

注册会计师考试辅导用书

经济法

斯尔教育 组编

20
22

ECONOMIC LAWS

打好基础

民主与建设出版社

· 北京 ·

版权

— · 推荐语 · —

崔 宇

一本考试用书，最重要的就是极致应试。这本书在坚持极致应试，考哪讲哪的基础上，对很多知识补充了形象、生动的案例列举和丰富深刻的原理阐释，希望能让你在应试的同时，喜欢上法律，理解法律，在生活当中也能运用法律。2022，一起加油！

郭 文 静

备考之路，一本好的备考工具书不可或缺，在此，为你推荐这本《打好基础》，在这本书中，法条是鲜活的，不是枯燥的；规则有原理的，不是“空荡荡”的；解题是有技巧的，不是“随缘”的；知识是有逻辑的，不是零散的。这样一本书，定能助你顺利通关！

致全体学员的一封信

注册会计师6个科目，各有各的特点，各有各的方法，特点不同，方法不同，但是目标相同，那便是顺利通关，下面，就来说一说《经济法》这一科的特点和方法。

一、怎么考

（一）题型题量以及分值

《经济法》考试题型包括单项选择题、多项选择题和案例分析题。相比往年，2021年的考试中，题量和分值都有所变化，以下将做详细说明。

1.单项选择题（26题×1分=26分）

2021年以前，单项选择题题量为24道题，总分为24分，2021年的考试中单项选择题增加了2道，变为26道题，总分变为26分。单项选择题属于性价比较高的题目，相对较易得分，但是从近两年的考试情况来看，单项选择题的考核更加的细致和全面，也意味着大家在学习时不能“挑挑拣拣”，应该全面把握。

2.多项选择题（16题×1.5分=24分）

2021年以前，多项选择题题量为14道题，总分为21分，2021年的考试中，多项选择题增加了2道，变为24道题，总分变为24分。相较于其他考试，注册会计师考试对多项选择题的判分规则更加严格，无论是错选、多选还是漏选，均不得分，但凡一个选项拿不准，很可能整道题都得了分数，因此，多选题也成了考生丢分的“重灾区”，从策略上来说，尽量保证单项选择题得较高的分数，然后在案例分析题上多下功夫，就可以弥补多项选择题带来的“伤害”。

3.案例分析题（4大题合计50分）

2021年以前，案例分析题总分为55分，2021年的考试中，分值下降为50分。每道案例题有5~7个小问，要求考生对法条进行描述。案例分析题往往是考生比较头疼的一类题型，尤其是“理科生”，看见法条就头疼，但其实，案例分析题是得分的“利器”。经济法的案例分析题考核模块较为固定，一般会涉及一道物权法和合同法结合的考题、一道公司法和证券法结合的考题、一道破产法的考题以及一道票据法的考题，考点较为固定，只要多加练习，比选择题更容易得分。

二、学什么

《经济法》科目总共包括12个章节，总共可以分为4编，各章节内容、重要性以及分数大致如下：

编	章	内容	重要性	分值
第一编 法律概论	第一章	法律基本原理	★	1.5分
第二编 民事法律制度	第二章	基本民事法律制度	★★	5.5分
	第三章	物权法律制度	★★★	8.5分
	第四章	合同法律制度	★★★	13.5分
第三编 商事法律制度	第五章	合伙企业法律制度	★★	7分
	第六章	公司法律制度	★★★	10.5分
	第七章	证券法律制度	★★★	17.5分
	第八章	企业破产法律制度	★★★	11分
	第九章	票据与支付结算法律制度	★★★	12.5分

续表

编	章	内容	重要性	分值
第四编 经济法律制度	第十章	企业国有资产法律制度	★★	2.5分
	第十一章	反垄断法律制度	★★	5分
	第十二章	涉外经济法律制度	★★	5分

需要说明的是，为方便考生学习，《打好基础》中对章节顺序作出了部分调整。

三、怎么学

经济法不同章节各自具有鲜明的特点：民事法律制度逻辑性强，理解难度大，背诵难度小；商事法律制度较为综合，所以这一部分对考生的要求最多，既要能理解法律的原理和含义，也要能对纷繁复杂的各种规定进行背诵和记忆；经济法律制度理解上没有难度，但知识点多且分散，逻辑关联性不强，因此，这部分内容背诵难度较高。针对上述特点，可以采取如下方式展开学习。

1.知原理

一部法律中每个条文的制定或修订，背后都有十分明确的理由和十分清晰的逻辑。对法条设计意图和法理的理解，可以作为我们识记、背诵经济法内容的助推剂。民事法律制度和商事法律制度，距离我们日常生活较近，因此很多知识背后的原理比较容易理解，尤其是民事法律制度，通过对法条背后原理的学习理解，再结合考试案例进行梳理，这部分的知识比较容易掌握，且可以极大减轻背诵的工作量；商事法律制度较为综合，可以在平日中多关注经济类的新闻，从各类新闻以及公司公告中熟悉各种规定的应用场景，这样能够更容易的攻克商法部分的案例分析题。

2.做对比

如上所说，商法部分较为综合，部分内容应当首先“知原理”，但是要应对考试，仅仅“知原理”还不足够，毕竟考试要“落在纸上”，因此，还需要一定的记忆，商法部分的考题，很多地方都是对易混知识点进行的考查，比如普通合伙人和有限合伙人的不同规则、有限责任公司和股份有限公司的不同规则等，因此，做好对比记忆是学习商法的一剂再好不过的“良方”。

3.多复习

“遗忘”是学习的常态，如何对抗遗忘？复习是最好的方式，但是复习也是要讲究时间的，学完第12章才去复习，很可能你会感觉这些知识好像未曾见过；所以，将复习均匀穿插在12章之间会更好。举个例子：学完第3章，复习第1章；学完第4章，复习第2章，以此类推。这种方式的好处在于复习的时间间隔不会太久，知识可以很容易回想起来，复习所花费的时间也更少。当然，不可否认部分知识放在考前进行短期记忆“性价比”更高，所以这样的内容可以在学习之初“先放一放”，考前再进行集中记忆。

最后，千言万语都不如“现在开始”。

1

第一章 引 论

- 2 第一节 法的概念与特征
- 4 第二节 习近平法治思想引领全面依法治国基本方略

2

第二章 基本民事法律制度

- 10 第一节 法律规范与法律关系
- 24 第二节 民事法律行为
- 37 第三节 代理制度
- 42 第四节 诉讼时效制度

3

第三章 物权法律制度

- 52 第一节 物权法律制度概述
- 55 第二节 物权变动与公示公信原则
- 66 第三节 所有权
- 78 第四节 用益物权
- 82 第五节 担保物权之抵押权
- 90 第六节 担保物权之质权、留置权
- 98 第七节 担保物权综合

4

第四章 合同法律制度

- 106 第一节 合同的基本理论
- 107 第二节 合同的订立
- 114 第三节 合同的履行
- 123 第四节 合同的担保
- 130 第五节 合同的变更与转让
- 133 第六节 合同的终止
- 138 第七节 违约责任
- 140 第八节 买卖合同
- 147 第九节 租赁合同
- 150 第十节 具有融资性质的合同
- 155 第十一节 承揽合同、委托合同和建设工程合同
- 160 第十二节 其他有名合同

5

第五章 公司法律制度

- 168 第一节 公司法律制度概述
- 169 第二节 公司设立
- 174 第三节 出 资
- 181 第四节 公司组织机构
- 207 第五节 股东权利
- 216 第六节 公司股权
- 223 第七节 特殊的有限责任公司
- 225 第八节 公司的财务会计
- 227 第九节 公司重大变更
- 229 第十节 公司解散和清算

6

第六章 证券法律制度

- 234 第一节 证券法律制度概述
- 237 第二节 股票的首次公开发行
- 243 第三节 股票的上市与交易
- 246 第四节 信息披露
- 254 第五节 上市公司股票发行
- 260 第六节 上市公司收购
- 277 第七节 上市公司重大资产重组
- 282 第八节 公司债券的发行与交易
- 292 第九节 非上市公众公司
- 296 第十节 证券违法行为

7

第七章 合伙企业法律制度

- 316 第一节 合伙企业法律制度概述
- 318 第二节 普通合伙企业
- 332 第三节 有限合伙企业
- 338 第四节 合伙企业的解散和清算

8

第八章 企业破产法律制度

- 342 第一节 破产制度引论
- 344 第二节 破产原因
- 346 第三节 破产申请与受理
- 349 第四节 管理人制度

352	第五节	破产申请受理的法律效果
359	第六节	债务人财产
371	第七节	破产债权
376	第八节	债权人会议
378	第九节	破产重整
385	第十节	破产和解
386	第十一节	破产清算

9

第九章 票据与支付结算法律制度

394	第一节	汇票的出票与承兑
399	第二节	汇票的背书与保证
406	第三节	汇票的付款与追索
410	第四节	本票与支票
413	第五节	票据法的理论知识（基础篇）
421	第六节	票据法的理论知识（深入篇）
433	第七节	非票据结算方式以及关于支付结算的其他知识

10

第十章 企业国有资产法律制度

444	第一节	企业国有资产法律制度概述
449	第二节	企业国有资产产权登记制度
451	第三节	企业国有资产评估管理制度
453	第四节	企业国有资产交易管理制度

11

第十一章 反垄断法律制度

468	第一节	反垄断法律制度概述
476	第二节	垄断协议规制制度
482	第三节	滥用市场支配地位规制制度
486	第四节	经营者集中反垄断审查制度
491	第五节	滥用行政权力排除、限制竞争规制制度

12

第十二章 涉外经济法律制度

498	第一节	涉外投资法律制度
505	第二节	对外贸易法律制度
518	第三节	外汇管理法律制度

第一章 引论

学习提要

考几分？

本章属于非重点章节，近三年平均每年考查1题，分值合计约1分。其中，2021年考查1道题，共1分；2020年考查1道题，共1分；2019年考查1道题，共1分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值维持在1分左右。

怎么考？

本章主要考查客观题，大多是教材原文考查，浅显直白。

怎么学？

本章学习难度不大，可以作为大家学习法律的“餐前小点心”。

关于本章内容，请大家注意：教材的第一章是“法律基本原理”，本书的第一章“引论”仅介绍了教材第一章的部分内容。其原因在于，第一章剩余的内容，例如法律规范、法律事实、法律关系等，与民法的关系较为紧密。为了便于同学们融会贯通，本书将该等内容归入第二章“基本民事法律制度”一并介绍。

上述关于知识排布的说明也传达了我们对于教材第一章、第二章知识学习顺序的建议。

【在本书中，如无特别说明，“教材”“官方教材”均指中国注册会计师协会组织编写的《2022年注册会计师全国统一考试辅导教材——经济法》。】

考点精讲

第一节 法的概念与特征

马克思主义经典作家对“法”的定义是：反映由一定物质生活条件所决定的统治阶级意志的，由国家制定或认可并得到国家强制力保证的，赋予社会关系参加者权利与义务的社会规范的总称。基于该定义，我们须对“法”的特征建立基本的了解。

一、法是调整人的行为和社会关系的行为规范（★）

（一）法属于社会规范

行为规范可以大致分为“社会规范”和“技术规范”。随着社会发展，在这个传统分类的基础上又衍生出“社会技术规范”。以上各类规范的定义请见下表梳理：

分类		作用	举例
行为规范	社会规范	调整人与人之间的关系，约束人的行为	法律、道德
	技术规范	调整人与自然、人与劳动工具之间的关系	度量衡
	社会技术规范（衍生）	随着管理科学的出现和发展，满足人类管理社会的规则也不断技术化的需求	环境保护、食品安全、建筑质量标准

“法”与这些规范的关系是：

- （1）法（或者说“法律规范”）属于社会规范，当然也属于行为规范；
- （2）部分社会技术规范经国家制定或者认可后，也纳入法律规范的范畴。

（二）法不是唯一的社会规范

社会规范可以调整人与人之间的关系、约束人的行为。除了“法”之外，道德、宗教规范、风俗习惯以及党纪规范均属于社会规范。

在诸种社会规范中，道德规范虽不同于法律规范，但又与法律规范联系最为密切。因此，尤须注意法律与道德的联系和差异。

（1）联系。法律意识与道德观念紧密联系、相互重叠，法律规范与道德规范的调整范围相互交叉、相互包容。通常：

- ①法律所禁止和制裁的行为，也是道德所禁止和谴责的行为；
- ②法律所要求和鼓励的行为，也是道德所培养和倡导的行为。

（2）差异。法律与道德的差异主要体现在：

- ①法律属于社会制度的范畴，道德属于社会意识形态的范畴；
- ②法律规范的主要内容是权利与义务，并且强调两者之间的平衡，道德则强调对他人、对社会集体履行义务、承担责任；
- ③法律规范是由国家强制力保证实施的，而道德规范则主要依靠社会舆论、人的内心信念以及宣传教育等手段来实现。

二、法是确定社会关系参加者的权利和义务的规范


权利和义务是法调整社会关系参加者行为的基本表达形式。通俗地说,“权利”即“可以做什么”,“义务”即“不得做什么”或者“必须做什么”。

法律所规定的权利义务不仅指个人、组织(法人和非法人组织)及国家(作为普通法律主体)的权利和义务,还包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和职责。

【典例研习·1-1】(2020年多项选择题)

下列关于法律与道德的关系的表述,正确的有()。

- A.法律属于社会制度,道德属于社会意识形态
- B.法律规范和道德规范的调整范围相互交叉
- C.法律规定的是权利,道德强调的是义务
- D.法律由国家强制力保障实施,道德主要靠舆论、内心信仰和宣传教育等手段实现

 **斯尔解析** 本题考查法律与道德的关系。选项ABD所述均正确,我们在“一”中均已介绍。把本题放在“二”中,正是为了进一步强调,“法律”与“道德”都会提到“权利和义务”这对基本概念,其差异在于:“道德”主要强调义务和责任,但“法律”并非只规定“权利”,而是强调权利和义务的平衡。因此,选项C所述错误。

三、法是由国家制定或认可的行为规范

法由国家制定或认可,这一点突出体现了法的国家意志性。国家制定或认可的特征使法具有权威性和统一性。

四、法是由国家强制力保证实施的行为规范

任何一种社会规范都有一定的实施保证,例如,违反道德规范会受到舆论的谴责,而法是由国家强制力保证实施的。

(1)国家强制力由军队、警察、监狱等国家机构作为支持。

(2)法律的实施主要依赖于社会主体的自觉遵守和执行。只有相关社会主体不遵守法律规定,并依法应承担法律责任时,才会由国家机器保证法律实施。

五、法是由一定物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现(★)

(一)如何理解“法是统治阶级意志的体现”

统治阶级的意志通过法律的形式上升为国家意志,因此,法是统治阶级意志的体现。在理解这句话时,要注意以下问题:

(1)就统治阶级内部而言:法代表的是统治阶级的整体意志,而不是统治阶级中个别人或个别集团的意志。

(2)就统治阶级外部而言:虽然法在本质上集中体现统治阶级的利益,但其也尽可能关注被统治阶级和社会弱势群体等的权利和利益,因而又具有代表全社会的属性。

(二)如何理解“物质生活条件”对统治阶级意志的影响

统治阶级的意志必须服从于社会的物质生活条件,“经济基础决定上层建筑”。因此,统治阶级不可能任意立法。

【典例研习·1-2】（2020年单项选择题）

“君主们在任何时候都不得不服从经济条件，并且从来不能向经济条件发号施令。”马克思的这句名言所体现的法的特征是（ ）。

- A. 法受物质生活条件的制约
- B. 法是统治阶级意志的体现
- C. 法是国家意志的体现
- D. 法是由国家强制力保障实施的行政规范

斯尔解析 本题考查马克思主义观点下法的特征。我们可以先对这句话进行简单的阅读理解，这句话的字面意思是“君主们须服从经济条件”。

本题的四个选项所述的内容均为法的特征，但从上面这句话出发，只有选项A所述和这句话的含义吻合。因此，本题应选择选项A。

第二节 习近平法治思想引领全面依法治国基本方略

一、全面依法治国新理念新思想新战略

（1）党的十八大以来，党中央将依法治国提升至“全面推进依法治国”的新高度，并作出一系列重大决策，提出一系列全面依法治国新理念新思想新战略；中国特色社会主义法治体系不断健全，法治中国建设迈出坚实步伐，法治固根本、稳预期、利长远的保障作用进一步发挥，党运用法治方式领导和治理国家的能力显著增强。

（2）党的十九大报告提出，“成立中央全面依法治国领导小组，加强对法治中国建设的统一领导”。

①2018年3月，中共中央印发深化党和国家机构改革方案中共中央印发《深化党和国家机构改革方案》，组建中央全面依法治国委员会，负责全面依法治国的顶层设计、总体布局、统筹协调、整体推进、督促落实，作为党中央决策议事机构。

②中央全面依法治国委员会的主要职责是，统筹协调全面依法治国工作，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，研究全面依法治国重大事项、重大问题，统筹推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法，协调推进中国特色社会主义法治体系和社会主义法治国家建设等。

③中央全面依法治国委员会办公室设在司法部。

（3）2020年11月召开的中央全面依法治国工作会议，首次明确习近平法治思想为全面依法治国的指导思想。2021年11月，党的十九届六中全会通过《中共中央关于党的百年奋斗重大成就和历史经验的决议》。在中国共产党成立百年之际总结党的百年奋斗重大成就和历史经验，《决议》指出：“党中央强调，法治兴则国家兴，法治衰则国家乱；全面依法治国是中国特色社会主义的本质要求和重要保障，是国家治理的一场深刻革命；坚持依法治国首先要坚持依宪治国，坚持依法执政首先要坚持依宪执政。必须坚持中国特色社会主义法治道路，贯彻中国特色社会主义法治理论，坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设，全面增强全社会尊法学法守法用法意识和能力。”

二、习近平法治思想（★）

（一）习近平法治思想的重要意义

习近平法治思想是顺应实现中华民族伟大复兴时代要求应运而生的重大理论创新成果，是马克思主义法治理论中国化的最新成果，是习近平新时代中国特色社会主义思想的重要组成部分，是全面依法治国的根本遵循和行动指南。

（二）习近平法治思想的核心要义

- （1）坚持党对全面依法治国的领导，党的领导是推进全面依法治国的根本保证。
- （2）坚持以人民为中心，推进全面依法治国的根本目的是依法保障人民权益。
- （3）坚持中国特色社会主义法治道路。
- （4）坚持依宪治国、依宪执政。党领导人民制定宪法法律，领导人民实施宪法法律，领导健全保证宪法全面实施的体制机制，确立宪法宣誓制度。党自身要在宪法法律范围内活动。
- （5）坚持在法治轨道上推进国家治理体系和治理能力现代化。
- （6）坚持建设中国特色社会主义法治体系。中国特色社会主义法治体系是推进全面依法治国的总抓手。
- （7）坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进，法治国家、法治政府、法治社会一体建设。
- （8）坚持全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法。
- （9）坚持统筹推进国内法治和涉外法治。
- （10）坚持建设德才兼备的高素质法治工作队伍。
- （11）坚持抓住领导干部这个“关键少数”。

三、全面推进依法治国（★）

（一）全面推进依法治国的总目标

全面推进依法治国的总目标是建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家。

（二）全面推进依法治国的基本原则

- （1）坚持中国共产党的领导。党的领导是中国特色社会主义最本质的特征，是社会主义法治最根本的保障。
- （2）坚持人民主体地位。必须坚持法治建设以保障人民根本权益为出发点和落脚点。
- （3）坚持法律面前人人平等。平等是社会主义法律的基本属性。
- （4）坚持依法治国和以德治国相结合。
- （5）坚持从中国实际出发。

（三）全面推进依法治国的总抓手——建设中国特色社会主义法治体系

加快建设中国特色社会主义法治体系，就要加快形成完备的法律法规体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系，形成完善的党内法规体系。

中国特色社会主义法律体系已经形成。

精准答疑

问题：面对本节中“全面依法治国”等知识点，如何在考试中争取到更多的分数？

解答：首先，本节的知识点一般仅通过客观题考查；其次，从历年考查的情况看，考题的“题眼”往往是一些“大词”。在备考时，先要对本节内容建立一个概括性的认识。在此基础上，尤其要注意下面这些“大词”：

（1）全面依法治国的根本遵循和行动指南是：习近平法治思想；

（2）推进全面依法治国的根本保证是：党的领导（2021年单项选择题）；

（3）推进全面依法治国的根本目的是：依法保障人民权益（2021年单项选择题）；

（4）推进全面依法治国的总抓手是：中国特色社会主义法治体系；

（5）全面推进依法治国的总目标是：建设中国特色社会主义法治体系、建设社会主义法治国家（2019年单项选择题）。

闯关地图

📖：要听懂

!!!：你得背

√+~x+：你得算

🕶️：有空看

第一章 引论

法的概念与特征

- 📖 法是调整人的行为和社会关系的行为规范（★）
- 📖 法是确定社会关系参加者的权利和义务的规范
- 📖 法是由国家制定或认可的行为规范
- 📖 法是由国家强制力保证实施的行为规范
- 📖 法是由一定物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现（★）

习近平法治思想引领全面依法治国基本方略

- 🕶️ 全面依法治国新理念新思想战略
- !!! 习近平法治思想（★）
- !!! 全面推进依法治国（★）

第二章 基本民事法律制度

学习提要

考几分？

本章属于次重点章节，近三年平均每年考查4题，分值合计4.5分。其中，2021年考查5道题，共6分；2020年考查3道题，共3分；2019年考查4道题，共4.5分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值5分。

怎么考？

本章主要考查客观题。部分知识点（如表见代理的判断）可能在主观题中出现。

怎么学？

本章学习难度较大，涉及的理论性考点较多，且有一定的记忆量。本章内容直接涉及的考题不多，但是学习“物权法律制度”“合同法律制度”的前提，大家务必认真对待。

第一节、第二节的内容关联性较强：在法律规范的基础上发生了法律事实，所以发生民事法律关系的“得丧变更”。民事法律行为是最重要的法律事实，其核心要素是意思表示。

第三节的内容可视为对第一节、第二节的延伸：民事法律行为可以通过代理的方式实施，其效果约束相对人和被代理人。

第四节内容相对独立，大家应先体会诉讼时效的法律意义，在此基础上区别诉讼时效的中止、中断，并对诉讼时效和除斥期间的区别建立初步认识。

提示：法律规范、法律事实以及法律渊源、法律体系等内容在教材中属于第一章，在本书中，该等内容汇编入本章，以便更好地展示民事法律行为在法律规范和法律关系之间“承前启后”的作用。

考点精讲

第一节 法律规范与法律关系

一、法律规范

(一) 什么是法律规范

法律规范是法律构成的基本单位，其概念是：由国家制定或认可的，具体规定主体权利、义务及法律后果的行为准则。

【典例研习·2-1】

张三向李四借款100万元，不考虑利息。借款到期后，张三应向李四偿还100万元。本例中适用的法律规范是“欠债还钱”。

(1) 法律规范是一种行为准则，即规定人们“可以做什么”“应该做什么”“不得做什么”的规则。就“欠债还钱”而言，它的内容其实是：(如果)欠债，(应该)还钱。

(2) 法律规范不同于一般的行为准则。爸爸对孩子说“不许吃糖”。这也是一种行为准则，但它显然不是法律规范。其差异在于，法律规范必须由国家制定或认可。

就“欠债还钱”而言，能够找到明确的法律依据。《中华人民共和国民法典》(以下简称“《民法典》”)第675条规定：“借款人应当按照约定的期限返还借款”。

(3) 通常认为，一个完整的法律规范由假定、模式和后果三部分组成。就“欠债还钱”而言，其假定是“欠债”，模式是“应为模式”(即“应该做什么”)，后果是“还钱”。

除了“应为模式”之外，法律规范的模式还有“可为模式”“勿为模式”，分别规定人们“可以做什么”“不得做什么”。

(二) 上哪找法律规范(★)

上哪找法律规范？在法条里找。换成更加规范的书面语言，“法条”应称作“法律条文”。

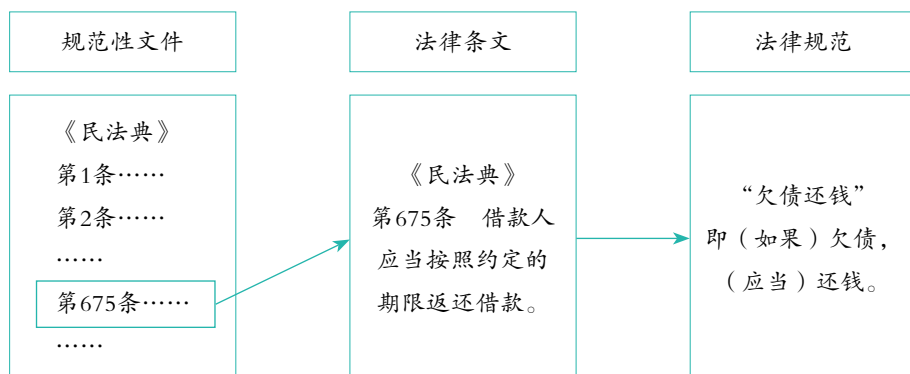
上哪找法条？在法律法规里找。“法律法规”是一个泛指的说法，更正式的表述是“规范性文件”。

【典例研习·2-1-1】

【典例研习·2-1】提及，“欠债还钱”的依据是《民法典》第675条——借款人应当按照约定的期限返还借款。其中：

- (1) “欠债还钱”是法律规范。
- (2) 《民法典》第675条是法律条文。
- (3) 《民法典》是一个规范性文件，由很多个法条组成。

由此可知，“法律规范”在“法律条文”里，而“法律条文”在“规范性文件”里。其关系请见下图：



（1）法律条文是法律规范的表现形式，或者说文字表述形式；法律规范是法律条文的内容。在此基础上，还须注意：

观点	例说
法律条文的内容除了法律规范还可能包含其他法律要素，如法律原则等	《民法典》第9条规定：“民事主体从事民事活动，应当有利于节约资源、保护生态环境。” 这个法律条文里就蕴涵着“绿色原则”这一“法律原则”
法律规范与法律条文不是一一对应的，可能一个法律条文规定多项法律规范，也可能多个法律条文规定了同一项法律规范	《民法典》第675条完整的内容是：“借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依据本法第五百一十条的规定仍不能确定的，借款人可以随时返还；贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。” 可见，除了“欠债还钱”之外，《民法典》第675条还规定了其他法律规范


（2）法律条文是规范性法律文件的基本构成要素。

（3）规范性法律文件是法律规范的载体。

【典例研习·2-2】（2017年单项选择题）

下列关于法律规范与法律条文关系的表述中，正确的是（ ）。

- A. 法律规范等同于法律条文
- B. 法律规范是法律条文的表现形式
- C. 法律条文的内容除法律规范外，还包括法律原则等法要素
- D. 法律规范与法律条文一一对应

 **斯尔解析** 本题考查法律规范和法律条文的关系。

（1）既然“法律规范”在“法律条文”里，可见“法律规范”与“法律条文”并不是一回事，因此选项A所述错误。

（2）同样地，既然“法律规范”在“法律条文”里，法律条文就应该是法律规范的表现形式，因此选项B所述错误。

【典例研习】答案：

2-2：C

(3) 上文提到, 法律条文的内容除了法律规范还可能包含其他法律要素, 如法律原则等, 因此选项C所述正确。

(4) 法律规范和法律条文并不是一一对应的关系, 因此选项D所述错误。

(三) 法律规范的分类 (★)

“欠债还钱”属于比较简单的法律规范, 实际上, 法律规范多种多样。教材将法律规范根据不同的标准进行分类。

1. 以行为模式为标准

类型		说明	典型表述
授权性规范		规定 “可以做什么”	“可以……” “有权……” “享有……权利”
义务性规范	命令性规范	规定 “必须做什么”	“应(当)……” “(必)须……” “有……义务”
	禁止性规范	规定 “不得做什么”	“不得……” “禁止……”

2. 以是否允许当事人自主调整为标准

类型	说明	典型表述
强行性规范	不允许行为人调整	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
任意性规范	允许行为人调整	代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为, 但是被代理人同意或者追认的除外

3. 以内容是否确定为标准

类型		说明	典型表述
确定性规范		内容确定	绝大多数法律规范属于确定性规范, 在此不加举例
非确定性规范	委任性规范	内容不确定, 由某主体制定	《中华人民共和国证券法》第9条: ……证券发行注册制的具体范围、实施步骤, 由国务院规定
	准用性规范	内容不确定, 适用其他规范	《中华人民共和国外商投资法》第31条: 外商投资企业的组织形式、组织机构及其活动准则, 适用《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国合伙企业法》等法律的规定

【典例研习·2-3】(2015年单项选择题)

法律规范可以分为授权性规范和义务性规范。根据这一分类标准, 下列法律规范中与“当事人依法可以委托代理人订立合同”属于同一规范类型的是()。

- A. 中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为, 适用本法
- B. 公司股东依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等权利

C. 未经证券交易所许可, 任何单位和个人不得发布证券交易即时行情

D. 票据的签发、取得和转让, 应当遵循诚实信用的原则, 具有真实的交易关系和债权债务关系

【斯尔解析】 本题考查法律规范的分类。“当事人依法可以委托代理人订立合同”属于授权性规范、确定性规范。选项A所述规范属于非确定性规范中的准用规范, 选项CD所述规范均属于义务性规范。只有选项B所述规范也属于授权性规范、确定性规范。因此, 本题应选择选项B。

(四) 法律渊源 (★★)

前已言及, “法律规范”在“法律条文”里, “法律条文”在“规范性文件”里。通俗地说, “规范性文件”就是国家出台的各种规定文件。

理论上, 可以把规范性文件按照“法律渊源”或者“法律体系”的线索进行分类。其中:

(1) “法律渊源”包括宪法、法律、法规、规章、司法解释、国际条约和协定;

(2) “法律体系”可拆分为宪法及宪法相关法、刑法、行政法、民商法、经济法、社会法、诉讼与非诉讼程序法等法律部门。

简言之, 面对浩如烟海的规范性文件, “法律渊源”的分类逻辑是“你算老几”, “法律体系”的分类逻辑是“你管啥事”。以下我们先介绍“法律渊源”。

原理详解

关于法律渊源, 真题的主要考查角度有二: 辨识各类法律渊源、区分各类法律渊源的效力位阶。以下分而论之。

1. 法律渊源的辨识

辨识各类法律渊源时, 可用“中央地方两条线、其他渊源看特点”的原则梳理思路。

(1) “中央地方两条线”。以下法律渊源经常作为选项出现在选择题中, 其各自的制定主体可以清晰地呈现出“中央地方两条线”。

法律渊源种类		制定主体	
		“中央线”	“地方线”
宪法		全国人大 ^①	—
法律		全国人大及其常委会	—
法规	行政法规	国务院	—
	地方性法规	—	地方人大及其常委会
规章	部门规章	国务院下属机构 ^②	—
	地方政府规章	—	地方人民政府

【典例研习】答案:

2-3: B

①宪法由全国人民代表大会（在本书中简称“全国人大”）依特别程序制定。

②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。

（2）“其他渊源看特点”。以下法律渊源不容易与其他法律渊源混淆，但在做题时容易忽略。大家可以从其名称出发，把握特点，加以识记。

渊源类型	制定主体
司法解释（注1）	最高人民法院、最高人民检察院
国际条约、协定（注2）	—

注1：我国的法律渊源主要表现为制定法，不包括判例法。因此，司法机关制定的司法解释才是法律渊源，最高人民法院公布的指导案例等判例不属于我国的法律渊源。

注2：如《联合国宪章》《巴黎协定》。

【典例研习·2-4】（2015年多项选择题）

下列各项中，属于我国法律渊源的有（ ）。

- A.联合国宪章
- B.某公立大学的章程
- C.《最高人民法院公报》公布的案例
- D.中国证监会发布的《上市公司收购管理办法》

斯尔解析 本题考查法律渊源的辨识，具体而言，要求考生辨识某一文件是否属于我国的法律渊源。

选项AD所述均为我国的法律渊源，其中，选项A所述属于“国际条约、协定”，选项D所述属于“部门规章”。

此外，选项B所述文件对该大学之外的主体并无约束力，不属于法律渊源。选项C所述文件并不属于我国承认的法律渊源。

【典例研习·2-5】（2014年单项选择题）

下列规范性文件中，属于行政法规的是（ ）。

- A.全国人民代表大会常务委员会制定的《中华人民共和国公司法》
- B.国务院制定的《中华人民共和国外汇管理条例》
- C.深圳市人民代表大会常务委员会制定的《深圳经济特区注册会计师条例》
- D.中国人民银行制定的《人民币银行结算账户管理办法》

斯尔解析 本题考查法律渊源的辨识，具体而言，要求考生辨识某一规范性文件属于哪一类法律渊源。

基于“中央地方两条线”的基本思路，易知本题所问的“行政法规”属于“中央线”，选项C可以先予排除。

其次，“中央线”中，宪法、法律的制定主体都是全国人大（或其常委会），行政法规由国务院制定。本题选项中，只有选项B所述文件由国务院制定。因此，本题应选择选项B。

【典例研习】答案：

2-4：AD

2-5：B

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

2. 法律渊源的效力

(1) 法律渊源的效力位阶。在效力位阶上, 各类法律渊源之间存在以下两条大的线索:

①涉及“部门规章”: 宪法>法律>行政法规>部门规章;

②涉及“地方政府规章”: 宪法>法律>行政法规>地方性法规>地方政府规章。

(2) 其他注意事项。关于各类法律渊源的效力, 大家首先要掌握上述大的线索, 在此基础上, 还须了解以下补充说明的内容:

法律渊源	补充说明
宪法	<p>①宪法是国家的“根本大法”, 注意, 不能表述成“基本大法”;</p> <p>②宪法具有最高效力, 一切法律、法规、条例、规章都不得与宪法相抵触</p>
法律	<p>①法律可以分为“基本法律”和“一般法律”, 二者的区别在于:</p> <p>a. 基本法律由全国人大制定, 如《中华人民共和国刑法》《民法典》;</p> <p>b. 一般法律由全国人大常委会(在本书中将“常务委员会”简称“常委会”)制定, 如《中华人民共和国公司法》《中华人民共和国证券法》。</p> <p>②对于法律的补充、修改和解释, 须注意全国人大常委会的角色:</p> <p>a. 在全国人大闭会期间, 全国人大常委会可以对基本法律进行部分补充和修改(如《中华人民共和国刑法修正案(十)》), 但是不得同该法律的基本原则相抵触。</p> <p>b. 全国人大常委会负责解释法律, 其作出的法律解释与法律具有同等效力。注意, 这与“司法解释”不同, 应属于“立法解释”</p>
法规	<p>地方性法规只在本辖区内适用, 由地方人民代表大会(在本书中简称“地方人大”)及其常委会制定。具体而言, 又分为三种情况:</p> <p>①省、自治区、直辖市的人民代表大会(在本书中简称“人大”)及其常委会, 有权制定地方性法规;</p> <p>②设区的市的人大及其常委会有权对“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”制定地方性法规;</p> <p>③自治州的人大及其常委会也可依照以上第②项规定行使地方性法规制定权</p>
规章	<p>①规章的制定受到以下限制:</p> <p>a. 没有法律或者国务院的行政法规、决定、命令的依据, 部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范, 不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责。</p> <p>b. 没有法律、行政法规、地方性法规的依据, 地方政府规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范。</p>

续表

法律渊源	补充说明
规章	<p>②地方人民政府制定地方政府规章时存在两类情况：</p> <p>a.省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府，可以就执行法律、行政法规、地方性法规的规定而需要制定规章的事项以及属于本行政区域的具体行政管理事项，制定地方政府规章。</p> <p>b.设区的市、自治州的人民政府有权就“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”制定地方政府规章</p>
司法解释	<p>①作为司法解释的制定主体，最高人民法院、最高人民检察院的分工是：</p> <p>a.凡属于法院审判工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释，如《最高人民法院关于审理侵犯商业秘密民事案件适用法律若干问题的规定》；</p> <p>b.凡属于检察院检察工作中具体适用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释，如《关于检察工作中具体适用修订刑法第十二条若干问题的通知》。</p> <p>②最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人大常委会解释或决定</p>

【典例研习·2-6】（2016年单项选择题）

下列关于法律渊源的表述中，正确的是（ ）。

- A.全国人大常委会有权部分修改由全国人大制定的基本法律
- B.除最高人民法院外，其他国家机关无权解释法律
- C.地方性法规是指地方人民政府就地方性事务制定的规范性法律文件的总称
- D.部门规章可以设定减损公民、法人和其他组织权利或增加其义务的规范

斯尔解析 本题考查分类法律渊源的效力，有一定难度。

（1）虽然“基本法律”应由全国人大制定，但全国人大常委会可以在不抵触该法律基本原则的前提下对基本法律进行修改。因此选项A所述正确。

（2）仅就教材介绍的内容而言，最高人民法院、最高人民检察院、全国人大常委会均有权对法律作出解释。因此选项B所述错误。

（3）地方性法规由地方人大及其常委会制定，并非由地方人民政府制定。因此选项C所述错误。

（4）原则上，部门规章不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，除非有法律或者国务院的行政法规、决定、命令作为依据。因此选项D所述错误。

(五) 法律体系 (★)

法律部门		说明
宪法及 宪法 相关法	宪法	宪法规定的是国家和社会中最基本、最重要的问题，包括： (1) 国家政治、经济和社会制度的基本原则； (2) 公民的基本权利和基本义务； (3) 国家机关的组织和活动原则
	宪法 相关法	(1) 有关国家机构的产生、组织、职权和基本工作制度的法律，例如《中华人民共和国选举法》； (2) 有关民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治组织的法律，例如《香港特别行政区基本法》； (3) 有关维护国家主权、领土完整和国家安全的法律； (4) 有关保障公民基本权利的法律
刑法		(1) 所有法律都具有强制性，但刑法的强制性最为突出。 (2) 刑法是保证其他法律有效实施的后盾
行政法		(1) 行政法包括有关行政主体、行政行为、行政程序、行政监督以及国家公务员制度等方面的法律规范。 (2) 行政机关与行政相对人之间的关系具有从属性、服从性的特点。行政行为由行政机关单方面依法作出，不需要与行政相对人平等协商
民商法	民法	物权、债权、婚姻、家庭、收养、继承等方面的法律制度
	商法	公司、证券、破产、保险、票据、海商等领域的法律制度
	知识 产权法	商标、专利、著作等领域的法律制度
经济法		包括税收法律制度、宏观调控和经济管理法律制度、维护市场秩序的法律制度、行业管理和产业促进法律制度、农业法律制度、自然资源法律制度、能源法律制度、产品质量法律制度、企业国有资产法律制度、金融监管法律制度、对外贸易和经济合作法律制度等
社会法		(1) 有关劳动关系、劳动保障和社会保障方面的法律，如劳动法、社会保险法、工会法等； (2) 有关特殊社会群体权益保障方面的法律，如未成年人保护法、妇女权益保障法、残疾人权益保障法等
程序法	诉讼 程序法	民事诉讼法（海事诉讼特别程序法是其补充）；行政诉讼法；刑事诉讼法（引渡法是其补充）
	非诉讼 程序法	仲裁法（经济仲裁）、人民调解法、劳动争议调解仲裁法、农村土地承包经营纠纷调解仲裁法

提示：由上表可知，法律体系中作为法律部门的“经济法”和注册会计师专业阶段“经济法”科目所指的法律规定并不一致。大致而言，后者主要涉及民商法、经济法以及诉讼程序法等法律部门。

二、法律关系

（一）法律关系的辨识（★）

法律关系是一种社会关系（即“人与人之间的关系”），其以法律规范为前提，以权利义务为内容，并受到国家强制力的保障。

【典例研习·2-1-2】

【典例研习·2-1】中，张三向李四借了400万元。双方之间构成“借款合同法律关系”，其内容是双方的权利和义务，即：李四有要求张三偿还400万元的权利，张三有向李四偿还400万元的义务。

这种法律关系以法律规范为前提，而且受到国家强制力保障。假设张三在借款到期后不予偿还，李四可以向人民法院起诉张三，并通过强制执行手段获得清偿。

法律关系是以相应法律规范的存在为前提的，没有法律规范就不可能产生相应的法律关系。不属于法律关系的社会关系有友谊关系、爱情关系、政党或社会团体的内部关系等。

【典例研习·2-7】（2016年多项选择题）

甲、乙均为完全民事行为能力人。甲、乙之间的下列约定中，能够产生法律上的权利义务的有（ ）。

- A. 甲将房屋出租给乙
- B. 甲送给乙一部手机
- C. 二人共进晚餐
- D. 二人此生不离不弃

斯尔解析 本题考查法律关系的辨识。选项AB所述情况分别构成租赁合同关系和赠与合同关系，均属于典型的法律关系，适用《民法典》等规定，当然能产生法律上的权利义务。

选项CD所述情况可能产生情谊关系，但尚不足以产生法律上的权利义务。例如，假设“不离不弃”的两人分手，国家也不会管他们。

（二）法律关系的构成（★★）

法律关系由主体、客体、内容三大要素都成，其各自的含义是：

项目	说明
主体	法律关系的主体，即法律关系的参加者，是指参加法律关系，依法享有权利和承担义务的当事人。享有权利的一方称为权利人，承担义务的一方称为义务人
客体	法律关系主体间权利义务所指向的对象，称为法律关系的客体，如物、行为、人格利益、智力成果等
内容	法律关系的内容即法律关系主体享有的权利和承担的义务

【典例研习·2-1-3】

【典例研习·2-1】中，张三向李四借了400万元，其中的法律关系是“张三和李四之间的借款合同法律关系”。对于该法律关系：

(1) 其主体是张三和李四，张三是义务人、李四是权利人；

(2) 其客体是“张三向李四偿还400万元”这一“行为”；

(3) 其内容是：李四有要求张三偿还400万元的“权利”，张三有向李四偿还400万元的“义务”。

1. 法律关系的主体

(1) 法律关系主体种类。

分类		说明
自然人		本国公民、外国公民、无国籍人
法人	营利法人	<p>营利法人是指以取得利润并分配给股东等出资人成立的法人，包括：</p> <p>① 有限责任公司；</p> <p>② 股份有限公司；</p> <p>③ 其他企业法人等</p>
	非营利法人	<p>非营利法人是指为公益目的或者其他非营利目的成立，不向出资人、设立人或者会员分配所取得利润的法人，包括：</p> <p>① 事业单位（如公立大学、公立医院）；</p> <p>② 社会团体（如中国注册会计师协会）；</p> <p>③ 基金会；</p> <p>④ 社会服务机构等</p>
	特别法人	<p>① 特定的机关法人（立法机关、行政机关、司法机关）；</p> <p>② 农村集体经济组织法人、城镇农村的合作经济组织法人；</p> <p>③ 基层群众性自治组织法人（如居委会、村委会）</p>
非法人组织		<p>非法人组织是指不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织，包括：</p> <p>① 个人独资企业；</p> <p>② 合伙企业；</p> <p>③ 不具有法人资格的专业服务机构等</p>
国家		在特定情况下，国家可以作为一个整体成为法律关系的主体

(2) 权利能力与行为能力。

“权利能力”指权利主体享有权利和承担义务的能力，它反映了权利主体取得权利和承担义务的资格；“行为能力”指权利主体能够通过自己的行为取得权利和承担义务的能力。

① 自然人的权利能力与行为能力存在“先来后到”。

自然人从生到死都有民事权利能力，但其是否具有行为能力却受到很多因素影响，存在无行为能力、限制行为能力、完全行为能力三种状态。

a.判定自然人的民事行为能力时，可以秉持“年龄是主线，上下看条件”的原则，具体请见下表：

行为能力	年龄 (Y)	特殊事由
无行为能力	$Y < 8$	—
限制行为能力	$8 \leq Y < 18$	【降格】不能辨认自己行为→无行为能力 【升格】 $16 \leq Y < 18$ ，以自己的劳动收入作为主要生活来源→完全行为能力
完全行为能力	$Y \geq 18$	【降格】不能辨认自己行为→无行为能力 【降格】不能完全辨认自己行为→限制行为能力

b.不同行为能力的自然人独立实施民事法律行为的效力有所不同，具体请见下表：

行为能力	独立实施民事法律行为的效力		法定代理人的行为
无行为能力	无效		代理
限制行为能力	有效	纯获利益的法律行为； 与其年龄、智力或精神健康状况相适应的法律行为（主要看金额）	—
	效力待定	上述两类行为之外的行为，以下简称“熊孩子行为”	代理、追认
完全行为能力	有效		—

【典例研习·2-8】（2019年单项选择题）

根据民事法律制度的规定，下列各项中，无权利能力的是（ ）。

- A.刚出生的婴儿
- B.植物人
- C.病理性醉酒的人
- D.智能机器人

斯尔解析 本题考查法律关系主体的范围。法律关系主体必须具有权利能力，否则无法享有权利、承担义务。本题选项中，选项ABC所述均为自然人，虽然其行为能力有所不同，但均具有权利能力，可以作为法律关系的主体。

选项D所述智能机器人属于“物”，其并不是法律认可的法律关系主体，但可以作为法律关系的客体。

【典例研习·2-9】（2014年单项选择题）

小凡年满10周岁，精神健康，智力正常。他在学校门口的文具店看中一块橡皮，定价2元，于是用自己的零用钱将其买下。下列关于小凡购买橡皮行为效力的表述中，正确的是（ ）。


- A.小凡是无民事行为能力人，其购买橡皮的行为无效
- B.小凡是无民事行为能力人，其购买橡皮的行为须经法定代理人追认方为有效
- C.小凡是限制民事行为能力人，其购买橡皮的行为有效
- D.小凡是限制民事行为能力人，其购买橡皮的行为须经法定代理人追认方为有效

【典例研习】答案：

2-8：D


2-9：C

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

 **斯尔解析** 本题考查自然人行为能力的判断，以及不同行为能力的自然人独立实施民事法律行为的效力。

第一步：判断行为能力。小凡年满10周岁，且不存在导致其行为能力提高或者下降的事由，因此，小凡属于限制行为能力人，选项AB所述错误。

第二步：判断行为效力。小凡独立实施的行为是买橡皮，涉及的金额较小（仅为2元）。通过生活常识可以判断，该行为与10周岁健康儿童的年龄、智力、精神健康状况相适应，因此属于有效行为，选项C所述正确，选项D所述错误。

 **陷阱提示** 做这类题目时，一定要按部就班，先判断行为能力，再判断行为效力，否则极易出错。

假设本题中的小凡今年7周岁。虽然，从生活经验判断，7周岁的小孩独立买一块2元钱的橡皮也并无不当，但根据法律规定，该行为依然无效。因为，如果小凡今年只有7周岁，其属于无民事行为能力人，独立实施的民事法律行为一律无效。

②法人的权利能力与行为能力“同生共死”。

法人成立时，法人即具有权利能力和行为能力；法人终止时，其权利能力和行为能力一并终止。此外：


a.法人一般通过其法定代表人或者其他代理人实现其行为能力；

b.法人的民事行为能力其核准登记的经营经营范围所决定的，但其超越经营范围从事的民事法律行为依然有效。

【典例研习·2-10】（2015年单项选择题）

下列关于法律关系主体的表述中，正确的是（ ）。

- A.作为法律关系主体的自然人不包括外国人
- B.法律关系主体既包括权利人，也包括义务人
- C.法律关系主体必须同时具备权利能力和行为能力
- D.合伙企业不具有法人资格，不能以自己的名义从事民事活动

 **斯尔解析** 本题考查法律关系的主体，具有一定综合性。

作为法律关系主体的自然人既可以是本国公民，也可以是外国公民、无国籍人，选项A所述错误。法律关系主体既包括权利人，也包括义务人，选项B所述正确。

通过上文分析可知，法人的权利能力和行为能力“同生共死”，自然人的权利能力和行为能力却有“先来后到”。可见，法律关系的主体必须具有权利能力，但可以不具有行为能力，选项C所述错误。

选项D涉及的问题尤其值得注意。根据《民法典》，法人与非法人组织的主要区别是责任的承担：法人以其全部财产独立承担民事责任；非法人组织的财产不足以清偿债务的，其出资人或者设立人承担无限责任。合伙企业是典型的非法人组织，（普通）合伙人对合伙企业债务承担无限责任。

即使如此，合伙企业可以以自己的名义从事民事活动，例如，与他人签署买卖合同，选项D所述错误。

2. 法律关系的客体

客体类型	举例
物	自然物（如森林、土地）、人类劳动创造物（如建筑、机器）； 货币（即财产的一般表现形式）、有价证券（汇票、支票、本票、 债券等）
行为	作为，如运输旅客； 不作为，如保密（对应保密义务）、不经营竞业（对应竞业禁止义务）
人格利益	公民或组织的姓名或者名称； 公民的肖像、名誉、尊严、人身、人格和身份等
智力成果	科学著作、文学艺术作品、专利、商标等

（三）法律关系的类型

按照法律关系产生的依据是合法行为还是违法行为、是否适用法律制裁，可以将法律关系分为“调整性法律关系”和“保护性法律关系”。

（1）“调整性法律关系”是不需要适用法律制裁，主体权利就能够正常实现的法律关系。它建立在主体的合法行为基础上，是法的实现的正常形式。

（2）“保护性法律关系”是在主体的权利和义务不能正常实现的情况下，通过法律制裁而形成的法律关系。保护性法律关系在违法行为的基础上产生，是法实现的非正常形式。

刑事法律关系是最典型的保护性法律关系。

三、法律事实（★）

法律事实是指法律规范所规定的，能够引起法律后果即法律关系产生、变更或消灭的客观现象，是法律关系变动的原因。

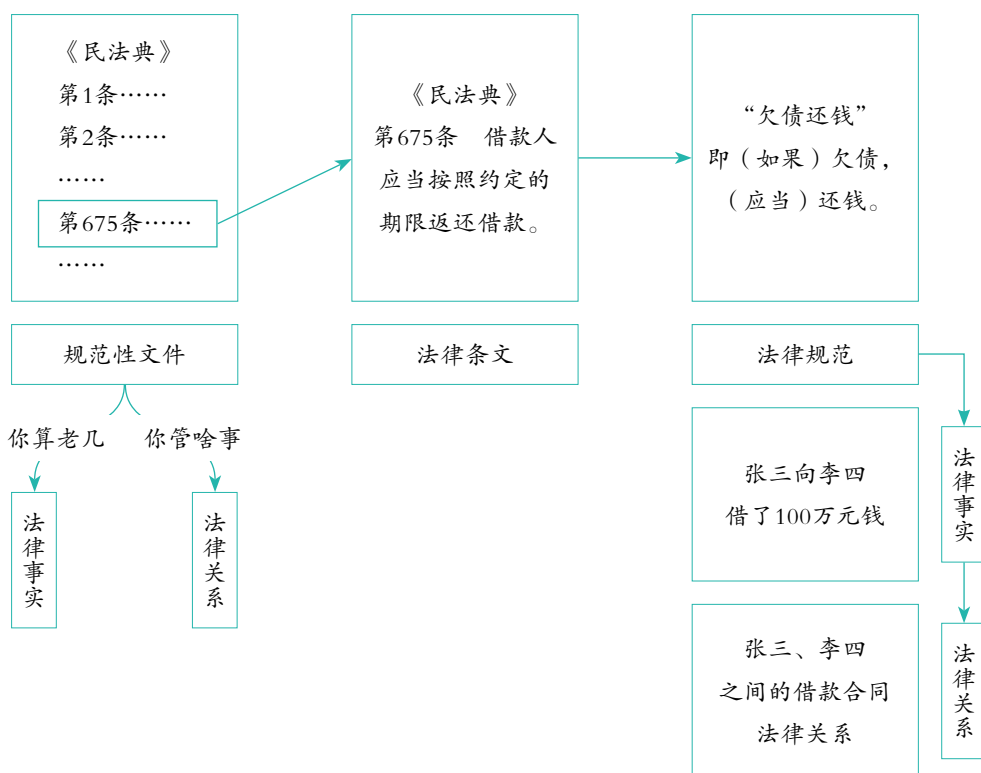
【典例研习·2-1-4】

【典例研习·2-1】中，张三向李四借了400万元。我们再来回顾一下其中的“法律规范”和“法律关系”。

（1）法律规范：“（如果）欠债（应当）还钱”。这个法律规范可以适用于所有人。

（2）法律关系：“张三和李四之间的借款合同法律关系”。这个关系只在张三和李四这两个具体的人之间发生。

之所以抽象的“法律规范”可以形成具体的“法律关系”，是因为发生了“法律事实”。本例中，“张三向李四借了400万元”就是一项法律事实。通过该行为，双方订立了借款合同，继而产生借款合同法律关系。到此，可以将法律规范、法律事实、法律行为做一小结：



法律事实可以分为“行为”和“事件”两类，具体如下表所示：

分类		说明
行为	法律行为	以行为人的意思表示为要素的行为，要求行为人具有相应的行为能力
	事实行为	与表达法律效果、特定精神内容无关的行为，如创作行为、侵权行为等，一般不受行为人行为能力影响
事件	人的出生和死亡	能够引起民事主体资格的产生和消灭，也可能导致人格权的产生和继承的开始等
	自然灾害与意外事件	（1）通常自然灾害等可构成法律上的不可抗力，常成为免除法律责任或消灭法律关系的原因。 （2）意外事件可能导致风险或不利后果的法律分配，也可能成为某些法律关系的免责事由
	时间的经过	时间经过可引起一些请求权的发生或消灭，例如，诉讼时效的经过将导致债权的效力受到减损

【典例研习·2-11】（2020年多项选择题）

根据民事法律制度的规定，下列各项中，属于法律事实中的事件的有（ ）。

- A. 债权行为 B. 人的死亡 C. 时间的经过 D. 自然灾害



斯尔解析 本题考查法律事实中“行为”和“事件”的区分。选项BCD所述均属于“事件”。选项A所述属于“行为”，具体而言，属于“法律行为”。

第二节 民事法律行为

一、民事法律行为理论（★★）

（一）民事法律行为的概念与特征

民事法律行为是民事主体通过意思表示设立、变更或终止民事法律关系的行为。由此可知，民事法律行为有两个特征：

1. 法律行为以设立、变更或终止权利义务为目的

民事法律行为可以设立、变更或终止权利义务，或者说，民事法律行为可以设立、变更或终止民事法律关系。因此，民事法律行为属于法律事实。

【典例研习·2-12-1】

张三对李四说：“这个手串500块钱卖我吧？”李四说：“好的。”本例中，张三、李四共同订立买卖合同，形成买卖合同法律关系。

【典例研习·2-12-2】

甲厂与乙厂签署购货合同，向乙厂订购1吨A型原材料，价格10万元。经协商，双方将合同价款改为12万元。本例中，甲厂、乙厂变更了原来的合同内容，即变更了原买卖合同法律关系的内容。

【典例研习·2-12-3】

甲厂与乙厂签署购货合同，向乙厂订购1吨A型原材料，价格10万元。因生产计划有变，甲厂请求解除该买卖合同，乙厂予以同意。本例中，甲厂、乙厂解除了原来的买卖合同，使原买卖合同法律关系终止。

相应地，民事法律行为的目的就是设立、变更或终止权利义务，而不是行为的动机（请见【典例研习·2-12-4】对于“动机”的介绍）。

【典例研习·2-12-4】

张三以3元钱的价格向李四买了一个烧饼。该行为是法律行为，其目的是“在张三和李四之间就这个3元钱的烧饼形成买卖合同法律关系”。

所谓“行为的动机”是指“饿了”“馋了”。这些并不是法律行为的目的。

2. 民事法律行为以意思表示为要素

通俗地说，“意思表示”就是行为人将其内心想要产生、变更或者终止民事法律关系的“意思”通过他人可以获知的方式“表示”出来。

【典例研习·2-13】

张三对李四说：“这个手串500块钱卖我吧？”李四说：“好的。”本例中：

（1）张三先对李四发出意思表示。

①张三的“意思”是想要和李四之间就这个手串产生买卖合同法律关系，买卖的价款是500元。

②张三的“表示”方式是口头语言。注意，法律允许以口头的方式订立合同。

（2）李四后对张三发出意思表示。

①李四的“意思”是想要和张三之间就这个手串产生买卖合同法律关系，买卖

的价款是500元。

②李四的“表示”方式也是口头语言。从生活经验可知，本例中李四同意张三提出的所有条件，包括买卖的标的（1个手串）、价款（500元钱）。李四未必需要完整地把张三的话重复一遍。

（3）买卖合同是典型的双方法律行为，张三、李四互相进行上述意思表示之后，二人之间就形成买卖合同法律关系，这个法律关系的内容是：

主体	权利	义务
张三（买方）	请求李四给自己这个手串	向李四支付500元钱
李四（卖方）	请求张三支付自己500元钱	向张三交付这个手串

可见，张三、李四之间最终形成的法律关系的内容与二人的内心意思一致。是二人的内心意思决定了该行为的法律后果。因此，买卖合同是典型的民事法律行为。

（二）民事法律行为的辨识

本章第一节提到，法律事实分为“行为”和“事件”，“行为”又可进一步分为“法律行为”和“事实行为”。其中，“意思表示”就是区分“法律行为”和“事实行为”的关键。

【典例研习·2-14】

小于写了一本书。“写书”这个行为完成后，根据《中华人民共和国著作权法》（以下简称“《著作权法》”）等规定，小于自动获得这本书的著作权（无须注册登记），至于著作权的内容，也按照《著作权法》等规定直接确定，与小于当时的内心意思无关。

无论小于当时是虔诚地想：“写完这本书，我要拥有这本书的著作权”，还是无欲无求、十分佛系地写完这本书，只要书写完了，小于就获得《著作权法》规定的著作权。

所以，“创作”这种行为就是事实行为，它的法律结果由法律直接规定，不受行为人内心意思的影响。

【典例研习·2-15】

刘某一脚把崔某踹成重伤，这是个典型的侵权行为。这个时候，看崔某伤的程度，刘某在民事责任上可能要赔崔某医药费，在刑事上可能坐牢。

但是，“赔钱”“坐牢”这样的法律后果并不是刘某的目的——难道刘某踹崔某是为了赔钱和坐牢吗？所以，这样的行为也不属于法律行为，而属于违法行为中的侵权行为。

【典例研习·2-16】（2020年单项选择题）

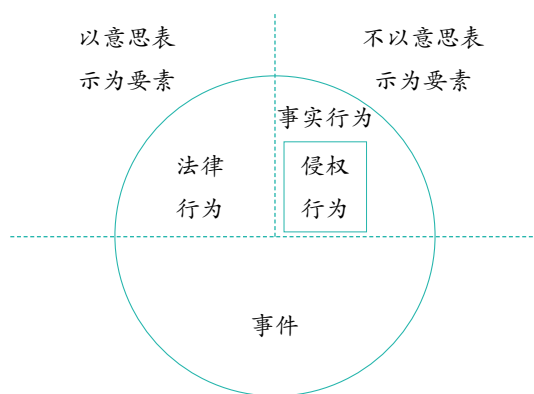
根据民事法律制度的规定，下列关于民事法律行为概念的表述中，正确的是（ ）。

- A.民事法律行为包括事实行为
- B.民事法律行为以意思表示为要素
- C.民事法律行为包括侵权行为
- D.民事法律行为的目的是指行为人实施行为的动机

【典例研习】答案：

2-16：B

斯尔解析 本题考查民事法律行为的概念。对于选项ABC，可用下图辅助区分：



民事法律行为和事实行为“泾渭分明”，前者以意思表示为必要，后者不以意思表示为必要。因此选项A所述错误，选项B所述正确。侵权行为属于事实行为，因此，选项C所述错误。

上文提及，民事法律行为的目的必须是“产生、变更、终止民事法律关系”，而不是行为人实施行为的动机。因此，选项D所述错误。

（三）法律行为的分类

1. 单方、双方、多方民事法律行为

类型	说明	举例
单方民事法律行为	一方当事人进行意思表示即可成立	委托代理的撤销、债务的免除、无权代理的追认等
双方民事法律行为	两个当事人之间意思表示一致而成立	合同（赠与合同、买卖合同）结婚等
多方民事法律行为	三个以上的当事人意思表示一致而成立	决议（注）

注：

作为一种重要的多方民事法律行为，决议在性质上与合同行为存在区别：

（1）决议当事人的意思表示可以多数决的方式作出，而且对没有表示同意的成员也具有拘束力；

（2）决议中的意思表示不仅针对发出表示的成员，而且主要针对表示者共同代表的法人。例如，有限公司股东会的决议主要决定公司本身的事项。

2. 有偿、无偿民事法律行为

类型	说明	举例
有偿民事法律行为	当事人互为给付一定代价（包括金钱、财产、劳务）	买卖合同、承揽合同等
无偿民事法律行为	一方当事人承担给付一定代价的义务，而他方当事人不承担相应给付义务	赠与合同、无偿委托合同等

【典例研习·2-17-1】（2018年单项选择题）

根据民事法律制度的规定，下列各项中属于双方民事法律行为的是（ ）。

- A. 委托代理的撤销 B. 债务的免除
C. 无权代理的追认 D. 房屋的赠与

斯尔解析 本题考查单方、双方、多方法律行为的分类。选项ABC均是上文列举的单方法律行为。“赠与”行为对应民法上的“赠与合同”，也是需要双方协商一致才能成立的。因此，本题应选择选项D。

【典例研习·2-17-2】

根据民事法律制度的规定，下列各项中属于无偿民事法律行为的是（ ）。

- A. 买卖货物 B. 承揽工程 C. 赠与房屋 D. 租赁设备

斯尔解析 本题考查有偿、无偿民事法律行为的分类。即使凭生活经验也可以判断，在选项ABD所述的情况下，均有一方要向对方支付报酬或费用，因此均属于有偿民事法律行为。唯有赠与行为，其中受赠方可以“空手套白狼”，因此其属于无偿民事法律行为。

3. 要式、不要式民事法律行为

类型	说明	举例
要式民事法律行为	法律规定必须采取一定的形式或者履行一定的程序才能成立	票据行为（以一定的格式为必要）、融资租赁合同（以书面形式为必要）等
不要式民事法律行为	法律不要求采取一定形式，当事人自由选择形式即可成立	—

4. 主、从法律行为

为了理解上的便利，我们在第四章“合同法律制度”中讲解主、从法律行为的区别。相关解说请见该章第四节“合同的担保”中有关主合同、从合同的内容。

5. 负担行为、处分行为

为了理解上的便利，我们在第三章“物权法律制度”中讲解负担行为、处分行为的区别。相关解说请见该章第二节“物权变动与公示公信原则”。

二、意思表示（★★）

意思表示是民事法律行为的要素。以上介绍了民事法律行为的基本知识，就“意思表示”本身，大家还须注意如下事项：

（一）意思表示的方式

意思表示中，“表示”可以是明示或者默示。

（1）原则上，行为人应当以明示的方式进行意思表示，具体而言，包括口头、书面等形式。

形式	含义	举例
口头形式	用谈话的方式进行意思表示	当面交谈、电话交谈
书面形式	用书面文字进行的意思表示	合同书、数据电文（电报、电传、传真、电子数据交换、电子邮件）

【典例研习】答案：

2-17-1：D

2-17-2：C

(2) 特殊情况下，允许行为人以推定、沉默等形式实施意思表示。

形式	含义	举例
推定形式	当事人并不直接用口头形式或书面形式进行意思表示，而是通过实施某种积极的行为，使得他人可以推定其意思表示	如在超市购物，向售货员交付货币的行为就可推定为行为人具有购买物品的意思
默示形式	行为人没有以积极的作为进行表示，而是以消极的不作为代替意思表示。沉默只有在有法律规定、当事人约定或者符合当事人之间的交易习惯时，才可以视为意思表示	《民法典》第1124条规定，继承开始后，继承人放弃继承的，应当在遗产处理前，以书面形式作出放弃继承的表示；没有表示的，视为接受继承

(二) 意思表示的类型

1. 有相对人的意思表示

(1) 以对话方式作出的意思表示，相对人知道其内容时生效。

(2) 以非对话方式作出的意思表示，到达相对人时生效（“到达主义”）。

① 订立合同过程中的要约和承诺、债务免除、授予代理权、合同解除等意思表示，均采取到达主义。

提示：特殊情况是，合同订立的过程中，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（《民法典》第484条第2款）。

② 以非对话方式作出的采用数据电文形式的意思表示：

- a. 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；
- b. 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；
- c. 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。

2. 无相对人的意思表示

除非法律另有规定，无相对人的意思表示于意思表示完成时即可产生法律效力，如遗嘱行为、抛弃动产等单方民事法律行为。

精准答疑

问题：为什么遗嘱行为属于无相对人的意思表示？

解答：在区分“有相对人的意思表示”和“无相对人的意思表示”

时，不要被二者的字面意思禁锢住，而要注意二者生效的条件不同：有相对人的意思表示，大致遵循到达主义，到达相对人即可生效；无相对人的意思表示，作出即可生效。

假设张三立下遗嘱，死后遗产由李四、王五继承。在遗嘱到达李四、王五之前，张三就不幸病逝。此时，如果遗嘱还未生效，张三岂非死不瞑目？

因此，对于这样的行为，意思表示作出之后即生效。“无相对人的意思表示”中，“无相对人”指的其实是该意思表示无须到达相对人。

提示：并非所有单方行为都是无相对人的意思表示，如撤销权的行使、法定代理人的追认等为单方民事法律行为，同时也是有相对人的意思表示。

3.以公告方式作出的意思表示，公告发布时生效。

【典例研习·2-18】（2019年单项选择题）

根据民事法律制度的规定，下列关于意思表示的表述中，正确的是（ ）。

- A.要约不属于意思表示
- B.以公告方式发出的意思表示，公告发布时生效
- C.非对话的意思表示属于无相对人的意思表示
- D.继承开始后，继承人没有作出意思表示的，视为放弃继承

斯尔解析 本题在考查“意思表示”这一知识点时具有较强的综合性。

（1）选项A考查的是意思表示的一种典型情况，即“要约”。要约属于意思表示，选项A所述错误。

（2）选项B考查意思表示的生效时间。以公告方式作出意思表示在公告发布时生效，选项B所述正确。

（3）选项C考查意思表示的分类，非对话的意思表示属于有相对人的意思表示（如果无相对人，谈何“对话”与否呢），选项C所述错误。

（4）选项D考查以“默示”做出的意思表示。该情况下，法律推定继承人接受继承，选项D所述错误。

命题角度：各类意思表示的生效时间。

关于各类意思表示的生效时间，可以借下表进行梳理和记忆：

意思表示的类型			生效时间
有相对人	以对话方式作出		相对人知道其内容时
	以非对话方式作出	一般情况	到达相对人时 (例外：特殊的承诺)
		数据电文	进入特定系统/知道 或应知进入系统/依约定
无相对人			意思表示完成时
以公告方式作出			公告发布时

解题高手

（三）意思表示的撤回

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。撤回后，意思表示未曾生效，而非失效。

提示：“要约”是一种典型的意思表示，其既存在上述“撤回”的情况，也存在“撤销”的情况。相关说明请见第四章“合同法律制度”的第二节“合同的订立”。

三、民事法律行为的效力

(一) 民事法律行为的成立与生效

民事法律行为的成立，是指某一民事法律行为在事实上已经存在。

民事法律行为的生效，是指已经成立（即在事实上已经存在）的民事法律行为因为符合法律规定的有效要件而取得法律认可的效力。

在大多数情况下，民事法律行为成立和生效是一致的，即在民事法律行为成立时即具有法律效力。

【典例研习·2-19-1】

张三与李四约定，张三以1 000元的价格向李四购买一个限量版小熊玩具。

(1) 在张三和李四达成约定时，该法律行为就成立了。即，双方对这个买卖“说好了”。

(2) 由于法律允许人们买卖小熊玩具，该行为成立后即生效，受到法律保护。

部分情况下，已经成立的民事法律行为不能生效，具体情况在后文详述。

【典例研习·2-19-2】

张三与李四约定，张三以1 000元的价格向李四购买一把步枪。

(1) 在张三和李四达成约定时，该法律行为就成立了。即，双方对这个买卖“说好了”。

(2) 由于法律不允许人们擅自买卖枪支，上述法律行为属于无效法律行为，不能生效。

本例与【典例研习·2-19-1】的差别在于：

【典例研习·2-19-1】中，张三付钱之后，如果李四不把玩具给张三，张三可以起诉李四，通过法院的执行程序使李四将该玩具交给张三。

本例中，张三付钱之后，如果李四不把枪给张三，张三不能起诉李四，法院也不会支持张三要求李四交付枪支的请求。

(二) 民事法律行为的效力瑕疵(★★)

无效、可撤销、效力待定这三种状态均属于法律行为效力的瑕疵。

1. 法律行为无效

(1) 导致法律行为无效的事由：

- ① 无民事行为能力人独立实施的民事法律行为无效。
- ② 以虚假意思表示实施的民事法律行为无效。
- ③ 恶意串通损害他人利益的民事法律行为无效。
- ④ 违反强制性规定或者公序良俗的民事法律行为无效。

【典例研习·2-20-1】

甲公司代理人刘某与乙公司负责人金某串通，以甲公司名义向乙公司购买质次价高的商品。该买卖合同属于恶意串通损害他人利益的民事法律行为，因此无效。

【典例研习·2-20-2】

崔某为避免财产被强制执行，虚假地将房子卖给金某。该买卖合同属于以虚假意思表示实施的民事法律行为，因此无效。

上述两例的区别请见下表对比：

事项	【典例研习·2-20-1】	【典例研习·2-20-2】
无效事由	恶意串通损害他人利益	意思表示虚假
意思表示是否真实	意思表示真实，刘某、金某确实想在甲公司、乙公司之间成立不公平的买卖合同，从而侵犯甲公司的利益	意思表示虚假，金某、崔某都明知崔某不是真的要卖房，而只是想让金某“代持”房产

(2) 无效法律行为的效力。

无效民事法律行为不发生当事人预期的法律后果，但可以发生其他法律后果。

【典例研习·2-21】

张三与李四约定，张三以1 000元的价格向李四购买一把步枪。

(1) 上述行为不发生当事人预期的法律后果，即不能在张三、李四之间形成受法律保护的买卖合同法律关系。

(2) 张三、李四可能因擅自买卖枪支受到行政处罚、刑事处罚，这些法律后果由无效法律行为引起，但并非张三、李四预期的法律后果。

须注意，无效法律行为自始无效、当然无效、绝对无效。

①自始无效：无效法律行为从行为开始时起就没有法律约束力。

这一点是无效法律行为和可撤销法律行为的核心区别。后文将会提及，可撤销法律行为被做出后，该行为在被撤销之前是有效的。但无效法律行为一经做出就是无效的。

②当然无效：不论当事人是否主张，是否知道，也不论是否经过人民法院或者仲裁机构确认，该民事法律行为当然无效。

这一点是无效法律行为和效力待定法律行为的核心区别。效力待定法律行为如果被拒绝追认则不能生效，如果被追认则可以生效。但无效法律行为无论有没有人追认，均无效。


③绝对无效：无效法律行为绝对不发生法律效力，不能通过当事人的行为进行补正。

当事人通过一定行为消除无效原因，使之有效。这不是无效民事法律行为的补正，而是消灭旧的民事法律行为，成立新的民事法律行为。

【典例研习·2-22】（2014年单项选择题）

甲向乙兜售毒品时，虽然提供了真实的毒品作为样品，实际交付的却是面粉。下列关于该民事行为效力的表述中，正确的是（ ）。

A.有效 B.无效 C.可撤销 D.效力待定

 **斯尔解析** 本题考查无效法律行为的效力。须注意，本题考查的法律行为是“甲向乙出售毒品”，该行为违反法律的强制性规定，属于无效法律行为。

无效的法律行为自始无效、当然无效、绝对无效，就像治不好的绝症。甲向乙交付面粉的行为发生在这个买卖行为之后，不影响该买卖行为的效力。因此，该买卖行为仍属无效法律行为，本题应选择选项B。

2. 法律行为可撤销

(1) 导致法律行为可撤销的事由。

①重大误解。即行为人对行为的性质、对方当事人、标的物的品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，造成较大损失。

【典例研习·2-23】

某在线教育公司员工上线某课程产品，产品定价应为1118元，但该员工误输入为18元。王某发现该漏洞并立刻下单100份该产品。

②欺诈。当事人一方故意编造虚假情况或隐瞒真实情况，使对方陷入错误而为违背自己真实意思作出意思表示。

【典例研习·2-24】

刘某将后院摘得的蘑菇说成是灵芝，骗郭某以高价买下。此时，该买卖合同系基于刘某的欺诈行为而成立，应属可撤销法律行为。

本例与【典例研习·2-23】的差异在于，本例中刘某是故意欺骗郭某，而【典例研习·2-23】中在线教育公司员工并非有意欺骗消费者，而是进行了错误的操作。

③胁迫。以给公民或其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害或以给法人的荣誉、名誉、财产等造成损害相要挟，迫使对方作出违背真实意愿的意思表示。

【典例研习·2-25】（2013年单项选择题改编）

甲欲低价购买乙收藏的一幅古画，乙不允。甲声称：若乙不售画，就公布其不雅视频。乙被迫与甲订立买卖合同。根据合同法律制度的规定，该合同的效力为（ ）。

- A. 无效 B. 有效 C. 效力待定 D. 可撤销

斯尔解析 本题考查可撤销法律行为的辨识。题干所述即典型的“胁迫”情况。在甲的胁迫下，乙作出意思表示（同意以低价出售古画）并不自由，因此双方缔结的买卖合同可撤销。

陷阱提示 胁迫既可以来自合同关系的当事人，也可以来自第三人。上例中，假如以不雅视频胁迫乙的并不是买方甲，而是与甲毫无关系的好事者丙，乙在丙的胁迫下订立的买卖合同依然可以撤销，其原因在于：无论受到谁的胁迫，都会导致意思表示不自由的后果。

④显失公平。一方利用对方处于危困状态、缺乏判断能力等情形，致使民事法律行为成立时当事人间的权利义务明显违反公平原则的民事法律行为可撤销。

提示：“显失公平”的判断时点是民事法律行为成立时。无偿民事法律行为不存在显失公平的问题。

(2) 可撤销法律行为的效力。

①可撤销的民事法律行为在撤销前已经生效，之后有两种走向：

- a. 如果撤销权人行使撤销权，那么该民事法律行为的效力溯及至行为开始时无效；
- b. 如果撤销权人未在规定的期限内行使撤销权，或者放弃撤销权，可撤销民事法律行为将终局有效，不得再被撤销。

提示：与之相对比的是，无效法律行为自始无效、绝对无效、当然无效。

②可撤销法律行为的撤销权由撤销权人行使，这意味着：

- a. 撤销权人可以选择是否行使撤销权；
- b. 人民法院不得主动干预撤销权的行使。

提示：与之相对比的是，无效法律行为的违法行为更严重，无论当事人主张与否，人民法院都可以在发现相关事实情况后主动宣告民事法律行为无效，当事人对此也无权干预。

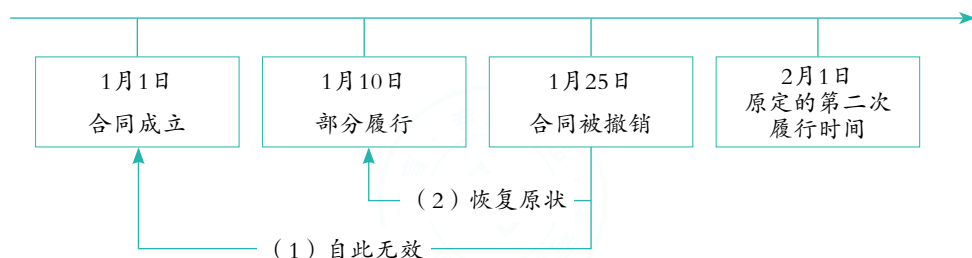
【典例研习·2-26】

刘某将后院摘得的2朵蘑菇说成是灵芝，骗郭某以高价买下。

2021年1月1日，双方约定，刘某应于2021年1月10日先将一朵“灵芝”交付给郭某，郭某应在该日向刘某支付价款10 000元；刘某应于2021年2月1日将另一朵“灵芝”交付给郭某，郭某应在该日再向刘某支付价款10 000元。

达成上述约定后，刘某、郭某在2021年1月10日依约定履行。2021年1月15日，郭某发现，原来刘某卖的只是寻常蘑菇，并不是灵芝。2021年1月25日，郭某依法撤销前述买卖合同。

刘某撤销该买卖合同后，未履行的部分自然无须再履行。所谓“溯及至行为开始时无效”意味着，该买卖合同被撤销之前双方进行的履行应恢复原状，即郭某将拿走的蘑菇还给刘某，刘某将收走的10 000元钱还给郭某。前述情况的梳理请见以下数轴：



由此可见，撤销权行使的效力并非“既往不咎”，而是“秋后算账”。

(3) 撤销权的行使。

撤销权是权利人以其单方的意思表示（即无须相对人同意）撤销已经成立的民事法律行为的权利。撤销权的行使应遵守如下规则：

①行使主体：教材提及，对于欺诈、胁迫导致可撤销的法律行为，只能由受损害方行使撤销权。

②行使方式：诉讼或者仲裁，换言之，仅凭当事人的通知不能达到行使撤销权的效果。

③行使期限：

a.撤销权的行使期限因导致法律行为可撤销的事由而异，具体如下：

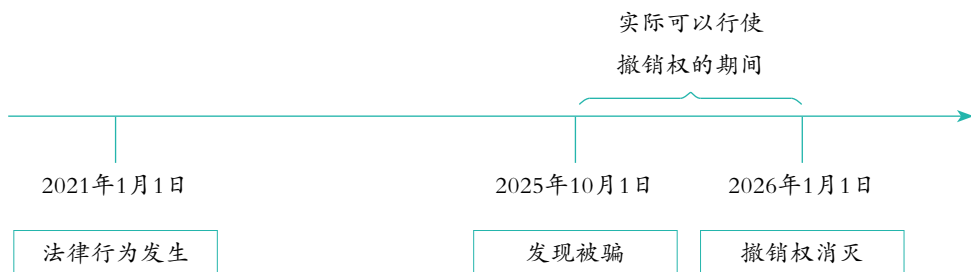
事由	期限起点	期限长度
重大误解	知道或者应当知道撤销事由	90日
欺诈		1年
显失公平		
胁迫	胁迫行为终止	

b.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或当事人自民事法律行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，撤销权消灭。

【典例研习·2-27】

2021年1月1日，张三被李四欺骗，以10 000元高价买下一颗玻璃球。自该法律行为发生之日（即2021年1月1日）日，张三行使撤销权的最晚时限为5年之后，即2026年1月1日。

假设张三于2025年10月1日才发现上当受骗，虽然受欺诈方行使撤销权的期限为知道被欺诈后1年，但此时距离张三行使撤销权的最晚时限（即2026年1月1日）仅有3个月。因此，张三实际可以行使撤销权的期间也仅为3个月。该情况请见以下图示：



【典例研习·2-28】（2018年单项选择题）

根据民事法律制度的规定，下列关于可撤销民事法律行为的表述中，正确的是（ ）。

- A.行为在撤销前已经生效
- B.撤销权可由司法机关主动行使
- C.撤销权的行使不受时间限制
- D.被撤销行为在撤销之前的效力不受影响

斯尔解析 本题考查可撤销法律行为的效力，可借此与无效法律行为进行比较：

无效法律行为	可撤销法律行为	结论
自始无效	行为在撤销前已经生效	选项A所述正确
法院可以主动宣告民事法律行为无效，当事人不得干预	撤销权人自主决定是否行使撤销权，法院不得主动干预	选项B所述错误
法院宣告法律行为无效不受时间限制	撤销权的行使受时间限制	选项C所述错误
无论法院是否、何时宣告无效，该行为均自始无效	法律行为被撤销后，追溯至成立时即为无效	选项D所述错误

3.法律行为效力待定

（1）导致法律行为效力待定的主要事由。

①限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事法律行为，即既非纯获利益，又与其年龄、智力、精神健康状况不相适应的行为（“熊孩子行为”）；

【典例研习】答案：

2-28：A

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

②无权代理人实施的民事法律行为，包括没有代理权、超越代理权以及在代理权终止后实施代理行为的情况（狭义的无权代理）。

（2）效力待定法律行为的效果。效力待定的民事法律行为在成立时尚未生效，须经权利人追认才能生效。

①追认的意思表示本身自到达相对人时生效。追认的意思表示生效后，民事法律行为自成立时起生效。

②如果权利人拒绝追认，则民事法律行为自成立时起无效。

【典例研习·2-29】

2020年1月1日，年仅15周岁、智力正常的张小三为了祝母亲张三生日快乐，在某奢侈品店购买手提包一个，价格为5万元。本例中，张小三为限制民事行为能力人，且该交易的金额显然与其年龄不相适应，因此，该买卖合同为效力待定法律行为。

张三是张小三的母亲，也是其法定代理人，张三追认与否影响上述行为最终的效力。

（1）假设张三知情后于2020年1月3日向奢侈品店老板追认上述行为，则该行为自成立时（即1月1日）生效。

（2）假设张三知情后于2020年1月3日向奢侈品店老板拒绝追认上述行为，则该行为自成立时（即1月1日）无效。

（3）追认的实施。追认权仅凭有权追认的主体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，换言之，“追认”行为属于单方法律行为。

导致效力待定的事由	“熊孩子行为”	无权代理
追认主体	“熊孩子”的法定代理人	被代理人
追认期间	相对人可以催告法定代理人在30日内予以追认	相对人可以催告被代理人在30日内予以追认
默示的推定	法定代理人/被代理人未作表示的，视为拒绝追认	
善意相对人的撤销权	民事法律行为被追认之前，善意相对人有撤销的权利，撤销应当以通知的方式作出	

【典例研习·2-29-1】

民法中的“善意”“恶意”一般指行为人对于导致争议的事实是否知情，知情即是“恶意”，不知情即是“善意”。

在【典例研习·2-29】中，假设张小三长相、打扮都十分成熟，看起来像个大男生。奢侈品店老板李四本着一般人的社会常识，都会认为张小三是个成年人，则李四对导致该买卖行为效力待定的情况不知情，属于善意相对人。因此，张小三的母亲张三追认该行为前，李四可以撤销该买卖行为。

注意，李四行使该撤销权时，被撤销的买卖行为尚未生效（还处于“效力待定”的状态），因此李四仅凭“通知”即可撤销该行为。

4. 法律行为无效或被撤销的法律后果

无效的法律行为自始无效，可撤销法律行为被撤销后也自始无效，但这里的“无效”仅指不发生当事人追认的法律效果，并不意味着不引起任何法律后果。其可能的法律后果有：

（1）民法范围内，恢复原状（请见【典例研习·2-26】）、损害赔偿、清理条款（例如仲裁条款）的保留。

（2）其他法律责任，如相应的行政责任、刑事责任。

四、附条件法律行为和附期限法律行为（★）

（一）概说

附条件的民事法律行为是指在民事法律行为中规定一定条件，并且把该条件的成就与否作为民事法律行为效力发生或者消灭根据的民事法律行为。

附期限的民事法律行为，指当事人设定一定的期限，并将期限的到来作为效力发生或消灭前提的民事法律行为。

二者的核心区别是：“条件”未必会满足，但“期限”一定会到来。

【典例研习·2-30】

（1）甲与乙约定，丙死亡后，甲将一座挂钟送给乙。

（2）甲与乙约定，丙结婚时，甲将一顶帽子送给乙。

上面两个例子提到的法律行为都是赠与合同法律行为，其共同特点是，赠与行为都不是立刻发生的。但上述两个例子又有所区别：

人固有一死，例（1）中“丙死亡”这件事一定会发生，所以该赠与行为是附期限的民事法律行为；

在例（2）中，丙这辈子不一定会结婚，所以该赠与行为是附条件的民事法律行为。

（二）附条件法律行为的重要问题

1. 不得附条件的法律行为

（1）条件与行为性质相违背的，如法定抵销不得附条件；

（2）条件违背社会公共利益或社会公德的，如结婚、离婚等身份性民事法律行为，原则上不得附条件。

2. 可作为法律行为条件的情况

民事法律行为所附条件，既可以是自然现象、事件，也可以是人的行为，但应具备下列特征：

（1）必须是将来发生的事实，过去的事实不得作为条件。

（2）必须是不确定的事实，否则应当作为民事法律行为的期限而非条件。

（3）仅指当事人约定的条件。条件如果是法律规定的，如民事法律行为的成立条件、生效条件，不属于此处所谓的“条件”。

（4）条件必须合法。

3. 条件成就的判断

出于诚实信用原则，法律对当事人不当促成或者阻止条件成就的情况作出下列特殊规定：

（1）当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已经成就；

（2）当事人为自己的利益不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。

第三节 代理制度

代理是指代理人在代理权限内，以被代理人的名义与第三人实施民事法律行为，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。

一、代理的基本理论（★）

（一）代理的基本结构

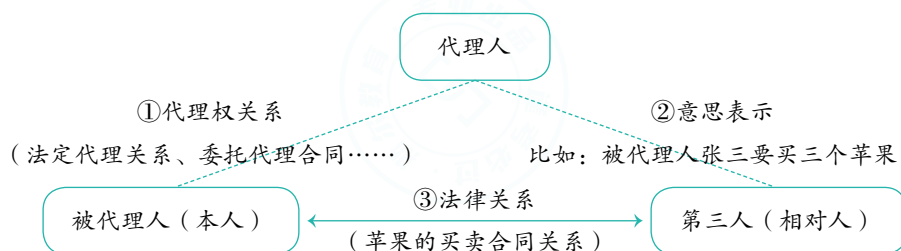
代理关系的主体包括代理人、被代理人（亦称本人）和第三人（亦称相对人）。

【典例研习·2-31】

张三对李四说，你帮我向王五买3个苹果，李四予以同意。李四对王五说：“张三要买3个苹果，你这儿卖多少钱来着？”王五说：“3块钱1个。”李四说：“行。”

本例中，李四是张三的“代理人”，张三是“本人”，或者说“被代理人”。王五是“第三人”，或者说“相对人”。

在代理中，存在如下的“三角关系”：



1. 被代理人与代理人之间的代理权关系

- （1）法定代理：依据法律规定而当然发生的代理（如未成年人与其父母）。
- （2）委托代理：基于被代理人授权的意思表示而发生的代理，又叫“意定代理”。

【典例研习·2-31】中的代理即属于该种情况。

2. 代理人与第三人之间实施民事法律行为的关系

- （1）行为性质上，可以代理实施的行为必须含有意思表示。

①根据意思表示之有无判断哪些行为适用代理制度：

行为类型	举例	是否适用代理制度
法律行为	买卖、租赁……	以意思表示为必要，适用代理制度
准法律行为	民事诉讼行为以及某些财政、行政行为（专利申请、商标注册等）	
事实行为	创作行为	不以意思表示为必要，不适用代理制度，但可以适用“委托”，请见下文分析
不具有法律意义的行为	打扫屋子	

②代理人向第三人进行意思表示的要求：

a.代理人应以被代理人的名义进行意思表示。

b.代理人应独立向第三人作出意思表示，也应受领第三人向其作出的意思表示。

提示：【典例研习·2-31】中，是否同意王五的报价由李四自己决定，且王五知道李四是代张三购买苹果后，直接向李四发出意思表示（无须绕过李四去找张三本人）；李四也可以直接受领王五的意思表示，其受领后，即在张三、王五之间成立买卖合同。

（2）适用范围上，部分法律行为应由本人亲自实施，不得代理，如立遗嘱、结婚等。

【典例研习·2-31-1】

【典例研习·2-31】中，李四代理张三向王五买了三个苹果。

（1）就该买卖行为而言，买卖合同在被代理人张三和相对人王五之间成立，李四并不是这个买卖合同的当事人，也不能从该买卖合同中直接取得利益。

（2）如果张三找李四代买苹果的时候与其约定，买来苹果给李四1元钱辛苦费，则李四可以得到个人利益，但该个人利益来自张三、李四之间的委托关系，与张三、王五之间的买卖合同无关。

3.被代理人与第三人之间承受代理行为法律后果的关系

在代理活动中，代理人不因其所实施的民事法律行为直接取得任何个人利益，由代理行为产生的权利和义务自应由被代理人本人承受。

【典例研习·2-32】（2020年单项选择题）


根据民事法律制度的规定，下列行为中可以使用代理制度的是（ ）。

A.缔结买卖合同

B.结婚

C.订立遗嘱

D.整理学术资料

 **斯尔解析** 本题考查代理行为的适用范围。选项D所述行为不含意思表示，应予以排除。剩下的选项中，选项BC所述均为应由本人亲自实施的民事法律行为，不得代理。因此，本题应选择选项A。

（二）代理与相近概念的区别

1.代理与委托

委托又称委任，指依双方当事人的约定，由一方为他方处理事务的民事法律行为。

（1）委托与代理之间不是“非此即彼”的关系。委托中的事务可以含有意思表示，也可以不含有意思表示。其中，前者可以构成代理。

（2）委托本身仅有双方关系（即委托人和受托人的关系），如果构成代理，则产生三方关系。

（3）在委托中，受托人既可以以委托人名义活动，也可以以自己的名义活动。如果构成代理，则应以被代理人名义进行意思表示。

【典例研习·2-33】

刘某委托郭某打扫屋子。本例中，“打扫屋子”的行为不涉及意思表示，也没有法律意义，无法适用代理。

对比【典例研习·2-32】【典例研习·2-33】可知，“委托”是“代理”的原因之一：

(1) 如果委托的事项涉及意思表示, 则适用代理制度, 存在上文展示的“三角关系”。

(2) 如果委托的事项不涉及意思表示, 则是单纯的委托, 不适用代理。

2. 代理与行纪

行纪, 指经纪人受他人委托以自己的名义从事商业活动的行为, 如证券公司替客户买卖股票。行纪与代理的区别体现在以下方面:

事项	代理	行纪
实施民事法律行为的名义	被代理人的名义	行纪人自己的名义
法律效果	直接由被代理人承受	先由行纪人承受, 然后通过其他法律关系(如委托合同)转给委托人
有偿性	有偿、无偿均可	有偿

3. 代理与传达

传达是将当事人的意思表示忠实转述给对方当事人的行为。代理与传达之间的区别在于:

事项	代理	传达
意思表示的主动性	代理人独立向第三人进行意思表示, 以代理人自己的意志决定意思表示的内容	传达人只负责忠实传递委托人的意思表示, 传达人自己不进行意思表示
行为能力	代理人必须具有相应的民事行为能力	不以具有民事行为能力为条件
身份行为	不得代理实施	可以借助传达人传递意思表示

【典例研习·2-31-2】

张三和三岁半的儿子张小三说: “找隔壁王叔叔买个橘子去。” 张小三于是去隔壁和老王说: “我妈要买个橘子。” 老王说: “和你妈说, 5块钱1个。”

张小三于是回家和张三说: “王叔叔说橘子5元钱1个。” 张三和张小三说: “行, 你和王叔叔说橘子我要了, 给你钱。” 于是, 张小三带着5元钱去隔壁和老王说: “我妈说她要了, 给你钱。”

本例和【典例研习·2-31】的区别在于, 张小三作为传达人只是一个“传声筒”, 不需要独立作出意思表示。因此, 即使张小三才三岁半, 不具有行为能力, 也可以做传达人。

二、委托代理(★★)

前已言及, “代理”分为委托代理和法定代理。在市场经济活动中, 委托代理是适用最广泛的代理形式。

(一) 委托代理的基本特点

委托代理中的授权行为是一种单方民事法律行为, 它以委托双方之间的委托合同关系为前提。委托合同行为是双方法律行为, 授权行为则是单方法律行为。

【典例研习·2-34】

甲公司委托乙公司为其采购工业原材料，涉及如下步骤：

(1) 甲公司与乙公司之间签署委托合同，约定乙公司为甲公司采购工业原材料。该合同属于双方法律行为。

(2) 甲公司向乙公司出具授权书，其上载明，乙公司有权代理甲公司对外签订买卖合同。该行为是授权行为，属于单方法律行为。

当然，上述(1)和(2)这两个行为只是法律意义上的区分，可以在同一个法律文件中同时进行，实践中委托人也未必都会单独签署授权书。

1. 当事人的行为能力

(1) 委托人（即委托代理的被代理人）在委托合同订立、授权中均作出意思表示，因此必须具有相应的民事行为能力。

(2) 当然，受托人（即委托代理的代理人）要向第三人作出意思表示，也须具有相应的民事行为能力。

2. 授权的具体形式

委托授权为不要式行为，既可以采用书面形式（例如《授权委托书》），也可以采用口头或者其他方式授权。

此外，须特别注意的是职务授权。执行法人或者非法人组织工作任务的人员，就其职权范围内的事项，以法人或者非法人组织的名义实施民事法律行为，对法人或者非法人组织发生效力。

(二) 代理权的滥用

滥用代理权的行为包括自己代理、双方代理和代理人和第三人恶意串通。

1. 自己代理、双方代理

(1) 代理人不得以被代理人的名义与自己实施民事法律行为，但是被代理人同意或者追认的除外。

(2) 代理人不得以被代理人的名义与自己同时代理的其他人实施民事法律行为，但是被代理的双方同意或者追认的除外。

提示：由上述法条的表述可知，自己代理、双方代理实施的法律行为效力待定。

2. 恶意串通

代理人和相对人恶意串通，损害被代理人合法权益的，产生两方面法律后果：


(1) 代理实施的法律行为无效，因为该情况构成“恶意串通损害他人利益”，属于导致法律行为无效的事由。

(2) 对被代理人造成损失的，代理人和相对人应当承担连带责任。

【典例研习·2-35】（2015年多项选择题）

根据民事法律制度的规定，下列行为中属于滥用代理权的有（ ）。

- A. 代理人甲以被代理人乙的名义将乙的一台塔吊卖给自己
- B. 代理人甲以被代理人乙的名义卖出一台塔吊，该塔吊由甲以丙的名义买入
- C. 代理人甲与买受人丁串通，将被代理人乙的一台塔吊低价卖给丁
- D. 代理人甲在被代理人乙收回代理权后，仍以乙的名义将乙的塔吊卖给戊

 **斯尔解析** 本题考查滥用代理权行为的辨识，看似简单，却极易丢分。选项ABC所述分别为自己代理、双方代理、恶意串通的情况，均属于滥用代理权。

代理人以乙的名义将乙的塔吊卖给戊时已经没有代理权。既然没有代理权，谈何“滥用代理权”？因此，选项D不应选。事实上，选项D所述情况属于无权代理，我们将在下文加以介绍。

（三）无权代理

无权代理不是代理的一种形式，而是具备代理行为的表象但是欠缺代理权的行为。

1. 无权代理的类型

类型	举例
无代理权的代理行为	甲未经乙的委托就替乙采购白糖
超越代理权的代理行为	甲委托乙替自己买白糖，但乙以甲的名义买了味精
代理权终止后的代理行为	甲委托乙为自己进行原材料采购，为期三个月； 三个月后，乙仍旧以甲的名义与他人订立原材料采购合同

2. 无权代理实施法律行为的效力

前已言及，无权代理的法律行为效力待定，相关具体规则在“民事法律行为的效力瑕疵”中已有初步介绍。在此进一步说明如下问题：

（1）在无权代理导致法律行为效力待定的情况下，被代理人已经开始履行民事法律行为中设定的义务的，视为追认。

（2）如被代理人未予追认，相对人因此遭受损失，其损失承担涉及两种情况：

情况	说明
相对人善意	善意相对人有权请求行为人履行债务或者就其受到的损害请求行为人赔偿
相对人恶意	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

【典例研习·2-35-1】

上题选项D所述情况构成无权代理，假设乙最终拒绝追认该买卖合同，但戊已经为接收该塔吊做好准备，支付了10万元费用。

（1）如果戊是善意相对人，并不知道甲的代理权已被收回，则其可以请求行为人甲履行债务，即交付给戊一台塔吊；或者请求行为人甲赔偿上述10万元费用的损失。

（2）如果戊是恶意相对人，明知甲不具有代理权而订立该合同，则只能和甲按照各自的过错情况分担10万元损失。

无论上述情况（1）还是（2），乙作为无权代理的“被代理人”均不受该买卖合同约束。

所谓“应当知道”，例如乙对甲的授权书已经在戊处备案留档，其上载明授权期限截至2021年3月1日。但甲与戊订立上述合同的日期在2021年4月份，已超出授权期限。戊因为疏忽，并未仔细查阅授权书。彼时，戊可能真的没有意识到甲可能没有代理权，但法律依然推定戊应当知道行为人甲没有代理权，应为其疏忽行为承担不利后果。

（四）无权代理之表见代理

【典例研习·2-36】

2007年3月，甲公司聘用乙为业务经理，委托其负责与丙公司的业务往来。2008年4月，甲公司将乙解聘，但未收回乙所持盖有甲公司公章的空白合同书，亦未通知丙公司。同年5月，乙以甲公司业务经理的身份，持盖有甲公司公章的空白合同书，与丙公司签订了一份买卖合同。（2011年单项选择题改编）

本例中，乙的行为构成无权代理，因为其代理甲公司与丙公司签订买卖合同时已经不具有代理权。但是，无权代理实施的法律行为效力待定，假设甲公司不予追认，丙公司可能因此失去交易机会。丙公司在整件事情中并无过错，如果让丙公司遭受这种不利后果并不公平。

这种情况下，法律给无权代理的规则打了一个“补丁”，将上述情况认定为表见代理，该买卖合同依然可以在甲公司、丙公司之间生效。

上例揭示了“表见代理”及其制度目的，表见代理的构成要件如下：（2015年主观题）

（1）代理人无代理权。无权代理是表见代理的前提，对于不构成表见代理的无权代理，可以称为“狭义无权代理”，如【典例研习·2-35-1】。

（2）相对人主观上为善意且无过失。

（3）客观上存在使相对人相信无权代理人具有代理权的情形，例如：

①合同签订人持有被代理人的介绍信或盖有印章的空白合同书；

②无权代理人此前曾被授予代理权，且代理期限尚未结束，但实施代理行为时代理权已经终止。

（4）相对人基于这种客观情形而与无权代理人成立民事法律行为。

提示：同时满足上述4项条件才构成表见代理。请回顾【典例研习·2-35-1】中的情况（1），相对人戊虽然善意，但乙并无过错，也不存在客观上使戊相信甲有代理权的情况。此时，善意的相对人可以主张行为人甲承担责任，但不能主张买卖合同约束乙。

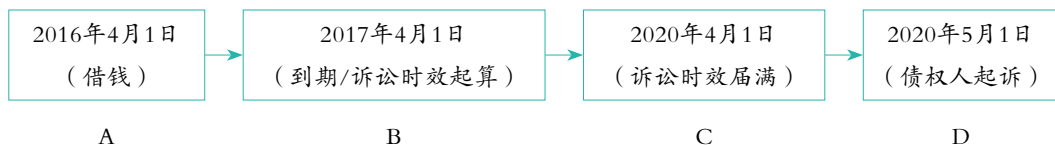
表见代理对于本人来说，产生与有权代理一样的效果。即在相对人与被代理人之间发生法律关系。被代理人应受无权代理人与相对人实施的民事法律行为的拘束。被代理人不得以无权代理作为抗辩事由，主张代理行为无效。

第四节 诉讼时效制度

诉讼时效是指请求权不行使达一定期间而失去国家强制力保护的制度。

【典例研习·2-37】

张某与李某于2016年4月1日签订借款合同，约定张某借给李某1万元，李某应于2017年4月1日归还。2017年4月1日，李某并未如约还款。自该日起，开始计算3年的诉讼时效。2020年4月1日，诉讼时效届满（假设这期间未发生诉讼时效中止、中断事由）。2020年5月1日，张某向法院起诉，要求李某还钱。其时间轴如下图所示：



此时，被告李某可以向法院主张，该笔债务的诉讼时效已经届满，其不再履行还款义务。

由本例可知，诉讼时效制度有利于督促权利人及时行使权利，同时避免案件距今时间过长导致司法程序中举证困难。

一、诉讼时效的法律意义(★)

诉讼时效的法律意义主要体现在其届满之后的法律效果。

诉讼时效届满属于法律事实中的“事件”，会对民事法律关系产生影响。具体而言，诉讼时效届满不消灭债权人实体权利，只是让债务人产生抗辩权。我们沿用【典例研习·2-37】做进一步介绍。

(一) 债权人依然享有起诉权

诉讼时效期间的经过不影响债权人提起诉讼，即不丧失起诉权。【典例研习·2-37】中债权人张某在诉讼时效届满后起诉债务人李某，法院依然应予立案。

(二) 债务人获得抗辩权

诉讼程序中，如果债务人主张诉讼时效的抗辩，法院在确认诉讼时效届满的情况下，应驳回债权人的诉讼请求。【典例研习·2-37】中，李某提出已过诉讼时效，因此张某败诉。

关于诉讼时效抗辩，须注意以下事项。

(1) 提出抗辩的主体。诉讼时效抗辩应由当事人自行提出，人民法院不应对诉讼时效问题进行释明及主动适用诉讼时效的规定进行裁判。

(2) 提出抗辩的时机。当事人在一审期间未提出诉讼时效抗辩，在二审期间提出的，人民法院不予支持，但其基于新的证据能够证明对方当事人的请求权已过诉讼时效期间的情形除外。

提示：【典例研习·2-37】中，如果李某不在一审阶段提出诉讼时效已经届满，张某还是可以胜诉的。法院也不能提示李某提出诉讼时效抗辩。

(三) 债权人不丧失实体权利

(1) 诉讼时效期间届满后，当事人自愿履行义务的，不受诉讼时效限制；

(2) 诉讼时效期间届满，当事人一方向对方当事人作出同意履行义务的意思表示或者自愿履行义务后，又以诉讼时效期间届满为由进行抗辩，人民法院不予支持。

【典例研习·2-37-1】

法院判决债权人张某败诉之后，李某良心不安，主动把欠张某的1万元钱还给张某。此时，虽然诉讼时效已经届满，但张某的债权本身并未消失，依然可以合法受领李某交付的1万元钱，不构成不当得利。

之后，如果李某又反悔，以诉讼时效届满为由请求张某把收回的1万元再“吐出来”，则不会受到法律支持。

简言之，“诉讼时效”制度并没有违反“欠债还钱”的天理，只是对不积极行使权利的债权人施加了一些实现债权的不确定性。

二、诉讼时效的种类与起算（★）

（一）诉讼时效的种类

种类	起算时点	期间长度
普通诉讼时效	权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日	3年
最长诉讼时效	权利被侵害	20年

上述“普通诉讼时效”与“最长诉讼时效”均就一般情况而言，此外，法律对于特殊情况还规定了特别的诉讼时效（教材称之为“长期诉讼时效”），如：《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4年。

（二）诉讼时效的起算

一般情况下，普通诉讼时效自“权利人知道或者应当知道权利受到损害以及义务人之日”起算，可见普通诉讼时效的起算一般须满足3个条件：

- （1）有请求权受到侵害的事实；
- （2）权利人知道或者应当知道请求权受到侵害；
- （3）权利人知道或者应当知道义务人。

此外，法律对于特殊事项还规定了不同的诉讼时效起算时点，具体如下：

1. 特殊类型债权的诉讼时效

债权类型	诉讼时效起算时点
附条件/附期限	条件成就/期限届满之日
约定履行期限	清偿期届满之日；约定分期履行的，最后一期履行期限届满之日
未约定履行期限	（1）可以确定履行期限：履行期限届满之日； （2）不能确定履行期限： ①债务人在债权人第一次向其主张权利之时明确表示不履行义务的，诉讼时效自债务人明确表示不履行义务之日起算； ②否则，诉讼时效自债权人要求债务人履行义务的宽限期届满之日起算
请求他人不作为	权利人知道义务人违反不作为义务时

2. 无、限制民事行为能力人相关的诉讼时效

情况	诉讼时效起算时点
无、限制行为能力人对法定代理人的请求权	法定代理终止之日
未成年人遭受性侵害的损害赔偿请求权	受害人年满18周岁之日

3. 国家赔偿的诉讼时效

赔偿请求人知道或者应当知道国家机关及其工作人员行使职权时的行为侵犯其人身权、财产权之日（被羁押等限制人身自由期间不计算在内）。

三、诉讼时效的中止与中断（★★）

普通诉讼时效适用中止和中断；最长诉讼时效（20年）不适用中止或中断。

诉讼时效制度的目的之一是“催”权利人主张权利。现实中可能有两种情况：

（1）债权人去“催账”了，或者债务人“认账”了。此时，诉讼时效需要“更新”。

（2）债权人“非不为也、实不能也”，比如被泥石流困在山里无法找债务人“催账”。此时，诉讼时效要停止计算，不然对债权人不公平。

上述情况即是诉讼时效中断、中止的大概含义。

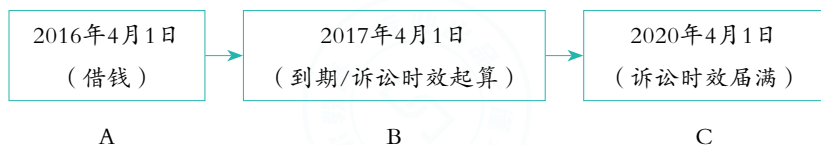
原理
详解

（一）诉讼时效的中止

诉讼时效的中止比较易于理解，适用于债权人“非不为也、实不能也”的情况，其效果是：诉讼时效暂停计算，并在导致中止的事由结束后继续计算。

【典例研习·2-37-2】

沿用【典例研习·2-37】，我们先回顾以下时间轴：



假设2020年3月1日（距2020年4月1日不足6个月），张某被泥石流困在山中，至2020年4月5日才被救出。

其诉讼时效自2020年3月1日起中止，至2020年4月5日恢复，并延续6个月，至2020年10月5日届满。

诉讼时效的中止就像是给诉讼时效“续命”：因为债权人“身不由己”，诉讼时效延长至中止原因消除后6个月。

1. 导致诉讼时效中止的情况

在诉讼时效期间的最后6个月内，债权人因以下情况不能行使请求权：

- （1）不可抗力（洪水、泥石流……）；
- （2）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失民事行为能力、丧失代理权；
- （3）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人；
- （4）权利人被义务人或者其他人控制；
- （5）其他导致权利人不能行使请求权的障碍。

提示：

（1）如果在诉讼时效期间的最后6个月以前发生权利行使障碍，而到最后6个月时该障碍已经消除，则不能发生诉讼时效的中止；

（2）如果该障碍在最后6个月时尚未消除，则应从最后6个月开始时起中止时效期间，直至该障碍消除。

2.诉讼时效中止的效果

(1) “停”：暂时停止计算诉讼时效期间；

(2) “续”：在时效中止的原因消除后，诉讼时效始终剩下6个月。

提示：在最长诉讼时效期间（20年）内，诉讼时效中止的持续时间没有限制。

(二) 诉讼时效的中断

通俗地说，债权人去“催账”，或者债务人“认账”，均导致诉讼时效中断。与“续命6个月”的中止不同，诉讼时效的中断宛若“新生”：原来是3年，中断之后再计算3年。

【典例研习·2-37-3】

沿用【典例研习·2-37】，假设2018年1月1日，张某向李某发函催要该笔借款，则自当日起诉讼时效中断，并重新计算3年的诉讼时效（即至2021年1月1日届满）。

在长期诉讼时效（即2017年4月1日至2037年4月1日）内，普通诉讼时效可以多次中断、多次重新计算，但不得超过长期诉讼时效。例如，张某在2037年3月1日向李某发函催要借款，则其诉讼时效不得超过2037年4月1日。

1.导致诉讼时效中断的情况

(1) 债权人“催账”，具体包括以下三类情况：

类型	具体情况
权利人向义务人提出履行请求	①当事人一方直接向对方当事人送交主张权利文书并到达对方； ②当事人一方以发送信件或者数据电文方式主张权利并到达对方； ③当事人一方为金融机构，依法或依约从对方账户中扣收欠款本息； ④当事人一方下落不明，对方当事人在法定媒体上刊登主张权利的公告； 提示：权利人对同一债权中的部分债权主张权利，诉讼时效中断的效力及于剩余债权，但权利人明确表示放弃剩余债权的情形除外
当事人提起诉讼或者申请仲裁	①当事人一方向人民法院提交起诉状或者口头起诉； ②权利人向人民调解委员会等组织提出保护相应民事权利的请求； ③权利人向“公检法”报案或者控告，请求保护其民事权利
与提起诉讼或者申请仲裁具有同等效力的情形	①申请诉前财产保全、诉前临时禁令等诉前措施； ②在诉讼中主张抵销、申请追加当事人或者被通知参加诉讼； ③申请强制执行、申请支付令； ④申请破产、申报破产债权； ⑤为主张权利而申请宣告义务人失踪或死亡

(2) 债务人“认账”，即义务人同意履行义务。除了直接同意履行之外，还包括以下“变相承认”的情况：

①义务人请求分期履行、部分履行、延期履行；

②义务人提供担保；

③义务人制定清偿债务计划。

(3) 其他。以下情形也会发生诉讼时效中断的效果：

①对于连带债权人、连带债务人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带债权人、连带债务人也发生诉讼时效中断的效力。

②债权人提起代位权诉讼的，应当认定对债权人的债权和债务人的债权均发生诉讼时效中断的效力。

③债权转让的，应当认定诉讼时效从债权转让通知到达债务人之日起中断。

④债务转让情形下，构成原债务人对债务承认的，应当认定诉讼时效从债务承担意思表示到达债权人之日起中断。

命题角度：诉讼时效中止、中断事由的区分。

诉讼时效中止、中断事由的区分是传统考点。上文花了比较大的篇幅介绍两类事由，但二者的区分其实非常容易：

(1) 导致诉讼时效中止的往往是客观情况（“非不为也、实不能也”）；

(2) 导致诉讼时效中断的往往是主观情况（“催账”“认账”）。



解题高手

2. 诉讼时效中断的效果

(1) 已经进行的诉讼时效期间全部归于无效；

(2) 诉讼时效期间重新计算。注意：

①诉讼时效的中断如果是一个时间点（如债务人收到债权人的函件），则从该时间点重新起算诉讼时效；

②如果诉讼时效的中断是一个程序，则在相关程序终结时，诉讼时效重新起算。如债权人起诉债务人导致诉讼时效中断，则诉讼时效自诉讼程序终结时重新起算。

命题角度：诉讼时效中止、中断的效果。

诉讼时效中止、中断的效果也是比较传统的考点。可以用以下口诀帮助记忆：“止可续，断从头”。“中止”只是续6个月，“中断”是重新算3年。



解题高手

四、诉讼时效的强制性和适用范围（★）

（一）诉讼时效具有强制性

法律关于诉讼时效的规定属于强制性规范，当事人对诉讼时效利益的预先放弃无效。

诉讼时效的具体内容，如诉讼时效的期间、计算方法以及中止、中断的事由均由法律规定，当事人另作约定的，约定无效。

（二）诉讼时效的适用范围

原则上，诉讼时效适用于请求权，但下列请求权不适用诉讼时效的规定：

(1) 请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；

(2) 不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；

- (3) 请求支付抚养费、赡养费或者扶养费；
- (4) 支付存款本金及利息请求权；
- (5) 兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；
- (6) 基于投资关系产生的缴付出资请求权。

【典例研习·2-38】（2021年单项选择题）

出国访学的甲回国后，发现邻居乙的房屋外墙摇摇欲坠，随时可能倒向自己的房屋，更发现乙存在擅自入住自己房屋、在自己房屋门口随意倾倒垃圾、毁坏自己房屋门窗等不当行为，遂向乙提出若干请求。根据基本民事法律制度的规定，下列请求权中，适用诉讼时效的是（ ）。

- A. 请求乙返还房屋
- B. 请求乙赔偿毁坏的门窗损失
- C. 请求乙加固其随时可能倒塌的房屋外墙
- D. 请求乙停止在自己房屋门口倾倒垃圾

💡 斯尔解析 本题考查不适用诉讼时效的请求权。

- （1）选项A所述属于不动产物权的权利人请求返还财产的情况，不适用诉讼时效。
- （2）选项B所述是权利人行使损害赔偿请求权的情况，适用诉讼时效。
- （3）选项C所述属于权利人请求侵权人消除危险的情况，不适用诉讼时效。
- （4）选项D所述属于权利人请求侵权人排除妨碍的情况，不适用诉讼时效。

精准答疑

问题：请求权与形成权有何区别？

解答：民法通说将民事权利分为支配权、请求权、抗辩权、形成权四类。物权是典型的支配权，我们将在后面的章节介绍。抗辩权也在上文中出现过（“诉讼时效抗辩权”）。

至于形成权和请求权的区别，可作如下简单理解：

（1）形成权的权利人“自己说了算”。例如：

- ①效力待定法律行为中，无权代理的被代理人、“熊孩子行为”的法定代理人可以单方面追认或者不追认，并达到相应的法律效果。
- ②可撤销法律行为中，撤销权人可以单方面行使撤销权，并使法律行为归于无效。

（2）请求权行使之后需要别人配合。

例如，张三欠李四100万元，李四作为债权人，可以请求张三还钱——这就是李四行使债权请求权的情况。此时：

- ①如果张三配合，还了100万元，那么请求权的行使获得了权利人理想的结果；
- ②如果张三不配合，赖账不还，请求权的行使就像“泥牛入海”一样，权利人只能转向国家权力请求帮助。

问题：诉讼时效和除斥期间有何区别？

解答：“诉讼时效”与“除斥期间”是一对相似的概念，简言之，二者的区别在于：

（1）诉讼时效往往适用于请求权，其届满后，请求权并不消失，但债务人获得抗辩权；

（2）除斥期间往往适用于形成权，其届满后，形成权消失。

具体而言，二者的比较可见下表：

事项	诉讼时效	除斥期间
适用对象	债权请求权	①形成权（如追认权、解除权、撤销权）； ②法律明确规定的部分请求权（如受遗赠权）
期间性质	可变期间，可以中止、中断、延长	不变期间，不可中止、中断、延长
届满效果	①实体权利不消灭，义务人获得抗辩权； ②如义务人不主张抗辩权，法院不得主动援用诉讼时效抗辩的规则	①实体权利消灭； ②法院查知除斥期间届满后，可以主动宣告相关权利消灭（注）

注：

请注意这句话的理解。以可撤销法律行为中的撤销权为例：

（1）除斥期间内，撤销权人自主决定是否行使撤销权，法院不得干预；

（2）除斥期间届满后，法院查知该情况后主动宣告相关权利消失。

冲关地图

📖：要听懂

!!!：你得背

√+×：你得算

🕒：有空看

第二章 基本民事法律制度

法律规范与法律关系

法律规范

- 📖 什么是法律规范
- 📖 上哪找法律规范 (★)
- 📖 法律规范分类 (★)
- 📖 !!! 法律渊源 (★★)
- 🕒 法律体系 (★)

法律关系

- 📖 法律关系的辨识 (★)
- 📖 !!! 法律关系的构成 (★★)
- 🕒 法律关系的类型

📖 法律事实 (★)

民事法律行为

- 📖 民事法律行为理论 (★★)
- 📖 !!! 意思表示 (★★)
- 📖 !!! 民事法律行为的效力
- 📖 附条件法律行为和附期限法律行为 (★)

代理制度

- 📖 代理的基本理论 (★)
- 📖 委托代理 (★★)

诉讼时效制度

- 📖 诉讼时效的法律意义 (★)
- !!! 诉讼时效的种类与起算 (★)
- 📖 诉讼时效的中止与中断 (★★)

诉讼时效的强制性和适用范围 (★)

- 📖 诉讼时效具有强制性
- !!! 诉讼时效的适用范围

第三章 物权法律制度

学习提要

考几分?

本章属于重点章节，近三年平均每年考查6题，分值合计11分。其中，2021年考查4道题，共6分；2020年考查3道题，共5分；2019年考查12道题，共22分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值维持在6分左右。

怎么考?

本章在主观题、客观题中均有考查。其中，物权变动、共有、善意取得、抵押权等内容在主观题中考查的可能性较大，且可以与“合同法律制度”章节的内容一并考查。

怎么学?

本章学习难度较大，涉及的理论性考点较多，且有一定的记忆量。

第二节“物权变动与公示公信原则”以及第五节“担保物权之抵押权”的理解难度较大，请务必仔细揣摩每一个例子，力求理解相关规则。

第三节“所有权”以及第四节“用益物权”涉及的记忆量较大，多次练习相关内容的习题可以辅助记忆。

第七节“担保物权综合”涉及较多适合在案例分析题中考查的规则，请千万不要忽视。

另外，为了叙述的简便，本书中依然保留“物权法”“合同法”的说法，并分别以此指代《民法典》“物权编”“合同编”的规定。

1. 动产与不动产

分类	定义	举例
不动产	不可移动或如移动将损害价值的物	房屋、土地、海域、林木等地上定着物
动产	不动产以外的物	桌椅板凳、机器设备、汽车船舶等

2. 流通物、限制流通物与禁止流通物

分类	举例
禁止流通物	国家所有的动产和不动产，如国有土地
限制流通物	文物、黄金、药品等
自由流通物	绝大多数动产以及不动产中的房屋

3. 可替代物与不可替代物

分类	定义	举例
可替代物	在交易上依数量、容量或重量而确定的物	寻常的图书、粮食等
不可替代物	具有唯一性、不可被他物替代的物	名人字画等

该分类仅适用于动产。其区分的意义在于：

- (1) 交易客体为可替代物时，可以用同类物替代履行，一般不会发生“履行不能”；
- (2) 交易客体为不可替代物时，不可替代物一旦发生损害，就只能转化为金钱赔偿。

4. 消耗物与非消耗物

分类	定义	举例
消耗（费）物	依其性质只能一次性使用或让与之物	粮食、金钱等
非消耗（费）物	不符合消耗物定义的物	桌椅板凳

该分类仅适用于动产。消耗物在（按照其一般的用途）使用了以后，不可能又原封不动地归还原来的所有者，因此，消耗物的使用人一般就是所有权人。

5. 可分物与不可分物

分类	定义	举例
可分物	不因分割而变更其性质或减损其价值的物	米、酒等
不可分物	分割可能变更其性质或减损其价值的物	牛、汽车等

6. 主物与从物

分类	定义	举例
主物	能够独立发挥效用的物	对于房屋，钥匙是从物；
从物	附着于主物并对主物发挥辅助性作用的物	对于电视，遥控器是从物

7.原物与孳(zī)息物

根据两物之间存在的原有物产生新物的关系,物可分为“原物”与“孳息物”。其中,孳息又有天然孳息与法定孳息之别。

类型	说明	举例	归属
天然孳息	往往由物的自然性质而产生	牛生的崽、鸡下的蛋、栗子树上掉下的栗子等	一般由原物的所有权人取得,既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得
法定孳息	往往由当事人之间的法律关系而产生	房屋的租金、存款的利息等	一般根据当事人的约定处理,没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得

【典例研习·3-2】(模拟多项选择题)

根据物权法律制度的有关理论,下列选项中,属于孳息物的有()。

- A.张三借李四100万元现金,根据双方的借款合同,目前产生利息100元
- B.王五家养了一只母牛,母牛目前已经怀孕,怀有小牛一只
- C.赵六家有一棵枣树,赵六用竹竿一阵乱打,打下冬枣若干
- D.陈二有一辆吉普车,车上放着备胎一个

斯尔解析 本题考查孳息物的辨识,具有一定难度。

(1) 孳息分为法定孳息和自然孳息,选项A中所述利息是典型的法定孳息,其对应的原物是借款本金100万元。因此,选项A应选。

(2) “原物”与“孳息”应当是两个独立的物。选项B中,母牛尚未分娩,小牛尚在母牛腹中,未与母牛分离,应属于母牛的成分,而非独立的孳息物。因此选项B不应选。

(3) 果实对于植株来说可以构成孳息,前提是果实已经离开植株本体。赵六将冬枣从树上打下,这些冬枣成为枣树的孳息。因此选项C应选。

(4) 原物与孳息之间应存在“原有物产生新物”的关系。选项D中,备胎并非由吉普车产生,因此其并不属于孳息(但可以被认为是吉普车的从物)。因此选项D不应选。

二、物权的概念与种类

(一)物权的概念

(1) 物权是权利人依法对特定的物享有的直接支配和排他的权利,包括所有权、用益物权和担保物权。物权的内容包括占有、使用、收益、处分。

提示:

①“收益”是指收取天然孳息及法定孳息;

②“处分”包括事实处分与法律处分。前者如毁损某物、改装某物,后者如抛弃或转让所有权。

(2) 物权的特点。

特点	说明
支配性	物权人有权仅以自己意志实现权利,无须第三人的积极行为协助
排他性	一物之上只能成立一项所有权
绝对性	物权可以对抗权利人外的任何人,故又称“绝对权”或称“对世权”

【典例研习】答案:

3-2: AC

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

（二）物权的种类（★）

提示：以下关于物权种类的介绍涉及本章第三节至第六节的内容，初次学习可能不甚明了。因此，建议完成本章第三节至第六节的学习之后再来回顾以下内容。

1. 自物权与他物权

分类	定义	举例
自物权（完全物权）	对于自己之物所享有的物权	所有权
他物权（限制物权）	在他人所有之物上设定的物权	用益物权、担保物权

提示：物权法以所有权为中心展开，用益物权、担保物权一般由所有人之外的主体享有，构成对所有权的限制。

2. 动产物权与不动产物权

分类	定义	举例
动产物权	设定在动产之上的物权	动产所有权、动产质权、留置权等
不动产物权	设定在不动产之上的物权	不动产所有权、 土地使用权、不动产抵押权等

3. 独立物权与从物权

分类	定义	举例
独立物权	能够独立存在的物权	所有权、土地使用权（包括建设用地使用权）
从物权	自身并无独立价值，只能从属于其他权利存在的物权	地役权从属于需役地的所有权或使用权； 担保物权从属于主债权

三、物权法律制度的基本原则（★）

教材提及，物权法律制度有三项基本原则，分别是物权法定原则、物权客体特定原则（或称“一物一权原则”）以及物权公示原则（或称“公示公信原则”）。其中：

- （1）“公示公信原则”在本章第二节的“物权变动的公示”部分加以介绍；
- （2）“物权客体特定原则”在本章第三节的“共有”部分加以介绍；
- （3）“物权法定原则”在本章第六节的“动产质押”部分加以介绍。

第二节 物权变动与公示公信原则

一、物权变动的含义与形态（★）

物权变动是指物权的发生（取得、设定）、变更或消灭。

（一）物权取得

物权的取得又分原始取得与继受取得。

取得方式	定义	举例
原始取得	物权取得非自他人之手继受而来	(1) 基于对无主物的先占而取得所有权; (2) 依自己所有权而取得原物孳息; (3) 通过建造取得房屋所有权
继受取得	物权自前手继受而来	(1) 转移型的继受取得, 如通过法律行为转让所有权、继承; (2) 创设型的继受取得, 如设立担保权

(二) 物权变更

物权变更包括主体、客体及内容三方面的变更。其中, 物权主体变更实际上是物权转让。

(三) 物权消灭

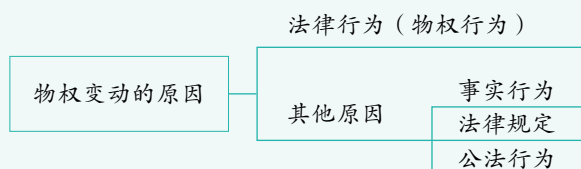
物权的消灭可分为“绝对消灭”与“相对消灭”两类。

消灭类型	定义	举例
绝对消灭	物本身不复存在	张三有一个草莓, 张三吃掉了草莓, 草莓本身灭失, 其上的物权一并灭失
相对消灭	物权转让中的转让方失去物权	张三有一个草莓, 张三把它送给李四, 并完成交付。草莓本身还存在 (这意味着其上的物权还存在), 但张三失去了其物权; 相应地, 李四取得这个草莓的物权

二、物权变动的原因之法律行为 (★★)

原理详解

可以导致物权变动的原因很多, 其关系如下图所示。下文优先介绍法律行为导致物权变动的情况。



(一) 可以引起物权变动的法律行为——物权行为

“买卖”是比较典型的导致物权转让的现实情况, 但在买卖中, 导致标的物所有权变动的并不是“买卖合同”, 而是其他的民事法律行为。

【典例研习·3-3】

2021年1月1日, 老刘和小郭说好: 老刘卖小郭一个灵芝 (这次是真的灵芝), 小郭付老刘100元现金。

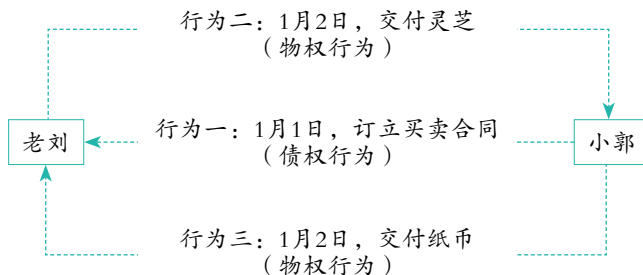
2021年1月2日, 老刘把一个灵芝给小郭, 小郭把一张100元的纸币给老刘。


请问: (1) 本例中有几个法律行为? (2) 这个灵芝的所有权自何时转让给小郭?

【答案】

- (1) 本例中有3个法律行为；
 (2) 这个灵芝的所有权自2021年1月2日转让给小郭。

本例中的3个法律行为可见以下图示：



 **斯尔解析** 上述3个法律行为的法律效果如下：

行为	合同法上的效果	物权法上的效果
行为一	老刘、小郭之间形成买卖合同法律关系，这意味着： (1) 老刘享有请求小郭交付100元钱的 权利，负有向小郭交付1个灵芝的义务； (2) 小郭享有请求老刘交付1个灵芝的 权利，负有向老刘交付100元钱的义务	未发生物权变动，即：灵芝依 然属于老刘，100元纸币依然属 于小郭
行为二	买卖合同下，老刘的义务被履行，小 郭的权利被实现	(1) 老刘失去灵芝的所有权； (2) 小郭取得灵芝的所有权
行为三	买卖合同下，小郭的义务被履行，老 刘的权利被实现	(1) 小郭失去纸币的所有权； (2) 老刘取得纸币的所有权

可见，导致灵芝、纸币发生物权变动的并不是行为一，而是行为二、行为三。
 行为二、行为三也含有意思表示：

- (1) 通过行为二，老刘表达出把灵芝的物权转移给小郭的内心意思；
 (2) 通过行为三，小郭表达出把纸币的物权转移给老刘的内心意思。

因此，行为二、行为三均为法律行为，这种法律行为属于“物权行为”。相应地，行为一属于“债权行为”。

(二) 物权行为的特点

【典例研习·3-3】初步区分了“债权行为”与“物权行为”，以下进一步比较二者，以凸显物权行为的特点。

1.问题一：物权行为、债权行为各自的法律效果有何不同

行为	效果
债权行为	不会直接引起积极财产（物权）的减少，却会使得消极财产（义务）增加
物权行为	直接导致行为人积极财产（物权）的减少

提示：其各自具体效果请见【典例研习·3-3】中的表格。

2.问题二：行为生效是否以行为人拥有标的物处分权为必要

行为	行为人对于标的物是否拥有处分权的影响
债权行为	<p>债权行为无处分权之要求。这意味着，出卖他人之物的买卖合同亦可有效。</p> <p>提示：因出卖人未取得处分权致使标的物所有权不能转移的，买受人可以解除合同并请求出卖人承担违约责任（2014年、2019年案例分析题）</p>
物权行为	<p>（1）物权行为使得物权发生变动，故出让人须对标的物具有处分权。</p> <p>（2）无处分权而转让他人物权，称为“无权处分”。无权处分实施的物权行为处于效力待定状态</p>

【典例研习·3-4】

王五委托张三保管一张价值1万元的红木八仙桌。保管期间，张三与李四约定，张三以5 000元的价格把这张八仙桌卖给李四。

达成上述约定后，张三将该八仙桌交付给李四，李四将5 000元钱支付给张三。

请问：（1）张三与李四之间的买卖合同是否有效？（2）八仙桌的所有权属于谁？

斯尔解析

（1）买卖合同有效。张三、李四之间的买卖合同属于债权行为。即使卖方张三不享有该八仙桌的处分权，其就此订立的买卖合同依然可以有效。

（2）八仙桌属于王五。该八仙桌由王五委托张三保管，张三并不具有该八仙桌的所有权，当然也不具有处分权。因此，其将八仙桌交付给李四的行为属于无权处分实施的物权行为，效力待定。八仙桌的物权尚未转移，仍属于王五。

当然，如果八仙桌的真权利人王五在事后追认上述行为，则八仙桌的物权转让给张三。

3.问题三：在同一物上，数个法律行为是否兼容

行为	兼容性
债权行为	<p>债权行为因其仅使当事人负担义务，而不涉及物权变动，故可反复作出，在同一标的物上成立的多个买卖合同均可有效</p>
物权行为	<p>物权只能被转让一次，出让人在实施转让物权的物权行为后，即失去所转让的物权，故同一出让人对于同一物不能实施两次物权行为</p>

提示：关于“一物二卖”的具体规则，请见第四章“合同法律制度”中买卖合同部分。

【典例研习·3-5】

崔某和陈某约定，将其拥有的一双耐克球鞋以1 000元价格出售给陈某。刘某获悉此事后，向崔某报价2 000元购买该球鞋，崔某予以同意。次日，崔某依约定将球鞋交付给刘某。

买卖合同是债权行为，在同一物上可以兼容。本例中，对于同一双球鞋，崔某可以分别与陈某、刘某成立有效的买卖合同。

交付行为是物权行为，崔某将球鞋交付给刘某之后，球鞋上的物权即发生转移，由属于崔某所有变更为属于刘某所有。

该球鞋的物权转移在崔某手上只能发生一次，这意味着，如果陈某要求崔某履行，崔某无法将同一双球鞋的所有权再转让给陈某，只能承担买卖合同下的违约责任。

第二章“基本民事法律制度”提及法律行为可以分为“负担行为”和“处分行为”。在此，可以将这对概念与债权行为、物权行为一一对应。

原理
详解

法律行为类型	说明	举例
负担行为	使一方相对于他方承担一定给付义务的法律行为（这种给付义务既可以是作为，也可以是不作为）	债权行为
处分行为	直接导致权利发生变动的法律行为	物权行为

债权行为是最典型的负担行为、物权行为是最典型的处分行为。

三、物权变动的原因之其他原因（★）

除法律行为之外，物权还可能因如下原因而变动：

原因类型	举例	物权变动生效时间
事实行为	合法建造、拆除房屋	事实行为成就
法律规定	继承	继承开始
公法行为	法院、仲裁机构文书（注）； 政府征收决定	法律文书、征收决定生效

注：并非所有的法院、仲裁机构文书都可以导致物权变动。

（1）可以导致物权变动的文书包括：

①直接改变原有物权关系的判决书、裁决书、调解书，如对共有物分割所作的判决；

②人民法院在执行程序中作出的拍卖成交裁定书、变卖成交裁定书、以物抵债裁定书。

（2）判令一方当事人向另一方当事人作出履行的给付判决并不能直接导致物权变动。

【典例研习·3-6】（模拟单项选择题）

甲向乙购买原材料。甲足额支付货款后，乙经催告迟迟不向甲发货。因此，甲将乙告上法庭。法院判决乙按照合同约定向甲交货，该判决于2021年1月1日生效。2021年1月10日，乙根据法院判决向甲交货。请问，对于该批货物，引起物权变动的原因是（ ）。

- A. 法律行为 B. 事实行为 C. 法律规定 D. 公法行为

【典例研习】答案：

3-6：A

斯尔解析 本题考查物权变动的原因，具有一定难度。题干中既有公法行为，又有法律行为，此时，并不能简单地认为是公法行为导致物权变动。

上文提到，判令一方当事人向另一方当事人作出履行的给付判决并不能直接导致物权变动。本题中，假设法院判决生效之后乙并未履行判决，则甲并不能得到货物的所有权。法院判决指向的是乙的履行行为，而不是货物本身。

真正导致物权变动的是乙履行判决的行为（即向甲交货），该行为构成物权行为（即法律行为）。因此，本题中真正导致物权变动的是法律行为，选项A正确。

四、物权变动的公示（★★★）

（一）公示在物权法上的效力

物权应以法定方式公之于外，这是物权法律制度中“物权公示原则”（或称“公示公信原则”）的内涵。在此，有必要介绍“公示”在物权法上的效力。

公示具有“物权推定”效力。法定公示方式所表现出的权利人被推定为合法权利人，这种公示可以产生公信力，第三人有理由对其表示信赖。具体而言：

（1）动产的公示方式是占有，占有人被推定为动产所有权人；

（2）不动产的公示方式是登记，不动产登记簿上记载的权利人及其所享有的权利被推定为真实。

原理详解

大街上走来一个姓崔的人，手里拿着一根棒棒糖。根据一般的社会经验判断，这个棒棒糖就是崔某的，法律也默认如此。因此，动产的公示方式是“占有”，谁占有某一项动产，就被推定为该物的所有权人。

崔某走进一间商场，商场的业主金某恰巧也在商场里：不能据此推定站在商场里的人就是商场的所有者——这不符合常识。不动产所有权的公示方式更加严格、规范。不动产所有权通过“登记”公示。原则上，“房本儿”写着谁的名字，房子就属于谁。

上述推定并不100%符合实际情况，但有利于维持相对的经济秩序。假设崔某拿着的并不是自己的棒棒糖，而是从金某手里抢来的棒棒糖。金某、崔某之外的人无由得知该情况，依然应该把崔某视为棒棒糖的主人，从而约束自己的行为，不去抢夺崔某的“不义之糖”。

（二）动产物权变动的公示方式——交付

1. 动产物权变动的公示方式

（1）动产物权的设立和转让，自交付时发生效力，但是法律另有规定的除外。

提示：“交付”即是占有的转移。动产物权的公示方式是占有，则动产物权变动的公示方式是交付。

【典例研习·3-3-1】

【典例研习·3-3】中，老刘于2021年1月2日把一个灵芝给小郭，即，这个灵芝从老刘手上到了小郭手上。这一行为是一个物权行为，包括“内外两层”：

（1）“内层”是老刘的内心意思，希望把这个灵芝的所有权转让给小郭；

（2）“外层”是老刘的交付行为（也可视为对上述内心意思的表示）。

(2) 船舶、航空器和机动车等物权的设立、变更、转让和消灭，未经登记，不得对抗善意第三人。

【典例研习·3-3-2】

案例1：甲将自己的一辆汽车卖给乙，并已向乙交付，但尚未办理过户登记。此时，甲因为向丙借款，将该汽车抵押给丙，并办理了抵押登记。后来，甲未能清偿其对丙负有的上述债务，丙拟行使抵押权，将该汽车变卖。已知，丙对于甲将汽车卖给乙的情况毫不知情。

(1) 甲将汽车（特殊动产）交付给乙之后，该汽车转移占有，乙即取得该汽车的所有权。但因未经过户登记，乙的所有权不得对抗善意第三人。

(2) 丙对于甲与乙的交易并不知情，属于“善意第三人”。该汽车办理抵押登记后，丙成为抵押权人，乙对于该汽车的所有权不能对抗丙。这意味着，丙有权行使抵押权，将该汽车变卖。

(3) 针对上述情况，乙有权要求甲承担责任。

案例2：甲向乙出售一辆小汽车并已交付，但未办理过户登记。此后甲又与丙签订了机动车买卖合同，甲为机动车的转让人，甲与丙成立债权债务关系，丙为转让人甲的债权人。此时，丙对小汽车享有债权，但乙已经占有小汽车，对其享有物权，物权人乙可以对抗债权人丙。故此时丙若主张其为善意第三人，不予支持。

(1) 案例1中，乙不得对抗善意第三人丙；案例2中，乙可以对抗善意第三人丙。其核心原因是：

① 案例1中，是乙未登记的所有权和丙已登记的抵押权发生冲突，所有权和抵押权均属于物权，所以未登记的所有权不得对抗已登记的抵押权；

② 案例2中，则是乙未登记的所有权和丙的债权发生对抗，由于所有权属于物权，物权是绝对权，而债权是相对权，所以丙的债权无法对抗乙的所有权。

(2) 事实上，我国对于案例2的情况已有明确规定。根据《买卖合同解释》，出卖人就同一船舶、航空器、机动车等特殊动产订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形处理：先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持。

2. 交付替代

交付有现实交付与交付替代两种形态。现实交付是最为典型的交付形态，其指的是将物直接交由对方占有，【典例研习·3-3】中发生的交付均为现实交付。

当现实交付不可能或没必要时，可以其他方式替代交付，替代交付的方式有：简易交付、指示交付、占有改定，以下分而论之。

(1) 简易交付（“先斩后奏”）。动产物权设立和转让前，（新的）权利人已经占有该动产的，物权自民事法律行为生效时发生效力。

【典例研习·3-7-1】

教材就简易交付举的例子是：“承租人甲想要购买租用的相机，遂与出租人乙订立买卖合同。由于甲已占有该相机，为了节约交易成本，乙向甲转让相机所有权时，自不必先令甲返还，然后再向甲交付。”这符合常识，也满足经济社会提高效率的需要。

(2) 指示交付(“你找他去拿”)。动产物权设立和转让前,第三人占有该动产的,负有交付义务的人可以通过(向受让人)转让请求第三人返还原物的权利代替交付。转让人与受让人之间有关转让返还原物请求权的协议生效时为动产交付之时。

【典例研习·3-7-2】

教材就指示交付举的例子是:甲租用乙的相机,丙看见该相机后爱不释手,遂与乙订立买卖合同。正常情况下,乙向丙转让相机所有权的过程是:甲将相机归还于乙,乙再将相机交付于丙;同样是为了节约交易成本,这一繁复过程可简化为:乙指示甲直接将相机交付于丙。

该情况下涉及“交付”,但并不是由所有权人乙亲自交付,而是由物权转让双方之外的第三方(甲)交付。

(3) 占有改定(“再借我用用”)。动产物权转让时,当事人又约定由出让人继续占有该动产的,物权自该约定生效时发生效力。

【典例研习·3-7-3】

教材就占有改定举的例子是:“甲购买乙的相机,买卖合同订立后,乙表示相机已归甲,但要求甲让自己再用个月,甲同意。”表面看起来乙尚未向甲交付相机,但实际上已通过占有改定的方式交付。

“占有”这一状态可分为“自主占有”和“他主占有”。双方订立上述合同之前,乙对相机的占有是“自主占有”(即占有自己的东西);订立上述合同之后,乙对相机的占有变化为“他主占有”(即占有别人的东西)。这种占有形式的变化体现出相机的物权已经发生转移。

【典例研习·3-8】(2020年单项选择题)

物权法律制度规定:“动产物权转让时,双方又约定由出让人继续占有该动产的,物权自该约定生效时发生效力。”本条规定的交付形式是()。

- A.现实交付 B.简易交付 C.占有改定 D.指示交付

斯尔解析 本题考查各类交付方式的辨识。选项A应先予排除,“现实交付”是与“交付替代”平行的概念,在“交付替代”的内部才存在选项BCD所述的情况。题干所述属于“再借我用用”的情况,即“占有改定”。因此,本题应选择选项C。

(三) 不动产物权变动中的公示方式——登记

不动产物权的设立、变更、转让和消灭,经依法登记,发生效力;未经登记,不发生效力,但是法律另有规定的除外。不动产登记可以分为如下类型:

1.首次登记——“从无到有”

首次登记,是指不动产权利第一次登记。未办理不动产首次登记的,除法律、行政法规另有规定的外,不得办理不动产其他类型登记。

例如,公司自建房屋,在登记之前即可通过“建造”这一事实行为取得房屋所有权。但是,如果公司想将该处房产转让,就应当先补办首次登记。

2.转移登记——“从你到我”

转移登记,是指不动产权利在不同主体之间发生转移所需登记。导致不动产转移的情况有很多,除了最典型的“买卖”之外,还须注意如下适用转移登记的情况:

(1) 不动产的赠与、互换、作价出资、继承、遗赠;

(2) 不动产本身的分割(包括共有物分割)、合并,以及不动产权利人的合并、分立;

(3) 共有人增加或减少以及共有不动产份额变化;

(4) 主债权转移引起不动产抵押权转移、需役地不动产权利转移引起地役权转移;

(5) 人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利发生转移。

3.变更登记——“从小变大”

变更登记,是指不动产登记事项发生不涉及权利转移的变更所需登记。适用情况如:

(1) 权利人的姓名、名称、身份证明类型或者身份证明号码发生变更;

(2) 不动产的坐落、界址、用途、面积、权利期限、来源等状况变更;

(3) 同一权利人分割或者合并不动产;

(4) 共有性质发生变更,地役权的利用目的、方法等发生变化;

(5) 抵押担保的范围、主债权数额、债务履行期限、抵押权顺位发生变化,以及最高额抵押担保的债权范围、最高债权额、债权确定期间等发生变化。

4.注销登记——“从有到无”

不动产权利消灭时,需要办理注销登记。属于注销登记的情形包括:

(1) 不动产灭失的;

(2) 权利人放弃不动产权利的;

(3) 不动产被依法没收、征收或者收回的;

(4) 人民法院、仲裁委员会的生效法律文书导致不动产权利消灭的;

(5) 法律、行政法规规定的其他情形。

5.更正登记与异议登记——“从错到对”

更正登记与异议登记用以应对可能发生的登记错误。

(1) 更正登记。权利人、利害关系人认为不动产登记簿记载事项错误的,可以申请更正登记。

不动产登记簿记载的权利人书面同意更正或者有证据证明登记确有错误的,登记机构应当予以更正。

(2) 异议登记。(申请人申请更正登记之后)若是不动产登记簿记载的权利人不同意更正,利害关系人可以申请异议登记。

①登记机构予以异议登记的,申请人在异议登记之日起15日内不起诉,异议登记失效;

②异议登记不当,造成权利人损害的,权利人可以向申请人请求损害赔偿。

提示:教材提到的以下规则也与登记错误有关,须加注意。

a.不动产权属证书记载的事项,应当与不动产登记簿一致;记载不一致的,除有证据证明不动产登记簿确有错误外,以不动产登记簿为准。

b.当事人有证据证明不动产登记簿的记载与真实权利状态不符、其为该不动产物权的真实权利人,请求确认其享有物权的,应予支持。

【典例研习·3-9】（模拟单项选择题）

已知张三名下有一套商品房。

（1）张三将该商品房出售给李四，适用的登记类型是（ ）。

A.转移登记 B.变更登记 C.更正登记 D.异议登记

（2）张三改名为李四，适用的登记类型是（ ）。

A.转移登记 B.变更登记 C.更正登记 D.异议登记

（3）张三发现“房本”上错误地把自己的名字写作“李四”，适用的登记类型是（ ）。

A.转移登记 B.变更登记 C.更正登记 D.异议登记

② 斯尔解析

本题考查不动产登记的各种类型。可作为例子进一步解说上述各类登记。

（1）“张三将该商品房出售给李四”涉及权属变更，适用转移登记。

（2）“张三改名为李四”并不涉及权属变更，适用变更登记，具体而言，该事项构成“权利人的姓名发生变更”。

（3）张三发现“房本”上错误地把自己的名字写作“李四”，应该首先提起“更正登记”。“异议登记”的顺位比“更正登记”靠后。

6.预告登记

当事人签订买卖房屋的协议或者签订其他不动产物权的协议，为保障将来实现物权，按照约定可以向登记机构申请预告登记。

（1）适用情形。有下列情形之一的，当事人可以申请预告登记：

- ①预购商品房；
- ②以预购商品房设定抵押；
- ③房屋所有权转让、抵押；
- ④法律、法规规定的其他情形。

（2）法律效果。预告登记后：

①未经预告登记的权利人同意处分该不动产（如转移不动产所有权、设定建设用地使用权、设定地役权、设定抵押权等）的，不生物权效力；

提示：简言之，其他人构成“善意”的门槛提高了，相关不动产更不容易被人“截胡”。

②债权消灭或者自能够进行不动产登记之日起90日内未申请登记的，预告登记失效。

（四）公示在物权变动中的意义

原理详解

在学习以下内容之前，为了不“迷路”，请先牢记如下线索：

（1）动产物权的公示方式是占有，不动产物权的公示方式是登记。

（2）基于物权行为发生的物权变动以公示为生效前提，基于其他原因发生的物权变动不以公示为生效前提。

【典例研习】答案：

3-9（1）：A

3-9（2）：B

3-9（3）：C

1. 基于物权行为发生的物权变动以公示为生效前提

(1) 基于物权行为发生的动产物权变动。

① 动产物权的设立和转让自交付时发生法律效力，但法律另有规定的除外。

提示：上文提及的三种替代交付的方式于法有据，但是，从学习的简便起见，以下提及“交付”时均指现实交付。在注会考试的备考过程中，请不要有意地把问题复杂化。

② 就动产物权变动而言，登记并不是生效条件，但部分情况下可以对第三人起到对抗效力。这一点在动产抵押的情况下尤为突出，可参阅【典例研习·3-22-1】【典例研习·3-22-2】。

(2) 基于物权行为发生的不动产物权变动。不动产物权的设立、变更、转让和消灭，经依法登记，发生法律效力；未经登记，不发生法律效力，但是法律另有规定的除外。

【典例研习·3-10】

张三与李四约定，把一套房子卖给李四。李四付完钱，张三把房子钥匙给了李四，李四住了进去（即占有了该房屋）。此时，房子还是张三的。只有等双方办完转移登记（即俗称的“过户登记”），房子登记到李四名下，这房子才属于李四。

对于不动产物权变动和登记之间的关系，还有如下重要问题：

① 对于不动产而言，登记与否影响的是物权行为的效力，而非债权行为的效力。

【典例研习·3-10】中，双方办理房产过户登记之前，虽然物权行为尚未生效，但债权行为（即房屋买卖合同）已经生效。

② 并非所有物权的变动都以登记为生效要件，例外的情况如：

a. 土地承包经营权。土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

b. 地役权。地役权自地役权合同生效时设立。当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人。

2. 基于其他原因发生的物权变动不以公示为生效前提

非基于法律行为的物权变动不必以公示为前提，即使尚未完成动产交付或不动产登记，也不妨碍物权之变动。

【典例研习·3-11】

李四的爸爸去世了，李四继承了爸爸的一个花瓶。李四爸爸去世的时候，花瓶还在李四爸爸家里，而李四在千里之外。该情况下，李四由于法律规定取得该花瓶的所有权，即使花瓶还没到李四手里（即李四还没有占有这个花瓶），李四也拥有这个花瓶的所有权。

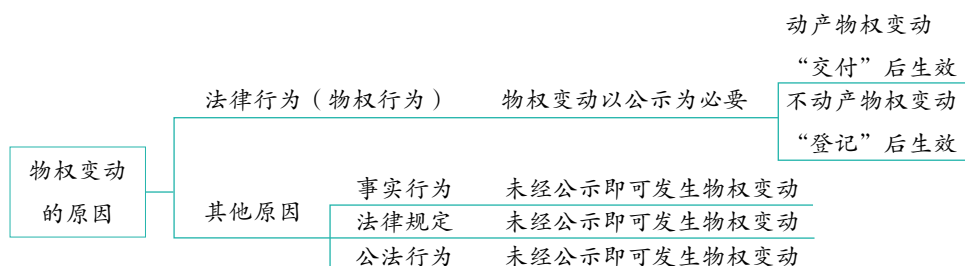
在此基础上，取得不动产物权之人再处分物权时，依照法律规定需要办理登记的，未经登记，不发生物权效力。

【典例研习·3-12】

张三自己造了一幢房子。对于这幢房子，张三通过“造房子”这一事实行为取得房子的所有权。即使未经房产登记，张三依然拥有了这幢房子的所有权。

但是，如果张三要把这个房子转让给别人，就要先办首次登记，再通过转移登记的方式转让给别人，否则别人就拿不到这幢房子的所有权。

综上，“公示”在物权变动中的意义请见下图：



第三节 所有权

物权体系以所有权为核心。所有权是指在法律限制范围内，对物进行全面支配的权利。所谓“全面支配”，可简化为占有、使用、收益和处分四项权能。

一、所有权的类型

所有权的类型包括国家所有权、集体所有权以及私人所有权。

权利类型	权利性质
国家 所有权	<p>（1）法律规定属于国家所有的财产，属于国家所有，即全民所有。</p> <p>（2）国有财产由国务院代表国家行使所有权。此外：</p> <p>①国家机关对其直接支配的不动产和动产，享有占有、使用以及依照法律和国务院的有关规定处分的权利；</p> <p>②国家举办的事业单位对其直接支配的不动产和动产，享有占有使用以及依照法律和国务院的有关规定收益、处分的权利</p>
集体 所有权	<p>集体所有的不动产和动产，属于本集体成员集体所有。</p> <p>集体所有财产的所有权，视具体情况，由村（乡镇）集体经济组织、村民委员、村民小组等依法代表集体行使</p>
私人 所有权	<p>私人对其合法的收入、房屋、生活用品、生产工具、原材料等不动产和动产享有所有权</p>

在考试范围内，须加注意的是国家所有和集体所有的财产范围，或者说，国家所有权、集体所有权的客体范围。

（一）国家所有的财产（★）

类型	内容
全部国有	<p>（1）城市的土地；</p> <p>（2）矿藏、水流、海域，以及无居民海岛；</p> <p>（3）法律规定为国家所有的铁路、公路、电力设施、电信设施和油气管道等基础设施；</p>

续表

类型	内容
全部国有	(4) 法律规定属于国家所有的野生动植物资源和文物; (5) 国防资产; (6) 无线电频谱
原则上国有	森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源(法律规定属于集体所有的除外)
例外情况下国有	法律规定属于国家所有的农村和城市郊区的土地

(二) 集体所有的财产

(1) 法律规定属于集体所有的土地和森林、山岭、草原、荒地、滩涂;(2) 集体所有的建筑物、生产设施、农田水利设施;(3) 集体所有的教育、科学、文化、卫生、体育等设施;(4) 集体所有的其他不动产和动产。

二、共有(★★★)

(一) 共有的概念与形态

共有指的是物在不作质的分割的情况下由数个主体共享。共有的形态有两种:按份共有和共同共有,二者的定义如下:

(1) 按份共有:对同一个所有权作量上分割的共有形态,按份共有人对共有的不动产或动产按照其份额享有所有权。

(2) 共同共有:共同共有人对共有财产享有共同的权利,承担共同的义务。

“按份共有”中,各共有人的权利就像是“七巧板”中的一块。它们彼此之间可以明确地区分开来,但各自都不是完整的所有权。全部共有人的“七巧板”拼在一起才可以构成完整的所有权。

“共同共有”中,各共有人的权利就像是“蜜”和“油”。虽然也是全部共有人的权利加在一起才构成完整的所有权,但每个共有人的权利之间就像“蜜里调油”,实难区分。

原理详解

1. 共有形态的判断

共有人之间可以约定对于某一物共同共有或者按份共有。但须注意:

(1) 以下情况构成共同共有,相应财产由家庭成员共同共有:

- ① 夫妻共同财产、遗产、《中华人民共和国农村土地承包法》中的家庭承包财产;
- ② 以家庭共有财产投资的个人独资企业中的财产。

(2) 共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有。

2. 共有份额的判断

首先须明确,“按份共有”才谈得上“份额”,“共同共有”谈不上“份额”。在按份共有中,各共有人的份额按如下规则确定:

(1) 约定:按份共有人之间可以约定对共有的不动产或者动产享有的份额;

(2) 出资：没有约定或者约定不明确的，按照出资额确定；

(3) 等额：不能确定出资额的，视为等额享有。

(二) 共有物的管理——“小同大异”

(1) 一般事项（“同”）：共有人按照约定管理共有的不动产或者动产；没有约定或者约定不明确的，各共有人都有管理的权利和义务。

(2) 特殊事项（“异”）：共有人对共有的物作重大修缮、变更性质或者用途的：

共有形态	决定方式
按份共有	应当经占2/3以上份额的按份共有人同意 (但共有人之间另有约定的除外)
共同共有	应当经全体共同共有人同意 (但共有人之间另有约定的除外)

提示：法律法规以及合同文件中，如无特别说明，“以上”“以下”均包含本数。所谓“2/3以上”，指的是“大于等于2/3”。

(三) 相关债务的承担——“外同内异”

1. 对外的规则（“同”）

因共有的不动产或者动产产生的债权债务（包括因共有物修缮产生的费用债务），在对外关系上：

(1) 共有人享有连带债权、承担连带债务；

(2) 法律另有规定或者第三人知道共有人不具有连带债权债务关系的除外。

2. 对内的规则（“异”）

共有形态	规则
按份共有	(1) 除共有人另有约定外，按份共有人按照份额享有债权、承担债务。 (2) 当对外承担债务的共有人所承担的债务超出其应当承担的份额时，有权向其他共有人追偿
共同共有	除共有人另有约定外，共同共有人共同享有债权、承担债务。 提示：无论各自承担多少，共同共有人之间不能互相追偿

【典例研习·3-13】（2019年案例分析题节选）

甲、乙二人是在某技校结识的朋友。2×17年10月12日，两人共同出资购买一台价格为50万元的挖掘机，甲出资10万元，乙出资40万元。双方约定按出资比例共有。

2×18年7月9日，挖掘机出现故障，无法正常工作，乙在未征得甲同意的情况下请丙维修，维修费3万元。乙要求甲分担20%的维修费用，甲以维修未征得自己同意为由拒绝。丙要求乙支付全部维修费，乙拒绝。

挖掘机维修是否需要征得甲的同意？乙是否有权要求甲分担20%的维修费用？并分别说明理由。

【答案】

(1) 挖掘机维修不需要征得甲的同意。

根据物权法律制度的规定，按份共有人对共有的不动产或者动产做重大修缮

的，应当经占2/3以上份额的按份共有人同意，但共有人之间另有约定的除外。本题中，双方约定按出资比例共有该挖掘机，乙占有的共有份额为80%，超过2/3，可以单独决定共有物修缮事宜。

(2) 乙有权要求甲分担20%的维修费用。

根据物权法律制度的规定，对共有物的管理费用以及其他负担，有约定的，按照约定；没有约定或者约定不明确的，按份共有人按照其份额负担。本题中，双方对于共有物管理费用没有约定，应按照共有人各自的份额分担。甲所占份额为20%，应分担20%的维修费用。

斯尔解析 本题考查按份共有中共有物的管理和相关债务的内部承担。直观的感觉是，占有份额较少的共有人对于“花钱”的事没有决定权，但可能被动“摊钱”。

【典例研习·3-13-1】

在【典例研习·3-13】中，乙是否有权拒绝向丙支付全部维修费用？并说明理由。

【答案】乙无权拒绝向丙支付全部维修费用。

根据物权法律制度的规定，因共有的不动产或者动产产生的债权债务，在对外关系上，共有人享有连带债权、承担连带债务。

斯尔解析 本题考查按份共有中相关债务的对外承担，须注意与内部承担的规则分别记忆。

【典例研习·3-13-2】

在【典例研习·3-13】的基础上，乙向丙支付全部维修费用3万元之后，可以向甲追偿的金额=30 000×20%=6 000（元）。

但是，如果甲乙约定共同共有该挖掘机，乙向丙支付上述费用后，无权向甲追偿。

（四）共有物的分割

1. 分割的决定

(1) 共有人约定不得分割共有的不动产或者动产，以维持共有关系的，应当按照约定；共有人有重大理由需要分割的，可以请求分割。

(2) 没有约定或者约定不明确的：

共有形态	决定方式
按份共有	共有人可以随时请求分割
共同共有	共有人在共有的基础丧失（如离婚）、有重大理由需要分割时才可以请求分割

2. 分割的操作

(1) 共有人可以协商确定分割方式。达不成协议的：

① 共有的不动产或者动产可以分割且不会因分割减损价值的，应当对实物予以分割；

② 难以分割或者因分割会减损价值的，应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。

提示：在物的分类中，“可分物”可以进行实物分割，指的就是上述①的情况。

(2) 共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的, 其他共有人应当分担损失; 因分割造成其他共有人损害的, 应当给予赔偿。

(五) 共有物的处分

共有形态	共有物处分的规则
按份共有	须持2/3以上份额的共有人同意
共同共有	须全体共有人一致同意(共有人之间另有约定, 从其约定)

共有人违反上述规则转让共有物的, 构成无权处分, 其结果是物权行为效力待定, 但债权行为的效力不受此影响。

【典例研习·3-13-3】

在【典例研习·3-13】的基础上, 假设甲未经乙的同意, 与丁订立买卖合同, 向丁出售该挖掘机, 且根据买卖合同将该挖掘机交付给丁, 则:

(1) 买卖合同依然有效, 因为双方的买卖合同属于债权行为。

(2) 交付行为不生物权转移的效力, 其效力待定。交付后, 该挖掘机仍由甲乙共有。

【典例研习·3-14】(2017年单项选择题)

朋友6人共同出资购买一辆小汽车, 未约定共有形式, 且每人的出资额也不能确定。部分共有人欲对外转让该车。为避免该转让成为无权处分, 在没有其他约定的情况下, 根据物权法律制度的规定, 同意转让的共有人至少应当达到的人数是()。

- A.3人 B.4人 C.5人 D.6人

斯尔解析 本题涉及共有形态推定、共有份额推定以及共有物处分3个考点。

(1) 如共有人未约定共有形式, 则推定为按份共有。本题中, 朋友6人未约定共有形式, 则6人按份共有该小汽车。

(2) 在按份共有中, 共有人之间未就共有份额进行约定, 且出资额不确定的, 视为等额享有。本题所述情况即是一例, 6人各自持有的共有份额相等, 均为1/6。

(3) 处分按份共有的物时, 须持有2/3以上份额的共有人同意。在本题中, 各共有人均持有1/6共有份额, 因此, 至少应有4人同意才可转让该共有物。本题应选择选项B。

原理详解

物权法的基本原则包括“物权客体特定原则”, 或称“一物一权原则”。简言之, 一个物上只能存在一个完整的物权。

“一物一权原则”与物的共有并不矛盾。共有关系中, 每一个共有人都不能单独支配共有物, 可见其各自拥有的都不是完整的物权。只有当他们各自的权利合在一起时才能构成共有物上唯一、完整的物权。就此, 请回忆一下上文中“七巧板”和“蜜里调油”的比喻。

（六）共有份额的转让

首先须明确，按份共有才谈得上“共有份额的转让”。共同共有无“份额”之说。其次，按份共有人对其享有的份额有处分自由。换言之，其转让份额无须其他共有人同意。

在共有份额转让的情况下，须尤为注意的是其他共有人的优先购买权。当按份共有人（对外）转让其共有份额时，其他共有人在同等条件下享有优先购买权。（2019年案例分析题）

1. 优先购买权的前提

按份共有人对外转让其共有份额的，其他共有人才享有优先购买权。在此基础上，须注意以下特殊情况：

（1）两个以上按份共有人主张优先购买权，且协商不成时，按照转让时各自份额比例行使优先购买权。

（2）按份共有人死亡时，共有人之外的人通过继承、遗赠取得该按份共有人的份额，其他共有人不享有优先购买权，除非另有约定。

2. 优先购买权的行使

（1）通知。按份共有人转让其享有的共有的不动产或者动产份额的，应当将转让条件及时通知其他共有人。这是其他共有人行使优先购买权的前提。

（2）期限。其他共有人行使优先购买权的期限根据以下规则确定：

情况	其他共有人行使优先购买权的期限
有约定	按份共有人之间有约定的，按照约定处理
没约定、有通知	① 转让人向其他按份共有人发出的包含同等条件内容的通知中载明行使期间的，以该期间为准； ② 通知中未载明行使期间，或者载明的期间短于通知送达之日起15日的，为15日
没约定、没通知	① 其他按份共有人知道或应当知道最终确定的同等条件之日起15日； ② 无法确定其他按份共有人知道或者应当知道最终确定的同等条件的，为共有份额权属转移之日起6个月

问题：共有份额权属转移之后，其他共有人如何行使优先购买权？

解答：首先，在考试范围内，一般仅需记住上表中“6个月”的期间及其适用情况（“没约定、没通知”）即可。备考效率起见，无须深究。

该情况下，可以认为其他共有人的优先购买权已经受到侵害。因此，其他共有人可以在上述“6个月”期间之内起诉，请求行使优先购买权。但是，其他共有人起诉时不能只请求撤销共有份额转让合同或者认定该合同无效。通俗地说：其他共有人可以买，如果不买的话，不能拦着外人买。如果确实对上述情况有兴趣，可以参阅《最高人民法院物权法司法解释（一）理解与适用》，人民法院出版社2016年版。其具体处理方式视共有物为动产或不动产，须分别讨论。

精准答疑

(3) 条件。优先购买权中的“优先”体现在同等条件下的优先，前述“同等条件”可以包括转让价格、价款履行方式及期限等因素。其推论是：

①如果按份共有人主张优先购买权时，提出减少价款、增加转让人负担等交易条件的实质变更要求，其优先购买权不能得到支持。

②在转让价款、履行方式、支付期限等要素尚未明确时，其他共有人暂不能行使优先购买权。(2019年案例分析题)

【典例研习·3-13-4】

接【典例研习·3-13】的内容。乙不想再与甲合作，欲将其份额对外转让。

2×18年8月2日，乙发函征询丁的购买意向，同时告知甲其正在寻找份额买主，甲须在接到通知之日起15日内决定是否行使优先购买权。

甲认为，份额转让须经其同意，况且乙尚在寻找份额买主，在未告知任何交易条件的情况下，要求自己接到通知之日起15日内决定是否行使优先购买权不符合法律规定，故对乙的通知置之不理。其观点应作如下分析：

(1) 甲认为共有份额转让须经其同意，该观点错误。按份共有人可以自由转让其共有份额，无须其他共有人同意。

(2) 甲关于优先购买权行使期限的观点正确，因为“接到通知之日起15日内行使优先购买权”的前提是，该通知“包含同等条件内容”，即载明主要的交易条件。

提示：严格来说，本例其实属于“没约定、没通知”的情况。2019年的这道案例分析题在上述情节的基础上并没有进一步发问。

三、所有权取得的特殊方式之善意取得(★★★)

【典例研习·3-15】

甲向乙借款10万元。为了担保该笔债务，甲将其自己拥有的一台机器设备质押给乙。由于甲以这台机器设备设定的担保方式是“质押”，甲须将该机器设备交给乙占有。

乙占有该设备期间，将该设备卖给了丙。丙对于该设备不属于乙的情况一无所知，其向乙支付价款后取走了该设备。已知，丙向乙支付的价款符合该设备的市场价值。

知悉上述情况后，甲找到丙，要求丙归还该机器设备。至此，有两个人会觉得“委屈”：

(1) 甲会觉得“委屈”，因为“质押”毕竟不是“转让”，甲只是将自己的机器设备质押给乙，由乙保管，并没有授权乙出售该机器设备，但是乙竟然擅自把机器设备卖了。

(2) 丙会觉得“委屈”，因为他无从得知甲和乙之间是怎么商量的，他只知道自己买设备的时候这台设备在乙手里，而且自己也没有贪小便宜。谁知机器买到手，甲却找上门来了。

因为乙擅自转让该机器设备，甲、丙都面临不利后果。此时，法律保护丙。根据“善意取得制度”，丙取得上述机器设备的所有权。

我们借【典例研习·3-15】介绍“善意取得”这一经典制度。

（一）善意取得的构成要件（以动产为例）

【典例研习·3-15-1】

在【典例研习·3-15】中，受让人丙的行为呈现出如下特征：

（1）丙很“无辜”，他并不知道这台机器设备不属于卖方（乙），他只知道这台设备由乙保管，没有进一步的理由怀疑乙对这台机器设备的所有权。

（2）丙没有“贪小便宜”，他以市场价格购买该机器设备。

（3）乙和丙的交易已经“生米做成熟饭”了，丙已经取走机器设备，甚至已经开始用于生产经营，或者进一步卖给别人了。

以上种种，均符合“善意取得”的条件。

1. “无辜”——受让人为善意（2014年、2019年、2020年案例分析题）

所谓善意，指的是受让人不知道转让人无处分权且对此不知无重大过失。对于受让人善意的判定须注意以下问题。

（1）判断的时机：动产交付时。如果受让人在交付后得知转让人没有处分权，则不影响受让人的善意。

（2）判断的因素：交易的对象、场所或者时机等是否符合交易习惯。如果不符合交易习惯，应当认定受让人具有重大过失，从而不能构成善意。

【典例研习·3-15-2】

【典例研习·3-15】中，假设乙本是售卖生猪肉的屠夫，在月黑风高之夜，悄悄将丙叫至自己家中，问丙是否愿以市场价格购买这台机器设备。

此时，本着基本的理性，丙也应该怀疑这台机器“来路不正”，因为整个交易都很反常。

2. “不贪小便宜”——以合理的价格转让

受让人无偿受让标的物，或者支付的对价在市场交易中并不合理的，不构成善意取得。

提示：判断是否构成“合理的价格”，应当根据转让标的物的性质、数量以及付款方式等具体情况，参考转让时交易地市场价格以及交易习惯等因素综合认定。

3. “生米做成熟饭”——转让合同有效且物已交付

（1）适用善意取得的转让行为必须是法律行为，且该法律行为须有效。

（2）标的物已交付才能适用善意取得。

【典例研习·3-15-3】

【典例研习·3-15】中，丙已经取走机器设备，甚至已经开始用于生产经营，或者进一步卖给别人了。此时，如果要求丙停下生产，或者找他的买主把机器退回来，再归还给甲，会造成极大的不便，也不利于交易的安全。所以，才有必要用善意取得制度保护丙。

假设丙并没有取走机器设备，他和乙之间只有买卖合同的法律关系，即使取消该次买卖交易，对于丙的影响也比较小。

4. 转让人基于真权利人的意思合法占有标的物

如果标的物是遗失物（或称“脱手物”）、盗窃物（赃物），则不能适用善意取得制度。

【典例研习·3-15-4】

【典例研习·3-15】中，无权处分人（即转让人）对于机器设备的占有是因为甲（自愿）将该设备出质给乙，因此，乙是基于真权利人（即甲）的意思合法占有该机器设备。

假设该机器设备是由乙从甲处偷得，再由乙出售给丙。此时，即使符合善意取得的其他条件，也不能构成善意取得。否则，善意取得制度可能被利用于销赃。

（二）善意取得的效果

（1）善意受让人取得标的物所有权，相应地，原权利人的所有权随之失去。

（2）原权利人有权向无权处分之转让人请求损害赔偿。

【典例研习·3-15-5】

【典例研习·3-15】中，最终的结果是：

（1）善意受让人丙通过善意取得制度获得机器设备的所有权；

（2）原所有权人甲因此失去该机器设备的所有权，但获得对无权处分人乙的损害赔偿请求权。

简言之，法律用“物权”的方式保护善意受让人丙，用“债权”的方式保护失去财产的甲。由此可见，法律对丙的保护程度更高；进一步可知，法律保护“物”的流转和交易秩序。

（三）不动产、共有物以及限制物权的善意取得

上文中，有关善意取得的条件、效果的介绍均围绕动产展开，以便理解。在此基础上，还须对其他情况下的善意取得有所认识。

1. 不动产的善意取得

不动产善意取得的构成要件与动产相似，以下仅就特别之处作一简单阐述：

（1）公示方式。动产善意取得以交付为要件，是因为交付占有是动产物权变动的公示方式；对于不动产，则应以登记为要件。

（2）“善意”的认定。对于不动产转让，具备下列情形之一时，应该认定不动产受让人知道转让人无处分权而不构成善意：

①登记簿上存在有效的异议登记；

②预告登记有效期内，未经预告登记的权利人同意；

③登记簿上已经记载司法机关或者行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制不动产权利的有关事项；

④受让人知道登记簿上记载的权利主体错误；

⑤受让人知道他人已经依法享有不动产权利。

提示：由以上第②种情况可知，“预告登记”其实提高了第三人构成善意的“门槛”，降低了登记申请人的权利因他人善意取得而受损害的风险。

2. 共有情况下的善意取得

（1）无权处分的认定。若共有人之一未征得其他足够共有人同意（视共有为按份共有、共同共有而不同），擅将共有物所有权转让给第三人，该转让行为构成无权处分，效力待定；其终局性的有效性取决于其他共有人追认与否。

（2）善意取得的适用。如果第三人不知并且没有义务知道所受让的标的物存在其他共有人，或者，虽然知道存在其他共有人，但不知并且没有义务知道共有人转让标的

物时未征得其他共有人的同意，该第三人即构成善意。符合善意取得的其他条件的，第三人可凭善意取得而获得标的物所有权。

【典例研习·3-16】（2016年单项选择题）

甲、乙、丙三兄弟共同继承一幅古董字画，由甲保管。甲擅自将该画以市场价出卖给丁并已交付，丁对该画的共有权属关系并不知情。根据物权法律制度的规定，下列表述中正确的是（ ）。

- A. 丁取得该画的所有权，但须以乙和丙均追认为前提
- B. 经乙和丙中一人追认，丁即可取得该画的所有权
- C. 无论乙和丙追认与否，丁均可取得该画的所有权
- D. 无论乙和丙追认与否，丁均不能取得该画的所有权

斯尔解析 本题考查共有和善意取得，涉及的考点较多，具有一定难度。

首先，甲、乙、丙三兄弟共同继承一幅古董字画。该古董字画属于遗产，由甲、乙、丙三人共同共有。

其次，共同共有物发生处分时，应经全体共有人一致同意。由于甲擅自将该画出售，其处分行为效力待定。

在此基础上，丁的行为符合“不知情”“市场价格”“已交付”等条件，构成善意取得。因此，丁可以凭借善意取得制度取得该古董字画的所有权。本题应选择选项C。

陷阱提示 本题选项具有一定迷惑性，值得进一步探究。请先回忆，导致物权变动的原因有两类，一类是“法律行为”（即“物权行为”），一类是“其他原因”（包括“法律规定”）。

在无权处分的情况下，可以肯定的是，物权行为效力待定。至于受让人能否获得标的物的所有权，有两种“走向”：

（1）假设原权利人对无权处分行为予以追认，则受让人无论善意与否均可以获得标的物的所有权。此时，物权转让的原因是法律行为，具体而言，是因追认而生效的物权行为。

（2）假设原权利人并未追认或拒绝追认，在符合善意取得的条件时，善意受让人可以凭借善意取得制度获得标的物的所有权。此时，物权转让的原因是“善意取得”的法律规定。

命题角度：善意取得的辨识及其法律效果的判断。

首先须明确，善意取得是一个比较传统的考点，在案例分析题和客观题中均多次出现。虽然上文花了较多笔墨介绍善意取得制度，但在做大部分的题目时，把握以下两点即可得分：

（1）在判断是否构成善意取得时，主要看是否满足“不知情”“市场价格”“已交付”三个条件；

（2）在判断善意取得的法律后果时抓住两个方面：物权归属和原权利人的救济。



3.限制物权的善意取得

限制物权（例如抵押权、质权）也适用善意取得制度。

【典例研习·3-17】

甲将设备质押给乙，乙作为质权人有权占有但无权处分，乙此后将设备转质给不知情的丙，丙满足善意取得条件的情况下，可以善意取得设备的质权。

四、所有权取得的其他特殊方式（★）

（一）“白捡”——拾得遗失物、发现埋藏物与先占

1.拾得遗失物与发现埋藏物

（1）拾得遗失物的法律后果。

事项	规则
所有权	遗失物依然属于原所有权人，拾得人不能通过拾得行为取得遗失物所有权
拾得人的义务	拾得遗失物后，拾得人应及时通知权利人领取，或送交公安等有关部门
拾得人的权利	①拾得人享有费用偿还请求权； ②在遗失人发出悬赏广告时，归还遗失物的拾得人还享有悬赏广告所允诺的报酬请求权
有关部门	①有关部门收到遗失物：知道权利人的，应当及时通知其领取；不知道的，应当及时发布招领公告； ②遗失物自发布招领公告之日起1年内无人认领的，归国家所有

提示：发现埋藏物并实施占有者，参照适用拾得遗失物的有关规定。

（2）处分遗失物的法律后果。所有权人或者其他权利人有权追回遗失物，该遗失物通过转让被他人占有的，权利人有两种选择：

- ①选择一：向无处分权人请求损害赔偿；
- ②选择二：自知道或者应当知道受让人之日起2年内向受让人请求返还原物。

在上述“选择二”中，有一种特殊情况。如受让人通过拍卖或者向具有经营资格的经营人购得该遗失物，权利人请求受让人返还原物的：

- ①权利人请求返还原物时应当支付受让人所付的费用；
- ②权利人向受让人支付所付费用后，有权向无处分权人追偿。

提示：拾得遗失物不适用善意取得制度。因为，善意取得制度的条件之一是“转让人基于真权利人的意思合法占有标的物”。如果转让人转让的是遗失物，则并非基于真权利人的意思合法占有。说白了，东西是失主丢的，并不是失主主动交给转让人保管的。

【典例研习·3-18】（2019年多项选择题）

乙拾得甲丢失的手机，以市场价500元出让给不知情的旧手机商丙。根据物权法律制度的规定，下列表述中正确的有（ ）。

- A.乙拾得手机后，甲即失去手机所有权
- B.乙将手机出让给丙的行为属于无权处分

C.甲有权请求乙给予损害赔偿

D.甲有权请求丙返还手机,但应向丙支付500元

💡 斯尔解析 本题考查遗失物的转让。在读题时首先要警惕,题干中转让的标的物是遗失物,不适用善意取得。不要看到“不知情”这三个字就头脑发热!

(1) 基于拾得遗失物的规则,拾得人乙并不能取得遗失物的所有权,选项A所述错误。

(2) 进一步,乙向丙转让不属于自己的手机,构成无权处分,选项B所述正确。

(3) 作为遗失物的权利人,甲有权请求乙给与损害赔偿,也有权请求丙归还手机,因此选项C所述正确。

(4) 如果甲选择请求丙归还手机,须注意,丙并非通过拍卖或者向具有经营资格的经营者购得遗失物。因此,甲无须向丙支付500元。选项D所述错误。

陷阱提示 本题“故布疑阵”,既要求考生区别“拾得遗失物”和“善意取得”,又要求考生清晰记忆拾得遗失物的规则,具有较大难度。

2.先占(了解即可)

所谓先占,就是以所有权人的意思占有无主动产。特殊情况下,先占人基于先占行为取得无主动产的所有权。

(二)添附

添附可分为附合、混合与加工三种情况。添附发生后,有两方面问题需要解决:第一,合并后的东西归谁?第二,其他人如何补偿?

对此,《民法典》的原则性规定是:因加工、附合、混合而产生的物的归属,有约定的,按照约定;没有约定或者约定不明确的,依照法律规定;法律没有规定的,按照充分发挥物的效用以及保护无过错当事人的原则确定。

由此可见,法律对添附的处理原则是:尊重约定、效率优先、兼顾公平。

1.物权归属——尊重约定、效率优先

根据学界通说,各类添附中所有权确定遵循如下规则:

(1) 附合:不同所有人的物密切结合,构成不可分割的一物。

具体情况	物权归属
动产附合于不动产	如钢筋附合于房屋,房屋所有权人取得钢筋所有权
动产附合于动产	<p>① 动产与他人之动产附合,非毁损不能分离,或分离须费过巨者,各动产所有人,按其动产附合时之价值,共有合成物。</p> <p>举例:如各出木板成箱,箱的所有权由各木板所有权人共有。</p> <p>② 附合之动产,有可视为主物者,该主物所有人取得合成物之所有权。</p> <p>举例:如油漆漆于他人之木板,木板是主物,故由原木板所有权人单独取得油漆之后的木板所有权</p>

(2) 混合:所有权不属同一人的动产相互混杂,难以识别或分离,称混合。关于混合,确定所有权时,准用动产附合之规则。

(3) 加工:在他人之动产上进行改造或劳作,并生成新物的法律事实,例如将他

人木板加工为板凳，在他人所有之物的表面进行书写、素描、绘画、印刷、雕刻等劳作行为。

①通过对一项或数项材料加工或改造而形成新物之人，只要加工或改造的价值不明显低于材料价值，即取得新物所有权。

②新物所有权取得，材料之上的既存权利即消灭。

2. 损害赔偿——兼顾公平

因一方当事人的过错，或者确定物的归属造成另一方当事人损害的，应当给予赔偿或者补偿。

第四节 用益物权

以使用他人之物为目的的物权，称用益物权。用益物权的特点是：

(1) 用益物权人对他人所有的不动产或者动产，依法享有占有、使用和收益的权利。

(2) 用益物权仅涉及物的使用价值，不包含处分权能。

《民法典》“物权编”规定的用益物权包括土地承包经营权、建设用地使用权、宅基地使用权、居住权与地役权。其中，教材主要介绍建设用地使用权。

类型	概念	说明
土地承包经营权	依法对所承包经营的耕地、林地、草地等享有占有、使用和收益，并从事种植业、林业、畜牧业等农业生产的权利	(1) 土地承包经营权自土地承包经营权合同生效时设立； (2) 土地承包经营权互换、转让的，当事人可以向登记机构申请登记，未经登记，不得对抗善意第三人
建设用地使用权	依法对国家所有的土地享有占有、使用和收益，并利用该土地建造建筑物、构筑物及其附属设施的权利	建设用地使用权自登记时设立
宅基地使用权	依法对集体所有的土地享有占有和使用，并利用该土地建造住宅及其附属设施的权利	—
居住权	指有权按照合同约定，对他人的住宅享有占有、使用以满足生活居住需要的权利	居住权自登记时设立
地役权	指按照合同约定，利用他人的不动产，以提高自己的不动产的效益的权利	(1) 地役权自地役权合同生效时设立； (2) 当事人要求登记的，可以向登记机构申请地役权登记；未经登记，不得对抗善意第三人

一、建设用地使用权的取得（★★）

（一）创设取得——“土地一级市场”

创设取得包括无偿划拨与有偿出让等方式。

1. 无偿划拨

（1）适用情况。

分类	说明
可以划拨	①国家机关用地和军事用地； ②城市基础设施用地和公益事业用地； ③国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地
不得划拨	用于商业开发的建设用地不得以划拨方式取得建设用地使用权

（2）主要程序。无偿划拨由县级以上人民政府依法批准。

2. 有偿出让

（1）适用情况。除上述可经划拨取得的情形外，建设单位使用国有土地，应当以出让等有偿使用方式取得。

提示：城市规划区内的集体所有的土地，经依法征收转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让。

（2）主要程序。建设用地使用权出让可以采取拍卖、招标或者双方协议的方式。其中，工业、商业、旅游、娱乐和商品住宅等经营性用地以及同一土地有两个以上意向用地者的：

①应当采取招标、拍卖等公开竞价的方式出让；

②没有条件，不能采取拍卖、招标方式的，可以采取双方协议的方式。采取双方协议方式出让土地使用权的出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。

（二）移转取得——“土地二级市场”

建设用地使用权转让、互换、出资、赠与或者抵押的，当事人应当采取书面形式订立相应的合同。

（1）使用期限。使用期限由当事人约定，但不得超过建设用地使用权的剩余期限。

（2）转让条件。权利人拥有的建设用地使用权并不能随意转让，视创设取得的方式不同，各类建设用地使用权转让的条件也有所不同。

①出让地转让条件。

关键词	条件
对价付讫	按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金
开发到位	按照出让合同约定进行投资开发：属于房屋建设工程的，完成开发投资总额的25%以上；属于成片开发土地的，形成工业用地或者其他建设用地条件
产权清晰	取得土地使用权证书；转让时房屋已经建成的，还应持有房屋所有权证书（注）

注：在不动产转让的情况下，我国实行“房地一体原则”，即“房随地走、地随房走”。

《民法典》中的具体规定是：

a.建设用地使用权转让、互换、出资或者赠与的，附着于该土地上的建筑物、构筑物及其附属设施一并处分。

b.建筑物、构筑物及其附属设施转让、互换、出资或者赠与的，该建筑物、构筑物及其附属设施占用范围内的建设用地使用权一并处分。

②划拨地转让条件。

关键词	条件
转用审批	按照国务院规定，报有批准权的人民政府审批
补出让金	有批准权的人民政府准予转让的，应当由受让方办理土地使用权出让手续，并依照国家有关规定缴纳土地使用权出让金

③禁止转让的情形。除了上述已经提及的转让条件，法律还规定了一些禁止房地产转让的情况：

- a.司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的；
- b.依法收回土地使用权的；
- c.共有房地产，未经其他共有人书面同意的；
- d.权属有争议的。

（三）登记

设立建设用地使用权的，应当向登记机构申请建设用地使用权登记。建设用地使用权自登记时设立。登记机构应当向建设用地使用权人发放建设用地使用权证书。

二、建设用地使用权的期限（★）

（一）期限

1.创设取得

（1）以无偿划拨方式取得的建设用地使用权，除法律、行政法规另有规定外，没有使用期限的限制。

（2）有偿出让方式取得的建设用地使用权，出让最高年限按下列用途确定：

年限	土地用途
70年	居住用地
50年	工业用地；教育、科技、文化、卫生、体育用地；综合或者其他用地
40年	商业、旅游、娱乐用地

2.移转取得

使用年限为土地使用权出让合同规定的使用年限减去原土地使用者已使用年限后的剩余年限。

（二）续期

地类	规则
住宅	期间（70年）届满，自动续期
其他	（1）应当至迟于届满前1年申请续期； （2）除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准； （3）经批准准予续期的，应当重新签订土地使用权出让合同，依照规定支付土地使用权出让金

（三）终止

出现下列情形之一，由有关人民政府土地行政主管部门经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准，可以收回国有土地使用权：

- （1）为公共利益需要使用土地；
- （2）为实施城市规划进行旧城区改建，需要调整使用土地；
- （3）土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满，土地使用者未申请续期或者申请续期未获批准；
- （4）因单位撤销、迁移等原因，停止使用原划拨的国有土地；
- （5）公路、铁路、机场、矿场等经核准报废。

三、集体土地的建设使用（★）

（一）农田

建设占用土地，涉及农用地转为建设用地的，应当办理农用地转用审批手续。其中：

- （1）永久基本农田转为建设用地的，由国务院批准。
- （2）永久基本农田以外的农用地转用：

①在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围内：由原批准土地利用总体规划的机关或者其授权的机关批准。

提示：在已批准的农用地转用范围内，具体建设项目用地可以由市、县人民政府批准。

②在土地利用总体规划确定的城市和村庄、集镇建设用地规模范围外：由国务院或者国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府批准。

（二）集体经营性建设用地

《中华人民共和国土地管理法》规定，城市规划区内的集体所有的土地，经依法征收转为国有土地后，该幅国有土地的使用权方可有偿出让，但法律另有规定的除外。属于该“法律另有规定”的情形是集体经营性建设用地，其出让、出租适用如下规定：

事项	规则
土地类型	土地利用总体规划、城乡规划确定为工业、商业等经营性用途，并经依法登记的集体经营性建设用地
流通方式	土地所有权人可以通过出让、出租等方式交由单位或者个人使用
操作程序	（1）本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或2/3以上村民代表同意； （2）土地所有权人、土地使用权人应签订书面合同

续表

事项	规则
出让后的 土地使用权	通过出让等方式取得的集体经营性建设用地使用权可以转让、互换、出资、赠与或者抵押，但法律、行政法规另有规定或者土地所有权人、土地使用权人签订的书面合同另有约定的除外

第五节 担保物权之抵押权

以担保债权实现为目的的物权，为担保物权。担保物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（例如，请求将担保财产拍卖，并在不超过主债权金额的范围内优先取得拍卖所得价款）。

在本章后续小节的编排顺序上，请注意：

第一，抵押权、质权、留置权是最典型的担保物权，其中，又以抵押权最为重要。因此，本章将抵押权单独成节加以介绍。

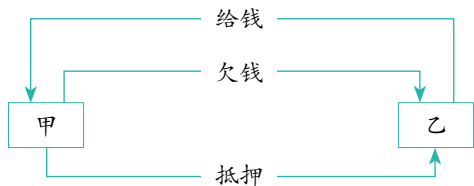
第二，部分法律规定涉及各类担保物权的通用性、综合性规定。在学习具体的担保物权之前，这些内容太过抽象。因此，本章将该等规则单独成节，放在本章最后的第七节“担保物权综合”中介绍。

一、抵押权的概念

所谓“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，将该财产抵押给债权人，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，债权人有权就该财产优先受偿。其中，债权人作为接受抵押方享有的权利即是“抵押权”。

【典例研习·3-19】

甲向乙借款100万元（不考虑利息），为了担保该债务的履行，甲将自己拥有的一套机器设备抵押给乙。双方的关系请见下图。



（1）该例中，就主债权关系而言，债务人是甲，债权人是乙；

就抵押关系而言，抵押人是甲，抵押权人是乙。甲用于抵押的机器设备称为“抵押物”或者“抵押财产”。抵押设立后，抵押物（机器设备）仍由抵押人甲占有。

（2）假设甲在借款到期后无力清偿，债权人乙（同时也是抵押权人）可以行使抵押权，例如，将抵押的机器设备拍卖。假设拍卖得到200万元，则其中100万元偿还给乙，剩余100万元由甲收取。

二、抵押的标的

原则上，动产、不动产均可作为抵押的标的；特别地，部分财产的抵押受到限制。

（一）动产（★）

（1）可以用于抵押的动产包括：生产设备、原材料、半成品、产品、交通运输工具，以及正在建造的船舶、航空器。

（2）动产浮动抵押。企业、个体工商户、农业生产经营者可以将现有的以及将有的生产设备、原材料半成品、产品抵押，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，债权人有权就实现抵押权时的动产优先受偿。

①一般来说，用动产抵押的，抵押设立时抵押财产已经确定。但动产浮动抵押中，抵押物的范围在抵押设立后可能持续变化（这就是所谓的“浮动”）。

②动产浮动抵押的抵押财产自下列情形之一发生时确定：

- a. 债务履行期届满，债权未实现；
- b. 抵押人被宣告破产或者解散；
- c. 当事人约定的实现抵押权的情形；
- d. 严重影响债权实现的其他情形（2021年案例分析题）。

（二）不动产（★★★）

1. 可以抵押的不动产

分类	列举
地	（1）建设用地使用权； （2）家庭承包方式取得的土地经营权； （3）通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地并经依法登记取得权属证书的土地经营权
房	建筑物、正在建造的建筑物和其他土地附着物
海	海域使用权

2. 房地一体原则——“房随地走，地随房走”

（1）以建筑物抵押的，该建筑物占用范围内的建设用地使用权一并抵押；

（2）以建设用地使用权抵押的：

①抵押权效力及于土地上已有的建筑物以及正在建造的建筑物已完成部分；

②抵押权效力不及于正在建造的建筑物的续建部分以及新增建筑物。在具体操作上：

a. 当事人以正在建造的建筑物抵押，抵押权的效力范围限于已办理抵押登记的部分；

b. 实现抵押权时，应将该土地上新增的建筑物与建设用地使用权一并处分，但新增建筑物所得的价款，抵押权人无权优先受偿。

【典例研习·3-20】

甲公司向乙银行借款5 000万元，拟提供自有不动产进行抵押。目前，甲公司名下有1宗土地使用权，其上已经建造了1幢楼房（以下简称“1号楼”）。经评估，该土地使用权目前的市场价值为1亿元，其上房产的价值为5 000万元。

（1）即使该宗土地使用权的评估价值已经超过主债权金额，但基于“房地一体原则”，抵押时应将该宗土地使用权及其上的房产一并抵押。

(2) 甲公司继续在该土地上进行建设施工，并新增楼房1幢（以下简称“2号楼”）。此时，新增的楼房并不属于抵押财产的范围。

(3) 该笔债权到期后，甲公司无力偿还借款，乙银行拟实现抵押权。此时，应将该宗土地使用权及其上的1号楼、2号楼一并出售。出售后，乙银行仅在该宗土地使用权以及1号楼拍卖所得的范围内可以优先受偿，其对2号楼的拍卖所得无权优先受偿。

(三) 抵押受限的财产 (★★)

1. 不得抵押的财产

(1) 土地所有权；

(2) 宅基地、自留地、自留山等集体所有土地的使用权，但法律规定可以抵押的除外；

(3) 学校、幼儿园、医院等为公益目的成立的非营利法人的教育设施、医疗卫生设施和其他公益设施；

(4) 所有权、使用权不明或者有争议的财产；

提示：当事人以所有权、使用权不明或者有争议的财产抵押，构成无权处分的，适用善意取得制度。

(5) 依法被查封、扣押、监管的财产。

提示：当事人以依法被查封、扣押或监管的财产抵押，若查封、扣押或监管措施已解除，抵押权人有权行使抵押权；抵押人不得以抵押权设立时财产被查封、扣押或监管为由主张抵押合同无效。

2. 抵押受限的财产

(1) “违建”的抵押。

情况	规则
直接押违建	①以违法的建筑物抵押的，抵押合同无效； ②但在一审法院论终结前已经办理合法手续的除外
地上有违建	当事人以建设用地使用权依法设立抵押，抵押人以土地上存在违法建筑物为由主张抵押合同无效的，不予支持

(2) 划拨地的抵押。

情况	规则
抵房	抵押人以划拨建设用地上的建筑物抵押： ①当事人以该建设用地使用权不能抵押或者未办理批准手续为由主张抵押合同无效或者不生效的，不予支持； ②抵押权依法实现时，拍卖、变卖建筑物所得价款，应当优先用于补缴建设用地使用权出让金
抵地	当事人以划拨方式取得的建设用地使用权抵押： ①抵押人以未办理批准手续为由主张抵押合同无效或者不生效的，不予支持； ②已经依法办理抵押登记的，抵押权人有权行使抵押权，抵押权实现所得价款，应当优先用于补缴建设用地使用权出让金

（四）抵押物的添附

抵押权设立后，如果抵押财产被添附，可能发生以下三种情况：

- （1）添附物归第三人所有时，抵押权效力及于抵押财产的补偿金；
- （2）添附物归抵押人所有时，抵押权效力及于添附物，但添附导致抵押财产价值增加的，抵押权效力不及于增加的价值部分；
- （3）抵押人与第三人因添附成为添附物的共有人时，抵押权及于抵押人对共有物所享有的份额。

三、抵押权的设立（★★★）

（一）抵押合同

1. 形式要求：书面合同

设立抵押权，当事人应当采用书面形式订立抵押合同。

提示：即使抵押未经登记，抵押合同的效力亦不受影响。（2016年案例分析题）

2. 内容禁止：流押条款

抵押权人在债务履行期限届满前，与抵押人约定债务人不履行到期债务时抵押财产归债权人所有的，只能依法就抵押财产优先受偿。

【典例研习·3-19-1】

甲向乙借款100万元（不考虑利息），为了担保该债务的履行，甲将自己拥有的一套机器设备抵押给乙。双方约定，如果甲在借款到期后不予清偿，则抵押物归乙。

本例与【典例研习·3-19】的差别在于：

（1）【典例研习·3-19】中，甲违约后，乙实现抵押权，用于抵押的机器设备拍卖得200万元，则其中100万元偿还给乙，剩余100万元由甲收取。此时，乙的债权得到清偿，甲作为机器设备的物主也没有过分的损失。

（2）本例中，甲如果违约，用于抵押的机器设备直接归乙（假设此时该机器设备的价值为200万元），这意味着：

①债权人乙获得的利益为200万元，超过债权金额（100万元），有违担保制度的目的；

②债务人甲只欠100万元，但实际受到的损失为200万元，超过欠债数额，十分不公。

本例中，“如果甲在借款到期后不予清偿，则抵押物归乙”就是典型的“流押条款”，法律的处理方式是抵押权人“只能依法就抵押财产优先受偿”。这意味着：

①即使甲和乙约定了“流押条款”，甲违约后，抵押物也不属于乙（即“流押条款”无效）。

②乙只能主张以正常的方式行使抵押权（例如将抵押物拍卖），然后从拍卖所得价款中优先受偿。如果优先受偿后还有剩余，剩余价款依然属于甲。

（二）不动产抵押

1. 不动产抵押的设立

以不动产抵押的，应当办理抵押登记；抵押权自登记时设立。（2016年、2021年案例分析题）

【典例研习·3-21】

甲公司拟向乙银行借款，并以自有房产向乙银行抵押。为办理抵押，须实施2个步骤：

第一步，抵押人甲公司先与抵押权人乙银行签署书面的抵押合同。

第二步，抵押人甲公司就该房产办理抵押登记。

上述两个步骤的法律效力如下：

步骤	抵押合同	抵押权
步骤一	抵押合同生效	抵押权未设立
步骤二	抵押合同处于有效状态	抵押权设立（注）

注：对于担保物权而言，其“设立”和“生效”说的是一回事，在表述上可以互换。

假设在步骤一和步骤二之间债务人甲公司发生违约，则债权人乙银行无法实现抵押权。

在不动产抵押登记中，请注意以下特殊情况：

（1）抵押物登记记载的内容与抵押合同约定的内容不一致的，以登记记载的内容为准。

（2）抵押人将不动产分别抵押给不同债权人的，根据抵押登记的时间先后确定清偿顺序。

2.不能办理抵押登记的处理

（1）怪“老天爷”。抵押财产因不可归责于抵押人自身的原因灭失或者被征收等导致不能办理抵押登记：

①债权人请求抵押人在约定的担保范围内承担责任的，人民法院不予支持；

②抵押人已经获得保险金、赔偿金或者补偿金等，债权人请求抵押人在其所获金额范围内承担赔偿责任的，人民法院依法予以支持。

（2）怪抵押人。因抵押人转让抵押财产或者其他可归责于抵押人自身的原因导致不能办理抵押登记，债权人请求抵押人在约定的担保范围内承担责任的，人民法院依法予以支持。

问题：既然不动产抵押经登记才生效，抵押合同有何意义？

解答：抵押合同生效后，办理抵押登记即成为抵押人的义务。如果抵押人不及时办理抵押登记，抵押权人可就此起诉抵押人，要求抵押人办理抵押登记。

另一方面，在上述不能办理抵押登记的情况下，抵押合同是证明抵押权人权利的凭证。

精准答疑

（三）动产抵押

请注意，以下有关动产抵押的规则同样适用于“动产浮动抵押”。（2021年案例分析题）

(1) 以动产抵押的, 抵押权自抵押合同生效时设立; 未经登记, 不得对抗善意第三人。(2015年、2020年案例分析题)

【典例研习·3-22-1】

甲化工公司拟向乙银行借款, 并以自有机器设备向乙银行抵押。双方就该笔抵押签署了书面的抵押合同, 但未办理登记。假设抵押期间, 甲公司未经乙银行同意, 将该设备出售给不知情的丙公司。

此时, 虽然抵押权已经设立, 但尚未登记, 不能对抗善意第三人丙公司。这意味着, 甲公司违约时, 乙银行并不能就丙公司已经买走的该设备实现抵押权。

【典例研习·3-22-2】

甲化工公司拟向乙银行借款, 并以自有机器设备向乙银行抵押。双方就该笔抵押签署了书面的抵押合同, 且办理了登记。抵押期间, 甲公司未经乙银行同意, 将该设备出售给不知情的丙公司。

此时, 抵押权在抵押合同生效时已经设立, 且经登记取得对抗效力。因此, 甲公司违约时, 乙银行可以就丙公司已经买走的设备实现抵押权。例如, 向法院起诉丙公司, 请求拍卖丙公司买走的设备。

(2) 以动产抵押的, (无论登记与否) 不得对抗正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人。

【典例研习·3-22-3】

甲化工公司拟向乙银行借款, 并以自己生产的5吨化肥向乙银行抵押。双方就该笔抵押签署了书面的抵押合同, 且办理了登记。抵押期间, 甲公司未经乙银行同意, 以市场价格将上述化肥销售给丁公司, 并以完成发货。已知, 丁公司是一家大型农业公司。

本例中, 丁公司属于“正常经营活动中已经支付合理价款并取得抵押财产的买受人”。即使抵押权已经登记, 也不能对抗丙公司, 这意味着: 甲公司违约后, 乙银行不得就丁公司买走的化肥行使抵押权。

法律之所以作此规定, 是因为: 对于债权人来说, 最理想的情况是债务人如约还债; 只有在债务人“赖账”的时候, 债权人才有必要通过担保制度实现债权。

本例中, 用于抵押的正是债务人的产品, 其通过正常经营活动出售该产品可以获得继续生产的资金, 从而对还债起到积极作用。反之, 如果限制该行为, 可能影响甲公司的生产经营, 反倒不利于甲公司还债。

在适用上述规定时请注意以下情况的认定:

①“正常经营活动”应属于抵押人营业执照明确记载的经营范围, 且抵押人持续销售同类商品。

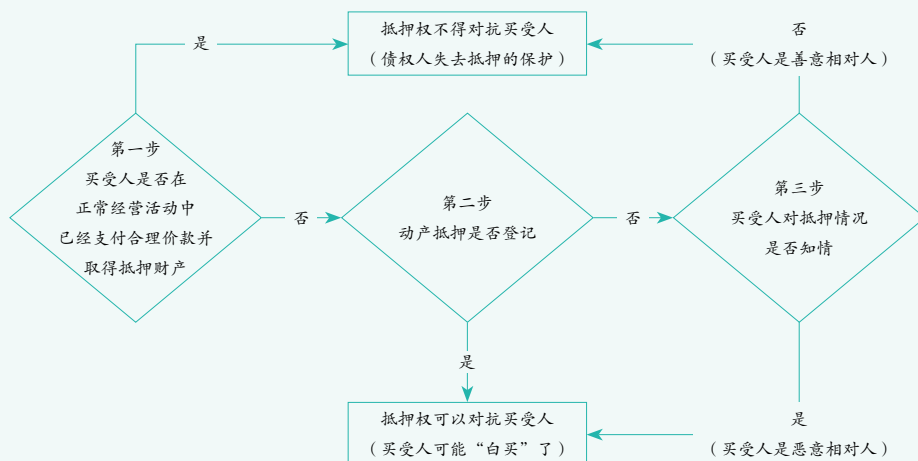
②从买受人的角度判断, 以下购买情况不属于“正常经营活动”:

- a. 购买商品的数量明显超过一般买受人;
- b. 购买出卖人的生产设备(如【典例研习·3-22-1】【典例研习·3-22-2】所述情况);
- c. 订立买卖合同的目的在于担保出卖人或者第三人履行债务;
- d. 买受人与出卖人存在直接或者间接的控制关系;
- e. 买受人应当查询抵押登记而未查询的其他情形。



命题角度：动产抵押对抗效力的判断。

《民法典》出台后，动产抵押对抗效力的判断变得较为复杂。对于抵押期间抵押物被出售的情况，可遵循如下步骤进行判断：



四、抵押双方的主要权利和义务 (★★★)

(一) 抵押权保全

(1) 潜在的风险。抵押人的行为足以使抵押财产价值减少的，抵押权人有权请求抵押人停止其行为。

(2) 现实的风险。抵押财产价值减少的：

①抵押权人有权请求恢复抵押财产的价值，或者提供与减少的价值相应的担保。

②抵押人不恢复抵押财产的价值也不提供担保的，抵押权人有权请求债务人提前清偿债务。

(二) 抵押物孳息的收取

一般情况下，抵押权人无权收取抵押物孳息。

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，致使抵押财产被人民法院依法扣押的，自扣押之日起抵押权人有权收取该抵押财产的天然孳息或者法定孳息，但抵押权人未通知应当清偿法定孳息的义务人的除外。

上述情况下，抵押人所收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

【典例研习·3-23-1】

张三欠李四2万元钱，将一只自己的母牛抵押给李四。抵押期间，母牛生下小牛，小牛属于抵押物母牛的天然孳息。此时，小牛由张三收取，抵押权人李四无权收取。

【典例研习·3-23-2】

张三欠李四2万元钱，将一只自己的母牛抵押给李四。欠款到期后，张三拒绝还款，李四将张三诉至法院，法院将抵押物母牛扣押。扣押期间，母牛生下小牛一只。此时，小牛作为抵押物的天然孳息，由抵押权人李四收取。

【典例研习·3-23-3】

张三欠李四2万元钱，将一只自己自己的公牛抵押给李四。抵押期间，张三将公牛出租给王五耕地，王五每月向张三支付租金1 000元。欠款到期后，张三拒绝还款，李四将张三诉至法院，法院将抵押物公牛扣押。此时，王五尚欠张三租金1 000元。

(1) 如果抵押权人李四通知王五上述情况，则王五应向李四支付上述租金；

(2) 如果抵押权人李四未通知王五上述情况，则王五依然应向张三支付上述租金。

(三) 抵押物转让

抵押期间，抵押人有权转让抵押物所有权，除非当事人另有约定。

(1) 抵押人转让抵押物所有权后，抵押权的存续不会因为抵押财产转让而受影响；(2021年案例分析题)

(2) 抵押人转让抵押财产的，应当及时通知抵押权人；(2021年案例分析题)

(3) 抵押权人能够证明抵押财产转让可能损害抵押权的，可以请求抵押人将转让所得的价款向抵押权人提前清偿债务或者提存。

问题：抵押物转让后，抵押权人如何行使权利？

解答：首先需要肯定的是，如果允许抵押物转让，抵押权人行使抵押权的难度会增加。

(1) 抵押物转让后，如果抵押权人要行使抵押权，前提是知道抵押物现在在谁手里。如果知道的话，可以向法院起诉占有该抵押物的主体，要求行使抵押权。

(2) 至于抵押权人能否成功行使抵押权，适用上文“三、抵押权的设立”中动产抵押相关规则。判断该问题时可参考该部分【解题高手】中的流程图。

当然，如果抵押人不予配合，抵押权人也无法得知抵押物究竟在哪儿，抵押权人在事实上难以行使抵押权。

因此，对于动产抵押的抵押人来说，比较好的办法还是尽早将抵押权进行登记。一方面，已进行登记的动产抵押获得对抗效力，可以对抗买受人。另一方面，如果潜在的买受人知悉该动产已经抵押，可能不愿意购买该动产，这使得抵押物转让的可能性降低。

精准答疑

(四) 抵押与租赁

当同一物上既存在抵押权又存在租赁关系时，如同“买卖不破租赁”，我国物权法律制度亦确立了“抵押不破租赁”规则，准确地说，应是“在后抵押不破在先租赁”规则。具体而言：抵押权设立前，抵押财产已经出租并转移占有的，原租赁关系不受该抵押权的影响。(2014年案例分析题)

【典例研习 · 3-24】

1月1日，甲与A签订了5年期租赁合同，将一套房屋出租给A。6月1日，甲与B签订了3年期借款合同和抵押合同，并办理了抵押登记，将该房屋抵押给B。

3年期满后，甲无法偿还借款，B可以实现抵押权。若以折价形式实现，房屋所有权归属于B；若以拍卖、变卖形式实现，房屋所有权将归属于第三人C。

无论以折价形式，还是以拍卖变卖形式实现抵押权，原租赁关系均不受抵押权的影响，B或C需要继续履行与A的租赁合同。

第六节 担保物权之质权、留置权

一、质权

（一）质权的概念

“质押”是指：为担保债务的履行，债务人或者第三人将其动产或权利出质给债权人占有，当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时，债权人有权就该动产或权利优先受偿。其中，债权人作为接受质押方享有的权利即是“质权”。

【典例研习 · 3-25】

甲向乙借款100万元（不考虑利息），为了担保该债务的履行，甲将自己拥有的一套机器设备质押（或称“出质”）给乙。

（1）该例中，就主债权关系而言，债务人是甲，债权人是乙；

就质押关系而言，出质人是甲，质权人是乙。甲用于质押的机器设备称为“质物”或者“质押财产”。甲将质物交付给质权人乙后，质权才设立；质权存续期间，质权人乙持续占有质物。

（2）假设甲在借款到期后无力清偿，债权人乙（同时也是质权人）可以行使质权，例如，将基于质权占有的机器设备拍卖。假设拍卖得到200万元，则其中100万元偿还给乙，剩余100万元由甲收取。

通过比较本例与【典例研习 · 3-19】可知，抵押与质押的关键差异在于担保存续期间担保物由谁占有。

（二）质押的标的（★）

质押的客体只能是动产或者权利。不动产不适用质押。

1. 动产质押

除法律、行政法规禁止转让的动产外，原则上，所有动产均可出质。

提示：动产既可以抵押、也可以质押，甚至可以在抵押之后又质押。

2. 权利质押

债务人或者第三人有权处分的部分权利可以质押。

对于可以质押的权利，须分清它们的“名”和“实”，具体请见下表：

可以质押的权利	“名”	“实”
汇票、支票、本票，以及债券、存款单	“票” “券” “单”	收钱的权利
现有的以及将有的应收账款（注1）	“款”	
仓单、提单	“单”	收货的权利
可以转让的基金份额	“份额”	基金份额持有者的权利
可以转让的股权（注2）； 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	“权”（名实相符）	

注1：“应收账款”包括现有的和未来的金钱债权及其产生的收益，但不包括因票据或其他有价证券而产生的付款请求权。

具体而言，可以质押的“应收账款”包括下列权利：

（1）销售产生的债权，包括销售货物，供应水、电、气、暖，知识产权的许可使用等；

（2）出租产生的债权，包括出租动产或不动产；

（3）提供服务产生的债权；

（4）公路、桥梁、隧道、渡口等不动产收费权；

（5）提供贷款或其他信用产生的债权。

注2：以依法可以转让的股份、股票出质的，质权的效力及于股份、股票的法定孳息。

（三）质权的设立（★）

1. 质押合同

（1）形式要求：书面合同。设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。

（2）禁止内容：流质条款。质权人在债务履行期限届满前，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的，只能依法就质押财产优先受偿。

2. 动产质权的设立

质权自出质人交付质押财产时设立，具体而言还需注意以下事项：

（1）若当事人约定出质人代质权人占有质物，则质权不生效；

（2）动产质权的效力及于质物的从物，但从物未随同质物移交质权人占有的，质权的效力不及于从物。

提示：金钱一般不能出质，除非将其以特户、封金、保证金等形式特定化。

原理详解

物权法的基本原则包括“物权法定原则”，可借动产质押作一解说。所谓“物权法定主义”，是指物权的种类和内容由法律规定。

例如，法律规定动产质权自出质人交付质押财产时设立。假设出质人和质权人约定，质押合同成立时质权即生效，则该约定无效。动产质权依然在出质人交付质押财产时设立。

3. 权利质权的设立

权利质押也须当事人签订书面的质押协议。在此基础上，权利质押生效的条件视权利种类而异。

质押权利的种类	质权设立的条件
(1) “票”：汇票、本票、支票（“股票”除外）； (2) “券”：债券、存款单； (3) “单”：仓单、提单	(1) 质权自权利凭证交付质权人时设立； (2) 没有权利凭证的，质权自办理出质登记时设立
(1) 基金份额、股权； (2) 注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权； (3) 应收账款	质权自办理出质登记时设立

【典例研习·3-26】（2014年单项选择题）

根据物权法律制度的规定，以下列权利出质时，质权自权利凭证交付时设立的是（ ）。

- A. 仓单 B. 股票 C. 基金份额 D. 应收账款

斯尔解析 本题考查权利质押设立的条件。名称中含有“票”“券”“单”（即选项A所述情况）的质押标的，如果存在权利凭证，质权自权利凭证交付质权人时设立。但应注意，“股票”（即选项B）的不在此列，因为其质押标的实际上是股权。

（四）质押双方的主要权利和义务（★）

1. 质权的保全

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：

- (1) 质权人有权请求出质人提供相应的担保；
- (2) 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。

2. 质物的保管

- (1) 质权人负有妥善保管质押财产的义务。

①质权人的行为可能使质押财产毁损、灭失的，出质人可以请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。

②质权人保管不善致使质押财产毁损、灭失的，质权人应当承担赔偿责任。

(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。所收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

提示：抵押中，抵押权人一般无权收取抵押物孳息，因为抵押物并非由抵押权人占有；质押则反之，由于质权人占有质物，其孳息也由质权人收取。

(3) 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。

3. 质物的处分

(1) 对质权人的限制——往往适用于动产质押。

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，造成出质人损害的，应当承担赔偿责任。

②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。

(2) 对出质人的限制——往往适用于权利质押。

用于质押的权利可能在主债权到期之前先行到期，须转换为资金或者实物；此外，部分可质押的权利可以被出质人许可他人使用。就此，为了保护质权人利益，法律规定如下：

质押权利的种类	对出质人的限制
汇票、本票、支票； 债券、存款单； 仓单、提单	兑现日期或者提货日期先于主债权到期的，质权人可以： ①兑现或者提货； ②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
基金份额、股权	①出质后不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。 ②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
注册商标专用权、专利权、著作权等知识产权中的财产权	①出质后出质人不得转让或者许可他人使用，但是出质人与质权人协商同意的除外。 ②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
应收账款	①出质后不得转让，但是出质人与质权人协商同意的除外。 ②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

上述规定可以总结为：

①主债到期前，除非法律有所规定（例如票据到期），未经质权人同意，出质人不得实现已出质的权利；

②根据法律规定或者经质权人同意，出质人实现已出质的权利后，应提前清偿债务或者提存。

（五）质权的实现

大致上，各类担保物权实现的方式、程序均类似，我们在本章第七节集中加以介绍。但是，基于质权的特性，以下问题须在此强调。

1. 质权实现中出质人的权利

出质人可以请求质权人在债务履行期届满后及时行使质权：

（1）质权人不行使的，出质人可以请求人民法院拍卖、变卖质押财产。

（2）出质人请求质权人及时行使质权，因质权人怠于行使权利造成出质人损害的，由质权人承担赔偿责任。

原理详解

上述规定是出于“物尽其用”的考虑。与抵押不同，质押的财产由质权人占有。通俗地说，出质人是质物的“亲妈”，质权人是质物的“后妈”。

假设质押的是股票，其价格变动频繁。作为“后妈”，质权人没必要在股价最高的时候实现质权，因为卖掉股票获得的多于主债权的资金并不属于质权人；但这一事项对“亲妈”出质人至关重要，质押股票卖的价格越高，出质人就有越多的钱可以偿还其他债务。

因此，法律才作上述规定，使“亲妈”有权催促“后妈”处分质物。

2. 应收账款质权的实现

（1）以现有的应收账款出质。

①应收账款债务人向质权人确认应收账款的真实性后，又以应收账款不存在或者已经消灭为由主张不承担责任的，人民法院不予支持。

②应收账款债务人未确认应收账款的真实性，质权人以应收账款债务人为被告，请求就应收账款优先受偿：

a. 质权人能够举证证明办理出质登记时应收账款真实存在的，人民法院应予支持；

b. 质权人不能举证证明办理出质登记时应收账款真实存在，仅以已经办理出质登记为由，请求就应收账款优先受偿的，人民法院不予支持。

③应收账款债务人已经向应收账款债权人履行了债务，质权人请求应收账款债务人履行债务的，人民法院不予支持，但是应收账款债务人接到质权人要求向其履行的通知后，仍然向应收账款债权人履行的除外。

（2）以将有的应收账款出质。

以基础设施和公用事业项目收益权、提供服务或者劳务产生的债权以及其他将有的应收账款出质：

①当事人为应收账款设立特定账户，发生法定或者约定的质权实现事由时，质权人请求就该特定账户内的款项优先受偿的，人民法院应予支持；

②特定账户内的款项不足以清偿债务或者未设立特定账户，质权人请求折价或者拍卖、变卖项目收益权等将有的应收账款，并以所得的价款优先受偿的，人民法院依法予以支持。

二、留置权

（一）留置权的概念（★）

“留置”是指，债务人不履行到期债务，债权人可以留置已经合法占有的债务人或第三人的动产，并有权就该动产优先受偿。其中，债权人享有的权利称为留置权。

【典例研习·3-27】

张三将其汽车送至甲汽修厂维修。维修完成之后，张三拒付修理费。此时，甲汽修厂有权行使留置权，即留置张三送修的汽车。说白了就是把车扣下。

甲汽修厂行使留置权之后，如果张三不在法定的期间内支付修理费，甲汽修厂可以就留置的汽车实现留置权，如将该汽车拍卖。甲汽修厂有权就该汽车拍卖所得优先受偿。

本例中，甲汽修厂称为“留置权人”，该小汽车称为“留置财产”。

留置权属于“法定担保物权”，不必有当事人之间的担保合同，只要具备法定要件，即可成立。【典例研习·3-27】中，除了修车的合同之外，甲汽修厂无须与张三签署担保合同，即可行使留置权。

提示：与之形成对比的是，抵押权、质权的设立以书面的担保合同为必要。因此，抵押权、质权属于“约定担保权”（或称“意定担保权”）。

（二）留置的标的（★）

（1）动产才适用留置，不动产、权利均不适用留置。视留置物种类的不同：

- ①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。
- ②留置物为不可分物的，留置权人可以就其留置物的全部行使留置权。

【典例研习·3-28】

甲为乙保管一批钢材，乙前来提取时拒付保管费，甲所留置的钢材价值应相当于保管费，而不得就所有钢材行使留置权。

【典例研习·3-29】

甲为乙保管一条柴犬，乙前来领取时拒付保管费。已知柴犬的价值为5万元，保管费的金额为1 000元。此时，尽管柴犬的价值超过债权金额，但柴犬为不可分物，甲可以留置整条柴犬。

（2）当事人可以特约排除留置权。当事人约定不得留置的财产，债权人不得留置。

（三）留置权成立的条件（★）

1. 债权人合法占有债务人或第三人动产

须注意，即使债权人占有的财产并非债务人所有，也可能适用留置。此时：

（1）债权人因同一法律关系留置合法占有的第三人的动产，并主张就该留置财产优先受偿的，人民法院应予支持；

（2）第三人以该留置财产并非债务人的财产为由请求返还的，人民法院不予支持。

【典例研习·3-30】

李四欠张三10万元，将其自有的一台老旧的豪车质押给张三。占有豪车期间，张三将其送至甲汽修厂维修。维修完成之后，张三后悔于维修费用的高昂，拒付修理费。此时，甲汽修厂依然有权留置张三送修的豪车。车主李四无权请求返还。

2. 债权已届清偿期

原则上，债权人的债权已届清偿期，其才可以行使留置权。但须注意以下特殊情况：

(1) 债权人的债权未届清偿期，其交付或返回所占有标的物的义务已届履行期的，不能行使留置权。

(2) 债权人能够证明债务人无支付能力的除外。

【典例研习·3-27-1】

张三将其汽车送至甲汽修厂维修，双方约定，甲汽修厂应于2021年7月31日前完成修理并将修好的汽车送至张三家中。收车后，张三在5个工作日内支付维修费。

甲汽修厂拟于2021年7月31日将修好的汽车送至张三家中。此时，甲汽修厂听闻张三遇到财务危机，资金情况吃紧，担心张三付不出修理费。但是，由于甲汽修厂的债权并未到期，甲汽修厂不得留置该汽车。

3. 动产之占有与债权属同一法律关系

债权人留置的动产，应当与债权属于同一法律关系，但企业之间留置不受同一法律关系之限制。

(1) 所谓“同一法律关系”，是指占有人交付或返还占有物之义务与留置所担保的债权属于同一法律关系，常见的如保管合同、运输合同、加工承揽合同等：

① 寄存人拒付保管费，保管人留置保管物；

② 收货人拒付运费，承运人留置运输物；

③ 定作人拒付加工承揽费，加工承揽人留置定作物（承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作）。

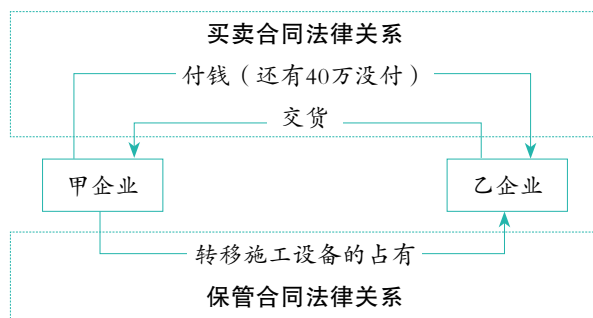
【典例研习·3-27-2】

【典例研习·3-27-1】中：(1) 甲汽修厂留置的财产是张三送修的汽车，其之所以占有该汽车，是基于张三与其形成的承揽合同法律关系（“修理合同”在法律上属于承揽合同）；(2) 甲汽修厂对张三享有的到期债权是修理费的债权，其也基于上述承揽合同法律关系。

因此，甲汽修厂可以留置该汽车。

【典例研习·3-31】

甲企业向乙企业购买了一批总价款100万元的建筑材料，甲企业支付了60万元，约定其余的40万元在3个月内付清。后甲企业将一台价值30万元的施工设备交由乙企业代为保管。3个月后，几经催告，甲企业仍未支付乙企业40万元货款。则甲企业要求提取该设备时，乙企业可以将该设备留置以担保贷款债权的实现。上述法律关系请见以下图示：



本例中，买卖建筑材料和保管设备分属两个法律关系，但由于甲乙均为企业，乙企业可以将设备留置，以担保买卖建筑材料相关债权的实现。

(2) 如果企业之间留置的动产与债权并非同一法律关系，债权人留置第三人的财产，第三人请求债权人返还留置财产的，人民法院应予支持。

【典例研习·3-31-1】

【典例研习·3-31】中，假设甲企业交给乙企业保管的施工设备并不属于甲企业，而属于丙公司。甲企业系基于和丙公司之间的保管合同占有该施工设备，并转交乙企业保管。

(1) 乙企业依然可以对该施工设备行使留置权。因为债权人行使留置权的对象不限于债务人自有的财产，也可以是债权人合法占有的第三人财产。

(2) 如果丙公司请求乙企业返还该施工设备，人民法院应予支持。

本例和【典例研习·3-30】的区别体现出民法在保护当事人时的“审时度势”：

(1) 【典例研习·3-30】中，债务人张三只有送修的豪车这一个“把柄”抓在债权人甲汽修厂手里，所以法律倾向于保护债权人。车主李四无权请求返还豪车。

(2) 本例中，甲企业、乙企业都是企业，双方之间的往来可能很多，不限于本例提到的情况。债务人甲企业可能还有其他“把柄”抓在乙企业手里。此时，法律更倾向于保护第三人，允许丙公司取回被留置的施工设备。

(四) 留置双方的主要权利义务(★★)

1. 留置物的保管

留置权人负有妥善保管留置财产的义务；因保管不善致使留置财产毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

留置权人有权收取留置财产的孳息，所收取的孳息应当先充抵收取孳息的费用。

2. 留置发生后债务的履行

留置权人与债务人应当约定留置财产后的债务履行期限。没有约定或者约定不明确的，留置权人应当给债务人60日以上履行债务的期限，但是鲜活易腐等不易保管的动产除外。(2020年案例分析题)

债务人逾期未履行的，留置权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。

(五) 留置权的实现

大致上，各类担保物权实现的方式、程序均类似，我们在本章第七节集中加以介绍。但是，基于留置权的特性，以下问题须在此强调。

(1) 债务人可以请求留置权人在债务履行期届满后行使留置权；留置权人不行使的，债务人可以请求人民法院拍卖、变卖留置财产。

提示：在这条规则上，也适用“亲妈”和“后妈”的比喻。

(2) 同一动产上已经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。

第七节 担保物权综合

一、担保物权的特性（★）

（一）从属性

担保物权自身不能独立存在，系从属于债权的从属物权，其从属性体现于担保物权的成立、转让与消灭各个方面。尤须注意：担保物权不能脱离所担保的债权单独转让，所担保的债权转让时，担保物权随之转让。

【典例研习·3-32】

甲向乙借入100万元，并以自己的一套房屋作为抵押，双方签订了借款合同、抵押合同，并办理了不动产抵押登记。

乙作为债权人，将对甲的债权转移给了丙。此时，乙的抵押权随之转让给丙，乙不能无债权只享有抵押权。另一方面，丙作为债权的受让人，享有债权之上的抵押权，这其实也是不良信贷资产转让业务在法律上的基础之一。

（二）不可分性

（1）主债权未受全部清偿的，担保物权人可以就担保财产的全部行使其担保物权，但是留置权人行使留置权的，如果留置财产为可分物，留置财产的价值应当相当于债务的金额。

【典例研习·3-33-1】

甲向乙借入100万元，甲以拥有的一块土地使用权进行抵押。若债务到期，甲仅向乙偿还80万元，剩余20万元无力偿还，乙仍可以就该土地的全部实现抵押权。即，假设该宗土地使用权拍卖得到100万元，其中20万元应优先清偿乙的债权。

（2）担保财产被分割或者部分转让时，担保物权人可以就分割或者转让后的担保物行使担保物权。

【典例研习·3-33-2】

甲向乙借入100万元，甲以拥有的一块土地使用权进行抵押。若该土地被分割为两块，并取得两张不动产权证，乙可以对这两块土地的全部实现抵押权。

甲违约后，假设分割后的土地使用权分别拍得90万元、80万元，其总价款170万元中的100万元应优先清偿乙的债权。

（3）主债权被分割或者部分转让的，各债权人可以就其享有的债权份额行使全部担保物权。

【典例研习·3-33-3】

甲向乙借入100万元，甲以拥有的一块土地使用权进行抵押。乙将对甲的债权中的60万元转移给丙，则乙、丙可就各自的债权份额对整块土地实现行使抵押权。

甲违约后，假设该宗土地使用权拍得180万元，则其中60万元优先清偿丙的债权，40万元优先清偿乙的债权。

（4）主债务被分割或者部分转移时，债务人自己提供物的担保的，债权人仍有权以担保物担保全部债务履行，但是，如果物的担保由第三人提供，担保人对未经其书面同意转移的债务不再承担担保责任。

【典例研习·3-33-4】

甲向乙借入100万元，甲以拥有一块土地使用权进行抵押。

(1) 如果由债务人提供抵押：甲经乙同意，将100万元债务中的40万元转移给丁，则甲的土地使用权对甲、乙之间的债务和丁、乙之间的债务均提供抵押担保。任一债务到期未全部履行的，债权人均可就该宗土地使用权的全部实现抵押权。

(2) 如果由第三人提供抵押：若抵押人并非甲自己，而是第三人戊。甲经乙同意，将100万元债务中的40万元转移给丁，但该转让未经抵押人戊同意。此时，抵押人戊仅对60万元债务承担担保责任，对未经自己同意转让的40万元债务不再承担担保责任。

二、担保物的物上代位 (★)

担保期间，担保财产毁损、灭失或者被征收等，担保物权人可以就获得的保险金、赔偿金或者补偿金等优先受偿。

被担保债权的履行期限未届满的，也可以提存该保险金、赔偿金或者补偿金等。

提示：上述规定适用于抵押、质押和留置。

三、“一物多保” (★★★)**(一) 抵押与抵押并存**

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(2020年案例分析题)：

- (1) 抵押权已经登记的，按照登记的时间先后确定清偿顺序；
- (2) 抵押权已经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。

【典例研习·3-34】

甲以自己的一辆汽车作抵押，获得乙银行贷款20万元，办理了抵押登记。由于甲的汽车价值50万元，所以甲又将该汽车抵押给丁，获得丁的借款10万元，但未办理抵押登记。后甲又将其抵押给丙银行，获得贷款20万元，办理了抵押登记。后甲做生意亏本，导致无法偿还乙银行、丙银行的贷款和丁的借款。于是三个债权人同时要求实现其抵押权。但抵押物拍卖后仅获得45万元，不足以清偿甲的全部债务。

问题：本案中，乙银行、丙银行、丁的债权应按什么顺序受偿？

【答案】乙银行先受偿20万元；然后，丙银行受偿20万元；最后，丁受偿5万元。

斯尔解析 本题考查重复抵押中的清偿顺位，该问题在抵押财产拍卖所得不足清偿全部债务时才尤为重要。

比如本题中，债务合计50万元，但抵押财产拍卖所得仅45万元，不足清偿全部债务。此时，由于乙银行和丙银行的抵押权都经过了登记，而丁的抵押权没有登记，所以，乙银行和丙银行的债权先于丁的受偿。又由于乙银行的抵押权登记在先，其债权优于丙银行受偿。

(二) 抵押与质押并存

同一财产既设立抵押权又设立质权的，拍卖、变卖该财产所得的价款按照登记、交付的时间先后确定清偿顺序。

【典例研习·3-35】

(1) 甲先将其设备出质给乙, 又将该设备抵押给丙。在所述质押、抵押均已设立的情况下:

① 质押设立意味着该设备(动产)已经被交付给乙;

② 抵押设立意味着甲与丙之间已经就该设备存在有效的抵押合同;

该例中, 因为出质在先, 所以“交付”必然在先, 即使上述抵押补充进行登记, 其顺位仍然劣后于质押。

(2) 甲先将其设备抵押给乙, 双方签署抵押合同, 但并未办理抵押登记。之后, 甲又将其设备出质给丙。

该例中, 虽然抵押在先生效, 但并未办理登记。设备出质后(即交付后), 仍然是出质在先, 即使甲乙后续补办登记, 抵押依然劣后于质押。

(3) 甲先将其设备抵押给乙, 双方签署抵押合同, 且办理抵押登记。之后, 甲将该设备出质给丙并交付, 则质押劣后于抵押, 因为签署抵押登记在先。

(三) 留置与其他物保并存

同一动产上已经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。

【典例研习·3-36】

甲向乙银行借款5万元, 以自己名下一辆小轿车作为抵押, 并办理了抵押登记。后甲向丙借款2万元, 将小轿车质押给丙, 并已交付。丙在占有小轿车过程中, 将其开至丁修理厂修理, 因未支付修理费1万元, 小轿车被丁修理厂留置。此时, 丁拍卖小轿车所得价款若为7万元, 则丁有权就修理费1万元优先受偿。

四、担保物权的实现(★)

(一) 担保物权的担保范围及清偿顺序

(1) 担保物权的担保范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金、保管担保财产和实现担保物权的费用。当事人另有约定的, 按照其约定。

(2) 以担保物所得价款清偿债务时, 须首先支付实现担保物权的费用, 其次支付主债权的利息, 最后支付主债权。

提示: 上述规则适用于抵押、质押和留置。

(二) 担保物权与时效

(1) 主债权诉讼时效期间届满, 抵押权人主张行使抵押权的, 人民法院不予支持。

(2) 主债权诉讼时效期间届满前, 债权人仅对债务人提起诉讼, 经人民法院判决或者调解后, 未在民事诉讼法规定的申请执行时效期间内对债务人申请强制执行, 其向抵押人主张行使抵押权的, 人民法院不予支持。

(三) 担保物权实现的方式

1. 抵押权的实现方式

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。

(1) 一般情况下, 抵押财产折价或者拍卖、变卖后, 直接以所得价款清偿债务。

① 若价款超过债权数额, 剩余部分归抵押人所有;

② 若价款不足债权数额, 债务人负继续清偿义务, 只不过债权人的剩余债权就债务人的其他财产不再享有优先受偿权(即剩余债权成为普通债权)。

(2) 抵押财产折价或者变卖的,应当参照市场价格。协议损害其他债权人利益的,其他债权人可以自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内请求人民法院撤销该协议。

(3) 抵押权人与抵押人未就抵押权实现方式达成协议的,抵押权人可以请求人民法院拍卖、变卖抵押财产。

2. 质权、留置权的实现方式

(1) 质权、留置权的实现方式与抵押权的实现方式大致相同,例如:

① 均可采取折价、拍卖、变卖等方式;

② 在拍卖、变卖中均须参照市场价格,其价款超过债权数额的部分归出质人所有,不足部分由债务人清偿。

(2) 其不同之处在于:

① 对于质权、留置权的行使,出质人、债务人有“催促”权利人实现担保物权的权利。请回忆一下“亲妈”和“后妈”的比喻。

② 就留置权而言,并非债务人违约之后债权人即可实现留置权,债权人须留给债务人实现债务的期限。

(四) 抵押权实现的限制

三类担保物权中,仅抵押权可以设定于不动产之上。对于不动产抵押,以下权利优先于抵押权。

(1) 拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款,应先依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额,抵押权人可主张剩余价款的优先受偿权。

(2) 建筑工程承包人工程价款的优先受偿权优于抵押权和其他债权。

五、担保物权的消灭(★)

有下列情形之一的,担保物权消灭:

(1) 主债权消灭;

(2) 担保物权实现;

(3) 债权人放弃担保物权;

(4) 法律规定担保物权消灭的其他情形。

其中,“法律规定担保物权消灭的其他情形”包括:

(1) 对质权而言,质权人丧失质押物的占有亦可导致质权消灭。

(2) 对留置权而言,留置权人对留置财产丧失占有,或者债务人另行提供担保并被留置权人接受的,留置权消灭。

六、最高额担保(★)

根据《民法典》,最高额担保(最高额保证、最高额抵押、最高额质押)原则上都适用最高额抵押的规则。

最高额抵押,是指为担保债务的履行,债务人或者第三人对一定期间内将要连续发生的债权提供担保财产的,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,抵押权人有权在最高债权额限度内就该担保财产优先受偿。

【典例研习·3-37】

甲公司与乙银行签署《综合授信合同》,约定,在2021年1月1日至2021年12月31日期间,乙银行向甲公司提供1亿元的授信额度。在该额度内,甲公司可以向乙

银行申请流动资金贷款、票据承兑等业务。

为了清偿上述《综合授信合同》项下产生的债务，甲公司与乙银行签署《最高额保证合同》《最高额抵押合同》。其中，《最高额抵押合同》约定，甲公司将其3处厂房抵押给乙银行。

截至2021年12月31日，上述《综合授信合同》项下仅发生3笔流动资金贷款，累计余额8 000万元。因此，上述《最高额抵押合同》项下主债权的金额确定为8 000万元及相应利息。

（一）主债权的确定

（1）有下列情形之一的，抵押权人的债权确定：

- ①约定的债权确定期间届满；
- ②没有约定债权确定期间或者约定不明确，抵押权人或者抵押人自最高额抵押权设立之日起满2年后请求确定债权；
- ③新的债权不可能发生；
- ④抵押权人知道或者应当知道抵押财产被查封、扣押；
- ⑤债务人、抵押人被宣告破产或者解散；
- ⑥法律规定债权确定的其他情形。

（2）最高额抵押权设立前已经存在的债权，经当事人同意，可以转入最高额抵押担保的债权范围。

（二）主债权的转让与变更

最高额抵押担保的债权确定前：

（1）部分债权转让的，最高额抵押权不得转让，但是当事人另有约定的除外。

（2）抵押权人与抵押人可以通过协议变更债权确定的期间、债权范围以及最高债权额。但是，变更的内容不得对其他抵押权人产生不利影响。

冲关地图

📖：要听懂
!!!：你得背
√+×÷：你得算
🔗：有空看

第三章 物权法律制度



第四章 合同法律制度

学习提要

考几分？

本章属于重点章节，近三年平均每年考查6题，分值合计12分左右。其中，2021年考查8道题，共16分；2020年考查9道题，共18分；2019年考查1道题，共1分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值仍然维持在17分左右。

怎么考？

本章内容在客观题、主观题中均有考查，且近年来考查的广度和深度都有所提升。

(1) 客观题中合同的订立、合同履行的抗辩权、定金、抵销、提存、赠与合同、建设工程合同是相对高频的考点。

(2) 主观题中，租赁合同、买卖合同、合同的担保、法定解除权是比较突出的高频考点。其中，合同的担保不仅包括本章涉及的保证、定金，还有前一章涉及的担保物权，甚至可能延伸到公司法律制度当中上市公司对外提供担保的相关内容，具有较高难度。

怎么学？

本章属于较难的章节，但知识易理解，记忆压力也较小。合同法总则重理解，分则重记忆。

本章中，学习难度较大的是合同的订立、履行以及担保，请务必仔细揣摩书中例题。为便于理解，在介绍合同法分则内容时对各类合同时进行了梳理和分类：

(1) 买卖合同、租赁合同重要性最高且单独成节。学习中需掌握所有规则。

(2) 借款合同、融资租赁合同均具有融资性质，故将二者合编为一节。学习中需在理解的基础上记忆高频考查的规则。

(3) 承揽合同、委托合同、建设工程合同之间存在联系，故三者合编为一节。需注意建设工程合同偶尔会考查主观题。

(4) 其余合同在本章最后一节中介绍，其中，赠与合同的重要性较高，行纪合同、运输合同次之。三者均主要考查客观题。

考点精讲

第一节 合同的基本理论

一、合同的概念和适用范围

合同是民事主体之间设立、变更、终止民事法律关系的协议。需注意：

- (1) 在政府采购的时候，双方的法律地位是平等的，也适用合同法。
- (2) 婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用有关该身份关系的法律规定；没有规定的，可以根据其性质参照适用《民法典》合同编的规定。

二、合同的分类(★)

(一) 有名合同与无名合同

1. 有名合同

(1) 有名合同是立法上规定了确定名称与规则的典型合同（《民法典》即采用了“典型合同”的说法），如《民法典》合同编分则规定的买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同等。

(2) 有名合同可直接适用《民法典》合同编分则中的具体规定。

2. 无名合同

(1) 无名合同是非典型合同，立法上未确定名称与规则。

(2) 无名合同只能适用《民法典》总则中的一般规定，或参照其他法律中最类似的规定执行。

(二) 单务合同与双务合同

依据合同当事人是否互相负有对价义务为标准。

(1) 单务合同：仅一方当事人承担义务的合同，如赠与合同、保证合同。（赠与合同虽然是单务合同，但属于双方法律行为。）

(2) 双务合同：双方当事人互负对价义务的合同，如买卖合同、承揽合同、租赁合同。

(三) 诺成合同与实践合同

(1) 诺成合同：当事人意思表示一致即可认定合同成立的合同。合同法上的大多数合同属于此类合同。

(2) 实践合同：

① 实践合同的成立需要满足以下两个条件：a. 意思表示一致；b. 实际交付标的物或其他现实给付行为。

② 常见的实践合同，如保管合同、定金合同、自然人之间的借款合同。

三、合同的相对性(★)

与物权法律关系中物权的绝对性相对应，合同法律关系具有相对性特征。

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权利义务关系，当事人

只能基于合同向另一方当事人提出请求或提起诉讼，不能向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（2015年案例分析题）。

【典例研习·4-1】

张三手里提着一袋桃子路过某水果摊，看见摊上的苹果鲜艳可爱，就向水果摊老板李四提出买1斤苹果。双方谈好价格为10元，张三向李四付完10元钱之后，恰好王五走过。

（1）张三与李四之间存在合同法律关系，张三只能请求李四向其交付1斤苹果，无权请求路过的王五向自己交付苹果。这是合同关系相对性的体现。

（2）张三对于自己已经拥有的桃子享有物权，此时，李四、王五以及除了张三之外的其他任何人都不能侵犯张三的物权，例如，不得抢夺张三的桃子。

第二节 合同的订立

合同订立的主要方式是要约和承诺，要约和承诺分别是不同主体就同一事项发出的意思表示，当二者达成一致，可以导致合同的成立。

【典例研习·4-2】

所谓“合同”，通俗地说，就是两个人对某件事“说好”了，不见得必须采用书面形式。

比如，张三对李四说：“这支笔送我吧。”李四说：“好的。”至此，两人之间就“说好”了：李四应该送张三这支笔。转换成法律语言就是，张三和李四之间就这支笔成立了赠与合同。

既然两个人要“说好”，肯定双方都要说话。你一言、我一语，俩人才能“说好”。本例中，张三先说的“这支笔送我吧”，在法律上叫做“要约”；李四回复的“好的”，在法律上叫做“承诺”。顾名思义，李四的“承诺”表示其同意送张三这支笔。

一、要约（★）

要约指希望和他人订立合同的意思表示，其内容应当具体确定，含有当事人名称、姓名、标的、数量、价格等基本信息。

要约与承诺均属于“意思表示”，意思表示生效的规则请见第二章“基本民事法律制度”中有关意思表示的内容。以下重点介绍要约的撤回、撤销与失效，并介绍“要约邀请”这一概念。

（一）要约的撤回与撤销

要约既可以撤回，也可以撤销。二者的区别如下：

1. 要约撤回与撤销的时机不同

原则上，要约人发出要约后，要约在达到受要约人时生效。以此为“分界线”：

（1）要约生效之前，可以撤回。因此，撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前到达受要约人，或者与要约同时到达受要约人。

（2）要约生效之后，可以撤销。因此，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。视撤销要约的意思表示是否以对话方式作出，法律进一步规定：

①撤销要约的意思表示以对话方式作出的，该意思表示的内容应当在受要约人作出承诺之前为受要约人所知道；

②撤销要约的意思表示以非对话方式作出的，应在受要约人作出承诺之前到达受要约人。

2. 要约的撤销受到更多的限制

由于要约的撤销以要约生效为前提，接受要约方可能已经作出了相应的准备。从诚信角度出发，要约的撤销受到更多限制。具体而言，下列情形下要约不得撤销：

- (1) 要约人确定了承诺期限的；
- (2) 要约人以其他形式明示要约不可撤销的；
- (3) 受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作。

(二) 要约的失效

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。

(三) 要约邀请

要约邀请是希望他人向自己发出要约的表示。拍卖公告、招标公告、招股说明书、债券募集办法、基金招募说明书、商业广告和宣传、寄送的价目表等，均为要约邀请。

提示：教材认为，“悬赏公告”属于要约。

【典例研习·4-3】

水果摊老板李四大声叫卖：“卖苹果嘞！又大又甜的苹果！”张三听闻，问李四：“你这苹果多少钱一斤？”李四说：“5块钱一斤。”张三说：“给我来2斤。”李四说：“好嘞。”

本例中，李四说的“卖苹果嘞！又大又甜的苹果”就是要约邀请。张三说的“给我来2斤”是要约，李四说的“好嘞”是承诺。

本例涉及的法律关系是买卖合同法律关系，从常理可知，对于一笔买卖来说，最关键、最基本的信息无非是“买什么”“买多少”“多少钱”——这就是足以使买卖合同成立的主要信息。“要约邀请”与“要约”的区别就在于是否完整体现出使买卖合同成立的主要信息。

(1) “卖苹果嘞！又大又甜的苹果！”最多只能让双方知道“买什么”——买苹果；至于“买多少”“多少钱”，并不清楚。因此，这句话不构成要约。它只是表达出李四希望他人向其买苹果的想法。

(2) “给我来2斤。”在李四答复张三的询价之后由张三说出，此时，双方已经知道“买多少”（2斤）、“多少钱”（10元钱）。至此，买卖合同的主要信息已经清楚。因此，这句话构成要约。

实践中，部分商业广告的内容符合要约的规定，可以视为要约。

例如，商品房的销售广告和宣传资料中，出卖人就商品房开发规划范围内的房屋及

相关设施所作的说明和允诺具体确定，并对商品房买卖合同的订立以及房屋价格的确定有重大影响的，应当视为要约。这意味着：该说明和允诺即使未载入商品房买卖合同，亦应当视为合同内容；当事人违反的，应当承担违约责任。

提示：上述“房屋及相关设施所作的说明和允诺具体确定”主要指买房送礼品、购房按揭打折、地暖、宽带入户、小区湖景、中心绿地、学区房、地铁房等内容，实践中多有发生。

二、承诺（★★）

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当由受要约人向要约人作出，并在要约确定的期限内到达要约人。

（一）承诺的期限

承诺期限届满，受要约人未作出承诺的，要约失效。因此，承诺应当在法定的期限之内到达要约人，才能使合同成立。该期限称为“承诺的期限”，其长度和起点适用以下规则。

1. 期限长度

（1）要约如果载明了承诺的期限，承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。

（2）要约没有确定承诺期限的，承诺应当依照下列规定到达：

- ① 要约以对话方式作出的，应当即时作出承诺；
- ② 要约以非对话方式作出的，承诺应当在合理期限内到达。

2. 期限起点

（1）要约以电话、传真、电子邮件等快速通讯方式作出的，承诺期限自要约到达受要约人时开始计算。

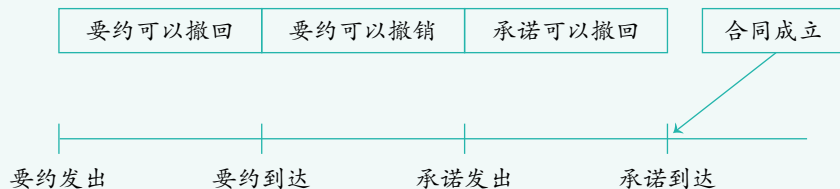
（2）要约以信件或者电报作出的：承诺期限自信件载明的日期或者电报交发之日开始计算；信件未载明日期的，自投寄该信件的邮戳日期开始计算。

（二）承诺的撤回

承诺也属于意思表示，原则上，自到达要约人时生效。承诺生效后，合同即成立。因此，承诺只可以“撤回”，不可以“撤销”。

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，即在承诺生效前到达要约人。

要约的撤回、撤销，承诺的撤回相关时机可通过下表进行梳理：



原理详解

（三）承诺与新要约的区分

如果受要约人回复了要约，但要约已经失效，则受要约人的回复无法构成承诺，只能构成新的要约。具体而言，两种情况下须区别承诺与新要约。

1. 受要约人的回复“来晚了”

此时，应区分受要约人的回复“来晚了”是因为什么原因。

(1) “怪受要约人”——以构成新要约为原则，以构成承诺为例外。(迟延)

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。

(2) “怪别人”——以构成承诺为原则，以构成新要约为例外。(迟到)

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，该承诺有效；要约人及时通知受要约人因承诺超过期限不接受该承诺的除外。

【典例研习·4-4】(2012年单项选择题)

2011年4月24日，甲向乙发出函件称：“本人欲以每吨5 000元的价格出售螺纹钢100吨。如欲购买，请于5月10日前让本人知悉。”乙于4月27日收到甲的函件，并于次日回函表示愿意购买。但由于邮局投递错误，乙的回函于5月11日方到达甲处。因已超过5月10日的最后期限，甲未再理会乙，而将钢材径售他人。乙要求甲履行钢材买卖合同。根据合同法律制度的规定，下列表述中，正确的是()。

- A. 甲、乙之间的合同未成立，甲对乙不承担任何责任
- B. 甲、乙之间的合同未成立，但乙有权要求甲赔偿信赖利益损失
- C. 甲、乙之间的合同成立但未生效，甲有权以承诺迟到为由撤销要约
- D. 甲、乙之间的合同成立且已生效，乙有权要求甲履行合同

斯尔解析 本题考查受要约人的回复“来晚了”，而且“怪别人”的后果。

题干中暗含了一条信息：既然在投错的情况下，乙的回函都能在5月11日到达甲处，则正常情况下，乙的回函应该可以在5月10日前到达甲处。以此为前提，受要约人乙及时发出承诺的回函，按照通常情形能够及时到达要约人，但是因其他原因(邮局投递错误)致使承诺到达要约人时超过承诺期限，该承诺有效。

承诺有效，则导致买卖合同成立；对于一般的合同，成立即生效；由于买卖合同生效，乙有权要求甲履行合同。

2. 受要约人的回复与要约内容不一致

原则上，受要约人的回复应和要约一致，才能认为双方“说好了”。但实际上，受要约人的回复无须和要约完全一致。此时，应区分这种差异是否对要约内容进行实质性变更。

(1) 承诺对要约内容进行了实质性变更的，为新要约；原要约相应失效(2020年案例分析题)。

提示：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内容的变更，是对要约内容的实质性变更。

(2) 承诺对要约的内容作出非实质性变更的，除要约人及时表示反对或者要约表明承诺不得对要约的内容作出任何变更的以外，该承诺有效，合同的内容以承诺的内容为准。

【典例研习·4-5】(2016年单项选择题)

根据合同法律制度的规定，下列情形中，构成有效承诺的是()。

A. 受要约人向要约人发出承诺函后，随即又发出一封函件表示收回承诺，两封函件同时到达要约人

【典例研习】答案：

4-4：D


4-5：D

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

B.受要约人向要约人回函表示：“若价格下调5%，我司即与贵司订立合同”

C.受要约人发出表示承诺的函件时已超过要约人规定的承诺期限，要约人收到后未作任何表示

D.受要约人在承诺期内发出承诺，正常情形下可如期到达要约人，但因连日暴雨致道路冲毁，承诺通知到达要约人时已超过承诺期限，要约人收到承诺通知后未作任何表示

 **斯尔解析** 本题考查新要约与承诺的区分，具有一定的综合性。

(1) 选项A中，受要约人发出的承诺与撤回承诺（即撤回承诺）的函件同时到达要约人，发生承诺撤回的效果，该承诺不再有效。

(2) 选项B中，受要约人发出的回函对要约进行了实质性变更（价格的变更），因此原要约失效，受要约人发出的意思表示成为新的要约，而不再构成有效承诺。

(3) 选项C中，受要约人迟延发出承诺（怪受要约人），因此以构成新要约为原则，以构成有效承诺为例外。既然要约人收到迟延发出的承诺之后未作表示，则该回复不构成有效承诺。

(4) 选项D中，受要约人的承诺迟到（怪别人），因此以构成有效承诺为原则，以构成新要约为例外。即使要约人未作表示，也应认为该承诺有效。

三、合同的成立（★）

（一）合同成立的时间

承诺生效时合同成立，这是大部分合同成立的时间标准。此外，民法对于特殊情况下合同的成立进一步作出规定：

(1) 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。如当事人未同时在合同书上签名、盖章或者按指印，则以当事人中最后一方签名、盖章或者按指印的时间为合同的成立时间。

(2) 事实合同。

①（对于合同书）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，对方接受的，该合同成立。

②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，对方接受的，该合同成立。

【典例研习·4-6】

甲公司向乙公司采购原材料，甲公司在买卖合同上盖完公章，还没寄给乙公司，乙公司已经把货发来了。此时，乙公司已经履行了买卖合同项下的主要义务（“发货”），如果甲公司收货，则该买卖合同成立。甲公司应根据买卖合同付款。

(3) 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。

（二）合同成立的地点

承诺生效的地点为合同成立的地点，这是大部分合同成立的地点标准。此外，还需注意以下特殊规则：

(1) 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。

(2) 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。

(3) 采用书面形式订立合同,合同约定的签订地与实际签字或者盖章地点不符的,约定的签订地为合同签订地。

四、合同的生效

合同的生效适用民事法律行为生效的规则,而且也存在无效、可撤销、效力待定等效力瑕疵的情况。对此,第二章“基本民事法律制度”已有介绍。在此,须特别介绍涉及批准手续的合同。

(1) 依照法律、行政法规的规定,合同应当办理批准等手续的,依照其规定。

(2) 未办理批准等手续影响合同生效的,不影响合同中履行报批等义务条款以及相关条款的效力。应当办理申请批准等手续的当事人未履行义务的,对方可以请求其承担违反该义务的责任。

五、格式条款与免责条款的效力(★)

(一) 格式条款

格式条款是指,一方当事人为了订立合同重复使用而单方预先拟定,并在订立合同时不允许对方协商变更的条款。例如在银行办理开户业务、在营业厅办理手机套餐,双方一般都使用格式合同。

由于格式条款是由一方当事人事先拟定,且在合同谈判中不容对方协商修改,条款内容难免有不公平之处,所以法律对格式条款的效力及解释有特别规定,以保证接受格式合同方的合法权益。

1. 格式条款提供方的提示义务

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。

提供格式条款一方对已尽合理提示及说明义务承担举证责任。

2. 导致格式条款无效的事由

(1) 一般性地导致法律行为无效的事由(在第二章“基本民事法律制度”中已经介绍);

(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。

3. 格式条款的解释

(1) 对格式条款的理解发生争议的,应当按照字面含义及通常理解予以解释。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。

(2) 格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

(二) 免责条款

基于合同自由原则,对双方当事人自愿订立的免责条款,法律原则上不加干涉。但合同中的下列免责条款无效:(1)造成对方人身伤害的;(2)因故意或者重大过失造成对方财产损失的。

提示:因故意、重大过失、一般过失造成人身伤害的免责条款均无效。

六、缔约过失责任（★）

（一）适用缔约过失责任的情形

当事人在订立合同过程中有下列情形之一，给对方造成损失的，属于缔约过失，应当承担损害赔偿责任：

- （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）当事人泄露或者不正当地使用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；
- （4）有其他违背诚实信用原则的行为。

【典例研习·4-7】

甲公司与乙公司为竞争对手，乙公司意图收购丙公司来扩张业务线。甲公司虽无意愿与乙公司收购丙公司，但向丙公司提出更优厚的收购条件，意在扰乱乙公司的收购。此时甲公司属于恶意与丙公司进行磋商，甲公司应当对丙公司承担缔约过失责任。


（二）缔约过失责任与违约责任的区别

责任类型	责任产生的时间	适用情况	赔偿范围
缔约过失责任	合同成立之前	合同未成立、未生效、被撤销或者无效	信赖利益损失
违约责任	合同生效之后	合同有效	可期待利益损失

【典例研习·4-8】（2018年单项选择题）

根据合同法律制度的规定，下列各项中，应当承担缔约过失责任的是（ ）。

- A. 丙未按时履行支付租金的义务
- B. 丁驾驶机动车违反交通规则撞伤行人
- C. 甲假借订立合同，恶意与乙进行磋商
- D. 戊辞职后违反竞业禁止约定从事同业竞争

 **斯尔解析** 本题考查缔约过失与违约责任的区分。

（1）丙负有支付租金的义务，可知合同已经生效。此时，丙未支付租金，应承担违约责任。因此选项A不应选。

（2）丁因违法侵害他人生命安全而应承担侵权责任，但该责任系由丁的侵权行为引起。无论缔约过失还是违约责任，都是就法律行为（合同）而言的，选项B并不涉及法律行为，因此也不涉及缔约过失。因此选项B不应选。

（3）该选项的表述属于法条列举的引起缔约过失的事由，引起缔约过失责任。因此选项C应选。

（4）“竞业禁止”义务受《劳动法》认可，但应当由劳动者与用人单位通过劳动合同或相关文件达成协议方可有效。就其履行而言，可以延续至劳动者离职后。因此，戊即使离职，其违反竞业禁止义务的行为依然是违约行为，引起违约责任，而非缔约过失责任。因此选项D不应选。

第三节 合同的履行

一、合同的履行规则（★）

（一）约定不明时的履行规则


合同生效后，当事人就以下事项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。依照上述规则仍不能确定的，依照下列规则确定：

事项	规则
质量要求 (2017年案例分析题)	(1) 按照强制性国家标准履行； (2) 没有强制性国家标准的，按照推荐性国家标准履行； (3) 没有推荐性国家标准的，按照行业标准履行； (4) 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
价款报酬	(1) 按照订立合同时履行地的市场价格履行； (2) 依法应当执行政府定价或者政府指导价的，按照规定履行
履行地点	(1) 给付货币的，在接受货币一方（通常是卖方）所在地履行； (2) 交付不动产的，在不动产所在地履行； (3) 其他标的在履行义务一方所在地履行
履行期限	债务人可以随时履行，债权人也可以随时请求履行，但应当给对方必要的准备时间
履行方式	按照有利于实现合同目的的方式履行
履行费用	(1) 由履行义务一方负担； (2) 因债权人原因增加的履行费用，由债权人负担

【典例研习·4-9】（2014年单项选择题）

甲、乙两公司的住所地分别位于北京和海口。甲向乙购买一批海南产香蕉，3个月后交货。但合同对于履行地点和价款均无明确约定，双方也未能就有关内容达成补充协议，依照合同其他条款及交易习惯也无法确定。根据合同法律制度的规定，下列关于合同履行价格的表述中，正确的是（ ）。

- A. 按合同订立时海口的市场价格履行
- B. 按合同订立时北京的市场价格履行
- C. 按合同履行时海口的市场价格履行
- D. 按合同履行时北京的市场价格履行

 **斯尔解析** 本题考查合同约定不明时的履行规则，具有一定综合性。

题目中的合同对于履行地点和价格均无明确约定，也未能达成补充协议，依合同相关条款和交易习惯无法明确，故应参照合同约定不明时的履行规则确定履行地点和价格。

【典例研习】答案：

4-9：A

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

甲、乙订立的为买卖合同，涉及货币的交付，因此接受货币一方（卖方）所在地（海口）应视为合同履行地。在此基础上，该合同价款亦未明确，应以订立合同时履行地（海口）的市场价格履行。故选项A所述正确。

（二）电子合同及其履行（★）

1. 电子合同的成立

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。

2. 电子合同的履行

交付内容	履行规则
实物	通过互联网等信息网络订立的电子合同的标的为交付商品并采用快递物流方式交付的，收货人的签收时间为交付时间
服务	（1）电子合同的标的为提供服务的，生成的电子凭证或者实物凭证中载明的时间为提供服务时间； （2）前述凭证没有载明时间或者载明时间与实际提供服务时间不一致的，以实际提供服务的时间为准
软件	电子合同的标的物为采用在线传输方式交付的，合同标的物进入对方当事人指定的特定系统且能够检索识别的时间为交付时间

（三）中止履行、提前履行与部分履行

1. 中止履行

债权人分立、合并或者变更住所没有通知债务人，致使履行债务发生困难的，债务人可以中止履行或者将标的物提存。

2. 提前履行

（1）债权人可以拒绝债务人提前履行债务，但提前履行不损害债权人利益的除外。债务人提前履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

（2）提前履行是借款人的一项权利，因此，属于提前履行规则的例外。

3. 部分履行

债权人可以拒绝债务人部分履行债务，但部分履行不损害债权人利益的除外。债务人部分履行债务给债权人增加的费用，由债务人负担。

二、双务合同履行中的抗辩权（★★）

（一）同时履行抗辩权

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，有拒绝对方请求自己履行合同的权利。

提示：当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。

【典例研习·4-10】

假设甲向乙买设备，没约定先交钱还是先交货。双方订立买卖合同后，乙先向甲要钱，甲说：“凭什么？你东西都没给我呢！”

本例中，双方未约定履行先后，甲拒绝履行付款义务属于行使同时履行抗辩权的行为。


（二）先履行抗辩权

双务合同中应当先履行义务的一方当事人（以下简称“先履行方”）未履行时，对方当事人（即应当后履行义务的当事人，以下简称“后履行方”）有拒绝对方请求履行的权利（2021年案例分析题）。

【典例研习·4-11】

甲、乙双方签订买卖合同，约定甲支付货款一周后乙交付货物。甲未在约定日期付款，却请求乙交货。根据合同法律制度的规定，对于甲的请求，乙可行使的抗辩权是（ ）。

- A.不安抗辩权
- B.先诉抗辩权
- C.同时履行抗辩权
- D.先履行抗辩权

 **斯尔解析** 本题考查合同履行抗辩权的辨析。甲乙双方之间订立买卖合同，且明确约定履行的先后顺序（先钱后货）。在此前提下，作为“先履行方”的甲在其自己尚未履行在先义务的时候就要求“后履行方”乙履行，乙因此可以行使先履行抗辩权。

（三）不安抗辩权

双务合同中应先履行义务的一方当事人有确切证据证明相对人财产明显减少或缺信用，不能保证对待给付时，有暂时中止履行合同的权力（2017年案例分析题）。

1.先履行方行使不安抗辩权的事由

应当先履行债务的当事人有确切证据（例如法院判决）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。

提示：主张不安抗辩权的当事人如果没有确切证据中止履行的，则应当承担违约责任。

2.不安抗辩权的行使方式

- （1）“一停”：当事人行使不安抗辩权中止履行的，应当及时通知对方。
- （2）“二看”：中止履行后：

①对方（后履行方）提供适当担保时，（先履行方）应当恢复履行（2017年案例分析题）。

②对方（后履行方）在合理期限内未恢复履行能力并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（先履行方）可以解除合同并可以请求对方承担违约责任。

【典例研习·4-12】（2017年案例分析题改编）

甲公司与乙公司签订自行车买卖合同，约定甲公司于1月1日、2月1日各付款50万元，同时约定乙公司于1月10日、2月10日各交付500辆自行车。1月1日，甲公司依约付款。1月10日，乙公司依约交付自行车。

1月31日，甲公司了解到乙公司经营状况严重恶化，可能没有能力继续履行合同，并取得了相关证据，遂告知乙暂不履行合同，并要求乙在15天内提供具有足够

履约能力的保证。乙未予理睬。15天后，甲通知乙公司解除尚未交付的500辆自行车的买卖合同。

此例中，甲公司取得证据证明乙公司经营状况严重恶化，可以行使不安抗辩权，中止履行合同。甲公司中止履行合同的情况不视为违约。

命题角度：合同履行抗辩权的辨识及其法律效果的判断。

所谓“抗辩权”，其实就是“挡一挡”。我承认你有权利找我要钱或者要东西，但是因为存在法定的理由，我“挡一挡”你，暂时不把钱或者东西给你，就是在行使“抗辩权”。

为了高效答对相关题目，请通过下表梳理思路：

抗辩权类型	约定的履行顺序	谁挡谁	效果如何	
			第一步	第二步
同时履行抗辩权	(1) 没约定履行顺序； (2) 约定同时履行	双方均可		对方履行时，行使抗辩权方同时履行
先履行抗辩权	约定履行的先后顺序	后履行方挡先履行方	行使抗辩权方暂不履行	先履行方履行后，后履行方恢复履行
不安抗辩权		先履行方挡后履行方（以法定事由为前提）		(1) 后履行方恢复履行能力或提供担保→先履行方恢复履行； (2) 否则→先履行方可解除合同并主张违约责任

解题高手

三、合同的保全——代位权、撤销权（★★）

为了保护一般债权人不因债务人的财产不当减少而受损害，允许债权人干预债务人处分自己财产行为的法律制度。

（一）代位权——债权人直接“吃饱”

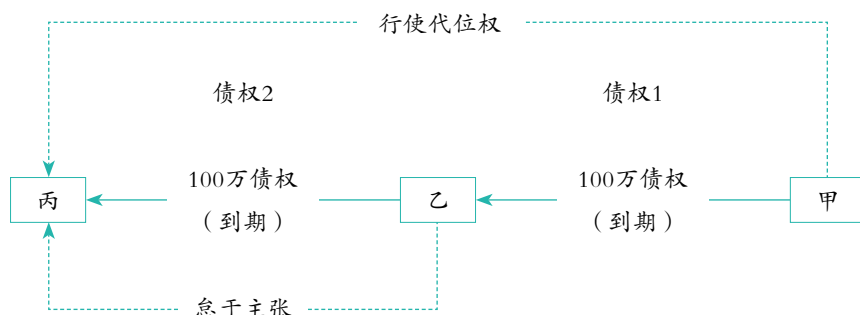
代位权指债务人怠于行使其对第三人（次债务人）享有的到期债权或者与该债权有关的从权利，危及债权人债权实现时，债权人为保障自己的债权，可以自己的名义代位行使债务人对相对人的权利。

【典例研习·4-13】

乙欠甲100万元，债务已到期（甲的债权以下简称“债权1”）；丙欠乙100万元，债务已到期（乙的债权以下简称“债权2”）。

乙怠于行使对丙的债权，也始终不对甲履行债务。甲为保障自己债权的实现，可以以自己名义对丙代位行使债权。

此例中，甲为债权人，乙为债务人，丙为次债务人。为便于理解，请参考以下图示：



1.代位权行使条件

(1) 债权人对债务人的债权（债权1）合法，不属于“赌债”等违法情况。

(2) 债务人怠于行使其到期债权（债权2）或者与该债权有关的从权利，影响债权人的到期债权实现。在认定时应注意：

① 债务人的懈怠行为是指债务人不以诉讼方式或者仲裁方式向次债务人主张其享有的债权或者与该债权有关的从权利。

② 如果债务人以书面或者口头方式催促次债务人履行债务（如狂打电话、狂发微信，甚至威逼利诱），但没有就此提起诉讼或者申请仲裁，仍然构成懈怠。

(3) 债务人对次债务人的债权（债权2）已到期，债权人对债务人的债权（债权1）原则上应到期。

提示：

债权人的债权到期前，如果债务人的债权存在风险，债权人可以行使类似代位权的权利，例如：

① 债务人的债权（或者与该债权有关的从权利）诉讼时效期间即将届满，影响债权人的债权实现的，债权人可以向次债务人请求其向债务人履行，从而达到诉讼时效中断的效果。

② 次债务人破产，债务人未及时申报破产债权，影响债权人的债权实现的，债权人可以代位向破产管理人申报。

(4) 债务人的债权（债权2）不是专属于债务人自身的债权。所谓“专属于债务人自身的债权”主要包括：

① 基于扶养关系、抚养关系、赡养关系、继承关系产生的给付请求权；

② 劳动报酬、退休金、养老金、抚恤金、安置费；


③ 人寿保险、人身损害赔偿请求权等权利。

提示：债权人的债权（债权1）不受是否专属于债权人自身的限制。

【典例研习·4-14】（2015年单项选择题）

甲对乙的债务清偿期已届满却未履行，乙欲就甲对他人享有的债权提起代位权诉讼。根据合同法律制度的规定，甲享有的下列债权中，乙可代位行使的是（ ）。

- A.抚恤金请求权 B.劳动报酬请求权
C.人身损害赔偿请求权 D.财产损害赔偿请求权

 **斯尔解析** 本题考查可以代位行使的权利类型。选项ABC均属于专属于债权人自身债权，不得代位行使。因此，本题应选择选项D。

2.代位权诉讼

债权人应以自己的名义通过诉讼方式行使代位权。在诉讼中，债权人是原告，次债务人是被告，债务人为诉讼上的第三人。

（1）在代位权诉讼中，如果债权人胜诉，由次债务人承担诉讼费用，且从实现的债权中优先支付。

（2）在代位权诉讼中，次债务人对债务人的抗辩，可以向债权人主张。

例如，【典例研习·4-13】中，如果债权2并没有到期，则次债务人丙可以向债务人乙抗辩；此时，如果甲向丙行使代位权，丙也可以债权并未到期为由向甲抗辩。

3.代位权行使的法律效果

（1）代位权的行使范围以债权人的到期债权为限。

（2）债权人行使代位权的必要费用，由债务人负担。

（3）人民法院认定代位权成立的，由债务人的相对人向债权人履行义务，债权人接受履行后，债权人与债务人、债务人与相对人之间相应的权利义务终止。

例如，【典例研习·4-13】中，如果甲最终通过行使代位权获得清偿的金额为90万元，则乙和丙之间、甲和乙之间的债权金额分别减少90万元。

（二）撤销权——把债务人“养肥”，以后再吃

合同履行环节，债权人的撤销权指债务人实施了减少财产的行为，危及债权人债权实现时，债权人为了保障自己的债权，请求人民法院撤销债务人处分行为的权利。

【典例研习·4-15】

乙欠甲100万元，乙声称没有偿还能力，而后将自己市价100万元的机器设备无偿赠送给丙。此时，乙的行为属于减少财产的处分行为，有害于甲对乙债权的实现，甲可以请求人民法院撤销债务人乙的处分行为。本例中，丙称为“相对人”或者“第三人”。

1.撤销权的行使条件

（1）债权人对债务人存在有效债权（可以到期也可以不到期）。

（2）债务人实施了减少财产的处分行为，包括：

①放弃债权、放弃债权担保或者恶意延长到期债权的履行期，影响债权人的债权实现；

②无偿转让财产，影响债权人的债权实现；

③以明显不合理的低价转让财产或者以明显不合理的高价受让他人财产或者为他人的债务提供担保，影响债权人的债权实现，并且相对人知道或者应当知道该情形。

提示：转让价格达不到交易时交易地的指导价或者市场交易价70%的，一般可以视为明显不合理的低价；对转让价格高于当地指导价或者市场交易价30%的，一般可以视为明显不合理的高价。

精准答疑

问题：债权人可以撤销的行为是否以相对人恶意为必要？

解答：原则上，相对人“白捡便宜”的行为，债权人均可撤销；相对人“有所代价”（即使是不公平的代价）的行为，只有在相对人恶意时债权人才可撤销。具体而言：

行为类型	行为列举	相对人善意与否的效果
相对人白捡便宜	(1) 债务人放弃债权； (2) 债务人放弃债权担保； (3) 债务人恶意延长到期债权的履行期 债务人无偿转让财产	无论相对人善意与否（即对债务人“欠债不还”是否知情），债权人均可撤销
相对人有所代价	(1) 债务人以明显不合理的低价转让财产； (2) 债务人以明显不合理的高价受让他人财产 债务人为他人的债务提供担保。 提示：此时，相对人（即接受担保的人）付出的“代价”是债权可能无法收回的风险	只有在相对人恶意（即对债务人“欠债不还”知情）的前提下，债权人才可以撤销

(3) 债务人的处分行为有害于债权人债权的实现。

(4) 债权人在法定期限内主张撤销权。具体而言：

①撤销权应当自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。

②自债务人的行为发生之日起5年内没有行使撤销权的，该撤销权消灭。

精准答疑

问题：这里的撤销权和“法律行为可撤销”中的撤销权有何异同？

解答：二者的相同之处在于都属于形成权，均适用“除斥期间”。由于导致法律行为可撤销的原因较多，其除斥期间的起算时间、期间长度更为多样，具体请见第二章“基本民事法律制度”的第二节“民事法律行为”。二者的主要差异在于：

(1) 债权人撤销的是自己与债务人之间的合同，还是债务人与其他人的合同。

【典例研习·4-15】中，债权人甲撤销的是债务人乙和第三人丙之间的合同；假设乙欺骗甲，致使甲与乙订立合同，则甲作为被欺诈方可以撤销的是甲与乙之间的合同。

(2) 导致撤销权的事由发生在合同成立前还是合同成立后。

【典例研习·4-15】中，导致债权人享有撤销权的事由发生在合同成立后，具体而言，是发生在甲乙之间合同的履行环节；假设乙欺骗甲，致使甲与乙订立合同，导致该合同可撤销的事由（即“乙欺骗甲”）发生在合同成立前。

2. 撤销权诉讼

债权人应以自己的名义通过诉讼行使撤销权。在诉讼中，债权人为原告，债务人为被告，受益人或者受让人为诉讼上的第三人。

债权人行使撤销权所支付的律师代理费、差旅费等必要费用由债务人负担。

3. 撤销权行使的法律效果

(1) 一旦人民法院撤销债务人影响债权人的债权实现的行为，债务人的处分行为即归于无效（自始无效）。债务人的处分行为无效的法律后果是双方返还，即受益人应当返还从债务人获得的财产。

(2) 撤销权行使的目的是恢复债务人的责任财产，债权人就撤销权行使的结果并无优先受偿权利。

命题角度：债权人代位权、撤销权的行使方式。

债权人代位权、撤销权的行使方式易在客观题中考查，梳理见下表：

事项	代位权	撤销权
行使方式	诉讼	
原告	债权人（以自己的名义）	
被告	次债务人	债务人
第三人	债务人	受益人或受让人
管辖	次债务人住所地 人民法院	债务人住所地 人民法院
诉讼费（注）	债权人胜诉， 次债务人负担	债权人胜诉， 债务人负担
必要费用	债务人负担	

注：关于诉讼费的负担，一言以蔽之，在原告（债权人）胜诉时由“被告”负担。

解题高手

四、特殊类型的债（★）

（一）按份债务与连带债务

(1) 按份债务。按份债务是指，债务人为二人以上，且债务可分，各债务人按照份额各自负担债务的情况。按份债权人或者按份债务人的份额难以确定的，视为份额相同。

【典例研习·4-16-1】

甲向乙借了500万元，双方订立书面的借款合同，乙向甲转账500万元。对于该笔债务，丙拟与甲按份承担，乙予以同意。于是，三方约定，甲、丙按份承担上述500万元债务，二人承担债务的份额分别为3：2。借款到期后：乙最多只能向甲要求清偿300万元，最多只能向丙要求清偿200万元。

(2) 连带债务。连带债务是指，债务人为二人以上，债权人可以请求部分或者全部债务人履行全部债务。连带债务的承担“内外有别”：

①就其外部而言，债权人有权请求任何一个或者几个连带债务人清偿全部债务。

②就其内部而言，连带债务人之间可以约定承担债务的份额。其意义在于，如果某连带债务人超出份额向债权人清偿，可就实际超额清偿部分向其他连带债务人追偿。

【典例研习·4-16-2】

甲向乙借了500万元，双方订立书面的借款合同，乙向甲转账500万元。对于该笔债务，丙与乙约定，其与甲承担连带债务。价款到期后，乙在500万元的范围内可以“花式”找甲和丙要求清偿，例如：可以要求甲单独清偿500万元，可以要求丙单独清偿500万元，也可以要求甲和丙分别清偿250万元。

假设甲和丙二人之间约定，对于上述连带债务，二人的承担比例为3:2。由于该约定并未经乙同意，因此不能约束乙，乙依然可以“花式”找甲和丙要求清偿。只不过，假设甲根据乙的请求向其偿还500万元，则可以向丙追偿200万元。

(二) 第三人代为履行的债务

第三人代为履行是指债务人不履行债务，第三人对履行该债务具有合法利益的，第三人有权向债权人代为履行；但是，根据债务性质、按照当事人约定或者依照法律规定只能由债务人履行的除外。

债权人接受第三人履行后，其对债务人的债权转让给第三人，但是债务人和第三人另有约定的除外。

【典例研习·4-17】

甲向乙出租一处厂房，经甲同意，乙将该厂房出租给丙。目前，丙持续利用该厂房进行生产经营。租赁期间，乙遭遇资金问题，无力向甲支付租金，甲拟解除双方之间的租赁合同。

丙获悉上述情况后认为，如果甲乙之间的租赁合同解除，则甲有权收回厂房，自己与乙之间的转租合同可能无法履行，因此，代乙向甲支付租金30万元。

丙支付的上述租金到账后，甲对乙享有的租金债权30万元转让给丙。

五、情势变更(★)

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。

(1) 合同的基础条件发生重大变化既可能是因不可抗力造成的，也可能是因其他不可归责于双方当事人的事由造成的。比如，施工过程中遇到双方难以预见的复杂地质情况，继续按照约定履行会造成施工成本增加数倍。

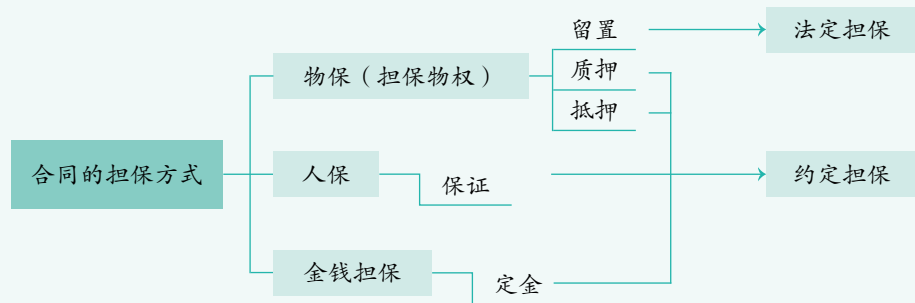
(2) 构成情势变更时，当事人负有重新协商的义务。

(3) 当事人请求变更或者解除合同的，人民法院或者仲裁机构应当将变更合同作为首先考虑的选项，只有在难以维持合同时才能解除合同。

第四节 合同的担保

在第三章“物权法律制度”中，我们介绍了抵押权、质权和留置权这三类担保物权，并且对“担保”的原理有了一定了解。本节进一步介绍保证、定金等担保方式，其与上述担保物权的关系如下图所示：

原理...
详解



一、保证（★★★）

保证是指第三人和债权人约定，当债务人不履行其到期债务或者发生当事人约定的情形时，该第三人按照约定履行债务或者承担责任的担保方式。

保证人承担保证责任后，除当事人另有约定外，有权在其承担保证责任的范围内向债务人追偿。

【典例研习·4-18】

甲向乙借款100万元，由丙、丁提供担保。其中：丙以一台自有的机器设备出质，已知该机器设备的价值约为250万元；丁提供连带责任保证，其与乙签署书面的保证合同。假设借款到期后甲无力清偿：

（1）乙可以实现质权，即将丙质押的机器拍卖，并就拍卖所得价款优先受偿。

（2）乙也可请求丁承担保证责任，替甲清偿债务。

保证是保证人和债权人之间的合同关系。本例中，丁称为“保证人”，乙既是主债的债权人，也是保证合同中的债权人。丁承担保证责任后，可以向主债的债务人甲追偿。

（一）保证人的资格

自然人、法人或者其他组织均可以为保证人，保证人也可以为两人以上。但法律对保证人仍有相应的限制，这些限制主要有：

（1）主债务人不得同时为自身保证人。

（2）机关法人不得为保证人，但是经国务院批准为使用外国政府或者国际经组织贷款进行转贷的除外。

(3) 以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等非营利法人、非法人组织原则上不得为保证人。

(二) 保证合同

保证合同是为保障债权的实现，保证人和债权人约定，当债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，保证人履行债务或者承担责任的合同。保证合同属于单务合同、无偿合同、诺成合同、要式合同、从合同，以下针对保证合同的性质分而论之。

(1) 保证合同为单务合同。保证合同中，只有保证人承担债务，债权人不负对待给付义务，故为单务合同。

(2) 保证合同为无偿合同。保证合同中，保证人对债权人承担保证债务，债权人对此不提供相应对价，故为无偿合同。

提示：实践中债务人往往为此支付保证人一定的金钱，但不影响保证合同无偿性的特征，因为保证合同的当事人为债权人与保证人，而非债务人与保证人。

(3) 保证合同为诺成合同。保证合同因保证人和债权人协商一致而成立，不需另行交付标的物，故为诺成合同。

(4) 保证合同为要式合同。保证合同必须采用书面形式，故保证合同为要式合同。

提示：所谓“要式”，即“以一定形式为必要”。保证合同“以书面形式为必要”，因此属于要式合同。

在【典例研习·4-18】中展示的是最普通的保证合同，由保证人和债权人之间单独签署。此外，以下保证合同的形式法律也予以认可：

①主债权债务合同中的保证条款；

②第三人单方以书面形式向债权人作出保证，债权人接收且未提出异议（2014年案例分析题）。

提示：当事人在借据、收据、欠条等权利凭证或者借款合同上签字或者盖章，但未表明其保证人身份或者承担保证责任，或者通过其他事实不能推定其为保证人的，出借人不能要求当事人承担保证责任。

(5) 保证合同为从合同。保证合同为从合同，主合同有效成立或将要成立，保证合同才发生效力；主合同无效，保证合同无效；但保证合同无效，并不必然导致主合同无效。

【典例研习·4-19】（2017年多项选择题）

根据合同法律制度规定，下列关于保证合同性质的表述中，正确的有（ ）。

A. 单务合同 B. 要式合同 C. 有偿合同 D. 诺成合同

 **斯尔解析** 本题考查保证合同的性质。保证合同属于单务合同、要式合同、无偿合同、诺成合同。因此，本题应选择ABD，选项C不应选。

(三) 保证方式

1. 保证方式的类型

保证分为一般保证和连带责任保证。当事人在保证合同中对保证方式没有约定或者约定不明确的，按照一般保证承担保证责任（2014年、2015年、2017年、2021年案例分析题）。

【典例研习·4-20】

甲公司向乙银行借款500万元，甲公司的母公司丙公司为借款提供担保。在甲公司到期不能履行债务的情形下：

(1) 若丙为一般保证人，则乙银行须先向法院起诉甲公司。在胜诉后，如果甲的财产经执行不能完全清偿其对乙银行的债务，乙银行才能主张丙公司承担保证责任。如果乙银行在此前直接要求丙公司承担保证责任，则丙公司可以主张先诉抗辩权，予以拒绝。

(2) 若丙为连带责任保证人，则乙银行可以选择向甲公司主张债权，也可以选择向丙公司主张债权，甲、丙承担债务在同一顺位。

(1) 一般保证。一般保证是指，当事人在保证合同中约定，债务人不能履行债务时，才由保证人承担保证责任的保证方式。

①一般保证中的保证人享有“先诉抗辩权”，即：在主合同纠纷未经审判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行用于清偿债务前，保证人对债权人可拒绝承担保证责任（2021年案例分析题）。但需注意，发生下列情形之一的，一般保证的保证人不得行使先诉抗辩权：

- a. 债务人下落不明，且无财产可供执行；
- b. 人民法院已经受理债务人破产案件；
- c. 债权人有证据证明债务人的财产不足以履行全部债务或者丧失履行债务能力；
- d. 保证人书面表示放弃先诉抗辩权。

②一般保证的保证人在主债务履行期限满后，向债权人提供债务人可供执行财产的真实情况，债权人放弃或者怠于行使权利致使该财产不能被执行的，保证人在其提供可供执行财产的价值范围内不再承担保证责任。

(2) 连带责任保证。连带责任保证是指，当事人在保证合同中约定，保证人和债务人对债务承担连带责任的保证方式。

连带责任保证的债务人不履行到期债务或者发生当事人约定的情形时，债权人可以请求债务人履行债务，也可以请求保证人在其保证范围内承担保证责任。换言之，债务人和连带责任保证的保证人承担债务没有必然的先后顺序，保证人也不享有先诉抗辩权（2021年案例分析题）。

2. 不同保证方式的诉讼当事人

因保证合同纠纷提起的诉讼，债权人向保证人和被保证人一并主张权利的，人民法院应当将保证人和被保证人列为共同被告。如债权人只向其中一方起诉，诉讼当事人因保证方式而异：

情形	保证人为借款人 提供连带责任保证	保证人为借款人 提供一般保证
出借人仅起诉借款人	人民法院可以不追加保证人为共同被告	
出借人仅起诉保证人	人民法院可以追加 借款人为共同被告	人民法院应当追加 借款人为共同被告

提示：一般保证中，保证人和主债务人的清偿存在先后顺序，因此，必须要借款人参与，保证人可以不参与；连带责任保证中，保证人和主债务人的清偿处于同一顺位，因此一方参与诉讼即可。

（四）保证责任

1. 保证的范围

保证的范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。当事人另有约定的，按照其约定。当事人对保证担保的范围没有约定或者约定不明确的，保证人应当对全部债务承担责任。

2. 保证期间

（1）保证期间的法律意义。保证期间是确定保证人承担保证责任的期间，是债权人向保证人行使追索权的期间。简言之，债权人应在保证期间内“采取行动”，否则可能失去保证对于债务的担保。具体而言：

①一般保证的债权人未在保证期间对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，保证人不再承担保证责任。

②连带责任保证的债权人未在保证期间请求保证人承担保证责任的，保证人不再承担保证责任。

（2）保证期间的确定。保证期间涉及“期间长度”和“起算时点”两个基本事项：

①起算时点。保证期间一般自主债务履行期届满之日起算。

债权人与债务人对主债务履行期限没有约定或者约定不明确的，保证期间自债权人请求债务人履行债务的宽限期届满之日起计算。

②期间长度。保证期间的长度原则上由保证人和债权人约定，没有约定或者约定不明确的，保证期间为主债务履行期限届满之日起6个月。但需注意：

a. 债权人与保证人约定的保证期间早于主债务履行期限或者与主债务履行期限同时届满的，视为没有约定。

b. 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。

③保证期间不发生中止、中断和延长。

（3）保证债务的诉讼时效。保证是保证人与债权人之间的合同关系，因此，保证人承担的债务属于合同债务，也涉及诉讼时效的问题。具体而言：

①一般保证的债权人在保证期间届满前对债务人提起诉讼或者申请仲裁的，从保证人拒绝承担保证责任的权利消灭之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

②连带责任保证的债权人在保证期间届满前请求保证人承担保证责任的，从债权人请求保证人承担保证责任之日起，开始计算保证债务的诉讼时效。

3. 主合同变更与保证责任承担

（1）变更主债。

变更对象	保证责任
主债履行期限	债权人和债务人变更主债权债务合同的履行期限，未经保证人书面同意的，保证期间不受影响
主债其他内容 (例如金额)	①减轻债务的，保证人仍对变更后的债务承担保证责任； ②加重债务的，保证人对加重的部分不承担保证责任（2017年案例分析题）

【典例研习·4-21】（2019年单项选择题）

甲向乙借款200万元，期限自2017年1月1日起至2019年12月31日止，丙为保证人。2019年6月5日，甲向乙追加借款100万元，双方约定全部借款于2020年12月31日清偿。丙对甲向乙追加借款与首期借款期限延长之事不知情。根据合同法律制度的规定，下列关于丙的保证责任的表述中，正确的是（ ）。

- A.保证责任范围是200万元，期限至2020年12月31日
- B.保证责任范围是300万元，期限至2019年12月31日
- C.保证责任范围是200万元，期限至2019年12月31日
- D.保证责任范围是300万元，期限至2020年12月31日

斯尔解析 本题考查主债变更对于保证责任的影响。题干中涉及主债金额的增加以及主债期限的延长，且均未经保证人同意（既不知情，谈何同意）。此时：

（1）保证人对加重部分债务不承担保证责任，即保证责任的金额还是200万元；

（2）保证责任的期限不受影响，即还是至2019年12月31日止。

（2）转让主债权债务。

①债权人转让全部或者部分债权，未通知保证人的，该转让对保证人不发生效力。

②保证人与债权人约定禁止债权转让，债权人未经保证人书面同意转让债权的，保证人对受让人不再承担保证责任（2021年案例分析题）。

【典例研习·4-22】

甲公司向乙银行贷款100万元，丙公司对100万元债权的实现提供保证：

（1）若乙银行依法将100万元债权转移给丁银行，保证人丙公司继续在100万元范围内对丁银行承担保证责任，但前提是乙银行将该情况通知保证人丙公司；

（2）若保证人丙公司与乙银行事先约定，仅对乙银行承担保证责任，或禁止债权转让，则转让后丙公司不再承担保证责任。

（3）转移主债权债务。

①债权人未经保证人书面同意，允许债务人转移全部或者部分债务，保证人对未经其同意转移的债务不再承担保证责任，但是债权人和保证人另有约定的除外。

②第三人加入债务的，保证人的保证责任不受影响。

债务加入是指第三人加入到债权债务关系中来，债务人不退出债权债务关系，第三人和债务人成为共同债务人。

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。

综上，债务加入导致有更多的人来还主债，保证人承担保证责任的风险降低，因此即使未经保证人同意，也不影响保证责任。

原理
详解

（五）合同担保的综合性问题

1.担保合同（包括保证合同）无效

（1）担保合同无效的事由。保证合同、抵押合同、质押合同均属于担保合同，以下事由可导致担保合同无效。注意，留置作为法定担保不涉及担保合同。

情况	说明
机关法人提供担保	①原则：机关法人提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效； ②例外：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
居委会、村委会提供担保	①原则：居民委员会、村民委员会提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效； ②例外：依法代行村集体经济组织职能的村民委员会，依照村民委员会组织法规定的讨论决定程序对外提供担保的除外
公益性机构提供担保	①原则：以公益为目的的非营利性学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保的，人民法院应当认定担保合同无效； ②例外： a.在购入或者以融资租赁方式承租教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施时，出卖人、出租人为担保价款或者租金实现而在该公益设施上保留所有权； b.以教育设施、医疗卫生设施、养老服务设施和其他公益设施以外的不动产、动产或者财产权利设立担保物权。 提示：登记为营利法人的学校、幼儿园、医疗机构、养老机构等提供担保，当事人以其不具有担保资格为由主张担保合同无效的，人民法院不予支持
以违建抵押	①原则：以违法的建筑物抵押的，抵押合同无效； ②例外：一审法庭辩论终结前已经办理合法手续的除外

提示：以下情况不会导致担保合同无效，请注意与上述情况区分。

- ①抵押权设立时财产被查封或者扣押；
- ②以建设用地使用权依法设立抵押，对应土地上存在违法的建筑物；
- ③以划拨地的建设用地使用权或者其上的建筑物抵押。

（2）担保合同无效的责任承担。

①主合同有效而第三人提供的担保合同无效。

维度	债权人有过错	债权人无过错
担保人有过错	担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/2	担保人对债务人不能清偿的部分承担赔偿责任
担保人无过错	担保人不承担赔偿责任	—

②主合同无效导致第三人提供的担保合同无效。

维度	债权人有过错	债权人无过错
担保人有过错	担保人承担的赔偿责任不应超过债务人不能清偿部分的1/3	
担保人无过错	担保人不承担赔偿责任	

2. “一债多保”

我们在第三章“物权法律制度”的第七节介绍了“一物多保”的情况，即同一物上存在多种担保物权。现实中，还存在“一债多保”的情况，即对于同一债务，存在多种担保方式。

（1）共同保证。所谓“共同保证”，指的是对于一个债权，有多个保证的情况（“一债多保”）。共同保证分为连带共同保证和按份共同保证：

①按份共同保证是保证人与债权人约定按份额对主债务承担保证义务的共同保证；

②连带共同保证是各保证人约定均对全部主债务承担保证义务。

提示：共同保证里的“连带”是指多个保证人之间的连带，“连带责任保证”中的“连带”是指保证人与主债务人之间的连带。

（2）人保与物保并存。被担保的债权既有物的担保又有人的担保的，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，债权人应当按照约定实现债权。没有约定或者约定不明确：

①债务人自己提供物的担保的，债权人应当先就该物的担保实现债权（2021年案例分析题）；

②第三人提供物的担保的，债权人可以就物的担保实现债权，也可以请求保证人承担保证责任。提供担保的第三人承担担保责任后，有权向债务人追偿。

【典例研习·4-23】

甲企业与乙银行签订一借款合同。合同约定：甲企业向乙银行借款500万元，借款期限自2019年8月1日至2021年7月31日。甲企业将其三处厂房抵押给乙银行，双方签订了抵押合同并办理了抵押登记。此外，张某对该笔借款提供保证，李某以其自有商品房一套抵押给银行，也已办理抵押登记。当事人之间未约定担保权实现的顺序。借款期限届满后，甲企业因经营不善，亏损严重，无力清偿到期借款。

本例中，对于同一债权，债务人自己提供了物保，第三人提供了物保和人保。由于当事人之间未约定担保权实现的顺序，乙银行应优先就甲企业自己提供的物保（即三处厂房）实现债权。

二、定金（★★）

定金是以确保合同的履行为目的，由当事人一方在合同订立前后，合同履行前预先交付于另一方的金钱或者其他代替物的法律制度。

（一）定金的生效

定金合同从实际交付定金之日起成立，故定金合同是实践性合同。

当事人约定的定金数额不得超过主合同标的额的20%；超过20%的，超过部分无效。

（二）定金的法律效力

（1）定金的物权转移。定金一旦交付，定金所有权发生移转，而不仅仅是占有的转移，这是货币的特点所决定的。

(2) 定金罚则。给付定金一方不履行约定的债务的, 无权请求返还定金; 收受定金的一方不履行约定的债务的, 应当双倍返还定金。需注意:

①因不可抗力、意外事件致使主合同不能履行的, 不适用定金罚则。

②因合同关系以外第三人的过错, 致使主合同不能履行的, 适用定金罚则。受定金处罚的一方当事人, 可以依法向第三人追偿。

③定金罚则不得与违约金同时适用, 但可以与损害赔偿等其他违约责任共同适用。

【典例研习·4-24】(2012年单项选择题)


甲餐厅承接乙的婚宴, 双方约定: 婚宴共办酒席20桌, 每桌2 000元; 乙先行向甲餐厅支付定金1万元; 任何一方违约, 均应向对方支付违约金5 000元。合同订立后, 乙未依约向甲支付定金。婚宴前一天, 乙因故通知甲取消婚宴。甲要求乙依约支付1万元定金与5 000元违约金。根据合同法律制度的规定, 下列表述中, 正确的是()。

A. 甲餐厅应在1万元定金与5 000元违约金之间择一向乙主张, 因为定金与违约金不能同时适用

B. 甲餐厅仅有权请求乙支付8 000元定金, 因为定金不得超过合同标的额的20%

C. 甲餐厅无权请求乙支付定金, 因为乙未实际交付定金, 定金条款尚未生效

D. 甲餐厅无权请求乙支付定金, 因为定金数额超过合同标的额的20%, 定金条款无效

 **斯尔解析** 本题考查定金合同的性质, 设置了很多似是而非的选项, 非常有意思。

定金合同从实际交付定金之日起成立。本题中, 定金尚未交付, 因此定金合同并未成立, 当然也不能生效, 选项C正确。

“定金与违约金不能同时适用”和“定金不得超过合同标的额的20%”的规定均应以定金合同有效为前提, 并不适用于本题所述情况, 选项AB错误。

即使定金数额超过合同标的额的20%, 也仅导致超过部分不发生定金效力, 不会导致整个定金条款无效, 选项D错误。

第五节 合同的变更与转让

注意, 本节中“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。

一、合同的变更

原则上, 经当事人协商一致, 可以变更合同。但需注意以下特殊问题:

(1) 法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的, 应当办理相应手续。

(2) 当事人对合同变更的内容约定不明确的, 推定为未变更。

(3) 合同的变更, 除当事人另有约定的以外, 仅对变更后未履行的部分有效, 对已履行的部分无溯及力。

提示：当事人不得因姓名、名称的变更或者法定代表人、负责人、承办人的变动而不履行合同义务。该情况下，合同既未发生变更，也未发生转让。

二、债权转让(★★)

(一) 债权转让的条件

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。

(1) 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(2016年、2021年案例分析题)。

(2) 债权人转让权利的通知不得撤销，但经受让人同意的除外。

【典例研习·4-25】

甲向乙购买一台设备，双方签订了书面的买卖合同。之后，乙与丙达成协议，将乙对甲的收款债权转让给丙。此时，即使未经甲同意，也未通知甲，债权转让也生效。本例中：

(1) 乙是“老债权人”，也是债权转让的“让与人”；丙是债权转让的“受让人”，将成为“新债权人”。

(2) 债权转让是债权人和第三人的“黑箱操作”，债务人无从得知。这意味着：

①如果乙通知甲上述债权转让事宜，则甲应当向丙履行付款债务，不得再向乙履行付款债务；

②如果乙未通知甲上述债权转让事宜，则在甲看来，乙仍然是债权人，甲应当向乙履行付款债务。这就是所谓的“未经通知，该转让对债务人不发生效力”。

(二) 禁止债权转让的情形

下列情形的债权不得转让：

(1) 根据合同性质不得转让，主要是指基于当事人特定身份、技能而订立的合同，如出版合同等。

(2) 按照当事人约定不得转让。

提示：当事人约定非金钱债权不得转让的，不得对抗善意第三人；当事人约定金钱债权不得转让的，不得抗第三人。

(3) 依照法律规定不得转让。

(三) 债权转让的效力

1. 对债权人(让与人)

(1) 在全部转让的情形下，原债权人脱离债权债务关系，受让人取代债权人地位。

(2) 在部分转让的情形下，原债权人就转让部分丧失债权。

提示：因债权转让增加的履行费用，由让与人负担。

2. 对受让人

(1) 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。

(2) 受让人取得从权利不因该从权利未办理转移登记手续或者未转移占有而受到影响。

3. 对债务人

(1) 债务人接到债权转让通知后，债务人应在转让范围内以受让人为债权人。

(2) 债务人对让与人的抗辩可以向受让人主张, 比如提出债权无效、诉讼时效已过等事由的抗辩(2016年案例分析题)。

【典例研习·4-26】(2016年案例分析题改编)

2014年5月20日, 甲公司与丁公司签订买卖合同。双方约定: 甲公司向丁公司出售机床5台, 每台21万元; 甲公司应于2014年7月11日前交付机床, 交付机床的同时, 丁支付货款。

6月5日, 甲公司的债权人戊公司要求其清偿到期债务100万元。甲公司遂将对丁公司的合同债权让与戊公司用以抵债, 并通知丁公司; 丁公司表示反对。

7月11日, 戊公司要求丁公司支付货款, 但此时甲公司并未按期交付机床。于是, 丁公司拒绝向戊公司付款。

(1) 丁公司反对甲公司将债权转让给戊公司, 该债权转让是否有效? 请说明理由。

(2) 戊公司要求丁公司支付货款, 丁公司是否有权拒绝? 请说明理由。

斯尔解析

(1) 该债权转让有效。

债权人转让债权的, 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。因此, 即使债务人丁公司反对债权人甲公司转让其债权, 甲公司本次债权转让依然有效; 且甲公司已经就此通知丁公司, 所以该次债权转让对丁公司也已经发生效力。

(2) 丁公司有权拒绝。

债权转让后, 债务人丁公司对让与人(即原债权人甲公司)的抗辩可以向受让人(即新的债权人戊公司)主张。

题述情况下, 甲公司与丁公司原约定买卖合同下交货和付款的义务同时履行; 在甲公司未履行交货义务的情况下, 丁公司可以向其主张同时履行抗辩权。

在此基础上, 由于戊公司受让了甲公司的债权, 丁公司的同时履行抗辩权可以向戊公司行使, 即拒绝向戊公司支付货款。

三、债务承担(债务转移)(★)

(1) 债务转移的条件。债务人将合同义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。

(2) 债务转移的效果。债务转移后, 受让人在转移范围内成为新债务人。

①新债务人可以主张原债务人对债权人的抗辩。

②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。

四、债权债务的概括移转

合同权利义务的概括移转是指合同一方当事人将自己在合同中的权利义务一并转让的法律制度。概括移转有意定的概括移转和法定的概括移转两种情形。

(1) 意定的概括移转基于转让合同的方式进行。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通过合同转让给第三人。

(2) 法定的概括移转往往是因为某一法定事实的发生而导致。最典型的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。

第六节 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。法律规定，有下列情形之一的，合同终止：

分类	情形
事情做完了	(1) 债务已经履行（清偿）； (2) 债务人依法将标的物提存（变相的履行）
事情不用做了	(1) 合同解除； (2) 债务相互抵销； (3) 债权人免除债务； (4) 债权债务同归于一人（混同）

一、依约履行（清偿）导致合同终止

履行（或称“清偿”）是指为了实现合同目的、满足债权，合同债务人依照合同约定完成约定义务的行为和终局状态。对于清偿，请注意以下问题。

1. 债务人对同一债权人负有多笔债务时的清偿顺序

除非债权人与债务人对清偿的债务或者清偿抵充顺序另有约定，债务人的给付不足以清偿其对同一债权人所负的数笔相同种类的全部债务的：

(1) 除当事人另有约定外，由债务人在清偿时指定其履行的债务；

(2) 债务人未作指定的：

①应当优先履行已到期的债务；

②几项债务均到期的，优先履行对债权人缺乏担保或者担保数额最少的债务；

③均无担保或担保相等的，优先履行债务负担较重的债务；

④负担相同的，按照债务到期的先后顺序履行；

⑤到期时间相同的，按比例履行。

2. 债务涉及利息和费用时的清偿顺序

债务人除主债务之外还应当支付利息和费用，当其给付不足以清偿全部债务，并且当事人没有约定时，抵充顺序为：实现债权的有关费用、利息、主债务。

二、提存导致合同终止（★★）

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，债务人将标的物交由提存机关保存，以终止债权债务的行为。提存相当于一种“不得已而为之”的变相清偿。

（一）提存的原因

有下列情形之一的，难以履行债务的，债务人可以将标的物提存：

(1) 债权人无正当理由拒绝受领；

(2) 债权人下落不明；

(3) 债权人死亡未确定继承人、遗产管理人或者丧失民事行为能力未确定监护人。

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。

提示：根据《提存公证规则》第4条，提存原则上由债务履行地的公证处管辖。

（二）提存的法律效果

1. 提存后视为债务已经履行

提存成立的，视为债务人在其提存范围内已经履行债务；除债权人下落不明的以外，债务人应当及时通知债权人或者债权人的继承人、监护人、遗产管理人、财产代管人。

2. 提存物上的利益和风险一并转移

事项	表现
利益转移	提存期间，标的物的孳息归债权人所有
风险转移	（1）标的物提存后，毁损、灭失的风险由债权人承担； （2）提存费用由债权人负担


3. 债权人的领取受到一定限制

（1）期限的限制。债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使则消灭，提存物扣除提存费用后归国家所有。注意，该期间为不可变期间，不得中止、中断或者延长。

【典例研习·4-27】（2015年单项选择题）

债权人甲下落不明，为履行到期债务，债务人乙将标的物提存。根据合同法律制度的规定，下列表述中正确的是（ ）。

- A. 提存费用由乙负担
- B. 标的物提存后，毁损、灭失的风险由乙承担
- C. 甲领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使则消灭
- D. 若甲自提存之日起5年内不领取提存物，提存物归乙所有

 **斯尔解析** 本题考查提存的基本规则，涉及两方面问题。

（1）提存后，提存物的风险转移。不仅毁损、灭失的风险由债权人承担，提存费用也由债权人负担。因此，选项AB所述均错误。

（2）债权人对于提存物的领取受到时间限制，应在5年内领取。因此，选项C所述正确。

（3）超期后，由于债权人没有积极主张权利，所以提存物不属于债权人；由于债务人已经完成履行，所以提存物也不能归还债务人。此时，提存物属于国家，选项D所述错误。

（2）履约的限制。提存后，原则上债权人可以随时领取提存物。但是，双务合同中，债权人对于提存的债务人可能也负有到期债务。此时：

①在债权人未履行债务或者提供担保之前，提存部门根据债务人的要求应当拒绝其领取提存物。

②债权人未履行对债务人的到期债务，或者债权人向提存部门书面表示放弃领取提存物权利的，债务人负担提存费用后有权取回提存物。

【典例研习·4-28】

2021年2月1日，甲公司向乙公司购买一台机器设备。双方约定，乙公司将机器设备交付后，甲公司在3个工作日内一次性付全款。2月5日，乙公司如约将机器设备送至甲公司，甲公司拒绝受领。于是，乙公司于当天将该机器设备提存。一周后，经催告，甲公司拒绝支付货款。此时：

(1) 在甲公司未支付货款或者提供担保之前，提存部门根据乙公司的要求应当拒绝甲公司领取提存物。

(2) 乙公司负担提存费用后有权取回提存物。

三、抵销导致合同终止(★★)**(一) 法定抵销**

当事人互负债务，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到期债务抵销，但依照法律规定、当事人约定或者按照合同性质不得抵销的除外。

【典例研习·4-29】

张三对李四负有100万元的到期债务，李四对张三负有300万元的债务，目前尚未到期。于是，李四通知张三，以自己的100万元债务抵销张三的100万元到期债务。

通知到达张三后，张三无须继续履行100万元到期债务，李四对张三负有的债务之金额减少100万元。

1. 法定抵销的条件

(1) 须双方互负债务，互享有债权。

(2) 须双方债务的给付为同一种类（例如都是金钱债务），但不要求数额或价值相等。

(3) 须对方（即主张抵销方的对方）的债务已届清偿期。

在【典例研习·4-29】中，主动提出抵销的是李四，他的债权是主动债权，他的对方（张三）的债务已经到期。此时，即使李四自己的债务尚未到期，也可以主张抵销。

(4) 须双方的债务均为可抵销的债务。下列债务均不可抵销：

① 法律规定不得抵销的债务，如因故意侵权行为而产生的债务。

② 债务性质不能抵销的债务，如提供劳务的债务、不作为的债务等。

③ 当事人约定不得抵销的债务。

2. 法定抵销的行使

法定抵销中的抵销权性质上属于形成权，当事人主张抵销的，通知对方即可。

(1) 抵销的通知非要式，书面、口头均可，抵销的效果自通知到达对方时生效。

(2) 法定抵销不得附条件或者附期限。

3. 法定抵销的效果

(1) 双方的债权债务于抵销数额内消灭。

(2) 抵销的意思表示溯及于得为抵销之时。

【典例研习·4-29-1】

张三对李四负有100万元的债务，该笔债务于2020年3月1日到期。由于张三没有如期履行，按照合同约定开始计算罚息等违约责任。

李四对张三负有300万元的债务，目前尚未到期。于是，李四通知张三，以自己的100万元债务抵销张三的100万元到期债务。该抵销的通知于2020年4月1日到达张三。

所谓“得为抵销之时”是指上述“法定抵销的条件”全部满足，包括“须对方的债务已届清偿期”。本例中，李四主张抵销，其对方是张三，张三的债务在2020年3月1日到期。因此，李四发出的抵销通知后，其效果追溯至2020年3月1日。这意味着，张三无须承担迟延履行行的违约责任，无须支付罚息。

（二）约定抵销

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。

通过比较“法定抵销”和“约定抵销”可知：

（1）法定抵销的“门槛”较高，前提条件更多，但是实施起来更简单，单方通知即可；

（2）约定抵销的“门槛”较低，前提条件宽松，但是实施起来麻烦些，需要双方另行协商并达成协议。

四、免除与混同导致合同终止

（1）债务免除。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，但是债务人在合理期限内拒绝的除外。

（2）债务混同。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，但损害第三人利益的除外。

【典例研习·4-30-1】

甲欠乙100万元债务，无力清偿。乙拟通过其他方式将该笔债权变现，便将该笔债权转让给丙，丙向其支付50万元对价。之后，该笔债权经过数次转让，最终由甲获得。

此时，甲既是该笔债权的债权人，也是其债务人。所谓“债权”，是请求他人一定行为的权利；如果债权人与债务人是同一个人，自己当然没必要“请求”自己做什么事。所以，原则上，债权和债务同归于一人的，债权债务终止。

【典例研习·4-30-2】

甲欠乙100万元债务，无力清偿。乙拟通过其他方式将该笔债权变现，便将该笔债权质押给丙，并向丙借款80万元。经质权人丙允许，乙将该笔债权转让，且该笔债权又经过数次转让，最终转让给甲。

此时，尽管该笔债权的债权人、债务人是同一个人，但其并不消灭。原因在于：如果乙对丙违约，丙还要靠这笔债权的质押收回资金。如果该笔债权直接因为混同而消灭，则相当于使丙的债权失去质押担保，损害了丙的利益。

五、解除导致合同终止（★★★）

合同的解除是指合同有效成立以后，没有履行或者没有完全履行之前，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，分为意定解除与法定解除两种情况。其中，约定解除包括“约定解除权”和“协议解除”两种方式，其含义分别是：

（1）约定解除权是一种单方解除合同的形式，即双方在订立合同时，约定了合同当事人一方解除合同的事由。一旦事由发生，解除权人就可以通过行使解除权而终止合同。

(2) 合同订立后,经当事人协商一致,当然可以解除合同。

在考试范围内,尤需注意的是合同的法定解除权,以下重点介绍。

(一) 法定解除的事由

1. 通用事由

(1) 因不可抗力不能实现合同目的。该情况下,合同目的不能实现的当事人均可以行使解除权。

(2) 在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。该情况下,不履行方的对方有权解除合同。

(3) 当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行。该情况下,守约方有权解除合同。

(4) 当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。该情况下,守约方有权解除合同。

【典例研习·4-31】(2017年案例分析题改编)

甲公司向乙公司购买绒布面料,双方的买卖合同约定:面料总价40万元,乙公司交付绒布面料3日内一次付清;合同签订次日,甲公司给付定金10万元。合同签订后,甲公司如数给付定金。

后因绒布面料价格上涨,乙公司要求加价,被甲公司拒绝,最终,乙公司比约定交货日期迟延10日才向甲公司交货。此时,甲公司因无原料投产,不能向客户按时交货,订单已被客户取消。甲公司为此遭受损失19万元。

本例中,甲公司向乙公司采购绒布面料是为了生产产品并向客户交货。“生产产品并向客户交货”可以视为甲公司在其与乙公司签订的买卖合同中的合同目的。

由于乙公司的违约行为(比约定交货日期迟延10日才向甲公司交货),甲公司未能按时交货,导致客户取消交易。由此可以判断,乙公司的违约行为导致甲公司的合同目的无法实现。此时,甲公司可以不经催告,直接解除其与乙公司的买卖合同。

2. 特殊事由

(1) 以持续履行的债务为内容的不定期合同(如不定期的借款合同和租赁合同),当事人可以随时解除合同,但是应当在合理期限之前通知对方。

(2) 在承揽合同中,定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同。

(3) 在货运合同中,托运人有单方解除权。

(4) 无偿委托合同和部分有偿委托合同中委托人与受托人均可以随时解除委托合同。

(二) 解除权的行使

1. 解除权行使的期限

法律规定或者当事人约定解除权行使期限,期限届满当事人不行使的,该权利消灭。

法律没有规定或者当事人没有约定解除权行使期限,自解除权人知道或者应当知道解除事由之日起1年内不行使,或者经对方催告后在合理期限内不行使的,该权利消灭。

2. 解除权行使的方式

类型	操作方式
通知	<p>当事人一方依法主张解除合同的，应当通知对方。</p> <p>(1) 合同自通知到达对方时解除。</p> <p>(2) 通知载明债务人在一定期限内不履行债务则合同自动解除，债务人在该期限内未履行债务的，合同自通知载明的期限届满时解除。</p> <p>提示：对方对解除合同有异议的任何一方当事人均可以请求人民法院或者仲裁机构确认解除行为的效力</p>
起诉	<p>当事人一方未通知对方，直接以提起诉讼或者申请仲裁的方式依法主张解除合同，人民法院或者仲裁机构确认该主张的，合同自起诉状副本或者仲裁申请书副本送达对方时解除</p>

(三) 合同解除的法律后果

(1) 合同解除后，尚未履行的，终止履行；已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

(2) 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。

(3) 主合同解除后，担保人对债务人应当承担的民事责任仍应当承担担保责任，但是担保合同另有约定的除外。

提示：主合同无效的，担保合同无效；主合同解除的，一般不导致担保合同解除。

第七节 违约责任

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（例如迟延履行）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。违约责任的承担方式主要如下：

一、继续履行

继续履行又称实际履行，是指债权人在债务人不履行合同义务时，可请求人民法院强制债务人实际履行合同义务。

(1) 金钱之债（包括价款、报酬、租金、利息等形式）一定可以要求继续履行。

(2) 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，对方可以要求履行，但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。

例如，交付可替代物的义务在义务人违约时可以要求继续履行，交付不可替代物的义务在义务人违约时无法要求继续履行。

二、补救措施（★）

当事人的履行不符合约定的，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（2017年、2021年案例分析题）。

三、损害赔偿（★★）

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，给对方造成损失的，应当承担损害赔偿责任；一方在履行义务或者采取补救措施后，对方还有其他损失的，应当对其他损失承担赔偿责任。

根据教材，损害赔偿的具体方式主要有赔偿损失、支付违约金和适用定金罚则等。

（一）损失额的确定

1. 损失额的计算与上限

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，但不得超过违约方订立合同时预见到或者应当预见到的因违反合同可能造成的损失（2016年案例分析题）。

提示：便利起见，当事人可以在合同中约定因违约产生的损失赔偿额的计算方法。

2. 过失相抵规则

（1）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。

（2）当事人一方违约后，对方应当采取适当措施防止损失的扩大。没有采取适当措施致使损失扩大的，不得就扩大的损失请求赔偿。当事人因防止损失扩大而支出的合理费用由违约方承担。

3. 免责事由

违约损害赔偿法定的免责事由仅限于不可抗力。

（1）不可抗力的认定。不可抗力“是指不能预见、不能避免并不能克服的客观情况”，一般是指如下情况：

类型	举例
自然灾害	地震、台风、洪水、海啸等
政府行为	运输合同订立后，由于政府颁布禁运的法律，使合同不能履行
社会异常现象	罢工骚乱

（2）不可抗力对于合同履行的影响。发生不可抗力后，合同当事人不履行合同约定的行为并非当然免责，要根据不可抗力对合同履行的影响决定。

①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。

②当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。

（3）不可抗力事件发生后，主张不可抗力一方要履行两个义务：①及时通知对方相关情况，以减轻可能给对方造成的损失；②提供有关不可抗力的证明。

（二）违约金

违约金是按照当事人约定或者法律规定，一方当事人违约时应当根据违约情况向对方支付的一定数额的货币。

原理详解

上文提到的关于损失额的确定方式在实践中往往比较复杂，对于合同当事人而言的不确定性也较大。便利起见，合同当事人可能事先约定发生违约时的违约金，如此可以免去计算实际损失的麻烦。

但是，违约金毕竟是事前约定的，其金额和实际损失金额可能并不一致，甚至相去甚远。因此，法律补充规定了违约金调整的规则。

(1) 违约金调增。约定的违约金低于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加。此时，应当以违约造成的损失确定违约金数额。

(2) 违约金调减。约定的违约金过分高于造成的损失，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。此时，应当以违约金超过造成的损失30%为标准适当减少。

(三) 多种违约责任并用的情况

情况	规则
违约金与继续履行	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
定金与违约金	当事人在合同中既约定违约金，又约定定金的，一方违约时，对方可以选择适用违约金或者定金条款，但两者不可同时并用（2017年、2020年案例分析题）
定金与损害赔偿	（1）买卖合同约定的定金不足以弥补一方违约造成的损失，对方请求赔偿超过定金部分的损失的，人民法院可以并处； （2）定金和损害赔偿的数额总和不应高于因违约造成的损失

第八节 买卖合同

买卖合同是出卖人转移标的物的所有权于买受人，买受人支付价款的合同。

(1) 买卖合同是双务、有偿、诺成的合同。除法律有特别规定或者当事人有特别约定以外，买卖合同为非要式合同。

(2) 买卖合同是最基本、最典型的有偿合同，故其他有偿合同，法律没有规定的，则参照适用买卖合同的有关规定执行。

一、标的物的交付

买卖合同中，出卖人的主要义务就是标的物的交付。

(一) 交付的时间

当事人约定交付期间的，出卖人可以在该交付期间的任何时间交付。

提示：标的物在订立合同之前已为买受人占有的，合同生效的时间为交付时间（即“简易交付”）。

（二）交付的地点（★）

出卖人应当按照约定的地点交付标的物。当事人没有约定交付地点或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的，适用下列规定：

情况	规则
标的物需要运输（注）	出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人
标的物不需要运输	（1）出卖人和买受人订立合同时知道标的物在某一地点的，出卖人应当在该地点交付标的物； （2）不知道标的物在某一地点的，应当在出卖人订立合同时的营业地交付标的物

注：此处“标的物需要运输”是指标的物由出卖人负责办理托运，承运人系独立于买卖合同当事人之外的运输业者的情形。

（三）交付的标准

（1）出卖人应当按照约定的质量要求交付标的物。出卖人交付的标的物不符合质量要求的，买受人可以依法要求其承担违约责任。

（2）出卖人应当按照约定的包装方式交付标的物。

（3）出卖人应按照约定或者交易习惯向买受人交付提取标的物单证以外的有关单证和资料（如发票、保修单、说明书等）。

（4）出卖人就交付的标的物，负有保证第三人对该标的物不享有任何权利的义务，但是法律另有规定的除外。

（四）特殊情况的处理（★★）

1. 多交付标的物的处理

出卖人（比约定的数量）多交标的物的，买受人可以接收或者拒绝接收多交的部分。

（1）买受人接收多交部分的，按照合同的价格支付价款；

（2）买受人拒绝接收多交部分的，应当及时通知出卖人。

2. “一物二卖”下的交付（2013年案例分析题）

如果出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，原则上各个买卖合同均属有效，但标的物的所有权归谁所有，法律另有规定。

（1）普通动产：“拿”→“付”→“签”。

在普通动产情形，如果出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

①先行受领交付的买受人请求确认所有权已经转移的，人民法院应予支持；

②均未受领交付，先行支付价款的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

③均未受领交付，也未支付价款，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持。

（2）特殊动产：“拿”→“登”→“签”。

在船舶、航空器、机动车等特殊动产情形，如果出卖人就同一标的物订立多重买卖合同，在买卖合同均有效的情况下，买受人均要求实际履行合同的，应当按照以下情形分别处理：

①先行受领交付的买受人请求出卖人履行办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持；

提示：出卖人将标的物交付给买受人之一，又为其他买受人办理所有权转移登记，已受领交付的买受人请求将标的物所有权登记在自己名下的，人民法院应予支持。

②均未受领交付，先行办理所有权转移登记手续的买受人请求出卖人履行交付标的物等合同义务的，人民法院应予支持；

③均未受领交付，也未办理所有权转移登记手续，依法成立在先合同的买受人请求出卖人履行交付标的物和办理所有权转移登记手续等合同义务的，人民法院应予支持。

二、风险负担规则（★★）

所谓“风险”，是指在买卖合同生效后，由于不可归责于双方当事人的事由导致标的物遭受毁损、灭失的情形。

标的物的“风险负担”是指，在发生不可归责于双方当事人的原因导致标的物发生毁损、灭失时，应由谁负担由此导致的损失。

可归责于一方当事人的事由导致标的物毁损、灭失的，不适用“风险负担”规则，而应当按照违约责任或者侵权责任处理。

【典例研习·4-32-1】

张三向李四买古董花瓶，约定先货后钱。交付前，李四的古董花瓶被天雷劈碎。

（1）天雷是不可抗力，在该例中导致不能实现合同目的，双方均可主张解除合同。

（2）合同尚未解除时，上述风险由李四承担，李四不能要求张三付款，但李四也无须承担违约责任。

提示：如该花瓶是被李四自行踹碎，则李四须向张三承担违约责任。

【典例研习·4-32-2】

张三向李四买古董花瓶，约定先货后钱。交付后，该古董花瓶被天雷劈碎。

（1）天雷是不可抗力，但李四已经交付，即已经履行了合同义务，所以天雷并未导致该合同目的无法实现。

（2）交付后，花瓶损毁灭失的风险由张三自己承担，这意味着张三应向李四付钱，且不能向李四主张违约责任。

（一）风险负担的判断

一般情况下，标的物毁损、灭失的风险，在标的物交付之前由出卖人承担，交付之后由买受人承担（2017年案例分析题）。如果出卖人以提存的方式履行，则提存之后，提存物的风险转由买受人承担。

出卖人未按照约定交付有关标的物的单证和资料的，不影响标的物风险的转移。

在此基础上，还需注意以下特殊情况。

1. 买受人违约——买受人违约时

（1）因买受人的原因致使标的物未按照约定的期限交付的，买受人应当自违反约定时起承担标的物毁损、灭失的风险。

（2）出卖人按照约定或者依照法律规定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的，标的物毁损、灭失的风险自违反约定时起由买受人承担。

2. 涉及运输——交承运人时

(1) 交付地点明确：出卖人按照约定将标的物运送至买受人指定地点并交付给承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担。

(2) 交付地点不明确：当事人没有约定交付地点或者约定不明确，根据相关规定仍不能确定的，如标的物需要运输的，出卖人应当将标的物交付给第一承运人以运交给买受人；出卖人将标的物交付给第一承运人后，标的物毁损、灭失的风险由买受人承担（2020年案例分析题）。

3. 路货买卖——合同成立时

出卖人出卖交由承运人运输的在途标的物，除当事人另有约定外，毁损、灭失的风险自合同成立时起由买受人承担。

4. 出卖人根本违约——买受人拒收或解除合同时

因标的物不符合质量要求，致使不能实现合同目的的，买受人可以拒绝接受标的物或者解除合同。买受人拒绝接受标的物或者解除合同的，标的物毁损、灭失的风险由出卖人承担。

（二）风险负担与违约责任

标的物毁损、灭失的风险由买受人承担的，不影响因出卖人履行义务不符合约定，买受人要求其承担违约责任的权利。

【典例研习·4-32-3】

张三向李四买古董花瓶，约定先货后钱。交付后，该古董花瓶被天雷劈碎。

古董花瓶被劈碎之前，张三发现，李四交付的古董花瓶有修补痕迹，而买卖合同约定的是张三向李四购买完好的古董花瓶。此时，虽然花瓶已被劈碎，张三依然可以请求李四承担违约责任。当然，该情况下举证比较困难。

三、检验期规则（★★）

买受人收到标的物时应当在约定的检验期限内检验；没有约定检验期限的，买受人应当及时检验。

(1) 当事人约定检验期限的，买受人应当在检验期限内将标的物的数量或质量不符合约定的情形通知出卖人。买受人怠于通知的，视为标的物的数量或者质量符合约定。

(2) 当事人没有约定检验期限的，买受人应当在发现或者应当发现标的物的数量或者质量不符合约定的合理期限内通知出卖人。

(3) 买受人在合理期间内未通知或者自标的物收到之日起2年内未通知出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定（2015年、2017年案例分析题），以下情况除外：

①对标的物有质量保证期的，适用质量保证期，不适用该2年的规定（2020年案例分析题）。

②出卖人知道或者应当知道提供的标的物不符合约定的，买受人不受上述通知时间的限制。

(4) 在超过合理期间或者2年期限后，出卖人自愿承担违约责任后，又以上述期限经过为由反悔的，人民法院不予支持。

四、买卖合同的解除（★）

除了适用合同法总则规定的法定解除权，《民法典》对于买卖合同还规定了特别的解除规则。

情况	规则
涉及从物	(1) 因标的物主物不符合约定而解除合同的，解除合同的效力及于从物。 (2) 标的物的从物因不符合约定被解除的，解除的效力不及于主物
涉及数物	(1) 标的物为数物，其中一物不符合约定的，买受人可以就该物解除合同； (2) 该物与他物分离使标的物的价值显受损害的，买受人可以就数物解除合同（2020年案例分析题）
分批交付	(1) 出卖人对其中一批标的物不交付或者交付不符合约定，致使该批标的物不能实现合同目的的，买受人可以就该批标的物解除合同。 (2) 出卖人不交付其中一批标的物或者交付不符合约定，致使之后其他各批标的物的交付不能实现合同目的的，买受人可以就该批以及今后其他各批标的物解除合同。 (3) 买受人如果就其中一批标的物解除合同，该批标的物与其他各批标的物相互依存的，可以就已经交付和未交付的各批标的物解除合同

五、特种买卖合同（★）

（一）分期付款买卖合同

(1) 分期付款要求买受人将应付的总价款在一定期间内至少分3次向出卖人支付。

(2) 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的1/5，经催告后在合理期限内仍未支付到期价款的，出卖人可以请求买受人一并支付到期与未到期的全部价款或者解除合同（2014年、2021年案例分析题）。

(3) 出卖人因上述原因解除合同的，双方应互相返还财产，出卖人可向买受人要求支付该标的物的使用费。

（二）试用买卖合同

(1) 试用买卖的当事人可以约定标的物的试用期限。对试用期限没有约定或者约定不明确，依照《民法典》的有关规定仍不能确定的，由出卖人确定。

(2) 试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。

① 试用期限届满，买受人对是否购买标的物未作表示的，视为购买。

② 如买受人已支付部分或全部价款，或对标的物实施了出卖、出租、设定担保物权等非试用行为的，应视为同意购买。

（三）凭样品买卖合同

凭样品买卖的当事人应当封存样品，并可以对样品质量予以说明。出卖人交付的标的物应当与样品及其说明的质量相同。

凭样品买卖的买受人不知道样品有隐蔽瑕疵的，即使交付的标的物与样品相同，出卖人交付的标的物的质量仍然应当符合合同种标的物的通常标准。

（四）以招标投标方式订立的买卖合同

招标投标是指由招标人向数人或者公众发出招标通知或招标公告，在诸多投标人中按照一定的标准，选择自己最满意的投标人并与之订立合同的方式。招标投标买卖的程序，一般分为招标、投标、开标、验标、评标和定标。

(1) 招标时，招标人发出招标公告。招标公告在性质上属于要约邀请。

(2) 投标人投标为要约, 投标时投标人应当根据招标公告的要求作出意思表示。

(3) 开标并验标后, 招标人组织评标并定标, 定标为承诺。

(4) 中标人在接到中标通知后与招标人签订书面合同, 买卖合同正式成立。

【典例研习·4-33】(2021年单项选择题)


根据合同法律制度的规定, 下列关于特种买卖合同的表述中, 正确的是()。

A. 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的1/5的, 出卖人可以直接解除合同

B. 凭样品买卖的当事人应当封存样品, 并对样品质量予以说明

C. 以招标投标方式订立买卖合同的, 投标人投标为要约

D. 试用买卖的当事人未约定试用期限, 并且依照法律有关规定仍不能确定的, 由买受人确定

 **斯尔解析** 本题考查特种买卖合同, 难度较高。选项C所述正确, 至于其他选项:

(1) 分期付款的买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的1/5, 出卖人并不能直接解除合同, 还应催告买受人付款; 经催告后, 买受人在合理期限内仍未支付到期价款的, 出卖人才可以解除合同。因此选项A所述错误。

(2) 凭样品买卖的当事人应当封存样品, 并“可以”对样品质量予以说明。这条法律规范是“可为模式”, 而不是“应为模式”。因此选项B所述错误。

(3) 试用买卖的当事人未约定试用期限, 并且依照法律有关规定仍不能确定的, 应由出卖人确定, 而非由买受人确定。因此选项D所述错误。

(五) 商品房买卖合同

商品房买卖合同是指房地产开发企业将尚未建成或已经竣工的房屋向社会销售并转移房屋所有权于买受人, 买受人支付价款的买卖合同。商品房买卖合同包括期房买卖合同与现房买卖合同。其中重要的问题有:

1. 商品房预售合同的效力

商品房预售属于法律规定的特许经营范围, 因此出卖人必须申领商品房预售许可证明。

(1) 出卖人未取得预售许可而与买受人订立预售合同的, 合同无效; 但是在起诉前取得预售许可的, 合同有效。

(2) 商品房预售合同应当办理登记备案手续, 但该登记备案手续并非合同生效条件, 当事人另有约定的除外。

2. 商品房买卖合同的法定解除权

除上文已经提到的解除权外, 商品房买卖合同中, 当事人可以行使解除权的情形还有:

(1) 因房屋主体结构质量不合格不能交付使用, 或者房屋交付使用后, 房屋主体结构质量经核验确属不合格的;

(2) 因房屋质量问题严重影响正常居住使用的;

(3) 出卖人迟延交付房屋或者买受人迟延支付购房款, 经催告后在3个月的合理期限内仍未履行的;

(4) 约定或者法定的办理房屋所有权登记的期限届满后超过1年, 因出卖人的原因导致买受人无法办理房屋所有权登记的。

（六）所有权保留的买卖合同

教材在“合同法律制度”章节并未明确提及所有权保留的买卖合同，但“破产法律制度”章节涉及部分与该种特殊买卖形式相关的规则。为了便于理解，在本章先行介绍所有权保留的买卖合同。

1. 所有权保留买卖的定义

所有权保留是指在移转财产所有权的交易中，根据法律的规定或者当事人的约定，财产所有人将标的物移转给对方当事人占有，但仍保留其对该财产的所有权待对方当事人支付合同价款或完成特定条件时，该财产的所有权才发生移转的一种法律制度。

所有权保留的规定只适用于动产，而且往往发生在“赊销”的场合。出卖人对标的物保留的所有权，未经登记，不得对抗善意第三人。

【典例研习·4-34】

甲、乙双方于2013年1月7日订立买卖1 000台彩电的合同，价款200万元，双方约定：甲支付全部价款后，彩电的所有权才转移给甲。乙于2月4日交付了1 000台彩电，甲于3月5日支付了100万元，5月6日支付了剩余的100万元。

根据双方约定，1 000台彩电所有权转移的时间为5月6日。

2. 出卖人取回标的物的权利

当事人约定出卖人保留合同标的物的所有权，在标的物所有权转移前，买受人有下列情形之一，造成出卖人损害的，除当事人另有约定外，出卖人有权取回标的物：

- （1）未按照约定支付价款，经催告后在合理期限内仍未支付；
- （2）未按照约定完成特定条件；
- （3）将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分。

原理详解

《民法典》规定了“超级优先权”，其制度目的与上述“所有权保留的买卖”有异曲同工之妙，都适用于“赊销”的场合。其具体规定如下：“动产抵押担保的主债权是抵押物的价款，标的物交付后10日内办理抵押登记的，该抵押权人优先于抵押物买受人的其他担保物权人受偿，但是留置权人除外。”

同样是“赊销”，买家拿了货，但还没付钱。我们可以比较以下两种情况：

（1）在“所有权保留的买卖”中，买家尚未取得标的物所有权，卖家以保留所有权的方式作为其向买家要钱的“抓手”。如果买家真的赖账，卖家可以行使取回权。

（2）通过“超级优先权”，上述情况下，卖家不妨让买家取得标的物的所有权，但一并要求买家将之抵押给卖家，作为清偿货款的担保。只要及时进行抵押登记（10日内），该抵押不仅具有公示效力，其效力还优于一般的抵押，同样可以保障卖家实现货款债权。

第九节 租赁合同

租赁合同是出租人将租赁物交付承租人使用、收益，承租人支付租金的合同。租赁合同为有偿、双务、诺成合同。

租赁合同是主观题考查的“重头戏”，考查频率高、涉及分值多，请千万重视！

一、租赁合同的形式

租赁期限6个月以上的，应当采用书面形式。

当事人未依照法律、行政法规规定办理租赁合同登记备案手续的，不影响合同的效力。

二、租赁期限（★★）

租赁期限原则上由当事人约定，既可以是定期，也可以是不定期。

（一）定期租赁

（1）租赁期限不得超过20年。超过20年的，超过部分无效。

（2）租赁期限届满，当事人可以续订租赁合同，但约定的租赁期限自续订之日起仍不得超过20年。

（二）不定期租赁

对于不定期租赁，双方当事人均可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人（2013年、2019年案例分析题）。

除了双方明确约定，部分情况下法律默认租赁合同为不定期，如：

（1）当事人对租赁期限没有约定或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的，视为不定期租赁。

（2）租赁期限6个月以上，当事人未订立书面租赁合同，且无法确定租赁期限的，视为不定期租赁（2013年案例分析题）。

（3）租期届满，承租人继续使用租赁物，出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期（2020年案例分析题）。

三、租赁物的使用与维修（★★）

出租人应当按照约定将租赁物交付承租人，并在租赁期间保持租赁物符合约定的用途。

（一）租赁物的使用

（1）承租人应当按照约定的方法使用租赁物。

①承租人按照约定的方法或根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损耗的，不承担损害赔偿责任。

②承租人未按照约定的方法或未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并要求赔偿损失（2014年案例分析题）。

（2）在租赁期限内因占有、使用租赁物获得的收益，归承租人所有，但当事人另有约定的除外。

（3）承租人经出租人同意，可以对租赁物进行改善或者增设他物。承租人未经出租人同意，对租赁物进行改善或者增设他物的，出租人可以请求承租人恢复原状或者赔偿损失。

（二）租赁物的维修

出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外（2016年、2020年案例分析题）。

（1）承租人在租赁物需要维修时可以要求出租人在合理期限内维修。

（2）出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担（2019年案例分析题）。

四、租金支付（★★）

（一）支付租金的时间

承租人应当按照约定的期限支付租金。对支付期限没有约定或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的（2016年案例分析题）：

（1）租赁期限不满1年的，应当在租赁期间届满时支付；

（2）租赁期限1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期限不满1年的，应当在租赁期限届满时支付。

承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以请求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

（二）调减租金的事由

（1）因第三人主张权利，致使承租人不能对租赁物使用、收益的，承租人可以请求减少租金或者不支付租金。第三人主张权利的，承租人应当及时通知出租人。

（2）因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期（2016年、2020年案例分析题）。

（3）因不可归责于承租人的事由，致使租赁物部分或者全部毁损、灭失的，承租人可以要求减少租金或者不支付租金。

【典例研习·4-35】（2020年案例分析题改编）

2018年10月12日，甲医院向乙公司承租呼吸机10台，双方签订书面合同，约定：租期3个月，每台租金12 000元，全部租金12万元于租期届满时一次性支付。双方未约定租赁期限内的维修事项。

2018年11月11日，1台呼吸机在正常使用的情况下出现故障，无法继续使用。甲医院要求乙公司维修，乙公司提出，呼吸机由甲医院使用，应当由甲医院负责维修。此后，该故障机因未得到维修而一直处于闲置状态。

2019年1月11日，甲医院与乙公司的租赁合同到期，但乙公司未与甲医院联系，甲医院遂继续使用呼吸机。2019年2月1日，乙公司要求甲医院返还呼吸机。此时甲医院应支付的租金计算如下：

（1）出租人应当履行租赁物的维修义务，但当事人另有约定的除外。因维修租赁物影响承租人使用的，应当相应减少租金或者延长租期。本例中，甲医院承租的1台呼吸机因为乙公司怠于修理，长期闲置。甲医院实际使用该呼吸机的时间为1个月，因此仅须就此支付1个月租金，即4 000元。

（2）租赁期间届满。承租人继续使用租赁物出租人没有提出异议的，原租赁合同继续有效，但租赁期限为不定期。本题中，对于未发生故障的9台呼吸机，甲医院实际使用的时间为4个月，应就这4个月支付租金，即 $12\,000 \div 3 \times 4 \times 9 = 144\,000$ （元）。

因此，甲医院合计应支付的租金为 $4\,000 + 144\,000 = 148\,000$ （元）。

五、租赁物的转租（★★）

承租人经出租人同意，可以将租赁物转租给第三人。

（1）承租人转租的，承租人与出租人之间的租赁合同继续有效，第三人对租赁物造成损失的，承租人应当赔偿损失（2014年、2016年案例分析题）。

（2）承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同（2020年案例分析题）。

六、“买卖不破租赁”（★★）

租赁物在承租人按照租赁合同占有期限内发生所有权变动的，不影响租赁合同的效力（2013年、2016年、2020年案例分析题）。

提示：所谓“不影响租赁合同的效力”是指，该情况下，无论是买方、卖方还是承租方，都不得以租赁物所有权变动为由主张解除合同。

七、租赁合同的解除（★）

（一）双方均可主张解除的事由

对于不定期租赁，双方当事人均可以随时解除合同，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人。

（二）出租人主张解除的事由

（1）承租人未按照约定的方法或未根据租赁物的性质使用租赁物，致使租赁物受到损失的，出租人可以解除合同并请求赔偿损失。

（2）承租人无正当理由未支付或者迟延支付租金的，出租人可以请求承租人在合理期限内支付。承租人逾期不支付的，出租人可以解除合同。

（3）承租人未经出租人同意转租的，出租人可以解除合同。

（三）承租人主张解除的事由

（1）因不可归责于承租人的事由，致使租赁物全部毁损、灭失，不能实现合同目的的，承租人可以解除合同。

（2）租赁物危及承租人的安全或者健康的，即使承租人订立合同时明知该租赁物质量不合格，承租人仍然可以随时解除合同。

八、房屋租赁合同的特殊问题（★）

（一）房屋租赁合同的无效与处理

（1）房屋租赁合同存在下列情形时，合同无效：

无效事由	瑕疵治愈事由
出租人就未取得建设工程规划许可证或者未按照建设工程规划许可证的规定建设的房屋，与承租人订立的租赁合同无效	在一审法庭辩论终结前取得建设工程规划许可证或者经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效
出租人就未经批准或者未按照批准内容建设的临时建筑，与承租人订立的租赁合同无效	在一审法庭辩论终结前经主管部门批准建设的，人民法院应当认定有效
租赁期限超过临时建筑的使用期限，超过部分无效	在一审法庭辩论终结前经主管部门批准延长使用期限的，人民法院应当认定延长使用期限内的租赁期间有效

(2) 房屋租赁合同无效，当事人请求参照合同约定的租金标准支付房屋占有使用费的，人民法院一般应予支持。

(二) 房屋租赁中承租人的优先权

1. 承租人优先续租权

租赁期限届满，房屋承租人享有以同等条件优先承租的权利。

2. 承租人优先购买权

出租人出卖租赁房屋的，应当在出卖之前的合理期限内通知承租人，承租人享有以同等条件优先购买的权利。

提示：只有房屋租赁规定了优先购买权，其他标的物租赁并不适用优先购买权（2013年案例分析题）。

(1) 承租人优先购买权的保障措施。

①出租人委托拍卖人拍卖租赁房屋的，应当在拍卖5日前通知承租人。承租人未参加拍卖的，视为放弃优先购买权。

②出租人未在合理期限内通知承租人或者有其他妨害承租人行使优先购买权情形的，承租人可以请求出租人承担赔偿责任。但是，出租人与第三人订立的房屋买卖合同的效力不受影响，承租人不得以此主张房屋买卖合同无效（2014年案例分析题）。

(2) 承租人优先权的限制。具有下列情形之一的，承租人不得主张优先购买权：

类型	情况
“比你亲”	①房屋共有人行使优先购买权的； ②出租人将房屋出卖给近亲属的（2016年案例分析题）
“拖延症”	出租人履行通知义务后，承租人在15日内未明确表示购买的

第十节 具有融资性质的合同

一、借款合同（★★）

借款合同是借款人向贷款人借款，到期返还借款并支付利息的合同。借款合同的当事人有两个：一个是“给钱的”，可以称为“贷款人”“出借人”；另一个是“拿钱的”，一般称为“借款人”。

(一) 借款合同的性质

(1) 借款合同一般为诺成合同，自双方意思表示一致时成立。比较特殊的是，自然人之间的借款合同为实践合同，自贷款人提供借款时生效（2021年案例分析题）。

提示：上述“提供借款”包括现金支付、银行转账、电子汇款、交付票据等各种方式。

(2) 借款合同应采用书面形式，但自然人之间借款另有约定的除外。

(二) 借款合同的还本付息

1. 利息的确定

借款利息原则上由当事人约定，如无明确约定，则应区分“没有约定”和“约定不

明”两种情况分别处理：

(1) 借款合同对支付利息没有约定的，视为没有利息。

(2) 借款合同对支付利息约定不明确，当事人不能达成补充协议的：

① 自然人之间借款的，视为没有利息。

② 其他情况应按照当地或者当事人的交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息。

2. 付息时间

借款人应当按照约定的期限支付利息；对支付利息的期限没有约定或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的：

(1) 借款期间不满1年的，应当在返还借款时一并支付；

(2) 借款期间1年以上的，应当在每届满1年时支付，剩余期间不满1年的，应当在返还借款时一并支付。

3. 还本时间

借款人应当按照约定的期限返还借款。对借款期限没有约定或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的：借款人可以随时返还，贷款人可以催告借款人在合理期限内返还。

4. 逾期还款、提前还款与展期

(1) 借款人未按照约定的期限返还借款的，应当按照约定或有关规定支付逾期利息；逾期利率以不超过合同成立时，一年期贷款市场报价利率四倍为限。

(2) 借款人提前偿还借款的，除当事人另有约定外，应按照实际借款的期间计算利息。

(3) 借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期；贷款人同意的，可以展期。

(三) 民间借贷的利息

金融机构借款利息的确定一般较为规范，值得法律特别规定的是实践中广泛存在的“民间借贷”，其定义是：自然人、法人、其他组织（不包括持牌金融机构）之间及其相互之间进行资金融通的行为。民间借贷的借款合同原则上有效，但存在以下情况之一的，应为无效：

(1) 套取金融机构贷款转贷的。

(2) 以向其他营利法人借贷、向本单位职工集资，或者以向公众非法吸收存款等方式取得的资金转贷的。

(3) 未依法取得放贷资格的出借人，以营利为目的向社会不特定对象提供借款的。

(4) 出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的。

(5) 违反法律、行政法规强制性规定的。

(6) 违背公序良俗的。

原理
详解

1. “砍头息”

借款的利息不得预先在本金中扣除。利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息（2021年案例分析题）。

【典例研习·4-36】（2021年案例分析题改编）

2021年1月5日，赵某向钱某表示，希望借款100万元。钱某同意借款，但要求先扣除5万元利息，并且须为该笔借款提供保证担保。

1月11日，赵某与钱某签订书面借款合同，约定：借款金额100万元，借期6个月，总利率5%，届期一次性偿还。同日，孙某与钱某签订书面保证合同，约定孙某就赵某届期未能偿还的全部借款本息承举证责任，但未约定保证方式。

赵某届期未能偿还钱某借款。孙某须承担多少金额的保证责任？并说明理由。

【答案】孙某承担保证责任的金额为99.75万元。

保证担保的责任范围包括主债权及其利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。借款的利息预先在本金中扣除的，应当按照实际借款数额返还借款并计算利息。

因此，本题中孙某应承担保证责任的金额 = $(100 - 5) \times (1 + 5\%) = 99.75$ （万元）。

斯尔解析 本题看似考查“砍头息”的处理，实际还考查了保证责任的范围。貌似简单，但如果想拿全分数，堪称不易。

2. 民间借贷的利率

出借人请求借款人按照合同约定利率支付利息的，人民法院应予支持，但是双方约定的利率超过合同成立时一年期贷款市场报价利率四倍的除外。

提示：“一年期贷款市场报价利率”是指中国人民银行授权全国银行间同业拆借中心自2019年8月20日起每月发布的一年期贷款市场报价利率。

3. 互联网借贷平台的法律责任

（1）借贷双方通过网络贷款平台形成借贷关系，网络贷款平台的提供者仅提供中介服务，当事人请求其承担担保责任的，人民法院不予支持。

（2）网络贷款平台的提供者通过网页、广告或者其他媒介明示或者有其他证据证明其为借贷提供担保，出借人请求网络贷款平台的提供者承担担保责任的，人民法院应予支持。

4. 法定代表人在民间借贷合同中的责任

（1）法人的法定代表人或者非法人组织的负责人以单位名义与出借人签订民间借贷合同，有证据证明所借款项系法定代表人或者负责人个人使用，出借人请求将法定代表人或者负责人列为共同被告或者第三人的，人民法院应予准许。

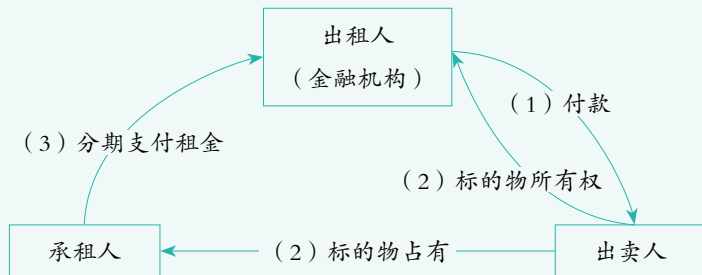
（2）法人的法定代表人或者非法人组织的负责人以个人名义与出借人订立民间借贷合同，所借款项用于单位生产经营，出借人请求单位与个人共同承担责任的，人民法院应予支持。

二、融资租赁合同（★★★）

融资租赁合同是出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。

具体流程上，承租人检验标的物合格后出具验收合格通知书，并与出租人订立融资租赁合同，出租人据此向出卖人付款。融资租赁合同应当采用书面形式。

融资租赁合同中的法律关系如下图所示，其实我们看融资租赁法律关系也可以从“买卖”“租赁”“融资”三个角度来分析。



原理
详解

(1) 典型的融资租关系涉及三方当事人，即出租人、承租人和出卖人，其中承租人和出卖人可以是同一主体（即“售后回租”的情况）。人民法院不应仅以承租人和出卖人系同一人为由认定不构成融资租赁法律关系。

(2) 融资租赁合同的内容涉及租赁和买卖两个方面，其虽具有租赁的内容，但其实质是融资；其租金名为“租金”，实为分期偿还的借款本息。

(一) 从“买卖”的角度看融资租赁

出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择与出卖人订立买卖合同，出卖人按照约定向承租人交付标的物，承租人享有与受领标的物有关的买受人的权利。

在上述买卖合同中，未经承租人同意，出租人不得变更与承租人有关的合同内容。

【典例研习·4-37】

甲航空公司（以下简称“甲公司”）拟新增5架乙公司生产的A型号飞机用于客运，于是与丙融资租赁公司（以下简称“丙公司”）联系，商洽融资租赁事宜。双方谈妥后，丙公司向乙公司购买5架A型号飞机，要求乙公司将该等飞机交付至甲公司指定地点。

甲公司验收无误后，与丙公司签订融资租赁合同，约定该等飞机由甲公司使用，甲公司按期向丙公司支付租金。丙公司于是向乙公司付款。

1. 风险负担

承租人占有租赁物期间，租赁物毁损、灭失的风险由承租人承担，（租赁物毁损、灭失后）出租人要求承租人继续支付租金的，人民法院应予支持。但当事人另有约定或者法律另有规定的除外。

2. 标的物检验与受领

(1) 出卖人违反合同约定的向承租人交付标的物的义务，存在下列情形之一的，承租人可以拒绝受领租赁物：

① 租赁物严重不符合约定的；

② 出卖人未按照约定交付标的物，经承租人或者出租人催告后在合理期限内仍未交付。

(2) 承租人拒绝受领租赁物，未及时通知出租人，或者无正当理由拒绝受领租赁

物，造成出租人损失，出租人可以请求承租人承担损害赔偿责任。

(3) 出租人、出卖人、承租人可以约定，出卖人不履行买卖合同义务的，由承租人行使索赔的权利。

3. 标的物的所有权

出租人对租赁物享有的所有权。承租人破产的，租赁物不属于破产财产。

(二) 从“租赁”的角度看融资租赁

1. 对租赁物适用性的担保

租赁物不符合租赁合同约定或者不符合使用目的的，出租人不承担责任，但承租人依赖出租人的技能确定租赁物或者出租人干预选择租赁物的除外。

2. 租赁物的占有、保管和维修

(1) 出租人应当保证承租人对租赁物的占有和使用。

(2) 承租人占有租赁物期间，租赁物造成第三人的人身损害或者财产损失的，出租人不承担责任（2021年案例分析题）。

(3) 承租人应当妥善保管、使用租赁物，履行占有租赁物期间的维修义务（2018年、2020年、2021年案例分析题）。

3. 变相的“买卖不破租赁”

出租人转让其在融资租赁合同项下的部分或者全部权利，受让方不得据此要求解除或者变更融资租赁合同。

(三) 从“融资”的角度看融资租赁

1. 租金实质为本息

承租人应当按照约定支付租金。承租人经催告后在合理期限内仍不支付租金的，出租人可以要求支付全部租金；也可以解除合同，收回租赁物（2018年案例分析题）。

2. 解除应受限制

(1) 有下列情形之一的，出租人可以要求解除融资租赁合同：

① 承租人未按照合同约定的期限和数额支付租金，符合合同约定的解除条件，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的；

② 承租人未经出租人同意，将租赁物转让、抵押、质押、投资入股或以其他方式处分的；

③ 合同对于欠付租金解除合同的情形没有明确约定，但承租人欠付租金达到两期以上，或者数额达到全部租金15%以上，经出租人催告后在合理期限内仍不支付的；

④ 承租人违反合同约定，致使合同目的不能实现的其他情形。

(2) 因出租人原因致使承租人无法占有、使用租赁物，承租人可以解除融资租赁合同。

3. 期满购回标的

出租人和承租人可以约定租赁期间届满租赁物的归属。

(1) 对租赁物的归属没有约定或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的，租赁物的所有权归出租人（2014年案例分析题、2018年案例分析题、2020年案例分析题）。

(2) 当事人约定租赁期限届满，承租人仅需向出租人支付象征性价款（如1元钱）的，视为约定的租金义务履行完毕后租赁物的所有权归承租人。

第十一节 承揽合同、委托合同和建设工程合同

一、承揽合同（★）

承揽合同是承揽人按照定作人的要求完成工作，交付工作成果，定作人支付报酬的合同。承揽合同是双务、有偿、诺成的合同。

提示：承揽包括加工、定作、修理、复制、测试、检验等工作。

（一）承揽人的权利义务

1. “转包”的问题

原则上，承揽人应当以自己的设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。如果承揽人拟将其承揽的工作交由第三人完成，应分情况处理：

“转包”事项	规则
辅助工作 “转包”	承揽人可以将其承揽的辅助工作交由第三人完成，并就该第三人完成的工作成果向定作人负责
主要工作 “转包”	承揽人将其承揽的主要工作交由第三人完成的（须经定作人同意）： （1）应当就该第三人完成的工作成果向定作人负责； （2）未经定作人同意的，定作人也可以解除合同

2. 材料与资料

（1）合同约定由承揽人提供材料的，承揽人应按照约定选用材料，并接受定作人检验。

（2）合同约定由定作人提供材料的，定作人应按照约定提供材料。

①承揽人对定作人提供的材料，应当及时检验，发现不符合约定时，应当及时通知定作人更换、补齐或者采取其他补救措施。

②承揽人不得擅自更换定作人提供的材料，不得更换不需要修理的零部件。

③承揽人应当妥善保管定作人提供的材料以及完成的工作成果，因保管不善造成毁损、灭失的，应当承担赔偿责任。

（3）承揽人应当按照定作人的要求保守秘密，未经定作人许可，不得留存复制品或者技术资料。

3. 成果交付

承揽人完成工作的，应当向定作人交付工作成果，并提交必要的技术资料和有关质量证明。定作人应当验收该工作成果。

（二）定作人的权利义务

1. 合理指示

（1）承揽人发现定作人提供的图纸或者技术要求不合理的，应当及时通知定作人。因定作人怠于答复等原因造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

（2）定作人中途变更承揽工作的要求，造成承揽人损失的，应当赔偿损失。

2.适当协助

(1) 承揽工作需要定作人协助的, 定作人有协助的义务。

(2) 定作人不履行协助义务致使承揽工作不能完成的, 承揽人可以催告定作人在合理期限内履行义务, 并可以顺延履行期限; 定作人逾期不履行的, 承揽人可以解除合同。

3.支付报酬

(1) 定作人应当按照约定的期限支付报酬。

(2) 对支付报酬的期限没有约定或者约定不明确, 依照有关规定仍不能确定的, 定作人应当在承揽人交付工作成果时支付; 工作成果部分交付的, 定作人应当作相应支付。

4.定作人任意解除权

定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同, 造成承揽人损失的, 应当赔偿承揽人本应获得的报酬, 从中减去承揽人节省的利益。

【典例研习·4-38】(2021年单项选择题)

根据合同法律制度的规定, 下列关于承揽合同的表述中, 正确的是()。

- A. 承揽人有权留存工作成果的复制品或者技术资料
- B. 定作人在承揽人完成工作前可以随时解除承揽合同
- C. 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力, 完成全部工作
- D. 承揽合同是双务、有偿、实践合同

斯尔解析 本题考查承揽合同的主要规则。

(1) 未经定作人许可, 承揽人不得留存复制品或者技术资料, 因此选项A所述错误。

(2) 定作人在承揽人完成工作前可以随时解除合同, 因此选项B所述正确。

(3) 承揽人应当以自己的设备、技术和劳力, 完成主要工作, 而非“全部工作”, 因此选项C所述错误。

(4) 承揽合同是诺成合同, 而非实践合同, 因此选项D所述错误。

二、委托合同(★)

委托合同是委托人和受托人约定, 由受托人处理委托人事务的合同。

(一)委托事务的处理

委托分为特别委托(处理一项或者数项事务)与概括委托(处理一切事务)。受托人应当按照委托人的指示处理委托事务。

(1) 原则上, 受托人应亲自处理委托事务。经委托人同意或追认, 受托人可以转委托。

情况	规则
转委托经同意或者追认	①委托人可以就委托事务直接指示转委托的第三人; ②受托人仅就第三人的选任及受托人自己对第三人的指示承担责任
转委托未经同意或者追认	①受托人应当对转委托的第三人的行为承担责任; ②但在紧急情况下受托人为维护委托人的利益需要转委托第三人的除外

(2) 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任。

(3) 受托人应当按照委托人的要求，报告委托事务的处理情况。委托合同终止时，受托人应当报告委托事务的结果。受托人处理委托事务取得的财产，应当转交给委托人。

提示：委托合同与承揽合同的主要区别是，委托合同中的受托人无须像承揽人一样交付工作成果，例如，加工、定作、修理的工作成果。

(二) 委托合同的费用与报酬

1. 费用

(1) 委托人应当预付处理委托事务的费用。

(2) 受托人为处理委托事务垫付必要费用的，委托人应当偿还该费用及其利息。

2. 报酬

(1) 受托人完成委托事务的，委托人应当按照约定向其支付报酬。

(2) 因不可归责于受托人的事由，委托合同解除或者委托事务不能完成的，委托人应当向受托人支付相应的报酬。当事人另有约定的，按照其约定。

(三) 委托合同项下的损失赔偿

1. 受托人赔委托人

(1) 受托人超越权限给委托人造成损失的，应当赔偿损失。

(2) 在委托权限之内，受托人给委托人造成损失的，应分情况处理：

情况	规则
有偿的委托合同	因受托人的过错给委托人造成损失的，委托人可以请求赔偿损失
无偿的委托合同	因受托人的故意或者重大过失给委托人造成损失的，委托人可以请求赔偿损失。换言之，如果受托人基于一般过失造成委托人损失，无须赔偿

2. 委托人赔受托人

(1) 受托人处理委托事务时，因不可归责于自己的事由受到损失的，可以向委托人要求赔偿损失。

(2) 委托人经受托人同意，可以在受托人之外委托第三人处理委托事务。因此给受托人造成损失的，受托人可以向委托人要求赔偿损失。

【典例研习·4-39】（2015年单项选择题）

根据合同法律制度的规定，下列关于委托合同的表述中正确的是（ ）。

A. 原则上受托人有权转委托，不必征得委托人同意

B. 无偿的委托合同，因受托人一般过失给委托人造成损失的，委托人可以要求赔偿损失

C. 有偿的委托合同，因不可归责于受托人的事由，委托事务不能完成的，委托人有权拒绝支付报酬

D. 两个以上的受托人共同处理委托事务的，对委托人承担连带责任

斯尔解析 本题考查委托合同的主要规则。选项D所述正确，至于其余选项：

(1) 原则上，受托人应亲自处理委托事务。经委托人同意或追认，受托人才可以转委托。因此选项A所述错误。

【典例研习】答案：

4-39：D

(2) 在选项BC的理解上, 须把握“便宜没好货”的原则。

①对于有偿委托, 受托人无论基于何种过错(包括故意、重大过失、一般过失)给委托人造成损失, 均须赔偿;

②但对于无偿委托, 受托人基于故意、重大过失给委托人造成损失时才须赔偿。

因此, 选项BC所述均错误。

三、建设工程合同(★★★)

建设工程合同是承包人进行工程建设, 发包人支付价款的合同。建设工程合同包括工程勘察、设计、施工合同。

此外, 发包人可以委托具有法定资格的工程监理单位, 依据法律、法规、建设工程合同及设计文件, 代表发包人对承包人的工程建设情况进行监督。就此, 发包人可以与该监督机构订立建设工程监理合同。

无论是建设工程合同还是工程监理合同均须以书面形式订立, 二者的差别在于:

(1) 建设工程合同本质上属于承揽合同, 故建设工程合同没有规定的部分, 适用承揽合同的有关规定。

(2) 发包人与监理人的权利和义务以及法律责任, 应当依照委托合同的规定以及其他有关法律、行政法规的规定执行。

(一) 建设工程合同概述

1. 建设工程合同的形式与内容

(1) 建设工程合同应当采用书面形式。

(2) 采用招标投标方式订立合同的, 当事人就同一建设工程另行订立的建设工程施工合同与经过备案的中标合同实质性内容不一致的, 应当以备案的中标合同作为结算工程价款的根据。

2. 建设工程合同的效力

(1) 建设工程施工合同具有下列情形之一的, 属于无效合同:

①承包人未取得建筑施工企业资质或者超越资质等级的;

②没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的;

③建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。

提示: 承包人超越资质等级许可的业务范围签订建设工程施工合同, 在建设工程竣工前取得相应资质等级, 不按照无效合同处理(2018年案例分析题)。

(2) 无效建设工程合同的处理:

①建设工程施工合同无效, 但建设工程经竣工验收合格, 承包人可以请求参照合同约定支付工程价款。

②建设工程施工合同无效, 且建设工程经竣工验收不合格的, 按照以下情形分别处理:

a. 修复后的建设工程经竣工验收合格, 发包人请求承包人承担修复费用的;

b. 修复后的建设工程经竣工验收不合格, 承包人无权请求支付工程价款。

3. 建设工程的“总包”与“分包”

原则上, 发包人可以与总承包人订立建设工程合同, 也可以分别与勘察人、设计人、施工人订立勘察、设计、施工承包合同。

发包人不得将应当由一个承包人完成的建设工程支解成若干部分发包给几个承包人。

4.建设工程的“转包”

(1) 建设工程转包的原则性规定。

①总承包人或者勘察、设计、施工承包人经发包人同意，可以将自己承包的部分工作交由第三人完成。

②第三人就其完成的工作成果与总承包人或者勘察、设计、施工承包人向发包人承担连带责任。

提示：在一般的承揽合同中，如果是辅助工作的“转包”，无须经定作人同意。此外，无论是辅助工作还是主要工作的“转包”，都由承揽人对第三人的工作成果向定作人负责，第三人无须和承揽人承担连带责任。

(2) 禁止情形。

①承包人不得将其承包的全部建设工程转包给第三人或者将其承包的全部建设工程支解以后以分包的名义分别转包给第三人。

②建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成（即不得转包该部分）。

③禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。

④禁止分包单位将其承包的工程再分包。

5.建设工程中的资质“挂靠”

缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人民法院应予支持。

(二) 施工期间的主要事项

1.对建设工程的检查

(1) 发包人在不妨碍承包人正常作业的情况下，可以随时对作业进度、质量进行检查。

(2) 隐蔽工程在隐蔽以前，承包人应当通知发包人检查。发包人没有及时检查的，承包人可以顺延工程日期，并有权要求赔偿停工、窝工等损失。

2.单方解除权

(1) 发包人解除权。承包人将建设工程转包、违法分包的，发包人可以解除合同。

(2) 承包人解除权。发包人提供的主要建筑材料、建筑构配件和设备不符合强制性标准或者不履行协助义务，致使承包人无法施工，经催告后在合理期限内仍未履行相应义务的，承包人可以解除合同。

(三) 完工后的主要事项

1.建设工程的竣工与验收

建设工程竣工后，发包人应当及时进行验收。建设工程竣工验收合格后，方可交付使用；未经验收或者验收不合格的，不得交付使用。

(1) 建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用后，不得以使用部分质量不符合约定为由主张权利；但是承包人应当在建设工程的合理使用寿命内对地基基础工程和主体结构质量承担民事责任（2021年案例分析题）。

(2) 当事人对建设工程实际竣工日期有争议的，按照以下情形分别处理：

①建设工程经竣工验收合格的，以竣工验收合格之日为竣工日期；

②承包人已经提交竣工验收报告，发包人拖延验收的，以承包人提交验收报告之日为竣工日期；

③建设工程未经竣工验收，发包人擅自使用的，以转移占有建设工程之日为竣工日期。

2. 建设工程优先受偿权（2018年、2021年案例分析题）

发包人未按照约定支付价款的，承包人可以催告发包人在合理期限内支付价款。

（1）发包人逾期不支付的，除按照建设工程的性质不宜折价、拍卖的以外，承包人可以与发包人协议将该工程折价，也可以申请人民法院将该工程依法拍卖。

（2）建设工程的价款就该工程折价或者拍卖的价款优先受偿，建筑工程承包人的上述优先受偿权优于抵押权和其他债权。

需注意，上述“建设工程优先受偿权”受到如下限制：

（1）建设工程承包人行使优先权的期限为18个月，自发包人应当给付建设工程价款之日起计算。

（2）消费者交付购买商品房的全部或者大部分款项后，承包人就该商品房享有的工程价款优先受偿权不得对抗买受人。

3. 欠付工程价款计息

当事人对欠付工程价款利息计付标准有约定的，按照约定处理；没有约定的，按照同期同类贷款利率或者同期贷款市场报价利率计息。利息从应付工程价款之日计付。当事人对付款时间没有约定或者约定不明的，下列时间视为应付款时间：

- （1）建设工程已实际交付的，为交付之日；
- （2）建设工程没有交付的，为提交竣工结算文件之日；
- （3）建设工程未交付，工程价款也未结算的，为当事人起诉之日。

第十二节 其他有名合同

原理详解

（1）有名合同是立法上规定了确定名称与规则的典型合同，如《民法典》合同编分则规定的买卖合同、赠与合同、借款合同、租赁合同等。

（2）无名合同是非典型合同，立法上未确定名称与规则。无名合同只能适用《民法典》总则中的一般规定，或参照其他法律中最类似的规定执行。

一、赠与合同（★★）

（一）赠与合同概述

赠与合同是赠与人将自己的财产无偿给予受赠人，受赠人表示接受赠与的合同。赠与合同是单务、无偿、诺成合同，也是双方法律行为。

（1）赠与的财产有瑕疵的，赠与人不承担责任。因为受赠人并未就此支付对价。但需注意：

①赠与人故意不告知瑕疵或者保证无瑕疵，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任。

②附义务的赠与，赠与的财产有瑕疵的，赠与人在附义务的限度内承担与出卖人相同的责任。

提示：赠与可以附义务；赠与附义务的，受赠人应当按照约定履行义务。

（2）因赠与人故意或者重大过失致使赠与的财产毁损、灭失的，赠与人应当承担赔偿责任。

（3）赠与合同成立后，赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。注意，这种情况并不属于赠与合同的撤销。

（二）赠与合同的撤销

赠与合同的撤销分为任意撤销和法定撤销。撤销权人撤销赠与的，如果赠与财产已经交付，可以向受赠人请求返还赠与的财产。

1.任意撤销

任意撤销是指赠与人在赠与财产的权利转移之前（通常是交付之前）可以撤销赠与。

由于赠与合同属于单务、无偿合同，赠与人一般都享有任意撤销权，但以下情况例外：

- （1）依法不得撤销的具有救灾、扶贫、助残等公益、道德义务性质的赠与合同；
- （2）经过公证的赠与合同。

对于这两类特殊的赠与合同，赠与人不得撤销赠与，且如果赠与人不交付赠与的财产，受赠人可以要求交付。

2.法定撤销

法定撤销是指当受赠人有忘恩行为时，赠与人或者赠与人的继承人、法定代理人可以撤销赠与的情形。

提示：无论赠与财产的权利是否转移，赠与是否具有救灾、扶贫、助残等社会公益、道德义务性质或者经过公证，撤销权人均可行使法定撤销权。

（1）赠与人的撤销权。受赠人有下列情形之一的，赠与人可以行使撤销权（2014年案例分析题）：

- ①严重侵害赠与人或者赠与人近亲属的合法权益；
- ②对赠与人有扶养义务而不履行；
- ③不履行赠与合同约定的义务。

赠与人自己的撤销权应自知道或者应当知道撤销事由之日起1年内行使。

（2）赠与人的继承人、法定代理人的撤销权。因受赠人的违法行为致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力的，赠与人的继承人或者法定代理人可以撤销赠与。

赠与人的继承人或者法定代理人的撤销权，自知道或者应当知道撤销事由之日起6个月内行使。

二、运输合同（★）

运输合同是承运人将旅客或者货物从起运地点运输到约定地点，旅客、托运人或者收货人支付票款或者运输费用的合同。运输合同分为客运合同、货运合同和多式联运合同。

（一）通用规则

（1）针对“拒载”。运输合同的订立具有强制性。法律规定，从事公共运输的承运人不得拒绝旅客、托运人通常、合理的运输要求而拒绝订立运输合同。

（2）针对“绕路”。承运人未按照约定路线或者通常路线运输而致使增加票款或者运输费用的，旅客、托运人或者收货人可以拒绝支付增加部分的票款或者运输费用。

（二）客运合同

客运合同自承运人向旅客交付客票时成立，但当事人另有约定或者另有交易习惯的除外。

1. 旅客权利义务

（1）旅客应当持有效客票乘运。旅客不交付票款的，承运人可以拒绝运输。

（2）旅客可以自行决定解除客运合同。旅客因自己的原因不能按照客票记载的时间乘坐的，应当在约定的时间内办理退票或者变更手续。逾期办理的，承运人可以不退票款，并不再承担运输义务。

2. 承运人权利义务

（1）承运人应当严格履行安全运输义务，向旅客及时告知安全运输应当注意的事项。

（2）承运人应当按照客票载明的时间和班次运输旅客。承运人迟延运输或者有其他不能正常运输情形的，应当根据旅客的要求安排改乘其他班次或者退票；由此造成旅客损失的，承运人应当承担赔偿责任，但是不可归责于承运人的除外。

（3）承运人擅自降低服务标准的，应当根据旅客的请求退票或者减收票款；提高服务标准的，不应当加收票款。

（4）在运输过程中旅客随身携带物品毁损、灭失，承运人有过错的，应当承担损害赔偿责任。旅客托运的行李毁损、灭失的，适用货物运输的有关规定。

（三）货运合同

1. 托运人权利义务

（1）说明义务。

① 托运人办理货物运输，应当向承运人准确表明收货人的名称或者姓名或者凭指示的收货人，货物的名称、性质、重量、数量，收货地点等有关货物运输的必要情况。

② 因托运人申报不实或者遗漏重要情况，造成承运人损失的，托运人应当承担损害赔偿责任。

（2）中止与变更权。在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。

2. 承运人权利义务

（1）收货相关权利义务。

① 货物运输到达后，承运人知道收货人的，应当及时通知收货人，收货人应当及时提货。收货人逾期提货的，应当向承运人支付保管费等费用。

② 收货人在约定的期限或者合理期限内对货物的数量、毁损等未提出异议的，视为承运人已经按照运输单证的记载交付货物的初步证据。但以后如收货人有证据证明货物的毁损、灭失发生在运输过程中，仍可向承运人索赔。

（2）货损相关权利义务。承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但需注意以下特殊情况：

① 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，不承担损害赔偿责任（2020年案例分析题）。

② 货物在运输过程中因不可抗力灭失，未收取运费的，承运人不得要求支付运费；已收取运费的，托运人可以要求返还。法律另有规定的，依照其规定。

三、行纪合同（★）

行纪合同是行纪人以自己的名义为委托人从事贸易活动，委托人支付报酬的合同。

【典例研习·4-40】

张某有一个古董花瓶，委托甲拍卖行进行拍卖。双方之间就此签订行纪合同。该合同履行期间，甲拍卖行以自己的名义组织拍卖；卖出后，甲拍卖行应将所得价款支付给张某，并可以从中扣除合同约定的报酬。

提示：行纪合同是一种特殊的委托合同，故《民法典》的合同编规定，该编对行纪合同没有规定的，参照适用其有关委托合同的规定。

（一）委托人的权利和义务

行纪人完成或者部分完成委托事务的，委托人应当向其支付相应的报酬。换言之，即使行纪人没有全部完成委托事务，也有权利获取报酬。

委托人逾期不支付报酬的，行纪人对委托物享有留置权，但当事人另有约定的除外。

（二）行纪人的权利和义务

（1）行纪人处理委托事务产生的费用由行纪人负担。

（2）行纪人占有委托物的，应当妥善保管委托物。

（3）行纪行为中的定价：

①行纪人在行纪中低于委托人指定的价格卖出或者高于委托人指定的价格买入的，应当经委托人同意。未经委托人同意，行纪人补偿其差额的，该买卖对委托人发生效力。

②行纪人高于委托人指定的价格卖出或者低于委托人指定的价格买入的，可以按照约定增加报酬。没有约定或者约定不明确，依照有关规定仍不能确定的，该利益属于委托人。

③委托人对价格有特别指示的，行纪人不得违背该指示卖出或者买入。

（4）行纪人的介入权。行纪人卖出或者买入具有市场定价的商品，除委托人有相反意思表示的以外，行纪人自己可以作为买受人或出卖人，此为行纪人的介入权。行纪人要行使介入权，必须要注意以下几点：

①委托人委托的商品具有市场定价；

②委托人没有相反的意思表示；

③在可以行使介入权的情形，行纪人仍然可以要求委托人支付报酬。

（5）行纪人与第三人订立合同的，行纪人对该合同直接享有权利、承担义务。第三人未履行义务致使委托人受到损害的，行纪人应当承担损害赔偿责任，但行纪人与委托人另有约定的除外。

闯关地图

📖：要听懂
!!!：你得背
√+×÷：你得算
🕒：有空看

第四章 合同法律制度

合同法总则

- 合同的基本理论
 - 🕒 合同的概念和适用范围
 - 📖 合同的分类
 - 📖 合同的相对性 (★)
- 合同的订立
 - 📖 要约 (★)
 - 📖 !!! 承诺 (★★)
 - 📖 合同的成立 (★)
 - 📖 合同的生效
 - 📖 !!! 格式条款与免责条款的效力 (★)
 - 📖 缔约过失责任 (★)
- 合同的履行
 - !!! 合同的履行规则 (★)
 - 📖 双务合同履行中的抗辩权 (★★)
 - 📖 !!! 合同的保全——代位权、撤销权 (★★)
 - 📖 特殊类型的债 (★)
 - 📖 情势变更 (★)
- 合同的担保
 - 📖 !!! 保证 (★★★★)
 - 📖 定金 (★★)
- 合同的变更与转让
 - 🕒 合同的变更
 - 📖 债权转让 (★★)
 - 📖 债务承担(债务转移) (★)
 - 🕒 债权债务的概括移转
- 合同的终止
 - 🕒 依约履行(清偿)导致合同终止
 - 📖 !!! 提存导致合同终止 (★★)
 - 📖 !!! 抵销导致合同终止 (★★)
 - 📖 免除与混同导致合同终止
 - 📖 !!! 解除导致合同终止 (★★★★)
- 违约责任
 - 📖 继续履行
 - 📖 补救措施 (★)
 - 📖 损害赔偿 (★★)

合同法分则



第五章 公司法律制度

学习提要

考几分？

本章属于重点章节，近三年平均每年考查6题，分值合计9分。其中，2021年考查7道题，共12分；2020年考查4道题，共4.5分；2019年考查7道题，共9.5分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值维持在10分左右。

怎么考？

本章知识在主观题、客观题中均有考查，考查重点较为突出。历年注会经济法考试中均有一道公司证券法方面的案例分析题，但该题近年来以考查证券法的知识为主，考查公司法的次数、范围均较为有限。

怎么学？

本章学习难度不大，但是记忆难度较大。与前两章相比，商法的规定没有那么抽象，如果不愿意细想的话，也用不到太多的“原理”。因此，整体来看较易入门。但是，商法学起来“易学难精”，如果不花大力气记住一些规则，很难体会公司法的脉络和全貌。

本章的重点集中在第三至六节。大家必须注意的是，学习公司法的时候一定要十分仔细。先把书上的文字看清楚，不要漏字，也不要随便脑补。在此基础上再理解、记忆，避免形成似是而非的第一印象。

考点精讲

第一节 公司法律制度概述

一、公司的概念

根据《中华人民共和国公司法》（以下简称“《公司法》”）和《民法典》的规定，公司是指股东承担有限责任的营利性法人。其含义有如下三点：

（1）公司是法人，这一点主要体现在以下几方面：

- ①公司具有民事权利能力和行为能力，法律地位独立于股东、管理人员和员工。
- ②公司可以拥有自己的财产，可以与他人签订合同，可以起诉和应诉。
- ③公司以其全部财产对自己的债务承担责任。

（2）公司是营利性法人，以取得利润并分配给股东等出资人为目的而成立。

（3）公司股东通常承担有限责任。通常情况下，股东对公司承担出资义务，在此之外，股东没有义务以自己的财产偿付公司债务。

【典例研习·5-1】

张三、李四、王五共同出资设立甲有限公司（以下简称“甲公司”）。甲公司注册资本共100万元，其中，张三、李四、王五认缴的注册资本分别为20万元、30万元、50万元，目前均已实缴。经营过程中，甲公司对外负有150万元债务。这意味着：

（1）甲公司应以上述100万元资本中的全部承担该等债务。如果甲公司资不抵债，可能进入破产清算程序。

（2）就三名股东而言，其均已缴足认缴的出资，因此无须再就甲公司无力承担的债务负责。这正是公司股东“有限责任”的体现。

二、公司的分类

公司在理论上由诸多分类。但根据中国的《公司法》，公司主要分为“有限责任公司”和“股份有限公司”。

（1）有限责任公司（或称“有限公司”），指股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的公司。

提示：

《公司法》还规定了两类特别的有限公司：一人有限公司、国有独资公司。

（2）股份有限公司（或称“股份公司”），指将公司全部资本分为等额股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的公司。

提示：股份公司公开发行股份并上市之后，就成为所谓的“上市公司”。因此，上市公司一定是股份公司。

股份公司与有限公司最基本的差异为是否将公司资本分为等额股份，这是一个形式上的差异。此外，我们国家预设股份公司的股东比有限公司多、股权交易比有限公司活跃、公司规模也更大，因此在股权转让、公司治理、设立程序等方面作出了不同的规定。

原理
详解

第二节 公司设立

一、股份公司设立(★)

(一) 前置营业许可

(1) 公司设立许可。

- ①设立证券公司应得到证券监管部门的许可；
- ②设立保险公司须获得保险监管部门的许可。

(2) 经营范围许可。

- ①公司有烟草销售项目的，须事先获得烟草管理部门批准；
- ②生产经营易燃易爆物品的，须经公安机关的审批。

(二) 股份公司的发起人

股份公司设立过程中，由发起人承担公司筹办事务。法律对股份公司发起人的要求有：

- (1) 股份公司的发起人可以是自然人或者法人，数量应为2人以上200人以下。
- (2) 股份公司发起人中须有半数以上在中国境内有住所。
- (3) 发起人应签订发起人协议，明确各自在公司设立过程中的权利和义务。

(三) 股份公司的设立方式

股份公司可以采取发起设立或者募集设立的方式设立。

(1) 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。

发起设立的程序大致是：发起人签订发起人协议→发起人制订公司章程→发起人认购公司章程记载的注册资本→发起人选举董事会和监事会→申请设立登记。

【典例研习·5-2-1】

张三、李四、王五共同发起设立甲股份有限公司（以下简称“甲公司”）。三人签署发起人协议和甲公司章程，约定甲公司总股本为1 000万股，每股1元。张三认购其中200万股，李四认购300万股，王五认购500万股。

(2) 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。

募集设立的程序大致是：发起人签订发起人协议→发起人制订公司章程→发起人认购部分公司资本→发起人向其他人募集股份→召开创立大会→申请设立登记。

【典例研习·5-2-2】

张三、李四、王五共同募集设立乙股份有限公司（以下简称“乙公司”）。三人签署发起人协议，约定乙公司股份作价每股1元，张三认购100万股，李四认购

200万股，王五认购50万股。另外，向社会募集不超过650万股。最终，三人实际募集到300万股，该等股款均已实缴。

提示：

(1) 简单来说，发起设立中，原始股东只有“一拨人”，即发起人；募集设立中，原始股东有“两拨人”，发起人和认股人。

(2) 募集设立在实践中非常罕见。其中有关股份募集的事项，请见第六章“证券法律制度”的介绍。

(四) 股份公司设立中的主要事项

1. 概览

股份公司设立的过程中涉及诸多重要事项，其在发起设立、募集设立中的情况各不相同。

事项	发起设立	募集设立
公司章程	由发起人制定即可	由发起人制订，须经创立大会通过
实缴出资	发起人在公司设立阶段可以不实缴出资，除非公司属于特殊行业	发起人、认股人在公司设立阶段均须实缴出资
验资	验资非必须	验资必须
注册资本	公司注册资本就是发起人在公司章程上记载的金额（即“认缴额”）	公司注册资本是发起人、认股人实际缴纳的股本金额（即“实缴额”）
关于股本的其他要求	在发起人认购的股份缴足前，不得向他人募集股份	发起人认购的股份不得少于公司股份总数的35%
创立大会	不涉及	必须召开创立大会
人员选举	董事、监事由发起人选举	董事、监事由创立大会选举

2. 创立大会

原理详解

募集设立中，公司的原始股东有“两拨人”，“发起人”来得早一些，“认股人”来得晚一些。公司设立阶段的基础工作（如制订公司章程）由发起人完成，须通过创立大会的方式取得认股人的认同。因此，创立大会是募集设立独有的程序。

(1) 募集设立股份公司的，发起人应当在发起人、认股人足额缴纳股款、验资证明出具之日后30日内召开公司创立大会。创立大会应有代表股份总数过半数的发起人、认股人出席方可举行。

(2) 创立大会行使下列职权：

- ① 审议发起人关于公司筹办情况的报告；
- ② 通过公司章程；
- ③ 选举董事会成员；

④选举监事会成员；

⑤对公司的设立费用进行审核；

⑥对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；

⑦发生不可抗力或者经营条件发生重大变化直接影响公司设立的，可以作出不设立公司的决议。

(3) 创立大会对上述事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

提示：由上述情况可知，募集设立存在不确定性，即可能设立失败。

发生以下情况的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还：

(1) 发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的；

(2) 发行股份的股款缴足后，发起人在30日内未召开创立大会的；

(3) 创立大会作出不设立公司决议的。

(五) 股份公司的设立登记

股份公司设立时，由董事会申请设立登记。公司营业执照签发日期为公司成立日期。公司凭营业执照刻制印章，开立银行账户，申请纳税登记。

须注意，募集设立中，董事会应于创立大会结束后30日内申请设立登记。

二、有限公司设立

股份公司、有限公司在设立程序上的区别并不大。以下就二者在设立程序上的主要差异略作介绍。

(一) 有限公司的发起人

有限公司的股东（或称“出资人”）可以是自然人或者法人，有限责任公司由50个以下股东出资设立，允许设立一人有限责任公司。

提示：《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定（三）》（以下简称“《公司法解释（三）》”）规定：为设立公司而签署公司章程、向公司认购出资或者股份并履行公司设立职责的人，应当认定为公司的发起人，包括有限责任公司设立时的股东。因此，下文中如无特殊说明，“发起人”兼指有限公司、股份公司的原始股东。

(二) 有限公司设立的程序

有限公司设立的程序与股份公司发起设立大致相当，例如：

(1) 公司章程应由全体发起人签章；

(2) 发起人在公司设立阶段无须实缴出资，除非公司属于特殊行业；

(3) 公司注册资本为公司章程记载的数字（即“认缴额”）；

(4) 由公司发起人选举产生公司的董事、监事。

三、公司的设立登记

事项	规定
登记事项	(1) 名称；(2) 公司类型(3) 经营范围；(4) 住所； (5) 注册资本；(6) 法定代表人姓名； (7) 有限责任公司股东或者股份有限公司发起人的姓名或者名称

续表

事项	规定
备案事项	(1) 公司章程; (2) 经营期限; (3) 有限责任公司股东或者股份有限公司发起人认缴的出资数额、缴付期限和出资方式; (4) 公司董事、监事、高级管理人员; (5) 公司登记联络员、外商投资企业法律文件送达接受人; (6) 公司受益所有人相关信息
营业执照签发	(1) 营业执照签发日期为公司的成立日期; (2) 营业执照分为正本和副本, 具有同等法律效力; (3) 电子营业执照与纸质营业执照具有同等法律效力; (4) 营业执照遗失或者毁坏的, 公司应当通过国家企业信用信息公示系统声明作废, 申请补领
变更登记	公司变更登记事项, 应当自作出变更决议、决定或者法定变更事项发生之日起30日内向登记机关申请变更登记
歇业备案	(1) 公司应当在歇业前向登记机关办理备案; (2) 公司歇业的期限最长不得超过3年; (3) 公司在歇业期间开展经营活动的, 视为恢复营业

四、公司设立阶段的债务 (★★)

(一) 侵权之债

发起人如因设立公司而对他人造成损害, 其责任承担“内外有别”。

(1) 对外, 其责任承担视公司是否成功设立而定:

①公司成功设立的, 公司成立后应自动承受该侵权责任。

②公司未成立的, 受害人有权请求全体发起人承担连带赔偿责任。

(2) 对内, 公司或无过错的发起人承担赔偿责任后, 可以向有过错的发起人追偿。

【典例研习·5-3】(2017年单项选择题)

甲、乙、丙三人拟设立一有限责任公司。在公司设立过程中, 甲在搬运为公司购买的办公家具时, 不慎将丁撞伤。根据公司法律制度的规定, 下列关于对丁的侵权责任承担的表述中, 正确的是 ()。

- A. 若公司未成立, 丁仅能请求甲承担该侵权责任
- B. 若公司成立, 则由公司自动承受该侵权责任
- C. 若公司未成立, 丁应先向甲请求赔偿, 不足部分再由乙、丙承担
- D. 无论公司是否成立, 该侵权责任应由甲、乙、丙共同承担



斯尔解析 本题考查公司设立过程中侵权责任的承担, 具体而言, 只考查了“对外”的规则, 其责任承担视公司是否成功设立而定:

(1) 公司成功设立的, 公司成立后应自动承受该侵权责任。因此选项B所述正确, 选项D所述错误。

(2) 公司未成立的, 受害人有权请求全体发起人承担连带赔偿责任。根据“合同法律制度”章节介绍的连带债务的特点, 可知选项AC所述错误。

(二) 合同之债

公司设立阶段, 合同之债的承担与侵权之债相比更为复杂。合同签订当事人、公司成立与否都构成这个问题的变量。请见下表分析:

事项	以发起人名义签署	以设立中的公司名义签署
成功设立	合同相对人有权选择请求该发起人或者成立后的公司承担合同义务	公司成立后自动承担该合同义务
未成功设立	发起人承担	

(1) 《公司法》仅对股份公司设立失败设专门规范: 公司不能成立时, 发起人对设立行为所产生的债务和费用负连带责任; 对认股人已缴纳的股款, 发起人负返还股款并加算银行同期存款利息的连带责任。

(2) 《公司法解释(三)》将上述规范扩展适用于有限公司设立失败, 并对发起人间的责任分担予以规范:

① 债权人有权请求全体或者部分发起人对设立公司行为所产生的费用和债务承担连带清偿责任。

② 部分发起人依前述承担责任后, 请求其他发起人分担的, 人民法院应当判令其他发起人按照约定的责任承担比例分担责任; 没有约定责任承担比例的, 按照约定的出资比例分担责任; 没有约定出资比例的, 按照均等份额分担责任。


③ 因部分发起人的过错导致公司未成立, 其他发起人主张其承担设立行为所产生的费用和债务的, 人民法院应当根据过错情况, 确定过错一方的责任范围。

原理
详解

【典例研习·5-4】(2014年单项选择题)

在乙有限责任公司设立过程中, 出资人甲以乙公司名义与他人签订一份房屋租赁合同, 所租房屋供筹建乙公司之用。乙公司成立后, 将该房屋作为公司办公用房但始终未确认该房屋租赁合同。下列关于房屋租赁合同责任承担的表述中, 符合公司法律制度规定的是()。

- A. 由甲承担
- B. 由乙公司承担
- C. 由甲、乙公司承担连带责任
- D. 先由甲承担, 乙公司承担补充责任

 **斯尔解析** 本题考查公司设立过程中合同之债的承担。

题述情况下, 固然可以根据上面介绍的公司法规定作答, 也可以通过“合同相对性”的原理判断: 既然乙公司是合同当事人, 乙公司又已经在事实上存在, 当然应该由乙公司承担合同义务。因此, 本题应选择选项B。

第三节 出 资

一、用于出资的财产（★）

（一）可以用于出资的财产

出资方式	具体财产	
货币	银行存款等	
非货币财产	实物	房屋、机器设备、工具、原材料、零部件等
	知识产权	著作权、专利权、商标权、非专利技术
	土地使用权	

提示：股权、债权均可用于出资，其中，用股权出资的，须经评估。

（二）不可用于出资的财产

法律、行政法规规定不得作为出资的财产，包括：劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产。

提示：以上有关出资财产种类的规定，有限公司和股份公司均适用。

精准答疑

问题：“特许经营权”与“知识产权”有何不同？

解答：“知识产权”一般仅包括专利权、商标权和著作权。根据相关法律法规，这三类权利中的财产权利均可由当事人自由转让，所以适于出资。

“特许经营权”往往由政府授予。例如，《市政公用事业特许经营管理办法》规定：“城市供水、供气、供热、公共交通、污水处理、垃圾处理等行业，依法实施特许经营的，适用本办法。”这种权利虽然也具有经济价值，但法律禁止权利人擅自转让，权利人当然也无法用其出资。

二、出资瑕疵的认定（★★）

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，在缴纳的具体要求上：

（1）股东以货币出资的，应将货币出资足额存入为设立公司而在银行开设的账户；

（2）以非货币财产出资的，应当依法办理其财产权的转移手续（如动产的交付、不动产的变更登记）。换言之，假设某股东以名下房产出资，但尚未将该房产登记至公司名下，不能认为其已经足额缴纳出资。

现实中，出资人的出资行为可能并不完全符合法律规定，从而构成出资瑕疵。对于这类情况，司法解释规定了较为详细的处理规则。

（一）未对非货币财产出资进行评估

原则上，以非货币财产出资的须经评估。但是，也不宜一概否定未评估出资的效力。因此，司法解释作出如下含有“梯度”的规定。

出资人以非货币财产出资，未依法评估作价，公司、其他股东或者公司债权人请求认定出资人未履行出资义务的：

口诀	规则
缺评估，先补评	人民法院应当委托具有合法资格的评估机构对该财产评估作价
显著低，未缴足	评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务
后贬值，不用补	出资人以符合法定条件的非货币财产出资后，因市场变化或者其他客观因素导致出资财产贬值，公司、其他股东或者公司债权人请求该出资人承担补足出资责任的，人民法院不予支持

可能有读者已经注意到，对于“出资不实”的问题，公司债权人往往非常关心，而且有一定的话语权。其原因在于，股东出资正是公司对外承担债务的基础。

假设张三是甲公司的股东，欠缴20万元到期出资；李四是甲公司的债权人，对甲公司享有10万元到期债权。由于经营不善，甲公司无力偿还欠李四的债务。此时，李四有充分的动机要求张三向甲公司补足出资。

原理详解

（二）已交付但未办理过户登记/已办理过户登记但未交付

出资人以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资：

口诀	规则
有实无名 须正名股东 权自坐实始	已经交付公司使用但未办理权属变更手续，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的： （1）人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理权属变更手续； （2）在前述期间内办理了权属变更手续的： ①人民法院应当认定其已经履行了出资义务； ②出资人主张自其实际交付财产给公司使用时享有相应股东权利的，人民法院应予支持
有名无实 先坐实股东 权自坐实始	出资人已经就前述财产出资，办理权属变更手续但未交付给公司使用，公司或者其他股东主张其向公司交付，并在实际交付之前不享有相应股东权利的，人民法院应予支持

【典例研习·5-5】（2017年单项选择题）

甲有限责任公司成立于2017年1月5日。公司章程规定，股东乙以其名下的一套房产出资。乙于1月7日将房产交付甲公司使用，但一直未办理权属变更手续。5月9日，甲公司股东丙诉至人民法院，要求乙履行出资义务。5月31日，人民法院判令乙于10日内办理上述房产的权属变更手续。6月6日，乙完成权属变更手续。根据公司法律制度的规定，乙享有股东权利的起始日期是（ ）。

A.1月7日 B.1月5日 C.6月6日 D.5月31日

斯尔解析 本题考查股东出资“有实无名”的情况。须记住，“有实无名须正名、股东权自坐实始”。所谓“正名”，就是办理房产的转移登记，将其登记在甲公司名下。所谓“股东权自坐实始”，是指“正名”后，出资人自将出资财产实际交付公司使用时享有股东权利。本题中，出资人乙已经完成出资房产的转移登记，因此，其自实际向甲公司交付该房产之日（即1月7日）享有股东权利。本题应选择选项A。

（三）以划拨地或负有权利负担的财产出资

“物权法律制度”章节曾介绍，划拨地的用途受到严格限制，其转让也有法定程序。因此，划拨地的土地使用权不能直接用于出资。此外，上文提到，设定担保的财产也不得用于出资。如果出资人用上述土地使用权出资，适用如下规定。

出资人以划拨土地使用权出资，或者以设定权利负担（如抵押权）的土地使用权出资，公司、其他股东或者公司债权人主张认定出资人未履行出资义务的：

口诀	规则
地瑕疵， 先“洗地”	人民法院应当责令当事人在指定的合理期间内办理土地变更手续或者解除权利负担
迟“洗地”， 未缴足	逾期未办理或者未解除的，人民法院应当认定出资人未依法全面履行出资义务

（四）以污点财产出资

以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权的，对违法犯罪行为予以追究、处罚时应当采取拍卖或者变卖的方式处置其股权，不能直接将出资的财产从公司抽出。

（五）以无权处分的财产出资

出资人以其不享有处分权的财产出资，当事人之间对于出资行为效力产生争议的，适用善意取得制度。

（1）构成善意取得的，公司取得出资财产所有权，原所有权人只能要求无权处分的出资人赔偿损失；

（2）不构成善意取得的，原所有权人有权取回该财产，应认定出资人未履行出资义务。

【典例研习·5-6】（2012年单项选择题）

甲向乙借用一台机床。借用期间，未经乙同意，甲以所有权人名义，以该机床作价出资，与他人共同设立丙有限责任公司，并已实缴出资。丙公司其他股东对甲并非机床物主不知情。乙发现上述情况后，要求丙公司返还机床。根据公司法律制

度和物权法律制度的规定，下列表述中正确的是（ ）。

- A. 甲出资无效，不能取得股东资格，乙有权要求返还机床
- B. 甲出资无效，应以其他方式补足出资，乙有权要求返还机床
- C. 甲出资有效，乙无权要求返还机床，但甲应向乙承担赔偿责任
- D. 甲出资有效，乙无权要求返还机床，但丙公司应向乙承担赔偿责任

【斯尔解析】 本题考查出资语境下的善意取得，我们可以用出资的各项情况在善意取得的条件里“对号入座”。

(1) “无辜”：丙公司的其他股东对于甲无权处分并不知情；

(2) “不贪小便宜”：如无特别说明，应认为用于出资的非货币财产作价公允，因此，可以认为丙公司用与机床等值的股权“买”到该机床；

(3) “生米做成熟饭”：甲已经实缴出资，这意味着其已经将机床交付给丙公司。

此外，该机床由真权利人乙借给甲使用，也符合善意取得的条件。

综上，丙公司通过善意取得制度获得该机床的所有权。原物主乙因此失去该机床的所有权，可以向无权处分人甲请求赔偿。因此，本题应选择选项C。

三、抽逃出资(★)

(一) 公司的法人财产权

公司作为企业法人享有法人财产权。法人财产权是指公司拥有由股东投资形成的法人财产，并依法对该财产行使占有、使用、受益、处分的权利。

公司的财产虽然源于股东的投资，但股东一旦将财产投入公司，便丧失对该财产直接支配的权利，只享有公司的股权，由公司享有对该财产的支配权利。

【典例研习·5-7】

张三、李四、王五共同出资设立甲有限公司。甲公司注册资本共100万元，其中，张三以其拥有的一台机器设备作价20万元出资。

(1) 张三将该机器设备实缴给甲公司之前，可以直接对该机器设备占有、使用、收益、处分。说白了，这个机器怎么用，张三自己说了算。

(2) 张三将该机器设备实缴给甲公司之后，该机器设备不再属于张三，而属于甲公司。这意味着，甲公司可以直接对该机器设备占有、使用、收益、处分。

①作为对价，张三得到的是甲公司20%的股权，其具有财产价值，也包含参与甲公司事务的权利。通过依法出资，张三也得到“有限责任”的保护。

②出资后，张三只可以通过甲公司股东会、董事会等机构决定该机器设备的占有、使用、收益、处分。说白了，这个机器怎么用，张三自己说了不算。

(二) 股东合法获取公司财产的情况

通俗地说，股东将财产出资之后，这项财产就不属于股东了，而属于公司。如果股东再越过公司直接对这些财产“动手动脚”，简直与小偷无异。

但是，股东并非完全不能从公司获得财产。法律明确允许的情况有：

- (1) 公司向股东分配利润；
- (2) 公司进行减资、解散清算，从而向股东分配财产；
- (3) 股份公司募集设立失败的，发起人、认股人可以根据法定程序抽回股本。

(三) 抽逃出资

“抽逃出资”是比较典型的股东违法占用公司财产的情况，侵犯了公司的法人财产权。

【典例研习】答案：

5-6：C

《公司法解释（三）》规定，在公司成立后，股东存在下列情形且损害公司权益的，可以被认定为抽逃出资：

- （1）通过虚构债权债务关系将其出资转出；
- （2）制作虚假财务会计报表，虚增利润进行分配；
- （3）利用关联交易将出资转出；
- （4）其他未经法定程序将出资抽回的行为。

提示：除了上述司法解释明确列举的情况外，教材还提到3种构成抽逃出资的情况，应予以注意。

- （1）公司在减少注册资本时未通知已知的债权人，致使债权人在公司向股东返还出资财产前无法请求公司向其清偿债务或者提供担保；
- （2）公司不符合分配利润的法定条件而直接向股东支付“股利”（固定收益）；
- （3）股东之间转让股权而公司为其提供担保。

四、未履行/未全面履行出资义务、抽逃出资的法律后果（★★）

（一）一般原则

1. 同一批股东内部的违约责任

股东不按照规定缴纳出资的，除该股东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。该违约责任除出资部分外，还包括未出资的利息。

【典例研习·5-8】（模拟单项选择题）

郑某、吴某、蔡某共同出资设立甲有限责任公司。郑某在规定时间内缴纳了认缴出资额的一半；吴某以房产出资，但未按章程规定办理房屋所有权转移手续；蔡某如期足额缴纳出资。根据公司法法律制度的规定，下列关于郑某承担责任的表述中，正确的是（ ）。

- A. 郑某应向公司足额缴纳出资，但无须向吴某、蔡某承担违约责任
- B. 郑某可将出资抽回，退出公司，但应向吴某、蔡某承担违约责任
- C. 郑某应向公司足额缴纳出资，并向蔡某承担违约责任
- D. 郑某应向公司足额缴纳出资，并向吴某、蔡某承担违约责任

斯尔解析 本题考查股东出资不足时的责任承担，考得很细。我们再看一遍这条规则：“股东不按照规定缴纳出资的，除该股东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。”

整体来看，股东出资不足有两层责任：向公司补足、向其他股东承担违约责任。因此，选项B的说法没有法律依据，可以先予排除。

更细节处的规定是：股东承担违约责任的对象必须是“已按期足额缴纳出资的股东”。本题中，郑某确实出资不足，但其他股东中，吴某也出资不足，其用于出资的房产并未过户登记至公司名下。因此，郑某无须向吴某承担违约责任，仅须向蔡某承担违约责任。因此，选项C符合该规定。

2. 同一批股东对外的连带责任

（1）股东在公司设立时未履行或者未全面履行出资义务，发起人与被告股东承担连带责任；公司的发起人承担责任后，可以向被告股东追偿。

（2）有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任。

【典例研习】答案：

5-8：C

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

【典例研习·5-9】（模拟单项选择题）

张三、李四、王五共同出资设立甲有限责任公司（以下简称“甲公司”）。甲公司的公司章程规定，王五以一处房产作价50万元出资。甲公司成立后，又吸收赵六入股。后查明，王五作为出资的房产在当时仅值25万元，王五现有可执行的个人财产10万元。下列处理方式中，符合《公司法》规定的是（ ）。

A.王五以现有可执行财产补交差额，不足部分由王五在3年内用公司分得的利润补足

B.王五以现有可执行财产补交差额，不足部分由张三、李四补足

C.王五以现有可执行财产补交差额，不足部分由张三、李四、赵六补足

D.王五无须补交差额，张三、李四、赵六都不承担补足出资的连带责任

斯尔解析 这里考查的知识点是“有限责任公司成立后，发现作为设立公司出资的非货币财产的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补足其差额，公司设立时的其他股东承担连带责任。”

本题中，赵六并不属于“公司设立时的其他股东”，而是在甲公司设立之后才加入，因此无须承担补足责任。因此，选项CD所述均错误，选项B所述正确。此外，选项A的说法没有法律依据，也不应选。

问题：股东以非货币财产出资后，什么情况下须补足，什么情况下无须补足？

解答：我们以【典例研习·5-9】为背景展开分析。

（1）该题中，王五用房产出资，作价50万元，但当时该房产的实际价值比50万元低得多，仅有25万元。因此，出资房产的作价显然不公允，出资人应予补足。

（2）假设王五用于出资的房产在出资时确实值50万元，则在当时，该房产的作价是公允的。之后，房屋再发生贬值，则出资人无须补足。

精准答疑

3. 股东权利限制

（1）股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资，公司根据公司章程或者股东会决议对其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利作出相应的合理限制，该股东请求认定该限制无效的，人民法院不予支持。

（2）有限责任公司的股东未履行出资义务或者抽逃全部出资，经公司催告缴纳或者返还，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，公司以股东会决议解除该股东的股东资格，该股东请求确认该解除行为无效的，人民法院不予支持。

以上规则可用下表梳理：

特点	情形	方式	限制权利
“敲打”一下	（1）股东未履行或者未全面履行出资义务； （2）或者股东抽逃出资	公司章程； 或股东会决议	利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东财产权利

【典例研习】答案：

5-9：B

续表

特点	情形	方式	限制权利
釜底抽薪	(1) 股东未履行出资义务或者抽逃全部出资; (2) 且经公司催告后在合理期间内仍未缴纳或者返还出资	股东会决议	全部股东权利 (解除股东资格)

4. 不得以时效抗辩

公司股东未履行或者未全面履行出资义务或者抽逃出资, 公司或者其他股东请求其向公司全面履行出资义务或返还出资。被告股东以诉讼时效为由进行抗辩的, 人民法院不予支持。

(二) 特殊情况的处理

1. 涉及股权转让的情况

有限责任公司的股东未履行或者未全面履行出资义务即转让股权, 受让人对此知道或者应当知道, 公司请求该股东履行出资义务、受让人对此承担连带责任的, 人民法院应予支持。

公司债权人依照规定向该股东提起承担补充赔偿责任的诉讼, 同时请求前述受让人对此承担连带责任的, 人民法院应予支持。

受让人根据上述规定承担责任后, 向该未履行或者未全面履行出资义务的股东追偿的, 人民法院应予支持。但是, 当事人另有约定的除外。

【典例研习·5-10】(2012年单项选择题改编)

某有限责任公司股东甲将其所持全部股权转让给该公司股东乙。乙受让该股权时, 知悉甲尚有70%出资款未按期缴付。下列表述中, 符合公司法律制度规定的是()。

- A. 甲应继续向公司承担足额缴纳出资的义务, 乙对此不承担责任
- B. 甲应继续向公司承担足额缴纳出资的义务, 乙对此承担连带责任
- C. 乙应代替甲向公司承担足额缴纳出资的义务, 甲对此不再承担责任
- D. 乙应代替甲向公司承担足额缴纳出资的义务, 甲对此承担补充清偿责任

斯尔解析 本题以股权转让为背景, 考查股东出资不实责任承担。本题中, 乙明知该等股权对应的出资并未按期缴足, 依然同意受让, 因此, 应与出资不实的原股东甲向该公司承担连带责任。选项B所述正确。

2. “助纣为虐”的责任

(1) 情况一: 增资中股东出资不足。

股东在公司增资时未履行或者未全面履行出资义务, 未尽法定义务而使出资未缴足的董事、高级管理人员承担相应责任; 董事、高级管理人员承担责任后, 可以向被告股东追偿。

(2) 情况二: 股东抽逃出资。

①公司提出请求。股东抽逃出资, 公司或者其他股东请求其向公司返还出资本息, 协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的, 人民法院应予支持。

- ②公司债权人提出请求。
- a.公司债权人请求抽逃出资的股东在抽逃出资本息范围内对公司债务不能清偿的部分承担补充赔偿责任，协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此承担连带责任的，人民法院应予支持；
- b.抽逃出资的股东已经承担上述责任，其他债权人提出相同请求的，人民法院不予支持。

命题角度：上述“助纣为虐”的情况下，到底哪些人员要“背锅”？

情况	“背锅”人	“背锅原因”
增资中股东 出资不足	董事、高级管理人员	未尽《公司法》 规定的忠实、 勤勉义务
股东抽逃 出资	(1) 其他股东、实际控制人； (2) 董事、高级管理人员	协助抽逃出资

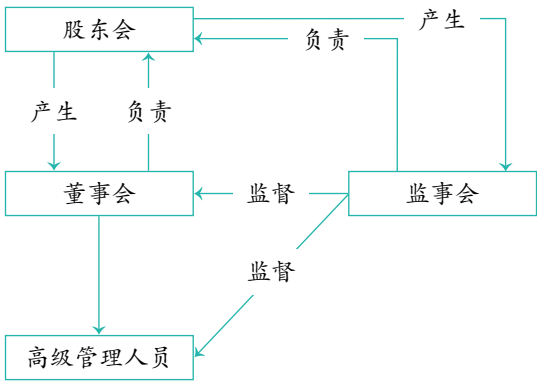
注意，无论上述何种情况，监事都不用“背锅”。

解题高手

第四节 公司组织机构

一、有限责任公司的组织机构（★★）

在学习有关公司组织机构的具体知识之前，我们以有限公司为例，先通过下图概览各个组织机构之间的关系：



（一）股东会

1. 股东会的职权

有限责任公司股东会由全体股东组成。股东会是公司的权力机构，依法行使下列职权：

分类	明细
人权	(1) 选举和更换非由职工代表担任的董事、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) 审议批准监事会或者监事的报告
财权	(1) 决定公司的经营方针和投资计划； (2) 审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案； (3) 审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案； (4) 对公司增加或者减少注册资本作出决议； (5) 对发行公司债券作出决议
事权	(1) 对公司合并、分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议； (2) 修改公司章程

2. 股东会会议的形式

股东会会议分为定期会议和临时会议。

(1) 定期会议：定期会议应当按照公司章程的规定按时召开。

(2) 临时会议：

以下主体提议召开临时会议的，应当召开临时会议：

- ① 代表1/10以上表决权的股东；
- ② 1/3以上的董事；
- ③ 监事会或者不设监事会的公司的监事。

【典例研习·5-11】（2015年多项选择题）

根据公司法律制度的规定，下列人员或机构中，有权要求有限责任公司召开临时股东会会议的有（ ）。

- A. 代表1/10以上表决权的股东
- B. 1/3以上董事
- C. 董事长
- D. 监事会

斯尔解析 本题考查有限公司股东会临时会议的召开条件。选项AD都比较容易判断，选项BC值得进一步分析。请注意，在董事层面，可以提议召开股东会临时会议的是“1/3以上董事”，而不是董事长个人。假设某有限公司董事会由9人组成，则至少要有3名董事提议，该公司才须召开股东会临时会议。因此，选项C不应选。

3. 股东会会议的召开

(1) 首次会议：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。

(2) 之后会议:

顺位	操作
“董”	①公司设立董事会的, 由董事会召集, 会议主持的确定遵循如下规则: a. 董事长主持; b. 董事长不能履行职务或者不履行职务的, 由副董事长主持; c. 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。 ②公司不设董事会的, 股东会会议由执行董事召集和主持
“监”	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
“股”	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

4. 股东会会议的通知

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。

5. 股东会会议的决议

(1) 股东表决权的确定。股东会会议由股东按照出资比例行使表决权, 但公司章程另有规定的除外。换句话说, 法律允许公司章程对股东表决权作出不同于出资比例的规定。

(2) 通过决议的条件。股东会决议的事项可以分为“普通决议事项”和“特殊决议事项”。其中, 前者《公司法》交由股东通过公司章程自由约定, 一般须经代表半数以上或过半数表决权的股东通过; 后者的范围则由法律明确规定, 必须经代表2/3以上表决权的股东通过。这类“特殊决议事项”包括:


- ①“改宪法”: 修改公司章程;
- ②“动资本”: 增加或者减少注册资本;
- ③“生与死”: 公司合并、分立、解散;
- ④“男变女”: 变更公司形式(有限公司变更为股份公司)。

提示: 法律文件中的“以上”“以下”均包含本数。所谓“2/3以上”, 指的是 $\geq 2/3$ 。

【典例研习·5-12】(模拟单项选择题)

张某、王某、李某、赵某出资设立甲有限责任公司, 出资比例分别为5%、15%、36%和44%。公司章程对股东会召开及表决的事项无特别规定。下列关于甲公司股东会召开和表决的表述中, 符合公司法律制度规定的是()。

- A. 张某、王某和李某行使表决权赞成即可通过修改公司章程的决议
- B. 张某有权提议召开股东会临时会议
- C. 王某和李某行使表决权赞成即可通过解散公司的决议
- D. 首次股东会会议由赵某召集和主持

 斯尔解析 本题考查有限公司股东会相关规定。

【典例研习】答案:

5-12: D

(1) “修改公司章程”和“解散公司”都是特殊决议事项，要由代表2/3以上表决权的股东同意才能通过；张某、王某、李某合计持股56%，王某和李某合计持股51%，均未达2/3，选项AC所述错误。

(2) 张某持有的股权比例仅为5%，未达10%，无权提议召开股东会临时会议，选项B所述错误。

(3) 有限公司首次股东会会议由出资最多的股东召集和主持。赵某出资比例最大，所以由他召集和主持，选项D所述正确。

6.股东会会议的记录

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。

(二) 董事会与执行董事

1.董事会/执行董事的设置

(1) 董事会是公司股东会的执行机构，对股东会负责。

(2) 有限责任公司股东人数较少或者规模较小的，可以设1名执行董事，不设董事会。执行董事可以兼任公司经理，执行董事的职权由公司章程规定。

2.董事会的组成

事项	规则
人数	有限责任公司如果设置董事会，其成员为3~13人
任期	<p>(1) 董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年；</p> <p>(2) 董事任期届满，连选可以连任；</p> <p>(3) 董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职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；</p> <p>(4) 股东会或者股东大会是董事的产生机构，有权在董事任期届满前解除其职务：</p> <p>①《公司法》不要求股东会或者股东大会解除董事职务时须提供法定理由。董事任期届满前被股东会或者股东大会以有效决议解除职务的，该董事如向人民法院起诉主张解除不发生法律效力，则人民法院不予支持。</p> <p>②董事职务被解除后，因补偿与公司发生纠纷提起诉讼的，人民法院应当酌情确定是否补偿以及补偿的合理数额</p>
职工董事 (职工代表)	<p>(1) 两个以上的国有企业或者其他两个以上的国有投资主体投资设立的有限责任公司，其董事会成员中应当有公司职工代表；</p> <p>(2) 其他有限责任公司董事会成员中也可以有公司职工代表；</p> <p>(3) 董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。</p> <p>提示：除了职工董事外，其他董事一般由股东会选举产生</p>
董事长与 副董事长	<p>(1) 董事会设董事长1人，可以设副董事长；</p> <p>(2) 董事长、副董事长的产生办法由公司章程规定</p>



续表

分类依据	股东会/股东大会 (权力机构)	董事会(执行机构)
同事不同权	(7) 对发行公司债券作出决议; (8) 对公司合并、分立、变更公司形式解散和清算等事项作出决议	(7) 制订公司发行公司债券的方案; (8) 制订公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案
其他	(9) 决定公司的经营方针和投资计划; (10) 修改公司章程	(9) 决定公司的经营计划和投资方案; (10) 决定公司内部管理机构的设置; (11) 制定公司的基本管理制度

4. 董事会会议的召开

- (1) 董事会会议由董事长召集和主持;
- (2) 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;
- (3) 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。

提示: 在股东会会议中, 会议的主持也遵循上述规则。

5. 董事会会议的记录和决议

- (1) 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。
- (2) 董事会决议的表决, 实行一人一票。
- (3) 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。

(三) 高级管理人员

1. 高级管理人员的范围

高级管理人员是指公司的经理、副经理、财务负责人、上市公司董事会秘书和公司章程规定的其他人员。

【典例研习·5-14】(模拟多项选择题)

根据公司法律制度的规定, 下列人员中属于公司高级管理人员的有()。

- A. 董事长
- B. 职工监事
- C. 经理
- D. 上市公司董事会秘书

斯尔解析 本题考查公司“高级管理人员”的范围, 考查方式比较灵活。

(1) 董事长、副董事长、职工董事都属于“董事”, 监事会主席、职工监事都属于“监事”, 董事、监事和高级管理人员是不同的三拨人。因此, 选项AB都不应选。

(2) 经理、上市公司董事会秘书均属于法律明确列举的“高级管理人员”，因此选项CD应选。

2. 经理

(1) 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，行使下列职权：

- ①主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；
- ②组织实施公司年度经营计划和投资方案；
- ③拟订公司内部管理机构设置方案；
- ④拟订公司的基本管理制度；
- ⑤制订公司的具体规章；
- ⑥提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；
- ⑦决定聘任或者解聘除应由董事会决定聘任或者解聘以外的负责管理人员；
- ⑧董事会授予的其他职权。

(2) 经理列席董事会会议。

(四) 监事会

监事会是公司的监督机构。股东人数较少或者规模较小的有限责任公司，可以设1~2名监事，不设立监事会。

1. 监事会的组成

事项	规则
人数	有限责任公司设立监事会的，其成员不得少于3人
兼任禁止	董事、高级管理人员不得兼任监事
任期	(1) 监事的任期每届为3年； (2) 监事任期届满，连选可以连任； (3) 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
职工监事 (职工代表)	(1) 监事会应当包括职工代表，职工代表的比例不得低于1/3，具体比例由公司章程规定； (2) 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。 提示：除职工监事外，其他监事一般由股东会选举产生
监事会主席	监事会设主席1人，由全体监事过半数的监事选举产生

2.监事会的职权

(1) 监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：

分类	明细
“找茬”	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依照《公司法》的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼
“干事儿”	①提议召开临时股东会会议，在董事会不履行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； ②向股东会会议提出提案

(2) 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。

(3) 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。

(4) 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。

3.监事会会议

(1) 召集和主持：

①监事会主席召集和主持监事会会议；

②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) 会议形式：监事会每年度至少召开一次会议，监事可以提议召开临时监事会会议。

(3) 议事方式和表决方式：除《公司法》有规定的外，由公司章程规定。

①监事会决议应当经半数以上监事通过。

②监事会应对所议事项的决定作成会议记录，出席会议的监事应在会议记录上签名。

【典例研习·5-15】（2014年单项选择题改编）

中国公民甲、乙共同设立一家有限责任公司。根据公司法律制度的规定，该公司必须设立的组织机构是（ ）。

A.股东会 B.董事会 C.监事会 D.职工代表大会

斯尔解析 本题考查有限公司组织机构的设置，具有一定难度。

(1) 股东人数较少或规模较小的有限公司可以不设董事会、监事会。如果不设置董事会，应设置1名执行董事；如果不设置监事会，应设置1~2名监事。因此，选项BC不应选。

(2) 有限公司董事会、监事会的最低人数都是3人，但是，对于股东会来说，2名股东以上即可构成股东会。因此，本题所述有限公司必须设置股东会，选项A应选。

(3) 职工代表大会并不是《公司法》规定必须设置的公司机构，因此，选项D不应选。

【典例研习】答案：

5-15：A

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

二、股份有限公司的组织机构（★★）

（一）股东大会

1. 股东大会的性质和组成

（1）股份有限公司的股东大会是公司的权力机构，依法行使职权。股份公司必须设置股东大会。

（2）股份有限公司的股东大会由全体股东组成，公司的任何一个股东，无论其所持股份有多少，都是股东大会的成员。

2. 股东大会的职权

股份有限公司股东大会的职权与有限责任公司股东会的职权的规定基本相同。

3. 股东大会的形式

（1）年度股东大会会议。股东大会应当每年召开1次年会；上市公司的年度股东大会应当于上一会计年度结束后的6个月内举行。


（2）临时股东大会会议。临时股东大会是指股份有限公司在出现召开临时股东大会的法定事由时，应当在法定期限召开的股东大会。有下列情形之一的，应当在2个月内召开临时股东大会：

- 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（2016年案例分析题）；
- 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。

【典例研习·5-16】（模拟多项选择题）

甲公司是一家以募集方式设立的股份有限公司，其设立至今的注册资本一直为人民币6 000万元。董事会有8名成员。最大股东李某持有公司12%的股份。根据公司法律制度的规定，下列各项中，属于甲公司应当在两个月内召开临时股东大会的情形有（ ）。

- A. 董事人数减至5人
- B. 监事陈某提议召开
- C. 最大股东李某请求召开
- D. 公司未弥补亏损达人民币1 600万元

 **斯尔解析** 本题考查股份公司应当召开临时股东大会会议的情况。

（1）董事人数减至5人不少于法定的股份公司董事会最低人数（5人），但低于该公司的章程规定董事人数（8人）的2/3，因此须召开临时股东大会会议，选项A所述正确。

（2）对于股份公司而言，只有监事会作为一个机构才能提议召开股东大会临时会议。因此，陈某作为监事，无法以监事个人的身份提议召开股东大会临时会议，选项B所述错误。

（3）李某能提请召开临时股东大会会议的原因不是“最大”，而是其持股比例（12%）大于10%，因此可以提请召开临时股东大会会议，选项C所述正确。

（4）股份公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时应召开股东大会临时会议，

【典例研习】答案：

5-16：AC

选项D给出了未弥补亏损，但题干里看似没给出“实收股本”。请注意，题干所述的股份公司是募集设立的，其注册资本就是由实收股本确定的。因此，6 000万元注册资本就意味着6 000万元实收股本。亏损额（1 600万元）占实收股本（6 000万元）的比例不到1/3，因此还未触发召开临时股东大会会议的条件，选项D所述错误。

陷阱提示 这类题目中，判断难度最大的是触发股东大会临时会议的第1项条件，即“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”。这一说法中：

（1）“《公司法》规定人数”是确定的。股份公司董事会人数为5~19人，这意味着股份公司董事会人数的法定下限就是5人。

（2）“公司章程所定人数的2/3”是不确定的，要看公司章程的具体规定。我们比较几个例子：

《公司章程》规定的董事人数	《公司章程》规定的董事人数的2/3	《公司法》规定人数（下限）	实际董事人数	是否触发股东大会临时会议
9	6	5	5	是
6	4		5	否
6	4		4	是

通过上面的例子可知，股份公司董事人数只要小于“《公司法》规定人数”“公司章程所定人数的2/3”中的较大者，即触发股东大会临时会议。

4.股东大会的召开

（1）召集和主持。

顺位	操作
“董”	股东大会会议由董事会召集，会议主持的确定遵循如下规则： ①董事长主持； ②董事长不能履行职务或者不履行职务的，由副董事长主持； ③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
“监”	董事会不能履行或者不履行召集股东大会会议职责的，监事会应当及时召集和主持
“股”	监事会不召集和主持的，连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东可以自行召集和主持。 提示：对于股份公司，可以自行召集和主持股东大会会议的股东有持股比例（10%）和持股时间（连续90日）的双重限制；但对于有限公司，只有比例（1/10）的限制

（2）通知。

①召开股东大会会议，应当将会议召开的时间、地点和审议的事项于会议召开20日前通知各股东；

②临时股东大会应当于会议召开15日前通知各股东。

(3) 临时提案。

①单独或者合计持有公司3%以上股份的股东，可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交董事会。

②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。

③临时提案的内容应当属于股东大会职权范围，并有明确议题和具体决议事项。

④股东大会不得对上述通知中未列明的事项作出决议。

5. 股东大会的决议

(1) 表决权。

①股东出席股东大会会议，所持每一股份有一表决权。公司持有的本公司股份没有表决权。

②股东可以委托代理人出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。

(2) 特殊决议事项。股东大会作出如下决议，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过：

①“改宪法”：修改公司章程；

②“动资本”：增加或者减少注册资本的决议；

③“生与死”：以及公司合并、分立、解散；

④“男变女”：变更公司形式。

提示：对于股份公司来说，“发行新股”意味着总股本的增加，属于上述“增加注册资本”的情况。因此，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

【典例研习·5-17-1】

甲有限公司有5名股东，分别是A、B、C、D、E。各股东所持表决权的比例分别为5%、10%、30%、20%、35%。甲有限公司召开股东会会议审议修改公司章程的事项。该次会议中，A、B、C出席表决，D、E并未出席。表决中，C同意修改公司章程，A、B均不同意。请问，甲有限公司是否可以修改公司章程？

甲有限公司不可修改公司章程。

首先，“修改公司章程”是有限公司股东会的特殊决议事项。其次，有限公司股东会的特殊决议事项必须经代表2/3以上表决权的股东通过。

该次股东会会议中，同意该事项的股东仅有C，其所持表决权比例为30%，占全部表决权的比例也是30%，不到2/3，因此该事项未通过表决，甲有限公司不得修改公司章程，题干所述错误。

【典例研习·5-17-2】

甲股份公司有5名股东，分别是A、B、C、D、E。各股东所持表决权的比例分别为5%、10%、30%、20%、35%。甲股份公司召开股东大会会议审议修改公司章程的事项。该次会议中，A、B、C出席表决，D、E并未出席。表决中，C同意修改公司章程，A、B均不同意。请问，甲股份公司是否可以修改公司章程？

甲股份公司可以修改公司章程。

首先，“修改公司章程”是股份公司股东大会的特殊决议事项。其次，股份公

司股东大会的特殊决议事项必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

该次股东大会会议中，同意该事项的股东仅有C，其所持表决权比例为30%，占出席会议的股东所持表决权的比例 $=30\% \div (5\% + 10\% + 30\%) = 2/3$ 。

前已言及，如无特别说明，法律文件中的“以上”“以下”均包含本数。所谓“2/3以上”，即指 $\geq 2/3$ 。因此，该事项通过表决，甲股份公司可以修改公司章程，题干所述正确。

原理
详解

一些法律规定看起来莫名其妙，实际上却精妙无比。同学们学习时要抱着谦逊的态度体会法律的意旨，不要和法律规定“犯拧”。

“有限公司股东会”和“股份公司股东大会”在计算表决权比例时的分母不同，前者看“所有股东”持有的所有表决权，后者看“出席会议”的股东所持表决权。

其原因在于，一些股份公司的股权可能非常分散，如果把所有股东持有的全部表决权作为分母，万一这些股东都是“懒鬼”，每次出席会议的股东持有的表决权都不到全部表决权的2/3，则这家公司永远无法对特殊决议事项作出决议，可能在实质上影响公司经营。

(3) 累积投票制。累积投票制，是指股东大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。

控股股东控股比例在30%以上的上市公司，应当采用累积投票制。

【典例研习·5-18】

从备考角度出发，同学们一般只需要知道累积投票制的应用场景（股东大会选董事、监事）即可。如果对于累积投票制的效果比较好奇，可以看一下这个例子。

假设某股份企业要选5名董事，公司股份共1 000股，股东共10人，其中1名大股东持有510股，即拥有公司51%股份；其他9名股东共计持有490股，合计拥有公司49%的股份。

(1) 情况一：不采取累积投票制。

每一股份对应的表决权针对“每个”董事席位均等行使，则在“每个”董事席位的表决中，其他9名股东最多投出490票，第一大股东则最多投出510票。假设他们都充分行使表决权，则在“每个”董事席位的表决中，第一大股东都可以“获胜”。

(2) 情况二：采取累积投票制。

每一股份对应的表决权可以“集中”行使，并按所得同意票数多少的排序确定当选的5名董事（注意这后半句话）。

假设9名股东把所持的所有票数“孤注一掷”，全部投给1名董事候选人，则该董事候选人得2 450票。第一大股东所持的表决权总数2 550并不能分割出5个大于2 450的数字，则董事会中至少有一个席位属于其他9名股东。

一种可能的表决结果是：甲得票2 451（均来自第一大股东）、乙得票2 450（均来自其他9名股东）、丙丁戊分别得票33（均来自第一大股东）。

因此，累积投票制有助于避免大股东在选董事、监事时“一言堂”，从而保护中小股东利益。

(4) 会议记录。

股东大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

1. 董事会的性质和组成

(1) 性质。股份有限公司的董事会是股东大会的执行机构，对股东大会负责。

(2) 组成。

事项	规则
人数	股份有限公司设董事会，其成员为5~19人
任期	①股份有限公司的董事任期由公司章程规定，但每届任期不得超过3年； ②董事任期届满，连选可以连任； ③董事任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职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
职工董事 (职工代表)	①董事会成员中可以有公司职工代表； ②董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。 提示： ①与有限公司不同，即使有两个以上国有主体投资，法律也不要求股份公司必须设置职工董事； ②除职工董事外，其他董事由股东大会选举产生
董事长与 副董事长	①董事会设董事长1人，可以设副董事长； ②董事长和副董事长由董事会以全体董事的过半数选举产生

2. 董事会的职权

股份有限公司董事会的职权与有限责任公司董事会的职权的规定基本相同。

3. 董事会的召开

(1) 召集和主持。

①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。

②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。

③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名董事履行职务。

提示：有限公司中，股东会会议会议的主持、董事会会议的召集和主持也遵循上述顺序。

(2) 会议形式。

①董事会每年度至少召开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。

②股份公司董事会临时会议。

a.代表1/10以上表决权的股东、1/3以上董事或监事会，可以提议召开董事会临时会议。

b.董事长应当自接到提议后10日内，召集和主持董事会会议。

c.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。

解题高手



命题角度：不同公司机构“临时会议”的召开事由。

关于临时会议的召开事由，法律在股份公司股东大会、董事会，有限公司股东会的层面进行了规定，对于有限公司董事会不做特别规定，交由公司章程自行规定。大家可以借助下表进行梳理：

事由		有限公司股东会临时会议	股份公司董事会临时会议	股份公司股东大会临时会议
对人不对事	股东层面	代表1/10以上表决权的股东提议	1/10以上表决权的股东提议	单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求
	董事层面	1/3以上的董事（作为个人）提议	1/3以上董事（作为个人）提议	董事会（作为机构）认为必要
	监事层面	监事会（作为机构）或者不设监事会的公司的监事提议	监事会（作为机构）提议召开	监事会（作为机构）提议
对事不对人		—	—	（1）董事人数不足《公司法》规定人数； （2）或者公司章程所定人数的2/3时； （3）公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时

除了上表总结的信息，还有2条规则须注意：

（1）触发股份公司股东大会临时会议后，应当在2个月内召开临时股东大会：

（2）触发股份公司董事会临时会议后，应当自接到提议后10日内召开董事会会议。

4. 董事会的决议

事项	规则
会议前提	董事会会议应有过半数的董事出席方可举行。 提示：股东（大）会、监事会，以及有限公司的董事会均没有会议出席人数的“门槛”，这项要求为股份公司董事会独有
表决权的确定	董事会决议的表决，实行一人一票，即每个董事只能享有一票表决权
决议通过条件	董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过
委托出席会议	（1）董事会会议，应由董事本人出席； （2）董事因故不能出席，可以书面委托其他董事代为出席，委托书中应载明授权范围
会议记录	董事会应当对会议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

【典例研习·5-19】

假设某股份公司有9名董事。

（1）至少要有5名董事出席才能召开董事会会议；

（2）就某事项，假设参会的6名董事中有4名同意，则同意该事项的表决权比例是4/9，而不是4/6。

5. 股份公司董事的特别责任

（1）董事会的决议违反法律、行政法规或者公司章程、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，参与决议的董事对公司负赔偿责任。

（2）但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。

（三）经理

股份有限公司设经理，由董事会决定聘任或者解聘。股份有限公司经理的职权与有限责任公司经理的职权的规定基本相同。公司董事会可以决定由董事会成员兼任公司经理。

（四）监事会

股份有限公司依法应当设立监事会，监事会为公司的监督机构。

提示：有限公司股东人数较少或者规模较小的情况下可以不设董事会、监事会，但是股份公司必须设置董事会和监事会。

1. 监事会的组成

事项	规则
人数	股份有限公司监事会成员不得少于3人
兼任禁止	董事、高级管理人员不得兼任监事
任期	（1）监事的任期每届为3年； （2）监事任期届满，连选可以连任； （3）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

续表

事项	规则
职工监事 (职工代表)	<p>(1) 监事会应当包括职工代表, 职工代表的比例不得低于1/3, 具体比例由公司章程规定;</p> <p>(2) 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。</p> <p>提示:</p> <p>①无论有限公司还是股份公司, 其监事会都必须有职工监事, 且比例不得低于1/3。</p> <p>②除职工监事外, 其他监事由股东大会选举产生</p>
监事会主席、 监事会副主席	<p>(1) 监事会设主席1人, 可以设副主席;</p> <p>(2) 监事会主席和副主席由全体监事过半数选举产生</p>

2.监事会的职权

股份有限公司监事会的职权与有限责任公司监事会的职权的规定基本相同。

3.监事会会议

(1) 会议的召开。监事会每6个月至少召开1次会议。监事可以提议召开临时监事会会议。

提示: 对于股份公司的董事会而言, 每年度至少召开2次会议。

(2) 会议的召集和主持。

①监事会主席召集和主持监事会会议;

②监事会主席不能履行职务或不履行职务的, 由监事会副主席召集和主持监事会会议;

③监事会副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。

(3) 会议记录。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。

三、公司董事、监事、高级管理人员的资格和义务 (★)

(一) 任职资格

1.任职条件

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 (以下合称“董监高”):

类型	规则
小孩	无民事行为能力或者限制民事行为能力
老赖	个人所负数额较大的债务到期未清偿
违法	【个人违法】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, 执行期满未逾5年, 或者因犯罪被剥夺政治权利, 执行期满未逾5年

续表

类型	规则
违法	【单位违法+个人责任】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之日起未逾3年
破产	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3年

2. 任上董监高不适格的处理

(1) 公司违反《公司法》的上述规定选举、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。

(2) 公司董事、监事、高级管理人员在任职期间出现上述所列情形的，公司应当解除其职务。

(二) 法定义务

公司董监高对公司负有忠实义务和勤勉义务。其中，法律对于忠实义务的规定更为具体，对于勤勉义务的规定显得比较原则。

1. 忠实义务

忠实义务是指公司的管理层应当以公司或者整体股东的利益最大化为目标，不得损害公司或者整体股东的利益，更不得在自身利益与公司利益或者股东整体利益相冲突时偏向自身利益。法律对此的具体规定有：

(1) 公司董监高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。

(2) 公司董事、高级管理人员（以下合称“董高”，不包括监事）不得有下列行为，公司董高实施以下行为所得的收入应当归公司所有。

分类	事项
绝对禁止	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接受他人与公司交易的佣金归为己有； ④擅自披露公司秘密
相对禁止	①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； ②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； ③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

(3) 公司的控股股东、实际控制人、董监高不得利用其关联关系损害公司利益。违反该规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

在公司与董监高的关联交易中，借款行为的性质尤为敏感，特别是在股东人数可能十分庞大的股份公司中。因此，对于股份公司董监高向公司借款的情况，法律规定：

公司不得直接或者通过子公司向董事、监事、高级管理人员提供借款（2013年案例分析题）。

【典例研习·5-20】（2015年单项选择题）

李某为甲股份公司的董事长。赵某为乙股份公司的董事长。甲公司持有乙公司60%的股份。甲、乙公司的下列行为中，《公司法》不予禁止的是（ ）。

- A. 乙公司向李某提供200万元购房借款
- B. 甲公司向赵某提供200万元购房借款
- C. 甲公司向李某提供200万元购房借款
- D. 乙公司向赵某提供200万元购房借款

斯尔解析 本题考查股份公司向董监高提供借款的禁止性规定。在做具体的判断之前，首先应注意到甲公司是乙公司的控股股东，乙公司是甲公司的子公司。此外，甲公司、乙公司都是股份公司。在清楚认识到上述两点的基础上：

（1）以甲公司为中心，选项A的情况构成甲公司通过子公司向甲公司的董事提供借款，被法律所禁止，因此选项A不应选。

（2）无论以甲公司还是乙公司为中心，选项B都不涉及公司法禁止的股份公司向董监高提供借款的情况，因此选项B应选。

（3）以甲公司为中心，选项C的情况构成甲公司向自己的董事提供借款，被法律所禁止，因此选项C不应选。

（4）以乙公司为中心，选项D的情况构成乙公司向自己的董事提供借款，被法律所禁止，因此选项D不应选。

2. 勤勉义务

勤勉义务是指公司管理者应当在执行公司职务时勤勉尽责，尽最大努力为公司或者股东的整体利益服务。

【典例研习·5-21】（2015年单项选择题）

根据公司法律制度的规定，公司董事的下列行为中，涉嫌违反勤勉义务的是（ ）。

- A. 擅自披露公司商业秘密
- B. 将公司资金以个人名义开立账户存储
- C. 无正当理由长期不出席董事会会议
- D. 夺取公司商业机会

斯尔解析 本题考查董监高忠实义务与勤勉义务的区分。对于二者，可作如下通俗的理解：“忠实义务”适用于公司利益与其他利益发生冲突的时候，因此，违反忠实义务的行为可以理解为“背叛”；“勤勉义务”适用于更多情况，违反勤勉义务的行为可以理解为“偷懒”。本题中，选项ABD都能体现出侵害公司利益的实质，属于“背叛”；而选项C能够体现出“偷懒”的特点。所以，本题应选择选项C。

四、公司决议效力（★）

（一）公司决议效力瑕疵

第二章“基本民事法律制度”曾介绍，决议属于法律行为。因此，决议行为的效力也存在“无效”“可撤销”等瑕疵状态。此外，法律行为的生效与成立是两回事，对于

【典例研习】答案：

5-20：B

5-21：C

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

决议行为而言,也存在决议行为“不成立”的状态。

(1) 公司决议不成立。决议不成立是指某一决议在事实上从未作出,或者不满足程序要求而不构成通过。导致公司决议不成立的事由如下:

类型	事由
在事实上从未作出	①公司未召开会议即作出决议; ②公司尽管召开了会议,但未表决该决议事项。 注意,以下情况中股东(大)会可以不召开会议而作出决议,且不会导致决议不成立: ①对于股东(大)会决议事项,股东以书面形式一致表示同意,并由全体股东在决定文件上签名、盖章; ②根据公司章程的规定,可以不召开股东(大)会会议而直接作出该决定,并由全体股东在决定文件上签名、盖章
在程序上并未通过	①股东(大)会、董事会等会议的到会人数,或者到会股东所持表决权数,不符合法律或公司章程的规定; ②表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例

(2) 公司决议可撤销。导致公司股东(大)会、董事会决议可撤销的事由有两类:

- ①会议召集程序、表决方式违反法律、行政法规或者公司章程;
- ②决议内容违反公司章程。

提示:公司股东(大)会、董事会会议召集程序或者表决方式仅有轻微瑕疵,且对决议未产生实质影响的,不导致决议可撤销。

(3) 公司决议无效。公司股东(大)会、董事会决议的内容违反法律、行政法规的,决议无效(自始无效)。

上述规则可以下表进行梳理:

违反的规范	内容	程序
法律、行政法规	无效	可撤销
公司章程	可撤销	可撤销

【典例研习·5-22】(2016年单项选择题)

某股份有限公司董事会有9名董事。该公司召开董事会会议,甲、乙、丙、丁、戊5名董事出席,其余4名董事缺席。会议表决前,丁因故提前退席,亦未委托他人代为表决。会议最终由4名董事一致作出一项决议。根据公司法律制度的规定,下列关于该决议法律效力的表述中,正确的是()。

- A.有效 B.无效 C.可撤销 D.不成立

斯尔解析 本题考查公司决议效力瑕疵的判断,具有一定难度。首先,我们要找到这个董事会决议的问题在哪儿。

第一,题干未提及该决议的内容为何,因此无法判断其是否属于无效决议。

第二,该决议在内容之外的事项上有一些问题。没记清相关规则的同学可以先回顾一下【典例研习·5-19】。

(1) 股份公司董事会应有半数以上董事出席才能召开。本题中，出席会议的董事数量为5人，因此会议可以合法召开。

(2) 如无特别说明，董事会决议应有半数以上董事同意才能通过。本题中，丁虽然参加会议，但并未参与表决。因此，同意该事项的董事只有4人，未达董事人数(9人)的半数，该决议并未通过。

综上，该董事会决议的问题在于“表决结果未达到公司法或者公司章程规定的通过比例”，因此，该决议并未成立。本题应选择选项D。

陷阱提示 请注意本题的两种“变式”：

(1) 假设丁并非中途退场，而是一开始就未出席董事会会议，则该决议也不成立。该情况构成“董事会会议的到会人数不符合法律规定”的情况。

(2) 假设丁也投票同意该事项，但该董事会并未提前发出会议通知，临时组织甲、乙、丙、丁、戊5名董事开会，则导致该会议决议可撤销。因为该次会议的召集程序违反法律、行政法规或者公司章程的规定。

(二) 相关诉讼

1. 诉讼当事人

诉讼主张	原告	被告	第三人
确认公司决议不成立、无效	股东、董事、监事	公司	其他利害关系人，例如高级管理人员、员工、公司债权人等
撤销公司决议	股东		

一审法庭辩论终结前，其他有原告资格的人以相同的诉讼请求申请参加上述规定诉讼的，可以列为共同原告。

2. 撤销公司决议的程序性要求

(1) 股东可以自决议作出之日起60日内请求人民法院撤销。

(2) 人民法院可以应公司的请求，要求股东提供相应担保。

3. 决议撤销对善意第三人的效果

股东会或者股东大会、董事会决议被人民法院判决确认无效或者撤销的，公司依据该决议与善意相对人形成的民事法律关系不受影响。

五、上市公司的组织机构

(一) 概述

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，我们将在“证券法律制度”章节具体学习上市公司相关的规则。由于上市公司的股东包括数量巨大的公众投资者，《公司法》等规范性文件对上市公司的组织机构作出了更加细致、严格的规定，包括：

(1) 增加股东大会普通决议事项：

① 对公司聘用、解聘会计师事务所作出决议；

② 审议批准变更募集资金用途事项；

③ 审议股权激励计划；

④ 审议批准部分对外担保行为。(上市公司对外担保是主客观题考试的重点，为了便于大家整体理解上市公司担保规则，形成完整的知识体系，此部分具体内容详见本节第六部分“公司对外担保”。)

(2) 增加股东大会特别决议事项。

分类	明细
股份公司都有	①“改宪法”：修改公司章程； ②“动资本”：增加或者减少注册资本的决议； ③“生与死”：以及公司合并、分立、解散； ④“男变女”：变更公司形式
上市公司独有	①在1年内购买、出售重大资产或者担保金额超过公司资产总额30%； ②重大资产重组

(3) 上市公司设立董事会秘书，负责公司股东大会和董事会会议的筹备、文件保管以及公司股权管理，办理信息披露事务等事宜。董事会秘书是上市公司高级管理人员。

(4) 增设关联关系董事的表决权排除制度。上市公司董事与董事会会议决议事项所涉及的企业有关联关系的：

①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。

②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。

③出席董事会的无关联关系董事人数不足3人的，应将该事项提交上市公司股东大会审议。

提示：上市公司董事、监事、高级管理人员，持股5%以上的股东及其一致行动人，实际控制人应当及时向上市公司董事会报送上市公司关联人名单及关联关系的说明。

【典例研习·5-23】

甲股份有限公司是上市公司，其董事会成员为7人。2015年，甲公司召开董事会会议，讨论向丙公司投资的方案。参加会议的6名董事会成员中，有4人同时为丙公司董事。

在此情况下，兼任丙公司董事的4人应在甲公司董事会就该次投资表决时回避，因为4人显然与本次投资的标的丙公司存在利益关系。

剩余参会董事人数仅为2人，不到3人，因此应将该事项提交甲公司股东大会审议。

(二) 上市公司独立董事制度(★★)

上市公司独立董事，是指不在公司担任除董事外的其他职务，并与其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。

股份公司的非职工董事均由股东大会选举产生，上市公司当然也不例外。上市公司的股权一般都非常分散，中小股东很难在股东大会表决中和大股东“掰手腕”，这就导致，上市公司董事会中基本上全都是大股东的“代言人”。当上市公司与大股东之间发生交易时，法律有理由相信，这些由大股东提名的董事会倾向于大股东的利益，从而损害中小股东利益。

出于上述考虑，法律设置独立董事制度。所谓“独立董事”（以下简称“独董”），就是符合法律要求，尽可能地与大股东不存在利益上的瓜葛，从而更有可能代表中小股东利益的人。

原理详解

1. 独董的设置

上市公司董事会成员中应当至少1/3为独立董事。如果上市公司董事会下设薪酬与考核、审计、提名等委员会的，独立董事应当在委员会成员中占多数并担任召集人。上市公司应当在公司章程中明确，聘任适当人员担任独立董事，其中至少包括一名会计专业人士。

2. 独董的职权

独董除应具有董事的职权外，还应当行使以下特别职权：

(1) 重大关联交易应由独立董事事前认可；独立董事作出判断前，可以聘请中介机构出具独立财务顾问报告，作为其判断的依据。

提示：这里的“重大关联交易”指上市公司拟与关联方达成的总额高于300万元或高于上市公司最近经审计净资产值的5%的关联交易。

- (2) 向董事会提议聘用或解聘会计师事务所；
- (3) 向董事会提请召开临时股东大会；
- (4) 提议召开董事会；
- (5) 在股东大会召开前公开向股东征集投票权；
- (6) 独立聘请外部审计机构和咨询机构。

独立董事行使上述第(1)项至第(5)项职权时，应当取得全体独立董事的1/2以上同意；行使上述第(6)项职权的，应当经全体独立董事同意。

3. 独董的资格

(1) 正面条件。担任独立董事应当符合下列基本条件：

- ①根据法律、行政法规及其他有关规定，具备担任上市公司董事的资格；
- ②具有《上市公司独立董事规则》所要求的独立性（即不存在以下禁止任职的情况）；
- ③具备上市公司运作的基本知识，熟悉相关法律、行政法规、规章及规则；
- ④具有5年以上法律、经济或者其他履行独立董事职责所必需的工作经验；
- ⑤法律法规、公司章程规定的其他条件。

(2) 禁止任职的情况。下列人员不得担任独立董事：

分类	具体规定
内部人员	<p>在上市公司或者其附属企业任职的人员及其直系亲属、主要社会关系。</p> <p>①直系亲属是指配偶、父母、子女等；</p> <p>②主要社会关系是指兄弟姐妹、岳父母、儿媳女婿、兄弟姐妹的配偶、配偶的兄弟姐妹等</p>
股东人员	<p>以下人员及其直系亲属：</p> <p>①直接或间接持有上市公司已发行股份1%以上或者是上市公司前10名股东中的自然人股东；</p> <p>②在直接或间接持有上市公司已发行股份5%以上的股东单位或者在上市公司前5名股东单位任职的人员</p>
专业人员	<p>为上市公司或者其附属企业提供财务、法律、咨询等服务的人员</p>
其他	<p>最近1年内曾经具有“内部人员”“股东人员”两行所列举情形的人员，以及法律、法规、规章、公司章程规定的其他人员</p>

【典例研习·5-24】（2014年单项选择题）

某上市公司拟聘任独立董事一名。甲为该公司人力资源总监的大学同学；乙为在该公司中持股7%的某国有企业的负责人；丙曾任该公司财务部经理，半年前离职；丁为某大学法学院教授，兼职担任该公司子公司的法律顾问。根据公司法律制度的规定，可以担任该公司独立董事的是（ ）。

A.甲 B.乙 C.丙 D.丁

斯尔解析 本题考查上市公司独董的任职资格。我们先看选项BCD：

（1）乙为在该公司中持股7%的某国有企业的负责人，因此，乙属于在持有上市公司已发行股份5%以上的股东单位任职的人员，不得担任该上市公司独立董事。

（2）丙曾任该公司财务部经理，半年前离职，因此，丙最近1年内在上市公司任职，不得担任该上市公司独立董事。

（3）丁兼职担任该公司子公司的法律顾问，属于为上市公司附属企业提供法律服务的人员，不得担任该上市公司独立董事。

至于选项A，直觉上，甲相对于该上市公司来说可能也欠缺独立性；但在考试范围内，严格按照法律规定进行判断即可。“大学同学”既不属于该公司人力资源总监的“直系亲属”，也不属于其“主要社会关系”，因此，甲可以担任该上市公司的独立董事。

（3）兼职限制。独立董事原则上最多在五家上市公司兼任独立董事，并确保有足够的时间和精力有效地履行独立董事的职责。

4. 独董的任免及任职要求

事项	规定
任职程序	上市公司董事会、监事会、单独或者合并持有上市公司已发行股份1%以上的股东可以提出独立董事候选人，并经股东大会选举决定。 提示：假设某自然人持有上市公司1%股份，其不能担任该上市公司独董，但可以向该上市公司提名独立董事
任期	独立董事任期与该上市公司其他董事任期相同，任期届满，连选可以连任，但是连任时间不得超过6年
履职要求	独立董事应当积极履行职责，如果连续3次未亲自出席董事会会议，应由董事会提请股东大会予以撤换；独立董事应当向公司股东大会提交年度述职报告，对其履行职责的情况进行说明
免职	（1）独立董事任期届满前，上市公司可以经法定程序解除其职务。 （2）提前解除职务的，上市公司应将其作为特别披露事项予以披露
辞职	独立董事在任期届满前可以提出辞职。 （1）独立董事辞职应向董事会提交书面辞职报告，对任何与其辞职有关或其认为有必要引起公司股东和债权人注意的情况进行说明。 （2）如因独立董事辞职导致公司董事会中独立董事所占的比例低于规定的最低要求时，该独立董事的辞职报告应当在下任独立董事填补其缺额后生效。 （3）独立董事出现不符合独立性条件或其他不适宜履行独立董事职责的情形，由此造成上市公司独立董事达不到监管规定要求的人数时，上市公司应按规定补足独立董事人数

【典例研习】答案：

5-24：A

5. 独立董事的履职保障

事项	规定
履职协助	<p>(1) 上市公司董事会秘书应积极为独立董事履行职责提供协助，如介绍情况、提供材料等，定期通报公司运营情况，必要时可组织独立董事实地考察；</p> <p>(2) 独立董事发表的独立意见、提案及书面说明应当公告的，上市公司应及时协助办理公告事宜</p>
知情权	<p>(1) 上市公司应当保证独立董事享有与其他董事同等的知情权。凡须经董事会决策的事项，上市公司必须按法定的时间提前通知独立董事并同时提供足够的资料，独立董事认为资料不充分的，可以要求补充；</p> <p>(2) 上市公司向独立董事提供的资料，上市公司及独立董事本人应当至少保存五年</p>
中介费用	独立董事聘请中介机构的费用及其他行使职权时所需的费用由上市公司承担
津贴	<p>(1) 上市公司应当给予独立董事适当的津贴。津贴的标准应当由董事会制订预案，股东大会审议通过，并在公司年报中进行披露；</p> <p>(2) 除上述津贴外，独立董事不应从该上市公司及其主要股东或有利害关系的机构和人员取得额外的、未予披露的其他利益</p>

六、公司对外担保 (★★)

公司对外担保是实践中的突出问题，《民法典》以及近期出台的多项法律制度中对此均有涉及，教材也将其中的主要规则予以收录。从考试出发，该等规则具有较高的可考性，而且可以将公司法、证券法、合同法、物权法的知识打通，宜于在案例分析题中考查。因此，本书将相关规则进行梳理，集中呈现在此。

(一) 公司对外担保的程序

1. 通用规则

公司向其他企业投资或者为他人提供担保，依照公司章程的规定，由董事会或者股东会、股东大会决议；公司章程对投资或者担保的总额及单项投资或者担保的数额有限额规定的，不得超过规定的限额。在此，须注意以下几点：

(1) 法律将公司对外投资（例如出资设立子公司）和一般的对外担保情况一并作出规定，该等事项至少要经过董事会决议。

(2) 该等事项在公司股东（大）会表决时，均属于普通决议事项，除非公司章程另有规定。

2. 向公司股东、实控人提供担保

公司为公司股东或者实际控制人提供担保的：

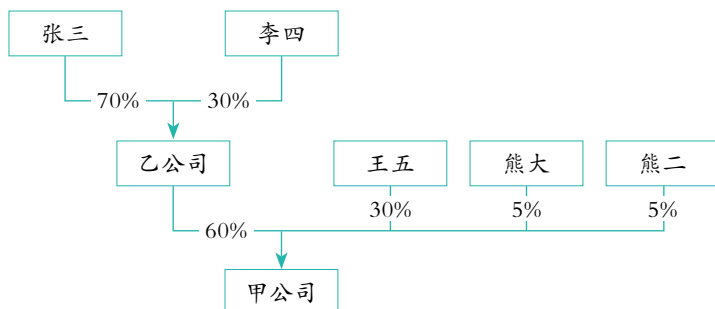
(1) 必须经股东会或者股东大会决议；

(2) 接受担保的股东或者受实际控制人支配的股东，不得参加上述规定事项的表决；

(3) 该项表决由出席会议的其他股东所持表决权的过半数通过。

【典例研习·5-25】

甲有限公司股权结构如下：



由该股权结构图可知：

- (1) 乙公司、王五、熊大、熊二都是甲公司股东，且乙公司是甲公司的控股股东；
- (2) 张三、李四都是乙公司股东，且张三是乙公司的控股股东；
- (3) 张三可以通过乙公司间接控制甲公司，因此，张三是甲公司的实际控制人。

以甲公司为例：

(1) 如果甲公司要为赵六提供担保，由于赵六既不是甲公司股东，也不是甲公司实际控制人，该事项经甲公司董事会或者股东会决议即可。至于具体要上董事会还是股东会，可以由甲公司的公司章程自行规定，法律不做强制性要求。

(2) 如果甲公司要为王五提供担保，由于王五是甲公司股东：

①该事项必须经甲公司股东会表决；

②在该次表决中，作为接受担保方的王五不能参与表决；

③假设乙公司、熊大、熊二均参与表决，该事项须经他们三方所持表决权过半数通过。例如，乙公司同意，熊大、熊二均不同意，则同意该事项的表决权比例为 $60\% \div (60\% + 5\% + 5\%) > 1/2$ ，因此，该事项通过股东会表决。

3. 上市公司对外提供担保

上市公司对外提供担保适用上述1、2中介绍的规则。在此基础上，法律进一步规定：

(1) 根据中国证券监督管理委员会（以下简称“证监会”）发布的《上市公司章程指引》，上市公司的股东大会审议批准下列担保行为：

①本公司及本公司控股子公司的对外担保总额，达到或超过最近一期经审计净资产的50%以后提供的任何担保；

②公司的对外担保总额，达到或超过最近一期经审计总资产的30%以后提供的任何担保；

③为资产负债率超过70%的担保对象提供的担保；

④单笔担保额超过最近一期经审计资产10%的担保；

⑤对股东、实际控制人及其关联方提供的担保。

(2) 上市公司在1年内担保金额超过公司资产总额30%的，应当由股东大会作出决议，并经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

（二）越权担保

1.法定代表人的越权担保

上文提到，公司对外提供担保，必须至少经董事会决议；如果公司为股东、实际控制人提供担保，则必须经股东（大）会决议。因此，假设法定代表人未经董事会、股东（大）会决议就以公司名义对外提供担保（包括保证以及物的担保），或者超出公司董事会、股东（大）会决议通过的范围对外提供担保，则构成越权担保。

（1）越权担保订立担保合同的效力。

①相对人善意的，担保合同对公司发生效力；相对人有权请求公司承担担保责任。

②相对人非善意的，担保合同对公司不发生效力；相对人请求公司承担赔偿责任的，参照主合同有效而担保合同无效的情形处理。

这里的“善意”是指相对人在订立担保合同时不知道且不应当知道法定代表人超越权限。

【典例研习·5-26】

甲有限公司的公司章程规定，公司对外提供担保须经董事会审议通过。张某是甲公司董事长，兼任法定代表人。2021年5月1日，张某未经甲公司董事会审议，利用公司公章与乙公司签订保证合同，为丙公司欠乙公司的200万元债务提供连带责任保证。

（1）假设乙公司在订立保证合同时未审查甲公司对外担保的公司决议，应认为乙公司不构成善意。因为，公司对外担保的决策程序由《公司法》规定，法律默认所有人都应该知晓。在接受担保时，乙公司并未尽到一般的注意义务，查证甲公司的公司章程和相关决议。

（2）假设乙公司在订立保证合同时审查了甲公司的公司章程和董事会决议，决议上确实记载所有董事均同意该笔担保。原则上，可以认为乙公司构成善意，甲公司应对乙公司承担保证责任。

须注意，即使上述董事会决议系张某伪造，乙公司依然构成善意。因为，债权人对公司机关决议内容的审查一般限于形式审查，标准不宜太过严苛。

（2）法定代表人的责任。法定代表人超越权限提供担保造成公司损失，公司有权请求法定代表人承担赔偿责任。

2.分支机构越权担保

公司的分支机构未经公司股东（大）会或者董事会决议以自己的名义对外提供担保，相对人不得请求公司或者其分支机构承担担保责任，但是相对人不知道且不应当知道分支机构对外提供担保未经公司决议程序的除外。

3.公司必须就越权担保承担责任的情况

除了上文介绍的法定代表人越权担保、分支机构越权担保，公司还可能遭遇其他越权担保的情况。例如，董事会超过股东会授权的对外担保额度提供担保。

为了减轻债权人接受担保时的审查义务，提高经济效率，法律规定，部分情况下，公司不得以发生越权担保为由主张不承担担保责任。

(1) 非上市公司。非上市公司发生以下情况之一的，公司不得以发生越权担保为由主张不承担担保责任：

- ① “常规业务”：金融机构开立保函或者担保公司提供担保；
- ② “体内担保”：公司为其全资子公司开展经营活动提供担保；
- ③ “实质同意”：担保合同系由单独或者共同持有公司2/3以上对担保事项有表决权的股东签字同意。

【典例研习·5-26-1】

在【典例研习·5-26】的基础上，假设丙公司是甲公司的子公司，且丙公司借款的用途为丙公司的主营业务。此时，即使乙公司在订立保证合同时未审查甲公司对外担保的公司决议，甲公司也应承担保证责任。

(2) 上市公司。上市公司发生以下情况之一的，公司不得以发生越权担保为由主张不承担担保责任：

- ① “常规业务”：（上市）金融机构开立保函或者（上市）担保公司提供担保；
- ② 相对人根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，相对人主张担保合同对上市公司发生效力，并由上市公司承担担保责任的，人民法院应予支持。相对人未根据上市公司公开披露的关于担保事项已经董事会或者股东大会决议通过的信息，与上市公司订立担保合同，上市公司主张担保合同对其不发生效力，且不承担担保责任或者赔偿责任的，人民法院应予支持。

【典例研习·5-27】

甲股份有限公司（以下简称“甲公司”）在上海证券交易所上市。根据其公布的公司章程，单笔金额超过1 000万元的对外担保事项应经公司董事会决议通过。

2021年5月1日，甲公司发布公告称其召开董事会会议，审议通过了为乙银行提供保证的议案，保证金额为1 200万元。2021年5月2日，甲公司与乙银行签订保证合同。

事后，经调查发现，上述董事会决议系甲公司董事长张某伪造，该对外担保事项并未经甲公司董事会审议。此时，乙银行依然可以请求甲公司承担担保责任。

第五节 股东权利

一、股东权利概述

公司股东是持有公司股份或者出资的人。股东权是基于股东资格而享有的权利，根据《公司法》的规定，公司股东依法享有资产受益、参与重大决策和选择管理者等权利。

股东权利可分为参与管理权和资产收益权。前者又称共益权，后者又称自益权。其各自的主要内容请见下表：

权利类型	列举
参与管理权 (共益权)	(1) 股东(大)会参加权、提案权、质询权; (2) 股东(大)会上的表决权、累积投票权; (3) 股东(大)会召集请求权和自行召集权; (4) 了解公司事务、查阅公司账簿和其他文件的知情权; (5) 提起诉讼权。 提示: 上述股东权利中, 第(1)(2)(3)项均已在本章第四节中介绍
资产收益权 (自益权)	(1) 利润分配请求权、剩余财产分配权; (2) 股权质押、转让权; (3) 增资优先认缴权、股权优先认购权(有限公司股东独有)

提示: 以上股东权利均指普通股股东的权利。优先股股东的权利有所不同, 请见“证券法律制度”相关内容。

二、股东知情权(查阅权)(★★)

(一) 知情范围

公司董高有义务依法制作、保存公司资料。如果公司董高未依法履行职责, 导致公司未制作或保存股东有权查阅的资料, 造成股东损失的, 应承担赔偿责任。

具体而言, 有限公司、股份公司股东知情权的范围有所不同, 具体请见下表:

资料类型	有限公司股东	股份公司股东
股东(大)会	查阅、复制会议记录	查阅会议记录
董事会	查阅、复制会议决议	查阅会议决议
监事会	查阅、复制会议决议	查阅会议决议
公司章程	查阅、复制	查阅
财务会计报告	查阅、复制	查阅
会计账簿	查阅	无权查阅
股东名册	—	查阅
公司债券存根	—	查阅

(1) 股份公司股东在行使知情权时只能查阅、不能复制。

(2) 有限公司股东才能查阅公司会计账簿, 股份公司股东无权查阅; 但即使是有限公司股东, 也只能查阅会计账簿, 而不能复制。

(3) 对于股东(大)会, 股东行使知情权的文件是“会议记录”; 对于董事会、监事会, 股东行使知情权的文件是“会议决议”。

提示: 理论上, 会议的“记录”和“决议”是两份文件; 实际上, 并不是每家公司在每次会议上均会分别制备会议“记录”和“决议”。在考试范围内, 根据真题体现出的考查方式, 请严格区分上表中涉及“会议记录”和“会议决议”的情况。

（二）权利主体及辅助人员

1. 权利主体

提出查阅请求者应当具备股东资格。公司股东无论持股多少，均享有知情权。

公司章程或者股东间协议可以对查阅范围、方式等做出规定，但不得“实质性剥夺”股东依公司法享有的查阅权。

2. 辅助人员

股东查阅公司文件材料的，在该股东在场的情况下，可以由会计师、律师等依法或者依据执业行为规范负有保密义务的中介机构执业人员辅助进行。

（三）权利限制

（1）保密义务。股东查阅信息后如泄露公司商业秘密导致公司损害，则须对公司承担赔偿责任。辅助股东查阅的会计师、律师等专业人员，负有相同义务，适用同一规则。

（2）目的限制——仅适用于有限公司股东请求查阅公司会计账簿。

有限公司股东要求查阅公司会计账簿的，应当向公司提出书面请求，说明目的。公司有合理根据认为股东查阅会计账簿有“不正当目的”，可能损害公司合法利益的，可以拒绝提供查阅。

①有下列情形之一的，则人民法院应认定该股东的查阅请求具有“不正当目的”：

a. 股东自营或为他人经营的业务与公司主营业务有“实质性竞争关系”，除非公司章程另有规定或者全体股东另有约定；

b. 股东查阅公司会计账簿，是为了向他人通报有关信息，而他人一旦获知该信息，公司合法利益即可能遭受损害；

c. 股东在向公司提出查阅请求之日前的3年内，曾通过查阅公司会计账簿，向他人通报有关信息损害公司合法利益。

②公司拒绝股东查阅请求的，应当自股东提出书面请求之日起15日内书面答复股东并说明理由。

三、增资优先认缴权（★★）

（1）增资优先认缴权是指公司新增资本或发行新股时，原有股东在同等条件下优先于外部投资者认缴出资或者认购新股的权利。

（2）有限公司股东的优先认缴权是法定权利，认购数额以其实缴出资比例为准，除非全体股东约定其他认购比例。

以上是法律层面对于股东优先认缴权的规定，在此基础上，教材还提到了一些与之相关的理论观点，须加以注意：

（1）增资优先认缴权的行使条件是，公司决定接受外部投资者认缴出资而新增注册资本，因此公司吸收合并导致其注册资本增加的情况下，原有股东不享有增资优先认缴权；

（2）在具备行使该项权利的条件的前提下，股东应当在公司形成增资决议的过程中，向公司作出明确且合格的行使增资优先认缴权的意思表示；

原理详解

原理详解

(3) 增资优先认缴权性质上属于形成权，股东作出意思表示后即与公司形成认缴出资的合意；

(4) 股东可以放弃行使自己的增资优先认缴权，其放弃的认缴份额并不当然成为其他股东行使增资优先认缴权的对象；

(5) 增资优先认缴权可以在公司原股东之间自由转让，但不得转让给股东以外的人；

(6) 针对侵害增资优先认缴权的不同行为，股东可提起的诉讼请求包括：请求人民法院否定相关决议、责令公司恢复原状、行使增资优先认缴权或责令公司继续履行增资认缴协议、损害赔偿等。

四、异议回购请求权 (★★★)

1. 有限公司异议股东回购请求权

(1) 行使事由。

有下列情形之一的，对股东会该项决议投反对票的股东（“异议股东”）可以请求公司按照合理的价格收购其股权，退出公司：

① “小气鬼”：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《公司法》规定的分配利润条件的；

② “大变样”：公司合并、分立、转让主要财产的；

③ “老不死”：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。

原理详解

“变更公司形式”也是特殊决议事项，看起来也是“大变样”，为什么不是异议股东行使回购请求权的事由？其实，变更公司形式无非也就是有限公司变成股份公司（也就是所谓的“股份制改造”），或者反之（实践中也有，只是比较少），变来变去公司的净资产还是那些，只是形式上变了个样（例如公司名称从“××有限公司”变成“××股份公司”）。这种情况下，虽然的确要慎重（构成特殊决议事项），但还够不上股东要走人（请求回购）的情况。

(2) 行使方式。

① 协商：股东请求公司收购其股权，应当尽量通过协商的方式解决。

② 起诉：如果协商不成，根据《公司法》规定，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。

2. 股份有限公司异议股东股份回购请求权

股份有限公司异议股东股份回购请求权只是限于对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议的情形。

五、利润分配请求权（★）

（一）分配数量

（1）有限公司：按实缴比例分取利润，但全体股东约定不按照出资比例分配的除外。

（2）股份公司：按持股比例分取利润，但公司章程规定不按持股比例分配的除外。

提示：公司持有的本公司股份不得分配利润。

（二）分配时间

分配利润的股东会或者股东大会决议作出后，公司应当在决议载明的时间内完成利润分配。决议没有载明时间的，以公司章程规定的为准。

（1）决议、章程中均未规定时间或者时间超过1年的，公司应当自决议作出之日起1年内完成利润分配。

（2）决议中载明的利润分配完成时间超过公司章程规定时间的，股东可以依据《公司法》规定请求人民法院撤销决议中关于该时间的规定。

提示：该情况下，只撤销利润分配决议中关于分配时间的内容，而不是撤销整个决议。

六、主要的股东诉讼（★★）

（一）请求分配利润的诉讼

公司是否向股东分配利润是一个商业事项，由公司股东（大）会自行决定。

但是，如果公司股东（大）会已经作出利润分配的决议，公司依然不按照决议或者法律规定向股东分配利润，股东可以通过诉讼方式请求公司分配利润。

1. 诉讼当事人

（1）股东（作为原告）请求公司分配利润案件，应当列公司为被告。

（2）法庭辩论终结前，其他股东基于同一分配方案请求分配利润并申请参加诉讼的，应当列为共同原告。

2. 起诉前提

（1）股东提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会的有效决议，请求公司分配利润，公司拒绝分配利润且其关于无法执行决议的抗辩理由不成立的，人民法院应当判决公司按照决议载明的具体分配方案向股东分配利润。

（2）股东未提交载明具体分配方案的股东会或者股东大会决议，请求公司分配利润的，人民法院应当驳回其诉讼请求。

【典例研习·5-28-1】

甲有限责任公司设立至今一直未向公司股东分配利润，也未作出任何有关利润分配的决议。股东王某向法院起诉甲公司，请求判令甲公司向其分配利润。此时，人民法院应驳回其诉讼请求，应为王某无法提供载明具体分配方案的股东会决议。

【典例研习·5-28-2】

2020年1月1日，甲有限责任公司股东会作出决议，向股东分配利润。该决议载明向各股东分配利润的金额、时间和方式。截至2021年6月1日，甲公司依然未执行前述决议向股东分配利润。此时，甲公司股东王某有权持该决议向法院起诉甲公司，请求甲公司根据该决议向其分配利润。

（二）股东直接诉讼

公司董事、高级管理人员违反法律、行政法规或者公司章程的规定，损害股东利益的，股东可以依法直接向人民法院提起诉讼。

【典例研习 · 5-28-3】

2020年1月1日，甲有限责任公司股东会作出决议，向股东分配利润。该决议载明向各股东分配利润的金额、时间和方式。截至2021年6月1日，甲公司早已完成向其他股东的利润分配，唯独未向股东王某分类利润。

经查，王某了解到，甲公司财务总监张某从中作梗，拒绝向王某分配利润。此时，王某可以起诉张某。

（三）股东代表诉讼

股东代表诉讼，也称股东间接诉讼，是指当董事、监事、高级管理人员或者他人违反法律、行政法规或者公司章程的行为给公司造成损失，公司拒绝或者怠于向该违法行为人请求损害赔偿时，具备法定资格的股东有权代表其他股东，代替公司提起诉讼，请求违法行为人赔偿公司损失的行为。

提示：股东代表诉讼仅适用于公司整体利益受损时。在【典例研习 · 5-28-3】中，受损害的仅仅是股东王某个人，则不适用股东代表诉讼。

1. 股东代表诉讼的主体

（1）有限公司：股东；

（2）股份公司：连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，即“连续180日以上持股”+“单独或者合计持股1%以上”（2011年案例分析题）。

提示：180日以上连续持股期间，应为股东向人民法院提起诉讼时，已届满的持股时间。

2. 股东代表诉讼的前置程序

（1）“董高违法找监事”（2017年案例分析题）。

①公司董事、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，股东可以书面请求监事会提起诉讼。

②对于不设置监事会的有限公司，股东在上述情况下可以书面请求公司监事提起诉讼。

提示：上述诉讼的被告是违反法律、行政法规或者公司章程的公司董事、高级管理人员。

（2）“监事违法找董事”。

①监事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，股东可以书面请求董事会提起诉讼。

②对于不设置董事会的有限公司，股东在上述情况下可以书面请求执行董事提起诉讼。

提示：上述诉讼的被告是违反法律、行政法规或者公司章程的公司监事。

3. 股东代表诉讼

（1）触发条件。

监事会、不设监事会的有限责任公司的监事，或者董事会、执行董事，收到有相应资格股东的书面请求后，有下列情形之一的，该股东有权为了公司的利益，以自己的名义直接向人民法院提起诉讼：

①“拒”：拒绝提起诉讼；

②“拖”：自收到请求之日起30日内未提起诉讼；

③“急”：情况紧急、不立即提起诉讼将会使公司利益受到难以弥补的损害的。

提示：公司董事、监事、高级管理人员以外的其他人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上股份的股东，可以通过监事会或监事、董事会或执行董事向人民法院提起诉讼，或者直接向人民法院提起诉讼。具体程序同上。

（2）诉讼当事人。

①股东代表诉讼中，股东直接对董事、监事、高级管理人员或者他人提起诉讼的，应当列公司为第三人参加诉讼。

②一审法庭辩论终结前，符合《公司法》规定条件的其他股东，以相同的诉讼请求申请参加诉讼的，应当列为共同原告。

（3）利益归属。

①股东直接提起诉讼的案件，胜诉利益归属于公司，股东请求被告直接向其承担民事责任的，人民法院不予支持。

②股东诉讼请求部分或者全部得到人民法院支持的，公司应当承担股东因参加诉讼支付的合理费用。

（四）解散公司之诉

1.可以提起解散公司之诉的情况——公司僵局

单独或者合计持有公司全部股东表决权10%以上的股东，以下列事由（“公司僵局”）之一提起解散公司诉讼，并符合《公司法》有关规定的，人民法院应予受理：

（1）公司持续两年以上无法召开股东会或者股东大会，公司经营管理发生严重困难的；

（2）股东表决时无法达到法定或者公司章程规定的比例，持续两年以上不能作出有效的股东会或者股东大会决议，公司经营管理发生严重困难的；

（3）公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决，公司经营管理发生严重困难的；

（4）经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形。

2.不得提起解散公司之诉的情况——另有办法

股东以知情权、利润分配请求权等权益受到损害，或者公司亏损、财产不足以偿还全部债务，以及公司被吊销企业法人营业执照未进行清算等为由，提起解散公司诉讼的，人民法院不予受理。

3.解散之诉的调解

人民法院审理解散公司诉讼案件，应当注重调解。当事人协商一致以下列方式解决分歧，且不违反法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应予支持：

（1）公司回购部分股东股份；

（2）其他股东受让部分股东股份；

（3）他人受让部分股东股份；

（4）公司减资；

（5）公司分立；

（6）其他能够解决分歧，恢复公司正常经营，避免公司解散的方式。



命题角度：各类公司诉讼的当事人。

近年来，考试越来越频繁地涉及公司诉讼的当事人，故做梳理。

诉讼类型	原告	被告
主张公司决议 不成立、无效	股东、董事、监事	公司
主张撤销公司决议	股东	公司
股东请求行使知情权	股东	公司
股东请求分配利润	股东	公司
股东直接诉讼	股东	违法的董事、 高级管理人员
股东代表诉讼 (前置程序)	公司(受股东请求的 董事会、执行董事 代表)	违法的公司监事
	公司(受股东请求的 监事会、监事代表)	违法的董事、 高级管理人员
股东代表诉讼	具有资格的股东	违法的公司董监高
解散公司之诉	股东	公司

七、股东权利的限制(★)

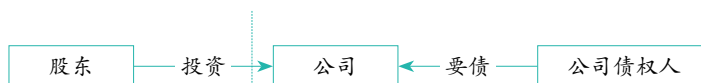
(一) 原则性规定

公司股东滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应依法承担赔偿责任。如果给公司债权人造成损失，也应当承担相应的责任。

(二) 法人人格否认(刺破“公司面纱”)

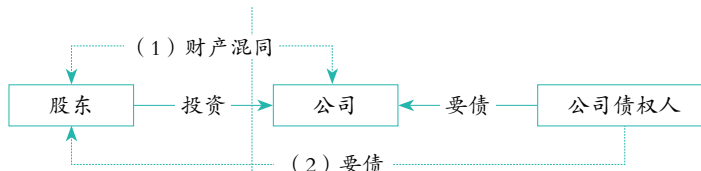
公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司债权人利益的，应当对公司债务承担连带责任。该情况下，相关股东不再受有限责任保护，其对公司债务承担责任的方式亦发生变化，具体请见下图：

正常情况



有限责任(“公司面纱”)

刺破“公司面纱”



有限责任(“公司面纱”)

在我国审判实践中，在特定法律关系中不承认公司法人独立地位的常见理由是“人格混同”，主要有以下两种情形：

1.纵向人格混同

公司与其股东（例如母子公司之间）在财产、业务、人员等方面“混同”，难分彼此，事实上无从区分。构成该种混同的具体情况有：

（1）股东无偿使用公司资金或者财产，不作财务记载；

（2）股东用公司的资金偿还股东的债务，或者将公司的资金供关联公司无偿使用，不作财务记载；

（3）公司账簿与股东账簿不分，致使公司财产与股东财产无法区分；

（4）股东自身收益与公司盈利不加区分，致使双方利益不清；

（5）公司的财产记载于股东名下，由股东占有、使用。

2.横向人格混同

受同一母公司或者控制人控制的数个公司在财产、业务、人员等方面“混同”、重叠，不分彼此，事实上无从区别。

实践中，人们常形象地称此类现象以及“横向混同”为“一套人马，两块牌子”。

（三）关联交易

《公司法》规定公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员不得利用其关联关系损害公司利益，违反规定给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

1.相关名词的理解

（1）控股股东：出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东，以及出资额或者持有股份的比例虽然不足50%，但依其出资额或者持有的股份所享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东。

（2）实际控制人：虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。

（3）关联关系：公司控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员与其直接或者间接控制的企业之间的关系，以及可能导致公司利益转移的其他关系。但是，国家控股的企业之间不因为同受国家控股而具有关联关系。

2.关联交易的限制

审判实践中，法院通常会支持如下做法：当特定股东与股东会决议事项存在利益冲突，其行使表决权有可能损害公司或股东整体利益时（例如，该股东与公司发生关联交易），该股东应当回避此一事项的表决。

对于可能发生的关联交易，尤其是上市公司的关联交易，法律从审批程序、信息披露等诸多维度进行规制，但是，依然可能存在公司股东利用关联交易损害公司利益的情况。在大股东对公司的高度控制下，上述程序可能沦为“走过场”。

因此，法律规定：关联交易损害公司利益，原告公司依据《公司法》规定请求控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员赔偿所造成的损失，被告仅以该交易已经履行了信息披露、经股东会或者股东大会同意等法律、行政法规或者公司章程规定的程序为由抗辩的，人民法院不予支持。

换言之，虽然法律规定了关联交易的审议和信息披露程序，但仅凭履行这些程序并不能说明关联交易的公允性与合法性。

八、股东义务（★）

- （1）出资义务；
- （2）善意行使股权的义务；
- （3）组织清算的义务。

第六节 公司股权

一、有限公司股权（★★）

（一）当事人约定的股权转让

有限公司股东可以通过协议的方式自主转让其持有的股权。但在具体的程序上，有“内外之别”。

1. 股东之间转让股权

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。因此，有限公司股东之间可以自由转让股权。

2. 股东对外转让股权

（1）基本程序。

程序	具体规则
取得其他股东的同意	<p>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。</p> <p>① 股东应就其股权转让事项以“书面或者其他能够确认收悉的合理方式”通知其他股东征求同意；</p> <p>② 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；</p> <p>③ 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</p>
其他股东的优先购买权	<p>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。</p> <p>两个以上股东主张行使优先购买权的：</p> <p>① 协商确定各自的购买比例；</p> <p>② 协商不成的，按照转让时各自的出资比例行使优先购买权</p>

公司章程对股权转让另有规定的，从其规定。

【典例研习·5-29】

赵某、钱某、孙某、李某共同出资设立甲有限责任公司，四人的出资比例分别为10%、20%、30%、40%。李某拟将其持有的股权全部转让给周某。对该次转让，孙某予以同意，但赵某、钱某表示反对。此时，尚不满足“其他股东过半数同意”的条件。

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。这里的“过半数”是根据其他股东的数量确定的，不问其他股东各自持有多少表决权。

本例中，李某拟对外转让股权，则需要剩下3名股东中至少2名同意。鉴于只有孙某同意，即使其持有的表决权等于剩余二人之和，也未达到上述“过半数”同意的要求。

（2）优先购买权。

为了叙述的方便，我们在下文中姑且称想要对外转让股权的老股东为“跑路股东”，其他老股东叫“留守股东”，想从跑路股东这儿买到股权的人叫“接盘股东”。

基于有限公司股东对外转让股权的基本规则，我们可以先做一个通俗的理解。

（1）一次股权转让有两方面的效果：跑路股东拿到钱，以及接盘股东拿到股权。

（2）虽然对外转让须其他股东过半数同意，但留守股东实际上拦不住跑路股东离开公司。因为：如果不同意跑路股东离开，就要买走跑路股东的股权；如果不买，法律视为留守股东同意跑路股东把股权转让给别人。可见，《公司法》原则上保护有限公司股权的流转价值，只要跑路股东坚持，“拿到钱”还是可以实现的。

（3）“优先购买权”的机制是在留守股东拦不住跑路股东走人的前提下，保证公司股东会没有外人进来。可见，《公司法》原则上也保护有限公司股权结构的“封闭性”，接盘股东“拿到股权”不一定能实现。

但是，想保持这种“封闭性”也是有代价的，“优先购买权”也是购买，留守股东要拿出真金白银给跑路股东。

（4）一场买卖总要双方配合，上述情况下跑路股东很难做人：如果坚持跑路，接盘股东不一定能拿到股权，会找跑路股东的麻烦；如果瞒着留守股东把股权转让给接盘股东，留守股东也会找跑路股东的麻烦。所以，这种情况下，《公司法》也允许跑路股东终止本次转让。

原理详解

在优先购买权的行使中，应注意如下问题：

①“同等条件”的判断。人民法院在判断是否符合公司法所称的“同等条件”时，应当考虑转让股权的数量、价格、支付方式及期限等因素。

提示：对于等值的财产，如果接盘股东以现金支付，留守股东以实物（例如不动产）支付，并不能视为“同等条件”。

②行使期间。有限责任公司的股东主张优先购买转让股权的，应当在收到通知后，在公司章程规定的行使期间内提出购买请求。

公司章程没有规定行使期间或者规定不明确的，以通知确定的期间为准，通知确定的期间短于30日或者未明确行使期间的，行使期间为30日。

③其他股东与受让方之间的利益平衡。

事项	具体规则
留守股东 吃亏怎么办	<p>有限责任公司的股东向股东以外的人转让股权，未就其股权转让事项征求其他股东意见，或者以欺诈、恶意串通等手段，损害其他股东优先购买权，其他股东主张按照同等条件购买该转让股权的，人民法院应当予以支持，但其他股东自知道或者应当知道行使优先购买权的同等条件之日起30日内没有主张，或者自股权变更登记之日起超过1年的除外。</p> <p>上述“其他股东”仅提出确认股权转让合同及股权变动效力等请求，未同时主张按照同等条件购买转让股权的，人民法院不予支持，但其他股东非因自身原因导致无法行使优先购买权，请求损害赔偿的除外</p>
接盘股东 吃亏怎么办	<p>股东以外的股权受让人，因股东行使优先购买权而不能实现合同目的的，可以依法请求转让股东承担相应民事责任</p>
跑路股东难 做人怎么办	<p>有限责任公司的转让股东，在其他股东主张优先购买后又不同意转让股权的，对其他股东优先购买的主张，人民法院不予支持，但公司章程另有规定或者全体股东另有约定的除外。</p> <p>其他股东主张转让股东赔偿其损失合理的，人民法院应当予以支持</p>

（二）法院强制执行有限公司股权

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。

提示：在法院强制执行有限公司股东所持股权的情况下，无须其他股东同意，但其他股东依然享有优先购买权。

（三）有限公司股权的继承

在公司章程没有另外规定的情况下，自然人股东死亡后，其合法继承人可以直接继承股东资格，其他股东不得就此主张优先购买权。（公司章程可排除继承）

二、股权代持（★★）

有限责任公司的实际出资人与名义出资人订立合同（“代持协议”），约定由实际出资人（也称“隐名股东”）出资并享有投资权益，以名义出资人为名义股东（也称“显名股东”），实际出资人与名义股东对该合同效力发生争议的，如无《民法典》规定的法律行为无效情形，人民法院应当认定该合同有效。

原理详解

代持关系“对内”和“对外”造成的影响不同。

“对内”而言，在代持双方之间，双方对于股权代持心知肚明，因此应遵守“实质重于形式”的原则处理问题。

“对外”而言，公司股东、公司债权人可能并不知道股权代持的事情，只能对外登记的显名股东视为公司股东，因此应遵守“形式重于实质”的原则处理问题。

（一）投资权益的归属

当实际出资人与名义股东因投资权益的归属发生争议，实际出资人以其实际履行了出资义务为由向名义股东主张权利的，人民法院应予支持。

名义股东以公司股东名册记载、公司登记机关登记为由否认实际出资人权利的，人民法院不予支持。

（二）隐名股东显名化

如果实际出资人未经公司其他股东半数以上同意，请求公司变更股东、签发出资证明书、记载于股东名册、记载于公司章程并办理公司登记机关登记的，人民法院不予支持。

提示：这里的“半数以上”也是只看其他股东数量，不看其他股东各自持股比例。在这一点上，类似于有限公司股权的对外转让。

（三）显名股东擅自处分代持股权

名义股东将登记于其名下的股权转让、质押或者以其他方式处分，实际出资人以其对于股权享有实际权利为由，请求认定处分股权行为无效的，人民法院可以参照“善意取得制度”的规定处理。

名义股东处分股权造成实际出资人损失，实际出资人请求名义股东承担赔偿责任的，人民法院应予支持。

【典例研习·5-30】（模拟多项选择题）

甲、乙双方订立协议，由甲作为名义股东，代为持有乙在丙有限责任公司的股权，但投资收益由实际投资人乙享有，协议并无其他违法情形。后甲未经乙同意将其代持的部分股权以合理价格转让给丙公司的股东丁。丁对甲只是名义股东的事实不知情。根据公司法律制度的规定，下列表述中，正确的有（ ）。

- A. 甲、乙之间的股权代持协议无效
- B. 甲、乙之间的股权代持协议有效
- C. 若乙反对甲、丁之间的股权转让，则丁不能取得甲所转让的股权
- D. 即使乙反对甲、丁之间的股权转让，丁亦合法取得甲所转让的股权

 **斯尔解析** 本题考查股权代持背景下的善意取得。

首先，如无违法情况，股权代持协议本身有效。因此，选项A所述错误，选项B所述正确。其次，题述情况下，虽然名义股东甲无权处分该等股权，但丁的行为符合善意取得的要件。因此，无论乙是否反对该次股权转让，丁都可以通过善意取得制度获得该等股权。选项C所述错误，选项D所述正确。

（四）出资补足

公司债权人以登记于公司登记机关的股东未履行出资义务为由，请求其对公司债务不能清偿的部分在未出资本息范围内承担补充赔偿责任，股东以其仅为名义股东而非实际出资人为由进行抗辩的，人民法院不予支持。

名义股东根据上述规定承担赔偿责任后，向实际出资人追偿的，人民法院应予支持。

对比：


冒用他人名义出资并将该他人作为股东在公司登记机关登记的，冒名登记行为人应当承担相应责任；公司、其他股东或者公司债权人以未履行出资义务为由，请求被冒名登记为股东的承担补足出资责任或者对公司债务不能清偿部分的赔偿责任的，人民法院不予支持。

“冒名登记”与“股权代持”之间的差异是：股权代持双方对于代持事宜均知情，但被冒名股东并不知晓被冒名登记的情况。因此，法律对被冒名者的保护超过显名股东。

【典例研习·5-31】

甲盗用乙的身份证，以乙的名义向丙公司出资。乙被记载于丙公司股东名册，并进行了公司登记，但直至出资期限满仍未履行出资义务。根据公司法律制度的规定，下列关于出资责任承担的表述中，正确的是（ ）。

- A. 乙承担出资责任
- B. 甲承担出资责任
- C. 乙首先承担出资责任，不足部分再由甲补足
- D. 甲、乙对出资承担连带责任

 **斯尔解析** 本题考查“冒名登记”情况下出资责任的承担。从法律规定出发，该情况下出资义务由冒名行为人承担，即本题中的甲。从常理出发，乙与甲之间对于该等股权“明示不符”的事项并无协议，乙对此并不知情，如令乙承担出资责任，十分不公。因此，于情于法，都该由甲承担出资责任。

三、股份公司股权（★★）

原理详解

股份公司是指，将公司全部资本分为等额股份，股东以其认购的股份为限对公司承担责任，公司以其全部财产对公司的债务承担责任的公司。因此：

- （1）“股份”指股份公司的财产份额；
- （2）“股权”指持有相应股份的股东所拥有的股东权利，包括表决权和财产权；
- （3）“股票”是股份的凭证，是股份的表现形式。

虽然有上述区分，但是一般的语境下，股份公司的股权转让、股份转让、股票转让可以混用。要注意，在公司中，“股份”“股票”的说法仅能用于股份公司，不能用于有限公司。

（一）股份（股票）转让的方式

股份转让的方式取决于对应的股票是记名股票还是不记名股票。

1. 记名股票与不记名股票的区分

（1）记名股票是指在票面上记载股东姓名或名称的股票。公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票，应当为记名股票，并应当记载该发起人、机构或者法人名称，不得另立户名或者以代表人姓名记名。

（2）无记名股票是指在票面上不记载股东姓名或名称的股票。发行无记名股票的，公司应当记载其股票数量、编号及发行日期。

提示：目前我国上市公司股份的发行、交易均已通过计算机采用电子信息等无纸化方式进行。股东持有的股票登记在证券登记结算机构的账户中，证券登记结算机构应当根据证券登记结算的结果，确认股票持有人持有股票的事实。

2. 股票转让的基本方式

- (1) 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。
- (2) 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。

(二) 限售(“锁定”)规则

前已言及,《公司法》对于有限责任公司的股权流转设置了一定的限制,在一定程度上保有有限公司股权结构的“封闭性”。

与之形成对比的是,《公司法》对于股份公司股权流转的限制很少,原则上允许股份公司股权自由流转。这一点也是《公司法》与《证券法》衔接的前提。

即使如此,在一些特殊情况下,法律还是对股份公司的股权流转作出限制性规定。在考试范围内,有必要掌握这些限制性规定。

原理
详解

1. 原始股锁定

- (1) 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。
- (2) 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。

2. 董监高持股的锁定

- (1) “董监高”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;
- (2) “董监高”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%,因司法强制执行、继承、遗赠、依法分割财产等导致股份变动的除外;
- (3) 上市公司董事、监事和高级管理人员所持股份不超过1 000股的,可一次全部转让,不受前款转让比例的限制;
- (4) 上述人员离职后半年内,不得转让其所持有的本公司股份;
- (5) 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。

提示:股份公司的董事、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。

【典例研习·5-32】(模拟单项选择题)

某股份有限公司于2013年8月在上海证券交易所上市,公司章程对股份转让的限制未作特别规定。该公司有关人员的下列股份转让行为中,符合公司法律制度规定的是()。

- A. 发起人王某于2014年4月转让了其所持本公司公开发行股份前已发行的股份总数的25%
- B. 董事郑某于2014年9月将其所持本公司全部股份800股一次性转让
- C. 董事张某共持有本公司股份10 000股,2014年9月通过协议转让了其中的2 600股
- D. 总经理李某于2015年1月离职,2015年3月转让了其所持本公司股份总数的25%

 **斯尔解析** 本题考查股份公司股权的限售规则。

2014年4月距上市时间不足1年,发起人所持股份还不能转让。因此,选项A所述行为不合法。

董事郑某所持股票一共800股，不到1 000股，因此不受每年25%的限制。且2014年9月据上市已满1年，郑某可以一次性转让所持全部股份。因此，选项B所属行为合法。

2014年9月距上市时间已满1年，董事张某可以转让股票，但每年转让数量不超过持股总数的25%，即2 500股。张某拟转让的股份数量超过该限制，因此选项C所属行为不合法。

总经理李某离职不到半年，不得转让该公司股份。因此，选项D所述行为不合法。

陷阱提示 请注意，上市后1年的锁定期规则优先于每年25%的转让比例限制。这意味着，在上市后1年内，无论上市公司董监高想要对外转让的股份占比多少，都不得转让。因此，对这类问题的判断顺序是：转让主体→转让时间→转让数量。

（三）对股份公司收购自身股票的限制

原理详解

有限公司回购自身股权的情况比较有限，一般仅涉及上文中的“有限公司异议股东回购请求权”。但股份公司回购自身股份的情况较多，既包括股东要求公司回购股份的情况，也包括公司出于其他商业目的回购自身股份的情况。

根据《公司法》的规定，股份公司不得收购本公司股份。但有下列情形之一的除外：

事由	决策	处理
减少公司注册资本	应当经股东大会决议	应当自收购之日起10日内注销
与持有本公司股份的其他公司合并		应当在6个月内转让或者注销
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（2021年案例分析题）。 提示：上述事项比有限公司异议股东请求回购的事项少	—	
将股份用于员工持股计划或者股权激励	可以依照公司章程的规定或者股东大会的授权，经2/3以上董事出席的董事会会议决议	（1）公司合计持有的本公司股份数不得超过本公司已发行股份总额的10%，并应当在3年内转让或者注销； （2）应当通过公开的集中交易方式进行
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		
上市公司为维护公司价值及股东权益所必需		

（四）对公司股票质押的限制

根据《公司法》的规定，公司不得接受本公司的股票作为质押权的标的。

第七节 特殊的有限责任公司

一、一人有限公司的特别规定（★）

（一）一人有限责任公司的概念

一人有限责任公司，是指只有一个自然人股东或者一个法人股东（可以是上市公司）的有限责任公司。

一人有限责任公司是独立的企业法人，具有完全的民事权利能力、民事行为能力和民事责任能力，是有限责任公司中的特殊类型。

（二）一人有限责任公司的特别规定


《公司法》规定，一人有限责任公司的设立和组织机构适用特别规定，没有特别规定的，适用有限责任公司的相关规定。这些特别规定，具体包括以下几个方面：

事项	具体规定
独子无孙	一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司
登记注明	一人有限责任公司应当在公司登记中注明自然人独资或者法人独资，并在公司营业执照中载明
单独股东	（1）一人有限责任公司不设股东会； （2）法律规定的股东会职权由股东行使，当股东行使相应职权作出决定时，应当采用书面形式，并由股东签字后置备于公司
定期审计	一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计
推定混同	一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己财产的，应当对公司债务承担连带责任

【典例研习·5-33】（模拟多项选择题）

李某设立了一人有限责任公司。李某的下列行为中，符合公司法律制度规定的有（ ）。

- A. 决定不编制财务会计报告
- B. 决定不设股东会
- C. 决定用公司盈利再投资设立另一个一人有限责任公司
- D. 决定由李某本人担任公司经理和法定代表人

 **斯尔解析** 本题考查一人有限公司的特别规定。

（1）一人有限责任公司应当在每一会计年度终了时编制财务会计报告，并经会计师事务所审计，选项A所述错误。

（2）一人有限公司只有1名股东，不设股东会，选项B所述正确。

（3）一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司，该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司，选项C所述错误。

【典例研习】答案：

5-33：BD

(4) 一人有限公司的单独股东可以担任公司经理，且公司法定代表人本就可由经理担任，选项D所述正确。

二、国有独资公司的特别规定 (★)

(一) 国有独资公司的概念

国有独资公司是指国家单独出资、由国务院或者地方人民政府委托本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。

提示：国有独资公司是由政府（财政部、财政局、国资委、国资局等）直接当股东，而不是这些主体通过下属的某个国企当单一股东。例如，国务院直接持有国家能源投资集团有限责任公司100%股权，则国家能源投资集团有限责任公司属于国有独资公司。

(二) 国有独资公司的特别规定

《公司法》规定，国有独资公司的设立和组织机构适用特别规定，没有特别规定的，适用有限责任公司的相关规定。这些特别规定，具体包括以下几个方面：

1. 公司章程

国有独资公司章程由国有资产监督管理机构制定，或者由董事会制定报国有资产监督管理机构批准。

2. 组织机构

事项	具体规定
股东	<p>国有独资公司不设股东会（因为股东只有一个），由国有资产监督管理机构行使股东会职权。</p> <p>国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，但：</p> <p>（1）公司的合并、分立、解散、增减注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定；</p> <p>（2）重要的国有独资公司合并、分立、解散、申请破产的，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。上述所称重要的国有独资公司，按照国务院的规定确定</p>
董事会	<p>国有独资公司设立董事会，依照法律规定的有限责任公司董事会的职权和国有资产监督管理机构的授权行使职权。</p> <p>（1）董事会成员中应当有公司职工代表；</p> <p>（2）董事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，董事会成员中的职工代表由公司职工代表大会选举产生；</p> <p>（3）董事每届任期不得超过3年；</p> <p>（4）董事会设董事长1人，可以设副董事长。董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中指定</p>
监事会	<p>（1）国有独资公司设监事会，其成员不得少于5人；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；</p> <p>（2）监事会成员由国有资产监督管理机构委派；但是，监事会中的职工代表由公司职工代表大会选举产生；</p> <p>（3）监事会主席由国有资产监督管理机构从监事会成员中指定</p>


续表

事项	具体规定
经理	国有独资公司设经理，由董事会聘任或者解聘。 （1）国有独资公司经理的职权与一般有限责任公司经理的职权相同； （2）经国有资产监督管理机构同意，董事会成员可以兼任经理
“董”“高” 兼职禁止	国有独资公司的董事长、副董事长、董事、高级管理人员，未经国有资产监督管理机构同意，不得在其他有限责任公司、股份有限公司或者其他经济组织兼职

【典例研习·5-34】（2011年单项选择题）

下列关于国有独资公司的表述中，符合公司法律制度规定的是（ ）。

- A. 国有独资公司不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权
- B. 国有独资公司的董事会获得国有资产监督管理机构授权，可以决定公司合并事项
- C. 国有独资公司监事会的职工代表由国有资产监督管理机构委派
- D. 国有独资公司的董事会成员全部由国有资产监督管理机构委派

 **斯尔解析** 本题考查国有独资公司的特殊规定。选项A所述正确，至于其它选项：

（1）决定公司合并的权利由国有资产监督管理机构行使，不得授权董事会行使，选项B所述错误。

（2）国有独资公司董事会、监事会均必须有职工代表，而职工代表均须由公司职工代表大会选举产生，而非由国有资产监督管理机构委派，选项CD所述均错误。

第八节 公司的财务会计

一、公司财务、会计的基本要求

- （1）有限责任公司应当按照公司章程规定的期限将财务会计报告送交各股东。
- （2）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。
- （3）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（大）会或者董事会决定。
- （4）公司应当依法建立账簿、开立账户；开立账户公司除法定的会计账簿外，不得另立会计账簿。
- （5）对公司资产，不得以任何个人名义开立账户存储。

二、公司的公积金（★）

公积金是公司在资本之外所保留的资金金额，又称为附加资本或准备金。公司为增强自身财力，扩大营业范围和预防意外亏损，从利润中提取一定的资金，以用于扩大资本，或弥补亏损。

【典例研习】答案：

5-34：A

（一）公积金的种类

公积金种类	相关规则
盈余公积金	<p>盈余公积金是从公司税后利润中提取的公积金，分为法定公积金和任意公积金两种。</p> <p>（1）法定公积金。</p> <p>①法定公积金按照公司税后利润的10%提取，当公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上时可以不再提取；</p> <p>②公司的法定公积金不足以弥补以前年度亏损的，在依照规定提取法定公积金之前，应当先用当年利润弥补亏损。</p> <p>（2）任意公积金：任意公积金按照公司股东会或者股东大会决议，从公司税后利润中提取</p>
资本公积金	<p>（1）资本公积金是直接由资本原因等形成的公积金；</p> <p>（2）股份有限公司以超过股票票面金额的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</p>

【典例研习·5-35】（2016年单项选择题）

甲公司注册资本为700万元，公司当年税后利润为300万元，法定公积金累计额为310万元，公司无亏损。根据公司法律制度的规定，甲公司当年应提取的法定公积金金额是（ ）万元。

- A.40 B.30 C.50 D.60

斯尔解析 本题考查公司法定公积金的提取。法律规定，法定公积金按照公司税后利润的10%提取，当公司法定公积金累计额为公司注册资本的50%以上时可以不再提取。

本题中，甲公司当年税后利润为300万元，原则上应提取其中10%（即30万元）作为法定公积金。另一方面，甲公司法定公积金累计额为310万元，据注册资本（700万元）的50%还差40万元，大于上述提取金额。

综合这两点考虑，甲公司当年应提取的法定公积金金额是30万元，本题应选择选项B。

（二）公积金的用途

公司的公积金应当按照规定的用途使用。公司的公积金主要有以下用途：

1. 弥补公司亏损

（1）使用公司公积金弥补亏损存在一定的前提条件：

- ①公司的亏损按照国家税法规定可以用缴纳所得税前的利润弥补；
- ②超过用所得税前利润弥补期限仍未补足的亏损，可以用公司税后利润弥补；
- ③发生特大亏损，税后利润仍不足弥补的，可以用公司的公积金弥补。

（2）注意：资本公积金不得用于弥补公司的亏损。

2. 扩大公司生产经营

公司可以根据生产经营的需要，用公司的公积金来扩大公司的生产经营规模。

3.转增公司资本

公司为了实现增加资本的目的，可以将公积金的一部分转为资本：

(1) 对用任意公积金转增资本的，法律没有限制；

(2) 法定公积金转为资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。

【典例研习·5-36】（模拟单项选择题）

某公司注册资本为6 000万元，2015年该公司提取的法定公积金累计额为4 000万元，该公司拟用法定公积金转增公司资本。根据公司法律制度的规定，该公司法定公积金转增资本的最高额为（ ）万元。

A.1 000

B.2 500

C.3 000

D.4 000

斯尔解析 本题考查法定公积金转增资本的限额。《公司法》规定，法定公积金转增资本时，所留存的该项公积金不得少于转增前公司注册资本的25%。

本题中，公司转增前的注册资本为6 000万元，则该次转增后留存的法定公积金应不少于 $6\,000 \times 25\% = 1\,500$ （万元）。鉴于该公司目前法定公积金累计额为4 000万元，本次最多可转增资本 $4\,000 - 1\,500 = 2\,500$ （万元）。本题应选择选项B。

三、利润分配顺序（★）

根据我国《公司法》及税收法律制度等规定，公司应当按照如下顺序进行利润分配：

(1) 弥补以前年度的亏损，但不得超过税法规定的弥补期限。

(2) 缴纳企业所得税。

(3) 弥补在税前利润弥补亏损之后仍存在的亏损。

(4) 提取法定公积金。

(5) 提取任意公积金。

(6) 向股东分配利润。

公司股东会、股东大会或者董事会违反规定，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。

提示：利润分配的顺序必须遵循上述规定，但利润分配的数量，以及是否分配利润，均由公司自决。

第九节 公司重大变更

一、公司的合并与分立（★）

（一）含义与分类

(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行为，包括吸收合并与新设合并。

①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。

②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。

(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。公司分立的形

式理论上应有两种：

- ①派生分立，即公司以其部分财产和业务另设一个新的公司，原公司存续；
- ②新设分立，即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。

（二）主要程序

公司合并的主要程序是：签订合并协议、编制资产负债表及财产清单、作出合并决议、通知债权人、依法进行登记；公司分立的程序与公司合并的程序基本一样。以下择要介绍。

（1）合并协议。公司合并，应当由合并各方签订合并协议；合并协议应当包括：合并后存续公司或新设公司的名称、住所；合并各方的债权债务处理办法；合并各方的资产状况及其处理办法等其他事项。

（2）合并决议。

①有限责任公司的股东会在对公司合并作出决议时，必须经代表2/3以上表决权的股东通过；

②股份有限公司的股东大会在对公司合并作出决议时，必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过；

③国有独资公司的合并决议，由国有资产监督管理机构决定。重要的国有独资公司的合并，应当由国有资产监督管理机构审核后，报本级人民政府批准。

（3）债权人通知。

①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；

②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。

（4）依法登记。以公司合并为例，可能涉及的登记类型有：

①公司合并后，登记事项发生变更的，应当依法向公司登记机关办理变更登记；

②公司解散的，应当依法办理公司注销登记；

③设立新公司的，应当依法办理公司设立登记。

（三）债权、债务承继


（1）公司合并时，合并各方的债权债务由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

（2）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。

【典例研习·5-37】（模拟单项选择题）

甲公司欠乙公司300万元货款。后甲公司将部分优良资产分立出去另成立丙公司，甲、丙公司在分立协议中约定，该笔债务由甲、丙公司按3：7的比例分担，但甲、丙公司未与乙公司达成债务清偿协议。债务到期后，乙公司要求甲公司清偿300万元，遭到拒绝。根据合同法律制度的规定，下列关于该笔债务清偿的表述中，正确的是（ ）。

- A.乙公司只能向甲公司主张清偿
- B.乙公司只能向丙公司主张清偿
- C.应当由甲、丙公司按连带责任方式向乙公司清偿
- D.应当由甲、丙公司按分立协议约定的比例向乙公司清偿

 **斯尔解析** 本题考查公司分立中的债务承担，具体而言，考查了一个细节：可以影响企业分立后对外承担债务方式的约定，必须是与债权人达成的约定，而不是

分立后企业之间的约定。题干中，“按3：7的比例分担”之约定在分立后的甲、丙公司之间达成，作为债权人的乙公司并未同意。因此，即使有该约定，甲、丙企业在面对债权人丙时，还是应当承担连带责任，选项C所述正确。

二、公司注册资本的减少和增加（★）

（一）公司注册资本的减少

公司可采取返还出资或股款、减免出资或购股义务、缩减股权或股份三种方式实施减资。

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。

（二）公司注册资本的增加

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。

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。

第十节 公司解散和清算

一、公司解散的原因（★）

根据《公司法》的规定，公司解散的原因有以下情形：

- （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）人民法院依法予以解散（解散公司之诉）。

公司有上述第（1）项情形的，可以通过修改公司章程（特殊决议事项）而存续。

二、公司清算（★）

（一）需要清算的情形

公司解散时，应当依法进行清算。因合并、分立而解散的公司，其解散时无须清算。

（二）清算组的成立

1. 自行成立清算组

- （1）根据《公司法》的规定，公司应当在解散事由出现之日起15日内成立清算组。
- （2）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. 法院指定清算组

事项	说明
适用情形	(1) 公司解散逾期不成立清算组进行清算的； (2) 虽然成立清算组但故意拖延清算的； (3) 违法清算可能严重损害债权人或者股东利益的
申请主体	(1) 具有上述情形之一，债权人、公司股东、董事或其他利害关系人有权申请人民法院指定清算组进行清算； (2) 如果公司不自行清算，则债权人和股东可以申请人民法院指定清算组进行清算
人员构成	人民法院受理公司清算案件，应当及时指定有关人员组成清算组。清算组成员可以从下列人员或者机构中产生： (1) 公司股东、董事、监事、高级管理人员； (2) 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； (3) 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中具备相关专业知识并取得执业资格的人员

(三) 拖延清算的后果

(1) 有限责任公司的股东、股份有限公司的董事和控股股东：

① 未在法定期限内成立清算组开始清算，导致公司财产贬值、流失、毁损或者灭失，债权人主张其在造成损失范围内对公司债务承担赔偿责任的，人民法院应依法予以支持。

② 因怠于履行义务，导致公司主要财产、账册、重要文件等灭失，无法进行清算，债权人主张其对公司债务承担连带清偿责任的，人民法院应依法予以支持。

(2) 上述情形系实际控制人原因造成，债权人主张实际控制人对公司债务承担相应民事责任的，人民法院应依法予以支持。

(四) 清算组的职权

1. 清算组的职权

清算组在公司清算期间代表公司进行一系列民事活动，全权处理公司经济事务和民事诉讼活动。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。

2. 任职要求

清算组成员应当忠于职守，依法履行清算义务。清算组成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。

(五) 清算工作程序

顺序	程序	具体规则
1	登记债权	<p>(1) 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。</p> <p>(2) 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</p>
2	清理公司财产，制订清算方案	<p>(1) 公司自行清算的，清算方案应当报股东会或者股东大会决议确认；人民法院组织清算的，清算方案应当报人民法院确认。</p> <p>(2) 未经确认的清算方案，清算组不得执行</p>
3	清偿债务	<p>(1) 人民法院组织清算的，清算组应当自成立之日起6个月内清算完毕。</p> <p>(2) 因特殊情况无法在6个月内完成清算的，清算组应当向人民法院申请延长。</p> <p>(3) 清偿顺序：</p> <ol style="list-style-type: none"> ①清算费用； ②职工的工资； ③社会保险费用； ④法定补偿金； ⑤缴纳所欠税款； ⑥清偿公司债务； ⑦分配剩余财产：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
4	公司公告终止	<p>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。清算组应当自清算结束之日起30日内向登记机关申请注销登记</p>

闯关地图

📖：要听懂
!!!：你得背
√+×÷：你得算
🔗：有空看

第五章 公司法律制度



第六章 证券法律制度

学习提要

考几分？

本章属于重要章节，近三年平均每年考查5题，分值合计20分。其中，2021年考查6道题，共16分；2020年考查6道题，共24分；2019年考查4道题，共19分。本章内容变化较大，预计2022年考查分值18分左右。

怎么考？

本章在主观题和客观题中均有考查，且主要通过主观题进行考查。历年注会经济法试卷里都有一道案例分析题以证券法为主线，间或考查公司法或者破产法的知识。其中较常见的考查方式有：

(1) 以信息披露义务为线索，考查虚假陈述、内幕交易等证券违法行为相关规则；

(2) 以上市公司资本运作为主题，考查债券发行（包括可转债发行）、非公开发行股票、优先股发行、发行股份购买资产、重大资产重组相关规则；

(3) 以上市公司收购为背景，考查权益变动披露、协议收购、要约收购相关规则。

怎么学？

本章内容多，难度大，而且从“入门”这一步就不容易，要做好至少学两遍的心理准备。很好地掌握前一章“公司法律制度”有助于学习本章知识。

在学习本章时请注意：在第一节至第五节的开头部分，着重听懂“证券”“首次公开发行股票”“上市”“信息披露”“上市公司股票发行”等基本概念之间的联系。在第一遍学习时，不用太纠结于细节知识的记忆，先要致力于脱离“不知所云”的状态。

从第五节开始，逐渐进入考试的“深水区”，不光要听懂相关的规则及其目的，还要在课下花时间记忆、做题。

大多数考生取得注会资质之后会经常和本章的知识打交道。因此，都请同学们打起一百二十分的精力学习本章。

考点精讲

第一节 证券法律制度概述

一、《证券法》的适用范围（★）

区分“发行”和“交易”两个环节，以下证券适用《中华人民共和国证券法》（以下简称“《证券法》”）的情况请见下表：

种类	发行环节	交易环节
股票、公司债券、存托凭证	适用《证券法》	适用《证券法》
资产支持证券、资产管理产品（“准证券”）	适用《证券法》	适用《证券法》
政府债券、证券投资基金份额	不适用《证券法》	适用《证券法》

教材认为，在我国，股票、公司债券以及存托凭证是最主要的证券形式。本章重点介绍股票和公司债券这两种最典型的证券，并介绍它们的一些特殊形式，如优先股和可转换公司债券（以下简称“可转债”）。

【典例研习·6-1】（2021年多项选择题）

根据证券法律制度的规定，以下证券中，其发行和交易均适用《中华人民共和国证券法》的有（ ）。

- A.股票
B.公司债券
C.资产支持证券
D.资产管理产品

斯尔解析 本题考查《证券法》的适用范围。虽然上表列举了很多情况，但从记忆角度可以化繁为简：

（1）除了政府债券、证券投资基金份额之外，上述其他证券在发行、交易环节均适用《证券法》；

（2）政府债券、证券投资基金份额的发行环节不适用《证券法》，但其在交易环节适用《证券法》。

二、证券市场的结构（★）

（一）我国证券市场的整体结构

交易场所类型	说明
证券交易所 （以下简称“交易所”）	上海证券交易所（会员制）：主板、科创板 深圳证券交易所（会员制）：主板、创业板 北京证券交易所（公司制）
全国中小企业 股份转让系统 （以下简称“新三板”）	基础层、创新层（原精选层的挂牌公司已全部转为北京证券交易所第一批上市公司）
区域性股权市场	地方设立，国有产权交易一般通过产权交易所进行

【典例研习】答案：

6-1：ABCD

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

（二）北京证券交易所

1.北京证券交易所的成立

北京证券交易所于2021年9月3日注册成立，是经国务院批准设立的中国第一家公司制证券交易所，受中国证监会监督管理。

2.北京证券交易所适用的证券发行制度

北京证券交易所适用注册制，公开发行申请报北京证券交易所审核并经证监会注册。在北京证券交易所公开发行并上市的公司，依法履行《证券法》规定的注册程序，可以向不特定合格投资者公开发行股票。

3.北京证券交易所的特点

（1）发行人范围有法定限制。存量发行人为全国股转系统原精选层的挂牌公司，（新增）发行人应当为在全国股转系统连续挂牌满12个月的创新层挂牌公司。

（2）投资者范围有法定限制。发行人仅得向不特定的合格投资者进行公开发行。

（三）区域性股权市场的证券交易限制

（1）不得将任何权益拆分为均等份额公开发行。

（2）不得采取集中交易方式进行交易，但协议转让、依法进行的拍卖可以实施。

（3）不得将权益按照标准化交易单位持续挂牌交易。

（4）无论在发行还是转让环节，权益持有人累计不得超过200人。

（5）不得以集中交易方式进行标准化合约交易。

（6）未经国务院相关金融管理部门批准，不得设立从事保险、信贷、黄金等金融产品交易的交易场所，其他任何交易场所也不得从事保险、信贷、黄金等金融产品交易。

三、证券市场监管体制

（一）政府的统一管理

目前国务院授权中国证券监督管理委员会（以下简称“中国证监会”或者“证监会”）负责证券监督管理工作。

（二）行业自律管理

（1）中国证券业协会（以下简称“证券业协会”）。其会员是各类证券经营机构，会员大会是其最高权力机关，决定证券业协会的重大事项。

（2）证券交易场所，包括上交所、深交所、北交所等证券交易所以及国务院批准的其他全国性证券交易场所（如“新三板”）。

（3）证券服务机构，包括会计师事务所、律师事务所、资产评估机构等中介机构及其从业人员。

四、投资者保护制度（★★）

（一）区分普通投资者和专业投资者

（1）区分标准。根据《证券法》，可以根据财产状况、金融资产状况、投资知识和经验、专业能力等因素将投资者分为“普通投资者”和“专业投资者”。普通投资者和专业投资者在一定条件下可以互相转化。

【典例研习·6-2】（2021年多项选择题）

根据证券法律制度的规定，应将投资者区分为普通投资者和专业投资者，区分二者时须考虑的因素有（ ）。

A.财产状况

B.金融资产状况

C.投资知识和经验

D.专业能力

斯尔解析 本题考查“普通投资者”和“专业投资者”的区分标准。题目本身的难度不大，但其对于备考的指导意义不小：对于实务热点问题，真题一般都会有所涉及，但在考查难度上未必很高。

（2）区分目的。

①证券公司的适当性义务。投资者在购买证券或者接受服务时，应当按照证券公司明示的要求提供财产状况等真实信息。

a.拒绝提供或者未按照要求提供信息的，证券公司应当告知其后果，并按照规定拒绝向其销售证券、提供服务。

b.证券公司违反上述规定导致投资者损失的，应当承担相应的赔偿责任。

②举证责任倒置。普通投资者与证券公司发生纠纷的，证券公司应当证明其行为符合法律、行政法规以及国务院证券监督管理机构的规定，不存在误导、欺诈等情形。证券公司不能证明的，应当承担相应的赔偿责任。

（二）投资者保护机构

我国的投资者保护机构主要在代理权征集、证券纠纷调解、证券支持诉讼、股东派生诉讼、代表人诉讼等方面履行相应投资者保护的职能。

提示：“投资者保护机构”一般指“中证中小投资者服务中心有限责任公司”（以下简称“投服”），上交所、深交所以及上海期货交易所、中国证券登记结算有限责任公司（以下简称“中登公司”）、中国金融期货交易所股份有限公司均为投服的股东。

1.代理权征集

“代理权征集”本身并不是一项新制度，只不过2019版《证券法》中明确规定投资者保护机构可以作为征集人，公开请求上市公司股东委托其代为出席股东大会，并代为行使提案权、表决权等股东权利。以下对代理权征集制度做集中介绍：

（1）征集主体。上市公司董事会、独立董事、持有（通常理解应为“单独持有”）1%以上有表决权股份的股东，以及投资者保护机构。（2021年案例分析题）

（2）征集方式。自行或者委托证券公司、证券服务机构，公开请求上市公司股东委托其代为出席股东大会，并代为行使提案权、表决权等股东权利。

①征集人应当披露征集文件，上市公司应当予以配合。

②禁止以有偿或者变相有偿的方式公开征集股东权利。

2.证券纠纷调解

投资者与发行人、证券公司等发生纠纷的，双方可以向投资者保护机构申请调解。

普通投资者与证券公司发生证券业务纠纷，普通投资者提出调解请求的，证券公司不得拒绝。

3.股东派生诉讼

（1）适用情况：

①发行人的董事、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；

②发行人的控股股东、实际控制人等侵犯公司合法权益给公司造成损失。

（2）原告资格：

①持有该公司股份的投资者保护机构（持股比例和持股期限不受《公司法》规定的限制）。

②投资者保护机构可以为公司的利益以自己的名义向人民法院提起诉讼。

提示：投资者保护机构还可以实施“代表人诉讼”，其具体规定在本章第十节“证券违法行为”中详述。

（三）先行赔付

发行人因欺诈发行、虚假陈述或者其他重大违法行为给投资者造成损失的，发行人的控股股东、实际控制人、相关的证券公司可以委托投资者保护机构，就赔偿事宜与受到损失的投资者达成协议，予以先行赔付。

先行赔付后，可以依法向发行人以及其他连带责任人追偿。

第二节 股票的首次公开发行

一、股票发行概述

【典例研习·6-3】

甲股份有限公司（以下简称“甲公司”）有张三、李四、王五3名股东，目前的总股本为3 000万股。甲公司股票的面额为1元/股，因此，甲公司注册资本为3 000万元。

由于急需资金，甲公司与赵六协商，希望赵六对自己投资。最终，赵六向甲公司投资1 000万元，甲公司按照股票面额向赵六发行了1 000股股票。

上述行为完成后，甲公司注册资本增加至4 000万元，赵六成为甲公司股东，其持股比例为25%。

证券法所说的“股票发行”乍看之下难以理解，但其基础都在我们学过的公司法、合同法中，完全可用公司法、合同法的知识对“股票发行”这一行为进行拆解。

（1）从公司法角度，股票发行一定伴随着股份公司的增资。本例中，甲公司向赵六发行股票，其自身的注册资本增加至4 000万元。

（2）从合同法角度，股票发行类似于“买卖”。本例中，赵六付钱，买到了甲公司的股票。股票当然有经济价值，其体现在股票所代表的股东权利，包括表决、分红等。

进一步，从商业角度，股票发行对于甲公司来说是“融资行为”，对于赵六来说是“投资行为”。

（一）股票的公开发行与非公开发行

理论上，无论是股票的发行还是债券的发行都可以被分为“公开发行”（或称“公募”）和“非公开发行”（或称“私募”）。教材对于股票发行的一系列分类都是基于公开发行与非公开发行的基本分类进行推演的。因此，我们先学习公开发行和非公开发行。

（1）公开发行。

股票公开发行是指发行人通过公开出售股票向不特定投资者募集资金的行为。具体而言，有两种情况可能构成股票的公开发行：

①向不特定对象发行股票；

②向特定对象发行股票累计超过200人，但依法实施员工持股计划的员工人数不计算在内。

提示：“不特定对象”是指对于股票的购买人没有任何资质要求，例如通过随机打电话的方式确定投资者。

(2) 非公开发行。

除上述构成公开发行的情况外，其他发行股票的行为均属于“非公开发行”。

【典例研习·6-3】中甲公司向赵六发行股票的行为即属于非公开发行。

非公开发行股票，不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。如果采用广告、公开劝诱等方式宣传证券发行活动，无论拟发行对象的人数多少，即可认定其构成了公开发行。

(二) 公开发行股票的监管(★)

我国对于公开发行股票的监管尚处于由“核准制”向“注册制”改革的过程中。目前这两种制度依然并存，但按照《证券法》规定，我国证券公开发行审核制度为注册制，这意味着在我国证券交易所的现有市场板块，以及证券交易所根据证券品种、行业特点、公司规模等因素所设立的其他层次的市场板块的公开发行，都将最终适用注册制。二者目前的适用范围以及监管机构的职权划分请见下表：

事项	核准制	注册制
适用范围	上交所主板、深交所主板	上交所科创板（我国最先适用注册制的市场板块）、深交所创业板、北交所
职权划分	证监会审核公司是否符合发行条件； 证监会下发核准批文	交易所审核公司是否符合发行条件； 证监会下发注册批文

二、首次公开发行股票

【典例研习·6-3-1】

甲公司获得赵六的1 000万元投资后依然缺少资金。因此，甲公司拟在上海证券交易所科创板“首次公开发行并上市”。2021年2月1日，经中国证监会注册，甲公司成功向社会公众发行新股2 000万股。2021年2月15日，甲公司全部的6 000万股股票在上交所科创板上市交易。

与【典例研习·6-3】不同，本例中，甲公司发行股票的对象不是赵六个人，而是不特定的社会公众。换言之，在整个发行过程完成之前，甲公司并不知道谁会买自己的股票。前已言及，这种发行行为叫做“公开发行”。

通过“公开发行”，甲公司具有公共属性，因为它的股东不再是张三、李四、王五、赵六四人，而是他们以及成千上万的社会股东。因此，法律有必要对此严加管理，其重中之重就是“首次公开发行股票”。

此外，还须注意，我们通过【典例研习·6-3】分析股票发行的本质时，仅提到公司与股东的交易。同样的，首次公开发行也只是发行人甲公司与社会公众投资者的交易。

公众股东认购甲公司公开发行的新股之后需要有一个交易场所，以便把手上的甲公司股票在合适的时候卖出去。这个场所就是证券交易所。所谓的“上市”，就是把已经完成公开发行的股票放到国家设立的证券交易所中进行买卖、流通。

（一）首次公开发行股票的条件（★）

对于首次公开发行股票的条件，《证券法》作了原则性的规定；在此基础上，各个板块也作出了适用于本板块的规则。

1.《证券法》规定的通用标准——适用于所有板块

公司首次公开发行新股，应当符合下列条件：

- （1）具备健全且运行良好的组织机构；
- （2）具有持续经营能力；
- （3）最近3年财务会计报告被出具无保留意见审计报告；
- （4）发行人及其控股股东、实际控制人最近3年不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；
- （5）经国务院批准的国务院证券监督管理机构规定的其他条件。

提示：在证券法律法规中，“公司”“上市公司”“发行人”一般均指上市公司。

2.各上市板块首发条件摘要

大体而言，上交所、深交所主板的首发条件一致，上交所科创板、深交所创业板的首发条件一致。由于这两套规则的内容都较为繁杂，从备考的“性价比”出发，本书仅做以下有限的梳理和比较：

事项	上交所、深交所主板	上交所科创板、深交所创业板
存续时间	发行人是依法设立且持续经营3年以上的股份公司。 提示：有限责任公司按原账面净资产值折股整体变更为股份有限公司的，持续经营时间可以从有限责任公司成立之日起计算	
资本充实	发行人的注册资本已足额缴纳； 发行前股本总额不少于人民币3 000万元	略
业务稳定	发行人最近3年内主营业务没有发生重大变化	发行人最近2年内主营业务没有发生重大不利变化
人员稳定	发行人最近3年内董事、高级管理人员没有发生重大变化	发行人最近2年内董事、高级管理人员没有发生重大不利变化。 提示：科创板还要求该期间内核心技术人员没有发生重大不利变化
股权稳定	发行人最近3年内实际控制人没有发生变更	发行人最近2年实际控制人没有发生变更
资产构成	最近一期末无形资产（扣除土地使用权、水面养殖权和采矿权等后）占净资产的比例不高于20%	略

续表

事项	上交所、深交所主板	上交所科创板、深交所创业板
经营情况	<p>(1) 最近3个会计年度净利润均为正数, 且累计超过人民币3 000万元(净利润以扣除非经常性损益前后较低者为计算依据, 下同);</p> <p>(2) 最近3个会计年度:</p> <p>①经营活动产生的现金流量净额累计超过人民币5 000万元;</p> <p>②或者营业收入累计超过人民币3亿元;</p> <p>(3) 最近一期末不存在未弥补亏损</p>	<p>发行人业务完整, 具有直接面向市场独立持续经营的能力</p>

(二) 首次公开发行股票的主要程序(★)

1.核准制

(1) 董事会决议、股东大会决议之后, 由保荐人保荐并向中国证监会申报。

(2) 中国证监会受理、初审后, 由发行审核委员会审核。

(3) 中国证监会依照法定条件对发行人的发行申请作出予以核准或者不予核准的决定, 并出具相关文件。

(4) 自中国证监会核准发行之日起, 发行人应在6个月内发行股票; 超过6个月未发行的, 核准文件失效, 须重新经中国证监会核准后方可发行。

(5) 股票发行申请未获核准的, 自中国证监会作出不予核准决定之日起6个月后, 发行人可再次提出股票发行申请。

2.注册制

(1) 董事会决议、股东大会决议之后, 由保荐人保荐并向交易所申报。

(2) 交易所收到注册申请文件后, 5个工作日内作出是否受理的决定。自注册申请文件受理之日起: (对监管、公众负责)

①发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员, 以及与本次股票公开发行并上市相关的保荐人、证券服务机构及相关责任人员, 即承担相应法律责任。

②未经中国证监会或者交易所同意, 注册申请文件不得改动。发生重大事项的, 发行人、保荐人、证券服务机构应当及时向交易所报告, 并按要求更新注册申请文件和信息披露资料。

③发行人应于受理当日进行预披露。

(3) 交易所应当自受理注册申请文件之日起3个月内形成审核意见(同意或者不同意发行人股票公开发行并上市)。

①同意的, 将审核意见、发行人注册申请文件及相关审核资料报送证监会履行发行注册程序。

②不同意的, 作出终止发行上市审核决定。

(4) 中国证监会收到交易所报送的审核意见、发行人注册申请文件及相关审核资料后, 履行发行注册程序。

①发行注册主要关注交易所发行上市审核内容有无遗漏, 审核程序是否符合规

定,以及发行人在发行条件和信息披露要求的重大方面是否符合相关规定。

②中国证监会在20个工作日内对发行人的注册申请作出同意注册或者不予注册的决定。


(5) 中国证监会同意注册的决定自作出之日起1年内有效,发行时点由发行人自主选择。

(6) 交易所因不同意发行人股票公开发行并上市,作出终止发行上市审核决定,或者中国证监会作出不予注册决定的,自决定作出之日起6个月后,发行人可以再次提出公开发行股票并上市申请。

【典例研习·6-4】(2019年单项选择题)

根据证券法律制度的规定,对于申请在科创板公开发行股票并上市的公司,作出同意或者不同意股票公开发行并上市的审核意见的是()。

- A.保荐人 B.证券交易所 C.证监会 D.证券业协会

 **斯尔解析** 本题考查首次公开发行股票的监管机构。须注意,无论是“核准制”还是“注册制”,最终的批文均由中国证监会下发,其不同主要是做实质判断的主体。

注册制下,由交易所作出是否同意发行人首发的审核意见;核准制下,由证监会的“发审委”作出是否同意发行人首发的审核意见。

本题所述的科创板适用注册制,因此,本题应选择选项B。

(三) 首次公开发行股票时的老股转让(★)

证监会明确提出,发行人在首次公开发行新股时,鼓励持股满3年的原股东将部分老股向投资者转让,增加新上市公司可流通股票的比例,但须满足如下条件:

- (1) 公司首次公开发行时,老股已持有时间应当在36个月以上。
- (2) 完成后公司的股权结构不得发生重大变化,实际控制人不得发生变更。
- (3) 老股权属清晰,不存在法律纠纷或质押、冻结及其他依法不得转让的情况。

问题:《公司法》规定,公司公开发行股份前已发行的股份,自公司股票在证券交易所上市交易之日起一年内不得转让。上述老股转让的情况是否违反该规定?

解答:上述老股转让的情况并不违反该规定(以下简称“上市前原始股的锁定”)。

有此疑问的同学可能还未分清“首发”和“上市”。“首发”是一种证券的发行行为,其结果是一部分证券“从无到有”;“上市”是把已经存在的证券放在一个市场里进行公开交易的行为。

二者可以用“种菜”和“卖菜”来对比。首次公开发行中,发行的新股就像是种出来的“新菜”;所谓“上市”,就是把这些“新菜”放到证券交易所这个“菜市场”上卖。

上市前原始股的锁定从“上市”之后开始生效,而首发中的老股转让是在“上市”前发生的,二者发生在不同阶段。所以,首发中老股的转让不违反上市前原始股的锁定规则。

精准答疑

（四）首次公开发行股票过程中相关主体的诚信义务（★）

1. 关于稳定股价的义务

发行人及其控股股东、公司董事及高级管理人员应在公开募集及上市文件中提出上市后3年内公司股价低于每股净资产时稳定公司股价的预案。

2. 关于减持公司股份的义务

事项	规则
减持节奏	发行人应当在公开募集及上市文件中披露公开发行前持股5%以上股东的持股意向及减持意向。持股5%以上股东减持时，须提前3个交易日予以公告
减持定价	<p>发行人控股股东、持有发行人股份的董事和高级管理人员应在公开募集及上市文件中公开承诺：</p> <p>（1）所持股票在锁定期满后2年内减持的，其减持价格不低于发行价；</p> <p>（2）发生以下情况之一的，持有公司股票的锁定期自动延长至少6个月：</p> <p>①公司上市后6个月内公司股票连续20个交易日的收盘价均低于发行价；</p> <p>②公司上市后6个月期末收盘价低于发行价</p>

三、股票的承销（★）

股票承销指证券公司依照协议包销或者代销发行人向社会公开发行股票的行为。通俗地说，在IPO中，发行人不能自己卖自己的股票，要请承销商帮它来卖。

（一）承销方式

股票承销分为代销和包销两种方式。

（1）股票代销指证券公司代发行人发售股票，在承销期结束时，将未售出的股票全部退还给发行人的承销方式。

（2）股票包销分两种情况：

①证券公司将发行人的股票按照协议全部购入，然后再向投资者销售，当卖出价高于购入价时，其差价归证券公司所有；当卖出价低于购入价时，其损失由证券公司承担。

②证券公司在承销期结束后，将售后剩余股票全部自行购入。

（二）承销期限

（1）证券的代销、包销期限最长不得超过90日。

（2）股票发行采用代销方式，代销期限届满，向投资者出售的股票数量未达到拟公开发行股票数量70%的，为发行失败。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息将股款退还股票认购人。

【典例研习·6-5】（2015年多项选择题）


甲公司委托乙证券公司以代销方式公开发行股票6 000万股。代销期限届满，投资者认购甲公司股票的数量为4 000万股。根据证券法律制度的规定，下列表述中正确的有（ ）。

- A. 乙公司应当以自有资金购入剩余的2 000万股
- B. 股票发行失败
- C. 甲公司可以更换承销商，继续销售剩余的2 000万股
- D. 甲公司应当返还已收取的4 000万股发行价款，并加算银行同期存款利息

【典例研习】答案：

6-5：BD

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

 **斯尔解析** 本题考查股票承销。须注意，本题题干言明该次发行采取“代销”的承销方式，这意味着，万一甲公司股票没人买，承销商乙公司无须购买没人要的甲公司股票。因此选项A所述错误。在此基础上：

(1) 由于承销期满后实际出售股票数量(4 000万股)仅占拟发行数量(6 000万股)的2/3，未达70%，该次发行失败。因此选项B所述正确。

(2) 发行失败后，并不能在该次发行中更换承销商继续发行(即选项C所述错误)。发行人应当按照发行价并加算银行同期存款利息将股款返还股票认购人。因此选项D所述正确。

(三) 承销商的行为限制

证券公司在代销、包销期内，对所代销、包销的证券应当保证先行出售给认购人，证券公司不得为本公司预留所代销的证券和预先购入并留存所包销的证券。

大家可能容易想到，万一发行人实力不太行，股票没人买，包销的承销商好像“吃亏”了，因为它把没人要的股票都“包圆儿”了。但是也存在另一种情况，就是发行人的实力非常强，大家抢着买它的股票，但是承销商藏着掖着，想“近水楼台先得月”。

证券公司都很精明，第二种情况发生的可能性远比第一种情况大。因此，法律才要求承销商优先满足认购人的需求。

原理详解

第三节 股票的上市与交易

一、股票的上市与退市

(一) 股票上市(★)

公开发行的股票，应在证券交易所上市交易。

提示：请注意这句话中的“应”字，这意味着，只要是公开发行股票的公司，就必须在证券交易所上市。前已言及，“首次公开发行股票”与“上市”是两回事，但正因为这个“应”字，二者往往连续发生。这也是为什么我们在日常语境下可以用“上市”来指代“首次公开发行股票并上市”。

1. 股票上市的一般程序

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

2. 股票上市的条件

(1) 主板——以上交所主板为例。

- ①股票经中国证监会核准已公开发行；
- ②具备健全且运行良好的组织机构；
- ③具有持续经营能力；
- ④公司股本总额不少于人民币5 000万元；

⑤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；

⑥公司及其控股股东、实际控制人最近3年不存在贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序的刑事犯罪；

⑦最近3个会计年度财务会计报告均被出具无保留意见审计报告。

(2)《科创板股票上市规则》和《创业板股票上市规则》则规定了与主板不同的上市条件，尤其是在市值及财务指标方面，既有明确的数量门槛标准，又更为多样化和包容化。

(二) 股票终止上市（“退市”）（★★）

上市公司退市，是指公司股票在证券交易所终止上市交易。大体上，上市公司退市可分为“主动退市”和“强制退市”两种类型。须注意，“强制退市”指的是交易所要求公司退市；与之相对，只要不是交易所要求退市，均属于“主动退市”。具体而言，“主动退市”的原因可能发生在上市公司自己身上，也可能是其他市场主体的行为。

1. 主动退市

(1) 上市公司主动申请退市或者转市。

①上市公司拟决定其股票不再在交易所交易，或者转而申请在其他交易场所交易或者转让的，应当召开股东大会作出决议：

a.须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过；

b.且经出席会议的除以下股东以外的其他股东所持表决权的2/3以上通过：上市公司的董事、监事、高级管理人员，单独或者合计持有上市公司5%以上股份的股东。

②上市公司应当在股东大会作出终止上市决议后的15个交易日内向证券交易所提交退市申请。

③证券交易所应当自上市公司提交退市申请之日起5个交易日内作出是否受理的决定并通知公司。对终止上市同意与否的决定由交易所上市委员会作出。

(2) 通过要约收购实施的退市和通过合并、解散实施的退市。

①公司因回购、收购、公司合并以及自愿解散等情形引发主动终止上市的，应当及时向交易所提交主动终止上市申请，并及时发布相关公告。

②上述原因导致公司股票退出市场交易的，证券交易所应当在上市公司公告回购或者收购结果、完成合并交易、作出解散决议之日起15个交易日内，作出终止其股票上市的决定。

2. 强制退市

(1) 强制退市的情形。

①重大违法行为强制退市。

a.上市公司存在欺诈发行（包括常规IPO和借壳上市）、重大信息披露违法或者其他严重损害证券市场秩序的重大违法行为（行政处罚决定书、生效的有罪判决），且严重影响上市地位，其股票应当被终止上市；（2017年案例分析题）

b.上市公司存在涉及国家安全、公共安全、生态安全、生产安全和公众健康安全等领域（即“五大安全领域”）的违法行为，情节恶劣，严重损害国家利益、社会公共利益，或者严重影响上市地位，其股票应当被终止上市。

②因不能满足交易所规定的交易指标、财务指标或规范运作等要求发生的强制退

市，包括交易类强制退市、财务类强制退市、规范类强制退市。

(2) 强制退市程序。在上市公司被强制退市之前，交易所会对其进行“退市风险警示”，在其股票简称中增加“*ST”，给市场一定的反应时间。交易所最终决定上市公司强制退市后还涉及以下事项：

①当证券交易所对股票作出终止上市决定之时，公司股票并非立即退出交易，而是进入退市整理期（交易类强制退市除外）。进入退市整理期的股票在其简称前冠以“退市”标识。

②强制退市公司应进入全国股转系统交易。

A股上市公司退市后，其股票进入全国股转系统挂牌转让，股转系统有专门的板块披露其公告（http://www.neeq.com.cn/disclosure/snadc_announcement.html）。例如，雏鹰农牧集团股份有限公司原为深交所上市公司，其于2019年退市并转入股转系统交易，目前在股转系统的证券简称为“雏鹰退”，股票代码为400095。

相比强制退市，主动退市的特殊之处在于：（1）主动退市公司的股票不进入退市整理期交易，直接终止上市；（2）主动退市公司并不一定要进入全国股转系统交易。

原理
详解

二、股票场内交易与结算（★）

（一）股票保管和过户

证券持有人持有的证券，在上市交易时，应当全部存管在中国证券登记结算公司（以下简称“中证登”）。证券登记结算采取全国集中统一的运营方式。

证券登记结算机构应妥善保存登记、存管和结算的原始凭证及有关文件和资料，其保存期限不得少于20年。

（二）股票场内交易

1. 实施主体

（1）进入实行会员制的证券交易所参与集中交易的，必须是证券交易所的会员；证券交易所不得允许非会员直接参与股票的集中交易。

（2）投资者如欲参与证券市场交易，应当与证券公司签订证券交易委托协议，并在证券公司实名开立账户，以书面、电话、自助终端、网络等方式，委托该证券公司代其买卖证券。

①证券公司为投资者开立账户，应当按照规定对投资者提供的身份信息进行核对。

②证券公司不得将投资者的账户提供给他人使用；投资者应当使用实名开立的账户进行交易。

2. 交易模式

股票场内交易主要存在“集中竞价”和“大宗交易”两种模式：

（1）集中竞价。证券交易按价格优先、时间优先的原则竞价撮合成交。

①成交时价格优先的原则为：较高价格买进申报优先于较低价格买进申报，较低价格卖出申报优先于较高价格卖出申报。

②成交时时间优先的原则为：买卖方向、价格相同的，先申报者优先于后申报者。先后顺序按交易主机接受申报的时间确定。

（2）大宗交易。大宗交易一般是指交易规模（包括交易的数量和金额）非常大，超过市场的平均交易规模，因而采用与通常交易方式不同的交易模式。

大宗交易的本质其实是针对大额买卖实行协议（定价）转让，因此大宗交易最初的表现形式就是交易对手方的事先锁定和价格的协商。

3. 交易时间

我国上海与深圳两家证券交易所的交易时间为每周一至周五开市，每日分前、后两市，上午9:30~11:30分为前市，下午13:00~15:00为后市。法定假日不开市。

交易市场开市后，如遇偶发事故，可宣布暂停交易，在宣布之前已成交的买卖仍然有效。

第四节 信息披露

信息披露（也称“信息公开”，行业里一般简称“信披”）是指证券发行人及法律、行政法规和国务院证券监督管理机构规定的其他信息披露义务人（以下简称“信息披露义务人”），在证券发行、上市、交易过程中，按照法定或约定要求将应当向社会公开的财务、经营及其他有关影响证券投资者投资判断的信息向证券监督管理机构和证券交易所报告，并向社会公众公告的活动。

信息公开规范主要适用于公开发行的证券（主要是股票和债券）。在本节，我们主要学习股票相关的信息披露。事实上，我们平时所说的“上市公司”都是指“股票上市公司”。

关于债券公开交易公司的信息披露，将在本章第八节“公司债券的发行与交易”加以介绍；关于信息披露违规的法律责任，将在本章第十节“证券违法行为”加以介绍。

一、信息披露制度概述

（一）信息披露义务人

根据《上市公司信息披露管理办法》，信息披露义务人包括：上市公司及其董事、监事、高级管理人员、股东、实际控制人，收购人，重大资产重组、再融资、重大交易有关各方等自然人、单位及其相关人员，破产管理人及其成员，以及法律、行政法规和中国证监会规定的其他承担信息披露义务的主体。

（二）信息披露的分类

1. 强制信息披露与自愿信息披露

（1）强制信息披露：主要适用于公开发行的证券；

（2）自愿信息披露。

①除依法需要披露的信息之外，信息披露义务人可以自愿披露与投资者作出价值判断和投资决策有关的信息，但不得与依法披露的信息相冲突，不得误导投资者。

②发行人一旦自愿选择披露依法需披露的信息之外的信息，则应采用与强制信息披露同样的披露原则，如果在自愿披露的内容中出现虚假陈述，也要承担相应民事赔偿责任。

③信息披露义务人不得利用自愿披露的信息不当影响公司证券及其衍生品种交易价格，不得利用自愿性信息披露从事市场操纵等违法违规行为。

2. 客观信息的披露与主观信息的披露

(1) 客观信息的披露指发行人、上市公司将其已发生的相关事实依法进行披露，例如上市公司的经营状况、财务报告、管理层和主要股东及其持股变动。

(2) 主管信息的披露指发行人、上市公司对公司未来经营情况、财务状况进行判断并公布，一般表现为盈利预测和管理层讨论和分析。

通常意义的虚假陈述都发生在客观信息披露场合，但要强调的是，预测性信息披露也可能因未进行充分风险提示、预测无依据等情形构成虚假陈述。

3. 首次信息披露与持续信息披露

首次信息披露指首次公开发行阶段的信息公开，持续信息披露指证券上市后信息披露义务人承担的持续披露义务。后文我们将主要展开讲解这种分类下的信息披露规则。

二、首次信息披露

对于股票而言，首次信息披露是指首次公开发行股票的信息披露，其形式主要包括招股说明书和上市公告书等。

(一) 招股说明书(★)

招股说明书(以下简称“招股书”)由发行人制订，是公开发行股票最基本的法律文件。发行人首次公开发行股票的信息主要是通过招股书披露。

1. 招股书的内容

发行人首次公开发行股票应按照证监会制定的内容与格式准则制作并披露招股书，须注意：

(1) 上述准则是信息披露的最低要求，不论准则是否有明确规定，凡是对投资者作出投资决策有重大影响的信息，发行人均应当予以披露。

(2) 保荐人出具的发行保荐书、证券服务机构出具的有关文件(如法律意见书、审计报告等)应当作为招股书的备查文件，与招股书一同披露。

2. 招股书的预披露制度

股票发行申请文件在证券交易所(或证监会)受理后，发行人应当将招股书及其他相关文件在交易所或证监会网站进行预先披露。

预先披露的招股书不是发行人发行股票的正式文件，不能含有价格信息，发行人不得据此发行股票。

3. 招股书中财务数据的要求

(1) 招股书引用的财务报表应当以年度末(1231)、半年度末(630)或者季度末(331、930)为截止日。


(2) 招股书中引用的财务报表在其最近一期截止日后6个月内有效，特别情况下发行人可申请适当延长，但至多不超过3个月。

(3) 招股书的有效期为6个月，自公开发行前招股书最后一次签署之日起计算。

【典例研习·6-6】(2020年单项选择题)

根据证券法律制度的规定，招股说明书的有效期是()。

A. 3个月 B. 6个月 C. 9个月 D. 12个月

 **斯尔解析** 本题考查招股书的有效期。招股书本身的有效期是6个月，因此本题应选择选项B。此外还须注意：

(1) 招股书有效期自“公开发行前招股书最后一次签署之日”起算。这是因为，发行人第一次向证监会(或者交易所)申报时据股票实际发行时往往有较长的

时间差。在此期间，发行人须主动更新招股书等文件的重要信息，还须根据证监会（或者交易所）的要求补充信息，因此涉及招股书等文件的多次签署。最后一次签署才意味着招股书正式定稿了，其有效期当然也要从最后一次签署之日起算。

（2）财务报表有效期和招股书有效期不同。可以延长的是财务报表有效期，而不是招股书有效期。

4.招股书及相关文件的签署

须在招股书上及相关文件上签章的主体包括以下三类：

分类	说明
发行人内部	发行人及其全体董事、监事和高级管理人员应当在招股书上签署书面确认意见，保证招股书的内容真实、准确、完整
发行人股东	发行人的控股股东、实际控制人应当对招股说明书出具确认意见，并签名、盖章
中介机构	保荐人（机构）及其保荐代表人（个人）应当对招股说明书的真实性、准确性、完整性进行核查，并在核查意见上签字、盖章

（二）上市公告书

发行人发行证券完成后，申请证券上市交易，应当按照交易所的规定编制上市公告书，并经交易所审核同意后公告。

发行人的董事、监事、高级管理人员应当对上市公告书签署书面确认意见，保证所披露的信息真实、准确、完整。

三、持续信息披露

持续信息披露指证券上市后，信息披露义务人持续承担的信息披露义务，其形式主要有定期报告和临时报告。

（一）定期报告（★）

定期报告是上市公司进行持续信息披露的主要形式之一，包括年度报告（即“年报”）、中期报告（即“中报”，或称“半年报”）。

1.定期报告的披露时间

定期报告种类	披露时间要求
年度报告	每一个会计年度结束之日起4个月内（即430之前）
中期报告	每个会计年度的上半年结束之日起2个月内（即831之前）

上市公司预计经营业绩发生亏损或者发生大幅变动的，应当及时进行业绩预告。定期报告披露前出现业绩泄露，或者出现业绩传闻且公司证券及其衍生品种交易出现异常波动的，上市公司应当及时披露本报告期相关财务数据。

2.定期报告财务数据的审计

（1）年度报告中的财务会计报告应当经符合《证券法》规定的会计师事务所审计。

（2）定期报告中财务会计报告被出具非标准审计意见的：

①上市公司董事会应当针对该审计意见涉及事项作出专项说明；

②交易所认为涉嫌违法的，应当提请证监会立案调查。

提示：公司债券上市交易的公司也需要披露定期报告，披露的种类和时间同上述。

(二) 临时报告 (★★★)

临时报告指在定期报告之外因重大事件而临时发布的报告。事实上,对于一家比较活跃的上市公司,其大部分的事项都通过临时报告披露,定期报告事后在每一季度对重大事项进行汇总。

虽然二者的内容不可避免地存在重复之处,但出于时效性的考虑,法律特别规定:上市公司不得以定期报告形式代替应当履行的临时报告义务。

1. 临时报告的内容——重大事件。

对于重大事件,实质的判断标准是“可能对股票交易价格产生较大影响”;但形式上,《证券法》列举了一系列重大事件:

类型	明细
业务	公司的经营方针和经营范围的重大变化; 公司生产经营的外部条件发生的重大变化
交易	公司的重大投资行为,公司在一年内购买、出售重大资产超过公司资产总额30%; 公司营业用主要资产的抵押、质押、出售或者报废一次超过该资产的30%; 公司订立重要合同、提供重大担保或者从事关联交易,可能对公司的资产、负债、权益和经营成果产生重要影响
风险	公司发生重大债务和未能清偿到期重大债务的违约情况; 公司发生重大亏损或者重大损失;(2017年案例分析题) 涉及公司的重大诉讼、仲裁; 股东大会、董事会决议被依法撤销或者宣告无效; 公司涉嫌犯罪被依法立案调查; 公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施
人事	公司的董事、1/3以上监事或者经理发生变动,董事长或者经理无法履行职责
股权	持有公司5%以上股份的股东或者实际控制人持有股份或者控制公司的情况发生较大变化; 公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大变化; 公司分配股利、增资的计划; 公司股权结构的重要变化; 公司减资、合并、分立、解散及申请破产的决定; 公司依法进入破产程序、被责令关闭

提示:

(1) 上市公司控股子公司发生重大事件,可能对上市公司证券及其衍生品种交易价格产生较大影响的,上市公司应当履行信息披露义务。(2017年案例分析题)

(2) 上市公司的参股公司发生可能对上市公司证券及其衍生品种交易价格产生较大影响事件的,上市公司应当履行信息披露义务。

(3) 上市公司披露重大事件后, 已披露的重大事件出现可能对上市公司证券及其衍生品种交易价格产生较大影响的进展或者变化的, 应当及时披露进展或者变化情况、可能产生的影响。



命题角度: 在主观题中要求考生辨识重大事件。

重大事件的判断往往在主观题中出现, 其判断难度并不高, 但牵扯的其他问题比较多。

在判断上, 虽然上文列举了很多具体的重大事件, 貌似需要记忆, 但主观题的题干中对于重大事件往往会有比较明显的提示性表述, 例如“重大”等字眼。因此, 其判断难度并不大。唯须注意, 上市公司的重大事件还包括其控股子公司发生的上述事件。

主观题对于重大事件本身的考查往往“蜻蜓点水”。但以此为铺垫, 相关题目可以进一步考查临时报告的披露时间、内幕交易行为以及信息披露违法行为。

2. 临时报告的披露时间

(1) 一般情况。上市公司应当在最先发生的以下任一时点, 及时履行重大事件的信息披露义务(2019年案例分析题):

- ①董事会或者监事会就该重大事件形成决议时;
- ②有关各方就该重大事件签署意向书或者协议时;
- ③董事、监事或者高级管理人员知悉该重大事件发生时。

【典例研习·6-7】(2017年单项选择题改编)

甲上市公司上一期经审计的净资产额为50亿元人民币。甲公司拟为乙公司提供保证担保, 担保金额为6亿元, 并经董事会会议决议通过。甲公司章程规定, 单笔对外担保额超过公司最近一期经审计净资产10%的担保须经公司股东大会批准。根据证券法律制度的规定, 如无特殊情况, 甲公司应披露该笔担保的最晚时点应当是()。

- A. 甲公司董事会就该笔担保形成决议时
- B. 甲公司股东大会就该笔担保形成决议时
- C. 证券交易所核准同意甲公司进行担保时
- D. 甲公司与乙公司的债权人签订保证合同时

斯尔解析 本题考查临时报告的披露时间。在上述3个法定的披露节点中, 本题选项涉及“董事会决议”和“签署协议”2个时间节点。但在题干中, 仅能确认董事会决议已经形成, 相应的保证合同是否签署并不确定。因此, 本题选择选项A。

提示: 所谓“及时”, 是指自起算日起或者触及披露时点的2个交易日内。

【典例研习·6-8】(2019年案例分析题改编)

2018年2月5日, 赵某根据董事会意见修改了利润分配方案。2018年2月26日(星期一), 福明公司召开董事会通过了修改后的利润分配方案。3月1日, 福明公司公告董事会决议。

本例中, 利润分配方案于2018年2月26日(星期一)通过董事会审议, 福明公

司应在2个交易日内进行披露。如无特别说明,“交易日”可以和“工作日”等同视之。

自2018年2月26日(星期一)日起,第一个交易日为2月27日(星期二),第二个交易日为2月28日(星期三)。因此,福明公司最晚应于2月28日披露该次董事会决议。

福明公司实际于3月1日披露该董事会决议,违反了关于临时报告披露时间的规定。

(2)“捂不住”的情况。在上述规定的时点之前出现下列情形之一的,上市公司应当及时披露相关事项的现况、可能影响事件进展的风险因素(2016年、2020年案例分析题):

- ①该重大事件难以保密;
- ②该重大事件已经泄露或者市场出现传闻;
- ③公司证券及其衍生品种出现异常交易情况。

四、信息披露的质量要求(★)

(一)“真”“准”“完”

上市公司及其他信息披露义务人应当真实、准确、完整、及时地向所有投资者公开披露信息,不得有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏。

由于“首次公开发行股票并上市”是公司登陆A股市场的关键环节,法律对该环节信息披露的要求尤其严格。教材收录的相关规则有:

(1) 赔偿义务。

①发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员等相关责任主体应在公开募集及上市文件中公开承诺:发行人招股说明书有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,致使投资者在证券交易中遭受损失的,将依法赔偿投资者损失。

②保荐机构、会计师事务所等证券服务机构应当在公开募集及上市文件中公开承诺:因其为发行人首次公开发行制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,给投资者造成损失的,将依法赔偿投资者损失。

(2) 回购义务。发行人及其控股股东应在公开募集及上市文件中公开承诺,发行人招股说明书有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏,对判断发行人是否符合法律规定的发行条件构成重大、实质影响的,将依法回购首次公开发行的全部新股,且发行人控股股东将购回已转让的原限售股份。

提示:股票的发行人在招股说明书等证券发行文件中隐瞒重要事实或者编造重大虚假内容,已经发行并上市的,国务院证券监督管理机构可以责令发行人回购证券,或者责令负有责任的控股股东、实际控制人买回证券。

(二) 公平披露

(1) 信息披露义务人披露的信息应当同时向所有投资者披露,不得提前向任何单位和个人泄露。但是,法律、行政法规另有规定的除外。

(2) 在境内、外市场发行证券及其衍生品种并上市的公司,在境外市场披露的信息,应当同时在境内市场披露。

（三）渠道规范

1. 官方渠道

（1）依法披露的信息，应当在证券交易网站的网站和符合中国证监会规定条件的媒体发布，同时将其置备于上市公司住所、证券交易所，供社会公众查阅。

①信息披露文件的全文应当在证券交易网站的网站和符合中国证监会规定条件的报刊依法开办的网站披露；

②定期报告、收购报告书等信息披露文件的摘要应当在证券交易网站的网站和符合中国证监会规定条件的报刊披露。

（2）将公告文稿和相关备查文件报送上市公司注册地证监局。

2. 其他渠道

除依法需要披露的信息之外，信息披露义务人可以自愿披露与投资者作出价值判断和投资决策有关的信息。但须注意：

（1）内容上，自愿披露的信息不得与依法披露的信息相冲突，不得误导投资者；

（2）时间上，在公司网站及其他媒体发布信息的时间不得先于指定媒体；

（3）信息披露义务人不得以新闻发布或者答记者问等任何形式代替应当履行的报告、公告义务。

提示：在首发、上市以及上市公司资本运作的各个环节，都可能涉及上市公司及其相关方向市场作出公开承诺的情况。

对于该种情况，法律明确规定：

（1）发行人、控股股东、实际控制人，发行人的董事、监事、高级管理人员等作出公开承诺的，应当披露。

（2）不履行承诺给投资者造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

五、信息披露事务管理

上市公司应当制定信息披露事务管理制度，经公司董事会审议通过后，报注册地证监局和证券交易所备案。一般来说，上市公司信息披露事务涉及如下内容：

（一）工作程序（★）

1. 定期报告

（1）编制。经理、财务负责人、董事会秘书等高级管理人员应当及时编制定期报告草案，提请董事会审议。

（2）送审。董事会秘书负责将编制完成的定期报告送达董事审阅；董事长负责召集和主持董事会会议审议定期报告。

（3）审核。监事会负责审核董事会编制的定期报告。

（4）披露。董事会秘书负责组织定期报告的披露工作。上市公司通过业绩说明会、分析师会议、路演、接受投资者调研等形式就公司的经营情况、财务状况及其他事件与任何单位和个人进行沟通的，不得提供内幕信息。

2. 临时报告

（1）董事、监事、高级管理人员知悉重大事件发生时，应当立即履行报告义务；

（2）董事长在接到报告后，应当立即向董事会报告，并敦促董事会秘书组织临时报告的披露工作。

（二）上市公司董监高在信息披露工作中的职责（★★）

1. 上市公司董监高无异议的情况

人员	职责
董事 高级管理人员	发行人的董事、高级管理人员应当对证券发行文件和定期报告签署书面确认意见
监事	（1）发行人的监事会应当对董事会编制的证券发行文件和定期报告进行审核并提出书面审核意见； （2）监事应当签署书面确认意见

2. 上市公司董监高有异议的情况——上市公司董监高异议声明制度

董事、监事和高级管理人员无法保证证券发行文件和定期报告内容的真实性、准确性、完整性或者有异议的，应当在书面确认意见中发表意见并陈述理由，发行人应当披露。

发行人的董事、监事、高级管理人员如果想要以自己曾在公布的证券发行文件或定期报告中明确声称无法保证该文件内容的真实性、准确性、完整性或有异议为由主张自己已勤勉尽责、没有过错、不承担虚假陈述民事赔偿责任的（即推翻“过错推定”），则应按前述规定，在该信息披露文件予以公布时以书面方式发表附具体理由的意见并依法披露，且在公司内部审议、审核该信息披露文件时未投赞成票。简言之，单纯地只是在信息披露文件中声称自己无法保证该文件内容的真实性、准确性、完整性，不构成主观上没有过错的理由。

原理详解

发行人不予披露的，董事、监事和高级管理人员可直接申请披露（2021年案例分析题）。

3. 主要责任归属

（1）上市公司董事、监事、高级管理人员应当对公司信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性负责，但有充分证据表明其已经履行勤勉尽责义务的除外。

（2）上市公司董事长、经理、董事会秘书，应当对公司临时报告信息披露的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性承担主要责任。

（3）上市公司董事长、经理、财务负责人应当对公司财务会计报告内容的真实性、准确性、完整性、及时性、公平性承担主要责任。

（三）上市公司的股东、实际控制人在信息披露中的职责（★★）

（1）上市公司的股东、实际控制人发生以下事件时，应当主动告知上市公司董事会，并配合上市公司履行信息披露义务（2020年案例分析题）：

类型	事件
权益变动	持有公司5%以上股份的股东或者实际控制人，其持有股份或者控制公司的情况发生较大变化的。 提示：本章第六节“上市公司收购”中会介绍“权益变动披露”。其可以视为上述事项的具体披露规则

续表

类型	事件
同业竞争	公司的实际控制人及其控制的其他企业从事与公司相同或者相似业务的情况发生较大变化
权益限制	①法院裁决禁止控股股东转让其所持股份； ②任何一个股东所持公司5%以上股份被质押、冻结、司法拍卖、托管（委托管理）、设定信托或者被依法限制表决权的
改头换面	拟对上市公司进行重大资产或者业务重组的

（2）当应披露的信息在依法披露前已经在媒体上传播或者公司证券及其衍生品种出现交易异常情况的，股东或者实际控制人应当及时、准确地向上市公司作出书面报告，并配合上市公司及时、准确地公告。

第五节 上市公司股票发行

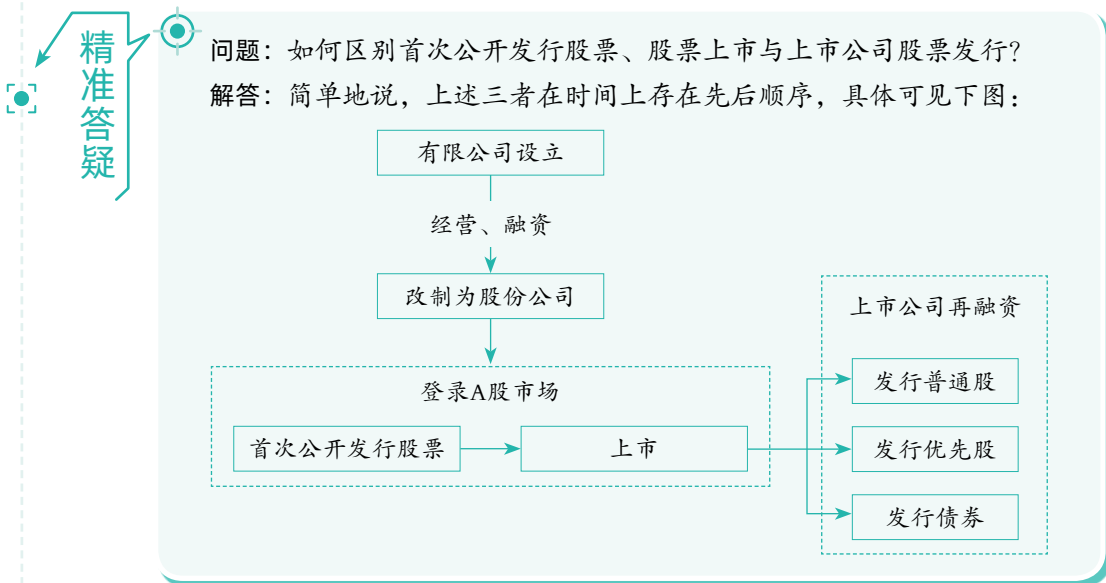
一、上市公司股票发行概述

我们在上文中介绍了“首次公开发行股票”“上市”以及“信息披露”等知识点。总体来说，“首次公开发行股票”并“上市”之后，一个普通的股份公司即成为上市公司；在其上市期间，均须遵守“信息披露”相关规则。

（一）上市公司股票发行与“再融资”

股份公司成为上市公司之后依然可以发行股票。上市公司发行股票的主要目的是融资，一般来说，公司上市之后进行的融资行为可以称为“再融资”。

除了发行普通股外，上市公司还可以通过发行优先股、发行债券（包括可转债）的方式进行融资。



（二）上市公司股票发行的方式

上市公司股票发行可以分为三类：配股、增发和非公开发行股票，其中：

（1）“配股”是指上市公司向老股东发行股票。这种情况有一些“要挟”老股东的意味：如果老股东认购配股的股票，择要掏出“真金白银”给上市公司；如果老股东不认购配股的股票，则自己的持股比例会被稀释。因此，配股在A股市场并不常见。

（2）“增发”指上市公司向不特定对象公开发行股票。这种情况在A股市场也不常见。

（3）“非公开发行股票”指上市公司向特定对象发行股票，一般也称“定增”。这是上市公司发行股票的主要方式，也是考试重点，且高频出现在案例分析题中。

（三）上市公司股票发行的监管框架

目前，主板、科创板、创业板上市公司的股票发行各有一套规则（主板为核准制，科创板及创业板为注册制）。在具体的事项上，各个板块的规则互有异同。从备考角度出发，完整地学习并掌握该等规则既不现实、也不必要。因此，下文主要介绍主板上市公司发行股票的规则。

请注意，上述股票发行均指普通股的发行。优先股发行的规则与普通股发行并不相同，我们将在本节的最后一部分介绍优先股的发行。

二、主板上市公司发行股票

（一）通用条件

主板上市公司进行配股、增发、非公开发行股票均须符合一些通用的条件。该等条件的内容十分繁杂，且考查频率很低，本书在此择要收录。

提示：同学们在首次学习时可以对以下通用条件进行概览，后续如果学有余力，可以花时间进一步记忆。

事项	条件
组织机构健全，运行良好	（1）现任董事、监事和高级管理人员： ①最近36个月内未受到过证监会的行政处罚； ②且最近12个月内未受到过证券交易所的公开谴责。 （2）上市公司最近12个月内不存在违规对外提供担保的行为
盈利能力应具有可持续性	（1）上市公司最近3个会计年度连续盈利（以扣非前后孰低者为准）； （2）高级管理人员和核心技术人员稳定，最近12个月内未发生重大不利变化； （3）最近24个月内曾公开发行证券的，不存在发行当年营业利润比上年下降50%以上的情形
财务状况良好	（1）最近3年及1期财务报表未被注册会计师出具保留意见、否定意见或无法表示意见的审计报告； （2）最近3年以现金方式累计分配的利润不少于最近3年实现的年均可分配利润的30%（2012年案例分析题）

续表

事项	条件
合规性	<p>上市公司不存在下列情况：</p> <p>(1) 本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏；</p> <p>(2) 擅自改变前次公开发行证券募集资金的用途而未作纠正；</p> <p>(3) 上市公司最近12个月内受到过证券交易所的公开谴责；</p> <p>(4) 上市公司及其控股股东或实际控制人最近12个月内存在未履行向投资者作出的公开承诺的行为；</p> <p>(5) 上市公司或其现任董事、高级管理人员因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查，或涉嫌违法违规被证监会立案调查</p>

(二) 配股与增发 (★)

上市公司配股与增发应符合上述通用条件，在此基础上，还须符合以下特殊条件。


(1) 配股的特殊条件：

- ①拟配售股份数量不超过本次配售股份前股本总额的30%；
- ②控股股东应当在股东大会召开前公开承诺认配股份的数量；
- ③采用证券法规定的代销方式发行。

【典例研习·6-9】(2021年单项选择题)

根据证券法律制度的规定，上市公司拟配售股份数量不得超过本次配售股份前股本总额的一定比例。该比例为（ ）。

- A.30% B.10% C.5% D.20%

 **斯尔解析** 本题考查配股的特殊条件，纯从记忆的角度进行考查。

(2) 增发的特殊条件：

- ①最近3个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6%（计算净资产收益率时，净利润以扣非前后孰低者为准）。
- ②除金融类企业外，最近一期期末不存在持有金额较大的交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人款项、委托理财等财务性投资的情形。
- ③发行价格应不低于公告招股意向书前20个交易日公司股票均价或前一个交易日的均价。

(三) 非公开发行股票 (★★★)

1.发行对象

上市公司非公开发行股票时，发行对象应符合股东大会决议规定的条件，且数量不超过35名。须注意：

(1) 以金融产品认购非公开发行股票的特殊规则。

①证券投资基金管理公司、证券公司、合格境外机构投资者、人民币合格境外机构投资者以其管理的2只以上产品认购的，视为1个发行对象；（2014年案例分析题）

②信托公司作为发行对象，只能以自有资金认购。

(2) 三类特别的认购主体。以下主体认购上市公司非公开发行股票时，法律在定价、限售等方面作出了特殊规定。为了叙述的方便，下文将该等发行对象简称为“三类特殊对象”：

- ①上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人；
- ②通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者；
- ③董事会拟引入的境内外战略投资者。

2. 发行定价

(1) 定价机制。上市公司非公开发行股票的价格不得低于定价基准日前20个交易日公司股票均价的80%。(2018年案例分析题)

提示：

$$\text{定价基准日前20个交易日股票交易均价} = \frac{\text{定价基准日前20个交易日股票交易总额}}{\text{定价基准日前20个交易日股票交易总量}}$$

通俗地说，只要定价基准日确定了，该次发行价就确定了。

(2) 定价基准日的确定。原则上，为了保证上市公司非公开发行股票时的公平，发行价格、发行对象均应在取得发行核准批文后以竞价方式确定。

比较特殊的是，如果上市公司在该次发行的董事会决议时提前确定全部发行对象，且该等发行对象均为上述“三类特殊对象”，则法律允许该次发行提前确定价格。

情况	规则
只向“三类特殊对象”发行	<p>①上市公司董事会决议提前确定全部发行对象，且属于“三类特殊对象”的，定价基准日可以为以下三者之一：</p> <p>a. 关于本次非公开发行股票的董事会决议公告日；</p> <p>b. 关于本次非公开发行股票的股东大会决议公告日；</p> <p>c. 发行期首日。</p> <p>②定价基准日为上述a或者b时，非公开发行股票的董事会决议公告后，出现以下情况的，应当由董事会重新确定本次发行的定价基准日：</p> <p>a. 本次非公开发行股票股东大会决议的有效期已过；</p> <p>b. 本次发行方案发生变化；</p> <p>c. 其他对本次发行定价具有重大影响的事项</p>
其他	发行对象属于以上情形之外的，上市公司应当在取得发行核准批文后以竞价方式确定发行价格和发行对象

3. 主要程序

上市公司非公开发行股票的一般程序是：董事会审议→股东大会审议（特别决议）→保荐人保荐→证监会核准→承销商承销。须注意：

(1) 自中国证监会核准发行之日起，上市公司应在12个月内发行证券；超过12个月未发行的，核准文件失效，须重新经中国证监会核准后方可发行。

提示：主板在证券发行中依然采用核准制，主板上市公司增发、配股、非公开发行股票均须中国证监会核准。

(2) 非公开发行股票，发行对象均属于原前10名股东的，可以由上市公司自行销售。

4. 股票限售（“锁定”）

“三类特殊对象”认购的股份自发行结束之日起18个月内不得转让；其他投资者认购的股份自发行结束之日起6个月内不得转让。(2018年案例分析题)

（四）募集资金使用

上市公司发行股票是为了融资，通过发行股票取得的资金就是“募集资金”。对于募集资金的数额、用途和管理，法律有如下规定：

（1）募集资金数额不超过项目需要；

（2）除金融类企业外，本次募集资金使用项目不得为持有交易性金融资产和可供出售的金融资产、借予他人、委托理财等财务性投资，不得直接或间接投资于以买卖有价证券为主要业务的公司；

（3）应建立募集资金专项存储制度，募集资金必须存放于公司董事会决定的专项账户。

三、优先股的发行与交易（★★★）

商业上，优先股是一种特殊的融资工具，其性质介于“股”和“债”之间。之所以把优先股的相关知识放到“上市公司股票发行”这一节中介绍，是因为我国目前可以发行优先股的只有上市公司和非上市公众公司（即新三板公司），且只有上市公司可以公开发行优先股。

（一）优先股的概念

“优先股”是相对于“普通股”而言的。日常工作中，如不特别说明，我们看到的股份都是普通股，所以“普通股”并不费解。那“优先股”和普通股的区别是什么呢？我们可以从表决权 and 财产权这两个方面加以辨析：

事项	说明
财产权	优先股的“优先”主要体现在财产权上，即优先于普通股分配利润、优先于普通股分配公司剩余财产
表决权	优先股在公司经营管理上一般就不再享有表决权，这也可以算是优先股在财产权上优先所对应的“代价”

1. 财产权方面

（1）利润分配的优先。在利润分配上，优先股股东按照约定的票面股息率，优先于普通股股东分配公司利润。公司应当以现金的形式向优先股股东支付股息，在完全支付约定的股息之前，不得向普通股股东分配利润。

（2）剩余财产分配的优先。当公司因解散、破产等原因进行清算时，公司财产在按照公司法和破产法有关规定进行清偿后的剩余财产，应当优先向优先股股东支付未派发的股息和公司章程约定的清算金额，不足以支付的按照优先股股东持股比例分配。

2. 表决权方面

（1）优先股表决权的限制。除以下情况外，优先股股东不出席股东大会会议，所持股份没有表决权：

分类	明细
直接相关	①修改公司章程中与优先股相关的内容； ②发行优先股
影响偿付	①一次或累计减少公司注册资本超过10%； ②公司合并、分立、解散或变更公司形式

上述事项的决议，除须经出席会议的普通股股东（含表决权恢复的优先股股东）所持表决权2/3以上通过之外，还须经出席会议的优先股股东（不含表决权恢复的优先股股东）所持表决权的2/3以上通过。

（2）优先股表决权的恢复。公司累计3个会计年度或连续2个会计年度未按约定支付优先股股息的，优先股股东有权出席股东大会，每股优先股股份享有公司章程规定的表决权（即优先股在表决权方面恢复到和普通股等同的水平）。

（二）优先股的发行条件（★★）

1. 一般条件

公司已发行的优先股不得超过公司普通股股份总数的50%，且筹资金额不得超过发行前净资产的50%，已回购、转换的优先股不纳入计算。（2014年、2021年案例分析题）

2. 上市公司发行优先股的条件

（1）上市公司发行优先股，最近3个会计年度实现的年均可分配利润应当不少于优先股1年的股息。

（2）上市公司存在下列情形之一的，不得发行优先股：

- ①本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏；
- ②最近12个月内受到过中国证监会的行政处罚；
- ③因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会立案调查；
- ④上市公司的权益被控股股东或实际控制人严重损害且尚未消除；
- ⑤上市公司及其附属公司违规对外提供担保且尚未解除；
- ⑥存在可能严重影响公司持续经营的担保、诉讼、仲裁、市场重大质疑或其他重大事项；
- ⑦其董事和高级管理人员不符合法律、行政法规和规章规定的任职资格；
- ⑧严重损害投资者合法权益和社会公共利益的其他情形。

（3）上市公司同一次发行的优先股，条款应当相同。每次优先股发行完毕前，不得再次发行优先股。

3. 上市公司公开发行优先股的条件

（1）财务条件。

①盈利情况：上市公司公开发行优先股的，其最近3个会计年度应当连续盈利（以扣非前后孰低者为准）；

②财务规范性：公开发行优先股，最近3年财务报表被注册会计师出具的审计报告应当为标准审计报告或带强调事项段的无保留意见的审计报告。

提示：与之形成对比的是，对于非公开发行优先股而言，发行人最近1年财务报表被注册会计师出具的审计报告为非标准审计报告的，只要所涉及事项对公司无重大不利影响或者在发行前重大不利影响已经消除，发行人仍然可以非公开发行优先股。

（2）公开发行优先股的公司必须在公司章程中规定以下事项（2014年案例分析题）：

- ①采取固定股息率；
- ②在有可分配税后利润的情况下必须向优先股股东分配股息；
- ③未向优先股股东足额派发股息的差额部分应当累积到下一会计年度；

④优先股股东按照约定的股息率分配股息后，不再同普通股股东一起参加剩余利润分配。

(3) 合规性条件。

①公司及其控股股东或实际控制人最近12个月内应当不存在违反向投资者作出的公开承诺的行为。

②上市公司最近36个月内因违反工商、税收、土地、环保、海关法律、行政法规或规章，受到行政处罚且情节严重的，不得公开发行优先股。

(4) 其他。上市公司公开发行优先股，应当符合以下情形之一：

①其普通股为上证50指数成份股；

②以公开发行优先股作为支付手段收购或吸收合并其他上市公司；

③以减少注册资本为目的回购普通股的，可以公开发行优先股作为支付手段，或者在回购方案实施完毕后，可公开发行不超过回购减资总额的优先股。

中国证监会核准公开发行优先股后不再符合上述第①项情形的，上市公司仍可实施本次发行。

(三) 优先股的交易

(1) 优先股应当在证券交易所、全国股转系统或者在国务院批准的其他证券交易场所交易或转让。

(2) 优先股应当在中国证券登记结算公司集中登记存管。

(3) 优先股可以作为并购重组支付手段。

第六节 上市公司收购

一、上市公司收购概述

根据教材，上市公司收购，指收购人通过在证券交易所的股份转让活动持有一个上市公司的股份达到一定比例，或通过证券交易所股份转让活动以外的其他合法方式控制一个上市公司的股份达到一定程度，导致其获得或者可能获得对该公司实际控制权的

行为。
对于上市公司收购，证监会制定《上市公司收购管理办法》（以下简称“《收购办法》”）加以规范。

【典例研习·6-10】

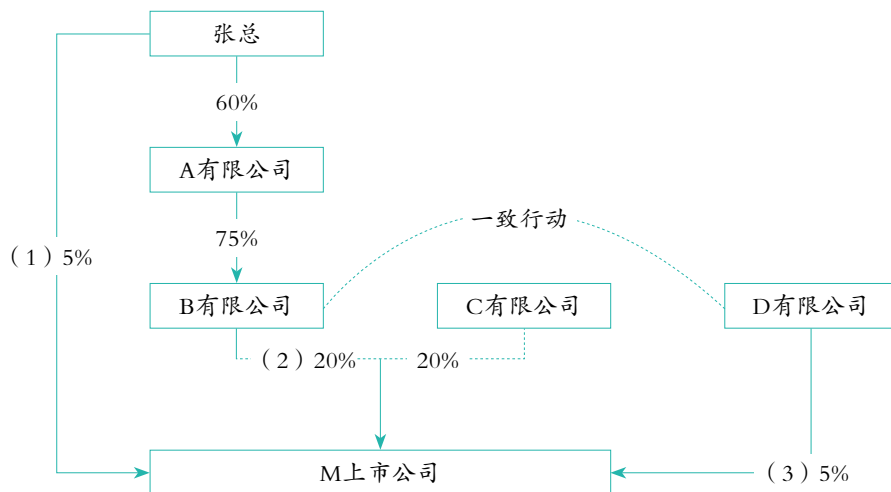
张总目前未持有M上市公司股票，但其看好M上市公司未来发展，拟对M上市公司进行收购。因此，张总先后实施如下行为：

(1) 张总个人直接以集中竞价方式在证券交易所购买M上市公司5%股份；

(2) 张总通过其间接控股的B有限公司向M上市公司现有股东C有限公司以协议转让方式购买M上市公司20%股份；

(3) B有限公司与M上市公司现有股东D有限公司（持股5%）签署一致行动协议，成为一致行动人。

上述收购步骤请见下图：



上述步骤完成后，张总实际控制M上市公司30%股份（5%+20%+5%），成为M上市公司实际控制人。

（一）上市公司收购中的重要概念（★★★）

1. 上市公司收购人

上市公司收购人是指意图通过取得股份的方式成为一个上市公司的控股股东，或者通过投资关系、协议、其他安排的途径成为一个上市公司的实际控制人的投资者及其一致行动人。

（1）收购人包括投资者及与其一致行动的他人。

（2）相关规定有时候用“投资者”来表述“上市公司收购人”。

提示：【典例研习·6-10】中先后发生3次上市公司收购的行为，第一次收购行为的收购人是张总，后两次收购的收购人是B公司。

2. 一致行动人

（1）一致行动人的定义。在上市公司的收购及相关股份权益变动活动中有一致行动情形的投资者，互为一致行动人。

①所谓一致行动，是指投资者通过协议、其他安排，与其他投资者共同扩大其能够支配的一个上市公司股份表决权数量的行为或者事实。（2016年案例分析题）

②一致行动人应当合并计算其所持有的股份：投资者计算其所持有的股份，应当包括登记在其名下的股份，也包括登记在其一致行动人名下的股份。（2016年案例分析题）

【典例研习·6-10-1】

【典例研习·6-10】中，B公司与D公司签订了《一致行动协议》。比较典型的《一致行动协议》包括如下约定：双方在上市公司股东大会表决前均应与对方协商，并达成一致意见。

这意味着，B公司、D公司在M上市公司股东大会表决中“同进同退”，只能全部同意某一事项，或者全部否决某一事项。基于这种“同进同退”的关系，B公司、D公司持有M上市公司股份的比例应合并计算。这一点在下文介绍的“权益变动披露”中十分重要。

(2) 一致行动人的推定。如无相反证据,投资者有下列情形之一的,为一致行动人:

一致行动的基础	具体情况
协议	相关方之间签署了一致行动协议或表决权委托协议
投资者间的股权投资关系	①投资者之间有股权控制关系(【典例研习·6-10】中,张总即因此与B公司构成一致行动人); ②投资者受同一主体控制; ③投资者参股另一投资者,可以对参股公司重大决策产生重大影响
基于个人的关系	①上市公司董事、监事、高级管理人员和员工与其所控制或者委托的法人或者其他组织持有本公司股份; ②投资者的董事、监事或者高级管理人员中的主要成员,同时在另一个投资者担任董事、监事或者高级管理人员; ③在投资者任职的董事、监事及高级管理人员,与投资者持有同一上市公司股份; ④持有投资者30%以上股份的自然人,与投资者持有同一上市公司股份; ⑤持有投资者30%以上股份的自然人和在投资者任职的董事、监事及高级管理人员,其父母、配偶、子女及其配偶、配偶的父母、兄弟姐妹及其配偶、配偶的兄弟姐妹及其配偶等亲属,与投资者持有同一上市公司股份; ⑥在上市公司任职的董事、监事、高级管理人员及其前项所述亲属同时持有本公司股份的,或者与其自己或者其前项所述亲属直接或者间接控制的企业同时持有本公司股份
融资关系	银行以外的其他法人、其他组织和自然人为投资者取得相关股份提供融资安排
其他	①投资者之间存在合伙、合作、联营等其他经济利益关系(2014年案例分析题,上市公司的两名股东共同设立一家合伙企业,则推定这两名股东构成一致行动人); ②投资者之间具有其他关联关系

投资者认为其与他人不应被视为一致行动人的,可以向中国证监会提供相反证据。

3.实际控制人

投资者满足以下条件之一的,可以被认定为上市公司的实际控制人(2018年案例分析题):

- (1) 投资者为上市公司持股50%以上的控股股东;
- (2) 投资者可以实际支配上市公司股份表决权超过30%;
- (3) 投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会半数以上成员选任;

(4) 投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响；


(5) 中国证监会认定的其他情形。


提示：【典例研习·6-10】中，张总最初未持有M上市公司股份，但经过3次由其主导的上市公司收购行为，张总最终控制M上市公司30%股份，成为上市公司实际控制人。

【典例研习·6-11】（2015年多项选择题）

根据证券法律制度的规定，下列情形中，构成对上市公司实际控制的有（ ）。

- A. 投资者为上市公司持股56%的股东
- B. 投资者可以实际支配上市公司股份表决权的40%
- C. 投资者通过实际支配上市公司股份表决权能够决定公司董事会1/3成员选任
- D. 投资者依其可实际支配的上市公司股份表决权足以对公司股东大会的决议产生重大影响

 **斯尔解析** 本题考查实际控制人的认定。这道题目的特点是“下手容易得分难”。四个选项都符合直觉，但选项C在细节上出现了差错：能够决定公司董事会“半数以上”成员选任的投资者才实际控制上市公司，选项C中的比例为1/3，并未达半数。因此，选项C不应选。

 **陷阱提示** 在学习证券法时一定要“粗中有细”。既要适时从繁杂的规定中抽身而出，体会证券监管的制度框架；又要抑制自己学有所得的兴奋，在细节的数字比例上耐心记忆。

（二）收购上市公司的条件（★）

上市公司收购人应当具备一定实力，具有良好的信誉。有下列情形之一的，不得收购上市公司：

- （1）收购人负有数额较大债务，到期未清偿，且处于持续状态；
- （2）收购人最近3年有重大违法行为或者涉嫌有重大违法行为；
- （3）收购人最近3年有严重的证券市场失信行为；
- （4）收购人为自然人的，存在《公司法》规定的不得担任公司董监高的情形。

（三）上市公司收购中有关当事人的义务（★）

1. 被收购公司的董事、监事、高级管理人员的义务

（1）被收购公司的董事、监事、高级管理人员对公司负有忠实义务和勤勉义务，应当公平对待收购本公司的所有收购人。

（2）被收购公司董事会针对收购所作出的决策及采取的措施，应当有利于维护公司及其股东的利益：

- ①不得滥用职权对收购设置不适当的障碍；
- ②不得利用公司资源向收购人提供任何形式的财务资助；
- ③不得损害公司及其股东的合法权益。

（3）管理层收购的特殊规定。

上市公司董事、监事、高级管理人员、员工或者其所控制或者委托的法人或者其他组织，拟对本公司进行收购或者通过间接收购取得本公司控制权的：

- ①该上市公司应当具备健全且运行良好的组织机构以及有效的内部控制制度；

- ②公司董事会成员中独立董事的比例应当达到或者超过1/2；
- ③公司应当聘请具有证券、期货从业资格的资产评估机构提供公司资产评估报告；
- ④本次收购应当经董事会非关联董事作出决议，且取得2/3以上的独立董事同意后，提交公司股东大会审议；独立董事发表意见前，应当聘请独立财务顾问就本次收购出具专业意见，独立董事及独立财务顾问的意见应当一并予以公告；
- ⑤本次收购应当经出席股东大会的非关联股东所持表决权过半数通过；
- ⑥上市公司董事、监事、高级管理人员存在《公司法》规定不得担任公司董监高

的情形，或者最近3年有证券市场不良诚信记录的，不得收购本公司。

2.收购人的锁定义务

收购人持有的被收购的上市公司的股票在收购行为完成后的18个月内不得转让。

提示：收购人在被收购公司中拥有权益的股份在同一实际控制人控制的不同主体之间进行转让不受前述18个月的限制。

（四）上市公司收购的支付方式

上市公司收购可以采用现金、依法可以转让的证券以及法律、行政法规规定的其他支付方式进行。

二、权益变动披露（★★★）

【典例研习·6-10-2】

在张总收购M上市公司的过程中，应在以下时间节点履行信息披露义务，以权益变动报告书的形式告诉全市场其收购M上市公司的情况。

- （1）张总个人直接以集中竞价方式在证券交易所购买M上市公司5%股份之后；
- （2）B有限公司与C有限公司就M上市公司20%股份签署股份转让协议之后；
- （3）B有限公司与D有限公司签署一致行动协议之后。

（一）权益变动披露的触发条件

控制上市公司的关键是取得上市公司股东大会的表决权。与普通股相比，优先股股东的表决权受到很大限制。因此，如果上市公司发行了优先股，在计算以下持股比例时，无论计算分子还是分母，都无须将优先股纳入在内。

1.通过证券交易所的证券交易收购上市公司（“散买”）

- （1）首次达到5%——信披+缓行。

通过证券交易所的证券交易（集中竞价、大宗交易），投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到5%时：

事项	规则
信披	<p>投资者应当在该事实发生之日起3日内：</p> <ul style="list-style-type: none"> ①向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告； ②通知该上市公司； ③予以公告。 <p>提示：根据证监会的监管问答，《收购办法》涉及权益变动披露的规则中，“日”均指交易日</p>
缓行	投资者在上述期限内不得再行买卖该上市公司的股票（2016年案例分析题）

(2) 达到5%之后的变动。

① $\pm 1\%$ ——只信披，不缓行。

投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到5%后，其所持该上市公司已发行的有表决权股份比例每增加或者减少1%，应当在该事实发生的次日通知该上市公司，并予公告。

② $\pm 5\%$ ——信披+缓行。

投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到5%后，其所持该上市公司已发行的有表决权股份比例每增加或者减少5%的：

事项	规则
信披	投资者应当在该事实发生之日起3日内： ①向国务院证券监督管理机构、证券交易所作出书面报告； ②通知该上市公司； ③予以公告。（2014年、2016年案例分析题）
缓行	投资者在该事实发生之日起至公告后3日内，不得再行买卖该上市公司的股票

【典例研习·6-12】

土豪金某从2020年年初开始通过证券交易所以集中竞价方式购买甲上市公司股票，2020年7月1日，金某购买甲公司股票后，其持股比例达到5%。

假设2020年7月1日是周二，不考虑双休日之外的其他法定休息日。

(1) 金某最晚应在7月4日（周五）进行权益变动披露。

(2) 假设金某在7月3日（周四）进行权益变动披露，则金某在7月1日至7月3日之间不得再买卖甲公司股票。

【典例研习·6-12-1】

2020年7月15日，金某又通过证券交易所以集中竞价方式购买甲公司股票。该次购买完成后，金某持有甲公司股票的比例到达6%（即在5%的基础上增加1%）。假设7月16日也是交易日，则金某应在7月16日进行权益变动披露。

但在此期间，金某可以继续买卖甲公司股票。

【典例研习·6-12-2】

金某又继续通过证券交易所以集中竞价方式购买甲公司股票，截至2020年8月15日的一笔交易完成之后，金某持有甲公司股票的比例达到10%。

假设2020年8月15日是周一，不考虑双休日之外的其他法定休息日。

(1) 金某最晚应在8月18日（周四）进行权益变动披露。

(2) 假设金某在8月17日（周三）进行权益变动披露，则金某在8月15日至8月22日（周一）不得再买卖甲公司股票。

(3) 违规后果。

违反上述规定买入上市公司有表决权的股份的，在买入后的36个月内对该超过规定比例部分的股份不得行使表决权。

2. 通过协议转让收购上市公司（至少5%）

(1) 首次达到/超过5%。

投资者通过协议转让方式，在一个上市公司中拥有权益的股份拟达到或者超过一个上市公司已发行股份5%时，履行权益披露义务，即在协议达成之日起3日内履行权益报告义务。

原理详解

如果投资者是通过协议转让的方式获得上市公司股份，其收购股份的数量应符合其自身的商业安排。例如甲持有某上市公司7%的股份，投资者试图从甲手中协议购买这些股份的话，视双方商业诉求，很可能达成的协议是7%股份的转让协议。如果硬要求投资者先协议转让5%，停下来进行披露，然后再协议购买余下的2%，一方面会对影响股价，增加投资者的收购成本；另一方面，在操作上也较为繁琐。

因此，根据《收购办法》，协议收购可以“一笔过”5%，并根据“一笔过”之后的实际持股比例进行权益变动披露（如从0到7%，直接以7%作为节点进行披露，不用拆成5%和2%两笔）。

（2）达到5%之后的变动。

（首次达到/超过5%以后）投资者拥有权益的股份占该上市公司已发行股份的比例每增加或者减少达到或者超过5%的，也应当履行3日内不得买卖的义务。

【典例研习·6-12-3】

2020年9月1日，金某与甲公司大股东王某签定《股票转让协议》，约定王某将其持有的甲公司10%股票转让给金某。

假设2020年9月1日是周一，不考虑双休日之外的其他法定休息日。金某应在《股票转让协议》签订后3日内进行权益变动披露，即最晚在9月4日（周四）进行权益变动披露。

提示：如果投资者是通过行政划转或者变更、执行法院裁定、继承、赠与等方式拥有权益的股份变动达到上述规定比例的，同样应当履行权益披露义务。

精准答疑

问题：“权益变动披露”与临时报告的披露有何关系？

解答：二者的规定是特别法和一般法的关系，其内容不一致时，适用特别法的规定。例如，临时报告的披露时限是2个交易日，但权益变动披露的时限一般是3个交易日。

（二）权益变动披露的内容

视收购之后投资者的持股情况，投资者须披露简式权益变动报告书（即“简权”）或者详式权益变动报告书（即“详权”）。顾名思义，“详权”的内容比“简权”更详细、全面。

1. “详权”与“简权”的适用条件（2020年案例分析题）

在判断收购人应披露“详权”或者“简权”时应同时考虑两个因素：收购人在该次收购完成后的持股比例，以及该次收购完成后该收购人是否成为上市公司第一大股东或者实际控制人。具体判断方式请见下表：

是否成为上市公司 第一大股东或者实际控制人 (收购完成后的地位)	收购完成后的持股比例	
	5%≤持股比例<20%	20%≤持股比例≤30%
是	详权(注)	详权
否	简权	详权

提示：由于上市公司股权非常分散，实践中不乏仅控制上市公司百分之十几表决权既被认定为上市公司控股股东的情况。

2. “详权”与“简权”的内容

《证券法》规定，权益变动披露所作的公告应当包括下列内容：

- (1) 持股人的名称、住所；
- (2) 持有股票的名称、数额；
- (3) 持股达到法定比例或者持股增减变化达到法定比例的日期、增持股份的资金来源；

- (4) 在上市公司中拥有有表决权的股份变动的时间及方式。

在此基础上，证监会的相关规定进一步明确“详权”与“简权”的内容，具体如下：

事项	“简权”须披露的内容	“详权”须进一步披露的内容(注)
你是谁？	①投资者及其一致行动人的姓名、住所。 ②投资者及其一致行动人为法人的，其名称、注册地及法定代表人	①投资者及其一致行动人的控股股东、实际控制人及其股权控制关系结构图。 ②不存在不得收购上市公司的情形
你咋来的？	①上市公司的名称、股票的种类、数量、比例。 ②在上市公司中拥有权益的股份达到或者超过上市公司已发行股份的5%或者拥有权益的股份增减变化达到5%的时间及方式、增持股份的资金来源(即“在上市公司中拥有权益的股份变动的时间及方式”)	取得相关股份的价格、所需资金额，或者其他支付安排
我认识你吗？	权益变动事实发生之日前6个月内通过证券交易所的证券交易买卖该公司股票的简要情况	前24个月内投资者及其一致行动人与上市公司之间的重大交易

续表

事项	“简权”须披露的内容	“详权”须进一步披露的内容（注）
你想干嘛？	持股目的，是否有意在未来12个月内继续增加其在上市公司中拥有的权益	<p>①关于上市公司独立性： a.投资者、一致行动人及其控股股东、实际控制人所从事的业务与上市公司的业务是否存在同业竞争或者潜在的同业竞争，是否存在持续关联交易； b.存在同业竞争或者持续关联交易的，是否已作出相应的安排，确保投资者、一致行动人及其关联方与上市公司之间避免同业竞争以及保持上市公司的独立性。</p> <p>②未来12个月内对上市公司资产、业务、人员、组织结构、公司章程等进行调整的后续计划（2020年案例分析题）</p>
我见过你，少说废话！	已披露权益变动报告书的投资者及其一致行动人在披露之日起6个月内，因拥有权益的股份变动需要再次报告、公告权益变动报告书的，可以仅就与前次报告书不同的部分作出报告、公告；自前次披露之日起超过6个月的，投资者及其一致行动人应当完整编制权益变动报告书，履行报告、公告义务	

提示：之所以用“须进一步披露”这一表述，是因为，但凡“简权”涉及的内容，“详权”均须涉及。

【典例研习·6-13】（2020年案例分析题节选）

恒发公司是上市公司，明方公司持有恒发公司29.9%的股份，是其控股股东。

2018年8月，明方公司管理层与朱亚集团接触，拟将其持有的恒发公司全部股份转让给朱亚集团。

10月8日，明方公司与朱亚集团签署《股份转让框架协议》并通知了恒发公司。同日，恒发公司发布提示性公告。

11月6日，明方公司与朱亚集团签署《股份转让协议》。

恒发公司在准备公告文件过程中发现：朱亚集团的权益变动报告书表明了未来12个月内继续增持的意图，但拒绝提供未来12个月内对恒发公司的业务、人员等是否进行调整的后续计划且未说明理由。

朱亚集团拒绝披露未来12个月内对恒发公司业务、人员等是否进行后续调整的行为，是否符合证券法律制度的规定？并说明理由。

【答案】朱亚集团拒绝披露行为不符合规定。

朱亚集团受让股份后持有恒发公司的股份将超过20%但未超过30%，应当披露详式权益变动报告书，而“未来12个月内对上市公司资产、业务、人员、组织结

构、公司章程等进行调整的后续计划”是详式权益变动报告书的法定内容之一。

💡 斯尔解析 本题看似考查“详权”的内容，实际上还考查了“简权”和“详权”的适用条件。

三、上市公司收购的主要方式

(一) 协议收购 (★★★)

协议收购是由收购人和被收购公司的控股股东之间通过协议转让股权的方式完成控制权转移。进行协议收购时，收购上市公司股份的比例不得低于5%。【典例研习·6-10】中，B公司即对C公司持有的M上市公司股票进行了协议收购。

关于协议收购，教材提到如下要点：

1. 过渡期安排

以协议方式进行上市公司收购的，自签订收购协议起至相关股份完成过户的期间为上市公司收购过渡期。在过渡期内，收购人和被收购公司的一些行为受到限制：

主体	受限的行为
收购人	不得通过控股股东提议改选上市公司董事会，确有充分理由改选董事会的，来自收购人的董事不得超过董事会成员的1/3（2020年案例分析题）
被收购公司	（1）不得为收购人及其关联方提供担保； （2）不得公开发行人股份募集资金，不得进行重大购买、出售资产及重大投资行为或者与收购人及其关联方进行其他关联交易，但收购人为挽救陷入危机或者面临严重财务困难的上市公司的情形除外

2. 出让股份之控股股东的义务

(1) 调查并披露收购人的重要情况。

被收购公司控股股东向收购人协议转让其所持有的上市公司股份的，应当对收购人的主体资格、诚信情况及收购意图进行调查，并在其权益变动报告书中披露有关调查情况。（2020年案例分析题）

(2) 妥善处理侵害上市公司利益的情况。

被收购公司控股股东、实际控制人及其关联方损害被收购公司及其他股东合法权益的（例如，违法占用上市公司资金），控股股东、实际控制人在转让被收购公司控制权之前，应当主动消除损害；未能消除损害的，应当：

①就其出让相关股份所得收入用于消除全部损害作出安排；

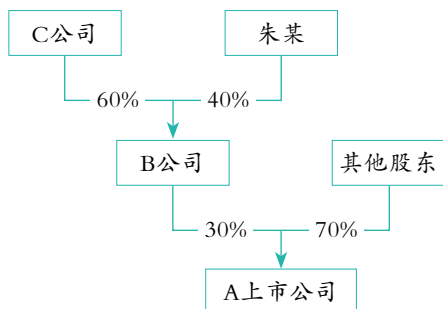
②对不足以消除损害的部分应当提供充分有效的履约担保或安排，并依照公司章程取得被收购公司股东大会的批准。

提示：控股股东及其关联方未清偿其对公司的负债，未解除公司为其负债提供的担保，或者存在损害公司利益的其他情形的，被收购公司董事会应当对前述情形及时予以披露，并采取有效措施维护公司利益。

(二) 间接收购 (★)

【典例研习·6-14】

李某拟收购A上市公司。目前，A上市公司的控股股东是B公司，B公司的控股股东是C公司。三者的股权结构如下图所示：



(1) 如果李某与B公司签订《股权转让协议》，并因此收购A上市公司30%股份，则李某是通过协议收购的方式收购A上市公司。

(2) 如果李某与C公司签订《股权转让协议》，并因此收购B公司60%股权，则李某是通过间接收购的方式收购A上市公司。

上述(1)和(2)的区别是：(1)中发生转让的是上市公司自己的股份，(2)中发生转让的是上市公司股东的股权。

须注意，除了股权转让，增资也可能实现间接收购(2018年案例分析题)。例如，李某对B公司增资，增资金额远超B公司目前的注册资本。则该次增资完成后，李某成为B公司控股股东，也能间接控制A上市公司。

投资者虽不是上市公司的股东，但通过投资关系取得对上市公司股东的控制权，而受其支配的上市公司股东所持股份达到相关比例，且对该股东的资产和利润构成重大影响的，也应当(在拥有权益的股份达到或者超过一个上市公司已发行股份的5%，未超过30%时)履行权益预警披露义务，以及履行在引发强制要约收购时编制要约收购报告书，或免于发出要约时编制上市公司收购报告书的义务。

在间接收购中，很多信息上市公司不能获得，因此，上市公司实际控制人及受其支配的股东负有配合上市公司真实、准确、完整披露有关实际控制人发生变化的信息的义务。

四、要约收购

(一) 要约收购概述

投资者以要约方式收购上市公司股份的，可以向被收购公司所有股东发出收购其所持有的全部股份的要约(“全面要约”)，也可以向被收购公司所有股东发出收购其所持有的部分股份的要约(“部分要约”)。

要约收购可以由收购人主动发出(2020年案例分析题)，部分情况下，收购人负有法定的强制要约义务。

【典例研习·6-15】

为了便于理解要约收购，我们用一个简化的模型展示相关场景。假设A上市公司控股股东是B公司，B公司持有A上市公司36%股份。目前，A上市公司股价为5元/股。刘某拟收购A上市公司。

(1) 如果刘某采取集中竞价、大宗交易的方式收购，如前所述，其持股比例达到5%后，每增持1%都须发布公告。如果刘某连续发布增持公告，很可能刺激A上市公司股价上涨，刘某收购上市公司的成本也会增加。

(2) 如果刘某采取协议收购、间接收购，其前提是B公司或者B公司的股东配

合。假设B公司及其股东不愿意让出上市公司控制权，则刘某很难操作协议收购。即使能，谈判成本也会比较大。

(3) 此时，如果刘某坚持要收购A上市公司，也可以主动发出收购要约。

例如，刘某向全市场提出，愿意以5.5元/股的价格收购A上市公司不超过20%的股份。面对这样的要约，A上市公司的所有股东都有权考虑是否接受。

假设最终接受要约的A上市公司股东愿意出售的股份比例 $\geq 20\%$ ，则刘某可以收购到A上市公司20%股份。

公开、直接向目标公司所有股东发出要购买其手中持有股票的一种收购方式。总的来看，要约收购与场内收购、协议收购的根本区别在于收购价格的确定方式不同：场内收购的价格即是交易所集中竞价系统的市价，市价会随着市场对收购的反映有所波动，对于作为“卖方”的被收购公司股东来说，其卖出的价格不一；协议收购也是在集中竞价系统之外的收购，但收购价格源于收购人与作为出賣方的大股东之间的协商，属于一对一的交易，价格即使大大高于市价（即有所谓控制权溢价），该溢价也无法为其他非出賣方股东分享；要约收购的核心涵义就是公开对目标公司所有股东发出要约，收购意图公开，对所有受要约人（即目标公司所有股东）适用同一收购价格，且要约价格是要高于市价的。因此，相对于场内收购和协议收购而言，要约收购在形式在对被收购公司所有股东来说最为公平。

原理
详解

（二）强制要约及其豁免（★★★）

1. 强制要约义务的触发

(1) 满30%（通过证券交易所的证券交易或者通过协议）+散买。

通过证券交易所的证券交易，投资者持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有一个上市公司已发行的有表决权股份达到30%时，继续进行收购的，应当依法向该上市公司所有股东发出收购上市公司全部或者部分股份的要约。

除非符合《收购办法》规定的免于发出要约的情形，收购人才可以免于发出要约。

【典例研习·6-15-1】

在【典例研习·6-15】中，假设经协商，B公司愿意将其持有的A上市公司30%股份转让给刘某，该协议履行后，刘某即持有A上市公司30%股权。

在此基础上，刘某想进一步提高对A上市公司的持股比例，巩固其控制权，则必须以要约方式增持。这意味着：

(1) 刘某可以选择发出“全面要约”，即收购A上市公司其他股东持有的全部股份（比例为70%）；

(2) 刘某可以选择发出“部分要约”，即收购A上市公司其他股东持有的不超过某一比例的股份（要约收购中预定收购的股份比例不得低于5%）。

须注意，无论“全面要约”还是“部分要约”，均应向上市公司全体股东发出，其不同之处仅在于预定收购股份的数量。

(2) 一笔过30%。

①协议收购“一笔过”。收购人拟通过协议方式收购一个上市公司的股份超过30%的：

a.超过30%的部分，应当改以要约方式进行；但如果符合免于发出要约规定，收购人可以免于发出要约。

b.符合前述规定情形的，收购人可以履行其收购协议；不符合前述规定情形的，在履行其收购协议前，应当发出全面要约。（2021年案例分析题）

【典例研习·6-15-2】

在【典例研习·6-15】中，假设经协商，B公司同意将其持有的A上市公司36%股份全部转让给刘某，则有两种操作方式：

(1) 协议收购的比例调整为30%，其余6%的股份由刘某进行要约收购（这当然属于部分要约，请再回忆一下全面要约和部分要约各自的定义）；

(2) 刘某先发出“全面要约”，B公司和刘某才能履行股份转让协议。

须注意，上述情况在实践中都鲜有发生。更可能出现的情况是：双方协议转让的比例不超过30%，或者协议转让比例超过30%，但符合后文介绍的要约豁免条件。

不要忘了，要约收购中，收购人预定收购的比例不低于5%，如果收购人只想在30%的基础上继续收购不到5%股份，可以采取要约豁免事由中的“爬行增持”方式。

②间接收购“一笔过”。通过间接收购，收购人拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%的（除非豁免）（2018年案例分析题）：

a.应当向该公司所有股东发出全面要约；

b.收购人预计无法在事实发生之日起30日内发出全面要约的，应当在前述30日内促使其控制的股东将所持有的上市公司股份减持至30%或者30%以下，并自减持之日起2个工作日内予以公告。

【典例研习·6-15-3】

在【典例研习·6-15】中，假设经协商，B公司的控股股东C公司同意转让给刘某B公司70%的股权，则刘某可以通过间接收购一次性控制A上市公司36%股份。此时，刘某也有两种操作方式：

(1) 发出“全面要约”；或者

(2) 控制B公司出售B公司持有的A上市公司股票，直至B公司持股比例降至30%或更低。

原理
详解

与主动要约相比，强制要约像是在上市公司“变天”的时候给中小股东一个“跑路”的机会。在【典例研习·6-15-2】【典例研习·6-15-3】中，刘某一次性控制A上市公司超过30%的股份，成为上市公司的“新主人”。在这种控制权的“剧变”之下，A上市公司的其他股东并不知道刘某有没有意愿和能力好好经营A上市公司。

为了保护其他股东的权利，法律要求刘某作为上市公司的新主人向A上市公司的其他股东发出要约，给其他股东一个“拿钱跑路”的机会。

2.免于发出要约的情形

(1) 有下列情形之一的,收购人可以免于以要约方式增持股份:

情况	说明
同一控制	收购人与出让人能够证明本次股份转让是在同一实际控制人控制的不同主体之间进行,未导致上市公司的实际控制人发生变化
解危纾困	上市公司面临严重财务困难,收购人提出的挽救公司的重组方案取得该公司股东大会批准,且收购人承诺3年内不转让其在该公司中所拥有的权益

(2) 有下列情形之一的,投资者可以免于发出要约:

情况	说明
国企重组	经政府或者国有资产管理部门批准进行国有资产无偿划转、变更、合并,导致投资者在一个上市公司中拥有权益的股份占该公司已发行股份的比例超过30%
定增重组	经上市公司股东大会非关联股东批准,投资者取得上市公司向其发行的新股,导致其在该公司拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%,投资者承诺3年内不转让本次向其发行的新股,且公司股东大会同意投资者免于发出要约(2019年、2021年案例分析题)
爬行增持	在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的30%的,自上述事实发生之日起一年后,每12个月内增持不超过该公司已发行的2%的股份,增持不超过2%的股份锁定期为增持行为完成之日起6个月(2014年案例分析题)
自由增持	在一个上市公司中拥有权益的股份达到或者超过该公司已发行股份的50%的,继续增加其在该公司拥有的权益不影响该公司的上市地位(2015年案例分析题)
被动增持	①因上市公司按照股东大会批准的确定价格向特定股东回购股份而减少股本,导致投资者在该公司中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%; ②因继承导致在一个上市公司中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%; ③因所持优先股表决权依法恢复导致投资者在一个上市公司中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%
金融业务	①证券公司、银行等金融机构在其经营范围内依法从事承销、贷款等业务导致其持有一个上市公司已发行股份超过30%,没有实际控制该公司的行为或者意图,并且提出在合理期限内向非关联方转让相关股份的解决方案; ②因履行约定购回式证券交易协议购回上市公司股份导致投资者在一个上市公司中拥有权益的股份超过该公司已发行股份的30%,并且能够证明标的股份的表决权在协议期间未发生转移

提示：所谓“免于以要约方式增持股份”和“免于发出要约”是就触发强制要约义务的情形而言的。在考试范围内，无须详细区分二者，因为二者殊途同归——收购人无须进行要约收购。请同学们把更多的精力放在具体豁免事由的记忆上。

不符合《收购办法》规定的免于发出要约情形的，应当予以公告，并且或者在30日内减持至30%或者30%以下，或者以发出全面要约的方式继续增持。

（三）要约收购的一般程序（★★★）

1.提示性公告

（1）《收购办法》规定，以要约方式收购上市公司股份的，收购人应当编制要约收购报告书，聘请财务顾问，通知被收购公司，同时对要约报告书摘要作出提示性公告。

（2）收购人自要约收购提示性公告起60日内，未公告要约收购报告书的，收购人应当在期满后次一个工作日通知被收购公司，并予公告；此后每30日应当公告一次，直至公告要约收购报告书。

（3）收购人作出要约收购提示性公告后，在公告要约收购报告书之前，拟自行取消收购计划的，应当公告原因；自公告之日起12个月内，该收购人不得再次对同一上市公司进行收购。

2.收购要约

（1）收购要约的内容。

事项	规定
收购比例	无论是自愿要约还是强制要约，其预定收购的股份比例不得低于该上市公司已发行股份的5%（2011年、2020年案例分析题）
要约期限	收购要约约定的收购期限不得少于30日，并不得超过60日，但出现竞争要约的除外
收购价格	①收购人对同一种类股票的要约价格，不得低于要约收购提示性公告日前6个月内收购人取得该种股票所支付的最高价格。 ②要约价格低于提示性公告前30个交易日该种股票的每日加权平均价格的算术平均值的，收购人聘请的财务顾问应当就该种股票前6个月的交易情况进行分析，说明是否存在股价被操纵、要约价格是否合理等情况（2018年、2020年案例分析题）
公平性	①收购要约提出的各项收购条件，应当适用于被收购公司的所有股东。 ②上市公司发行不同种类股份的（如普通股与优先股），收购人可以针对不同种类股份提出不同的收购条件

（2）收购要约的撤销与变更。

事项	规定
撤销	在收购要约确定的承诺期内，收购人不得撤销其收购要约
变更	<p>①在收购要约确定的承诺期内，收购人需要变更收购要约的，必须及时公告，载明具体变更事项，并通知被收购公司。</p> <p>②收购要约的变更不得存在下列情形：降低收购价格、减少预定收购股份数额、缩短收购期限。</p> <p>③在收购要约期限届满前15日内，收购人不得变更收购要约，但出现竞争要约的除外</p>

3. 要约收购中收购人的义务

(1) 收购人在作出公告后至收购期限届满前，不得卖出被收购公司的股票。


(2) 收购人在作出公告后至收购期限届满前，不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。

(3) 收购人作出要约收购提示性公告后，在公告要约收购报告书之前可以自行取消收购计划，不过应当公告原因；自公告之日起12个月内，该收购人不得再次对同一上市公司进行收购。

【典例研习·6-16】（2021年多项选择题）

根据证券法律制度的规定，下列属于要约收购人的义务的有（ ）。

- A. 禁售义务
B. 信息披露义务
C. 锁定义务
D. 公平对待所有投资者

 **斯尔解析** 本题考查要约收购中收购人的义务，具有一定难度。根据教材观点：

(1) 所谓“禁售义务”，指的是收购人在要约收购期限内，不得卖出被收购公司的股票，也不得采取要约规定以外的形式和超出要约的条件买入被收购公司的股票。因此选项A应选。

(2) 要约收购属于上市公司收购的一种形式，收购人当然应履行信息披露义务（具体规定将在下文介绍）。因此选项B应选。

(3) 所谓“锁定义务”，指的是收购人持有的被收购的上市公司的股票在收购行为完成后的18个月内不得转让（除非同一控制下的收购）。因此选项C应选。

(4) 收购要约提出的各项收购条件，应当适用于被收购公司的所有股东，可见法律要求收购人公平对待所有投资者。因此选项D应选。

4.要约收购中被收购公司董事会的义务

(1) 被收购公司董事会应当对收购人的主体资格、资信情况及收购意图进行调查,对要约条件进行分析,对股东是否接受要约提出建议,并聘请独立财务顾问提出专业意见。

(2) 在收购人作出提示性公告后至要约收购完成前,被收购公司除继续从事正常的经营活动或者执行股东大会已经作出的决议外,未经股东大会批准,被收购公司董事会不得通过处置公司资产、对外投资、调整公司主要业务、担保、贷款等方式,对公司的资产、负债、权益或者经营成果造成重大影响。

【典例研习】答案:

6-16: ABCD

(3) 在要约收购期间,被收购公司董事不得辞职。(2018年、2020年案例分析题)

5.预受要约

预受指被收购公司股东同意接受要约的初步意思表示,在要约收购期限内不可撤回之前不构成承诺(即可以“后悔”)。

在要约收购期限届满前3个交易日内,预受股东不得撤回其对要约的接受。(2018年、2020年案例分析题)

6.要约期满

(1) 收购期限届满,发出部分要约的收购人应当按照收购要约约定的条件购买被收购公司股东预受的股份;预受要约股份的数量超过预定收购数量时,收购人应当按照同等比例收购预受要约的股份。

【典例研习·6-17】

为了便于同学们理解,我们举一个极端简化的例子。假设甲上市公司有ABCDE五名股东。甲公司总股本为1 000股,ABCDE五名股东分别持有500股、100股、100股、200股、100股。崔某发出收购要约,拟对甲公司进行要约收购。

(1) 如果崔某预定收购不超过甲公司20%股份(即200股)。

①情况一:只有B接受要约,即预受要约的股份为100股,小于预定收购的股份数量。崔某最终收购到100股(“差强人意”)。

②情况二:只有D接受要约,即预受要约的股份为200股,等于预定收购的股份数量。崔某最终收购到200股(“心满意足”)。

③情况三:CDE均以其持有的全部股份接受要约,即预受要约的股份为400股,大于预定收购的股份数量。此时,崔某最终收购到的股份数量还是200股,只不过其中分别包括C的50股、D的100股、E的50股(即“按照同等比例收购预受要约的股份”)。

(2) 收购期限届满后15日内,收购人应当向证券交易所提交关于收购情况的书面报告,并予以公告。

(四) 要约收购中的信息披露

1.收购人的信息披露

实施要约收购的收购人应当编制要约收购报告书或上市公司收购报告书。

(1) 要约收购报告书——实施要约收购时披露。当收购人主动采用要约收购方式或者未能获得豁免,被强制采用要约收购方式时,其必须编制要约收购报告书。

(2) 收购报告书——要约义务豁免时披露。

收购人在取得中国证监会豁免之日起3日内公告其收购报告书、财务顾问专业意见和律师出具的法律意见书。

2.被收购公司董事会报告

要约收购中,被收购公司董事会应当对收购人的主体资格、资信情况及收购意图进行调查,对要约条件进行分析,对股东是否接受要约提出建议,并聘请独立财务顾问提出专业意见。

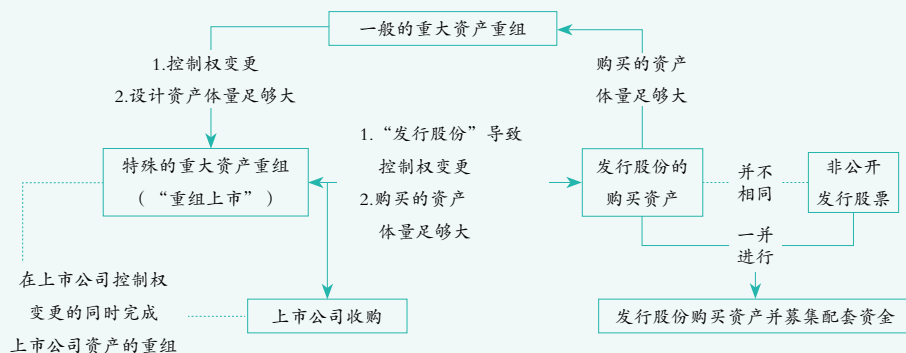
(1) 在收购人公告要约收购报告书后20日内,被收购公司董事会应当将被收购公司董事会报告书与独立财务顾问的专业意见报送中国证监会,同时抄报派出机构,抄送证券交易所,并予公告。(2018年主观题,要求判断披露的时间是否合法)

(2) 收购人对收购要约条件作出重大变更的, 被收购公司董事会应当在3个工作日内提交董事会及独立财务顾问就要约条件的变更情况所出具的补充意见, 并予以报告、公告。

第七节 上市公司重大资产重组

(1) 对于上市公司的“重大资产重组”, 最主要的监管规则是证监会制定的《上市公司重大资产重组管理办法》(以下简称“《重组办法》”)。实际上, 《重组办法》明确了三类具体的重组类型: 一般的重大资产重组、特殊的重大资产重组、发行股份购买资产。

(2) 上市公司的并购重组是证券法律实务中非常具有技术性的领域, 上述几种交易类型可能发生重合, 也可能与其他交易行为一并发生。根据实务中的情况, 大家可作如下理解:



原理
详解

一、重大资产重组行为的界定(★★★)

重大资产重组行为, 指上市公司及其控股或者控制的公司在日常经营活动之外购买、出售资产或者通过其他方式进行资产交易达到规定的比例, 导致上市公司的主营业务、资产、收入发生重大变化的资产交易行为。

(一) “重组”——可能构成重大资产重组的交易行为

除了购买、出售资产之外, 以下交易行为也可能构成重大资产重组:

- (1) 上市公司与他人新设企业、对已设立的企业增资或者减资;
- (2) 上市公司受托经营、租赁其他企业资产或者将经营性资产委托他人经营、租赁;
- (3) 上市公司接受附义务的资产赠与或者对外捐赠资产;
- (4) 中国证监会根据审慎监管原则认定的其他情形。

（二）“重大”——重大资产重组的判断标准

上市公司及其控股或者控制的公司（即子公司）购买、出售资产，达到下列标准之一的，构成重大资产重组：

指标	标准（≥50%）
总资产	购买、出售的资产总额占上市公司最近一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到50%以上（2018年案例分析题）
总营收	购买、出售的资产在最近一个会计年度所产生的营业收入占上市公司同期经审计的合并财务会计报告营业收入的比例达到50%以上
净资产	（1）购买、出售的资产净额占上市公司最近一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末净资产额的比例达到50%以上（2015年案例分析题）； （2）且购买、出售的资产净额超过5 000万元人民币

（三）特殊的重大资产重组——重组上市

上市公司自控制权发生变更之日起36个月内，向收购人及其关联人购买资产，导致上市公司发生以下根本变化情形之一的，构成重大资产重组（2015年案例分析题）：

指标	标准（≥100%）
总资产	购买的资产总额占上市公司控制权发生变更的前一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末资产总额的比例达到100%以上
总营收	购买的资产在最近一个会计年度所产生的营业收入占上市公司控制权发生变更的前一个会计年度经审计的合并财务会计报告营业收入的比例达到100%以上
净资产	购买的资产净额占上市公司控制权发生变更的前一个会计年度经审计的合并财务会计报告期末净资产额的比例达到100%以上
股本	为购买资产发行的股份占上市公司首次向收购人及其关联人购买资产的董事会决议前一个交易日的股份的比例达到100%以上
业务	上市公司向收购人及其关联人购买资产虽未达到表内上述标准，但可能导致上市公司主营业务发生根本变化

二、重大资产重组的条件

（一）一般重大资产重组的条件

上市公司实施重大资产重组，应当符合下列要求：

- （1）符合国家产业政策和有关环境保护、土地管理、反垄断等法律和行政法规的规定；
- （2）不会导致上市公司不符合股票上市条件；
- （3）重大资产重组所涉及的资产定价公允，不存在损害上市公司和股东合法权益的情形；
- （4）重大资产重组所涉及的资产权属清晰，资产过户或者转移不存在法律障碍，相关债权债务处理合法；

(5) 有利于上市公司增强持续经营能力, 不存在可能导致上市公司重组后主要资产为现金或者无具体经营业务的情形;

(6) 有利于上市公司在业务、资产、财务、人员、机构等方面与实际控制人及其关联人保持独立, 符合中国证监会关于上市公司独立性的相关规定;

(7) 有利于上市公司形成或者保持健全有效的法人治理结构。

(二) 特殊重大资产重组的条件 (★★)

以上是所有重大资产重组行为都必须遵守的要求, 对于特殊的重大资产重组 (即重组上市), 还有如下额外条件:

(1) 符合重大资产重组信息披露的要求, 以及发行股份购买资产时符合《重组办法》的规定;

(2) 上市公司购买的资产对应的经营实体应当是股份有限公司或者有限责任公司, 且符合《首发管理办法》规定的其他发行条件; (即要满足IPO条件)

(3) 上市公司及其最近3年内的控股股东、实际控制人不存在因涉嫌犯罪正被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规正被中国证监会立案调查的情形, 但是, 涉嫌犯罪或违法违规的行为已经终止满3年, 交易方案能够消除该行为可能造成的不良后果, 且不影响对相关行为人追究责任的除外;

(4) 上市公司及其控股股东、实际控制人最近12个月内未受到证券交易所公开谴责, 不存在其他重大失信行为;

(5) 本次重大资产重组不存在中国证监会认定的可能损害投资者合法权益, 或者违背公开、公平、公正原则的其他情形。

三、重大资产重组的信息披露与内部决议

(一) 信息披露

重大资产重组涉及上市公司的重大变化, 属于重大信息, 应当及时披露。

(1) 在披露之前, 资产重组的各参与方都应当严格保密。

(2) 上市公司关于重大资产重组的董事会决议公告前, 相关信息已在媒体上传播或者公司股票交易出现异常波动的, 上市公司应当立即将有关计划、方案或者相关事项的现状以及相关进展情况和风险因素等予以公告, 并按照有关信息披露规则办理其他相关事宜。

(二) 内部决议 (★★★)

1. 适用股东大会特殊决议

上市公司股东大会就重大资产重组事项作出决议, 必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。(2015年案例分析题)

2. 关联方回避

(1) 上市公司重大资产重组事宜与本公司股东或者其关联人存在关联关系的, 股东大会就重大资产重组事项进行表决时, 关联股东应当回避表决。

(2) 交易对方已经与上市公司控股股东就受让上市公司股权或者向上市公司推荐董事达成协议或者默契, 可能导致上市公司的实际控制权发生变化的, 上市公司控股股东及其关联人应当回避表决。

3. 中小投资者保护

(1) 上市公司就重大资产重组事宜召开股东大会, 应当以现场会议形式召开, 并

应当提供网络投票或者其他合法方式为股东参加股东大会提供便利。

(2) 除上市公司的董事、监事、高级管理人员、单独或者合计持有上市公司5%以上股份的股东以外，其他股东的投票情况应当单独统计并予以披露。

四、发行股份购买资产

《重组办法》规定，上市公司发行股份购买资产应当符合本办法的规定。

原理详解

“发行股份购买资产”实质上就是投资者用非货币财产向上市公司增资。

例如，甲上市公司向乙公司发行1 000股股份，用于购买乙公司持有的一项专利。该交易完成后，甲上市公司拥有该项专利，乙公司拥有甲公司1 000股股份。定价方面，大致符合该计算逻辑：
甲上市公司股价×1 000股=该项专利的评估价值。

上述交易当然可以视为乙公司用该项专利向甲上市公司增资。

虽然发行股份购买资产和重大资产重组在严格意义上并不是一回事，但实务中二者适用的规则大致相同。在此基础上，发行股份购买资产还涉及以下特殊问题。

(一) 视为发行股份购买资产的交易形式

特定对象以现金或者资产认购上市公司的股份后，上市公司用同一次发行所募集的资金向该特定对象购买资产的，视同上市公司发行股份购买资产。

(二) 发行股份的定价(★★★)

(1) 上市公司发行股份的价格不得低于市场参考价的90%。(2016年案例分析题)

(2) 市场参考价的确定(2016年案例分析题)：

①市场参考价为本次发行股份购买资产的董事会决议公告日前20个交易日、60个交易日或者120个交易日的公司股票交易均价之一(“三选一”)。

②本次发行股份购买资产的董事会决议应当说明市场参考价的选择依据。

提示：董事会决议公告日前若干个交易日公司股票交易均价

$$\frac{\text{决议公告日前若干个交易日公司股票交易总额}}{\text{决议公告日前若干个交易日公司股票交易总量}}$$

(三) 发行股份的锁定(★★★)

(1) 特定对象以资产认购而取得的上市公司股份，自股份发行结束之日起12个月内不得转让。(2016年案例分析题)

(2) 属于下列情形之一的，36个月内不得转让：

①发行对象为上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联人；

②发行对象通过认购本次发行的股份取得上市公司的实际控制权；

③发行对象取得本次发行的股份时，对其用于认购股份的资产持续拥有权益的时间不足12个月。

命题角度：在案例分析题中要求考生判断上市公司非公开发行股票、发行股份购买资产的发行定价、新股锁定是否合法。

首先要注意，虽然上市公司非公开发行股票、发行股份购买资产在《公司法》上都属于上市公司的增资，但在证券监管上适用不同的规则。因此，须注意区分二者的定价规则和新股锁定规则。

(1) 定价规则。

类型	定价基准日/市场参考价的确定		定价下限
上市公司非公开发行股票	提前确定仅向“三类特殊对象”发行	董事会决议、股东大会决议、发行首日三选一	定价基准日前20个交易日公司股票均价的80%
	其他情况	发行首日	
发行股份购买资产	董事会决议公告日前20个交易日、60个交易日或者120个交易日均价三选一		市场参考价的90%

(2) 新股锁定规则。

类型	发行对象	锁定时间
上市公司非公开发行股票	①上市公司的控股股东、实际控制人或其控制的关联人； ②通过认购本次发行的股份取得上市公司实际控制权的投资者； ③董事会拟引入的境内外战略投资者	18个月
	其他	6个月
发行股份购买资产	①上市公司控股股东、实际控制人或者其控制的关联人； ②通过认购本次发行的股份取得上市公司的实际控制权； ③取得本次发行的股份时，对其用于认购股份的资产持续拥有权益的时间不足12个月	36个月
	其他	12个月

(3) 借壳上市的特殊规定。

①上市公司原控股股东、原实际控制人及其控制的关联人，以及在交易过程中从该等主体直接或间接受让该上市公司股份的特定对象应当公开承诺，在本次交易完成后36个月内不转让其在该上市公司中拥有权益的股份；

②除收购人及其关联人以外的特定对象应当公开承诺，其以资产认购而取得的上市公司股份自股份发行结束之日起24个月内不得转让。

解题高手

五、证监会核准（★★）

- （1）构成特殊重大资产重组的交易应经证监会核准；
- （2）根据教材观点，证监会并购重组审核委员会对发行股份购买资产申请进行表决，提出审核意见。

第八节 公司债券的发行与交易

公司债券指公司依照法定程序发行、约定在一定期限内还本付息的有价证券。站在发行人角度，它与股权融资方式相比：

- （1）优点：融资成本低、发行程序简单、不稀释公司股权（可转债除外）。
- （2）缺点：在一定期限内须还本付息，对公司现金流的要求较高。

具体而言，公司债券与公司股票相比，在以下方面存在差异：

事项	债券	股票
权利种类	公司债券的持有人是公司的债权人，享有民法上规定的债权人的所有权利	股票的持有人是公司的股东，享有《公司法》所规定的股东权利
发行主体	公司债券既可以由股份有限公司发行，也可以由有限责任公司发行	股票只能由股份公司发行
收益权利	公司债券的持有人，无论公司是否有盈利，均享有按照约定给付利息的请求权； 公司债券的利率一般是固定不变的，风险较小	股票持有人必须在公司有盈利时才能依法获得股利分配； 股票股利分配的高低与公司经营好坏密切相关，故常有变动，风险较大
本金偿还	公司债券到了约定期限，公司必须偿还债券本金	股票持有人仅在公司解散时方可请求分配剩余财产
剩余分配	公司债券的持有人享有优先于股票持有人获得清偿的权利	股票持有人必须在公司全部债务清偿之后，方可就公司剩余财产请求分配

一、公司债券的发行（★★★）

（一）公司债券发行的一般规定

1. 主要发行条款等事项

- （1）发行条款：发行公司债券，可以附认股权、可转换成相关股票等条款。
- （2）发行方式：公司债券可以公开发行，也可以非公开发行。与股票不同，公司债券的公开发行可以进一步分为“向公众投资者公开发行”和“向专业投资者公开发行”。各种发行方式主要的区别如下：

发行方式		说明
公开发行	向公众投资者公开发行 （“大公募”）	向公众投资者发行，发行对象不设上限
	向专业投资者公开发行 （“小公募”）	向专业投资者发行，发行对象不设上限
非公开发行（“私募”）		向专业投资者发行，发行对象≤200人

（3）承销事宜：发行公司债券应当由具有证券承销业务资格的证券公司承销；取得证券承销业务资格的证券公司、中国证券金融股份有限公司非公开发行公司债券可以自行销售。

2. 专业投资者

承销机构应当按照中国证监会、证券自律组织规定的投资者适当性制度，了解和评估投资者对非公开发行公司债券的风险识别和承担能力，确认参与非公开发行公司债券认购的投资者为专业投资者，并充分揭示风险。

（二）公司债券的公开发行

上文已经介绍，公司债券的公开发行分为“向公众投资者公开发行”（“大公募”）和“向专业投资者公开发行”（“小公募”），法律对于前者的监管比后者严格。

1. “大公募”“小公募”的通用条件

（1）发行人具备健全且运行良好的组织机构。

（2）发行人最近3年平均可分配利润足以支付公司债券1年的利息。（2014年案例分析题）

（3）募集资金用途：

①公开发行公司债券筹集的资金不得用于弥补亏损和非生产性支出；

②募集资金必须按照公司债券募集办法所列资金用途使用；

③改变资金用途必须经债券持有人会议作出决议。

（4）应当委托具有从事证券服务业务资格的资信评级机构进行信用评级。

（5）发行人不存在以下情况：

①对已公开发行的公司债券或者其他债务有违约或者延迟支付本息的事实，仍处于继续状态；

②违反《证券法》规定，改变公开发行公司债券所募资金的用途。

2. “大公募”的特别条件

（1）发行人最近3年无债务违约或者延迟支付本息的事实；

（2）发行人最近3年平均可分配利润不少于债券1年利息的1.5倍；

（3）发行人最近一期末净资产规模不少于250亿元；

（4）发行人最近36个月内累计公开发行债券不少于3期，发行规模不少于100亿元。

3. 公司债券公开发行的注册程序

（1）申报注册文件。

①发行人向证券交易所申报注册申请文件；

②证券交易所收到注册申请文件后，在5个工作日内作出是否受理的决定；

③自注册申请文件受理之日起，发行人及其控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员，以及与本次债券公开发行并上市相关的主承销商、证券服务机构及相关责任人员，即承担相应法律责任。

(2) 交易所审核：证券交易所应当自受理注册申请文件之日起2个月内出具审核意见。

(3) 证监会履行注册程序：中国证监会应当自证券交易所受理注册申请文件之日起3个月内作出同意注册或者不予注册的决定。

4.公司债券公开发行的期限

(1) 公开发行公司债券，可以申请一次注册，分期发行；

(2) 中国证监会同意注册的决定自作出之日起2年内有效，发行人应当在注册决定有效期内发行公司债券，并自主选择发行时点；

(3) 公开发行公司债券的募集说明书自最后签署之日起6个月内有效。

(三) 公司债券的非公开发行

(1) 公司债券的非公开发行中，每次发行对象不得超过200人，非公开发行的公司债券应当向专业投资者发行。

(2) 非公开发行公司债券不得采用广告、公开劝诱和变相公开方式。

(3) 非公开发行公司债券，承销机构或依法自行销售的发行人应当在每次发行完成后5个工作日内向中国证券业协会备案。

二、公司债券的交易 (★★)

(一) 《公司法》的主要规定

公司债券分为记名债券和无记名债券，二者转让的基本规则不同：

(1) 记名公司债券由债券持有人以背书方式或者法律、行政法规规定的其他方式转让；

(2) 无记名公司债券由债券持有人将该债券交付给受让人后即发生转让的效力。

(二) 证券法律制度的框架性规定

随着资本市场的发展，目前有更多的公司债券通过公开市场进行交易。换言之，与股票类似，公司债券也可以“上市”。法律关于公司债券上市的框架性规定如下：


发行方式		转让规定
公开发行	向公众投资者公开发行 (“大公募”)	公开发行的公司债券“应当”： ①在证券交易所上市交易； ②或者在全国中小企业股份转让系统转让。 提示：发行环节和交易环节的投资者适当性要求应当保持一致
	向专业投资者公开发行 (“小公募”)	
非公开发行 (“私募”)		非公开发行的公司债券“可以”申请在以下场所转让： ①证券交易所； ②全国中小企业股份转让系统； ③证券公司柜台。 提示：非公开发行的公司债券，转让仅限于专业投资者范围内，且转让后持有同次发行债券的专业投资者合计不得超过200人

【典例研习·6-18】(2018年多项选择题)

根据证券法律制度的规定，下列证券交易场所中，可以交易公开发行的公司债

券的有()。

- A. 证券交易所
B. 证券公司柜台市场
C. 中国金融期货交易所
D. 全国中小企业股份转让系统

 **斯尔解析** 本题考查法律对于公司债券转让的规定。首先，公开发行的债券必须“上市”，非公开发行的债券可以“上市”（即非必须）。本题题干描述的是公开发行债券的交易，其应在证券交易所或者全国中小企业股份转让系统转让。因此，本题应选择选项AD。

【典例研习·6-19】（2017年单项选择题改编）

甲股份有限公司非公开发行债券，乙证券公司担任承销商。下列关于此次非公开发行的表述中，符合证券法律制度规定的是（ ）。

- A. 本次非公开发行的债券在发行后可申请在证券交易所转让
- B. 债券发行后进行转让的，持有本次发行债券的专业投资者合计不得超过300人
- C. 债券发行后可以向普通投资者进行转让
- D. 乙证券公司应在本次发行完成后5个工作日内向中国证监会备案

 斯尔解析 本题考查非公开发行的公司债券相关规则，具有较强的综合性。

(1) 非公开发行的公司债券可以在包括证券交易所在内的四类场所转让，因此选项A所述正确。

(2) 非公开发行的公司债券转让后，持有同次发行债券的专业投资者合计不得超过200人，因此选项B所述错误。

(3) 非公开发行的公司债券仅限于在专业投资者范围内转让，因此选项C所述错误。

(4) 非公开发行债券完成后的备案对象是“中国证券业协会”，而不是中国证监会。因此选项D所述错误。

三、公司债券发行与交易中的信息披露（★）

（一）债券发行的信息披露（首次信息披露）

对于债券上市的首次信息披露，我们主要学习“债券募集说明书”的相关知识。公司发行债券应当编制公司债券募集说明书（也称债券募集办法），这是公司债券的发行人依法编制，记载公司债券发行相关的重要信息的法律文件。

(1) 发行人董监高的信披义务。

主体	义务
发行人的董事、高级管理人员	对公司债券发行文件和定期报告签署书面确认意见
发行人的监事会	对董事会编制的公司债券发行文件和定期报告进行审核并提出书面审核意见
发行人的监事	签署书面确认意见
发行人的董事、监事和高级管理人员	保证发行人及时、公平地披露信息，所披露的信息真实、准确、完整

(2) 发行人董监高的异议声明。

董事、监事和高级管理人员无法保证公司债券发行文件和定期报告内容的真实性、准确性、完整性或者有异议的，应当在书面确认意见中发表意见并陈述理由，发行

【典例研习】答案:

6-18: AD

6-19: A

人应当披露。发行人不予披露的，董事、监事和高级管理人员可以直接申请披露。

（3）募集资金用途的披露。

公司债券募集资金的用途应当在债券募集说明书中披露。发行人应当在定期报告中披露公开发行公司债券募集资金的使用情况。

（二）债券交易中的信息披露（持续信息披露）

公开转让的公司债券也存在持续信息披露的问题，其持续信息披露的形式也包括定期报告和临时报告。

（1）定期报告。公开发行公司债券的发行人应当在债券存续期内披露中期报告和经具有从事证券服务业务资格的会计师事务所审计的年度报告。

（2）临时报告。

可能对上市交易公司债券的交易价格产生较大影响的重大事件包括：

- ①公司股权结构或者生产经营状况发生重大变化；
- ②公司债券信用评级发生变化；
- ③公司重大资产抵押、质押、出售、转让、报废；
- ④发生未能清偿到期债务的情况；
- ⑤公司新增借款或对外提供担保超过上年末净资产的20%；
- ⑥公司放弃债权或财产超过上年末净资产的10%；
- ⑦公司发生超过上年末净资产10%的重大损失；
- ⑧公司分配股利，作出减资、合并、分立、解散及申请破产的决定，或者依法进入破产程序、被责令关闭；
- ⑨涉及公司的重大诉讼、仲裁；
- ⑩公司涉嫌犯罪被依法立案调查，公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员涉嫌犯罪被依法采取强制措施。

四、公司债券持有人的权益保护

（一）公司债券的受托管理（★）

公开发行公司债券的，发行人应当为债券持有人聘请债券受托管理人，并订立债券受托管理协议；非公开发行公司债券的，发行人应当在募集说明书中约定债券受托管理事项。

1. 债券受托管理人的确定

债券受托管理人由本次发行的承销机构或其他经中国证监会认可的机构担任，为本次发行提供担保的机构不得担任本次债券发行的受托管理人。

2. 受托管理人的职责与职权

发行方式	受托管理人的职责与职权
公开发行 的公司债券	<p>（1）监督与信息传递：</p> <p>①持续关注发行人和保证人的资信状况、担保物状况、增信措施及偿债保障措施的落实情况，出现可能影响债券持有人重大权益的事项时，召集债券持有人会议；</p> <p>②在债券存续期内监督发行人募集资金的使用情况；</p> <p>③对发行人的偿债能力和增信措施的有效性进行全面调查和持续关注，并至少每年向市场公告一次受托管理事务报告；</p>

续表

发行方式	受托管理人的职责与职权
公开发行的公司债券	<p>④在债券存续期内持续督导发行人履行信息披露义务；</p> <p>(2) 预计发行人不能偿还债务时，要求发行人追加担保，并可以依法申请法定机关采取财产保全措施；</p> <p>(3) 在债券存续期内勤勉处理债券持有人与发行人之间的谈判或者诉讼事务；</p> <p>(4) 发行人为债券设定担保的，债券受托管理人应在债券发行前或债券募集说明书约定的时间内取得担保的权利证明或其他有关文件，并在增信措施有效期内妥善保管；</p> <p>(5) 发行人不能按期兑付债券本息或出现募集说明书约定的其他违约事件的，可以接受全部或部分债券持有人的委托，以自己名义代表债券持有人提起民事诉讼、参与重组或者破产的法律程序，或者代表债券持有人申请处置抵质押物（2020年案例分析题）</p>
非公开发行的公司债券	债券受托管理人应当按照债券受托管理协议的约定履行职责

受托管理人为履行受托管理职责，有权代表债券持有人查询债券持有人名册及相关登记信息、专项账户中募集资金的存储与划转情况，证券登记结算机构应当予以配合。

（二）债券持有人会议（★★★）

1. 债券持有人会议的组织依据及决议效力

(1) 发行公司债券，应当在债券募集说明书中约定债券持有人会议规则。

(2) 债券持有人会议按照《公司债券发行与交易管理办法》的规定及会议规则的程序要求所形成的决议对全体债券持有人有约束力。

2. 会议的召开

(1) 存在下列情形的，债券受托管理人应当召集债券持有人会议：

分类	事由
发行条款	<p>①拟变更债券募集说明书的约定；</p> <p>②拟修改债券持有人会议规则；</p> <p>③拟变更债券受托管理人或受托管理协议的主要内容；</p> <p>④发行人管理层不能正常履行职责，导致发行人债务清偿能力面临严重不确定性，需要依法采取行动的；</p> <p>⑤发行人提出债务重组方案的</p>
债券风险	<p>①发行人不能按期支付本息；</p> <p>②发行人减资、合并等可能导致偿债能力发生重大不利变化，需要决定或者授权采取相应措施；</p> <p>③发行人分立、被托管、解散、申请破产或者依法进入破产程序；</p> <p>④保证人、担保物或者其他偿债保障措施发生重大变化；</p>

续表

分类	事由
债券风险	⑤发行人管理层不能正常履行职责，导致发行人债务清偿能力面临严重不确定性，需要依法采取行动的； ⑥发行人提出债务重组方案的
主动发起	发行人、单独或合计持有本期债券总额10%以上的债券持有人书面提议召开

(2) 在债券受托管理人应当召集而未召集债券持有人会议时，单独或合计持有本期债券总额10%以上的债券持有人有权自行召集债券持有人会议。(2020年案例分析题)

【典例研习·6-20】(2017年多项选择题)

根据证券法律制度的规定，下列各项中，属于债券受托管理人应当召集债券持有人会议的情形有()。

- A.拟变更债券募集说明书的约定 B.发行人不能按期支付本息
C.担保物发生重大变化 D.发行人拟增加注册资本

斯尔解析 本题考查债券受托管理人应当召集债券持有人会议的情形，选项ABC所述均属于该情形。整体上，可能导致债券持有人利益受损的情况下债券受托管理人才应当召集债券持有人会议。

由于债权的清偿顺序优先于股权，理论上，公司股本越大，偿债的可能性就越大。选项D中，发行人如果增加注册资本，相当于进一步保障了债券持有人的利益，作为债券持有人利益的代表，债券受托管理人自然无须召集债券持有人会议。

(三) 公司债券的担保(★)

公司债券的增信机制和偿债保障措施包括但不限于：(1)第三方担保；(2)商业保险；(3)资产抵押、质押担保；(4)限制发行人债务及对外担保规模；(5)限制发行人对外投资规模；(6)限制发行人向第三方出售或抵押主要资产；(7)设置债券回售条款。

五、可转换公司债券(★★★)

【典例研习·6-21】

甲公司在上海证券交易所上市，其公开发行3年期可转换公司债券(“可转债”)。该次发行的可转债面额为100元，以平价进行发行。根据其发行文件，自发行结束满6个月后，债券持有人可以20元/股的价格将该次发行的可转债转换为甲公司股票。

陈某在该次发行中认购了1 000份甲公司可转债，其就此付出的资金=100元/份×1 000份=100 000(元)。这10万元钱可以视为陈某的投资成本。

假设未来甲公司股价为25元/股，此时陈某选择将可转债全部转换为甲公司股票，则其可以获得的股票数量=1 000×(100÷20)=5 000(股)，其市场价值=25元/股×5 000股=125 000(元)如果不考虑交易税费，陈某可得的投资收益=125 000-100 000=25 000(元)

(一) 可转换公司债券的发行

1. 发行条件

(1) 上市公司发行不可分离交易的可转债的条件。

分类	说明
“债”的方面	<p>①发行可转债，首先要满足向专业投资者公开发发行债券的条件（上文已经介绍）。</p> <p>②在此基础上，还应当符合以下条件：</p> <p>a.最近3个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6%（净利润以扣非前后较低者确定）；</p> <p>b.最近3个会计年度实现的年均可分配利润不少于公司债券1年的利息；（2020年案例分析题）</p> <p>c.本次发行后累计公司债券余额不超过最近一期期末净资产额的40%</p>
“股”的方面	上市公司发行可转换债券应当符合发行新股的一般条件。但是，按照公司债券募集办法，上市公司通过收购本公司股份的方式进行公司债券转换的除外（因为不需要发行新股）
禁止情况	<p>上市公司存在下列情形之一的，不得公开发发行可转换公司债券：</p> <p>①本次发行申请文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏；</p> <p>②擅自改变前次公开发发行证券募集资金的用途而未纠正；</p> <p>③上市公司最近12个月内受到过证券交易所的公开谴责；</p> <p>④上市公司及其控股股东或实际控制人最近12个月内存在未履行向投资者作出的公开承诺的行为；</p> <p>⑤上市公司或者其现任董事、高级管理人员因涉嫌犯罪被司法机关立案侦查或涉嫌违法违规被证监会立案调查；</p> <p>⑥严重损害投资者的合法利益和社会公共利益的其他情形</p>

(2) 发行分离交易的可转换公司债券，还应当符合下列条件：

①最近一期末经审计的净资产不低于人民币15亿元；

②最近3个会计年度实现的年均可分配利润不少于公司债券1年的利息；

③最近3个会计年度经营活动产生的现金流量净额平均不少于公司债券1年的利息，但最近3个会计年度加权平均净资产收益率平均不低于6%（净利润以扣非前后较低者确定）的除外等。

(1) 通过【典例研习·6-21】可以看出，可转换公司债券是一种附认股权的债券，是公司债券与买入期权的组合体。这体现在：

①在陈某将可转债转换为股票前，甲公司应当根据发行条款向陈某支付可转债的利息。因为可转债在转换之前就是债券，发行人应当付息。

原理详解

原理详解

②所谓“期权”，就是一种“选择权”。在甲公司股价较高时，陈某选择将可转债转换为股票，就像是选择卖出债券、买入股票——这就是对买入期权的行使。

也正是因为可转债附有转股的期权，其作为债券的利率往往低于普通公司债券。

(2) 承接上面的分析可知，从发行人角度会更希望可转债的持有人转股，因为转股后发行人就不应该还本付息。但是通过【典例研习·6-21】可以看出，只有在股价高于转股价的时候，可转债的持有人才有转股的动机。

(3) 可转债中的公司债券和买入期权存在分离交易的可能。虽然实践中非常罕见，上市公司可以公开发行认股权和债券分离交易的可转换公司债券（即“分离交易的可转换公司债券”）。对于这类可转债，法律规定：

①分离交易的可转换公司债券应当申请在上市公司股票上市的证券交易所上市交易。

②分离交易的可转换公司债券中的公司债券和认股权分别符合证券交易所上市条件的，应当分别上市交易。

2. 发行条款

(1) 债券期限：可转换公司债券的期限最短为1年，最长为6年。

(2) 债券面值：可转换公司债券每张面值100元。

(3) 债券利息：可转换公司债券的利率由发行公司与主承销商协商确定，但必须符合国家规定。

(4) 转股价格：可转债的转股价格应不低于募集说明书/认购邀请书公告日前20个交易日该公司股票交易均价和前1交易日的均价。

3. 公开发行可转换公司债券的信息披露

(1) 必须披露的事项：

①募集说明书应当约定，上市公司改变公告的募集资金用途的，赋予债券持有人一次回售的权利。

②募集说明书应当约定转股价格调整的原则及方式。发行可转换公司债券后，因配股、增发、送股、派息、分立及其他原因引起上市公司股份变动的，应当同时调整转股价格。

(2) 可选披露的事项：赎回条款与回售条款。

条款类型	条款内容
赎回条款	上市公司可按事先约定的条件和价格赎回尚未转换的可转债
回售条款	债券持有人可按事先约定的条件和价格将所持可转债回售给发行人

（二）可转换公司债券转为股份

债券持有人对转换股票或者不转换股票有选择权。转换股票的可转债持有人于转股的次日成为发行公司的股东。

（1）选择转股的时间。可转换公司债券自发行结束之日起6个月后方可转换为公司股票。（2020年案例分析题）

（2）转股价格修正。可转债的转股价格虽然由募集说明书事先确定，但在可转债存续期间可能发生修正（即调整）。

要理解转股价格修正的规则，首先要把账算明白。简言之，转股价格的高低直接影响转换后债券持有人得到发行人股票的数量。

我们先回看【典例研习·6-21】中陈某的转股：募集说明书确定的转股价格为20元/股，可转债面值为100元，由此确定，陈某只能按照1：5的比例将持有的可转债转换为股票，最终得到5 000股甲公司股票。

（1）假设转股价格向上修正为25元/股，则陈某只能按照1：4的比例将持有的可转债转换为股票，最终得到4 000股甲公司股票。

（2）假设转股价格向下修正为10元/股，则陈某可以按照1：10的比例将持有的可转债转换为股票，最终得到10 000股甲公司股票。

由此可见，转股价格向下修正对可转债持有人有利，可转债持有人更可能选择转股。

原理详解

①上市公司向特定对象发行可转债的转股价格不得向下修正，上市公司向不特定对象发行可转债的转股价格不得向上修正。

通俗地说，在向特定对象发行证券的情况下，法律担心发行人和投资者“勾兑”，让投资者占便宜。因为这种情况下，“特定对象”往往是富有经验的机构投资者。

而在向不特定对象发行证券的情况下，法律担心发行人坑害投资者，因为该情况下投资者很可能是缺乏投资经验、专业能力的散户。

回到这条规则，如果上市公司向特定对象发行可转债，转股价格向下修正后投资者占便宜，很可能是投资者和发行人的“猫腻”，所以法律禁止。

如果上市公司向不特定对象发行可转债，转股价格向上修正后投资者吃亏，很可能是发行人在“割韭菜”，所以法律禁止，

原理详解

②（上市公司向不特定对象发行可转债）募集说明书约定转股价格向下修正条款的，应当同时约定：

a.转股价格修正方案须提交公司股东大会表决，且须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上同意；股东大会进行表决时，持有公司可转换债券的股东应当回避。（2020年案例分析题）

b.修正后的转股价格不低于前项规定的股东大会召开日前20个交易日该公司股票交易均价和前1交易日的均价。

（3）选择不转股的情况。可转换债券持有人不转换为股票的，上市公司应当在可转换公司债券期满后5个工作日内办理完毕偿还债券余额本息的事项。

（三）可转换债券持有人的权利保护

（1）公开发行可转换公司债券应当委托具有资格的资信评级机构进行信用评级和跟踪评级。资信评级机构每年至少公告一次跟踪评级报告。

（2）公开发行可转换公司债券应当约定保护债券持有人权利的办法，以及债券持有人会议的权利、程序和决议生效条件。有下列事项之一的，应当召开债券持有人会议：

- ①拟变更募集说明书的约定；
- ②发行人不能按期支付本息；
- ③发行人减资、合并、分立、解散或者申请破产；
- ④保证人或者担保物发生重大变化等。

（3）公开发行可转换公司债券，应当提供担保，但最近一期期末经审计的净资产不低于人民币15亿元的公司除外。（2020年案例分析题）

①提供担保的，应当为全额担保，担保范围包括债券的本金及利息、违约金、损害赔偿金和实现债权的费用。

②以保证方式提供担保的，应当为连带责任担保，且保证人最近一期经审计的净资产额应不低于其累计对外担保的金额。

提示：证券公司或上市公司不得作为发行可转债的担保人，但上市商业银行除外。

③设定抵押或质押的，抵押或质押财产的估值应不低于担保金额，估值应经有资格的资产评估机构评估。

第九节 非上市公司公众公司

非上市公司公众公司并非《公司法》规定的公司类型，而是基于《证券法》对公开发行的界定划分出来的公司类型。简言之，“非上市公司公众公司”就是在“新三板”挂牌的公司。

原理详解

“非上市公司公众公司”这一说法包含两方面内容，即“非上市公司”和“公众公司”。以下分别解释：

（1）顾名思义，“非上市公司”的说法是和“上市公司”相对而言的。在我国证券法的语境下，可以认为“上市公司”指的就是在上交所、深交所等证券交易所挂牌的公司。反之，没有在上交所、深交所等证券交易所挂牌的公司都只能是“非上市公司”。

(2) 所谓“公众公司”，指的是具有公众性的公司。上市公司的股东可以是成千上万的社会投资者，因此上市公司一定具有公众性，一般无须强调。但是部分非上市公司也可能具有公众性，其往往由于以下两类原因产生。

其一，历史原因。

即使没有上市，股份公司也可能不断发生股份转让、新股发行（增资）。股份公司的法人股东也可能发生类似股权转让、增资的情况。因此，股份公司股权的最终持有人可能越来越多。当股份公司股权的最终持有人超过200人时，就会发生一个很尴尬的状况：

一方面，这种情况构成股票公开发行，原则上须取得证监会的同意。另一方面，这种因为历史原因而“超200人”的公司往往并不符合在证券交易所公开发行股票并上市的条件，并不能真的在交易所上市。如此，难道这类股份公司只能在法律的灰色地带“苟且偷生”吗？

我国证券制度给出的处理方式是：这类公司可以申请在全国中小企业股份转让系统（即“新三板”，也称“股转系统”）挂牌，并纳入证监会的监管。通过这种折中的方式，我国证券制度对持有此类股份公司股权的投资者进行保护。

须注意，“新三板”并不属于证券交易所。

其二，主动追求。

“新三板”也是一个公开市场。虽然其交易规模、交易活跃度等各方面都不如上交所、深交所等证券交易所，但依然不失为向全体社会投资者展示公司情况的平台。因此，部分公司即使并未发生“超200人”的情况，也会主动申请在新三板挂牌。当然，这种情况主要发生在不满足证券交易所上市条件的公司身上。

以上就是我国“非上市公众公司”的主要成因。

对于第一类情况，股份公司已经通过历史上的股权转让和增资具有了公众性，在“新三板”挂牌相当于给了它一个“名分”。因此，我们在下文中将之称为“先斩后奏”型公司。

对于第二类情况，股份公司在挂牌之前并不具有公众性，通过在“新三板”挂牌获得了公众性。这类公司无法直接在证券交易所上市，因此，我们在下文中将之称为“求之不得”型公司。

一、非上市公众公司的“挂牌”（★）

所谓“挂牌”，是指股份公司将其股票放在新三板流通的过程。前已言及，非上市公众公司可分为“先斩后奏”型和“求之不得”型，二者与“挂牌”的关系是：“先斩后奏”型公司不得不在新三板挂牌，“求之不得”型公司主动要求在新三板挂牌，二者殊途同归。

（一）“先斩后奏”型公司的挂牌

股票向特定对象转让导致股东累计超过200人的股份有限公司：

- (1) 应当自上述行为发生之日起3个月内, 向中国证监会申请核准。
- (2) 如果股份公司在3个月内将股东人数降至200人以内的, 可以不提出申请。

(二) “求之不得”型公司的挂牌

股份公司申请其股票公开转让, 董事会应当依法就股票公开转让的具体方案作出决议, 并提请股东大会批准, 股东大会决议必须经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。

股东人数未超过200人的公司申请其股票公开转让的, 中国证监会豁免核准, 由全国股转系统进行审查。

【典例研习·6-22】(2019年多项选择题改编)

根据证券法律制度的规定, 下列股票发行或转让的行为中应报证监会核准或注册的有()。

- A. 非公众公司向特定对象发行股票, 发行后股东人数为200人
- B. 非公众公司申请股票以公开方式向社会公众公开转让
- C. 股份有限公司首次公开发行股票并上市
- D. 上市公司发行新股

斯尔解析 本题考查非上市公众公司的辨识, 难度较大。对于选项AB, 首先须明确的是“非公众公司”指什么。请回忆上文中的【原理详解】:

(1) 如果股份公司在上交所、深交所等证券交易所上市, 则肯定属于公众公司。

(2) 如果股份公司在新三板挂牌, 也可定属于公众公司。这类公众公司又细分为两类:

- ① “先斩后奏”型, 股东人数“超200人”, 不得不挂牌;
- ② “求之不得”型, 股东人数未“超200人”, 主动申请挂牌。

排除上述情况之后可知, 所谓“非公众公司”, 指的是既未在证券交易所上市, 也未在“新三板”挂牌, 股东人数还未“超200(即 >200)人”的股份公司。以此为前提可知:

选项A中, 该公司发行股票前后股东人数都未“超200人”, 因此, 无须纳入证监会的监管, 选项A不应选。

选项B中, 未“超200人”的股份公司申请在“新三板”挂牌只须股转系统审查即可, 无须证监会核准或者注册。因此, 选项B也不应选。

至于选项CD, 根据本章第二、三、五节介绍的知识, 该等情况均须中国证监会核准或者注册。

二、非上市公众公司定向发行股票(★)

(一) 发行方式

根据教材, 所谓“非上市公众公司定向发行股票”包含以下两种情况:

(1) 发行前不是公众公司, 向特定对象发行股票后股东累计超过200人。此时, 该公司成为“先斩后奏”型公司。

(2) 已经在“新三板”挂牌的公司(其股东可能未“超200人”)当然也可以发行股票。这类公司向特定对象发行股票也属于“非上市公众公司的定向发行”。须注意, 发行完成后, 该公司股东可能依然未“超200人”。

(二) 发行对象

所谓“定向发行”, 其突出的特点是发行对象数量确定且有限。此外, 非上市公众公司的定向发行的对象必须是下列机构或者自然人:

- (1) 公司股东；
- (2) 公司的董事、监事、高级管理人员、核心员工；
- (3) 符合投资者适当性管理规定的自然人投资者、法人投资者及其他经济组织。

提示：股票未公开转让的公司（即上述第1种“非上市公众公司定向发行”的情况）确定发行对象时，符合第（3）项规定的投资者合计不得超过35名。

（三）监管审核

非上市公众公司定向发行股票的监管审核涉及比较多情况，可通过下表进行梳理：


情形		审批程序
向特定对象发行股票后股东累计超过200人的公司 （“因为本次发行而成为非上市公众公司”）		证监会核准
股票公开转让的公众公司 （“已经成为非上市公众公司后进行本次发行”）	发行后股东 累计超过200人	全国股转系统的自律 监管意见；证监会核准
	发行后股东 累计不超过200人	全国股转系统自律管理； 豁免证监会核准

根据上表，如须中国证监会核准，中国证监会受理申请文件后，应在20个工作日内作出核准、中止审核、终止审核、不予核准的决定。

【典例研习·6-23】（2015年多项选择题改编）

根据证券法律制度的规定，股份有限公司的下列股份发行或转让活动中，无须证监会核准的有（ ）。

- A. 在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司拟向特定对象定向发行股份，发行后股东预计达到195人
- B. 因向公司核心员工转让股份导致股东累计达到220人，但在1个月内降至195人
- C. 股东累计已达195人的公司拟公开转让股份
- D. 在全国中小企业股份转让系统挂牌的公司拟向特定对象定向发行股份，发行后股东预计超过200人

 **斯尔解析** 本题考查与非上市公众公司有关的股票发行，难度较大。

选项A中，“新三板”挂牌公司定向发行前后股东人数均未超过200人，因此，该次发行可以豁免中国证监会核准。

选项B中，该公司既未主动申请在“新三板”挂牌，也未满足“先斩后奏”型公司的条件。因此，该次发行无须中国证监会核准。

选项C中，所谓“拟公开转让股份”指的就是主动申请在“新三板”挂牌。由于该公司股东人数未超过200人，该行为无须中国证监会核准。

选项D中，“新三板”挂牌公司定向发行后股东人数超过200人，该次发行须经中国证监会核准。

综上，本题应选择选项ABC。

 **陷阱提示** 做这类题目时须关注两点：

第一，要把题目看明白，准确理解题干或者选项到底指哪种情况。

第二，在监管审核的问题上可以把握一条简单的原则：只要发行结束后股东人数“超200人”，即须中国证监会核准。

三、非上市公司“转板”

在全国股转系统挂牌的公司，达到股票上市条件的，可以直接向证券交易所申请上市交易。

第十节 证券违法行为

一、虚假陈述（★★★）

（一）虚假陈述行为的界定与分类

1. 虚假陈述行为的界定

可被界定为虚假陈述的行为	行为说明
虚假记载	指信息披露义务人披露的信息中对相关财务数据进行重大不实记载，或者对其他重要信息作出与真实情况不符的描述
误导性陈述	指信息披露义务人披露的信息隐瞒了与之相关的部分重要事实，或者未及时披露相关更正、确认信息，致使已经披露的信息因不完整、不准确而具有误导性
重大遗漏	指信息披露义务人违反关于信息披露的规定，对重大事件或者重要事项等应当披露的信息未予披露
未按照规定披露信息	指信息披露义务人未按照规定的期限、方式等要求及时、公平披露信息

2. 虚假陈述行为的分类

分类标准	具体类型	是否适用《虚假陈述民事赔偿规定》
根据披露信息分类	“硬信息”披露中的虚假陈述	适用
	“软信息”披露中的虚假陈述	<p>（1）原则上不适用：原告以信息披露文件中的盈利预测、发展规划等预测性信息与实际经营情况存在重大差异为由主张发行人实施虚假陈述的，人民法院不予支持；</p> <p>（2）以下三种特殊情形下适用：</p> <p>①信息披露文件未对影响该预测实现的重要因素进行充分风险提示的；</p> <p>②预测性信息所依据的基本假设、选用的会计政策等编制基础明显不合理的；</p> <p>③预测性信息所依据的前提发生重大变化时，未及时履行更正义务的</p>

续表

分类标准	具体类型	是否适用《虚假陈述民事赔偿规定》
根据诱导方向分类	诱多型虚假陈述（行为人发布虚假的利多消息，或隐瞒实质的利空消息不予公布或不及时公布）	适用
	诱空型虚假陈述（指行为人发布虚假的消极利空消息，或者隐瞒实质性的利好消息不予公布、不及时公布等）	适用
根据披露义务人分类	积极信息披露义务人（指按照证券法律制度规定负有积极的、明确的信息披露义务的主体）的虚假陈述行为	适用
	消极信息披露义务人（根据证券法律制度并不负有信息披露义务的主体）的行为	其行为均不适用，具体来说： （1）沉默：不构成虚假陈述，因其并没有法定义务披露； （2）将相关信息予以公开：不构成法定的信息披露，而是信息泄露； （3）主动编造、传播虚假信息或误导性信息：属于编造、传播虚假信息或者误导性信息行为，也不适用《虚假陈述民事赔偿规定》
根据发生场所	信息披露义务人在证券交易场所发行、交易证券过程中实施的虚假陈述	适用
	信息披露义务人在区域性股权市场中发生的虚假陈述	参照适用

（二）虚假陈述的行政责任

作为一种严重的违法行为，虚假陈述既可能引起行政责任，也可能引起民事赔偿责任。在此，我们先介绍虚假陈述的行政责任。

1. 承担行政责任的主体

为了理解上的便利，我们假设某上市公司的年度报告中存在虚假陈述。该情况下，该上市公司自己就是信息披露义务人。对于其虚假陈述行为，可能承担行政责任的主体有三类。

（1）信息披露义务人。

①信息披露义务人未依法报送有关报告或者履行信息披露义务的，责令改正，给予警告，并处以50万元以上500万元以下的罚款。

②信息披露义务人报送的报告或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，责令改正，给予警告，并处以100万元以上1 000万元以下的罚款。

(2) 相关个人。

①信息披露义务人未按照本法规定报送有关报告或者履行信息披露义务的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以20万元以上200万元以下的罚款。

②信息披露义务人报送的报告或者披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告，并处以50万元以上500万元以下的罚款。

从上述规定可知，因为虚假陈述行为承担行政责任的个人必须是“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”。在这两类人员的认定上，须注意：

人员类型	法律规定	认定原则
信息披露义务人的董监高	应当视情形认定其为直接负责的主管人员或者其他直接责任人员承担行政责任，但其能够证明已尽忠实、勤勉义务，没有过错的除外	默认承担责任，除非能自证清白
其他人员	如果确有证据证明其行为与信息披露违法行为具有直接因果关系，包括实际承担或者履行董事、监事或者高级管理人员的职责，组织、参与、实施了公司信息披露违法行为或者直接导致信息披露违法的，应当视情形认定其为直接负责的主管人员或者其他直接责任人员	默认不承担责任，除非“罪证”确凿

(3) 信息披露义务人的控股股东、实际控制人

①如有证据证明因信息披露义务人受控股股东、实际控制人指使，未按照规定披露信息，或者所披露的信息有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏的，在认定信息披露义务人责任的同时，应当认定信息披露义务人控股股东、实际控制人的信息披露违法责任。

②控股股东、实际控制人直接授意、指挥从事信息披露违法行为，或者隐瞒应当披露信息、不告知应当披露信息的，应当认定控股股东、实际控制人指使从事信息披露违法行为。

提示：信息披露义务人的控股股东、实际控制人是法人的，其负责人应当认定为直接负责的主管人员。

2.行政责任的裁量

(1) 不予处罚的情形。

特点	情况
当场反对 有迹可循	当事人对认定的信息披露违法事项提出具体异议记载于董事会、监事会、公司办公会会议记录等，并在上述会议中投反对票
非不为也 实不能也	当事人在信息披露违法事实所涉及期间，由于不可抗力、失去人身自由等无法正常履行职责
及时报告 且非首恶	对公司信息披露违法行为不负有主要责任的人员在公司信息披露违法行为发生后及时向公司和证券交易所、证券监管机构报告等

(2) 不得单独作为不予处罚情形(考试重点)。

特点	情况
“领空饷”	不直接从事经营管理
能力不行	①能力不足、无相关职业背景;(2017年案例分析题) ②任职时间短、不了解情况
未独立判断	①相信专业机构或者专业人员出具的意见和报告; ②受到股东、实际控制人控制或者其他外部干预

命题角度: 虚假陈述行为发生后, 证券服务机构的行政责任。

注册会计师中的相当一部分将服务于证券行业。注会考试在近年来也越来越多地涉及证券服务机构(包括律师事务所、会计师事务所等)在虚假陈述案件中的责任(2017年、2021年案例分析题)。因此, 无论出于考试还是执业, 请同学们务必记住如下规定。

证券服务机构未勤勉尽责, 所制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或重大遗漏的:

(1) 责令改正, 没收业务收入, 并处以业务收入1倍以上10倍以下的罚款, 没有业务收入或者业务收入不足50万元的, 处以50万元以上500万元以下的罚款; 情节严重的, 并处暂停或者禁止从事证券服务业务。

(2) 对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予警告, 并处以20万元以上200万元以下的罚款。

解题高手

(三) 虚假陈述的刑事责任

《刑法》分别针对发行时虚假陈述行为和上市公司的虚假陈述行为, 规定了两种不同的罪名, 欺诈发行股票、债券罪和违规披露、不披露重要信息罪。

(四) 虚假陈述的民事责任

虚假陈述的民事责任主要体现在相关责任人应对虚假陈述的受害者(即相关的证券投资者)进行赔偿, 其中涉及的主要事项如下。

1. 民事责任承担主体

(1) 主要责任主体。

主体	责任类型	说明
发行人	无过错责任	应当承担赔偿责任
发行人的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员以及保荐人、承销的证券公司及其直接责任人员	过错推定责任	应当与发行人承担连带赔偿责任, 但是能够证明自己没有过错的除外

续表

主体	责任类型	说明
证券服务机构	过错推定责任	其制作、出具的文件有虚假记载、误导性陈述或者重大遗漏，给他人造成损失的，应当与发行人、上市公司承担连带赔偿责任，但是能够证明自己没有过错的除外

【典例研习·6-25】（2016年单项选择题）

证券监管部门调查发现，1年前在证券交易所挂牌上市的甲公司在首次公开发行股票过程中存在虚假陈述行为，并对投资者造成经济损失。乙系甲公司董事长。根据证券法律制度的规定，下列关于乙就甲公司虚假陈述行为所致投资者损失承担赔偿责任的表述中，正确的是（ ）。

- A. 无论乙有无过错，均须承担赔偿责任
- B. 无论乙有无过错，均不承担赔偿责任
- C. 乙须承担赔偿责任，除非能够证明自己没有过错
- D. 只有当投资者证明乙有过错时，乙才承担赔偿责任

💡 斯尔解析 本题考查虚假陈述中民事责任的承担。简言之：

（1）信息披露义务人（往往是上市公司）自己不管有无过错，都要承担民事赔偿责任；

（2）除此之外，其他相关主体默认承担民事赔偿责任，除非能自证没有过错（例如，证券服务机构证明自己在执业过程中已经勤勉尽责）。本题中，乙系甲公司董事长，显然属于第（2）种情况，因此本题应选择选项C。

（2）相关责任人证明“自己没有过错”的方式。

相关责任人	证明方式
发行人的董事、监事、高级管理人员和其他直接责任人员	发行人的董事、监事、高级管理人员依照法律规定，以书面方式发表附具体理由的意见并依法披露的，人民法院可以认定其主观上没有过错，但在审议、审核信息披露文件时投赞成票的除外（书面发表意见+披露+投反对票）
独立董事、外部监事和职工监事	①在签署相关信息披露文件之前，对不属于自身专业领域的相关具体问题，借助会计、法律等专门职业的帮助仍然未能发现问题的； ②在揭露日或更正日之前，发现虚假陈述后及时向发行人提出异议并监督整改或者向证券交易场所、监管部门书面报告的； ③在独立意见中对虚假陈述事项发表保留意见、反对意见或者无法表示意见并说明具体理由的，但在审议、审核相关文件时投赞成票的除外；

【典例研习】答案：

6-25：C

续表

相关责任人	证明方式
独立董事、外部监事和职工监事	<p>④因发行人拒绝、阻碍其履行职责，导致无法对相关信息披露文件是否存在虚假陈述作出判断，并及时向证券交易场所、监管部门书面报告的；</p> <p>⑤能够证明勤勉尽责的其他情形</p>
保荐机构、承销机构等机构及其直接责任人员	<p>①已经按照法律、行政法规、监管部门制定的规章和规范性文件、相关行业执业规范的要求，对信息披露文件中的相关内容进行了审慎尽职调查；</p> <p>②对信息披露文件中没有证券服务机构专业意见支持的重要内容，经过审慎尽职调查和独立判断，有合理理由相信该部分内容与真实情况相符；</p> <p>③对信息披露文件中证券服务机构出具专业意见的重要内容，经过审慎核查和必要的调查、复核，有合理理由排除了职业怀疑并形成合理信赖</p>
证券服务机构	<p>证券服务机构依赖保荐机构或者其他证券服务机构的基础工作或者专业意见致使其出具的专业意见存在虚假陈述，能够证明其对所依赖的基础工作或者专业意见经过审慎核查和必要的调查、复核，排除了职业怀疑并形成合理信赖的，人民法院应当认定其没有过错</p>
会计师事务所	<p>①按照执业准则、规则确定的工作程序和核查手段并保持必要的职业谨慎，仍未发现被审计的会计资料存在错误的；</p> <p>②审计业务必须依赖的金融机构、发行人的供应商、客户等相关单位提供不实证明文件，会计师事务所保持了必要的职业谨慎仍未发现的；</p> <p>③已对发行人的舞弊迹象提出警告并在审计业务报告中发表了审慎审计意见的；</p> <p>④能够证明没有过错的其他情形</p>

(3) 特殊情形下的责任承担。

情形	详情	责任承担
“幕后黑手”	发行人虚假陈述的发生是源于其控股股东、实际控制人的组织、指使	原告可越过发行人直接以该控股股东、实际控制人为被告请求由其承担赔偿责任
“霸王条款”	证券公司与发行人签订协议，约定如若发生虚假陈述民事赔偿而致证券公司承担责任，由发行人对其进行补偿	保荐机构、承销机构等责任主体以存在约定为由，请求发行人或者其控股股东、实际控制人补偿其因虚假陈述所承担的赔偿责任的，人民法院不予支持

续表

情形	详情	责任承担
“遇人不淑”	公司重大资产重组的交易对方所提供的信息不符合真实、准确、完整的要求，导致公司披露的相关信息存在虚假陈述	原告起诉请求判令该交易对方与发行人等责任主体赔偿由此导致的损失的，人民法院应当予以支持
“蛇鼠一窝”	有证据证明发行人的供应商、客户，以及为发行人提供服务的金融机构等明知发行人实施财务造假活动，仍然为其提供相关交易合同、发票、存款证明等予以配合，或者故意隐瞒重要事实致使发行人的信息披露文件存在虚假陈述	原告起诉请求判令其与发行人等责任主体赔偿由此导致的损失的，人民法院应当予以支持

2. 交易因果关系的推定（2016年、2017年、2020年、2021年案例分析题）

【典例研习 · 6-26】

为了叙述的方便，我们举一个最“简单粗暴”的例子。

甲公司是上市公司，其于2月1日发布公告，声称自己取得了一项重要的专利。据悉，该项专利可以令甲公司产生提升一倍。该公告发布后，市场马上做出反应，甲公司股价连续上涨，从该信息发布前的5元/股一度涨到10元/股。

好景不长，5月1日，甲公司发布公告，称由于其涉嫌信息披露违法，中国证监会已经对其立案调查。该消息发布后，甲公司股价大跌，一路跌至4元/股。

以下投资者均因买卖甲公司股票遭受损失，其各自买卖甲公司股票的情况分别如下：

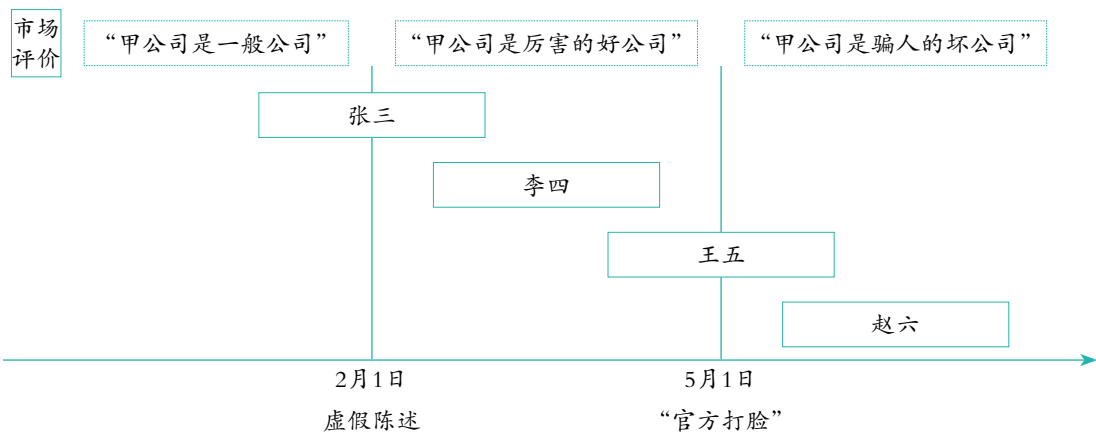
（1）张三：在1月5日买入1 000股，买入价为7元/股；在2月5日全部卖出，卖出价为6.5元/股。

（2）李四：在3月15日买入1 000股，买入价为9元/股；在4月1日全部卖出，卖出价为8.5元/股。

（3）王五：在2月15日买入1 000股，买入价为8元/股；在6月1日全部卖出，卖出价为5元/股。

（4）赵六：在5月30日买入1 000股，买入价为6元/股；在6月25日全部卖出，卖出价为4元/股。

下图看起来可能更加直观：



上述四人当中只有在虚假陈述之后、“官方打脸”之前买入甲公司股票，并且，在“官方打脸”之后遭受损失的投资者（即“王五”），其损失才与甲公司的虚假陈述行为有因果关系。

具体而言，我们作出上述结论时，其实进行了两步判断：其一是判断“王五在2月15日操作股票账户，是不是因为被甲公司虚假陈述这一谎言欺骗了？”，其二是需要通过计算来判断“王五此后是否发生了投资损失，该投资损失是不是由甲公司虚假陈述这一谎言而带来的？”。下面，我们首先来看如何作出第一步的判断，即交易因果关系的推定。

（1）三个重要时点的认定。

时点	含义	认定标准
虚假陈述实施日	指信息披露义务人作出虚假陈述或者发生虚假陈述之日	①信息披露义务人在证券交易场所的网站或者符合监管部门规定条件的媒体上公告发布具有虚假陈述内容的信息披露文件，以披露日为实施日； ②通过召开业绩说明会、接受新闻媒体采访等方式实施虚假陈述的，以该虚假陈述的内容在具有全国性影响的媒体上首次公布之日为实施日； ③信息披露文件或者相关报导内容在交易日收市后发布的，以其后的第一个交易日为实施日； ④因未及时披露相关更正、确认信息构成误导性陈述，或者未及时披露重大事件或者重要事项等构成重大遗漏的，以应当披露相关信息期限届满后的第一个交易日为实施日

续表

时点	含义	认定标准
虚假陈述揭露日	指虚假陈述在具有全国性影响的报刊、电台、电视台或监管部门网站、交易场所网站、主要门户网站、行业知名的自媒体等媒体上，首次被公开揭露并为证券市场知悉之日	除当事人有相反证据足以反驳外，下列日期应当认定为揭露日： ①监管部门以涉嫌信息披露违法为由对信息披露义务人立案调查的信息公开之日； ②证券交易场所等自律管理组织因虚假陈述对信息披露义务人等责任主体采取自律管理措施的信息公布之日
虚假陈述更正日	指信息披露义务人在证券交易场所网站或者符合监管部门规定条件的媒体上，自行更正虚假陈述之日	—

(2) 推定交易因果关系成立的条件。

①信息披露义务人实施了虚假陈述；

②原告交易的是与虚假陈述直接关联的证券；

③原告在虚假陈述实施日之后、揭露日或更正日之前实施了相应的交易行为，即在诱多型虚假陈述中买入了相关证券，或者在诱空型虚假陈述中卖出了相关证券。

(3) 可以反证因果关系不成立的情形。

①原告的交易行为发生在虚假陈述实施前，或者是在揭露或更正之后；

②原告在交易时知道或者应当知道存在虚假陈述，或者虚假陈述已经被证券市场广泛知悉；

③原告的交易行为是受到虚假陈述实施后发生的上市公司的收购、重大资产重组等其他重大事件的影响；

④原告的交易行为构成内幕交易、操纵证券市场等证券违法行为的；

⑤原告的交易行为与虚假陈述不具有交易因果关系的其他情形。

3. 损失及损失因果关系的证明

(1) 损失的认定范围：信息披露义务人在证券发行市场或交易市场承担民事赔偿责任的范围，以原告因虚假陈述而实际发生的损失为限。原告实际损失包括投资差额损失、投资差额损失部分的佣金和印花税。

(2) 四种行为模式下损失的计算（判断有多少损失与虚假陈述行为有因果关系）。

实施日→揭露日或更正日的行为	揭露日或更正日→基准日的行为	损失计算公式
买入	卖出	(买入均价-卖出均价) × 卖出数量
买入	未卖出	(买入均价-基准价格) × 未卖出数量



续表

实施日→揭露日 或更正日的行为	揭露日或更正日→ 基准日的行为	损失计算公式
卖出	买回	(买回均价-卖出均价)×买回数量
卖出	未买回	(基准价格-卖出均价)×未买回数量

提示：上表中涉及到的基准日和基准价格的计算十分复杂，可以简化解理解为“东窗事发”之后、负面影响释放之后的交易日和交易价格。

(3) 对损失的抗辩。

被告能够举证证明原告的损失部分或者全部是由他人操纵市场、证券市场的风险、证券市场特定事件的过度反应、上市公司内外部经营环境等其他因素所导致的，对其关于相应减轻或者免除责任的抗辩，人民法院应当予以支持。

(五) 虚假陈述的民事诉讼

前已言及，虚假陈述可能引起行政责任和民事责任。对于行政责任，中国证监会作为行政机关可以使用其行政权力予以追责；但对于民事责任，广大社会投资者只能通过诉讼方式请求赔偿。

其中涉及的一个重要问题是：这类民事诉讼是否要以证监会的行政处罚决定书（甚至是法院的生效有罪判决）作为起诉的前提呢？

对此，监管的态度是：

(1) 中国证监会的行政处罚决定书、法院的生效有罪判决并不是启动这类民事诉讼的必要前置条件；（2021年案例分析题）

(2) 无论有无行政处罚或生效刑事判决，法院都应在民事诉讼程序中对诉争信息是否构成“重大性”进行司法判断。

目前我国虚假陈述民事诉讼的诉讼方式主要表现为三种：投资者的单独诉讼、普通代表人诉讼以及特别代表人诉讼。值得重点介绍的是第二、三种诉讼方式。

1. 普通代表人诉讼

投资者提起虚假陈述等证券民事赔偿诉讼时，诉讼标的是同一种类，且当事人一方人数众多的，可以依法推选代表人进行诉讼。

(1) 适用条件：

①原告一方人数10人以上，起诉符合民事诉讼法规定和共同诉讼条件；

②起诉书中确定2至5名拟任代表人且符合代表人条件；

③原告提交初步证据（如有关行政处罚决定、刑事裁判文书、被告自认材料、证券交易所和国务院批准的其他全国性证券交易场所等给予的纪律处分或者采取的自律管理措施等）。

(2) “明示加入”。

对按照上述规定提起的诉讼，可能存在有相同诉讼请求的其他众多投资者的，人民法院可以发出公告，说明该诉讼请求的案件情况，通知投资者在一定期间向人民法院登记。

人民法院作出的判决、裁定，仅对参加登记的投资者发生法律效力。

2. 特别代表人诉讼

投资者保护机构受50名以上投资者委托，可以作为代表人参加诉讼，并为经证券登记结算机构确认的权利人依照前款规定向人民法院登记，但投资者明确表示不愿意参

加该诉讼的除外（“默认加入、明示退出”）。

（1）对于声明退出的投资者，人民法院不再将其登记为特别代表人诉讼的原告，该投资者可以另行起诉。

（2）诉讼过程中由于声明退出等原因导致明示授权投资者的数量不足50名的，不影响投资者保护机构的代表人资格。

（3）特别代表人诉讼案件，由涉诉证券集中交易的证券交易所、国务院批准的其他全国性证券交易场所所在地的中级人民法院或者专门人民法院管辖。

【典例研习·6-27】（2021年多项选择题）


据证券法律制度的规定，下列关于特别代表人诉讼的表述中，正确的有（ ）。

A. 诉讼过程中由于声明退出等原因导致明示授权投资者的数量不足五十名的，不影响投资者保护机构的代表人资格

B. 声明退出的投资者，可另行起诉

C. 特别代表人诉讼案件由交易场所所在地中级人民法院或专门人民法院管辖

D. 公益律师担任特别代表人诉讼中的代表人

 **斯尔解析** 本题考查特别代表人诉讼，但是难度不大。选项ABC均符合上述法律规定。至于选项D，在特别代表人诉讼中，这个“特别代表人”只能是投资者保护机构，公益律师并不能作为特别代表人。因此，选项D不应选。

3. 虚假陈述民事诉讼的诉讼时效

（1）虚假陈述民事诉讼的诉讼时效起算。

当事人主张以揭露日或更正日起算诉讼时效的，人民法院应当予以支持。揭露日与更正日不一致的，以在先的为准。

（2）虚假陈述民事诉讼的诉讼时效中断。

①被告角度：对于虚假陈述责任人中的一人发生诉讼时效中断效力的事由，应当认定对其他连带责任人发生诉讼时效中断的效力。

②原告角度：

a. 在诉讼时效期间内，部分投资者向人民法院提起人数不确定的普通代表人诉讼的，人民法院应当认定该起诉行为对所有具有同类诉讼请求的权利人发生时效中断的效果；

b. 在普通代表人诉讼中，未向人民法院登记权利的投资人，其诉讼时效自权利登记期间届满后重新开始计算；

c. 向人民法院登记权利后申请撤回权利登记的投资人，其诉讼时效自撤回权利登记之次日重新开始计算；

d. 投资者保护机构作为代表人参加诉讼后，投资人声明退出诉讼的，其诉讼时效自声明退出之次日起重新开始计算。

二、内幕交易（★★★）

内幕交易指证券交易内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人，在内幕信息公开前，买卖证券，建议他人买卖证券，或者将内幕信息泄露给他人，接受内幕信息者依此买卖证券。

（一）内幕交易的行为主体

内幕交易的行为主体有两类：内幕信息的知情人和非法获取内幕信息的人。其具体认定标准如下：

1.内幕信息知情人

分类	明细
上市公司内部	(1) 发行人的董事、监事、高级管理人员； (2) 发行人控股或者实际控制的公司及其董事、监事、高级管理人员； (3) 由于所任公司职务可以获取公司有关内幕信息的人员
上市公司股东	(1) 持有公司5%以上股份的股东及其董事、监事、高级管理人员； (2) 公司的实际控制人及其董事、监事、高级管理人员； (3) 上市公司收购人及其控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员
交易对方	(1) 因与公司业务往来可以获取公司有关内幕信息的人员； (2) 上市公司重大资产交易方及其控股股东、实际控制人、董事、监事和高级管理人员
中介机构	因职务、工作可以获取内幕信息的证券登记结算机构、证券公司、证券服务机构的有关人员
监管机构	(1) 因职务、工作可以获取内幕信息的证券交易场所的有关人员； (2) 因职责、工作可以获取内幕信息的证券监督管理机构工作人员； (3) 因法定职责对证券的发行、交易或者对上市公司及其收购、重大资产交易进行管理可以获取内幕信息的有关主管部门、监管机构（如国资委、反垄断局等）的工作人员

2.非法获取证券内幕信息的人员

(1) 明确的非法获取。利用窃取、骗取、套取、窃听、利诱、刺探或者私下交易等手段获取内幕信息的人员。

(2) 有非法获取的嫌疑。以下情况发生时，如相关交易行为明显异常，且无正当理由或者正当信息来源的，应认定相关人员为“非法获取证券内幕信息的人员”：

①内幕信息知情人员的近亲属或者其他与内幕信息知情人员关系密切的人员，在内幕信息敏感期内，从事或者明示、暗示他人从事，或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易。（2019年案例分析题）

②在内幕信息敏感期内，与内幕信息知情人员联络、接触，从事或者明示、暗示他人从事，或者泄露内幕信息导致他人从事与该内幕信息有关的证券、期货交易。

提示：上述所谓“相关交易行为明显异常”，要综合以下情形，从时间吻合程度、交易背离程度和利益关联程度等方面予以认定。

关键词	具体情形
太过凑巧	①开户、销户、激活资金账户或者指定交易（托管）、撤销指定交易（转托管）的时间与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致。 ②资金变化与该内幕信息形成、变化、公开时间基本一致。 ③买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与内幕信息的形成、变化和公开时间基本一致。（2018年案例分析题） ④买入或者卖出与内幕信息有关的证券、期货合约时间与获悉内幕信息的时间基本一致

续表

关键词	具体情形
反常离奇	①买入或者卖出证券、期货合约行为明显与平时交易习惯不同的。 ②买入或者卖出证券、期货合约行为，或者集中持有证券、期货合约行为与该证券、期货公开信息反映的基本面明显背离的
有利可图	账户交易资金进出与该内幕信息知情人员或者非法获取人员有关联或者利害关系的

（二）内幕信息的认定

在内容上，内幕信息的范围与须披露临时报告的重大事件的范围相同。（2019年、2020年案例分析题）

（三）内幕交易的行为模式

1.内幕交易行为在时间上的前提

内幕交易只能发生在内幕信息产生至公开之间的这段时间内，这段时间被称为“内幕信息敏感期”。具体而言，敏感期的起止时间可通过以下标准判断：

时点	判断标准
起点	（1）重大事件中涉及的“计划”“方案”等的形成时间，应当认定为内幕信息的形成之时。 （2）影响内幕信息形成的动议、筹划、决策或者执行人员，其动议、筹划、决策或者执行初始时间，应当认定为内幕信息的形成之时（2016年、2018年、2019年案例分析题）
终点	内幕信息的公开指内幕信息在国务院证券、期货监督管理机构指定的报刊、网站等媒体披露

【典例研习·6-28】（2018年案例分析题改编）

林森木业是在深圳证券交易所挂牌的上市公司。林木集团系林森木业控股股东，持股比例为45%。

2016年10月27日，人民法院裁定受理林木集团的破产重整申请。2017年5月，林木集团第一大股东赵某与新民投资开始实质性磋商，由新民投资以向林木集团注资的方式参与重整。

2017年9月18日，新民投资与赵某等林木集团股东签署重组框架协议。9月21日，林森木业对该重组框架协议签订事宜予以公告。

经查，新民投资副董事长李某于2017年9月15日以每股7.8元的价格买入林森木业10万股。此时，虽然重组框架协议尚未签署，林木集团重整计划草案能否获得通过也不确定，但已经满足“动议、筹划”的条件，该事项已经构成内幕信息。相应地，李某购入林森木业股票的行为构成内幕交易。

2.内幕交易的具体行为表现

（1）自行买卖：行为人在内幕信息敏感期内，自行买卖与内幕信息直接相关的发行人的证券。

（2）建议买卖：行为人在内幕信息敏感期内，（明示或暗示）建议他人买卖与内幕信息直接相关的发行人证券。具体构成要件包括：

- ①建议人为内幕信息知情人或非法获取内幕信息的人；
- ②建议人推荐、劝说或怂恿他人买卖证券；
- ③被建议人知道或应当知道建议人掌握内幕信息；
- ④建议行为导致了相关证券的买卖行为。

(3) 泄露内幕信息：行为人在内幕信息敏感期内，泄露内幕信息（并导致他人买卖），而不论其泄露时的主观状态。具体构成要件包括：

- ①有泄露行为（包括非法获取内幕信息的人再次进行“信息传递”，但合法履行义务或职责的除外）；
- ②信息接收者知道或应当知道其接受的信息是内幕信息（信息传递的次数和层级不影响内幕交易构成）。

提示：如果信息接收者仅仅只是单纯接收信息，既未再次泄露、亦未自行买卖或建议他人买卖行为，则不属于内幕交易、泄露内幕信息的范畴。（2019年案例分析题）

3. 不构成“内幕交易罪”的情况

根据相关司法解释，以下行为不被认定为“内幕交易罪”：

- (1) 持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有上市公司5%以上股份的自然
人、法人或者其他组织收购该上市公司股份的（换句话说，在该次收购之前就已经达到
5%的持股比例）；（2019年案例分析题）
- (2) 按照事先订立的书面合同、指令、计划从事相关证券、期货交易的；
- (3) 依据已被他人披露的信息而交易的；
- (4) 交易具有其他正当理由或者正当信息来源的。

（四）与内幕交易相关的违法行为

1. 短线交易

上市公司、股票在国务院批准的其他全国性证券交易场所交易的公司（如“新三板”挂牌公司）的董事、监事、高级管理人员、持有或者通过协议、其他安排与他人共同持有该公司股份5%以上的股东，将其持有的该公司的股票或者其他具有股权性质的证券在买入后6个月内卖出，或者在卖出后6个月内又买入，由此所得收益归该公司所有。

- (1) 行为主体：上市公司、新三板挂牌公司的董监高、大股东（持股5%以上）。

提示：上述董事、监事、高级管理人员，以及自然人股东的配偶、父母、子女持有的及利用他人账户持有的股票或者其他具有股权性质的证券也应纳入考虑。

- (2) 行为模式：“买卖间隔不超过6个月”（无论“先买后卖”还是“先卖后买”）。（2012年案例分析题）

提示：为了避免“误伤”，法律特别明确，证券公司因包销购入售后剩余股票而持有5%以上股份的情况不属于短线交易。

- (3) 法律后果：短线交易所得收益归该上市公司所有，公司董事会应当收回该等所得收益。（2018年案例分析题）

①公司董事会不收回的，股东有权要求董事会在30日内执行，负有责任的董事依法承担连带责任。

②公司董事会未在上述期限内执行的，股东有权为了公司的利益以自己的名义直接向人民法院提起诉讼。

【典例研习·6-29】（2018年单项选择题）

甲为某上市公司董事。2018年1月8日和22日，甲通过其配偶的证券账户以20元/股

和21元/股的价格先后买入本公司股票2万股和4万股。同年7月9日，甲以22元/股的价格将6万股全部卖出。根据证券法律制度的规定，甲通过上述交易所得收益中，应当收归公司所有的金额是（ ）万元。

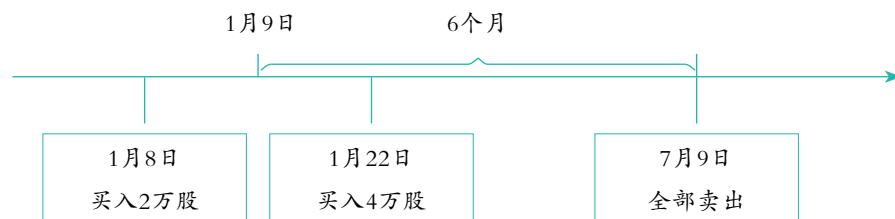
- A.0 B.2 C.4 D.6

斯尔解析 本题考查短线交易，具有一定综合性。

首先，在辨识短线交易时，行为人通过其配偶、父母、子女持有的及利用他人账户持有的股票也应纳入考虑。因此，本题中甲及其配偶账户中的股票应一并考虑。

然后，所谓“应当收归公司所有的金额”就是短线交易的全部收益。

明确上述前提之后，再开始计算甲实施短线交易的收益。甲买卖该公司股票的时间顺序请见下图：



由上图可知，只有1月22日买入的4万股距其卖出时间（即7月9日）不足6个月。因此，甲通过内幕交易所得收益=（22元/股-21元/股）×40 000股=40 000（元）因此本题应选择选项C。

2.利用未公开信息交易（“老鼠仓”行为）

（1）利用未公开信息交易行为的概念。

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

（2）“老鼠仓”行为与内幕交易行为的区别。

①主体范围不同。

“老鼠仓”行为主体特定，主要是证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构和其他金融机构的从业人员、有关监管部门或者行业协会的工作人员；而内幕交易主体虽然主要表现为“内部人”，但根据现行规定，只要其处于“内幕信息知情人”的位置，或处于信息传递链中，其相关交易行为明显异常，且无正当理由或者正当信息来源的，都可能被推定为从事了内幕交易。

②所利用信息不同。

“老鼠仓”行为利用的是内幕信息以外的其他未公开的信息；而内幕交易利用的是“涉及发行人的经营、财务”的具有重大性且未公开的信息。

三、操纵市场（★）

禁止任何人以下列手段操纵证券市场，影响或者意图影响证券交易价格或者证券交易量。操纵证券市场行为给投资者造成损失的，行为人应当依法承担赔偿责任。

（1）单独或者通过合谋，集中资金优势、持股优势或者利用信息优势联合或者连续买卖，操纵证券交易价格或者证券交易量。

(2) 与他人串通,以事先约定的时间、价格和方式相互进行证券交易,影响证券交易价格或者证券交易量。

(3) 在自己实际控制的账户之间进行证券交易,影响证券交易价格或者证券交易量。(2021年案例分析题)

(4) 不以成交为目的,频繁或者大量申报并撤销申报。

(5) 利用虚假或者不确定的重大信息,诱导投资者进行证券交易。(2020年案例分析题)

(6) 对证券、发行人公开作出评价、预测或者投资建议,并进行反向证券交易。

(7) 利用在其他相关市场的活动操纵证券市场。

(8) 操纵证券市场的其他手段。

提示:一般来说,我们讲到法律的列举规定中最后一项兜底规定时都会略过。但特别的是,教材对于上述“以其他手段操纵证券市场”的行为举了一个例子。在赵喆操纵证券交易价格案中,法院认定被告人“利用修改计算机信息系统存储数据的方法”,人为操纵股票价格,构成了“以其他手段操纵证券市场”。其要点在于,行为人“修改计算机信息系统存储数据”。

【典例研习·6-30】(2015年单项选择题)

汪某为某知名证券投资咨询公司负责人。该公司经常在重要媒体和互联网平台免费公开发布咨询报告,并向公众推荐股票。汪某多次将其本人已经买入的股票在公司咨询报告中予以推荐,并于咨询报告发布后将股票卖出。根据证券法律制度的规定,汪某的行为涉嫌()。

A. 虚假陈述 B. 内幕交易 C. 操纵市场 D. 欺诈客户

斯尔解析 本题考查“操纵市场”行为的辨识。所谓“对证券、发行人公开作出评价、预测或者投资建议,并进行反向证券交易”,本题所述情况即是一例。

汪某具有一定影响力,把某股票吹得天花乱坠,可他不买,等股价上去之后反倒把这只股票给卖了,然后打捞一笔。说白了,这不就是“忽悠”吗?把别人忽悠瘸了,他来赚钱。

当然了,这种违法行为也是有门槛的。如果汪某影响力不足,也忽悠不动市场。

四、编造、传播虚假信息(★)

编造、传播虚假信息或者误导性信息,给投资者造成损失的,行为人应当依法承担赔偿责任。(2020年案例分析题)

相关主体包括:

主体	规则
一般主体	禁止任何单位和个人编造、传播虚假信息或者误导性信息,扰乱证券市场
行业主体	禁止证券交易场所、证券公司、证券登记结算机构、证券服务机构及其从业人员,证券业协会、证券监督管理机构及其工作人员,在证券交易活动中作出虚假陈述或者信息误导
传播媒介	各种传播媒介传播证券市场信息必须真实、客观,禁止误导。传播媒介及其从事证券市场信息报道的工作人员不得从事与其工作职责发生利益冲突的证券买卖(2020年案例分析题)

闯关地图

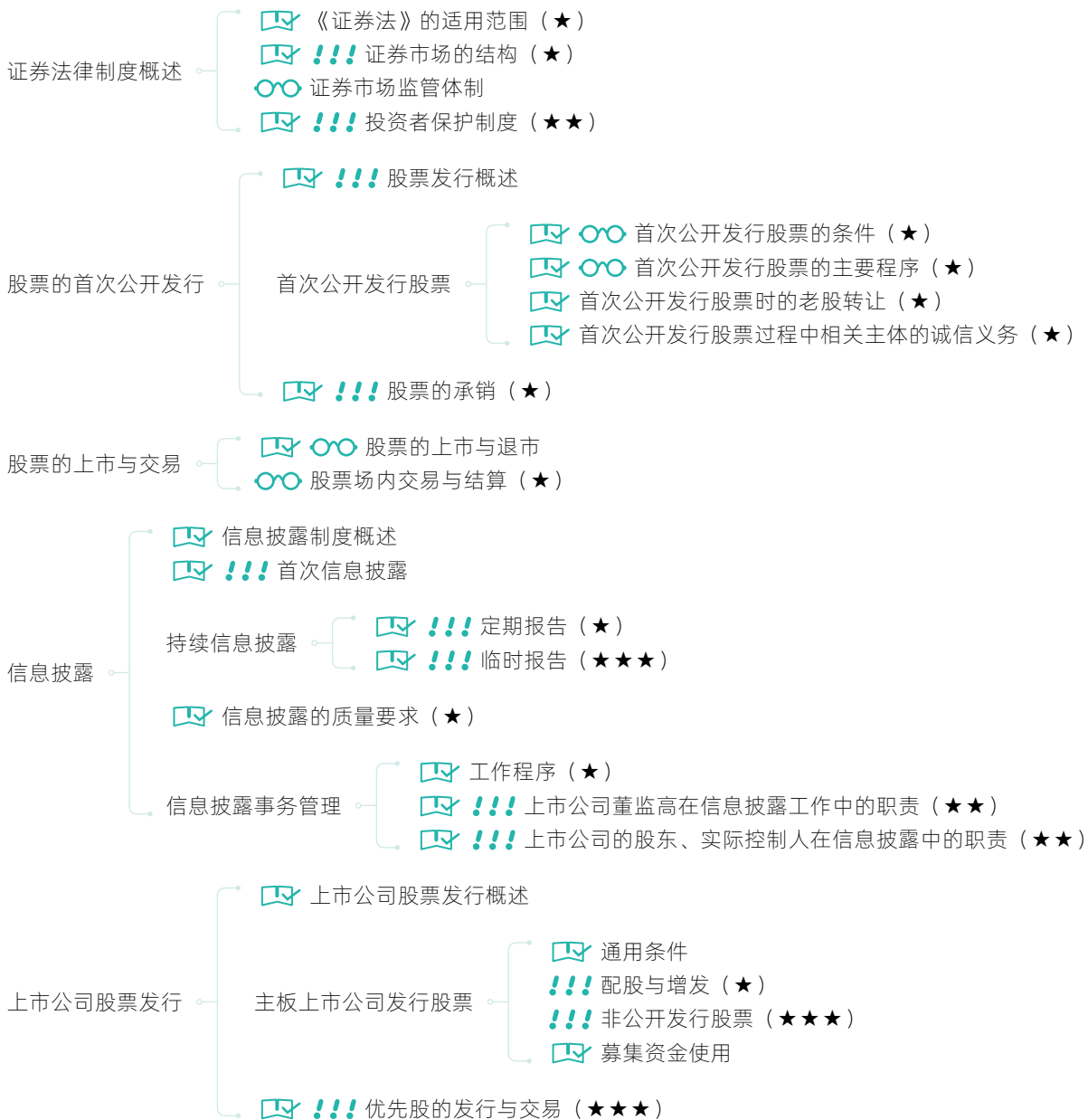
📖：要听懂

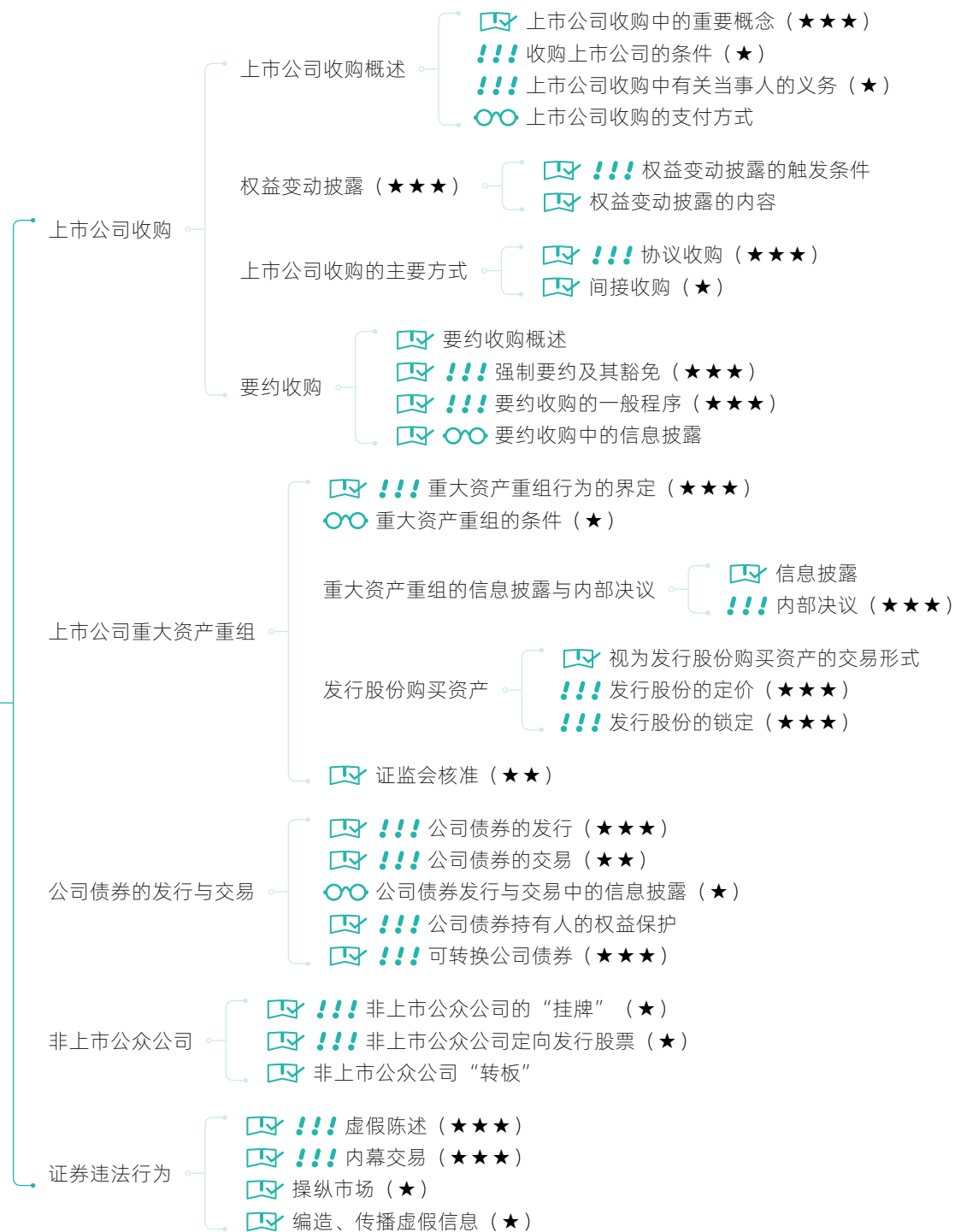
!!!：你得背

√+~x÷：你得算

🕒：有空看

第六章 证券法律制度





第七章 合伙企业法律制度

学习提要

考几分?

本章属于次重点章节，近三年平均每年考查6题，分值合计7分。其中，2021年考查6道题，共7分；2020年考查6道题，共7分；2019年考查6道题，共7分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值7分左右。

怎么考?

本章主要考查客观题，而且在客观题中占据较大的题量。
与公司法律制度相比，合伙企业法律制度的篇幅明显较小，且已经很久没有修订。在真题高频考查的情况下，大部分的“出题套路”已经比较清晰。虽然近年来对于合伙企业法的考查有细化的趋势，但总的来说，试题难度并不大。

怎么学?

本章学习难度较低，但依然有一定的记忆量。建议学习本章时经常前后翻一翻，把法律对于“普通合伙企业”和“有限合伙企业”的不同规定进行明确的区分，并分别记忆。客观地说，本章“性价比”较高，完全有可能拿下满分，请抱着必胜的决心学习本章！

考点精讲

第一节 合伙企业法律制度概述

一、合伙企业的概念与分类

(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。

合伙首先体现为一种合同关系; 当合伙关系因依照合伙企业法进行登记并取得营业资格后, 便体现为合伙企业。

教材认为, 共担风险指的是合伙人共同承担经营风险, 这是合伙关系不同于其他合同关系的最关键之处。

【典例研习·7-1】(2021年单项选择题)

根据合伙企业法律制度的规定, 与其他合同关系相比, 合伙关系的最关键特征是 ()。

- A. 合伙人共同出资
- B. 合伙人共担风险
- C. 合伙人共享收益
- D. 合伙人共同经营

斯尔解析 本题考查合伙关系的特征。根据教材观点, 在共同出资、共同经营、共享收益、共担风险中, 合伙关系最关键的特征是“共担风险”。因此本题应选择选项B。

(二) 合伙企业的分类

合伙企业可以分为普通合伙企业和有限合伙企业。

1. 普通合伙企业

普通合伙企业由普通合伙人组成, 合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任。对于“无限连带责任”, 应分两个层次理解。

(1) 无限责任。所有的合伙人不仅以自己投入合伙企业的资金和合伙企业的其他资金对合伙企业的债权人承担清偿责任, 而且在合伙企业财产不够清偿时, 还要以自己所有的财产对合伙企业的债权人承担清偿责任。

(2) 连带责任。当合伙企业不能清偿到期债务时, 所有的合伙人对合伙企业的债务都有责任向合伙企业的债权人偿还, 不管自己在合伙协议中所确定的承担比例如何。

①一个合伙人不能清偿合伙企业债务的, 其他合伙人都有清偿的责任。

②当某一合伙人偿还合伙企业的债务超过自己所应承担的数额时, 有权向其他合伙人追偿。

2. 有限合伙企业

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成:

(1) 普通合伙人 (即“GP”) 对合伙企业债务承担无限连带责任;

(2) 有限合伙人(即“LP”)以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。

提示:在法律适用中,凡是《合伙企业法》中对有限合伙企业有特殊规定的,应当适用有关特殊规定;无特殊规定的,适用有关普通合伙企业及其合伙人的一般规定。

以下【典例研习】中,如未特别提及“有限合伙”字样,均指普通合伙企业。

二、合伙企业的特点(★)

1. 信用基础

合伙企业的信用基础最终取决于普通合伙人的偿付能力。

尽管《合伙企业法》规定,合伙企业首先以自有财产清偿债务,但对其债务“兜底”的最终还是承担无限连带责任的普通合伙人。

2. 主体资格

在法律上,无论是民事合伙,还是合伙企业,都不具有法人资格。

尽管如此,合伙企业实际上具有相当多的类似法人的特征。例如:

(1) 合伙企业可以对外以自己的名义从事法律行为,建立法律关系,而无须依赖合伙人的主体资格;

(2) 合伙企业拥有自己的、与合伙人财产相区别的财产,合伙企业的债务应当先以合伙企业的财产清偿,合伙企业的财产不足以清偿时,普通合伙人才承担清偿责任;

(3) 合伙企业可以以自己的名义起诉和应诉。

3. 内部治理

合伙企业的内部治理高度灵活。合伙企业的内部事务管理主要由合伙协议规范,而合伙协议由合伙人在自愿协商的基础上订立,法律上的强制性规范很少。


4. 适用税项

合伙企业并非企业所得税纳税人。合伙企业的生产经营所得和其他所得,由合伙人分别缴纳适用的所得税,合伙企业不缴纳企业所得税。

【典例研习·7-2】(2021年多项选择题)

根据合伙企业法律制度的规定,下列关于合伙企业特征的表述中,正确的有()。

- A. 合伙企业缴纳企业所得税
- B. 合伙企业具有法人资格
- C. 合伙企业的内部治理高度灵活
- D. 合伙企业的信用基础最终取决于普通合伙人的偿付能力

 **斯尔解析** 本题考查合伙企业的特点,选项CD所述均正确。关于选项AB:

(1) 合伙企业无须缴纳企业所得税,应与其合伙人分别缴纳企业所得税或者个人所得税。因此选项A所述错误。

(2) 合伙企业只是具有一些类似法人的特征,但其并不是法人,因此选项B所述错误。

三、合伙企业涉及外资的情况(★)

外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业,是指两个以上外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业,以及外国企业或者个人与中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立合伙企业。

(1) 外国企业或者个人用于出资的货币应当是可自由兑换的外币，也可以是依法获得的人民币。


(2) 外国企业或者个人在中国境内设立合伙企业，应当由全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人向市场监督管理局申请设立登记，领取外商投资合伙企业营业执照后，方可从事经营活动。

(3) 合伙企业的外国合伙人全部退伙，该合伙企业继续存续的，应当依法向企业登记机关申请变更登记。中国的自然人、法人和其他组织在中国境内设立的合伙企业，外国企业或者个人入伙的，应当符合有关规定，并依法向企业登记机关申请变更登记。

【典例研习·7-3】(2017年单项选择题改编)

境外甲私募基金与境内乙有限责任公司拟合作设立丙有限合伙企业，在境内经营共享充电宝项目。其中，甲为有限合伙人，乙为普通合伙人。根据合伙企业法律制度的规定，下列关于设立丙有限合伙企业须遵守的相关规定的表述中，正确的是()。

- A. 甲出资的货币应当是人民币
- B. 应当由乙负责办理设立登记
- C. 应当向商务主管部门申请设立登记
- D. 应当领取外商投资合伙企业营业执照

 **斯尔解析** 本题考查涉及外资的合伙企业设立事宜。选项D所述正确，此外：

(1) 境外主体参与投资中国合伙企业的，可以用人民币出资，也可以直接用可自由兑换的外币出资。因此选项A所述错误。

(2) 为该类合伙企业申请设立登记的主体是全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人，并不限定为内资合伙人。因此选项B所述错误。

(3) “设立登记”一般都是指企业主体的主体资格设立，其属于市场监督管理部门的职权，而非商务主管部门的职权。因此选项C所述错误。

第二节 普通合伙企业

一、普通合伙企业的设立(★★)

(一) 普通合伙企业的合伙人

(1) 普通合伙企业应有2个以上合伙人，可以是自然人，也可以是法人或者其他组织。

(2) 普通合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力。

(3) 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。

(二) 合伙协议

(1) 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。

(2) 合伙协议经全体合伙人签名、盖章后生效。

(3) 修改或者补充合伙协议，应当经全体合伙人一致同意；但是，合伙协议另有约定的除外。

【典例研习·7-4】（2020年单项选择题）

甲、乙、丙拟设立一普通合伙企业，2020年5月10日，三人口头约定合伙协议内容，并明确合伙企业由各合伙人出资后成立。5月20日，三人按照前述约定签订书面合伙协议。5月30日，三人按照约定缴纳出资额。6月5日，登记机关签发合伙企业营业执照。下列各项中，该合伙企业协议生效的日期为（ ）。

- A.5月10日 B.5月20日 C.5月30日 D.6月5日

斯尔解析 本题考查合伙协议的生效。注意，无论对于公司还是合伙企业，登记机关的登记都不是公司章程、合伙协议的生效条件。除了金融等特殊行业，公司章程、合伙协议一般都是在完成签署后就生效的。

（三）普通合伙企业的出资

普通合伙人可以用货币、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。除了货币之外，其他出资形式均涉及作价的问题。

出资形式	作价方式
以实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资	（1）可以由全体合伙人协商确定； （2）也可以由全体合伙人委托法定评估机构评估
以劳务出资	评估办法由全体合伙人协商确定，并在合伙协议中载明

【典例研习·7-5】（2019年单项选择题）

根据合伙企业法律制度的规定，合伙人以劳务出资的，确定评估办法的主体应当是（ ）。

- A.全体合伙人 B.法定评估机构
C.合伙企业登记机关 D.合伙企业事务执行人

斯尔解析 本题考查普通合伙人非货币出资的作价。伙人以劳务出资的，其评估办法由全体合伙人协商确定。因此本题应选择选项A。

与实物等非货币财产不同，“劳务”的价值往往根据其他人的认可程度而定，评估机构对此是很难发表意见的。

（四）名称和场所

（1）普通合伙企业应当在其名称中标明“普通合伙”字样，不得使用“公司”等字样；其中，特殊的普通合伙企业，应当在其名称中标明“特殊普通合伙”字样。

（2）经企业登记机关登记的合伙企业主要经营场所只能有1个，并且应当在其企业登记机关登记管辖区域内。

事项	规定
登记事项	（1）名称； （2）合伙类型； （3）经营范围； （4）主要经营场所； （5）合伙人的出资额； （6）执行事务合伙人； （7）合伙人名称或者姓名、住所、承担责任方式

【典例研习】答案：

7-4：B

7-5：A

续表

事项	规定
备案事项	(1) 合伙协议; (2) 合伙期限; (3) 合伙人认缴或者实际缴付的出资数额、缴付期限和出资方式; (4) 合伙企业登记联络员; (5) 合伙企业受益所有人(即最终控制或享有企业收益的人)相关信息
营业执照签发	(1) 营业执照签发日期为合伙企业的成立日期; (2) 营业执照遗失或者毁坏的,公司应当通过国家企业信用信息公示系统声明作废,申请补领
变更登记	合伙企业变更登记事项,应当自作出变更决议、决定或者法定变更事项发生之日起30日内向登记机关申请变更登记
歇业	合伙企业歇业的期限最长不得超过3年

二、合伙企业的财产(★★)

(一) 合伙企业财产的构成

合伙人的出资、以合伙企业名义取得的收益和依法取得的其他财产,均为合伙企业的财产,其中:

(1) 上述合伙人的出资是全体合伙人“认缴”的财产,而非各合伙人“实际缴纳”的财产。

(2) 以合伙企业名义取得的收益,主要包括合伙企业的公共积累资金、未分配的利润、合伙企业债权、合伙企业取得的工业产权和非专利技术等财产权利。

(3) 依法取得的其他财产,如合法接受的赠与财产等。

【典例研习·7-6】(2014年多项选择题)

根据合伙企业法律制度的规定,下列各项中属于合伙企业财产的有()。

- A. 合伙人缴纳的实物出资
- B. 合伙企业借用的某合伙人的电脑
- C. 合伙企业对某公司的债权
- D. 合伙企业合法接受的赠与财产

斯尔解析 本题考查合伙企业财产的构成,凭着法律常识和朴素的道德感就能做对。“合伙企业财产”,首先得是合伙企业自己的吧?选项B中,借来的东西怎么能是自己的呢?即使是向合伙人借的,只要合伙人没有明确将其作为对合伙企业的出资,这台电脑还是属于合伙人的,并不属于合伙企业。

此外,须特别说明的是选项A。在“认缴”阶段,合伙企业就合伙人认缴的出资取得债权,可以请求出资人实缴。因此,这一项财产的实质是“债权”。当合伙人向合伙企业实缴出资之后,相关出资的所有权属于合伙企业,该等财产当然也属于合伙企业财产。

（二）合伙企业财产的性质

合伙企业的财产具有独立性和完整性两方面的特征。

（1）所谓独立性，是指合伙企业的财产独立于合伙人，其体现在：

①合伙人在合伙企业清算前不得请求分割合伙企业的财产；但是，法律另有规定的除外。

②合伙人在合伙企业清算前私自转移或者处分合伙企业财产的，合伙企业不得以此对抗善意第三人，其损失只能向合伙人进行追索。

（2）所谓完整性，是指合伙企业的财产作为一个完整的统一体而存在，合伙人对合伙企业财产权益的表现形式仅是依照合伙协议所确定的财产收益份额或者比例。

三、合伙企业财产份额的流转（★★）

（一）财产份额的转让

（1）内部转让。合伙人之间转让在合伙企业中的全部或者部分财产份额时，应当通知其他合伙人（即无须其他合伙人同意）。

审判实践中，合伙协议如果明确约定合伙人之间转让合伙财产份额需经全体合伙人一致同意，且该约定不违反法律、行政法规的强制性规定，亦不违背公序良俗，法院通常认定其合法有效。基于此种特别约定，在其他合伙人未同意合伙财产份额转让之前，当事人就合伙财产份额转让签订的转让协议，应当认定为成立但未生效。如其他合伙人明确不同意该合伙财产份额转让，则转让协议确定不生效，不能在当事人之间产生履行力。当事人请求履行转让协议的，人民法院不予支持。

原理
详解

（2）对外转让。除合伙协议另有约定外，合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的全部或者部分财产份额时：①须经其他合伙人一致同意；②在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

提示：合伙人以外的人成为合伙人须修改合伙协议，未修改合伙协议的，不应算是法律所称的“合伙企业的合伙人”。

【典例研习·7-7】（2019年单项选择题）

普通合伙人甲、乙、丙、丁分别持有某合伙企业18%、20%、27%和35%的财产份额。合伙协议约定：合伙人对外转让财产份额应当经持有3/5以上合伙财产份额的合伙同意。现甲欲将其持有的10%财产份额转让给非合伙人戊，并将剩余8%的财产份额转让给合伙人丙。根据合伙企业法律制度的规定，下列表述中，正确的是（ ）。

- A. 未经乙、丙、丁一致同意，甲不得将其财产份额转让给戊
- B. 经丙、丁同意，甲即可将其财产份额转让给戊
- C. 未经乙同意，甲不得将其财产份额转让给丙
- D. 未经丁同意，甲不得将其财产份额转让给丙

 **斯尔解析** 本题考查普通合伙企业财产份额的转让。

（1）法律允许合伙协议就普通合伙人对外转让财产份额事宜另行约定。因

此，本题中合伙企业的约定“合伙人对外转让财产份额应当经持有3/5以上合伙财产份额的合伙同意”依法有效。在此基础上，选项A所述错误，选项B所述正确（丙、丁所持财产份额合计62%，超过3/5）。

（2）至于甲、丙之间的财产份额转让，其属于内部转让，无须其他合伙人同意，因此选项CD所述均错误。

（二）财产份额的出质

（1）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（不允许以约定排除）。

（2）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。

【典例研习·7-8】（2017年单项选择题）

某普通合伙企业合伙人甲因个人借款，拟将其合伙财产份额质押给债权人乙。根据合伙企业法律制度的规定，为使该质押行为有效，同意质押的合伙人人数应当是（ ）。

- A.超过全体合伙人的1/2
B.超过全体合伙人的1/3
C.超过全体合伙人的3/4
D.全体合伙人

斯尔解析 本题考查普通合伙企业财产份额的出质。

注意，普通合伙人财产份额的对外转让和出质都是“一致决”，但前者允许合伙协议另行约定，后者则不允许合伙协议另行约定。

举例而言，普通合伙企业的合伙协议可以约定合伙人对外转让财产份额时只要其他合伙人中的1/2同意即可转让，法律也予以尊重；但如果约定只要其他合伙人中的1/2同意即可出质财产份额，则该约定无效。因此本题应选择选项D。

四、合伙事务决议和执行（★★）

（一）合伙事务决议

1.合伙事务决议的“梯度”

合伙事务由合伙人决议，具体而言，可以分为三个“梯度”：

梯度	说明
“法定一致决”	《合伙企业法》规定必须经全体合伙人一致同意的事项。 即：无论合伙协议是否另行约定，均应“一致决”
“默认一致决”	《合伙企业法》规定部分事项可以由合伙协议另行约定；如果未另行约定的，法律默认须全体合伙人一致同意方可实施
任意事项	除“法定一致决”“默认一致决”之外的合伙事务

从上表可知，对于不同梯度，法律要求合伙企业秉持的慎重程度有所不同。其中，第一梯度“法定一致决”的情况非常有限，如：普通合伙人以其财产份额出质的，必须经其他合伙人一致同意。

2.“默认一致决”的事项

（1）第二梯度“默认一致决”中的事项很多，也是考试重点。该类事项中，经常考查的是如下三类，大家要优先掌握。

特点	明细
登记事项变更	改变合伙企业的名称、经营范围、主要经营场所的地点
资产负债变化	①转让、处分合伙企业的不动产、知识产权和其他财产权利； ②以合伙企业名义为他人提供担保
外聘管理人员	聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员

【典例研习·7-9】（2020年多项选择题）

甲、乙、丙三人共同出资成立某普通合伙企业，合伙协议约定甲担任合伙事务执行人，但并未约定其执行事务的权限。根据合伙企业法律制度的规定，下列事项中甲无权单独决定的有（ ）。

- A. 变更该企业的经营范围 B. 变更该企业的名称
C. 变更该企业主要经营场所的地点 D. 聘任丁担任该合伙企业总经理

斯尔解析 本题考查的是“默认一致决”的情况，选项ABCD均在此列。值得关注的是本题的设问方式：既然须“一致决”，该等事项当然不能由执行事务合伙人甲单独决定。

（2）除上述常见的“默认一致决”事项外，还有一些“默认一致决”事项散见于《合伙企业法》中，并且也被教材收纳，希望在学习过程中留下印象。这类事项包括：

特点	明细
合伙协议变动	修改或者补充合伙协议
合伙人变动	①新合伙人入伙； ②普通合伙人向合伙人以外的人转让其在合伙企业中的财产份额； ③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

3. 任意事项的表决

除“法定一致决”和“默认一致决”事项外，其他事项的决议看合伙协议有无约定：

（1）有约定的，按合伙协议表决；

（2）无约定或约定不明的，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。注意，这里的“一人一票”不看各合伙人的出资比例，只“数人头”。

【典例研习·7-10】（2015年单项选择题）

某普通合伙企业举行合伙人会议表决对外投资事项，但合伙协议对该事项的表决办法未作约定。根据合伙企业法律制度的规定，下列关于该事项表决办法的表述中正确的是（ ）。

- A. 须全体合伙人一致同意
B. 须持有过半数财产份额的合伙人同意
C. 须过半数合伙人同意
D. 须2/3以上合伙人同意

斯尔解析 本题考查任意事项的表决。对于判断普通合伙企业决策程序的题

【典例研习】答案：

7-9：ABCD

7-10：C

目，先看题干问的事项是不是“法定一致决”“默认一致决”事项；如果不是（比如本题），再看合伙协议有无约定。如果合伙协议没约定，就要“一人一票过半决”，因此本题应选择选项C。

陷阱提示 注意，这里的“一人一票过半决”，只数人头，不看份额，所以本题选项C所述正确，选项B所述错误。

（二）合伙事务执行

根据《合伙企业法》的规定，合伙人执行合伙企业事务，可以有以下两种形式：

1. 全体合伙人共同执行

在采取这种形式的合伙企业中，按照合伙协议的约定，各个合伙人都直接参与经营，处理合伙企业的事务，对外代表合伙企业。

2. 委托一个或者数个合伙人执行

按照合伙协议的约定或者经全体合伙人决定，可以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。这种情况下，其他合伙人不再执行合伙事务。

原理详解

教材对“合伙事务执行人”以及“代理人”“法定代表人”进行了比较，值得注意。

（1）合伙事务执行人与代理人不同：代理人以被代理人的名义行事，代理权源于被代理人的授权；合伙事务执行人虽以企业名义活动，但其权利来自法律的直接规定。

（2）合伙事务执行人与法人的法定代表人也不同：

①法定代表人是法律规定的并经过一定登记手续而产生的法人单位的代表，他不一定是该法人单位的出资者；

②合伙事务执行人则是因其出资行为取得合伙人身份，并可以对外代表合伙企业。

（1）执行事务合伙人的约束。

①监督。不执行合伙事务的合伙人有监督的权利。

②异议。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，依照有关规定（合伙协议→“一人一票过半决”）作出决定。

③撤销委托。受委托执行合伙事务的合伙人 not 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。

（2）委托事务的范围。

①对合伙协议或者全体合伙人作出决定以外的某些事项，如果没有委托一个或数个合伙人执行时，可以由全体合伙人共同执行或者由全体合伙人决定委托给某一个特定的合伙人办理。

②执行事务合伙人在权限内执行事务，对外代表合伙企业。但合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。

【典例研习·7-11】

假设合伙企业内部规定，有对外代表权的合伙人A在签订合同时，须经B和C两

个执行事务的合伙人的同意，如果A未经B和C的同意，与第三人D签订了一份买卖合同，而D不知道在合伙企业内部对A所作的限制，在合同的履行中，也没有从中获得不正当的利益，这种情况下：

(1) 第三人D应当为善意第三人，D所得到的利益应当予以保护；

(2) 合伙企业不得以其内部所作的在行使权利方面的限制为由，否定善意第三人D的正当权益，拒绝履行合伙企业应承担的责任。

(3) 由一个或者数个合伙人执行合伙事务的，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。

(三) 合伙人在执行合伙事务中的权利和义务

1. 权利

(1) 合伙人对执行合伙事务享有同等的权利（无论出资多少）。

(2) 合伙人有查阅合伙企业会计账簿等财务资料的权利。

(3) 执行合伙事务的合伙人对外代表合伙企业；如果执行事务合伙人是组织，则由该组织委托的代表执行。

2. 义务

(1) 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。

(2) 普通合伙人的禁止行为。

类型	说明
绝对禁止 “兄弟之间伤感情”	①经营竞业：普通合伙人不得自营或同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务； ②合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动
相对禁止 “肥水不流外人田”	自我交易：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

提示：对于普通合伙人的“自我交易”，法律以禁止为原则，以允许为例外（合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意）；但对于普通合伙人“经营竞业”，法律绝对禁止，不存在例外。

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

(四) 非合伙人参与经营管理

除合伙协议另有约定外，经全体合伙人一致同意，可以聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。注意，该聘任的经营管理人员不具有合伙人资格。

五、合伙企业的损益分配（★★）

(一) 合伙企业的利润分配、亏损分担顺序

(1) 按照合伙协议的约定办理；

(2) 合伙协议未约定或者约定不明确的，由合伙人协商决定；


(3) 协商不成的，由合伙人按照实缴出资比例分配、分担；

(4) 无法确定出资比例的，由合伙人平均分配、分担。

【典例研习·7-12】（2018年单项选择题）

2017年6月，自然人甲、乙、丙设立某合伙企业。合伙协议约定：甲、乙各出资30万元，丙出资90万元，均应于合伙企业成立之日起2年内缴清。合伙协议未约定利润分配事项。2018年6月，合伙企业拟分配利润，此时甲、乙已完全履行出资义务，丙已向合伙企业出资60万元。在甲、乙、丙未能就利润分配方案达成一致意见的情形下，下列关于此次利润应如何分配的表述中正确的是（ ）。

- A. 甲、乙、丙应按1:1:1的比例分配
- B. 甲、乙、丙应按1:1:2的比例分配
- C. 甲、乙、丙应按1:1:3的比例分配
- D. 甲、乙、丙应按各自对合伙企业的贡献度分配

 **斯尔解析** 本题考查普通合伙企业的利润分配。

普通合伙企业分配利润时，如果合伙协议对相关事项付之阙如，合伙人之间也莫衷一是，就要按实缴出资比例来分配。其原因在于，“认缴”的数字对于公司的经营来说是“虚”的，“实缴”的数字才是“实打实”的“本钱”。公司只能用实缴的钱来“大钱生小钱”，用于营利，所以在上述情况下，就按照实缴比例来分钱。因此，本题应选择选项B。

（二）“有福同享、有难同当”

合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部亏损。

六、合伙企业与合伙人的债务承担（★★）

（一）合伙企业债务的承担

（1）合伙企业对其债务，应先以合伙企业自身的全部财产进行清偿；合伙企业不能清偿到期债务的，合伙人承担无限连带责任。

①上述“连带责任”是合伙人之间的连带，而不是合伙人与合伙企业连带。对于合伙企业的债务，先由合伙企业自己承担，无力承担的部分再由合伙人承担，合伙企业和合伙人是顺位的，并不连带。


②合伙人之间的分担比例（即债权人并未参与签署）对债权人没有约束力，债权人可以根据自己的清偿利益，请求全体合伙人中的一人或数人承担全部清偿责任，也可以按照自己确定的清偿比例向各合伙人分别求偿。

（2）合伙人由于承担无限连带责任，清偿数额超过其亏损分担比例的，有权向其他合伙人（实际承担责任未达到比例）追偿。前述“亏损分担比例”按照上文“四、合伙企业的损益分配”中的顺序确定。

【典例研习·7-13】（2019年单项选择题）

某普通合伙企业有甲、乙、丙、丁四位合伙人，合伙协议约定，合伙企业债务由各合伙人平均承担。现该合伙企业无力清偿到期债务12万元，甲向债权人清偿了9万元，乙向债权人清偿了3万元。根据合伙企业法律制度的规定，下列关于合伙企业债务内部追偿的表述中，正确的是（ ）。

- A. 甲无权向丙或丁追偿
- B. 甲可以向乙追偿3万元
- C. 甲可以向丙追偿6万元
- D. 甲可以向丁追偿3万元

 **斯尔解析** 本题考查普通合伙人内部之间的追偿。本题中，四位合伙人约定“合伙企业债务由各合伙人平均承担”，即1:1:1:1。该合伙企业无力承担的债

【典例研习】答案：

7-12: B

7-13: D

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

务金额为12万元，按照前面的比例，每个合伙人都应当分担3万元。

在此基础上，甲还了9万（多还6万元），乙还了3万元，丙和丁一分没还。因此，甲可以向丙、丁分别追偿3万元，本题应选择选项D。

（二）合伙人债务的承担

1. 合法方式

合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关的债务的：

（1）该合伙人可以其从合伙企业中分取的收益用于清偿；

（2）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。具体而言，其程序是：

①人民法院强制执行合伙人的财产份额时，应当通知全体合伙人；其他合伙人有优先购买权。

②其他合伙人未购买，又不同意将该财产份额转让给他人的，依照《合伙企业法》的规定为该合伙人办理退伙结算，或者办理削减该合伙人相应财产份额的结算。

提示：该情况下无论是否由其他债权人取得被强制执行的财产份额，所得价款均应用于向债权人清偿债务。

2. 禁止情况

合伙人发生与合伙企业无关的债务，相关债权人：

（1）不得以其债权抵销其对合伙企业的债务；

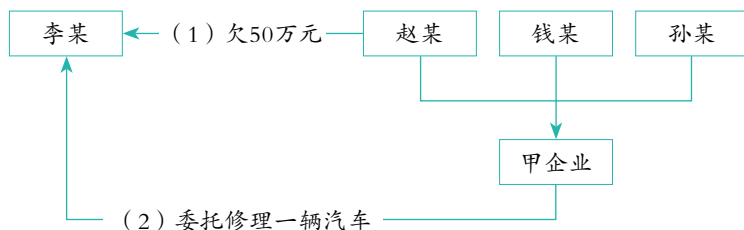
（2）不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。

【典例研习·7-14】（模拟单项选择题）

赵某、钱某、孙某三人共同出资设立甲普通合伙企业（下称“甲企业”）。赵某个人欠李某50万元，无力偿还。李某可以采取的法律措施是（ ）。

- A. 自行接管赵某在甲企业的财产份额
- B. 请求人民法院强制执行赵某在甲企业中的财产份额用于清偿
- C. 留置甲企业委托李某修理的一辆汽车
- D. 代位行使赵某在甲企业的权利

斯尔解析 本题考查合伙人个人债务的承担，而且涉及民法中的知识，具有一定难度。我们可以先画一个图，展示本题涉及的法律关系：



基于上图，我们可以展开分析：

（1）比较易于判断的是选项BD。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，也不得代位行使合伙人在合伙企业中的权利。因此，选项B应选，选项D不应选。

（2）选项A的判断略难一些。合伙人的自有财产不足清偿其与合伙企业无关

的债务的，债权人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，但并不能直接自行接管该合伙人的财产份额。因此选项A不应选。

(3) 选项C的判断需要用到“合同法律制度”章节的知识。赵某和甲企业是两个不同的主体，赵某欠李某钱，李某并没有合法的理由对甲企业的财产行使留置权。因此，选项C不应选。

七、入伙(★★)

入伙，是指在合伙企业存续期间，合伙人以外的第三人加入合伙，从而取得合伙人资格。

(一) 入伙的条件和程序

(1) 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。

(2) 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。

(二) 入伙的责任承担

新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

八、退伙(★★)

退伙，是指合伙人退出合伙企业，从而丧失合伙人资格。合伙人退伙，一般有两种原因：一是自愿退伙；二是强制退伙。

(一) 自愿退伙

自愿退伙，是指合伙人基于自愿的意思表示而退伙。法律对于自愿退伙的事由、方式作出如下规定。合伙人违反以下规定退伙的，应当赔偿由此给合伙企业造成的损失。

1. 主要方式

自愿退伙有两种方式：协议退伙、通知退伙。二者的适用前提不同：

(1) “协议退伙”适用于合伙协议约定合伙期限的情况；

(2) “通知退伙”适用于合伙协议未约定合伙期限的情况。

提示：由该规定可知，“合伙期限”并不是合伙协议中必须记载的事项。

2. “协议退伙”的事由

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：

类型	列举
集体原因	(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
个人原因	(1) 发生合伙人难以继续参加合伙的事由； (2) 其他合伙人严重违反合伙协议约定的义务。 提示：上述情况是指，A合伙人严重违反合伙协议约定的义务，A合伙人之外的合伙人可以协议退伙


3. “通知退伙”的方式

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。

【典例研习·7-15】（2020年多项选择题）

根据合伙企业法律制度的规定，下列各项中属于合伙人通知退伙应当满足的条件有（ ）。

- A. 合伙协议未约定合伙企业的经营期限
- B. 退伙不给合伙企业事务执行造成不利影响
- C. 其他合伙人一致同意
- D. 提前30日通知其他合伙人

 **斯尔解析** 本题考查通知退伙的规则。选项ABD所述均正确。此外，须注意，在“通知退伙”的情况下，拟退伙的合伙人单方决定就行，无须其他合伙人同意，因此选项C所述错误。

（二）法定退伙

强制退伙，是指合伙人因出现法律规定的事由而退伙。法定退伙分为当然退伙和除名退伙两类。

1. 当然退伙

（1）当然退伙的事由。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。

提示：有限合伙人不适用“除名退伙”，只有普通合伙人可以被“除名”。

（2）当然退伙以退伙事由实际发生之日为退伙生效日。

（3）自然人丧失完全民事行为能力也可能导致其退伙。法律规定，合伙人被依法认定为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的：

①经其他合伙人一致同意，可以依法转为有限合伙人；相应地，普通合伙企业依法转为有限合伙企业；


②其他合伙人未能一致同意的，该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。

提示：由该规定可知，只有完全民事行为能力人才能担任普通合伙人；无民事行为能力人、限制民事行为能力人可以担任有限合伙人。

【典例研习·7-16】（2014年单项选择题）

某普通合伙企业的合伙人包括有限责任公司甲、乙，自然人丙、丁。根据合伙企业法律制度的规定，下列情形中属于当然退伙事由的是（ ）。

- A. 甲被债权人申请破产
- B. 丁因斗殴被公安机关拘留
- C. 丙被依法宣告失踪
- D. 乙被吊销营业执照

 **斯尔解析** 本题考查普通合伙企业合伙人当然退伙的事由，只有选项D符合要求。其它选项涉及了几个细节，应予注意：

（1）法人合伙人被“宣告破产”才是当然退伙的事由，被“申请破产”还算不上，因此选项A错误；

【典例研习】答案：

7-15：ABD

7-16：D

(2) 个人合伙人被“宣告死亡”才是当然退伙的事由，被“宣告失踪”还算不上，因此选项C错误。

2. 除名

(1) 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) 对合伙人的除名决议应当书面通知被除名人。被除名人接到除名通知之日，除名生效，被除名人退伙。被除名人对除名决议有异议的，可以自接到除名通知之日起30日内，向人民法院起诉。

【典例研习·7-17】(2018年多项选择题)

根据合伙企业法律制度的规定，下列各项中属于普通合伙企业合伙人当然退伙情形的有()。

- A. 自然人合伙人被宣告死亡
- B. 法人合伙人被吊销营业执照
- C. 因重大过失给合伙企业造成损失
- D. 未履行出资义务

斯尔解析 本题考查普通合伙企业中“当然退伙”事由与“除名退伙”事由的区分。原则上，“当然退伙”的事由都是某些资格的丧失，比如选项AB所述；而“除名退伙”的事由都是一些不当的行为，比如选项CD所述。

(三) 退伙的效果

1. 财产继承

(1) 合伙人死亡或者被依法宣告死亡的，对该合伙人在合伙企业中的财产份额享有合法继承权的继承人，按照合伙协议的约定或者经全体合伙人一致同意，从继承开始之日起，取得该合伙企业的合伙人资格。

(2) 有下列情形之一的，合伙企业应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额：

- ①继承人不愿意成为合伙人；
- ②法律规定或者合伙协议约定合伙人必须具有相关资格，而该继承人未取得该资格；
- ③合伙协议约定不能成为合伙人的其他情形。

(3) 若有数个继承人，数人只能作为一个整体继承被继承人的合伙份额，否则就会破坏合伙企业原有的结构。

【典例研习·7-18】(2017年单项选择题)

某普通合伙企业合伙人甲死亡，其未成年子女乙、丙是其全部合法继承人。根据合伙企业法律制度的规定，下列表述中，正确的是()。

- A. 乙、丙因继承甲的财产份额自动取得合伙人资格
- B. 乙、丙可以继承甲的财产份额，但不能成为合伙人
- C. 应解散合伙企业，清算后向乙、丙退还甲的财产份额
- D. 经全体合伙人一致同意，乙、丙可以成为有限合伙人

斯尔解析 本题考查普通合伙企业财产份额的继承。

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

【典例研习】答案：

7-17：AB

7-18：D

其他合伙人未能一致同意的,该无民事行为能力或者限制民事行为能力的合伙人退伙。因此本题应选择选项D。

陷阱提示

第一,即使乙、丙已经成年,甲死后乙、丙也不当然自动取得合伙人资格,还是要看合伙协议对此有无约定,或者全体合伙人是否对此同意。

第二,对于合伙企业来说,拥有合伙财产份额的人就是合伙人,二者不可分离。正因如此,合伙财产的继承并不是纯粹的“财产继承”,法律才要求继承人具有完全行为能力方可继承普通合伙人身份。

2. 退伙结算

退伙人在合伙企业中财产份额的退还办法,由合伙协议约定或者由全体合伙人决定,可以退还货币,也可以退还实物。

退伙时有未了结的合伙企业事务的,待该事务了结后进行结算。

3. 责任承担

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。

【典例研习·7-19】(2017年多项选择题)

甲、乙和丙设立某普通合伙企业,从事餐饮服务。2017年6月5日,甲退伙;6月10日,丁入伙。6月9日,合伙企业经营的餐厅发生卡式燃气炉灼伤顾客戊的事件,需要支付医疗费等总计45万元。经查,该批燃气炉系当年4月合伙人共同决定购买,其质量不符合相关国家标准。该合伙企业支付30万元赔偿后已无赔偿能力。现戊请求合伙人承担其余15万元赔偿责任。根据合伙企业法律制度的规定,应承担赔偿责任的合伙人有()。

- A. 甲 B. 乙 C. 丙 D. 丁

斯尔解析 本题考查普通合伙人入伙、退伙的责任承担,具有一定综合性。本题中,乙、丙应承担赔偿责任,当无疑义。对于甲和丁:

(1) 甲虽然于2017年6月5日退伙,但该债务的原因发生于2017年4月,彼时甲还是合伙人。因此,甲虽已退伙,仍需对该债务承担无限连带责任。

(2) 丁于6月10日入伙,虽然该债务发生于其入伙前(6月9日),但丁在取得普通合伙人身份后依然须对此承担无限连带责任。

九、特殊的普通合伙企业(★)

(一) 特殊的普通合伙企业的概念

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。

(二) 特殊的普通合伙企业的责任承担

(1) 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:

①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。

②该合伙人应当就此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) 合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的合伙企业债务以及合伙企业的其他债务,由全体合伙人承担无限连带责任。

提示：所谓重大过失，是指明知可能造成损失而轻率地作为或者不作为。

【典例研习·7-20】（2020年单项选择题）

甲、乙、丙共同出资设立一特殊普通合伙企业，甲、乙、丙的出资分别为50万元、25万元、25万元，均已实缴。甲在执业活动中因重大过失造成合伙企业债务，以合伙企业全部财产偿还后，仍有余债100万元，根据合伙企业法律制度的规定，下列关于该100万元债务的清偿责任的表述中，正确的是（ ）。

- A. 甲应承担无限责任，乙、丙以25万元范围承担补充责任
- B. 甲应承担无限责任，乙、丙以无须以个人财产承担责任
- C. 甲、乙、丙均无须以个人财产承担责任
- D. 甲、乙、丙应当承担无限连带责任

 **斯尔解析** 本题考查特殊的普通合伙企业的责任承担。

特殊普通合伙企业的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，该合伙人应当就此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。本题题干所述即属于该种情况，对此，甲应承担无限责任当无疑义，但乙、丙承担责任的范围从何判断呢？

本题中，乙、丙认缴的出资均已缴足，且合伙企业也以其全部财产对债权人清偿，两个情况加起来可以体现出，乙、丙实际承担责任的限度其实已经达到了“在合伙企业中的财产份额”这一上限。换言之，乙、丙分别出资的25万元都已经赔干净了，因此无须再赔。

（三）特殊的普通合伙企业的执业风险防范

特殊的普通合伙企业应当建立执业风险基金、办理职业保险。

1. 执业风险基金

（1）执业风险基金是指为了化解经营风险，特殊的普通合伙企业从其经营收益中提取相应比例的资金，用于偿付合伙人执业活动造成的债务。

（2）执业风险基金应当单独立户管理。

2. 职业保险（“职业责任保险”）

职业保险是指承保各种专业技术人员因工作上的过失或者疏忽大意所造成的合同一方或者他人的人身伤害或者财产损失的经济赔偿责任的保险。

第三节 有限合伙企业

一、有限合伙企业的概念

有限合伙企业，是指由有限合伙人（LP）和普通合伙人（GP）共同组成，普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任，有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任的合伙组织。

提示：

（1）在法律适用中，凡是《合伙企业法》中对有限合伙企业有特殊规定的，应当适用有关特殊规定；无特殊规定的，适用有关普通合伙企业及其合伙人的一般规定。

(2) 就目前发展情况看, 有限合伙企业已经成为我国私募投资基金最常采用的一种组织形式。

二、有限合伙企业设立的特殊规定 (★★)

(一) 合伙人

(1) 有限合伙企业由2个以上50个以下合伙人设立; 但是, 法律另有规定的除外。

(2) 国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为有限合伙企业的普通合伙人(以下简称“约束条件一”)。

【典例研习·7-21】(2021年单项选择题)

根据合伙企业法律制度的规定, 下列主体中, 可以成为有限合伙企业普通合伙人的是()。

- A. 上市公司
- B. 国有独资公司
- C. 公益性事业单位
- D. 一人有限责任公司

斯尔解析 本题考查普通合伙人的资格。“一人有限责任公司”虽然属于比较特殊的有限责任公司, 但法律并未禁止其成为普通合伙人。因此, 本题应选择选项D。

(3) 有限合伙企业至少应当有1个普通合伙人; 仅剩有限合伙人的, 应当解散。有限合伙企业仅剩普通合伙人的, 应当转为普通合伙企业(以下简称“约束条件二”)。

【典例研习·7-22】(模拟多项选择题)

甲公益性社会团体与乙私立学校共同出资设立一合伙企业, 经营文具用品。两年后, 因经营亏损, 该合伙企业财产不足以清偿全部债务。下列关于各合伙人债务承担责任的表述中, 符合合伙企业法律制度规定的有()。

- A. 甲社会团体以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任
- B. 乙私立学校以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任
- C. 甲社会团体对合伙企业债务承担无限责任
- D. 乙私立学校对合伙企业债务承担无限责任

斯尔解析 本题考查有限合伙企业的合伙人, 考查的方式有点“弯弯绕”。

根据上文提到的“约束条件一”, 可知甲公益性社会团体只能是有限合伙人; 根据“约束条件二”, 可知乙私立学校只能是普通合伙人。在此基础上, 可知选项AD所述正确。

(二) 名称

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。

(三) 出资

(1) 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。

(2) 有限合伙人应当按照合伙协议的约定按期足额缴纳出资; 未按期足额缴纳的, 应当承担补缴义务, 并对其他合伙人承担违约责任。

提示: 合伙企业 and 公司不一样, 未足额缴纳出资的有限合伙人要对其他合伙人承担违约责任, 不论“其他合伙人”是否已缴足出资, 别搞混了!

【典例研习】答案:

7-21: D

7-22: AD

（四）登记

有限合伙企业登记事项中应当载明有限合伙人的姓名或者名称及认缴的出资数额。

三、有限合伙企业事务执行的特殊规定（★★）

（一）合伙事务的执行

1. 有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务

有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。执行事务合伙人可以要求在合伙协议中确定执行事务的报酬及报酬提取方式。

（1）如合伙协议约定数个普通合伙人执行合伙事务，这些普通合伙人均为合伙事务执行人。

（2）如合伙协议无约定，全体普通合伙人是合伙事务的共同执行人。

2. 有限合伙人不执行合伙事务

有限合伙人不执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业（“主内不主外”）。

（1）有限合伙人的下列行为，由于涉及有限合伙人根本权益，不视为执行合伙事务。换言之，有限合伙人可以实施以下行为。

分类	情形（“安全港条款”）
纯“内务”	①参与决定普通合伙人入伙、退伙； ②对企业的经营管理提出建议； ③参与选择承办有限合伙企业审计业务的会计师事务所； ④执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼； ⑤依法为本企业提供担保
为自己	①获取经审计的有限合伙企业财务会计报告； ②对涉及自身利益的情况，查阅有限合伙企业财务会计账簿等财务资料； ③在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼

（2）第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对该笔交易承担与普通合伙人同样的责任。有限合伙人未经授权以有限合伙企业名义与他人进行交易，给有限合伙企业或者其他合伙人造成损失的，该有限合伙人应当承担赔偿责任。

（二）有限合伙人的权利

（1）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。

（2）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。

命题角度：判断普通合伙人、有限合伙人以及公司董事、高级管理人员在“经营竞业”“自我交易”等事项上的义务。

对于“经营竞业”“自我交易”两种情况，法律有关公司董事、有限合伙人、普通合伙人的规定容易混淆，特此梳理如下：

(1) 经营竞业：

主体	关键词	规则
公司董高	相对禁止	未经股东会或者股东大会同意，公司董事、高级管理人员不得利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务
普通合伙人	绝对禁止	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	原则允许	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

(2) 自我交易：

主体	关键词	规则
公司董高	相对禁止	公司董事、高级管理人员不得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
普通合伙人	相对禁止	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	原则允许	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

四、有限合伙企业财产份额出质与转让的特殊规定 (★★)

事项	规则
转让	<p>(1) 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（无须取得其他合伙人同意）。</p> <p>(2) 有限合伙人对外转让其在有限合伙企业的财产份额时，有限合伙企业的其他合伙人有优先购买权</p>
出质	有限合伙人可以将其在有限合伙企业中的财产份额出质（无须取得其他合伙人同意）；但是，合伙协议另有约定的除外

提示：有限合伙人持有的合伙份额，自由转让、自由出质，比普通合伙人便捷得多。

【典例研习·7-23】（2016年单项选择题）

甲、乙、丙、丁拟共同投资设立一有限合伙企业，甲、乙为普通合伙人，丙、丁为有限合伙人。四人草拟了一份合伙协议。该合伙协议的下列内容中，符合合伙企业法律制度规定的是（ ）。

- A. 丙任执行事务合伙人
- B. 合伙企业名称为“环宇商贸有限公司”
- C. 丙、丁可以将其在合伙企业中的财产份额出质
- D. 甲以房屋作价30万元出资，乙以专利技术作价15万元出资，丙以劳务作价20万元出资，丁以现金50万元出资

💡 斯尔解析 本题综合考查了有限合伙企业的特殊规定：

- （1）丙是有限合伙人，不得执行合伙事务，因此选项A所述不符合规定。
- （2）合伙企业的名称中不得带有“公司”字样，因此选项B所述不符合规定。
- （3）有限合伙人持有的财产份额原则上可以自由出质，因此选项C所述符合规定。
- （4）有限合伙人不得以劳务出资，因此选项D所述不符合规定。

五、有限合伙企业损益分配的特殊规定（★★）

有限合伙企业不得将全部利润分配给部分合伙人；但是，合伙协议另有约定的除外。换言之，法律允许通过合伙协议约定有限合伙企业将全部利润分配给部分合伙人。

【典例研习·7-24】（2021年单项选择题）

根据合伙企业法律制度的规定，下列各项中，属于有限合伙企业合伙协议可以约定的是（ ）。

- A. 有限合伙人对外代表有限合伙企业
- B. 有限合伙人享有全部企业利润
- C. 有限合伙人完全不承担企业债务
- D. 有限合伙人执行合伙事务

💡 斯尔解析 本题考查有限合伙企业合伙协议可以约定的事项。

（1）以下事项均为《合伙企业法》的基本制度，体现出“有限合伙企业”的本质特征，属于法律的强制性规定。因此，不允许合伙协议对该等事项作出与《合伙企业法》不同的约定：

- ① 有限合伙人不得执行合伙事务，不得对外代表有限合伙企业；
- ② 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。因此选项ACD所述均错误。

（2）法律允许通过合伙协议约定有限合伙企业将全部利润分配给部分合伙人。例如，以有限合伙企业的形式设立的私募基金即可作如此安排。

六、有限合伙人债务清偿的特殊规定（★）

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：

- （1）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。
- （2）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。

① 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。

② 在同等条件下，其他合伙人有优先购买权。

【典例研习】答案：

7-23：C

7-24：B

七、有限合伙企业入伙、退伙与合伙人性质转变的特殊规定(★★)


(一) 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。

【典例研习·7-25】(2021年单项选择题)

普通合伙人甲和有限合伙人乙出资设立某有限合伙企业。该企业经营1年后丙以普通合伙人身份入伙,丁以有限合伙人身份入伙。此时,该合伙企业负债20万元。根据合伙企业法律制度的规定,下列关于新合伙人对该20万元债务责任承担的表述中,正确的是()。

- A.不承担责任
- B.丁以其实缴的出资额为限承担有限责任
- C.丙承担无限连带责任
- D.丙不承担责任

 **斯尔解析** 本题考查合伙人入伙后的责任承担。丙作为新入伙的普通合伙人,对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。丁作为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(而非“实缴”)的出资额为限承担责任。因此,本题应选择选项C。

(二) 退伙

1. 有限合伙人当然退伙

有限合伙人出现下列情形时当然退伙:

- (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的处理

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。

3. 有限合伙人继承人的权利

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

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。

【典例研习·7-26】(2021年单项选择题)

甲、乙设立某有限合伙企业。甲为普通合伙人,乙为有限合伙人。该企业经营一年后产生债务20万元。现乙退伙,丙以有限合伙人身份入伙。根据合伙企业法律制度的规定,下列关于乙、丙对该20万元债务责任承担的表述中,正确的是()。

- A.丙以其实缴的出资额为限承担责任
- B.丙不承担责任

【典例研习】答案:

7-25: C

7-26: D

C.乙以其认缴的出资额为限承担责任

D.乙以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产承担责任

 **斯尔解析** 本题考查有限合伙人在入伙、退伙时对合伙企业债务的承担。

(1) 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（而非“实缴”）的出资额为限承担责任。因此选项AB所述均错误。

(2) 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。因此选项C所述错误，选项D所述正确。

 **解题高手**



命题角度：判断普通合伙人、有限合伙人入伙、退伙时应对合伙企业债务承担何种责任。

事项	普通合伙人	有限合伙人
入伙	新合伙人对入伙前有限合伙企业的债务承担无限连带责任	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
退伙	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	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) 合伙人性质转变

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。

(1) 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。

(2) 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。

第四节 合伙企业的解散和清算

一、合伙企业的解散(★)

合伙企业的解散，是指各合伙人解除合伙协议，合伙企业终止活动。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。

【典例研习·7-27】(2021年单项选择题)


根据合伙企业法律制度的规定,下列各项中,属于合伙企业应当解散的法定情形是()。

A. 合伙人已不具备法定人数满15天

B. 过半数合伙人提议解散

C. 合伙企业严重亏损

D. 合伙期限届满,合伙人决定不再经营

 **斯尔解析** 本题考查合伙企业应当解散的法定情形,应选择选项D。其它选项的错误之处分别是:

(1) 合伙人已不具备法定人数满30天才会导致合伙企业应当解散,因此选项A所述错误;

(2) 全体合伙人决定解散才会导致合伙企业应当解散,因此选项B所述错误;

(3) 合伙企业严重亏损并不是导致合伙企业应当解散的法定事由,因此选项D所述错误。

二、合伙企业清算中的清偿顺序与剩余分配(★)

(一) 清偿顺序

(1) 清算费用,具体包括:

①管理合伙企业财产的费用,如仓储费、保管费、保险费等;

②处分合伙企业财产的费用,如聘任工作人员的费用等;

③清算过程中的其他费用,如通告债权人的费用、调查债权的费用、咨询费用、诉讼费用等。

(2) 合伙企业职工工资、社会保险费用和法定补偿金。

提示:法定补偿金主要是指法律、行政法规和规章所规定的应当支付给职工的经济补偿金,如《劳动法》规定的解除劳动合同的经济补偿金等。

(3) 缴纳所欠税款。

(4) 清偿债务。

提示:应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金,其财产不足以同时支付的,先承担民事赔偿责任。

(二) 剩余分配

合伙企业财产依法清偿后仍有剩余时:

(1) 按照合伙协议的约定进行分配;

(2) 合伙协议未约定或者约定不明确的,由合伙人协商决定;

(3) 协商不成的,由合伙人按照实缴出资比例分配;

(4) 无法确定出资比例的,由合伙人平均分配。

三、合伙企业清算后合伙人的责任(★)

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

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。

闯关地图

📖：要听懂

!!!：你得背

√+×÷：你得算

🕒：有空看

第七章 合伙企业法律制度

合伙企业法律制度概述

- 📖 合伙企业的概念与分类
- 📖 合伙企业的特点（★）
- 📖 合伙企业涉及外资的情况（★）

普通合伙企业

- 📖 !!! 普通合伙企业的设立（★★）
- 📖 合伙企业的财产（★★）
- 📖 合伙企业财产份额的流转（★★）
- 📖 !!! 合伙事务决议和执行（★★）
- 📖 合伙企业的损益分配（★★）
- 📖 !!! 合伙企业与合伙人的债务承担（★★）
- 📖 入伙（★★）
- 📖 !!! 退伙（★★）
- 📖 特殊的普通合伙企业（★）

有限合伙企业

- 📖 有限合伙企业的概念
- 📖 有限合伙企业设立的特殊规定（★★）
- 📖 !!! 有限合伙企业事务执行的特殊规定（★★）
- 📖 有限合伙企业财产份额出质与转让的特殊规定（★★）
- 📖 有限合伙企业损益分配的特殊规定（★★）
- 📖 !!! 有限合伙人债务清偿的特殊规定（★）
- 📖 !!! 有限合伙企业入伙、退伙与合伙人性质转变的特殊规定（★★）

合伙企业的解散和清算

- !!! 合伙企业的解散（★）
- !!! 合伙企业清算中的清偿顺序与剩余分配（★）
- 📖 合伙企业清算后合伙人的责任（★）

第八章 企业破产法律制度

学习提要

考几分？

本章属于重点章节，近三年平均每年考查2题，分值合计11分。其中，2021年考查2道题，共11分；2020年考查2道题，共11分；2019年考查2道题，共11分。本章内容变化较小，预计2022年考查分值11分。

怎么考？

本章主要考查主观题，而且考查的知识点较为集中，近年来的变化也较为有限。此外，每年会有少量的客观题考查本章知识。

怎么学？

本章学习难度较大，且涉及一定的记忆量。

企业破产法律制度的学习中，最困难的其实是“入门”。相信很多同学并不清楚“破产”的含义，以及“破产法”解决的问题。为了帮助同学们“入门”，本章特别加入了第一节“破产制度”引论，帮助同学们对“破产法”建立基础性、框架性的认识。

在此基础上，本章第二至八节属于“总论”性质的内容，通用于破产清算、和解和重整，也是考试重点。同学们应该把主要的精力放在这几个章节。

第九至十一节分别介绍破产重整、和解和破产清算，其中和解在考试中的重要性相对较低，破产清算往往在客观题中考查，重整则一般在主观题中考查。

由于本章涉及较多民法的知识，比如合同的解除、合同的担保。如果对本书第二至四章的知识有所遗忘，也可以在学习本章的过程中进行有针对性的回顾。

考点精讲

第一节 破产制度引论

一、破产制度解决的问题——“僧多粥少”时如何公平清偿

《中华人民共和国企业破产法》（以下简称“《破产法》”）规定，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，依照本法规定清理债务。

从上述规定可知，《破产法》的目的在于“清理债务”。但是，并非所有情况下都需要动用《破产法》来清理债务。

【典例研习·8-1】

张三欠李四4个苹果。于是，李四向法院起诉张三。法院判决张三向李四交付4个苹果。最终，张三履行判决，李四得到张三交付的4个苹果。

本例中，张三对李四负有债务，二者的关系通过合同法律制度即可厘清。

【典例研习·8-2】

张三欠李四4个苹果、欠王五4个苹果、欠赵六4个苹果。已知，张三实际拥有16个苹果，只是不愿意还给三人。于是，三人分别起诉张三，张三根据法院判决，向李四、王五、赵六各交付4个苹果。

本例与【典例研习·8-1】相比看似复杂了一些，但并无实质差异。李四、王五、赵六三人分别可以通过合同法律制度厘清其各自与张三的关系。

只有在“僧多粥少”的情况下，才有必要用《破产法》来清理债务。

【典例研习·8-2-1】

张三还是欠李四4个苹果、欠王五4个苹果、欠赵六4个苹果，但是现在张三手头只有9个苹果，不够分的。此时，最公平的情况当然是张三按照相同的比例向李四、王五、赵六清偿，即各向他们偿还3个苹果。站在三人的角度，其各自得到清偿的比例都是75%。

但是，上述情况过于理想。如果法律放任李四、王五、赵六分别找张三要债，可能发生如下情况。

张三与李四私下“勾兑”，先还了李四4个苹果，李四的债权得到100%的清偿。但对于王五、赵六来说，张三只剩下5个苹果可以还给他俩。即使公平清偿，二人各自的清偿率也只有 $5 \div (4+4) = 62.5\%$ ，显然小于三人全部公平清偿的比例（75%）。

由此可见，在“僧多粥少”的情况下，如果法律放任当事人之间自由协商处理债务，可能发生不公平的情况。因此，适用《破产法》才有其必要。

破产程序启动后，破产管理人可以代管张三的所有苹果，并且在人民法院的监管和指导下“铁面无私”在李四、王五、赵六之间进行分配。

对于一个企业（其中最典型的当然是公司）来说，“僧多粥少”相当于“资不抵债”。因此，资不抵债的企业可以适用破产制度清理债务。

除了公司之外，教材提到，合伙企业、农民专业合作社、资不抵债的民办学校、个人独资企业也可以参照适用《破产法》。

二、破产程序的三种走向——清算、重整、和解

根据《破产法》，破产程序启动后有三种走向：破产清算、破产重整以及和解。

【典例研习·8-2-2】

接【典例研习·8-2-1】，李四、王五、赵六在一起商量对策。

李四说，张三这小子不地道，我们把他宰了（不可以杀人啊，我们就打个比方），9个苹果咱们哥仨一人3个，吃个闷亏得了。

王五说，四哥你也心太狠了。要不然这样，我们去找小金，让小金给张三3个苹果，张三认小金当爸爸。这样，张三不就有12个苹果能分给我们了嘛！

赵六说，五哥你有点儿恶趣味啊。得了，我看张三也挺可怜的，我们哥仨一人拿3个苹果，认倒霉得了。也不宰了张三，也不让张三认小金当爸爸，咱们积点儿德吧！

三种办法都值得玩味，并且分别符合破产清算、破产重整以及和解的思路。

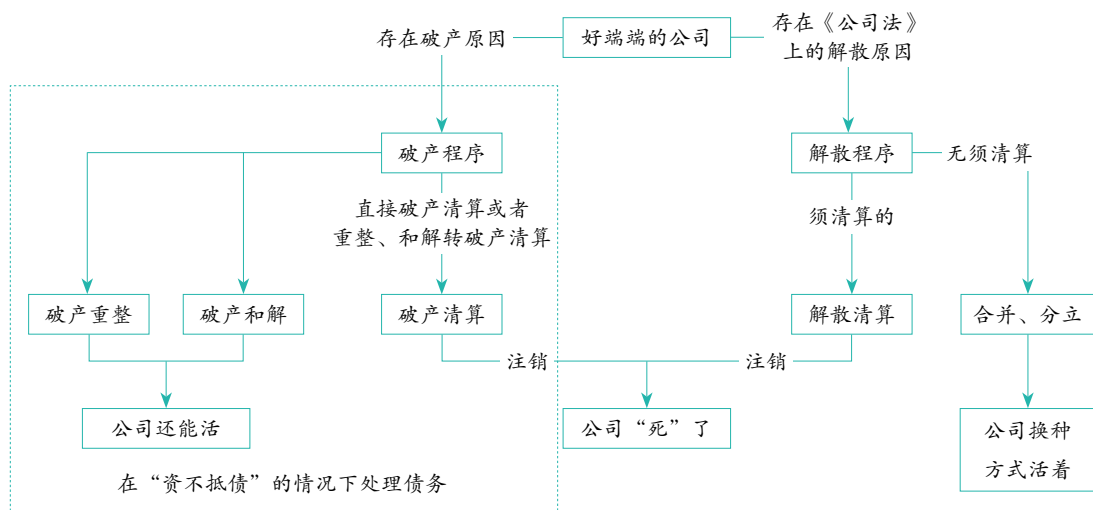
第一种，就像李四说的，杀鸡取卵。甭管还剩下多少苹果，李四哥仨把苹果一分，不管张三死活。大致上，这就是“破产清算”的思路。

第二种，就像王五说的，引水浇田。找小金来帮帮张三，李四哥仨能拿够苹果，小金也要占点便宜。大致上，这就是“破产重整”的思路。

第三种，就像赵六说的，网开一面。张三还不起就还不起吧，李四哥仨不要了。大致上，这就是“破产和解”的思路。

三、“破产”与“注销”——破产法与公司法的衔接

前已言及，“破产”只是一种“清理债务”的方式，而并不是公司法上的程序。二者之间的关系可参看以下图示：



后文介绍相关法律法规时会提到“破产宣告”和“破产程序终结”，其各自的含义是：

（1）“破产宣告”是“破产清算”中的前序步骤。这意味着，法院宣告债务人破产后，债务人即进行清算，最终走向“死亡”。

（2）“破产程序终结”的原因则有好有坏。好的情况如，债务人“缓过来”了，有钱还给所有的债主了，自然无须停留在破产程序中；坏的情况如，债务人穷到连破产费用都付不起，法院和管理人都不愿意管它。

第二节 破产原因

一、企业本身的破产原因

《破产法》规定，“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，依照本法规定清理债务”。由此可见，破产原因具有“且+或”的结构，即“企业法人不能清偿到期债务+资产不足以清偿全部债务/明显缺乏清偿能力”。

（一）“企业法人不能清偿到期债务”

下列情形同时存在的，人民法院应当认定债务人不能清偿到期债务：

- （1）债权债务关系依法成立；
- （2）债务履行期限已经届满；
- （3）债务人未完全清偿债务。

（二）“资产不足以清偿全部债务”

这一事由主要适用于债务人提出破产申请，且其资不抵债情况通过对相关证据的形式审查即可判断的案件。

《最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（一）》（以下简称“《破产法解释（一）》”）规定，债务人的资产负债表，或者审计报告、资产评估报告等显示其全部资产不足以偿付全部负债的，人民法院应当认定债务人资产不足以清偿全部债务，但有相反证据足以证明债务人资产能够偿付全部负债的除外。

（三）“明显缺乏清偿能力”（★★）

这一事由主要适用于债权人提出破产申请，以及债务人提出破产申请但其资不抵债状况通过形式审查不易判断的案件。

《破产法解释（一）》规定，债务人账面资产虽大于负债，但存在下列情形之一的，人民法院应当认定其明显缺乏清偿能力：

关键词	情况
现金不足	因资金严重不足或者财产不能变现等原因，无法清偿债务（2013年、2014年、2018年、2019年案例分析题）
老板跑路	法定代表人下落不明且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务（2012年案例分析题）

续表

关键词	情况
执行未果	经人民法院强制执行，无法清偿债务。 提示：只要债务人的任何一个债权人经人民法院强制执行未能得到清偿，其每一个债权人均有权提出破产申请，并不要求申请人自己已经申请法院采取了强制执行措施（2015年、2019年案例分析题）
造血困难	长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务
兜底	导致债务人丧失清偿能力的其他情形

二、其他因素对破产原因认定的影响（★★）

实践中，无论是否真的了解破产制度，也无论出于哪方面的原因，很多企业主都对“破产”非常抵触。尤其是在债权人等外部主体申请破产的情况下，债务人可能提出各种异议。

以下情况不影响破产原因的认定，而且在案例分析题中高频考查：

（1）相关当事人以对债务人的债务负有连带责任的人未丧失清偿能力为由，主张债务人不具备破产原因的，人民法院应不予支持。（2014年、2018年、2019年案例分析题）

（2）债务人以其具有清偿能力或资产超过负债为由提出抗辩异议，但又不能立即清偿债务或与债权人达成和解的，其异议不能成立。（2017年、2020年案例分析题）

（3）债务人对申请人的债权是否存在担保等提出异议，也不能成为阻止提出破产申请的理由，不影响法院对破产申请的受理。

（4）相关当事人以申请人未预先交纳诉讼费用为由，对破产申请提出异议的，人民法院不予支持。（2019年案例分析题）

三、关联企业合并破产

1. 关联企业合并破产的意义

（1）可以保障不同关联企业间债权人清偿的实质公平，即在整体债权人间的清偿公平。

（2）可以保障破产程序的顺利进行。

（3）有利于企业重整挽救。

（4）可以维护破产法的立法价值。

2. 实质合并破产

（1）条件。

法人人格高度混同，区分各关联企业财产的成本过高，严重损害债权人公平清偿利益。

（2）程序。

①及时通知利害关系人并组织听证；

②人民法院收到申请之日起30日内作出是否实质合并审理的裁定；

③相关利害关系人对裁定不服，可以自裁定书送达之日起15日内向受理法院的上一级人民法院申请复议。

（3）管辖权。

①应由关联企业中的核心控制企业住所地人民法院管辖；

- ②核心控制企业不明确的，由关联企业主要财产所在地人民法院管辖；
- ③多个法院之间对管辖权发生争议的，应当报请共同的上级人民法院指定管辖。

(4) 效力。

各关联企业成员之间的债权债务归于消灭，各成员财产作为合并后统一的破产财产，由各成员的债权人在同一程序中按照法定顺序公平受偿。

3. 程序合并破产（也称协调审理）

(1) 管辖。

人民法院可根据相关主体的申请对多个破产程序进行协调审理，并可根据程序协调的需要，由共同的上级法院确定一家法院集中管辖。

(2) 效力。

协调审理不消灭关联企业成员之间的债权债务关系，不对关联企业成员的财产进行合并，各关联企业成员的债权人仍以该企业成员财产为限依法获得清偿。

(3) 关联企业成员之间不当债权劣后清偿的规定。

在程序合并中，关联企业成员之间不当利用关联控制关系形成的债权，应当劣后于其他普通债权顺序清偿，且该劣后债权人不得就其他关联企业成员提供的特定财产优先受偿，即物权担保失效。

第三节 破产申请与受理

一、提出破产申请的当事人（★★）

《破产法》将当事人提起破产清算、和解与重整这三个程序的申请统一规定于该法第二章之中，所以该章中的“申请”规定是同时适用于清算、和解与重整三个程序的。但具体而言，视申请人和具体情况的不同，各类申请人有权启动的程序类型存在差异。

(1) 债务人。债务人发生破产原因，可以向人民法院提出重整、和解或破产清算申请。

(2) 债权人。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，但不能提出和解申请。此外，法律还有如下规定：

①对破产人的特定财产享有担保权的债权人（以下简称“担保债权人”）同样享有破产申请权。

②税务机关和社会保险机构享有对债务人的破产清算申请权，但一般认为其不宜享有重整申请权，尽管他们可以参加重整程序。（2016年案例分析题）

③破产企业的职工作为债权人可以申请债务人企业破产清算或者重整，但职工提出破产申请应经职工代表大会或者全体职工（会议）多数决议通过。（2017年案例分析题）

(3) 监管机构。商业银行、证券公司、保险公司等金融机构存在破产原因的，国务院金融监督管理机构（证监会、银保监会）可以向人民法院提出对该金融机构进行重整或破产清算的申请。

二、破产案件的管辖（★）

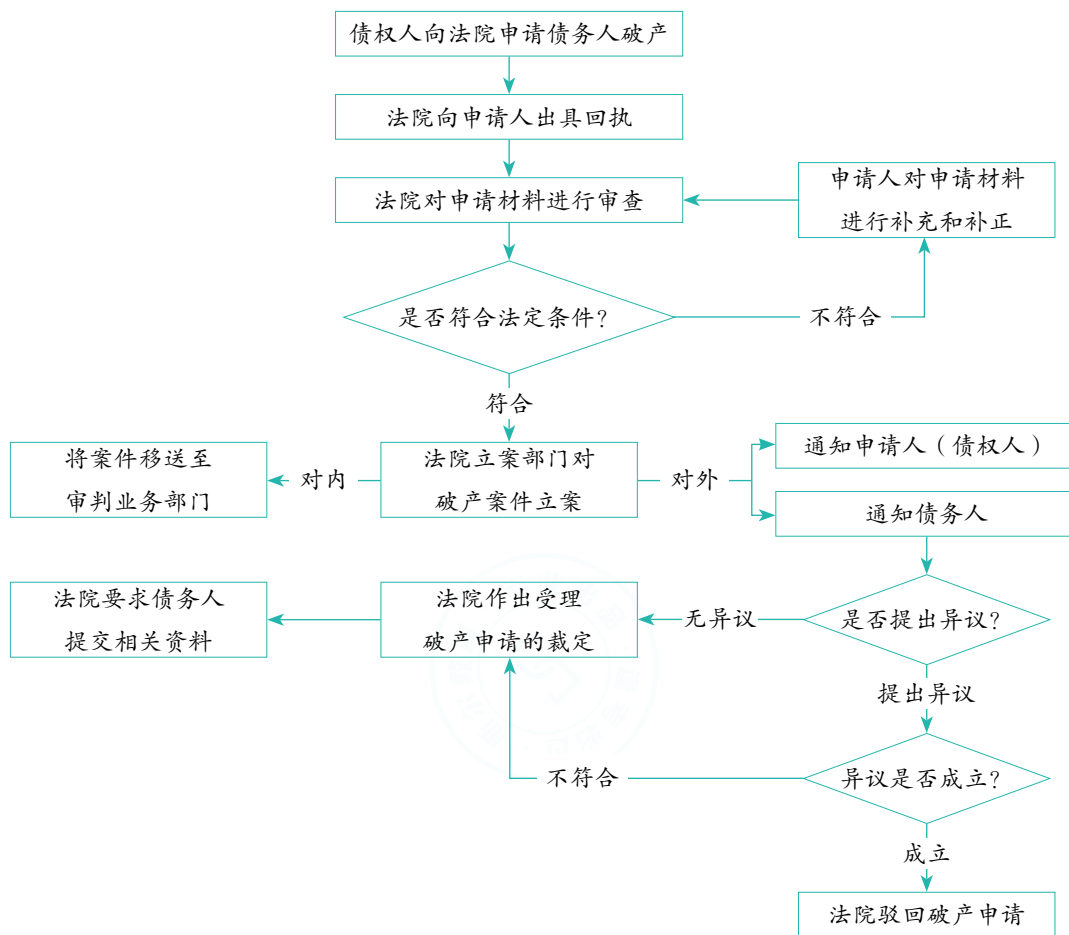
破产案件由债务人住所地人民法院管辖，债务人住所地指债务人的主要办事机构所在地（2020年案例分析题）。债务人主要办事机构所在地不明确、存在争议的，由其

注册登记地人民法院管辖。

省、自治区、直辖市范围内因特殊情况需对个别企业破产案件的地域管辖作调整的，须经共同上级人民法院批准。

三、破产申请受理程序概要

1. 破产申请受理程序



2. 债务人提交材料

(1) 债权人提出申请的，人民法院应当自裁定作出之日起5日内送达债务人。债务人应当自裁定送达之日起15日内，向人民法院提交财产状况说明、债务清册、债权清册、有关财务会计报告以及职工工资的支付和社会保险费用的缴纳情况等有关材料。

(2) 受理破产申请后，人民法院应当责令债务人依法提交其财产状况说明、债务清册、债权清册、财务会计报告等有关材料。

① 债务人拒不提交的，人民法院可以对债务人的直接责任人员采取罚款等强制措施。(2016年案例分析题)

② 债务人不能提交或者拒不提交有关材料的，不影响人民法院对破产申请的受理和审理。

3. 受理破产申请后可以驳回申请的情况

(1) 人民法院受理破产申请后至破产宣告前，经审查发现案件受理时债务人未发生破产原因的，可以裁定驳回申请。

① 由于债务人财产的市场价值发生变化导致其在案件受理后资产超过负债，乃至破

产原因消失的，不影响破产案件的受理与继续审理：（2018年案例分析题）

a. 人民法院不得裁定驳回申请；

b. 债务人如不愿意进行破产清算，可以通过申请和解、重整等方式清偿债务、结束破产程序。

② 申请人对驳回申请裁定不服的，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。

（2）人民法院裁定受理破产申请是对债务人具有破产原因的初步认可，破产申请受理后，申请人请求撤回破产申请的，人民法院原则上不予准许。

四、其他程序向破产程序的转化（★）

（一）清算转破产

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。

企业法人已解散但未清算或者未在合理期限内清算完毕，债权人申请债务人破产清算的，除债务人在法定异议期限内举证证明其未出现破产原因外，人民法院应当受理。

（二）执行案件移送破产审查

1. 制度背景

（1）债务人有清偿能力而拒不履行生效法律文书规定的民事义务，应当适用民事执行程序，强制其履行义务，保障债权的个别实现。

（2）在债务人丧失清偿能力时，为保障对全体债权人的公平、有序清偿，则应适用破产程序，保障债权的集体实现。

原理详解

实践中经常出现债务人已丧失清偿能力，本应适用破产程序，却仍滞留于执行程序，不仅使大量执行积案不能结案，而且对破产案件的受理也造成不利影响。推进执行案件移送破产审查工作，有利于健全市场主体救治和退出机制，有利于完善司法工作机制，有利于化解执行积案。

2. 执行案件移送破产审查的条件

（1）被执行人为企业法人；

（2）被执行人或者有关被执行人的任何一个执行案件的申请执行人书面同意将执行案件移送破产审查；

（3）被执行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。

3. 执行案件移送破产审查的管辖原则和程序

（1）管辖原则：执行案件移送破产审查，由被执行人住所地人民法院管辖。在级别管辖上实行以中级人民法院管辖为原则、基层人民法院管辖为例外的管辖制度。

（2）移送程序：

① 合议庭评审：承办人认为执行案件符合移送破产审查条件的，应提出审查意见，经合议庭评议同意后，由执行法院院长签署移送决定。

② 上级法院审核：基层人民法院拟将执行案件移送异地中级人民法院进行破产审查

的，在作出移送决定前，应先报请其所在地中级人民法院执行部门审核同意。

③通知及异议：执行法院作出移送决定后，应当于5日内送达申请执行人和被执行人。申请执行人或被执行人对决定有异议的，可以在受移送法院破产审查期间提出，由受移送法院一并处理。

④通知其他所有已知执行法院：执行法院作出移送决定后，应当书面通知所有已知执行法院，执行法院均应中止对被执行人的执行程序。

⑤移送材料：执行法院作出移送决定后，应当向受移送法院移送下列材料：

- a. 执行案件移送破产审查决定书；
- b. 申请执行人或被执行人同意移送的书面材料；
- c. 执行法院采取财产调查措施查明的被执行人的财产状况，已查封、扣押、冻结财产清单及相关材料；
- d. 执行法院已分配财产清单及相关材料；
- e. 被执行人债务清单；
- f. 其他应当移送的材料。

⑥受移送法院材料接收及立案：受移送法院不得以材料不完备等为由拒绝接收。立案部门经审核认为移送材料完备的应登记立案，并及时将案件移送破产审判部门进行破产审查。

⑦作出是否受理的裁定：受移送法院的破产审判部门应当自收到移送的材料之日起30日内作出是否受理的裁定。受移送法院作出裁定后，应当在5日内送达申请执行人、被执行人，并送交执行法院。

（3）财产保全措施：

①执行法院决定移送后、受移送法院裁定受理破产案件之前：对被执行人的查封、扣押、冻结措施不解除。

②受移送法院受理破产案件后：应当解除对债务人财产的查封、扣押、冻结措施。

第四节 管理人制度

人民法院裁定受理破产申请的，应当同时指定管理人。管理人的工作自案件受理开始，横贯破产清算、和解与重整三个程序。

一、管理人的资格与指定

（一）管理人的资格（★★）

机构和个人都可以担任管理人，但有下列情形之一的，不得担任管理人：

- （1）因故意犯罪受过刑事处罚；
- （2）曾被吊销相关专业执业证书；
- （3）与本案有利害关系；
- （4）人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。

1. “利害关系”的认定

- （1）社会中介机构、清算组成员有下列情形之一的，可能影响其忠实履行管理人职

责的，人民法院可以认定为存在上述的“利害关系”：

- ①与债务人、债权人未了结的债权债务关系；
- ②在人民法院受理破产申请前3年内，曾为债务人提供相对固定的中介服务；
- ③现在是或者在人民法院受理破产申请前3年内曾经是债务人、债权人的控股股东或者实际控制人；
- ④现在担任或者在人民法院受理破产申请前3年内曾经担任债务人、债权人的财务顾问、法律顾问。（2018年案例分析题）

提示：在上述第②项中，仅提及为“债务人”提供中介服务，不涉及“债权人”。

（2）清算组成员的派出人员、社会中介机构的派出人员、个人管理人有下列情形之一，可能影响其忠实履行管理人职责的，可以认定为存在上述的“利害关系”：

- ①具有上述（1）中的①~④项情况；
- ②现在担任或者在人民法院受理破产申请前3年内曾经担任债务人、债权人的董事、监事、高级管理人员；
- ③与债权人或者债务人的控股股东、董事、监事、高级管理人员存在夫妻、直系血亲、三代以内旁系血亲或者近姻亲关系。

【典例研习·8-3】（2013年单项选择题）

2013年6月1日，人民法院受理了债权人对甲公司提起的破产申请。根据企业破产法律制度的规定，下列人员中，有资格担任管理人的是（ ）。

- A.曾于2008年1月1日至2009年12月31日担任甲公司法律顾问的丙律师事务所
- B.甲公司董事丁
- C.3年前被吊销执业证书，但现已重获执业资格的注册会计师乙
- D.甲公司监事会主席的妻子

斯尔解析 本题考查管理人的任职资格，而且主要从“利害关系”的角度进行考查。

选项A中，丙律师事务所担任甲公司法律顾问的起止时间均在破产申请受理的3年之前，因此该律师事务所可以担任甲公司破产管理人，选项A应选。

选项B所述人员是甲公司董事，选项D所述人员是甲公司监事的配偶，均不得担任甲公司管理人，因此选项BD不应选。

选项C中，乙曾被吊销相关专业执业证书，无论是否重获执业资格，均不得再担任破产管理人。因此选项C不应选。

2.个人担任管理人的问题

对于事实清楚、债权债务关系简单、债务人财产相对集中的企业破产案件，人民法院可以指定管理人名册中的个人为管理人。

（1）司法解释没有将指定个人管理人的适用范围限定为小额破产案件。

（2）个人担任管理人的，应当参加执业责任保险。

（3）由个人担任管理人并非仅由一个个人完成破产案件的管理工作，管理人可以聘任必要的工作人员。

（二）管理人的指定

1. 管理人名册制度

人民法院根据本地破产案件发生数量从报名者中择优确定编入管理人名册的人数，并从编入管理人名册的中介机构及其取得执业资格的成员中实际指定管理人。

管理人无正当理由，不得拒绝人民法院的指定。否则，人民法院可以决定停止其担任管理人1年至3年，或将其从管理人名册中除名。

2. 管理人的更换

（1）社会中介机构管理人有下列情形之一的，人民法院可以根据债权人会议的申请或者依职权径行决定更换管理人：

- ① 执业许可证或者营业执照被吊销或者注销；
- ② 出现解散、破产事由或者丧失承担执业责任风险的能力；
- ③ 与本案有利害关系；
- ④ 履行职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害；
- ⑤ 社会中介机构有重大债务纠纷或者因涉嫌违法行为正被相关部门调查的。

（2）个人管理人有下列情形之一的，人民法院可以根据债权人会议的申请或者依职权径行决定更换管理人：

- ① 执业资格被取消、吊销；
- ② 与本案有利害关系；
- ③ 履行职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害；
- ④ 失踪、死亡或者丧失民事行为能力；
- ⑤ 因健康原因无法履行职务；
- ⑥ 执业责任保险失效；
- ⑦ 个人有重大债务纠纷或者因涉嫌违法行为正被相关部门调查的。

二、管理人的报酬（★）

（一）管理人报酬的基本规定

人民法院应根据债务人最终清偿的财产价值总额，在法定比例限制范围内分段确定管理人报酬。须注意：

（1）这里的“管理人报酬”是指纯报酬，不包括其因执行职务、进行破产管理工作中需支付的其他费用，如公告费用、变价财产费用等。

（2）原则上，担保权人优先受偿的担保物价值，不计入上述规定的财产价值总额。

提示：有些担保财产（如机器设备等抵押物）处于管理人的占有与管理之下，管理人对担保物的维护、变现、交付等管理工作付出合理劳动的，有权向担保权人收取适当的报酬。（2015年案例分析题）

（二）管理人聘用工作人员的规定

管理人经人民法院许可，可以聘用必要的工作人员。

（1）（作为管理人的）律师事务所、会计师事务所通过聘用本专业的其他社会中介机构或者人员协助履行管理人职责的，所需费用从其报酬中支付。

（2）（作为管理人的）破产清算事务所通过聘用其他社会中介机构或者人员协助履行管理人职责的，所需费用从其报酬中支付。

三、管理人的职责与责任（★）

（一）管理人的职责

管理人应当勤勉尽责，忠实执行职务，并履行下列职责：

分类	明细
日常事务	（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）代表债务人参加诉讼、仲裁或者其他法律程序
与破产程序直接相关	（1）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； （2）管理和处分债务人的财产； （3）提议召开债权人会议

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。

提示：人民法院应当支持和保障管理人依法履行职责，不得代替管理人作出本应由管理人自己作出的决定。

（二）管理人的履职要求

管理人应当依法管理和处分债务人财产，审慎决定债务人内部管理事务，不得将自己的职责全部或者部分转让给他人。

管理人没有正当理由不得辞去职务，管理人辞去职务应当经人民法院许可。

（三）管理人的法律责任

管理人依法执行职务，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。

管理人未依法勤勉尽责，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。

第五节 破产申请受理的法律效果

一、债务人有关人员的法定义务（★）

为保证破产程序顺利进行，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特别的法定义务。

（1）人员范围：当然包括企业的法定代表人；经人民法院决定，还可以包括企业的财务管理人员和其他经营管理人员。

(2) 法定义务:

类型	列举
保管	妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料
陈述	根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问； 列席债权人会议并如实回答债权人的询问
“消停”	未经人民法院许可，不得离开住所地； 不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员

债务人的有关人员违反法律规定，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。

二、破产企业债务人的义务 (★)

人民法院受理破产申请后，债务人的债务人或者财产持有人应当向管理人清偿债务或者交付财产，而不能直接向债务人清偿债务或者交付财产。

债务人的债务人或者财产持有人明知破产申请已被受理，故意违反法律规定向债务人清偿债务或者交付财产的：

(1) 使债权人受到损失的，不免除其清偿债务或交付财产的义务。(2017年案例分析题)

(2) 如债务人将接收到的清偿款项或者财产全部上交管理人，债权人并未受到损失，则其不必再承担民事责任。

三、个别清偿的效力 (★★)

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。

债务人以其财产向债权人提供物权担保的，其在担保物市场价值内向债权人所作的债务清偿，不受上述规定限制。(2014年、2017年、2020年案例分析题)

【典例研习·8-4】(2014年案例分析题改编)


2014年5月5日，因A公司未能偿还对B公司的到期债务，B公司向人民法院提出对A公司进行破产清算的申请。人民法院于2014年5月16日裁定受理B公司的申请，并指定了管理人。


A公司曾于2013年4月8日向E信用社借款200万元，期限1年。A公司以其所属厂房为该笔借款提供了抵押担保。2014年5月18日，经管理人同意，A公司向E信用社偿还了其所欠200万元借款本金及其利息。经查，A公司用于抵押的厂房市场价值为500万元。

有其他债权人提出，A公司向E信用社的清偿行为属于破产申请受理后对个别债权人的债务清偿，应认定无效。该主张是否成立？

【答案】该主张不成立。

债务人以其财产向债权人提供物权担保的，破产申请受理后，其在担保物市场价值内向债权人所作的债务清偿不应被认定为无效。本例中，抵押物价值为500万元，超过其担保的债权本息金额，因此抵押权人可以个别地提前受偿。

 **斯尔解析** 本题考查破产申请被受理后个别清偿的效力，是高频考点。

 **陷阱提示** 请将该情况与破产申请受理前的个别清偿相区分，我们将在后续“债务人财产”中对此介绍。

四、管理人对存续债务的选择权（★）

人民法院受理破产申请后，管理人对破产申请受理前成立而债务人和对方当事人均未履行完毕的合同有权决定解除或者继续履行，并通知对方当事人。

（一）选择权的行使

1.行使方式

（1）管理人可以通过明示或者默示行使该选择权。

①明示的方式，如通知对方当事人合同是否继续履行；

②默示的方式，如以实际行为表明对合同的继续履行（包括在买卖合同中接收对方交付的履行标的物、在租赁合同中继续接受对方支付的租金），并对合同的履行不提出异议。

（2）管理人自破产申请受理之日起2个月内未通知对方当事人，或者自收到对方当事人催告之日起30日内未答复的，视为解除合同。

2.行使次数

管理人在破产程序中只享有一次性的合同选择履行权。无论管理人以何种方式选择继续履行合同或解除合同，均不得再反悔。

以上规定并不排斥其在选择合同继续履行后，再依据《民法典》“合同编”的有关规定以及双方在合同中的约定要求解除合同，或者在解除合同后，当事人之间又协商签订新的有关合同。

（二）合同相对方的权利

管理人决定继续履行合同的，对方当事人应当履行，但有权要求管理人提供担保。管理人不提供担保的，视为解除合同。

（三）管理人选择权的限制

对于一些特殊种类的合同，管理人的合同选择履行权要受到必要的限制。例如：

（1）对于破产企业为他人提供担保的合同，管理人无权选择解除合同，逃避法律义务。

（2）保险公司破产时，对尚未履行完毕的保险合同特别是人寿保险合同，管理人无权予以解除。

（3）破产企业对外出租不动产的合同如房屋租赁合同，原则上不得解除（“买卖不破租赁”的延伸）（2013年案例分析题）。在变价破产财产时，房屋应当带租约出售，承租人在同等条件下享有优先购买权。

（4）对于金融衍生品交易的合同，在企业进入破产程序时要提前终止，进行净额结算，管理人无权选择对合同继续履行。

五、程序性事项

（一）民事诉讼、仲裁程序的处理

1.一般规则

案件类型	处理方式
“旧案”	<p>（1）人民法院受理破产申请后，已经开始而尚未终结的有关债务人的民事诉讼或者仲裁应当中止；</p> <p>（2）在管理人接管债务人财产、掌握诉讼情况后能够继续进行，该诉讼或者仲裁继续进行</p>

续表

案件类型	处理方式
“新案”	破产申请受理后，有关债务人的民事诉讼只能向受理破产申请的人民法院提起。 如当事人约定仲裁解决纠纷的，仍应当以仲裁方式解决

2. 涉及“代位求偿”的案件

【典例研习·8-2-3】

张三还是欠李四4个苹果、欠王五4个苹果、欠赵六4个苹果。张三手头只有5个苹果，但是，郭某欠张三4个苹果。如果张三向郭某收回这3个苹果，那么，与【典例研习·8-2-2】类似，最公平的情况是李四、王五、赵六都以75%的比例获得清偿。

回忆一下合同法律制度的内容，假设满足行使代位权的条件，李四对郭某行使代位权，直接从郭某这儿得到4个苹果，则李四的清偿率达到100%，依然对王五、赵六不公平。

但是，如果李四要求郭某把4个苹果还给债务人张三，则不致直接产生不公平的情况。

(1) 案件类型。具有上述“代位求偿”特点的案件类型主要有：

①（根据合同法律制度的规定）债权人主张次债务人代替债务人直接向其偿还债务；

②（根据公司法律制度的规定）债权人主张债务人的出资人、发起人和负有监督股东履行出资义务的董事、高级管理人员，或者协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员、实际控制人等直接向其承担出资不实或者抽逃出资责任；（2014年案例分析题）

③（根据公司法律制度的规定）债权人以债务人的股东与债务人法人人格严重混同为由，主张债务人的股东直接向其偿还债务人对其所负债务。

(2) 处理方式。上述案件在破产程序中的处理方式如下：

起诉时间	处理方式
破产申请受理前	①破产申请受理前，债权人就债务人财产提起上述诉讼，破产申请受理时案件尚未审结的，人民法院应当中止审理；债权人一审中变更其诉讼请求为追收的相关财产归入债务人财产的除外。 ②上述案件中止审理后，有两种走向： a. 债务人破产宣告后，人民法院应当依照《破产法》的规定判决驳回债权人的诉讼请求； b. 债务人破产宣告前，人民法院依法裁定驳回破产申请或者终结破产程序的，上述中止审理的案件应当依法恢复审理
破产申请受理后	破产申请受理后，债权人就债务人财产向人民法院提起上述诉讼的，人民法院不予受理

（二）保全措施、执行程序的处理

1. 保全措施解除

人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除。（2017年案例分析题）

提示：在“执转破”案件中，执行法院决定移送后、受移送法院裁定受理破产案件之前，对被执行人的查封、扣押、冻结措施不解除；受移送法院受理破产案件后，才应当解除对债务人财产的查封、扣押、冻结措施。

（1）以上所称的“保全措施”包括：

- ①民事诉讼保全措施（查封、扣押、冻结）；
- ②在行政处罚程序中的保全措施，如海关、工商管理部门等对债务人财产（指合法财产，不包括禁止持有的毒品、枪支、走私物品等非法物）采取的扣押、查封等措施；
- ③刑事诉讼中公安、检察机关等采取的相关措施。

（2）人民法院受理破产申请后至破产宣告前发生以下情况的，应当及时通知原已采取保全措施并已依法解除保全措施的单位按照原保全顺位恢复相关保全措施：

- ①裁定驳回破产申请；
- ②因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裁定终结破产程序；
- ③因债务人已清偿全部到期债务裁定终结破产程序。

（3）人民法院在受理破产申请后，对于可能因有关利益相关人的行为或者其他原因，影响破产程序依法进行的，可以根据管理人的申请或者依职权，对债务人的全部或者部分财产采取保全措施。

2. 执行程序中止

破产申请受理前，债权人就债务人财产向人民法院提起诉讼，人民法院已经作出生效民事判决书或者调解书但尚未执行完毕的，破产申请受理后，相关执行行为应当依《破产法》的规定中止，债权人应当依法向管理人申报相关债权。

六、破产费用与共益债务（★★）

【典例研习·8-2-4】

接【典例研习·8-2-1】，三人找来村长主持大局。但是村长表示，要收1个苹果的报酬。考虑到村长既有处事能力，又有十足的威望，三人都没意见。

村长又提出：“我看你们四个人且得掰扯好几天，现在天气热，苹果在外面放着要坏。这样吧，我去买个小篮子，把苹果装起来保管。”三人听了都表示同意。之后，村长找到小贩陈某，与其商定，用1个苹果换1个篮子。

本例中，看似李四、王五、赵六3名债权人吃亏了：本来就只有9个苹果，不够分的，现在更少了。村长拿走1个，陈某拿走1个，只剩7个了！

但是，这是必须付出的成本。试想，如果村长不来主持大局，李四、王五、赵六可能永远也无法达成一致意见；就算能达成一致，如果不把苹果保管起来，可能到时候苹果也坏了。

在破产案件中，为保障破产程序进行，维护全体债权人的共同利益，会产生各种各样的费用支出；为在必要时继续破产企业的营业、继续履行合同、进行破产财产的管理等，也可能会使破产财产负担一定的债务。

《破产法》区分其性质，分别规定为“破产费用”与“共益债务”，由债务人财产随时清偿，并规定了债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务时两者的清偿顺序。

（一）破产费用

破产费用是在破产程序中为全体债权人共同利益，因程序进行而支付的各项费用的总称。破产费用的支付对象主要是法院和管理人。（如果要类比的话，就像【典例研习2-4】中给村长的苹果）

1. 支付给法院的破产费用

人民法院受理破产申请后发生的下列费用，为破产费用：

- （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。

2. 支付给管理人的破产费用


管理人执行职务的费用、报酬和聘用工作人员的费用为破产费用。

此外，管理人经人民法院许可聘用企业经营管理人员，或者管理人确有必要聘请其他社会中介机构或人员处理重大诉讼、仲裁、执行或审计等专业性较强工作，如所需费用需要列入破产费用的，应当经债权人会议同意。

【典例研习·8-5】（2016年单项选择题）

根据企业破产法律制度的规定，下列关于破产案件诉讼费用承担的表述中正确的是（ ）。

- | | |
|---------------|---------------|
| A.由破产申请人预先支付 | B.由债权人和债务人分担 |
| C.从债务人财产中随时拨付 | D.由全体债权人按比例分担 |

 **斯尔解析** 本题考查破产费用的支付。首先，破产案件诉讼费用属于破产费用。其次，破产费用由债务人财产随时清偿（拨付）。因此，本题应选择选项C。

（二）共益债务

共益债务是在破产程序中发生的，除破产费用之外的，应由债务人财产负担的债务的总称。其可以大致分为两类：

1. 为了保护债务人财产而产生的共益债务

人民法院受理破产申请后发生的下列债务，为共益债务：

- （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）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。

【典例研习·8-6】

甲公司债权人张某向法院提出破产申请，2020年1月1日，法院受理该破产申请。之后，甲公司停止生产经营，但老员工刘某依然留在传达室看守甲公司。此时，刘某的工资即成为甲公司的共益债务，应随时、优先清偿。

其原因在于，刘某的“留守”保护了甲公司财产的安全，最终有利于甲公司的全体债权人（这就是“共益”的本质）。

【典例研习】答案：

8-5：C

2. 为了保护第三人利益而产生的共益债务

人民法院受理破产申请后发生的下列债务，也是共益债务：

- (1) 因债务人不当得利所产生的债务；
- (2) 管理人或者相关人员执行职务致人损害所产生的债务；
- (3) 债务人财产致人损害所产生的债务。

【典例研习·8-7】

某地法院于2020年1月1日受理关于甲公司的破产申请，并指定乙律师事务所作为甲公司的破产管理人。乙律所工作期间，因为执业不慎，导致甲公司某机器设备将路人崔某砸成重伤，产生医药费10万元。之后，该破产案件迁延许久，法院最终于2023年3月1日对甲公司作出破产宣告。我们设想两种情况：

(1) 假设崔某的损害赔偿请求权属于普通债权，则崔某至少要等到2023年3月1日之后才可能拿到钱，而且大概率不能全额拿到10万元；

(2) 假设崔某的损害赔偿请求权被列入甲公司的共益债务，则可以用甲公司的财产随时清偿，不用等到2023年3月1日之后。

就此，法律的选择是第二种情况。其好处有二：

(1) 崔某是个倒霉的人，是受害者。如果让他等到破产程序终结，随普通债权一起清偿，崔某太吃亏了。

(2) 破产程序中，债务人的一切事宜都是管理人负责。很显然，对崔某受伤的情况，乙律所难辞其咎。将这笔债务列为共益债务还有这样一层后果：以债务人甲公司的财产向崔某清偿之后，可以分给甲公司其他债权人的资产就变少了，债权人以及法院可能都会对管理人不满意。因此，将这笔债务列为共益债务还可以督促管理人谨慎、勤勉地履职。

(三) 破产费用与共益债务的清偿

1. 优先清偿

破产费用与共益债务以债务人的无担保财产优先受偿；特别地，专为设有担保权的特定财产而支出的费用，如担保财产的拍卖费用、维护费用等，应当从担保财产的变价款中支付。

2. 清偿时间与顺位

(1) 破产费用和共益债务由债务人财产随时清偿。

(2) 清偿顺位：

① 债务人财产不足以清偿所有破产费用和共益债务的，先行清偿破产费用。

② 债务人财产不足以清偿所有破产费用或者共益债务的，按照比例清偿。

③ 债务人财产不足以清偿破产费用的，管理人应当提请人民法院终结破产程序。人民法院应当自收到请求之日起15日内裁定终结破产程序，并予以公告。

【典例研习·8-8】

甲公司已经进入破产程序，目前产生破产费用20万元、共益债务30万元。

(1) 假设甲公司财产仅余40万元，则应先支付破产费用20万元，再支付共益债务20万元。剩余20万元共益债务以及甲公司其他债务无法受偿。

(2) 假设甲公司财产仅余25万元，则应支付破产费用10万元、共益债务15万元，剩余10万元破产费用、15万元共益债务以及甲公司其他债务无法受偿。

(3) 假设甲公司财产仅余15万元, 则管理人应当提请人民法院终结破产程序。

为何破产费用要优先于共益债务? 试想, 【典例研习·8-2-4】中, 如果村长不来主持大局, 买再好的篮子有什么用? 万一李四、王五、赵六商量了一年还商量不出解决办法, 苹果终归是要烂的。

第六节 债务人财产

一、债务人财产的一般规定(★★)

(一) 债务人财产的范围

债务人财产包括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。其类型上, 可以包括货币、实物, 以及债务人依法享有的可以用货币估价并可以依法转让的债权、股权、知识产权、用益物权等财产和财产权益。

提示: 确定债务人财产范围的界定时点是破产申请受理时, 而不是破产宣告时。破产宣告后, 债务人的财产称为“破产财产”。

(二) 债务人财产的判定

在判定某一项财产是否为债务人财产时, 主要看其所有权是否属于债务人。

1. “占有”而不“拥有”的财产

下列财产不应认定为债务人财产:

(1) 债务人基于仓储、保管、承揽、代销(委托销售)、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产; (2014年、2015年、2016年案例分析题)

(2) 债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产;

(3) 所有权专属于国家且不得转让的财产。

2. “拥有”但有“负担”的财产

债务人已依法设定担保物权的特定财产, 属于债务人财产。

债务人的特定财产在担保物权消灭或者实现担保物权后的剩余部分, 在破产程序中可用以清偿破产费用、共益债务和其他破产债权。

3. 共有物

债务人对按份享有所有权的共有财产的相关份额, 或者共同享有所有权的共有财产的相应财产权利, 以及依法分割共有财产所得部分, 属于债务人财产。

(1) 人民法院宣告债务人破产清算, 属于共有财产分割的法定事由。

(2) 人民法院裁定债务人重整或者和解的, 管理人有权请求分割。

(3) 因分割共有财产导致其他共有人损害产生的债务, 作为共益债务清偿。

二、债务人财产的充实(★★)

从与【典例研习·8-2】相关的一系列例子可以看出, 在“僧多粥少”的时候, 每个债权人都可能搞一点“小动作”, 希望比其他债权人“多吃一口”。为了保证清偿的公平, 人民法院受理破产申请后, 管理人的一项重要工作就是清理债务人财产, 追收财产。

（一）债务人财产的收回

1. 追回出资

（1）债务人的出资人尚未完全履行出资义务或抽逃出资的，管理人应当要求该出资人缴纳所认缴的出资，而不受出资期限的限制。（2020年案例分析题）

（2）管理人依据公司法的相关规定代表债务人提起诉讼，主张公司的发起人和负有监督股东履行出资义务的董事、高级管理人员，或者协助抽逃出资的其他股东、董事、高级管理人员、实际控制人等，对股东违反出资义务或者抽逃出资承担相应责任，并将财产归入债务人财产的，人民法院应予支持。

2. 追回董监高侵占的利益

（1）债务人的董事、监事和高级管理人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产，管理人应当追回。前述“非正常收入”包括：

- ①绩效奖金；
- ②普遍拖欠职工工资情况下获取的工资性收入；（2014年、2018年案例分析题）
- ③其他非正常收入。

（2）上述非正常收入被追回后并非终局地归属于公司（债务人），而是产生相关董监高对公司（债务人）的债权。其中，②中不超过企业职工平均工资部分作为拖欠职工工资清偿，其他均作为普通债权清偿。

3. 取回担保物

在人民法院受理破产申请后，管理人可以通过清偿债务或者提供为债权人接受的担保，取回质物、留置物或解除债务人财产上存在的物权担保。

管理人所作的债务清偿或者替代担保，在担保物的价值低于被担保的债权额时，以该担保物当时的市场价值为限。

（二）破产撤销权

1. 破产撤销权的行使情形之一——减损债务人资产

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。其中，“财产”也包括财产性权利。
- （2）放弃债权。即以明示或默示的方式放弃对他人的债权，包括放弃债权等权利、不为诉讼时效的中断、撤回诉讼、对诉讼标的之舍弃等。
- （3）以明显不合理的价格进行交易。因撤销该交易，债务人所产生的应返还受让人已支付价款的债务，作为共益债务清偿。

提示：除了价格之外，付款条件、付款期限等其他交易条件明显不合理的不公平交易，也可以撤销。

（4）对没有财产担保的债务提供财产担保。即对原来已经成立没有财产担保的债务补充设置物权担保。（2018年案例分析题）

提示：于可撤销期间内在设定债务的同时为债务提供的财产担保不包括在内，因其是有对价的行为。

【典例研习·8-9-1】

某法院于2020年6月1日受理关于甲公司的破产申请。甲公司于2020年1月1日以其自有的一台机器设备对乙公司欠丙公司的100万元债务提供抵押。已知，在此之前，该笔债务没有任何担保。本例中，管理人可以撤销该笔抵押。

【典例研习·8-9-2】

某法院于2020年6月1日受理关于甲公司的破产申请。甲公司于2020年1月1日向乙公司借款100万元，并将其自有的一台机器设备抵押给乙公司。

本例中，管理人不得撤销该笔抵押。因为债务和抵押在人民法院受理破产申请前1年内同时发生。

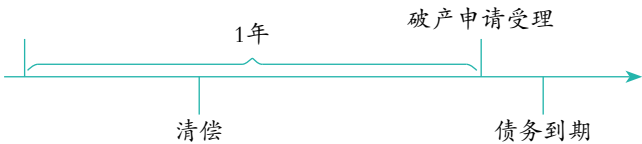

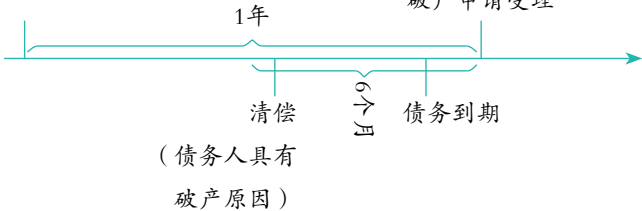
(5) 对未到期的债务提前清偿。须注意：

①破产申请受理前1年内债务人提前清偿的未到期债务，在破产申请受理前已经到期，管理人请求撤销该清偿行为的，人民法院不予支持；（2015年、2020年案例分析题）

②但是，该清偿行为发生在破产申请受理前6个月内且债务人具有破产原因的除外。

【典例研习·8-10】

某法院于2020年6月1日受理关于甲公司的破产申请，试比较如下三种情况。

情况	处理
	可撤销
	不可撤销
	可撤销

2. 破产撤销权的行使情形之二——个别清偿

人民法院受理破产申请前6个月内，债务人有破产原因，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。

(1) “对个别债权人进行清偿”是指对无物权担保债权人的个别清偿，对有物权担保债权人在担保物的市价范围内所做的清偿不受限制。

(2) 应将可撤销行为限定在恶意所为、具有不公平效果的范围内。债务人对债权人进行的以下个别清偿，管理人依据上述规定请求撤销的，人民法院不予支持：

①债务人为维系基本生产需要而支付水费、电费等的；（2013年案例分析题）

②债务人支付劳动报酬、人身损害赔偿金的；（2015年案例分析题）

③使债务人财产受益的其他个别清偿。

(3) 债务人经诉讼、仲裁、执行程序对债权人进行的个别清偿，管理人依据上述规定请求撤销的，人民法院不予支持。但债务人与债权人恶意串通损害其他债权人利益的除外。

精准答疑

问题：如何理解各类可撤销的清偿行为？

解答：上文提到两种可撤销的清偿行为，一是个别清偿，一是提前清偿。

（1）“个别清偿”指的是对已到期债务的清偿，须注意：

①人民法院受理破产申请前6个月内，债务人有破产原因，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。

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。

（2）“提前清偿”指的是对未到期债务的清偿。

原则上，人民法院受理破产申请前1年内，债务人对未到期的债务提前清偿的，可以撤销。其情况比较复杂，具体请见【典例研习·8-10】。

3.破产撤销权的行使主体

撤销权原则上应由管理人统一行使。特别地，在破产重整程序中，债务人可以在管理人的监督下自行管理财产和营业事务，其职权相当于管理人。此时：

（1）在不与债务人利益发生冲突的情况下，撤销权由债务人行使，管理人负责监督。

（2）但如与债务人利益发生冲突，撤销权应由管理人行使，以保护债权人权益。

（三）破产无效行为

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；

（2）虚构债务或者承认不真实债务。

管理人有权就上述情况起诉，主张被隐匿、转移财产的实际占有人返还债务人财产，或者主张债务人虚构债务或者承认不真实债务的行为无效并返还债务人财产。

三、他人财产的取回

破产法上的取回权分为一般取回权与特别取回权。注意，我们在“破产撤销权与无效行为”中说的追回，其主体是债务人，目的是为了不让债务人的财产因为违法行为而减少；而我们在这里说的“取回”，其主体是债务人之外的其他人，目的是为了不让债务人的财产因为不合法的情况增加，从而侵害其他方的利益。

（一）一般取回权（★★★）

关于“一般取回权”，法律规定：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。

1.适用一般取回权的情况

上文提到，部分财产由债务人“占有”，但并不由债务人“拥有”，例如债务人基于仓储、保管、承揽、代销（委托销售）、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系占有、使用的他人财产。以此为基础，司法实践中，取回权主要表现为（2014年案例分析题）：

（1）加工承揽人破产时，定作人取回定作物；

（2）承运人破产时，托运人取回托运货物；

- (3) 承租人破产时，出租人收回出租物；
- (4) 保管人破产时，寄存人或存货人取回寄存物或仓储物；
- (5) 受托人破产时，信托人取回信托财产。

2. 一般取回权的行使方式

(1) 非诉讼方式。一般取回权在破产案件受理后形成，其行使不受原约定条件、期限的限制，也不受破产程序限制（重整程序除外），在无争议时无须通过诉讼程序。

因财产在管理人占有之下，权利人须通过管理人取回财产。

(2) 诉讼方式。权利人依法向管理人主张取回相关财产，管理人不予认可，权利人有权以债务人为被告向人民法院提起诉讼请求行使取回权。

权利人依据人民法院或者仲裁机关的相关生效法律文书向管理人主张取回所涉争议财产，管理人以生效法律文书错误为由拒绝其行使取回权的，人民法院不予支持。

提示：须注意，虽然相关权利人取回财产时“打交道”的主要是管理人，但在相关诉讼中，被告依然是债务人。

3. 一般取回权权利人的义务

权利人行使取回权时未依法向管理人支付相关的加工费、保管费、托运费、委托费、代销费等费用，管理人拒绝其取回相关财产的，人民法院应予支持。

4. 一般取回权的行使时间

权利人行使取回权，应当在破产财产变价方案或者和解协议、重整计划草案提交债权人会议表决前向管理人提出。权利人在上述期限后主张取回相关财产的，应当承担延迟行使取回权增加的相关费用。

5. 特殊情况下的取回

(1) 对债务人占有的权属不清的鲜活易腐等不易保管的财产或者不及时变现价值将严重贬损的财产，管理人应当及时变价并提存变价款，有关权利人可以就该变价款行使取回权。（2020年案例分析题）

(2) 债务人占有的他人财产毁损、灭失，因此获得的保险金、赔偿金、代偿物尚未交付给债务人，或者代偿物虽已交付给债务人但能与债务人财产相区分的，权利人有权主张取回就此获得的保险金、赔偿金、代偿物。

6. 第三人的善意取得与权利人的取回权

在通常情况下，一般取回权的行使只限于取回原物。如原物被违法转让，便需要根据受让方是否构成善意取得来确定相应的处理方法。

(1) 第三人构成善意取得。此时，原权利人无法取回该财产，人民法院应当按照以下规定处理（2013年、2020年案例分析题）：

【典例研习·8-11-1】

甲公司委托乙公司保管一台机器设备，保管期限为2020年1月1日至2020年12月31日。保管期间，该机器设备被转让给丙公司，且该次转让构成善意取得。该例中：

(1) 由于该机器设备属于甲公司，乙公司的转让行为构成无权处分。

(2) 由于该次转让构成善意取得，丙公司取得该机器设备的所有权。

(3) 由于“一物一权”，甲公司失去该机器设备的所有权，乙公司作为无权处分的行为人应当赔偿甲公司损失。换言之，上述情况的最终结果是乙公司对甲公司负有债务。

至于这笔债务在破产程序中的性质，须看无权处分的转让行为发生在何时。

①转让行为发生在破产申请受理前的，原权利人因财产损失形成的债权，作为普通破产债权清偿（注意，此时的转让行为是债务人自己的行为，管理人尚未介入）；

②转让行为发生在破产申请受理后的，因管理人或者相关人员执行职务导致原权利人损害产生的债务，作为共益债务清偿。

提示：该情况下产生上一节提到的第二类共益债务，即“为了保护第三人利益而产生的共益债务”。

（2）第三人不构成善意取得。此时，原权利人可以向第三人行使返还原物请求权，即依法追回转让财产。对因第三人已支付对价而产生的债务，人民法院应当按照以下规定处理：

【典例研习·8-11-2】

甲公司委托乙公司保管一台机器设备，保管期限为2020年1月1日至2020年12月31日。保管期间，该机器设备被转让给丙公司。丙公司已经向乙公司支付价款，但其受让行为不构成善意取得。该例中：

（1）由于该机器设备属于甲公司，乙公司的转让行为构成无权处分。

（2）由于该次转让不构成善意取得，该机器设备的所有权仍属于甲公司。

（3）作为该机器设备的所有权人，甲公司可以向丙公司追回该机器设备。追回后，丙公司遭受损失（给了乙公司钱，但是机器没了），因此可以要求乙公司返还全部或者部分价款。换言之，上述情况的最终结果是乙公司对丙公司负有债务。

至于这笔债务在破产程序中的性质，须看无权处分的转让行为发生在何时。

①转让行为发生在破产申请受理前的（即由债务人自己实施），作为普通破产债权清偿；

②转让行为发生在破产申请受理后的（即由管理人实施），作为共益债务清偿。

原理详解

通过【典例研习·8-11-1】【典例研习·8-11-2】不难看出，无论无权处分行为发生在破产申请受理之前还是之后，其最终的结果都是导致债务人对他方（原权利人或受让人）负有债务。

但仍须注意，“债务人”是指企业，而无权处分行为中相关自然人也扮演了重要的角色，须承担相应责任。具体而言：

（1）如果无权处分行为发生在破产申请受理之前，“犯错”的是债务人的董事、高级管理人员。因此，如果权利人在破产程序中未能获得足额清偿，其有权以债务人的董事、高级管理人员侵害其权利为由提起诉讼，主张相关人员承担相应赔偿责任。

（2）如果无权处分行为发生在破产申请受理之后，“犯错”的是破产管理人。因此，除了将相关赔偿债务纳入共益债务：

①权利人向管理人或者相关人员主张承担补充赔偿责任的，人民法院应予支持。

②上述债务作为共益债务由债务人财产随时清偿后，债权人有权以管理人或者相关人员执行职务不当导致债务人财产减少给其造成损失为由提起诉讼，主张管理人或者相关人员承担相应赔偿责任。

（二）出卖人对在途货物的取回权（★）

1. 条件一：破产的买受人尚未付讫全部价款

人民法院受理破产申请时，出卖人已将买卖标的物向作为买受人的债务人发运（2019年案例分析题）：

- （1）债务人尚未收到且未付清全部价款的，出卖人可以取回在运途中的标的物。
- （2）但是，管理人可以支付全部价款，请求出卖人交付标的物。

【典例研习·8-12】

甲公司向乙公司出售一批生产原材料。2月1日，甲公司向乙公司发运该批原材料。运输途中，2月15日，某地法院受理对于乙公司（即买方）的破产申请。此时，乙公司只支付了40%的价款，尚有60%价款仍未支付。本例中，事情有两种走向：

（1）甲公司觉得乙公司要“黄”了，不想把这批原材料卖给乙公司。此时，甲公司可以要求取回该批已经发运的原材料。

（2）乙公司的管理人认为这笔原材料对于乙公司继续维持基本的生产而言非常重要。此时，乙公司管理人可以（用债务人的财产）支付剩余全部价款，最终买到这批原材料。

2. 条件二：出卖人在货物“在途”时主张取回

出卖人对在运途中标的物未及时行使取回权，在买卖标的物到达管理人后向管理人行使在运途中标的物取回权的，管理人不应准许。（2019年、2020年案例分析题）

具体而言，出卖人在货物在途时可以采取如下方式行使取回权：

- （1）在货物未达管理人前向管理人主张取回在运途中标的物；
- （2）通知承运人或者实际占有人中止运输、返还货物、变更到达地，或者将货物交给其他收货人等。

提示：如果出卖人及时采取了上述措施行使取回权，相关货物依然最终被运抵买受人，则出卖人依然可以向管理人行使取回权。

（三）所有权保留买卖合同的处理（★）

所有权保留的买卖具有特殊的构造，同时涉及“取回权”以及管理人对于债务人合同的“选择权”。此外，视陷入破产的主体是出卖人或者买受人，相关规则的适用又有差异。为了便于理解，我们先看以下案例，顺便回顾“所有权保留的买卖”这一知识点。

【典例研习·8-13】

甲公司向乙公司出售一台生产设备。2月1日，双方就此签订所有权保留的买卖合同，约定甲公司于2月10日前向乙公司发运该机器设备，但在乙公司付清全部价款前，该机器设备的所有权依然属于甲公司；乙公司应在2月1日之前向甲公司支付头款，即该设备总价的40%，并于4月1日、5月1日、6月1日分别支付该设备总价的20%。

（1）在乙公司付清全部价款之前，甲公司作为卖方具有取回权。即，假设乙公司未按时支付5月1日应支付的20%价款，甲公司可以向乙公司取回该机器设备。须注意：

①这里的取回权是基于合同法的取回权，与破产法下的取回权并不是一回事。

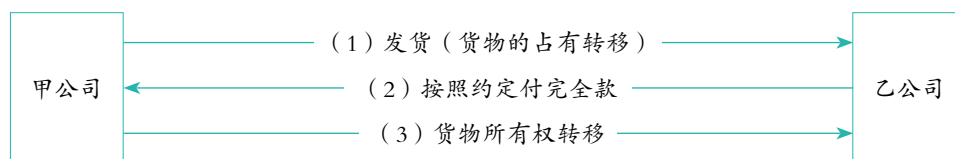
②可以导致出卖人行使取回权的事由很多，还包括买受人占有标的物后进行转卖、出质等不当处分。

(2) 甲公司取回机器设备后，乙公司如果在双方约定的时限内补交5月1日应支付的20%价款，则可以向甲公司请求“赎回”该机器设备。这一权利称为“赎回权”。

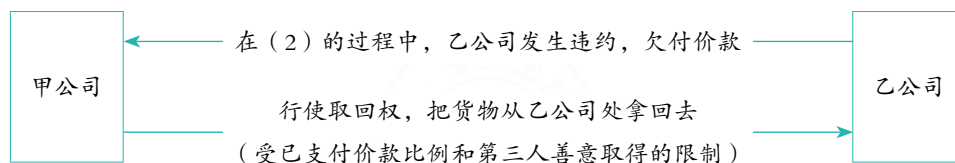
此外，须注意，买受人乙公司如果已经支付标的物总价款75%以上，或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的，出卖人不得行使取回权，但有权依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任。

上述情况可以通过下图展示：

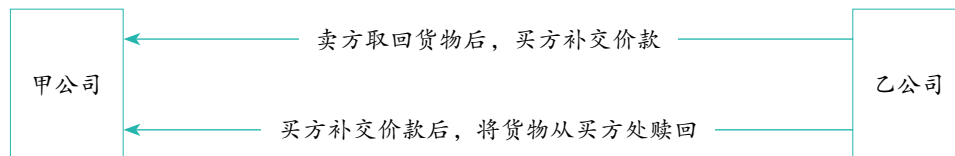
所有权保留买卖的典型结构



卖方的“取回”



买方的“赎回”



1. 卖方破产

(1) 卖方管理人如果决定继续履行所有权保留的买卖合同，其后果如下：

法律后果	解说
买受人应当按照原合同的约定支付价款或者履行其他义务	相当于继续按照合同法的规定履行所有权保留的买卖合同，只不过卖方的权利由其管理人行使
买受人未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害，出卖人的管理人依法主张取回标的物的，人民法院应予支持	
但是，买受人已经支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的，出卖人的管理人不得行使取回权。管理人有权依法主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任	

(2) 卖方管理人如果决定解除所有权保留的买卖合同，其后果如下：

法律后果	解说
出卖人的管理人有权依法要求买受人向其交付买卖标的物。 买受人以其不存在未依约支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分情形抗辩的，人民法院不予支持	因为这本来就不是在行使“所有权保留的买卖”中的取回权，而是基于合同解除的“恢复原状”
买受人将买卖标的物交付出卖人管理人后： ①在合同履行中依法履行义务者，其已支付价款损失形成的债权作为共益债务清偿； ②买受人在合同履行中违反约定义务的，其上述债权作为普通破产债权清偿	“恢复原状”的另一方面是卖方要把收取的价款还给买方。这时候，如果买方没有违约，就优先保护，将价款的返还列入共益债务优先支付；如果买方违约，则不必优先保护，其成为普通债务人

2. 买方破产

(1) 买方管理人如果决定继续履行所有权保留的买卖合同，其后果如下（2019年案例分析题）：

法律后果	解说
原合同中约定的买受人支付价款或者履行其他义务的期限在破产申请受理时视为到期，买受人管理人应当及时向出卖人支付价款或者履行其他义务	如果继续履行合同，马上导致合同提前到期
①买受人管理人无正当理由未及时支付价款或者履行完毕其他义务，或者将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分，给出卖人造成损害的，出卖人有权依法主张取回标的物； ②但买受人已支付标的物总价款75%以上或者第三人善意取得标的物所有权或者其他物权的，出卖人不得行使取回权； 出卖人有权主张买受人继续支付价款、履行完毕其他义务，以及承担相应赔偿责任	和普通的所有权保留买卖并无差异
对因买受人未支付价款或者未履行完毕其他义务，以及买受人管理人将标的物出卖、出质或者作出其他不当处分导致出卖人损害产生的债务，作为共益债务清偿	破产方决定继续履行，给“外人”造成损失，列入共益债务优先清偿

(2) 买方管理人如果决定解除所有权保留的买卖合同，其后果如下：

法律后果	解说
出卖人有权主张取回买卖标的物。出卖人取回买卖标的物的，买受人的管理人有权主张出卖人返还已支付价款	基于合同解除的取回

续表

法律后果	解说
<p>取回的标的物价值明显减少给出卖人造成损失的：</p> <p>① 出卖人可从买受人已支付价款中优先予以抵扣，剩余部分返还给买受人；</p> <p>② 对买受人已支付价款不足以弥补出卖人标的物价值减损损失形成的债权，作为共益债务清偿</p>	<p>破产方的行为给“外人”造成损失，列入共益债务优先清偿</p>

四、破产中的抵销

破产法上的抵销权，是指债权人在破产申请受理前对债务人即破产人负有债务的，无论双方债务是否已到清偿期限、标的是否相同，均可在破产财产最终分配确定前向管理人主张相互抵销的权利。

（一）破产法上抵销权的行使

1. 行使的主体

原则上，破产法上的抵销权只能由债权人向管理人提出行使。

管理人不得主动抵销债务人与债权人的互负债务，但抵销使债务人财产受益的除外。债务人在重整程序中自行管理财产的，也不得主动主张抵销。

2. 行使的时机

债权人应当在破产财产最终分配确定之前向管理人主张破产抵销。所谓“破产财产最后分配确定前”：

（1）在破产清算程序中，指破产财产分配方案提交债权人会议表决之前；

（2）在重整与和解程序中，指和解协议草案、重整计划草案提交债权人会议表决之前。

（二）禁止行使破产法上抵销权的情况（★）

原理详解

“抵销”的本质是，双方互相负有的债务在相等的额度内同时消灭。这一事项在“破产”的程序里可能导致不公平的结果。

“破产”的前提是资不抵债。假设某人对陷入破产的债务人拥有100万债权，大概率无法得到全额清偿。换言之，这100万债权的实际价值并未达到100万元。如果允许这样的债权与债务人自己的债权抵销，可能侵害其他债权人的利益，也可能给债务人的债务人、股东逃避责任提供渠道。

1. 明知债务人濒临破产而对其取得的债权或者债务

债权人在破产申请受理前对债务人负有债务，有下列情形之一的，不得抵销：

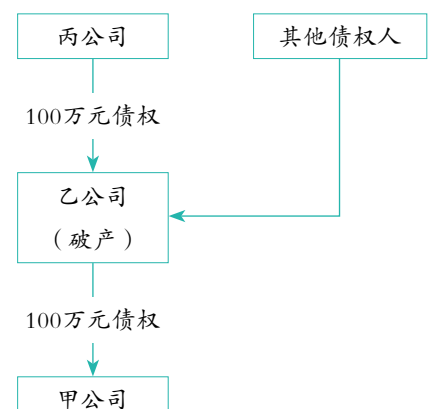
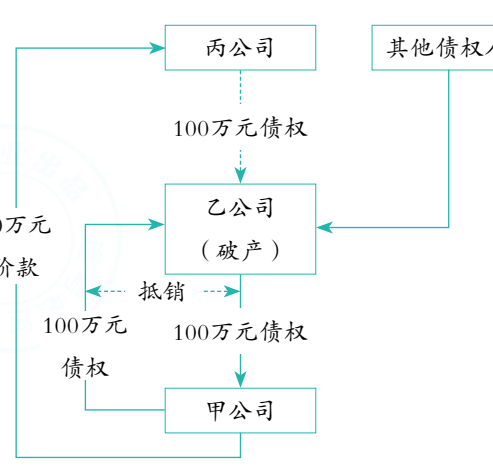
（1）债务人的债务人在破产申请受理后取得他人对债务人的债权。（2015年案例分析题）

【典例研习·8-14-1】

甲公司对乙公司负有100万元的债务。某日，法院受理对乙公司的破产申请，乙公司进入破产程序。甲公司以30万的价格向乙公司的债权人丙公司购买了丙公司

对乙公司持有的100万元债权。随后，甲公司以其对乙公司的100万元债权主张抵销其对乙公司负有的等额债务。

为了讨论的简便，我们假设甲公司本可以全额清偿对乙公司的100万元债务。
请比较以下抵销前后的情况：

<p>抵销前</p> <p>甲公司偿还100万元之后，可以用于向丙公司以及其他债权人清偿。 假设此时的清偿率是20%，也就意味着丙公司最终可得20万元清偿</p>	
<p>抵销后</p> <p>(1) 甲公司无须向乙公司偿还100万元，这意味着除丙公司之外，乙公司其他债权人可以分的“蛋糕”变小了； (2) 通过与甲公司“勾兑”，丙公司得到的清偿率为30%；相应地，乙公司其他债权人的清偿率会下降； (3) 通过与丙公司“勾兑”，甲公司花30万元成本免除了100万元债务</p>	

提示：由于破产程序耗时较长，且清偿比例具有较大不确定性。为了提前拿到钱，债权人完全有动机低价转让债权。

(2) 以下两种情况可能导致类似的不公平后果，也是破产法禁止的抵销行为：

行为人	禁止的抵销行为
债权人	债权人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人负担债务的；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而负担债务的除外（注）
债务人的债务人	债务人的债务人已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而取得债权的除外

注：

①所谓“法律规定”的除外情况，如债权人发生继承的情况；

②所谓“破产申请1年前所发生的原因而负担债务”的除外情况，如在破产申

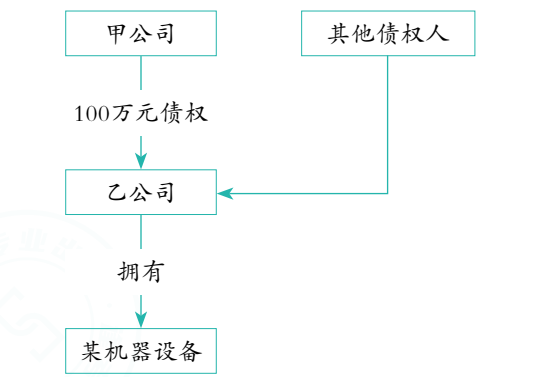
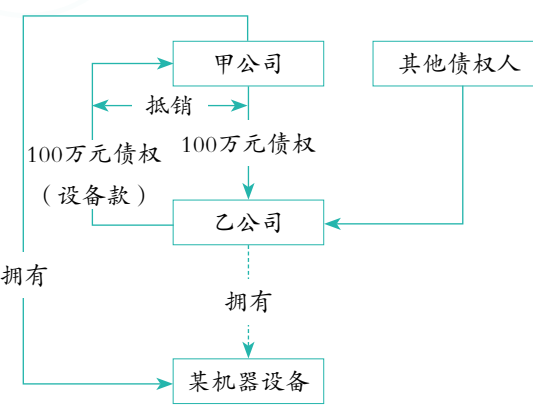
请1年前当事人签订了企业合并合同，但延迟至破产申请受理的1年内才完成工商变更登记，而企业的合并各方有的对债务人享有债权，有的对债务人负有债务，合并后即可进行抵销。其抵销的时点（一般以变更登记完成为准）发生在破产申请受理的1年内，但其原因（签订合并合同）发生在破产申请受理的1年前。

【典例研习·8-14-2】

甲公司对乙公司拥有100万元债权。通过乙公司的工作人员，甲公司知道乙公司已经资不抵债，于是提出以100万元的价格购买乙公司的某设备，通过注入现金帮乙公司渡过难关，乙公司欣然应允。

之后，法院受理针对乙公司的破产申请，但截至当时，甲公司虽然已经拿走了这台设备，但仍未支付100万元的价款。之后甲公司提出，用其对乙公司享有的100万元债权等额抵销其对乙公司负有的100万元债务。

请比较以下抵销前后的情况：

抵销前	<p>该设备属于乙公司的财产，可以用于向甲公司以及其他债权人清偿。</p> <p>假设此时的清偿率是20%，也就意味着甲公司最终可得20万元清偿</p>	
抵销后	<p>（1）乙公司的机器设备成为甲公司的债权，之后又被抵销，乙公司的其他债权人可以分的“蛋糕”变小了；</p> <p>（2）甲公司的清偿率变为100%，相应地，乙公司其他债权人的清偿率会下降；</p> <p>（3）此时该机器设备多半是“贱卖”，因此，甲公司得到的好处实际上可能还超过100万</p>	

2. 债务人股东作为债权人提出的抵销

债务人的股东主张以下列债务与债务人对其负有的债务抵销，债务人的管理人提出异议的，人民法院应予支持：

（1）债务人股东因欠缴债务人的出资或者抽逃出资对债务人所负的债务。（2020年案例分析题）

提示：股东虚构公司债务，并通过与自身出资债务抵销的方式逃避出资，这种做法在公司濒临破产的情况下具有更大的现实性。有鉴于此，法律直接禁止这类抵销。

(2) 债务人股东滥用股东权利或者关联关系损害公司利益对债务人所负的债务。

(三) 破产程序中抵销的生效

(1) 管理人收到债权人提出的主张债务抵销的通知后,经审查无异议的,抵销自管理人收到通知之日起生效。

(2) 管理人对抵销主张有异议的,应当在约定的异议期限内或者自收到主张债务抵销的通知之日起3个月内向人民法院提起诉讼。无正当理由逾期提起的,人民法院不予支持。

提示:

管理人以下列理由提出异议的,人民法院不予支持:

- ① 破产申请受理时,债务人对债权人负有的债务尚未到期;
- ② 破产申请受理时,债权人对债务人负有的债务尚未到期;
- ③ 双方互负债务标的物种类、品质不同。

(3) 人民法院判决驳回管理人提起的抵销无效诉讼请求的,该抵销自管理人收到主张债务抵销的通知之日起生效。

第七节 破产债权

一、破产债权申报的一般规则

对于破产债权,须关注两方面的问题。一是实质上有多少破产债权;二是多少破产债权能通过破产程序得到清偿。我们还是用“僧多粥少”来打比方:

(1) 法院受理破产申请时,破产债权就确定了。相当于能来“分粥”的“和尚”是谁、各自可以分多少“粥”都确定了。

(2) 法院并不知道债务人具体有多少债权人,因此须采取“破产债权申报”的程序。换言之,想“分粥”的“和尚”自己来报名,告诉法院自己该分多少“粥”。

(3) 最终,通过管理人、债权人自己、法院等各方的把关,把能参与到破产程序中“分粥”的“和尚”群体确定下来。这个群体和实际上可以“分粥”的群体并不一定完全重合,例如,有的“和尚”有权利“分粥”,但是没及时申报。

原理详解

(一) 破产债权的范围

人民法院受理破产申请时对债务人享有的债权称为“破产债权”。须注意:

(1) 确定破产债权的时点与破产程序启动的时点相统一,均为受理破产申请时;截至法院受理破产申请时,破产债权在相关合同下产生的金额即成为破产债权的金额,例如:

- ① 未到期的债权,在破产申请受理时视为到期。附条件、附期限的债权,以及诉

讼、仲裁未决的债权也可以申报。

②附利息的债权，自破产申请受理时起停止计息；无利息的债权，无论是否到期均以本金申报债权。

(2) 对破产人的特定财产享有担保权的债权也属于破产债权。

(3) 职工债权的处理。

债务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，不必申报，由管理人调查后列出清单并予以公示。

职工对清单记载有异议的，可以要求管理人更正；管理人不予更正的，职工可以向人民法院提起债权确认诉讼。(2018年案例分析题)

提示：职工劳动债权计算到解除劳动合同时止。管理人在与债务人的职工协商解除劳动合同时一般会选择将劳动合同解除的时间回溯至法院受理破产申请时。如果管理人认为债务人的部分员工在法院受理破产申请后有必要继续履职，一般会另行约定报酬，该等报酬作为共益债务清偿。

(4) 违约金的处理。

管理人或者债务人依照破产法规定解除双方均未履行完毕的合同，对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权申报债权。这时可申报的债权以实际损失为限，违约金不得作为破产债权申报。

(5) 滞纳金的处理。

破产申请受理后，债务人欠缴款项产生的滞纳金，包括债务人未履行生效法律文书应当加倍支付的迟延利息和劳动保险金的滞纳金，债权人作为破产债权申报的，人民法院不予确认。此处规定的欠缴款项产生的滞纳金，专指在破产申请受理后新发生者。

(二) 破产债权申报的期限 (★★)

1. 债权申报期限的确定

人民法院受理破产申请后，应当确定债权人申报债权的期限。

债权申报期限自人民法院发布受理破产申请公告之日起计算，最短不得少于30日，最长不得超过3个月。(2017年案例分析题)

2. 债权申报期限的法律意义

原则上，债权人应当在人民法院确定的债权申报期限内向管理人申报债权。

在人民法院确定的债权申报期限内，债权人未申报债权的，依然可以在破产财产最后分配前补充申报，但须承担以下不利后果：

(1) 此前已进行的分配，不再对其补充分配；

(2) 为审查和确认补充申报债权的费用，由补充申报人承担。

(三) 破产债权申报的方式

债权人申报债权时，应当书面说明债权的数额和有无财产担保，并提交有关证据。如果涉及连带债务或者连带债权：

(1) 申报的债权是连带债权的，应当说明。连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报债权。

(2) 连带债务人数人被裁定适用《破产法》规定的程序的，其债权人有权就全部债权分别在各破产案件中申报债权。

（四）已申报债权的确认（★★）

债权人申报之债权需经审查确认后才能在破产程序中行使权利。

1. 须审查的债权范围

（1）凡未经发生法律效力的法律文书所确认的债权，均应审查；

（2）已经发生法律效力的法律文书所确认的债权原则上可直接列入债权确认表中，但确有证据证明该债权是虚构、不真实的，或依据破产法应做特殊调整的除外。

2. 相关工作程序

（1）管理人的审查。管理人收到债权申报材料后，应当登记造册，对申报的债权进行审查，并编制债权登记表。债权登记表和债权申报材料由管理人保存，供利害关系人查阅。

①管理人必须将申报的债权全部登记在债权登记表上，不允许以其认为债权超过诉讼时效或不能成立等为由拒绝编入债权登记表。（2016年、2017年案例分析题）

②管理人进行实质审查后对各项债权的认定结果，如是否真实存在、是否超过诉讼时效等，应附在提交第一次债权人会议的债权登记表后，供核查使用。

（2）债权人的审查。管理人依法编制的债权登记表，应当提交第一次债权人会议核查。

（3）法院的审查。视各方对于已申报债权是否有异议，法院的操作方式有所不同。

①经核查后，管理人、债务人、其他债权人等对债权无异议的，列入债权确认表中。债权确认表由人民法院裁定确认。

②经核查后仍存在异议的债权，由人民法院裁定该异议债权是否列入债权确认表内。

a. 列入债权确认表的，异议人可以该债权人为被告提起债权确认诉讼。

b. 不列入债权确认表的，该债权人可以异议人为被告提起债权确认诉讼。

二、涉及担保的破产债权申报问题

（一）债务人破产（★★）

为便于理解，以下主要以“保证”这一担保方式为例解说相关规则。

【典例研习·8-15】

乙公司对甲公司拥有100万元破产债权。对于该笔债权，丙公司提供全额保证，保证方式为连带责任保证。我们比较以下三种情况：

（1）甲公司直接向债权人乙公司全额清偿，则甲公司付出的资金为100万元。

（2）丙公司先向债权人乙公司全额清偿，之后向债务人甲公司追偿。则甲公司付出的资金为100万元。

（3）甲公司向债权人乙公司清偿20万元，剩余80万元由保证人丙公司向乙公司清偿。丙公司清偿后，再向债务人甲公司追偿。该情况下，甲公司付出的资金依然是100万元。

从该例可知，涉及保证的情况下，无论债务人直接向债权人清偿还是在追偿的过程中向保证人清偿，最终付出的资金均为主债务金额。

【典例研习·8-15-1】

假设甲公司进入破产程序，最终的清偿率确定为20%。请比较以下两种情况：

（1）如果乙公司全额申报债权、丙公司不申报债权，则乙公司可以得到20万元清偿，即 $100 \times 20\% = 20$ （万元）。

(2) 如果允许丙公司以其承担保证责任后的追偿权进行申报, 则甲公司对丙公司、乙公司合计偿付的金额不应超过20万元。

因为, 从【典例研习·8-15】可知, 债务人向债权人、保证人合计偿付的金额不得超过主债务金额。那么, 进入破产后, 在固定的清偿率下, 债务人向债权人、保证人合计偿付的金额原则上也不得超过“主债务金额×清偿率”。

1. 债务人全部向债权人清偿

债权人已向管理人申报全部债权的, 保证人或连带债务人不能再申报债权。(2016年、2017年案例分析题)

【典例研习·8-15-2】

某地法院受理了对于甲公司的破产申请, 乙公司作为债权人申报了其对甲公司享有的100万元债权。假设甲公司最终的清偿比例为20%, 则其可以得到20万元清偿。

此时, 如果仍允许保证人丙公司申报债权, 可能有两种处理方式:

(1) 对保证人清偿。无论清偿多少, 甲公司对该笔债务实际支出的金额都会超过20万元, 实际上“挤占”了向其他债权人清偿的财产, 造成清偿上的不公平。

(2) 不对保证人清偿。多此一举, 何必允许保证人申报债权呢?

综上, 在债权人已经全额申报债权的情况下, 法律不允许保证人或者连带债务人再申报其债权。

2. 债务人全部向保证人清偿

人民法院受理债务人破产案件, 债权人在破产程序中申报债权后又向人民法院提起诉讼, 请求担保人(包括保证人)承担担保责任的, 人民法院依法予以支持。

担保人清偿债权人的全部债权后, 可以代替债权人在破产程序中受偿。

【典例研习·8-15-3】

某地法院受理了对于甲公司的破产申请, 乙公司作为债权人申报了其对甲公司享有的100万元债权。假设甲公司最终的清偿比例为20%, 则其可以得到20万元清偿。

乙公司同时要求丙公司全额承担保证责任, 丙公司偿付乙公司100万元。此时, 如果允许债权人乙公司通过破产程序得到债务人甲公司的清偿, 则乙公司实际受偿的金额超过主债权金额(100万元), 有违担保制度的本旨。

此时, 法律的规定是保证人丙公司可以代替债权人乙公司在甲公司破产程序中受偿。最终, 丙公司得偿20万元, 这也是在不减损甲公司其他债权人利益的前提下可以得到的最大清偿额。

3. “中间地带”

(1) 债权人没有全额申报。债权人未向管理人申报全部债权的, 债务人的保证人或者其他连带债务人可以向债务人申报债权, 具体而言:

①已经代替债务人清偿债务的, 以其对债务人的求偿权(追偿权)申报债权;

②尚未代替债务人清偿债务的, 以其对债务人的将来求偿权(将来追偿权)预先申报债权。

【典例研习·8-15-4】

在【典例研习·8-15-2】的基础上, 假设乙公司申报的债权金额仅为60万元。乙公司要求保证人丙公司直接向其清偿剩余40万元债务。此时:

(1) 在20%的清偿比例下, 乙公司已申报债权可得清偿12万元;

(2) 如果在8万元的额度内对保证人丙公司进行偿付,甲公司就该笔债务整体付出的金额仍为20万元,在照顾保证人利益的情况下也没有侵犯甲公司其他债权人的利益。

因此,在债权人没有全额申报债权的情况下,法律允许保证人或者连带债务人再申报其债权。

(2) 保证人没有全额清偿。

人民法院受理债务人破产案件,债权人在破产程序中申报债权后又向人民法院提起诉讼,请求担保人承担担保责任的,人民法院依法予以支持。

在债权人的债权未获全部清偿前,担保人不得代替债权人在破产程序中受偿,但是有权就债权人通过破产分配和实现担保债权等方式获得清偿总额中超出债权的部分,在其承担担保责任的范围内请求债权人返还。

(二) 担保人破产(★)

1. 保证人破产

人民法院受理保证人破产案件的,保证人的保证责任不得因其破产而免除。

(1) 债权人的债权申报。债权人向破产的保证人进行债权申报时:

① 保证债务已到期时,债权人可依保证合同的约定向保证人申报债权追偿。

② 保证债务尚未到期的,将其未到期之保证责任视为已到期,提前予以清偿。

提示:一般保证人破产时,取消该保证人的先诉抗辩权。债权人可先以保证债权额的全部向保证人申报债权。(2012年案例分析题)

(2) 债权人的债权清偿。保证人破产时,债权人即使向保证人进行了债权申报,也依然会向债务人主张清偿。

① 如债权人先获得债务人清偿,便应根据清偿结果相应调整其对保证人的破产债权金额。

② 如债权人先从保证人处获得清偿,应先行提存;待债权人在债务到期从债务人处行使受偿权利后,再确定保证人是否应承担保证责任,并按保证人实际应承担补充责任的范围向债权人支付;余款由法院收回,分配给保证人的其他破产债权人。

2. 担保物权的担保人破产

债权人就担保物优先受偿后,其债权仍未全部受偿的,不得就未受偿部分再向债务人申报债权。须注意:

该规则仅适用于物主向其他人提供物的担保的情况,不适用于债务人以自己的财产提供担保的情况。进一步介绍请见本章第八节中的“别除权”相关内容。

【典例研习·8-16】

A公司的债权人C公司于2014年7月30日向人民法院提出对A公司的破产申请。人民法院于8月12日受理破产申请。

管理人接管A公司后,在清理债权债务过程中发现如下事项:

(1) 2013年6月,D公司向甲银行借款80万元,借期1年。A公司以其设备为D公司的借款提供抵押担保,并办理了抵押登记。

(2) 借款到期后,D公司未能偿还。经A公司、D公司和甲银行协商,A公司用于抵押的设备依法变现,所得价款全部用于偿还借款本息,但尚有14万元未能清偿。

甲银行能否将尚未得到清偿的14万元向管理人申报破产债权?并说明理由。

【答案】甲银行不能将尚未得到清偿的14万元向管理人申报破产债权。因为A公司仅为抵押人，并非借款人。作为抵押人，其仅在抵押物价值范围内向甲银行承担担保责任。

【斯尔解析】 本题考查担保物权的担保人破产时，债权人申报债权的限制。由本例可以看出，作为债务人财产的抵押物用于偿还抵押权人债权时，“多退少不补”：剩余部分债务人可以拿回来；但对于不足部分，抵押权人（债权人）并不能作为破产债权进行申报。

第八节 债权人会议

一、债权人会议概述（★）

我国破产程序中的债权人会议，是由所有依法申报债权的债权人组成，以保障债权人共同利益为目的，为实现债权人的破产程序参与权，讨论决定有关破产事宜，表达债权人意志，协调债权人行为的破产议事机构。

（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。

1.第一次债权人会议

（1）凡是申报债权者，均有权参加第一次债权人会议。（2016年案例分析题）

（2）对债务人的特定财产享有担保权的债权人也属于债权人会议成员，且享有法定的表决权。

提示：从另一个角度看，凡是申报债权者，只有通过第一次债权人会议的确认，并获得法院的认可，才可以参与后续的破产程序。

2.之后的债权人会议

（1）只有债权得到确认者才有权行使表决权。

（2）债权尚未确定的债权人，除人民法院能够为其行使表决权而临时确定债权额者外，不得行使表决权。

3.职工和工会代表

债权人会议应当有债务人的职工和工会的代表参加，对有关事项发表意见。

提示：通常认为，债务人的职工和工会的代表在债权人会议上没有表决权，因为其债权本就优先于普通债权。但是，如果发生影响其清偿的情况，职工债权人应享有表决权。

（二）债权人会议的职权

分类	明细
入会资格	核查债权
找人干活	（1）申请人民法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬； （2）监督管理人； （3）选任和更换债权人委员会成员

续表

分类	明细
实质问题	(1) 决定继续或者停止债务人的营业; (2) 通过重整计划; (3) 通过和解协议; (4) 通过债务人财产的管理方案; (5) 通过破产财产的变价方案; (6) 通过破产财产的分配方案

二、债权人会议的程序性事项 (★)

(一) 召集

(1) 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。

(2) 以后的债权人会议, 在以下情况发生时应当召开:

①人民法院认为必要;

②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。

(二) 通知

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) 出席

1. 债权人会议成员——有表决权

(1) 债权人可以自己出席会议。

(2) 债权人也可以委托代理人出席债权人会议, 行使表决权。代理人出席债权人会议, 应当向人民法院或者债权人会议主席提交债权人的授权委托书。

2. 列席成员——无表决权

债权人会议的列席人员是指不属于会议正式成员、无表决权、为协助债权人会议顺利召开、因履行法定义务或职务义务而参加会议的人员。

(1) 债务人的人员:

①债务人的法定代表人有义务列席债权人会议。

②经人民法院决定, 债务人企业的财务管理人员和其他经营管理人员也有义务列席债权人会议。

(2) 管理人作为负有财产事务管理职责的人应当列席债权人会议。

(四) 表决

债权人会议的决议, 由出席会议的有表决权的债权人过半数通过, 并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的1/2以上。(2016年案例分析题)

提示: 债权人会议的决议对在该决议事项上有表决权的全体债权人均有约束力。

三、债权人委员会 (★)

《破产法》规定, 在债权人会议中可以(而不是必须)设置债权人委员会。债权人委员会的定位是监督机构, 应遵循债权人的共同意志、代表债权人会议监督如下事项:

(1) 管理人行为; (2) 破产程序是否合法、公正进行。

(一) 债权人委员会的组成

(1) 债权人委员会由债权人会议根据案件具体情况决定是否设置。

(2) 债权人委员会中的债权人代表由债权人会议选任、罢免; 出任债权人委员会的成员应当经人民法院书面认可。

①债权人委员会的成员人数原则上应为奇数, 最多不得超过9人;

②债权人委员会中还应当有1名债务人企业的职工代表或者工会代表。

（二）债权人委员会的职权

1. 债权人委员会的主要职权

- （1）监督债务人财产的管理和处分；
- （2）监督破产财产分配；
- （3）提议召开债权人会议。

2. 管理人、债务人的汇报义务

（1）债权人委员会执行职务时，有权要求管理人、债务人的有关人员对其职权范围内的事务作出说明或者提供有关文件。

①管理人、债务人的有关人员违反法律规定拒绝接受监督的，债权人委员会有权就监督事项请求人民法院作出决定，强制施行。

②人民法院接到债权人委员会的请求应当在5日内作出决定。

（2）管理人实施下列行为，应当及时报告债权人委员会；未设立债权人委员会的，管理人实施上述行为应当及时报告人民法院：

分类	明细
财产	①涉及土地、房屋等不动产权益的转让；②探矿权、采矿权、知识产权等财产权的转让；③全部库存或者营业的转让；④债权和有价证券的转让；⑤放弃权利；⑥设定财产担保（即对财产增加权利负担）以及担保物的收回
流动性	借款
事务	履行债务人和对方当事人均未履行完毕的合同

提示：在第一次债权人会议召开之前，管理人决定继续或者停止债务人的营业，或者有上述行为之一的，应当经人民法院许可。换言之，法院在这个阶段帮债权人“把关”。

第九节 破产重整

【典例研习·8-17】

在学习具体的规则之前，可以看一个具体的重整案例。以“天翔环境”重整计划草案为例，其主要内容包括如下事项：

主要事项	草案内容
以资本公积转增股本，用于偿债和引入重整投资人	天翔环境现有总股本436 999 190股，重整计划将以总股本为基数，按照每10股转增25.5027420302541股的比例实施资本公积转增股本，共计转增1 114 467 761股。转增完成后，天翔环境的总股本将增至1 551 466 951股。 前述转增股票不向出资人分配，全部由管理人按照重整计划进行分配和处置：其中约6.51亿股用于清偿债务，剩余约4.64亿股在重整计划执行期间拟以不低于1.49元/股的价格引入重整投资人

续表

主要事项	草案内容
优先清偿职工债权、税款债权	职工债权及税款债权不作调整，由天翔环境在重整计划执行期间内以现金方式全额清偿
有担保债权在担保财产价值范围内优先受偿，或者留债清偿	<p>(1) 有财产担保债权在担保财产清算评估值或者处置变现所得范围内优先受偿，未能受偿的部分转为普通债权，按照普通债权调整及受偿方案进行清偿。</p> <p>(2) 担保财产不处置变现的，就担保财产清算评估值范围内的债权，由天翔环境在本重整计划获得法院裁定批准后予以留债分期清偿：</p> <p>①留债期限：5年，自本重整计划执行完毕之日的次月1日起算；</p> <p>②还本方式：前3年只付息不还本，第4年和第5年分别清偿留债总额的50%</p>
小额普通债权全额清偿，其他普通债权以转增股票和应收款项清偿	<p>(1) 每家普通债权人30万元以下（含30万元）的债权部分，由天翔环境在本重整计划获得法院裁定批准之日起重整计划执行期间内依法以现金方式全额清偿。</p> <p>(2) 每家普通债权人30万元以上的债权部分，一部分以转增股票清偿，剩余部分用天翔环境的应收款项清偿</p>

一、重整申请和重整期间（★★）

（一）重整申请

（1）申请重整的主体。（2020年案例分析题）

程序	申请主体
直接进重整	债务人或者债权人可以依法直接向人民法院申请对债务人进行重整
清算转重整	<p>债权人申请对债务人进行破产清算的，在人民法院受理破产申请后、宣告债务人破产前，以下主体可以申请对债务人重整：</p> <p>①债务人；②出资额占债务人注册资本1/10以上的出资人；③其他债权人</p>

（2）申请重整的条件。破产重整的对象应当是具有挽救价值和可能的困境企业（即“还有得救”）。

（3）重大案件的听证。以下破产重整案件可能涉及听证程序：

涉及听证程序的方式	相关规则
“可以”组织听证	<p>①债权债务关系复杂、债务规模较大，或者涉及上市公司重整的，人民法院在审查重整申请时，可以组织申请人、被申请人听证。</p> <p>②债权人、出资人、重整投资人等利害关系人经人民法院准许，也可以参加听证。</p> <p>③听证期间不计入重整申请审查期限</p>

续表

涉及听证程序的方式	相关规则
“应当”组织听证	<p>①仅针对上市公司重整，以下情况发生时，人民法院应当组织召开听证会：</p> <p>a. 债权人对上市公司提出重整申请，上市公司在法律规定的时间内提出异议；</p> <p>b. 债权人、上市公司、出资人分别向人民法院提出破产清算申请和重整申请。</p> <p>②公司债权人、出资人、实际控制人等利害关系人申请参加听证的，人民法院应当予以准许</p>

（4）法院对于重整的裁定。人民法院经审查认为重整申请符合法律规定的，应当裁定债务人重整，并予以公告。

提示：法院在裁定受理上市公司破产重整申请前，应当将相关材料逐级报送最高人民法院审查。上市公司及相关信息披露义务人在此期间依然要履行法定的保密和信息披露义务。

（二）重整期间

自人民法院裁定债务人重整之日起至重整程序终止，为重整期间。须注意，“重整期间”仅指以下两种期间，不包括重整计划得到批准后的执行期间：

（1）重整申请受理至重整计划草案得到债权人会议分组表决通过和人民法院审查批准的期间；

（2）重整申请受理至重整计划草案未能得到债权人会议分组表决通过或人民法院不予批准的期间。

（三）重整期间的主要事项

1. 持续经营

在重整期间，债务人的财产管理和营业事务执行，可以由债务人或管理人负责。

（1）管理人管理。管理人负责管理财产和营业事务的，可以聘任债务人的经营管理人员负责营业等事务。

（2）债务人自行管理。

事项	规则
适用条件	<p>重整期间，债务人同时符合下列条件的，经申请，人民法院可以批准债务人在管理人的监督下自行管理财产和营业事务：</p> <p>①债务人的内部治理机制仍正常运转；</p> <p>②债务人自行管理有利于债务人继续经营；</p> <p>③债务人不存在隐匿、转移财产的行为；</p> <p>④债务人不存在其他严重损害债权人利益的行为</p>
申请方式	<p>①经债务人申请，人民法院批准，债务人可以自行管理财产和营业事务；</p> <p>②债务人提出重整申请时可以一并提出自行管理的申请</p>

续表

事项	规则
管理权限	破产法规定的管理人职权中有关财产管理和营业经营的职权应当由债务人行使
监督事宜	①管理人应当对债务人的自行管理行为进行监督；（2020年案例分析题） ②在债务人自行管理程序中，法院要督促管理人制订监督债务人的具体制度
终止条件	①管理人提起：管理人发现债务人存在严重损害债权人利益的行为或者有其他不适宜自行管理情形的，可以申请人民法院作出终止债务人自行管理的决定。人民法院决定终止的，应当通知管理人接管债务人财产和营业事务。 ②利害关系人提起：债务人有上述行为而管理人未申请人民法院作出终止决定的，债权人等利害关系人可以向人民法院提出申请（2020年案例分析题）

2.对债权人担保物权的限制

为保障重整的顺利进行，在重整期间，对债务人的特定财产享有的担保权暂停行使（2020年案例分析题）。但是：

（1）对企业重整无保留必要的担保财产，经债务人或管理人同意，担保权人可以行使担保权。

（2）担保物有损坏或者价值明显减少的可能，足以危害担保权人权利的，担保权人可以向人民法院请求恢复行使担保权，人民法院应当自收到恢复行使担保物权申请之日起30日内作出裁定。

3.其他事项

（1）在重整期间，债务人或者管理人为继续营业而借款的，可以参照共益债务优先受偿，还可以以债务人财产为该借款设定担保。

（2）债务人合法占有的他人财产，该财产的权利人在重整期间要求取回的，应当符合事先约定的条件。

（3）在重整期间，债务人的出资人不得请求投资收益分配；债务人的董事、监事、高级管理人员不得向第三人转让其持有的债务人的股权，但经人民法院同意的除外。

二、重整计划的制订与批准（★★）

（一）重整计划的制订

1.债务人或者管理人制定

（1）制定主体。债务人自行管理财产和营业事务的，由债务人制作重整计划草案；管理人负责管理财产和营业事务的，由管理人制作重整计划草案。

（2）提交期限。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。

①期限届满，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。

②债务人或者管理人未按期提出重整计划草案的，人民法院应裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

2.其他利害关系人涉入的方式

债权人、股东、战略投资人等利害关系人也可以制作或参与制作重整计划草案，提交给债务人或管理人。

债务人或管理人认为该重整计划草案可行的，可以提交或修改后提交债权人会议讨论。

（二）重整计划草案的分组表决机制

1.债权人组

（1）优先债权组：对债务人的特定财产享有担保权的债权；

（2）职工债权组：债务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；

（3）税款债权组：债务人所欠税款；

提示：重整计划不得规定减免债务人欠缴的纳入社会统筹账户的社会保险费用；但该项费用的债权人不参加重整计划草案的表决。

（4）普通债权组：普通债权；

（5）小额债权组：人民法院在必要时可以决定在普通债权组中设小额债权组对重整计划草案进行表决。在司法实践中，更为常见的做法是设定统一的数额标准，对每个普通债权该数额以下的部分均给予较高比例的清偿。

2.出资人组

（1）重整计划草案涉及出资人权益调整事项的，应当设出资人组，对该事项进行表决。否则，债务人的出资人代表可以列席讨论重整计划草案的债权人会议。

（2）出资人组的表决，按照公司法规定的股东（大）会的表决方式进行，即按照出资比例行使表决权。

（三）重整计划草案的表决程序

（1）表决前的说明。在重整计划草案提请表决之前，债务人或管理人应当向债权人等利害关系人履行详尽的信息披露义务，利害关系人认为债务人或管理人说明不充分的，可以要求债务人或管理人补充说明或接受询问。

（2）通知程序。人民法院应当自收到重整计划草案之日起30日内召开债权人会议，对重整计划草案进行表决。

（3）通过条件。各表决组均通过重整计划草案时，重整计划即为通过。但具体而言，债权人组、出资人组通过重整草案的标准存在差异：

表决分组	通过条件
债权人组	①出席会议的同一表决组的债权人过半数（ $>1/2$ ）同意重整计划草案； ②并且其所代表的债权额占该组债权总额的 $2/3$ 以上
出资人组	对重整计划草案中涉及出资人权益调整事项的表决，经参与表决的出资人所持表决权 $2/3$ 以上通过。（2020年案例分析题） 提示：出资人组表决中，同意者的人数不是表决是否通过的考虑因素，这一点与债权人组表决不同

（四）重整计划草案的批准

（1）申请。自重整计划通过之日起10日内，债务人或者管理人应当向人民法院提出批准重整计划的申请。

（2）批准。重整计划中关于企业重新获得盈利能力的经营方案具有可行性、表决程序合法、内容不损害各表决组中反对者的清偿利益的，人民法院应当自收到申请之日起30日内裁定批准重整计划，终止重整程序，并予以公告。

提示：债权人会议已通过的重整计划未获得人民法院批准的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

（五）重整计划草案的强制裁定

通过【典例研习·8-17】不难看出，在重整计划中，债权人和出资人都会不同程度地“吃亏”，这是不可避免的。如果要拯救限于危机的企业，相关方当然要共渡难关。

但是在实际情况中，参与表决的债权人和出资人未必都那么有大局观，如果其死守自身利益，完全不愿意为了拯救债务人而“吃亏”（当然，当事人完全有权利作出这样的选择），重整计划就很有可能无法通过表决。

这种情况下，就要有一个主体，或者说有一个制度，跳出具体某一方利益的框架，从大局考虑问题，为了社会公益等目的促成重整。

这一制度就是法院对于重整计划草案的强制裁定制度。

原理
详解

1. 强制裁定的适用条件

部分表决组未通过重整计划草案的，债务人或者管理人可以同未通过重整计划草案的表决组协商。该表决组可以在协商后再表决一次。双方协商的结果不得损害其他表决组的利益。

未通过重整计划草案的表决组拒绝再次表决或者再次表决仍未通过重整计划草案，但重整计划草案符合下列条件的，债务人或者管理人可以申请人民法院批准重整计划草案：

（1）原则上，可以强制裁定的重整计划草案要具备“公平性”和“可行性”，即：

①重整计划草案公平对待同一表决组的成员，并且所规定的债权清偿顺序不违反《破产法》的规定；

②债务人的经营方案具有可行性。

(2) 对于各个组别，可以强制裁定的重整计划草案应具备以下条件：

事项		条件（满足一项即可）	
		清偿情况	表决情况
债权人组 清偿情况	优先债权组 （注）	就该特定财产将获得全额清偿，其因延期清偿所受的损失将得到公平补偿，并且其担保权未受到实质性损害	该组别 已通过 重整草案
	职工债权组、 税款债权组	获得全额清偿	
	普通债权组	普通债权所获得的清偿比例不低于其在重整计划草案被提请批准时依照破产清算程序所能获得的清偿比例	
出资人组清偿情况		对出资人权益的调整公平、公正	

注：这里主要是指“对债务人的特定财产享有担保权”的优先债权。

2. 强制裁定的程序

(1) 通知：在管理人或债务人提出强制批准重整计划草案的申请后，应当通知所有未通过重整计划草案的表决组以及通过重整计划草案的表决组中的反对者。

(2) 异议：人民法院裁定批准重整计划前，未通过重整计划草案的表决组以及通过重整计划草案的表决组中的反对者或出资人，可以就重整计划草案中的破产清算率是否公平、重整清偿率是否实质上高于破产清算率以及对出资人的权益调整是否公平、公正等问题以书面形式提出异议。人民法院应当组织债务人、债权人及利害关系人及时进行听证，并可以委托其他中介机构进行重新测算。

3. 强制裁定的效力

人民法院经审查认为重整计划草案符合上述规定的，应当自收到申请之日起30日内裁定批准，终止重整程序，并予以公告。

提示：重整计划草案未获得债权人会议通过且未依照法律规定获得人民法院的强制批准的，人民法院应当裁定终止重整程序，并宣告债务人破产。

三、重整计划的执行、监督与终止 (★★)

(一) 重整计划的效力

1. 重整计划约束的主体

(1) 经人民法院裁定批准的重整计划，对债务人和全体债权人均有约束力，包括对债务人的特定财产享有担保权的债权人。

(2) 债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受重整计划的影响，可以依据原合同约定行使权利。

2. 重整计划的法律效力

(1) 债务人不能执行或者不执行重整计划的，且不符合重整计划变更条件的，人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。

(2) 按照重整计划减免的债务，自重整计划执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任。

（二）重整计划的执行

1. 执行主体——债务人

重整计划由债务人负责执行。人民法院裁定批准重整计划后，已接管财产和营业事务的管理人应当向债务人移交财产和营业事务。

2. 重整计划变更

（1）变更事由。因出现国家政策调整、法律修改变化等特殊情况导致原重整计划无法执行的，债务人或管理人可以申请变更重整计划1次。

（2）审批程序。债权人会议决议同意变更重整计划的，应自决议通过之日起10日内提请人民法院批准。债权人会议决议不同意或者人民法院不批准变更申请的，人民法院经管理人或者利害关系人请求，应当裁定终止重整计划的执行，并宣告债务人破产。

（3）再次表决。人民法院裁定同意变更重整计划的，债务人或者管理人应当在6个月内提出新的重整计划。变更后的重整计划应提交给因重整计划变更而遭受不利影响的债权人组和出资人组进行表决。表决、申请人民法院批准以及人民法院裁定是否批准的程序与原重整计划的相同。

（三）重整计划的监督

1. 重整计划的监督期限

重整计划的执行期间和监督期间原则上应当一致。在重整计划中应当规定对重整计划执行的监督期限；经管理人申请，人民法院可以裁定延长重整计划执行的监督期限。

2. 重整计划监督期限内当事人的权利义务

自人民法院裁定批准重整计划之日起，在重整计划规定的监督期内：

（1）由管理人监督重整计划的执行，债务人应当向管理人报告重整计划执行情况和债务人财务状况。

（2）管理人应当代表债务人参加监督期开始前已经启动而尚未终结的诉讼、仲裁活动。

3. 重整计划监督期限的终止

（1）监督期届满时，管理人应当向人民法院提交监督报告。

提示：管理人向人民法院提交的监督报告，重整计划的利害关系人有权查阅。

（2）自监督报告提交之日起，管理人的监督职责终止。

第十节 破产和解

一、和解的一般程序（★）

（一）和解申请

（1）主体：和解申请只能由债务人一方提出（即“求饶”）。

（2）时机：债务人可以依法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、宣告破产前，向人民法院申请和解。

（3）方式：债务人申请和解，应当提出和解协议草案。

（二）法院裁定

人民法院经审查认为和解申请符合法律规定的，应当受理其申请，裁定和解，予以公告，并召集债权人会议讨论表决和解协议草案。

（三）债权人会议表决

（1）债权人会议通过和解协议的决议，应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以上方可通过。

提示：对债务人的特定财产享有担保权的债权人，对此事项无表决权，也不受和解协议的约束。

（2）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。管理人应当向债务人移交财产和营业事务，并向人民法院提交执行职务的报告。

二、和解协议的效力（★）

（一）和解协议对债务人与和解债权人的效力

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：

（1）债务人应当按照和解协议规定的条件清偿债务。

（2）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。

提示：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物权担保债权的人。换言之，和解程序对就债务人特定财产享有担保权的权利人无约束力。因此：

（1）该权利人自人民法院裁定和解之日起，可以对担保物行使权利。

（2）债务人如要避免担保物被执行，需与担保债权人协商解决。

（二）和解协议的无效事由

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。

有上述情形的，和解债权人因执行和解协议所受清偿，在其他债权人所受清偿同等比例的范围内，不需要返还，这与一般合同无效时双方应完全返回财产不同。

（三）和解协议对债务人的保证人和其他连带债务人的效力

和解债权人对债务人的保证人和其他连带债务人所享有的权利，不受和解协议的影响。其表现在：

（1）和解协议对债务人的保证人或连带债务人无效，和解债权人对债务人所作的债务减免清偿或延期偿还的让步，效力不及于债务人的保证人或连带债务人，他们仍应按原来债的约定或法定责任承担保证或连带责任。

（2）在破产和解中，不适用主债务减少从债务随之减少的原则。

第十一节 破产清算

一、破产宣告（★）

破产宣告是指法院依据当事人等的申请或法定职权裁定宣布债务人破产以清偿债务的活动。

(一) 破产宣告的原因

1.直接破产

人民法院受理破产清算申请后，第一次债权人会议上无人提出重整或和解申请的，管理人应当在债权审核确认和必要的审计、资产评估后，及时向人民法院提出宣告破产的申请。

相关主体向人民法院提出宣告破产申请的，人民法院应当自收到申请之日起7日内作出破产宣告裁定并进行公告。

2.和解、重整转破产

(1) 人民法院受理破产和解或重整申请后，债务人出现应当宣告破产的法定原因时，人民法院应当依法宣告债务人破产。

命题角度：辨识重整或者和解转清算的事由。

该等事由散见于教材，以下进行集中梳理，以便同学们记忆：

情况	事由
重整转清算	<p>(1) 在重整计划表决、法院审批阶段。</p> <p>①债务人或者管理人未按期提出重整计划草案；</p> <p>②债权人会议已通过的重整计划未获得人民法院批准；</p> <p>③重整计划草案未获得债权人会议通过且未依照法律规定获得人民法院的强制批准。</p> <p>(2) 整个重整期间。有下列情形之一的，经管理人或者利害关系人请求：</p> <p>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；</p> <p>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；</p> <p>③由于债务人的行为致使管理人无法执行职务。</p> <p>(3) 重整计划执行期间。</p> <p>①债务人不能执行或者不执行重整计划的，且不符合重整计划变更条件；</p> <p>②债权人会议决议不同意或者人民法院不批准变更重整计划的申请。</p> <p>提示：只要重整计划不能顺利“落地”，都可能转向清算</p>
和解转清算	<p>(1) 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；</p> <p>(2) 因债务人的欺诈或者其他违法行为而订立和解协议（该协议本身无效）</p>



(2) 人民法院依法宣告债务人破产，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。

(二) 破产宣告的效力

债务人被宣告破产后，不得再转入重整程序或和解程序，在破产程序中的有关称谓也发生相应变化：债务人称为破产人，债务人财产称为破产财产，破产申请受理时对债务人享有的债权称为破产债权。

(三) 破产宣告前终结破产程序的情况

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、别除权(★)

(一) 别除权的概念

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，此项权利即是破产法理论上的“别除权”。优先权为法定权利，不由当事人约定设置，不以登记或占有公示为成立要件。

别除权可以分为一般优先权和特别优先权：

(1) 对债务人全部财产（非特定财产）享有的优先受偿权利，为一般优先权。在破产程序中，一般优先权表现为普通债权分配顺序的先后。

(2) 对债务人特定财产享有的优先受偿权利，为特别优先权。在破产程序中，特别优先权因具有担保物权的一般特征构成别除权。

提示：别除权的优先受偿权不受破产清算与和解程序的限制，但在重整程序中受到一定限制。

(二) 引起别除权的基础权利

别除权的基础权利是担保物权和法定特别优先权。我国法律规定的担保物权中被公认为在破产程序中可享有别除权的权利如下：

- (1) 担保物权（抵押权、质权和留置权）。
- (2) 《海商法》中规定的船舶优先权、《民用航空法》中规定的民用航空器优先权。
- (3) 建设工程合同中承包人的建设工程款债权。
- (4) 抵押的划拨地拍卖中，国家对于土地出让金的债权（优于抵押权）。

(三) 别除权的行使

(1) 债权申报。别除权人享有破产申请权，也应当申报债权，未依法申报债权人不得依照破产法规定的程序行使权利。

(2) 主张优先受偿。在破产清算和破产和解程序中，别除人可以随时向管理人主张就该特定财产变价处置行使优先受偿权。管理人应及时变价处置，不得以须经债权人会议决议等为由拒绝；但因单独处置担保财产会降低其他破产财产的价值而应整体处置的除外。

(四) 别除权的效力

1. 在主债务人的破产程序中享有的别除权

该情况如，债务人自己提供抵押，之后陷入破产。此时，债务人和抵押人相同。

- (1) 别除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。

(2) 别除权人放弃优先受偿权利的, 其债权作为普通债权。

2. 在担保人的破产程序中享有的别除权

该情况如, 由债务人之外的第三人提供抵押, 之后债务人未破产, 但提供抵押的第三人陷入破产。此时, 抵押人只是纯粹的抵押人。

(1) 别除权的权利人对特定财产享有优先受偿的权利;

(2) 以下情况发生时, 债权人的余债或者债权不得转为对破产人的破产债权:

①担保物价款不足以清偿担保债权;

②别除权人放弃优先受偿权利。(2013年、2015年案例分析题)

提示: 该情况的具体案例请见【典例研习·8-16】。

三、破产财产的变价和分配

破产财产的分配以货币分配为基本方式, 因此涉及破产财产变价的问题。

(一) 破产财产的变价

1. 变价方案

(1) 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。

(2) 管理人应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。

2. 变价方式

(1) 变价出售破产财产原则上以拍卖方式进行, 但债权人会议另有决议的除外。

(2) 采用拍卖方式进行处置的, 拍卖所得预计不足以支付评估拍卖费用, 或者拍卖不成的, 经债权人会议决议, 可以采取作价变卖或实物分配方式。变卖或实物分配的方案经债权人会议2次表决仍未通过的, 由人民法院裁定处理。

(二) 破产财产的分配 (★★)

破产分配是指将破产财产按照法律规定的债权清偿顺序和案件实际情况决定的受偿比例进行清偿的程序。破产财产的分配应当遵守法定的分配顺序和分配方式。

1. 分配顺序

(1) 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;

提示: 破产企业的董事、监事和高级管理人员的工资按照该企业职工的平均工资计算。

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 (包括破产企业在破产案件受理前因欠缴税款产生的滞纳金);

④依次用于清偿破产受理前产生的民事惩罚性赔偿金、行政罚款、刑事罚金等惩罚性债权。


(2) 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。

(3) 对于法律没有明确规定清偿顺序的债权, 人民法院可以按照人身损害赔偿债权优先于财产性债权、私法债权优先于公法债权、补偿性债权优先于惩罚性债权的原则合理确定清偿顺序。

【典例研习·8-18】（2014年单项选择题）

破产企业甲公司在破产案件受理前因欠缴税款产生滞纳金。下列关于该滞纳金在破产程序中清偿顺位的表述中，符合破产法律制度规定的是（ ）。

- A.该滞纳金与欠缴税款处于相同受偿顺位
- B.该滞纳金属于普通债权，受偿顺位劣后于欠缴税款
- C.该滞纳金劣后于普通债权受偿
- D.该滞纳金不属于破产债权，在破产程序中不予清偿

 **斯尔解析** 本题考查与税相关的破产债权，这一问题稍显复杂：

（1）欠缴税款本身的清偿顺位优先于普通债权。

（2）本题考查的因欠缴税款产生的滞纳金，和普通债权处于同一顺位，劣后于欠缴税款的债权。因此，选项B所述正确。

（3）如果因为欠税产生罚款，罚款债权属于惩罚性债权，清偿顺位在普通债权之后。

2.分配方式

破产财产的分配以货币分配为基本方式。

（1）在实践中，有些破产财产变现处分为较困难，或在变价过程中会造成较大损失，有些破产企业的债权一时难以追回，股权无法变现，在破产分配时，经债权人会议决议，可以进行实物分配、债权或股权分配。

（2）对破产财产可以进行一次性分配，也可以进行多次分配，需视破产财产的多少、变价难易等情况而定。

3.分配程序

（1）管理人应当及时拟订破产财产分配方案，提交债权人会议讨论。

（2）债权人会议表决通过破产财产分配方案后，由管理人将该方案提请法院裁定认可。

（3）经人民法院裁定认可后，由管理人执行。

（4）管理人实施分配，应当通知所有债权人。

（5）交付：

①对债权人留有明确姓名或名称、地址、银行账户，无须债权人受领行为即可交付的，管理人应当在通知后直接将破产财产分配额交付债权人。

②无法通知且无法直接交付，或者经通知债权人未受领也无法直接交付的破产财产分配额，管理人应当提存。

③债权人自最后分配公告之日起满2个月仍不领取的，视为放弃受领分配的权利，管理人或者人民法院应当将提存的分配额分配给其他债权人。

闯关地图

📖：要听懂
!!!：你得背
√+×÷：你得算
🔗：有空看

第八章 企业破产法律制度





第九章 票据与支付结算法律制度

学习提要

考几分？

本章属于重点章节，近三年平均每年考查3题，分值合计12分。其中，2021年考查3道题，共12.5分；2020年考查3道题，共12.5分；2019年考查3道题，共12.5分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值12.5分。

怎么考？

本章在主观题、客观题中均有考查。在客观题中，主要从记忆的角度进行考查，且可能涉及本章第七节的知识。在主观题中，主要以“票据的追索”为主线考查票据法律制度的理论性知识，考查的“套路”相对固定。

怎么学？

本章的主体是“票据法律制度”，对同学们抽象思维能力的要求较高。在学习本章之前，请先对本章的体例进行大致了解：

(1) 我国“票据法”规定的票据种类是汇票、本票和支票，其中，主要的规定都以汇票为对象展开。因此，本章第一至三节也以汇票为对象介绍主要的票据行为。

(2) 与合同法类似，票据法也“有总有分”。通过第一至四节学习完票据法“分论”的知识之后，可以把第五节“票据法的理论知识（基础篇）”的学习作为对前几个小节的归纳和复习。

(3) 票据法的理论知识中有部分知识点综合性较强，这些知识点也是主观题命题的“富矿”。为了便于大家循序渐进地学习，本章将这些知识点编为第六节“票据法的理论知识（深入篇）”，放在票据法律制度的末尾进行讲解。

总的来说，本章的“性价比”也比较高，即便拿不了满分，也有较大希望拿下九成的分数。所以，还是希望大家抱着必胜的心态学习本章！

考点精讲

《中华人民共和国票据法》（以下简称“《票据法》”）中规定的“票据”，包括汇票、本票和支票，是指由出票人依法签发的，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的有价证券。

提示：“中央银行票据”、发票、国库券、企业债券、信用证等并不属于《票据法》所称的票据。

票据名称	说明
本票	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（即“自己开、自己付”）
汇票	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（即“自己开、别人付”）
支票	支票是出票人签发的，委托银行或者其他金融机构在见票时无条件支付一定金额给收款人或者持票人的票据（也是“自己开”，但只能“银行付”）

中国的《票据法》对汇票规定得最详细，对本票和支票，除了一些二者特有的事项外，都适用汇票的规定。因此，我们在本章优先介绍“汇票”相关的制度。

第一节 汇票的出票与承兑

一、汇票的概念与分类

（一）概念

汇票是指由出票人签发，委托付款人在指定的到期日向持票人无条件支付一定金额的票据（“自己开、别人付”）。

（二）分类

依出票人不同，汇票可以分为“银行汇票”和“商业汇票”。

（1）银行汇票，就是银行作为出票人的汇票。

（2）商业汇票，是由银行之外的企业或者其他组织作为出票人的汇票。只有在银行开立存款账户的法人以及其他组织之间，才能使用商业汇票。

提示：下文中，关于汇票的各类票据行为，主要以“商业汇票”为说明的对象。

中国人民银行近年来大力推行电子商业汇票业务，包括电子商业承兑汇票和电子银行承兑汇票，目前，单张出票金额在100万元以上的商业汇票原则上全部通过电子商业汇票办理。

二、汇票的出票

出票也称发票，是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。

（一）出票的法律意义

“出票”是一种票据行为。票据行为产生票据关系，即：票据的持有人（“持票人”）享有票据权利、在票据上签章的人承担票据义务（或称“票据责任”）。具体而言：

- (1) 出票人须在汇票上签章，成为票据债务人。
- (2) 收款人取得票据权利，包括付款请求权、追索权等。
- (3) 付款人成为票据上的关系人。须注意，付款人并未在票据上签章，尚不是票
务人。

【典例研习·9-1】

甲公司向乙公司购买一批货物，价款为2 000万元。为支付该笔货款，甲公司向乙公司开出一张银行承兑汇票。该汇票记载的金额为2 000万元，付款人为X银行。本例中：

- (1) 甲公司向乙公司开具汇票, 该行为即是汇票的“出票”, 属于票据行为。
- (2) 上述票据行为产生票据关系, 即:
 - ①乙公司获得票据权利, 在X银行不按照该汇票付款时可以要求甲公司付款;
 - ②甲公司承担票据责任, 在X银行不按照该汇票付款时应根据乙公司要求向乙公司付款。

之所以上述票据关系并不涉及X银行，是因为汇票的出票本质上是“慷他人之慨”（这一点也符合“汇票”的定义，即“自己开、别人付”）。

甲公司说“X银行会见票付款”，但这只是甲公司自己说的（相当于甲公司向乙公司“吹牛”），X银行并未答应。因此，目前只有甲公司承担票据责任，乙公司也只能向甲公司主张票据权利。相应地，乙公司的债权并未得到有力保障。

（二）出票的形式

出票包括两个必要的行为：

- (1) 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；
- (2) 交付票据，即将作成的票据交付给他人占有。

（三）出票的记载事项（★★）

汇票（票据）是要式证券，出票是要式行为，汇票（票据）出票必须依据《票据法》的规定记载一定的事项，符合法定的格式。以下票样供大家参考：

付款期限 壹个月		<h2 style="margin: 0;">中国农业发展银行</h2> <h1 style="margin: 0;">银行汇票</h1>	2	票号: 00000000																																								
出票日期 (大写)	年 月 日	代理付款行:	行号:																																									
收款人:		账号:																																										
出票金额 人民币 (大写)		票样																																										
实际结算金额 人民币 (大写)		<table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse; text-align: center;"> <tr> <td>千</td><td>百</td><td>十</td><td>万</td><td>千</td><td>百</td><td>十</td><td>元</td><td>角</td><td>分</td> </tr> <tr> <td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td> </tr> </table>			千	百	十	万	千	百	十	元	角	分																														
千	百	十	万	千	百	十	元	角	分																																			
申请人: _____ 出票行: _____ 行号: _____ 备注: _____ 签发日期: _____ 签发行签章: _____		票号: _____ <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td colspan="10" style="text-align: center;"> 密押: </td> </tr> <tr> <td colspan="10" style="text-align: center;"> 多 余 金 额 </td> </tr> <tr> <td>千</td><td>百</td><td>十</td><td>万</td><td>千</td><td>百</td><td>十</td><td>元</td><td>角</td><td>分</td> </tr> <tr> <td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td><td> </td> </tr> </table> <div style="display: flex; justify-content: space-between; margin-top: 5px;"> 复核 记账 </div>			密押:										多 余 金 额										千	百	十	万	千	百	十	元	角	分										
密押:																																												
多 余 金 额																																												
千	百	十	万	千	百	十	元	角	分																																			

1. 绝对必要记载事项

汇票的绝对记载事项包括七个方面的内容。出票环节，如果汇票上未记载其中内容之一的，汇票无效。法定的绝对必要记载事项如下：

记载事项	说明
表明“汇票”的字样	—
无条件支付的委托	无条件支付的委托在票据上体现为支付文句，如“本汇票请你行承兑，到期无条件付款”。 如附条件，如“收货后付款”，应视为欠缺该事项，导致汇票无效；该记载无效，而且出票行为无效
确定的金额	(1) 票据金额不得为区间（如“不超过10万元”），否则汇票无效； (2) 票据金额的中文大写和数码必须一致，否则汇票无效； (3) 票据金额不得更改，否则汇票无效
付款人名称	汇票上未记载付款人，则汇票无效
收款人名称	收款人是指出票人在汇票上记载的受领汇票金额的最初票据权利人。我国《票据法》不允许签发无记名汇票
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。法定的相对记载事项如下：


记载事项	说明
付款日期	(1) 付款日期即为汇票到期日，其确定方式可以在“见票即付”“定日付款”“出票后定期付款”“见票后定期付款”中四选一。 (2) 如果汇票上未记载付款日期，视为见票即付。 提示：如果出票人以4种法定形式之外的其他形式记载了付款日期，这种记载应导致出票行为无效
付款地	(1) 付款地是指汇票金额的支付地点。 (2) 汇票上未记载付款地的，付款地为付款人的营业场所、住所或者经常居住地
出票地	(1) 出票地是指出票人签发票据的地点。 (2) 汇票上未记载出票地的，出票地为出票人的营业场所、住所或者经常居住地

提示：根据“付款日期”之不同，汇票又可以分为“即期汇票”和“远期汇票”。见票即付的汇票是“即期汇票”，其余均为“远期汇票”。

【典例研习·9-2】（2016年多项选择题）

根据票据法律制度的规定，下列各项中，属于汇票上的绝对必要记载事项的有（ ）。

- A. 汇票金额 B. 收款人名称 C. 付款日期 D. 出票日期

 **斯尔解析** 本题考查汇票出票时的“绝对必要记载事项”，选项ABD所述事项均在此列。选项C所述的“付款日期”属于“相对必要记载事项”，因此不当选。

3. 其他

（1）“可以记载事项”。出票人可以自行选择是否在票据上作这类记载；如果作出这类记载，也发生票据法上的效力。例如，出票人在出票时可以在汇票上记载“不得转让”字样；如果记载了该事项，汇票不得转让。相关说明请见本章第二节“汇票的背书与保证”中有关“汇票背书”的内容。

（2）“记载不产生票据法上效力的事项”。这些记载不具有汇票上的效力；是否具有民法上的效力，应根据民法进行判断。例如，出票人在出票时可以在汇票上记载利息、违约金等事项。

（3）“记载无效事项”（一种更形象的说法是“记载无益事项”）。出票人不得在票据上表明不承担保证该汇票承兑或者付款的责任。如有此类记载，出票行为仍然有效，但是该记载无效，即出票人在持票人不能获得承兑或者付款时，仍应承担票据责任。

（4）记载使票据无效事项。如果票据上所记载的出票人对付款人的委托并非无条件的，而是附有条件，即应理解为没有记载“无条件支付的委托”，不仅该记载无效，而且出票行为也无效。

三、汇票的承兑

承兑是指远期汇票的付款人，在票据正面作出承诺，在票据到期日无条件支付票据金额的记载并签章，然后将票据交付请求承兑之人的票据行为。

（一）承兑的法律意义（★★）

“承兑”也是一种票据行为，而且是汇票独有的票据行为。作为票据行为，承兑同样可以产生票据关系：

（1）付款人由“票据上的关系人”成为“票据债务人”，称为承兑人。这意味着：

①付款人承兑汇票后，应当承担到期付款的责任（2016年、2018年、2019年案例分析题）。

②承兑人是汇票上的主债务人，承担最终的追索责任。持票人即使未按期提示付款或者依法取证，也不丧失对承兑人的追索权。

（2）经承兑，持票人即取得对承兑人的付款请求权等票据权利。

【典例研习·9-1-1】

延续【典例研习·9-1】，甲公司向乙公司开出汇票后，X银行对该汇票承兑。X银行承兑后，乙公司向甲公司发货。本例中：

(1) X银行对该汇票承兑，该行为也是票据行为。

(2) 上述票据行为产生票据关系，即：

① X银行成为票据上的主债务人，应按照该汇票的记载事项向乙公司付款。

② 乙公司依然是票据权利人，但其权利变得更加“立体”，可以分为两个层次：

a. 第一个层次是“付款请求权”。根据该汇票的记载，X银行是“付款人”，且其已经承兑。因此，票据权利人乙公司应在票据到期后先请求X银行付款。

b. 第二个层次是“追索权”。前已言及，如果X银行不按照该汇票的记载向乙公司付款，则乙公司可以请求甲公司付款。

至此，甲公司向乙公司吹的牛已经被X银行“圆”上，乙公司的债权得到了甲公司、X银行的双重保障，乙公司就可以相对放心地向甲公司发货了。

当然，X银行也不会白白帮甲公司承兑。一般来说，甲公司须事先在X银行开户，并与X银行签署承兑协议，根据承兑协议存入约定的保证金。以此为前提，X银行才会承兑。

承兑人到期付款的责任是一种绝对责任，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，否则其必须承担延迟付款责任。这种“绝对”性体现在以下方面：

(1) 承兑人必须对汇票上的一切权利人承担责任，包括付款请求权人和追索人。

(2) 承兑人不得以其与出票人之间的资金关系来对抗持票人，拒绝支付汇票金额。

(3) 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。持票人未按照法律规定期限提示付款的，在作出说明后，承兑人或者付款人仍应当继续对持票人承担付款责任。

(二) 承兑的主体

承兑是汇票独有的票据行为，出票人记载的“付款人”对票据承兑后即成为“承兑人”。

视商业票据的承兑人是银行还是银行之外的主体，“商业汇票”可以进一步区分为“银行承兑汇票”和“商业承兑汇票”：

(1) 银行承兑汇票中，出票人记载银行为付款人，该汇票由付款人（银行）予以承兑。

(2) 商业承兑汇票中，出票人记载银行之外的人为付款人，该汇票由付款人予以承兑。

提示：“银行承兑汇票”与“银行汇票”不同，其区别在于出票人。“银行承兑汇票”虽然由银行付款，但其出票人为银行以外的机构；而“银行汇票”的出票人就是银行，付款人也是银行，在法律关系上类似于我们将在后文介绍的“本票”。

(三) 承兑的程序(★)

承兑的过程由持票人和付款人的行为构成。

1. 持票人的行为——提示承兑

提示承兑是指持票人向付款人出示汇票，要求付款人承诺付款的行为。

(1) 持票人提示承兑, 应当在一定期限内进行:

付款日期形式	提示承兑期限
定日付款汇票	持票人应当在汇票到期日前向付款人提示承兑
出票后定期付款汇票	
见票后定期付款汇票	持票人应当自出票日起1个月内向付款人提示承兑
见票即付汇票	见票即付的汇票无须提示承兑

(2) 持票人不在法定期限内提示承兑的, 丧失对出票人之外的其他前手的追索权。

2. 付款人的行为

(1) 付款人收到提示承兑的汇票时, 应当向持票人签发收到汇票的回单, 其中记明提示承兑的日期并签章。

(2) 付款人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。

①付款人承兑的, 在进行承兑的记载后, 应将票据交还持票人;

②付款人拒绝承兑的, 应当交还汇票, 并出具拒绝证明或者退票理由书。

提示: 如果付款人在3日内不作承兑与否表示的, 应视为拒绝承兑。

(四) 承兑的记载事项 (★)

(1) 绝对必要记载事项, 包括承兑文句 (“承兑” 字样) 以及签章。

(2) 相对必要记载事项, 即承兑日期。如果承兑人未记载承兑日期, 则以收到提示承兑的汇票之日起的第3日为承兑日期。

(3) 记载使承兑无效事项。承兑附有条件的, 视为拒绝承兑, 承兑行为因此而无效。

第二节 汇票的背书与保证

一、汇票背书

背书是指持票人以转让汇票权利或授予他人一定的票据权利为目的, 按法定的事项和方式在票据背面或者粘单上记载有关事项并签章, 然后将票据交付给被背书人的票据行为。

背书可以分为转让背书和非转让背书 (如质押背书、委托收款背书)。

提示: 对于电子商业汇票说, “背书” 指的是在电子商业汇票系统中的相应行为, 不存在物理意义上的 “背面” 或者 “粘单”。

(一) 转让背书的一般规则 (★★)

1. 转让背书的法律意义

转让背书也是一种票据行为, 可以产生票据关系。具体而言, 转让背书的法律意义包括:

(1) 权利转移。转让背书生效后, 被背书人取得票据权利, 原权利人 (背书人) 的权利消灭。

(2) 权利担保。背书人对于所有后手承担了担保承兑和担保付款的责任, 从而在被追索 (包括被再追索) 时, 承担相应的票据责任。

【典例研习·9-1-2】

延续【典例研习·9-1-1】，乙公司取得该汇票后，为了支付租金，将该汇票背书转让给其房东丙公司。该背书转让行为属于票据行为，产生票据关系，其内容涉及两个方面：

(1) 乙公司原来享有的票据权利完整地转让给丙公司，包括对承兑人X银行的付款请求权以及对出票人甲公司的追索权。

(2) 乙公司成为追索对象，如丙公司所持汇票不被X银行付款，丙公司也可以选择向乙公司追索。

通俗地说，乙公司向丙公司背书转让该票据的时候，相当于向丙公司“吹牛”：未来X银行会根据这张汇票的记载内容向丙公司付款；如果X银行不付，丙公司可以向甲公司追索。作为“吹牛”的代价，乙公司将自己的信用施加到这张汇票上，也成为追索对象。

进一步可以推知，一张汇票背书的次数越多，则追索对象也就越多，该汇票上附加的信用也就越多，持票人获得兑付的可能性也就越大。

2. 转让背书的适用情况

原则上，汇票上的票据权利均可以转让。但在以下2类情形下，票据权利不得背书转让：

(1) 禁止背书转让的法定事由：填明“现金”字样的银行汇票不得背书转让；禁止“期后背书”。

提示：“期后背书”指票据被拒绝承兑、被拒绝付款或者超过付款提示期限后的背书。

(2) 出票人记载“不得转让”。出票人在汇票上记载“不得转让”字样的，汇票不得转让；如果收款人将此种汇票背书转让（包括贴现）给他人，背书行为无效。这意味着：

①取得票据的人并不能因此而取得票据权利；

②取得票据的人若再对他人背书转让，进而取得票据的人更不能因此而取得票据权利。

提示：电子商业汇票的出票人记载“不得转让”事项的，汇票无法进行背书让。

3. 转让背书的款式

被背书人：厦门欧耶商贸有限公司	被背书人：
 	
背书人签章	背书人签章
2018 年 01 月 23 日	年 月 日

(1) 绝对必要记载事项。背书转让的绝对必要记载事项包括：

①被背书人。背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称（即“补记”）与背书人记载具有同等法律效力，并不导致背书无效。

②背书人的签章。

【典例研习·9-3】（2017年案例分析题改编）

庚公司依法通过转让背书取得一张纸质汇票，其承兑人为A银行。该汇票到期后，庚公司持该汇票向A银行提示付款。A银行以庚公司名称未记载于汇票“被背书人”栏内为由拒付。庚公司在汇票“被背书人”栏内补记本公司名称后，再次向A银行提示付款。A银行以自行记载不具效力为由再次拒付。

根据上述内容，分别回答下列问题。

（1）A银行第一次拒付的理由是否成立？并说明理由。

（2）A银行第二次拒付的理由是否成立？并说明理由。


【答案】

（1）A银行第一次拒付的理由成立。

根据票据法律制度的规定，被背书人名称是背书行为的绝对必要记载事项。本题中，补记之前，庚公司虽然是持票人，但并未取得票据权利，因此无权请求A银行付款。

（2）A银行第二次拒付的理由不成立。

根据票据法律制度的规定，背书人未记载被背书人名称即将票据交付他人的，持票人在票据被背书人栏内记载自己的名称与背书人记具有同等法律效力。在本题中，补记之后，庚公司通过转让背书享有票据权利，A银行不能拒绝付款。

 **斯尔解析** 本题考查转让背书中“被背书人”这一记载事项。需注意：

（1）首先，该事项本身属于绝对必要记载事项。即使允许补记，但在补记之前，该背书行为因为缺少绝对必要记载事项并未生效，背书的后手无法据此取得票据权利。

（2）比较特别的是，法律允许被背书人补记该事项。补记之后，被背书人可以行使票据权利。

（2）相对必要记载事项。转让背书的相对必要记载事项为背书日期。背书未记载日期的，视为在汇票到期日前背书。

（3）可以记载事项。背书人在汇票上记载“不得转让”字样，其后手再背书转让的，原背书人对后手的被背书人不承担保证责任（2020年案例分析题）。电子商业汇票的背书人记载“不得转让”事项的，汇票无法继续进行背书转让。

【典例研习·9-1-3】

延续【典例研习·9-1-2】，乙公司将该汇票背书转让给丙公司时记载“不得转让”。之后，丙公司为了支付货款，又将该汇票背书转让给丁公司。丁公司在汇票到期后请求X银行付款，X银行予以拒绝。

此时，由于乙公司在背书中记载“不得转让”，其后手（丙公司）将该汇票背书转让后，原背书人（乙公司）对其后手（丙公司）的被背书人（丁公司）不承担票据责任。这意味着，如果X银行向丁公司拒付，丁公司不得向乙公司追索。

结合该例可知，与出票人禁止背书不同，背书人禁止背书并不影响票据本身的流动性，只是限缩了背书人自己承担被追索责任的范围。

（4）记载不产生票据法上效力事项。背书不得附有条件；背书时附有条件的，所附条件不具有汇票上的效力，但可能具有民法上的效力（2015年、2019年案例分析题）。

(5) 记载无效事项。背书人如果作出免除担保承兑、担保付款责任的记载，该记载无效，但是不影响背书行为本身的效力。

(6) 记载使背书无效事项。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（即“分头背书”）无效。

(二) 背书连续 (★)


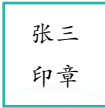

背书连续是指在票据转让中，转让汇票的背书人与受让汇票的被背书人在汇票上的签章依次前后衔接。以背书转让的汇票，背书应当连续。

1. 背书连续的法律意义

(1) 背书的连续可以证明持票人合法享有票据权利。

【典例研习 · 9-4】

X银行收到一张汇票，其背书栏记载情况如下：

被背书人：张三	被背书人：B公司	被背书人：C公司
背书人： 	背书人： 	背书人： 


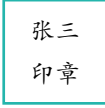

从以上记载可知，该汇票发生过三次背书，后一次背书的“背书人”均为前一次背书的“被背书人”，这种情况即是“背书连续”。一般认为，“背书连续”可以证明持票人（也就是最后的被背书人）合法享有票据权利。因此，X银行可以向持票人C公司付款。

提示：为了后文叙述的简便，在该例中将自然人张三作为汇票的当事人。《票据法》并未明确禁止这种情况，但实践中，一般不允许自然人使用汇票。

(2) 如发生背书不连续的情况，除非持票人能证明其合法取得票据权利，承兑人可以拒付。所谓“持票人能证明其合法取得票据权利”，指的是持票人可以通过继承、法人的合并或分立等方式取得票据权利。（2015年、2018年案例分析题）

【典例研习 · 9-4-1】

X银行又收到一张汇票，其背书栏记载情况如下：

被背书人：张三	被背书人：B公司	被背书人：C公司
背书人： 	背书人： 	背书人： 

明显可以看出，第二次背书的被背书人（B公司）与第三次背书的背书人（D公司）不一致，背书不连续。此时，X银行可以背书不连续为由拒绝向持票人C公司付款。

但是，如果D公司可以证明其吸收合并了B公司，因而承继B公司的全部债权和债务，则依然有权请求X银行付款。

2. 背书连续的审查

关于转让背书的连续性，付款人对此仅负有形式审查义务。

【典例研习·9-4-2】

假设【典例研习·9-4】中的张三年仅10周岁，属于限制民事行为能力人，其转让背书行为因背书人不具有完全民事行为能力而无效。此时，X银行依然可以认为该汇票的背书连续。

对于背书连续，付款人仅负有形式审查义务。换言之，背书“看上去”连续就行了。如果要求付款人对每一次背书进行实质审查，则付款人的负担过大，不利于票据的流通和使用。

（三）非转让背书

1. 质押背书

【典例研习·9-5】

甲公司向乙银行借款100万元，为了担保该笔债务，甲公司拟将其持有的一张票面金额为300万元的汇票质押给乙银行。就此：

- （1）甲公司与乙银行签订了书面的《票据质押协议》；
- （2）甲公司在该汇票上作成质押背书，并将该票据交付给乙银行。
- （1）质押背书的记载事项。


质押背书的记载事项与转让背书基本相同，此外，质押背书必须在票据上记载“质押”（或者“设质”“担保”）字样。假如未作该记载，则形式上构成转让背书。

提示：以汇票设定质押时，如果出质人在汇票上只记载了“质押”字样未在票据上签章的，或者出质人未在汇票、粘单上记载“质押”字样而另行签订质押合同、质押条款的，不构成票据质押。但在这种情况下，票据质押合同仍然可以有效。

【典例研习·9-6】（2014年单项选择题）

票据权利人为将票据权利出质给他人而进行背书时，如果未记载“质押”“设质”或者“担保”字样，只是签章并记载被背书人名称，则该背书行为的效力是（ ）。

- A. 票据转让 B. 票据质押 C. 票据承兑 D. 票据贴现

 **斯尔解析** 本题考查质押背书缺少绝对必要记载事项时该背书行为的效力，针对的就是那一些“看书看一半”的同学：

（1）首先，“质押”（或者“设质”“担保”）字样是票据质押的绝对记载事项，这意味着，如果缺少这样的记载，本次票据质押无效；

（2）但是，票据质押无效是否意味着不影响票据关系呢？并不是。这种情况在形式上构成票据的背书转让，因此本题选择选项A。

（2）质押背书的效力。票据的质权人（质押背书的被背书人）有权以相当于票据

权利人的地位行使票据权利，包括行使付款请求权、追索权。

提示：质押背书的被背书人并不享有对票据权利的处分权。票据质权人进行转让背书或者质押背书的，背书行为无效。但是，被背书人可以再进行委托收款背书。

2. 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。

【典例研习·9-6】

甲公司持有一张汇票，其记载的承兑人是乙公司。目前，该汇票已经到期。甲公司向丙银行进行委托收款背书，委托丙银行向乙公司请求付款。丙银行收款后，应将所得金额交给甲公司，并不能自己保留。

因此，委托收款背书并不是票据权利的转让，而是一种以背书方式进行的委托。

(1) 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。

(2) 委托收款背书与其他背书一样，持票人依据法律规定的记载事项作成背书并交付，才能生效。

二、汇票的保证(★★)

保证是指票据债务人以外的他人充当保证人，担保票据债务履行的票据行为。

(一) 票据保证的法律意义

票据保证属于票据行为，会产生票据关系。票据保证一旦成立，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。

【典例研习·9-1-4】

延续【典例研习·9-1-3】，丙公司为了支付货款，欲将该汇票背书转让给丁公司。丁公司为了控制风险，要求丙公司提供保证。经沟通，吉祥公司、如意公司为该汇票提供保证，被保证人为丙公司。有鉴于此，丁公司接受丙公司的转让背书。

吉祥公司、如意公司实施的票据保证属于票据行为，产生票据关系，即：

(1) 保证人吉祥公司、如意公司与被保证人丙公司承担连带责任。如未来丁公司做为持票人不获兑付，也可以直接向吉祥公司、如意公司追索。

(2) 保证人吉祥公司、如意公司之间就上述事项承担连带责任，丁公司可以直接向吉祥公司或者如意公司全额追索。

票据保证在法律上的意义主要涉及以下两方面：

(1) 对保证人的效力。作为票据保证的保证人在票据上签章后即成为票据债务人。这意味着：

① 保证人与被保证人负同一责任。持票人对被保证人可以主张的任何票据权利，均可向保证人行使。

② 保证人应当与被保证人对持票人承担连带责任；保证人为二人以上的，保证人之间承担连带责任。

问题：票据保证与“合同法律制度”中的保证有和差异？

解答：（1）合同法上的保证一般只要求在保证人和债权人之间存在有效的书面保证合同，但票据保证必须通过票据上的记载体现出来。相关记载事项请见下文详述。

（2）合同法上的保证存在“一般保证”“连带责任保证”两种方式，但票据保证无此分别。如果非要进行类比的话，票据保证更像“连带责任保证”，票据上的保证人不享有“先诉抗辩权”。

（2）对持票人的效力。票据保证生效的，持票人（票据权利人）的权利又多了一个票据债务人，持票人可以对其行使付款请求权或者追索权。

（二）票据保证的记载事项

（1）绝对必要记载事项。票据保证的绝对必要记载事项包括保证文句（即表明“保证”的字样）、保证人的名称和住所、保证人签章。

注意，票据保证也是“票据行为”，必须在票据上有所体现。（2016年、2018年案例分析题）具体而言：

①保证人应当依照票据法的规定，在票据或者其粘单上记载保证事项。

②保证人未在票据或者粘单上记载“保证”字样而另行签订保证合同或者保证条款的，不属于票据保证。

（2）相对必要记载事项。票据保证的相对必要记载事项包括被保证人和保证日期。

①保证人未记载被保证人的：已承兑的汇票，承兑人为被保证人；未承兑的汇票，出票人为被保证人。

②保证人未记载保证日期的，出票日期为保证日期。

（3）“记载不生票据法上效力事项”。票据保证不得附有条件；附有条件的，不影响对汇票的保证责任，即保证所附的条件不发生票据法上的效力。

命题角度：判断票据行为中未记载各类日期的后果，以及票据行为附条件的后果。

（1）票据行为中未记载各类日期的后果。到目前为止，我们已经看到了汇票的好几个日期：出票日期、付款日期、背书日期、保证日期。在这些日期中，只有出票日期是票据的绝对对应记载事项，其他日期未记载的，处理方式如下：

①付款日期未记载，视为见票即付；

②背书日期未记载，视为汇票到期日前背书；

③保证日期未记载，视出票日期为保证日期。

（2）票据行为附有条件的后果。

①出票环节在支付上附有条件：视为欠缺绝对记载事项，导致票据无效；

②背书、票据保证中附有条件：不具有票据上的效力/不影响对汇票的保证责任。

第三节 汇票的付款与追索

一、汇票的付款

汇票付款是指付款人或者代理付款人依照汇票文义支付票据金额的行为。

(一) 付款的意义

付款人对票据权利人付款的，汇票上的票据关系全部消灭，全体票据债务人的债务消灭。因此，票据的付款并不属于票据行为。

(二) 付款的程序

1. 持票人提示付款

提示付款是指持票人或者其代理人向付款人或者其代理付款人现实地出示票据，请求其付款的行为。

(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。

提示：未在该期限内提示付款的，持票人丧失部分前手的追索权，但是对承兑人、出票人的票据权利仍然存在。

2. 付款人或其代理人付款

(1) 收到付款提示后，付款人应当进行审查。经审查无误后，付款人即应足额付款。付款人的审查主要分两个方面：

① 票据权利的真实性（票据所记载的持票人是否真实地享有票据权利）。对此，付款人仅负有形式审查义务，不负有实质审查义务。

② 提示付款人身份的真实性（提示付款人是否就是票据所记载的持票人）。对此，付款人负有实质审查义务。

提示：这里的“实质审查”可以简单地理解为“不能只看票据上体现的信息”。例如，【典例研习·9-4】中的C公司派业务员小金来请求X银行付款，X银行至少应核对小金的身份、小金与C公司的委托关系、劳动关系，以及C公司的主体是否存续。

(2) 付款人付款时，有权要求持票人在汇票上签收并交出汇票。所谓“签收”，是指持票人在票据的正面签章，表明持票人已经获得付款。

二、汇票的追索(★★★)

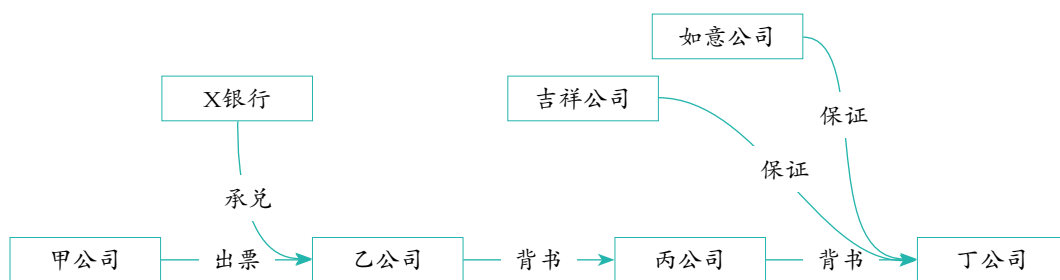
汇票的追索权是指汇票到期不获付款、到期前不获承兑或者有其他法定原因时，持票人依法向汇票上的其他债务人请求偿还票据金额、利息和其他法定款项的票据权利。

追索权的行使（即“追索”行为）并不是票据行为。

【典例研习·9-1-5】

延续【典例研习·9-1-4】，丁公司通过转让背书取得该汇票。汇票到期后，丁公司持票请求X银行付款，X银行予以拒绝，并向丁公司出具拒绝证明。因此，丁公司拟行使追索权。

我们先梳理一下截至当时该汇票的流转情况：



基于上述情况，暂不考虑乙公司在背书时记载“不得转让”的情况，丁公司行使追索权的对象包括：出票人（甲公司），背书人（乙公司、丙公司），保证人（吉祥公司、如意公司）以及承兑人（X银行）。

通俗地说，上图中，除了丁公司之外，其他所有主体都对“X银行会根据这张汇票的记载付款”这一情况吹过牛（包括X银行自己通过承兑行为吹的牛）。既然现在X银行拒绝付款，就相当于这些主体吹过的牛都“吹破”了。因此，丁公司作为持票人（也是票据权利人）有权向它们追索。

当然，假设X银行见票付款，则相当于上面这些主体的“牛”全都被“圆”上了，自然就不必再承担被追索的责任了。

最初追索权人是享有票据权利的最后持票人。有关的票据债务人在被持票人追索而清偿了相应的债务后，就享有了作为持票人的权利，享有再追索权（即成为再追索权人），有权向其前手进行再追索。

（一）追索权的取得与保全

请注意，以下介绍的是“最初追索权”的取得和保全。

1. 追索权的发生原因

追索权类型	发生原因
到期追索权	汇票到期被拒绝付款的，持票人可以行使追索权。 提示：因为付款人的原因而发生客观上无法提示付款的情形（如票据所记载的付款场所并不存在、付款人不存在等），也可以行使追索权
期前追索权	（1）被拒绝承兑（包括承兑附条件）； （2）承兑人或者付款人死亡、逃匿（一般禁止自然人作为付款人）； （3）承兑人或者付款人被宣告破产或者因违法被责令终止业务活动

【典例研习·9-7】（2014年多项选择题）

根据票据法律制度的规定，汇票持票人可以取得期前追索权的情形有（ ）。

- A. 承兑附条件
- B. 承兑人被宣告破产
- C. 付款人被责令终止业务活动
- D. 出票人被宣告破产

斯尔解析 本题考查引起期前追索权的事由。

“追索权”是第二位的票据权利，无论是“到期追索权”还是“期前追索权”，其发生原因都出在付款人或者承兑人身上，因为“付款请求权”才是第一位的票据

【典例研习】答案：

9-7：ABC

权利。本题中，选项D所述是出票人的问题，当然不会成为追索权的发生原因。

陷阱提示 要注意，“被拒绝承兑”当然是引起“期前追索权”的事由，因为逻辑上，“承兑”肯定是早于“付款”的。但是，拒绝承兑有一些变相的情况，也要注意，比如选项A所述的“承兑附条件”——承兑附条件的，即视为拒绝承兑。

2. 追索权的保全

持票人一般须遵期提示、依法取证（取得拒绝证明），才能保全其追索权。特殊情况下，以下材料与拒绝证明有相同效果：

（1）“人没了”。①医院或者有关单位出具的付款人死亡的证明；②人民法院出具的宣告付款人失踪或者死亡的证明或者法律文书；③公安机关出具的付款人逃匿或者下落不明的证明。

（2）“厂没了”。①人民法院宣告付款人破产的司法文书；②行政主管部门责令付款人终止业务活动的行政处罚决定。

（3）公证机关出具的具有拒绝证明效力的文书。

（二）追索对象——“从后向前，随便追”

1. “随便追”

（1）持票人可以对背书人、出票人、承兑人、保证人行使追索权（2014年、2018年、2019年案例分析题）。

提示：既然称为“背书人、出票人、保证人、承兑人”，其前提都是在票据上进行相应的签章；否则，该主体不承担票据责任，当然也不是追索的对象。主观题经常从这个角度进行考查。

原理详解

承兑人既是付款义务人，也是被追索人。其实我们在上文已经学习过相关的规则：承兑人是汇票上的主债务人，承担最终的追索责任。持票人即使未按期提示付款或者依法取证，也不丧失对承兑人的追索权。

在承兑人拒绝付款的情况下，其依然承担最终的追索责任。假设某持票人请求承兑人付款时，该票据上的背书并不连续，持票人也无法证明其票据权利合法，此时：

（1）只要发现了背书不连续等情况，承兑人就应当拒绝付款。否则，承兑人将承担错误付款的责任，因为其没有尽到法定的审查义务。

（2）但从保护持票人的角度，并不能让承兑人因为上述情况免除付款责任。因此，持票人请求付款被拒后，依然可以通过追索从承兑人处获得清偿。

（2）上述追索对象均对持票人承担连带责任（2011年案例分析题）。这意味着：

①持票人可不按照汇票债务人的先后顺序，对其中任何一人、数人或者全体行使追索权。

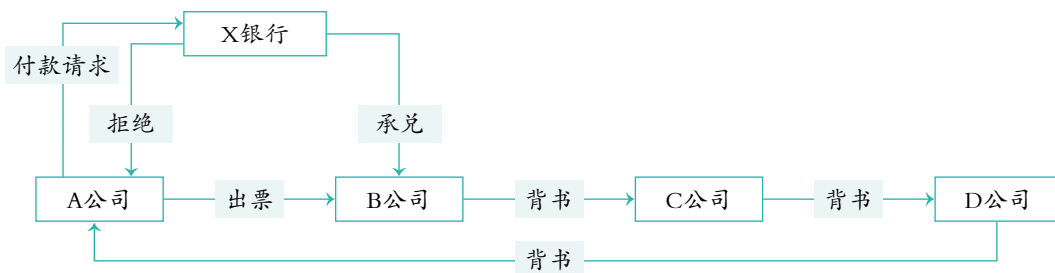
②持票人对汇票债务人中的一人或者数人已经开始进行追索的，对其他汇票债务人仍然可以行使追索权。

2. “从后向前”

(1) 持票人为出票人的, 对其前手无追索权; 持票人为背书人的, 对其后手无追索权。这两条规则适用于发生“回头背书”的情况, 理解起来有一点“绕”, 我们借以下两个例子进行说明。

【典例研习·9-8-1】

假设某汇票的流转过程如下图所示:



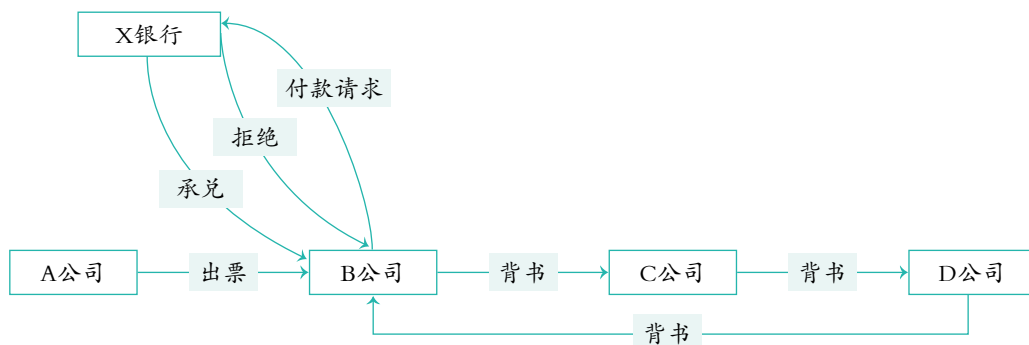
持票人为出票人的, 对其前手无追索权, 这意味着出票人A公司不能再向其前手B公司、C公司、D公司追索。

(1) 上文已经分析过, 出票人是在票据上第一个“吹牛”的人。因此, “牛皮吹破”时, 它的所有后手都相当于是出票人的“受害人”。所以, 出票人不能向它们追索。

(2) 从上述图示可知, B公司、C公司、D公司既是A公司的前手, 又是A公司的后手。由于持票人不得向后手追索乃是一般规则, 自然不必赘述。因此, 法律采取的表述是“对其前手无追索权”。

【典例研习·9-8-2】

假设某汇票的流转过程如下图所示:



持票人为背书人的, 对其后手无追索权: 背书人B公司不能再向其后手C公司、D公司追索, 只能向前(向出票人)追索。

(1) 对于B公司吹的牛, 受到影响的是C公司、D公司。因此, “牛皮吹破”之后, C公司、D公司都相当于是B公司的“受害人”。所以, B公司不能向它们追索。

(2) 从上述图示可知, C公司、D公司既是B公司的前手, 又是B公司的后手。如果法律采取“对其前手无追索权”的表述, 显然错误, 因为B公司仍然可以向A公司追索。因此, 法律采取“对其后手无追索权”的表述, 以将C公司、D公司排除在追索对象之外。

(2) 追索可以传递。被追索人清偿债务后，其票据责任解除。被追索人清偿债务后，与持票人享有同一票据权利，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。

(三) 追索的金额——“1+2，滚雪球”

1. 最初追索权的追索金额

(1) 本：被拒绝付款的汇票金额；

(2) 利：汇票金额自到期日或者提示付款日起至清偿日止，按照中国人民银行同期流动资金贷款利率计算的利息；

(3) 费：取得有关拒绝证明和发出通知书的费用。

2. 再追索权的追索金额

(1) 本：已清偿的全部金额；

(2) 利：前项金额自清偿日起至再追索清偿日止，按照中国人民银行规定的利率计算的利息；

(3) 费：发出通知书的费用。

(四) 追索中的通知

(1) 持票人应当自收到被拒绝承兑或者拒绝付款的有关证明之日起3日内，将被拒绝的事由书面通知其直接前手，还可以同时通知其他（甚至全部）的追索义务人。

(2) 如果未按照规定期限通知，虽然仍可以行使追索权，但应当赔偿因为迟延履行而给被追索人造成的损失，赔偿金额以汇票金额为限。

(3) 持票人的直接前手应当自收到通知之日起3日内书面通知其自己的再前手。

第四节 本票与支票

一、本票(★)

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（即“自己开、自己付”）。

(一) 本票的出票人

我国《票据法》规定的本票，是指银行本票（即由银行自己签发）。银行本票的出票人应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。

提示：向银行申请签发本票的当事人（“本票申请人”）并非出票人。

(二) 本票的记载事项

招商银行 本票 2 地名 W000000000

付款期限 贰个月

出票日期 (大写) 壹玖 玖 玖 年 零 肆 月 零 贰 拾 日

收款人: 李四

出票即付人民币 (大写) 壹 万 零 肆 千 肆 百 零 二 元 正 (小写金额)

转账 现金

备注

科目(借) 对方科目(贷)

付款日期 年 月 日

出纳 复核 经办

本票专用章

出票行签章

1. 绝对必要记载事项

本票出票时的绝对必要记载事项包括：

- (1) 表明“本票”的字样；
- (2) 无条件支付的承诺；
- (3) 确定的金额；
- (4) 收款人名称；
- (5) 出票日期；
- (6) 出票人签章。

未记载上述任一事项均导致出票无效，各事项之记载适格与否的判断同汇票。


2. 相对记载事项

- (1) 付款地：本票上未记载付款地的，以出票人的营业场所为付款地；
- (2) 出票地：本票上未记载出票地的，以出票人的营业场所为出票地。


【典例研习·9-9】（2018年多项选择题）

下列关于本票的表述中，符合票据法律制度规定的有（ ）。

- A. 我国现行法律规定的本票仅为银行本票
- B. 本票为见票即付的票据
- C. 本票的收款人名称可以授权补记
- D. 本票未记载付款地的，出票人的营业场所为付款地

 **斯尔解析** 本题考查本票的基础知识，看似简单，实际上存在一些“陷阱”。

要注意，本票并不存在可以“授权补记”的记载事项。在这一点上，不要把本票和支票搞混，支票才存在“授权补记”事项。因此选项C所述错误。

 **陷阱提示** 选项D也值得探讨，涉及一些细节：对于三类票据，两个“地”（出票地、付款地）都是相对记载事项，但法律对其推定并不一样：

票据种类	汇票	本票	支票
出票地的推定	出票人的营业场所、住所或者经常居住地	出票人的营业场所	出票人的营业场所、住所或者经常居住地
付款地的推定	付款人的营业场所、住所或者经常居住地	出票人的营业场所	付款人的营业场所

（三）本票的付款

与汇票不同，本票的出票人（即银行）是最终的票据责任人，持票人应当向出票人提示付款。

现行法之下的本票均为见票即付。持票人的提示见票并请求付款的期限最长不超过2个月，即持票人可以在出票日起2个月内随时提示付款。超过这一期限提示付款的，持票人即丧失对出票人之外的前手的追索权。

二、支票（★）

支票是指出票人签发的，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。

提示：支票和汇票都是“自己开、别人付”。二者的区别主要是：第一，支票的付款人只能是银行等金融机构，但汇票的付款人无此限制；第二，支票不涉及

【典例研习】答案：

9-9：ABD

“承兑”，支票上记载的付款人并不会在支票上签章，因此并非支票上的票据义务人。

(一) 支票的记载事项

中国农业银行 现金支票存根 (穗) VII III 04119861 科目: _____ 对方科目: _____ 出票日期: 年 月 日 收款人: _____ 金额: _____ 用途: _____ 单位主管: _____ 会计: _____		中国农业银行 现金支票 (穗) VII III 04119861 出票日期(大写) 壹玖 年 捌 月 日 付款行名称: 中国农业银行广州分行 收款人: 出票人账号: 88008808 人民币 贰佰捌拾万元整 千 百 十 万 千 百 十 元 角 分 (大写) 2800000000 用途 贷款 上列款项请从 我帐户内支付 出票人签章 科目(借): _____ 对方科目(贷): _____ 付讫日期: 年 月 日 出纳: _____ 复核: _____ 记帐: _____ 贴对号单处 VII III 04119861	
--	--	--	--

1. 绝对必要记载事项

支票出票时的绝对必要记载事项包括:

- (1) 表明“支票”的字样;
- (2) 无条件支付的委托;
- (3) 确定的金额;
- (4) 付款人名称;
- (5) 出票日期;
- (6) 出票人签章。

支票上未记载上述任一事项的，支票无效。各事项之记载适格与否的判断同汇票。

2. 相对记载事项

支票出票时的相对必要记载事项包括付款地和出票地。

- (1) 支票上未记载付款地的，付款人（出票人开户行）的营业场所为付款地。
- (2) 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。

3. “任意记载事项”

(1) 支票上未记载收款人名称的，经出票人授权，可以补记。出票人既可以授权收取支票的相对人补记，也可以由相对人再授权他人补记。

【典例研习·9-10】

甲公司签发支票给乙公司，但是未记载收款人。乙公司为支付货款，直接将支票交付给丙公司，未作任何记载。丙公司将自己的名称记载为收款人后，持票向付款人主张票据权利。甲公司、乙公司的行为，均符合票据法。


也就是说，就支票而言，我国票据法承认了转让背书之外的这种票据权利转让方式：丙取得了支票上的票据权利，但乙和丙之间并未发生背书。

提示：支票上的金额可以由出票人授权补记，未补记前不得使用。

【典例研习·9-11】（2019年多项选择题）

根据票据法律制度的规定，支票的下列记载事项中，可以由出票人授权补记的有（ ）。

- A. 出票日期
- B. 收款人名称
- C. 票据金额
- D. 付款人名称

 **斯尔解析** 本题考查支票的授权补记事项。须特别注意，支票可以“授权补记”的事项有两个：

- (1) 金额：尽管可以授权补记，但属于“绝对必要记载事项”；
- (2) 收款人名称：可以授权补记，属于“相对必要记载事项”。
- (2) 出票人也可以记载“不得转让”字样。如有该记载，则支票不得转让。

4. “记载无效事项”

支票限于见票即付；如果出票人记载了以其他方式计算的到期日，该记载无效。

(二) 支票的付款

1. 付款提示期限

- (1) 支票的持票人应当自出票日起10日内提示付款。
- (2) 超过该期限提示付款的，持票人丧失对出票人之外的前手的追索权。

2. 付款人的责任

支票的付款人并未在票据上签章，因此，付款人并非票据债务人。

如果持票人提示付款时，出票人的存款金额不足以支付支票金额（此时称为“空头支票”），付款人不予付款。

第五节 票据法的理论知识（基础篇）

一、票据行为（★★）

“票据行为”是“票据法律行为”的简称。“票据法律行为”可以产生“票据法律关系”（即“票据关系”）。

本章第一至四节已经介绍了主要的票据行为，包括出票、背书、承兑、保证四种，其中承兑为汇票所独有的票据行为。

须注意，付款和追索并不产生票据关系，因此，二者并不属于票据行为。

(一) 票据行为的要件

票据行为是一种民事法律行为，必须符合民事法律行为成立的一般条件。此外，法律还对票据行为规定了特别的条件，包括形式要件和实质要件。

1. 票据行为的形式要件

- (1) 特定的格式与记载事项。

票据行为是一种“格式化”的行为。票据当事人应当使用中国人民银行规定的统一格式的票据；否则，票据无效。

此外，通过本章第一至四节的内容可以看出，各类票据均涉及法定的记载事项。



命题角度：辨识各类票据的“绝对必要记载事项”和“相对必要记载事项”。

各类票据出票时的记载事项是高频考点，考的花样也很多。我们通过下表集中梳理三类票据的记载事项。

记载事项类型	内容	汇票	本票	支票
绝对必要记载事项	表明“×票”的字样	√	√	√
	无条件支付的委托/承诺	√	√	√
	确定的金额	√	√	√ (注2)
	付款人名称	√	× (注1)	√
	收款人名称	√	√	× (注2)
	出票日期	√	√	√
	出票人签章	√	√	√
相对必要记载事项	付款日期	√	× (注3)	× (注3)
	付款地	√	√	√
	出票地	√	√	√

注1：银行本票的付款人即出票人，因此无须记载。

注2：支票的金额可以授权补记，但属于绝对应记载事项；收款人可以授权补记，但不属于绝对记载事项。

注3：银行本票、支票均为见票即付。支票不得另行记载付款日期；另行记载付款日期的，该记载无效，但并不导致该支票无效。

上述记载事项还涉及如下通用的规则：

①票据金额以中文大写和数码同时记载，二者必须一致，二者不一致的，票据无效。

【典例研习·9-12】（2015年单项选择题）

甲公司签发的支票上，中文大写记载的金额为“壹万玖仟捌佰元整”，而阿拉伯数字（数码）记载的金额为“19 810元”。根据票据法律制度的规定，下列关于

该支票效力的表述中正确的是()。

- A. 支票无效
- B. 经甲公司将金额更改为一致并签章后, 支票有效
- C. 支票有效, 以中文记载为准
- D. 支票有效, 以阿拉伯数字(数码)记载为准

【斯尔解析】 本题考查票据行为的形式要件, 涉及的知识点有些“反常识”, 因为一般认为正式文本上中文大写数字与阿拉伯数字不一致的, 以中文大写数字为准。这种“常识”在民法领域或为可行, 但在票据法领域, 要严格遵守票据的要式性: 票据上记载金额的中文大写数字和阿拉伯数字不一致的, 该票据直接无效。

②票据金额、日期(应当解释为出票日期)、收款人名称不得更改(原记载人自己亦不得变更), 更改的票据无效。

③票据行为人必须在票据上签章, 其签章方式必须符合法律要求。出票人在票据上的签章不符合相关规定的, 票据无效; 背书人、承兑人、保证人在票据上的签章不符合相关规定的, 其签章无效, 但是不影响票据上其他签章的效力。

【典例研习·9-13】(2016年单项选择题)

根据票据法律制度的规定, 下列票据行为人中, 其签章不符合票据法规定可导致票据无效的是()。

- A. 出票人
- B. 承兑人
- C. 背书人
- D. 保证人

【斯尔解析】 本题考查票据行为中签章不符合法律规定的后果。只有票据“出生”(出票)时签章出了问题, 才可能导致票据无效; 出票后, 其他环节的票据行为中签章有问题, 只影响该环节的效力。因此, 本题应选择选项A。

(2) 交付。行为人的记载行为并非立即导致票据行为成立。票据行为人还必须将进行了这种记载的票据交付给相对人, 票据行为才成立。

2. 票据行为的实质要件

(1) 票据行为能力。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的, 其签章无效(但是不影响其他签章的效力)。

(2) 意思表示真实。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), 不得享有票据权利(2018年、2020年案例分析题)。

(二) 票据行为的代理

票据行为可以由代理人进行, 其法律效果归属于被代理人。票据当事人可以委托其代理人在票据上签章, 并应当在票据上表明其代理关系。

1. 票据代理行为的生效要件

票据行为如果由代理人进行, 除了需要满足票据行为的成立要件和其他生效要件外, 还必须满足法律对于票据代理行为特别规定的生效要件。这些要件包括:

- (1) 须明示本人(被代理人)的名义, 并表明代理的意思。
- (2) 代理人签章, 适用票据行为人签章的一般规定。
- (3) 代理人有代理权(委托代理、法定代理)。

2. 票据行为的无权代理

没有代理权而以代理人名义在票据上签章的, 应当由签章人承担票据责任; 代理人超越代理权限的, 应当就其超越权限的部分承担票据责任。对于该规定, 须注意:

【典例研习】答案:

9-12: A

9-13: A

(1) 如果不符合表见代理的要件, 该代理行为不生效力(效力待定), 相对人不能取得票据权利, 本人和无权代理人均不承担票据责任; 如果本人在事后表示追认, 票据行为对本人发生效力, 并由本人承担票据责任。

(2) 如果满足了表见代理的要件, 相对人取得票据权利。此时, 本人应承担票据责任, 无权代理人不承担票据责任。但是, 无权代理人依然可能承担其他民事责任。

二、票据关系(★★)

票据关系由票据行为产生, 其全称是“票据法律关系”。

(一) 票据关系的当事人

不同的票据行为产生不同的票据关系, 因此, 其对应的当事人也有所不同, 一般包括出票人、收款人、付款人、持票人、承兑人、背书人、被背书人、保证人等。

仍以汇票为例, 出票人、持票人、付款人三者之间的关系是票据关系中最基本的关系, 在出票这一环节已经产生; 因此, 出票人、付款人和收款人是汇票的“基本当事人”。

(二) 票据关系的内容

法律关系的内容是“权利”和“义务”。对于票据关系而言, 其内容则是“票据权利”和“票据义务”。

1. 票据权利

票据权利包括“付款请求权”和“追索权”, 其实质都是“要钱的权力”。通过本章第三节介绍的规则可知, “付款请求权”与“追索权”的行使存在先后顺序。只有在“付款请求权”不能实现时, 持票人才可以行使“追索权”。在此基础上, 还须注意以下特别问题:

(1) 支票的持票人只有追索权, 不享有付款请求权;

(2) 再追索发生时, 持票人只享有追索权, 不再享有付款请求权;

(3) 持票人行使票据权利时必须持有票据, 例外情况下, 可以通过除权判决行使票据权利。相关介绍请见本节“票据丧失及补救”。

2. 票据义务

基于“付款请求权”与“追索权”的先后顺序, 票据债务人可以分为“主债务人”和“次债务人”。

类型	特点	列举
票据上的主债务人	(1) 最后持票人应当首先对其请求付款; (2) 在追索关系中, 其为最终的偿还义务人, 不再享有再追索权	本票上的出票人; 汇票上的承兑人
票据上的次债务人	(1) 最后持票人并不可以首先对其请求付款, 而只能在追索关系中对其中主张追索权。 (2) 次债务人如果因为被追索而偿还, 通常还可以向前手再追索	汇票上的出票人、背书人、保证人; 本票上的背书人、保证人; 支票上的出票人、背书人、保证人

在票据债务人的分类上，须注意如下问题：

（1）支票上记载的付款人并不承担最终的偿还义务。因此，根据“主债务人”的定义，支票上不存在主债务人。


（2）保证人的地位比较特殊：如果被保证人是主债务人，则保证人属于主债务人；如果被保证人是次债务人，则保证人属于次债务人。

（3）以下主体虽然被记载于票据上，但其本身并未在票据上签章。因此，该等主体不是票据债务人，而是票据关系的“关系人”（或称为“关系主体”）。例如：支票上的付款人、未经承兑的汇票的付款人、委托收款人、代理付款人。

【典例研习·9-14】（2020年单项选择题）

根据票据法律制度的规定，下列主体中属于票据上主债务人的是（ ）。

- A. 支票出票人
- B. 汇票承兑人
- C. 支票付款人
- D. 汇票出票人

 **斯尔解析** 本题考查票据债务人。对于汇票，付款人在承兑之后成为汇票上的主债务人，出票人并不是主债务人，因此选项B所述正确，选项D所述错误。此外：

（1）对于本票，出票人即付款人，本票上并不需要记载付款人，因此出票人即票据的主债务人。

（2）对于支票，需要特别注意：一方面，支票付款人并不会对支票签章，因此并不是票据债务人，当然也说不上“主债务人”，因此选项C不应选；另一方面，支票出票人并不是“首先对其请求付款”的对象，因此选项A也不应选。

（三）票据的文义性

票据属于文义证券，具有“文义性”。因此，在确定“票据权利”“票据义务”和“票据当事人”的地位时应严格按照票据的文义（即票面直接体现的信息）。票据文义性的体现有：

（1）票据行为必须在票据（包括票据正面、背面或者粘单）上进行记载，才可能产生票据法上的效力，即产生票据关系。

例如，只有在票据上签章的主体才可能成为票据债务人。换言之，票据债务人严格按照票面的签章情况确定。主观题经常考查这一知识点。

（2）如果在票据之外另外以书面形式（如担保合同）记载有关事项，即使其内容和票据有关，也不发生票据上的效力。

（3）就相同事项，票据之外的记载与票面记载不一致的，票据关系的内容依然由票面记载的信息确定。相关案例请见【典例研习·9-19】。

三、票据权利

（一）票据权利的取得（或称“票据权利的发生”）（★）

上文提到，票据行为产生票据关系，相关当事人根据票据关系取得票据权利。

但是，票据行为并非当事人取得票据权利的唯一原因。可以使当事人取得票据权利的原因有以下两类：

（1）依票据行为取得票据权利，如通过出票、转让背书、票据保证、质押背书等方式取得票据权利。

提示：票据权利的取得也适用“善意取得制度”，但票据权利的善意取得与物

权的善意取得存在一些差异，具体请见本章第六节的介绍。

(2) 依票据行为之外的事由，根据相关规定直接取得票据权利。具体包括：

①依票据法上的规定而取得票据权利，如被追索人向持票人偿还票据金额、利息费用后，可以取得票据权利。

②依其他法律规定而取得票据权利，如因为税收、继承、法人合并或者分立而取得。

提示：因这类原因取得票据权利的，可能不满足“背书连续”的要求。就此，请见本章第二节的介绍。

(二) 票据丧失及补救 (★)

票据丧失，是指持票人丧失对票据的占有。票据丧失的具体情形一般有两类：

(1) 票据物质形态的根本变化，比如被烧毁、撕毁、泡成纸泥等；

(2) 票据虽然还存在，但是脱离了持票人的占有，例如被遗失、被盗、被抢。

丧失了票据的票据权利人，称为失票人。失票人并不必然丧失票据权利。在第(2)类情形下，法律上设置了几种制度对失票人提供法律救济：挂失止付、公示催告、提起诉讼。

1. 挂失止付——“悬崖勒马”

挂失止付，是指失票人将票据丧失的情形通知付款人（包括代理付款人，下同），付款人接到通知后决定暂停支付，以防止他人取得票据金额的临时性救济措施。

(1) 挂失止付适用的票据种类：

①已承兑的商业汇票；

②支票；

③填明“现金”字样和代理付款人的银行汇票；

④填明“现金”字样的银行本票。

(2) 挂失止付的效力。

①申请挂失止付的当事人，必须符合以下条件之一，否则挂失止付失去效力：

a. 在申请之前已经向法院申请公示催告或者起诉；

b. 在通知挂失止付后的3日内向法院申请公示催告或者起诉。

②如果申请人已经采取了这一措施，付款人应继续暂停支付。但是，如果自收到通知书之日起12日内还没有收到法院的止付通知书的，自第13日起，挂失止付通知书失效。

2. 公示催告——“投石问路”

公示催告程序，是指法院根据失票人的申请，以公示的方式催告利害关系人在一定期限内向法院申报权利，到期无人申报权利的，法院将根据申请人的申请作出除权判决的一种非讼程序。

提示：挂失止付并非公示催告的前置程序。失票人可以不申请挂失止付，而直接向法院申请公示催告。

(1) 公示催告程序适用的票据种类。可以背书转让的票据丧失的，持票人可以申请公示催告。一般票据均属于这个范围，只有较少的例外，如填明“现金”字样的银行汇票、银行本票和现金支票不得背书转让，因此这些票据不能申请公示催告。

(2) 公示催告申请人的资格。可以申请公示催告的失票人，是指在丧失票据占有以前的最后合法持票人，也就是票据所记载的票据权利人。出票人已经签章的授权补记

的支票丧失后，持票人也可以申请公示催告。

（3）公示催告的具体程序。

①失票人向票据付款地的基层法院提出书面的公示催告申请。

②法院收到申请后，应当立即审查。符合条件的，通知予以受理。

③法院在受理公示催告申请的同时通知付款人或者代理付款人停止支付。付款人或者代理付款人应当停止支付，直到公示催告程序终结。

④法院在受理后的3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告的期间由人民法院根据情况决定，但不得少于60日，且公示催告期间届满日不得早于票据付款日后15日。

⑤利害关系人在法院作出除权判决之前申报权利的，法院应通知其向法院出示票据，并通知公示催告申请人查看该票据。

a.如果该票据就是申请人申请公示催告的票据，法院应裁定终结公示催告程序，并通知申请人和付款人。

b.如果该票据并非申请人公示催告的票据，法院应裁定驳回利害关系人的申报。

⑥公示催告期届满，且无上述⑤所列应裁定终结公示催告程序的事由，申请人可以在届满次日起1个月内，申请法院作出除权判决。逾期未申请的，法院终结公示催告程序。

⑦申请人提出上述⑥所述申请的，法院作出除权判决。

（4）除权判决的效力：确认申请人是票据权利人，以及宣告（丧失的）票据失去效力。因此，除权判决作出后，申请人应持除权判决行使票据权利。

（5）除权判决的撤销。

利害关系人因为正当理由不能在除权判决之前向法院及时申报权利的，自知道或者应当知道判决公告之日起1年内，可以向作出除权判决的法院起诉，请求撤消除权判决。

3.提起民事诉讼——“定分止争”

票据权利人丧失票据后，除了以公示催告程序证明自己的票据权利外，还可以提起普通民事诉讼来实现其权利，包括：票据返还之诉、请求补发票据之诉、请求付款之诉。

（三）票据权利的消灭（★★）

上文介绍的“票据丧失”尚可补救，并不必然导致失票人失去票据权利。以下情况将导致“票据权利的消失”，这意味着相关当事人失去全部或者部分的票据权利。

1.付款

票据权利人向票据债务人主张权利，票据债务人向其付款的，其债务消灭。相应地，得到付款的票据权利人拥有的票据权利随之消灭。

2.没有进行票据权利的保全

票据权利人原则上应当在规定的时间内、地点，以规定的方法提示付款或者提示承兑（即“遵期提示”）；并且，在被拒绝时，应当依法取得相应的证明（即“依法取证”）。否则，其追索权将因此而消灭。

换言之，没有进行票据权利的保全可能导致持票人丧失对于部分票据债务人的票据权利。

3.票据消灭时效期间经过

票据权利存在时效，该时效期间经过后，票据权利消灭，持票人不再能够行使相应的票据权利。

(1) 汇票、本票的票据权利消灭时效。

①持票人对汇票出票人、承兑人或者本票出票人的追索权，消灭时效如下：

票据种类		票据权利消灭时效	
		起算点	长度
汇 票	远期汇票	票据到期日	2年
	见票即付的汇票	出票日	
本 票			

②持票人向汇票出票人、承兑人或者本票出票人之外的票据债务人进行追索或者再追索时，其追索权的消灭时效如下：

追索行为	票据权利消灭时效	
	起算点	长度
(初次) 追索	被拒绝承兑或拒绝付款之日	6个月
再追索	清偿日或被提起诉讼之日	3个月

(2) 支票的票据权利消灭时效。

①持票人对支票出票人的追索权，消灭时效期间为6个月，自出票日起计算。

②被追索人对前手的再追索权，消灭时效为3个月，自清偿日或被提起诉讼之日起算。

(3) 衍生问题——利益返还请求权。

持票人因超过票据权利时效或者因票据记载事项欠缺而丧失票据权利的，仍享有民事权利，可以请求出票人或者承兑人返还其与未支付的票据金额相当的利益。

精准答疑

问题：如何理解“提示承兑期限”“提示付款期限”以及“票据权利期限”之间的关系？

解答：首先，票据权利分为“付款请求权”和“追索权”，在先后顺序上，“付款请求权”更为优先。

其次，如果持票人没有在“提示承兑期限”“提示付款期限”等法定期间内提示承兑或者提示付款，证明持票人自己对于“付款请求权”就不上心、不在乎。其后果是，持票人失去付款请求权和大部分的追索权。

但是，只要还在“票据权利期限”之内，即使持票人没有及时提示承兑、提示付款，有一些主体也要为持票人的权利“兜底”，依然是追索的对象。例如：

(1) 在持票人未及时对汇票提示承兑时，其依然可以向汇票的出票人追索。

(2) 在持票人未及时提示付款时，依然可以向出票人、承兑人（如有）追索。

第六节 票据法的理论知识（深入篇）

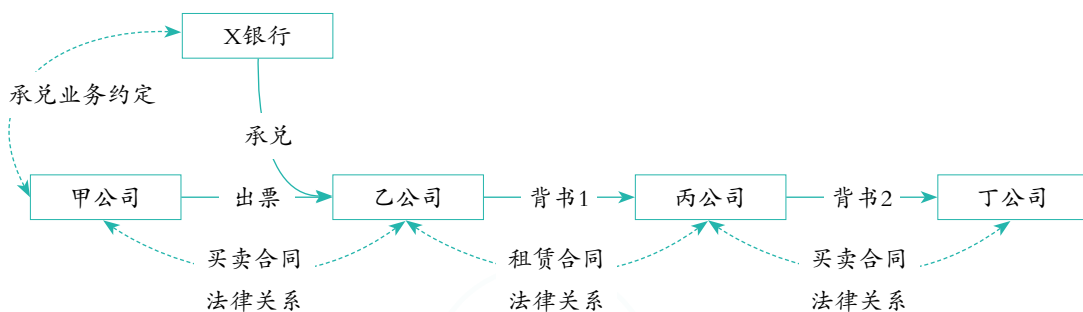
一、票据基础关系

（一）票据基础关系的定义

授受票据的原因或前提关系即是票据的基础关系，其往往是民法上的法律关系（如租赁合同法律关系、买卖合同法律关系等）。

【典例研习·9-1-6】

延续【典例研习·9-1-5】，我们先回顾一下该汇票的流转情况：



（1）甲公司的出票行为是票据行为，产生票据关系。其对应的票据基础关系是甲公司、乙公司之间的买卖合同法律关系。

（2）乙公司的背书行为是票据行为，产生票据关系。其对应的票据基础关系是乙公司、丙公司之间的租赁合同法律关系。

（3）丙公司的背书行为是票据行为，产生票据关系。其对应的票据基础关系是丙公司、丁公司之间的买卖合同法律关系。

（二）票据行为无因性（★★）

1.问题的起源——基础关系对于票据关系的必要性

票据的签发、取得和转让，应当遵循诚实信用的原则，具有真实的交易关系和债权债务关系（2015年案例分析题）。

【典例研习·9-15】

二饼公司合法持有3张汇票，尚未到期，金额均为1 000万元。二饼公司实施如下行为：

（1）由于急需资金，二饼公司将汇票一背书转让给红中公司，红中公司向二饼公司支付现金1 000万元。已知红中公司并未持有经营票据贴现业务的资质。

（2）经协商，五条公司同意借款给二饼公司，但需要二饼公司提供担保。于是，二饼公司将汇票二质押给五条公司，五条公司借给二饼公司1 000万元。

（3）由于资金情况得到改善，二饼公司将汇票三赠与白板公司，并将该汇票

对白板公司进行背书转让。

根据票据法律制度的规定：

在行为（1）中，二饼公司和红中公司之间并没有真实的交易关系和债权债务关系，且红中公司也没有经营票据贴现业务的资质，该行为属于违法贴现。

在行为（2）中，二饼公司和五条公司之间存在质押的基础关系，因此，二饼公司对五条公司实施的票据质押合法。具体而言，应通过质押背书的方式实施。

在行为（3）中，“赠与合同法律关系”也是民法中的法律关系，可以作为票据行为的基础关系。因此，汇票三的背书转让亦属合法。

2.问题本身——基础关系的效力、内容对票据关系有何影响

基于上述规则，衍生的问题是：如果票据行为赖以合法的基础关系出现效力上的瑕疵，或者其内容与票据关系不一致，甚至并不存在，则票据行为的效力是否受到影响？

（2015年、2020年案例分析题）

（1）基础关系效力瑕疵不影响票据关系的效力。

作为基础关系的原因关系、资金关系未成立、无效或者被撤销，已经作出的票据行为的效力并不受该等情况的影响。

【典例研习·9-16】

A与B约定，A将一支手枪卖给B，B以一张汇票支付，并将该汇票背书给A。此时，A与B之间就枪支形成的买卖合同关系因违反法律的强制性规定而无效，而该票据背书行为依然有效。

【典例研习·9-17】

C公司申请D银行为其签发的汇票进行承兑，为此双方签订了承兑协议。基于该协议，D银行对C开具的汇票承兑并加以签章。之后，上述承兑协议被撤销，但D银行已经实施的承兑行为依然有效。

【典例研习·9-18】（2019年单项选择题）

甲公司向乙公司签发一张金额为35万元的银行承兑汇票，用于支付购买设备的价款。乙公司随即将汇票背书转让给丙公司，用于支付工程款。在丙公司提示付款前，甲、乙公司之间的设备买卖合同因乙公司欺诈而被人民法院撤销。甲公司的下列主张中，符合票据法律制度规定的是（ ）。

- A.请求乙公司返还汇票
- B.请求乙公司返还35万元价款
- C.请求丙公司返还汇票
- D.请求承兑银行对丙公司拒绝付款

斯尔解析 本题考查票据行为无因性。甲向乙出票的行为之效力并不受原因行为被撤销的影响，选项ACD所述均错误。由于合同被撤销后双方应“恢复原状”，甲公司有权请求乙公司返还35万元价款，选项B所述正确。

（2）基础关系内容与票据记载不一致的，票据关系的内容以票据记载为准。这同时也是票据“文义性”的体现。

【典例研习·9-19】


G公司与H公司进行货物贸易，约定G公司开具一张金额为100万元的汇票作为支付方式。然而，G公司因工作人员操作失误，实际开具了一张金额为1 000万元的汇票给H公司，此时该出票行为依然有效，票据债务人负有的债务金额为1 000万元。

(3) 例外地, 如果票据授受的原因是票据权利的买卖(即缺乏真实的交易关系和债权债务关系), 则该票据行为无效。被背书人持票时, 并未拥有票据权利。

【典例研习·9-20】(2017年单项选择题)

A公司因急需资金, 将其作为收款人的一张已获银行承兑的商业汇票背书转让给B公司。汇票票面金额为50万元, B公司向A公司支付现金42万元作为取得该汇票的对价。根据票据法律制度的规定, 下列关于A公司背书行为效力及其理由的表述中正确的是()。

- A. 背书行为有效, 因为A公司是票据权利人
- B. 背书行为有效, 因为该汇票已获银行承兑
- C. 背书行为无效, 因为B公司支付的对价过低
- D. 背书行为无效, 因为不具有真实的交易关系

 **斯尔解析** 本题考查违法贴现行为的辨识及其法律效力的判断。题干中, A公司向B公司背书转让汇票的行为并没有真实的交易关系或者债权债务关系作为基础, 属于违法的贴现行为。因此, 该次背书转让无效, 选项D正确。

二、票据伪造与变造(★★)

(一) 票据伪造

1. 票据伪造的辨识

票据伪造是指假冒或者虚构他人名义而为的票据行为。任何票据行为, 包括出票、承兑、保证、背书, 均可能发生票据伪造。具体而言, 典型的票据伪造行为有以下两类:

(1) “冒名顶替”型: 在未获得他人授权的情况下, 假冒他人或声称获得了他人之授权, 径行以他人之名义而为的票据行为;

(2) “无中生有”型: 虚构某个并不存在的人, 并以此人名义为票据行为。

2. 票据伪造的效果

(1) 对伪造人的效果。伪造人并未以自己名义在票据上签章, 不承担票据责任(2014年、2017年案例分析题)。这也是票据“文义性”的体现。

但是, 伪造人可能承担刑事责任、行政法律责任或者民法上的赔偿责任。

(2) 对被伪造人的效果(2014年、2017年、2020年案例分析题)。

①“冒名顶替”型票据伪造中, 被伪造人原则上不承担因该票据行为所产生的票据责任。

提示: 如果要具体分析该票据行为的效力, 根据教材观点, 应类推适用票据行为“无权代理”的规则, 即根据被冒名者是否追认、相关情况是否构成表现代理来判断。

②“无中生有”型票据伪造中, 并不存在一个“被伪造人”, 因此不存在相应的法律后果问题。

(3) 对其他票据行为的效果。如果伪造的票据行为无效, 其他真实签章的效力不受影响(2017年、2020年案例分析题)。这也是票据行为独立性的体现。

【典例研习·9-21】

A公司私刻了B公司的公章, 并以B公司名义向C公司开具一张汇票。C公司将该汇票用于支付房租, 并将其背书转让给房东D公司。假设, A公司以B公司名义向

C公司出票的行为并不符合表见代理的条件。此时：

(1) 出票行为被伪造，且不适用表见代理，效力待定；如B公司拒绝追认，应属无效。

(2) 出票行为无效不影响背书行为的效力，即C公司、D公司之间的背书行为依法有效，但D的票据权利仅能向前手C公司行使，而不能向票据上的出票人（也是被伪造人）B公司行使。

精准答疑

问题：出票环节的票据伪造行为为何不导致票据无效？

解答：首先，【典例研习·9-21】的内容基于官方教材编写。换言之，官方教材的观点即是出票环节的票据伪造不导致票据无效。

这种观点有其合理性。《票据法》规定，“票据上有伪造、变造的签章的，不影响票据上其他真实签章的效力”。那么，当出票环节发生伪造的票据被背书，根据这条规定可以推知：如果背书人的签章有效，背书人应承担票据责任。

进一步，根据【典例研习·9-1-2】的解说，每一次背书的前手都向后手“吹了牛”，对票据施加了自己的信用，相当于向后手承诺：该票据上的票据权利真实、有效。因此，即使出票环节发生票据伪造，令背书人承担票据责任也并不有失公平。

当然，出票环节的伪造不能是“一眼假”的情况，即至少还须符合出票的形式要件。

（二）票据变造

1. 票据变造的辨识

票据变造，是指没有变更权限的人变更票据上签章以外的其他记载事项的行为。

(1) 对这一问题的理解可分为如下层次。

① 票据金额、日期（出票日期）、收款人名称不得更改，更改的票据无效。对于这一问题的进一步解说请见下文的【精准答疑】。

② 变更票据上签章的行为属于票据伪造，而不是票据变造。

③ 除上述三类记载事项和签章之外，其他记载事项可以由原记载人更改，更改时应当由原记载人签章证明。

④ 对于可以更改的记载事项，如果由没有变更权限的人变更，则构成票据变造。

(2) 票据变造的具体情况可以是“改”“增”“删”，例如：

① 将票据上原来记载的金额5万元（阿拉伯数字以及中文大写）变更为95万元。

② 背书时记载了“不得转让”字样，之后仅单纯地涂销该字样。

③ 在背书转让后，添加“不得转让”字样。

提示：如果背书人在将票据交付被背书人之前添加“不得转让”字样，并不属

于变更，因为添加之前票据行为尚未成立，自可补充记载。

问题：票据金额的变造为何不导致票据无效？

解答：最常见的变造对象就是票据金额，持票人往往把自己持有的票据的金额“由小变大”。但是，票据金额、日期（出票日期）、收款人名称的更改会导致票据无效。

对于这一问题，教材的观点是：

（1）如果对于这三种事项的变更可以通过查看票面而发现（也就是俗称的“一眼假”），则更改的票据无效。

（2）如果其更改难以通过查看票面而发现，则票据的效力应不受影响，而适用关于变造的规定。

精准答疑

2. 票据变造的法律后果

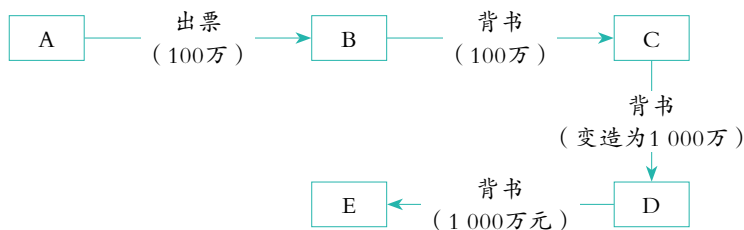
（1）变造前在票据上签章的票据行为人，依照原记载事项负责。不能辨别是在票据被变造之前或者之后签章的，视同在变造之前签章。

（2）变造后在票据上签章的票据行为人，依照变造后的记载事项负责。如果变造人也是票据上的签章人，变造人应解释为在变造后的票据行为人。

【典例研习·9-22】

票据变造的法律后果体现了“所见即所得”的原则，这也是票据“文义性”的体现。简单地说，当事人在签章时看到票面是什么样的，就按照票面的信息承担责任。

假设A出票给B，B背书给C，之后又背书给D，D又背书给E，E是最后的持票人。在C向D背书的过程中，票据上的金额由100万元被变造为1 000万元。现在，由于付款人拒绝付款，E开始追索。



（1）当E向B追索：由于B在签章时票据还没被变造，B的背书行为相当于其仅同意承担金额为100万元的票据责任；如让其根据变造后的金额（1 000万元）承担票据责任，显然不公平。因此B只须在原记载（100万元）的范围内承担票据责任。

（2）当E向D追索：由于D在签章时票据已经被变造了，D的背书行为相当于其仅同意承担金额为1 000万元的票据责任；如让其根据变造后的金额（1 000万元）承担票据责任，依然是公平的，且能进一步保护后手的利益。

（3）如C向D背书之前的变造行为并非C所为，则变造人并不涉及承担票据责任的问题（因为其并未通过签章体现在票据上）。紧接着的问题就是，假如当次背书中C签章的时间和票据被变造的时间难以辨别先后，C如何承担责任？这无非是在（1）和（2）之间进行选择。在这种情况下，其实C也是“受害者”，票据法为

为了避免“冤枉好人”，就让C按照变造前的金额（100万元）承担票据责任。

（4）但如果C本人进行了票据变造，则其应视同在变造后签章。即如果E向C追索，C应在1 000万元的范围内承担票据责任。由于变造行为是C自己实施的，令其承担更大的票据责任依然是公平的，并不会“冤枉好人”。

三、票据权利的善意取得（★★）

票据权利的善意取得，是指无处分权人处分他人之票据权利，受让人依照票据法所规定的票据转让方式取得票据，并且善意且无重大过失，则可以取得票据权利的法律制度。

（一）票据权利的无权处分

善意取得制度以行为人无权处分为前提。因此，在介绍票据权利的善意取得之前，须先对票据权利无权处分的典型情况有所了解。以下情况均摘自官方教材，请同学们仔细体会。

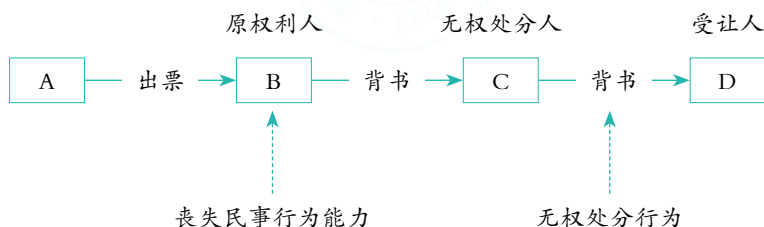
1.处分人前手没有完全民事行为能力

【典例研习·9-23】

A对B签发转账支票，B取得票据后患精神病而丧失民事行为能力，但仍将支票背书转让给C，C又将支票背书转让给D。

此时，B对C的背书行为因行为人没有完全的民事行为能力而无效，C不能取得票据权利，B仍然是票据权利人。

C对D背书转让时，C没有处分权，其实质是在处分B的票据权利，构成无权处分。



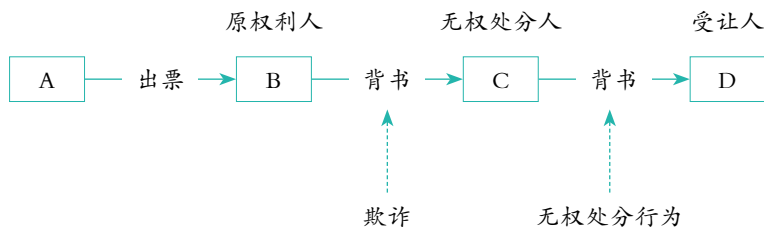
2.处分人前手的意思表示不真实

【典例研习·9-24】

A以B为收款人而签发汇票，B受C的欺诈而背书转让，C又背书转让给D。

此时，B对C的背书行为因B意思表示不真实而无效，C不能取得票据权利，B仍然是票据权利人。

C对D背书转让时，C没有处分权，其实质是在处分B的票据权利，构成无权处分。

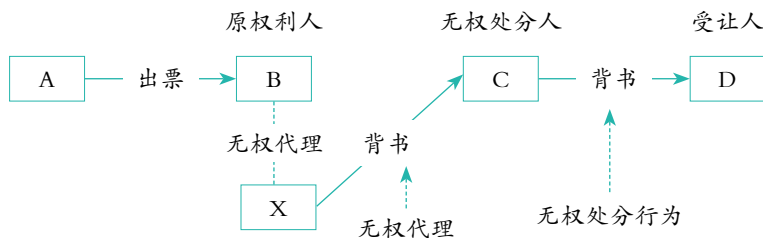


3. 处分人前手的代理人构成狭义的无权代理

【典例研习·9-25】

A向B签发汇票，汇票的收款人是B。C从B受让票据权利时，明知B的代理人X并无代理权，构成狭义的无权代理，代理行为不生效力，C未取得票据权利。

此时，如C对D背书转让该票据，由于C没有处分权，其实质是在处分B的票据权利，构成无权处分。

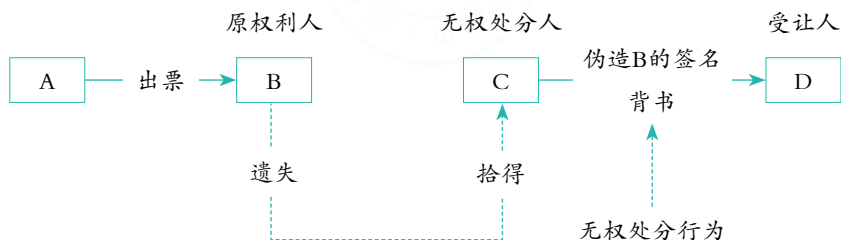


4. 处分人伪造签章

【典例研习·9-26】

A公司对B签发转账支票，B的票据遗失，被C拾得，C对D声称自己就是B，并签下B的名字背书转让。

C对D公司背书转让时，C没有处分权，其实质是在处分B的票据权利，构成无权处分。



(二) 票据权利善意取得的构成要件

票据权利善意取得的构成要件如下：

(1) 转让人是形式上的票据权利人，即转让人须为票据记载的最后持票人（收款人或者被背书人）。

(2) 转让人没有处分权。虽然票据记载了特定的人是票据权利人，此人却可能因为各种原因在实质上并不享有票据权利，具体请见【典例研习·9-23】【典例研习·9-24】【典例研习·9-25】【典例研习·9-26】。

提示：在违法贴现发生后，贴现人又将该票据背书转让的，其后手也可能通过善意取得制度取得票据权利。因此，违法贴现的被背书人虽然不享有票据权利，但可能承担票据责任。

(3) 受让人依照票据法规定的转让方式取得票据。如受让人基于背书转让的方式取得票据，这一背书应符合一般背书行为的形式和实质要件。

(4) 受让人善意且无重大过失（2015年、2017年、2018年、2020年案例分析

题)。即受让人并不知道转让人没有处分权，并且非因重大过失而不知情。

(5) 受让人须付出相当对价。

提示：与物权的善意取得不同，出票人完成记载后票据遗失（如【典例研习·9-26】展示的情况）或者被盗的，依然可以类推适用票据权利的善意取得。



命题角度：票据权利善意取得的辨识。

票据权利的善意取得主要在主观题中考查。从真题看，题干中只要凑齐“有合理对价”以及“受让人对无权处分的情况不知情”，一般就可以认为符合善意取得的条件。

（三）票据权利善意取得的法律后果

1. 对受让方的后果

通过票据权利的善意取得，受让方取得票据权利。

2. 对原权利人的后果

受让方取得票据权利，则原权利人失去票据权利。至于原权利人是否须承担票据责任：

(1) 【典例研习·9-25】【典例研习·9-26】中，原权利人并未在票据上签章，因此不承担票据责任。

(2) 【典例研习·9-24】中，原权利人曾经在票据上签章，原则上应承担票据责任。

(3) 【典例研习·9-23】中，原权利人B虽然在票据上签章，但由于其不具有完全行为能力，仍不承担票据责任。

3. 对无权处分行为人的后果

(1) 如果无权处分人以自己的名义在票据上作为背书人签章，则应基于票据法的一般规定承担背书人的票据责任（如【典例研习·9-23】【典例研习·9-24】【典例研习·9-25】）；

(2) 如果无权处分人并未以自己名义签章，处分人是票据伪造中的伪造人，则并不承担票据责任（如【典例研习·9-26】），但可能承担其他法律责任，如刑事责任、行政法律责任或者民法上的赔偿责任。

四、票据抗辩

票据抗辩是指票据上记载的票据债务人基于合法事由对持票人拒绝履行票据债务的行为。简单地说，就是票据债务人拒绝向持票人付钱。

根据票据抗辩的事由，其可以分为“物的抗辩”和“人的抗辩”。

（一）物的抗辩（★）

票据上的物的抗辩，又称绝对的抗辩，是指票据所记载的债务人可以对任何持票人所主张的抗辩。其具体情形可以包括：

1. 票据所记载的全部票据权利均不存在

(1) 出票行为因为法定形式要件的欠缺而无效，如：

①欠缺绝对必要记载事项；

②记载了可导致出票行为无效的事项，如出票行为附有条件；

③若干事项的记载方式不符合法律规定，如票据金额的中文大写和数码不一致，对

票据金额、日期、收款人名称进行了更改。

(2) 票据权利已经消灭, 如因付款而消灭。

2. 票据上记载的特定债务人的债务不存在

(1) 签章人是无民事行为能力或者限制民事行为能力人的, 票据行为无效, 不承担票据责任。

例如, 【典例研习·9-23】中, 如果D善意取得票据权利之后向B追索, B可以向D抗辩。

该情况下还须注意, 票据行为的效力具有独立性。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在票据上签章的, 其签章无效, 但是不影响其他签章的效力。【典例研习·9-23】中, 如果D善意取得票据权利之后向A追索, A依然应当承担票据责任。

(2) 狭义无权代理情形下, 本人不承担票据责任, 或者仅对不超越代理权限的部分承担票据责任。

例如, 【典例研习·9-25】中, 如果D善意取得票据权利之后向B追索, B可以向D抗辩。

(3) 票据伪造的被伪造人, 不承担票据责任。

例如, 【典例研习·9-26】中, 如果D善意取得票据权利之后向B追索, B可以向D抗辩。

同样基于票据行为效力的独立性, 票据上有伪造、变造的签章的, 不影响票据上其他真实签章的效力。【典例研习·9-26】中, 如果D善意取得票据权利之后向A追索, A依然应当承担票据责任。

(4) 票据被变造时, 变造前在票据上签章的债务人, 可以拒绝依照变造后的记载事项承担票据责任。

(5) 对特定债务人的票据时效期间经过, 其票据债务消灭。

(6) 对特定票据债务人的追索权, 因为持票人未进行票据权利的保全而丧失。

提示: 即使被保证人的债务并不存在, 票据保证人的保证责任原则上仍然存在, 并不因此而受影响。

3. 票据权利的行使不符合债的内容

(1) 票据权利人行使其权利的时间、地点、方式不符合票据记载或者法律规定。

(2) 法院经公示催告作出除权判决后, 票据权利人持票据主张权利的。

提示: 该情形下, 虽然除权判决所认定的权利人仍然享有票据权利, 但是其票据本身已经失效, 不可以再作为权利凭证。权利人应持除权判决行使票据权利。

(二) 人的抗辩(★★)

票据上的人的抗辩, 又称相对的抗辩, 是指票据债务人仅可以对特定的持票人主张的抗辩事由。人的抗辩可能基于如下原因:

1. 基于持票人方面的原因

(1) 持票人不享有票据权利。假如票据上的全部权利均已经消灭, 则属于上述“物的抗辩”的情形; 但假如票据上仍有权利存在, 只是现在占有并主张票据权利的持票人并非真正的权利人, 则属于“人的抗辩”的范围。

【典例研习·9-23-1】

A对B签发转账支票, B取得票据后患精神病而丧失民事行为能力, 但仍将支票

背书转让给C。之后，C持票请求支票上记载的付款人如意银行付款。


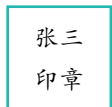

经调查，如意银行获悉B在向C背书转让该支票时患有精神疾病，已经丧失民事行为能力。B向C的背书行为因B缺乏民事行为能力而无效，C并未取得票据权利。此时，B可以对C提出人的抗辩，拒绝向C付款。

该情况下，B依然有权请求如意银行付款。所谓“人的抗辩”，在本例中仅能对C提出。

(2) 持票人不能够证明其权利。最主要的情形是，背书不连续，持票人又不能证明背书中断之处乃是由于其他合法原因而发生票据权利的转移。

【典例研习·9-4-2】

X银行收到如下汇票，其背书栏记载情况如下：

被背书人：张三	被背书人：B公司	被背书人：C公司
背书人： 	背书人： 	背书人： 

明显可以看出，第二次背书的被背书人（B公司）与第三次背书的背书人（D公司）不一致，背书不连续。如果持票人C公司不能证明前手D公司通过合法方式取得票据权利，例如D公司对B公司进行了吸收合并，则X银行可以拒绝向C公司付款。

(3) 背书人记载了“不得转让”字样的情形下，记载人对于其直接后手的后手不承担票据责任。具体请见【典例研习·9-1-3】的说明。

2. 作为票据抗辩切断的例外情况。

这一类“人的抗辩”事由均作为“票据抗辩切断”制度的例外情况出现。在此，有必要先介绍“票据抗辩切断”制度。

关于这一制度，《票据法》规定的原文是：“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。”

(1) 票据抗辩切断制度。

票据债务人原则上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，这一制度被称为票据抗辩的切断（2016年、2019年案例分析题）。

【典例研习·9-27】

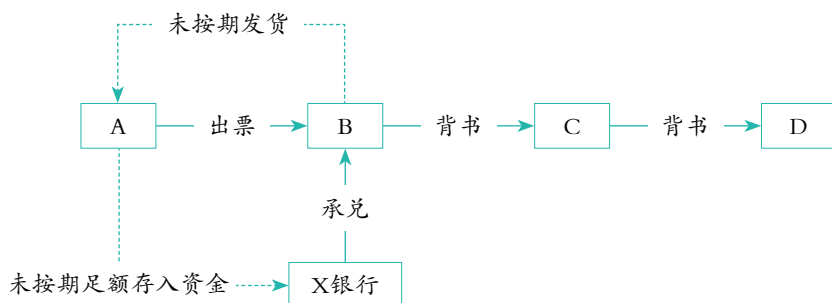
A向B买设备，为了支付设备款，A向B开出一张商业汇票。之后，该汇票经X银行承兑。B与C进行货物交易，为了支付货款，B将该汇票背书转让给C。C取得该汇票后因为货物交易将之背书给D。目前，D是该汇票的持票人。

汇票到期后，D要求X银行付款。

假设：

- (1) A并没有按照其与X银行的约定在汇票到期日前向该银行存入足够资金；
(2) B取得汇票后，并未如约向A发货，截至目前仍未发货。

上述情况请见以下图示：



(1) D要求X银行付款时，X银行作为票据的主债务人，不得以其与出票人A的资金关系为由（即A没有按时足额存入资金）向持票人D抗辩，X银行应该无条件向D付款。

(2) 如X银行依法因其他事由拒付，D向A追索时，A作为票据债务人，不得以其与B之间的抗辩事由（即B没有按时发货）向持票人D抗辩，A应该无条件向D付款。

本例体现了票据抗辩切断制度，这一制度是票据法上的特殊制度。它使得持票人的权利通常不受前手之间的基础关系的影响，使其权利的受保障程度大大提高。持票人无须考量前手在资金关系、原因关系等基础关系中是否违约，即可放心地享有票据权利。

与票据行为的无因性类似，这一制度也有利于增加票据的流通性。

(2) 票据抗辩切断制度的第一类例外——持票人恶意（2016年案例分析题）。

如果持票人明知票据债务人与出票人或者与持票人的前手之间存在抗辩事由，而仍然受让票据权利的，票据债务人可以该事由对抗持票人。注意：

①这里要求的是持票人“明知”。如果其不知情，即使有重大过失，票据债务人仍不得对其主张抗辩。

②“明知”与否的判断时点应为票据交付之时；假如持票人在票据交付后才知道的，不适用该款规定。

【典例研习·9-27-1】

【典例研习·9-27】中，如果D在取得票据时明知A没有按照其与X银行的约定在汇票到期日前向该银行存入足够资金，D要求X银行付款时，X银行可以此向D抗辩而拒付。

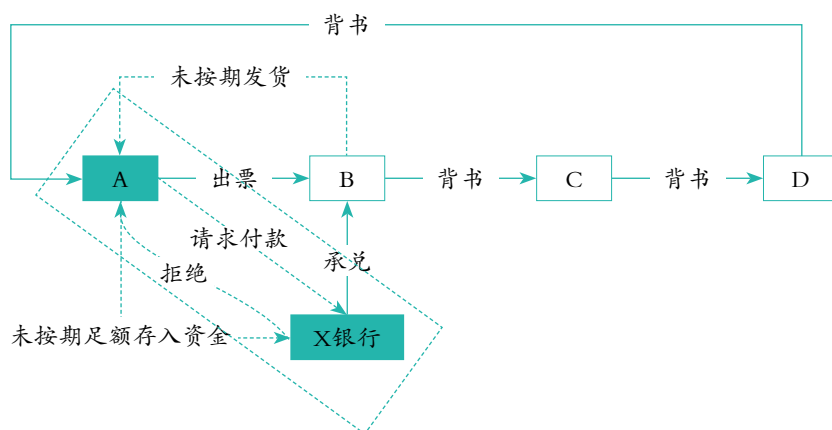
(3) 票据抗辩切断制度的第二类例外——“冤家路窄”（2014年案例分析题）。

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。

【典例研习·9-27-2】

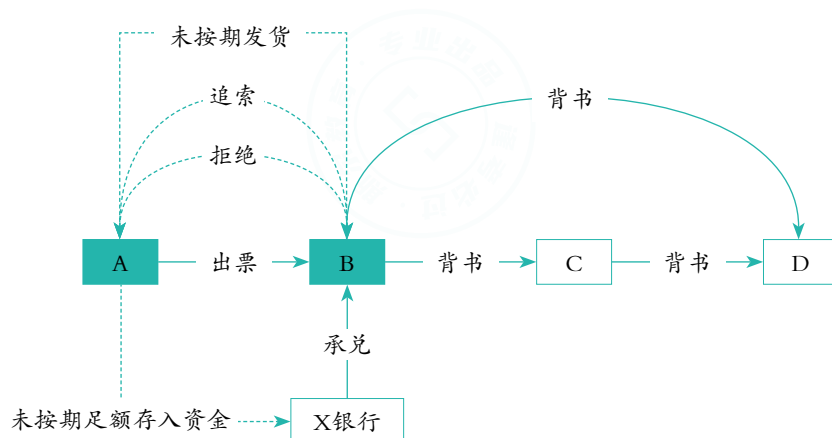
【典例研习·9-27】中，如D与A又进行一次交易，把该汇票背书给A，A要求X银行付款时，X银行可以A没有按照其与X银行的约定在汇票到期日前向该银行存入足够资金为由向A抗辩，因为此时持票人A和票据债务人X银行之间存在直接债权

债务关系（资金关系），而A在该关系项下违约。



【典例研习 · 9-27-2】

【典例研习 · 9-27】中，如D与B又进行一次交易，把该汇票背书给B，B向A追索时，A可以B尚未如约发货为由向B抗辩，因为此时持票人B和票据债务人A之间存在直接债权债务关系（原因关系：买卖合同关系），而B在该关系项下违约。



3.持票人无偿取得票据对票据抗辩的影响

（1）因税收、继承、赠与可以依法无偿取得票据的，不受给付对价的限制。但是，所享有的票据权利不得优于其前手的权利（2014年案例分析题）。

【典例研习 · 9-28】

A为了支付买卖合同上的货款而对B签发票据。当B向A主张票据权利时，B尚未按照买卖合同的约定发货。

（1）若B以赠与为目的将票据背书转让给C，那么，A有权以B违反买卖合同为由，拒绝对C承担票据责任。

（2）假如C又以赠与为目的而将票据背书转让给D，当D对A主张票据权利时，A也有权提出相同的抗辩。

其原因均在于，C和D通过无偿方式取得票据权利，该权利不得优于前手B。就B而言，他和A之间就是“冤家路窄”的情况，A可以向B提出“人的抗辩”，而

“人的抗辩”其实也体现为B对A所拥有的票据权利的一种限制。

既然C和D的票据权利都不优于B，当然其票据权利也要受到这层限制，即A可以用同样的理由对C、D提出“人的抗辩”。

(2) 在持票人无偿取得票据的情况下，如果其前手的权利已经获得了抗辩切断的保护，那么持票人的权利也受到抗辩切断的保护。

【典例研习·9-29】

A为了支付买卖合同上的货款而对B签发票据。当B向A主张票据权利时，B尚未按照买卖合同的约定发货。假如B为支付租金而将票据背书转让给C，C又以赠与为目的而背书转让给D，那么A不得以其对B之间在买卖合同上的抗辩事由对抗D。因为：

(1) C从B处取得票据是有对价的，A不得以其对B在买卖合同上的抗辩事由对抗C；

(2) 进而，尽管D是从C处无偿取得票据，A也不能对抗D。

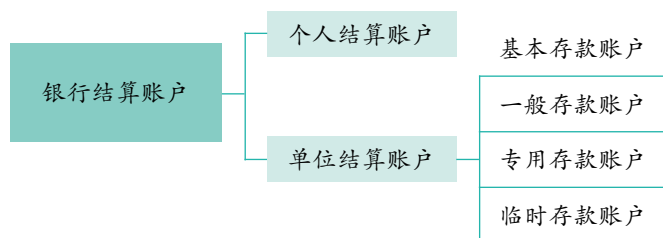
本例和上例的区别在于，上例中无偿转让票据的前手是权利受到限制的票据权利人，而本例中无偿转让票据的前手并非权利受到限制的票据权利人。

本例中的C有偿取得该票据，其票据权利受到抗辩切断制度的保护，不受A对B抗辩事由的限制；在此基础上，D即使从C无偿受让票据权利，D的票据权利也只要不优于C的票据权利就行，照样可以受到抗辩切断的保护，不受A对B抗辩事由的限制。

第七节 非票据结算方式以及关于支付结算的其他知识

一、银行结算账户(★)

(一) 银行结算账户框架



(二) 企业银行账户许可制度改革

境内依法设立的企业法人、非法人企业、个体工商户（以下统称企业）在银行办理基本存款账户、临时存款账户业务（此前专用存款账户、一般存款账户已经适用备案制），由核准制改为备案制，人民银行不再核发开户许可证。

机关、实行预算管理事业单位开立基本存款账户、临时存款账户和专用存款账户，应经财政部门批准并经人民银行核准，另有规定的除外。

（三）基本存款账户

1. 可以申请开立基本存款账户的存款人

- （1）企业法人；
- （2）非法人企业；
- （3）机关、事业单位；
- （4）团级（含）以上军队、武警部队及分散执勤的支（分）队；
- （5）社会团体；
- （6）民办非企业组织；
- （7）异地常设机构；
- （8）外国驻华机构；
- （9）个体工商户；
- （10）居民委员会、村民委员会、社区委员会；
- （11）单位设立的独立核算的附属机构；
- （12）其他组织（具备申请资格的并不限于具有独立法人资格的单位）。

2. 开立限制

单位银行结算账户的存款人只能在银行开立一个基本存款账户。

（四）一般存款账户

1. 开立限制

一般存款账户需要在基本存款账户开户银行以外的银行营业机构开立。

2. 功能限制

可以办理现金缴存，但不得办理现金支取。

（五）专用存款账户

1. 专用存款账户的性质

专用存款账户是指存款人按照法律、行政法规和规章，为对其特定资金进行专项管理和使用而开立的银行结算账户。

2. 可以申请开立专用存款账户的情形

对下列资金的管理与使用，存款人可以申请开立专用存款账户：

- （1）基本建设资金；
- （2）更新改造资金；
- （3）财政预算外资金；
- （4）粮、棉、油收购资金；
- （5）证券交易结算资金；
- （6）期货交易保证金；
- （7）信托基金；
- （8）金融机构存放同业资金；
- （9）政策性房地产开发资金；
- （10）单位银行卡备用金；
- （11）住房基金；
- （12）社会保障基金；
- （13）收入汇缴资金和业务支出资金；

(14) 党、团、工会设在单位的组织机构经费;

(15) 其他需要专项管理和使用的资金。

3. 特殊情形

合格境外机构投资者在境内从事证券投资开立的人民币特殊账户和人民币结算资金账户(简称QFII专用存款账户)纳入专用存款账户管理。

(六) 临时存款账户

1. 可以申请开立临时存款账户的存款人

- (1) 设立临时机构;
- (2) 异地临时经营活动;
- (3) 注册验资;
- (4) 境外(含港澳台地区)机构在境内从事经营活动。

2. 开立限制

- (1) 存款人为临时机构的,只能在其驻在地开立一个临时存款账户,不得开立其他银行结算账户;
- (2) 存款人在异地从事临时活动的,只能在其临时活动地开立一个临时存款账户;
- (3) 建筑施工及安装单位在异地同时承建多个项目的,可以根据建筑施工及安装合同开立不超过项目合同个数的临时存款账户。
- (4) 临时存款账户的有效期最长不得超过2年。

(七) 个人银行结算账户

个人银行账户分为Ⅰ类银行账户、Ⅱ类银行账户和Ⅲ类银行账户:

- (1) 银行可通过Ⅰ类户为存款人提供存款、购买投资理财产品等金融产品、转账、消费和缴费支付、支取现金等服务。
- (2) 银行可通过Ⅱ类户为存款人提供存款、购买投资理财产品等金融产品、限定金额的消费和缴费支付等服务。
- (3) 银行可通过Ⅲ类户为存款人提供限定金额的消费和缴费支付服务。

银行不得通过Ⅱ类户和Ⅲ类户为存款人提供存取现金服务,不得为Ⅱ类户和Ⅲ类户发放实体介质。

(八) 银行结算账户的撤销

1. 应提出撤销银行结算账户申请的情形

发生下列事由之一的,存款人应向开户银行提出撤销银行结算账户的申请:

- (1) 被撤并、解散、宣告破产或关闭的;
- (2) 注销、被吊销营业执照的;
- (3) 因迁址需要变更开户银行的;
- (4) 其他原因需要撤销银行结算账户的。

2. 撤销程序

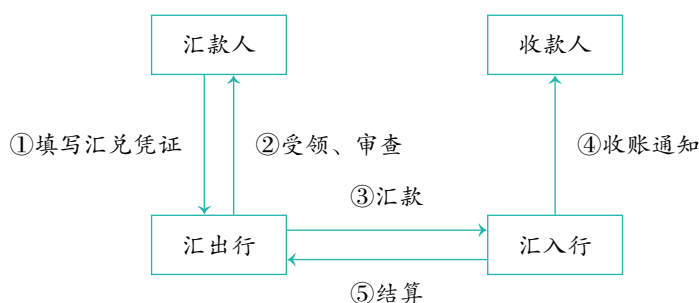
存款人因主体资格终止撤销银行结算账户的,应先撤销一般存款账户、专用存款账户、临时存款账户,将账户资金转入基本存款账户后,方可办理基本存款账户的撤销。

二、汇兑(★)

(一) 汇兑概述

汇兑是汇款人委托银行将其款项支付给收款人的结算方式。汇兑分为信汇和电汇两种。

（二）汇兑流程



（1）汇款人按要求签发汇兑凭证，必须记载相关事项并签章。

（2）汇出银行受理、审查汇款人签发的汇兑凭证。汇款回单只能作为汇出银行受理汇款的依据，不能作为该笔汇款已转入收款人账户的证明。

（3）汇入银行接收汇出银行的汇兑凭证，经审核无误后，根据收款人的不同情况进行审查并办理付款手续。

（三）汇兑的撤销和退汇

（1）撤销：汇款人对汇出银行尚未汇出的款项可以申请撤销。

（2）退汇：汇款人对汇出银行已经汇出的款项可以申请退汇。

三、托收承付（★）

（一）托收承付的概念

（1）托收：指收款人根据买卖合同发货后，委托银行向付款人收取款项。

①收款人办理托收，应填制托收凭证，盖章后并附发运证件或其他符合托收承付结算的有关证明和交易单证送交银行。

②收款人开户银行接到托收凭证及其附件后，应当按照托收范围、条件和托收凭证填写的要求认真进行审查。经审查无误的，将有关托收凭证连同交易单证，一并寄交付款人开户行。

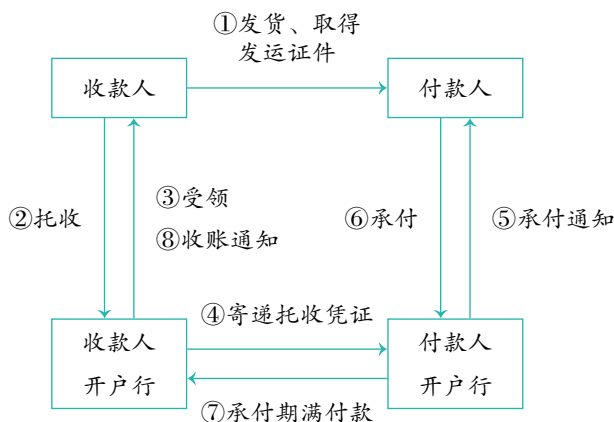
（2）承付：由付款人向银行承认付款的行为。

①付款人开户银行收到托收凭证及其附件后，应当及时通知付款人。付款人在承付期内审查核对，安排资金。

②承付货款分为验单付款和验货付款两种，由收付双方商量选用，并在合同中明确规定。

a. 验单付款的承付期为3天，从付款人开户银行发出承付通知的次日算起（承付期内遇法定节假日顺延）。付款人在承付期内，未向银行表示拒绝付款，银行即视为承付，并在承付期满的次日（遇法定节假日顺延）上午银行开始营业时，将款项主动从付款人的账户内付出，划给收款人。

b. 验货付款的承付期为10天，从运输部门向付款人发出提货通知的次日算起，收付双方在合同中明确规定，并在托收凭证上注明验货付款期限的，银行从其规定。



(二) 托收承付的适用条件

- (1) 托收承付适用于异地结算。
- (2) 托收承付结算每笔的金额起点为1万元（新华书店系统为1 000元）。
- (3) 使用托收承付结算的收款单位和付款单位，必须是国有企业、供销合作社以及经营管理较好，并经开户银行审查同意的城乡集体所有制工业企业。
- (4) 办理托收承付结算的款项，必须是商品交易，以及因商品交易而产生的劳务供应的款项；代销、寄销、赊销商品的款项，不得办理托收承付结算。
- (5) 使用托收承付结算方式必须签有符合民法规定的买卖合同，并在合同中订明使用托收承付结算方式。

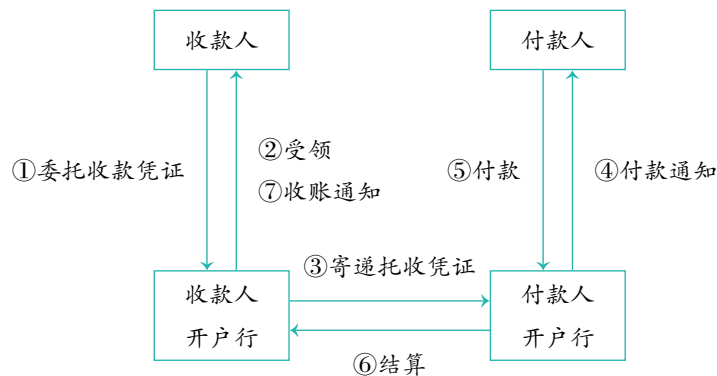
(三) 拒绝付款的理由

- (1) 没有签订买卖合同或者合同未订明托收承付结算方式的款项；
- (2) 未经双方事先达成协议，收款人提前交货或因逾期交货，付款人不再需要该项货物的款项；
- (3) 未按合同规定的到货地址发货的款项；
- (4) 代销、寄销、赊销商品的款项；
- (5) 验单付款，发现所列货物的品种、规格、数量、价格与合同规定不符；或者货物已到，经查验货物与合同规定或与发货清单不符的款项；
- (6) 验货付款，经查验货物与合同规定或与发货清单不符的款项；
- (7) 货款已经支付或计算有错误的款项。

四、委托收款（★）

收款人委托银行向付款人收取款项（可适用于已承兑的商业汇票）。

(一) 基本流程



(1) 委托：收款人办理委托收款，应当向银行提交所填写的委托收款凭证和有关债务证明。有关债务证明是指能够证明付款人到期并应向收款人支付一定款项的证明，如水电费单、电话费单、已承兑的商业汇票、债券、存单等。

(2) 付款：

银行在接到寄来的委托收款凭证及债务证明，并经审查无误之后应向收款人办理付款：

①以银行为付款人的，银行应在当日将款项主动支付给收款人；

②以单位为付款人的，银行应及时通知付款人，按照有关规定，需要将有关债务证明交给付款人的应交给付款人，并签收。

付款人应于接到通知的当日书面通知银行付款。如果付款人未在接到通知日的次日起3日内通知银行付款的，视同付款人同意付款，银行应于付款人接到通知日的次日起第4日上午开始营业时，将款项划给收款人。

(二) 拒绝付款的处理

付款人在审查有关债务证明后，对收款人委托收取的款项需要拒绝付款的，可以办理拒绝付款：

(1) 以银行为付款人的，应自收到委托收款及债务证明的次日起3日内出具拒绝证明，连同有关债务证明、凭证寄给被委托银行，转交收款人；

(2) 以单位为付款人的，应在付款人接到通知日的次日起3日内出具拒绝证明，持有债务证明的，应将其送交开户银行。银行将拒绝证明、债务证明和有关凭证一并寄给被委托银行，转交收款人。

五、国内信用证 (★)

(一) 国内信用证概述

(1) 国内信用证（以下简称信用证）是指银行（包括政策性银行、商业银行、农村合作银行、村镇银行和农村信用社）依照申请人的申请开立的，对相符交单予以付款的承诺。

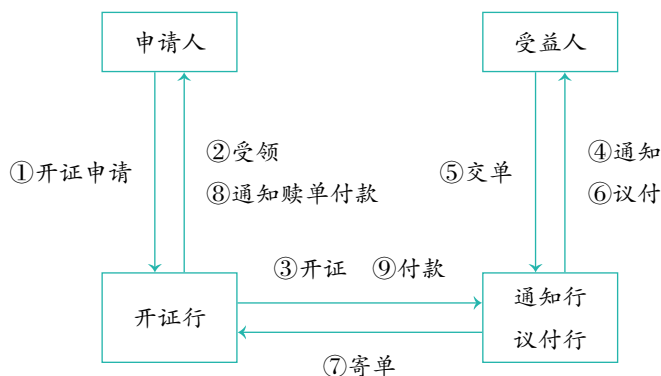
(2) 我国的信用证是以人民币计价，不可撤销的跟单信用证。

(3) 此种结算方式适用于国内企事业单位之间的货物和服务贸易。

(4) 信用证的开立和转让，应当具有真实的贸易背景。但是，在信用证业务中，银行处理的只是单据，而不是单据所涉及的货物或服务。银行只对单据进行表面审核。

(5) 银行对信用证作出的付款、确认到期付款、议付或履行信用证项下其他义务的承诺, 不受申请人与开证行、申请人与受益人之间关系而产生的任何请求或抗辩的制约。

(二) 信用证的具体流程



1. 开证

(1) 开证申请人使用信用证时, 应委托其开户银行办理开证业务。

(2) 开证行在决定受理该项业务时, 可要求申请人交存一定数额的保证金, 并可根据申请人资信情况要求其提供抵押、质押、保证等合法有效的担保。

2. 保兑

(1) 保兑是指保兑行根据开证行的授权或要求, 在开证行承诺之外做出的对相符交单付款、确认到期付款或议付的确定承诺。

(2) 保兑行自对信用证加具保兑之时起即不可撤销地承担对相符交单付款、确认到期付款或议付的责任。

3. 修改

(1) 开证申请人需对已开立的信用证内容修改的, 应向开证行提出修改申请, 明确修改的内容。

(2) 开证行自开出信用证修改书之时起, 即不可撤销地受修改内容的约束。

4. 通知

(1) 通知行可由开证申请人指定, 如申请人未指定, 开证行有权指定。

(2) 通知行可自行决定是否通知:

①同意通知的, 应于收到信用证次日起3个营业日内通知受益人;

②拒绝通知的, 应于收到信用证次日起3个营业日内告知开证行。

5. 转让

(1) 转让是指由转让行应第一受益人的要求, 将可转让信用证的部分或者全部转为可由第二受益人兑用。(信用证可以部分转让, 但票据不得部分背书。)

(2) 可转让信用证只能转让一次, 即只能由第一受益人转让给第二受益人, 已转让信用证不得应第二受益人的要求转让给任何其后的受益人, 但第一受益人不视为其后的受益人。

6. 议付

(1) 议付的含义: 议付指可议付信用证项下单证相符或在开证行或保兑行已确认

到期付款的情况下，议付行在收到开证行或保兑行付款前购买单据、取得信用证项下索款权利，向受益人预付或同意预付资金的行为。

(2) 信用证未明示可议付，任何银行不得办理议付。

(3) 议付行议付时，必须与受益人书面约定是否有追索权。若约定有追索权，到期不获付款，议付行可向受益人追索。若约定无追索权，到期不获付款，议付行不得向受益人追索，议付行与受益人约定的例外情况或受益人存在信用证欺诈的情形除外。

7.付款

(1) 对远期信用证，开证行或保兑行应于收到单据次日起5个营业日内发出到期付款确认书，并于到期日支付款项给交单行或受益人。

(2) 若受益人提交了相符单据或开证行已发出付款承诺，即便申请人交存的保证金及其存款账户余额不足支付，开证行仍应在规定的时间内付款。

8.注销

信用证注销是指开证行对信用证未支用的金额解除付款责任的行为。开证行、保兑行、议付行未在信用证有效期内收到单据的，开证行可在信用证逾有效期1个月后予以注销。

六、银行卡(★)

(一)银行卡的种类

(1) 信用卡：指记录持卡人账户相关信息，具备银行授信额度和透支功能，并为持卡人提供相关银行服务的各类介质。包括贷记卡和准贷记卡两种。

(2) 借记卡：指持卡人先将款项存入卡内账户，然后进行消费的银行卡。包括转账卡、专用卡和储值卡三种。

(二)信用卡持卡人透支消费

(1) 对信用卡透支利率实行上限和下限管理，透支利率上限为日利率万分之五，透支利率下限为日利率万分之五的0.7倍。

(2) 信用卡透支的计结息方式，以及对信用卡溢缴款是否计付利息及其利率标准，由发卡机构自主确定。

(3) 取消信用卡滞纳金，对持卡人违约逾期未还款的行为，发卡机构应与持卡人通过协议约定是否收取违约金，以及相关收取方式和标准。

(4) 发卡机构对向持卡人收取的违约金和年费、取现手续费、货币兑换费等服务费用不得计收利息。

(三)银行卡的使用

借记卡在ATM机上取款交易上限为每日2万元。信用卡可以办理预借现金业务，通过ATM等自助机具办理，每卡每日累计不得超过人民币1万元。

七、预付卡(★)

(一)预付卡的定义

预付卡是指发卡机构以特定载体和形式发行的、可在发卡机构之外购买商品或服务的预付价值，但不包括：

- (1) 仅限于发放社会保障金的预付卡；
- (2) 仅限于乘坐公共交通工具的预付卡；
- (3) 仅限于缴纳电话费等通信费用的预付卡；

(4) 发行机构与特约商户为同一法人的预付卡。

(二) 预付卡的分类

1. 记名预付卡

(1) 指预付卡业务处理系统中记载持卡人身份信息的预付卡。

(2) 记名预付卡应当可挂失、可赎回，不得设置有效期。

2. 不记名预付卡

(1) 指预付卡业务处理系统中不记载持卡人身份信息的预付卡。

(2) 不记名预付卡一般不挂失、不赎回。不记名预付卡有效期不得低于3年。

八、电子支付(★)

(一) 网上支付和移动支付

(1) 网上支付：指通过互联网进行货币支付、现金流转、资金清算等行为，通常仍须以银行为中介。在典型的网上支付模式中，银行建立支付网关和网上支付系统，为客户提供网上支付服务。网上支付指令在银行后台处理，并通过传统支付系统完成跨行交易的清算与结算。与传统支付方式相比，在网上支付的过程中，客户成了支付系统的主动参与者。

(2) 移动支付：指依托移动互联网或专用网络，通过移动终端（通常是手机）实现收付款人之间货币资金转移的支付服务，包括但不限于近场支付（通过具有近距离无线通信技术的移动终端实现本地化通讯，进行货币资金的转移）和远程支付（通过移动网络与后台支付系统建立连接，尤其是利用网银、第三方支付平台等互联网支付工具，实现各种转账、消费等）等业务。

(3) 2010年，中国人民银行网上支付跨行清算系统建成运行，可以处理网银贷记业务（付款人通过付款行向收款行主动发起的付款业务）、网银借记业务（收款人根据事先签订的协议，通过收款行向付款行发起的收款业务）、第三方贷记业务（第三方机构接受付款人或收款人委托，通过网上支付跨行清算系统通知付款行向收款行付款的业务）以及跨行账户信息查询等业务。

(二) 电子支付的流程

(1) 电子支付指令的发起：接受客户委托发出电子支付指令的发起银行称为发起行。

(2) 电子支付指令的确认：在客户发出电子支付指令前，发起行应建立必要的安全程序，在提示客户对指令的准确性和完整性进行确认的前提下，对客户身份和电子支付指令再次进行确认，并应能够向客户提供纸质或电子交易回单，同时形成日志文件等记录，保存至交易后5年。

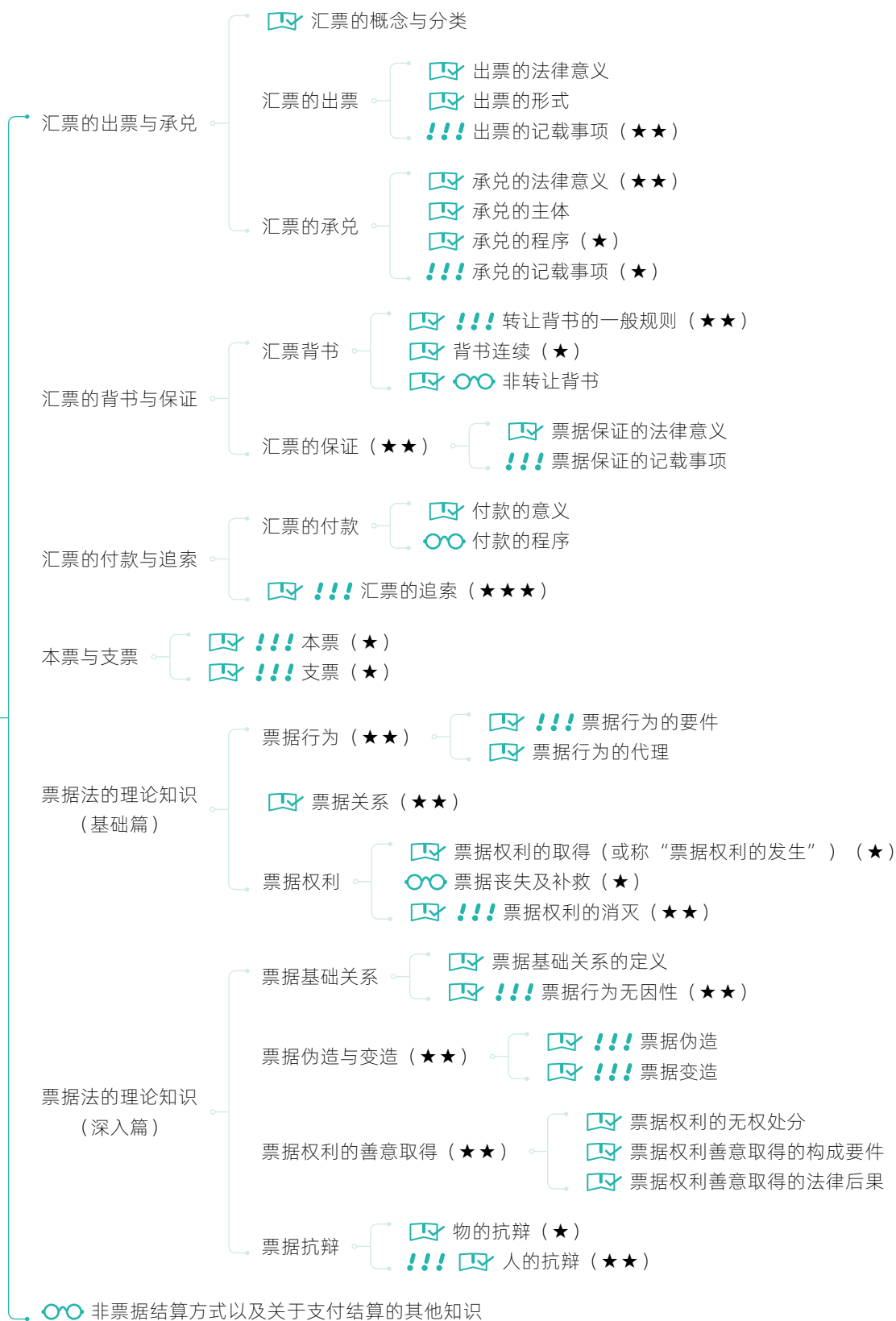
(3) 电子支付指令的执行：发起行在确认客户电子支付指令完整和准确后，通过安全程序执行电子支付指令。发起行执行该指令后，客户不得要求变更或撤销电子支付指令。

(4) 电子支付指令的接收：电子支付指令接收人的开户银行或接收人未在银行开立账户而电子支付指令确定的资金汇入银行称为接收行。接收行收到电子支付指令后，应按照协议，及时回复确认。

冲关地图

📖：要听懂
!!!：你得背
√+×：你得算
🕒：有空看

第九章 票据与支付结算法律制度



第十章 企业国有资产法律制度

学习提要

考几分?

本章属于次重点章节，近三年平均每年考查2题，分值合计3分。其中，2021年考查2道题，共2.5分；2020年考查2道题，共2.5分；2019年考查3道题，共3.5分。本章内容变化较小，预计2022年考查分值2.5分。

怎么考?

本章主要考查客观题，近几年考查的分数有降低趋势。
企业国有资产法律制度章节本身篇幅不长，且内容相对稳定，为了防止考题出现重复，近年来考查的颗粒度逐渐变细。不过，本章考题整体上综合性不强，主要考查对知识点的记忆。

怎么学?

本章学习难度不大，但站在实务工作角度，国资监管相关规则对于国有企业的财务工作者来说极其重要，是必须予以掌握的！站在考试角度，第一节篇幅较短，考点集中，需要大家重点学习，第二节、第三节及第四节的内容相对较多，记忆难度也比较大，建议大家在基础阶段先进行理解，有个印象，在冲刺阶段反复进行记忆和背诵。

考点精讲

第一节 企业国有资产法律制度概述

一、企业国有资产的概念

企业国有资产，仅指国有资产中的经营性国有资产。根据《企业国有资产法》的规定，企业国有资产是指国家对企业各种形式的出资所形成的权益。

二、企业国有资产的监督管理体制（★★）

（一）管理权限

权限	主体	权限
所有权	国家/全民	企业国有资产属于国家所有，即全民所有
	国务院	国务院代表国家行使企业国有资产所有权
履行出资人职责、享有出资人权益	国务院	国务院确定的关系国民经济命脉和国家安全的大型国家出资企业、重要基础设施和重要自然资源等领域的国家出资企业，由国务院代表国家履行出资人职责
	地方人民政府	其他国家出资企业，由地方人民政府代表国家履行出资人职责

【典例研习·10-1】（2016年单项选择题）

根据企业国有资产法律制度的规定，代表国家行使企业国有资产所有权的是（ ）。

- A.全国人民代表大会
B.国务院
C.国家主席
D.国有资产监督管理委员会

斯尔解析 本题考查企业国有资产管理权限之所有权，非常基础。其实，对于国资监管可以捋出一条大概的脉络：国家/全民→政府（国务院或地方政府）→国资委/财政部。题目问“谁代表谁”，只要在这条脉络里找就行了：后面的代表前面的，依次代表。本题考查代表国家行使国有资产所有权的，应选择“政府”，也就是国务院，故选项B正确。

（二）管理要求

国务院和地方人民政府应当按照以下原则依法履行出资人职责：

- （1）政企分开；
- （2）社会公共管理职能与企业国有资产出资人职能分开；
- （3）不干预企业依法自主经营。

三、履行出资人职责的机构（★）

（一）履行出资人职责的机构的概念

履行出资人职责的机构，是指根据本级人民政府的授权，代表本级人民政府对国家出资企业履行出资人职责的机构、部门。

1. 国资委条线

（1）国务院国有资产监督管理机构（即国务院国有资产监督管理委员会）根据国务院的授权，代表国务院对国家出资企业履行出资人职责。

（2）地方人民政府按照国务院的规定设立的国有资产监督管理机构，根据地方人民政府的授权，代表地方人民政府对国家出资企业履行出资人职责。

（3）政府授权国有资产监督管理机构依法对国有资本投资、运营公司履行出资人职责。国有资本投资、运营公司对授权范围内的国有资本履行出资人职责，依法自主开展国有资本运作，对所出资企业行使股东职责，维护股东合法权益，按照权责对应原则切实承担国有资产保值增值责任。

2. 财政条线

（1）国务院授权财政部对金融行业的国有资产进行监管。

（2）国务院授权财政部对中央文化企业、中国铁路、中国烟草及中国邮政集团等公司履行出资人职责。

【典例研习·10-2】（2018年单项选择题）

根据企业国有资产法律制度的规定，金融企业国有资产的监督管理部门是（ ）。

A. 财政部门

B. 国资委

C. 中国人民银行

D. 银保监会

斯尔解析 本题考查履行出资人职责——财政条线具体内容。就国企而言，国资委监管是普遍情况，财政部监管是少数情况。所以，请大家牢记教材提到的由财政条线监管的国企类型：金融行业，中央文化企业、中国铁路、中国烟草及中国邮政集团。

（二）履行出资人职责机构的基本职责

根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责机构的基本职责主要有：

方面	职责
公司治理	<p>（1）代表本级人民政府对国家出资企业依法享有资产收益、参与重大决策和选择管理者等出资人权利；</p> <p>（2）依照法律、行政法规的规定，制定或者参与制定国家出资企业的章程；</p> <p>（3）委派股东代表参加国有资本控股公司、国有资本参股公司召开的股东会会议、股东大会会议。被委派的股东代表应当按照委派机构的指示提出提案、发表意见、行使表决权，并将其履行职责的情况和结果及时报告委派机构</p>
行政管理	<p>（1）对须经本级政府批准的履行出资人职责的重大事项，报请本级政府批准；</p> <p>（2）定期向本级政府报告有关企业国有资产总量、结构变动、收益等汇总分析的情况</p>

【典例研习】答案：

10-2：A

四、国家出资企业

(一) 国家出资企业的概念 (★★)

根据《企业国有资产法》规定，国家出资企业，是指国家出资的国有独资企业、国有独资公司，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司。

类型		说明
非公司企业——国有独资企业		<p>(1) 国有独资企业是依照《全民所有制工业企业法》设立的，企业全部注册资本均为国有资本的非公司制企业，全民所有制企业是依法自主经营、自负盈亏、独立核算的经营单位。</p> <p>(2) 企业财产属于全民所有，国家依照所有权和经营权分离的原则授予企业经营管理，企业对国家授予其经营管理的财产享有占有、使用和依法处分的权利。</p> <p>(3) 国有独资企业内部的治理结构与公司制企业不同：</p> <p>①企业的高级管理人员由政府或者履行出资人职责的机构直接任命；</p> <p>②政府通过向企业派出监事组成的监事会，对企业的财务活动及负责人的经营管理行为进行监督</p>
公司	国有独资公司	国有独资公司是依据《公司法》设立的企业全部资本均为国有资本的公司制企业
	国有资本控股公司	<p>(1) 国有资本控股公司是根据《公司法》成立的国有资本具有控股地位的公司（包括有限公司和股份公司）。</p> <p>(2) 这里所称国有资本控股，是指国有资本的出资人具有控股股东的地位。控股股东是指：</p> <p>①其出资额占有限责任公司资本总额50%以上或者其持有的股份占股份有限公司股本总额50%以上的股东；</p> <p>②出资额或者持有股份的比例虽然不足50%，但依其出资额或者持有的股份享有的表决权已足以对股东会、股东大会的决议产生重大影响的股东</p>
	国有资本参股公司	国有资本参股公司即公司资本包含部分国有资本，但国有资本没有控股地位的公司

【典例研习·10-3】(2020年单项选择题)

根据企业国有资产法律制度的规定，设立国有独资公司的法律依据是()。

- A.《全民所有制工业企业法》 B.《企业国有资产管理法》
C.《个人独资企业法》 D.《公司法》

斯尔解析 本题考查国有独资公司设立的法律依据。第一，国有独资公司既然是“公司”，其设立当然依据《公司法》，而不是《全民所有制工业企业法》或者《个人独资企业法》，二者分别是全民所有制企业和个人独资企业的设立依据。第二，为何选项B不当选？其原因在于，《企业国有资产管理法》具有更强烈的行政

监管特点，并不是商事主体设立的基本法律。所谓“公司设立”，谈的是公司作为一种商事主体“出生”的事情，当然应该依据商法中的《公司法》。

（二）国家出资企业管理者的任职要求（★）

1. 国家出资企业管理者的任免范围

（1）非职工出任的管理者。


根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责的机构（一般是国资委）依照法律、行政法规以及企业章程的规定，任免或者建议任免国家出资企业的下列人员：

企业类型	国资委 参与方式	被选任人员		
		“董”	“监”	“高”
国有独资企业	任免	—		经理、副经理、财务负责人和其他高管
国有独资公司		董事长、副董事长、董事	监事会主席、监事	—
国有资本控股公司 国有资本参股公司	提名	董事	监事	

【典例研习·10-4】（2017年单项选择题）

根据企业国有资产法律制度的规定，在选择国有资本控股公司的企业管理者时，履行出资人职责的机构所享有的权限是（ ）。

- A. 任免企业的经理、副经理
- B. 任免企业的董事长、副董事长、董事和监事
- C. 向企业的股东会或股东大会提出董事、监事人选
- D. 任免企业的财务负责人和其他高级管理人员

 **斯尔解析** 本题考查国家出资管理企业的任免范围——国有资本“控股”公司。

通过上面的表格我们已经了解到，对于国资委来说，既然只是“控股”，谈何“任免”？所以本题选择选项C。

（2）由职工出任的管理者。

国家出资企业中应当由职工代表出任的董事、监事，依照有关法律、行政法规的规定由职工民主选举产生。

2. 国家出资企业管理者的任职条件

根据《企业国有资产法》的规定，履行出资人职责的机构任命或者建议任命的董事、监事、高级管理人员，应当具备下列条件：

- （1）有良好的品行；
- （2）有符合职位要求的专业知识和工作能力；
- （3）有能够正常履行职责的身体条件；
- （4）法律、行政法规规定的其他条件。

董事、监事、高级管理人员在任职期间出现不符合上述规定情形或者出现《公司法》第一百四十七条规定的不得担任公司董事、监事、高级管理人员情形的，履行出资

人职责的机构应当依法予以免职或者提出免职建议。

3. 国家出资企业管理者的兼职限制

(1) 国企的特别规定。

事项	规则
机构外 兼职	① 未经履行出资人职责的机构同意，国有独资企业、国有独资公司的董事、高级管理人员不得在其他企业兼职； ② 未经股东会、股东大会同意，国有资本控股公司、国有资本参股公司的董事、高级管理人员不得在经营同类业务的其他企业兼职
董事长 兼任经理	① 未经履行出资人职责的机构同意，国有独资公司的董事长不得兼任经理； ② 未经股东会、股东大会同意，国有资本控股公司的董事长不得兼任经理

(2) 公司的一般规定：董事、高级管理人员不得兼任监事。

五、企业改制

(一) 企业改制的类型

(1) 公司制改造：国有独资企业改为国有独资公司。

(2) 国有成分降低：

① 国有独资企业、国有独资公司改为国有资本控股公司或者非国有资本控股公司。

② 国有资本控股公司改为非国有资本控股公司。

(二) 企业改制的程序及方案制定

1. 企业改制的程序

(1) 一般国企：

由履行出资人职责的机构决定或者由公司股东会、股东大会决定。

(2) 重要国企：

重要的国有独资企业、国有独资公司、国有资本控股公司的改制，履行出资人职责的机构应当提前将改制方案报请本级人民政府批准。

2. 企业改制方案的制定

(1) 一般事项：

企业改制应当制定改制方案，载明改制后的企业组织形式、企业资产和债权债务处理方案、股权变动方案、改制的操作程序、资产评估和财务审计等中介机构的选聘等事项。

(2) 职工保护事宜：

企业改制涉及重新安置企业职工的，还应当制定职工安置方案，并经职工代表大会或者职工大会审议通过。

第二节 企业国有资产产权登记制度

一、国有资产产权登记的定义

企业国有资产产权登记，是指履行出资人职责的机构代表政府对占有国有资产的各类企业的资产、负债、所有者权益等产权状况进行登记，依法确认产权归属关系的行为。

履行出资人职责的机构将向企业颁发《中华人民共和国企业国有资产产权登记证》，该登记证是依法确认企业产权归属关系的法律凭证，也是企业的资信证明文件。

二、企业国有资产产权登记的范围

（一）应办理产权登记的国有资产

（1）国有企业、国有独资公司、设置国有股权的有限责任公司和股份有限公司、国有企业和国有独资公司投资设立的企业以及其他形式占有国有资产的企业；

（2）在中华人民共和国境内或境外设立的金融类企业，其实收资本包括国家资本和国有法人资本的企业；

（3）国家出资企业、国家出资企业（不含国有资本参股公司）拥有实际控制权的境内外各级企业及其投资参股企业；

（4）国家出资企业所属事业单位视为其子企业进行产权登记。

（二）例外情况（★）

上述企业为交易目的持有的下列股权不进行产权登记：

- （1）“来不及”：为了赚取差价从二级市场购入的上市公司股权；
- （2）“过一手”：为了近期内（一年以内）出售而持有的其他股权。

三、企业国有资产产权登记的类型和内容

（一）企业国有资产产权登记的类型（★）

登记类型	主要的适用情况
占有产权登记	（1）因投资、分立、合并而新设企业的； （2）因收购、投资入股而首次取得企业股权的
变动产权登记	（1）企业名称改变的； （2）企业组织形式、级次发生变动的； （3）企业国有资本额发生增减变动的； （4）企业国有资本出资人发生变动的
注销产权登记	（1）企业解散、被依法撤销或被依法宣告破产； （2）企业转让全部国有资产产权或改制后不再设置国有股权的

（二）企业国有资产产权登记的内容（★）

类型	登记事项
工商登记事项	企业名称、住所及法定代表人
资本相关情况	出资人名称、住所、出资金额及法定代表人； 企业实收资本、国有资本
资产负债情况	企业的资产、负债及所有者权益；企业投资情况

【典例研习·10-5】（2020年多项选择题）

根据企业国有资产法律制度的规定，下列各项中属于企业国有资产产权登记内容的有（ ）。

- A. 企业的现金流
B. 出资人名称、住所
C. 企业的实收资本
D. 企业的投资情况

斯尔解析 本题考查企业国有资产产权登记的内容。企业的现金流情况反应的是企业一段期间内的经营结果，与产权登记无关，产权登记需要的是截止某一时点的信息或指标。故选项A错误，选项BCD正确。

陷阱提示 企业国有资产产权登记的确要登记财务数据，但只登记资产负债表的信息，不涉及现金流量表的信息，因此对于选项A要保持警惕。

四、产权登记的程序

- （1）填写产权登记表，并向产权登记机关提交有关文件资料；
- （2）产权登记机关对企业产权登记申报文件资料齐全的予以受理；
- （3）产权登记机关对受理后的产权登记文件资料进行合规性审核；
- （4）产权登记机关应当在受理后的10个工作日内对企业申报的产权登记作出准予登记或不予登记的决定。

五、产权登记的管理

（一）产权登记的管理机关

1. 原则性规定

企业国有资产产权登记机关是各级履行出资人职责的机构，具体而言：

- （1）上级产权登记机关指导、监督下级产权登记机关的产权登记工作。
- （2）地方各级履行出资人职责的机构负责本级所出资企业产权登记监管、汇总和分析工作，并将汇总分析数据资料上报上一级履行出资人职责的机构。
- （3）所出资企业负责申请办理本企业及其各级子企业的产权登记，并对各级子企业的产权登记情况进行监管。

2. 管理权限的垂直划分

层级	一般企业	金融企业
中央	国务院国资委	财政部
地方	地方国资委	地方财政部门

（二）产权登记的年度检查

企业国有资产产权登记实行年度检查制度。

1. 时间安排

（1）企业应当于每年2月1日至4月30日完成企业产权登记情况的年度检查工作，并向产权登记机关报送企业产权登记年度汇总表和年度汇总分析报告。

（2）各级产权登记机关应当于每年5月31日前对企业产权登记的情况进行抽查，并将本级政府所出资企业产权登记年度汇总表和年度汇总分析报告逐级上报。

（3）国务院国有资产监督管理机构应于每年6月30日前按监管职责范围完成全国非金融类企业（不含各级财政部门监管部分）国有资产产权登记年度汇总检查工作。

2. 主要年检事项

（1）企业国有资本金实际到位和增减变动情况；

（2）企业国有资本的分布及结构变化，包括企业对外投资情况；

（3）本企业及其各级子企业发生国有资产产权变动情况及办理相应产权登记手续情况。

第三节 企业国有资产评估管理制度

一、企业国有资产评估的范围（★）

（一）应当评估的情况

（1）整体或者部分改建为有限责任公司或者股份有限公司；

（2）以非货币资产对外投资；

（3）合并、分立、破产、解散；

（4）非上市公司国有股东股权比例变动；

（5）产权转让；

（6）资产转让、置换；

（7）整体资产或者部分资产租赁给非国有单位；

（8）以非货币资产偿还债务；

（9）资产诉讼；

（10）收购非国有单位的资产；

（11）接受非国有单位以非货币资产出资；

（12）接受非国有单位以非货币资产抵债；

（13）金融企业除以上情形外还有：

①资产拍卖；

②债权转股权；

③债务重组；

④接受非货币性资产抵押或者质押；

⑤处置不良资产。

（二）可以不评估的情况

1. “肉烂在锅里”

（1）经各级人民政府或其履行出资人职责的机构批准，对企业整体或者部分资产实施无偿划转；

（2）国有独资企业与其下属独资企业（事业单位）之间或其下属独资企业（事业单位）之间的合并、资产（产权）置换和无偿划转。

2. 定价依据没变或者比较明确

（1）金融企业在发生多次同类型的经济行为时，同一资产在评估报告使用有效期内，并且资产、市场状况未发生重大变化的；

（2）上市公司流通股转让。

【典例研习·10-6】（2018年多项选择题）

根据企业国有资产法律制度的规定，国家出资企业及其各级子企业发生特定行为时应当对相关资产进行评估。下列各项中属于此种行为的有（ ）。

A. 以货币资产对外投资

B. 合并、分立、破产、解散

C. 产权转让

D. 资产转让、置换

斯尔解析 本题考查企业国有资产评估的范围。本题和大家开了个小玩笑：好像选项A并不是法律明确列举可以不用评估的情况，为啥不选择选项A？

试问：评估是为了什么？定价。定价是为了什么？在国资监管中，是为了避免国有资产损失；在公司法中，是为了确定出资资产的价值。但是他们的前提都是：非货币财产才需要评估！货币的价值是明摆着的，当然不用评估！大家碰到这种题目的时候头脑一定要清醒，看到选项A的时候脑子要反应过来。

（三）对于资产评估机构的要求

企业产权持有单位委托的资产评估机构应当具备下列基本条件：

（1）遵守国家有关法律、法规、规章以及企业国有资产评估的政策规定，严格履行法定职责，近3年内没有违法、违规记录；

（2）具有与评估对象相适应的专业人员和专业特长；

（3）与企业负责人无经济利益关系；

（4）未向同一经济行为提供审计业务服务。

二、企业国有资产评估项目核准制和备案制（★）

（一）核准制

1. 情况一：政府直接决策的经济行为（如重要国企的股权让）

（1）经各级人民政府批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，分别由其授权履行出资人职责的机构负责核准。

（2）国务院批准的重大经济事项同时涉及中央和地方的资产评估项目，可由国有股最大股东依照其产权关系，逐级报送国务院国有资产监督管理机构进行核准。

2. 情况二：金融企业的部分行为

（1）金融企业下列经济行为涉及资产评估的，资产评估项目实行核准：


①经批准进行改组改制、拟在境内或者境外上市、以非货币性资产与外商合资经营或者合作经营的经济行为；

②经县级以上人民政府批准的其他涉及国有资产产权变动的经济行为。

【典例研习·10-7】（2020年单项选择题）

根据企业国有资产法律制度的规定，国有金融企业经批准进行改组改制涉及资产评估的，企业评估项目应经特定部门核准，该特定部门是（ ）。

- A.财政部门
B.国有资产监督管理部门
C.市场监督管理部门
D.证券监督管理部门

 **斯尔解析** 本题考查企业国有资产项目的核准制。首先，评估核准是国资监管事项，选项CD所述并非国资监管机关，因此首先排除。其次，金融企业国资监管机构是财政条线，因此本题选择选项A。

（2）中央金融企业资产评估项目报财政部核准；地方金融企业资产评估项目报本级财政部门核准。

（二）备案制**1.国务院国资委备案**

经国务院国有资产监督管理机构或国务院授权的部门批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，由国务院国有资产监督管理机构或国务院授权的部门负责备案。

2.央企备案

经国务院国有资产监督管理机构或国务院授权的部门所出资企业（以下简称“中央企业”）及其各级子企业批准经济行为的事项涉及的资产评估项目，由中央企业负责备案。

第四节 企业国有资产交易管理制度

一、企业国有资产交易概述

（一）交易类型

（1）履行出资人职责的机构、国有及国有控股企业、国有实际控制企业转让其对企业各种形式出资所形成权益的行为（以下简称“企业产权转让”）；

（2）国有及国有控股企业、国有实际控制企业增加资本的行为（以下简称“企业增资”），政府以增加资本金方式对国家出资企业的投入除外；

（3）国有及国有控股企业、国有实际控制企业的重大资产转让行为（以下简称“企业资产转让”）。

（二）主体类型

（1）政府部门、机构、事业单位出资设立的国有独资企业（公司），以及上述单位、企业直接或间接合计持股为100%的国有全资企业；

（2）上述第（1）中所列单位、企业单独或共同出资，合计拥有产（股）权比例超过50%，且其中之一为最大股东的企业；

（3）上述第（1）、（2）中所列企业对外出资，拥有股权比例超过50%的各级子企业；

（4）政府部门、机构、事业单位、单一国有及国有控股企业直接或间接持股比例未超过50%，但为第一大股东，并且通过股东协议、公司章程、董事会决议或者其他协议安排能够对其实际支配的企业。

【典例研习】答案：

10-7：A

二、企业产权转让

(一) 基本程序

程序	说明
审核批准	<p>(1) 国资监管机关的经济行为审批，具体权限请见“(二) 审批机关”。</p> <p>(2) 被转让企业内部的公司治理程序：</p> <p>① 由转让方按照企业章程和企业内部管理制度进行决策，形成书面决议；</p> <p>② 国有股东委派的股东代表，应当按照规定和委派单位的指示发表意见、行使表决权，并将履职情况和结果及时报告委派单位。</p> <p>(3) 审批涉及的部分重要事项：</p> <p>① 可行性和方案论证；</p> <p>② 涉及职工安置事项的，安置方案应经职工代表大会或职工大会审议通过；</p> <p>③ 涉及债权债务处置事项的，应当符合国家相关法律法规的规定</p>
审计评估	<p>(1) 审计：</p> <p>① 产权转让事项经批准后，由转让方委托会计师事务所对转让标的企业审计；</p> <p>② 涉及参股权转让不宜单独进行专项审计的，转让方应当取得转让标的企业最近一期年度审计报告。</p> <p>(2) 评估：必须进行资产评估的，转让方应当委托评估机构对转让标的进行资产评估，产权转让价格应以经核准或备案的评估结果为基础确定</p>
确定受让方	原则上以进场方式公开确定受让方，例外情况下可以非公开协议转让，具体规则请见“(三) 进场交易事宜”
结算交易价款	<p>(1) 交易价款应当以人民币计价，通过产权交易机构以货币进行结算。</p> <p>(2) 交易价款原则上应当自合同生效之日起5个工作日内一次付清。金额较大、一次付清确有困难的，可以采取分期付款方式。采用分期付款方式的：</p> <p>① 首期付款不得低于总价款的30%，并在合同生效之日起5个工作日内支付；</p> <p>② 其余款项应当提供转让方认可的合法有效担保，并按同期银行贷款利率支付延期付款期间的利息，付款期限不得超过1年</p>

(二) 审批机关 (★)

1. 国家出资企业产权转让的审批

(1) 不转让控制权，国资委批。

履行出资人职责的机构负责审核国家出资企业的产权转让事项。

(2) 转让控制权，本级政府批。

因产权转让致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由履行出资人职责的机构报本级人民政府批准。

2. 国家出资企业子企业产权转让的审批

(1) 一般子企业，集团自己定。

国家出资企业应当制定其子企业产权转让管理制度，确定审批管理权限。

(2) 重要子企业，报国资委批。

对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务子企业的产权转让，须由国家出资企业报同级履行出资人职责的机构批准。

3. 涉及多方国资时的报批主体

转让方为多家国有股东共同持股的企业：

(1) 由其中持股比例最大的国有股东负责履行相关批准程序；

(2) 各国有股东持股比例相同的，由相关股东协商后确定其中一家股东负责履行相关批准程序。

(三) 进场交易事宜 (★)

产权转让原则上通过产权市场公开进行，特殊情况下可以非公开协议方式进行。

1. 通过产权市场公开进行国有产权交易（“进场交易”）的主要事项

事项	说明
提前披露	(1) 正式披露：不少于20个工作日（全部适用）； (2) 预披露：不少于20个工作日（仅适用于因产权转让导致转让标的企业的实际控制权发生转移的情况）
转让定价	(1) 原则：产权转让项目首次正式信息披露的转让底价，不得低于经核准或备案的转让标的评估结果。 (2) 降价的规则： ①信息披露期满未征集到意向受让方的，可以延期或在降低转让底价、变更受让条件后重新进行信息披露； ②降低转让底价或变更受让条件后重新披露信息的，披露时间不得少于20个工作日； ③新的转让底价低于评估结果的90%时，应当经转让行为批准单位书面同意
评估有效期	转让项目自首次正式披露信息之日起超过12个月未征集到合格受让方的，应当重新履行审计、资产评估以及信息披露等产权转让工作程序
受让方遴选	产权转让信息披露期满、产生符合条件的意向受让方的，按照披露的竞价方式组织竞价。竞价可以采取拍卖、招投标、网络竞价以及其他竞价方式，且不得违反国家法律法规的规定
签署合同	(1) 受让方确定后，转让方与受让方应当签订产权交易合同； (2) 交易双方不得以交易期间企业经营性损益等理由对已达成的交易条件和交易价格进行调整

2.可以采取非公开协议转让的情况

(1) 适用情况。

①对受让方有特殊要求的国企间转让。

a.适用情形：涉及主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域企业的重组整合，对受让方有特殊要求，企业产权需要在国有及国有控股企业之间转让的；

b.审批主体：履行出资人职责的机构。

②国企内部重组。

a.适用情形：同一国家出资企业及其各级控股企业或实际控制企业之间因实施内部重组整合进行产权转让；

b.审批主体：该国家出资企业审议决策。

(2) 定价规则。

①采取非公开协议转让方式转让企业产权，转让价格不得低于经核准或备案的评估结果。

②以下情形按照《公司法》、公司章程履行决策程序后，转让价格可以资产评估报告或最近一期审计报告确认的净资产值为基础确定，且不得低于经评估或审计的净资产值（100%国资）：

a.同一国家出资企业内部实施重组整合，转让方和受让方为该国家出资企业及其直接或间接全资拥有的子企业；

b.同一国有控股企业或国有实际控制企业内部实施重组整合，转让方和受让方为该国有控股企业或国有实际控制企业及其直接、间接全资拥有的子企业。

三、企业增资

(一) 基本程序

程序	说明
审核批准	<p>(1) 国资监管机关的经济行为审批，具体权限请见“(二)审批机关”；</p> <p>(2) 企业增资应当由增资企业按照公司章程和内部管理制度进行决策，形成书面决议</p>
审计评估	<p>(1) 企业增资在完成决策批准程序后，应当由增资企业委托具有相应资质的中介机构开展审计和资产评估。</p> <p>(2) 以下情形按照《公司法》、公司章程履行决策程序后，可以依据评估报告或最近一期审计报告确定企业资本及股权比例：</p> <p>①增资企业原股东同比例增资的；</p> <p>②履行出资人职责的机构对国家出资企业增资的；</p> <p>③国有控股或国有实际控制企业对其独资子企业增资的；</p> <p>④增资企业和投资方均为国有独资或国有全资企业的</p>

续表

程序	说明
确定投资方	<p>原则上也要进场交易，公开征集投资方并加以遴选；但“32号令”也规定了可以豁免进场交易的几种情况：</p> <p>（1）以下情形经同级履行出资人职责的机构批准，可以采取非公开协议方式进行增资：</p> <p>①因国有资本布局结构调整需要，由特定的国有及国有控股企业或国有实际控制企业参与增资；</p> <p>②因国家出资企业与特定投资方建立战略合作伙伴或利益共同体需要，由该投资方参与国家出资企业或其子企业增资。</p> <p>（2）以下情形经国家出资企业审议决策，可以采取非公开协议方式进行增资：</p> <p>①国家出资企业直接或指定其控股、实际控制的其他子企业参与增资；</p> <p>②企业债权转为股权；</p> <p>③企业原股东增资</p>

（二）审批机关（★）

1. 国家出资企业增资的审批

（1）不转让控制权，国资委批。

履行出资人职责的机构负责审核国家出资企业的增资行为。

（2）转让控制权，本级政府批。

因增资致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由履行出资人职责的机构报本级人民政府批准。

2. 国家出资企业子企业增资的审批

（1）一般子企业，集团自己定。

国家出资企业决定其子企业的增资行为。

（2）重要子企业，报国资委批。

对主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务的子企业的增资行为，须由国家出资企业报同级履行出资人职责的机构批准。

3. 涉及多方国资时的报批主体

增资企业由多家国有股东共同持股的：

（1）由持股比例最大的国有股东负责履行相关批准程序；

（2）各国有股东持股比例相同的，由相关股东协商后确定其中一家股东负责履行相关批准程序。

【典例研习·10-8】（2017年单项选择题）

国有资产监督管理机构负责审核国家出资企业的增资行为。其中，因增资致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由国有资本监督管理机构报特定主体批准。

该特定主体是（ ）。

- A. 本级人民政府
- B. 上级人民政府
- C. 上级国有资产监督管理机构
- D. 国家出资企业所在地省级人民政府

斯尔解析 本题考查企业国有资产增值的审批主体。国企产权转让和增资的审批规则基本一致。若因增资致使国家不再拥有所出资企业控股权的，须由国有资本监督管理机构报本级人民政府批准。故选项A正确。

四、企业资产转让

(一) 转让原则

原则上要进场交易，但进场的门槛由集团自行决定：

(1) 企业一定金额以上的生产设备、房产、在建工程以及土地使用权、债权、知识产权等资产对外转让，应当按照企业内部管理制度履行相应决策程序后，在产权交易机构公开进行。

(2) 涉及国家出资企业内部或特定行业的资产转让，确需在国有及国有控股、国有实际控制企业之间非公开转让的，由转让方逐级报国家出资企业审核批准。

(3) 国家出资企业负责制定本企业不同类型资产转让行为的内部管理制度，明确责任部门、管理权限、决策程序、工作流程，对其中应当在产权交易机构公开转让的资产种类、金额标准等作出具体规定，并报同级履行出资人职责的机构备案。

(二) 转让程序

企业资产转让的具体工作流程参照上述关于企业产权转让的规定执行，在此基础上，须注意以下特殊规定：

(1) 转让方应当根据转让标的情况合理确定转让底价和转让信息公告期：

① 转让底价高于100万元、低于1 000万元的资产转让项目，信息公告期应不少于10个工作日；

② 转让底价高于1 000万元的资产转让项目，信息公告期应不少于20个工作日。

(2) 资产转让价款原则上一次性付清。

五、无偿划转

企业国有产权无偿划转，是指企业国有产权在政府机构、事业单位、国有独资企业、国有独资公司之间的无偿转移行为。根据相关规定，国有独资企业之间、国有全资企业之间以及国有独资企业与国有全资企业之间都可以进行资产的无偿划转。

此外，法律规定，有下列情况之一的，不得实施无偿划转：

(1) 被划转企业主业不符合划入方主业及发展规划的；

(2) 中介机构对被划转企业划转基准日的财务报告出具否定意见、无法表示意见或保留意见的审计报告的；

(3) 无偿划转涉及的职工分流安置事项未经被划转企业的职工代表大会审议通过的；

(4) 被划转企业或有负债未有妥善解决方案的；

(5) 划出方债务未有妥善处置方案的。

(一) 主要程序

程序	说明
可行性研究	企业国有产权无偿划转应当做好可行性研究
划转双方 审议	<p>(1) 划转双方应当在可行性研究的基础上, 按照内部决策程序进行审议, 并形成书面决议:</p> <p>①划入方(划出方)为国有独资企业的, 应当由总经理办公会议审议; 已设立董事会的, 由董事会审议。</p> <p>②划入方(划出方)为国有独资公司的, 应当由董事会审议; 尚未设立董事会的, 由总经理办公会议审议。</p> <p>③所涉及的职工分流安置事项, 应当经被划转企业职工代表大会审议通过。</p> <p>(2) 划出方应当就无偿划转事项通知本企业(单位)债权人, 并制订相应的债务处置方案</p>
审计或 清产核资	划转双方应当组织被划转企业按照有关规定开展审计或清产核资, 以中介机构出具的审计报告或经划出方履行出资人职责的机构批准的清产核资结果作为企业国有产权无偿划转的依据
签订划 转协议	<p>(1) 划转双方协商一致后, 应当签订企业国有产权无偿划转协议。</p> <p>(2) 无偿划转事项按照规定程序批准后, 划转协议生效。划转协议生效以前, 划转双方不得履行或者部分履行</p>
完成划转	划转双方应当依据相关批复文件及划转协议, 进行账务调整, 按规定办理产权登记等手续

(二) 审批机构

以下仅介绍有关国有产权无偿划转审批机构的最基本规则:

1. 同一上级一起批

企业国有产权在同一履行出资人职责的机构所出资企业之间无偿划转的, 由所出资企业共同报履行出资人职责的机构批准。

2. 不同上级分头批

企业国有产权在不同履行出资人职责的机构所出资企业之间无偿划转的, 依据划转双方的产权归属关系, 由所出资企业分别报同级履行出资人职责的机构批准。

3. 重大变化重新批

企业国有产权无偿划转事项经批准后, 划出方和划入方调整产权划转比例或者划转协议有重大变化的, 应当按照规定程序重新报批。

六、上市公司国有股权变动(★★)**(一) 上市公司国有股权变动管理概述**

(1) 上市公司国有股权变动, 是指上市公司国有股权持股主体、数量或比例等发生变化的行为, 具体包括:

①国有股东所持上市公司股份通过证券交易系统转让、公开征集转让、非公开协议转让、无偿划转、间接转让、国有股东发行可交换公司债券;

②国有股东通过证券交易系统增持、协议受让、间接受让、要约收购上市公司股份和认购上市公司发行股票；

③国有股东所控股上市公司吸收合并、发行证券；

④国有股东与上市公司进行资产重组等行为。

(2) 上述所称国有股东是指符合以下情形之一的企业和单位，其证券账户标注“SS”：

①政府部门、机构、事业单位、境内国有独资或全资企业；

②上述第①项中所述单位或企业独家持股比例超过50%，或合计持股比例超过50%，且其中之一为第一大股东的境内企业；

③上述第②项中所述企业直接或间接持股的各级境内独资或全资企业。

(二) 国有股东所持上市公司股份的转让方式

1. 通过交易系统转让

(1) 审批层级。

国有股东通过证券交易系统转让上市公司股份，按照国家出资企业内部决策程序决定，有以下情形之一的，应报履行出资人职责的机构审核批准：

①国有控股股东转让上市公司股份可能导致持股比例低于合理持股比例的；

②总股本不超过10亿股的上市公司，国有控股股东拟于一个会计年度内累计净转让（累计转让股份扣除累计增持股份后的余额，下同）达到总股本5%及以上的；

③总股本超过10亿股的上市公司，国有控股股东拟于一个会计年度内累计净转让数量达到5 000万股及以上的；

④国有参股股东拟于一个会计年度内累计净转让达到上市公司总股本5%及以上的。

(2) 申报文件。

国家出资企业、履行出资人职责的机构决定或批准国有股东通过证券交易系统转让上市公司股份时，应当审核以下文件：

①国有股东转让上市公司股份的内部决策文件；

②国有股东转让上市公司股份方案；

③上市公司股份转让的可行性研究报告；

④国家出资企业、履行出资人职责的机构认为必要的其他文件。

2. 公开征集转让

公开征集转让是指国有股东依法公开披露信息，征集受让方转让上市公司股份的行为，本质上还是一种协议转让的情况。

(1) 信息披露。

①国有股东拟公开征集转让上市公司股份的，在履行内部决策程序后，应书面告知上市公司，由上市公司依法披露，进行提示性公告。

②国有控股股东公开征集转让上市公司股份可能导致上市公司控股权转移的，应当一并通知上市公司申请停牌。

(2) 审批流程。

①上市公司发布提示性公告后，国有股东应及时将转让方案、可行性研究报告、内部决策文件、拟发布的公开征集信息等内容通过管理信息系统报送履行出资人职责的机构。

②履行出资人职责的机构通过管理信息系统对公开征集转让事项出具意见。

③国有股东在获得履行出资人职责的机构同意意见后书面通知上市公司发布公开征集信息。

a.公开征集信息内容包括但不限于：拟转让股份权属情况、数量，受让方应当具备的资格条件，受让方的选择规则，公开征集期限等。

b.公开征集信息对受让方的资格条件不得设定指向性或违反公平竞争要求的条款，公开征集期限不得少于10个交易日。

（3）遴选程序。

①国有股东收到拟受让方提交的受让申请及受让方案后，应当成立由内部职能部门人员以及法律、财务等独立外部专家组成的工作小组，严格按照已公告的规则选择确定受让方。

②公开征集转让可能导致上市公司控股权转移的，国有股东应当聘请具有上市公司并购重组财务顾问业务资格的证券公司、证券投资咨询机构或者其他符合条件的财务顾问机构担任财务顾问。

（4）转让定价。

国有股东公开征集转让上市公司股份的价格不得低于下列两者之中的较高者：

①提示性公告日前30个交易日的每日加权平均价格的算术平均值；

②最近一个会计年度上市公司经审计的每股净资产值。

（5）签约履行。

①国有股东确定受让方后，应当及时与受让方签订股份转让协议。

②国有股东与受让方签订协议后，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。

③国有股东应在股份转让协议签订后5个工作日内收取不低于转让价款30%的保证金，其余价款应在股份过户前全部结清。

④在全部转让价款支付完毕或交由转让双方共同认可的第三方妥善保管前，不得办理股份过户登记手续。

⑤上市公司股份过户前，原则上受让方人员不能提前进入上市公司董事会和经理层，不得干预上市公司正常生产经营。

3.非公开协议转让

非公开协议转让是指不公开征集受让方，通过直接签订协议转让上市公司股份的行为。

（1）适用条件。

符合以下情形之一的，国有股东可以非公开协议转让上市公司股份：

①上市公司连续2年亏损并存在退市风险或严重财务危机，受让方提出重大资产重组计划及具体时间表的；

②企业主业处于关系国家安全、国民经济命脉的重要行业和关键领域，主要承担重大专项任务，对受让方有特殊要求的；

③为实施国有资源整合或资产重组，在国有股东、潜在国有股东（经本次国有资源整合或资产重组后成为上市公司国有股东的）之间转让的；

④上市公司回购股份涉及国有股东所持股份的；

⑤国有股东因接受要约收购方式转让其所持上市公司股份的；

⑥国有股东因解散、破产、减资、被依法责令关闭等原因转让其所持上市公司股份的；

⑦国有股东以所持上市公司股份出资的。

(2) 转让定价。

①国有股东非公开协议转让上市公司股份的价格不得低于下列两者之中的较高者：

a.提示性公告日前30个交易日的每日加权平均价格的算术平均值；

b.最近一个会计年度上市公司经审计的每股净资产值。

②国有股东非公开协议转让上市公司股份存在下列特殊情形的，可按以下原则确定股份转让价格：

a.国有股东为实施资源整合或重组上市公司，并在其所持上市公司股份转让完成后全部回购上市公司主业资产的，股份转让价格由国有股东根据中介机构出具的该上市公司股票价格的合理估值结果确定；

b.为实施国有资源整合或资产重组，在国有股东之间转让且上市公司中的国有权益并不因此减少的，股份转让价格应当根据上市公司股票的每股净资产值、净资产收益率、合理的市盈率等因素合理确定。

(3) 程序事项。

①国有股东在履行内部决策程序后，应当及时与受让方签订股份转让协议。

②涉及上市公司控股权转移的，在转让协议签订前，应按规定聘请财务顾问，对拟受让方进行尽职调，出具尽职调查报告。

③国有股东与受让方签订协议后，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。

④以现金支付股份转让价款的，国有股东应在股份转让协议签订后5个工作日内收取不低于转让价款30%的保证金，其余价款应在股份过户前全部结清；以非货币资产支付股份转让价款的，应当符合国家相关规定。

4.股份无偿划转

政府部门、机构、事业单位、国有独资或全资企业之间可以依法无偿划转所持上市公司股份。国有股东所持上市公司股份无偿划转，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。

5.股份间接转让

国有股东所持上市公司股份间接转让是指因国有产权转让或增资扩股等原因导致国有股东不再符合规定情形的行为。

(1) 信息披露。

国有股东拟间接转让上市公司股份的，履行内部决策程序后，应书面通知上市公司进行信息披露，涉及国有控股股东的，应当一并通知上市公司申请停牌。

(2) 转让定价。

国有股东所持上市公司股份间接转让，应当按照不得低于下列两者之中的较高者确定其所持上市公司股份价值：

①提示性公告日前30个交易日的每日加权平均价格的算术平均值；

②最近一个会计年度上市公司经审计的每股净资产值。

（3）程序事项。

①国有控股股东所持上市公司股份间接转让，应当按规定聘请财务顾问，对国有产权拟受让方或投资人进行尽职调查，并出具尽职调查报告。

②国有股东所持上市公司股份间接转让的，国有股东应在产权转让或增资扩股协议签订后，产权交易机构出具交易凭证前，报履行出资人职责的机构审核批准。

（三）国有股东受让上市公司股份

国有股东受让上市公司股份行为主要包括：国有股东通过证券交易系统增持、协议受让、间接受让、要约收购上市公司股份和认购上市公司发行股票等。

1.一般受让——事前审批

国有股东受让上市公司股份，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。

2.特殊受让——事后报备

国有股东将其持有的可转换公司债券或可交换公司债券转换、交换成上市公司股票的，或者通过司法机关强制执行手续取得上市公司股份的，按照相关法律、行政法规及规章制度的规定办理，并在上述行为完成后10个工作日内将相关情况通过管理信息系统按程序报告履行出资人职责的机构。

（四）国有股东发行可交换公司债券

国有股东发行可交换公司债券（“可交债”），是指上市公司国有股东依法发行、在一定期限内依据约定条件可以交换成该股东所持特定上市公司股份的公司债券的行为。

（1）国有股东发行的可交换公司债券交换为上市公司每股股份的价格，应不低于债券募集说明书公告日前1个交易日、前20个交易日、前30个交易日该上市公司股票均价中的最高者。

（2）国有股东发行可交换公司债券，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。

（五）国有股东所控股上市公司发行证券

（1）国有股东所控股上市公司发行证券包括：上市公司采用公开方式向原股东配售股份、向不特定对象公开募集股份、采用非公开方式向特定对象发行股份以及发行可转换公司债券等行为。

（2）国有股东所控股上市公司发行证券，应当在股东大会召开前，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。

（六）国有股东所控股上市公司吸收合并

国有股东所控股上市公司吸收合并，是指国有控股上市公司之间或国有控股上市公司与非国有控股上市公司之间的吸收合并。

（1）国有股东所控股上市公司应当聘请财务顾问，对吸收合并的双方进行尽职调查和内部核查，并出具专业意见。

（2）国有股东应指导上市公司根据股票交易价格，并参考可比交易案例，合理确定上市公司换股价格。

（3）国有股东应当在上市公司董事会审议吸收合并方案前，将该方案报履行出资人职责的机构审核批准。

（七）国有股东与上市公司进行资产重组

国有股东与上市公司进行资产重组是指国有股东向上市公司注入、购买或置换资产并涉及国有股东所持上市公司股份发生变化的情形。

1.信息披露

国有股东就资产重组事项进行内部决策后，应书面通知上市公司，由上市公司依法披露，并申请股票停牌。

2.审批

（1）在上市公司董事会审议资产重组方案前，应当将可行性研究报告报国家出资企业、履行出资人职责的机构预审核，并由履行出资人职责的机构通过管理信息系统出具意见。

（2）国有股东与上市公司进行资产重组方案经上市公司董事会审议通过后，应当在上市公司股东大会召开前，按照审批权限由国家出资企业审核批准或由履行出资人职责的机构审核批准。



闯关地图

📖：要听懂

!!!：你得背

√+×÷：你得算

🕒：有空看

第十章 企业国有资产法律制度

企业国有资产法律制度概述

- 📖 企业国有资产的概念
- 📖 企业国有资产的监督管理体制 (★★)
- 📖 履行出资人职责的机构 (★)

国家出资企业

- 📖 国家出资企业的概念 (★★)
- 📖 !!! 国家出资企业管理者的任职要求 (★)

🕒 企业改制

企业国有资产产权登记制度

- 📖 国有资产产权登记的定义
- !!! 企业国有资产产权登记的范围
- !!! 企业国有资产产权登记的类型和内容
- 🕒 产权登记的程序
- 🕒 产权登记的管理

企业国有资产评估管理制度

- !!! 企业国有资产评估的范围 (★)
- !!! 企业国有资产评估项目核准制和备案制 (★)

企业国有资产交易管理制度

- 🕒 企业国有资产交易概述
- !!! 企业产权转让
- 🕒 企业增资
- 🕒 企业资产转让
- 🕒 无偿划转
- 📖 !!! 上市公司国有股权变动 (★★)

第十一章 反垄断法律制度

学习提要

考几分？

本章属于次重点章节，近三年平均每年考查4题，分值合计5分。其中，2021年考查4道题，共5分；2020年考查4道题，共5分；2019年考查3道题，共4分。本章内容有较大细节变化，预计2022年考查分值5分。

怎么考？

本章主要考查客观题。

“重者恒重”的规律在本章的考查中有所体现，针对部分知识点，如反垄断行政执法、反垄断民事诉讼等，考查的频次较高。对于具体的垄断行为，则考查面比较广，每年考题的命题角度都不尽相同。整体来说，本章的题目相对直观，没有太多“弯弯绕”，本身难度并不大。

怎么学？

对于大部分同学来说，反垄断相关法律事务都是比较陌生的。一方面，达到一定规模的市场主体才会涉及反垄断问题，这类企业肯定不会太多。另一方面，反垄断法律制度是典型的“经济法”制度，相关术语具有很浓重的“翻译腔”，比较难以理解。因此，在学习本章内容时，要尽量用商业语言、生活语言理解相关制度。对于纯记忆的知识点，大家要合理分配时间，不要因小失大。需要特别提醒的是，本章篇幅不长，在考试当中又占到5分的分值，属于性价比不错的章节，切勿因为觉得晦涩难懂，或顺序靠后就放弃本章内容。

考点精讲

第一节 反垄断法律制度概述

一、我国《反垄断法》限制的行为

(1) 垄断行为，主要包括：

- ①经营者达成垄断协议；
- ②经营者滥用市场支配地位；
- ③具有或者可能具有排除、限制竞争效果的经营者集中。

(2) 滥用行政权力排除、限制竞争的行为，主要指的是行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力，排除、限制竞争的情况。

二、反垄断法的适用范围(★★)

(一) 地域范围

我国《反垄断法》适用的地域范围通过“属地原则+效果原则”加以确定。

(1) 属地原则：中华人民共和国境内经济活动中的垄断行为，适用《反垄断法》；

(2) 效果原则：中华人民共和国境外的垄断行为，对境内市场竞争产生排除、限制影响的，适用《反垄断法》。

【典例研习·11-1】(2017年多项选择题)

下列关于《反垄断法》适用范围的表述中，正确的有()。

- A.只要行为人是我国公民或境内企业，无论该行为是否发生在境内，均应适用《反垄断法》
- B.只要垄断行为发生在境内，无论该行为是否对境内市场竞争产生排除、限制影响，均应适用《反垄断法》
- C.只要垄断行为对境内市场竞争产生排除、限制影响，无论该行为是否发生在境内，均应适用《反垄断法》
- D.只要行为人是我国公民或境内企业，无论该行为是否对境内市场竞争产生排除、限制影响，均应适用《反垄断法》

斯尔解析 本题考查我国《反垄断法》适用的地域范围，这个知识点本身不难。选项AD错在采取了纯粹的“属人原则”，并不考虑行为发生地和行为对境内市场的影响，显然与《反垄断法》的规定相悖。

(二) 主体范围

(1) 经营者：从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。经营者有可能实施上述3种“垄断行为”。

(2) 行业协会。

(3) 行政主体。

（三）排除适用《反垄断法》的情况

（1）经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为，不适用《反垄断法》。但是，经营者滥用知识产权，排除、限制竞争的行为，适用《反垄断法》。

（2）农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为，不适用本法。

【典例研习·11-2】（2020年单项选择题）

下列关于《反垄断法》适用范围的表述中，正确的是（ ）。

- A.行使知识产权的行为，不适用《反垄断法》
- B.农业生产中的协同行为，不适用《反垄断法》
- C.国家机关的行为，不适用《反垄断法》
- D.电信、石油等特殊行业的国有企业的行为，不适用《反垄断法》

斯尔解析 本题考查《反垄断法》排除适用的例外情况。选项B所述情况是《反垄断法》明确规定不适用该法的情况，当无疑义。国家机关的行为也在《反垄断法》规制的范围之内，选项C的错误也比较明显。

陷阱提示

（1）对于知识产权的行使，国家虽然容忍的程度更高，但也不是无限度地容忍，如果权利人行使知识产权的行为属于“滥用知识产权，排除、限制竞争”的情况，依然被《反垄断法》所禁止。选项A的说法过于绝对，因此错误。

（2）《反垄断法》规定：“国有经济占控制地位的关系国民经济命脉和国家安全的行业以及依法实行专营专卖的行业……前款规定行业的经营者……不得利用其控制地位或者专营专卖地位损害消费者利益。”换言之，铁路、石油、电信、电网、烟草等重点行业的国有企业依然受《反垄断法》的规制，选项D所述错误。

三、“相关市场”的界定（★）

《反垄断法》所称的相关市场，是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务（以下统称“商品”）进行竞争的商品范围和地域范围。

（一）界定相关市场的意义及适用场合

（1）界定相关市场的意义在于：明确在特定的时间段内，哪些地域范围内的哪些商品间存在着竞争关系。

“龙游浅水遭虾戏，虎落平阳被犬欺。”所谓“垄断者”，说白了就是“地头蛇”：在自己的一亩三分地才能逞威风，出了自己的地盘，说话就不好使了。因此，要认定垄断，就要先把“地盘”划清楚。

《反垄断法》说的“相关市场”，就是“地头蛇”的“地盘”。

原理详解

（2）在垄断协议、滥用市场支配地位的禁止，以及经营者集中的反垄断审查案件中，均可能涉及相关市场的界定问题。

（二）界定相关市场的基本标准与分析视角

（1）界定相关市场的基本标准是商品间的“较为紧密的相互替代性”。一般来

说，商品之间的可替代性越高，它们之间的竞争关系就越强，就越可能属于同一相关市场。

(2) 界定相关市场存在需求替代和供给替代两个分析视角，其中：

- ①需求替代是界定相关市场的主要分析视角；
- ②当供给替代对经营者行为产生的竞争约束类似于需求替代时，也应考虑供给替代。

原理详解

市场中存在着卖方和买方两个主体，因此，界定商品市场可以从需求替代和供给替代两个视角进行分析。

(1) 需求替代是根据需求者对商品功能用途的需求、质量的认可、价格的接受以及获取的难易程度等因素，对商品之间的相互替代程度进行分析。

(2) 供给替代是指当一种商品的需求增加时，其他经营者转产该种商品以进入市场、增加供给的可能性。

①一般来说，其他经营者的转产成本越低，提供紧密替代商品越迅速，则供给替代程度就越高，其就越可能划入同一相关市场；其他经营者转产的成本主要表现为改造生产设施的投入、承担的风险、进入目标市场的时间等。

②在需要计算市场份额时，其他经营者因转产而带来的潜在市场份额也将一并计入相关市场的总量。

(三) 相关市场界定的主要维度——商品、地域、时间

商品、地域、时间，就像“长、宽、高”一样，是“相关市场”这块地盘的维度。一般来说，通过“商品”（如上所述，包含“服务”）、“地域”就足以把地盘划分出来，比如“中国”的“搜索引擎服务”；特殊情况下，需要用“时间”的维度加以辅助，比如疫情期间国内的口罩市场。因此，我们可以得出如下初步结论：

(1) 并非任何市场界定都涉及全部三个维度，大部分反垄断分析中，相关市场只需从商品和地域两个维度进行界定；

(2) 相对于相关商品市场和相关地域市场而言，相关时间市场并不是确定相关市场的主要维度，只有在时间因素可以影响商品之间的竞争关系的特定情形下，才会用到时间维度。

【典例研习·11-3】(2019年单项选择题)

下列关于相关市场界定的表述中，符合反垄断法律制度规定的是()。

- A. 只有滥用市场支配地位案件，才需要界定相关市场
- B. 任何反垄断案件的分析中，相关市场均应从商品、地域和时间三个维度界定
- C. 供给替代是界定相关市场的主要分析视角
- D. 界定相关市场的基本标准是商品间“较为紧密的相互替代性”

斯尔解析

本题考查相关市场的界定。三类典型的垄断行为均涉及相关市场的界定，因此选项A所述错误。并非所有反垄断案件的分析中相关市场均应从商品、地域和时间三个维度界定，因此选项B所述错误。需求替代才是界定相关市场的主要分析视角，因此选项C所述错误。

在此基础上，我们分别对“相关商品市场”“相关地域市场”以及“相关时间市场”的界定加以介绍：

1. 相关商品市场

(1) 定义。

相关商品市场，指具有较为紧密替代关系的商品范围。所有具有较为紧密的相互替代关系的商品构成同一个市场。这里的“商品”，是个广义概念，不仅包括传统意义上的货物，而且还包括服务、技术（“相关技术市场”）和研发活动（“相关创新市场”）。


(2) 认定因素。

角度	因素
需求角度	<p>①需求者因商品价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向购买其他商品的证据。</p> <p>②商品的外形、特性、质量和技术特点等总体特征和用途。一般来说，如果商品之间具有相似的功能和用途，能满足消费者相同的使用目的，即可认定它们属同一商品市场。</p> <p>③商品之间的价格差异。通常情况下，替代性较强的商品价格比较接近。</p> <p>④商品的销售渠道。</p> <p>⑤其他重要因素。如需求者偏好或需求者对商品的依赖程度；可能阻碍大量需求者转向某些紧密替代商品的障碍、风险和成本；是否存在区别定价等</p>
供给角度	经营者的生产流程和工艺，转产的难易程度，转产需要的时间，转产的额外费用和 risk，转产后所提供商品的市场竞争力，营销渠道等

【典例研习·11-4】（2014年单项选择题）

根据反垄断法律制度的规定，下列各项中属于在从供给角度界定相关商品市场时所应考虑的因素是（ ）。

- A. 商品的功能及用途 B. 商品间的价格差异
C. 消费者的消费偏好 D. 其他经营者的转产成本

 **斯尔解析** 本题考查相关商品市场的界定。本题难度并不大，区分“需求角度”“供给角度”的标准实际上就是这个因素是买方更关心还是卖方更关心。显然，买方更关心选项ABC所述的因素（需求角度）；而卖方更关心选项D所述的因素（供给角度）。

2. 相关地域市场

(1) 定义。

相关地域市场，是指相同或具有替代关系的商品相互竞争的地理区域。

提示：不同的地理区域之间因空间距离导致的运输成本以及关税等贸易壁垒形成的隔阻，会影响商品的自由流动，进而导致相同或近似的商品之间不具有竞争关系。

(2) 认定因素。

界定相关地域市场，也要从需求和供给两方面考虑：

角度	因素
需求角度	<p>①需求者因商品价格或其他竞争因素变化，转向或考虑转向其他地域购买商品的证据。</p> <p>②商品的运输成本、运输特征。相对于商品的价格来说，运输成本越高，相关地域市场的范围越小，如水泥等；商品的运输特征也决定了商品的销售地域，如需要管道运输的工业气体等。</p> <p>③多数需求者选择商品的实际区域和主要经营者商品的销售分布。</p> <p>④地区间的贸易壁垒，包括关税、地方性法规、环保因素、技术因素等。如关税相对商品的价格来说占比较高时，则相关地域市场很可能是一个区域性市场。</p> <p>⑤其他重要因素，如特定区域需求者偏好，商品运进和运出该地域的数量</p>
供给角度	其他地域供应或销售相关商品的即时性和可行性，如将订单转向其他地域经营者的转换成本等

3. 相关时间市场

相关时间市场，是指相同或近似的商品在同一区域内相互竞争的时间范围。当商品的生产周期、使用期限、季节性、流行时尚性或知识产权保护期限等已构成商品不可忽视的特征时，界定相关市场应考虑时间性，时间的变化可能导致相关产品市场和地域市场随之变化。

四、违反《反垄断法》的法律责任

(一) 相关法律责任的形式

类型	说明	救济手段
行政责任	责令停止违法行为、没收违法所得、罚款、限期恢复原状等	行政复议、行政诉讼
民事责任	停止侵害、损害赔偿等赔偿责任	—
刑事责任	<p>(1) 我国《反垄断法》未对垄断行为规定刑事责任，但对阻碍、拒绝反垄断执法机构审查、调查行为以及反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密两种情形，规定了刑事责任；</p> <p>(2) 我国《政府采购法》《串通招投标法》《刑法》均对情节严重的串通招投标行为规定了刑事责任</p>	—

(二) 反垄断行政执法(★★)

我国的反垄断执法机构是国家市场监督管理总局。

1. 反垄断调查措施


反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为，可以采取下列措施：

- (1) 进入被调查的经营者的营业场所或者其他有关场所进行检查；
- (2) 询问被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人，要求其说明有关情况；
- (3) 查阅、复制被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人的有关单证、协议、会计账簿、业务函电、电子数据等文件和资料；
- (4) 查封、扣押相关证据；
- (5) 查询经营者的银行账户。

【典例研习·11-5】（2014年多项选择题）

根据反垄断法律制度的规定，反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为时可以采取必要的调查措施。下列各项中属于此类措施的有（ ）。

- A. 进入被调查经营者的营业场所进行检查
- B. 查阅、复制被调查经营者的有关单证、协议、会计账簿等文件和资料
- C. 查封、扣押相关证据
- D. 冻结被调查经营者的银行账户

 **斯尔解析** 本题考查反垄断行政调查措施。要注意，“调查”是为了弄清事实情况，因此，反垄断局只能“查询”银行账户，不能“冻结”银行账户，选项D所述错误。

2. 反垄断调查程序

程序	说明
立案	<p>(1) 反垄断执法机构可依举报对涉嫌垄断行为立案调查，也可依职权主动立案。</p> <p>(2) 对涉嫌垄断行为，任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报；举报采用书面形式并提供相关事实和证据的，反垄断执法机构应当进行必要的调查</p>
调查	<p>(1) 立案后，反垄断执法机构应对涉嫌垄断的行为展开调查。</p> <p>(2) 调查时，执法人员不得少于2人，并应当出示执法证件。</p> <p>(3) 被调查的经营者、利害关系人有权陈述意见。反垄断执法机构应当对被调查的经营者、利害关系人提出的事实、理由和证据进行核实</p>
处理	调查核实后，认为构成垄断行为的，应依法作出处理决定，并可以向社会公布

3. 经营者承诺制度

(1) 制度含义：经营者承诺是反垄断行政执法中的一种和解制度。根据该制度，对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查和终止调查。

(2) 适用范围：

- ① 这一制度主要适用于垄断协议和滥用市场支配地位案件；

【典例研习】答案：

11-5：ABC

②在两种情形下，反垄断执法机构不接受经营者提出承诺：

a. 反垄断执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后，认为构成违法垄断行为的，应当依法作出处理决定，不再接受经营者提出承诺；

b. 涉嫌固定或者变更商品价格、限制商品的生产数量或者销售数量、分割销售市场或者原材料采购市场等三类严重限制竞争的横向垄断协议的，反垄断执法机构不应接受经营者提出承诺。

(3) 中止调查及终止调查决定的法律后果：

①执法机构的中止调查及终止调查决定，不是对经营者的行为是否构成垄断行为作出认定；

②执法机构仍然可以依法对其他类似行为实施调查并作出行政处罚；

③中止调查及终止调查决定也不应作为认定该行为是否构成垄断行为的相关证据。

(4) 经营者的承诺措施：

①行为性措施：包括调整定价策略、取消或者更改各类交易限制措施、开放网络或者平台等基础设施，许可专利、技术秘密或者其他知识产权等；

②结构性措施：包括剥离有形资产、知识产权等无形资产或者相关权益等；

(5) 经营者承诺的审查。

执法机构在对经营者的承诺进行审查时，可以综合考虑以下因素：

①经营者实施涉嫌垄断行为的主观态度；

②经营者实施涉嫌垄断行为的性质、持续时间、后果及社会影响；

③经营者承诺的措施及其预期效果。

(6) 恢复调查的情形。

①经营者未履行或者未完全履行承诺的；

②作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的；

③中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。

(三) 反垄断民事诉讼 (★★)

1. 原告资格

(1) 因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反《反垄断法》而发生争议的自然人、法人或者其他组织，可以向人民法院提起反垄断民事诉讼。

(2) 作为间接购买人的消费者，只要因垄断行为受损，也可以作为垄断民事案件的原告。

2. 民事诉讼与行政执法的关系

对于垄断行为，原告可以直接向人民法院提起民事诉讼，也可以在反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力后向人民法院提起民事诉讼。

3. 专家在诉讼中的作用

(1) 专家出庭就专门问题进行说明（不属于证据，而是作为法官判案的参考依据）。

在反垄断民事诉讼中，当事人可以向人民法院申请1至2名具有相应专门知识的人员出庭，就案件的专门性问题进行说明（即，专家证人）。须注意：

①原被告双方都有权向人民法院申请专家出庭；

②经人民法院准许，双方聘请的专家都可以出庭并发表专业意见。

(2) 专家出具市场调查或者经济分析报告(属于“鉴定意见”类型的证据)。

①当事人可以向人民法院申请委托专业机构或者专业人员就案件的专门性问题作出市场调查或者经济分析报告。

②经人民法院同意,双方当事人可以协商确定专业机构或者专业人员;协商不成的,由人民法院指定。

【典例研习·11-6】(2018年单项选择题)

根据反垄断法律制度的规定,反垄断民事诉讼的当事人可以向人民法院申请具有相应专门知识的人员出庭,就案件的专门性问题进行说明。此类说明是()。

- A. 证人证言
- B. 鉴定意见
- C. 当事人陈述
- D. 法官判案的参考依据

斯尔解析 本题考查专家在反垄断民事诉讼中的作用。在反垄断民事诉讼中,专家既可以出庭说明,也可以在庭外出具报告,但两种行为的性质是不一样的:

(1) 诉讼法理论一般将出庭专家称为“专家证人”,但专家在法庭上提供的意见并不属于我国《民事诉讼法》上的证据形式,而是作为法官判案的参考依据,或多或少地影响法官内心对于相关事实的确信。

(2) “专业人员就案件的专门性问题作出的市场调查或者经济分析报告”应当视为“鉴定意见”。鉴定意见是我国《民事诉讼法》上的一种法定的证据类型,有法定的审查和采信规则,依法应当采信的,法官必须采信,并将其作为认定事实的依据。

【典例研习·11-7】(2021年单项选择题)

根据反垄断法律制度的规定,反垄断民事诉讼中专家出具的市场调查或者经济分析报告属于()。

- A. 物证
- B. 鉴定意见
- C. 人物证据
- D. 书证

斯尔解析 本题同样考查专家在反垄断民事诉讼中的作用。根据上题解析中的内容,选出选项B作为正确答案并不困难,但大家可能对物证、书证和鉴定意见这几类证据类型比较陌生,在此为大家简单解释,了解即可。物证指用物品的外形、特征、质量等说明待证事实的物品,例如被刚蹭的小汽车、有质量问题的家电等等;书证指以文字、符号所记录或表示的,以证明待证事实的文书,如合同书、发票等等;鉴定意见指由人民法院根据当事人申请或依职权启动,由具备资格的鉴定人进行鉴定所形成的意见,如反垄断民事诉讼中专家出具的市场调查报告。

4. 诉讼时效

(1) 诉讼时效的起算。

因垄断行为产生的损害赔偿请求权诉讼时效期间,从原告知道或者应当知道权益受到损害以及义务人之日起计算。

(2) 诉讼时效的中断。

原告向反垄断执法机构举报被诉垄断行为的,诉讼时效从其举报之日起中断:

①反垄断执法机构决定不立案、撤销案件或者决定终止调查的,诉讼时效期间从原告知道或者应当知道不立案、撤销案件或者终止调查之日起重新计算。

②反垄断执法机构调查后认定构成垄断行为的,诉讼时效期间从原告知道或者应当

【典例研习】答案:

11-7: B

11-8: C

知道反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定发生法律效力之日起重新计算。

(3) 持续性垄断行为的诉讼时效抗辩。

原告知道或者应当知道权益受到损害以及义务人之日起超过3年，如果起诉时被诉垄断行为仍然持续，被告提出诉讼时效抗辩的，损害赔偿应当自原告向人民法院起诉之日起向前推算3年计算。

(4) 最长诉讼时效。

自权利受到损害之日起超过20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。

【典例研习·11-8】(2016年单项选择题改编)

甲公司在相关市场中具有市场支配地位。从2022年3月1日起，甲公司凭借其市场支配地位持续从事不公平的垄断高价行为。2026年3月1日，该滥用行为的受害人乙公司向人民法院提起民事诉讼，要求判令甲公司赔偿损失。甲公司提出，其滥用行为始于2022年，开始之时乙公司即知情，直至今日才提出损害赔偿，3年诉讼时效已过。下列关于本案损害赔偿的表述中符合反垄断法律制度规定的是()。

- A. 诉讼时效已过，甲公司有权拒绝赔偿乙公司损失
- B. 甲公司应赔偿乙公司全部经济损失
- C. 甲公司应赔偿乙公司自2023年3月1日以来的经济损失
- D. 甲公司应赔偿乙公司全部经济损失的50%

斯尔解析 本题考查反垄断民事诉讼的诉讼时效适用。原告起诉时被诉垄断行为已经持续超过3年，被告提出诉讼时效抗辩的，损害赔偿应当自原告向人民法院起诉之日起向前推算3年计算。本题中，乙公司起诉时间为2026年3月1日，其损害赔偿应自2023年3月1日起算，本题选择选项C。

陷阱提示 通过上述例题可以看出，这条规定并不是对诉讼时效制度的突破，而恰恰贯彻了诉讼时效制度：甲公司的垄断行为从2022年开始，乙公司在2026年起诉，法院也只就起诉之前、诉讼时效长度之内的损失支持乙公司的赔偿请求，换个角度看，还是只支持在诉讼时效之内的请求权。

第二节 垄断协议规制制度

一、垄断协议的概念、特征和分类

(一) 垄断协议的概念与特征

垄断协议，也称限制竞争协议、联合限制竞争行为，是指两个或两个以上经营者排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。垄断协议具有以下特征：

(1) 垄断协议的主体是两个或两个以上的经营者。

(2) 垄断协议的表现形式多样化，泛指当事人之间通过意思联络并取得一致后而形成的协议、决定和其他协同行为，其中：

- ① “协议”与合同法意义上的协议相同，既包括书面协议，也包括口头协议；
- ② “决定”则是指企业集团、其他形式的企业联合组织以及行业协会等要求其成员

企业共同实施排除、限制竞争的决议；

③“其他协同行为”则指经营者虽然没有达成协议，也没有可供遵循的决定，但相互间通过意思联络，共同实施的排除、限制竞争的协调、合作行为。

(3) 垄断协议排除、限制竞争，其内容可以是固定价格、划分市场、限制数量等。

(二) 垄断协议的分类——横向垄断协议、纵向垄断协议

根据参与垄断协议的经营者之间是否具有竞争关系，可将垄断协议分为横向垄断协议和纵向垄断协议。

(1) 横向垄断协议是具有竞争关系的经营者达成的联合限制竞争协议，如生产相同产品的经营者达成的固定产品价格的协议。

(2) 纵向垄断协议是指同一产业中处于不同市场环节而具有买卖关系的企业通过共谋达成的联合限制竞争协议，如产品生产商与销售商之间关于限制转售价格的协议。

二、横向垄断协议——“卡特尔” (★)

(一) 类型

类型	说明
固定或者变更商品价格的协议 (“价格卡特尔”)	<p>(1) 典型模式。</p> <p>①卖方之间垄断：通过协议锁定、维持或提高销售价格；</p> <p>②买方之间垄断：通过协议锁定、维持或降低购买价格。</p> <p>(2) 其他模式。</p> <p>①固定或变更价格水平、价格变动幅度、利润水平或折扣、手续费等其他费用；</p> <p>②约定采用据以计算价格的标准公式；</p> <p>③限制参与协议的经营者的自主定价权等</p>
限制数量协议	<p>(1) 限制数量的垄断协议包括两种形式：</p> <p>①限制商品生产数量，如以限制产量、固定产量、停止生产等方式限制商品的生产数量或者限制特定品种、型号商品的生产数量；</p> <p>②限制商品销售数量，如以限制商品投放量等方式限制商品的销售数量，或者限制特定品种、型号商品的销售数量等。</p> <p>(2) 实践中，限制数量的协议与价格垄断协议往往合并使用：价格垄断协议直接影响商品的市场价格，而限制数量协议通过供需关系间接影响市场价格</p>
划分市场协议	<p>(1) 划分市场可以通过划分地域、划分客户和划分产品等形式实现。</p> <p>(2) 划分市场协议可具体表现为：</p> <p>①划分商品销售地域、市场份额、销售对象、销售收入、销售利润或者销售商品的种类、数量、时间；</p> <p>②划分原料、半成品、零部件、相关设备等原材料的采购区域、种类、数量、时间或者供应商等（原材料还包括经营者生产经营所必需的技术和服务）</p>

续表

类型	说明
限制创新的 垄断协议	限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品的协议的表现形式有： ①限制购买、使用新技术、新工艺； ②限制购买、租赁、使用新设备、新产品； ③限制投资、研发新技术、新工艺、新产品； ④拒绝使用新技术、新工艺、新设备、新产品等
联合抵制交易 （“杯葛”）	联合抵制交易协议的具体表现包括： ①联合拒绝向特定经营者供应或者销售商品； ②联合拒绝采购或者销售特定经营者的商品； ③联合限定特定经营者不得与其具有竞争关系的经营者进行交易等

（二）危害性与举证责任

横向垄断协议被认为是最原始、最直接、危害最大的垄断行为。因此，我国对其进行违法推定，由被告对该协议不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。

三、纵向垄断协议（★）

（一）类型

1. 纵向垄断协议在技术上的分类——并不都属于违法行为

类型	说明
维持转售 价格协议	这是一种最常见的纵向垄断协议。实践中，多为供应商对销售商的最终销售价格进行固定或者作出不得低于或高于某一价格水平的限制
地域或客户 限制协议	所谓地域或客户限制，即供应商对不同销售商的销售区域和对象进行划分，严禁销售商越界销售
排他性 交易协议	排他性交易也称独家交易，通常包括一个或者一系列协议，其内容可以是： ①供应商同意在特定的地区内向特定销售商独家供应商品； ②销售商同意只从特定供应商处购买用于转售的一类商品； ③双方当事人相互承担上述两个方面的约束

2. 我国《反垄断法》禁止的纵向垄断协议——消极效果明确大于积极效果

- （1）固定向第三人转售商品的价格；
- （2）限定向第三人转售商品的最低价格。

（二）危害性与举证责任

纵向垄断行为具有两面性，即虽然有消极作用，但也有一定的积极作用。因此，我国法律规定，对于该协议具有排除、限制竞争效果的情况，原告承担举证责任（“谁主张、谁举证”），并未加以额外的管制。

四、“其他协同行为”的认定(★)

实践中,垄断协议的证明和认定往往比较困难,很多涉嫌垄断协议行为表现为“其他协同行为”即经营者之间虽未明确订立协议或者决定,但实质上存在协调一致的行为。认定其他协同行为,应当考虑下列因素:

- (1) 经营者的市场行为是否具有一致性;
- (2) 经营者之间是否进行过意思联络或者信息交流;
- (3) 经营者能否对行为的一致性作出合理解释;
- (4) 相关市场的结构情况、竞争状况、市场变化等情况。

五、对行业协会组织达成和实施垄断协议的规制

禁止行业协会从事下列行为:

- (1) 制定、发布含有排除、限制竞争内容的行业协会章程、规则、决定、通知、标准等;
- (2) 召集、组织或者推动本行业的经营者达成含有排除、限制竞争内容的协议、决议、纪要、备忘录等。

【典例研习·11-9】(2014年多项选择题)

某行业协会组织本行业7家主要企业的领导人召开“行业峰会”,并就共同提高本行业产品价格及提价幅度形成决议,与会企业领导人均于决议上签字。会后,决议以行业协会名义下发全行业企业。与会7家企业的市场份额合计达85%。根据反垄断法律制度的规定,下列表述中正确的有()。

- A. 行业协会实施了组织本行业经营者达成垄断协议的行为
- B. 行业协会实施了行政性限制竞争行为
- C. 7家企业实施了滥用市场支配地位行为
- D. 7家企业实施了达成垄断协议的行为

斯尔解析 本题考查行业协会组织达成并实施垄断行为。选项A正确,题目中所述情形为行业协会组织本行业经营者达成一致提价决议,为垄断协议的一种(固定或者变更商品价格的协议)。选项B错误,行业协会虽然有一定的自律管理职能,但其组织形式一般是社会团体,通常不具有行政权力(即不是行政主体),因此其涉及的垄断行为并不是行政性限制竞争行为。选项C错误,就题干表述的行为(“就共同提高本行业产品价格及提价幅度形成决议”)而言,其属于达成垄断协议的行为,而并不是滥用市场支配地位行为。虽然这7家企业合计市场份额达到85%,但“滥用市场支配地位”的垄断行为之判断均有其实质标准(“不公平”“没有正当理由”),有6类具体的行为,并不是只要涨价就构成这类违法行为。选项D正确,7家企业经行业协会的组织,达成了垄断协议。

六、垄断协议的豁免(★)

(一) 豁免条件

(1) 经营者应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益,即消费者是否因协议的达成、实施在商品价格、质量、种类等方面获得利益。

(2) 符合以下情况之一可以豁免:

情况	说明
技术性卡特尔	为改进技术、研究开发新产品而达成相关协议。 提示: 由于新技术和新产品开发耗资和风险巨大, 个别企业难以承受, 因此, 企业间就此达成合作协议可以得到豁免
标准化卡特尔/ 专业化卡特尔	为提高产品质量、降低成本、增进效率, 统一产品规格、标准或者实行专业化分工而达成相关协议
中小企业 合作卡特尔	为提高中小经营者经营效率, 增强中小经营者竞争力而达成相关协议, 如中小企业之间在生产、融资、研发、采购等领域达成的合作协议
不景气卡特尔/ 结构危机卡特尔	因经济不景气, 为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩而达成相关协议
出口卡特尔	为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益而达成相关协议, 一般是指国内经营者为了确保或促进产品出口, 就出口商品价格和国际市场划分等达成的限制竞争协议。 提示: 一般来说, 出口卡特尔限制了境外市场的竞争, 损害他国消费者的福利, 但对出口国不但无害反而有利。故而反垄断法对之予以豁免
为公益利益	为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益而垄断

提示: 除出口卡特尔外, 经营者通过上述其他事由申请豁免的, 还应进一步证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争, 而且能够使消费者分享由此产生的利益。

(3) 反垄断执法机构认定被调查的垄断协议是否属于上述情形时, 应当考虑以下因素:

- ①协议实现该情形的具体形式和效果;
- ②协议与实现该情形之间的因果关系;
- ③协议是否是实现该情形的必要条件。

【典例研习·11-10】(2016年多项选择题)

下列行为中, 违反我国《反垄断法》的有()。

- A. 国有经济占控制地位的关系国民经济命脉行业的国有企业之间达成垄断协议的行为
- B. 农业生产者在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合行为
- C. 外国企业在中国境外实施的对中国境内市场竞争产生排除或限制效果的垄断行为
- D. 具有竞争关系的境内企业就固定商品出口价格达成的垄断协议

【斯尔解析】 本题考查垄断协议的豁免。选项A所述属于违法的垄断行为, 上文已明确提及; 选项B所述属于排除适用《反垄断法》的情况, 不违反《反垄断

法》；选项C所述涉及《反垄断法》适用的地域范围，该情况属于《反垄断法》项下的违法行为；选项D所述属于“出口卡特尔”，是“垄断协议的豁免”情况之一，不属于《反垄断法》项下的违法行为。

（二）处理方式——终止、可重启

（1）反垄断执法机构认定被调查的垄断协议属于豁免情形的，应当终止调查并制作终止调查决定书。

（2）反垄断执法机构作出终止调查决定后，因情况发生重大变化，导致被调查的协议不再符合豁免条件的，反垄断执法机构应当重新启动调查。

七、宽大制度——“戴罪立功”（★）

所谓宽大制度，是指参与垄断协议的经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以对其宽大处理，酌情减轻或者免除其处罚。须注意：

（1）所谓“重要证据”：

①能够对反垄断执法机构启动调查或者对认定垄断协议起到关键性作用的证据，包括参与垄断协议的经营者、涉及的产品范围、达成协议的内容和方式、协议的具体实施等情况。

②执法机构尚未掌握的，并对最终认定垄断协议行为具有显著证明效力的证据，包括：

a.在垄断协议的达成方式和实施行为方面具有更大证明力或者补充证明价值的证据；

b.在垄断协议的内容、达成和实施的时间、涉及的产品或者服务范畴、参与成员等方面具有补充证明价值的证据；

c.其他能够证明和固定垄断协议证明力的证据。

（2）参与垄断协议的经营者主动报告达成垄断协议有关情况并提供重要证据的，可以申请依法减轻或者免除处罚（只有第一个申请者可以免除处罚），其中：

①对于第一个申请者，反垄断执法机构可以免除处罚或者按照不低于80%的幅度减轻罚款；

②对于第二个申请者，可以按照30%~50%的幅度减轻罚款；

③对于第三个申请者，可以按照20%~30%的幅度减轻罚款。

提示：经营者组织、胁迫其他经营者参与达成、实施垄断协议或者妨碍其他经营者停止该违法行为的，执法机构不对其免除处罚，但可以相应给予减轻处罚，还可以考虑相应减免没收经营者的违法所得。

【典例研习·11-11】（2015年单项选择题）

在反垄断执法机构查处某横向价格垄断协议案件的过程中，作为垄断协议当事人之一的甲企业因主动向执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据，被免除处罚。根据反垄断法律制度的规定，甲企业被免除处罚的依据是（ ）。

A.豁免制度

B.宽恕制度

C.适用除外制度

D.经营者承诺制度



斯尔解析 本题考查垄断协议中的宽恕制度，属于基本的定义考查，题干中描述的便是宽恕制度的定义，故应选则选项B。

陷阱提示 上面已经帮大家区分了“适用除外制度”和“豁免制度”，在这里还要提示大家区分“经营者承诺制度”和“宽恕制度”：

- (1) “经营者承诺”的效果是中止调查，事由是“知错能改”；
- (2) “宽恕制度”的效果是减免处罚，事由是“戴罪立功”。

第三节 滥用市场支配地位规制制度

一、市场支配地位（★）

（一）市场支配地位的含义

市场支配地位是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

(1) “其他交易条件”，是指除商品价格、数量之外能够对市场交易产生实质影响的其他因素，包括商品品种、商品品质、付款条件、交付方式、售后服务、交易选择、技术约束等。

(2) “能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场”，包括：

- ①排除其他经营者进入相关市场；
- ②延缓其他经营者在合理时间内进入相关市场；
- ③导致其他经营者虽能够进入该相关市场但进入成本大幅提高，无法与现有经营者开展有效竞争等情形。

原理详解

对市场支配地位的概念可以从以下三个方面进行理解：

(1) 具有市场支配地位的经营者未必是“独占”者；市场的非独占者有足够强大的影响市场竞争的能力时，也会成为具有市场支配地位的经营者。

(2) 具有市场支配地位的经营者可以是一个，也可以是多个经营者共同具有市场支配地位。

(3) 市场支配地位是一种市场结构状态。需注意，《反垄断法》否定的是滥用市场支配地位的“行为”，而不是市场支配地位这种“状态”。

（二）市场支配地位的认定

在反垄断法律实践中，判断经营者是否具有市场支配地位的首要步骤是界定相关市场，之后再根据市场集中度及市场进入的难易程度等各种相关因素综合考察经营者在该相关市场中是否具有市场支配地位。

1. 认定经营者具有市场支配地位时应当依据的主要因素

- (1) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (2) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (3) 该经营者的财力和技术条件；

(4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度;

(5) 其他经营者进入相关市场的难易程度。

2. 认定互联网等新业态经营者具有市场支配地位考虑的特殊因素

在认定互联网等新业态经营者具有市场支配地位时, 可以考虑相关行业竞争特点、经营模式、用户数量、网络效应、锁定效应、技术特性、市场创新、掌握和处理相关数据的能力及经营者在关联市场的市场力量等因素。

认定以互联网企业为代表的平台经营者是否具有市场支配地位时, 可以考虑的具体因素包括:

(1) 经营者的市场份额以及相关市场竞争状况。

(2) 经营者控制市场的能力。

(3) 经营者的财力和技术条件。

(4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度。

(5) 其他经营者进入相关市场的难易程度。

3. 经营者市场支配地位的推定标准

实践中通常优先以经营者的市场份额作为经营者市场支配地位的推定标准。

但市场份额不是认定市场支配地位唯一的和绝对的标准, 因此, 被推定具有市场支配地位的经营者, 如有证据证明其不具有市场支配地位的, 不应当认定其具有市场支配地位。

原理
详解

根据《反垄断法》, 以下情况可推定相关主体具有市场支配地位:

(1) 1个经营者在相关市场的市场份额达到1/2;

(2) 2个经营者在相关市场的市场份额合计达到2/3;

(3) 3个经营者在相关市场的市场份额合计达到3/4。

提示: 对于多个经营者被推定为共同占有市场支配地位时, 其中有的经营者市场份额不足1/10的, 不应当推定该经营者具有市场支配地位。说白了, “小虾米”是不能算在“市场支配者”中的!

二、滥用市场支配地位的行为(★)

(一) 滥用市场支配地位行为的概念与分类

1. 概念

滥用市场支配地位行为, 是指具有市场支配地位的经营者凭借其市场支配地位实施的排挤竞争对手或不公平交易行为, 其构成要件有三:

(1) 行为主体须是具有市场支配地位的经营者;

(2) 客观方面实施了排挤竞争对手或不公平交易的反竞争行为;

(3) 在行为后果方面削弱了竞争, 破坏了市场竞争秩序。

2. 分类——排他性滥用、剥削性滥用

(1) 排他性滥用是指寻求损害竞争者的竞争地位, 或者从根本上将它们排除出市场的行为, 主要表现形式包括掠夺定价、搭售、价格歧视和拒绝交易等。

(2) 剥削性滥用是指具有市场支配地位的经营者凭借其市场支配地位对交易对方

进行剥削的行为，实践中主要表现为不公平定价行为。

（二）《反垄断法》禁止的滥用市场支配地位行为

《反垄断法》禁止的滥用市场支配地位行为可作如下归类：

分类	行为
剥削性滥用	(1) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品； (2) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品
排他性滥用	(1) 没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易； (2) 没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易； (3) 没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件； (4) 没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇

(1) 以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品。

认定“不公平的高价”或者“不公平的低价”，可以考虑下列主要因素：

①销售价格或者购买价格是否明显高于或者明显低于其他经营者在相同或者相似市场条件下销售或者购买同种商品或者可比较商品的价格；

②销售价格或者购买价格是否明显高于或者明显低于同一经营者在其他相同或者相似市场条件区域销售或者购买商品的价格；

③在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高销售价格或者降低购买价格；

④销售商品的提价幅度是否明显高于成本增长幅度，或者购买商品的降价幅度是否明显高于交易相对人成本降低幅度。

提示：认定市场条件相同或者相似，应当考虑销售渠道、销售模式、供求状况、监管环境、交易环节、成本结构、交易情况等因素。

【典例研习·11-12】（2018年多项选择题）

根据反垄断法律制度的规定，认定具有市场支配地位的经营者以不公平的高价销售商品，应当主要考虑的因素有（ ）。

- A. 商品的销售价格是否明显高于成本
- B. 商品的销售价格是否明显高于其他经营者销售同种商品的价格
- C. 在成本基本稳定的情况下，是否超过正常幅度提高商品的销售价格
- D. 商品销售价格的提价幅度是否明显高于成本增长幅度

斯尔解析 本题考查市场支配地位的认定。关于“不公平的高价”或者“不公平的低价”之认定，首先要抓住“明显”“超过正常”等关键词。此外，选项A脱离同行谈成本，从直觉考虑也会觉得不合理，当然不应选。

(2) 没有正当理由，以低于成本的价格销售商品。

下列情形构成低于成本销售行为的正当理由：

- ①降价处理鲜活商品、季节性商品、有效期限即将到期的商品和积压商品的；
- ②因清偿债务、转产、歇业降价销售商品的；
- ③在合理期限内为推广新产品进行促销的。

【典例研习】答案：

11-12: BCD

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

(3) 没有正当理由, 拒绝与交易相对人进行交易。

①具有市场支配地位的经营者拒绝与交易相对人进行交易时, 通常通过间接方式变相进行, 如:

- a. 实质性削减与交易相对人的现有交易数量;
- b. 拖延、中断与交易相对人的现有交易;
- c. 拒绝与交易相对人进行新的交易;
- d. 设置限制性条件, 使交易相对人难以与其进行交易;
- e. 拒绝交易相对人在生产经营活动中, 以合理条件使用其必需设施。

提示: 在依据第e项认定经营者滥用市场支配地位时, 应当综合考虑以合理的投入另行投资建设或者另行开发建造该设施的可行性、交易相对人有效开展生产经营活动对该设施的依赖程度、该经营者提供该设施的可能性以及对自身生产经营活动造成的影响等因素。

②能构成否认拒绝交易行为违法性的正当理由主要包括:

- a. 因不可抗力等客观原因无法进行交易;
- b. 交易相对人有不良信用记录或者出现经营状况恶化等情况, 影响交易安全;
- c. 与交易相对人进行交易将使经营者利益发生不当减损。

(4) 没有正当理由, 限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易。

①限定交易行为的具体表现包括:

- a. 限定交易相对人只能与其进行交易;
- b. 限定交易相对人只能与其指定的经营者进行交易;
- c. 限定交易相对人不得与特定经营者进行交易。

提示: 从事上述限定交易行为可以是直接限定, 也可以是以设定交易条件等方式变相限定。

②限定交易的“正当理由”主要包括:

- a. 为满足产品安全要求所必须;
- b. 为保护知识产权所必须;
- c. 为保护针对交易进行的特定投资所必须。

(5) 没有正当理由搭售商品, 或者在交易时附加其他不合理的交易条件。

①搭售及附加不合理交易条件行为的具体表现包括:

a. 违背交易惯例、消费习惯或者无视商品的功能, 将不同商品捆绑销售或者组合销售;

b. 对合同期限、支付方式、商品的运输及交付方式或者服务的提供方式等附加不合理的限制;

- c. 对商品的销售地域、销售对象、售后服务等附加不合理的限制;
- d. 交易时在价格之外附加不合理费用;
- e. 附加与交易标的无关的交易条件。

②此类行为的“正当理由”主要包括:

- a. 符合正当的行业惯例和交易习惯;
- b. 为满足产品安全要求所必须;

c.为实现特定技术所必须。

(6) 没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇。

①这类行为简称差别待遇或歧视待遇,其具体表现包括:

a.实行不同的交易价格、数量、品种、品质等级;

b.实行不同的数量折扣等优惠条件;

c.实行不同的付款条件、交付方式;

d.实行不同的保修内容和期限、维修内容和时间、零配件供应、技术指导等售后服务条件。

提示:条件相同,是指交易相对人之间在交易安全、交易成本、规模和能力、信用状况、所处交易环节、交易持续时间等方面不存在实质性影响交易的差别。

②差别待遇行为的正当理由主要包括:

a.根据交易相对人实际需求且符合正当的交易习惯和行业惯例,实行不同交易条件;

b.针对新用户的首次交易在合理期限内开展的优惠活动。

三、滥用市场支配地位的法律责任

(1) 民事责任。

经营者因实施滥用市场支配地位行为给他人造成损失的,依法承担民事责任。

(2) 行政责任。

①经营者违反《反垄断法》规定,滥用市场支配地位的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款;

②经营者因行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力而滥用市场支配地位的,不影响其依法承担行政责任;

③经营者能够证明其从事的滥用市场支配地位行为是被动遵守行政命令所导致的,可以依法从轻或者减轻处罚。

第四节 经营者集中反垄断审查制度

一、经营者集中反垄断审查制度概述

(一) 经营者集中的概念

经营者集中,是指经营者之间通过合并、取得股份或者资产、委托经营或联营以及人事兼任等方式形成的控制与被控制状态。由于一定规模的经营者集中可能改变市场结构,并进而可能妨碍市场竞争,损害消费者福利,因此,反垄断法将其纳入调整视野。

(二) 经营者集中的分类

根据参与集中的经营者在产业中的位置和相互关系,可将经营者集中分为横向集中、纵向集中和混合集中:

(1) 横向集中:因生产或销售同类产品,或者提供同种服务而具有相互直接竞争关系的经营者之间的集中。

(2) 纵向集中:同一产业中处于不同阶段,彼此之间不存在竞争关系,但有买卖

关系的经营者之间的集中，亦即某种产品的卖方和买方之间的集中或上游经营者与下游经营者间的集中。

(3) 混合集中：生产经营的产品或服务在彼此没有关联（既不存在竞争关系，也不存在买卖关系）的经营者之间的集中（即跨行业的经营者集中，如一个移动电话制造商与一个房地产商之间的集中）。

（三）《反垄断法》对经营者集中的规制模式（★）

我国《反垄断法》对经营者集中采取“强制的事前申报模式”，即要求当事人在实施集中前必须事先向反垄断法执法机构申报，待执法机构审查批准后方可实施集中的制度。

二、经营者集中的申报（★）

（一）经营者集中申报标准

(1) 经营者集中达到下列标准之一的，经营者应当事先向市场监管总局申报，未申报的不得实施集中：

①参与集中的所有经营者上一会计年度在全球范围内的营业额合计超过100亿元人民币，并且其中至少2个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币；

②参与集中的所有经营者上一会计年度在中国境内的营业额合计超过20亿元人民币，并且其中至少2个经营者上一会计年度在中国境内的营业额均超过4亿元人民币。

提示：这里的“营业额”包括相关经营者上一会计年度内销售产品和提供服务所获得的收入，扣除相关税金及附加。

(2) 经营者集中未达到上述申报标准，但按照规定程序收集的事实和证据表明该经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的，市场监管总局应当依法进行调查。

（二）申报材料的提交与补正

(1) 经营者向国务院反垄断执法机构申报集中，应当提交下列文件、资料：①申报书；②集中对相关市场竞争状况影响的说明；③集中协议；④参与集中的经营者经会计师事务所审计的上一会计年度财务会计报告；⑤国务院反垄断执法机构规定的其他文件、资料。

(2) 经营者提交的文件、资料不完备的，应当在国务院反垄断执法机构规定的期限内补交文件、资料。经营者逾期未补交文件、资料的，视为未申报。

（三）申报豁免——同一控制下的重组

经营者集中有下列情形之一的，可以不向国务院反垄断执法机构申报：

(1) 参与集中的1个经营者拥有其他每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产的；

(2) 参与集中的每个经营者50%以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

三、经营者集中审查程序（★★）

（一）两阶段审查

1. 第一阶段审查（初步审查）

(1) 反垄断执法机构应当自收到经营者提交的符合规定的文件、资料之日起30日内：

- ①对申报的经营者集中进行初步审查，作出是否实施进一步审查的决定；
- ②书面通知经营者反垄断执法机构作出决定前，经营者不得实施集中。

(2) 第一阶段审查的结果：

- ①反垄断执法机构作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。
- ②如果反垄断执法机构决定实施进一步审查的，则进入第二阶段审查。

2. 第二阶段审查

第二阶段审查应当自执法机构作出实施进一步审查决定之日起90日内完毕，并作出是否禁止经营者集中的决定，书面通知经营者。作出禁止经营者集中的决定，应当说明理由。此外，还须注意：

(1) 有下列情形之一的，国务院反垄断执法机构经书面通知经营者，可以延长前款规定的审查期限，但最长不得超过60日：

- ①经营者同意延长审查期限的；
- ②经营者提交的文件、资料不准确，需要进一步核实的；
- ③经营者申报后有关情况发生重大变化的。

(2) 审查期间，经营者不得实施集中。国务院反垄断执法机构逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。

(二) 简易程序

为了提高经营者集中的审查效率，降低集中方的合规成本，我国对经营者集中案件规定了简易案件的标准，并对简易案件适用更加简单（可以体现在申报材料说明情况的广度、深度、难度上）的审查程序。对于简易案件的认定，我国法律从正反两个方面加以规定：

1. 正面条件

符合下列情形的经营者集中案件，为简易案件：

- (1) 在同一相关市场，参与集中的经营者所占的市场份额之和小于15%；在上下游市场，参与集中的经营者所占的市场份额均小于25%；不在同一相关市场也不存在上下游关系的参与集中的经营者，在与交易有关的每个市场所占的市场份额均小于25%；
- (2) 参与集中的经营者在中国境外设立合营企业，合营企业不在中国境内从事经济活动的；
- (3) 参与集中的经营者收购境外企业股权或资产，该境外企业不在中国境内从事经济活动的；
- (4) 由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中一个或一个以上经营者控制的。

2. 反面条件

虽符合上述条件，但存在下列情形的经营者集中案件，不视为简易案件：

- (1) 由两个以上经营者共同控制的合营企业，通过集中被其中的一个经营者控制，该经营者与合营企业属于同一相关市场的竞争者，且市场份额之和大于15%的；
- (2) 经营者集中涉及的相关市场难以界定的；
- (3) 经营者集中对市场进入、技术进步可能产生不利影响的；
- (4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者可能产生不利影响的；

- (5) 经营者集中对国民经济发展可能产生不利影响的；
(6) 市场监管总局认为可能对市场竞争产生不利影响的其他情形。

(三) 审查决定

决定类型	适用情况
禁止集中决定	经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果
不予禁止决定	①经营者集中不具有排除、限制竞争效果的； ②经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果，但是经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响或者符合社会公共利益
附条件的不予禁止决定	对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件（对于该等限制性条件，请见后文详述）

四、经营者集中审查的实体标准（★）

(一) 一般标准

我国《反垄断法》将“具有或者可能具有排除、限制竞争效果”作为经营者集中审查的一般标准。

(二) 对经营者集中竞争影响的评估

审查经营者集中，根据个案具体情况和特点，参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力。

判断参与集中的经营者是否取得或增加市场控制力时，综合考虑下列主要因素：

- (1) 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；
- (2) 相关市场的市场集中度；
- (3) 经营者集中对市场进入、技术进步的影响；
- (4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；
- (5) 经营者集中对国民经济发展的影响；
- (6) 应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

五、经营者集中附加限制性条件批准制度（★★）

前已言及，在经营者集中审查中，对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。

(一) 限制性条件的分类

(1) 限制性条件包括如下几类：


- ①结构性条件：剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益；
- ②行为性条件：开放网络或平台等基础设施、许可关键技术（包括专利、专有技术或其他知识产权）、终止排他性协议等行为性条件；
- ③结构性条件和行为性条件相结合的综合性条件。

(2) 剥离有形资产、知识产权等无形资产或相关权益，简称业务剥离，是指由参与集中的经营者将自己的部分业务出售给第三方经营者，以保持这部分业务的竞争性。

【典例研习·11-13】（2020年单项选择题）

下列经营者集中附加的限制性条件中，属于结构性条件的是（ ）。

- A. 许可关键技术
- B. 剥离知识产权
- C. 终止排他性协议
- D. 开放平台等基础设施

 **斯尔解析** 本题考查限制性条件中结构性条件和行为性条件的区分。其中，行为性条件均具有明显的“行为”特征，如“开放”“许可”“终止”；结构性条件都与集中者的资产范围有关。

（二）限制性条件的确定

（1）为减少集中具有或者可能具有的排除、限制竞争的效果，参与集中的经营者可以向市场监管总局提出附加限制性条件承诺方案。

（2）市场监管总局应当对承诺方案的有效性、可行性和及时性进行评估，并及时将评估结果通知申报人。

（3）市场监管总局认为承诺方案不足以减少集中对竞争的不利影响的，可以与参与集中的经营者就限制性条件进行磋商，要求其在合理期限内提出其他承诺方案。

（4）承诺方案存在不能实施的风险的，参与集中的经营者可以提出备选方案。备选方案应当在首选方案无法实施后生效，并且比首选方案的条件更为严格。

（三）限制性条件的履行监督、解除与变更

（1）对于附加限制性条件批准的经营者集中，义务人应当严格履行审查决定规定的义务，并按规定向市场监管总局报告限制性条件履行情况。市场监管总局可以自行或者通过受托人对义务人履行限制性条件的行为进行监督检查。通过受托人监督检查的，市场监管总局应当在审查决定中予以明确。

（2）审查决定应当规定附加限制性条件的期限。

①根据审查决定，限制性条件到期自动解除的，经市场监管总局核查，义务人未违反审查决定的，限制性条件自动解除。义务人存在违反审查决定情形的，市场监管总局可以适当延长附加限制性条件的期限，并及时向社会公布。

②根据审查决定，限制性条件到期后义务人需要申请解除的，义务人应当提交书面申请并说明理由。市场监管总局评估后决定解除限制性条件的，应当及时向社会公布。

③限制性条件为业务剥离的，经市场监管总局核查，义务人履行完成所有义务的，限制性条件自动解除。

（3）审查决定生效期间，市场监管总局可以主动或者应义务人申请对限制性条件进行重新审查，变更或者解除限制性条件。市场监管总局决定变更或者解除限制性条件的，应当及时向社会公布。市场监管总局变更或者解除限制性条件时，应当考虑下列因素：

- ①集中交易方是否发生重大变化；
- ②相关市场竞争状况是否发生实质性变化；
- ③实施限制性条件是否无必要或者不可能；
- ④应当考虑的其他因素。

六、对违法实施经营者集中的调查处理

（一）违法实施经营者集中的情形

（1）经营者集中达到申报标准，相关经营者未申报径行实施集中；

(2) 经营者集中申报后, 相关经营者未经批准实施集中;

(3) 违反经营者集中审查决定。

(二) 处理措施

(1) 经营者违反本法规定实施集中的, 由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态, 可以处五十万元以下的罚款。

(2) 反垄断执法机构要对被调查的违法集中交易是否具有或者可能具有排除、限制竞争效果进行评估, 并据此决定是否给予“恢复到集中前的状态”的处罚。

第五节 滥用行政权力排除、限制竞争规制制度

一、滥用行政权力排除、限制竞争行为概述

滥用行政权力排除、限制竞争, 即通常所谓“行政性垄断”, 是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力, 排除、限制竞争的行为。

二、《反垄断法》禁止的滥用行政权力排除、限制竞争行为(★)

(一) 行政强制交易

1. 定义

行政性垄断意义上的强制交易, 是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力, 限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品的行为。

2. 主要行为类型

(1) 以明确要求、暗示、拒绝或者拖延行政审批、重复检查、不予接入平台或者网络等方式, 限定或者变相限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品;

(2) 通过限制投标人所在地、所有制形式、组织形式等方式, 限定或者变相限定经营、购买、使用特定投标人提供的商品;

(3) 没有法律、法规依据, 通过设置项目库、名录库等方式, 限定或者变相限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品;

(4) 限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品的其他行为。

(二) 地区封锁

1. 定义

地区封锁, 是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力, 限制外地商品进入本地市场, 或者限制本地商品流向外地市场的行为。

2. 主要行为类型

(1) 对外地商品设定歧视性收费项目、实行歧视性收费标准, 或者规定歧视性价格、实行歧视性补贴政策;

(2) 对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准, 或者对外地商品采取重复检验、重复认证等措施, 阻碍、限制外地商品进入本地市场;

(3) 没有法律、法规依据,采取专门针对外地商品的行政许可、备案,或者对外地商品实施行政许可、备案时,设定不同的许可或者备案条件、程序、期限等,阻碍、限制外地商品进入本地市场;

(4) 没有法律、法规依据,设置关卡、通过软件或者互联网设置屏蔽等手段,阻碍、限制外地商品进入本地市场或者本地商品运往外地市场。

(三) 排斥或限制外地经营者参加本地招标投标

1. 行为含义

排斥或限制外地经营者参加本地招标投标、政府采购,意在减少本地招标投标、政府采购市场中的竞争,保护本地企业的商业机会。

2. 此类行为的具体表现

(1) 不依法发布信息;

(2) 明确外地经营者不能参与本地特定的招标投标、政府采购活动;

(3) 对外地经营者设定歧视性的资质要求或者评审标准;

(4) 通过设定与招标项目的具体特点和实际需要不相适应或者与合同履行无关的资格、技术和商务条件,变相限制外地经营者参加本地招标投标、政府采购活动。

(四) 排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构或者妨碍外地经营者在本地正常经营活动

此类行为的具体表现主要包括:

(1) 拒绝外地经营者在本地投资或者设立分支机构;

(2) 没有法律、法规依据,对外地经营者在本地投资的规模、方式以及设立分支机构的地址、商业模式等进行限制;

(3) 对外地经营者在本地投资或者设立的分支机构在投资、经营规模、经营方式、税费缴纳等方面规定与本地经营者不同的要求,在安全生产节能环保、质量标准等方面实行歧视性待遇;

(4) 排除或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构的其他行为。

(五) 强制经营者从事垄断行为

强制经营者从事垄断行为,是指行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,强制经营者达成、实施排除、限制竞争的垄断协议,或者强制具有市场支配地位的经营者从事滥用市场支配地位的行为,或者强制经营者实施违法经营者集中等。

(六) 抽象行政性垄断行为

抽象行政性垄断行为,是指行政机关用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定的行为,其具体形式包括决定、公告、通告、通知、意见、会议纪要等。

与具体行政行为只针对特定主体和特定事项不同,抽象行政行为则是行政机关针对不特定对象发布的能反复适用的行政规范性文件,具有一定的“普适性”,因此,抽象行政性垄断行为比具体行政性垄断行为的危害更大。

三、公平竞争审查制度

针对可能存在的抽象行政性垄断行为,我国规定了“公平竞争审查制度”。

(一) 公平竞争审查制度的适用范围和方式

1. 行政机关以及法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织制定的政策措施

(1) 在制定涉及市场主体经济活动的政策措施时,应当进行公平竞争审查,评估对市场竞争的影响。

(2) 经公平竞争审查认为不具有排除、限制竞争效果或者符合例外规定的,可以实施。

(3) 具有排除、限制竞争效果且不符合例外规定的,应当不予出台或者调整至符合相关要求后出台。

(4) 未经公平竞争审查的,不得出台。

2. 国务院制定的行政法规、政策措施,地方性法规、自治条例和单行条例

(1) 涉及市场主体经济活动的行政法规、国务院制定的政策措施,以及政府部门负责起草的地方性法规、自治条例和单行条例,由起草部门在起草过程中按照本细则规定进行公平竞争审查。未经公平竞争审查的,不得提交审议。

(2) 以县级以上地方各级人民政府名义出台的政策措施,由起草部门或者本级人民政府指定的相关部门进行公平竞争审查。起草部门在审查过程中,可以会同本级市场监管部门进行公平竞争审查。未经审查的,不得提交审议。

(3) 以多个部门名义联合制定出台的政策措施,由牵头部门负责公平竞争审查,其他部门在各自职责范围内参与公平竞争审查。

(二) 公平竞争审查的联席会议制度

(1) 全国公平竞争审查联席会议制度。

市场监管总局、发展改革委、财政部、商务部会同有关部门,建立健全公平竞争审查工作部际联席会议制度,统筹协调和监督指导全国公平竞争审查工作。

(2) 地区公平竞争审查联席会议制度。

① 县级以上地方各级人民政府负责建立健全本地区公平竞争审查工作联席会议制度(简称联席会议),统筹协调和监督指导本地区公平竞争审查工作。

② 地方各级联席会议应当每年向本级人民政府和上一级联席会议报告本地区公平竞争审查制度实施情况,接受其指导和监督。

③ 联席会议办公室设在市场监管部门,承担联席会议日常工作。

(三) 公平竞争审查标准

进行公平竞争审查时,从维护全国统一市场和公平竞争的角度,按照以下标准进行审查:

1. 市场准入和退出标准

(1) 不得设置不合理和歧视性的准入和退出条件;

(2) 未经公平竞争审查不得授予经营者特许经营权;

(3) 不得限定经营、购买、使用特定经营者提供的商品和服务;

(4) 不得设置没有法律、行政法规或者国务院规定依据的审批或者具有行政审批性质的事前备案程序;

(5) 不得对市场准入负面清单以外的行业、领域、业务等设置审批程序。

2. 商品和要素自由流动标准

(1) 不得对外地和进口商品、服务实行歧视性价格和歧视性补贴政策;

(2) 不得限制外地和进口商品、服务进入本地市场或者阻碍本地商品运出、服务输出;

- (3) 不得排斥或者限制外地经营者参加本地招标投标活动；
- (4) 不得排斥、限制或者强制外地经营者在本地投资或者设立分支机构；
- (5) 不得对外地经营者在本地投资或者设立的分支机构实行歧视性待遇，侵害其合法权益。

3. 影响生产经营成本标准

- (1) 不得违法给予特定经营者优惠政策；
- (2) 安排财政支出一般不得与企业缴纳的税收或非税收入挂钩；
- (3) 不得违法违规减免或者缓征特定经营者应当缴纳的社会保险费用；
- (4) 不得在法律规定之外要求经营者提供或者扣留经营者各类保证金。

4. 影响生产经营行为标准

- (1) 不得强制经营者从事《中华人民共和国反垄断法》规定的垄断行为；
- (2) 不得违法披露或者要求经营者披露生产经营敏感信息，为经营者实施垄断行为提供便利条件；
- (3) 不得超越定价权限进行政府定价；
- (4) 不得违法干预实行市场调节价的商品和服务的价格水平。

(三) 例外规定

政策制定机关对政策措施进行公平竞争审查时，认为虽然在一定程度上具有限制竞争的效果，但在符合规定的情况下可以出台实施：

- (1) 维护国家经济安全、文化安全、科技安全或者涉及国防建设的；
- (2) 为实现扶贫开发、救灾救助等社会保障目的；
- (3) 为实现节约能源资源、保护生态环境、维护公共卫生健康安全等社会公共利益的；
- (4) 法律、行政法规规定的其他情形。

属于上述第(1)项至第(3)项情形的，政策制定机关应当说明相关政策措施对实现政策目的不可或缺，且不会严重限制市场竞争，并明确实施期限。

四、法律责任

(1) 政策制定机关的上级机关经核实认定政策制定机关未进行公平竞争审查或者违反审查标准出台政策措施的，应当责令其改正；拒不改正或者不及时改正的，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予处分。

(2) 本级及以上市场监管部门可以向政策制定机关或者其上级机关提出整改建议；整改情况要及时向有关方面反馈。

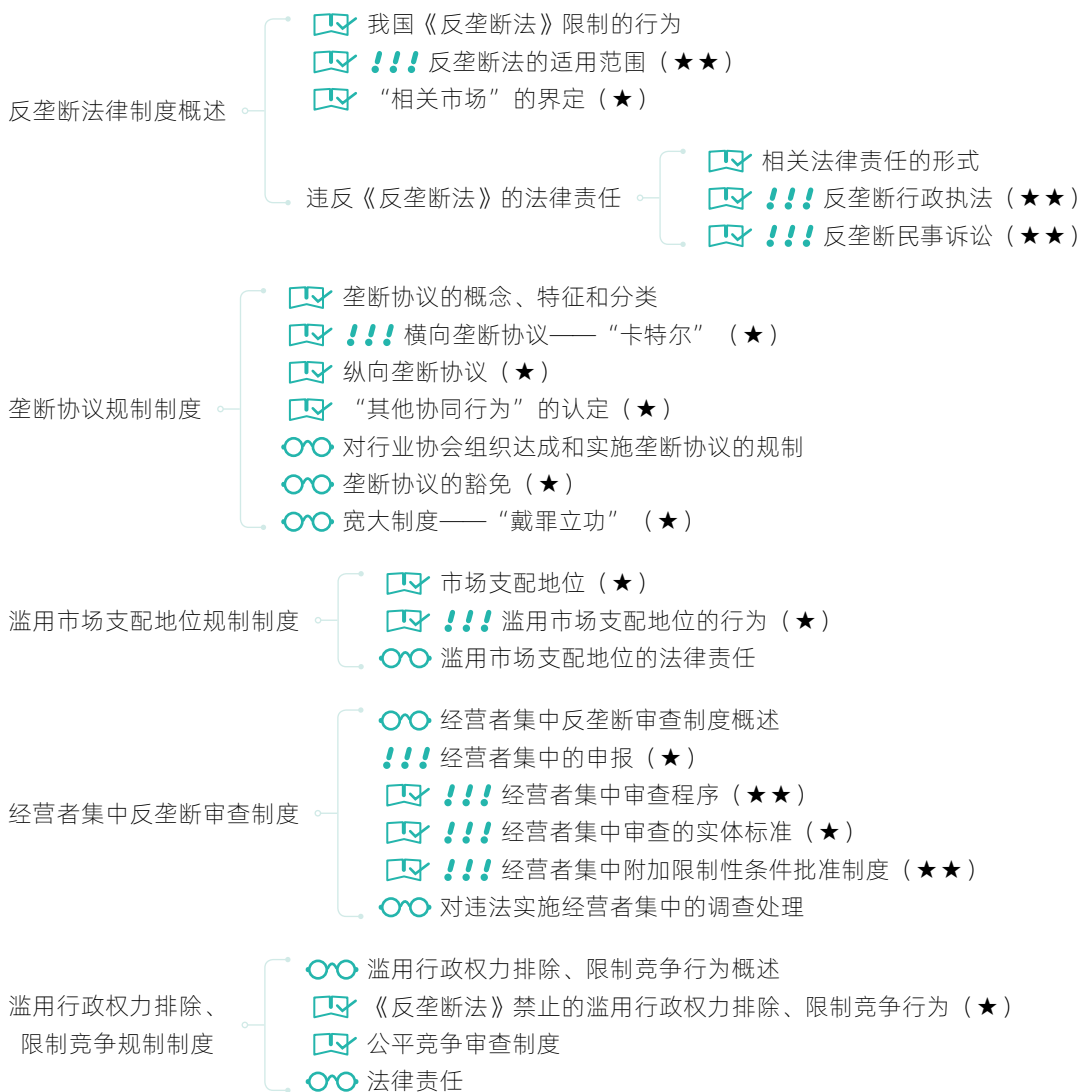
(3) 违反《中华人民共和国反垄断法》的，反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。

(4) 相关处理决定和建议依法向社会公开。

闯关地图

📖：要听懂
!!!：你得背
√+×÷：你得算
🕒：有空看

第十一章 反垄断法律制度



第十二章 涉外经济法律制度

学习提要

考几分？

本章属于次重点章节，近三年平均每年考查4题，分值合计5分。其中，2021年考查4道题，共5分；2020年考查4道题，共5分；2019年考查5道题，共6分。本章内容变化不大，预计2022年考查分值5分。

怎么考？

本章主要考查客观题，大多是对教材原文的考查，不需要太深入的理解，但本章内容较多，且近年考题经常“出其不意”，考查一些相对基础的概念和定义，所以有时大家会觉得面对的题目比较陌生，有一定难度。

怎么学？

本章的名称是“涉外经济法律制度”，但在内容上，涉及“涉外投资”“对外贸易”“外汇管理”三个领域。因此，本章的“性价比”并不高，大家在学习的时候还是要“抓大放小”，以了解这三个领域主要的监管框架为首要目标，前期以听懂、理解为主，考前冲刺阶段集中进行记忆和背诵。

考点精讲

第一节 涉外投资法律制度

一、外商投资法律制度（“外投内”）

外商投资是指外国的自然人、企业或者其他组织直接或者间接在中国境内进行的投资活动。

（一）外商投资的主要类型（★）

（1）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业。

提示：上述“其他投资者”，包括中国的自然人在内（下同）。这意味着中国自然人也可以同外国自然人、企业或其他组织在中国境内设立外商投资企业或者投资新建项目。

（2）外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益。

（3）外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目。

例如，外国投资者以服务费、特许经营费或其他约定方式获取投资收益。


（4）法律、行政法规或者国务院规定的其他方式的投资。

提示：上述情况可以将资本市场投资、协议控制模式（VIE）投资、外商投资企业中国境内再投资等涵盖在内。

【典例研习·12-1】（2020年多项选择题）

根据外商投资法律制度的规定，下列选项中属于外商投资的有（ ）。

- A. 外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内设立外商投资企业
- B. 外国投资者取得中国境内企业的股份、股权、财产份额或者其他类似权益
- C. 外国投资者在中国境内公开发行股票
- D. 外国投资者单独或者与其他投资者共同在中国境内投资新建项目

 **斯尔解析** 本题考查外商投资的范围。

（1）所谓“外商投资”，是外国的钱投到中国来。选项C中，境外投资者在中国境内公开发行股票（如果可行的话），融到的是中国证券市场的钱，并不是外国的钱，所以不应选。

（2）选项ABD看似考记忆，其实考的还是商业常识。《外商投资法》生效后，对于外商投资的各种形式可以说是“全覆盖”了，选项ABD所述情况其实都是常见的投资方式，当然在“外商投资”的范畴之内。

（二）外资范围的界定

考虑到港澳台投资者以及定居国外的中国公民（即通常所说的华侨）投资的特殊性，《实施条例》专门规定：

（1）香港特别行政区、澳门特别行政区投资者在内地投资，参照《外商投资法》和《实施条例》执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。

（2）台湾地区投资者在大陆投资，适用《台湾同胞投资保护法》及其实施细则的

规定；台湾同胞投资保护法及其实施细则未规定的事项，参照《外商投资法》和《实施条例》执行。

(3) 定居在国外的中国公民在中国境内投资，参照《外商投资法》和《实施条例》执行；法律、行政法规或者国务院另有规定的，从其规定。

(三)《外商投资法》的特色与创新(★)

1. 特色与创新的具体内容

(1) 从企业组织法转型为投资行为法。

【典例研习·12-2】(2016年多项选择题改编)

根据涉外经济法律制度的规定，下列企业形式中可以作为外商投资企业组织形式的有()。

- A. 个人独资企业
- B. 合伙企业
- C. 有限责任公司
- D. 股份有限公司

斯尔解析 本题考查外商投资企业的组织形式。一方面，《外商投资法》明确允许的外商投资企业组织形式包括公司(有限公司、股份公司)和合伙企业。另一方面，《外商投资准入特别管理措施(负面清单)》规定，境外投资者不得作为个体工商户、个人独资企业投资人(选项A不当选)、农民专业合作社成员，从事投资经营活动。因此本题选择选项BCD。

(2) 强调对外商投资的促进与保护。

(3) 全面落实国民待遇原则。

《外商投资法》规定，国家对外商投资实行准入前国民待遇加负面清单管理制度。

① 准入前国民待遇。

在投资准入阶段给予外国投资者及其投资不低于本国投资者及其投资的待遇。

② 负面清单。

a. 国家规定在特定领域对外商投资实施的准入特别管理措施；国家对负面清单之外的外商投资，给予国民待遇。

b. 上述负面清单由国家发改委和商务部联合制定。

负面清单中的“负面”包括“禁止”和“限制”两种情况，具体而言：

(1) 负面清单规定禁止投资的领域，外国投资者不得投资。

(2) 负面清单规定限制投资的领域，外国投资者进行投资应当符合负面清单规定的股权要求、高级管理人员要求等限制性准入特别管理措施。

原理
详解

(4) 更加周延地覆盖外商投资实践，进一步涵盖跨国并购、协议控制等外商投资形式。

2. 过渡期处理

鉴于在“外资三法”存续期间，有大量外商投资企业依据“外资三法”设立，在新法实施后，有必要给这些企业一个适应、调整的过渡时期。《外商投资法》施行前依照“外资三法”设立的外商投资企业：

【典例研习】答案：

12-2：BCD

(1) 在《外商投资法》施行后5年内,可以依照《公司法》《合伙企业法》等法律的规定调整其组织形式、组织机构等,并依法办理变更登记,也可以继续保留原企业组织形式、组织机构等。

(2) 自2025年1月1日起,对未依法调整组织形式、组织机构等并办理变更登记的现有外商投资企业,市场监督管理部门不予办理其申请的其他登记事项,并将相关情形予以公示。

(四) 外商投资促进

- (1) 提高外商投资政策的透明度;
- (2) 保障外商投资企业平等参与市场竞争;
- (3) 加强外商投资服务;
- (4) 依法依规鼓励和引导外商投资。

(五) 外商投资保护

1. 加强对外商投资企业的产权保护

事项	要点
财产征收	<p>(1) 国家对于外国投资者的投资原则上不实行征收。</p> <p>(2) 在特殊情况下、为了公共利益的需要,可以依照法律规定对外国投资者的投资实行征收或者征用,但应当依照法定程序、以非歧视性的方式进行,并按照被征收投资的市场价值及时给予补偿</p>
资金汇出	<p>(1) 外国投资者在中国境内的出资、利润、资本收益、资产处置所得、取得的知识产权许可使用费、依法获得的补偿或者赔偿、清算所得等,可以依法以人民币或者外汇自由汇入、汇出,任何单位和个人不得违法对币种、数额以及汇入、汇出的频次等进行限制。</p> <p>(2) 外商投资企业的外籍职工和香港、澳门、台湾职工的工资收入和其他合法收入,可以依法自由汇出</p>
知识产权	<p>(1) 行政机关(包括法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织)及其工作人员不得利用实施行政许可、行政检查、行政处罚、行政强制以及其他行政手段,强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术。</p> <p>(2) 行政机关依法履行职责,确需外国投资者、外商投资企业提供涉及商业秘密的材料、信息的,应当限定在履行职责所必需的范围内,并严格控制知悉范围,与履行职责无关的人员不得接触有关材料、信息。</p> <p>(3) 行政机关应当建立健全内部管理制度,采取有效措施保护履行职责过程中知悉的外国投资者、外商投资企业的商业秘密;依法需要与其他行政机关共享信息的,应当对信息中含有的商业秘密进行保密处理,防止泄露</p>

2. 强化对制定涉及外商投资规范性文件的约束

(1) 没有法律、行政法规依据的,不得减损外商投资企业的合法权益或者增加其义务,不得设置市场准入和退出条件,不得干预外商投资企业的正常生产经营活动。

(2) 涉及外商投资的规范性文件,应当按照国务院的规定进行合法性审核。

(3) 外国投资者、外商投资企业认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门制定的规范性文件不合法,在依法对行政行为申请行政复议或者提起行政诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查。

3.促使地方政府守约践诺

(1) 地方各级人民政府及其有关部门不得以行政区划调整、政府换届、机构或者职能调整以及相关责任人更替等为由违约毁约；

(2) 因国家利益、社会公共利益需要改变(书面的)政策承诺、合同约定的,应当依照法定权限和程序进行,并依法对外国投资者、外商投资企业因此受到的损失及时予以公平、合理的补偿。

4.建立健全外商投资企业投诉工作机制

(1) 国务院商务主管部门会同国务院有关部门建立外商投资企业投诉工作部际联席会议制度。

(2) 外商投资企业投诉工作机制不排除其他合法权利(如行政诉讼、行政复议)。

5.允许外商投资企业依法成立商会、协会

外商投资企业可以依法成立商会、协会,除法律、法规另有规定外,外商投资企业有权自主决定参加或者退出商会、协会,任何单位和个人不得干预。

【典例研习·12-3】(2020年多项选择题)

根据涉外投资法律制度的规定,下列关于外商投资保护的表述中正确的有()。

A.外国投资者在中国境内的利润,可以依法以人民币或者外汇自由汇出

B.国家对于外国投资者的投资,原则上可以实行征收

C.外国投资者、外商投资企业认为行政行为所依据的国务院部门和地方人民政府及其部门指定的规范性文件不合法,在依法对行政行为申请行政复议或者提起行政诉讼时,可以一并请求对该规范性文件进行审查

D.行政机关及其工作人员不得利用行政手段强制或者变相强制外国投资者、外商投资企业转让技术

 **斯尔解析** 本题考查外商投资保护。要注意,对于外国投资者的投资,国家

原则上不实行征收,选项B不当选。这一点其实和我国《宪法》的规定是一致的。《宪法》第十三条规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”其实也是以不征收为原则,以征收为例外。选项ACD均符合涉外投资法律制度的规定。

(六)外商投资管理(★★)

1.准入前国民待遇加负面清单管理制度(上文已经介绍)

2.外商投资安全审查制度

外商投资安全审查工作机制办公室设在国家发展改革委,由国家发展改革委、商务部牵头,承担外资安审日常工作。

(1) 下列范围内的外商投资,外国投资者或者境内相关当事人(以下统称“当事人”)应当在实施投资前主动向工作机制办公室申报:

①投资军工、军工配套等关系国防安全的领域,以及在军事设施和军工设施周边地域投资;

②投资关系国家安全的重要农产品、重要能源和资源、重大装备制造、重要基础设施、重要运输服务、重要文化产品与服务、重要信息技术和互联网产品与服务、重要金融服务、关键技术以及其他重要领域,并取得所投资企业的实际控制权。

原理
详解

“实际控制权”包括：

- (1) 外国投资者持有所投资企业50%以上股权；
- (2) 外国投资者持有所投资企业股权不足50%，但所享有的表决权能够对董事会、股东会或者股东大会的决议产生重大影响；
- (3) 其他导致外国投资者能够对所投资企业的经营决策、人事、财务、技术等产生重大影响的情形。

(2) 一般审查。

①审查期限：工作机制办公室决定对申报的外商投资进行安全审查的，应当自决定之日起30个工作日内完成一般审查。审查期间，当事人不得实施投资。

②审查结果。

a.认为申报的外商投资不影响国家安全的，应当作出通过安全审查的决定；

b.认为影响或者可能影响国家安全的，应当作出启动特别审查的决定。

上述决定应当书面通知当事人。

(3) 特别审查。

①审查期限：特别审查应当自启动之日起60个工作日内完成；特殊情况下可以延长审查期限，但应书面通知当事人。审查期间，当事人不得实施投资。

②审查结果。

a.认为不影响国家安全的，作出通过安全审查的决定；

b.认为影响国家安全的，作出禁止投资的决定；

c.通过附加条件能够消除对国家安全的影响，且当事人书面承诺接受附加条件的，可以作出附条件通过安全审查的决定，并在决定中列明附加条件。

(4) 香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区投资者进行投资，影响或者可能影响国家安全的，参照《外商投资安全审查办法》的规定执行。

3.外商投资合同效力的认定

情形	规则
负面清单外	当事人以合同未经有关行政主管部门批准、登记为由主张合同无效或者未生效的，人民法院不予支持
禁止投资	外国投资者投资外商投资准入负面清单规定禁止投资的领域，当事人主张投资合同无效的，人民法院应予支持（违反效力性强制性法律规定）
限制投资	<p>(1) 外国投资者投资外商投资准入负面清单规定限制投资的领域，当事人以违反限制性准入特别管理措施为由，主张投资合同无效的，人民法院应予支持（违反效力性强制性法律规定）。</p> <p>(2) 在人民法院作出生效裁判前，当事人采取必要措施满足准入特别管理措施的要求，并据此主张所涉投资合同有效的，人民法院应予支持</p>
动态认定	在生效裁判作出前，因外商投资准入负面清单调整，外国投资者投资不再属于禁止或者限制投资的领域，当事人主张投资合同有效的，人民法院应予支持

提示:

上述投资合同包括:

(1) 外国投资者即外国的自然人、企业或者其他组织因直接或者间接在中国境内进行投资而形成的相关协议,包括设立外商投资企业合同、股份转让合同、股权转让合同、财产份额或者其他类似权益转让合同、新建项目合同等协议。

(2) 外国投资者因赠与、财产分割、企业合并、企业分立等方式取得相应权益所产生的合同纠纷,也适用上述规定。

二、对外投资法律制度 (“内投外”) (★★)

教材提到的“对外投资”指对外直接投资,即中国境内投资者以现金、实物、无形资产等方式在国外及港澳台地区设立或购买境外企业并控制企业经营管理权的投资活动。其形式上可能是新设、并购、参股、增资、再投资等。对外直接投资与外商直接投资从性质上说均属国际直接投资,区别仅在于资金的流向。

原理
详解

(一) 法律适用

(1) 中国境内投资者对外直接投资,需要遵守:

- ①投资所在国即东道国的法律和政策;
- ②中国与有关东道国签订的双边投资保护协定;
- ③中国与相关东道国共同缔结或参加的多边条约。

(2) 与此同时,作为投资者的母国,中国国内法中的相关规定也要予以适用。

(二) 对外投资的核准与备案制度

对外投资在我国适用核准制和备案制,且涉及商务、发改两个条线,分别由国家发展改革委制定的《企业境外投资管理办法》和商务部制定的《境外投资管理办法》规制。大体而言:

(1) 境外投资既要商务主管部门“同意”,也要发改部门“同意”;

(2) 商务主管部门和发改部门的“同意”都包括核准、备案两种形式;

(3) 商务主管部门和发改部门“同意”之后,发的文件是不一样的:

①商务主管部门对于核准、备案项目都发《企业境外投资证书》;

②发改部门对核准项目发“核准文件”,对备案项目发“备案通知书”。

原理
详解

1.商务部门的核准和备案

(1) 核准制与备案制的适用。

①企业境外投资涉及敏感国家和地区、敏感行业的，实行核准管理，其中：

a.敏感国家是指与中华人民共和国未建交的国家、受联合国制裁的国家，必要时商务部可另行公布其他实行核准管理的国家和地区的名单；

b.敏感行业是指涉及出口中华人民共和国限制出口的产品和技术的行业、影响一国（地区）以上利益的行业。

②企业其他情形的境外投资，实行备案管理。

(2) 核准与备案的主体。

①核准主体——商务部。

a.中央企业向商务部提出申请；

b.地方企业通过所在地省级商务主管部门向商务部提出申请。

②备案主体——商务部、省级商务主管部门。

a.中央企业报商务部备案；

b.地方企业报所在地省级商务主管部门备案。

③征求意见的对象——中国驻外使领馆。

核准境外投资应当征求中国驻外使领馆意见：

a.涉及中央企业的，由商务部征求意见；

b.涉及地方企业的，由省级商务主管部门征求意见。

(3) 多方共同对外投资的管理。

①2个以上企业共同开展境外投资的：

a.应当由相对大股东在征求其他投资方书面同意后办理备案或申请核准；

b.如果各方持股比例相等，应当协商后由一方办理备案或申请核准。

②如投资方不属同一行政区域，负责办理备案或核准的商务部或省级商务主管部门应当将备案或核准结果告知其他投资方所在地商务主管部门。

(4) 境外投资的禁止情况。

①危害我国国家主权、安全和社会公共利益，或违反我国法律法规；

②损害我国与有关国家（地区）关系；

③违反我国缔结或者参加的国际条约、协定；

④出口我国禁止出口的产品和技术。

2.发展改革部门的核准和备案

(1) 核准制与备案制的适用。

①实行核准管理的范围是投资主体直接或通过其控制的境外企业开展的敏感类项目，即涉及敏感国家和地区的项目，以及涉及敏感行业的项目。其中：

事项	说明
敏感国家（地区）	与我国未建交的国家地区；发生战争、内乱的国家地区；根据我国缔结或参加的国际条约、协定等，需要限制企业对其投资的国家地区
敏感行业	武器装备的研制生产维修；跨境水资源开发利用；新闻传媒（敏感行业目录由国家发展改革委发布）

②实行备案管理的范围是投资主体直接开展的非敏感类项目，亦即不涉及敏感国家和地区且不涉及敏感行业的项目。

(2) 核准与备案的主体。

①核准机关是国家发展改革委。

②备案机关的确定相对复杂：

a.投资主体是中央管理企业（含中央管理金融企业、国务院或国务院所属机构直接管理的企业）的，备案机关是国家发展改革委；

b.投资主体是地方企业的，备案主体视中方投资额高低而不同：

中方投资额	备案机关
≥3亿美元	国家发展改革委
<3亿美元	投资主体注册地的省级政府发展改革部门

提示：中方投资额是指投资主体直接以及通过其控制的境外企业为项目投入的货币、证券、实物、技术、知识产权、股权、债权等资产、权益以及提供融资、担保的总额。

(3) 多方共同对外投资的管理。

2个以上投资主体共同开展的项目：

①应当由投资额较大方在征求其他投资方书面同意后提出核准、备案申请；

②如各方投资额相等，应当协商致后由其中一方提出核准、备案申请。

第二节 对外贸易法律制度

一、《对外贸易法》的适用范围和原则（★）

（一）《对外贸易法》的适用范围

1.对象范围

我国对外贸易法律制度适用于：

- (1) 货物进出口；
- (2) 技术进出口；
- (3) 国际服务贸易；
- (4) 与此相关的知识产权保护。

2.地域范围

我国《对外贸易法》仅适用于中国内地，不适用于香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区。

原理详解

《对外贸易法》规定，中华人民共和国的单独关税区不适用该法。

(1) “单独关税区”是世贸组织的专有名词，是指在对外经济贸易方面有自主权而在政治外交方面无自主权的地方政府所颁布的海关法规得以全面实施的区域。

(2) 单独关税区同主权国家都是世贸组织的独立成员。我国香港特别行政区、澳门特别行政区和台湾地区已经分别以“中国香港”“中国澳门”和“台湾、澎湖、金门、马祖单独关税区”（简称“中国台北”）名义加入世贸组织，成为我国的单独关税区。


(二) 《对外贸易法》的原则

原则	说明
统一管理	国务院对外贸易主管部门，亦即商务部，依照《对外贸易法》的规定主管全国对外贸易工作
公平自由	我国在对外贸易中坚持自由贸易与公平贸易并重的原则，既崇尚自由贸易，致力于减少乃至消除关税和非关税贸易壁垒，又主张公平贸易，反对和打击倾销、补贴等不公平贸易行为
平等互利	我国根据平等互利的原则，促进和发展同其他国家和地区的贸易关系，缔结或者参加关税同盟协定、自由贸易区协定等区域经济贸易协定，参加区域经济组织
区域作	<p>(1) 我国通过签订区域贸易协定、参加区域经济组织等方式，积极参与区域经济合作推进区域经济一体化。</p> <p>(2) 区域内国家之间相互给予的特殊优惠待遇，不违反世贸组织国民待遇和最惠国待遇原则</p>
非歧视	<p>(1) 非歧视原则包括最惠国待遇原则和国民待遇原则。简言之：</p> <p>①最惠国待遇是指一国（给惠国）给予另一国（受惠国）的个人、企业、商品等的待遇不低于给惠国给予任何第三国（最惠国）的相应待遇。</p> <p>②国民待遇是指一国给予他国国民（包括个人和企业）与本国国民相同的待遇。</p> <p>(2) 根据《对外贸易法》：</p> <p>①我国缔结或参加的国际条约、协定有规定的，依规定给予非歧视待遇。</p> <p>②没有相关国际条约、协定或者相关国际条约、协定没有规定的，则根据互惠、对等原则给予非歧视待遇</p>
互惠对等	<p>(1) 对于没有相关国际条约、协定或者相关国际条约、协定没有规定的情形，我国可以根据互惠、对等原则给予他国最惠国待遇和国民待遇。</p> <p>(2) 任何国家或地区在贸易方面对我国采取歧视性的禁止、限制或其他类似措施的，我国可以根据实际情况对该国家或地区采取相应措施</p>

【典例研习·12-4】（2018年单项选择题）

《中华人民共和国政府和加拿大政府关于促进和相互保护投资的协定》规定：“任一缔约方给予另一缔约方投资者在设立、购买、扩大、管理、经营、运营和销售或其他处置其领土内投资方面的待遇，不得低于在类似情形下给予非缔约方投资者的待遇。”该规定体现的待遇是（ ）。

- A.最惠国待遇
B.国民待遇
C.公平公正待遇
D.最低限度待遇

 **斯尔解析** 本题考查“国民待遇”与“最惠国待遇”的辨析。借本题解说一下“最惠国待遇”和“国民待遇”：通俗地说，“最惠国待遇”是外人和外人之间的平等；“国民待遇”是外人和自己人之间的平等。本道题干所述规定在“另一缔约方”和“非缔约方”之间要求平等，是外人和外人之间的平等，因此体现了最惠国待遇。

二、对外贸易经营者（★）

（一）对外贸易经营者的概念

对外贸易经营者是我国对外贸易活动的经营主体，是指依法办理工商登记或者其他执业手续，依照《对外贸易法》和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。须注意：

- (1) 对外贸易经营者不仅包括法人、其他组织，还包括个人。
- (2) 对外贸易经营无须专门许可（但需要酌情进行备案）。

- (2) 对外贸易经营无须专门许可（但需要酌情进行备案）。

（二）对外贸易经营者的管理

1.货物贸易和技术贸易经营者的备案登记

(1) 从事货物进出口或者技术进出口的对外贸易经营者，应当向商务部或者其委托的机构办理备案登记；但是，法律、行政法规和商务部规定不需要备案登记的除外。

(2) 对外贸易经营者未按照规定办理备案登记的, 海关不予办理进出口货物的报关验放手续。

2.关于国营贸易的特别规定

我国可以对部分货物的进出口实行国营贸易管理。

(1) 实行国营贸易管理货物的进出口业务只能由经授权的企业经营, 但国家允许部分数量的国营贸易管理货物的进出口业务由非授权企业经营的除外。

(2) 实行国营贸易管理的货物和经授权经营企业的目录, 由商务部会同国务院其他有关部门确定、调整并公布, 其中:

- ①实行进口国营贸易管理的货物涉及粮食、植物油、糖、烟草、原油、成品油、化肥和棉花等类别；
- ②实行出口国营贸易管理的货物主要是烟草专卖品。

- ②实行出口国营贸易管理的货物主要是烟草专卖品。

(1) 所谓国营贸易，是指国家设立的国有企业以及国家给予排他性特权的私营企业所进行贸易，亦即国家通过授予对外贸易经营者在特定贸易领域内的专营权或特许权的方式，对特定产品的进出口实施的管理。

(2) 需要指出的是,判断一个企业是不是国营贸易企业,关键是看该企业是否在国际贸易中享有专营权或特许权,与该企业的所有制形式并无必然联系(即与我国历史上所称的“国营企业”并不是一回事)。

(3) 国营贸易是世贸组织明文允许的贸易制度。

原理详解

【典例研习】答案:

12-4: A

三、货物进出口与技术进出口 (★★)

根据《对外贸易法》，国家在保证进出口贸易不对国家和社会公共利益等造成损害的情况下，允许货物和技术自由进出口。

(一) 货物和技术自由进出口的例外情形

(1) 国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关货物、技术的进出口：

- ①为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止进口或者出口的；
- ②为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止进口或者出口的；
- ③为实施与黄金或者白银进出口有关的措施，需要限制或者禁止进口或者出口的；
- ④国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源，需要限制或者禁止出口的；
- ⑤输往国家或者地区的市场容量有限，需要限制出口的；
- ⑥出口经营秩序出现严重混乱，需要限制出口的；
- ⑦为建立或者加快建立国内特定产业，需要限制进口的；
- ⑧对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的；
- ⑨为保障国家国际金融地位和国际收支平衡，需要限制进口的。

(2) 国家对与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的货物、技术进出口，以及与武器、弹药或者其他军用物资有关的进出口，可以采取任何必要措施，维护国家安全。

(3) 在战时或者为维护国际和平与安全，国家在货物、技术进出口方面可以采取任何必要措施。

(二) 货物和技术进出口的管理制度

1. 货物进出口自动许可制度 (对部分自由进出口的货物实施)

商务部基于监测进出口情况的需要，可以对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可并公布其目录。

(1) 对实行自动许可的进出口货物：

- ①收货人、发货人在办理海关报关手续前提出自动许可申请的，商务部应当予以许可；
- ②未办理自动许可手续的，海关不予放行。

原理
详解

(1) 进出口自动许可针对的是部分而非全部货物，并通过目录方式让公众周知；

(2) 进出口自动许可仅是出于监测进出口情况的需要，并非对自由进出口的限制；

(3) 自动许可申请仅具有“备案”意义，商务部对于申请应当许可，这也正是“自动”的含义所在。

(2) 实行自动进口许可管理的货物目录，包括具体货物名称和海关商品编码，由商务部会同海关总署等有关部门确定和调整，并由商务部至少在实施前21天以公告形式发布。

2. 技术进出口备案登记制度（对自由进出口的技术实施）

（1）适用范围。

①进出口属于自由进出口的技术，应当向商务部或其委托的机构办理合同备案登记。

②技术进出口合同包括专利权转让合同、专利申请权转让合同、专利实施许可合同、技术秘密许可合同、技术服务合同和含有技术进出口的其他合同。

（2）法律效力。

此种合同登记仅具有备案意义，合同自依法成立时生效，不以登记作为合同生效的条件。

（3）备案登记机关。

商务主管部门是技术进出口合同的登记管理部门，其中：

①商务部负责对《政府核准的投资项目目录》和政府投资项目中由国务院或国务院投资主管部门核准或审批的项目下的技术进口合同进行登记管理；

②各省、自治区、直辖市和计划单列市商务主管部门负责对除此以外的自由进出口技术合同进行登记管理；

③中央管理企业的自由进出口技术合同，按属地原则到各省、自治区、直辖市和计划单列市商务主管部门办理登记；

④各省、自治区、直辖市和计划单列市商务主管部门可授权下一级商务主管部门对自由进出口技术合同进行登记管理。

3. 配额和许可证制度（对限制、禁止进出口的货物和技术实施）

实行配额、许可证管理的货物、技术，经商务部或者经其会同国务院其他有关部门许可方可进口或者出口。

（1）适用范围。

①当然适用：上文提及限制或者禁止进出口的货物、技术（其目录由商务部会同国务院其他有关部门制定）；

②临时适用：商务部或者由其会同国务院其他有关部门，经国务院批准，可以临时决定限制或者禁止上述目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。

（2）限制进出口的货物——适用配额和许可证制度。

国家规定有数量限制的限制进出口货物，实行配额管理；其他限制进出口货物，实行许可证管理。

①配额管理和许可证管理由商务部与国务院有关部门实施。

②进出口经营者凭进出口配额管理部门发放的配额证明，向海关办理报关验放手续。

（3）限制进出口的技术——适用许可证制度。

我国对属于限制进出口的技术实行许可证管理，未经许可不得进出口。

①技术进出口申请获得批准的，由商务部发给技术进出口许可意向书。

②取得技术进出口许可意向书的后续程序：

a. 对外签订技术进出口合同；

b. 向商务部提交合同副本及有关文件，申请技术进出口许可证（技术进出口合同自许可证颁发之日起生效）；

c. 凭技术进出口许可证办理外汇、银行、税务、海关等相关手续。

【典例研习·12-5】（2016年单项选择题）

根据涉外经济法律制度的规定，对于国家规定有数量限制的进出口货物，我国实行的管理方式是（ ）。

- A. 配额管理
- B. 许可证管理
- C. 备案登记管理
- D. 自由进出口管理

斯尔解析 本题考查的是有数量限制的进出口货物的管理方式，应为配额管理，故选项A正确。我们借本题梳理货物和技术进出口的管理制度：

（1）原则上，我国允许货物和技术自由进出口，并以目录形式明确限制和禁止进出口的货物和技术。

（2）对于自由进出口的货物和技术，我国规定了两种“意思意思”的制度：

- ①对于部分自由进出口的货物，实施自动许可制度；
- ②对于全部自由进出口的技术，实施备案登记制度。

（3）对于限制和禁止进口的货物和技术，采取实质的前置审批，即配额制和许可证制度，其中：

- ①对于限制进出口的技术，只能适用许可制度；
- ②对于限制进出口的货物，看情况：规定数量限制的，采用配额制（“额”就是数量的意思）；除此之外，采用许可证制度。

四、国际服务贸易（★）

《对外贸易法》规定，我国在国际服务贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定中的承诺，给予其他缔约方、参加方市场准入和国民待遇。

（一）可以限制或者禁止有关国际服务贸易的情况

（1）国家基于下列原因，可以限制或者禁止有关的国际服务贸易：

- ①为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德，需要限制或者禁止的；
- ②为保护人的健康或者安全，保护动物、植物的生命或者健康，保护环境，需要限制或者禁止的；
- ③为建立或者加快建立国内特定服务产业，需要限制的；
- ④为保障国家外汇收支平衡，需要限制的；
- ⑤依照法律、行政法规的规定，其他需要限制或者禁止的；
- ⑥根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定，其他需要限制或者禁止的。

（2）国家对与军事有关的国际服务贸易，以及与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的国际服务贸易，可以采取任何必要措施，维护国家安全。

（3）在战时或者为维护国际和平与安全，国家在国际服务贸易方面可以采取任何必要措施。

（二）主管机关

（1）商务部会同国务院其他有关部门，依法规定，制定、调整并公布国际服务贸易市场准入目录。

（2）我国对于国际服务贸易不实行统一的备案登记制，而是由相关行业主管部门分别予以管理。

五、对外贸易救济措施——反倾销措施、反补贴措施、保障措施（★★）

（一）反倾销措施

1. 基本概念

其他国家或者地区的产品以低于正常价值的倾销方式进入我国市场，对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍的，国家可以采取反倾销措施，消除或者减轻这种损害、损害的威胁或者阻碍。

（1）“倾销”是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进入中国市场。

①对倾销的调查和确定，由商务部负责；

②进口产品的出口价格低于其正常价值的幅度，为倾销幅度。

（1）进口产品的正常价值按照下列方法确定：

①与出口国（地区）比较：进口产品的同类产品在该国（地区）国内市场的正常贸易过程中有可比价格的，以该可比价格为正常价值；

②与第三国（地区）比较：进口产品的同类产品在该国（地区）国内市场的正常贸易过程中没有销售的，或者该同类产品的价格、数量不能据以进行公平比较的，以该同类产品出口到一个适当第三国（地区）的可比价格或者以该同类产品在原产国（地区）的生产成本加上合理费用、利润，作为正常价值。

（2）进口产品的出口价格按照下列方法确定：

①进口产品有实际支付或者应当支付的价格的，以该价格为出口价格。

②进口产品没有出口价格或者其价格不可靠的：

a. 以根据该进口产品首次转售给独立购买人的价格推定的价格为出口价格；

b. 若该进口产品未转售给独立购买人或者未按进口时的状态转售，可以商务部根据合理基础推定的价格为出口价格。

（3）对进口产品的出口价格和正常价值，应当考虑影响价格的各种可比性因素，按照公平、合理的方式进行比较。

原理详解

（2）“损害”是指倾销对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁，或者对建立国内产业造成实质阻碍。

①对损害的调查和确定，由商务部负责；

②涉及农产品的反倾销国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。

原理
详解

(1) 在确定倾销对国内产业造成的损害时，应当审查下列事项：

- ① 倾销进口产品的数量，包括倾销进口产品的绝对数量或者相对于国内同类产品生产或者消费的数量是否大量增加，或者倾销进口产品大量增加的可能性；
- ② 倾销进口产品的价格，包括倾销进口产品的价格削减或者对国内同类产品的价格产生大幅度抑制、压低等影响；
- ③ 倾销进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响；
- ④ 倾销进口产品的出口国（地区）、原产国（地区）的生产能力、出口能力，被调查产品的库存情况；
- ⑤ 造成国内产业损害的其他因素。

(2) 对实质损害威胁的确定，应当依据事实，不得仅依据指控、推测或者极小的可能性。

(3) 在确定倾销对国内产业造成的损害时，应依据肯定性证据，不得将造成损害的非倾销因素归因于倾销。

(3) “国内产业”是指中国国内同类产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者；但是，国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的，或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的，可以排除在国内产业之外。

(4) “同类产品”是指与倾销进口产品相同的产品；没有相同产品的，以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品。

2. 反倾销调查

(1) 启动方式。

① 依申请启动：

a. 国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织（以下统称“申请人”），可以依照规定向商务部提出反倾销调查的书面申请。

b. 在表示支持申请或者反对申请的国内产业中，支持者的产量占支持者和反对者的总产量的50%以上的，应当认定申请是由国内产业或者代表国内产业提出，可以启动反倾销调查；但是，表示支持申请的国内生产者的产量不足国内同类产品总产量的25%的，不得启动反倾销调查。

② 依职权启动。

在特殊情形下，商务部虽未收到反倾销调查的书面申请，但有充分证据认为存在倾销和损害以及二者之间有因果关系的，可以自行决定立案调查。

(2) 主要程序。

程序	说明
通知	立案调查决定由商务部予以公告，并通知申请人、已知的出口经营者和进口经营者、出口国（地区）政府以及其他有利害关系的组织、个人
裁定	① 定性：商务部根据调查结果，就倾销、损害和二者之间的因果关系是否成立作出初裁决定，并予以公告。



续表

程序	说明
裁定	<p>②定量：初裁决定确定倾销、损害以及二者之间的因果关系成立的，商务部应当对倾销及倾销幅度、损害及损害程度继续进行调查，并根据调查结果作出终裁决定，予以公告。</p> <p>③通知：在作出终裁决定前，应当由商务部将终裁决定所依据的基本事实通知所有已知的利害关系方。</p> <p>④期限：反倾销调查应当自立案调查决定公告之日起12个月内结束；特殊情况下可以延长，但延长期不得超过6个月</p>
程序终止	<p>有下列情形之一的，反倾销调查应当终止，并由商务部予以公告：</p> <p>①申请人撤销申请的；</p> <p>②没有足够证据证明存在倾销、损害或者二者之间有因果关系的；</p> <p>③倾销幅度低于2%的；</p> <p>④倾销进口产品实际或者潜在的进口量或者损害属于可忽略不计的；</p> <p>⑤商务部认为不适宜继续进行反倾销调查的</p>

【典例研习·12-6】（2019年单项选择题）

根据对外贸易法律制度的规定，反倾销调查应当自立案调查决定公告之日起一定期限内结束。该期限最长可以是（ ）。

A.6个月

B.12个月

C.18个月

D.24个月



斯尔解析

本题考查反倾销调查的期限。注意，本题问的是“最长期限”，所以 $12+6=18$ 个月，选项C正确。

3.反倾销措施

措施类型	说明
价格承诺	<p>（1）申请：</p> <p>①倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间，可以向商务部作出改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。</p> <p>②商务部可以向出口经营者提出价格承诺的建议，但不得强迫出口经营者作出价格承诺。</p> <p>（2）审批：</p> <p>①商务部对倾销以及由倾销造成的损害作出肯定的初裁决定前，不得寻求或者接受价格承诺。</p> <p>②商务部认为出口经营者作出的价格承诺能够接受并符合公共利益的，可以决定中止或者终止反倾销调查，不采取临时反倾销措施或者征收反倾销税；中止或者终止反倾销调查的决定由商务部予以公告。</p> <p>③商务部不接受价格承诺的，应当向有关出口经营者说明理由</p>

续表

措施类型	说明
临时反倾销措施	<p>(1) 初裁决定确定倾销成立, 并由此对国内产业造成损害的, 可以采取下列临时反倾销措施:</p> <p>① 征收临时反倾销税;</p> <p>② 要求提供保证金、保函或者其他形式的担保。</p> <p>(2) 临时反倾销税税额或者提供的保证金、保函或者其他形式担保的金额, 不得超过初裁决定确定的倾销幅度。</p> <p>(3) 审批主体:</p> <p>① 征收临时反倾销税的, 由商务部提出建议, 国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定, 由商务部公告; 海关自公告规定实施之日起执行;</p> <p>② 要求提供保证金、保函或者其他形式的担保的, 由商务部作出决定并予以公告</p>
反倾销税	<p>终裁决定确定倾销成立, 并由此对国内产业造成损害的, 可以征收反倾销税。</p> <p>(1) 审批与执行机关:</p> <p>征收反倾销税, 由商务部提出建议, 国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定, 由商务部予以公告; 海关自公告规定实施之日起执行。</p> <p>(2) 对象与效力:</p> <p>① 反倾销税的纳税人为倾销进口产品的进口经营者。</p> <p>② 反倾销税原则上仅适用于终裁决定公告之日以后进口的产品。</p> <p>(3) 幅度与期限:</p> <p>① 在任何情形下, 反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度。</p> <p>② 反倾销税的征收期限不超过5年, 但经商务部复审确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的, 反倾销税的征收期限可以适当延长</p>

(二) 反补贴措施

1. 基本概念

进口的产品直接或者间接地接受出口国家或者地区给予的任何形式的专向性补贴, 对已建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁, 或者对建立国内产业造成实质阻碍的, 国家可以采取反补贴措施, 消除或者减轻这种损害或者损害的威胁或者阻碍。

(1) “补贴”是指出口国(地区)政府或者其任何公共机构(统称“出口国/地区政府”)提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。

① 对补贴的调查和确定, 由商务部负责。

② 依照《反补贴条例》进行调查、采取反补贴措施的补贴必须具有专向性。

(1) “财政资助”包括:

- ①出口国(地区)政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金,或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务;
- ②出口国(地区)政府放弃或者不收缴应收收入;
- ③出口国(地区)政府提供除一般基础设施以外的货物、服务,或者由出口国(地区)政府购买货物;
- ④出口国(地区)政府通过向筹资机构付款,或者委托、指令私营机构履行上述职能。

(2) 有下列情形之一的补贴,具有专向性:

- ①由出口国(地区)政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴;
- ②由出口国(地区)法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴;
- ③指定特定区域内的企业、产业获得的补贴;
- ④以出口实绩为唯一条件或条件之一而获得的补贴;
- ⑤以使用本国(地区)产品替代进口产品为条件而获得的补贴。

在确定补贴专向性时,还应当考虑受补贴企业的数量和企业受补贴的数额、比例、时间以及给予补贴的方式等因素。

(2) “损害”是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁,或者对建立国内产业造成实质阻碍。

- ①对损害的调查和确定,由商务部负责;
- ②涉及农产品的反补贴国内产业损害调查,由商务部会同农业部进行。

在确定补贴对国内产业造成的损害时,应当审查下列事项:

- (1) 补贴可能对贸易造成的影响;
- (2) 补贴进口产品的数量,包括补贴进口产品的绝对数量或者相对于国内同类产品生产或者消费的数量是否大量增加,或者补贴进口产品大量增加的可能性;
- (3) 补贴进口产品的价格,包括补贴进口产品的价格削减或者对国内同类产品的价格产生大幅度抑制、压低等影响;
- (4) 补贴进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响;
- (5) 补贴进口产品出口国(地区)、原产国(地区)的生产能力、出口能力,被调查产品的库存情况。

(3) “国内产业”和“同类产品”的概念见反倾销措施部分的讨论。

2.反补贴调查与反补贴措施

(1) 反补贴调查。

反补贴调查在申请、启动、实施、终止等方面的条件和程序与反倾销调查基本相同,略有差异的是:

①《反补贴条例》规定的终止情形之一是“补贴金额为微量补贴”，而不是“幅度低于2%”；

②还有一种终止情形是“通过与有关国家（地区）政府磋商达成协议，不需要继续进行反补贴调查”，该终止情形反倾销调查未包含。

（2）反补贴措施。

①反补贴措施包括临时反补贴措施，取消、限制补贴或者其他有关措施的承诺，以及反补贴税，其具体内容和实施程序与反倾销措施基本相同。

②略有差异的是，临时反补贴措施实施的期限，自临时反补贴措施决定公告规定实施之日起不超过4个月，不得延长。

（三）保障措施

1. 保障措施的类型

从性质上说，保障措施与反倾销和反补贴措施有所不同：反倾销和反补贴措施针对的是倾销和补贴这样的不公平贸易行为，而保障措施针对的则是公平贸易条件下的特殊情形，其具体类型如下：

（1）针对产品贸易的保障措施。

因进口产品数量大量增加，对生产同类产品或者与其直接竞争的产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的，国家可以采取必要的保障措施，消除或者减轻这种损害或者损害的威胁，并可以对该产业提供必要的支持。

①对进口产品数量增加及损害的调查和确定，由商务部负责；

②涉及农产品的保障措施国内产业损害调查，由商务部会同农业部进行。

原理详解

（1）进口产品数量增加是指进口产品数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加。

（2）在确定进口产品数量增加对国内产业造成的损害时，应当审查下列相关因素：

①进口产品的绝对和相对增长率与增长量；

②增加的进口产品在国内市场中所占的份额；

③进口产品对国内产业的影响，包括对国内产业在产量、销售水平、市场份额、生产率、设备利用率、利润与亏损、就业等方面的影响。

（3）国内产业是指中国国内同类产品或者直接竞争产品的全部生产者，或者其总产量占国内同类产品或者直接竞争产品全部总产量的主要部分的生产者。

（2）针对服务贸易的保障措施。

因其他国家或者地区的服务提供者向我国提供的服务增加，对提供同类服务或者与其直接竞争的服务的国内产业造成损害或者产生损害威胁的，国家可以采取必要的救济措施消除或者减轻这种损害或者损害的威胁。

（3）针对贸易转移的保障措施。

因第三国限制进口而导致某种产品进入我国市场的数量大量增加,对已建立的国内产业造成损害或者产生损害威胁,或者对建立国内产业造成阻碍的,国家可以采取必要的救济措施,限制该产品进口。

2.调查程序的启动

(1)依申请启动。

与国内产业有关的自然人、法人或者其他组织,可以依照规定,向商务部提出采取保障措施的书面申请;商务部应当及时对申请进行审查,决定立案调查或者不立案调查。

(2)依职权启动。

商务部虽未收到采取保障措施的书面申请,但有充分证据认为国内产业因进口产品数量增加而受到损害的,也可以决定立案调查。

3.相关程序与措施

商务部根据调查结果,可以作出初裁决定,也可以直接作出终裁决定,并予以公告。

(1)初裁决定与临时措施。

①有明确证据表明进口产品数量增加,不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害时,商务部可以作出初裁决定,并采取临时保障措施。

②临时保障措施采取提高关税的形式。

③采取临时保障措施由商务部提出建议;国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定,由商务部予以公告;海关自公告规定实施之日起执行。

(2)终裁决定与保障措施。

①终裁决定确定进口产品数量增加,并由此对国内产业造成损害的,可以采取保障措施。

②保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。

a.采取提高关税形式的,由商务部提出建议,国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定,由商务部予以公告。

b.采取数量限制形式的,由商务部作出决定并予以公告。

c.海关自公告规定实施之日起执行。

③保障措施的实施期限不超过4年。符合下列条件的,保障措施的实施期限可以适当延长:

a.按照《保障措施条例》规定的程序确定保障措施对于防止或者补救严重损害仍有必要。

b.有证据表明相关国内产业正在进行调整。

c.已经履行有关对外通知、磋商的义务。

d.延长后的措施不严于延长前的措施。

提示:但在任何情况下,一项保障措施的实施期限及其延长期限不得超过10年。

【典例研习·12-7】(2017年单项选择题)


根据对外贸易法律制度的规定,负责决定征收反倾销税的机构是()。

A.商务部

B.财政部

C.国务院关税税则委员会

D.国家税务总局

 **斯尔解析** 本题考查反倾销税的审批机关,应为国务院关税税则委员会,故选

项C正确。把本题放在这里的目的是强调反倾销措施、反补贴措施以及保障措施在审批机关上的相似之处，分别而言：

措施种类			审批机关
反倾销措施	临时反倾销措施	要求提供保证金、保函或其他形式担保	由商务部作出决定并予以公告
		征收临时反倾销税	由商务部提出建议，国务院关税税则委员会根据商务部的建议作出决定，由商务部公告；海关自公告规定实施之日起执行
	反倾销税		
保障措施	临时措施		由商务部作出决定并予以公告
	保障措施	提高关税形式	
		数量限制形式	
反补贴措施	教材未详述		

第三节 外汇管理法律制度

一、外汇及外汇管理的概念

(一) 外汇的概念

根据我国《外汇管理条例》的规定，外汇包括外币现钞、外币支付凭证或者支付工具、外币有价证券、特别提款权及其他外汇资产。其中：

- (1) 外币现钞包括纸币和铸币。
- (2) 外币支付凭证或者支付工具包括票据、银行存款凭证、银行卡等。
- (3) 外币有价证券包括债券股票等。

(4) 特别提款权是国际货币基金组织（以下简称“基金组织”）创设的一种特殊的国际储备和支付手段，它是由基金组织根据各成员国在该组织中的出资份额多少按比例分配的。

①当成员国发生国际收支逆差时，可以用特别提款权向基金组织指定的其他成员国换取特定种类的外汇，或者基于该成员国与其他成员国之间的自愿约定向后者换取外汇以偿付国际收支逆差。

②特别提款权还可以与黄金、其他外汇资产一样充作国际储备。

(二) 外汇管理的概念

外汇管理又称外汇管制，是指一国为保持本国的国际收支平衡，对外汇的买卖、借贷、转让、收支、国际清偿、汇率和市场实行一定限制措施的管理制度。

二、《外汇管理条例》的适用范围和基本原则（★）

(一) 《外汇管理条例》的适用范围

(1) 《外汇管理条例》对适用范围的规定采取了属人主义与属地主义相结合的原则：

①境内机构和境内个人的外汇收支或者外汇经营活动，不论其发生在境内或境

外，均适用该条例；

②对于境外机构和境外个人而言，仅对其发生在中国境内的外汇收支和外汇经营活动适用该条例。

(2)《外汇管理条例》还特别对境内机构和境内个人的概念进行了界定：

①境内机构，包括中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、部队等。

提示：外国驻华外交领事机构和国际组织驻华代表机构除外。

②境内个人，包括中国公民和在中华人民共和国境内连续居住满1年的外国人。

提示：外国驻华外交人员和国际组织驻华代表除外。

【典例研习·12-8】(2019年单项选择题)

我国《外汇管理条例》在适用范围上采取属人主义与属地主义相结合的原则，对于特定主体，仅对其发生在中国境内的外汇收支和外汇经营活动适用该条例。下列各项中，属于此类主体的是()。

- A.到广州旅游1个月的美国公民甲
- B.在北京设立的中德合资经营企业乙
- C.已在上海连续居住3年的法国公民丙
- D.持中华人民共和国居民身份证的中国公民丁

斯尔解析 本题考查“境内机构/个人”与“境外机构/个人”的区分。对于境外机构和境外个人而言，仅对其发生在中国境内的外汇收支和外汇经营活动适用《外汇管理条例》。美国公民甲在中国连续居住时间不满1年，因此属于境外个人，选项A当选。

(二)《外汇管理条例》的基本原则

我国目前外汇管理的基本原则是经常项目与资本项目区别管理原则，即经常项目开放(可自由兑换)，资本项目部分管制。

1.经常项目

经常项目，通常是指一个国家或地区对外交往中经常发生的交易项目，包括贸易收支、服务收支、收益和经常转移。在经常项目下发生的外汇收支，就是经常项目外汇。

(1)贸易及服务收支是经常项目中最主要的内容，其中：

①贸易收支又称货物贸易收支，是一国出口货物所得外汇收入和进口货物所需外汇支出的总称；

②服务收支又称服务贸易收支，是一国对外提供各类服务所得外汇收入和接受服务发生的外汇支出的总称，包括国际运输、旅游等项下外汇收支。

(2)收益包括职工报酬和投资收益两部分，其中：

- ①职工报酬主要是工资、薪金和其他福利；
- ②投资收益主要是利息、红利等。

(3)经常转移(也称“单方面转移”)，是指国家间单方面进行的、无须归还或偿还的外汇收支；经常转移又分为个人转移和政府转移：

- ①个人转移是指个人之间的无偿赠与或赔偿等；
- ②政府转移是指政府间的军事及经济援助、赔款、赠与等。


2.资本项目

资本项目，是指国际收支中引起对外资产和负债水平发生变化的交易项目，包括资本转移、非生产及非金融资产的收买或放弃、直接投资、证券投资、衍生产品投资及贷款等。在资本项目下发生的外汇收支，即资本项目外汇。

【典例研习·12-9】（2015年多项选择题）

根据外汇管理法律制度的规定，下列交易项目中属于经常项目的有（ ）。

- A. 贸易收支 B. 投资收益 C. 对外借款 D. 单方转移

 **斯尔解析** 本题考查“经常项目”与“资本项目”的区分。要注意以下规律：

（1）涉及投资的（包括股权投资、债权投资）一般都属于资本项目，但“投资收益”属于经常项目，因此选项B应选，选项C不应选。

（2）经常项目中，单方转移（即选项D）、经常转移的2种情况要注意一下，比较容易忽略。

原理详解

对资本项目外汇实施管制主要是为了避免短期资本流动剧烈变动引起的国际收支危机或汇率波动。通常认为，短期资本流动大多是投资者不顾经济的基本情况，根据传闻进行交易或出于投机性动机引起的，因而，对其进行限制有利于长期、正常的经济发展。

《外汇管理条例》对资本项目外汇收支管理的一般规定主要包括以下内容：

（1）资本项目外汇收入。

资本项目外汇收入保留或者卖给经营结汇、售汇业务的金融机构，应当经外汇管理机关批准，但国家规定无须批准的除外。

（2）资本项目外汇支出。

①资本项目外汇支出，应当按照国务院外汇管理部门关于付汇与购汇的管理规定，凭有效单证以自有外汇支付或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。

提示：依法终止的外商投资企业，按照国家有关规定进行清算、纳税后，属于外方投资者所有的人民币，可以向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇汇出。

②国家规定应当经外汇管理机关批准的，应当在外汇支付前办理批准手续。

（3）资本项目外汇及结汇资金的使用。

资本项目外汇及结汇资金，应当按照有关主管部门及外汇管理机关批准的用途使用。外汇管理机关有权对资本项目外汇及结汇资金使用和账户变动情况进行监督检查。

三、经常项目外汇管理制度（★★）

（一）经常项目外汇收支管理的一般规定

（1）经常项目外汇收入实行意愿结汇制，可以按照国家有关规定保留或者卖给经营结汇、售汇业务的金融机构。

（2）经常项目外汇支出凭有效单证，无须审批。

（3）经常项目外汇收支需有真实、合法的交易基础：

①经营结汇、售汇业务的金融机构应当按照国务院外汇管理部门的规定，对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查。

②外汇管理机关有权对前款规定事项进行监督检查。

【典例研习·12-10】（2020年单项选择题）


【典例研习】答案：


12-9：ABD

新浪微博 @ 斯尔教育或关注斯尔教育微信公众号

根据外汇管理法律制度的规定,下列关于经常项目外汇管理制度的表述中正确的是()。

- A.经常项目外汇收入实行强制结汇制
- B.经常项目包括贸易收支、服务收支和经常转移,但不包括投资收益
- C.经常项目外汇支出凭有效单证进行审批
- D.经常项目外汇收支需有真实、合法的交易基础

 **斯尔解析** 本题考查经常项目外汇管理制度。经常项目外汇可自由兑换,不涉及行政审批,选项C不当选;经常项目外汇收入实行意愿结汇制,而非强制结汇制,选项A不当选。

 **陷阱提示** “经常项目”中的“收益”包括职工报酬和投资收益两部分;即“经常项目”也涉及投资收益(主要是利息、红利等)。因此,选项B不当选。

(二) 货物贸易外汇管理制度

1. 企业名录管理

(1) 企业在依法取得对外贸易经营权后,应当持有关材料到国家外汇管理局及其分支机构(以下简称“外汇局”)办理名录登记手续。

(2) 外汇局实行“贸易外汇收支企业名录”(以下简称“名录”)登记管理,统一向金融机构发布名录。

(3) 金融机构不得为不在名录的企业直接办理贸易外汇收支业务。

2. 货物贸易外汇收支

(1) 企业应当按照“谁出口谁收汇、谁进口谁付汇”的原则办理贸易外汇收支业务。

(2) 信息的申报与审查。

①企业应当根据贸易方式、结算方式以及资金来源或流向,凭相关单证在金融机构办理贸易外汇收支,并按规定进行贸易外汇收支信息申报。

②金融机构应当查询企业名录和分类状态,按规定进行合理审查,并向外汇局报送贸易外汇收支信息。

3. 非现场核查和现场核查

(1) 非现场检查。

外汇局定期或不定期对企业一定期限内的进出口数据和贸易外汇收支数据进行总量比对,核查企业贸易外汇收支的真实性及其与货物进出口的一致性。

(2) 现场检查。

①外汇局可对企业非现场核查中发现的异常或可疑的贸易外汇收支业务实施现场核查。

②外汇局可对金融机构办理贸易外汇收支业务的合规性与报送信息的及时性、完整性和准确性实施现场核查。

4. 企业分类管理

外汇局根据非现场或现场核查结果,结合企业遵守外汇管理规定等情况,将企业分成A、B、C三类。

(1) A类。

①核查期内企业遵守外汇管理相关规定,且贸易外汇收支经外汇局非现场或现场核查情况正常的,可被列为A类企业。

②在分类管理有效期内，对A类企业贸易外汇收支，适用便利化的管理措施。

(2) B、C类。

对B、C类企业的贸易外汇收支，在单证审核、业务类型及办理程序、结算方式等方面实施审慎监管。

①外汇局建立贸易外汇收支电子数据核查机制，对B类企业贸易外汇收支实施电子数据核查管理。

②对C类企业贸易外汇收支业务以及外汇局认定的其他业务，由外汇局实行事前逐笔登记管理，金融机构凭外汇局出具的登记证明为企业办理相关手续。

(三) 服务贸易外汇管理制度

经营外汇业务的金融机构（以下简称“金融机构”）办理服务贸易外汇收支业务，应当按照国家外汇管理规定对交易单证的真实性及其与外汇收支的一致性进行合理审查，确认交易单证所列的交易主体、金额、性质等要素与其申请办理的外汇收支相一致。

1. 信息报送

(1) 境内机构和境内个人办理服务贸易外汇收支，应按规定提交能够证明交易真实合法的交易单证；

(2) 提交的交易单证无法证明交易真实合法或与其申请办理的外汇收支不一致的，金融机构应要求其补充其他交易单证。

原 理 详 解

服务贸易外汇收支涉及的交易单证应符合国家法律法规和通行商业惯例的要求，主要包括：

(1) 包含交易标的、主体等要素的合同（协议）；

(2) 发票（支付通知）或列明交易标的、主体、金额等要素的结算清单（支付清单）；

(3) 其他能证明交易真实合法的交易单证，例如：

①除法律明确规定不需要提交税务证明的服务贸易项目之外，其他服务贸易项目的对外支付，除提交合同等材料外，还须提交相关税务证明；

②对于有市场准入、事前审核、登记备案等管理要求的行业，境内机构在办理服务贸易对外支付时，除提交合同等材料外，还须提交行业主管部门出具的核准、登记或备案证明材料。

2. 监管制度

(1) 留档备查。

①办理服务贸易外汇收支业务，金融机构应按规定期限留存审查后的交易单证备查；

②境内机构和境内个人应按规定期限留存相关交易单证备查。

(2) 监管方式。

①外汇局通过外汇监测系统，监测服务贸易外汇收支情况；

②对外汇收支异常的境内机构、境内个人和相关金融机构进行非现场核查、现场核查或检查，查实外汇违法行为。

(四) 个人外汇管理制度

个人外汇收支管理遵循经常项目可兑换的总体原则，立足于满足个人正当合理的用

汇需求，采用额度管理的方式。

1. 相关主体的认定

(1) 境内个人是指持有中华人民共和国居民身份证、军人身份证件、武装警察身份证件的中国公民。

(2) 境外个人是指持外国护照、港澳居民来往内地通行证、台湾居民来往大陆通行证的外国公民（包括无国籍人）以及港澳台同胞。

2. 个人外汇项目

(1) 个人经常项目项下外汇收支分为经营性外汇收支和非经营性外汇收支。

(2) 部分行为涉及外汇项目的认定：

①对于个人开展对外贸易产生的经营性外汇收支，视同机构按照货物贸易的有关原则进行管理。

②以下资本项下的外汇交易行为按照资本项目的管理原则和相关政策办理：a.境内个人在境外买房、投资；b.境外个人在境内买房、购买股权。

3. 额度管理

对于个人结汇和境内个人购汇实行年度总额管理，年度总额为每人每年等值5万美元，国家外汇管理局根据国际收支状况对年度总额进行调整。

四、资本项目外汇管理制度（★★）

（一）直接投资项下的外汇管理

1. 外商直接投资（“外投内”）

国家对外商境内直接投资的外汇实行登记管理制度，其主要内容如下：

(1) 前置登记。

①无论是直接投资的汇入还是汇出，外国投资者应先在外汇局办理登记，如果登记事项发生变化，外国投资者还应当办理变更登记。

②境内直接投资所涉主体在办理登记后，可根据实际需要到银行开立前期费用账户、资本金账户及资产变现账户等境内直接投资账户。

(2) 真实自用。

外商投资企业外汇资本金及其结汇所得人民币资金，应在企业经营范围范围内使用，并符合真实自用原则。

(3) 银行的义务。

①银行在为境内直接投资所涉主体办理账户开立、资金入账、结售汇、境内划转以及对外支付等业务前，应确认其已按规定在外汇局办理相应登记。

②银行应按外汇管理规定对境内直接投资所涉主体提交的材料进行真实性、一致性审核，并通过外汇局指定业务系统办理相关业务。

③银行应按照规定将相关信息及时、完整、准确地向外汇局报送。

2. 境外直接投资（“内投外”）

境内机构、境内个人向境外直接投资，应当按照国务院外汇管理部门的规定办理登记。国家规定需要事先经有关主管部门批准或者备案的，应当在外汇登记前办理批准或者备案手续。据此，国家外汇管理局取消了境外投资外汇资金的来源审核，改为实行登记备案制度。

(1) 可以用于境外直接投资的资金：

①境内机构可以使用自有外汇资金、符合规定的国内外汇贷款、人民币购汇或实

物、无形资产及经外汇局核准的其他外汇资产来源等进行境外直接投资。

提示：自有外汇资金包括经常项目外汇账户、外商投资企业资本金账户等账户内的外汇资金。

②境内机构境外直接投资所得利润也可留存境外用于其境外直接投资。

(2) 外汇局对境内机构境外直接投资及其形成的资产和相关权益实行外汇登记备案制度：

①境内机构境外直接投资获得相关主管部门核准后，持有关材料到所在地外汇局办理境外直接投资外汇登记。

②外汇局审核上述材料无误后，在相关业务系统中登记有关情况，并向境内机构颁发境外直接投资外汇登记证。多个境内机构共同实施一项境外直接投资的，由境内机构所在地外汇局分别向相关境内机构颁发境外直接投资外汇登记证，并在相关业务系统中登记有关情况。

③境内机构凭登记证办理境外直接投资项下的外汇收支业务。

(3) 境内机构将其所得的境外直接投资利润汇回境内的，可以保存在其经常项目外汇账户或办理结汇。

(二) 间接投资项下的外汇管理

目前，我国关于有价证券及衍生产品发行、交易项下的外汇管理主要涉及合格境外机构投资者、合格境内机构投资者、境外上市外资股、境内上市外资股等制度。

原理详解

(1) 从事有价证券或者衍生产品发行、交易的行为即间接投资行为，系相对于外商直接投资而言。

(2) 就间接投资，无论是“内投外”还是“外投内”，均须办理登记。

1. 合格境外机构投资者制度

合格境外机构投资者(QFII)制度是指允许符合条件的境外机构投资者经批准汇入一定额度的外汇资金，并转换为当地货币投资当地证券市场，其本金、资本利得、股息等经批准后可购汇汇出。

(1) 中国证监会、中国人民银行依法对合格境外投资者的境内证券期货投资实施监督管理；

(2) 中国人民银行、国家外汇管理局依法对合格境外投资者境内银行账户、资金汇兑等实施监督管理；

(3) 合格境外投资者可参与的金融衍生品等交易品种和交易方式，由中国证监会商中国人民银行、国家外汇管理局同意后公布。

2. 合格境内机构投资者制度

合格境内机构投资者(QDII)制度是QFII的反向制度，是指允许符合条件的境内机构经监管部门批准，在一定额度内，通过专用账户投资境外证券市场。

(1) 目前，我国的QDII包括但不限于商业银行、证券公司、信托公司、保险公司和基金管理公司。

(2) 根据职责分工：

①银保监会和证监会分别负责各自监管范围内金融机构境外投资业务的市场准

入,包括资格审批、投资品种确定以及相关风险管理;


②国家外汇管理局负责QDII机构境外投资额度、账户及资金汇兑管理等。

另外,根据有关规定,获得国家金融监管机构许可的境内金融机构,可以使用自有人民币资金或募集境内机构和个人的人民币资金,投资于境外金融市场的人民币计价产品,此即所谓人民币合格境内机构投资者(RQDII)制度。RQDII开展境外投资,不得将人民币资金汇出境外购汇。

【典例研习·12-11】(2020年单项选择题)

根据外汇管理法律制度的规定,下列主题中,负责合格境内机构投资者境外投资额度、账户及资金汇兑管理的是()。

- A.证监会
- B.银保监会
- C.财政部
- D.国家外汇管理局

 **斯尔解析** 本题考查合格境内机构投资者制度。QFII和QDII均由外汇局管理,故选项D正确;但对于QDII(“内投外”)还涉及业务主管部门的审批,如银保监会和证监会的审批。

(三) 外债管理

外债是指境内机构对非居民承担的以外币表示的债务,包括境外借款、发行债券、国际融资租赁等。

1. 监管体制

国家外汇管理局及其分支局负责外债的登记、账户、使用、偿还以及结售汇等管理、监督和检查,并对外债进行统计和监测;国家外汇管理局负责全口径外债的统计监测,并定期公布外债情况。

2. 外债用途

(1)外商投资企业借用的外债资金可以结汇使用;除另有规定外,境内金融机构和中资企业借用的外债资金不得结汇使用。

(2)短期外债原则上只能用于流动资金,不得用于固定资产投资等中长期用途。

五、人民币汇率制度(★)

(1)1993年12月28日,根据国务院决定,中国人民银行发布了《关于进一步改革外汇管理体制的公告》,决定从1994年1月1日起,取消外汇留成,将两种汇率并轨,实行以市场供求为基础、单一的、有管理的浮动汇率制度。

(2)2005年7月21日,经国务院批准,中国人民银行发布了《关于完善人民币汇率形成机制改革的公告》,决定自2005年7月21日起,在我国开始实行以市场供求为基础,参考“一篮子”货币进行调节、有管理的浮动汇率制度。

(3)2015年8月11日,中国人民银行发布声明,为增强人民币兑美元汇率中间价的市场化程度和基准性,决定完善人民币兑美元汇率中间价报价:自2015年8月11日起,做市商在每日银行间外汇市场开盘前,参考上日银行间外汇市场收盘汇率,综合考虑外汇供求情况以及国际主要货币汇率变化,向中国外汇交易中心提供中间价报价。在此之前,人民币兑美元汇率中间价是由中国外汇交易中心在银行间外汇市场开盘前向所有银行间外汇市场做市商询价,去掉最高和最低报价后,将剩余报价加权平均后得到当日人民币兑美元汇率中间价,其权重由中国外汇交易中心根据报价方在银行间外汇市场的交易量及报价情况等指标综合确定。“8·11”新汇改明确了做市商的报价依据,使

得中间价与收盘价的关联度增强，人民币汇率形成机制的市场化程度进一步提高。

六、外汇市场 (★)

基于参与主体和交易方式的不同，外汇市场可以划分为外汇零售市场和外汇批发市场。


(1) 外汇零售市场是指银行与企业、银行与个人之间进行柜台式外汇买卖所形成的市场；

(2) 外汇批发市场（也称“银行间外汇市场”）则是指以银行业金融机构为主、以非银行金融机构和非金融企业为辅的机构间外汇交易市场。以下所称的“外汇市场”特指银行间外汇市场。

【典例研习·12-12】(2019年多项选择题)

根据外汇管理法律制度的规定，外汇市场可以划分为外汇零售市场和外汇批发市场。下列市场参与者之间进行的外汇买卖中，形成外汇批发市场的有（ ）。

- A. 银行与企业之间进行的柜台式外汇买卖
- B. 银行与个人客户之间进行的外汇买卖
- C. 银行与银行之间进行的外汇买卖
- D. 银行与其他金融机构之间进行的外汇买卖

 **斯尔解析** 本题考查“外汇零售市场”与“外汇批发市场”的区分。须注意：

(1) 涉及“柜台式外汇买卖”的，无论主体是企业、银行还是个人，都是外汇零售市场，因此选项A不当选；

(2) 涉及个人的，只能是外汇零售市场，因此选项B不当选；

(3) 外汇批发市场虽然以银行为主（选项C当选），但也并不绝对排斥非金融企业，更不排斥非银行金融机构，因此选项D当选。

七、特别提款权 (★)

特别提款权本身不是货币，但可用于成员国与基金组织之间的官方结算，并可基于基金组织指定机制或者成员国之间的协议，用于换取（“提取”）等量的可自由使用货币。

(1) 特别提款权货币篮组成货币为人民币以及美元、欧元、日元、英镑等5种可自由使用货币。

原理详解

(1) 所谓可自由使用货币，是指基金组织认定同时符合下列两个条件的成员国货币：

- ① 事实上在国际交易中广泛用于支付（主要是关于贸易结算）；
- ② 在主要外汇市场上被广泛交易（主要是关于外汇交易）。


(2) 可自由使用货币的判定涉及相关货币在国际上的实际使用和交易，与货币是否自由兑换、汇率是否自由浮动是不同的概念。这也正是人民币尚未完全实现可自由兑换（资本项目下还存在限制），却能被基金组织认定为可自由使用货币的原因所在。

(2) 特别提款权本身有价值，其“币值”由货币篮组成货币的币值按各自权重计算并加总而成。货币篮组成货币的权重由基金组织执行董事会每5年审议一次。

【典例研习·12-13】（2016年多项选择题）

根据涉外经济法律制度的规定，下列关于特别提款权的表述中正确的有（ ）。

- A.特别提款权是一种货币
- B.特别提款权本身具有价值
- C.特别提款权的“货币篮”由5种货币组成
- D.加入特别提款权“货币篮”标志着人民币完全实现了可自由兑换

 **斯尔解析** 本题考查特别提款权。特别提款权属于《外汇管理条例》项下的“外汇”，其本身具有价值，但并不是一种货币，选项A错误，选项B正确。特别提款权的“货币篮”由人民币以及美元、欧元、日元、英镑5种货币组成。可自由使用货币的判定涉及相关货币在国际上的实际使用和交易，与货币是否自由兑换、汇率是否自由浮动的概念不同，选项D错误。



冲关地图

📖：要听懂

!!!：你得背

√+×÷：你得算

🕶️：有空看

第十二章 涉外经济法律制度

涉外投资法律制度

外商投资法律制度 （“外投内”）

- 📖 外商投资的主要类型（★）
- 📖 外资范围的界定
- !!! 《外商投资法》的特色与创新（★）
- !!! 外商投资促进
- !!! 外商投资保护
- 📖 !!! 外商投资管理（★★）

对外投资法律制度 （“内投外”）（★★）

- 📖 法律适用
- 📖 !!! 对外投资的核准与备案制度

对外贸易法律制度

- 📖 《对外贸易法》的适用范围和原则（★）
- 📖 对外贸易经营者（★）
- 📖 !!! 货物进出口与技术进出口（★★）
- 🕶️ 国际服务贸易（★）
- 📖 !!! 对外贸易救济措施——反倾销措施、反补贴措施、保障措施（★★）

外汇管理法律制度

- 📖 外汇及外汇管理的概念
- 📖 《外汇管理条例》的适用范围和基本原则（★）
- 📖 !!! 经常项目外汇管理制度（★★）
- 📖 !!! 资本项目外汇管理制度（★★）
- 📖 人民币汇率制度（★）
- 📖 外汇市场（★）
- 📖 特别提款权（★）

参考文献

- [1] 中华人民共和国民法典
- [2] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》物权编的解释（一）
- [3] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国民法典》有关担保制度的解释
- [4] 最高人民法院关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释（2020年修正）
- [5] 最高人民法院关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释（2020年修正）
- [6] 最高人民法院关于审理城镇房屋租赁合同纠纷案件具体适用法律若干问题的解释（2020年修正）
- [7] 最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）
- [8] 最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的解释（2020年修正）
- [9] 中华人民共和国合伙企业法
- [10] 中华人民共和国公司法
- [11] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（一）
- [12] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（二）
- [13] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（三）
- [14] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（四）
- [15] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国公司法》若干问题的规定（五）
- [16] 中华人民共和国证券法（2019年修正）
- [17] 最高人民法院关于审理证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿案件的若干规定
- [18] 最高人民法院、最高人民检察院关于办理内幕交易、泄露内幕信息刑事案件具体应用法律若干问题的解释
- [19] 最高人民法院关于证券纠纷代表人诉讼若干问题的规定
- [20] 上市公司证券发行管理办法
- [21] 首次公开发行股票并上市管理办法
- [22] 上市公司信息披露管理办法
- [23] 证券发行与承销管理办法
- [24] 上市公司收购管理办法（2020年修订）
- [25] 上市公司重大资产重组管理办法（2020年修订）
- [26] 公司债券发行与交易管理办法
- [27] 中华人民共和国企业破产法
- [28] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（一）
- [29] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（二）（2020年修正）
- [30] 最高人民法院关于适用《中华人民共和国企业破产法》若干问题的规定（三）（2020年修正）
- [31] 中华人民共和国票据法
- [32] 最高人民法院关于审理票据纠纷案件若干问题的规定（2020年修正）
- [33] 中华人民共和国企业国有资产法
- [34] 国有资产评估管理办法（2020年修订）

- [35] 企业国有资产产权登记管理办法
- [36] 中华人民共和国反垄断法
- [37] 中华人民共和国外商投资法
- [38] 中华人民共和国外商投资法实施条例
- [39] 境外投资管理办法
- [40] 企业境外投资管理办法
- [41] 境内机构境外直接投资外汇管理规定
- [42] 中华人民共和国对外贸易法
- [43] 中华人民共和国反倾销条例
- [44] 中华人民共和国反补贴条例
- [45] 中华人民共和国保障措施条例
- [46] 中华人民共和国技术进出口管理条例
- [47] 中华人民共和国货物进出口管理条例
- [48] 中华人民共和国外汇管理条例
- [49] 外商投资安全审查办法

[50] 中国注册会计师协会组织编写：《2022年注册会计师全国统一考试辅导教材 经济法》，中国财经出版传媒集团、中国财政经济出版社2022年版

不要让来之不易的“收获”被时间偷偷带走，写下你的心得和感悟吧！

一句话总结……

逢考必过

