

# 揭阳职业技术学院



## 经济管理系 教案

课程 经济法实务

专业 市场营销、现代物流管理

班别 市场营销 241、现代物流管理 241、  
现代物流管理（自主招生）241

课时 36

教师 李国波（1-6周） 周凯丽（7-18周）

## 项目一 经济法基础理论

- ✚ **教学目标:** 1. 了解法的概念、特征、法的形式和效力;  
2. 了解民事法律的基本知识;  
3. 掌握经济法律关系的基本知识;  
4. **思政目标:** 通过经济法概念、调整对象和功能的学习, 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:** 1. 经济法的调整对象;  
2. 经济法律关系的构成要素;  
3. 帮助学生树立正确法律意识和法律思维;  
4. 能对基本的法律权益、经济纠纷做出分析判断。
- ✚ **教学难点:** 1. 帮助学生树立正确法律意识和法律思维;  
2. 能对基本的法律权益、经济纠纷做出分析判断。
- ✚ **课 时:** 4
- ✚ **教学方法:** 讲练结合; 案例分析
- ✚ **教学内容:** 任务一 法学基础知识  
任务二 民法基本知识  
任务三 经济法基本知识
- ✚ **教学过程:**

### 任务一 法学基础知识

#### 一、法的概念与特征

**课前引入:** 你所知道的“法”有哪几部?

“校纪校规”是不是法?

##### (一) 法的概念

法是由国家制定或者认可, 并由国家强制力保证实施的, 反映着统治阶级的意志与利益, 由统治阶级的物质生活条件所决定, 规定人们在社会关系中的权利和义务, 确认、维护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序的行为规范。

##### (二) 法的特征

法具有如下特征:

- (1) 法是由国家权力机构制定或认可的社会规范。
- (2) 法是以国家强制力为后盾, 通过法律程序保证实施的社会规范。
- (3) 法是以权利义务为内容的社会规范。
- (4) 法是具有普遍约束力的社会规范。

##### 法律制度目的: 稳定社会秩序

**以贼为师:** 据说盗墓一般要两个人, 比如打一个洞, 一人下去取珠宝玉器, 另一人上面用绳子系上来, 但一开始, 经常发生拉绳人见财起异心, 抛弃下面同伙而去的事。于是演变为盗墓团伙以父子居多, 但也发生了儿子扔下墓里亲爹的事。最后立下行规: 儿子下去取货, 老子上面拉绳子, 就再没出现过把人落在墓坑的事。这就是制度建设的鼻祖。

#### 二、法的分类

### （一） 法的形式分类

法的形式，又称法的渊源(表现形式)，法由不同的国家机关制定或认可，具有不同的法律效力和法律地位。我国社会主义法的形式主要包括：

1. 宪法：全国人大
2. 法律：全国人大及其常委会制定：《公司法》《证券法》《企业破产法》《会计法》《企业所得税法》
3. 行政法规：国务院制定的行政管理规范：《公司登记管理条例》《企业财务会计报告条例》《增值税条例》等。
4. 地方性法规：地方人大及其常委会（省、经济特区、较大的市、地级市）
5. 规章：国务院部门规章和地方政府规章  
部门规章：人民银行《贷款准则》  
地方规章：省、自治区、直辖市、较大市人民政府
6. 其它：
  - （1）民族自治地方的自治条例和单行条例
  - （2）特别行政区的法律
  - （3）国际条约
  - （4）司法解释。

### （二） 法的内容分类

按调整法律关系的不同，分为宪法，民法，经济法（公司法、合同法、税法），刑法，诉讼法。

### 三、法的效力

法律效力是指法律的生效范围或适用范围，即法律对什么人、什么事、在什么地方和什么时间有约束力。

#### （一）对人的效力

1. 中国公民：（1）中国领域内；（2）中国境外
2. 外国人和无国籍人：在中国领域内，除法律另有规定者外。

**知识拓展：**“红色通缉令”是国际刑警中心对各国犯罪分子签发的拘捕令。李华波曾任江西省鄱阳县财政局经济建设股股长，然而这个“股级”干部，凭着一枚假公章，伙同他人于数年间侵吞公款达 9400 万元，相当于鄱阳这个国家级贫困县年财政收入的四分之一。2015 年 5 月 9 日下午，李华波被遣返回国。

#### （二）对事的效力

案例：微信代购彩票被判刑

重庆市渝北区法院审结一起微信代购彩票刑事案件。被告人罗某、王某在未取得中国福利彩票发行管理中心授权的情况下，利用网络社交平台擅自发行、销售彩票，分别被判处有期徒刑六个月至三年不等的有期徒刑，并处罚金。

法院认为，被告人罗某、王某违反国家规定，未经批准，擅自发行、销售彩票，扰乱市场经济秩序，情节严重，行为构成非法经营罪。

#### （三）空间效力

1. 全国范围内：领陆、领空、领水。
2. 在一定区域内。

（四）时间效力：一般自法律公布之日起生效。

### 四、法治思维和法治方式

#### （一）概念

法治思维就是运用法治理念认识事物、判断是非、解决问题的思维方式。法治方式就是

在法治思维支配下产生的外在行为表现。

有什么样的思维模式就会产生特定的行为。例如，很多人都会认为吸烟危害健康，除此之外没有任何判断，但对于具有法治思维判断的人会意识到，在公共场合吸烟可能是犯罪行为，在加油站吸烟引起火灾，涉嫌失火罪。

## （二）功能

### 1. 有利于国家治理的系统控制

法治思维是建设性思维：建设性思维是以确定制度，建设社会、修复社会关系、解决社会问题为基本目的。

### 2. 有利于提高社会治理的成效

一是降低社会治理的成本。

法治思维是权利义务思维，通过权利和义务的运行，实现指引、评价、预测、教育、惩罚功能，确保公共资源的合理流动，确保社会秩序畅通无阻。

在德国，一个司机碰到红绿灯坏了，司机自觉的行为是掉头行使，不会越过红绿灯（在有些人看起来，德国人脑筋有问题），但这却体现德国人高度的自律意识，德国人这么做是大智慧，这种自律意识，使国家、社会的治理成本非常低，还可以解决特定范围的道德问题。守法是最低的道德要求。

二是提高社会治理的效果。

现代国家行政权的行使有两个特点，一是讲效率，二是讲民主。把效率和民主统一起来，就是有效政府的特征。效率和民主的结合点就是有效的制度。

#### 合格率的检查制度

二战期间，美国空军降落伞的合格率为 99.9%，这就意味着从概率上来说，每一千个跳伞的士兵中会有一个因为降落伞不合格而丧命。军方要求厂家必须让合格率达到 100%才行。厂家负责人说他们已经竭尽全力了，99.9%已是极限，除非出现奇迹。

军方就改变了检查制度，每次交货前从降落伞中随机挑出几个，让厂家负责人亲自跳伞检测。从此，奇迹出现了，降落伞的合格率达到了一百。

### 3. 有利于有效化解法律风险

#### 案例

在意大利，一位妇女涉嫌重大诈骗罪，根据意大利刑法规定，应该判处 15 年到 20 年的监禁。在审判前，法庭决定对她进行逮捕。当警察冲到她家执行逮捕时，该妇女已经怀孕。警察不得不暂缓执行逮捕。

一年后，法官认为该妇女应该生下孩子，并过哺乳期，便派警察再来逮捕。岂料，该妇女又怀孕，原来，这位妇女和丈夫积极配合，接二连三怀孕，20 年来，该妇女一口气生了 22 个孩子。导致逮捕、审判长期无法实施，案件一拖再拖。

最后，法官不得不宣布：由于已过追诉期，不再追究其刑事责任。该妇女也因此名声大振。鉴于意大利人口增长率日渐下降，国家拟向该妇女授予“光荣母亲”的称号。

案例在中国容易被视为钻法律空子，为道德、舆论所耻笑，但在西方人看来法律是建设性的东西，合法的权利也是正当的权利。

## 任务二 民法基本知识

### 【案例导入】

甲公司通过电视发布广告，称其有 100 辆某型号汽车，每辆价格 15 万元，广告有效期 10 天。乙公司于该则广告发布后第 5 天自带汇票去甲公司买车，但此时车已全部售完，无货可供，乙公司要求甲公司赔偿有关费用。

问：甲公司无车可卖，乙可否要求甲赔偿？

## 一、民法的概念

民法是调整平等主体的自然人之间、法人之间以及自然人、法人之间财产关系和人身关系的法律规范的总称。

1. 主体平等：自然人、法人、非法人组织。

2. 调整对象：财产关系和人身关系

财产关系：基于特定事实形成具有财产权利义务的关系：广告、继承、结婚等。

人身关系：基于特定人身依附形成的人与人之间的关系，例如夫妻关系，父母子女关系等。

3. 法律规范：财产关系和人身关系的权利与义务必须基于法律规定。

所谓调整，就是根据民法的规定，对各种民事行为进行确认、保护、限制或者制裁。

**问题思考：**断绝父子关系声明是否合法？

### 案例

小强在谈恋爱时买了许多礼物给小英，价值 3000 元，后来小英提出分手，小强要求她退还礼物，但她不肯。小强说恋爱关系是法律关系，小英说恋爱关系不受法律保护，双方争执不下。请问：恋爱关系是法律关系吗？

## 二、民法典的基本原则

### （一）平等原则

民事主体在民事活动中的法律地位一律平等。

### （二）自愿原则

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。

### （三）公平原则

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。

强买强卖、借降价销售伪劣商品违反上述三大民法基本原则

### （四）诚实信用原则

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。诚信原则，要求人们在民事活动中应当诚实、守信用，正当行使权利和履行义务。

### （五）公序良俗原则

民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。

公序：即社会一般利益，包括国家利益、社会经济秩序和社会公共利益。

良俗：即一般道德观念或良好道德风尚，包括社会公德、商业道德和社会良好风尚。

“法无明文禁止即可为”，但要遵守公序良俗。

“北依南雁”、“不是我”可否做姓名权登记？

禁止权利滥用。

不得以不正当的方式行使权利，加损于他人。

### （六）生态文明原则

民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。

案例：巨型浴缸入室 房屋不堪其重

上海业主顾某购买了一只占地面积约 8.9 平方米，可放水约 4.2 吨的巨型浴缸，准备安装在其居住的第 29 层的物业内，遭到了周围业主的强烈反对。物业管理公司向有关专家进行了咨询，以房屋楼板无法承受浴缸使用时的重量为由，制止顾某吊装巨型浴缸。顾某起诉物业公司要求将自己所有的浴缸搬入自己物业内。

《上海市居住物业管理条例》第二十七条：“业主、使用人应当遵守法律、法规的有

关规定，按照有利于物业使用、安全以及公平、合理的原则，正确处理供水、排水、通行、通风、采光、维修、环境卫生、环境保护等方面的相邻关系。”

长期使用巨型浴缸必然对大楼的楼板强度及承重结构造成危害，使大楼存在潜在的安全隐患。同时还应当顾及相邻各方的利益，以不损害公共利益和他人权益为前提，否则应加以必要的限制。

### 三、民事主体法律制度

#### （一）自然人

自然人是基于自然规律出生的人。“试管婴儿”也属于自然人。公民自出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，享有民事权利，承担民事义务。

##### 1. 民事权利能力

民事权利能力是指法律确认的自然人享有民事权利和承担民事义务的资格。

胎儿没有民事权利能力，因而不享有继承权。

自然人：民事权利能力、行为能力

##### 2. 民事行为能力

民事行为能力：能够通过自己的行为取得民事权利并承担民事义务的主体资格。

自然人分为三类：

完全民事行为能力：（1）十八周岁以上；（2）十六周岁以上的未成年人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。成年人为完全民事行为能力人，可以独立实施民事法律行为。

限制民事行为能力：（1）八周岁以上的未成年人；（2）不能完全辨认自己行为的成年人。实施民事法律行为由其法定代理人代理或者经其法定代理人同意、追认，但是可以独立实施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。

无民事行为能力：（1）八周岁以下的未成年人；（2）不能辨认自己行为的成年人。无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人是其法定代理人。精神病人分为：不能辨认和不能完全辨认。

#### 案例

小斌9周岁，趁母亲不注意，在家偷偷拿了500元，到商场买了一个游戏机，母亲发现后，找商场退货，营业员不同意，理由是游戏机没有卖高价，而且没有质量问题。

问：小斌母亲可以退货吗？为什么？

河南警方：嫌犯突发精神疾病，手持钢笔挟持一位乘务人员

2018年4月15日，徐某乘坐国航CA1350航班飞往北京途中，因突发精神疾病，手持钢笔挟持一位乘务人员，导致该航班9:58分备降郑州新郑国际机场。

#### （二）法人

##### 1. 概念

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

法人：组织。

法定代表人：代表法人从事的民事活动的自然人。

##### 2. 法人成立条件

一是依法设立。

二是有必要的财产或经费。法人的财产来自于创立人的出资和自身经营所得。市场经济成熟的地区对企业的注册资金要求不高。

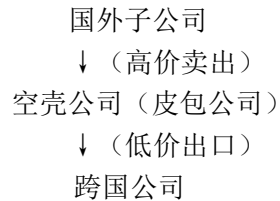
三是有自己的名称、组织机构和场所。

四是能独立承担民事责任。法人以自己财产承担责任，债务不能转移给国家、创立人或

者其他成员；创立人的个人财产与法人无关，家族型企业要防止企业财产与投资者个人财产混淆；法人财产无法抵偿债务的，宣告破产，即市场退出。

什么是皮包公司？

就是没有固定资产、没有固定经营地点和实际的经营资金，两三个人，七八个章，放在袋子里到处转，只是个空壳。经济活动凡是冠以“国际”“全球”字号的名称要小心。



皮包公司低价出口到母国，从而接受很低的关税，而这些商品则直接运到母国，只是在皮包公司的账面上有点过渡，逃避直接出口到母国的高额关税。

### 3. 法人分类

①营利法人：以取得利润并分配给股东等出资人成立的法人，包括有限责任公司、股份有限公司和其他企业法人等。

②非营利法人：为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，包括事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等。

③特别法人：机关法人、农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人、基层群众性自治组织法人。

### （三）非法人组织

非法人组织是不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。非法人组织包括个人独资企业（个体工商户）、合伙企业、不具有法人资格的专业服务机构。

## 四、民事法律行为制度

### （一）民事法律行为的概念

公民或法人(民事主体)设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

### （二）民事法律行为形式

民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。

### （三）民事法律行为条件

具备下列条件的民事法律行为有效：（1）行为人具有相应的民事行为能力；（2）意思表示真实；（3）不违反法律或者社会公共利益。

民事法律行为从成立起具有法律约束力，行为人非依法或取得对方同意，不得擅自变更或解除。

### 案例：因房子涨价又不卖的，涨价部分归买家

2015年底，曹先生经中介公司居间介绍，看中了王先生所有的一套两百多平米的房屋，协商确定后，双方签订《房屋买卖合同》，约定购买该房屋含车库、车位、固定装修、固定厨卫设备，成交总价303万元，并约定王先生应于2016年3月10日注销他项权证。曹先生支付了5万元的定金。

但是3月5日，中介电话告知曹先生说王先生房子不卖了，原因是房屋价格上涨了。这可把曹先生急坏了，他急忙发函给王先生及中介公司，要求王先生协助他办理过户网签及资金托管手续，但是王先生拒收该函件。无奈之下，曹先生将王先生告上法庭，要求退还定金并赔偿损失。

法院审理认为：原、被告签订的《房屋买卖合同》合法有效，双方按约全面履行各自的义务。由于房价涨幅较大，王先生心理失衡而故意违约，影响正常的市场经济秩序，违反诚

实信用的原则。因房子涨价又不卖的，涨价部分归曹先生。

在二手房交易中，合同约定应明确网签时间、涤除抵押权、资金托管、户口迁移、违约金等问题，履行告知义务（阴阳房间），预防纠纷的发生。

#### （四）无效民事行为

无效民事行为是指不具备民事法律行为的有效条件，不受法律承认、保护，因而不能产生当事人预期法律后果的行为。无效民事行为具有当然无效、自始无效、确定无效和绝对无效等特点。

无效民事行为可以分为全部无效民事行为与部分无效民事行为。民事行为部分无效如果不影响其他部分的效力，则其他部分有效。

无效民事行为有：（1）无民事行为能力人实施的民事行为；（2）限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为。即限制民事行为能力人在未征得法定代理人同意的情况下实施的与其年龄、智力或精神状况不相适应的民事行为；（3）因受欺诈、受胁迫而为的民事行为、乘人之危的民事行为；（4）恶意串通、损害国家利益、集体利益或者第三人利益的民事行为；（5）违反法律或社会公共利益的民事行为；（6）以合法形式掩盖非法目的的民事行为等。

无效民事行为的法律后果：（1）返还财产；（2）赔偿损失；（3）追缴财产收归国家所有或者返还集体、第三人。

#### （五）可撤销的民事行为

1. 重大误解的民事行为；
2. 显失公平的民事行为。

### 五、代理制度

#### （一）代理的概念

代理是指代理人在代理权限范围内，以被代理人的名义与第三人进行民事活动的行为。

#### （二）代理的种类

1. 委托代理：根据委托授权而产生的代理。
2. 法定代理：根据法律的规定而产生的代理。
3. 指定代理：根据人民法院或者有关部门的指定行为而产生的代理。

#### （三）代理权的滥用

不当履行代理的行为：（1）超越代理范围；（2）代理人以被代理人的名义与自己进行民事活动的行为；（3）代理人和被代理人知道代理的事项违法的行为；（4）代理人与第三人恶意串通，损害被代理人利益的行为；（5）法律禁止代理的行为。

#### 案例

甲公司委托乙公司向某纺织厂购买一批纯棉布料，乙公司自己刚好有纯棉布料，便私自以某纺织厂名义与甲公司订立一份买卖纯棉布料合同，同时，乙公司还知道某纺织厂在低价促销亚麻布料，便代甲公司与纺织厂签订一份真实购买亚麻布料合同，甲公司拒绝收货和付款。

问：乙公司代理购买纯棉布料、亚麻布料是否有效？

### 六、其他制度

#### （一）财产所有权制度

1. 概念：指所有人对自己财产享有占有、使用、收益、处分的权利。
2. 所有类型：①个人所有；②按份所有；③共同所有

#### （二）债权制度

债是按照合同约定或者法律规定，在当事人之间产生的特定的权利义务。

权利人：债权人

义务人：债务人

债产生的原因	定义
合同	当事人自愿达成的权利义务协议
侵权行为	行为人侵害他人财产或人身的行为
不当得利	没有法定或约定的依据，取得利益造成他人利益受损
无因管理	没有法定或约定的义务，为避免他人利益受损，自愿为他人管理事务

#### 案例：许霆从不当得利到盗窃罪

2006年4月21日晚10时，许霆来到天河区某银行的ATM取款机取款。结果取出1000元后，他惊讶地发现银行卡账户里只被扣了1元，狂喜之下，许霆连续取款5.4万元。当晚，许霆回到住处，将此事告诉了同伴郭安山。两人随即再次前往提款，之后反复操作多次。许霆先后取款171笔，合计17.5万元；郭安山则取款1.8万元。事后，二人各携赃款潜逃。

#### （三）诉讼时效

诉讼时效是指民事权利受到侵害的权利人在法定的时效期间内不行使权利，当时效期间届满时，人民法院对权利人的权利不再进行保护的制度。在法律规定的诉讼时效期间内，权利人提出请求的，人民法院就强制义务人履行所承担的义务。而在法定的诉讼时效期间届满之后，权利人行使请求权的，人民法院就不再予以保护。

根据《民法典》第188条第一款规定：向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为三年。法律另有规定的，依照其规定。根据《民法典》第594条规定：因国际货物买卖合同和技术进出口合同争议提起诉讼或者申请仲裁的时效期间为四年。自权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日起计算。法律另有规定的，依照其规定。

### 任务三 经济法基本知识

#### 一、经济法的概念

经济法：国家协调本国经济运行过程中发生的社会公共性经济关系，不调整人身关系。国家运用法律对社会经济进行干预；干预或不干预，完全取决于国家的需要。调整具有全局性、社会性和公共性的经济关系。

#### 二、经济法的调整对象

##### （一）市场主体调控关系

国家对市场主体的活动进行管理和市场主体在自身运行过程中所发生的经济关系。

##### （二）市场运行调控关系

国家维护市场经济秩序，维持市场正常运行而干预市场所发生的关系。

##### （三）宏观经济调控关系

对关系国计民生的重大经济因素进行管理所发生的具有隶属性或者指导性的经济关系。

##### （四）社会经济保障关系

对劳动者实行社会保障过程中发生的经济关系。

#### 三、经济法律关系

##### （一）概念

由国家参与和干预经济形成并由经济法确认和调整的经济权利和经济义务关系。

##### （二）经济法律关系主体

参与经济法律关系，依法享有经济权利，承担经济义务，并能因此而独立承担经济法律责任的当事人。我国经济法律关系的主体主要有以下几类：（1）国家机关；（2）企业和其他社会组织；（3）企业内部组织和有关人员；（4）个体工商户、农村承包经营户及公民。

## 思考题

下列各项中，能成为经济法主体的是（ ）。

- A. 商场      B. 市政府      C. 某公司的生产车间      D. 财政局预算科

### （三）经济法律关系的内容

1. 经济权利：经济法律关系主体依法享有为或者不为一定行为，要求他人为或者不为一定行为的资格。经济职权、所有权、法人财产权、经营管理权、债权和知识产权。

2. 经济义务：经济法律关系主体依法具有为或者说不为一定行为的责任。

### （四）经济法律关系的客体

1. 物：人们能够控制的具有使用价值和价值的物质资料：股票、房屋，阳光、空气不是。

2. 行为：为达到一定经济目的，实现其经济权利与经济义务，从事一定工作和提供一定劳务的行为，如运输、保管。

3. 非物质财富：智力成果、道德产品（荣誉称号）、技术成果和经济信息、数据。

### （五）经济法律关系产生、变更和消灭

法律关系是法律规范在调整人们的行为过程中所形成的主体之间的权利与义务关系，但是，只有法律规范和权利主体往往并不能产生法律关系，法律关系的产生、变更和消灭还必须有法律规范所规定的法律事实的出现。因此，法律关系产生（变更和消灭）的前提有三个：法律规范，是法律关系产生的依据；权利主体，是权利与义务的承担者；法律事实，即出现法律规范假定指出的那种情况。其中，法律规范和权利主体是法律关系产生的抽象的，一般的前提，而法律事实则是法律关系产生的具体条件。

1. 事件：不以人的意志为转移的情况和现象，战争、重大政策调整。

2. 行为：合法、违法行为。

经济法律关系产生、变更和消灭可能是一个事实，也可能是数个事实，例如保险赔偿关系必须签订保险合同和保险事故发生。

### （六）经济法律责任

1. 民事责任

2. 行政责任

3. 刑事责任

### （七）经济法与其它法律的关系

1. 经济法与民法的联系与区别

（1）经济法与民法的联系

调整对象：一定范围的经济关系；

法律作用：保护当事人合法经济权益，维护良好的经济秩序。

（2）经济法与民法的区别。

①具体的调整对象不同。

经济法以国家在管理和协调国民经济运行过程中发生的经济关系为调整对象，具有显著的服从性，属于公法范畴；

民法则调整作为平等主体的自然人、法人之间的财产关系和人身关系，以平等性为基本特征，属于私法的范畴。

②法律属性不同。

经济法强调社会利益，着眼于维护全局的、长远的利益；

民法突出个体权利，能够调动和保护个体的积极性及创造性。

③调整方法不同。

经济法以强制性规范为主，对违法行为综合运用财产责任、行政责任、刑事责任三种制裁形式，具有惩罚性；

民法则更多地采用任意性规范，当事人可以依法自由处分权利，对违法行为采取民事制裁形式，具有补偿性

### (3) 与刑法的联系与区别

经济活动既可以是民事活动，也可以是犯罪活动。例如销售假冒伪劣商品，合同纠纷与合同诈骗。

## 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。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，基于“以人民为中心”的思想，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。

## 作业

1. 单项选择题：P307

2. 多项选择题：P307

3. 案例分析题：

**【案例 1】**某五星级酒店与某服装厂签订了加工 1000 套员工服装的合同。根据合同约定,酒店应于 2018 年 5 月 5 日前向服装厂预付 3 万元,待服装厂于同年 7 月底前交付全部服装后结清货款。合同签订后,酒店发现其招聘的新员工才 500 人,于是与服装厂协商,减少加工 500 套服装,服装厂表示同意。合同履行期届满,酒店和服装厂分别履行了合同规定的义务。

问题：请运用经济法律关系要素理论对本案例进行分析。

**【案例 2】**小王是 A 公司的业务员，长期负责与 B 公司的业务。公司为了业务员处理业务的方便，允许他们携带盖有公司合同专用章的空白合同。2018 年 4 月，A 公司解除了

与小王的劳动合同关系，但并未通知小王负责业务的相关公司，也未收回小王持有的空白合同。小王遂利用空白合同代表 A 公司与 B 公司签订了供销合同，约定 A 公司向 B 公司供应某商品，并收取了部分货款。合同履行期满，B 公司未能收到商品，经催问，得知小王已经与 A 公司解约，遂要求 A 公司继续履行合同。

问题：A 公司是否要继续履行合同？

## 项目二 企业公司法律实务

- ✚ **教学目标:** 1.了解企业、个人独资企业、合伙企业、公司的概念、特点;  
2.掌握个人独资企业、合伙企业、公司的设立条件、程序及变更登记程序、年检程序;  
3.掌握公司组织机构的职权、议事规则;认识有限责任公司股东转让股权程序;掌握注册资本增加、减少的基本程序;了解公司解散与清算;  
4. **思政目标:**通过企业公司法律制度的学习,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:** 1.有限责任公司和股份有限公司设立的条件和程序,公司组织机构的职权及议事规则;  
2.合伙企业事务的执行,合伙企业的债务清偿,合伙企业与第三人关系;  
3.个人独资企业事务的执行,个人独资企业债务的清偿。
- ✚ **教学难点:** 1.各类企业的区别和在实际创业中的运用;  
2.掌握公司法律制度发展与实务应用、公司管理法律风险控制;  
3.如何避免误入皮包公司?皮包公司的判断及法律风险点分析;  
4.大学生就业如何判断公司背后存在的法律风险点?
- ✚ **课 时:** 8
- ✚ **教学方法:** 讲练结合;案例分析
- ✚ **教学内容:** 任务一 企业法律制度概述  
任务二 个人独资企业法  
任务三 合伙企业法  
任务四 公司法
- ✚ **教学过程:**

### 任务一 企业法律制度概述

#### 一、企业的概念

##### (一) 企业来源与定义

现代汉语中“企业”一词源自日语。是在日本明治维新后,大规模引进西方文化与制度的过程中翻译而来的汉字词汇,而戊戌变法之后,这些汉字词汇由日语被大量引进现代汉语。与企业一词在用法上相关与相似的,还有“业务”一词。

《现代汉语词典》	从事生产、运输、贸易等经济活动的部门,如工厂、矿山、铁路、公司等。
《辞海》	从事生产、流通或服务活动的独立核算经济。
《中华人民共和国企业所得税法》	在中华人民共和国境内,企业和其他取得收入的组织为企业所得税的纳税人,依照本法的规定缴纳企业所得税。

企业是一种社会组织;企业从事经济活动,也就是能够给社会提供服务或产品;企业是以取得收入为目的,即以营利为目的。

##### (二) 企业的特征

基本企业	特征
个人独资	无限责任、不交企业所得税、人合
合伙企业	无限责任、不交企业所得税、人合
公司	有限责任、要交企业所得税、资合

## 二、企业的种类

企业种类	
组织形式	公司法人企业，非公司企业：合伙企业、个人独资企业。
企业权属	国有企业、集体企业、私营企业、联营企业、股份制企业、涉外企业。
规模大小	大型企业，中型企业，小型企业，微型企业。

## 任务二 个人独资企业法

### 一、个人独资企业的概念和特征

#### （一）个人独资企业的概念

在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。

#### （二）个人独资企业的特征

1. 投资主体一个人（中国公民）。
2. 不具有法人资格：个人财产和企业财产混同，无限责任。
3. 内部结构简单：投资人享有决策权、经营权，征收个人所得税。

营业执照信息：统一社会信用代码/注册号 91445281MA4X2JCL33；名称：P市唯正工商代理事务所；类型：个人独资企业；投资人：陈某权；登记机关：P市工商行政管理局；成立日期：2017年09月01日；登记状态：存续；核准日期：2017年09月01日；住所：P市南路西侧第11幢8号；经营范围：工商登记代理服务；记账服务；会计咨询；商标注册代理（依法须经批准的项目，经相关部门批准后方可开展经营活动）。

统一社会信用代码/注册号 91445281MA4WT29G5G；企业名称：P市法律咨询服务所；类型：个人独资企业（自然人投资）；投资人：李某胜；成立日期：2017年07月05日；营业期限至：长期；登记机关：P市工商行政管理局；核准日期：2017年07月05日；登记状态：存续；住所：P市电力局东侧第N幢东起第1-2间；经营范围：提供解答法律询问；代为草拟、审查、修订有关法律事务的文书；担任法律顾问；代理非诉讼法律事务（不得从事诉讼代理、辩护业务）。

### 二、个人独资企业与个体工商户的异同

相同：个人出资，不具有法人资格，无限责任。

不同：（1）投资人及规模不同，个人独资企业雇员一般8人以上，个体工商户一般7人以下。

（2）是否具有企业形态。

### 三、个人独资企业优劣

**优势：**设立、转让与关闭向工商申报，手续简单，法律限制少，经营情况、财务和利润

可以保密，投资人有直接经营决策权。

**劣势：**受制于投资者个人素质，很难形成团队合力，融资能力和社会影响力提升难，无限责任，经营风险大。

#### **四、个人独资企业的设立**

##### **（一）个人独资企业的设立条件**

1. 投资人为一个自然人（中国公民）

法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为申请人，例如：国家公务员、党政机关领导干部、司法人员、商业银行工作人员。

2. 有合法的企业名称

可以：厂、部、中心、工作室

不可以：冠以“有限”“公司”字样。

3. 有投资人申报的出资

出资形式：货币、实物、土地房产、知识产权和其他财产权利。

出资来源：个人财产、家庭共有财产。

4. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件

5. 有必要的从业人员

##### **（二）个人独资企业的设立程序**

1. 投资人或代理人到企业所在地工商部门办理“企业名称预先核准”手续。

2. 提交：设立申请书、身份证明、场地使用证明、其他文件（法律、行政法规核准的业务批准文件）

3. 核准：15日内。

#### **五、个人独资企业的事务管理**

个人独资企业投资人可以自行管理企业事务，也可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理（自行管理、委托管理、聘用管理）。

投资人委托或者聘用管理人员不得有下列行为：（1）利用职务上的便利，索取或者收受贿赂；（2）利用职务或者工作上的便利侵占企业财产；（3）挪用企业的资金归个人使用或者借贷给他人；（4）擅自将企业资金以个人名义或者以他人名义开立帐户储存；（5）擅自以企业财产提供担保；（6）未经投资人同意，从事与本企业相竞争的业务；（7）未经投资人同意，同本企业订立合同或者进行交易；（8）未经投资人同意，擅自将企业商标或者其他知识产权转让给他人使用；（9）泄露本企业的商业秘密；（10）法律、行政法规禁止的其他行为。

#### **六、个人独资企业的解散和清算**

##### **（一）个人独资企业的解散**

个人独资企业有下列情形之一时，应当解散：（1）投资人决定解散；（2）投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承；（3）被依法吊销营业执照；（4）法律、行政法规规定的其他情形。

##### **（二）个人独资企业的清算**

1. 投资人自行清算

2. 债权人申请人民法院指定清算人进行清算

投资人自行清算的，应当在清算前十五日内书面通知债权人，无法通知的，应当予以公告。

债权人应当在接到通知之日起三十日内，未接到通知的应当在公告之日起六十日内，向投资人申报其债权。

个人独资企业解散后，原投资人对个人独资企业存续期间的债务仍应承担偿还责任，但

债权人在五年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

个人独资企业清算结束后，投资人或者人民法院指定的清算人应当编制清算报告，并于十五日内到登记机关办理注销登记。

### 案例

周某是某高校在职研究生，经济独立于家庭。周某注册一家旅游咨询的个人独资企业，注册资本为人民币1万元，雇佣人员5名，经营一段时间后，负债16万元，周某决定解散。

问题：（1）周某的债权人可否向其家庭求偿？

（2）周某可否决定解散企业？

评析：（1）个人独资企业以其个人财产对企业债务承担无限责任。

第十八条 个人独资企业投资人在申请企业设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，应当依法以家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

（2）自行解散企业有效。

## 任务三 合伙企业法

### 一、合伙企业的概念

合伙企业，是指自然人、法人和其他组织依照《合伙企业法》的规定，在中国境内设立的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。

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。

### 二、普通合伙企业特点

#### （一）由普通合伙人组成

合伙企业是人的组合，合伙人主要有普通合伙人和有限合伙人，能够成为合伙人的人可以是自然人、法人和其他组织。一般常见的合伙人是自然人，但是要注意的是法人也可以成为合伙人。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、事业团体不得成为普通合伙人。

#### （二）合伙人承担无限连带责任，法律另有规定的除外。

一是合伙人以个人所有财产对合伙企业债务承担偿还责任。

二是合伙人之间对合伙企业债务承担偿还责任。

合伙人对合伙企业债务的分担比例约定对债权人没有约束力。债权人可以根据自已的清償利益，请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清償责任，也可以按照自己确定的清償比例向各合伙人分别追索。

### 三、特殊的普通合伙企业

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。特殊的普通合伙企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。

特殊表现：（1）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。（2）因故意或者重大过失造成合伙企业债务，先以合伙企业财产对外承担责任，该合伙人按照合伙协议的约定对损失承担赔偿责任。（3）合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务，由全体合伙人承担无限连带责任。

### 四、有限合伙企业

#### （一）责任承担形式

有限合伙企业=有限合伙人+普通合伙人

普通合伙人：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。

## （二）设立条件

### 1. 设立主体要求

一般由2个以上50个以下合伙人设立，至少应当有1个普通合伙人。国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为有限合伙企业的普通合伙人。名称应标明“有限合伙”字样，不能标明“普通合伙”“特殊普通合伙”“有限公司”“有限责任公司”字样。

### 2. 出资形式

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。不得以劳务出资。

### 3. 按约定出资

按照约定按期足额缴纳出资；未按期足额缴纳的，应当承担补缴义务，并对其他合伙人承担违约责任。

## 五、合伙企业优劣

**优势：**设立简单、出资灵活、组织结构简单、税负较轻、经营管理灵活。

**不足：**一是典型“人合”，所有权、经营权没有分离，权力不集中，决策冗长。

二是合伙人破产、死亡、退伙会导致解散，存在不稳定性。

三是资金来源和企业信用能力有限，融资较为困难，局限在较小的生产、经营范围之内。除非因法律规定，一般会采用公司形式。

## 案例

【案例1】张三是派出所民警，张三想和朋友合伙开一家保安服务公司，张三到工商局申请设立登记，隐瞒民警身份，工商局发证。后来，有人提出异议，认为工商局不应该发证，问，工商局该怎么办？

【案例2】A、B、C三人合伙成立一个合伙制的妇产科诊所，三人出资比例是40%、35%、25%。由于A的重大失误，导致产妇李某新生儿左臂骨折，家属要求妇产科诊所承担赔偿责任，妇产科诊所没有资金无法赔偿，李某要求A、B、C三人承担无限责任，问A、B、C三人是否承担无限责任？

## 任务四 公司法

### 一、公司的概念

公司是依法设立的，以营利为目的的，由股东投资形成的企业法人。公司具有以下几个特征：（1）依法设立；（2）以营利为目的；（3）以股东投资为基础设立；（4）具有法人资格。

公司以其全部财产对公司债务承担责任。

### 二、公司的种类

（一）根据公司之间的控制关系可以将公司分成母公司与子公司，根据公司之间的管辖关系可以将公司分成总公司（本公司）与分公司

组织形式	特征
母公司	母公司：独立法人资格
子公司	子公司：独立法人资格

总公司 分公司	总公司：独立法人资格 分公司：没有独立法人资格
------------	----------------------------

公司可以设立分公司。由登记制改为备案制，领取营业执照。分公司不具有法人资格，民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

国外“揭开公司面纱”原则：我国公司制度恢复时间不长，但在实践中控股股东滥用公司法人人格、滥用股东有限责任原则，利用“公司”进行欺诈，规避合同义务、税收义务和社会义务的情况已绝非罕见，如有的母公司设立几个子公司，财产、帐户、董事会的大部分组成人员都是混同的；有的控股公司视子公司财产为自己的财产，长期挪用子公司的资金为自己还债，并要子公司为自己的多项巨额债务提供担保，以致子公司被拖垮。

根据《公司法》的第20条，公司的人格否认制度是指公司的股东滥用公司独立的人格和股东的有限责任制度损害公司债权人利益的时候，否认公司独立的法人资格，由公司的股东对公司的该笔债务承担连带责任的制度。

公司具有独立的法人资格以及股东承担有限责任，虽然对股东而言降低了风险，增加了盈利的可能，但是也从另一个角度给股东损害债权人利益提供了便利。股东容易借用公司这个平台转移公司的财产，导致公司债务承担能力的下降，从而损害公司债权人的利益。公司的人格否认制度与股东的有限责任制度密切相连。股东原则上承担的是有限责任，在公司人格被否认的时候，股东突破原来的有限责任，跟公司一起对外承担无限连带责任。

**（二）根据出资人承担责任的不同，大陆法系国家将公司分成无限公司、有限责任公司、股份有限公司、两合公司，我国最基本的公司类型是有限责任公司和股份有限公司。**

债务承担	特征
有限责任公司	50个以下股东，股东以其认缴出资额为限。
股份有限公司	1人以上200人以下发起人，等额股份，股东以其认缴出资额为限。

1892年，德国人创造了有限责任公司，并为各国所仿效。但是，有限责任公司必须由两个以上股东建立。多数国家不允许设立一人公司。

“有限责任”可以减轻投资者的经营风险，促进中小企业发展，从而扩大“有限责任原则”适用范围的需求。

从20世纪50年代开始，允许设立一人公司的国家日益增多。美国、德国、法国、日本、比利时、丹麦、荷兰、卢森堡、我国澳门等国家（或地区）以及欧盟均允许设立一人有限责任公司，日本等国还允许设立一人股份有限公司。

特征：公司应以其全部资产承担民事责任；股东仅对公司负责；股东仅以出资额为限负责；股东不对公司的债权人直接承担责任；调动所有投资者的积极性。

有限责任原则的出现促进了社会经济的发展，在国外曾引起一场轰动。美国学者评述，“有限责任公司是当代最伟大的发明，其产生的意义甚至超过蒸汽机和电的发明”。

各国公司法为了保护债权人利益，强化一人股东对公司的义务和责任，如一自然人不得设立数个一人公司，一人公司或其他法人不得成为一人公司的唯一股东。

**（三）公司法关于一人有限责任公司**

只有一个自然人股东或者一个法人股东的有限责任公司。

一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新

的一人有限责任公司。“一人公司”不能成为另一个“一人公司”的股东。

一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明。

### 三、公司财产与注册资本

(一) 公司财产：公司支配的全部资产。

1. 公司资产=股东出资（注册资本）+经营积累。

2. 股东出资~公司资产~股东权利

老板与职业经理人区别：是否履行出资义务。

知识拓展：当一名公司创始人有多难？

大佬的首次创业比你想象中要惨很多，那时候的他们远不如你！

刘强东 24 岁在中关村卖碟，被女友鄙视；

马化腾 27 岁初创 QQ，假扮女孩子陪聊；

宗庆后 42 岁蹬三轮车走街串巷叫卖冰棒；

你还有什么挺不过去的事情！

马云：创业失败 4 次，失声痛哭；2 次求职，因相貌“超丑”被拒；马云第一次高考落榜后的梦想是去酒店做服务员，也梦想做警察，统统因为外貌被拒绝。

#### (二) 注册资本

1. 概念：股东认缴的出资额。目的在于使公司成立时就有稳固的财产基础。

2. 出资方式

(1) 货币

(2) 非货币：实物、知识产权、土地使用权

(3) 条件：可以依法转让、评估作价、法律行政法规没有禁止。

3. 注册资本取消三个限制

(1) 最低注册资本限制，另有规定的以外。

(2) 股东出资方式限制，首次出资比例以及货币出资比例限制。

(3) 出资期限限制，公司股东自主约定认缴出资额、出资方式、出资期限等，并记载于公司章程的方式。

4. 注册资本适用规定

一是公司资本不得任意变更。公司增加或减少注册资本，需由股东大会作出决议，并由代表三分之二以上表决权的股东通过，并需进行相应的变更登记。

二是非货币出资实际价值显著低于认缴额的，公司设立时的股东承担连带责任

#### 案例

甲、乙、丙共同出资成立有限公司，公司章程规定丙以房产估值 30 万元作为出资，后查明丙的房产实际价值是 10 万元，丙现有可执行财产 8 万元，公司对外欠丁贷款人民币 40 万元，问丁怎么要求公司还款？

评析：可以要求丙 8 万元补足出资，出资还差 12 万元，甲、乙必须补足 12 万元。

#### (三) 新公司法修改的意义

一是有助于鼓励个人创业，刺激个体经济的发展。

认缴制的正式登台，放宽公司设立门槛的监管。取消最低注册资本限制、取消首期必需出资 20% 及剩余注册资本必需在 2 年内到位的要求、不再要求提供验资报告等将使设立公司更为便捷，成本更为低廉，这也将更好地鼓励个体以及大学生进行创新，有助于提高我国整体的创新力。

二是实行认缴制，促进我国信用体系逐步建立。

受认缴制影响最直观的首先是企业的信用结构。在实缴制下，注册资本“雄厚”对公司

债权人和交易对象来说是一种宣示公司实力的方法,重要交易的前期调查中也必然包括对方注册资本到位状况。但是在认缴制下,任何一个人都可以成立一个注册资本为1000万元甚至1亿元的公司,因此注册资本的这一层含义也将失去意义。在此结构下,重大交易中,对控股股东的背景及信用调查成为重中之重。相应地,政府也将会随之逐步建立市场主体(企业、控股股东、董事、高管)的信用体系。近期最高人民法院要求判决书、诉讼执行结果等全部进行网上公布。新公司法的修改也将更进一步建立健全我国信用体系。

三是带动其他部门法的修改,“抽逃注册资本”等成为历史。

认缴制标志营业执照不再记载实收资本,公司设立及增资时的验资程序也将随认缴制的实施而取消。同时,刑法上的虚假出资罪、抽逃出资罪等与注册资本相关联的条款将失去意义而被修订。原本公司法及有关司法解释规定的董事、高管所负有的督促股东及时履行出资义务的责任将得到缓解,股东们互相之间对出资不到位所负有的连带责任也将由于认缴制的出现而变得模糊起来。

四是简化登记事项和登记文件。

有限责任公司股东认缴出资额、公司实收资本不再作为登记事项。公司登记时,不需要提交验资报告。通过修法,我们有理由相信,关于个体工商户、个人独资企业、合伙企业等的设立、年检等将会变得更为便捷,三部外资企业法废除亦指日可待。进一步放宽市场,贯彻“市场起决定性作用”原则

#### 案例

甲、乙、丙共同出资设立一生产服装公司,章程草案规定:公司名称为“红星公司”,公司注册资本100万元,甲以货币、房产、专利技术合计出资40万元,其中首期货币出资3万元,技术和房产今后评估后投入,乙出资30元,设备作价15万元,土地使用权作价10万元、劳务作价5万元。丙出资30万元,商业客户门路作价15万元,商标作价15万元。本章程草案是否合法?

### 四、公司法人财产与股东权利

#### (一) 公司法人财产权

1. 公司作为企业法人享有法人财产权。
2. 公司向其他企业或者为其他人提供担保的规定。
3. 公司可以向其他企业投资,除法律另有规定外,不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人。

#### (二) 公司股东权利

1. 公司股东是持有公司股份或出资的人,股东权是基于股东资格而享有的权利。公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。
2. 股东行使股东权应当注意的问题
3. 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益。违反规定给公司造成损失的,应当承担赔偿责任。
4. 公司股东或者股东大会、董事会的决议内容违反法律、行政法规的无效。

### 五、公司组织与治理制度

#### (一) 股东会

作为公司的权力机构,决定公司重大问题,选举和更换董事,选举和更换由股东代表出任的监事,决定公司组织变更、解散、清算,修改公司章程等。

股东的知情权落实到查阅公司账簿;限制关联股东及其董事的表决权;对公司决议持有异议的股东享有的股份收买请求权;公司陷于僵局时股东解散公司的请求权;董事、监事不履行职责时股东代表公司提起诉讼的权利等。

股东权和公司经营权分离。出资人(股东)不直接经营企业,由经营者经营。公司法的

组织机构和治理制度使公司的运营管理科学化，有利于调整出资人和经营者的关系。

## （二）董事会

董事会时公司业务执行与经营决策机构，负责召集股东会，并向股东会报告工作；执行股东大会决议，负责公司日常经营决策；聘任或者解聘公司经理（总经理）；制定公司基本管理制度。

董事会必须对股东会负责，接受股东会监督。

董事长由董事会选举产生；董事长是公司的董事长，不是董事会的董事长；董事长主持股东会，召集并主持董事会；董事长为公司的法定代表人，在诉讼事务和非诉讼事务上对外均代表公司。

## （三）总经理（经理）

公司经理是由董事会聘任的、对公司日常经营管理负有总责的高级管理人员，对董事会负责。

新修订的公司法允许在董事长、执行董事和经理之间任意确定一人为法定代表人。

## （四）监事会（监事）

监事会是公司的法定监督机构，负责检查公司财务，并对董事、经理行为的合法性及是否损害公司利益进行监督。

# 六、公司登记管辖

## （一）公司登记机关

我国的公司登记机关是工商行政管理机关。公司登记机关实行国家、省（自治区、直辖市）、市（县）三级管辖制度。

（1）国家工商行政管理总局负责登记的公司。

（2）省、自治区、直辖市工商行政管理局负责登记的公司。

（3）设区的市、地区工商行政管理局，以及直辖市的工商行政管理分局、设区的市工商行政管理局的区分局、县级工商行政管理局负责登记的公司。

2018年党和国家机构改革，不再保留国家工商行政管理总局，组建国家市场监督管理总局；各地方工商行政管理部门改为各地方市场监督管理部门。

## （二）登记事项

1. 名称

2. 住所

3. 法定代表人

4. 注册资本与实收资本

5. 公司类型

6. 经营范围

7. 有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称，以及认缴和实缴的出资额、出资时间、出资方式。

## （三）设立登记

公司名称预先核准，设立公司应当申请名称预先核准。依法设立的公司，由公司登记机关发给《企业法人营业执照》。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭公司登记机关核发的《企业法人营业执照》刻制印章，开立银行账户，申请纳税登记。

## （四）变更登记

公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请变更登记。未经变更登记的，公司不得擅自改变登记事项。

# 七、公司终止制度

## （一）公司破产或解散

公司因破产或解散而导致终止，丧失其企业法人资格。

一是公司破产。“不能清偿到期债务”是公司破产原因。这里的“不能”是指持续的“不能”。“不能清偿到期债务”与“资不抵债”不同。如公司出现资不抵债，但仍能通过各种途径调动资金，清偿到期债务，则不构成“破产原因”。相反，如不能调动资金，则导致“不能清偿到期债务”，即构成公司破产。

二是公司解散。

- (1) 公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现时；
- (2) 股东会决议解散；
- (3) 因公司合并或者分立需要解散的。
- (4) 公司违反法律、行政法规被依法责令关闭的，应当解散。

## (二) 公司注销

公司注销是指当一个公司宣告破产，被其它公司收购、规定的营业期限届满不续、或公司内部解散等情形时，公司需要到登记机关申请注销，终止公司法人资格的过程。

公司注销有内部和外部两方面的原因，内部原因例如公司经营不善，市场不好等。外部原因例如被吊销、撤销等。

1. 股东或股东会作出公司解散决议；
2. 公司依法宣告破产；
3. 公司章程规定营业期限届满且不续；
4. 公司章程或法律规定的解散事由出现；
5. 公司因合并、分立解散；
6. 公司被依法强制解散；
7. 公司吊销或撤销后转注销。

## (三) 公司清算

公司到登记机关办理公司注销程序之前一定要依法进行公司清算，包括终止生产经营活动、了结公司事务、了结民事诉讼、清理债权和债务和分配剩余财产等。

公司不论是何性质的清算，均应依下列步骤展开：

1. 成立清算组
2. 展开清算工作

清算组自成立之日起接管公司，开展以下业务：接管公司财产、了结公司未了业务、收取债权、清理债务、分配剩余财产、注销公司法人资格并吊销营业执照。

3. 通知债权人申报债权。
4. 提出清算方案。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，拟定提出清算方案，报股东会讨论通过或者主管机关确认。清算方案的主要内容有：清算费用、应支付的职工工资和劳动保险费、应缴纳的税款、清偿公司债务、分配剩余财产、终结清算工作。在清算进行完以后，才能进行注销。

公司注销过程需要分别去以下 7 个部门或机构办理相应账户注销：

1. 社保局：核查是否有未缴清社保费用，然后注销公司社保账号。
2. 税务局：核查是否有未缴清税款或费用，然后注销公司的国、地税。
3. 报纸媒体：公司需自行登报公示，宣告公司即将注销。
4. 工商局：办理公司注销备案，注销营业执照。
5. 开户行：注销公司开户许可证和银行基本户等其他账户。
6. 质监局：到质监局注销公司的许可证例如生产许可证。
7. 公安机关：注销公司印章的法律效应（印章本身可不上交）。

申请注销前公司应开展公司清算,公司清算完成后便可进入公司注销申请程序,清算后、注销前公司需要出具和准备如下报告:

1. 公司清算组负责人或公司法定代表人签署的《公司注销登记申请书》;
2. 清算组成员《备案确认申请书》;
3. 法院破产裁定、行政机关责令关闭的文件或公司依照《公司法》作出的决议;

有限责任公司提交股东会决议,股份有限公司提交股东大会决议。有限责任公司由代表三分之二以上表决权的股东签署,股东为自然人的由本人签字,自然人以外的股东加盖公章;股份有限公司由代表三分之二以上表决权的发起人加盖公章或者股东大会会议主持人及出席会议的董事签字确认。

国有独资有限责任公司提交出资人或出资人授权部门的文件。

因违反《公司登记管理条例》有关规定被公司登记机关依法撤销公司设立登记的,提交公司登记机关撤销公司设立登记的决定。

4. 股东会或者有关机关确认的清算报告;
5. 刊登注销公告的报纸报样;
6. 法律、行政法规规定应当提交的其他文件。

国有独资公司还应当提交国有资产监督管理机构的决定,其中,国务院确定的重要的国有独资公司,还应当提交本级人民政府的批准文件。

三证合一与五证合一都已全面实施,不过其初衷是使得公司注册过程和公司变更过程变得更加快捷简便,而不适用于公司注销。公司注销与注册和变更的不同之处就在于:

公司注册是公司从无到有的过程,尚不涉及税务、债务、社保等,所以各个相关部门只需要公司的基本数据即可开户,而公司注销时这些部门需要进行相应的核对,例如公司的税务问题,有没有拖欠社保等,所以即使五证合一了,公司还是应该到这些部门机构去注销自己信息。

公司变更往往是针对公司的某一属性例如经营范围进行变更,而公司在多个部门的这一属性值是一致的,所以五证合一后只需要他们之间共享数据,而不需要变更者到每一处去进行变更。

根据《中华人民共和国公司法》的规定:注销公司依法需按照如下步骤组织清算后,方能办理注销登记,终止公司法人资格。

一、依法成立清算组。公司应当在解散事由出现之日起十五日内成立清算组,开始清算。有限责任公司的清算组由股东组成,股份有限公司的清算组由董事或者股东大会确定的人员组成。逾期不成立清算组进行清算的,债权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。

二、公告并通知债权人申报债权,依法对债权进行登记。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公告。债权人应当自接到通知书之日起三十日内,未接到通知书的自公告之日起四十五日内,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。

三、清算组接管公司,展开清算工作。清算组自成立之日起接管公司,了结公司未了业务、清理公司债权和债务、处理公司清偿债务后的剩余财产、清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款、代表公司参与民事诉讼活动。

四、清算组全面清理公司财产、编制资产负债表和财产清单。

五、清算组制定清算方案,并报股东会、股东大会或者人民法院确认。其中: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宣告破产。公司经人民法院裁定宣告破产后,清算组应当将清算事务移交给人

民法院。

六、根据股东会、股东大会或者人民法院确认的清算方案分配公司财产。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。公司财产在未按前款规定清偿前，不得分配给股东。

七、制作清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认后，申请注销公司登记，公告公司终止。公司清算结束后，清算组应当制作清算报告，报股东会、股东大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，公告公司终止。

#### （四）吊销

吊销企业法人营业执照，是工商行政管理局根据国家工商行政法规对违法的企业法人作出的一种行政处罚。公司被吊销营业执照，不等于公司法人资格消灭。只是意味着公司被依法撤销。公司不能进行经营活动，需要清算后才能注销。

1. 虚假注册。即以各类虚假文件(含虚假注册资本证明等)骗取注册的情形。

2. 无故不开业或者停业。《公司法》第 225 条、《公司登记管理条例》第 62 条皆规定：公司成立后无正当理由超过 6 个月未开业的，或者开业后自行停业连续 6 个月以上的，由公司登记机关吊销营业执照。除《合伙企业登记管理办法》未将此纳入外。

3. 不申请注销。即已经破产或者解散清算结束后却不办理注销登记的，对此名存实亡的企业，可以吊销其营业执照。除《个人独资企业登记管理办法》未就此规定外，

4. 逃避年检。当一企业连续两年未参加年检时，即可以被吊销其营业执照。除《个人独资企业登记管理办法》外，其它企业登记规定皆以此作为吊销营业执照之由。

5. 滥用执照。任何伪造、涂改、出租、出借、转让营业执照的行为。

**吊销的后果：**部分经营者对“吊销”和“注销”存在认识误区，认为“注销”要清算，要花钱公告，还要跑有关单位，不如被工商部门把营业执照吊销了省时省力，少数企业甚至把“吊销”作为一种“解脱”，因此有些企业在退出市场时采取故意不参加年检等方法，等着由工商部门吊销营业执照，而这种行为往往会导致严重的法律后果。

一是吊销营业执照会给企业及其法定代表人和直接责任人带来一定的限制。《公司法》第 57 条规定，担任因违法被吊销营业执照的公司、企业的法定代表人，并对该企业违法行为负有个人责任，自该公司、企业被吊销营业执照之日起未逾三年的，不得担任公司的董事、监事、经理。

二是被吊销企业的出资人或有限公司的股东应依法履行组织清算的义务，拒不清算的，要承担由此而产生的法律后果。

三是被吊销营业执照的企业，应当将营业执照公章、合同专用章等缴回原登记机关，拒不缴回的，属违反登记管理法规的行为，可以提请当地公安机关协助收缴。利用应收缴的营业执照从事经营活动的，按无照经营论处。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

四是信用限制。逐步推行“黑名单”制度，被吊销营业执照并负有责任的法定代表人的不良信息将被锁入警示信息库，扩大失信行为的公示范围。这些不良信用记录并不因企业消亡或责任人离职而终结，不良记录将在相对较长的时间内在责任人个人名下不能消除。同时，被吊销企业法定代表人在其他的相关企业任职的也将列入工商部门清理对象和监控范围。

撤销、吊销、注销的区别

**撤销：**公司被撤销一般是由于公司存在某些法定的不可存在的现象，比如登记机关事后发现公司登记时的资料有问题。撤销是一种对行政许可的法律收回行为，是公司注销的一个原因。

**吊销：**公司被吊销一般是由于公司违反了相关的规定或没有履行相应义务，比如没有年

报。吊销是一种对公司的处罚行为，也是公司注销的一个原因。

**注销：**可以是主动行为例如执照期满不续，也可以是被动行为，例如公司被撤销或被吊销之后都应该按照法律规定进行清算并注销。

## 八、公司法发展新趋势

### （一）虚拟股权

股权必须基于出资，但近几年来，出现一种“虚拟股权”。虚拟股权：公司授予员工一种“虚拟”的股份，员工可以据此享有一定数量的分红权、收益权，但没有所有权、表决权，不能转让与出售。有点类似“干股”，适用对象：技术、经营管理人员。

### （二）方式目的

方式：公司通过与员工签订相关协议，员工达到公司设定的业绩后，授予其一定比例的股权作为财产性奖励。

目的：员工的利益与公司效益相挂钩，员工公司组成利益共同体，促使员工像对待自己利益一样对待公司的利益，为公司贡献个人最大价值。

### （三）合法性、合理性

合法性：之所以叫“虚拟”，是指员工只能获得依附在股权的分红收益，员工不是经过工商登记的正式股东。虚拟股权的发放不会影响公司的总资本和所有权（股权）结构。

合理性：既能够激发员工的积极性，又能够保持股东对公司的实际控制权。

### （四）性质争议

股权激励因双方约定不明或者一方拒不履行而产生纠纷，股权激励纠纷是合同纠纷（合同法）还是劳动报酬（劳动合同法），法官难断是非。

#### 案例

2006年2月，林贤东与中技公司签订《深圳市中技实业（集团）有限公司首次虚拟股权激励确认书》，经过对林贤东的上年度工作业绩和工作能力进行全面考评，奖励林贤东认购吉林某（集团）股份有限公司、内蒙古某实业股份有限公司的虚拟股权各15万股，每股1.5元，共计45万元。

中技公司董事长成清波在2007年的行权确认书上确认：“同意行权金额加补偿共计人民币140万（壹佰肆拾）”。

林贤东2010年3月19日林贤东自中技公司离职。就离职及剩余激励股权的行权问题与中技公司进行协商。

2010年11月25日、2011年9月27日，中技公司分别向林贤东支付50万元、20万元，之后未支付任何款项。林贤东要求中技公司支付欠款70万元及利息32923元。

中技公司认为，林贤东因为离职问题与其产生的剩余股权行权金额支付纠纷，属于《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》规定的劳动争议，应当先向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，对仲裁裁决不服的，再向人民法院提起诉讼，因此法院依法不应当受理原告林贤东的起诉。

法院认为，中技公司两次给林贤东出具确认书，林贤东要求公司履行付款义务，双方形成债权债务关系，应当按照普通民事纠纷处理。

对于虚拟股权激励纠纷，如果将其认定为劳动争议，那么适用《劳动法》、《劳动合同法》和《劳动争议调解仲裁法》；如果认定为合同纠纷，适用《合同法》。

适用不同的法律也导致当事人意思自治程度的不同。合同纠纷只要约定内容不违反法律、行政法规的强制性规定及一般的民法原则，就应当认定为有效，因此合同纠纷中当事人意思自治的程度较高。

## 九、企业公司法律风险评估与防范

案例：日本企业家为何不愿抛头露面？

在日本，采访政治家很容易，采访企业家很难。日本两位轮流坐庄的首富一卖休闲服的“优衣库”创始人柳井正和软银集团的孙正义，是打高尔夫球的密友，但是你永远无法拍到两人在一起打球或喝酒的照片。

日本企业家有这么一种共识：一家企业的声誉与老板的声誉，在某种程度上是划等号的。如果企业家把自己当成一位艺人，到处表演或展示自己的私生活，那么，总有一部分人会成为你的“粉”，也总有一部分人会成为你的“敌”。

不张扬个人不等于不宣传企业，企业的良好运作离不开自我推介，这就形成“低调做人、高调做事”的企业文化。

九鼎成功背后：人生需要初恋般的热情和宗教般的意志

九鼎从PE起家，通过一系列眼花缭乱的资本运作，发展成为当今资本大市场的枭雄，九鼎总裁黄晓捷是个十足的学霸，在黄晓捷阅读的书籍中，包括大量的法律书籍。

记者：在创业过程中，学习（法律知识）这件事情对您起到了什么作用？

黄晓捷：有两个东西是人类凭空创造出来的，没有物理使用价值：法律和金融，但是他依然是社会所需要的，持续存在的东西，一定满足了人类的某种需求，学习的过程对提高你的能力是有重要意义的。第一，提升你的自制力，创业是需要很强的自制力的。人生的幸福很大程度上取决于你的自制能力。第二，会学习的人通常善于抓住问题的主要矛盾，而这在创业中非常重要。第三，认真学习的人，通常会全力以赴去做一件事情。

俞敏洪：如果你不做，这个世界跟你无缘！

七年以前，王健林要做万达影院，马云建议王健林别做影院：所有的电影一放在网上就能查到，中国盗版又那么猖獗。家庭影院兴起，家庭的屏幕和音响根本就不比电影院的差，你万达影院肯定死路一条。王健林只说了一句话，小马哥，你能想象两个年轻人谈恋爱，在家里看电影，父母坐在他们后面一起看是什么场景吗？

案例一般解读是王健林具有非常敏锐的商业判断力，但熟悉王健林的人都知道，王健林敏锐的判断离不开对中国知识产权市场、法律建设发展形势的全面了解。

### （一）公司企业法律风险的基本类型

#### 1. 刑事法律风险

对于创业者而言，刑事风险是最严重的法律风险，民事风险、行政风险，大部分都可以用金钱去解决，最坏的结果可能就是公司倒闭，但是刑事风险，失去的却是自由，甚至是生命。翻开我国的刑事法律，452 条条文，87 个经济犯罪，企业、企业家都可以成为刑事法律风险的责任主体。

**企业最常见的五大刑事法律风险：**

**税收类犯罪，风险：★★★★★**

**诈骗类犯罪，风险：★★★★★**

**商业贿赂类，风险：★★★★★**

**非法集资风险：★★★★★**

**非法经营风险：★★★★★**

### “经营创新”与“刑事陷阱”

创新是企业家精神的灵魂，企业家本来就是从事“创造性破坏”的创新者，然而现行刑事法律的诸多规定直接对准企业家“经营创新”。

《最高人民法院关于审理非法集资刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对“非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款”界定范围广泛，涵盖了“借用**合法经营的形式**吸收资金”、“承诺在一定期限内以**货币、实物、股权等方式**……给付回报”等具有相当解释空间的行为方式，这导致任何未经批准面向不特定公众融资的“创新”都可能面临巨大刑事风险。

## 案例

2009年12月至2012年5月，北京巨鑫联盈科贸有限公司以销售商品、“联合加盟方案”为依托，通过网络、推介会等途径，拉会员加盟收取加盟费。为此，公司设计了一套“返利模式”，即消费者参与销售分配，公司每期拿出销售业绩的1%作为利润返还给消费者，共返25期。这意味着消费者花3万元入会消费，即使公司销售业绩下滑，消费者也能得到7500元保障基金补偿。3年内，公司在全国发展4.5万个加盟商，吸收公众资金人民币26亿余元，被作为北京市金额最大的非法吸收公众存款案遭到查处。

### 2. 行政处罚法律风险

行政处罚风险的概率高于刑事处罚的风险，行政处罚可能直接导致经营资格的取消，在企业信用评价制度逐步完善后，行政处罚的信息记录更多影响企业的正常发展。

### 3. 民事责任法律风险

因违约或者侵权引发的法律赔偿责任。专业机构进行的百家大型企业问卷调查显示，企业面临十大法律风险：合同法律风险、安全事故风险、市场营销风险、海外投资风险、重组并购上市等资本运营风险、知识产权风险、纠纷诉讼风险、人力资源风险、税收风险、环境保护风险。

### 4. 单方权益损失风险

由于企业自身原因导致某些权益的全部部分丧失，或者代价增加和权益减少，例如因为签订合同受骗导致投资损失，没有申请各种优惠扶持、资金支持，国家对民间借贷更加规范管理。一些企业为了节约成本、缩短培养过程、迅速抢上新项目，常常采用“挖墙脚”的方法引进高级人才，并直接利用这些人从原东家带来的技术资料、客户信息等，面对自己的权益受损，很多企业束手无策，忍痛割爱，这是中小企业企业常遇到的风险。

## （二）公司企业法律风险产生的原因

### 1. 内部原因

#### （1）企业家自身原因

一是传统观念的思维定势：凡事总往好处想。中小企业企业家容易存在一个与法律理念相矛盾的传统观念，习惯于熟人圈子的交易，往往依赖个人信用关系进行交易。这样就带来两大风险：一是可能“知人知面不知心”，因为认知错误，或者对方因情势变化而信用发生变化，信用风险由此产生，“身价”历来为法律人的忌讳。

二是因为没有书面的具体约定，时间久了，双方对当初的细节问题产生误会，各自表述、理解不同，导致“君子协定”和朋友关系一同毁于一旦。

三是决策错误：因判断失误，导致重大投资损失。重大投资项目的决策权、决定权由企业家行使并最终抉择，但如果企业家缺乏对重大项目的风险管理意识，可能出现受骗上当的局面。

#### 新型合同诈骗的特点

一是诈骗主体虚构化。冠以国际、世界、全球等显著字眼，可能也在豪华的写字楼设置办事机构。

二是诈骗方案完美性。满足企业家对投资项目的利益追求，从项目的规划、实施、效果都给人一种畅通无阻，风险低、利润高的美好感受，对投资项目可能存在的问题也给予全面的预见和解决方案，做到“有求必应”，令人感到安全无比。

三是履行一定行为作为诈骗对价。如申请上市，目标公司需要一定的产业配套作为支持，诈骗犯会在极短的时间为目标公司提供适合的关联企业，甚至带领目标公司的负责人进行实地调查、磋商，骗子故意在调查企业与目标公司之间制造信息沟通障碍，在调查、磋商的过程中很难发现问题。

四是以完美规范合同实现诈骗的目的。诈骗方提供事先设定的格式合同，这些合同

规定一系列对目标企业丰厚的期待利益，体现对目标企业最大的利益关怀，但要实现这些期待利益，目标企业必先支付相应的对价，这些对价的约定就是诈骗方实现目的基本手段。

当前合同诈骗行为更加隐蔽、形式多样、手段高明，一些企业家缺乏基本的法律意识，对骗子信任高于对公司高管的信任，一旦受骗，巨额投资款打水漂，出于对公司形象的考虑，连报案的勇气都没，结果是不了了之。

## （2）管理层的原因

一是过失性行为，包括无法正确的法律认知、管理疏忽、工作经验不足等。调查表明，有八成企业认为，最大的合同风险来源于合同的不当履行或不全面履行，其余则依次是交易对象资质资信不足、合同文本存在瑕疵和商业交易模式不可行。管理制度存在的缺陷也是导致企业运营法律风险的潜在因素。

二是故意性行为。管理层背离正当经营的理念、或者基于某种不正当的对抗心理，导致部门之间的配合和信息沟通变得越来越难时，意味企业的运营成本增加、风险系数提高。公司集团任何“窝里斗”的行为都要严处。

## 2. 外部原因

（1）竞争对手的原因。参与竞争的一方会利用另一方的疏忽、弱点进行对抗，使自己处于优势地位，从而达到维护自身利益的目的。

（2）政策、法律的变化。每个企业容易按照一定的惯性进行管理，企业管理的行为滞后于法律法规的更新，“老经验”与“新规矩”的冲突，政策、法律调整引发法律风险。

（3）其它第三方因素。第三方的违法行为、侵权行为、意外事件、不可抗力、社会因素等引发的意外风险。

## 案例

葛兰素史克（中国）投资有限公司（GSK）是一家大型跨国药企，股票在美国交易所挂牌上市，经营行为受美国《反海外贿赂法》的调整，受到比国内企业更为严格的监管措施，该公司严格的管理制度使得高管无法从公司账户直接获取与贿赂相关的费用。为向政府部门官员、医药行业协会和基金会、医院、医生等行贿以达到打开销售渠道、提高药价等目的，GSK 高管以外包会务、虚报会务费用的形式套取资金，法务、人事、市场、营销四大高管成为集体涉案的“四驾马车”。

内部因素与外部因素相互作用，强化内部管理因素能有效防范外部因素的作用，外部风险又有利于促进内部管理的完善。

内因是主要矛盾，外因是次要矛盾，做好内部管理是防范法律风险的重点。

## （三）公司企业法律风险防范与控制的对策

### 1. 运用法治思维管控企业

法治思维是建设性思维，有利于企业管理的系统控制。企业家应注重企业管理中的宏观法律问题正当理念。

不正当理念：“老板当法定代表人的三大风险：行政、民事、刑事。因此，老板最好不要当法定代表人。”，这是为人事先设计后路的下下策。

法定代表人要想更好地规避法律风险，关键是依照法律以及公司章程的规定行事，尽责维护公司的利益。公司法定代表人应该有着最基本的法律意识，明白哪些问题可能涉及到违法甚至犯罪，哪些行为存在着法律风险，哪些决策需要咨询法律专业人士，避免可能发生的法律风险。如此，在出任法定代表人上，公司老板（大股东、控股股东）就无须找“替身”了！

### 2. 重视发挥企业法律顾问的作用

任何一个现代企业制度比较完善的公司，必定设定相应的专门法务部门，马云核心团队中，俞思瑛作为国内法务负责人，同时担任集团副总裁，由此可见马云对法律顾问的重视程度，俞思瑛在淘宝打假、网购侵权投诉等方面，为阿里提供诸多法律建议，发挥很大作用。

### 3. 以科学的方法方式规避法律风险

企业的发展靠市场交易行为，不同的市场交易行为，需要确立不同的合同关系，不同的合同关系可能遭遇不同的法律陷阱。企业最常遇到的法律纠纷就是合同纠纷。中小企业对于合同风险的意识相对来说还是较强的。但企业交易行为管理，不仅限于合同书本身的管理，还包含着从订约谈判，直到合约履行完毕，乃至善后的持续过程。交易行为的法律管理，实际上是一种动态过程。

### 4. 建立企业法律风险防范体系的理念

企业应当树立以事先防范和过程控制为主，以事后救济为辅的法律风险防范理念。事先防范投入成本大，事后救济投入的成本就小；事先投入成本小，事后救济投入的成本就大，并且，取得的效果还比较差。

## 思政专栏

公司的有限责任制度保证了公司债务不会被无限追究到个人，有利于整个社会的商业创新和适度的冒险。同时，也带来了一个问题，一些公司和股东的财产、债务不分，导致实质上构成人格混同，有可能对公司债权人等造成利益损害。此时，公司的有限责任很可能被“刺破公司面纱”，由公司股东直接承担公司的相关责任。因此，公司应严格守法、规范经营，在公司股东有滥用公司法人地位和股东的有限责任损害公司债权人的利益的时候，公司的股东应当对公司的债务承担连带责任。

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，不得追求自己和其他人利益的义务。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、高级管理人员违反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于劳动者的要求，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。

## 作业

1. 单项选择题：P308
2. 多项选择题：P310
3. 案例分析题：

**【案例 1】**1月15日，甲出资5万元设立A个人独资企业。甲聘请乙管理企业事务，同时规定，凡乙对外签订标的额超过1万元以上的合同，须经甲同意。2月10日，乙未经甲同意，以A企业名义向善意第三人丙购入价值2万元的货物。7月4日，A企业亏损，不能支付到期的丁的债务，甲决定解散该企业，并请求人民法院指定清算人。7月10日，人民法院指定戊作为清算人对A企业进行清算。

经查，A企业和甲的资产及债权债务情况如下：（1）A企业欠缴税款2000元，欠乙工资5000元，欠社会保险费用5000元，欠丁10万元；（2）A企业的银行存款1万元，实物折价8万元；（3）甲在B合伙企业出资6万元，占50%得出资额，B合伙企业每年可向合伙人分配利润；（4）甲个人其他可执行财产价值2万元。问题：

1. 乙于2月10日以A企业名义向丙购买价值2万元货物的行为是否有效？并说明理由。

2. 试述 A 企业的财产清偿顺序？

3. 如何满足丁的债权请求？

【案例 2】张某、李某、王某三人分别出资 5 万元、3 万元、2 万元，于 2017 年 1 月共同成立一食品加工厂，三人约定按出资比例分享盈利、分担亏损。2017 年 11 月，李某个人经营的商铺亏损，向吴某借款 3 万元，2018 年 1 月，李某未与张某、王某商量，私自退伙，并取走了自己的 3 万元出资，2018 年 3 月，该食品加工厂因长期亏损而解散，张某，王某分别分得价值 2.5 万元、1 万元的货物、2018 年 6 月，与该食品加工厂有业务往来的甲公司向人民法院起诉，要求该食品加工厂偿还其 2017 年的货款 7 万元，同时，吴某也向人民法院起诉，要求李某偿还债务。

问题：债务该如何承担？

【案例 3】2016 年 6 月 17 日下午，万科公司召开董事会审议增发股份引入深圳地铁进行重组的预案，如果预案能够在董事会中通过，将会进一步作为议案提交股东大会审议。11 名董事中张某某独立董事认为其任职的黑石集团与万科公司正在洽谈业务，自身存在潜在的关联与利益冲突，申请不对所有相关议案行使表决权，因此相关议案由无关联关系的 10 名董事进行表决。表决结果是 7 票同意、3 票反对、1 票回避。投下反对票的 3 名董事均来自股东华润集团。随后，万科公司发布公告称董事会以超过 2 / 3 的票数通过此次预案。不过，华润集团坚持认为该方案并没有通过，因为按照万科公司章程相关规定，董事会对重大事项决议需要超过 2/3 的表决权，也就是说 8 张以上赞成票才行。试分析：

1. 万科公司的上述董事会决议在法律层面是否已经通过，可以提交股东大会审议了？

2. 万科公司一向以完善、透明的公司治理著称。公司法关于公司组织机构的设置是怎样规定的？上市公司的组织机构中独立董事制度设置的目的是什么？张某某担任万科公司的独立董事是否违反法律规定？

【案例 4】甲公司与龙某签订一投资合同，约定：双方各出资 200 万元，设立乙有限责任公司；甲公司以其土地使用权出资，龙某以现金和专利技术出资（双方出资物已经验资）；龙某任董事长兼总经理；公司亏损按出资比例分担。双方拟定的公司章程未对如何承担公司亏损作出规定，其他内容与投资合同内容一致，乙公司经工商登记后，在甲公司用以出资的土地上生产经营，但甲公司未将土地使用权过户到乙公司。

2015 年 3 月，乙公司向丙银行借款 200 万元，甲公司以自己名义用上述土地使用权作抵押担保。同年 4 月，甲公司提出退出乙公司，龙某书面表示同意。2018 年 5 月，法院判决乙公司偿还丙银行上述贷款本息共 240 万元，并判决甲公司承担连带清偿责任。此时，乙公司已资不抵债，净亏损 180 万元。另查明，龙某在公司成立后将 120 万元注册资金转出，替朋友偿还债务。

基于上述情况，丙银行在执行过程中要求甲公司和龙某对乙公司债务承担责任。甲公司认为，自己实施担保行为时，土地属乙公司所有，故其抵押行为应无效，且甲公司已于贷款后 1 个月退出了乙公司，因此，其对 240 万元贷款本息不应承担责任；另外乙公司注册资金中的 120 万元被龙某占用，龙某应退出 120 万元的一半给甲公司。龙某则认为，乙公司成立时甲公司投资不到位，故乙公司成立无效，乙公司的亏损应由甲公司按投资合同约定承担一半。请问：

(1) 甲公司的抵押行为是否有效？为什么？

(2) 乙公司的成立是否有效？为什么？

(3) 甲公司认为其已退出乙公司的主张是否成立？为什么？

(4) 甲公司可否要求龙某退还其占用的 120 万元中的 60 万元？为什么？

(5) 甲公司应否承担乙公司亏损的一半？为什么？

(6) 乙公司，甲公司和龙某对丙银行的债务各自应如何承担责任？

## 项目三 民法典合同编实务

- ✚ **教学目标：** 1. 了解合同的概念、特点和分类；  
2. 认识合同的形式与内容；  
3. 掌握合同的订立程序；  
4. 领会合同变更、转让、解除的条件与程序；  
5. 掌握合同履行的原则与规则；  
6. 掌握违约责任的承担方式；  
7. **思政目标：** 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，有助于对学生进行自由、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：** 1. 要约应具备的有效要件；  
2. 要约邀请与要约的区别；  
3. 承诺与反要约；  
4. 不安抗辩权的行使；  
5. 定金条款与违约金条款的适用。
- ✚ **教学难点：** 1. 如何根据民法典合同编的规定和经济活动的要求订立合同；  
2. 合同订立、履行过程如何进行合法性审查，避免合同漏洞和法律风险；  
3. 现实遇到合同陷阱该如何应对？
- ✚ **课 时：** 8
- ✚ **教学方法：** 讲练结合；案例分析
- ✚ **教学内容：** 任务一 合同法概述  
任务二 合同的订立  
任务三 合同的效力  
任务四 合同的履行  
任务五 合同的变更和转让  
任务六 合同的权利义务终止  
任务七 违约责任
- ✚ **教学过程：**

### 【案例导入】

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。

## 任务一 合同法概述

### 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。③合同是具有相应法律效力的协议。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。

### 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。

#### （一）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。

#### （二）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，如赠与合同、归还原物的借用合同和无偿保管合同，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。

#### （三）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。

#### （四）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。

#### （五）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，如随借款合同而设立的抵押、质押担保合同。

#### （六）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力义务的基础，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；要求禁止平调和无偿调拨。

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。

#### 【随堂演练】

对我国合同法律制度做了详细规定的是（ ）。

- A. 《中华人民共和国合同法》
- B. 《中华人民共和国民法通则》
- C. 《中华人民共和国民法典》
- D. 《中华人民共和国民法总则》

## 任务二 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。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。

(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：

(1) 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。

(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

(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。”

##### 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。

### 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，该迟到的承诺不生效力、合同不成立。如果要约人怠于发迟到通知，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；（2）标的；（3）数量；（4）质量；（5）价款或者报酬；（6）履行期限、地点和方式；（7）违约责任；（8）解决争议的方法。

#### 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就是书面形式、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，并应承担损害赔偿的责任。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的责任；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。

#### 【随堂演练】

从法律上看，合同订立可以分为（ ）两个阶段。

- A. 要约邀请和反要约
- B. 要约邀请和承诺
- C. 要约和承诺
- D. 要约和反要约

### 任务三 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：

### （一）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。”

### （二）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。”

### （三）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。”

### （四）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”

### （五）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。《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。

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。

#### 【随堂演练】

合同的效力可分为（ ）。

- A. 有效合同
- B. 无效合同
- C. 效力待定合同
- D. 可撤销合同

## 任务四 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）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。

## 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义务。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。”

## 【随堂演练】

根据《民法典》及司法实践，合同履行原则主要有（ ）。

- A. 全面履行原则
- B. 诚信原则
- C. 绿色原则
- D. 情势变更原则

## 任务五 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。

##### 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，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。

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的时间。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;(2) 按照当事人约定不得转让;(3) 依照法律规定不得转让。

#### 3. 债权转让的效力

对债权人而言,如果在全部转让的情形,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消。

### (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。

#### 【随堂演练】

合同的转让即（ ）的变更。

- A. 合同内容
- B. 合同修改
- C. 合同补充
- D. 合同主体

## 任务六 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。

### 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。

#### 【随堂演练】

后合同义务存在的前提是（ ）。

- A. 合同未成立
- B. 合同无效
- C. 合同可撤销
- D. 有效合同成立

## 任务七 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、灭失是因不可抗力、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

违约责任的形式包括继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等。具体而言，包括：

### （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。

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）违约定金

《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。

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，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。

## 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。

## 作业

1. 单项选择题: P327
2. 多项选择题: P328
3. 案例分析题:

**【案例1】**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,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2】**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3】**2月5日,甲公司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？

**【案例 4】**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 5】**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？

## 项目四 劳动合同法实务

- 教学目标：**
1. 了解劳动合同法的立法背景、立法目的、特点以及意义；
  2. 掌握劳动合同订立程序、劳动合同必备条款、约定条款以及劳动合同期限；
  3. 掌握劳动合同解除的情形，违约金、赔偿金、竞业限制、规章制度的法律规定；
  4. 了解劳动用工的形势、劳动争议原因以及解决劳动争议的法律程序。
- 思政目标：**通过劳动合同法的学习，对学生进行敬业、诚信等社会主义核心价值观的教育；加强对学生遵纪守法、恪守职业道德的教育，培养学生具备学法、知法、守法、用法、护法的法律意识与行动，做一名爱岗敬业、诚实守信的劳动者。
- 教学重点：**
1. 试用期条款；
  2. 服务期条款；
  3. 保守商业秘密与竞业限制条款。
- 教学难点：**
1. 劳动关系、劳务关系的区别与运用；
  2. 如何利用劳动合同法保护劳动者的合法权益，规范企业管理，确保用工和谐？
  3. 发生劳动纠纷后，劳动者如何采用法律途径依法维护自身合法权益？
- 课时：**6
- 教学方法：**讲练结合；案例分析
- 教学内容：**
- 任务一 劳动合同法概述
  - 任务二 劳动合同的订立
  - 任务三 劳动合同的履行和变更
  - 任务四 劳动合同的解除与终止
  - 任务五 违反劳动合同法的法律责任
- 教学过程：**

### 【案例导入】

李某大学毕业后通过面试于2017年2月1日进入A公司进行工作，入职时A公司告知他有三个月的试用期，但是没有和李某签订书面的劳动合同。2017年4月1日，A公司通知李某，由于他在试用期表现不佳，所以A公司决定辞退他，李某表示不能接受，因为他在试用期确实努力工作而且自认为表现是好的。

在这种情况下，A公司能否解除劳动合同，李某应当怎么办？

### 任务一 劳动合同法概述

#### 一、劳动合同的概念

劳动合同是劳动者和用工单位之间确立劳动关系，明确双方权利与义务的协议。劳动合同约束的是人的劳动而非物品，有其特殊性。

《劳动合同法》明确规定以劳动合同期限作为劳动合同的分类标准，可分为固定期限劳动合同、无固定期限的劳动合同和以完成一定工作为期限的劳动合同。

#### （一）固定期限劳动合同

固定期限劳动合同，又称“定期劳动合同”，是指用人单位与劳动者约定合同有效的起

始日期和终止日期的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限的劳动合同。劳动合同期限届满，合同终止，双方协商一致，可以续订合同。

### （二）无固定期限的劳动合同

（无固定期限的劳动合同，又称“不定期劳动合同”，是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

### （三）以完成一定工作任务为期限的劳动合同

以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是以完成一定工作任务为期限的劳动合同，是指用人单位与劳动者约定以某项工作的完成为合同期限的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同，一般适用于临时性、季节性工作或由于其工作性质可以采取此种合同期限的工作岗位。

## 二、劳动合同法的概念

劳动合同法是国家为了完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系，促进经济发展和社会进步的法律规范的总称。

劳动合同法有广义和狭义之分。狭义的劳动合同法仅指 2007 年 6 月 29 日第十届全国人民代表大会常务委员会第二十八次会议通过，自 2008 年 1 月 1 日起施行的；2012 年 12 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过的对《劳动合同法》的修订。新修订的《劳动合同法》自 2013 年 7 月 1 日起施行。广义的劳动合同法泛指我国现行的有关劳动方面的法律、法规和规章。

《劳动合同法》的适用范围如下：

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

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

### 【随堂演练】

《劳动合同法》的立法宗旨是，完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护（ ）合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系。

- A. 企业
- B. 用人单位
- C. 劳动者
- D. 用人单位和劳动者

## 任务二 劳动合同的订立

### 一、劳动合同的形式

劳动合同的形式有书面形式和口头形式两种，书面合同是双方当事人达成协议后，将协议内容以文字形式记载并经双方签字确认的合同；口头合同是双方当事人口头承诺即告成立而不必以文字形式记载的合同。

根据《劳动合同法》第 10 条：“建立劳动关系，应当订立书面劳动合同。”以书面形式订立劳动合同，目的在于以书面形式明确当事人双方的权利义务，明确劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬等内容，双方发生劳动争议时有利于当事人的举证和相关部门的处理。非全日制用工的双方当事人可以订立口头协议。

### 二、劳动合同的订立原则

订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。依法订立的劳动合同具有约束力，用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。

#### **（一）合法原则**

劳动合同的形式要合法，采取书面形式订立。劳动合同的内容、主体、程序要合法。不合法的劳动合同是无效的合同，不受法律的保护。

#### **（二）公平原则**

公平原则是指当事人应当遵循公平原则确定各方的权利和义务。劳动合同的内容要公平、合理。劳动合同当事人尤其是用人单位不得滥用优势地位，损害劳动者的权利，要维护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系。

#### **（三）平等自愿原则**

平等原则是指劳动者和用人单位在法律上地位平等，劳动合同当事人要就劳动合同的条款充分协商，取得一致，一方不得将自己的意志强加给另一方。自愿原则是指除法律强制性的规定外，由当事人自愿约定，是劳动者和用人单位双方协商一致达成的真实意愿。

#### **（四）诚实信用原则**

诚实信用是要求当事人在订立劳动合同的全过程中，要诚实，讲信用，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为。用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。

### **三、劳动合同的内容和效力**

劳动合同的内容，是劳动者与用人单位依照法律规定和双方协商约定的关于劳动者权利和义务的条款。《劳动合同法》第10条规定，劳动合同的内容包括必备条款和约定条款。

#### **（一）劳动合同的必备条款**

劳动合同的必备条款即法定条款，主要包括以下内容：

- （1）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人。
- （2）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码。
- （3）劳动合同期限。劳动合同的期限分为固定期限、无固定期限和以完成一定的工作为期限三种。
- （4）工作内容和工作地点。
- （5）工作时间和休息休假。国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过44小时的工时制度。用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。用人单位由于生产经营需要，经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间，一般每日不得超过1小时；因特殊原因需要延长工作时间的，在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过3小时，但是每月不得超过36小时。有下列情形之一的，延长工作时间不受延长工作时间的限制：①发生自然灾害、事故或者因其他原因，威胁劳动者生命健康和财产安全，需要紧急处理的；②生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障，影响生产和公众利益，必须及时抢修的；③法律、行政法规规定的其他情形。以小时计酬为主的非全日制用工，劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时，每周工作时间累计不超过24小时。
- （6）劳动报酬。国家实行最低工资保障制度。最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定，报国务院备案。用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。
- （7）社会保险。
- （8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护。
- （9）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

#### **（二）劳动合同的约定条款**

约定条款是除了法定必备条款外劳动合同当事人可以协商约定，也可以不约定的条款，

是必备条款的补充，劳动合同除了法定必备条款之外，还可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。是否约定，由当事人自己决定，但约定条款不得违反法律、法规的规定。

(1) 试用期条款。劳动合同期限3个月以上不满1年的，试用期不得超过1个月；劳动合同期限1年以上不满3年的，试用期不得超过2个月；3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过6个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满3个月的，不得约定试用期。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的80%，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

(2) 服务期条款。用人单位为劳动者提供专项培训费用，对其进行专业技术培训的，可以与该劳动者订立协议，约定服务期。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用。用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位与劳动者约定服务期的，不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。

(3) 保密义务和竞业限制条款。用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。对负有保密义务的劳动者，用人单位可以在劳动合同或者保密协议中与劳动者约定竞业限制条款，并约定在解除或者终止劳动合同后，在竞业限制期限内按月给予劳动者经济补偿。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。

竞业限制的人员限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限由用人单位与劳动者约定，竞业限制的约定不得违反法律、法规的规定。在解除或者终止劳动合同后，竞业限制的人员到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位，或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务的竞业限制期限，不得超过2年。

(4) 违约金条款。《劳动合同法》明确规定了除以上(2)和(3)情况外，用人单位不得与劳动者约定违约金，除此以外的劳动者一方违约金责任的约定是无效的。

#### 四、无效的劳动合同

劳动合同依法成立，双方意思表示一致，即产生法律效力。下列劳动合同无效或者部分无效：

(1) 以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的。

(2) 用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的。

(3) 违反法律、行政法规强制性规定的。

对劳动合同的无效或者部分无效有争议的，由劳动争议仲裁机构或者人民法院确认。

劳动合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。劳动合同被确认无效，劳动者已付出劳动的，用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额，参照本单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。

#### 【随堂演练】

同学甲在毕业之前签订劳动合同，劳动关系从何时起算？（ ）

- A. 合同签订之日
- B. 合同生效日
- C. 合同约定之日
- D. 用工之日

### 任务三 劳动合同的履行和变更

#### 一、劳动合同的履行

劳动合同的履行，是指订立劳动合同的双方当事人依据合同的规定，履行各自义务的行为。用人单位与劳动者应按照劳动合同的规定，全面履行自己的义务。用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令，人民法院应当依法发出支付令。

用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。

用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项，不影响劳动合同的履行。用人单位发生合并或者分立等情况，原劳动合同继续有效，劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。

#### 二、劳动合同的变更

劳动合同的变更是指在劳动合同开始履行但尚未完全履行之前，因订立劳动合同的主客观条件发生了变化，当事人依照法律规定的条件和程序，对原合同中的某些条款修改、补充的法律行为。用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。变更劳动合同，应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。

##### 【随堂演练】

变更劳动合同应当采用（ ）形式。

- A. 书面
- B. 口头
- C. 书面或口头
- D. 书面和口头

### 任务四 劳动合同的解除与终止

#### 一、劳动合同的解除

劳动合同的解除，是指劳动合同的当事人在劳动合同期限届满之前依法提前终止劳动合同的法律行为。劳动合同的解除分为双方协商解除劳动合同、劳动者单方解除劳动合同、用人单位单方解除劳动合同等。

##### （一）双方协商解除劳动合同

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。如是用人单位提出解除劳动合同的，用人单位应向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金；如是劳动者提出解除劳动合同的，用人单位可以不支付经济补偿。

##### （二）劳动者单方解除劳动合同

1. 劳动者提前通知解除劳动合同。劳动者提前 30 日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前 3 日通知用人单位，可以解除劳动合同。

2. 用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：

- （1）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；
- （2）未及时足额支付劳动报酬的；
- （3）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；

- (4) 用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；
- (5) 用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同，使劳动合同无效的；
- (6) 法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形；
- (7) 用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

### **(三) 用人单位单方解除劳动合同**

1. 过失性辞退。劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：

- (1) 在试用期间被证明不符合录用条件的；
- (2) 严重违反用人单位的规章制度的；
- (3) 严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；
- (4) 劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；
- (5) 劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使用用人单位在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同致使劳动合同无效的；
- (6) 被依法追究刑事责任的。

在上述情形下，用人单位享有单方解除权，不需额外支付经济补偿。

2. 无过失性辞退。有下列情形之一的，用人单位提前 30 日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者 1 个月工资后，可以解除劳动合同：

- (1) 劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排工作的；
- (2) 劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；
- (3) 劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

3. 经济性裁员。有下列情形之一的，需要裁减人员 20 人以上或者裁减不足 20 人但占企业职工总数 10% 以上的，用人单位提前 30 日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：

- (1) 依照企业破产法规定进行重整的；
- (2) 生产经营发生严重困难的；
- (3) 企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；
- (4) 其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列人员：

- (1) 与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；
- (2) 与本单位订立无固定期限劳动合同的；
- (3) 家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。

用人单位依照法律规定裁减人员，在 6 个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

4. 用人单位单方解除劳动合同的限制。《劳动合同法》第 42 条规定，劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照预告或额外支付工资、经济性裁员的规定解除劳动合同：

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

- (2) 在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；
- (3) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的；
- (4) 女职工在孕期、产期、哺乳期的；
- (5) 在本单位连续工作满 15 年，且距法定退休年龄不足 5 年的；
- (6) 法律、行政法规规定的其他情形。

#### 【随堂演练】

劳动者提前（ ）日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。

- A. 3                      B. 10                      C. 15                      D. 30

## 二、劳动合同的终止

### （一）劳动合同终止的情形

劳动合同法定终止情形有：（1）劳动合同期满的；（2）劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的；（3）劳动者死亡，或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的；（4）用人单位被依法宣告破产的；（5）用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的；（6）法律、行政法规规定的其他情形。

### （二）劳动合同终止的保护

#### 1. 经济补偿

经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满 1 年支付 1 个月工资的标准向劳动者支付。6 个月以上不满 1 年的，按 1 年计算；不满 6 个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资三倍的，向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资三倍的数额支付，向其支付经济补偿的年限最高不超过 12 年。

#### 2. 延长劳动合同期限

用人单位违反法律规定解除或者终止劳动合同，劳动者要求继续履行劳动合同的，用人单位应当继续履行；劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的，用人单位应当依照法律规定支付赔偿金。

## 任务五 违反劳动合同法的法律责任

### 一、劳动者的法律责任

《劳动合同法》第 90 条规定：“劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。”

劳动者赔偿责任的构成要件包括三点：一是有违法行为或者违约行为，即存在劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密事项或者竞业限制的行为；二是损害事实，即劳动者的违法或者违约行为给用人单位造成损失；三是损害事实与违法或者违约行为之间的因果关系，即劳动者违反本法规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密事项或者竞业限制的行为和用人单位的损失之间具有因果关系。三者缺一不可。

### 二、用人单位的法律责任

用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的，由劳动行政部门责令改正，给予警告；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

用人单位提供的劳动合同文本未载明《劳动合同法》规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳

劳动者每月支付两倍的工资。用人单位违反《劳动合同法》规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付两倍的工资。

用人单位违反《劳动合同法》规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

用人单位违反《劳动合同法》规定，扣押劳动者居民身份证等证件的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并依照有关法律规定给予处罚。

用人单位违反《劳动合同法》规定，以担保或者其他名义向劳动者收取财物的，由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人，并以每人 500 元以上 2000 元以下的标准处以罚款；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

劳动者依法解除或者终止劳动合同，用人单位扣押劳动者档案或者其他物品的，依照前款规定处罚。

用人单位有下列情形之一的，由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿；劳动报酬低于当地最低工资标准的，应当支付其差额部分；逾期不支付的，责令用人单位按应付金额 50% 以上 100% 以下的标准向劳动者加付赔偿金：

- (1) 未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的；
- (2) 低于当地最低工资标准支付劳动者工资的；
- (3) 安排加班不支付加班费的；
- (4) 解除或者终止劳动合同，未依照《劳动合同法》规定向劳动者支付经济补偿的。

用人单位违反《劳动合同法》的规定解除或者终止劳动合同的，应当依照《劳动合同法》规定的经济补偿标准的两倍向劳动者支付赔偿金。

用人单位有下列情形之一的，依法给予行政处罚；构成犯罪的，依法追究刑事责任；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任：

- (1) 以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的；
- (2) 违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的；
- (3) 侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的；
- (4) 劳动条件恶劣、环境污染严重，给劳动者身心健康造成严重损害的。

用人单位违反《劳动合同法》规定未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明，由劳动行政部门责令改正；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者，给其他用人单位造成损失的，应当承担连带赔偿责任。

违反《劳动合同法》规定，未经许可，擅自经营劳务派遣业务的，由劳动行政部门责令停止违法行为，没收违法所得，并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下的罚款；没有违法所得的，可以处 5 万元以下的罚款。

劳务派遣单位、用工单位违反《劳动合同法》有关劳务派遣规定的，由劳动行政部门责令限期改正；逾期不改正的，以每人 5000 元以上 1 万元以下的标准处以罚款，对劳务派遣单位，吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的，劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为，依法追究法律责任；劳动者已经付出劳动的，该单位或者其出资人应当依照《劳动合同法》有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金；给劳动者造成损害的，应当承担赔偿责任。

#### 【随堂演练】

用人单位违反《劳动合同法》规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以（ ）为标准，按已经履行的超过法定试用期

的期间向劳动者支付赔偿金。

- A. 劳动者试用期满月工资
- C. 当地最低工资
- B. 劳动者试用期工资的两倍
- D. 当地平均工资

### 思政专栏

敬业、诚信是国家倡导的社会主义核心价值观的基本内容，是我们每一位公民在学习与工作中应当遵守的准则。诚实信用要求当事人在订立劳动合同的全过程中，要诚实，讲信用，不得有欺诈或其他违背诚实信用的行为。用人单位招用劳动者时，应当如实告知劳动者工作内容、工作条件、工作地点、职业危害、安全生产状况、劳动报酬以及劳动者要求了解的其他情况；用人单位有权了解劳动者与劳动合同直接相关的基本情况，劳动者应当如实说明。劳动者违反服务期约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。劳动者违反竞业限制约定的，应当按照约定向用人单位支付违约金。劳动者违反劳动合同法的规定解除劳动合同，或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制，给用人单位造成损失的，应当承担赔偿责任。无论是劳动者还是用人单位，都应牢记诚实守信、遵纪守法是做人做事的底线，都应有底线思维。新时代的中国需要知法、懂法、尊法、守法、用法的大学生，社会更需要爱岗敬业、诚实守信的劳动者。

### 作业

1. 单项选择题：P329
2. 多项选择题：P330
3. 案例分析题：

**【案例 1】**周某同企业签订了 2 年期限的劳动合同，合同中约定试用期为 6 个月，试用期的工资为劳动合同约定工资的 50%。

问题：该劳动合同关于试用期限及工资的约定是否合法？

**【案例 2】**56 岁的张先生在一家公司已经任职 17 年，他的合同于 1 月 31 日到期。由于他工龄太长，所以单位无论如何也不愿意再与他续签劳动合同了。于是单位在 1 月 1 日正式通知他合同到期后，终止双方之间的劳动合同，张先生认为自己已经工作 17 年了，而且马上就要退休，现在单位提出终止，是不应该而且也没有人情味的一种做法。

请问：单位是否有权终止与张先生的合同？张先生应该怎样保护自己的权利？

**【案例 3】**周某、吴某、郑某均受聘于甲公司，在工作过程中发生下列事情：（1）周某在试用期内提前一周通知甲公司解除合；（2）吴某因公司已经一年没有支付工作报酬而提出辞职；（3）郑某非因工负伤，医疗期结束后无法从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作。

甲公司提出解除合同。因三人与公司协商不成，为此引起纠纷，请回答下列问题：

- （1）周某解除合同是否符合法律规定？为什么？
- （2）吴某提出辞职是否符合法律规定？为什么？
- （3）甲公司解除与郑某的劳动合同是否符合法律规定？为什么？

## 项目五 市场行为规制法律实务

- 教学目标：**
- 1.了解垄断的概念和反垄断法的基本内容；
  - 2.了解不正当竞争行为的概念和特点；认识反不正当竞争法的基本原则；掌握不正当竞争行为的具体表现；领会不正当竞争行为的监督检查部门及其职权；
  - 3.掌握我国法定的消费者权利的内容，了解对消费者合法权益保护的有关规定，掌握消费者权益争议的解决及法律责任；
  - 4.了解产品质量法的概念和调整对象，认识产品质量法的基本原则，理解产品质量监督主体及产品质量监督的基本制度，掌握违反产品质量法应当的法律责任；
  5. **思政目标：**在反垄断法和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。通过消费者权益保护法和产品质量法的学习，延伸到以人民为中心的发展思想，培养学生树立消费者权益保护意识，提高学生服务人民的社会责任感。各项生产经营活动都要以社会主义核心价值观为引领，经营者要认真承担社会责任，严把产品质量关，诚信守法经营。
- 教学重点：**
- 1.垄断协议；
  - 2.滥用市场支配地位；
  - 3.混淆行为；
  - 4.商业贿赂行为；
  - 5.侵犯商业秘密行为；
  - 6.不正当的有奖销售行为；
  - 7.诋毁商誉行为；
  - 8.消费者的权利；
  - 9.经营者的义务。
- 教学难点：**
- 1.各类垄断行为的构成要件；
  - 2.各类不正当竞争行为的界定和行为表现；
  - 3.对消费者承担损害赔偿责任的主体的确定；
  - 4.消费者合法权益保护存在哪些难点以及解决出路。
- 课时：** 6
- 教学方法：** 讲练结合；案例分析
- 教学内容：** 任务一 反不正当竞争法  
任务二 反垄断法  
任务三 消费者权益保护法  
任务四 产品质量法
- 教学过程：**

### 【案例导入】

H 电器有限公司由于经营管理不善，不注重新产品的开发，导致公司生产的电器产品在市场上销售量很小，两年来公司的亏损额已达几十万元。公司总经理李某忧心忡忡，苦思打开产品销路的方法。在一次贸易交流洽谈会上，李某结识了该省某百货商场的经理丁某，两

人就购销信业电器有限公司的电器产品一事进行了商谈，洽谈后决定先由丁某去该公司检验电器产品的质量后再签订购销合同。丁某和该商场家电部王主任一道去该公司看货，发现该公司的电器产品质量一般，样式陈旧，价格还很高。后来，信业电器公司总经理李某请丁某和家电部王主任去酒店吃饭，并在饭桌上提出，只要他俩能帮助销售该公司的电器产品，就给予俩人8%的回扣作为答谢。丁某和家电部王主任欣然接受，于是双方签订了购销合同，帮助信业电器公司销售了价值20万元的电器产品，很快丁某和王某就拿到了16000元的回扣作为回报。根据上述案情，请回答下列问题：

本案涉及李某的回扣行为是否构成不正当竞争？如果构成的话，要承担什么样的法律责任？

## 任务一 反不正当竞争法

### 一、反不正当竞争法概述

不正当竞争行为扰乱社会主义市场经济秩序，损害其他经营者的合法权益，我国制定《中华人民共和国反不正当竞争法》对不正当行为进行了明确的界定及规制。

#### （一）不正当竞争的概念

依照《中华人民共和国反不正当竞争法》第2条第2款规定，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。该定义是对不正当竞争行为的范围及其本质特征的基本概括。我们可以从如下三方面理解其含义：

1. 不正当竞争是经营者违反本法规定的行为。
2. 不正当竞争是损害其他经营者或者消费者合法权益的行为。
3. 不正当竞争是扰乱市场竞争秩序的行为。

#### （二）反不正当竞争法的概念

《反不正当竞争法》是调整在制止不正当竞争过程中发生的社会关系的法律规范的总称。该法于1993年9月2日第8届全国人民代表大会常务委员会第3次会议通过，2017年11月4日第12届全国人民代表大会常务委员会第30次会议第一次修订，2019年4月23日第13届全国人民代表大会常务委员会第10次会议第二次修订，并于2019年4月23日执行。

#### （三）不正当竞争行为的主体范围

《反不正当竞争法》第2条第3款规定：“本法所称的经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务（以下所称商品包括服务）的自然人、法人和非法人组织。”这一条款是对不正当竞争行为主体范围的限定，同时又是对《反不正当竞争法》调整范围的规定。

所谓商品生产，是指以营利为目的的商品生产活动。所谓商品经营，是指以营利为目的的商品交换活动。所谓营利性服务，是指以营利为目的，以提供劳务为特征的经营行为。依照国家有关法律、法规的规定，这里的法人包括企业法人和实行企业化经营，依法具有从事经营活动资格的事业法人以及从事营利性活动并依法取得经营资格的社会团体法人。非法人组织则是指不具备法人资格，但依法可以从事营利性活动的社会组织。个人主要是指依法能够从事商品经营或服务的自然人，如个体工商户。

### 二、不正当竞争行为

根据新修订的《反不正当竞争法》，不正当竞争行为共有七种：混淆行为；商业贿赂行为；虚假或者引人误解的商业宣传行为；侵犯商业秘密行为；不正当有奖销售行为；诋毁商誉行为以及妨碍破坏其他经营者合法提供的网络产品或者服务正常运行的行为。

#### （一）混淆行为

混淆行为是指经营者在市场经营活动中，违背诚实信用的商业道德，通过各种手段，将自己的商品与他人的商品相混淆，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的不正当竞争行为。根据《反不正当竞争法》第6条的规定，混淆行为主要包括以下四种情形：

1. 擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
2. 擅自使用与他人有一定影响的企业名称（包括简称、字号等）、社会组织名称（包括简称等）、姓名（包括笔名、艺名、译名等）；
3. 擅自使用他人有一定影响的域名主体部分、网站名称、网页等；
4. 其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

## （二）商业贿赂行为

商业贿赂是指在商品交易过程中，经营者为获得交易机会，特别是获得相对于竞争对手的竞争优势，暗中给予交易对方有关人员和能够影响交易的其他相关人员以财物或其他好处的不正当竞争行为。

商业贿赂行为具有以下特征：

1. 商业贿赂的主体是从事商品交易的经营者，既可以是卖方经营者，也可以是买方经营者。
  2. 商业贿赂是经营者主观上出自故意和自愿而进行的行为。非故意的过失行为不可能构成商业贿赂。
  3. 从客观上的行为表现来看，商业贿赂是通过秘密的方式进行的。向有关人员支付的款项或者提供的优惠，既不向有关人员的雇主或其他人员报告，又要通过伪造财务会计账册等形式进行掩盖，具有很大的隐蔽性。
  4. 商业贿赂的对象是对其交易项目的成交如购买其商品、确定其项目中标等交易活动具有决定性影响的单位或个人。通常为交易相对方的工作人员、受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人，也包括利用职权或影响力能影响交易的单位或个人。
  5. 向有关人员支付的款项或者提供的优惠违反了国家有关财务、会计及廉政等方面的法律、法规的规定，超出了一般性商业惯例中提供的优惠。不违反国家法律、法规规定，在商业活动中按照一般惯例提供的优惠，如赠送小件礼品或者一般接待性开支等，不属于商业贿赂行为。
  6. 商业贿赂的目的是通过对交易行为施加不正当影响，以便促成交易或使其在交易行为中挤掉同业竞争对手，取得优势。
  7. 商业贿赂的形式除了金钱回扣之外，还有提供免费度假、国内外旅游、房屋装修、高档宴席、赠送昂贵物品以及解决子女或亲属入学、就业等许多方式。
- 经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

### 【随堂演练】

商业贿赂的形式除了金钱回扣之外，还有提供免费（ ）。

- A. 度假
- B. 旅游
- C. 高档宴席
- D. 房屋装修

## （三）虚假或者引人误解的商业宣传行为

广告及其他商品宣传形式，既是商品经营者进行商品促销的重要手段，也是广大消费者、用户进行商品选择所凭借的重要依据。因此，对引人误解的虚假宣传必须加以禁止。《反不正当竞争法》第8条第1款规定，经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用

户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。

新的《反不正当竞争法》与旧法相比，在虚假或者引人误解的商业宣传行为的规定方面，主要有以下几点变化：

1. 厘清了与《广告法》的关系。《反不正当竞争法》删除了关于广告的经营者等规定。

《反不正当竞争法》20条第2款规定：“经营者违反本法第八条规定，属于发布虚假广告的，依照《中华人民共和国广告法》的规定处罚，明确了在这种情况下广告法优先适用的法律原则。”

2. 原《反不正当竞争法》用引人误解修饰虚假宣传，实际上造成对不正当竞争中宣传行为的缩小。《反不正当竞争法》明确引人误解的虚假宣传既包括虚假宣传，也包括引人误解的商业宣传。对虚假宣传行为作出了更精确的解释，避免在司法适用过程中出现误解和不同看法。

3. 针对电子商务领域虚假宣传的问题较为严重，甚至出现了专门组织虚假交易帮助他人进行虚假宣传以牟取不正当利益的情况，《反不正当竞争法》对虚假宣传的具体内容予以细化，明确经营者不得对其商品的“销售状况”“用户评价”等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者；同时，增加一款规定，明确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。该款规定禁止的是虚假宣传的帮助行为，即以组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引入误解的商业宣传。这一新增规定有助于制止当前多发的线上“刷单”、线下“雇托”炒作等虚假宣传行为。新法施行后，除经营者对自己产品进行虚假宣传外，帮助他人“刷单炒信”、删除差评、虚构交易等行为，也将受到查处，网络水军、职业差评师等不法经营者将受到处罚。

4. 对虚假或者引人误解的商业宣传行为作了明确的规制和责任衔接。《反不正当竞争法》第20条规定，经营者违反本法第八条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，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，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。自此，网店刷单、炒信行为得到规制。

#### （四）侵犯商业秘密行为

本法所称的商业秘密，是指不为公众所知悉、具有商业价值并经权利人采取相应保密措施的技术信息、经营信息等商业信息。侵犯商业秘密，是指不正当地获取、披露或使用权利人商业秘密的行为。侵犯商业秘密行为的主要表现形式包括以下行为：

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

2. 披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密。“以前项手段”是指盗窃、贿赂、欺诈、胁迫或者其他不正当手段。

3. 违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求，披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

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

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

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

#### （五）不正当有奖销售行为

有奖销售是经营者以提供奖品或奖金的手段推销商品（或服务）的行为，主要有附赠品和抽奖两种形式。作为经营者的一种促销手段，有奖销售可以促进商品的流通，提高市场占有率，并带来一定的经济利益。这种促销手段对于市场竞争秩序有着双重的影响：符合商业

道德且限定在一定范围内的有奖销售，可以起到活跃市场、促进竞争的积极作用；超过一定的范围或采取不正当手段进行有奖销售，则会造成对竞争秩序的破坏，损害消费者的利益。因此，法律并不是一概否定有奖销售，而只是禁止以下三种形式的有奖销售行为：

1. 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。经营者以奖品或奖金为诱饵，引诱消费者，而所设之“奖”由于信息不明确，并不能为消费者真正所得。

2. 采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售。这种行为产生于抽奖式有奖销售的情形之下，经营者以奖品或奖金为诱饵，引诱消费者，而所设之“奖”不能为任何消费者所得，构成经营者对消费者的欺骗。

3. 最高奖金额超过 50000 元的抽奖销售行为。抽奖式有奖销售作为一种促销手段，对于活跃商品流通、搞活企业具有一定的积极作用。应该允许这种行为在一定范围内存在，超过这一范围，足以造成对市场竞争秩序的破坏时则予禁止。因此，法律规定，禁止最高奖金额超过 50000 元的抽奖式有奖销售行为，如果是奖品，其价值不得超过 50000 元，即不管每次有奖销售所设奖的数量多少，其最高奖的奖金或奖金价值均不得超过 50000 元。

**【随堂演练】**

经营者从事的抽奖式有奖销售，最高奖金额不得超过（ ）。

- A. 2000 元
- B. 20000 元
- C. 5000 元
- D. 50000 元

**（六）诽谤商誉行为**

诽谤商誉行为是指经营者自己或利用他人，通过编造、传播虚假信息或者误导性信息等不正当手段，对竞争对手的商业信誉、商品声誉进行恶意的诋毁、贬低，以削弱其市场竞争能力，并为自己谋取不正当利益的行为。商业诽谤行为的构成条件：

1. 其行为主体从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人。

2. 其行为的主观方面为明知故意，而不是过失。行为人实施商业诽谤行为，是以削弱竞争对手的市场竞争能力，并谋求自己的市场竞争优势为目的，这种主观故意性是明显而确定的。

3. 其侵害客体是特定经营者即作为行为人竞争对手的经营者的商业信誉、商品声誉。经营者的商业信誉、商品声誉，属于民法中规定的公民或法人的名誉权和荣誉权。它们是从商业角度对经营者的能力和品德、对其商品品质的积极的社会评价。商业信誉和商品声誉是通过经营者参与市场竞争的连续性活动而逐渐形成的。

4. 其行为的客观方面表现为编造、传播虚假信息或者误导性信息，对竞争对手的商业信誉、商品声誉进行诋毁、贬低，给其造成或可能造成一定的损害后果。

**【随堂演练】**

红心地板公司在某市电视台投放广告，称“红心牌原装进口实木地板为你分忧”，并称“强化木地板甲醛高、不耐用”。此后，本地市场上的强化木地板销量锐减。经查明，该公司生产的实木地板是用进口木材在国内加工而成。关于该广告行为，下列哪一选项是正确

- A. 属于正当竞争行为
- B. 仅属于诋毁商誉行为
- C. 仅属于虚假宣传行为
- D. 既属于诋毁商誉行为，又属于虚假宣传行为

### （七）互联网不正当竞争行为

随着互联网技术及商业模式的发展变化，许多诸如流量劫持、恶意不兼容以及误导用户等行为已经不能通过传统的不正当竞争行为予以规制，新《反不正当竞争法》修改特别规定了“互联网专条”。除在虚假或者引人误解的商业宣传条款中加入“用户评价”等适应电商网购的内容外，《反不正当竞争法》第12条明确规定：“经营者利用网络从事生产经营活动，应当遵守本法的各项规定。”

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

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。

互联网领域的不正当竞争行为，一部分属于传统不正当竞争行为在互联网领域的延伸，对此应适用本法其他相关规定进行规制；一部分属于互联网领域特有的、利用技术手段进行的不正当竞争行为，对此可通过概括加列举的形式作出规制，故本条增加兜底条款，以适应实践发展的需要。

### 三、违反反不正当竞争法的法律责任

不正当竞争行为，扰乱了市场正当竞争秩序，损害了其他经营者或者消费者的合法权益，必须依法得到相应的规制。

#### （一）实施混淆行为应承担的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》第6条规定实施混淆行为的，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五倍以下的罚款；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》第6条规定的，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。

#### （二）商业贿赂行为应承担的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》第7条规定贿赂他人的，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。

#### （三）虚假或者引人误解的商业宣传行为应承担的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》第8条规定对其商品作虚假或者引人误解的商业宣传，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，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。

经营者违反《反不正当竞争法》第8条规定，属于发布虚假广告的，依照《中华人民共和国广告法》的规定处罚。

#### （四）侵犯商业秘密行为的法律责任

经营者以及其他自然人、法人和非法人组织违反《反不正当竞争法》第9条规定侵犯商业秘密的，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。

#### （五）不正当有奖销售行为的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》第10条规定进行有奖销售的，由监督检查部门责令停止违法行为，处5万元以上50万元以下的罚款。

## （六）诽谤商誉行为的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》第 11 条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。

## （七）互联网不正当竞争行为的法律责任

经营者违反《反不正当竞争法》第 12 条规定，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。

## 任务二 反垄断法

### 一、反垄断法概述

垄断破坏竞争，必须对其进行规制，我国制定了《反垄断法》来规制垄断行为。

#### （一）垄断的概念

市场经济的发展离不开竞争，竞争是市场经济最重要的机制。垄断是对市场竞争机制的破坏，使得市场机制不能正常发挥作用。为了预防和制止垄断行为，保护市场公平竞争，提高经济运行效率，维护消费者利益和社会公共利益，促进社会主义市场经济健康发展，我国制定了《中华人民共和国反垄断法》对垄断行为进行规制。

关于垄断的概念，我国的《反垄断法》对此并未作出界定。一般认为，垄断是指排除、限制竞争以及可能排除、限制竞争的行为。

#### （二）反垄断法的概念

反垄断法，即规范反对垄断和保护竞争的法律制度的法律规范的总和。《反垄断法》于 2007 年 8 月 30 日由第 10 届全国人民代表大会常务委员会第 29 次会议通过，自 2008 年 8 月 1 日起施行。

### 二、垄断行为及其规制

垄断行为包括经营性垄断行为和行政性垄断行为。

经营性垄断行为是指由特定经营者实施的限制或禁止竞争的行为，经营性垄断行为包括：（1）经营者达成垄断协议；（2）经营者滥用市场支配地位；（3）具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。

行政性垄断行为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，排除、限制竞争的行为。

#### （一）垄断协议

垄断协议，是指两个以上经营者相互间达成的排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。经营者之间的垄断协议包括横向的垄断协议和纵向的垄断协议两种。

##### 1. 横向垄断协议

横向垄断协议是指具有竞争关系的经营者之间达成的排除限制竞争的协议，即在生产或者销售过程中处于同一阶段的经营者之间（如生产商之间、批发商之间、零售商之间）达成的协议。

根据《反垄断法》第 13 条，反垄断法规制的横向垄断协议主要有：（1）固定或者变更商品价格；（2）限制商品的生产数量或者销售数量；（3）分割销售市场或者原材料采购市场；（4）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；（5）联合抵制交易；（6）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。国务院反垄断执法机构可以对是否属于反垄断法规定的垄断协议作出认定，如果其符合反垄断法关于垄断协议定义的规定，即属于垄断协议。

## 2. 纵向垄断协议

纵向垄断协议是指经营者与交易相对人达成的垄断协议，即在生产或者销售过程中处于不同阶段的经营者之间（如生产商与批发商之间、批发商与零售商之间）达成的协议。

根据《反垄断法》第 14 条的规定，反垄断法规制的纵向垄断协议主要有：（1）固定向第三人转售商品的价格；（2）限定向第三人转售商品的最高价格或者最低价格；（3）国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。国务院反垄断执法机构可以对是否属于反垄断法规定的垄断协议作出认定。

## 3. 垄断协议的规制

根据《反垄断法》第 46 条的规定，经营者达成并实施垄断协议的，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；尚未实施所达成的垄断协议的，可以处 50 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，反垄断执法机构可以处 50 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。

### 【随堂演练】

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，对违反者将扣除保证金、减少销售配额直至取消销售资格。关于该行为的性质，下列哪一判断是正确的？（ ）

- A. 维护品牌形象的正当行为
- B. 滥用市场支配地位的行为
- C. 价格同盟行为
- D. 纵向垄断协议行为

## （二）滥用市场支配地位

经营者滥用市场支配地位，是指具有市场支配地位的经营者，滥用其支配地位，从事排除、限制竞争的市场行为。

### 1. 市场支配地位的界定

市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。认定经营者具有市场支配地位，应当依据下列因素：①该经营者在相关市场的市场份额以及相关市场的竞争状况；②该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；③该经营者的财力和技术条件；④其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；⑤其他经营者进入相关市场的难易程度；⑥与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

根据《反垄断法》第 19 条的规定，有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位：①一个经营者在相关市场的市场份额达到  $1/2$  的；②两个经营者在相关市场的市场份额合计达到  $2/3$  的；③三个经营者在相关市场的市场份额合计达到  $3/4$  的。其中的②和③当中有的经营者市场份额不足  $1/10$  的，不应当推定该经营者具有市场支配地位。

### 2. 滥用市场支配地位的界定和规制

经营者滥用市场支配地位，是指具有市场支配地位的经营者，滥用其支配地位，从事排除、限制竞争的市场行为。

根据《反垄断法》第 17 条的规定，禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为：（1）以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；（2）没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；（3）没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易，即拒绝交易行为；（4）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，即独家交易行为；（5）没有正当理由，搭售商品或者在交易时附加

其他不合理的交易条件；（6）没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇，即歧视待遇行为；（7）国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。

根据《反垄断法》第 47 条的规定，经营者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。

### （三）经营者集中

#### 1. 经营者集中的界定

经营者集中是指经营者通过合并、兼并及购买竞争对手股权或资产等方式进行的企业行为。在市场经济的发展中，经营者之间的合并是很正常的企业行为，企业合并有助于扩大企业经营规模，有利于企业间资源共享，有利于提高企业的经济效益和提高市场竞争力。同时，如果对经营者的合并不加控制，就会导致垄断的产生，阻碍市场经济的发展。

根据《反垄断法》第 20 条的规定，经营者集中具体包括下列三种情形：（1）经营者合并；（2）经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权；（3）经营者通过合同等方式取得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。

#### 2. 经营者集中事先申报制度

根据《反垄断法》第 21~23 条和第 28 条的规定，经营者集中达到国务院规定的申报标准的，应当事先向国务院反垄断执法机构申报，未申报的不得实施集中。经营者向国务院反垄断执法机构申报集中，应当提交法律规定的文件、资料，便于国务院反垄断执法机构进行审查：申报书、集中对相关市场竞争状况影响的说明、集中协议、国务院反垄断执法机构规定的其他文件及资料。

#### 3. 经营者集中的规制

根据《反垄断法》第 48 条的规定，经营者违法实施集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态，可以处 50 万元以下的罚款。

### （四）滥用行政权力排除、限制竞争

#### 1. 行政性垄断行为的界定

行政性垄断行为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，排除、限制竞争的行为。我国《反垄断法》明确行政性垄断行为的主体是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

根据《反垄断法》第 32~37 条的规定，行政性垄断行为包括以下几种情形：（1）强制交易；（2）妨碍商品自由流通；（3）限制跨地区招投标活动；排斥或限制外地经营者的投资活动；（5）强制经营者从事违法的垄断行为；（6）制定含有排除、限制竞争内容的规定。

#### 2. 行政性垄断行为的规制

根据《反垄断法》第 51 条的规定，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。

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。

## 任务三 消费者权益保护法

### 【案例导入】

2016 年 8 月 21 日，消费者吕先生通过某网络商城购买了某品牌的灶具等产品，同年 8

月 23 日厂家安排人员进行安装，在安装时发现用于固定止回阀和填补烟道使用的胶没有包装标识，且气味很重。之后，吕先生家人身体出现不同程度的不适反应，同年 8 月 24 日使用仪器测试发现甲醛 4 倍超标。吕先生联系生产厂家要求处理未果后，投诉到消保委。经消保委调查，产品是由厂家发货，安装的辅助材料厂家没有统一规定，是由当地售后自行采购，给吕先生家安装所用的胶系伪劣产品，其气味能够严重伤害人的身体健康。请分析：

1. 某网络商城安装劣质材料给吕先生及家人造成身体伤害，侵犯了消费者什么权利？
2. 吕先生及家人身体伤害的损失，网络商城应否直接赔偿？

## 一、消费者权益保护法概述

### （一）消费者的概念

消费者是指为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的人。《中华人民共和国消费者权益保护法》第 2 条规定：“消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；本法未作规定的，受其他有关法律、法规保护。”第 62 条规定：“农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料，参照本法执行。”这是《消法》对消费者概念的界定。

### （二）消费者权益保护法的概念

消费者权益保护法是调整因保障公民的物质、文化消费权益而产生的社会关系的法律规范的总称。广义上讲，凡涉及消费者权益保护的法律、法规都属于消费者权益保护法的范畴。狭义上讲，则专指我国第一部以保护消费者权益为基本内容的法典——《中华人民共和国消费者权益保护法》（经 1993 年 10 月 31 日八届全国人大常委会第四次会议通过，自 1994 年 1 月 1 日起施行。根据 2009 年 8 月 27 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第一次修正；根据 2013 年 10 月 25 日十二届全国人大常委会第五次会议《关于修改的决定》第二次修正，自 2014 年 3 月 15 日起施行）。2013 年修法进一步提升了消费者的地位、增强了经营者的义务，将对消费者负责作为经营者所应承担的义务和责任中的第一责任，要求经营者把消费者的利益放在第一位，力图维护好消费者的合法权益，进而促进企业和经营者健康、持续地发展。《消费者权益保护法》分总则、消费者的权利、经营者的义务、国家对消费者合法权益的保护、消费者组织、争议的解决、法律责任等。

#### 【思考题】

如何理解《消费者权益保护法》中消费者的概念？

## 二、消费者的权利和经营者的义务

### （一）消费者的权利

《消费者权益保护法》通过国家立法的形式确认了消费者的权利与经营者相对应的义务。《消费者权益保护法》确认的消费者权利有九项：

#### 1. 安全权

消费者的安全权，是指消费者在购买使用商品或接受服务时所享有的人身和财产安全不受侵害的权利。《消费者权益保护法》第 7 条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受侵害的权利。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。”消费者安全权包括以下两个方面的内容：

一是人身安全权。它又包括：（1）消费者的生命安全权，即消费者的生命安全不受侵害的权利。（2）消费者的健康安全权，即消费者的身体健康善不受损害的权利。

二是财产安全权，即消费者的财产不受损失的权利，财产损失有时表现为财产在外观上发生损毁，有时则表现为价值的减少。

#### 2. 知情权

消费者的知悉权，是指消费者在购买商品、使用商品或者接受服务时，了解和掌握商品的真实情况和服务的真实状况的权利。《消费者权益保护法》第8条规定：“消费者有权知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成分、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。”消费者知悉权的含义主要包括以下几个方面：

第一，消费者有权要求经营者按照法律、法规规定的方式标明商品或者服务的真实情况。

第二，消费者在购买、使用商品或者接受服务时，有权询问和了解商品或者服务的有关情况。

第三，消费者不仅要知悉商品或者服务的情况，而且还要知晓其真实情况。经营者在向消费者推出其商品或者服务时，应向消费者提供真实的情况。经营者所提供的有关商品或者服务的信息不实，或者因其引人误解的宣传而使消费者接受该商品或者服务时，消费者对于经营者在进行交易时未如实披露的有关信息可以主张彼此的交易为无效。

### **3. 自主选择权**

消费者的选择权是指消费者根据自己的意愿自主的选择其购买的商品及接受的服务的权利。《消费者权益保护法》第9条规定：“消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者。自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品，接受或者不接受任何一项服务。消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。”经营者应当有保证消费者有选择的余地和自主选择权利，不能强制交易或没有选择的余地。

### **4. 公平交易权**

消费者的公平交易权是消费者在与经营者之间进行的消费交易所享有的获得公平的交易条件的权利。《消费者权益保护法》第10条规定：“消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。”

消费者的公平交易权的主要内容可以概括为以下几个方面：

(1) 交易行为的发生是在合理的条件下进行的。所谓合理条件是指经营者不得有强制性的或者歧视性的交易行为；同时在商品的质量担保、公正的价格和准确、真实的计量条件下从事交易。

(2) 交易的结果可以达到消费者预期的目的。所谓预期的目的，是指消费者的消费欲望变成现实，并且是在可以接受的公平的交易中使其付出的货币换了等价的商品或者服务。

(3) 公平交易是交易双方协作完成的。所谓协作完成，是指交易双方在交易中都以诚实可信的态度对待对方，并且都获得了不同目的的结果。

### **5. 损害赔偿请求权**

消费者的求偿权是消费者对其在购买、使用商品或接受服务过程中受到人身或财产损害时，所享有的依法要求赔偿的权利。《消费者权益保护法》第11条规定：“消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。”

第49条规定：“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。”

第51条规定：“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。”

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三倍；增加赔偿的金额不足五百元的，为五百元。法律另有规定的，依照其规定。经营者明知商品或者服务存在缺陷，仍然向消费者提供，造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的，受害人有权要求经营者依照本法第四十九条、第五十一条等法律规定赔偿损失，并有权要求所受损失二倍以下的惩罚性赔偿。”

## 6. 结社权

消费者的结社权是消费者为了维护自身的合法权益而依法组织社会团体的权利。《消费者权益保护法》第12条规定：“消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。”目前，在中国常年开展工作的消费者协会（消费者委员会、消费者权益保护委员会）均为有关行政部门联合组建，报政府审批，并由政府拨款支持。但也有少量的自发成立的自我保护组织。

## 7. 受教育权

消费者的受教育权是消费者享有的获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。《消费者权益保护法》第13条规定：“消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。消费者应当努力掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。”

## 8. 受尊重权与隐私权

受尊重权与隐私权是指消费者个人的人格尊严、民族风俗习惯得到尊重及个人信息得到保护的权力。《消费者权益保护法》第14条规定：“消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利，享有个人信息依法得到保护的权利。”中国是个多民族的国家，有不同的风俗习惯和生活方式，因此，特别将这一条款纳入《消费者权益保护法》中，以体现民族大团结的一贯政策。同时，该条款还就体现保护人权精神的人格权、人身权作为消费者的一项法定权利。新消法在本条最大的亮点在于，增加了对个人信息安全的保护。在本法29条也有所体现：经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。经营者未经消费者同意或者请求，或者消费者明确表示拒绝的，不得向其发送商业性信息。

## 9. 监督权

消费者的监督权，是指消费者对于商品和服务以及消费者保护工作进行监察和督导的权利。《消费者权益保护法》第15条规定：“消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为。有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。”

### （二）经营者的义务

经营者是向消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务的公民、法人或者其他经济组织，它是以营利为目的从事生产经营活动并与消费者相对应的另一方当事人。

经营者的义务大致上可以分为两大类：一类是法定义务，另一类则是约定义务。法定义务是由国家法律、法规明确规定的经营者必须承担的责任。《消费者权益保护法》第16条第一款规定：“经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照本法和其他有关法律、法规的规定履行义务。”

约定义务是经营者和消费者进行具体交易时就双方权利义务所达成的协议。经营者和消

费者就某项交易达成的协议，实际就是消费合同。依法成立的合同，对经营者和消费者都具有法律约束力。因此，《消费者权益保护法》第16条第2款规定：“经营者与消费者有约定的，应当按照约定履行义务。”约定义务是经营者法定义务的具体化和扩大化。《消费者权益保护法》第三章规定，为了保护消费者权益，经营者必须履行一系列义务。这主要包括以下方面：

### **1. 依法或约定履行义务**

(1) 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。

(2) 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。

(3) 经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。

### **2. 听取意见和接受监督**

为了保障消费者监督批评权的实现，法律规定，经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。

### **3. 保障人身和财产安全**

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

(2) 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。

### **4. 不作虚假宣传**

为了保障消费者的知悉真情权的实现，法律规定：(1) 经营者应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传；(2) 经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用寿命等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复；(3) 商店提供的商品应当明码标价；(4) 经营者应当标明其真实名称和标记；(5) 租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。

### **5. 出具相应的凭证和单据**

为了保障消费者的损害赔偿权等权利的实现，法律规定，经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

### **6. 提供符合要求的商品或服务**

为了使消费者通过公平交易得到符合其要求的商品或服务，《消费者权益保护法》第23条作了如下规定：

(1) 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。

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

(3) 经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务，消费者自接受商品或者服务之日起6个月内发现瑕疵，发生争议的，由

经营者承担有关瑕疵的举证责任。

### 【随堂演练】

某大型商场在商场各醒目处张贴海报：本商场正以 3 折的价格处理一批因火灾而被水浸过的商品。消费者葛某见后，以 488 元购买了一件原价 1464 元的名牌女皮衣。该皮衣穿后不久，表面出现严重的泛碱现象。葛某要求商场退货，被拒绝。下列哪些说法是正确？（ ）

- A. 商场不承担退货责任
- B. 商场应当承担退货责任
- C. 商场可以不退货，但应当允许葛某用该皮衣调换一件价值 488 元的其他商品
- D. 商场可以对该皮衣进行修复处理并收取适当的费用

### 7. 承担售后责任的义务

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。进行退货、更换、修理的，经营者应当承担运输等必要费用。

经营者采用网络、电视、电话、邮购等方式销售商品，消费者有权自收到商品之日起 7 日内退货，且无须说明理由，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。

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

消费者退货的商品应当完好。经营者应当自收到退回商品之日起 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，按照约定。

### 【随堂演练】

张某从某网店购买一套汽车坐垫。货到拆封后，张某因不喜欢其花色款式，多次与网店交涉要求退货。网店的下列哪些回答是违法的？（ ）

- A. 客户下单时网店曾提示“一经拆封，概不退货”，故对已拆封商品不予退货
- B. 该商品无质量问题，花色款式也是客户自选，故退货理由不成立，不予退货
- C. 如网店同意退货，客户应承担退货的运费
- D. 如网店同意退货，货款只能在 1 个月后退还

### 8. 依法使用格式条款的义务

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

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

格式条款、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

### 9. 尊重消费者的义务

为了保障消费者的维护尊严权等人身权，法律规定，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. 保护消费者个人信息的义务

经营者收集、使用消费者个人信息，应当遵循合法、正当、必要的原则，明示收集、使用信息的目的、方式和范围，并经消费者同意。经营者收集、使用消费者个人信息，应当公开其收集、使用规则，不得违反法律、法规的规定和双方的约定收集、使用信息。经营者及其工作人员对收集的消费者个人信息必须严格保密，不得泄露、出售或者非法向他人提供。经营者应当采取技术措施和其他必要措施，确保信息安全，防止消费者个人信息泄露、丢失。在发生或者可能发生信息泄露、丢失的情况时，应当立即采取补救措施。

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

### 【思考题】

消费者的权利与经营者的义务之间有何联系？

## 三、消费者权益的保护

### （一）维护消费者权益的监督体系

保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。为此，《消费者权益保护法》对公权力机关的监督、社会监督、民事主体的监督作出了规定。

#### 1. 公权力机关的监督

《消费者权益保护法》对立法机关、行政机关、审判机关都列入了相应的条款。第31条要求“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”。第32条规定：“各级人民政府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，采取措施，保护消费者的合法权益。有关行政部门应当听取消费者和消费者协会等组织对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见，及时调查处理。”第34条规定：“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。”第35条规定：“人民法院应当采取措施，方便消费者提起诉讼。对符合《中华人民共和国民事诉讼法》起诉条件的消费者权益争议，必须受理，及时审理。”

#### 2. 民事主体的监督

从某种意义上说，生活消费市场的主体只有两个：消费者与经营者。发挥消费者主动监督市场的作用，提高其依法维权的能力，鼓励和支持消费者向失信的经营者和假冒伪劣商品与虚假广告讨回公道，是民事主体监督的主要方面。同时，也鼓励更多的经营者守法经营、自觉自律，从源头上预防侵害消费者合法权益的发生。

#### 3. 社会的监督

《消费者权益保护法》第6条第3款明确提出，大众传播媒介应当做好维护消费者合法权益的宣传，对损害消费者合法权益的行为进行舆论监督。同时在第五章设“消费者组织”专门一章，从消费者组织的名称、性质、宗旨、任务、职能、行为规范、生存保障都有规定。

### （二）侵犯消费者权益的法律责任

经营者不履行（或不完全履行）法定其应承担的义务，使消费者的合法权益受到损害和消费者的人身、财产受到损害时，就承担相应的法律责任。其责任形式有：民事责任、行政责任、刑事责任。

#### 1. 民事责任

（1）承担民事责任的具体条件。《消费者权益保护法》第48条规定，经营者提供商品或者服务有下列情形之一的，除本法另有规定外，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定，承担民事责任：

①商品存在缺陷的；

- ②不具备商品应当具备的使用性能而在出售时未作说明的；
- 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、实物样品等方式表示的质量状况的；
- 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、重做、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) 侵犯人身权的民事责任

①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，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入等费用，造成残疾的，还应当支付残疾者生活自助用具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费用。

②经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前扶养的人所必需的生活费等费用。③经营者对消费者进行侮辱、诽谤，或者搜查消费者自身其携带的物品，侵害消费者的人格尊严或者侵犯消费者人身自由的，应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉，并赔偿损失。

#### (3) 侵犯财产权的民事责任

①经营者提供商品或者服务，造成消费者财产损害的，应当按照消费者的要求，以修理、重做、更换、退货、补足商品数量，退还货款和服务费用，或者赔偿损失等方式承担民事责任，消费者与经营者另有约定的，按照约定履行。

②对国家规定或者经营者与消费者约定包修、包换、包退的商品，经营者应当负责修理、更换和退货。在包修期内两次修理仍不能正常使用的，经营者应当负责更换或者退货。对包修、包退、包换的大件商品、消费者要求经营者修理、更换、退货的，经营者应当承担运输等合理费用。

③经营者以邮购方式提供商品的，应当按照约定提供；未按照约定提供的，应当按照消费者的要求履行约定或者退回货款，并应当承担消费者必须支付的合理费用。

④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和消费者必须支付的合理费用。

⑤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，经营者应负责退货。

⑥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接受服务的费用的3倍。

## 2. 行政责任

《消费者权益保护法》第56条规定，经营者有下列情形之一，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50万元以下的罚款；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。
- 经营者有前款规定情形的，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。

### 3. 刑事责任

- (1) 经营者提供商品或者服务，造成消费者或者其他受害人人身伤害或死亡，构成犯罪的，依法追究刑事责任。
- (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，依法追究刑事责任；未使用暴力威胁方法的，由公安机关按有关规定处罚。
- (3) 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行为的，由其在单位或者上级机关给予行政处分；情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。

## 任务四 产品质量法

### 【案例导入】

2017年9月，某市技术监督局根据群众举报，对该市某土产品采购供应站的50吨蜂蜜进行监督检查。结果查明，该批蜂蜜中含有一定量的硫酸铵，被认定为劣质品。2018年3月，市技术监督局发出2号处罚决定书，按照《中华人民共和国产品质量法》的有关规定，对土产品采购供应站作出“没收全部蜂蜜，直接责任者罚款2000元”的处罚。行政相对人不服。同年7月，市技术监督局又发出6号处罚决定书，撤销2号处罚决定书中对直接责任者进行罚款的决定，没收全部蜂蜜的处罚仍予保留。相对人接到6号处罚决定书后，即向当地市人民法院提起行政诉讼，要求市技术监督局撤销6号处罚决定书，解除已扣压10个多月的50吨蜂蜜，并要求市技术监督局赔偿所造成的经济损失。

请问：市技术监督局的法律适用是否得当？

### 一、产品质量法概述

#### (一) 产品的概念

我国《产品质量法》第2条第2款规定：“本法所称产品是指经过加工，制作，用于销售的产品。”同时，又规定：“建设工程不适用本法规定；但是，建设工程使用的建筑材料、建筑物配件和设备，属于前款规定的产品范围的，适用本法。”第73条规定：“军工产品质量监督管理办法，由国务院、中央军委另行规定。”

由此可见，下列物品不适用《产品质量法》：（1）天然物品，如煤、油、水等；（2）农副产品；（3）初级加工品；（4）建筑工程；（5）专门用于军事的物品；（6）人体的器官及其组织体。

#### (二) 产品质量的概念与分类

产品质量指产品应具有、符合人们需要的各种特性和特征的总和。根据国际标准化组织颁布的《质量术语》对产品质量的界定，“产品特性”指产品必须具备规定的、或潜在需

要的性能。也即产品自身应固有的安全性、适用性的一般性能，以及可替换性、可维修性等个别性能。

在我国，产品质量是指国家有关法律、法规、质量标准以及合同规定的对产品适用性、安全性和其他特性的要求。根据“需要”是否符合法律的规定，是否满足用户、消费者的要求，以及符合、满足的程度，产品质量可分为合格与不合格两大类。

合格又分为符合国家质量标准、符合部级质量标准、符合行业质量标准和符合企业自订质量标准四类。

不合格产品包括：（1）瑕疵。瑕疵是指产品质量不符合用户、消费者所需的某些要求，但不存在危及人身、财产安全的不合理危险，或者未丧失原有的使用价值。产品瑕疵可分为表面瑕疵和隐蔽瑕疵两种。（2）缺陷。缺陷是指产品存在危及人体健康、人身、财产安全的不合理的危险。包括设计上的缺陷、制造上的缺陷和未预先通知的缺陷。（3）劣质。劣质是指其标明的成份的含量与法律规定的标准不符，或已超过有效使用期限的产品。（4）假冒。假冒是指该产品根本未含法律规定的标准的内容，以及非法生产、已经变质的而根本不能作为某产品使用的产品。

#### 【思考题】

产品存在瑕疵与产品存在缺陷的区别？

#### （三）产品质量法的概念

产品质量法是指调整在生产、流通和消费过程中产品质量监督管理关系和产品质量责任关系的法律规范的总称。1993年2月22日第七届全国人民代表大会常务委员会第三十次会议通过了《中华人民共和国产品质量法》，根据2000年7月8日第九届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议《关于修改〈中华人民共和国产品质量法〉的决定》第一次修正，根据2009年8月27日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十次会议《关于修改部分法律的决定》第二次修正，根据2018年12月29日第十三届全国人民代表大会常务委员会第七次会议《关于修改〈中华人民共和国产品质量法〉等五部法律的决定》第三次修正。

#### （四）产品质量法的主体适用范围

《中华人民共和国产品质量法》第2条第1款规定：“在中华人民共和国境内从事产品生产、销售活动，必须遵守本法。”凡在我国境内从事产品的生产、销售活动，包括进口产品在我国国内的销售，都必须遵守本法的规定，既要遵守本法有关对产品质量行政监督的规定，同时对因产品存在缺陷造成他人人身、财产损害的，也要依照本法关于产品责任的规定承担赔偿责任。

产品质量法的主体适用范围主要包括：（1）产品质量监督管理部门；（2）保护消费者权益的社会组织；（3）用户；（4）消费者；（5）受害者；（6）产品责任主体。

#### 【随堂演练】

依照《产品质量法》的规定，下列产品中，（ ）属于该法所称的产品。

- A. 芝麻油
- B. 大坝
- C. 冰毒
- D. 电力

## 二、产品质量的监督管理

### （一）产品质量检验制度

《产品质量法》规定，产品质量应当经过检验合格，检验机构必须具备检测条件和能力并经有关部门考核合格后，方可承担检验工作，未经检验的产品视为不合格产品。

#### 1. 产品质量应当检验合格

产品在出厂前，都应当经过生产者的内部质量检验部门或者检验人员的检验，未经检验及检验不合格的产品，不得出厂销售。

## **2. 对不合格产品，不得冒充合格产品出厂**

不合格产品分为劣质产品和处理品，对劣质产品，主要应从以下两个方面判定：一是看其是否符合保障人体健康、人身、财产安全的强制性的国家标准、行业标准和地方标准，不符合上述标准的产品是劣质产品。二是看其是否具备产品应当具备的使用性能，不具备使用性能的是劣质产品。劣质产品不得出厂销售，更不得冒充合格产品出厂。

### **(二) 某些特殊或重要产品的特殊管理制度**

1. 凡属可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品，如电器、压力容器、易燃易爆产品、儿童玩具、医疗器械等，都必须符合保障人体健康和人身、财产安全的强制性的国家标准、行业标准。依照标准化法的规定，保障人体健康，人身、财产安全的标准是强制性标准，必须执行。对于尚未制定强制性的国家标准、行业标准的可能危及人体健康和人身、财产安全的工业产品或产品中的某些安全指标，则必须符合保障人体健康和人身、财产安全的要求，包括符合依法制定的有关地方标准。

2. 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，禁止生产、销售。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，一旦生产并进入流通环节，将危及消费者的生命和财产安全，必须坚决制止。

3. 涉及保障人体健康和人身、财产安全的产品是否符合安全性的要求，直接涉及国家和人民的生命、财产安全，涉及社会公共利益。即使在完全实行市场经济的国家，政府也对涉及人体健康和人身、财产安全的产品实行强制性的监督。

### **(三) 企业质量体系认证制度**

#### **1. 企业质量体系认证含义**

企业质量体系认证是指由国家有关部门认可的认证机构，依据认证标准，按照规定的程序，对企业的质量保证体系，包括企业的质量管理制度、企业的生产、技术条件等保证产品质量的诸因素进行全面的评审，对符合条件要求的，通过颁发认证证明书的形式，证明企业的质量保证能力符合相应标准要求的活动。

#### **2. 企业的质量体系的构成要素**

- (1) 保证质量体系有效运行的组织机构；
- (2) 保证质量体系运行的物质和人力等资源；
- (3) 企业有关质量管理的各项规章制度，包括各岗位人员在质量体系运行中应尽的质量职责、质量管理工作的程序等；
- (4) 产品自原材料输入到成品输出的全过程的质量管理和质量保证。

#### **3. 企业质量体系认证机构**

企业质量体系认证由国务院产品质量监督部门认可的或者其授权的部门认可的认证机构负责，目前主要包括国务院产品质量监督部门直接设立的认证委员会和授权其他行政主管部门设立的行业认证委员会。认证机构的主要职责是：制定实施认证的具体规则、程序，受理认证申请，对申请人的质量体系按标准评审，批准认证，颁发认证证书；对证书持有人进行事后监督等。

#### **4. 企业质量体系认证原则**

申请企业质量体系认证实行自愿的原则。企业通过质量体系的认证，获得认证证书，有助于提高企业在市场上的信誉，增强竞争能力。这种认证，应当是企业自愿的行为，任何单位或个人都不得强迫企业申请质量体系认证。

### **(四) 产品质量认证制度**

产品质量认证是由依法取得产品质量认证资格的认证机构，依据有关的产品标准和要

求，按照规定的程序，对申请认证的产品进行工厂审查和产品检验，对符合条件要求的，通过颁发认证证书和认证标志以证明该项产品符合相应标准要求的活动。

1. 认证对象。我国目前开展产品质量认证的对象主要包括电工产品、电动工具、电线电缆、低压电器、电子元器件、水泥、橡胶、汽车安全玻璃等产品。

2. 认证依据。《产品质量法》规定，国家参照先进的产品标准和技术要求，推行产品质量认证制度。这就表明，我国产品质量认证，是根据国家认可的标准进行的。

3. 认证方式。我国产品质量认证方式采用国际上通行的第三方认证制度。质量认证由国务院产品质量监督管理部门或其授权的部门所认可的认证机构承担。

4. 认证种类。按照规定，我国产品质量认证分为合格认证和安全认证两种。

5. 认证原则。我国产品质量认证实行自愿认证制，即产品质量认证由企业自愿申请。

6. 认证的条件。按照规定，中国企业、外国企业均可提出认证申请。

### **（五）以抽查为主要方式的产品质量监督检查制度**

《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。国家对产品质量的监督检查，应当以抽查为主要方式。重点抽查的产品范围：一是可能危及人体健康和人身、财产安全的产品，包括药品、食品、电器产品、易燃易爆产品等；二是影响国计民生的重要工业产品，包括工业原材料、基础件，农业生产资料和重要的民用日常工业品；三是消费者和有关组织反映有质量问题的产品，包括通过消费者权益保护组织反映的发生质量问题较多的产品。国家的产品质量监督检查应由国务院产品质量监督部门统一规划和组织，同时县级以上的地方产品质量监督管理部门也可以在本行政区域内组织对产品质量的监督检查。对已经国家监督抽查的产品，地方不得重复抽查；上级监督抽查的产品，下级不得重复抽查。监督抽查作为政府行为，不得向被检查人收取检验费用，所需经费应按国务院的规定由财政解决。检验抽取样品的数量不得超过合理需要的数量。

### **（六）标准化管理制度**

#### **1. 产品质量标准的制定**

按照我国标准化法的规定，凡工业产品的品种、规格、质量、等级或者安全、卫生要求，工业产品的设计、生产、检验、包装、储存、运输、使用方法或者生产、储存、运输中的安全、卫生要求，工业生产的技术术语、符号、代号和制图方法等，需要统一的技术要求，应当制定标准。产品质量标准按其制定的部门或单位以及适用范围的不同，分为国家标准、行业标准。

#### **2. 产品质量标准的实施**

我国标准化法将标准按性质的不同，分为强制性标准和推荐性标准。强制性标准是必须执行的标准。它包括部分国家标准和行业标准以及全部地方标准，主要有药品标准，食品卫生标准，兽药标准，产品及产品生产、储运和使用中的安全、卫生标准，劳动安全、卫生标准，运输安全标准，国家需要控制的重要产品质量标准，等等。推荐性标准是不具有强制执行力，由执行者自愿采用的标准，强制性标准以外的标准是推荐性标准，国际标准也是推荐性标准。

### **（七）奖惩制度**

奖惩制度是世界各国普遍采用的一项产品质量调控措施。《产品质量法》规定，国家鼓励推行达到并超过行业标准、国家标准。对产品质量管理先进和产品质量达到国际先进水平、成绩显著的单位和个人，给予奖励。同时，还对违反产品质量法的单位和个人，规定了民事责任、行政责任和刑事责任。

## **三、生产者、销售者的产品质量义务**

### **（一）生产者的产品质量义务**

#### **1. 作为的义务**

(1) 产品应该符合内在质量的要求

①不存在危及人身、财产安全的不合理的危险，有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的，应当符合该标准。

②具备产品应当具有的使用性能，对产品使用性能的瑕疵，生产者应当予以说明后方可出厂销售，并可免除生产者对已经明示的产品使用性能的瑕疵承担责任。

③产品质量应当“符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准，符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况”。这是法律对生产者保证产品质量所规定的明示担保义务。

(2) 产品或者其包装上的标识应当符合要求

生产者在其产品或产品包装上应做出符合以下规定的标识：①有产品质量检验合格证明；②有中文标明的产品名称、厂名和厂址；③产品的规格、等级、成分、含量等标识的标注，应当按照不同产品的不同特点以及不同的使用要求进行标注；④限时使用产品的标识要求，即限期使用的产品，应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期；⑤涉及使用安全的标识要求，即使用不当，容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品，要有警示标志或者中文警示说明。

(3) 特殊产品的包装必须符合要求

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

## 2. 不作为的义务

生产者不得生产国家明令淘汰的产品；不得伪造产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址；不得伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志；生产产品，不得掺杂、以假充真、以次充好、以不合格产品冒充合格产品。

## (二) 销售者的产品质量义务

### 1. 作为的义务

(1) 执行进货检查验收制度，验明产品合格证明和其他标识

销售者在对进货产品进行检验时，首先应当检验产品的合格证明，如果产品没有合格证明，销售者可以拒收。对于标识不符合法律规定的要求的产品，销售者可以要求供货者退货或者更换。销售者除了验明产品合格证明和其他标识以外，如果对进货产品的内在质量发生怀疑或者为了确保大宗货物的质量可靠，也可以对内在质量进行检验，或者委托依法设立的产品质量检验机构进行检验。

(2) 采取措施，保持销售产品的质量

销售者应当采取措施，是指销售者应当根据产品的不同特点，采取不同的措施，保持销售产品的质量，使销售产品的质量基本保持着进货时的质量状况。当然，销售的产品由于其质量的特征和特点，经过一段时间，可能会发生一定的变化，但这种变化应限制在合理的范围内。

(3) 销售的产品的标识应当符合法律规定

销售者在进货时，应认真执行进货检查验收制度，特别是要检查产品的标识是否符合法律的规定，对于标识符合法律规定的要求的产品可以验收进货，对于标识不符合法律规定要求的产品，则应拒收。销售者应采取措施保持产品的标识能够符合法律规定的要求，不得擅自将产品的标识加以涂改，特别是限期使用的产品，不能为了经济利益而改变产品的安全使用期或者失效日期。

### 2. 不作为的义务

销售者不得销售失效、变质的产品；不得伪造产地，伪造或者冒用他人的厂名、厂址；不得伪造或者冒用认证标识、名优标志等质量标志；销售产品，不得掺杂、掺假，不得以假

充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

#### **四、产品质量法律责任**

##### **(一) 产品质量的合同责任**

产品质量的合同责任，亦称“瑕疵责任”或“瑕疵担保责任”。它是指产品不具备应有的使用性能，不符合明示采用的质量标准，或不符合产品说明，实物样品等方式表明的质量状况而产生的法律责任。这种民事责任在性质上属于违约的民事责任。

##### **1. 销售者承担物的瑕疵担保责任的条件**

(1) 不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的。根据《产品质量法》第40条的规定，不具备特定用途和使用价值的产品应当向消费者事先作出说明。事先作出说明的，可不承担民事责任；不事先说明的，应承担本条规定的民事责任。

(2) 不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的。这里所讲的“不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准”，是指不符合在产品或者其包装上注明采用的推荐性产品标准（包括国家标准、行业标准和企业标准）。按照标准化法的规定，推荐性标准属于自愿采用的标准，是否采用由使用者自己确定。但是，在产品或者其包装上一旦注明了所采用的标准，就意味着向社会作出了承诺，表明该产品的相关质量指标与产品或其包装上注明采用的产品标准是一致的。如果销售者出售产品的质量状况与产品或其包装上注明采用的产品标准不符的，销售者则违反了其应承担的对产品质量的担保义务，应依照《产品质量法》第40条的规定承担相应的民事责任。

(3) 不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。以产品广告、产品说明书等形式对产品的质量状况作出说明的，销售者应当保证其售出产品的实际质量与该产品说明中表明的产品质量状况相符；销售者以展示其实物样品的方式销售其产品的，其售出产品的质量状况应当与其展示的实物样品相符。销售者出售的产品质量与产品说明、实物样品不符的，也属于违反销售者对出售产品质量担保的义务，应当承担《产品质量法》第40条规定的民事责任。

##### **2. 产品合同责任的具体责任形式**

负责修理、更换、退货；给消费者、用户造成损害的，还应负责赔偿；销售者未按该规定给予修理、更换、退货或赔偿损失的，由产品质量监督部门或工商行政管理部门责令改正。

(1) 修理。修理是指销售者对已经出售的“不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的”产品、“不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的”产品或者“不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的”产品，进行必要的修复，使该产品符合应当具备的性能、明示的标准或者明示的质量状况。

(2) 更换。更换是指销售者对“不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的”产品、“不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的”产品或者“不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的”产品，用质量符合要求的同样产品进行替换。

(3) 退货。退货是指销售者将“不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的”产品、“不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的”产品或者“不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的”产品收回，并向产品购买者退还货款。

(4) 赔偿损失。承担这种责任方式的前提是，已经“给购买产品的消费者造成损失”。这里所讲的损失，是指除产品之外的损失，比如交通费、邮寄费等。

##### **(二) 产品责任**

产品责任是基于产品存在缺陷并导致消费者、用户和相关第三人人身、财产遭受损害的前提而发生的，而且特指的仅仅就是民事赔偿责任。

##### **1. 产品责任的归责原则**

我国《产品质量法》规定，产品责任适用无过错责任原则。只要因产品存在缺陷造成他

人人身、财产损害的，除了法定可以免责的事由外，不论缺陷产品的生产者主观上是否存在过错，都应当承担赔偿责任。我国《民法典》第1202条规定，因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。

## 2. 产品责任的构成要件

(1) 产品有缺陷，即“产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险”，产品不符合“保障人体健康，人身、财产安全的国家标准、行业标准”。

(2) 有损害事实存在，即消费者人身或者他人人身、缺陷产品以外的财产已经存在损害。

(3) 产品缺陷与损害事实之间有因果关系，即消费者人身或者他人人身、财产存在损害是由于产品缺陷造成的，二者有直接的因果关系。

## 3. 产品责任的免除

生产者能够证明有下列情形之一的，不承担赔偿责任：(1) 未将产品投入流通；(2) 产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在；(3) 将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

## 4. 赔偿方式和标准

(1) 一般伤害的赔偿范围，即受害人身体尚未造成伤残经过治疗可以恢复的伤害的赔偿范围。根据本条规定，一般伤害的赔偿范围包括赔偿医疗费、治疗期的护理费、因误工减少的收入等费用。

(2) 致人残疾伤害的赔偿范围，即受害人在心理、生理、人体结构上，某种组织、功能丧失或者不正常，全部或者部分丧失以正常方式从事某种活动能力的伤害。致人残疾伤害的赔偿范围包括：支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入和残疾者自助具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其扶养的人所必需的生活费等费用。

(3) 致人死亡伤害的赔偿范围。致人死亡伤害的赔偿范围包括：除包括赔偿死亡人员在治疗、抢救过程中所支付的医疗费、因误工减少的收入、残疾者生活补助费等费用外，还应当支付丧葬费、死亡赔偿金、死者生前扶养的人必需的生活费等费用。

### 【随堂演练】

赵某从某商场购买了某厂生产的高压锅，烹饪时邻居钱某到其厨房聊天，高压锅爆炸致2人受伤。下列哪一选项是错误的？（ ）

- A. 如高压锅被认定为缺陷产品，钱某可向该厂也可向该商场请求赔偿
- B. 如高压锅被认定为缺陷产品，赵某可向该厂也可向该商场请求赔偿
- C. 如高压锅未被认定为缺陷产品，则该厂不承担赔偿责任
- D. 如该商场证明目前科技水平尚不能发现缺陷存在，则不承担赔偿责任

### (三) 行政责任

#### 1. 承担行政责任的行为

- (1) 生产、销售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。
- (2) 在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品。
- (3) 生产国家明令淘汰的产品，销售国家明令淘汰并停止销售的产品。
- (4) 销售失效、变质的产品。
- (5) 伪造产品产地，伪造或者冒用他人厂名、厂址，伪造或者冒用认证标志等质量标志。
- (6) 产品标识或者有包装的产品标识不符合法律规定。
- (7) 拒绝接受依法进行的产品质量监督检查。
- (8) 伪造检验结果或者出具虚假证明。
- (9) 在广告中对产品质量作虚假宣传，欺骗和误导消费者。

(10) 隐匿、转移、变卖、损毁被产品质量监督或者工商行政管理部门查封、扣押的物品。

## 2. 承担行政责任的主要形式

(1) 责令停止生产、销售，即由产品质量监督部门以行政决定的方式，要求违法者停止违法的生产、销售行为，避免违法生产、销售不符合质量要求的产品进一步危害社会。

(2) 没收违法生产、销售的产品，即没收违法生产、销售的所有不符合标准和要求的产品，包括尚未售出的产品，以防止这些产品售出后，给使用者造成人身和财产损失。

(3) 警告。警告是行政处罚法第八条规定的行政处罚的一种。

(4) 责令停业整顿。责令停业整顿是指行政机关强制要求违法者停止生产或者经营的行政处罚。

(5) 罚款。罚款是适用较为普遍的一种行政处罚形式，即由有关行政执法机关责令有违法行为的单位或个人缴纳一定数额的货币。

(6) 没收违法所得。有违法所得的，并处没收违法所得。这里所讲的违法所得，是指违法生产或者违法销售的产品全部收入。

(7) 吊销营业执照。吊销营业执照，是指工商行政管理部门依法取消企业和个体工商户生产经营活动的合法凭证。

## (四) 刑事责任

1. 生产、销售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，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

2. 在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好，或者以不合格产品冒充合格产品，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

3. 销售失效、变质的产品，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

4. 各级人民政府工作人员和其他国家机关工作人员有下列情形之一的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任：①包庇、放纵产品生产、销售中违反本法规定行为的。②向从事违反本法规定的生产、销售活动的当事人通风报信，帮助其逃避查处的。③阻挠、干预产品质量监督部门或者工商行政管理部门依法对产品生产、销售中违反本法规定的行为进行查处，造成严重后果的。

## (五) 产品质量争议处理

### 1. 产品责任的诉讼时效

(1) 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为三年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时计算。

(2) 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的产品交付最初用户，消费者满 10 年丧失；但是尚未超过明示的安全使用期的除外。

### 2. 解决产品质量纠纷的法律方式

《产品质量法》第 47 条规定：“因产品质量发生民事纠纷时，当事人可以通过协商或者调解解决。当事人不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的，可以根据当事人各方的协议向仲裁机构申请仲裁；当事人各方没有达成仲裁协议或者仲裁协议无效的，可以直接向人民法院起诉。”

## 思政专栏

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。反不正当竞争法以维护公平竞争为着眼点，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。作为经营者或消费者均应加强对商业混淆、虚假宣传、虚假交易、违法有奖销售、歧视性待遇、虚假宣传、刷单炒信、大数据杀熟、强制搭售等不正当竞争行为的识别和自觉抵制，依法管理、依法经营、保护自身合法权益，作为市场管理者应加强对以上不正当竞争行为的监管。

中国特色社会主义进入新时代，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。人民对美好生活的向往，离不开安全放心的日常生活消费。消费环境如何，直接关系到人民群众的获得感、幸福感、安全感。坚持以人民为中心的发展思想是维护每一位消费者合法权益的根本遵循，保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。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，学会维护自己的权利，这不单单是防止自己的权益受到侵害，同时也有利于维护交易安全，保持良好的社会交易秩序，打击不法分子。

产品质量是企业的生命线，也是公民健康的生命线，产品责任法的逻辑起点是产品安全及其保障，采用严格责任原则追究产品责任。生产者不得生产国家明令淘汰的产品，不得伪造产地，不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址，不得伪造或者冒用认证标志等质量标志，生产者生产产品，不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。生产、销售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，构成犯罪的，依法追究刑事责任。因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。各项生产经营活动都要以社会主义核心价值观为引领，经营者要认真承担社会责任，诚信守法经营，严把产品质量关，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。

## 作 业

1. 单项选择题：P313
2. 多项选择题：P314
3. 案例分析题：

**【案例 1】**某年 4 月 27 日，鼓楼区工商局接到福州瑞腾达电子信息有限公司的投诉，对沈某涉嫌侵犯公司商业秘密的行为立案调查。

沈某原为公司员工，在瑞腾达公司工作期间负责使用和保管公司的海外客户资料。根据公司范的保密制度及他与公司签订的保密合同，这些客户资料属商业秘密。但沈某利用职权之便，于当年 2 月 4 日至当年 4 月 29 日期间，私下与资料中的五家境外客户发生贸易往来，经营额折合人民币 255251 元，给公司造成巨大的经济损失。

调查人员取得确凿证据后，认定沈某的行为属于《中华人民共和国反不正当竞争法》中所指的侵犯商业秘密的不正当竞争行为，依法责令他停止违法行为，并处罚款 50000 元。

问题：什么是商业秘密？它的基本构成要件有哪些？

**【案例 2】**2017 年 7 月 27 日，羊某以当事人的名义与苏州某物业管理有限公司南通分公司签订租赁管理合同，用于开设“好得家生活馆”旅游超市，并支付 2017 年 11 月 1 日至 2018 年 4 月 1 日期间的租金。自 2018 年 3 月 10 日起，当事人在未办理营业执照、食品经营许可证的情况下，以“好得家生活馆”为名，对外销售食品及其他商品。同时，当事人采取向上海、无锡、南京的 5 家旅行社及自带团队的导游、驾驶员给付现金的方式，吸引旅行社、导游、驾驶员带旅游团游客过来消费。根据旅游团游客人数，当事人以每人 10 元或 12 元的标准支付“人头介绍费”，并按旅游团游客消费总额 10%至 30%的标准，支付“销售提成”。5 家旅行社及自带团队的导游朱某等人则从羊某处以现金方式支取约定的“人头介绍费”及“销售提成”。

请问：当事人利用导游、驾驶员和旅行社对游客的特殊影响力，暗中给付导游、驾驶员、旅行社“人头介绍费”和“销售提成”，吸引导游、驾驶员及旅行社将游客带至“好得家生活馆”进行消费（未如实入账）以牟取交易机会，属于哪种不正当竞争行为？

【案例3】李某在与几位同事在杭州出差，使用某网约车平台服务时发现：当时他们约了两辆专车从杭州某酒店同时出发。但最后付款时，他付了35元，而同事只付了25元，两辆专车的收费标准是一样的。他想起，在该网约车平台的账号属于金卡会员，而同事的账号只是普通会员。

请分析：

1. 案例中“老客户”多付费，侵害了消费者什么权利？
2. 如何对待“大数据杀熟”现象？

【案例4】陈女士在某个“宝妈群”里接受了微信号“最爱bb”的好友添加，看到这个微信号常发一些宝宝照，效果不错，宝宝就要100天了，陈女士想记录下这美好时刻，就联系了对方。“预约了298元套餐，包含一大一小两个相册，两个10寸摆台，一张海报，两张全家福，手脚印泥摆台等，对方还承诺可以拍摄15套以上的衣服，拍摄照片200张以上。”如此“实惠”让陈女士很快动了心，用微信给对方转账50元作为押金。

但当天上门来拍摄“来了俩人，进门架好器材就开始推销，建议我们升级套餐，1299元和999元的，二选一。”陈女士坚持“拍完再说”，可随后的拍摄过程更让人“不爽”，“他们打开随身携带的行李箱，里面乱糟糟地堆满衣服，让我们自选3套，并不是当初说好的15套，最后确实拍了200张照片，但其中很多都是废片，我们从中挑出10张精修片都勉为其难。”“最后他们说必须升级到568元的套餐，才给我们拷原片。”

请分析：案例中上门拍照服务临时加价的行为侵犯了消费者哪些权利？

【案例5】2019年3月，原告赵某（甲方）在被告北京某卫生洁具公司（乙方）生产的华清牌电热水淋浴器。同年同月10日，甲方又购买了一台北京丁公司（丁方）生产的三水牌多功能漏电保护器。该月中旬，甲方在家中安装了该两件电器。4月4日晚，甲方在使用该淋浴器时，突然被按键漏电击中，整个右手烧伤，送医院抢救，被截除小拇指。为此，甲方先与乙方交涉，要求赔偿。乙方称：责任应由生产者承担，乙方无过错，拒绝赔偿。甲方遂向法院起诉，状告乙方、丙方、丁方，要求维护消费者的权益，三方负连带责任，赔偿损失。乙方辩称，本公司只负责该电热水淋浴器的销售，赔偿责任应由生产者承担，与销售者无关。丙方辩称，本公司生产的产品责任事故，无证据证明生产者有过错而可以认定生产者应承担责任。丁方的漏电保护器可能是事故的主要原因。丁方辩称，甲方违反有关说明书的警示说明，违反安装说明，擅自安装超大功率电器，致使漏电保护器失效酿成事故，但漏电保护器失灵亦不至于造成电器伤人，丙方的产品存在质量的问题。法院在调查中，经技术监督局对华清牌电热水淋浴器、三水牌多功能漏电保护器进行质量检验。鉴定结论认定：（1）华清牌电热水淋浴器的制造工艺存在缺陷，特定情况下淋浴器开关按键可能漏电；（2）三水牌多功能漏电保护器已被烧毁无法鉴定，但对同样商品检测没有发现质量问题；（3）甲方安装淋浴器与漏电保护器连接时未按丁方的说明书正确安装，以致使用时漏电保护器不能正常工作。

问题：

- （1）乙方作为销售者是否应予赔偿，承担责任，为什么？
- （2）丙方作为生产者应承担什么责任，为什么？
- （3）丁方是否要承担责任，为什么？
- （4）甲方有无过错，对本案处理有何影响？

## 项目六 金融法实务

- 教学目标：** 1. 了解中国人民银行、商业银行的立法概况；掌握商业银行的组织机构、经营原则、业务范围和法律责任；
2. 了解票据的概念、特征、种类，汇票的概念及其与本票、支票的异同；理解票据法律关系、票据权利；掌握票据行为的概念和特征；理解违反票据法的法律责任；
3. **思政目标：** 深刻认识金融是国民经济的血脉，是国家的核心竞争力，金融安全关乎国家安全，金融法为我国改革开放、金融稳定与发展提供制度保障；深刻理解对金融机构和金融工具进行有效法律规范，有助于防范系统性金融风险，维护我国国家金融安全。
- 教学重点：** 1. 中国人民银行的法律地位，中国人民银行的业务范围，违反中国人民银行法的行为及法律责任；
2. 商业银行的业务管理规定、监督、法律责任；
3. 票据法律关系，票据行为，票据权利，违反票据法的法律责任。
- 教学难点：** 1. 票据法律关系；
2. 汇票的出票、背书、承兑、保证、付款、追索权。
- 课时：** 2
- 教学方法：** 讲练结合；案例分析
- 教学内容：** 任务一 金融法概述  
任务二 银行法  
任务三 票据法
- 教学过程：**

### 【案例导入】

2021年1月15日，红花公司和月华公司签订买卖合同，合同约定：红花公司向月华公司开出30万元的银行承兑汇票作为预付款，其余货款待货物交付验收后结算；票据不得转让；承兑银行为A银行，到期日为2021年4月1日。2021年1月20日，红花公司开出汇票，A银行作了承兑。同年2月1日蓝天公司向月华公司催要欠款，月华公司将该汇票背书转让给蓝天公司，蓝天公司随后将汇票向B银行贴现。后红花公司发现月华公司产品存在质量问题而拒绝提货，至2021年3月29日双方协商未果，红花公司行使单方解除权解除合同，并通知A银行不得支付该汇票金额。2021年4月1日汇票到期，B银行向A银行提示付款，A银行以红花公司通知银行止付为由拒绝支付。问题：

- (1) 月华公司背书转让汇票给蓝天公司的行为是否有效？
- (2) A银行的拒付理由是否成立？A银行是否存在抗辩事由？
- (3) A银行在拒付的情况下，B银行如何利用《票据法》维护自己的利益？

### 任务一 金融法概述

#### 一、金融法概念及调整对象

金融法是调整金融关系的法律规范的总和。金融关系是指金融领域内有关经济主体之间发生的社会关系。金融关系具体包括金融监管关系与金融交易关系。金融监管关系是指国家金融主管部门对金融机构、金融市场、金融产品、金融交易的监督管理的关系。金融交易关

系是指在货币市场、证券市场、保险市场和外汇市场等各种金融市场、金融机构之间，金融机构与国家机关、法人、自然人和其他组织之间，国家机关、法人、自然人和其他组织之间进行的各种金融交易的关系。金融领域的社会关系错综复杂，包括社会货币资金的筹集、分配、融通、使用、管理及调控活动，还包括货币金属开采、买卖、管理等。

金融法的调整对象是金融业务和金融管理活动中形成的各种经济关系，包括：（1）国家对金融活动的宏观调控关系；（2）中央银行与各金融机构的关系；（3）银行与财政的关系；（4）金融机构与客户之间的关系；（4）金融机构之间的关系。

## 二、金融法的基本原则

金融法的基本原则不仅与一个国家所实行的社会制度有关，而且与一个国家在某一段时期的经济发展水平、大政方针和货币政策目标等有着密切关系。

### （一）以稳定货币为前提促进经济发展的原则

金融对经济的促进作用必须受客观规律的制约，其中最重要的一条就是保持货币币值稳定，而货币币值稳定是经济持续、稳定、健康、协调发展的前提。

### （二）维护金融业稳健的原则

金融业作为高风险产业，是由金融机构经营中的高负债和其面临的包括信用风险、国家风险、利率风险、流动性风险在内的一系列风险所决定的。因此，金融机构在经营过程中所遭遇的风险比普通企业更多、更大。同时，多数金融工具具有快速流通性，所以一旦发生具有较强传染性的金融危机，金融市场就存在极大的系统风险。

为了维护金融业稳健，促进金融机构审慎经营，金融法应从以下几个方面入手进行规范：强化金融监管机构的金融监督职能；严格金融机构市场准入制度；适度竞争；监管各种贷款数据比例及最后贷款窗口；规范同业拆借市场；保障劣质金融机构顺利退出；打击金融犯罪等。

### （三）保护投资者利益的原则

投资者是指在金融交易中购入金融工具融出资金的所有个人和机构，包括存款人。对投资者利益加以重点保护的原因在于：投资者作为金融交易的资金来源主体，具有不特定性和广泛性，而且大部分是个人投资者，势单力薄，缺乏专业知识。对他们进行重点保护，不仅有利于金融市场正常秩序的维护，而且有助于借助他们的力量监督提高市场透明度及其规范运作的程度。

### （四）与国际惯例接轨的原则

市场经济是外向型经济，学习其他市场经济体制国家的金融立法经验，与国际惯例接轨，便成为我国金融立法的重要参考依据。

## 任务二 银行法

### 一、中国人民银行法

#### （一）中国人民银行及其法律地位

1995年3月18日第八届全国人民代表大会第三次会议通过了《中华人民共和国中国人民银行法》（以下简称《中国人民银行法》），自公布之日起施行；2003年12月27日，第十届全国人民代表大会常务委员会第六次会议对该法进行了修正，自2004年2月1日起施行。

《中国人民银行法》规定，中国人民银行是中华人民共和国的中央银行。中国人民银行在国务院领导下，制定和执行货币政策，防范和化解金融风险，维护金融稳定。国人民银行是代表国家进行金融管理和金融调控的特殊的金融机构，是我国金融活动中心，处于金融组织体系的最高地位。

## （二）中国人民银行的组织机构

### 1. 领导机构

根据《中国人民银行法》的规定，中国人民银行设行长 1 人、副行长若干人。中国人民银行行长的人选，根据国务院总理的提名，由全国人民代表大会决定；全国人民代表大会闭会期间、由全国人民代表大会常务委员会决定，由中华人民共和国主席任免。中国人民银行副行长由国务院总理任免，中国人民银行实行行长负责制。

### 2. 咨询议事机构

中国人民银行设立的咨询议事机构是货币政策委员会。根据《中国人民银行法》的规定、中国人民银行应设立货币政策委员会。货币政策委员会的职责、组成和工作程序由国务院规定，报全国人民代表大会常务委员会备案。

### 3. 中国人民银行的分支机构

《中国人民银行法》规定，中国人民银行根据履行职责的需要设立分支机构，作为中国人民银行的派出机构。中国人民银行对分支机构实行集中统一管理。中国人民银行的分支机构根据中国人民银行的授权，负责本辖区的金融监督管理、承办有关业务。

## （三）中国人民银行的职能

### 1. 主要职能

中央银行一般具有 3 个主要职能：发行的银行、政府的银行和银行的银行。

#### （1）发行的银行

发行的银行是指世界各国的中央银行都享有货币的独占发行权，且法律规定该货币为国内唯一的法定货币、即以立法形式明确授予中央银行发行和管理货币的权力，拥有货币发行的垄断权。在我国，中国人民银行享有货币发行权，人民币是唯一合法货币。

#### （2）政府的银行

政府的银行即国家的银行，是指各国的中央银行都由国家掌握，中国人民银行就是由我国中央政府即国务院领导的银行。这是因为中央银行发行的货币是以国家信用作保证的，且中央银行代表国家制定和执行货币政策并通过货币政策的制定和执行来调控国民经济。中国人民银行作为政府的银行，它服务于政府，并代表政府处理有关的金融事务。

#### （2）银行的银行

银行的银行主要是指中央银行作为最后贷款人，以商业银行为业务对象，对商业银行的支付能力和风险负有监护责任。

中国人民银行为商业银行等金融机构提供并办理如下业务：（1）要求金融机构按照规定的比例交存存款准备金；（2）确定中央银行的基准利率；（3）为在中国人民银行开立账户的金融机构办理再贴现；（4）向商业银行提供贷款；（5）向金融机构提供清算服务。

### 2. 职责范围

按照《中国人民银行法》的规定，中国人民银行依法履行下列 13 项职责：（1）发布与履行其职责有关的命令和规章；（2）依法制定和执行货币政策；（3）发行人民币，管理人民币流通；（4）监督管理银行间同业拆借市场和银行间债券市场；（5）实施外汇管理，监督管理银行间外汇市场；（6）监督管理黄金市场；（7）持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；（8）经理国库；（9）维护支付、清算系统的正常运行；（10）指导、部署金融业及反洗钱工作，负责反洗钱的资金监测；（11）负责金融业的统计、调查、分析和预测；（12）作为国家的中央银行，从事有关的国际金融活动；（13）国务院规定的其他职责。

中国人民银行依法监测金融市场的运行情况，对金融市场实行宏观调控，促进金融业的稳定、协调与健康发展。

## （四）人民币的发行和管理

### 1. 人民币的法律地位

《中国人民银行法》规定，中华人民共和国的法定货币是人民币。这一规定表明了人民币的法律地位，即它是我国境内流通、使用的唯一合法货币。作为法定支付手段，以人民币支付我国境内的一切公共的和私人的债务，任何单位和个人不得拒收。

## 2. 人民币的发行

人民币的发行是指中国人民银行向流通市场投放现金的行为。发行人民币、管理人民币流通是《中国人民银行法》赋予中国人民银行的职责之一。《中国人民银行法》明确规定，人民币由中国人民银行统一印制、发行。人民币由中国人民银行统一发行，其他任何地方、单位和个人都无权发行货币或变相发行货币。

### （五）中国人民银行的业务范围

按照《中国人民银行法》的规定，中国人民银行的业务活动主要有：依法制定和执行货币政策；对金融业实施必要的监督和管理；提供金融服务等。

#### 1. 作为政府银行的业务

中国人民银行作为政府的银行体现在：（1）依照法律、行政法规的规定经理国库；（2）代理国务院财政部门组织发行、兑付国债和其他政府债券；（3）持有、管理、经营国家外汇储备、黄金储备；（4）中国人民银行作为政府银行从事的其他业务。

#### 2. 作为银行的银行的业务

中国人民银行作为银行的银行体现在：（1）中国人民银行可以根据需要，为银行业金融机构开立账户，但不得对银行业金融机构的账户透支；（2）组织或者协助组织银行业金融机构相互之间的清算系统，协调银行业金融机构相互之间的清算事项，提供清算服务；（3）根据执行货币政策的需要，可以决定对商业银行贷款的数额、期限、利率和方式，但贷款的期限不得超过1年；（4）中国人民银行作为银行的银行从事的其他业务。

#### 3. 对金融业检查、监督的业务

《中国人民银行法》规定，中国人民银行有权对金融机构以及其他单位和个人的下列行为进行检查、监督：（1）执行有关存款准备金管理规定的行为；（2）与中国人民银行特种贷款有关的行为；（3）执行有关人民币管理规定的行为；（4）执行有关银行间同业拆借市场、银行间债券市场管理规定的行为；（5）执行有关外汇管理规定的行为；（6）执行有关黄金管理规定的行为；（7）代理中国人民银行经理国库的行为；（8）执行有关清算管理规定的行为；（9）执行有关反洗钱规定的行为。

### （六）违反《中国人民银行法》的行为及法律责任

#### 1. 违反《中国人民银行法》的行为

根据《中国人民银行法》的规定，违反《中国人民银行法》的行为主要有以下几种：（1）伪造、变造人民币，出售伪造、变造的人民币的，或者明知是伪造、变造的人民币而运输的；（2）买卖伪造、变造的人民币或者明知是伪造、变造的人民币而持有、使用的；（3）在宣传品、出版物或者其他商品上非法使用人民币图样的；（4）印刷、发售代币券，以代替人民币在市场上流通的；（5）违反法律、行政法规有关金融监管规定的；（6）中国人民银行有违反有关业务规定行为的；（7）地方政府、各级政府部门、社会团体和个人强令中国人民银行及其工作人员违反有关规定提供贷款或者担保的；（8）中国人民银行的工作人员泄露国家秘密或者所知悉的商业秘密的；（9）中国人民银行的工作人员贪污受贿、徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守的。

#### 2. 违反《中国人民银行法》的法律责任

对于违反《中国人民银行法》的有关规定的单位，中国人民银行应当责令停业、改正违法行为，区别不同情形给予警告、没收违法所得、罚款等行政处罚。对负有直接责任的人员，情节轻微的，依法给予行政处分；构成犯罪的，依法追究刑事责任。当事人对行政处罚不服的，可以依照《中华人民共和国行政诉讼法》的规定提起行政诉讼。

## 二、商业银行法

### （一）商业银行法概述

#### 1. 商业银行

商业银行是指依照《商业银行法》和《公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务的企业法人。商业银行是依法成立、以营利为目的的法人组织，是经营货币金融业务的特殊企业。它既受《商业银行法》的调整，也受《公司法》的调整。按照《商业银行法》的规定，我国的商业银行是实行自主经营、自担风险、自负盈亏、自我约束的经营金融业务的机构，并以其全部法人财产独立承担民事责任。

商业银行具有以下特征：（1）商业银行是以营利为目的的企业；（2）商业银行是金融企业；（3）商业银行是特殊的金融企业。

#### 2. 商业银行法

商业银行法是调整商业银行组织关系和经营业务关系的法律规范的总称。1995年5月10日，第八届全国人民代表大会常务委员会第十三次会议通过并于同年7月1日起施行的《商业银行法》是我国商业银行的基本法。2003年12月、2015年8月全国人民代表大会常务委员会对该法进行了两次修正。它依法开展业务，不受任何单位和个人的干涉。

### （二）商业银行的设立和组织机构

#### 1. 商业银行的设立

##### （1）商业银行的设立条件

任何企业法人在设立时都要具备法律所规定的条件。商业银行作为专门经营货币的企业，法律要求其设立所具备的条件更为严格。这些条件主要有：①有符合《商业银行法》和《公司法》规定的章程；②有符合法律规定最低限额的注册资本；③有具备任职专业知识和业务工作经验的董事、高级管理人员；④有健全的组织机构和管理制度；⑤有符合要求的营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施。设立商业银行还应当符合其他审慎性条件。

##### （2）商业银行的注册资本

根据《商业银行法》的规定，设立全国性商业银行的注册资本最低限额为10亿元人民币，设立城市商业银行的注册资本最低限额为1亿元人民币，设立农村商业银行的注册资本最低限额为5000万元人民币。注册资本应当是实缴资本。国务院银行业监督管理机构根据审慎监管的要求，可以调整注册资本最低限额，但不得少于前述规定的限额。

##### （3）商业银行的设立程序

设立商业银行，申请人应当经国务院银行业监督管理机构审查批准。经审查符合条件的，申请人应填写正式申请表，并提交法律规定的文件、资料。对于正式批准设立的商业银行，由国务院银行业监督管理机构颁发经营许可证。申请人凭该经营许可证向市场监督管理机关办理注册登记，领取企业法人营业执照。对于经批准设立的商业银行分支机构，也应由国务院银行业监督管理机构颁发经营许可证。申请人凭该许可证向市场监督管理部门办理登记，领取营业执照。

#### 2. 商业银行的组织形式

根据《商业银行法》的规定，商业银行的组织形式、组织机构适用《公司法》的规定。因此，商业银行的组织形式采取《公司法》要求的有限责任公司和股份有限公司两种形式。

#### 3. 商业银行的组织机构

按照《商业银行法》和《公司法》的规定，商业银行设股东会、董事会、监事会。董事会可聘任总经理。国有独资商业银行不设股东会，设立监事会。监事会的产生办法由国务院规定。监事会对国有独资商业银行的信贷资产质量、资产负债比例、国有资产保值增值等情况，以及高级管理人员违反法律、行政法规或者章程的行为和损害银行利益的行为进行监督。

### （三）商业银行的业务管理规定

### 1. 存款业务

商业银行通过付出一定利息吸收存款是其负债业务的主要内容,通过吸收存款形成的资金是其经营之本。吸收存款包括吸收企事业单位的存款和个人的储蓄存款,这种负债一般占商业银行总负债的70%左右。《商业银行法》规定,办理个人储蓄存款业务,应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。对于个人储蓄存款和单位存款,商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划,但法律另有规定的除外。商业银行应当按照中国人民银行规定的存款利率的上下限,确定存款利率,并予以公告;应当保证存款本金和利息的支付,不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。

### 2. 贷款业务

贷款业务是商业银行将货币在一定期限内借出,借以获得利息的业务。它是商业银行资产业务的主要内容,也是商业银行的主要业务活动之一。商业银行贷款应当与借款人订立书面信贷合同。信贷合同是贷款人将货币借给借款人、借款人按期归还贷款并支付规定的利息的协议,是表现信贷业务的法律形式。贷款合同应当约定贷款种类、借款用途、金额、利率、还款期限、还款方式、违约责任和双方认为需要约定的其他事项。商业银行应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限,确定贷款利率。

### 3. 中间业务

中间业务是指商业银行无须运用自有资金,只代替客户承办交付、收取和其他委托事项而收取手续费的业务。中间业务与负债业务、资产业务不同,它属于表外业务,但它与负债业务、资产业务共同构成现代商业银行的三大业务。《商业银行法》规定了下列中间业务:办理国内外结算、发行金融债券;代理发行、代理兑付、承销政府债券;买卖、代理买卖外汇;提供信用证服务及担保;代理收付款项及代理保险业务;提供保险箱服务。

## (四) 监督管理

商业银行应当按照有关规定,制定本行的业务规则,建立健全本行的风险管理和内部控制制度。

商业银行应当建立健全本行对存款、贷款、结算、呆账等各项情况的稽核、检查制度。商业银行对分支机构应当进行经常性的稽核和检查监督。

商业银行应当按照规定向国务院银行业监督管理机构、中国人民银行报送资产负债表、利润表以及其他财务会计、统计报表和资料。

国务院银行业监督管理机构有权依法随时对商业银行的存款、贷款、结算、呆账等情况进行检查监督。商业银行应当按照国务院银行业监督管理机构的要求,提供财务会计资料、业务合同和有关经营管理方面的其他信息。中国人民银行有权依照《中国人民银行法》第32条、第34条的规定对商业银行进行检查监督。商业银行应当依法接受审计机关的审计监督。

## (五) 法律责任

### 1. 商业银行的法律责任

(1) 商业银行无故拖延、拒绝支付存款本金和利息等给存款人或其他客户造成损失的,应当承担迟延履行利息及其他民事责任,由国务院银行业监督管理机构责令其改正,有违法所得的,没收违法所得。违法所得5万元以上的,处违法所得1倍以上5倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足5万元的,处5万元以上50万元以下罚款。

(2) 违反国家规定从事信托投资和证券经营业务、向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资的,或者向关系人发放信用贷款,或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款条件的,由国务院银行业监督管理机构责令其改正,有违法所得的,没收违法所得。违法所得50万元以上的,并处违法所得1倍以上5倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足50万元的,处50万元以上200万元以下罚款;情节特别严重或者逾期不改正

的，可以责令其停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

(3) 拒绝或者阻碍中国人民银行检查、监督的，或提供虚假的、隐瞒重要事实的财务会计报告、报表和统计报表的，或未按照中国人民银行规定的比例交存款准备金，由中国人民银行责令其改正，并处 20 万元以上 50 万元以下罚款；情节特别严重或者逾期不改正的，中国人民银行可以建议国务院银行业监督管理机构责令其停业整顿或者吊销其经营许可证；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

## 2. 商业银行工作人员的法律責任

(1) 商业银行工作人员利用职务上的便利，索取、收受贿赂或者违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费，构成犯罪的，依法追究其刑事责任；尚不构成犯罪的，应当给予其纪律处分。

(2) 商业银行工作人员利用职务上的便利，贪污、挪用、侵占本行或者客户资金，构成犯罪的，依法追究其刑事责任；尚不构成犯罪的，应当给予其纪律处分。

(3) 商业银行工作人员违反《商业银行法》的规定，玩忽职守造成损失的，应当给予其纪律处分；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。商业银行工作人员违反规定，徇私向亲属、朋友发放贷款或者提供担保造成损失的，应当承担全部或者部分赔偿责任。

(4) 商业银行工作人员泄露在任职期间知悉的国家秘密、商业秘密的，应当给予其纪律处分；构成犯罪的，依法追究其刑事责任。

(5) 商业银行违反《商业银行法》规定的，国务院银行业监督管理机构可以区别不同情形，取消其直接负责的董事、高级管理人员一定期限直至终身的任职资格；禁止其直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员一定期限直至终身从事银行业工作。

## 案例

王某是某城市 A 商业银行的董事，其子王某某为 C 公司的董事长。2023 年 9 月，C 公司向 A 商业银行下属分行申请贷款 1000 万元。其间，王某对分行负责人谢二宝施加压力，令其按低于同类贷款的优惠利息发放此笔贷款。

评析：本案中，王某强令下属机构发放贷款，是《商业银行法》禁止的行为。《商业银行法》第 52 条第 3 项规定，商业银行的工作人员不得违反规定，徇私向亲属、朋友发放贷款或者提供担保。

## 任务三 票据法

### 一、票据与票据法概述

#### (一) 票据概述

##### 1. 票据的概念

广义的票据，泛指代表一定权利义务关系的书面凭证，如汇票、本票、支票、提单、仓单、保单、记账凭证等。狭义的票据，仅指依照法定格式签发和流通的汇票、本票和支票。《票据法》规定的票据，是狭义的票据，是指出票人依法签发的，约定自己或委托付款人在见票时或指定的日期向收款人或持票人无条件支付一定金额并可转让的有价证券，包括汇票、本票和支票。

##### 2. 票据的特征

票据为有价证券的一种，具有有价证券的一般特征，但它又是有别于其他有价证券的一类独立的有价证券。与其他有价证券相比，票据主要有以下特征：

(1) 票据为完全有价证券。票据权利的产生、行使及处分都以票据的存在为条件，即票据权利不能离开票据而存在，若票据丧失，持票人一般难以行使票据权利。

(2) 票据为设权证券。票据并非是证明已存在的权利（证权证券），而是创设票据权

利。一般来说，票据权利的发生必须作成票据，无票据，即无票据上的权利。

(3) 票据为金钱证券。票据是以一定金额的金钱给付为目的而创设的证券，以非金钱的其他财物为给付标的的证券，不属于票据。

(4) 票据为债权证券。票据关系实质为一种债权债务关系，票据持票人可以就票据上所记载金额向特定票据债务人行使请求权，因而，票据不同于物权证券和社员权证券。

(5) 票据为文义证券。票据上的权利义务必须依票据上所记载的文义而定，不得以文义之外的任何事项来主张票据权利。

(6) 票据为要式证券。制作票据必须严格依照《票据法》所规定的形式要件，如不符合法律规定的款式，该票据不产生票据法上的效力。

(7) 票据为无因证券。票据权利人主张其权利，以提示票据为必要，而不必证明其取得票据的原因，票据关系一般不受原因关系的影响。

(8) 票据为流通证券。票据上的权利可依背书或交付的方式自由流通转让，而不须经债务人同意。

(9) 票据为提示证券。票据权利人向票据债务人行使权利时，必须提示票据，否则，债务人有权拒绝履行其义务。

(10) 票据为返还证券。票据权利人的债权满足后，必须将票据交还给债务人，当事人之间的票据关系才告消灭。

### 3. 票据的功能

票据的功能，是指票据在社会经济生活中的作用。票据的功能主要有：

(1) 汇兑功能。汇兑是票据最初的功能，作为异地输送现金和兑换货币的工具，票据可以解决现金支付在空间上的障碍。

(2) 支付功能。票据最简单、最基本的功能就是作为支付手段，代替现金的使用。用票据代替现金作为支付工具，具有便携、快捷、安全等优点。

(3) 结算功能。这是指票据作为货币支付的手段，可以用它在同城或异地的经济往来中，抵销不同当事人之间相互的收款、欠款或相互的支付关系。通过票据交换，使各方收付相抵，相互冲减债务。票据结算方式比使用现金更便捷、安全、经济。票据结算成为现代经济中银行结算的主要方式。

(4) 信用功能。票据可作为信用工具，在商业和金融中发挥融资等作用。在商品交易中，票据可作为预付货款或延期付款的工具，发挥商业信用功能；在金融活动中，企业可以通过将尚未到期的票据向银行进行贴现，取得货币资金，以解决企业一时发生的资金周转困难。票据能发挥银行信用的作用。

## (二) 票据法概述

### 1. 票据法的概念

广义的票据法即实质意义的票据法，是指调整票据关系的各种法律规范，即各种法律中有关票据规定的法律规范的总称，包括专门的票据法律以及其他法律中有关票据的规定。狭义的票据法即形式意义的票据法，是指以部门法形式存在的专门的票据法，它是规定票据的种类、形式和内容，明确票据当事人之间权利义务关系，调整因票据而发生的社会关系的法律规范的总称。

### 2. 我国的票据立法

我国的票据立法主要有 1995 年 5 月 10 日第八届全国人大常委会第十三次会议通过、2004 年 8 月 28 日第十届全国人大常委会第十一次会议修订、自 1996 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国票据法》；1997 年 6 月 23 日经国务院批准、中国人民银行于 1997 年 8 月 21 日发布的《票据管理实施办法》；1997 年 9 月 19 日中国人民银行发布的《支付结算办法》；2000 年 2 月 24 日最高人民法院通过的《关于审理票据纠纷案件若干问题的规定》

等。

### （三）票据法上的关系

票据法上的关系是指因票据行为及与票据行为有关的行为而产生的票据当事人之间的法律关系。票据法上的关系可分为票据法上的票据关系和票据法上的非票据关系。

#### 1. 票据法上的票据关系

票据法上的票据关系，是指当事人基于票据行为而产生的票据权利义务关系。其中，票据的持有人（持票人）享有票据权利，对于在票据上签名的票据债务人可以主张行使票据法规定的相关权利。票据上签名的票据债务人负担票据责任（即票据义务），依自己在票据上的签名按照票据上记载的文义承担相应的义务。票据关系当事人较复杂，一般包括出票人、持票人、付款人、背书人、保证人等。在各种票据关系中，出票人、持票人、付款人三者之间的关系是票据的基本关系。

#### 2. 票据法上的非票据关系

票据法上的非票据关系，是指由票据法直接规定的，不基于票据行为而发生的票据当事人之间与票据有关的法律关系。如票据上正当权利人对法律规定不得享有票据权利的人行使票据返还请求权而发生的关系，因时效届满或手续欠缺而丧失票据上权利的持票人对出票人或承兑人行使利益偿还请求权而发生的关系，票据付款人付款后请求持票人交还票据而发生的关系等。

### （四）票据行为

票据行为即票据法律行为，有广义、狭义之分。广义的票据行为是指票据关系当事人之间以产生、变更或终止票据关系为目的而进行的法律行为。狭义的票据行为，则仅指以发生票据上的债务为目的的法律行为。

《票据法》规定的狭义票据行为，汇票包括出票、背书、承兑、保证，本票包括出票、背书、保证，支票包括出票和背书。《票据法》规定的广义票据行为，还包括更改、涂消、禁止背书、付款、划线（仅限于支票）、见票（仅限于本票）等行为。

### （五）票据权利

票据权利，是指持票人向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。付款请求权，是指持票人对主债务人享有的、依票据而请求支付票据所载金额的权利，具有主票据权利的性质。追索权，是指付款请求权得不到满足时，向付款人以外的票据债务人要求清偿票据金额及有关费用的权利，又称为“偿还请求权”。

《票据法》规定，票据权利为付款请求权和追索权。这表明票据权利的内容与一般的金钱债权不同。一般的金钱债权是一种简单的一次性的请求权，而票据权利则体现为二次请求权。第一次请求权是付款请求权，这是票据上的主权利；第二次请求权为追索权，是一种附条件的权利，即有赖于第一次请求权不能实现才得以行使的权利，又叫“从票据权利”。通常情况下，持票人只有在首先向付款人行使付款请求权得不到付款时，才可以行使追索权。

## 二、汇票

### （一）汇票的概念和特征

汇票是出票人签发的，委托付款人在见票时或者在指定日期无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。

汇票具有以下特征：（1）汇票属于委付证券，而不是自付证券。汇票是由出票人委托他人进行支付的票据，汇票的出票人只是签发票据的人，不是票据的付款人，出票人必须另行委托付款人支付票据金额。（2）汇票的到期日具有多样性。汇票的到期日是指汇票的付款日期，包括见票即付、定日付款、出票后定期付款、见票后定期付款等四种方式。（3）汇票是付款人无条件支付票据金额给持票人的票据。持票人包括收款人、被背书人或受让人。

## （二）汇票当事人

汇票关系中有三个基本当事人，即出票人、付款人和收款人。出票人，是指依照法定方式签发汇票委托他人付款的人。付款人，是指按照出票人的付款委托无条件支付汇票金额的人。收款人，是指汇票上记载的收取票款的人。出票人和付款人为票据义务人，收款人为票据权利人。

## （三）汇票的种类

汇票可以根据不同的标准进行分类：

（1）根据汇票出票人的不同，可将汇票分为银行汇票和商业汇票。银行汇票是指由银行签发的汇票，商业汇票是指由银行以外的其他主体签发的汇票。

（2）以付款期限长短为标准，汇票可分为即期汇票和远期汇票。即期汇票是指见票即行付款的汇票，包括见票即付的汇票、到期日与出票日相同的汇票以及未记载到期日的汇票。远期汇票是指约定一定的到期日付款的汇票，包括定期付款汇票、出票日后定期付款汇票和见票后定期付款汇票。

另外，以记载受款人的方式不同为标准，汇票可分为记名式汇票和无记名式汇票。以签发和支付地点不同，汇票可分为国内汇票和国际汇票。以银行对付款的要求不同，汇票可分为跟单汇票和光单汇票等。

## （三）汇票的出票

### 1. 出票的概念

汇票的出票，又称“汇票的发票”“汇票的签发”“汇票的发行”。出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。出票实际包括两个行为：一是出票人依照票据法的规定作成票据，即在原始票据上记载法定事项并签章；二是交付票据，即将作成的票据交付给他人占有。

汇票的出票人在为出票行为时，必须与付款人具有真实的委托付款关系，并且具有支付汇票金额的可靠资金来源；汇票的出票人不得签发无对价的汇票用以骗取银行或者其他票据当事人的资金。

### 2. 出票的记载事项

根据不同记载事项对汇票效力的不同影响，可将出票的记载事项分为绝对必要记载事项、相对必要记载事项和任意记载事项等。

#### （1）绝对必要记载事项

汇票的绝对必要记载事项是指《票据法》规定必须在汇票上记载的事项，否则汇票无效。汇票的绝对必要记载事项包括七个方面的内容：表明“汇票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；收款人名称；出票日期；出票人签章。

#### （2）相对必要记载事项

相对必要记载事项，是指在出票时应当予以记载，但如果未作记载，可以通过法律的直接规定来补充确定的事项。未记载该事项并不影响汇票本身的效力，汇票仍然有效。

《票据法》规定，汇票上记载付款日期、付款地、出票地等事项的，应当清楚、明确。汇票上未记载付款日期的，为见票即付。汇票上未记载付款地的，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地。汇票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

#### （3）任意记载事项

任意记载事项，是指出票人可以选择是否记载的事项，但该事项一经记载即发生票据法上的效力。如出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让。

#### （4）不发生票据法上效力的记载事项

汇票上可以记载《票据法》规定事项以外的其他出票事项，但是该记载事项不具有汇票

上的效力。法律规定以外的事项主要是指与汇票的基础关系有关的事项，如签发票据的原因或用途、该票据项下交易的合同号码等等。

### 3. 出票的效力

出票是以创设票据权利为目的的票据行为。出票人依照票据法的规定完成出票行为之后，即对汇票当事人产生票据法上的效力。

#### (1) 对出票人的效力

出票人签发汇票后，即承担保证该汇票承兑和付款的责任。出票人在汇票得不到承兑或者付款时，应当向持票人清偿法律规定的金额和费用。担保汇票的承兑是指汇票到期日前不获承兑时，收款人或持票人可以请求出票人偿还票据金额、利息和有关费用。担保汇票的付款是指汇票到期时，付款人虽已承兑但拒绝付款的，出票人必须承担清偿责任。

#### (2) 对付款人的效力

出票行为是单方行为，付款人并不因此而负有付款义务，只是基于出票人的付款委托而使其具有承兑人的地位。只有在其对汇票进行承兑后，付款人才成为汇票上的主债务人。

#### (3) 对收款人的效力

收款人取得出票人发出的汇票后，即取得票据权利，一方面就票据金额享有付款请求权；另一方面，在付款请求权不能满足时，享有追索权。同时，收款人享有依法转让票据的权利。

### (四) 汇票的背书

#### 1. 汇票背书概念

背书是指持票人以转让汇票权利或授予他人一定的汇票权利为目的、按法定的事项和方式在汇票背面或者粘单上记载有关事项并签章的票据行为。《票据法》规定，持票人可以将汇票权利转让给他人或者将一定的汇票权利授予他人行使，持票人行使此项权利时，应当背书并交付汇票。如果出票人在汇票上记载“不得转让”字样，该汇票不得转让。对于记载“不得转让”字样的票据，其后手以此票据进行贴现、质押的，通过贴现、质押取得票据的持票人主张票据权利的，人民法院不予支持。

#### 2. 背书的形式

背书是一种要式行为，必须符合法定的形式，即其必须作成背书并交付，才能有效成立。从背书的记载事项而言，根据《票据法》的有关规定，其应与出票一样，符合有关出票时应记载的事项。

背书不得记载的内容有两项：一是附有条件的背书；二是部分背书。附有条件的背书是指背书人在背书时，记载一定的条件，以限制或者影响背书效力。背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力，即不影响背书行为本身的效力，被背书人仍可依该背书取得票据权利。部分背书是指背书人在背书时，将汇票金额的一部分或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书。将汇票金额的一部分转让的背书或者将汇票金额分别转让给二人以上的背书无效。

#### 3. 背书连续

背书连续是指在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。也就是说，票据上记载的多次背书，从第一次到最后一次在形式上相连续而无间断。以背书转让的汇票，背书应当连续。如果背书不连续的，付款人可以拒绝向持票人付款，否则付款人自行承担责任。

背书连续主要是指背书在形式上连续，如果背书在实质上不连续，如有伪造签章等，付款人仍应对持票人付款。但是，如果付款人明知持票人不是真正票据权利人，则不得向持票人付款，否则应自行承担责任。

#### 4. 委托收款背书

委托收款背书是指持票人以行使票据上的权利为目的，而授予被背书人以代理权的背

书。该背书方式不以转让票据权利为目的，而是以授予他人一定的代理权为目的，其确立的法律关系不属于票据上的权利转让与被转让关系，而是背书人（原持票人）与被背书人（代理人）之间的代理关系。该关系形成后，被背书人可以代理行使票据上的一切权利。在此情形下，被背书人只是代理人，而未取得票据权利，背书人仍是票据权利人。

《票据法》规定，背书记载“委托收款”字样的，被背书人有权代背书人行使被委托的汇票权利。但是，被背书人不得再以背书转让汇票权利。被背书人因委托收款背书而取得代理权后，可以代为行使付款请求权和追索权。

#### 5. 法定禁止背书

法定禁止背书是指根据票据法的规定而禁止背书转让的情形。由于法律规定在某些情况下，汇票不得背书转让，因此，如果背书人将此类汇票以背书方式转让的，应当承担汇票责任。《票据法》规定，汇票被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限的，不得背书转让；背书转让的，背书人应当承担汇票责任。

### （五）汇票的承兑

#### 1. 承兑的概念

承兑，是指汇票付款人承诺在汇票到期日支付汇票金额的票据行为。承兑是汇票特有的制度，本票和支票都没有承兑。

#### 2. 承兑的程序

##### （1）承兑的记载事项

承兑的记载事项，是指付款人办理承兑手续时需要在汇票上记载的事项。付款人承兑汇票的，应当在汇票正面记载“承兑”字样和承兑日期并签章；见票后定期付款的汇票，应当在承兑时记载付款日期。汇票上未记载承兑日期的，以持票人提示承兑之日起的第3日，即付款人3天承兑期的最后一日为承兑日期。汇票承兑的应记载事项必须记载于汇票的正面，而不能记载于汇票的背面或粘单上。

##### （2）提示承兑

提示承兑，是指持票人向付款人出示汇票，并要求付款人承诺付款的行为。因汇票付款日期不同，提示承兑的期限也不一样。定日付款或者出票后定期付款的汇票，持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑。见票后定期付款的汇票，持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑。见票即付的汇票无需提示承兑。

##### （3）承兑成立

持票人向付款人提示承兑后，付款人应决定是否承兑。《票据法》规定，付款人对向其提示承兑的汇票，应当自收到提示承兑的汇票之日起3日内承兑或者拒绝承兑。付款人收到持票人提示承兑的汇票时，应当向持票人签发收到汇票的回单。回单是持票人收到付款人向其出具的已收到请求承兑汇票的证明。回单上应当记明汇票提示承兑日期并签章。付款人承兑汇票，不得附有条件；承兑附有条件的，视为拒绝承兑。

#### 3. 承兑的效力

付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任。到期付款的责任是一种绝对责任，具体表现在：（1）承兑人于汇票到期日必须向持票人无条件地支付汇票上的金额，否则其必须承担迟延付款责任；（2）承兑人必须对汇票上的一切权利人承担责任，这些权利人包括付款请求权人和追索权人；（3）承兑人不得以其与出票人之间资金关系来对抗持票人，拒绝支付汇票金额；（4）承兑人的票据责任不因持票人未在法定期限提示付款而解除。

### （六）汇票的保证

#### 1. 保证的概念

汇票的保证，是指汇票债务人以外的第三人，以担保特定汇票债务人履行票据债务为目的，而在票据上所为的一种附属票据行为。保证的作用在于加强持票人票据权利的实现，确

保票据付款义务的履行，促进票据流通。

## 2. 保证的当事人

### (1) 保证人

保证人是指票据债务人以外的，为票据债务的履行提供担保而参与票据关系的第三人。汇票保证人由汇票债务人以外的他人担当。保证人应是具有代为清偿票据债务能力的法人、其他组织或者个人。国家机关、以公益为目的的事业单位、社会团体、企业法人的分支机构和职能部门不得为保证人；但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷，国家机关提供票据保证，以及企业法人的分支机构在法人书面授权范围内提供票据保证的除外。

### (2) 被保证人

被保证人是指票据关系中已有的债务人，包括出票人、背书人、承兑人等。票据债务人一旦由他人为其提供保证，其在保证关系中就被称为被保证人。

## 3. 保证的效力

保证一旦成立，即在保证人与被保证人之间产生法律效力，保证人必须对保证行为承担相应的责任。

### (1) 保证人的责任

保证人对合法取得汇票的持票人所享有的汇票权利，承担保证责任。但是，被保证人的债务因汇票记载事项欠缺而无效的除外。被保证的汇票，保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任。汇票到期后得不到付款的，持票人有权向保证人请求付款，保证人应当足额付款。

### (2) 共同保证人的责任

共同保证是指保证人为2人以上的保证。保证人为2人以上的，保证人之间承担连带责任。

### (3) 保证人的追索权

保证人清偿汇票债务后，可以行使持票人对被保证人及其前手的追索权。

## 案例

李四从王五处购买价值10万元的货物，为付货款，李四开具了一张票面金额为10万元的汇票交付王五。汇票承兑后，王五将汇票背书转让给赵六，在赵六将汇票背书转让给孙三时，孙三要求赵六提供保证，赵六请王五（前背书人）在票据上保证后，将汇票背书转让给黄二，黄二请求付款时，发现付款人逃匿。

请问：该汇票上的保证是否有效？黄二可向哪些人行使什么权利？

评析：保证无效，票据的保证人应由票据债务人之外的他人担任。黄二可以向李四、王五、赵六行使追索权，向赵六要求承担保证责任。

## (七) 汇票的付款

### 1. 付款的概念

付款是指付款人依据票据文义支付票据金额，以消灭票据关系的行为。

### 2. 付款的程序

付款的程序包括付款提示与支付票款。

#### (1) 付款提示

付款提示是指持票人向付款人出示票据，请求付款的行为。《票据法》规定，持票人应当按照下列期限提示付款：①见票即付的汇票，自出票日起1个月内向付款人提示付款；②定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起10日内向承兑人提示付款。

#### (2) 支付票款

持票人向付款人进行付款提示后，付款人无条件地在当日按票据金额足额支付给持票

人。付款人或者代理付款人在付款时应当履行审查义务。付款人及其代理付款人付款时，应当审查汇票背书的连续，并审查提示付款人的合法身份证明或者有效证件。如果付款人或者其代理付款人以恶意或者有重大过失付款的，应当自行承担赔偿责任。

### 3. 付款的效力

付款人依法足额付款后，全体汇票债务人的责任解除。付款人依照票据记载的文义，及时足额支付汇票金额后，票据关系随之消灭，汇票上的全体债务人的票据责任予以解除。

## （八）汇票的追索权

### 1. 追索权的概念

汇票追索权，也称为“第二次请求权”，是指付款人拒绝付款，或者拒绝承兑，或者由于其他法定原因预计在票据到期时得不到付款的，由持票人向其前手请求偿还票据金额、利息以及有关费用的一种票据权利。它是为补充汇票上的第一次权利即付款请求权而设立的，持票人只有在行使第一次权利未获实现时才能行使第二次权利。

### 2. 追索权的主体

追索权的主体包括追索权人和被追索人。追索权人包括最后持票人和已为清偿的汇票债务人。最后持票人是汇票上的唯一债权人，也是最初追索权人；其他汇票债务人被持票人追索而清偿债务后，享有与持票人同一权利，可以向自己的前手行使再追索权。被追索人是指追索权人行使追索权所针对的义务人，包括出票人、背书人和其他债务人。

### 3. 追索权的客体

追索权的客体，是指追索权人有权取得的、被追索人应当支付的金额和费用，包括汇票金额、法定利息和行使追索权的费用。追索权的客体包括以下两种：

（1）最初追索权的客体。《票据法》规定，持票人行使追索权，可以请求被追索人支付下列金额和费用：被拒绝付款的汇票金额；汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行规定的流动资金贷款利率计算的利息；取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

（2）再追索权的客体。被追索人清偿债务后，即可从持票人处取得票据、有关拒绝证明和利息、费用的收据，并可据此向其他票据债务人行使再追索权。《票据法》规定，被追索人行使再追索权，可以请求其他汇票债务人支付下列金额和费用：已清偿的全部金额及其自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的流动资金贷款利率计算的利息；发出通知书的费用。

### 4. 追索权的要件

行使追索权必须具备一定的要件，包括实质要件和形式要件两个方面。根据《票据法》的规定，追索权发生的实质要件包括：（1）汇票到期被拒绝付款；（2）汇票在到期日前被拒绝承兑；（3）在汇票到期日前，承兑人或付款人死亡、逃匿的；（4）在汇票到期日前，承兑人或付款人被依法宣告破产或因违法被责令终止业务活动。行使追索权的形式要件是指行使追索权必须遵循一定的程序、履行法定的保全追索权的手续、具备相应的条件。《票据法》规定，持票人行使追索权时，应当提供被拒绝承兑或者被拒绝付款的有关证明。持票人提示承兑或者提示付款被拒绝的，承兑人或者付款人必须出具拒绝证明，或者出具退票理由书。未出具拒绝证明或者退票理由书的，应当承担由此产生的民事责任。持票人因承兑人或者付款人死亡、逃匿或者其他原因，不能取得拒绝证明的，可以依法取得其他有关证明。“其他有关证明”主要包括：医院或者有关单位出具的承兑人、付款人死亡的证明；司法机关出具的承兑人、付款人逃匿的证明；公证机关出具的具有拒绝证明效力的文书。

### 5. 追索权的行使

行使追索权一般包括：由持票人发出追索通知、确定追索对象、请求偿还、受领清偿金额等。持票人或行使再追索权的被追索人在接受清偿金额时，应当履行相应的义务，交出汇

票和有关拒绝证明，并出具所收到利息和费用的收据。如果持票人或行使再追索权的被追索人拒绝履行该义务的，被追索人即可拒绝清偿有关金额和费用。被追索人清偿债务后，其票据责任解除。同时，被追索人清偿债务后，与持票人享有同一追索权利，可以向其他汇票债务人行使再追索权，请求其他汇票债务人支付相应的金额和费用。

#### 【随堂演练】

根据票据法的有关规定，下列有关汇票的表述中，正确的是（ ）。

- A. 汇票金额中文大写与阿拉伯数码记载不一致的，以中文大写金额为准
- B. 汇票保证中，被保证人的名称属于绝对应记载事项
- C. 见票即付的汇票，无须提示承兑
- D. 汇票承兑后，承兑人如果未受有出票人的资金，则可对抗持票人

### 三、本票

#### （一）本票的概念和特征

本票是出票人签发的，承诺自己在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。我国《票据法》规定的本票，是指银行本票。

与汇票相比，本票具有下列特征：（1）本票是自付证券。本票是由出票人约定自己付款的一种自付证券，其基本当事人有两个，即出票人和收款人，在出票人之外不存在独立的付款人。（2）本票无须承兑。在出票人完成出票行为之后，即承担了到期日无条件支付票据金额的责任，不需要在到期日前进行承兑。

#### （二）本票的种类

根据不同的标准，可以对本票作不同分类，例如记名式本票、指定式本票和不记名本票；远期本票和即期本票；银行本票和商业本票等。在我国，本票仅限于银行本票，且为记名式本票和即期本票，即见票即付本票。

#### （三）本票适用汇票的有关规定

本票作为票据的一种，具有与其他票据相同的一般性质和特征，《票据法》只是对本票与其他票据不同的方面加以规定，即对其个性方面的问题作了特别规定。而有关其一般性的问题，则适用《票据法》总则有关的规定和汇票中的相关规定。除特别规定外，本票的背书、保证、付款行为和追索权的行使，适用汇票的有关规定。

#### （四）本票的出票

本票的出票与汇票一样，包括作成票据和交付票据。本票的出票行为是以自己负担支付本票金额的债务为目的的票据行为。

##### 1. 本票的出票人

本票的出票人必须具有支付本票金额的可靠资金来源，并保证支付。银行本票的出票人，为经中国人民银行当地分支行批准办理银行本票业务的银行机构。

##### 2. 本票的记载事项

本票出票人出票，必须按一定的格式记载相关内容。与汇票一样，本票的记载事项也包括绝对必要记载事项和相对必要记载事项。本票的绝对必要记载事项包括以下六个方面的内容：表明“本票”的字样；无条件支付的承诺；确定的金额；收款人名称；出票日期；出票人签章。本票上未记载上述绝对必要记载事项之一的，本票无效。本票的相对必要记载事项包括两项内容：付款地和出票地。本票上未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地。本票上未记载出票地的，出票人的营业场所为出票地。

此外，本票上可以记载《票据法》规定事项以外的其他出票事项，但是这些事项并不发生本票上的效力。

#### （五）见票付款

根据《票据法》的规定，银行本票是见票付款的票据，收款人或持票人在取得银行本票

后，随时可以向出票人请求付款。

本票自出票日起，付款期限最长不得超过 2 个月。持票人在规定的期限提示本票的，出票人必须承担付款的责任。持票人超过付款期限提示付款的，代理付款人不予受理。银行本票的代理付款人是代理出票银行审核支付银行本票款项的银行。如果持票人超过提示付款期限不获付款的，在票据权利时效内向出票银行作出说明，并提供本人身份证或单位证明，可持银行本票向出票银行请求付款。

如果本票的持票人未按照规定期限提示见票的，丧失对出票人以外的背书人及其保证人等前手的追索权。由于本票的出票人是票据上的主债务人，对持票人负有绝对付款责任，除票据时效届满而使票据权利消灭或者要件欠缺而使票据无效外，并不因持票人未在规定期限内向其行使付款请求权而使其责任得以解除。因此，持票人仍对出票人享有付款请求权和追索权，只是丧失对背书人及其保证人等前手的追索权。

#### 【随堂演练】

根据票据法律制度的有关规定，下列有关本票表述中，正确的有（ ）。

- A. 到期日是本票的绝对记载事项
- B. 本票的基本当事人只有出票人和收款人
- C. 本票无须承兑
- D. 本票是由出票人自己对持票人付款的票据

### 四、支票

#### （一）支票的概念

支票是出票人签发的，委托办理支票存款业务的银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定的金额给收款人或者持票人的票据。支票的基本当事人有三个：出票人、付款人和收款人。支票的出票人，为在经中国人民银行批准办理支票存款业务的银行、城市信用合作社和农村信用合作社开立支票存款账户的企业、其他组织和个人。单位和个人在同一票据交换区域的各种款项结算，均可以使用支票。

支票与汇票和本票相比，有两个显著特征：（1）支票的付款人仅限于银行或者其他金融机构。（2）支票是见票即付的票据。汇票、本票是信用证券而支票是支付证券，其主要功能是代替现金进行支付。

#### （二）支票的种类

依据不同的分类标准，可以对支票作不同的分类。《票据法》按照支付票款方式，将支票分为现金支票、转账支票和普通支票。

- 1. 现金支票。支票上印有“现金”字样的为现金支票，现金支票只能用于支取现金。
- 2. 转账支票。支票上印有“转账”字样的为转账支票，转账支票只能用于转账，不得支取现金。
- 3. 普通支票。支票上未印有“现金”或“转账”字样的为普通支票，普通支票可以用于支取现金，也可以用于转账。在普通支票左上角划两条平行线的，为划线支票，划线支票只能用于转账，不得支取现金。

#### （三）支票适用汇票的有关规定

与本票一样，《票据法》只是对支票的个性方面的问题作了特别规定，而有关其一般性的问题，则适用《票据法》总则中的有关规定和汇票中的相关规定。除特别规定外，支票的背书、付款行为和追索权的行使，适用汇票的有关规定。

#### （四）支票的出票

- 1. 支票出票的概念

支票的出票是指出票人委托银行或者其他金融机构无条件向持票人支付一定金额的票

据行为。

## 2. 支票的记载事项

支票出票人作成有效的支票，必须按法定要求记载有关事项。记载事项分为绝对必要记载事项和相对必要记载事项。支票必须记载下列事项：表明“支票”的字样；无条件支付的委托；确定的金额；付款人名称；出票日期；出票人签章。支票上未记载绝对必要记载事项之一的，支票无效。为了发挥支票灵活便利的特点，《票据法》规定了可以通过授权补记的方式记载的两项事项：（1）支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前的支票，不得使用。出票人可以授权收款人就支票金额补记，收款人以外的其他人不得补记；在支票金额未补记之前，收款人不得背书转让，提示付款。（2）支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。未补记前，支票不得背书转让和提示付款。此外，出票人可以在支票上记载自己为收款人。

相对必要记载事项包括两项内容：（1）付款地。支票上未记载付款地的，付款人的营业场所为付款地。（2）出票地。支票上未记载出票地的，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

此外，支票上可以记载非法定记载事项，但这些事项并不发生支票上的效力。

## 3. 支票出票的效力

支票出票的效力，是指出票人签发支票后，出票人、付款人和收款人所承担的责任或享有的权利。

（1）出票人承担担保支票付款的责任。出票人必须按照签发的支票金额承担保证向该持票人付款的责任。出票人必须在付款人处存有足够可处分的资金，以保证支票票款的支付；当付款人对支票拒绝付款或者超过支票付款提示期限的，出票人应向持票人承担付款责任。

（2）付款人在一定条件下负有向持票人付款的义务。出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在见票当日足额付款。

（3）收款人取得向付款人请求付款的权利及一定条件下行使追索权。

## 4. 支票的付款

支票的付款，是指付款人根据持票人的请求向其支付支票金额，以消灭支票关系的行为。支票限于见票即付，不得另行记载付款日期。另行记载付款日期的，该记载无效。

### （1）支票的提示付款期限

持票人在请求付款时，必须为付款提示。支票的持票人应当自出票日起10日内提示付款；异地使用的支票，其提示付款的期限由中国人民银行另行规定，即除中国人民银行另有规定外，支票的提示付款期限自出票日起10日内。

超过提示付款期限提示付款的，持票人开户银行不予受理，付款人不予付款。付款人不予付款的，出票人仍应当对持票人承担票据责任。持票人超过提示付款期限的，并不丧失对出票人的追索权，出票人仍应当对持票人承担支付票款的责任。

### （2）付款

出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人应当在当日足额付款。持票人在提示期间内向付款人提示票据，付款人在对支票进行审查之后，如未发现有不符规定之处，即应向持票人付款。

### （3）付款责任的解除

付款人依法支付支票金额的，对出票人不再承担受委托付款的责任，对持票人不再承担付款的责任。但是，付款人以恶意或者有重大过失付款的除外。这里所指的恶意或者有重大过失付款是指付款人在收到持票人提示的支票时，明知持票人不是真正的票据权利人，支票的背书以及其他签章系属伪造，或者付款人不按照正常的操作程序审查票据等情形。在此情况下，付款人不能解除付款责任，由此造成损失的，由付款人承担赔偿责任。

### 【随堂演练】

根据票据法的有关规定，下列有关汇票与支票比较的表述中，正确的有（ ）。

- A. 汇票可以背书转让，支票不可以背书转让
- B. 汇票有即期汇票与远期汇票之分，支票均为见票即付
- C. 汇票的票据权利时效为2年，支票的票据权利时效则为6个月
- D. 汇票上的收款人可以由出票人授权补记，支票的收款人不能授权补记

## 五、违反票据法的法律责任

### （一）票据欺诈行为的法律责任

票据欺诈行为，是指以票据为载体，以非法占有为目的，采用伪造、变造，或者故意使用伪造、变造的票据等欺骗手段，骗取他人财物的行为。

票据欺诈行为包括以下几种行为：（1）伪造、变造票据；（2）故意使用伪造、变造的票据；（3）签发空头支票或者故意签发与其预留的本名签名式样或者印鉴不符的支票，骗取财物；（4）签发无可靠资金来源的汇票、本票，骗取资金；（5）汇票、本票的出票人在出票时作虚假记载，骗取财物；（6）冒用他人的票据，或者故意使用过期或者作废的票据，骗取财物；（7）付款人同出票人、持票人恶意串通，实施前六项所列行为之一的。

行为人实施上述票据欺诈行为之一，构成犯罪的，应根据《刑法》有关破坏金融管理秩序罪和金融诈骗罪的有关规定依法承担刑事法律责任。

行为人实施上述票据欺诈行为之一，情节轻微，不构成犯罪的，由公安机关依照国家有关规定给予警告、罚款、没收违法所得、停止办理某项业务、停业整顿、吊销营业执照或经营许可证、拘留等行政处罚。签发空头支票或者签发与其预留的签章不符的支票，不以骗取财物为目的的，由中国人民银行处以票面金额5%但不低于1000元的罚款；持票人有权要求出票人赔偿支票金额2%的赔偿金。

行为人实施票据欺诈行为，给他人造成损失的，应当承担民事赔偿责任。

### （二）金融机构及其工作人员的法律责任

金融机构对违反法律规定的票据，不得承兑、贴现、付款或者保证。金融机构对违反法律规定的票据，予以承兑、贴现、付款或者保证的，给予警告，没收违法所得，并处违法所得1倍以上3倍以下的罚款；没有违法所得的，处5万元以上30万元以下的罚款；对该金融机构直接负责的高级管理人员、其他直接负责的主管人员和直接责任人员，给予记大过直至开除的纪律处分；造成资金损失的，对该金融机构直接负责的高级管理人员，给予撤职直至开除的纪律处分；对违反票据法规定的票据予以承兑、付款或者保证的，造成重大损失，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

金融机构不得出具与事实不符的票据等金融票证。金融机构弄虚作假，出具与事实不符的票据等金融票证的，给予警告，没收违法所得，并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款；没有违法所得的，处10万元以上50万元以下的罚款；对该金融机构直接负责的高级管理人员、其他直接负责的主管人员和直接责任人员，给予开除的纪律处分；构成非法出具金融票证罪或者其他罪的，依法追究刑事责任。

金融机构工作人员在票据业务中玩忽职守，对违反法律规定的票据予以承兑、付款、保证或者贴现的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告、记过、撤职或者开除的处分；给当事人造成损失的，由该金融机构与直接责任人员依法承担连带赔偿责任；造成重大损失，构成犯罪的，根据《刑法》渎职罪的有关规定依法追究刑事责任。

### （三）付款人故意压票、拖延支付的法律责任

票据的付款人对见票即付或者到期的票据，故意压票、拖延支付的，由中国人民银行处以压票、拖延支付期间内每日票据金额0.7%的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责

任人员给予警告、记过、撤职或者开除的处分。

票据的付款人故意压票、拖延支付，给持票人造成损失的，依法承担赔偿责任。

#### （四）擅自印制票据的法律责任

违反中国人民银行的规定，擅自印制票据的，由中国人民银行责令改正，处以1万元以上20万元以下的罚款；情节严重的，中国人民银行有权提请有关部门吊销其营业执照。

### 思政专栏

党的二十大报告强调，“深化金融体制改革，建设现代中央银行制度，加强和完善现代金融监管，强化金融稳定保障体系，依法将各类金融活动全部纳入监管，守住不发生系统性风险底线”。金融是国民经济的血脉，是国家的核心竞争力，金融安全关乎国家安全，金融法为我国改革开放、金融稳定与发展提供制度保障。对金融机构和金融工具进行有效法律规范，有助于防范系统性金融风险，维护我国国家金融安全。

### 作业

1. 单项选择题：P323
2. 多项选择题：P324
3. 案例分析题：

【案例1】2013年8月20日，A公司向B公司签发了一张金额为10万元的商业汇票，该汇票载明出票后1个月内付款。C公司为付款人，D公司在汇票上签章作了保证，但未记载被保证人名称。B公司取得汇票后背书转让给E公司，E公司又将该汇票背书转让给F公司，F公司于当年9月12日向C公司提示承兑，C公司以其所欠A公司债务只有8万元为由拒绝承兑。F公司拟行使追索权实现自己的票据权利。

根据上述情况和票据法律制度的有关规定，回答下列问题：

- （1）F公司可行使追索权的追索对象有哪些？这些被追索人之间承担何种责任？
- （2）C公司是否有当然的付款义务？C公司如果承兑了该汇票，能否以其所欠A公司债务只有8万元为由拒绝付款？简要说明理由。
- （3）本案中，汇票的被保证人是谁？简要说明理由。如果D公司对F公司承担了保证责任，则D公司可以向谁行使追索权？简要说明理由。

【案例2】甲公司于2018年5月10日签发了一张出票后二个月付款的银行承兑汇票给乙公司。2018年6月5日丙盗走票据，并伪造乙公司印章将汇票背书转让给自己。第二天丙将汇票赠与其朋友丁。2018年7月5日乙公司发现票据被盗，向承兑银行挂失止付。在票据到期日丁向银行提示付款，银行称汇票已被挂失，并告知丁一周后再来，到时视情况决定是否付款。试问：

- （1）银行的说法是否正确？为什么？
- （2）就票据形式而言，丁是否享有票据权利？为什么？
- （3）实质上丁是否享有票据权利？为什么？

## 项目七 经济纠纷的解决途径

- ✚ **教学目标:** 1.了解仲裁的原则和我国仲裁机构的设置,理解仲裁的概念及特征;  
2.明确仲裁协议的内容及有效条件,掌握仲裁程序;  
3.了解民事诉讼的基本内容,掌握经济诉讼的概念、管辖制度、诉讼程序和执行程序;  
4. **思政目标:**通过经济纠纷解决途径的学习,对学生进行法治等社会主义核心价值观教育,培养学生树立通过仲裁、诉讼的方式依法解决经济纠纷的观念。
- ✚ **教学重点:** 1.或裁或审制度;  
2.一裁终局制度;  
3.民事诉讼案件的管辖;  
4.民事诉讼程序。
- ✚ **教学难点:** 1.民事诉讼案件的管辖;  
2.民事诉讼程序。
- ✚ **课 时:** 2
- ✚ **教学方法:** 讲练结合;案例分析
- ✚ **教学内容:** 任务一 经济仲裁  
任务二 民事诉讼法
- ✚ **教学过程:**

### 任务一 经济仲裁

#### 一、仲裁与仲裁法概述

##### (一) 仲裁和仲裁法的概念

仲裁是指纠纷当事人在自愿的基础上达成协议,将纠纷提交非司法机构的第三者审理,第三者就纠纷居中评判是非,并作出对争议各方均有拘束力的裁决的一种解决纠纷的制度、方法或方式。

仲裁法是国家制定或认可的,规范仲裁法律关系主体的行为和调整仲裁法律关系的法律规范的总称。仲裁法有广义和狭义之分。狭义的仲裁法即仲裁法典,是国家最高权力机关制定颁行的关于仲裁的专门法律。我国1994年8月31日第八届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过并于1995年9月1日生效的《中华人民共和国仲裁法》即为狭义的仲裁法。广义的仲裁法除指仲裁法典外,还包括所有涉及仲裁制度的法律中的相关法律规范。

##### (二) 《仲裁法》的适用范围

根据《仲裁法》的规定,平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁;我国仲裁法也适用于涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷。

《仲裁法》第2条规定:“平等主体的公民、法人和其他组织之间发生的合同纠纷和其他财产权益纠纷,可以仲裁。”《仲裁法》第65条规定:“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷的仲裁,适用本章规定。本章没有规定的,适用本法其他有关规定。”

但是下列纠纷不适用仲裁法:(1)婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷;(2)依法应当由行政机关处理的行政争议;(3)劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷。对这类争议和纠纷的处理,国家另有规定。

#### 【思考题】

哪些案件类型可以适用仲裁纠纷解决方式？

## 二、仲裁的基本原则和基本制度

### （一）基本原则

#### 1. 自愿原则

自愿原则是仲裁制度的基本原则，是仲裁制度存在和发展的基础。仲裁的自愿原则主要体现在以下几方面：（1）当事人在仲裁和诉讼之间有充分的自由选择权。（2）当事人可以约定交由仲裁解决的争议事项，即当事人将哪些争议事项提交仲裁，由双方当事人自行约定。（3）当事人双方协商选定提请仲裁的仲裁机构。（4）仲裁庭的组成形式可以由当事人约定。（5）双方当事人还可以自主约定仲裁的审理方式、开庭方式等有关的程序事项。

#### 2. 根据事实、符合法律规定、公平合理解决纠纷原则

这一原则是对“以事实为根据，以法律为准绳”原则的肯定和发展，即仲裁委员会作出仲裁裁决必须以客观事实为依据，以民事实体法和程序法作为处理案件的标准。同时，在法律没有规定或者规定不完备的情况下，仲裁庭还可以按照公平合理的一般原则来解决纠纷。

#### 3. 依法独立仲裁原则

《仲裁法》第8条规定：“仲裁依法独立进行，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”

### （二）基本制度

#### 1. 协议仲裁制度

协议仲裁制度即在双方当事人自愿的基础上达成仲裁协议，将争议提交仲裁解决的制度。当事人申请仲裁、仲裁委员会受理仲裁案件以及仲裁庭对仲裁案件的审理和裁决都必须依据当事人之间订立的有效仲裁协议，没有仲裁协议就没有仲裁制度。协议仲裁制度是自愿原则的最根本的体现，也是自愿原则在仲裁过程中得以实现的最基本的保证。

#### 2. 或裁或审制度

或裁或审制度是尊重当事人选择解决争议途径的制度。解决经济纠纷，当事人只能在仲裁或者诉讼中选择其一加以采用，而不能既采取这种方式，又采用那种方式。当事人达成仲裁协议的，应当向仲裁机构申请仲裁，一方向人民法院起诉的，人民法院不予受理，但仲裁协议无效的除外。如果没有仲裁协议，仲裁机构不予受理，当事人可直接向人民法院起诉。

#### 【随堂演练】

甲、乙公司因租赁合同发生纠纷，甲向某仲裁委员会申请仲裁，乙向法院提起诉讼。据了解，双方并没有签订仲裁协议。那么，下列说法中正确的有（ ）。

- A.甲、乙之间可以通过仲裁方式解决纠纷
- B.甲、乙之间可以通过民事诉讼方式解决争议
- C.甲公司的仲裁申请，仲裁委员会不予受理
- D.乙公司的起诉，法院应予受理

#### 3. 一裁终局制度

《仲裁法》明确规定，仲裁实行一裁终局制度，即仲裁庭作出的仲裁裁决即为终局裁决。裁决作出后，当事人就同一纠纷再申请仲裁或者向人民法院起诉的，仲裁委员会或者人民法院不予受理。

## 三、仲裁机构

### （一）仲裁委员会

仲裁委员会是指依法成立，有权根据仲裁协议受理一定范围内的民事争议，并作出具有法律约束力的仲裁裁决的机构。

《仲裁法》第10条规定：“仲裁委员会可以在直辖市和省、自治区人民政府所在地的市设立，也可以根据需要在其他设区的市设立，不按行政区划层层设立。”同时规定，国务院根据需要可以批准设立专门的仲裁委员会，如国际经济贸易仲裁委员会、海事仲裁委员会。

根据《仲裁法》第 11 条的规定，仲裁委员会应当具备下列条件：（1）有自己的名称、住所和章程；（2）有必要的财产；（3）有仲裁委员会的组成人员；（4）有聘任的仲裁员。

## （二）仲裁协会

中国仲裁协会是全国性的社会团体法人。设立仲裁协会，应向民政部申请登记。申请时应提交下列材料：由仲裁协会筹备组负责人签署的登记申请书；有关部门的审查文件；中国仲裁协会章程草案；拟设的中国仲裁协会的住所；仲裁协会筹备组负责人的姓名、年龄、简历；会员状况。中国仲裁协会经民政部登记后成立，并取得社会团体法人资格。

中国仲裁协会实行会员制，各仲裁委员会是中国仲裁协会的法定会员。中国仲裁协会以团体会员为主，也可以接纳个人会员。中国仲裁协会是仲裁委员会的自律性组织。根据章程对仲裁委员会及其组成人员、仲裁员的违纪行为进行监督。此外，根据仲裁法和民事诉讼法的有关规定制定仲裁规则以及其他仲裁规范性文件。

## 四、仲裁协议

### （一）仲裁协议的概念

仲裁协议是指双方当事人自愿达成的、将他们之间已经发生或者可能发生的争议提交仲裁解决的协议。仲裁协议是当事人申请仲裁的依据，也是仲裁委员会受理经济争议案件的依据。仲裁协议的形式有以下几种：（1）仲裁条款；（2）仲裁协议书；（3）其他有关书面文件中包含的仲裁协议。

### （二）仲裁协议的内容

当事人约定提交仲裁的争议可以是已经发生的，也可以是将来可能发生的争议。根据我国《仲裁法》的规定，仲裁协议应当包括下列内容：（1）请求仲裁的意思表示；（2）仲裁事项；（3）选定的仲裁委员会。

#### 【随堂演练】

根据《仲裁法》的规定，下列各项中，属于仲裁协议必备内容的有（ ）。

- A. 仲裁事项
- B. 选定的仲裁委员会
- C. 选定的仲裁员
- D. 请求仲裁的意思表示

## 五、仲裁程序

### （一）仲裁的申请和受理

#### 1. 仲裁的申请

申请仲裁是仲裁程序开始的必要条件之一，也是启动仲裁程序的第一步。根据我国《仲裁法》第 21 条的规定，当事人申请仲裁，必须符合一定的条件，这些条件包括：（1）存在有效的仲裁协议；（2）有具体的仲裁请求和事实、理由；（3）属于仲裁委员会的受理范围。当事人申请仲裁，应当向仲裁委员会递交仲裁协议、仲裁申请书及副本。

#### 2. 仲裁的受理

仲裁委员会收到仲裁申请书之日起 5 日内，经审查认为符合受理条件的，应当受理，并通知当事人；认为不符合受理条件的，应当书面通知当事人不予受理，并说明理由。如果仲裁委员会在审查中发现仲裁申请书有欠缺，应当让申请人予以完备；如果认为仲裁协议需要补充，也应当让当事人补充协议。当事人弥补仲裁申请书的欠缺或者补充仲裁协议后，仲裁委员会自其递交完备的仲裁申请书或者补充仲裁协议之日起 5 日内予以受理。

### （二）仲裁庭的组成

仲裁委员会受理仲裁案件后，应按程序组成仲裁庭对案件进行审理和裁决。仲裁庭是行使仲裁权的主体。仲裁庭可以由 3 名仲裁员或者 1 名仲裁员组成。由 3 名仲裁员组成的，设首席仲裁员。当事人约定由 3 名仲裁员组成仲裁庭的，应当各自选定或者各自委托仲裁委员会主任指定 1 名仲裁员，第三名仲裁员由当事人共同选定或者共同委托仲裁委员会主任指

定。第三名仲裁员是首席仲裁员。仲裁庭组成后，仲裁委员会应当将仲裁庭的组成情况书面通知当事人。

### （三）开庭与裁决

#### 1. 开庭

按照《仲裁法》第39条的规定，仲裁应当开庭进行。开庭审理是仲裁审理的主要方式。如果当事人协议不开庭的，仲裁庭可以根据仲裁申请书、答辩书以及其他材料作出裁决，即进行书面审理。仲裁不公开进行。当事人协议公开的，可以公开进行，但涉及国家秘密的除外。

开庭进行仲裁审理，首先由首席仲裁员或者独任仲裁员宣布开庭。随后，首席仲裁员或者独任仲裁员核对当事人，宣布案由，宣布仲裁庭组成人员和记录人员名单，告知当事人有关的仲裁权利义务，询问当事人是否提出回避申请。

仲裁庭在进行庭审调查时，通常按照下列顺序进行：（1）当事人陈述；（2）告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；（3）出示书证、物证和视听资料；（4）宣读勘验笔录、现场笔录；（5）宣读鉴定结论。所有与案件有关的证据应当在开庭时出示，并经双方当事人质证。在庭审调查中，质证是这一过程的核心。

如果仲裁庭认为案情已基本查清，当事人经过充分质证后证据已得到核实，即可终结庭审调查，进入当庭辩论阶段。开庭辩论终结前，首席仲裁员或者独任仲裁员可以按照申请人、被申请人的顺序征询当事人的最后意见。最后，仲裁应当将开庭情况记入笔录。笔录由仲裁员、记录人员、当事人和其他仲裁参与人签名或者盖章。

当事人申请仲裁后，也可以自行和解。当事人也可以在仲裁庭主持下，进行调解。调解不成的，应当及时作出裁决。调解书与裁决书具有同等的法律效力。

#### 2. 裁决

仲裁裁决是指仲裁庭对当事人之间所争议的事项进行审理后所作出的终局权威性判定。裁决书自作出之日起发生法律效力。仲裁裁决的效力体现在：（1）当事人不得就已经裁决的事项再行申请仲裁，也不得就此提起诉讼；（2）仲裁机构不得随意变更已生效的仲裁裁决；（3）其他任何机关或个人均不得变更仲裁裁决；（4）仲裁裁决具有执行力。

#### 3. 仲裁裁决的执行

当事人应当自觉履行裁决，一方当事人在规定期限内不履行裁决的，另一方当事人有权请求人民法院强制执行，受申请人民法院应当根据民事诉讼法规定的执行程序予以执行。申请执行的期限，双方或一方当事人是公民的为1年，双方是法人或者其他组织的为6个月。

## 任务二 民事诉讼法

### 一、民事诉讼和民事诉讼法概述

民事诉讼是指当事人之间因民事权益矛盾或者经济利益冲突，向人民法院提起诉讼，人民法院立案受理，在双方当事人和其他诉讼人的参与下，经人民法院审理和解决民事案件、经济纠纷案件和法律规定由人民法院审理的特殊案件的活动以及这些诉讼活动中所产生的法律关系的总和。

#### 【思考题】

简述仲裁与民事诉讼两种纠纷解决方式的相同点和不同点。

民事诉讼法是调整民事诉讼的法律规范，是指国家制定或认可的，规范法院和当事人、其他诉讼参与人进行诉讼活动的法律规范的总和。有狭义和广义之分。狭义的民事诉讼法又称“形式意义的民事诉讼法”，是指国家颁布的关于民事诉讼的专门性法律或法典，即《中华人民共和国民事诉讼法》。广义的民事诉讼法又称“实质意义的民事诉讼法”，指除了民

事诉讼法典外，还包括宪法和其他实体法、程序法有关民事诉讼的规定以及最高人民法院发布的指导民事诉讼的规定。《中华人民共和国民事诉讼法》是有关部门处理民事诉讼案件的依据之一，新的《民事诉讼法》于2024年1月1日起施行。

民事诉讼具有如下特点：（1）民事诉讼在国家审判机关的主持下进行；（2）民事诉讼具有严格的规范性；（3）民事诉讼具有国家强制性。

## 二、民事诉讼的基本原则和基本制度

### （一）民事诉讼的基本原则

#### 1. 当事人诉讼权利平等原则

诉讼权利平等原则，指在民事诉讼中，不论当事人的社会地位和身份如何，不论当事人是公民、法人还是其他组织，他们在诉讼中平等地享有和行使诉讼权利，任何一方不得优于另一方。原告有起诉的权利，被告就有应诉、答辩和提起反诉的权利；原告有变更或放弃诉讼请求的权利，被告就有承认和反驳诉讼请求的权利。此外，原、被告双方都有权委托代理人申请回避、提起上诉、申请执行等权利。人民法院在审理民事纠纷案件过程中，应当保障当事人平等地享有和行使诉讼权利。

#### 2. 自愿合法调解原则

自愿合法调解原则，即人民法院审理民事纠纷案件，应根据需要和可能，在自愿和合法的前提下，对双方当事人进行调解，以促使当事人互谅互让，达成和解协议，以解决当事人之间的纠纷。调解原则贯穿于审判程序的各个阶段，无论是第一审，还是第二审、再审程序，无论是普通程序还是简易程序，凡是能够调解解决的，应尽量以调解的方式结案。

#### 3. 辩论原则

辩论原则，指民事纠纷的当事人有权对案件事实、诉讼请求、适用法律、诉讼程序等问题，在人民法院的主持下相互进行反驳和答辩，说明和论证自己主张的真实性和合法性，通过辩论，一方面维护自己的合法权益，另一方面帮助人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律，及时解决纠纷。

#### 4. 处分原则

处分原则，指当事人有权在法律规定的范围内主张、变更或者放弃自己的实体权利和诉讼权利。如原告可以提起诉讼，也可以撤回诉讼；可以放弃，也可以变更诉讼请求；被告可以承认，也可以反驳诉讼请求，还可以提起反诉。但当事人的处分行为，不得违反法律规定，不得损害国家、社会、集体和公民个人的利益。

### （二）民事诉讼的基本制度

民事诉讼的基本制度包括合议制度、回避制度、公开审判制度和两审终审制度。

#### 1. 合议制度

合议制度，是指由3名以上审判人员组成合议庭对案件进行审理的制度。合议制度是相对于独任制度而言的，所谓独任制度是指由一名审判员独立地对案件进行审理和裁判的制度。人民法院审理第一审经济案件，除适用简易程序审理的案件由审判员一人独任审理外，一律由审判员、陪审员共同组成合议庭或者由审判员组成合议庭。人民法院审理第二审经济案件，由审判员组成合议庭。合议庭的成员，应当是三人以上的单数。实行合议制度是为了发挥集体的智慧，弥补个人能力上的不足，提高办案质量。

#### 2. 回避制度

回避制度是指承办人员遇有法律规定的情形，退出对某一案件的审理或诉讼活动的制度。回避适用的对象主要有：审判人员、人民陪审员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人、执行员。实行回避制度，是为了保证审判的公正、合理。法律规定，审判人员、人民陪审员、书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人、执行员具有下列情形之一的，应予以回避：第一，是本案当事人或当事人的近亲属；第二，与本案有利害关系；第三，担任过本案的证人、鉴定

人、勘验人、辩护人、诉讼代理人；第四，与本案当事人有其他关系，可能影响对案件的公正审理。

### 3. 公开审判制度

公开审判制度是指人民法院审理案件，除法律规定的情况外，审判过程及结果一律应当向群众、向社会公开进行的制度。但对于涉及国家秘密的案件、涉及个人隐私的案件不应公开审理；对于离婚案件、涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理。无论是公开审理的案件，还是不公开审理的案件，宣判时一律公开。

### 4. 两审终审制度

两审终审制度是指一个诉讼案件经过两级人民法院审理，即宣告终结的制度。实行两审终审制度，有助于在保证办案质量的同时，促使民事纠纷案件及时解决。按照两审终审制度，一个案件经第一审人民法院审判后，如果当事人不服，可以在上诉期内向上一级人民法院上诉。上一级人民法院对上诉案件所作的裁判为终审裁判，当事人不得再行上诉。最高人民法院作为一审法院作出的裁判为终审裁判。

## 三、民事诉讼案件的管辖

案件管辖是指各级人民法院之间以及不同地区的同级人民法院之间，受理第一审民事纠纷案件的职权范围和具体分工。民事争议案件的管辖分为级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖。

### （一）级别管辖

级别管辖，是指上、下级人民法院之间受理第一审案件的分工和权限。我国四级人民法院由于职能分工不同，受理第一审民事案件的权限范围也不同。确定不同级别的人民法院管辖第一审民事案件的主要依据是：案件的性质、案件影响的大小、诉讼标的的金额大小等。

第一审民事案件原则上由基层人民法院管辖。

中级人民法院管辖的第一审民事案件有：重大涉外案件；在本辖区有重大影响的案件；最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。

高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件。

最高人民法院管辖的第一审民事案件主要是在全国有重大影响的案件以及认为应当由本院审理的案件。

## 案例

某商场向某市商业银行贷款 2000 万元购买家用电器进行销售，后以商品积压为由，银行多次催要后仅偿还原 400 万元货款及其利息。于是，银行向人民法院起诉。本案中因双方争议的标的额较大，不宜由基层人民法院管辖，应由中级人民法院管辖。

### （二）地域管辖

地域管辖，是指同级人民法院之间受理第一审案件的分工和权限。它是以人民法院的辖区和案件的隶属关系来确定。地域管辖分为一般地域管辖、特殊地域管辖、专属管辖、共同管辖和协议管辖。

一般地域管辖的原则是“原告就被告”，即民事诉讼由被告所在地人民法院管辖。对公民提起的民事诉讼，由被告住所地人民法院管辖；被告住所地与经常居住地不一致的，由经常居住地人民法院管辖。

下列九种情形适用特殊地域管辖，同时这些特殊地域管辖的情形并不排斥一般地域管辖的适用。也就是说，上述特殊情形的法定管辖，允许当事人住所地确定的一般地域管辖和法律事实所在地、诉讼标的物所在地确定的特殊地域管辖进行共同管辖，使多个人民法院对同一案件有共同管辖权。

（1）因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖。

## 案例

沈阳某机电设备公司与上海某钢铁厂签订了购销成套发电机组合同一份。合同约定，由供方（沈阳某机电设备公司）代需方向承运设备部门办理托运手续，运杂费由需方承担，供方在履行期间将发电机组从大连水路托运。货发出后，需方迟迟不按合同交付货款，供方遂以需方为被告向大连市中级人民法院起诉，需方提出大连市中级人民法院无权管辖的异议。该案根据供方代需方向承运设备部门办理托运手续，运杂费由需方承担的规定，设备的发运地大连市即为合同履行地，所以大连市中级人民法院有管辖权。

（2）因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的物所在地人民法院管辖。

（3）因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或者被告住所地人民法院管辖。

（4）因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖。

（5）因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖；侵权行为地包括侵权行为发生地和侵权结果发生地。现实生活中，侵权行为地和侵权结果的发生地有时一致，有时又不一致。

（6）因铁路、公路、水上和航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或者车辆船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地人民法院管辖。

（7）因船舶碰撞或者其他海事损害事故请求损害赔偿提起的诉讼，由碰撞发生地、碰撞船舶最先到达地、加害船舶被扣留地或者被告住所地人民法院管辖。

（8）因海难救助费用提起的诉讼，由救助地或者被救助船舶最先到达地人民法院管辖。

（9）因共同海损提起的诉讼，由船舶最先到达地、共同海损理算地或者航程终止地人民法院管辖。

专属管辖，是指对某些特定类型的案件，法律强制规定只能由特定的人民法院行使管辖权，其他法院均无管辖权，当事人也不得以协议变更的管辖。下列案件由人民法院专属管辖：

（1）因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；

（2）因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；

（3）因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

共同管辖，是指依照法律规定两个或两个以上的人民法院对同一诉讼案件都有管辖权。在几个人民法院对同一案件都有管辖权的情况下，就形成了管辖权的积极冲突。解决管辖权冲突的最主要的办法是赋予原告选择权，原告可以向其中任一法院起诉。如果原告向两个以上有管辖权的人民法院起诉，由最先立案的人民法院管辖。

协议管辖，是指双方当事人在纠纷发生之前或发生之后，以合意方式约定解决他们之间纠纷的管辖法院。合同的双方当事人可以在书面合同中协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地人民法院管辖，但不得违反本法对级别管辖和专属管辖的规定。

### （三）移送管辖

移送管辖，是指已经受理案件的人民法院，因发现本法院对该案件没有管辖权，而将案件移送有管辖权的人民法院审理。移送管辖是案件从无管辖权的法院向有管辖权法院的移送，实际上是案件的移送，而不是管辖权的转移。受移送的人民法院应当受理，若认为受移送的案件依照规定不属于本院管辖的，应当报请上级人民法院指定管辖，不得再自行移送。

### （四）指定管辖

指定管辖，是指上级人民法院根据法律规定，以裁定的方式，指定其辖区内的下级人民法院对某一民事案件行使管辖权。

### 【随堂演练】

下列选项中不属于专属管辖的是（ ）。

- A.因不动产纠纷提起的诉讼      B.因共同海损提起的诉讼  
C.因港口中发生纠纷提起的诉讼      D.因继承遗产纠纷提起的诉讼

#### 四、民事诉讼程序

我国的民事诉讼程序有审判程序和执行程序之分。审判程序是确认当事人之间民事权利、义务关系的程序，执行程序是保障当事人之间被确认的权利、义务关系得到实现的程序。基于我国实行两审终审的审级制度，民事争议案件的审判程序，有一审程序和二审程序之分。此外，为了纠正已经发生法律效力裁判中的错误，在审级制度之外又设立了特殊的救济程序，即再审程序。第一审程序根据所审理的案件的类型不同，分为普通程序和简易程序。普通程序是指人民法院在审理第一审民事争议案件时通常适用的审判程序，也即人民法院审理第一审一般民事争议案件的正规审判程序。在第一审民事争议案件中，除了简单的民事案件外，其他案件都要依照普通程序进行审理。

##### （一）第一审普通程序

第一审普通程序是人民法院审理第一审民事争议案件通常适用的程序，是民事诉讼程序的基础和前提，也是最完整的诉讼程序，具有民事诉讼审判程序的全部内容，充分体现了民事诉讼的基本原则及民事审判活动的各个环节。第一审普通程序由三部分组成，即起诉和受理程序、审理前的准备程序和开庭审理程序。

##### 1. 起诉

起诉是当事人行使诉权的起点，经济争议发生后，当事人选择诉讼方式解决的，必须向人民法院起诉。起诉以书面为原则，以口头起诉为例外。起诉应当向人民法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。起诉状应当记明下列事项：第一，当事人的姓名、性别、年龄、民族、职业、工作单位和住所，法人或者其他组织的名称、住所和法定代表人或者主要负责人的姓名、职务；第二，诉讼请求和所根据的事实与理由；第三，证据和证据来源，证人姓名和住所。此外，起诉状还应写明受诉法院的名称、起诉的时间，并由原告签名或盖章。起诉状应当符合上述要求，内容如有欠缺的，受诉人民法院应限期原告补正。

##### 2. 受理

人民法院收到原告的起诉状或口头起诉后，必须在7日内完成对起诉的审查，并根据审查的结果确定受理或不予受理。经审查，认为符合起诉条件的，应当在7日内立案，并通知当事人；认为不符合起诉条件的，应当在7日内裁定不予受理；原告对裁定不服的，可以提起上诉。

##### 3. 审理前的准备

审理前的准备，是指人民法院受理案件后至开庭审理之前为开庭审理所进行的一系列诉讼活动。审前准备程序的内容包括：（1）在法定期间内及时送达诉讼文书；（2）告知当事人的诉讼权利和合议庭的组成人员；（3）审查有关的诉讼材料，了解双方当事人争议的焦点和应当适用的有关法律以及有关专业知识；（4）案情比较复杂、证据材料较多的案件，可以组织当事人交换证据；（5）审核诉讼材料，整理争点；（6）调查收集必要的证据；（7）追加当事人。

##### 4. 开庭审理

开庭审理是普通程序中最基本和最主要的阶段，是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，按照法定的方式和程序对案件进行全面审查并作出裁判的诉讼活动。开庭审理的过程分为几个既相互独立又相互联系的阶段：庭前准备；法庭调查；法庭辩论；合议庭评议和宣告判决。

（1）庭前准备。庭前准备，即人民法院在正式对案件进行实体审理之前，为保证案件审理的顺利进行而做的各项准备工作。庭前准备的内容包括：①传唤当事人，通知其他诉讼参与人出庭参加诉讼。人民法院应当在开庭3日前将传票送达当事人，将出庭通知书送达其

他诉讼参与人，传票和通知书应当写明案由、开庭的时间和地点。②对公开审理的案件，人民法院应当在开庭3日前公告当事人的姓名、案由和开庭的时间、地点。③查明当事人及其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律。④开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣布审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利、义务，询问当事人是否提出回避申请。

(2) 法庭调查。法庭调查阶段的主要任务是核对事实和审查证据。其顺序为：审判人员询问当事人和当事人陈述；审判人员询问证人，并告知证人的权利和义务，宣读未到庭证人的证言；审判人员询问鉴定人，宣读鉴定结论；审判人员出示书证、物证、视听资料和宣读勘验笔录。在法庭调查中，当事人和诉讼代理人有权通知新的证人到庭，调取新的证据。

(3) 法庭辩论。法庭辩论时开庭审理的重要阶段，是当事人及其诉讼代理人在合议庭的主持下，根据法庭调查阶段查明的事实和证据，阐明自己的观点和意见，相互进行言词辩驳的诉讼活动。法庭辩论的任务是对争议的问题审查和核实，进一步查明案件真实情况，分清是非，为正确运用法律奠定基础。法庭辩论的顺序是：原告及其代理人发言；被告及其代理人发言；双方互相辩论。法庭辩论结束后，如果案件事实清楚的，审判长应当询问当事人是否愿意调解。当事人愿意调解的，可以当庭或者休庭后进行。经过调解，双方当事人达成协议的，应当在调解协议上签字盖章。人民法院应当根据双方当事人达成的调解协议制作调解书送达当事人。双方当事人达成协议后当即履行完毕，不要求发给调解书的，应当记入笔录，在双方当事人、合议庭成员、书记员签名或盖章后，即具有法律效力。如果调解不成的，合议庭应当及时判决。

(4) 案件评议和宣告判决。这是开庭审理的最后阶段，是合议庭根据已经查明的事实和证据，依照法律和政策，分清是非，明确责任，作出判决并宣告判决结果，从而解决当事人之间民事争议的阶段。人民法院适用普通程序审理的案件，应当在立案之日起6个月内审结。有特殊情况需要延长的，由本院院长批准，可以延长6个月；还需要延长的，报请上级人民法院批准。

## (二) 第二审程序

第二审程序也称“上诉审程序”，是指当事人不服第一审人民法院作出的尚未生效的判决或裁定，依法向上一级人民法院提起上诉，要求撤销或变更原判决或裁定，上一级人民法院据此对案件进行审理和作出裁判所适用的诉讼程序。上诉必须在法律规定的期间内提出，对裁定不服的上诉期间为10日，对判决不服的上诉期间为15日。第二审人民法院对上诉案件，应当组成合议庭，开庭审理。合议庭认为不需要开庭审理的，也可以径行判决、裁定。

第二审人民法院对上诉案件审理后，按照下列情形分别处理：

- (1) 原判决认定事实清楚、适用法律正确的，应当判决驳回上诉，维持原判决。
- (2) 原判决对上诉请求的有关事实认定清楚，但适用法律错误的，应当依法改判。
- (3) 原判决认定事实错误，或者认定事实不清、证据不足，可以依法改判。

(4) 原判决存在较为严重的错误，但由第二审人民法院直接改判不利于保护当事人的审级利益，影响两审终审的基本审判制度的贯彻执行的，可以裁定撤销原判决，发回原审人民法院重审。

第二审人民法院的判决、裁定，是终审判决、裁定。

## (三) 审判监督程序

审判监督程序，即再审程序，是指人民法院对已经发生法律效力、认为确有错误而对案件进行重新审判的诉讼程序。审判监督程序不是审理每个案件的必经程序，而是经济诉讼中的一种特殊程序，专门用于纠正确有错误的生效的判决、裁定、调解书，以维护人民法院裁判的严肃性而设立的。

## (四) 执行程序

执行程序,是指人民法院的执行组织依法对负有义务的当事人不履行生效法律文书确定的义务,采取措施,强制其履行义务所适用的程序。执行程序是经济诉讼的最后阶段,但不是必经阶段。对发生法律效力经济判决书、裁定书、调解书,一方拒绝履行的,对方当事人可以向第一审人民法院申请执行,我国基层、中级人民法院均设有执行庭。申请执行的期限,双方当事人或者一方当事人是公民的为1年,双方是法人或者其他组织的为6个月。

人民法院执行员在接到申请执行书或移交执行书,认为符合执行规定的,应当通知被执行人在指定期限内履行。逾期不履行的,应采取法定措施,强制履行。强制执行措施主要有:

1. 查询、冻结、划拨被执行人的存款。
2. 扣留、提取被执行人的收入。
3. 查封、扣押、拍卖、变卖被执行人的财产。
4. 搜查。被执行人不履行法律文书确定的义务,并且转移、隐匿财产的,人民法院有权发出搜查令,对被执行人及其住所或财产隐匿地进行搜查。
5. 强制被执行人交付法律文书指定的财物或者票证。
6. 强制被执行人完成法律文书指定的行为。
7. 强制被执行人迁出房屋或者退出土地。
8. 办理财产权证照转移手续。
9. 强制被执行人支付迟延履行期间的债务利息或者迟延履行金。

### 案例

**【基本案情】**某仲裁委员会受理环星公司与张某因“主播独家合作经纪协议书”引起的合同纠纷一案,于2022年4月作出仲裁裁决。张某主张其在收到法院执行通知书后才得知该仲裁裁决,但其与环星公司之间没有任何关系,仲裁委员会所作裁决依据的主要证据“主播独家合作经纪协议书”并非张某所签,且案涉协议中银行收款账户户名虽与张某的名字一致,但该银行账户户主身份证号码与张某的身份证号码不符,环星公司向仲裁庭所提供的联系电话也并非张某的手机号码,致使张某没有收到开庭通知及仲裁文书,未能参加仲裁庭庭审,丧失了辩论的机会,张某以案涉仲裁裁决所根据的证据是伪造的,请求撤销该仲裁裁决。

**【裁判结果】**福建省厦门市中级人民法院认为,因张某提供证据证明,其本人身份信息可能被人冒用并用于和环星公司签订案涉合同,而确认案涉合同上签名及手印是否为张某本人所为,需通过鉴定才能确定。从纠正仲裁程序瑕疵、尽快解决双方争议角度考虑,法院通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁,同时裁定中止撤销程序。后该仲裁委员会重新仲裁,法院遂裁定终结撤销程序。仲裁庭在重新仲裁过程中,申请人环星公司撤回了仲裁申请。

**【典型意义】**人民法院在仲裁当事人身份可能存在错误、仲裁程序存在瑕疵的情况下以通知仲裁机构重新仲裁的方式,给予仲裁庭弥补仲裁程序瑕疵的机会,较好地平衡了仲裁程序瑕疵与仲裁裁决终局性之间的关系,对于类案的处理提供了可资借鉴的思路。

### 思政专栏

党的二十大报告强调,“引导全体人民做社会主义法治的忠实崇尚者、自觉遵守者、坚定捍卫者”。我们要树立正确的法治观,懂得遵循正确的程序实施法律行为、通过法定程序解决经济法律纠纷,增强厉行法治的积极性和主动性,弘扬社会主义法治精神。

### 作业

1. 单项选择题: P331
2. 多项选择题: P332
3. 案例分析题:

**【案例 1】**自 2020 年 1 月，户籍在贵州 A 县的甲与乙来到广州 B 区。2022 年 10 月，甲因父亲生病在广州住院治疗，向乙借款 2 万元。2023 年 1 月，甲辞职回到贵州老家 A 县。因在贵州老家找工作不顺利，2023 年 8 月，甲再次回到广州，在 C 区乙公司打工并住在该公司集体宿舍中。2024 年 6 月，乙开始催促甲归还所借的 2 万元，但甲迟迟不还。2024 年 10 月，乙决定向人民法院起诉。

问题：哪个法院有管辖权？

**【案例 2】**某市副食品商店甲与某县副食品供应公司乙签订供销公司，由乙公司向甲商店供应鲜蘑菇 5 吨，乙公司按合同约定的时间向甲商店提供了鲜菇 5 吨，甲商店收到鲜菇后，以鲜菇质量不符合合同的质量为由拒绝支付货款，双方发生争议。问题：

(1) 如果双方经协商未达成协议，乙公司单方面向某仲裁委员会申请仲裁，该仲裁委员会该不该受理？为什么？

(2) 如果甲商店和乙公司在合同中订有仲裁条款，甲商店对仲裁委员会的裁决不服，遂向法院起诉，法院可否受理此案？为什么？