

全国注册税务师执业资格考试指定教材

税收相关法律

国家税务总局注册税务师管理中心 编

中国财政经济出版社

全国注册税务师执业资格考试指定教材

税收相关法律

国家税务总局注册税务师管理中心 编

中国财政经济出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

税收相关法律/国家税务总局注册税务师管理中心编.
北京: 中国财政经济出版社, 1999.2
全国注册税务师执业资格考试指定教材
ISBN 7-5005-4108-2

I. 税… II. 国… III. 税法-中国-会计师-资格考试-教材 IV. D922.22

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (1999) 第 01028 号

中国财政经济出版社出版

URL: <http://www.cfeph.com>

e-mail: cfeph@drc.go.cn.net

(版权所有 翻印必究)

社址: 北京东城大佛寺东街 8 号 邮政编码: 100010

发行处电话: 64033095 财经书店电话: 64033436

北京东华印刷厂印刷

850×1168 毫米 32 开 11.125 印张 254 000 字

1999 年 2 月第 1 版 1999 年 3 月北京第 4 次印刷

印数: 35 511—46 510 定价: 20.00 元

ISBN 7-5005-4108-2/D·0037

(图书出现印装问题, 本社负责调换)

前 言

随着社会主义市场经济的建立和发展，我国于 1994 年建立了税务代理制，并在全国试行。这对于保证税收法律、法规的正确实施，维护纳税人的合法权益，深化税收征管改革，促进社会主义市场经济服务体系的发展，具有重要意义。

近年来，税务代理行业发展较快，代理人队伍也在逐步壮大。为了加强对税务代理行业的管理，提高税务代理专业技术人员的素质，规范税务代理行为，1996 年 11 月，人事部和国家税务总局联合发布了《注册税务师资格制度暂行规定》，并据此于 1999 年 1 月印发了《注册税务师执业资格考试实施办法》和《关于做好 1999 年度全国注册税务师执业资格考试工作的通知》，决定于今年 6 月 25、26、27 日举行 1999 年度全国注册税务师执业资格考试。

为配合此次考试工作，更好地为广大考生服务，国家税务总局注册税务师管理中心组织专家、教授编写，并经总局有关业务司审定了这套辅导教材，作为全国注册税务师执业资格考试的指定用书。全套教材共分：

《税法（一）》、《税法（二）》、《税务代理实务》、《税收相关法律》、《财务与会计》五册教材及与之配套的《1999年全国注册税务师执业资格考试习题集》等参考书。全套教材力求突出注册税务师应具备的基本知识和操作技能，内容翔实、具体，具有较强的权威性、适用性和操作性，既可作为税务代理人员的应考、工作用书，也可作为纳税人学习税法、掌握纳税技能的工具书。

由于编写时间紧迫，对书中的疏误之处，恳请读者指正。

编 者

1999年2月

目 录

第一章 法律基础理论	(1)
第一节 法的概念、特征与作用	(1)
第二节 法的体系	(10)
第三节 法的制定和实施	(20)
第二章 行政法	(32)
第一节 行政法概述	(32)
第二节 行政行为概述	(40)
第三节 行政处罚	(71)
第四节 行政赔偿	(85)
第三章 民商法	(94)
第一节 民法概述	(94)
第二节 所有权及其他物权法律制度	(112)
第三节 合同法律制度	(124)
第四节 票据法法律制度	(128)
第四章 经济法	(143)
第一节 经济法概述	(143)

第二节	公司法	(147)
第三节	企业法	(177)
第四节	破产法	(191)
第五节	国有资产管理法	(195)
第五章	刑法	(207)
第一节	刑法概述	(207)
第二节	犯罪	(211)
第三节	刑罚	(225)
第四节	危害税收征管罪	(232)
第六章	国际法	(244)
第一节	国际法（国际公法）	(244)
第二节	国际私法	(253)
第三节	国际经济法	(263)
第七章	刑事诉讼法与民事诉讼法	(280)
第一节	刑事诉讼法	(280)
第二节	民事诉讼法	(299)
第八章	行政复议与行政诉讼法	(318)
第一节	行政复议	(318)
第二节	行政诉讼法	(331)

第一章 法律基础理论

第一节 法的概念、特征与作用

一、法的概念

(一) 法的含义

在现代汉语中，“法”与“法律”往往通用。“法”和“法律”均有广义和狭义两种用法。广义的“法”、“法律”指法的整体。例如，就我国现有的“法”、“法律”而论，包括作为根本法的宪法、全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律、国务院制定的行政法规、地方人民代表大会及其常务委员会制定的地方性法规、国务院各部委和省级人民政府制定的规章等。狭义的“法”、“法律”，仅指全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律。为了加以区别起见，学者们有时把广义的法律称为法，但在很多场合下，仍根据约定俗成的原则，统称为法律，即有时作广义解，有时作狭义解。

(二) 法的本质

法的本质与法的现象之间是一种辩证统一关系。法的本质是法存在和变化的内在基础和依据，法的现象是法的外部联系和表面特征。根据马克思主义创始人关于法的本质的一系列论述，我国法学界一般以“法是统治阶级意志的体现”来概括法的本质。

“法是统治阶级意志的体现”这一命题包含着丰富而深刻的

思想内容。第一，法是“意志”的体现或反映。法是人们意识活动的产物，因此，法是意志的体现或反映。正因为法是意志的产物，所以才可以说法属于社会结构中的上层建筑。第二，法是“统治”阶级意志的反映。所谓“统治”阶级就是掌握国家政权的阶级。第三，法是统治“阶级”的意志的反映。法所反映的意志是统治阶级的阶级意志，即统治阶级的共同意志。法不论是由统治阶级的代表集体制定的，还是由最高政治权威个人发布的，所反映的都是统治阶级的阶级意志，代表着统治阶级的整体利益，而不纯粹是某个人的利益，更不是个别人的任性。第四，法是“被奉为法律”的统治阶级的意志。这意味着统治阶级意志本身也不是法，只有“被奉为法律”才是法。“奉为法律”，就是经过国家机关把统治阶级的意志上升为国家意志，并客观化为法律规则或原则。

如何理解当代中国社会主义法的本质呢？正确认识我国社会现在所处的历史阶段或社会性质和基本国情是正确认识当代中国法的本质和目的的前提。中国共产党十一届三中全会以后，经过多年的探索，到党的十三大，明确指出我国正处在社会主义的初级阶段，并对这一论断作了系统的阐述。“社会主义初级阶段”这一科学命题有两层含义。第一，就社会性质来说，它是社会主义的，是社会主义社会发展中的一个历史阶段，而不是别的什么阶段。离开社会主义的前提来谈初级阶段，就会把问题的性质搞乱。第二，从发展程度来说，它还是初级阶段，是不成熟、不完善的社会主义，而不是社会主义的高级或较高级的阶段。离开初级阶段的现状来谈社会主义，就会把问题搞错。由社会主义初级阶段的性质所决定，当代中国法本质上属于社会主义法的范畴，即它是中国工人阶级为领导的全国人民整体意志和根本利益的体

现。必须指出，说当代中国社会主义法的本质是全国人民意志和利益的体现，这只是在本体层面和意义上而言的。法的本质除了本体层面和意义之外，还有功能层面和意义。从功能层面和意义上，社会主义法的本质归根到底在于保护、解放和发展社会生产力。

二、法的基本特征

法的特征是法的本质的外化，是法与其他现象或事物的基本关系的表现。由于法与各种各样的现象或事物有着多方面的联系，法也就具有多方面的特征（特征总是在不同现象或事物的联系和比较中显示出来）。

（一）法是调节人们的行为或社会关系的规范

作为社会规范，法区别于技术规范。法调整的是人们之间的交互行为和社会关系。纯技术规范调整的对象是人与自然的关系，它们规定人们如何使用自然力、生产工具等，以有效地利用生产工具，开发自然资源。当然，有些技术规范如不遵守可能引起伤亡事故，导致效率低下，危及生产秩序和交通秩序，或直接与他人的生命财产攸关，社会需要强制人们遵守，并把它们变为劳动纪律、行政命令或法规，它们就成为社会规范。法在形式上具有规范性、一般性或概括性的特征。这些特征使法区别于那些适用法律、法规的非规范性文件；法所调节的对象不是特定的，而是一般的行为或社会关系；法不是仅适用一次，而是在其生效期间内反复适用。

（二）法是出自国家的社会规范

社会规范泛指在人类社会生活中调整人们之间交互行为的准则。社会规范种类繁多，法只是其中的一种，其他的社会规范

还有道德规范、宗教规范、各种礼仪、政治规范（政治集团的章程、政治生活准则）、经济规范（经济交往中应遵守的规则）、各种职业规范等。法区别于其他社会规范的首要之点在于：法是由国家制定或认可的。由国家制定或认可，是国家创制法的两种方式。国家制定的法，即通常所说的“成文法”，是由有权创制法律规范的国家机关制定的；国家认可的法一般是指习惯法。法既然是由国家制定或认可的，它就必然具有国家意志的属性，因此具有高度的统一性、极大的权威性。这种统一性是从国家权力和国家意志的统一性中引伸出来的。

（三）法是规定权利和义务的社会规范

法是通过规定人们的权利和义务，以权利和义务为机制，影响人们的行为动机，指引人们的行为，调节社会关系的。法所规定的权利和义务不仅指个人、组织（法人）及国家（作为普通法律主体）的权利和义务，而且包括国家机关及其公职人员在依法执行公务时所行使的职权和职责。

（四）法是由国家保证实施的社会规范

任何一种社会规范，都有保证其实施的社会力量，即都有某种强制性。然而，不同社会规范的强制性在性质、范围、程度和方式等方面是不尽相同的。法是由国家强制力保证实施的，尽管不同性质的法，保障其实施的国家强制力的性质、目的和范围不同。任何法要想成其为法和继续是法，国家必须对违法行为实施制裁。必须指出，法依靠国家强制力保证实施，这是从终极意义上讲的，即从国家强制力是法的最后一道防线的意义上讲的，而非意味着法的每一个实施过程，每一个法律规范的实施都要借助于国家的系统化的暴力；也不等于国家强制力是保证法实施的唯一力量。在法律的实施过程中，国家暴力常常是备而不用，“无

所在，无所不在”。

三、法的作用

法的作用可以从两个方面看。一方面，从法是一种社会规范看，法具有规范作用；另一方面，从法的本质和目的看，法又有社会作用。这两种作用是手段与目的的关系，即法通过其规范作用（作为手段）而实现其社会作用（作为目的）。

（一）法的规范作用

法的规范作用表现为法的指引、评价、预测、教育和强制作用。

1. 指引作用

法是通过规定人们在法律上的权利和义务以及违反法律规定应承担的责任来调整人们的行为的。调整就是指引。指引作用的发挥以对法律要求的知晓为前提。法律要求是国家以要达到的社会目的为依据作出并加以宣布的指示。这种指示反过来又受到社会价值准则、道德观念或理性判断的决定。因此，通过法律，人们可以知道什么是国家赞成的，应当做、可以做的；什么是国家反对的，不该做、不得做的；可以知道国家的发展目标、价值取向和政策导向，甚至可以知道从国家的观点看什么是明智之举，什么是愚昧之举。

2. 评价作用

法律作为一种行为标准和尺度，具有判断、衡量人们的行为的作用。法律不仅具有判断行为合法与否的作用，而且由于法律是建立在道德、理性之上的，所以也能衡量人们的行为是善良的、正确的，还是邪恶的、错误的；是明智的，还是愚蠢的。通过这种评价，影响人们的价值观念和是非标准，从而达到指引人

们的行为的效果。在现实生活中，法并不是唯一的评价人们的行为的标准，道德规范、宗教规范、风俗习惯和社会团体的规章等也具有对行为的评价作用。但是，法所作出的评价却有着比较突出的客观性和普遍有效性。

3. 预测作用

预测作用是指根据法律规定，人们可以预先知晓或估计到人们相互间将如何行为，特别是国家机关及其工作人员将如何对待人们的行为，进而根据这种预知来作出行动安排和计划。人们在社会生活中，每个人的行为都可能对他人的行为发生影响，同时也可能受到他人行为的影响。在这种复杂的互动关系中，如果没有一定的公认的规则，去据以预测自己行为和安排后果，社会生活就会陷入无序状态。法的预测作用正可以减少行动的偶然性和盲目性，提高行动的实际效果。例如，由于《经济合同法》的存在，经济活动的主体可以预见到什么样的合同是有效的或无效的，违反经济合同将会遇到什么样的法律后果等。总之，由于法律具有预测作用，人们就可以根据法律来合理地作出安排，以使用最小的代价和风险取得最有效的结果。

4. 教育作用

法的教育作用，首先表现为通过把国家或社会的价值观念和价值标准凝结为固定的行为模式（规则、原则等）和法律符号（天平、宝剑、蒙眼布等）而向人们灌输占支配地位的意识形态，使之渗透于或内化在人们的心中，并借助人们的行为进一步广泛传播。由于法律是人们在日常生活、生产、交往中反复实践的东西，人们可以不知不觉地与法律认同，被法律同化，形成法律习惯。其次表现为通过法律规范的实施而对本人和一般人今后的行为发生影响。例如，对违法行为的制裁不仅对违法者起到教育作

用，而且可以教育人们：今后谁再作出此类行为也将受到同样的惩罚。再如，对合法行为的鼓励、保护可以对一般人的行为起到示范和促进作用。法的这种特殊教育作用对于提高公民的法律意识、权利意识、义务观念、责任感、遵守法律和纪律的自觉性，是不可或缺的。

5. 强制作用

法的强制作用在于制裁违法行为。通过制裁可以加强法的权威性，保护人们的正当权利，增强人们的安全感。制裁的形式是多种多样的。如刑法中的管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑等；民法中的停止侵害，排除妨碍，消除危险，返还原物，恢复原状，修理、重作、更换，赔偿损失，支付违约金，消除影响，赔礼道歉，训诫，收缴进行非法活动的财产和非法所得，罚款；经济法中的停止供应原材料，停产整顿，停止贷款；行政法中的警告、罚款、拘留、没收、停止营业等；宪法中的对国家和政府领导人的弹劾、罢免等。

(二) 法的社会作用

在私有制社会和在社会社会主义社会，法的社会作用是明显不同的。在私有制社会中，法的社会作用大体上可以归纳为以下两个方面：维护阶级统治和执行社会公共职能。在我国现阶段，法的作用概括而言，是为建设有中国特色社会主义服务。

1. 保障、引导和推进社会主义市场经济

建立社会主义市场经济是我国经济体制改革的总体目标。当今世界，有两种生产资料所有制形式：一是公有制，二是私有制，我们选择了以公有制为主体的所有制。当今世界有两种资源配置的基础性手段，一是计划，二是市场，我们选择了市场作为资源配置的基础性手段。事实证明，市场经济是当今世界最有效

的经济运行机制。建立市场经济体制的目的是解放和发展社会生产力，把经济搞上去，最终实现全国人民的共同富裕。建立社会主义市场经济，离不开法律。这是因为市场经济实质上是法治经济。市场经济内在地需要法律，没有法律就没有市场经济。适应社会主义市场经济运行的内在需要，法在市场经济体制建立过程中以及在市场经济活动中将发挥不可缺少的引导、促进、保障和服务作用。这些作用犹如为市场经济“引航”和“护航”。

2. 保障、引导和推进社会主义民主政治

人民民主是社会主义的本质要求和内在属性。没有民主就没有社会主义，就没有社会主义的现代化。而要实行人民民主，就必须加强法制，使民主法律化、制度化。在建设社会主义民主政治的过程中，法的作用主要表现为：首先，明确规定我国人民民主专政的国体，人民代表大会制的政体，国家活动中的民主集中制的原则、法治原则、勤政廉政原则、精简和效率原则；政府由人民产生、受人民控制、为人民服务、对人民负责、与人民平等的原则；合理划分中央与地方的权力、各国家机关之间的权力，使权力既不过分集中又避免过分分散、互相消耗和扯皮，规定各民族一律平等，实行共产党领导的多党合作和政治协商原则。这些规定从根本上保证了人民享有和行使国家权力。其次，明确宣布公民享有广泛的民主权利和政治自由，在享有行使权利和自由时必须承担和履行的义务，公民的权利受到非法侵害可以得到的补偿和救济。这些权利、自由和义务是社会主义民主政治的鲜明体现，是人民当家做主的法律依据和保障。再次，为政治体制改革提供必要的法律前提，用法律形式确认、巩固和发展政治体制改革成果。

3. 保障、引导和推进社会主义精神文明

精神文明是有中国特色的社会主义的重要组成部分。精神文明表现为教育、科学、文化知识的发达和人们的思想、修养、道德水平、社会风气的提高与改善。高度的物质文明和精神文明都是社会主义的基本特征，社会主义必须是也应该是既发达富强又文明健康的。不仅如此，社会主义物质文明和精神文明还是相辅相成、互为条件、互为目的的。所以，在建设物质文明的同时，必须围绕着经济建设这个中心，大力加强社会主义精神文明建设。

在建设社会主义精神文明中，法起着多方面的保障和促进作用。首先，我国宪法把社会主义精神文明建设作为国家的一项根本方针和基本法律原则确立下来，使之成为全国人民不容忽视的行动准则，并为各级政府和社会团体采取精神文明建设的具体措施提供了法律依据。其次，我国民法、婚姻法、继承法、收养法、合同法、诉讼法等法律以不同方式体现了社会主义道德要求，把道德义务转化为公民的法律义务，从而增加了道德规范的约束力，这无疑有助于社会主义道德风尚的形成和改善。再次，我国刑法、行政法等法律把严重违反精神文明的行为规定为犯罪或行政违法行为，如卖淫、嫖娼、遗老弃婴、出版制作淫秽书籍或音像制品、行贿、受贿、贪污腐化、权钱交易等，并施以不同程度的制裁和处罚，这也有助于维护社会主义精神文明。最后，我国宪法和其他法律还以授权性规范，鼓励和奖励公民从事科学研究、发明创造、技术革新，确认知识的精神和物质价值，保护知识产权；还作出了一系列促进教育、科学技术进步，推广科技成果的规定，保障和促进科技、教育、文化事业的发展的规定。

4. 推进对外开放，维护世界和平与发展

对外开放是有中国特色的社会主义的鲜明特征。对外开放是

我国振兴中华的基本国策，是强国富民的必由之路。对外开放反映了世界经济、政治发展的客观规律，体现了全国人民的意志，受到人民的衷心拥护。在推进对外开放方面，我国法律已经并将继续发挥不可缺少的作用。首先，法为推进对外开放和国际交流与合作提供了法律依据。宪法确定坚持改革开放是基本国策，确定在坚持和平共处五项原则的基础上，发展同各国的外交关系和经济文化交流。在宪法原则的基础上，国家制定了一系列法律、法规、规章，提出了我国在涉外经济立法、缔结或参加国际经济协定或公约中坚持尊重和维护主权、平等互利和参照国际惯例三原则以及与这些原则相适应的规则和规定，为发展对外贸易、引进国外资金、技术、人才提供了明确的法律依据。其次，为外商来华投资，办工厂，做生意，进行各种商务活动规定了一系列保护措施。同时，在登记注册、用人用地、税收、外汇管理等方面提供了法定的优惠条件。再次，在鼓励、吸引外商的同时，支持和保护国内企业到国外进行经济技术合作，承包工程，兴办工厂，开设金融机构，从事金融活动。此外，我国法律还制定和不断完善了处理有关对外经济贸易争议的程序性规范，使我国有了通过协商、调解、仲裁或司法诉讼等方式来处理涉外经贸争议的多条途径。由于这些法律保障，我国的对外开放日益向纵深发展，这既推动了国内的改革，也为国际和平和发展做出了贡献。

第二节 法的体系

法是一个庞大的规范体系。为了深入了解这个体系，有必要对其内部进行分类，并划分出不同的部门。

一、法的分类

可以从不同的角度、按照不同的标准，对法进行分类。在国内外法学著作中，通常的分类方法有：

（一）按社会形态和国家的历史类型划分

根据社会形态和国家的历史类型，将法律划分为奴隶制社会法、封建社会法、资本主义社会法、社会主义社会法。其中前三种类型的法是以剥削阶级的私有制为经济基础的，分别体现奴隶主阶级、封建地主阶级、资产阶级的利益和意志，可称之为剥削阶级国家类型的法。社会主义的法则以社会主义公有制为其基本经济基础，反映了工人阶级和广大劳动人民以及一切拥护社会主义的爱国人士的根本利益，体现着人民群众的意志，是最新、最高类型的法。

（二）从法的形式角度，将法分为以下类别

1. 国内法和国际法

国内法是国内有权的机关制定、认可、修改、补充或废止的，实施于本国主权所达之内的法律，如一国的宪法、刑法、民法、诉讼法等。国际法主要是国家之间形成的用以调整国家之间关系的法律，主要由国际条约和国际社会公认的惯例构成。

2. 根本法和普通法

前者主要是宪法，规定国家、社会、公民的根本问题或特别重大的问题，具有最高的法律效力，在一国法律体系中起着统帅作用。后者即宪法以外的其他法律，是依据宪法的规定或宪法精神所立的。

3. 一般法和特别法

对一般人、一般事项有效，或对全国有效，或在其修改、废

除前的任何时间内均有效的法律，即为一般法，如刑法、民法、婚姻法。对特定的人、特定事项有效的，或在特定区域、特定时间有效的法律，即为特别法，如为战争制定的法律，为对付紧急状态而制定的法律。

4. 实体法和程序法

实体法是规定人们之间权利和义务关系的法律，如民法、刑法。程序法是规定有关实现权利和履行义务所需程序或手续的法律，如刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等。

5. 成文法和不成文法

成文法指由特定的机关按一定的立法程序所立的以规范化的文字形式表现出来的法律。不成文法是指不经过通常的立法程序所立的、不具有成文法那种文字表现形式的法律，如习惯法。

6. 公法和私法

公法指有关公共权力（权利）和义务的法律规定，私法指有关私人权利和义务的规定。前者如关于国家机关职权和职责的规定，涉及国家权力在社会生活中的地位、作用、运行程序等，包括宪法、行政法、刑法等；后者如关于公民、法人等非国家组织的权利和义务的规定，包括民法、商法等。

二、法的渊源

法的渊源是多义词，可以从不同角度理解。但在多数法学著作中，法的渊源指效力渊源，即根据法的效力来源而划分法的不同形式。历史上不同类型的法，以及同一类型的法在不同国家，其渊源是不同的。在当代中国，法的渊源主要是制定法，即以宪法为核心，包括法律、行政法规和规章、军事法规和规章、地方性法规等在内的各种制定法。

（一）宪法

在当代中国全部规范性法律文件中，宪法的法律地位和效力是最高的。宪法是我国的根本大法，它由国家最高权力机关即全国人民代表大会以特别的程序通过和修改，规定和调整的内容是国家的基本经济制度、政治制度、公民的基本权利和义务、国家机构的设置及其职权等带有根本性和全局性的问题。宪法是其他法律、法规的依据，故又被称为“母法”。

（二）法律

法律由全国人民代表大会及其常委会通过一定的立法程序制定，用以规定和调整社会关系中基本的和主要的方面，其法律地位仅次于宪法。根据内容和制定的机关不同又分为基本法律和基本法律之外的法律。一般来说，由全国人民代表大会制定的为基本法律，由全国人大常委会制定的为基本法律以外的法律。

（三）行政法规和规章

行政法规指由国家最高行政机关即国务院所制定的规范性文件。其法律地位仅次于宪法和法律。行政规章是国务院各部委在其职权范围内所发布的规范性命令、指示等规范性文件，也属于法的渊源，但其地位和效力低于行政法规。

（四）军事法规和规章

军事法规由中央军委制定，军事规章由军委各总部以及国防科工委、各军兵种、各大军区制定，或者由中央军委会同国务院联合制定。军事法规和规章的法律效力相当于行政法规和规章。

（五）地方性法规、民族自治地方的自治条例和单行条例、经济特区的规范性文件

地方性法规是由省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会所制

定的、仅适用于本区域的规范性文件。这是我国地方国家机关所制定的主要规范性文件，在法的渊源中也占有重要的地位。民族自治条例和单行条例是依据宪法和法律实行民族自治的地方的人民代表大会根据当地特点所制定的规范性文件，需报上一级人民代表大会常务委员会批准后生效。经济特区的规范性文件指某些地方省级人大常委会以及深圳、厦门等经济特区人民代表大会根据全国人大及其常委会的授权所制定的适用于本经济特区的地方性法规。这是一种特殊的地方性法规，是一种新的法律渊源。

（六）特别行政区的基本法和其他规范性文件

这是我国实行“一国两制”的政体结构下出现的新的法律渊源。特别行政区基本法由全国人民代表大会制定，特别行政区之内的规范性文件由特区立法机构制定。

（七）国际条约

指我国同外国缔结或我国加入并生效的国际条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件。因为它们是经过我国最高立法机构批准的，所以具有与国内法同样的效力。在某些情况下，如果国内法与国际条约冲突，国际条约具有优先适用的效力。

三、法的效力

（一）法的效力的概念

法的效力指法律规范的约束力或国家强制力。一个有效力的法律规范，就是由国家制定或认可并由国家强制力保证实施、对社会成员有实际约束力或强制力的规范。

（二）法的生效范围

包括对象范围、空间范围和时间范围。

1. 对象范围

对象范围亦称对人的效力，指法律规范对什么人（包括自然人和法人在内）适用的问题。关于法的对象效力，各个国家的理论和实践不尽相同。归纳起来大体上有三种原则，即属人主义原则，属地主义原则，属人主义和属地主义相结合的原则。我国从维护国家主权和尊重国际通例出发，基本上采用属人主义和属地主义相结合的原则。

2. 空间范围

空间范围指法律规范在什么地方发生约束力的问题。我国从维护国家主权、领土完整和国家统一出发，实行域内效力原则，即法律规范的效力及于制定它的机关所管辖的领域。当然，域内效力原则不是绝对的，在国际交往中有时需要采用某些法律规范在域外生效的原则。

3. 时间范围

时间范围指法律规范何时开始生效、何时终止生效，以及有无溯及力的问题。一般来说，法律开始生效的时间有两种情况，一是法律通过或公布之日起开始生效，二是法律公布一段时间之后开始生效。在通常情况下，法律生效的时间是在法律文件中明文规定的。法律终止生效的时间有下列几种情况：第一，法律文件明文规定了终止生效的时间；第二，法律文件明文规定在特定情况下适用，如果这种情况不存在了，则自然终止效力；第三，随着新法律的公布和生效，旧法律规范相应失效。

法的溯及力，指新法对过去发生的行为、事件、已经形成的社会关系是否有效的问题。在现代民主法治国家，在法的溯及力问题上，通行两个原则，一是不溯及既往的原则，二是有利追溯的原则。

四、法的部门

党的十一届三中全会以后，为适应社会主义现代化建设的需要，我国在邓小平理论的指导下，总结我国改革开放的丰富实践经验，借鉴国外对我有用的立法，初步建立起具有中国特色的社会主义法律体系。根据法律所调整的社会关系以及调整方法的不同，可以把我国法律体系划分为以下主要的法律部门：

（一）宪法

宪法是我国的根本大法，是国家活动的总章程，因而是最重要的法律部门。宪法规定国家生活中各种根本制度和原则，公民的基本权利和义务，各主要国家机关的地位、职权和职责等。宪法作为一个部门法，包含三个层次。第一层次是1982年第五届全国人民代表大会第五次会议通过的《中华人民共和国宪法》（包括1988年和1993年的两个修正案）。第二层次主要有：国家机关组织法，如全国人民代表大会组织法、国务院组织法、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法、人民法院组织法、人民检察院组织法，全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法，全国人民代表大会常务委员会议事规则，全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法，民族区域自治法，香港特别行政区基本法，澳门特别行政区基本法，国籍法、国旗法，以及有关公民基本权利和义务的单项立法（如集会游行示威法），等等。第三层次是有关宪法的立法解释。

（二）行政法

行政法是有关国家行政管理活动的法律规范的总称，是由调整行政管理活动中国家机关之间、国家机关同企事业单位、社会团体和公民之间发生的行政关系的规范性文件组成的。行政法

由很多单行的法律、法规构成，分为一般行政法（或称行政法总则）和特别行政法（或称行政法分则）两个部分。前者包括国家行政管理的基本原则、方针和政策，国家行政机关及其负责人的地位、职权和职责；作出行政决策、采取行政措施、进行行政裁决的方式和程序；国家行政机关及其工作人员在行使职权时同公民和其他组织之间的关系，以及他们违反行政法和违法失职行为的法律责任；有关国家公职人员的任免、考核、奖惩；行政体制改革、转变政府职能等方面的法律规范。特别行政法则指各专门行政职能部门从事管理活动适用的法律、法规，如民政管理、公安管理、卫生管理、文化管理、城市建设管理、工商行政管理、司法行政管理、海关管理、边防管理、军事行政管理等多方面的法律规范性文件。

（三）民商法

民商法是调整作为平等主体的公民之间、法人之间、公民与法人之间的财产关系和人身关系的法律规范的总和。财产关系的内容很广，民商法主要是调整商品经济关系，包括财产所有权关系、商品流通关系、遗产继承关系、知识产权关系等。它所调整的是平等主体之间发生的经济关系，也就是通常人们所说的横向的经济关系。民商法还要调整属于民事范围的人身关系，如婚姻关系、名誉权、肖像权、生命健康权、法人的名称权等。我国现阶段的民商法主要由《民法通则》和大量单行的民事法律如《婚姻法》、《继承法》、《收养法》、《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《合同法》、《公司法》、《票据法》、《海商法》等组成。

（四）经济法

经济法是改革开放以后发展起来的一个新的法律部门，它是国家对经济实行宏观调控的各种法律规范的总和。用经济法学的

语言，它所调整的是经济领域中的纵向关系。经济法涉及的范围很广，包括预算法、计划法、基本建设法、财政法、税法、银行法、投资法、信贷法、外汇管理法等方面的法律规范；有关各类企业管理的法律规范，如全民所有制工业企业法、全民所有制企业转换经营机制条例、城乡集体所有制企业条例、私营企业暂行条例、各种外资企业法等；有关规范市场行为，维护市场秩序的法律规范，如价格法、产品质量法、反不正当竞争法、消费者权益保护法等；有关外经、外贸、商检、海关等涉外经济管理的法律规范；有关电力、交通（包括公路交通、铁路交通、航运、民航）邮电、城市建设、农业、水利发展方面的基本法。

（五）劳动法

劳动法是调整劳动关系以及与其他关系密切联系的总称的法律规范的总和。涉及企事业单位的用工制度，劳动合同的订立和解除，集体合同的签定和执行，工作、休息时间和劳动报酬，安全卫生，劳动纪律和奖励办法；劳动保险和生活福利制度，处理劳动争议的程序、办法；对于年老、患病和残疾人实行的社会保障制度，职工参加国有企业管理，工会组织的建立及活动，等等。劳动法对于巩固和发展社会主义劳动组织，调动劳动者的积极性与创造性，不断提高劳动效率，对于保护劳动者的合法权益，对劳动者实行自律与他律，改善劳动条件，在发展生产的基础上，逐步提高劳动者的物质生活和精神生活质量都有重要作用。

（六）科教文卫法

科教文卫法是调整科学技术、教育、文化、医疗卫生事业以及在科技、教育、文化、医疗卫生活动中所发生的各种社会关系的法律规范的总称。它所包括的范围非常广泛，例如：科技进步

法、促进科技成果转化法、科学技术奖励条例、发明奖励条例、技术合同法、教育法、义务教育法、职业教育法、高等教育法、教师法、学位条例、文物保护法、档案法、音像制品管理法、食品卫生法、卫生检疫法、药品管理法、医疗事故处理法等。科教文卫法对于推动科技进步，发展教育、文化、卫生事业健康发展，具有重大的作用。

（七）资源环境保护法

资源环境保护法，简称环境法，是关于保护环境和自然资源，防治污染和其他公害的法律规范的总称。自然资源保护主要指对各种自然资源的规划、合理开发利用、治理和保护。有关自然资源的法律包括：森林法、草原法、渔业法、矿产资源法、土地管理法、水法、水土保持法、野生动物保护法等；环境保护主要指保护环境、防治污染和其他公害。有关环境保护的法律包括：环境保护法、海洋环境保护法、水污染防治法、大气污染防治法、固体废物污染环境防治法、环境噪声污染防治法等。资源环境保护法对于合理利用自然资源，防止环境污染和生态破坏，保护人民健康，促进经济持续发展，具有重大和深远的作用。

（八）军事法

军事法是有关军事管理和国防建设的法律规范的总称。包括由全国人民代表大会制定的兵役法、征兵工作条例、现役军官服役条例、现役士兵服役条例、预备役军官法、军官军衔条例、军事设施保护法等主要法律；还包括国务院与中央军委制定的军事法规，以及三军总部与军种、兵种领导机构所制定的军事规章、军令、条例等。军事法的建立，对于依法治军，推动国防管理的科学化、法制化有着重要的作用。

（九）刑法

刑法是规定有关犯罪和刑罚的法律规范的总称。在人们的日常生活中，它是最受人们关注的法律之一。我国现阶段有关犯罪和刑罚的基本规定集中在1997年10月1日实施的《中华人民共和国刑法》这一新法典中。

（十）诉讼法

诉讼法是有关诉讼活动的法律规范的总和，亦称诉讼程序法。我国的诉讼法主要由刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法、仲裁法等基本法律构成。诉讼法的内容主要是关于司法机关及其他诉讼参与人进行诉讼活动的原则、程序、方式和方法以及诉讼当事人权利和义务的规定；关于检察或监督诉讼活动，特别是侦查、审判活动是否合法，以及纠错的原则、程序、方式和方法的规定；关于执行程序的规定。其任务是从诉讼方面保证实体法的正确实施，保证违法的行为受到应有的处理和纠正，保障正当、合法的权益得到法律的有效保护。

第三节 法的制定和实施

一、立法

（一）立法的概念

立法又称法的制定，指有权的国家机关按照法定职权和程序，制定、修改和废止法律及其他规范性文件的一种专门活动。一般称为法律的立、改、废活动。立法一词有广义、狭义两种理解。狭义是指国家最高权力机关及其常设机关依照法定职权和程序，制定法律这种特定的规范性文件的的活动。广义指宪法和法律规定的有权制定具有法的效力的规范性文件的所有国家机

关，依照法定职权和程序，创制规范性文件的活动。

（二）立法体制

通常指立法权限的划分问题，特别是关于中央和地方的立法权限划分的制度。当代中国的立法体制是一种一元多级体制，即立法权集中在国家最高权力机关，同时由国家权力机关授权国务院、中央军委、地方省一级人大制定不与宪法、法律冲突的法规、规章等规范性文件。

（三）立法的指导思想和基本原则

立法的指导思想是指立法要遵循什么样的指导思想。我国现阶段立法的指导思想，是以马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论为指导，特别要以邓小平建设有中国特色社会主义理论和党在社会主义初级阶段的基本路线为指导，立法必须为把有中国特色的社会主义事业推向二十一世纪服务。

立法的基本原则是国家机关在立法过程中所遵循的基本准则，是立法指导思想在立法实际工作中的具体体现。我国立法的基本原则有：立法必须以宪法为依据；立法必须从实际出发；总结经验与科学预见相结合；吸收、借鉴历史的和外国的经验；以最大多数人的最大利益为标准，立足全局，统筹兼顾；原则性和灵活性相结合；保持法律的稳定性和连续性与及时立、改、废相结合。

（四）立法程序

立法程序，通常指有关国家机关制定、修改和废除法律或其他规范性文件的法定步骤和方式。立法程序表明一个国家立法过程民主化、科学化的程度，是国家民主法制建设发展水平的标志之一。根据我国宪法、法律和人大议事规则，现阶段法律的制定过程一般包括立法的准备阶段和法律的确阶段，其中法律的确

定阶段包括提出法律议案、审议法律草案、通过法律草案、公布法律等主要环节。

(五) 法律文件的规范化和系统化

为了使规范性法律文件能在社会生活中有效地实施，不致因其法律体系内部互相重叠、交叉、矛盾、冲突而在法律实践中造成混乱，就要求法律文件规范化。所谓规范化，是指构成法律渊源的、由各国家机关依据法定职权制定的各种规范性文件应该有统一的规定和标准。如不同种类、层次、等级的规范性文件应由相应的国家机关制定；应有统一的专有名称；其法律地位、效力及其相互关系应有明确规定；表达形式应有统一规格；繁简适度，言简意明；规范性文件与法律规范之间不能互相矛盾，等等。

所谓法律文件系统化是指对已经制定的各种法律文件加以系统化处理。法律文件系统化的形式主要有三种：法律汇编、法律编纂、法律清理。法律汇编（或法规汇编）是指将规范性法律文件按照一定的目的和标准进行排列，汇编成册的一项规范性法律文件系统化的整理归类活动。法律汇编并不改变规范性法律文件的内容，不对法律规范进行加工，因此，法律汇编本身不属于法的创制活动。法律编纂是指对属某一类的或某一部分法的全部规范性法律文件进行整理、审查、补充、修改，或者在此基础上编制一部新的系统化的法律的法律创制活动。因此，法律编纂不同于法律汇编，它并不是一项单纯的技术性活动，而是一种重要的法律创制活动，并且，这项活动只能由有关国家立法机关进行。法律清理，也叫法规清理，是指有关国家立法机关或授权机关根据国家的统一安排或法律的规定，按照一定的程序，对一定时期和范围的规范性法律文件进行审查、清理、整理等，并重新确定

其法律效力的活动。法律清理活动是国家法律、法规创制机关的专有活动，法律清理的主要目的是按照一定的清理目的和标准，重新确定被清理法规的法律效力。

二、执法

(一) 执法的概念

执法又称法的执行，泛指国家机关执行、适用法律的活动，特指国家行政机关及其公职人员的执法活动。执法是法的实施的重要组成部分和基本实现方式。执法的内容和范围十分广泛，凡是涉及国家管理和社会生活各个方面的行政事务，凡属国家经济、政治、文化、社会公共事务等方面的事务，都要通过国家行政机关的执法活动去完成。

(二) 执法的主体

执法的主体有三大类：第一类是各级人民政府，包括中央人民政府和地方各级人民政府。各级人民政府的执法权限由宪法、法律、行政法规或地方性法规规定。第二类执法主体是各级人民政府中享有执法权的下属机构及行政部门，包括工商、税务、物价、金融、公安、铁路、民航、海关、交通、林业、农业、外汇管理、城建、土地管理、房屋管理、技术监督、医疗卫生、烟草专管、劳动安全、商标、专利、人事、教育、文化、新闻、广电、统计等等。第三类执法主体是指那些因法律、法规授权而具有管理社会公共事务职能的组织和按照法律、法规规定，由国家行政机关委托授权依法成立的管理公共事务的事业组织，它们也成为我国执法的一类主体。如国有企业、国办大学等。

(三) 执法的基本原则

执法的基本原则是指国家行政机关及其公职人员在行政执法

活动中所应遵循的基本准则。在我国，执法所应遵循的最基本、最重要的原则有：

1. 法治原则

法治原则即“依法行政”的原则。这是现代法治国家对行政活动提出的最基本的原则。这是因为不仅行政活动涉及的领域广泛、直接关系到国计民生，而且国家行政权力普遍具有自发扩张的趋势，极容易出现权力滥用和发生腐败行为。坚持法治原则，切实依法行政，可以大幅度减少或避免行政越权和行政腐败。要做到依法行政，一要坚持不懈地开展行政立法，使行政执法制度化、法律化；二要加强执法监督，完善监督机制；三要不断提高行政执法人员的法制观念和法律业务素质。

2. 效能原则

效能原则即用最少的人员、最小的机构、最低额的费用、最短的时间，取得最大效果的原则，也就是要迅速、及时、准确、有效地办事。

三、司法

(一) 司法的概念

司法，亦称法的适用，主要指国家检察机关和审判机关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。

与执法比较，司法这种实施法律的专门活动具有这样几个特点：(1) 有很强的权威性和专业性，(2) 有很大的强制性，(3) 有严格的程序性，(4) 有严格的法定性，(5) 有比较明确的法律文书形式。

(二) 司法的基本要求

对司法的基本要求是正确、合法、及时。

1. 正确

正确,首先是指司法机关适用法律时,对案件事实的调查和认定要准确,其次是适用法律要正确。

2. 合法

合法是指司法机关审理案件的活动要符合法律规定,严格依照法定程序进行。

3. 及时

及时是指司法机关审理案件要在保证办案质量的同时提高工作效率,及时受理、及时办案、及时结案,不得任意拖延。

(三) 司法原则

司法的基本原则:司法机关依法独立行使职权;公民在法律面前一律平等;以事实为根据,以法律为准绳;实事求是,有错必纠。

1. 司法机关依法独立行使职权

即审判机关、检察机关以及其他司法机关在办案过程中,依照法律规定独立行使司法权。司法权独立行使原则要求国家的司法权只能由国家的司法机关统一行使,其他任何组织和个人都无权行使此项权力;要求司法机关行使司法权只服从法律,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉;要求司法机关行使司法权时,必须严格依照法律规定和法律程序办事,准确适用法律。

2. 在法律面前人人平等

即司法平等,这一原则是社会主义法律平等原则在司法活动中的具体体现。其基本内容指各级国家司法机关及其司法人员在处理案件、行使司法权时,对于任何公民,不论其民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限等有何差别,也不论其出身、政治历史、社会地位和政治地位有何不

同，在适用法律上一律平等。任何公民的合法权益，都平等地受到法律的保护，他人不得侵犯；任何公民的违法犯罪行为，都应平等地依法受到法律追究和制裁，决不允许其逍遥法外。

3. 以事实为根据，以法律为准绳

以事实为根据，就是司法机关对案件的处理决定，只能以客观事实作基础，不能以其他东西为根据。只有查清了全部事实，才能正确适用法律，对案件作出正确处理。要查清案件事实，就必须重调查研究，重证据，不轻信口供，全面客观地收集证据，并对证据材料进行认真细致的分析研究，作出符合案件事实的结论。

以法律为准绳，就是指司法机关在适用法律时，要严格按照法律规定办事，把法律作为处理案件的唯一标准和尺度。在查办案件的全过程中，必须按照法定权限和法定程序，依据法律的有关规定，确定案件性质，区分合法与违法、一般违法和犯罪等，并根据案件的性质，给予恰当正确的裁决。

4. 实事求是，有错必纠

在法律适用过程中，由于各种原因所致，难免出现错误认定事实，错误作出判决，给公民、法人和其他社会组织的正当利益和合法性造成一定的损害或严重后果。对此，司法机关必须纠正并承担国家赔偿责任。贯彻这一原则，能更好地增强司法机关和司法人员的责任感，防止司法过程中的违法行为，维护公民、法人和其他社会组织的合法权益。在我国，《国家赔偿法》、《法官法》、《检察官法》等对司法责任有明确的规定。

四、法制监督

(一) 法制监督的概念

广义指所有国家机关、社会团体和公民对各种活动是否合法

所进行的监督，狭义指有关国家机关依照法定职权和法定程序对各种涉及法律的活动合法性所进行的监察和督导。法制监督是保障法律实施并实现其社会价值的重要机制，在一定意义上说，没有法制监督就没有良好的法律秩序。

（二）法制监督的构成

1. 法制监督的主体

法制监督的主体分为四大类别：一是国家机关，二是政治组织和社会团体，三是大众传播媒体，四是广大人民群众。国家机关包括权力机关、行政机关和司法机关。其中国家权力机关的监督是最根本的监督，行政机关和司法机关的监督是日常监督。政治组织中包括中国共产党、中国人民政治协商会议、各民主党派、社会团体，主要是工会、妇联、共青团以及其他依法成立的社会团体。其中，中国共产党的监督和共产党领导下的人民政协的监督是最为有效的监督，其他社会团体的监督也发挥着重要作用。社会舆论监督主要是各种大众传播媒体对法律实施情况的监督，随着信息化时代的到来，传媒的舆论监督将发挥越来越大的作用。人民群众是社会主义民主和法制的主体，当然也是法制监督中最强大的力量。

2. 法制监督的客体

法制监督的客体是指对谁实施监督的问题。广义上说，任何个人和组织都是被监督的对象。但从社会主义法制建设的现实出发，国家机关及其公务人员的活动是最主要的监督对象，因为国家机关及其公务人员的活动和行为是否合法，直接关系到法律的尊严和权威，直接涉及公民和社会的利益。

3. 法制监督的内容

法制监督的内容是指监督什么问题。一般来说，主要有三

大方面：第一，国家机关制定的规范性文件是否符合宪法和基本法律；第二，国家机关及其公务人员的活动和行为是否合法；第三，其他社会主体的活动是否违反宪法、法律和其他规范性法律文件的规定。

五、法律解释和法律推理

（一）法律解释的概念

法律解释是通过对宪法、法律、法规、规章等规范性法律文件所表达的立法意图或法的精神的说明，揭示法律的意义，进一步明确法定权利（权力）和义务（责任）界限的国家活动，是立法的继续。法律解释的主体只能是依法赋予解释权的国家机关。至于法学著作中所说的“学理解释”、“无效解释”或“非正式解释”，只不过是专家学者、普通社会团体、公民个人、学者、宣传机构对法的理解、注解或注释，并无法的效力，不能列入法律解释的范畴之内。

（二）法律解释的种类

从法律解释的主体地位及其效力来划分，大体上有以下几种：

1. 立法解释

即由制定法律、地方性法规的国家立法机关对其所制定的法律、法规所作的解释。这有两种情况：一是由全国人大常委会针对宪法和法律条文本本身需要进一步明确界限或补充规定的问题所进行的解释；二是由省、自治区、直辖市人大常委会对其所制定的地方性法规所作的解释。

2. 司法解释

即由最高人民法院和最高人民检察院针对审判和检察工作中

具体应用法律的问题所进行的解释，可细分为审判解释、检察解释、审判与检察的共同解释。

3. 行政解释

即由国务院及其主管部门针对不属于审判和检察工作中的其他法律的具体应用问题以及自己依法制定的法规和规章所进行的解释。

4. 其他解释

其他解释包括：若干国家机关联合进行的解释、国家机关与非国家机关联合进行的法律解释以及国家军事机关所进行的解释等。

（三）法律解释的原则

1. 合法性原则

贯彻合法性原则，首先要求法律解释必须符合法定的权限和程序，其次要求对处于低位（下位）的法律规范的解释必须符合高位（上位）法律规范，最终符合宪法和宪法精神。

2. 合理性原则

法律解释必须符合共产党的基本政策、社会主义道德、社会主义价值观念以及社会经济、政治、文化生活中的基本公理。

3. 整体性原则

整体性原则是法制同一性原则在法律解释中的体现。贯彻整体性原则，首先要求把解释的对象——法律规范或其概念、词语置于它们所处的法律、法规之中来解释，根据该法律、法规总的指导思想来把握其含义，而不能断章取义。其次要求把解释的对象置于它所处的法律部门和整个法律体系之中来解释。

4. 文意与法意相统一的原则

法律、法规是通过文字表达和传播的，法律解释首先要揭示

法条的文意，但仅仅揭示法条的文意是不够的，还必须揭示其法意，即通过文字表达和传播的立法意图。

（四）法律解释的方法

1. 一般解释方法

即通常所说的文字解释、语法解释、逻辑解释（系统解释）等文理解释的方法。它们是指按照法律条文用语的字义、文义及语言的通常使用方式和逻辑规律所作的解释。

2. 限制解释、扩充解释、字面解释

根据解释的尺度不同，法律解释的方法又可分为限制解释、扩充解释和字面解释。限制解释，指在法律条文的字面含义显然比立法原意为广时所作出的比字面含义为窄的解释；扩充解释，指法律条文字面含义显然比立法原意为窄时所作出的比字面含义为广的解释；字面解释，指严格依照法律条文字的含义作出的解释，既不缩小，也不扩大。

（五）法律的推理与类推

司法人员把法律的规范或原则适用于具体的案件的过程，是一个查明案件事实、正确理解法律和把法律落实到具体人头上的过程，是司法人员不断进行法律推理的过程。

司法推理有两种类型，即分析推理和辩证推理。分析推理是运用演绎推理和归纳推理决定案件的方法。演绎推理的特点是，法院有可以适用的法律规则和原则（大前提），通过审理确定的、可以归入该规则或原则的案件事实（小前提），由此法院可以作出判决（结论）。归纳推理是在没有现成的对号入座的法律规则或原则的情况下，法院经常使用的方法。法院适用归纳推理的方法从一系列先前的法院判决或法规中抽象出可以适用于目前案件的规则或原则，然后运用演绎法作出判决。这些是法官们经常使

用的形式逻辑的推理方法。

辩证推理是对各种价值、利益、政策进行的综合平衡和选择。在处理新奇案件时，法官要从法的价值、目的和作用、法的基本原理（原则）、国家和执政党的政策、社会公共道德准则等考虑出发，选择或创立一个适当的规范填补法的空隙。在处理棘手案件时，法官要对各种价值进行平衡和选择，适用在特定问题上价值优越的法律规范。

法律的类推。类推，亦称“类推适用”、“比照适用”，是指执法机关和司法机关在处理具体案件或问题时，援引最相类似或基本类同的法律规定，以解决疑难问题的活动和制度。无论是在中国还是在外国的法律实践中，类推古已有之。许多国家早就把类推制度化和法律化。我国自汉代实行“决事比”以来，“比附援引”、“比引科断”等类推方法，一直是官方认定或法定的审判方法和制度。在西方，类推制度也有悠久的历史。虽然近代以来，大多数国家实行罪行法定主义，从法律上否定了刑事审判中的类推，但类推适用实际上不可能取消，特别是在民事审判中类推是不可避免的。

第二章 行政法

第一节 行政法概述

一、行政法的概念

行政法上的“行政”有其特定的涵义，相对于“私人行政”而言，它是指“公共行政”。具体来说，它是指国家行政机关或依法享有行政权的组织对国家与公共事务的决策、组织、管理和控制。它具体包括以下几层意义：（1）行政活动的实施主体是国家行政机关或其他依法享有行政权的组织；（2）行政活动的范围逐步扩大，现代行政已不限于管理国家事务，还越来越广泛地管理公共事务；（3）行政活动的目的是为了实现对国家与公共事务的组织与管理；（4）行政活动的方法和手段是决策、组织、管理和调控。正是在这些方面，它与立法、司法存在着原则的区别。

行政法是国家重要的部门法之一，是用以调整行政关系以及在此基础上产生的监督行政关系的法律规范和原则的总称。行政法的概念包括两个要素：一是它是国家的一个重要部门法，二是其调整对象是行政关系和监督行政关系，而不是其他社会关系。

二、行政法的特点

行政法作为一个相对独立的部门法，无论在形式上还是内容上都有区别于其他部门法的特点。

（一）行政法在形式上的特点

行政法在形式上，主要有以下两个方面特点：

第一，行政法没有一部能涵盖所有行政管理领域的统一、完整的法典。由于行政法涉及的社会生活领域十分广泛，内容纷繁复杂，某些部分又有较强的专业性、技术性，再加上行政关系变动较快，要制定一部象刑法典、民法典那样系统、完整的行政法典几乎是不可能的。

第二，行政法规规范赖以存在的法律形式、法律文件的数量特别多，居各部门法之首，不仅最高权力机关和地方权力机关可以制定，而且有权行政机关也可以依法制定。这就使得行政法规的表现形式繁多、种类不一，具有多种法律渊源。

（二）行政法在内容上的特点

行政法在内容上，主要有以下三个特点：

第一，行政法的内容广泛。行政法的内容从行政组织，行政管理到行政救济，从税务管理、公安管理、民政管理到卫生管理、教育文化管理，包罗万象，这是由现代行政发展的特点决定的。现代行政已不限于治安、国防、税收、财政、外交等领域，而且还扩展到工商、卫生保健、劳动保护、妇女、儿童保障、社会福利等在内的几乎所有的社会生活领域。因此，行政法在其内容上呈现出广泛性。

第二，以行政法规、规章为主要表现形式的行政法规规范易于变动。一般来说，法律规范都具有一定的稳定性。在行政法规规范中，以行政法规、规章形式表现的具体规范其稳定性相对比行政法律的稳定性要差得多。

第三，行政法的实体性规范与程序性规范总是交织在一起，并往往共存于一个法律文件之中。

三、行政法的基本原则

行政法的基本原则即行政法治原则，是贯穿于行政法关系中，指导行政法的制定与实施的根本准则，具有其他任何原则不能替代的作用。行政法基本原则主要有以下作用：（1）指导行政法的制定、修改、废止等立法工作；（2）有助于对行政法的学习、研究和解释；（3）指导行政法的实施，发挥执法者的主观能动性，防止发生执法偏差或执法错误；（4）弥补行政法规范的漏洞，直接作为行政法运用。它对行政主体的要求可概括为依法行政，具体可分解为行政合法性原则、行政合理性原则、行政应急性原则。事实上，“公民必须守法”、“依法监督行政行为”等也是行政法治原则的内在要求。

（一）行政合法性原则

行政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，简称合法性原则。合法性原则在行政法中具有非常重要的地位，可以说，在任何一个推行法治的国家，合法性原则都是其行政法律制度的重要原则。合法性原则要求行政机关实施行政管理不仅应遵循宪法、法律，还要遵循行政法规、地方性法规、行政规章、自治条例和单行条例等，既要合乎实体法，又要合乎程序法。

合法性原则的具体内容因各国法律制度不同而有所不同，但通常包括以下几个方面：

1. 行政职权必须基于法律的授权才能存在

行政职权必须基于法律的授权才能存在，任何没有法律根据的行政职权都是不应存在的。

2. 行政职权必须依据法律行使

依据法律行使行政职权是合法性原则为行政主体设定的一项义务或职责，职权和职责是统一的。行政职权相对于相对方而言是一种权力，而相对于国家来说则是一种义务。合法性原则要求行政主体行使职权既要符合实体法，又要符合程序法，不得不履行或拖延履行法定职责。

3. 行政授权、行政委托必须有法律依据、符合法律要旨

合法性原则要求行政授权或行政委托都必须有法律的明文规定，按法定程序进行，不得背离法律要旨。合法性原则的三方面内容是有机的统一体，不可或缺。

(二) 行政合理性原则

行政合理性原则可简称合理性原则，它是行政法治原则的另一个重要组成部分，指行政行为的内容要客观、适度、合乎理性，其产生的主要原因是由于行政自由裁量权的存在。合理性原则要求行政机关必须合理地行使自由裁量权。该原则的出现和运用是行政法的一个重大发展。

合理性原则作为一个普遍适用的行政法原则，有如下具体的内容：(1) 行政行为应符合立法目的；(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，且不应受不相关因素的影响；(3) 平等地适用法律规范，不得因人因事因时因地不同而异，对相同事实与情况应相同对待；(4) 符合自然规律，如符合法律规定的“合理采伐林木”、“合理利用土地”等；(5) 符合社会道德，如职业道德、社会公德，不违背善良风俗。

(三) 行政应急性原则

应急性原则是现代行政法治原则的重要内容，指在特殊的紧急情况下，出于国家安全、社会公共利益的需要，行政机关可以采取没有明确法律依据的或与通常状态下的法律规定相抵触的措

施。它是合法性原则的例外，但应急性原则并非排斥任何法律控制，不受任何限制的行政应急权力同样是行政法治原则所不容许的。一般而言，行政应急权力的行使应符合以下几个条件：（1）存在明确无误的紧急危险；（2）非法定机关不得行使应急权力，否则无效，除非事后经有权机关作出特别决定予以追认；（3）行政机关作出应急行为应接受有权机关的监督，尤其是权力机关的监督；（4）应急性权力的行使应该适当，应将负面损害控制在最小的范围内。

四、行政法关系

行政法关系是指由行政法调整的具有行政法上权利与义务内容的法律关系。其含义可从以下几方面来理解；（1）受行政法调整的社会关系主要是行政关系和监督行政关系。（2）行政法关系是行政法对行政关系和监督行政关系进行调整后所形成的法律关系。（3）行政法关系具有行政法上的权利与义务内容。行政法关系主要有两类法律关系，即行政法律关系和监督行政法律关系。

（一）行政法律关系

行政法律关系是指由行政法调整的在行政主体行使职权时与相对方形成的权利与义务关系。它可以不同标准或不同角度进行分类。可分为内部行政法律关系与外部行政法律关系、行政实体法律关系与行政程序法律关系。行政法律关系由主体、客体、内容等要素构成。行政法律关系主体亦称行政法律关系当事人，指在行政法律关系中权利与义务的享有者和承担者，包括行政主体和行政相对方。行政法律关系客体是指行政法律关系当事人的权利义务所指向的对象，包括：物质财富、精神财富和行为等。行政法律关系的内容是指行政主体和行政相对方在行政法律关系中

所享有的权利和所承担的义务。

行政法律关系具有如下特征：(1) 行政法律关系当事人一方必须是行政主体。(2) 行政法律关系具有非对等性，即行政法律关系当事人双方的权利义务不对等。(3) 行政法律关系的内容一般是法定的，即行政法律关系当事人之间通常不能相互约定权利义务，不能自由选择权利和义务，必须依据法律享有权利并承担义务。(4) 行政主体实体上的权利义务是重合的。(5) 大多数的行政法律关系争议由行政机关或行政裁判机构依行政程序或准司法程序解决，只有在法律有规定的情况下，才可通过法院适用司法程序解决。

(二) 监督行政法律关系

监督行政法律关系是基于对行政权力控制的需要依法产生的，是指国家有权机关或其他依法享有监督行政权的主体在监督行政行为过程中，与行政主体之间形成的具有行政法上权利义务内容的法律关系的总称。含有以下几个要素：(1) 它是国家有权机关或其他依法享有监督行政权的主体与行政主体之间依法形成的关系；(2) 它是在监督行政行为过程中形成的；(3) 它是一种被行政法调整后具有行政法上的权利义务内容的法律关系；(4) 其客体主要是行政主体的行政行为。

监督行政法律关系与行政法律关系既有区别又有联系。它们的区别主要在于：(1) 在行政法律关系中，行政主体始终处于主导地位，而在监督行政法律关系中，监督主体如权力机关、司法机关、上级行政机关等处于主导地位，行政主体处于受监督地位。(2) 在行政法律关系中相对于行政主体的另一方是公民、法人或其他组织，而在监督行政法律关系中，相对于行政主体的另一方是监督主体。(3) 行政法律关系的客体包括物质财富、精神

财富、行为等；而监督行政法律关系的客体主要是行政主体的行政行为。它们的联系主要在于：（1）监督行政法律关系是在行政法律关系的基础上产生的；（2）二者之间相互影响，监督行政法律关系的变化可能导致行政法律关系的产生、变更与消灭。相对于行政主体而言，监督行政法律关系的非对等性与行政实体法律关系中的非对等性是倒置的，这两种倒置的结合体现了行政法的平衡精神。

但监督行政法律关系仍有自己的一些基本特征：（1）监督行政法律关系是一种多重复杂的法律关系。在我国，依法对行政有监督权的主体很多，如权力机关、司法机关、上级行政机关等，这些监督主体在监督行政过程中，分别与行政主体形成不同的监督行政法律关系，这些关系并非完全分离，更多时候是相互交叉的；（2）监督行政法律关系包含着行政诉讼法律关系，行政诉讼法律关系是以审判机关为监督主体的重要的监督行政法律关系，也是一种依申请的外部监督行政法律关系；（3）监督行政法律关系当事人之间的权利上多具有非对等性，一般来说，监督主体居于主导地位，与被监督主体相比，享有较多的权利；（4）监督行政法律关系的客体只能是行政行为。

五、行政法主体

行政法主体是指在行政法关系中权利和义务的享有者与承担者。因行政法关系包括行政法律关系和监督行政法律关系，这些法律关系的主体即行政法律关系主体和监督行政法律关系主体都包含于行政法主体之中。

行政法律关系主体即行政法律关系当事人，指在行政法律关系中权利与义务的享有者和承担者，包括依法享有和行使行政职

权、能够实施行政管理活动的机关、组织和个人，以及作为行政管理相对方的公民、法人或其他组织。依法享有行政职权并在其法定权限范围内实施行政管理活动的机关，一般统称为行政机关，而依法享有一定行政职权能够在其职权范围内实施行政管理活动的组织，即指法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织，在行政法中，它与行政机关统称为行政主体。行政主体是指享有国家行政权，能以自己的名义行使行政权，并能独立承担因此而产生的相应法律责任的组织。依法享有和行使行政职权，能够实施行政管理活动的个人，是指行政机关的工作人员即公务员。行政机关的工作人员或公务员不属行政主体的范畴。公务员是指各级国家行政机关中依法行使国家行政权，执行国家公务的、除工勤人员以外的工作人员，我国公务员不仅包括中央人民政府的工作人员，而且还包括地方各级人民政府的工作人员，其范围与公务员法的适用范围是一致的。对公务员在行使行政职权过程中的违法失职行为不得适用行政处罚法，而应由行政机关系内部依公务员法给予制裁，大多数情况是行政处分，如触犯刑律的，则追究其刑事责任。

监督行政法律关系主体是指在监督行政法律关系中享有权利和承担义务的人或组织。我国监督行政法律关系主体主要有国家立法机关、国家行政监察机关、国家司法机关以及行政主体。

在特定条件下，公民、法人或其他组织也可以成为监督行政法律关系的主体。但国家机关并非在每一个具体的监督行政法律关系中都具有主体资格，在具体的监督行政法律关系中，只有有权监督的国家机关才能成为特定的监督行政法律关系的主体。公民、法人或其他组织只有在行政诉讼法律关系中才具有监督行政法律关系主体的地位。

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实施行政管理活动、行使行政职权过程中所作出的具有法律意义的行为。它包括下列几个要素：1. 行政行为是行政主体作出的行为，即主体要素；2. 它是行政主体行使行政职权、履行行政职责的行为，即职权、职责要素；3. 它是具有法律意义的行为，即行政行为具有行政法律意义和产生行政法律效果的性质，且是一种能影响相对方权利义务的行为。

行政行为的主要特征有：

（一）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，依法行政是民主、法治的要求，也是由行政主体的法律地位所决定的。

（二）裁量性

任何法律，无论如何严密，都不可能将每一个行政行为的每一个细节都予以规定，再说，现代国家社会经济在急剧发展变化，而法律具有相对稳定性，不能朝立夕改。故此，在立法时，就必须给行政机关一个可以自由裁量的余地，以便能灵活地处理新的行政关系；否则，行政机关将无法有效地实施行政管理，可能会造成国家或社会利益的重大损失。具有一定裁量性作为行政行为的一大特征，即是由它的权力因素（自由裁量权）的存在所决定的。

（三）单方意志性

行政行为是行政主体行使国家行政权的行为，只要在行政组织法或法律、法规的授权范围内，便可自行决定和直接实施，而无需与行政相对方协商或征得其同意。

（四）效力先定性

效力先定，是指行政行为一经作出，就事先假定其符合法律规定，在未被国家有权机关依法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具有约束力，任何个人或团体都必须遵守和服从。但这并不意味着行政行为必定正确、合法、不可否定，不过要经国家有权机关依职权和法定程序审查认定。

（五）强制性

行政行为是行政主体代表国家，以国家名义实施的行为，故其以国家强制力作为实施的保障。但这并不是说，所有的行政行为都必须强制实施，只是概括地阐明行政行为具有以国家强制力作后盾，以保证其得以实施的性质。

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其权利、义务上所产生的具体影响，亦即对相对方的权利、义务作出某种具体处理和决定。行政行为不同，其内容亦有所不同，因此行政行为的内容具有复杂性、多样性。下面仅根据各类行政行为对相对方的权利、义务产生的影响及其引起的法律效果将其作一归纳和概括：

1. 赋予权益或科以义务。

赋予一定的权益具体表现为赋予相对方一种法律上的权能、

权利或利益，包括行政法上的权益，也可能包括民法上的权益。科以一定的义务是指行政主体通过一定方式命令相对方为一定行为或不为一定行为。包括单纯行为上的义务、财产义务，还包括人身义务。

2. 剥夺权益或免除义务

剥夺权益是指使行政相对方原有的法律上的权能或权利、利益丧失，如吊销许可证和执照等。免除义务是指行政行为的内容表现为相对方原来所负有的义务予以解除，不再要求其继续履行义务。

3. 变更法律地位

变更法律地位就是指行政行为对相对方的原来存在的现在具有的法律地位予以改变。

4. 确认法律事实与法律地位

确认法律事实是指行政主体通过行政行为对某种法律关系有重大影响的事实是否存在依法予以确认。确认法律地位是指行政主体通过行政行为对某种法律关系是否存在以及存在范围的认定，或者是通过一定的行政方式对相对方是否具有某种权能从法律上予以认定。

(二) 行政行为的效力

行政行为成立便对行政主体和行政相对方产生法律上的效力。一般说来，行政行为具有以下效力：

1. 行政行为具有确定力

它是指有效成立的行政行为，具有不可变更性。即非依法不得随意变更或撤销和不可争辩力。

2. 行政行为具有拘束力

它是指行政行为成立后，其内容对有关人员或组织产生法律

上的约束力，有关人员或组织必须遵守、服从，主要表现为对行政主体和行政相对方的拘束力。

3. 行政行为具有公定力

所谓“公定力”，是指行政主体作出的行政行为，不论合法还是违法，都推定为合法有效，相关当事人都应当先予以遵守和服从，这是行政效率原则的要求。

4. 行政行为具有执行力

它是指行政行为生效后，行政主体依法有权采取一定手段，使行政行为的内容得以实现的效力。

三、行政行为的分类

行政行为根据不同的标准可以作不同的分类。下面介绍几种以不同标准分别对行政行为所作的主要分类：

（一）内部行政行为与外部行政行为

这是以行政行为的适用与效力作用的对象范围为标准所进行的分类。内部行政行为是指行政主体在内部行政组织管理过程中所作出的只对行政组织内部产生法律效力的行政行为，如行政处分等。外部行政行为是指行政主体在对社会实施行政管理过程中，针对公民、法人或其他组织作出的行政行为，如行政许可行为等。

（二）抽象行政行为与具体行政行为

这是以行政行为的对象是否特定为标准对其所作的划分。抽象行政行为是指以不特定的人或事为管理对象，制定具有普遍约束力的规范性文件的行政行为，如制定行政法规、行政规章等行政行为，它包括行政立法与制定不具有法源性的规范性文件的行政行为。具体行政行为是指行政主体在行政管理过程中，针对特定的

人或事采取具体措施的行为，其行为的内容和结果将直接影响某一个人或组织的权利或义务，其最突出的特点就是行为对象的特定化和具体化。

（三）羁束行政行为与自由裁量行政行为

这是以行政行为受法律规范拘束的程度为标准所作的分类。羁束行政行为是指法律规范对行政行为的范围、条件、标准、方式、程序等作了较详细、具体、明确规定的行政行为。如税务机关征税，只能根据法律、法规规定的征税范围、征税对象以及税种、税目、税率来进行税收征管，在这些方面，税务机关没有选择、裁量的余地。自由裁量行政行为是指法律规范仅对行为目的、行为范围等作一原则性规定，而将行为的具体条件、标准、幅度、方式等留给行政主体自行选择、决定的行政行为。

（四）依职权的行政行为与依申请的行政行为

这是以行政主体是否可以主动作出行政行为为标准所作的分类。依职权的行政行为是指行政主体依据法律设定或授予的职权，无须相对方的申请而主动实施的行政行为，如税务机关实行征税行为，是典型的依职权的行政行为。依申请的行政行为是指行政主体必须根据相对方的申请才能实施的行政行为，非经相对方的请求，行政主体不能主动作出行政行为，如颁发营业执照、经营许可证等行政行为。

（五）单方行政行为与双方行政行为

这是行政行为成立时依参与意思表示的当事人数目为标准所作的分类，单方行政行为是指行政主体通过自己单方意思表示，无须征得相对方同意即可成立的行政行为，如行政处罚行为等。双方行政行为是指行政主体为实现公务目的，与相对方协商达成一致而成立的行政行为，如行政合同行为等。这种行为的基本特

征在于行政行为必须征得相对方同意方能成立，即相对方的最后同意是双方行政行为有效成立的必备条件。

（六）要式行政行为与非要式行政行为

以行政行为是否应当具备一定的法定形式为标准，行政行为可分为要式行政行为与非要式行政行为。所谓要式行政行为是指必须具备某种法定形式或遵守法定程序才能成立生效的行政行为。例如税务机关对违反税收征收管理规定的相对方科处罚款，则必须依法以书面形式并加盖公章才能有效。所谓非要式行政行为，是指不需一定方式和程序，无论采取何种形式都可以成立的行政行为，如公安机关对酗酒的人采取强制约束的行为。

（七）作为行政行为与不作为行政行为

这是以行政行为是否以作为方式表现为标准所作的分类。所谓作为行政行为是以积极作为的方式表现出来的行政行为，如行政奖励、行政强制行为等。所谓不作为行政行为，是指以消极不作为的方式表现出来的行政行为。

（八）行政立法行为、行政执法行为与行政司法行为

这是以行政权作用的表现方式和实行政行为所形成的法律关系为标准所作的分类。行政立法行为是指有权行政机关依法定职权和程序制定行政法规和行政规章的行政行为，它所形成的法律关系是一种拟制的法律关系，以行政主体为一方与以不确定的相对方形成的一种拟制权利义务关系。行政执法行为是指行政主体依法实施的直接影响相对方权利义务的行为，或者对个人、组织的权利义务的行使与履行情况进行监督检查的行为。它形成的法律关系是以行政主体为一方，以被采取措施的相对方为另一方所形成的具体权利、义务关系。具体包括行政许可、行政确认、行政奖励、行政处罚、行政强制、行政监督检查等行政行为。行

政司法行为是指行政主体作为争执双方以外的第三者，按照准司法程序审理特定行政争议或民事争议案件，并作出裁决的行为。它所形成的法律关系是以行政主体为一方，以发生争议的双方当事人各为一方而形成的三方法律关系，具体包括行政裁决、行政仲裁、行政复议等行为。

四、行政行为的合法要件

(一) 行政行为的一般要件

行政行为的作出或者形成，即行政行为的成立，是指行政行为是否存在或正在延续。行政行为成立后并不意味着该行政行为一定是合法有效的行为，只有完全符合行政行为的合法要件的行政行为，才是合法有效的。行政行为的合法要件是指行政行为合法成立而产生法律上的约束力所应具备的基本要素，或应当符合的法定条件。从法律对行政行为的规定和要求来看，各类行政行为有其共同应当符合的合法要件，也有各自特有的一些法定条件。前者称之为一般要件，后者称之为特别要件。这里只就各类行政行为所应共同符合的合法要件即一般要件作一概括。

1. 行政行为的主体应当合法

这是行政行为合法有效的主体要件。所谓主体合法是指实施行政行为的组织必须具有行政主体资格，能以自己的名义享受权利、承担法律责任。只有具备行政主体资格的组织所为的行政行为，才可能是合法有效的。

行政行为的主体合法应包括以下几项具体要求：

(1) 行政机关合法

指实施行政行为的行政机关必须是依法成立，并具有行政主体资格。

(2) 人员合法

主要是指实施行政行为的人员必须是在行政机关具有法定职务、法定资格的，并能代表行政机关对外行使职权的工作人员，即必须具备合法的公职身份。

(3) 委托合法

委托合法是指行政机关的委托必须合法，它主要表现在以下三个方面：第一，委托的行政机关必须具有合法委托权限。第二，接受委托者必须具备从事行政活动的的能力。第三，被委托者必须在委托权限内实施行政行为。

2. 行政行为应当符合行政主体的权限范围

权限合法是指行政行为主体必须在法定的职权范围内实施行政行为，必须符合一定的权限规则，这是行政行为合法有效的权限方面的要件。行政职权的限制表现在以下几方面：(1) 行政事项管辖权的限制。(2) 行政地域管辖权的限制。(3) 时间管辖权的限制。(4) 手段上的限制。(5) 程度上的限制。(6) 条件上的限制。(7) 委托权限的限制。

3. 行政行为的内容应当合法、适当

这是行政行为的内容要件。行政行为的内容合法是指行政行为为所涉及到的权利、义务，以及对这些权利、义务的影响或处理，均应符合法律、法规的规定和行政法的基本原则。所谓行政行为的内容适当，是指行政行为的内容要明确、适当，而且应当公正、合理。具体地说，行政行为的内容合法、适当包括以下几项要求：(1) 符合法律、法规的规定。(2) 符合法定幅度、范围。(3) 行政行为的内容必须明确具体而不能含糊、模棱两可。(4) 行政行为的内容必须适当，即行政行为的内容必须符合实际，切实而可行。(5) 行政行为必须公正、合理。

4. 行政行为应当符合法定程序

行政主体实施行政行为，必须按照法定程序进行，不得违反法定程序任意作出某种行为。程序合法成为行政行为的合法要件之一。行政行为应当符合法定程序有两项具体要求：其一，必须符合与该种行政行为性质相适应的程序要求。例如，行政法规的制定必须遵循规划、起草、征求意见、审查、审议、发布等步骤。其二，必须符合程序的一般要求，如说明理由规则、表明身份规则、听取意见规则等。行政机关违反法定程序，其行为将会导致无效而成为予以撤销的根据之一。

(二) 行政行为的无效、撤销与废止

行政行为成立后，由于行政行为合法要件缺损或行政行为不适当或不符合法律、法规规定的其他情形或严重违背行政法的基本原则可能会导致行政行为的无效、撤销与废止，从而造成各自相应的法律后果。

1. 行政行为的无效

(1) 行政行为无效的条件

如果行政行为具备下述情形，行政相对方可视之为无效行政行为，可申请有权国家机关或由有权国家机关依职权宣布该行为无效：①行政行为具有特别重大的违法情形或具有明显的违法情形。②行政主体不明确或明显超越相应行政主体职权的行政行为。③行政主体受胁迫作出的行政行为。④行政行为的实施将导致犯罪。⑤没有可能实施的行政行为。

(2) 无效行政行为的法律后果

行政行为如果被宣布为无效，其法律后果有：①行为相对方可在任何时候请求有权国家机关宣布相应行政行为无效。②行政行为被宣布无效后，行政主体通过该行为从行政相对方获得的一

切均应返还相对方；所施以相对方的一切义务应取消；对相对方所造成的实际损失，均应赔偿。总之，行政行为被宣布无效后，被该无效行政行为改变的状态应尽可能恢复到行为以前的状态。

2. 行政行为的撤销

行政行为的撤销是指在具备可撤销的情形下，由有权国家机关作了撤销决定后使之失去法律效力。它不同于行政行为的无效，无效行政行为自始无效，而可撤销的行政行为只有在被撤销后才失去效力。

(1) 行政行为撤销的条件

行政行为撤销的条件如下：① 行政行为合法要件缺损。合法的行政行为具备主体合法、内容合法、程序合法三要素，任何行政行为如缺损其中一个或一个以上要件，该行政行为就是可被撤销的行政行为。② 行政行为不适当。不适当的行政行为也是可撤销的行政行为。所谓“不适当”是指相应行政行为不合理、不公正、不符合现行政策、不合时宜、不合乎有关善良风俗等情形。

(2) 行政行为被撤销的法律后果

行政行为撤销的法律后果如下：① 行政行为自被撤销之日起失去法律效力，撤销的效力可一直追溯到行政行为作出之日。② 行政行为如果被撤销是因行政主体过错而引起的，且依社会公益的需要又必须使撤销效力追溯到行为作出之日，那么，由此造成相对方的一切实际损失应由行政主体予以赔偿。③ 如果行政行为的撤销是因相对方的过错或行政主体与相对方的共同过错所引起的，撤销的效力通常应追溯到行为作出之日，过错方各依自己的过错程度承担相应法律责任（赔偿责任）。

3. 行政行为的废止

(1) 行政行为废止的条件

行政行为具有确定力，一经作出不得随意废止。只有在具备下列法定情形之下，方可依法定程序予以废止：①行政行为所依据的法律、法规、规章、政策等经有权机关依法修改、废止或撤销，依此作出的相应行政行为如继续实施，则与新的法律、法规、规章、政策相抵触，或失去其作出依据而自动废止。②国际、国内或行政主体所在地区的形势发生重大变化，原行政行为的继续存在将有碍社会政治、经济、文化发展，甚至将会给国家和社会利益造成重大损失。③行政行为已完成原定的目标、任务，实现了国家的行政管理目的，从而没有继续存在的必要。

(2) 行政行为废止的法律后果

行政行为废止的法律后果如下：①行政行为废止后，其效力从行为废止之日起失效，行政主体在行为被废止之前通过相应行为已给予相对方的权益不再收回也不再给予；相对方依原行政行为已履行的义务不能要求给予补偿，但可不再履行义务。②行政行为的废止如果是因法律、法规、规章、政策的废除、修改、撤销或形势变化而引起的，此种废止给相对方利益造成损失的，行政主体不负赔偿责任。

五、抽象行政行为

(一) 抽象行政行为的概念与特征

抽象行政行为是具体行政行为的对称，其对象具有普遍性，故又称普遍行政行为。从动态上讲，抽象行政行为是指国家行政机关针对不特定的人和事制定具有普遍约束力的行为规则的活动；从静态上讲，抽象行政行为是指国家行政机关针对不特定的

人和事制定出来的具有普遍约束力的行为规则，包括行政法规、行政规章，具有普遍约束力的决定、命令等。

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，其所针对的是某一类人或事，而非特定的具体的人或事。(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约束力，同时带有后及力，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) 准立法性。抽象行政行为在性质上属于行政行为，但它又具有法律的特征，带有普遍性、规范性、强制性。(4) 不可诉性。抽象行政行为不能成为行政诉讼的直接对象，这是行政诉讼法所直接作出的规定。

(二) 抽象行政行为的分类

抽象行政行为有时指行政机关依法制定规范性文件的活动，即动态意义上的抽象行政行为；有时指行政机关依法制定出来的规范性文件，即静态意义上的抽象行政行为。可以从不同角度，以不同的标准，对抽象行政行为进行各种不同的分类。

最常见的分类，是以其规范程度与效力等级为标准，将抽象行政行为分为以下两类，即：(1) 行政立法行为，即国家有权行政机关依法定职权与程序制定行政法规或行政规章的活动。(2) 行政机关除行政立法以外的其他抽象行政行为，主要指行政机关针对广泛的、不特定的人或事规定行政措施、发布决定和命令的行为。

(三) 行政立法行为的概念与特征

行政立法是指国家有权行政机关依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，也就是说，行政立法一方面具有行政的性质，是一种抽象

行政行为，另一方面具有立法的性质，是一种准立法行为。

行政立法行为具有如下两方面的特征：

1. 行政立法的行政性

行政立法的行政性主要表现在：（1）行政和立法主体是国家有权行政机关。（2）其所调整的对象主要是行政管理事务以及与行政管理事务有密切联系的事务。（3）其根本目的是为了实施和执行权力机关制定的法律，实现行政管理职能。

行政立法虽然具有行政性，但它又区别于具体行政行为：（1）并非所有的行政机关都享有行政立法权并能进行行政立法，但所有的行政机关都依法享有在一定的管辖范围内依职权实施具体行政行为的权力。（2）行政立法的对象是普遍的、不特定的，而具体行政行为的对象是个别的、特定的。（3）行政立法所立之法的时间效力一般长于具体行政行为，且是具体行政行为作出的主要依据。（4）行政立法程序一般比各具体行政行为程序要更正式、严格。

2. 行政立法的立法性

行政立法的立法性主要表现在：（1）它是国家有权行政机关以国家名义创制规范性法律文件的活动。（2）行政立法所制定的行为规则属于法的范畴，具有法的基本特性。（3）行政立法必须遵循相应的立法程序。

尽管行政立法具有立法性，还是有别于权力机关的立法，这些区别主要在于：（1）立法主体不同。行政立法主体是国家有权行政机关，而后者是权力机关即全国人大及其常委会和地方各级人大及其常委会。（2）立法权的来源不同。行政立法权有的是直接由宪法、法律设定的，有的是来自于权力机关或上级行政机关的授权，而权力机关的立法权直接来自于人民的权力，由宪法直

接设定。(3) 所立之法的内容、表现形式及其效力等级不同。行政立法的内容通常是与国家政治、经济、文化事务中相关的具体的行政管理问题,而权力机关立法的内容涉及的是国家政治、经济、文化的重大问题和基本制度。行政立法一般只能以行政法规、行政规章为表现形式,而权力机关的立法之表现形式为法律、地方性法规、自治条例、单行条例等。且行政立法所立之法的效力等级相对来说要低于权力机关所立之法。(4) 立法程序不同。权力机关进行立法的程序要比行政立法更正式、严格得多,行政立法程序则相对较简单、灵活。(5) 立法效果不同。权力机关立法的稳定性比行政立法的稳定性要强,在时间上效力也要长于行政立法,但行政立法比权力机关立法的灵敏度要高,针对性、适应性要强。

(四) 行政立法的主体与分类

1. 行政立法的主体

行政立法主体是指依法取得行政立法权,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人民政府,(7) 作为经济特区的市人民政府。

2. 行政立法的分类

行政立法依据不同的标准,可作不同的分类。(1) 依其立法权的来源不同,可分为一般授权立法与特别授权立法。一般授权立法是指国家行政机关直接依照法律规定的职权制定行政法规与规章的活动,也称行政职权立法。特别授权立法是指行政机关依据特定法律授权,或接受权力机关、上级行政机关通过专门决议

的委托，制定规范性法律文件的活动。(2) 依行政立法的主体不同，可分为中央行政立法和地方行政立法。中央行政立法泛指国务院制定行政法规和国务院各部、委制定部委规章，以及国务院直属机构制定其他规范性文件的活动。地方行政立法指一定层次的地方人民政府制定地方规章的活动。(3) 依行政立法的内容、目的不同，可分为执行性、补充性、试验性立法。执行性立法是指为了执行法律、法规以及上级人民政府发布的规范性文件而作出具体规定的活动。补充性立法是指为了补充已颁行的法律、法规的内容而制定规范性文件的活动。试验性立法是指行政机关对应由法律规定的事项根据特别的授权作出试行性规定的行政立法活动。

(五) 行政立法的原则

行政立法原则是贯穿于行政立法的始终，通过各种行政法律规范所体现的一种基本准则。这种准则体现于行政和立法过程中，并统率和指导着整个行政立法过程。根据我国的法律理论，结合我国的行政立法实践，下述原则应当作为行政立法的基本原则。

1. 依法立法原则

行政立法必须依法进行。“依法”中的法主要指宪法和法律，但也包括行政法规、地方性法规、自治条例、单行条例。依法立法原则包含三层含义：(1) 依据宪法和行政组织法规定的权限立法。(2) 依据法律、法规关于相应问题的规定立法。进行行政立法时，要遵循有关法律、法规对相应问题的有关规定，行政立法的内容必须符合法律、法规的规定，不得与法律、法规对相应问题之规定相抵触。行政法规不能与宪法和法律相抵触，行政规章不能与法律、行政法规或上级的行政规章相抵触。(3) 依据法

律、法规规定的程序立法，如国务院制定行政法规须遵循《行政法规制定程序暂行条例》所设定的程序规则。

2. 立法民主原则

立法民主原则是指行政机关依照法律规定进行行政立法时，应通过各种方式听取各方面的意见，保证民众广泛地参与行政立法。立法民主原则包括以下几方面的内容：（1）行政立法草案应提前公布，并附以立法说明，包括行政立法之目的、立法机关、立法时间、所涉及的行政管理事项及措施等内容，让人民有充分的时间发表对特定行政事项立法的意见。（2）将听取意见作为行政立法所必经的环节和法定程序。（3）要向人民公布对其立法意见的处理结果。（4）要正式公布已通过的行政立法文件，对直接涉及公民权利义务的行政立法应特别规定实施时间。（5）设置专门的行政立法咨询机关和咨询程序，对特别重要的行政立法进行专门咨询，并作为必经程序。（6）违反立法民主原则的行政立法应当视为无效。

3. 加强行政管理与增进权益相协调的原则

行政立法一方面要为国家行政管理活动的实施提供具体的法律依据，以保证行政管理活动的顺利进行，维护国家和社会生活的正常秩序。另一方面当行政立法涉及到对公民行使民主权利的行为进行管理时，必须注意应予合理适当地规定，不能不适当限制以至剥夺公民的合法权益。要注意正确处理好维护行政权力的有效行使与保障公民、法人或其他组织的合法权利（益）之间的关系。行政立法要正确协调好维护行政权力之有效充分行使与全面努力保障和促进相对方权益的关系，行政立法要在社会协调发展、稳定与繁荣、社会公平与行政效率之间求得平衡。

（六）行政立法程序

行政立法程序是指行政立法主体依法定权限制定行政法规和行政规章所应遵循的步骤、方式和顺序。具体指行政机关依照法律规定，制定、修改、废止行政法规和规章的活动在时间和空间上的表现形式。行政立法程序应由宪法、法律作原则性规定，然后再由配套的法规作具体、详尽的规定，这样既可防止程序的任意性，又可使立法程序的操作性更强一些。至今为止，我国尚无对行政立法程序作出系统规定的基本法律。下面根据国务院《行政法规制定程序暂行条例》的规定，结合近年来的立法实践，对行政立法程序作一概括性的阐述：

1. 规划

规划是指各级人民政府的法制机构根据国民经济和社会发展规划五年计划所规定的任务编制的有指导性的五年规划和年度计划。它的主要内容包括一定时期里的行政法规、规章的拟定、修改、补充、清理等各项工作。规划可以根据实际情况和形势的发展，由政府法制机构作出适当调整。

2. 起草

起草是指对列入规划需要制定的行政法规和规章，由人民政府各主管部门分别草拟法案。较为重要的行政法规和规章，其主要内容涉及几个部门业务的，由政府法制机构或主要的部门负责，组成由有关部门参加的起草小组进行起草，若其主要内容不涉及其他部门业务的，由主管部门负责起草。起草工作中应注意是否要制定实施细则，起草小组或人员除主管部门、有关部门之外，应吸收有关业务专家或法律专家参加，以便从不同方面对草案提出意见。草案应在广泛调查研究、充分收集并分析有关资料的基础上形成，并力求做到内容切实可行，形式完整，结构严谨。

3. 征求意见

制定行政法规、规章最具有实质意义的程序是征求意见。在起草法案过程中或初稿拟定后，应当征求公民、社会的意见。若涉及其他主管部门的业务，应当与有关部门协调，对于直接涉及相对方利益的重要的行政法规和规章的草案，应当进行公开讨论，听取群众和有关专家的意见，特别是利益相关者的意见。听取各种意见时，应当场笔录，以作修改草案之用。

4. 审查

审查是指行政法规、规章草案拟定之后，送交政府法制机构进行审议、核查的制度。政府法制机构是审查草案的职能机构。审查的主要内容是草案的必要性与可行性，是否符合党和国家的方针、政策、法律以及上一层次的规范性文件的规定，是否在本机关职权范围内，草案的结构、文字等方法技术是否规范，等等。审查后，写出审查报告，提出是否提交行政会议讨论通过。

5. 通过

通过是指草案在审查完毕后，由主管机关的正式会议讨论表决的制度。即主管机关以全体会议或常务会议根据法制机构的审查报告对草案进行表决。

6. 发布与备案

行政立法机关正式会议通过的行政法规、规章须经行政首长签署后通过适当途径公布于众。法律规定必须备案的，需交权力机关或上级行政机关备案。

六、具体行政行为

具体行政行为是相对抽象行政行为而言的，是指行政主体在行使行政职权、实施行政管理活动过程中，针对特定的人或事采

取具体措施的行为，其行为内容和结果将直接影响某个人或组织的权益。其最突出的特点是行为对象的特定化和具体化，即是某个人或组织，或者是某一具体的社会事项。具体行政行为一般包括行政征收、行政许可、行政确认、行政监督检查、行政处罚、行政强制、行政给付、行政裁决等。

（一）行政征收

1. 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。

行政征收的主要特征为：（1）行政征收是行政主体针对公民、法人或其他组织实施的一种单方面具体行政行为。（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。

2. 行政征收的内容与分类

行政征收从我国现行法律、法规的规定来看，其内容主要有：（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。

根据行政征收发生的原因这一划分标准，行政征收可分为：（1）因使用权而引起的征收。资源费、建设资金的征收可归入此类。（2）因行政法上的义务而引起的征收，如税收、管理费的征收等可归入此类。（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。

3. 有关税收征收的一些具体规定

税收征收是税务机关（指各级税务局、税务分局和税务所）依据有关税收征收的法律、行政法规的具体规定，向纳税人（指法律、行政法规规定负有纳税义务的单位和个人）和扣缴义务人

(指法律、行政法规规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位和个人)收取税款的具体行政行为,它是税务机关依法作出的最频繁的行政行为。

税务机关依照法律、行政法规的具体规定征收税款,不得违反法律、行政法规的规定开征、停征、多征或少征税款。税收的开征、停征以及减税、免税、退税、补税,依照法律的规定执行;法律授权国务院规定的,依照国务院制定的行政法规的规定执行。

税款也可由扣缴义务人依照法律、行政法规的规定代扣、代收。扣缴义务人依法履行代扣、代收税款义务时,纳税人不得拒绝。如纳税人拒绝,扣缴义务人应当及时报告税务机关处理。对法律、行政法规没有规定负有代扣、代收税款义务的单位和个人,税务机关不得要求其代扣、代收税款。依法负有代扣、代收税款义务的扣缴义务人代扣、代收税款后,税务机关应当依照规定付给手续费。税务机关征收税款和扣缴义务人代扣、代收税款时,必须给纳税人开具完税凭证。税务机关在征收税款时,有权责令未按法定期限缴纳税款的纳税义务人或未在法定期限解缴税款的扣缴义务人限期缴纳,而且还应从滞纳税款之日起,按日加收滞纳税款千分之二滞纳金。税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务的,可以在规定的纳税期之前,责令限期缴纳应纳税款。如果在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入迹象,税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以采取以书面通知纳税人开户银行或其他金融机构暂停支付纳税人的金额相当于应纳税款的存款;或扣押、查封纳税人的价值相当

于应纳税款的商品、货物或其他财产的税收保全措施。纳税人如果在限期内缴纳税款，则应立即解除税收保全措施。如果限期届满仍未缴纳税款的，经县以上税务局（分局）局长批准，税务机关可采取强制执行措施，即以书面通知纳税人开户银行或其他金融机构从其暂停支付的存款中扣缴税款，或者拍卖所扣押、查封的商品、货物或其他财产，以拍卖所得抵缴税款。但是，如果税务机关采取税收保全措施不当，或者纳税人在限期内已缴纳税款而未予立即解除保全措施，使纳税人的合法利益受损失的，税务机关应当承担赔偿责任。税务机关依法可采取的强制执行措施亦适用于未按规定解缴税款限期解缴而又逾期未缴的扣缴义务人，并可与未缴纳的滞纳金同时强制执行。

需要注意的是，税务机关在扣押商品、货物或其他财产时，必须开具收据；查封商品、货物或其他财产时，必须开具清单。此外，在税收征收过程中，如果因税务机关的责任，致使纳税人、扣缴义务人未缴或少缴税款的，税务机关在三年内可以要求纳税人、扣缴义务人补缴税款，但不得加收滞纳金。如果是因纳税人、扣缴义务人计算错误或失误，未缴或少缴税款的，税务机关在三年内可以追征；有特殊情况的，追征的期限可延长到十年。

（二）行政许可

1. 行政许可的概念与特征

行政许可是指行政主体应行政相对方的申请，通过颁发许可证、执照等形式，依法赋予行政相对方从事某种活动的法律资格或实施某种行政的法律权利的行政行为。

行政许可的主要特征是：（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赋予相对方某种法律资格或法律权利的行为。

2. 行政许可的分类

行政许可以不同的划分标准, 可将其分为不同的种类, 最常见的划分有:

(1) 一般许可与特殊许可

以许可的范围为标准, 可分为一般许可与特殊许可。一般许可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, 如对申请驾驶证的许可。特殊许可指除符合一般条件外, 对申请人还附有特别的限制条件才可获得的许可, 如持枪许可。

(2) 排他性许可与非排他性许可

以许可程度为标准, 分为排他性许可和非排他性许可。排他性许可指某个人或组织获得该项许可后, 其他个人或组织均不能再获得该项许可, 如专利许可、商标许可。非排他性许可指具备法定条件的任何人或组织经申请均可获得的许可。

(3) 独立许可与附条件的许可

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。独立许可指许可证已规定了所有许可内容, 不需其他文件补充说明的许可, 如驾驶执照。附条件的许可指由于特殊条件的限制, 需要附加文件予以说明的许可, 如商标许可。

(4) 权利性许可与附义务许可

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。权利性许可是指申请人取得该许可后, 并不承担义务, 可以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。附义务许可是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) 长期许可与限期限许可

以其存续时间为标准，分为长期许可和限期限的许可。长期许可指申请人获得许可证后，只要不放弃，或不因法定事由被主管机关依法吊销，该许可证就将长期有效。限期限许可指只在一定的时间内具有效力，逾期则失效的许可。

(6) 行为许可与资格许可

以许可的内容为标准，分为行为许可和资格许可。行为许可指允许符合条件的申请人从事某种活动的许可，如生产、经营许可。资格许可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。

3. 行政许可的作用

行政许可是现代行政管理重要的手段之一，已被广泛地运用于经济、文化领域，在国家行政管理中发挥着重要作用。具体表现在：(1) 有利于国家对社会经济和其他国家事务的宏观控制。(2) 有利于维护社会的公共利益和保障社会公共安全。(3) 有利于保护相对方的合法利益。

(三) 行政确认

1. 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，行政确认具有如下特征：(1) 它是要式行政行为。行政主体在作出行政确认行为时，必须以书面形

式，并按照一定的技术规范要求作出。(2)行政确认是羁束的行政行为。行政主体在进行行政确认时，只能严格地按照法律规定和技术规范进行操作，并尊重客观存在的事实，做到以事实为根据，以法律为准绳，不能自由裁量。(3)行政确认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与权利义务。

2. 行政确认的主要形式和基本分类

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

行政确认的种类很多，以不同的标准可以作出不同的分类：(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)以行政确认的对象不同，可以分为对身分、能力(或资格)、事实、法律关系和权利归属等的行政确认。其中对权利归属的行政确认是指行政主体对相对方享有某项民事权利的确认。它所涉及的领域较为广泛，主要有：不动产所有权和使用权的行政确认、经营权的行政确认、工业产权的行政确认。

3. 行政确认的作用

行政确认的作用主要有：(1)它可以为行政管理活动和法院审判活动提供准确、客观的处理依据。(2)行政确认有利于减少和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) 行政监督检查

1. 行政监督检查的概念与特征

行政监督检查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。

行政监督检查的主要特征是：(1) 行政监督检查的行为主体是享有行政监督检查权的国家行政机关或法律、法规授权的组织。(2) 行为的对象是作为行政相对方的公民、法人或其他组织。(3) 其内容是相对方遵守法律、法规、规章，执行行政命令、决定的情况。(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、规章的贯彻实施和行政管理目标的具体实现。

2. 行政监督检查的分类

行政监督检查可根据不同的标准进行分类。通常有：(1) 以行政监督检查的对象范围为标准，可以分为一般与特殊的行政监督检查。(2) 以其内容为标准，可以分为工商、公安、海关、资源、环境保护、审计等行政监督检查。(3) 以其实施的时期为标准，可以分为事前监督、事中监督、事后监督。(4) 以其主体的任务为标准，可分为专门行政监督检查和业务行政监督检查。(5) 以其主体与主体的职权关系为标准，可分为依职权的和依授权的行政监督检查，等等。

3. 行政监督检查的方法与作用

根据我国现行法律、法规的规定和行政实践，最常见的行政监督检查方法有：检查、审查、调查、检验、勘验、鉴定等。行政监督检查的主要作用体现在：(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) 通过行政监督检查可以预防和纠正相对方的违法行为。(3) 它是保证法律、法规、规章得以贯彻实施，行政决定、命令得以执行，行政管理目标得以全面具体实现的重要环节。

（五）行政处罚

行政处罚作为一种特殊而重要的具体行政行为，将在后面列专节予以详细阐述。

（六）行政强制

1. 行政强制的概念

行政强制是指行政主体为了保障行政管理的顺利进行，通过依法采取强制手段，迫使拒不履行行政法义务或不执行行政处理决定的相对方履行义务或执行行政处理决定；或者出于维护社会秩序或保护公民人身健康、安全的需要，对相对方的人身或财产采取紧急性、即时性强制措施的具体行政行为的总称。

2. 行政强制行为的分类

（1）人身强制行为与财产强制行为

以行政强制行为的内容为标准，可以分为对人身的强制行为和对财产的行政强制行为。

（2）即时性强制行为与执行性强制行为

行政强制行为以其运用的目的和程序为标准，可以分为即时性行政强制行为与执行性行政强制行为。即时性行政强制行为是指遇有严重影响国家、集体或公民利益的人或物，行政机关为了维护社会秩序的稳定，依法定职权，对违法行为人的人身自由或财产采取紧急措施或予以限制的行政行为。执行性行政强制行为，是指行政主体为了保证法律、法规、规章和其他行政性规范法律文件以及行政主体本身作出的行政决定等对相对方所确定的义务得以履行而采取一定的措施，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的行政行为。它包括采取查封、扣押、冻结、划拨、扣缴、强制收购、限价出售等直接强制措施的执行性强制行为和适用代履行、执行罚

等间接强制措施的执行性行政强制行为。

所谓代履行是指行政主体雇人代替不履行行政法义务的相对方履行义务而强制义务人缴付劳务费用的行政强制方式。适用代履行必须符合下列条件：(1) 须有相对方应承担的法定义务，且其不愿履行。(2) 该义务可以请人代为履行。(3) 该义务可由行政主体代为履行，也可委托第三人代为履行，或者说该义务不是必须由义务人亲自履行的义务，并且能够向该义务人收取履行费用。

执行罚是指行政主体对拒不履行行政法义务的相对方科处一定数额的金钱给付义务，以促使该义务人履行义务的一种行政强制措施。适用执行罚必须符合下列条件：(1) 存在法律、法规对相对方设定的合法义务或行政机关作出的合法的行政处罚决定。(2) 该法定义务被拒绝履行且无法或不可能由他人代为履行。(3) 必须按照法律规定适用执行罚。

(七) 行政给付

1. 行政给付的概念和特征

行政给付是指行政主体对公民在年老、疾病或丧失劳动能力等情况下或其他特殊情况下，依照法律、法规的有关规定，赋予其一定的物质利益或与物质有关的权益的具体行政行为。

行政给付具有如下之特征：(1) 它是行政主体作出的一种具体行政行为，并且以法律、行政法规为依据。(2) 给付的对象是特定的公民，行政给付只对出现了特殊困难和特殊情况下的公民个人作出，其对象是特定的。(3) 行政给付的内容是赋予被帮助人以一定的物质权益或与物质相关的权益，即可以是直接的财物，也可以是与财物相关的其他利益，如免费教育等。

2. 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，一般只有物质上的权益和与物质有关的权益两部分内容。至于行政给付形式可以概括为以下几种：（1）安置，（2）补助，（3）抚恤，（4）优待，（5）救灾扶贫。

（八）行政裁决

1. 行政裁决的概念与特征

行政裁决是指行政主体依法律授权，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作出裁断的具体行政行为。

行政裁决的主要特征为：（1）行政裁决的主体是法律授权的特定行政机关。（2）行政裁决的对象是特定的民事纠纷。行政裁决的对象具有特定性，有权行政机关不能对所有的民事纠纷都进行行政裁决，而只能裁决一定范围内的由法律规定的与行政管理事项密切联系的民事纠纷。（3）行政裁决是行政主体行使行政裁判权的活动，具有法律权威性。现代社会里行政裁判权已成为国家行政权的一个重要组成部分，其行使也是国家行政权的一种行使方式，行政裁决活动因而带有行使行政权的特征。（4）行政裁决是一种特殊的具体行政行为。行政裁决对已发生的特定民事纠纷在行政上予以法律确认，使处于不确认状态的法律关系被确认下来，其行为具有具体行政行为的性质与特征。我国有关法律、法规和司法解释已明确规定对一定范围内的行政裁决不服可依法申请行政复议或提起行政诉讼。

2. 行政裁决的种类

根据目前有关的法律规定，我国行政裁决归纳起来有以下几种：（1）损害赔偿裁决。这是指行政机关对在平等主体之间发生的因涉及与行政管理相关的合法权益受到侵害而引起的赔偿争议

所作的裁决。(2) 权属纠纷裁决。这是指行政主体对平等主体之间因涉及与行政管理相关的某一财产的所有权、使用权的归属而发生的争议所作出的确定性裁决。(3) 侵权纠纷裁决。这是指由于作为平等主体当事人一方的涉及与行政管理有密切联系的合法权益受到另一方的侵犯时，当事人依法申请行政机关进行认定并予以制止，行政机关就此作出的裁断。

3. 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。

七、行政合同与行政指导

(一) 行政合同

1. 行政合同的概念与特征

行政合同是指行政主体为了行使行政职能，实现特定的行政管理目标，相互之间或与公民、法人或其他组织经过协商一致以明确各方当事人之间的权利义务而意思表示一致所达成的协议。

行政合同具有如下特征：(1) 行政合同的当事人一方必定是行政主体。(2) 签订行政合同的目的是为了行使行政职能，实现特定的国家行政管理目标。(3) 行政合同的成立以双方意思表示一致为前提。(4) 在行政合同的履行、变更、解除中，行政主体享有行政优益权。(5) 行政合同纠纷通常通过行政法途径解决。

2. 行政合同的作用

行政合同在社会生活中的作用主要表现在：(1) 从行政主体这方面来说，订立行政合同既可更好地行使行政职能，保证行政管理目标的迅速、顺利实现，又可因行政合同当事人的权利义务

关系明确而避免相互推诿、敷衍塞责，杜绝不负责任的工作作风。(2) 从相对方这方面来说，订立行政合同既可以使其更好地发挥积极性、创造性，又可以使合同争议发生后控告有门、解决有据。

3. 行政合同的缔结与履行

行政合同的缔结主要通过招标、拍卖、邀请发价、直接磋商等方式进行签订，并在签订过程中应遵循适应行政需要、不超越行政权限、合同内容合法这三项原则。行政合同一般采取书面形式。行政合同成立后，各方当事人应依照合同约定履行义务。

行政合同履行时，必须遵循下列原则：(1) 实际履行原则；(2) 亲自履行原则；(3) 全面适当履行原则。

4. 行政合同的变更与解除

行政合同的变更是指行政合同成立后，基于行政机关的裁决权或其他法律事实，在不改变现存合同性质的基础上，对涉及合同的内容等条款作相应修改、补充和限制。

行政合同的解除是指行政合同当事人对尚未履行或尚未完全履行的行政合同，由一方或双方提前终止合同所约定的权利义务关系。解除行政合同的方式主要有：单方（行政机关）解除，双方协议解除。

行政合同变更后，原合同不再履行，双方当事人按变更后的行政合同的规定行使权利，履行义务。行政合同解除后，该行政合同关系消灭，权利与义务不再存在。如因行政机关单方面解除或变更行政合同给相对方造成相应实际损失的，应予以赔偿或补偿。

(二) 行政指导

1. 行政指导的概念与特征

行政指导是指行政主体在其职责、任务或管辖的事务范围内，为适应现实社会和经济生活的需要，根据国家的法律原则和政策，在相对方的同意或协助下，适时灵活地采取非强制手段，以有效地实现一定行政管理目标为目的，不直接产生法律效果的行为。

行政指导具有以下特征：(1)它是行政原则和政策实行的社会管理行为。(2)它属于“积极行政”的范畴。现代社会关系日趋复杂化和多样化，客观上要求行政机关能平衡公益与私益、兼顾公平与效益，注重降低社会成本和增进社会福利而实行积极行政。行政指导是行政机关在现代行政管理中积极行政而不具有强制性质的最佳行政方式。(3)行政指导适用的范围极其广泛，其方法多种多样。(4)它是符合现代行政法治原则的一种具有行政活动性质的行为。(5)它是一种柔性的不具有法律强制力的行为。(6)它并不直接产生法律后果。

2. 行政指导的作用

我国目前正处在发展和巩固市场经济的特殊历史时期，行政指导在行政管理活动中更显重要，它将通过有关法律制度的健全而在其中发挥各方面的重要作用：

(1) 对法律手段的补充作用

现阶段社会和经济生活发展迅速，难免存在“法律空白”，采取行政指导措施可以弥补法律手段之不足。

(2) 辅导和促进作用

行政机关在掌握知识、信息、政策等方面具有优越性，实施行政指导能有效、正确地引导相对方，从而有利于促进社会经济与科技的健康发展。

(3) 协调和疏导作用

为尽量避免和减少社会多元主体之间的利益矛盾和冲突对正常社会、经济秩序的干扰和破坏，需要通过各种途径和手段对之进行协调，行政指导正是一种灵活有效的协调手段。

(4) 预防和抑制作用

实践证明，行政指导对于可能发生的妨害社会经济秩序，妨害社会公益以及行政管理活动的行为，可以起到防患于未然的作用；对于处于萌芽状态的妨害行为，则可以起到防微杜渐的抑制作用。

第三节 行政处罚

一、行政处罚的种类和设定

(一) 行政处罚的种类

行政处罚是指行政机关或其他行政主体依法律设定的行政处罚权和程序，对违反行政法规范的相对方给予行政制裁的具体行政行为。从其概念中可以看出，实施行政处罚行为的只能是依法享有行政处罚权的行政机关或其他法律法规授权的行政主体；处罚的对象是实施了违反行政法规范的行为的公民、法人或其他组织；其性质是以惩戒违法行为为手段、以纠正违法行为为目的的，具有制裁性、教育性的具体行政行为。行政处罚可以根据不同的标准进行分类。若以行政处罚的性质特性为标准，可以分为限制或剥夺权利性的处罚、科以义务性的处罚、声誉影响性的处罚；以行政处罚的内容为标准，可以分为人身自由罚、行为罚、财产罚、训诫罚四类，这是最常见的行政处罚分类。下面就以最常见的分类对行政处罚的种类予以阐述。

1. 人身自由罚

人身自由罚是指行政机关根据法定职权依法律的规定对违反行政法律规范情节严重的公民的人身自由，在短期内予以限制或剥夺的行政处罚。它是行政处罚种类中最严厉的罚种。人身自由罚主要形式是行政拘留。行政拘留，有时也称为治安拘留，是由《行政处罚法》明确规定的一种人身自由罚形式，是对违反治安管理的人依法在短期内限制其人身自由的处罚形式。按《治安管理处罚条例》规定，行政拘留的决定由县、市公安局、公安分局或相当于县一级的公安机关作出。行政拘留的期限一般为1日以上15日以下，有两项以上违规行为“并处”的不受此限。

2. 行为罚

行为罚亦称能力罚，是限制或剥夺行政违法者某些特定行为能力或资格的一种行政处罚。一般来说，该行为能力或资格是个人、组织据以从事某种活动或实施某种行为的条件，不具备该行为能力或资格，就无法从事一定范围内的活动或在某范围内实施行为。行为罚的主要形式根据《行政处罚法》规定，有责令停产停业和暂扣或吊销许可证、执照等两种。

(1) 责令停产停业

责令停产停业，是对违反行政法律规范的工商企业或工商个体工商户责令其停止生产、停止工农业活动的一种行为罚形式。责令停产停业并不直接限制或剥夺违法相对方的财产收益权，而是责令违法者暂时停止其所从事的生产经营活动，一旦违法者在一定期限内及时纠正了违法行为，按期履行了法定义务，仍可继续从事曾被停止的生产经营活动。

(2) 暂扣或吊销许可证、执照

暂扣或吊销许可证、执照就是限制或剥夺违法者从事某活动

的权利或资格的处罚形式。暂扣许可证、执照的特点在于暂时中止持证人从事某种活动的资格，待其改正违法行为后或经过一定期限再发还证照，恢复其资格，允许其重新享有该权利的资格。而吊销许可证、执照的特点在于撤销违法相对方的证照，终止其继续从事该证照范围内的活动的资格。这也是一种较为严厉的处罚形式，故此，对吊销许可证和执照的处罚，《行政处罚法》所设定的听证程序也予适用。

3. 财产罚

财产罚，是特定的行政机关或法定的其他行政主体强迫行政违法者缴纳一定数额的金钱或一定数量的其他财物，即剥夺其某种财产权的一种行政处罚。财产罚包括罚款和没收。

(1) 罚款

罚款是指依法享有行政处罚权的行政主体依法强制违反行政法规范的相对方在一定期限内向国家缴纳一定数额的金钱的处罚形式。罚款的数额应由具体的行政法律规范规定，一般是规定最高额和最低额，并规定加重和减轻处罚的情节与限额。行政处罚主体只能在法定幅度内决定罚款数额，应当作到公正而合理，更不能有任何超越。

(2) 没收

没收是指有处罚权的行政主体将违法行为人的违法所得和非法财物收归国有的处罚形式。违法所得是指违法行为人从事非法经营或生产等所获得的利益。非法财物，是指违法者用于从事违法活动的非法工具、物品或违禁品等。没收的非法财物，必须按国家规定公开拍卖或者按国家有关规定处理。

4. 训诫罚

训诫罚，亦称声誉罚或精神罚，是行政主体向违法者发出警

戒，申明其有违法行为或倾向，通过对其名誉、荣誉、信誉等施加影响，引起其精神上的警惕，使其停止违法或纠正有违法倾向的不正当的行为的一种行政处罚。训诫罚根据《行政处罚法》规定，其主要形式是警告。

（二）行政处罚的设定

行政处罚的种类、形式、幅度及范围都应由国家有权机关主要指权力机关、行政机关各依法定职权以相应的规范形式予以设定，不得随意、无权而私行设定。《行政处罚法》第九条规定，法律可以设定各种行政处罚，限制人身自由的行政处罚只能由法律设定。

行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。法律对违法行为已经作出行政处罚规定，行政法规需要作出具体规定的，也必须在法律规定的给予行政处罚的行为、种类、幅度的范围内规定，不得超越法律所规定的范围而作出具体规定。

地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。吊销企业营业执照的行政处罚没有设定权，只能在法律行政法规对违法行为已经作出的行政处罚规定的范围内作出具体规定。

部门规章可以在法律、行政法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度范围内作出具体规定。国务院各部、委员会对违反行政管理秩序的行为，法律、行政法规没有设定行政处罚的，可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚，但罚款的限额必须由国务院规定。国务院直属机构也可依国务院的授权在法律、行政法规设定的行政处罚种类、幅度范围内作出具体规定，也可对违反行政管理秩序的行为，在法律、行政法规没有设定行政处罚的，设定警告或一定数量罚款的行政处罚，但罚款额也必须提请

国务院予以规定。

地方规章可以在法律、法规规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围内作出具体的规定。省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市人民政府以及经国务院批准的较大的市人民政府可以规章形式，对违反行政管理秩序的行为，法律、法规没有设定行政处罚的，设定警告或一定数量罚款的行政处罚，但罚款数额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

根据国务院国发〔1996〕13号文件的规定，以规章设定一定数量的罚款，其限额是：国务院各部门制定的规章，对非经营活动中的违法行为设定罚款不得超过1000元，对经营活动中的违法行为，有违法所得的，设定罚款不得超过违法所得的3倍，但最高不得超过30000元，没有违法所得的，设定罚款不得超过10000元，超过上述限额的，应报国务院批准。地方政府规章设定罚款的限额，由省、自治区、直辖市人大常委会规定，可以不受上述规定的限制。

另外，《行政处罚法》规定，除依本法的有关规定处，其他规范性文件不得设定行政处罚。

二、行政处罚的实施机关

行政处罚由具有行政处罚权的行政机关在法定职权范围内实施，没有行政处罚权的行政机关或其他组织一般不能实施行政处罚，有行政处罚权的行政机关也只能在其法定职权范围内实施行政处罚。国务院或者经国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定一个行政机关行使有关行政机关的行政处罚权，但限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使。

法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织可以在法定授权范围内实施行政处罚。法律、法规授权的组织若不具有管理公共事务的职能，便不能实施行政处罚，具有管理公共事务职能的法律、法规授权的组织，也只能在其法定授权范围内实施。

如果根据行政管理活动的需要，且有相应法律、法规或规章的规定，行政机关可以视情况与形势，在其法定权限内依法委托符合《行政处罚法》规定的条件的组织行使行政处罚权，受委托的组织必须在授权范围内，以委托行政机关名义实施行政处罚，且不得再委托其他任何组织或个人实施行政处罚。委托行政机关对受委托的组织实施行政处罚的行为应当负责监督，并对该组织实施行政处罚行为的后果承担法律责任。根据《行政处罚法》的规定，能够接受行政委托、依法行使受托的行政处罚的组织，必须符合以下条件：1. 是依法成立的管理公共事务的事业组织；2. 具有熟悉有关法律、法规、规章和业务的工作人员；3. 对违法行为需要进行技术检查或者技术鉴定的，应当有条件组织进行相应技术检查或者技术鉴定。

三、行政处罚的管辖和适用

行政处罚除法律、行政法规另有规定的外，由违法行为发生地的县以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖。县级以上（不包括县级）的行政机关如果没有法律、行政法规的另行规定或根据县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关的依法委托，便不得享有行使行政处罚管辖权。两个以上依法享有行政处罚权的实施机关如对同一行政违法案件都有管辖权，实施机关对该案件的管辖发生争议，双方又协商不成的，应报请共同的上一级行政机关指定管辖。如对行政违法案件有管辖权的行政

机关发现相应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。违法行为经人民法院依法审判认定构成犯罪的判处拘役或有期徒刑时，行政机关已经给予当事人行政拘留的，应当依法折抵相应刑期。违法行为构成犯罪的，人民法院处罚金时，行政机关已经处以罚款时，应当折抵相应罚金。

行政机关或其他行政处罚实施机关实行行政处罚时，应当责令当事人改正或限期改正违法行为。对当事人的同一个违法行为，不得给予两次以上罚款的行政处罚，如果当事人的同一违法行为同时违反了两个或两个以上的行政法律规范，不同的行政处罚实施机关都依法享有罚款处罚权时，应当协商管辖或报请共同的上一级行政机关指定管辖后择一重罚。

不满十四周岁的人有违法行为的，不予行政处罚，责令监护人加以管教。已满十四周岁不满十八周岁的人有违法行为的，从轻或减轻行政处罚。精神病人在不能辨认或控制自己行为时有违法行为的，不予行政处罚，但应当责令其监护人严加看管和治疗。间歇性精神病人在精神正常时有违法行为的，应当给予行政处罚。

受行政处罚的当事人有下列情形之一的，应当依法从轻或减轻行政处罚：1. 主动消除或减轻违法行为危害后果的；2. 受他人胁迫有违法行为的；3. 配合行政机关查处违法行为有立功表现的；4. 其他依法应从轻或减轻行政处罚的情形。如违法行为轻微并及时纠正，没有造成危害后果的，不予行政处罚。违法行为在两年内未被发现的，将法律另有规定的外，不再给予行政处罚。

四、行政处罚的决定

行政处罚决定程序包括简易程序和一般程序。

(一) 简易程序

1. 简易程序的概念及特征

简易程序也称当场处罚程序，是指国家行政机关或法律、法规授权的以及行政机关依法委托的组织对符合法定条件的行政违法行为，当场作出行政处罚决定所应遵循的简单的方式与步骤。

简易程序的特征有：(1) 简易程序的适用必须符合一定的条件：违法事实清楚；有法定依据；数额较小的罚款（指对公民处 50 元以下，对法人或其他组织处 1000 元以下的罚款）或警告。不符合上述条件，或上述条件缺损的，不得适用简易程序。(2) 程序简单迅捷，当场处罚。行政执法人员发现符合法定条件的行政违法行为后，事实清楚，不必调查取证，也不必更换时间和地点，可以立即当场依法予以处罚。与一般程序和听证程序相比，简易程序简洁明了、迅速及时、易于执行。

2. 简易程序的内容

简易程序的内容主要包括：(1) 表明身份。即执法人员当场作出行政处罚决定的，应当向当事人出示执法身份证件。(2) 确认违法事实，说明处罚理由和依据。要求说明处罚理由和依据，给予当事人以提出异议或申辩的机会，体现保障相对方合法权益的原则，也有利于违法者了解有关行政法规范，起教育其严格遵守法的作用，也有利于监督执法人员认真执法、公正地实施行政处罚。(3) 制作行政处罚决定书。执法人员当场作出行政处罚决定的，应当填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书。行政处罚决定书应当载明当事人的违法行为或事项、处罚依据、罚款数

额、时间、地点以及行政机关名称（章印），并由执法人员签名或盖章。（4）交付行政处罚决定书。执法人员按照法定格式填写行政处罚决定书后，应当场交付当事人，以便当事人当场履行。（5）备案。执法人员当场作出的行政处罚决定，必须报所属行政机关备案。当事人对作出的行政处罚决定不服的，可以依法申请行政复议或提起行政诉讼。

（二）一般程序

1. 一般程序的概念及特征

一般程序或称普通程序，是指除法律特别规定应当适用简易程序和听证程序以外，行政处罚实施机关依法对行政违法行为实施行政处罚，进行行政制裁时通常所应遵循的方式与步骤。

一般程序具有如下特征：（1）适用的范围广。除法律有特别规定外，行政处罚一律适用一般程序。法律有特别规定，指《行政处罚法》规定的应当适用简易程序和听证程序。简易程序适用于行政违法事实清楚、案情简单、处罚轻微的行政违法案件；听证程序适用于案情复杂，争议较大，可能导致较重的行政处罚的案件。而一般程序适用于介于二者之间，包括适用听证程序的案件。（2）较简易程序相对要严格、复杂。为了查明违法事实、防止执法人员主观武断或滥用职权，在事实调查、证据取舍和核实、时间顺序、当事人参与权利以及对公众公开等方面的方式和步骤的要求更显严格、复杂。（3）在适用范围上可与适用听证程序的案件相重合。

2. 一般程序的内容

一般程序的内容包括立案、调查、处理决定、制作处罚决定书、说明理由并告知权利、当事人陈述和申辩、送达处罚决定书。

(1) 立案

对于属本机关管辖范围内并在追溯时效内的行政违法行为或重大违法嫌疑情况，行政机关认为有调查处理必要的，应当正式立案。《行政处罚法》未对立案作出统一明确的规定，但立案是行政处罚普通程序的开始，应该填写立案审批表或立案决定书，由行政首长批准，并指派专人承办。立案时，应遵守有关时效的规定，即除法律另有规定外，对于在两年以内未发现的行政违法行为，不予立案追究。

(2) 调查

立案后，行政执法人员必须对案件进行全面、客观，公正的调查时，行政执法人员不得少于二人，并应出示证件。当事人或有关人员应如实回答询问，并协助调查或检查，不得非法无理阻挠。检查、调查和询问应制作笔录。

(3) 处理决定

案件调查终结后，调查人员应写出调查报告，并提出进行处罚的事实依据和处罚建议，连同案卷材料报送机关负责人或审查机构进行审理。根据不同的违法情况，分别作出行政处罚、不予行政处罚、不得给予行政处罚和移送司法机关处理等决定。

(4) 说明理由并告知权利

行政机关在依法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、证据及法律依据，并告知当事人依法享有的权利。说明理由的内容包括作出处罚决定的事实根据和理由以及法律依据。当事人可以有针对性地陈述反驳意见，提出相关证据。说明理由是行政机关在实施行政处罚过程中必须履行的程序性义务。告知权利的具体内容应包括有权申请执法人员回避，有权为自己辩解、陈述事实并提出证据，不服处罚时可以

依法申请行政复议或提起行政诉讼等程序性权利。

(5) 当事人的陈述和申辩

当事人的陈述、申辩，有利于查明事由，分清是非，也是保护相对方合法权益不受行政机关非法侵害，制约行政机关滥用处罚权的主要机制之一。当事人有权进行陈述和申辩，有权提出相反证据证明自己并未违反行政法规范或不应受行政处罚。行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前，如拒绝听取当事人的陈述与申辩，该行政处罚决定应视为未成立，当事人放弃陈述或申辩权利的除外。行政处罚实施机关及其执法人员必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的理由、事实和证据，应当进行复核。当事人提出的事实、理由和证据成立的，处罚机关应当采纳，行政机关不得因当事人申辩而加重处罚。

(6) 制作处罚决定书

行政机关负责人经过对调查结果的审查或根据集体讨论结果，作出给予行政处罚决定的，应拟制行政处罚决定书，载明法定事项，并加盖行政机关印章。

(7) 送达行政处罚决定书

即行政机关依据法定的程序和方式，将行政处罚决定书送交当事人。行政处罚决定书应当在宣告后当场送交当事人。当事人不在现场的，行政机关应在7日内依照民事诉讼法的有关规定，将行政处罚决定书送达当事人。

(三) 听证程序

《行政处罚法》中的听证程序即指行政机关为了查清行政违法事实，公正合理地实施行政处罚，在作出责令停产停业、吊销许可证和执照、较大数额的罚款等行政处罚决定之前，应被处罚当事人的申请，通过公开举行有各方利害关系人参加的听证会，

广泛地听取意见的方式与步骤的总和。

听证程序具有如下特征：(1) 听证是由行政机关主持的并由有关利害关系人参加的程序。(2) 听证公开进行。除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外，听证公开举行。听证公开举行能增加行政机关行政行为的透明度，防止行政机关滥用职权、超越权限的非法行政行为，对提高行政民主和法治意识也有促进作用，对相对方来说能更好地保其合法权益。(3) 听证程序只适用于行政处罚领域的特定案件。并非所有的行政处罚案件都必须适用听证程序，只有行政处罚实施机关在依法作出责令停产停业、吊销许可证和执照，较大数额的罚款等行政处罚决定之前，应当事人申请，才可适用听证程序。如税务行政处罚听证程序只适用于对公民个人处以 2000 元以上和对单位组织处以 10000 元以上罚款的案件。(4) 听证程序的适用一般以当事人申请为前提。对特定的行政处罚案件，当事人要求听证的，行政机关应当组织听证。当事人没有提出要求而行政机关认为有必要举行听证的，在征得当事人同意后可组织听证。(3) 组织听证是行政处罚实施机关的法定程序义务。只要特定行政处罚案件当事人依法要求听证的，行政机关必须履行组织听证这一法定的强制性程序义务。

听证程序的内容（或曰步骤）主要包括：(1) 听证申请的提出。当事人对符合法定听证种类的行政处罚案件，有权向行政机关提出听证申请。当事人要求听证的，应在行政机关告知后 3 日内提出。(2) 听证通知。行政机关应相关人之申请在作出举行听证的决定后，应当在听证的 7 日前，将举行听证的时间、地点和其他相关事项通知当事人。(3) 听证的主持与参与。任何人不能成为审判自己案件的法官，行政处罚实施机关的任何工作人员不得与自己有利害关系的处罚案件，听证应由行政机关指定非本案

调查人员主持。当事人如认为主持人与本案有某种直接利害关系，有权申请其回避。当事人可以亲自参加听证，也可委托一至二人代理参加听证。（4）辩论。举行听证时，调查人员根据调查所获得的当事人违法事实和证据，提出行政处罚建议，当事人进行申辩和质证。双方可以进行辩论。（5）制作听证笔录。对在听证会中出示的材料，当事人的陈述以及辩论等过程，应当制作笔录，交付当事人、证人等有关参加人参阅或向他们宣读，在确认无误后，由主持人、书记员和当事人分别签字或盖章。听证笔录是作出行政处罚决定的重要依据之一，应与有关证据材料一并归档入案，备作举证之用。

六、行政处罚的执行

行政处罚决定依法作出后，当事人应当在行政处罚决定的期限内予以履行。当事人对行政处罚决定不服申请行政复议或提起行政诉讼的，除法律另有规定外，行政处罚不停止执行。对于限制人身自由的行政处罚决定只能由公安机关依法执行。

行政机关或其他依法享有行政处罚权的组织依法作出罚款的行政处罚的，作出罚款决定的行政机关及其他组织除有法定情形外应当与收缴罚款的机构分离。除《行政处罚法》规定可以当场收缴的罚款外，作出处罚决定的行政机关或其他组织及其执法人员不得自行收缴罚款。当事人应当自收到行政处罚决定书之日起15日内，到指定的银行缴纳罚款，银行应当收受罚款，并将罚款直接上缴国库。

依据《行政处罚法》的规定当场作出行政处罚决定，有下列情形之一的，执法人员可以当场收缴罚款：1. 依法给予20元以下的罚款的；2. 不当场收缴事后难以执行的；另外，如在边远、

水上、交通不便地区，行政机关及其执法人员依照《行政处罚法》规定作出罚款决定后，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据的，当事人有权拒绝缴纳罚款。执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴罚款之日起两天内，交至行政机关。在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起两天内交至行政机关。行政机关应在两天内将罚款缴付指定的银行。

行政处罚决定依法作出后，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下列措施，强制执行：

1. 到期不缴纳罚款的，每日按罚款数额的3%加以处罚款。
2. 根据法律规定，将查封、扣押的财物拍卖或者将其被冻结的存款划拨抵缴罚款。
3. 申请人民法院强制执行。

但是，当事人确有经济困难，需要延期或者分期缴纳罚款的，经当事人申请和行政机关批准，可以暂缓或者分期缴纳。

行政处罚实施机关对依法作出的行政处罚决定予以依法执行的过程中，除依法应予销毁的物品外，依法没收的非法财物必须按照国家规定公开拍卖或者按照国家有关规定处理。罚款、没收违法所得或者没收非法财物拍卖的款项，必须全部上缴国库，任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分。财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返回罚款、没收的违法所得或者返还没收非法财物的拍卖款项。

行政机关应当建立健全对行政处罚的监督制度。县级以上人民政府应当加强对行政处罚的监督检查。公民、法人或其他组织对行政机关作出的行政处罚有权申诉或检举。行政机关应当认真

审查，发现确有错误的，应当主动改正。

第四节 行政赔偿

一、行政赔偿的概念与特征

行政赔偿是指国家行政机关或其他行政主体及其工作人员在行使行政职权过程中，违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，由国家负责向损害予以赔偿的一项行政法律制度。

在我国，行政赔偿的基本特征为：

1. 引起行政赔偿的侵权损害的行为人是国家行政机关及其工作人员和其他依法律、法规授权行使行政权力的组织。

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、法规授权的组织在授权范围内行使行政职权时非法作出的。

3. 引起行政赔偿损害的行为是违法的职权行为。

4. 行政赔偿只针对行政主体或行政机关的工作人员行使行政职权违法侵犯公民、法人或其他组织的合法权益所造成的直接损失。

5. 行政赔偿具有较强的法定性。在现代法制社会，任何赔偿的取得都必须有法律依据。行政赔偿其实质是一种由国家承担的法律责任的转化形式，这就决定了法律必须对行政赔偿作出具体而明确的规定。《国家赔偿法》对行政赔偿的具体规定，就体现了这一特征。

二、行政赔偿的范围

行政赔偿的范围是指国家对哪些违法行政行为造成的损害予以赔偿,对哪些损害不予赔偿,即国家承担赔偿责任的领域。根据《国家赔偿法》的规定,国家对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。对与行使职权无关的个人行为造成的损害、因受害人自己的行为致使损害发生以及法律规定的其他情形不予赔偿。

按照《国家赔偿法》第3、4条的规定,对行政机关违法的具体行政行为给相对方合法权益造成损害的,国家都应予负责赔偿。

(一) 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在行使行政职权时有下列侵犯人身权情形之一的,受害人有取得赔偿的权利。

1. 违法拘留或违法采取限制人身自由的行政强制措施的行为。
2. 非法拘禁或以其他方式非法剥夺公民人身自由的行为。
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死亡的其他违法行为。

(二) 对侵犯财产权的行政赔偿

《国家赔偿法》第4条规定,行政机关或其工作人员违法行使行政职权给公民、法人或其他组织的合法财产权造成损失的,国家应予以赔偿。

1. 对违法实施罚款、吊销许可证和执照，责令停产停业、没收财产等侵犯财产权的。

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. 造成财产损失的其他违法行为。

(三) 国家不予赔偿的情形

《国家赔偿法》规定，国家不承担赔偿责任的情形主要有：

1. 行政机关工作人员实施的与行使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发生的损害。

3. 法律规定的其他情形，这里的“法律”仅指由全国人大及其常委会通过的法律，不包括法规和规章在内。如行政机关及其工作人员在行使行政职权时，在不可抗力之情形下、依法实施正当防卫、紧急避险等行为造成的损害，国家依法不予赔偿。

三、行政赔偿请求人与赔偿义务机关

在行政赔偿案件中，存在两方当事人，一方为受到行政机关及其工作人员违法职权行为侵害并造成损害的赔偿请求人，另一方为承担赔偿责任的行政机关。哪些人或组织享有行政赔偿请求权，哪些行政主体应承担赔偿义务，均有法律明确规定。明确行政赔偿案件的双方当事人，不仅有利于受害人依法行使赔偿请求权，也便于法定赔偿义务机关履行赔偿义务。

(一) 行政赔偿请求人

行政赔偿请求人是指因行政机关及其工作人员或其他行政主体违法行使行政职权侵犯其合法权益造成损害，依法有权请求国家予以赔偿的公民、法人或其他组织。可见，行政赔偿请求人既可以是公民，也可以是法人或其他组织，有权依法提出赔偿请求

的行政赔偿请求人有以下几种：

1. 受到行使行政职权行为侵权造成损害的公民、法人或其他组织。未成年人、不能辨认和控制自己行为的精神病人的合法权益受到行政机关及其工作人员或其他行政主体违法行使行政职权行为侵犯造成损害的，他们的监护人（包括父母、兄弟、姐妹、成年子女、配偶等近亲属）为法定代理人，行政赔偿请求人仍为其合法权益受到损害的未成年人或精神病人。

2. 受害人死亡的，其继承人和其他有抚养关系的亲属也可以成为赔偿请求人。

3. 受害的法人或其他组织终止，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

行政赔偿义务机关是指依法接受行政赔偿请求、履行行政赔偿义务、支付行政赔偿费用、参加行政赔偿诉讼程序的行政机关或法律、法规授权的组织。为了保证合格的行政赔偿请求人依法充分行使行政赔偿请求权，及时获得行政赔偿，明确不同的行政机关或法律、法规授权的组织应负的行政赔偿义务，《国家赔偿法》根据不同的情况明确规定了不同的行政机关或法律、法规授权的组织为行政赔偿义务机关。

1. 行政机关为赔偿义务机关

行政机关及其工作人员行使行政职权时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，该行政机关为赔偿义务机关。如某工商局非法吊销甲公司的企业执照，造成甲公司的财产重大损失，甲公司则应以该工商局为赔偿义务机关向其提出行政赔偿请求。

2. 共同行政赔偿义务机关

两个以上行政机关共同行使行政职权时侵犯公民、法人或其他组织的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，共同行政赔偿义务机关承担连带的行政赔偿责任。行政赔偿请求人可以向共同赔偿义务机关中的任何一个赔偿义务机关要求赔偿，该赔偿义务机关应当先予赔偿。该赔偿义务机关依法履行行政赔偿义务后，并不免除其他行政赔偿义务机关的赔偿义务。

3. 法律、法规授权的组织为行政赔偿义务机关

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，被授权的组织为赔偿义务机关。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的企事业单位在行使授予的行政权力时侵犯相对方合法权益造成的损害，国家依法承担赔偿责任。受害人请求赔偿时，应以法律、法规授权的组织为行政赔偿义务机关。

4. 委托的行政机关为赔偿义务机关

行政机关基于行政管理的需要，可以依照法律、法规或规章的规定，在其法定权限内委托符合法定条件的组织行使行政职权。受委托的组织在委托范围内，以委托行政机关的名义行使行政职权时侵犯公民、法人或其他组织的合法权益造成损害的，国家承担行政赔偿责任。受害人应以委托的行政机关为赔偿义务机关，向其要求行政赔偿。即使受委托的组织超越了委托权限，违法滥用该委托权力，委托的行政机关仍应承担因此引起的各项法律责任。

5. 行政赔偿义务机关被撤销后的责任承担

行政机关实施违法职权行为侵权造成相对方合法权益损害后被撤销的，一般由继续行使其行政职权的行政机关为行政赔偿义

务机关，如果没有继续行使其行政职权的行政机关，则撤销该赔偿义务机关的行政机关为赔偿义务机关。

6. 经行政复议后的行政赔偿义务机关

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，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。

四、行政赔偿程序

行政赔偿程序是指受到违法行使行政职权侵权造成其合法权益损害的公民、法人或其他组织依法提出行政赔偿请求，赔偿义务机关受理该赔偿请求，履行行政赔偿义务的步骤、方式、顺序、时限的总和。根据《国家赔偿法》和《行政诉讼法》等法律规定，我国的行政赔偿分两种途径：一种是单独提出行政赔偿请求，另一种是在行政复议、行政诉讼中一并提出。

（一）行政赔偿请求的提出

1. 单独提出行政赔偿请求及先行程序

受害人单独提出行政赔偿请求的，应当先向行政赔偿义务机关提出。在赔偿义务机关不予赔偿或赔偿请求人对赔偿数额有异议时，赔偿请求人才可以向上级行政机关申请复议或直接向人民法院提起行政诉讼。单独提出行政赔偿请求的，要求赔偿请求人必须首先向赔偿义务机关提出。这通常适用于争议双方对行使职权合法性没有争议，但就赔偿问题达不成协议的侵权行为，或已被确认为违法或已经被撤销、变更，或相应行为为终局裁决、相应行为为事实行为等情形。

2. 一并提出行政赔偿请求

一并提出行政赔偿请求是指行政赔偿请求人在申请行政复议

时，提起行政诉讼中一并提出赔偿请求。其特点为：将确认行政违法与要求给予行政赔偿这两项请求一并提出，并要求合并审理。复议机关或人民法院通常先确认行政行为的合法性，然后再决定被申请人或被告是否应予赔偿。

3. 允许提出数项赔偿请求

国家赔偿法规定，请求人根据其合法权益受到的不同损害，可以提出数项赔偿请求。例如行政机关违法行使行政职权，造成公民身体伤害的，可以请求赔偿医疗费、误工减少的收入；造成公民身体残疾并全部丧失劳动能力的，受害人还可以申请残疾赔偿及对其抚养人的生活费等。

4. 行政赔偿申请书

赔偿请求书是赔偿请求人向赔偿义务机关提出赔偿请求的书面文件，同时也是赔偿义务机关据以审查赔偿请求，决定赔偿内容及结果的依据。赔偿请求人提出赔偿请求，首先应当递交赔偿申请书。行政赔偿申请书应包括以下内容：

(1) 受害人的姓名、性别、年龄、工作单位和住所，法人或其他组织的名称、住所、法定代表人或者主要负责人的姓名、住所，法定代表人或主要负责人的姓名、职务。

(2) 具体的请求、事实根据和理由。申请书缺少事实根据和理由的，赔偿义务机关可以责成申请人补正。

(3) 申请的年、月、日。

赔偿申请书是请求人向赔偿义务机关提出的主要书面材料。因此，必须内容完整，符合法定形式，语言简明，字迹工整，便于赔偿义务机关审查处理。请求人书面申请确有困难的，可以委托他人代书，可以口头申请，由赔偿义务机关记录。

(二) 行政赔偿义务机关的受案与处理

行政赔偿义务机关应在收到申请书之后，对申请书进行审查。经审查认为赔偿申请符合条件的，应当通知请求人，并在两个月内作出处理决定。逾期不予赔偿或赔偿请求人对赔偿数额有异议的，请求人可自行政处理期限届满之日起三个月内向人民法院提起诉讼。

1. 赔偿义务机关处理赔偿申请的期限

行政赔偿义务机关应当自收到赔偿申请书之日起两个月内作出赔偿或不予赔偿的决定。

2. 赔偿义务机关对行政赔偿的处理内容

赔偿义务机关应当依照《国家赔偿法》提出赔偿方案。赔偿方案包括：赔偿方式；赔偿数额；计算数额的依据和理由；履行期限等。

3. 对行政处理的异议

在下列情形下，申请人可对行政赔偿义务机关的处理提出异议：（1）赔偿义务机关对赔偿申请不予理睬或对已作出的赔偿方案不予实施；（2）赔偿请求人不同意赔偿义务机关的赔偿方案，包括对赔偿方式、金额、履行期限有不同意见。申请人对行政赔偿处理有异议，可自行政处理期限届满之日起三个月内向人民法院提起赔偿诉讼。

（三）行政复议

受害人可以依法在申请行政复议时一并提出行政赔偿请求，行政复议机关应在确认原具体行政行为的合法性与合理性的基础上，决定是否应由赔偿义务机关承担赔偿责任，以及如何进行行政赔偿。

（四）行政赔偿诉讼

行政赔偿诉讼是特殊的诉讼形式，它是法院根据赔偿请求人

(原告)的诉讼请求通知赔偿义务机关(被告)应诉,依照行政诉讼程序和国家行政赔偿法的有关规定和基本原则,审判行政赔偿争议并作出裁判的活动。这种诉讼在起诉、受理、审理形式,证据原则及适用法律诸方面,都有其自身的特点,从起诉的条件看,在单独提起行政赔偿诉讼时,要以行政赔偿义务机关先予处理为先行程序或称前提条件。从诉讼当事人看,赔偿诉讼以赔偿义务机关为诉讼被告,实行“国家责任、机关赔偿”制度,而违法行使行政职权造成相对方法合法权益损害的行政工作人员或行政执法人员不是行政赔偿诉讼的被告。从审理形式看,赔偿诉讼不同于其他行政诉讼的显著特点在于其可以适用调解。从证据规则看,赔偿诉讼不完全采取“被告负举证责任”的原则,它可参考民事诉讼规则,要求行政赔偿请求人对其诉讼请求及其他主张进行举证。行政赔偿诉讼原则上适用《行政诉讼法》规定的程序,行政诉讼法没有规定的,如送达等,可以适用民事诉讼程序。

(五) 行政追偿程序

行政追偿是指行政赔偿义务机关依法向赔偿请求人支付赔偿费用或履行赔偿义务后,依法责令有故意或重大过失的公务员或受委托的组织、个人承担部分或全部赔偿费用的制度。行政追偿制度既可以保证受害人及时依法取得行政赔偿,又可以监督公务人员依法行使行政职权,增强责任心,作到“依法行政”。追偿是国家基于行政机关与其工作人员之间的特别权力关系(行政隶属关系)而对行政执法人员的违法职权行为予以制裁的转换形式。行政追偿需满足两个条件:(1)行政赔偿义务机关已经向受害人支付了赔偿金或履行了行政赔偿义务。(2)行政执法人员在行使行政职权违法造成相对方法合法权益损害时,在主观上是故意的或有重大过失。

第三章 民 商 法

第一节 民法概述

一、民法的概念与调整对象

(一) 民法的概念

民法是调整平等主体的公民之间、法人之间以及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。

民法可以分为形式意义上的民法与实质意义上的民法。形式意义上的民法，指系统编纂的民事立法，即民法典。在我国即指《中华人民共和国民法通则》，它是我国调整民事关系的基本法。实质意义上的民法是指所有调整平等主体之间的财产关系和人身关系的有关法律规定，都属于民法，它不仅包括民法典以及其他民事法律、法规、立法解释和司法解释，还包括国际条约中有关民事关系的法律规定，也构成我国民法的一部分。

(二) 民法的调整对象

法是社会关系的调整器，一定范围的社会关系构成了一个部门的调整对象，民法的调整对象，体现在《民法通则》第2条的规定中，该条规定：“中华人民共和国民法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。”可以说，民法的调整对象，应为平等主体之间的财产关系和人身关系。

1. 民法调整平等主体之间的财产关系

民法调整平等主体之间的财产关系，是指平等主体在生产、分配、交换、消费过程中形成的具有经济内容的社会关系。其特点为：第一，该财产关系在法律上表现为静态的财产所有关系和动态的财产流转关系；第二，当事人的法律地位平等，彼此之间不存在隶属或从属关系；第三，当事人在经济利益上互利有偿；第四，这一财产关系发生在公民之间、法人之间以及公民与法人之间。

2. 民法调整平等主体之间的人身关系

民法调整平等主体之间的人身关系，是指平等主体之间发生的与人身密切联系而无直接财产内容的社会关系，与人身不可分离，一般不具有直接经济内容。民法调整的人身关系，包括人格关系和身份关系。人格关系指与公民、法人作为民事主体有密切联系的社会关系，如生命、健康、姓名、名誉等；身份关系指因血缘、婚姻等身份关系而发生的收养、抚养、赡养、监护等社会关系。

二、民法的基本原则

民法的基本原则是民法基本精神的体现，是民法所调整的社会关系的集中的抽象的反映，是贯穿于整个民事立法、司法及当事人的日常行为的准则，是对各项民事法律制度和全部民法规范起到统率作用的基本准则。我国民法的基本原则，包括以下四项原则。

（一）当事人地位平等原则

这一原则包含以下涵义：第一，任何民事主体在民事关系中的法律地位是平等的；第二，民事主体在民事活动中平等地享有

民事权利和承担民事义务；第三，民事主体所享有的民事权利平等地受到法律保护。这一原则是由民法调整对象的特点决定的。我国民法调整的社会关系是平等主体之间的财产关系和人身关系，因而平等原则必然贯穿我国民法始终。

（二）自愿、公平、等价有偿、诚实信用原则

这一原则的具体内容为：第一，当事人从事民事活动必须自主自愿，任何民事主体都不能借助于经济优势或行政权力强迫他人进行某种行为或不进行某种行为。第二，当事人从事民事活动必须公平合理，不能随意抬价压价，损害对方利益，不能乘人之危，强迫对方接受不合理的条件。第三，当事人从事交易遵循等价有偿的原则，要按照价值规律的要求，互相实现经济利益。这是由民法所调整的财产关系的内在性质和民事主体缔结的民事权利义务关系的目的决定的，也是市场经济中价值规律的必然要求。第四，当事人在民事活动中要讲究信用，诚实不欺。在尊重他人利益和社会利益的前提下，追求个人利益的民法原则，该原则具有很高的效力，起到平衡个人利益与社会利益、国家利益的作用，并且具有禁止权利滥用的功能。

（三）保护民事主体的合法民事权益的原则

公民、法人的合法民事权益受法律保护，任何组织和个人不得侵犯。否则，公民、法人有权请求司法保护。民事权益包括民事权利和利益。我国《民法通则》具体规定了公民和法人享有的各种民事权利，如所有权、债权、人身权、知识产权等。公民和法人通过享有并行使这些民事权利，能够获得一定的经济利益和精神利益。公民和法人必须以合法方式行使权利和取得利益，否则，不仅不受法律保护，反而要承担法律责任。

（四）遵守法律和国家政策，维护国家和社会公共利益原则

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。同时，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、民事权利主体

民事权利主体也称为民事主体，即民事法律关系的参加者，也是民事权利和民事义务的承担者。在我国《民法通则》上，将民事权利主体分为两类，这就是公民（自然人）和法人。

（一）公民（自然人）

公民是民事权利主体之一。公民作为民事权利主体，具有民事权利能力和民事行为能力。在特别情况下，公民这一民事权利主体，还可以表现为另外两种形式，即个体工商户及农村承包经营户、个人合伙。

1. 公民的民事权利能力和民事行为能力

公民的民事权利能力，是指公民作为民事主体享有民事权利和承担民事义务的资格。在我国，公民具有平等的民事权利能力。公民的民事权利能力始于出生，终于死亡。也就是说，公民在整个生存期间，均具有民事权利能力。

公民的民事行为能力，是指公民通过自己的行为，取得民事权利或者承担民事义务的能力。公民的民事行为能力与民事权利能力不同，任何公民都具有平等的民事权利能力，但并非任何公民都具有同一的民事行为能力。公民的民事行为能力，依其年龄以及智力情况的不同而有所不同。在我国《民法通则》上，将公民的民事行为能力分为以下三类。

（1）完全民事行为能力

完全民事行为能力，是指公民具有能够通过自己的独立行为

进行民事活动，行使民事权利、并承担民事义务的能力。《民法通则》第 11 条规定：“18 周岁以上的公民是成年人，具有完全民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人”；同时还规定：“16 周岁以上不满 18 周岁的公民，以自己的劳动收入为主要生活来源的，视为完全民事行为能力人。”这是认定公民有完全民事行为能力的法律依据。

(2) 限制民事行为能力

限制行为能力是指民事行为能力受到一定的限制，不具有完全民事行为能力，而只具有一定的民事行为能力。《民法通则》第 12 条第 1 款规定：“10 周岁以上的未成年人是限制行为能力人，可以进行与他的年龄、智力相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”第 13 条第 2 款规定：“不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人，可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动；其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。”

(3) 无民事行为能力

无民事行为能力是指完全不具备民事行为能力，在任何情况下，均不具有以自己的行为取得民事权利、承担民事义务的能力。《民法通则》第 12 条第 2 款规定：“不满 10 周岁的未成年人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”第 13 条第 1 款规定：“不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人，由他的法定代理人代理民事活动。”

无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人，是他的法定代理人。法律设立行为能力制度的目的，一方面在于保护无民事行为能力人和限制民事行为能力人的利益，另一方面也在于

维护交易安全和社会秩序的稳定。

2. 个体工商户、农村承包经营户

个体工商户是指在法律允许的范围内，依法经核准登记，从事工商业经营的公民。个体工商户在本质上乃是个体劳动者，是在法律允许范围内从事工商业经营活动的公民。但个体工商户不限于单个的公民个人，也可能为公民的家庭。个体工商户的经营，需要依法核准登记。我国《民法通则》规定，个体工商户可以起字号，这在实际上承认个体工商户具有名称权。个体工商户的合法权益，受到法律的保护。

农村承包经营户是指在法律允许范围内，按照承包合同规定从事商品经营的农村集体经济组织的成员。农村承包经营户在本质上乃是农村集体经济组织的成员，是在法律允许的范围内从事商品生产经营活动的公民。但农村承包经营户不限于单个的公民个人，也可能为公民的家庭。农村承包经营户通常基于相应的承包经营合同，而享有权利并承担义务。农村承包经营户的合法权益，受到法律的保护。

个体工商户和农村承包经营户，必须承担经营过程中的财产责任。《民法通则》第29条规定：“个体工商户、农村承包经营户的债务，个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担”。以公民个人名义申请登记的个体工商户和以个人名义承包的农村承包经营户，用家庭共有财产投资，或者收益的主要部分供家庭成员享用的，视为家庭经营，其债务应以家庭共有财产清偿。在夫妻关系存续期间，一方从事个体经营或者承包经营的，其收入为夫妻共有财产，债务应以夫妻共有财产清偿。个体工商户、农村承包经营户的债务，如以其家庭共有财产承担责任时，应当保留家庭成员的生活必需品和必要的生产工具。

3. 个人合伙

个人合伙是指两个或者两个以上公民按照协议，各自提供资金、实物、技术等合伙经营、共同劳动的一种形式。个人合伙是公民这一民事权利主体依相互的协议而形成的特别形式，参加合伙的人，称为合伙人。在个人合伙中，各合伙人投入的财产，由合伙人统一管理和使用，而经营积累的财产则归合伙人共有。

个人合伙可以起字号，依法经核准登记后，在核准登记的经营范围内，从事经营活动。合伙人的经营活动，由合伙人共同决定，合伙人有执行和监督的权利。合伙人为合伙而进行的经营活动，其结果均归于合伙，由全体合伙人承担民事责任。

合伙的债务，在各合伙人之间，依各自的出资比例或者协议的约定承担；而在合伙与第三人之间，则由各合伙人承担连带责任。

(二) 法人

1. 法人的概念

法人是指具有民事权利能力和民事行为能力，能依法独立享有民事权利和承担民事义务的社会组织。法人与自然人同为民事权利主体，但与自然人有着显著的区别。自然人是作为生物体而存在的人，而法人则是由法律拟制的人，具有法律上的人格，但不具有自然的生命。

2. 法人应具备的条件

我国《民法通则》规定，法人应具备下列条件：第一，依法成立。法人是由法律赋予其以人格，因而，法人须依法设立。法人组织设立的目的和宗旨，须符合国家和公共利益的要求，并且法人成立的审核和登记程序，须符合法律法规的要求。第二，有必要的财产或者经费。必要的财产或者经费，是法人赖以

存在并承担民事责任的基础。在属于企业法人时，必须有自己所有或经营管理的财产；属于国家机关、事业单位和社会团体法人时，则必须拥有必要的独立经费。第三，有自己的名称、组织机构和场所。法人的名称，是法人特定化的标志；组织机构是管理法人的事务、代表法人从事民事活动的机构；法人的场所是法人从事生产经营及其他活动的地方。法人以它的主要办事机构所在地为住所。第四，能够独立承担民事责任。法人必须以其自己的意志从事活动，并且以其支配的财产承担民事责任。

3. 法人的种类

我国《民法通则》规定，法人分为企业法人与非企业法人两类。此外，法人还可以组成联营体。

企业法人是指以营利为目的、从事生产经营活动的法人，企业法人也就是营利法人。企业法人包括全民所有制企业法人、集体所有制企业法人、私营企业法人、中外合资经营企业法人、中外合作企业法人、外资企业法人等。

非企业法人是指不以营利为目的、承担国家管理以及从事文教、科技等项活动的法人。非企业法人包括国家机关法人、事业单位法人和社会团体法人。非企业法人不得从事营利性经营活动。

4. 法人的民事权利能力与民事行为能力

法人首先具有民事权利能力，即具有作为民事权利主体参与民事活动、享受民事权利并承担民事义务的资格。法人自成立时起，享有民事权利能力；至法人终止时止，民事权利能力消灭。

法人也具有民事行为能力，即具有以自己的意思进行民事活动，取得权利、承担义务的能力。法人的民事行为能力与其民事权利能力相一致；在法人享有民事权利能力时，即同时具有民事

行为能力。法人的民事行为能力，不能超出它的民事权利能力的范围。

5. 法人的终止

法人的终止是指法人的法律上人格的丧失，即法人的消灭。

我国《民法通则》第45条规定，企业法人由下列原因之一而终止：（1）依法被撤销。包括因企业法人进行违法活动，而依法被责令撤销；设立法人的目的已达、法人无继续存在的必要时，依照法令或者行政命令，而将法人撤销。（2）解散。法人在完成了自己的使命，或者章程规定的存续期间届满以及章程约定的解散事由发生时，自动终止。（3）依法宣告破产。企业法人因严重亏损，不能清偿到期债务，具备法定的破产条件，而由人民法院宣告破产时，法人即行终止。（4）其他导致法人终止的原因。

在法人终止时，应当了结业务，停止清算范围以外的活动，清理财产，收取债权，清偿债务。在财产清理时，全民所有制企业法人以国家授予它经营管理的财产承担民事责任，集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任，其他企业法人亦应以企业所有的财产承担民事责任。而在企业法人破产时，则应依破产法规定的程序，进行清算。企业法人终止，应向登记机关办理注销登记并公告。

四、民事法律行为

（一）民事法律行为的概念

我国《民法通则》规定，民事法律行为是公民或者法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。

民事法律行为具有如下的特点：第一，民事法律行为乃是一

种意思表示行为，行为人将一定的意思、以一定的方式表达于外部的行为；第二，民事法律行为乃是一种以发生一定法律后果为目的的行为，为民事法律行为的目的，即在于设立、变更、终止一定的民事权利或者民事义务；第三，民事法律行为乃是一种合法行为，其内容及形式均符合法律的要求，因而能够得到法律的保护。

（二）民事法律行为的成立要件

民事法律行为必须具备一定的实质要件，才能使相应的民事法律行为成立，亦即使民事法律行为产生行为人预期的法律效果。民事法律行为成立的实质要件如下：

1. 行为人具有相应的民事行为能力

是否具有民事行为能力，决定着行为人所为的民事法律行为是否有效成立。凡具有完全民事行为能力的自然人，其独立实施的一切民事法律行为，当然能够有效成立；无民事行为能力所为的法律行为，以及限制民事行为能力人未经法定代理人同意而为的法律行为，则不能有效成立，不能产生预期的法律后果。

2. 意思表示真实

民事法律行为作为一种意思表示行为，要求行为人的内在意愿与外在表示一致。只有在行为人的意思表示是自愿的、真实的，其所为的法律行为才能够有效成立；不具有真实的意思表示，或者意思表示系出自于某种外来因素的强制，均不能使相应的法律行为有效成立。

3. 不违背法律或者社会公共利益

民事法律行为作为一种合法行为，当然要求其内容不违反法律，这是民事法律行为的本质所决定的。这里的法律指广义法律，包括全国人大及其常委会制定的各项法律，国务院制定的行

政法规，以及地方人民代表大会制定的地方性法规等。法律没有规定的，应当遵守国家政策。此外，民事法律行为也不得损害社会公共利益，否则也不能有效成立。

（三）民事法律行为的形式

我国《民法通则》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。在通常情况下，民事法律行为的形式主要有以下几种。

1. 口头形式

口头形式即行为人通过口头的意思表示，而使民事法律行为成立。口头形式包括当事人之间的直接面谈对话，或者通过电话等进行对话。

2. 书面形式

书面形式即行为人以一定的文字形式，进行意思表示，而使民事法律行为成立。书面形式包括一般书面形式和特殊书面形式。前者表现为合同形式、信函形式、传真形式、电报形式等，通常要求在书面上由行为人进行签名或者盖章。后者则表现为公证形式、鉴证形式、登记形式、审批形式等。

3. 录音、录像等视听资料形式

行为人以录音、录像等视听资料形式，进行相应的意思表示，而为民事法律行为。但对于以此种形式所为的法律行为，必须在切实证明其确实是行为能力人的真实意思表示时，才能认为其有效。一般认为，必须有两个以上无利害关系人作为证人或者有其他证据，方可认为有效。

4. 推定形式

行为人不以任何语言或者文字的方式，而以自己积极的作为行为进行相应的意思表示，使他人据以推断出行为人已为民事法

律行为。例如，一方当事人向对方当事人提出一定的请求时，对方未以语言或者文字明确表示意见，但已按照请求人的要求，完成了相应的活动，则应认为其已表明自己的意思而使民事法律行为有效成立。

5. 默示形式

行为人不以任何语言或者文字的方式，而以自己的消极的不作为行为，进行相应的意思表示而使他人据以推断行为人已为民事法律行为。如继承人没有表示放弃继承，这种沉默即视为接受继承。不作为的默示只有在法律有规定或者当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。

(四) 无效民事行为

无效民事行为是指欠缺法律行为的有效要件的民事行为。无效民事行为可以分为绝对无效民事行为和相对无效民事行为两类。

1. 绝对无效民事行为

所谓绝对无效民事行为，是指不具备民事法律行为的有效要件、因而不能发生行为人预期法律后果的民事行为。该种民事行为，属于当然无效的行为，且属于自始无效的行为。根据我国《民法通则》的规定，绝对无效民事行为包括以下种类：

(1) 无民事行为能力人实施的民事行为

无民事行为能力人，其所为的民事行为无效。不能依法独立进行民事活动的未成年人、精神病人，法律规定为无行为能力人，不可能或不能正确地作出意思表示，所以也不能以自己的行为取得权利、承担义务，其所为民事行为无效。

(2) 限制民事行为能力人依法不能独立实施的民事行为

限制民事行为能力人可以进行与他的年龄、智力或精神健康

状况相适应的民事活动，其他民事活动由他的法定代理人代理，或者征得他的法定代理人的同意。凡属与限制行为能力人不相适应的民事活动，未征得法定代理人同意而由该限制行为能力人而为时，其所为民事行为无效。

(3) 因欺诈、胁迫等违背真实意思而为的民事行为

在一方以欺诈、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民事行为，应为无效民事行为。例如，在当事人故意告知对方虚假情况，或者隐瞒真实情况，诱使对方当事人作出错误的意思表示时，即可以认定为欺诈手段；而在当事人以给对方及其亲友的生命健康、荣誉、名誉、财产等造成损害为要挟，迫使对方作出违背真实意思的表示时，即可以认定为胁迫行为；而在一方当事人乘对方处于危难处境或紧迫需要，迫使对方作出违背其本意的意思表示，严重损害对方利益时，即可以认定为乘人之危。在上述各种情况下，行为人的意思表示实际上受到了外来因素的特别影响，均发生非真实的意思表示，因而导致其所为的民事行为无效。

(4) 恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的民事行为

恶意串通即明知某种行为对他人会造成损害，而故意与他人通谋，取得一致。恶意串通的行为，虽当事人的意思表示一致，但因损害了国家、集体或第三人的利益，故该行为应属无效。

(5) 违反法律或者社会公共利益的民事行为

民事法律行为在本质上为合法行为，因而，违法行为当然为无效民事行为。凡属目的或内容违反宪法、法律、法规、条例、章程、规定以及国家政策的民事行为，以及违反社会公德、扰乱社会经济秩序、损害社会公共利益等的民事行为，都属无效行为。

(6) 以合法形式掩盖非法目的的民事行为

民事行为仅有合法形式，而无合法实质，当然不属于合法行为，因而也不属于民事法律行为。以合法行为作为伪装，实施具有非法目的的行为，或者以合法形式从事内容违法的交易，属无效行为。

2. 相对无效民事行为

相对无效民事行为是指行为人所为民事行为存在一定问题，可能引起撤销或者变更，从而导致该行为无效后果的民事行为。也称为可撤销、可变更民事行为。该种民事行为不属于当然无效的行为，也不属于自始无效的行为；在行为人未予撤销或者变更时，则自始为有效行为，仅在行为人予以撤销或者变更时，才发生行为无效的后果。根据我国《民法通则》的规定，下列民事行为为相对无效民事行为：

(1) 行为人对行为内容有重大误解的民事行为

重大误解是指行为人对民事法律关系的要素发生错误认识，例如对民事法律关系的主体、内容、客体等的认识错误。在实践中，对于行为人因对行为的性质、对方当事人、标的物品种、质量、规格和数量等的错误认识，使行为的后果与自己的意思相悖，并造成较大的损失的，可以认定为重大误解。

(2) 显失公平的民事行为

显失公平是指一方当事人利用优势地位，或者利用对方紧急需要或缺乏经验，致使双方的权利义务明显违反公平、等价有偿原则，严重侵害对方当事人的合法权益的事实状态。对于显失公平的民事行为，法律规定为可变更或可撤销的民事行为。对于相对无效民事行为，一方当事人有权请求人民法院或者仲裁机关予以变更或者撤销。但自行为成立时起超过1年，当事人才请求变

更或撤销的，人民法院不予支持。

3. 无效民事行为的法律后果

根据我国《民法通则》的规定，绝对无效的民事行为，自行为开始起即无法律约束力；而相对无效民事行为被撤销时，自行为开始起即为无效。但在民事行为部分无效但不影响其他部分的效力时，其他部分仍然有效。无效的民事行为，尚未履行的，应当停止履行；已经履行或部分履行，对于当事人已经取得的财产和造成他人的财产损失的，根据不同情况采取以下方式处理：（1）返还财产。当事人因该行为取得的财产，应当返还给受损失的一方；如果交付的财产毁损灭失，应当作价返还。（2）赔偿损失。有过错的一方应当赔偿对方因此所受的损失；双方都有过错的，应当各自承担相应的责任，即按双方过错轻重以及对损失发生所起作用的大小，分担由无效行为所致的损失。（3）收归国家、集体所有或返还第三人。双方恶意串通，实施民事行为损害国家、集体或者第三人利益的，应当追缴双方取得的财产，收归国家、集体所有或者返还第三人。

五、代理

（一）代理的概念

代理是指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，由此产生的法律后果直接归属于被代理人的一种法律制度。

代理具有如下的特征：第一，代理人代他人为法律行为。代理人代替被代理人实施的行为，乃是法律行为，依其代理活动而产生一定的法律后果，即在被代理人与第三人之间发生、变更或终止某种民事权利义务关系。因而，也可以说，代理实际上是法

律行为的代理，凡不与第三人产生权利义务关系的行为，不能构成民法上的代理。第二，代理人应以被代理人名义实施民事法律行为。在代理关系中，代理人只有以被代理人的名义，代替被代理人进行民事活动，才能为被代理人取得民事权利和履行民事义务。代理人以自己的名义进行民事活动就不是代理活动，而是其自己的行为，其法律后果由行为人自己承担。以此区别于行纪、寄售等以自己名义实施并自己承担法律后果的行为。第三，代理人须在代理权限范围内独立为意思表示。代理人在代理权限范围内，有权斟酌情况，独立地进行意思表示。此点把代理人与证人、居间人相区别，后者无权为独立意思表示，其任务只能起媒介作用。第四，代理行为的法律后果直接归属于被代理人。代理人在代理权限内所实施的行为，其法律后果由被代理人承担。这是以上三个特征的必然结果，也是当事人设立代理法律关系的目的所在。

（二）代理的种类

在我国民法上，根据代理权产生根据的不同，将代理分为委托代理、法定代理和指定代理三类。

委托代理是指基于被代理人的委托而产生的代理。委托代理是代理制度中最重要、运用最广泛的一种，又称意定代理或授权代理。当被代理人以委托的意思表示将代理权授予代理人时，即发生委托代理。

法定代理是指依法律直接规定而产生的代理。如无行为能力人和限制行为能力人，其监护人因法律的规定而成为被监护人的法定代理人。这种代理无需被代理人授权，而由法律直接规定。

指定代理指因人民法院或有关单位的指定所产生的代理。例如，在民事诉讼中，无行为能力人和限制行为能力人无法定代理

人，或者法定代理人之间互相推诿代理责任，由人民法院指定代理人参加诉讼。

（三）代理权行使的原则

代理人行使代理权而为代理行为时，必须遵循法律规定的原则。代理权行使的原则，主要为以下三项：

1. 在代理权范围内行使代理权

代理人必须在代理权的范围内行使代理权，为相应的代理行为，才能成立有效的代理行为，从而使该行为的效果归于被代理人。代理人未经被代理人授权，或者虽经授权但代理权已经终止，而擅自以被代理人的名义为代理行为，则构成无权代理；代理人虽经被代理人授权，但超过其授权范围而为代理行为，则构成越权代理。在代理人为无权代理或者越权代理的情况下，如果该代理行为未能获得被代理人的追认，则对被代理人不发生效力，其后果应由代理人自行承担，而由此使被代理人发生损害时，还要承担损害赔偿的责任。

2. 为维护被代理人的利益而行使代理权

代理人应积极履行代理的职责，为被代理人的利益而为代理行为。在代理人因不履行代理的职责而对被代理人造成损害时，则应当承担损害赔偿的责任。在通常情况下，代理人必须亲自为代理行为，只有在为被代理人的利益而有必要时，才能转托他人代理，且须事先取得被代理人的同意，否则即应承担相应的民事责任。

3. 不得滥用代理权

代理人在基于代理权而为代理行为时，不得滥用代理权。滥用代理权的行为，主要表现为三种情况，即自己代理、双方代理和恶意串通。所谓自己代理，是指代理人以被代理人的名义，与

自己进行法律行为；所谓双方代理，是指代理人以被代理人的名义，与自己同时代理的其他人进行法律行为；所谓恶意串通，则是指代理人在以被代理人的名义进行法律行为时，与相对方通谋勾结。在上述三种情况下，代理人所为代理行为，均可能对被代理人造成损害，侵害被代理人的合法权益。因而，在法律上被严格禁止。特别是在代理人与第三人恶意串通的情况下，如果给被代理人造成损害，则由代理人与第三人连带承担赔偿责任。

（四）代理关系的终止

代理关系的终止，即代理人的代理权消灭，不再发生代理的效力。代理关系终止的原因，依代理种类的不同而有所不同。

1. 委托代理的终止

我国《民法通则》规定，委托代理因下列情形之一而终止：（1）代理期间届满或者代理事务完成；（2）被代理人取消委托或者代理人辞去委托；（3）代理人死亡；（4）代理人丧失民事行为能力；（5）作为被代理人或者代理人的法人终止。

2. 法定代理及指定代理的终止

我国《民法通则》规定，法定代理及指定代理因下列情形之一而终止：（1）被代理人取得或者恢复民事行为能力；（2）被代理人或者代理人死亡；（3）代理人丧失民事行为能力；（4）指定代理的人民法院或者指定单位取消指定；（5）由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

第二节 所有权及其他物权法律制度

一、所有权

(一) 所有权的概念及内容

1. 所有权的概念

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。所有权是一种完全物权，他物权都是从所有权派生出来的。

2. 所有权的内容

所有权的内容，即所有人对财产依法享有的占有、使用、收益和处分的权能。

(1) 占有

占有就是民事主体对于财产的实际管理或控制。占有分所有人的占有和非所有人的占有。所有人的占有是指所有人实际占有属于自己的财产。非所有人占有是指所有人以外的人对物的实际占有。还分为合法占有与非法占有。合法占有是根据法律规定或所有人的意志而为的占有。非法占有，是指非所有权人无合法根据而占有他人的财产。非法占有可分为善意占有与恶意占有。善意占有，指非法占有人在占有某项财产时，不知道或不应该知道其占有为非法；恶意占有指非法占有人在占有某项财产时，已经知道或应当知道其占有为非法占有。善意占有与恶意占有在性质上是不同的，因此两者的法律效果有所不同。

(2) 使用

使用是指为满足生产和生活的需要，按照财产的性能和用途

对财产进行利用。使用是直接于所有物之上行使的权利，因而其存在以占有物为前提。当占有权能与所有人分离以后，使用权能也与所有权发生分离。但是，在有些情况下，例如，在保管、运输、加工承揽的情况下，占有人虽然占有所有人之物，但并不享有使用权能。

(3) 收益

收益是指通过对财产的占有、使用、经营等而取得某种经济利益。通常收益是通过物的使用直接获取收益。在某些情况下，所有人并不行使其使用权能而直接获取收益。在另外一些情况下，例如在委托、雇用的情况下，使用权人并不享有收益权。

(4) 处分

处分是指对财产进行处置、决定财产的命运。处分有事实上的处分和法律上的处分。前者是指把财产直接消耗在生产生活中；后者是指依法将财产转让。处分权能是所有人最重要的权利，在一般情况下，只能由所有人行使。

占有、使用、收益、处分四项权能是所有权的内容。在实际生活中，这些权能都可以根据所有人的意志和利益，依法与所有人发生分离，以充分发挥财产的用途，满足所有人与非所有人的生产和生活需要。所有权的各项权能与所有人分离是所有人行使其所有权的一种有效方式。

(二) 所有权的取得及消灭

1. 所有权的取得

(1) 原始取得

所有权的原始取得，又称为最初取得，是指财产所有权不依他人已有的所有权，而由权利人最初地取得所有权。所有权的原始取得，通常表现为以下几种方式：

第一，劳动生产取得成果。生产者通过生产活动，通过对自然物的改造加工，而创造出具有新的使用价值的财产，并取得其所有权。通过劳动生产而取得所有权，是最基本的的所有权原始取得方式。

第二，没收取得。即国家依法强制将财产收归国有。它不承认原所有人的权利和不考虑原所有人的意志。没收包括对依革命手段对特定人的财产强制剥夺、依法对犯罪分子财产的没收、依行政处罚而进行的没收。

第三，孳息收取。孳息是基于原物所发生的财产，包括天然孳息和法定孳息。天然孳息指由自然物所产生的孳息，例如由果树的生长而结出果实；法定孳息则是指基于原物的利用而依法律产生的孳息，例如将房屋出租而发生租金。

第四，添附取得。所谓添附，是指不同所有人的财产，因合并在一起而形成不可分割的一种新财产。添附具体表现为混合、附合和加工三种情况。对添附而形成的新财产的所有权归属有约定的，按约定取得所有权。

第五，无主财产取得。无主财产是指没有所有人或所有人不明的财产。依我国民法规定，所有人不明的埋藏物、隐藏物，归国家所有；接收单位应当对上缴的单位或者个人给予表扬或者物质奖励。但是，公民、法人对于挖掘、发现的埋藏物、隐藏物，如果能够证明属其所有，而且根据现行的法律、政策又可以归其所有的，应当予以保护，不能作无主财产处理。此外，遗失物、飘流物或者走失的饲养动物、家禽、家畜等，在通常情况下不能认为是无主财产，应将其归还原主；在无人认领时，则收归国家所有。

(2) 继受取得

所有权的继受取得，又称为传来取得，是指所有人通过某种法律行为而从原所有人取得的财产所有权。继受取得通常表现为买卖取得、继承取得或者受赠取得。买卖取得是最大量的继受取得方式，即通过交易行为，由买方取得卖方财产的所有权。继承取得则是继承人依继承权的行使，在作为被继承人的所有人死亡时，取得该所有人的遗产的所有权。受赠取得则是公民或法人通过接受遗赠或赠与，而取得财产所有权。

2. 所有权的消灭

所有权的消灭是所有人因一定的法律事实，而丧失其所享有的所有权。引起所有权消灭的原因，主要有以下几种：

第一，所有权依转让而消灭。即所有人根据自己的意志，将属于自己所有的财产转让给他人，由此而使受让财产的一方取得所有权，而转让财产的原所有人的所有权则归于消灭。

第二，所有权依抛弃而消灭。即所有人自愿抛弃某项财产，或者放弃依法享有的所有权，从而使其本来所享有的所有权归于消灭。

第三，所有权依客体消灭而消灭。所有权的客体即一定的物，可能因某种原因而导致其自然状态的消失，例如某种原材料在生产中被消耗、某种用品在生活中被消费、房屋等不动产因地震或者火灾而灭失，在此种情况发生时，该物所有权即不复存在。

第四，所有权依主体消灭而消灭。所有权与一定的权利主体相关，在所有权的主体消灭时，例如自然人死亡或者法人解散时，该主体原来所享有的所有权，即应消灭，而出现新的所有权人。

第五，所有权因强制程序而消灭。在国家行政机关或司法机

关依法采取强制措施，强制所有权人转移其所有权时，即发生该所有权人的所有权消灭。例如，国家依法对所有权人的土地或其他财产，实行征购、征用或者拍卖等。

（三）所有权的保护

所有权作为一种合法享有的财产权，受到国家法律的保护。实际上，在宪法、刑法、行政法、经济法等各部门法中，均有对所有权的保护的规定。而作为调整平等主体之间财产关系的基本法的民法，对所有权的保护则更为重视。在我国《民法通则》中，明确规定了对国家、集体和公民个人以至于社会团体包括宗教团体依法所享有的财产所有权，给予法律保护。作为所有权的民法保护方法，主要有以下几种：

1. 确认所有权

在所有权的主体即所有权人不明，而就所有权的归属发生争议时，发生争议的各方当事人，均可以请求法院或者主管机关，对所有权的归属进行确认。在经依法对所有权的归属予以确认后，真实所有权人的所有权即可受到保护，而排除其他人对真实所有权人的所有权的侵害。

2. 返还原物

在所有权人的财产被他人非法占有，而依通常的请求无法从非法占有人取回该财产时，所有人有权向人民法院提起诉讼，请求人民法院责令非法占有人将非法占有的财产，返还给所有人，从而使所有人的所有权得到保护。返还原物的前提，是财产被他人非法占有，且原物仍然存在。如果原物已经灭失而无法返还，则只能请求损害赔偿，而不能请求返还原物。在原物已由非法占有人转让给第三人时，如果第三人为恶意取得，即明知非法占有人系非法占有、不享有合法所有权，仍受让该物所有权时，或者

第三人虽无恶意、但属无偿取得占有时，所有人仍有权要求受让该物所有权的第三人返还原物。

3. 恢复原状

在所有人的财产遭受他人非法损坏、改变了财产原状时，所有人有权向人民法院提起诉讼，请求人民法院责令加害人恢复财产原状。但恢复原状的前提，是财产原状在客观上能够恢复、且有恢复的价值。

4. 排除妨害

他人非法妨害所有人行使自己的所有权时，所有人有权向法院提起诉讼，请求法院排除妨害。此种排除妨害之诉，不仅在妨害已经存在时可以提起，而且在对其所有权的行使有妨害之虞时，亦得提起诉讼。在后一种情况下，也称为请求消除危险。

5. 赔偿损失

由于他人的非法行为，而使所有人的财产遭受毁损或灭失，无法返还原物或者恢复原状时，所有人可以请求加害人赔偿损失。

对所有权的各种保护方法，在具体使用上没有特别的限制，既可以单独采用，也可以将几种方法联合采用；具体采用何种方法，应视实际需要和所有人的意愿决定，只要符合采用该保护方法的一般要求，即得采用该保护方法寻求保护。

二、用益物权

（一）用益物权的概念

用益物权是指对他人所有的物，于一定范围内获得使用收益的权利。用益物权是从所有权分离出来的他物权。

用益物权具有如下特征：第一，用益物权是一种定限物权；

第二，用益物权以对物的使用收益为目的；第三，用益物权原则上系就他人之物而成立；第四，用益物权的享有和行使以占有为前提；第五，用益物权主要以不动产为标的物。

在我国，国有企业经营权、国有土地及集体所有土地使用权、承包经营权以及采矿权等，可以认为属于具有用益物权性质的财产权。

（二）国有企业经营权

国有企业经营权是指全民所有制企业对国家授予它经营的财产依法享有的占有、使用、收益和在一定范围内处分的权利。国有企业经营权的特征主要表现为以下三点：第一，具有派生性，乃是由国家财产所有权派生而来；第二，权利主体只限于全民所有制企业，即国有企业；第三，具有一定的独立性，同时又受到所有权的一定制约。

（三）土地使用权

土地使用权是指使用权人依法对属于国家或者集体所有的土地所享有的占有、使用、收益的权利。使用权人主要是全民所有制和集体所有制单位，公民个人也可以成为特定的土地使用权的使用权人，例如农村宅基地使用权的使用权人。土地使用权具有如下特征：第一，土地使用权的客体，是国有土地和集体所有土地，因而是从国家土地所有权和集体土地所有权中派生出来的；第二，土地使用权是由法律特别设定的一种物权；第三，取得国有土地使用权，必须履行申请、审查批准、登记等法定程序。

（四）承包经营权

承包经营权是指承包经营人依照法律规定或者承包经营合同的约定，在一定期间内，对取得的承包经营的财产享有的占有、使用、收益的权利。承包经营权具有如下的特征：第一，承包经

营权的客体主要是土地，包括属于集体所有的土地以及属于国家所有而由集体使用的土地，此外也有森林、草原、荒地、滩涂等；第二，承包经营权的取得，通常依承包经营合同的约定，即由集体经济组织与承包经营人签订承包合同的方式设定；第三，承包经营权是一种用益物权，权利人对承包经营的财产有占有、使用、收益的权利，而无处分的权利。

（五）采矿权

采矿权是指全民所有制和集体所有制单位以及公民，在法律允许的范围内，对一定的矿产资源所享有的占有、开采和收益的权利。采矿权具有如下特征：第一，采矿权源于国家的授权，国家对属于其专有的矿产资源，授权给法人或者公民个人开采，并保护其合法的采矿权；第二，采矿权必须依法提出申请，经主管行政机关批准，才能取得；第三，取得采矿权的人，必须办理采矿登记手续，取得采矿许可证，依法行使采矿权。

三、担保物权

（一）担保物权的概念

担保物权是为了担保债务的履行，在债务人或第三人的特定物或权利上所设定的一种定限物权。我国《民法通则》和《担保法》对担保物权作了详细的规定。

担保物权具有如下特征：第一，担保物权是一种定限物权。第二，担保物权是一种从物权，以被担保债权的存在为前提。但最高额抵押权除外。第三，担保物权是在债务人或第三人的特定财产或权利上成立的物权。第四，担保物权具有确保债权获得实现的作用。

在我国，法律规定的抵押权、质权、留置权，应该属于担保

物权。

（二）抵押权

1. 抵押权的概念

抵押权指债务人或者第三人向债权人提供一定的财产作为抵押物，但不移转其占有，以担保债务的履行，而在债务人不履行债务时，债权人得依照法律的规定以抵押物折价或得以拍卖、变卖抵押物的价款优先受偿的权利。

在抵押权关系中，提供一定财产的债务人或者第三人为抵押人，接受该财产抵押的债权人为抵押权人，由抵押人提供用作担保的财产为抵押物。

2. 抵押权的标的

抵押的标的即用作抵押物的财产。我国《担保法》规定，可以作为抵押物的财产，限于以下三类：（1）房屋和其他地上定着物，但以属于质押人所有或者依法有处分权者为限；（2）机器、交通工具和其他财产，但以属于质押人所有或者依法有处分权者为限；（3）土地使用权，但以质押人依法有处分权者或者依法承包并经发包方同意质押者为限。

此外，我国《担保法》规定，以下财产不得用作抵押物：土地所有权；耕地、宅基地、自留地、自留山等集体所有的土地使用权；学校、幼儿园、医院等社会公益设施；所有权、使用权不明或者有争议的财产；依法被查封、监管、扣押的财产等。

国有土地上的房屋被用作抵押时，该房屋占用范围内的土地使用权随同抵押，以出让方式取得的国有土地使用权作抵押时，该土地上的房屋随同抵押。乡（镇）、村企业的土地使用权不得单独抵押，而只能随同该企业的厂房等建筑物抵押。

3. 抵押合同

抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。法律规定应当办理抵押物登记的，抵押合同自登记之日起生效；当事人以动产抵押的，可以自愿办理抵押物登记，抵押合同自签订之日起生效。

4. 抵押的效力

抵押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金和实现抵押权的费用。但当事人可以在抵押合同中，就上述各项另行约定，在有特别约定时从约定。

抵押权人有权依照担保法的规定，收取抵押物的孳息，以及制止抵押人的足以使抵押物价值减少的行为或得要求与此相应的补救措施。抵押人转让抵押物，应当通知抵押权人并将转让物已经抵押的事实告知受让人；否则，转让无效。转让抵押物所得的价款，应当优先用于向抵押人清偿债务或者为此清偿而提存。

抵押权不得与债权分离而单独转让或作为其他债权的担保。抵押权因所担保债权的消灭或抵押物的灭失而消灭。

5. 抵押权的实现

债务履行期届满，债务人未履行债务致使抵押权人未受清偿时，可以与抵押人协议以抵押物折价或者以拍卖、变卖该抵押物所得的价款受偿；协议不成的，抵押权人可以向人民法院提起诉讼。

抵押物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归抵押人所有，不足部分由债务人清偿。提供抵押的第三人，在抵押权人实现抵押权后，对债务人有追偿权。

(三) 质权

1. 质权的概念

质权是指为担保债务的履行而由债权人实现对债务人或者第

三人的动产或权利的现实占有，在债务人不履行债务时，债权人有权依法以该财产或权利折价或者从拍卖、变卖的价款中获得优先受偿的权利。在质权关系中，提供财产的债务人或者第三人为出质人，债权人为质权人，用作担保而移交的财产为质物。

2. 质押的种类

质押可以根据质物的不同，分为动产质押和权利质押两类。动产质押是以动产为质物而设定的质押，对于用作质物的动产，通常没有特别的限制，只要属于出质人所有的、且得转让的动产，均得设定质押。权利质押是以一定的权利为质物的质押，可以设定质押的权利，通常为票据、提单、仓单、债券、股票等有价证券上的权利，以及商标权、专利权、著作权等知识产权性权利，此外，股份等股权性权利也可以用作质押。

3. 质押合同

出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。属于动产质押时，自质物移交给质权人占有时，质押合同生效；属于权利质押时，自权利凭证交付之日起，质押合同生效。

4. 质押的效力

质押担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、质物保管费用和实现质权的费用。但当事人可以在质押合同中就上述各项另行约定，在有特别约定时从约定。质权人有权依照担保法的规定，收取质物所生的孳息。质权人负有妥善保管质物的义务。因保管不善致使质物灭失或者毁损时，质权人应当承担赔偿责任。质权人不能妥善保管质物，可能致使其灭失或者毁损时，出质人可以要求质权人将质物提存，或者要求提前清偿债务而返还质物。质权因质物灭失而消灭，因灭失所得的赔偿额，应当作为出质财产。质权与其担保的债权同时存在，债权消灭时，

质权也消灭。

5. 质权的实现

债务履行期届满，债务人履行债务时，或者出质人提前清偿所担保的债权时，质权人应当返还质物。债务履行期届满而债务人未履行债务，致使质权人未受清偿时，可以与出质人协议以质物折价，也可以依法拍卖、变卖该质物。质物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归出质人所有，不足部分由债务人清偿。为债务人质押担保的第三人，在质权人实现质权后，对债务人有追偿权。

（四）留置权

1. 留置权的概念

留置权是指债权人依特定的合同占有债务人的动产，在该债务人不按照合同约定的期限履行债务时，债权人有权依法留置该动产，并以该动产折价或者变卖而优先受偿的权利。

留置权是一种法定担保物权，该权利的发生，不依当事人之间的协议，而依法律的规定。我国《担保法》明确规定仅对于因保管合同、运输合同、加工承揽合同而发生的债权，债务人不履行债务时，债权人有权留置。但当事人可以在合同中约定不得留置的物。

2. 留置的效力

留置担保的范围包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、留置物保管费用和实现留置权的费用。但在留置的财产为可分物时，留置物的价值应当相当于债务的金额。

留置权人负有妥善保管留置物的义务。因保管不善致使留置物灭失或者毁损时，留置权人应当承担赔偿责任。

3. 留置权的实现

债权人与债务人应当在合同中约定，债权人留置财产后，债务人应当在不少于两个月的期限内履行债务。债权人与债务人在合同中未约定时，债权人留置债务人的财产后，应当确定两个以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。

在该确定的履行期届满，债务人仍未履行时，债权人可以与债务人协议，以留置物折价，或者依法拍卖、变卖留置物。留置物折价或者拍卖、变卖后，其价款超过债权数额的部分归债务人所有，不足部分由债务人清偿。

留置权因债权消灭而归于消灭，或者因债务人另行提供担保并被债权人接受时而归于消灭。

第三节 合同法律制度

一、合同的概念和特征

《民法通则》第85条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。依法成立的合同受法律保护。”据此，合同具有以下法律特征：第一，合同是双方或多方的民事法律行为；第二，合同以设立、变更、终止民事关系为目的；第三，合同是一种民事法律关系；第四，合同当事人的法律地位平等。

二、合同的订立

订立合同的过程就是订约当事人进行协商的过程，订立合同必须遵循合法、平等互利、协商一致、等价有偿等原则。在当事人为订约进行协商的过程中，一般要先有一方作出订约的意思表示，然后他方予以附合。前者为要约，后者为承诺。因此，订立

合同的一般程序从法律上可分为要约和承诺两个阶段。要约指订立合同的当事人一方向他方提出的以订立合同为目的的意思表示。承诺指受要约人向要约人作出的对要约完全接受的意思表示。承诺一经成立，就发生法律效力。在我国，一般认为承诺自送达到要约人时生效。承诺的效力，在于使合同成立，订立合同的阶段结束。

关于合同成立的地点，凡书面合同写明了合同签订地点的，以合同写明的为准；未写明的，以双方在合同上共同签字盖章的地点为合同签订地；双方签字盖章不在同一地点的，以最后一方签字盖章的地点为合同签订地。

三、合同的无效

合同的无效是指因合同的订立违反法律规定，因而不能产生当事人预期的法律后果、不具有法律效力。合同无效主要有以下几种情形：

1. 合同的一方或双方当事人的主体资格不合格，例如：无民事行为能力人订立的合同；限制民事行为能力人订立的依法不能独立订立的合同；不具备法人资格的社会组织以法人名义签订的合同；未经核准登记领取营业执照的个体工商户以个体工商户名义签订的合同；法人、个体工商户等组织超越经营范围或者违反经营方式所签订的合同。

2. 内容不合法，例如：合同条款违反国家法律、法规及政策；合同的标的为禁止流通物、未经许可经营的物或法律、政策不允许的行为；当事人的意思表示不真实，或采取胁迫、欺诈等手段签订的合同；当事人规避法律，损害了国家利益、社会利益或他人利益，等等。但如果合同仅是个别条款违法，则当事人可

以通过去除或纠正违法条款的办法，使合同成为有效。

3. 因无权代理、双方代理、自己代理而无效。代理人无代理权、超越代理权订立合同，代理人以被代理人名义与自己或者与自己代理的第三人订立合同，非经被代理人追认，不能对被代理人发生效力。

4. 形式不符合法律的明文规定。

无效合同不具有法律效力。如果合同已经实施或部分实施，依具体情况，可能发生返还财产、赔偿损失、将财产收归国库等法律后果。

四、合同的撤销

合同的撤销是指在当事人对订立合同的行为内容有重大误解，或在合同显失公平的情况下，可经当事人请求，撤销该合同，使其已经订立的合同的效力归于消灭。

对行为内容发生重大误解，包括对行为的性质、标的的价格、数量、履行期、履行地等发生误解。所谓重大误解，是指行为人表达出来的意思与其真实意思存在着重大差别，并且极大地影响了当事人所应享受的权利和应承担的义务。重大误解一般是行为人的过失行为造成的，即由行为人的不注意、不谨慎造成的。如果重大误解是由行为人的故意行为或重大过失行为造成的，则行为人无权请求撤销合同。显失公平是指一方当事人在经济窘迫或其他情形严重以及缺乏经验的情况下，签订了明显对自己有重大不利的合同，使合同各方当事人的权利和义务极不对等。

对于存在重大误解或显失公平的合同，一方有权请求法院或仲裁机构予以撤销。被撤销的合同自始无效。

五、合同的履行、转让、变更、解除和终止

(一) 合同的履行

合同的履行，指合同双方当事人按照法律规定和合同的约定，完成各自承担的义务。当事人履行合同义务应遵循如下原则：第一，实际履行原则，指当事人应严格按照合同规定的标的履行；第二，完全履行原则，指当事人应严格按照合同规定的时间、地点、方式等，全部完成各自承担的义务；第三，协作履行原则，指当事人在履行合同的过程中应当互相协作，提供必要的帮助。

(二) 合同的转让

合同的转让是指在合同生效后，当事人一方将合同的权利和义务的全部或其部分转移给第三者的行为。合同的一方当事人在向第三者转让合同时，必须征得合同对方当事人的同意；法律、法规规定应由国家批准成立的合同，合同的转让还须经原批准机关的同意。

(三) 合同的变更与解除

合同的变更，指合同当事人对合同条款的增加、减少或修改。合同的解除，指在合同成立后，尚未履行或者没有完全履行前，当事人一方根据法律规定或者合同约定的条件，通知另一方提前结束合同规定的全部或部分权利和义务关系。

变更或解除经济合同，必须经当事人双方协商一致，且不得因此损害国家利益和社会公共利益。

变更或解除合同的通知或协议，应当采用书面形式，经有关机关批准而成立的合同，其变更或解除须报原批准机关备案。因变更或解除合同使一方遭受损失的，除依法可以免除责任的以

外，应由责任方负责赔偿。合同变更或解除后，原订合同即失去其效力。合同的变更和解除，不影响当事人要求赔偿损失的权利。合同中约定的解决争议的条款以及结算和清理条款，不因合同的变更或解除而失去效力。

（四）合同的终止

合同的终止是指因当事人已经履行合同规定的义务，或因司法机关判决，或因当事人协商同意而使合同效力归于消灭。合同终止不影响当事人要求赔偿损失的权利；合同约定的解决争议的条款继续有效；合同约定的结算和清理条款继续有效。

第四节 票据法法律制度

一、票据法概述

（一）票据的概念及其特征

票据是汇票、本票和支票的总称，是约定由自己或者委托他人，在见票时或者约定的日期无条件向持票人支付确定金额的有价证券。

票据具有如下的法律特征：首先，票据是有价证券，是为表明一定的财产性权利、且只有通过对其持有才能行使该权利而作成的证券。其次，票据是债权证券，票据所表现的乃是票据债权，并且是金钱债权。第三，票据是无因证券，具有无因性的特征，即票据权利依原因关系而发生，又与该原因关系相分离，成为独立的票据债权关系，不再受先前的原因关系的影响。第四，票据是要式证券，票据有严格的形式性要求，其记载事项、记载方式，均由法律加以规定。第五，票据是文义证券，票据所表现

的权利，完全依票据上记载的文义确定，并依法律规定的解释方式进行解释，而不能依据票据以外的其他文书确定，也不能进行任意解释。

（二）票据法的概念及其调整对象

票据法是规定票据的种类、形式和内容，确定票据当事人之间的权利义务，调整因票据而发生的各种社会关系的法律规范。

票据法的调整对象，是因票据而发生的各种社会关系，也简称为票据关系。这种票据关系，可以分为两种不同的类型。第一类为基于票据行为而在票据当事人之间发生的各种关系，包括票据发行关系、票据转让关系、票据承兑关系、票据保证关系等；第二类为基于票据法的规定而在票据当事人之间发生的各种关系，包括票据当事人之间的利益偿还关系、怠于追索通知的损害赔偿关系等。

二、票据基本制度

（一）票据行为

票据行为是指以发生或转移票据上权利、承担票据上义务为目的而为的法律行为。在我国票据法中，票据行为包括出票、背书、承兑、保证四种。

票据行为的成立，要求具备以下三个形式要件：第一，行为人在票据上进行必备事项的记载；记载事项可以分为必要记载事项、无益记载事项和有益记载事项三类，必要记载事项为应该记载的事项，无益记载事项为不得记载的事项，有益记载事项为可以记载的事项。第二，行为人在票据上进行签章；签章可以是签名、盖章或者签名加盖章，法人或者单位的签章，必须为该法人或者单位的公章加其法定代表人或者授权代理人的签章。第三，

行为人将票据交付相对方。

（二）票据权利

票据权利是指依票据行为所发生的、持票人得向票据债务人请求支付票据金额的权利，包括付款请求权和追索权。前者称为主票据权利，是向票据的主债务人行使的请求权；而后者则称为副票据权利，是在主票据权利未获实现时，向票据的从债务人行使的请求权，也称为偿还请求权。

票据权利的取得，可以分为原始取得和继受取得两类。

票据权利的原始取得，是指持票人不经由其他前手权利人，而最初取得票据权利，包括发行取得和善意取得两种方式。发行取得是指权利人依出票人的出票行为而取得票据权利。善意取得是指票据受让人善意或无重大过失，从无权利人手中受让票据，从而取得票据权利。票据权利的继受取得，是指持票人从有票据处分权的前手权利人受让票据，从而取得票据权利。

票据权利的继受取得，包括票据法上的继受取得和非票据法上的继受取得。票据法上的继受取得，主要是依背书转让而取得票据权利。非票据法上的继受取得，包括依普通债权转让方式转让、继承、赠与、公司合并等方式，取得票据权利。非票据法上继受取得的票据权利，通常只能得到一般的法律保护，例如民法对权利受让人的保护，而不能得到票据法对合法持票人的特别保护。

票据权利的消灭，可以分为付款请求权的消灭和追索权的消灭两类。

付款请求权的消灭，通常在以下两种情况下发生：第一，因清偿等一般债权消灭原因而使付款请求权归于消灭。第二，因付款请求权时效完成，而使付款请求权归于消灭。我国票据法明确

规定了付款请求权的消灭时效，即：持票人对票据的出票人和承兑人的权利，自票据到期日起2年；见票即付的汇票、本票，自出票日起2年；持票人对支票出票人的权利，自出票日起6个月。在上述时效完成后，付款请求权当然归于消灭。

追索权的消灭，通常在以下两种情况下发生：第一，因法定保全行为欠缺，而使追索权消灭。我国票据法规定，汇票未按照规定期限提示承兑的，持票人丧失其对前手的追索权；持票人不能出示拒绝证明、退票理由书或者未按照规定期限提供其他合法证明的，丧失其对前手的追索权；本票未按照规定期限提示见票的，丧失对出票人的前手的追索权。第二，因追索权时效完成，而使追索权归于消灭。我国票据法明确规定了追索权的时效，即：持票人对前手的追索权，自被拒绝承兑或者被拒绝付款之日起6个月不行使而消灭，持票人对前手的再追索权，自清偿日或者被提起诉讼之日起3个月不行使而消灭。

（三）票据义务

票据义务是指依票据行为所发生的、行为人应向票据权利人支付票据金额的义务。票据义务也可以分为付款义务和追索义务。前者是票据主债务人所承担的义务，后者则是票据从债务人所承担的义务，也称为偿还义务。

票据义务与基于其他法律行为而发生的一般金钱债务相比，有以下不同特征：第一，票据义务是单方性义务，即票据义务人单纯地负有义务；第二，票据义务是连带性义务，即在票据上签章的人，就票据债务负连带清偿的责任；第三，票据义务是双重性义务，即票据义务人同时负有金钱给付义务和担保义务。

票据债务人得依票据法的规定，拒绝履行票据义务，即主张票据抗辩。依抗辩事由和抗辩效力的不同，票据抗辩可以分为对

物抗辩和对人抗辩两类。对物抗辩是指因票据本身所存在的事由而发生的抗辩，这种抗辩得对任何票据权利人主张。对物抗辩通常分为有关票据记载的抗辩、有关票据签章的抗辩、有关票据时效的抗辩。对人抗辩是指因票据债务人与特定的票据权利人之间的法律关系而发生的抗辩，这种抗辩仅能对特定的票据权利人主张。对人抗辩通常分为原因关系抗辩、意思表示瑕疵抗辩、无权的抗辩。

（四）票据瑕疵

票据瑕疵是指票据因某种特殊情况而存在异常，并导致票据权利义务发生一定变动的特殊状态。票据瑕疵通常包括票据伪造和票据变造两种情况。票据伪造是指行为人假冒他人的名义，以他人的签章，为票据行为。因而，票据伪造乃是票据签章的伪造。票据伪造在票据法上的效果，主要表现在以下几个方面：第一，票据上的伪造签章，不影响其他真实签章的效力，其他真实签章人仍应依自己的签章，承担相应的票据义务；第二，被伪造人在通常情况下不承担票据义务，可以主张对物抗辩，但须就被伪造一事负举证责任；第三，伪造人必须承担相应的法律责任，包括民事责任和刑事责任，但并无票据上责任。

票据变造是指为无变更权限的人对票据上记载事项擅自加以变更的行为。因而，也可以说，票据变造即票据记载的变造。票据变造在票据法上的效果，主要表现在以下几个方面：第一，票据记载事项的变造，通常不影响票据的效力，票据行为人仍应依自己的签章，承担票据义务，但在变造之前签章的人，应对原记载事项负责，在变造之后签章的人，对变造后的记载事项负责，不能辨别签章在变造前或变造后时，视为在变造之前签章。第二，变造人必须承担相应的法律责任，包括民事责任和刑事责

任，但并无票据上责任。

（五）票据丧失

票据丧失即持票人因票据被盗或者丢失，而丧失对票据的实际占有。在票据丧失的情况下，持票人的票据权利并不当然消灭，只是在权利行使上发生障碍，因而，需要通过规定的途径获得救济，以恢复其票据权利的行使。我国票据法对于票据丧失的补救，规定了挂失止付、公示催告、普通诉讼三种救济途径。三者没有特别的联系，均可单独进行，但在通常情况下又表现为相继进行，即先进行挂失止付，再进行公示催告或者进行普通诉讼。

三、汇票规则

（一）汇票的概念及其种类

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

汇票具有以下特征：第一，汇票通常有三个基本当事人，相互形成票据关系，其中，出票人和付款人为票据义务人，而收款人则为票据权利人；第二，汇票需要由付款人进行承兑，以确认其承担绝对付款义务，而在付款人未承兑时，汇票上所载付款人并无绝对付款义务；第三，汇票付款既可以见票即付，也可以约期付款；第四，汇票对于当事人特别是出票人和付款人无特别的限制，既可以是银行，也可以是非银行的公司、企业或者个人。

汇票可以依不同的标准进行划分，通常分为以下几类：

1. 银行汇票·商业汇票

依汇票当事人资格的不同，汇票可以分为银行汇票和商业汇票。银行汇票是以银行为出票人、同时以银行为付款人的汇票；

商业汇票是以银行以外的其他公司、企业等为出票人，以银行或者其他公司以及企业等为付款人的汇票，在商业汇票中，当付款人为银行并由其承兑时，称为银行承兑汇票；当付款人为银行以外的其他公司或者企业等并由其承兑时，称为商业承兑汇票。

2. 即期汇票·远期汇票

依汇票付款期限的不同，汇票可以分为即期汇票和远期汇票。即期汇票即见票即付汇票；远期汇票则是在汇票上记载到期日，付款人在到期时承担付款的汇票。

3. 一般汇票·变式汇票

依汇票上当事人地位的不同，汇票可以分为一般汇票和变式汇票。一般汇票即通常概念上的汇票，是出票人、付款人和收款人分别为三个不同当事人的汇票；变式汇票则是在出票人、付款人和收款人中，由同一个当事人兼有两种或者两种以上身份的汇票，例如由出票人自任付款人的对己汇票、由出票人自任收款人的指己汇票等。

(二) 出票与背书

出票是指出票人依法律规定的形式签发汇票，并将其交付持票人的票据行为。就汇票来说，出票人一般不直接承担付款，而是委托他人付款，因而，汇票的出票人无直接的付款义务，只承担担保承兑和担保付款的义务。汇票的出票人必须保证所发出的汇票能够获得承兑并能获得付款，在票上所载付款人拒绝承兑或者拒绝付款，或者因票上所载付款人下落不明、破产等原因而无从获得承兑或者获得付款时，汇票出票人必须承担汇票付款的责任。

在汇票出票时，必须依照票据法的规定，将必要记载事项记载完整。我国票据法规定，汇票在出票时，必须记载下列事项，

该记载事项之一欠缺时，汇票无效：（1）表明“汇票”的字样；（2）无条件支付的委托；（3）确定的金额；（4）付款人名称；（5）收款人名称；（6）出票日期；（7）出票人签章。

我国票据法规定，汇票出票时，应当记载付款日期、付款地、出票地等事项，且应清楚、明确。但付款日期未记载时，为见票即付；付款地未记载时，付款人的营业场所、住所或者经常居住地为付款地；出票地未记载时，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

背书是指持票人在汇票背面或者粘单上，记载表明将票据权利转让给他人的文句，进行签章，并将其交付相对人，从而表明将票据上权利转让给他人的票据行为。票据的背书，是票据法上规定的票据转让方式。

背书可以依其是否具有票据权利转让的效力，分为实质背书和形式背书。实质背书即在实质上具有权利转让效力的背书，也称为转让背书。实质背书又可以分为一般背书和特别背书。前者即在背书中不作其他特别的记载、具有通常的票据转让效力的背书；后者则是在背书中附加某些特别的记载，或者存在特殊情况，从而在票据转让效力上发生一定限制的背书。形式背书即仅具有背书转让的形式，而在实质上不具有权利转让效力的背书。形式背书又可以分为委托收款背书和质押背书两类。前者是持票人为委托他人收取票据金额而进行的背书；后者是以设定质权、提供债务担保为目的而进行的背书。

汇票经持票人完成背书行为后，即发生汇票背书的效力。就一般背书来说，通常发生三项效力，第一为基本效力即权利转移效力，第二为形式效力即权利证明效力，第三为特别效力即权利担保效力。但对于特别背书和形式背书，则不一定完全发生上述

效力。

（三）承兑与保证

承兑是指汇票上所载的付款人在汇票上进行承兑文句的记载并予签名，承诺自己于汇票到期时承担付款责任的一种票据行为。汇票经承兑后，承兑人即应承担到期付款责任。

汇票承兑应遵循以下三项原则进行：第一，自由承兑，即汇票上所载付款人，可以依自己的独自的意思，决定是否进行承兑；第二，完全承兑，即承兑人如进行承兑，则须对全部票据金额给予承兑，否则应视为拒绝承兑；第三，单纯承兑，即承兑人在进行承兑时，不得附加其他的条件，否则亦应视为拒绝承兑，持票人得向前手背书人及其他票据债务人行使追索权。

汇票承兑时，需要持票人向票上所载付款人先行出示汇票，请求其承诺付款，这就是提示承兑。提示承兑应当在法律规定的提示承兑期间内进行，如未按法律规定的期限提示承兑，则丧失对出票人以外的其他前手背书人的追索权。对于付款日期已经确定的汇票，包括定日付款汇票和出票后定期付款的汇票，在出票日以后、到期日以前的期间，均可向付款人提示承兑；对于见票后定期付款的汇票，应当在出票日起一个月内，向付款人提示承兑。见票即付汇票则无须向付款人提示承兑。

保证是指行为人在已发行的汇票上，进行保证文句的记载，完成签名，并将其交付持票人，从而表明对特定票据债务人的票据债务承担保证责任的行为。票据保证的效力，主要表现在以下四个方面。第一，保证人对合法取得票据的持票人所享有的票据权利，承担保证责任，除因被保证人的债务基于票据记载事项欠缺而无效的情形外，保证人不得主张免除保证责任。第二，保证人的责任是法定连带责任，保证人与被保证人在票据债务的履行

上，处于同一地位，因而，保证人不享有先诉抗辩权。第三，保证人的保证责任不局限于确定的票据债权人，凡属对被保证的票据债务人享有权利的一切票据权利人，均得依该票据保证而对保证人主张权利。第四，保证人履行了自己的保证债务时，即解除了自己以及被保证人及其后手票据债务人的票据上责任，并产生了票据保证人的代位权，可以作为持票人，对被保证人及其前手行使追索权。

（四）付款与追索

付款是指汇票上所载付款人或承兑人在汇票到期时，对持票人所进行的票据金额的开发。

持票人为取得票据金额的开发，应进行提示付款，即向票上所载的付款人或承兑人出示票据，请求其付款。提示付款应在票据法规定的提示付款期限内进行，未按期进行提示付款，则丧失对出票人和承兑人以外的其他前手背书人的追索权。不同种类的汇票，有不同的提示付款期间。我国票据法规定，见票即付的汇票，自出票日起1个月内向付款人提示付款；定日付款、出票后定期付款或者见票后定期付款的汇票，自到期日起10日内，向承兑人提示付款。

在有提示付款时，付款人对于持票人是否具有合法权利人的资格负有形式审查的义务。这种形式审查，表现为对票据外观形式的审查，而其中最主要的，是审查该票据的背书是否连续。只要持票人为背书连续的背书的最后被背书人，即可推定其为合法权利人。此外，付款人当然还要对票据记载事项是否完备、记载事项是否有变造、承兑签名是否为自己的签名，进行必要的形式审查，确认无误后方可予以付款。

追索是指持票人在提示承兑或者提示付款，而未获承兑或未

获付款时，以及在到期日以前发生到期时获得付款的可能性显著减少的情况时，得向其前手请求偿还一定金额的行为。

依追索发生的不同情况，可以将追索分为期前追索、到期追索和再追索。期前追索是指在汇票上所载的到期日到来之前，因发生到期付款的可能性显著减少的情况而进行的追索。我国票据法规定，仅在以下三种情况下，方得进行期前追索：（1）付款人拒绝承兑，即在汇票的持票人于到期前，依法向票据上所载付款人进行提示承兑，但未获承兑；（2）承兑人或者付款人死亡、逃匿，即在到期前无法找到承兑人或者付款人，因而已无从获得承兑或者付款；（3）承兑人或者付款人被依法宣告破产或者因违法被责令终止业务活动。到期追索是指在约期付款的汇票到期时，或者见票即付的汇票提示时，持票人因不获付款而发生的追索。再追索是指已履行追索义务的人向其前手追索义务人所进行的追索。

追索权的行使，需要具备一定的形式要件。主要的形式要件是持票人就不获承兑或者不获付款的事实，取得相应的证明。在通常情况下，需要由承兑人或者付款人出具拒绝承兑或者拒绝付款的拒绝证明，或者出具退票理由书。在因承兑人或者付款人死亡、逃匿等而无法取得拒绝证明时，则应依法取得其他有关证明，例如取得公证机关的公证书。在承兑人或者付款人破产或者被依法终止业务活动时，人民法院的判决或者裁定等司法文书，或者有关行政主管部门的处罚决定，也具有证明效力。追索人不能提供拒绝证明或者退票理由书，或者未在规定的期限内取得其他有关证明，则不能行使追索权。

在发生追索时，追索人应向被追索人发出追索通知。我国票据法规定，在发生追索时，持票人必须在收到有关证明之日起三

日内，将被拒绝事由书面通知前手；接到通知的前手，应在接到通知后三日内，顺次将此事通知再前手。未进行前述通知而使前手受到损失时，在不超过票据金额的范围内，由没有按照规定期限通知的汇票当事人承担赔偿责任。

追索人在行使追索权时，可以不按照汇票债务人的先后顺序，对其中的一人、数人或者全体进行追索。依追索权的行使而得请求支付的金额，由三部分构成，即未获付款的票据金额、自到期日起依法定利率计算的利息、追索费用。

四、本票规则

（一）本票的概念

本票是由出票人签发的，约定由自己在见票时无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。在我国票据法上，本票仅为即期银行本票。

本票具有以下特征：第一，本票通常只有两个基本当事人，相互形成票据关系，其中，出票人为票据义务人，而收款人则为票据权利人；第二，本票因系由出票人本人自任付款人，因而，无须另行承兑，出票人必须承担绝对付款义务；第三，本票付款为见票即付；第四，本票出票人应为银行。

（二）本票对汇票规则的适用

由于本票在功能及作用上，与汇票有着诸多相同或者相近之处，因而，在规则方面当然也就表现出相当多的同一性。在票据法上，通常采用以本票适用相应的汇票规则的方式，来简化规范。本票应适用的汇票规则，主要包括有关出票规则、背书规则、保证规则、付款规则以及追索规则。

（三）本票的特别规则

本票的特别规则，主要为本票的出票规则和见票规则。

我国票据法规定，在本票出票时，必须记载以下绝对必要记载事项：（1）表明“本票”的字样；（2）无条件支付的承诺；（3）确定的金额；（4）收款人名称；（5）出票日期；（6）出票人签章。在本票上未记载前述绝对必要记载事项之一的，本票无效。此外，作为相对必要记载事项，亦得记载出票地及付款地，但未记载时，出票人的营业场所即为出票地或者付款地。

我国票据法上的本票，仅为见票即付本票，在持票人向出票人提示见票时，即为本票的到期日，出票人必须承担付款责任。为使持票人及时行使票据权利，并保全其追索权，我国票据法规定，本票的提示见票、请求付款的期限，自出票日起，最长不得超过两个月。在持票人未在法律规定的提示见票期限内提示见票时，则丧失其对前手的追索权。

五、支票规则

（一）支票的概念与种类

支票是由出票人签发的，委托银行或者其他金融机构在见票时无条件支付确定金额给收款人或者持票人的票据。

支票具有以下特征：第一，支票通常有三个基本当事人，相互形成票据关系，其中，出票人和付款人为票据义务人，而收款人则为票据权利人；第二，支票无须由付款人进行承兑，付款人并不承担绝对付款义务，而仅在出票人在付款人处的实有存款金额足以支付时，才承担付款义务；第三，支票付款仅限于见票即付，而不能约期付款；第四，支票对于当事人有特别的限制，付款人只能是银行或者其他金融机构，非银行的公司、企业或者个人不得为支票付款人。

支票可以依不同标准进行划分。在我国票据法上，将支票划分为普通支票、现金支票和转帐支票三种。普通支票是对付款无特别限制的支票，既可以用于支取现金，也可以用于转帐；现金支票是专门用于支取现金的支票，只能用于支取现金；转帐支票则是专门用于转帐的支票，只能用于转帐，而不能支取现金。

（二）支票对汇票规则的适用

由于支票在规则上与汇票有着诸多相同或者相近之处，因而，在票据法上，通常采用以支票适用相应的汇票规则的方式来简化规范。支票应适用的汇票规则，主要包括有关出票规则、背书规则、付款规则以及追索规则。

（三）支票的特别规则

作为支票的特别规则，主要为有关支票资金关系的规则、出票的规则、空白票据的规则以及支票付款的规则。

支票出票人与支票付款人之间必须存在资金关系，亦即支票出票人必须在办理支票存款业务的银行或者其他金融机构开立支票存款帐户，并存入一定的资金，然后才能签发支票，委托开户银行进行付款。支票的出票人不得签发空头支票，而出票人在付款人处的存款足以支付支票金额时，付款人则应当在当日足额付款。

我国票据法规定，支票出票时，必须记载以下事项：（1）表明“支票”的字样；（2）无条件支付的委托；（3）确定的金额；（4）付款人名称；（5）出票日期；（6）出票人签章。未记载前述绝对必要记载事项之一时，支票无效。作为支票出票的相对必要记载事项，主要为付款地的记载和出票地的记载。在支票上未记载付款地时，付款人的营业场所即为付款地；在支票上未记载出票地时，出票人的营业场所、住所或者经常居住地为出票地。

我国票据法允许签发两类空白支票，其一是支票金额记载空白的支票，即在出票时不记载金额，而由出票人授权补记；其二是支票收款人名称记载空白的支票，即在出票时不记载收款人名称，而由出票人授权补记。

鉴于支票的单纯支付证券性，对于支票付款来说，应该促使其迅速实现。为此，对于支票付款，在票据法上规定了与见票即付的汇票和本票不同的提示付款期限。我国票据法规定，支票的持票人应当自出票日起 10 日内提示付款，对于异地使用的支票，则依中国人民银行另行规定的期限提示付款。

第四章 经济法

第一节 经济法概述

一、经济法的概念与作用

(一) 经济法的概念

经济法是调整国家在协调经济运行过程中政府与市场主体之间发生的经济关系的法律规范的总称，是国家干预或管理社会经济活动的法律表现。

(二) 经济法的作用

在社会主义市场经济条件下，经济法作为我国法律体系中的一个重要的、独立的法律部门，主要有以下作用：

1. 保障社会主义市场经济体制

经济法一方面保证政府对社会经济生活的干预不影响市场经济自然状态，为市场主体创造良好的平等竞争的外部环境；另一方面，经济法还能够及时矫正市场主体妨碍或破坏市场经济体制的行为，消除市场失灵而造成的宏观经济运行的盲目性和失调状态，从而保证整个社会的经济运行符合市场经济体制的要求。这是经济法的基本作用。

2. 维护社会主义市场经济秩序

社会主义市场经济能否有序运行，关键在于主体的行为是否规范，因此规范主体本身就是维护社会主义市场经济秩序，这是

经济法的重要作用之一。

3. 保护经济法主体的合法权利

作为经济法主体的政府机关和市场主体，都依法享有不同的不可剥夺的权力或权利，对它的任何侵犯，都构成对市场经济秩序的破坏或对市场经济体制的危害，因此，禁止并制裁侵权行为，保护经济法主体的合法权利，是经济法的重要作用之一。

二、经济法的调整对象

经济法调整的是国家在协调经济运行过程中，在政府与市场主体之间发生的经济关系。这种经济关系可以分为以下三类：

（一）企业组织管理关系

在社会主义市场经济主体中，企业是最主要的主体。国家为了协调经济的运行，对于企业当然需要进行一定的管理，包括对企业的设立、变更和终止，企业内部机构的设置及其职权，企业的财务、会计管理等，都应该进行必要的干预。由此而发生了政府管理部门与企业之间的组织管理关系。

（二）市场管理关系

实行社会主义市场经济，必须建立统一、开放的市场体系。为了培育市场体系，维护正常的市场经济秩序，克服市场本身无力消除的垄断和不正当竞争，就需要国家的干预和加强市场管理。由此而发生了政府管理部门与市场活动主体之间的管理关系。

（三）宏观经济调控关系

要实行社会主义市场经济，必须建立以间接手段为主的宏观调控体系。宏观调控是指国家为实现经济总量的基本平衡，促进经济结构的优化，引导国民经济持续、快速、健康发展，对国民

经济总体活动进行的调节和控制。在国家实行宏观调控的过程中，也就与各种经济活动主体发生了相应的调控关系。

三、经济法的基本原则

经济法基本原则是指贯穿于经济法制全过程，并为经济法制和经济法规范所确认和体现的总的指导思想和根本法律准则。它是经济立法、司法、执法和守法全过程的总的指导思想，是最根本的经济法律准则。经济法的基本原则，主要为以下两项：

（一）公平与效率相统一原则

公平与效率是任何社会的法制都追求和维系的重要价值目标，是社会经济法制活动的基本准则。经济法不仅要追求社会经济运行的高效率，以极大地促进社会生产力的发展和社会财富的增加，同时也要维系和保障经济活动的公平、有序，力争借助法律手段使整个社会经济活动在公平与效率的基点上最大限度地统一起来。

（二）政府经济管理行为优化原则

政府经济管理行为优化是指经济法要赋予政府依法干预、管理社会经济运行的职权，强化其管理权威；同时，限定政府实施经济管理行为，必须以保证市场运行的高效有序为目标，以保证市场调节的基本“自然生态”不受破坏为前提，遵循通行的市场规则，使市场配置资源成本更低且富有效率，而不是相反。

这两个原则是对经济法制目标的普遍的、根本的概括，具有高度抽象性，在经济法领域普遍适用，其他经济法各个子部门的具体原则无不体现这两个原则，它们是贯穿经济法始终的指导思想，对整个经济法制活动具有普遍的指导意义。

四、经济法的体系

经济法体系是指对已有的或应有的经济法律、法规，按一定的逻辑关系建立起来的、相互有机联系的经济法系统。由于经济法是调整国家在调控社会经济运行、管理社会经济活动的过程中在政府与市场主体之间发生的经济关系的法律规范的总称，因而经济法首先应当包括宏观调控法与市场管理法这两个最重要的经济法部门。另外，企业法和资产资源管理法也应是我国经济法体系中不可缺少的组成部分。

（一）宏观调控法

所谓宏观调控法并不是以法典形式表现出来的部门经济法，而是对调整国家在宏观调控过程中发生的行政管理性经济关系的法律规范的总称。宏观调控法调整宏观经济关系的目的是为了弥补市场调节的缺陷，防止或消除经济发展中的失衡状态，平衡市场经济中的公平与效率，引导经济活动与社会发展。作为经济法部门的宏观调控法，主要包括计划法、财政法、税法、金融法等。

（二）市场管理法

市场管理法是对调整国家管理市场过程中在政府机关与市场主体之间发生的行政管理性经济关系的法律规范的总称。垄断与不正当竞争行为不仅是市场自身所无力消除的，也是调整平等主体关系的民法所无能为力的。这就需要国家的干预，需要加强国家对市场的管理，以制止不正当竞争，保护消费者的合法权益，维护市场经济秩序，确保市场经济的有序运行。作为经济法部门的市场管理法，主要包括反不正当竞争法、消费者权益保护法、产品质量法等。

（三）企业法

各种类型的企业是社会主义市场经济主体中最主要的组成部分，它们的设立、变更、终止，内部组织机构设置与管理等行为是否规范，必然极大影响经济的整体运行。国家为避免经济的无序发展，需要加强对其干预管理。作为经济法部门的企业法，主要包括全民所有制工业企业法、集体所有制工业企业法、私营企业法和合伙企业法等。

（四）资产资源管理法

国有资产与国有资源是社会主义公有制的物质基础，是国有财产的基本构成。如何管好用好国有资产与国有资源，不仅关系到社会主义公有制的巩固和完善，同时与国计民生也有着十分密切的关联。为了加强对国有资产与资源的管理，国家十分重视这方面的立法，在经济法体系中已经基本形成了国有资产资源管理法这一相对独立的经济法部门，并成为经济体系中不可或缺的组成部分。作为经济法部门的资产资源管理法，包括国有资产管理法和国有资源管理法。

第二节 公司法

一、公司法概述

（一）公司的概念及其种类

公司从其性质上说，乃是企业的一种组织形式。公司是指由两个或者两个以上的股东出资设立的、从事营利性经济活动的企业法人。

公司有如下的特征：第一，公司具有营利性，公司是以营利

为目的的经营组织，设立公司的目的即在于获取利润，并为此而从事连续性的经营活动；第二，公司具有社团性，亦即公司是一种联合体，是由以人为成员而组成的社团；第三，公司具有法人性，即公司是依法设立、有独立财产、能够独立承担民事责任的企业法人。

公司可以依不同的标准，划分为不同的种类。通常将公司分为以下种类。

1. 无限公司·两合公司·有限公司·股份有限公司

公司可以根据股东责任形式的不同，分为无限公司、两合公司、有限责任公司和股份有限公司。无限公司是指由两个以上股东组成的、股东对公司债务负连带无限责任的公司。两合公司是指由一人以上的无限责任股东与一人以上的有限责任股东组成，其无限责任股东对公司债务负连带无限责任，有限责任股东对公司债务仅以其出资额为限承担有限责任的公司。有限公司又称有限责任公司，是指由两个或两个以上的股东共同出资，每个股东以其所认缴的出资额，对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的公司。股份有限公司又称股份公司，是指注册资本由等额股份构成，并通过发行股票筹集资本，股东以其所认购的股份，对公司承担有限责任，公司以其全部资产对公司债务承担责任的公司。在我国公司法上，仅为有限责任公司和股份有限公司。

2. 母公司·子公司

公司可以按照一个公司对另一个公司的控制与依附关系，分为母公司与子公司。在一个公司拥有另一个公司的股份已经达到控股程度时，无论其是否直接掌握被控股公司的经营活动，均为母公司；而资本大部分受到母公司控制的公司，则为子公司。但

无论母公司与子公司之间的控制与依附程度如何，母公司与子公司均为独立法人，依法独立承担民事责任。当母公司所控制的子公司较多时，则可能形成所谓集团公司或者企业集团。

3. 总公司·分公司

在一个公司内部，可以按照组织机构的地位，划分为总公司和分公司。总公司也称为本公司，是管辖该公司全部组织的总机构，公司的业务经营、资金调度、人事安排等，均由总公司统一决定。总公司在法律上具有法人资格，为独立法人，对外承担民事责任。分公司则是总公司所管辖的分支机构，在业务、资金、人事等方面，均受总公司管辖。分公司不具有法人资格，不是独立法人，因而，其业务活动结果由总公司承受，而其债务也由总公司以自己的全部财产承担责任。但目前在我国，在个别公司的名称上，虽使用了分公司的字样，但并非法律意义上的分公司，实际上具有子公司的性质，为独立法人，这一点是值得注意的。

4. 本国公司·外国公司·跨国公司

公司可以依照其国籍，分为本国公司、外国公司和跨国公司。本国公司是国籍隶属于本国的公司，根据我国法律规定，凡依我国法律、在我国批准登记设立的公司，即为我国的本国公司，亦即中国公司，而无论其是否为外资公司或者外国投资比例多少。外国公司是国籍隶属于外国的公司，根据我国公司法规定，凡依外国法律在中国境外登记设立的公司，即为外国公司。跨国公司是指以本国为基地或者中心，在不同国家或地区设立分公司、子公司或者投资企业，从事国际性生产经营活动的经济组织。实际上，跨国公司并非严格的公司法上的概念，其性质与企业集团或集团公司基本相同。

(二) 公司法的概念及其调整对象

公司法是调整在公司设立、组织、活动及解散等过程中所发生的社会关系的法律规范。简言之，公司法乃是调整公司对内对外各种社会关系的法律规范。

公司法的调整对象，是因公司活动所产生的特定的社会关系。这种特定的社会关系，可以分为两类。第一类是公司的全部组织关系，包括发起人相互之间以及股东相互之间的关系、股东与公司之间的相互关系、公司各组织机构之间的相互关系以及公司与国家经济行政机关之间所发生的社会关系。第二类是公司的部分经营关系，包括因股票、债券的发行、转让而发生的社会关系，以及因资本的增加、减少以及出资的转让而发生的社会关系。

二、公司基本制度

（一）公司设立

公司设立是指发起人为组建公司并使之取得企业法人资格而进行的一系列准备行为。公司设立行为的目的，在于组建公司并使之取得法人资格。因而，从这一意义上说，公司设立与公司成立是不同的概念。公司成立是指公司经设立程序，具备了法律规定的条件，由主管机关核准登记，发给营业执照，从而正式取得企业法人资格的事实状态；而公司设立则是发起人创设公司的过程，是使公司成立的基础性准备。公司设立是以司法行为创设公司，而公司成立是以行政行为认可公司。

公司设立的方式，可分为发起设立和募集设立两种。发起设立也称为共同设立或单纯设立，是指公司的资本由发起人全部认缴，不向发起人以外的人募集资本而设立公司。募集设立也称为渐次设立，是指发起人仅认购公司一定比例的股份，其余部分向

社会其他人公开募集而设立公司。无限责任公司、两合公司和有限责任公司，均属封闭性公司，不能向社会发行股份，因而只能采取发起设立的方式设立公司；股份有限公司属于开放性公司，可以向社会发行股份，因而既可以采取发起设立的方式，也可以采取募集设立的方式。我国公司法规定，以募集方式设立股份有限公司时，发起人认购的股份总额不得少于公司股份总数的35%，其余股份应当向社会公开募集。

公司设立必须具备法律规定的相应要件，包括组织要件、发起人要件、物的要件以及行为要件。在组织要件方面，要求必须确定公司的名称，建立符合法律要求的组织机构，有固定的经营场所。在发起人要件方面，要求必须具备一定的数量。我国法律规定，除国有独资公司和外资独资有限责任公司外，有限责任公司的设立，须有两人以上、50人以下的股东，股份有限公司的设立，须有5人以上为发起人。在物的要件方面，要求具备必要的物质条件，主要是资本，并须达到法律规定的最低资本限额。在行为要件方面，则要求发起人必须完成符合法律规定的相应的设立行为。

公司设立的程序，依公司种类的不同而有所不同。

根据我国公司法的规定，有限责任公司的设立，应依下列程序进行：(1) 签订发起人协议；(2) 订立公司章程；(3) 需要经主管部门审批的，报经主管部门审批；(4) 缴纳出资；(5) 确立公司机关；(6) 申请登记。在完成上述程序，经公司登记机关审查，认为符合公司法规定条件的，即予以登记，发给营业执照，公司遂告成立。

股份有限公司设立的程序，则较有限责任公司设立的程序复杂，采用发起设立和采用募集设立，在程序上也不尽相同。在采

用发起设立时，相对较为简单，与有限责任公司设立的程序基本相同，仅在报经主管部门审批上，规定为必经程序，均须通过该程序。在采用募集设立时，应依下列程序进行：（1）发起人认足部分股份；（2）制作招股说明书；（3）呈报国务院证券管理部门审批；（4）公告招募股份；（5）召开创立大会；（6）申请设立登记。在完成上述程序，经公司登记机关审查，认为符合公司法规定条件的，即予以登记，发给营业执照，公司遂告成立。

（二）公司的能力

公司作为企业法人，是独立的民事主体，具有权利能力和行为能力。但公司作为一类特别的法人，在其能力方面，不仅与自然人有所不同，而且与一般法人也有所不同。

公司的权利能力，即公司作为民事主体所具有的、享有民事权利并承担民事义务的资格。但公司的权利能力，要受到民法上的以及公司法上的各种限制。这种限制，主要表现在以下三个方面。第一，自身性质上的限制，即公司作为法人，不能享有自然人所享有的、基于自然人的身体、生命、亲属关系等自然性质所享有的各项权利，如生命权、健康权、肖像权、亲权、自由权、隐私权等。第二，法律规定上的限制，这主要是公司法对公司权利能力的限制，包括限制公司成为其他公司的无限责任股东、对其他公司累计投资额不得超过本公司净资产的50%、不得将公司资金贷放他人、不得以公司资产为个人债务提供担保，等等。第三，自身目的上的限制，即公司法人只能在登记的经营范围内具有权利能力。

公司的行为能力，即公司作为民事主体所具有的、以自己的意思独立地取得权利、承担义务的资格。公司作为一类法人，当然具有民事行为能力，但其本身不能实施民事行为，而是通过它

的机关来实现其行为能力的。公司的机关以公司的名义实施的民事行为，对公司发生效力。

公司具有权利能力和行为能力，当然也应具有侵权行为能力，亦即公司因侵权行为而使他人受到损害时，亦应对受害人负赔偿责任。作为公司的侵权行为，应符合以下条件：第一，须为公司的机关或者有权代表公司的人所实施的行为；第二，须为执行公司职务所实施的行为；第三，该行为须具备一般侵权行为的要件。

（三）公司的资本制度

公司资本是指公司成立时，依章程所确定的由股东出资构成的公司财产总额。公司资本与公司资金不同。公司资金是指公司可以支配的、以货币形式表现的公司资产价值，其中包括公司股东对公司的投资、公司发行债券收入以及从银行取得的贷款等。但在实际上，公司通过发行债券所取得的收入以及从银行取得的贷款，仅仅是可供公司支配的财产，其实质乃是公司的债务，而并非公司的自有资本；只有股东对公司的出资，才能构成公司的资本。换言之，公司资本只是可供应公司支配的公司资金中的一部分。

公司资本的构成，虽然在公司章程中均以货币价值加以表现，但并不以货币或者现金为限。不同类型的公司，其资本的构成也不尽一致。在我国公司法上，有限责任公司和股份有限公司的资本，可以由货币、实物、无形财产等构成。其中，货币是资本的最基本的构成，股东对公司的货币出资，是公司注册资本的重要组成部分，必须实际履行，如实缴纳，且不得抽逃、撤回。实物亦即有形财产，包括建筑物、厂房、机器设备等，但股东实物出资时，有相应的限制，即股东对于作为出资的实物必须拥有

所有权，并且该实物必须为公司生产经营所需；在股东以实物出资时，必须评估作价，并依法办理财产权的转移手续。无形财产包括工业产权、非专利技术以及土地使用权等，在以无形财产出资时，也必须评估作价，并依法办理财产权的转移手续，此外，对于以无形财产中的工业产权和非专利技术出资时，其作价出资金额不得超过公司注册资本的 20%。

公司资本是公司赖以存在并进行经营的物质基础，也是公司债务的总担保，因而，从保护权利人利益和交易安全的需要出发，就要求公司资本必须确定且保持一定数额，并将其公之于众，以使交易相对方了解和掌握公司的资本状况，决定与公司进行交易的范围和条件。为此，在公司法上确认了有关公司资本的三原则，即：资本确定原则、资本维持原则、资本不变原则。要求在公司设立时必须于章程中载明资本总额且由股东全部认足，在公司存续过程中必须经常保持与其资本额相当的财产，公司资本一经确定后非经法定程序不得改变。特别是资本维持原则，在公司运营中极为重要。为此，公司法专门规定了不得抽逃出资、亏损尽先弥补、累计转投资不得超过净资产的 50%、公司不得收购本公司股票等特别规则。

三、有限责任公司

（一）有限责任公司的概念

有限责任公司是指由两个以上股东共同出资，每个股东以其所认缴的出资额对公司承担责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的企业法人。

有限责任公司具有以下特征：第一，股东责任具有有限性，即股东仅以其出资额对公司负责，除此之外则无论对公司及公司

债权人，均不负任何财产责任；第二，股东出资具有非股份性，即股东出资不划分为相等的股份，股东以其出资金额对公司承担责任；第三，公司资本具有封闭性，即公司资本只能由全体股东认缴，而不能向社会募集股份；第四，公司组织具有简便性，设立程序简单，组织机构亦较简单灵活。

在我国，中外合资企业、中外合作企业均采用有限责任公司形态，而在企业实行股份制改造中，也大多采用有限责任公司的形态。实际上，有限责任公司已经成为我国最重要的一种企业形式。

（二）有限责任公司的设立

我国公司法规定，设立有限责任公司，首先必须具备以下主要条件：第一，股东符合法定人数，即必须有两人以上、50人以下股东共同出资，至于股东的资格，一般并无特别限制，企业法人、社会团体、自然人，均可为有限责任公司股东。第二，股东出资达到法定资本最低限额。有限责任公司的最低资本限额，依其业务范围的不同而有所不同。以生产经营或者商品批发为主的公司为人民币 50 万元，以商业零售为主的公司为人民币 30 万元，属于科技开发、咨询、服务性的公司为人民币 10 万元。第三，股东共同制定公司章程，即由全体股东亲自或者委托他人代理参加，订立公司章程，在章程中载明公司名称和住所、公司经营范围、公司注册资本、股东的姓名或者名称、股东的权利和义务、股东的出资方式 and 出资额、股东转让出资的条件、公司的机构及其产生办法、公司的法定代表人、公司的解散事由与清算办法等，并由股东在章程上签名盖章。第四，有公司名称和符合需要的公司组织机构。第五，有固定的生产经营场所和必要的生产经营设备。

有限责任公司在设立时，通常不需要特别的审批，经公司登记机关审查，认为符合公司法规定条件的，即予以登记，发给公司营业执照。但在特别情况下，对于某些有限责任公司的设立，则由法律或者行政法规规定，其设立必须经过有关主管部门审批，在经审批取得相应的批准文件后，方得进行登记。目前，对于进行股份制试点的国有企业组建有限责任公司，需要由国家体改委或省级体改部门，会同有关部门进行审批；此外，中外合资的有限责任公司的设立，需要由对外经济贸易合作部等机关进行审批。

（三）有限责任公司的资本制度

有限责任公司的股东，可以以货币出资，也可以以实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资，但不允许以劳务和信用出资。股东履行出资义务后，则由公司签发证明股东已缴纳出资额的出资证明书，作为股东享有并行使股权的法律凭证。

股东不得抽回其出资，但可以转让出资。出资的转让，如系在股东之间相互转让，无论是全部转让还是部分转让，均得自由进行。但如向股东以外的人转让出资时，则须经全体股东过半数同意；不同意转让的股东应当购买该转让的出资，如果不购买该转让的出资，则视为同意转让。经股东同意向股东以外的人转让出资时，在同等条件下，其他股东对该出资有优先购买权。

有限责任公司在需要时可以增加其注册资本或者减少其注册资本，即进行增资或者减资。但增资或者减资均须依法定程序进行，即须由股东会做出决议。增资或者减资的决议，须经代表三分之二以上表决权的股东通过。在决定增资时，如新增资本的全部或者部分由原有股东以外的人认缴时，股东人数的增加不得超过最高法定股东人数。为维持公司资本，保障公司债权人利益和

交易的安全，一般不允许有限责任公司减资，在必须减资时，则需要发出通知和公告，在规定期限内无债权人提出异议，方得进行减资。但减资后的注册资本数额不得低于法定注册资本的最低限额。

（四）有限责任公司的组织机构

有限责任公司的组织机构，包括股东会、董事会、经理和监事会。

股东会为有限责任公司的最高权力机关，由全体股东组成，为非常设机构。股东会会议分为定期会议和临时会议，定期会议依公司章程按时召开，临时会议由拥有四分之一以上表决权的股东、三分之一以上的董事、监事提议召开。股东会会议由股东按照出资比例，行使表决权。股东会的主要职权如下：（1）决定公司的经营方针和投资计划；（2）选举、更换董事或者监事及决定其报酬的事项；（3）审议批准董事会、监事会或者监事的报告；（4）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案以及弥补亏损方案；（5）对公司进行增资、减资、发行公司债券作出决议；（6）对股东向股东以外的人转让出资、公司合并或者分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；（7）修改公司章程。

董事会是有限责任公司的业务执行和经营意思决定机关，为常设机构，对股东会负责。董事会由3人至13人组成，设董事长1人，副董事长1至2人。董事长为公司的法定代表人。对于股东人数较少、规模较小的有限责任公司，不设董事会，可以设一名执行董事，作为公司的业务执行和经营意思决定机关，并作为公司法定代表人，同时还可以兼任公司经理，即一身三任。董事会的主要职权如下：（1）负责召集股东会，并向股东会报告工

作；(2) 执行股东会的决议；(3) 决定公司的经营计划和投资方案；(4) 制订公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案、弥补亏损方案、增资或者减资方案；(5) 拟定公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；(6) 决定公司内部管理机构的设置；(7) 聘任或者解聘公司经理（副经理）、财务负责人及决定其报酬事项；(8) 制定公司的基本管理制度。

有限责任公司的经理，是负责公司日常经营管理工作的高级管理人员。经理由董事会聘任或者解聘，经理对董事会负责。经理的主要职权如下：(1) 主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议、公司年度经营计划和投资方案；(2) 拟订公司内部管理机构设置方案、公司的基本管理制度；(3) 制定公司的具体规章；(4) 提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；(5) 聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员。

监事会是有限责任公司的监督机关，在经营规模较大的公司设立，为常设机构。而在规模较小的公司，可仅设 1 至 2 名监事，不设监事会。监事会成员不少于 3 人，其中适当比例的监事应由职工代表出任，监事会的其他成员由股东会选举和更换。监事会或者监事的主要职权如下：(1) 检查公司财务；(2) 对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；(3) 当董事和经理的行为损害公司的利益时，要求董事和经理予以纠正；(4) 提议召开临时股东会；(5) 公司章程规定的其他职权。

(五) 国有独资公司

国有独资公司是指国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司。国有独资公司并不等同于国有公司，后者泛指由国家全部出资而设立的公司，因而，可以认为国

有独资公司属于国有公司中的一种。国有独资公司也并不等同于国有企业，后者泛指由国家出资兴办的企业，因而，也可以认为国有独资公司属于国有企业中的一种。

采取国有独资公司形式设立的公司，应为确定的生产特殊产品的公司，或者属于特定行业的企业。通常对以下两类企业采取国有独资公司的形式，第一类是国家投资处于独占地位的企业，例如，从事机密尖端技术研究、生产的企业，国家规定专营专卖的企业，稀缺贵金属企业等；第二类是非竞争性或者竞争性不强的企业，例如，军工企业，重要矿产资源企业，市政公用事业性企业等。

国有独资公司也属于有限责任公司，因而，应适用有限责任公司的一般规则；但国有独资公司在组织机构上有如下的特点：第一，国有独资公司不设立股东会，国家授权投资的机构或者国家授权的部门，应为实际上的公司权力机关，掌握有关公司合并、分立、解散、增减资本、发行公司债等重大事项的决策权，其他属于应由股东会行使的部分职权，则由国家授权的投资机构或者部门授权公司董事会行使。第二，国有独资公司的董事会，其职权比一般有限责任公司董事会的职权多，除了一般有限责任公司董事会的职权外，尚被授权行使一部分本属于股东会的职权，包括决定公司的经营方针和投资计划，审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案、弥补亏损方案，制订公司增资或者减资的方案等。

四、股份有限公司

(一) 股份有限公司的概念

股份有限公司是指其全部资本分为等额股份，股东以其所持

股份为限，对公司承担责任，公司以其全部资产，对公司的债务承担责任的企业法人。

股份有限公司具有如下的特征：第一，股东责任具有有限性，即股份有限公司的股东仅以其所认购的股份，对公司负责，此外对公司及公司债权人不负其他财产上的责任；第二，资本募集具有公开性，即股份有限公司可以通过发行股票的方式，来筹集公司的资本；第三，股东出资具有股份性，即股份有限公司的资本平均分为等额的股份，每个股东持有的股份数额可以不同，但每股的金额相等；第四，公司资本具有证券性，即作为股份有限公司资本基本单位的股份，是以股票这种有价证券的形式表示的。

（二）股份有限公司的设立

我国公司法规定，设立股份有限公司，首先必须具备以下主要条件：第一，发起人符合法定人数，设立股份有限公司，应当有 5 人以上为发起人，其中须有过半数的发起人在我国境内有住所；但国有企业改建为股份有限公司时，发起人可以少于 5 人，但应当采取募集设立方式。第二，注册资本达到法定资本最低限额，股份有限公司注册资本的最低限额，为人民币 1000 万元。第三，股份发行及筹办事项符合法律规定。第四，发起人制定公司章程，并经创立大会通过。第五，有公司名称，建立符合股份有限公司要求的组织机构。第六，有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件。

股份有限公司的设立方式，可以采取发起设立或者募集设立的方式。至于在设立股份有限公司时，究竟采取何种方式，则由发起人自行选择。但国有企业改建为股份有限公司时，如发起人少于 5 人，则必须采取募集设立的方式。

股份有限公司设立时，经有关部门审批，是一项必经程序。我国公司法规定，股份有限公司的设立，必须经过国务院授权的部门或者省级人民政府批准。从目前我国股份有限公司设立的实际作法来看，审批的过程大体上要经过三个阶段，即：（1）由公司登记机关依发起人提出的公司名称预先核准申请，对欲设立的股份有限公司进行名称预先核准，决定予以核准的，发给《企业名称预先核准通知书》；（2）由有关行业主管部门负责审核公司设立的意见；（3）发起人以公司登记机关核准的公司名称，向国务院授权的部门或者省级人民政府，提交设立公司的申请书、可行性研究报告、公司章程、资产评估报告、验资报告和行业主管部门审查意见等文件，由国务院授权的部门或者省级人民政府进行审查，在认为符合条件时，则予以批准。

（三）股份有限公司的股份

股份是股份有限公司资本构成的最小单位，也是股东权利义务大小的基本计算单位。公司的全部资本分为金额均等的股份，而全部股份的总和，即构成了公司资本总额。

股份有限公司的股份，具有如下的特点：第一，股份是资本构成的最小单位，因而具有不可分性，即使某一股份为若干人所共有，也不能对股份本身进行分割，而只能由其中的一人行使，由各共有人分享股份利益。第二，股份是对资本的等额划分，因而具有金额上的均等性，其所代表的资本额一律相等。第三，每一股份均代表一份股东权，因而具有权利上的平等性，亦即同股同权，而股东权利义务的大小，只取决于其所拥有的股份数额的多少。第四，股份表现于股票这一有价证券，因而具有自由流通性。股份的流通转让，是通过股票交易的形式进行的，股票的流通转让，也就是股份的流通转让，取得了股票也就取得了股份。

股份可以依照不同的标准进行分类，通常将股份分为以下几类型：

1. 普通股和优先股

依股东享有权益和承担风险的大小，可将股份分为普通股和优先股。普通股是指对公司权利一律平等，不享有任何区别待遇的股份，这一类股份具有股息不固定、后于公司债权人和优先股股东参加公司清算分配等不利之点，但普通股股东享有表决权，得参与公司重大问题的决策。优先股是指对公司享有先于普通股获得利益的权利的的股份，这一类股份具有优先获得固定股息、优先参加公司财产分配等有利之点，但优先股股东不享有表决权，不能参与公司重大问题的决策。我国公司法规定，股份有限公司可以设置普通股，也可以设置优先股。

2. 额面股和无额面股

依股份是否以确定的金额表示，可将股份分为额面股和无额面股。额面股是在股票票面上明确载明一定金额的股份，每股的金额必须一致；额面股的发行价格可以高于票面记载的金额，即采取溢价发行，但不准低于票面记载的金额。无额面股又称为比例股，即股票票面不记载一定的金额，只表示其占公司资本总额的一定比例的股份；无额面股股份的价值，随着公司财产的增减而升降。无额面股的优点在于公司增资时，无须增发新的股份，而只需增加每股所代表的资本额即可。我国公司法规定，只允许发行额面股，而不允许发行无额面股。

3. 记名股和无记名股

依股票上是否记载股东姓名，可将股份分为记名股和无记名股。记名股是将股东姓名记载于股票的股份，该股份的权利只能由股东本人行使，非股东即使持有股票，也没有行使权利的资

格；记名股在转让时，须由股东以背书方式进行，且须将受让人姓名记载于股东名册。无记名股是在股票上不记载股东姓名的股份，持有股票者即为公司股东，得行使股东权；无记名股在转让时，仅凭股票的交付，即发生转让的效力。我国公司法规定，公司向发起人、国家授权投资的机构、法人发行的股票，应当为记名股，而向社会公众发行的股票，可以为记名股，也可以为无记名股。

除了上述股份的分类之外，我国在试行股份制的过程中，基于实际需要，还形成了若干新的股份种类。例如，依投资主体的不同，形成了国家股、法人股、个人股、外资股；依认购或交易时所使用的通货的不同，形成了A股、B股、H股、I股。A股即人民币股，专供我国的公民和法人以人民币认购或交易的股份；B股是以人民币标明股票面值，而以外币认购或交易，专供外国和我国港澳台地区的投资者认购或交易的股份；H股是以人民币标明股票面值，而在香港联合交易所上市，以港币进行认购或交易，专供外国和我国港澳台地区的投资者认购或交易的股份；I股是在美国发行和上市，以外币进行认购和交易的股份。

股份的发行，即股份有限公司为筹集资本而分配或者出售公司股份。股份发行分为设立发行和新股发行两类。设立发行是指股份有限公司在设立过程中发行股份。在发起设立时，设立发行的股份全部由发起人认足，不向社会募集，而募集设立时，设立发行的股份由发起人认购一部分，其余的则向社会公开募集。新股发行是指在股份有限公司成立后发行股份。新股发行必须具备以下四项条件：（1）前一次发行的股份已募足，并间隔一年以上；（2）公司在最近3年内连续盈利，并可向股东支付股利；（3）公司在最近3年内财务会计文件无虚假记载；（4）公司预期

利润率可达同期银行存款利率。但公司以当年利润分派新股时，则可无须具备最近3年连续盈利、并可向股东支付股利的条件。在发行新股时，须由股东大会作出决议，并经主管部门审查批准，由依法设立的证券经营机构承销。

（四）股份有限公司的组织机构

股份有限公司的组织机构，包括股东大会、董事会、经理、监事会。

股东大会为股份有限公司的最高权力机关，由全体股东组成，为股份有限公司必须设立的非常设机构。股东大会会议分为定期会议和临时会议两种。定期股东大会又称股东大会年会，应当每年召开一次，召开的时间由公司章程规定。临时股东大会在有下列情形时召开：董事人数不足公司法规定的人数或者公司章程所定人数的三分之二时；公司未弥补的亏损达股本总数的三分之一时；持有公司股份10%以上的股东请求时；董事会认为必要时；监事会提议召开时。股东大会由董事会负责召集，由董事长主持。股东大会实行一股一权的表决权原则，股东大会决议必须经出席会议的股东所持表决权的半数以上通过；有关公司合并、分立、解散以及修改公司章程的决议，必须经出席会议的股东所持表决权的三分之二以上通过。股东大会的主要职权如下：（1）决定公司的经营方针和投资计划；（2）选举、更换董事或者监事及决定其报酬的事项；（3）审议批准董事会、监事会的报告；（4）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案以及弥补亏损方案；（5）对公司进行增资、减资、发行公司债券作出决议；（6）对公司合并或者分立、变更公司形式、解散和清算等事项作出决议；（7）修改公司章程。

董事会是股份有限公司的业务执行和经营意思决定机关，为

必须设立的常设机构，对股东大会负责。董事会由 5 人至 19 人组成，设董事长 1 人，副董事长 1 至 2 人。董事长为公司的法定代表人。董事会的主要职权如下：（1）负责召集股东大会，并向股东大会报告工作；（2）执行股东大会的决议；（3）决定公司的经营计划和投资方案；（4）制订公司的年度财务预算方案、决算方案、利润分配方案、弥补亏损方案、增资或者减资方案、发行公司债券方案；（5）拟定公司合并、分立、变更公司形式、解散的方案；（6）决定公司内部管理机构的设置；（7）聘任或者解聘公司经理，根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及决定其报酬事项；（8）制定公司的基本管理制度。董事会每年至少召开两次会议，有二分之一以上董事出席时方可举行。董事会作出决议，必须经全体董事的过半数通过。

股份有限公司的经理，是全面负责公司日常经营管理工作的高级管理人员。经理由董事会聘任或者解聘，经理对董事会负责。经董事会决定，董事会成员可以兼任经理。经理的主要职权如下：（1）主持公司的生产经营管理工作，组织实施董事会决议、公司年度经营计划和投资方案；（2）拟订公司内部管理机构设置方案、公司的基本管理制度；（3）制定公司的具体规章；（4）提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人；（5）聘任或者解聘除应由董事会聘任或者解聘以外的负责管理人员。

监事会是股份有限公司的监察机关，为必须设立的常设机构，由股东代表和适当比例的公司职工代表组成。监事会成员不少于 3 人，监事列席董事会会议。监事会中的股东代表由股东大会选举和更换。监事会或者监事的主要职权如下：（1）检查公司财务；（2）对董事、经理执行公司职务时违反法律、法规或者公司章程的行为进行监督；（3）当董事和经理的行为损害公司的利

益时，要求董事和经理予以纠正；（4）提议召开临时股东大会；（5）公司章程规定的其他职权。

五、公司债

（一）公司债的概念

公司债是指公司以发行债券这一有价证券的方式，向社会公众公开募集筹措资金，从而形成的一种金钱债务。

公司债不同于一般金钱债务，其区别在于：第一，公司债债权人具有公众性，即属于不特定的多数人；而公司的一般金钱债务的债权人不具有公众性，通常为特定的个别金融机构。第二，公司债的举债具有集中性，即在一定时期内，将借入总额依一定金额予以划分，然后以同一条件，分别与不同的债权人成立借贷关系；而公司的一般金钱债务的成立，不具有集中性，虽然也可能在同一时期内与不同的债权人成立借贷关系，但通常并无总额的特别划分，也不一定以同一条件成立。第三，公司债的表现形式为债券，具有有价证券的性质，有着较强的流通性，因而，债权人所享有的债权，可以自由流通转让；而公司的一般金钱债务，通常表现于借贷契约或者契据，债权人所享有的债权不具有当然的流通性，仅在经债务人同意时，方可转让。

（二）公司债的种类

公司债可以依照不同的标准进行分类，通常将公司债分为以下几种类型：

1. 记名公司债和无记名公司债

依公司债是否在公司债券上记载公司债债权人的名称，可将公司债分为记名公司债和无记名公司债。记名公司债是在公司债券上记载债权人姓名的公司债，在其发行时，应将债权人名称等

记载于公司债券存根簿上；记名公司债转让时，应依背书或者其他法定方式进行，且需办理债权人变更记载手续，即由公司将受让人名称等，记载于公司债券存根簿上。无记名公司债是在公司债券上不记载债权人姓名的公司债，在其发行时，无须在公司债券存根簿上记载债权人名称等事项，转让时亦无须进行背书及债权人变更记载手续，债券持有人于依法设立的证券交易场所，将债券交付给受让人时，即发生公司债转让的效力。我国公司法规定，发债公司既可以确定发行记名公司债，也可以确定发行无记名公司债。在通常情况下，公司债大多以无记名公司债的形式发行。

2. 转换公司债和非转换公司债

依公司债是否可以转换为公司股份，可将公司债分为转换公司债和非转换公司债。转换公司债得依公司债债权人的请求，根据事先确定的办法将其转换为公司股份。非转换公司债则不能转换为公司股份。我国公司法规定，在发债公司属于股份有限公司中的上市公司时，既可以确定发行转换公司债，也可以确定发行非转换公司债；但在发行转换公司债时，必须同时具备发行公司债和发行股票的条件，并须特别报请国务院证券管理部门批准。

3. 担保公司债和无担保公司债

依公司债在偿还上是否有担保，可将公司债分为担保公司债和无担保公司债。担保公司债就公司债的偿还设定一定的担保，公司债债权人在其公司债债权不能实现时，得依担保权的行使而优先取得受偿。无担保公司债则无此种担保，公司债债权人仅能作为一般债权人取得受偿，而不能通过担保权的行使取得优先受偿。在我国公司法中，目前尚不可以发行担保公司债，而仅允许发行无担保公司债。

在上述主要的公司债种类以外，还存在若干其他的公司债类型。例如，登记债和实物债，前者为不发行实物形态的债券，仅通过在登记机关对公司债债权人进行登记而发行的公司债；而后者则为实际发行实物形态债券的公司债。再如，参加公司债和附新股认购权公司债，前者是约定在公司股利分配比例超过公司债利率时，即依一定比例增加公司债利息的公司债，使公司债更接近于股份；后者则是约定给予公司债债权人以新股认购权，得在确定的期间内、依确定的数额，请求买进公司发行的新股。这些公司债的类型，目前在我国公司法上也均未规定。

（三）公司债的发行条件

在我国，依法设立的股份有限公司，均具备公司债发行的主体资格，可以发行公司债；而有限责任公司，仅限于由国家出资设立的有限责任公司，包括国有的独资公司和由国有企业或国有投资主体出资设立的有限责任公司，才具备公司债发行主体的资格。

具有公司债发行主体资格的公司，在发行公司债时，还必须符合公司法规定的公司债发行条件。公司债的发行条件包括两类，一类为必要事项，即发行公司债时必须具备的事项，如不具备该事项，则不得发行公司债；一类为限制事项，即发行公司债时不应存在的事项，如存在该事项，则不得发行公司债。

公司债发行的必要事项，主要包括以下各项：（1）公司净资产额达到一定规模。发行公司债的股份有限公司，其净资产额应不低于人民币 3000 万元，发行公司债的有限责任公司，其净资产额应不低于人民币 6000 万元。（2）公司营业利润达到一定水平。发行公司债时，发债公司最近三年的平均可分配利润，必须达到足以支付一年的公司债应付利息的水平。（3）资金投向符合

国家产业政策。

公司债发行的限制事项，主要包括以下各项：（1）公司债的总额限制。发行公司债时，累计债券总额不得超过公司净资产额的40%。（2）公司债的利率限制。根据《企业债券管理条例》的规定，企业债券的利率不得高于银行同期居民储蓄定期存款利率的40%，这一利率限制也应适用于公司债。（3）公司债的用途限制。经公司债发行而筹集的资金，必须用于经审批机关批准的用途，而不得用于弥补亏损和非生产性支出。（4）公司债的再发行限制。在前一次发行的公司债尚未募足时，或者在对已发行的公司债有违约或延迟支付本息的事实，且仍处于继续状态时，不得再次发行公司债。

（四）公司债的发行程序

公司债的发行，必须依照公司法规定的程序进行。在程序上，公司债的发行与股份有限公司的新股发行相类似，一般需要经过决议、申请、审批、募集这样四个阶段。

1. 做出公司债发行决议

具备公司债发行主体资格、符合公司债发行条件的公司，在发行公司债时，首先需要对公司债的发行做出决议。有关公司债发行的决议，属于有限责任公司股东会、股份有限公司股东大会的决议事项，因而需要由董事会制订方案，由股东会或者股东大会做出相应的决议。属于国有独资公司的有限责任公司，必须由国家授权投资的机构或者国家授权的部门做出决定。此外，在证券交易所上市的股份有限公司，符合公司法规定的股票发行条件，发行转换公司债时，须经股东大会做出发行转换公司债的决议。

2. 公司债发行的申请

公司做出公司债发行的决议或者决定后，需要向国务院证券管理部门申请批准发行公司债。公司申请发行公司债时，应当提交下列文件：公司登记证明、公司章程、公司债券募集办法、资产评估报告和验资报告。

3. 公司债发行的审批

国务院的证券管理部门，需要依国务院确定的公司债发行规模和发行配额，对公司提出的公司债发行申请进行审批。对于符合公司法规定的公司债发行申请，由国务院证券管理部门予以批准，对不符合规定的，则将其退回。在已做出批准后，又发现其不符合公司法规定时，做出批准的部门仍得予以撤销。如此时公司尚未开始发行公司债，则应立即停止发行；已经开始发行的，则应采取相应的补救措施，退还所缴款项并加付银行同期存款利息。

4. 公司债的募集

公司债的发行申请经国务院证券主管部门批准后，即可进行公司债的募集。公司债的募集方式，包括直接募集和间接募集两种。前者是由发债公司自己直接向社会公众进行募集，而后者则是由发债公司委托证券承销商，主要是银行或者其他证券经营机构，进行公司债的募集。由于间接募集是通过证券承销商进行的，因而也称为承销募集。

六、公司合并、分立、变更、解散

(一) 公司合并

公司的合并，是指两个或两个以上的公司，订立合并的协议，依法结合为一个公司的法律行为。公司合并可以采取两种不同形式，即吸收合并和新设合并。吸收合并是指一个公司吸收其

他公司后仍然存续，而被吸收的公司解散。新设合并是指两个或者两个以上公司合并，合并的各方解散，共同设立一个新的公司。

公司合并时，须依以下程序进行：（1）做出合并的决议或者决定。有限责任公司合并，应由董事会拟订公司合并方案，提交股东会做出决议；股份有限公司合并，则应由董事会拟订公司合并方案，提交股东大会做出决议，并经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。国有独资公司合并，则应由国家授权投资的机构或者国家授权的部门做出合并的决定。（2）合并各方签订合并的协议，并编制资产负债表及财产清单。（3）发出通知和公告。公司应自做出合并决议之日起 10 日内通知公司债权人，并于 30 日内在报纸上至少公告 3 次。（4）向债权人清偿或者提供担保。债权人自接到通知书之日起 30 日内，未接到通知书的自第一次公告之日起 90 日内，得要求公司清偿债务或者提供相应的担保；不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得合并。（5）办理相应的登记手续。公司合并后，合并各方的债权债务，应由合并后存续的公司或者新设的公司承继。

（二）公司分立

公司的分立，是指一个公司依法定程序分为两个或者两个以上公司的法律行为。公司分立可以采取两种不同形式，即派生分立和新设分立。派生分立是指在不消灭原公司的基础上，将原公司资产分出一部分或者若干部分，再设立一个或者若干个新公司。新设分立是指将原公司资产进行分割，然后分别设立两个或者两个以上的新公司，而原公司归于消灭。

公司分立时，须依以下程序进行：（1）做出分立的决议或者决定。有限责任公司分立，应由董事会拟订公司分立方案，提交

股东会做出决议；股份有限公司分立，则应由董事会拟订公司分立方案，提交股东大会做出决议，并经国务院授权的部门或者省级人民政府批准。国有独资公司分立，则应由国家授权投资的机构或者国家授权的部门，做出分立的决定。（2）分立后的各公司，就资产分割、债权债务分担及股权安排等事项达成协议，并编制资产负债表及财产清单。（3）发出通知和公告。公司应自做出分立决议之日起10日内通知公司债权人，并于30日内在报纸上至少公告3次。（4）向债权人清偿或者提供担保。债权人自接到通知书之日起30日内，未接到通知书的自第一次公告之日起90日内，得要求公司清偿债务或者提供相应的担保；不清偿债务或者不提供相应的担保的，公司不得分立。（5）办理相应的登记手续。公司分立后，对于分立前的债务，应依分立时所达成的协议，由分立后的公司承继。

（三）公司变更

公司的变更，是指在不中断公司法人资格的前提下，将公司由一种公司形态转换为另一种公司形态的法律行为。在我国公司法上，仅规定了有限责任公司和股份有限公司两种公司形态，因而，公司变更也仅表现为这两种公司形态之间的变更；而且，根据我国公司法的规定，只允许将有限责任公司变更为股份有限公司，而不允许相反的变更。在有限责任公司变更为股份有限公司时，必须具备公司法规定的股份有限公司的条件，否则不得进行变更。

公司变更时，须依以下程序进行：（1）做出变更的决议。有限责任公司变更为股份有限公司，应由董事会拟订公司变更方案，提交股东会做出决议。（2）依照公司法规定的设立股份有限公司的程序，完成相应的设立行为，包括发起人制订公司章程、

报经主管部门审批、确定公司机关等。(3) 办理相应的登记手续。公司变更后, 原有限责任公司的债权债务, 由变更后的股份有限公司承继。

(四) 公司解散

公司的解散, 是指已成立的公司, 因法律或章程规定的解散事由发生, 而停止其积极的业务活动, 并进行善后处理, 从而终止其法人资格的法律行为。公司解散可以分为两种情况, 即自动解散和被迫解散。自动解散是指在公司章程规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现、股东会做出解散决议, 以及因公司合并或者分立而使公司解散。被迫解散是指在公司因违反法律或者行政法规而被责令关闭, 或者因不能清偿到期债务而被依法宣告破产而使公司解散。

公司解散时, 除因合并或分立的原因而无须进行清算, 以及因破产的原因依破产程序进行清算的以外, 均须依以下程序进行清算:

(1) 成立清算组。在公司自动解散时, 应在 15 日内成立清算组。有限责任公司的清算组由股东组成, 股份有限公司的清算组由股东大会确定其人选。逾期不成立清算组进行清算的, 债权人可以向人民法院提出申请, 由人民法院指定清算组成员, 进行清算。在公司被迫解散时, 则由有关主管机关组织股东、有关机关及有关专业人员成立清算组, 进行清算。

(2) 发出通知及公告。清算组应当自成立之日起 10 日内通知公司债权人, 并于 60 日内在报纸上至少公告 3 次。

(3) 申报债权。债权人应当自接到通知书之日起 30 日内, 未接到通知书的自第一次公告之日起 90 日内, 向清算组申报其债权, 说明债权的有关事项, 并提供证明材料, 由清算组对债权

进行登记。

(4) 清理财产及清偿债务。清算组负责对公司财产进行清理，编制资产负债表和财产清单，并制定清算方案，报股东会或者有关主管机关确认。公司财产能够清偿公司债务的，分别支付清算费用、职工工资和劳动保险费用，缴纳所欠税款，清偿公司债务。清算组发现公司财产不足清偿债务时，应立即向人民法院申请宣告破产。

(5) 分配剩余财产。清偿后的剩余财产，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。

(6) 终结清算。公司清算结束后，清算组即应制作清算报告，报股东会或者有关主管机关确认，并报送公司登记机关，申请注销公司登记，公告公司终止。不申请注销公司登记的，由公司登记机关吊销其公司营业执照，并予以公告。

七、外国公司的分支机构

(一) 外国公司分支机构的概念

外国公司是指公司国籍隶属于本国以外国家的公司。我国公司法规定，凡依外国法律在中国境外登记成立的公司，即为外国公司。外国公司分支机构是指外国公司依照我国公司法的规定，在我国境内设立的经营性组织。外国公司分支机构的具体形式，在法律上并无特别的限制。外国公司在我国设立的分公司、代办处、办事处或者工程项目的承包地，以及外国银行在我国设立的分行、外国公司在我国境内设立的有关经营场所和作业场所等，均属于外国公司的分支机构。

外国公司分支机构具有以下特点：

第一，由外国公司设立，并隶属于该外国公司。如果外国公司不存在，或者曾经存在而在其后归于消灭，则该外国公司分支机构不能设立，或者不能继续存在。

第二，依照我国公司法规定设立。在我国公司法中，规定了外国公司分支机构设立的程序、条件等项要求，外国公司分支机构在设立时，必须依照该规定进行。

第三，在我国境内设立。外国公司分支机构须在我国境内设立，才具有我国公司法上规定的外国公司分支机构的资格，依照我国公司法受到相应的保护。所谓在我国境内设立，是指该外国公司分支机构须在我国境内有确定的住所、有确定的代表人或者代理人，有相应的经营活动资金，并开展连续性的活动。

第四，从事生产经营活动。包括从事直接的经营活动和间接的经营活动。

第五，不具有独立法人资格；外国公司分支机构并非独立的法人，而仅仅是法人的组成部分，其在中国境内进行生产经营活动所发生的民事责任，应由设立该分支机构的外国公司承担。

（二）外国公司分支机构的设立程序

设立外国公司分支机构，其主要程序如下：

（1）提出设立申请。外国公司在我国境内设立分支机构，须向我国主管机关提出申请。提出设立申请的申请人，应为外国公司，而通常由外国公司授权的、在我国的该外国公司代表人提出。在申请中应载明设立的分支机构的名称、住所地或者营业所在地、分支机构代表人姓名、业务范围、用于分支机构的营业资金数额等必要事项。

（2）审查批准。主管机关接受外国公司提出的设立分支机构的申请后，即进行相应的审查，认为符合法律规定的条件时，予

以批准。

(3) 办理登记手续。外国公司设立分支机构的申请经批准后，即可到公司登记机关依法办理登记手续，领取营业执照。已进行登记的外国公司分支机构，如其登记事项发生变更时，亦应按照设立登记的程序，申请进行相应的变更登记。

(三) 外国公司分支机构的义务

我国公司法规定的外国公司分支机构的主要义务如下：

(1) 遵守中国法律的义务。外国公司分支机构在中国境内从事业务活动，必须遵守中国的法律，不得损害中国的社会公共利益。在外国公司分支机构违反我国法律规定，为有害于我国社会公共利益的行为时，则应依法予以相应的制裁，包括处以罚款、责令改正或者责令关闭该外国公司分支机构。

(2) 进行经营活动的义务。外国公司在中国境内设立分支机构，必须在中国境内指定负责该分支机构的代表人或者代理人，并向该分支机构拨付与其所从事的经营活动相适应的资金，开展相应的经营活动。

(3) 明示及备置有关公司情况的义务。外国公司分支机构在其名称中，必须标明该外国公司的国籍及责任形式，并在分支机构中备置该外国公司的章程。

(4) 依法进行清算的义务。外国公司分支机构撤销时，必须依照公司解散时的清算程序规定，对外国公司分支机构的财产及其债权债务进行清算，依法清偿债务；在外国公司分支机构未清偿债务之前，不得将其分支机构的财产转移至中国境外。需要指出的是，在外国公司分支机构撤销而进行清算时，如果发生该外国公司分支机构可支配的财产不足以清偿其债务的情况，也不发生分支机构破产的问题，其不能清偿的债务，仍须由设立该分支

机构的外国公司承担清偿责任。

第三节 企业法

一、企业法概述

(一) 企业法的概念

企业是经营性的从事生产、流通或服务的组织。

企业法是规定企业的法律地位及调整其外部组织关系的法律规范，是一种组织法。它以企业这种社会组织为规范的对象，规定及调整企业的设立、变更、终止，企业的法律地位，投资者相互之间及其与企业的关系，企业内部的组织机构等。

(二) 企业的设立、变更、终止

1. 企业的设立

申请设立企业，应当具备以下条件：(1) 有自己的名称。名称是企业的标记。拥有一定的名称，是企业具有法律主体资格的必要条件。企业的名称必须符合法律的规定。(2) 制定章程，明确企业的经营范围和经营方式。章程是企业组织及其活动的基本规章，依照法律法规的规定制订。设立非法人企业，可以不制定章程。(3) 有符合规定的数额及与经营范围相适应的资金。法人企业必须能够以企业的财产独立地承担民事责任，非法人企业则由其投资者对企业的活动承担民事责任。(4) 有符合法律规定的组织机构和从业人员。(5) 有与企业的生产经营规模相适应的经营场所和设施。

申请设立企业者，需向登记主管机关提交登记申请书、企业章程、企业主要负责人的身份证明和其他有关证明、文件，以证

明拟设立的企业已符合法律规定的各项条件。依法须经主管部门或审批机关审批的企业，或者拟设立企业的经营范围中有依法须经审批的项目的，申请时须提交审批机关的批准文件。

登记机关应在受理企业设立申请后 30 日内，作出核准登记或不予登记的决定。须经审批的，应在审批机关批准后 30 日内向登记机关申请设立登记。经核准设立登记的，登记机关对法人企业发给《企业法人营业执照》，对非法人企业发给《营业执照》，并进行公告。企业营业执照的签发日期，为企业成立的日期。

2. 企业的变更

企业变更包括企业的合并、分立和企业其他重要事项的变更。企业的合并，是指两个或两个以上的企业联合组成一个企业，或者一个企业兼并一个或一个以上企业。企业的分立，是指一个企业分成两个或两个以上的企业。企业其他重要事项的变更，是指企业法人改变名称、住所、经营场所、法定代表人、经济性质、经营范围、经营方式、注册资金、经营期限，以及增设或者撤销分支机构。企业变更应向企业登记主管机关办理变更登记。企业的权利、义务不能因企业的变更而消失，原企业的权利和义务由变更后的企业享有和承担。

3. 企业的终止

企业可因以下原因而终止：（1）歇业。包括企业因章程中规定的事由发生，如经营目的已达成、经营期限届满；企业出资者作出解散的决议；企业因不可抗力无法继续经营而解散等。（2）依法被撤销。包括企业因有违法行为，如违反卫生、技术监督或工商行政管理等法规，被有关政府主管机关责令解散，吊销营业执照；或者政府有关部门在其权限范围内，决定撤销或解散某国

有企业。(3) 依法被宣告破产。

企业无论以何种原因终止，都应进行清算。企业正常解散的，由企业或其出资者自行组织清算；因违法而被责令撤销的，由政府有关部门组织清算；企业破产的，由人民法院组织清算。清算期间，企业正常的权利能力终止，不得再从事生产经营活动，只能由清算组在清算范围内代表企业从事活动，如清理企业财产、处理未了结的业务、清缴税款、索债偿债、分配剩余财产、参加民事诉讼等。

企业终止，应当向登记主管机关办理注销登记，企业被核准注销后，由登记主管机关撤销注册号，收缴营业执照及其副本和企业公章，并将注销登记情况告知企业的开户银行，并进行公告。另外，企业成立后满6个月未开始经营活动，或停止经营活动满1年的，视同歇业，由登记机关依法予以注销。

二、全民所有制工业企业法

(一) 全民所有制工业企业的概念

全民所有制工业企业是指以生产资料的全民所有制为目的，从事工业生产经营活动的企业。全民所有制工业企业依法取得法人资格，以国家授予其经营管理的财产，承担民事责任。

我国1988年颁布的《中华人民共和国全民所有制工业企业法》和1992年颁布的《中华人民共和国全民所有制工业企业转换经营机制条例》，是现行调整全民所有制工业企业关系的主要法律规范。

(二) 全民所有制工业企业的权利和义务

1. 全民所有制工业企业的权利

全民所有制工业企业的权利可以概括为产、供、销和人、

财、物两方面。

(1) 产、供、销方面的权利

全民所有制工业企业在产供销方面的权利主要为：①生产经营决策权；②物资选购权；③产品销售权；④产品、劳务定价权；⑤进出口权；⑥联营、兼并权。

(2) 人、财、物方面的权利

全民所有制工业企业在人财物方面的权利主要为：①人事管理权；②劳动用工权；③投资决策权；④留用资金支配权；⑤资产处置权；⑥拒绝摊派权。

2. 全民所有制工业企业的义务

全民所有制工业企业的义务可以概括为对国家的义务、对社会的义务、对职工的义务三个方面。

(1) 对国家的义务

全民所有制工业企业对国家的义务主要为：①遵守法律、法规，坚持社会主义方向；②完成指令性计划；③降低产品成本、提高劳动生产率；④遵守财经纪律，依法缴纳税金、费用、利润；⑤维护生产秩序、保护国家财产。

(2) 对社会的义务

全民所有制工业企业对社会的义务主要为：①保证产品质量和服务质量；②履行依法订立的合同和协议；③防止对环境的污染和破坏。

(3) 对职工的义务

全民所有制工业企业对职工的义务主要为：①搞好职工教育、提高职工队伍素质；②支持职工开展科学技术活动和劳动竞赛；③实行安全生产。

(三) 全民所有制工业企业的内部管理制度

全民所有制工业企业实行厂长全面负责、管理委员会协助决策、职工代表大会民主管理、党组织保证监督的内部管理制度。

1. 厂长负责制

厂长负责制是指企业的全部工作由厂长统一领导、全面负责的一种领导制度。在全民所有制工业企业中，厂长行使下列职权：（1）依照法律和国务院规定，决定或者报请审批企业的各项计划；（2）决定企业行政机构的设置，提请政府主管部门任免或聘任、解聘副厂级行政领导干部，任免或者聘任、解聘企业中层行政领导干部；（3）提出工资调整方案、奖金分配方案和重要的规章制度，提请职工代表大会审查同意；提出福利基金使用方案和其他有关职工生活福利的重大事项的建议；（4）依法奖惩职工，提请政府主管部门奖惩副厂级行政领导干部。

2. 职工代表大会

职工代表大会是企业实行民主管理的基本形式，它的工作机构是企业的工会委员会。职工代表大会的职权包括：（1）审议企业的重大经营决策；（2）审查同意或否决企业重要的规章制度；（3）审议决定有关职工生活福利的重大事项；（4）评议、监督企业各级行政领导干部，提出奖惩和任免建议；（5）根据政府主管部门的决定选举厂长，报政府主管部门批准。

3. 企业管理委员会

企业管理委员会是由企业各方面的负责人和职工代表组成的、协助厂长决定企业重大问题的参谋机构。厂长任管理委员会主任。

4. 中国共产党在企业中的基层组织

中国共产党在企业中的基层组织，对党和国家的方针、政策在本企业的贯彻执行实行保证监督。

三、集体所有制企业法

(一) 城镇集体所有制企业法

1. 城镇集体所有制企业的概念

城镇集体所有制企业，是在城镇区域设立的、以生产资料的劳动群众集体所有制为基础的企业，简称为城镇集体企业。国务院于1991年9月颁布的《中华人民共和国城镇集体所有制企业条例》，为现行的调整城镇集体所有制企业关系的主要法律规范。

2. 城镇集体所有制企业的权利和义务

(1) 城镇集体所有制企业的权利

城镇集体所有制企业在产、供、销方面享有如下的权利：生产经营活动自主安排权；物资选购权；产品销售权；制定价格权；联合经营权。城镇集体所有制企业在人、财、物方面，享有如下的权利：人事劳动管理权；财产所有权；拒绝摊派权；享受法定优惠权。

(2) 城镇集体所有制企业的义务

城镇集体所有制企业有如下的义务：依法缴纳税金和费用；加强财务管理、接受审计监督；保证产品质量和服务质量；依法履行合同；保护环境；维护职工合法权益，尊重职工管理权利；保护和有效经营企业财产；搞好职工教育、提高职工队伍素质；实行按劳分配；做好劳动保护工作、依法实行劳动保险。

3. 城镇集体所有制企业内部领导制度

城镇集体所有制企业依照法律规定实行民主管理。职工代表大会或者职工大会，是城镇集体所有制企业的权力机构。其职权包括：制定、修改企业章程，选举、罢免或者聘用、解聘厂长、经理，审议厂长、经理提交的各项议案，决定企业经营管理的重

大事项等。职工代表大会或者职工大会，依照企业章程规定定期召开，但每年不得少于两次。

城镇集体所有制企业实行厂长（经理）负责制。厂长（经理）是企业的法定代表人，对企业职工（代表）大会负责。

（二）乡村集体所有制企业法

1. 乡村集体所有制企业的概念

乡村集体所有制企业，是在乡镇区域内设立的，以生产资料的劳动群众集体所有制为基础的企业，简称为乡村集体企业，或称乡镇企业。国务院于1990年6月颁布的《中华人民共和国乡村集体所有制企业条例》，为现行的调整乡村集体所有制企业关系的主要法律规范。

2. 乡村集体所有制企业的权利和义务

（1）乡村集体所有制企业的权利

乡村集体所有制企业在产、供、销方面，享有如下的权利：生产经营活动自主安排权；物资选购权；产品销售权；制定价格权；联合经营权；订立合同权。乡村集体所有制企业在人、财、物方面，享有如下的权利：人事劳动管理权；资产、资金占有和使用权；拒绝摊派权。

（2）乡村集体所有制企业的义务

乡村集体所有制企业有如下的义务：贯彻国家产业政策；依法缴纳税金、费用；依法建立和健全财务、会计等制度；保证产品质量和服务质量；依法履行合同；保护自然资源和环境；搞好职工教育；实行按劳分配；做好劳动保护工作；依法实行劳动保险。

3. 乡村集体所有制企业的内部领导制度

乡村集体所有制企业的财产所有者，有权依法决定企业的经

营方向、经营形式、厂长（经理）人选或者选聘方式，依法决定企业税后利润的具体分配，有权作出关于企业分立、合并、迁移、停业、终止、申请破产等决议。

乡村集体所有制企业实行厂长（经理）负责制。取得法人资格的厂长（经理）是企业的法定代表人。

乡村集体所有制企业的职工，有参加企业民主管理、对厂长（经理）和其他管理人员提出批评和控告的权利。企业职工大会或职工代表大会有权对企业经营管理中的问题提出意见和建议，评议、监督厂长（经理）和其他管理人员，维护职工的合法权益。

四、私营企业法

（一）私营企业的概念

根据我国现行法律的规定，私营企业是指企业资产属于私人所有、雇工 8 人以上的营利性的经济组织。在私营企业中存在着雇佣劳动关系，私营企业的财产属私人所有。

我国私营企业构成形式分为独资企业、合伙企业和有限责任公司三种。私营独资企业是指一人投资经营的私营企业，私营独资企业投资者对企业债务负无限责任。私营合伙企业，是指两人或两人以上按照协议投资、共同经营、共负盈亏的私营企业，合伙人对企业债务负连带无限责任。私营有限责任公司，是指投资者以其出资额对公司负责，公司以其全部资产对公司债务承担责任的私营企业，私营有限责任公司依法取得法人资格。

私营企业法是调整私营企业关系的法律规范的总称。1988 年 6 月国务院发布的《中华人民共和国私营企业暂行条例》以及国家工商行政管理局 1989 年 1 月发布的《私营企业暂行条例施

行办法》，是调整私营企业关系的主要法规。此外，在其他有关法律、法规中，也有若干关于私营企业的规定。

（二）私营企业的设立、变更和终止

1. 私营企业的设立

根据法律规定，农村村民、城镇待业人员、个体工商户经营者、辞职退职人员、法律法规和政策允许的离退休人员和其他人员，均可申请开办私营企业。

私营企业应有确定的经营范围。私营企业可以在国家法律和政策规定的范围内，从事各种行业的生产经营活动，但不得从事军工、金融业的生产经营，也不得生产经营国家禁止经营的产品。

申请开办私营企业应当具备如下的条件：第一，有与生产经营和服务规模相适应的资金和从业人员；第二，有固定的经营场所和必要的设施；第三，有符合国家法律、法规和政策规定的经营范围。

申请开办私营企业，申请人应当持有关证件，向企业所在地、县、市、区工商行政管理机关申请办理登记。工商行政管理机关自受理申请之日起 30 日内，做出审核决定。经核准后，发给营业执照后，企业即告成立。

2. 私营企业的变更和终止

私营企业变更主要登记事项时，应向原登记机关办理变更登记。私营企业因分立、合并而保留的企业及私营合伙企业增加或减少合伙人，均应当办理变更登记。

私营企业歇业前，应进行财产清算，偿还债务。在歇业 30 日前，应向原登记机关提出歇业申请，经核准后办理注销登记。私营企业破产时，应依法进行破产宣告，依破产程序清偿债务。

(三) 私营企业的权利和义务

1. 私营企业的权利

私营企业投资者对其财产依法享有所有权。私营企业在生产经营活动中，享有如下的权利：自主经营权、订立合同权、制定价格权、联合经营权、人事劳动管理权、资金使用权、工业产权、拒绝摊派权。

2. 私营企业的义务

私营企业在生产经营活动中应当履行如下的义务：遵守国家法规和政策；依法缴纳税金和费用；建立、健全财务会计制度；做好劳动保护工作和实行劳动保险；支持工会工作；服从国家有关机关的监督管理。

五、合伙企业法

(一) 合伙企业的概念

合伙企业是指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。合伙企业具有如下的法律特征：第一，合伙企业由两个以上的自然人作为合伙人而组成；（2）各合伙人共同出资、合伙经营、共享收益、共担风险；（3）各合伙人就设立合伙企业订立书面合伙协议；（4）合伙人对合伙债务承担无限连带责任。

我国1997年2月颁布的《中华人民共和国合伙企业法》，是调整合伙企业关系的主要法律规范。

(二) 合伙企业的设立

设立合伙企业，必须具备下列条件：（1）有两个以上合伙人，且均为承担无限责任的自然人；（2）有书面合伙协议；（3）

各合伙人实际缴付出资；(4) 有合伙企业的名称；(5) 有经营场所和从事合伙经营的必要条件。

法律、法规规定禁止从事营利性活动的人，不得成为合伙企业的合伙人，如国家公务员、机关、学校、医院、部队等。

合伙协议是合伙成立的依据，也是合伙人权利义务的依据，必须以书面形式订立，且经全体合伙人签名、盖章方能生效。合伙协议的修改或补充需经全体合伙人协商达成一致。

合伙人的出资方式可以是货币、实物、土地使用权、知识产权及其他权利，也可以劳务出资。各合伙人按合伙协议实际缴付的出资为其对合伙的出资。

设立合伙企业应当向工商行政管理部门提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份证明等文件，申请登记。合伙企业的营业执照签发日期为合伙企业的成立日期。合伙企业可以设立分支机构，设立时应向分支机构所在地的工商行政管理部门申请登记，领取营业执照。

(三) 合伙企业的财产

合伙企业的财产归合伙企业而非合伙人所有。合伙企业的财产由两部分组成：一是各合伙人的出资；二是所有以合伙企业的名义取得的收益。合伙企业财产由全体合伙人共同管理和使用，在合伙企业存续期间合伙人不得请求分割合伙企业的财产，除非发生退伙的情形。

合伙人在合伙企业的财产份额依法可以全部转让。合伙人转让财产份额时，在同等条件下其他合伙人有优先受让的权利。合伙人无权擅自处分合伙企业的财产，如将合伙企业的财产出售、出租、抵押等。但若进行处分行为时的买受人、承租人、抵押权人等为善意第三人，则合伙企业不得与之相对抗，善意第三人的

利益依法受到保护，合伙企业因此受到的损失，只能向进行处分行为的合伙人追偿。

（四）合伙企业的事务执行

1. 合伙企业的执行人

合伙人对执行合伙企业事务享有同等的权利。合伙事务可由全体合伙人执行，也可由合伙协议约定或经全体合伙人决定，委托一名或数名合伙人执行。受托执行合伙企业事务的合伙人对外代表合伙企业，其代表合伙企业做出的决定，对全体合伙人产生效力。

2. 合伙企业的决议

合伙人就合伙企业有关事项作出决议时，一般采用一人一票，依少数服从多数的原则进行表决。但有关下列事项的决议，须经全体合伙人一致同意：①处分合伙企业的不动产；②改变合伙企业的名称；③转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；④向企业登记机关申请办理变更登记手续；⑤以合伙企业名义为他人提供担保；⑥聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员；⑦依照合伙协议约定的有关事项。

3. 合伙人回避竞争义务

合伙人须遵守回避竞争义务的规定，不得自营或者同他人合作经营与本合伙企业相竞争的业务。合伙人不得从事损害本合伙企业利益的活动，除合伙协议另有约定或经全体合伙人同意，合伙人不得同本合伙企业进行交易。

4. 合伙企业的利润分配与亏损负担

合伙人依照合伙协议约定的比例分配利润，分担亏损。如合伙协议未作规定，则由各合伙人平均分配和分担。合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或由部分合伙人承担全部亏

损。

（五）合伙企业与第三人的关系

1. 合伙企业的债务

合伙企业的对外债务，首先应以合伙企业的财产清偿，不足部分由各合伙人按合伙协议约定的比例清偿，未约定比例的由合伙人平均清偿。合伙人对外承担无限连带清偿责任，即合伙人的合伙企业财产不足以清偿合伙债务时，须以其在合伙企业出资以外的财产承担清偿责任；任一合伙人有义务向债权人承担全部清偿责任。合伙人所清偿数额超过其应当承担的数额时，有权向其他合伙人追偿。

2. 合伙人的债务

合伙人个人负有债务，其个人财产又不足以清偿该债务，则合伙人只能以其从合伙企业中分取的收益用于清偿，其债权人可以请求人民法院强制执行该合伙人在合伙企业中的财产份额。如该债权人对合伙企业负有债务，则其不得以对合伙人个人的债权抵销其对合伙企业的债务。

3. 善意第三人的保护

合伙企业对合伙人执行合伙企业事务以及对外代表合伙企业权利的限制，不得对抗善意第三人。例如，合伙企业不得以合伙执行人超越授权范围与第三人签订合同为由，主张该合同无效。

（六）入伙与退伙

合伙企业吸收新的合伙人入伙，须经全体合伙人同意，并与新合伙人订立书面入伙协议。新合伙人对其入伙前合伙企业的债务也需承担连带责任。

合伙人退伙，可分为自愿退伙、当然退伙、除名退伙。自愿退伙是合伙人自主决定退出合伙企业。当然退伙是出现法定事

由，而使合伙人当然丧失合伙人资格，退出合伙。除名退伙是出现某些事由时，由其他合伙人一致同意将某一合伙人除名而使其退出合伙。无论何种原因引起的退伙，均应按退伙时的财产状况进行结算，退还合伙人的财产份额。退伙时如合伙企业财产少于合伙企业债务的，退伙人应按约定的比例分担亏损。

（七）合伙企业的解散与清算

合伙企业在有下列情形之一时，合伙企业解散：（1）合伙协议约定的经营期限届满，合伙人不愿意继续经营；（2）合伙协议约定的解散事由出现；（3）全体合伙人决定解散；（4）合伙人仅剩一人；（5）合伙人决定的合伙目的已经实现或者无法实现；（6）被依法吊销营业执照；（7）出现法律、行政法规规定的合伙企业解散的其他原因。

合伙企业解散时应进行清算，并通知和公告债权人。清算人一般应由全体合伙人担任，也可经全体合伙人过半数同意指定一名或数名合伙人，或者委托第三人担任。清算结束后，应编制清算报告，经全体合伙人签名、盖章后，在15日内向企业登记机关报送清算报告，办理注销登记。合伙企业解散后，原合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担连带责任，但债权人在5年内未向债务人提出偿债请求的，该责任消灭。

合伙企业解散时，其财产在支付清算费用后，按下列顺序清偿：（1）合伙企业所招用的职工工资和劳动保险费用；（2）合伙企业所欠税款；（3）合伙企业的债务；（4）合伙人的出资。如仍有剩余，则由合伙人按合伙约定的比例进行分配；未约定比例的，由合伙人平均分配。

第四节 破产法

一、破产法概述

(一) 破产的概念

破产是指在债务人不能清偿到期债务时，依法将其全部财产抵偿所欠债务，并依法豁免未能清偿债务的制度。就破产的性质来说，破产乃是一种法律规定的债务清偿的特殊手段，其目的在于通过破产的程序，使债权人获得公平受偿，保护债权人的合法权益。

(二) 破产法

破产法是有关破产的实体规范和程序规范的总称。我国目前有两个破产法规范，即《中华人民共和国企业破产法（试行）》及《中华人民共和国民事诉讼法》第19章“企业法人破产还债程序”的规定。前一破产法规范应适用于全民所有制企业，而后一破产法规范则适用于全民所有制企业以外的一切企业法人。

二、破产申请与案件受理

(一) 破产申请

破产申请是指申请人向有管辖权的人民法院提出的、宣告债务人破产的请求。提出破产申请的申请人，既可以是债权人，也可以是债务人。无论由何人提出申请，均应依照法律规定，以书面形式提出。

在债权人提出破产申请时，必须具备以下条件：债权人的债权清偿期已经到来，且债务人确实没有清偿到期债务的能力。而

在债务人自行提出破产申请时，则须具备以下条件：债务人不能清偿到期债务，企业经营状况恶化。全民所有制企业自行申请破产时，须经上级主管机关同意。

（二）案件受理

人民法院收到申请人提出的破产申请后，即应对破产申请进行审查，并在7日内决定是否立案。在认为符合条件时，即应立案受理。在认为不应立案时，则裁定驳回申请人的破产申请。对于驳回申请的裁定不服时，申请人得在10日内提出上诉。

人民法院受理破产案件后，应在10日内发布公告，并通知债务人和已知的债权人。债权人则应在收到通知后30日内、未收到通知的自公告之日起3个月内，向人民法院申报债权；逾期未申报的，视为放弃债权。

人民法院受理破产案件后，与债务人财产相关的其他民事诉讼程序以及执行程序，均须中止；债务人对部分债权人的个别清偿行为，亦归于无效。

三、债权人会议

（一）债权人会议的性质

债权人会议是由破产债权人组成的、就有关破产的重要事项进行决议的临时性机构。所有债权人均均为债权人会议成员，在债权人会议上享有表决权；但有财产担保的债权人未放弃优先权时，则不享有表决权。

第一次债权人会议，应当在债权申报期限届满后15日内召开，由人民法院召集和主持。此后的债权人会议，则在人民法院或者会议主席认为必要时召开。在清算组或者占无财产担保债权总额四分之一以上的债权人要求时，也应召开。

（二）债权人会议的职权

债权人会议职权为：审查有关债权的证明材料，确认债权的性质及数额；讨论并通过和解协议草案；讨论并通过破产财产处理和分配方案。

债权人会议的决议，由出席债权人会议的有表决权的债权人过半数通过，且其所代表的债权额，须占无财产担保债权总额的三分之二以上。但通过和解协议草案时，则须占无财产担保债权总额的三分之二以上。债权人会议依法做出的决议，对所有破产债权人均发生法律效力。

四、和解与整顿

（一）和解

和解是指在人民法院受理破产案件后，债权人与债务人在相互谅解的基础上，就债务人延期还债、减少债务、进行整顿等问题达成协议，从而中止破产程序。

全民所有制企业由债权人申请破产时，如果其上级主管机关在人民法院受理案件后3个月内申请对该企业进行整顿时，则由债务人申请和解；其他企业破产时，债权人和债务人均得申请和解。申请和解时，债务人应向债权人会议提出和解协议草案，经债权人会议通过后，在人民法院认为合法时发布公告，中止破产程序。属于全民所有制的企业，在达成和解后进入整顿。

（二）整顿

整顿是指在被申请破产的全民所有制企业与债权人达成和解后，依和解协议中所提出的企业整顿计划和方案，对企业进行整顿，以恢复其偿债能力，从而使企业获得挽救。

整顿须依经债权人会议认可的整顿方案进行。整顿的期限最

长不得超过两年。在企业整顿期间，企业的上级主管部门应当定期向债权人会议和人民法院报告整顿情况。

整顿期满，已达到预期目标，企业能够依和解协议偿还债务时，终结整顿，由人民法院宣告终结破产程序；未能达到预期目标，企业仍无法清偿债务时，亦终结整顿，由人民法院宣告企业破产，进行破产清算。

在整顿期间，发生企业不执行和解协议、财务状况继续恶化、严重损害债权人利益时，可经法院裁定，提前终结整顿，宣告破产。

五、破产宣告与破产清算

（一）破产宣告

在企业符合宣告破产的法定条件时，由人民法院做出裁定，宣告其破产。企业符合以下三种情形之一时，即为达到宣告破产的法定条件，应宣告其破产：第一，企业严重亏损，不能清偿到期债务，应当宣告破产的；第二，企业在整顿期间，因特别原因而导致终结整顿的；第三，企业整顿期满，仍不能按照和解协议清偿债务的。

人民法院的破产裁定，自宣告之日起生效，破产企业应立即停止生产经营活动，由人民法院在15日内成立清算组，接管破产企业。破产企业则应将企业财产、帐册、文书、资料、印章等，向清算组办理移交。

（二）破产清算

在宣告企业破产，并成立清算组接管企业后，即进行破产清算。破产清算包括对破产债权进行重新登记，对破产财产进行保管、清理、估价、处理，进行财产的清償分配。

破产债权是指在破产宣告前成立的、可以通过破产程序从破产财产中获得清偿的债权。破产债权主要包括：破产宣告前成立的无财产担保的债权、破产宣告前成立的有财产担保但已放弃优先受偿权的债权、破产宣告时尚未到期但视为到期的债权、有财产担保债权中未实现优先受偿的部分债权等。

破产财产是可以用于向破产债权人清偿的破产企业财产，包括破产企业在宣告破产时可以独立支配的全部财产、在破产程序中所取得的财产、应由破产企业行使的其他财产权利。

破产财产在优先支付破产费用后，按下列顺序清偿：首先是破产企业所欠职工工资和劳动保险费用，其次是破产企业所欠税款，然后是破产债权。破产财产不足清偿同一顺序的清偿要求时，则在该顺序上按照比例清偿。

破产财产分配完毕后，由人民法院裁定终结破产程序，由清算组向登记机关申请进行破产企业注销登记。

第五节 国有资产管理法

一、国有资产管理法概述

(一) 国有资产的概念

国有资产是指国家依法取得和认定的或者由于资本金投入及其收益、拨入经费、接受馈赠等形成的各种形态的资产。

国有资产依其分布状况可分为三类，即经营性资产、非经营性资产和资源性资产。经营性资产是国家投入企业（包括实行企业化管理的事业单位）用于生产经营活动的资本金及其收益所形成的资产；非经营性资产是国家划拨给行政事业单位的行政事业

经费及由此所形成的资产；资源性资产是依法宣布国有的城镇土地、矿藏、海洋、水流、森林、草原、滩涂等自然资源。就国有资产的形态而言，既有固定资产，如土地、房屋、设备等；又有流动资产，如原材料、制成品、资金、有价证券等；还有无形资产，如商标权、专利权、商誉等。本节所述的国有资产主要指经营性资产和非经营性资产。

（二）国有资产管理法的概念

国有资产管理法是调整国家在管理、经营、收益、处分国有资产的过程中所发生的各种社会关系的法律规范的总和。它是我国经济法体系的重要组成部分，是界定产权和理顺产权关系的依据和保障。

我国现行的国有资产管理法规，可以分为以下两类。

第一类，属于专门性的国有资产管理法规或规章，主要是国家国有资产管理局成立以来陆续制定和颁布的。如《关于出售国营小型企业产权的暂行办法》、《关于企业兼并的暂行办法》、《在国有资产产权变动时必须进行资产评估的若干暂行规定》、《国有资产评估管理办法》、《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》、《企业国有资产产权界定的暂行规定》、《国有资产产权登记管理试行办法》、《国有企业财产监督管理条例》，以及《股份制试点企业国有资产管理暂行规定》等。

第二类，属于与国有资产管理相关的法律、法规，如《全民所有制工业企业法》、《企业破产法》、《公司法》、《企业转换经营机制条例》，以及在《土地管理法》、《水法》、《森林法》、《草原法》、《矿产资源法》等法律、法规中有关国有资产管理、运营的法律规范。综括上述两类法律、法规和规章，可以看到我国目前国有资产管理立法的主要缺陷是层次不齐、分散零散、缺乏系

统、不便操作。为适应我国经济体制改革的进一步深化，我国统一的《国有资产法》应早日出台。

二、国有资产管理的体制

(一) 国有资产管理体制的基本框架

我国在 80 年末 90 年代初，就提出了建立新型国有资产管理体制的任务。1988 年 9 月国务院通过并正式组建了国家国有资产管理局这一政府职能机构。经过几年来的改革实践，我国国有资产管理体制已初步形成。目前，县以上各级政府基本上都设立了国有资产管理局，建立了从中央到地方的国有资产专职管理体系。国有资产管理局以优化国有资产管理，保障国有资产的保值增值，维护国有资产所有者和使用单位的合法权益为宗旨。

政府国有资产管理部门的主要职责是：(1) 贯彻执行国家有关国有资产管理的方针、政策和法律、法规，拟定国有资产各项管理制度，并组织实施；(2) 组织对中央和地方管辖的国有资产现状和变动情况的调查研究及登记管理工作，监督国有资产的保值和增值；(3) 参与国家投资的分配和回收投资的再分配，对各类国家投资公司、投资银行的经营进行稽核和监督，促进提高投资效益；(4) 对国有资产的使用情况实施检查，促进国有资产经营单位提高经济效益，实现资产的保值增值；(5) 会同有关部门对国有企业进行发包、租赁、合资、参股经营等工作，参与决定国有企业税后利润分配和合资企业、股份制企业中国有资产产权收益的分配；(6) 审批国有企业承包、租赁、合资、参股经营和兼并、拍卖、破产清理等经营活动中涉及国有资产评估、产权变动和财务处理的问题，审批行政事业单位国有资产产权转移、评估和财务处理问题；(7) 组织推动企业对闲置国有资产的

处理，提高国有资产的利用率；（8）管理设在中国境外的国有资产，维护其合法权益。

（二）完善国有资产管理体制的相关问题

在建立适应社会主义市场经济要求的国有资产管理体制的同时，还必须解决以下两个问题：

第一，按照“职能分离”、“政企分开”的原则，建立并完善国有资产的经营体制。对此，国家体改委等政府机关在《股份制试点企业国有资产管理暂行规定》中作出了原则的规定，其基本思路是：在政府和一般性国有企业之间建立若干中介性产权经营机构，如控股公司、投资公司、企业集团的母公司、经济实体性总公司等，由政府国有资产管理部门授权委托其经营国有资产，以实现国有资产所有者职能与社会经济管理者职能的分离，实现政企分开。我国国有企业的公司化改造实践和现代企业制度的建立，迫切要求尽快建立和完善国有资产的经营机制，这是建立与市场经济体制相适应的国有资产管理经营体制的当务之急。

第二，建立和完善国家所有权的委托代理制度和约束机制。完善国家所有权的委托代理制度是为了明确各级代理机构及代理人的权责利，改变全民所有无人负责的不正常状态；建立国家所有权的约束机制，要求在企业内部必须有所有者的代表或代理人，使国家所有权通过一定形式和途径约束企业法人财产权的运用和经营，使法人财产权的自主经营要以国家所有权的利益为首要依据。

三、国有资产的产权界定

（一）国有资产产权界定的概念与内容

所谓产权，是指财产所有权以及与财产所有权相关的财产

权，它包括占有权、经营权、股权、使用权等。据此，产权界定实际上主要是界定财产的归属关系。国有资产的产权界定，是指国家（授权国有资产管理部門）依法确认、划分国有财产的所有权和经营权、使用权等产权归属，明确各类产权主体行使财产权利的范围及管理权限的一种法律行为。

国有资产的产权界定作为财产权界定范畴，包括两方面的内容：一是对国有资产所有权的界定，即界定是否属于国家所有的资产；二是对与国家所有权相关的，由国有资产所有权权能分离而产生的其他产权的界定，即界定国有资产各类经营、使用、管理主体行使资产占有、使用和收益权及依法处分权的界限、范围和关系。一般说来，对资产所有权的界定较为容易，而对与所有权相关的其他产权的界定则较为复杂。由于随着社会主义市场经济的发展，国家所有权权能的分离日趋复杂，各类财产权的形式越来越多，因此，界定此类产权的意义尤为重大，它直接关系到国有资产的运营方式，关系到国有资产能否流失，必须格外予以关注。

（二）国有资产产权界定方法与组织实施

1. 国有资产产权界定的方法

根据“谁投资、谁所有、谁受益”的原则以及我国国有资产的具体成因，可以从三个方面判定资产的所有权归属：（1）如原始投资主体是国家，则资产应确认为国有；（2）国家原始投资的增值，应确认为国有资产；（3）由国家优惠政策形成的资产，包括税前还贷、减免税收等所形成的资产，虽不是国家直接投资，但应视为国家投资，亦应确认为国有。

对于国家原始投资的查定，必须对投资过程进行动态的考察。一般说来，国有资产的原始投资都是由政府的某一主管部门

或某一全民所有制企业、事业单位（称为主办单位）向某一拟建企业或单位（称为接受投入单位）投入。因此，投资活动始于主办单位，止于接受投入单位。据此，对国家原始投资的查定，首先要查清主办单位对接受投入单位投资的有关帐目和原始凭证，以确定主办单位拨给接受投入单位的国家投资总额。其次要查清接受投入单位从主办单位获得投资的有关帐目和原始凭证，以确定接受投入单位实际获得的国家原始投资总额。再次，对从以上两个方面获得的“国家原始投资查定明细表”进行核对，确定是否将其收作“企业、事业单位国有资产所有权界定文本”。

对于国家原始投资增值的查定，必须在查实企业历年利润及利润分配情况的基础上，准确计算出国家原始投资增值总额。

对于国家优惠政策形成的资产的查定，必须首先清查企业历年经营积累情况，并在此基础上编制“企业历年经营积累明细表”，计算出因国家优惠政策形成资产的价值总额。

2. 国有资产产权界定的组织实施

国有资产的产权界定工作应按照资产的现行分级分工管理关系，由各级国有资产管理部門会同有关单位组织进行。

经常性的产权界定由国有资产管理部門组织实施。根据规定，省级以上的国有资产管理部門应当成立国有资产产权界定和产权纠纷调处委员会，具体负责产权界定和产权纠纷处理事宜。在清产核资中的所有权界定，由企业及其企业上级主管部门中的清产核资机构组织实施，但界定结果仍然要报经同级政府国有资产管理部門认定。

根据有关规定，占有、使用国有资产的单位，发生下列情形之一的，都要进行产权界定：（1）与外方合资合作的；（2）实行股份制改造和与其他企业联营的；（3）发生兼并、拍卖等产权变

动的；(4) 国家机关及其所属事业单位创办企业和其他经济实体的；(5) 国有资产管理部门认为需要界定的其他情形。

(三) 国有资产的所有权界定

1. 全民所有制企业中国有资产的所有权界定

全民所有制企业是通过国家进行各种形式的投资建立和发展起来的，因此它们的资产和收益应全部归国家所有。据此，国家对全民所有制企业资产的所有权界定规定如下：

第一，全民所有制企业中由下列投资形成的资产应属国有：

(1) 各级人民政府、国家行政部门或国家其他单位以各种形式的实物投资、货币投资和所有权应属国家的发明创造和技术成果等无形财产投资；(2) 全民所有制企业依据国家规定或经国家批准用于投资或归还投资贷款的减免税金；(3) 全民所有制企业依据国家规定或经国家批准用于归还投资贷款的利润；(4) 全民所有制企业依照国家规定，通过从经营收入中提取、从成本费用中列支和从留用利润中提取所建的各种专项基金（不包括按国家规定提取用于职工工资、奖励、福利等分配给个人消费的基金）；(5) 国家银行、国家投资公司及其他全民所有制经营单位用财政拨款和留用利润转入的信贷基金、投资基金、财政周转金及其他基金和资本金；(6) 以国家名义担保，或实际上由国家承担投资风险，完全用国内外借入资金和国家以各种方式投资创办的全民所有制企业，其内部积累的资金；(7) 全民制企业用国有资产兼并、购买其他企业、单位所取得的资产产权；(8) 其他依法应属国有的资产。

第二，全民所有制企业用留用利润转作风险抵押金，实行分帐制，或将国有资产租赁给集体或个人经营等，都不改变国有资产所有权的归属。

第三，各级政府部门和全民所有制企业交给集体企业使用的固定资产、流动资产及其他资产，依法按照合同或其他合法方式归集体企业所有的，其资产所有权从交付日起转移。凡没有依法转移所有权的，仍属国有资产。

第四，全民所有制企业用集资和筹资等形式形成的资产，凡实行还本付息的，其资产所有权应属国家所有，不能再分股到人。对于采用投资入股形式形成的资产，根据其资金来源界定资产所有权。

第五，企业因接受馈赠或其他收益形成的各项帐外资产，均属于企业法人资产的一部分，资产的国有性质不得改变。

第六，企业从成本中提取的工资基金、福利基金、奖励基金等消费性质资金结余以“视同负债”处理，但用于购建集体福利设施的，应视同国有资产。

第七，企业中党、团组织使用的财产，除以个人缴纳的党费、团费结余购建的资产外，其余均属于国有资产。

第八，全民所有制企业中使用的财产，属于企业提供的，应为国有资产；由企业和工会组织共同投资形成的资产，企业投资部分作为国有资产；由工会经费形成的资产，属于工会资产，不进行国有资产清查登记。

第九，对于一些因历史及其他原因，没有法律依据归集体、个人或外国政府、法人、公民所有的资产，应界定为国有资产。

第十，国有资源（包括土地）及其开发使用后取得的收益，属国有资产。

2. 集体企业中国有资产的界定

集体企业是指集体所有制的企业。由于集体企业的形成情况较为复杂，在集体企业中存在着大量的国有资产。对于集体企业

中国有资产的所有权界定，应依照下列办法处理：

第一，全民单位以货币、实物和所有权属于国家的土地使用权、知识产权等独资（包括几个全民单位合资）创办的以集体所有制名义注册的企业单位，其资产所有权界定，按照全民所有制企业国有资产所有权的界定的规定办理。但依法或依约并经国有资产管理部门确认的属于无偿资助的除外。

第二，全民单位用国有资产在非全民单位独资创办的集体企业中的投资，以及按照投资份额应取得的资产收益留给集体企业发展生产的资本金及其权益，应界定为国有资产。

第三，集体企业依据国家规定享受税前还贷形成的资产，其中属于国家税收应收未收的税款部分，界定为国有资产；集体企业依据国家规定享受减免税形成的资产，其中列为“国家扶持基金”等投资性的减免税部分应界定为国有资产。

第四，集体企业使用银行贷款、国家借款等借贷资金形成的资产，全民单位只提供担保的，不界定为国有资产；但履行了连带责任的，全民单位应予追索清偿或经协商转为投资。

3. 中外合资经营企业中国有资产所有权界定

依据《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》的规定，对中外合资经营企业中国有资产所有权的界定，应按下列办法处理。

第一，中方以国有资产出资投入的资本总额，包括现金、厂房建筑物、机器设备、场地使用权、无形资产等形成的资产，界定为国有资产。

第二，企业注册资本增加，按双方协议，中方以分得利润向企业再投资或优先购买另一方股份的投资活动中所形成的资产，界定为国有资产。

第三，可分配利润及从税后利润中提取的各项基金中，中方按投资比例所占的相应份额，不含已提取用于职工奖励、福利等分配给个人消费的基金，界定为国有资产。

第四，中方职工的工资差额，界定为国有资产。

第五，企业根据法律和有关规定，按中方工资总额一定比例提取的中方职工的住房补贴基金，界定为国有资产。

第六，企业清算或解散时，馈赠或无偿留给中方继续使用的各项资产，界定为国有资产。

中外合作经营企业中国有资产的所有权界定，参照上述规定的原则处理。

4. 公司中的国有资产的所有权界定

对于公司中的国有资产的所有权界定，应依照下列办法处理：

第一，国家机关或其授权单位向公司投资形成的出资额或股份，构成公司中的国家股，界定为国有资产。

第二，全民所有制企业向公司投资形成的出资额或股份，构成国有法人股，界定为国有资产。

第三，公司的公积金、公益金中由全民单位按照投资比例占有的份额，界定为国有资产。

四、国有资产的产权登记

(一) 国有资产产权登记的效力

国有资产产权登记是国有资产管理部门代表国家对国有资产进行登记，依法确认国家对国有资产的所有权，以及企业、单位合法占有、使用国有资产的法律行为。国有资产产权登记作为一种法律行为，具有以下法律效力：

1. 依法确认国家对国有资产的所有权

产权登记的目的是依法确认国家对国有资产的所有权，因此，凡对业已登记的国有资产实施侵害行为的，都构成对国家所有权的侵犯，必须依法承担相应的法律责任。

2. 依法确认各类主体对国有资产的合法使用权

各类主体使用和经营国有资产必须具有合法的依据，只有依法对其占有或使用的国有资产进行产权登记，方能取得合法的权利。否则，就可能构成对国有资产的非法占有。因而，产权登记乃是合法占有和使用国有资产的标志和前提。

(二) 国有资产产权登记的范围

依据《国有资产产权登记管理试行办法》的规定，凡占有、使用国有资产的企业和实行企业化管理的事业单位，都必须向国有资产管理部门申报、办理产权登记。由于集体企业及中外合资、合作经营企业的情况比较复杂，对此类企业的国有资产产权界定工作尚未进行，故有关规章和文件对该类企业的产权登记未作明确规定。鉴于大量集体企业占有、使用国有资产的状况，以及在中外合资、合作经营企业中国有资产流失的现状，应尽快完善对该类企业的产权界定与产权登记制度，以切实维护国有资产所有权的神圣不可侵犯。

(三) 国有资产产权登记的组织实施

按照“统一政策、分级管理”的原则，国有资产的产权登记由各级国有资产管理部门按企业单位财务隶属关系组织实施。按财务隶属关系不便实施的，可结合行政隶属关系组织实施；按财务和行政隶属关系不便组织实施的，可结合属地关系组织实施。

(四) 国有资产产权登记的程序

国有资产产权登记，依下列程序进行：

1. 申请受理

国有资产的产权登记首先要由进行产权登记的单位向国有资产管理部门提出申请，企业单位申请产权登记时，应提交《企业法人营业执照》副本、批准文件以及国有资产总额来源证明等各种必需的文件，以便国有资产管理部门全面了解情况。

国有资产管理部门收到申请登记后，应及时对申请报告进行确认，决定是否受理。符合规定的条件，国有资产管理部门即应予以受理。决定受理后，应根据申请发给相应的《国有资产产权登记表》。

2. 填报审查

申请单位填写《国有资产产权登记表》要做到帐实相符、帐帐相符、帐表相符。主管单位要对企业单位填报的产权登记表进行审查并签署意见。

3. 审核认定

国有资产管理部门要对申请登记的企业单位提交的各种文件、证件、资料及经主管单位审查后的产权登记表进行审核。审核时必须遵循真实性、有效性、完整性原则，并在此基础上做出核准或不核准的决定。

4. 核发证书

国有资产管理部门对审查合格的企业单位，应办理核发《国有资产授权占用证书》。从发证之日起，企业单位占有、使用国有资产的合法权利就得到了最后确认。同时，证书也是企业单位承担国有资产的安全和保值、增值的责任依据。

第五章 刑法

第一节 刑法概述

一、刑法的概念

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总称，是国家的基本法律之一，它的基本内容是规定什么行为是犯罪，如何追究犯罪人的刑事责任以及处以何种刑罚。广义上，刑法是指以国家名义颁布的规定犯罪与刑罚的一切法律规范的总称，包括具有统一体例的刑法典、针对某一种或几种犯罪及其刑事责任而规定的单行刑事法律和其他非刑事法律中有关犯罪与刑罚的规定和条款。狭义上，刑法仅指国家最高权力机关经统一体例的法定形式颁布的刑法。1979年五届人大二次会议通过的《中华人民共和国刑法》和1997年八届人大五次会议修订的《中华人民共和国刑法》，即为狭义的刑法。我国刑法是社会主义性质国家的基本法律，它是“为了惩罚犯罪，保护人民”，体现工人阶级和广大人民群众意志，以国家名义颁布的规定什么行为是犯罪以及如何追究刑事责任的法律规范的总称。

二、刑法的任务

根据刑法第2条的规定，我国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，保护国家和人民的利益，保障社会主义事业建

设的顺利进行。

具体说来，我国刑法的任务表现为以下几个方面：

1. 保卫国家安全和人民民主专政的政权和社会主义制度
如刑法分则规定了危害国家安全罪、危害国防利益罪等。

2. 保护国有财产、劳动群众集体所有的财产和公民个人所有的财产

具体体现在刑法分则有关侵犯财产罪以及其他各章有关危害公共财产和国家资源的犯罪的规定之中。

3. 保护公民的人身权利、民主权利和其他权利

如刑法分则有专章规定，并在其他章节中对危及公民生命、健康的行为规定为犯罪，并处以较重的刑罚。

4. 维护社会秩序和经济秩序

如刑法分则规定的危害公共安全罪、妨害社会管理秩序罪等，旨在维护社会秩序；规定的破坏社会主义市场经济秩序罪、贪污贿赂罪等旨在维护经济秩序。

我国刑法的任务包括惩罚与保护两个方面。只有用刑罚惩罚各种犯罪，才能保护国家利益和人民的合法权益，为了保护国家利益和人民的合法权益，必须运用刑罚有效地惩罚各种犯罪。我国刑法的任务是全面而明确的。

三、刑法的基本原则

刑法的基本原则是指刑法特有的贯穿于刑法的立法、解释和适用过程中必须普遍遵循的，具有全局性、根本性的准则。刑法明文规定的基本原则有三项：

（一）罪刑法定原则

它是指法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚。刑法第

3条规定,“法律明文规定为犯罪的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑。”罪刑法定原则在刑法中主要体现为明文规定罪刑法定原则、规定原则上不溯及既往的从旧兼从轻的原则、取消类推、严格刑罚的适用和执行制度,采用相对确定法定刑,分则对具体的罪名与法定刑都作了明确的规定等。

(二) 罪刑相当原则

该原则也称罪刑相适应原则,是指犯罪行为的社会危害性程度和应负刑事责任的大小必须与刑罚之轻重相衡平,重罪重罚、轻罪轻罚、无罪不罚、刑罚相当、罚当其罪。刑法第5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。”

(三) 适用刑法一律平等的原则

它是指任何人犯罪都只能以事实为根据,以刑法为准绳,适用刑法不受身份、地位、权势、金钱的影响,任何人都不得有超越法律的权利。刑法第4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。”除上述明文规定的刑法基本原则以外,刑法的基本原则还包括惩办与宽大相结合的原则、主客观一致的原则以及罪责自负、不株连无辜的原则等。

四、刑法的效力范围

刑法的效力范围又称刑法的适用范围,是指刑法效力所及的地域、人及事和刑法生效、失效及是否具有溯及既往的效力。它包括刑法的空间效力范围和刑法的时间效力范围。

(一) 我国刑法的空间效力

刑法的空间效力范围即刑法的空间效力，是指刑法效力所及的地域、人及事的范围。我国刑法规定，凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用我国刑法。我国船舶或者航空器内犯罪的，也适用我国刑法。另外规定，犯罪行为或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。我国公民在我国领域外犯我国刑法规定之罪，适用我国刑法，但是按我国刑法规定其最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究。另外，我国国家工作人员和军人在我国领域外犯罪，适用我国刑法。外国人在我国领域外对我国国家或公民犯罪，即按我国刑法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用我国刑法，但是按犯罪地的法律不受处罚的除外。对于我国缔结或参加的国际条约所规定的罪行，我国在所承担的条约义务范围内行使刑事管辖权的，适用我国刑法。

（二）我国刑法的时间效力

刑法的时间效力即刑法的时间效力范围，是指刑法生效和失效的时间及刑法是否具有溯及既往的效力。

1. 刑法的生效时间

通常有两种情况：一是即时生效，即刑法自公布之日起生效；二是隔时生效，即刑法公布以后经过一段时间再生效。

2. 刑法的失效时间

刑法失效的时间通常也有两种情况：一是明示废止，即由新刑法明文规定废止。二是自行失效，即由于新刑法的颁布，代替了相同内容的原有法律，原有法律自行失效。

3. 刑法的溯及力

刑法的溯及力，是指新刑法溯及既往的效力。在溯及力问题上，我国刑法采取了从旧兼从轻的原则。即刑法第12条规定的

中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照刑法规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是本法不认为是犯罪和处刑较轻的，适用本法。本法施行前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

第二节 犯 罪

一、犯罪的概念与特征

我国刑法第 13 条对犯罪概念作了科学的规定，即：“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，侵犯国有财产或劳动群众集体所有的财产，侵犯私人所有的财产，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。

根据犯罪的法律概念，犯罪具有以下基本特征：

1. 严重的社会危害性

犯罪行为是不良行为中的严重部分，其社会危害性重于一般违法行为和不道德行为。因此，严重的社会危害性是犯罪的基本特征之一。

2. 犯罪是触犯刑律的行为

犯罪行为是触犯刑律的行为，即具有刑事违法性。犯罪不仅是具有严重的社会危害性的行为，而且必须是触犯刑律的行为，

行为的严重社会危害性是其刑事违法性的前提和基础，刑事违法性是行为的严重违法性在刑法上的反映。刑事违法性是区别危害社会的犯罪行为和其他一般违法行为或不道德行为的法律标准。

3. 犯罪是应负刑事责任的行为

犯罪是应负刑事责任的行为，即具有刑罚惩罚性。犯罪的法律概念中明确规定，犯罪是“依照法律应当受刑罚处罚的”行为。可见，不当受刑罚处罚的行为不是犯罪。

二、犯罪构成要件

犯罪构成是刑事法律规定的、决定某一行为的社会危害性，并为成立犯罪所必须具备的客观要件和主观要件的总和。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。这四个要件是任何一个犯罪都必须具备的，缺少其中任何一个方面的要件，都不构成犯罪。犯罪构成解决犯罪的形成及法定条件问题，因而是犯罪概念的具体化；犯罪构成在犯罪认定问题中占有核心的地位。

（一）犯罪客体

犯罪客体，是指我国刑法所保护而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。它包括以下内容：（1）犯罪客体是指我国社会主义社会关系；（2）犯罪的客体是为我国刑法保护的社会关系，非一般的社会关系；（3）犯罪的客体必定是犯罪行为所侵害的社会关系，即使是由刑法保护的社会主义社会关系，如不被犯罪行为所侵犯，亦不是犯罪的客体。

我国刑法分则对犯罪客体的规定主要有以下几种形式：（1）直接明确规定了犯罪客体，如刑法 102 条、114 条等，但刑法分则大部分条文并未直接表述犯罪侵害的客体，而是通过其他形式

在条文中得到反映。(2) 规定了犯罪客体的物质表现, 如刑法 170 条、264 条等。(3) 规定了犯罪所违反的某项具体法律法规, 说明犯罪行为侵犯的就是该项法律法规所保护的特定的社会关系, 如刑法 342 条到 344 条等。(4) 规定了犯罪的行为特征, 通过犯罪行为本身说明它所侵害的犯罪客体的性质, 如刑法 125 条、232 条、246 条等。犯罪的客体根据犯罪行为侵犯的社会关系的范围不同, 可以分为一般客体、同类客体、直接客体三种。一般客体指一切犯罪所共同侵犯的而为我国刑法所保护的社会关系的整体。同类客体指某一类犯罪行为所共同侵犯的我国刑法所保护的某一方面的社会关系。直接客体指某一具体犯罪行为直接侵害的具体的社会关系。直接客体又分为简单客体和复杂客体。简单客体指某一种犯罪行为直接侵害的特定的单一的具体社会关系。复杂客体指某一犯罪行为直接侵犯的两种或两种以上的社会关系。

犯罪的客体不同于犯罪的对象。犯罪对象指犯罪行为直接作用的具体的的人或物。二者是两个既有联系又有区别的概念。犯罪者的行为作用于犯罪对象, 就是通过犯罪对象即具体物或具体人来侵害社会主义社会关系的。二者还存在明显的区别。

(二) 犯罪客观方面

犯罪的客观方面是指犯罪这种行为所造成的危害结果。犯罪的客观方面包括以下三个基本要件:

1. 危害行为

危害行为分为两种基本形式, 即作为和不作为。作为指行为人用积极行动实施为我国刑法所禁止的行为。不作为是指负有特定义务实施某种行为而又能够履行这种义务的人消极地不履行义务而造成危害社会的结果。

2. 危害结果

危害结果指犯罪行为对我国刑法所保护的社会关系所造成的损害。

3. 危害行为与危害结果之间的因果关系

危害行为与危害结果之间的关系，是指危害行为与危害结果之间存在内在的、必然的、合乎规律的联系。犯罪的客观方面还包括其他一些因素，比如犯罪的时间、地点和方法等，这些只有在刑法作出特别规定时才成为某些犯罪构成的必备要件。

(三) 犯罪的主体

犯罪主体，是指刑法规定的应当且能够对自己所实施的危害社会的行为承担刑事责任的人。它分为自然人犯罪主体和单位犯罪主体两大类。刑法又对自然人犯罪主体规定了一般条件和特殊条件。

1. 自然人犯罪主体的一般条件

自然人犯罪主体指达到刑事责任年龄的，具备刑事责任能力、实施危害行为、触犯刑律的有生命的人。此概念包括了自然人犯罪主体的一般条件：

(1) 刑事责任年龄

刑事责任年龄是指刑法规定的行为人对自已的犯罪行为承担刑事责任所必须达到的年龄。刑法对刑事责任年龄采用四分制：第一，完全不负刑事责任的年龄时期，即不满 14 周岁的人实施任何危害社会的行为，都不负刑事责任；第二，相对负刑事责任年龄时期，即已满 14 周岁不满 16 周岁的人，犯故意杀人、故意伤害致人重伤或死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪的，应当负刑事责任；第三，完全负刑事责任年龄时期，即已满 16 周岁的人犯罪，应当负刑事责任；第四，从宽刑事责任

年龄时期，即已满 14 周岁不满 18 周岁的人犯罪，应当从轻或者减轻处罚。

（2）刑事责任能力

刑事责任能力是指行为人能够辨认或控制自己的行为，从而对自己的行为承担刑事责任的能力。根据刑法规定，精神病人在不能辨认或不能控制自己的行为时不具有责任能力，间歇性精神病人在精神正常时犯罪应负刑事责任；尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人犯罪应负刑事责任；醉酒的人犯罪应负刑事责任。

2. 自然人犯罪主体的特殊条件

某些犯罪，刑法明文规定其主体应具备一般条件外还须具备特殊条件，这类主体称为自然人犯罪主体。自然人犯罪主体的特殊条件是指对于某些犯罪，刑法明文规定对自然人犯罪主体能否成立具有决定作用的条件，包括资格、地位、状态、从业、归属等。自然人犯罪主体的一般条件由刑法总则性规范予以规定，特殊条件由刑法分则性规范加以规定。

3. 单位犯罪

单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的、法律规定单位应当负刑事责任的行为。犯罪的单位也是一类特殊犯罪主体，能够成为单位犯罪主体的只能是上面所列单位，包括法人和非法人组织。必须是为了单位的利益以单位的名义实施的危害行为，触犯了刑法规定单位可以构成犯罪的条款，才可以构成单位犯罪。单位犯罪的，单位应当承担刑事责任。

（四）犯罪主观方面

犯罪主观方面，是刑法规定成立犯罪必须具备的犯罪主体对

其实施危害行为及其危害结果所持故意或过失的心理态度。不论故意还是过失都是认识因素与意识因素的统一。

1. 犯罪的故意

犯罪故意是指行为人明知自己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心理态度。简言之，故意犯罪就是在犯罪故意的心理支配下实施的犯罪，故意犯罪应当负刑事责任。根据刑法规定，犯罪故意分为直接故意和间接故意。

(1) 直接故意

直接故意是指行为人明知自己的行为会发生社会危害结果，并且希望这种结果发生的心理态度。其认识因素是明知自己的行为会发生危害社会的结果，其意志因素是希望这种危害社会的结果发生，即行为人积极追求危害社会的结果发生。

(2) 间接故意

间接故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。其认识因素是明知自己的行为可能会发生危害社会的结果，即对结果的发生只能认识到可能性，而不包括认识到结果发生的必然性。其意志因素是放任危害社会的结果发生，即对危害社会的结果是否发生持听之任之的态度，既不希望也不阻止这种结果的发生。

2. 犯罪的过失

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的心理态度。过失犯罪就是以过失的心理态度实施的发生了危害社会结果的犯罪。过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任。根据刑法规定，犯罪过失分疏忽大意的过失和过于自信的过失。它们都是认识因素与意志因素的统一。

(1) 疏忽大意的过失

疏忽大意的过失是指行为人应当预见到自己的行为可能会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心理态度。其认识因素是对自己行为可能发生的危害结果应当预见也能够预见，只是由于疏忽大意而没有预见；其意志因素是不希望也不放任危害结果的发生。

(2) 过于自信的过失

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社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的主观心理状态。其认识因素是对自己的行为可能发生的危害结果已经预见到，但却高估自己的能力或过低估计客观情况而轻信危害结果可以避免；其意志因素也是既不希望也不放任危害结果的发生。

3. 犯罪的目的和动机

犯罪的目的是指行为人希望通过实施行为实现某种危害结果的心理态度。犯罪目的的内容是危害结果的实现，仅存在于直接故意之中，间接故意与过失不可能存在犯罪目的。犯罪的动机是指刺激、促使犯罪人实施犯罪行为的内在起因或思想活动。其产生的条件一是行为人内在的需要和愿望，二是外界的诱因与刺激。动机不等于目的，动机产生于目的之前，动机表明实施行为的内在起因。而目的表明实施行为所希望实现的结果。犯罪动机在以情节严重、情节恶劣为要件的犯罪中影响定罪，同时，动机也说明行为人的主观恶意，从而影响量刑。

三、排除社会危害性的行为

排除社会危害性的行为是指行为人为了保护合法的权益实施的，外观上似乎具有社会危害性，实质上却是对社会有益的，法

律规定不负刑事责任的行为。包括正当防卫、紧急避险、依照法令实施的行为、执行上级命令的行为和正当业务行为等。

(一) 正当防卫

正当防卫,是指为了使国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害而采取的制止不法侵害的行为对不法侵害人造成的损害。正当防卫不负刑事责任。

正当防卫必须具备的条件是:(1)起因条件,必须有不法侵害行为的发生。(2)时机条件,必须是正在进行的不法侵害。不法侵害必须是处于正在进行的状态中,而不是尚未开始或已经结束。(3)主观条件,必须出于为了使国家、公共利益、本人或他人的人身、财产和其他权利免于遭受正在进行的不法侵害的意图。(4)对象条件,必须针对不法侵害者本人实行正当防卫。(5)限度条件,即正当防卫不能明显超过必要限度而造成重大损害。明显超过必要限度造成重大损害的,是防卫过当。防卫过当应当负刑事责任,但是应当减轻或免除处罚。然而,“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,不负刑事责任。”

(二) 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、财产和其他权利免于遭受正在发生的危险,不得已损害另一个较小合法权益的行为。紧急避险造成损害的,不负刑事责任。

紧急避险必须具备的条件是:(1)起因条件,必须有危险发生。危险发生,就是出现了足以使合法权益遭到严重损害的危险情况。(2)时机条件,必须是正在发生的危险。正在发生的危险,是指足以造成合法权益遭受严重损害的危险已经出现,且尚

未结束的状态。(3) 主观条件，必须是为了使国家、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。(4) 限制条件，必须是在不得已之情况下实施的。“不得已”就是在危险发生之际，除了采取紧急避险的方法以外，别无他法。(5) 限度条件，即避险行为不能超过必要限度造成不应有的损失。紧急避险的必要限度，应是避险行为所引起的损害必须小于所保护的权益。刑法规定，关于避免本人危险的规定，不适用于职务上、业务上负特定责任的人。

四、犯罪的既遂、预备、未遂和中止

在故意犯罪过程中，可能出现各种犯罪形态，可将其概括为犯罪完成形态即犯罪既遂和未完成形态（包括犯罪预备、犯罪未遂、犯罪中止）。犯罪的未完成形态只存在于直接故意犯罪之中，过失犯罪和间接故意犯罪不可能出现未完成形态。

（一）犯罪既遂

犯罪既遂，是指行为人实施的行为已经具备了刑法分则规定的某种犯罪构成要件。犯罪既遂的行为人就是既遂犯。

（二）犯罪的预备

刑法第 22 条第一款规定：“为了犯罪，准备工具、制造条件的，是犯罪预备。”其基本特征是：(1) 行为人主观上具有犯罪的意图，目的是为了便于着手实行犯罪或利于完成犯罪。(2) 行为人在客观上实施了准备犯罪工具或制造犯罪条件的预备行为。(3) 由于行为人意志以外的原因停顿在犯罪预备阶段。不过，要注意犯意表示不是犯罪预备，犯意表示是指行为人将其犯罪意图以口头或者文字的形式表露出来的外部活动。犯罪预备的行为人是预备犯，对于预备犯，可以比照既遂犯从轻、减轻或者免除处

罚。

（三）犯罪未遂

刑法明文规定“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的，是犯罪未遂。”它必须同时具备以下条件之一：（1）已经着手实行犯罪。即开始实行刑法分则规定的具体犯罪构成要件的行为，如无外力阻止，则会进而完成整个犯罪过程。（2）犯罪未得逞。即没有完全具备某一犯罪的全部构成要件。犯罪未得逞是由于犯罪分子意志以外的原因，即犯罪未得逞不是犯罪分子自愿的，而是由于不可克服的其他因素造成的。犯罪未遂的行为人是未遂犯，对于未遂犯，可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

（四）犯罪中止

刑法明确规定“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发生的，是犯罪中止。”犯罪中止成立，必须同时具备如下条件：（1）必须发生在犯罪过程中。犯罪中止只能发生在犯罪过程中，如果犯罪预备、犯罪未遂已成立，都不能再出现犯罪中止。（2）必须自动中止犯罪。即犯罪分子在自己认为能够完成犯罪的情况下，自愿放弃犯罪意图，自动停止犯罪或自动有效地防止犯罪结果发生。也就是说，因犯罪分子主观的原因而停止犯罪或采取有效措施防止了犯罪结果发生。（3）必须是有效地防止犯罪结果的发生。放弃尚未实行终了的行为，在结果尚未出现时，放弃犯罪，采取积极措施避免了犯罪结果出现的，都属于犯罪中止。犯罪中止的行为人是中止犯，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。

五、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。其成立条件是：(1) 共同犯罪的主体必须是二人以上。二人以上，包括二人以上自然人和单位，以及单位成员以外的自然人和单位。自然主体必须是达到法定责任年龄，具有刑事责任能力的人。(2) 在客观上，必须具有共同的犯罪行为。共同的犯罪行为，是指各共同犯罪人的行为都指向同一个目标，彼此联系，互相配合，结合成一个有机的犯罪活动整体。(3) 主观上，必须有共同的犯罪故意。共同的犯罪故意，就是各共同犯罪人通过意思联络，知道自己是和他人配合共同实施犯罪，认识到他们的行为会发生危害社会的结果，并都希望或放任这种结果的发生。

(二) 主犯、从犯、胁从犯、教唆犯

1. 主犯

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。它包括犯罪集团的首要分子和在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子两类。对于犯罪集团的首要分子，按犯罪集团所犯的全部罪行处罚；对于其他主犯，应当按照其所参加的或组织、指挥的全部犯罪处罚。

2. 从犯

在共同犯罪中起次要或者辅助作用的，是从犯。它包括起次要作用的和起辅助作用的两种从犯。对于从犯，应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

3. 胁从犯

被迫参加犯罪的，是胁从犯。胁从犯本不愿参加犯罪，只是

迫于他人的暴力威胁或精神强制才作出犯罪选择，参加了共同犯罪，而且所起作用比较小。如果先被胁迫，参加犯罪后变为自愿或表现积极的，不再是胁从犯。对于胁从犯，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或免除处罚。

4. 教唆犯

教唆他人犯罪的，是教唆犯。其构成条件客观上表现为故意引起他人实施犯罪的意图，并进而实施犯罪，而自己并不直接参加犯罪的实施；主观上，必须具有教唆他人犯罪的故意。过失不能构成教唆犯。被教唆的人犯了被教唆的罪的，对于教唆犯，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚；被教唆的人没有犯被教唆的罪，视为教唆未遂。对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚；教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚。

六、单位犯罪的定罪和处罚原则

单位犯罪实质上就是传统刑法理论中的法人犯罪。1979 年刑法没有对之作出明确规定，但我国颁布的一系列单行刑事法律规定了公司、企业、单位、机关、团体等非自然人的犯罪。1997 年新刑法在第二章第二节对单位犯罪作了专门规定。单位犯罪，是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的法律规定，单位应当负刑事责任的行为。犯罪的单位也是一类特殊的犯罪主体。能够成为单位犯罪主体的，只能是上列单位，包括法人和非法人组织。

单位犯罪具有如下特征：（1）犯罪主体必须是单位，即公司、企业、事业单位、机关团体。（2）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。（3）必须在客观上已经实行了犯罪行为。（4）单

位犯罪，法律有规定的才处罚。

单位犯罪的处罚一般采用双罚制。根据刑法第31条的规定，单位犯罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。刑法分则和其他法律另有具体规定的，依照规定处罚。

七、犯罪的种类

对犯罪进行分类时，有其理论分类和立法分类。

（一）理论分类

刑法理论根据不同标准对犯罪作了不同的分类。

1. 刑事犯与行政犯

刑事犯是指由刑法典或者单行刑事法律所规定的传统性犯罪。行政犯，是指由行政经济法规中的附属刑法规定和刑法典结合规定的犯罪。

2. 身份犯与非身份犯

身份犯是指以特定身份为犯罪主体条件的犯罪。非身份犯是指身份犯以外的、刑法分则未对犯罪主体条件作特别限定的犯罪。

3. 行为犯与结果犯

以构成犯罪为标准，凡实施侵害行为犯罪的，称为行为犯；凡以侵害行为产生相应后果才构成犯罪的，称结果犯。以犯罪即遂为标准，凡以侵害行为的实施即成立犯罪即遂状态的，称行为犯；凡以侵害行为结果出现始成立犯罪即遂的，称结果犯。

4. 实害犯与危险犯。实害犯，是指以出现法定的危害结果为构成要件的犯罪。危险犯，是指以实施危害行为并出现某种法定危险状态为构成要件的犯罪。

（二）犯罪的立法分类

犯罪以刑法的规定为根据可作如下分类：

1. 危害国家安全罪与普通刑事犯罪。危害国家安全罪是指危害国家政权、社会制度和国家安全的犯罪。普通刑事犯罪是指除危害国家安全罪以外的其他各类刑事犯罪。

2. 故意犯罪与过失犯罪

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，因而构成犯罪的，是故意犯罪。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，以致这种结果发生的，是过失犯罪。

3. 亲告罪与非亲告罪

亲告罪是指法律规定告诉才处理的犯罪如侮辱罪、诽谤罪等。非亲告罪是指亲告罪以外的犯罪。

4. 自然人犯罪与单位犯罪

自然人犯罪是指达到法定责任年龄，具有刑事责任能力，有生命的自然人实施的犯罪。单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体实施的危害社会的、法律规定应当由单位负刑事责任的犯罪。

5. 单独犯罪与共同犯罪

单独犯罪是指由一个自然人或一个单位实施的犯罪；共同犯罪是指二人（自然人和单位）以上共同故意犯罪。

6. 战时犯罪与平时犯罪

战时犯罪是指只有战时才能构成的犯罪如临阵脱逃罪等。平时犯罪是指不论战争时期还是平时均可构成的犯罪等。

第三节 刑 罚

一、刑罚的概念

刑罚是国家最高立法机关在刑法中规定的，由人民法院依法对犯罪人适用的最为严厉的制裁措施。

刑罚的特征是：(1) 刑罚是国家最高立法机关在刑法中设定的制裁措施。(2) 刑罚只能由人民法院通过法定刑事诉讼程序依照刑法判处。(3) 刑罚是对违法犯罪行为进行制裁的所有措施中最为严厉的一种。(4) 刑罚只能适用于犯罪人。

我国刑罚的根本目的是通过适用刑罚，预防犯罪，保护人民，保卫社会主义社会。其直接目的是预防犯罪，包括特殊预防和一般预防；其间接目的是教育人民群众自觉遵守法律，鼓励同犯罪作斗争，铲除诱发犯罪的外部条件。刑罚对犯罪人具有惩罚、个别威慑、感化、教育改造的功能。

二、刑罚的种类

我国刑罚分为主刑和附加刑两类，主刑和附加刑又各有多种。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。另外，对于犯罪的外国人，可以独立适用或附加适用驱逐出境。

(一) 主刑

主刑又称基本刑，是指人民法院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管制、拘役、有期徒刑，无期徒刑和死刑五种。

1. 管制

管制是由人民法院判决，对犯罪分子不予关押，但限制其一定自由，交由公安机关管束和人民群众监督改造的刑罚方法。适用于罪行较轻的犯罪分子。管制的期限为3个月以上两年以下，从判决执行之日起计算。判决执行前先行羁押的，羁押1日折抵刑期2日。

2. 拘役

拘役是短期剥夺犯罪分子人身自由，并就地实行劳动改造的刑罚方法。主要适用于罪行较轻、需要短期关押的犯罪分子。拘役的期限为1个月以上6个月以下。在执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可以回家1至2天，参加劳动的可以酌量发给报酬。

3. 有期徒刑

有期徒刑是剥夺犯罪分子一定期限的自由，实行劳动改造的刑罚方法。有期徒刑的期限除死缓减为有期徒刑和数罪并罚的以外，为6个月以上15年以下。拘役和有期徒刑的刑期都从判决之日起计算，判决执行前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。

4. 无期徒刑

无期徒刑是剥夺犯罪分子终身自由，并强制劳动改造的刑罚方法。被判处无期徒刑的犯罪分子，在其执行一定时间以后，可予以减刑或者假释。

5. 死刑

死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚。它只适用于罪行极其严重的犯罪分子。但是，犯罪的时候不满18周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑，也不适用死缓。“死缓”不是独立刑种，而是一项死刑执行制度。

（三）附加刑

附加刑又称从刑，是补充主刑适用的刑罚方法。我国刑法规定的附加刑的种类有：罚金、剥夺政治权利、没收财产。

1. 罚金

罚金是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。判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。罚金在判决指定的期限内一次或分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应该随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除。

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的权利的刑罚方法。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。独立适用剥夺政治权利的，依照刑法分则的规定。

3. 没收财产

没收财产是指没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。没收全部财产的，应当为犯罪分子个人及其扶养的家属保留必需的生活费用。在判处没收财产的时候，不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。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。

三、刑罚的适用

（一）量刑情节、累犯、自首和立功

1. 量刑情节

量刑是人民法院对于犯罪分子依法裁量决定刑罚的活动。对于犯罪分子决定刑罚的时候，应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，依照刑法的有关规定判处。量刑情节包括法定情节和酌定情节。法定情节是刑法明文规定的从重、从轻、减轻或者免除处罚的情节。具有法定从重、从轻处罚情节的，应当在法定刑限度内判处刑罚；具有法定减轻处罚情节的，应当在法定刑以下判处刑罚；酌定情节是人民法院灵活掌握，酌情适用的情节。一般是以法定刑和法定情节为基础酌情适用刑罚，如犯罪分子不具有法定减轻处罚情节，但是根据条件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。

2. 累犯

累犯是指犯罪受到一定刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免后，在法定期限内又犯一定之罪的犯罪分子。累犯应当从重处罚。我国刑法规定的累犯，分为一般累犯和特殊累犯。

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后，在5年内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚的犯罪人。一般累犯的构成条件是：（1）前后两次犯罪都是或都有故意犯罪；（2）前后两次犯罪都被判处有期徒刑以上刑罚；（3）后次犯罪发生在前次犯罪的刑罚执行完毕或赦免后5年以内。假释犯的5年期限，从假释期满之日起计算。

特别累犯是指危害国家安全罪的犯罪分子，在刑罚执行完毕或赦免后，在任何时候再犯危害国家安全罪的犯罪分子。特别累犯的构成条件是：（1）前后两次犯罪都是或都有危害国家安全罪，不论处何种处罚；（2）只要前次犯罪的刑罚执行完毕或赦免

以后，不论任何时候再犯危害国家安全罪。

3. 自首和立功

自首，是指犯罪分子犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为。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，自行投于有关机关或个人并自愿置于有关机关或个人控制之下的行为；(2) 如实供述自己的罪行；(3) 接受审判。刑法还规定，被采取强制措施犯罪嫌疑人、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。

立功，是指犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦查其他案件的表现。只要有两种情况之一，就属于立功。有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚。重大立功是指犯罪分子揭发、检举其他犯罪分子的重大犯罪行为，查证属实的，或提供重要线索，从而得以侦破其他重大案件的，或者检举揭发其他犯罪分子较多的一般犯罪或犯罪线索，查证属实的行为。只要具备上述任一种行为要件和效果要件，即属重大立功。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，应当减轻或免除处罚。

(二) 数罪并罚

数罪并罚，是指同一人犯有数罪，人民法院依法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。

适用数罪并罚有下列三种不同情况：

第一种情况，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。

第二种情况，判决宣告以后，刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两罪所判的刑罚按照限制加重原则决定执行的刑罚。已执行的刑期，应计算在新判决决定的刑期以内。

第三种情况，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按照限制加重原则决定执行的刑期。

（三）缓刑、减刑和假释

1. 缓刑

缓刑是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，附条件地暂缓执行原判刑罚，当犯罪人满足一定条件后，便不再执行原判刑罚，如果违反了应当遵守的条件，则原判刑罚仍要执行的一种刑罚制度。

根据刑法规定，适用缓刑应当符合以下条件：（1）犯罪人被判处的刑罚是拘役或者三年以下有期徒刑；（2）犯罪人不是累犯；（3）必须是根据犯罪人的犯罪情节和悔罪表现，适用缓刑确实不致再危害社会的。拘役的缓刑考验期为原判刑期以上一年以下，但是不能少于两个月。有期徒刑的缓刑考验期为原判刑期以上五年以下，但不能少于一年。缓刑考验期，从判决确定之日起计算。

2. 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，在刑罚执行期间，如果认真遵守监视，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。

根据刑法规定，适用减刑应当具备以下条件：（1）只适用于被判处管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子；（2）犯罪分子必须在刑罚执行期间遵守监视，接受劳动改造，确有悔改表现或立功表现，或者有重大立功表现；（3）减刑必须有一定限度，即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10年。

3. 假释

假释是指对判处有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子，在执行了一定刑期以后，如果确有悔改表现，不致再危害社会，附条件地予以提前释放的制度。

根据刑法规定，适用假释应当具备以下条件：（1）只适用于被判处有期徒刑或者无期徒刑的犯罪分子；（2）必须是已经执行了一定刑期。被判处有期徒刑的，必须执行原判刑罚二分之一以上；被判处无期徒刑的，实际执行10年以上；（3）犯罪分子在服刑期间认真遵守监视，接受教育改造，确有悔改表现，假释后不再危害社会；（4）必须不是累犯以及因杀人、枪劫、强奸、绑架等暴力性犯罪被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子。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10年。假释考验期从假释之日起计算。

（四）时效

我国刑法中的时效，又称追诉时效，是指对犯罪分子追究刑事责任的有效期限。在这个期限届满后，就不再对该犯罪分子提起诉讼。

我国刑法追诉时效的具体规定为：（1）法定最高刑不满5年有期徒刑的，追诉为5年；（2）法定最高刑为5年以上不满10

年有期徒刑的，追诉为 10 年；（3）法定最高刑为 10 年以上有期徒刑的，追诉为 15 年；（4）法定最高刑为无期徒刑、死刑的，追诉为 20 年，如果 20 年以后认为必须追诉的，须报请最高人民检察院批准。

另外，刑法规定了两种不受追诉期限限制的情形：一是在人民检察院、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后，逃避侦查或审判的，不受追诉期限的限制；二是被害人在追诉期间提出控告，人民法院、人民检察院、公安机关应当立案而不予立案的，不受追诉期限的限制。

第四节 危害税收征管罪

一、偷税罪

（一）偷税罪的概念

偷税罪是指纳税人或扣缴义务人违反税收法律法规，逃避履行纳税或者扣缴税款义务，采取欺骗或隐瞒等手法，不缴或者少缴应纳税款或者已扣、已收税款，达到一定数额或者具备法定情节的行为。

（二）偷税罪的构成要件

1. 犯罪客体

偷税罪侵犯的客体是国家的税收征管制度。税收征管是国家为了实现其职能，依照法定标准，强制无偿地取得财政收入的行为。偷税犯罪则使国家税收活动受到侵扰，税额受到损失，构成对国家税收活动的侵害。违反税收法规，妨碍税收活动，情节严重的行为，以犯罪论处。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为达到法定量化标准的偷税行为。刑法对偷税罪的客观方面既有定性规定，又有量化规定。关于定性规定是构成偷税罪必须具有刑法规定的下列行为：（1）伪造、变造、隐匿、擅自销毁帐簿或记帐凭证；（2）在帐簿上多列支出或不列、少列收入；（3）经过税收机关通知申报而拒不申报或虚假申报；（4）不缴或者少缴应纳税款。关于量化规定是指偷税应达到一定数额或具有一定情节方能构成犯罪。构成偷税罪的法定数额是：偷税数额占应纳税额的10%以上不满30%并且偷税数额在1万元以上不满10万元的。偷税数额占应纳税额的30%以上并且偷税数额在10万元以上的，从重处罚。扣缴义务人不缴或少缴税额占应缴税额10%以上并且数额达1万元以上，可按偷税罪认定处罚。偷税数额虽未达到法定标准，但具有刑法所规定的“因偷税被税务机关给予二次行政处罚又偷税的”情节，也可以定为犯罪。

3. 犯罪主体

本罪的主体是特殊主体，刑法规定只有纳税人和扣缴义务人才能构成本罪主体。纳税人是指根据税法规定具有纳税义务，直接交纳税款的人，包括自然人、法人和非法人团体。扣缴义务人是指法律、法规规定负有代扣代缴、代收代缴税款义务的单位和个人。不具备偷税主体的人唆使、帮助纳税人、扣缴义务人犯偷税罪的以共犯论处。

4. 主观方面

本罪的主观方面表现为故意，行为人往往出于不缴或者少缴税款的目的。

二、抗税罪

(一) 抗税罪的概念

抗税罪是指纳税人或扣缴义务人违反税收法律法规，以暴力、威胁的方法拒不交纳税款的行为。

(二) 抗税罪的构成要件

1. 犯罪客体

抗税罪侵犯的客体是国家税收征管制度。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为实施了刑法所规定的拒不缴纳税款的行为，即以暴力方法和威胁方法抗税。暴力抗税，是指对税务人员的人身实行殴打和强制，以及对税务机关实行冲击和打砸。威胁方法，是指对税务人员以实施杀害、伤害的恐吓为要挟。拒不纳税，是指纳税人或扣缴义务人应当缴税并且有能力缴税而公然拒不缴税的行为。

3. 犯罪主体

本罪的主体是特殊主体。刑法对本罪的主体范围没有具体规定。根据司法实践和刑法理论，我们认为本罪主体应包括纳税义务人和扣缴义务人。

4. 主观方面

本罪的主观方面表现为故意，是基于抗拒交纳税款目的而实施的行为。如果行为人基于其他目的对税务人员实行暴力或者威胁行为的，不构成本罪，而构成其他罪。

刑法第 202 条规定，以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处拒缴税款 1 倍以上 5 倍以下的罚金；情节严重，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处拒缴税款

1 倍以上 5 倍以下罚金。

三、逃避追缴欠税款罪

(一) 逃避追缴欠税款罪的概念

逃避追缴欠税款罪是指纳税人欠缴应纳税款，采取转移或者隐匿财产的手段，致使税务机关无法追缴欠缴的税款的行为。

(二) 逃避追缴欠税款罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家的税收征管制度。逃避追缴欠税款犯罪致使国家税收减少，是危害国家税收的行为。

2. 客观方面

逃避追缴欠税款罪在客观方面表现为纳税人欠缴税款，为了逃避税务机关追缴，实施了转移或者隐匿其财产的行为。构成本罪的前提是具有欠税的事实。欠税，是指纳税人超过税务机关所规定的纳税期限，没有按时纳税，拖欠税款的行为。采取转移或隐匿财产行为是本罪的具体行为。转移财产，是指将可能作为抵缴税款的财产从原处所转移到其他处所。隐匿财产，是指采用隐蔽方法将可能作为抵缴税款的财产私藏起来，致使税务机关无法追缴欠税款，既是本罪的行为目的，也是本罪的结果要件。要注意的是，刑法规定了本罪的结果量化标准，即税务机关无法追缴的欠税款额必须达到 1 万元以上，方能构成犯罪。

3. 犯罪主体

本罪的主体是特殊主体，仅限于纳税人，包括自然人纳税人和单位纳税人，而不包括扣缴义务人。其他人如唆使、帮助纳税人逃避追缴欠税，以逃避追缴欠税款罪的共犯论处。

4. 主观方面

本罪在主观方面表现为故意，行为人的行为目的在于逃避追缴所欠缴的税款。

刑法第 203 条规定，纳税人逃避追缴欠缴税款，数额在 1 万元以上不满 10 万元的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处欠缴税款 2 倍以上 5 倍以下罚金；数额在 10 万元以上的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处所欠缴税款 1 倍以上 5 倍以下罚金。

四、骗取出口退税款罪

（一）骗取出口退税款罪的概念

骗取出口退税款罪是指以假报出口或者欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额较大的行为。

（二）骗取出口退税款罪的构成要件

1. 犯罪客体

骗取出口退税款罪所侵犯的客体是国家的税收制度，具体地说是国家税收制度中的出口退税政策。出口退税政策是为了发展对外贸易而制定的，为了鼓励出口创汇，增强国内产品在国际市场的竞争力，对出口的产品实行退回已经征收的有关税款的政策。骗取出口退税款的行为，不仅破坏国家税收制度，而且扰乱我国出口贸易秩序。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为采取以假报出口为主要的欺骗手段，骗取国家出口退税款的行为。本罪的行为表现形式是：一是假报出口行为，即指将在境内销售的产品，通过伪造产品出口证明以及纳税凭证手法，假报出口外销，凭空骗取国家出口产品退税款；二是其他欺骗行为，主要指虽有产品出口，但是通过多报虚

报出口产品数量或价格，骗取所交纳税款以外的款项，最常见的是低价高报、以少多报、将低税率报为高税率产品等等。刑法对于骗取出口退税款罪要求具备“数额较大”要件。

3. 犯罪主体

本罪主体是特殊主体，包括从事生产和经营的企业和个体工商户。

4. 客观方面

本罪在主观方面表现为故意，行为人具有非法获得国家退税的目的。

五、虚开专用发票罪

(一) 虚开专用发票罪的概念

虚开专用发票罪是指在没有货物销售或者提供应税劳务情况下，违法开具增值税专用发票和用以骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

(二) 虚开专用发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

虚开专用发票罪所侵犯的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。本罪所侵犯的对象是与税收有关的发票，其客体为复杂客体。根据刑法规定，本罪对象限于两种：一是增值税专用发票；二是与出口退税、抵扣税款有关的其他发票。除此以外的发票不能成为本罪的对象。也就是说，虚开上述范围以外的发票不构成本罪。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为虚开特定发票的行为。所谓虚开包括两种情况：一是没有货物销售或者提供应税劳务而开具有关发

票；二是虽然有货物销售或提供应税劳务情况，但是所开具的发票内容不实。所虚开的发票仅指增值税专用发票和与出口退税、抵扣税款有关的其他发票。虚开包括为自己虚开、为他人虚开、让他人为自己虚开、介绍他人虚开四种情况，只要有一项行为，就可构成本罪。

3. 犯罪主体

本罪的主体是一般主体，凡是虚开刑法所规定的专用发票的人，包括自然人和单位，均可成为本罪的犯罪主体。

4. 主观方面

本罪在主观方面表现为故意犯罪。

六、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪

（一）伪造、出售伪造的增值税专用发票罪的概念

伪造、出售伪造的增值税专用发票罪，包括非法印制增值税专用发票行为和出售非法印制的增值税专用发票的行为。

（二）伪造、出售伪造的增值税专用发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

在客观方面表现为非法印制增值税专用发票的行为或出售非法印制的增值税专用发票的行为。根据国家税收管理制度和发票管理制度的规定，增值税专用发票由国家税务总局授权特定单位印制，并由税务机关按照规定发售，其他机关或者个人均不得印制或者出售增值税专用发票。行为人在行为表现上可能只实施伪造增值税专用发票的行为，或者只实施出售行为，也可能既有伪造行为又实施出售行为。既伪造又出售增值税专用发票的，刑法

规定加重处罚。

3. 犯罪主体

本罪主体为一般主体，包括自然人和单位。

4. 主观方面

本罪在主观方面表现为故意犯罪。

七、非法出售增值税专用发票罪

(一) 非法出售增值税专用发票罪的概念

非法出售增值税专用发票罪是指违反国家发票管理法规，将增值税专用发票非法出卖的行为。

(二) 非法出售增值税专用发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为非法出售增值税专用发票的行为。其非法性主要在于主体资格的无权性。但是其出售的对象是真实的增值税专用发票而非虚假的增值税专用发票，这是本罪与出售伪造的增值税专用发票罪在客观方面的主要区别。

3. 犯罪主体

本罪的犯罪主体是一般主体，根据刑法要求，是指无权出售增值税专用发票的单位或者个人。

4. 主观方面

本罪的主观方面是故意犯罪。

八、非法购买增值税专用发票、伪造的增值税专用发票罪

(一) 非法购买增值税专用发票、伪造的增值税专用发票罪

罪的概念

非法购买增值税专用发票、伪造的增值税专用发票罪，是指违反国家发票管理制度，非法买进增值税专用发票或者明知是伪造的增值税专用发票而非法买进的行为。

(二) 非法购买增值税专用发票、伪造的增值税专用发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为非法购买。“非法购买”是指不按国家税收法律规定，在指定的主管机关购买增值税专用发票，而是向主管税务机关之外的单位或个人购买增值税专用发票。本罪的对象包括非主管税务机关出售的增值税专用发票和他人伪造的增值税专用发票。只要违反法律规定，向主管税务机关以外的单位和个人购买增值税专用发票，不管其发票的真伪，均构成本罪。

3. 犯罪主体

本罪的犯罪主体是一般主体，根据刑法要求，是指非法购买增值税专用发票、伪造的增值税专用发票的单位或者个人。

4. 主观方面

本罪在主观方面属于故意犯罪。

九、伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造用于骗取退税、抵税的发票罪

(一) 伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造用于骗取退税、抵税的发票罪的概念

伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造用于骗取退税、抵

税的发票罪可简称为非法制造或者出售非法制造的专用发票罪，是指违反国家发票管理制度，非法印制或者出售所非法印制的可以用于出口退税或者抵扣税款的专用发票的行为。

(二) 伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造用于骗取退税、抵税的发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

在本罪中，所谓伪造是指无权印制专用发票的单位或个人非法制印的行为。所谓擅自制造是指有权印制专用发票的单位违反发票管理法规，不按规定私自印制专用发票的行为。所谓出售是指将伪造的或者擅自制造的上述专用发票出卖给他人的行为。本罪的对象是与出口退税和抵扣税款有关的专用发票，而非一般发票。但是，由于制作的非法性决定了发票的虚假，即本罪的对象在性质上均是虚假发票。

3. 犯罪主体

本罪主体为一般主体，包括自然人和单位。

4. 主观方面

本罪属于故意犯罪。

十、伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的其他发票罪

(一) 伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的其他发票罪的概念

本罪可简称为非法制造或者出售非法制造的普通发票罪，是指违反国家发票管理法规，非法印制或者出售非法印制的非专用发票的行为。

(二) 伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的其他发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

本罪的客观方面是非法印制行为，包括伪造行为和擅自制造行为。与非法制造或者出售非法制造的用于骗取退税、抵税的发票不同是，本罪的对象是普通发票，既不是增值税专用发票，也不是可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，而是上述两种发票以外的其他发票即普通发票。

3. 犯罪主体

本罪主体为一般主体，包括自然人和单位。

4. 客观方面

本罪属于故意犯罪。

十一、非法出售用于骗取退税、抵税的发票罪

(一) 非法出售用于骗取退税、抵税的发票罪的概念

非法出售用于骗取退税、抵税的发票罪，是指违反了国家发票管理制度，非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的行为。

(二) 非法出售用于骗取退税、抵税的发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为无权出售发票的单位或者个人违法出售具有办理出口退税或者抵扣税款的发票。与出售伪造、擅自制

造的专用发票行为不同的是，本罪的对象是真实的有效的专用发票。可见，本罪的违法性仅在于无权出售。

3. 犯罪主体

本罪主体为一般主体，包括自然人和单位。

4. 客观方面

本罪属于故意犯罪。

十二、非法出售其他发票罪

(一) 非法出售其他发票罪的概念

非法出售其他发票罪，是指违反国家发票管理，非法出售可以用于骗取出口退税、抵扣税款以外的其他发票的行为。

(二) 非法出售其他发票罪的构成要件

1. 犯罪客体

本罪的客体是国家税收管理制度和发票管理制度。

2. 客观方面

本罪在客观方面表现为无权出售发票的单位或个人违法出售普通发票，与出售伪造、擅自制造的普通发票行为不同的是，本罪的对象是真实的有效的普通发票。与非法出售专用发票罪相同的是，本罪的违法性也是无权出售。

3. 犯罪主体

本罪主体为一般主体，包括自然人和单位。

4. 客观方面

本罪属于故意犯罪。

刑法第 209 条第 4 款规定，犯非法出售其他发票罪的，按照该条第 2 款“伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的其他发票罪”处罚。

第六章 国际法

第一节 国际法（国际公法）

一、国际法的概念与特征

（一）国际法的概念

国际法，也称国际公法，主要是调整国家之间的关系的各种原则、制度和规范的总体。

国际法是国家间交往的产物。有了国家间的交往之后，就逐渐形成了一些调整国家间关系的规范。这些规范从不完备到逐渐完备，从约束力不强到逐渐增强，以至发展为当代的国际法体系。

类似国家的政治实体以及国家所组成的国际组织在一定条件下也是国际法的主体，它们与国家之间的关系以及它们之间的关系也受国际法的调整。

国际法的渊源主要是国际条约与国际习惯。

国际条约是国家及其他国际法主体间所缔结的以国际法为准，并确定其相互权利义务关系的书面协议。条约通常只对缔约国有拘束力，从而可视为有关国家之间的特殊国际法。

国际习惯是各国重复类似的行动所形成的被认为具有拘束力的行为规则。国际习惯由两个要素构成：一是各国的重复的类似行为，即所谓“物质的因素”；一是被各国认为有法律拘束力，

即所谓“心理的因素”。国际习惯不能约束那些一贯明确反对这一习惯的适用的国家。

（二）国际法的特征

国际法是一个特殊的法律体系，同国内法相比，国际法的主要特征包括：

第一，国际法的主体主要是国家，除此之外，类似国家的政治实体以及由国家所组成的国际组织也可以成为国际法的主体；而国内法的主体主要是个人和由个人所组成的社会组织。

第二，国际法的制定者是作为国际法主体的国家，不是超越国家之上的国际立法机关；而国内法的制定者是超越法律主体的国内立法机构。

第三，国际法的强制实施主要依靠作为国际法主体的国家的自身的行动；而国内法的强制实施则依靠超越法律主体的有组织的强制机关。

二、国家的基本权利

（一）国家的构成要素

国家的构成要素包括：有定居的居民、有确定的领土、有一定的政权组织和具有主权。没有居民的国家是不能存在的；没有领土则没有居民的生存基础；没有政权组织就无法行使国家的职能；如果不具有主权就无法对内进行有效的组织，对外进行平等的交往，也就不具有国家的根本属性。

（二）国家的类型

国家可依据不同的标准划分为不同的类型。按照能否完全地行使主权，可将国家划分为独立国和附属国；按照国家的结构形式，又可将独立国划分为单一国和复合国。

单一国是具有统一主权的国家，在对外关系上只有一个最高权利机关代表本国。单一国的某些组成部分可能享有一定的自治权，但不能因此而成为国际法的主体。中华人民共和国属于单一国。

复合国是两个或两个以上国家的联合体。属于复合国的有联邦和邦联。联邦是两个或两个以上成员邦组成的联合国家，成为联邦国家。联邦与各成员邦的权限由联邦宪法加以划分。按照目前绝大部分联邦制国家的实践，对外事务和国际交往权由联邦政府单独掌握，联邦内的居民具有共同的国籍。这类联邦国家与单一国家已无大的区别。邦联是两个或两个以上主权国家根据条约组成的国家联合。邦联的各成员国都是主权国家，是国际法主体；而邦联本身不构成一个国家，不具有国际法主体资格。

（三）国家主权

主权是国家最重要的属性，是国家固有的在国内的最高的权力（对内最高权）和在国际上的独立权力（对外独立权）。所谓对内最高权，是指国家对其领土内的一切人和事物以及领土外的本国人实行管辖的权利；所谓对外独立权，是指国家行使权力的完全自主，排除外来的任何干涉。

每个国家在享有主权的同时，必须尊重他国的主权。因此，国家拥有主权并不意味着国家可以不接受任何约束。

尊重国家主权就意味着尊重国家的政治独立。每个主权国家都可以根据自己的意愿自由选择并决定其社会经济制度和国家形式；自由组织政府并进行立法、司法和行政活动；自主地制定和执行其对外政策，自由地进行国际交往，缔结条约与同盟，调整同其他国家的关系。尊重国家主权就意味着尊重国家的领土完整，不以任何方式侵犯他国的边界。尊重国家主权就意味着尊重

他国的经济权益，不以任何方式对其进行掠夺和控制，攫取片面的利益和特权。

（四）国家的基本权利

国家的基本权利是国家所固有的权利，来自于国家主权。国家的基本权利包括：

1. 独立权

独立权即国家可以按照自己的意志处理本国事务而不受其他国家控制和干涉的权利。

2. 平等权

平等权即每个国家在国际关系中要求同其他国家在法律地位上完全平等的权利。

3. 自保权

自保权即国家保卫自己的生存和独立的权利。

4. 管辖权

管辖权主要指国家对其领域内的一切人和物实行管辖的权利。管辖权又分为属地管辖权、属人管辖权、保护性管辖权和普遍管辖权。属地管辖权是指一国对在其所属领域内的人和物或发生的事件，除国际法规定的外交特权与豁免以外，有权依照本国的法律予以管辖。属人管辖权是指一国有权对一切具有本国国籍的人实行管辖，而不问其居住在国内还是国外。保护性管辖权是指为了保护本国及本国公民的重大利益，一国有权对本国人于国外所从事的某种行为实行管辖。保护性管辖权的适用范围通常为世界各国所公认的犯罪行为。普遍管辖权是指对于某些特定的国际罪行，由于其普遍地危害国际和平与安全及全人类的利益，因此不论犯罪行为发生于何地和行为人的国籍如何，各国均有权对其行使管辖。

在上述四类管辖权中，以属地管辖和属人管辖为主，保护性管辖和普遍管辖仅具有辅助的性质。

三、国际条约

(一) 国际条约的概念与特征

国际条约是国家及其他国际法主体间所缔结的以国际法为准并确定其权利义务关系的书面协议。

条约的基本特征：

第一，条约是国家及其他国际法主体间缔结的协议。只有当代国际法所承认的国际法主体才有资格缔结国际条约。国家是国际法的主体；正在为民族独立进行斗争并已组成自己的政治组织的被压迫民族以及国家所组成的国际组织在一定条件下也是国际法的主体。

第二，条约必须符合一般国际法，违法的条约不具有法律拘束力。这里所说的一般国际法应理解为国际强行法规范，即国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后同等性质的规范可对其加以更改的国际法规范。

第三，条约以规定国家及其他国际法主体之间的权利义务关系为内容。任何条约都必然在特定领域内规范缔约国之间的权利义务关系，否则，条约就失去了存在的意义。

第四，条约须采取书面形式。要求条约采取书面形式，可便于条约内容的确定，便于条约的履行，从而便于国际关系的稳定。

(二) 条约的名称和种类

在实践中，条约的名称很多，经常使用的名称有：

1. 条约

条约是国际法主体间签订的具有重要意义的国际书面协议，有效期较长，格式亦比较讲究。条约通常须经批准。

2. 公约

公约是国际法主体间为解决某一重大问题举行国际会议而达成的立法性国际协议。公约通常对非缔约国开放，非签字国日后可申请加入。

3. 专约

规定某一专门事项的国际协议可称为专约。

4. 协定

协定是国际法主体间为解决某些专门性问题或临时性问题所缔结的协议，如停战协定、贸易支付协定等。

5. 议定书

用于说明、补充、修改或限制一项先前签订的条约的协议，或关于一项次要的具体事项所签订的协议通常称为议定书。

6. 换文

换文是两国就已达成的协议在同一时间所交换的内容相同的外交照会，一般用来补充正式条约或确定关于处理某一特殊问题已达成的协议。

条约可按不同的标准来加以分类：按缔约方的数目，可将条约分为双边条约和多边条约；按缔约国所处的地域，可将条约分为区域性条约和全球性条约；按条约的内容，可将条约分为政治性条约、经济性条约等；按条约所确定的权利义务关系的性质，可将条约分为造法性条约和契约性条约。造法性条约是指规定各缔约方共同遵守的行为规则的条约，通常为多边条约；契约性条约是指缔约方在特定的具体问题上达成的一种协议。

(三) 条约的缔结与生效

任何国家都有权在不违背公认的国际法的原则下，同其他国际法主体缔结条约。正在争取民族独立并已建立了自己的政治组织的被压迫民族，以及政府间国际组织也有一定的缔约权。

条约的缔结需经过特定的程序，通常包括谈判、签字、批准和交换批准证书。

条约可于签字之日起生效、自各缔约方批准之日起生效、自互换批准书之日起生效或依照其他特定程序生效。

（四）条约的加入与保留

加入是指未在条约上签字的国家于条约签署后参加该条约并受其约束的一种国际法律行为。双边条约很少有加入的情形发生，因为双边条约通常仅涉及两国间的特殊问题。可由非签字国加入的是那些开放性的多边公约。

保留是指一国于签署、批准、接受或加入条约时，排除条约中的某些规定对本国的适用的行为。根据国家主权原则，任何国家得于签署、批准或加入条约时，提出保留。但在下列情况下则不允许保留：第一，条约本身禁止任何保留；第二，提出的保留属条约不允许保留的范围；第三，保留与条约目的和宗旨不符。

（五）条约的遵守

有效的国际条约对各当事国有拘束力，须由各当事国善意履行。

国际法的理论和实践无不强调条约必须遵守原则。在国际法体系中，没有一个最高权力可以强制执行条约，如果不确立条约必须遵守原则，就不可能有正常的国际关系，国际法本身也可能于国家之间的冲突之中崩溃。

四、国际争端及其解决

(一) 国际争端的概念

国际争端主要是指以国家作为当事者的争端。

国际争端与私人争端具有明显的区别，这不仅是由于国际争端总是涉及到远比私人争端重要得多的国家利益，而且还因为在国际社会中，各个国家都具有平等的法律地位，没有一个超越国家的立法机关和司法机关来为国家制定法律，并依此来审理国家之间的争端。

(二) 国际争端的解决方式

国际争端的解决方式包括谈判、斡旋、调停、仲裁和国际法院裁判。国际争端也可通过国际组织的工作加以解决。

1. 谈判

谈判是指有关当事国通过协商而解决国际争端，是解决国际争端的最常见和最重要的方法。谈判必须建立在相互尊重国家主权，承认各方的法律地位完全平等的基础上。不允许一方把自己的意志强加给对方。

2. 斡旋

斡旋是第三国以各种手段促成当事国进行直接谈判以解决国际争端的行为。在斡旋过程中，从事斡旋的国家可以提出建议或转达一方的建议于他方当事国，但斡旋者自己不参与双方的谈判。

3. 调停

调停是第三国以调停者的身份直接参与当事国的谈判以求国际争端的解决的行为。与斡旋不同，在调停过程中，调停者要主持或参加争端当事国的谈判，调和、折衷争端各国相反的主张或

要求，平息或缓和它们之间的敌对情绪，使争端双方达成协议。

4. 仲裁

仲裁是指当事国将争端交付它们自己信任的仲裁人处理，以仲裁人的裁决作为处理争端的依据。以仲裁方式解决国际争端的前提是争端当事国之间有仲裁协议。当事国不仅可以通过协商来选择仲裁方式，也可以确定提交仲裁的事项并约定仲裁所适用的实体法和程序法。裁决一经作出，即对各争端当事国产生拘束力，各当事国均应善意地予以执行。

5. 国际法院裁判

国际法院裁判是指当事国将争端交付国际法院，由国际法院对争端进行审理并作出裁判。国际法院目前特指联合国国际法院。根据《国际法院规约》的规定，国际法院的管辖范围包括：第一，各当事国提交的案件；第二，条约或协定中规定由国际法院管辖的事项；第三，各当事国均接受“任意强制管辖”所涉及的事项。国际法院的判决属终局判决，对各当事国均有拘束力。对于不执行判决者，联合国安全理事会可作出执行判决的决定。

6. 通过国际组织解决国际争端

通过政府间国际组织解决国际争端是目前解决国际争端的一种常见的有效的方式。联合国在解决国际争端方面发挥了重要的作用。根据《联合国宪章》的规定，安理会负有维护国际和平与安全的重要责任，它有权调查任何争端或情势，以断定该项争端是否危及国际和平与安全，并向当事国提出解决争端的建议。安理会的决议对联合国会员国具有约束力。区域性政府间国际组织通常也设有争端解决机制，以解决成员国之间的争端。

第二节 国际私法

一、国际私法的概念

国际私法是以具有涉外因素的民事法律关系为调整对象的法律规范的总体。

如果一项民事法律关系的主体一方或各方是外国国家、外国法人或外国自然人，或者该项民事法律关系的客体位于国外，或者该项民事法律关系所据以产生、变更或消灭的法律事实发生于国外，那么，该项民事法律关系便是涉外民事法律关系。

二、法律冲突与冲突规范

(一) 法律冲突

一项涉外民法关系会同两个或两个以上的国家法律存在联系，而适用不同国家的法律便会产生不同的后果，这就是法律冲突。法律冲突的产生原因主要包括：

第一，各国民事法律制度不同。由于社会制度、经济发展水平及历史文化传统的不同，各国的民事法律制度存在着差别。对同一项涉外民事法律关系，往往因为适用不同国家的法律而产生不同的结果，于是便出现了适用何国法律来确定当事人的权利义务问题。

第二，各国之间存在着经常的民事交往，因而形成了涉外民事法律关系。尽管各国的民事法律制度不同，但如果没有国家间的民事交往，也不会产生不同的民事法律制度适用上的差别，也就不会产生法律冲突。

第三，各国承认外国人在内国的民事法律地位。如果内国法不承认外国人的民事法律地位，外国人也就无法参加有关的民事活动，就不会出现以外国人为主体的民事法律关系，也就不会出现法律冲突。

第四，各国在一定条件下承认外国民事法律在内国的域外效力。法律的域外效力是指一国制定的法律不仅在其领域内有效，而且在外国也发生效力。各国通常都在一定条件下承认外国的民事法律的域外效力，于是就产生了对某一涉外民事法律关系究竟适用何国法律的问题，为法律冲突的出现提供了条件。

（二）冲突规范

1. 冲突规范的概念

冲突规范是指明某种涉外民法关系应适用何国法律的规范，是国际私法的主体部分。冲突规范的作用在于确定应适用的法律，从而解决法律冲突。

2. 冲突规范的结构

冲突规范从结构上看分为范围、系属和关联词三部分。范围又称连接对象，是冲突规范所要调整的民事法律关系；系属指出冲突规范所涉及的法律关系所应适用的法律；而关联词则是从语法结构上将范围与系属联系起来。例如，在“不动产的所有权适用不动产所在地法律”这一冲突规范中，“不动产所有权”是其范围，“适用”是关联词，“不动产所在地法律”是系属。

3. 系属公式

系属公式即公式化和固定化的系属。在长期的实践中，一些双边冲突规范的系属逐渐被固定下来，形成系属公式，用来解决同类性质的民事法律冲突。常见的系属公式有：

（1）属人法

属人法是指自然人或法人所属国家或住所地的法律。根据这种系属所确定的准据法，一般用来解决人的身分、能力、家庭关系以及继承等方面的民事法律冲突。

(2) 物之所在地法

物之所在地法是指民事法律关系客体物之所在地国家的法律。物之所在地法主要用于解决有关物权的法律冲突问题。

(3) 行为地法

行为地法是指法律行为发生地国家的法律。行为地法通常被用来解决与某种法律行为有特定联系的法律冲突问题。由于法律行为的多样性，行为地法又可划分为合同缔结地法、合同履行地法、婚姻举行地法、侵权行为地法等。

(4) 当事人合意选择的法律

当事人合意选择的法律是指当事人双方自主选择的某种法律。这一系属公式通常被用来确定涉外合同的准据法。

(5) 法院地法

法院地法是指审理涉外民事案件的法院所在地国家的法律。法院地法通常被用来解决有关涉外民事诉讼程序的法律冲突。一国法院在审理涉外民事案件时一般只适用本国的程序法，即法院地法。法院地法有时也被用来解决实体问题。

(6) 最密切联系地法

即与涉外民事法律关系有最密切联系的国家的法律。这一系属公式可适用于许多不同性质的涉外民事法律关系，尤其适用于涉外合同关系。

4. 冲突规范的类型

依据冲突规范关于系属的规定的不同，冲突规范可分为单边冲突规范、双边冲突规范、选择性冲突规范与重叠性冲突规范。

单边冲突规范是指直接规定某种涉外民事法律关系只适用内国法或外国法的冲突规范。如“不动产，即使属于外国人所有，仍适用法国法”（1804年法国民法典第3条）即属单边冲突规范。

双边冲突规范是指其系属并不直接规定内国法或外国法，而只是规定一个可推定的系属，根据这一系属即可确定某一国家的法律的冲突规范，如“合同方式依合同缔结地法”。双边冲突规范所指向的准据法即可能是内国法，也可能是外国法。双边冲突规范是冲突法中数量最多并最常采用的冲突规范。

选择性冲突规范是指其系属有两个或两个以上，但只选择其中之一予以适用的冲突规范。选择性冲突规范又可分为无条件的选择性冲突规范与有条件的选择性冲突规范，前者如“婚姻方式依属人法或行为地法”，后者如“亲子间的法律关系依父之本国法；无父时，依母之本国法”。

重叠性冲突规范是指其系属有两个或两个以上而且必须同时适用的冲突规范，如“离婚之请求，若非依夫妇之本国法及法院地法均有离婚之原因者，不得为之”。

（三）冲突规范的适用

在适用冲突规范时，可能遇到识别、反致、转致与间接反致、公共秩序保留及法律规避等问题。

1. 识别

识别，又叫定性或归类，是指在适用冲突规范时，依照某一法律制度对有关的事实或问题进行分析，将其归入一定的法律范畴。在对涉外民事案件适用冲突规范时，首先要明确案件所涉及的事项或问题属于什么法律范畴。比如说，是属于合同问题还是属于侵权问题，是属于结婚的形式要件问题还是属于结婚的实质

要件问题。只有这样，才可以根据有关的冲突规范来确定应该适用的法律。

由于各国的法律规定不尽相同，所以，依据什么法律进行识别关系重大。对于依据什么法律进行识别，各国的实践及学者们的主张并不一致。比较通行的主张是依据法院地法或准据法进行识别。

2. 反致、转致和间接反致

反致是指对某一涉外民事关系，法院按照本国的冲突规范本应适用外国法，而该外国法中的冲突规范却指定应适用法院地法，结果适用了法院地法中的实体法。

转致是指对某一涉外民事关系，甲国法院根据本国的冲突法本应适用乙国法，而乙国的冲突规范却指定适用丙国法，结果甲国法院适用了丙国实体法。

间接反致是指对某一涉外民事关系，甲国法院根据本国的冲突规范应适用乙国法，乙国的冲突规范规定应适用丙国法，而丙国的冲突规范规定应适用甲国法，结果甲国法院适用了本国的实体法。

反致、转致和间接反致的产生是因为：第一，法院所属国的法律观念认为，它的冲突规范所指向的某个外国法，不仅包括该国的实体法，也包括该国的冲突法；如果将外国法仅理解为外国的实体法，那么就不会因适用外国的冲突法而出现反致、转致和间接反致问题；第二，各国的冲突规范的内容存在着区别。如果各国的冲突规范的内容都完全一致，也不会出现反致、转致和间接反致问题。

反致、转致和间接反致的作用在于限制了法院所属国的冲突规范的效力，使得该冲突规范所指向的外国实体法没有被适用，

而是适用了本国的实体法或对本国比较有利的另一个外国的实体法。

3. 公共秩序保留

公共秩序保留是指当一国法院根据冲突规范应适用外国法，而该外国法的适用将违反国内的公共秩序时，法院可据此拒绝外国法的适用。所谓公共秩序，可理解为一国的基本法律准则、社会公共利益。也有人将其解释为一国的“道德规则”、“善良风俗”等。

公共秩序保留制度的主要作用在于排除冲突规范所指引的外国法的适用。由于公共秩序没有明确的定义，所以公共秩序保留制度的适用就可以带有很大的灵活性。只要一国法院认为某一外国法的适用对本国利益将产生重大不良影响，就可以公共秩序保留为依据而拒绝其适用。

4. 法律规避

法律规避是指当事人故意制造一种连接因素，以避开本应适用的准据法，而使对自己有利的法律得以适用。

构成法律规避应具备下列条件：第一，当事人必须有规避法律的动机，即当事人的行为以逃避某种法律的适用为目的；第二，被规避的法律必须是依冲突规范本应适用的法律。有的国家只将逃避内国法的适用视为法律规避，有的国家则把规避外国法也视为法律规避；第三，法律规避是通过故意制造一个连接点的方式来加以实现的，这种连接点包括国籍、住所、行为地、物之所在地等。

法律规避的后果在于否定了法院所属国的冲突规范的效力，使该国冲突规范原来的连接点所指引的实体法未得到适用，而使当事人意欲适用的实体法得到了适用。对于法律规避，许多国家

的法律都加以限制。有的国家对于规避本国法和规避外国法一律予以禁止；有的国家禁止规避本国法，允许规避外国法；有的国家禁止规避本国法，对规避外国法的，视情况加以不同的处理：禁止规避正当合理的外国法，允许规避不正当、不合理的外国法。

（四）涉外物权与涉外债权的法律适用

1. 涉外物权的法律适用

各国关于物权的内容、效力、取得与丧失的条件规定不尽相同，所以，涉外物权关系不可避免地要发生法律冲突，因而也就必然产生涉外物权的法律适用问题。

（1）不动产物权的法律适用

解决不动产物权的法律冲突所广泛适用的是物之所在地法这一冲突规则。

物之所在地法的适用范围包括：动产与不动产的划分；不动产所有权客体的范围；不动产所有权取得之方式及转移、变更和消灭的条件；不动产所有权的内容；不动产所有权的保护方法。

（2）动产物权的法律适用

关于动产物权的法律适用，传统上曾实行“动产随人”原则，以属人法来决定动产物权的法律问题。但自19世纪末叶起，“动产随人”原则已逐渐被人们所放弃，涉外动产物权原则上也适用物之所在地法。但某些动产的物权问题不适用物之所在地法，如船舶、飞机的物权问题通常依据其所属国法律——旗帜国法或登记国法来加以确定和解决。

2. 涉外债权的法律适用

一项涉外债权可以有多种连接因素，可能会涉及到若干个国家的法律，因而法律冲突在所难免，也必然产生法律的适用问

题。

(1) 合同之债的法律适用

从各国的司法实践和学者们的主张来看，确定合同之债所适用的法律，通常依据意思自治原则和最密切联系原则。依据意思自治原则，合同的准据法应是当事人在缔约时约定适用于合同的法律；只有当事人无此种约定时，才能推定适用其他的法律。依据最密切联系原则，在当事人缺乏明示的法律选择时，应该根据合同各方面的情况，推定应适用的法律。被推定适用的法律通常为缔约地法、履行地法、法院地法或仲裁地法、物之所在地法等。

(2) 侵权行为之债的法律适用

侵权行为之债的法律适用原则主要包括：第一，行为地法原则，即以侵权行为地的法律来确定侵权行为是否成立以及侵权行为所引起的损害赔偿问题；第二，共同本国法或共同住所地法原则，即适用加害人与被加害人共同的本国法或共同的住所地法；第三，法院地法原则，即以法院地法来衡量侵权行为是否成立；第四，行为地法兼法院地法原则，即要求侵权行为的成立必须同时符合行为地法和法院地法；第五，最密切联系原则，该原则要对侵权行为之债适用与该侵权行为有最密切联系的国家的法律，如：损害发生地法、导致损害发生的加害行为地法及双方当事人的住所地法、国籍所属国法等。

三、我国涉外民事关系的法律适用

(一) 涉外民事关系

按照我国最高人民法院的解释，凡民事关系的一方或者双方当事人是外国人、无国籍人、外国法人的，民事关系的标的物在

外国领域内的，产生、变更或者消灭民事权利义务关系的法律事实发生在外国的，均为涉外民事关系。

（二）涉外民事关系的法律适用

1. 关于自然人的行为能力的法律适用

定居国外的我国公民的民事行为能力，如其行为是在我国境内所为，适用我国法律；在定居国所为，可以适用其定居国法律。

外国人在我国境内进行民事活动，如依其本国法律为无行为能力，而依我国法律为有民事行为能力，应当认定为有民事行为能力。

无国籍人的民事行为能力，一般适用其定居国法律；如未定居的，适用其住所地国法律。

有双重或多重国籍的外国人，以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。

当事人的住所不明或者不能确定的，以其经常居住地为住所。当事人有几个住所的，以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。

2. 关于法人的行为能力的法律适用

外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法，法人的民事行为能力依其本国法确定。外国法人在我国领域内进行民事活动，必须符合我国的法律规定。

3. 关于物权的法律适用

按照我国的有关规定，土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系，均应适用不动产所在地法律。

4. 关于合同之债的法律适用

除法律另有规定，涉外合同的当事人可以选择处理合同争议所适用的法律；合同当事人没有选择的，适用与合同有最密切联系的国家的法律。

对下列涉外经济合同，我国法院按照最密切联系原则确定所应适用的法律，在通常情况下是：

国际货物买卖合同，适用合同订立时卖方营业所所在地的法律。如果合同是在买方营业所所在地谈判并订立的，或者合同主要是依买方确定的条件并应买方发出的招标订立的，或者合同明确规定卖方须在买方营业所所在地履行交货义务的，则适用合同订立时买方营业所所在地的法律；

银行贷款或担保合同，适用贷款银行或者担保银行所在地的法律；

保险合同，适用保险人营业所所在地的法律；

加工承揽合同，适用加工承揽人营业所所在地的法律；

技术转让合同，适用受让人营业所所在地的法律；

工程承包合同，适用工程所在地的法律；

科技咨询或设计合同，适用委托人营业所所在地的法律；

劳务合同，适用劳务实施地的法律；

成套设备供应合同，适用设备安装运转地的法律；

代理合同，适用代理人营业所所在地的法律；

关于不动产租赁、买卖或者抵押的合同，适用不动产所在地的法律；

动产租赁合同，适用出租人营业所所在地的法律；

仓储保管合同，适用仓储保管人营业所所在地的法律。

如果合同明显地与另一国家或者地区的法律有更密切的联

系，法院则应以另一国家或地区的法律作为处理合同争议的依据。

5. 关于侵权之债的法律适用

侵权行为的损害赔偿，适用侵权行为地法律。当事人双方国籍相同或者在同一国家有住所的，也可以适用当事人本国法律或者住所地法律。我国法律不认为在我国领域外发生的行为是侵权行为的，不作侵权行为处理。

第三节 国际经济法

一、国际经济法的概念

国际经济法是调整国际经济关系的各种法律规范的总称。

以国际经济关系的发生领域为标准，国际经济法所调整的国际经济关系可分为国际贸易关系、国际技术转让关系、国际投资关系等。相应地，国际经济法可划分为国际贸易法、国际技术转让法、国际投资法等法律部门。

依据国际经济关系主体的不同，国际经济关系又可分为私人（包括法人和其他经济组织）同私人之间的关系、国家同私人之间的关系以国家与国家之间的关系。调整不同国家间的私人之间的经济关系的法律可称为国际商法；调整国家与私人之间因国际经济交往所形成的关系的法律可称作涉外经济法；调整国家之间的关系的法律则属国际公法。

国际经济法不仅以国家之间的经济关系为调整对象，私人之间以及国家与私人之间所发生的国际经济关系也是国际经济法的调整对象；国际经济法不仅规范国际经济流转关系，也规范国际

经济管理关系；国际经济法不仅以国际法规范（国际条约、国际惯例）作为其构成要素，各国的调整国际经济关系的法律也属国际经济法的组成范围。

二、国际贸易法

（一）国际货物买卖合同与国际贸易术语

1. 国际货物买卖合同的订立

国际货物买卖合同通常是指营业地在不同国家的当事人之间所订立的货物买卖合同。

国际货物买卖合同的订立通常包括询盘、发盘、还盘和接受等程序。

询盘是指一方当事人向他方提出的探询有关货物买卖的交易条件的意思表示。询盘对询盘发出人和接受者均不构成约束。

发盘是指一方当事人为订立国际货物买卖合同而向对方（受盘人）发出的依某种条件出售或购买某种物品的意思表示。一项有效的发盘必须表明订立合同的意图，必须表明订立合同的确切条件，必须向特定的人发出而且只有传达到该特定人方为有效。

发盘对受盘人无拘束力，而发盘对发盘人的拘束力则是一个比较复杂的问题。依据《联合国国际货物销售合同公约》的规定，任何发盘都是可以撤回的，但撤回发盘的通知必须先于或与发盘同时到达受盘人；除两种特殊情况外，即使发盘已到达受盘人，在受盘人作出接受之前，发盘人也可撤销发盘；这两种特殊情况是：第一，发盘写明接受发盘的期限或以其他方式表示发盘是不可撤销的；第二，受盘人有理由信赖该项发盘是不可撤销的，而且已本着对该项发盘的信赖行事。

还盘是指受盘人就发盘内容向发盘人提出某种修正的意思表

示。还盘的基本特征在于它是一项新的发盘，使得发盘人原先作出的任何允诺都归于无效。

接受是指受盘人在发盘有效期内作出的无条件地同意发盘的全部内容的意思表示。有效的接受即使得合同成立，而接受的有效则必须同时具备下列条件：第一，接受必须是特定的受盘人作出；第二，接受必须是无条件同意发盘的全部内容，但如果受盘人在对发盘表示接受的同时提出了非实质性的修改，除非发盘人在不过分迟延的期间内通知受盘人反对其间的差异外，这种有更更改的接受仍为有效，合同的条件以发盘的条件以及接受通知所载的更改为准；第三，接受必须在发盘规定的有效期内作出，如果发盘未规定有效期，则应在合理的期间内作出；第四，接受的传递方式必须符合发盘的要求。

2. 买卖各方的基本义务

根据《联合国国际货物销售合同公约》的规定，国际货物买卖合同中的卖方的基本义务包括：（1）卖方交付的货物必须与合同规定的数量、质量和规格相符，并按合同规定的方式装箱或包装；（2）卖方须按合同规定的时间、地点移交货物及有关单据；（3）卖方所交付的货物必须是第三方不能提出任何权利或要求的货物；（4）卖方应对货物的风险转移到买方时所存在的任何不符合合同的情形承担责任。

国际货物买卖合同中的买方的基本义务包括：（1）支付货款。买方支付货款的义务包括依据合同或有关法律和规章的要求而采取相应的步骤、履行相应的手续，以便于货款的支付；（2）收取货物。买方收取货物的义务包括采取一切理应采取的行动以期卖方能交付货物，以及接受货物。

3. 国际贸易术语

国际贸易术语是在长期的国际贸易实践中产生的，用来表示商品的价格构成，说明交货地点，确定风险、责任和费用划分等问题的专门用语。

为了使国际贸易术语有确定的含义，国际商会等组织对一些常用的国际贸易术语进行了解释，并以书面的方式予以公布，形成了国际贸易术语解释规则。国际贸易术语解释规则是国际贸易惯例的一种，可经国际贸易当事人的援用而对其产生拘束力。目前被广泛采用的国际贸易术语解释规则有国际商会制订的《1990年国际贸易术语解释通则》、国际法协会制订的《华沙—牛津规则》和美国的一些著名的商业团体所制订的《美国对外贸易定义》。在实践中经常被采用的国际贸易术语有：FOB、CIF 和 CFR。

(1) FOB

在 FOB 术语后需注明装运港的名称。在采用 FOB 术语成交时，卖方承担的基本义务是在合同规定的装运港和规定的期限内，将货物装上买方指派的船只，并及时通知买方。货物在装船时越过船舷，风险即由卖方转移至买方。买方要负责租船订舱，支付运费，并将船期、船名及时通知卖方。货物在装运港装船时越过船舷后的其他责任和费用也都由买方负担。

(2) CIF

在 CIF 术语后需注明目的港的名称，但它仍同 FOB 一样，是装运港交货的贸易术语。采用这一贸易术语时，卖方的基本义务是负责按通常的条件租船订舱，支付到目的港的运费，在规定的装运港和装运期内将货物装上船并在装船后及时通知买方，负责办理从装运港到目的港的海运货物保险，支付保险费。货物在装运港越过船舷之后的风险由买方承担，此后的费用（自装运港

到目的港的通常运费及保险费除外)也由买方承担。

(3) CFR

在 CFR 术语后也需注明目的港的名称,它也是一种装运港交货的贸易术语。采用这一贸易术语时,卖方承担的基本义务是在合同规定的装运港和装运期内,将货物装上船并及时通知买方;负责租船订舱、支付至指定目的港的运费。货物在装运港越过船舷后,风险即从卖方转移至买方,此后的费用(不包括从装运港到目的港的运费)也由买方负担。

(二) 我国对外贸易管理

1. 对外贸易企业的管理

在我国,广义的对外贸易企业可分为3种类型:一是专门经营对外贸易业务的外贸公司,二是被国家赋予了对外贸易经营权的一般企业,三是外商投资企业。狭义的对外贸易企业仅指专门的外贸公司。我国对外贸企业的管理主要体现在对设立外贸企业所实施的管理以及对外贸企业的基本权利义务及活动范围的界定方面。

根据《中华人民共和国对外贸易法》(以下简称外贸法)的规定,申请设立对外贸易企业必须具备下列条件:第一,有自己的名称和组织机构;第二,有明确的对外贸易经营范围;第三,具有其经营的对外贸易业务所必需的场所、资金和专业人员;第四,委托他人办理进出口业务达到规定的实绩或者具有必需的进出口货源;第五,法律、行政法规规定的其他条件。具备上述条件的企业,经国务院对外经济贸易主管部门许可并办理相应的工商登记手续之后,方能成立对外贸易企业。

根据我国外贸法的规定,对外贸易企业的基本权利包括:企业有权自主决策、自主经营;有权为没有外贸经营权的企业或个

人进行外贸代理；有权按法定程序获得进出口经营许可证和配额；有权从国家所实施的对外贸易促进措施（如进出口信贷、出口退税）中受益；有权组建和参加进出口商会或其他贸易促进组织。外贸企业的基本义务有：接受对外经济贸易主管部门的宏观指导；向国家对外经济贸易主管部门或其他有关部门提交与其对外贸易经营活动有关的文件及资料；依法经营、公平竞争；在经营中信守合同，保证商品质量，完善售后服务；在代理业务中如实向委托方提供市场行情、客户情况等经营信息以及依照国家有关规定结汇、用汇等。

2. 进出口许可证管理

进出口许可证管理是对外贸易经营者进出口国家限制进出口的货物时，须通过有关机关的许可，领取许可证之后方能进出口的一种制度。实行许可证管理有利于国家从宏观上控制进出口规模，合理安排和配置资源，对国内市场实施必要的保护。

我国实行进口货物许可证制度。按照有关规定，从实施进口许可证管理角度，进口货物被分为三类：第一类是非国家限制进口商品，可免领进口许可证；第二类是国家限制进口商品。进口这类商品必须申领进口许可证；第三类是国家禁止进口的商品，对此类商品，国家不签发或撤销已经签发的进口货物许可证。

我国对进口许可证实行分级管理的体制。由国家外经贸部代表国家统一签发进口货物许可证。省级对外贸易经济部门在国家外经贸部规定的范围内签发本省、本地区进口货物许可证，由外经贸部授权派驻各主要口岸的特派员办事处在规定的范围内签发进口货物许可证。

我国实行出口货物许可证制度。凡国家规定凭证出口的商品，必须事先申请领取出口许可证，海关凭证查验放行。为实施

许可管理之目的，出口商品也分为三类：第一类属于免领许可证的商品；第二类属于必须申领许可证方能出口的商品；第三类属于禁止出口的商品。

与进口许可证管理一样，我国出口许可证管理也是实行分级别管理，以外经贸部及其特派员办事处为一级，以各省级对外经济贸易主管部门为一级。它们分别根据各自所享有的权限对出口货物实施协调和管理，审批和签发出口许可证。

3. 关税管理

关税是由海关对进出境的货物和物品所征收的一种税。关税的征税对象是进出关境的货物和物品的流转额。货物和物品进出关境时，将由海关依照统一的关税税则征收关税。

进口货物的收货人、出口货物的发货人是关税的纳税义务人。接受委托办理有关手续的代理人，须遵守进出口关税条例对其委托人的各项规定。入境旅客随身携带的行李物品，个人邮递物品，各种运输工具上的服务人员携带进口的自用物品、馈赠物品以及其他方式进境的个人物品作为非贸易性商品也要依法征收进口税。

我国的关税主要分为进口关税、出口关税和附加关税。

进口关税是海关对进口货物和物品的流转征收的关税。我国采用复式关税税则，进口税税率分普通税率和优惠税率两种。对产自与我国未签定有关税互惠条款的贸易条约或协定的国家或地区的进口货物，按照普通税率征税；对产自与我国订有关税互惠条款贸易条约或协定的国家或地区的进口货物，按照优惠税率征税。经国务院税则委员会的特别批准，依照普通税率征税的进口货物可按照优惠税率征税。

出口税是由海关对出口货物和物品的流转征收的关税。鼓励

出口是各国的普遍性做法，因而对于一般的商品不征收出口税，只是出于某种特殊需要或者对某些特殊商品须控制出口时，才会对其征收出口税。

附加税是在海关税则中规定的正税以外额外征收的关税。它是作为一种临时性管制进口的措施被使用的，因而不被规定在海关税则中。

我国关税采用的是从价征收的方法，因而确定完税价格是确定关税税额的基础。完税价格可分为进口货物的完税价格和出口货物的完税价格。进口货物的完税价格是指由海关审定的以正常成交价格为基础的到岸价格，即海关审查确定的货物在采购地的正常批发价格，加上运抵我国输入地点起卸前的包装费、运费、保险费、手续费等一切费用的到岸价格；出口货物的完税价格是指海关审定的正常离岸价格扣除出口税以后的价格。

4. 进出口商品检验管理

进出口商品检验是商品检验机关依法对进出口商品的品质、数量、重量、包装、标记、产地以及运载工具等所作的检验、鉴定和证明。

国家进出口商检局是我国进出口商品检验工作的主管机关。商检局根据对外贸易的发展需要，制定、调整并公布《商检机构实施检验的进出口商品种类表》（简称《种类表》）；国家商检局在省、自治区、直辖市以及进出口商品的口岸、集散地设立的进出口商品检验局及其分支机构（简称商检机构）管理所负责地区的进出口商品检验工作。

凡被列入《种类表》的进出口商品和其他法律、行政法规规定须经商检机构检验的进出口商品，必须经过商检机构或者国家商检部门、商检机构指定的检验机构检验。上述进口商品未经检

验合格的，不准销售、使用；上述出口商品未经检验合格的，不准出口。

法定检验以外的进出口商品也可由商检机构实施检验，只要外贸合同的当事人在合同中作出了明确的约定。合同中没有约定商检机构进行检验的，收货人应当按照合同的规定进行验收，商检机构可以督促收货人验收并进行抽查检验。验收不合格需要凭商检机构检验证书索赔的，收货人应当及时向所在地商检机构申请检验出证。

（三）反倾销法与反补贴法

1. 反倾销法

反倾销法是规定实施反倾销措施的条件和程序的法律。

倾销是指一项产品从一个国家输往另一国家的出口价格低于其正常价值。倾销的进口产品对进口国的相关产业可能造成损害，因此，许多国家都制定了反倾销法，通过依法征收反倾销税来消除倾销产品的进口对本国经济的不利影响。世界贸易组织体制下的《反倾销守则》对如何认定倾销以及如何实施反倾销措施也作出了比较具体的规定。不论是国际立法还是国内立法都将“倾销”与“损害”的同时存在作为征收反倾销税的条件。

对于如何确定倾销的存在，《反倾销守则》作了明确的规定：如果一项产品从一个国家输往另一国家的出口价格，低于相同产品用于国内消费时在正常贸易过程中所形成的可比价格，那么，该项产品即将被认为是倾销。对于在某些特殊情况下如何确定倾销是否存在，《反倾销守则》也作了详细的规定。

关于损害的含义，关贸总协定第6条已经作了规定：损害包括对进口国领土内已建立的某项工业造成实质性损害或产生实质性威胁，或对某一国内工业的新建产生实质性阻碍。《反倾销守

则》进一步规定：损害的确定必须基于确实的证据，并基于下述两方面的客观审查：倾销产品的数量和倾销产品对国内市场相同产品的价格的影响，以及这些进口产品对国内的相同产品的制造商所带来的影响。

依据各国的实践，反倾销指控可由国内工业或其他实体代表国内工业提出，也可由一国的主管当局主动发起反倾销调查。在调查过程中，各有关当事人均应给予充分的机会以维护自身的利益。有关当局可在调查过程中采取征收临时税和要求提供担保金等临时性措施。如果确定了倾销和损害的存在，一国的主管当局便可对倾销产品征收数量不超过这一产品的倾销差额的反倾销税。

我国于1997年制定的反倾销和反补贴条例，对倾销与损害的确定、反倾销调查程序以及反倾销措施的实施等都作了明确的规定。

2. 反补贴法

反补贴法是规定实施反补贴措施的条件和程序的法律。

补贴是指政府向企业提供特别的利益。补贴的作用在于增强本国产品的出口能力，同时也可增强本国产品同进口产品的竞争能力，从而挡住外国产品的进口。

关贸总协定对补贴及反补贴税的征收问题作了原则性的规定。依据总协定的规定，如果一缔约方对输往另一缔约方的产品所给予的补贴会对另一缔约方国内某项已建的工业造成实质性损害或产生实质性威胁，或实质性阻碍某一工业的新建，另一缔约方可对进口的补贴产品征收反补贴税。反补贴税在金额上不得超过这种产品在原产国或输出国制造、生产或输出时，所直接或间接得到的奖励或补贴的估计数额。

世界贸易组织体制下的《反补贴守则》将补贴分为具有专向性的（限于特定企业的）补贴和不具有专向性的补贴。不具有专向性的补贴为不可申诉的补贴，各缔约方不得对其采取反补贴措施，而只能同有关国家进行协商。具有专向性的补贴又被分为被禁止的补贴和可申诉的补贴。《反补贴守则》要求各缔约方不授予也不维持被禁止的补贴。对于可申诉的补贴，各缔约方可依据守则的规定发起调查和采取征收反补贴税等反补贴措施。

我国于1997年制定的反倾销和反补贴条例，将补贴定义为“外国政府或者公共机构直接或者间接地向产业、企业提供的财政资助或者利益”。该条例还规定，关于补贴造成的损害、反补贴调查和反补贴措施的实施，适用该条例有关反倾销的规定。

（四）世界贸易组织

世界贸易组织是根据《建立世界贸易组织协定》所建立起来的一个普遍性政府间国际经济组织。在组织结构和职能方面，世界贸易组织取代了关税及贸易总协定的地位。

世界贸易组织的宗旨是：提高人类生活水平；保证充分就业、实际收入和有效需求的持续增长；扩大货物生产与货物贸易并扩大服务贸易；最适宜地利用世界资源；保证发展中国家的国际贸易增长份额和经济发展；建立一体化的多边贸易机制。

世界贸易组织的职能包括：促进世界贸易组织章程和各项多边贸易协定的实施、管理和运作，并推动其各项宗旨；为各项多边贸易协定的实施、管理和运作提供组织保障；为成员国间的谈判提供场所；管理世界贸易组织的争端解决机制；管理贸易政策审查机制；与其他国际组织进行合作。

世界贸易组织的机构包括部长会议、总理事会和秘书处。部长会议是世界贸易组织的最高权力机关，它应履行世界贸易组织

的各项职能并为此采取必要的行动。部长会议由世界贸易组织的全体成员国的代表组成。总理事会也由全体成员国的代表组成。在部长会议闭会期间，总理事会行使部长会议的职能。秘书处是世界贸易组织的日常行政事务机关，在总干事的领导下开展工作。总干事由部长会议任命，其权力、职责、任职条件和期限等均由部长会议通过的章程来确定。

世界贸易组织的成员国可分为创始成员国和加入成员国。原关贸总协定的缔约国，如果接受世界贸易组章程和乌拉圭回合的各项多边贸易协定，并接受附于关贸总协定的减让表和附于服务贸易总协定的承诺表，则成为世界贸易组织的创始成员国；其他国家可以按照世界贸易组织协定所规定的条件和程序申请加入世界贸易组织，成为该组织的加入成员国。

三、国际投资法

（一）国际投资法概述

国际投资法是调整因国际直接投资而产生的各种社会关系的法律规范的总称，是国际经济法的重要组成部分。

国际直接投资，通常简称为国际投资，是指投资者对资本运行能施加控制的跨越国界的投资。国际直接投资的基本方式有：独资经营、合资经营和合作经营。

国际投资法的调整对象首先是国家与投资者之间因国际投资而产生的各种关系，包括资本输入国与外国投资者之间的关系和资本输出国与本国的海外投资者之间的关系。这种关系从本质上说是一种管理与被管理的关系。国际投资法也调整外国投资者与东道国的私人（包括自然人、法人和其他经济组织）之间的关系。如果不同东道国的私人进行各种交往，国际投资也无法实

现。国际投资法还调整国家之间因国际投资而结成的关系。为了促进和保障国际投资的开展，有关国家之间需要进行某种合作，对彼此处理国际投资事宜的做法加以协调，而这种合作与协调都需要以国际投资法来加以确定。

(二) 对外国投资者的待遇标准；国际投资与外交保护；国有化问题

1. 对外国投资者的待遇标准

在对外国投资者的待遇问题上，比较通行的提法是向外国投资者提供“公平合理的待遇”。但近年来，国际社会已开始倡导对外国投资者提供国民待遇。关贸总协定乌拉圭回合谈判所达成的《与贸易有关的投资措施协议》已明确提出国民待遇标准在国际投资领域的适用问题。但是，就像国民待遇原则在其他领域中的适用是有特定范围的限制一样，这一原则在国际投资领域中的适用也有特定的界限。一国向外国投资者提供国民待遇的基本条件是在外资按照东道国的法律进入东道国领土之后，正如关贸总协定中规定的国民待遇原则是适用于已进入某一成员国的其他成员国的产品一样。除非已对其他国家承担了确定的国际义务，任何国家在外资进入的控制方面都享有充分的权力。所以，在国际投资领域中实行国民待遇标准并不意味着外国投资者与本国投资者的地位完全一样。

2. 国际投资与外交保护

根据一般国际法，一国可对其海外投资者及其投资行使外交保护。所谓外交保护是指当外国人在所居留的国家受到人身或财产上的侵害时，外国人可以通过外交手段要求居留国给予适当的救济。外交保护权是一项国家的权利，它的基础是依据国家主权而引伸出来的属人管辖权。

一国在行使外交保护权时必须基于两项条件：第一，权利受到损害的个人必须具有本国国籍；第二，受害者在请求本国政府进行外交保护之前，必须已经用尽了居留国可以利用的救济手段而不能得到救济。严格限定外交保护权的行使条件可防止这一制度成为大国随意向其他国家施加压力的手段。

由于在当今的国际实践中，各国都倾向于通过缔结双边协议对国际投资的保护作出特别的安排，所以，就国际投资而行使外交保护的情况已不多见。

3. 国有化问题

国有化是指将不属于国家的财产收归国有。

一国有权将本国人的财产收归国有，当然也有权对位于其境内的外国投资实行国有化。但依据当今的国际实践，一国在对外国投资实行国有化时，应满足下列条件：第一，对外国资本实行国有化必须是出于国家的公共利益；第二，对外国资本实行国有化必须是非歧视性的，不得在本国投资和外国投资之间，以及在不同的外国投资之间作出歧视安排；第三，对外国资本实行国有化必须依照法定的程序；第四，对外国资本实行国有化必须给予补偿。在补偿标准方面，一些国家主张补偿必须是充分、即时和有效的，另外一些国家则认为补偿应为合理的补偿或适当的补偿。我国有关立法所确立的补偿标准为“相应补偿”，但在我国与其他国家所签署的一些投资保护协定中，我们也接受了充分补偿标准。

（三）外商投资企业法

1. 中外合资经营企业法

中外合资经营企业法是我国规范中外合资经营企业的组织和活动的各种法律规范的总称。依照中外合资经营企业法的规定：

中外合资经营企业（以下简称合营企业）是指中国公司、企业和其他经济组织与外国的公司、企业和其他经济组织或个人，依照中国法律，在中国境内共同举办的企业。合营企业是中国法人，受中国法律的管辖和保护。

合营企业的组织形式为有限责任公司，合营各方对合营企业的责任以各自认缴的出资额为限；合营各方按注册资本比例分享利润和分担风险及亏损。

董事会是合营企业的最高权力机构，决定合营企业的一切重大问题。董事名额的分配由合营各方参照出资比例协商确定。董事长是合营企业的法定代表人。合营企业设经营管理机构，负责企业的日常经营管理工作。经营管理机构设总经理1人，副总经理若干人，副总经理协助总经理工作。

合营企业在我国法律、法规和合营企业合同、章程规定的范围内，有权自主地进行经营管理。

2. 中外合作经营企业法

中外合作经营企业法是我国规范中外合作经营企业的组织和活动的各种法律规范的总称。依照中外合作经营企业法的规定：

中外合作经营企业（以下简称合作企业）是指我国的企业或其他经济组织与外国的企业和其他经济组织或个人，依照我国法律在我国境内共同举办的，依合同确定各合作方的权利义务关系和生产经营活动的企业。

合作企业与合营企业的区别在于法律赋予合作企业的合作各方较大的以合同来确定各种事项的空间。中外合作者举办合作企业，可依照法律规定，在合作企业合同中约定投资或合作条件、收益或产品的分配、风险和亏损的分担、经营管理的方式和合作企业终止时财产的归属等事项。

合作企业符合我国法律关于法人条件的规定的，依法取得中国法人资格。合作企业也可办成不具有法人资格的企业。

合作企业应当设立董事会或者联合管理机构，依照合作企业合同或章程的规定，决定合作企业的重大问题。董事会或联合管理机构可决定任命或聘请总经理负责合作企业的日常经营管理工作。合作企业也可委托中外合作者以外的他人经营管理企业。

合作企业合同中约定合作期满时合作企业的全部固定资产归中国合作者所有的，可以在合同中约定外国合作者在合作期限内先行回收投资的办法，但须得到有关政府机关的事先批准。

3. 外资企业法

外资企业法是我国规范外商投资企业的组织和活动的各种法律规范的总称。依照外资企业法的规定：

外资企业是指依照我国法律在我国境内设立的全部资本由外国投资者投资的企业，不包括外国的企业和其他经济组织在我国境内的分支机构。

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。外资企业为有限责任公司的，外国投资者对企业的责任以其认缴的出资额为限；外资企业为其他责任形式的，外国投资者对企业的责任适用中国法律、法规的规定。

外资企业依照经批准的章程进行经营管理活动，不受干涉。

外资企业进口物资、技术、劳务以及出口产品的价格必须合理，不得以高价进口、低价出口等方式逃避税收。

（四）我国经济特区立法

我国的经济特区是实行特殊的经济政策和经济管理体制，以发展外向型经济为主的行政区域。

我国经济特区立法，从广义上说，包括以下三种形式：（1）

全国人民代表大会及其常委会制定和颁布的法律，如《广东省经济特区条例》、《关于建立海南经济特区的决议》等；（2）国务院及其各部委制定的法规，如《关于鼓励投资开发海南岛的规定》、《关于经济特区和十四个城市减征、免征企业所得税和工商统一税的规定》；（3）经济特区地方立法机关和行政机关根据授权并依据本地区的实际情况和需要所制订的规章。

从立法所涉及的内容看，经济特区立法主要包括引进外资的规定、引进技术的规定和其他一些促进外向型经济发展的规定。

第七章 刑事诉讼法与民事诉讼法

第一节 刑事诉讼法

一、刑事诉讼法的概念

刑事诉讼法是国家用法律形式规定公安司法机关与诉讼参与人进行刑事诉讼活动所必须遵守的行为规则的法律规范。它的内容规定了刑事诉讼的任务、基本原则、公安司法机关在诉讼中的职权和相互关系、诉讼参与人的诉讼权利和义务、证据制度以及如何进行刑事诉讼的具体程序等等。中华人民共和国刑事诉讼法是我国的基本法之一，在社会主义法律体系中占有重要的地位。

刑事诉讼法从立法的表现形式来划分，有狭义与广义之别。狭义的刑事诉讼法是指冠有刑事诉讼法名称的刑事诉讼法典，它是由国家立法机关制定的成文的刑事诉讼程序的专门法律。在我国则指1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过、1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议修改的《中华人民共和国刑事诉讼法》。广义的刑事诉讼法是指有关刑事诉讼程序的全部规范。除专门的刑事诉讼法典外，还包括其他一切关于刑事诉讼程序的法律规范，即国家颁布的法律、法令、条例、决议、决定中有关刑事诉讼的规定。

二、刑事诉讼法的基本原则

我国刑事诉讼法的基本原则，是指在整个刑事诉讼过程中，体现刑事诉讼的目的和任务，用以指导公安司法机关进行刑事诉讼所必须遵循的基本准则。从现有法律条文规定的内容看，我国刑事诉讼法的基本原则有以下几个方面：

（一）侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使的原则

刑事诉讼法第3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。”这一规定要求如下：第一，侦查权、检察权和审判权只能由公安机关、人民检察院和人民法院统一行使；未经特别授权，任何机关、团体和个人都无权行使。第二，公安机关、人民检察院和人民法院必须分别行使侦查权、检察权和审判权，不能混淆和互相代替。第三，公安机关、人民检察院和人民法院必须严格依照刑事诉讼法和其他法律有关规定行使侦查权、检察权和审判权，不得违反法律，滥用权力。

（二）分工负责、互相配合、互相制约的原则

刑事诉讼法第7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。”所谓分工负责，是指公安机关、人民检察院和人民法院在进行刑事诉讼、行使职权时，应根据法律的规定，各尽其职，各负其责，严格按照分工进行诉讼活动。所谓互相配合，是指公安机关、人民检察院和人民法院在刑事诉讼过程中，在分工负责的基础上，通力合作，互相支持，共同完成惩罚

犯罪和保护人民的任务，而不是各行其是。所谓互相制约，是指公安机关、人民检察院和人民法院在刑事诉讼过程中，按照法律的分工，互相监督，防止可能发生的错误，有了错误，及时纠正，保证办案质量。

（三）依靠群众的原则

刑事诉讼法第6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。依靠群众的原则是指进行刑事诉讼活动必须发挥群众的智慧和力量，把专门机关的业务工作与广大群众密切地结合起来。

（四）以事实为根据、以法律为准绳的原则

刑事诉讼法第6条规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须以事实为根据，以法律为准绳。以事实为根据，以法律为准绳，是要求公安司法机关办理刑事案件时，必须以案件本身的客观事实为根本依据，以国家法律为标准 and 尺度，正确定罪量刑、处理案件。

（五）公民在法律面前一律平等的原则

刑事诉讼法第6条规定，人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，对于一切公民在适用法律上一律平等，在法律面前，不允许有任何特权。公民在法律面前一律平等，是指我国刑事法律对于全体公民同等适用，没有任何例外；法律面前人人平等，既不允许有任何特权，也不能搞任何歧视。

（六）各民族公民都有权使用本民族语言文字进行诉讼的原则

刑事诉讼法第9条规定，各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人，应当为他们翻译。在少数民

族聚居或者多民族杂居的地区，应当用当地通用的语言进行审讯，用当地通用的文字发布判决书、布告和其他文件。

（七）公开审判的原则

刑事诉讼法第 11 条规定，人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行。所谓公开审判，是指人民法院在审判案件时，除向当事人和诉讼参与人公开，允许其公开陈述作证、进行辩论、行使其诉讼权利外，还允许群众旁听、新闻记者进行采访和发表有关审判过程的报导。根据刑事诉讼法第 152 条规定，以下几类案件不公开审理：有关国家秘密的案件、个人隐私的案件、十四岁以上不满十六岁未成年人犯罪的案件。另外，十六岁以上不满十八岁未成年人犯罪的案件，一般也不公开审理。

（八）犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护的原则

刑事诉讼法第 11 条规定，被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。刑事诉讼法第 132 条规定：“犯罪嫌疑人、被告人除自己行使辩护权外，还可以委托一至二人作为辩护人。”所谓辩护权，是指犯罪嫌疑人、被告人有权针对指控进行辩解，说明自己无罪、罪轻或者认为应当从轻、减轻、免除处罚，以维护自己的合法权益。辩护权既可以由犯罪嫌疑人、被告人自己行使，也可以依法委托辩护人帮助其共同行使。

（九）未经人民法院依法判决对任何人都不得确定有罪的原则

刑事诉讼法第 12 条规定：“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”这一原则是指即使是犯罪嫌疑人、被告人，在未经法律规定的程序判决有罪之前，不得将其视为罪犯。即人民法院认定被告人有罪，必须经过法庭审理、判决等法定程序，

并以判决书的形式公开宣告。未经依法判决，即使是人民法院，也不得确定任何人有罪。

（十）保障诉讼参与人诉讼权利原则

刑事诉讼法第 14 条规定：“人民法院、人民检察院和公安机关应当保障诉讼参与人依法享有的诉讼权利。”在刑事诉讼中，保障诉讼参与人享有诉讼权利，是我国实行社会主义民主的要求，是司法制度民主化的具体体现，它是保证刑事诉讼依法进行、保证案件得到正确处理的基本原则。诉讼参与人，包括当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。其中当事人是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。

（十一）依法不追究刑事责任原则

该原则是根据刑事诉讼法第 15 条的内容确立的。凡是具有不追究刑事责任情形之一的，不追究刑事责任；已经追究的，应当撤销案件，或者不起诉，或者终止审理，或者宣告无罪。不应追究刑事责任的情形包括以下六种：①情节显著轻微、危害不大，不认为是犯罪的；②犯罪已过追诉时效期限的；③经特赦令免除刑罚的；④依照刑法告诉才处理的犯罪，没有告诉或者撤回告诉的；⑤犯罪嫌疑人、被告人死亡的；⑥其他法律规定免于追究刑事责任的。

（十二）司法主权原则

该项原则是由刑事诉讼法第 16 条规定的，对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用我国刑事诉讼法的规定。一切外国人在中华人民共和国领域内，都必须遵守我国法律，如果外国人在我国犯了罪，或者外国人在他国侵犯了我国国家利益或侵害中国公民而犯罪的，我国司法机关有权适用我国刑法和刑事诉讼法，

对外国人进行追究。但是，对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。

（十三）人民检察院对刑事诉讼活动实行法律监督原则

刑事诉讼法第8条规定：“人民检察院依法对刑事诉讼实行法律监督。”人民检察院是国家的法律监督机关，有权对一切法律的遵守和统一实施实行法律监督。在刑事诉讼中，人民检察院一方面通过履行批准逮捕、侦查和提起公诉等职能，对一切公民的守法行为实施法律监督；另一方面，通过参与诉讼，对公安司法机关的侦查、审判和执行活动是否合法，进行专门法律监督，从而揭露犯罪，纠正各种违法行为，保证国家法律的正确实施，维护国家法律的尊严。

三、刑事诉讼参与人

刑事诉讼中的诉讼参与人，是指除侦查、检察和审判人员以外，依法参加刑事诉讼，享有一定权利和承担一定义务的人。根据刑事诉讼法和有关法律规定，刑事诉讼参与人包括当事人、法定代理人、诉讼代理人、辩护人、证人、鉴定人和翻译人员。

（一）刑事诉讼中的当事人

刑事诉讼中的当事人，是指与案件结局有直接利害关系的诉讼参与人，是刑事诉讼的主要参加者。根据刑事诉讼法第82条第2项规定，“当事人”是指被害人、自诉人、犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼的原告人和被告人。

1. 被害人

刑事诉讼中的被害人，是指其人身权利、民主权利、财产权利和其他合法权益，直接遭受犯罪行为侵害的人。包括自诉案件中的被害人和公诉案件中的被害人。被害人作为刑事诉讼案件中

的当事人，享有以下主要权利：①有权控告犯罪行为；②有权申请审判人员、检察人员、侦查人员及书记员、翻译人员和鉴定人回避；③有权亲自参加诉讼或者委托他人担任自己的诉讼代理人参加诉讼；④对人民检察院决定不起诉的，有权申诉，也可以直接向人民法院起诉；⑤在法院开庭时，被害人经审判长许可，可以向被告人发问，有权同被告人辩论，有权申请通知新的证人和调取新的物证，有权更正笔录中的差错等；⑥如果不服地方各级人民法院的第一审判决，有权请求人民检察院提出抗诉；⑦对已经发生法律效力判决、裁定不服，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉；⑧有权提起附带民事诉讼；⑨对司法人员侵犯其诉讼权利和人身权利的行为有权提出控告。被害人在诉讼中依法享有权利的同时，也必须履行规定的义务。这些义务主要有：如实向公安司法机关陈述案件事实，接受司法机关对其进行人身检查，接受司法机关的传唤，在法庭上接受询问和回答问题，遵守法庭秩序等。

2. 自诉人

自诉人是指直接向人民法院提起刑事诉讼，要求追究被告人刑事责任的人。自诉人通常是被害人，或者是被害人的法定代理人。自诉人是自诉案件的一方当事人，具有独立的诉讼地位，在诉讼中执行控诉职能。自诉人提起上诉、撤回自诉或者与被告人自行和解等诉讼行为，可以导致诉讼程序的发展与终结。自诉人的陈述，经过查证属实，可以作为定案的根据。自诉人享有维护自己合法权益的各种诉讼权利。有权申请回避，有权参加法庭调查和辩论，有权上诉和申诉，有权以本民族语言文字进行诉讼，有权对司法人员的侵权行为提出控告，有权直接向人民法院提出告诉，有权申请撤回自诉，有权提起附带民事诉讼等。自诉人承

担的诉讼义务主要有：不得伪造、隐匿或者毁灭证据，必须依法行使诉讼权利等。

3. 犯罪嫌疑人

犯罪嫌疑人是指在刑事诉讼活动中被指控犯有罪行，尚未交付人民法院审判的人。犯罪嫌疑人是公诉案件起诉前的中心人物，是最主要的诉讼参与人。由于犯罪嫌疑人的特殊地位，刑事诉讼法规定了其享有的许多的诉讼权利，并应承担相应的义务。其所享有的诉讼权利主要有：使用本民族语言文字权；申请回避权；委托辩护权；了解询问笔录内容权；拒绝回答与本案无关的问题权；申请取保候审权；申请补充鉴定或者重新鉴定权；对于司法人员的侵权行为有权提出控告等。犯罪嫌疑人承担的义务主要有：如实陈述案情，不得隐匿、毁灭、伪造证据或串供等。

4. 被告人

被告人是指被指控犯罪并交付人民法院追究刑事责任的人。根据刑法的有关规定，刑事被告人既可以是自然人，也可以是法人和单位。被告人是刑事审判的中心人物，也是最主要的诉讼参与人。鉴于被告人在刑事诉讼中的特殊地位，为了保护被告人的合法权益，我国刑事诉讼法赋予了被告人广泛的诉讼权利。其所享有的诉讼权利主要有：使用本民族语言文字进行诉讼权；申请回避权；辩护权；拒绝回答与本案无关的讯问权；了解讯问笔录的内容权；对司法人员的侵权行为提出控告权；在法庭审理时，有权参加法庭审理和辩论，有权了解未到庭的证人证言、鉴定结论、勘验检查笔录和其他作为证据的文书内容，并提出意见；有权通知新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或勘验；有权作最后陈述；对一审未生效的判决、裁定有权上诉；对已发生法律效力判决、裁定有权申诉等。被告人的主要义务有：接受

起诉和审判，执行生效的判决和裁定，对办案人员的讯问和审问应当如实回答等。

5. 附带民事诉讼的原告人和被告人

附带民事诉讼的原告人，是指因被告人的犯罪行为而直接遭受经济损失，在刑事诉讼过程中提出赔偿要求的人，通常是刑事案件被害人。附带民事诉讼的原告人，既可能是公民个人，也可能是因犯罪行为而遭受物质损失的机关、企业、事业、团体单位。人民检察院在刑事诉讼中，对国家财产、集体财产遭受损失的，也可以提起附带民事诉讼。附带民事诉讼的原告人是案件的当事人，依法享有民事诉讼当事人的诉讼权利，其权利主要有：从诉讼开始直至法院判决前的任何诉讼阶段中，都有权提起附带民事诉讼，并可以委托代理人；有权要求司法机关采取保全措施；有权申请回避；有权参加法庭审理，有权对法院判决中的附带民事诉讼部分提起上诉等。附带民事诉讼的被告人，是指对犯罪行为所造成的物质损失负赔偿责任，并被要求赔偿的人，通常就是刑事案件的被告人。但有时也可能是对被告人的行为负有赔偿责任的其他公民或者机关、团体。如未成年人的法定代理人，交通事故司机所在的单位等。附带民事诉讼的被告人也是案件的当事人，依法享有民事诉讼当事人的诉讼权利。如果就是刑事被告人，法律已赋予其充分的权利；如果是刑事被告人以外的其他人，也依法享有委托代理人、参加法庭审理、提出上诉等权利。

(二) 其他诉讼参与人

其他诉讼参与人是指当事人以外的、根据法律规定和诉讼需要而参加诉讼活动的人。其中包括法定代理人、辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员。

1. 法定代理人

法定代理人是指根据法律规定代理被代理人参加诉讼的人，包括被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表。法定代理人有独立的诉讼地位，享有一定的诉讼权利，负担一定的诉讼义务。法定代理人参加诉讼时，享有申请回避、提出上诉等独立的诉讼权利。

2. 诉讼代理人

诉讼代理人是指公诉案件的被害人及其法定代理人或者近亲属，自诉案件的自诉人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人，以及附带民事诉讼的当事人及其法定代理人委托代为参加诉讼的人。担任诉讼代理人的可以是律师、人民团体或被代理人的所在单位推荐的人，还可以是被代理人的监护人、亲友等。

3. 辩护人

辩护人是指依法接受委托或指定，参加诉讼并为犯罪嫌疑人或被告人进行辩护的诉讼参与者。辩护人是独立的诉讼参与者，在刑事诉讼中执行辩护职能。其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、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护犯罪嫌疑人、被告人的合法权益。辩护人可以是律师、人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位推荐的人，也可以是犯罪嫌疑人、被告人的监护人、亲友。辩护人享有广泛的诉讼权利，如可以了解案情，同在押的犯罪嫌疑人或被告人会见和通信等。辩护人为犯罪嫌疑人、被告人进行辩护，必须根据事实和法律，不能歪曲事实、曲解法律，更不允许弄虚作假，欺骗公安司法机关或者帮助犯罪嫌疑人、被告人隐匿证据、销毁证据等。

4. 证人

证人是指当事人以外的、就自己知道的案件情况，向公安司

法机关作证的人。证人不能更换和代替，而且只能是自然人，而不能是法人。为了保障证人能够客观、充分地提供所了解的案件情况，我国法律赋予了证人必要的诉讼权利和义务。如有权以本民族语言文字进行诉讼，对司法人员的侵权行为有权控告，有权了解询问笔录的内容，并要求修改或补充，有权要求对其因作证而受到的经济损失给予适当补偿等。但证人也有接受询问和质证、如实向司法机关陈述所知案情的义务。如果有意作伪证或隐匿罪证，要负法律责任。另外，我国刑事诉讼法对证人作证，还规定了保障措施，对证人及其近亲属进行威胁、侮辱、殴打或者打击报复，构成犯罪的，则依法追究刑事责任；尚不够刑事处罚的，依法给予治安管理处罚。

5. 鉴定人

鉴定人是指受公安司法机关的指派或者聘请，运用专门知识和技能，对案件中的专门性问题进行鉴别判断的诉讼参与者。为了保证鉴定人能顺利开展相关工作，刑事诉讼法赋予鉴定人一系列权利和义务：有权了解鉴定所需材料，有权收取必要的鉴定费用，有权对司法人员的侵权行为提出控告等。鉴定人接受委托后，有义务及时做出鉴定结论，有义务出席法庭，回答有关人员依法提出的问题。如果鉴定人故意作虚假鉴定，应负法律责任。

6. 翻译人员

翻译人员是指受公安司法机关委托，在刑事诉讼中进行语言、文字翻译的诉讼参与者。为了正确地进行翻译，翻译人员有权了解同翻译内容有关的案件情况，有权查阅记载其翻译内容的笔录。如果笔录同实际翻译内容不符，有权要求修正或者补充。翻译人员应按语言、文字的原意如实进行翻译，不得隐瞒、歪曲或伪造，如果有意弄虚作假，应负法律责任。

四、刑事诉讼程序

(一) 立案

1. 立案的概念

立案是指公安机关、人民检察院、人民法院对接受的报案、控告、举报或者犯罪人的自首等方面的材料进行审查，判明有无犯罪事实和应否需要追究刑事责任后，依法决定是否作为刑事案件，交付侦查或审理的诉讼活动。立案是一种开始追究犯罪的决定，是刑事诉讼中的一个独立阶段。只有经过立案这一法定程序，公安司法机关才能开始进行刑事诉讼法所规定的侦查、起诉和审判活动，才能使刑事诉讼活动在法律上取得合法的资格。根据我国刑事诉讼法的规定，有权立案的机关是：公安机关、国家安全机关、人民检察院、人民法院，以及对军内刑事案件有立案权的军队保卫部门和对罪犯在监狱内的犯罪有立案权的监狱。除上述机关外，其他任何机关、团体、单位或个人都无权立案。

2. 立案的材料来源与条件

所谓立案材料，是指有关犯罪事实和犯罪嫌疑人的材料。这是公安司法机关决定立案或不立案的根据。所谓立案材料来源，是指在立案阶段证明有犯罪事实存在，需要公安司法机关立案侦查的案件线索和证据材料所取得的途径。根据我国刑事诉讼法的规定和司法实践，立案材料的来源主要有以下几个渠道：①公安机关、人民检察院直接发现或获得的材料；②单位和个人的报案或者举报；③被害人的报案或者控告；④犯罪人的自首。

立案的条件，是指法律规定的案件成立时所必须具备的构成要件，是判明立案决定是否正确的规格和标准。刑事诉讼法第86条规定：“人民法院、人民检察院或者公安机关对于报案、控

告、举报和自首的材料，应当按照管辖范围，迅速进行审查，认为有犯罪事实需要追究刑事责任的时候，应当立案；认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任的时候，不予立案。”根据这一规定，立案必须同时具备两个条件：一是事实条件，即有犯罪事实；二是法律条件，即需要追究刑事责任。所谓有犯罪事实，是指在客观上有可靠材料证明有危害社会的犯罪行为存在，依照刑法规定构成犯罪的行为。所谓需要追究刑事责任，是指国家对犯罪的否定性评价并要求由犯罪人承担刑事上的负担。立案虽以追究刑事责任为直接目的，但根据我国法律的有关规定，并不是所有发现的犯罪事实都需要追究刑事责任。对那些法律规定不需要追究刑事责任的，就不应当立案。

3. 立案的程序

立案的程序，是指公安机关、人民检察院和人民法院在立案阶段中，对自己发现的犯罪和报案、举报、控告、自首的材料，进行接收、审查和处理的过程中应遵守的次序和形式。对立案材料的接受，是指公安机关、人民检察院或者人民法院对于报案、举报、控告和自首人的接待和对材料依法进行收留的活动。对立案材料的审查，是指公安司法机关对已接受的材料进行核对和调查的诉讼活动。

对立案材料的处理，是指公安机关、人民法院或人民检察院对立案材料审查后，依据事实和法律所作的立案与不立案的决定和相应的其他处置。立案，是指经过审查，凡是符合立案条件的，即应做出立案的决定，并由承办人员填写《立案报告表》；同时应制作《立案报告》，经本机关或部门负责人审批决定后，制作《立案决定书》，由负责人签名或盖章。人民检察院直接受理的案件，决定立案的，须填写《立案请示报告》，经本机关主

管负责人审批决定后，制作《立案决定书》，由负责人签名或盖章。不立案，是指经过审查，认为没有犯罪事实或虽有犯罪事实但具有法定不追究的情形之一，不需要追究刑事责任的，即应做出不立案的决定，并制作《不立案决定书》。

（二）侦查

侦查，是公安机关、国家安全机关、人民检察院、军队保卫部门以及监狱依法进行的专门调查和采取有关的强制性措施的活动。侦查是刑事案件立案后、起诉前进行的收集证据、查明案情、确定是否对犯罪嫌疑人起诉的一种诉讼活动。

1. 侦查措施

侦查措施也称为侦查手段或侦查活动，是指为了查明案情，收集证据，查获犯罪嫌疑人，依据法律规定而进行的各种专门调查工作。侦查措施通常包括：讯问犯罪嫌疑人，询问证人、被害人，勘验、检查，搜查，扣押物证、书证，通缉和辨认。

（1）讯问犯罪嫌疑人

讯问犯罪嫌疑人，是侦查人员为了查明案件事实和其他有关情况，依照法律程序，以言词方式对犯罪嫌疑人进行审问的一种诉讼活动。根据刑事诉讼法的规定，讯问犯罪嫌疑人必须由人民检察院或者公安机关的侦查人员负责进行。讯问的时候，侦查人员不得少于二人。

（2）询问证人、被害人

询问证人、被害人，是指侦查人员依照法定程序，以言词的方式对证人和被害人进行访问与查询的一项诉讼活动。

（3）勘验、检查

勘验、检查，是指侦查人员对与犯罪有关的场所、物品、尸体、人身进行勘测、检验和检查，以发现和收集犯罪活动所遗留

下来的各种痕迹和物品的一项侦查活动。

(4) 搜查

搜查，是为了收集犯罪证据，查获犯罪人，侦查人员依法对犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者犯罪证据的人的身体、物品、住处和其他有关的地方进行搜索、检查的一种侦查活动。搜查是一种强制性的侦查措施。

(5) 扣押物证、书证

扣押物证、书证，是侦查机关依法强制收取和扣留与案件有关的物品、文件的一种侦查方法。扣押物证、书证具有强制性，凡应扣押之物，如果持有人、所有人、保管人没有正当理由而拒绝交付，或对扣押有抗拒行为的，可以强制扣押。

(6) 鉴定

鉴定，是指具有鉴定权的机构内的专门人员，利用科学技术方法，就案件中某些专门性问题进行鉴别和判断的一种诉讼活动。鉴定，一般有法医鉴定、司法精神病鉴定、司法理化鉴定、痕迹物品鉴定（刑事技术鉴定）、会计鉴定和一般技术鉴定等。

(7) 通缉

通缉，是公安机关通令缉拿应当逮捕而在逃的犯罪嫌疑人归案的一种侦查方法。刑事诉讼法规定，通缉令只有公安机关才有权发布，其他任何机关、团体都无权发布。

2. 侦查终结

侦查终结，是侦查机关对于已立案侦查的刑事案件，经过侦查活动，根据已查明的事实、证据，依照法律规定足以对案件做出起诉、不起诉或撤销案件的结论，决定结束侦查工作的诉讼活动。侦查终结是根据侦查的结果，对案件事实做出实事求是的结论，并依法对犯罪嫌疑人做出处理意见。侦查终结必须具备以下

条件：一是案件事实已经查清，包括有罪或无罪的全部事实和情节；二是案件的证据确实、充分；三是各种法律手续完备。侦查终结后，对于犯罪事实、情节清楚，证据确实、充分，依法应当追究犯罪嫌疑人刑事责任的，即应制作《起诉意见书》；对于犯罪嫌疑人的行为已经构成犯罪，但依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的，即应不予起诉的，应当制作《不起诉意见书》，然后连同案卷材料、证据一并移送同级人民检察院审查决定。对于不应当对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，应当撤销案件；犯罪嫌疑人已经被逮捕的，应当立即释放，发给释放证明，并通知原批准逮捕人民检察院。

（三）提起公诉

提起公诉，是指人民检察院对于已侦查终结的案件，经过审查确认犯罪事实清楚，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任，将犯罪嫌疑人依法提交人民法院，提请审判的一种诉讼活动。刑事诉讼法第141条规定：“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉。”根据这一规定，人民检察院对犯罪嫌疑人提起公诉，必须具备以下条件：（1）犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分。这是犯罪事实方面的要求，即犯罪嫌疑人犯罪的具体时间、地点、原因、手段、情节、后果等都已全部清楚，证据确实、充分。（2）犯罪嫌疑人的行为依法应当受到刑罚处罚。这是提起公诉的法律方面的条件。如果犯罪嫌疑人的行为不构成犯罪，或者虽然构成犯罪，但依法不需要给予刑罚处罚或者具有不应当追究刑事责任的情形，就不能提起公诉。以上两个条件是提起公诉的前提和标准，缺一不可。

根据刑事诉讼法的规定，提起公诉应依照下列程序进行：一是作出提起公诉决定，并制作起诉书；二是将起诉书、证人名单和证据目录，以及主要证据复印件或照片移送人民法院。

（四）第一审程序

第一审程序，是指人民法院对刑事案件进行初次审判的程序。这是审判案件时必须遵循的方式、方法和步骤。公诉案件的第一审程序主要包括：案件的受理、审查；审理前的准备；法庭审理。

1. 对提起公诉案件的审查

人民法院对提起公诉案件的审查，是第一审公诉案件的第一个步骤。刑事诉讼法第 150 条规定：“人民法院对提起公诉的案件进行审查后，对于起诉书中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的复印件或者照片的，应当决定开庭审判。”根据这一规定，人民法院在受理公诉案件后，在开庭前只进行程序性审查，只要确认起诉书中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，就应当开庭。至于案件中的事实是否清楚，证据是否确实、充分，被告人是否有罪，应否判处刑罚等实体问题，则一律要在开庭后，当众审查，并经控、辩双方的举证、辩论才能确定。

2. 审理前的准备

根据刑事诉讼法第 151 条规定，人民法院在决定开庭审判后，应当进行下列工作：（1）确定合议庭的组成人员；（2）将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭十日以前送达被告人。对于被告人未委托辩护人的，应当告知被告人可以委托辩护人，或者在必要时为被告人指定承担法律援助的律师为其提供辩护；（3）将开庭时间、地点至迟在开庭三日以前通知人民检察院，以便人民

检察院作好出庭支持公诉的准备；(4) 传唤当事人，通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员，传票和通知书至迟在开庭前三日以前送达；(5) 决定公开审判的案件，在开庭三日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点，以便公民前来旁听。

3. 法庭审理

法庭审理，是人民法院以开庭的方式，查明案件事实并在此基础上依法作出被告人是否有罪，应否及处以什么刑罚的裁判的诉讼活动。这一过程包括：开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判六个阶段。

(五) 第二审程序

第二审程序，又称上诉审程序，是指人民法院依照第一审程序所作的尚未发生法律效力判决或者裁定，因被告人方、自诉人、附带民事诉讼当事人的上诉或者人民检察院的抗诉，由上一级人民法院重新进行审理的程序。第二审程序是刑事诉讼中的一个独立阶段，因为我国实行二审终审制，因此也是终审程序。

1. 第二审程序的提起

(1) 上诉

上诉是指被告人、自诉人及其法定代理人，不服地方人民法院尚未发生法律效力的一审判决或裁定，要求上级人民法院对案件进行重新审判的诉讼活动。根据刑事诉讼法的规定，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，有权用书状或口头向上级人民法院上诉；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。

(2) 抗诉

抗诉是指地方各级人民检察院认为同级人民法院第一审尚未发生法律效力或裁定确有错误时，提请上一级人民法院进行重新审判的诉讼活动。刑事诉讼法第 181 条规定，地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。

根据我国刑事诉讼法的规定，不服判决的上诉和抗诉的期限为 10 日，不服裁定的上诉和抗诉的期限为 5 日，从接到判决书、裁定书的第二天算起。

2. 第二审审理后的处理

根据刑事诉讼法第 189 条、第 191 条的规定，第二审人民法院对不服一审判决的上诉、抗诉案件，应当分别作出如下处理：(1) 驳回上诉或者抗诉，维持原判；亦即二审法院审理后，认为第一审判决认定事实和适用法律正确、量刑适当，提出上诉或抗诉的理由不能成立。(2) 撤销原判，发回重审；有两种情况，一是原判认定的事实不清，或者证据不足的；二是第一审人民法院违反法定的诉讼程序，可能影响公正判决的。(3) 变更原判决；亦即原判决认定事实没有错误，但适用法律有错误；或者量刑不当，或原判决认定事实不清楚、证据不足的，第二审法院通过自行调查或者通知第一审法院补充材料，事实查清或证据已充分、确实，可以直接改判。

第二节 民事诉讼法

一、民事诉讼法概述

(一) 民事诉讼

所谓民事诉讼，是指人民法院和一切诉讼参与人，在审理民事案件过程中所进行各种诉讼活动以及由此产生的各种诉讼法律关系的总和。

诉讼参与人包括原告、被告、第三人、共同诉讼人，也包括证人、鉴定人、勘验人、翻译等。诉讼活动是指包括人民法院的活动（如受理案件、作出判决等），以及诉讼参与人的活动（如原告起诉、证人出庭作证等）。而诉讼法律关系则是指人民法院和一切诉讼参与人之间，在诉讼过程中所形成的诉讼权利义务关系，如原告有起诉权，被告则有答辩权，当事人就尚未发生效力的第一审判决有上诉权，等等。

(二) 民事诉讼法

民事诉讼法是规定人民法院和一切诉讼参与人在审理民事案件过程中所进行各种诉讼活动，规定诉讼主体的诉讼权利和诉讼义务，调整由此而产生的各种诉讼关系的法律规范的总和。

相对于民法等实体规范来说，民事诉讼法是程序法；相对于刑事诉讼法来说，民事诉讼法则是民事程序法。民事诉讼法的任务，是保护当事人行使诉讼权利，保证人民法院正确行使审判权，从而维护社会秩序和经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。

二、民事诉讼法的基本原则

民事诉讼法的基本原则，是贯穿于民事诉讼法之中的、指导民事诉讼活动的基本准则。其主要的的基本原则，为以下各项：

（一）当事人诉讼权利平等原则

民事诉讼的当事人，在诉讼活动中有平等的权利，无论是自然人还是法人、是中国人还是外国人，在民事诉讼中的权利一律平等。人民法院亦应当保障当事人平等地行使诉讼权利，对当事人在适用法律上一律平等。

（二）同等原则和对等原则

对于外国人在我国进行民事诉讼，实行同等原则，与我国公民、法人和其他组织享有同等的诉讼权利义务；作为同等原则的特例，则实行对等原则，即在外国法院对我国公民、法人等的民事诉讼权利加以限制时，我国人民法院也对该国公民、法人等的民事诉讼权利加以相应的限制。

（三）调解原则

在民事诉讼中，人民法院在当事人自愿和合法的情况下，就当事人之间的纠纷进行调解，包括诉讼上的调解和诉讼外的调解。在调解不成时，则及时进行判决。

（四）辩论原则

在民事诉讼中，双方当事人有权就案件的事实和争议的问题，各自陈述自己的主张，互相进行辩驳和论证，人民法院通过当事人的辩论，核实证据，查明案件事实，作出正确裁判。

（五）处分原则

当事人在民事诉讼中，有权对自己的权利进行处分，即放弃一定的权利主张或者不行使一定的权利，例如，接受免除相对方

债务的和解条件、不再提起上诉等。实体权利和诉讼权利，均可处分。

此外，作为民事诉讼法的基本原则，还包括人民检察院对民事审判活动实行法律监督原则、支持起诉原则及人民调解原则。

三、民事诉讼参加人

(一) 当事人

1. 当事人的概念

民事诉讼当事人，是指因民事上的权利义务关系发生纠纷或者受到侵害，而以自己的名义参与诉讼，并受人民法院裁判拘束的利害关系人。在通常情况下，当事人仅指原告和被告，称为狭义当事人；在广义上，共同诉讼人和第三人也可以包括在当事人之内。

原告是指因自己或者由其支配的民事权益受到侵害，为维护其合法民事权益，而以自己的名义向人民法院提起诉讼，从而使相应的民事诉讼程序发生的人；被告则是指经原告诉称其侵犯原告合法权益，或者与原告发生民事权益争议，而由法院依法通知应诉的人。

作为民事诉讼的当事人，应该符合以下三个要求：第一，必须以自己的名义进行诉讼；第二，必须与案件有直接利害关系；第三，必须受人民法院裁判的拘束。

2. 当事人的诉讼权利能力和诉讼行为能力

(1) 当事人的诉讼权利能力

当事人的诉讼权利能力，是指当事人能够在民事诉讼中享有民事诉讼权利、承担民事诉讼义务的资格。当事人的诉讼权利能力，与其一般民事权利能力相一致，凡具有一般民事权利能力的

人，即具有平等的民事诉讼权利能力。自然人及法人均具有民事权利能力，因而也具有民事诉讼权利能力。此外，个体工商户、承包经营户，也具有相应的民事诉讼权利能力。

(2) 当事人的诉讼行为能力

当事人的诉讼行为能力，是指当事人以自己的行为，实现诉讼权利和履行诉讼义务的能力。具有诉讼权利能力的人，不一定具有诉讼行为能力。在一般情况下，具有民事行为能力的人，即具有民事诉讼行为能力；不具有民事行为能力，也不具有民事诉讼行为能力。具有民事诉讼行为能力的人，得亲自进行民事诉讼；而无民事诉讼行为能力的人，则应由其法定代理人代为进行诉讼活动。

3. 当事人的诉讼权利和诉讼义务

(1) 诉讼权利

我国民事诉讼法为当事人规定了充分而广泛的诉讼权利。当事人双方均享有的诉讼权利主要为：委托代理人，使用本民族语言文字进行诉讼，提出回避申请，收集、提供证据，进行辩论，请求调解，提起上诉，申请执行，查阅及复制与本案有关材料和法律文书。原告享有的诉讼权利主要为：起诉，放弃、变更诉讼请求和诉讼理由；被告享有的主要诉讼权利为：承认、部分承认或者反驳原告起诉理由，提起反诉。

(2) 诉讼义务

当事人的诉讼义务主要为：依法行使诉讼权利，遵守诉讼秩序，如实陈述案情，履行发生法律效力判决、裁定及调解协议。

(二) 共同诉讼人

1. 共同诉讼人的概念

共同诉讼是指当事人一方或双方为二人以上、其诉讼标的是共同的或者是同类的、因而合并审理的诉讼。原告为二人以上的，称为共同原告；被告为二人以上的，称为共同被告。共同原告或者共同被告，即为共同诉讼人。共同诉讼人的特点主要表现为：第一，共同诉讼人为一方的复数当事人；第二，共同诉讼人以自己的名义参加诉讼；第三，共同诉讼人之间的利害关系一致。

2. 共同诉讼人的分类

共同诉讼人分为必要的共同诉讼人和普通的共同诉讼人。必要的共同诉讼人是指当事人一方或双方为二人以上，其诉讼标的是共同的，人民法院认为必须合并审理，并作出同一判决的诉讼。必要共同诉讼中，共同诉讼人必须一同起诉或一同应诉，彼此有连带关系，其中一人的行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力。普通的共同诉讼人，是指当事人的一方或双方为二人以上，其诉讼标的属于同一种类，人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的诉讼。普通的共同诉讼必须同时具备以下四个条件：（1）诉讼标的属同一种类；（2）几个诉讼必须属于同一人民法院管辖；（3）几个诉讼必须适用同一种诉讼程序；（4）合并审理能够达到简化诉讼程序、节省时间和费用的目的。由于普通的共同诉讼人之间没有共同的权利义务，因而，其中一人的行为，对其他共同诉讼人不发生效力。

（三）诉讼代表人

在共同诉讼中，在当事人一方人数众多时，可以由当事人推选代表人进行诉讼，这一诉讼形式即称为代表人诉讼。代表人诉讼在诉讼主体上具有众多性，而在主体的形式上则采取代表人的形式，由其中的一人或数人充当众多当事人的代表，而人民法院

对此所做出的判决，对包括代表人在内的所有当事人均发生法律效力。

诉讼代理人分为两类：一类是人数确定的诉讼代理人，即共同诉讼的一方当事人人数众多，但在起诉时具体人数能够确定，而由全体成员推选一人或数人作为代表人，授权其代为起诉和应诉。另一类是人数不确定的诉讼代理人，即诉讼标的属于同一种类，当事人一方人数众多，但在起诉时人数尚未确定，经法院公告进行登记后，由登记的当事人推选或商定代表人，由其代为起诉或应诉。

诉讼代理人产生后，即由其代表人数众多的当事人全体行使诉讼权利，履行诉讼义务。诉讼代表人在诉讼中所实施的行为，视同全体当事人的行为，对所代表的全体当事人发生法律效力。但是，诉讼代理人变更、放弃诉讼请求或承认对方当事人的诉讼请求，进行和解，必须经被代表的当事人同意。

（四）第三人

1. 第三人的概念

第三人是指在已经开始的诉讼中，对他人之间争议的诉讼标的，有部分的或者全部的独立请求权，或者虽无独立请求权，但案件的处理结果与其有法律上的利害关系，因而参加他人之间已经开始的诉讼的人。

2. 第三人的种类

第三人依其独立请求权的状况，分为有独立请求权的第三人和无独立请求权的第三人两类。有独立请求权的第三人，对他人之间已经开始的诉讼中的诉讼标的，享有全部或部分的独立请求权。有独立请求权的第三人通过起诉，向人民法院提出诉讼请求和事实、理由，从而成为诉讼当事人。其在诉讼中地位相当于原

告，而以本诉中的原告和被告为共同被告，以起诉的方式参加诉讼。无独立请求权的第三人，对他人之间已经开始的诉讼中的诉讼标的，没有独立的请求权，但案件的处理结果与其有法律上的利害关系。因而，无独立请求权的第三人，只能申请参加诉讼，或者依法院的通知而参加诉讼，而不能直接提起诉讼。其在诉讼中的地位既不是原告，也不是被告，只能参加到当事人一方进行诉讼。其在一审中无权对案件的管辖权提出异议，也无权放弃、变更诉讼请求或者申请撤诉。但法院判决承担民事责任的第三人，则享有与当事人同一的诉讼权利义务，可以进行和解、提出上诉、请求执行判决等。

（五）诉讼代理人

诉讼代理人是指根据法律规定、法院指定或者当事人的授权，而在授权范围内，以被代理的当事人的名义进行诉讼活动的人。诉讼代理人必须以被代理人的名义，在代理权限内为相应的诉讼行为。同一代理人只能代理一方当事人，而不能同时代理双方当事人。诉讼代理人所为的诉讼行为，当然视为被代理人的诉讼行为，其结果应归于被代理人。

诉讼代理人分为法定代理人、指定代理人和委托代理人。法定代理人是指根据法律规定行使代理权的人，无诉讼行为能力人的监护人，即为其诉讼上的法定代理人。指定代理人是在法定代理人互相推诿代理责任时，由人民法院指定为无行为能力人代理诉讼的法定代理人。委托代理人是指受当事人、法定代理人的委托，而代为诉讼的人。委托人必须向受诉法院提交由其签章的授权委托书，载明委托代理人的代理权限。诉讼代理人代为承认、放弃、变更诉讼请求，进行和解，提起反诉或上诉，必须有委托人的特别授权。

四、管辖

(一) 管辖的概念

管辖是指在人民法院系统内，确定同级人民法院之间以及上下级人民法院之间，受理第一审民事案件的权限和分工。管辖的确定，应当遵循便利当事人进行诉讼、便于法院行使审判权、考虑各级法院职能和负担均衡、便于判决执行等原则。

在我国民事诉讼上，规定了级别管辖、地域管辖、移送管辖和指定管辖。依照法律规定有管辖权的法院，才能受理相应的民事案件，进行审理并做出判决。

在当事人认为受诉法院或受诉法院移送后的法院对案件无管辖权时，可以向受诉法院提出管辖异议。管辖异议必须在提交答辩状期间提出。人民法院对当事人的管辖异议应当进行审查，认为异议成立时，裁定移送有管辖权的人民法院，异议不成立时，裁定驳回。

(二) 级别管辖

级别管辖是指按人民法院组织系统，划分上下级人民法院之间受理第一审民事案件的分工和权限。级别管辖的规定如下：(1) 最高人民法院管辖在全国有重大影响的案件，以及最高人民法院认为应由其审理的案件；(2) 高级人民法院管辖在本辖区内有重大影响的第一审民事案件；(3) 中级人民法院管辖重大涉外案件、在本辖区内有重大影响的案件、最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件；(4) 基层人民法院管辖属于上述各级人民法院管辖的案件以外的、其他所有的第一审民事案件。

(三) 地域管辖

地域管辖是指在同级人民法院之间，依各自的辖区以及案件

的隶属关系，而划分的受理第一审民事案件的分工和权限。地域管辖可以分为普通管辖、特别管辖、协议管辖、专属管辖和共同管辖。

1. 普通管辖

普通管辖是指依当事人所在地为标准而确定的管辖。普通管辖的确定原则，是原告就被告，即以被告住所地的人民法院为诉讼管辖法院。在被告的住所地和经营常居住地不一致时，则以经常居住地的人民法院为管辖法院。在例外情况下，例如对被监禁的人提起诉讼时，得依法律规定，以原告住所地的人民法院为诉讼管辖法院。

2. 特别管辖

特别管辖是指以诉讼标的所在地、法律事实发生地为标准确定的管辖。属于特别管辖的情况，均由法律明确规定。例如，因合同纠纷提起的诉讼，可以由合同履行地人民法院管辖；因票据纠纷提起的诉讼，可以由票据支付地人民法院管辖。但在通常情况下，特别管辖不妨碍普通管辖的适用，即得由被告住所地的人民法院管辖，同时也可以由法律规定的特定人民法院管辖。

3. 协议管辖

协议管辖是指当事人在争议发生之前或发生之后，用书面协议的方式，选择管辖法院。对于国内民事案件，协议管辖仅限于在法律规定同时有管辖权的人民法院之间选择，且仅能选择第一审法院的管辖；而涉外民事案件的协议管辖，则可以选择与争议有联系的法院管辖，包括选择中国的法院或者外国的法院，但在选择中国法院管辖时，不得违背级别管辖和专属管辖的规定。

4. 专属管辖

专属管辖是指基于法律规定，某些案件必须由特定的人民法

院管辖，其他法院无权管辖，也不准许当事人协议变更管辖。专属管辖具有强制性和排他性。属于专属管辖的，有以下三种情况：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主要遗产所在地人民法院管辖。

5. 共同管辖

共同管辖是指依法律规定，就同一诉讼，两个或两个以上人民法院都有管辖权。在存在共同管辖时，则允许当事人选择管辖，原告可以向其中任何一个人民法院起诉。如果原告同时向两个以上有管辖权的人民法院起诉时，则由最先立案的法院管辖。

（四）指定管辖和移送管辖

1. 移送管辖

移送管辖是指人民法院受理案件后，发现无管辖权时，将案件移送给有管辖权的法院审理。移送管辖有两种情况：第一，案件的移送，即在人民法院受理案件后，发现本院无管辖权，而将案件移送给有管辖权的法院审理；受移送的人民法院认为移送的案件本院确无管辖权时，不得再自行移送，只能报上级法院指定管辖。第二，管辖权的转移，即由上级法院决定或者同意，把案件的管辖权由下级法院转移给上级法院，或者由上级法院转移给下级法院审理。

2. 指定管辖

指定管辖是指上级人民法院依照法律规定，指定其辖区内下级人民法院，对某一具体案件行使管辖权。指定管辖也有两种情况：第一，有管辖权的人民法院由于特殊原因，不能行使管辖权时，由上级人民法院指定管辖。第二，人民法院之间因管辖权发

生争议，经协商不能解决时，由共同的上级法院指定管辖。

五、财产保全和先予执行

（一）财产保全

财产保全是指人民法院在案件受理前或者诉讼过程中，为保护利害关系人或当事人的合法权益，而对当事人的财产或争议的标的物所采取的一种强制措施。财产保全包括诉前财产保全和诉讼财产保全。

诉前财产保全是指在起诉前，在利害关系人的合法权益面临紧急状况，非经保全则可能造成难以弥补的损害时，人民法院根据利害关系人的申请，做出裁定，对被申请人的有关财产采取的强制措施。诉前财产保全基于利害关系人的申请进行，而不由法院依职权进行，且申请人必须提供担保。

诉讼财产保全是指人民法院在诉讼过程中，在因当事人一方的行为或其他情况而有可能毁损当事人财产或争议的标的物，而使将来判决的执行发生困难时，为保证将来生效判决的顺利执行，而对当事人的财产或者争议的标的物采取的强制措施。诉讼财产保全可依当事人的申请，由人民法院裁定进行，在必要时法院也可以依职权裁定进行。在法院责令申请人提供担保时，申请人应提供担保。

财产保全限于请求的范围或与本案有关的财物。财产保全的措施，包括查封、扣押、冻结或者法律规定的其他方法。法院裁定采取财产保全措施后，除作出保全裁定的人民法院自行解除和其上级法院决定解除以外，在财产保全期限内，任何单位都不得解除保全措施。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。

（二）先予执行

先予执行是指人民法院对一定范围内的给付之诉，在作出判决之前，为解决权利人的生活或生产经营急需，裁定义务人履行一定义务的诉讼措施。可以采取先予执行措施的案件，仅限于下列范围：追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用的案件，追索劳动报酬的案件，因情况紧急需要先予执行的案件。

采取先予执行的措施，必须具备以下条件：当事人之间权利义务关系明确；不采取先予执行措施，则将严重影响申请人的生活或生产经营；被申请人有履行能力。人民法院可以责令申请人提供担保，申请人不提供担保时，则驳回申请。而在其后经审理，判决申请人败诉时，应当赔偿被申请人因先予执行而遭受的财产损失。

六、民事诉讼程序

（一）第一审普通程序

1. 第一审普通程序的概念

第一审普通程序是指人民法院审理第一审民事案件通常适用的程序，是民事诉讼程序中最基本的程序，也是其他民事审判程序的基础。第一审普通程序，主要包括起诉和受理、审理前的准备、开庭审理、判决和裁定几个阶段。

2. 起诉和受理

（1）起诉

起诉是指原告向人民法院提起诉讼，请求人民法院依法进行审判的诉讼行为。起诉必须符合以下条件：①原告是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织；②有明确的被告；③有具体的诉讼请求和事实、理由；④属于人民法院受理民事诉讼的范

围和受诉人民法院管辖。起诉应以书面形式提出，在特别情况下也可以以口头形式提出。

(2) 受理

受理是指人民法院对原告的起诉进行审查，认为符合起诉的条件，决定立案审理的诉讼行为。人民法院收到起诉状或者口头起诉，经审查认为符合起诉条件的，应在7日内立案，并通知当事人；认为不符合起诉条件的，应在7日内裁定不予受理；原告对裁定不服的，可以上诉。立案后，发现起诉不符合受理条件的，裁定驳回起诉。裁定不予受理、驳回起诉的案件，原告再次起诉若符合起诉条件，法院应受理。

3. 审理前的准备

审理前的准备是指人民法院在受理案件后、开庭审理前，所应进行的准备工作。审理前的准备，主要包括以下各项：(1) 发送起诉状副本和答辩状副本；(2) 告知当事人诉讼权利义务及合议庭组成人员；(3) 审阅诉讼材料；(4) 调查收集证据；通知追加当事人。

4. 开庭审理

开庭审理是指人民法院组成审判庭，在当事人和其他诉讼参与人参加下，查明案情，确认责任，对案件进行实体审理的诉讼活动。在开庭审理前，人民法院应作好两项准备工作：一是在开庭3日前通知当事人和其他诉讼参与人；二是公开审理的案件，应公告当事人姓名、案由和开庭时间、地点。

开庭审理的程序包括准备开庭、法庭调查、法庭辩论及调解、评议和宣判等步骤。经开庭审理，合议庭评议完毕，应制作判决书，并宣告判决，同时必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉法院。宣告离婚判决，必须告知当事人在判决生效前不得

另行结婚。

人民法院适用普通程序审理的案件，应在立案之日起6个月内审结，有特殊情况需延长的，由本院院长批准，可延长6个月，还需延长的，报请上级法院批准。

5. 撤诉、缺席判决和延期审理

撤诉是指在人民法院受理案件后、宣告判决前的诉讼程序中，原告或者上诉人取消已向法院提出的诉讼。撤诉包括申请撤诉和按撤诉处理两类。前者是指依原告或上诉人的申请而撤诉；后者是指原告经传票传唤、无正当理由拒不到庭，或者未经许可中途退庭，依法按撤诉处理。撤诉由人民法院裁定。

缺席判决是指人民法院当在当事人一方不出庭的情况下，依法作出判决。在有下列情形之一时，人民法院可以作出缺席判决：①原告不出庭或中途退庭按撤诉处理时，被告提出反诉的；②被告或其法定代理人经传票传唤，无正当理由拒不到庭，或未经法庭许可中途退庭的；③法院裁定不准撤诉的，原告经传票传唤，无正当理由拒不到庭的。

延期审理是指人民法院在开庭审理后，由于发生法律规定的特殊原因，使开庭审理无法进行时，而推迟审理的时间。延期审理的特殊原因包括：必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有正当理由没有到庭，当事人临时提出回避申请，需要通知新的证人到庭或者需要重新调查等。延期审理前的诉讼行为，对延期后的审理仍然有效。

6. 诉讼中止与诉讼终结

诉讼中止是指在诉讼进行中，由于发生法律规定的特殊原因，而由人民法院裁定暂时停止诉讼程序。诉讼中止的特殊原因包括：一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼；一

方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人；一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼；本案必须以另一案的审理结果为依据，而另一案尚未审结等。诉讼中止的原因消除后，由当事人申请或者法院依职权恢复诉讼程序。

诉讼终结是指在诉讼过程中，由于发生法律规定的特殊原因，使诉讼程序继续进行已无必要或不可能继续进行，从而结束诉讼程序。诉讼终结的特殊原因包括：原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利；被告死亡，没有遗产，也没有应承担义务的人；离婚案件的一方当事人死亡；追索赡养费、抚养费、抚育费以及解除收养关系案件的一方当事人死亡。

（二）简易程序

简易程序是指基层人民法院和它的派出法庭，在审理简单的第一审民事案件时，所适用的程序。简单的民事案件是指事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的民事案件。

简易程序有如下特点：①简化起诉的方式，原告可以口头起诉；②简化受理案件的程序，基层人民法院或者派出法庭可以当即审理，也可以另定日期审理；③简化传唤方式，可以用简便方式随时传唤当事人、证人；④简化审判组织，实行独任制；⑤简化开庭审理的程序，无须事前通知、公告，也无须遵循普通程序规定的审理阶段；⑥缩短审结案件的期限，应当在立案之日起3个月内审结。

（三）第二审程序

第二审程序是指民事诉讼当事人，不服地方各级人民法院未生效的第一审裁判，在法定期限内向上一级人民法院提起上诉，上一级人民法院对案件进行审理所适用的程序。我国实行两审终审制，因此，第二审程序也就是终审程序。

1. 上诉的提起

提起上诉必须具备以下条件：（1）必须由有权提起上诉的当事人提起；（2）必须就法律规定允许上诉的判决或裁定而提起；（3）必须在法律规定的上诉期内提起上诉，对第一审法院判决的上诉期为 15 天，对第一审法院裁定的上诉期为 10 天；（4）必须提交上诉状。

2. 上诉案件的审理

第二审人民法院审理案件，应当组成合议庭开庭审理；合议庭认为不需要开庭审理的，也可以迳行判决。第二审人民法院就上诉请求的有关事实和适用法律，进行审理。审理上诉案件，可以进行调解。对判决的上诉案件，应在第二审立案之日起 3 个月内审结，有特殊情况需延长的，由本院院长批准；对裁定的上诉案件，应在第二审立案之日起 30 日内作出终审裁定。

3. 上诉案件的裁判

第二审人民法院对上诉案件审理后，按下列情形分别处理：（1）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判；（2）原判适用法律错误的，依法改判；（3）原判认定事实错误，或认定事实不清，证据不足，裁定撤销原判决，发回原审法院重审，或查清事实后改判；（4）原判违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审法院重审。

（四）审判监督程序

审判监督程序是指在已生效的判决、裁定确有错误时，经有审判监督权的法定机关和组织提起，或者依当事人申请，而由人民法院判决、裁定已生效的案件，再次审理的程序。

再审的提起，分为三种情况，即：人民法院提起再审、当事人申请再审、人民检察院依审判监督程序抗诉而提起再审。审理

再审案件，首先要裁定中止原判决的执行，另行组成合议庭。对原为第一审案件提起的再审，适用第一审程序；对原为第二审案件提起的再审，适用第二审程序。

（五）特别程序

特别程序是指人民法院审理特殊类型的案件的一种审判程序。依特别程序审理的案件有两类：一是选民资格案件；二是非讼案件，包括宣告失踪案件、宣告死亡案件，认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件和认定财产无主案件。

特别程序有的特点：（1）特别程序审理的案件，不属于民事权益之争，而是申请人请求法院对某项法律事实加以认定；（2）除选民资格案件和重大疑难的非讼案件由审判员组成合议庭审理外，其他案件实行独任制；（3）实行一审终审制；（4）免交诉讼费用；（5）审限较短；（6）按特别程序审理的案件，法院可以自行撤销原判决，而无需按审判监督程序进行审理。

（六）督促程序

督促程序是指对于以给付一定金钱或有价证券为内容的债务，人民法院根据债权人的申请，向债务人发布支付令，如果债务人在法定期间内没有提出异议，债权人可以支付令为依据，请求人民法院予以强制执行的程序。督促程序属于一种非讼案件程序。

督促程序的案件，由债务人住所地的基层人民法院管辖。债权人提出申请后，人民法院在5日内通知其是否受理。人民法院受理申请后，在15日内向债务人发出支付令。债务人有权在接到支付令后15日内提出书面异议，人民法院无须审查异议是否有理由，应直接裁定终结督促程序。债务人在法定期间不提出异议又不履行支付令的，债权人可以向人民法院申请执行。确定的

支付令与生效的判决具有同等效力。

(七) 公示催告程序

公示催告程序是指在票据发生被盗、遗失或者灭失时，人民法院根据当事人的申请，以公告的方式告知并催促利害关系人，在法定期间内申报权利，逾期无人申报，作出宣告票据无效判决的程序。公示催告程序也属于一种非讼案件程序。

公示催告案件由票据支付地的基层人民法院管辖。申请人必须是可以背书转让的票据持有人，而且申请人应向法院递交申请书。人民法院决定受理申请，应同时通知支付人停止支付，并在3日内发出公告，催促利害关系人申报权利。公示催告期间，由法院决定，但不得少于60日。在公示催告期间利害关系人向人民法院申报权利的，法院应裁定终结公示催告程序。利害关系人在申报期间届满后，判决作出之前申报权利的，同样裁定终结公示催告程序。在申报权利期间无人申报的，或申报被驳回的，申请人应自申报权利期满的次日起1个月内申请法院作出判决，逾期不申请的，终结公示催告程序。自判决公告之日起，申请人有权向支付人请求支付。公示催告程序实行一审终审。

(八) 执行程序

执行程序是人民法院进行民事执行所适用的程序。民事执行是人民法院的执行组织，依照法律规定的程序，对发生法律效力法律文书确定的给付内容，运用国家的强制力依法采取措施，强制义务人履行义务的一种活动。

执行应由人民法院负责执行工作的专门机构进行。执行根据主要为人民法院制作的、具有执行内容的法律文书，以及其他机关制作的、由人民法院执行的法律文书。人民法院制作的具有财产内容的民事判决、裁定、调解书和刑事判决、裁定中的财产部

分，由第一审人民法院执行。生效的支付令，由制作支付令的法院执行。仲裁裁决书、公证债权文书由被执行人住所地或被执行人财产所在地的人民法院执行。在执行过程中，案外人对执行标的提出异议的，执行人应按法定程序进行审理。理由不成立的，予以驳回；理由成立的，由院长批准中止执行。

在执行过程中，执行人和被执行人自愿协商、达成协议，并经法院审查后，结束执行程序的制度。

根据生效的法律文书享有权利的一方当事人，在对方拒不履行义务的情况下，可以向有管辖权的人民法院申请执行。申请执行的期限，双方或一方当事人是公民的为1年，双方是法人或其他组织的为6个月。

第八章 行政复议与行政诉讼法

第一节 行政复议

一、行政复议的概念与特征

行政复议是指公民、法人或其他组织认为行政主体的具体行政行为侵害其合法权益而形成纠纷，公民、法人或具体组织依法申请，由上一级行政机关或法律、法规规定的其他机构依法受理，进而对引起争议的具体行政行为进行复查并作出决定的一种活动。

行政复议具有如下特征：

1. 行政复议是以一定范围内的行政争议或纠纷为处理内容。
2. 行政复议是以行政相对方提出复议申请为前提的，也就是说，行政复议是一种依申请而作出的行政行为，没有行政相对方的请求，行政复议就不得开始。申请行政复议对于相对方来说，是一种权利，而对应当受理复议申请的复议机关来说是一种职责和义务。
3. 行政复议的主体是行政机关。根据有关法律、法规规定，行政复议的主体一般都是作出主体行政行为的行政主体的上级行政机关，在特定情况下才是法定的其他行政机关，因此，行政复议活动不是所有行政主体都能实施的。
4. 行政复议是一种监督行政的方式。行政复议事实上是通

过行政相对方的申请，由上级行政机关或特定的行政机关对作出原具体行政行为的行政主体是否依法行政而进行依法监督的活动。复议机关根据原具体行政行为的是否合法、合理等具体情况分别作出维持、改变或撤销的决定，在依法保护相对方合法权益的同时，也起到了监督行政主体的行政行为的作用。

5. 行政复议活动是复议机关依法对争议的具体行政行为的合法性与合理性进行审查并作出决定的活动，这是行政复议与行政诉讼在裁决行政纠纷上的一项原则性区别。《行政复议条例》第7条规定：“复议机关依法对具体行政行为是否合法和适当进行审查。”

6. 行政复议处理行政纠纷不适用调解，这主要是由行政纠纷性质即纠纷双方当事人的权利义务不对等性所决定的。行政纠纷是行政主体与相对方在行政管理活动中产生的。纠纷双方当事人是一种管理与被管理的关系，权利与义务不可能平等，这就决定了行政纠纷在由复议机关进行处理时除法律另有规定外不得适用调解。

二、行政复议的基本原则

行政复议的基本原则是指由《行政复议条例》所规定的、反映行政复议的特征与性质并对行政复议活动具有普遍指导意义的基本准则。它主要包括以下几项：

（一）依法行使职权不受非法干预原则

《行政复议条例》第3条规定：“复议机关依法行使职权，不受其他机关、社会团体和个人的非法干涉。”这是对行政复议机关依法独立行使行政复议权原则的具体表述。该原则的主要内容包括：（1）行政复议权只能由法律、法规规定的国家行政机关专

门享有，其他国家机关不得享有行政复议权。(2) 行政复议机关必须严格按照法律、法规的具体规定来行使行政复议权。(3) 行政复议机关在其法定职权范围内，依法独立行使行政复议权，不受任何非法干涉。

(二) 一级复议原则

《行政复议条件》第5条规定：“除法律、行政法规另有规定的以外，行政复议实行一级复议制。”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。因为我国法律、法规规定在大多数情况下对行政复议决定不服可以依法提起行政诉讼。确定这一原则，是为了保证行政效率，避免行政机关耗费过多精力而不能适应现代行政的需要。当然，单行法律、法规规定实行两级行政复议的可以按特殊规定。

(三) 遵循及时、准确和便民原则

《行政复议条例》第6条规定：“行政复议遵循合法、及时、准确和便民原则。”

1. 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，主要内容包括：(1) 受理复议申请应当及时。(2) 受理机关在复议过程应注意工作效率。(3) 及时作出复议决定。(4) 对复议当事人在法定期限内不履行复议决定的复议机关应当及时处理。

2. 行政复议应遵循准确原则

该原则是指复议机关在审查过程中，应当查明原具体行政行为的事实真相和相对方合法权益是否受到侵犯以及侵犯的实际程度，对此应作出正确全面的定性，并准确地适用相应的法律进行

处理。因此，准确原则概括地说，包括认定事实准确和适用法律准确。

3. 行政复议应遵循便民原则

该原则是指行政复议机关应在使复议申请节省费用、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。

(四) 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地审查原则

《行政复议条例》第7条规定：“复议机关依法对具体行政行为是否合法和适当进行审查。”这是对行政复议审查的内容所规定的一项重要原则，也是它不同于行政诉讼的一项重要原则。在行政复议中，复议机关既要具体行政行为的合法性进行审查，又要对具体行政行为的适当性进行审查。复议机关对具体行政行为的合法性进行审查，目的就是要监督作出具体行政行为的行政主体是否依法行政，在依法行使行政职权过程中，有无超越职权、滥用职权或违反法定程序的情况。复议机关对具体行政行为的适当性进行审查，主要是审查复议被申请人作出的具体行政行为是否在法定的自由裁量幅度内，是否合理、适度、公正。复议机关通过依法对具体行政行为的合法性和适当性进行审查，从而达到监督行政主体在行使行政职权、实施行政管理活动中是否“依法行政”的目的。

(五) 不适用调解原则

《行政复议条例》第8条规定：“复议机关审理复议案件，不适用调节。”可见，除法律另有规定外，复议机关在审理复议案件过程中，不得适用调解。行政复议是解决一定范围内的行政争议，作为行政争议当事人一方是行政主体，其依法履行职责行使

职权，既是权利又是义务。因此，行政主体在行使行政职权、实施行政管理过程中，必须确保作出的具体行政行为的合法性和适当性。在行政复议过程中，对行政主体作出的具体行政行为是否合法和适当，复议机关只能作出肯定性或否定性判断，而不得从中调解或由行政争议双方当事人自行解决。

（六）书面复议原则

《行政复议条例》第37条规定：“行政复议实行书面复议制度，但复议机关以为有必要时，可以采取其他方式审理复议案件。”

实行书面复议制度是行政复议区别于其他法律纠纷处理手段的一个显著特点。书面复议制度是指复议机关在审理的制度。采用书面复议制度，复议机关不传唤申请人和被申请人、证人或者其他复议参加人到复议机关，复议申请人也可向复议机关邮寄复议申请书，这样可以简化行政复议程序，减轻行政争议的双方当事人负担，增进社会效益。但是，如果复议机关认为有必要时，可以采取其他方式审理。即通知双方当事人和有关复议参加人到场说明，证实问题，表达各自意见的审理方式。

三、行政复议的范围

行政复议的范围是指哪些具体行政行为引起的行政纠纷，可以通过行政复议的方式解决，哪些不能通过行政复议的方式解决。《行政复议条例》采用概括式、列举式、排除式相结合的形式，明确界定了行政复议的范围。从可以提出复议申请与不能提出复议申请的行为两方面作了较具体的规定。

（一）概括式规定

即《行政复议条例》第2条规定：“公民、法人或其他组织

以为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，可以依照本条例向行政机关申请复议。”

（二）列举式规定

即《行政复议条例》第九条规定，公民、法人或其他组织对下列具体行政行为不服可以向行政机关申请复议：（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）认为行政机构侵犯法律、法规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法发给抚恤金的；（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他人身权、财产权的；（9）法律、法规规定可以提起行政诉讼或者可以申请复议的其他具体行政行为。

（三）排除式规定

即《行政复议条例》第10条的规定，公民、法人或其他组织对下列事项不服的，不能依照本条例申请行政复议：（1）对行政法规，规章或者具有普遍约束力的决定、命令不服的；（2）对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定不服的；（3）对民事纠纷的仲裁、调解或者处理不服的，但是，行政机关对土地、矿产、森林等资源所有权或者使用权归属的处理决定除外；（4）对国防、外交等国家行为不服的。从排除式规定中可以看出，我国行政复议范围不包括抽象行政行为、内部行政行为、行政主体依法仲裁、调解民事纠纷的行为（一些特殊的除外）和国家行为。

四、行政复议的管辖

复议机关在对行政复议案件进行处理时，要严格按照法定的权限管辖行政复议案件，确定对行政复议案件的管辖范围。《行政复议条例》对复议机关的管辖权限划分作了基本规定，此处不再赘述。根据《税务行政复议规则》的规定，下面对税务行政复议的管辖略作阐述。对税务机关的具体行政行为不服申请的复议，由作出具体行政行为的税务机关的上一级税务机关管辖。对税务机关设立的派出机构根据税收法律、法规和规章的规定以自己的名义作出的具体行政行为不服申请复议的，由设立该派出机构的税务机关管辖。对扣缴义务人作出的代扣、代收税款行为不服申请的复议，由主管该扣缴义务人的税务机关的上一级税务机关管辖。对法律、法规规定需要上级批准的具体行政行为不服申请的复议，由最终批准的税务机关管辖。对各省、自治区、直辖市税务局和计划单列市税务局，以及国家税务总局直属征收局、海洋石油税务管理局、国家税务总局派驻各地的进出口税收管理处作出的具体行政行为不服申请的复议，由国家税务总局管辖。

税务行政复议机关发现受理的案件不属于自己管辖，应当移送有管辖权的复议机关。受移送的复议机关不得再自行移送。税务机关因复议管辖发生争议，争议双方应当协商解决。协商不成的，由它们的共同上一级税务机关指定管辖。对被撤的税务机关在其被撤销前作出的具体行政行为不服申请的复议，由继续行使其职权的税务机关的上一级税务机关管辖。

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（包括申请人与被申请人）以及与当事人地位相近的人（主要指第三人）。根据《税务行政复议规则》的有关规定，税务行政复议中的申请人被申请人以及第三人在税务行政复议中各有其不同的法律地位、法律资格，下面略作阐述。

（一）税务行政复议申请人

税务行政复议申请人是指认为自己的合法权益受到税务机关及其工作人员、扣缴义务人或税务机关派出机构作出的具体行政行为的侵犯而依法向复议机关申请复议的公民、法人或其他组织，具体是指纳税义务人、扣缴义务人、纳税担保人和其他税务争议当事人。公民作为申请人要有权利能力而且还要有能亲自参加复议的行为能力。有权申请复议的公民死亡的，其近亲属可以申请复议；有权申请复议的公民是无行为能力或者限制行为能力的人，其法定代理人可以代理申请复议。有权申请复议的法人或其他组织发生合并、分立或终止的，承受其权利的法人或其他组织可以申请复议。有权申请行政复议的当事人、法定代理人可以委托他人代理申请行政复议。

（二）税务行政复议被申请人

税务行政复议被申请人是指经申请人认为其具体行政行为侵犯自己合法权益并由税务复议机关通知参加复议的税务机关。根据《税务行政复议规则》有关规定，被申请人有以下几种情况：（1）申请人对税务机关的具体行政行为不服申请复议的，该税务机关是被申请人；（2）对扣缴义务人代扣、代收税款行为不服申请复议的，主管该扣缴义务人的税务机关是被申请人；（3）对税务机关的派出机构按照法律、法规和规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服申请复议的，该派出机构是被申请人；

(4) 作出具体行政行为的税务机关被撤销合并的，继续行使其职权的税务机关是被申请人；(5) 对法律、法规规定需要上级税务机关批准的具体行政行为不服申请复议的，最初报请批准的税务机关是被申请人。

(三) 税务行政复议第三人

复议第三人是指除申请人以外的同复议的具体行政行为有利害关系，为维护自己的合法权益并经复议机关批准参加复议的公民、法人或其他组织。作为第三人参加税务行政复议，应当具备下列条件：(1) 必须是与复议的具体行政行为有利害关系，也就是说，复议决定将会影响其行使合法权益或履行义务，参加复议的目的，是为了维护自己的合法权益。(2) 必须是经复议机关批准其申请而参加复议。(3) 申请参加复议必须是在复议进行期间，如果复议活动尚未开始或复议终结，不存在第三人参加复议的问题。

六、行政复议程序

行政复议程序是指行政复议必须经过的法定阶段和步骤。根据《税务行政复议规则》的规定，税务行政复议程序共有申请、受理、审理、决定等四个阶段。每一个阶段包含不同的步骤、要求，它是保证行政复议活动依法办事和提高行政效率的一项重要法律制度。

(一) 复议申请

它是行政复议程序的第一阶段，在此阶段有以下步骤和要求：

1. 申请期限

申请人提出复议申请必须在法定期限内，超过法定期限就丧

失申请复议的权利。根据《税务行政复议规则》规定，除其中的特殊规定外，申请人应在税务机关作出具体行政行为之日或者在申请人知道具体行政行为之日起15日内提出。因不可抗力或其他特殊情况耽误法定申请期限的，在障碍清除后的10日内，可以申请延长期限，是否准许，由复议机关决定。申请人向复议机关申请复议，复议机关已经审理的，在法定复议期限内不得向人民法院起诉。

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为直接侵犯其合法权益的公民、法人和其他组织以及外国人、无国籍人、外商投资企业、外国企业和其他外国组织；(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《规则》规定的申请复议范围；(5) 属于《规则》规定的复议机关管辖；(6) 按《规则》特殊规定申请复议的，在提出复议申请前已经依照税务机关根据法律、行政法规确定的税额缴纳或者解缴税款及滞纳金；(7) 在法定期限内提出的；(8) 法律、法规规定的其他条件。

3. 复议申请书

申请人向税务机关申请复议应当递交复议申请书，并且申请书的内容必须满足《规则》所规定的条款。

(二) 复议申请的受理

税务复议机关应当自收到复议申请书之日起10日内，对复议申请分别作如下处理：(1) 复议申请符合《规则》规定的，应当书面告知申请人自收到复议申请书之日起受理复议；(2) 复议申请书不符合《规则》规定条件之一的，裁决不予受理并书面告知理由和诉权；(3) 复议申请书内容缺损，应当把复议申请书发

还申请人，书面通知限期补正。申请人在规定期限内补正的，应当书面告知自收到补正答复之日起受理复议；过期不补正的，视为未申请。申请人依法提出复议申请，复议机关无正当理由受理或者不予答复的，上一级税务机关应当责令其受理或答复。申请人自收到不予受理裁决之日起 15 日内，可就裁决本身向人民法院起诉。

（三）复议案件的审理

审理是复议机关对复议案件事实是否清楚、适用法律是否正确、程序是否合法等内容进行审查的活动过程，是整个行政复议程序的关键、复杂的阶段，在此阶段，有下列要求、步骤：

1. 复议机关应在受理之日起 7 日内将复议申请书副本发送给被申请人。被申请人应当自收到复议申请书副本之日起 10 日内，向复议机关提交作出具体行政行为的有关材料或者证据，并作出答辩；逾期不答辩的，不影响复议。

2. 本阶段的有关制度。行政复议案件在审理过程中，实行如下制度：（1）书面审理为主，其他方式为辅。（2）复议期间不停止执行原具体行政行为，《规则》另有规定的情况除外。（3）申请人在复议决定作出前，可以经税务复议机关同意后撤销复议申请，撤回后，不得以同一事实和理由再申请复议。

3. 复议案件审理的法律依据。复议机关审理复议案件，以法律、行政法规、地方性法规、规章以及上级税务机关依法制定和发布的具有约束力的决定、命令为依据。复议机关在审理民族自治地方的税务复议案件，并以该民族自治地方的自治条例，单行条例为依据。

（四）作出复议决定

复议机关经过审查，分别作出以下复议决定：

1. 具体行政行为适用法律、法规、规章和具有普遍约束力的决定、命令正确，事实清楚，符合法定权限和程序的，决定维持。

2. 具体行政行为有程序上不足的，决定被申请人补正。

3. 被申请人不履行法律、法规和规章规定的职责的，决定其在一定期限内履行。

4. 具体行政行为有下列情况之一的，决定撤销，变更，并可以责令被申请人重新作出具体行政行为：（1）主要事实不清的；（2）适用法律、法规、规章和具有普遍约束力的决定、命令错误的；（3）违反法定程序影响申请人合法权益的；（4）超越或者滥用职权的；（5）具体行政行为明显不当的。

复议机关审查具体行政行为时，发现具体行政行为所依据的规章或者具有普遍约束力的决定、命令与法律、法规或者其他税收规章和具有普遍约束力的决定、命令相抵触的，在其职权范围内依法予以撤销或改变，若复议机关无权处理的，向其上级税务机关报告。上级税务机关有权处理的，依法予以处理；无权处理的提请有权机关依法处理。处理期间，复议机关停止复议并通知复议申请人。被申请人作出的具体行政行为侵犯申请人的合法权益造成了损害，申请人请求赔偿的，复议机关可以责令被申请人依有关法律、法规的规定赔偿。复议机关作出复议决定应当在收到复议申请之日起 60 日内作出，并按照《规则》所规定的条件和须载明的事项作出复议决定书，根据有关规定，送达当事人。

七、行政复议的法律效果

行政复议决定书一经送达即发生法律效力。申请人对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向法院起诉。

对申请人逾期不起诉又不履行复议决定的，分别情况处理：

1. 维持原具体行政行为的复议决定，由最初作出具体行政行为的税务机关申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

2. 改变原具体行政行为的复议决定，由复议机关申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。

对申请人逾期未起诉又不履行复议决定的，复议机关可以依法强制执行或申请人民法院强制执行，申请人也可依法申请人民法院强制执行。

八、有关税务行政复议的具体规定

税务行政复议机关是指受理复议申请，依法对具体行政行为进行审查并作出裁决的税务机关。复议机关受理申请人对下列具体行政行为不服申请的复议。

(一) 税务机关作出的征税行为：

(1) 征收税款；(2) 加收滞纳金；(3) 审批减免税和出口退税；(4) 税务机关委托扣缴义务人作出的代扣、代收税款行为。

(二) 税务机关作出的责令纳税人提交纳税保证或提供纳税担保的行为。

(三) 税务机关作出的税收保全措施：

(1) 书面通过银行或者其他金融机构暂停支付存款；(2) 扣押、查封商品、货物或者其他财产。

(四) 税务机关通知出境管理机关阻止出境行为。

(五) 税务机关作出的税收强制执行措施：

(1) 书面通知银行或者其他金融机构扣缴税款；(2) 拍卖的扣押、查封的商品、货物或者其他财产以抵缴税款。

(六) 税务机关作出的行政处罚行为：

(1) 罚款；(2) 销毁非法印制的发票，没收违法所得；(3) 对纳税人、扣缴义务人非法提供银行帐户、发票、证明或者其他方便，导致未缴、少缴税款或者骗取国家出口退税款的，没收其违法所得。

(七) 税务机关拒绝颁发税务登记证、发售发票或不予答复的行为。

(八) 法律、法规规定税务机关受理复议的其他具体行政行为。

申请人对上述第(一)项行为不服，应当向税务机关申请复议，对复议决定不服可以再向人民法院起诉。申请人按此规定申请复议的，必须先依照税务机关根据法律、行政法规确定的税额缴纳或者解缴税款及滞纳金，然后可以在收到税务机关填发的缴纳税款凭证之日起60日内提出复议申请。被申请人拒绝履行复议决定的，复议机关可以直接或者建议有关部门对其法定代表人给予行政处分。复议工作人员失职、徇私舞弊的，复议机关或者有关部门应当批评教育或给予行政处分；情节严重，构成犯罪的，依法追究其刑事责任。复议参加人或者其他人员拒绝、阻碍复议人员依法执行职务的，按照《行政复议条例》第54条的规定处理。

第二节 行政诉讼法

一、行政诉讼的概念和基本原则

(一) 行政诉讼的概念

行政诉讼是指公民、法人或者其他组织认为行政机关及其工作人员或其他行政主体的具体行政行为侵犯其合法权益，依法定

程序和要求向人民法院提起诉讼，由人民法院受理在其他诉讼当事人及参加人的参与下对具体行政行为的合法性进行审查并作出裁判的活动。我国行政诉讼具有如下特征：

1. 行政诉讼所要处理的是一定范围内的具体行政行为争议，这是行政诉讼在人民法院受理、裁判的案件与其他诉讼的区别。

2. 行政诉讼是人民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、法人或其他组织合法权益不受行政主体违法的职权行为侵害的一种司法活动。这是行政诉讼在目的和性质上与其他诉讼的区别。

3. 行政诉讼是以不服具体行政行为的公民、法人或其他组织为原告，以作出该具体行政行为的行政主体为被告的诉讼。这是行政诉讼在原被告上的重要特点。

4. 行政诉讼中，证据规则采用被告负举证责任原则和审判方式上采用不适用调解原则的特征，亦是区别于其他诉讼的显著特点。而行政诉讼法则是规范各种行政诉讼行为、调解各种行政诉讼关系、建立各项行政诉讼制的法律规范的总称，是行政法的重要组成部分。

（二）行政诉讼的基本原则

行政诉讼的基本原则是指由《行政诉讼法》规定的，贯彻于行政诉讼活动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，这些共同的原则如人民法院依法独立行使审判权原则、以事实为根据、以法律为准绳原则、当事人法律地位平等原则、使用本民族语言文字进行诉讼原则等等，此处不再列述，主要针对行政诉讼特有的基本原则进行论述。

1. 人民法院特定主管原则

人民法院特定主管原则的含义是：人民法院只主管法律规定管辖的那一部分行政案件，它不同于刑事案件、民事案件统归人民法院管辖；法律规定由人民法院主管的行政案件，必须由人民法院管辖。根据这一原则，行政诉讼法将人民法院主管行政案件的范围作了列举式规定：（1）只主管因具体行政行为引起争议的案件，不管辖因抽象行政行为发生争议的案件；（2）只主管行政机关在管理国家公务事务时与公民、法人或其他组织发生争议的案件，不管辖行政机关在管理内部义务时发生争议的案件和行政机关内部职权争议案件；（3）按照国际惯例，政府所为的国家行为如国防事务、外交等都不属行政诉讼范围，人民法院不能管辖。

2. 对具体行政行为合法性进行审查原则

《行政诉讼》第5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。”从法律上规定了这项原则。这一原则包括两种内容：（1）行政诉讼中人民法院只审查具体行政行为，而不审查抽象行政行为和内部行政行为以及国家行为；（2）行政诉讼中，人民法院只审查具体行政行为的合法性，而不审查具体行政行为的合理性。

行政诉讼中人民法院只审查具体行政行为而不审查抽象行政行为，这是因为：第一，根据我国宪法组织法确定的体制，对抽象行政行为的审查监督，由权力机关和行政机关自身行使，故行政诉讼只赋予人民法院对具体行政行为的审查监督权。第二，抽象行政行为涉及政策问题，政策问题不宜由法院判断。第三，抽象行政行为涉及不特定的相对方，甚至涉及到一个或几个地区乃至全国人民，其争议不适于通过诉讼途径解决。行政诉讼中人民

法院之所以只审查具体行政行为的合法性而不审查其合理性，这是因为：第一，根据我国宪法，人民法院依法行使审判权，行政机关依法行使行政权。裁定行政行为是否合法的争议属于审判权的范围，而确定行政行为在法律范围内如何进行更为适当、更为合理，是行政权的范围。第二，人民法院长期进行审判活动，对适用法律最有研究，对法律问题最能作出正确评价。而行政机关长期进行行政管理活动，对法律范围内如何实施行政行为更为适当，更为合理，更为有效，最有经验。因此，合法性问题应由人民法院解决。适当性（即合理性）问题留给行政机关解决。

3. 被告负举证责任原则

被告负举证责任是指作为行政诉讼被告的行政机关负有提供赖以作出具体行政行为的证据和所依据的规范性文件的责任。由于行政诉讼的客体是具体行政行为，作为被告的行政机关是具体行政行为的作出主体，它最清楚作出具体行政行为的事实与法院依据，而作为行政相对方的公民、法人或其他组织则不易了解具体行政行为的作出依据。因此，被告具有较强的举证能力，在行政诉讼中，应当负举证责任。从行政法理论角度来看，行政机关作出具体行政行为应有相应的事实和法律依据，才能有效成立。因此，当该具体行政行为被诉后，行政机关就必须证明其行为是根据一定的事实和法律作出的符合法律的行政行为，如果行政机关不能提供证据证明具体行政行为的事实和法律依据，则可能因此而败诉，承担具体行政行为被人民法院判决撤销的法律后果。对于被告提出的证据，原告有权进行质证，有权提出相关的证据予以反驳。任何证据材料，都应在法庭上出示并经查证属实后才能作为定案依据。

行政诉讼法确立这一原则，既可以促进行政机关依法行政，

防止其滥用职权，又可以对行政相对方的合法权益予以保护，使行政相对方不因行政机关滥用职权，自己又无法举证，而得不到实际有效的司法保护。

4. 行政诉讼期间行政决定不停止执行原则

在行政诉讼中，当事人争议的具体行政行为不因原告提起诉讼而停止执行，这是由国家行政管理的特殊性决定的。现代国家的行政管理，要求效率性和连续性，如果具体行政行为一经当事人起诉即予停止执行，势必破坏行政管理的效率性和连续性，使法律秩序处于不稳定状态。如果遇到起诉情况较多时，都因起诉而即予停止执行，甚至会导致行政管理陷入瘫痪，危害社会和公共利益。

但是此原则允许下列例外情况出现：一是被告人认为需要停止执行的；二是人民法院根据原告的申请或依职权、裁定停止执行，其条件是具体行政行为的执行会给原告造成难以弥补的损失，同时停止执行不违背社会公共利益；三是有关法律、法规规定可以停止执行的。

5. 不适用调解原则

不适用调解原则是指人民法院审理行政案件不得采用调解作为审理程序和结案方式。可以用调解方式结案的只限于特定案件，如行政赔偿诉讼。《行政诉讼法》第67条规定：“赔偿诉讼可以适用调解”。调解一般不适用于行政诉讼，原因在于行政诉讼中，当事人都不能处分自己的实体权利。在实体法上，行政机关享有的行政职权同时又是行政机关的义务，是为公共利益必须履行的法定职责，自由处分这种权力和职责，则意味着违法失职。在实体法上，相对方的合法权益是宪法和法律保护的权益，具体行政行为违法侵害这种受宪法和法律保护的权益，如果适用

调解，让相对方作出让步，则无异于让相对方承认自己的合法权益受侵害合理，忍“痛”承受其损害。综上所述，行政诉讼法便确立了不适用调解的原则。

6. 司法变更有限原则

司法变更有限原则是指在通常情况下人民法院不得变更原行政决定，只有在特殊的条件与情形下才能变更原行政机关的决定。确立此原则的理由是：(1) 行政诉讼的实质与核心是审查具体行政行为的合法性，所以一般情况下根据具体行政行为的合法与否作出维持或撤销的判决。(2) 审判权与行政权依法有一定的分工，在法定范围和幅度内如何选择适用并作出具体行政行为属于自由裁量权的行使问题，司法机关一般不得越俎代庖，侵犯行政权。3. 实践中往往发生严重滥用行政自由裁量权的现象，所以法律现实行政处罚显失公正，人民法院可以判决变更，从而起到一定程度上通过司法审判权对行政权的监督和制约作用。

《行政诉讼法》确立这一原则，既起到了最大限度地保护相对方的合法权益的作用，又保障了司法权的有效行使，还使得司法权、行政权既有分工又有制约和监督。

二、人民法院受理行政案件的范围

人民法院受理行政案件的范围是指人民法院根据《行政诉讼法》的规定对哪些行政案件应当受理并进行审查、作出裁判，对哪些行政案件不应当受理。对此，《行政诉讼法》第2条、第5条作了概括式规定，第11条作了列举式规定，第12条作了排除性规定。

(一) 概括式规定

公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员

的具体行政行为侵犯其合法权益，有权依照该法向人民法院提起诉讼。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。

（二）列举式规定

人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼：（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；（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法发给抚恤金的；（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他人身权、财产权的。除此规定外，人民法院受理法律、法规规定可以提起诉讼的其他行政案件。

（三）排除性规定

《行政诉讼法》第12条规定，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）行政法律、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。

三、行政诉讼的管辖

（一）行政诉讼法管辖概述

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，它所解决的是公民、法人或者其他组织认为属于人民法院受案范围的具体行政行为侵犯自己的合法权益应当向哪一级中哪一个人民法院起诉的问题。

从我国《行政诉讼法》所确定的行政诉讼管辖来看，体现了下列原则：（1）便于行政诉讼当事人参加诉讼；（2）便于人民法院及时合法地办理案件；（3）便于人民法院行使审判权；（4）有利于人民法院公正审理行政案件，保护当事人的合法权益；（5）原则性与灵活性相结合。

（二）行政诉讼管辖的种类

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。级别管辖是解决上下级人民法院之间的分工和权限；地域管辖是解决同级人民法院之间对行政案件由哪一个人民法院管辖的问题；裁定管辖是相对前两类法定管辖而作的分类，由于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，它主要包括移送管辖、指定管辖和移转管辖。

1. 级别管辖

级别管辖是指在人民法院组织系统内部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。行政诉讼法第13条至第16条对级别管辖作了明确具体的规定。（1）基层人民法院管辖第一审行政案件；（2）中级人民法院管辖下列第一审行政案件：确认发明专利的案件；海关处理的案件；对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为起诉的案件；本辖区内重大、复杂的案件。（3）高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。（4）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

地域管辖又称区域管辖，是指同级人民法院之间在各自辖区内受理第一审行政案件的分工和权限。我国行政诉讼法确定地域管辖的原则是：人民法院管辖区与行政管辖区相一致；法院管辖区与当事人有一定联系；诉讼标的地与人民法院管辖区相一致，据此，地域管辖可分为：一般地域管辖、特殊地域管辖、共同地域管辖。

(1) 一般地域管辖

在行政诉讼中按照最初作出具体行政行为的行政机关所在地划分案件管辖权称为一般地域管辖。《行政诉讼法》第17条规定：“行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，也可以由复议机关所在地人民法院管辖。”

(2) 特殊地域管辖

在行政诉讼中，根据诉讼标的所在地确定管辖法院的称为特殊地域管辖。《行政诉讼法》第18、19条规定了两种具体情形：①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。②因不动产提起的行政诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。

(3) 共同地域管辖

共同地域管辖是指两个以上人民法院对同一行政案件均有管辖权，原告可以选择其中任一法院起诉。《行政诉讼法》对共同管辖有下述规定：①经过复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，既可由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖，也可由复议机关所在地人民法院管辖。②当事人对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，既可以由被告所在地

也可由原告所在地人民法院管辖。③因不动产提起的诉讼由不动产所在地人民法院管辖，如不动产跨连两个法院辖区，该两法院均有管辖权。出现共同管辖，究竟最终由哪个法院管辖，行政诉讼法第20条规定：“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。原告向两个以上有管辖权的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. 裁定管辖

裁定管辖是相对上述法定管辖而言的，属管辖的另一种分类，包括移送管辖、指定管辖、移转管辖。

(1) 移送管辖

它是指某一人民法院受理行政案件后发现对该案件无管辖权而将其移送给有管辖权的人民法院管辖。《行政诉讼法》第21条规定：“人民法院发现受理的行政案件不属于自己管辖时，应当移送有管辖权的人民法院。受移送的人民法院不得自行移送。”

(2) 指定管辖

它是指由于特殊原因，或两上以上人民法院对同一行政案件的管辖权发生争议，双方协商不成，由上级人民院指定管辖。人民法院对管辖权发生争议，由争议的双方协商解决。协商不成，报他们共同的上级人民法院指定管辖。”

(3) 移转管辖

它是指经上级人民法院决定或同意，对第一审行政案件的管辖权，由下级人民法院移送给上级人民法院，或由上级人民法院转给下级人民法院。《行政诉讼法》第23条规定：“上级人民法院有权审判下级人民法院的第一审行政案件，也可将自己管辖的第一审行政案件移交给下级人民法院审判。下级人民法院对其管辖的第一审行政案件，以及需要由上级人民法院审判的，可以报

请上级人民法院决定。

四、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或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。包括原告、被告、共同诉讼人、第三人、诉讼代理人等。

行政诉讼当事人是指在发生行政争议后，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、法人或其他组织以及行政主体，包括原被告。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和被告；在二审程序中称上诉人和被上诉人；在审判监督程序中，如果适用一审程序则称原告和被告，如果适用二审程序则称原上诉人和原被上诉人。不同的称谓，表明他们在不同程序中的地位、权利和义务也不尽相同。但是行政诉讼当事人具有以下共同特征：(1) 以自己的名义进行诉讼；(2) 与行政案件有直接的利害关系；(3) 受人民法院裁判的约束。

(二) 行政诉讼中的原告

在行政诉讼的第一审程序中，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、法人或者其他组织。行政诉讼的原告必须具备以下条件：(1) 必须是作为行政相对方的公民、法人或者其他组织；(2) 必须是认为具体行政行为侵犯其合法权益的行政相对方。需要注意的是《行政诉讼法》第24条规定了原告资格转移的情形：有权提起行政诉讼的公民死亡，其近亲属可以提起行政诉讼；有权提起行政诉讼的法人或者其他组织终止，承受

其权利的法人或其他组织可以提起诉讼。

（三）行政诉讼中的被告

在行政诉讼的第一审程序中，被告是指由原告诉称其作出的具体行政行为侵犯了原告的合法权益被人民法院通知应诉的行政机关或法律、法规授权的组织。根据《行政诉讼法》以及最高人民法院司法解释的有关规定，行政诉讼中的被告有下列几种情况：（1）未经行政复议而直接被起诉的作出具体行政行为的行政机关为被告；（2）复议决定维持原具体行政行为的，作出原具体行政行为的行政机关为被告；（3）经复议机关改变原具体行政行为的，复议机关为被告；（4）两个以上行政机关作出同一具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关为共同被告；（5）由法律、法规授权的组织作出具体行政行为的，该组织是被告；（6）由行政机关委托的组织作出具体行政行为的，委托的行政机关是被告；（7）行政机关被撤销的，继续行使其职权的行政机关是被告；（8）与非行政机关共同作出具体行政行为的行政机关为被告；（9）派出机构所在的行政机关为被告；（10）根据法律、法规可以自己名义作出具体行政行为的派出机构为被告。

（四）诉讼共同诉讼人

《行政诉讼法》第26条规定：“当事人一方或者双方为二人以上，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诉讼中，一同起诉或应诉人，一同起诉的称为共同原告，一同应诉的称为共同被告。

（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。合格的第三人应当具备以下条件：(1) 同被诉的具体行政行为有利害关系；(2) 为了维护自己的合法权益经申请或由人民法院通知参加、诉讼已经开始但未终结的行政诉讼。

(六) 行政诉讼中的诉讼代理人

行政诉讼中的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，代理当事人进行行政诉讼活动的人。被代理的一方当事人称为被代理人或委托人。诉讼代理人具有以下特征：(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，其法律后果由被代理人承担。(3) 只能代理当事人的一方，其必须具有诉讼权利能力和诉讼行为能力。

根据《行政诉讼法》规定，以诉讼代理权产生的根据不同为标准，可将行政诉讼代理人分为以下几种：(1) 法定代理人。根据法律规定行使代理权代替无诉讼行为能力或限制诉讼行为能力的人进行行政诉讼的人，称为法定代理人。在行政诉讼中法定代理人只适用于没有诉讼行为能力或限制诉讼行为能力的公民，即未成年人和精神病人，不适用于法人、组织，更不适用于作为被告的行政机关。(2) 委托代理人。根据当事人、法定代理人的委托授权而代为诉讼行为的人，称为委托代理人。《行政诉讼法》第29条规定，当事人、法定代理人可以委托1—2人代为诉讼。(3) 指定代理人。指定代理人是人民法院指定的代理无诉讼行为能力的人进行行政诉讼活动的人。指定代理一般发生在作为原告的公民无诉讼行为能力，并且无法定代理人代为诉讼，或法定代理人不能行使代理权的情况下，人民法院为了保证该公民充分行

使其诉讼权，保证行政诉讼得以顺利进行而依法指定代理人代其诉讼。

五、证据

(一) 行政诉讼证据的概念和特征

行政诉讼证据是指在行政诉讼中用以证明行政案件真实情况的事实材料，是能够反映案件真实情况，经人们收集、提供、审查、确认，用以证明案情事实的材料。从证据作用角度来讲，也可以说证据是用以证明案件真实情况的手段或工具。案件事实是证据证明的对象，并非证据本身。

行政诉讼证据有三方面的性质表现：(1) 客观真实性。作为行政诉讼证据的材料，必须能够客观真实地反映业已发生的案件事实，人民法院欲对案件进行正确定性，在对证据进行审查鉴认时，必须以客观真实作为最重要的标准。(2) 关联性。即指作为行政诉讼证据的材料，必须与它所要证明的案件事实有内在的联系。只有能够反映特定案件事实的真实材料，才可以被认为是具有价值的证据，只有将证据材料与一个具体的行政争议事实联系起来，才能判断该材料是否具有证据属性。(3) 合法性。即指证据材料必须依照法定条件提供、收集和审查核实。证据的客观真实性、关联性是关于证据材料与客观事实相互衔接的一种要求，这种要求则必须经过人们的积极活动才能实现，而法律为人们追求证据客观真实性的活动提供了基本行为模式，所以，合法性与客观真实性、关联性是有机的统一体，是行政诉讼证据的基本属性的综合反映。

行政诉讼证据的主要特征可以概括为：(1) 证明对象主要是具体行政行为的合法性，具体行政行为的合法性是行政诉讼全部

证明活动的中心。行政诉讼的中心任务是对被诉的具体行政行为合法性进行审查，因此，主要证明任务就是证明具体行政行为的合法性，查清有关被诉具体行政行为的事实真相。(2) 可供定案的证据必须经过法庭审查。行政诉讼法规定的7类证据，必须经过法庭审查属实，才能作为定案证据。行政诉讼法要求作为定案的全部证据都要适用法庭审查程序，对定案证据真实性的审查必须在法庭上进行和完成。

(二) 行政诉讼证据的分类

行政诉讼证据一般有两种分类，一是行政法理论上的分类，一是法律规定上的分类，下面分别予以阐述。

1. 行政法理论上的分类

(1) 本证和反证

按照行政诉讼证据与当事人主张的关系，分为本证和反证。本证是指当事人为支持和证明自己所提主张的证据。反证是指当事人为反驳对方当事人主张所提出的证据。

(2) 直接证据和间接证据

按照证据与证明的对象的关系，可分为直接证据和间接证据。直接证据是指以证据本身具体的性质、特征和内容就可以直接证明待证事实真实性的证据。间接证据是指需要借助于其他证据支持方能对待证事实产生证明作用的证据。

(3) 原始证据和派生证据

按照证据的来源不同，可分为原始证据和派生证据。原始证据是直接来源于案件事实或者在案件事实直接作用下形成的证据。派生证据是从原始证据中衍生出来或在信息中间环节中形成的证据。

2. 法律规定上(或称立法上)对证据的分类

我国《行政诉讼法》第31条将行政诉讼证据分为七类。

(1) 书证

书证是指用文字、符号、图案记载的，表达人的思想行为，能证明案件真实情况的材料。

(2) 物证

物证是指以其本身固有的形态、构造、规格等来证明案件事实的物品或痕迹。

(3) 视听资料

视听资料是指用以证明案件事实，利用录音、录像等设备取得的音响图像材料和利用电脑等设备取得储存的数据材料。

(4) 证人证言

证人证言是指证人就其所知道的行政案件事实向人民法院或当事人所作的陈述。

(5) 当事人的陈述

当事人的陈述是指行政诉讼当事人在行政诉讼过程中就案件事实向人民法院所作的说明。

(6) 鉴定结论

鉴定结论是指鉴定人运用其专门知识，或者同时利用专门材料和设备对有关事实的专门性问题进行分析鉴别作出的科学判断结论。

(7) 勘验笔录和现场笔录

勘验笔录是指人民法院或行政机关对有关案件事实的现场或物品就地进行分析、检验、测量勘查所作的书面记录。现场笔录，是指行政机关工作人员在执行职务过程中对有关管理活动的现场情况所作的书面记录。

以上是《行政诉讼法》规定的证据种类，不符合证据种类法

定条件的材料，不能作为行政诉讼证据使用。即使符合法定条件的证据种类，也必须在法庭上出示、质证、审查属实后才能作为定案证据。

六、行政诉讼程序

行政诉讼程序，是指人民法院在行政诉讼当事人以及其他诉讼参与人的参与下审理行政案件，解决当事人行政争议的方式、步骤、顺序、时限的总称。根据法律的规定，行政诉讼程序有其不同的发展阶段，在各诉讼阶段上以特定的方式进行诉讼活动，就构成了行政诉讼程序的内容。行政诉讼程序包括起诉受理程序、第一审程序、第二审程序、审判监督程序。这些程序相互联结而又彼此相对独立。其中第一审程序是最基础最重要的程序，它是行政诉讼程序的性质和特征的最完整的表现形式，其他程序都是以第一审程序为中心进行的。下面根据《行政诉讼法》，对第一审程序作略微阐述。

（一）起诉和受理程序

起诉和受理程序是我国行政诉讼的起动程序。人民法院对行政争议采取“不告不理”的司法原则，原告的起诉是人民法院行使行政诉讼职能的前提条件。

对属于人民法院受案范围的行政案件，公民、法人或其他组织可以先向上一级行政机关或者法律、法规规定的行政机关申请复议，对复议不服的，再向人民法院起诉，也可以直接向人民法院起诉。但是法律、法规规定行政复议为先行程序的，必须复议后才能起诉。对复议决定不服的，可以自收到复议决定书15日内起诉。复议机关逾期不作决定，可在复议期满之日起15日内起诉，法律另有规定除外。直接依法起诉的，应在知道作出具体

行政行为之日起3个月内提起，另有法律规定的除外。

提起行政诉讼应当符合下列条件：(1)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；(2)有明确的被告；(3)有具体的诉讼请求和事实根据；(4)属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖；(5)在法定期限内提出，否则人民法院可以不予受理。

人民法院收到起诉状后，经审查，应当在7日内立案或作出裁定不予受理，原告对裁定不服可以上诉。

(二) 审查

人民法院审查第一审行政案件，不论公开审理还是不公开审理，都必须组成合议庭开庭审理。它由一些按先后顺序排列、既各自独立、又相互联结的若干步骤组成，大致分为：宣布开庭、法庭调查、法庭辩论、合议庭评议、宣告判决。

在第一审程序的审理过程中，对行政案件一律实行开庭审理，不得书面审理，除法律明文规定不公开审查的案件外，应一律公开审查。一审案件的审结根据《行政诉讼法》规定，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。

(三) 裁判

人民法院经过审理，根据不同情况，分别作出以下判决：

1. 具体行政行为证据确凿，适用法律、法规正确、符合法定程序的，判决维持。

2. 具体行政行为有下列情形之一的，判决撤销或者部分撤销，并可以判决被告重新作出具体行政行为：(1)主要证据不足的；(2)适用法律、法规错误的；(3)违反法定程序的；(4)超

越职权的；(5) 滥用职权的。

3. 被告不履行或者拖延履行法定职责的，判决其在一定期限内履行。

4. 行政处罚显失公正的，可以判决变更。

七、行政案件的执行

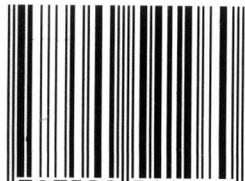
当事人必须履行人民法院发生法律效力的判决、裁定。公民、法人或者其他组织拒绝履行判决、裁定的，行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行，或者依法强制执行。行政机关拒绝履行已生效的判决、裁定的，第一审人民法院可以采取以下措施：(1) 对应当归还的罚款或者应当给付的赔偿金，通知银行从该行政机关的帐户内划拨；(2) 在规定期限内不履行的，从期满之日起，对该行政机关按日处 50 元至 100 元的罚款；(3) 向该行政机关的上一级行政机关或者监察、人事机关提出司法建议。接受司法建议的机关，根据有关规定处理，并将处理情况告知人民法院；(4) 拒不履行判决、裁定情节严重构成犯罪的，依法追究主管人员和直接责任人员的刑事责任。

全国注册税务师执业资格考试指定教材

税收相关法律

封面设计·林 生

ISBN 7-5005-4108-2



9 787500 541080 >

ISBN 7-5005-4108-2
D-0037 定价: 20.00元