

揭阳职业技术学院



经济管理系 教案

课程 _____ 经济法（一） _____
专业 _____ 大数据与会计 _____
班别 _____ 241, 自主招生 241-242 _____
课时 _____ 54 _____
教师 _____ 周凯丽 _____

第一章 经济法总论

教学目标： 1. 了解经济法的产生和发展、经济法的特征、经济法的渊源；
2. 掌握经济法的概念、经济法的调整对象；
3. 掌握经济法的地位、经济法律关系的构成要素；
4. 理解经济法的基本原则、经济法责任；
5. **思政目标：** 通过经济法概念、调整对象、功能和发展历史的学习，让学生认识到经济法是为我国社会主义市场经济的发展保驾护航的。我国社会主义市场经济建设所取得的伟大成就充分说明我国所选择的发展道路是正确的，说明我国制度的优越性，以此增强学生对我国的制度自信，激发学生的爱国热情和为社会主义经济建设承担社会责任的使命感。

教学重点： 1. 经济法的调整对象；
2. 经济法的渊源；
3. 经济法律关系的构成要素。

教学难点： 1. 经济法的调整对象；
2. 经济法律关系的构成要素。

课时： 4

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 法律基础知识
第二节 经济法概述
第三节 经济法律关系
第四节 经济法责任

教学过程：

【案例导入】

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

结合本案例中政府的行为分析经济法产生的原因。

第一节 法律基础知识

一、法的概念与特征

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。

法具有如下特征:

(一) 法是调整人们行为的社会规范

法是调整社会关系的规范。它为人们的行为提供了一个用以遵循的模式、标准或方向。与道德、宗教、政治、文化一样,同属于上层建筑的范畴。

(二) 法是由国家权力机构制定或认可的社会规范

法形成于国家权力机构,具有国家意志的形式,这是法与其他社会规范的主要区别之一。目前,国家形成法律有两种基本形式:一种是制定法律,即享有立法权的国家机关,按照立法权限与立法程序将统治阶级的意志转化为国家意志即法律;另一种是通过国家认可的方式形成法律,即国家立法机关将已有的、不成文的、零散的社会规范系统化、条文化,使其上升为法律,赋予其法律上的效力。

(三) 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

法主要依靠国家强制力保证实施。这种强制是以军队、警察、法庭、监狱等国家暴力为后盾的强制。法的强制力由专门的机关执行,强制措施的实施应符合法定程序,以便使法的实施更科学、更理性。

(四) 法是以权利义务为内容的社会规范

法规定了人们的权利和义务,使人们能通过法律知道如何行为,并预测到不同行为可能产生的法律后果,从而督促人们积极行使权利、自觉履行义务,最终达到维持社会秩序、促进社会进步的目标。

(五) 法是具有普遍性的社会规范

法的普遍性具有三层含义:一是法在国家主权所及范围内,具有普遍的约束力;二是法律面前人人平等,要求法律平等对待所有人;三是法的内容应当始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。

二、法律渊源

法律渊源,又称法的形式,指法律的存在或表现形式,即由不同国家机关制定或认可,因而具有不同法律效力、法律地位的各种法律类别。我国的法律渊源主要有:

(一) 宪法

宪法是国家的根本大法,由全国人民代表大会制定和修改,具有最高的法律效力和法律地位。它规定我国社会主义国家的基本制度和根本任务,是我国社会主义法律最重要的表现形式。一切法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章都不得同宪法相抵触。

(二) 法律

法律是由全国人民代表大会及其常委会制定和修改的规范性法律文件的总称,在地位和效力上仅次于宪法,高于行政法规、地方性法规、规章。其中,由全国人大制定和修改的,调整国家和社会生活中带有普遍性的社会关系的规范性法律文件,称为基本法律;由全国人大常委会制定和修改的,调整国家和社会生活中某一方面具体社会关系的规范性法律文件,称为一般法律。

(三) 法规

法规包括行政法规和地方性法规,其效力次于宪法和法律。行政法规是国务院为执行法律规定及履行宪法规定的行政管理职权的需要而制定的规范性文件。地方性法规是省、自治

区、直辖市以及较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下制定的规范性文件。地方性法规只在本辖区内适用。

（四）规章

规章包括国务院部门规章和地方政府规章，部门规章是指国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内制定的规章。地方政府规章是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定的规章。规章是法律、行政法规的补充，对正确适用和执行法律、行政法规具有重要意义。

（五）民族自治地方的自治条例和单行条例，以及特别行政区的法

民族自治地方的自治条例和单行条例是指民族自治地方的人民代表大会依照当地民族的政治、经济和文化的特点，依法制定的自治条例和单行条例。民族自治地方的自治条例和单行条例可以依照当地民族的特点，对法律和行政法规的某些规定作出变通规定，但不得违背法律或者行政法规的基本原则，不得对宪法和民族区域自治法的规定以及其他有关法律、行政法规专门就民族自治地方所作的规定作出变通规定，特别行政区的法是指特别行政区基本法、依法予以保留的特别行政区原有法律和特别行政区立法机关依法制定的法律。

（六）司法解释

司法解释是最高人民法院、最高人民检察院在总结司法审判经验的基础上发布的指导性文件和法律解释的总称。有的是将法律适用于具体案件所作的解释，只对具体案件有效，不具有普遍约束力，不是法的形式；而有的则是对一般司法过程如何应用法律所作的解释，具有指导性，对下级司法机关具有约束力，是法的形式。

（七）国际条约和协定

国际条约或协定是指我国作为国际法主体同其他国家或地区缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。我国缔结或者加入的国际条约对我国的国家机关、社会团体、企业、事业单位和个人，具有法律约束力，是我国法的形式之一。

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。自然人是最基本的民事法律关系主体。

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。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。

民事行为能力是指民事主体能够通过自己的行为取得民事权利设定并承担民事义务的资格。自然人的行为能力分三种情况：完全行为能力、限制行为能力、无行为能力。关于这些《民法典》作出了如下规定：

第 18 条规定：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。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。

第 19 条、22 条规定：八周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的成年人为限制民事行为能力人，实施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。

第 20 条、21 条规定：不满八周岁的未成年人和不能辨认自己行为的成年人为无民事行为能力人，由其法定代理人代理实施民事法律行为。

（二）法人

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。法人成立必须具备以下条件：

- (1) 依法设立；
- (2) 有必要的财产或经费；
- (3) 有自己的名称、组织机构和场所；
- (4) 能独立承担民事责任。

(三) 非法人组织

非法人组织是指不具有法人资格但可以以自己的名义进行民事活动的社会组织。非法人组织具有以下法律特征：

- (1) 它是依法成立的社会组织；
- (2) 它是具有相应的民事权利能力和民事行为能力的社会组织；
- (3) 它是不具有法人资格的社会组织；
- (4) 它不能完全独立承担民事责任。

四、代理制度

(一) 代理的概念和法律特征

代理指代理人在代理权限内，以被代理人的名义与第三人实施法律行为，由此产生的法律后果直接由被代理人承担的一种法律制度。代理的法律特征：

- (1) 代理是一种法律行为。民事法律行为是以意思表示为要素，设立、变更或终止权利义务的合法行为。
- (2) 代理是代理人以被代理人的名义进行的，即代替被代理人进行的法律行为。
- (3) 代理是代理人在授权范围内所为的独立意思表示。
- (4) 代理人在代理授权范围内进行代理的法律后果直接归被代理人，代理人与第三人确立的权利义务关系均由被代理人承受，从而在被代理人和第三人之间确立了法律关系。

(二) 代理权的行使

1. 代理权的概念

代理权是代理人以他人名义独立为意思表示，并使效果归属于他人的一种法律资格。代理权是能够据之进行代理并使行为的效力直接归属于被代理人的权限。

2. 代理权的滥用

- (1) 自己代理。代理人以被代理人的名义与自己进行民事活动。
- (2) 双方代理。代理双方当事人进行同一民事行为。
- (3) 恶意串通代理。代理人与第三人恶意串通，损害被代理人利益。代理人承担民事责任，第三人和代理人负连带责任。

(三) 无权代理

1. 无权代理的概念

无权代理是非基于代理权而以被代理人名义实施的旨在将效果归属于被代理人的代理。委托代理以被代理人授予代理权为要件，无权代理与有权代理的区别就是欠缺代理权。《民法典》第 171 条第 1 款规定：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。

2. 无权代理的法律后果

(1) 本人有追认权和拒绝权。追认是本人接受无权代理之行为效果的意思表示。《民法典》规定本人的追认权和拒绝权，且拒绝权须以明示方式表示，默示则视为追认。

无权代理经追认溯及行为开始对本人生效，本人拒绝承认的，无权代理效果由行为人自己承受。追认权与拒绝权只需本人一方意思表示即生效，故属于形成权。《民法典》第 171 条第 2 款的规定：相对人可以催告被代理人自收到通知之日起三十日内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。行为人实施的行为被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。

(2) 相对人催告权和撤销权。催告是相对人请求本人于确定的期限内作出追认或拒绝的意思表示；撤销是相对人确认无权代理为无效的意思表示。催告权和撤销权只需相对人一方意思表示即生效，故属于形成权。

(四) 表见代理

1. 表见代理的概念

表见代理是指虽无代理权但表面上有足以使人信为有代理权而须由本人负授权之责的代理。《民法典》第 172 条规定：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，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。此即为表见代理发生有效代理的法律依据。

2. 表见代理之效果

(1) 发生有权代理的效果。即因行为人之行为，在本人与相对人之间发生权利义务关系，本人不得行使无权代理之撤销权和其他抗辩权，对行为人表见代理的效果按有权代理承受。

(2) 相对人有撤销权。表见代理旨在保护相对人利益，相对人对于表见代理应享有选择权。即可以按狭义无权代理，享有撤销权；亦可按表见代理，接受与本人的民事法律行为，与本人之间发生权利义务关系。

五、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。

(一) 诉讼时效期间的计算

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。

(二) 单行法中对时效另有规定的从其规定

根据《民法典》第 188 条规定：法律对于诉讼时效期间另有规定的，依照其规定。《民法典》有关诉讼时效期间的规定与民事单行法中有关诉讼时效期间的规定属于一般法与特别法的关系，按照特别法优于一般法的原则，在《民法典》施行后仍应优先适用民事单行法中有关诉讼时效期间的规定。

第二节 经济法概述

一、经济法的产生与发展

(一) 经济法在资本主义国家的产生和发展

经济法是现代社会经济发展的必然产物，是实行市场经济体制的内在要求。在自由竞争的资本主义时期，自由竞争、自由贸易在经济生活中占主导地位，对法律的要求是承认绝对所有权和契约自由，不需要国家干预经济，因而也就不存在现代意义的经济法概念和经济法律。当资本主义从自由竞争阶段发展到垄断阶段后，垄断组织的出现及垄断组织对经济的垄断，加深了资本主义社会的矛盾，自发的市场调节机制受到很大影响，国家必须放弃原来的“自由放任”原则，承担起规范市场主体、维护市场秩序、进行宏观调控等职能。为达到上述目的就需要制定有关法律，对社会经济生活进行直接的管理和干预，于是在 19 世纪末 20 世纪初，就诞生了一个相对独立的法律部门——经济法。

“经济法”这个概念，是法国空想共产主义者摩莱里在 1755 年出版的《自然法典》一书中首先提出来的。以后，法国空想共产主义者德萨米在 1842 年出版的《公有法典》一书中也使用了“经济法”这一概念，并且发展了摩莱里关于经济法的思想。

进入 20 世纪以来，德国学者首先使用了“经济法”这个概念。以后，不仅在许多国家的法学著作中，而且还在其中有些国家颁布的法律中，先后使用了“经济法”的概念。

（二）经济法在我国产生和发展

我国早在新民主主义革命时期，革命根据地人民政府进行了大量的经济立法工作，制定了一系列经济法规。这些经济法规以土地法和劳动法为核心，辅之以其他经济法规。中华人民共和国成立后，在废除国民党政府的法律制度的前提下，在新民主主义革命时期经济立法的基础上，开始制定社会主义的中国经济法。

我国的经济法制建设从 20 世纪 70 年代末开始，经历了从无到有、从不完善到基本完善的过程，经济法理论也随基本研究素材的丰富而日益成熟。自 1979 年以来，全国人民代表大会的文件和中共中央、国务院的文件，都使用了“经济法”这一概念。

对于我国经济法制发展的历程，一般认为分为三个阶段：1985 年以前为兴起阶段，1985 年到 1992 年十四大为发展阶段，1992 年以后至今为逐渐成熟阶段。尤其是在 1978 年党的十一届三中全会以后，由于工作重点转移，实行经济体制改革和对外开放，经济立法得到迅速发展。我国逐步制定实施了《公司法》《破产法》《商标法》等一系列法律、法规。这些法律、法规对于经济体制改革的顺利推进，促进国民经济健康发展起了重大作用。

【思考题】

经济法是如何产生的？经济法的主要历史任务是什么？

二、经济法的定义和调整对象

经济法是以市场经济运行中的经济权利和经济义务关系作为调整对象的，它是规范市场运行秩序的法律规范的总和。建立和发展社会主义市场经济是我国经济体制改革的根本目标，需要建立起与之相适应的法律秩序来保障和规范市场经济的运行。

（一）经济法的定义

经济法是认可和规范政府干预或协调经济运行之法，是调整发生在经济运行过程中政府与市场主体之间的以社会公共性为根本特征的特定经济关系的法律规范的总称。

经济法是调整一定经济关系的法律规范的总称。首先，经济法是经济法律规范的总称，它由一系列经济法律、法规按一定的特征构成一个整体，成为市场经济法律体系中的一个部门。其次，经济法是调整经济关系的法律规范的总称，在纷繁复杂的社会关系中，经济法所调整的是具有经济内容的物质利益关系。最后，经济法调整的是一定范围的经济关系，因为市场经济中，经济主体和经济活动众多，经济关系也是复杂多样的，所以需要整个市场经济法律体系的各个部门法共同调整，经济法只调整其中的一部分。

（二）经济法的调整对象

经济法的调整对象是一定范围的经济关系。经济法调整的不是所有的经济关系，是通过物形成的人与人之间的物质利益关系，是纵向不平等的物质利益关系。

1. 市场主体调控关系

市场主体调控关系是指国家对各类市场主体，特别是企业的设立、变更、终止及内部管理所进行协调、干预而产生的经济关系。社会主义市场经济需要建立活跃的市场主体体系，其中企业是最为重要的主体。对市场主体的协调、干预，就是国家根据社会整体利益需要，对市场主体体系进行统筹、规划、调节，对各个主体则区别情况指导、组织、服务、监督，既保证其成为自主经营、自负盈亏的合格主体，又保障其交易安全、不受摊派等合法权益，这种协调、干预不是要将市场主体变成政府机构的附属物，而是创造市场主体生存、发展的合适空间，促使市场主体内部结构优化、经营机制转变，经济效益提高。

2. 市场运行协调关系

市场运行协调关系是国家在建设和完善市场体系、规范市场行为、维护市场秩序中产生的经济关系。市场在发展过程中，不可避免地会出现竞争与不正当竞争或垄断的矛盾、个体利益侵犯社会利益的消极现象，由于市场本身无力消除这些矛盾和消极现象，市场自发机制也不能维护市场秩序，需要由国家进行协调、干预，以便维护市场公平、自由竞争的经济秩序，促进市场经济体系的健康发展，切实保护消费者的合法权益。

3. 宏观经济调控关系

宏观经济调控关系是指国家对国民经济总体活动和有关国计民生的重大因素，实行全局性协调、干预所产生的经济关系。任何市场都存在因自发调节不能解决的长远的、全局的、社会公共利益的问题，只能由国家调整。我国是个社会主义大国，人多地广，发展也不平衡，国家的宏观调控更为必要。宏观调控就是国家以直接方法或间接方法，选择经济和社会发展战略目标，调整重大结构和布局，兼顾公平与效率，保护资源与环境以及建设公共基础设施等，实现经济总量的基本平衡和经济结构的优化，使国民经济持续、快速、健康发展。

【随堂演练】

现代意义上的经济法产生在（ ）时期。

- A. 资本主义形成和巩固
- B. 自由资本主义
- C. 垄断资本主义
- D. 社会主义

三、经济法的地位

经济法的地位，是经济法在法律体系中的地位，是指在整个法的体系中，经济法是不是一个独立的法律部门，其重要性如何。

（一）经济法是一个独立而重要的法律部门

首先，经济法是一个独立的法律部门。每一个独立的法的部门，必有自己特定的调整对象；没有特定的调整对象，就不能成为一个独立的法的部门。经济法具有特定的调整对象，经济法调整的是政府与市场主体之间的纵向不平等的经济关系。同时，经济法有自己特定的调整方法。经济法的调整手段以经济手段为主，也包括了民事手段、行政手段和必要的刑事手段。经济法有特定的调整对象和特定的调整方法，故经济法是一个独立的法律部门。

其次，经济法是重要的法律部门。不同的法律部门有不同的法律地位，作为构成经济法主要部分的法律规范基本都是全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会制定的，是属于基本法律的重要组成部分，处于我国法律法系的第二位阶，在我国社会生活中发挥着重要的作用。

经济法的重要性还体现在其存在的现实性。经济法要解决的就是市场跟公权的关系问题，这也是经济法存在的意义所在。公共权力有很大的张性和破坏性，它介入市场、干预经济必须依法划定合理的阶域。克服“市场失灵”和“政府失灵”是经济法的双重任务。面对市场失灵，政府规范市场活动，保障经济健康发展；面对政府失灵，国家通过立法规范政府的干预行为，使政府能够按照法律的规定，建设一个廉洁有效、公开透明的现代政府。

（二）经济法与相邻法律部门的关系

1. 经济法和行政法的关系

经济法和行政法的联系：经济法所调整的经济管理关系有些也具有行政关系性质，必要时也要采用行政手段。

经济法和行政法的区别：（1）经济法所调整的经济关系本质上是一种物质利益关系，是物质利益实体的管理性质关系，不是行政管理关系。（2）经济管理法律关系主体虽然是管理者和被管理者，但都是经济权利主体和经济义务主体，都依法享有经济权利及承担经济

义务，而不是行政关系中一方是权利主体，一方是义务主体的单纯命令与服从关系。（3）经济管理法律关系追求的是一定的经济目的与经济效益，遵循的是市场经济规律，不能单纯体现行政机关和行政首长的意志和意图等。（4）经济法以经济手段为主，行政手段为辅。行政法主要以行政手段为主。

2. 经济法与民法的关系

经济法与民法的联系：两者都调整经济关系，两者的一些概念、原则、制度、手段都可通用。

经济法与民法的区别：（1）民法是调整平等主体间的财产关系和人身关系。经济法调整的是政府与市场主体间纵向不平等的物质利益关系。（2）民法是以个体权利为本位的，主要是在微观经济领域内，保护社会个体的权益。经济法是以社会责任为本位的，主要是在宏观经济领域内理顺整体和个体之间的责权利关系以及基于全局利益需要协调个体间的经济关系，以促进社会主义市场经济的发展。（3）民法主体主要包括自然人、法人和其他组织，经济法主体包括国家机关、社会组织、内部组织以及一定条件下的自然人，比民法的主题范围要广。（4）调整手段不同。民法以民事手段为主，经济法以经济手段为主，也包括一定的民事手段、行政手段和刑事手段。

3. 经济法与刑法的关系

刑法是规定有关罪犯和刑罚的法律规范。因此，涉及经济领域内的犯罪和刑罚也都由刑法加以规定。例如，我国刑法规定了“破坏社会主义经济秩序罪”“贪污罪”和“渎职罪”。同时，对有关经济犯罪和量刑问题作出了具体规定。但是，在经济法规中，也有对经济犯罪处以刑罚的规定。从这个意义上说，刑法与经济法也有密切的关系。

四、经济法的本质、特征与基本原则

（一）经济法的本质

经济法的本质在于认可和规范政府干预或协调经济的运行。经济法是国家干预、参与、协调经济的法律，是规范政府干预的法律，是平衡协调政府和市场关系的法律，是促进我国经济持续、稳定、健康、协调发展的重要法律制度。

经济法既要赋予政府相应的经济职权，以保证政府实施有效的管理，同时又要以法律控制政府权力，防止政府对市场的过度干预。政府对经济的调控和协调行为必须以整个社会的利益为最高准则，防止弱化和虚化社会个体经济利益，使社会在有序的状态中保持和促进经济，使之充满活力。现代经济法是实现个人利益和社会利益的有机平衡之法，是保证国家权力对社会经济的宏观调控和有效协调之法。

（二）经济法的特征

经济法作为一个独立的法律部门，除了具有法的普遍特点，还有其自身的特性：

1. 经济性

经济法的经济性表现为：经济法把经济制度、经济活动的内容和要求直接规定为法律；经济法调整的经济对象发生在直接物质再生产领域，具有经济目的性。

2. 综合性

经济法的综合性表现为：经济法在调整手段上运用民事、行政和刑事等各种法律手段进行综合调整。在调整范围上，经济法调整的内容既包括宏观经济领域的管理关系，也包括微观经济领域的协作关系。经济法的综合性体现了公法因素和私法因素的结合。

3. 社会公共性

经济法是政府干预从事经济活动，参与经济关系的产物，它调整的经济关系体现了社会的整体利益。

（三）经济法的基本原则

经济法的基本原则是指能够全面、充分地反映经济法所调整的经济法律关系的客观要

求，集中体现经济法的本质和价值，对经济活动具有指导作用和依据的基本准则。它具有抽象性和概括性，寓于经济法律规范之中，经济法主要有两大基本原则。

1. 平衡协调原则

平衡协调原则是由经济法的性质决定的。经济法的立法和执法活动要从整个社会国民经济的协调发展和社会整体利益的角度出发，协调各个利益主体的行为，平衡各方面关系，以促进、引导实现社会整体的发展与个体利益实现之间的统一。这一原则贯穿经济法的整个法律体系之中。通过经济法的平衡协调，减少和防止地区、行业以及个人收入悬殊等不公平现象，实现社会整体效益的提升，妥善解决社会经济矛盾，实现经济社会的平稳发展。

2. 维护市场公平竞争原则

竞争是社会主义市场经济的命脉，没有竞争就没有市场经济。通过竞争达到资源的合理配置，市场经济主体的优胜劣汰。公平竞争指一切竞争者应处于平等的法律地位，服从共同的规则，坚决制裁一切不公平竞争的行为。这一原则体现在竞争法，即我国现有的《反不正当竞争法》和《反垄断法》等法律法规中，也体现在经济法的各个分支法律制度上，如财政税收、金融证券和企业组织等。这一原则是经济立法和执法的重要依据，是市场经济条件下经济法的核心和精髓。

五、经济法的渊源

经济法的渊源，亦称“经济法的表现形式”，是由不同层次的国家机关制定的规范性文件构成了经济法的形式体系。经济法的渊源主要包括以下几种：

（一）宪法

宪法是国家的根本大法，全国人民代表大会负责修改和监督宪法的实施，它规定了国家的根本制度和根本任务，具有最高法律效力。它是国家一切法律的渊源，经济法也不例外。

（二）法律

法律是由全国人民代表大会及其常务委员会制定的规范性文件，其法律地位仅次于宪法。以法律的形式表现的经济法构成了整个经济法体系的核心，如《中华人民共和国民法典》、《中华人民共和国公司法》、《中华人民共和国反不正当竞争法》、《中华人民共和国证券法》、《中华人民共和国票据法》等。

（三）行政法规

行政法规是由国务院制定的规范性文件，其地位和效力低于宪法和法律。行政法规一般采用条例、规定等名称。经济法大量以此形式存在，如《中华人民共和国外汇管理条例》《中华人民共和国公司登记管理条例》等。

（四）地方性法规

地方性法规是各省、自治区、直辖市以及较大的市的人民代表大会及其常务委员会，根据本行政区域的具体情况和实际需要制定的规范性文件。地方性法规不得与宪法、法律和行政法规相抵触，仅在本辖区内有效。

（五）自治条例和单行条例

自治条例和单行条例是民族自治地方的人民代表大会制定或批准的规范性文件。

（六）部门规章

部门规章是国务院所属的部、委、办在其职权范围内制定的规范性文件。

（七）司法解释

司法解释，是指国家最高司法机关在适用法律过程中对具体应用法律问题所作的解释，包括审判解释和检察解释两种。审判解释，是指最高人民法院对审判工作中具体应用法律问题所作的解释。审判解释对各级人民法院的审判具有约束力，是办案的依据。检察解释，是指最高人民检察院对检察工作中具体应用法律问题所作的解释。这种解释对各级人民检察院具有普遍约束力。

（八）特别行政区的法律

特别行政区的法律包括特别行政区基本法以及由特别行政区立法机关制定的规范性文件。

（九）国际条约

国际条约是我国同外国缔结或我国批准加入的确定相互间权利义务关系的协议。国际条约经国家最高立法机关全国人大常委会批准，在国内具有法律效力，因此也是我国经济法的渊源之一。

六、经济法的体系

经济法的体系是由经济法各个部门法组成的有机联系的整体，即调整特定经济关系的规范性文件体系。这是由经济法的调整对象所决定的。

（一）规范市场主体的法律

规范市场主体的法律主要是指企业法律制度。企业是市场主体中最为活跃的部分，是经济法执行宏观调控等职能的主要对象。主要内容包括：《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》《中华人民共和国个人独资企业法》等。

（二）规范市场运行的法律

这是国家为保证市场经济体制的建立，维持市场经济正常运行，促进各种生产要素能够自由、合理的流动，保护有序竞争而制定的法律。其中包括《中华人民共和国反不正当竞争法》《中华人民共和国消费者权益保护法》《中华人民共和国产品质量法》《中华人民共和国票据法》《中华人民共和国证券法》等。

（三）宏观经济调控法律

这部分法律构成了经济法的核心内容。其中包括《中华人民共和国中国人民银行法》《中华人民共和国税收征收管理法》《中华人民共和国会计法》《中华人民共和国审计法》《中华人民共和国价格法》以及相关的财税、外汇等法律制度。

第三节 经济法律关系

一、经济法律关系的含义与特征

经济法律关系是指法律主体依据经济法律规范的规定，在特定经济活动中所形成的权利义务关系。经济法律关系具有以下几个特点：

1. 经济法律关系的参加者是法律主体

任何社会关系都是主体与主体之间的关系，任何法律关系都是法律主体与法律主体之间的关系。经济法律关系的参加者必须是法律主体，凡是非法律确认和保护的主体，非依法律规定的条件和程序设立的主体均不能参加经济法律活动，其间也不能形成经济法律关系。

2. 经济法律关系由经济法律规范所确认，并受经济法律规范的保护

经济法律规范是经济法律关系产生的必要条件。具体来讲，经济法所调整的特定的经济关系经过经济法律规范的调整，则上升为经济法律规范所保护的权利义务关系，即经济法律关系。可以说，经济法律关系的产生是国家运用经济法手段干预经济活动的必然反映，是国家干预经济关系为经济法律规范所确认的产物。

3. 经济法律关系产生于特定经济活动中

经济法律关系产生于特定的经济活动之中，是特定的经济活动在法律上的反映。在非法律活动和非经济法律活动中不可能产生经济法律关系。经济法律关系产生的特定经济活动包括市场管理活动、宏观经济调控和可持续发展活动以及社会保障活动。经济法律关系就是经济法主体依据经济法律规范的规定，参加上述经济活动，又依经济法律规范的规定形成的权利义务关系。

二、经济法律关系的构成

（一）经济法律关系主体

经济法律关系的主体，是指经济法律关系的参加者或当事人，即以自己的名义参加经济法律关系，享有经济权利，承担经济义务的当事人。其中权利的享有者称为权利主体，义务的承担者称为义务主体。我国经济法律关系的主体主要有以下几类：

1. 国家机关

国家机关是行使国家职能的各种机关的通称。它包括国家权力机关、国家行政机关、国家审判机关、国家检查机关等。国家协调经济、干预市场的职能要通过国家机关实施，作为经济法主体的国家机关，主要是国家行政机关中的经济管理机关，在国家协调本国经济运行过程中担负着组织管理和协调经济的主要职能，在市场管理和宏观经济调控中发挥着重要作用，所以国家机关是经济法律关系中重要的主体。

2. 经济组织

经济组织是指拥有独立资产，以营利为目的，自主经营，独立核算，自负盈亏，具备一定的组织机构，从事生产、流通和服务活动的经济实体。主要包括各类企业及其他经济组织，可以是法人，也可以是非法人组织。

3. 其他社会组织

其他社会组织是指事业单位和社会团体。前者是指由国家财政和其他单位拨款，不以营利为目的的文化、教育、卫生等组织；后者是指由人民群众或组织依自愿原则组织的进行社会活动的群众团体、公益组织和学术团体等社会组织。

4. 经济组织内部机构

经济组织的内部机构是指经济组织内部的除具有独立法人地位的分支机构以外的职能机构、分支机构、基层单位。它们对外不能以自己的名义发生经济法律关系，但在内部各自分担一定的职责或任务，享有一定的经济权利，承担一定的经济任务，因而是经济法律关系的特殊主体。

5. 其他经济法主体

其他经济法主体是指城乡个体工商户、农村承包经营户、公民及其他经济法主体。当他们在国家协调和干预本国经济运行过程中依法与国家机关、企事业单位、社会团体发生经济权利和义务关系时也可以成为经济法律关系的主体。

（二）经济法律关系的内容

经济法律关系的内容，是指经济法律关系的主体享有的经济权利和承担的经济义务。这是经济法律关系的核心，直接反映了经济法主体的利益和要求。

1. 经济权利

经济权利是指由经济法律、法规所确认的一种资格或许可。经济权利可分为：其一，原生权利，也叫“固有权利”。这是由经济法主体依法直接取得的权利，如所有权、经济职权。其二，取得权利则必须由经济义务主体实施一定行为，经济权利主体才可获得和实现的权利，如经济债权。经济权利的具体种类主要有：所有权、法人财产权、经营管理权、经济职权、经济债权、工业产权等。

2. 经济义务

经济义务是指由经济法律、法规所确认的一种责任。经济义务可分为：其一，法定义务，即法律、法规规定的义务；其二，约定义务，即合同、协议约定的义务。就企业、公司等经济组织而言，经济义务主要有：对国家的义务，对平等主体的义务，对内部组织和职工的义务。

（三）经济法律关系客体

1. 经济法律关系客体概念

经济法律关系客体是指经济法主体的权利和义务共同指向的对象和目的。

2. 经济法律关系客体的种类

(1) 有形财物。是指具有一定实物形态的，有一定价值和使用价值的，经济法主体能在事实上和法律上予以控制和支配的财物。可分为：生产资料和生活资料、固定资产和流动资产、货币和有价证券等。

(2) 经济行为。指经济法主体为取得一定的经济效益和达到一定的经济目的，通过经济法律关系所进行的经济活动。包括：实现一定的经济任务和指标；完成一定的工作；履行一定的义务等。

(3) 智力成果。智力成果也叫“无形财富”，这是指人们脑力劳动所创造的非物质财富。主要包括专利、专有技术、商标、技术改造方案、合理化建议、经营信息、生产经营标记等。

【随堂演练】

下列各项中，属于经济法律关系的内容的是（ ）。

- A. 法律行为
- B. 法律主体
- C. 经济客体
- D. 经济义务

三、经济法律关系的产生、变更和终止

(一) 经济法律关系的产生、变更和终止的含义

1. 经济法律关系的产生

这是指经济法律关系的最初形成，也是经济法律关系变更和终止的前提和基础。具体来讲，是指法律主体依据经济法律规范的条件和程序，形成受法律保护的经济权利和经济义务关系。经济法律关系一经形成，对双方主体也就有了法律的约束力。

2. 经济法律关系的变更

这是指经济法律关系主体、客体、内容的变化。经济法律关系的变更既可以是经济法律要素的部分，也可以是全部变更。无论是部分变更还是全部变更，都会形成一种新的经济法律关系。

3. 经济法律关系的终止

这是指经济法律关系主体之间的经济权利和义务关系的消灭。经济法律关系可以依当事人的协议或者履行义务而终止，也可以依不可抗力、意外事件或一方当事人依法实施的单方宣告行为而终止。经济法律关系终止后，双方的权利义务关系也随之消灭。

(二) 经济法律事实

所谓经济法律事实是指一切能够引起经济法律关系产生、变更和终止的客观现象。经济法律事实可分为经济法律事件和经济法律行为两大类。

1. 经济法律事件

这是指不以人们的主观意志为转移，能够引起经济法律关系产生、变更和终止的客观现象。经济法律事件，人们无法或难以预见和预测，也无法或难以克服和防止。水灾、火灾、虫灾、旱灾、地震等自然灾害，战争、政府更迭、国家解体、游行、示威、罢工等人为灾难均属法律事件。这些事件的出现和发生，既可以引起经济法律关系的产生，又可以引起经济法律关系的变更和消灭。

2. 经济法律行为

这是指能够引起经济法律关系产生、变更和消灭的人们有意识的活动。经济法律行为可分为经济合法行为和经济违法行为两大类。经济合法行为即符合法律规定条件和程序的行为，即主体具有完全行为能力，意思表示真实，内容符合法律规定，形式完备的行为。经济

违法行为即没有履行法律、法规规定的义务的行为，或者实施了经济法律法规禁止的行为。在法律事实中，经济法律行为最为普遍。

第四节 经济法责任

一、经济法责任的含义

经济法责任是以法律责任的部门法性质对法律责任进行分类的结果，是经济法主体因其违反经济法义务或者不当行使经济法权利的行为所应承担的法律上的不利后果。经济法主体因实施了违反经济法律、法规的行为而承担的否定性法律后果以及直接基于法律的规定而加于行为人的负担。

二、经济法责任的特征

与其他部门法律责任尤其是与民事法律责任和行政法律责任相比，经济法律责任具有以下几个明显特征：（1）从责任目的上来看，经济法律责任侧重于保护社会公共利益的不受侵犯，民事法律责任侧重于保护个体权利主体的权益不受侵犯，行政法律责任侧重于保护国家的利益不受侵犯；（2）从归责原则上来看，经济法律责任侧重于公平归责，而民事法律责任和行政法律责任则侧重于过错归责和无过错归责；（3）从责任形式来看，限制或剥夺经营性资格和经济补偿是经济法律责任的主要形式。

三、经济法责任的构成要件

（一）责任主体

责任主体是指依法应当承担法律责任的当事人，就是需要承担的责任单位、组织或者部门，也包括自然人。

（二）行为人的心理状态

行为人的心理状态是指行为人对自身行为的认知和过错程度。行为人的心理状态一般可以从两个方面去把握：一个是故意，一个是过失。在民事法律中一般较少区别故意和过失，但在刑事法律中却正好相反，故意犯罪和过失犯罪在定罪量刑上有很大的不同。

（三）行为的违法性

违法行为与法律责任存在着两种情况下的关系：一是违法行为是法律责任产生的前提，没有违法行为就没有法律责任，这是两者关系的一般情形或多数情形；另一种情况是，法律责任的承担不以违法的构成为条件，而是以法律规定为构成要件。这是两者关系的特殊情况。

（四）损害事实

损害事实即法律主体受到的损失和伤害的事实，包括对人身的、对财产的、对精神的损失和伤害。

（五）因果关系

因果关系即行为与损害之间的因果关系，也就是说，若一现象的出现，是因为另一现象的存在所引起的，则两现象之间就具有因果关系。法律归责原则上要求证明损害行为与损害结果之间的因果关系。

四、经济法责任的分类

根据我国经济法的规定，经济法主体的法律责任的基本类型是追究民事责任、行政责任和刑事责任三种。

（一）行政责任

经济法中的行政责任可以分为行政制裁与其他负担。行政制裁包括行政处分（行政机关针对与其有行政隶属关系的相对人采取的纪律处分如警告、记过等）、与行政处罚（行政机关针对违法单位和个人采取的非纪律性制裁如罚款、责令停业等）、其他负担主要是行政机关针对由于其行政行为给个人、法人或其他经济组织的合法权益造成损害而给予的经济补

偿、返还财物、消除影响、赔偿损失等。单位一般承担行政责任的具体形式主要有：警告、限期停业整顿、吊销营业执照、勒令关闭和罚款等；个人一般承担行政责任的具体形式主要有：警告、记过、记大过、降级、降职、撤职、留用察看和开除等。

（二）民事责任

经济法中的民事责任强调侧重无过错责任和公平责任，即行为不违法甚至合法，但是为了体现公平，也可以对行为人要求承担民事责任。此外为了保护弱者，在经济法的民事责任中不仅强调同质赔偿，而且还在一定情况下适用惩罚性赔偿原则。具体形式主要有排除妨碍，返还财产，赔偿损失，支付违约金等。

（三）刑事责任

对于违反经济法律法规并构成犯罪的行为称为经济犯罪，应当承担相应的刑事责任。刑事责任分为主刑和附加刑。主刑有管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑有罚金、剥夺政治权利、没收财产。

五、经济法律责任的认定与实现

（一）经济法律责任的认定与归责

法律责任是一种能够引起否定性法律后果或者其他负担的制度安排。认定经济法律责任除了遵循经济法责任的构成要件以外，还必须坚持以下几个原则：

（1）责任法定原则，即严格根据法律的规定确定经济法责任是否存在以及经济法责任的形态。

（2）责任与行为违法的程度相适应的原则，即经济法责任的大小与行为的社会危害程度或者其他后果相适应。

（3）不重复追究责任的原则，即对业已追究经济法责任的行为，不得适用同种法律规范再追究其经济法责任；对于可以选择适用经济法律、法规追究经济法责任的行为，没有法律的特别规定，不得同时适用两种或两种以上的经济法律规范加重其责任。

（4）法律面前人人平等的原则，即在追究和承担经济法责任方面，不允许有任何特权存在。

（二）承担经济法律责任的条件和依据

1. 承担经济法律责任的一般条件

承担经济法律责任的一般条件是：（1）主体必须有经济违法行为存在；（2）主体的违法行为必须给国家、社会或个人造成损害事实；（3）主体的经济违法行为与损害事实之间存在因果关系；（4）主体在主观上必须具有故意或者过失。

2. 承担经济法律责任的依据

（1）事实依据

承担经济法律责任的事实依据，是指经济违法主体实施的具体的、特定的经济危害行为。首先，这种行为是客观存在的；其次，这种行为又是特定的、具体的；再次，这种行为从政治上、法律上、道德上都是应当予以否定评价的；最后，这种行为是在经济法主体的自由意志支配之下所外化出来的，它必须具有能动性、反映性。

（2）法律依据

承担经济法律责任不仅要求具有事实根据，而且还要求具有法律依据。也即是说，经济法律责任不仅是事实责任，而且还是法定责任。非法定的经济责任，不能成为经济法律责任，更不能依据经济法律、法规的规定对行为人予以惩罚。

（三）经济法律责任的实现

经济法律责任只能通过国家对违法主体实施一定的强制措施或者违法主体接受一定的法律制裁来实现或完成，即当事人自觉履行和法院强制执行。经济法律责任的实现方式包括经济制裁、行政制裁和刑事制裁。

1. 经济制裁

经济制裁也就是经济惩罚或者经济处罚。它是指对违反经济法律、法规并依法应承担经济法律责任的单位和个人所采取的具有经济和财产权益内容的惩罚性措施。它是经济法律责任的主要实现方式，具有惩罚性和补偿性双重功能。

2. 行政制裁

行政制裁是指对违反经济法律、法规并依法应承担经济法律责任的行为人所采取的行政处罚和行政处分。它既适用于行政机关在宏观调控和经济管理过程中因违反经济法律、法规而产生的经济法律责任，也适用于管理受体在国家干预经济过程中因不履行义务、不当履行义务或有违法行为而产生的经济法律责任。

(1) 行政处罚

行政处罚包括：警告；罚款；没收违法所得，没收非法财物；责令停产停业；暂扣或者吊销许可证、暂扣或吊销执照；行政拘留；法律、行政法规规定的其他行政处罚。其中罚款和没收违法所得既是经济处罚方法，又是行政处罚方法。

(2) 行政处分

这只能是对国家机关工作人员的经济法律责任的追究方式，是由行政主管部门按隶属关系对违法者给予警告、记过、记大过、降职、撤职开除、留用察看等惩罚措施。

3. 刑事制裁

刑事制裁即刑罚处罚是指对严重违反经济法律，并依法应承担经济法律责任的犯罪主体所采取的以剥夺生命、限制自由、剥夺财产和资格为内容的最严厉的强制措施。它只适用于严重经济违法行为即构成经济犯罪的行为人。其构成要件包括：第一，犯罪的主体是达到法定责任年龄并具有刑事责任能力的自然人和依法设立的单位。第二，犯罪的主观方面必须具有故意或者过失。第三，犯罪的客观方面必须具有严重的违反经济法律的行为。第四，犯罪侵犯的客体是国家对国民经济的合法干预和管理秩序。

刑事制裁可以从适用属性上划分为主刑和附加刑两种，前者包括管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑，后者包括罚金、剥夺政治权利、没收财产。从适用的内容上可以分为生命刑即死刑、自由刑（包括管制、拘役、有期徒刑和无期徒刑）、财产刑（包括罚金和没收财产）、资格刑（包括剥夺政治权利和驱逐出境）。

思政专栏

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

在新发展阶段，习近平法治思想作为习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，作为马克思主义法治理论同中国实际相结合的最新成果，深刻回答了我国实行全面依法治国的理据、路径等一系列重大问题，其强调的“十一个创新发展，开创了马克思主义法治

理论的新境界，对加强经济法的法治建设具有直接的指导意义。例如，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。在学习经济法的过程中，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。

本章作业

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？

第二章 公司法

教学目标: 1. 了解公司的概念、特征和分类;
2. 掌握公司的基本制度;
3. 掌握有限责任公司和股份有限公司的设立和组织机构;
4. 了解公司的财务与会计;
5. 了解公司的解散和清算以及违反公司法的法律责任;
6. **思政目标:** 通过公司法的学习, 让学生认识到遵守法律、公司章程、忠诚和勤勉不仅仅是公司法对董事、监事和高级管理人员的要求, 也是所有用人单位对于劳动者的要求, 帮助学生建立遵纪守法、爱岗敬业、勤勤恳恳的价值观, 传承勤劳的优秀传统, 培养学生恪守职业道德和职业纪律的自觉性。

教学重点: 1. 有限责任公司和股份有限公司设立的条件和程序;
2. 公司组织机构的职权及议事规则;
3. 公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务。

教学难点: 1. 公司股东的有限责任制度;
2. 公司的独立人格制度;
3. 公司组织机构的职权及议事规则。

课 时: 8

教学方法: 讲练结合; 案例分析

教学内容: 第一节 公司法概述
第二节 公司法的基本制度
第三节 有限责任公司
第四节 股份有限公司
第五节 公司的财务会计
第六节 公司的解散和清算
第七节 违反公司法的法律责任

教学过程:

【案例导入】

兴达百货公司等 6 家企业共同投资设立 A 贸易有限公司, 2018 年 2 月 6 日, A 公司与本市 B 纺织厂签订了一份服装购销合同。合同约定: B 纺织厂 1 个月内向 A 公司提供服装 500 套, 总价款为人民币 20 万元; B 纺织厂将货送到 A 公司的仓库后, A 公司在收到货的 1 个月内付款。

2018 年 3 月 22 日, B 纺织厂如约将 500 套服装运到 A 公司的仓库。1 个月期满, A 公司没有支付货款 20 万元。4 月 24 日, B 纺织厂要求 A 公司支付货款 20 万元人民币。而此时 A 公司的情况是: 由于经营管理不善, 经营状况严重恶化, 公司处于亏损状态, 已拖欠了很多债务无力偿付。因此, A 公司向 B 纺织厂表示无法按期支付货款。B 纺织厂考虑到 A 公司的股东, 包括某市兴达百货公司在内的 6 家企业, 大部分的经营状况都比较好, 于是, 将包括兴达百货公司在内的 6 家企业作为被告向当地人民法院提起诉讼, 要求这 6 家企业清偿货款 20 万元人民币。

根据上述案情, 请回答下列问题:

1. 兴达百货公司等 6 家企业与 A 公司之间是什么关系?

2. B 纺织厂能否要求兴达百货公司等 6 家企业承担贷款清偿责任？为什么？如果不能，应当由谁承担贷款清偿责任？

第一节 公司法概述

一、公司的概念与公司法的概念

公司是依照公司法在中国境内设立的企业法人。法人包括了企业法人与机关、事业单位法人和社会团体法人。公司是企业法人，企业法人以营利为目的，故公司是依照公司法在中国境内设立的以营利为目的的企业法人。

公司法是调整公司在设立、变更、终止过程中形成的法律规范的总称。自 1993 年 12 月 29 日第八届全国人民代表大会常务委员会第五次会议通过《中华人民共和国公司法》以来，该法经历了多次修订和修正，目前实行的是 2023 年 12 月 29 日第十四届全国人民代表大会常务委员会第七次会议第二次修订的《公司法》。

【思考题】

公司与企业有何区别？

二、公司的特征与分类

（一）公司的特征

作为市场经济最重要的参与主体，公司具有以下几个特征：

1. 公司是依公司法设立的企业

任何一个企业的设立都要依照相关的法律，公司作为企业最主要的组成部分，当然也要依法设立。公司需要依照公司法规定的公司设立的条件才能设立。

2. 公司是具有法人资格的企业

现代企业的类型有很多，公司是具有独立法人资格的企业。判断一个企业是否具有独立法人资格最主要的特征是看企业有没有独立的财产。我国《公司法》第 3 条规定：“公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。”由此，公司是具有法人资格的企业。

3. 公司是以营利为目的的企业法人

公司不同于事业单位、社会团体法人，公司是以营利为目的的。公司的股东出资设立公司，目的是为了营利，即从公司的经营中获取利润分红。

4. 公司是股权式的企业

公司是以股东的出资额为基础设立的股权式企业。股东出资之后，其出资额转变为公司的注册资本，股东继而取得公司的股权，公司凭借股东的出资享有公司的资产。

（二）公司的分类

1. 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

（1）无限公司。无限公司是指由两个以上的股东组成，公司以其全部资产对公司的债务承担责任，股东对公司债务承担无限连带责任的公司。

（2）有限责任公司。有限责任公司是指股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。

（3）股份有限公司。股份有限公司是指公司的全部资本划分为等额的股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。

（4）两合公司。两合公司是指由一个以上承担无限责任的股东与一个以上承担有限责任的股东组成的公司。其中无限责任股东对公司债务承担无限连带责任，有限责任股东对公司债务仅以其出资额为限承担有限责任。

2. 根据公司的开放程度不同以及股份是否公开发行、是否能自由转让，英美法系国家

将公司分成封闭式公司与开放式公司

(1) 封闭式公司。封闭式公司是指公司的股份只能向特定范围的股东发行，不能在规定的证券交易所公开募集发行，股东持有的股票或股份不能在证券交易所公开交易的公司。

(2) 开放式公司。开放式公司是指公司的股份可以在证券交易所公开向社会募集发行，股东持有的股票或股份也可以在证券交易所自由交易的公司。

3. 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

(1) 总公司（本公司）。总公司是指设有分公司的公司，之所以在公司的名称上带个总字，是因为公司有分公司，为了把该公司与分公司区分开来，故称之为总公司，没有设立分公司的公司不能称之为总公司。

(2) 分公司。分公司是与总公司相对应的概念，是指总公司根据业务需要设立的分支机构或附属机构。分公司本身没有独立的财产，不具有法人资格，故其不能独立地承担责任。分公司可以在总公司的授权范围内以自己的名义从事民事活动，但其行为产生的效力均归属于总公司，产生的责任也由总公司来承担。

【随堂演练】

甲公司在乙市设立了一家丙分公司，丙分公司成立后在核准的经营范围内以自己的名义对外签订了一份买卖合同，请问该项合同的法律效力（ ）。

- A. 无效，甲公司不需要承担责任
- B. 无效，丙公司不需要承担责任
- C. 有效，责任由甲公司承担
- D. 有效，责任由丙公司承担

4. 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

(1) 母公司。母公司是指持有另一公司一定比例以上的股权、股份或通过协议能够对另一公司的经营实际控制的公司。

(2) 子公司。子公司是指被另一公司持有有一定比例以上的股权、股份或通过协议被另一公司实际控制的公司。子公司虽然被母公司所控制，但是子公司与母公司是相互独立的两个公司，两者均具有独立的法人资格，都能对外独立地承担责任。

5. 根据成立公司要求的信用基础不同，可以将公司分成人合公司、资合公司、人合兼资合公司

(1) 人合公司。人合公司是指以股东个人作为公司信用基础的公司。比如无限公司就是典型的人合公司，公司在对外从事经济活动时，主要依赖的是股东的个人信用情况，而不看公司的资本。

(2) 资合公司。资合公司是指以公司的资本作为公司信用基础的公司。比如股份有限公司，公司在对外从事经济活动时，主要依赖的不是股东个人的信用情况，而是公司的资本。

(3) 人合兼资合公司。人合兼资合公司是指公司以股东个人的信用和公司的资本共同作为公司信用基础的公司，如两合公司。

6. 根据公司的国籍不同可以将公司分成本国公司与外国公司

(1) 本国公司。本国公司是指依照本国法律在一国境内设立的公司。

(2) 外国公司。外国公司是指依照外国法律在本国境外设立的公司。

第二节 公司法的基本制度

一、公司股东的有限责任制度和公司的独立人格制度

(一) 公司股东的有限责任制度

公司中承担有限责任的主体是公司的股东。在有限责任公司，股东的有限责任是在股东

认缴的出资额范围；在股份有限公司，股东的有限责任是在股东认购的股份范围内。股东的有限责任是对所在的公司承担的，在没有特殊情况下，股东不需要对公司对外的债务直接承担责任。但是股东不是在任何的情况下都仅以其认缴的出资额或认购的股份为限对公司承担有限责任。依照《公司法》的规定，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。这是对公司股东有限责任的例外规定。

（二）公司的独立人格制度

公司是企业法人，是具有法人资格的主体，公司具有独立人格最根本的原因是公司具有独立的法人财产。公司的财产源于股东的出资，股东一旦将财产投入公司，便丧失了对所投资财产的所有权，换来股东对公司享有的股权，继而公司享有对股东投资的财产的支配权，即为法人财产权。正是基于公司具有独立的财产，公司才能独立地对外承担责任，才能最终成为独立的法人而享有法律上独立的人格。

二、公司人格否认制度

根据《公司法》的第 23 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。

（一）公司人格否认的原因

公司因其具有独立的财产而享有独立的法人资格，股东因丧失对出资额的所有权换得股权而享受有限责任。但是如果股东存在滥用公司独立的人格和股东的有限责任制度，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应该否认公司的人格，由公司的股东对公司的债务承担连带责任。

（二）公司人格否认的后果

公司人格否认的后果就是否认公司的人格，否认的结果就是揭开公司所谓的法人面纱，公司在该笔交易中不具有独立承担责任的能力，因而公司的股东跟公司一起就该笔债务承担连带责任，以维护相关债权人的利益。

（三）公司人格否认的效力

公司人格被否认，并不意味着公司从此被注销，也不意味着就此整个否认公司的人格，而是说在具体的有公司股东滥用公司独立的人格和公司股东的有限责任制度的情形下，否认公司在具体情形具体行为中的独立的人格，由股东一起对外承担责任。在公司股东不存在滥用公司独立的人格和公司股东的有限责任制度的时候，公司依然是具有独立人格的主体，公司依然能独立地对外承担责任，公司的股东也不需要跟公司一起对外承担连带责任。

三、公司的资本制度

公司的资本是指公司章程中载明的股东的出资总额。公司的资本是公司成立的基本条件，也是公司对外从事经营活动的基础。公司的资本制度是公司资本的形成、维持、退出等方面的制度安排。

（一）法定资本制

法定资本制盛行于大陆法系国家，是指公司设立时，必须在章程中对公司的资本总额作出明确规定，并须一次发行，由股东全部认足或募足，否则公司不得成立的资本形成制度。

法定资本制的国家对公司资本的认缴、募集、增减有严格的规定，在该制度下又形成了

三大资本原则：资本确定原则、资本维持原则和资本不变原则。法定资本制的优点在于能够保证公司设立时有稳定的资本，保证资本的充实，能防止公司设立时的欺诈，更好地保护交易安全和保护交易债权人的利益。但其弊端也很明显，该资本制度对资本的要求达到比较严格的程度，对公司设立的门槛设定较高。

（二）授权资本制

授权资本制是英美法系国家主要采取的资本形成制度，是指公司设立时的资本总额记载于公司章程，但是并不要求发起人或股东在公司设立时全部认足或缴足。未认足部分，授权董事会根据公司需要日后随时发行新股进行募集的资本形成制度。

授权资本制的优点在于公司设立的门槛低，筹资增资程序灵活；其弊端在于不能防止公司设立时的欺诈，很难避免空壳公司的设立，不利于交易安全和维护债权人的利益。

（三）我国的公司资本制度

1. 严格的法定资本制

2005年《公司法》出台以前，根据2004年《公司法》第23条和第78条，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东实缴的出资额。此时我国公司出资法律制度遵循严格的法定资本制，或称“实收资本制”，即要求投资人在公司设立之时一次性认足并实际缴足所有的注册资本，并规定了较高的公司最低注册资本额。有限责任公司按照行业的不同注册资本分别为10万元、30万元和50万元，股份有限公司为1000万元，还以列举的方式严格限制了出资形式。

2. 较为宽松的法定资本制或折中资本制

2005年《公司法》修改时对公司资本制度作了较为大幅的修改，不再遵循严格的法定资本制，而开始实行较为宽松的法定资本制，或者称之为“折中资本制”。对于一般的有限责任公司和采取发起方式设立的股份有限公司的注册资本不再采用实缴登记制，改为认缴登记制，同时投资人在公司设立时认足注册资本之后允许在一定期限内分期缴纳。2005年公司法还大大降低了公司注册资本最低限额的标准，有限责任公司为3万元，股份有限公司为500万元，从而使设立公司的门槛大大降低。但修改之后，我国的公司出资制度在本质上仍然是一种法定资本制，只是相对较为宽松。

3. 偏向授权资本制

2013年年底，全国人民代表大会常务委员会再次对《公司法》进行修订，在新《公司法》的修订中，除了股份有限公司采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额外，将公司注册资本实缴登记制改为认缴登记制，取消了公司注册资本最低要求的限额，简化了公司登记事项和登记文件。具体包括：（1）将注册资本实缴登记制改为认缴登记制；（2）放宽注册资本登记条件。此时，我国公司的资本制度已不再是法定资本制，已然偏向授权资本制。

四、公司设立的原则和设立的方式

（一）公司设立的原则

公司设立的原则是指公司设立时应遵循的基本准则。我国公司设立的原则主要有两种：准则主义和核准主义。

准则主义也叫“登记主义”，是指只要符合公司法规定的公司设立的条件，即可到公司登记机关注册登记公司，无须行政机关的批准公司即可设立的公司设立原则。

核准主义也称“许可主义”，是指除了公司法规定的公司设立的条件外，还须先经过相关行政机关的审核批准后才能到公司登记机关注册登记公司的公司设立原则。

一般情况下，有限责任公司和股份有限公司的设立采取准则主义设立原则。特殊经营范围的公司的设立和采取募集方式的股份有限公司的设立采取核准主义设立原则。

（二）公司设立的方式

公司设立的方式有两种：发起设立与募集设立。发起设立，是指由发起人认购应发行的全部资本而设立公司。募集设立，是指由发起人认购公司应发行股份的一部分，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集而设立公司。

根据《公司法》的规定，设立股份有限公司，可以采取发起设立或者募集设立的方式。而有限责任公司的设立只能采取发起设立的方式。

五、公司的法定代表人

法定代表人是指依法律或法人章程规定代表法人行使职权的负责人。公司是组织，其民事活动必须通过有生命的个体自然人来完成。能直接代表公司对外从事民事活动的人，即为公司的法定代表人。根据《公司法》第 10 条的规定，公司的法定代表人按照公司章程的规定，由代表公司执行公司事务的董事或者经理担任。

六、公司的合并、分立、增资与减资

（一）公司的合并、分立

1. 公司合并

公司合并是指两个以上的公司依照法定程序变为一个公司的法律行为。公司合并有两种形式：一是吸收合并；二是新设合并。吸收合并是指一个公司吸收其他公司加入本公司，被吸收的公司解散。新设合并是指两个以上公司合并设立一个新的公司，合并各方解散。

有限责任公司的股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经代表 2 / 3 以上表决权的股东通过。股份有限公司的股东大会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的 2 / 3 以上通过。

公司合并应当由合并各方签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出合并决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，可以要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司继承。

2. 公司分立

公司分立是指一个公司依法分为两个以上的公司的法律行为。公司分立的形式有两种：一是公司以其部分财产另设一个或数个新的公司，原公司存续；二是公司以其全部财产分别归入两个以上的新设公司，原公司解散。

公司分立的程序与公司合并的程序基本一致。公司分立，必须经股东会代表 2 / 3 以上表决权的股东通过或股东大会出席会议的股东所持表决权的 2 / 3 以上通过。公司分立，其财产作相应的分割，应当编制资产负债表及财产清单。公司应当自作出分立决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。

至于公司分立前的债务，由分立后的公司承担连带责任。但是，公司在分立前与债权人就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。

（二）公司的增资、减资

1. 公司的增资

有限责任公司增加注册资本时，股东认缴新增资本的出资，依照《公司法》设立有限责任公司缴纳出资的有关规定执行。股份有限公司为增加注册资本发行新股时，股东认购新股，依照《公司法》设立股份有限公司缴纳股款的有关规定执行。股份有限公司以公开发行新股方式或者上市公司以非公开发行新股方式增加注册资本的，还应当提交国务院证券监督管理机构的核准文件。公司增加注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

2. 公司的减资

公司需要减少注册资本时，必须编制资产负债表及财产清单。公司减少注册资本时，应

当自作出减少注册资本决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，有权要求公司清偿债务或者提供相应的担保。公司减少注册资本，应当依法向公司登记机关办理变更登记。

七、公司董事、监事和高级管理人员的资格和义务

（一）公司董事、监事和高级管理人员的资格

有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：（1）无民事行为能力或者限制民事行为能力；（2）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年，被宣告缓刑的，自缓刑考验期满之日起未逾二年；（3）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有个人责任的，自该公司、企业破产清算完结之日起未逾三年；（4）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司、企业的法定代表人，并负有个人责任的，自该公司、企业被吊销营业执照、责令关闭之日起未逾三年；（5）个人因所负数额较大债务到期未清偿被人民法院列为失信被执行人。

违反前款规定选举、委派董事、监事或者聘任高级管理人员的，该选举、委派或者聘任无效。董事、监事、高级管理人员在任职期间出现本条第一款所列情形的，公司应当解除其职务。

（二）公司董事、监事和高级管理人员的义务

董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。董事、监事、高级管理人员不得利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、高级管理人员不得有下列行为：（1）挪用公司资金；（2）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；（3）违反公司章程的规定，未经股东会、股东大会或者董事会同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；（4）违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意，与本公司订立合同或者进行交易；（5）未经股东会或者股东大会同意，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；（6）接受他人与公司交易的佣金归为己有；（7）擅自披露公司秘密；（8）违反对公司忠实义务的其他行为。董事、高级管理人员违反前款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。

第三节 有限责任公司

有限责任公司是我国基本的公司类型之一，是指公司以其全部财产对公司的债务承担责任，股东以其认缴的出资额为限对公司承担有限责任的公司。

一、有限责任公司的设立

（一）有限责任公司设立的条件

1. 股东符合法定人数

《公司法》规定有限责任公司由 50 个以下股东出资设立，对有限责任公司股东人数的要求，我国《公司法》有 50 个以下的要求，即允许一个股东出资设立一人有限公司。

2. 有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额

有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。

3. 股东共同制定公司章程

公司章程是记载公司组织、活动基本准则的公开性法律文件，设立有限责任公司必须由

股东共同依法制定公司章程。股东应当在公司章程上签名、盖章。公司章程对公司、股东、董事、监事、高级管理人员具有约束力。

根据《公司法》第 25 条的规定，有限责任公司的章程应当载明下列事项：（1）公司名称和住所；（2）公司经营范围；（3）公司注册资本；（4）股东的姓名或者名称；（5）股东的出资方式、出资额和出资时间；（6）公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；（7）公司法定代表人；（8）股东会会议认为需要规定的其他事项。

4. 有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构

有限责任公司必须拥有自己的名称，公司的名称必须用文字表示，不能用符号。依法设立的有限责任公司，必须在公司名称中标明“有限责任公司”或者“有限公司”字样。公司的名称一般由四部分构成：公司所处行政区域，字号或商号，行业或经营特点，公司的组织形式。

有限责任公司除拥有自己的名称外，还要建立符合有限责任公司要求的组织机构。公司的组织机构是产生意思并执行法人意思的机构，包括权力机构股东会，经营决策和业务执行机构董事会和监督机构监事会。

5. 有公司住所

有限责任公司以其主要办事机构所在地为住所。有稳定的生产经营场所，才能保证公司进行生产，公司的经营才能开展，公司的运作也才有可能正常而且顺利地进行。没有生产经营场所，不但没法保证公司的运作，而且还容易导致空壳公司的设立存在。同时，公司的住所是法院确定诉讼管辖的依据，是法律文书受送达的处所，是债务人确定债务履行的处所，是确定登记机关管辖的依据。

【随堂演练】

张某与潘某欲共同设立一家有限责任公司。关于公司的设立，下列哪一说法是错误的？
()

- A. 张某、潘某签订公司设立书面协议可代替制定公司章程
- B. 公司的注册资本可约定为 50 元人民币
- C. 公司可以张某姓名作为公司名称
- D. 张某、潘某二人可约定以潘某住所作为公司住所

（二）有限责任公司设立的程序

股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。股东应当按期足额缴纳公司章程中规定的各自所认缴的出资额。股东以货币出资的，应当将货币出资足额存入有限责任公司在银行开设的账户；以非货币财产出资的，应当依法办理财产权的转移手续。股东不按照前款规定缴纳出资的，除应当向公司足额缴纳外，还应当向已按期足额缴纳出资的股东承担违约责任。股东认足公司章程规定的出资后，由全体股东指定的代表或者共同委托的代理人向公司登记机关报送公司登记申请书、公司章程等文件，申请设立登记。有限责任公司设立时，股东未按照公司章程规定实际缴纳出资，或者实际出资的非货币财产的实际价额显著低于所认缴的出资额的，设立时的其他股东与该股东在出资不足的范围内承担连带责任。有限责任公司成立后，应当向股东签发出资证明书。

【思考题】

股东能否用劳务方式出资？为什么？

二、有限责任公司的组织机构

有限责任公司的组织机构包括股东会、董事会、监事会。其中股东会是公司的最高权力

机构：董事会是公司的经营管理执行机构，负责公司的生产经营管理工作；监事会是公司经营活动的监督机构。

（一）股东会

1. 股东会的组成和职权

有限责任公司的股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照公司法行使下列职权：（1）选举和更换董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项；（2）审议批准董事会的报告；（3）审议批准监事会的报告；（4）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）对公司增加或者减少注册资本作出决议；（6）对发行公司债券作出决议；（7）对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；（8）修改公司章程；（9）公司章程规定的其他职权。

2. 股东会的召开

股东会会议分为定期会议和临时会议。定期会议应当依照公司章程的规定按时召开。代表1/10以上表决权的股东，1/3以上的董事，监事会或者不设监事会的公司的监事提议召开临时会议的，应当召开临时会议。

3. 股东会的召集和主持

首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持，依法行使职权。有限责任公司设立董事会的，股东会会议由董事会召集，董事长主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举1名董事主持。有限责任公司不设董事会的，股东会会议由执行董事召集和主持。董事会或者执行董事不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，由监事会或者不设监事会的公司的监事召集和主持；监事会或者监事不召集和主持的，代表1/10以上表决权的股东可以自行召集和主持。召开股东会会议，应当于会议召开15日前通知全体股东；但是，公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的股东应当在会议记录上签名。

4. 股东会的表决

股东会会议由股东按照出资比例行使表决权；但是，公司章程另有规定的除外。股东会的议事方式和表决程序，除公司法另有规定的外，由公司章程规定。股东会会议作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议必须经代表2/3以上表决权的股东通过。

（二）董事会和高级管理人员

1. 董事会

有限责任公司董事会成员为三人以上，其成员中可以有公司职工代表。董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定。董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年。董事任期届满，连选可以连任。董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞任导致董事会成员低于法定人数的，在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。

有限责任公司的董事会对股东会负责，董事会依照《公司法》的规定行使下列职权：（1）召集股东会会议，并向股东会报告工作；（2）执行股东会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；（5）制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；（6）制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；（7）决定公司内部管理机构的设置；（8）决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；（9）制定公司的基本管理制度；（10）公司章程规定或者股东会授予的其他职权。

董事会会议由董事长召集和主持；董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长

召集和主持；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事召集和主持。董事会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事会决议的表决，实行一人一票。

2. 经理

有限责任公司可以设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设董事会，设一名董事，行使本法规定的董事会的职权。该董事可以兼任公司经理。

(三) 监事会

有限责任公司设监事会。规模较小或者股东人数较少的有限责任公司，可以不设监事会，设一名监事，行使公司法规定的监事会的职权；经全体股东一致同意，也可以不设监事。有限责任公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使公司法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。

1. 监事会的人员构成

根据《公司法》第 51 条的规定监事会应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于 1 / 3，具体比例由公司章程规定。董事、高级管理人员不得兼任监事。监事会设主席 1 人，由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由半数以上监事共同推举 1 名监事召集和主持监事会会议。

2. 监事的任期

监事的任期每届为 3 年。监事任期届满，连选可以连任。监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。

3. 监事会的职权

监事会行使下列职权：（1）检查公司财务；（2）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；（3）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；（4）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；（5）向股东会会议提出提案；（6）依法对董事、高级管理人员提起诉讼；（7）公司章程规定的其他职权。

4. 监事会的议事规则

监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。监事会每年度至少召开 1 次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。监事会的议事方式和表决程序，除公司法有规定的外，由公司章程规定。监事会决议应当经半数以上监事通过。监事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应当在会议记录上签名。监事会、不设监事会的公司的监事行使职权所必需的费用，由公司承担。

【随堂演练】

根据《公司法》规定，下列选项中，属于有限责任公司特征的是（ ）。

- A. 可以不设置经理
- B. 可以公开发行股票
- C. 必须设置董事会

D. 可以采用发起方式设立也可以采用募集方式设立

三、有限责任公司的股权转让

（一）自由转让

有限责任公司的股东之间可以相互转让其全部或者部分股权。也就是说，股东之间内部相互转让其全部股权或部分股权不受任何限制，体现了股东之间的信任关系。

（二）限制转让

股东向股东以外的人转让股权的，应当将股权转让的数量、价格、支付方式和期限等事项书面通知其他股东，其他股东在同等条件下有优先购买权。股东自接到书面通知之日起三十日内未答复的，视为放弃优先购买权。两个以上股东行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

（三）强制转让

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

（四）股权收购

《公司法》设置了有限责任公司股东的股权回购请求权，规定有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东可以请求公司按照合理的价格收购其股权：①公司连续 5 年不向股东分配利润，而公司该 5 年连续盈利，并且符合法律规定的分配利润条件的；②公司合并、分立、转让主要财产的；③公司章程规定的营业期限届满或者章程规定的其他解散事由出现，股东会会议通过决议修改章程使公司存续的。

自股东会会议决议通过之日起 60 日内，股东与公司不能达成股权收购协议的，股东可以自股东会会议决议通过之日起 90 日内向人民法院提起诉讼。

第四节 股份有限公司

一、股份有限公司的设立

股份有限公司是指公司以其全部财产对公司的债务承担责任，股东以其认购的股份为限对公司承担责任的公司。

（一）股份有限公司设立的条件

1. 发起人符合法定人数

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

2. 有符合公司章程规定的全体发起人认购的股本总额或者募集的实收股本总额

股份有限公司采取发起设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的全体发起人认购的股本总额；采取募集方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收股本总额。

3. 股份发行、筹办事项符合法律规定

股份发行、筹办事项符合法律规定，是设立股份有限公司所必须遵循的原则。

4. 发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过

股份有限公司的公司章程由发起人制订，采用募集方式设立的股份有限公司，其章程须经创立大会通过。股份有限公司章程应当载明下列事项：（1）公司名称和住所；（2）公司经营范围；（3）公司设立方式；（4）公司股份总数、每股金额和注册资本；（5）发起人的姓名或者名称、认购的股份数、出资方式 and 出资时间；（6）董事会的组成、职权和议事规则；（7）公司法定代表人；（8）监事会的组成、职权和议事规则；（9）公司利润分配

办法；（10）公司的解散事由与清算办法；（11）公司的通知和公告办法；（12）股东大会会议认为需要规定的其他事项。

5. 有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构

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

6. 有公司住所

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

（二）股份有限公司设立的程序

股份有限公司的设立，可以采取发起设立或者募集设立的方式。

1. 发起设立股份有限公司的设立程序

发起设立，是指由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司，即用这种方式设立的股份有限公司，其股份由发起人全部认足，不向社会公众公开募集资本。

（1）认足股份，缴纳股款。以发起设立方式设立股份有限公司的，发起人应当以书面形式认足公司章程规定其认购的股份，并按照公司章程规定缴纳出资。以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续。

（2）订立公司章程。认缴出资的全体发起人，制订公司章程，规定公司重大事项和具体事项的原则，为公司的组织管理和业务执行的有章可循提供依据。

（3）选举公司的董事会和监事会。发起人认足公司章程规定的出资后，应当选举董事会和监事会。这些选任出来的董事和监事，组成公司的董事会和监事会，形成公司组织的基本框架。

（4）申请设立登记。由董事会向公司登记机关报送公司章程以及法律、行政法规规定的其他文件，申请设立登记。

2. 募集设立股份有限公司的程序

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

对于募集设立股份有限公司，要求按照如下的步骤进行：

（1）发起人认购规定数额的股份。以募集设立方式设立股份有限公司的，发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%；法律、行政法规另有规定的，从其规定。

（2）申请公开募股。发起人必须向国务院证券管理部门提交募股申请，并报送指定的有关资料的文件，经过批准，才可以向社会公开募集股份。

（3）招股缴款。发起人在获得国务院证券管理部门对募股申请的批准后，必须公告招股说明书，附公司章程，并制作认股书。

（4）创立大会。股款缴足后，发起人应当在30日内主持召开公司创立大会，创立大会由发起人、认股人组成。

（5）申请设立登记。创立大会选举出的董事会成员、监事会成员组成董事会、监事会。董事会应于创立大会结束后30日内，向公司登记机关报送下列文件，申请设立登记。以募集方式设立股份有限公司公开发行股票，还应当同时向公司登记机关报送国务院证券监督管理机构的核准文件。

（6）公告及备案。公司成立后，应当进行公告。股份有限公司经登记成立后，采取募集设立方式的，应当将募集股份情况报国务院证券管理部门备案。为了有利于保护投资人、

债权人的利益，公司还应将公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议记录、监事会会议记录、财务会计报告置备于本公司，便于查询。

【随堂演练】

甲、乙二公司拟募集设立一股份有限公司。他们在获准向社会募股后实施的下列哪些行为是违法的？（ ）

- A. 其认股书上记载：认股人一旦认购股份就不得撤回
- B. 与某银行签订承销股份和代收股款协议，由该银行代售股份和代收股款
- C. 在招股说明书上告知：公司章程由认股人在创立大会上共同制订
- D. 在招股说明书上告知：股款募足后将在 60 日内召开创立大会

二、股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构是产生意思并执行法人意思的机构，包括权力机构股东会，经营决策和业务执行机构董事会和监督机构监事会。

（一）股东会

1. 股东会的召开

股份有限公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依照公司法行使职权，其职权范围与有限责任公司股东会的职权相同。

股东会分为股东年会和临时股东会。股东会应当每年召开 1 次年会。有下列情形之一的，应当在 2 个月内召开临时股东会：（1）董事人数不足《公司法》规定人数或者公司章程所定人数的 2/3 时；（2）公司未弥补的亏损达实收股本总额 1/3 时；（3）单独或者合计持有公司 10% 以上股份的股东请求时；（4）董事会认为必要时；（5）监事会提议召开时；（6）公司章程规定的其他情形。

2. 股东会的召集与主持

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

董事会不能履行或者不履行召集股东会会议职责的，监事会应当及时召集和主持；监事会不召集和主持的，连续九十日以上单独或者合计持有公司百分之十以上股份的股东可以自行召集和主持。召开股东会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开二十日前通知各股东；临时股东会会议应当于会议召开十五日前通知各股东。

3. 股东会的表决

股东出席股东会会议，所持每一股份有一表决权，类别股股东除外。公司持有的本公司股份没有表决权。股东会作出决议，应当经出席会议的股东所持表决权过半数通过。股东会作出修改公司章程、增加或者减少注册资本的决议，以及公司合并、分立、解散或者变更公司形式的决议，应当经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

股东会的表决通常采用直接投票制，即一股一票表决权。但是，为了维护中小股东的合法权益，股东会选举董事、监事，可以按照公司章程的规定或者股东会的决议，实行累积投票制。累积投票制，是指股东会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。

股东会应当对所议事项的决定作成会议记录，主持人、出席会议的董事应当在会议记录上签名。会议记录应当与出席股东的签名册及代理出席的委托书一并保存。

（二）董事会、经理

1. 董事会

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

董事会设董事长一人，可以设副董事长。董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生。董事长召集和主持董事会会议，检查董事会决议的实施情况。副董事长协助董事长工作，董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长履行职务；副董事长不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的董事共同推举一名董事履行职务。董事会会议，应当由董事本人出席；董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书应当载明授权范围。

关于有限责任公司董事任期、董事会职权的规定，适用于股份有限公司董事。

董事会每年度至少召开两次会议，每次会议应当于会议召开十日前通知全体董事和监事。代表十分之一以上表决权的股东、三分之一以上董事或者监事会，可以提议召开临时董事会会议。董事长应当自接到提议后十日内，召集和主持董事会会议。董事会召开临时会议，可以另定召集董事会的通知方式和通知时限。

董事会会议应当有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议，应当经全体董事的过半数通过。董事会决议的表决，应当一人一票。董事会应当对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。董事应当对董事会的决议承担责任。董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东会决议，给公司造成严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任；经证明在表决时曾表明异议并记载于会议记录的，该董事可以免除责任。

2. 经理

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。经理对董事会负责，根据公司章程的规定或者董事会的授权行使职权。经理列席董事会会议。

(三) 监事会

股份有限公司设监事会，监事会成员为三人以上。监事会成员应当包括股东代表和适当比例的公司职工代表，其中职工代表的比例不得低于三分之一，具体比例由公司章程规定。监事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。

监事会设主席一人，可以设副主席。监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生。监事会主席召集和主持监事会会议；监事会主席不能履行职务或者不履行职务的，由监事会副主席召集和主持监事会会议；监事会副主席不能履行职务或者不履行职务的，由过半数的监事共同推举一名监事召集和主持监事会会议。

董事、高级管理人员不得兼任监事。

规模较小或者股东人数较少的股份有限公司，可以不设监事会，设一名监事，行使公司法规定的监事会的职权。股份有限公司可以按照公司章程的规定在董事会中设置由董事组成的审计委员会，行使公司法规定的监事会的职权，不设监事会或者监事。

三、上市公司组织机构的特别规定

上市公司，是指其股票在证券交易所上市交易的股份有限公司。根据《证券法》的规定，股份有限公司申请股票上市，应当符合下列条件：（1）股票经国务院证券监督管理机构核准已公开发行；（2）公司股本总额不少于人民币 3000 万元；（3）公开发行的股份达到公司股份总数的 25% 以上；公司股本总额超过人民币 4 亿元的，公开发行股份的比例为 10% 以上；（4）公司最近 3 年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

根据《公司法》规定，上市公司在一年内购买、出售重大资产或者向他人提供担保的金额超过公司资产总额百分之三十的，应当由股东会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。

上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业或者个人有关联关系的，该董事应当及时向董事会书面报告。有关联关系的董事不得对该项决议行使表决权，也不得代理其他董事行使表决权。该董事会会议由过半数的无关联关系董事出席即可举行，董事会会议所作决议须经无关联关系董事过半数通过。出席董事会会议的无关联关系董事人数不足三人的，应

当将该事项提交上市公司股东会审议。

四、股份有限公司的股份发行和转让

股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

（一）股份有限公司的股份发行

股份有限公司股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。同次发行的同种类股票，每股的发行条件和价格应当相同；任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同价额。

股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。公司发行的股票，可以为记名股票，也可以为无记名股票。公司向发起人、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、法人的名称或者姓名，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

股份有限公司成立后，即向股东正式交付股票。公司成立前不得向股东交付股票。

（二）股份有限公司的股份转让

由于股份有限公司是资合公司，股东持有的股份可以依法转让。股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

记名股票，由股东以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。无记名股票的转让，由股东将该股票交付给受让人后即发生转让的效力。

股份有限公司股份的转让受到一定的限制，主要是对发起人持有的公司股份的转让和对公司董事、监事、高级管理人员持有的公司股份的转让有限制的规定。

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

公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况，在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%；所持本公司股份自公司股票上市交易之日起1年内不得转让。公司董事、监事、高级管理人员离职后半年内，不得转让其所持有的本公司股份。公司章程可以对公司董事、监事、高级管理人员转让其所持有的本公司股份作出其他限制性规定。

公司不得收购本公司股份。但是，有下列情形之一的，公司可以收购本公司股份：（1）减少公司注册资本；（2）与持有本公司股份的其他公司合并；（3）将股份用于员工持股计划或者股权激励；（4）股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份；（5）将股份用于转换上市公司发行的可转换为股票的公司债券；（6）上市公司为维护公司价值及股东权益所必需。公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

第五节 公司的财务会计

依法成立的公司，应当按照相关法律法规制定财务会计制度，按照《公司法》的规定制定财务会计报告，并按照法律规定的程序分配税后利润。

一、公司财务会计的作用

公司应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定建立本公司的财务、会计制度。财务、会计制度能完整、全面地揭示公司资金运作的基本情况。公司财务、会计虽是企业的内部事务，但事关股东、潜在投资者、债权人、公司职工和社会的公共利益等。因此，《公司法》制定专章加以规定。

二、公司财务会计的基本要求

公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并依法经会计师事务所审计。财务会计报告应当依照法律、行政法规和国务院财政部门的规定制作。

有限责任公司应当依照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。

股份有限公司的财务会计报告应当在召开股东大会年会的 20 日前置备于本公司，供股东查阅；公开发行股票的股份有限公司必须公告其财务会计报告。

三、公司税后利润分配

公司分配当年税后利润时，应当提取利润的 10% 列入公司的法定公积金。公司法定公积金累计额为公司注册资本的 50% 以上的，可以不再提取。公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。公司从税后利润中提取法定公积金后，经股东会或者股东大会决议，还可以从税后利润中提取任意公积金。

公司弥补亏损和提取公积金后所余税后利润，有限责任公司的股东按照实缴的出资比例分取红利，但是，全体股东约定不按照出资比例分取红利的除外。股份有限公司按照股东持有的股份比例分配，但股份有限公司章程规定不按持股比例分配的除外。

股东会、股东大会或者董事会违反公司法规定，在公司弥补亏损和提取法定公积金之前向股东分配利润的，股东必须将违反规定分配的利润退还公司。公司持有的本公司股份不得分配利润。

股份有限公司以超过股票票面金额发行价格发行股份所得的溢价款以及国务院财政部门规定列入资本公积金的其他收入，应当列为公司资本公积金。

公司的公积金用于弥补公司的亏损、扩大公司生产经营或者转为增加公司资本。但是，资本公积金不得用于弥补公司的亏损。

公司聘用、解聘承办公司审计业务的会计师事务所，依照公司章程的规定，由股东会、股东大会或者董事会决定。公司股东会、股东大会或者董事会就解聘会计师事务所进行表决时，应当允许会计师事务所陈述意见。公司应当向聘用的会计师事务所提供真实、完整的会计凭证、会计账簿、财务会计报告及其他会计资料，不得拒绝、隐匿、谎报。

公司除法定的会计账簿外，不得另立会计账簿。对公司资产，不得以任何个人名义开立账户存储。

第六节 公司的解散和清算

公司的解散是使公司消灭法律人格的行为，在符合一定的条件的情况下公司可以解散，公司除因合并或分立而解散外，其余原因引起的解散，均须经过清算程序。

一、公司解散的原因

公司解散是指成立的公司基于一定的章程或法律规定的事由而使公司消失的法律行为。公司因下列原因解散：（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；（2）股东会或者股东大会决议解散；（3）因公司合并或者分立需要解散；（4）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。（5）公司经营管理发生严重困难，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径不能解决的，持有公司全部股东表决权 10% 以上的股东，可以请求人民法院解散公司。

二、公司解散时的清算

公司的清算是指在公司面临终止时，负有清算义务的主体依照法律的规定对公司的资产、负债、股东权益等公司的状况作全面的清理和处置，使得公司与其他社会主体之间的权利和义务归于消灭的行为。

公司除因合并或分立而解散外，其余原因引起的解散，均须经过清算程序。公司解散应当在解散事由出现之日起 15 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。

清算组在清算期间行使下列职权：（1）清理公司财产，分别编制资产负债表和财产清单；（2）通知、公告债权人；（3）处理与清算有关的公司未了结的业务；（4）清缴所欠税款以及清算过程中产生的税款；（5）清理债权、债务；（6）处理公司清偿债务后的剩余财产；（7）代表公司参与民事诉讼活动。

清算组应当自成立之日起 10 日内通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算组申报其债权。债权人申报债权，应当说明债权的有关事项，并提供证明材料。清算组应当对债权进行登记。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。

清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制订清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东持有的股份比例分配。

清算期间，公司存续，但不得开展与清算无关的经营活动。公司财产在未依照前述规定清偿前，不得分配给股东。

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

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。

清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。不得利用职权收受贿赂或者其他非法收入，不得侵占公司财产。清算组成员因故意或者重大过失给公司或者债权人造成损失的，应当承担赔偿责任。

公司被依法宣告破产的，依照有关企业破产的法律实施破产清算。

第七节 违反公司法的法律责任

一、公司发起人、股东的法律责任

（一）公司登记违法的法律责任

违反公司法规定，虚报注册资本、提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实取得公司登记的，由公司登记机关责令改正，对虚报注册资本的公司，处以虚报注册资本金额 5% 以上 15% 以下的罚款；对提交虚假材料或者采取其他欺诈手段隐瞒重要事实的公司，处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款；情节严重的，撤销公司登记或者吊销营业执照。构成犯罪的，依照《刑法》规定追究刑事责任，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚报注册资本金 1% 以上 5% 以下的罚款。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役。

（二）公司的发起人、股东出资违法的法律责任

公司的发起人、股东虚假出资，未交付或者未按期交付作为出资的货币或者非货币财产的，由公司登记机关责令改正，处以虚假出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。构成犯罪的，依照《刑法》规定追究刑事责任，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处虚假出资金额 2% 以上 10% 以下的罚款。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对直接负责的主管人员和

其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

（三）公司的发起人、股东抽逃出资的法律责任

公司的发起人、股东在公司成立后，抽逃其出资的，由公司登记机关责令改正，处以所抽逃出资金额 5% 以上 15% 以下的罚款。构成犯罪的，依照《刑法》规定追究刑事责任，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处抽逃出资金额 2% 以上 10% 以下的罚款。单位犯此罪的，对单位处以罚金，并对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役。

二、公司的法律责任

（一）公司另立会计账簿的法律责任

公司在法定的会计账簿以外另立会计账簿的，由县级以上人民政府财政部门责令改正，处以 5 万元以上 50 万元以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

（二）公司提交财务会计报告违法的法律责任

公司在依法向有关主管部门提供的财务会计报告等材料上作虚假记载或者隐瞒重要事实的，由有关主管部门对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 3 万元以上 30 万元以下的罚款。

（三）公司违法提取法定公积金的法律责任

公司不依照本法规定提取法定公积金的，由县级以上人民政府财政部门责令如数补足应当提取的金额，可以对公司处以 20 万元以下的罚款。

（四）公司在合并、分立、减少注册资本和清算中的违法行为及其法律责任

公司在合并、分立、减少注册资本或者进行清算时，不依照本法规定通知或者公告债权人的，由公司登记机关责令改正，对公司处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

公司在进行清算时，隐匿财产，对资产负债表或者财产清单作虚假记载或者在未清偿债务前分配公司财产的，由公司登记机关责令改正，对公司处以隐匿财产或者未清偿债务前分配公司财产金额 5% 以上 10% 以下的罚款；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。构成犯罪的，依照《刑法》规定追究刑事责任，对直接负责的主管人员和其他责任人员，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处 2 万元以上 20 万元以下罚金。

（五）公司在清算期间违法经营的法律责任

公司在清算期间开展与清算无关的经营活动的，由公司登记机关予以警告，没收违法所得。

（六）公司不当停业及不依法办理变更登记的法律責任

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，可以由公司登记机关吊销营业执照。

公司登记事项发生变更时，未依照本法规定办理有关变更登记的，由公司登记机关责令限期登记；逾期不登记的，处以 1 万元以上 10 万元以下的罚款。

（七）外国公司擅自在中国境内设立分支机构的法律责任

外国公司擅自在中国境内设立分支机构的，由公司登记机关责令改正或者关闭，可以并处 5 万元以上 20 万元以下的罚款。

（八）民事赔偿优先原则

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

三、清算组的法律责任

清算组不依照本法规定向公司登记机关报送清算报告，或者报送清算报告隐瞒重要事实或者有重大遗漏的，由公司登记机关责令改正。清算组成员利用职权徇私舞弊、谋取非法收

入或者侵占公司财产的，由公司登记机关责令退还公司财产，没收违法所得，并可以处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

四、承担资产评估、验资或者验证的机构的法律责任

承担资产评估、验资或者验证的机构提供虚假材料的，由公司登记机关没收违法所得，处以违法所得1倍以上5倍以下的罚款，并可以由有关主管部门依法责令该机构停业、吊销直接责任人员的资格证书，吊销营业执照。构成犯罪的，依照《刑法》规定追究刑事责任，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

承担资产评估、验资或者验证的机构因过失提供有重大遗漏的报告的，由公司登记机关责令改正，情节较重的，处以所得收入1倍以上5倍以下的罚款，并可以由有关主管部门依法责令该机构停业、吊销直接责任人员的资格证书，吊销营业执照。严重不负责任，出具的证明文件有重大失实，造成严重后果的，依照《刑法》规定追究刑事责任，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

承担资产评估、验资或者验证的机构因其出具的评估结果、验资或者验证证明不实，给公司债权人造成损失的，除能够证明自己没有过错的外，在其评估或者证明不实的金额范围内承担赔偿责任。

五、公司登记机关的法律责任

公司登记机关对不符合本法规定条件的登记申请予以登记，或者对符合本法规定条件的登记申请不予登记的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。公司登记机关的上级部门强令公司登记机关对不符合本法规定条件的登记申请予以登记，或者对符合本法规定条件的登记申请不予登记的，或者对违法登记进行包庇的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予行政处分。构成犯罪的，依法追究刑事责任。

六、其他有关法律责任

未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司名义的，或者未依法登记为有限责任公司或者股份有限公司的分公司，而冒用有限责任公司或者股份有限公司的分公司名义的，由公司登记机关责令改正或者予以取缔，可以并处10万元以下的罚款。利用公司名义从事危害国家安全、社会公共利益的严重违法行为的，吊销营业执照。

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。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。

本章作业

1. 单项选择题：P308
2. 多项选择题：P308
3. 案例分析题：

【案例 1】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 23 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 2】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？

第三章 合伙企业法

教学目标：

1. 了解合伙企业的概念、种类、设立的条件和程序；
2. 掌握合伙企业的特征；
3. 掌握普通合伙人和有限合伙人的区分；
4. 掌握合伙企业的事务执行、与第三人的关系以及合伙人的入伙和退伙；
5. 了解特殊的普通合伙企业；
6. 了解合伙企业的解散与清算
7. **思政目标：**通过合伙企业法的学习，对学生进行创业风险教育，让学生理解合伙企业较强人合性的特点，根据普通合伙人无限连带责任的规定牢固树立创业风险和法律责任意识；牢固树立法治意识，熟知作为市场主体的合伙企业如何行使法律权利、履行法律义务，弘扬与贯彻社会主义核心价值观。

教学重点：

1. 合伙企业事务的执行；
2. 合伙企业的债务清偿；
3. 合伙企业的损益分配；
4. 合伙企业与第三人关系。

教学难点：

1. 合伙企业的债务清偿；
2. 合伙企业与第三人关系。

课 时： 3

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容：

- 第一节 合伙企业法概述
- 第二节 普通合伙企业
- 第三节 有限合伙企业
- 第四节 合伙企业的解散与清算

教学过程：

【案例导入】

2018年12月5日，王军、王雨与曲宝、王章、赵田、姜明、魏长、金忠（以下简称曲宝等六人）一共八人共同签订了合伙养殖水产品协议，并于2019年1月8日取得了合伙企业的营业执照。2019年6月9日，在王军、王雨两人不知情的情况下，曲宝等六人签订内部转让协议，将曲宝、赵田、姜明、魏长、金忠的财产份额转让给王章。后来，曲宝等六人并未照协议实际履行，而是将六名合伙人的全部财产份额以每人175万元的价格出售给了非合伙人赵明。王军、王雨知情后不同意将合伙企业的财产份额出售给赵明，并且愿意以同等条件购买曲宝等六人的财产份额，但是始终未能与其达成一致意见。2019年9月1日，王军、王雨起诉至人民法院，请求人民法院判令以每人175万元的价格受让曲宝等六人的财产份额。

请问：人民法院是否应当支持王军、王雨的诉讼请求？为什么？

第一节 合伙企业法概述

一、合伙企业的概念

合伙是指两个以上的人为着共同目的，相互约定共同出资、共同经营、共享收益、共担

风险的自愿联合。

目前，调整合伙企业的法律规范主要是 2006 年修订的《中华人民共和国合伙企业法》。该法第 2 条明确规定：合伙企业是指自然人、法人和其他组织按照《合伙企业法》在中国境内设立的普通合伙企业和有限合伙企业。

二、合伙企业的特征

（一）至少两个以上的合伙人

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。除了“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”不能成为普通合伙人外，其他法人既可以做普通合伙人，也可以做有限合伙人。

（二）合伙人之间要有合伙协议

合伙人的合伙协议是合伙企业成立的法律基础。合伙协议约束的是合伙人，只具有对内的效力。同时，合伙协议是合伙人确立合伙关系，确定各自权利和义务的基础。

（三）合伙人共同出资

合伙人的出资方式可以是货币出资，也可以是实物、土地使用权和知识产权方式出资。普通合伙人除了前述出资方式外，还可以劳务出资。

（四）合伙人不具有法人资格

合伙企业的财产与合伙人的个人财产在合伙企业的经营中并未完全分离，故合伙企业不具有法人资格。

（五）合伙企业具有较强的人合性

大陆法系有体现完全人合性的无限公司类型。我国没有这种公司类型，这种公司类型在我国的体现就是合伙，合伙人之间具有较强的人身信赖关系，故当合伙企业不能承担责任时，由普通合伙人跟合伙企业一起对外承担无限连带责任。

【随堂演练】

下列企业中，出资人对企业债务承担无限连带责任的是（ ）。

- A. 普通合伙企业
- B. 有限合伙企业
- C. 有限责任公司
- D. 股份有限公司

三、普通合伙人与有限合伙人的区分

（一）对合伙企业承担的责任不同

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）合伙事务管理权限不同

不论是普通合伙企业还是有限合伙企业中，普通合伙人都可以参与管理合伙事务，对外代表合伙企业，且合伙事务的执行后果均由合伙企业及其合伙人共同承担。而在有限合伙中，有限合伙人以其出资对外承担合伙企业债务，不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

（三）出资方式不同

无论普通合伙人还是有限合伙人都可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资。合伙人以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资，需要评估作价的，可以由全体合伙人协商确定，也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估。但是普通合伙人还可以劳务出资，有限合伙人不可以劳务出资。普通合伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明。

（四）对自然人合伙人的民事行为能力要求不同

普通合伙人因为要对合伙企业一起承担无限连带责任,所以要求必须是完全民事行为能力人,也只有是完全民事行为能力人才能对外代表合伙企业执行合伙事务。有限合伙人没有这个要求,可以是完全民事行为能力人,也可以是限制民事行为能力人抑或是无民事行为能力人。

(五) 自我交易与竞业禁止的规定不同

在自我交易上,根据《合伙企业法》第 32 条和第 70 条的规定,除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外,普通合伙人不得同本合伙企业进行交易。有限合伙人可以同本有限合伙企业进行交易,但是,合伙协议另有约定的除外。

在竞业禁止上,根据《合伙企业法》第 32 条和第 71 条的规定,普通合伙人不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。有限合伙人可以自营或者同他人合作经营与本有限合伙企业相竞争的业务,但是,合伙协议另有约定的除外。

(六) 财产份额处分权限不同

首先是财产出质权限不同。普通合伙人以其在合伙企业中的财产份额出质的,须经其他合伙人一致同意;未经其他合伙人一致同意,其行为无效,由此给善意第三人造成损失的,由行为人依法承担赔偿责任。有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质;但是,合伙协议另有约定的除外。

其次是财产份额转让权限不同。除合伙协议另有约定外,普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或部分财产份额的,须经其他合伙人一致同意。有限合伙人可以按照合伙协议的约定向合伙人以外的人转让其在有限合伙企业中的财产份额,但应当提前 30 日通知其他合伙人。

第二节 普通合伙企业

一、普通合伙企业的设立

(一) 普通合伙企业的设立条件

1. 有两个以上合伙人

普通合伙企业的合伙人至少为 2 人以上,对于普通合伙人人数的最高限额,《合伙企业法》未作规定。

2. 有书面合伙协议

合伙协议,是指由各合伙人通过协商,共同决定相互间的权利义务,达成的具有法律约束力的协议。合伙协议应当依法由全体合伙人协商一致,以书面形式订立。

3. 有合伙人认缴或者实际缴付的出资

合伙协议生效后,合伙人应当按照合伙协议的规定缴纳出资。合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资,也可以用劳务出资。合伙人以劳务出资的,其评估办法由全体合伙人协商确定,并在合伙协议中载明。

4. 有合伙企业的名称和生产经营场所

普通合伙企业应当在其名称中标明“普通合伙”字样,合伙企业的名称必须和“合伙”联系起来,名称中必须有“合伙”二字。经企业登记机关登记的合伙企业主要经营场所只能有一个,并且应当在其企业登记机关登记管辖区域内。

5. 法律、行政法规规定的其他条件。

(二) 普通合伙企业的设立登记

1. 申请人向企业登记机关提交相关文件

申请设立合伙企业,应当由全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人向企业登记机关提交下列文件:①全体合伙人签署的设立登记申请书;②全体合伙人的身份证明;③全体

合伙人指定的代表或者共同委托代理人的委托书；④合伙协议；⑤出资权属证明；⑥经营场所证明；⑦国务院工商行政管理部门规定提交的其他文件。

此外，法律、行政法规或者国务院规定设立合伙企业必须批准的，还应当提交有关批准文件。合伙企业的经营范围中有属于法律、行政法规或者国务院规定在登记前须经批准的项目，应当向企业登记机关提交批准文件。

2. 企业登记机关核发营业执照

申请人提交的登记申请材料齐全、符合法定形式，企业登记机关能够当场登记的，应予当场登记，发给合伙企业营业执照。除此之外，企业登记机关应当自受理申请之日起 20 日内，作出是否登记的决定。对符合《合伙企业法》规定条件的，予以登记，发予合伙企业营业执照；对不符合规定条件的，不予登记，并应当给予书面答复，说明理由。

二、普通合伙企业事务的执行

普通合伙企业中，所有的普通合伙人人都能代表普通合伙企业对外执行合伙事务，合伙人对执行合伙事务享有同等的权利。合伙人可以分别执行合伙事务，也可以按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，委托一个或者数个合伙人对外代表合伙企业执行合伙事务，其执行合伙事务所产生的收益归合伙企业，所产生的费用和亏损由合伙企业承担。如果是法人、其他组织作为普通合伙人执行合伙事务的，其合伙事务的执行由其委派的代表执行。

由一个或者数个合伙人执行合伙事务的，执行事务合伙人应当定期向其他合伙人报告事务执行情况以及合伙企业的经营和财务状况，合伙人了解合伙企业的经营状况和财务状况，有权查阅合伙企业会计账簿等财务资料。

合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人可以对其他合伙人执行的事务提出异议。提出异议时，应当暂停该项事务的执行。如果发生争议，按照合伙协议约定的表决办法表决，合伙协议对此未约定或者约定不明确的，实行合伙人一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

受委托执行合伙事务的合伙人不按照合伙协议或者全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以决定撤销该委托。

三、普通合伙企业与第三人的关系

（一）普通合伙企业与善意第三人的关系

根据《合伙企业法》第 37 条，普通合伙企业对普通合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

为了维护善意的不知情的第三人的利益，为了保护交易的安全，普通合伙企业对普通合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人，即在此种情况下普通合伙人代表普通合伙企业执行合伙事务产生的收益和费用、亏损，都由普通合伙企业本身享有和承担，普通合伙企业不得因为企业内部权限的限制拒绝对善意第三人承担责任，其承担完了责任之后可以向越权行使合伙事务的普通合伙人追责。

（二）普通合伙企业与其债权人的关系

普通合伙企业对其债务，应先以合伙企业的全部财产进行清偿。合伙企业财产不能清偿到期债务的，各合伙人应当承担无限连带责任。同时，合伙人内部约定的债务承担比例只在合伙人内部具有效力，对外不具有效力，因而合伙人不得以超出其债务承担比例为由拒绝债权人的要求。合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过其应承担的债务承担比例的，有权按照合伙人之间的内部约定向其他合伙人追偿。

（三）普通合伙企业与合伙人个人债权人之间的关系

根据《合伙企业法》第 41 条，合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务。普通合伙企业中某一合伙人的债权人，不能以其对该合伙人的债权抵销其对合伙企业的债务。合伙人个人负有债务的，相关债权人也不得代位行使合

伙人在合伙企业中的权利。因为合伙人之间具有一定的人身信赖关系，如果允许债权人代位行使合伙人的权利，不利于合伙关系的稳定。

《合伙企业法》第 42 条规定，合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额用于清偿。

【随堂演练】

张某向陈某借款 50 万元作为出资，与李某、王某成立一家普通合伙企业。二年后借款到期，张某无力还款。对此，下列哪些说法是正确的？（ ）

- A. 经李某和王某同意，张某可将自己的财产份额作价转让给陈某，以抵销部分债务
- B. 张某可不经李某和王某同意，将其在合伙中的份额进行出质，用获得的贷款偿还债务
- C. 陈某可直接要求法院强制执行张某在合伙企业中的财产以实现自己的债权
- D. 陈某可要求李某和王某对张某的债务承担连带责任

四、普通合伙人的入伙、退伙

（一）普通合伙人的入伙

1. 入伙的条件和程序

《合伙企业法》第 43 条规定，新合伙人入伙，除合伙协议另有约定外，应当经全体合伙人一致同意，并依法订立书面入伙协议。订立入伙协议时，原合伙人应当向新合伙人如实告知原合伙企业的经营状况和财务状况。

2. 新合伙人的权利和责任

根据《合伙企业法》第 44 条的规定，入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利，承担同等责任。入伙协议另有约定的，从其约定。新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。新合伙人对入伙后合伙企业的债务也承担无限连带责任。

（二）普通合伙人的退伙

1. 退伙的情形

（1）协议退伙。根据《合伙企业法》第 45 条的规定，合伙协议约定合伙期限的，在合伙企业存续期间，有下列情形之一的，合伙人可以退伙：①合伙协议约定的退伙事由出现；②经全体合伙人一致同意；③发生合伙人难以继续参加合伙的事由；④其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。

（2）通知退伙。根据《合伙企业法》第 46 条的规定，合伙协议未约定合伙期限的，合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况下，可以退伙，但应当提前 30 日通知其他合伙人。

（3）当然退伙。根据《合伙企业法》第 48 条的规定，合伙人有下列情形之一的，当然退伙：①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②个人丧失偿债能力；③作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；④法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；⑤合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

（4）除名退伙。根据《合伙企业法》第 49 条的规定，合伙人有下列情形之一的，经其他合伙人一致同意，可以决议将其除名：①未履行出资义务；②因故意或者重大过失给合伙企业造成损失；③执行合伙事务时有不正当行为；④发生合伙协议约定的事由。

2. 退伙的效果

（1）合伙人退伙，其他合伙人应当与该退伙人按照退伙时的合伙企业财产状况进行结算，退还退伙人的财产份额。退伙人对给合伙企业造成的损失负有赔偿责任的，相应扣减其应当赔偿的数额。退伙时有未了结的合伙企业事务的，待该事务了结后进行结算。

（2）退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法，由合伙协议约定或者由全体合伙人决

定，可以退还货币，也可以退还实物。

(3) 退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。

五、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。例如律师事务所、会计师事务所、医师事务所、设计师事务所等。特殊的普通合伙仅适用于以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务的机构，是因为这些专业知识和技能通常只为少数的、受过专门知识教育与培训的人才所掌握，而在向客户提供专业服务时，个人的知识、技能，职业道德、经验等往往起着决定性的作用，与合伙企业本身的财产状况、声誉、经营管理方式等都没有直接的和必然的联系，合伙人个人的独立性极强。

(一) 责任承担形式

1. 有限责任与无限连带责任相结合

特殊普通合伙企业中的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. 无限连带责任

对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，全体合伙人承担无限连带责任。

(二) 责任追偿

《合伙企业法》第 58 条规定，合伙人执业活动中因故意或者重大过失造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对给合伙企业造成的损失承担赔偿责任。

【随堂演练】

君平昌成律师事务所是一家采取特殊普通合伙形式设立的律师事务所，曾君、郭昌是其中的两名合伙人。在一次由曾君主办、郭昌辅办的诉讼代理业务中，因二人的重大过失而泄露客户商业秘密，导致该所对客户应承担巨额赔偿责任。关于该客户的求偿，下列哪些说法是正确的？（ ）

- A. 向该所主张全部赔偿责任
- B. 向曾君主张无限连带赔偿责任
- C. 向郭昌主张补充赔偿责任
- D. 向该所其他合伙人主张连带赔偿责任

第三节 有限合伙企业

一、有限合伙企业的设立条件

(一) 2 个以上 50 个以下合伙人

有限合伙企业的人数有具体的要求，为 2~50 人之间，法律另有规定的除外，其中有限合伙企业至少应当有 1 个普通合伙人。

(二) 有限合伙企业协议

有限合伙企业协议是有限合伙企业生产经营的重要法律文件。有限合伙企业协议除符合普通合伙企业合伙协议的规定外，还应当载明下列事项：(1) 普通合伙人和有限合伙人的姓名或者名称、住所；(2) 执行事务合伙人应具备的条件和选择程序；(3) 执行事务合伙人权限与违约处理办法；(4) 执行事务合伙人的除名条件和更换程序；(5) 有限合伙人入伙、退伙的条件、程序以及相关责任；(6) 有限合伙人和普通合伙人相互转变程序。

（三）有限合伙企业名称和生产经营场所

有限合伙企业名称中应当标明“有限合伙”字样，而不能标明“普通合伙”“特殊普通合伙”“有限公司”“有限责任公司”等字样。

（四）有限合伙人的出资

根据《合伙企业法》第 64 条的规定，有限合伙人可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利作价出资。有限合伙人不得以劳务出资。

二、有限合伙企业事务的执行

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务，有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业。

三、有限合伙企业与第三人的关系

（一）普通合伙企业与善意第三人的关系

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务，有限合伙企业对其中的普通合伙人执行合伙事务以及对外代表有限合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

（二）有限合伙企业与债权人的关系

有限合伙企业对其债务，应先以其全部财产进行清偿，当合伙企业的财产不足以清偿全部债务时，普通合伙人以其个人财产对企业的债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

（三）有限合伙企业与合伙人债权人的关系

有限合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的，该合伙人可以以其从有限合伙企业中分取的收益用于清偿；债权人也可以依法请求人民法院强制执行该合伙人在有限合伙企业中的财产份额用于清偿。人民法院强制执行有限合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人。在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

四、有限合伙人的入伙、退伙

（一）有限合伙人的入伙

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

（二）有限合伙人的退伙

1. 有限合伙人当然退伙

《合伙企业法》第 78 条规定，有限合伙人出现下列之一情形时当然退伙：①作为合伙人的自然人死亡或者被依法宣告死亡；②作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；③法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格而丧失该资格；④合伙人在合伙企业中的全部财产份额被人民法院强制执行。

2. 有限合伙人丧失民事行为能力处理

《合伙企业法》第 79 条规定，作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力的，其他合伙人不得因此要求其退伙。这是因为有限合伙人对有限合伙企业只进行投资，而不负责合伙事务的执行。作为有限合伙人的自然人在有限合伙企业存续期间丧失民事行为能力，并不影响有限合伙企业的正常生产经营活动，其他合伙人不能要求该丧失民事行为能力的合伙人退伙。

3. 有限合伙人继承人的权利

《合伙企业法》第 80 条规定，作为有限合伙人的自然人死亡、被依法宣告死亡或者作为有限合伙人的法人及其他组织终止时，其继承人或者权利承受人可以依法取得该有限合伙人在有限合伙企业中的资格。

4. 有限合伙人退伙后的责任承担

《合伙企业法》第 81 条规定，有限合伙人退伙后，对基于其退伙前的原因发生的有限

合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任。

（三）有限合伙人与普通合伙人身份的转换

根据《合伙企业法》第 82~84 条的规定，除合伙协议另有约定外，普通合伙人转变为有限合伙人，或者有限合伙人转变为普通合伙人，应当经全体合伙人一致同意。有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。普通合伙人转变为有限合伙人的，对其作为普通合伙人期间合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

【随堂演练】

一有限合伙企业经营状况良好，王某作为有限合伙人入伙，王某认缴的出资额为 10 万元，但是入伙时实际缴付的出资额为 5 万元，对于王某入伙前的合伙企业债务的承担。下列说法正确的是（ ）。

- A. 王某承担无限连带责任
- B. 王某以 10 万元为限承担有限责任
- C. 王某以 5 万元为限承担有限责任
- D. 王某不承担责任

第四节 合伙企业的解散与清算

一、合伙企业解散

合伙企业解散，是指各合伙人解除合伙协议，合伙企业终止活动。根据《合伙企业法》第 85 条的规定，合伙企业有下列情形之一的，应当解散：（1）合伙期限届满，合伙人决定不再经营；（2）合伙协议约定的解散事由出现；（3）全体合伙人决定解散；（4）合伙人已不具备法定人数满 30 天；（5）合伙协议约定的合伙目的已经实现或者无法实现；（6）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销；（7）法律、行政法规规定的其他原因。

二、合伙企业清算

合伙企业解散的，应当进行清算。《合伙企业法》对合伙企业的清算作了以下规定：

（一）确定清算人

合伙企业解散，应当由清算人进行清算。清算人由全体合伙人担任；经全体合伙人过半数同意，可以自合伙企业解散事由出现后 15 日内指定一个或者数个合伙人，或者委托第三人担任清算人。自合伙企业解散事由出现之日起 15 日内未确定清算人的，合伙人或者其他利害关系人可以申请人民法院指定清算人。

（二）清算人的职责

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

（三）通知和公告债权人

清算人自被确定之日起 10 日内将合伙企业解散事项通知债权人，并于 60 日内在报纸上公告。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自公告之日起 45 日内，向清算人申报债权。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。清算人应当对债权进行登记。清算期间，合伙企业存续，但不得开展与清算无关的经营活动。

（四）财产清偿顺序

合伙企业财产在支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金以及缴纳所欠税款、清偿债务后的剩余财产，依照《合伙企业法》关于利润分配和亏损分担的规定进行分配。

（五）注销登记

清算结束，清算人应当编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在 15 日内向企业登记机关报送清算报告，申请办理合伙企业注销登记。合伙企业注销后，原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任。

（六）合伙企业不能清偿到期债务的处理

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

思政专栏

党的二十大报告强调，“完善中国特色现代企业制度，弘扬企业家精神，加快建设世界一流企业。支持中小微企业发展”。合伙企业具有较强的人合性，合伙人之间具有较强的人身信赖关系，故当合伙企业不能承担责任时，由普通合伙人跟合伙企业一起对外承担无限连带责任。新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任，新合伙人对入伙后合伙企业的债务也承担无限连带责任。退伙人对基于其退伙前的原因发生的合伙企业债务，承担无限连带责任。此外，合伙人之间相互高度信任，出资形式多样，有时很难确定各合伙人出资对应的价值和比例，所以，合伙人之间的道德约束显得极其重要。因此，合伙创业不仅需要正确认识企业的组织形式，更需要根据普通合伙人无限连带责任的规定牢固树立创业风险和法律责任意识，熟知作为市场主体的企业如何行使法律权利、履行法律义务。

本章作业

1. 单项选择题：P309
2. 多项选择题：P309
3. 案例分析题：

【案例 1】2017 年 2 月，甲、乙、丙、丁四人分别出资 4 万元、3 万元、1 万元、2 万元成立一合伙企业 A，从事贸易业务，合伙协议约定甲、乙对合伙企业债务承担无限连带责任，丙、丁对合伙债务承担有限责任，合伙协议未约定合伙期限。后甲、丙又与戊于 2018 年 1 月成立一普通合伙企业 B，同样从事贸易业务。

问题：在本案中，A 合伙企业的法律性质是什么？甲、丙的行为是否符合法律规定？

【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，并取得了自己的 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？

第四章 个人独资企业法

教学目标： 1. 了解个人独资企业的概念和特征；
2. 掌握个人独资企业的设立条件与程序；
3. 掌握个人独资企业事务的执行以及债务的清偿；
4. 了解个人独资企业的解散和清算；
5. **思政目标：** 通过个人独资企业法的学习，对学生进行创业规划教育，让学生理解个人对企业债务承担无限责任的创业风险；对学生进行创业法律责任教育，让学生深刻认识企业必须合法经营，保障职工的合法权益，保障职工的劳动安全，将个人独资企业锻造成为诚信守法、公平竞争的企业实体。

教学重点： 1. 个人独资企业的特征；
2. 个人独资企业的设立；
3. 个人独资企业事务的执行；
4. 个人独资企业债务的清偿。

教学难点： 1. 个人独资企业事务的执行；
2. 个人独资企业债务的清偿。

课时： 3

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 个人独资企业法概述
第二节 个人独资企业的设立
第三节 个人独资企业的投资人和事务管理
第四节 个人独资企业的解散和清算

教学过程：

【案例导入】

甲出资设立个人独资企业 A，从事服装批发业务。甲委托乙对企业进行经营管理，并签订委托经营管理协议，协议约定：乙从事标的额为 10 万元以上的业务，必须经过甲的批准。其后，乙在经营过程中与丙谈妥一单生意，标的额为 14 万元。乙准备向甲请示，但当时甲正在国外考察，无法取得联系。为了促成该笔业务，乙便与丙签订了合同。

此合同是否对 A 企业发生效力？

第一节 个人独资企业法概述

一、个人独资企业的概念

根据《个人独资企业法》第 2 条的规定，个人独资企业，是指依照个人独资企业法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人个人所有，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. 依法设立

任何企业都是依法设立的，个人独资企业依照《个人独资企业法》设立。

2. 出资人是单个自然人

个人独资企业的出资人只有一个，且必须是自然人。这区别于一人有限公司，虽然两者

的出资者都是一个，但是一人有限公司的股东可以是一个自然人股东，也可以是一个法人股东。

3. 企业的财产归自然人所有

个人独资企业的出资者自然人出资之后，企业的财产和个人的财产没有分离，企业的财产就是自然人个人的财产。

4. 非法人企业

个人独资企业与其出资者的财产不分离，故个人独资企业不具有独立的法人资格，是非法人企业，不能独立承担责任。

5. 出资人以其个人全部财产对个人独资企业承担无限连带责任

正是因为个人独资企业不具有独立的主体资格，故其产生的责任由出资者跟企业一起对外承担无限连带责任。

第二节 个人独资企业的设立

一、个人独资企业的设立原则

根据《个人独资企业法》的规定，个人独资企业的设立原则采用准则主义，即只要符合《个人独资企业法》规定的企业设立的条件，企业即可登记设立，无须经过相关部门的批准。但是同时在该法中强调对于从事法律、行政法规规定须报经有关部门审批的业务，采用核准主义，应当在申请设立登记时提交有关部门的批准文件。

二、个人独资企业的设立条件

根据《个人独资企业法》第8条的规定，设立个人独资企业应当具备下列条件：

1. 投资人为一个自然人

个人独资企业的投资人是一个自然人，该自然人必须符合以下规定：

- (1) 中华人民共和国国籍的自然人，不能是外国人，也不能是港澳台的自然人的自然人。
- (2) 非禁止从事营利性活动的人，法律、行政法规禁止从事营利性活动的人，不得作为投资人申请设立个人独资企业。
- (3) 必须是具有完全民事行为能力的自然人才能跟企业一起对外承担无限连带责任。
- (4) 必须拥有私人合法所有的财产。

2. 有合法的企业名称

个人独资企业的名称应当符合国家关于企业名称登记管理的有关规定，企业名称应与其责任形式及从事的企业相符合，其名称中不得使用“有限”“有限责任”或者“公司”字样。

3. 有投资人申报的出资

关于个人独资企业的投资人的出资额，《个人独资企业法》并未作限制。设立个人独资企业，投资人可以采用货币出资，也可以采用实物、土地使用权、知识产权或者其他财产权利出资。

4. 有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件

生产经营场所包括企业的住所和与生产经营相适应的处所。住所是企业的主要办事机构所在地，也是确定法院诉讼管辖的依据。

5. 有必要的从业人员

一定的从业人员是保证企业生产经营活动的基础，个人独资企业应当依法招用职工。个人独资企业招用职工的，应当依法与职工签订劳动合同，保障职工的劳动安全，按时、足额发放职工工资。

【随堂演练】

下列选项中，不能作为个人独资企业出资方式的是（ ）。

- A. 货币
- B. 厂房
- C. 劳务
- D. 商标权

三、个人独资企业的设立程序

1. 提出申请

申请设立个人独资企业,应当由投资人或者其委托的代理人向个人独资企业所在地的登记机关提交设立申请书、投资人身份证明、生产经营场所使用证明等文件。委托代理人申请设立登记时,应当出具投资人的委托书和代理人的合法证明。

2. 工商登记

登记机关应当在收到设立申请文件之日起 15 日内,对符合《个人独资企业法》规定条件的,予以登记,发给营业执照;对不符合个人独资企业法规定条件的,不予登记,并应当给予书面答复,说明理由。

个人独资企业的营业执照的签发日期,为个人独资企业成立日期,在领取个人独资企业营业执照前,投资人不得以个人独资企业名义从事经营活动。

3. 个人独资企业分支机构的设立

个人独资企业设立分支机构,应当由投资人或者其委托的代理人向分支机构所在地的登记机关申请登记,领取营业执照。

分支机构经核准登记后,应将登记情况报该分支机构隶属的个人独资企业的登记机关备案。分支机构的民事责任由设立该分支机构的个人独资企业承担。

【思考题】

比较个人独资企业与个体工商户的区别。

第三节 个人独资企业的投资人和事务管理

一、个人独资企业投资人的权利和责任

个人独资企业投资人对本企业的财产依法享有所有权,其有关权利可以依法进行转让和继承。也就是个人独资企业并不是独立的财产所有权主体,个人独资企业的财产与投资人的个人财产并没有明确的界限。也正因此个人独资企业只缴个人所得税,而不缴企业所得税。个人独资企业的债务由投资人承担无限责任,即个人独资企业对其债务,应当先以企业财产进行清偿;企业财产不足以清偿债务的,投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。若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出资的,应当依法以其家庭共有财产对企业债务承担无限责任。

二、个人独资企业的事务管理

个人独资企业的事务管理是控制和协调个人独资企业生产经营活动的行为,包括企业的生产经营管理以及企业对内、对外事务的处理。

(一) 管理方式

《个人独资企业法》第 19 条规定,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。

投资人委托或者聘用他人管理个人独资企业事务,应当与受托人或者被聘用的人签订书面合同,明确委托的具体内容和授予的权利范围。

受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务,按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。

投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制,不得对抗善意第三人。善意第三人是指

不知情的第三人。善意第三人不知道受托人或者被聘用的人员违反委托合同规定的权限而与其发生交易时，投资人不得以委托权利的限制对抗该善意第三人。

（二）受托人或者被聘用的人员的主要职责

受托人或者被聘用的人员应当履行诚信、勤勉义务，以诚实守信的态度对待投资人、对待企业，尽其所能依法保障企业利益，按照与投资人签订的合同负责个人独资企业的事务管理。但是，要使受托人或者被聘用的人员在管理个人独资企业的过程中真正履行诚信、勤勉人或者被聘用人员的行为规则。《个人独资企业法》第 20 条对这些人员的行为作出禁止性规定，规定他们不得有下列行为：（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账户储存；（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。

第四节 个人独资企业的解散和清算

一、个人独资企业的解散

个人独资企业的解散是指个人独资企业终止活动使其民事主体资格消灭的法律行为。

根据《个人独资企业法》第 26 条的规定，个人独资企业有下列情形之一的，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. 确定清算人、通知债权人

《个人独资企业法》第 27 条规定，个人独资企业解散，由投资人自行清算或者由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 15 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 30 日内，未接到通知的应当在公告之日起 60 日内，向投资人申报其债权。

2. 财产清偿顺序

《个人独资企业法》第 29 条规定，个人独资企业解散的，财产应当按照下列顺序清偿：

（1）所欠职工工资和社会保险费用；（2）所欠税款；（3）其他债务。

个人独资企业财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。清算期间，个人独资企业不得开展与清算目的无关的经营活动。在按前述财产清偿顺序清偿债务前，投资人不得转移、隐匿财产。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 5 年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

3. 注销登记

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，并于清算结束之日起 15 日内向原登记机关申请注销登记。

思政专栏

个人独资企业因其资金筹措快捷，出资形式灵活，内部结构简单，管理形式便利，为广大创业者采用，但由于个人独资企业不具有独立的主体资格，其产生的责任由出资者跟企业一起对外承担无限连带责任，因此需要深刻理解个人对企业债务承担无限责任的创业风险，即出资人以其个人全部财产对个人独资企业承担无限责任。个人独资企业必须合法经营，保

障职工的合法权益，保障职工的劳动安全，清算中投资人不得隐匿或转移财产、逃避债务，损害债权人或者其他利益，投资人应当将个人独资企业等小微企业锻造成为一个诚信守法、公平竞争的企业实体。

本章作业

1. 单项选择题：P310
2. 多项选择题：P310
3. 案例分析题：

【案例 1】甲设立了一家个人独资企业并聘请乙负责管理企业的事务。后来，企业急需资金，乙擅自将企业的商标转让给丙企业使用，甲得知后坚决反对。丙企业在得知甲反对后，仍然继续使用该企业的商标。

试分析乙与丙之间签订的转让合同是否有效，为什么？

【案例 2】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？

第五章 企业破产法

教学目标： 1. 了解破产的原因、破产案件的申请和受理；
2. 了解债权人会议的组成和召开；
3. 理解债权的申报和债权人会议的职权；
4. 掌握和解程序和重整程序；
5. 掌握破产财产的确定和破产财产的变价和分配；
6. 了解破产程序的终结；
7. **思政目标：** 通过企业破产法的学习，对学生进行创业失败的风险教育，教育学生在人生遇到困境时要有责任担当和勇气；通过公平原则的学习，引导学生以社会正义、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。

教学重点： 1. 债权的申报；
2. 债权人会议的组成和召开；
3. 债权人会议的职权；
4. 破产财产的确定和破产财产的变价和分配。

教学难点： 1. 债权人会议的职权；
2. 破产财产的确定和破产财产的变价和分配。

课 时： 3

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 企业破产法概述
第二节 破产案件的申请和受理
第三节 管理人制度和债权人会议
第四节 重整与和解
第五节 破产的宣告与清算

教学过程：

【案例导入】

G市煤炭（集团）是有限责任公司。2018年5月，该公司因为经营不善，不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务，于是该公司向法院申请破产。经查，企业尚存以下资产：（1）流动资金70万元；（2）自有设备，折价120万元；（3）租借的设备，计价18万元；（4）厂房估价90万元，已经抵押给一个债权人。

根据上述案情，请回答下列问题：

- （1）该公司能否申请破产？为什么？
- （2）该公司租借的设备如何处理？为什么？
- （3）该公司已经抵押的厂房如何处理？为什么？
- （4）该案中的破产财产包括哪些？

第一节 企业破产法概述

一、企业破产和企业破产法的概念

企业破产是指债务人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，由债务人或者债权人向人民法院提出申请，法院作出破产宣告，强制执行

债务人的全部财产，公平清偿所有债权人的法律制度。

《破产法》是指企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的情况下，法院强制执行债务人的全部财产，公平清偿所有债权人的法律规范的总称。

二、破产的原因

破产原因又称“破产界限”，是指法院据以宣告债务人破产的法律标准。根据《破产法》第2条，企业法人不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力的，依照《破产法》的规定清理债务。企业法人有上述规定情形，或者有明显丧失清偿能力可能的，可以依照《破产法》的规定进行重整。

【随堂演练】

依照我国《企业破产法》的规定，在何种条件下，债权人能够申请宣告债务人破产（ ）。

- A. 债务人资不抵债
- B. 债务人信誉下降
- C. 债务人不能清偿到期债务
- D. 债务人拒绝清偿到期债务

三、破产案件的管辖

根据《破产法》第3条，破产案件由债务人住所地人民法院管辖。也就是说，有权管辖破产案件的只能是人民法院，其他任何组织和部门都无权管辖破产案件。债务人住所地是指债务人的主要办事机构所在地，债务人主要办事机构所在地不明确的，由其注册地人民法院管辖。

第二节 破产案件的申请和受理

达到破产原因的企业，可以由债务人或债权人或清算人申请破产，符合条件的，人民法院受理破产案件，启动破产程序。

一、破产案件的申请

《破产法》第7条规定：“债务人有本法第2条规定的情形，可以向人民法院提出重整、和解或者破产清算申请。

“债务人不能清偿到期债务，债权人可以向人民法院提出对债务人进行重整或者破产清算的申请。

“企业法人已解散但未清算或者未清算完毕，资产不足以清偿债务的，依法负有清算责任的人应当向人民法院申请破产清算。”

根据该条，能提出破产申请的主体有三个：债务人、债权人以及依法负有清算责任的人。

向人民法院提出破产申请，应当提交破产申请书和有关证据。破产申请书应当载明下列事项：（1）申请人、被申请人的基本情况；（2）申请目的；（3）申请的事实和理由；（4）人民法院认为应当载明的其他事项。

债务人提出申请的，还应当向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告、职工安置预案以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况。

二、破产案件的受理

（一）破产案件的受理程序

根据《破产法》第10~12条的规定。债权人提出破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起5日内通知债务人。债务人对申请有异议的，应当自收到人民法院的通知之日起7日内向人民法院提出。人民法院应当自异议期满之日起10日内裁定是否受理。

债务人提出破产申请的，人民法院应当自收到破产申请之日起15日内裁定是否受理。

不论是债务人还是债权人提出的破产申请，有特殊情况需要延长裁定受理期限的，经上一级人民法院批准，可以延长 15 日。

人民法院受理破产申请的，应当自裁定作出之日起 5 日内送达申请人。人民法院裁定不予受理破产申请的，应当自裁定作出之日起 5 日内送达申请人并说明理由。申请人对裁定不服的，可以自裁定送达之日起 10 日内向上一级人民法院提起上诉。

（二）破产案件受理的法律效果

1. 指定管理人

人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。管理人，是人民法院依法受理破产案件的同时指定的全面接管破产企业并负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配的人。

2. 通知债权人

人民法院应当自裁定受理破产申请之日起 25 日内通知已知债权人，并予以公告。债权人收到人民法院的通知或看到公告后可以向人民法院申报其对债务人的债权。

3. 约束债务人

（1）自人民法院受理破产申请的裁定送达债务人之日起至破产程序终结之日，债务人的有关人员承担下列义务：①妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料；②根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问；③列席债权人会议并如实回答债权人的询问；④未经人民法院许可，不得离开住所地；⑤不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。

前述所称有关人员，是指企业的法定代表人；经人民法院决定，可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。

（2）人民法院受理破产申请后，债务人对个别债权人的债务清偿无效。如果人民法院在受理破产申请后，仍然允许债务人对个别债权人的债权进行清偿，就会造成个别债权人与其他债权人实际受偿的不平等，使得个别债权人能够全部或大部分得到清偿，而其他债权人的债权则不能得到清偿或者得到较少的清偿，这样就会在债务人的债权人之间形成不公平的待遇。所以为了保障所有的债权人的利益，《破产法》规定，人民法院受理破产申请后，债务人不得对个别债权人的债务私自清偿。

【随堂演练】

人民法院受理破产申请的，应当自（ ）作出之日起 5 日内送达申请人。

- A. 裁定
- B. 判决
- C. 决定
- D. 审定

第三节 管理人制度和债权人会议

管理人即破产管理人，是人民法院依法受理破产案件的同时指定的全面接管破产企业并负责破产财产的保管、清理、估价、处理和分配的人。债权人会议是由申报债权的全体债权人组成，参与破产程序，以维护债权人共同利益为目的的机构。

一、管理人制度

（一）管理人的产生

根据《破产法》第 22 条和第 24 条的规定，管理人由人民法院指定。管理人可以由有关部门、机构的人员组成的清算组或者依法设立的律师事务所、会计师事务所、破产清算事务所等社会中介机构担任。人民法院根据债务人的实际情况，可以在征询有关社会中介机构的

意见后，指定该机构具备相关专业知识和取得执业资格的人员担任管理人。

（二）管理人的更换

债权人会议认为管理人不能依法、公正执行职务或者有其他不能胜任职务情形的，可以申请人民法院予以更换。

（三）管理人的报酬

管理人的报酬由人民法院确定。债权人会议对管理人的报酬有异议的，有权向人民法院提出。管理人的报酬属于破产费用的范畴，可以从债务人的财产中优先支付。

（四）管理人的职责

管理人依照《破产法》的规定执行职务，向人民法院报告工作，并接受债权人会议和债权人委员会的监督。管理人应当列席债权人会议，向债权人会议报告职务执行情况，并回答询问。管理人履行下列职责：（1）接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；（2）调查债务人财产状况，制作财产状况报告；（3）决定债务人的内部管理事务；（4）决定债务人的日常开支和其他必要开支；（5）在第一次债权人会议召开之前，决定继续或者停止债务人的营业；（6）管理和处分债务人的财产；（7）代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序；（8）提议召开债权人会议；（9）人民法院认为管理人应当履行的其他职责。

【随堂演练】

千叶公司因不能清偿到期债务，被债权人百草公司申请破产，法院指定甲律师事务所为管理人。下列哪一选项是错误的？（ ）

- A. 甲律师事务所租赁百草公司酒店用作管理人办公室的行为不违反破产法的规定
- B. 甲律师事务所所有权处分千叶公司的财产
- C. 甲律师事务所所有权因担任管理人而获得报酬
- D. 如甲律师事务所不能胜任职务，债权人会议有权罢免其管理人资格

二、债权人会议

（一）债权人会议的组成

依法申报债权的债权人为债权人会议的成员，有权参加债权人会议，享有表决权。这些债权人包括有财产担保的债权人、无财产担保的债权人和保证人等。

（二）债权人会议的召开

第一次债权人会议由人民法院召集，自债权申报期限届满之日起 15 日内召开。以后的债权人会议，在人民法院认为必要时，或者管理人、债权人委员会、占债权总额 1 / 4 以上的债权人向债权人会议主席提议时召开。召开债权人会议，管理人应当提前 15 日通知已知的债权人。

（三）债权人会议的职权

根据《破产法》第 61 条的规定，债权人会议行使下列职权：（1）核查债权；（2）申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；（3）监督管理人；（4）选任和更换债权人委员会成员；（5）决定继续或者停止债务人的营业；（6）通过重整计划；（7）通过和解协议；（8）通过债务人财产的管理方案；（9）通过破产财产的变价方案；（10）通过破产财产的分配方案；（11）人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。

第四节 重整与和解

为了防止企业破产，挽救能够通过恢复经营能力实现债务清偿的企业，对于符合破产条件的企业，不直接宣告其破产，而是设定了重整制度。同时对于具备破产原因的债务人，为避免破产清算，允许债务人与债权人在互谅互让的基础上就债务的清偿达成协议，经法院认可后生效的和解制度。

一、重整

（一）重整的申请

重整，是对已有破产原因，但仍有再生希望的企业所进行的旨在挽救的程序，即不对无偿付能力债务人的财产进行立即清算，而是在法院的主持下由债务人与债权人达成协议，制定重组计划，规定在一定期限内债务人按一定的方式全部或部分清偿债务，同时债务人可以继续经营其业务的制度。

根据《破产法》第70~71条的规定，债务人或者债权人可以向人民法院提出重整申请。人民法院经审查认为重整申请符合本法规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。

（二）重整计划的制定

债务人或者管理人应当自人民法院裁定债务人重整之日起6个月内，同时向人民法院和债权人会议提交重整计划草案。经债务人或者管理人请求，有正当理由的，人民法院可以裁定延期3个月。

债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

（三）重整程序的终止

在重整期间，有下列情形之一的，经管理人或者利害关系人请求，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产：

- （1）债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性；
- （2）债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为；
- （3）由于债务人的行为致使管理人无法执行职务。

二、和解

（一）和解的提出

和解是指具备破产原因的债务人，为避免破产清算，与债权人在互谅互让的基础上就债务的清偿达成协议，经法院认可后生效的法律程序。和解债权人是指人民法院受理破产申请时对债务人享有无财产担保债权的人。

根据《破产法》第95~96条的规定，债务人可以依照《破产法》的规定，直接向人民法院申请和解；也可以在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，向人民法院申请和解。债务人申请和解，应当提出和解协议草案。

人民法院经审查认为和解申请符合《破产法》规定的，应当裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论和解协议草案。

（二）和解协议的通过

债权人会议通过和解协议的决议，由出席会议的有表决权的债权人过半数同意，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的2/3以上。

债权人会议通过和解协议的，由人民法院裁定认可，终止和解程序，并予以公告。

和解协议草案经债权人会议表决未获得通过，或者已经债权人会议通过的和解协议未获得人民法院认可的，人民法院应当裁定终止和解程序，并宣告债务人破产。

（三）和解协议的执行

经人民法院裁定认可的和解协议，对债务人和全体和解债权人均有约束力。债务人应当按照和解协议规定的条件清偿债务。

（四）和解终止

因债务人的欺诈或者其他违法行为而成立的和解协议，人民法院应当裁定无效，并宣告债务人破产。债务人不能执行或者不执行和解协议的，人民法院经和解债权人请求，应当裁定终止和解协议的执行，并宣告债务人破产。人民法院受理破产申请后，债务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的，可以请求人民法院裁定认可，并终结破产程序。

按照和解协议减免的债务，自和解协议执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任。

【随堂演练】

关于破产清算、重整与和解的表述，下列哪些选项是正确的？（ ）

- A. 债务人一旦被宣告破产，则不可能再进入重整或者和解程序
- B. 破产案件受理后，只有债务人才能提出和解申请
- C. 即使债务人未出现现实的资不抵债情形，也可申请重整程序
- D. 重整是破产案件的必经程序

第五节 破产的宣告与清算

破产宣告是法院对债务人具备破产原因的事实作出具有法律效力的认定。破产宣告后，要对企业的财产进行清算和分配。

一、破产宣告

破产宣告是指法院依当事人的申请或依职权裁定宣布债务人破产以清偿债务的活动。人民法院依法宣告债务人破产的，应当自裁定作出之日起5日内送达债务人和管理人，自裁定作出之日起10日内通知已知债权人，并予以公告。

根据《破产法》第108条的规定，破产宣告前，有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结破产程序，并予以公告：（1）第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务的；（2）债务人已清偿全部到期债务的。

二、破产财产

破产财产，是指在破产宣告后，可以依法对债权人的债权进行清偿的破产企业的财产。根据《破产法》第30条的规定，破产申请受理时属于债务人的全部财产以及破产申请受理后至破产程序终结前债务人取得的财产，为债务人财产。

人民法院受理破产申请前1年内，涉及债务人财产的下列行为，管理人有权请求人民法院予以撤销：（1）无偿转让财产的；（2）以明显不合理的价格进行交易的；（3）对没有财产担保的债务提供财产担保的；（4）对未到期的债务提前清偿的；（5）放弃债权的。

人民法院受理破产申请前6个月内，债务人有破产原因时，仍对个别债权人进行清偿的，管理人有权请求人民法院予以撤销。但是，个别清偿使债务人财产受益的除外。

此外，涉及债务人财产的下列行为无效：（1）为逃避债务而隐匿、转移财产的；（2）虚构债务或者承认不真实的债务的。因前述行为而取得债务人财产的，管理人有权追回。

三、取回权

所谓取回权，是指当破产清算组接管破产企业移交的财产时，对于不属于破产企业的那部分财产，其所有人有权从破产管理人处取回。根据《破产法》第38条的规定，人民法院受理破产申请后，债务人占有的不属于债务人的财产，该财产的权利人可以通过管理人取回。但是，本法另有规定的除外。

四、别除权

所谓别除权，是指债权人因债有设定担保而就债务人特定财产在破产程序中享有的单独、优先受偿权利。此项权利在破产法理论上即称之为别除权。《破产法》第109条规定：“对破产人的特定财产享有担保权的权利人，对该特定财产享有优先受偿的权利。”享有别除权权利的债权人行使优先受偿权利未能完全受偿的，其未受偿的债权作为普通债权；别除权人放弃优先受偿权利的，其债权作为普通债权。

五、破产财产的变价和分配

（一）破产财产的变价

根据《破产法》第111条和第112条的规定，破产财产的分配以货币分配为基本方式。

所以，在破产宣告后，管理人应当及时拟订破产财产变价方案，提交债权人会议讨论。管理人应当按照债权人会议通过的或者人民法院依法裁定的破产财产变价方案，适时变价出售破产财产。

变价出售破产财产应当通过拍卖方式进行，但是债权人会议另有决议的除外。破产企业可以全部或者部分变价出售。企业变价出售时，可以将其中的无形资产和其他财产单独变价出售。按照国家规定不能拍卖或者限制转让的财产，应当按照国家规定的方式处理。

（二）破产财产的分配

根据《破产法》第 113 条的规定，破产财产在优先清偿破产费用和共益债务后，依照下列顺序清偿：（1）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；（2）破产人欠缴的除前项规定以外的社会保险费用和破产人所欠税款；（3）普通破产债权。

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。

所谓破产费用，是指人民法院受理破产申请后，根据《破产法》第 41 条发生的下列费用：（1）破产案件的诉讼费用；（2）管理、变价和分配债务人财产的费用；（3）管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用。所谓共益债务，是指人民法院受理破产申请后，根据《破产法》第 42 条发生的下列债务：（1）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同所产生的债务；（2）债务人财产受无因管理所产生的债务；（3）因债务人不当得利所产生的债务；（4）为债务人继续营业而应支付的劳动报酬和社会保险费用以及由此产生的其他债务；（5）管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；（6）债务人财产致人损害所产生的债务。

【随堂演练】

破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照（ ）分配。

- A. 比例
- B. 申报先后顺序
- C. 人民法院的裁定
- D. 债权人协商结果

六、破产程序的终结

破产程序终结的情形主要有四种：（1）因和解、重整程序顺利完成而终结；（2）因债务人破产原因的消灭而终结；（3）因债务人的破产财产不足以支付破产费用而终结；（4）因破产财产分配完毕而终结。

破产人无财产可供分配的，管理人应当请求人民法院裁定终结破产程序。人民法院应当自收到管理人终结破产程序的请求之日起 15 日内作出是否终结破产程序的裁定。裁定终结的，应当予以公告。管理人应当自破产程序终结之日起 10 日内，持人民法院终结破产程序的裁定，向破产人的原登记机关办理注销登记。

七、法律责任

《破产法》对造成企业破产以及违反企业破产法律规定的行为规定了具体的法律责任，具体包括：

（1）企业董事、监事或者高级管理人员违反忠实义务、勤勉义务，致使所在企业破产的，依法承担民事责任。有上述规定情形的人员，自破产程序终结之日起 3 年内不得担任任何企业的董事、监事、高级管理人员。

（2）有义务列席债权人会议的债务人的有关人员，经人民法院传唤，无正当理由拒不列席债权人会议的，人民法院可以拘传，并依法处以罚款。债务人的有关人员违反本法规定，拒不陈述、回答，或者作虚假陈述、回答的，人民法院可以依法处以罚款。

(3) 债务人违反本法规定，拒不向人民法院提交或者提交不真实的财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付情况和社会保险费用的缴纳情况的，人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。债务人违反本法规定，拒不向管理人移交财产、印章和账簿、文书等资料的，或者伪造、销毁有关财产证据材料而使财产状况不明的，人民法院可以对直接责任人员依法处以罚款。

(4) 债务人违反规定处理债务人的财产，损害债权人利益的，债务人的法定代表人和其他直接责任人员依法承担赔偿责任。

(5) 债务人的有关人员违反规定，擅自离开住所地的，人民法院可以予以训诫、拘留，可以依法并处罚款。

(6) 管理人未按照规定勤勉尽责，忠实执行职务的，人民法院可以依法处以罚款；给债权人、债务人或者第三人造成损失的，依法承担赔偿责任。

(7) 违反本法规定，构成犯罪的，依法追究刑事责任。

思政专栏

破产法的直接调整作用是通过其特有的调整手段，保障债务关系在债务人丧失清偿能力时的最终公平、有序实现，通过重整与和解制度避免具有挽救希望与价值的债务人企业破产，维护债权人与债务人的合法权益，完善企业市场退出机制，维护社会利益与正常社会经济秩序，它既可以实现对债务人企业债权、债务和资产的概括性解决、让经营主体彻底退出市场，又可以通过重整、和解等手段，让企业获得喘息甚至得以重生。同理，我们在创业失败以及人生遇到困境时也要有责任担当和勇气，要有不逃避责任、永不言败、涅槃重生的勇气、信念和行动。

公平是社会主义核心价值观，是法所追求的基本价值之一。破产法的宗旨是公平清理债权债务，保护债权人和债务人的合法权益，维护社会主义市场经济秩序。公平既是审理企业破产案件工作应当实现的最重要的价值目标，也是审理企业破产案件所应当坚持的基本原则。公平原则要求在实体上对不同性质的债权人依法做到区别对待，形成破产财产先后分配受偿顺序，严格落实破产费用、别除权、取回权、劳动者工资与其他费用、国家税款、抵销权、普通债权的顺位，体现实体法的立法精神和原则。对债务人而言，公平原则要求在保障债权人公平受偿的前提下，兼顾对债务人合法权益以及企业再生能力的维护，包括债务人的破产申请权、和解权、重整权等程序权利和实体权利。此外，还应当注意对破产程序关系人合法权益的保护，诸如对中介机构、清算组成员等特殊破产机构或人员的权限和报酬予以合理地保护。总之，公平原则是审理企业破产案件中处理各种法律关系主体合法权益的基本理念和制度，也是社会社会主义核心价值观在审理破产案件中的具体体现。

本章作业

1. 单项选择题：P311

2. 多项选择题：P312

3. 案例分析题：

【案例】2017年7月1日，人民法院裁定受理债务人甲公司的破产申请，并指定某律师事务所担任破产管理人，管理人接管甲公司后，发现以下事实：

(1) 甲公司欠A企业100万元的货款。2016年6月1日，应债权人A企业的要求，甲公司以自己100万元的设备设定抵押。

(2) 2016年12月1日，甲公司主动放弃对B企业200万元的债权。

(3) 2017年4月1日,甲公司已经不能清偿数个债权人的到期债权,并且其财产不足以清偿全部债务,但甲公司仍向债权人C企业清偿了300万元的货款。

(4) 2016年3月1日,甲公司为逃避债务在D企业隐匿了120万元的财产,被管理人发现。

(5) 甲公司一直拖欠E企业250万元的货款。2017年6月20日,E企业得知甲公司已经申请破产的事实后,迅速与甲公司签订了200万元的买卖合同。甲公司发货后,E企业未按照合同约定支付货款。

(6) 甲公司的股东F企业未按照公司章程的规定足额缴纳出资,对其出资不足的60万元,管理人要求F企业补足时,F企业以超过了出资期限为由表示拒绝。

(7) 2013年4月1日,甲公司的董事王某将甲公司20万元的财产据为己有,被管理人发现。

要求:根据破产法律制度的规定,分别回答下列问题:

(1) 根据本题要点(1)所提示的内容,管理人能否申请人民法院撤销该抵押?说明理由。

(2) 根据本题要点(2)所提示的内容,对甲公司主动放弃债权的行为,管理人能否申请人民法院予以撤销?说明理由。

(3) 根据本题要点(3)所提示的内容,对甲公司向债权人C企业的清偿行为,管理人能否申请人民法院予以撤销?说明理由。

(4) 根据本题要点(4)所提示的内容,对甲公司隐匿财产的行为,管理人是否有权予以追回?说明理由。

(5) 根据本题要点(5)所提示的内容,E企业能否向管理人主张抵销权?说明理由。

(6) 根据本题要点(6)所提示的内容,F企业的主张是否符合法律规定?说明理由。

(7) 根据本题要点(7)所提示的内容,对王某的行为,管理人应如何处理?说明理由。

第六章 合同法

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，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. 要约邀请与要约的区别；
2. 承诺与反要约；
3. 不安抗辩权的行使。

课 时： 9

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 合同法概述
第二节 合同的订立
第三节 合同的效力
第四节 合同的履行
第五节 合同的变更和转让
第六节 合同的权利义务终止
第七节 违约责任

教学过程：

【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。

第一节 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；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。

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

有偿合同，是指当事人双方任何一方在享受权利的同时负有以一定对等价值的给付义务的合同，如买卖合同。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，如赠与合同。

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

单务合同，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，如赠与合同和无偿保管合同。双务合同，指当事人双方都享有权利和承担义务的合同，现实生活中的合同大多数为双务合同，如买卖、互易、租赁、承揽等。

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

要式合同，是指法律要求必须具备一定的形式和手续的合同。不要式合同，是指法律不要求必须具备一定形式和手续的合同。

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

有名合同，是指法律上或者经济生活习惯上按其类型已确定了一定名称的合同，又称典型合同。如我国《民法典》所规定的 19 类合同，都属于有名合同。无名合同，是指有名合同以外的、尚未统一确定一定名称的合同。

5. 主合同和从合同。根据合同间是否有主从关系，可将合同分为主合同与从合同。

主合同，是指不需要其他合同的存在即可独立存在的合同。从合同，必须以他种合同的存在为前提，自身不能独立存在的合同，如随借款合同而设立的抵押、质押担保合同。

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

诺成合同，是指当事人意思表示一致即告成立且生效的合同。实践合同，是指除当事人意思表示一致外，须以实际交付标的物才能生效的合同。

三、合同法律制度的原则

合同的订立是当事人之间产生权力义务的基础，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；（2）合同中的权利义务对等；（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。

（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》

第二节 合同的订立

一、合同订立方式

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

（一）要约

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

1. 要约的构成要件

（1）要约必须是特定人的意思表示

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

（2）要约必须具有订立合同的意图

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

（3）要约必须向要约人希望与之缔结合同的受要约人发出

要约必须向特定人发出，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。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。

(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。

(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。

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

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。

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。

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。口头承诺，要约人了解时即发生效力。非口头承诺生效的时间应以承诺的通知到达要约人时为准。

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。《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。《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。《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。《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。《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

合同条款是确定合同当事人权利和义务的根据，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。

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

《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

第三节 合同的效力

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

一、有效合同

所谓有效合同，是指依照法律的规定成立并在当事人之间产生法律约束力的合同。根据《民法典》第 143 条规定，合同有效的条件应当具备以下三个条件。

（一）行为人具有相应的民事行为能力

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

（二）意思表示真实

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

（三）不违反法律、行政法规的强制性规定，不违背公序良俗

《民法典》第8条规定：“民事主体从事民事活动，不得违反法律，不得违背公序良俗。”守法和公序良俗原则要求自然人、法人和非法人组织在从事民事活动时，不得违反各种法律的强制性规定，不得违背公共秩序和善良风俗，物权的取得和行使，应当遵守法律，尊重社会公德，不得损害公共利益和他人合法权益。

二、无效合同

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

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

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

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

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

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

三、效力待定合同

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

（一）无权代理人实施的民事法律行为而订立的合同

行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，未经被代理人追认的，对被代理人不发生效力。相对人可以催告被代理人在一个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。被代理人已经开始履行民事法律行为中设定的义务的，视为对民事法律行为的追认。相对人知道或者应当知道行为人无权代理的，相对人和行为人按照各自的过错承担责任。

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

（二）限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为而订立的合同

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

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

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

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

四、可撤销合同

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

（一）可撤销合同的撤销情形

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

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。

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。

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。

（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

第四节 合同的履行

一、合同履行及履行原则

（一）合同履行的含义

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

（二）合同履行原则

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

1. 全面履行原则

全面履行原则，又称之为适当履行原则或正确履行原则，它是指合同的当事人在适当的时间，适当的地点，以适当的方式，按照合同中约定的数量和质量，履行合同中约定的义务。

《民法典》第 509 条第一款规定：“当事人应当按照约定全面履行自己的义务。”

2. 诚信原则

《民法典》第 509 条第二款规定：“当事人应当遵循诚信原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”此规定可以理解为在合同履行问题上将诚实信用作为基本原则的确认。当事人应当根据诚信的原则，履行合同约定之外的附随义务。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的要求。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原因。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

第五节 合同的变更和转让

一、合同的变更

（一）合同变更的概念及原则

1. 合同变更的概念

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

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。

合同变更必须是不改变合同同一性的非要素变更，否则就属于合同更改而非合同变更。一般而言，合同标的物种类的更换、履行条件的变化、价款的增减、期限的提前或延长等变化都属于合同变更。

3. 合同变更本身明确且有效

由于协议变更遵循意思自治的原则，与新合同的成立和生效规则相同，合同变更首先应当具备明确性要求，其次，应当满足相应的生效要件。

（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

第六节 合同的权利义务终止

一、合同终止概述

(一) 合同终止的概念和效力

1. 合同终止的概念

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

合同履行的终止是指当事人因该合同所产生的权利与义务归于消灭，并面向将来消灭合同履行的效力。合同履行的终止并不消灭当事人因此所应承担的返还财产、赔偿损失等责任。合同关系的消灭是指当事人因该合同所产生的一切权利义务关系完全不复存在，当事人不再履行合同义务，由合同引起的债权债务关系全部归于消灭。

2. 合同终止的效力

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

(二) 合同权利义务终止原因

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

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）债务已经履行；（二）债务相互抵销；（三）债务人依法将标的物提存；（四）债权人免除债务；（五）债权债务同归于一人；（六）法律规定或者当事人约定终止的其他情形。合同解除的，该合同的权利义务关系终止。

(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，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

第七节 违约责任

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

一、违约责任基本原则

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

（一）违约责任是违反合同义务的民事责任

违约责任，首先要求合同义务的有效存在，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。具体包括：

（一）继续履行

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。承担违约赔偿损失责任的构成要件包括:(1)有违约行为;(2)违约行为造成了对方的损失;(3)违约行为与对方损失之间有因果关系;(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。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当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，当然定金交付的时间由双方当事人约定。当事人订立定金合同后，不履行交付定金的约定，不承担违约责任。

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

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。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。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。《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。公序良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

价值观在商事合同中的具体体现。

本章作业

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？

第七章 劳动合同法

教学目标： 1. 熟悉劳动合同的订立和内容；
2. 了解劳动合同的履行和变更；
3. 掌握劳动合同解除的情形；
4. 熟悉劳动争议的处理程序和方法；
5. 了解违反劳动合同法的法律责任；
6. **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. 服务期条款；
2. 保守商业秘密与竞业限制条款。

课时： 6

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 劳动合同法概述
第二节 劳动合同的订立
第三节 劳动合同的履行和变更
第四节 劳动合同的解除与终止
第五节 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？

第一节 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。

(1) 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。

(2) 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。

(3) 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

第二节 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；（4）工作内容和工作地点；（5）工作时间和休息休假；（6）劳动报酬；（7）社会保险；（8）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（9）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

（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

第三节 劳动合同的履行和变更

一、劳动合同的履行

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

第四节 劳动合同的解除与终止

一、劳动合同的解除

(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。

人单位应当依照法律规定支付赔偿金。

第五节 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；二是损害事实；三是损害事实与违法或者违约行为之间的因果关系。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。

本章作业

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？

第八章 反不正当竞争法

教学目标： 1. 了解不正当竞争及反不正当竞争法的概念；
2. 掌握不正当竞争行为的种类及其规制；
3. 了解违反反不正当竞争法的法律责任；
4. **思政目标：** 通过反不正当竞争法的学习，结合典型案例的分析，加强对
学生遵纪守法、恪守商业道德的教育，积极引导树立正确的是非观
念，做一名有法治精神的公民。

教学重点： 1. 混淆行为；
2. 商业贿赂行为；
3. 侵犯商业秘密行为；
4. 不正当的有奖销售行为；
5. 诽谤商誉行为。

教学难点： 1. 混淆行为；
2. 侵犯商业秘密行为。

课 时： 3

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 反不正当竞争法概述
第二节 不正当竞争行为
第三节 违反反不正当竞争法的法律责任

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：

本案涉及的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？

第一节 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。

依照国家有关法律、法规的规定，这里的法人包括企业法和实行企业化经营，依法具有从事经营活动资格的事业单位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。

第二节 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；诋谤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；（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；（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；（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；（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；（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的规定。

《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（体现为市场价格平均值）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。需要注意的是，虽然多数情况下，经营者是自己实施对竞争对手的商业诽谤行为，但在有些情况下，经营者也可能不是自己实施此种行为，而是利用他人实施此种行为。

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。

第三节 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。

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。”

本章作业

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机密。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》中所指的侵犯商业机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：什么是商业机密？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？

第九章 消费者权益保护法

教学目标： 1. 了解消费者权益保护法的概念、特点和调整对象；
2. 掌握消费者享有的权利和经营者应承担的义务；
3. 熟悉违反消费者权益保护法的民事责任承担；
4. **思政目标：** 从消费者安全权、知情权、公平交易权的法律保护，延伸到以人民为中心的发展思想；通过以人民为中心的发展思想的学习，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。

教学重点： 1. 消费者的权利；
2. 经营者的义务；
3. 消费者权益争议的解决。

教学难点： 1. 对消费者承担损害赔偿责任的主体的确定；
2. 消费者合法权益保护存在哪些难点以及解决出路。

课 时： 3

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 消费者权益保护法概述
第二节 消费者的权利和经营者的义务
第三节 消费者权益的保护

教学过程：

【案例导入】

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，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，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？

第一节 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。”

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《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）。《消费者权益保护法》主要是为维护消费者日常生活中购买、使用商品或者接受服务时提供法律保障。经营者应当遵守《消费者权益保护法》，保证所销售的商品或提供的服务符合《消费者权益保护法》的规定。《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？

第二节 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》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，它又包括消费者的生命安全和消费者的健康安全权；二是财产安全权，即消费者的财产不受损失的权利。

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。

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。”

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；（2）交易的结果可以达到消费者预期的目的；（3）公平交易是交易双方协作完成的。

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。还有在消费者协会指导下开展维权活动的基层组织，他们的数量很大，不需要政府资助，全凭义务工作者或者是居委会、家委会的工作人员承担日常的工作。

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。”对个人信息的保护在本法 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。”

消费者权益保护法是为了消费者利益而制定的法律，消费者权益保护法的实施关系到每一个消费者的利益。因此，保证消费者权益保护法能够得以遵守和执行，不仅是国家的重要职责，而且还是消费者自己的重要任务。消费者是广泛的社会力量，每一人都可以成为消费者，并且，消费者权益保护工作进行得好坏与每一消费者都有一定的利害关系，他们对自己的利益最关心，因而，必然会发挥最有效的监督作用。

二、经营者的义务

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的？（ ）

- 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日内返还消费者支付的商品价款。退回商品的运费由消费者承担；经营者和消费者另有约定的，按照约定。

【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？

第三节 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

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。

《消费者权益保护法》颁布实施20多年来，新闻媒体做了大量的宣传和监督工作，发挥了积极的舆论监督作用。消费者协会运用法律赋予的职能，以全心全意为消费者服务的精神做出了令世人瞩目的成绩，建立了良好的社会形象和相当的影响力。

二、侵犯消费者合法权益的法律责任

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

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。

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

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。

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。

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。

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。

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，由其所任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。

思政专栏

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。保护消费者是社会文明程度的重要标志和国家的重要软实力。加强消费者保护，就是顺应历史前进的逻辑、时代发展的潮流。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，这不仅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。

本章作业

1. 单项选择题：P320

2. 多项选择题：P321

3. 案例分析题：

【案例 1】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 2】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？

第十章 产品质量法

教学目标： 1. 了解产品质量法的概念和主体适用范围；
2. 理解产品质量监督基本制度；
3. 掌握产品生产者及销售者的质量义务；
4. 掌握违反产品质量法应当承担的民事责任；
5. 了解违反产品质量法应当承担的行政责任和刑事责任；
6. **思政目标：** 通过产品质量法的学习，让学生理解产品责任法的逻辑起点是产品安全及其保障，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. 生产者的产品质量义务；
2. 销售者的产品质量义务；
3. 产品质量的合同责任；
4. 产品责任。

教学难点： 1. 产品质量的合同责任；
2. 产品责任。

课 时： 3

教学方法： 讲练结合；案例分析

教学内容： 第一节 产品质量法概述
第二节 产品质量的监督管理
第三节 生产者、销售者的产品质量义务
第四节 产品质量法律责任

教学过程：

【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吨蜂蜜进行监督抽查。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？

第一节 产品质量法概述

一、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。

二、产品的概念及产品质量的概念与分类

1. 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。

2. 产品质量的含义与分类

产品质量指产品应具有的、符合人们需要的各种特性和特征的总和。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；（2）缺陷；（3）劣质；（4）假冒。

【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。产品质量监督管理部门是负责产品质量监督管理工作的国家机关，包括国务院产品质量监督管理部门和县级以上地方人民政府产品质量监督管理部门；同时也包括与产品质量监督管理工作有关的各级人民政府职能部门，如工商行政管理部门、食品卫生监督管理部门等。

（2）保护消费者权益的社会组织。保护消费者权益的社会组织是产品质量监督的辅助性机构，包括各级消费者协会、用户委员会等。

（3）用户。指将产品用于集团性消费的企业、事业单位和其他社会组织。

（4）消费者。指将产品用于生活性消费的社会个体成员。

（5）受害者。指因产品存在缺陷而遭致人身、财产损害，从而有权要求获得损害赔偿的人，包括自然人、法人与社会组织。

（6）产品责任主体。产品责任主体是指产品责任的承担者。

【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

第二节 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。产品质量“合格”，是指产品的质量指标符合有关的标准和要求。作为合格产品，应当同时具备以下条件：（1）必须符合保障人体健康，人身、财产安全的强制性国家标准、行业标准和地方标准，不存在危及人身、财产安全的不合理的危险；（2）符合生产者自行制定的产品质量的企业标准或技术要求，但该企业标准或技术要求不得与强制性的国家标准、行业标准和地方标准相抵触，并应保证产品具备应当具有的使用性能；对在产品买卖合同中约定了产品质量标准的，或者在产品或者其包装上注明了所采用产品标准的，或者生产者以产品说明、实物样品等方式表明了产品的质量状况的，应当符合相关的标准或质量状况。

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。

处理品是指不存在危及人体健康，人身、财产安全的危险，仍有使用价值，但产品在使用性能上有瑕疵或者产品的质量与其包装上注明采用的产品标准所规定的质量指标、产品说明中明示的质量指标以及以实物样品等方式表明的质量状况不符的产品。企业在日常生产过程中难免会生产出一些残次品，这些产品在不违反国家有关规定的前提下可以以较低的价格出厂销售，但这类产品出厂时必须向消费者明示该产品的实际质量状况，不得将这类产品冒充质量合格的产品出厂、销售。

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。

3. 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。推行产品质量认证制度的目的，是通过对符合认证标准的产品颁发认证证书和认证标志，便于消费者识别，同时也有利于提高经认证合格的企业和产品的市场信誉，增强产品的市场竞争能力，以激励企业加强质量管理，提高产品质量水平。

(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抽查制度

《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。

(1) 国家对产品质量的监督检查，应当以抽查为主要方式。抽查所需检验的样品应当在市场上和企业的成品仓库内的待销售产品中随机抽取，以保证检验结果的公平和代表性。抽取样品的数量应当合理，抽样部门不得超过检验的合理需要向企业索要样品。

(2) 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。

(3) 监督检查应当由产品质量监督部门统一规划和组织。国家的产品质量监督抽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抽查。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，以减轻企业不必要的负担。涉及药品、食品等某些特殊产品的监督抽查，有关法律另有规定的，依照有关法律的规定执行。

(4) 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。

(5) 抽查检验结果的异议审查制度。其主要内容是：被抽查检验的生产者、销售者对

检验结果不服的，可以在收到检验结果之日起 15 日内申请复检，生产者、销售者可以向原实施监督抽查的部门申请复检，也可以向其上级产品质量监督部门申请复检，复检结果为检验的最终结论。向上级产品质量监督部门申请复检的，上级产品质量监督部门一般不应委托原检验部门检验。

对监督抽查的结果，国务院和省级政府的产品质量监督部门应当分别在全国或本省、自治区、直辖市范围内予以公布，接受社会的监督。

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效力，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。

第三节 生产者、销售者的产品质量义务

一、生产者的产品质量义务

(一) 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

(1) 有产品质量检验合格证明。所谓产品质量检验合格证明，是指生产者出具的用于证明产品质量符合相应要求的证件。合格证一般注明检验人员或者其代号，检验、出厂日期等事项。产品质量检验合格证明只能用于经过检验合格的产品上，未经检验的产品或者检验不合格的产品，不得使用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。所谓用中文标明，是指用汉字标明。根据需要，也可以附以中国民族文字。厂名和厂址是生产产品的企业名称、称谓和企业的主要生

产经营场所所在地的实际地址，是一个企业区别于其他企业的语言文字符号。企业的厂名和厂址在企业办理营业执照时便已经确定，标注产品的厂名和厂址时应当与企业营业执照上载明的厂名和厂址一致。

(3) 标注产品标识。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。法律、法规、规章或者其他规范性文件要求标明上述内容的，生产者就应当予以标明。需要事先让消费者知晓的，应当在外包装上标明，或者预先向消费者提供有关资料。

(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。“包装质量必须符合相应要求”，是指产品的包装必须符合国家法律、法规、规章、合同、标准以及规范性文件规定的包装要求，保证人身、财产安全，防止产品损坏并且应当在产品包装上标注相应的产品标识。

(二) 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

(一) 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

(1) 验明产品合格证明。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。

(2) 验明其他标识。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

(3) 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。

(4) 根据合同法的规定，买受人收到标的物时应当在约定的检验期间内检验。

2. 采取措施，保持销售产品的质量

(1) 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。如采取必要的防雨、通风、防晒、防霉变、分类等方式，对某些特殊产品的保管，应采取控制温度等措施，保持进货时的产品质量状况，尤其是药品和食品等。采取措施，还应包括配置必要的设备和设施。

(2) 保持销售产品的质量，是指销售者通过采取一系列保管措施，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

(1) 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。

(2) 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。销售者由于对于所进的产品不能做到逐一检验，因而，在销售过程中，应当对所销售产品的标识经常进行检查，发现不符合法律规定的，要及时撤下柜台，以保证销售产品的标识符合法律的规定。

(二) 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。

第四节 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。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。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。

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害。

（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的全部收入。

(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

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。

本章作业

1. 单项选择题：P317
2. 多项选择题：P318
3. 案例分析题：

【案例 1】王某在某百货公司买到一台冰箱，冰箱附有产品合格证。王某买回冰箱后 6 天，发现冰箱噪音太大，就去找百货公司交涉，百货公司说冰箱一开始使用时有些噪音是正常的，过一段时间就会好。没过多长时间，冰箱的制冷器又出了问题，到后来完全丧失了冷冻食品的功能，成了一个食品储藏柜。王某再去找百货公司，百货公司说冰箱不是他们生产的，冰箱不制冷属冰箱的技术问题，此事只有生产厂家才能解决，因此让王某去找生产厂家。王某觉得生产厂家离本市有上千公里，况且冰箱又不像小件物品，可以来回搬运，只有先找百货公司，让百货公司找生产厂家。王某遭到百货公司拒绝，于是王某向人民法院起诉，要求百货公司对冰箱进行维修，如修理不好，应负责退货。问题：

- (1) 什么是产品的瑕疵担保责任？
- (2) 某百货公司对售出的有瑕疵的产品是否负责？

【案例 2】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？

第十一章 票据法

教学目标: 1. 了解票据的概念、特征和种类;
2. 掌握票据行为的概念和特征;
3. 理解票据法律关系;
4. 掌握票据权利的概念、票据权利的取得与消灭、票据抗辩;
5. 理解违反票据法的法律责任;
6. **思政目标:** 通过票据法的学习,使学生能识别支付结算过程中存在的不合规事实,正确行使票据权利;增强学生的法律意识,规范票据行为;坚持诚信,守法奉公;坚持准则,守责敬业;坚持学习,恪守职业道德和职业素养。

教学重点: 1. 票据法律关系;
2. 票据行为;
3. 票据权利。

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: 6

教学方法: 讲练结合; 案例分析

教学内容: 第一节 票据法概述
第二节 汇票
第三节 本票
第四节 支票
第五节 违反票据法的法律责任

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?

第一节 票据法概述

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，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。

二、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。

（一）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。

（二）票据法上的非票据关系

票据法上的非票据关系，是指由票据法直接规定的，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。

三、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。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，它是最基本的票据行为，其他票据行为必须在出票行为的基础上才能进行。背书是指持票人将票据权利转让给他人或者将一定的票据权利授予他人行使的票据行为。持票人依背书连续证明自己的合法持票人身份。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。汇票上的付款人一经承兑，就必须承担无条件的绝对的付款责任。保证是指行为人对特定票据债务人的票据债务承担连带责任的票据行为。《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。

四、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。

五、票据抗辩

（一）票据抗辩概述

票据抗辩，是指票据债务人依照《票据法》的规定，对票据债权人拒绝履行义务的行为。根据抗辩原因及抗辩效力的不同，票据抗辩可分为对物抗辩和对人抗辩。

对物抗辩是指基于票据本身存在的事由发生的抗辩。对物抗辩主要包括以下情形：（1）票据行为不成立而为的抗辩，如票据应记载的内容有欠缺，票据债务人无行为能力，背书不连续等；（2）依票据记载不能提出请求而为的抗辩，如票据未到期、付款地不符等；（3）票据载明的权利已消灭或已失效而为的抗辩，如票据债权因付款、抵销、提存、免除、除权判决、时效届满而消灭等；（4）票据权利的保全手续欠缺而为的抗辩，如应作成拒绝证书而未作等；（5）票据上有伪造、变造情形而为的抗辩。

对人抗辩是指基于人的事由发生的抗辩，是基于票据债务人和特定票据债权人之间的关系而发生的抗辩，多与票据基础关系有关。票据债务人可以对不履行约定义务的与自己有直接债权债务关系的持票人，进行抗辩。票据债务人只能对基础关系中的直接相对人不履行约定义务的行为进行抗辩，该基础关系必须是该票据赖以产生的民事法律关系，而不是其他的民事法律关系；如果该票据已被不履行约定义务的持票人转让给第三人，而该第三人属善意、已对价取得票据的持票人，则票据债务人不能对其进行抗辩。

（二）票据抗辩的限制

《票据法》规定，票据债务人不得以自己与出票人或者与持票人的前手之间的抗辩事由，对抗持票人。但是，持票人明知存在抗辩事由而取得票据的除外。《票据法》中对票据抗辩的限制主要表现在以下方面：（1）票据债务人不得以自己与出票人之间的抗辩事由对抗持票人；（2）票据债务人不得以自己与持票人的前手之间的抗辩事由对抗持票人；（3）凡是善意的、已付对价的正当持票人可以向票据上的一切债务人请求付款，不受前手权利瑕疵和前手相互间抗辩的影响；（4）持票人取得的票据是无对价或不相当对价的，由于其享有的权利不能优于其前手的权利，故票据债务人可以对抗持票人前手的抗辩事由对抗该持票人。

六、票据的伪造和变造

（一）票据的伪造

1. 票据伪造的概念

票据的伪造，是指无权限人假冒他人名义或以虚构人名义签章的行为，包括假冒出票人名义签发票据的行为和假冒他人名义进行出票行为之外的其他票据行为，如伪造背书签章、承兑签章、保证签章等票据上的签章。

2. 票据伪造的效力

票据的伪造行为是一种扰乱社会经济秩序、损害他人利益的行为，在法律上不具有任何票据行为的效力。由于其自始无效，持票人即使善意取得，对被伪造人也不能行使票据权利。对伪造人而言，由于票据上没有以自己名义所作的签章，因此也不应承担票据责任。但是，如果伪造人的行为给他人造成损害的，必须承担民事责任；构成犯罪的，应承担刑事责任。

同时，票据上有伪造签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。在票据上真正签章的人，应对被伪造票据的债权人承担票据责任，票据债权人依法提示承兑、提示付款或行使追索权时，在票据上真正签章人不能以票据伪造为由进行抗辩。

（二）票据的变造

1. 票据变造的概念

票据的变造，是指无权更改票据内容的人，对票据上签章以外的记载事项加以变更的行为。如变更票据上的到期日、付款日、付款地、金额等。构成票据的变造，须符合以下条件：

（1）变造的票据是合法成立的有效票据；（2）变造的内容是票据上所记载的除签章以外的事项；（3）变造人无权变更票据的内容。

2. 票据变造的效力

票据的变造应依照签章是在变造之前或之后来承担责任。如果当事人签章在变造之前，应按原记载的内容负责；如果当事人签章在变造之后，则应按变造后的记载内容负责；如果无法辨别是在票据被变造之前或之后签章的，视同在变造之前签章。实践中，变造人可能签章，也可能不签章。无论是否签章，其都应就行为承担法律责任。变造人的变造行为给他人造成经济损失的，应承担赔偿责任；构成犯罪的，应承担刑事责任。

《票据法》规定，票据上的记载事项应当真实，不得伪造、变造。伪造、变造票据上的签章和其他记载事项的，应当承担法律责任。票据上有伪造、变造签章的，不影响票据上其他真实签章的效力。票据上其他记载事项被变造的，在变造之前签章的人，对原记载事项负责；在变造之后签章的人，对变造之后的记载事项负责；不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

第二节 汇票

一、汇票概述

（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，以记载收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。

二、汇票的出票

（一）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。

（二）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。

（三）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。

三、汇票的背书

（一）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。也就是说，如果收款人或持票人将出票人作禁止背书的汇票转让的，该转让不发生票据法上的效力，出票人和承兑人对受让人不承担票据责任。

（二）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。

（三）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。

（四）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。

（五）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。

四、汇票的承兑

（一）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。

（二）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。

（三）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。

五、汇票的保证

（一）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。

（二）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。

（三）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。

六、汇票的付款

（一）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。

（二）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，应当自行承担责任。

（三）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。

七、汇票的追索权

（一）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。

（二）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。

（三）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。

（四）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。

（五）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

第三节 本票

一、本票概述

（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。

二、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。

(一) 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。

(二) 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。

三、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，下列有关本票盼表述中，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

第四节 支票

一、支票概述

（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。

二、支票的出票

（一）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。

（二）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。

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。

（三）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。支票出票的效力包括：（1）出票人承担担保支票付款的责任；（2）付款人在一定条件下负有向持票人付款的义务；（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。

三、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。

（一）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。

（二）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，如未发现有不符合规定之处，即应向持票人付款。

（三）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

第五节 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，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規定，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。

本章作业

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？

第十二章 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,让学生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。

- 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: 3

教学方法: 讲练结合; 案例分析

教学内容: 第一节 经济仲裁
第二节 民事诉讼法

教学过程:

第一节 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,该法根据2017年9月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国民事诉讼法〉等八部法律的决定》第二次修正。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

纷。对这类争议和纠纷的处理，国家另有规定。《仲裁法》第3条规定：“下列纠纷不能仲裁：（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。”

《仲裁法》第77条规定：“劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁，另行规定。”

【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的仲裁协议，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。

仲裁庭在进行庭前调查时，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。在庭前调查中，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，即可终结庭前调查，进入当庭辩论阶段。当庭辩论终结前，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。

第二节 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，而将案件移送给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，其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。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。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。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。

本章作业

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？