

法律常识部分

第一章 法律知识

第一节 法的概念、特征与作用

一、法的概念和本质

法是由特定物质生活条件所决定的统治阶级意志的体现,它是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施的行为规范的总和。

人类社会一切类型的法都具有的共同本质是:法是统治阶级意志的表现。法体现的是整个统治阶级的意志,而不是统治阶级中个别人或少数人的意志,同时也不是统治阶级每个成员个人意志简单的相加。

二、法的特征

法与其他社会规范相比较具有以下主要特征:

1. 法的国家意志性

法是由国家制定或认可的,并以国家的名义来颁布实施的行为规则,它具有权威性和公开性。是统治阶级通过国家政权把自己的意志转化为国家意志,取得普遍遵守的效力。

制定和认可,是国家创制法律的两种形式。“制定”是指国家有立法权的机关在权限范围内,按照法定的程序制定出具有不同效力的规范性文件,如宪法、法律、行政法规等;“认可”是指国家机关对某些社会上已形成的而又符合统治阶级意志和利益的行为规范,如风俗习惯、社会道德、宗教信条等加以确认使它具有法律效力,如习惯法、判例法等。制定或认可法律是国家立法机关特有的活动,不是任何机关团体更不是个人可以随意进行的。

2. 法的特殊社会规范性

法作为特殊的社会规范,具有显著概括性和可预测性。法的概括性又叫定型性,是指为一般人的行为提供一个模式、标准或方向。法的可预测性,是指由于法的存在,人们有可能预见到国家对自己或他人的行为抱什么态度。也就是说,人们事前可以估计到自己或他人的行为是合法的或非法的,在法律上是有效的,还是无效的,会有什么样的法律后果等等,这有利于人们守法,有利于社会秩序的稳定。

3. 法的效力普遍性

法是一种国家意志,这就意味着它在国家权力管辖的范围内对全体社会成员都具有普遍的约束力。这是其他社会规范所没有的。如党章只适用于党员,团章只适用于团员,工会章程只适用于工会会员,宗教规范只适用于宗教信徒。只有国家的法才具有普遍适用性。当然,这里所说的法的效力的普遍性,是就其整体来说的,并不排斥不同的法适用的空间和对象可能有所不同。如地方性法规,只适用于特定的地区,军职条例只对军人适用等等。

4. 法的国家强制性

法不仅是由国家制定或认可,还要有国家强制力保证它的实施。任何社会规范都有约束力,但其他社会规范如道德、习惯、宗教教规、乡规民约等,都不靠国家强制力保证实施。法本身要具有国家强制力的属性,才能在必要时通过国家强制措施使其获得实施,但是法的实施不是每一个条款都是通过强制来实施,而是靠法的强制性起作用。所以,强制性是法的一个重要属性,无论实施的方式如何,作为法律规范都有必须遵守和不可违抗的性质,否则就要承担法律责任,受到法律制裁。法如果没有国家强制性,也就不成其为法,将变成一般社会规范。

5. 法对权利义务的规定性

法是规定人们权利和义务的社会规范,通过确定权利和义务来规范人们的行为。一般来

说法律规定人们可以做什么行为,允许人们做什么行为,就是指人们在法律上享有这种权利。法律规范也要求人们在法律上承担作为或不作为的义务。法对各种社会关系的调整,是通过各种权利和义务的规定来确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序,这就是法的目的。法律规范不同于其他社会规范的一个方面,就是法律规范规定了人们的权利和义务,侵犯了权利或拒绝履行义务,都要承担由此而引起的法律后果,应受到相应的法律制裁。

三、法的作用

(一) 法的规范作用

作为国家制定的社会规范,法具有指引、评价、预测、教育和强制等规范作用。

1. 指引作用

通过法律,人们可以知道什么是国家赞成的,可以做的;什么是国家命令或反对的,必须做或不该做的。

2. 评价作用

具有判断、衡量人们行为的作用。

3. 预测作用

根据法律规定,人们可以预先知晓或估计到人们相互间将如何行为。

4. 教育作用

5. 强制作用

法的强制作用在于制裁违法行为。

(二) 法的社会作用

1. 维护统治阶级的阶级统治

在阶级对立社会中,基本的社会关系是对立阶级之间的关系,社会的基本矛盾是对立阶级之间的冲突和斗争。国家通过自己的权力系统和法律规则把阶级压迫合法化、制度化,把阶级冲突和阶级斗争保持在统治阶级的根本利益和社会存在所允许的范围之内,即建立起有利于统治阶级的社会秩序和社会关系。

2. 执行社会公共事务

在阶级对立社会中,法还具有执行各种社会公共事务的作用。在各个私有制社会中,社会公共事务及有关的法律的性质、作用、范围不尽相同。但总括起来,大体有以下几个方面: (1)维护人类社会基本生活条件; (2)维护生产和交换的秩序; (3)组织社会化大生产; (4)确定使用设备、执行工艺的技术规程,以及有关产品、劳务、质量要求的标准,以保障生产安全,防止事故,保护消费者的利益; (5)推进教育、科学、文化的发展。

第二节 法与其他社会现象之间的关系

一、法与经济的关系

(一) 法与经济的一般关系

经济从广义上来讲,既包括经济基础和与其相结合的经济体制,又包括社会生产力。因此,法与经济的一般关系体现在法与经济基础的关系和法与生产力的关系两个方面。

(1)法与经济基础的关系。经济基础决定法,法又反作用于经济基础。(2)法与社会生产力的关系。生产力发展的水平直接影响法的发展水平。法律离开社会生产力的发展,既无存在的可能,也无存在的必要。

(二) 法在建立和完善社会主义市场经济体制中的作用

我国社会主义法在建立社会主义市场经济体制方面的作用表现为国家对经济的宏观调控和规范微观经济行为两个方面。

法对市场经济宏观调控的主要作用: (1)引导作用; (2)促进作用; (3)保障作用; (4)

制约作用。

法在规范微观经济行为方面的作用：(1)确认经济活动主体的法律地位；(2)调整经济活动中的各种关系；(3)解决经济活动中的各种纠纷；(4)维护正常的经济秩序。

二、法与政治、政策的关系

(一) 法与政治的关系

1. 法受政治制约。体现在：(1)政治关系的发展变化是影响法的发展变化的重要因素；(2)政治体制的改革也制约法的内容及其发展变化；(3)政治活动的内容更制约法的内容及其发展变化。

2. 法服务于政治。表现在：(1)在阶级对立社会，法调整统治阶级与被统治阶级的关系、统治阶级内部及其与同盟者的关系，从而维护有利于统治阶级的社会关系和社会秩序；(2)打击、制裁各种违法犯罪活动，特别是各种危害国家安全的和其他严重犯罪活动；(3)调整公共事务关系，维护公共秩序，在发挥政治职能的同时发挥社会职能。

(二)法与党的政策的关系

政党政策是政党为实现一定政治目标、完成一定任务而作出的政治决策。执政党的政策在政治生活中尤其占有重要地位。

1. 法与执政党政策的异同

法与执政党政策在内容和实质方面存在联系，包括阶级本质、经济基础、指导思想、基本原则和社会目标等根本方面具有共同性。但二者的区别也很明显，具体表现为：

(1)意志属性不同

法由特定国家机关依法定职权和程序制定或认可，体现国家意志，具普遍约束力，向全社会公开；政党政策是党的领导机关依党章规定的权限和程序制定，体现全党意志，其强制实施范围仅限于党的组织和成员，允许有不对社会公开的内容存在。

(2)规范形式不同

法表现为规范性法律文件或国家认可的其他渊源形式，以规则为主，具有严格的逻辑结构，权利义务的规定具体、明确。政党政策则不具有这种明确、具体的规范形式，表现为决议、宣言、决定、声明、通知等，更多具有纲领性、原则性和方向性。

(3)实施方式不同

法的实施与国家强制相关，且是有组织、专门化和程序化的。政党政策以党的纪律保障实施，其实施不与国家强制相关，除非它已转化为法律。

(4)调整范围不尽相同

法倾向于只调整可能且必须以法定权利义务来界定的、具有交涉性和可诉性的社会关系和行为领域。一般而言，政党政策调整的社会关系和领域比法律更广，对党的组织和党的成员的要求也比法的要求为高。但这并不意味着政党政策可涵盖法的调整范围，法也有其相对独立的调整空间。

(5)稳定性、程序化程度不同

法具有较高的稳定性，法的任何变动都需遵循严格、固定且专业性很强的程序，程序性是法的重要特征。政策可应形势变化作出较为迅速的反应和调整，其程序性约束也不像法那样严格和专门化。但这并不意味着政策可朝令夕改或无最基本的程序要求。

2. 法与执政党政策的相互作用

(1)从法的制定环节看。一方面，执政党政策是立法的依据和指导思想，立法需在执政党根本政策的指导下进行；另一方面，法往往把在实践中成熟的执政党政策经特定程序转化为具体明确的行为规则，使之具有法的形式合理性和普遍效力。但是，无论是党的政策对立法的指导，还是法将政策转化为法律，都不是一个简单、当然的过程，中间存在一系列立法特有的专门性机制，因此应在承认立法机关相对独立性、尊重法的形式合理性和程序正当化

要求的前提下运作。

(2)从法的实施环节看。一方面,被转化为法的政策因获得形式上的共同认同而具有了在全社会一体遵行的普遍效力,获得了形式上的正统性。但同时,这种具有形式合理性的法,也成为党进行政治活动和决策的约束和限制。党对法律的超越和违背,实则也是对自己已被固定在法中且已取得形式正当性的政策的超越和违背;党对法的形式和程序上的正统性的尊重,实则也是对自身执政合法性的确认。另一方面,法的实施通常也要借助为贯彻法律而制定和颁行的政策的作用,借助党的组织及其成员在各个领域的积极活动。同时,政策在法的适用阶段还有一定的参照作用,如法律解释的合理性原则允许适当参考党的政策,可借助政策进行漏洞补充,疑难案件处理中政策可能成为法律推论的参考等等。

三、社会主义民主与法制的相互关系

社会主义民主与法制是相互依存、相互作用、紧密联系、不可分割的。

社会主义民主是社会主义法制的前提和基础,因为:(1)社会主义民主是社会主义法制产生的依据。只有当人民实现了当家做主的民主权利以后,才能把自己的意志通过国家制定为法律,建立起民主的法制。没有社会主义民主即人民民主,就谈不上民主的制度化、法律化。(2)社会主义民主决定了社会主义法制的性质和内容。社会主义民主的根本内容和实质是人民当家做主,它要求一切上层建筑形式包括法制都要体现人民的根本利益。作为治国工具的社会主义法制必须以保障和实现人民利益为自己的出发点和归宿。(3)社会主义民主是社会主义法制的力量源泉。人民群众是社会主义民主的主体,只有充分发扬民主,才能调动起广大群众的积极性,法制的作用才能得到充分发挥。而且,法制的发展取决于民主的发展程度。民主越发展,人民群众的责任感越强,法制就越能得到加强。

第三节 法的渊源

一、法学上“法的渊源”的专有含义

“渊源”有根源或来源的含义。所以,法的渊源可以有多种理解。一是物质意义上的渊源,这实际上指的是统治阶级的物质生活条件,这是法的真正根源、来源;另一个是法学意义上的法的渊源。一种行为规范是怎样形成的,是国家创制的,还是已有的习惯;这种行为规则具有什么样的外在形式才能成为法律规范,具有普遍的法律约束力,成为我们处理问题、审判案件的根据。这种意义上的法的渊源也就是指法律规范的形式上的来源和其外在表现形式。这是法学上法的渊源的专有含义。

二、当代中国法的主要渊源

根据宪法和有关组织法,我国社会主义法的形式渊源主要有:

(一)宪法

宪法是国家的根本大法。宪法是我国社会主义法的重要渊源,具有最高的法律效力。

(二)法律

这是指狭义的法律,指由国家最高权力机关全国人民代表大会及其常务委员会制定、颁布的规范性法律文件,其法律效力仅次于宪法。

(三)行政法规

行政法规由国务院制定,是国务院根据宪法和法律以及全国人大及其常委会的授权制定的有关国家行政管理方面的规范性法律文件。除行政法规外,国务院发布的决定、命令,凡具有规范性,也属法的渊源。

(四)地方性法规

地方性法规是指省、自治区、直辖市以及较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要,制定的适用于本地方的规范性法律文件。这里的“较大

的市”是指省、自治区的人民政府所在地的市。经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

(五)民族自治地方的自治条例和单行条例

自治条例和单行条例由民族自治地方的人民代表大会制定，在民族自治地方自治机关管辖区域内有效。

(六)部门规章和地方政府规章

部门规章是指国务院各部、各委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构，依据法律和国务院的行政法规、决定或命令，在本部门权限范围内所制定的规范性文件。

地方政府规章是指省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，依据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规制定的规范性文件。这里的“较大的市”也是指省、自治区的人民政府所在地的市，经济特区所在地的市和经国务院批准的较大的市。

(七)特别行政区的法

根据我国宪法第 33 条规定：国家在必要时可设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。依照此规定制定的特别行政区的相关法律也是我国法的重要渊源。

(八)国际条约

国际条约是指我国缔结或加入并生效的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。在当代中国法的渊源中，国际条约处于重要地位。《民法通则》第 142 条第二款规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不向规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。

第四节 法律关系

一、法律关系的概念

法律关系是指法律规范在调整人们行为的过程中形成的权利和义务关系。法律关系作为人们之间相互结成的一种特殊社会关系，是由国家强制力保证执行的社会关系，某种法律关系的存在，总是以相应的现行法律规范为前提。法律关系是社会关系经过法律调整后形成的状态，是事实的社会关系与其法律形式的统一。

二、法律关系的要素

法律关系由主体、内容和客体三个要素构成：

(一)法律关系的主体

法律关系的主体，也称权利主体或义务主体，是指法律关系的参加者，即在一定法律关系中权利的享有者和义务的承担者，一般包括公民(自然人)、国家机关、社会团体、企事业单位、国家，以及居住在所在国的外国人和无国籍人。任何社会主体要成为法律关系的主体，享有权利和承担义务，就必须符合法律规定的主体能力。一般来讲，具有法律关系主体能力就是指具有权利能力和行为能力。

权利能力是指能够参加一定的法律关系，依法享有权利和承担义务的主体能力，它是法律关系主体实际取得权利、承担义务的前提条件。各种具体权利的产生必须以主体权利能力为前提。法人的权利能力与公民的权利能力有所不同，一般来讲，法人的权利能力产生于法人成立之时，终止于法人解体。其权利能力范围是由法人成立的宗旨和业务范围决定的，超出业务范围就不能再有其他权利能力。公民的权利能力则始于出生，终于死亡。

行为能力是指法律关系的主体能够通过自己的行为实际取得权利和承担义务的能力。行为能力必须以权利能力为前提，无权利能力就根本无从谈行为能力，对于自然人来讲，有权

利能力不一定就有行为能力。行为能力不仅意味着主体能够以自己的名义参加到法律关系中,而且意味着主体能够理解自己的行为的性质、意义和后果,并通过自己的意志独立地实现权利和承担义务。法律中对自然人的行为能力都有年龄和精神状况方面的规定,据此可以分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人。法人也具有行为能力。一般来讲,法人的权利能力和行为能力都始于法人成立之时,终于法人撤销或解散之时。但是法人的行为能力是有限的,由其成立宗旨和业务范围所决定。法人的权利能力和行为能力同时产生,同时消灭;而公民的权利能力和行为能力不完全一致,有权利能力未必就有行为能力,行为能力丧失,其权利能力不一定丧失。

(二)法律关系的内容

法律关系的内容即权利义务。权利是法律赋予双方当事人实现自己意志的可能性。它既可以表现为权利人有权作出符合法律规定的某种行为,以实现自己的意志;又可以表现为权利人有权依法要求对方作出某种行为,以满足自己的意志。义务是法律规定的必须履行的责任,它既可以表现为义务人必须依法按照权利人的要求作出一定的行为,以实现对方的权利;也可以表现为义务人必须依法抑制自己的行为,以保障对方的权利。

(三)法律关系的客体

法律关系的客体是指法律关系主体的权利义务所指向的对象,主要包括物、人身、精神产品、行为。法律意义上的物是指法律关系主体支配的、在生产生活中所需要的客观实体,它包括物品和物质财富。人身是由人的各个生理器官所组成的生理整体,它是人的物质形态,也是人的精神利益的载体。随着科学技术和医学的发展,输血、植皮、器官移植、精子提取等现象大量出现,同时也产生了此类交易买卖活动及契约,带来了一系列的法律问题,这使得人身不仅作为法律关系一的承载者,而且有些法律关系中人身已成为法律关系的客体。精神产品是人通过自己的智力活动和某种物质载体记载并流传的思维成果。精神产品不同于有形物体,其价值和利益在于物所承载的知识、信息、技术、符号和其他精神文化财富。某些行为本身就可以满足权利人的需求,例如教师的教学行为、演员的演出行为等,这些行为也可以成为法律关系的客体。

第五节 法的制定

一、立法的概念

法的制定,通常是指一定的国家机关依照法定职权和法定程序制定、修改和废止规范性文件的一种专门活动。

二、当代中国立法的指导思想和基本原则

(一)立法的指导思想

我国现阶段立法的指导思想,必须以建设有中国特色社会主义理论和党的基本路线为指导,为实现社会主义现代化建设服务,而不能以别的思想为指导,不能离开社会主义解放生产力、发展生产力这个根本任务。

(二)立法的基本原则

1. 从本国实际出发与借鉴外国有益经验相结合的原则

特别是在我国建立社会主义市场经济的立法过程中,要注意与国际接轨。

2. 法制统一的原则

由于我国具有立法权的国家机关较多,如果在立法中不坚持法制统一的原则,就会形成各行其是,给国家和社会管理造成混乱。要做到法制统一。一是一切法律、法规和其他规范性文件都必须以宪法为依据,不得与宪法相抵触;二是下位法不得与上位法相抵触。

3. 稳定性与变动性相结合的原则

法已经颁布生效后,就应当在一定的时期内起作用,不能朝令夕改,随意废止。但对一些已经滞后于社会现实,不利于国家和社会管理的法,就应当及时进行修改、废止,制定新的法。

4. 对法的解释必须由有权的国家机关进行的原则

由于法在制定过程中主要是原则性的规定,因而在执行中就会产生不同的理解,从而形成执法争议。这就需要对法的条文做出解释,这种解释具有法律效力,因此就必须由有解释权的国家机关来作出,以免各执行机关根据自己的理解或者自身的利益随意解释。

三、立法程序

所谓立法程序是指有关国家机关制定、修改或废除规范性法律文件的法定步骤和方式。立法程序,通常可以分为以下四个步骤:

1. 法律议案的提出

法律议案是法律制定机关开会时,提请该机关列入议事日程讨论决定的关于法律制定、修改或废除的提案或建议。

2. 法律草案的审议和讨论

是指法律制定机关对列入议事日程的法律草案正式进行审议和讨论。

3. 法律的通过

是指法律制定机关对法律草案经过正式讨论后表示正式同意,从而使法律草案成为法律。

4. 法律的公布

是指法律制定机关将通过的法律用一定形式予以正式公布。

第六节 法的实施

一、法的实施及相关概念

法的实施,是指法在社会生活中的具体运用和实现。它主要包括两个方面: (1)国家执法、司法机关及其公职人员严格执行法律、运用法律的实现; (2)一切国家机关、社会组织和个人,都必须遵守法律。法律实施包括执法、司法和守法。

法的执行,简称为“执法”,一般是指国家行政机关及其公职人员在行使职权过程中,贯彻和实施法律的活动。

法的适用,通常是指国家司法机关及其司法人员根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。由于这种活动是以国家名义来行使司法权,故一般简称“司法”。

法的遵守,通常简称为“守法”,是指国家机关、社会组织和个人严格依照法律规定去从事各种事务和行为的活动。

二、我国法律适用的要求、原则

(一)我国法律适用的要求

正确适用法律的基本要求为三个方面,即准确、合法、及时。所谓准确,是指适用法律时,事实要调查清楚,证据要准确,这是正确适用法律的前提和基础。合法,是指司法机关审理案件要合乎国家法律的规定,依法办案。及时,是指司法机关办案时在正确、合法的前提下,还必须做到遵守时限。

(二)法律适用的基本原则

1. 公民在法律面前一律平等

这一原则要求任何公民都平等地享有宪法和法律规定的权利;任何公民都必须平等地履行宪法和法律规定的义务;任何公民都不允许有超越宪法和法律的特权。任何公民的违法犯罪行为都必须平等地受到追究和制裁。

2. 以事实为根据，以法律为准绳

以事实为根据，是指司法机关及其工作人员对案件做出处理时，只能以客观事实为依据，而不能以任何别的东西为依据；以法律为准绳，是指司法机关及其工作人员的一切活动都必须符合法律的要求，并且严格按照法律的规定处理案件。

3. 司法机关依法独立行使职权

这项原则有如下三层意思：(1)国家的司法权只能由国家各级审判机关和检察机关统一行使，其他机关、团体和个人都无权行使此项权力；(2)人民法院、人民检察院依照法律规定独立行使自己的职权，不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉；(3)司法机关审理案件必须严格依照法律规定，正确适用法律。

4. 实事求是，有错必纠

这个原则要求司法机关及其工作人员要从保障公民合法权益、维护法律尊严出发，采取唯物主义态度，勇于及时纠正冤、假、错案。

三、法的效力

法的效力是指法律的生效范围或适用范围，即法律对什么人、在什么地方和在什么时间适用的效力。

(一)对人的效力

法对人的效力，是指法适用于哪些人。法对人的效力的原则有：(1)属人主义，即凡是本国人，不论是在国内还是在国外，都受本国法律的约束，而对在该国领域内的外国人则不适用。(2)属地主义，即一国的法律适用于所有在该国的本国人和外国人，不在本国的本国人则不受本国法律约束。(3)保护主义，即任何人只要损害了本国利益，不论损害者的国籍与所在地域，都要受该国法律的追究。

根据我国法律规定，对人的效力包括两个方面：第一，对中国公民的法律效力。中国公民在中国领域内一律适用中国的法律。中国公民在国外的法律适用问题比较复杂。从原则上说，中国公民在国外，仍受中国法律的保护，但由于各国法律规定不同，这样就会发生适用中国法律同所在国法律的关系问题。对此，既要维护中国主权，又要尊重他国主权。根据我国现行法律规定，有的可以适用外国法律，有的仍须适用中国法律。第二，对外国人的法律效力。外国人在中国领域内，除法律另有规定外，也适用中国法律。关于外国人在中国领域外对中国国家或者中国公民的犯罪，我国刑法有特别规定。

(二)空间效力

空间效力，及法律在哪些地域范围内有效。一般而言，在一个主权国家内，法律适用于主权管辖范围所及的全部领土，还包括延伸意义的领土，如驻外使馆、在国外的本国船舶和飞机等。在我国，凡是中央国家机关制定的法律，行政法规和其他规范性文件，除非有特殊规定，一经公布实施，就在我国的全部领域内发生效力。地方政权机关制定和颁布的规范性文件，只在它所管辖的地区生效。

(三)时间效力

时间效力，即法律何时生效、何时终止以及对其颁布前的事件和行为有无溯及力的问题。法律的生效时间有三种情况，即从公布之日起生效、规定具体生效时间和公布后达到一定时间生效。法的失效期，一般有三种情况：一种是法本身规定有终止效力的日期；另一种是以新法代替旧法，新法生效之日，也就是旧法失效之时；第三种是国家基于某种需要，明文宣布废除某项法律法规，并规定了废除的日期。法的溯及力问题，是指该项法律公布生效以前所发生的事件或行为；是否适用该项法律的问题。如果适用，就是有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。我国社会主义法一般不具有溯及力，但法律另有规定的除外。

第二章 宪法

第一节 概述

一、宪法的概念、特征和本质

(一)宪法的概念及其地位

宪法是具有最高法律效力的根本大法，是一切组织和个人的根本活动准则。宪法在国家法律体系中居于根本法地位。

1. 宪法规定国家的根本制度和根本任务。这些根本制度，集中反映为国家的政治、经济和文化制度，因为宪法所确认和规定的都是涉及公民和国家全局的根本问题，它便成为其他法律的立法依据，成为母法。

2. 宪法具有最高的法律效力。宪法具有最高法律效力，意味着其他一切法律性文件都不得与宪法相抵触，违宪行为要追究违宪责任。

3. 宪法要求有严格的制定和修改程序。由于宪法涉及的都是公民和国家的根本性问题，宪法的制定和修改比一般法律更为严格。修改宪法的程序是：由全国人大常委会或五分之一以上的全国人大代表提议，并由全国人大以全体代表的三分之二以上的多数通过。

(二)宪法的特征

宪法作为一国的根本大法，具有不同于其他法律的显著特征：

(1)内容上，宪法规定的是国家的根本任务、根本制度等根本性问题；

(2)效力上，宪法具有最高法律效力；

(3)程序上，宪法的制定和修改程序比其他法律严格，宪法一般由国家最高权力机关或依法成立的特定机关通过特定程序制定和修改。

(三)宪法的本质

1. 宪法具有鲜明的阶级性。

(1)宪法是政治斗争，尤其是阶级斗争的结果和总结；

(2)宪法是统治阶级意志和利益的集中表现；

(3)各种政治力量，尤其是阶级力量的实际对比关系影响乃至决定着宪法的具体内容；

(4)各种政治力量对比关系是宪法发展变化的重要因素。

2. 宪法是民主制度的法律化。民主首先是一种国家制度，民主还意味着国家确认公民的基本权利和自由。宪法不是从来就有的，最早出现的宪法是资产阶级宪法。它是在反对封建专制制度和建立资产阶级民主制度过程中产生的，是资产阶级民主的法律化；分权原则、尊重基本人权原则等，都是民主制度的体现。社会主义宪法是社会主义民主制度的法律化；社会主义宪法的基本原则，是社会主义民主制度的要求和体现。无论是资本主义民主，还是社会主义民主，都是对专制的否定，都是历史的进步。但资本主义民主仅仅是资产阶级的民主，对广大人民来说是专政，因而是狭隘的、虚伪的，社会主义民主是广大人民的民主，是广泛的、真实的。

二、宪法的作用

(一)宪法对统治权的作用

1. 确认、维护和巩固国家权力。

2. 规范国家权力有效运行、防止权力滥用，这正是宪法民主性的体现。

(二)宪法对法制的作用

1. 促进法制的完备和健全。宪法是其他法律以及整个法律制度产生的基础和依据。

2. 促进法制的统一。宪法具有最高法律效力，其他法律不得与之抵触，宪法是审定和

检验其他法律是否符合统治阶级利益和需要的最高标尺。

(三)宪法对公民权利的保障作用

1. 宪法确立公民基本权利和自由的内容。
2. 宪法为公民基本权利和自由的实现规定了必要的保障。

(四)宪法对政治制度的作用

1. 确立和维护国家政治制度。
2. 改革国家的政治体制。国家政治制度在运作和实践中,往往需要对某些环节和体制作适当的改革和调整,以适应客观情况的变化和发展,政治体制改革应在宪法的指引下和范围内进行。

(五)宪法对社会经济的作用

1. 确认、保护和巩固经济基础。
2. 确立其他制度,为经济建设服务。
3. 在宪法的指引下和范围内进行经济体制改革。

三、宪法监督

宪法监督是指宪法定制者保障宪法正确实施和完全实现的调控宪法效力的活动。宪法监督本质上是人民主权的体现。人民可以通过宪法的规定,授权特定的主体行使宪法监督权,如全国人大及其常委会。

宪法监督的主要内容包括:(1)审查法律、法规及其他规范性文件的合宪性;(2)审查国家机关及其工作人员行为的合宪性;(3)审查各政党、团体、企事业单位及其全体公民的行为的合宪性。

我国宪法监督的制度建设主要体现在两个方面:一是规定了一切权力属于人民的原则,人民依法对全国人大代表的活动实施监督,每个人大代表都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督。二是我国宪法和法律授权全国人大及其常委会作为最高权力机关,有权监督宪法的实施。全国人大有权改变或者撤销全国人大常委会制定的不适当的法律,有权撤销全国人大常委会批准的违背宪法的自治条例和单行条例,有权对违反宪法的最高国家机关领导人行使罢免权。全国人大常委会有权撤销同宪法和法律相抵触的行政法规,有权撤销同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规,有权撤销省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会批准的违背宪法的自治条例和单行条例;有权对任何一级国家行政和司法机关活动是否违宪实施监督。

四、新中国宪法的产生和发展

1949年9月29日,中国人民政治协商会议第一届全体会议通过的《中国人民政治协商会议共同纲领》是起临时宪法作用的一部重要文件。新中国建立后,我国先后制定颁布了四部宪法。1954年颁布了第一部宪法;1975年颁布了第二部宪法;1978年颁布了第三部宪法;1982年颁布了第四部宪法,即现行宪法。现行宪法继承并发展了1954年宪法的基本原则,摒弃了1975年和1978年宪法中“左”的思想和内容,体现了时代特点,是一部比较完善并且具有中国特色的社会主义宪法。为适应社会生活的变化和社会主义现代化建设的需要,1982年宪法公布以来经历了4次部分内容的修正:1988年4月12日,全国人大七届一次会议通过了第一条和第二条宪法修正案;1993年3月29日,全国人大八届一次会议通过了第三至第十一条宪法修正案;1999年3月15日,全国人大九届二次会议通过了第十二至第十七条宪法修正案;2004年3月14日,全国人大十届二次会议通过了第十八条至第三十一条宪法修正案。

五、04年宪法修订案的主要内容

- (1) 确立“三个代表”重要思想在国家政治和社会生活中的指导地位。
- (2) 增加推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展的内容。

(3) 在统一战线的表述中增加社会主义事业的建设者。“在长期的革命和建设过程中，已经结成由中国共产党领导的，有各民主党派和各人民团体参加的，包括全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的广泛的爱国统一战线，这个统一战线将继续巩固和发展。”

(4) 完善土地征用制度。“国家为了公共利益的需要，可以依照法律的规定对土地实行征收或者征用并给与补偿。”

进一步明确国家发展非公有制经济的方针。“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。”

(6) 完善对私有财产保护的规定。“公民的合法私有财产不受侵犯。国家依照法律的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，可以依照法律的规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给与补偿”

(7) 增加建立健全社会保障制度的规定。“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”

(8) 增加尊重和保障人权的規定。“国家尊重和保障人权。”

(9) 完善全国人民代表大会组成的规定。“全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表。”

(10) 关于紧急状态的规定。全国人民代表大会常务委员会职权第二十项“(二十) 决定全国或者个别省、自治区、直辖市的戒严”修改为“(二十) 决定全国或者个别省、自治区、直辖市进入紧急状态”。国务院职权第十六项“(十六) 决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严”修改为“(十六) 依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态”。

(11) 关于国家主席职权的规定。

(12) 修改乡镇政权任期的规定。“地方各级人民代表大会每届任期五年。”

(13) 增加对国歌的规定。“中华人民共和国国歌是《义勇军进行曲》。”

第二节 国体、政体

一、国体

(一)国体概述

国体，即国家性质。决定国家性质的因素主要有三个：第一，国家政权的阶级本质，在国家处于统治地位的阶级决定国家政权的阶级本质；第二，国家政权的经济基础，任何国家政权都是建立在一定经济基础之上的，并为一定经济基础服务的；第三，社会的精神文明，精神文明的内容决定着一个国家活动的发展方向，特别是统治阶级的意识形态和价值取向，主导着国家政策的制定或改变。历史上先后有四种不同性质的国家：即奴隶制国家、封建制国家、资本主义国家和社会主义国家。

(二)我国的国体是人民民主专政

我国宪法规定“中华人民共和国是工人阶级领导的，以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。”这是我国国体的明确规定。简单地说就是人民民主专政。我国宪法第2条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。”从这个意义上讲，人民民主专政的国家，也就是人民主权的国家。我国宪法第1条规定：“社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。”社会主义制度决定于三个方面的因素：在政治上实行工人阶级为领导、工农联盟为基础的人民民主专政；在经济上以公有制为主体、多种所有制经济共同发展，以按劳分配为主体、多种分配方式并存；在精神文明上是社会主义精神文明。上述三个方面也是国家性质的

体现。

(三)中国共产党领导的多党合作和政治协商制度

当代中国的政党制度有以下基本内容：

(1)中国共产党和各民主党派合作的政治基础是坚持共产党领导和坚持四项基本原则。

(2)中国共产党和各民主党派合作的基本方针是：长期共存、互相监督、肝胆相照、荣辱与共。

(3)中国共产党是执政党，党对国家事务实行领导的主要方式是：使党的主张经过法定程序变成国家意志，成为全体人民共同遵循的规范。

(4)各民主党派不是在野党，不是反对党，而是参政党。他们在宪法范围内享有政治自由、组织独立、法律地位平等的权利；他们在国家政治生活中充分发挥参政和监督作用。民主党派参政议政，不是与共产党轮流执政，而是共同致力于社会主义现代化建设事业。

(5)政治协商会议是多党合作和政治协商的组织形式。

(6)各政党必须在宪法和法律的范围内活动，共同维护宪法和法律的尊严。

(四)统一战线和中国人民政治协商会议

1. 统一战线

统一战线称为爱国统一战线，它是由中国共产党领导的，有各民主党派和各人民团体参加的，包括全体社会主义劳动者，社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的广泛的政治联盟。

2. 中国人民政治协商会议

中国人民政治协商会议是具有广泛代表性的爱国统一战线组织，是中国共产党领导的多党合作和政治协商的一种重要形式和重要机构。按其性质来说，其是宪法确认的爱国统一战线组织，但不属于国家机构体系，不是一个国家机关。政治协商会议不同于一般的人民团体，它对国家大政方针等国家和社会的重大问题进行政治协商和民主监督。政治协商和民主监督是人民政协的基本职能。

二、政体

(一)政体的概念

政体又称政权组织形式，是指统治阶级按照一定的原则组成的，代表国家行使权力以实现阶级统治任务的国家政权机关的组织体系。目前世界各国的具体政体形式分为君主制政体和共和制政体。

(二)人民代表大会制度

人民代表大会制度是我国的根本政治制度，是人民民主专政的政权组织形式。人民代表大会制度的基本内容是：

(1)国家的一切权力属于人民。

(2)人民通过民主选举产生全国人民代表大会和地方各级人民代表大会，作为人民行使国家权力的机关。

(3)国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生，对它负责，受它监督。

(4)全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生，对人民负责，受人民监督。这四个相互联系、不可分割的环节，就是民主集中制原则的表现。

人民代表大会在中国政治生活中的作用主要体现为：

(1)人民代表大会是代表和反映民意的主要渠道。

(2)人民代表大会是实现社会主义民主的主要途径。

(3)人民代表大会是政府权威合法化的源泉。

(4)人民代表大会是实现国家整合的有效组织形式。

(5)人民代表大会是维护社会稳定的重要机制。

(三)国家的标志

国家形式除政体外还包括国家的标志,即国旗、国歌、国徽和首都。中华人民共和国国旗是五星红旗。国徽是以图案组成的国家标志,中华人民共和国国徽中间是五星照耀下的天安门,周围是谷穗和齿轮。国歌是代表国家的歌曲,中华人民共和国国歌是《义勇军进行曲》。中华人民共和国首都都是北京。

(四)国家的结构形式

国家的结构形式是指特定国家的统治阶级根据什么原则,采取何种形式划分国家内部组成,调整国家整体与组成部分之间的相互关系,及国家整体与部分之间、国家机关与地方机关之间的相互关系。影响国家结构形式的因素主要有领土构成、‘民族构成以及政治、经济和历史文化传统等。

现代国家的结构形式主要分为两大类,单一制和复合制。

单一制是指国家由若干不享有独立主权的一般行政区域单位或自治单位组成的单一主权国家的结构形式。其特征有:(1)从法律体系看,国家只有一部宪法,由统一的立法机关根据宪法制定法律;(2)从国家机构组成看,国家只有一套中央机关体系;(3)从中央与地方的权力划分看,地方政府的权力由中央授予,地方行政区域单位和自治单位没有脱离中央而独立的权力;(4)从对外关系看,国家是一个独立的主体,公民具有统一的国籍。

复合制国家是指有两个或多个成员国联合组成的联盟国家或国家联盟。近代复合制国家主要有邦联和联邦两种形式。

邦联是几个独立的国家为了一定的目的而结成的比较松散的国家联合。邦联没有统一的宪法;各个成员国保留有自己的主权;邦联议会或成员国首脑会议是协商机关,其决议需经成员国认可方有约束力;各成员国可以自由退出邦联。邦联制不是典型意义上的国家结构形式。

联邦是两个或多个成员国(邦、州、共和国等)组成的复合制国家。其特征是:(1)从法律体系看,联邦有联邦的宪法,各成员国有各成员国的宪法;(2)从国家机构组成看,联邦和各州各有各的一套中央机关体系;(3)从联邦和各成员国的权力划分看,其职权划分由联邦宪法作出具体规定,既要保证联邦行使国家的立法、行政、司法、财政、军事等主要国家权力,又规定各成员国享有一定的外交权;(4)从对外关系看,有些国家允许其成员国享有一定的外交权,联邦国家的公民既有联邦的国籍,又有成员国的国籍。

我国属单一制的国家结构形式。我国采取单一制国家结构形式,原因在于:(1)这是我国数千年历史文化传统发展的延续,是全国各族人民长期奋斗的结果,是由统一的多民族国家传统决定的;(2)是由我国“大杂居、小聚居”的民族分布状况决定的;(3)是巩固国防、粉碎国内外敌对势力分裂活动的需要;(4)是全国各地互通有无、互助合作,进行社会主义现代化建设以达共同繁荣与发展的需要。

(五)我国的民族区域自治制度

民族区域自治制度,是指在统一的国家结构内,按照宪法规定,以少数民族聚居区为基础,设立自治地方、组成自治机关,行使由宪法和法律赋予的自治权,管理本自治地方的地方事务。民族区域自治制度是我国的基本制度之一。

民族区域自治制度的主要内容:(1)各民族自治地方的自治机关都是中央统一领导下的一级地方国家机关。(2)民族自治地方的自治机关是人民代表大会和人民政府。(3)自治机关依法可行使自治权,主要是管理本地方的各项地方性事务。(4)各民族一律平等,既要反对大民族主义,也要反对地方民族主义。(5)各民族有使用自己语言文字的自由,有保护或改革自己风俗习惯的自由。(6)国家对民族区域自治地方的各项建设事业,给予支持和帮助。(7)经国务院批准,自治机关依据实际需要,可组织维护社会治安的公安部队。

(六)我国的特别行政区制度

特别行政区制度是我国的一项基本制度。所谓特别行政区，是指在我国主权所及的领土范围内，根据宪法和法律的规定，对某一地区实行不同于一般行政区域的政治、经济和法律制度，该地区不拥有独立的主权，但却有特殊的法律地位。

“一国两制”方针是设立特别行政区的指导方针。特别行政区制度已反映在香港和澳门的两个基本法中，其基本内容是：

1. 维护国家的主权统一和领土完整。特别行政区是中国不可分割的部分，是一个直属于中央人民政府的地方行政区域，由全国人大授权实行高度自治；中央政府负责管理特别行政区的外交事务和防务，特区无管辖权；特区政府主要官员由中国公民担任，由中央政府任命；特区制定的任何法律均不得同基本法相抵触，基本法的制定权和修改权属于全国人大，解释权属于全国人大常委会。

2. 特区政府享有高度自治权。主要有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权；除极少数由法律明文规定须在特区实施的以外，特区不实施全国统一的法律和法规。实行独立的税收和预算制度；自行发行货币；可以“中国香港”、“中国澳门”的名义单独同各国、各国际组织发展经济、文化关系，参加国际组织和国际会议；自行负责维护社会治安。

第三节 经济制度

经济制度，是指国家统治阶级为了反映在社会中占统治地位的生产关系的发展要求，建立、维护和发展有利于其政治统治的经济秩序，而确认或创设的各种有关经济问题的规则和措施的总称。中华人民共和国的社会主义经济制度，确立于1956年社会主义改造结束之后，经过不断调整、改革和完善，现阶段实行的是以公有制为主体、多种所有制经济共同发展；以按劳分配为主体，多种分配方式并存的经济制度。

(一)坚持公有制经济的主导地位，发展多种经济形式、多种经营方式。社会主义全民所有制经济，是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分，国家保护他们的合法权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展，并对非公有制经济依法实行监督和管理。

(二)坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。社会主义公有制消灭了人剥削人的制度，实行“各尽所能、按劳分配”的分配原则。国家坚持与以公有制为主体、多种所有制形式并存的所有制结构相适应，在分配上也采取以按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。

(三)国家实行社会主义市场经济，通过加强经济立法，完善宏观调控。计划和市场是资源配置的不同方式不属于社会基本经济制度范畴。在社会主义初级阶段，发展国家宏观调控下的市场经济，是我国确立的经济体制目标。

(四)我国宪法规定：“社会主义公共财产神圣不可侵犯，禁止任何组织或个人用任何手段侵占或者破坏国家和集体的财产。”宪法规定：“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，可以依照法律对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”

第四节 公民的基本权利与义务

一、概述

(一)公民的概念

公民是指具有一国国籍的自然人。国籍是确定公民资格的唯一条件。一个人具有某国国籍，就意味着从法律上同特定国家发生了固定的法律关系，就具有该国宪法和法律所确认的法律地位，并形成了公民与国家的关系。我国宪法规定，凡是具有中华人民共和国国籍的人

都是中华人民共和国公民。中国公民在法律面前一律平等。任何公民都享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。

“公民”作为基本权利主体与“人民”有区别。主要区别是：(1)公民是法律概念；人民是政治概念，是政治上标明敌我的概念。(2)公民是具有某国国籍的自然人，是稳定的法律概念；而人民作为政治概念与原则，在不同时期有不同内容对象。(3)公民是个体概念；人民是整体概念。

(二)公民的基本权利与基本义务的概念

所谓基本权利，是指宪法赋予的，表明权利主体在权利体系中占据重要地位的权利。基本权利是通过宪法规范所确定的一种综合性的权利体系，表明社会主体的重要的政治、经济和社会地位。公民的基本义务是指宪法规定的公民必须履行的法律责任，它是社会和国家对公民的最重要、最基本的要求。对国家来讲，公民的基本义务就是国家的权利，国家有权要求公民按照宪法和法律的规定，作出一定行为或者不作出一定行为。履行基本义务是公民的责任。

二、我国公民的基本权利和自由

(一)平等权

平等权是指公民平等地享有权利，不受任何差别对待，要求国家同等保护的权力。其内容既包括在法律面前人人平等，又包括在存在一切不合理差别的领域中禁止差别对待。对于存在合理差别的领域，法律可对平等权的例外条件作出规定，以体现实质意义上的平等。

(二)政治权利

政治权利是指公民依据宪法和法律的规定，参与国家政治生活的权利。政治权利主要表现为两种形式：一是公民通过行使选举权和被选举权直接参加国家事务的管理。宪法规定，年满十八周岁的中华人民共和国公民，都有选举权和被选举权，但依法被剥夺政治权利的人除外。二是公民有对国家政治生活自由表达意愿的自由，简称为政治自由。表现为言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。

(三)宗教信仰自由

宗教信仰自由是指公民依据内心的信念，自愿地信仰宗教的自由。信仰宗教是个人选择的事情，具体包括以下内容：公民有信仰宗教的自由和不信仰宗教的自由；有信仰这种宗教的自由，也有信仰那种宗教的自由；在同一宗教中，有信仰这个教派的自由，也有信仰那个教派的自由；有过去信教而现在不信教的自由，也有过去不信教而现在信教的自由。但是任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序，损害公民身体健康，妨碍国家教育制度的活动。

(四)人身自由与权利

人身自由与权利是指公民的人身不受非法拘禁、逮捕、限制、搜查及侵害的自由，以及与人身自由密切联系的公民人格尊严不受侵犯、住宅不受侵犯和公民通信自由、通信秘密受法律保护等内在的各项权利和自由。

(五)社会经济权利

社会经济权利是公民生存的基础，又是公民实现其他权利的物质前提条件，包括：财产权、劳动权、休息权和物质帮助权。

(六)文化教育权利

文化教育权利即公民依照宪法的规定在文化和教育领域享有的权利。其权利内容主要有：受教育权、科学研究的自由、文艺创作的自由、从事其他文化活动的自由。

(七)监督权和请求权

监督权即公民监督国家机关及其工作人员活动的权利，主要包括：批评、建议、申诉、控告、检举等权利。请求权是指公民依照宪法和法律规定要求国家作出一定行为的权利，内容主要包括：国家赔偿请求权、国家补偿请求权、裁判请求权。

(八)特定主体的权利保护

特定主体的权利保护即法律规范明示的受到特别保护的群体的权利。我国宪法规定的特定主体主要包括妇女、儿童、老年人、残疾人、华侨和归侨、侨眷等。

三、我国公民的基本义务

(一)维护国家统一和民族团结。

(二)遵守宪法和法律。中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。

(三)维护国家安全、荣誉和利益。

(四)保卫祖国，依法服兵役和参加民兵组织。

(五)依法纳税。

保守国家秘密，爱护公共

(六)其他义务，包括劳动的义务；受教育义务；夫妻双方实行计划生育的义务{父母抚养教育未成年子女的义务；成年子女赡养扶助父母的义务等。

四、我国公民行使权利的基本原则

我国宪法第 51 条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法自由和权利。”

第五节 国家机关

一、全国人民代表大会及其常务委员会

(一)性质、地位、产生、任期

全国人民代表大会是全国人民的代表机关，它是最高国家权力机关。全国人大由选举产生的代表组成，选举产生代表的原则和方法由选举法规定。全国人大实行有限任期制，每届任期五年。

(二)职权

全国人大作为最高国家权力机关，享有在全国范围内全面行使的国家统治权。其主要职权为：

1. 制定、修改宪法并监督其实施；制定和修改国家基本法律和其他法律。宪法的修改，由全国人民代表大会常务委员会或者 1 / 5 以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的 2 / 3 以上的多数通过。法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。宪法还规定，全国人民代表大会有权改变或者撤销全国人民代表大会常务委员会不适当的决定。

2. 选举全国人民代表大会常务委员会的组成人员；选举中华人民共和国主席、副主席；根据中华人民共和国主席的提名，决定国务院总理的人选；根据国务院总理的提名，决定国务院其他组成人员的人选；选举中央军事委员会主席；根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军委其他组成人员的人选；选举最高人民法院院长；选举最高人民检察院检察长。对以上人员，全国人民代表大会都有权予以罢免。

3. 审查和批准国民经济和社会发展规划；审查和批准国家的预算和预算执行情况；批准省、自治区和直辖市的建置；决定特别行政区的设立及其制度；决定战争和和平的问题。

4. 全国人大有权监督人大常委会和其他中央国家机关。监督方式是改变或撤销不适当的决定或命令；听取和审议工作报告；质询和询问；视察；组织对特定问题的调查。

5. 全国人民代表大会有权行使“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”。

(三)全国人大常委会

全国人民代表大会常务委员会是全国人民代表大会的常设机关。它在全国人民代表大

会闭会期间，行使最高国家权力，受全国人民代表大会监督，对全国人民代表大会负责并报告工作。

全国人大常委会由委员长、副委员长若干人、秘书长和委员若干人组成。常务委员会的组成人员，由全国人民代表大会从代表中选出。在全国人大常委会的委员当中，一般应该包括：（1）来自中国共产党的代表；（2）各民主党派和无党派爱国民主人士的代表；（3）工、青、妇等社会团体的代表；（4）人民解放军的代表；（5）人口在 100 万人以上的各少数民族代表。

全国人大常委会的每届任期与全国人大每届任期相同，都是 5 年。但全国人大常委会任期的计算方法是：从本届全国人大第一次会议选举产生常委会开始，到下届全国人大第一次会议产生新的常委会时止。全国人大常委会的委员长和副委员长连续任职不得超过两届。同时，全国人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务；如果担任上述职务，则必须向全国人大常委会辞去常委会中的职务。

全国人民代表大会常务委员会委员长主持常务委员会的工作，副委员长、秘书长协助委员长工作。委员长、副委员长、秘书长组成委员长会议，处理常务委员会的重要日常工作。常务委员会的会议，一般每 2 个月举行一次；有特殊需要的时候，可以临时召集会议。

根据宪法和《全国人民代表大会组织法》的规定，全国人民代表大会常务委员会的职权包括：

1. 立法权。依据现行宪法的规定，全国人大常委会和全国人大共同行使立法权。主要包括：制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律；在全国人民代表大会闭会期间，对全国人民代表大会制定的法律进行部分补充和修改，但是不得同该法律的基本原则相抵触。这样，除了宪法和基本法律外，大量的立法工作都由全国人大常委会承担。

2. 宪法和法律的解释权。解释宪法，即对法律条文本身需要进一步明确界限或作补充规定而作的立法解释。这样便于从立法的角度及时回答和解决宪法和法律实施过程中提出的问题，保障宪法和法律的准确实施。

3. 宪法实施的监督权。现行宪法除规定全国人大监督宪法的实施外，还赋予全国人大常委会以监督宪法实施的职权。全国人大常委会是全国人大的常设机构，由它行使这一职权，便于对宪法的实施进行经常性的监督。这对于保障宪法的实施具有重大意义。

4. 对其他国家机关工作的监督权。全国人民代表大会常务委员会监督国务院、中央军事委员会、最高人民法院和最高人民检察院的工作；撤销由国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令；撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议。

5. 对其他国家机关工作人员的人事任免权。在全国人民代表大会闭会期间，根据国务院总理的提名，决定国务院的部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选；在全国人民代表大会闭会期间，根据中央军事委员会主席的提名，决定中央军事委员会其他组成人员的人选；根据最高人民法院院长的提请，任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长；根据最高人民检察院检察长的提请，任免最高人民检察院副检察长、检察员、检察委员会委员和军事检察院检察长，并且批准省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的任免；决定国家驻外全权代表的任免。

6. 对国家生活中重要问题的决定权。这一职权包括：决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除；规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度；规定和决定授予国家的勋章和荣誉称号；决定特赦；在全国人民代表大会闭会期间，如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况，决定战争状态的宣布；决定全国总动员或者局部动员；决定全国或者个别省、自治区、直辖市的戒严；在全国人民代表大会闭会期间，审查和批准国民经济和社会发展规划、国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案。

7. 全国人民代表大会授予的其他职权。除上述职权外，全国人大常委会还有权执行全国人大授予的其他职权。如：主持全国人民代表大会代表的选举，召集全国人民代表大会的会议，联系全国人大代表，并组织他们视察，在全国人大闭会期间，领导各专门委员会的工作，等等。

二、中华人民共和国主席

(一)性质、地位、产生、任期

国家主席是我国国家机构的重要组成部分，是一个相对独立的国家机关，同全国人大常委会结合行使国家元首职权。中华人民共和国主席对外代表国家。中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举产生。中华人民共和国主席、副主席每届任期五年，连续任职不得超过两届。

(二)职权

1. 公布法律权

即根据全国人大及常委会的决定，公布法律。

2. 任免权

国家主席有权向全国人大提出总理的人选；根据全国人大和常委会的决定，任免国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长等。

3. 发布命令权

根据全国人大和常委会的决定，发布特赦令、戒严令，宣布战争状态，发布动员令。

4. 外交权

国家主席进行国事活动，接见外国使节；根据全国人大常委会决定，派遣和召回驻外全权代表；批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。

5. 荣典权

根据全国人大和常委会的决定，授予国家勋章和荣誉称号。

三、国务院

(一)性质和地位

中华人民共和国国务院，即中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是最高国家行政机关，行使国家行政权。国务院由全国人民代表大会产生，对全国人大及其常委会负责并报告工作，受其监督。因此，相对于最高国家权力机关来说，国务院处于从属地位。它统一领导地方各级人民政府的工作，统一领导和管理国务院各部、各委员会的工作。

(二)组成和任期

国务院由总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。国务院每届任期五年，其中总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

(三)国务院的职权

1. 根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；

2. 向全国人民代表大会或者全国人民代表大会常务委员会提出议案；

3. 规定各部和各委员会的任务和职责，统一领导各部和各委员会的工作，并且领导不属于各部和各委员会的全国性的行政工作；

4. 统一领导全国地方各级国家行政机关的工作，规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分；

5. 编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算；

6. 领导和管理经济工作和城乡建设；

7. 领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作；

8. 领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作；

9. 管理对外事务，同外国缔结条约和协定；领导和管理国防建设事业；领导和管理民

族事务,保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利;保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益;

10. 改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的命令、指示和规章;改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令;

11. 批准省、自治区、直辖市的区域划分,批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分;依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态;

12. 全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

四、中央军事委员会

中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量,负责国家最高军事决策和军事指挥,是全国最高军事领导机关。中央军事委员会由主席一人、副主席若干人、委员若干人组成。中央军委主席由全国人大选举;副主席、委员,由全国人大根据中央军委主席提名决定。中央军事委员会实行主席负责制,中央军委主席对全国人大及其常委会负责。中央军事委员会每届任期五年,同全国人大每届任期相同。由于中央军委的特殊性质,宪法没有规定中央军委主席任职不得超过两届。

五、地方各级人民代表大会和地方各级人民代表大会常务委员会

(一)地方各级人民代表大会

地方各级人大是地方国家权力机关。地方各级行政机关、审判机关和检察机关都由本级国家权力机关产生,并对它负责,受它监督。省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人民代表大会由下一级人民代表大会选举的代表组成;县级以下(含县级)人民代表大会由选民直接选举的代表组成。地方各级人民代表大会每届任期五年。

(二)地方各级人民代表大会常务委员会

县级以上的地方各级人民代表大设立常务委员会。地方各级人大常委会是本级人大的常设机关,是本级人大在闭会期间经常行使地方国家权力的机关,对本级人大负责并报告工作。省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人大常委会由本级人大在代表中选出主任一人、副主任若干人、秘书长一人、委员若干人组成;县、不设区的市、市辖区的人大常委会由本级人大在代表中选出主任一人、副主任若干人、委员若干人组成。人大常委会组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。常委会每届任期与本级人大任期相同。

六、地方各级人民政府

地方各级人民政府的性质具有双重从属的性质:一方面,它们是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府由同级国家权力机关产生,对它负责并报告工作,受它监督。另一方面,地方各级人民政府还须服从上一级人民政府领导,对其负责并报告工作,全国地方各级人民政府都必须接受国务院统一领导。地方各级人民政府实行行政首长负责制。地方各级人民政府任期五年,同本级人民代表大会任期相同。

七、人民法院

(一)人民法院的性质、地位

人民法院是国家的审判机关,依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。各级人民法院由同级国家权力机关产生并对它负责,受它监督。

(二)人民法院的组织系统

中华人民共和国设立最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院。地方各级人民法院分为高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院。

最高人民法院是最高审判机关,它监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作;上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。各级人民法院院长由同级人民代表大会选举,任期与同级人大任期相同。最高人民法院院长连续任职不得超过两届。

八、人民检察院

(一)人民检察院性质、地位

人民检察院是国家法律监督机关，依法独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

(二)人民检察院组织系统和领导体制

中华人民共和国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。人民检察院实行双重从属制。最高人民检察院对全国人大及其常委会负责，并领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作；地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责，并接受上级人民检察院领导。各级人民检察院由检察长一人、副检察长和检察员若干组成最高人民检察院检察长每届任期同全国人民代表大会每届任期相同，连续任职不得超过两届。

第三章 立法法

一、《立法法》的调整范围

《立法法》：“法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例的制定、修改和废止，适用本法。国务院部门规章和地方政府规章的制定、修改和废止，依照本法的有关规定执行。”

二、立法权限

(一) 全国人大的立法权限

(1)全国人大制定“基本法律”

(2)全国人大有权制定和修改非基本法律

(二) 全国人大常委会的立法权限

(1)制定和修改非基本法律

(2)对全国人大制定的法律进行补充和修改。

(三) 全国人大及其常委会专属立法权

(1)《立法法》第八条规定：下列事项只能制定法律：

(一) 国家主权的事项；

(二) 各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权；

(三) 民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度；

(四) 犯罪和刑罚；

(五) 对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚；

(六) 对非国有财产的征收；

(七) 民事基本制度；

(八) 基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度；

(九) 诉讼和仲裁制度；

本法第八条规定的事项尚未制定法律的，全国人民代表大会及其常务委员会有权作出决定，授权国务院可以根据实际需要，对其中的部分事项先制定行政法规，但是有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项除外。

(四) 法律案提出

法律案是指依法享有提案权的机关或个人向立法机关提出的关于制定、修改、废止某项法律的议案。

全国人民代表大会主席团可以向全国人民代表大会提出法律案，由全国人民代表大会会议审议。全国人民代表大会常务委员会、国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院、全国人民代表大会各专门委员会，可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定列入会议议程。

一个代表团或者三十名以上的代表联名，可以向全国人民代表大会提出法律案，由主席团决定是否列入会议议程，或者先交有关的专门委员会审议、提出是否列入会议议程的意见，再决定是否列入会议议程。专门委员会审议的时候，可以邀请提案人列席会议，发表意见。

全国人大代表由各省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选举产生，按选举单位组成代表团。现共有 35 个选举单位，组成 35 个代表团。虽然每个代表团的人数不等，但都享有同等的提案权，即每一个代表团都构成一个提案主体，代表团的提案由代表团全体代表的多数通过。

代表联合提出法律案，要求有三十名以上代表联名。

法律草案修改稿经各代表团审议，由法律委员会根据各代表团的审议意见进行修改，提出法律草案表决稿，由主席团提请大会全体会议表决，由全体代表的过半数通过。

全国人民代表大会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。常务委员会通过的法律由国家主席签署主席令予以公布。

三、法律解释

根据立法法第 42 条：“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会。法律有下列情形之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：(1)法律的规定需要进一步明确具体含义的；(2)法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”

四、地方性法规、自治条例和单行条例、规章

1、地方性法规

地方性法规，是指法定的地方国家权力机关依照法定的权限，在不同宪法、法律和行政法规相抵触的前提下，制定和颁布的在本行政区域范围内实施的规范性文件。

2、自治条例和单行条例

自治条例是民族自治地方的人民代表大会依照当地民族的政治、经济和文化的特点制定的全面调整本自治地方事务的综合性规范性文件。单行条例是民族自治地方的人民代表大会依照当地民族的政治、经济、文化的特点制定的调整本自治地方某方面事务的规范性文件。

3、规章

规章通常称行政规章，是国家行政机关依照行政职权所制定、发布的针对某一类事件或某一类人的一般性规定，是抽象行政行为的一种。规章包括部门规章(也称部委规章)和地方人民政府规章。

五、我国法律效力顺序：宪法—法律—行政法规—地方性法规—政府规章

1、行政法规 国务院根据宪法和法律，制定行政法规

2、地方性法规 省、自治区、直辖市、较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本行政区域的具体情况和实际需要，在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下，可以制定地方性法规。

3、自治条例和单行条例 民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。

4、规章 (1) 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，可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令，在本部门的权限范围内，制定规章。(2) 省、自治区、直辖市和较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规，制定规章。

七、法律根据内容需要，可以分编、章、节、条、款、项、目

第三章 行政法

第一节 行政法概述

一、行政法的概念、渊源及特点

(一)行政法的概念

行政法是调整行政关系，规范和控制行政权的法律规范的总称。行政关系是指行政权力在形式过程中所产生的各种关系。行政权，是指宪法和行政组织法授予行政主体执行国家法律、政策，管理国家内政外交事务的国家权力。行政关系主要包括四类：

1. 行政管理关系。指行政主体在行使行政职能过程中与行政相对人发生的各种关系。行政管理关系的两个重要特点：一是关系的双方只能是行政主体和行政相对人，二是行政主体在关系中占主导地位。

2. 行政法制监督关系。指行政法制监督主体在对行政主体、国家公务员和其他行政执法组织、人员进行监督时发生的各种关系。

3. 行政救济关系。指行政相对人认为其权益受到行政主体行政行为的侵犯，向行政救济主体申请救济，行政救济主体对其申请予以审查，作出向行政相对人提供或不提供救济的决定而发生的各种关系。

4. 内部行政关系。。指行政主体内部发生的各种关系，包括上下级行政机关之间的关系、平行行政机关之间的关系；行政机关与内设机构、派出机构之间的关系；行政机关与公务员的关系；行政机关与其委托行使某种特定行政职权的组织之间的关系；行政机关与法律、法规授权组织之间的关系等。

(二)行政法的渊源

行政法的渊源就是指行政法规范和原则的表现形式，一般地，我们将其分为一般渊源和特殊渊源两大类。我国行政法的一般渊源，可以分为以下几种：(1)宪法；(2)法律；(3)行政法规和部门规章；(4)地方性法规、地方规章、自治条例、单行条例。

行政法的特殊渊源：(1)法律解释；(2)其他规范性文件；(3)国际条约、国际惯例。

(三)行政法的特点

1. 行政法在形式上的特点：(1)行政法在实体上没有统一、完整的法典；(2)行政法可以有统一的行政程序法典。

2. 行政法在内容上的特点：(1)调整对象的确定性。行政法的内容非常广泛，但它的调整对象和范围是确定的，始终以行政关系为调整对象；(2)内容的相对易变性。相对于其他法律，行政法规、规章等形式表现的行政法规范易于变动；(3)内容上的广泛性。国家行政管理内容的广泛性，决定了行政法内容的广泛性。

二、行政法律关系

(一)行政法律关系的概念及特征

行政法律关系是指基于行政法律规范的确认和调整而在行政关系当事人之间形成的权利义务关系。行政法律关系由行政法律关系主体、客体、内容等要素构成。行政法律关系主体指行政法律关系中权利的享有者和义务的承担者，包括行政主体和行政相对方。行政法律关系的客体是行政法律关系当事人的权利义务所指向的对象或标的，包括：物质财富、精神财富和人的行为等。行政法律关系的内容是指行政法律关系的主体相互之间的权利和义务的总和。

行政法律关系的特征：(1)行政主体是行政法律关系的必须当事人，没有行政主体就构不成行政法律关系；(2)行政法律关系双方当事人的权利义务由法律、法规、规章预先规定；(3)行政法律关系当事人的权利义务具有重合性。如公安机关具有依法维护社会治安的职权和职责，就体现了权利义务的双重性；(4)行政法律关系中双方当事人的地位是不对等的。

行政主体是管理者，相对方是被管理者。

(二)行政法律关系与民事法律关系的区别

1. 行政法律关系的一方当事人必须是行政机关，而民事法律关系没有行政机关也能形；
2. 行政法律关系双方当事人的权利义务不能自行约定，必须是法律预先规定，而民事法律关系可以双方自行约定。
3. 行政法律关系当事人双方的权利义务具有重合性，而民事法律关系当事人双方的权利义务分明，权利就是权利，义务就是义务。
4. 行政法律关系中双方当事人的地位是不平等的，而民事法律关系中双方当事人的地位是完全平等的。

三、行政法的基本原则

(一)行政合法性原则

合法性原则是指行政权的存在、行使必须依据法律，符合法律，不得与法律相抵触。这是行政法的首要原则。

合法性原则的具体内容通常包括：(1)职权法定，即行政职权必须基于法律的授予才能存在；(2)行政职权必须依据行政法律规范行使，既不能违反行政实体规范，也不能违反行政程序规范；(3)违法行政必须承担法律责任。

(二)行政合理性原则

合理性原则是行政法原则的另一个重要组成部分，指行政行为的行为不仅要合法，而且同时要合理，即要求行使行政权力要客观、适度、合乎理性。行政合理性原则的确立，是由于行政自由裁量权的存在和发展。

合理性原则要求行政机关必须合理地行使自由裁量权，其基本精神和要求：(1)行政行为的动因应符合立法目的。(2)行政行为应建立在正当考虑的基础上，不得考虑不相关因素；适用法律规范平等，不得对相同事实给予不同对待。(3)行政行为的内容应符合自然规律和社会道德。

四、行政法的作用

(一)维护社会秩序和公共利益。

(二)保护公民、组织的合法权益。

(三)监督行政权力主体，防止其违法或滥用行政权力。

第二节 行政行为概述

一、行政行为的概念与特征

行政行为是指行政主体在实施行政管理活动、行使行政职权过程中所作出的具有行政法律效果的行为。

行政行为主要特征有：

- (1)从属法律性，行政行为是执行法律的行为，从而必须从属于法律，任何行政行为必须有法律依据。
- (2)裁量性，在立法时，必须给行政机关留一个可以自由裁量的余地，否则，它将无法有效地实行行政管理。
- (3)单方意志性，一般地，行政主体实施行政行为不必与行政相对方协商或征得其同意即可依法自主作出。
- (4)效力先定性，是指行政行为一经作出，在未被国家有权机关宣布为违法无效之前，对行政机关本身和行政相对方以及其他国家机关都有效力，任何个人或团体都必须服从。但这并不意味着行政行为绝对正确，不可否认，行政行为正确与否要经国家有权机关依职权

和法定程序审查认定。(5)强制性,行政行为是行政主体代表国家,以国家名义作出的行为,故其以国家强制力作为实施的保障。

二、行政行为的内容与效力

(一)行政行为的内容

行政行为的内容是指一个行政行为对相对方在权利、义务上所产生的具体影响。行政行为的内容具有复杂性、多样性,主要有:(1)赋予权益或剥夺权益;(2)科以义务或免除义务;(3)确认法律事实与法律地位。

(二)行政行为的效力

行政行为成立便可对行政主体和相对方产生法律上的效力,一般看来,所有行政行为都具有下列效力:

(1)确定力,是指行政行为成立后,具有不可变更力,非经法定程序不得任意变更或撤销。

(2)约束力,是指已经生效的行政行为所具有的约束和限制行政主体和行政相对人行为的法律效力。

(3)公定力,是指行政主体做出的行政行为,不论合法还是违法,都推定为合法有效而要求所有机关、组织或个人予以尊重的一种法律效力。公定力是一种经推定或假定的法律效力,这是行政效率原则的要求。

(4)执行力,是指已生效的行政行为要求行政主体和行政相对人对其内容予以实现的法律效力。

三、行政行为的分类

一行政行为根据不同的标准可以作不同的分类,几种主要分类为:(1)内部行政行为与外部行政行为;(2)抽象行政行为与具体行政行为;(3)羁束行政行为与自由裁量行政行为;(4)依职权的行政行为与依申请的行政行为;(5)单方行政行为与双方行政行为;(6)要式行政行为与不要式行政行为;(7)作为行政行为与不作为行政行为。

行政行为的作出以行政机关具有相应的行政职权为前提,行政职权依其在依法行政过程中自由裁量度大小的不同,可分为羁束裁量权和自由裁量权两处。羁束裁量权的行使,其权限范围、幅度行为方式、数量界限等都由法律、法规明确规定,行政机关只能严格依法裁量、判断,所以依羁束裁量权作出的行政行为,称羁束行为。自由裁量的职权则是指行政机关依法律法规的规定,有在法定范围、幅度、方式、数量的限度内,依据合理原则自由裁量、决定的职权,依自由裁量权作出的行政行为,称自由裁量行为。

自由裁量行为不是一种不受约束的行为。自由裁量权的行使必须遵循行政合理性原则。依法行政原则在行政法学研究中可分解为行政合法性原则和行政合理性原则。行政合法性原则要求行政行为必须合法,必须严格在法定权限范围内行使职权,作出行政行为。而行政合理性原则则是对自由裁量权的要求。即行政行为不仅要合法,而且自由裁量还必须符合法理、情理,与法律的立法目的不相违背。貌似合法,表面看似没有超出法定权限,实际上不公正不合理的行政行为,行政法上称之为不当或者失当行为,同样会对相对人的合法权益造成损害,究其实质说,也是一种违背依法行政要求的行为。

四、行政行为的合法要件

(一)行政行为的主体合法

作出行政行为的主体必须具备行政主体资格,能以自己的名义作出行政行为,并能独立承担法律责任。能够成为行政主体的应当是依法设置的国家行政机关或者法律、法规授权的组织。

(二)行政行为的权限合法

权限合法是指行政主体必须在法定的职权范围内实施行政行为。

(三)行政行为的内容合法、适当

这是行政行为合法有效的内容要件。行政行为的内容合法是指行政行为所涉及的权利、义务以及对这些权利、义务的影响或处理,均应符合法律、法规的规定和社会公共利益。所谓行政行为内容适当是指行政行为的内容要明确、适当。而且应当公正、合理。

(四)行政行为应当符合法定程序

所谓程序是指行政行为的实施所要经过的步骤、方式、顺序以及时限。行政主体实施行政行为,必须按照法定的程序进行不得违反法定程序。

第三节 抽象行政行为

一、抽象行政行为概述

(一)抽象行政行为的概念与特征

抽象行政行为是相对于具体行政行为而言的,其对象具有普遍性。它是指国家行政机关对不特定的人或事制定,具有普遍约束力的行为规范的活动。如制定行政法规、行政规章等。

抽象行政行为具有以下特征:

(1)对象的普遍性,即以普遍的、不特定的人或事为行为对象,其针对的是某一类人或事,而非特定的人或事。

(2)效力的普遍性和持续性,即抽象行政行为对某一类人或事具有普遍约束力,并且不仅适用于当时的行为或事件,而且适用于将来发生的同类行为或事件。

(3)不可诉性,抽象行政行为不能成为行政诉讼的直接对象。

(二)抽象行政行为的分类

抽象行政行为分为:

(1)行政机关的立法行为,指国家行政机关制定发布行政法规、行政规章的行为;

(2)行政机关除行政立法外的其他抽象行政行为,主要指行政机关针对广泛的、不特定的对象依职权制定具有普遍约束力的决定、命令的行为。

二、行政立法行为

(一)行政立法的概念与特征

行政立法是指国家行政机关依照法律规定的权限和程序制定行政法规;行政规章的活动。它是行政性质与立法性质的有机结合:它具有以下两方面的特征:

1. 行政立法的行政性表现为: (1)其主体是国家行政机关; (2)其所调整的对象是行政管理事务及与之密切联系的事务; (3)其根本目的是实施和执行权力机关制定的法律;实现行政管理职能。

2. 行政立法的立法性表现为: (1)它是有权国家行政机关以国家名义制定规范性文件的活动; (2)行政立法所制定的行为规则属于法的范畴,具有法的基本特征; (3)它必须遵循相应的立法程序。

(二)行政立法的主体

行政立法的主体是指依法取得立法权,可以制定行政法规或行政规章的国家行政机关。根据我国有关法律的规定,行政立法主体包括: (1)国务院; (2)国务院各部、各委员会; (3)国务院直属机构; (4)省、自治区、直辖市人民政府; (5)省、自治区人民政府所在地的市人民政府; (6)国务院批准的较大的市的人民政府; (7)经济特区的市人民政府。

(三)行政立法的原则

1. 民主原则

民主原则在行政立法程序中起作用的最重要的体现是公民的参与制度。行政机关在行政立法时,应尽可能地听取和尊重行政相对方的意见,主要通过情报公开、咨询、听证等制度

来实现。

2. 效率原则

在行政立法过程中,在保障行政相对人基本权利和公平行政的前提下,应尽可能以最低的成本制定出高质量的法律规范。

第四节 具体行政行为

一、行政征收

(一)行政征收的概念与特征

行政征收是指行政主体根据法律规定,以强制方式无偿取得相对方财产所有权的一种具体行政行为。

行政征收的特征有:(1)行政征收是针对公民、法人或其他组织实施的一种单方具体行政行为;(2)其实质在于行政主体以强制方式无偿取得相对方的财产所有权;(3)其实施必须以相对方负有行政法上的缴纳义务为前提。

(二)行政征收与相关概念的区别

1. 行政征收与行政征用

行政征用是指行政主体为了公共利益的需要,依照法定程序强制征用相对方财产或劳务的一种具体行政行为。两者区别主要在于:

(1)从法律后果看,行政征收的后果是财产所有权从相对方转归国家;而行政征用的后果则是行政主体暂时取得了被征用方财产的使用权,不发生财产所有权转移。

(2)从行为的标的看,征收的标的一般仅限于财产,而征用的标的除财产外还可能包括劳务。

(3)从能否取得补偿来看,征收是无偿的;而征用一般是有偿的,行政主体应当给予被征用方以相应的经济补偿。

2. 行政征收与行政没收

两者在表现形式及法律后果是相同的,都表现为以强制方式无偿取得对方财产的所有权,而且最终表现为实际取得了相对方财产的所有权。但二者亦存在以下区别:

(1)行政征收是以相对方负有行政法上的缴纳义务为前提条件;而行政没收只能以相对方违反行政法的有关规定为前提条件。

(2)两者法律性质不同。征收属于一种独立的行政行为;而没收则属于行政处罚行为的一种。

(3)两者在行为的连续性上不同。征收只要据以征收的事实依据存在,征收行为就可以一直延续下去,往往具有连续性;而对没收来说,对某一违法行为只能给予一次性没收处罚。

3. 行政征收与行政征购

行政征购是指行政主体以合同方式取得对方财产所有权并对之支付一定价款的一种行政行为。

两者的区别在于:

(1)行为的性质不同。征收是单方行政行为;而征购属于双方行政行为,即行政合同行为。

(2)权利义务关系不在行政征收中,行政主体与相对方的权利义务显然不对等,一方享有征收权,另一方负有缴纳义务;在行政征购中,当征购合同成立后,双方的权利义务基本对等,行政主体取得相对方财产所有权的同时必须依约承担相应的给付义务。

(三)行政征收的内容与分类

从我国现行法律、法规的规定来看,行政征收的内容主要有:(1)税收征收;(2)建

设资金征收； (3)资源费征收； (4)排污费征收； (5)管理费征收； (6)滞纳金征收。

以行政征收发生的根据为标准，可以分为以下三大类： (1)因使用权而发生的征收。资源费、建设资金征收可以归入此类。 (2)因行政法上的义务而引起的征收。税收、管理费的征收均可归入此类。 (3)因违反行政法的规定而引起的征收。排污费、滞纳金的征收可归入此类。

二、行政许可

(一)行政许可的概念与特征

行政许可是指行政机关根据公民、法人或者其他组织的申请，经依法审查，准予其从事特定活动的行为。其特征有： (1)行政许可是一种依申请的具体行政行为，不同于行政主体依职权主动赋予相对方权利或免除相对方义务的行为； (2)行政许可是一种采用颁发许可证、执照等形式的要式行政行为； (3)行政许可是行政主体承认被许可人某种能力或资格的行为。

(二)行政许可的分类

1. 以行政许可的范围为标准，分为一般许可与特殊许可。前者指行政主体对符合法定条件的申请人直接发放许可证或执照，而无特别限制，如申请驾驶证的许可。后者则是除符合一般条件外，对申请人还规定有特别限制的许可，又称特许，如持枪许可。

2. 以许可的程度为标准，分为排他性许可和非排他性许可。前者指某个人或组织获得该项许可后，其他任何人或组织均不能再获该项许可，如专利许可、商标许可。后者指可以为具备法定条件的任何人或组织经申请均可获得的许可。

3. 以其能否单独使用为标准，分为独立的许可和附条件的许可。前者指许可已规定了内容，不需其他文件补充说明的许可，如驾驶执照。后者指由于特殊条件限制，需要附加文件予以说明的许可证，如商标许可。

4. 以是否附加履行义务为标准，分为权利性许可和附义务许可。前者指申请人取得行政许可后，并不承担作为义务，可自由放弃被赋予的权利，且不因此承担任何法律责任的许可，如持枪证、排污许可。后者指申请人获得许可的同时，亦承担相应的义务，如不履行义务，则要承担一定法律责任的许可。

5. 以许可的内容为标准，分为行为许可与资格许可。前者指允许符合条件的申请人从事某项活动的许可如生产、经营许可。后者指行政主体应申请人的申请，经过考核后，对合格者核发证明文书，承认其享有某种资格或具备某种行为能力的许可，如律师证、会计师执照、驾驶执照等。

(三)《中华人民共和国行政许可法》的颁布实施

2003年8月27日，备受关注的《中华人民共和国行政许可法》获第十届全国人民代表大会常务委员会第四次会议通过，2004年7月1日起正式施行。该法的颁布与实施，是继1989年《行政诉讼法》及1996年《行政处罚法》颁布实施后行政法制建设领域又一部极其重要的法律，是我国民主法制建设史上的又一座里程碑。

重点法条归纳如下：

第十二条：下列事项可以设定行政许可：

(一) 直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动，需要按照法定条件予以批准的事项。

(二) 有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入等，需要赋予特定权利的事项。

(三) 提供公众服务并且关系公共利益的职业、行业，需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项。

(四) 直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、

物品，需要按照技术标准、技术规范，通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项。

(五) 企业或者其他组织的设立等，需要确定主体资格的事项。

(六) 法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项。

第二十二条：行政许可由具有行政许可权的行政机关在其法定职权范围内实施。

第二十七条：行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的，行政机关在做出行政许可决定前，应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利；申请人、利害关系人在被告知听证权力之日五日内提出听证申请的，行政机关应当在二十日内组织听证。时

第六十九条：有下列情形之一的，做出行政许可决定的行政机关或者其上级行政机关，根据利害关系人的请求或者依据职权，可以撤销行政许可：

(一) 行政机关工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的；

(二) 超越法定职权作出准予行政许可决定的；

(三) 违反法定程序作出准予行政许可决定的；

(四) 对不具备申请资格或者不符合法定条件的申请人准予行政许可的

(五) 依法可以撤销行政许可的其他情形。

被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的，应当予以撤销。

依照前两款的规定撤销行政许可，可能对公共利益造成重大损害的，不予撤销。

依照本条第一款的规定撤销行政许可，被许可人的合法权益受到损害的，行政机关应当依法给与补偿。依照本条的二款的规定撤销行政许可的，被许可人基于行政许可取得的利益不受保护。

三、行政确认

(一) 行政确认的概念与特征

行政确认是指行政主体依法对相对方的法律地位、法律关系和法律事实进行甄别，给予确定、认可、证明并予以宣告的具体行政行为。与其他行政行为相比，具有如下特征：

(1) 它是要式行政行为；

(2) 它是羁束行政行为；

(3) 它的外部表现形式往往以技术鉴定书等形式出现，在较大程度上受到技术规范的制约，并由此决定行政相对方的法律地位和权利义务。

(二) 行政确认的主要形式和基本分类

根据法律规范和行政活动的实际情况，行政确认的形式主要有：(1) 确认；(2) 认可；(3) 证明；(4) 登记；(5) 批准；(6) 鉴证；(7) 行政鉴定。

行政确认的种类多，以不同的标准可以做出不同的分类：(1) 以行为的动因不同可以分为依申请的行政确认和依职权的行政确认。(2) 按行政确认与其他行为的关系不同，可以分为独立的行政确认和附属性的行政确认。(3) 以行政确认的对象不同，可以分为对身份、能力(或资格)、事实、法律关系和权利归属等的确认。

(三) 行政确认的主要作用

1. 它可以为行政管理和法院审判活动提供准确、客观的处理依据。

2. 行政确认有利于预防各种纠纷的产生。

3. 它有利于保护相对方的合法权益。

4. 它有利于行政机关进行科学管理，提高行政效率。

四、行政监督

(一) 行政监督的概念与特征

行政监督是指行政主体依法定职权，对相对方遵守法律、法规、规章，执行行政命令、决定的情况进行检查、了解、监督的行政行为。其特征为：(1) 行政监督的主体是享有行政监督权的国家行政机关和法律、法规授权的组织。(2) 行为的对象是作为相对方的公民、

法人或其他组织。(3)其内容是相对方遵守法律、法规、规章,执行决定、命令的情况。(4)其性质是一种依职权的、单方的、相对独立的具体行政行为。(5)其目的是为了预防和纠正行政相对方的违法行为,保障法律、法规、规章的执行和行政目标的实现。

(二)行政监督与监督行政的关系

行政监督与监督行政是两个不同的概念。所谓监督行政,是指各类监督主体对行政主体及其公务员是否依法行政所实施的监督。两者主要区别在:。(1)监督的主体不同。行政监督的主体只能是行政主体,而监督行政的主体主要是行政主体以外的国家机关、社会组织和公民。(2)监督的对象和客体不同。行政监督的对象是行政相对方,其客体是行政相对方的守法行为和执行行政决定、命令的情况等。而监督行政的对象是行政主体,其客体是行政主体及其公务员所实施的行为。(3)两者的性质不同。行政监督是行政主体依照法定职能所实施的一种具有法律效力并影响行政相对方权利、义务的具体行政行为。而监督行政具有一定的广泛性和社会性,有的具有法律意义,有的不具有严格的法律意义。

(三)行政监督的分类

行政监督可根据不同的标准进行分类。通常有:。(1)以行政监督的对象是否特定为标准,可以分为一般监督与特别监督。(2)以行政监督的内容为标准,可以分为公安、工商、海关、资源、环境保护、审计等行政监督。(3)以其实施的时期为标准,可以分为事前监督、事中监督和事后监督。(4)以其主体的任务为标准,可分为依职权的监督与依授权的行政监督。

(四)行政监督的方法和作用

根据我国现行法律、法规的规定和行政实践,最常见的行政监督方法有:检查、审查、调查、检验、勘验、鉴定等。

行政监督的作用主要体现在:。(1)它可及时反馈法律、法规实行的社会效果,为法律、法规的制定、修改、废除提供实践依据。(2)可以预防和纠正相对方的违法行为。(3)它是保证执行法律、法规,实现行政目标的具体行政行为。

五、行政处罚

(一)行政处罚的概念与特征

行政处罚是指行政机关或其他行政主体依法定职权和程序对违反行政法律规范尚未构成犯罪的相对方给予行政制裁的具体行政行为。其特征主要有:

- (1)其主体是行政机关或法律、法规授权的其他行政主体;
- (2)处罚的对象是实施了违反行政法律规范行为的公民、法人或其他组织;
- (3)其性质是一种以惩戒违法行为为目的的具有制裁性的具体行政行为。

(二)行政处罚与有关概念的区别

1. 行政处罚与行政处分的区别

行政处分,是指国家机关按行政隶属关系,根据国家法律或国家机关的规章制度,对其内部违法失职的公务员给予的一种制裁。两者的区别在于:。(1)作出决定的主体范围有所不同。处罚由享有行政处罚权的行政主体做出决定;处分则由受处分的公务员所在机关,或上级机关,或行政检察机关做出。(2)制裁的对象不同。受处罚的是违反行政法规范的公民、法人或其他组织;而受处分的是行政机关系统内部的公务员。(3)采取的形式不同。处罚的形式主要有警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、暂扣或者吊销证照、责令停产停业、行政拘留等。行政处分的主要形式主要有警告、记过、记大过、降级、撤职和开除六种形式。(4)行为的性质不同。处罚属外部行政行为,以行政管辖关系为基础;而处分属内部行政行为,以行政隶属关系为前提。(5)两者的依据不同。(6)两者的救济途径不同。对行政处罚不服可以通过行政复议或提起诉讼救济,而对处分不服,只能向有关机关或部门申诉。

2. 行政处罚与行政强制执行的区别

行政强制执行是指相对人不履行法定义务或行政机关依法为其设定的义务，国家有权机关依法强迫其履行义务的行为。两者的区别主要有：

(1)性质不同。行政处罚是对违法行为的事后制裁；而行政强制执行不是制裁，本质上属执行行为。

(2)目的不同。行政处罚的目的是为了惩戒与预防行政违法行为；而行政强制执行的目的在于履行行政法上的义务或实现义务履行所要求的状态。

(3)实施的机关不尽相同。行政处罚的实施机关是行政机关；行政强制执行的实施机关是行政机关或人民法院。

3. 行政处罚与执行罚的区别

执行罚是指行政强制执行机关对拒不履行不作为义务或不可替代的作为义务的义务主体，科以金钱给付义务，以促使其履行义务的强制执行措施。两者有明显的区别：

(1)法律性质上存在差异。引起执行罚的行为不具有严格意义上的违法性；而处罚则以相对方的违法行为为前提。

(2)目的上存在着差异。处罚的目的是惩罚、教育行政违法行为人，制止与预防行政违法行为；而执行罚的目的是为了促使相对方在法定期限内履行法定义务。

(三)行政处罚的原则

行政处罚的原则是指对行政处罚的设定和实施具有普遍指导意义的准则。根据《行政处罚法》规定和行政实践，行政处罚应遵循以下原则：

1. 处罚法定原则

处罚法定原则要求行政处罚必须依法进行。它包含：(1)实施处罚的主体必须是享有处罚权的法定的行政主体；(2)必须有法定依据；(3)行政处罚程序符合法律规定。

2. 处罚与教育相结合的原则

该原则是指行政处罚不仅是制裁行政违法行为的手段，而且也起教育的作用。行政处罚的目的不仅是“惩”已然的行政违法行为，而且是“戒”未然的违法行为。对已然的行政违法行为，教育必须以惩罚为后盾，不能以教育代处罚；给行政违法者相应处罚的，还应以教育鞭策。二者不可偏废，从而达到制止、预防违法的目的。

《行政处罚法》第5条规定：“实施行政处罚，纠正违法行为，应当坚持处罚与教育相结合，教育公民、法人或其他组织自觉守法。”

3. 公正、公开原则

所谓公正，就是公平、正直、没有偏私。公正原则是处罚法定原则的必要补充。它不仅要求行政处罚形式合法，在法定幅度范围内实施，而且要求在内容上合法，符合立法目的。所谓公开，就是处罚过程要公开，要有相对方的参与和了解，以提高公民对行政机关及其实施处罚的信任度，同时监督行政主体及其公务员依法、公正地行使职权，保障相对方的合法权益。

4. 处罚救济原则

该原则是指行政主体对相对方实施处罚时，必须保证相对方有取得救济的途径，否则不能实施行政处罚。它是保证行政处罚合法、公正的事后补偿措施。《行政处罚法》第6条规定：公民、法人或其他组织对行政机关给予的行政处罚，依法享有陈述权、申辩权，对行政处罚不服的有权依法申请复议或提起行政诉讼。公民、法人或其他组织因行政机关违法给予处罚受到损害的，有权依法提出赔偿要求。

(四)行政处罚的种类

1. 以行政处罚的内容为标准，行政处罚分为：

(1)人身自由罚 是指行政机关实施的在短期内限制或剥夺公民人身自由的行政处罚。

限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。现行法律、法规规定的人身自由罚是行政拘留。行政拘留是指对违反治安管理的人，依法在短期内限制其人身自由的一种处罚，亦称治安拘留。

(2)行为罚是限制或剥夺行政违法相对方某种行为能力或资格的处罚措施，也称能力罚。其主要表现形式有：责令停产停业，暂扣或者吊销许可证、执照等。

(3)财产罚是指行政机关依法实施的使被处罚人的财产权利和利益受到损害的行政处罚。这种处罚在于使违法者缴纳一定数额的金钱或者没收其一定财物，并不影响违法者的人身自由和进行其他活动的权利。其具体形式主要有：罚款、没收非法财物和没收违法所得等。

(4)声誉罚是指行政主体对违法者的名誉、荣誉、信誉或精神上的利益造成一定损害以示警戒的行政处罚。其特点在于只是使行政违法者在精神上受到惩戒，以引起其警惕而停止违法行为并避免重新违法，个人和组织均可适用。其主要形式有：警告、责令其悔过、通报批评等。

2. 根据《行政处罚法》和现行法律、法规的规定，目前我国对行政处罚的法条分类主要有以下七种：(1)警告；(2)罚款；(3)没收违法所得、没收非法财物；(4)责令停产停业；(5)暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照；(6)行政拘留；(7)法律、行政法规规定的其他行政处罚。

(五)行政处罚的管辖

1. 行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。法律、行政法规另有规定的除外。

2. 对管辖发生争议的，报请共同的上级行政机关指定管辖。

3. 违法行为构成犯罪的，行政机关必须将案件移送司法机关，依法追究刑事责任。

(六)行政处罚的决定程序

公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的“行政机关必须查明事实；违法事实不清的，不得给予行政处罚。”

行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利。

当事人有权进行陈述和申辩。行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。行政机关不得因当事人申辩而加重处罚。

1. 行政处罚的简易程序

行政处罚的简易程序又称当场处罚程序，指在具备某些条件的情况下，由执法人员当场作出行政处罚的决定的程序。根据《中华人民共和国行政处罚法》第三十三条的规定，违法事实确凿并有法定依据，对公民处以五十元以下、对法人或者其他组织处以一千元以下罚款或者警告的行政处罚的，可以当场作出行政处罚决定。行政执法人员进行当场处罚时，应遵循下列程序：(1)表明身份。(2)指出违法事实，说明处罚理由和依据。(3)告知当事人程序权利；听取当事人的陈述和申辩。行政机关不得因当事人申辩而加重处罚。(4)制作行政处罚决定书，并当场交付当事人。(5)备案，执法人员当场作出的行政处罚决定后，必须向所属行政机关备案。

2. 行政处罚的一般程序

行政处罚的一般程序又称普通程序，包括以下几个步骤：(1)立案，即行政主体对控告、检举以及例行检查中发现的违法行为，决定予以查处。(2)调查取证，行政主体应客观、全面、公正地进行调查，收集有关证据。必要时，依照法律法规的规定可以进行检查。行政机关在调查或者进行检查时，一执法人员不得少于两人，并应当向当事人或者有关人员出示证件。(3)拟订处罚决定。调查结束后，调查人员应将调查结果报告行政机关负责人，

由行政机关负责人对调查结果进行审查,拟定有关决定;对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。(4)制作处罚决定书。(5)送达。行政机关依照法定的程序和方式,将行政处罚决定书送达当事人。

3. 行政处罚的听证程序

听证程序是行政机关在作出行政处罚决定之前,公开举行由调查人员和当事人参加的听证会,调查事实,听取意见的程序。行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求举行听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。当事人不承担行政机关组织听证的费用。听证依照以下程序组织:

- (1)当事人要求听证的,应当在行政机关告知后三日内提出;
- (2)行政机关应当在听证的七日前,通知当事人举行听证的时间、地点;
- (3)除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外,听证公开举行;
- (4)听证由行政机关指定的非本案调查人员主持;当事人认为主持人与本案有直接利害关系的,有权申请回避;
- (5)当事人可以亲自参加听证,也可以委托一至二人代理;
- (6)举行听证时,调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议;当事人进行申辩和质证;
- (7)听证应当制作笔录;笔录应当交当事人审核无误后签字或者盖章。

(七)行政处罚的执行程序

行政处罚执行程序是指行政处罚实施机关确保行政处罚决定的内容得以实现的程序。行政处罚执行程序的原则有:

- (1)行政复议或行政诉讼期间处罚不停止执行原则;
- (2)罚缴分离原则,除法律另有规定外,作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离。

被处以罚款的当事人应当自收到行政处罚决定书之日起十五日内,到指定的银行缴纳罚款。银行应代收受罚款,并将罚款直接上缴国库。对于当场作出行政处罚决定的情况,如果依法给予二十元以下的罚款或者不当场收缴事后难以执行的,执法人员可以当场收缴罚款。在边远、水上、交通不便地区,行政机关及其执法人员依法作出罚款决定后,当事人向指定的银行缴纳罚款确有困难,经当事人提出,行政机关及其执法人员可以当场收缴罚款。行政机关及其执法人员当场收缴罚款的,必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据,不出具财政部门统一制发的罚款收缴的,当事人有权拒绝缴纳罚款。

当事人逾期不履行行政处罚决定的,作出行政处罚决定的行政机关可以采取的措施有:

- (1)到期不缴纳罚款的,每日按罚款数额的百分之三加处罚款;
- (2)根据法律规定,将查封、扣押的财物拍卖或者将冻结的存款划拨抵缴罚款;
- (3)申请人民法院强制执行。

六、行政强制

(一)行政强制的概念

行政强制是指行政主体在实施行政管理过程中,为了保障行政管理的顺利进行,对相对人的财产、人身等依法采取强制手段迫使相对方履行义务或达到与履行义务相同的状态的行政行为。

(二)行政强制行为的分类

1. 以行政强制行为的内容为标准,可以分为对人身的强制措施和对财产的强制措施。
2. 以其运用目的和程序为标准,可以分为即时性强制措施与执行性强制措施。即时性强制措施是指遇有严重影响国家、集体或公民利益的事件的紧急状态下,行政机关为了维护

社会秩序的稳定,依照法定对违法行为的财产或人身自由采取紧急措施予以限制的行政行为。执行性强制措施是指行政主体为了保证法律、法规、规章和其他行政规范性文件以及行政主体本身做出的行政决定等所确定的相对方的义务的实现,采取一定的强制措施,迫使拒不履行相应义务的相对方履行义务或通过其他法定方式使相应义务得以实现。

(三)强制措施的主要方式

1. 对人身及人身自由的强制,如强制拘留、强制搜查、强制隔离、强制驱散等。
2. 对住宅、建筑物经营场所等的强制进入。
3. 对财产的强制,它包括查封、扣押、冻结、划拨、扣缴、强制收购、限价出售等。

(四)行政强制与行政诉讼强制的区别

1. 适用的主体不同

行政强制只能由行政主体在行政管理活动中依法适用;而后者只能由人民法院在行政诉讼活动中对妨害诉讼的行为人适用,其他机关和组织无权适用。

2. 适用的目的不同

适用行政强制是为了预防或制止相对方违法侵害,迫使义务人履行法定义务或达到与履行义务相同的状态;而适用后者是为了排除影响行政诉讼活动的障碍。以保证诉讼活动的顺利进行。

3. 两者所依据的法律规范不同。

4. 适用的法律后果不同。

行政强制大都具有可诉性,而对后者不能提起行政诉讼。

七、行政给付

(一)行政给付的概念与特征

行政给付是指行政主体在相对人因失业、年老、疾病或丧失劳动能力等情况或其他特殊情况下,依照有关法律、法规规定赋予其一定物质权益或与物质有关的权益的具体行政行为。它具有如下特征:

(1)是行政主体向行政相对人给付金钱或实物的一种具体行政行为。

(2)给付的对象是特定的行政相对人。

(3)以法律、行政法规为依据而实施的行政行为。

(4)行政给付一般是依申请行政行为。

(二)行政给付的内容和形式

行政给付的内容不同于行政奖励,不具有精神上和职务上的权益,一般只具有物质上的权益和与物质有关的权益两部分内容。

行政给付的形式概括为以下几种:(1)安置;(2)补助;(3)抚恤;(4)优待;(5)救灾扶贫。

八、行政奖励

(一)行政奖励的概念与特征

行政奖励是指行政主体依照条件和程序,对为国家和社会做出重大贡献的单位和个人,给予物质或精神鼓励的具体行政行为。它的特征主要为:

(1)行使行政奖励权的主体必须具备行政主体资格;

(2)其目的在于表彰和鼓励先进,调动和激发人们的创造性和积极性;

(3)奖励的对象十分广泛;

(4)奖励的形式包括物质奖励和精神奖励、二者大多合并采用;

(5)其性质是行政主体依法律、法规的规定,赋予受奖励者以奖励性权益的无强制执行力的具体行政行为。

(二)行政奖励的原则

行政奖励一般应遵循下列原则:

1. 物质奖励与精神奖励相结合的原则
2. 公正、平等原则
3. 奖励与行为相适应原则

(三)行政奖励的内容和形式

根据我国有关行政奖励的法律规定,行政奖励的内容包括下列三方面:(1)物质方面的权益;(2)精神方面的权益;(3)职务方面的权益。

行政奖励的形式归纳起来主要有:(1)发给奖金或奖品;(2)通报表扬或通令嘉奖;(3)记功;(4)授予荣誉称号;(5)晋级或晋职。这些奖励形式既可单独适用,也可同时并用。

九、行政裁决

(一)行政裁决的概念与特征

行政裁决是指行政主体依照法律授权,对平等主体之间发生的、与行政管理活动密切相关的、特定的民事纠纷进行审查并做出裁决的具体行政行为。其特征有:(1)裁决者是法律授权的特定的行政机关;(2)裁决的对象是特定的民事纠纷;(3)它是行政主体行使行政裁判权的活动;(4)它是行政主体实行的一种特殊的具体行政行为。

(二)行政裁决与相关概念的区别

1. 行政裁决与行政仲裁。行政仲裁是指行政机关设立的特定仲裁机构以第三者的身份,对双方当事人之间的纠纷依法予以公断的制度。两者都是行政机关以第三者的身份居间裁断,处理对象都是民事争议。但二者又有较大的区别:(1)从起源上看,行政裁决作为行政行为的一种方式出现,而仲裁作为一种民间活动出现。(2)从法律后果上看,裁决是行政机关运用行政权力的过程,对裁决不服仍可申请复议或起诉,而仲裁并非行政机关运用行政权的过程,对仲裁决定不服,可提起民事诉讼。

2. 行政裁决与行政复议。行政裁决与行政复议确有某些相似之处都是行政机关对纠纷的裁决,都按准司法性质的行政程序进行,但两者亦有一定的区别:

(1)行政裁决所解决的争议是特定的民事争议,而复议所解决的争议是不服行政机关的具体行政行为而引起的行政争议;

(2)各自所属的理论范畴和研究范围不尽相同。

3. 行政裁决与行政审判。行政审判是指人民法院运用司法权审查具体行政行为的合法性,解决行政争议的活动。它与行政裁决有着较大的区别:(1)两者的主体显然不同。一个是行政机关,一个是人民法院且所行使的职能不相同。(2)两者所解决的纠纷范围与性质不同。裁决解决的是特定的民事纠纷,行政审判解决的是一定范围内的行政争议。(3)两者解决纠纷的法律依据、方式和程序不同。

(三)行政裁决的程序

结合我国目前零散的法律、法规的规定和行政实践,从理论上可将行政裁决的程序概括为:(1)申请;(2)受理;(3)调查、审理;(4)裁决。

第五节 行政合同与行政指导

一、行政合同

行政合同是指行政主体为了履行行政职能,实现特定的行政管理目标,与相对人之间经过协商一致以明确各方当事人之间的权利、义务所达成的协议。它具有如下特征:(1)行政合同的当事人一方必须是行政主体;(2)签订行政合同的目的是为了实现特定的国家行政管理目标,即具有社会公益性;(3)行政合同属于双方行政行为,以双方意思表示一致为前提;(4)行政主体在行政合同的履行、变更、解除中享有优益权;(5)行政合同具有法定性,纠纷通常通过行政法的救济途径解决。

二、行政指导

(一)行政指导的概念与特征

行政指导是指行政主体在职责、任务或其所管辖的事务的范围内,为适应复杂多变的经济和社会生活的需要,基于国家的法律原则和政策,在行政相对方的协助下,适时、灵活地采取非强制手段,以有效地实现一定行政目的,不直接产生法律效果的行为。其具有以下特征:(1)行政性,它是行政主体的社会管理行为。(2)多样性,行政指导是由行政主体根据实际情况决定采取的指导方法,因而方法多样,常见的有引导、劝告、建议、协商、制定导向性政策、发布官方信息等。(3)非强制性,行政指导的本质是一种非命令性行为,行政相对人是否接受指导取决于其自愿性,而不是行政权固有的命令与服从的强制性。

(二)行政指导的作用

1. 对法律手段的补充作用。
2. 对经济发展的引导和促进作用。
3. 对社会生活的协调和疏导作用。
4. 对损害社会公共利益行为预防和抑制作用。

第六节 行政程序

一、行政程序的概念

行政程序是指法律规范予以调整、确认并加以控制的有关行政法律关系主体在行政活动中应当遵循的方式、步骤、顺序以及时限的总和。行政程序贯穿于行政管理全过程。

行政程序的法律价值和意义:(1)规范和制约行政权合法行使,体现法制政府和文明政府的理念。(2)为维护相对人的法律地位和人格尊严提供程序性保障。(3)促进行政权合理行使,提高行政效率。

二、行政程序的基本原则

(一)程序法定原则

它是指行政法律关系双方主体都必须依法定程序作出行为。程序必须用法律形式进行规范化、系统化,要符合法律要求。该原则具体内容包括:

(1)行政机关实施行政行为或其他管理活动必须依照法律规定的方式、步骤进行,即严格遵守程序规范。

(2)在法律无明文规定之情形下,行政活动必须遵循程序的一般原则,以合理、公正的方式进行。

(3)行政机关行使职权所采用的程序必须尊重人权,即不得侵犯公民的基本权利和自由;除非为了国家和公共利益,且有法律的明确规定。

(4)违反行政程序规范的行为,均是行政违法行为,应予撤销。

(5)违反行政程序规范的行政机关,应承担相应的法律责任;给相对方造成损害的,应依法赔偿。

(二)相对方民主参与原则

它集中体现为相对人在行政程序中的参与听证权、陈述申辩权、复议申请权等受法律保护。其具体内容为:(1)行政机关的活动,包括法规、意见、命令及官方记录,除依法须保密或特殊情况外,能公开的应尽量公开,为相对人所了解。(2)行政机关行政职权,尤其是进行宏观决策时,要保证公民的参与。如为利害关系人举行听证会,进行广泛调查等。(3)行政机关在制定政策、进行行政立法或行政裁决时,要事先通知利害关系人,允许相对方查阅或抄录公文案卷,以收集有关证据,维护自己的合法权益;事后允许相对方申请复议或申诉以获得补救。

(三)行政效率原则

它集中体现为精简程序环节、减少行政浪费、明确办事时效、行政复议或行政诉讼不停止执行。此原则所包含的内容是：(1)任何行政程序的设定都要考虑其时间性，防止拖延，如规定时效制度。(2)行政程序的设定要有一定程度的灵活性，以适应行政复杂多变的需要，如规定紧急情况下的处置程序等。(3)行政程序应建立在科学合理的基础上，以保证行政决策的正确性和行政活动为公众所接受，提高行政效率。(4)行政处理程序要有利于排除障碍，保证行政目标的实现，如设立强制执行程序等。

(四)程序公正原则

它是指行政机关在行政管理活动中合理地处理公共利益与个人利益之间的关系，并在程序上平等地对待相对方。其宗旨是公平、正义。它包括以下具体内容：(1)行政机关在实行行政行为或其他管理活动时，要尽可能地兼顾公共利益和私人利益，在两者之间保持平衡。(2)对所有相对方要一视同仁、不偏不倚，给相关利害关系人以同等的辩论机会等。(3)在作出影响相对方权益的决定时，排除偏见，如实行回避制度、审裁分离、禁止单方接触等。

三、行政程序的主要制度

(一)资讯公开制度

指行政机关应主动或依当事人的申请公开，或使其知晓有关行政活动的情况和资料。具体内容包括：(1)每个行政机关都应使公众知晓其办公地点及各个机构的职权范围、活动程序和方法；(2)使公众有机会、有条件了解行政机关的行政法规、规章、基本政策及普遍适用的解释等；(3)行政机关应依相对人之申请，迅速向其提供与其权益有关的档案资料，法律、法规另有规定的除外；(4)如行政机关不适当地向相对方封锁档案或其他材料，则要承担相应的法律责任。

(二)公开调查制度

指行政机关在制定有关政策或计划前，先了解有关情况以供参考。公开调查多数用于行政目的：一是为了保护相对方的利益，使相对方对政府将作出的决定或计划有陈述意见的机会；二是为了使行政机关在作出决定前充分掌握情况，平衡各方面互相冲突的利益，以使将做出的决定更符合实际，更能有利于实现行政目标，有利于保护相对方的合法权益。

(三)通知制度

指行政机关在实施行政行为或其他管理活动时，将需让相对方或其他相关方了解的事项以合理的途径与方式予以告知。

(四)说明理由制度

指行政机关在作出影响相对方权利义务决定时，要说明作出决定的事实原因和法律依据。

(五)听证制度

行政机关在作出影响相对方权利义务决定前，举行听证会，听取相对方意见和建议的程序。

(六)时效制度

时效制度是行政程序效率原则的具体体现。它主要是针对行政机关而言，如行政机关在相对方依法提出某种许可申请后，必须在法定期限内予以答复；也适用于相对方，如相对方在法定期限内不履行法律或行政法所确定的义务，就会受到行政强制执行。

(七)职能分离制度

指为了加强对行政权的制约，防止行政机关及其工作人员以权谋私、滥用权力、侵犯相对方的合法权益，而将行政机关内的某些相互联系的职能加以分离，使之分属不同的机关或工作人员掌握和行使。

(八)辩论制度

行政机关裁决当事人之间的争议时,应通知当事人到庭(场),听取当事人的陈述和对争议问题及证据的辩论。

(九)回避制度

行政主体决定和处理其管辖范围内的各种事项或裁决相应争议,其工作人员如与所决定处理事项或裁决的争议有某种利害关系,应主动或依当事人申请予以回避。

(十)行政救济制度

在相对方对行政机关作出的具体行政行为不服时,法律应当为其提供申请复议、提起诉讼等获得救济的途径,从法律程序上有力地保障相对方的合法权益,使其合法权益在可能或已经遭受损害时通过法律获得救济。

第七节 行政违法与行政责任

一、行政违法

(一)行政违法的概念与特征

行政违法是指行政法律关系主体违反行政法律规范,侵犯受法律保护行政法律关系,对社会造成一定程度的危害,尚未构成犯罪的行为:其主要特征有:(1)行政违法行为人必须是行政法律关系主体;(2)它是违反行政法律规范,侵害法律保护行政法律关系的为;(3)它是一种尚未构成犯罪的违法行为;(4)其法律后果是承担行政责任。

(二)行政违法的构成要件

它是指行政法律规范所规定的,构成行政违法行为必须具备的条件。这些条件为:(1)行为主体必须是行政法律关系主体;(2)行政法律关系主体具有相关的法定义务;(3)行政法律关系主体具有不履行法定义务的行为;(4)有的行政违法要具备主观要件。

(三)行政违法的分类

根据行政法律关系主体的不同,行政违法还可以分为行政主体的违法和行政相对方的违法;根据行为的方式和状态不同,可以分为作为行政违法与不作为行政违法;根据行为的内容和形式不同,可以分为实质性行政违法和形式性行政违法。

二、行政责任

(一)行政责任的概念与特征

行政责任是指行政法律关系主体由于违反行政法律规范或不履行行政法义务而依法应承担的否定性社会评价和行政法律后果。其特征有:(1)责任主体的多样性。行政责任的主体是行政法律关系主体,包括行政主体和行政相对方(公民、法人和其他社会组织),公务员也是内部行政法律关系的相对方。(2)责任内容的法定性。它是基于行政法律关系而发生的,其种类、方式、范围、幅度、追究主体及追究程序等内容和事项,均必须由法律、法规予以明文规定,且公布才能生效。(3)责任追究主体的特定性。行政责任的追究不是任何单位或个人都可以进行,只能由有权的国家机关依法定程序并在其管辖权限范围内来予以追究。

(二)行政责任的种类与方式

行政责任按承担的主体不同可分为行政主体及其公务员承担的行政责任和行政相对方承担的行政责任。

1. 行政主体承担行政责任的具体方式

(1)通报批评;(2)赔礼道歉,承认错误;(3)恢复名誉,消除影响;(4)返还权益;(5)恢复原状;(6)停止违法行为;(7)继续履行职责;(8)撤销违法的行政行为;(9)纠正不适当的行政行为;(10)行政赔偿等。

2. 公务员承担行政责任的具体方式

(1)通报批评；(2)赔偿损失；(3)行政处分等。

3. 行政相对方承担行政责任的具体方式

(1)承认错误，赔礼道歉；(2)接受行政处罚；(3)继续履行法定义务；(4)恢复原状，返还财产；(5)赔偿损失；(6)仅对外国人适用的限期离境、驱逐出境、禁止入境。

第八节 行政赔偿

一、行政赔偿概述

(一)行政赔偿的概念与特征

行政赔偿是国家行政机关及其工作人员或法律法规授权的组织在行使职权时，违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害，国家负责向受害人赔偿的制度。我国行政赔偿具有以下基本特征：

(1)引起行政赔偿的侵权损害行为是行政机关及其工作人员或法律法规授权的组织及其工作人员作出的。

(2)引起行政赔偿的侵权损害行为是行政机关及其工作人员或法律法规授权的组织及其工作人员在行使行政职权时发生的；

(3)引起行政赔偿的侵权损害行为是违法的行为；

(4)行政赔偿具有较强的法定性。

(二)行政赔偿的构成要件

1. 侵权主体是国家行政机关及其工作人员以及法律法规授权的组织及其工作人员。

2. 侵权主体的行为是违法行使职权的行为。

3. 有损害事实产生，且损害必须是实际存在的直接损失，既可以是物质利益的丧失，也可以是人身权的损害。

4. 损害事实与行政侵权行为之间存在因果关系。

二、行政赔偿的范围

(一)行政赔偿范围的含义

行政赔偿的范围是指国家对哪些行政行为造成的损害予以赔偿，对哪些损害不予赔偿。根据《中华人民共和国国家赔偿法》规定，国家对违法具体行政行为和违法行使职权的事实行为造成的损害予以赔偿。

(二)对侵犯人身权的行政赔偿

《国家赔偿法》第3条规定，行政机关及其工作人员有侵犯下列人身权的情形之一的受害人有取得赔偿的权利：

(1)违法拘留或者违法采取限制人身自由的行政强制措施的；

(2)非法拘禁或以其他方式剥夺或限制公民人身自由的；

(3)以殴打等暴力行为或唆使他人以殴打等暴力行为造成公民身体伤害或死亡的；

(4)违法使用武器、警械造成公民身体伤害或死亡的；

(5)造成公民身体伤害或者其他违法行为。

(三)对侵犯财产权的行政赔偿

《国家赔偿法》第4条规定，行政机关及其工作人员行使职权时有下列侵犯财产权的情形之一的，受害人有取得赔偿的权利：(1)违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财产等行政处罚的；(2)违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的；(3)违反国家规定征收财物、摊派费用的；(4)造成财产损害的其他违法行为。

(四)国家不予赔偿的情形

《国家赔偿法》第5条规定，国家不承担赔偿责任的情形有：(1)国家行政机关工作人员

与行使行政职权无关的个人行为；(2)因公民、法人或其他组织自己的行为致使损害发生的；(3)法律规定的其他情形。

三、行政赔偿请求人和赔偿义务机关

(一)行政赔偿请求人

行政赔偿请求人是指因国家行政机关及其工作人员违法执行职权而遭受损害，有权请求国家予以赔偿的人，既可以是公民，也可以是法人或其他组织。行政赔偿中，有权提出赔偿请求的人有以下几种：(1)受到行政侵权损害的公民、法人或其他组织。受害的公民为无民事行为能力或限制行为能力人的，由其法定代理人代理他们行使行政赔偿请求权。(2)受害的公民死亡，其继承人和其他有扶养关系的亲属有权要求赔偿。(3)作为受害人的法人或其他组织终止的，承受其权利的法人或其他组织有权要求赔偿。

(二)行政赔偿义务机关

1. 行政机关为赔偿义务机关

行政机关及其工作人员在行使行政职权侵犯公民、法人或其他组织合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。

2. 共同行政赔偿义务机关

两个以上行政机关共同行使职权侵犯公民、法人或其他组织合法权益造成损害的，共同行使行政职权的行政机关为共同赔偿义务机关。共同赔偿义务机关之间的责任是连带责任。

3. 法律、法规授权的组织为赔偿义务机关

法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时，侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，该组织为赔偿义务机关。

4. 委托机关为赔偿义务机关

受行政机关委托的组织或者个人在行使受委托的行政权力时侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的，委托的行政机关为赔偿义务机关。

5. 行政赔偿义务机关被撤销的责任承担

行政赔偿义务机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关为赔偿义务机关；没有继续行使其职权的行政机关的，撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

6. 经复议后的赔偿义务机关

经复议机关复议的，最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关，但复议机关的复议决定加重损害的复议机关对加重部分履行赔偿义务。

四、行政赔偿的方式

国家赔偿方式是指国家承担赔偿责任的各种形式。《国家赔偿法》第25条规定了三种赔偿方式：

(1)金钱赔偿。它是以货币形式支付赔偿金额的一种赔偿方式，支付赔偿金是国家赔偿的主要方式。

(2)返还财产。是行政机关将违法占有或控制的受害人的财产还给受害人的赔偿方式。

(3)恢复原状。是公民、法人或其他组织的财产因遭到违法分割或毁损以至破坏，若有恢复的可能，应由赔偿义务机关负责修复，能够返还财产或者恢复原状的，予以返还财产或者恢复原状。

第九节 行政复议

一、行政复议的概念与特征

行政复议是指行政相对人认为行政主体的具体行政行为侵害其合法权益，向行政机关提出行政申请复议，行政机关受理申请，依法对该具体行政行为进行审查并作出行政复议决定

的一种行政行为。行政复议具有如下特征：(1)行政复议以一定的行政争议或纠纷为处理内容。(2)行政复议以行政相对人提出复议申请为前提。(3)行政复议亦是一种行政自我监督制度，仍属于具体行政行为。行政复议是对形成争议的具体行政行为的合法性与合理性均进行审查。(5)行政复议是一种行政司法行为。

二、行政复议的基本原则

(一)一级复议原则

一级复议制是指公民、法人或其他组织对复议机关作出的复议决定，不得再向复议机关的上一级行政机关申请复议。因我国法律、法规规定，在大多数情况下，对行政复议决定不服可以提起行政诉讼。

(二)及时、准确、便民原则

行政复议应遵循及时原则，行政复议既要注意维护合法公正性，又要注意保证行政效率。行政复议应遵循准确原则，准确原则准确地说，包括认定事实准确和适用法律正确。复议应遵循便民原则，便民原则是指在行政复议中，复议机关应创造条件尽量方便申请人，在尽量节省费用、时间、精力的情况下，保证公民、法人或其他组织充分行使复议申请权。

(三)复议机关依法对具体行政行为的合法性和适当性进行全面审查原则

这是对行政复议内容所规定的一项重要原则，也是它不同于行政诉讼法的一项重要原则。

(四)复议行政机关审理复议案件不适用调解原则

调解是指争议或纠纷各方当事人在第三人的主持下，通过自愿协商，互谅互让，达成协议而解决纠纷的一种法律制度，主要解决以当事人可以自由处分自己权利为前提的平等主体之间的纠纷或争议。而行政复议是解决行政机关行使行政职权过程中，因相对人不服其所作出的具体行政行为而产生的争议。双方当事人的权利义务不对等，且作为一方当事人的行政机关不能自由处置国家赋予的职权。因此，在行政复议案件审理过程中，不存在双方让步，协商调解结案的问题。

三、行政复议的范围

根据《行政复议条例》第6条规定，可以申请行政复议的具体行政行为有：(1)对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、行政拘留等行政处罚决定不服的；(2)对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等行政强制措施决定不服的；(3)对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书的变更、中止、撤销的决定不服的；(4)对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；(5)认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；(6)认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的；(7)认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；(8)认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的；(9)申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的；(10)申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的；(11)认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

不服行政机关作出的行政处分或者其他人事处理决定的，依照有关法律、行政法规的规定提出申诉。

不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理，依法申请仲裁或者向人民法院提起诉讼。

四、行政复议的管辖

(一)一般管辖

1. 对县级以上地方各级人民政府工作部门的具体行政行为不服的,由申请人选择,可以向该部门的本级人民政府申请行政复议,也可以向上一级主管部门申请行政复议。

2. 对海关、金融、国税、外汇管理等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的具体行政行为不服的,向上一级主管部门申请行政复议。

3. 对地方各级人民政府的具体行政行为不服的,向上一级地方人民政府申请行政复议。

4. 对省、自治区人民政府依法设立的派出机关所属的县级地方人民政府的具体行政行为不服的,向该派出机关申请行政复议。

5. 对国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府的具体行政行为不服的,向作出该具体行政行为的国务院部门或者省、自治区、直辖市人民政府申请行政复议。对行政复议决定不服的,可以向人民法院提起行政诉讼;也可以向国务院申请裁决,国务院依照本法的规定作出最终裁决。

(二)特殊管辖

1. 对县级以上地方人民政府依法设立的派出机关的具体行政行为不服的,向设立该派出机关的人民政府申请行政复议;

2. 对政府工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定,以自己的名义作出的具体行政行为不服的,向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议;

3. 对法律、法规授权的组织的具体行政行为不服的,分别向直接管理该组织的地方人民政府、地方人民政府工作部门或者国务院部门申请行政复议;

4. 对两个或者两个以上行政机关以共同的名义作出的具体行政行为不服的,向其共同上一级行政机关申请行政复议;

5. 对被撤销的行政机关在撤销前所作出的具体行政行为不服的,向继续行使其职权的行政机关的上一级行政机关申请行政复议。

有以上情形之一的,申请人也可以向具体行政行为发生地的县级地方人民政府提出行政复议申请,由接受申请的县级地方人民政府依法转送有关行政复议机关,并告知申请人。

五、行政复议参加人

行政复议参加人是指具备法律赋予的资格参加行政复议活动并维护自己合法权益的当事人以及与当事人法律地位相类似的人。行政复议参加人包括申请人、被申请人和第三人。

(一)行政复议申请人

行政复议申请人是指认为具体行政行为侵犯其合法权益,依法以自己的名义向行政复议机关申请复议,要求对该具体行政行为复查并依法作出裁决的公民、法人或其他组织。有权申请行政复议的公民死亡的,其近亲属可以申请行政复议。有权申请行政复议的公民为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,其法定代理人可以代为申请行政复议。有权申请行政复议的法人或者其他组织终止的,承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议。

申请人可以委托代理人代为参加行政复议。

(二)行政复议被申请人

公民、法人或者其他组织对行政机关的具体行政行为不服申请行政复议的,作出具体行政行为的行政机关是被申请人。

(三)行政复议第三人

同申请行政复议的具体行政行为有利害关系的其他公民、法人或者其他组织,可以作为第三人参加行政复议。第三人的法律特征:(1)第三人同申请复议的具体行政行为有利害关系。(2)第三人是以自己的名义,并且为了维护自己的合法权益而参加复议。(3)第三人是在

行政复议开始后、终结前，经过行政复议机关批准参加复议。

第三人可以委托代理人代为参加行政复议。

六、行政复议程序

(一)复议申请

1. 复议申请的期限

公民、法人或者其他组织认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道该具体行政行为之日起六十日内提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过六十日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。

2. 申请复议的条件

申请复议应当符合下列条件：(1)申请人是认为具体行政行为直接侵犯其合法权益的公民、法人或其他组织。(2)有明确的被申请人。(3)有具体的复议请求和事实根据。(4)属于申请复议范围；(5)属于受理复议机关管辖。(6)法律、法规规定的其他条件。

3. 复议申请的形式

申请人申请行政复议，可以书面申请，也可以口头申请；口头申请的，行政复议机关应当当场记录申请人的基本情况、行政复议请求、申请行政复议的主要事实、理由和时间。

(二)复议申请的受理

复议机关在收到复议申请书后，依法应于收到之日起五日内，对复议申请分别作出如下处理：(1)对符合申请复议的条件，且没有向人民法院起诉的，依法应当决定受理。(2)对不符合申请复议条件的，依法决定不予受理，并告知申请人不予受理的理由。(3)对于复议申请内容有欠缺的应依法规定发还申请人并限期补正。(4)对符合《行政复议法》规定，但是不属于本机关受理的行政复议申请，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。(5)公民、法人或者其他组织依法提出行政复议申请，行政复议机关无正当理由不予受理的，上级行政机关应当责令其受理；必要时，上级行政机关也可以直接受理。

(三)复议审理

行政复议原则上采取书面审查的办法，但是申请人提出要求或者行政复议机关负责法制工作的机构认为有必要时，可以向有关组织和人员调查情况，听取申请人、被申请人和第三人的意见。在行政复议过程中，被申请人不得自行向申请人和其他有关组织或者个人收集证据。

行政复议决定作出前，申请人要求撤回行政复议申请的，经说明理由，可以撤回；撤回行政复议申请的，行政复议终止。

(四)复议决定

行政复议机关负责法制工作的机构应当对被申请人作出的具体行政行为进行审查，提出意见，经行政复议机关的负责人同意或者集体讨论通过后，按照下列规定作出行政复议决定：

1. 具体行政行为认定事实清楚，证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当的，决定维持。
2. 被申请人不履行法定职责的，决定其在一定期限内履行；
3. 具体行政行为有下列情形之一的，决定撤销、变更或者确认该具体行政行为违法；决定撤销或者确认该具体行政行为违法的，可以责令被申请人在一定期限内重新作出具体行政行为：(1)主要事实不清、证据不足的；(2)适用依据错误的；(3)违反法定程序的；(4)超越或者滥用职权的；(5)具体行政行为明显不当的。

被申请人不依法提出书面答复、提交当初作出具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，视为该具体行政行为没有证据、依据；决定撤销该具体行政行为。

行政复议机关责令被申请人重新作出具体行政行为的，被申请人不得以同一的事实和理由作出与原具体行政行为相同或者基本相同的具体行政行为。

第十节 行政诉讼

一、行政诉讼的概念与特征

行政诉讼是指公民、法人或其他组织认为行政主体及其工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向人民法院提起诉讼，人民法院依法进行审理和裁判的专门司法活动。

我国行政诉讼具有如下特征：

- (1)行政诉讼所要处理解决的是行政案件。
- (2)行政诉讼是法院运用国家审判权来监督行政机关依法行使职权和履行职责，保护公民、法人和其他组织的合法权益不受行政机关违法行为侵害的一种司法活动。
- (3)行政诉讼是以不服行政行为的公民、法人和其他组织为原告，以作出具体行政行为的行政机关为被告的诉讼。

二、行政诉讼的基本原则

行政诉讼的基本原则是贯穿于行政诉讼整个过程或主要过程，调整行政诉讼关系，指导各种行政诉讼法律关系主体的诉讼行为的基本准则。

行政诉讼作为人民法院主持下的三大诉讼之一，与其他诉讼有一些共同的原则，主要有：

- (1)人民法院依法独立行使审判权原则；
- (2)以事实为根据，以法律为准绳原则；
- (3)合议、回避、公开审判原则；
- (4)两审终审制原则；
- (5)当事人法律地位平等原则；
- (6)使用本民族语言文字进行诉讼原则；
- (7)辩论原则；
- (8)人民检察院实行法律监督原则。

行政诉讼是以特定的行政争议为处理对象，这一特殊性决定了行政诉讼具有不同于其他诉讼活动的特有的基本原则，主要有：

- (1)行政诉讼期间具体行政行为不停止执行原则；
- (2)被告负举证责任原则；
- (3)不适用调解原则；
- (4)对具体行政行为的合法性进行审查的原则；
- (5)司法变更有限原则等。

三、行政诉讼的受案范围

《行政诉讼法》第11条具体规定了行政诉讼的受案范围。人民法院受理公民、法人或其他组织对下列具体行政行为不服且提起的诉讼：(1)对拘留、罚款、吊销许可证和执照，责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的；(2)对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的；(3)认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的；(4)认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的；(5)申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的；(6)认为行政机关没有依据发给抚恤金的；(7)认为行政机关违法要求履行义务的；(8)认为行政机关侵犯其人身权、财产权的；(9)除上述规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起行政诉讼的其他行政案件。

人民法院不受理公民、法人或者其他组织对下列事项提起的诉讼：

- (1)国防、外交等国家行为；

(2)行政法规、规章或者行政机关制定、发布的具有普遍约束力的决定、命令；

(3)行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定；(4)法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

四、行政诉讼的管辖

行政诉讼管辖是指上下级人民法院之间和同级人民法院之间受理第一审行政案件的分工和权限。

我国《行政诉讼法》所规定的管辖主要有级别管辖、地域管辖和裁定管辖。

级别管辖是指在人民法院组织系统内划分上下级人民法院之间受理第一审行政案件的分工和权限。地区管辖，又称地域管辖、区域管辖，是指同级人民法院之间在各自辖区内受理第一审案件的分工和权限。

裁定管辖是指当出现某种特殊情况时，不能适用级别、地域管辖而由人民法院用裁定的方式来解决对该行政案件的管辖权的问题，包括移送管辖、指定管辖、管辖权的转移。

五、行政诉讼参加人

(一)行政诉讼参加人概述

行政诉讼参加人是指在行政诉讼过程中，为保护自己和他人的合法权益而参加行政诉讼的当事人和类似当事人诉讼地位的人，包括当事人和诉讼代理人。

行政诉讼当事人是指因具体行政行为发生争议后，以自己的名义起诉、应诉或参加诉讼，并受人民法院裁判约束的公民、法人或其他组织和行政主体，包括原告、被告和第三人。行政诉讼当事人在不同的诉讼阶段有不同的称谓，在一审程序中称原告、被告、第三人；在二审程序中，称上诉人和被上诉人；在执行程序中，称申请执行人和被申请执行人。不同的称谓，表明他们在不同程度中的地位，权利和义务也不尽相同。但他们具有以下共同特征：(1)参加诉讼的目的是为了保护自己的合法权益。(2)以自己的名义进行诉讼。(3)与行政案件有直接的利害关系。(4)受人民法院裁判的约束。

(二)行政诉讼中的原告

在行政诉讼中，原告是指认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益依照行政诉讼法向人民法院提起诉讼从而引起行政诉讼开始的公民、法人或其他组织。

有权提起诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起诉讼。有权提起诉讼的法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以提起诉讼。

(三)行政诉讼中的被告

在行政诉讼中，被告是指由作出原告认为侵犯其合法权益的具体行政行为，被起诉并由人民法院通知应诉的行政机关或法律、法规授权的组织。

(四)行政诉讼中的共同诉讼人

《行政诉讼法》第26条规定：“当事人一方或双方为两人以上，因同一具体行政行为发生的行政案件，或者因同样的具体行政行为发生的行政案件人民法院认为可以合并审理的，为共同诉讼。”共同诉讼人就是指在共同行政诉讼中，一同起诉或应诉的人，一同起诉的称为共同原告，一同应诉的成为共同被告。

(五)行政诉讼中的第三人

行政诉讼中的第三人是指同提起诉讼的具体行政行为有利害关系，在行政诉讼过程中申请参加诉讼或由人民法院通知参加诉讼的公民、法人或其他组织。

(六)行政诉讼中的诉讼代理人

诉讼代理人是指根据法律规定，或由人民法院指定，或接受当事人、法定代理人的委托，以当事人的名义，在一定权限范围内代理当事人进行诉讼活动的人。诉讼代理具有以下特征：(1)只能以被代理人的名义，为维护被代理人的合法权益进行诉讼活动；(2)只能在代理权限范围内实施诉讼行为，其后果由被代理人承担；(3)只能代理当事人的一方，且其必须是具

有诉讼行为能力。

六、行政诉讼证据及行政诉讼举证责任

(一)行政诉讼证据

根据《行政诉讼法》第31条规定,证据有以下几种:(1)书证;(2)物证;(3)视听资料;(4)证人证言;(5)当事人的陈述;(6)鉴定结论;(7)勘验笔录、现场笔录。

以上证据经法庭审查属实,才能作为定案的根据。

(二)行政诉讼举证责任

被告作出的具体行政行为负有举证责任,应当提供作出该具体行政行为的证据和所依据的规范性文件。

在诉讼过程中,被告不得自行向原告和证人收集证据。人民法院有权要求当事人提供或者补充证据。人民法院有权向有关行政机关以及其他组织、公民调取证据。

七、第一审程序

第一审程序是人民法院受理某一行政案件后第一次审理该案所使用的程序,它包括开庭前准备、法庭调查、法庭辩论、合议庭评议和宣告判决等步骤。行政诉讼不同于民事诉讼,在第一审程序中只有普通程序而没有简单程序、特别程序。

人民法院审理第一审行政案件,无论哪级人民法院,都应当依法组成合议庭;不论是公开审理还是不公开审理,都必须开庭审理;除法律规定不公开审理的案件外,应一律公开审理。

人民法院应当在立案之日起三个月内作出第一审判决。有特殊情况需要延长的,由高级人民法院批准,高级人民法院第一审案件需要延长的,由最高人民法院批准。

八、第二审程序

行政案件第二审程序是指上级人民法院对下级人民法院就第一审行政案件所作的判决或裁定,其发生法律效力之前,由于上诉人的上诉,对案件进行审理的程序,又可称为上诉程序或终审程序。在第二审程序中,有权提起上诉的是第一审程序中的当事人。

当事人不服人民法院第一审判决的,有权在判决书送达之日起十五日内向上一级人民法院提起上诉。当事人不服人民法院第一审裁定的,有权在裁定书送达之日起十日内向上一级人民法院提起上诉。逾期不提起上诉的,人民法院的第一审判决或者裁定发生法律效力。

人民法院对上诉案件,认为事实清楚的,可以实行书面审理。

九、审判监督程序

审查监督程序是指通过有审判监督权或法律监督权的机关组织发现人民法院已经发生法律效力判决、裁定违反法律、法规的规定确有错误,由有关人民法院依法决定进行再次审理的程序。

第十一节 国家公务员法

国家公务员法重点考点集锦:

第二条 本法所称公务员,是指依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员。

第十一条 公务员应当具备下列条件:

(一)具有中华人民共和国国籍;(二)年满十八周岁;(三)拥护中华人民共和国宪法;(四)具有良好的品行;

(五)具有正常履行职责的身体条件;(六)具有符合职位要求的文化程度和工作能力;(七)法律规定的其他条件。

第十二条 公务员应当履行下列义务:

(一)模范遵守宪法和法律;(二)按照规定的权限和程序认真履行职责,努力提高工

作效率；

（三）全心全意为人民服务，接受人民监督；（四）维护国家的安全、荣誉和利益；

（五）忠于职守，勤勉尽责，服从和执行上级依法作出的决定和命令；（六）保守国家秘密和工作秘密；

（七）遵守纪律，恪守职业道德，模范遵守社会公德；（八）清正廉洁，公道正派；（九）法律规定的其他义务。

第十三条 公务员享有下列权利：

（一）获得履行职责应当具有的工作条件；（二）非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分；

（三）获得工资报酬，享受福利、保险待遇；（四）参加培训；（五）对机关工作和领导人员提出批评和建议；

（六）提出申诉和控告；（七）申请辞职；（八）法律规定的其他权利。

第十四条 国家实行公务员职位分类制度。

公务员职位类别按照公务员职位的性质、特点和管理需要，划分为综合管理类、专业技术类和行政执法类等类别。国务院根据本法，对于具有职位特殊性，需要单独管理的，可以增设其他职位类别。各职位类别的适用范围由国家另行规定。

第二十四条 下列人员不得录用为公务员：

（一）曾因犯罪受过刑事处罚的；

（二）曾被开除公职的；

（三）有法律规定不得录用为公务员的其他情形的。

第二十九条 招录机关根据考试成绩确定考察人选，并对其进行报考资格复审、考察和体检。

体检的项目和标准根据职位要求确定。具体办法由中央公务员主管部门会同国务院卫生行政部门规定。

第三十二条 新录用的公务员试用期为一年。试用期满合格的，予以任职；不合格的，取消录用。

第六十八条 公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的，不得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务，也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。

第十七条 法官从人民法院离任后二年内，不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人。

法官从人民法院离任后，不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。因地域或者工作性质特殊，需要变通执行任职回避的，由省级以上公务员主管部门规定。

第九十条 公务员对涉及本人的下列人事处理不服的，可以自知道该人事处理之日起三十日内向原处理机关申请复核；对复核结果不服的，可以自接到复核决定之日起十五日内，按照规定向同级公务员主管部门或者作出该人事处理的机关的上一级机关提出申诉；也可以不经复核，自知道该人事处理之日起三十日内直接提出申诉：

（一）处分；（二）辞退或者取消录用；（三）降职；（四）定期考核定为不称职；（五）免职；（六）申请辞职、提前退休未予批准；（七）未按规定确定或者扣减工资、福利、保险待遇；（八）法律、法规规定可以申诉的其他情形。

对省级以下机关作出的申诉处理决定不服的，可以向作出处理决定的上一级机关提出再申诉。

行政机关公务员对处分不服向行政监察机关申诉的，按照《中华人民共和国行政监察法》

的规定办理。

第九十一条 原处理机关应当自接到复核申请书后的三十日内作出复核决定。受理公务员申诉的机关应当自受理之日起六十日内作出处理决定；案情复杂的，可以适当延长，但是延长时间不得超过三十日。

复核、申诉期间不停止人事处理的执行。

第九十二条 公务员申诉的受理机关审查认定人事处理有错误的，原处理机关应当及时予以纠正。

第九十三条 公务员认为机关及其领导人员侵犯其合法权益的，可以依法向上级机关或者有关的专门机关提出控告。受理控告的机关应当按照规定及时处理。

第九十四条 公务员提出申诉、控告，不得捏造事实，诬告、陷害他人。

第一百零七条 本法自 2006 年 1 月 1 日起施行。

第四章 民法

第一节 民法的概念和基本原则

一、民法的概念

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

民事法律规范调整的以民事权利和民事义务为核心内容的社会关系是民事法律关系。

二、民法的基本原则

(一)平等原则

《民法通则》第 3 条规定：“当事人在民事活动中的地位平等。”这一原则包括：

- (1)公民的民事权利能力一律平等；
- (2)民事主体在民事法律关系中法律地位平等；
- (3)民事主体平等地受法律保护，在适用法律上一律平等。

(二)自愿原则

《民法通则》第 4 条规定：“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则。”自愿原则包括：(1)设立民事法律关系的自愿；(2)选择行为内容和相对人的自愿；(3)选择行为方式的自愿；(4)违反自愿原则的民事行为不受法律保护。

(三)公平原则

《民法通则》第 4 条规定：“民事活动应当遵循公平原则。”公平原则是指在民事活动中以利益均衡作为价值判断标准，用来衡量民事主体之间的物质利益关系，确定民事主体的民事权利义务及其民事责任承担等。

(四)诚实信用原则

《民法通则》第 4 条规定：“民事活动应当遵循诚实信用原则。”这一原则包括：(1)民事主体在民事活动中以诚实信用的方式行使权利和义务；(2)在合同解释上，应以诚实信用为原则；(3)以诚实信用原则弥补法律规定的不足。

(五)禁止权力滥用原则

禁止权力滥用原则，是指民事主体在进行民事活动中必须正确行使民事权利，不得损害他人和社会公共利益。《民法通则》第 6 条规定：“民事活动必须遵守法律，法律没有规定的，应当遵守国家政策。”《民法通则》第 7 条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”

三、民法的调整范围

根据《民法通则》规定，我国民法调整平等主体之间的财产关系和人身关系。

民法调整的财产关系包括财产归属和财产流转关系。人身关系是指没有财产内容、带有人身属性的社会关系。它包括人格关系和身份关系。人格关系指因民事主体的人格利益而发生的社会关系，在法律上具体体现为生命权、身体权、健康权、名称权、肖像权、名誉权等。身份关系是基于一定的身份而产生的社会关系，在法律上体现为亲属、监护等社会关系以及知识产权的署名权、发表权等具有身份内容的社会关系。

第二节 民事法律关系的主体

民事法律关系是指由民法调整的具有民事权利、义务内容的社会关系，即具体的民事权利和义务关系。它由民事法律关系的主体、内容和客体三要素构成。民事法律关系的主体是指参加民事法律关系，享有权利或承担义务的人，即民事法律关系的当事人。根据《民法通则》规定，公民和法人可以作为民事法律关系的主体。国家是特殊的民事主体。

一、公民

一个国家的公民是指具有该国国籍的自然人。我国公民就是具有我国国籍的自然人。应当注意的是，《民法通则》第8条第2款规定，除法律另有规定外，《民法通则》关于公民的规定也适用于外国国籍的自然人和无国籍的自然人。

(一)公民的民事权利能力

公民的民事权利能力是指公民依法享有民事权利、承担民事义务的资格，是公民主体资格的集中表现。《民法通则》第9条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”

(二)公民的民事行为能力

公民的民事行为能力是指公民通过自己的行为独立行使民事权利或履行民事义务的能力。公民的民事行为能力是以其权利能力为前提的。《民法通则》，根据公民的年龄和精神状况，把公民的民事行为能力分为三种：完全民事行为能力；限制民事行为能力；无民事行为能力。

二、法人

(一)法人的概念及其应具备的条件

《民法通则》第36条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”从中可以看出法人是一种社会组织，但并非所有的社会组织都是法人。只有具备一定条件和法定程序方可取得法人资格。《民法通则》第37条规定：“法人应当具备下列条件：(1)依法成立；(2)有必要的财产或经费；(3)有自己的名称、组织机构和场所；(4)能够独立承担民事责任。”只有同时具备四个条件的社会组织，才能被认定为法人。

(二)法人的特征

1. 法人是独立的社会组织；
2. 法人具有独立的财产；
3. 法人独立承担民事责任。

(三)法人的民事权利能力

法人的民事权利能力是指法人能够享有民事权利，承担民事义务的资格。法人的民事权利能力始于依法设立或登记的事实，终于法人依法被撤销或解散的法律事实。

(四)法人的民事行为能力

法人的民事行为能力是指法人通过自己的行为，为自己取得民事权利、设定民事义务

的能力。它与民事权利能力同时产生，且它是由法人机关来实现的。依照法律或法人组织章程的规定，代表法人行使职权的负责人，是法人的法定代表人，为法人机关的重要组成部分。

第三节 民事法律行为和代理

一、民事法律行为

民事行为是指能发生民事法律后果的行为。它可分为合法民事行为和非法民事行为。合法民事行为主要表现为民事法律行为和其他适法行为。可见民事法律行为是一种合法的民事行为。

(一)民事法律行为的概念和特征

《民法通则》第54条规定：“民事法律行为是公民或者法人的合法行为。”这一定义性规定说明：第一，民事法律行为是以设立、变更、终止某一民事法律关系为目的的一种行为；第二，它是一种合法的行为。民事法律行为有如下特征：(1)民事法律行为以行为人的意思表示为必备要素。(2)它是以发生一定民事法律后果为目的的行为。(3)它必须是一种合法行为。

(二)民事法律行为的成立条件

1. 民事法律行为的实质要件

《民法通则》第55条规定：民事法律行为应当具备下列条件：(1)行为人具有相应的民事行为能力；(2)意思表示真实；(3)不违反法律或社会公共利益。

下列民事行为无效：

- (1)无民事行为能力人实施的；
- (2)限制民事行为能力人依法不能独立实施的；
- (3)一方以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使对方在违背真实意思的情况下所为的；
- (4)恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的；
- (5)违反法律或者社会公共利益的；
- (6)经济合同违反国家指令性计划的；
- (7)以合法形式掩盖非法目的的。

无效的民事行为，从行为开始起就没有法律约束力。行为人对行为内容有重大误解和显失公平的，一方有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销。被撤销的民事行为从行为开始起无效。

2. 民事法律行为的形式要件

民事法律行为的形式，主要是指行为人意思表示的形式。当法律规定某项法律行为必须采用某种形式时，这种形式就成为该项法律行为的形式要件。《民法通则》第56条规定“民事法律行为可以采取书面形式、口头形式或者其他形式。法律规定用特定形式的，应当依照法律规定。”

(三)民事法律行为的分类

双方法律行为与单方法律行为；双务法律行为与单务法律行为；有偿法律行为与无偿法律行为；诺成性法律行为与实践性法律行为；要式法律行为与不要式法律行为。

二、代理

(一)代理的概念和代理关系的特征

《民法通则》第63条规定：代理是“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为；被代理人对代理人的代理行为承担民事责任”。代理关系的特征主要是：(1)代理人在代理权限范围内实施代理行为；(2)代理人以被代理人的名义进行代理行为；(3)代理主要是实施民事法律行为；(4)被代理人对代理行为承担民事责任。

(二)代理的种类

《民法通则》第64条规定：“代理包括委托代理、法定代理和指定代理。”

(三)代理权的行使

代理人应在代理权限范围内行使代理权；代理人应为被代理人的利益而行使代理权；代理人在行使代理权时不得滥用代理权。

第四节 物权与所有权

一、物权

(一)物权的概念与特征

物权，是权利主体在法律规定的范围内，管理、支配并享受物之利益的排他性财产权利。所有权、抵押权、质权、留置权等，都是物权。它具有下述法律特征：

(1)物权是权利人直接支配物的权利，无需他人的意思或义务人的行为的介入。

(2)物权是权利人直接享有物之利益的权利。物权作为财产权，是一种具有物质内容的、直接体现为财产利益的权利。这里的利益分为三种：一是物的归属；二是物的利用；三是就物的价值而设立的债务的担保。

(3)物权是排他性的权利。物权具有独占性和排他性，一方面，物权具有排除他人侵害、干涉、妨碍的性质，另一方面，同一物不能有内容互不相容的两个物权。

(4)物权是绝对权。物权的义务主体是不特定的。

(二)物的种类

1、动产和不动产

这是民法上物最重要的分类。不能移动或者移动后会严重减损其经济价值的物为不动产，包括土地及地上定着物，如房屋、林木等。不动产之外的，可以移动且并不减损其经济价值的物为动产。货币为特别的动产。一般来说，动产以占有为公示方法，不动产以登记为公示方法；动产物权经交付而变动，不动产物权的变动则需要经过登记。

2、流通物和限制流通物

法律允许在民事主体之间自由流转的物为流通物。法律限制或者禁止在民事主体之间自由流转的物为限制流通物。

3、主物和从物

两个以上独立的物相互配合，为一定经济目的组合到一起时，起主要作用的为主物，起从属作用的为从物。构成从物的要件有3个：①须独立而非主物的成分；②须助主物的效用；③须与主物同属于一人。这种分类的意义在于，除非当事人有特别约定，否则对主物的处分及于从物。

4、原物和孳息

原物的收益为其孳息。孳息又分为天然孳息和法定孳息。天然孳息是指依物的自然属性而获得的收益。法定孳息是指依法律的规定或者当事人的约定而产生的收益。

5、特定物和种类物

依当事人的意思具体指定的物为特定物。当事人仅依抽象的种类、品质、数量予以限定的物为不特定物。

6、替代物和不可替代物

可以相同数量相互代替的物为替代物，如平常的大米、煤炭等。不能以相同数量替代的物为不可替代物。

法律特征：(1)物权是权利人直接支配物的权利，无需他人的意思或义务人的行为的介入。(2)物权是权利人直接享有物之利益的权利。(3)物权是排他性的权利。(4)物权是绝对权。

(三)物权的分类

1. 所有权与限制物权

所有权是指物之所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。限制物权是指在所有权的权能与所有权主体发生分离的情形下,由非所有人对他人的物享有直接支配权的物权。

2. 用益物权与担保物权

用益物权是指对他人所有的物在一定范围内使用、收益的权利,包括国有土地使用权、自然资源使用权等。担保物权是指以物的价值来担保债权实现,在债务人或第三人的特定财产上设定的物权,包括抵押权、质权、留置权等。

3. 动产物权与不动产物权

这是按照物权的客体为动产或不动产为标准作的分类。

(四)按照一定的标准,可对物权做如下分类。

(1)自物权和他物权。自物权是权利人对自己的物享有的权利,即所有权。他物权是指在他人的物上设立的权利,如抵押权、地役权、土地使用权等。

(2)动产物权和不动产物权。凡以动产为标的的物权为动产物权,如质权。凡以不动产为标的物权为不动产物权,如抵押权。

(3)主物权和从物权。主物权是指本身就独立存在,不需要依附于其他权利的物权,如所有权。从物权是指必须依附于其他权利而存在的物权,如抵押权。

(4)所有权和限制物权。为充分发挥物的效用,法律规定,权利人可以在其所有物上为他人设立权利,这种权利的直接效力是限制了所有权的效用,称为限制物权。用益物权和担保物权都是限制物权。

(五)物权的效力

物权除因种类不同而有各种不同的效力外,有下列共同效力。

(1)排他效力。它是指同一标的物,不允许有性质不相容的两个物权同时并存。

(2)优先效力。它又称为物权的优先权,包括:①就同一标的物,物权和债权并存时,物权优先于一般的债权。②在物权与物权之间,也有效力强弱的问题。一般来说,性质相容的物权并存时,先成立的物权优先于后成立的物权;所有权与限制物权并存时,限制物权优先于所有权。

(3)追及效力。它是指物权成立后,无论其标的物辗转落入何人之手,权利人均可追及标的物行使其权利。

(六)物权的特征

(1)物权法定原则。指物权的种类和内容只能由法律来确定,而不能由民事权利主体随意创设。

(2)物权公示原则。各种物权变动取得必须以一种可以公开的能够表现这种物权变动的方式予以展示,而决定物权变动取得的效力的原则。《城市房地产管理法》、《担保法》均坚持了物权依法律行为发生变动时的公示原则。

(3)物权优先原则。物权是债权产生的前提,在物权和债权同时存在的情况下,无论物权成立于债权之前或之后,物权优于一般的债权。最典型的是房地产办理抵押登记后,即取得担保物权后即可对抗第三人。

二、所有权

(一)所有权的概念与特征

所有权又称财产所有权,是指财产所有人依法对自己的财产享有占有、使用、收益和处分的权利。财产所有权的内容:(1)所有权是一种最基本的民事法律关系。(2)它是唯一完全的物权。(3)它具有强烈的独占性、排他性。(4)其客体总是特定的物,而不是智力成果和行

为。(5)所有权相对债权而言具有永久性。

(二)所有权的内容

所有权的内容,是指财产所有人在法律规定的范围内,对于其所有的财产可以行使的权能。财产所有权具有四项权能:占有、使用、收益和处分。(1)占有,所有权人对于财产的实际管理和控制。(2)使用,是指发挥财产的使用价值而对财产的运用。(3)收益,是指通过对财产的占有、使用而取得的经济效益。(4)处分,是对某项财产在事实上或法律上的最终处置,是所有权中带有根本性的一项权能。

(三)所有权的分

所有权在我国有以下分类:

1. 国家所有权

《民法通则》规定:“国家财产属于全民所有。”国家所有权是全民所有制在法律上的表现。

2. 集体组织所有权

是指集体组织对其财产享有的占有、使用、收益、处分的权利。

3. 自然人(公民)财产所有权

(四)所有权的一般原理

所有权人拥有特定的动产或者不动产,对其动产或者不动产享有全面支配的权利。完整的所有权包含占有、使用、收益、处分等四项权能。占有、使用、收益、处分等四项权能可以与所有权发生分离。

1、共有

共有是两个或两个以上的人(自然人或法人)对同一项财产享有所有权。共有可分为按份共有和共同共有。因共有关系消灭而分割共有财产时,在不损害财产的经济价值的前提下,可以采取以下方法:(1)实物分割。(2)变价分割。(3)作价补偿。

按份共有是指两个或两个以上的人(自然人或法人)对同一项财产按照份额享有所有权。共同共有是指两个或两个以上的人(自然人或法人)对同一项财产的全部,不分份额地、平等地享有所有权。

2、不动产所有权

不动产所有权包括土地所有权和房屋所有权等。我国土地所有权分为国家土地所有权和集体土地所有权。

3、建筑物区分所有权

建筑物区分所有权,是指数人就该建筑物内其居室等专有部分各自独立享有其所有权,就走廊、电梯等共有部分按其专有部分的比例享有共同的权利,并就该建筑物及其附属设施的维护等享有共同管理的权利。

建筑物区分所有权人转让其专有部分所有权的,其对共同共有享有的共有权利以及对该建筑物及其附属设施享有的共同管理的权利,视为一并转让。

第五节 债权

一、债的概念与特征

债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。债的主要特征如下:(1)从反映的社会关系看,债是财产流转的法律表现,反映动态的财产关系。(2)从法律关系的主体看,

债是特定当事人之间的法律关系，债权人、债务人都是特定的。(3)从法律关系的客体看，债的客体不限于物，还包括行为等。(4)从法律关系的内容看，债的权利主要表现在追求债务人为或不为一定行为；债权的实现须以债务人的一定行为作条件。(5)从法律关系发生的法律事实来看，致使债产生的事实或行为，既可以是合法的也可以是非法的。

二、债的发生原因

债的发生原因又称债的发生根据，是指产生债的法律事实，产生债的法律事实主要有：合同、不当得利、无因管理、侵权行为、缔约过失及其他。(1)合同，是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议，是债得以产生的最主要、最常见的法律事实。(2)不当得利，是指没有法律或合同上的根据而获益，从而致使他人受到损害的事实。注意，其性质不是受益人实施的违法行为。(3)无因管理，是指行为人没有约定或法定的义务，为避免他人利益受损失而对他人事务进行管理或服务所实施的行为。(4)侵权行为，是行为人单方实施的侵害他人财产或人身权利的不法行为。(5)缔约上的过失，因一方当事人于缔结合同之际具有过失，从而导致合同的不成立、无效或被撤销，使对方当事人遭受损害的情形。(6)其他情形。由其他的法律行为引起债的发生，如遗赠。

我国《民法通则》在立法上把债的发生根据分为两大类，一类是合同约定的债，另一类是法律直接规定的债，也有人称之为“非合意之债”。

合同是当事人之间设立、变更和终止债权债务关系的意思表示一致的协议，通过订立合同而产生的债当然即称之为“合同之债”。

由于合同的签订而在特定当事人之间所产生的这种特定的权利义务关系，是引起债的最普遍的法律事实，民事法律行为的理论就是从合同理论中抽象出来的。故一个人要想真正学好合同，就必须先把民事法律行为的理论学好，反过来，学好了合同理论，民事法律行为的内容也就了解得差不多了。所以合同是民法理论研究中的最重要的内容之一。债的第二种发生原因即“侵权行为之债”。

一方当事人侵害他人财产或人身权利，依照法律的规定，受害人就有权要求侵害人承担民事责任，侵害人即负有赔偿由于自己的侵权行为而造成的损失的义务。这种特定的双方当事人之间的权利义务关系，即叫做“侵权行为之债”。

故可见，因致人损害赔偿而发生的特定的权利义务关系，即叫“侵权行为之债”。侵权行为无疑是一种单方实施的不法行为，但因侵权行为而发生的债却是受法律保护的合法之债。我国《民法通则》在体制上没有将侵权行为纳入债权中，而是规定在“民事责任”一章中，我们在后面再详细复习有关问题。

所谓“无因管理”是指没有法定或约定的义务，为避免他人利益的损失，而进行的管理和服务行为。管理他人事务或为他人服务的人叫做“管理人”；他人亦称“本人”或“受益人”。由于无因管理行为而在管理人与受益人这两个特定的当事人之间所产生的此种特定的权利义务关系，就是“无因管理之债”。

无因管理从法律上看是一种事实行为，它与人的意志有关，但不以意思表示为要件，故不要求管理人必须有行为能力。设立此项制度，完全是为了鼓励公众助人为乐，见义勇为，避免他人的利益受到损失。它是一种合法的事实行为。

对于“无因管理”的性质，考试时一定注意。譬如，一个14岁的小孩代交了邻居的物业管理费，或者7岁的小孩捡了别人的一只小狗代养，都是无因管理。所以考试的时候，务必要将此类基本概念搞清楚，特别就无因管理是事实行为这一类问题而言，出题时经常会用各种案例来考你。

无因管理的第一个法律特征是，管理人进行管理或服务，既无法律上的原因，也无约定的义务。无因管理之债是由合法的、积极的、管理他人具有民事法律后果的事务产生的。所以在那个悬赏广告案例中，为什么浙江宁波出租汽车司机捡到俄国人的笔记本电脑的时候，

俄国人刊登悬赏广告说，谁捡到丢失的笔记本电脑，只要还给他，他将给 8888 元。结果出租汽车司机把物品交还后，俄国人给了他 8888 元。但出租汽车管理局却强令该司机向俄国人归还 8888 元。这时，此出租汽车司机提起了行政诉讼，认为此决定没有法律依据。但出租汽车管理局认为他们是有法律依据的，因为出租汽车司机应当把客户的遗忘物交还客户。注意，这里用的是“遗忘物”，而不是“遗失物”。因此，它强调这是出租汽车司机的法定义务，故其不是无因管理。

又如，一个人发现一个老人被别人撞伤，他救护老人的行为，无疑就是无因管理；如果是他自己把老人撞伤的，那么救护老人即是他的法定义务，这就不构成无因管理了。所以说，管理人要想构成“无因管理”，必须是既没有法律上的原因，也无约定的义务。

无因管理的第二个法律特征是，必须是为了他人利益免受损失。

就是说，在动机上必须是出于避免他人利益遭受损失；从结果看，所获的利益最终要归于本人。但不以管理人确知所管理事务的本人为必要，只要能证明自己客观上避免了他人利益的损失，就构成无因管理。某甲和某乙两个人的果园相邻。一年秋天，某甲的妻子病了，结果全家都到医院去侍候，某甲并没有委托某乙照顾自己的果园，故显然没有约定的义务。如果这个时候某乙为了某甲的利益不受损失，怕桃子熟透了烂掉，把某甲的桃子给卖了，这就是无因管理。如果某乙不是为了避开人家的损失，而是为了自己的利益，譬如把桃子卖给自家亲戚，价格特别低，雇的人工工资给得特别高，因为用的都是他的熟人，假如本来可以卖 5000 元，结果只卖了 1000 元。这个时候就不是无因管理了。所以在目的上必须是为了别人的利益免受损失，且获得的利益最终要归于本人。

无因管理的第三个法律特征是，必须进行善意的恰当的管理和服务。

管理人管理事务不能违背“本人”即受益人的真实利益，应以客观上有利于本人的方法恰当进行，这是管理人最基本的义务。另外，管理人还负有向本人通知、报告和结算的义务。究竟是不是违背本人或者受益人的真实利益，这个看起来容易，但考起来难。有一年考了一道题说，某个人有一所房子，被台风刮倒了，另一个人就进行“无因管理”，把房子给他盖起来了；可第二次台风来的时候，房子又被刮倒了。这人说，我为你进行了“无因管理”，你给我钱吧。那人问：我的房子呢？答：那不是一堆碎砖烂瓦么。这叫无因管理吗？你的无因管理不能违背人家的真实利益，你要盖房子就给人家盖结实。所以在客观上必须以有利于本人的方法进行，这是无因管理的最基本的要求。当然，管理人在管理后负有向本人进行通知和报告的义务。

无因管理的第四个法律特征是，无因管理中的受益人，负有偿付管理人由于无因管理所支出的必要费用的义务。

所谓必要，应按社会通常的标准，超过这一限度，应由管理人自己承担。无因管理为法定之债，管理人实施了无因管理行为，即可依据法律的规定，直接向受益人主张债权。无因管理行为一经追认，自管理行为实施时起，即视为委托合同关系。同时，管理人还可以请求本人赔偿其因无因管理而遭受的必要费用以外的损失，但因其重大过失的除外。管理人在管理事务中以自己的名义为受益人所负的债务，有权要求本人偿还。

所谓“不当得利”是指没有合法的根据，自己获利，而使他人受损。不当得利作为一种法律事实，它是指一种事件。其本质上是一种利益，并不以当事人的意志为转移。不论其取得不当得利时的主观状态如何，都无法影响不当得利事实的形成。由于不当得利人获得利益缺少法律上的依据，故其负有将不当得利返还遭受损失的人的法律义务，这种由不当得利所产生的债权债务关系，即所谓“不当得利之债”。

不当得利的第一个构成要件是没有合法的根据。

所谓“没有合法的根据”，考试无非考两个：第一种情况，自始没有法律根据，你到商场买 30 元东西，给了他 50 元，他应当找你 20 元。结果售货员误以为你给他 100 元，找你

70元，多找给你50元。你拿的20元是有法律依据的，但多给的50元自始就没有法律上的依据了。第二种情况是一开始有法律上的依据，但是后来没有法律上的依据。买1000元的东西，交20%的定金即200元。取货时，又付1000元。这时，200元定金应当充抵货款而没有充抵，因此，该200元在开始交付时是有法律依据的，但后来交付1000元货款后，不退就没有法律上的依据了。

法律设立不当得利之债制度的目的，就在于恢复当事人之间的利益因不当变动所破坏了的社会公平。无合法原因，使他人受损而自己获利，当然应予恢复原状。所以，不论是自始无根据，也不论是由于某种事实发生而根据消灭。如前述定金既未抵作价款，亦未收回；以及给付目的自始不存在，如重大误解；或事后不存在，如合同无效；或者给付目的没达到，如无对价，都构成不当得利。

其二，必须是一方受益而另一方受损。

此种利益既包括积极利益，也包括消极利益。就是说，不该增加的增加了；应该减少的没减少，都是利益。反之，另一方受损也是既包括积极损失，亦包括消极损失。即现有财产的减少和可得利益的丧失均为损失。当然是正常情况下可得的利益，而不一定是必然得到的利益。总之，是由一方当事人取得不当利益的事实而引起的。

其三，“不当得利”要求受益与受损之间须有因果关系。

首先是“直接因果关系说”。这种观点认为，如果不是出于同一原因事实，譬如由于两个不同的原因的话，即不能认为是不当得利。

两个老太太去炒股，各拿10万元，半年之后，一个挣了8万，一个赔了8万。其中一个就说，这是不当得利，你挣的正好就是我赔的，不是不当得利是什么？是“不当得利”吗？不是。两者显然不是出于同一原因事实。

第二种观点是“非直接因果关系说”。只要社会观念认为有牵连，就是有因果关系。庄家操纵炒股，庄家挣了，散户赔了，就有因果关系。作为不当得利之债的第一个内容是不当得利返还的请求权。在以下情况下均可享有此种权利。

不当得利的产生，可以是由于受损人或第三人的过错而造成，也可以是由得利人本身的违法行为造成的。不当得利可以“由得利人的行为”产生，如不法占有，由于标的物的所有权不发生移转，物权人即产生了所有权返还请求权与不当得利返还请求权的竞合；在侵权人的“因侵权行为而非法获利”时，不当得利请求权与损害赔偿请求权竞合；合同履行中，“一方已给付，他方给付不能”时，亦可能产生不当得利请求权与违约请求权的竞合；还可以“由受损人的行为”产生，如欠缺原因之给付；亦可以是“由第三人的行为”产生，甲用乙的饲料喂了丙的马；或“因自然事件”产生，洪水使张三的塘鱼游进了李四的鱼塘；“基于法律规定”，如添附时的利益返还。

不当得利返还请求权的标的及范围，同样是我们复习中的重要内容之一。不当得利人的义务，仅限于返还不当得利及其孳息，不承担赔偿损失的责任。故不当得利返还请求权的标的只能是不当利益。不当得利是一种事件而非法律行为，但它是法定之债。有不当得利的事实发生时，受损人可直接根据法律的规定，向不当得利人主张债权，要求其返还不当得利。受益人的返还义务于善意时就现存利益为限。

受益人取得不当得利时若为善意，受损人的损失大于受益人的利益时，受益人仅在现存利益的范围内负有返还责任，利益不存在者，免于返还；恶意人则不论利益是否存在，均须返还，如有其他损害，还得赔偿。

除了“合同之债”、“侵权行为之债”、“无因管理之债”和“不当得利之债”以外，还有其他的债的发生原因。由于“缔约过失”发生于合同未成立或无效的情况下，自然不可能存在违约责任。而且，负有赔偿义务的人不一定获得了利益。同时，负有赔偿义务的人，虽然对合同无效或不成立有过错，但可能对侵害对方合法权益并无过错，故不可能是不当得利。

或侵权行为。所以，“缔约过失”也被认为是债的发生原因。

单方法律行为如遗赠等，也能引起债的发生。故其也是债的发生原因或称根据。当遗赠法律关系一旦形成，受遗赠人就有权请求继承人交付受遗赠的财产，继承人应将遗赠的财产移交受遗赠人。此特定的当事人之间就产生了特定的权利义务关系。

“其他”如“防止或制止他人受侵害”也是债的发生原因，但一般认为，受益人的义务范围仅以受益人的受益范围为限。其他又如“拾得遗失物”，也有人认为是债的发生原因，但反对者认为，单纯的拾得行为并未获得实际利益，应是“无因管理”，只有在拒不返还时才构成“不当得利”。

债的履行即合同的履行，掌握了有关合同履行的规定与理论，就了解了债的履行。

三、债的分类

债的分类主要有：(1)合同之债与非合同之债；(2)单一之债与多数人之债；(3)特定物之债与种类物之债；(4)简单之债和选择之债。

四、合同

(一)合同的概念与特征

《合同法》第2条规定：“本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议。婚姻、收养、监护等有关身份关系的协议，适用其他法律的规定。”

合同的法律特征是：(1)它是当事人之间在自愿基础上达成的协议，是双方或多方的民事法律行为；(2)合同当事人的法律地位平等；(3)它是当事人之间以设立、变更、终止特定民事权利义务关系为目的的法律行为；(4)它所确立的是债权债务关系；(5)其所确定的内容是合法的。

(二)合同的订立

订立合同，一般要经过两个主要步骤。第一，要约，即订立合同的一方当事人向另一方发出的缔结合同的意思表示，发出要约的人称为要约人，接受要约的人称为受要约人。第二，承诺，即受要约人向要约人作出的对要约内容完全同意的意思表示。当事人订立合同，有书面形式、口头形式和其他形式。

(三)合同的担保

1. 保证

保证是指保证人和债权人约定，当债务人不履行债务时，保证人按约定向债权人履行债务或承担责任的行为。

2. 抵押

抵押是指债务人或第三人不转移财产的占有权，而将财产抵押作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人有权依法以抵押财产折价或以拍卖、变卖抵押财产的价款优先受偿。以依法取得的国有土地上的房屋抵押的，该房屋占用范围内的国有土地使用权同时抵押。以出让方式取得的国有土地使用权抵押的，应当将抵押时该国有土地上的房屋同时抵押。

3. 质押

《担保法》规定其分为动产质押和权利质押，前者指债务人或第三人将其动产移交债权人占有，债务人不履行债务时，债权人有权依法以该动产折价或以拍卖、变卖抵押财产的价款优先受偿；后者是指以汇票、支票、仓单、提单等代表的依法可以质押的权利出质作为债权担保的质押方式。

4. 留置

留置是指在保管合同、运输合同、加工承揽合同以及法律规定的其他合同中，债权人按照约定占有债务人的动产，债务人不按合同约定期限履行债务的，债权人有权依法留置该财产，以该财产折价或以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿。

5. 定金

定金是为担保合同的履行，当事人约定一方向对方给付一定金额。给付定金方不履行约定债务，无权要求返还定金；收受定金方不履行约定债务，应当双倍返还定金。定金数额由当事人约定，但不得超过主合同标的额的 20%。

五、债的履行

(一) 债的履行概念

债的履行是指债务人全面地、正确地履行所约定的义务，使债权人的权利得到完全的实现。包括以下两层含义：一是完全正确履行；二是债的履行是债务人的义务，但债权人也有协助履行的义务。

(二) 债履行的原则

实际履行原则；协作履行原则；经济合理原则；适当履行原则。

六、债的终止

债的终止是指债的关系消灭，即当事人之间所确立的债权债务关系不复存在。有下列情形之一的，合同的权利义务终止：(1) 债务已经按照约定履行；(2) 合同解除；(3) 债务相互抵消；(4) 债务人依法将标的物提存；(5) 债权人免除债务；(6) 债权债务同归于一人；(7) 法律规定或者当事人约定终止的其他情形。

第六节 知识产权

一、知识产权的概念、内容和特征

知识产权亦称智力成果权，是指民事主体对自己创造性的智力劳动成果依法享有的专有权利。包括著作权、专利权、商标权、发现权、发明权和其他科技成果权。知识产权的法律特征主要有：(1) 知识产权的客体具有无形性。这个客体既不是物，也不是行为，而是智力成果和工商业信誉，是无形财产权。(2) 知识产权具有法定性。知识产权必须经过如著作权法、专利法、商标法等专门法律直接确认才能产生。(3) 知识产权具有专有性。法律规定知识产权为权利人所专有，权利人以外的第三人不得享有或使用该项权利，否则为侵权。(4) 知识产权具有时间性和地域性。知识产权的保护受到地域的限制。各国对知识产权的保护有严格的时间限制，有效期届满，权利人以外的任何人可无偿使用，不会发生侵权问题。

二、著作权

(一) 著作权的概念与内容

著作权是指作者及其他著作权人对自己的文学、艺术和科学作品依法享有的人身权和财产权等民事权利。

《著作权法实施条例》第 2 条将作品定义为：“著作权法所称作品，是指文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形形式复制的智力创作成果。”对作品的这一法律定义表明，一件可受著作权法保护的作品必须符合以下要件：

1. 属于文学、艺术和科学领域内的人的智力创造活动所产生的成果，自然存在物、非人力所创造、非智力创作的不能成为作品。

2. 具有独创性。所谓独创性是指作品系独立创作而成，不是依现有作品抄袭、复制而来，也不是根据既定的程式推演而来。独创性条件取决于两个方面，一是作品来源于作者的劳动；二是作品体现了作者的个人特性。

《著作权法》第 3 条、第 6 条规定的作品类型如下：

1. 文字作品，指以文字形式表现的作品，例如小说、诗词、散文、论文等。文字既可以是汉语文字、少数民族文字、盲文，也可以是外国文字。计算机程序是一种以特殊语言表现的作品，属于文字作品；

2. 口述作品，指即兴的演说、授课、法庭辩论等以口头语言形式表现的作品；

3. 音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品。此一类作品并非指表演者对作品的表演，而是指供表演所用的乐谱、剧本、舞谱、脚本；

4. 美术、建筑作品。美术作品是指绘画、书法、雕塑、建筑等以线条、色彩或者其他方式构成的有审美意义的平面或者立体的造型艺术作品。建筑作品，是指以建筑物或者构筑物形式表现的有审美意义的作品，亦即建筑物本身；

5. 摄影作品。摄影作品是指借助器械，在感光材料或者其他介质上记录客观物体形象的艺术作品；

6. 电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品。这是指摄制在一定物质上，由一系列有伴音或者无伴音的画面组成，并且借助适当装置放映、播放的作品；

7. 工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品；

8. 计算机软件，是指计算机程序及其文档。鉴于计算机软件既是作品又是实用工具的特殊性，国务院于1991年6月另行规定《计算机软件保护条例》，2001年12月，国务院公布了新的《计算机软件保护条例》；

9. 民间文学艺术作品；

10. 法律、行政法规规定的其他作品。

上述作品还可以按照其他分类方式划分为：文学艺术作品和科学技术作品、原创作品和演绎作品、合作作品和独著作品、职务作品和个人作品、一般作品和特殊作品等。例如，计算机软件和民间文学艺术作品属于特殊作品，按照《著作权法》的规定，对这两种作品的保护办法国务院有另行规定。2001年12月20日，国务院已公布了新的《计算机软件著作权条例》，民间文学艺术作品的保护办法尚未公布。

（二）不适用于著作权保护的对象

《著作权法》第5条列举了三项不宜给予著作权保护的对象：

1. 法律、法规，国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件，及其官方正式译文。具有实施效用的法律及官方文件，并非缺乏独创性。但对它的考虑，首先是促使其自由传播和复制，以便使人们充分地了解和掌握，故不在著作权保护之列。

2. 时事新闻。时事新闻是对新近发生的事实所作的客观报道。新闻是客观存在的事实、信息，它的基本特征是时间性、客观性；其功能是传递信息，在表达方式上不以独创性为条件，而是求真求快。同时，在新闻传播中，居于首位的是保障社会成员知情权，故时事新闻不适用于给予著作权。

3. 历法、数表、通用表格和公式。此类智力成果已成为人类社会的共同财富为人们普遍运用。再者它们在表达方式上具有“惟一性”，不存在独创性表现的可能性，无法满足作品的条件，故不给予著作权保护。

在我国《著作权法》中，它同版权系同义语，著作权的内容包括著作人身权和著作财产权。著作人身权是指作者对自己的作品依法所享有的以人身利益为内容的权利，具体包括：发表权、署名权、修改权、保护作品完整权。著作财产权指著作权人通过对其作品进行使用、处分获得财产收益的权利，分为使用权和获得报酬权，即以复制、表演、播放、展览、发行、摄制或者改编、翻译、注释、编辑等方式使用作品的权利。著作权法所保护的对象，是文学、艺术和科学领域中的作品。

一件受著作权法保护的作品必须符合以下要件：

(1)属于文学、艺术和科学领域内的人类智力创造活动所产生的成果；

(2)具有独创性；

(3)具有可复制性。

(二)著作权的保护

我国对作品实行自动保护原则，作者在作品完成时即取得著作权，受法律保护。《著作权法》规定了侵犯著作权的 15 种行为，任意一种侵权行为，应当根据情况，承担停止侵害、消除影响、公开赔礼道歉、赔偿损失等民事责任。

三、专利权

(一)专利权的概念、专利申请原则与期限

专利权的概念：专利权是指专利权人在法定期限内对其发明创造成果依法享有的专有权利。

专利申请应遵循下面的原则：(1)一件发明只应授予一项专利的原则；(2)先申请原则，即出现两个以上申请人时，谁先申请专利就授予谁。

在我国，发明专利权的期限是 20 年，实用新型和外观设计的专利权期限为 10 年。

(二)专利权的客体

专利权的客体即我国专利法所规定并受到专利法保护的发明创造、实用新型和外观设计。发明专利，是指对产品、方法或者其改进所提出的解决某一特定技术问题的技术方案。实用新型，是指对产品的形状、构造或者其组合所提出的新的技术方案。外观设计，是指对产品的形状、图案、色彩或其组合作出的富有美感的并适用于工业上应用的新设计。

(三)专利权的内容

专利权的内容包括：专利权人的权利、专利权人的义务以及专利权的限制。第一，专利权人的权利包括独占实施权、转让权、实施许可权。第二，专利权人的义务主要是缴纳专利年费。第三，专利权的限制有两类：一是专利实施的强制许可，不视为侵犯专利权的行为。二是对先用权的保护，根据《专利法》的规定，在专利申请日前已经制造相同产品、使用相同方法或者已经作好制造、使用的必要准备，并且仅在原有范围内继续制造、使用的不视为侵犯专利权的行为。

当专利权受到非法侵害时，专利权人或利害关系人可以请求专利管理机关进行处理，也可以直接向人民法院提起诉讼。其保护方法主要是责令侵权行为人停止侵害、赔偿损失、恢复名誉、消除影响，或者收缴非法制造的商品。在实践中，主要使用行政保护方法，触犯刑法的使用刑事保护方法。

四、商标法

(一)商标权的概念与特征

商标主要是用来区别不同商品生产者或经营者生产的商品或提供的服务的一种标志。商标权，是指商标所有人依法对自己的注册商标享有并排除他人非法使用的专用权。它具有时间性、专有性、地域性的特征。商标权的内容包括使用权、禁止权、许可使用权、转让权以及注册商标的续展申请权。

(二)商标权的取得和期限

在我国，商标权的取得应遵守：(1)注册原则，即商标专用权的取得必须进行商标注册。我国对大多数商品采取自愿注册原则，但对某些商品，如烟卷、人用药品等，采取强制注册商标的原则。(2)在先申请原则，在我国，注册商标的有效期为 10 年。期限届满可以续展，每次续展有效期为 10 年，续展次数不限。

(三)商标权的保护

法律保护商标权有三种方式：一是被侵权人有权要求工商管理部门责令侵权人停止侵害、赔偿损失、封存或收缴侵权人的商标标识、消除现存商品或包装上的标识、处以罚款等等；二是被侵权人有权向人民法院提起诉讼；三是对于假冒他人注册商标的，除追究行政、民事责任外，构成犯罪的，对其直接责任人员还可以由司法机关依法追究刑事责任。

第七节 人身权

一、人身权的概念和分类

人身权是指民事主体依法享有的具有人身属性而又没有财产内容的民事权利。人身权具有以下法律特征：(1)人身权与民事主体的人身密不可分。(2)人身权是民事主体不可缺少的权利。(3)人身权是非财产性权利。按权利的性质分类，可将人身权分为人格权和身份权两大类。人格权是指与作为民事主体必要条件的身体、人格相联系，并为法律所承认和保护的人身权利。如：生命权、健康权、姓名权、肖像权、名誉权等。身份权是指民事主体因基于某种特定身份关系所产生的人身权利。如：婚姻配偶权、亲权、亲属权等。

二、人身权的保护方法

《民法通则》第120条规定，公民的姓名权、肖像权、名誉权、荣誉权受到侵害的，有权要求停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并可以要求赔偿损失。

第八节 财产继承权

一、财产继承权的概念与特征

财产继承权是指将自然人死亡后个人遗留的合法财产依法转归有权取得该项财产的人所有的法律制度。其法律特征为：(1)它与财产所有权相联系；(2)它与一定身份相关联；(3)其实现必与一定法律事实相联系。

二、我国继承制度的基本原则

在我国《继承法》和其他法律规定的继承制度中贯穿着的基本原则有：保护公民合法财产继承权的原则；继承权男女平等原则；养老育幼、互助互济原则；互谅互让、团结和睦原则；权利义务相一致的原则。

三、继承权的取得、丧失和保护

继承权的取得的根据有两种：一是法律的直接规定；二是合法有效的遗嘱指定。其中法律规定的依据包括(1)婚姻关系；(2)血缘关系；(3)抚养关系。

继承权的丧失，又称继承权的剥夺，是指在发生法定事由时，取消继承人继承被继承人遗产的资格。其法定事由包括：(1)故意杀害被继承人的；(2)为争夺遗产杀害其他继承人的；(3)遗弃被继承人或者虐待被继承人情节严重的；(4)伪造、篡改或者销毁遗嘱，情节严重的。

继承权的保护：是指合法继承人的继承权被他人侵害时，有请求恢复到继承开始时状态的权利。继承恢复请求权的内容包括：一是请求确认继承人的继承资格和继承地位的权利；二是请求返还其继承标的即遗产的权利。

四、法定继承

法定继承是指按照法律规定的继承人范围、继承人顺序、遗产分配的原则继承遗产的一种方式。这种继承只是在没有遗嘱时才发生法律效力。

遗产按照下列顺序继承：

第一顺序：配偶、子女、父母。

第二顺序：兄弟姐妹、祖父母、外祖父母。

继承开始后，由第一顺序继承人继承，第二顺序继承人不继承。没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。

这里的子女，包括婚生子女、非婚生子女、养子女和有扶养关系的继子女。这里的父母，包括生父母、养父母和有扶养关系的继父母。这里的兄弟姐妹，包括同父母的兄弟姐妹、同父异母或者同母异父的兄弟姐妹、养兄弟姐妹、有扶养关系的继兄弟姐妹。

五、遗嘱继承

遗嘱继承是指继承人按照被继承人生前所立的合法有效的遗嘱进行继承的一种继承制度。遗嘱是指立遗嘱人生前在法律允许的范围内按照法律规定的方式处分自己的财产或其他事务，并于遗嘱人死时发生法律效力的法律行为。根据《中华人民共和国继承法》第十七条

的规定，遗嘱的形式有公证遗嘱、自书遗嘱、代书遗嘱、录音遗嘱、口头遗嘱五种形式。

第九节 婚姻法

一、结婚

结婚必须男女双方完全自愿，不许任何一方对他方加以强迫或任何第三者加以干涉。结婚年龄，男不得早于二十二周岁，女不得早于二十周岁。晚婚晚育应予鼓励。

有下列情形之一的，禁止结婚：

- (一) 直系血亲和三代以内的旁系血亲；
- (二) 患有医学上认为不应当结婚的疾病。

要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记。符合本法规定的，予以登记，发给结婚证。取得结婚证，即确立夫妻关系。未办理结婚登记的，应当补办登记。

登记结婚后，根据男女双方约定，女方可以成为男方家庭的成员，男方可以成为女方家庭的成员。

二、无效婚姻、可撤销婚姻

修订后的婚姻法增设了无效婚姻和可撤销婚姻制度，规定：

(一) 有下列情形之一的，婚姻无效：

- (1) 重婚的；
- (2) 有禁止结婚的亲属关系的；
- (3) 婚前患有医学上认为不应当结婚的疾病，婚后尚未治愈的；
- (4) 未到法定婚龄的。

(二) 因胁迫结婚的，受胁迫的一方可以向婚姻登记机关或人民法院请求撤销该婚姻。受胁迫的一方撤销婚姻的请求，应当自结婚登记之日起一年内提出。被非法限制人身自由的当事人请求撤销婚姻的，应当自恢复人身自由之日起一年内提出。

(三) 无效或被撤销的婚姻，自始无效。当事人不具有夫妻的权利义务。同居期间所得的财产，由当事人协议处理，协议不成时，由人民法院根据照顾无过错方利益的原则判决。对重婚导致的婚姻无效的财产处理，不得侵害合法婚姻当事人的财产权益。当事人所生的子女，适用本法有关父母子女的规定。

三、夫妻共同财产、个人所有财产和约定财产

修改后的婚姻法对夫妻共同财产、个人特有财产和约定财产制作出具体规定：

1. 共同财产，规定：夫妻在婚姻关系存续期间所得的下列财产，归夫妻共同所有：(1) 工资、奖金；(2) 生产、经营的收益；(3) 知识产权的收益；(4) 因继承或赠予所得的财产，但遗嘱或赠予合同中确定只归夫或妻一方的财产除外；(5) 其他共同所有的财产。

2. 个人所有财产，规定：有下列情形之一的，为夫妻一方的财产：(1) 一方的婚前财产；(2) 一方因身体受到伤害获得的医疗费、残疾人生活补助费等费用；(3) 遗嘱或赠与合同中确定只归夫或妻一方的财产；(4) 一方专用的生活用品；(5) 其他应当归一方的财产。

3. 约定财产，规定：(1) 夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归共同所有、各自所有或部分共同所有、部分各自所有。没有约定或约定不明确的，适用婚姻法关于共同财产制或个人财产制的规定。(2) 夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产的约定，对双方具有约束力。(3) 夫妻对婚姻关系存续期间所得的财产约定归各自所有的，夫或妻一方对外所负的债务，第三人知道该约定的，以夫或妻一方的财产清偿。(4) 离婚时，原为夫妻共同生活所负的债务，应当共同偿还。共同财产不足清偿的，或财产归各自所有的，由双方协议清偿，协议不成时，由人民法院判决。

第十节 合同法

一、合同的效力，又称合同的法律效力。

合同效力是指依法成立的合同对当事人具有法律约束力。合同的效力，是法律赋予的。合同有效，当事人应按合同约定履行债务，实现债权，合同具有履行效力。如果无效，法律认定其不能产生当事人追求的法律后果，当事人不能按合同的约定履行债务，实现债权，故有人简称无效合同为不发生履行效力的合同，法律对当事人意图设立的债权债务关系不予认可和保护。

合同有效，则合同为当事人履行义务、主张权利的依据，也是人民法院、仲裁机关解决当事人之间纠纷的依据。这与无效合同有根本不同，无效合同虽然可作为诉因之一，但当事人的权利义务关系，直接依法律规定而产生。合同约定的权利义务只能作为某种证据，不能作为判决和裁决的依据。

二、合同成立要件和有效要件

当事人就民事权利、义务达成一致意见，形成合意，合同即为成立。所以，合意是合同的成立要件。法律对当事人的合意，符合有效要件的，按当事人的合意赋予法律效果；对不符合有效要件或缺有效要件的，则分别依具体情况按无效、可撤销和效力未定（可追认）处理。

合同的有效要件是法律评价当事人合意的标准。按照《民法通则》第 55 条的规定，合同的一般有效要件是三项：行为人具有相应的行为能力；意思表示真实；不违反法律或者社会公共利益。

三、效力未定合同，又称为可追认的合同，是指合同订立后尚未生效，须权利人追认才能生效的合同。

可追认的合同有四类：

（一）、限制民事行为能力人订立的与其年龄、智力、精神状况不相适应的合同

《合同法》第 47 条第 1 款规定：“限制民事行为能力人订立的合同，经法定代理人追认后，该合同有效，但纯获利益的合同或者与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经法定代理人追认。”限制民事行为能力人是 10 周岁以上的未成年人，年满 16 周岁的未成年人以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全行为能力人。限制民事行为能力人还包括不能完全辨认自己行为的成年人，如不能完全辨认自己行为的精神病人、老年痴呆症患者等。

限制民事行为能力人订立的合同有两类，一类是不需要其法定代理人（其监护人为其法定代理人）追认就可有效的合同，这就是效力未定的合同。纯获利益以及与其年龄、智力、精神健康状况相适应而订立的合同，不必经其法定代理人的追认。限制民事行为能力人订立的与其年龄、智力、精神状况不相适应的合同，须经法定代理人的追认才可产生效力。

例如：某 15 岁的少年买了一双普通的球鞋，不必经追认就有效；其买了一台 3000 元空调，须经追认，未经追认不生效力。对需要追认的合同，相对人（与限制民事行为能力人缔结合同的人）可以催告限制民事行为能力人的法定代理人在 1 个月内予以追认。法定代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认前，善意相对人有撤销的权利。撤销应当以通知的方式作出。所谓“善意”，是指相对人在订立合同时不知道，也没有义务知道与其订立合同的人欠缺相应的民事行为能力。

（二）无权代理订立的合同

概念：是指无代理权的人代理他人与相对人订立的合同。

效力：行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后以被代理人名义订立的合同未经被代理人追认，对被代理人不发生效力，由行为人承担责任。相对人可以催告被代理人在 1 个月内予以追认。被代理人未作表示的，视为拒绝追认。合同被追认之前，善意相对

人有撤销的权利。此处所谓“善意”，是指相对人在与无权代理人订立合同时，不知道同时也没有义务知道无权代理人无代理权。撤销应当以通知的方式作出。

（三）无处分权人处分他人财产订立的合同，经权利人追认或者无处分权人订立合同后取得处分权的，该合同有效（《合同法》第 51 条）。追认可以向处分人表示，也可以直接向处分人的相对人表示。无处分权人与相对人订立的合同，如果未获追认或者无处分权人在订立合同后也未获得处分权，那么该合同不发生法律效力，除非相对人能依动产善意取得制度获得对标的物的所有权。

（四）自己代理和双方代理订立的合同

1、自己代理订立的合同：代理人以被代理人名义与自己订立合同，这种情况可称之为“自己代理”，代理人与被代理人是合同的双方当事人，合同的内容实际上是由代理人一人决定。这种只表现一人意志的合同，在法律上不能构成双方当事人的协议。这种合同如果被代理人追认，视为表现了双方的意志，仍可有效，因此是一种可追认的合同。

2、双方代理订立的合同：代理人以被代理人的名义同自己代理的其他人订立合同，这种情况可称之为“双方代理”。双方代理实际上也是由一人决定合同的内容，不能反映当事人双方协商一致的真实意思表示。这种合同如果被双方被代理人许可或追认，视为表现了双方被代理人的意志，合同可以有效。这也是一种可追认的合同。

四、可撤销合同概述

（一）可撤销合同的概念

可撤销的合同，是指虽经当事人协商成立，但由于当事人的意思表示并非真意，经向法院或仲裁机关请求可以消灭其效力的合同。合同被撤销后自始没有法律约束力。合同被撤销的，不影响合同中独立存在的有关解决争议方法的条款的效力。

（二）可撤销合同的种类

《合同法》规定的可撤销合同共有五类。一是因重大误解成立的合同；二是显失公平的合同；三是因欺诈成立的合同；四是因胁迫成立的合同；五是乘人之危订立的合同。

（三）导致合同变更、撤销的事由

1、重大误解

重大误解的含义。

重大误解，是指当事人因对标的物等产生错误认识，致使该行为结果与自己的意思相悖，并造成较大损失的情形。因重大误解订立的合同，是已经成立的合同。不能将因重大误解而成立的合同与未成立的合同相混淆。如甲方要将标的物卖给乙方，而乙方以为是送给自己，甲乙双方没有达成合意，因此只能认定合同未成立，不能以重大误解为由进行救济。

2.构成重大误解的条件。

其一，与合同成立和合同条件有因果关系。正是由于当事人的错误，才导致了订立合同或者基于当事人的错误，设计了合同条件。如果合同并不是因重大误解而成立，或者合同条件不是因重大误解而设定，则不能按重大误解的规则处理合同。

其二，误解应当是重大的。当事人对重要的合同事项产生了错误认识，同时误解对当事人造成重大不利后果。这才属于“重大”。甲乙双方订立运输合同，乙方为甲方运送西瓜，甲方误以为乙方用加长卡车运输，而乙方是想用普通卡车运输。这就属于无关紧要的误解，不影响合同的效力。

其三，当事人不愿承担对误解的风险。当事人自愿承担了误解的风险，当然不能按照重大误解的规则进行救济。甲方向乙方出售古钱币，如果是真的，价值 10 万元；如果是赝品，价值 1 元。双方都明知这一点，遂以 5 万元的价格成交。甲乙双方都承担了误解的风险。如果是赝品，买方不得要求变更（退回 49999 元）或撤销合同（退钱、退货）；如果是真品，卖方不得要求变更（增加 5 万元）或撤销合同（退钱、退货）。

2、显失公平

(1) 显失公平的含义。

显失公平，是指自始（合同订立时）显失公平，是一方当事人利用优势或者利用对方没有经验，致使双方的权利义务明显不对等（对价不充分）。这种合同违反了公平原则的要求。

(2) 显失公平的条件。

A.客观要件。客观要件是指双务合同的双方的权利义务明显不对等，一方得到的太多，付出的太少。这种情况也称为对价不充分。无偿合同没有对价，也就无所谓对价充分的问题。也就是说，显失公平的情形，一般发生在有偿合同之中（发生在交易之中）。

B.主观要件。当合同对价不充分，但合同是建立在当事人完全自愿的基础上，意思表示无瑕疵时，该合同不能认定是显失公平的合同。既然法律承认无偿合同，也就没有必要完全否定带有恩惠性的双务、有偿合同。当事人自愿的，可以认为是公正的。或者说，在当事人完全自愿的情况下，对价不充分的合同，也是公平的合同。显失公平的合同应当在对价不充分且意思表示有瑕疵时，才是显失公平的合同，才是有失公平的合同。意思瑕疵的原因，有另一方的不正当影响、利用对方没有经验，也有己方的误解等。

3、欺诈

(1) 欺诈的含义。欺诈，是指一方在订立合同时，故意制造假象或者掩盖真相，致使对方陷入错误而订立合同。欺诈有刑法上的效果和民法上的效果。刑事欺诈，除侵害相对人的利益之外，应当认为同时损害了国家利益，合同应为无效。民事欺诈有三种情况：第一，采用欺诈手段订立合同，合同可撤销；第二，采用欺诈手段订立担保合同，合同无效；第三，以外的民事欺诈，按照《民法通则》的规定，民事行为无效。比如，因被欺诈而订立遗嘱。

(2) 因欺诈而订立的合同的条件。

其一，欺诈一方在主观上是故意。欺诈，是以引导对方当事人订立合同为目的，不存在过失的欺诈。

其二，欺诈行为的客观表现是对订立合同的有关事实的虚假介绍和隐瞒。比如甲方欲购买一幅古画，乙方将赝品说成是真迹，如果仅仅是要高价，而没有假动作，则不能构成欺诈。

其三，欺诈是一方当事人对另一方当事人的欺诈，第三人的欺诈不足以构成导致合同撤销的欺诈。当事人一方利用了第三人的欺诈，则合同属于可撤销的合同。

其四，被欺诈一方因对方的欺诈陷入错误，因错误而订立合同。也就是说，欺诈实际对订立合同起了作用，欺诈行为与合同成立需有因果关系。

4、胁迫

(1) 胁迫的含义。胁迫，是指一方采用违法手段，威胁对方与自己订立合同，被胁迫一方因恐惧而订立合同。被胁迫一方也有意思表示，因此被胁迫订立的合同，与其他可撤销的合同一样，也是成立的合同。如果采用暴力手段，拿着别人的手指盖章或签字，这种情况称为“绝对强制”或“人身强制”，当事人之间根本不存在合同，不能按可撤销合同处理。“绝对强制”和“人身强制”应当认定合同不成立或者按无效处理。

(2) 因胁迫成立的合同的条件。

其一，胁迫一方出于故意。

其二，胁迫一方的威胁属于违法的威胁，如以揭露隐私等进行要挟。如果以提起诉讼，要求对方履行债务为威胁，就不能认为是违法的威胁。手段合法、目的合法的威胁，是合法的威胁。

其三，被胁迫一方因陷入恐惧而订立合同。胁迫与合同的成立有因果关系。当事人因地方政府指令签订保证合同的，是一种不正当影响，尽管违背了保证人的意志，但认定为胁迫。

迫法理依据尚不足，因此，不能因此确认保证合同无效。

5、乘人之危订立的合同

(1) 乘人之危的含义。乘人之危订立合同，是指一方当事人乘对方处于危难之机，为谋取不正当利益，迫使对方违背自己的真实意愿与己订立合同。

(2) 乘人之危的条件。

其一，一方当事人陷于危难处境，如处于自然灾害的严重危困之中或濒临破产的境地，迫切需要救助。“危难”除了指经济上窘迫或具有某种迫切需要以外，也包括个人及其家人生命危险、健康恶化等危难。

其二，行为人利用了对方当事人的危难困境，趁火打劫，提出苛刻条件，对方出于无奈而违背真实意愿与之订立合同。

其三，乘人之危行为主观状态为故意。行为人不了解对方危难处境而与之订立合同，客观上，一方当事人的危难处境促使了合同成立，对这类合同不能认定为乘人之危订立的合同。比如，李某家中有病人，急需金钱，主动提出以低价将房屋卖给王某，由于是李某提出的要约，该合同不能以乘人之危为由予以变更或者撤销。

其四，乘人之危订立合同，一般是为了取得过分的利益。这种利益称之为“不正当利益”。这种不正当利益是在严重损害对方利益基础上产生的，所以这一条件也可表述为被乘危难人蒙受重大损失。虽然获取过分利益为乘人之危行为订立合同的目的，但认定乘人之危的合同时，并不以已经获取过分利益为条件。

五、无效合同

(一) 无效合同的含义和效力：无效合同是指虽经当事人协商成立，但因不符合法律要求而不予承认和保护的合同。

无效合同自始无效，在法律上不能产生当事人预期追求的效果。合同部分无效，不影响其他部分效力的，其他部分仍然有效。无效合同不发生效力是指不发生当事人所预期的法律效力。成立无效合同的行为可能具备侵权行为、不当得利、缔约过错要件而发生损害赔偿、返还不当得利的效力。无效合同是自始不发生当事人所预期的法律效力的合同。当事人不能通过同意或追认使其生效。这一点与无权代理、无权处分、限制行为能力人的行为不同，后者可以通过当事人的追认而生效。无效合同的无效性质具有必然性，不论当事人是否请求确认无效，人民法院、仲裁机关和法律规定的行政机关都可以确认其无效。

这与可撤销的合同不同，对于可撤销的合同，当事人请求撤销，人民法院或仲裁机关才予以撤销。

(二)、导致合同无效的事由

1、一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，损害国家利益

一方以欺诈、胁迫的手段订立合同，如果只是损害对方当事人的利益，则属于可撤销的合同。一方以欺诈、胁迫手段订立合同，损害了国家利益的，则为无效合同。国有企业的利益，不能等同于国家利益。

一份合同，同时存在无效事由和撤销事由的时候，合同只能确认无效，而不能按照可撤销处理，否则就会放纵当事人的违法行为。

2、恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益

恶意串通是指合同当事人或代理人在订立合同过程中，为谋取不法利益与对方当事人、代理人合谋实施的违法行为。比如，卖方的代理人甲某为了获取回扣，将卖方的标的物价格压低，买方和代理人甲某都得到了好处，而被代理人卖方却受到了损失。恶意串通成立的合同，行为人出于故意，而且合谋的行为人是共同的故意。行为人的故意，不一定是当事人的故意，比如代理人与对方代理人串通，订立危害一方或双方被代理人的合同，就不是合同当事人的故意。行为人恶意串通是为了谋取非法利益，如在招标投标过程中，投标人之间恶

意串通，以抬高或压低标价，或者投标人与招标人恶意串通以排挤其他投标人等等。

3、以合法形式掩盖非法目的

当事人订立的合同在形式上、表面上是合法的，但缔约目的是非法的，称为以合法的形式掩盖非法目的的合同。例如，订立假的买卖合同，目的是逃避法院的强制执行；订立假的房屋租赁合同以逃避税收，等等。

（四）损害社会公共利益

当事人订立的为追求自己利益，其履行或履行结果危害社会公共利益的合同或者为了损害社会公共利益订立合同都是损害社会利益的合同。比如，实施结果污染环境的合同，从事犯罪或者帮助犯罪的合同，为了“包二奶”而订立的赠与合同，损害公序良俗（公共秩序和善良风俗）的合同等等，是损害社会公共利益的合同。损害社会利益的合同，当事人主观上可能是故意，也可能是过失。

（五）违反法律、行政法规的强制性规定

1.概说。强制性规定，又称为强行性规范，是任意性规范的对称。对强行性规范，当事人必须遵守，如果违反则导致合同无效；对任意性规范，当事人可以合意排除适用。全国人大和全国人大常委会颁布的法律中的强制性规范、国务院颁布的行政法规中的强制性规范，是确认合同效力的依据，不能以地方法规和规章作为否定合同效力的依据。

2、当事人超越经营范围订立合同，人民法院不因此认定合同无效。但违反国家限制经营、特许经营以及法律、行政法规禁止经营的除外。”违反国家限制经营、特许经营、禁止经营的规定，属于违反强制性规定

第十一节 民事责任

一、民事责任的概念与特征

民事主体因违反民事义务或者侵犯他人的民事权利所应承担的法律责任。其特征是：(1)它是违反民事义务或者侵犯他人的民事权利所应承担的法律后果；(2)民事责任主要是一种财产责任；(3)民事责任的范围与损害范围相一致；(4)民事责任是对民事违法行为人的一种民事法律制裁。

二、一般民事责任的构成要件

行为人承担一般民事责任所必须具备的四要件为：(1)行为的违法性，除法律另有规定外，只有实施了违法行为才承担民事责任。(2)损害事实，民事违法行为只有造成损害事实，行为人才承担责任。(3)因果关系，系指只有违法行为与损害事实之间存在因果关系，行为人才承担民事责任。(4)主观过错，除法律有特别规定外，只有在实施违法行为当时主观上存在过错的违法行为人对损害后果承担民事责任。

民事责任有两种基本责任类型：违约责任和侵权责任。违约责任又称违反合同的民事责任，是指合同的当事人不履行合同义务或履行合同义务不符合约定条件时，依法应承担的法律责任。侵权责任是指行为人不法侵害他人的人身权、财产权时依法所应承担的法律责任。

三、民事责任的归责原则

（一）过错责任原则

过错责任原则是以行为人主观上的过错为承担民事责任的基本条件的认定责任的准则。

（二）无过错责任原则

它是指没有过错而造成他人损害的，依法律规定由与造成损害原因有关的人承担民事责任。《民法通则》第106条规定：“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”

（三）公平原则

它是指当事人对造成损害都无过错,又不能适用无过错责任原则要求致害人承担赔偿责任而使受害人遭受重大损失得不到赔偿的,由人民法院根据实际情况,依“公平合理负担”判由双方分担损失的原则。

四、民事责任的方式

民事责任是违反民事义务的结果。

承担民事责任的方式主要有下列 10 种。

(1)停止侵害。这是指行为人停止其正在实施的侵害行为。

(2)排除妨碍。这是指排除对权利人权利行使的不正当妨碍。

(3)消除危险。这是指消除对权利人的人身或财产所造成的危险。

(4)返还财产。这是指不法侵占他人财产的人,应交还原物给原所有人或原合法占有人。

(5)恢复原状。这是指当财产被不法损害而有恢复原状可能时,应予以恢复。

(6)修理、重作、更换。这是指交付的标的物质量不符合规定或约定时,予以修理、重作或更换。

(7)赔偿损失。这是指以一定量的金钱对他人所受损害加以赔偿。

(8)支付违约金。这是指以要求违约方支付一定量的金钱的方式对违约进行制裁并对违约造成的后果进行补偿。

(9)消除影响、恢复名誉。这是指在侵犯他人名誉权等人格权时,采取一定措施恢复他人的名誉。

(10)赔礼道歉。这是指加害人向受害人承认错误,表示歉意。

以上承担民事责任的方式,可以单独适用,也可以合并适用。

第十二节 诉讼时效

一、诉讼时效的概念

诉讼时效是权利受到侵害后,权利人如不在法律规定的期间内行使权利,其权利即不再受诉讼保护的制度。它属于消灭时效,它的完成只消灭胜诉权,不消灭实体权利。

二、诉讼时效的种类

根据《民法通则》和现行法律的有关规定,我国诉讼时效的种类有:一般诉讼时效和特别诉讼时效。

(一)一般诉讼时效

《民法通则》第 135 条规定:“向人民法院请求保护民事权利的诉讼时效期间为 2 年,法律另有规定的除外。”

(二)特别诉讼时效

它与普通诉讼时效相对应,仅适用于法律指定的某些民事权利。如《民法通则》第 136 条规定:“下列的诉讼时效期间为 1 年:(1)身体受到伤害要求赔偿的;(2)出售质量不合格的商品未声明的;(3)延付或者拒付租金的;(4)寄存物被丢失或损毁的。”“法律对诉讼时效另有规定的,依照法律规定。”

《民法通则》第 137 条规定:“诉讼时效期间从知道或应当知道权利被侵害时起计算。但是,权利被侵害之日起超过 20 年的,人民法院不予保护。有特殊情况的,人民法院可以延长诉讼时效期间。”

三、诉讼时效的中止与中断

《民法通则》第 139 条规定:“在诉讼期间的最后六个月内,因不可抗力或者其他障碍不能行使请求权的,诉讼时效中止。从中止时效的原因消除之日起,诉讼时效继续计算。”第 140 条规定:“诉讼时效因提起诉讼,当事人一方提出要求或者同意履行义务而中断。从

中断时诉讼时效期间重新计算。”

第五章 刑法

第一节 刑法的性质、任务、基本原则

一、刑法的性质、概念

刑法是统治阶级为了维护其阶级利益和统治秩序，以国家的名义制定的有关什么行为是犯罪和对犯罪者适用何种刑罚的法律规范的总称。刑法鲜明地反映统治阶级的意志，具有强烈的阶级性，是统治阶级实现阶级统治的工具。

关于刑法的概念，一般有狭义与广义两种理解。狭义的刑法是专指刑法典。在我国就是指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1997年3月14日第八届全国人民代表大会第五次会议修订的《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）。广义的刑法，是指一切刑法规范的总和，它除了刑法典以外，还包括单行刑法及附属刑法。单行刑法是国家以决定、规定、补充规定、条例等名称颁布的，规定某一类犯罪及其后果或者刑法的某一事项的法律。附属刑法是指附带规定于经济法、行政法等非刑事法律中的罪刑规范。

二、我国刑法的任务

我国刑法的任务是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度—保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

三、我国刑法的基本原则

刑法的基本原则是指刑法本身所具有的，贯穿全部刑法规范、对全部刑事立法和刑事司法具有指导和制约意义，并体现我国刑事法制基本精神的准则。我国《刑法》第三、四、五条规定了刑法的三个基本原则：罪刑法定原则、法律面前人人平等原则和罪刑相适应原则。

（一）罪刑法定原则

《刑法》第三条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处罚；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”即法无明文规定不为罪，法无明文规定不为罚。

具体讲，主要包括以下三方面内容：

1. 法无明文规定不为罪

这是罪刑法定原则的核心内容。也就是说，只有法律将某一行为明文规定为犯罪的，才能对这种行为定罪判刑。凡是法律对某一行为没有规定为犯罪的，对这种行为就不能定罪判刑。

2. 不溯及既往

刑法对其颁布实施以前的行为无溯及力，即对刑法实施前的行为不得按照刑法追究刑事责任。

3. 刑法对定罪量刑的规定要明确具体

定罪量刑应主要依照刑法的规定，司法解释和法官适用刑法必须在刑法规定的范围之内。罪刑法定原则，既是刑法的立法原则，也是刑法的执法原则。

（二）刑法面前人人平等原则

《刑法》第四条规定：“对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。不允许任何人有超越法律的特权。”这一原则表明，任何人犯罪，不得因民族、种族、职业、出身、性别、地位、宗教信仰、教育程度、财产状况、职位高低和功劳大小而有差异，都应当受到刑法的追究，

一律平等地定罪、量刑和执行刑罚，不允许有任何超越法律的特权存在。它的确立对于维护法律的尊严与公正，有着十分重要的意义。这一原则的具体要求是：对合法权益予以平等保护；定罪平等；量刑平等；行刑平等。

（三）罪刑相适应原则

《刑法》第五条规定：“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应。”这就是说，应当根据罪行危害性的大小来决定刑罚的轻重。这一原则要求罚当其罪，合情合理。不能重罪轻判，也不能轻罪重判。因为判刑轻了，不利于惩罚犯罪、震慑犯罪分子；判刑重了，则容易造成犯罪分子对法律和社会的抵触情绪，不利于罪犯的改造。因此，必须做到重罪重罚，轻罪轻罚，一罪一罚，数罪并罚，罚当其罪。

四、刑法的适用范围

刑法的适用范围，又称刑法的效力范围，是指刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有效力。

刑法的效力范围，分为空间效力范围和时间效力范围两部分。

（一）刑法的空间效力

刑法的空间效力是指刑法在什么地方和对什么人具有效力。在空间效力上，我国刑法采取了以属地管辖为主，兼采用属人管辖原则和保护管辖原则，并有保留地采用了普遍管辖原则。

1. 我国刑法对地域的效力

《刑法》第六条规定：①在我国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用我国刑法。“所谓法律有特别规定的”主要包括两点内容：《刑法》第十一条关于享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任的特别规定；《刑法》第九十条关于少数民族自治地方可以制定变通或者补充规定的规定。②在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用我国刑法。③犯罪行为或者结果有一项发生在我国领域内，就认为是在我国领域内犯罪。

2. 我国刑法对人的效力

（1）我国刑法规定，凡我国公民在我国领域内犯罪的，一律适用我国刑法。我国公民在我国领域外犯罪的，也适用我国刑法。但按照我国刑法规定最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。但刑法的这一特殊规定对国家工作人员和军人不适用。

（2）对外国人的效力。对外国人的效力范围的规定有两种情况：一是外国人在我国领域内犯罪的，一律适用我国刑法，但享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任可以通过外交途径解决。二是外国人在我国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按我国刑法规定最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用我国刑法，但按照犯罪地法律不受处罚的除外。

如果外国审判机关已经审判，仍可以依我国刑法追究，但在外国受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

（二）刑法的时间效力

刑法的时间效力，是指刑法生效和失效时间，以及对刑法生效前的行为是否具有溯及力。

1. 刑法的生效时间

刑法的生效时间一般有两种规定：一是从刑法颁布之日起施行；二是刑法在公布一段时间后生效。如我国刑法于1997年3月14日修订，1997年10月1日起生效。

2 刑法的失效时间

刑法的失效，通常有以下两种做法：一是由立法机关明确宣布废止。通常在颁布的新法中明确宣布。二是自然失效。按新法优于旧法的原则，新法生效则旧法自然失效。

3. 刑法的溯及力

刑法的溯及力是指新的刑事法律制定后，对其生效前发生的未经审判或者判决尚未确定的行为能否适用的问题。有关刑法溯及力的问题，各国刑事立法主要采取以下四种做法：从

旧原则、从新原则、从新兼从轻原则、从旧兼从轻原则。我国采取的是从旧兼从轻原则，即我国现行刑法原则上无溯及力，应按行为发生时的法律、法规处理。但若现行刑法不认为是犯罪或者现行刑法处罚比较轻，则适用现行刑法，刑法就具有溯及力。

第二节 犯罪的概念及构成

一、犯罪的概念和特征

根据我国《刑法》第13条的规定，一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受到刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。这一定义不仅揭示了犯罪的本质属性和法律特征，也划清了罪与非罪的界限。

犯罪具有以下特征：

1. 犯罪是严重危害社会的行为。

具有严重的社会危害性犯罪行为具有社会危害性，这是犯罪最基本的特征。只有行为人所实施的行为严重危害到社会的利益和社会秩序，法律才把它规定为犯罪。如果其行为不具有社会危害性或者情节显著轻微危害不大的，就不认为是犯罪。行为有无社会危害性和危害性的大小，是判断罪与非罪的主要界限。

2. 犯罪是违反刑法的行为，具有刑事违法性。

犯罪的成立，除了必须具有社会危害性以外，同时还应当具有违反刑法这一特征。如果一个行为只是一般的违法行为，并没有触犯刑法，也就不能认定为犯罪。违反刑法是犯罪行为与一般违法行为相区别的重要标志，因此，具有社会危害性的行为是否触犯刑法，是划分罪与非罪的依据。

3. 犯罪是应受刑罚处罚的行为，具有应受惩罚性。

违反刑事法律的行为，并不必然承担刑事责任，只有那些危害社会比较严重，按照刑法规定必须受到处罚的行为，才是犯罪。

犯罪的上述三个基本特征密切联系，不可分割，缺少其中任何一个方面，都不能认定是犯罪。

二、犯罪构成

犯罪构成是指我国刑法规定的某种行为构成犯罪所必须具备的主观要件和客观要件的总和。每一个犯罪构成都包括四个方面的共同要件，即犯罪的客体、犯罪的客观方面、犯罪的主体、犯罪的主观方面。

1. 犯罪客体

犯罪客体是我国刑法所保护的、为犯罪行为所侵犯的社会关系。这是任何犯罪都必须具备的一项要件。

犯罪客体在理论上可以分为一般客体、同类客体和直接客体三种。

一般客体，亦称共同客体，是指一切犯罪所共同侵害的客体。在我国，犯罪的一般客体就是刑法所保护的作为整体的社会关系。犯罪的一般客体揭示了一切犯罪的共同本质。同类客体，是指某一类犯罪行为所共同侵犯的某一方面的社会关系。

直接客体，是指某种犯罪行为所直接侵犯的具体的社会关系。

犯罪客体与犯罪对象不同。犯罪对象是犯罪行为所直接指向的人或物，是社会关系的具体表现形式或承担者，如被杀的人、被抢的财物等。犯罪客体在一切犯罪中都受到侵害，但犯罪对象则不一定会受到伤害；犯罪客体是犯罪构成的必备要件，犯罪对象不是不可缺少

的；犯罪客体是对犯罪进行分类的根据，犯罪对象对犯罪分类没有影响。

2. 犯罪客观方面

犯罪客观方面是刑法所规定的犯罪活动的客观事实特征。犯罪客观方面包括：危害行为、危害结果以及因果关系，还有犯罪的时间、地点、方法和环境状况等方面。危害行为是一切犯罪的必要要件，其余的内容则是大多数犯罪或者某些特定犯罪所要求的要件，故称选择要件。

(1) 危害行为。危害行为的表现形式有两种：作为和不作为。所谓作为是指行为人用积极的行动去实施我国刑法所禁止的危害社会的行为。它是犯罪中最常见的一种，如盗窃、抢劫、强奸等犯罪。所谓不作为是指行为人应当履行某种义务而不予履行的消极行为。如遗弃罪、职务上或业务上有特定要求的消防人员、公安人员、医务人员不履行自己应尽的义务而造成重大事故所构成的犯罪。

(2) 危害结果。危害结果是指危害行为对我国刑法所保护的社会关系所造成的损害。危害结果是区分罪与非罪的重要标准。如过失犯罪，行为未发生法定的危害结果，就不构成犯罪。犯罪结果还是区分此罪彼罪的标准，同时也是决定刑罚轻重的重要因素之一。

(3) 因果关系。在分析犯罪客观方面时，有时还必须查明危害行为与危害结果之间是否存在因果关系。只有二者之间存在着内在的、必然的联系时，行为人才具备负刑事责任的客观基础。

(4) 犯罪的时间、地点、方法和环境状况等。在绝大多数情况下，犯罪的时间、地点和环境状况等不是犯罪成立的必备要件，只是选择要件，在刑法有特别规定的情况下才对定罪有意义。

3. 犯罪主体

犯罪主体是指实施危害社会的行为，依法应当负刑事责任的自然人和单位。犯罪主体是犯罪构成的必备要件。

(1) 自然人犯罪主体。首先，根据我国刑法规定，只有达到法定刑事责任年龄、具有刑事责任能力的自然人才能成为犯罪主体。

具体来说，行为人年龄不满十四周岁的，其行为不构成犯罪，不负刑事责任；

已满十四周岁不满十六周岁的人，只对犯故意杀人罪、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪承担刑事责任；已满十六周岁的人，应当负刑事责任；已满十四周岁不满十八周岁的人犯罪的，应当从轻或者减轻处罚。另外刑法还规定，因不满十六周岁不予刑事处罚的，责令他的家长或者监护人加以管教；在必要时，也可以由政府收容教养。

其次，精神病人在不能辨认或者不能控制自己行为的时候造成危害结果的，不负刑事责任。间歇性的精神病人在精神正常的时候犯罪，应当负刑事责任。又聋又哑的人或者盲人犯罪，可以从轻、减轻或者免除处罚。醉酒的人犯罪，应当负刑事责任。

(2) 单位犯罪主体。我国刑法规定，单位也可以成为某些犯罪的主体。例如单位犯受贿罪、走私罪等等。单位犯罪实行“两罚制”，即对单位判处罚金，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。

4. 犯罪主观方面

犯罪主观方面，亦称犯罪主观要件，是刑法规定的成立犯罪必须具备的犯罪主体对其实施的危害行为及其危害结果所持的心理态度。犯罪的主观方面包括故意和过失两种基本形式，以及犯罪目的和犯罪动机两种心理要素。

(1) 犯罪故意。《刑法》第十四条规定，犯罪故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的主观心理态度。刑法理论将犯罪故意分为直接故意和间接故意。

直接故意，是指行为人明知自己的行为会产生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。

间接故意，是指行为人明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。

(2) 犯罪过失。《刑法》第十五条规定，犯罪过失是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生了危害社会的结果的主观心理态度。犯罪过失具体分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。

疏忽大意的过失，是指行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的主观心理态度。

过于自信的过失，是指行为人已经预见到自己的行为可能发生危害结果，但是轻信能够避免，以致发生这种结果的主观心理态度。

根据我国刑法规定，对于过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。

(3) 犯罪的目的和动机。犯罪目的是指行为人通过实施危害社会的行为所希望达到的结果。犯罪动机是指行为人实施犯罪的内心起因。犯罪目的与犯罪动机只存在于故意犯罪中。有的犯罪必须以犯罪目的为构成要件。我国刑法对犯罪动机没有明文规定，因此，它不是犯罪构成的必备要件，但对正确量刑具有一定的意义。

第三节 正当防卫和紧急避险

一、正当防卫

正当防卫指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而对不法侵害人所实施的不明显超过必要限度的损害行为。正当防卫必须具备以下条件：

(1) 必须针对不法侵害行为实施。

(2) 不法侵害行为必须正在进行。

(3) 防卫行为必须为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害而实施。

(4) 防卫行为必须针对不法侵害者本人实施。

(5) 防卫行为不能明显超过必要限度且对不法侵害人造成重大损害。我国《刑法》第 20 条规定，对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。

案例一：某市幼儿园保育员李某问题（女，30 岁）于某日下午带领 8 名幼儿外出游玩。途中幼儿王某（女，3 岁）失足坠入路旁粪池，李某见状只向农民高声呼救，不肯跳入粪池救人。约 20 分钟后，路过此地的农民张某听到呼救后赶来，一看此景，非常气愤，她身为教师，却不救人。张某随手给了那老师重重一棍，然后跳入粪池救人，但为时已晚，幼儿王某已被溺死，教师李某被打成重伤。

农民张某棒打教师的行为属正当防卫吗？答案是否定的。因为正当防卫必须具备起因条件，即存在现实的不法侵害，而且这些侵害必须具有攻击性、破坏性和紧迫性，在采取正当防卫可以减轻或避免危害结果的情况下，才宜进行针对正当防卫。教师李某对学生遇困时有救助的职责，她的行为导致严重后果，已涉嫌犯罪，属不法侵害，但不作为犯罪缺乏侵害的攻击性、紧迫性。本案中，农民张某见义勇为救小孩的精神是值得表扬的，但同时，他也要为自己棒打教师的行为承担相应的刑事责任。

案例二：无业游民赵某为还赌债于某日晚将一刚下晚自习走在回家路上的中学生钱某

拦住，持刀架在其脖子上要求钱某把钱拿出来。在此过程中，赵某忽然想起自己年轻求学时的辛酸，遂良心发现，觉得学生可怜，便抽身离开。看着拦路抢劫者离去的背影，怒气未消的钱某从地上捡起一石块将赵某砸伤。

钱某的行为是正当防卫吗？不是，因为正当防卫必须是不法侵害正在进行时才能实施，这是正当防卫的时间条件。本案中，赵某在犯罪形态上属犯罪中止，不法侵害已经结束，此时进行防卫属事后加害或事后防卫。事后防卫不是正当防卫。除此之外在下列情况实施防卫也属事后防卫：（1）不法侵害人已被制服；（2）不法侵害人已经丧失侵害能力；（3）不法侵害人已经逃离现场；（4）不法侵害行为已经造成严重后果并且不可能继续造成更严重的后果。另外，在不法侵害尚未开始进行所谓“防卫”的，称事前加害或事前防卫。事前防卫也不是正当防卫。

案例三：某日上午，农民甲与农民乙为地界争议发生争吵，进而发展成相互厮打，后被人拉开。农民乙感到在刚才发厮打中，自己吃了亏，折了面子，遂回家拿出一把剔骨刀要砍杀农民甲。甲见状赶忙逃走并躲了起来，直到傍晚，才回到村中，不想乙还是持刀追了过来。眼看乙就要追上来了，甲急忙从路边的村民丙手中夺过锄头朝乙头上打去，乙当即倒地身亡。

农民甲用锄头击打乙的行为是正当防卫吗？答案是肯定的。那么，如果当乙回家取刀时，甲感到虽在刚才的厮打中自己占了上风，但还不够解气，非要狠狠教训一下乙，遂也回家也拿出一把锄头。拿锄的甲与持刀的乙再次相遇，甲出手快了一步，一锄头打死乙。甲的这种行为是正当防卫吗？当然不是。同样是一锄头打死乙，为什么行为性质却截然不同呢？主要原因是甲在前一种行为中具备了正当防卫的主观条件，而在后一种行为中不具备这种条件。正当防卫的主观条件，是指防卫人主观上必须出于正当防卫的目的，即是为了保护国家、公共利益，本人或他人的人身、财产和其他权利免受不法侵害。后一种假设情况属于相互斗殴，由于斗殴双方都具有不法侵害他人的意图，而没有防卫意识。但在前一种情况中，非法侵害的一方已经放弃了侵害（躲避逃跑的行为足以证明），而非法侵害的另一方仍穷追不舍，继续加害，则此时已经放弃侵害的一方就可以出于防卫目的进行正当防卫。这种放弃侵害的行为还有宣布不在斗殴或认输求饶等等。

案例四：某日深夜，男青年杨某尾随下夜班的青年女工王某至无人处，拦住王某，拔出尖刀，逼迫王某与其发生性关系。王某开始假装顺从，乘杨某思想放松，忙于解衣时，从他身上拔出尖刀，将杨某刺死。

王某的行为是正当防卫还是防卫过当？当然是正当防卫。正当防卫有一个限度条件，即防卫行为不能明显超过必要的限度且造成重大损害，否则，就是防卫过当。本案王某的行为之所以属正当防卫，是因为王的行为属于刑法规定的无过当防卫。《刑法》第20条第3款规定：“对正在进行行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架以及其他严重危及人身安全的暴力犯罪，采取防卫行为，造成不法侵害人伤亡的，不属于防卫过当，不负刑事责任。”实施无过当这一特殊防卫，首先必须具备正当防卫的成立条件，同时还必须针对正在进行的行凶、杀人、抢劫、强奸、绑架等严重暴力性犯罪，而且这些罪行还必须严重危及到了人身安全。否则，造成不法侵害人伤亡后果的，仍然属于防卫过当，依法负刑事责任。

二、紧急避险

紧急避险指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已而采取的损害另一较小合法权益的行为。紧急避险必须具备以下条件：

（1）必须是为了避免国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利遇到危险而采取的。

（2）必须是正在发生危险的情况下采取的。

（3）必须是在不得已的情况下采取的。也就是说，如果能采取其他方法避免危险，就不

能实施紧急避险行为。

(4)紧急避险行为不能超过必要的限度。这里所说的“必要限度”，指紧急避险行为所造成的损害必须比所避免的损害要轻。紧急避险超过必要限度造成不应有的损害的，应负刑事责任，但是应当减轻或者免除处罚。

紧急避险是刑法中规定的不作为犯罪处理的一种情形。根据刑法规定，为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任。

紧急避险行为应当符合以下条件：

1、采取紧急避险的目的，必须是为了使国家利益、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受危险。即实施紧急避险的目的是正当的，是为了保护合法权益。如果为了保护非法利益，不允许实行紧急避险，如犯罪嫌疑人为了逃避公安人员的追捕而侵入他人住宅，则不能视为紧急避险。

2、“危险”正在发生或即将发生，使上述合法权益受到威胁。尚未发生的危险或者已经结束的危險，以及主观假想的危险或者推测的危险，都不能采取紧急避险的行为。危险可以来自不同的方面：有的是自然的力量，如天然火灾、洪水、地震、山崩、海啸、狂风等；有的是动物的侵袭；有的是疾病等生理机能造成的危险；有的是人为的危害社会的行为。

3、紧急避险行为是为了使更多更大的合法权益免受正在发生的危险，而不得已采取的损害另一种合法权益的行为，因此，紧急避险所造成的损害必须小于避免的损害。这是由紧急避险的性质决定的。

所谓“紧急避险”是指用损害一种合法权益的方法保护另一种受到正在发生的危险威胁的合法权益的紧急措施。不论是受损害的还是被保护的合法权益，都是受国家法律保护的，只有损害的合法权益小于被保护的合法权益时，紧急避险的行为，才是对社会有益的，紧急避险才有实际意义。

由于紧急避险的特点是为了保护较大的合法利益，而不得不损害另一较小的合法利益，是行为人在不得已的情况下所采取的紧急措施，行为人在主观上没有过错，是一种有益于社会的合法行为，应当受到支持和鼓励。所以紧急避险不具有刑法意义上的社会危害性，而具有合法性。因此法律规定，不得已采取的紧急避险行为，造成损害的，不负刑事责任

案例：陈某紧急避险案

某日下午，陈某因曾揭发他人违法行为，被两名加害人报复砍伤。陈某逃跑过程中，两加害人仍不罢休，持刀追赶陈。途中，陈某多次拦车欲乘，均遭出租车司机拒载。当两加害人即将追上时，适逢一中年妇女丁某骑摩托车(价值 9000 元)缓速行驶，陈某当即哀求丁某将自己带走，但也遭拒绝。眼见两加害人已经逼近，情急之下，陈某一手抓住摩托车，一手将丁某推下摩托车(丁某倒地，但未受伤害)，骑车逃走。陈某骑车至安全地方(离原地约 2 公里)停歇一会后，才想到摩托车怎么处理。

点评：陈某夺取摩托车的行为构成紧急避险。紧急避险是指为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在发生的危险，不得已给另一较小合法权益造成损害的行为。题中陈某因揭发他人违法行为，而被两名加害人报复砍伤，在逃跑的过程中迫不得已为了保护自己的权利，夺用了丁某的摩托车逃走，虽损害了他人合法权益，但保全了较大的合法利益，符合紧急避险的构成要件。

另外，刑法上关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负有特定责任的人。

第四节 犯罪的预备、未遂和中止

一、犯罪的预备

为了犯罪准备工具、制造条件，是犯罪预备。

行为人已经进行犯罪的预备行为，由于意志以外的原因而未着手实行犯罪的一种状态。犯罪预备具有以下三个特征：

1. 行为人已经开始实施犯罪的预备行为

犯罪预备的表现形式多种多样，我国刑法把它概括为两大类：一是准备工具。例如为了杀人准备凶器，为了走私准备运输工具等。二是制造条件。它包括准备工具以外而为实施犯罪制造便利条件的一切行为。实践中常见的有事先察看犯罪地点、排除犯罪障碍、守候被害人的到来、追踪被害人等等。

2. 犯罪预备行为必须在着手实行犯罪前停顿下来如果已经进入着手实行犯罪阶段而由于犯罪分子意志以外的原因停止下来，则成立犯罪未遂。

3. 犯罪预备行为停顿在犯罪预备阶段必须是由于行为人意志以外的原因

意志以外的原因如作案条件不成熟而未继续着手实行犯罪，由于被害人闻讯逃避、不在现场或防范措施严密而难以着手实行犯罪等等。

我国刑法规定，对于预备犯，可比照既遂犯从轻、减轻或者免除处罚。

二、犯罪未遂

犯罪未遂是指行为人已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞。依据刑法规定，构成犯罪未遂必须具备三个条件：

1. 已经着手实行犯罪

所谓已经着手实行犯罪，是指行为人已经开始实施了刑法分则规定的某种具体犯罪构成要件的行为。这是犯罪未遂与犯罪预备的重要区别。

2. 犯罪未得逞

所谓未得逞，是指行为人的行为没有完全具备某种犯罪构成的全部要件，也就是说没有完成犯罪。未发生法律规定的犯罪结果。这是犯罪未遂与犯罪既遂的主要区别。没有发生法律规定的犯罪结果，并不是说没有任何结果，而是指没有发生法律规定的构成犯罪的客观要件的结果。

3. 犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因

所谓意志以外的原因，是指违背犯罪分子本意的其他一切原因。这是犯罪未遂与犯罪中止的重要区别。意志以外的原因，既包括客观上出现的各种阻碍犯罪得逞的因素，例如放火时突然下雨等自然原因、被害人奋力反抗等人为因素、犯罪分子突然晕倒等生理原因，也包括犯罪分子主观上发生的认识错误等。我国刑法规定，对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

三、犯罪中止

犯罪中止是指在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果的发生。犯罪中止必须具备以下三个条件：

1. 必须发生在犯罪实施过程中

所谓犯罪过程，是指从犯罪预备开始到犯罪既遂以前的整个过程。具体来讲，犯罪中止必须发生在犯罪预备、实施犯罪、犯罪行为终了而犯罪结果尚未发生的过程之中。

2. 必须自动放弃犯罪

所谓自动放弃犯罪，是指行为人在能够完成犯罪行为的情况下，自愿放弃犯罪意图，自动停止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果的发生。这是犯罪中止的本质特征，也是中止犯与未遂犯的根本区别。

3. 必须彻底停止犯罪或者有效防止犯罪结果的发生所谓彻底停止犯罪，是指犯罪分子已经完全打消了犯罪意图，放弃了已经实施的犯罪预备行为或者已经着手实行的犯罪行为。

所谓有效防止犯罪结果的发生，是指犯罪行为已经实施完毕，但还需要一段时间才发

生危害结果，在此段时间内犯罪分子采取措施，有效防止危害结果的发生。

对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。

犯罪中止有两种情况：一种是自动放弃犯罪行为，从而避免了犯罪的发生；另一种是虽然已经实施完了某种犯罪行为，但在犯罪结果发生之前，主动有效地防止了犯罪结果的发生。

对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚；造成损害的，应当减轻处罚。

四、犯罪既遂

犯罪既遂是故意犯罪的完成形态，是指行为人所实施的犯罪行为已经具备了刑法分则所规定的某一犯罪的全部构成要件。我国刑法中的犯罪既遂主要有以下三种类型：

1. 结果犯

构成该类犯罪的既遂，除要求实施了刑法分则规定的特定犯罪的构成要件行为外，还必须发生某种法定的危害结果。例如，盗窃罪是以公私财物被犯罪分子占有作为既遂的标志，杀人罪是以造成他人死亡作为既遂的标志。

2. 行为犯

不管犯罪结果是否发生，只要实施了刑法分则所规定的某种犯罪的构成要件行为，就成立犯罪既遂。即使犯罪行为没有实际造成危害结果发生，也构成犯罪既遂。如诬告陷害罪，只要行为人实施了诬告陷害行为，不管被被害人是否受到司法机关的错误追究，诬告者都构成犯罪既遂。

3. 危险犯

只要实施了刑法分则所规定的足以发生某种严重危害结果的危险的行为，就成立犯罪既遂。例如，破坏交通工具罪，只要行为人实施了破坏火车、汽车、船只、飞机等，足以造成倾覆、毁坏的危险，就构成犯罪的既遂。

第五节 共同犯罪

一、共同犯罪的概念

共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。

构成共同犯罪应当具备以下条件：(1)犯罪主体必须是两个或者两个以上达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人。(2)各个共同犯罪人必须具有共同的犯罪行为。(3)各个共同犯罪人必须具有共同的犯罪故意。

二、共同犯罪人的种类及其刑事责任

《刑法》根据共同犯罪人在共同犯罪中所起的作用，把共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯、教唆犯四种，并且对之规定了不同的刑事责任。

1. 主犯及其刑事责任

《刑法》第二十六条第一款规定：“组织、领导犯罪集团进行犯罪活动的或者在共同犯罪中起主要作用的，是主犯。”主犯可以分为两种：一是首犯，即在犯罪集团或者共同犯罪中起组织、指挥作用的分子；二是主要实行犯，指共同犯罪的主要实施者或犯罪危害结果的主要造成者。主犯恶性大，对社会危害严重，因此，主犯不仅要对自己直接实施的犯罪负责，而且还要承担共同犯罪的全部责任。

2. 从犯及其法律责任

《刑法》第二十七条第一款规定：“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。”从犯有两种：一是在共同犯罪中起次要作用的犯罪分子（所谓次要作用，通常是指直接参加实施犯罪行为，但在整个犯罪活动过程中所起的作用很小，所以也称为次要实行犯。二是在共同犯罪中起辅助作用的从犯。所谓辅助作用，是指没有直接参与实施犯罪构成要件的行为，

但为共同犯罪的实施创造有利条件，辅助实行犯罪，所以也称帮助犯。根据《刑法》第二十七条第二款规定，对于从犯，应当从轻、减轻或者免除处罚。

3. 胁从犯以及法律责任

《刑法》第二十八条规定：被胁迫参加犯罪的，是胁从犯。与从犯相比，胁从犯在主观上表现是并不愿意或不完全愿意参加犯罪，他之所以参加了犯罪，主要是由于受到他人的胁迫。由于胁从犯在共同犯罪中所起的作用和所具有的社会危害性最小，所以，按照《刑法》第二十八条规定，对于胁从犯应当按照他的犯罪情节减轻或者免除处罚。

4. 教唆犯及其法律责任

《刑法》第二十九条第一款规定：教唆他人犯罪的，是教唆犯。教唆犯成立的条件有以下两点：第一，在客观方面，实施了引起他人产生犯罪意图的教唆行为。教唆犯的成立以实施教唆行为为客观要件，而并不是以被教唆者是否实施了所教唆的犯罪行为。第二，在主观方面，具有教唆他人实施犯罪的故意。即明知自己的教唆行为会引起他人产生犯罪意图并进而实施犯罪的后果，希望或者放任这种后果的发生。

根据我国《刑法》第二十九条的规定及相关司法解释，对教唆犯的处罚应遵循三个原则：

(1) 教唆他人犯罪的，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆犯在共同犯罪中起的是主要作用的，按照主犯处罚，起次要或者辅助作用的，按从犯处罚。

(2) 教唆不满十八周岁的人犯罪的，应当从重处罚。

(3) 如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。

(4) 教唆不满十四周岁的人或者精神病患者犯罪的，对教唆者应当按单独犯论处。

第六节 单位犯罪

一、单位犯罪的概念

《刑法》第31条：“公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的行为，法律规定为单位犯罪的，应当负刑事责任。”这一概念表明单位犯罪具有以下特征：第一，犯罪主体必须是单位，即公司、企业、事业单位、机关、团体。第二，单位犯罪的主观方面必须有为本单位谋取非法利益的故意，并且作出犯罪决定的是单位集体或其负责人。第三，必须实施了犯罪行为。第四，只有法律明文规定单位可以成为犯罪主体的犯罪，才存在单位犯罪及单位承担刑事责任的问题。

二、单位犯罪的刑罚

我国刑法在处罚单位犯罪时采用“两罚制”原则。所谓“两罚制”原则指对单位犯罪既处罚单位，又处罚单位的直接责任人员。(1)对单位处罚金；(2)对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚，包括判处可以适用于自然人犯罪的一切刑罚方法。

第七节 刑罚的概念和目的

一、刑罚的概念

刑罚是审判机关以国家的名义，对犯罪分子实行惩罚的一种制裁方法。刑罚是与犯罪密切相关的制裁措施。表现为：犯罪是适用刑罚的必要条件，没有犯罪也就无所谓刑罚；刑罚是由于犯罪而产生的法律后果，但并不是必然结果。刑罚与其他制裁方法相比，具有以下特点：(1)刑罚是一种最为严厉的制裁方法。(2)刑罚只能对犯罪分子适用。(3)刑罚只能由人民法院代表国家适用，并且要依照刑事诉讼法规定的管辖权限和诉讼程序进行。

二、刑罚的目的

我国人民法院对犯罪分子适用刑罚，首先是为了惩罚和改造犯罪分子。其次，通过适用刑罚，可以对社会上企图进行破坏活动的不稳定分子，起到震慑和警戒的作用，促使他们消除犯罪念头。再次，通过适用刑罚，还可以提高人民群众的警惕性和法制观念，鼓励他们同犯罪分子作斗争。可见，适用刑罚最终是为了预防犯罪和减少犯罪。

第八节 刑罚的种类

我国刑罚分为主刑和附加刑两类。属于主刑的各个刑种只能独立适用；属于附加刑的各个刑种既可以独立适用，也可以作为主刑的附加刑适用。

一、主刑

主刑指审判机关对犯罪分子判处刑罚时，只能独立适用，不能附加适用的刑罚。我国《刑法》规定的主刑有五种：

1. 管制

管制是指对犯罪分子不予关押，只限制其一定的自由，在公安机关的管束和群众的监督下进行改造的一种刑罚方法。管制为我国刑法所独创。它只适用于罪行较轻、不需要关押的犯罪分子。

我国刑法规定，管制的期限为三个月以上二年以下，数罪并罚不得超过三年。管制的刑期从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期二日。被判处管制的犯罪分子，由公安机关执行。

被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：①遵守法律、行政法规，服从监督；②未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；③按照执行机关规定报告自己的活动情况；④遵守执行机关关于会客的规定；⑤离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。被判处管制的犯罪分子，管制期满，执行机关立即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制。

2. 拘役

拘役是指短期剥夺犯罪分子的人身自由，就近进行教育改造的刑罚方法。

根据我国刑法的规定，拘役的期限为一个月以上六个月以下，数罪并罚不得超过一年。拘役的刑期从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行，一般关押在拘留所内服刑。在执行拘役期间，犯罪分子可以每月回家一天至两天，参加劳动的，可以酌量发给报酬。

3. 有期徒刑

有期徒刑是指剥夺犯罪分子一定期限的人身自由，并强制劳动改造的一种刑罚方法。它适用于罪行较重的各种犯罪，是我国目前适用范围最广泛的一种刑罚。

我国刑法规定，有期徒刑的期限为六个月以上十五年以下数罪并罚不得超过二十年。有期徒刑的刑期从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在监狱或者其他执行场所执行，凡有劳动能力的，都应当参加劳动，接受教育改造。

4. 无期徒刑

无期徒刑指剥夺犯罪分子终身自由，并强制其参加劳动、接受教育和改造的一种刑罚方法。无期徒刑是仅次于死刑的一种严厉的刑罚，主要适用于那些罪行严重，不够判处死刑，但判处有期徒刑又不足以达到教育和改造效果的犯罪分子。

被判处无期徒刑时，先行羁押的期间不能折抵刑期，并且必须附加剥夺政治权利终身。被判处无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果犯罪分子确有悔改或者立功表现，可以减为

有期徒刑；在实际执行十年以后，如果确有悔改表现，不致再危害社会，还可以假释。

5. 死刑

死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚。死刑是主刑当中最严厉的一种刑罚方法，只适用于罪行极其严重的犯罪分子。为了严格限制和准确适用死刑，我国刑法对死刑作了特殊的规定：①死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。②犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。③死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。④我国独创了死刑缓期二年执行制度。

二、附加刑

附加刑是补充主刑适用的刑罚方法。它包括罚金、剥夺政治权利、没收财产三种。

1. 罚金

罚金是指人民法院判处犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱的刑罚方法。主要适用于以贪财营利为目的的犯罪。罚金的数额应当根据犯罪情节来确定。期满不缴纳的，强制缴纳。罚金与行政处罚中的罚款不同。

2. 剥夺政治权利

剥夺政治权利是指剥夺犯罪分子参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法。这种刑罚在附加适用时主要适用于严重的犯罪分子，以及被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子。

剥夺政治权利是剥夺下列权利：①选举权和被选举权；②言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；③担任国家机关职务的权利；④担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

剥夺政治权利的期限及其计算包括四种情况：①被判处死刑、无期徒刑的犯罪分子，应当剥夺政治权利终身；②判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相同；③判处拘役、有期徒刑附加剥夺政治权利的或单处剥夺政治权利的，其期限为一年以上五年以下；④在死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限改为三年以上十年以下；⑤被判处有期徒刑、拘役附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限，从主刑执行完毕之日或者假释之日起计算，剥夺政治权利的效力当然及于主刑执行期间。

3. 没收财产

没收财产是指将犯罪分子个人所有的财产的一部或全部强制无偿收归国家的刑罚方法。没收财产是一种比较严厉的附加刑。没收犯罪分子全部财产的，应当对其个人及其扶养的家属保留必要的生活费用。没收财产是没收犯罪分子本人的财产，不能涉及犯罪分子家属所有或应有的财产。对于没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。

4. 驱逐出境

驱逐出境是强迫犯罪的外国人离开中国（边）境的刑罚方法。驱逐出境作为一定特殊的附加刑，既可以单独适用，也可以附加适用。

第九节 刑罚的具体运用

一、量刑：指人民法院依法对犯罪分子裁量应当判处的刑罚的活动。

量刑是指人民法院依法对犯罪分子裁量决定刑罚的审判活动。量刑与定罪密不可分，两者构成人民法院刑事审判工作的主要内容。量刑具有以下四个主要特征：①量刑是人民法院的一种审判活动，其他任何机关都没有量刑权；②量刑的对象是犯罪分子，只有对犯罪分子才能决定是否适用刑罚、适用何种刑罚；③定罪是量刑的前提，只有在解决了定罪问题的基础上，才能进一步决定量刑问题；④刑事责任大小是量刑轻重的根据。

二、累犯

累犯指因犯罪受到一定刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内又犯一定之罪的犯罪人。我国《刑法》中规定的累犯，分为一般累犯和特殊累犯。

我国刑法规定的累犯分为一般累犯和特殊累犯。

1. 一般累犯

一般累犯是指被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后五年内，又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的。

根据我国刑法的规定，构成一般累犯必须具备以下三个条件：

①前罪和后罪都是故意犯罪。如果都是过失犯罪，或者有一个是过失犯罪，就不能成为累犯。

②前罪和后罪都应当是判处有期徒刑以上刑罚的犯罪。

③后罪发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后五年之内。

被假释的犯罪分子如果在假释考验期内再犯新罪，不能成立累犯。在假释考验期满五年内再犯新罪的，成立累犯。前罪被判处缓刑的犯罪分子在缓刑考验期满五年之内再犯新罪的，不能成立累犯。

2. 特殊累犯

《刑法》第六十六条对危害国家安全犯罪累犯的构成条件作了特殊规定。由于危害国家安全犯罪性质严重，所以，凡是犯危害国家安全罪的罪犯，在刑罚执行完毕或者赦免以后又犯危害国家安全罪的，不论其前罪被判处何种刑罚，也不论后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免以后多长时间内，都以累犯论处。

3. 累犯的刑事责任

我国刑法规定，对于累犯应当从重处罚。从重处罚是处理累犯的一个基本原则，对累犯必须一律从重处罚。同时对于累犯，不适用缓刑。

三、自首和立功

（一）自首

犯罪之后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。

自首的一般条件是：(1)自动投案，即犯罪人在犯罪之后归案之前，出于本人的意志而向有关机关或个人承认自己实施了犯罪，并自愿置于有关机关或个人的控制之下，等待进一步交待犯罪事实，并最终接受国家的电戛和裁判。(2)如实供述自己的罪行。

《刑法》还规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。对于自首的犯罪分子，可以从轻或减轻处罚；其中犯罪较轻的，可以免除处罚。

（二）立功

指犯罪分子揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的情形。对于有立功表现的犯罪分子，可以从轻或减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚；犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

四、数罪并罚

数罪并罚指一个人犯有数罪，人民法院对其所犯之罪分别定罪量刑后，按照法定的原则，决定应当执行的刑罚。

1. 数罪并罚的概念

数罪并罚是指一人犯有数罪，人民法院对其所犯各罪分别定罪量刑后，按照法定的原则决定应当执行的刑罚数罪并罚有以下特征：①必须是一人犯有数罪。这是数罪并罚的前提。没有这个前提，也就没有数罪并罚。②犯罪分子所犯数罪发生在判决宣告以前或者刑罚执行完毕以前。③在对各罪分别定罪量刑的基础上，依照一定的并罚原则和刑期计算方法，决定

最终执行的刑罚。

2. 数罪并罚的原则及其适用情况

我国刑法对数罪并罚采取限制加重的原则，也就是先将犯罪分子所犯各罪分别定罪量刑，然后在数刑中的最高刑以上，总和刑期以下酌情决定执行刑期。具体地说有以下三种情况：

(1)《刑法》第六十九条规定：“判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是，管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑最高不能超过二十年。如果数刑中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，这是数罪并罚的一般方法

(2)《刑法》第七十条规定：“判决宣告后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内。”这种方法称为“先加后减”法。

(3)《刑法》第七十一条规定：“判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照本法第六十九条的规定，决定执行的刑罚。”这种方法称为“先减后加”法。

五、缓刑

缓刑指被判处一定刑罚的犯罪分子，在其具备法定条件的情况下，附条件的暂缓执行原判刑罚，当犯罪人满足一定条件后，便不再执行原判刑罚，如果违反了应遵守的条件，则原判刑罚仍要执行的一种刑罚制度。缓刑不是刑种，而是刑罚具体运用的一项制度。

缓刑是指对判处一定刑罚的罪犯，在一定的条件下，暂缓执行原判刑罚，规定一定的考验期，在考验期内被判刑的犯罪分子不再犯新罪，原判刑罚就不再执行的制度。其特点是既判处一定刑罚，又暂时不执行，但在一定期间保留执行的可能性。缓刑不是一种独立的刑种，而是一种量刑制度。

根据《刑法》第七十二条的规定，适用缓刑必须具备下列条件：①犯罪分子被判处拘役、三年以下有期徒刑的刑罚；②必须是适用缓刑确实不致再危害社会；③不是累犯。

六、减刑

减刑指被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现或者立功表现，将其原判刑罚予以适当减轻的一种制度。

减刑，必须具备以下条件：

(1) 减刑的适用对象。减刑的适用对象是被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。这是刑法对减刑适用对象范围的限定。这就是说明，减刑的适用，只有刑罚种类的限制，而没有犯罪性质、罪行轻重或者刑期长短等方面的限制。

(2) 减刑适用的根据。犯罪分子在刑罚执行期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现的，或者有立功表现的，可以减刑；有重大立功表现之一的，应当减刑。这是适用减刑的实质条件。

(3) 减刑适用的限度。减刑以后实际执行的刑期，判处管制、拘役、有期徒刑的，不能少于原判刑期的二分之一；判处无期徒刑的不能少于十年。无期徒刑减为有期徒刑的刑期，从裁定减刑之日起计算。

(4) 减刑的程序条件。对于犯罪分子的减刑，由执行机关向中级以上人民法院提出减刑建议书。

七、假释

假释是指被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，在执行一定刑期以后，根据其悔改

表现，附条件地提前释放的制度。根据《刑法》第八十一条的规定，适用假释应当符合以下三个条件：

①假释的对象必须是被判处有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子

②犯罪分子必须已经执行了一定的刑期，即被判处有期徒刑的，已实际执行原判刑期二分之一以上，被判处无期徒刑的，已实际执行十年以上。假释的犯罪分子必须确有悔改表现，不致再危害社会。刑法规定，有期徒刑的假释考验期为没有执行完毕的刑期；无期徒刑的假释考验期为十年。

八、时效

我国刑法中的时效，是指法律规定的追究犯罪分子刑事责任的有效期限。超过这个期限，就不能再对犯罪分子提起诉讼。我国刑法规定，犯罪经过下列期限不再追诉：

①法定最高刑为不满五年有期徒刑的，经过五年。

②法定最高刑为五年以上不满十年有期徒刑的，经过十年。

③法定最高刑为十年以上有期徒刑的，经过十五年。

④法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过二十年。如果二十年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院核准。

此外，在人民检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或者在人民法院受理案件以后，逃避侦查或者审判的，不受追诉期限的限制。被害人在追诉期限内提出控告，司法机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

第十节 犯罪的类型

一、犯罪的种类

新《刑法》分则将犯罪分为十大类，分别是：危害国家安全罪，危害公共安全罪，破坏社会主义市场经济秩序罪，侵犯公民人身权利、民主权利罪，侵犯财产罪，妨害社会管理秩序罪，危害国防利益罪，贪污贿赂罪，渎职罪，军人违反职责罪。其中，每一类犯罪又包括若干个不同的罪名。

本节仅对贪污贿赂罪和渎职罪这两类以国家工作人员为主体的犯罪作进一步的阐述。

第十一节 常见公职人员犯罪类型

一、贪污罪

（一）贪污罪的概念和构成

贪污罪，是指国家工作人员和受国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

贪污罪具有如下构成特征：

（1）本罪的客体是复杂客体，即本罪既侵犯国家工作人员的职务廉洁性，也侵犯公共财产的所有权。其中，国家工作人员的职务廉洁性是本罪的主要客体，本罪的侵犯对象是公共财物。根据《刑法》第九十一条的规定，公共财物是指：①国有财产；②劳动群众集体所有的财产；③用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。

（2）本罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。在这里，利用职务上的便利和非法占有公共财物二者缺一不可。首先，必须利用职务上的便利。利用职务上的便利，是指利用本人职务范围内的权力和地位所形成的主管、经手、管理财物的便利条件。其次，必须侵吞、窃取、骗取或者以其他手段

非法占有公共财物。

(3) 本罪的主体是特殊主体。具体包括两类人员：一类是国家工作人员。根据《刑法》第九十三条的规定，国家工作人员包括：①国家机关从事公务的人员；②国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员；③国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员；④其他依照法律从事公务的人员。另一类是国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员。(4) 本罪的主观方面是直接故意，并且以非法占有为目的。即行为人明知自己的行为侵犯了职务行为的廉洁性，会发生侵害公共财产的结果，并且希望这种结果的发生。

(二) 贪污罪的刑事责任

根据《刑法》第三百八十三条的规定，贪污罪依贪污数额和情节轻重，分别按四个量刑幅度进行处罚：

(1) 个人贪污数额在 10 万元以上的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。贪污罪的死刑适用条件是个人贪污数额在 10 万元以上，且情节特别严重。

(2) 个人贪污数额在 5 万元以上不满 10 万元的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

(3) 个人贪污数额在 5000 元以上不满 5 万元的，处 1 年以上 7 年以下有期徒刑；情节严重的，处 7 年以上 10 年以下有期徒刑。个人贪污数额在 5000 元以上不满 1 万元，犯罪后有悔改表现、积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚。

(4) 个人贪污不满 5000 元，情节较重的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役，情节较轻的，由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。

二、挪用公款罪

(一) 挪用公款罪的概念和构成

挪用公款罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动，或者挪用公款数额较大进行营利活动，或者挪用公款数额较大，超过三个月未还的。

本罪具有以下构成特征：

(1) 本罪的客体是复杂客体，既侵犯国家工作人员的职务廉洁性，也侵犯公共财产的占有使用收益权。

本罪的犯罪对象是公款，即公共财产中呈货币或者有价值证券形态的那部分。根据《刑法》第三百八十四条第二款的规定，挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物归个人使用的，从重处罚。依此规定，挪用公款的犯罪对象并不限于公款，还包括特定款物。

(2) 本罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动，或者挪用公款数额较大进行营利活动，或者挪用公款数额较大超过三个月未还的。

①利用职务上的便利。所谓利用职务上的便利，是指行为人利用主管、经手、管理公款的便利条件。

②挪用公款归个人使用。这是本罪的基本特征。挪用公款归个人使用，包括挪用公款归本人使用或者给他人使用。③挪用公款行为的具体表现形式包括：其一，挪用公款进行非法活动。其二，挪用公款归个人使用进行赢利活动，且数额较大。其三，挪用公款归个人使用，数额较大且超过三个月未还。

(3) 本罪的主体是特殊主体，即只能由国家工作人员构成。

(4) 本罪的主观方面是直接故意，即明知是公款而有意违反有关规定予以挪用，其目的是非法取得公款的使用权。(二) 挪用公款罪的刑事责任

三、受贿罪

（一）受贿罪的概念和构成

受贿罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。本罪具有如下构成特征：

（1）本罪的客体是国家工作人员的职务廉洁性。

（2）本罪的客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。具体包括以下几个方面内容：

①利用职务上的便利。利用职务上的便利，是指利用行为人现有职务范围内的权力或者与职务相关的便利条件。

②索取或者非法收受他人财物。这就是说受贿罪的行为方式有两种：一是索取贿赂。即行为人主动向他人索要、勒索并收受财务。二是收受贿赂，即行为人对他人给付的财物予以接受。

③为他人谋取利益。收受贿赂者构成犯罪，必须同时具备收受他人财物和为他人谋取利益两方面的内容。

（3）本罪的主体是特殊主体，即只能由国家工作人员构成。

（4）本罪的主观方面是直接故意，即行为人明知利用职务上的便利索取他人财物或者非法收受他人财物并为人谋取利益的行为会损害国家工作人员的职务廉洁性，仍然决定而为。

四、巨额财产来源不明罪

（一）巨额财产来源不明罪的概念和构成

巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，且差额巨大，经责令说明来源，本人不能说明其来源合法的行为。

本罪具有如下构成特征：

（1）本罪的客体是国家工作人员的职务廉洁性。

（2）本罪的客观方面表现为行为人明知自己的财产或支出明显超过合法收入的，且差额巨大，而本人又不能说明其来源是合法的行为。具体包括两个方面的内容：一是行为人的财产或者支出明显超过合法收入，且差额巨大。二是行为人不能说明与合法收入差额巨大的财产或者支出的来源合法。

（3）本罪的主体是特殊主体，即只能由国家工作人员构成。

（4）本罪的主观方面是直接故意。

五、隐瞒境外存款罪

（一）隐瞒境外存款罪的概念和构成

隐瞒境外存款罪，是指国家工作人员对于个人在境外的存款，应当依照国家规定申报而隐瞒不报，数额较大的行为。本罪的构成要件是：

（1）本罪的犯罪客体是国家工作人员的财产申报制度。

（2）本罪的客观方面表现为应申报境外存款而隐瞒不报，且境外存款较大的行为。具体包括三个方面：其一，行为人有申报境外存款的义务，这是构成犯罪的前提条件。其二，行为人不履行申报义务，对境外存款隐瞒不报。其三，隐瞒不报的境外存款数额较大。

（3）本罪的犯罪主体是特殊主体，即只能由国家工作人员构成。

（4）本罪的主观方面是直接故意。如果行为人不是故意隐瞒不报，而是由于对国家的申报制度不了解，或者由于客观方面的原因而未能申报，则不能构成本罪。

六、滥用职权罪

（一）滥用职权罪概念和构成

滥用职权罪，是指国家机关工作人员违反法律规定的权限和程序，非法地行使本人职务范围内的权力，或者超越其职权实施有关行为，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大

损失的行为。本罪构成要件是：

(1) 本罪的客体为国家机关的正常活动，即各级各类国家机关对社会生活各个领域的管理活动，如各级政府机关、各级政府机关的职能部门对社会的 management 活动等。

(2) 本罪的客观方面表现为行为人实施了滥用职权的行为，并导致了公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。行为人滥用职权表现为两种情况：一是行为人不依法律规定的权限和程序，非法地行使本人职务范围内的权力。二是行为人超越其职权实施某种危害社会的行为。

(3) 本罪的主体为特殊主体，即只有具有国家机关工作人员的身份的人，才能成为本罪的主体。

(4) 本罪的主观方面为故意，即行为人明知自己滥用职权的行为会导致公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的结果，并且希望或者放任这种结果的发生，这就是说，本罪可以是直接故意，也可以是间接故意。

七、玩忽职守罪

(一) 玩忽职守罪的概念和构成

玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或者不认真履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

本罪的构成要件是：

(1) 本罪的客体是国家机关的正常管理活动，或者说本罪所侵犯的客体是国家机关对社会的 management 职能。

(2) 本罪的客观方面表现为行为人实施了玩忽职守的行为，并使公共财产、国家和人民利益遭受了重大损失。所谓玩忽职守，是指行为人严重不负责任，工作中草率马虎，不履行或者不正确履行公职。

(3) 本罪主体为特殊主体，即只有那些具有国家机关工作人员身份的人才能成为本罪主体。

(4) 本罪主观方面只能是过失。即行为人作为国家机关工作人员理应恪尽职守，尽心尽力，在履行公职中时刻保持必要注意，但行为人却持一种疏忽大意或过于自信的心态，对自己玩忽职守的行为可能导致的公共财产、国家和人民利益的重大损失应当预见而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免。

八、故意泄露国家秘密罪

(一) 故意泄露国家秘密罪的概念和构成

故意泄露国家秘密罪，是指国家机关工作人员或非国家机关工作人员违反保守国家秘密法的规定，故意泄露国家秘密，情节严重的行为。

本罪的构成要件是：

(1) 本罪的客体是国家的保密制度。

(2) 本罪的客观方面表现为行为人实施了违反保守国家秘密法的禁止性命令的行为，即实施了故意泄露国家秘密的行为。

(3) 本罪的主体主要是国家机关工作人员，但非国家机关工作人员也可以成为本罪的主体。

(4) 本罪的主观方面为故意，即行为人明知是国家秘密而故意加以泄露。至于行为人出于何种目的和动机，并不影响犯罪的成立。

九、徇私枉法罪

(一) 徇私枉法罪的概念和构成

徇私枉法罪，是指司法工作人员为徇私情，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判

判的行为。本罪的构成要件是：

(1) 本罪的客体为国家司法机关的正常活动或国家的司法公正

(2) 本罪的客观方面表现为行为人在刑事司法活动中实施了徇私枉法、徇情枉法的行为。具体而言，徇私枉法表现为如下行为：①使无罪之人受刑事追诉；②包庇明知有罪之人而使其不受追诉；③违背事实和法律作枉法裁判。

(3) 本罪的主体为司法机关工作人员。所谓司法机关，这里是指依法行使刑事执法权的特定机关，包括公安机关、安全机关、检察机关和审判机关。只有前述四种机关的侦查人员、检察人员、审判人员及其主管人员才能成为本罪的主体。

(4) 本罪的主观方面只能是故意。因此，如果行为人因过失造成对有罪者作无罪判决，对无罪者作有罪判决，或者重罪轻判，轻罪重判以及将此罪判为彼罪，将彼罪判为此罪等等的，不能以犯罪论处。

十、枉法裁判罪

(一) 枉法裁判罪的概念和构成

枉法裁判罪，是指审判机关工作人员在民事、行政审判活动中，故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的行为。本罪的构成要件是：

(1) 本罪的客体与徇私枉法罪侵犯的客体基本相同，即国家司法机关的正常活动与司法公正。但严格意义上讲，本罪所侵犯的客体是人民法院的正常审判活动与审判公正。因为司法活动还包括立案侦查与审查起诉活动，而本罪只涉及审判活动。(2) 本罪的客观方面表现为行为人在民事、行政审判活动中，故意违背事实和法律作枉法裁判。由此可见，本罪客观方面有几个特点：①枉法裁判的行为发生在民事、行政审判活动中；②必须是行为人故意违背事实和法律作枉法裁判；③枉法裁判的行为须达到“情节严重的”程度。

(3) 本罪主体为司法机关的民事、行政审判人员及其主管人员。

(4) 本罪的主观方面为故意，即必须是行为人明知而故意地违背事实和法律作枉法裁判。如果行为人过失地作出不公正判决，或者因为业务水平低下而作出错误判决，均不能作为犯罪来处理。

第十二节 其他常见罪

抢劫罪

1、在客观方面存在着方法行为和目的行为的统一，目的行为是指劫取公私财物的行为(具有当场性)，方法行为指为了能当场劫取财物，而实施的暴力、胁迫或其他人身强制行为。“其他方法”应当是指由行为人采取致使被害人不能反抗或不知反抗或不敢反抗的方法。

2、抢劫罪的八种法定加重构成的情形：(一)入户抢劫的；(二)在公共交通工具上抢劫的；(三)抢劫银行或者其他金融机构的；(四)多次抢劫或者抢劫数额巨大的；(五)抢劫致人重伤、死亡的；(六)冒充军警人员抢劫的；(七)持枪抢劫的；(八)抢劫军用物资或者抢险、救灾、救济物资。

3、转化型或以抢劫论的认定。这种情节在刑法典中大致有三处：一是携带凶器抢夺的，定抢劫罪而不定抢夺罪；二是犯盗窃、诈骗、抢夺罪，为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的，转化为抢劫罪；三是聚众“打砸抢”，毁坏或者抢走公私财物的，对首要分子，应以抢劫罪定罪处罚。

盗窃罪

本罪与其他侵犯财产权利的犯罪的根本区别主要在于行为方式不同，盗窃罪是以秘密窃取的方法，将他人公私财物转移到自己的控制之下而非法占有，所谓秘密窃取即行为人采用自认为不使他人即财物所有人或者保管人发觉的方法占有他人财物。

诈骗罪

1、即以非法占有为目的，以虚构事实、隐瞒真相的方法，骗取数额较大公私财物的行为。诈骗罪与其他侵犯财产犯罪的一个最大区别就在于数额方面，由于行为人的虚构事实或隐瞒真相，使被害人信以为真，以致“自愿”将自己所有或持有的财物交给行为人或放弃自己的财产权。

2、组织和利用邪教组织以各种欺骗手段，收取他人财物的，依本条诈骗罪定罪处罚。

抢夺罪

1、抢夺罪，即以非法占有他人财物为目的，公然夺取公私财物数额较大的行为。同抢劫罪一样，取得财物都具有当场性和公然性，二者根本区别在于抢夺不使用暴力、胁迫或其他强制人身的方法，而主要是乘被害人备，突然夺取财物。

2、抢夺罪转化为抢劫罪的法定情形：一是携带凶器抢夺的，转化为抢劫罪；二是实施抢夺行为之后，为抗拒抓捕、窝藏赃物或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力威胁的，转化为抢劫罪。

侵占罪

侵占罪，犯罪对象只限于三种财物：一是代为保管的他人财物；二是他人的遗忘物；三是他人的埋藏物。

敲诈勒索罪

1、敲诈勒索罪。认定本罪的关键是客观方面行为人采用威胁或要挟的方法，逼迫财物所有人、保管人就范，将公私财物交由行为人或其指定的第三人控制或提供财产性利益。

2、敲诈勒索要求数额较大的才构成犯罪，何谓“数额较大”，以 1000 元至 3000 元为起点。

刑法分则主要罪名

1、交通肇事罪，是指违反交通管理法规，因而发生重大事故，致人重伤、死亡或者使公私财产遭受重大损失的行为。

2、非法侵入住宅罪，是指非法强行闯入他人住宅，或者经要求退出而无理拒不退出他人住宅的行为。

3、拐骗儿童罪，是指用蒙骗、利诱或者其他方法使不满十四周岁的未成年人，脱离家庭或者监护人的行为。

4、遗弃罪，是指对于年老、年幼、患病或者其他没有独立生活能力的人，负有扶养义务而拒绝扶养，情节恶劣的行为。

5、虐待罪，是指对共同生活的家庭成员经常以打骂、捆绑、冻饿、限制自由、凌辱人格、不给治病或者强迫作过度劳动等方法，从肉体上和精神上进行摧残迫害，情节恶劣的行为。

6、刑讯逼供罪，是指司法工作人员对犯罪嫌疑人、被告人使用肉刑或者变相肉刑，逼取口供的行为。

7、诽谤罪，是指故意捏造并散布虚构的事实，足以贬损他人人格，破坏他人名誉，情节严重的行为。

8、侮辱罪，是指使用暴力或者以其他方法，公然贬损他人人格，破坏他人名誉，情节严重的行为。

9、非法搜查罪，是指非法对他人的身体或住宅进行搜查的行为。

10、拐卖妇女、儿童罪，是指以出卖为目的，拐骗、绑架、收买、贩卖、接送、中转妇女、儿童的行为。

11、绑架罪，是指利用被绑架人的近亲或者其他人对被绑架人安危的忧虑，以勒索财物或满足其他不法要求为目的，使用暴力、胁迫或者麻醉方法劫持或以实力控制他人的行为。

12、非法拘禁罪，是指以拘押、禁闭或者其他强制方法，非法剥夺他人人身自由的行为。

13、强奸罪，是指违背妇女意志，使用暴力、胁迫或者其他手段，强行与妇女发生性交的行为。

14、过失致人重伤罪，是指过失伤害他人身体，致人重伤的行为。

15、故意伤害罪，是指故意伤害他人身体的行为。

16、过失致人死亡罪，是指因过失而致人死亡的行为。

17、故意杀人，是指故意非法剥夺他人生命的行为。

18、敲诈勒索罪，是指以非法占有为目的，对被害人使用威胁或要挟的方法，强行索要公私财物的行为。

19、挪用资金罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人，数额较大、超过三个月未还，或者虽未超过三个月，但数额较大、进行营利活动的，或者进行非法活动的行为。

20、职务侵占罪，是指公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的行为。

21、侵占罪，是指以非法占有为目的，将他人的交给自己保管的财物、遗忘物或者埋藏物非法占为己有，数额较大，拒不交还的行为。

22、抢夺罪，是指以非法占有为目的，乘人不备，公开夺取数额较大的公私财物的行为。

23、诈骗罪，是指以非法占有为目的，用虚构事实或者隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财物的行为。

24、盗窃罪，是指以非法占有为目的，秘密窃取数额较大的公私财物或者多次秘密窃取公私财物的行为。

25、抢劫罪，是以非法占有为目的，对财物的所有人、保管人当场使用暴力、胁迫或者其他方法，强行将公私财物抢走的行为。

26、巨额财产来源不明罪，是指国家工作人员的财产或者支出明显超过合法收入，差额巨大，本人不能说明其来源是合法的行为。

27、行贿罪，是指行为人为谋取不正当利益而给予国家工作人员财物的行为。

28、受贿罪，是指国家工作人员，利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物并为他人谋取利益的行为。对国家工作人员在经济往来中违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有的、以受贿论处的规定。

29、挪用公款罪，是指国家工作人员，利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用数额较大、超过3个月未还的行为。

30、滥用职权罪，是指国家机关工作人员故意逾越职权或者不履行职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

31、贪污罪，是指国家工作人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

32、玩忽职守罪，是指国家机关工作人员严重不负责任，不履行或不正确地履行自己的工作职责，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。

33、枉法裁判罪，是指司法工作人员在民事、行政审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判，情节严重的行为。

第六章 诉讼程序法

一、诉讼程序法的基本概念

1. 诉讼

诉讼是指争讼的一方向法庭提出告诉和主张，由法庭通过审理来解决双方争讼的活动。诉讼的构成必须具备控方(原告)、被控方(被告)和审判方(法庭)三方。

2. 诉讼法

诉讼法是国家司法机关在当事人和其他诉讼参与人参加下进行诉讼活动必须遵守的法律规范。

3. 刑事诉讼和刑事诉讼法

刑事诉讼是指公安机关、人民检察院、人民法院在当事人及其他诉讼参与人的参加下，依照法律规定的程序和要求，查证、核实犯罪嫌疑人和被告人是否实施了犯罪、应否受刑罚处罚以及应受何种刑罚处罚的活动。

刑事诉讼法是国家制定的公安、司法机关在当事人和其他诉讼参与人参加下进行刑事诉讼活动必须遵守的法律规范的总和。

4. 民事诉讼和民事诉讼法

民事诉讼是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法审理和解决当事人之间的民事纠纷所进行的各种活动，以及由此产生的各种诉讼法律关系。

民事诉讼法是指国家制定或者认可的，调整人民法院与当事人和其他诉讼参与人之间的民事诉讼活动和民事诉讼法律关系的法律规范的总和。

5. 行政诉讼和行政诉讼法

行政诉讼是指人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依照法律规定的程序和要求，解决行政争议案件的活动。

行政诉讼法是指国家制定的，用来调整人民法院与当事人和其他诉讼参与人之间的行政诉讼活动和行政诉讼法律关系的法律规范的总和。

6. 诉讼法的地位、作用和价值

诉讼法的地位是指诉讼法在法律体系中的地位。诉讼法是保证各种实体法实现的必要条件。如果没有诉讼法从程序上保证实体法的实施，实体法所确认的社会成员之间的权利义务关系就无法实现。

诉讼法的价值表现为工具价值和自身价值两个方面。

二、三大诉讼法的共同原则和制度

1. 人民法院独立行使审判权原则

人民法院独立行使审判权原则要处理好以下关系：

- (1) 人民法院独立行使审判权与坚持中国共产党领导的关系；
- (2) 人民法院独立行使审判权与国家权力机关监督的关系；
- (3) 人民法院独立行使审判权与人民群众监督的关系。

2. 以事实为根据，以法律为准绳原则

该原则的基本含义是：

以事实为根据，就是要求国家司法机关进行诉讼活动，应当忠于案件的事实真相，查明案件事实，以查明的案件事实作为处理案件的根本依据。

3. 适用法律平等原则

该原则的基本含义是：

第一，诉讼双方的法律地位平等，互不凌驾于对方之上，既不允许任何一方享有特权，也不允许对任何一方进行歧视，法律规范对任何一方是同等适用的。

第二，诉讼双方的权利平等。在诉讼中，双方有均等的机会和对等的手段来维护自己的诉讼请求和主张。

第三，人民法院有责任保障诉讼双方所享有的诉讼权利，为诉讼双方提供同等的待遇，并为其提供行使诉讼权利的同等便利。

4. 诉讼以本民族语言文字进行原则

该原则的基本含义是：

第一，各民族公民享有使用本民族语言、文字进行诉讼的权利，任何人不得以任何理由和借口予以限制或剥夺。

第二，国家司法机关有义务保障公民享有使用本民族语言文字进行诉讼的权利，包括审理案件和发布法律文书要使用当地通用的语言文字，为不通晓当地语言文字的诉讼参与人提供翻译等。

5. 人民检察院对诉讼实行监督原则

该原则的基本含义是：

第一，人民检察院对诉讼中的国家司法机关和当事人及其他诉讼参与人的诉讼行为是否合法实行监督。

第二，人民检察院对诉讼实行法律监督必须严格按照法律规定的程序进行。

第三，人民检察院对诉讼实行法律监督具有权威性、被监督者应当接受。

6. 公开审判原则

公开审判，是指人民法院审判案件，除法律另有规定的情况以外，应当公开进行，公民可以到法庭旁听，新闻记者也可以采访报道。

7. 回避制度

回避制度，是指司法人员因与案件或案件的当事人具有某种利害关系或其他特殊关系，可能影响刑事案件的公正处理，而不得参加对该案进行的诉讼活动的一项诉讼制度。

(1) 刑事诉讼法的回避审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避，当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：1、是本案的当事人或者是当事人的近亲属的；2、本人或者他的近亲属和本案有利害关系的；3、担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的；4、与本案当事人有其他关系，可能影响公正处理案件的。

(2) 民事诉讼中的回避：审判人员有下列情形之一的，必须回避，当事人有权用口头或者书面方式申请他们回避：1、是本案当事人或者当事人、诉讼代理人的近亲属；2、与本案有利害关系；3、与本案当事人有其他关系，可能影响对案件公正审理的；4、前款规定，适用于书记员、翻译人员、鉴定人、勘验人。

8. 合议制度

合议制度是指人民法院审理案件，由3名以上的审判人员组成合议庭，进行集体审理和评议的制度。

9. 两审终审制

两审终审制，是指各种案件经过两级人民法院审理即告终结的制度

三、三大诉讼法的特有原则和制度

1. 刑事诉讼法的特有原则和制度

(1) 职权原则

刑事诉讼法第三条规定：“对刑事案件的侦查、拘留、执行逮捕、预审，由公安机关负责。检察、批准逮捕、检察机关直接受理的案件的侦查、提起公诉，由人民检察院负责。审判由人民法院负责。除法律特别规定的以外，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。”“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守本法和其他法律的有关规定。”这一原则包括以下含义：

①除法律特别规定的以外，侦查权、检察权、审判权只能分别由公安机关、人民检察院和人民法院行使，其他任何机关、团体和个人都无权行使这些权力。这里的“法律特别规定”，主要是指国家安全机关对危害国家安全犯罪、监狱对罪犯在监狱内的犯罪和军队的保卫部门对军队内部发生的犯罪行使与公安机关相同的侦查权。

②公、检、法三机关只能分别行使各自的职权，不能混淆，也不能相互取代。

③公、检、法三机关必须依法行使职权。

(2)公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约原则

刑事诉讼法第七条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，应当分工负责，互相配合，互相制约，以保证准确有效地执行法律。”

分工负责，要求公、检、法三机关在进行刑事诉讼时，根据法律赋予的职权，各尽其职，各负其责，既不能互相取代，也不能互相推诿。

互相配合，要求公、检、法三机关按照法律的规定，分别把关，互相制衡，及时发现并纠正错误，保证公正准确地执行法律。

(3)专门机关与群众路线相结合原则

刑事诉讼法第六条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须依靠群众”。

该原则又称依靠群众原则，要求公安司法机关进行刑事诉讼，应当把专门机关的业务与群众路线结合起来。一方面，公安司法机关相信群众，尊重群众，虚心听取群众的意见和建议，接受群众监督；另一方面，必须加强专门机关的工作，提高业务素质和办案能力。

(4)法院统一定罪原则

刑事诉讼法第十二条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”该原则的基本含义有两个方面：

①刑事案件的定罪权由人民法院统一行使，其他任何机关都无权确定被告人有罪。

②人民法院确定被告人有罪，必须经过开庭审理，依法作出判决，并正式审判。

(5)辩护制度

辩护是指犯罪嫌疑人、被告人及其辩护人针对控诉一方的指控而进行论证犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻、减轻或免除罪责的反驳和辩解，以保护其合法权益的诉讼行为。辩护分为自行辩护、委托辩护和指定辩护。

根据刑事诉讼法第二十二条的规定，犯罪嫌疑人、被告人可以委托下列 1~2 人作为其辩护人：①律师；②人民团体或犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人；③犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。

辩护人的主要职责是根据事实和法律，提出证明犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻、减轻或免除其刑事责任的材料和意见，以维护其合法权益。

(6)强制措施

刑事诉讼中的强制措施是指公安机关、人民检察院、人民法院为了有效地同犯罪作斗争，保障诉讼活动的顺利进行，依法对犯罪嫌疑人、被告人所采取的暂时限制或剥夺其人身自由的各种法定强制方法。我国刑事诉讼法规定了五种强制措施，即拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。

2. 民事诉讼法的特有原则和制度

(1)调解原则

民事诉讼中的调解：人民法院审理民事案件，根据当事人自愿的原则，在事实清楚的基础上，分清是非，进行调解；人民法院进行调解，可以由审判员一人主持，也可以由合议庭主持，并尽可能就地进行；人民法院进行调解，可以用简便方式通知当事人、证人到庭。调解达成协议，必须双方自愿，不得强迫。调解协议的内容不得违反法律规定。调解达成协议，

人民法院应当制作调解书。调解书应当写明诉讼请求、案件的事实和调解结果。

调解书由审判人员、书记员署名，加盖人民法院印章，送达双方当事人。调解书经双方当事人签收后，即具有法律效力。

(2)处分原则

所谓处分原则，是指民事诉讼当事人有权在法律规定的范围内，自行决定行使或放弃自己所享有的民事权利和诉讼权利。

(3)支持起诉原则

根据该原则，支持起诉应符合以下条件：①支持起诉的人应当是对受害人负有保护责任的机关、社会团体、企事业单位，公民个人无权支持起诉。②支持起诉的案件限于损害国家、集体或者个人权益引起的争议。③支持起诉以受害人尚未起诉为前提。

(4)辩论原则

民事诉讼中的辩论，是在人民法院的主持下进行的，参加者是当事人双方及依法享有辩论权的诉讼代理人。辩论的内容，是案件事实及争议的问题，包括案件实质性和程序性问题。辩论的形式，有书面形式和口头形式。辩论权的行使，贯穿于诉讼全过程，而不仅仅是限于辩论阶段。人民法院应当保障双方当事人充分行使辩论权，为当事人行使辩论权提供方便。人民法院应当重视辩论的作用，未在法庭上辩论和质证的证据，不得作为法院裁判的根据。

(5)财产保全

财产保全是指在诉讼开始前或者诉讼开始后，人民法院依法对一定财物采取查封、扣押、冻结等措施，以防止该项财物被转移、藏匿或毁损、灭失的制度。

民事诉讼法中的财产保全：当事人依照民事诉讼法第九十二条的规定可以向人民法院申请财产保全。利害关系人依照本法第九十三条的规定可以在起诉前向人民法院申请财产保全。人民法院裁定准许诉前财产保全后，申请人应当在三十日内提起诉讼。逾期不起诉的，人民法院应当解除财产保全。人民法院裁定准许财产保全后，被申请人提供担保的，人民法院应当解除财产保全。申请有错误的，申请人应当赔偿被申请人因财产保全所遭受的损失。人民法院决定保全的财产需要监督的，应当通知有关单位负责监督，费用由被申请人承担。

人民法院解除保全的命令由执行员执行。

(6)先予执行

先予执行是指人民法院审理具有财产给付内容的案件，在判决作出之前，责令一方当事人付给另一方当事人一定数额的金钱或其他财物，以满足其生产、经营和生活急需的制度。

民事诉讼法第九十七条规定，人民法院对下列案件，根据当事人的申请，可以裁定先予执行：①追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件；②追索劳动报酬的案件；③因情况紧急需要先予执行的其他案件。但人民法院裁定先予执行必须具备两个条件：一是当事人之间权利义务关系明确，不先予执行将严重影响申请人的生活或者生产经营；二是被申请人有履行能力。

(7)诉讼费用

诉讼费用是指当事人进行民事诉讼，依法应向人民法院交纳和支付的费用。

民事诉讼法第一百零七条规定：“当事人进行民事诉讼，应当按照规定交纳案件受理费。财产案件除交纳案件受理费外，并按照规定交纳其他诉讼费用。”诉讼费用实行“由败诉方负担”的原则，此外，依据不同的情况，还存在按比例负担、人民法院决定负担、原告负担、协商负担、自行负担、申请人负担、被申请人负担等情形。

(8)民事诉讼法中的送达、期间

人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书，可以采用下列方式：1、依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方

式送达；2、通过外交途径送达；3、对具有中华人民共和国国籍的受送达人，可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达；4、向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达；5、向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达；6、受送达人所在国的法律允许邮寄送达的，可以邮寄送达，自邮寄之日起满六个月，送达回证没有退回，但根据各种情况足以认定已经送达的，期间届满之日视为送达；7、不能用上述方式送达的，公告送达，自公告之日起满六个月，即视为送达。

3. 行政诉讼法的特有原则和制度

(1)对具体行政行为合法性进行审查原则

行政诉讼法第五条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”

(2)行政被告不得处分法定职权原则

行政被告不得处分法定职权原则，是指禁止行政被告出于诉讼胜负和其他动机，放弃、交换法律赋予的管理职权和诉讼权利的基本准则。

(3)举证责任

行政诉讼的举证责任是指被告行政机关依法负担对其所作的具体行政行为的证明责任，如果被告没有按照法律规定履行举证责任，将承担败诉的法律后果。

四、三大诉讼的受案范围和管辖

1. 刑事诉讼的管辖

我国刑事诉讼的管辖，是指公安机关、人民检察院和人民法院之间在刑事案件受理范围上的权限划分，以及人民法院系统内部在审判第一审刑事案件的分工。

根据刑事诉讼法的规定，理论上将刑事诉讼的管辖分为立案管辖和审判管辖。

(1)立案管辖

刑事诉讼法第十八条第一款规定：“刑事案件的侦查由公安机关进行，法律另有规定的除外。”

刑事诉讼法第十八条第二款规定，人民检察院受理以下五类案件：①贪污贿赂犯罪；②国家工作人员的渎职犯罪；③国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵害公民人身权利的犯罪；④国家机关工作人员利用职权实施的侵害公民民主权利的犯罪；⑤需要由人民检察院直接受理，国家机关工作人员利用职权实施的其他重大犯罪案件。

刑事诉讼法第十八条第三款规定：“自诉案件，由人民法院直接受理。”自诉案件包括：①告诉才处理的案件；②被害人有证据证明的轻微刑事案件；③被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。

告诉才处理的案件包括：

- 1、侮辱、诽谤案，但是严重危害社会秩序和国家利益的除外）；
- 2、暴力干涉婚姻自由案；
- 3、虐待案；
- 4、侵占案。

(2)审判管辖

根据刑事诉讼法第十九条至第二十七条的规定，审判管辖分为普通管辖和专门管辖，其中普通管辖又可分为级别管辖、地域管辖和指定管辖。

①级别管辖。基层人民法院管辖第一审普通刑事案件。

中级人民法院管辖：

- a. 危害国家安全案件；

- b. 可能判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件；
- c. 外国人犯罪的刑事案件。高级人民法院管辖的全省(自治区、直辖市)性的重大刑事案件。最高人民法院管辖的全国性的重大刑事案件。

②地域管辖。根据刑事诉讼法第二十四条、第二十五条的规定，刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院审判更为适宜的，可以由被告人居住地的人民法院管辖。几个同级人民法院都有管辖权的案件，由最初受理的人民法院审判。在必要的时候，可以移送主要犯罪地的人民法院审判。

③指定管辖。刑事诉讼法第二十六条规定：“上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件，也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。”

④专门管辖。军事法院管辖的是现役军人和军内在编职工的刑事犯罪案件。铁路运输法院管辖的刑事案件，主要是危害和破坏铁路运输和生产、严重破坏铁路交通设施以及在列车上犯罪的案件。铁路运输法院与地方人民法院因管辖不明而发生争议的案件，一般由地方人民法院管辖。

2. 民事诉讼的受案范围

民事诉讼的受案范围主要是公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系提起的民事诉讼。

3. 民事诉讼的管辖

民事诉讼的管辖是指各级人民法院和同级人民法院之间受理第一审行政案件的权限划分。

(1)级别管辖

根据民事诉讼法第十八条至第二十一条的规定，基层人民法院管辖除中级人民法院、高级人民法院、最高人民法院管辖的第一审民事案件以外的其他民事案件。中级人民法院管辖重大涉外案件、在本辖区有重大影响的案件以及最高人民法院确定由中级人民法院管辖的其他案件，包括专利纠纷案件，海事、海商案件。高级人民法院管辖本辖区内有重大影响的第一审民事案件，最高人民法院管辖全国有重大影响的和认为应当由本院审理的第一审民事案件。

(2)地域管辖

①一般地域管辖。以由被告住所地法院管辖为原则，以由原告住所地法院管辖为例外。

②特殊地域管辖。

因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者合同履行地人民法院管辖；

因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或者保险标的所在地人民法院管辖；

因铁路、公路、水上、航空运输和联合运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或者被告住所地人民法院管辖；

因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为地或者被告住所地人民法院管辖；

③专属管辖。因不动产纠纷提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖；因港口作业中发生纠纷提起的诉讼，由港口所在地人民法院管辖；因继承遗产纠纷提起的诉讼，由被继承人死亡时住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖。

(3)指定管辖

有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖；两个以上的人民法院因管辖权发生争议，不能协商解决的，报请它们的共同上级人民法院指定管辖。

(4)移送管辖

上级人民法院有权将下级人民法院管辖的第一审民事案件提到本院作为第一审进行审理，或者把本院管辖的第一审民事案件交给下级人民法院作为第一审进行审理；下级人民法

院对其管辖的第一审民事案件,认为需要由上级人民法院审理的,可以报请上级人民法院作为第一审进行审理。

4. 行政诉讼的受案范围

行政诉讼受案范围,也称法院的主管范围,指人民法院受理行政案件,解决行政争议的范围。

(1) 人民法院受理案件的范围:

①对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的;②对限制人身自由或对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的;③认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的;④认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照,行政机关拒绝颁发或不予答复的;⑤申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责,行政机关拒绝履行或不予答复的;⑥认为行政机关没有依法发给抚恤金的;⑦认为行政机关违法要求履行义务的。除此之外,法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件以及公民、法人和其他组织认为行政机关的行为侵犯其他人身权、财产权的,都可以提起行政诉讼。

(2) 人民法院不受理事项的范围:

①国防、外交等国家行为;②行政法规、规章或行政机关制作、发布的具有普遍约束力的决定、命令;③行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定;④法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

5. 行政诉讼的管辖

(1) 级别管辖

根据行政诉讼法的规定,基层人民法院管辖普通的第一审行政案件。中级人民法院管辖下列第一审行政案件:①确认发明专利的案件、海关处理的案件;②对国务院各部门或省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件;③本辖区内重大复杂的案件。高级人民法院管辖本辖区内重大复杂的第一审行政案件,最高人民法院管辖全国范围内重大复杂的第一审行政案件。

(2) 地域管辖

①一般地域管辖。行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地的人民法院管辖。

②专属管辖。因不动产提起的诉讼,包括因不动产所有权、使用权,因违章建筑的房屋和其他建筑物的拆除以及因污染不动产引起的诉讼,由不动产所在地的人民法院管辖。

③共同管辖。经行政复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,可以由最初作出具体行政行为的行政机关所在地的人民法院管辖,也可以由复议机关所在地的人民法院管辖。对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼,由被告所在地或者原告所在地人民法院管辖。两个以上人民法院都有管辖权的案件,原告可以选择其中一个人民法院提起诉讼。原告向两个以上人民法院提起诉讼的,由最先收到起诉状的人民法院管辖。

(3) 管辖变更

①移送管辖。人民法院发现所受理的案件不属于自己管辖时,应当依法将案件移送有管辖权的人民法院审理。

②指定管辖。由于特殊原因,致使有管辖权的人民法院无法行使管辖权,或者对管辖权发生争议而协商不成的,由上级人民法院指定管辖的法院。

③管辖权的转移。上级人民法院有权审判下级人民法院管辖的案件,也可以将自己管辖的案件移交下级人民法院审判。下级人民法院对其管辖的案件,认为需要由上级人民法院审判的,可以报请上级人民法院决定是否移送。

五、诉讼程序

1. 刑事诉讼程序

刑事诉讼一般分为立案、侦查、起诉、审判和执行五个阶段。但并不是所有刑事案件的侦查之后，公安机关或者人民检察院撤销案件或不起诉的，诉讼活动即告终止。而自诉案件无需侦查，即可进入审判阶段。

(1)立案

公安机关、人民检察院发现有犯罪事实或者犯罪嫌疑人，或者对于单位和个人的报案、举报或者控告以及犯罪人的自首，经审查，认为犯罪事实需要追究刑事责任的，应当按照管辖范围立案侦查。

(2)侦查

侦查，是指公安机关、人民检察院在办理案件的过程中，依照法律进行的专门调查工作和有关的强制性措施。

(3)起诉

①审查起诉和提起公诉。

③提起自诉。

(4)审判

审判是人民法院行使国家赋予的权力，依法对案件进行审理和裁判的诉讼活动。刑事案件经人民检察院向人民法院提起公诉，或者经自诉人向人民法院起诉之后，即进入审判阶段。

审判是刑事诉讼中具有决定意义的阶段。只有经过开庭审理后所确认的事实和证据，才能成为定罪量刑的依据；也只有人民法院发生法律效力判决，才能最终确定被告人的刑事责任。

①审判组织：基层人民法院、中级人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人或者由审判员和人民陪审员共三人组成合议庭进行，但是基层人民法院适用简易程序的案件可以由审判员一人独任审判。高级人民法院、最高人民法院审判第一审案件，应当由审判员三人至七人或者由审判员和人民陪审员共三人至七人组成合议庭进行。第一审程序。

②第一审程序：人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中有明确的指控犯罪事实并且附有证据目录、证人名单和主要证据复印件或者照片的，应当决定开庭审判。

③第二审程序：被告人、自诉人和他们的法定代理人，不服地方各级人民法院第一审的判决、裁定，有权用书状或者口头向上一级人民法院上诉。被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意，可以提出上诉。附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人，可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分，提出上诉。

④死刑复核程序：死刑由最高人民法院核准。

⑤审判监督程序：当事人及其法定代理人、近亲属的申诉符合下列情形之一的，人民法院应当重新审判：a.有新的证据证明原判决、裁定认定的事实确有错误的；b.据以定罪量刑的证据不确实、不充分或者证明案件事实的主要证据之间存在矛盾的；c.原判决、裁定适用法律确有错误的；d.审判人员在审理该案件的时候，有贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为的。

(5)执行

对于已经生效的判决和裁定，刑事执行机关应当依法将之付诸实施。

2. 民事诉讼程序

(1)第一审程序

①起诉与受理。起诉是指公民、法人和其他组织在其民事权益受到侵害或与他人发生争议时，向人民法院提起诉讼，请求人民法院通过审判予以司法保护的行为。受理指人民法院通过对当事人的起诉进行审查，对符合法律规定条件的，决定立案审理的行为。当事人的起诉行为只有与法院的受理行为相结合，才能引起民事诉讼程序的开始。

②审判程序。根据民事诉讼法的规定，开庭审判程序包括开庭审判的准备、宣布开庭、

法庭调查、法庭辩论、评议和宣判五部分。

(2)第二审程序

第二审程序是指由于民事诉讼的当事人不服地方各级人民法院生效的第一审裁判而在法定期间内向上一级人民法院提起上诉而引起的诉讼程序,是第二审级的人民法院审理上诉案件所适用程序。

①上诉的提起与受理。

②上诉案件的审理。

(3)审判监督程序

审判监督程序即再审程序,是指对已经发生法律效力判决、裁定、调解书,人民法院认为确有错误,当事人基于法定事实和理由认为有错误,人民检察院发现存在应当再审的法定事实和理由,而由人民法院对案件再行审理的程序。审判监督程序只是纠正生效裁判错误的法定程序,它不是案件审理的必经程序,也不是案件的必经审级。

(4)特别程序

特别程序是人民法院审理某些非民事权益争议案件所适用的特殊审判程序。

适用特别程序审理的案件具体包括:

①选民资格案件;

②宣告公民失踪案件;

③宣告公民死亡案件;

④认定公民无民事行为能力案件;

⑤认定公民限制民事行为能力案件;

⑥认定财产无主案件。

宣告失踪

1、宣告失踪的条件和程序

(1)须经利害关系人申请。

(2)须被申请人下落不明满一定期间。(2年)

《民法通则》规定:公民下落不明满2年的,利害关系人可以向人民法院申请宣告他为失踪人。

战争期间下落不明,下落不明的时间从战争结束之日起计算。

(3)须由人民法院经过法定程序宣告。

2、宣告失踪的法律后果

失踪人的财产由他的配偶、父母、成年子女或者关系密切的其他亲属、朋友代管。没有以上人选或有争议的由法院指定代管。代管人负有管理失踪人财产的职责,代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产的,失踪人的利害关系人可以想法院请求代管人承担民事责任,也可申请变更代管人。

3、宣告失踪的撤消

被宣告失踪的人重新出现或者确切知道他的下落,经本人或利害关系人申请,法院应当撤消对他的失踪宣告。撤消后,财产代管关系终止,代管人停止代管行为,将代管财产交给被撤消宣告人。

宣告死亡

1、宣告死亡的概念

指经利害关系人申请,由法院宣告下落不明的满一定期间的自然人为死亡的制度。

2、宣告死亡的条件和程序

(1) 须经利害关系人申请。

(2) 须被申请人下落不明满一定期间。(下落不明满 4 年、意外事故下落不明从事故发生日满 2 年)

(3) 须由人民法院宣告

3、宣告死亡的法律后果

宣告死亡与自然死亡相同法律后果。被宣告死亡时间和自然死亡时间不一致的,被宣告死亡所引起的法律后果仍然有效,但自然死亡之前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,则以其实施的民事法律行为为准。有民事行为能力的人在宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。

4、死亡宣告的撤销

被宣告死亡人重新出现或者确知他没有死亡,经本人或利害关系人申请,法院应撤销对他的死亡宣告。宣告死亡的判决一经撤销发生以下法律后果:

(1) 被撤销死亡宣告的民事主体资格不消灭,其仍可享有各种人身权利和财产权。

(2) 被撤销死亡宣告的人有权请求返还财产。

(3) 被撤销死亡宣告的人的配偶在其宣告死亡后尚未再婚的,夫妻关系从撤销死亡宣告之日起自行恢复,如果配偶再婚后又离婚或者再婚后配偶死亡的,则不认定夫妻关系自行恢复。

(4) 被撤销死亡宣告的人的子女在被宣告死亡期间被他人依法收养的,该收养关系有效,被撤销死亡宣告的人仅以未经本人同意而主张收养关系无效的,一般不应准许,但收养人和被收养人同意的除外。

(5)督促程序

督促程序是指人民法院根据债权人的给付金钱和有价证券的申请,以支付令的形式,催促债务人限期履行义务的特殊程序。

(6)公示催告程序

公示催告程序是指人民法院根据申请人的申请,以公示方式,催告不明的利害关系人在法定期间主张权利,如无人主张权利,经申请人的申请,作出除权判决的程序。

(7)企业法人破产还债程序

企业法人破产还债程序是指企业法人因严重亏损、无力清偿到期债务,人民法院根据债权人或债务人的申请,将债务人的破产财产依法在全体债权人中间按比例进行分配的特定程序。

(8)执行

发生法律效力民事判决、裁定和调解书以及依法设立的仲裁机构的裁决书、公证机关的债权文书,当事人应当履行。一方当事人拒绝履行的,经对方当事人的申请,由第一审人民法院执行。

3. 行政诉讼程序

(1)第一审程序

①起诉和受理。公民、法人或者其他组织认为自己的合法权益受到具体行政行为的侵犯或与行政机关发生争议,以自己的名义向人民法院起诉,请求保护其合法权益。提起行政诉讼必须符合以下条件:

a. 原告是认为具体行政行为侵犯其合法权益的公民、法人或者其他组织;

b. 有明确的被告;

c. 有具体的诉讼请求和事实根据;

d. 属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。

对于原告的起诉,人民法院应当进行审查,认为起诉符合法定条件的,应当在 7 日内

决定立案，并自立案之日起 5 日内将起诉状副本发送被告，并做好开庭前的各项准备工作。

②开庭审理。行政案件的开庭审理程序分以下几个阶段进行：

开庭准备。在开庭 3 日前，传唤、通知当事人、诉讼参与人按照开庭日期参加诉讼。宣布开庭。开庭审理前，书记员应当查明当事人和其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律。开庭审理时，由审判长核对当事人，宣布案由，宣读审判员、书记员名单，告知当事人的诉讼权利和义务，询问当事人是否申请回避等。

法庭调查。法庭调查的主要任务是审查、核对证据，查清案情，认定事实。一般按下列顺序进行：当事人陈述；告知证人的权利义务，证人作证，宣读未到庭的证人证言；出示书证、物证和视听资料；宣读鉴定结论；宣读勘验笔录、现场笔录。

法庭辩论。法庭辩论的主要任务是组织当事人对法庭调查的事实、证据，提出自己的看法，发表意见，以便查清事实，分清是非。法庭辩论按下列顺序进行：原告及其诉讼代理人发言；被告及其诉讼代理人答辩；第三人及其诉讼代理人发言或答辩；互相辩论。法庭辩论终结，由审判长按原告、被告的先后顺序征询双方最后意见。

评议和宣判。法庭辩论终结后，合议庭成员退庭，就案件事实、适用法律进行评议，按少数服从多数的原则对当事人的争议作出处理决定。人民法院宣告判决，一律公开进行。当庭宣判的，应当在 10 日内发送判决书；定期宣判的，宣判后立即发给判决书。

(2)第二审程序

①上诉。

当事人或第三人不服地方各级人民法院第一审判决、裁定的，有权在法定期间内向上一级人民法院提出上诉，要求撤销或变更原判决、裁定。提起上诉应当递交上诉状，上诉状可以通过原审人民法院提出，也可以直接向第二审人民法院提出。

②上诉案件的审理。

人民法院审理上诉案件，应当对原审人民法院的裁判和被诉具体行政行为是否合法进行全面审查，认为事实清楚的，可以实行书面审理；当事人对原审人民法院认定的事实有争议的，或者第二审人民法院认为原审人民法院认定事实不清楚的，应当开庭审理。

第二审程序的审理，应当参照第一审程序进行。经过审理后，应当根据案件情况依法作出维持、变更、撤销原裁判或者发回重审的决定，其中，需要改变原审判决的，应当同时对被诉具体行政行为作出判决；发回原审人民法院重新审理的，原审人民法院应当另行组成合议庭进行审理。

(3)审判监督程序

①申诉。

②提起再审。

③再审案件的审理程序。

(4)执行

①行政诉讼的执行。

②非诉行政案件的执行。

六、仲裁法

1. 仲裁及其性质

仲裁是指纠纷当事人在自愿基础上达成协议，将纠纷提交非司法机构的第三者审理，由第三者作出对争议各方均有约束力的裁决的一种解决纠纷的制度和方式。它是一种兼具契约性、自治性、民间性和准司法性的一种争议解决方式。

2. 仲裁法的适用范围

我国《仲裁法》的适用范围，也称为仲裁法的效力，是指仲裁法对什么人、什么事、在什么时间和空间范围内发生效力。

我国仲裁法具有广泛的对人的适用范围，凡是在中华人民共和国领域内的仲裁机构进行仲裁活动的双方当事人，都必须遵守我国仲裁法的规定。

仲裁法对事的适用范围，是指仲裁机构根据仲裁法的规定，可以受理的提交仲裁的争议事项的范围。我国《仲裁法》第2条对此有明确规定。根据该条规定，仲裁机构受理的纠纷应符合以下三个条件：

- (1)、主体的平等性，即发生纠纷的双方当事人应当是平等的公民、法人和其他组织。
- (2)、仲裁事项的可处分性，即仲裁的争议事项是当事人依法享有处分权的。
- (3)、仲裁事项的限定性。

实践中具体而言，提交仲裁的纠纷仅限于民事经济纠纷，包括合同纠纷和涉及其他财产权益的非合同纠纷。

合同纠纷主要有：一般民事、经济合同纠纷，技术合同纠纷，著作权合同纠纷，房地产合同纠纷，涉外经济合同纠纷，海事、海商合同纠纷，其他民事经济合同纠纷。

其他财产权益纠纷主要是指侵权纠纷。这类纠纷在海事、房地产、产品质量、知识产权领域较为多见。

实践中应当注意以下不允许仲裁的争议事项：

1、婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷。这类纠纷虽然也属于民事纠纷，都在不同程度上涉及到当事人的财产权益，但都是建立在身份关系的基础上，当事人往往不能自由处分这方面的权利。

2、依法应当由行政机关处理的行政争议。由于行政争议是国家行政机关之间，行政机关与其他国家机关、企事业单位、社会团体以及公民之间因行政管理而引起的争议，争议事项涉及国家行政权，当事人无权自由处分。

3、劳动争议和农业集体经济组织内部的农业承包合同纠纷的仲裁。

仲裁法时间上的适用范围，是指仲裁法发生法律效力期间，即时间范围。一般以法律明文规定为准。我国仲裁法明文规定自1995年9月1日起施行。

空间上的适用范围，也称为仲裁法的地域效力，是指仲裁法在多大地域范围内发生法律效力。我国仲裁法在中华人民共和国领域内发生法律效力，而在中华人民共和国领域外不发生法律效力。

3. 仲裁法的基本原则

- ①当事人意思自治原则。
- ②以事实为根据，以法律为准绳原则。
- ③独立公正仲裁原则。
- ④一裁终局原则。
- ⑤不公开审理原则。

4. 仲裁法的特点

我国仲裁法的特点具体体现在：

1、机构仲裁

根据我国仲裁法的规定，当事人订立仲裁协议时，应当选定具体的仲裁委员会，对仲裁委员会没有约定或者约定不明确的，可以补充协议，达不成补充协议的，仲裁协议无效。这表明，在我国只能采取机构仲裁的方式，而不能进行临时仲裁。

2、对涉外仲裁进行特别规定

基于涉外仲裁自身的特点，仲裁法以专章对涉外仲裁的特定事项作出了有别于国内仲裁的特别规定。包括涉外仲裁机构的设立、仲裁员、采取保全措施的法院、涉外仲裁裁决的撤销、不予执行等。

3、仲裁和调解相结合

仲裁法明确规定,仲裁庭在作出裁决前,可以先行调解。当事人自愿调解的,仲裁庭应当调解。调解不成,仲裁庭应及时作出裁决。调解达成协议的,仲裁庭应当制作调解书或者根据协议的结果制作裁决书。调解书与裁决书具有同等法律效力。这表明仲裁程序和调解程序的有机结合是我国仲裁的显著特点。

第七章 商法 经济法

一、反不正当竞争法

(1)调整对象

不正当竞争,是指经营者违反本法规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。本法所称的经营者,是指从事商品经营或者营利性服务(以下所称商品包括服务)的法人、其他经济组织和个人。

(2)不正当竞争行为

①混淆行为:

假冒他人的注册商标;

擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品;

擅自使用他人的企业名称或者姓名,引人误认为是他人的商品;

在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志,伪造产地,对商品质量作引人误解的虚假表示。

②商业贿赂行为。经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

③虚假宣传行为。经营者不得利用广告或者其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。

④侵犯商业秘密行为。以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;违反约定或者违反权利人有关保守商业秘密的要求,披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。

第三人明知或者应知前款所列违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密,视为侵犯商业秘密。本条所称的商业秘密,是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

⑤低价倾销行为。

经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品。

有下列情形之一的,不属于不正当竞争行为:

销售鲜活商品;

处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品;

季节性降价;

因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

⑥不正当有奖销售行为。经营者不得从事下列有奖销售:

采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售;

利用有奖销售的手段推销质次价高的商品;

抽奖式的有奖销售,最高奖的金额超过五千元。

⑦诋毁商誉行为。经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

二、拍卖法

(1)概述

拍卖是指以公开竞价的形式，将特定物品或者财产权利转让给最高应价者的买卖方式。

(2)基本原则

合法原则、三公原则(公开、公正、公平)、诚信原则。

(3)拍卖当事人

①拍卖人。拍卖人是指依照本法和《中华人民共和国公司法》设立的从事拍卖活动的企业法人。

设立拍卖企业，应当具备下列条件：

有一百万元人民币以上的注册资本；

有自己的名称、组织机构、住所和章程；

有与从事拍卖业务相适应的拍卖师和其他工作人员；

有符合本法和和其他有关法律规定的拍卖业务规则；

有公安机关颁发的特种行业许可证；

符合国务院有关拍卖业发展的规定；

法律、行政法规规定的其他条件。

②拍卖师。拍卖师应当具备下列条件：

具有高等院校专科以上学历和拍卖专业知识；

在拍卖企业工作两年以上；

品行良好。

被开除公职或者吊销拍卖师资格证书未满五年的，或者因故意犯罪受过刑事处罚的，不得担任拍卖师。

③竞买人。竞买人是指参加竞购拍卖标的的公民、法人或者其他组织。

第一，竞买人可以自行参加竞买，也可以委托其代理人参加竞买。

第二，竞买人有权了解拍卖标的的瑕疵，有权查验拍卖标的和查阅有关拍卖资料。

第三，竞买人一经应价，不得撤回，当其他竞买人有更高应价时，其应价即丧失约束力。

第四，竞买人之间、竞买人与拍卖人之间不得恶意串通，损害他人利益。

④买受人。买受人是指以最高应价购得拍卖标的的竞买人。

第一，买受人应当按照约定支付拍卖标的的价款，未按照约定支付价款的，应当承担违约责任，或者由拍卖人征得委托人的同意，将拍卖标的再行拍卖。

第二，拍卖标的再行拍卖的，原买受人应当支付第一次拍卖中本人及委托人应当支付的佣金。再行拍卖的价款低于原拍卖价款的，原买受人应当补足差额。

第三，买受人未能按照约定取得拍卖标的的，有权要求拍卖人或者委托人承担违约责任。

第四，买受人未按照约定受领拍卖标的的，应当支付由此产生的保管费用。

(4)拍卖规则

瑕疵告知义务、底价规则、价高者得规则。

三、招投标法

在中华人民共和国境内进行下列工程建设项目，包括项目的勘察、设计、施工、监理以

及与工程建设有关的重要设备、材料等的采购，必须进行招标：

- (1)大型基础设施、公用事业等关系社会公共利益、公众安全的项目；
- (2)全部或者部分使用国有资金投资或者国家融资的项目；
- (3)使用国际组织或者外国政府贷款、援助资金的项目。

前款所列项目的具体范围和规模标准，由国务院发展计划部门会同国务院有关部门制定，报国务院批准。

四、消费者权益保护法

(1)适用对象

- ①消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务，其权益受本法保护；
- ②经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务，应当遵守本法；
- ③农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料时，参照消费者保护法执行。

(2)消费者权利

- ①消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。
消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。
- ②消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

- ③消费者享有自主选择商品或者服务的权利。

消费者有权自主选择提供商品或者服务的经营者，自主选择商品品种或者服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一项服务。

消费者在自主选择商品或者服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

- ④消费者享有公平交易的权利。

消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

⑤消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

- ⑥消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

- ⑦消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。

消费者应当努力掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。

⑧消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

- ⑨消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。

消费者有权检举、控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益工作提出批评、建议。

(3)经营者的义务

①经营者向消费者提供商品或者服务，应当依照《中华人民共和国产品质量法》和其他有关法律、法规的规定履行义务。

经营者和消费者有约定的，应当按照约定履行义务，但双方的约定不得违背法律、法规的规定。

- ②经营者应当听取消费者对其提供的商品或者服务的意见，接受消费者的监督。

- ③经营者应当保证其提供的商品或者服务符合保障人身、财产安全的要求。对可能危及

人身、财产安全的商品和服务，应当向消费者作出真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或者接受服务的方法以及防止危害发生的方法。

经营者发现其提供的商品或者服务存在严重缺陷，即使正确使用商品或者接受服务仍然可能对人身、财产安全造成危害的，应当立即向有关行政部门报告和告知消费者，并采取防止危害发生的措施。

向消费者提供有关商品或者服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。

经营者对消费者就其提供的商品或者服务的质量和使用方法等问题提出的询问，应当作出真实、明确的答复。

商店提供商品应当明码标价。

⑤经营者应当标明其真实名称和标记。

租赁他人柜台或者场地的经营者，应当标明其真实名称和标记。

⑥经营者提供商品或者服务，应当按照国家有关规定或者商业惯例向消费者出具购货凭证或者服务单据；消费者索要购货凭证或者服务单据的，经营者必须出具。

⑦经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限；但消费者在购买该商品或者接受该服务前已经知道其存在瑕疵的除外。

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

⑧经营者提供商品或者服务，按照国家规定或者与消费者的约定，承担包修、包换、包退或者其他责任的，应当按照国家规定或者约定履行，不得故意拖延或者无理拒绝。

⑨经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

格式合同、通知、声明、店堂告示等含有前款所列内容的，其内容无效。

⑩经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤，不得搜查消费者的身体及其携带的物品，不得侵犯消费者的人身自由。

(4)消费者协会职能

①向消费者提供消费信息和咨询服务；

②参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查；

③就有关消费者合法权益的问题，向有关行政部门反映、查询，提出建议；

④受理消费者的投诉，并对投诉事项进行调查、调解；

⑤投诉事项涉及商品和服务质量问题的，可以提请鉴定部门鉴定，鉴定部门应当告知鉴定结论；

⑥就损害消费者合法权益的行为，支持受损害的消费者提起诉讼；

⑦对损害消费者合法权益的行为，通过大众传播媒介予以揭露、批评。

各级人民政府对消费者协会履行职能应当予以支持。

(5)争议的解决

①争议解决的方式：

第一，与经营者协商和解；

第二，请求消费者协会调解；

第三，向有关行政部门申诉；

第四，根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；

第五，向人民法院提起诉讼。

②解决争议的几项特定规则：

第一，消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销

售者赔偿后,属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的,销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的,可以向销售者要求赔偿,也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的,销售者赔偿后,有权向生产者追偿。属于销售者责任的,生产者赔偿后,有权向销售者追偿。

消费者在接受服务时,其合法权益受到损害的,可以向服务者要求赔偿。

第二,消费者在购买、使用商品或者接受服务时,其合法权益受到损害,因原企业分立、合并的,可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

第三,使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务,损害消费者合法权益的,消费者可以向其要求赔偿,也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

第四,消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务,其合法权益受到损害的,可以向销售者或者服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后,也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后,有权向销售者或者服务者追偿。

第五,消费者因经营者利用虚假广告提供商品或者服务,其合法权益受到损害的,可以向经营者要求赔偿。广告的经营者发布虚假广告的,消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告的经营者不能提供经营者的真实名称、地址的,应当承担赔偿责任。

五、产品质量法

(1)生产者的产品质量义务

①作为的义务:

第一,不存在危及人身、财产安全的不合理的危险,有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,应当符合该标准;

第二,具备产品应当具备的使用性能,但是,对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外;

第三,符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准,符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。

第四,产品或者其包装上的标识必须真实,并符合下列要求:

有产品质量检验合格证明;

有中文标明的产品名称、生产厂厂名和厂址;

根据产品的特点和使用要求,需要标明产品规格,等级、所含主要成份的名称和含量的,用中文相应予以标明;需要事先让消费者知晓的,应当在外包装上标明,或者预先向消费者提供有关资料;

限期使用的产品,应当在显著位置清晰地标明生产日期和安全使用期或者失效日期;

使用不当,容易造成产品本身损坏或者可能危及人身、财产安全的产品,应当有警示标志或者中文警示说明;

裸装的食品和其他根据产品的特点难以附加标识的裸装产品,可以不附加产品标识。

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

②不作为的义务:

第一,生产者不得生产国家明令淘汰的产品。

第二,生产者不得伪造产地,不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

第三,生产者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。

第四,生产者生产产品,不得掺杂、掺假,不得以假充真、以次充好,不得以合格产品冒充合格产品。

(2)销售者的产品质量义务

①销售者应当建立并执行进货检查验收制度,验明产品合格证明和其他标识。

采取措施,保持销售产品的质量。

③销售者不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品。

④销售者销售的产品的标识应当符合本法第二十七条的规定。

销售者不得伪造产地,不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址。

⑥销售者不得伪造或者冒用认证标志等质量标志。

⑦销售者销售产品,不得掺杂、掺假,不得以假充真、以次充好,不得以不合格产品冒充合格产品。

六、税法

(1)概述

①税收的基本特征:法定性、强制性、无偿性。②税法体系。

商品税法:增值税法、消费税法、营业税法、关税法。

所得税法:企业所得税法、外商投资企业和外国企业所得税法、个人所得税法、农业税法。

财产税法:资源税法、房产税法、土地税法、契税法、车船税法。

行为税法:印花税法、筵席税法、屠宰税法。

(2)增值税法

①税率:基本税率(17%)、低税率(13%)、零税率(0%)。

②免征增值税:农业生产者销售的自产农业产品;避孕药品和用具;古旧图书;直接用于科学研究、科学试验和教学的进口仪器、设备;外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备;来料加工、来件装配和补偿贸易所需进口的设备;由残疾人组织直接进口供残疾人专用的物品;销售的自己使用过的物品。

(3)消费税法

征税对象:烟、酒及酒精、化妆品、护肤护发品、贵重首饰、鞭炮、焰火、汽油、柴油、汽车轮胎、摩托车、小汽车。

(4)营业税法

税率:

交通运输业、建筑业、邮电通信业、文化体育业,3%;

服务业、转让无形资产、销售不动产,5%;

金融保险业,5%;

娱乐业,20%(台球、保龄球税率为5%)。

(5)企业所得税法

法定税率为33%。

(6)个人所得税法

①税率:工资、薪金所得适用超额累进税率,税率为5%-45%

个体工商户的生产、经营所得,5%-35%;

劳务报酬(包括稿酬)所得,20%-40%;

特许权使用费所得,利息、股息、红利所得,财产租赁所得,财产转让所得,偶然所得,其他所得,20%。

税收减免:

省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位，外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金；

国债和国家发行的金融债券利息；

按照国家统一规定发给的补贴、津贴；

福利费、抚恤金、救济金；

保险赔款；

军人的转业费、复员费；

按照国家统一规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费；

依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得；

中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得；

经国务院财政部门批准免税的所得。

七、劳动法

（一）关于立法宗旨

完善劳动合同制度，明确劳动合同双方当事人的权利和义务，保护劳动者的合法权益，构建和发展和谐稳定的劳动关系。

（二）关于调整范围

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

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

同时，在附则中规定：事业单位与实行聘用制的工作人员订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同，法律、行政法规或者国务院另有规定的，依照其规定；未作规定的，依照本法有关规定执行。

《劳动合同法》内的“劳动者”有狭义和广义之分。就《劳动合同法》而言，因为法律有适用范围，这个适用范围是指国家机关、事业单位通过签订劳动合同的方式求得劳动关系的劳动者，我们可以把公务员排除在外，公务员是政府雇佣的劳动者，实际上他们不受《劳动合同法》的规范和约束，因为公务员行使的国家的劳动规范和合同，公务员不能算是《劳动合同法》里的劳动者，但是他是广义的劳动者。

现在的国家机关、事业单位，实际上有两种人，一种人就是依照《行政法》，就是作为公务员或者致力于公务员管理的，一种是作为普通的劳动者，受《劳动合同法》的规范和约束的这一部分人，所以各个单位都普遍存在。

（三）关于规章制度

用人单位应当依法建立和完善劳动规章制度，保障劳动者享有劳动权利、履行劳动义务。用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中，工会或者职工认为不适当的，有权向用人单位提出，通过协商予以修改完善。用人单位应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示，或者告知劳动者。

（四）、关于劳动合同关系的建立与书面劳动合同的订立

用人单位自用工之日起即与劳动者建立劳动关系。建立劳动关系，应当订立书面劳动合

同。订立劳动合同，应当遵循合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则。已建立劳动关系，未同时订立书面劳动合同的，应当自用工之日起一个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的，劳动关系自用工之日起建立。用人单位与劳动者协商一致，可以订立固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同和以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

劳动合同应当具备以下条款：（一）用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人；（二）劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码；（三）劳动合同期限；（四）工作内容和工作地点；（五）工作时间和休息休假；（六）劳动报酬；（七）社会保险；（八）劳动保护、劳动条件和职业危害防护；（九）法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。此外，用人单位与劳动者可以约定试用期、培训、保守秘密、补充保险和福利待遇等其他事项。同时，在法律责任中规定：用人单位自用工之日起超过一个月但不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

（五）关于无固定期限劳动合同

用人单位与劳动者协商一致，可以订立无固定期限劳动合同。有下列情形之一的，劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的，除劳动者提出订立固定期限劳动合同外，应当订立无固定期限劳动合同：（一）劳动者在该用人单位连续工作满十年的；（二）用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时，劳动者在该用人单位连续工作满十年且距法定退休年龄不足十年的；（三）连续订立二次固定期限劳动合同，且劳动者无本法第三十九条和第四十条第一项、第二项规定的情形，续订劳动合同的。

用人单位自用工之日起满一年不与劳动者订立书面劳动合同的，视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。同时，在法律责任中规定：用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的，自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付二倍的工资。

（六）、关于试用期

劳动合同期限三个月以上不满一年的，试用期不得超过一个月；劳动合同期限一年以上不满三年的，试用期不得超过二个月；三年以上固定期限和无固定期限的劳动合同，试用期不得超过六个月。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满三个月的，不得约定试用期。

试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的，试用期不成立，该期限为劳动合同期限。劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资或者劳动合同约定工资的百分之八十，并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。

在试用期中，除劳动者有不符合录用条件、有违规违纪违法行为，不能胜任工作等情形外，用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的，应当向劳动者说明理由。同时，在法律责任中规定：用人单位违反本法规定与劳动者约定试用期的，由劳动行政部门责令改正；违法约定的试用期已经履行的，由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准，按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。

（七）关于劳动合同的履行

用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定，全面履行各自的义务。用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定，向劳动者及时足额支付劳动报酬。用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的，劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令；人民法院应当依法发出支付令。

用人单位应当严格执行劳动定额标准，不得强迫或者变相强迫劳动者加班。用人单位安排加班的，应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的，不视为违反劳动合同。

劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件，有权对用人单位提出批评、检举和控告。国家采取措施，建立健全劳动者社会保险关系跨地区转移接续制度。

（八）关于劳动者可以解除劳动合同情形

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。劳动者提前三十日以书面形式通知用人单位，可以解除劳动合同。劳动者在试用期内提前三日通知用人单位，可以解除劳动合同。

用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者合法权益的；（五）因用人单位过错致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的，或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的，劳动者可以立即解除劳动合同，不需事先告知用人单位。

（九）关于用人单位可以解除劳动合同的情形

用人单位与劳动者协商一致，可以解除劳动合同。劳动者有下列情形之一的，用人单位可以解除劳动合同：（一）在试用期间被证明不符合录用条件的；（二）严重违反用人单位的规章制度的；（三）严重失职，营私舞弊，给用人单位造成重大损害的；（四）劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系，对完成本单位的工作任务造成严重影响，或者经用人单位提出，拒不改正的；（五）因劳动者过错致使劳动合同无效的；（六）被依法追究刑事责任的。

有下列情形之一的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同：（一）劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，也不能从事由用人单位另行安排的工作的；（二）劳动者不能胜任工作，经过培训或者调整工作岗位，仍不能胜任工作的；（三）劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的。

（十）关于经济性裁员

有下列情形之一的，需要裁减人员二十人以上或者裁减不足二十人但占企业职工总数百分之十以上的，用人单位提前三十日向工会或者全体职工说明情况，听取工会或者职工的意见后，裁减人员方案经向劳动行政部门报告，可以裁减人员：（一）依照企业破产法规定进行重整的；（二）生产经营发生严重困难的；（三）企业转产、重大技术革新或者经营方式调整，经变更劳动合同后，仍需裁减人员的；（四）其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行的。

裁减人员时，应当优先留用下列劳动者：（一）与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的；（二）与本单位订立无固定期限劳动合同的；（三）家庭无其他就业人员，有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位依法裁减人员，在六个月内重新招用人员的，应当通知被裁减的人员，并在同等条件下优先招用被裁减的人员。

（十一）关于集体合同

企业职工一方与用人单位通过平等协商，可以就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立集体合同。集体合同草案应当提交职工代表大会或者全体职工讨论通过。集体合同由工会代表企业职工一方与用人单位订立；尚未建立工会的用人单位，由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。

企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。在县级以上区域内，建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业

业方面代表订立行业性集体合同，或者订立区域性集体合同。

集体合同订立后，应当报送劳动行政部门；劳动行政部门自收到集体合同文本之日起十五日内未提出异议的，集体合同即行生效。依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

（十二）关于工会

县级以上人民政府劳动行政部门会同工会和企业方面代表，建立健全协调劳动关系三方机制，共同研究解决有关劳动关系的重大问题。工会应当帮助、指导劳动者与用人单位依法订立和履行劳动合同，并与用人单位建立集体协商机制，维护劳动者的合法权益。

用人单位违反集体合同，侵犯职工劳动权益的，工会可以依法要求用人单位承担责任；因履行集体合同发生争议，经协商解决不成的，工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。工会依法维护劳动者的合法权益，对用人单位履行劳动合同、集体合同的情况进行监督。用人单位违反劳动法律、法规和劳动合同、集体合同的，工会有权提出意见或者要求纠正；劳动者申请仲裁、提起诉讼的，工会依法给予支持和帮助。

（十三）关于劳务派遣

劳务派遣单位应当依照公司法的有关规定设立，注册资本不得少于五十万元。劳务派遣单位是本法所称用人单位，应当履行用人单位对劳动者的义务。劳务派遣单位与被派遣劳动者订立的劳动合同，除应当载明本法第十七条规定的事项外，还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况。

劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立二年以上的固定期限劳动合同，按月支付劳动报酬；被派遣劳动者在无工作期间，劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准，向其按月支付报酬。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者。劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

用工单位应当履行下列义务：（一）执行国家劳动标准，提供相应的劳动条件和劳动保护；（二）告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬；（三）支付加班费、绩效奖金，提供与工作岗位相关的福利待遇；（四）对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训；（五）连续用工的，实行正常的工资调整机制。用工单位不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位。

被派遣劳动者享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利。用工单位无同类岗位劳动者的，参照用工单位所在地相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。

（十四）关于监督检查

县级以上地方人民政府劳动行政部门依法对下列实施劳动合同制度的情况进行监督检查：（一）用人单位制定直接涉及劳动者切身利益的规章制度及其执行的情况；（二）用人单位与劳动者订立和解除劳动合同的情况；（三）劳务派遣单位和用工单位遵守劳务派遣有关规定的情况；（四）用人单位遵守国家关于劳动者工作时间和休息休假规定的情况；（五）用人单位支付劳动合同约定的劳动报酬和执行最低工资标准的情况；（六）用人单位参加各项社会保险和缴纳社会保险费的情况；（七）法律、法规规定的其他劳动监察事项。县级以上地方人民政府劳动行政部门实施监督检查时，有权查阅与劳动合同、集体合同有关的材料，有权对劳动场所进行实地检查，用人单位和劳动者都应当如实提供有关情况和材料。劳动行政部门的工作人员进行监督检查，应当出示证件，依法行使职权，文明执法。

（十五）关于劳动者的权利救济

劳动者合法权益受到侵害的，有权要求有关部门依法处理，或者依法申请仲裁、提起诉讼。任何组织或者个人对违反本法的行为都有权举报，县级以上人民政府劳动行政部门应当及时

核实、处理，并对举报有功人员给予奖励。

（十六）劳动争议处理

用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。

①劳动争议的处理方式和机构

根据《劳动法》第77条的规定，用人单位与劳动者发生劳动争议，当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼，也可以协商解决。调解原则适用于仲裁和诉讼程序。

对劳动争议依法进行调解的机构是用人单位的劳动争议调解委员会。根据《劳动法》第80条的规定，在用人单位内，可以设立劳动争议调解委员会。劳动争议调解委员会由职工代表、用人单位代表和工会代表组成。劳动争议调解委员会主任由工会代表担任。

对劳动争议依法进行仲裁的机构是劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、同级工会代表、用人单位方面的代表组成。劳动争议仲裁委员会主任由劳动行政部门代表担任。

②劳动争议处理的程序

劳动争议发生后，当事人基于自愿可以采用协商方式解决争议。但协商不是解决劳动争议的必经程序。

劳动争议发生后，当事人不愿协商或协商不成的，可以向本单位劳动争议调解委员会调解。但劳动争议调解委员会的调解也不是解决劳动争议的必经程序。

调解不成的可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁；也可以直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁，对仲裁裁决不服的，可以向人民法院提起诉讼；未经劳动争议仲裁委员会处理的案件，人民法院不予受理。上述体制确立了“仲裁前置”的原则。

劳动争议仲裁委员会的仲裁，是解决劳动争议的必经程序。劳动争议发生后，提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。

仲裁裁决一般应在收到仲裁申请的六十日内作出。对仲裁裁决无异议的，当事人必须履行。

劳动争议当事人对仲裁裁决不服的，可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。一方当事人在法定期限内不起诉又不履行仲裁裁决的，另一方当事人可以申请人民法院强制执行。

商法

一、公司法

（1）概述

关于公司就指其资本由股东出资构成，股东以其出资额或者所持股份为限对公司承担责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任，并依法设立的企业法人。

①公司是指依照本法在中国境内设立的有限责任公司和股份有限公司。

②公司是企业法人，有独立的法人财产，享有法人财产权。公司以其全部财产对公司的债务承担责任。

有限责任公司的股东以其认缴的出资额为限对公司承担责任；股份有限公司的股东以其认购的股份为限对公司承担责任。

③公司可以设立分公司，分公司不具有法人资格，其民事责任由公司承担。

公司可以设立子公司，子公司具有法人资格，依法独立承担民事责任。

（2）有限责任公司

①设立条件：

股东符合法定人数；

股东出资达到法定资本最低限额；

股东共同制定公司章程；

有公司名称，建立符合有限责任公司要求的组织机构；

有公司住所。

有限责任公司由五十个以下股东共同出资设立。

国家授权投资的机构或者国家授权的部门可以单独投资设立国有独资的有限责任公司。

②有限责任公司章程需载明：

公司名称和住所；

公司注册资本；

股东的姓名或者名称；

股东的出资方式、出资额和出资时间；

公司的机构及其产生办法、职权、议事规则；

公司的法定代表人；

股东会会议认为需要规定的其他事项。

股东应当在公司章程上签名、盖章。

③出资额。有限责任公司的注册资本不得少于 3 万元。法律、行政法规对有限责任公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等以货币估价并可以依法较让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。对作为出资的非货币财产，应当评估作价，核实财产，不得高估或者低估作价。法律、行政法规对评估作价有规定的，从其规定。

④公司营业执照签发日期，为有限责任公司成立日期。

⑤股东会职权：

股东会由全体股东组成，是公司的权力机构，依法行使下列职权：

决定公司的经营方针和投资计划；

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；

审议批准董事会的报告；

审议批准监事会或者监事的报告；

审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案；

审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

对公司增加或者减少注册资本作出决议；

对发行公司债券作出决议；

对公司合并、分立、解散、清算或者变更公司形式作出决议；

修改公司章程；

公司章程规定的其他职权。

⑥董事会职权：

董事会对股东会负责，行使下列职权：

召集股东会会议，并向股东会报告工作；执行股东会的决议；

决定公司的经营计划和投资方案；

制订公司的年度财务预算方案、决算方案；

制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案；

制订公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案；

制订公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案；

决定公司内部管理机构的设置；

决定聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项；

制定公司的基本管理制度；

公司章程规定的其他职权。

⑦经理职权：

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：

主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议；

组织实施公司年度经营计划和投资方案；

拟订公司内部管理机构设置方案；

拟订公司的基本管理制度；

制定公司的具体规章；

提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；

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；

董事会授予的其他职权。

公司章程对经理职权另有规定的，从其规定。

经理列席董事会会议。

⑧监事会、不设监事会的公司的监事行使下列职权：

检查公司财务；

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；

当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；

提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；

向股东会会议提出提案；

依照新公司法第一百五十二条的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；

公司章程规定的其他职权。

监事可以列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议。

监事会、不设监事会的公司的监事发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担。

（3）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授权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。

（4）股份有限公司

①设立股份有限公司，应当具备下列条件：

发起人符合法定人数；

发起人认购和募集的股本达到法定资本最低限额；

股份发行、筹办事项符合法律规定；

发起人制订公司章程，采用募集方式设立的经创立大会通过；

有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构；

有公司住所。

设立股份有限公司，应当有二人以上二百人以下为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国内有住所。股份有限公司注册资本的最低限额为人民币五百万元。法律、行政法规对股份有限公司注册资本的最低限额有较高规定的，从其规定。

②发行股份的股款缴足后，必须经依法设立的验资机构验资并出具证明。发起人应当自股款缴足之日起三十日内主持召开公司创立大会。创立大会由发起人、认股人组成。

发行的股份超过招股说明书规定的截止期限尚未募足的，或者发行股份的股款缴足后，发起人在三十日内未召开创立大会的，认股人可以按照所缴股款并加算银行同期存款利息，要求发起人返还。

发起人应当在创立大会召开十五日前将会议日期通知各认股人或者予以公告。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。

创立大会行使下列职权：

审议发起人关于公司筹办情况的报告；

通过公司章程；

选举董事会成员；

举监事会成员；

对公司的设立费用进行审核；

对发起人用于抵作股款的财产的作价进行审核；

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。

创立大会对前款所列事项作出决议，必须经出席会议的认股人所持表决权过半数通过。

③股份发行：

第一，股份有限公司的资本划分为股份，每一股的金额相等。

公司的股份采取股票的形式。股票是公司签发的证明股东所持股份的凭证。

第二，股份的发行，实行公平、公正的原则，同种类的每一股份应当具有同等权利。

同次发行的同种类股票，每股的发行条件和价格应当相同；任何单位或者个人所认购的股份，每股应当支付相同价额。

第三，股票发行价格可以按票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。

④清算。清算组在清理公司财产、编制资产负债表和财产清单后，应当制定清算方案，并报股东会、股东大会或者人民法院确认。

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

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

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

公司经人民法院裁定宣告破产后，清算组应当将清算事务移交给人民法院。

二、证券法：

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

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

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

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

4、证券交易当事人买卖的证券可以采用纸面形式或者国务院证券监督管理机构规定

的其他形式。

5、证券交易以现货和国务院规定的其他方式进行交易。

6、证券交易所、证券公司和证券登记结算机构的从业人员、证券监督管理机构的工作人员以及法律、行政法规禁止参与股票交易的其他人员，在任期或者法定限期内，不得直接或者以化名、借他人名义持有、买卖股票，也不得收受他人赠送的股票。

7、证券交易所、证券公司、证券登记结算机构必须依法为客户开立的账户保密。

8、为股票发行出具审计报告、资产评估报告或者法律意见书等文件的证券服务机构和人员，在该股票承销期内和期满后六个月内，不得买卖该种股票。

三、合伙企业法

合伙企业是依照《合伙企业法》的规定在中国境内设立的由各合伙人订立合伙协议，共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险，并对合伙企业债务承担无限连带责任的营利性组织。

（一）合伙企业具有如下法律特征：

第一，合伙企业是以合伙协议为基础而设立的企业，这一点和公司不同，公司是以公司章程为基础而设立的，所以合伙企业是典型的契约型企业。

第二，合伙企业必须由全体合伙人共同出资，合伙经营，出资是每个合伙人的法定义务，也是出资人取得合伙人资格的前提。如果合伙人没有特别约定，那么任何一个合伙人都是合伙企业的当然经营者。

第三，合伙人共负盈亏、共担风险，对合伙企业债务负无限连带责任。这和公司的股东明显不同，股东是以出资额或者所持股份为限对公司承担责任，而不对公司债务承担责任。而在企业财产不足以清偿债务时，合伙人要对企业的债务承担清偿责任，而且这种清偿责任是无限的，同时，任何一个合伙人都有清偿公司全部债务的责任，因此其责任是连带的。

第四，合伙企业都不具有法人资格。合伙企业是典型的自然人企业，没有具有法人资格的合伙企业。

（二）合伙企业的财产

合伙企业财产是指合伙人的出资和合伙企业存续期间以其名义取得的收益。所以合伙企业财产的范围包括以下两部分：

1、合伙人的出资部分

它包括合伙人按照法定的出资方式出资而形成的财产，对这一部分合伙企业财产，如果合伙人是以所有权出资，那么归全体合伙人共有；如果是以使用权出资，那么归全体合伙人共用。

2、合伙企业的积累部分

它包括在合伙企业存续期间一切所得，包括经营所得和非经营所得。它既包括财产的所有权，也包括财产的使用权。如果取得的是所有权，归全体合伙人共有；如果取得的是使用权，归全体合伙人共用。

综上所述，合伙企业的财产为全体合伙人共同共有或共同共用，合伙企业存续期间除合伙人退伙或合伙企业解散，合伙人不能主张分割合伙企业财产。合伙人对合伙企业出资后，各合伙人即享有出资份额，但出资份额只是一个抽象概念，它不表明每一个合伙人对合伙企业的财产享有多少具体的数额，而只表明合伙人依此所享有的分配收益的比例及分担风险和亏损的比例。

四、中外合资经营企业法

中外合资经营企业（以下简称合营企业）是指中国合营者与外国合营者按照平等互利

的原则依照中华人民共和国的法律在中华人民共和国境内共同投资、共同经营并按投资比例分享利润、分担风险和亏损的企业。中国合营者包括中国的公司、企业及其他经济组织，外国合营者包括外国公司、企业和其他经济组织或个人。中国的自然人不能与外国合营者设立中外合资经营企业。

合营企业的设立

（一）设立申请

设立合营企业应由中国合营者和外国合营者共同将申请材料报审批机关批准后，合营各方正式进行谈判，在此基础上签订合营企业的协议、合同和章程。协议、合同和章程是合营企业的重要法律文件，所谓合营企业协议是指，合营各方对设立合营企业的某些要点和原则达成一致意见而订立的书面文件。所谓合营企业合同，是指合营各方为设立合营企业就相互权利、义务关系达成一致意见而订立的书面文件。所谓合营企业章程，是指按照合营企业合同规定的原则，经合营各方一致同意而订立的规定合营企业的宗旨、组织原则和经营管理方法等事项的书面文件。当合营企业协议与合营企业合同规定的内容发生抵触时，以合同规定为准。经合营各方同意，可不订立合营协议，只订立合同和章程。

（二）设立审批和登记

设立合营企业的审批机关是国家对外经济贸易主管部门或其委托的省、自治区、直辖市人民政府或国务院有关部、局（即受托机关）。属于受托机关批准的合营企业有下列两类：

一是投资总额在国务院规定的金额内，中国合营者的资金来源已落实的；

二是不需要国家增拨原材料，不影响燃料、动力、交通运输、外贸出口配额等全国平衡的。

不论是国家对外经济贸易主管部门批准，还是受托部门批准，一律由国家对外经济贸易主管部门颁发批准证书。

合营企业的设立申请人应当在收到批准证书之日起 30 日内向企业登记机关提出设立登记申请。登记机关应当在受理申请之日起 30 日内作出是否核准登记的决定，登记机关核准登记注册的，发给营业执照，合营企业即告成立

（三）合营企业的组织形式

根据《中外合资经营企业法》的规定，合营企业的组织形式为有限责任公司，合营企业不能采用其他的组织形式，合营各方以其出资额为限对其公司承担责任，公司以其全部资产对其债务承担责任，合营企业是中国法人。

（四）注册资本和投资总额

合营企业的注册资本是指合营各方认缴的经企业登记机关登记的资本总额，它是合营各方认缴的出资额之和，在注册资本中，外国合营者的出资比例不低于 25%，特殊情况下需要低于该比例的，需报国务院批准。

五、中外合作经营企业法

中外合作经营企业是指中国合作者与外国合作者依照中华人民共和国法律的规定在中国境内共同举办的按合作企业合同的约定分配收益或者产品，分担风险和亏损的企业。中方合作者是中国的企业或其他经济组织，外方合作者是外国的企业、其他经济组织或个人。

（一）中外合作企业分为两种类型：一是产品出口型企业，它是指产品主要用于出口，年度外汇总收入减除年度生产经营支出额和外国投资者分得利润所需外汇额后，外汇有节余的生产型企业。二是技术先进型企业，是指外国投资者提供先进技术，从事新产品开发，实行产品升级换代以增加出口创汇或者替代进口的生产型企业。

（二）合作企业的组织形式

合作企业依我国法律规定分为法人企业和非法人企业。

具备中国法人条件的合作企业取得中国法人资格，其组织形式为有限责任公司，合作

各方以各自认缴的出资额或提供的合作条件为限对企业承担责任,企业以其全部资产对企业的债务承担责任。

不具备中国法人条件的合作企业,其合作各方的关系是一种合伙关系,合作各方不以出资额或提供的出资条件对企业承担责任,而是按照合作企业合同的约定对企业的债务承担责任,合作各方对企业承担的责任是连带责任,一方履行了全部责任后,有权就其多承担的部分向他方追偿。合作各方的出资或提供的合作条件为合作各方分别所有,经约定也可以共有或者部分分别所有,部分共有。合作期间积累的财产归合作各方共有。

(三) 出资方式、合作各方的出资比例

1、出资方式

合作各方对合作企业的出资可以是货币、实物、工业产权、专有技术、土地使用权或其他财产权利。合作各方以自有财产出资的,那么不能以该财产对外设立抵押或其他担保。出资后,应经中国注册会计师验证并出具验资证明。

2、合作各方的出资比例

各方的出资比例通过合作合同约定,但是外方合作者的出资不得低于合作企业注册资本的 25%。合作各方的出资期限在合作企业合同中约定。如一方不按约定出资的,应对他方承担违约责任。

六、外资企业法

外资企业即外商独资企业,他是指依照中华人民共和国法律在中国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业,外资企业不包括外国的企业和其他经济组织在中国境内设立的分支机构。

外资企业的设立与变更

(一) 设立外资企业的申请和审批

设立外资企业的申请和审批与设立合营和合作企业的申请和审批不同。法律规定的合营及合作企业都由中外双方合营者共同向审批机关办理审批手续,而外资企业没有中方合作者,它的审批不能由外资企业的投资者直接向审批机关提出设立申请。

其申请程序为:必须通过拟设立外资企业所在地的县级或县级以上地方人民政府提出申请,具体说,外国投资者应当先就法定的事项向拟设立外资企业所在地的县级或县级以上地方人民政府提出报告,地方人民政府在接到外国投资者提交的报告之日起 30 日内以书面形式答复外国投资者,然后通过上述地方人民政府向审批机关提出设立申请并报送法律规定的一系列文件。

外国投资者的出资方式与出资期限

(一) 《外资企业法实施细则》第 18 条第 1 款规定

“外资企业的组织形式为有限责任公司。经批准也可以为其他责任形式。”这一规定说明,外资企业都是有限责任公司,如果要设立成承担其他责任的企业,比如说承担无限责任或者无限连带责任的个人独资企业或合伙企业,还必须经审批机关批准,也就是说,有限责任公司是外资企业首选的组织形式。

外资企业的注册资本与对合营企业的规定相同。

(二) 外国投资者的出资方式与出资期限

1. 出资方式:外国投资者的出资方式包括货币出资,也可以以机器设备、工业产权、专有技术作价出资。需要注意的是,以货币出资必须是可以自由兑换的外币即世界货币或称硬通货出资。如果没有特殊情况,不能以人民币出资,但是经审批机关批准外国投资者可以用其从中国境内兴办的其他外资企业获得的人民币利润出资。

外国投资者以机器设备作价出资的,该机器设备必须符合下列要求:

第一,外资企业生产经营所必须的;

第二，中国不能生产或者虽能生产但在技术性能或供应时间上不能保证需要的。该机器设备的作价不得高于国际市场上同类设备的正常价格。

外国投资者以工业产权、专有技术作价出资的，该工业产权、专有技术必须符合下列要求：

一是外国投资者自己所有的，这说明外国投资者不能以只享有使用权的他人所有的工业产权、专有技术作为在中国设立外资企业的出资而只能是自己享有所有权的工业产权、专有技术来出资。

二是能生产中国急需的新产品或者适销产品的。以工业产权、专有技术作价出资应当与国际上通常的作价相当，并且其作价金额不能超过其注册资本的 20%。作价出资的工业产权、专有技术应当备有详细的资料，同申请书一并报审批机关，审批机关有权对工业产权、专有技术的实施进行检查。

2. 出资期限：外国投资者缴付出资的期限应当在设立申请书和企业章程中载明。外国投资者可以一次出资，也可以分期出资。

如果是分期出资，最后一次出资应当在营业执照签发之日起 3 年内缴清，其第一次出资不得少于外国投资者认缴的投资额的 25%，并应当在外资企业营业执照签发之日起 90 天内缴清。

外国投资者未能在企业营业执照签发之日起 90 天内缴付第一期出资的，外资企业批准证书即自动失效。外资企业应当向工商行政管理机关办理企业注销登记手续并缴销营业执照。不办理注销登记手续和缴销营业执照的，由工商行政管理机关吊销营业执照并予以公告。

第一期出资后的其他各期出资，如无正当理由逾期 30 日不出资的，其后果与上述规定相同。外国投资者有正当理由要求延期出资的，应当报审批机关同意并报工商行政管理机关备案。外国投资者缴付每期出资后，应当聘请中国的注册会计师验证并出具验资证明，报审批机关和工商行政管理机关备案。