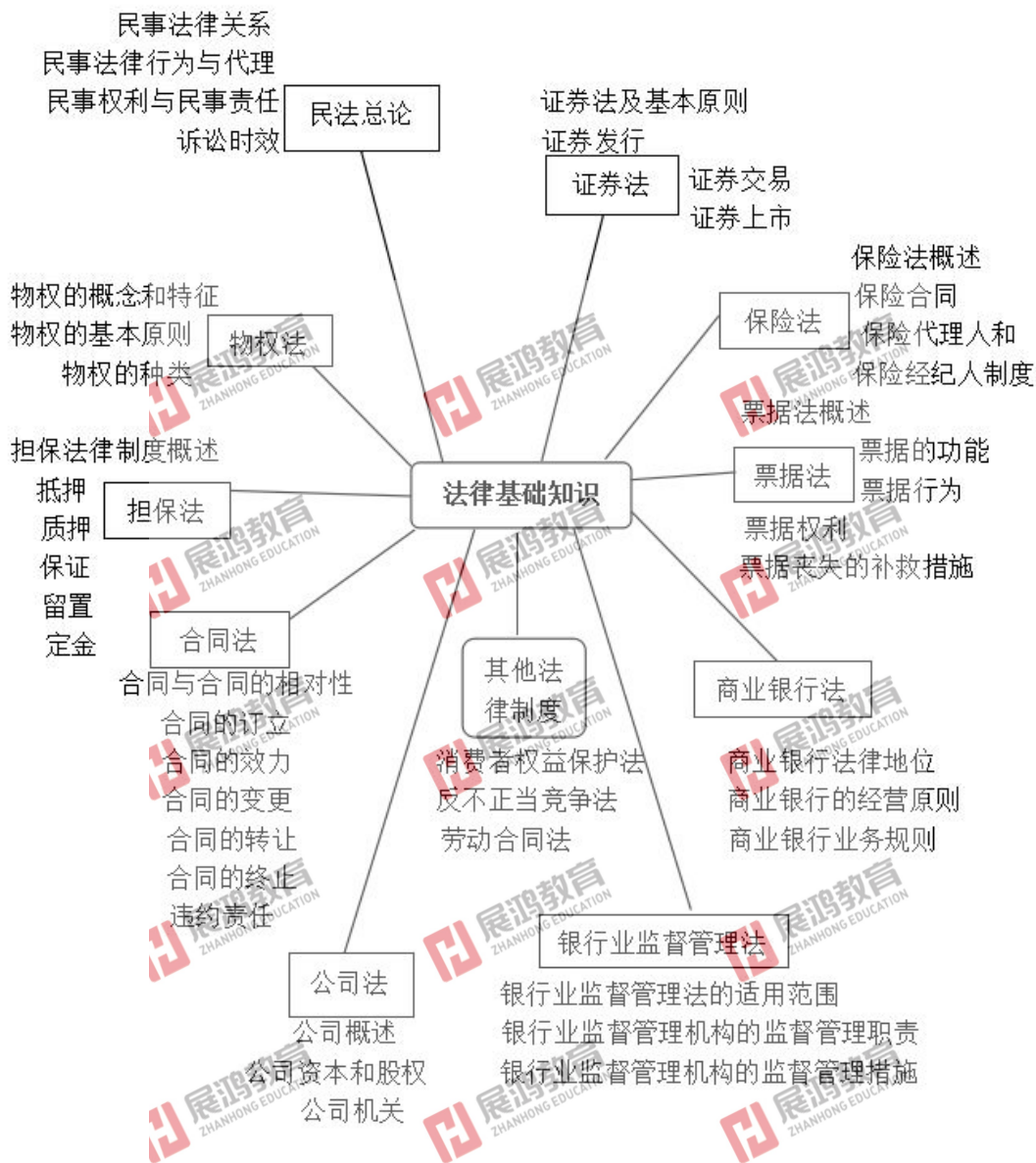


思维导图



第八章 法律基础知识

第一节 民法总论

一、民事法律关系

(一) 民法的概念与基本原则

民法是调整平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

民法的基本原则是指贯穿于民法始终，对各项民事法律制度和全部民法规范起统率作用的基本准则，它亦是民事立法和司法的指导方针。民法的基本原则主要有：平等原则、公平原则、意思自治原则、诚实信用原则、权利不得滥用原则、公序良俗原则。

(二) 民事法律关系的内容与客体

民事主体是指参加民事法律关系并在民事法律关系中独立享有民事权利和承担民事义

务的当事人。民事主体包括自然人、法人、其他组织。

民事法律关系的内容是指民事法律关系主体所享有的民事权利和负有的民事义务。

民事法律关系客体是指当事人之间的权利义务所指向的对象。主要包括：物、行为、智力成果。

二、民事法律行为与代理

（一）民事法律行为

民事法律行为是指以意思表示为要素，而依意思表示的内容发生法律效力民事合法行为。

1. 无效民事行为

无效民事行为是指已经成立，但欠缺法律行为的有效要件，因而不能依当事人意思发生效力的行为。无效民事行为的种类：

- （1）无民事行为能力人实施的。
- （2）一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益的。
- （3）恶意串通、损害国家、集体或者第三人利益的。
- （4）违反法律或者社会公共利益的。
- （5）以合法形式掩盖非法目的的。

2. 可撤销、可变更民事行为

（1）因重大误解而作出的行为。重大误解一方当事人基于对行为的性质、内容等发生误解而做出的行为。此种误解只有在重大的情况下，误解人才有撤销权。

（2）因显失公平而作出的行为。显失公平指行为成立时双方权利义务明显不对等，利益发生失衡。

（3）因欺诈、胁迫、乘人之危而作出的行为。欺诈、胁迫损害国家利益的行为无效，损害非国家利益的行为可撤销。而乘人之危是指一方当事人利用他人的危难处境或紧迫需要，迫使对方接受某种明显不公平条件并做出违背其真意的行为。可撤销民事行为，同时也是可变更的行为，当事人可请求法院撤销或变更该行为。撤销权为形成权，法律规定了其除斥期间，撤销权人应在知道或应当知道撤销事由之日起1年内行使撤销权，撤销权可放弃。

3. 效力待定民事行为

（1）限制民事行为能力人实施的其依法不能独立实施的行为。该类行为经限制民事行为能力人的法定代理人追认，即可发生法律效力，其法定代理人拒绝追认，即确定地不发生法律效力。

（2）无权代理行为。行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义为一定行为的，被代理人可以追认该行为，一经追认，即发生与有权代理一样的效果。

（3）无权处分行为。无处分权而处分他人财产的行为也属于效力待定，无权处分是无处分权人以自己的名义对于他人权利标的所实施的处分行为。该行为经权利人追认或无权处分人事后取得处分权，即可发生法律效力。

（二）代理

1. 代理的概念

代理是指代理人以被代理人（又称本人）的名义，在代理权限内与第三人（又称相对人）所为的法律行为，而其法律后果直接由被代理人承受的民事法律制度。其中，代为他人实施民事法律行为的人，称为代理人；由他人以自己的名义代为民事法律行为，并承受法律后果的人，称为被代理人。

2. 代理的法律特征

- （1）代理行为是指能够引起民事法律后果的民事法律行为；
- （2）代理人一般应以被代理人的名义从事代理活动；
- （3）代理人在代理权限范围内独立意思表示；

(4) 代理行为的法律后果直接归属于被代理人。

3. 代理的种类

根据《民法通则》第 64 条的规定，代理包括法定代理、委托代理和指定代理。

(1) 法定代理，是根据法律的规定而直接产生的代理关系。法定代理主要是为保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的合法权益而设定的。

(2) 委托代理，是根据委托人的委托授权而产生的代理关系。

(3) 指定代理，是指代理人根据人民法院或者指定机关的指定而进行的代理。代理人享有的代理权是指定的，与被代理人的意志无关，无须委托授权。

4. 无权代理及其后果

无权代理是指行为人不具有代理权，但以他人的名义与第三人进行代理行为。

无权代理的构成要件为：

(1) 行为人既没有代理权，也没有令人相信其有代理权的事实或理由；

(2) 行为人以本人的名义与他人所为的民事行为；

(3) 第三人须为善意且无过失；

(4) 行为人的行为不违法；

(5) 行为人与第三人具有相应

4. 无权代理及其后果

无权代理是指行为人不具有代理权，但以他人的名义与第三人进行代理行为。

无权代理的构成要件为：① 行为人既没有代理权，也没有令人相信其有代理权的事实或理由；

② 行为人以本人的名义与他人所为的民事行为；

③ 第三人须为善意且无过失；

④ 行为人的行为不违法；

⑤ 行为人与第三人具有相应的民事行为能力。

5. 表见代理及其后果

表见代理是指无权代理人的代理行为客观上存在使相对人相信其有代理权的情况，且相对人主观上为善意，因而可以向被代理人主张代理的效力。表见代理属于广义无权代理的一种。《合同法》第 49 条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立合同，相对人有理由相信行为人有代理权的，该代理行为有效。

表见代理的构成要件为：① 代理人无代理权；② 相对人主观上为善意；③ 客观上有使相对人相信无权代理人具有代理权的情形；④ 相对人基于这个客观情形而与无权代理人成立民事行为。

表见代理对于本人来说，产生与有权代理一样的效果，即在相对人与被代理人之间发生法律关系。被代理人因向第三人履行义务或者承担民事责任而遭受损失的，只能向表见代理人追偿。

三、民事权利与民事责任

(一) 民事权利

民事权利是民事主体为实现某种利益而为某种行为或不为某种行为的可能性，是法律赋予当事人为实现其利益所可能实施的行为范围。

民事权利分为：

1. 财产权、人身权、知识产权和社员权

财产权是指以财产为客体的权利。人身权是指与权利主体之人格、身份不可分离之权利，其以一定人格利益、身份利益为客体。知识产权是以受保护的智力成果为客体的权利，知识产权的内容呈现人格权与财产权互相结合的两权一体性。社员权是指团体的成员依其团体中

的社员资格而产生的具有利益内容的权限。

2. 支配权、请求权、形成权、抗辩权

支配权是对于作为权利客体之物直接支配并享受其利益的权利。请求权是能够请求他人实施一定行为的权利。形成权是指依照权利人的单方意思表示就能使既存法律关系发生变化的权利。常见的形成权有撤销权、解除权、追认权等。抗辩权是指能够阻止请求权效力的权利。

3. 绝对权与相对权

绝对权又称对世权，是指以权利人之外的一切人为义务人的权利。相对权又称对人权，是指能够请求特定人为一定行为的权利。

4. 专属权与非专属权

专属权是指专属于权利人一人的权利，如人格权、身份权。专属权不能让与。专属权之外的权利，为非专属权，财产权一般多属于非专属权。

5. 主权利与从权利

主权利是指相互关联的几项权利中不依赖其他权利而独立存在的权利。须以主权利存在为前提的权利是从权利。

6. 既得权与期待权

既得权是指已经具备全部要件，从而被当事人实际享有的权利。期待权则是指只具备部分要件，须等到其余要件具备时才有实现可能性的权利。

(二) 民事责任

民事责任是由民法规定的对民事违法行为人所采取的一种以恢复被损害人的权利为目的的并与一定的民事制裁措施相联系的国家强制形式，它是民事违法人依法所必须承担的法律后果。

行为人承担一般民事责任所必须具备的“四要件”为：

1. 行为的违法性。除法律另有规定外，只有实施了违法行为才承担民事责任。
2. 损害事实。具体地说，民事违法行为只有造成损害事实，行为人才承担责任。
3. 因果关系。因果关系是指只有违法行为与损害事实之间存在因果关系，行为人才承担民事责任。

4. 主观过错。除法律有特别规定外，只有在实施违法行为当时主观上存在过错的违法行为人才对损害后果承担民事责任。

民事责任的归责原则有：

1. 过错责任原则，是以行为人主观上的过错为承担民事责任的准则。
2. 无过错责任原则，它是指没有过错造成他人损害的，依法律规定由与造成损害原因有关的人承担民事责任。
3. 公平责任原则，它是指当事人对造成损害都无过错，又不能适用无过错责任原则要求致害人承担赔偿责任而使受害人遭受的重大的损失得不到补偿的，由人民法院根据实际情况，依“公平合理负担”判决由双方分担损失的原则。

我国《民法通则》规定了 10 种主要民事责任方式：①停止侵害；②排除妨碍；③消除危险；④返还财产；⑤恢复原状；⑥修理、重作、更换；⑦赔偿损失；⑧支付违约金；⑨消除影响、恢复名誉；⑩赔礼道歉等。

此外还规定人民法院在审理案件时可采取训诫、责令具结悔过、收缴进行非法活动的财物和非法所得，并可依法处以罚款和拘留等强制措施。

四、诉讼时效

诉讼时效，是指权利人在法定期间内不行使权利即失去请求法院依诉讼程序强制义务人履行义务的权利。诉讼时效属消灭时效范畴，即超过诉讼时效期间，权利人即丧失获得法院

依诉讼程序保护其权利的权利；但当事人自愿履行的，不受诉讼时效限制。

《中华人民共和国民法总则》于 2017 年 3 月 15 日第十二届全国人民代表大会第五次会议通过，自 2017 年 10 月 1 日起施行。

《民法总则》第 188 条规定：“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。”诉讼时效期间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。但是自权利受到损害之日起超过二十年的，人民法院不予保护；有特殊情况的，人民法院可以根据权利人的申请决定延长。《民法总则》第 191 条规定：未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权的诉讼时效期间，自受害人年满十八周岁之日起计算。

1. 诉讼时效的中止 诉讼时效的中止，是指在诉讼时效进行中，因一定的法定事由的发生而使权利人无法行使请求权，暂时停止计算诉讼时效期间。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。《民法通则》第 139 条规定：“在诉讼时效期间的最后六个月内，因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的，诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起，诉讼时效期间继续计算。”

2. 诉讼时效的中断 诉讼时效的中断，是指在诉讼时效进行中，因法定事由的发生致使已经进行的诉讼时效期间全部归于无效，诉讼时效期间重新计算。《民法通则》第 140 条规定：“诉讼时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从中断时起，诉讼时效期间重新计算。”

3. 诉讼时效的延长 诉讼时效的延长是指因特殊情况，法院对已经完成的诉讼时效期间给予的延展。我国系采取诉权消灭主义，时效经过，胜诉权消灭。诉讼时效期间届满后，当事人自愿履行的，权利人可接受，义务人不得以时效已届满为由而请求返还。诉讼时效期间届满后，当事人又订立新的履行协议的，该协议有效，债务人不履行此协议，债权人可请求法院强制其履行。

真题实例（单项选择题）下列不属于民法主体制度的是（ ）。

- A. 民事主体的种类
- B. 民事权利能力
- C. 民事行为能力
- D. 刑事行为能力

第二节 物权法

一、物权的概念和特征

1. 物权的概念

《物权法》第 2 条规定，物权是指权利人依法对特定的物享有直接支配和排他的权利，包括所有权、用益物权和担保物权。

2. 物权的法律特征

- (1) 物权是绝对权（对世权）。物权的义务主体是权利人之外的不特定的一切人。
- (2) 物权是支配权。物权的权利人可以自由地根据自己的意志行使自己的权利，无须他人给予协助，更无须征得他人的同意。
- (3) 物权的标的是物。物权的标的都必须是特定物。如果物没有特定化，权利就无法确定，权利人也无从行使其权利。
- (4) 物权具有排他性。一方面是指物权具有不容他人侵犯的性质，另一方面是指同一物上不得同时成立两个内容不相容的物权。
- (5) 物权具有追及力。物权的标的物无论辗转流向何处，权利人均得追及于物之所在行使其权利，依法请求不法占有人返还原物。

二、物权的基本原则

(1) 平等保护原则。国家、集体、私人的物权和其他权利人的物权受法律保护，任何单位和个人不得侵犯。

(2) 物权法定原则。物权的种类和内容由法律规定。

(3) 一物一权原则。一个物之上只能设立一个所有权；在一个物上不能同时设立两个或者两个以上在性质上相互排斥或内容上不相容的物权。

(4) 公示、公信原则。为了维护交易安全和秩序，必须将物权设立、转移的事实通过一定的方式向社会公开，使其他人知道物权变动的状况。当物权依据法律规定进行了公示，即使该公示方法表现出来的物权存在瑕疵，对于信赖该物权存在并已从事物权交易的人，法律承认其法律效果，以保护交易安全。

三、物权的种类

物权包括所有权、用益物权和担保物权。所有权是物权中最完整、最充分的权利，担保物权和用益物权都是从所有权派生出来的。

1. 所有权

所有权是指权利人对自己的不动产和动产，依照法律的规定享有占有、使用、收益和处分的权利。处分权是所有权区别于其他权利的重要特征。所有权包括国家所有权、集体所有权、私人所有权，并派生出建筑物区分所有权。

2. 用益物权

用益物权是指权利人依法对他人的物享有占有、使用和收益的权利，比如土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权等。

3. 担保物权

担保物权是指债权人在债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，依法享有就担保财产优先受偿的权利。担保物权又可分为物的担保和财产权利担保两种方式，包括抵押权、质权和留置权。

第三节 担保法

一、担保法律制度概述

(一) 担保的概念

担保是指按照法律规定或者当事人约定，由债务人或第三人向债权人提供一定的财产或资信，以确保债务的清偿。

《担保法》规定了五种担保方式：保证、抵押、质押、留置和定金。

(二) 担保的种类

(1) 人的担保。如果债务人不履行债务，由保证人按照约定履行债务。

(2) 物的担保。物的保证方式主要有抵押和质押权以及留置权。

(3) 定金担保。是在债务之外又交付一定数额的定金，该定金的得失与债务履行与否联系在一起，从而促使其积极履行债务，保障债权实现。

(三) 《担保法》与《物权法》的关系

《物权法》第 178 条明确规定，《担保法》与本法的规定不一致的，适用本法。对此理解，应注意以下几点：

(1) 《担保法》的规定与《物权法》不一致的，应该适用后者的规定。实际上，《物权法》有诸多修改《担保法》的规定，这也是《物权法》做出前述明确规定的原因所在。

(2) 《物权法》未做规定的问题，《担保法》有关规定仍然可以适用。

(3) 《担保法》司法解释有不同于《物权法》规定的，应该适用后者。

二、抵押

(一) 抵押的概念

抵押是指为担保债务的履行，债务人或者第三人不转移财产的占有，将该财产设定为担保物，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现担保物权的情形，债权人有权就该

财产优先受偿。

作为抵押物的财产既可以是动产，也可以是不动产。以抵押方式设定的担保方式最突出的特点在于不转移财产的占有。

（二）抵押物的范围

《物权法》第 180 条规定，债务人或者第三人有权处分的下列财产可以抵押：

- ① 建筑物和其他土地附着物；
- ② 建设用地使用权；
- ③ 以招标、拍卖、公开协商等方式取得的荒地等土地承包经营权；
- ④ 生产设备、原材料、半成品、产品；
- ⑤ 正在建造的建筑物、船舶、航空器；
- ⑥ 交通运输工具；
- ⑦ 法律、法规未禁止抵押的其他财产。

同时，《物权法》第 184 条列举了以下财产不得抵押：

- ① 土地所有权；
- ② 耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权，但法律规定可以抵押的除外；

③ 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体的教育设施、医疗卫生设施和其他社会公益设施；

- ④ 所有权、使用权不明或者有争议的财产；
- ⑤ 依法被查封、扣押、监管的财产；
- ⑥ 法律、行政法规规定不得抵押的其他财产。

（三）抵押合同的条款

《物权法》明确要求设立抵押权，当事人应当采取书面形式订立抵押合同。抵押合同一般包括下列条款：① 被担保债权的种类和数额；② 债务人履行债务的期限；③ 抵押财产的名称、数量、质量、状况、所在地、所有权归属或者使用权归属；④ 担保的范围。

（四）抵押权的实现

抵押权的实现是通过抵押物的处分获得优先受偿权而实现。债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现抵押权的情形，抵押权人可以与抵押人协议以抵押财产折价或者以拍卖、变卖该抵押财产所得的价款优先受偿。

抵押财产折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。同一财产向两个以上债权人抵押的，拍卖、变卖抵押财产所得的价款依照下列规定清偿：① 抵押权已登记的，按照登记的先后顺序清偿；顺序相同的，按照债权比例清偿；② 抵押权已登记的先于未登记的受偿；③ 抵押权未登记的，按照债权比例清偿。值得注意的是，《物权法》明确规定了抵押权人行使抵押权的时限，即抵押权人应当在主债权诉讼时效期间行使抵押权；未行使的，人民法院不予保护。

三、质押

（一）质押的概念

质押是指债务人或第三人将其动产或权利凭证移交债权人占有或者将法律法规允许质押的权利依法进行登记，将该动产或权利作为债权的担保，当债务人不履行债务时，债权人有权依法就该动产或权利处分所得的价款优先受偿。我国《物权法》确立了两类质押：一是动产质押；二是权利质押。

动产质押，是为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产出质给债权人占有的，债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，债权人有权就该动产优先受偿。根据《物权法》第 209 条的规定，法律、行政法规禁止转让的动产不得出质。

权利质押，是以法律和行政法规所允许出质的财产权利为债权设定担保，其设立法定手续有交付权利凭证和履行登记手续两类。

（二）质押合同的条款

对于设立质权的合同，一般包括下列条款：①被担保债权的种类和数额；②债务人履行债务的期限；③质押财产的名称、数量、质量、状况；④担保的范围；⑤质押财产交付的时间。

我国法律规定，在质押合同的内容中不得约定：质权人在债务履行期届满前，不得与出质人约定债务人不履行到期债务时质押财产归债权人所有。

（三）质权人的权利义务

1. 质权人的主要权利

（1）债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的实现质权的情形，质权人可以与出质人协议以质押财产折价，也可以就拍卖、变卖质押财产所得的价款优先受偿。

（2）质权人有权收取质押财产的孳息，但合同另有约定的除外；这里的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

（3）质权人可以放弃质权。

（4）债务人以自己的财产出质，质权人放弃该质权的，其他担保人在质权人丧失优先受偿权益的范围内免除担保责任，但其他担保人承诺仍然提供担保的除外。

2. 质权人的主要义务

（1）质权人在质权存续期间，未经出质人同意，擅自使用、处分质押财产，给出质人造成损害的，应当承担赔偿责任。

（2）质权人负有妥善保管质押财产的义务；因保管不善致使质押财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

（3）质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以要求质权人将质押财产提存，或者要求提前清偿债务并返还质押财产。

（4）因不能归责于质权人的事由可能使质押财产毁损或者价值明显减少，足以危害质权人权利的，质权人有权要求出质人提供相应的担保；出质人不提供的，质权人可以拍卖、变卖质押财产，并与出质人通过协议将拍卖、变卖所得的价款提前清偿债务或者提存。

（5）质权人在质权存续期间，未经出质人同意转质，造成质押财产毁损、灭失的，应当向出质人承担赔偿责任。

（6）债务人履行债务或者出质人提前清偿所担保的债权的，质权人应当返还质押财产。

（四）权利质押

《物权法》第223条规定，债务人或者第三人有权处分的下列权利可以出质：①汇票、支票、本票；②债券、存款单；③仓单、提单；④可以转让的基金份额、股权；⑤可以转让的注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权；⑥应收账款；⑦法律、行政法规规定可以出质的其他财产权利。以汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单出质的，当事人应当订立书面合同。质权自权利凭证交付质权人时设立；没有权利凭证的，质权自有关部门办理出质登记时设立。

汇票、支票、本票、债券、存款单、仓单、提单的兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以兑现或者提货，并与出质人协议将兑现的价款或者提取的货物提前清偿债务或者提存。

以基金份额、股权出质的，当事人应当订立书面合同。以基金份额、证券登记结算机构登记的股权出质的，质权自证券登记结算机构办理出质登记时设立；以其他股权出质的，质权自工商行政管理部门办理出质登记时设立。基金份额、股权出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让基金份额、股权所得的价款，应当向质权人提前清

偿债务或者提存。

以注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权出质的，当事人应当订立书面合同。质权自有关主管部门办理出质登记时设立。知识产权中的财产权出质后，出质人不得转让或者许可他人使用，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让或者许可他人使用出质的知识产权中的财产权所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

以应收账款出质的，当事人应当订立书面合同。质权自信贷征信机构办理出质登记时设立。应收账款出质后，不得转让，但经出质人与质权人协商同意的除外。出质人转让应收账款所得的价款，应当向质权人提前清偿债务或者提存。

四、保证

(一) 保证的概念

保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按照约定履行债务或者承担责任的~~行为~~。根据我国《担保法》的规定，保证的方式有一般保证和连带责任保证。当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的，为一般保证。一般保证的保证人在主合同纠纷未经审判或者仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债权人可以拒绝承担保证责任。当事人在保证合同中约定保证人与债务人对债务承担连带责任的，为连带责任保证。连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。当事人对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照连带责任保证承担保证责任。

(二) 保证合同的条款

①被保证的主债权种类、数额；②债务人履行债务的期限；③保证的方式；④保证担保的范围；⑤保证的期间；⑥双方认为需要约定的其他事项。

(三) 保证期间

保证期间是保证人承担保证责任的期限范围。

我国《担保法》规定，一般保证的保证人与债权人未约定保证期间的，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。保证合同约定的保证期间早于或者等于主债务履行期限的，视为没有约定，保证期间为主债务履行期届满之日起6个月。保证合同约定保证人承担保证责任直至主债务本息还清时为止等类似内容的，视为约定不明，保证期间为主债务履行期届满之日起2年。主合同对主债务履行期限没有约定或者约定不明的，保证期间自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起计算。

(四) 主债权转让或变更对保证责任的影响

保证期间，债权人依法将主债权转让给第三人的，保证人在原保证担保的范围内继续承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。保证期间，债权人许可债务人转让债务的，应当取得保证人书面同意，保证人对未经其同意转让的债务，不再承担保证责任。

债权人与债务人协议变更主合同的，应当取得保证人书面同意，未经保证人书面同意的，保证人不再承担保证责任。保证合同另有约定的，按照约定。

(五) 关于保证人主体资格的规定

(1) 国家机关不得为保证人，但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的除外。

(2) 学校、幼儿园、医院等以公益为目的的事业单位、社会团体不得为保证人。从事经营活动的事业单位、社会团体为保证人的，如无其他导致保证合同无效的情况，其所签订的保证合同应当认定为有效。

(3) 企业法人的分支机构、职能部门不得为保证人，企业法人的分支机构有法人书面授权的，可以在授权范围内提供保证。企业法人的分支机构未经法人书面授权提供保证的，

保证合同无效。

(4) 企业法人的职能部门提供保证的，保证合同无效。

五、留置

(一) 留置权的概念

留置权是指债权人按照合同的约定占有债务人的动产，债务人未履行到期债务的，债权人有权依照法律规定留置财产，并有权就该动产优先受偿。

法律规定或者当事人约定不得留置的动产，不得留置；留置财产为可分物的，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

(二) 留置权的特征

- (1) 留置权只能发生在特定的合同关系中，如保管合同、运输合同和加工承揽合同；
- (2) 留置权发生两次效力，即留置标的物 and 变价并优先受偿；
- (3) 留置权具有不可分性，即债权得到全部清偿之前，留置权人有权留置全部标的物；
- (4) 留置权实现时，留置权人必须确定债务人履行债务的宽限期。

(三) 留置权人的权利义务

1. 留置权人的主要权利

- (1) 留置权人有权收取留置财产的孳息，孳息应当先充抵收取孳息的费用；
- (2) 债务人逾期未履行的，留置人可以与债务人协议以留置财产折价，也可以就拍卖、变卖留置财产所得的价款优先受偿，留置财产折价或者变卖的，应当参照市场价格。

2. 留置权人的主要义务

- (1) 留置权人负有妥善保管留置财产的义务；
- (2) 因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期间；没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人 2 个月以上履行债务的期间，但鲜活易腐等不易保管的动产除外。

(四) 留置权与抵押权、质权的关系

针对同一动产同时存在抵押权、质权和留置权的情况，《担保法》司法解释第 79 条规定，同一财产法定登记的抵押权与质权并存时，抵押权人优先于质权人受偿。同一财产抵押权与留置权并存时，留置权人优先于抵押权人受偿。但对同时存在质权和留置权的情况则未做规定，只能按照该受偿原则推定留置权优于抵押权，抵押权优于质权，因此留置权必然优于质权。《物权法》对此做出了明确规定，同一动产上已设立抵押权或者质权，该动产又被留置的，留置权人优先受偿。因此，在接受动产抵押或者质押后，应密切关注该动产的状况，跟踪该动产的使用情况，及时行使抵押权或者质权，防止抵押或者质押落空的风险。

六、定金

(一) 定金的概念

定金是指为确保合同履行，当事人一方在合同履行之前向对方交付的一定数额的金钱。给付定金的一方称为定金给付方，接受定金的一方称为定金接受方。

(二) 定金的生效与效力

《担保法》第 90 条规定，定金应当以书面形式约定。当事人在定金合同中应当约定交付定金的期限。定金合同从实际交付定金之日起生效。

给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金。债务人履行债务后，定金应当抵作价款或者收回。定金的数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。

(三) 定金和订金的区别

第一，性质不同。定金是一种担保方式；而订金一般认为具有预付款性质，不具有担保功能。

第二，效力不同。收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金；收受订金的当事人一方不履行合同债务时退还订金即可，无需双倍返还。

第三，数额限制不同。《担保法》规定定金数额不超过主合同标的额的 20%；订金的数额依当事人之间自由约定，法律未做限制。

第四节 合同法

一、合同与合同的相对性

(一) 合同的概念

合同也称为契约，其本质是一种合意或协议。《合同法》第 2 条规定，合同是平等主体的自然人、法人及其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的意思表示一致的协议。

(二) 合同的相对性

合同的相对性是指合同主要在特定的合同当事人之间发生法律效力，只有合同当事人一方才能基于合同向相对方提出请求或提起诉讼，而不能向与其无合同关系的第三人提出合同上的请求，也不能擅自为第三人设定合同上的义务。

合同相对性主要体现在以下 3 个方面：

1. 主体相对

主体相对是指合同关系只能发生在特定的主体之间，只有合同当事人一方能够向合同的另一方当事人基于合同提出请求或提起诉讼，而不能向与合同无关的第三人提出合同上的请求及诉讼。

2. 内容相对

内容相对是指除法律、合同另有规定以外，只有合同当事人才能享有合同规定的权利，并承担该合同规定的义务，当事人以外的任何第三人不能主张合同上的权利，也不承担合同中规定的义务。

3. 责任相对

违反合同的责任的相对性的内容包含 3 个方面：

① 违约当事人应自行对违约行为承担违约责任，而不能将责任推卸给他人；

② 在因第三人的行为造成债务不能履行的情况下，债务人仍应向债权人承担违约责任，债务人在承担违约责任后，有权向第三人追偿；

③ 债务人只能向债权人承担违约责任，而不应向第三人承担违约责任。

二、合同的订立

(一) 订立合同应遵守的规定

(1) 订立合同的当事人应当具有完全民事行为能力和民事权利能力。

(2) 订立合同可根据双方当事人的意思，采取一定的形式，如书面形式、口头形式或其他形式。

(3) 合同的内容应当符合《合同法》的要求。

(4) 当事人订立合同，应当按照法定程序进行，即采取要约承诺方式。

要约是希望和他人订立合同的意思表示。要约可以撤回。撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。要约可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：要约以对话方式做出的，应当即时做出承诺，但当事人另有约定的除外；要约以非对话方式做出的，承诺应当在合理期限内到达。承诺生效时合同成立。承诺可以撤回。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通知同时到达要约人。

（二）合同的内容与形式

1. 合同的内容

合同的内容由当事人约定，一般包括以下条款：当事人的名称或者姓名和住所，标的，数量，质量，价款或者报酬，履行期限、地点和方式，违约责任，解决争议的方法。

2. 合同的形式

当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

法律、行政法规规定采用书面形式的，应当采用书面形式。当事人约定采用书面形式的，应当采用书面形式。书面形式是指合同书、信件和数据电文（包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件）等可以有形地表现所载内容的形式。

（三）合同成立的时间与地点

当事人采用合同书形式订立合同的，自双方当事人签字或者盖章时合同成立。当事人采用信件、数据电文等形式订立合同的，可以在合同成立之前要求签订确认书。签订确认书时合同成立。承诺生效的地点为合同成立的地点。采用数据电文形式订立合同的，收件人的主营业地为合同成立的地点；没有主营业地的，其经常居住地为合同成立的地点。当事人另有约定的，按照其约定。当事人采用合同书形式订立合同的，双方当事人签字或者盖章的地点为合同成立的地点。

三、合同的效力

（一）合同的生效

1. 合同生效的概念

合同生效是指依法订立的合同在当事人之间发生法律效力。

2. 合同生效的要件

①当事人必须具有相应的民事行为能力；②当事人意思表示真实；③合同标的合法，即当事人签订的合同不违反法律和社会公共利益；④合同标的须确定和可能。

3. 合同成立和生效的关系

（1）合同成立和生效的联系

合同成立是指合同订立过程的结束。合同生效是指已经成立的合同具有法律效力。合同成立是合同生效的前提。

（2）合同成立和生效的区别

①构成要件不同。双方达成合意合同即成立，至于当事人意思表示是否真实，则在所不问；而合同生效的条件包括行为人具有相应的民事行为能力、意思表示真实、不违反法律或者社会公共利益等。

②性质不同。合同成立主要是事实问题；合同生效主要是法律评价问题。

（二）合同的效力

1. 无效合同

无效合同是指合同虽然已经成立，但因其欠缺法定有效要件，从法律上不予以承认和保护的合同。根据《合同法》第52条的规定，导致合同无效的原因包括：

①一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益；

②恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益；

③以合法形式掩盖非法目的；

④损害社会公共利益；

⑤违反法律、行政法规的强制性规定。无效的合同自始没有法律效力。合同部分无效，不影响其他部分效力，其他部分仍然有效。

2. 可变更、可撤销的合同

可变更、可撤销的合同是指当事人在订立合同后，基于法定的理由，向法院或仲裁机关

请求变更或撤销的合同。

可变更、可撤销合同的类型主要包括：

- ①因重大误解订立的合同；
- ②显失公平的合同；
- ③因欺诈而订立的合同；
- ④因胁迫而订立的合同；
- ⑤乘人之危的合同。

对于可变更、可撤销的合同，当事人请求变更的，法院或仲裁机构不得撤销。当事人请求撤销的，人民法院可以变更，这体现了《合同法》尽量促成交易的理念。

3. 效力未定的合同

效力未定的合同是指合同订立后尚未生效，须权利人追认才能生效的合同，也称效力待定的合同。如代理人超越代理权限与第三人订立的合同，需经被代理人追认合同才生效。在被代理人追认之前，该合同为效力未定的合同。

四、合同的变更

根据《合同法》，合同的变更是指合同内容的变更，不包括合同主体的变更。合同主体的变更属于合同的转让。合同的变更，仅对变更后未履行的部分有效，对已履行的部分无溯及力。

五、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转让、债务承担和合同权利义务的概括移转三种。

（一）合同债权的转让

债权转让是指债权人将合同的权利全部或者部分转让给第三人的法律制度。其中债权人是转让人，第三人是受让人。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。换言之，债权转让不以债务人的同意为生效条件，但是要发生效力，则必须通知债务人。此外，债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

（二）合同债务的承担

债务承担是指债权人或者债务人与第三人之间达成转让债务的协议，由第三人取代原债务人承担全部债务。债务人与第三人协议转让债务的，应当经债权人同意。这是因为新债务人的资信情况和偿还能力须得到债权人的认可，以免债权人的利益受到不利影响。债务完全转让以后，新债务人将代替原债务人的地位而称为当事人，新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩，但也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。

（三）合同权利义务的概括转移

合同权利义务的概括转移，是指合同一方当事人将自己在合同中的权利义务一并转移给第三人，由第三人概括地继受这些债权债务。

六、合同的终止

合同的终止是指因发生法律规定或当事人约定的情况，使当事人之间的权利义务关系消灭，而使合同终止法律效力。

（一）合同终止的原因

①债务已经按照约定履行； ②合同解除； ③债务相互抵销； ④债务人依法将标的物提存； ⑤债权人免除债务； ⑥债权债务同归于一人，即混同； ⑦法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

（二）合同的解除

合同的解除是指合同成立以后，没有履行或者没有完全履行之前，基于法律规定，或双方当事人通过协议或者一方行使解除权的方式，使得合同关系终止的法律制度。合同的解除，分为协议解除、约定解除权和法定解除三种。

(1) 协议解除。协议解除是指当事人协商一致而解除合同。

(2) 约定解除权。约定解除权是指双方在原合同中约定解除权条款，或另行签订一个合同赋予一方或双方当事人在一定条件下享有解除权。一旦该条件成立，解除权人就可以通过行使解除权而终止合同。

(3) 法定解除。法定解除是指根据法律规定而解除合同。

(三) 抵销

抵销是双方当事人互负债务时，一方通知对方以其债权充当债务的清偿或者双方协商以债权充当债务的清偿，使得双方的债务在对等额内消灭的行为。抵销分为法定抵销与约定抵销。

(1) 法定抵销。《合同法》第 99 条规定，当事人互负到期债务，该债务的标的物种类、品质相同的，任何一方可以将自己的债务与对方的债务抵销，但依照法律规定或者按照合同性质不得抵销的除外。当事人主张抵销的，应当通知对方。通知自到达对方时生效。抵销不得附条件或者附期限。

(2) 约定抵销。《合同法》第 100 条规定，当事人互负债务，标的物种类、品质不相同的，经双方协商一致，也可以抵销。

(四) 提存

提存是指非因可归责于债务人的原因，导致债务人无法履行债务或者难以履行债务的情况下，以消灭合同债务的制度。

(五) 免除与混同

债权人免除债务人部分或者全部债务的，合同的权利义务部分或者全部终止。债权和债务同归于一人，即债权债务混同时，合同的权利义务终止，但涉及第三人利益的除外。

七、违约责任

违约责任是指当事人一方因不履行合同义务或者履行合同义务不符合约定，而向另一方当事人所应承担的民事责任。

(一) 免责事由

免责事由也称免责条件，是指当事人对其违约行为免于承担违约责任的事由。合同法上的免责事由可分为两大类，即法定免责事由和约定免责事由。法定免责事由是指由法律直接规定、不需要当事人约定即可援用的免责事由，主要指不可抗力；约定免责事由是指当事人约定的免责条款。

不可抗力是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况，要包括以下几种情形：①自然灾害，如台风、洪水、冰雹；②政府行为，如征收、征用；③社会异常事件，如罢工、骚乱。

因不可抗力不能履行合同的，根据不可抗力的影响，违约方可部分或全部免除责任。但有以下例外：①金钱债务的迟延履行不得因不可抗力而免除；②迟延履行期间发生的不可抗力不具有免责效力。

(二) 承担违约责任的主要方式

1. 继续履行

继续履行是指在一方违反合同时，另一方有权要求其依据合同的约定履行义务，也称实际履行、强制履行。

2. 赔偿损失

赔偿损失是指违约方因不履行或不完全履行合同义务而给对方造成损失，依法和依据合

同的规定应承担赔偿损失的责任。

3. 支付违约金

违约金是指当事人一方违反合同时应当向对方支付的一定数量的金钱或财物。

4. 定金

定金是指合同当事人为了确保合同的履行,约定由一方按合同标的额的一定比例预先给付对方的金钱。

5. 采取补救措施

采取补救措施是一个概括性的民事责任方式,具体内容应根据合同的具体情况确定。如“修理、更换、重做、退货、减少价款或者报酬”等即为补救措施。

第五节 公司法

一、公司概述

(一) 公司定义与分类

公司——依照法定的条件与程序设立的、以营利为目的的社团法人、企业法人。我国公司法上的公司分为有限责任公司和股份有限公司,一人有限责任公司和国有独资公司是有限责任公司的两种特殊形式。从组织形式来看,我国只有有限责任公司与股份有限公司两类公司。

(二) 公司章程变更程序

公司章程变更是指已经生效的公司章程的修改,变更程序如下:

(1) 由董事会提出修改公司章程的提议。

(2) 将该提议通知其他股东。

(3) 由股东会或股东大会表决通过;有限公司必须经代表 2/3 以上表决权的股东通过;股份公司必须经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

(4) 章程变更后,董事会应向工商行政管理机关申请变更登记,作为其对抗要件。

(三) 公司的设立、变更和终止

1. 公司设立

在我国,有限责任公司采取发起设立方式,即由发起人认购公司应发行的全部股份而设立公司;股份有限公司的设立,则既可以采取发起设立方式,也可以采取募集设立的方式;所谓募集设立方式,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。

2. 有限责任公司的设立条件

① 股东符合法定人数。有限责任公司由 50 个以下股东出资设立;股东可以是自然人、法人或者其他组织。② 有符合公司章程规定的全体股东认缴的出资额。③ 股东共同制定公司章程。④ 有公司名称、建立符合有限责任公司要求的组织机构。⑤ 有公司住所。

3. 股份有限公司的设立条件

① 设立股份有限公司,应当有 2 人以上 200 人以下发起人,其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。② 发起人认购和募集的股本达到法定最低注册资本额。最低限额为人民币 500 万元。③ 股份发行、筹办事项符合法律规定。④ 制定公司章程;其中发起设立的,发起人直接制定公司章程;募集设立的,发起人制定的章程还需要经过创立大会通过。⑤ 有公司名称、建立符合股份有限公司要求的组织机构。⑥ 有公司住所。

4. 公司形式变更

根据《公司法》规定,有限责任公司与股份有限公司之间可以相互转化形式,其转化规则为:① 有限责任公司变更为股份有限公司的,应当符合股份有限公司的设立条件;② 变更协议应由股东会或股东大会作出,且须经 2/3 以上绝对多数通过;③ 公司变更前的债权

债务由变更后的公司承继。

5. 公司合并与分立

(1) 公司合并可以分为吸收合并和新设合并，合并的主要程序为：①由合并各方业务执行机关签订合并协议，并编制资产负债表及财产清单，然后由股东会或股东大会做出批准与否的特别决议。各方股东大会批准后，合并协议方生效。②合并各方应当自合并协议生效之日起 10 日内通知其债权人，应于 30 日内在报纸上公告。③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。④登记：合并后继续存在的公司，办理变更登记；因合并而解散的公司，办理注销登记；因合并而新设立的公司，办理设立登记。⑤公司合并时，合并各方的债权、债务，应当由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

(2) 公司分立可以分为新设分立和派生分立，分立的主要程序为：①由分立各方业务执行机关签订分立协议，并编制资产负债表及财产清单，然后由股东会或股东大会做出批准与否的特别决议。各方股东大会批准后，分立协议方生效。②分立各方应当自分立协议生效之日起 10 日内通知其债权人，应于 30 日内在报纸上公告。③登记：分立后继续存在的公司，办理变更登记；因分立而解散的公司，办理注销登记；因分立而新设立的公司，办理设立登记。

(3) 公司合并、分立后的债务承担——由合并、分立后的存续公司法定概括承继。

6. 公司解散、终止与清算

(1) 公司解散，是指公司因发生章程规定或法律规定的解散事由而停止业务活动，最终导致公司失去法律人格的行为。公司解散事由主要包括：①约定解散，即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决议解散，即公司股东会或股东大会决议解散。③合并、分立解散，即因公司合并或分立需要解散。④行政解散，即公司违反法律、行政法规的规定被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销。⑤司法解散，即股东请求法院强制解散公司。公司解散后，除因分立或合并而需要解散的外，解散的公司应依法进入清算程序。

(2) 公司清算，是指解散的公司清理债权债务、分配剩余财产、了结公司的法律关系，从而使公司归于消灭的程序。非破产情形下，清算程序主要为：①成立清算组：公司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。②通知和公告：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。债权人在接到通知书之日起 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。在申报债权期间，清算组不得对债权人进行清偿。③制订清算方案和处分公司财产：公司财产在分别支付清算费用、职工的工资、社会保险费用和法定补偿金，缴纳所欠税款，清偿公司债务后的剩余财产，有限责任公司按照股东的出资比例分配，股份有限公司按照股东所持的股份比例分配。④清算结束：清算组制定清算报告，报股东会、股东大会或者人民法院确认。⑤公司终止：清算结束后，清算组将清算报告报送公司登记机关，申请注销公司登记，公司终止。

二、公司资本和股权

(一) 公司增、减资本程序 公司资本，又称股本，是指由公司章程规定并载明的、由全体股东出资构成的财产总额。公司资本总额一旦确定，非经法定程序，不得任意变动；公司资本变动时必须经过严格的程序。

1. 公司增资程序

(1) 应由公司董事会或执行董事制订方案，提交股东会决议，在有限责任公司与股份有限公司，均需 2/3 以上的绝对多数通过。

(2) 有限责任公司增加注册资本时，除非全体股东另有约定，股东享有优先按照实缴

的出资比例认缴出资的权利；但股份有限公司无此规定。

2. 公司减资程序：

(1) 决议：公司减资，应由董事会或执行董事制订方案，提交股东会决议，在有限责任公司与股份有限公司，均需经 2/3 以上绝对多数通过，且减资后的注册资本不得低于法定的最低限额。

(2) 编制资产负债表及财产清单。

(3) 公司应自做出减资决议之日起 10 日内通知债权人，并于 30 日内在报纸上公告。

(4) 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担保。

(5) 办理变更登记。

(二) 资本形成

(1) 我国《公司法》规定，有限责任公司的注册资本为在公司登记机关登记的全体股东认缴的出资额。全体股东的首次出资额不得低于注册资本的 20%，也不得低于法定的注册资本最低限额，其余部分自公司成立之日起 2 年内缴足；其中，投资公司可以在 5 年内缴足。但是一人有限公司的注册资本额须一次性缴足，不允许分期缴纳。

(2) 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资本总额。公司全体发起人的首次出资额不得低于注册资本的 20%，其余部分由发起人自公司成立之日起 2 年内缴足；在缴足前，不得向他人募集股份。

(3) 股份有限公司采取募集设立方式设立的，注册资本为在公司登记机关登记的实收资本总额，其中发起人认购的股份不得少于公司股份总额的 35%。

(三) 股东出资

(1) 股东出资形式：货币以及可以用货币估价依法转让的非货币财产，都可以用于出资，包括货币、实物、知识产权、土地使用权、股权、债权等。

(2) 其中货币出资比例不得低于注册资本的 30%。

(3) 出资组成的注册资本不得低于法定的注册资本最低限额，即有限责任公司 3 万元；一人有限公司 10 万元；股份有限公司 500 万元。

(四) 股权

(1) 有限责任公司的股东的股权凭证：① 出资证明书，由股东持有，其并非有价证券而是证权证书，故不得转让、流通，但是可以作为股东向公司主张股东权的凭证。② 股东名册，凡在公司的股东名册上被记载为股东的人，当然可以向公司主张行使股东权利。③ 工商登记，我国《公司法》规定，公司应当将股东的姓名或者名称及其出资额向公司登记机关登记；登记事项发生变更的，应当办理变更登记；未经登记或者变更登记的，不得对抗第三人。

(2) 股份有限公司股东的股权凭证：股票是其唯一凭证。

(五) 股权转让

1. 有限责任公司的股权转让

(1) 内部转让——可以相互转让其全部或者部分股权。

(2) 对外转让：股东向股东以外的人转让股权，应当经其他股东过半数同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意，其他股东自接到书面通知之日起满 30 日未答复的，视为同意转让；其他股东半数以上不同意转让的，不同意的股东应当购买该转让的股权；不购买的，视为同意转让。经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权；两个以上股东主张行使优先购买权的，协商确定各自的购买比例；协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权。

2. 股份有限公司的股权转让

(1) 转让场所——应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。

(2) 转让方式：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。股东大会召开前 20 日内或者公司决定分配股利的基准日前 5 日内，不得进行股东名册的变更登记。无记名股票以交付发生股权转让的法律效力。

(3) 股权转让对特殊主体的限制：发起人所持有的公司股份，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经发行的股份，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，在任职期间限制其股份转让；上述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。

三、公司机关

(一) 股东会或股东大会——公司的权力机构

股东（大）会由全体股东组成，在有限责任公司称为股东会，在股份有限公司称为股东大会。

股东会与股东大会的职权：① 决定公司的经营方针、投资计划；② 审批公司的四个方案——年度财务预 / 决算方案，利润分配方案，弥补亏损方案；③ 对增减资、发行债券做出决议；④ 选举更换非职工董事、监事并决定其报酬，并审批董事会、监事会的报告；⑤ 对公司合并、分立、解散、清算、变更公司形式等重大事项做出决议。

1. 有限责任公司股东会会议制度

(1) 会议形式。股东会做出决议原则上采取会议形式，如果股东以书面形式一致表示同意的，也可以不召开股东会会议，直接做出决定，并由全体股东在决定文件上签名、盖章。

(2) 会议种类。会议种类包括定期会议和临时会议。定期会议，依照公司章程规定按时召开。临时会议，提议召开的主体有：代表 1/10 以上表决权的股东；1/3 以上的董事；监事（会）。

(3) 召集与主持。不设董事会的，由执行董事召集和主持；设董事会的，由董事会召集，董事长主持；董事长不履行或不能履行职务的，由副董事长主持；副董事长不履行或不能履行职务的，由半数以上董事共同推举一名董事主持；董事会或执行董事不履行或不能履行职务的，由监事（会）召集与主持；监事（会）不召集与主持的，代表 1/10 以上表决权的股东可以自行召集与主持。

(4) 表决规则。任意的资本多数制原则上按照出资比例行使表决权，但章程有其他规定的按照章程规定；普通决议采取相对多数决议，即经代表 1/2 以上表决权的股东通过。

2. 股份有限公司股东大会会议制度

(1) 会议种类。年会——每年 1 次。临时会议——有下列情形之一的，应当在 2 个月内召开临时股东大会：董事人数不足公司法规定人数或者公司章程规定人数的 2/3 时；公司未弥补的亏损达实收股本总额 1/3 时；单独或者合计持有公司 10% 以上股份的股东请求时；董事会认为必要时；监事会提议召开时；其他。

(2) 召集和主持。基本同有限责任公司；但特别要求召集和主持会议的股东必须连续 90 日以上持股。

(3) 会议通知与公告。应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开 20 日前通知各股东；临时股东大会应当于会议召开 15 日前通知各股东；发行无记名股票的，应当于会议召开 30 日前公告会议召开的时间、地点和审议事项。

(4) 临时提案。单独或者合计持有公司 3% 以上股份的股东，可以在大会召开 10 日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后 2 日内通知其他股东，并将该临

时提案提交股东大会审议。

(5) 无记名股票持有人出席股东大会会议的，应当于会议召开 5 日前至股东大会闭会时将股票交存于公司。

(二) 董事会

1. 有限责任公司的董事会

(1) 设置与组成。执行董事——股东人数较少或者规模较小的有限责任公司可以不设董事会，只设一名执行董事，执行董事为公司法定代表人，且可以兼任公司经理，职权由公司章程规定。

董事人数——一般有限公司都设董事会，由 3~13 人组成。国有独资公司中，其董事会成员中应当有公司职工代表；其他有限责任公司无强制性规定。董事会必设董事长 1 人，可以设副董事长。

(2) 会议制度。召集与主持董事会为董事长的职务，如董事长不履行或不能履行该职务的，由副董事长履行；副董事长不履行或不能履行该职务的，由半数以上董事共同推举 1 名董事履行；议事方式与表决程序依公司章程；对所议事项的决定应当做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名；表决时，实行一人一票。

2. 股份有限公司的董事会

(1) 设置与组成。设立董事会，成员为 5~19 人。董事会成员中可以有公司职工代表；董事会设董事长 1 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。

(2) 会议制度。会议种类：例会——每年度至少召开 2 次会议，每次会议应当于会议召开 10 日前通知全体董事和监事。临时会议——代表 1/10 以上表决权的股东，1/3 以上董事，或者监事会，可以提议召开董事会临时会议。董事会会议应有过半数的董事出席方可进行，且应有董事本人出席，董事如因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围；董事会做出决议，实行一人一票，必须经全体董事的过半数通过；对所议事项的决定应当做成会议记录，出席会议的董事应当在会议记录上签名。

(三) 经理——董事会的执行机构

有限责任公司：① 有限责任公司可以设经理；② 经理由董事会决定聘任或者解聘，报酬也由董事会决定，对董事会负责，可以列席董事会会议；③ 职权依章程规定。

股份有限公司：① 经理是股份有限公司的法定机关；② 经理由董事会决定聘任或者解聘，报酬也由董事会决定，对董事会负责，可以列席董事会会议；③ 职权依章程规定。

(四) 监事（会）

1. 有限责任公司的监事（会）

(1) 股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设立 1~2 名监事，不设立监事会。

(2) 其余有限责任公司设立监事会，其成员不得少于 3 人；监事会应当包括股东代表和适当比例的职工代表；其中职工监事的比例不得少于 1/3，具体比例由公司章程规定；职工监事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。

(3) 监事会设主席 1 人，由全体监事过半数选举产生，本公司的董事、高级管理人员不得兼任监事。

(4) 监事（会）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。

(5) 监事（会）会议每年至少召开 1 次，监事可以提议召开临时监事会会议；监事会决议应当经半数以上的监事通过；对所议事项的决定应做成会议记录，出席监事应在记录上签名。

2. 股份有限公司的监事（会）

（1）股份公司必须设立监事会；监事会设主席 1 人，可以设副主席，均由全体监事过半数选举产生。

（2）监事会每 6 个月召开一次会议；其余规则均与有限责任公司相同。

（五）上市公司组织机构的特别规定

（1）重大事项特别决议制度——在 1 年内购买、出售重大资产或者担保数额超过公司资产总额 30% 的，应当由股东大会做出决议，并经出席会议的股东所持表决权的 2/3 以上通过。

（2）强行独立董事制度——独立董事，是指不在公司担任除董事外的其他职务，并与其所受聘的上市公司及其主要股东不存在可能妨碍其进行独立客观判断的关系的董事。

（3）董事会秘书制度。

（4）关联董事表决回避制度。

真题实例（单项选择题）根据《公司法》，关于有限责任公司董事会职权的说法，正确的是（ ）。

- A. 董事会有权对公司合并做出决议
- B. 董事会有权决定公司的经营方针
- C. 董事会有权修改公司章程
- D. 董事会有权制订公司的利润分配方案

第六节 证券法

一、证券法及基本原则

证券法是以规范证券发行、交易和监管等活动为主要内容的法律。证券法的宗旨是规范证券发行和交易行为，保护投资者的合法权益，维护社会经济秩序和社会公共利益，促进社会主义市场经济的发展。

《证券法》贯彻公开、公平、公正原则。三公原则是《证券法》的最基本原则。三公原则的具体内容包括：①公开原则，又称信息公开原则，包括证券信息的初期披露和持续披露两个方面，它要求证券发行人必须依法将与证券有关的一切真实情况予以公开，以供投资者投资决策时参考。公开原则是证券发行和交易制度的核心。②公平原则，即要求证券发行、交易活动中的所有参与者都有平等的法律地位，各自的合法权益能够得到公平的保护。③公正原则，是针对证券监管机构的监管行为而言的，它要求证券监督管理部门在公开、公平原则基础上，对一切被监管对象给予公正待遇。在我国境内，股票、公司债券和国务院依法认定的其他证券的发行和交易，均应遵守《证券法》；《证券法》未规定的，适用《公司法》和其他法律、行政法规的规定。

二、证券发行

（一）证券发行方式

证券发行分为公开发行的和非公开发行。根据《证券法》的规定，有下列情形之一的，为公开发行：①向不特定对象发行证券的；②向特定对象发行证券累计超过 200 人的；③法律、行政法规规定的其他发行行为。

非公开发行，也称私募发行，是指采用非公开的方式，向特定的对象发行的行为。《证券法》规定，非公开发行证券，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

（二）证券发行管理制度

证券发行管理制度主要有三种：审批制、核准制和注册制。每一种发行管理制度都对应一定的市场发展状况。其中审批制是完全计划发行的模式，核准制是从审批制向注册制过渡的中间形式，注册制则是目前成熟股票市场普遍采用的发行制度。

《证券法》规定，公开发行证券，必须符合法律、行政法规规定的条件，并依法报经国务院证券监督管理机构或者国务院授权的部门核准；未经依法核准，任何单位和个人不得公开发行证券。据此，我国证券公开发行实行的是核准制。

证券发行核准制，即所谓的实质管理原则，以欧洲各国的公司法为代表。依照证券发行核准制的要求，证券的发行不仅要以真实状况的充分公开为条件，而且必须符合证券管理机构制定的若干适于发行的实质条件。符合条件的发行公司，经证券管理机构批准后方可取得发行资格，在证券市场上发行证券。这一制度的目的在于禁止质量差的证券公开发行。

注册制是指证券发行人依法将与证券发行有关的一切信息和资料公开，制成法律文件，送交主管机构审查，主管机构只负责审查发行人提供的信息和资料是否履行了信息披露义务的一种制度。其最重要的特征是：在注册制下证券发行审核机构只对注册文件进行形式审查，不进行实质判断。如果公开方式适当，证券管理机构不得以发行证券价格或其他条件不公平，或发行者提出的公司前景不尽合理等理由而拒绝注册。注册制主张事后控制。注册制的核心是只要证券发行人提供的材料不存在虚假、误导或者遗漏，即使该证券没有任何投资价值，证券主管机关也无权干涉，因为自愿上当被认为是投资者不可剥夺的权利。审批制是一国在股票市场的发展初期，为了维护上市公司的稳定和平衡复杂的社会经济关系，采用行政和计划的办法分配股票发行的指标和额度，由地方或行业主管部门根据指标推荐企业发行股票的一种发行制度。审批制的主要特点表现为：企业的选择和推荐，由地方和主管政府机构根据额度决定；企业发行股票的规模，按计划来确定；发行审核直接由证监会审批通过；在股票发行方式和股票发行定价上有较多行政干预。2015年4月20日，全国人大财政经济委员会提请全国人大常委会审议《中华人民共和国证券法（修订草案）》，其中一条重要的修改内容是建议将我国股票发行由核准制变为注册制。

（三）发行保荐

2003年12月28日，证监会公布了《证券发行上市保荐制度暂行办法》，决定从2004年2月1日起在中国内地施行保荐人制度。所谓保荐人制度，是指由保荐机构及其保荐代表人负责发行人的上市推荐和辅导，核实公司发行文件和上市文件的真实性、准确性和完整性，协助发行人建立严格的信息披露制度，并承担风险防范责任的一种制度。

《证券法》第11条规定，发行人申请公开发行股票、可转换为股票的公司债券，依法采取承销方式的，或者公开发行法律、行政法规规定实行保荐制度的其他证券的，应当聘请具有保荐资格的机构担任保荐人。保荐人应当遵守业务规则和行业规范，诚实守信，勤勉尽责，对发行人的申请文件和信息披露资料进行审慎核查，督导发行人规范运作。

（四）证券承销

证券承销，是指证券公司根据发行人的委托，为了发行人的利益向投资者销售、促成销售或者代为销售拟发行证券的行为。

我国《证券法》规定的证券承销业务有代销和包销两种。证券代销是指证券公司代发行人发售证券，在承销期结束时，将未售出的证券全部退还给发行人的承销方式。证券包销是指证券公司将发行人的证券按照协议全部购入或者承销期结束时将售后剩余证券全部自行购入的承销方式。证券公司承销证券，应当同发行人签订代销或者包销协议。证券的代销、包销期限最长不得超过90日。

三、证券交易

（一）交易条件

（1）证券交易当事人依法买卖的证券，必须是依法发行并交付的证券。非依法发行的证券，不得买卖。

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

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

(二) 交易方式

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

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

(3) 证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行。

四、证券上市

证券上市交易，应当向证券交易所提出申请，由证券交易所依法审核同意，并由双方签订上市协议。证券交易所根据国务院授权的部门的决定安排政府债券上市交易。

(一) 股票上市

1. 上市条件

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；④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；⑤公司最近 3 年无重大违法行为，财务会计报告无虚假记载。

证券交易所可以规定高于前款规定的上市条件，并报国务院证券监督管理机构批准。申请股票上市交易，应当按规定向证券交易所报送申请文件。股票上市交易申请经证券交易所审核同意后，签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告股票上市的有关文件，并将该文件置备于指定场所供公众查阅。

2. 暂停和终止上市

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其股票上市交易：①公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件；②公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告做虚假记载，可能误导投资者；③公司有重大违法行为；④公司最近 3 年连续亏损；⑤证券交易所上市规则规定的其他情形。

上市公司有下列情形之一的，由证券交易所决定终止其股票上市交易：①公司股本总额、股权分布等发生变化不再具备上市条件，在证券交易所规定的期限内仍不能达到上市条件；②公司不按照规定公开其财务状况，或者对财务会计报告做虚假记载，且拒绝纠正；③公司最近 3 年连续亏损，在其后 1 个年度内未能恢复盈利；④公司解散或者被宣告破产；⑤证券交易所上市规则规定的其他情形。

(二) 债券上市

1. 上市条件

公司申请公司债券上市交易，应当符合下列条件：①公司债券的期限为 1 年以上；②公司债券实际发行额不少于人民币 5000 万元；③公司申请债券上市时仍符合法定的公司债券发行条件。申请公司债券上市交易，应当按规定向证券交易所报送申请文件。公司债券上市交易申请经证券交易所审核同意后，公司与证券交易所签订上市协议。签订上市协议的公司应当在规定的期限内公告公司债券上市文件及有关文件，并将其申请文件置备于指定场所供公众查阅。

2. 暂停和终止上市

公司债券上市交易后，有下列情形之一的，由证券交易所决定暂停其公司债券上市交易：①公司有重大违法行为；②公司情况发生重大变化不符合公司债券上市条件；③发行公司债券所募集的资金不按照核准的用途使用；④未按照公司债券募集办法履行义务；⑤公司最近 2 年连续亏损。

公司有上述第①项、第④项所列情形之一经查实后果严重的，或者有上述第②项、第③项、第⑤项所列情形之一，在限期内未能消除的，由证券交易所决定终止其公司债券上市交易。公司解散或者被宣告破产的，由证券交易所终止其公司债券上市交易。

第七节 保险法

一、保险法概述

（一）保险的概念

保险，指投保人根据合同约定，向保险人支付保险费，保险人于合同约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿保险金责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到合同约定的年龄、期限等条件时承担给付保险金责任的商业保险行为。

（二）保险的分类

（1）按照保险的实施方式，保险可以分为自愿保险和强制保险。

自愿保险是指投保人和保险人在遵循公平互利、协商一致的基础上自愿签订的保险合同，如机动车的车辆损失险；强制保险是指以国家法律规定必须参加的保险，如机动车交通事故责任强制保险。

（2）按照保险对象的不同，保险可以分为财产保险和人身保险。

财产保险是指投保人根据合同约定，向保险人交付保险费，保险人按保险合同的约定对所承保的财产及其有关利益因自然灾害或意外事故造成的损失承担赔偿责任的保险，如家庭财产保险。人身保险是指以人的寿命和身体为保险标的的保险。当人们遭受不幸事故或因疾病、伤残、年老以致丧失工作能力、死亡或年老退休时，根据保险合同的约定，保险人对被保险人或受益人给付保险金或年金，以解决其因病、残、老、死所造成的经济困难，如人身意外伤害保险。

（3）按照保险实施范围的不同，保险可以分为社会保险和普通保险。

社会保险是一种为丧失劳动能力、暂时失去劳动岗位或因健康原因造成损失的人口提供收入或补偿的一种社会和经济制度。社会保险包括养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险、生育保险。普通保险即由保险公司经营的商业保险。

（4）按照保险承担的责任次序，保险可以分为原保险和再保险。

原保险是指保险人向投保人支付保费，对约定的可能发生的事故因其发生所造成的财产损失承担赔偿责任，或者当被保险人死亡、伤残、疾病或者达到约定的年龄、期限时承担给付保险金责任的保险合同，也称一次保险。在原保险关系中，当保险标的遭受保险责任范围内的损失时，保险人直接对被保险人承担赔偿责任。再保险，是保险人在原保险合同的基础上，通过签订分保合同，将其所承保的部分风险和责任向其他保险人进行保险的行为，也称分保。

（三）保险法

保险法是调整保险活动中保险人与投保人、被保险人以及受益人之间法律关系的分类规范的总称。

《保险法》于1995年6月30日由第八届全国人民代表大会常务委员会第十四次会议通过，2002年、2009年和2014年进行过修正。

二、保险合同

（一）保险合同的定义

保险合同是投保人和保险人约定保险权利义务关系的协议。保险合同的内容是保险双方的权利义务关系。投保人是指与保险人订立保险合同，并按照保险合同负有支付保险费义务的人。保险人是指与投保人订立保险合同，并承担赔偿或者给付保险金责任的保险公司。

（二）保险合同的主体

保险合同的主体分为当事人和关系人。签订保险合同的双方是保险合同的当事人，即保险人和投保人；与保险合同发生间接关系的是保险合同的关系人，包括被保险人和受益人。

1. 保险合同当事人

① 保险人，又称承保人，是指与投保人订立保险合同，并按照合同约定承担赔偿责任或者给付保险金责任的保险公司。保险人享有收取保险费的权利，同时当约定的保险事故发生时，承担损失赔偿或给付保险金的责任。② 投保人，又称要保人，是指与保险人订立保险合同，并按照合同约定负有支付保险费义务的人。

2. 保险合同关系人

① 被保险人，是指其财产或者人身受保险合同保障，享有保险金请求权的人。投保人可以为被保险人。当投保人为自己利益投保时，投保人、被保险人为同一人。② 受益人，是指人身保险合同中由被保险人或者投保人指定的享有保险金请求权的人，投保人、被保险人可以为受益人。

(三) 保险合同的成立与生效

投保人提出保险要求，经保险人同意承保，保险合同成立。

保险合同成立后，保险人应当及时向投保人签发保险单或者其他保险凭证。保险单或者其他保险凭证应当载明当事人双方约定的合同内容。当事人也可以约定采用其他书面形式载明合同内容。依法成立的保险合同，自成立时生效。投保人和保险人可以对合同的效力约定附条件或者附期限。

三、保险代理人和保险经纪人制度

保险代理人是根据保险人的委托，向保险人收取佣金，并在保险人授权的范围内代为办理保险业务的机构或者个人。保险代理机构包括专门从事保险代理业务的保险专业代理机构和兼营保险代理业务的保险兼业代理机构。

保险经纪人是基于投保人的利益，为投保人与保险人订立保险合同提供中介服务，并依法收取佣金的机构。

保险代理机构、保险经纪人应当具备国务院保险监督管理机构规定的条件，取得保险监督管理机构颁发的经营保险代理业务许可证、保险经纪业务许可证。个人保险代理人、保险代理机构的代理从业人员、保险经纪人的经纪从业人员，应当具备国务院保险监督管理机构规定的资格条件，取得保险监督管理机构颁发的资格证书。

个人保险代理人在代为办理人寿保险业务时，不得同时接受两个以上保险人的委托。

第八节 票据法

一、票据法概述

票据是指出票人依法签发，由自己无条件支付或委托他人无条件支付一定金额的有价证券。按照《票据法》的规定，票据包括汇票、本票、支票。

二、票据的功能

(一) 汇兑作用

汇兑即异地支付，通常由汇款人将款项交存银行，由银行作为出票人将签发的汇票寄往异地或交持票人持往异地，持票人向异地银行兑取现金或凭此办理转账结算。

(二) 支付与结算作用

票据最早是作为支付工具出现的。汇票和支票是委托他人付款，本票则是出票人自己付款。这是票据最原始、最简单的作用。结算作用是在经济交往中，当双方当事人互为债权人与债务人时，可运用票据进行结算，以抵消债务，这样做既手续简便，又迅速和安全。

(三) 融资作用

票据的融资作用主要是通过票据贴现来实现的。票据贴现是指未到期票据的买卖行为，

持有未到期票据的人通过卖出票据得到现款。

（四）替代货币作用

票据作为支付工具和结算工具，代替了现金支付和以现金为内容的结算；票据的背书，使票据像货币一样得以流通。因此，票据也被形象地称为商人的货币。

（五）信用作用

这是票据作为商业信用工具的体现。当事人进行贸易时，可以使用票据进行结算，并约定一定期限付款。在票据到期之前，票据的持有人可以利用出票人和承兑人的信用转让票据。实际上持票人取得了一定时期的信用关系，他既可以向银行办理票据贴现，也可以通过背书将票据转让给他人。对于信用欠佳的当事人，还可以利用信用较好的当事人所签发、承兑或保证付款的票据进行支付，使其经济活动得以开展。

三、票据行为

（一）票据行为的概念

票据行为是指以发生、变更或消灭票据的权利义务关系为目的的法律行为，包括出票、背书、承兑、保证。

（二）票据行为的种类

1. 出票

出票是指出票人依照法定款式做成票据并交付于收款人的行为。它包括“做成”和“交付”两种行为。所谓“做成”就是出票人按照法定款式制作票据，在票据上记载法定内容并签名。由于现在各种票据都由一定机关印制，因而所谓“做成”只是填写有关内容和签名而已；所谓“交付”是指根据出票人本人的意愿将其交给收款人的行为，不是出于出票人本人意愿的行为如偷窃票据不能称作“交付”，因而也不能称作出票行为。

2. 背书

背书是指持票人转让票据权利予他人。票据的特点在于其流通，票据转让的主要方法是背书，当然除此之外还有单纯交付。背书转让是持票人的票据行为，只有持票人才能进行票据的背书。背书是转让票据权利的行为，票据一经背书转让，票据上的权利也随之转让给被背书人。

3. 承兑

承兑是指汇票的付款人承诺负担票据债务的行为。承兑为汇票所独有，汇票的发票人和付款人之间是一种委托关系，发票人签发汇票，并不等于付款人就一定付款，持票人为确定汇票到期时能得到付款，在汇票到期前向付款人进行承兑提示。付款人签字承兑，就是对汇票的到期付款承担责任。

4. 保证

保证是指除票据债务人以外的人为担保票据债务的履行、以承担同一内容的票据债务为目的的一种附属票据行为。票据保证的目的是担保其他票据债务的履行，适用于汇票和本票，不适用于支票。

四、票据权利

（一）票据权利的概念

票据权利是持票人因合法拥有票据而向票据债务人请求支付票据金额的权利。

（二）票据权利的取得、行使和保全

1. 票据权利的取得

（1）票据权利取得的种类

按票据权利的取得方式分类分为原始取得和继受取得。原始取得是指发票人制成票据并交付给收款人后，收款人即从发票人处得到票据权利；继受取得是指持票人从有正当处分权的人那里依背书转让或者交付程序而取得的票据的，为继受取得。如因背书而取得，因税收、

继承、赠予而取得，因公司合并而取得等。

按票据取得的主观状态分类分为善意取得和恶意取得。善意取得是指持票人在善意和无重大过失的情况下，依据《票据法》规定方式，支付对价后取得的票据，为善意取得。持票人善意取得的票据，应当享有票据权利；恶意取得是指持票人明知转让票据者无处分或交付票据的权利，或者虽然不是明知但应当或者可能知道让与人无处分权而由于过错或疏忽大意未能得知而取得票据，为恶意取得。持票人恶意取得票据的，不得享有票据权利。

（2）票据权利取得的限制。

根据《票据法》的规定，票据权利的取得有两项限制：一是以欺诈、偷盗或者胁迫等手段取得票据的，或者明知有前列情形，出于恶意取得票据的，或者有重大过失取得票据的，不得享有票据权利；二是以无偿或者不以相当对价，取得票据的，不得享有优于其前手的票据权利。

2. 票据权利的行使和保全

票据权利的行使是指票据债权人请求票据债务人履行其票据债务行为。票据权利的行使，应当在票据债务人的营业场所和营业时间内进行。

票据权利的保全是指票据债权人为了防止其票据权利的丧失，依《票据法》规定而采取的行为。例如，为防止追索权的丧失，采取做出拒绝证书的方式。

3. 票据权利的消灭

票据权利在下列期限内不行使而消灭：①持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起2年，见票即付的汇票、本票，自出票日起2年；②持票人对支票出票人的权利，自出票日起6个月；③持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月；④持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月。

五、票据丧失的补救措施

（一）挂失止付

挂失止付是指持票人丢失票据后，依照《票据法》规定的程序通知票据上记载的付款人停止支付的行为。

（二）公示催告

公示催告是指人民法院根据票据权利人的申请，以向社会公示的方法，将丧失的票据加以公示，催促不明利害关系的有关当事人在一定的期间向法院申报票据权利，如不在规定的期间内申报，就不能以有关的票据权利请求法律保护。公示催告应当向票据支付地的基层人民法院申请。

失票人应当在通知挂失止付后3日内，也可以在票据丧失后，依法向人民法院申请公示催告，或向人民法院提起诉讼。

法院受理公示催告后，应当立即通知支付人停止支付，并在通知后的3日内发出公告，催促利害关系人在60日内申报权利，公告期间，票据权利被冻结，不能承兑、不能付款、不能贴现、不能转让，有关当事人对票据的任何处分均没有法律效力。人民法院在公示催告期间终止后，针对无人申请的票据，应当根据申请人的申请，判决宣告该票据无效，所有的票据权利宣告结束。

（三）提起诉讼

票据丧失后，也可以提起民事诉讼，请求法院确认其票据权利。在起诉的同时，失票人可以向法院申请诉讼保全措施，由法院通知付款人或代理付款人暂停支付。

第九节 商业银行法

一、商业银行法律地位

商业银行是指依照《商业银行法》和《公司法》设立的吸收公众存款、发放贷款、办理

结算等业务的企业法人。

《商业银行法》对商业银行性质和业务的规定包含了两层含义：①商业银行是依照《公司法》设立的独立企业法人，具备独立性、盈利性、经营性等公司制企业法人特征；②商业银行是依照《商业银行法》设立的从事吸收公众存款、发放贷款、办理结算等特殊公众性、服务性、金融性业务的特殊企业。

根据《商业银行法》，商业银行可以经营下列部分或者全部业务：①吸收公众存款；②发放短期、中期和长期贷款；③办理国内外结算；④办理票据承兑与贴现；⑤发行金融债券；⑥代理发行、代理兑付、承销政府债券；⑦买卖政府债券、金融债券；⑧从事同业拆借；⑨买卖、代理买卖外汇；⑩从事银行卡业务；⑪提供信用证服务及担保；⑫代理收付款项及代理保险业务；⑬提供保管箱服务；⑭经银监会批准的其他业务。

不同于普通企业法人经营范围由章程规定即可，商业银行章程载明的业务范围依法须经国务院银行业监督管理机构批准方可生效，经营结汇、售汇业务，还须中国人民银行批准。

二、商业银行的经营原则

《商业银行法》规定了商业银行“三性四自”经营原则，即商业银行以安全性、流动性、效益性为经营原则，实行自主经营，自担风险，自负盈亏，自我约束。

三、商业银行业务规则

（一）存款业务规则

1. 存款及其办理原则

存款在法律上的含义可以从两方面来理解。一方面，从存款人来看，存款是单位和个人在存款机构开立账户存入货币资金的行为；另一方面，从存款机构看，存款是金融机构接受存款人的货币资金，承担对存款人定期或不定期支付本息义务的行为。

《商业银行法》规定，商业银行办理个人储蓄存款业务，应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。

2. 存款业务基本法律规则

①经营存款业务特许制。《商业银行法》规定，未经银监会批准，任何单位和个人不得从事吸收公众存款等商业银行业务，任何单位不得在名称中使用“银行”字样。

②以合法正当方式吸收存款。《商业银行法》规定，商业银行不得违反规定提高或者降低利率以及采用其他不正当手段吸收存款。

③依法保护存款人合法权益。《商业银行法》规定，商业银行应当保证存款本金和利息的支付，不得拖延、拒绝支付存款本金和利息。商业银行保障不论个人储蓄或是单位存款免于非法遭受查询、冻结、扣划要求的权利。

3. 对单位和个人存款查询、冻结、扣划的条件和程序

《商业银行法》规定，对个人储蓄存款，除法律另有规定外，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划。对单位存款，除法律、行政法规另有规定外，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询；除法律另有规定外，有权拒绝任何单位或者个人冻结、扣划。个人存款的查询、冻结、扣划只能由法律予以规定，单位存款查询可由法律、行政法规规定，而冻结、扣划只能由法律予以规定。

4. 存款利率和存款准备金管理规则

商业银行应当按照中国人民银行规定的存款利率的上下限，确定存款利率，并予以公告；商业银行应当按照中国人民银行的規定，向中国人民银行交存存款准备金，留足备付金。

（二）贷款业务规则

贷款业务是指银监会批准的银行业金融机构所从事的以还本付息为条件出借货币资金使用权的营业活动。贷款人是指经银监会批准在中华人民共和国境内依法设立并具有经营贷款业务资格的银行业金融机构。借款人是指与贷款人建立贷款法律关系的法人、其他组织或

自然人。商业银行根据国民经济和社会发展的需要，在国家产业政策指导下开展贷款业务。

1. 贷款业务指标

根据《商业银行法》，商业银行开展贷款业务应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限，确定贷款利率。

商业银行开展贷款业务应当遵守下列资产负债比例管理的规定：①资本充足率不得低于8%；②贷款余额与存款余额的比例不得超过75%；③流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于25%；④对同一借款人的贷款余额与商业银行资本余额的比例不得超过10%；⑤银监会对资产负债比例管理的其他规定。

2. 贷款业务风控规则

①商业银行贷款，应当实行审贷分离、分级审批的制度；

②商业银行贷款，借款人应当提供担保；

③商业银行贷款，应当与借款人订立书面合同；

④商业银行不得向关系人发放信用贷款；向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件；

⑤同业拆借，禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资；

⑥商业银行办理票据承兑、汇兑、委托收款等结算业务，应当按照规定的期限兑现，收付入账，不得压单、压票或者违反规定退票；

⑦商业银行在中华人民共和国境内不得从事信托投资和证券经营业务，不得向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资，但国家另有规定的除外。

3. 贷款业务保障规则

①任何单位和个人不得强令商业银行发放贷款或者提供担保；

②借款人应当按期归还贷款的本金和利息。

第十节 银行业监督管理法

一、银行业监督管理法的适用范围

《银行业监督管理法》确定，银监会负责对全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作，其法定监管目标为：①促进银行业的合法、稳健运行，维护公众对银行业的信心；②保护银行业公平竞争，提高银行业竞争能力。在中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存款的金融机构以及政策性银行；在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经国务院银行业监督管理机构批准设立的其他金融机构的监督管理，适用《银行业监督管理法》对银行业金融机构监督管理的规定。

此外，银监会依法对其批准在境外设立的金融机构，以及上述境内金融机构在境外的业务活动实施监督管理。银监会及其派出机构从事监督管理工作的人员的监管行为适用《银行业监督管理法》。

二、银行业监督管理机构的监督管理职责

（一）制定并发布监管制度的职责

银监会依照法律、行政法规制定并发布对银行业金融机构及其业务活动监督管理的规章、规则。其中审慎经营规则是银监会对银行业金融机构提出的核心经营目标，包括风险管理、内部控制、资本充足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等内容。银行业金融机构应当严格遵守审慎经营规则。

（二）准入职责

1. 机构准入

银行业金融机构的设立、变更、终止，银监会应当依照法律、行政法规规定的条件和程

序审查批准。对银行业金融机构的设立申请，银监会应当在自收到申请文件之日起6个月内做出批准或者不批准的书面决定；对银行业金融机构的变更、终止申请，应当在自收到申请文件之日起3个月内做出批准或者不批准的书面决定。对银行业金融机构的设立、变更、终止申请，银监会决定不批准的，应当说明理由。

2. 业务范围准入

银行业金融机构的业务范围，银监会应当依照法律、行政法规规定的条件和程序审查批准。需要审查批准或者备案的业务品种，银监会应当依照法律、行政法规规定并公布。银行业金融机构开展相关业务的，应当按照规定报经银监会审查批准或者备案。

银监会应当在自收到申请文件之日起3个月内，对银行业金融机构业务范围和增加业务范围内的业务品种的申请做出批准或者不批准的书面决定；决定不批准的，应当说明理由。

3. 人员准入

对银行业金融机构的董事和高级管理人员，银监会应当实行任职资格管理。对任职资格管理，银监会应当制定具体办法。

对银行业金融机构审查董事和高级管理人员的任职资格的申请，银监会应当在自收到申请文件之日起30日内做出批准或者不批准的书面决定；决定不批准的，应当说明理由。

4. 股东变更审查

申请设立银行业金融机构，或者银行业金融机构变更持有资本总额或者股份总额达到规定比例以上的股东的，银监会应当依法审查其资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况。《商业银行法》规定，任何单位和个人购买商业银行股份总额达5%以上的，应当事先经银监会批准。

（三）非现场监管职责

银监会应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行非现场监管，建立银行业金融机构监督管理信息系统，分析、评价银行业金融机构的风险状况，并表监督管理银行业金融机构财会信息。银监会负责统一编制全国银行业金融机构的统计数据、报表，并按照国家有关规定予以公布。

银监会应当建立银行业金融机构监督管理评级体系和风险预警机制，根据银行业金融机构的评级情况和风险状况，确定对其现场检查的频率、范围和需要采取的其他措施。

（四）现场检查职责

银监会应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行现场检查，依法制定现场检查程序，规范现场检查行为。银监会对中国人民银行提出的检查银行业金融机构的建议，应当自收到建议之日起30日内予以回复。

（五）报告职责

银监会应当建立发现、报告岗位责任制度。发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件的，银监会应当立即向银监会负责人报告；银监会负责人认为需要向国务院报告的，应当立即向国务院报告，并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。

（六）指导、监督自律职责

对银行业自律组织的活动，银监会应当进行指导和监督。银行业自律组织的章程应当报银监会备案。

（七）国际交流合作职责

银监会有开展与银行业监督管理有关的国际交流、合作活动的职责。

三、银行业监督管理机构的监督管理措施

（一）非现场监管措施

银监会及其派出机构根据履行职责的需要，有权要求银行业金融机构按照规定报送资产负债表、利润表和其他财务会计、统计报表、经营管理资料以及注册会计师出具的审计报告，

并通过持续完善监管信息系统，不断提升数据质量，充实非现场监管工具箱。

（二）现场检查措施

现场检查是指监管人员直接深入到金融机构进行业务检查和风险判断。进行现场检查，应当经银监会及其派出机构的负责人批准。现场检查时，检查人员不得少于2人，并应当出示合法证件和检查通知书；检查人员少于2人或者未出示合法证件和检查通知书的，银行业金融机构有权拒绝检查。

银监会及其派出机构根据审慎监管的要求，可以采取下列措施进行现场检查：①进入银行业金融机构进行检查；②询问银行业金融机构的工作人员，要求其对有关检查事项做出说明；③查阅、复制银行业金融机构与检查事项有关的文件、资料，对可能被转移、隐匿或者毁损的文件、资料予以封存；④检查银行业金融机构运用电子计算机管理业务数据的系统。

（三）对违反审慎经营规则的监管措施

①责令暂停部分业务、停止批准开办新业务；②限制分配红利和其他收入；③限制资产转让；④责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利；⑤责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利；⑥停止批准增设分支机构。银行业金融机构整改后，应当向银监会或者其省一级派出机构提交报告。银监会或者其省一级派出机构经验收，符合有关审慎经营规则的，应当自验收完毕之日起3日内解除对其采取的上述规定的有关措施。

（四）对问题银行业金融机构的接管、促成重组、撤销等监管措施

1. 接管

接管的目的是对被接管银行业金融机构采取必要措施，以保护存款人的利益，恢复银行业金融机构的正常经营能力。

2. 促成重组

重组的目的是对被重组的银行业金融机构采取对银行业体系冲击较小的市场退出方式，以此维护市场信心与秩序，保护存款人等债权人的利益。对于重组失败的，银监会可以决定终止重组，转由人民法院依法宣告破产。

3. 撤销

撤销是银监会对经其批准设立的具有法人资格的银行业金融机构采取的终止其法人资格的行政强制措施。在接管、机构重组或者撤销清算期间，经银监会负责人批准，对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员，可以采取下列措施：①直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的，通知出境管理机关依法阻止其出境；②申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。

（五）其他监督管理措施

1. 延伸调查

即银监会及其派出机构依法对银行业金融机构进行检查时，经批准可以对与涉嫌违法事项有关的单位和个人采取有关措施，相关措施有：①询问有关单位或者个人，要求其对有关情况做出说明；②查阅、复制有关财务会计、财产权登记等文件、资料；③对可能被转移、隐匿、毁损或者伪造的文件、资料，予以先行登记保存。

2. 审慎性监督管理谈话（简称监管谈话）

根据《银行业监督管理法》规定，银监会及其派出机构根据履行职责的需要，可以与银行业金融机构董事、高级管理人员进行监督管理谈话，要求银行业金融机构董事、高级管理人员就银行业金融机构的业务活动和风险管理的重大事项做出说明。

监管部门有权根据监管需要和银行业金融机构经营状况，随时向银行业金融机构提出谈话要求，但进行监管谈话并不意味着银行业金融机构一定存在经营问题。在谈话中，被要求参加的董事、高管人员有义务准时到会并如实地对相关业务情况和风险管理等重大事项做出

说明。

3. 强制披露

《银行业监督管理法》规定，银监会及其派出机构应当责令银行业金融机构按照规定，如实向社会公众披露财务会计报告、风险管理状况、董事和高级管理人员变更以及其他重大事项等信息。

银行业金融机构的信息披露，有利于投资者、存款人和相关利益者真实、准确、及时、完整地了解到其财务状况、风险管理状况、董事和高管变更以及其他重大事项信息，以便他们从自身利益角度出发，做出相应反应，客观上也能激励和约束银行业金融机构完善法人治理结构、加强风险管理和内部控制、提高经营管理和盈利能力。

4. 查询涉嫌违法账户和申请冻结涉嫌违法资金

《银行业监督管理法》规定，经银监会或者其省一级派出机构负责人批准，银监会及其派出机构有权查询涉嫌金融违法的银行业金融机构及其工作人员以及关联行为人的账户；对涉嫌转移或者隐匿违法资金的，经银监会及其派出机构负责人批准，可以申请司法机关予以冻结。

第十一节 其他法律制度

一、消费者权益保护法

(一) 消费者的权利

消费者的权利有安全权、知情权、选择权、公平交易权、获得赔偿权、结社权、获得有关知识的权利、人格尊严权、监督权、个人信息权。

《中华人民共和国消费者权益保护法》(以下简称《消费者权益保护法》)第十四条规定，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。

(二) 经营者的义务

经营者的义务：遵守法律和履行合同义务、接受监督的义务、保护消费者安全的义务、提供真实信息的义务、出具凭证或单据的义务、保证质量的义务、承担责任的义务、尊重消费者人格尊严的义务、保护消费者信息的义务。

经典例题 某美容店向王某推荐一种新品牌的护肤品。王某对“名牌产品”价格如此便宜感到疑惑，店家解释为店庆优惠活动。王某买回使用后，面部出现红肿、瘙痒，苦不堪言。经质检部门认定属于假冒劣质产品，王某遂向美容店索赔。对此，下列哪一选项是正确的?()

- A.美容店不知道该产品为假名牌，不应承担责任
- B.美容店不是假名牌产品的生产者，不应承担责任
- C.王某对该产品有怀疑仍接受了服务，也应承担部分责任
- D.美容店违反了保证商品和服务安全的义务，应当承担全部责任

(三) 争议的解决

消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：①与经营者协商和解；②请求消费者协会或者依法成立的其他调解组织调解；③向有关行政部门投诉；④根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；⑤向人民法院提起诉讼。

消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。消费者在接受服

务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。

二、反不正当竞争法

不正当竞争行为，是指经营者在生产经营活动中，违反《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称《反不正当竞争法》)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。

经营者，是指从事商品生产、经营或者提供服务(以下所称商品包括服务)的自然人法人和非法人组织。

(一) 不正当竞争行为的表现形式

1. 混淆行为

混淆行为是指经营者在市场经营活动中，以种种不实手法对自己的商品或服务作虚假表示、说明或承诺，或不当利用他人的智力劳动成果推销自己的商品或服务，使用户或消费者产生误解，扰乱市场秩序、损害同业竞争者的利益或消费者的利益的行为。《反不正当竞争法》第六条规定，经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：①擅自使用与他人有一定影响的商品名称包装、装潢等相同或者近似的标识；②擅自使用他人有一定影响的企业名称(包括简称、字号等)、社会组织名称(包括简称等)姓名(包括笔名、艺名、译名等)；③擅自使用他人有一定影响的域名主体部分网站名称、网页等；④其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

经典例题 根据《反不正当竞争法》的规定，下列哪一行为属于不正当竞争行为中的混淆行为?()

A.甲厂在其产品说明书中作夸大其词的不实说明

B.乙厂的矿泉水使用“清凉”商标，而“清凉矿泉水厂”是本地一知名矿泉水厂的企业名称

C.丙商场在有奖销售中把所有的奖券刮奖区都印上“未中奖”字样

D.丁酒厂将其在当地评奖会上的获奖证书复印在所有的产品包装上

2. 商业贿赂行为

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

《反不正当竞争法》第七条规定，经营者不得采用财物或者其他手段贿赂下列单位或者个人，以谋取交易机会或者竞争优势：①交易相对方的工作人员；②受交易相对方委托办理相关事务的单位或者个人；③利用职权或者影响力影响交易的单位或者个人。经营者在交易活动中，可以以明示方式向交易相对方支付折扣，或者向中间人支付佣金。经营者向交易相对方支付折扣、向中间人支付佣金的，应当如实入账。接受折扣、佣金的经营者也应当如实入账。经营者的工作人员进行贿赂的，应当认定为经营者的行为；但是，经营者有证据证明该工作人员的行为与为经营者谋取交易机会或者竞争优势无关的除外。

3. 虚假宣传行为

虚假宣传行为是指经营者利用广告和其他方法对商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等所做的引人误解的虚假宣传。

4. 侵犯商业秘密行为

《反不正当竞争法》第九条规定，经营者不得实施下列侵犯商业秘密的行为：①以盗窃、贿赂欺诈胁迫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；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。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。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和经营信息。

5. 不正当有奖销售行为

不正当有奖销售是指经营者在销售商品或提供服务时，以欺骗或其他不正当手段，附带提供给用户和消费者金钱、实物或其他好处，作为对交易奖励的推销商品的行为。

有奖销售是市场经济条件下经营者常用的一种刺激购买力的促销手段。反不正当竞争法第十条规定，经营者进行有奖销售不得存在下列情形：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；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；③抽奖式的有奖销售最高奖的金额超过五万元。

经典例题 根据《反不正当竞争法》的规定，抽奖式的有奖销售，最高奖的金额不得超过()元。

A.10000 B.0000 C.50000 D.80000

6. 诋毁商誉行为

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

7. 互联网不正当竞争行为

《反不正当竞争法》第十二条规定，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。

(二) 对涉嫌不正当竞争行为的调查

《反不正当竞争法》第十三条规定，监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，可以采取下列措施：①进入涉嫌不正当竞争行为的经营场所进行检查；②询问被调查的经营者、利害关系人及其他有关单位、个人，要求其说明有关情况或者提供与被调查行为有关的其他资料；③查询复制与涉嫌不正当竞争行为有关的协议、账簿、单据、文件、记录、业务函电和其他资料；④查封、扣押与涉嫌不正当竞争行为有关的财物；⑤查询涉嫌不正当竞争行为的经营者的银行账户。

《反不正当竞争法》第十四条规定，监督检查部门调查涉嫌不正当竞争行为，被调查的经营者、利害关系人及其他有关单位、个人应当如实提供有关资料或者情况。

《反不正当竞争法》第十五条规定，监督检查部门及其工作人员对调查过程中知悉的商业秘密负有保密义务。

《反不正当竞争法》第十六条规定，对涉嫌不正当竞争行为，任何单位和个人有权向监督检查部门举报，监督检查部门接到举报后应当依法及时处理。监督检查部门应当向社会公开受理举报的电话、信箱或者电子邮件地址，并为举报人保密。对实名举报并提供相关事实和证据的，监督检查部门应当将处理结果告知举报人。

(三) 不正当竞争行为的法律责任

《反不正当竞争法》第十七条规定，经营者违反本法规定，给他人造成损害的，应当依法承担民事责任。经营者的合法权益受到不正当竞争行为损害的，可以向人民法院提起诉讼。因不正当竞争行为受到损害的经营者的赔偿数额，按照其因被侵权所受到的实际损失确定；实际损失难以计算的，按照侵权人因侵权所获得的利益确定。赔偿数额还应当包括经营者为制止侵权行为所支付的合理开支。经营者违反本法第六条、第九条规定，权利人因被侵权所受到的实际损失、侵权人因侵权所获得的利益难以确定的，由人民法院根据侵权行为的情节

判决给予权利人三百万元以下的赔偿。

《反不正当竞争法》第二十六条规定，经营者违反本法规定从事不正当竞争，受到行政处罚的，由监督检查部门记入信用记录，并依照有关法律、行政法规的规定予以公示。

《反不正当竞争法》第二十七条规定，经营者违反本法规定，应当承担民事责任行政责任和刑事责任，其财产不足以支付的，优先用于承担民事责任。

三、劳动合同法

(一) 劳动合同的分类

1. 固定期限劳动合同

固定期限劳动合同是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同。

2. 无固定期限劳动合同

无固定期限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。用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。

(1) 有以下情形之一，劳动者提出或者同意续订订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：劳动者在该用人单位连续工作满 10 年的；用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满 10 年且距法定退休年龄不足 10 年的；连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者没有《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称《劳动合同法》)第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

(2) 用人单位自用工之日起满 1 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

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，可订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

(二) 试用期规定

3 个月以上不满 1 年不得超过 1 个月；1 年以上不满 3 年不得超过 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百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

(三) 用人单位不得解除劳动合同的情形

用人单位不得解除劳动合同的情形有：(1) 从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的。

(2) 在本单位患职业病或者因公负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的

(3) 患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内

(4) 女职工在孕期、产期、哺乳期的

(5) 在本单位连续工作满 15 年的，且距法定退休年龄不足 5 年的

(6) 法律、行政法规规定的其他情形。