。宏观调控法是在

自由竞争的市场经济后期出现了周期性经济危机，靠市场的力量无法解决时才出现的法现象。国家“有形之手”介入宏观经济运行的方式，既包括对原来自由竞争市场经济时期市场主体的行为设定一些禁区，也包括其他的调整方式，比如，在计划和产业调控中实施投资负面清单等。

2. 积极义务式的调整方式

积极义务式，是指为宏观调控主体设置特定积极义务的调整方式。设定积极义务的条款，在宏观调控法律中非常普遍。

对宏观调控主体而言，应当根据国民经济运行中宏观经济存在的总量、结构、就业和收支等方面的问题，积极主动而又审慎严谨地运用宏观调控手段，适时、适度地进行反周期调控。以货币政策为例，当经济下行压力加大，宏观经济相关指标显现出增长乏力、后劲不足时，中国人民银行、财政部和国家发展和改革委员会等宏观调控部门就需要及时调研，提出可以采取的宏观调控措施及有力度的建议。可以采取的手段包括适度降低基准利率、存款准备金率和再贴现率，同时，适度加大积极财政政策的力度。国务院在此基础上，通过常务会议以至全体会议的形式作出宏观调控决策。上述措施应当作为积极义务条款在有关宏观调控法律中规定下来。事实上，我国有关货币政策委员会行为规则中也有相应的条款。

3. 有条件的允许式的调整方式

宏观调控行为是双向式的，既有在经济过热时的抑制行为，也有经济不景气时的促进行为。虽然宏观调控法是公法，不会像私法那样设定一般允许式的条款，但可以根据需要，在一般禁止式和积极义务式的前提下，对特定主体的特定行为予以允许。比如，中央政府规定基准利率后，允许各金融机构在一定区间内上下浮动。

为了实现宏观调控的目标，有时还需要将有条件的允许式扩展为鼓励式。

需要强调的是，基于宏观调控法所作用的对象-宏观经济的特点，较之市场规制法的调整方式，宏观调控法的调整方式具有较强的间接性。

第二节 财政调控法基本原理

一、财政及其职能

（一）财政的概念及其本质

财政，从一般意义而言，是指国家为实现其职能，采取一定形式通过收支行为参与社会产品的分配所形成的以国家为主体的分配活动。

关于财政的概念及本质界定，在财政学界有两种主要学说，即“国家分配说”和“公共需要说”。“国家分配说”认为，财政具有国家意志性，是国家为了满足实现职能的需要，通过直接占有和支配使用一部分社会产品或国民收入，进行的分配与再分配活动。“公共需要说”倡导公共财政，强调财政是为社会提供公共物品以及为公共生产提供财力，保证满足社会公共需要，彰显财政调控的公共性。可以肯定的是，财政活动起源于国家意志下的分配活动，但现代经济、政治理论与实践的发展越来越使其不能仅限于国家分配职能的阐释，也应兼顾公共需要。

（二）财政职能的演进与定位

不同国家，抑或同一个国家的不同历史阶段，财政所承载的职能或任务都有所不同。根据社会发展的整体进程以及不同思潮下财政观念的演进，对财政职能的认识经历了家计财政、中性财政、计划财政和公共财政四个阶段。

1. 家计财政阶段

“普天之下，莫非王土；率土之滨，莫非王臣”，这形象地说明了自然经济条件下整个国家的财产都属于君主，君主的意志即国家的意志。“家计财政”意味着国家的财政收支与王室的财务收支不分彼此，是奴隶制和封建制国家的财政运行模式，主要用于君主筹集行政管理、

国土安全、扩展以及王室开支的经费。在自然经济条件下，更多的是以自发的方式进行生产，由于社会化程度低，生产方式简陋、分散，生产在低水平上周而复始，因此不需要运用财政政策手段克服市场失灵障碍。

2. 中性财政阶段

资本主义的发展历经自由资本主义和垄断资本主义两个阶段。在自由资本主义时期，政府固守“守夜人”角色，信奉“夜警政府”职能，认为市场万能，自由竞争便能保证经济持续繁荣、资源实现高效率配置。财政应当且必须消极作为，其职能仅限于调节收入分配，但不负责调节二次分配以实现实质公平，从而体现为“中性财政”。

3. 计划财政阶段

在社会主义计划经济体制下，“计划财政”通过聚集和供应资金、调节并监督经济，从而推进经济社会发展。具体体现在：第一，分配功能。凭借税收征纳、利润上缴等财政收入形式，将所汇聚资金用于国防支出、经济建设支出、社会保障支出，通过“统收统支”模式对社会再生产过程中的物质资料-生产资料和生活资料，进行直接而集中的国家分配。第二，调节功能。在计划经济体制下，国家通过财政收支计划可以有效地调节固定资产投资的规模和结构、调节消费基金的规模和结构、调节企业纯收入分配的比例和结构、调节中央和地方利益的分配，从而实现宏观经济的总量平衡和结构平衡。第三，监督功能。在有计划地聚集和分配资金的过程中，国家通过财政收支计划的编制、审查和执行检查，督促和检查各部门、各单位严格执行国家有关财政的政策、法规、计划和制度，确保财务收支的合法性、真实性和有效性。

4. 公共财政阶段

公共财政，是资本主义进入垄断资本主义阶段后，在西方国家逐渐兴盛的用以满足公共需要的一种财政模式。在垄断资本主义阶段，“市场万能”神话被打破，“市场失灵”现象频发，社会矛盾激化，经济危机爆发。为了克服经济萧条局面，高举政府干预理论的凯恩斯主义应运而生，国家积极地运用财政手段干预经济，财政调控职能得以充分发扬。此时，财政主要有三个基本职能：（1）资源配置职能。根据政府职能范围确定财政收入规模，在优化财政支出结构基础上，合理安排政府投资的规模和结构，辅之以政策性补贴等措施，促进经济社会发展。（2）收入分配职能。通过财政转移支付，如社会保障支出、救济支出、补贴等，使人们得以维持基本的生活福祉水平。（3）经济稳定职能。若社会需求过旺、经济过热，通过压缩财政支出等方式可调节社会总需求，从而使社会供求趋于平衡；若社会需求不足、经济萧条，通过增加财政支出等方式来刺激投资与消费，提高社会总需求。

随着我国财政经济体制改革的深入，为满足国民经济和社会发展的需要，建立并完善社会主义公共财政体系是提升中央和地方政府财政能力的重要方式。1998年12月，我国明确提出“建立公共财政基本框架”，开启了财政发展的新阶段；2003年10月，又进一步提出“完善公共财政制度，逐步实现基本公共服务均等化”；2007年12月，国家强调“围绕推进基本公共服务均等化和主体功能区建设，完善公共财政体系”；2014年通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》，更是明确提出要“对财政资金分配使用、国有资产监管、政府投资、政府采购、公共资源转让、公共工程建设等权力集中的部门和岗位实行分事行权、分岗设权、分级授权，定期轮岗，强化内部流程控制，防止权力滥用”；2019年党的十九届四中全会通过了《中共中央关于坚持和完善中国特色社会主义制度 推进国家治理体系和治理能力现代化若干重大问题的决定》，提出要“形成稳定的各级政府事权、支出责任和财力相适应的制度”，以实现财政治理现代化。

在现代社会，财政宏观调控和公共服务的功能已经确立且不断强化。公共财政要求我国的国家财政收支活动应当从计划经济体制下的以指令性计划等行政手段直接干预微观经济活动为主的做法，转到以间接的宏观调控手段为重点的轨道上来，以充分发挥市场机制的基础调节作用为基本着眼点，以为社会提供必要的、无差别的公共产品和社会服务为己任，充分凸显政

府的“社会性”和财政的“公共性”。为此，财政必须坚持“有所为，有所不为”：一方面，应当从纯粹的经营性和竞争性领域中退出，从而更多地让市场发挥资源配置的决定性作用；另一方面，则要强化其在社会资源配置、收入分配调节和宏观调控等方面的应有职能，保证国防、治安、基础产业、环境保护等公共产品和公共服务的有效供给。

二、财政调控法律制度的基本范畴

（一）财政法的概念与调整对象

财政法是调整财政关系的法律规范的总称。作为财政法的调整对象，财政关系可界定为以国家为主体的收入和支出活动以及在此过程中形成的各种关系。

在经济法领域，财政法的作用着重体现为其宏观调控功能，即财政收支在促进资源的有效配置、实现收入分配的社会公平和保证国民经济的稳定增长等方面所具有的功能和效力。

（二）财政法的基本结构

财政法是我国法律体系的重要组成部分，也是执行财政政策和规范我国财政行为的有效保障。我国改革开放以来，有关财政法基本体系的建设已经取得了很大的成果，财政法制度的逻辑架构更加明确。目前，我国财政法体系建设处于不断完善的关键时期，与我国经济发展相适应的财政法结构得以不断完善，由于财政法所调整的财政关系主要包括财政体制关系、财政收支关系等，因此，可将我国财政法基本结构划分为财政管理体制法、财政收入法、财政支出法等。

（三）财政法的基本原则

财政法的基本原则，是指贯穿于财政法治建设和财政管理活动全过程的根本指导思想和准则，是财政法本质的具体体现。它主要包括公平与效益相结合原则以及财政收支平衡原则两个方面。

公平与效益相结合原则，是财政法的基本原则。其中，财政分配的公平，包括纵向公平和横向公平。财政分配的效益，包括经济效益和社会效益。从宏观方面，财政分配的效益要求财政收支的方式和数量必须有利于促进经济的发展。从微观方面，财政分配的效益要求引导市场主体公平有序竞争。

财政收支平衡原则要求在确定一定时期的财政分配总规模时，需考虑政府实现其各项职能所需资金数量与财政承受能力，在兼顾量出为入和量入为出的基础上，科学确定财政分配规模，实现收支平衡。

（四）财政法的调整手段

财政法的调整手段，可从经济和法律两方面来划分。从经济角度而言，财政法调整的手段主要包括预算、国债、政府采购和转移支付等手段。财政宏观调控的基本方法是进行需求控制，即通过改变财政收支来调节总需求，具体则是通过安排预算盈余或预算赤字、增发国债等方式，并配合使用金融调控手段、产业调节政策，影响社会总需求。从法律角度而言，财政法通过财政立法、执法等方式对财政关系进行调整。财政立法与执法是国家通过立法形式对财政政策予以法律认定，并对各种违反财政法规的行为，予以行政处罚或诉诸司法机关依据法律的规定予以审理和制裁，以保证财政政策目标的实现。

第三节 预算调控法律制度

一、预算调控与预算法

预算是政府的基本财政收支计划，在我国财政体系中居于重要地位，具有法律强制力和约束力。预算由各级政府财政部门依法编制，经权力机关审批，最终由各级行政机关予以执行。预算法是调整预算关系的法律规范的总称。它是依据宪法制定的，并由国家强制力保证实施的，通常规定预算收支范围、预算管理职权和预算程序及法律责任等内容。《预算法》于1994年3月22日通过，1995年1月1日起施行，在同年亦颁布施行了《预算法实施条例》。2014年

8月31日，第十二届全国人大常委会第十次会议通过了《全国人大常委会关于修改〈中华人民共和国预算法〉的决定》，该决定自2015年1月1日起施行。经过此次全面、系统的修订活动，我国建立起了稳固、成熟的预算法律制度体系。具体包括以下重要内容：国家预算总则，预算管理职权，预算收支范围，预算编制、审批、执行、调整、决算与监督等程序和预算法律责任。自2020年10月1日起，与《预算法》相配套的《预算法实施条例》亦修订实施。

作为国家的基本财政计划，预算是实施宏观调控的重要方式之一，是国家筹措、分配、使用和管理财政资金的主要工具。预算法以规范政府收支行为，强化预算约束，加强对预算的管理和监督，建立健全全面规范、公开透明的预算制度，保障经济社会的健康发展为目的，是贯彻国家财政政策、管理财政收支的重要法律手段。概言之，预算法在宏观调控法律制度体系中不可或缺。

二、预算体制与预算权的配置

（一）预算体制

预算体制，即预算管理体制，是指通过确定中央和地方政府之间预算管理职权、划分预算收支范围的方式处理国家财政分配关系的一项基本财政法律制度。预算体制主要解决以下主要事宜：（1）确定预算管理的主体和层次；（2）划分预算管理权限；（3）规定预算收支的划分原则和方法；（4）确立各级预算之间的分配办法。

根据《预算法》规定，全国预算由中央预算和地方预算组成。地方预算由各省、自治区、直辖市总预算组成。地方各级总预算由本级预算和汇总的下一级总预算组成；下一级只有本级预算的，下一级总预算即指下一级的本级预算。没有下一级预算的，总预算即指本级预算。各部门预算则是由本部门及其所属各单位预算组成。政府的全部收入和支出都应当纳入预算，故预算由预算收入和预算支出组成，计算单位为人民币元。预算应最终实现收支平衡，遵循统筹兼顾、勤俭节约、量力而行、讲求绩效和收支平衡的原则，各级政府应当建立跨年度预算平衡机制。

此外，《预算法》明确规定，预算类型包括一般公共预算、政府性基金预算、国有资本经营预算、社会保险基金预算，不同预算类型应当保持完整、独立。其中，政府性基金预算、国有资本经营预算、社会保险基金预算应与一般公共预算相衔接。根据《预算法实施条例》，政府性基金预算收入包括政府性基金各项目收入和转移性收入；政府性基金预算支出包括与政府性基金预算收入相对应的各项目支出和转移性支出。国有资本经营预算收入包括依照法律、行政法规和国务院规定应当纳入国有资本经营预算的国有独资企业和国有独资公司按照规定上缴国家的利润收入、从国有资本控股和参股公司获得的股息红利收入、国有产权转让收入、清算收入和其他收入；国有资本经营预算支出包括资本性支出、费用性支出、向一般公共预算调出资金等转移性支出和其他支出。社会保险基金预算收入包括各项社会保险费收入、利息收入、投资收益、一般公共预算补助收入、集体补助收入、转移收入、上级补助收入、下级上解收入和其他收入；社会保险基金预算支出包括各项社会保险待遇支出、转移支出、补助下级支出、上解上级支出和其他支出。

（二）预算权的配置

预算权，即预算管理职权，其权力主体既包括各级权力机关，又包括以财政部门为主体的各级行政机关。

1. 各级人民代表大会的预算权

依据《预算法》规定，各级人民代表大会享有其对应的预算权。各级人民代表大会的预算权具体体现为：

（1）全国人民代表大会的预算权包括：审查权，即审查中央和地方预算草案及中央和地方预算执行情况的报告；批准权，即批准中央预算和中央预算执行情况报告；变更撤销权，即改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会关于预算、决算的不适当的决议。

全国人民代表大会常务委员会的预算权包括：监督中央和地方预算的执行；审查和批准中央预算的调整方案；审查和批准中央决算；撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的关于预算、决算的行政法规、决定和命令；撤销省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的关于预算、决算的地方性法规和决议。

（2）县级以上人民代表大会的职权包括：审查权，即审查本级总预算草案及本级总预算执行情况的报告；批准权，即批准本级预算和本级预算执行情况的报告；改变与撤销权，即改变或者撤销本级人民代表大会常务委员会关于预算、决算的不适当的决议，撤销本级政府关于预算、决算的不适当的决定和命令。

县级以上地方各级人民代表大会常务委员会的预算权包括：监督本级总预算的执行；审查和批准本级预算的调整草案；审查和批准本级政府决算；撤销本级政府和下一级人民代表大会及其常务委员会关于预决算的不适当的决定、命令和决议。

（3）乡、民族乡、镇的人民代表大会的职权包括：审批权，即审查和批准本级预算和本级预算执行情况的报告、本级预算的调整草案、本级决算；监督权，即监督本级预算的执行；撤销权，即撤销本级政府关于预决算的不适当的决定和命令。

2. 各级人民政府的职权

依据《预算法》规定，各级人民政府及相关部门享有的预算职权是：

（1）国务院的职权：编制中央预算、决算草案；向全国人民代表大会作关于中央和地方预算草案的报告；将省、自治区、直辖市政府报送备案的预算汇总后报全国人民代表大会常务委员会备案；组织中央和地方预算的执行；决定中央预算预备费的动用；编制中央预算调整方案；监督中央各部门和地方政府的预算执行；改变或者撤销中央各部门和地方政府关于预决算不适当的决定、命令；向全国人民代表大会、全国人民代表大会常务委员会报告中央和地方预算的执行情况。

（2）县级以上地方各级政府的职权：编制本级预算、决算草案；向本级人民代表大会作关于本级总预算草案的报告；将下一级政府报送备案的预算汇总后报本级人民代表大会常务委员会备案；组织本级总预算的执行；决定本级预算预备费的动用；编制本级预算的调整方案；监督本级各部门和下级政府的预算执行；改变或者撤销本级各部门和下级政府关于预决算的不适当的决定、命令；向本级人民代表大会、本级人民代表大会常务委员会报告本级总预算的执行情况。

（3）乡、民族乡、镇政府的职权：编制本级预算、决算草案；向本级人民代表大会作关于本级预算草案的报告；组织本级预算的执行；决定本级预算预备费的动用；编制本级预算的调整方案；向本级人民代表大会报告本级预算的执行情况。

3. 各级财政部门的职权

依据《预算法》规定，国务院及地方财政部门享有预算法赋予的职权。各级财政部门的预算职权具体是：

（1）国务院财政部门的职权包括：编制权，即具体编制中央预算、决算草案，具体编制中央预算的调整方案；执行权，即具体组织中央和地方预算的执行；提案权，即提出中央预算预备费动用方案；报告权，即定期向国务院报告中央和地方预算的执行情况。

（2）地方各级政府财政部门的职权包括：具体编制权，即具体编制本级预算、决算草案，具体编制本级预算的调整方案；具体执行权，即具体组织本级总预算的执行；提案权，即向本级政府提出本级预算预备费动用方案；报告权，即定期向本级政府和上一级政府财政部门报告本级总预算的执行情况。

三、预算法律制度的基本内容

依据预算从制定到执行的时间过程和基本程序，预算法律制度由编制制度、审批制度、执行制度、调整制度、决算制度和监督制度构成。

（一）预算编制法律制度

从时间顺序上来看，预算编制为预算活动之始，其主体为中央及地方各级行政机关。预算编制制度主要包括预算编制的方式、内容和程序等方面的内容。

1. 预算编制依据和安排

各级预算收入的编制，应当与经济社会发展水平和财政政策相适应且衔接。地方各级预算按照量入为出和收支平衡的原则编制（除《预算法》另有规定外，不列赤字）。进行各级预算编制时，需根据年度经济社会发展目标、国家宏观调控总体要求和跨年度预算平衡的需要，参考上一年预算执行情况、有关支出绩效评价结果和本年度收支预测，按照规定程序征求各方面意见。

编制预算草案的具体事项的部署，由国务院财政部门负责。根据《预算法实施条例》的规定，财政部应于每年6月15日前部署编制下一年度预算草案的具体事项，规定报表格式、编报方法、报送期限等。中央各部门应当按照国务院的要求和财政部的部署，结合本部门的具体情况，组织编制本部门及其所属各单位的预算草案。中央各部门负责本部门所属各单位预算草案的审核，并汇总编制本部门的预算草案，按照规定报财政部审核。财政部审核中央各部门的预算草案，具体编制中央预算草案；汇总地方预算草案或者地方预算，汇编中央和地方预算草案。

2. 预算编制内容和管理

（1）预算收入的编制、管理

各级政府、各部门、各单位应依法将所有政府收入全部列入预算，不得隐瞒、少列。

中央一般公共预算中必需的部分资金，可以通过举借国内和国外债务等方式筹措，举借债务应当控制适当的规模，保持合理的结构。对中央一般公共预算中举借的债务实行余额管理，余额的规模不得超过全国人民代表大会批准的限额。国务院财政部门具体负责对中央政府债务的统一管理。

（2）预算支出的编制、管理

各级预算支出应当依法按其功能和经济性质分类编制，严格控制各部门、各单位的机关运行经费和楼堂馆所等基本建设支出。

针对各级一般公共预算支出的编制，应当统筹兼顾，在保证基本公共服务合理需要的前提下，优先安排国家确定的重点支出。各级一般公共预算应当按照本级一般公共预算支出额的1%~3%设置预备费，用于当年预算执行中的自然灾害等突发事件处理增加的支出及其他难以预见的开支。

针对转移支付的预算支出编制，一般性转移支付应当按照国务院规定的基本标准和计算方法编制；专项转移支付应当分地区、分项目编制。县级以上各级政府应当将对下级政府的转移支付预计数提前下达下级政府。地方各级政府应当将上级政府提前下达的转移支付预计数编入本级预算。

针对重要领域经济社会建设的预算支出编制，中央预算和有关地方预算中应当安排必要的资金，用于扶助革命老区、民族地区、边疆地区、贫困地区的发展事业。

（3）预算收支编制的调节机制

各级一般公共预算按照国务院的规定可以设置预算周转金，用于本级政府调剂预算年度内季节性收支差额。各级一般公共预算按照国务院的规定可以设置预算稳定调节基金，用于弥补以后年度预算资金的不足。各级政府上一年预算的结转资金，应当在下一年度用于结转项目的支出；连续两年未用完的结转资金，应当作为结余资金管理。各部门、各单位上一年预算的结转、结余资金按照国务院财政部门的相关规定办理。

（二）预算审批法律制度

报送各级人民代表大会审查和批准的预算草案的初步方案，应在各级人民代表大会会议举

行前进行初步审查。国务院在全国人民代表大会举行会议时，向大会作关于中央和地方预算草案以及中央和地方预算执行情况的报告。地方各级人民政府在本级人民代表大会举行会议时，向大会作关于总预算草案和总预算执行情况的报告。

各级预算经批准后进入批复、下达与抄送流程。各级预算经本级人民代表大会批准后，本级政府财政部门应当在 20 日内向本级各部门批复预算。各部门应当在接到本级政府财政部门批复的本部门预算后 15 日内向所属各单位批复预算。

转移支付预算下达的具体操作是：（1）中央对地方的一般性转移支付应当在全国人民代表大会批准预算后 30 日内正式下达。中央对地方的专项转移支付应当在全国人民代表大会批准预算后 90 日内正式下达。（2）省级政府接到中央一般性转移支付和专项转移支付后，应当在 30 日内正式下达到本行政区域县级以上各级政府。（3）县级以上地方各级预算安排对下级政府的一般性转移支付和专项转移支付，应当分别在本级人民代表大会批准预算后的 30 日和 60 日内正式下达。（4）对自然灾害等突发事件处理的转移支付，应当及时下达预算；对据实结算等特殊项目的转移支付，可以分期下达预算，或者先预付后结算。县级以上各级政府财政部门应当将批复本级各部门的预算和批复下级政府的转移支付预算，抄送本级人民代表大会财政经济委员会、有关专门委员会和常务委员会有关工作机构。

（三）预算执行法律制度

预算经本级人民代表大会批准后，各预算执行主体要按照批准的事项实施预算执行。

1. 预算执行主体

各级预算由本级政府组织执行，具体工作由本级政府财政部门负责，由各部门、各单位担任本部门、本单位的预算执行主体，负责本部门、本单位的预算执行，并对执行结果负责。预算年度开始后，各级预算草案在本级人民代表大会批准前，可以安排上一年度结转的支出；参照上一年同期的预算支出数额安排必须支付的本年度部门基本支出、项目支出，以及对下级政府的转移性支出；法律规定必须履行支付义务的支出，以及用于自然灾害等突发事件处理的支出。这些根据安排支出的情况，应当在预算草案的报告中作出说明。

预算收入征收部门和单位，必须依照法律、行政法规的规定，及时、足额征收应征的预算收入。不得违反法律、行政法规规定，多征、提前征收或者减征、免征、缓征应征的预算收入，不得截留、占用或者挪用预算收入。各级政府不得向预算收入征收部门和单位下达收入指标。

2. 预算执行资金的管理

政府的全部收入应当上缴国家金库，国家实行国库集中收缴和集中支付制度，对政府全部收入和支出实行国库集中收付管理，任何部门、单位和个人不得截留、占用、挪用或者拖欠。中央国库业务由中国人民银行经理，地方国库业务依照国务院的有关规定办理。各级国库应当按照国家有关规定，及时准确地办理预算收入的收纳、划分、留解、退付和预算支出的拨付。对于法律有明确规定或者经国务院批准的特定专用资金，可以依照国务院的规定设立财政专户。县级以上各级预算必须设立国库；具备条件的乡、民族乡、镇也应当设立国库。

各级国库库款的支配权属于本级政府财政部门。除法律、行政法规另有规定外，未经本级政府财政部门同意，任何部门、单位和个人都无权冻结、动用国库库款或者以其他方式支配已入国库的库款。

3. 预算收支的管理和监督

各级政府财政部门必须依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定，及时、足额地拨付预算支出资金，加强对预算支出的管理和监督。各级预算的收入和支出实行收付实现制，特定事项需按照国务院的规定实行权责发生制的，应向本级人民代表大会常务委员会报告。各级政府、各部门、各单位的支出必须按照预算执行，不得虚假列支。各级政府、各部门、各单位应当对预算支出情况开展绩效评价。

各级政府应加强对预算执行的领导，支持政府财政、税务、海关等预算收入的征收部门依

法组织预算收入，支持政府财政部门严格管理预算支出。财政、税务、海关等部门在预算执行中，应当加强对预算执行的分析；发现问题时应当及时建议本级政府采取措施予以解决。各部门、各单位应当加强对预算收入和支出的管理，不得截留或者动用应当上缴的预算收入，不得擅自改变预算支出的用途。各级预算预备费的动用方案，由本级政府财政部门提出，报本级政府决定。各级预算周转金由本级政府财政部门管理，不得挪作他用。

（四）预算调整法律制度

预算调整是指法定的预算案在执行中因为特殊情况而需要作出变动，从而打破已经批准的收支平衡状态，或者增加原有的举债数额和调减预算安排的重点支出项目的措施。经全国人民代表大会批准的中央预算和经地方各级人民代表大会批准的地方各级预算，在执行中需要增加或者减少预算总支出、调入预算稳定调节基金、调减预算安排的重点支出数额与增加举借债务数额等情形时，应依法进行预算调整。在预算执行过程中，各级政府一般不制定新的增加财政收入或者支出的政策和措施，也不制定减少财政收入的政策和措施。

（五）决算法律制度

决算，即为预算收支的年度执行结果，由预算执行主体在每一预算年度终了后按照国务院规定的时间编制，并由权力机关审查批准的措施。决算法律制度具

体包括决算草案的编制、审批及决算的批复、备案与撤销制度。

编制决算草案必须与预算相对应且依法列明。各部门对所属各单位的决算草案，应当审核并汇总，在规定的期限内报本级政府财政部门审核。各级决算经批准后，财政部门应当在 20 日内向本级各部门批复决算。各部门应当在接到本级政府财政部门批复的本部门决算后 15 日内向所属单位批复决算。

（六）预算监督法律制度

预算监督是指立法机关、国家机关和社会各界对各级政府预算编制、执行、调整乃至决算等活动的合法性和有效性进行的监督。

一是预算监督的主体和职权设置。全国人民代表大会及其常务委员会对中央和地方预算、决算进行监督。县级以上地方各级人民代表大会及其常务委员会对本级和下级预算、决算进行监督。乡级人民代表大会对本级预算、决算进行监督。

二是预算监督责任制度的设置。政府各部门负责监督检查所属各单位的预算执行，及时向本级政府财政部门反映本部门预算执行情况，依法纠正违反预算的行为。公民、法人或者其他组织发现有违反预算法的行为，可以依法向有关国家机关进行检举、控告。接受检举、控告的国家机关应当依法进行处理，并为检举人、控告人保密。任何单位或者个人不得压制和打击报复检举人、控告人。各级政府及有关部门未依照预算法规定实施预算活动，责令改正，对负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员追究行政责任，其他法律对其处理、处罚另有规定的，依照其规定。违反预算法规定而构成犯罪的，依法追究刑事责任。

第四节 国债调控法律制度

一、国债调控与国债法

国债，即国家公债，是国家为了满足财政支出的需要，以按期还本付息为条件，通过借款或发行有价证券等方式向社会筹集资金所形成的债务。国债的宏观调控功能是对金融、财政功能的深化运用。一方面，国债通过中央银行公开市场操作，调控基础货币供给量，贯彻实施货币政策，保障金融市场有序运行。另一方面，通过发行国债可以有效调动社会闲散资金，弥补财政赤字，筹集基础设施建设资金，有利于我国经济社会发展。

国债调控功能的有效发挥，必然要在法律层面予以体现，依靠法律的强制力保障国债各项目标实现。国债法是调整国债的发行、使用、偿还和管理的过程中发生的经济关系的法律规范

的总称。1992年，国务院公布《国库券条例》（2011年修订），对发行对象与方式、发行数额及利率、还本付息的期限、国库券及其他债券的贴现、抵押和转让、国债法律责任、国债管理机构等内容予以规定。除《国库券条例》外，国债市场的法律规范主要包括《国债一级自营商管理办法》《国债跨市场转托管业务管理办法》《国债承销团成员资格审批办法》《商业银行柜台记账式国债交易管理办法》等。

二、国债发行、流通和监管法律制度

（一）国债发行法律制度

国债的发行是国债运行的起点环节，具体是指国债售出及被个人和企业认购的过程。国债发行法律制度主要涉及国债发行对象、决策主体以及发行方式。

国债的发行对象即国债认购人或投资者，普通国债的发行对象主要为个人投资者和机构投资者。我国的国债发行专指财政部代表中央政府发行的国家公债，需经全国人大批准。按照发行对象的特定性范围不同，国债发行可分为私募发行和公募发行。前者是面向少数特定的投资者发行债券，一般以少数特定单位和个人为发行对象，不面向所有的投资者出售；后者是指公开向广泛的不特定的投资者发行债券，该债券信用度高，可上市转让，主要采用代销、余额包销、全额包销等方式销售。

按照债券的形式不同，国债分为储蓄国债和记账式国债两种。储蓄国债是政府面向个人投资者发行、以吸收个人储蓄资金为目的、满足长期投资需求、不可流通且记名的国债品种。在持有期内，持券人如果遇到特殊情况需要提取现金，可提前兑取。记账式国债是以电子记账形式记录债权，由财政部面向全社会各类投资者发行，可以记名、挂失、上市和流通转让的国债品种。

（二）国债流通法律制度

发行国债筹集到的资金，由国务院统一安排使用和流通。国债的流通体现为不同流通形式的组合，根据流通地点不同，可分为场内市场交易和场外市场交易。场内市场交易又称场内交易，是根据证券交易所制定的交易规则且在证券交易所的监督下实现的交易。场外市场交易又称场外交易，是指在交易所市场之外的国债交易，灵活性较强，是场内交易的重要补充。

（三）国债监督管理法律制度

我国自1981年恢复国债发行以来，以国债为代表的债券市场不断发展，国债规模持续扩大。国债手段的运用既可以产生积极影响，也可能带来消极影响。因此，有必要建立起一个规范化和体系化的国债监督管理法律制度，主要包括以下两个方面。

1. 适度国债规模标准的确定

适度的国债规模应包含三方面内容：（1）财政部发行的国债应在不加重应债者负担的前提下，考虑认购者的可支配收入及对其他信用证券投资的资金分散程度等，确保政府有效筹集到资金。（2）适度的国债规模应该是政府自始至终能够驾驭的规模，即政府不但能通过举债筹集到所需资金，而且能有效地使用该国债资金，达到预期的经济效益目标，通过提高国债的经济效益来确保政府的偿债能力。（3）适度的国债规模体现为国债资金结构、规模与产生的效益能够有机统一。

2. 建立健全完善的监管法律体系

一般情况下，为保证国债发行规模和交易规模的合理扩容，在相关法律制度中纳入以下两方面内容：（1）国债发行方面的监管法规，包括对国债发行者借债的权限以及有关行政管理权力的规定，对国债限额的规定，对国债持有者权利义务的规定以及持有国债数量和比例的规定，对大量相关业务操作和监管的规定。（2）国债流通方面的监管法规，主要包括对国债交易方面的规定、对国债衍生交易（国债现货交易、国债期货交易、国债回购交易）的相关规定和国债托管清算方面的规定。

三、地方政府性债务法律制度

（一）地方政府性债务的内涵、功能与风险

地方政府性债务，简称地方公债或地方债，指有财政收入的地方政府及地方公共机构为满足地方财政支出的需要，以按期还本付息为条件，通过借款或发行有价证券等方式向社会筹集资金所形成的债务。地方债并不属于国家公债。

地方债既具有积极功能，又具有潜在的风险。由于我国中央与地方财政分税制未能为地方提供足额的财政收入来源，影响了地方政府在提供基础建设、社会服务等方面的财力，因此，发行地方债有助于增强地方政府财力，强化其提供地方性公共物品的能力。但如果地方债持续扩张，则有可能对财政体系的稳定、系统性金融风险的防范乃至整体宏观经济的安全造成潜在风险。目前，我国地方债规模较大，法治化程度较低，加大了地方政府性债务的潜在风险。

针对上述问题，2014年9月21日印发的《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》明确要求，建立规范的地方政府举债融资机制，对地方政府债务实行规模控制和预算管理，控制和化解地方债务风险，完善配套制度等举措。从2015年开始，财政部推行地方政府债务置换工作，即通过“发新债偿旧债”的方式，将地方政府原来的非标准化和不可流通的债务转化为公开的、标准化和可流通的债务，以实现化解存量债务到期的风险、延缓地方政府到期偿还债务压力的目的。

（二）地方政府性债务监管法律制度的基本构建

我国现行《预算法》规定，“省一级的地方政府可以通过发行地方政府债券筹措部门建设资金”，并对地方政府举借债务的规模进行了相关规定。地方政府发行地方政府债券只能在国务院限定的定额内举借债务，省、自治区、直辖市通过发行债券筹措的建设资金要列入本级财政预算，并且报请本级人民代表大会批准。通过国务院对省一级政府举债规模的限制，能够有效地控制地方政府的规模，保证地方政府不会因为过度发债而陷入危机。此外，《国务院关于加强地方政府性债务管理的意见》和《国务院关于深化预算管理制度改革的决定》的出台，初步搭建起了地方公债的法律制度框架。

国家应进一步强化财政部和审计署监督功能，使其在中央政府管理地方政府举债融资过程中发挥重要作用。财政部作为中央层次的债务管理机构负责全国各地地方政府的债务管理、监督工作。而审计署则按照国务院的统一部署和要求，定期对各地地方政府的债务管理水平和规模状况进行审计，以起到监督之效。

第五节 财政支出调控法律制度

一、政府采购与宏观调控

采购是指以合同方式有偿取得货物、工程和服务的行为，包括购买、租赁、委托、雇用等。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。政府采购，不是仅指具体的采购过程，而是采购政策、采购程序、采购过程及采购管理的概括，既是一种对公共采购管理的制度，也是一种政府行为。政府采购法律制度是在长期的政府采购实践中形成的对政府采购行为进行管理的一系列法律和惯例的总称。

政府采购是国家宏观调控的手段之一。政府采购的基本功能是为了满足政府履行职能的需要，但是由于采购的数量大、集中度高，对市场产生了引导作用，从而派生出宏观调控的职能。为了规范政府采购行为，提高政府采购资金的使用效益，维护国家利益和社会公共利益，保护政府采购当事人的合法权益，促进廉政建设，2002年6月29日在第九届全国人大常委会第二十八次会议上通过了《政府采购法》，自2003年1月1日起施行。2014年8月31日，根据《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国保险法〉等五部法律的决定》，对《政府采购法》部分内容进行了修改。我国《政府采购法》规定，除特殊情况下政府采购应当

购买国内的产品，且应该符合国家的社会、经济政策目标，如保护环境，扶持不发达地区、少数民族地区和促进中小企业的发展等。故政府采购在采购对象和交易主体的选择上要发挥政府经济行为的引导和鼓励作用，促进社会经济的发展。此外，《政府采购法实施条例》已于 2014 年 12 月 31 日由国务院第 75 次常务会议通过，自 2015 年 3 月 1 日起施行。

二、政府采购的基本制度

（一）适用范围

根据《政府采购法》规定，在中华人民共和国境内进行的政府采购适用该法。政府集中采购目录和采购限额标准依法定的权限制定。政府采购应当遵循公开透明原则、公平竞争原则、公正原则和诚实信用原则。政府采购实行集中采购和分散采购相结合，集中采购的范围由省级以上人民政府公布的集中采购目录确定。属于中央预算的政府采购项目，其集中采购目录由国务院确定并公布；属于地方预算的政府采购项目，其集中采购目录由省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构确定并公布。纳入集中采购目录的政府采购项目，应当实行集中采购。政府采购应当有助于实现国家的经济和社会发展政策目标，包括保护环境，扶持不发达地区和少数民族地区，促进中小企业发展等。但是，使用国际组织和外国政府贷款进行的政府采购，贷款方、资金提供方与中方达成的协议对采购的具体条件另有规定的，可以适用其规定，但不得损害国家利益和社会公共利益；对因严重自然灾害和其他不可抗力事件所实施的紧急采购和涉及国家安全和秘密的采购，不适用《政府采购法》；军事采购法规由中央军事委员会另行制定。

此外，《政府采购法实施条例》对《政府采购法》进行了补充规定：（1）将财政性资金认定为纳入预算管理的资金，以财政性资金作为还款来源的借贷资金，视同财政性资金；（2）服务包括政府自身需要的服务和政府向社会公众提供的公共服务；（3）国家机关、事业单位和团体组织的采购项目既使用财政性资金又使用非财政性资金的，使用财政性资金采购的部分，适用《政府采购法》及《政府采购法实施条例》；财政性资金与非财政性资金无法分割采购的，统一适用《政府采购法》及《政府采购法实施条例》。

前述的集中采购目录，包括集中采购机构采购项目和部门集中采购项目。省、自治区、直辖市人民政府或者其授权的机构根据实际情况，可以确定分别适用于本行政区域省级、设区的市级、县级的集中采购目录和采购限额标准。国务院财政部门应当根据国家的经济和社会发展政策，会同国务院有关部门制定政府采购政策，通过制定采购需求标准、预留采购份额、价格评审优惠、优先采购等措施，实现节约能源、保护环境、扶持不发达地区和少数民族地区、促进中小企业发展等目标。政府采购工程以及与工程建设有关的货物、服务，采用招标方式采购的，适用《招标投标法》及《招标投标法实施条例》；采用其他方式采购的，适用《政府采购法》及《政府采购法实施条例》。

（二）政府采购当事人

根据《政府采购法》及《政府采购法实施条例》的规定，政府采购的当事人主要包括采购人、供应商和采购代理机构。采购人是依法进行政府采购的国家机关、事业单位和团体组织。供应商则是平等地参与政府采购活动，提供合格的采购对象的一方。采购代理机构是必须取得政府采购代理机构资格，在采购代理协议授权的权限范围进行采购行为的一方当事人。

（三）政府采购方式

政府采购可以采用以下方式：（1）公开招标；（2）邀请招标；（3）竞争性谈判；（4）单一来源采购；（5）询价；（6）国务院政府采购监督管理部门认定的其他采购方式。其中，公开招标是政府采购最主要的方式。

公开招标是指需要采购人按照法定程序，向全社会发布招标公告，邀请所有潜在的不确定的供应商参加招标，由采购人通过事先确定的需求标准从所有投标人中择优选出中标供应商，并与之签订政府采购合同的一种采购方式。具体程序为：招标、投标、开标、评标、定标与废

标、签订合同。《政府采购法》规定凡在招标数额标准以上的采购项目一律要求采用公开招标方式，采购人因特殊情况需要采取其他方式的须提前获得设区、自治州一级政府采购监督管理部门的批准。

邀请招标指采购人因采购需求的专业性较强，有意识地向具备一定资信和业绩的特定供应商发出招标邀请书，由被邀请的供应商参与投标竞争，从中选择中标者的招标方式。邀请招标只适用于采购具有特殊性，只能从有限范围的供应商处采购的情形；或采用公开招标方式的费用占政府采购项目总价值的比例过大的情形。

竞争性谈判是指采购人通过与三家以上的供应商就有关采购事项（如价格、技术规格、设计方案、服务要求等）进行谈判，然后就谈判确定的事项要求供应商限时报价，最后按照预先规定的采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则，从参加谈判的供应商中确定最优中标人的一种采购方式。具体程序包括成立谈判小组、制定谈判文件、确定供应商名单、谈判、确定成交供应商。竞争性谈判适用于如下情形：招标后没有供应商或没有合格标的，或重新招标未能成立的；技术复杂或者性质特殊，不能确定详细规格或具体要求的；采用招标所需时间长，不能满足紧急需要的；不能事先计算出价格总额的。

单一来源采购，可概括为采购人向唯一供应商进行采购的一种方式。它仅适用于如下情形：只能从唯一供应商处采购的；发生了不可预见事件导致紧急情况，不能从其他供应商处采购的；必须保证原有采购项目一致性或服务配套的要求，需要继续从原供应商处采购，且添购资金不超过原合同采购金额 10% 的。

询价则是采购人向三家以上供应商发出询价单让其报价，然后对各供应商的一次性报价进行比较，最后按照符合采购需求、质量和服务相等且报价最低的原则，从中选择出最优的供应商的一种采购方式。它适用于采购人采购的货物规格、标准统一，现货货源充足且价格变化幅度小的政府采购项目。

（四）政府采购的监督

我国政府采购的监督包括财政主管部门的监督，政府采购主体的内部监督，审计部门、监察机关的外部监督，新闻媒体和社会公众的监督。其中财政主管部门主要侧重于对政府采购资金的使用情况进行监督，通过接受投诉，监督检查和定期考核评估等方式进行监督。政府采购主体的内部监督，主要通过合同签署、审核和货物验收三者相互分离、相互制衡的途径进行监督。审计部门和监察机关分别通过审计和采购人员任命的方式进行监督。新闻媒体和社会公众则是通过采购信息的新闻公告，对违法采购行为进行控告和检举等途径进行监督。此外，财政部门应当制订考核计划，定期对集中采购机构进行考核，考核结果有重要情况的，应当向本级人民政府报告。审计机关、监察机关以及其他有关部门依法对政府采购活动实施监督，发现采购当事人有违法行为的，应当及时通报财政部门。

（五）政府采购争议的解决

政府采购争议是指供应商与政府采购人、采购代理机构、政府采购监管部门及其他有关政府部门之间发生的与政府采购相关的纠纷。《政府采购法》规定了以下解决途径：

（1）询问、质疑与投诉。供应商对政府采购活动事项有疑问的，可以向采购人提出询问；供应商认为采购文件、采购过程和中标、成交结果使自己的权益受到损害的，可以依法以书面形式提出质疑；对答复不满意或未作答复的，可以按规定向同级政府采购监管部门投诉。

（2）行政复议或诉讼。投诉人对政府采购监管部门的投诉处理决定不服，或监管部门逾期未作处理的，可以依法申请行政复议或向人民法院提起行政诉讼。

三、转移支付与宏观调控

（一）转移支付

国家实行财政转移支付制度。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。广义上的转移支付，是指政府为实现特定的政策目标，通过一定的渠道

或者形式，将一部分财政资金无偿地转移给社会经济组织、居民及其他受益者，表现为社会保障支出、财政补贴支出、捐赠支出等形式。狭义上的转移支付，是指政府之间财政资金的转移和拨付，尤其是上级政府对下级政府的纵向转移支付，更受瞩目。

（二）转移支付制度的宏观调控功能

财政转移支付是分税制下平衡政府间财权和事权的重要工具，同时也是国家宏观调控的手段之一。财政转移支付的宏观调控功能主要表现在：第一，平衡区域财政收入，实现公共服务的均等化。政府财政收入是提供公共服务的经济基础。经济发展的差异和税收收入的不均使得各地政府的财政收入呈现出较大的差异，从而导致各地在公共服务的数量和质量上产生差距。进行财政转移支付，调节政府财政收入是实现全国各地公共服务均等化的经济基础和前提。第二，调节收入分配，实现社会公平。通过财政转移支付制度将取得的税收收入进行社会再分配，实现社会的公平。第三，减少地区差距，促进经济均衡发展。财政转移支付通过税收返还、专项补贴等形式实现发达地区对贫困地区的扶持，减少两地差距，促进各地均衡发展。第四，调节产业结构。通过给予薄弱产业、新兴产业和高科技产业等补贴，促进产业结构和经济结构的平衡，实现经济的持续协调发展。

四、转移支付的基本制度

财政转移支付以缩小地区之间的经济差距，实现公共服务的均等化为根本目标。就我国区域发展现状而言，由于东部与西部、沿海与内陆的地区差距过大，实现公共服务绝对均等化不是短时期内能够实现的。所以转移支付的目标应为：逐步调整各地区之间的横向不平衡、缩小地区间经济发展的差距，促进区域间的均衡发展，重点关注贫困和边远地区的医疗、卫生、教育、运输等基础设施的建设。

我国实行财政转移支付制度，规范、公平和公开的财政转移支付能够推进地区间基本公共服务的均等化。为了实现财政转移支付的目标，政府间的转移支付应该遵守以下原则：其一，公平优先、兼顾效率的原则，即在确定转移支付资金的分配规模上，应坚持与地方财政需要成正相关性，与财政能力存在负相关关系。在转移支付的结构安排上，要突出采用一般性转移支付方式缓解地方财力匮乏局面，同时辅之以专项转移支付方式以兼顾效率；其二，依法转移的原则，即转移支付应严格按照法律规定的程序进行，政府不得滥用权力随意进行转移。

我国目前尚无专门的“财政转移支付法”，财政转移支付法律制度散见于我国《预算法》及《预算法实施条例》等法律法规中。在分税制的基础上，我国建立了以纵向转移支付为支付脉络的财政转移支付制度体系。我国的财政转移支付，主要可以分为两类，即一般转移支付和专项转移支付。

一般性转移支付，又称体制性转移支付，是上级政府依法将其财政资金转作下级政府财政收入的一种补助方式，是政府间财政关系的重要组成部分。一般性财政转移支付是为弥补财政实力薄弱地区的资金缺口，由中央财政安排给地方财政的补助支出，目的是缩小地区间贫富差异。一般性转移支付可细分为纵向转移支付和横向转移支付，前者以弥补财政收支差额为目的，后者以提高贫困地区财政服务水平为目的。

专项转移支付，是中央财政为实现特定的宏观政策及事业发展战略目标而设立的补助资金，重点用于基础设施建设、天然林保护工程、退耕还林还草工程、贫困地区义务教育工程、社会保障制度建设、公共卫生体系建设等经济、社会事业发展等事关民生的领域。专项转移支付应当按照法律、行政法规和国务院规定办理特定事项，最终实现专款专用。同时，上级政府在安排专项转移支付时，不可强行让下级政府承担配套资金。

思政专栏

近年来，我国的政府间财政关系立法和规范化进程不断加速，有力地推进了基本公共服务均等化，促进了区域协调发展，保障了各项民生政策的顺利落实。中央财政通过多渠道加大脱

脱贫攻坚投入,包括加大对贫困地区的一般性转移支付力度,引导相关专项转移支付向贫困地区、贫困人口倾斜,持续大幅增加财政专项扶贫资金投入,取得了相当大的成绩:一是来自政府、企业以及居民间的转移性救助资金更多被低收入农户所获得,即综合而言,中国现行转移支付体系具有较好的“精准扶贫”效果;二是分类别而言,政府性救助“精准扶贫”效果相对最好,可以精准到户到人,财政转移支付制度为“精准脱贫”提供了基础性保障。

课后作业

一、思考题

1. 试述宏观调控法的体系构成。
2. 试述宏观调控法的调整方式。
3. 简述我国的预算体制。
4. 简要叙述各级人民代表大会的预算权。
5. 简要叙述各级人民政府的预算权。
6. 试述政府采购的主体、对象、方式和程序。
7. 简述我国转移支付的基本制度。

二、案例分析

【案例】中央财政大力支持打好精准脱贫攻坚战——财政转移支付促进区域均衡发展

按照党中央、国务院的决策部署,十八大以来,财政部把脱贫攻坚工作作为头等大事和第一民生工程来抓,通过加大投入力度,强化资金监管,确保打好这场攻坚战。2012年到2017,农村贫困人口累计减少6800多万人,贫困发生率由10.2%下降至3.1%,创造了人类减贫史上的“中国奇迹”。

一、精准扶贫:从“总量管理”到“统筹盘活”

十八大以来,中央财政大幅增加财政扶贫投入,积极完善财政扶贫开发政策,大力推进贫困县涉农资金整合试点,通过“加大增量、盘活存量”资金,为加快脱贫攻坚步伐提供有力支撑。

一是加大增量,不断完善财政扶贫投入体系。中央财政通过多渠道加大脱贫攻坚投入,包括加大对贫困地区的一般性转移支付力度,引导相关专项转移支付向贫困地区、贫困人口倾斜,持续大幅增加财政专项扶贫资金投入。从2016年起,中央财政补助地方专项扶贫资金连续三年每年新增200亿元,今年首次突破1000亿元,达到1061亿元。如果加上用在教育、医疗卫生、社会保障等方面的扶贫投入,这个规模就更大。此外,2013-2017年,中央财政还安排专项彩票公益金69亿元,用于支持贫困革命老区产业发展和小型生产性公益基础设施建设,帮助贫困革命老区加快脱贫攻坚步伐。

二是在加大增量的同时,积极盘活存量。中央财政稳步推进贫困县涉农资金整合试点,针对贫困地区基层“最知道自己哪儿疼,却没法开方抓药”、权责不匹配、没有项目安排和资金使用自主权等问题,中央财政积极支持贫困县开展涉农资金整合试点,将一部分涉农资金的配置权完全下放到脱贫攻坚一线贫困县,支持贫困县根据脱贫攻坚需要自主确定和实施项目。试点于2016年启动,2017年已推广到全部832个贫困县。截至2017年12月底,832个贫困县计划整合资金规模达3330亿元,实际已整合3286亿元,已完成支出2935亿元。

二、绩效管控:加强财政资金监管,提升财政支出绩效

在制度层面,财政部扎紧制度“笼子”,完善扶贫资金管理制度。2017年,财政部会同国务院扶贫开发领导小组办公室等6部门修订印发《中央财政专项扶贫资金管理办法》。据财政部农业司有关负责人介绍,新办法较好地体现了“放管服”改革的要求,突出问题和结果导向,释放了强化监管的明确信号,对脱贫攻坚期内中央财政专项扶贫资金的分配、使用、管理、监督等作出全面规定。同时,财政部、国务院扶贫开发领导小组办公室修订印发《财政专项扶

贫资金绩效评价办法》，将资金使用精准作为绩效评价的基本原则，突出考核脱贫成效，坚持问题导向，针对一些地方资金支出进度较慢的问题，提高了“资金拨付进度”和“资金结转结余率”等指标的权重，督促各地落实资金监管责任。

在检查方面，财政部会同国务院扶贫开发领导小组办公室做好扶贫开发工作成效考核、脱贫攻坚督查巡查。开展财政专项扶贫资金绩效评价，并加强各类考核评价结果的运用，“倒逼”地方落实资金监管主体责任，切实强化资金监管。在持续开展扶贫资金常态化监管的同时，组织全国财政监督检查力量开展扶贫资金专项检查，对各地扶贫资金使用管理情况进行“全面体检”。据了解，2017年财政部组织对28个省的874个县的财政专项扶贫资金进行了专项检查，共追回虚报冒领和挤占挪用的资金7.3亿元，对450人进行了问责，对其中15个典型案例进行了曝光。

随着监管力度的加大，近年来扶贫资金领域违纪违规问题涉及的资金规模和比例不断下降。但由于扶贫资金量大、面广、点多、线长，在一些基层和局部地区仍然存在挪用、挤占、虚报冒领等现象。为此，中央财政将进一步完善制度，堵塞制度和管理上的漏洞；继续加大查处力度，从2018年到2021年，每年都将把扶贫专项资金作为检查的重点，对违纪、违规问题，做到“发现一起、查处一起、问责一起、曝光一起”。

三、重点突出：将深度贫困地区脱贫攻坚作为重点工作来抓

截至2017年底，我国仍有约3000万人口未实现脱贫，剩下的这些未脱贫的人口和地区，大多处于深度贫困地区，是贫中之贫、困中之困。为了保证深度贫困地区能够同步脱贫，中央财政将多方面筹集资金，加大对深度贫困地区脱贫攻坚的支持力度。2018-2020年，计划增加安排深度贫困地区脱贫攻坚资金2140亿元，其中用于“三区三州”（西藏、四省藏区、新疆南疆四地州和四川凉山州、云南怒江州、甘肃临夏州）将达到1050亿元。2018年《政府工作报告》提出，今年再减少农村贫困人口1000万以上。为了实现这一目标，中央财政将着力做好以下几个方面的工作，全力支持打好精准脱贫攻坚战。

一是进一步强化脱贫攻坚投入保障。中央财政今年将继续大幅增加财政专项扶贫资金规模，加大一般性转移支付及教育、医疗、社保、交通等转移支付对贫困地区的支持力度。同时，规范扶贫领域的融资，依法发行地方政府债补强扶贫投入，疏堵并举防范化解扶贫领域融资风险。

二是深入推进贫困县涉农资金整合。要求各地加大实质性整合力度，将纳入整合范围的资金在“大类间打通”“跨类别使用”，进一步提高整合的深度和质量。指导贫困县坚持现有脱贫标准，对标脱贫攻坚目标找出“坚之所在”，排出轻重缓急，聚焦和精准使用整合资金。同时，规范做好方案编制、制度修订、项目选择、项目实施等工作。

三是积极推动财政扶贫重点工作。推进精准扶贫、精准脱贫，离不开产业扶贫支撑，只有扶持产业，才能更好地帮助贫困群众脱贫致富，实现可持续脱贫。为此，中央财政2018年将产业扶贫作为财政支持脱贫攻坚相关投入的优先支持方向，推动实现可持续脱贫。同时，积极推广资产收益扶贫，指导进一步完善资产收益扶贫项目利益分配机制，帮助贫困群众更好地分享产业发展“红利”，增强贫困群众获得感。此外，中央财政还将会同相关部门抓好健康扶贫、教育扶贫、生态扶贫、金融扶贫等行业扶贫工作，让贫困地区群众获得实实在在的好处。

问题：

1. 结合本案例和财政法原理，谈谈财政在国家治理中的基础性地位。
2. 结合本案例和财政法原理，谈谈政府采购相关争议中各主体的法律责任。