

青少年

QINGSHAONIAN
FALü PUJI

法律普及

罗燕冰 编著



西南财经大学出版社



图书在版编目(CIP)数据

青少年法律普及/罗燕冰编著. —成都:西南财经大学出版社,
2010.7(2011.11重印)

ISBN 978-7-81138-839-8

I. ①青… II. ①罗… III. ①法律—中国—青少年读物
IV. ①D920.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2010)第132035号

青少年法律普及

罗燕冰 编著

责任编辑:张明星
封面设计:墨创文化
责任印制:封俊川

出版发行	西南财经大学出版社(四川省成都市光华村街55号)
网 址	http://www.bookcj.com
电子邮件	bookcj@foxmail.com
邮政编码	610074
电 话	028-87353785 87352368
印 刷	四川森林印务有限责任公司
成品尺寸	148mm×210mm
印 张	7.125
字 数	190千字
版 次	2010年7月第1版
印 次	2011年11月第2次印刷
书 号	ISBN 978-7-81138-839-8
定 价	12.00元

1. 版权所有,翻印必究。
2. 如有印刷、装订等差错,可向本社营销部调换。

内容提要

本书在充分了解我国青少年法律普及现状的基础上进行编写的。本书选取了五个方面的法律知识，分别是宪法、行政法、民法、经济法和刑法。其中宪法是我国的根本大法，主要介绍了宪法的概念、地位，我国宪法的发展历史及其规定的基本制度、基本国策和其他一些重大的或根本性的问题；行政法、民法、经济法和刑法是我国最重要的实体法，主要介绍了这几大法的基本概念、基本原则以及一些与人们生活密切相关的具体法律规定。

这些内容，是做为一个新时期的青少年应该具备的基本的法律知识，对这些基本法律知识进行了解，可以初步建构起法律意识，自觉做一个法律知识的宣传者和法律权利的捍卫者，为我国建设法治社会贡献自己的力量。

前 言

近年来，随着我国法治建设的深入，愈来愈要求公民提高法律素养。要使公民法律素养加强，首先应该从青少年抓起，因此，作者在编写本书的过程中，针对青少年的特点，着重就基础性、实用性的知识详加阐述，力求作到浅显易懂，深入浅出，尽量避免枯燥烦琐的理论推演。不仅如此，还在很多方面进行了大胆的尝试，如将理论与案例结合起来进行编写，即在重要的法律知识点和难点问题后均配有大量的案例，便于青少年们利用案例尽快消化所学的知识。同时，在一些容易混淆的问题和书中无法展开的问题后，精心设计了丰富的“拓展训练”，使读者有较大的自由发挥的空间。此外，每章节后还提供了完整的综合检测题，便于青少年对学到的法律知识进行自测。

通过法律基础知识的学习，使青少年对我国法律体系大致的框架有一个总体的把握，进而了解和掌握与自己密切相关的法律知识，培养青少年初步的法律意识和法制观念，作到知法、守法、用法和护法，提高青少年的法律素养和综合素质。

在编写过程中，本书参阅和借鉴了有关专家、同行的著作及研究成果，在此一并致谢。

由于编者水平有限，加之时间仓促，书中的缺点与不足之处在所难免，恳请读者批评指正。

编者

2010年5月

目 录

第一章 宪法	(1)
第一节 宪法是国家的根本大法	(2)
第二节 依法治国 建设社会主义法治国家	(25)
第二章 行政法	(36)
第一节 行政法概述	(37)
第二节 行政主体概述	(43)
第三节 行政行为概述	(48)
第四节 行政违法	(49)
第五节 行政监督的法律制度	(60)
第三章 民法	(68)
第一节 民法概述	(69)
第二节 民事主体	(75)
第三节 民事法律行为及代理	(87)
第四节 民事权利	(96)
第五节 民事责任	(117)
第四章 经济法	(128)
第一节 经济法概述	(129)
第二节 企业法	(130)
第三节 税法	(134)
第四节 劳动法及社会保障制度	(143)

第五节	消费者权益保护法	(153)
第六节	产品质量法	(160)
第五章	刑法	(169)
第一节	犯罪	(170)
第二节	刑罚	(183)
第三节	刑罚的裁量	(194)
第四节	我国刑法分则规定的犯罪种类	(197)
第五节	几种常见的犯罪的简介	(207)
参考文献	(218)

第一章 宪法

○→ 引例

早晨上学，某校 17 岁学生王某一看快要迟到了，赶快骑上妈妈的轻便摩托车飞奔学校，路上被交警拦住，因为年龄不满 18 周岁且无驾照而受到了处罚；王某来到学校，迟到了，被班主任老师批评。课堂上王某精神恍惚，听课不专心，又被任课老师批评。下午，年级统考物理，王某作弊，被学校处分。王某非常郁闷，回到住家小区后，他到小花园里对一棵小树拳打脚踢，发泄自己的烦躁情绪，被小区管理员发现并批评了一番。爷爷知道王某今天的所作所为后，语重心长地教育了他一番，王某嫌爷爷多管闲事，对爷爷不理不睬的；爸爸看在眼里，对王某非常不满，又训斥了他一顿。王某感叹道：“我今天真是倒霉透顶了！”

【问题】他的“倒霉”是因为没有履行哪些义务造成的？结合案例，说一说权利和义务的关系是怎样的。

【简析】他的“倒霉”是因为没有履行《中华人民共和国宪法》第 33 条规定，我国公民的基本义务：其中第二条公民有遵纪守法的义务；第三条公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务；第五条公民有纳税的义务；除此而外公民还有其他宪法和法律规定应尽的义务。《中华人民共和国宪法》第 53 条规定，中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，保护国家秘密，爱护公共财物，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。本案例中，王某因为没有履行公民遵纪守法的义务而受到了相应的处罚。

党的十五大把“依法治国，建设社会主义法治国家”作为党领导人民治理国家的基本方略，并将其写进了宪法，它标志着我国的法制建设进入了一个新的历史阶段，将对我国的改革开放产生重要的影响。当代学生肩负着“建设中国特色社会主义，实现中华民族伟大复兴”的历史使命，自觉地学法、守法、用法、护法是我国法制建设的需要，也是时代对我们提出的要求。因此，青少年了解一些法律基础知识对我国建设社会主义法治国家，对于提高自身的综合素质都具有重要的意义。

宪法是一个国家的根本大法，是治国的总章程，依法治国首先是依宪治国。宪法规定我国的基本制度、基本国策、公民基本权利和义务、国家机构及活动原则等重点问题，具有最大权威性和最高的法律地位。因此，我们先来了解一下宪法。

第一节 宪法是国家的根本大法

一、宪法的概念和特征

英语里“宪法”一词的原意是组织、规定、结构。“宪法”一词在我国古籍中早有出现，如《国语·晋语》中就有“赏善罚奸，国之宪法”的论述，但这里所指的“宪法”与近现代意义上的宪法含义完全不同，仅是对刑律等一般法的别称。近现代意义上的宪法，作为规定社会基本制度、国家制度、公民基本权利和义务以及国家机构等的国家根本大法，是资产阶级革命的产物。毛泽东同志指出：一个团体要有一个总章程，一个国家也要有一个总章程，宪法就是一个总章程，是根本大法。

宪法的产生是人类文明史上的一大进步。作为国家法的近代意义上的宪法是在国家发展到一定历史阶段之后，即经历了奴隶社会、封建社会，在资产阶级革命取得胜利、建立资本主义国家之后，由

资产阶级最早制定的。因为宪法是对民主事实的法律确认，是民主制度的法律化，而奴隶制、封建制国家一般不存在民主制度，所以，宪法是资产阶级革命的产物。当然，近代意义宪法的产生绝非偶然，它有着深刻的必然原因：资本主义经济的发展是宪法产生的经济因素；资产阶级国家政权的建立和资产阶级民主制度的形成是近代宪法产生的政治因素；资产阶级启蒙思想家的理论为近代宪法的产生奠定了思想基础。在封建社会末期，资产阶级在经济上取得了统治地位，还需要在政治上掌握国家权力，建立适应市场经济发展的政治体制。为达到这一目的，资产阶级首先需要在思想意识上彻底摧毁封建统治的思想体系和理论基础，为资产阶级民主制度的建立奠定理论上和思想上的基础。

资产阶级最早的宪法是英国宪法。英国是世界上最早进行工业革命的国家，也是最先发生资产阶级革命的国家，同时也是世界上最早制定宪法性文件并实行宪政的国家。一般认为，英国宪法的产生应在 1688 年的“光荣革命”后，由 1689 年的《权利法案》和 1701 年的《王位继承法》最终确立了君主立宪制的宪政体制。当然，由于 1215 年的《自由大宪章》等法案的基本精神体现了对王权的限制，往往也被认为是英国宪法的组成部分。

世界上最早出现的社会主义宪法是 1918 年的苏俄宪法，即《俄罗斯苏维埃联邦社会主义共和国宪法（根本法）》。资产阶级虽然首创了宪法的先例，但却始终无法逾越资产阶级宪政的范围。十月革命以后，随着社会主义国家的诞生，1918 年在列宁的主持下，苏联通过了世界上第一部社会主义宪法。这部宪法对以后社会主义国家的制宪产生了极大的影响。

近现代意义上的宪法概念指宪法，是国家的根本大法，它规定国家的根本制度和根本任务，具有最高的法律效力，是人们行为的基本法律准则，是民主制度化、法律化的基本形式。由此可见，宪法是治国安邦的总章程，是一个国家统一的法律体系的核心，是制定其他法律法规的依据，是依法治国的前提和基础。它同法律、法

规相比较，具有以下基本特征：

1. 宪法规定的内容是最根本、最重要的问题

从内容上看，宪法规定国家的根本制度、根本任务和基本国策，如国体、政体、国家结构形式、基本经济制度、公民的基本权利和义务、国家机关和公民的关系等。这些都是国家经济、政治、文化生活中最根本、最重要的问题。而其他普通法律所涉及的内容仅仅是国家和社会中某一特定领域的问题，如婚姻法只规定有关婚姻、家庭方面的问题，刑法只规定犯罪与刑罚的问题等。

2. 宪法具有最大的权威性和最高的法律效力

从效力上看，宪法的效力明显高于普通法律，具有最大的权威性和最高的法律效力，这是由宪法的地位和其规定的内容所决定的。它表现在两个方面：（1）任何法律、法规不得与宪法相抵触，其内容必须符合宪法要求，否则应予以撤销或对抵触部分予以修改；（2）任何组织和个人都必须以宪法为根本活动准则，应负有维护宪法尊严和保证宪法实施的职责。宪法规定了国家的根本制度与根本任务，提供了普通法的立法原则，这就决定了其他普通法律，无论在精神原则还是具体规定的条款上，都不得与宪法相矛盾，否则会无效。

3. 宪法的制定和修改程序大大严格于普通法律

从法律的创制程序看，宪法的制定和修改程序尤为严格，这是保障宪法权威和尊严的重要环节。第一，宪法的制定和修改机关异于普通立法机关，一般是依法特别成立的，如我国只有全国人民代表大会及其常务委员会才能够制定和修改宪法。第二，通过或批准宪法以及宪法修正案程序极其严格，如我国宪法规定：对宪法的修改，必须由全国人大常委会或五分之一以上的全国人大代表提议，并经全国人大全体代表的三分之二以上通过。而普通法律的修改，一个代表团或三十名以上代表联名就可以提出，经全国人大代表过半数通过即可。

二、我国现行宪法及其修正案

新中国成立后，先后颁布实施了一个宪法性文件和四部宪法，即1949年制定的起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》（简称《共同纲领》）、1954年宪法（我国第一部社会主义类型的宪法）、1975年宪法、1978年宪法和1982年宪法（现行宪法）。

1982年宪法是我国的现行宪法，由第五届全国人大第五次会议于1982年12月4日通过，由序言、总纲、公民基本权利和义务、国家机构、国旗、国徽和首都组成，共138条。这部宪法以四项基本原则为指导思想，继承和发展了1954年宪法的基本原则和精神，全面总结了新中国成立30多年来社会主义建设正反两个方面的经验和教训，反映了我国改革开放以来各个方面取得的巨大成就，是三中全会精神的法律化。这部宪法无论在指导思想、基本内容，还是在宪法规范及内容结构上，都是新中国成立以来最好的一部宪法。

随着改革开放的深入和社会主义建设事业的发展，我国在政治、经济、文化等领域发生了巨大的变化。为了适应这种变化，全国人大以宪法修正案的形式对这部宪法进行了四次修改：

1. 1988年宪法修正案

1988年4月12日第七届全国人大第一次会议对现行宪法进行了第一次修订，通过了两条宪法修正案，即宪法修正案的第一条和第二条：（1）“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。”这就从立法上明确了私营经济的法律地位和国家对私营经济的政策，有利于促进私营经济的发展。（2）“土地使用权可以依照法律的规定转让。”这样有利于人们节约土地资源和合理利用土地资源，有利于建立和完善包括房地产市场在内的社会主义市场体系，有利于更好地吸引外资和扩大对外开放，并为国家、集体筹措建设资金开辟了新的道路。

2. 1993 年宪法修正案

1993 年 3 月 29 日第八届全国人大第二次会议通过了九条宪法修正案，即第三条至第十一条：（1）增加了“我国正处于社会主义初级阶段”、“根据建设有中国特色社会主义的理论”的规定，将国家的建设目标由“高度文明、高度民主的社会主义国家”改为“富强、文明、民主的社会主义国家”。（2）增加规定“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”。（3）将“国营经济”改为“国有经济”。（4）将“农村人民公社、农业生产合作社”改为“农村中的家庭联产承包为主的责任制”。（5）将“计划经济”改为“社会主义市场经济”。（6）将县级（包括县、自治县、不设区的市、市辖区）人民代表大会代表的任期由原来的 3 年改为 5 年等。

3. 1999 年宪法修正案

1999 年 3 月 15 日第九届全国人大第二次会议通过了六条宪法修正案，即第十二条至第十七条：（1）在宪法序言中规定“邓小平理论”的指导地位，并规定我国“将长期”处于社会主义初级阶段。（2）在宪法第五条增加一款“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。（3）在宪法第六条中增加规定：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体，多种所有制共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体，多种分配方式并存的分配制度”。（4）将宪法第八条第一款中“以家庭联产承包为主的责任制”修改为“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”。（5）将宪法十一条关于“个体经济、私营经济是社会主义公有制经济的补充”的规定，修改为“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分”。（6）把宪法第二十八条中规定的“反革命的活动”修改为“危害国家安全的犯罪活动”。

4. 2004 年宪法修正案

2004 年 3 月 14 日第十届全国人大第二次会议对现行宪法进行了第四次修订。该修正案把党的十六大确定的重大理论观点和重大方

针政策写进了宪法，特别是把“三个代表”重要思想同马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论一道确立为国家政治和社会生活中的指导思想；增加推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展的内容；在统一战线的表述中增加社会主义事业的建设者；完善土地征用制度；进一步明确国家对发展非公有制经济的方针；完善对私有财产保护的规定；增加建立健全社会保障制度的规定；增加尊重和保障人权的規定；完善全国人民代表大会组成的规定；关于紧急状态的规定；修改乡镇政权任期的规定；增加对国歌的规定等。

对现行宪法的四次修订，如实地反映了我国改革开放和现代化建设的现实状况，体现了在新的历史时期我国社会主义建设对宪政制度提出的新要求，总结了建设有中国特色社会主义的新经验，这不仅巩固了我国改革和发展的成果，而且从政治、经济、思想等方面为今后的改革和发展提供了宪法依据，具有十分重要的意义。

[讨论] 2004年宪法修正案对我国今后的改革和发展有何重大意义？

三、宪法规定我国的基本制度

宪法规定国家的基本制度，包括国家性质、国家根本政治制度、经济制度和分配制度等。

1. 我国的国家性质

国家性质又称为“国体”，即国家的阶级本质。它是由社会各阶级、阶层在国家中的地位所反映出来的国家的根本属性。人类历史上曾出现过四类不同性质的国家，先后是奴隶制国家、封建制国家、资本主义国家和社会主义国家。

我国《宪法》第一条规定：“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。”这一规定表明我国的国家性质即国体是人民民主专政制度，反映了我国各阶级在国家中的地位和作用。人民民主专政是新型民主与新型专政的

有机结合，是无产阶级专政的一种具体表现形式，两者在精神实质和核心内容上是根本一致的，人民民主专政是马克思主义与中国具体实践相结合的产物。

2. 我国的根本政治制度

根本政治制度通常是指一个国家的政权组织形式，简称为政体，是指统治阶级按照一定的原则组成的，代表国家行使权力以实现解决统治任务的国家政权机关的组织体制。对目前各国具体的政体形式进行归纳，大致可将其分为君主制政体和共和制政体两大类。实行什么样的政权组织形式是由这个国家的阶级本质所决定的。我国《宪法》第二条规定：“中华人民共和国一切权力属于人民，人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”这一规定表明，我国的政体是人民代表大会制度。

人民代表大会制度是指我国的一切权力属于人民；人民在普选的基础上选派代表，按照民主集中制的原则，组成全国人民代表大会和地方各级人民代表大会并集中统一行使国家权力；其他国家机关由人民代表大会产生，受人民代表大会监督，对人民代表大会负责；人大常委会向本级人民代表大会负责，人民代表大会向人民负责，并最终实现人民当家作主的一项根本政治制度。

3. 我国的经济制度和分配制度

经济制度是指经济基础或经济结构，是一个国家通过宪法、法律规定的各种生产资料所有制和它们所构成的经济成分以及国家对各种经济成分的基本政策与管理国民经济的原则等方面的制度的总和。经济制度的核心内容是生产资料的所有制形式，它决定了一个国家的政权性质，是一国政治、经济、文化发展的物质基础。

我国目前处于社会主义初级阶段，这个阶段的基本经济制度就是：“国家在社会主义初级阶段，坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。”我国宪法第六条（1999年修正案）作了上述规定。

分配制度是经济制度的重要组成部分，直接关系到广大劳动者的切身利益。与以公有制为主体、多种所有制经济共同发展这一基本经济制度相适应，我国在分配制度上是以按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度。宪法修正案第十四条（1999年修正案）规定：“社会主义公有制消灭人剥削人的制度，实行各尽所能、按劳分配原则”，“坚持按劳分配为主体，多种分配方式并存的分配制度”。目前我国除了按劳分配这种主要分配方式外，其他常见的分配方式还有：企业发行债券筹集资金，由此会出现凭债券获得的利息；随着股份经济的产生，股份分红相应出现；企业经营者的收入中，包括部分风险补偿；私营企业雇佣一定数量劳动力，会给企业主带来部分非劳动收入等。

四、宪法规定我国公民的基本权利与义务

（一）公民的权利与基本人权

1. 公民与人民

公民是指具有一国国籍的自然人。我国《宪法》第三十三条第一款规定：“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”在我国，凡具有中国国籍的人都是中国公民，成为宪法规定的基本权利主体，而不受民族、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况等因素的影响和限制。

在我国，一般而言，“公民”与“国民”含义相同，“国民”作为“公民”的同义词曾在《共同纲领》中出现。1953年第一部《选举法》用“公民”一词取代“国民”的称谓，然而，“公民”与“人民”是不同的两个概念。公民是具有一国国籍的自然人，而人民则是与敌人相对应的政治概念，指掌握国家政权的统治阶级及其同盟者，非泛指一国之内的全体公民。公民的范围比人民的范围更加广泛，公民中除包括人民外，还包括人民的敌人。

2. 公民权利与人权

人权是指在一定的社会历史条件下每个人按其本质和尊严享有或应该享有的基本权利，是一个政治概念，其最初的含义包括人们追求生命、财产、自由和幸福的权利。

作为一个政治概念，人权的内涵是随着人类民主政治的逐步进步而不断丰富发展的，经历了一个平等自由权到参政权再到经济文化权和国际化的发展过程。今天，国际人权保障正在逐渐深化和广泛发展，已经成为推进各国人权改善、提高全人类整体生存质量的重要力量。

公民权利是人权的法律化和具体化，它是人们对宪法基本权利和义务的通称，是指国家通过宪法和法律所保障的，公民实现某种愿望或获得某种利益的可能性。

公民权与人权有着历史的、政治的联系，宪法公民权的相关规定以人权作为政治基础和理性依据，而这种人权写入宪法的过程也为人权的发展和实现提供了具体化途径和法律保障。但人权与公民权又有着严格区别，这种区别主要表现在：首先，二者性质不同。人权是一个政治概念，还在实践中不断发展着，不同的人或国家可以对人权有各自的理解和解释；而公民权是一个法律概念，其含义和保护方式有着稳定严格的界定，人权的内容一旦写入宪法而成为公民权，就具有了固定含义，只能依法解释和保护。其次，二者范围不同。人权的内容范围要广泛得多，就基本人权而言，主要包括生存权、发展权、公民的政治、经济、社会、文化权利；公民权利相对来说内容范围比人权要窄。此外，人权与公民权相比，还有阶级性、民族性、地域性、时代性以及国际性等的特点，这些都使我们不能将两者混为一谈。

我国党和政府高度重视推进和发展我国的人权事业，为保障和实现中国人民的人权进行了不懈的努力，2004年第四次宪法修正案明确规定“国家尊重保障人权”。

（二）我国公民的基本权利

根据宪法的规定，我国公民的基本权利主要包括以下几个方面：

1. 平等权

平等权是我国宪法赋予公民的一项基本权利，是权利主体参与社会生活的前提和基本条件。平等权是指公民平等地享有权利，不受任何差别对待，要求国家同等保护的权力。我国《宪法》第三十三条规定：“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”平等权的含义包括：（1）所有公民平等地享有权利、平等地履行义务；（2）任何公民享有的平等权都不是绝对的，要受到法律的约束；（3）公民的平等权主要是指司法上的平等，内容包括实施法律、执行法律、适用法律上平等；（4）法律面前的平等指权利能力的平等，而非行为能力的平等，因为行为能力因人而异，而权利能力却能够平等。所以，法律面前一律平等仅指法律范围内的平等，并非事实上的平等。

[案例]

1995年12月，浙江医科大学作出一项决定，从1996年起该学校不招收吸烟的学生，其理由是：吸烟是当今世界公认的三大不良习惯之一，为保护公共环境的洁净和人类健康，应该积极提倡不吸烟，而培养健康卫士的医学院更应该带头。这一消息被国内几家有影响的文摘报纸转摘。在此后的1996年初在北京召开的第10届世界烟草和健康大会上，大会发出了《在全国医学院开展禁烟活动的倡议》，倡议从1996年开始医学院不再招收吸烟的学生。

问：（1）学校的决定能否与宪法相违背？

（2）学校的决定侵犯了公民的什么基本权利？

2. 政治权利和自由

政治权利和自由，又称参政权，是指公民依据宪法和法律的规定，参与国家政治生活，表达和实现个人政治愿望的权利。在近代民主社会，参政权是公民基本权利的核心内容，是其他基本权利实现的政治保障，也是民主政治的基础。

依据宪法的规定，我国公民的政治权利和自由具体包括：

（1）选举权和被选举权

这是公民参加管理国家事务的一项最基本的政治权利。我国《宪法》第三十四条规定：“中华人民共和国年满 18 周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”选举权和被选举权是我国公民参加国家管理、实现当家作主的基本手段，也是公民行使国家权力的基本形式，体现了公民管理国家的主人翁地位。

[案例]

某地选举人民代表时，张某在三次讨论候选人提名过程中，对群众提出的候选人没有表示反对，也没有提出新的候选人。在正式选举中，张到会场对一些选民说：“我们不选他们（指两个候选人），我要选就选我自己。”他先向两名没有带笔的选民索要选票。因为这些选民没有听到张说“要选自己”的话，以为他为人代笔，便把选票交给他代写。就这样张共收了 33 张选票，在未征求选举人同意的情况下，把两个候选人的名字上打了“×”，在另选人栏下填上自己的名字。

问：张某的行为违反了宪法的什么规定，侵犯了其他公民的哪项基本权利？

（2）政治自由

政治自由是近代民主自由的基础，是公民表达个人见解和意愿，参与正常社会活动和国家管理的一项基本权利。我国《宪法》第三十五条规定：“中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。”

①言论自由。言论自由是指公民有权通过各种语言形式宣传自己的思想和观点的自由。从广义上说，新闻、出版、著作等包括在

言论自由的范畴内；从狭义上说，出版自由不包括在言论自由内，言论自由在六项政治自由中居于首要地位。但应该看到，言论自由必须在法律规定的范围内行使，任何公民不得利用言论自由进行煽动分裂国家、侮辱诽谤他人人格尊严等违法犯罪活动。

②出版自由。出版自由是指公民可以通过公开发行的出版物，包括报纸、期刊、图书、音像制品、电子出版物等，自由地表达自己对国家事务、经济和文化事业、社会事务的见解和看法，它是言论自由的延伸。出版自由作为公民的一项基本权利，既是交流思想和见解的手段，也是进行思想教育和促进科学文化事业发展的重要途径。

③结社自由。结社自由是公民为一定宗旨，依照法定程序组织或者参加具有持续性的社会组织的自由。公民的结社可以分为两种：第一是以营利为目的的结社；第二是以非营利为目的的结社，其中又分为政治性结社和非政治性结社。宪法中所指的结社通常是指政治性结社。

④集会、游行、示威自由。集会、游行、示威自由是我国公民表达其意愿的重要途径，直接反映了公民的宪法地位。集会自由是公民享有的由宪法赋予的临时集合在一定场所，讨论问题、研究问题、交流思想和表达意愿的自由。游行自由是指公民在公共场所依照法律规定持标语、旗帜等标志，列队行进，表达其政治愿望或要求的自由。示威自由是指公民在公共道路或露天公共场所，以集会、游行或静坐等方式，表示抗议、支持、义愤的情绪，以显示决心和力量的自由。

对于集会、游行、示威自由国家制定了有关法律法规加以保障和管理，1989年我国制定了《中华人民共和国集会游行示威法》，对集会、游行、示威的概念和标准作了具体的规定，进一步明确了我国公民享有的这些自由应在法律规定的范围内行使，不得损害国家、集体和其他公民的权利和自由，否则要受到法律的制裁。

[案例]

由于对政府实施的煤炭税费据实征收措施不满，不经批准，湖南省嘉禾县的李某、胡某等人密谋组织全县的煤炭运输个体户、货车司机聚集县城示威，以对抗政府。4月13日，县城各个路口停摆的车辆达数百辆，造成交通秩序严重混乱。同时，被告人李某等又以货车堵塞县政府大院门口，并在县政府门口呐喊示威。晚上，被告李某等又开车用石块对值勤的公安民警、交警以及警车进行袭击，对值勤民警进行殴打，致使多名公安干警被击伤，数辆警车被损坏。

问：（1）关于集会示威，宪法是如何规定的？

（2）关于合法集会示威与非法集会示威的界限，法律是如何规定的？

3. 宗教信仰权

宗教信仰权是指宪法规定的公民享有信教和不信教的自由，有信仰这种宗教或那种宗教的自由，有信仰这个教派或者那个教派的自由，有过去信教而现在不信教或者过去不信教而现在信教的自由，任何国家机关、社会团体和个人都不得强制和歧视。我国《宪法》第三十六条规定“中华人民共和国公民有宗教信仰自由”，这是我国公民宗教信仰自由的宪法依据。

宗教信仰自由作为公民的一项基本权利，受宪法和法律的保障，但同时也受法律的限制。国家不允许任何利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民健康和妨碍国家教育制度的活动。

[案例]

甲乙二人为夫妻。丈夫甲在结婚时曾提出条件，自己的妻子必须与自己信仰同一宗教。当时乙符合该条件，于是甲乙二人结婚。结婚一段时间以后，妻子乙改变了自己所信仰的宗教。于是，甲诉至法院要求解除婚姻关系。理由是乙改变了自己的宗教信仰，因此不再符合甲在结婚前对自己的配偶提出的要求，婚姻关系应予以

解除。

- 问：(1) 关于宗教信仰自由，宪法是如何规定的？
(2) 宗教信仰自由与离婚自由发生冲突时，应如何处理？
(3) 如果你是本案的法官，你将如何判决？

4. 人身权

人身权又称人身自由权，是公民最基本、最起码的权利，是指公民的人身、人格和住宅不受侵犯，以及与人身密切相连的通信自由和通信秘密受法律保护。我国宪法对此有四项规定：第一，公民的人身自由不受侵犯，任何公民人身自由非经法定程序不得被限制或剥夺。第二，公民的人格尊严不受侵犯。1982年宪法规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何办法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”第三，公民的住宅不受侵犯，禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。第四，公民的通信自由和通信秘密受法律保护，除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要，公安机关或者检察机关依照法定程序对通信进行检查外，任何组织和个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

[案例]

李某、纪某均为某市高职学生，好搞恶作剧，不思学习，每天放学就在车站、市场乱转。一天，李、纪二人想起一个搞恶作剧的“妙法”。于是两个人给火车站派出所发去一封匿名的举报信。信中说：“最近有人备了几公斤炸药，准备炸火车站。”火车站派出所接到报案，立即报告区公安分局，区公安分局又报告了市公安局，市公安局下令从即日起，加强火车站、长途汽车站的监视检查，并在全市进行戒备，并派出刑警队进行立案侦察。经过十天时间的侦查，最后发现是李某、纪某二人在搞鬼。

问：公民可以行使举报权吗？宪法对此是怎样规定的？

5. 政治诉愿权

政治诉愿权，是公民依照宪法规定而享有的提出政治诉求和进行政治监督的权利，包括批评、建议、申诉、控告、检举和取得赔偿的权利。宪法规定，我国公民对任何国家机关和工作人员，有提出批评和建议的权利；有向国家机关提出申诉、控告和检举的权利，但不得捏造或歪曲事实进行诬告和陷害。因国家机关和工作人员侵犯而受到损失的公民，有依照法律规定取得赔偿的权利。

6. 社会经济权利

社会经济权利是指公民在经济生活和物质利益方面所享有的权利，它是公民实现其他权利的物质保障。我国公民享有的社会经济权利主要包括以下几方面的内容：

(1) 公民的劳动权。《宪法》第四十二条规定：“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”公民的劳动权是指有劳动能力的公民有获得劳动并按照劳动的数量和质量取得劳动报酬的权利。第四十二条还规定：“国家通过各种途径，创造劳动就业条件，加强劳动保护，改善劳动条件，并在发展生产的基础上，提高劳动报酬和福利待遇。”“国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练”。

(2) 劳动者的休息权。《宪法》第四十三条规定：“中华人民共和国劳动者有休息的权利。”休息权是指劳动者为保护身体健康和提高劳动效率而享有的休息和休养的权利。为了保障劳动者的休息权，宪法还规定：“国家发展劳动者休息和休养的设施，规定职工的工作时间和休假制度”，从而保障了劳动者休息权利的实现。

(3) 退休人员的生活保障权。《宪法》第四十四条规定：“国家依照法律规定实行企事业组织的职工和国家工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。”退休制度是指国有和集体等企业、事业组织的职工和国家机关的工作人员达到一定年龄，离开劳动岗位进行休息或休养时，依照国家法律或者有关规定领取离休金或退休金的制度。

(4) 社会保障权。《宪法》第四十五条规定：“中华人民共和国

公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。”社会保障权，是公民失去劳动能力或者暂时失去劳动能力而无法获得必要的物质生活资料时有从国家和社会获得生活保障、享受集体福利的权利。

7. 文化教育的权利和自由

公民的文化教育权包括受教育权与进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。我国《宪法》第四十六条规定：“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。”公民享有受教育的权利是指公民有在国家和社会提供的各类学校和机构中学习文化科学知识的权利。《宪法》第四十七条规定：“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作，给予鼓励和帮助。”

[案例]

青岛两考生参加完高考之后，因不满全国高考录取根据地域区别分数线，向最高人民法院提起行政诉讼，状告教育部，主张自己的平等受教育权。

问：（1）本案涉及宪法中规定的公民的哪些基本权利？

（2）被侵犯权利的人是否可以依据宪法主张自己的权利？

（3）高考区别地区录取的规定是否有违平等权、受教育权的内涵和精神？理由是什么？

8. 特定人的权利

特定人是指具有特殊身份的公民。我国宪法除了对所有公民应该普遍享有的权利有明确而详细的规定外，还对这类身份特殊的公民给予特别保护。主要包括以下几个方面：

（1）保护妇女、儿童和老人的合法权益。《宪法》第四十八条规定：“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家

庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。国家保护妇女的权利和利益，实现男女同工同酬，培养和选拔妇女干部。”《宪法》第四十九条规定：“婚姻、家庭、母亲、儿童受国家的保护。”“禁止破坏婚姻自由，禁止虐待老人、妇女和儿童。”男女平等的程度是衡量一个国家民主程度的重要标准，也是衡量一个国家人权实现状况的尺度。

(2) 保护华侨、归侨和侨眷的合法权益。华侨是侨居在外国的中国公民，归侨是已经回国的华侨，侨眷是华侨在国内的家属。《宪法》第五十条规定：“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益，保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。”这一规定体现了国家对广大华侨、归侨和侨眷的关怀和爱护。现实中，他们绝大多数热爱祖国，关心、支持祖国的建设和发展，拥护祖国统一，因此，他们的合法权益应该受到保护。

(3) 保护烈军属的合法权益。我国《宪法》规定：“国家和社会保障残废军人的生活，抚恤烈士家属，优待军人家属。”残废军人、烈军属为祖国的安全和建设作出了重大贡献，国家和社会应当高度重视，努力做好优抚工作，这对鼓舞士气，增强国防力量，甚至对提高广大群众的爱国主义思想都有着重要意义。根据宪法的规定，我国的兵役法对残废军人、退役军人、烈士家属，牺牲、病故军人家属，以及现役军人家属的优待和安置问题，作了专门规定，从而在法律上切实保证了宪法这一规定的贯彻实施。

此外，《宪法》第四十五条还规定：“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下，有从国家和社会获得物质帮助的权利。”物质帮助权，实质是对失去劳动能力或者暂时失去劳动能力而无法获得必要的物质生活资料时的一种救济，是由国家和社会给予生活保障、享受社会福利的一种权利。

(三) 我国公民的基本义务

在我国，公民的权利和义务是相互依存、不可分割的整体。我国公民在享受国家赋予的基本权利的同时，也应承担相应的义务。公民的基本义务是国家和社会对公民最重要、最基本的要求。主要

包括以下几个方面的内容：

(1) 维护国家统一和各民族团结。《宪法》第五十二条规定：“中华人民共和国公民有维护祖国统一和全国各民族团结的义务”。国家统一和各民族团结是建设社会主义现代化的重要保证。维护国家统一是指维护国家主权独立和领土完整。在我国，维护国家统一的重要内容和标志是维护民族团结。我国是统一的多民族国家，全国共有 56 个民族，能否正确处理民族关系对国家的统一和稳定将产生重要的影响。

(2) 遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。

(3) 维护祖国的安全、荣誉和利益。《宪法》第五十四条规定：“中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。”国家的荣誉关系到国家和民族的尊严，是爱国主义的具体体现。维护祖国的安全、荣誉和利益，一方面要求每个公民承担爱国的基本义务；另一方面，也是对少数人为谋求私利不惜出卖国家利益的行为的禁止性和限制性规定。

(4) 保卫祖国，依法服兵役和参加民兵组织。《宪法》第五十五条规定：“保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务。”根据我国兵役法规定，我国实行义务兵役制为主体的义务兵与志愿兵相结合、民兵与预备役相结合的兵役制度，我国公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰和教育程度，都有义务服兵役，但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。

[案例]

施某，男，20岁，上海市南汇县书院乡村民。施某为1992年冬季征兵的应征公民，在乡、村干部动员其报名应征时，态度不端正，不愿履行兵役义务。后经乡村干部耐心做工作后，勉强参加了应征体检，身体合格，经乡、县政治审查，施某合格。施本应无条件服从征兵命令，参加解放军。但施某无视征兵命令，于同年11月外出无踪影，逃避服兵役。为此，南汇县政府征兵办公室根据有关法规，于1993年2月25日作出“给予一次性罚款1500元”，“劳动部门两年内不予以开具招工证明，乡政府、村民委员会3年内不安排其进乡、村办企业工作”等四项处罚决定。施某在法定期间，既不申请复议，又不向法院起诉，也不履行处罚决定。为此，征兵办公室依法向法院申请强制执行。

问：（1）施某的做法是否符合宪法的规定？

（2）南汇县政府征兵办公室的处罚决定是否合法？为什么？

（5）依法纳税。《宪法》第五十六条规定：“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。”纳税义务是指纳税人依法向税收部门按一定比例缴纳税款的义务。纳税作为法律义务，具有强制性。国家对拒绝纳税或者偷税、骗税、抗税的行为，要给予法律制裁。

税收是国家筹措资金的重要方式，是国民收入的重要来源，是国家进行宏观调控的重要手段，公民的纳税义务对于发展国民经济有重要的作用。

[案例]

1995年10月17日，四川省成都市苏坡税务所的数名税务干部前往红碾村进行税务检查。在检查到张某所开的皮鞋生产作坊时，张阻止税务干部进入其生产场所进行检查，并用下流语言辱骂税务干部。在税务干部多次耐心地向其宣传依法纳税的义务无效的情况下，税务干部依照国家税法的有关规定对其作坊进行强行检查。当

发现张某自今年5月开办皮鞋生产作坊以来，多次拒绝向税务所申报纳税，欠税总额4859.92元的违法事实时，张某恼羞成怒，居然公开用铁锤威胁并欲殴打税务干部，并引起不明真相围观群众的起哄和抓扯，致使数名税务干部受伤，在联防队和派出所干警的制止下才平息了事态。

问：(1) 公民为什么应该依法纳税？谈谈你的看法。

(2) 张某的行为是否违法？

五、宪法规定的国家机构

国家机构是国家为实现其职能，依照宪法法律的规定而建立起来的各类国家机关的总和。我国是工人阶级领导的，以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家，因此我国的国家机构是社会主义性质的。我国宪法通过规定行使国家权力的国家机构、明确其相应职权以及相互之间的关系的方式来规范国家权力。

我国的国家机构主要包括国家权力机关、国家行政机关、国家主席、国家军事机关、国家审判机关、国家检察机关和民族自治地方的自治机关。

(一) 全国人民代表大会及其常务委员会

1. 全国人民代表大会

全国人民代表大会是我国的最高国家权力机关，行使立法权并决定国家生活中的一切重大问题。它由各省、自治区、直辖市的人民代表大会和军队选出的代表组成，每届任期5年。其职权可以概括为五个方面：第一，修改宪法、监督宪法的实施；第二，制定和修改基本法律；第三，选举、决定和罢免最高国家领导人；第四，决定国家重大问题，包括审查和批准国民经济和社会发展计划以及计划执行情况的报告，审查和批准国家预算和预算执行情况的报告，批准省、自治区和直辖市的划分，决定特别行政区的设立及其制度；

第五，最高监督权。全国人民代表大会有权监督由其选举产生的其他国家机关的工作等。

2. 全国人民代表大会常务委员会

全国人民代表大会常务委员会是全国人民代表大会的常设机关，是国家最高权力机关的组成部分，对全国人民代表大会负责并报告工作。它每届任期5年，委员长和副委员长连续任职不得超过两届。其职权为：第一，解释宪法、监督宪法的实施；第二，行使国家立法权及解释法律；第三，国家生活中某些重大问题的决定权；第四，对国家机关领导人的任免权；第五，对其他国家机关工作行使监督权等。

(二) 中华人民共和国主席

中华人民共和国主席，是中华人民共和国的代表，是我国国家机关的重要组成部分，是对外代表国家的独立的中央国家机关，依法与全国人民代表大会常委会结合行使国家元首职权，而不是握有国家权力的个人。国家主席由全国人民代表大会选举产生，从属于全国人民代表大会。有选举权和被选举权的年满45周岁的中华人民共和国公民均有权被选为中华人民共和国主席、副主席。任期5年，连续任职不得超过两届。

国家主席的职权包括：第一，公布法律、发布命令；第二，任免国务院组成人员和驻外全权代表；第三，外交权；第四，荣典权，即国家主席根据全国人大常委会的决定，授予国家的勋章和荣誉称号，并享受对外交往中的最高礼遇。

(三) 国务院

国务院是我国的中央人民政府，是最高国家权力机关的执行机关，是国家最高行政机关。它对全国人民代表大会及其常委会负责并报告工作。国务院设总理，副总理若干人，国务委员若干人，各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长。国务院每届任期5年，国务院总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。国务院实行总理负责制。

国务院的职权包括：第一，根据宪法和法律，规定行政措施，制定行政法规，发布决定和命令；第二，向全国人民代表大会和全国人大常委会提出议案；第三，对所属各部、委和地方各级行政机关的领导的监督权；第四，对全国各项行政工作的管理权；第五，对行政人员的任免、奖惩权；第六，国家最高权力机关授予的其他职权。

（四）中央军事委员会

中央军事委员会，是宪法规定的国家最高军事领导机关，是我国国家机构的重要组成部分，它领导和指挥全国的武装力量。中央军事委员会实行主席负责制，主席由全国人民代表大会选举产生，对全国人民代表大会及其常务委员会负责，中央军事委员会每届任期5年，宪法对中央军事委员会主席连续任职的届数没有作出明确的限制，这是和我国其他国家机关任期存在的不同地方。

（五）地方各级人民代表大会和地方各级人民政府

1. 地方各级人民代表大会

地方各级人民代表大会是指省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇的人民代表大会。地方各级人民代表大会由地方行政区域内人民选出的代表组成。省、直辖市、设区的市的人民代表，由下一级人民代表大会选举产生，任期5年；县、不设区的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人民代表，由选民直接选举产生；县、自治县、市、市辖区的人民代表大会每届任期5年；乡、民族乡人民代表大会每届任期3年。地方各级人民代表大会的职权包括：第一，保证宪法、法律、行政法规的贯彻和执行；第二，决定地方性重大事务；第三，选举和罢免本级国家机关的负责人；第四，监督权；第五，省、自治区、直辖市和较大的市的人民代表大会可以制定地方性法规。

2. 地方各级人民政府

地方各级人民政府是指省、直辖市、县、市、市辖区、乡、民族乡、镇人民政府。地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的

执行机关，是地方各级国家行政机关。它对本级人民代表大会及其常务委员会负责并报告工作，同时也对上一级国家行政机关负责并报告工作。每届任期与本级人大任期相同。地方各级人民政府的职权主要包括：第一，执行本级权力机关的决议和上级行政机关的决定和命令，规定实施措施，发布决定和命令；第二，省、直辖市的人民政府，省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府，可以根据法律、行政法规，制定行政规章；第三，执行国民经济和社会发展计划和预算，管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、公安、民政、民族事务、环境保护、城乡建设、司法行政、监察、计划生育等行政工作；第四，依照法律任免、培训、考核和奖惩国家行政机关工作人员等。

（六）民族自治地方的自治机关

民族自治地方的自治机关是自治区、自治州、自治县的人民代表大会和人民政府。它们是民族自治地方行使自治权的国家机关，除了有权行使相应一级人民代表大会和人民政府的职权外，同时还可以依照宪法等法律规定的权限行使广泛的自治权。民族自治地方的自治机关的自治权包括：根据本地区实际情况，贯彻执行国家的法律和政策，如果上级国家机关的决议和命令不适合本地情况，经上级国家机关批准，可以变通或者停止执行；制定自治条例和单行条例；管理地方财政；自主安排和管理本地方的经济建设事业和教科文卫事业；可以依照法律组织本地方维护社会治安的公安部队等。

（七）人民法院和人民检察院

1. 人民法院

人民法院是我国的审判机关，依照法律独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。它的组织系统包括最高人民法院、地方各级人民法院和专门人民法院。最高人民法院，设在首都北京，是国家的最高审判机关，对全国人民代表大会及其常委会负责并报告工作。地方各级人民法院，是地方各级国家审判机关，对

产生它的权力机关负责并报告工作。地方各级人民法院分为高级人民法院、中级人民法院和基层人民法院。专门人民法院是在特定行业设置的对特定案件进行审判的人民法院。最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的工作。

2. 人民检察院

人民检察院是国家的法律监督机关，依照法律独立行使监督权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。法律监督是统治阶级为了维护自己的统治，为统一实施法律而实行的一种专门监督。这种保障宪法和法律统一实施的权力，就是人们通常所说的检察权。它的组织体系包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和专门人民检察院。最高人民检察院是我国的最高检察机关，对全国人民代表大会及其常委会负责并报告工作。地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关负责并报告工作。最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作，上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。

[拓展训练] (1) 查一查我国宪法对特别行政区的自治权力有哪些特殊规定。

(2) 我国宪法有关民族区域自治制度的规定有哪些？

第二节 依法治国 建设社会主义法治国家

一、依法治国方略的提出

社会主义国家作为人类历史上最高类型的国家，不仅实现了人民当家作主，而且也应当成为一个新型的法制国家，继八届全国人大四次会议明确提出“依法治国，建设社会主义法治国家”之后，党的十五大进一步把“依法治国，建立社会主义法治国家”作为党领导依法治理国家的基本方略，在党的代表大会上正式地提出来，

并写进了党章和宪法，这是对邓小平法制思想的继承和发展，是社会主义国家治国方略的重大进步，标志着我们党和国家治国方略的历史性转变，是我国法制建设理论和发展史上的重要里程碑。

二、法制、法治和依法治国的含义

（一）法制和法治

1. 法制的含义

法制从广义上来说，就是指国家的法律建设，或者说是一个国家或地区的法律上层建筑的整个系统。在这个系统中，核心是现行的法律体系，同时包括与现行法律适应的法律意识，特指占统治地位的法律意识以及现实的法律制定、法律实施和法律解释等法律实践活动。概括起来，法制是指一个国家法律制度的总和，它包括立法、执法、司法、守法、法律监督的合法性原则、制度、程序和过程。

2. 法治的含义

从一般意义上说，法治特指建立在现代民主基础上的依法治理国家的制度和方略，包含两个部分，即形式意义的法治和实质意义的法治，是两者的统一体。其基本意义是依法办事，强调法律应当得到普遍的服从和尊重。依法体现在一个国家中，一切国家机关、公职人员、公民、社会组织和团体普遍守法的原则和状态，即依法办事的原则和状态。

社会主义法治，是指工人阶级及其政党领导全体人民依法治国、实行依法办事的原则、制度及其运行机制的总称，其中“依法治国”是其外在形式，“依法办事”是其基本要素。

[讨论] 法治和人治的本质区别是什么？实行人治的弊端表现在哪些地方？举例说明。

3. 法制和法治的关系

法制和法治是两个不同的概念，但两者又有紧密联系。法制通

常是指国家的法律和制度，是一种社会制度，这种意义的法制与民主没有必然联系，它可以存在于任何历史类型的国家之中；而法治是一种治理国家的理论、原则、理念和方法，是一种社会意识，必然与民主有着天然的联系，要求的是政治民主和普遍守法，其核心是严格依法办事，所以只能存在于资本主义社会和社会主义社会之中。

法制和法治虽在内涵上有本质的区别，但两者又有密切的联系。法制和法治同属一个国家的上层建筑范畴，都以国家的法律制度为内容，都受到一定社会物质生活条件的制约。法制是法治的前提，实行法治首先要有完备的法律和制度；反之，法治是法制的真正实现。

（二）依法治国的科学含义

依法治国不是一个简单的口号，它有着丰富的内涵。江泽民在党的十五大报告中，对依法治国的科学含义作了全面系统的阐述。他指出：“依法治国，就是广大人民群众在党的领导下，依照宪法和法律规定，通过各种途径和形式管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务，保证国家各项工作都依法进行，逐步实现社会主义民主制度化、法律化，使这种制度和法律不因领导人的改变而改变，不因领导人的看法和注意力的改变而改变。”这一科学的表述，不仅继承和发展了邓小平的法治思想，而且在具体理论上有了重大突破，具有极为重要的理论与实践意义。

三、依法治国、建设社会主义法治国家的主要任务

与法治国家相对立的是专制国家，要彻底摒弃专制制度，做到依法治国，就要依靠合理配置权利、义务和责任的法制来约束国家权力，规范社会主体的行为，建成一个社会稳定和具有良好的秩序的国家。我国社会主义法治的直接目标是建设富强、民主、文明的社会主义现代化国家，这是一项需要人民群众广泛参与的艰巨复杂的系

系统工程，要经历长期的历史发展过程，要经历几代人持续不断的努力。依法治国、建设社会主义法治国家的主要任务，包括以下内容：

（一）完善法律体系，确保有法可依

有法可依是依法治国的前提和基础。要做到有法可依，就必须完善社会主义法律体系，进一步加强立法工作，通过立法，使我国建立起一个部门齐全、结构严谨、内部和谐、体制科学和协调发展的完备的法律体系。在立法中应坚持立法与改革、发展相结合的原则，用立法引导和推进国家的改革，确保可持续发展；坚持立法严密细致的原则，提高法律的可操作性；加强对立法的科学研究，完善立法制度和程序，改善立法技术和方法，提高立法质量和水平，以高质量、高水平的立法完善社会主义法律体系。

（二）提高党依法执政的水平

依法治国方略里专门强调是在党领导下的依法治国，因此依法执政就有尤为重要的现实意义。依法执政，就是坚持依法治国，建设社会主义法治国家，领导带头守法，保证执法，不断推进国家政治、经济、文化、社会生活的法制化、规范化，以法治的理念、法治的体制、法治的程序保证党领导人民有效治理国家，要加强党对立法工作的领导，推进科学方法，民主方法，从制度上保证党的路线方针政策的贯彻实施。具体工作过程中，全体党员都要带头遵守宪法和法律，要在宪法和法律范围内活动，要支持和督促国家机关依法行使自己的职权，依法推进各项工作的开展，切实维护公民的合法权益。

（三）建立健全法律监督和制约机制

为防止权力的滥用和腐败，在权力得到保障的前提下，建立健全的法律监督和制约机制，确保法律有效实施，逐步建立起结构合理、配置科学、程序严密、制约有效的权力运行机制，使法律能有效地制约国家权力，防止国家权力的失控，制约和监督国家机关及

其工作人员是法治的精髓，具体包括：

(1) 强化国家权力机关的监督，避免监督流于形式，应使监督经常化、制度化。

(2) 充分发挥检察机关作为国家法律监督机关的作用，切实保障检察机关对人民法院和行政机关的法律监督权。

(3) 进一步完善行政机关的内部监督机制，切实发挥行政检察机关、审判机关的职能。此外，充分重视、加大力度完善社会监督体系，包括人民政协的监督和人民的监督以及新闻舆论的监督等，保证各种监督渠道的畅通。

[拓展训练] 查一查，权利和权力有何不同？

(四) 健全司法制度

司法制度是实现全社会公平和解决争议的重要保证。健全社会主义司法制度，实现保障公平、正义的目标，必须进一步推进司法体制改革，进行司法体制改革的核心是实现真正意义上的司法独立，具体表现在：

(1) 健全权责明确，相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。

(2) 从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。

(3) 完善诉讼程序，加强程序意识，保障公民、法人和其他组织的合法权益。

(4) 逐步实现司法审判和检察同司法行政事务相分离。

(5) 加强对司法工作的监督，惩治司法腐败。

此外，创造先进的法学理论、培养公民良好的法律意识、培植社会主义新型法律文化等都是依法治国、建设社会主义法治国家的重要任务。

自我检测

一、选择题

- 下列属于宪法的实质分类的是：
 - 成文宪法和不成文宪法
 - 民定宪法、钦定宪法和协定宪法
 - 刚性宪法和柔性宪法
 - 社会主义类型宪法和资本主义类型宪法
- 世界上第一部成文宪法是：
 - 英国宪法
 - 美国宪法
 - 法国宪法
 - 苏俄宪法
- 中国历史上第一个由人民政权颁布实施的宪法性文件是：
 - 《中华苏维埃共和国宪法大纲》
 - 《陕甘宁边区施政纲领》
 - 《中国人民政治协商会议共同纲领》
 - 1954年《中华人民共和国宪法》
- 宪法基本原则的核心是：
 - 尊重人权原则
 - 人民主权原则
 - 权力行使民主化原则
 - 法治原则
- 我国的政权组织形式是：
 - 人民民主专政
 - 全国人民代表大会
 - 人民代表大会制度
 - 共产党领导下的多党合作和政治协商制度
- 我国特别行政区的立法机关是：
 - 行政长官
 - 政府
 - 立法会
 - 检察院

7. 我国确定出生国籍的原则是：

- A. 出生地主义
- B. 血统主义
- C. 自愿申请
- D. 出生地主义和血统主义相结合

8. 按照我国宪法和选举法的规定，全国人大代表，省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人大代表，由下一级人民代表大会选举。主持上述人大代表选举的机构是：

- A. 下一级人大常委会
- B. 本级人大常委会
- C. 选举委员会
- D. 本级上一届人民代表大会

9. 我国的最高国家权力机关是：

- A. 全国人民代表大会常务委员会
- B. 国务院
- C. 全国人民代表大会
- D. 国家主席

10. 在我国全国武装力量的最高领导机关是：

- A. 中华人民共和国中央军事委员会
- B. 中共中央军事委员会
- C. 全国人大常委会
- D. 国务院

11. 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府的任期是：

- A. 乡、镇一级为三年，其余为五年
- B. 三年
- C. 五年
- D. 四年

12. 我国的审判机关是：

- A. 公安机关
- B. 人民法院和人民检察院
- C. 人民检察院
- D. 人民法院

13. 宪法关系的构成要素有：

- A. 宪法关系主体
- B. 宪法关系内容
- C. 宪法关系客体
- D. 宪法性法律

14. 我国公民的人身自由权包括：

- A. 人身自由、人格尊严、住宅不受侵犯

- B. 宗教信仰自由
 - C. 言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由
 - D. 通信自由和通信秘密
15. 人民检察院的职权主要有：
- A. 法纪监督
 - B. 侦查监督
 - C. 公诉和审判监督
 - D. 监所监督
16. 中国共产党领导下的多党合作和政治协商制度的主要形式是：
- A. 以会议形式进行政治协商
 - B. 实行多党制
 - C. 各民主党派通过国家权力机关参政议政
 - D. 各民主党派通过担任各级政府及司法机关的领导职务
17. 被马克思誉为“世界上第一个人权宣言”的是：
- A. 《世界人权宣言》
 - B. 《独立宣言》
 - C. 《人权宣言》
 - D. 《自由大宪章》
18. 我国的国体是：
- A. 人民民主专政
 - B. 人民代表大会制度
 - C. 民族区域自治制度
 - D. 多民族的单一制国家
19. 我国宪法确认，非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分。这里的非公有制经济主要是指在法律规定范围内的：
- A. 个体经济、私营经济和“三资企业”
 - B. 个体经济和私营经济
 - C. 个体经济和“三资企业”
 - D. 私营经济和“三资企业”
20. 我国国家结构形式是：
- A. 联邦制
 - B. 单一制
 - C. 复合制
 - D. 邦联制
21. 在我国，具有修改宪法和监督宪法实施职权的国家机关是：
- A. 地方各级人民代表大会
 - B. 国务院

- C. 全国人民代表大会 D. 全国人民代表大会常务委员会
22. 人民法院的审级制度，是实行：
- A. 一审终审制度 B. 两审终审制度
C. 三审终审制度 D. 四审终审制度
23. 我国的法律监督机关是：
- A. 公安机关 B. 人民法院
C. 人民检察院 D. 人大常委会
24. 中华人民共和国主席、副主席当选的年龄条件，是必须
年满：
- A. 35 周岁 B. 45 周岁
C. 50 周岁 D. 55 周岁
25. 国务院是我国的最高：
- A. 国家权力机关的执行机关 B. 国家权力机关
C. 国家司法机关 D. 国家检察机关
26. 我国中央军事委员会主席对（ ）负责
- A. 中共中央 B. 国务院
C. 国家主席 D. 全国人大及其常委会

二、判断题

1. 我国现行宪法是由 1978 年宪法和 31 条宪法修正案组成。
()
2. 我国制定和修改宪法时，其草案必须由全国人大以全体代表的 2/3 多数票通过。
()
3. 知识分子是工人阶级的一部分，因此知识分子是人民民主专政的领导力量。
()
4. 我国的民族自治地方的类型分为：自治区、自治州、自治县（旗）、民族乡四级。
()
5. 特别行政区直辖于中央人民政府，是实行高度自治的地方行政区域。
()
6. 劳动和受教育既是我国公民的基本权利，又是公民的基本义务。
()

7. 我国 1954 年宪法，它反映了过渡时期的特点，它确认的基本原则主要是人民民主原则和社会主义原则。 ()

8. 我国宪法对私有财产权保护的规定是私有财产神圣不可侵犯。 ()

9. 民族自治机关包括自治区、自治州、自治县的人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院。 ()

10. 我国特别行政区的高度自治权包括行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权、外交权和国防权。 ()

11. 贝贝的父亲是中国公民，母亲具有外国国籍。贝贝于 2003 年 8 月出生在成都，具有中国国籍。 ()

三、简答题

1. 宪法的概念。
2. 为什么说宪法是国家的根本大法？
3. 简要说明我国的国家机构体系。
4. 我国公民的基本权利有哪些？
5. 我国公民的基本义务有哪些？
6. 什么是依法治国？
7. 宪法规定的我国的基本制度包括哪些内容？
8. 宪法有哪些社会作用？
9. 如何理解公民在法律面前一律平等？
10. 我国中央国家机关的组织和活动原则有哪些？

四、案例

1. 1990 年，山东省某市中学生齐某参加中专考试，被一学校录取为 90 级财会专业委培生。齐某所在的中学既未将考试成绩通知齐某，也未将录取通知书送给齐某本人，却送给了与齐某同一届的另一名学生陈某。陈某即以齐某的名义读完中专，被分配到金融单位工作，其在人事档案中也一直使用齐某的姓名。此事在多年后东窗事发。1999 年 1 月 29 日，齐某以陈某和她的父亲以及原所在学校等数家单位侵害其姓名权和受教育权为由诉至法院，请求责令被告停

止侵害、赔礼道歉并赔偿经济损失 16 万元和精神损失 40 万元。

问：(1) 上述案例中，陈某侵犯了齐某的什么宪法权利？

(2) 齐某的诉讼请求是否会得到法院的支持？为什么？

2. 1992 年 4 月，泸州老窖股份有限公司（原泸州老窖酒厂）以该公司驻成都办事处的名义，向成都市成华区工商局注册成立了泸州老窖酒成都经销公司（集体所有制企业），划拨 50 万元人民币作为成都经销公司的注册资金，并提供了大量特批优价酒，使成都经销公司在短时间内发展成为有较强实力的企业。后来，成都经销公司在西南航空港经济开发区征地 40 亩，其经理唐某未经请示就与另外的企业、个人签订了关于集资联办泸州老窖酒成都经销公司的协议，使泸州老窖股份有限公司国有资产流失。泸州老窖股份有限公司向成都市中级人民法院提起诉讼，请求法院确认泸州老窖酒成都经销公司是其分支机构，其财产属国家所有。1995 年 12 月 24 日，市中级人民法院依法判决泸州老窖股份有限公司在泸州老窖酒成都经销公司投资及投资收益形成的资产归泸州老窖股份公司所有。

（附：国家国有资产管理局有关文件规定：“完全用国有资产开办登记注册为集体所有制性质的企业或经营单位，由国家投资及投资的经营收益所形成的资产属国家所有。”）

问：市中级人民法院判决是否正确？其宪法依据是什么？法院判决有何意义？

3. 全国人大代表李某在全国人大闭会期间涉嫌刑事犯罪，被公安机关拘留，后经人民检察院批准，被公安机关逮捕。

问：检察院和公安机关的行为是否合宪？为什么？

五、分析题

结合实际说明宪法是国家的根本大法。

第二章 行政法

○→ 引例

黄某（男，13岁，初二学生）一直想亲自开摩托车体验一下“兜风”的感觉。某日，黄某见邻居张某新买的摩托车停在小区院里，遂产生要试一试的念头。黄于是来到张某家中假装找张某儿子玩，趁其家人不注意，将车钥匙偷出，并将摩托车推出小区。但由于黄某此前从未开过摩托车，其上车“试”了不到一百米，就人仰车翻，被巡逻的警察发现。张某修理摩托车共花费320元。

【问题】

- (1) 公安机关对黄某的行为能否实施治安处罚？为什么？
- (2) 公安机关应当如何处理？

【简析】

(1) 公安机关对黄某的行为不能实施治安处罚。因为依据《中华人民共和国治安管理处罚法》第二章第十二条的规定：“已满十四周岁不满十八周岁的人违反治安管理的，从轻或者减轻处罚；不满十四周岁的人违反治安管理的，不予处罚，但是应当责令其监护人严加管教。”

(2) 依据上述《中华人民共和国治安管理处罚法》第二章第十二条的规定，公安机关应当责令其监护人严加管教。

青少年在学校学习期间既是学习的主体，又是教育行政相对人。当我们进入社会，在各个工作岗位上工作时，会因为种种原因而形成多种行政管理的相对人，还有可能代表国家行使行政执法公务。因此，作为青少年，我们对什么是行政及行政相对人、如何推进行

政法、如何运用行政法保护自己的合法权益等知识的学习尤为重要，应有充分的了解和初步掌握。

第一节 行政法概述

一、行政的概念及特征

行政指的是一定的社会组织在其活动过程中所进行的各种组织、控制、协调、监督等活动的总称。例如，一般单位内部设有“行政科”、“行政处”等部门，负责企事业单位内部的行政工作。

行政法意义上的行政是指国家行政机关及其工作部门和法律授权的组织依法管理国家事务和社会公共事务的活动。这种行政活动的主要特点是：

(1) 就其活动内容而言，它是对国家事务和社会公共事务的管理，即履行公务，而不是其他社会组织的内部事务管理和个人事务管理。

(2) 就其活动主体而言，它是国家行政机关及其工作部门和法律授权组织在职权范围内行使行政监督管理权，而有别于权力机关的立法权、审判机关的审判权和法律监督机关的检察权。

(3) 就其活动要求而言，它必须遵照法律授予的权限和法定程序行使行政职能，是实施宪法和法律的行为，对立法权来说属于执行权，不能离开宪法的规定而自行设立行政权。

二、行政法的概念及原则

行政法是关于行政权力的授予、行使以及对行政权力进行监督和对后其后果予以补偿的法律规范的总称。国家行政机关活动的所有环节必须遵循行政法以下原则：

1. 依法行政原则

依法行政原则，又称行政合法性原则或行政法治原则，是行政法的一项基本原则。就是说所有行政法律关系当事人都必须严格遵守并执行行政法律的规定，任何行政法律关系主体不得享有法外特权，越权行为是无效行为。一切行政违法主体必须承担相应法律责任，一切行政活动都必须以法律为依据，违反行政法律规范的行为应导致相应的法律后果。

2. 合理行政原则

合理行政原则又称公正、公平原则，是指行政机关的行为不仅要合法而且要合理，也就是行政机关的自由裁量行为要做到合情、合理、恰当和适当。要求法律对所有的行政行为都有具体的详细的规定是不可能的，也是不现实的。因此，赋予行政机关一定的自由裁量权，允许行政机关视具体情况做出相应的行政行为。基于社会、政治、经济和文化的发展需要，承认和保护行政自由裁量权是十分必要的，但应注意自由裁量权滥用的可能，对这种权力必须加以控制，违反合理行政原则也需要承担法律责任。

行政合法性和行政合理性不是对立的，行政合法性是行政合理性的前提，行政合理性是行政合法性的必要补充。

3. 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，指在某些特殊的紧急情况下，出于国家安全、社会秩序或公共利益的需要，行政机关可以采取某些没有法律依据或与法律相抵触的必要措施。行政应急性原则是行政合法性原则的例外，但是，该原则并非排斥任何法律的控制。不受任何法律限制的行政应急权力同样是行政法治原则所不允许的。

采取应急性措施一般要符合下列条件：（1）确实存在明确无误的紧急危险；（2）非法定机关行使了紧急措施权力，事后应由有权机关予以确认；（3）行政机关做出应急措施的行为受有权机关的监督；（4）应急措施权力的行使应该适当，应将其负面损害控制在最

小程度和范围之内。

三、行政法调整的对象及特征

行政法是调整行政权力的取得、行使以及对其监督过程中发生的各类社会关系的法律，它着重调整行政权力与其他国家权力和个人之间发生的社会关系。从内容上看，行政法调整的社会关系主要包括以下几类：

1. 内部行政关系

内部行政关系也就是各级政府之间、各级部门之间行政权力取得过程中权力机关与行政机关的关系。例如，权力机关制定的行政机关组织法、编制法等规定了权力机关对行政机关权力的授予，明确行政机关性质、地位、职责权限、活动原则、法律责任、成立、改变、撤销的程序以及行政机关相互之间的关系，这些社会关系都属于行政法的调整范围。又如，权力机关通过《行政处罚法》授予行政机关一定的行政处罚设定权和规定权，并具体规定了设定和规定的范围。调整这些关系的法律当然也是行政法。

行政机关行使职权是通过人来实现的。因此，调整行政机关与公务员的关系，规定公务员的法律地位、权利义务等的法律，自然也是行政法。

2. 行政管理关系

行政管理关系也就是行政权力行使运用过程中行政机关与相对一方的公民、法人或者其他组织所发生的社会关系。这类关系是最常见的行政关系，也是最需要法律规范调整的关系。由于行政权力与相对人权利之间并不完全是对等关系，因而如何保障行政权力的顺利行使，同时又不过多妨碍相对人的合法权利和自由是十分重要的。行政法调整这类关系的方式通常是规定双方行使权力或权利的原则，明确各自在活动中享有的权利、权力和承担的义务以及违反规定应承担的责任等。

3. 行政法制监督关系

行政法制监督关系也就是对行政权力实施监督的过程中发生的社会关系。这类关系主要指权力机关与行政机关及其公务员之间发生的监督与被监督关系；人民法院与行政机关之间的监督与被监督关系；人民检察院与行政机关的监督与被监督的关系；行政系统内部专司监督职责的审计、监察等部门、上级行政机关进行专门监督、层级监督时所发生的监督与被监督关系。

需要指出，并不是行政机关参与的所有社会关系均受行政法调整。例如，行政机关购买办公用品、建筑办公场所、行政机关公务员与邻里争斗等发生的社会关系均不是行政权力参与的结果，因而不属于行政法调整的范围。行政法只调整那些以行政权力形式出现时所产生的社会关系。

非行政机关行使行政权力形成的社会关系有时也受行政法的调整。当法律、法规授权的组织行使行政权力时形成的社会关系就受行政法调整，例如《学位条例》授权高等院校颁发学位证，由此形成的学校与学生之间的关系便受行政法调整。

四、行政法的地位与作用

国家行政权随着国家的产生而出现，有了国家行政权力的运行就慢慢有了相关的行政法。作为一门社会科学，行政法就是解决有关行政问题的法，属于上层建筑范畴。在现代国家中，行政法的作用和地位具体表现为依法行政在社会生活中的重要意义。

（一）行政法在国家法律体系中的地位

行政法在法律体系中的地位可以概括为：行政法是三大部门法之一；行政法是宪法的实施法。

1. 行政法是现代法律体系中三大部门法之一

人们通常把一国的法律划分为宪法统率下的民事法律、刑事法律、行政法律三大部门法。这三大部门法构成的法律体系是法律部

门的有机统一体，而法律部门的划分则是以规范的对象和内容为准的。民事法律调整平等主体之间的人身和财产关系，刑事法律则以追究、惩治具有社会危害性的犯罪行为为规范内容。除了平等民事主体之间的社会关系外，还存在国家与个人的关系，尤其是行政权力主体与公民、法人的关系。违反公共秩序、损害社会及他人利益的行为也不止犯罪行为一种，还有尚未构成犯罪但又需要追究和惩治的违反社会秩序的行为。因此，除了民事法律、刑事法律外，还应当有调整国家行政权力的取得、行使及对之监督的一类法律规范。所以，由于调整对象的特殊性和调整范围的系统性，行政法在我国法律体系中占有十分重要的地位。

2. 行政法是宪法的实施法

行政法与民法、刑法等基本部门法都是宪法的实施法。宪法是我国法律体系中地位最高的、最重要的法律，它调整着国家根本的社会关系，规定国家权力分工等基本政治制度。但是宪法在许多方面的规定是抽象和原则的，不可能十分具体，这就需要不同形式的部门法将之具体化。由于国家行政管理内容的广泛性和地位的重要性，决定了行政关系的广泛性和重要性，作为调整行政关系的行政法，为各个方面实施着宪法规范，推行宪法确定的各项基本国策。从这个意义上讲，行政法不仅是我国法律体系的重要组成部分，而且是完善宪政制度、维护宪法尊严、保证宪法实施的基本部门法。

（二）行政法的作用

一般来说，行政法具有统一行政管理活动、指导行政法律关系主体、控制行政机关行为、维护行政机关权威和保障公民权利等作用。归纳起来，其主要作用表现在三个方面：

1. 维护社会秩序和公共利益

在现代社会，伴随着经济、文化事业的蓬勃发展，诸如环境污染、人口增长、社会治安、产品质量、资源保护、工商秩序等问题已经成为制约经济发展、损害他人和公共利益、破坏管理秩序的严重社会问题，亟待政府解决。行政机关通过行政立法、行政执法及

行政司法等各种手段，能够有效地规范、约束行政管理相对人的行为，制止危害他人和社会利益的违法行为，保障行政机关充分、有效地实施行政管理，维护社会和公共利益。

2. 监督行政权力主体，防止违法、滥用行政权力

由于行政权力客观上存在易腐性、扩张性以及对个人权利的优越性，极易违法滥用，侵害他人权益，因此，必须对之加以监督和制约。在各类监督方式中，最为有效、直接的监督是行政法制监督。诸如行政复议、行政诉讼、国家赔偿、行政处罚等法律制度对于防止和纠正行政机关超越职权、失职渎职、贪赃枉法、滥用职权、不当行政等具有十分重要的作用，这是其他法律部门无法替代的。

3. 保护公民、法人或其他组织的合法权益

行政法保护公民、法人或其他组织的合法权益，包括两方面的意义。一是有相当一部分的民事侵权行为不仅损害另一方当事人的权益，而且也损害了社会公共利益和公共秩序。制止这些民事侵权行为，也是维护社会公共利益和公共秩序的需要。二是由于行政权力具有强制性、自我扩张性等特点，国家行政机关及其工作人员在行使权力的过程中，极易侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益，给行政相对人造成重大损失。为保障公民、法人或者其他组织的合法权益不受侵害，及时对遭受侵害的公民、法人或者其他组织提供补救，有必要建立一整套保障公民、法人合法权益的法律制度。行政法就是其中最具有意义的法律制度。

[案例]

1992年5月20日，某乡人民政府发出《关于对个体工商业经济实行强制整顿和管理的决定》的文件，文件列举了5种情况的个体户要予以取缔。乡政府个体经济管理办公室根据该文件，强行扣缴了38个个体工商户的营业执照，宣布从即日起予以取缔，并切断电源线，迫使其停产停业，给个体工商户造成重大损失。38个个体工商户在上访未能解决问题的情况下，向县人民法院提起行政诉讼，

请求撤回乡政府的决定，发还营业执照，恢复营业，并赔偿损失。

问：乡政府的决定是否合理？法院是否应当受理？

第二节 行政主体概述

一、行政主体的概念及特征

行政主体是指享有行政权力，能以自己的名义行使行政权，做出影响行政相对人权利义务的行政行为，并能独立承担由此产生的相应法律责任的社会组织。

行政主体是实施行政管理职能的主体，而行政主体的行政管理职能均体现为其所享有的行政职权与职责。如果行政主体不拥有行政职能与权力，就无法确认其作为行政活动实施主体的身份和地位，也就无法区分其与处于相对人身份和地位的社会组织的不同，更无法区别行政机关在某个行政法律关系中是行政职能主体还是居于行政相对人身份与地位的机关法人。行政主体应当是一定的组织。法律将行政权力直接赋予一定的组织，都是以一定的组织状态来享有某项或某方面的行政职权与职责。个人不是行政权力的法律主体，而只能以组织的成员身份代表该组织具体运用权力去处理行政事务。

二、行政机关的含义及特点

行政机关是指按照宪法和有关组织法的规定而设立的依法行使国家行政权力、对国家各项行政事务进行组织和管理的国家机关。

行政机关与其他国家机关共同构成了国家机构整体，都是实施国家职能、行使国家权力的机关。行政机关也是最主要的行政主体，因为行政机关是国家专设的行政职能机关，行政管理活动主要由行政机关实施和完成。

行政机关的特点表现为以下几点：

(1) 行政机关是为完成一定行政职能而专门设立的国家机关。这使行政机关既不同于其他行政主体，也区别于其他的国家机关。

(2) 行政机关设立的依据是宪法和有关组织法。行政机关的设立是由国家机关按照宪法或有关组织法而决定或批准设立的，如国务院各部、委由国务院报全国人大或者全国人大常委会批准而设立。

(3) 行政机关在成立时就取得行政主体资格。行政机关作为国家设立的专门执行行政职能的组织，在其依法成立时就具备了行政主体的资格条件，取得了独立的法律地位。随之所执行或依据的各个单行法律、法规，只是对其职权与职责范围、方式及其行使职权的条件、程序进行的法律界定。

(4) 行政机关具有一定的行政组织机构及公务员编制。行政机关成立时，都下辖一定的内设机构及职位，并具有相应编制和公务员配备，具备相应的办公设备条件和行政经费预算，这是取得独立执行主体资格和完成法定行政职能的基本要素。

三、国家行政机关的种类

在行政法上，可以按照不同的标准对行政机关进行划分，以达到认识不同类别行政机关的功能与法律地位的目的。

(1) 以职能活动地域范围为标准划分，可以分为中央行政机关和地方行政机关。中央行政机关的活动范围及于全国，它们制定的行政法规或规章、发布的决定和命令在全国范围内都有约束力，拥有全国性行政事务的管理权。地方行政机关的活动范围仅及于一定行政区域范围，只对本区域内的行政事务进行处理。

(2) 以行政机关的职能权限划分，可以分为一般权限机关和专门权限机关。一般权限的行政机关是指管理全国或一定区域内全面性行政事务的行政机关，其职能和权限带有综合性。专门权限机关的行政机关是指管理某种专门事项或特别事项的行政机关，其职能

和权限受制于一定的专业或行业。

(3) 以行政机关职能活动系统范围划分,可以分为外部行政机关和内部行政机关。外部行政机关是指依法对社会公共事务实施管理的行政机关,其对象是公民、法人和其他组织。内部行政机关是依法对行政组织系统内部事务实施管理或领导的行政机关,其对象是行政机关或行政机构的公务员。

四、行政主体的行政职权

(一) 行政职权的概念和特征

行政职权是国家行政权的转化形式,是指行政主体依法享有的对某个领域或者某方面行政事务,按照一定方式进行组织与管理的行政权力,是法律将行政权与一定行政主体、行政事务和权力内容规范、调整的结果。

行政职权作为行政权的法律表现形式,具有下列特征:

(1) 行政职权具有公益性。行政职权的设定与行使不是以行政主体的利益为目的而是以国家和社会的公共利益为目的。

(2) 行政职权具有优先性。行政职权的公益性决定了行政职权与其他组织及公民个人的权益在同一领域或范围内相遇时,行政职权具有优先行使与实现的能力。

(3) 行政职权具有先行有效性。行政职权一经行使和适用,法律规范就承认并推定其对行政事务处理决定与处理结果的确定性和先行有效性。

(4) 行政职权具有强制支配性。行政职权在法律上是权利与权力的结合体,而非一般的权利,具有直接支配另一方当事人的强制执行命令力量。

(5) 行政职权具有不可自由处置性。即行政职权是职权与职责的统一体,不仅表现为法律上的主张支配力,而且还包含着法律上的职责要求。

[案例]

1993年7月，朱某为采访一篇报道来到某市，住在该市某区一市民为其预定好的某宾馆608号房间。7月13日上午10时，朱某与另一杂志社记者肖某一起出去采访，因拍摄一村民住宅与该村村民发行争执。中午12点，双方去该市公安局某区分局广澳派出所解决争端，经派出所副所长的调停，朱某与肖某将胶卷曝光，并同意将胶卷留在派出所。这一争端解决后，派出所所长又向朱某、肖某两人了解此次采访的有关情况，告知两人该村有4名村民为在逃通缉犯，并出示了通缉令。朱某当时表示不认识这4人，并索取通缉令一份。下午3时许，朱某、肖某两人离开派出所回到市区。7月14日凌晨2时许，广澳派出所通过有关线索了解到4名通缉犯之一的林某与朱某同住一个房间，于是派人前往缉捕，到后发现林某并不在，只有朱某、肖某两人在该房间住宿。缉捕人员遂向某区公安分局请示，要求朱某、肖某两人去某区公安分局说明情况。朱某、肖某两人到达某区分局后，朱某此时承认认识林某，但拒绝提供林某的进一步的情况。事后，朱某在询问笔录上签了字。上午11时许，某区公安分局将朱某、肖某两人送回市区。1993年8月21日，朱某以广澳派出所的行为侵犯了其人身权利以及记者的采访权利为由，向人民法院提起诉讼，要求被告必须就此事在国内主要报刊上向原告公开赔礼道歉，追究直接责任人的违法、违纪责任，并赔偿原告因此而遭受的物质与精神损失。

问：广澳派出所是否具有被告资格？

(二) 行政职权的内容

行政职权的内容可以归纳为以下几点：

(1) 行政立法权。法定行政机关以外的其他行政主体，均不享有行政立法权。

(2) 行政决策权。行政决策权指行政主体有权依法对其所辖领

域和范围内的重大行政管理事项进行决策。

(3) 行政决定权。具体表现为行政确认权、行政奖励权、行政处分权、行政物质帮助权、行政指导权、行政合同权等。

(4) 行政许可权。行政许可权指行政机关根据行政相对人的申请在法定许可职权范围内，以书面证照或者其他方式允许相对人从事某种行为、确认某种权利、授予某种资格和能力的权力。

(5) 行政命令权。每一项命令的直接结果，产生一项或数项具体的行政法律关系。

(6) 行政执行权。行政主体行使行政执行权，有关组织或个人有协助执行或提供方便的义务，而行政主体负有严格依法履行公务的义务。

(7) 行政检查权。行政检查权即行政主体依法对相对人履行法定义务的情况进行监督检查的权力。

(8) 行政处罚权。根据《行政处罚法》规定，行政主体可实施训诫罚、财产罚、行为罚和人身罚等行政处罚行为。

(9) 行政司法权。包括行政调解权、行政仲裁权、行政裁决权和行政复议权。

[案例]

李某是白云市公安局工作人员。4月7日是李某工休日。李某与朋友一起外出旅游时，朋友小王不慎受伤。为送小王去医院，李某在公路边持公务证拦下一辆陈某驾驶的私人轿车，声称执行公务需征用该车。陈某查看了李某的证件后（李某同时出示了同类车辆的驾照），让李某驾车送小王去医院。途中，李某处置不当，导致轿车损毁报废，损失18万元。车主向白云市公安局要求赔偿。

白云市公安局认为，李某在休假期间的行为是个人行为，白云市公安局不能为其承担责任。车主陈某以白云市公安局为被告，向白云当地基层人民法院提起行政诉讼。

问：(1) 李某的行为是职务行为吗？为什么？

(2) 人民法院应该如何处理此案？

第三节 行政行为概述

一、行政行为的概念

行政行为是行政法学的基本概念。根据行政法学的发展历史，行政行为这一概念受各国行政诉讼制度的影响很大。不同法系国家或者采取不同的诉讼制度的国家，对行政行为有不同的理解。如日本行政法学家认为：行政行为是指行政活动中，在具体场合具有直接法律效果的行政的权力性行为。该定义是将行政行为中的抽象行政行为排除在行政行为的范围外，实际上将行政行为等同于具体行政行为。在我国，研究行政行为应当立足于我国的本土资源，考虑我国的国体和政体。通常我国将行政行为定义为：行政行为是享有行政职权的行政主体行使权力，对国家和社会公共事务进行管理和提供公共服务的法律行为。

二、行政行为的特征

从行使行政法的行为以及参与意思等方面归纳，行政行为具有以下特征：

(1) 行政行为是行政主体的执法行为，具有从属法律性。我国的行政机关从属于法律、从属于权力机关。就行政职权的来源而言，行政主体的行政权力来自于立法机关授权或法律的规定。行政职权具有法定性是我国的宪法性准则。行政主体行使行政权力的行为就是执行国家法律的行为，就是执行人民意志的行为。依法行政是行政机关活动的准则。

(2) 行政行为是行政主体行使权力的行为，具有单方性。行政

行为是运用行政权对国家和社会公共事务进行管理和提供公共服务的法律行为，是行政主体的一种单方面意思表示。也就是说，行政相对人是否应当承担某种公共负担，能否利用自然资源和公共设施，其行为是否侵犯了公共利益以及是否应受到制裁，均取决于行政主体的意志而不取决于行政相对人的意志。

(3) 行政行为是法律的一种实施，具有强制性。行政行为是法律的一种实施，法律通过行政行为表现自己在相应领域或事项上的存在，行政行为的强制性就成为法律的强制性的体现。其强制性表现为行政主体作出意思表示的法定性，即行政机关作出行政行为是根据法律而不是根据双方的意思表示。行政行为的强制性还表现在相对人对行政行为必须服从和配合。

(4) 行政行为是通过法律来实现公共服务，具有无偿性。行政行为尽管也是一种服务，但却是一种通过实施法律来实现的公共服务，是无偿的。国家通过无偿征收税费，使行政相对人分担了公共负担，因此，行政主体为社会提供的公共服务也应当是无偿的。

(5) 行政行为是通过行政权力服务于社会和人民的，具有服务性。受“管理论”的影响，行政管理的强制力被夸大了，国家与社会之间的关系被认为是一种利益冲突关系，国家与个体、公共利益与局部利益的冲突也被认定为一种对立关系。国家运用国家行政权力服务于社会、服务于人民的基本职能被淡化了。事实上，行政机关运用国家行政权力管理国家和社会公共事务正是服务于社会的体现。

第四节 行政违法

一、行政违法及其特征

行政违法有广义与狭义之分。狭义的行政违法仅指行政主体的违法，广义的行政违法还包括行政相对人违法。我们采用狭义说。

据此，行政违法是指行政主体违反行政法律规范但尚未构成犯罪而依法须承担行政责任的行为。这一概念反映了行政违法的三大特征：

(1) 行政违法是行政主体的违法。与民事违法和刑事违法不同，行政违法是行政主体在行政法上的违法行为。任何组织和个人只有当他们以行政主体身份或以行政主体名义出现时，他们的违法才能构成行政违法。

(2) 行政违法是违反行政法律规范尚未构成犯罪的行为。首先，行政违法具有违法性，它违反了行政法律法规，侵害了受行政法保护的行政关系，因而具有一定的社会危害性；其次，行政违法在性质上属于一般违法，其社会危害性较小，尚未达到犯罪的程度。

(3) 行政违法是依法必须承担行政责任的行为。行政违法是违反行政法律规范并依照法律规定应当承担行政责任的行为。

二、行政违法的构成

所谓行政违法构成是指构成行政违法必须具备的一切主观和客观条件的总和，它是确认行政违法行为从而追究其行政责任的根据。

行政违法的构成包括主观要件和客观要件：

(一) 主观要件

行政违法的主观要件是指行政违法主体主观上有过错，包括故意和过失。故意是指明知自己行为具有社会危害性而希望或放任其发生的主观心理状态。凡故意违反行政法律规范的，都应当依法承担行政责任。过失是指应当预见自己行为的社会危害性，由于疏忽大意没有预见或虽然预见但轻信能够避免的主观心理状态。过失违反行政法律规范，并且造成危害后果的，也应当依法承担行政责任。故意和过失是行政违法主体承担行政责任的主观要件。所以，如果行为在客观上违反了行政法律规范，但不是出于故意和过失，而是不可抗拒或不能预见的原因引起的，不能认为是行政违法而追究行政责任。

（二）客观要件

行政违法的客观要件是指构成行政违法的客观事实情况，包括行为及其后果等。行为是行政违法客观要件最重要的内容。行为包括积极的作为和消极的不作为。作为行政违法客观要件的行为必须具有一定社会危害性。所以不具有社会危害性的行为，如正当防卫行为、紧急避险行为不构成行政违法。当然，行为具有社会危害性并不意味着必须产生一定的危害结果，危害结果只是某些行政违法（过失违法）必须具备的要件。在某些情况下，行政违法的确定并不取决于其是否具有直接的危害结果，而只要有违反行政法律规范的过错行为就足够了。

[课堂练习] 举例说明积极作为和消极的不作为。

三、行政违法的分类

对于行政违法，可以从不同角度作不同的分类。因为不同的分类有不同的意义，不同类型的行政违法适用不同的法律规则。

1. 根据违法的程度，行政违法可以分为实质行政违法和形式行政违法

实质行政违法是指不具备行政行为实质要件的行政违法，如主体不合格、内容不合法、超越职权、滥用职权等；形式行政违法则是不具备行政行为形式要件的行政违法，如行为的作出不符合法定程序、行为的表现形式不符合法律规定的要求等。

区分实质行政违法与形式行政违法具有重要的法律意义。首先，从法律效力看，实质违法一般属无效行为，从该行为发生之时即没有法律效力，而形式违法一般属于可撤销行为，它经过有效补救可转化为有效行为；其次，从法律后果看，实质违法所引起的法律后果主要是承担惩罚性行政责任（如行政处罚、行政处分），而形式违法所引起的法律后果主要是承担补救性行政责任（如撤销违法）。

2. 根据违法的范围，行政违法可以分为内部行政违法与外部行政违法

内部行政违法是指内部行政主体的行政违法，如上级行政机关对下级行政机关的越级指挥；外部行政违法则指外部行政主体的行政违法，如公安机关非法拘留公民。

内部行政违法与外部行政违法在救济手段上是有区别的：内部违法仅限于行政救济，不受司法审查；而外部违法不仅可借助于行政救济，还可借助于司法救济。

3. 根据违法的形式，行政违法可以分为作为行政违法与不作为行政违法

作为行政违法表现为积极地作出行政法律规范所禁止的行为，如税务机关违法征收税款；不作为行政违法则表现为拒不作出行政法律规范所要求的行为，如工商机关对企业申请营业执照不予答复。

[案例]

刘某是A市工商管理局注册登记处的干部，1998年3月至5月工作期间向前来登记的市民强行收取登记费或礼品，否则将不登记或者拖延登记。部分市民因为急于拿证也没有提出异议，还有的市民认为他是干部，可以用权力为自己谋点利益，所以一直也没有人举报。

问：刘某的行为是否违法？

四、行政违法的制裁

(一) 行政违法制裁的含义

行政制裁是指国家行政机关、国家企事业单位依法对违反行政法规的机关、社会组织或公民个人所做的处分、处罚。违反行政法规应追究刑事责任的行为，应由司法机关处理，但不排斥行政机关、

团体和企事业单位对其工作人员实施行政制裁。应当受到行政制裁的行为人（包括国家机关、团体和企事业单位）主观上必须有故意或过失，且其违法行为已经超过适用行政教育措施的程度，否则不应予以制裁。以制裁者与被制裁者的关系为划分标准，可分为两类：

（1）国家机关、团体、企事业单位依据法律赋予的权限，对其所属工作人员的行政处分，亦即行政法律处分；

（2）公安、税务、工商行政管理、卫生、物价、海关等法定的国家行政主管机关，对其管辖范围内的机关、团体、组织或公民个人的行政处罚。

（二）行政法律责任

《行政处罚法》规定，行政机关实施行政处罚，有下列情形之一的，由上级行政机关或者有关部门责令改正，可以对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分：

- （1）没有法定的行政处罚依据的；
- （2）擅自改变行政处罚程序的；
- （3）违反法定的行政处罚程序的；
- （4）违反关于委托处罚的规定的。

情节严重构成犯罪的，依法追究刑事责任。

五、行政处罚

行政处罚是指行政主体对违反行政法律规范、破坏法律秩序尚未构成犯罪的违法行为，根据法定权限、按照法定程序实施的惩戒行为。

（一）行政处罚的种类和设定

根据行政处罚法的规定和法理分类，行政处罚有下列几种：

（1）人身罚。人身罚是限制或剥夺违法者人身自由的行政处罚。限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定并由公安机关实施。限

制人身自由的行政处罚包括行政拘留、劳动教养、驱逐出境等。

(2) 财产罚。财产罚是强迫违法者交纳一定数额的金钱或一定数量的物品，或者剥夺其某种财产权的处罚，包括罚款、没收违法所得、没收非法财物等。

(3) 行为罚。行为罚是限制或者取消违法者从事某种活动的的能力或者资格的处罚，包括暂扣或者吊销许可证、执照，责令停产、停业等。

(4) 申诫罚。申诫罚是影响违法者声誉，为违法者施加一定的精神压力的处罚，包括警告、通报批评等。

行政处罚的种类由法律、行政法规规定，规章以下的其他行政规范性文件不得设定行政处罚。

[案例]

杨某系一个体工商户，一天，他在交通要道占道经营，贩卖走私的旧衣服。当日，该县交通局以杨某的行为违反了交通管理法规的规定为由，对其处以罚款 1000 元。几日后，县工商局又对杨某作出了罚款 1000 元并吊销其营业执照的处罚决定，理由是杨某的行为违反了产品质量管理法规的规定。

问：县工商局吊销许可证的行为是什么处罚？

(二) 行政处罚的程序

行政处罚必须遵循法定的程序。《行政处罚法》第三十六条规定：除本法第三十三条规定的可以当场作出的行政处罚外，行政机关发现公民、法人或者其他组织有依法应当给予行政处罚的行为的，必须全面、客观、公正地调查、收集有关证据；必要时，依照法律、法规的规定，可以进行检查。第三十条规定，公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为，依法应当给予行政处罚的，行政机关必须查明事实，违法事实不清的，不得给予行政处罚。第三十一条规定，行政机关在作出行政处罚决定之前，应当告知当事人作出

行政处罚决定的事实、理由及依据，并告知当事人依法享有的权利。第三十二条规定，当事人有权进行陈述和申辩，行政机关必须充分听取当事人的意见，对当事人提出的事实、理由和证据，应当进行复核；当事人提出的事实、理由或者证据成立的，行政机关应当采纳。

行政处罚程序是依法享有行政处罚权的机关在实施行政处罚时所必须遵循的步骤、方式、期限以及可以采取的手段、措施等的总称。这些应该遵循的步骤、方式和可以采取的手段、措施等都需要由法律作出统一的明确规定，以避免行政处罚的随意性，确保公正执法和正确执法。它对享有处罚权的行政主体来说是必须履行的义务；对行政相对人来说则是维护其合法权益必不可少的重要保障。《行政处罚法》将实施行政处罚的步骤分为决定程序和执行程序，并将决定程序分为简易程序、一般程序和听证程序。

简易程序又称当场处罚程序，适用于违法事实确凿，并有法定依据，对公民处以 50 元以下、对法人或者其他组织处以 1000 元以下罚款或者警告的行政处罚。

一般程序又称普通程序，适用于不能适用于简易程序的行政处罚。这一程序又具体分为调查程序、审查程序和送达程序。由行政主体指派执法人员全面、客观、公正地进行调查，经行政机关负责人对调查结果进行审查，根据不同的情况，依法作出予以处罚或者不予处罚、不得予以处罚、移送司法机关处理的决定，然后将行政处罚决定书向当事人宣告，并在宣告后当场交付当事人或送达当事人。

听证程序是在作出行政处罚决定前，当事人被告知可能受到责令停产停业、吊销许可证或者执照、数额较大罚款等行政处罚而要求听证的情况下，行政机关通过组织听证会，听取当事人的陈述和申辩，由听证参加人就有关问题相互进行质问、辩论、反驳，从而查明事实。

执行程序是将行政处罚决定依法付诸实施的程序。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，在一般情况下不得因申请了行政复议或提起了行政诉讼而停止对行政处罚决定的执行。对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申请人民法院强制执行。

[案例]

胡某和赵某是邻居，两家为房屋间的通道发生争吵，当胡某拉赵某到村民委员会评理时，赵某在地上大喊“打死人了，打死人了。”张某闻声赶来劝开，在赵的要求下把赵某搀扶回家。之后，赵某告到当地派出所，派出所根据张某“听到喊声赶到，见赵某躺在地上”的证词，对胡某拘留3天。胡某不服，申诉到市公安局。市公安局经审查认为派出所越权处罚，决定撤销派出所对胡某的处罚。事隔半月，胡某所在地县公安局认定胡某殴打赵某致轻微伤害，对胡某作出拘留5天的处罚。胡某更加不服，再次向市公安局申请复议。市公安局审理后认为，县公安局对胡某的处罚偏重，作出变更拘留5天为罚款60元的处罚。胡某不服，向县人民法院提起诉讼。

问：(1) 市公安局经审查认为派出所越权处罚，决定撤销派出所对胡某的处罚是否正确？为什么？

(2) 派出所对胡某拘留3天的行政处罚程序是否合法？为什么？

(3) 市公安局作出撤销对胡某拘留3天的处罚决定后，县公安局又作出对胡某拘留5天的行政处罚是否正确？为什么？

六、行政复议

1999年4月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第九次会议通过了《中华人民共和国行政复议法》，共7章43条，并于1999年10月1日起实施，1994年国务院修订发布的《行政复议条例》同时废止。

（一）行政复议的概念

行政复议是指行政相对人认为行政主体的具体行政行为侵犯其合法权益，依法向行政复议机关提出复查该具体行政行为的申请，由行政复议机关依照法定程序对被申请的具体行政行为进行合法性、适当性审查，并作出行政复议决定的一种法律制度。简单地说就是上级行政机关对下级行政机关的具体行政行为的再一次审查的制度。

（二）行政复议的基本原则

1. 合法性原则

合法性原则是指履行行政复议职责的行政机关，必须严格按照宪法和法律的规定，以事实为根据，以法律为准绳，对行政相对人申请复议的具体行政行为，按照法定程序进行审查。

2. 公正原则

公正原则是指复议机关在行使复议权时应公正地对待双方当事人，不能有所偏袒，必须公正、合理、不偏私，特别在行政自由裁量权较大的情况下，必须公正复议。

3. 公开原则

公开原则是指复议机关在行政复议过程中，除涉及国家秘密、个人隐私和商业秘密外，整个过程应当向行政复议申请人以及社会公开。公开是保证行政复议合法、公正的基本条件，也是防止行政复议权滥用的最好手段。

4. 及时原则

及时原则是指行政复议机关应当在法律规定的期限内，尽快完成复议案件的审查，并作出相应的决定。

5. 便民原则

便民原则是指行政复议机关在行政复议程序中应当尽可能为行政复议当事人，尤其是为申请人提供必要的便利，从而确保实现行政复议的合法、正当的目的。

6. 有错必纠原则

有错必纠原则是指行政复议机关发现原行政机关行政行为错误、违法的，必须及时予以纠正。法定机关发现行政复议机关及行政复议人员在行政复议中有违法、违纪行为的，也必须及时纠正。

7. 保障法律、法规实施原则

行政复议不同于行政诉讼，其目的不仅在于解决行政争议，更在于保障法律、法规的实施，不能允许行政相对人通过申请行政复议的方式阻挠法律、法规的实施。

8. 司法最终原则

该原则亦称救济原则，行政复议活动是行政机关内部层级监督与救济的重要方式之一，除法律另外有规定外，不是最终的救济方式。对于行政复议决定不服的，还可以向人民法院提起行政诉讼。

[案例]

村民陈某、邓某因拒绝缴纳所在乡政府摊派款，被通知参加乡政府举办的“学习班”，学习期间不准回家，不准亲友探视，不准与外界通信或电话联系，五天后陈、邓某答应缴纳摊派款才准结业回家。

问：陈、邓如不服乡政府办“学习班”的行为，对其权益受侵犯可否请求行政赔偿？为什么？

(三) 行政复议的范围

国家行政机关行使职权的范围极其广泛，涉及社会经济、政治、文化的各个方面，有可能出现各种各样的争议。我国《行政复议法》对复议范围的规定是比较广泛和全面的，但也不是一切行政争议都可以申请复议。具体来说，有下列情形之一的，公民、法人或其他组织可以依照该法申请行政复议：

(1) 对行政机关作出的警告、罚款、没收违法所得、没收非法财物、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照、

行政拘留等行政处罚决定不服的；

(2) 对行政机关作出的限制人身自由或者查封、扣押、冻结财产等强制措施决定不服的；

(3) 对行政机关作出的有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销的决定不服的；

(4) 对行政机关作出的关于确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等自然资源的所有权或者使用权的决定不服的；

(5) 认为行政机关侵犯合法的经营自主权的；

(6) 认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的；

(7) 认为行政机关违法集资、征收财物、摊派费用或者违法要求履行其他义务的；

(8) 认为符合法定条件，申请行政机关颁发许可证、执照、资质证、资格证等证书，或者申请行政机关审批、登记有关事项，行政机关没有依法办理的；

(9) 申请行政机关履行保护人身权利、财产权利、受教育权利的法定职责，行政机关没有依法履行的；

(10) 申请行政机关依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费，行政机关没有依法发放的；

(11) 认为行政机关的其他具体行政行为侵犯其合法权益的。

依法申请行政复议的公民、法人或者其他组织是申请人。申请人认为具体行政行为侵犯其合法权益的，可以自知道具体行政行为之日起 60 日内一并向行政复议机关提出行政复议申请；但是法律规定的申请期限超过 60 日的除外。因不可抗力或者其他正当理由耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算。

[案例]

某市 A 区居民李某在 B 区开办了达隆公司，经营范围包括移动

电话和BP机。B区工商局接到举报，李某超范围经营电脑，经查明属实，遂作出了责令停业整顿1个月、并处2万元罚款的行政处罚决定。李某不服，向市工商局申请复议。市工商局作出了维持停业整顿1个月、变更罚款为1万元的复议决定。李某仍不服，打算起诉并要求行政赔偿。

问：本案中行政诉讼的原告、被告分别是谁？为什么？

第五节 行政监督的法律制度

一、行政监督法律制度的概念及行政监督种类

（一）行政监督法律制度的概念

行政监督法律制度是指国家权力机关、国家司法机关、专门行政监督机关及国家机关系统外部的个人、组织对行政主体及其工作人员行使职权、履行职责实行监督的总称。

监督行政的法律制度这一概念表明：（1）监督主体广泛；（2）监督对象确定；（3）监督内容完整、法定；（4）监督民主化、法制化。

（二）行政监督种类

按照不同的标准，可以对其进行各种分类。主要介绍以下几种分类：

（1）以监督的法律效力为标准，可以分为直接产生法律效力的监督和间接产生法律效力的监督。

（2）以监督的对象为标准，可分为对行政机关的监督和对行政机关工作人员及行政机关任命的其他人员的监督。

（3）以监督的时间顺序为标准，可分为事前监督、事中监督和事后监督。

（4）以监督主体与监督对象的关系为标准，可分为内部监督和

外部监督。

依据其他标准，还可以分为政治监督和法律监督、对抽象行政行为的监督 and 具体行政行为的监督、实体性监督和程序性监督等。

二、行政监督法律制度的意义和作用

(1) 它是实现人民当家作主权利的重要保证。人民是国家的主人。行政机关及其工作人员是人民的公仆，必须代表广大人民的利益。为了使各级行政机关及其工作人员在行使国家行政权力时，不偏离国家的性质和人民的意志和利益，就必须加强行政监督，建立完善的行政监督法律制度。

(2) 它是正确贯彻执行宪法、法律和政策的重要保证。行政机关及其工作人员作为国家行政权力的行使者，必须执行国家权力机关通过的法律和决议，必须执行党和国家的方针、政策。因此，行政机关及其工作人员所实施的行政管理活动，必须符合宪法和法律的要求，必须贯彻执行党和国家的方针、政策。

(3) 它是行政高效的有效保证。现代国家要求行政高效，包括行政效率高和行政效益好。为了达到行政高效，必须采取有力的措施，如减少层次、简化程序、严格时限等。行政监督能够起到督促行政机关及其工作人员提高效率，保证效益的作用。

(4) 它是惩治腐败，建设廉洁政府的有力武器。在各种国家权力行使中，行政权力的行使最容易产生腐败现象。因此，必须加强对行政权力的监督。

三、行政法制监督主体的种类

(1) 国家权力机关的监督。各级国家权力机关，特别是全国人大和全国人大常委会，是行政法制监督的最重要的主体。国家权力机关对抽象行政行为的监督既可以通过备案制度进行，也可以应其

他监督主体的请求进行。

(2) 国家司法机关的监督。国家司法机关包括人民法院和人民检察院。人民法院监督行政法制的方式是通过行政诉讼；人民检察院主要是对严重违法乱纪、可能构成犯罪的国家公务员的监督。

(3) 专门行政监督机关的监督。专门行政监督机关主要指行政监察机关和国家审计机关。二者既是行政系统内部监督机制的环节，同时也是国家行政法制监督机制的环节。

(4) 国家机关系统外部的个人、组织的监督。个人、组织在行政管理法律关系中是管理对象，是行政相对人，而在行政法制监督关系中，则是监督主体，有权对行政主体行使职权的行为和国家公务员遵纪守法的情况实施监督。

[案例]

1999年4月22日，我国中央电视台“新闻调查”栏目播出了“搁浅的撤职令”，报道了某省的一件处理违纪干部的事件。1995年，该省的一位局长因违反土地法而被省纪检部门撤职，由于上级纪检部门没有按照规定将处理意见行文下达，市里有关部门在长达三年的时间里没有对相关人员进行处置，上级纪检部门也没有过问。在大家认为相安无事的时候，有关报纸刊登出“三年撤不掉的局长”的文章，曝出该局长被撤职三年未下台的新闻，引起多方领导的关注，搁浅的撤职令终于被再度提上议程。

问：请你分析控制失效的原因。

自我检测

一、单项选择题

1. 行政复议这一行政行为属（ ）行为。
A. 行政立法
B. 行政司法
C. 行政执法
D. 依职权的行政行为
2. 公务员在行政诉讼中的法律地位是：
A. 原告
B. 被告
C. 第三人
D. 不具有诉讼当事人的地位
3. 国务院总理由（ ）提名。
A. 全国人大
B. 全国人大常委会
C. 委员长
D. 国家主席
4. 公安机关吊销烟酒公司的营业执照的行政行为应：
A. 确认无效
B. 撤销
C. 废止
D. 变更
5. 下列属于双方行政行为的是：
A. 颁发许可证
B. 行政委托
C. 行政裁决
D. 行政复议
6. 下列具有行政立法权的是：
A. 浙江省人大
B. 浙江省人民政府法制局
C. 杭州市人民政府
D. 全国人大
7. 行政立法必须依法进行，“依法”中的法一般不包括：
A. 行政法规
B. 地方性法规
C. 自治条例
D. 行政规章
8. 下列何项是行政主体赋予相对方某种法律权利的许可？
A. 会计师证
B. 律师证
C. 审计师证
D. 驾驶证

9. 下列何项不属于行政确认的内容：
- A. 法律地位 B. 法律关系
C. 法律事实 D. 法律依据
10. 下列何项为非行政处罚？
- A. 开除 B. 罚款
C. 没收财物 D. 暂扣执照
11. 下列行政强制措施属间接强制执行措施的是：
- A. 查封、扣押 B. 冻结、划拨
C. 扣缴、抵缴 D. 执行罚
12. 行政裁决的对象是：
- A. 行政纠纷 B. 特定的民事纠纷
C. 民事纠纷 D. 特定的行政纠纷
13. 行政机关对不特定的行业和相对方进行的指导是：
- A. 宏观指导 B. 个别指导
C. 促进性指导 D. 限制性指导
14. 以行政程序适用的范围为标准，可分为：
- A. 抽象行政程序和具体行政程序
B. 内部行政程序和外部行政程序
C. 自由行政程序和法定行政程序
D. 行政立法程序和行政执法程序
15. 行政不当只存在于行政主体的（ ）之中。
- A. 羁束行为 B. 裁量行为
C. 抽象行为 D. 违法行为
16. 国家赔偿法规定侵犯公民人身自由，每日赔偿金的计算标准为：
- A. 国家上年度职工日平均工资
B. 国家本年度职工日平均工资
C. 当地上年度职工日平均工资
D. 当地本年度职工日平均工资

17. 国家赔偿法规定，部分丧失劳动能力的最高赔偿额为：
- A. 国家上年度职工年平均工资的 5 倍
B. 国家上年度职工年平均工资的 10 倍
C. 国家上年度职工年平均工资的 15 倍
D. 国家上年度职工年平均工资的 20 倍
18. 行政复议机关依法对具体行政行为（ ）进行审查。
- A. 合法性
B. 合理性
C. 适当性
D. 合法性与合理性
19. 行政诉讼法规定，我国的行政案件由（ ）审理。
- A. 行政审判庭
B. 人民法院
C. 审判委员会
D. 合议庭
20. 对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，由原告或被告所在地人民法院管辖，这种管辖是：
- A. 特定管辖
B. 合并管辖
C. 裁定管辖
D. 共同管辖

二、多项选择题

1. 行政法的调整对象是：
- A. 行政关系
B. 行政法律关系
C. 监督行政关系
D. 社会关系
E. 监督行政法律关系
2. 行政优先权的内容主要有：
- A. 行政行为的推定有效
B. 获得社会协助权
C. 先行处置权
D. 行政受益权
E. 强制执行权
3. 工商局吊销某企业的营业执照是：
- A. 行为罚
B. 人身罚
C. 财产罚
D. 申诫罚
4. 下列行政处罚中属于行为罚的有：
- A. 责令停产停业
B. 行政拘留

- C. 劳动教养
 - D. 执行罚
 - E. 暂扣驾驶证
5. 下列表述正确的是：
- A. 行政复议法律关系是一种监督行政法律关系
 - B. 行政复议法律关系是一种程序性行政法律关系
 - C. 行政复议法律关系是一种诉讼行政法律关系
 - D. 行政复议法律关系是行政复议法律规范调整的产物
 - E. 行政复议法律关系当事人的法律地位平等

三、判断题

1. 行政权由行政机关代表国家行使，所以社会组织或个人在任何情况下都不能行使行政权。 ()
2. 行政行为一经作出，不论合法与否，都推定为合法有效，这是行政行为的确定力。 ()
3. 行政许可只要依法取得就会长期有效。 ()
4. 限制人身自由的行政处罚，只能由法律设定。 ()
5. 行政机关及其工作人员的行为给相对人造成损害的，国家须承担赔偿责任。 ()

四、名词解释

1. 行政主体
2. 行政权限
3. 行政强制
4. 行政侵权责任

五、简答题

1. 行政行为及其特征。
2. 行政处罚和行政处分的区别有哪些？
3. 行政处罚的种类与设定。
4. 行政赔偿的范围。
5. 行政优先权。

六、论述题

论行政行为的合法要件。

七、案例分析

某市工商局执法人员吴某，在执行公务过程中对公民陈某的违法行为当场处以 100 元罚款。在处罚当场吴某并未交付陈某行政处罚决定书，而是声称改日由陈某到区工商局领取，并要求陈某当场缴纳罚款。陈某不服，但吴某不予理睬，并声称如不服则加重处罚。

请分析：

- (1) 吴某是否有权当场对陈某作出 100 元罚款的行政处罚？为什么？
- (2) 吴某当场对陈某作出行政处罚有哪些违法行政行为？
- (3) 陈某有何救济途径？

第三章 民法

○→ 引例

赵某，16岁，某中等职业学校计算机专业二年级学生，在一次由学校组织参加的全国性计算机大奖赛中获得一等奖，得价值4000元的电脑一台。按学校与参赛学生事前签订的书面协议约定：学生所获奖品归学校所有，学校按奖品总价值5%的钱作为奖金，奖励获奖者。据此，赵青得学校奖金200元。赵青的家长赵志法得知此事后，不同意学校的做法，向学校索要赵青的获奖电脑。学校以“与学生有约在先”为由，以民法的“自愿、公平、等价有偿、诚实信用”的基本原则为法律依据，拒绝返还赵青的获奖电脑，为此双方争执不下，最后诉诸于法庭。

【问题】

- (1) 学校与参赛学生签订的协议具有法律效力吗？为什么？
- (2) 学校所持的民法原则适用于此案中的事实吗？为什么？

【简析】

(1) 没有法律效力。我国民法规定，10周岁以上不满18周岁的未成年人为限制民事行为能力人。未成年人可以进行与自己年龄、智力相适应的民事活动。其他的民事活动，可以由他的法定代理人代理，或者征得法定代理人同意后进行。本案中，赵青16岁，属于限制民事行为能力人，与学校签订民事合同是超出他的年龄和智力范围的民事行为，所以赵青是不能作为独立的民事主体来签合同的，在没有征得监护人同意或指导所签的协议是无效法律效力的。

(2) 不适用。正因为赵青属于限制民事行为能力人，与学校的民事关系不能设立，当然也就不存在承担什么法律义务。

民法作为市民社会的法是通过规范私人的行为来建立合理的社会生活秩序，因此也是和人们的日常生活联系最为紧密的法律之一，青少年应该熟悉民法的内容。

第一节 民法概述

一、民法的概念和特征

在古代罗马早期，调整罗马本国公民即市民相互之间关系的法律被称为市民法，近代“民法”一词，即来源于古罗马的市民法。汉字“民法”一词最早为日本人使用，以后传入我国，沿用至今。

民法是各国法律体系中最为重要的法律部门之一。我国采用的是民商合一的做法，1986年1月1日起开始实行的《中华人民共和国民法通则》将商法的内容包括在民法之中，因此，民法通用的概念为：民法是调整平等主体的自然人、法人和其他组织之间的财产关系和人身关系的法律规范的总称。

民法有如下法律特征：

1. 民法调整的是平等主体之间的社会关系

所谓平等主体，也可以表述为主体平等。平等是两个或两个以上的人之间的关系，这种关系有两个特征：（1）人格独立；（2）意志自由，也就是说民事主体的法律地位平等，即每个参与民事法律关系的主体，都具有独立的、平等的人格和自由的意志，这是民法区别于其他法律部门的最重要标志。

2. 民法调整的对象是财产关系和人身关系

财产关系又称经济关系，主要是指人们在社会生产、交换、分配以及消费等经济活动过程中因对物质财富的支配和利用而形成的社会关系。这里所指的财产是在人与人的相互关系中体现主体物质利益的事物，其范围相当广泛，既包括有形财产（物或有体物），也

包括无形财产（如知识产权、商业信誉等）。但无论哪种类型的财产都必须满足以下条件：一是能满足人们的需要，具备使用价值；二是具有稀缺性，不能无限量的存在；三是能为人力所掌控；四是原则上存在于人体之外。民法调整的财产关系主要包括财产占有关系（其中最重要的是财产所有关系）、财产流转关系（其中最重要的是商品交换关系）、智力成果支配和利用的关系以及遗产继承关系。

民法调整的人身关系是与特定人身密切联系且无直接财产内容的社会关系，其中，“人”指人格，“身”指身份，合成为“人身”，所以人身关系包括人格关系和身份关系。无论是人格关系还是身份关系，都表现出如下基本特征：（1）非财产性质；（2）与特定人自身不可分离；（3）平等性质。但由于人的经济利益和精神利益是相互联系的，人身关系在一定条件下又可以成为发生财产关系的前提，如因侵害人身权而发生的损害赔偿关系、因特定身份而发生的财产继承关系或财产分割关系等。

1986年4月12日，六届全国人大四次会议通过了我国第一部民事基本法律《中华人民共和国民法通则》（简称《民法通则》），这不是一部完备的民法典，但它规定了民事活动中应共同遵循的规则，概括了民法应具备的基本内容，是民事生活的基本法律准则。此外，1999年制定的《合同法》、2007年公布实施的《物权法》以及婚姻法、继承法、著作权法、专利法、公司法、担保法等单行法，也是调整民商事活动的重要法律。

二、民法的基本原则

民法的基本原则是民法的宗旨，是制订、解释、执行民法的出发点，是民事立法、民事司法和民事活动必须遵循的基本准则。民法的基本原则贯穿于整个民法制度和民法规范中，是对民法调整的市民社会关系本质和规律的集中反映，是克服法律局限性的工具，它集中体现了民法的基本价值。民法的基本原则概括起来有以下

几点：

（一）平等原则

《民法通则》第三条规定：“当事人在民事活动中的地位平等”，这条规定是平等原则的法律表现形式。民法上的平等原则，是指在民事活动中，民事主体的法律地位平等，任何一方不得把自己的意志强加于另一方。在民法调整的社会关系中，大部分是商品经济关系，而商品经济关系一个很重要的特征就是平等性，可见，当事人地位平等是商品交换的前提和基础，也是商品交换得以实现的保障。因此，民法将当事人地位平等作为自己的首要原则。平等原则的具体内容包括：

（1）自然人的权利能力平等。

（2）民事主体参与民事活动，适用同一法律，在具体的民事法律关系中，地位平等，受平等的法律保护。国家机关、企业事业单位、社会团体和公民个人，无论他们在其他领域是否存在行政隶属关系，一旦进入民法调整的领域，就成为法律人格完全独立的自然人和法人，彼此之间没有依从关系。

（3）民事主体在产生、变更和消灭民事法律关系时必须平等协商。

（4）民事主体违背民事规则，追究民事责任时，适用法律一律平等。民法规定的民事权利保护方法和民事责任形式，平等地适用于一切民事主体。任何民事主体的权益受到非法侵害，民法都应当给予保护；任何民事主体非法侵害他人的民事权益，都应当承担相应的民事责任。

〔案例〕

1982年12月15日，被告（某村民小组）将66亩空闲地、15亩果园地以及苹果树460棵，发包给本组村民王甲、王乙、李丙和原告王某，合同约定：承包期为5年，承包费为每年1512元；若有一方违约，按承包费的30%承担违约金。原告和其他合伙人承包后，

由于管理不善，内部发生矛盾，第一年就亏了1000元，当年的承包费无法履行，承包人不愿意再继续承包。被告提出：承包人若弃包不干，要付当年的承包款以及违约金，但若其中一人愿意继续承包，可免违约金。原告以能在原合同的基础上再订5年承包合同，并允许在承包土地上新植苹果树苗为条件，提出愿意继续承包果园。被告原任组长为此事召开村民大会讨论，除1人表示反对外，其他人均表示同意。1983年11月25日，被告与原告签订了后续5年的承包合同，并将原4户合伙承包的合同转给原告承包。随后，原告王某付清了当年的承包费。1984年4月26日，被告组长换届，发包与承包双方到县公证处，对前后10年的承包合同进行了公证。之后，由于鲜果涨价，原告经营果园的盈利增多，引起群众意见。1987年10月，被告未征得原告的同意，单方面终止了合同的履行，把果园发包给他人，给原告带来经济损失。

问：（1）村民与村民小组的法律地位是否平等？

（2）村民小组是否违约？若违约应该承担什么责任？

（二）意思自治原则

意思自治原则，是指民事主体依照自己的理性判断，自主参与市民社会生活，管理自己的私人事务，不受国家权力或其他民事主体的非法干预。

意思自治原则的基本含义包括意志自由与自己责任两个基本点。意志自由是指民事主体在民事活动中享有法律许可范围内的意志自由，不受外界非法干涉；自己责任，是指每个人都必须对自己的行为负责。

意思自治原则是市场经济客观要求的法律表现，它反映和保护了市场主体人格的独立以及财产和责任的独立，是对民事关系一般法律准则的高度概括。

意思自治排除了他人对当事人自由意志的不法干预，也排除了不当行使的国家权力对民事权利的侵犯。

[案例]

被告刘某曾在原告李某任教的学校上小学。1979年冬的一天上课时，刘给同学传看自己贴在作业本上的邮票，被正在上课的李某发现后没收。下课后，刘某接受了李的批评并请求李某帮他整理邮票。李同意后将刘某的邮票进行清洗晾平，然后陆续交给了刘某。但有两张油画邮票和部分贴在作业本上的邮票（均系信销票）未能及时整理，被李的妻子清扫房间时当作废纸烧毁。不久，刘辍学，李某无法找到刘说明邮票烧毁的原因。从1985年起，刘某每年都有一两次找李索要邮票，李总解释邮票已被烧毁，无法归还。1992年1月3日，刘某带领5人到李某家索要邮票，刘某以李某本人及其家属的安全相威胁。次日早晨，在公安人员的干涉下，刘某等人才离开李家。但当日晚，刘又到李家索要邮票，李被迫同意将邮票折价8000元，在同年1月31日前付给刘，刘表示保证李某全家人不受他的侵害。双方就此立了“字据”。

问：李某与刘某所立“字据”是否有效？试说明原因。

（三）诚实信用原则

诚实信用原则，是指依照社会商品生产交换的互惠原理，民事主体在参与民事法律关系时，诚实办事，注重信用。该原则要求在民事活动中，当事人都讲信誉，守承诺，不进行任何欺诈行为，维护当事人双方的利益和社会利益。

诚实信用原则具有两方面的功能：一是要求民事主体在民事活动中应尊重他人利益，反对欺诈、胁迫，以诚实、善良的态度行使权利和履行义务；二是赋予法官以“衡平权”，即承认司法活动的创造性与能动性，允许法官在法无明文规定时依照公平正义对案件进行裁判。

[案例]

李某有一幢能够眺望海景的别墅，他通过内部消息得知别墅前

面将要修建一高楼，正好挡住其眺望海景的视线，于是，李某遂将别墅卖给了想买一幢能够眺望到海景的别墅的赵某。

问：李某的行为违反了民法的哪一项原则？

（四）公平原则

公平原则是社会公平、正义观念的法律化，其含义包括三个方面：（1）在民事活动中，当事人双方的权利和义务应该对等；（2）民事交往特别是财产交往遵循价值规律，等价有偿，反对暴利；（3）民事案件的处理结果应当符合公平、正义的要求，法院在法律上缺乏具体规定时，也应遵循公平的原则做出裁决，以期产生良好的社会效果。

（五）公序良俗原则

公序良俗原则，是指民事主体的行为应当遵守公共秩序，符合善良风俗，不得违反国家的公共秩序和社会的一般道德。民事活动不得违反公共秩序和善良风俗，是现代民法的一项重要法律原则。我国《民法通则》第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”

公共秩序，是指国家社会的存在及其发展所必需的一般秩序。善良风俗，是指国家社会的存在及其发展所必需的一般道德。公共秩序强调的是一种外部的秩序状态，而善良风俗则是对人民内在道德的要求。

作为民法上的一般条款，公序良俗原则的基本作用在于弥补法律禁止性规定的不足。具体而言，任何法律都不可能预测所有损害国家利益、社会和道德秩序的行为而作出详尽的禁止性规定，因而规定公序良俗原则这样的一般条款，可以弥补禁止性规定的不足。

（六）禁止民事权利滥用原则

权利人行使权利超过正当界限，有损他人利益或社会利益的，

为权利的滥用。我国《宪法》第五十一条规定：“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”《民法通则》第七条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”对此作扩大解释，其内涵包括禁止权利滥用。

禁止权利滥用包括以下内容：（1）民事活动必须遵守法律；（2）民事活动应当尊重社会公德；（3）民事活动不得损害社会公共利益；（4）民事活动不得扰乱社会经济管理秩序。

我国民法的上述基本原则，共同发挥着指导民事立法、民事司法和民事活动的作用。它们既可单独使用，又可相互配合、相互制约，是一个有机的整体，共同构成了我国民法的基本原则体系。在当前我国还没有一部完整的民法典、民事法律还很不完美的情况下，这些原则起到了重要的指导和补充作用。

第二节 民事主体

民事主体又称为民事法律关系主体，是指有资格参加民事法律关系、享有民事权利和承担民事义务的人。民事主体资格由国家法律规定。只有享有民事主体资格的人，才能参加具体的民事交往活动。在民事法律关系中，享受权利的一方是权利主体，承担义务的一方是义务主体，但有时当事人双方既是权利主体，又是义务主体。我国法律规定能成为民事法律关系主体的人包括自然人、法人、非法人组织，国家作为一个整体，在某些时候也可以成为民事法律关系的主体。在民事法律关系的构成中，民事主体是不可缺少的要素之一，没有主体的存在和参与，民事法律关系就无从发生，也无所归依。

一、自然人

(一) 自然人与公民

自然人是相对于法人的民事主体，指基于自然规律而出生并生存的人。自然人既包括本国入，也包括外国人和无国籍人。公民是指取得一国国籍并根据该国宪法和法律规定享有权利和承担义务的人。我国《宪法》第三十三条规定，凡具有我国国籍的人都是我国的公民。自然人与公民这两个概念既有区别又有联系，凡公民都为自然人，而自然人不一定是一个国家的公民。我国《民法通则》使用的公民的概念同自然人概念意义相同。

(二) 自然人的民事权利能力

自然人的民事权利能力不是与生俱来的，而是法律赋予的使自然人成为民事主体，依法享有民事权利和承担民事义务资格。

民事权利能力和民事权利是两个不同的概念。民事权利能力是民事主体实际取得具体的民事权利、承担民事责任的前提和基础，民事权利是民事主体运用民事权利能力从事民事活动所取得的一种利益；民事权利能力直接由代表国家意志的法律确定，而民事权利则是在具体的民事法律关系中产生，它的内容和范围直接取决于民事主体的意志。

自然人的民事权利能力在不同的时代有不同的特征，我国自然人民事权利能力的特征主要有统一性、平等性、广泛性及不可转让性。

我国《民法通则》第九条规定：“公民从出生时起到死亡时止，具有民事权利能力，依法享有民事权利，承担民事义务。”即自然人的民事权利能力始于出生，终于死亡。其中，对自然人出生时间的认定，最高人民法院有明确的司法解释：“公民的民事权利能力自出生时开始。出生的时间以户籍证明为准。没有户籍证明的，以医院

出具的出生证明为准。没有医院证明的，参照其他有关证明认定。”对于死亡时间的认定，《民法通则》规定了自然死亡和宣告死亡两种情形。宣告死亡是一种推定死亡，是人民法院对失踪一定时间、符合法定条件的人，依法推定其死亡的法律制度。《民法通则》规定，自然人下落不明满4年，意外事故下落不明从事故发生之日起满2年，战争期间下落不明从战争结束之日起满4年，经利害关系人申请，法院可宣告其死亡。一般来说，宣告死亡和自然死亡所引起的法律后果相同。

[拓展训练] 查一查，法律关于宣告失踪的规定是什么。

[案例]

1. 1992年10月27日晚，四川希旅游乐公司驾驶员胡某驾驶本单位小汽车，行至新津县内，因超速行驶、违章绕行，将正在横穿公路的叶某撞伤，叶某经抢救无效死亡。经新津交警大队认定，希旅公司负主要责任，死者负次要责任，对此双方均无异议。叶某的妻子因患病长期丧失劳动能力，且在叶某死亡时，其妻已经怀孕，并于当年产下一女。希旅公司认为该女不是死者生前抚养的人，因此，拒绝支付该女婴的生活费。

问：胎儿是否具有民事权利能力？

2. 宋某外出做生意五年未归，下落不明，因宋的父母死亡，宋的姐弟为继承遗产，向法院申请宣告宋死亡，而宋的祖母不同意，只同意向法院申请宣告失踪，并提出宋的应继承财产可由她代管，万一宋活着回来，成家立业时还用得上钱。

问：（1）法院应依谁的申请作出宣告？

（2）是否必须先宣告宋失踪后，才宣告宋死亡？

（3）假如法院宣告宋死亡，如何确定宋的死亡日期？

(三) 自然人的民事行为能力

自然人的民事行为能力是自然人以自己的行为设定民事权利义

务的能力，即自然人依法独立进行民事活动，取得民事权利和承担民事义务的能力。民事行为能力是根据行为人的年龄、智力状况和精神状况来确定的。《民法通则》把自然人分为：

1. 完全民事行为能力人

我国民法规定，年满 18 周岁的自然人是成年人，具有完全的民事行为能力，可以独立进行民事活动，是完全民事行为能力人。16 周岁以上不满 18 周岁的自然人，以自己的劳动收入为主要生活来源的，在法律上将其视为完全民事行为能力人。16 周岁以上不满 18 周岁的自然人如果已经从事一定的职业，有较稳定的收入，则他们已经具备判断自己行为后果的能力及处理自己个人事务的能力。法律特别赋予他们完全民事行为能力，有利于满足这部分人的正当需要。

[案例]

甲，17 周岁，在一家生产电子元件的工厂工作，厂家提供食宿，每月工资 800 元。2002 年 6 月甲未经其父母同意，花 700 元钱从同事乙处买了一台数码相机。2002 年 11 月，甲因被确认患精神分裂症丧失了民事行为能力。甲父找到乙，认为他们之间的买卖无效，要求乙返还钱款，取回相机。

问：甲同乙之间的买卖是否有效？请说明理由。

2. 限制民事行为能力人

限制民事行为能力人，是指当事人的民事行为能力不完全，只在法定范围内具有民事行为能力，可以独立实施民事行为，但超出法定范围，其民事行为能力就不圆满，不能独立实施民事行为。

我国法律规定，限制民事行为能力人包括年满 10 周岁、不满 18 周岁的自然人和不能完全辨认自己行为的精神病人（包括对比较重要的民事行为缺乏判断能力和自我保护能力，并且不能预见其行为后果的痴呆症患者）。

限制民事行为能力人可以独立进行与其年龄、智力相适应的民

事活动。而判断其所进行的民事活动是否与其年龄、智力相适应，可以从行为与本人生活相关联的程度、本人的智力能否理解其行为并预见相应的行为后果以及行为标的额等方面认定。一般而言，与当事人日常生活所需有关的行为、金额较小的行为以及纯获利的行为，限制民事行为能力人可以独立实施。如处分零用钱、购买食品、学习用品、利用自动售货机、利用公共交通工具、进游乐场所游乐等行为。

[案例]

1995年7月，11岁的刘某在父亲去世后，一直与母亲汪某共同生活。1998年7月因汪某再婚，刘某心有不满，便搬到爷爷奶奶家生活，汪某仍每月给付其生活费。1999年4月7日，刘某在放学途中因与同学齐某（15岁）发生口角，将齐某推下自行车，致齐某右腿及右脚小拇指骨折。齐某住院治疗花去医药费18000余元。齐某的父亲找汪某赔偿，汪某以自己经济困难无力支付为由不予赔偿，并说刘某的父亲去世前留有一张5万元的存单，被刘某离家时拿走交给了刘某的爷爷刘甲，要齐某的父亲去找刘甲。齐某的父亲找到刘甲后，要其赔偿自己儿子的医疗费。刘甲承认存单在自己手中，但表示存单是孩子的父亲留给供刘某上大学的存款，不能用来赔偿，并认为齐某的父亲应找汪某承担责任。因索赔没有结果，齐某的父亲只得代齐某起诉汪某及刘甲，要求其赔偿齐某的医疗费18000余元。

问：（1）法院是否会支持齐某的诉讼请求？为什么？

（2）刘某的父亲留给他的遗产可否用于上大学以外的其他用途？为什么？

3. 无民事行为能力人

无民事行为能力人指完全不具备民事行为能力，原则上不能参加任何民事活动。

我国法律规定，无民事行为能力人包括未满10周岁的儿童和完

全不能辨认自己行为的精神病人（包括痴呆症人）。无民事行为能力人需要实施民事行为，只能由他们的法定代理人代理实施。但为了保护无民事行为能力人的利益，有关司法解释规定，无民事行为能力人实施的单纯获利的行为有效。

[课堂练习] 请举例说明如何判断是不是“单纯获利”的行为。

（四）监护

1. 监护的概念

监护是指监护人对无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的人身、财产和其他合法权益的监管和保护的一种民事法律制度。监护制度起源于罗马法。监护制度的重要作用，是在自然人具有权利能力而无行为能力或行为能力受到限制的情况下，帮助这种自然人的权利能力得到实现，从而得以生存和发展，使社会成员之间的互助义务得到法律的强制性的保障。

我国民法上设置监护制度的目的也不例外，同样是为了保护欠缺民事行为能力的人的财产和人身利益，维护社会秩序的稳定。

2. 监护的设立

监护的设立即监护人的确定。

（1）未成年人的监护人。未成年人的监护人的设立分为以下几种情况：

未成年人的父母是他们的法定监护人；

未成年人的父母已经死亡或者没有监护能力的，由有监护能力的祖父母、外祖父母、成年兄、姐；或者与未成年人关系密切的、愿意承担监护责任，又经未成年人的父母所在单位或未成年人住所地的居委会、村委会同意的其他亲属和朋友担任监护人。

若无上述法定监护人的，由未成年人的父母所在单位或未成年人住所地的居委会、村委会或者民政部门担任监护人。

（2）精神病人的监护人。担任精神病人的监护人的顺序是：

配偶、父母、成年子女；

其他近亲属；

关系密切的、愿意承担监护责任，又经精神病人的所在单位或精神病人住所地的居委会、村委会同意的其他亲属和朋友。

若无上述法定监护人的，由精神病人的所在单位或精神病人住所地的居委会、村委会或者民政部门担任监护人。

[案例]

甲婚后因夫妻关系不和患了精神病，甲妻、父母、兄弟、叔叔对甲的监护问题相互推诿。

问：甲应由谁来担任监护人？为什么？

3. 监护人的主要职责

监护人的职责即监护人的义务。监护人的义务是由法律直接规定的，因此，它不仅是监护人对被监护人应尽的义务，还是监护人对国家和社会应尽的义务。同时，监护人的职责又是其依照法律享有的权利，即监护权。监护人必须依法行使其监护权，否则，应当承担相应的民事责任。

监护人的职责包括：

(1) 保护被监护人的身体健康。

(2) 照顾被监护人的生活。

(3) 对被监护人进行管理和教育，并对被监护人给他人造成的损害承担民事责任。被监护人致人损害的，监护人应当承担责任。当然，如果监护人尽了监护职责的，可以适当减轻其责任。被监护人有财产的，赔偿金先从被监护人自己的财产中支出，不足部分才由监护人作适当赔偿。但如果由单位充当监护人的，对不足部分应全额补偿。

(4) 保护和管理被监护人的财产。监护人管理被监护人的财产，在管理过程中应尽善良管理人的注意。除了为监护人的利益外，不得处分被监护人的财产。所谓为监护人的利益，如为监护人购买人身保险、为被监护人清偿债务等。

(5) 代理被监护人进行民事活动和民事诉讼。当被监护人与他人发生纠纷时，代理被监护人进行民事诉讼。在代理被监护人进行民事行为或者民事诉讼时，代理人不得滥用代理权。

[案例]

1. 精神病患者甲在妻陪伴下外出散步，顽童乙前来挑逗，甲受刺激追赶，甲妻见状，竭力阻拦无效，甲将乙头打破。

问：(1) 甲妻是否尽到了监护职责？

(2) 乙的医药费如何承担？为什么？

2. 正在读初三的赵某（15岁）用积攒下来的压岁钱给自己买了一部价值1200元的手机，但其家长认为孩子还未成年，购买手机的行为没有通过家长同意，因此，赵某的母亲将销售商告上法庭，要求双倍返还购买手机的货款2400元并赔偿经济损失。

问：(1) 赵某以1200元的价格购买手机是否是与其年龄、智力相适应的民事行为？

(2) 赵某所实施的民事行为法律性质如何？

二、法人

(一) 法人的概念和特征

“法人”一词最早出现在1896年的《德国民法典》，但该法典以及以后颁布的资产阶级民法典都未给法人下一个明确的定义。1922年的《苏俄民法典》才第一次以立法形式明确了法人的概念。我国民事立法指出法人是与自然人相对应的民事主体，《民法通则》第三十六条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”这一规定科学地揭示了法人的民事主体性及其本质特征：

(1) 法人是社会组织，这是与自然人最根本的区别。所谓社会

组织一般是自然人按照一定的宗旨和条件而建立起来的具有明确的活动目的和内容，有一定组织机构的有机整体，是自然人的集合体。

(2) 法人是具有民事权利能力和民事行为能力社会组织。

(3) 法人是依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。

(二) 法人应当具备的条件

依据《民法通则》规定，法人应当具备以下条件：

1. 依照法律和法定程序成立

法人与自然人的区别在于，自然人是单个的主体而法人是集合的主体，即两个以上的自然人组成的主体。但并非任何社会组织都能取得法人资格，只有那些依法成立获得法律认可的组织才能取得法人资格。依法成立是指依照法律的规定而成立。首先，法人组织的设立要合法，其设立的目的、宗旨要符合国家和社会公共利益的要求，其组织机构、设立方式、经营范围、经营方式等要符合国家相关法律的要求；其次，法人的成立程序符合法律、法规的规定。

2. 有必要的、独立的财产或经费

法人作为独立的民事主体，要独立进行各种民事活动，独立承担民事活动的后果。因此，法人应当有必要的、独立的财产或经费，以此作为参加民事活动的物质基础，否则，法人无法进行各种民事活动。

所谓“必要”是指法人的财产或经费应与法人的性质、规模等相适应，如果财产不足以支撑该组织的经济活动，则该组织就缺乏商业信用，其活动就有可能损害债权人的利益，扰乱交易秩序。“独立”则是指法人能够根据自己的意志在法定范围内独立进行支配的财产。法人的独立财产不仅意味着法人的财产与法人成员的个人财产是相分离的，而且意味着不同法人组织相互之间在财产上是相分离的，即法人组织之间的行政隶属关系，不影响法人财产的独立性。

3. 有自己的名称、组织机构和活动场所

法人组织的名称是其区别于其他社会组织的标志，还是其商业信誉的载体。法人组织的名称应该能够表现其活动的对象及隶属关系。对于经过注册登记名称，法人组织享有专用权。

法人的组织机构称为法人的机关，是法人对内管理法人事务、对外代表法人进行民事活动的常设机构。其通常包括三部分：（1）意思机关，即法人的权力机关与决策机关；（2）执行机关，即执行法人意志、代表法人对外参加民事活动的机关；（3）监督机关，即监督法人依章程和法律法规进行活动的机关。法人组织机构的健全是法人开展正常活动的必要条件，因此，具有完整组织机构，才可能成为法人。

法人组织的活动场所是其从事生产经营活动或其他活动的固定地点。法人的主要办事机构所在地为法人的住所。

4. 能够独立承担民事责任

法人是独立的实体，不仅具有独立的财产，而且能够以自己的财产对自己的行为独立承担民事责任。所谓独立承担民事责任是指法人依法以其经营管理或所有的财产对法人的债务承担责任，而不是由其他组织、个人代替或连带承担责任。法人独立承担民事责任，是法人作为独立民事主体的体现。一旦企业法人的财产不能清偿其债务，只能通过破产程序免除其债务。

[案例]

1. 张某、李某、王某、刘某各出资 40 万元，成立甲有限责任公司，现甲公司由于经营不善，导致欠乙银行 800 万元贷款到期不能偿还。

问：甲公司是否属于法人？为什么？甲公司的债务由谁来承担？

2. A 公司与 B 大学合作办学。A 公司依合作办学的协议向 B 大学投资 1000 万元人民币。B 大学为了更好地发展我国的教育事业，筹措教育资金，将其中 500 万元人民币投资与 C 公司共同发起注册成立了 D 有限责任公司。公司章程约定，利润按投资比例分配。D 有限责任公司经营一年，赢利 5000 万元人民币。A 公司和 C 公司要求分配利润，B 大学以其为公益法人为由，认为 D 有限责任公司所获赢利只能归自己所有。于是，A 公司和 C 公司向法院提起诉讼。

- 问：(1) A、B、C、D分别是什么类型的法人？
(2) B大学与C公司的合作是否合法？为什么？

(三) 法人的分类

我国《民法通则》以法人活动的性质为标准，将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人、社会团体法人四大类。

1. 企业法人

企业是指从事生产、流通、科技等活动，以获取盈利和增加积累、创造社会财富为目的的营利性社会经济组织，是国民经济的基本单位。企业法人就是这些组织中具有法人资格者。企业法人在法人制度中最重要的民事主体，是生产经营活动的主要参与者。为了规范经济秩序，企业法人的成立必须经过核准登记。企业法人主要包括：有限责任公司和股份有限公司、取得法人资格的国有企业和集体所有制企业、私营企业法人、法人型联营企业、中外合资经营企业以及取得法人资格的外资独资企业和中外合作经营企业。

2. 机关法人

机关法人是指依法享有国家赋予的行政权力，并因行使职权的需要而享有相应的民事权利能力和民事行为能力的国家机关。机关法人包括权力机关法人、行政机关法人、司法机关法人和军事机关法人。国家机关主要是行政法上的主体，它只有在从事民事活动时才能成为民法意义上的法人。

3. 事业单位法人

事业单位法人，是指依法设立、具备法人条件的从事文化、教育、卫生、体育、科学技术等公益事业的社会组织，如学校、医院、科学院、文艺团体等。事业单位法人不以营利为目的，一般不进行生产经营活动。

4. 社会团体法人

社会团体法人是指自然人或法人自愿组成，为实现会员共同意愿，按照其章程开展活动的非营利性社会组织，如工会、妇联、学

联、各种学会和研究团体等。社会团体法人均须指定章程，并经国家主管部门审核准予登记后，才能在其核准登记的业务范围及活动区域进行活动。

[讨论]

- (1) 法人的民事权利能力和民事行为能力是否有区别？
- (2) 法人的民事权利能力和民事行为能力与自然人有什么区别？

三、非法人组织

非法人组织，是指依法成立、有一定的组织机构和财产、不具备法人资格但能以自己的名义进行民事活动的组织。非法人组织主要包括：(1) 个人独资企业、合伙组织、合伙联营企业；(2) 法人之间的合伙型联营；(3) 未取得法人资格，但依法登记领取营业执照的中外合作经营企业、外资企业；(4) 法人依法设立并领取营业执照的分支机构；(5) 中国人民银行、各专业银行、中国人民保险公司设在各地的分支机构等。

关于非法人组织的法律地位，我国《民法通则》未作明确规定，但从其他相关的法律如《合伙企业法》、《合同法》、《专利法》等法律的规定来看，非法人组织的民事主体身份已经得到承认。

[案例]

1992年6月12日，被告卓某委托同事杨某以被告的名义到原告中国工商银行广州市下九路支行下属的长寿东储蓄所存入200美元（面额100元的纸币两张），存期为3个月。该储蓄所按有关规定对两张美元检验后，要求杨某在存款凭证上抄下了这两张美元的号码。同年9月14日，被告到储蓄所取回了上述存款的本息201.64美元。同年10月7日，原告将存储的美元押解给香港宝生银行。该银行经检验发现其中号码都和上次抄的不同，即向原告出具书面经办报告并退回了该两张伪钞。原告向被告索要其已提取的上述美元本息未

果，遂于1992年12月21日向法院起诉，要求判令被告返还上诉美元本息。

问：储蓄所作为非法人组织是否为独立的民事主体？

四、法定代表人

法定代表人是指依照法律或法人章程的规定，代表法人行使职权的负责人，如公司的董事长、企业的总经理、工厂的厂长、学校的校长等。

法定代表人的特点是：（1）法定代表人的资格是法定的。（2）法定代表人是代表法人行使职权的负责人。法定代表人一般是执行机关的负责人，可以法人的名义，代表法人对外进行民事活动，而无须法人机关的专门授权。（3）法定代表人是代表法人从事民事活动的自然人。法定代表人必须是在代表法人组织从事民事活动时才具有这种身份。当自然人以法定代表人的身份从事法人的业务活动时，并不是独立的民事主体，而只是法人这一民事主体的代表。

第三节 民事法律行为及代理

一、民事法律行为

（一）民事法律行为的概念和特征

1. 民事法律行为的概念

民事法律行为简称法律行为，现实中，大量的民事法律关系的产生、变更、消灭，都是由法律行为引起的。因此，我国《民法通则》第五十四条规定：“民事法律行为是指公民或法人设立、变更、终止民事权利和民事义务的合法行为。”这是对民事法律行为作出的定义性规定。民事法律行为制度是我国民法的一项重要制度。

2. 民事法律行为的特征

(1) 法律行为是人为的法律事实。从民事法律行为的定义可以看出，法律行为是民事主体旨在设立、变更、终止民事法律关系的行为，因此，法律行为是民事法律关系得以发生的原因之一。在民事法律关系的发生原因中，包括事件和行为两大类。前者与人的意志无关，如人的自然死亡、自然灾害等，后者包括人的意志因素，是最经常发生作用的法律事实，又可分为表意行为和非表意行为等类别。由于行为相对于事件，是民事法律关系发生的更经常的原因，因此，法律行为是民事法律关系得以发生的最大量的法律事实。

(2) 法律行为是民事主体实施的以发生民事法律后果为目的的行为。民事主体，包括自然人、法人和其他组织。只有民事主体实施的能够引起民事法律后果的行为才是民事法律行为。民事法律行为所导致的后果是行为人预先所希望和追求的（例如，租赁合同权利义务的产生，是双方当事人预先所希望的）。因此，民事法律行为是民事主体在民事活动中，依照平等、自愿的原则自觉实施的行为。凡是行为本身不可能引起民事后果的行为（如事务性行为），或后果的产生并非行为人预期的目的的行为（如不当得利行为），均非民事法律行为。

（二）民事法律行为的形式

民事法律行为的表现形式主要有两类，即明示与默示。

1. 明示

明示形式包括书面形式和口头形式两种。书面形式是用文字的形式把当事人的意思表示出来，一般有合同书、信件、电报、电传和电子邮件等。书面形式又可分为一般书面形式和特殊书面形式。一般书面形式经过当事人签名、盖章就具有法律效力；特殊书面形式还必须经过公证、鉴证、审批核准或登记后才生效。口头形式是用口头语言方法进行的意思表示。口头形式大多用在数额不大、即时结清的民事交往和其他基于高度信任的民事交往中。

2. 默示

默示形式，是指行为人并不直接表示其内在意思，只是根据他的某种行为（作为或不作为），按照逻辑推理的方法，或者按照生活习惯推断出行为人内在的意思的形式。默示形式可分为：

（1）推定形式。推定形式是指行为人通过有目的、有意义的积极行为，使他人可以推断出其内心的意思。如购物人在超市交付货币的行为就可以推断出行为人购买物品的意思。

（2）沉默形式。沉默形式是指行为人没有进行任何积极行为，而从他的沉默中认定他已经作出了某种意思表示。如我国《继承法》规定，继承开始后的2个月内，如果继承人未公开表示放弃继承的，就视为其接受继承。但沉默形式只有在法律有规定或当事人双方有约定的情况下，才可以视为意思表示。

（三）民事行为的成立及生效

1. 民事行为的一般成立要件和特别成立要件

民事行为的成立，是指符合民事行为的构成要素的客观情况。

（1）一般成立要件，是指一切民事行为成立所必需的共同要件。任何民事行为都必须由当事人、标的及意思表示三个要素为其基本构成。（2）特别成立要件，是指成立某一具体的民事行为，除必须具备一般要件外，还须具备的其他特殊要素。不同的民事行为，其成立的特别要件有所不同。如实践性行为的成立以标的物交付为特别成立要件等。

2. 民事行为的生效要件

民事行为的生效，是指已经成立的民事行为因符合法定有效要件而取得法律认可的效力。生效的民事行为与民事法律行为具有同一含义。民事行为的成立是民事行为生效的前提。一项民事行为只有在成立后，才谈得上生效的问题。大多数情况下，民事行为的成立和生效时间是一致的。只有少数情况下，民事行为的成立与生效在时间上不同，即民事行为已经成立，但尚未生效。

（1）民事行为生效的实质要件包括：①行为人具备相应的民事

行为能力。②行为人的意思表示真实。意思表示真实是指行为人在自觉、自愿的基础上作出符合其意思的表示行为。③标的须确定和可能。标的即民事法律行为的内容。所谓标的的可能，是指民事行为的标的可能实现；所谓标的的确定，是指民事行为的标的自始确定，或能够确定。④标的合法。标的合法并非指标的有法律依据，而是指标的不违法，不违法的行为就是合法的。

(2) 民事行为生效的形式要件。民事法律行为必须具备形式要件。在绝大多数情况下，民事法律行为只要具备实质要件就发生法律效力，但在某些特殊情况下，民事法律行为还须具备形式要件才发生效力。如遗嘱行为，其成立且具备一般生效要件后，并不马上生效，只有在遗嘱人死亡后，该民事法律行为才发生法律效力。

(四) 效力有瑕疵的民事行为

1. 无效民事行为

无效民事行为是我国民法上的一个特定概念，专指欠缺民事法律行为有效要件，不发生行为人预期的法律效力的民事行为。无效民事行为的含义是自始无效、当然无效、确定无效、绝对无效。

无效民事行为的主要种类有：无民事行为能力人实施的民事行为；限制民事行为能力人实施的民事行为；意思表示不自由且损害国家利益的民事行为；恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益的民事行为；标的违法的民事行为；标的不确定或自始不能的民事行为。

无效民事法律行为不能发生当事人预期的法律后果。民事行为被确认无效以后，依照《民法通则》以及有关法律规定，会发生以下法律后果：(1) 返还财产。民事行为被确认无效，当事人因民事行为取得的财产，应当返还给对方。如果一方取得，取得方应返还给对方；如果双方取得，则双方返还。(2) 赔偿损失。民事行为被确认无效以后，有过错的当事人应当赔偿对方的损失；双方有过错的，则应各自承担相应的责任。(3) 收缴财产归国家或返还第三人。当事人双方恶意串通，实施民事行为损害国家、集体或者第三人利益

时，追缴双方所取得的财产，收归国家、集体所有或返还给第三人。

[案例]

A 公司与 B 公司于 1999 年 9 月 8 日签订了一份购销钢材的合同。合同约定：A 公司与 1999 年 11 月 3 日向 B 公司交付预付款 30 万元，其余货款在交货后的次日一次付清。B 公司于合同签订之日向 A 公司支付了预付款 30 万元。然于 1999 年 11 月 3 日 B 公司请求 A 公司按合同交付钢材时，A 公司却以没有组织到货源为由拒绝履行合同，于是发生纠纷，B 公司于 1999 年 12 月 5 日向法院提起诉讼，请求追究 A 公司的违约责任。

问：法人或其他组织超越其核准登记的范围而订立合同的行为是否是无效的民事行为？

2. 可变更、可撤销的民事行为

可变更、可撤销的民事行为是指欠缺有效要件，当事人依法有权请求人民法院予以变更或撤销的民事行为，即相对无效的民事行为。

可变更、可撤销的民事行为的种类包括：（1）因重大误解而为之的民事行为。重大误解的民事行为指法律行为的当事人在作出意思表示时，对涉及民事行为法律效果的重要事项存在认识上的限制缺陷，在此基础上而实施的民事行为。重大误解的构成是行为人在主观方面的认识与客观事实存在根本性的背离；在客观方面，因为发生这种背离，给行为人造成了较大损失，如：行为人因对行为的性质、标的物的品种、质量、数量、规格，以及法律关系的主体发生错误认识，使行为的后果与行为人的意思相悖，造成较大损失的，构成重大误解。（2）显失公平的民事行为。显失公平的民事行为是出于非自愿的原因，对一方当事人过分有利、对另一方当事人过分不利的民事行为。如某古董商到农村以极不合理的低价收购古董的行为即属显失公平的民事行为。（3）一方以欺诈、胁迫手段或乘人

之危，使对方在违背真实意思的情形之下实施的民事行为。

对于重大误解或显失公平的民事行为，当事人可在该行为成立之日起1年以内，向人民法院或仲裁机构申请变更或撤销。当事人请求变更的，人民法院或仲裁机构应准予变更；当事人请求撤销的，人民法院或仲裁机构应酌情准予变更或撤销。

[案例]

1996年10月6日，杨某从县良种场以每头800元的价格购得8头奶牛和部分越冬饲草。同日，杨某又与同村周某达成购买饲草的口头协议。协议商定，杨某以每千克2角的价格，共计800元人民币购买周某的饲草4000千克，约定于1997年2月10日交钱交货。1997年1月1日，杨某之子燃放鞭炮，不慎将自家饲草烧光，杨某便找到周某要求提前交付购买的饲草。周某称“饲草可以按去年的价格，但我现在要牛不要钱，购买4000千克饲草所需要的800元钱要用两头良种奶牛来折抵。”杨某迫于大雪封山，又没有别的办法可想，被迫同意将两头良种奶牛折抵4000千克饲草。但第二天，杨某又找到周某，表示愿以1500元的价格买回两头奶牛，周某则称“买卖既做，决无反悔之理”，坚持不同意，杨某只好起诉于人民法院，要求返还两头奶牛。

问：(1) 杨某与周某之间进行的饲草买卖行为属于什么种类的民事行为？

(2) 该民事行为是否有效？为什么？

3. 效力未定的民事行为

效力未定的民事行为，指有效或无效处于不确定状态，需要由第三人意思表示辅助或者特定事实条件成就效力才能确定的民事行为。

一般来说，民事行为如果不具备有效要件，应当归于无效。但在法律有特别规定的情况下，某些已具备无效原因的民事行为，可以因其有效要件的补全（即经有关第三人的承认）而成为有效的民

事行为。

效力未定的民事行为主要包括：（1）民事行为能力欠缺。自然人实施的民事法律行为，必须具有相应的民事行为能力。如果自然人实施民事法律行为时，欠缺相应的民事行为能力，其法定代理人未予以追认或拒绝追认的，则行为无效；相反，如果其法定代理人予以追认，则该民事行为发生法律效力。（2）处分权限的欠缺。指行为人对自己无处分权的物或权利以自己的名义实施处分的行为。无处分权人以自己的名义处分他人的物或权利，是对他人的侵犯。因此这一行为是否有效，应取决于有处分权的当事人的意思，如果其承认无处分权人的处分行为，则该行为有效；否则相反。

[案例]

某甲（30周岁，出卖人）与某乙（15周岁，买受人）于1999年10月5日签订了一份房屋买卖合同。该合同约定：甲于1999年12月30日交付房屋，乙在接受房屋时付款；任何一方违约，均应支付对方合同价款30%的违约金。甲按合同约定交付房屋后，乙拒绝付款。于是，甲向法院提起诉讼，要求乙支付价款，并承担合同价款30%的违约金。

问：限制民事行为能力人所订立合同的行为是否有效？为什么？

二、代理

（一）代理的概念及法律特征

《民法通则》第六十三条第二款规定：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。”根据此条规定，代理是指代理人依据代理权限，以被代理人名义与第三人为民事法律行为，从而与被代理人直接发生权利义务关系的行为。

代理制度是现代社会中不可缺少的法律制度。一方面它扩大了民事主体的活动范围，是我国民事主体进行民事活动的主要辅助手段；另一个方面代理补充了某些民事主体行为能力的不足，如民事行为能力人和限制民事行为能力人不能或不能完全通过自己的行为，以自己的意思为自己设定权利履行义务，而代理能使这类民事主体的行为能力得以补充。

代理的法律特征包括：（1）代理人应在代理权限内独立为意思表示；（2）代理人必须以被代理人的名义进行活动；（3）代理行为的法律后果直接归属于被代理人。

（二）代理的种类

依代理权发生依据不同，将代理分为委托代理、法定代理与指定代理三种，这是从法律上作出的对代理最基本、最重要的分类。

1. 委托代理

委托代理称为意定代理，是指代理人按照被代理人的委托而进行的代理。委托代理行为所享有的代理权是被代理人授予的，授权行为仅凭代理人一方授权的意思表示，代理人就取得代理权。委托代理是最常见、最广泛适用的一种代理形式。

委托代理一般产生于代理人与被代理人之间存在的基础法律关系之上，如委托合同关系、劳动合同关系（职务关系），还可以是合伙合同关系，如超市授予收银员等工作人员代理权的劳动合同等。

2. 法定代理

法定代理是指基于法律的直接规定而发生的代理。法定代理产生的根据是代理人与被代理之间存在的血缘关系、婚姻关系、组织关系等，在法定代理中，代理权之授予基于法律的直接规定。法定代理主要适用于被代理人为无民事行为能力或限制民事行为能力人，这主要是因为他们没有民事行为能力或没有完全民事行为能力，不能为自己委托代理人，如监护人就是被监护人的法定代理人。在法律有特别规定的情况下，社会团体也可以成为其成员的法定代理人，如工会在特定情况下是其会员的法定代理人，可代理会

员签订集体劳动合同、参加与劳动争议有关的法律诉讼等。

3. 指定代理

指定代理是指代理人的代理权根据人民法院或其他机关的指定而产生。在指定代理中，代理人所享有的代理权是由人民法院或者指定机关指定的，与被代理人的意志无关。

指定代理是在没有委托代理人和法定代理人的情况下，为无民事行为能力人和限制民事行为能力人设立的代理。根据《民法通则》第十六、第十七条的规定，有权指定代理人的，一是人民法院，二是未成年人的父母所在单位或者精神病人的所在单位，三是未成年人或精神病人住所地的居民委员会或村民委员会。在指定代理中，依法被指定为代理人的，如无特殊原因不得拒绝担任，对指定不服提起诉讼的，由人民法院裁决。

（三）代理的适用范围

1. 可以适用代理的行为

代理本来只能适用于法律行为，并非任何行为都可适用代理。但为了更好地保护民事主体的合法权益，促进正常民事流转和维护社会经济秩序，允许将代理制度及有关规则扩展适用于法律行为以外的其他行为。具体包括：（1）民事法律行为；（2）申请行为，即请求国家有关部门授予某种资格或特许权的行为；（3）诉讼行为，即在民事诉讼、行政诉讼和刑事诉讼中，作为原告、被告或第三人的诉讼代理人参加诉讼。

2. 不可适用代理的行为

（1）具有人身性质的行为。具有人身性质的民事行为因为人身属性的原因，不能适用代理，例如演员履行演出合同、遗嘱人立遗嘱、收养子女等；（2）被代理人无权进行的行为不得代理。代理人所代理的行为必须是被代理人有权进行的，这是代理行为的前提，内容违法的行为和侵权行为都不能代理。（3）双方当事人约定应由本人亲自实施的民事行为不适用代理。双方当事人约定必须由本人亲自实施的行为必须遵从约定，不适用代理。

[案例]

1. 甲欲出售自己的一间平房，邻居乙得知此事后，就自作主张以甲的名义与丙签订了买卖合同，将甲的一间平房出卖给丙。后甲与丙相遇，甲表示未授权给乙而且对该买卖合同不予追认，丙并不知道实情。

问：(1) 代理行为是否有效？

(2) 丙的损失由谁来承担？

2. 甲在其承包的商店里向乙出售一套价值 2000 元的西服，恰好有人找甲，甲去隔壁接电话，委托前来看望他的朋友丙帮忙照看一下店。甲出去以后，乙提出其有事不能久留，要求丙尽快把西服卖给他，丙提出要等甲回来。后来丙见乙要走，于是答应代替甲出售该西服，双方经过协商以 1800 元的价格出售给乙。甲接电话回来以后，得知西服以 1800 元的价格被出售，觉得卖亏了，立即找到乙要求退款并取回西服。双方为此发生争执。甲起诉到法院要求撤销该买卖合同。

问：(1) 丙是否有权代理甲出售西服？

(2) 该西服的买卖合同是否有效？如果无效，要在什么情况下才会有效？

第四节 民事权利

民事主体享有的民事权利包括财产权和人身权，具体包括物权、债权、知识产权、人身权、继承权等。

一、物权

我国 2007 年 3 月 16 日通过并于 2007 年 10 月 1 日起实施的《物

权法》，进一步完善了我国的民法体系，对物权有了更为明晰、详尽的规定。

（一）物权的概念和特征

物权，是指民事主体依法对物直接占有、控制和支配的民事权利。具体来讲，它是权利主体直接支配财产（主要是有体物，在特定情况下也可以是权利）的权利，它既具有人对物的内容，如对物支配方法和范围，同时也有直接对抗一般人的效力。所有权、经营权、使用权、地上权、抵押权、质权、留置权等，都是物权。

物权具有以下法律特征：

1. 物权是支配权

物权是对物直接支配的权利。物权人可以依自己的意志就其物上直接行使其权利。物权人可以使用物或通过对物的支配而获得收益，亦可对物进行处分，以满足自己的利益需要，而无需他人的协助或义务人的行为介入。任何人非经物权人的同意，不得侵害其权利或者加以干涉。

2. 物权是绝对权

绝对权又称对世权，是相对于债权而言的，指物权对物权人以外的任何人都能产生法律上的拘束力，即物权的效力可以对抗一切人，义务主体所负的是作为的义务，即不得侵害、妨碍权利主体对物的占有、支配、管领的权利。

3. 物权是排他权

物权的排他性表现在：物权人有权排除他人对自己行使物上权利的干涉；同一物上，不允许同时存在两个所有权、两个内容不相容的物权。例如，甲对某套住房享有所有权，就排除了另外的人同时对这套住房再享有同样的所有权。物权的排他性是由物权是支配权的特点决定的。

（二）物权的种类

我国《民法通则》规定了所有权、使用权、经营权、相邻权、

抵押权、留置权 6 种物权，根据物权的权利主体是否是财产的所有人，可以把物权分为所有权与他物权。

1. 所有权

所有权又称为自物权，是财产所有人依法享有的对自己所有的财产进行占有、使用、收益、处分并排除他人干涉的物权。

(1) 占有权

占有权是指所有人对于自己所有的物实际掌握、管领或控制的权利。占有权是所有权的一项重要权能，是依法得以实际控制、掌握物的法律上的手段，也是所有权人对于自己的财产进行消费、投入流通的前提条件。

财产所有人可以自己占有财产，也可以由非所有人占有。所有人占有是指所有人自己在事实上控制属于自己所有的财产，直接行使占有权，如公民对于自己的房屋占有。

非所有人基于其对物的合法占有，也可以产生占有权。在此，合法性是产生占有的基本前提，非法占有依占有人在占有物时是否知情，分为善意占有和恶意占有。一般说来，对于他人的非法占有，所有人可以将其排除，但对于善意占有法律在一定程度上给予保护；而对恶意占有，法律对占有人因占有产生的权益一般不予保护。

(2) 使用权

使用权，是指特定主体为了满足生活生产的需要，按照物的性能和用途，并不毁损其物或变更其性质而加以利用，以实现物的使用价值的权利。由于对物的使用以对物的占有为前提，因此享有物的使用权，必定同时享有物的占有权。使用权仍然是一项独立的权能，虽一般是由所有人自己行使，但也可以由非所有人行使，非所有人根据法律的规定或当事人约定使用他人财产，视为合法使用，如承租人依租赁合同使用租赁物。

(3) 收益权

收益权是指通过对财产的占有、使用、经营、转让而依法取得物的新增利益的权利。新增利益包括孳息和利润。孳息分为法定孳

息和天然孳息。天然孳息是指由原物派生出来的果实等利益；法定孳息是指依法律关系取得的利益，如利息、租金等。

收益权一般由所有权人行使，但收益权可以与所有权分离。

(4) 处分权

处分权是所有权内容的核心，是所有权的最基本的权能。处分权是物的所有人在法律允许的范围内对物进行处置，决定物的命运的权利。处分可以分为事实上的处分和法律上的处分。事实上的处分是在生产或生活中使物的物质形态发生变更或消灭；法律上的处分，是指通过法律行为对物进行处置，如转让、设定他物权等，法律上的处分发生所有权的消灭或受到限制的效力。

占有、使用、收益、处分四项权能一起构成所有权的内容。完整的所有权包括上面四项权能，但在现实生活中，占有、使用、收益、处分四项权能，常常与所有人发生分离，但所有人并不因为某项权能与之分离而丧失对财产的所有权。相反，这种分离本身正是所有人行使所有权的表现。在现实生活中，所有人正是通过这四项权能的分离与回复，发挥财产的效益，以满足自己生产和生活的需要。

[案例 1]

2004年5月25日，陈军为钟惠过生日，在财源海鲜酒楼处请钟惠吃饭，钟惠点了一道清蒸鱼。当鱼被端上桌子后，酒楼的服务员当场给鱼剔骨。发现鱼肚子内竟有一颗大珍珠。随后，财源海鲜酒楼将该珍珠占有。陈军认为珍珠应该归自己所有，向酒楼索要被拒绝。第二天，这件事被专门给酒楼送鱼的鱼贩子武进知道，也向酒楼索要珍珠，三方僵持不下。

问：这颗珍珠的所有权应该属于谁？请说明原因。

[案例 2]

杜某在南湖公园游泳区游泳时，不慎将自己的天王表丢失，该

表被公园游戏区的管理人员拾得后，将表交给有关行政管理部门，杜某未能在规定的保管期内认领手表，有关行政管理部门遂将手表拍卖。邓某以350元的价格购得，随后邓某又将手表赠给自己的女友鹏某，鹏某将手表放在家中，不料家里失窃，手表被小偷偷去，不久，该小偷被公安机关抓获，在审讯中该小偷交待已将手表卖给汽车厂工人李某，因急于脱手，手表只卖了70元钱，李某又因身边只带了50元钱，尚拖欠他20元钱，至今未给，鹏某根据公安机关的通知，前去认证核实后，提出返还手表的请求，杜某听说此事后，前去认定了这块天王表正是他在公园里丢失的手表，于是也提出返还手表的请求。

问：(1) 杜某在认定手表是他在公园丢失的手表后，是否有权要求返还手表？为什么？

(2) 邓某依拍卖所得手表是否对其拥有所有权？为什么？

(3) 李某对手表是否拥有所有权？为什么？

(4) 该手表的归属应如何确定？为什么？

2. 他物权

他物权是与自物权相对应的，除了所有权以外，在他人所有物上所设定的物权，称为他物权。概括来说，他物权是指依据法律规定和当事人的约定，由他人对所有人的财产所享有的支配权利。

他物权与所有权比具有如下特征：(1) 他物权的权利主体是非财产所有人；(2) 他物权的客体是他人的财产；(3) 他物权的内容是不完全的，受限制的，例如处分权能；(4) 他物权是非所有人基于法律、合同或其他合法途径所取得。

他物权根据设定目的不同还分为用益物权和担保物权。用益物权是指在他人的物上设定的，以使用、收益为目的的物权，土地承包经营权、采矿权等都属于用益物权；担保物权是以确保债务履行为目的，在债务人或第三人的特定财产上所设定的一种他物权。担保物权主要包括抵押权、质权、留置权等。

[案例]

浩远房地产公司曾于1994年以1000万元从他人手中购买了位于某市临近海边的100亩土地，以便在该地上建一栋豪华酒店。该地旁边有一海滨商店，占地10亩，浩远在购得该土地以后，便与该商店协商，并于1994年5月初订立一份书面合同，规定：海滨商店不得在20年内拆除并兴建高层建筑，以阻碍浩远的旅客今后在酒店眺望大海，并影响酒店周围环境的美观。为此，浩远每年支付10万元给海滨商店，以作为补偿。合同生效一年，海滨商店经营不善，将其房产转让给大龙公司，并未交代其与浩远的合同一事。大龙公司购买到该房屋后即拆除该房屋，并欲在距浩远200米处兴建一幢五层楼的旅馆。因此，浩远起诉到法院。

问：海滨商店与大龙公司的转让合同是否有效？

二、债权

(一) 债权的概念及特征

我国《民法通则》第八十四条规定：“债权是按照合同的约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定权利义务关系。享有权利的人是债权人，负有义务的人是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或法律的规定履行义务。”由此规定可归纳出，债权是指特定当事人之间可以请求一定给付的民事法律关系。与所有权相比，债权的法律特征主要包括：

(1) 债权的当事人都是特定的，而所有权关系中，义务人是不特定的任何人。

(2) 债权的发生根据可以是合法行为，也可以是违法行为；所有权却只能根据法律规定的合法行为而发生。

(3) 债权人权利要得以实现，必须依赖相对的、特定的债务人履行义务的行为；而所有权人权利的实现，不必借助于他人的行为。

(二) 债权的发生依据

债权发生根据是指引起债权产生的法律事实，它包括以下几种：

1. 合同

由合同引起的债权债务关系发生的合同之债，是最主要、最普遍的债权的发生原因。合同，也称契约，是指作为平等主体的自然人、法人或其他组织之间关于设立、变更或终止债权债务关系的协议。

2. 无因管理

无因管理是指既未受人之托，也不负有法律规定的义务，为避免他人利益上损失而对他事物予以管理或提供服务的行为。管理他人事物的人叫管理人，负有将开始管理事物通知本人、适当管理、继续管理、报告及计算等项义务；本人负有偿还管理人所付的必要费用、赔偿损失等项义务。管理人与本人之间因此形成了债权债务关系。

[案例]

1. 甲乙为邻居。一日甲突发急病，乙见状忙找到一辆出租车将甲送医院抢救，乙随车同去，花去车费 50 元，向医院垫交押金 3000 元。乙并因此而耽误上班被扣发津贴 50 元。事后乙要求甲偿还为甲所付款时，甲仅付了 3000 元，而乙主张应付 3100 元。

问：你认为甲应当付给乙多少钱？为什么？

2. 王某承包村里的鱼塘，经过精心饲养，收成看好。就在鱼出塘上市之际，王某不幸溺水而死，而其两个儿子都在外地工作，无力照管鱼塘。王某的同村好友李某便主动担负起照管鱼塘的任务，并组织人员将鱼打捞上市出卖，获得收益 4 万元，其中，应向村里上缴 1 万元，李某组织人员打捞出卖鱼所花费劳务费及其他必要费用共计 2000 元。现李某要求王某的继承人支付 2000 元费用，并要求平分所剩 2.8 万元款项。

问：(1) 公民李某的行为属于什么性质？

(2) 李某的要求是否合法?

3. 不当得利

不当得利是指没有合法根据,使他人财产受到损失而自己获得利益的一种法律现象。由于这种获利没有法律或契约上的根据,并且有损于他人,因此,一旦发生不当得利,其利益受损害的一方有权请求获利一方返还不当得利,不当得利者负有返还的义务。当事人之间的这种权利义务关系,是一种债权债务关系。基于不当得利而产生的债即为不当得利之债。

[案例]

1. 某甲到银行取款时,银行员工因为点钞失误而多付给其10 000元。甲以这1万元做本钱进行经营,获利5000元,其中2000元为其劳务管理费用成本。一个月后银行发现了多付款的事实,要求甲返回。

问:甲是否应当将钱返还银行?若应当,该返还多少?

2. 被告任某遗失了中国建设银行借记卡一张,该借记卡后被原告李某之女拾得,李某将此卡随意放在了自己的钱包中。2003年1月16日,原告李某误持该银行借记卡在郫县建设银行某储蓄所存款。在将6500元交给储蓄所工作人员存储后,储蓄所工作人员将存款底单交由原告李某签字,李某未认真核对存款底单的记载内容,在银行底单记载的姓名与自己不符的情况下仍然签字,将6500元现金存入被告任某的借记卡账户中。在发现6500元存错之后,原告李某多方寻找银行卡的真正主人,并于2004年3月及2006年2月两次与被告任某就此事协商未果,不得已原告起诉至法院要求被告返还不当得利款6500元。

问:原告李某的诉讼请求是否被法院支持?为什么?

4. 侵权行为

侵权行为,是指不法侵害他人的合法权益,应承担民事责任的

行为。侵权行为发生，侵权人有义务赔偿受害人的损失，受害人有权请求侵权人予以赔偿，双方形成债的关系。由侵权行为所生之债，也是我国比较普遍的债的种类。

5. 债的其他发生根据

除了上述几种在我国比较普遍的债的发生根据之外，还有单方法律行为，如遗赠；缔约上的过失等也是引起债的发生原因。

（三）债的担保

债的担保，是指由法律规定的或由当事人约定的债务人或第三人，向债权人提供的履行债的各种保证手段的总和，也是督促债权人履行义务确保债权人权利实现的一种保证措施。债的担保形式多种多样，随着社会经济关系的发展和债权法的发展而不断得到发展和完善。债的担保一般分为人的担保与物的担保两大类。

1. 人的担保

人的担保，又称为保证，是指以债务人之外的第三人的信用保证债的履行的担保方式。在保证中，债权人的利益是否能够得到实现很大程度上要取决于保证人的信用和资力。我国担保法规定了两种保证方式，即一般保证和连带保证。一般保证，是指当事人在保证合同中约定，在债务人不能履行债务时，由保证人承担保证责任的保证。这里债务人不履行债务是一般保证人承担责任的前提，因此，一般保证的保证人在主债务纠纷未经裁判或仲裁，并就债务人财产依法强制执行仍不能履行债务前，对债务人可以拒绝承担保证责任。连带保证，是指当事人在保证合同中约定，债务人不履行债务时保证人与债务人对债务承担连带责任的保证。债务人若在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务时，债权人既可以要求债务人履行债务，也可以要保证人在其保证范围内承担保证责任。由于连带保证人的责任重于一般保证人，因此当事人通常应注意在合同中约定清楚保证方式。特别要注意的是，依担保法的规定，当事人对保证方式没有约定或约定不明确的，保证人按连带责任保证承担保证责任。

[拓展训练] 查一查我国担保法对保证人的有关规定。

2. 物的担保

物的担保，是指以债务人或者第三人的特定财产作为债履行的担保方式。在物的担保中，当债务人不履行债务时，债权人可以直接以担保物作价、变价，并以其价值优先受偿。与人的担保相比，物的担保更为可靠，是保障债权实现的较为理想的担保方式。广义上的物的担保包括定金、抵押、质押、留置四种类型。

(1) 定金

定金，是指合同的一方当事人于合同成立后履行前，为保证合同的履行而在法律规定的范围内，向对方给付一定数额金钱的一种债的担保方式。定金作为债的担保方式具有从属性，即定金的成立有效以主合同的成立和有效为前提。担保效力是定金的根本效力，具体表现为交付定金的当事人不履行合同即丧失定金；收受定金的一方当事人不履行合同的，则双倍返还定金，这也称为定金罚则。

[拓展训练] 查一查我国担保法是如何给定金分类的，它规定了哪几种性质的定金。

(2) 抵押

抵押，是指债务人或第三人不转移对其特定财产的占有，将该财产作为债权的担保，债务人不能履行债务时，债权人依法将该财产折价或拍卖、变卖，并就所得价款优先受偿的行为。在抵押担保中，抵押人不转移对抵押物的占有，抵押人仍可行使对抵押物的占有、使用、收益和有一定限制的处分权。抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同；必须办理抵押物登记的，自抵押合同登记之日起生效，如房产抵押；自愿办理登记的，抵押合同自签订之日起生效。债务人逾期不履行债务，抵押权人具有优先受偿的权利，如果同一项财产设定几个抵押的，按抵押权设定的先后顺序受偿。

[案例]

河北某县马某找到亲戚陈某说：“我想到银行借点钱，但银行要

求提供担保。你能否帮忙?” 陈某碍于面子，写了一封“同意函”，同意以自己所有的坐落在县城某街某号的三间瓦房作为马某借款的担保。马某拿着这份“同意函”，向县农业银行借款10万元，并以陈某的名义与县农行签订了抵押担保的协议，签订协议后，办理了抵押登记。后陈某起诉县农行，要求法院确立抵押合同不成立。理由是：第一，抵押合同是抵押人与抵押权人之间的法律关系，而自己并未与县农行订立任何合同；第二，“同意函”中并未说明担保的数额是多少，担保人是谁。

问：(1) 该案抵押合同是否成立、生效？请详加分析。

(2) 根据《担保法》的规定，是否所有的抵押合同都经登记生效？

(3) 质押

质押，是指债务人或第三人将其动产或权利转移给债权人占有，作为债务履行的担保，债务人不履行债务时，债权人可以就其占有的动产或权利的价值优先受偿的行为。质押和抵押同属物的担保方式，但两者存在明显区别：

① 标的物不同。抵押财产主要是不动产，也有少量的动产；质押的财产限于动产或者权利，不包括不动产。

② 成立要件不同。抵押的成立不需转移抵押物的占有，只要签订抵押合同即成立；质押的成立以转移物的占有为要件。质押物的转移，具有公示作用及间接强制债务人履行债务的作用。

质押分为动产质押和权利质押。动产质押是最常见的形式，指债务人或第三人将其动产移交债权人占有作为债权的担保，债务人不履行债务时，债权人可依法将动产折价或拍卖、变卖，并就价款优先受偿。权利质押是指以所有权、用益物权以外的财产权利为质押财产用以担保债的履行的行为。

[拓展训练] 查一查 哪些权利可以作为权利质押的标的物。

(4) 留置

留置是指债权人按照合同约定占有债务人的动产，债务人不按

合同约定的期限履行债务的，债权人依法留置该动产，并以该动产折价或者以拍卖、变卖该财产的价款优先受偿的行为。

我国《担保法》规定，在保管合同、运输合同、加工承揽合同以及法律规定可以留置的其他合同中，债务人若不履行债务，债权人有权留置标的物。由此可见，留置属于法定的担保方式。留置的特征：一是留置物事先占有；二是留置物只能是动产；三是留置具有留置和担保双重功能。

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。若合同中未作约定，债权人留置财产后，应当确定两个月以上的期限，通知债务人在该期限内履行债务。债务人逾期不履行的，债权人可以将留置物折价、依法拍卖、变卖，并就价款优先受偿。

[案例]

甲钢铁厂向乙电机厂订购了一台 DQ—338 型电机，双方约定：由乙方办理托运，交某铁路分局承运，运费由乙方先行支付，待甲方收到电机支付货款时一并结清。乙电机厂按合同约定将电机交某铁路分局承运，但一直未付运费。后甲钢铁厂又将一批进口的铁矿砂交某铁路分局承运。在甲方运输车队去取该批货物时，某铁路分局扣住不给，要甲方付清运费再运走。押运员向某铁路分局管理员出示了运费付讫的单据，管理员说，不是这笔钱，上次托运电机，货已经拿走好几个月了，运费到现在还未付清，我们要行使留置权。

问：（1）在货运合同中，托运人不履行债务，承运人能否行使留置权？

（2）在本案中，某铁路分局能否行使留置权？

（3）本案电机运费的支付人是谁？

[拓展训练] 试一试：看看你能否总结出民事权利的分类且用图表的形式把它做出来。

[案例]

原告耿某与周某自1996年始有债权债务往来，周某欠原告债务6万多元，为此双方曾于1996年诉至法院，经调解达成一致还款意见。1998年12月10日，原告实际以14万元的价格向周某购得周某坐落在市区前进新村2号楼306室商品房一套，由周某出具了14万元的收条给原告。双方为少交房产税费于1998年12月14日签订了房地产买卖合同一份，载明：周某将其坐落在市区前进新村2号楼306室商品房一套以6万元的价格卖给耿某。当日，双方到扬中市房产管理局交纳了房产交易税及房产契税并办理了上述房屋的所有权证。至此，原告取得了该房屋的所有权。1997年至1998年12月10日，周某隐瞒与原告交易的事实又与被告于某交易该房，并从被告处取得房款共12.8万元，于1998年12月10日将该房钥匙交给被告（原告取得房产证后实际一直未入住），被告一直居住至今。后原告向周某索要债务时发现被告占据该房，与其协商退房未果，遂诉至法院。

- 问：（1）未经所有权变更登记的房屋买卖合同是否有法律效力？
（2）本案中，你认为房屋所有权应该归谁所有？为什么？
（3）现实社会中，应该如何区分物权与债权？

（四）合同

由合同引起的债的发生是最重要、最普遍的债的发生根据，因此有必要了解与合同有关的法律知识。

1. 合同的概念及法律特征

合同是平等主体之间关于设立、变更、终止民事权利义务关系的协议，这是我国《合同法》规定的合同，即我国民法学说通常所说的合同，属狭义合同。

合同具有如下法律特征：

- （1）合同是一种民事法律行为，是当事人之间为设立、变更、终止民事权利义务关系而达成的协议；

(2) 合同是双方或多方的法律行为，须由两个或两个以上的民事主体意思表示一致才能成立；

(3) 合同是当事人多方在平等、自愿的基础上实施的民事法律行为；

(4) 依法订立的合同具有法律约束力。

2. 合同的订立、履行和担保

(1) 合同的订立

合同的订立是当事人就合同的条款通过协商达成一致的过程，这一过程分为要约和承诺两个阶段。

① 要约。要约是一方当事人向他人作出的希望以一定条件订立合同的意思表示。在商业活动或对外贸易中，要约也被称为发盘、发价或报价等。在要约中，发出要约的人称为要约人，接受要约的人称为受要约人。要约要取得法律效力，须具备以下要件：一是要约必须以订立合同为目的，即要约人作出意思表示的目的，是为了与对方当事人订立合同；二是要约必须是特定人所为的意思表示；三是要约必须是向相对人发生的意思表示；四是要约的内容必须具体确定和完整。

要约到达受要约人时生效，要约一经生效，要约人即受到要约的约束，不得随意撤回、撤销或对要约加以限制、变更或扩张，但只要要约撤回的通知先于或同时与要约到达受要约人，就可产生撤回的效力，要约人在要约生效后可以撤销其要约，但必须要符合一定条件。因为要约的撤销往往不利于受要约的人。撤销要约的条件是撤销要约的通知应当于受要约人发生承诺通知前到达受要约人，但如果要约中规定了承诺期间或者以其他形式明示要约不可撤销的，或者有理由让受要约人相信该要约是不可撤销的，且受要约人已为履行合同做了准备工作的，要约人不得撤销其要约。

② 承诺。承诺是指受要约人以订立合同为目的，向要约人作出接受其要约的意思表示。要约一经受要约人承诺，合同即宣告成立。在商业交易和对外贸易中，承诺又称为接盘。一项有效的承诺必须

具备以下要件：一是作出承诺的人必须是受要约人；二是承诺必须是在知道要约内容的前提下进行承诺；三是承诺必须是针对要约人作出的；四是承诺的内容必须与要约的内容完全一致；五是承诺人必须是在要约的有效期限内作出承诺。承诺生效前也可以撤回。

（2）合同的履行

合同的履行是指合同当事人按照合同的规定，全面、适当地为一定行为或不为一行为，以实现合同订立的目的。合同的履行包括义务人履行义务和债权人接受履行两个方面。

合同的履行应遵循的原则包括：

①协作履行原则，是指当事人双方不仅适当履行自己的合同义务，而且在合同履行过程中应以充分合作的态度，尽量协助对方履行自己的义务。《合同法》第六十条第二款规定：“当事人应当遵循诚实信用原则，根据合同的性质、目的和交易习惯履行通知、协助、保密等义务。”

②经济合理原则，是指在合同履行过程中，应从整体利益出发，讲求经济效益，以最小的成本，取得最大的双方当事人利益和社会利益。

③实际履行原则，是指合同当事人按照合同规定进行的履行不能随意调换。实际履行主要指的是实物的履行，即物是实物的，必须支付实物，而不能用赔偿损失的办法来替换实物的履行。但随着社会经济的发展，实际履行作为合同的一项基本履行原则，其适用并不是绝对的，在法律规定或客观上不需要进行实际履行时，也可以采取赔偿损失的办法来替换。

[案例]

2001年11月，王某与张某洽谈柑橘买卖，双方到王某的柑橘园观看了果品后，订立了柑橘买卖合同。双方约定，张某向王某订购出口质量柑橘4800千克，单价为2.50元；张某提供纸箱、封口纸，王某负责选果、包装、装车并办理特产税、准运证；张某应支付定金1万元。双方还具体约定了果品的规格、质量、交货期限。合同

鉴定后，张某向王某支付了定金1万元，王某随后到外地与其他果农购买柑橘。合同履行期间，张某要求王某按合同的约定进行选果、包装，但王某要求张某提供纸箱与封口纸并和他一起到外地提货，双方产生争议。同年12月，张某雇请人员、车辆到王某家果园自行选果，运走3900千克，但未付款。后张某向法院起诉，要求对方承担不提供自产水果的违约责任。

问：(1) 张某自行到王某的果园选果并拒付款项的行为是否符合合同履行的要求？

(2) 王某是否按合同约定履行了合同？

三、知识产权

(一) 知识产权的概念和特征

知识产权是指智力成果的创造人和有关区别性商业标志所有人的权利，具有如下法律特征：

1. 知识产权具有专有性

知识产权的客体是智力劳动的结晶，必须具有独创性，因此创造智力成果的成本相当高。但由于其是一种思想成果，使用、复制、传播较为容易，知识产权所有人难以凭借自身力量加以保护。为了保护权利人通过艰苦劳动所取得的成果，法律规定知识产权由权利人专有，即除权利人或法律的强制规定外，权利人以外的第三人不得享有或使用该项权利，否则就视为对权利人知识产权的侵犯。

2. 知识产权具有地域性

知识产权是一种地域限制的权利，它只能在授予范围内发生法律效力和获得法律保护，如果某项知识产权想获得他国的法律保护须经他国法律直接确认。

3. 知识产权的内容具有双重性

知识产权的内容是双重的，它不仅包括人身权，也包括财产权，它是智力成果制造人通过智慧和劳动创造的，应用于生产并能带来

经济效益，这是其财产性的表现。同时智力成果与其创造人的自身密切相关，总是表现为特定身份人的智力劳动成果。

4. 知识产权具有时间性

知识产权的时间性，一般是指法律保护知识产权的有效期限。有效期限一旦届满，除了依法能续展的外即丧失效力，凡丧失效力的知识产权，其课题便进入公共领域，任何人都可以自由使用其成果而不受限制。时间性特征一方面使智力成果创造人的合法权益受到保护，同时也促进了技术发展、文化传播和商品流通，实现了个人利益与社会利益的统一。

5. 知识产权客体具有无形性

知识产权的客体是无形财产，即非物质财富，没有形体，不占有空间，是创造性智力劳动产品，例如一部小说或一项技术发明。这一特征是知识产权最基本、最重要的特点。

(二) 知识产权的种类

1. 著作权

依照我国现行著作权法，著作权又称版权，是指文学、艺术和科学作品的作者就其创作的作品享有的在法定期限内的专有权利。

著作权的主体就是作品的作者及其他依法享有著作权的人。作者可以是自然人，也可以是法人或其他组织。

著作权的客体即作品。作品是指文学、艺术和科学领域内，具有独创性并能以某种有形的形式复制的智力劳动成果。著作权分为著作财产权和著作人身权。著作财产权指作者就其作品享有的与财产利益相关的权利，包括复制权、表演权、展览权、网络传输权、出租权及将作品摄制成电影、电视的权利等，作者通过自行或许可他人行使这些权利可获得报酬。著作人身权指作者就其作品享有的与其人身权益相关的权利，具体包括发表权、署名权、保护作品完整权和修改权等。广义的著作权还包括著作邻接权，指与作者权相关的权利，是作品传播者权的统称，具体包括出版者权、表演者权、录音录像制品作者权和广播组织者权。

[案例]

甲在个人邮箱中向全班每个人邮箱发送了一份自己制作的新年致词。同学乙认为该致词非常有意义，将其转载在bbs上。甲认为乙侵害其发表权、复制权及信息网络传播权。乙认为甲给每个同学邮箱发信已经完成了发表行为，将其转载到bbs上属于著作权法上规定的为个人欣赏目的的合理使用。

问：(1) 甲的行为是不是公开发表的行为？

(2) 甲的主张是否成立？乙的行为是否合理使用，为什么？

2. 专利权

专利权是指国家专利主管行政机关依法授予专利申请人及其继受人在一定期间内实施利用其发明创造的独占权利。

专利权的主体是指能够提出专利申请和获得专利权的自然人或法人，主要包括发明人或设计人、发明的合法继受人（即通过合法形式取得发明的所有权的人）。

专利权的客体是指能够获得专利法保护的发明创造，包括发明、实用新型和外观设计。

专利权人的权利包括禁止权、转让权、实施许可权、放弃权和专利的标记权；专利权人的义务包括交纳各种费用和实施已获专利的发明创造。

[案例]

2002年7月8日，帅康就专利侵权一案向杭州市中级人民法院提起了民事诉讼，称公司于1999年2月9日向国家知识产权局申请“深型离心式抽油烟机”实用新型专利，1999年11月27日被授予专利权，专利号ZL99201378.X，1999年12月15日授权公告，而海尔未经自己许可，大量生产、销售侵犯本专利权的侵权产品，并利用广告、产品样本等方式大肆宣传其侵权产品，已构成对本专利权

的侵犯。因此，帅康向法院提出责令海尔公司立即停止侵权行为、赔偿经济损失人民币 50 万元等 5 项请求。根据技术人员检验，型号为 CXW-145-D13 的海尔吸油烟机经对比，除立板等微小差别外，技术特征与帅康的专利基本一致。

问：（1）海尔公司是否侵犯了帅康的专利权？

（2）帅康的诉讼请求法院会不会支持？

3. 商标权

商标权又称商标专用权，是指注册商标所有人在一定期限内依法把某一特定的商标用于其商品或服务上的专用权。

商标权的主体，即商标权人，是指依法享有商标权的法人、自然人或其他组织。商标权的客体是注册商标。商标权人的权利包括商标专用权、商标转让权、许可他人使用并取得使用费的权利。商标权的义务包括交纳规定的各项费用、确保使用商标的商品和服务的质量。

[案例]

原告上海培罗蒙西服公司是“培罗蒙”商标的注册人。“培罗蒙”商标早在 1981 年经核准注册，核定使用商品为服装。2001 年 9 月，培罗蒙公司发现“欧罗蒙”牌内衣在无锡、常熟等地市场销售，内衣的包装袋上均印有“欧罗蒙名牌内衣”字样和上海旗枪公司的名称，还粘贴着“江苏旗枪服饰有限公司制造合格”字样的防伪标签。为此，培罗蒙公司认为上述两公司严重侵犯了其“培罗蒙”注册商标的专用权，遂提起诉讼。

问：在同一种商品上使用近似的商标是否侵犯了商标权？

4. 发明权、发现权和其他科技成果权

发明权是指发明人对其发明依法所享有的人身权利和财产权利，即发明人对发明成果的民事权利。同专利不同的是，在发明奖励制度中，发明成果的所有权属于国家，但发明人有取得荣誉称号和获

得物质奖励的权利。

发现权是指发现人对其发现（对自然界的现象、特征及其客观规律的理性认识和前所未有的阐述，是科学上的创新）依法所享有的人身权利和财产权利。

其他科技成果权，是指科技成果创造者依法对其在科学技术领域中，除发明、发现以外的其他科技成果所享有的财产权利和人身权利的总和，具体包括科学技术进步成果权、合理化建议权和技术改进成果权。

[拓展训练] 查一查，知识产权法中规定了哪些不能授予专利权保护的内容。

四、人身权

（一）人身权的概念和特征

人身权又称为人身非财产权，是指民事主体依法享有的，以在人格关系和身份关系上所体现的与其自身不可分离而无直接财产内容的民事权利。

人身权具有如下法律特征：

1. 人身权是与民事主体须臾不可分离的权利

人身权是以人身为基础的权利，是民事主体进行民事活动的前提和基础，这就决定了人身权与民事主体不可分离。人身权不能离开民事主体而存在，同样民事主体也不能离开人身权而存在。

2. 人身权是没有直接财产内容的民事权利

人身权本身不具有直接的财产属性，它的客体是民事主体的人格利益和身份利益，不能用金钱来衡量其价值。但不能因此就认为人身权就没有任何财产内容。事实上，人身权又与财产存在一定的联系，比如肖像权、法人名称权等，都包含明显的财产利益，只是这种财产利益不是直接的，而是从肖像权、法人名称权的精神利益中派生出的利益。

(二) 人身权的种类

以人身权的客体为标准，将人身权分为人格权与身份权，这是人身权最基本的也是最有意义的分类。

1. 人格权

人格权是指民事主体固有的、依法确认的、为维护自己的生存和尊严而必须具备的人身权利。对自然人来讲，这种权利与生俱来，终身享有；对法人和其他组织来讲，这种权利自成立时起就享有，该权利不依人的意志而客观存在，不需要民事主体实施一定的行为取得。人格权具体包括生命权、健康权、身体权、姓名权与名称权、肖像权、名誉权、自由权等。

[案例]

1. 陈志光夫妇到某餐厅吃饭，一对母女带着一只狗坐在陈志光夫妇的对面，点来了饭菜，让狗在饭桌上吃，小狗则吃得津津有味。陈志光夫妇认为自己的人格尊严受到了损害，要求餐厅老板解决，没有得到满意的答复，遂向法院起诉，要求餐厅老板赔偿精神损害。

问：原告的诉讼请求会不会得到法院的支持？

2. 1989年某市展览馆为配合计划生育工作，宣传优生优育的科学知识，与某科研单位和计划生育部门联合主办了为期一个月的“优生优育展览”。为办好展览，他们将某妇产医院提供的5年前该医院为研究治疗患者疾病而对女青年妇女刘某拍摄的一张裸体照片及另外三人的病体裸照，在未取得患者及其家属同意的情况下，在展览会上公开展出。刘的丈夫得知其妻的裸照被公开展出，愤然与其离婚。刘的父亲因此事气愤和劳累，心脏病复发死亡。因此，刘某向法院提起了诉讼。

问：(1) 展览馆和有关单位是否侵犯了刘的肖像权？

(2) 没有营利的“有利于社会公益”的行为是否能够构成侵犯肖像权行为？

2. 身份权

身份权是指民事主体基于某种特定的身份而依法享有的人身权。身份权的主体只能是自然人，且身份权体现了权利义务的一体性，实际上是权利与义务的集合体，具体包括亲权、亲属权、配偶权。

[拓展训练] 查一查：亲权和亲属权有什么不同？它们分别包含的具体内容是什么？

第五节 民事责任

一、民事责任的概念与特征

（一）民事责任的概念

民事责任是民事法律责任的简称，是指民事主体违反民事义务，侵犯他人合法权益，依照民事法律制度所应承担的法律责任。

（二）民事责任的法律特征

（1）民事责任主要是一种财产责任，其范围与其所造成的损失大小相对应，具有补偿性，而不具惩罚性。

（2）民事责任承担方式虽然有法律规定，但允许当事人依法协商解决。

（三）构成民事责任的要件

- （1）行为人行为的违法性；
- （2）损害事实的客观存在；
- （3）违法行为与损害后果之间有因果关系；
- （4）行为人主观上须有过错。

二、民事责任的归责原则及承担方式

(一) 民事责任的归责原则

民事责任的归责原则，是指确定民事责任所依据的准则。我国《民法通则》在确定各国民法大都采用的过错责任原则的同时，又规定“无过错责任”和“公平责任”原则。

1. 过错责任原则

《民法通则》第一百零六条第二款规定：“公民、法人由于过错侵害国家的、集体的财产，侵害他人财产、人身的，应承担民事责任。”可见《民法通则》是把“过错责任”作为承担民事责任的一般原则。过错责任原则，又称过失责任原则，它以行为人的过错作为归责的根据和最终要件，即行为人有过错就承担责任，没有过错就不承担责任。过错责任原则主要适用于债的不履行行为和一般侵权行为；在特殊侵权行为中极少适用。但需要注意的是法律上有一种特定情况，即由加害人负责举证证明其主观上无过错，即所谓的“过错推定”原则，法律首先推定加害人有过错，应当承担责任，以保护受害人的利益，但允许加害人通过证明自己没有过错而卸脱责任，这种过错推定仍然属于过错责任的范畴。

[案例]

1981年10月，原常德县人民政府与常德市人民银行签订买卖房屋协议，将其所有的面积为6239.84平方米的房屋，卖给原常德市人民银行（后经调整，该所有权划归中国工商银行常德市分行），其中包括用于修建车库之地。1991年10月，常德工商业银行取得地区土地局颁发的国有土地使用权证，修建车库之地划入了与其相邻的区房管局的红线内。从此，双方发生争议。后经土地局审查认为争议之地是错划给房管局的，应予以纠正。1993年12月工商银行在土地上建车库，被房管局派其职工推倒，损坏了相邻的建筑，造成

工商银行损失 5416.97 元。

问：（1）什么是归责原则？

（2）如何根据归责原则进行归责？

2. 无过错责任原则

无过错责任原则，是指不管行为人主观上是否有过错，只要其行为给他人造成损害，就应当承担损害赔偿责任的归责原则。《民法通则》第一百零六条第三款规定：“没有过错，但法律规定应当承担民事责任的，应当承担民事责任。”

在无过错责任中，因果关系是决定行为人责任的基本要件，只要行为人的行为与损害结果之间具有因果关系，行为人就要承担侵权责任。但法律仍规定了某些免责事由，如《民法通则》第一百二十三条规定：“如果能够证明损害是由受害人故意造成的，不承担民事责任，无过错责任的适用范围须由法律明确规定。”

[案例]

闫某在路边搭建棚子 1 间。一日，张某从闫某的棚子边经过，因当时风大，闫某棚子被吹翻，将张某砸伤。之后，闫某为张某承担了部分治疗费用，但不愿承担全部责任。

问：闫某是否侵犯了张某的权利？如果是，应当适用哪一归责原则？

3. 公平责任原则

公平责任原则又称衡平责任原则，指在当事人双方对损害的发生均无过错，法律又无特别规定适用无过错责任原则时，按照公平的观念，由加害人对受害人的财产损失给予适当补偿，以使当事人合理地分担损失的一种归责原则。我国《民法通则》第一百三十二条规定：“当事人对造成损害都没有过错的，可以根据实际情况，由当事人分担民事责任。”

[案例]

海舒适堡女子健身美容中心有限公司（以下简称舒适堡）系一家采取会员制经营方式的服务性企业，其经营范围包括女子健身、美容、桑拿浴等。吴某系舒适堡的会员。2000年1月16日下午，吴某在舒适堡健身后去浴室洗澡，当吴某冲淋后欲去桑拿房时，在淋浴房内滑倒致伤。经上海市第六人民医院诊断，吴某右桡骨远端骨折。期间，吴某共花费医疗费774.40元，交通费106元。2000年3月17日，吴某转诊华山医院，花费医疗费334元。吴某因伤误工期间被扣除工资18878.70元。吴某诉诸法院，要求赔偿各类损失计人民币50958.26元，并要求赔偿精神损失费1万元。经上海市高级人民法院法医鉴定中心鉴定，吴某之伤构成10级伤残，伤后可酌情休息10周、营养6周、护理4周左右。

问：吴某在淋浴房滑倒致伤是否应自己承担责任？

（二）民事责任的承担方式

民事责任的承担方式是指由法律规定的承担民事责任的各种方式，即对应当承担责任的行为人所采取的制裁措施和对受害人采取的恢复民事权利的救济措施。根据《民法通则》第一百三十四条规定，民事责任的承担方式有以下几大类：

1. 制止排除性形式

制止排除性形式，是指把加之于他人的妨害行为一概予以制止或排除，以此保障受害人享有或行使民事权利的民事责任形式。它主要包括：

（1）停止侵害，指行为人正在实施侵害行为时，受害人要求停止侵害，以制止行为人的违法行为，防止损害的发生或继续扩大。

（2）排除妨碍，指行为人的行为妨碍了他人合法民事权利的行使及实现时，权利人得请求排除妨碍，除去险情，防止损失。

（3）消除危险，指行为人的行为现实地存在可能危害他人民事权利的后果时，权利人有权要求行为人采取措施，消除危险，避免

损害发生。

2. 恢复权利性方式

恢复权利性方式，主要是指恢复被侵害的民事权利，使其回到侵害以前的状态。这种方式包括：

(1) 返还财产，指非法占有人将非法占有的财产，返还给所有人或合法占有人。

(2) 恢复原状，指行为人的侵害行为损害了他人的财产，财产所有人有权要求行为人对损坏的财产进行修复，恢复原有状态。但该规定只适用于能够恢复并且恢复的费用不大于原物经济价值的财产。

(3) 修理、更换。

(4) 赔偿损失，指行为人给他人人身或财产造成损失，不可能采取其他方式弥补受害人所受损失时，应以行为人自己的财产补偿给受害人所造成的损失。这是承担民事责任最普通、最广泛的形式。

(5) 消除影响、恢复名誉和赔礼道歉，这是非财产性质的民事责任形式，只适用于侵犯名誉权、隐私权等所产生的民事责任。

3. 支付违约金方式

支付违约金是指依照法律的规定或合同的约定，在不履行或不适当履行合同时，违约方必须给付另一方一定数额的金钱。

三、民事责任的免责事由

民事责任的免责事由是指行为人的行为虽然侵害了他人的民事权益，但根据法律规定的免责理由，即可排除行为的违法性进而排除赔偿责任。我国法律规定的免责事由包括：

1. 不可抗力

不可抗力，是指不能预见、不能避免并不可克服的客观情况，包括自然灾害、战争等。《民法通则》第一百零七条规定：“因不可抗力不能履行合同或者造成他人损害的，不承担民事责任，法律另

有规定的除外。”需要注意的是，不可抗力作为免责事由，必须是损害发生的唯一原因或最终原因。

[案例]

1996年8月23日，天津市某房产公司（以下简称房产公司）与钱某签订了一份房屋买卖合同。合同约定：房产公司应于1997年3月31日前将该两套房屋交付钱某，但遇火灾、水灾、地震等不可抗力因素除外。由于施工现场周边地区居民干扰施工，房产公司于1998年6月才交付房屋。

问：房产公司延迟交房的原因是不是因为不可抗力？为什么？

2. 正当防卫

正当防卫是指为了公共利益、本人或者他人财产或人身免受正在遭受的不法侵害而对行为人采取的防卫行为。《民法通则》第一百二十八条规定：“因正当防卫造成损害的，不承担民事责任。”但正当防卫不能超过必要的限度造成不应有的损害，此处的必要限度，以足以防止或者制止侵害行为为标准。

3. 紧急避险

紧急避险是指为了避免公共利益、本人或者他人的合法权益遭到正在发生的危险的损害，不得已而采取的损害另一种较小利益的行为。《民法通则》第一百二十九条规定：“因紧急避险造成损害的，由引起险情发生的人承担民事责任。如果危险是由自然原因引起的，紧急避险人不承担民事责任或者承担适当的民事责任。”与正当防卫不同的是避险行为虽然也不得超过必要的限度，但以避险措施所造成的损害小于因此而避免的损失为准。

[讨论] 举例说明正当防卫与紧急避险的不同之处。

4. 受害人的过错

受害人的过错是指受害人对于损害的发生或者扩大具有过错，这种过错有可能是故意，也有可能是过失。

(1) 对于损害的发生具有故意，指受害人明知自己的行为会导致损害结果的发生，而期望或放任此种结果的发生，如受害人卧轨自杀。(2) 受害人具有重大过失，指受害人违反了一般人应当具备的注意义务从而致使自己的合法权益受到损害或损害扩大。如《民法通则》第一百二十七条规定，饲养的动物致人损害，如果是由于受害人的过错造成损害的，动物的饲养人、管理人不承担责任。

除以上四种之外，还有第三人的过错以及依法执行职务等原因均为民事责任的免责事由。

自我检测

一、单项选择题

1. 李晓芳带 5 岁儿子杨立上街，途中李碰到一同学，于是开始闲谈。两人聊天时，杨立将在街上玩耍的另一 3 岁小孩推倒在地，致使其受伤。则对该小孩应承担民事责任的是：
 - A. 李晓芳
 - B. 杨立
 - C. 李晓芳和她的小学同学
 - D. 受伤小孩的父母
2. 有民事行为能力的公民在被宣告死亡期间实施的民事法律行为：
 - A. 无效
 - B. 有效
 - C. 有的有效有的无效
 - D. 在撤销死亡宣告后才有效
3. 在实践中，下列取得财产的方式，属于合法无偿取得的是：
 - A. 在赌博中赢得了大量的钱财
 - B. 在继承中，继承人承担了被继承人的债务，但遗产还是有剩余
 - C. 在商店购买减价皮鞋，商店实行买十送一
 - D. 替人看守房子，而免费住在该房屋中
4. 在我国，矿产的所有权属于：
 - A. 集体
 - B. 开采矿产的个人或者组织

- C. 对其上土地有使用权的人 D. 国家
5. 在法律上，按份共有人转让其所有财产份额时，其他共有人享有：
- A. 否决权 B. 异议权
C. 优先购买权 D. 平等购买权
6. 依据《民法通则》规定，监护人可以处分被监护人的财产的前提是：
- A. 征得被监护人的同意
B. 经被监护人所在单位的同意
C. 为了被监护人的利益
D. 经法院同意
7. 在我国，自然人的民事权利能力：
- A. 在年满 18 周岁以后，一律平等
B. 因年龄的不同而不同
C. 因精神状况的不同而不同
D. 不受年龄、精神状况影响，一律平等
8. 依照我国法律规定，城镇国有土地使用权出让合同的出让方应为：
- A. 企业法人 B. 事业单位法人
C. 社会团体法人 D. 国家
9. 下列物中，属于法定孳息的是：
- A. 耕牛身体内部的牛黄
B. 苹果树上成熟的苹果
C. 三资企业中白领工人的奖金
D. 房屋出租的租金
10. 八岁的小刚父母离异，协议小刚随父生活。后其父母各自再婚，小刚在奶奶家居住，由奶奶照看。此时小刚的法定监护人是：
- A. 其生父 B. 其生母
C. 其奶奶 D. 其生父、生母
11. 下列机构中不具备法人资格的有：

- A. 中国法学会
B. 某公司
C. 某大学法律系
D. 某市工商局

12. 甲患精神病已多年，现甲妻向法院起诉要求离婚，下列人员中，法院应该指定其作为甲的监护人的是：

- A. 甲母，65岁，年老多病
B. 甲的儿子，在国外工作
C. 甲妻，办案原告
D. 甲弟，国家机关干部

二、判断题

1. 自然人因战争下落不明，从战争结束之日起满2年的，对他可以申请死亡宣告。 ()

2. 根据我国《担保法》的规定，汽车可以质押而不能抵押。

()

3. 代理人在紧急情况下转委托无需被代理人同意。 ()

4. 企业法人分立的，应当向工商行政管理机关办理登记。

()

5. 根据我国民法规定，对于共有财产，如果不能证明是按份共有，应认定为共同共有。 ()

6. 根据我国民法的规定，埋藏物、隐藏物在任何情况下都归国家所有。 ()

7. 甲向乙出售奶牛一头，出售时奶牛已经怀孕，如果甲、乙对于奶牛所生牛犊的所有权归属没有约定，则该奶牛所生牛犊应当归乙。

()

8. 在幼儿园生活的无民事行为能力人给他人造成损害，幼儿园有过错的，应承担责任。 ()

9. 民法上的平等原则，在市场经济条件下表现为机会平等，而结果平等是人类社会的最终目标。 ()

10. 某甲对一房屋有所有权，任何人就该房屋对甲负有保护其行使所有权的义务。 ()

三、简答题

1. 民法的概念和基本原则是什么？

2. 自然人的民事权利能力和民事行为能力的区别是什么?
3. 法人的设立应具备哪些条件?
4. 法人的种类有哪几种?
5. 民事权利包括哪些内容?
6. 物权与债权的区别是什么?
7. 民事法律行为的成立和生效有何不同?

四、案例题

1. 某甲自有房屋 1 间, 1995 年 5 月 1 日与乙签订为期 3 年的房屋租赁合同, 由乙承租该房。同年 8 月 6 日丙向甲提出愿意购买该房屋, 甲随即将要出卖该房屋的情况告知了乙。到了 11 月 7 日, 乙没有任何答复, 甲与丙协商以 5 万元的价格将该房屋卖给丙, 双方签订了房屋买卖合同, 丙支付了全部房款。但在双方办理房产登记前数日, 甲遇丁, 丁愿以 6 万元买下该房。甲遂与丁又签订了一份房屋买卖合同, 且双方第二天即到房屋管理部门办理了变更登记。不久, 丁向银行贷款, 以该房设定抵押。

现就本案例回答下列问题:

- (1) 房屋的所有权归谁? 为什么?
- (2) 房屋出卖后, 甲与乙签订的房屋租赁合同是否仍然有效? 为什么?
- (3) 丁与银行签订抵押合同时, 如果并未约定该房屋占用范围内的土地使用权一同抵押, 则土地使用权是否也抵押了?
- (4) 丁可否与银行在抵押合同中约定若丁不能清偿到期债务, 则房屋所有权转移给银行?
- (5) 若丁欲将该房屋转让, 则须通知银行, 否则该转让行为无效。判断这句话正确与否。

2. 甲以 A 车与乙所有的 B 车互易, 2 个月后依协议交付。甲在交付之后以受乙胁迫为理由主张互易合同无效, 并主张乙返还 A 车。但乙已将 A 车转卖他人。

问: 本案如何处理? 为什么?

3. A 公司经理王某派其工作人员张某去邮局寄一封急件。张某借其朋友马某的摩托车去邮局。在途中，张某出了车祸，不仅摩托车报废，而且还致路边一行人刘某重伤。于是，马某、刘某向法院提起诉讼，要求公司赔偿。

问：本案如何处理？

第四章 经济法

○→ 引例

浙江杭州的律师张子年起诉电影《英雄》插播广告侵害消费者权益案在社会上反响较大。在申请杭州市公证处的公证员对浙江翠苑电影大世界《英雄》加映广告的证据进行保全后，张子年向杭州市西湖区人民法院递交了诉状，请求法院判令被告浙江翠苑电影大世界有限责任公司向原告退还电影票价款人民币40元，并赔偿40元；同时还请求判令被告北京新画面有限公司在《英雄》片拷贝中删除片头广告内容，并判令浙江翠苑电影大世界有限公司停止在电影《英雄》前播放广告的不法行为。

思考讨论：

1. 关于消费者的权利和经营者的义务，消费者权益保护法是如何规定的？
2. 本案中，被告在播映《英雄》时插播广告是否属于强买强卖行为？是否侵犯了原告的知情权？

经济关系是最基本的社会关系，是人类赖以存在和发展的前提条件。任何社会要继续存在和发展，都需要一定的行为规范来调整经济关系。随着我国改革开放的深入，经济社会这个新兴的法律部门也得到了不断完善和发展。

第一节 经济法概述

一、经济法概念

经济法是指国家在对市场主体进行组织管理和对社会经济活动进行调整、管理过程中所发生的经济关系的法律规范的总称。经济法的调整对象不是一切经济关系，而是特定经济关系，它调整两个方面：一是国家对市场主体的组织和管理而产生的经济关系，它既包括国家对市场主体的组织管理关系，也包括市场内部的组织管理关系；二是国家对社会经济活动进行必要的调控和管理而产生的经济关系，这包括宏观调控、专业经济管理、市场秩序管理、社会保障、经济可持续发展等社会经济关系。可见经济法对我国市场经济的发展起着保护、指导与规范作用，是建立健全社会主义市场经济体制的重要保障。

二、我国经济法的基本原则

- (1) 保障和促进以公有制为主体、多种所有制经济共同发展的原则。
- (2) 尊重社会主义市场经济规律的原则。
- (3) 维护经济交往主体合法权益的原则。
- (4) 市场调节与宏观调控相结合的原则。
- (5) 兼顾效率与公平的原则。
- (6) 鼓励自由竞争与反不正当竞争相结合的原则。

第二节 企业法

一、企业法的概念及调整对象

企业法是调整国家对企业进行组织和管理活动所产生的经济关系的法律规范的总称。企业法的调整对象包括以下几个方面：

(1) 国家和政府同企业之间发生的宏观经济调控与企业管理关系。

(2) 企业内部上下级组织之间、各级组织与其成员之间在组织与管理生产经营活动中发生的企业管理关系。

(3) 企业内部各经济组织相互之间发生的经济协作关系。

(4) 企业相互之间或国有企业同其他企业公司、社会经济组织等之间发生的经济联合与经济协作关系。

二、企业的含义、特征和种类

(一) 企业的含义及特征

企业是指依法设立的以营利为目的、从事商品生产经营服务活动、实行独立核算的经济组织。企业是市场经营活动的主要参与者，具有以下特征：

(1) 企业是营利性组织。企业是一种以营利为目的的社会经济组织，是由不特定的多数人组成的一个群体，是一定人员和物的结合。企业作为经济组织，专门从事生产、流通、服务等经营活动。除少数公共企业以社会效益为目的外，大多数企业从事生产经营活动的目的是为了取得利润。

(2) 企业是独立核算的组织。企业是实行独立核算的社会经济组织。企业必须有自己的财产，这样才能实行独立核算，自负盈亏。

实行独立核算即单独计算成本费用，以收抵支，计算盈亏，对企业的经济业务作出全面的反映和控制。

(3) 企业是法定许可的组织。企业是依法设立的经济组织。企业必须依法成立，得到国家法律的认可和保护。未经法律认可的企业，不得从事生产经营活动。

(二) 企业的种类

企业可以根据不同的标准分为若干类型，按各国的惯例，一般根据企业组织上的法律特征，将企业划分为独资企业、合伙企业和公司企业。按照我国现行法律的规定，我国企业主要有以下几类：

(1) 国有企业，又称为全民所有制企业，是指以生产资料全民所有制为基础的，从事工业生产经营活动，独立核算、自负盈亏的法人企业。国有企业是我国社会主义经济制度的物质基础，在国民经济中起主导作用。

(2) 集体所有制企业，指企业财产归劳动群众集体所有，实行共同劳动、按劳分配的经济组织。集体所有制企业是公有制经济的基本组成部分。

(3) 合伙企业，是指依法在中国境内设立的由 2 人以上的合伙人订立书面合伙协议，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。

(4) 个人独资企业，又称私营企业，是指依法在中国境内设立，由一个自然人投资，财产为投资人所有，投资人以其个人财产对企业债务承担无限责任的经营实体。个人独资企业亏损，其财产不足以清偿债务的，投资人应当以其个人的其他财产予以清偿。

(5) 中外合资经营企业，是指外国公司、企业和其他经济组织，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，由中外双方共同投资、共同经营，并按照投资比例共担风险、共负盈亏的企业。

(6) 中外合作经营企业，是指外国公司、企业和其他经济组织或者个人同中国的企业和其他经济组织，依照中国的法律和行政法

规，经中国政府批准，在中国境内设立的，按照合同约定的投资条件、收益分配、风险责任和经营方式组成的企业。

(7) 外资企业，是指外国的公司、企业和其他经济组织或者个人，依照中国的法律和行政法规，经中国政府批准，设在中国境内的，全部资本由外国投资者提供的企业。

(8) 公司，是指以营利为目的而依法设立的具有法人资格的商事组织。在我国公司的主要形式是有限责任公司和股份有限公司。有限责任公司，是指股东以其出资额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，是指全部资本分为等额股份，股东以其所持股份份额对公司承担责任，公司以其全部资产对公司的债务承担责任的企业法人。

[拓展训练] 试比较几种类型企业的相同点和不同点。

三、企业的设立条件

企业的设立是指企业依照法定条件和程序兴办或组建。由于企业依不同的标准可以分为各种类型，因此各类企业设立的条件并没有统一的规定。从我国有关法律的规定来看，企业设立的基本条件包括以下几个方面：

(1) 有符合法律规定的名称及与生产规模相适应的生产经营场所。名称是一个企业区别于其他企业的标记，也是企业具备法人资格的一个必备条件。企业的名称须符合法律的有关规定，才能依法获得行政主管部门的登记。企业的经营场所是企业进行生产经营活动必不可少的物质条件，且经营场所应与其生产规模相适应，才能保证企业顺利进行正常生产经营活动。

(2) 有自己的组织机构和企业章程或协议。设立企业，有自己的组织机构是必备条件之一，不同类型的企业组织机构的组成不同。如有限责任公司，股东会是公司的权力机关，由全体股东组成，决定公司的重大事项；董事会是公司的业务执行机关，若公司股东人

数少、规模小，可以设一名执行董事，不设董事会。执行董事为公司法定代表人。

根据我国法律的规定，法人企业必须有公司章程。非法人企业虽没有硬性规定必须有公司章程，但法律规定合伙企业须有书面的合伙协议；外商投资企业除必须制定章程以外，中外合资经营企业、中外合作经营企业还必须依法订立合营或合作合同。

(3) 有符合法律规定的经营范围。根据我国法律的规定，企业的经营范围在设立企业时应确定，并且必须依法进行登记；企业的经营范围中属于法律、行政法规限制的项目，应当依法经过批准，例如经营金融业务，必须经过中国人民银行的批准；经营香烟零售业务，必须经过烟草专卖局的批准。企业应当在登记的经营范围范围内从事经营活动。

(4) 有符合法律规定的资本。企业资本，就是以营利为目的而聚集在企业名下的资本。不同类型的企业，法律对其资本的要求也有所不同。设立公司的，股东出资额应达到法定资本（即通常所说的注册资本）的最低限额。根据新公司法的规定，法定资本的最低限额为3万元。法律对个人独资企业没有最低资本要求；对于合伙企业只要求各合伙人按照合伙协议的规定实际缴付出资；有法人资格的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以全部财产承担民事责任。

[案例]

华伦公司是由甲、乙、丙3人各出资5万元组成的合伙企业。合伙协议中规定了对利润分配和亏损分担办法：甲分配或分担 $\frac{3}{5}$ ，丙、乙各自分配或分担 $\frac{1}{5}$ ，争议由合伙人通过协商或者调解解决，不允许向仲裁机构申请仲裁解决，也不允许通过诉讼解决。该合伙企业的负责人是甲，对外代表该合伙企业。合伙企业经营汽车配件生产、销售，经营期限为2年，名称叫大发汽车配件厂。

问：(1) 乙、丙在执行该合伙企业事务中拥有什么权利？

(2) 甲在担当合伙企业负责人期间，能否与王某再合作建一个经营配件的门市部，门市的货卖给大发汽车配件厂？

(3) 假如合伙协议中明确规定，甲不得代表合伙企业签订标的额 10 万元以上的合同，后来甲与某机械公司签订了 12 万元的合同，此合同是否有效？

第三节 税法

一、税法概述

(一) 税法的概念与构成要素

税法，是指国家指定或者认可的，用以调整税收关系的法律规范的总称。

所谓税收关系，是指税法主体在税收活动中形成的社会关系的总和。它包括税收征纳关系和其他税收关系。其中税收征纳关系居主导地位，其他税收关系居从属地位。

税法的构成要素是各单行税种法所具有的共同的基本构成要素。我国税法主要由以下要素构成：

(1) 纳税主体。又称纳税人，是指税法规定的负有纳税义务的单位和个人，是税法的基本要素。每个税种法都规定有特定的纳税人，纳税人既可能只承担一个税种的缴纳义务，也有可能承担多个税种的缴纳义务。另外，纳税人与负税人是两个不同的概念，纳税人不一定是负税人。在直接税中，由于纳税人所缴纳的税款是由自己负担的，所以此时的纳税人与负税人是相一致的；而在间接税中，纳税人通过一定途径将税款转嫁给他人负担，纳税人并不是实际负税人。但无论是直接税还是间接税，纳税人都必须依法履行缴纳税款的义务。

(2) 课税对象。课税对象是课税的客体或者课税的标的物，即

规定对什么进行课税。课税对象是税法的最基本要素。不同的课税对象构成不同的税种。每一税种的课税对象规定和体现了它的征税范围。凡是列为课税对象的，就属于该税的征收范围。

(3) 税率。税率是应纳税额与征税对象之间的法定比例，是计算税额的尺度，也是税收制度的核心部分。在征税对象确定的前提下，税率决定着国家征税的规模和纳税人的负担水平。科学合理的选择和设计税率是充分发挥税收经济杠杆作用的关键。我国实行的税率主要有三种形式：比例税率、累进税率和定额税率。

比例税率是对同一课税对象不分数额大小只规定一个比例的税率。比例税率具有适用面广、计算简便、税负平均的特点。

累进税率是按照课税对象数额的大小规定不同等级的税率。课税对象数额越大，税率越高；反之，则税率越低。累进税率具有适用性强、税负相对合理的特点，特别是调节纳税人收入具有较大作用。

定额税率亦称固定税率，即按课税对象的标准单位直接规定固定的税额，而不规定比例，是税率的特殊形式。该税率适用于从量征收，具有税负稳定、计算简便的特点。

(4) 纳税环节。纳税环节是税法规定的征税对象在商品流转过程中应当缴纳税款的阶段。确定适当的纳税环节，关系到在哪些环节纳税、纳几道税以及国家财政收入能否得到保障、税收的调节目标能否实现的问题。纳税环节可以分为“一次课征制”和“多次课征制”两种类型。一次课征制是指一种税收在各个流转中确定某个环节课征一次，如消费税。多次课征制是指一种税收在各个流转过程中确定两个或者两个以上的环节课征，如增值税。

(5) 纳税期限。纳税期限是纳税人向国家缴纳税款的法定期限，它是税收的强制性、固定性在纳税时间上的体现。各种税都明确规定了税款的缴纳期限。纳税期限有按期征纳和按次征纳两种。

(6) 减税免税。减税免税是对某些特定的纳税人或者征税对象给予的税收优惠规定。减税是从应征税额中减征部分税款；免税是

对应征税额的全部免征。减税免税的形式有税基式减免、税率式减免和税额式减免三种。减税免税的期限有临时和长期两类。

(7) 违章处理。违章处理是针对纳税人违反税法的行为所作的处罚。违反税法的行为主要有欠税、偷税、骗税、抗税和其他违反税法的行为。对于纳税人的违章行为，视其情节轻重，依法追究其经济责任和行政责任，对触犯刑律构成犯罪的，由司法机关追究刑事责任。违章处理是维护国家税收严肃性的一项必要措施，也是税收强制性的具体体现。

(8) 税务争议。税务争议是指纳税人、扣缴义务人或者其他当事人对税务机关的征税决定、处罚决定、强制执行措施和税收保全措施等持有异议而产生的税务纠纷。解决税务争议的途径是行政复议和行政诉讼。当税务争议发生后，必须以纳税人全面履行税务处理决定为解决争议的先决条件，然后申请复议，对复议决定不服的，可以在接到复议决定书之日起 15 日内向人民法院提起诉讼。当事人对税务机关的处罚决定逾期不申请复议，也不向人民法院起诉，又不履行的，作出处罚决定的税务机关可申请人民法院强制执行。

(二) 我国现行税收的种类

税收种类是指按一定标准对构成税收制度的各个税种所进行归类。按照不同的分类标准，税收有以下几种分类方法：

1. 按征税对象分类，将税收分为流转税、所得税、财产税和行为税四大类

(1) 流转税。流转税是以纳税人的商品流转额和非商品流转额为征税对象的税种。商品流转额是指在商品交换过程中，因销售或者购进商品而发生的销售收入额或支付金额。非商品流转额则指因经营活动取得的各种劳务收入或者业务收入金额。流转税具体包括增值税、营业税、消费税、关税和城市维护建设税等。

(2) 所得税。所得税又称收益税，是以纳税人在一定期间的纯收益和总收益为征税对象的一类税种。所得税是国际流行税种，但各国在所得税的法定名称和分类方式方面并不完全相同。目前，

我国的所得税由个人所得税、企业所得税、外商投资企业和外国企业所得税构成。

(3) 财产税。财产税是以特定的财产为征税对象的税种。财产税大多属于地方税，其特点是税额的多少与财产的数量和价值密切相关。财产税的开征对于调节和促进社会财富的公平分配以及保证地方政府的财政收入具有一定的作用。财产税主要包括房产税、契税、资源税、土地使用税、耕地占用税、车船税等税种。

(4) 行为税。行为税是以法律规定的特定行为作为征税对象的税种。征收行为税，可以对一些特定行为加以规范、引导和控制，发挥税收宏观调控的功效。我国现行的行为税包括印花税、屠宰税和筵席税等。

2. 按税收的管理权限和使用权限分类，将税收分为中央税、地方税、中央和地方共享税三类

(1) 中央税。中央税是指属于中央财政固定收入，由中央政府负责征收管理，收入归中央政府支配和使用的税种，如关税、中央企业所得税。

(2) 地方税。地方税是指属于地方财政固定收入并由地方政府负责征收管理，收入归地方政府支配和使用的税种，如营业税、地方企业所得税、丰产税和筵席税等。

(3) 中央和地方共享税。中央和地方共享税是指属于中央政府和地方政府共同享有，收入由中央政府和地方政府按比例分成的税种，如增值税、资源税等。

3. 按税收负担能否转嫁分类，将税收分为直接税和间接税

(1) 直接税。直接税是指税收负担不能由纳税人转嫁出去，纳税人和负税人相一致的税种，如所得税、财产税等。

(2) 间接税。间接税是指税收可以通过一定方式转嫁，由他人负担的税种，如流转税和行为税等。

二、流转税法

(一) 增值税

增值税是以经营者在其生产、经营活动中所创造的新增价值或商品的附加值为征税对象的一种税。就我们国家而言，增值税是对在我国境内销售货物或提供加工、修理、修配、劳务以及进口货物的单位和个人，就其货物或劳务的增值额而征收的一种税。

增值税是在按销售额全值征收的营业税基础上演变而来的，它消除了传统流转税制重复征税、税收不合理的弊端。增值税就同一商品而言，无论生产经营环节多少，只要其增值额相同，缴纳的增值税也相同。增值税不受经济结构变化的影响，实行多环节普遍征收，税源充裕，有利于国家财政收入持续稳定增长，也有利于实行出口货物退税政策，保护和促进本国经济的发展。

根据《增值税暂行条例》的规定，增值税的主要内容包括：

1. 纳税人

在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理、修配、劳务以及进口货物的单位和个人是增值税的纳税义务人。

2. 征税范围

增值税的征税范围很广，涉及到生产、批发、零售和进口的全部生产经营环节。凡在我国境内销售货物或者提供加工、修理、修配以及进口货物的均应征收增值税。

3. 税率

增值税税率分为三档：基本税率、低税率、零税率。

(二) 营业税

营业税是以在我国境内提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人所取得的营业收入为征收对象的一种税。营业税是现行流转税中的一个主要税种，它是以商品流转额和非商品流

转额作为课税对象的一种税。

1. 营业税的特点

(1) 征税范围广、税源普遍。营业税的征税范围包括在我国境内提供应税劳务、转让无形资产和销售不动产的经营行为，涉及国民经济中第三产业这一广泛的领域。第三产业直接关系到城乡人民群众的日常生活，因而营业税的征税范围具有广泛性和普遍性。随着第三产业的不断发展，营业税的收入也将逐步增长。

(2) 以营业额为计税依据，计算方法简便。营业税的计税依据为各种应税劳务收入的营业额、转让无形资产的转让额、销售不动产的销售额（三者统称为营业额），税收收入不受成本、费用高低影响，收入比较稳定。营业税实行比例税率，计征方法简便。

(3) 按行业设计税目税率。营业税与其他流转税税种不同，它不按商品或征税项目的种类、品种设置税目、税率，而是从应税劳务的综合性经营特点出发，按照不同经营行业设计不同的税目、税率，即行业相同，税目、税率相同；行业不同，税目、税率不同。营业税税率设计的总体水平较低。

2. 营业税的作用

- (1) 组织财政收入的作用；
- (2) 管理和监督纳税人生产经营活动的作用；
- (3) 调节各行业协调发展的作用。

(三) 关税

关税是海关依法对进出国境或关境的货物、物品征收的一种税。

关税的特点：

- (1) 执行统一的对外经济政策；
- (2) 只对进出国境或关境的货物征税；
- (3) 关税由海关负责并同海关的各项工作密切相关。

[练习] 试比较增值税、营业税的异同。

三、所得税法

(一) 企业所得税

企业所得税是对我国内资企业的生产经营所得和其他所得征收的一种税，是国家直接参与企业利润分配的一种形式。企业所得税的立法原则是：贯彻“公平税负、促进竞争”的原则，解决不同所有制企业税负不平衡的问题；理顺和规范国家与企业的分配关系，促使企业转换经营机制，真正走向市场；有利于内外资企业所得税的合并，为出台统一的企业所得税法创造条件。

根据《企业所得税暂行条例》的规定，企业所得税的主要内容包括：

1. 纳税人

在中华人民共和国境内实行独立经济核算的企业或者组织，都是企业所得税的纳税人。

2. 征税对象

企业所得税的征税对象是纳税人的生产经营所得和其他所得。

3. 计税依据

企业所得税的计税依据是纳税人的应纳税所得额。应纳税所得额是纳税人每一纳税年度的收入总额减去准予扣除项目后的余额。

4. 税率

企业所得税的税率是根据企业应纳税所得额计算应纳税所得额时依据的法定比率。

5. 税收优惠

企业所得税的税收优惠包括：（1）民族自治地方的企业，需要照顾和鼓励的，经省级人民政府批准，可以实行定期减免税。（2）纳税人发生年度亏损的，可以用下一纳税年度的所得弥补；不足弥补的，可以逐年延续弥补，但延续弥补期最长不得超过5年。（3）法律、法规和国务院有关规定给予减免税的企业，以后照规定执行。

除此之外，任何单位和部门，包括各级税务机关都不得擅自减税免税，体现了新税制下税收优惠从严控制的原则。

（二）外商投资企业和外国企业所得税

外商投资企业和外国企业所得税是对我国境内从事生产经营活动的外商投资企业和外国企业就其生产经营所得和其他所得征收的一种税。该税种是在中外合资经营企业所得税和外国企业所得税的基础上合并而成的涉外税种。

根据《外商投资企业和外国企业所得税法》的规定，外商投资企业和外国企业所得税的主要内容包括：

1. 纳税人

设立在我国境内的外商投资企业和外国企业是外商投资企业和外国企业所得税的纳税人。

2. 征税对象

外商投资企业和外国企业所得税的征税对象是在我国境内的外商投资企业和外国企业的生产经营所得和其他所得。

3. 税率

外商投资企业和外国企业所得税的税率在维护国家权益的前提下，根据税负稳定、合理负担的原则，区别不同情况适用不同的比例税率。

（三）个人所得税

个人所得税是依据我国《个人所得税法》，对个人的应税所得征收的一种税。它是在原来的个人所得税、个人收入调节税、城乡个体工商户所得税的基础上，经过调整、修改、合并而来的。现行个人所得税的特点是：征收面小、扣除额较大、税率较低且计算简便。

[拓展训练] 查一查：我国对个人所得的起征点、税率、课税对象所做的规定具体是什么。

四、税收征收管理法

税务管理是税收管理的主要内容，也是税收征收的前提条件。它是国家税务机关依据税法对税务活动进行的决策、计划、组织、协调和监督等一系列工作的总称。根据《税收征收管理法》的规定，税务管理的主要内容是：税务登记；账簿、凭证管理；纳税申报。

1. 税款征收

税款征收，是指税务机关凭借国家权力，依照税收法律、法规的规定，向纳税人征收税款。它是税收征收管理工作的重要环节。

2. 税务检查

税务检查，是税收管理的一项重要制度，是税务机关以国家税收政策、税收法规和征管制度为依据，对纳税人履行纳税义务的情况进行审查监督的一种手段。

税务检查的范围：

- (1) 对账簿、凭证、报表、资料的检查。
- (2) 对商品、产品的生产、经营和货物存入地的检查。
- (3) 对商品、货物运输、邮寄、流通环节的检查。
- (4) 对纳税人往来资金情况的检查。

3. 纳税人和扣缴义务人的法律责任

2001年5月1日实施的新的《中华人民共和国税收征收管理法》在第五章用29条（第六十条至八十八条）规定阐述了对纳税人和扣缴义务人的法律责任。其中有：

(1) 纳税人未按规定期限申报办理税务登记、变更或注销登记的，未按规定设置、保管账簿、记账凭证和有关资料的，由税务机关责令限期改正，可以处2000元以下的罚款；情节严重的，处2000元以上1万元以下的罚款。

(2) 未按规定期限办理纳税申报和报送纳税资料的，或者扣

缴义务人未按规定的期限向税务机关报送代扣代缴、代收代缴税款报告表和有关资料的，由税务机关责令限期改正，可以处 2000 元以下的罚款；情节严重的，可以处 2000 元以上 1 万元以下的罚款。

(3) 纳税人、扣缴义务人编造虚假计税依据的，由税务机关责令限期改正，并处 5 万元以下的罚款。

(4) 扣缴义务人应扣未扣、应收而不收税款的，由税务机关向纳税人追缴税款，对扣缴义务人处应扣未扣、应收未收税款 50% 以上 3 倍以下的罚款。

(5) 纳税人、扣缴义务人逃避、拒绝或者以其他方式阻挠税务机关检查的，由税务机关责令改正，可以处 1 万元以下的罚款；情节严重的，处 1 万元以上 5 万元以下的罚款。

[案例]

某公司开业并办理了税务登记，两个月后的一天，税务机关发来一份税务处理通知书，称该公司未按规定期限办理纳税申报（每月 1~7 号为申报期限），并处罚款。公司经理对此很不理解，跑到税务机关辩称，本公司虽已开业两个月，但尚未作成一笔生意，没有收入又如何办理申报呢？

问：该公司的做法有无错误？如有错，错在哪里，应如何处理？

第四节 劳动法及社会保障制度

一、劳动法的概念和基本原则

劳动法是规范劳动关系及其附随的一切关系的法律制度的总称。狭义的劳动法仅指《中华人民共和国劳动法》。广义的劳动法包括劳动法律、劳动行政法规、劳动行政规章、地方性劳动行政法规和规章以及具有法律效力的其他规范性文件、劳动司法解释等。

劳动法的基本原则主要有以下内容：

- (1) 公民有劳动的权利和义务；
- (2) 劳动者有享受职业培训的权利和义务；
- (3) 劳动者享有按劳分配和社会保险的权利；
- (4) 劳动者有休息和劳动安全卫生保护的权利；
- (5) 劳动者有组织工会和民主参与的权利；
- (6) 男女平等、民族平等原则；
- (7) 提请处理劳动争议的权利。

二、劳动者的基本权利和义务

劳动权，是指任何具有劳动能力且愿意工作的人都有获得工作的权利。狭义上，劳动权是指劳动者获得和选择工作岗位的权利，与工作权、就业权同义，具体包括职业获得权、平等就业权和择业权。广义上，劳动权是指劳动者依据法律、法规和劳动合同所获得的一切权利，包括工作权、报酬权、休息权、职业安全权、职业培训权、社会保障权、结社权、集体协商权、民主管理权、劳动争议权等。可见，劳动权是人的生存权和发展权的一个组成部分，它涉及人权的各个层次，是一种综合的权利。

从另外一个角度对劳动权进行分类，可以分成劳动者的个人权利与集体权利。

(一) 劳动者的个人权利

《劳动法》第三条的规定，劳动者的个人权利主要包括以下几个方面：

1. 平等就业和选择职业的权利；
2. 获得劳动报酬的权利；
3. 获得休息休假的权利；
4. 获得劳动安全卫生保护的权利；
5. 接受职业培训的权利；

6. 享受社会保险和福利的权利；
7. 提请劳动争议处理的权利。

（二）劳动者的集体权利

1. 结社权；
2. 集体谈判权；
3. 罢工权；
4. 参与权。

（三）劳动者的基本劳动义务

1. 完成劳动任务；
2. 提高职业技能；
3. 执行劳动安全卫生规程；
4. 遵守劳动纪律和职业道德。

[案例]

某建筑公司为建设小区楼房，从各县招来农民工，建筑公司和很多农民工都没有具体的书面合同。工程开始之后的六个月，建筑公司按月支付工资，但以后一直拖欠工资，民工们每天从工区借饭票维持生活，有的人不想干了，便空手回了老家，有的人拿不到路费，只好在工地上泡。农民工经常每天工作 11~13 个小时，星期天和节假日从不休息。民工们拿不到工资，心里非常着急，有的民工曾想罢工以示抗议，但想来想去，觉得不妥，最后他们决定向法院起诉。

问：法院应该如何处理这起案子？

三、劳动合同

2007 年 6 月 29 日通过了《中华人民共和国劳动合同法》，并于 2008 年 1 月 1 日起施行，进一步完善了我国劳动法律体系。

劳动合同是雇主和雇员之间建立劳动关系、明确各自权利义务、约定劳动条件的合约。这种合约的法律意义和属性有三点：（1）建立劳动关系的法律事实，具有唯一性；（2）约定劳动关系双方权利义务的契约，具有补充性；（3）规定个性化劳动条件的证明，具有个性。

根据我国《劳动法》第十六条规定，订立劳动合同是建立劳动关系的唯一的法律事实，劳动合同是证明劳动关系当事人的权利和义务的法律形式。因此，如何签订劳动合同是公民实现就业权的必要知识。

（一）劳动合同的订立

劳动合同订立，是指劳动关系主体互递信息，就劳动的权利和义务进行平等协商，完全达成一致后签订劳动合同的行为。劳动合同订立行为发生在企业外部的共同劳动力市场上，是企业实现择优用工权和劳动者实现自由择业权的场所。依法订立劳动合同是法律行为，将引起劳动法律关系的产生。

订立劳动合同的原则主要包括下列内容：主体合法、内容合法和程序合法。

1. 主体合法。订立劳动合同的当事人必须符合法律规定的资格，一方是有用人资格和用人能力的雇主，另一方是应当有劳动权利能力和行为能力的劳动者。

2. 内容合法。劳动合同的内容不得损害雇员利益、他人利益和公共利益，因而要符合国家关于最低工资、最高工作时限、工作地安全与卫生等方面的法律规定。

3. 程序合法。为保证劳动合同主体和内容的合法性，劳动合同法对签订合同过程作出法律安排，对行为规定基本要求。

（二）劳动合同的形式

劳动合同的形式包括口头合同和书面合同。采用何种形式签订劳动合同，由《劳动合同法》加以规定。

根据《劳动法》第十八条的规定，下列劳动合同无效：（1）违反法律、行政法规的劳动合同；（2）采取欺诈、威胁等手段订立的劳动合同。

无效的劳动合同，从订立的时候起，就没有法律约束力。确认劳动合同部分无效的，如果不影响其余部分的效力，其余部分仍然有效。劳动合同的无效，由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

（三）劳动合同的变更、解除与终止

劳动合同的变更，是指劳动合同内容的变化，劳动合同主体不变。劳动合同的变更，是基于用人单位经营情况变化和职工就业选择的变化而产生的。

劳动合同的解除，即提前终止劳动合同。劳动合同期限未满，由于法定事实或者约定事实的发生引起劳动合同提前终止。

[拓展训练] 查一查，我国《劳动合同法》对解除劳动合同有哪些规定。

[案例]

2005年1月1日，公司招聘了一个业务员，谈好试用期为三个月。三个月内这个业务员业绩并没有达到公司的业绩考核标准，但由于很难找到合适的人选，把这个业务员暂时留下了。刚开始业务员的入职手续不全，没有签合同。到4月份的时候，手续齐全了，这个业务员在合同上已经签字，劳动合同上面的日期是2005年1月1日至2006年1月1日，但公司打算淘汰该业务员，一直没有盖章，也没有把合同给业务员。

在半年考核的时候，这个业务员业绩不好，公司打算淘汰他，并打算支付一个月的工资作为补偿金，但业务机构经理（业务机构在外地，不在公司管理现场）觉得人员难找，并且碍于情面，私下再给此业务员三个月时间，和业务员私下约定三个月做不好自己走人。到9月底的时候，公司查处并强制要淘汰这个业务员，业务部门经理与这个业务员谈话了，业务员10月份没有到公司上班，也不

到公司办理交接手续。

公司一直在督促业务部门经理找这个业务员到公司办理交接手续，交回业务员手中的公司单证和物品，但联系不上。到11月底，业务员到公司，要求公司给他正式的劳动合同以便他到劳动局投诉，否则不交回公司的单证和物品。

问：如何妥善处理这件事，为公司减少损失，收回公司单证和物品？

四、劳动保护制度

劳动保护制度，指国家为改善劳动条件，保护劳动者在生产经营活动过程中的安全和健康而制定的各项制度的总称。其内容主要包括劳动安全卫生、女职工特殊保护、未成年工特殊保护三个方面。

（一）劳动安全卫生制度

在劳动安全卫生方面，《劳动法》作了如下规定：（1）用人单位必须建立、健全劳动安全卫生制度，严格执行国家劳动安全卫生规程和标准，对劳动者进行劳动安全卫生教育，防止劳动过程中的事故，减少职业危害。劳动者在劳动过程中必须严格遵守安全操作规程，对用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业，有权拒绝执行；对危害生命安全和身体健康的行为，有权提出批评、检举和控告。（2）用人单位必须为劳动者提供符合国家规定的劳动安全卫生设施、条件和必要的劳动防护用品，新建、改建、扩建工程的劳动安全卫生设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投入生产和使用。（3）用人单位对从事有职业危害作业的劳动者应当定期进行健康检查，从事特种作业的劳动者必须经过专门培训并取得特种作业资格。（4）国家建立伤亡事故、职业病统计报告和处理制度。

（二）女职工和未成年工特殊保护制度

在女职工和未成年工特殊保护方面，《劳动法》作了如下禁止性

规定：（1）禁止安排女职工从事矿山井下、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动；（2）不得安排女职工在经期从事高处、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动；（3）不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动，对怀孕7个月以上的女职工不得安排其延长工作时间和夜班劳动；（4）不得安排女职工在哺乳未满1周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动，不得安排延长工作时间和夜班劳动。

未成年工是指年满16周岁未满18周岁的劳动者。《劳动法》规定：不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌的劳动；用人单位应定期对未成年工进行健康检查。

五、劳动争议的解决途径和证据

劳动争议发生后，当事人应该按法定程序解决。《中华人民共和国企业劳动争议处理条例》第六条规定：“劳动争议发生后，当事人应当协商解决；不愿协商或协商不成的，可以向本企业劳动争议调解委员会申请调解；调解不成的，可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。对仲裁裁决不服的，可以向人民法院起诉。”但当发生劳动争议后，不是什么时候都是可以申请仲裁的。申请仲裁也有一个时效。

劳动争议仲裁时效是指劳动者或用人单位的权利遭到对方侵犯后，在法定期间内不行使权利，即丧失仲裁机构予以保护的權利。也就是说，一旦错过仲裁时效，权利人的胜诉权就被消灭，即丧失了请求仲裁委员会保护的權利。有关法规规定：“提出劳动争议的一方应当自劳动争议发生之日起六十日内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。”对于这句话中“争议发生之日”如何理解，是一个十分重要的问题，因为它关系到时效起算日的确定。根据有关法律解释，

“争议发生之日”是指“知道或应当知道权利被侵害之日”，也就是说，“争议发生之日”，并不是非得以双方当事人产生正面冲突为标志，而是从当事人知道或应当知道权利被侵害之时，在法律上就被认为是产生“争议”之日，此时也就是仲裁时效的起算之日。

发生了劳动争议，主要解决方法和途径有：

（一）争议解决的主要途径

1. 调解

劳动争议调解委员会的组成：员工代表、公司代表、工会代表。与员工达成的调解协议必须是自愿执行。这个协议没有法律强制力，不可以向法院申请强制执行。

2. 仲裁

对于仲裁裁决，当事方均没有反对，应执行。如有一方不服裁决，应在收到裁决书后 15 天内向法院提出诉讼。仲裁裁决在作出后 15 天开始生效。仲裁裁决可以向法院申请强制执行。程序：（1）申请仲裁有时效性，要求自争议发生之日起 60 天内。（2）申请受理时间：7 天。（3）答辩：被申请人在 15 天内作出答辩。（4）裁决：仲裁裁决在 60 天内作出。对复杂的申请，可延长 30 天。

3. 诉讼

劳动争议产生后，员工不能直接向法院提出诉讼，必须先经过劳动争议仲裁程序。法律法规也规定了例外，比如单独订立的保密协议等。

我国实行的是二审制。对一审不服可向二审法院上诉。在一审中，对作出的劳动仲裁裁决，如果员工提出支付工资等情况，法院可视情况先予执行仲裁裁决。

（二）发生劳动争议时主要证据

1. 劳动合同。劳动合同是主要证据，合同中双方确定了各方权利义务等内容。因此，劳动合同应该以书面形式作出，对法律规定中不清楚的方面加以填补。

2. 《员工手册》。尽可能制定比较详细的《员工手册》，与劳动合同相补充，应该包括员工不当行为、工作要求及员工福利等内容。《员工手册》内容要遵守法律法规要求。

3. 其他证据。如：（1）解聘函——提前 30 天作出并通知员工，诉讼的时效与解聘函有直接关系；（2）工资签收单；（3）病假的证明材料及相关资料；（4）医生的处方等。

[案例]

张某是一个在一家私企工作的怀孕 36 周的孕妇，在此企业已有 15 个月的工龄。今年 9 月，公司领导先是以影响公司形象为由，逼迫张某请无薪事假不让她上班。事后张某到劳动局咨询，劳动局打电话进行了简易的调解之后，公司变本加厉故意刁难张某，以违反劳动纪律为由，将张某的基本工资从 3000 元/月降到了 810 元/月。

问：张某的合法权益应该怎么保护？

六、社会保障法律制度

中国社会保障制度是国家对公民在年老、疾病、伤残、失业、生育、死亡、遭遇灾害、面临生活困难时，由政府和社会依法给予物质帮助，以保障公民的基本生活需要的制度。社会保障制度是国家的基本制度之一。国家必须制定社会保障法律规范，保证社会保障制度真正得到贯彻实施。

具体而言社会保障法律制度具有以下功能：

1. 社会保障法律制度有利于克服市场经济的竞争性和风险性带来的弊端。市场经济是作为通过市场机制实现社会资源配置的主要方式，其明显特征之一在于其竞争性，并且其竞争性具有两面性：一方面，竞争性是市场经济内在本质要求的必然体现，是市场主体追求自身独立利益最大化的手段，对社会经济的发展起到了极其重要的推动作用；另一方面，市场经济的竞争性又始终伴随着高风险。

由于市场竞争遵循优胜劣汰的法则，因此，市场竞争的结果往往使经营管理不善、经济效益不好的市场主体面临着破产、倒闭、遭淘汰的危险和后果，处于不利的境地。而社会保障法律制度则能够在竞争中处于不利地位的市场主体内的劳动者在工伤、失业等不幸状况下获得必要的物质帮助，为他们渡过难关创造条件。

2. 社会保障法律制度有利于国有企业建立现代企业制度。企业是市场经济中最主要的微观主体，而国有企业又是我国企业的主力军。在国有企业中建立现代企业制度，就是要建立与社会化大生产和现代市场经济相适应的新型企业制度。我国国有企业改革的方向，在于通过对国有企业实行股份制，建立现代企业制度，其实质是促使国有企业成为依法自主经营、自负盈亏、自我发展、自我约束的商品生产和经营单位，成为独立享有民事权利和承担民事义务的企业法人。但是，我国国有企业在建立现代企业制度过程中，面临着诸如如何解决富余、退休、失业的企业职工分流和安置等许多难于解决的问题和困难。如果单靠企业自身力量，不仅难以彻底解决这些问题和困难，而且势必会加重企业负担。而建立社会保障法律制度则有利于帮助企业解决上述问题，为国有企业建立现代企业制度创造有利条件。

3. 社会保障法律制度有利于维护社会稳定和国家的长治久安。社会成员和劳动者的年老退休、患病、工伤、失业、生育、富余人员的分流安置等问题，与社会成员和劳动者的生存和利益密切相关，直接关系到能否维护社会稳定和国家的长治久安。因此，建立社会保障法律制度有利于维护和改善他们的经济生活条件，保护劳动力资源，维护和安定社会秩序和经济秩序，从而维护和巩固社会稳定和国家的长治久安。

4. 社会保障法律制度有利于保护人权和劳动者权益。我们社会主义国家极其重视对人权和劳动者权益的保护。人权作为人所应享有的基本权利，包括丰富的内容，既包括生存权、人身权，也包括政治权利、经济权利、文化权利和社会各方面的权利等，同时，我

国《宪法》、《劳动法》等法律对保护劳动者各项权益都有明确、具体的规定。而社会保障法律制度所要解决的社会成员和劳动者的年老退休、患病、工伤、失业、生育、富余人员的分流安置等问题，均是保护人权和劳动者权益的直接体现和基本保障，对保护人权和劳动者权益起着十分重要的作用。

5. 社会保障法律制度有利于缩小收入差距，防止两极分化。社会主义市场经济是社会主义制度与市场经济相结合的产物，它一方面尊重和保护市场主体的平等性、自主性，为市场主体通过合法行为实现自己独立利益最大化提供良好的社会环境，另一方面，对于处于年老退休、患病、工伤、失业等不利状况下的社会成员和劳动者，国家通过建立社会保障法律制度，使他们获得各种帮助和资助，为他们的生存和生活提供物质保障，并实现对社会收入分配的再调节，尽量缩小社会收入的差距，防止两极分化。劳动者在下列情形下，依法享受社会保险待遇：（1）退休；（2）患病、负伤；（3）因工伤残或者患职业病；（4）失业；（5）生育。

社会保险主要由养老保险、失业保险和医疗保险组成。

[拓展训练] 查一查，我国劳动法规对退休、工伤、职业病、生育等的具体规定。

第五节 消费者权益保护法

一、消费者及消费者权益保护法的概念

所谓消费者，是指为生活消费需要而购买、使用商品或者接受服务的个人。消费者权益保护法是保护消费者合法权益的法律规范的总称。理解消费者的概念应注意：第一，消费者必须是为“个人生活消费需要”而购买或使用商品或接受服务的，但农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料时，也被法律视为消费者；第二，

消费者只能是个人，即自然人。法人或其他任何组织、团体都不属于消费者的范畴，不受消费者权益保护法的保护，即使法人或其他组织、团体以其名义购买、使用商品或接受服务。

二、消费者的权利与经营者的义务

（一）消费者的权利

消费者的权利，是指消费者根据消费者权益保护法的规定，在消费领域内享有的各种权利。它包括：

1. 安全保障权。安全保障权是指消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利，是消费者最重要的权利，也是宪法和民法赋予自然人的民事权利在消费领域的具体表现。

2. 知悉真情权。知悉真情权是指消费者享有知悉其购买、使用的商品或接受服务的真实情况的权利。该项权利的规定有利于消费者作出正确的决策。

3. 自主选择权。自主选择权是指消费者享有自主选择商品和服务的权利。具体内容包括：第一，有权自主选择提供商品或服务的经营者；第二，有权自主选择商品品种或者服务方式；第三，有权自主决定是否购买任何一种商品或接受任何一种服务；第四，有权对商品或服务进行比较、鉴别和选择。

4. 公平交易权。公平交易权是指消费者在购买商品或接受服务时所享有的获得质量保障和价格合理、计量正确等公平交易的权利；公平交易权还指消费者有权拒绝经营者的强制交易行为。

5. 求偿权。求偿权是指消费者因购买、使用商品或接受服务受到人身财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

6. 结社权。结社权是指消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

7. 获得相关知识产权。获得相关知识产权也称受教育权，是从知悉

真情权中引申出来的一种消费者的权利，指消费者所享有的获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。相关知识包括：有关消费观的基本知识；有关商品和服务的基本知识；有关市场的基本知识；有关消费者权益保护的法律、法规和政策；保护机构和争议解决途径等方面的知识。

8. 受尊重权。受尊重权是指消费者在购买、使用商品和接受服务时所享有的人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

[案例]

1. 2004年的一天，内蒙古一机厂厂报记者邓某和收到一份包头市邮电局寄来的电话收费单，单上“冒”出了12个他从未打过的长途电话，共计话费41.65元。当日下午，他到市邮电局营业台查询，不料非但没有查出个所以然，反而挨了营业员一顿辱骂。

2. 2003年11月18日，消费者于某等三人在呼和浩特市某饭店就餐时，在茶树菌锅仔中发现了一只死老鼠。呼和浩特市新城区卫生监督部门接到举报电话后，随即到现场进行检查，检查结果确认茶树菌锅仔中有一只死老鼠。当日，该饭店将于某等三人送往内蒙古医学院附属医院进行洗胃和服泻药的治疗。

3. 2000年7月10日，内蒙古伊克昭盟达拉特旗解放滩镇建设村村民孙某为其父办丧事，从集体经营的旗石油公司解放滩加油站购买了15千克劣质煤油。送葬路上盛装劣质煤油的油桶发生爆炸，致使数人受伤。其中杨某的伤势最为严重，经有关部门鉴定为一级伤残。

4. 2000年春季，内蒙古巴彦淖尔盟五原县农民到该县农行宏丰营业所申请助农贷款，却被告之必须购买营业所销售的化肥，否则不予贷款，无奈的农民只好将这些化肥投放在自家的地里。由于化肥存在严重的质量问题，致使400余户农民种植的玉米绝收。

问：(1) 以上四个案例分别侵犯了消费者的什么权利？

(2) 想一想在现实生活中作为消费者是否行使了自己的上述

权利。

（二）经营者的义务

经营者，是向消费者提供其生产、销售的商品或者服务项目的单位和个人，它是以营利为目的从事生产经营活动并与消费者相对应的另一方当事人。经营者的义务是经营者在经营活动中应履行的法律上的义务。具体内容包括：

1. 履行法定义务和与消费者约定的义务，是指经营者在向消费者提供商品或服务时，应当依照《中华人民共和国消费者权益保护法》、《中华人民共和国产品质量法》和其他相关法律、法规的规定履行义务；与消费者有约定的，只要约定不违法，应按约定履行义务。

2. 接受消费者监督的义务，是指经营者应当听取消费者对其提供商品或服务的意见，接受消费者监督。这是消费者监督批评权得以实现的保障。

3. 保证商品和服务安全的义务，这是与消费者安全保障权相对应的经营者的义务，是指经营者应当保证所提供的商品或服务符合保障人身、财产安全的要求，对可能危及人身、财产安全的商品和服务，应向消费者做真实的说明和明确的警示，并说明和标明正确使用商品或接受服务的方法及防止危害发生的方法。

4. 提供商品和服务真实信息的义务，这是与消费者知悉真情权相对应的经营者的义务，是指经营者应当向消费者提供有关商品或服务的真实信息，不得作引人误解的虚假宣传。

5. 标明真实名称和标记的义务，是指经营者应当标明其真实的名称和标记，租赁他人柜台或场地的经营者应当标明其真实名称和标记，不得以虚假的名称和标记欺骗消费者。

6. 出具购货凭证或者服务单据的义务，是指经营者提供商品或服务，应按照国家的规定或商业惯例向消费者出具购货凭证或服务单据；消费者索要购货凭证或服务单据的，经营者必须出具。

7. 保证质量的义务，是指经营者有义务保证产品质量。该义务体现在两个方面：第一，经营者应当保证在正常使用商品或接受服务的情况下，其提供的商品或服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限，但消费者在购买或接受服务前已经知道其存在瑕疵的除外；第二，经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或服务的质量状况的，应当保证提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。

8. 履行“三包”或其他责任的义务，是指经营者提供商品或服务，按照国家规定或与消费者的约定，承担包修、包换、包退“三包”及其他责任的，应当按照国家规定或约定履行，不得故意拖延或无理拒绝。

9. 不得单方作出对消费者不利规定的义务，是指经营者不得以格式合同、通知、声明、店堂告示等方式作出对消费者不公平、不合理的规定，或者减轻、免除其损害消费者合法权益应当承担的民事责任。

格式合同在消费领域是指经营方为了重复使用单方拟定合同条款，消费者只能全面接受或全面拒绝而不能修改的合同。格式合同有利于节约交易成本，国家允许采用这种方式，但法律作出以上规定，就是为了防止经营者利用其优势地位损害消费者的利益。

10. 不得侵犯消费者人格权的义务，是指经营者在提供商品或服务时不得侵犯消费者的人身自由权和人格尊严权。

[案例]

1. 某厂商出售家用电脑时，向消费者声明：本店对此机内预装软件是否有合法版权概不负责，机器售出后发生任何版权纠纷，概与本店无关。

问：厂商作出上述声明属于什么行为？厂商是否履行了作为经营者的义务？

2. 王某在电脑公司买了一台电脑，使用10个月后电脑出现故

障。在“三包”的有效期限内，经电脑公司两次修理仍然无法使用。此时，市场上已经没有同型号的电脑。

问：依照法律的规定，该事件应如何解决？

3. 甲经销商销售乙厂生产的名牌针织衫，租赁了在当地很有影响的丙商场的柜台。甲出于商业目的，为推销商品、占领市场，在销售时以乙厂厂家销售的名义推销其名牌针织衫，还让雇佣的销售人员均身着丙商场的工作服、佩带丙商场的标志。

问：甲经销商的上述做法是符合消费者权益保护法里规定的经营者的义务？

4. 滁城消费者章某于2004年10月1日在某商场购买一部飞利浦855手机，使用至2005年3月29日手机已连续三次出现待机图像显示不清、摄像无法使用等性能故障，当消费者要求换机时，经销商却以前两次维修单上标注为“软件升级”而非性能故障为由拒绝换货。

问：消费者章某的权益应当得到怎样的保障？说明原因。

5. 居民甲在某商场购得一台“多功能食品加工机”，回家试用后发现该产品只有一种功能，遂向商场提出退货。商场答复：“该产品说明书未就其性能作明确说明，这是厂家的责任，所以顾客应向厂家索赔，商场概不负责。”

问：(1) 该产品存在什么问题？

(2) 谁应该对该产品负责？

(3) 居民甲享有什么权利？

三、侵犯消费者合法权益行为的法律责任

(一) 人身损害的民事责任

1. 经营者在提供商品或服务时造成消费者或其他受害人身体伤害的，应当支付医疗费、治疗期间的护理费、因误工减少的收入及其他费用。

2. 经营者在提供商品或服务时造成消费者或其他受害人身体残疾的，除赔偿上述费用外，还应当支付残疾者生活自助用具费、生活补助费、残疾赔偿金以及由其抚养的人所必需的生活费等费用。

3. 经营者提供商品或服务造成消费者或其他受害人死亡的，应当支付丧葬费、死亡赔偿金以及由死者生前抚养的人所必需的生活费等费用。

4. 经营者侵害消费者的人格尊严或者消费者人身自由的，应当停止侵害，恢复名誉，消除影响，赔礼道歉并赔偿损失。

（二）财产损害的民事责任

在《消费者权益保护法》中，对经营者在财产损害方面的民事责任作了具体规定，除消费者与经营者另有约定的以外，责任形式主要有修理、重做、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用、赔偿损失等。

四、争议的解决途径

消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：

1. 与经营者协商调解；
2. 请求消费者协会调解；
3. 向有关行政部门申诉；
4. 根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；
5. 向人民法院提起诉讼。

第六节 产品质量法

一、产品和产品质量法的概念

《产品质量法》里所指的产品是指经过加工、制作并用于销售的产品，不包括建设工程、军工产品、初级农产品。

《产品质量法》是调整产品的生产者、销售者以及政府有关行政主管部门等主体之间，在产品质量方面的权利、义务、责任等方面关系的法律规范。

《产品质量法》于1993年9月1日开始实施。

二、产品质量法的内容

(一) 产品质量监督管理

产品质量监督管理实质属于行政监督，是指国家技术监督行政部门以及地方技术监督行政部门依据法定的行政权力，以实现国家职能为目的，对产品质量进行的管理活动。监督管理的内容主要包括：

1. 产品质量检验制度。《产品质量法》规定，产品质量应当经过检验合格，检验机构必须具备检测条件和能力并经有关部门考核合格后，方具有承担检验工作的资格。未经检验的产品视为不合格产品。

2. 企业质量体系认证制度及产品质量认证制度。企业质量体系认证是指依据国家质量管理和质量保证体系标准，经过认证机构对企业质量体系的检查和确认并通过颁发认证证书，证明企业质量保证能够符合相应要求的活动。申请质量体系认证实行企业自愿原则。经过质量体系认证的企业在申请生产许可证、产品质量认证及申请

其他质量认证可免于质量体系审查。

产品质量认证是依据产品标准和相应的技术要求，经认证机构确认并通过颁发认证文书标志来证明某一产品符合相应标准的活动。企业可自愿申请。认证合格，由认证机构颁发证书，准许企业在产品或者包装上使用产品质量认证标志。

认证机构应对准许使用认证标志产品进行认证后跟踪检查，对不符合标准的，可要求其改正；情节严重的，取消其使用认证标志的资格。

3. 产品质量监督检查制度。主要以抽查方式为主对可能危及主体健康、人身、财产安全的产品，影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品进行抽查。

4. 质量状况信息发布制度。国务院省级政府的产品质量监督部门，应当定期发布其监督抽查的产品质量状况公告。

（二）产品质量责任

产品质量责任是指产品的生产者、销售者以及其他相关当事人对产品质量所应承担的义务以及违反此种义务应承担的法律责任。

三、生产者、销售者的产品质量义务

（一）生产者的义务

1. 生产者的明示担保义务，是指生产者以各种公开的方式，就产品质量向消费者所作的说明或陈述。如果产品不符合承诺的标准，必须承担相应的法律责任。

2. 生产者的默示担保义务，是指法律、法规对产品质量所作的强制性要求，即使当事人之间有合同的约定，也不能免除和限制这种义务。具体包括：生产者对所生产的产品所有权的合法性所作出的允诺；产品应当具备其应当有的使用性能，如果使用性能存在瑕疵应加以说明；生产的产品应当符合安全、卫生标准的要求，不存

在危及人身、财产安全的不合理危险。

3. 产品标识包装义务。产品标识应符合下列要求：有产品质量检验合格证明及中文标明的产品名称、生产厂名和厂址；根据产品的特点和使用要求，需要标明产品规格、等级、所含主要成分的名称和含量的，要加以标明；限期使用的产品，应当标明生产日期和安全使用期及过期日期；使用不当，容易造成产品本身损坏或可能危及人身、财产安全的产品，应当有警示标志或者中文警示说明，产品包装应符合规定的要求。

4. 生产者的不作为义务。（1）不得生产国家明令淘汰的产品；（2）不得伪造产地，不得伪造或冒用他人的厂名、厂址；（3）不得伪造或冒用认证标志、名优标志等质量标志；（4）不得掺杂、掺假，不得以假充真、以次充好，不得以不合格产品冒充合格产品。

（二）销售者的义务

销售者在产品质量方面也要承担前述生产者的默示担保义务和明示担保义务，此外销售者还要承担下列义务：

1. 进货验收任务。销售者应当建立并执行进货检查验收制度。
2. 有关产品标识的义务。
3. 产品销售者的不作为义务。

[案例]

2005年2月6日，周某花1200元在市电器商场购买了一台家用录像机。使用不到一个月，录像机出现故障，周某找到商场要求维修，可商场包经理声称：“生产厂家已把维修费用返还给保修单上所列的维修单位，而且商场与生产厂家及修理者之间订有合同，明确规定：凡录像机出现质量问题均由用户送交修理者负责维修，商场只是代销单位，不承担三包责任。”由于到维修单位修理距离遥远，周某专程送修很不方便，他应该怎么办？

四、违反产品质量义务的法律责任

(一) 违反产品质量义务的法律责任的种类

违反产品质量义务的法律即产品质量责任，是指生产者、储运者、销售者以及对产品质量负有直接责任的人违反产品质量义务应承担的法律后果。违反产品质量义务的法律责任可以分为民事责任、行政责任、刑事责任三种类型。

(二) 构成产品质量责任的条件

产品质量法的核心是判定承担产品质量责任的条件是什么。我国《产品质量法》规定承担产品质量责任的条件包括三个方面：一是违反默示担保，即违反国家法律、法规规定的产品质量要求。产品必须符合安全、卫生要求，具备其应当具有的使用功能。凡是法律、法规规定产品质量必须满足的条件，不得以任何形式予以排除和限制。二是违反明示担保，即违反明示采用的产品质量标准以及以合同、产品说明、实物样品等方式表明的质量状况。明示担保是生产者、销售者自身对产品质量向消费者作出的保证和承诺，可以使用产品说明书、标识、预告、样品等方式表示。三是产品质量缺陷。即产品存在危及消费者及其他人人身、财产安全的不合理的危险或不符合有关标准，且造成了消费者及他人的人身伤害或财产损失。

产品质量若符合以上三个条件之一的，生产者、销售者应当依法承担责任。其中对于违反默示担保和明示担保的，适用过错责任原则，即只要行为人主观上有过错，那么无论是否造成损害后果，均要承担责任；对于产品质量缺陷适用无过错原则，只要造成了损害后果，就要承担赔偿责任，而不管行为人主观上是否有过错。

(三) 违反产品质量义务的民事责任

违反产品质量义务的民事责任也称产品质量民事责任，包括违约责任和侵权责任。

1. 违约责任。违约责任即产品瑕疵担保责任，是指产品的生产者、销售者违反明示或默示担保的产品质量要求而应承担的责任。根据产品质量法的有关规定，生产者、销售者应承担的责任主要有：不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明；不符合在产品或其包装袋上注明采用的产品标准的；不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。销售者应当承担的责任方式有修理、更换、退货等，给购买产品的消费者造成损失的，销售者应当赔偿损失。销售者承担上述责任后，如果责任属于生产者或向销售者提供了产品的其他销售者的，销售者有权向生产者和其他销售者追偿。

2. 侵权责任。侵权责任即产品缺陷损害赔偿责任，是指生产者、销售者因产品存在缺陷而造成他人人身、缺陷产品以外的其他财产损失时应当承担的赔偿责任。生产者是产品质量责任的主要承担者。产品质量法规定了对生产者的严格责任即只要产品存在缺陷造成人身及他人财产损害的，生产者应当承担赔偿责任，而不问生产者主观上是否有过错。

（四）违反产品质量义务的行政责任和刑事责任

根据《产品质量法》的规定，生产者、销售者违反法律规定的产品质量义务时，不仅要承担民事责任，还应依法承担行政责任，如果构成犯罪的，要承担刑事责任。

1. 行政责任是有关行政机关依法对生产者、销售者及直接责任人作出的行政处罚决定。例如：责令停产、停业、停止销售；没收违法生产、销售的产品及违法所得；罚款、吊销营业执照等。

2. 刑事责任是指生产者、销售者违反《产品质量法》规定的产品质量义务，并触犯刑律构成犯罪时，由司法机关按照刑法的规定强制其承担的法律后果。包括：生产、销售假药、劣药，已经危害或足以危害人体健康的；生产、销售不符合卫生标准的食品，造成严重食物中毒事故的；在食品、饮料、酒类中掺入有毒、有害物质，造成伤亡事故的；生产销售假农药、假化肥、假种子，造成严重后果的；生产或销售不符合卫生标准的化妆品和不符合保障人身健康、

财产安全标准的医疗器械、医用卫生材料、电器、压力容器、易燃易爆产品等。

[案例]

张某于展览会上向一国有皮衣厂购得 2100 元皮衣，并看到“当面检验，概不退货”八个字。回来后发现皮衣脱皮，质量不合格。张某要求退货，被拒绝。张某于是向电视台公布，并对皮衣厂进行曝光，使得皮衣厂销售量大减。皮衣厂告张某侵犯其名誉权，要求赔礼道歉，并赔偿经济损失。

- 问：(1) 皮衣厂八个字是否有效？
 (2) 皮衣厂告张某的侵犯是否成立？为什么？
 (3) 张某是否承担违约责任？为什么？
 (4) 皮衣厂是否承担产品责任？

自我检测

一、选择题

- “经济法”的调整对象是：
 - 经济法律关系
 - 特定的经济关系
 - 各类经济关系
 - 经济权利和经济义务关系
- 下列社会关系中，属于经济法调整对象的是：
 - 财物赠与关系
 - 财产继承关系
 - 市场管理关系
 - 合同关系
- 经济法是调整在国家协调运行过程中发生的经济关系的法律规范的总称，这个定义的基本含义包括：
 - 经济法是有特定调整对象的法律规范的总称，凡是调整在国家协调经济运行过程中发生的经济关系的法律规范，都属于经济法的范畴

- B. 经济法属于法的范畴，经济法与其他部门法存在着普遍联系
 - C. 经济法是调整经济法律关系的
 - D. 经济法的特定调整对象是在国家协调经济运行过程中发生的经济关系
 - E. 经济法有特定的调整对象，表明经济法与其他部门法律是有根本性区别的
4. 作为经济法主体的国家机关主要是指：
- A. 国家权力机关
 - B. 国家审判机关
 - C. 国家检察机关
 - D. 经济管理机关
5. 设立科技开发、咨询、服务性有限责任公司，其注册资本不得少于人民币：
- A. 5 万元
 - B. 10 万元
 - C. 15 万元
 - D. 20 万元
6. 股份有限公司申请其股票上市必须符合的条件之一是公司股本总额不少于人民币：
- A. 2000 万元
 - B. 3000 万元
 - C. 4000 万元
 - D. 5000 万元
7. 下列商品中，属于我国《产品质量法》所讲的产品的是：
- A. 电视机
 - B. 西红柿
 - C. 商品房
 - D. 鲜鱼
8. 《产品质量法》对生产者的产品质量义务规定有：
- A. 产品质量应当具备应有的使用性能
 - B. 产品质量应当符合明示的质量状况
 - C. 不合格的产品不准出厂
 - D. 没有产品质量标准、未经质量检验机构检验的产品不准生产
9. 产品售出后发生性能故障，消费者可以选择退货、换货或修理的法定期间为：
- A. 自售出之日起 7 日内
 - B. 自售出之日起 10 日内

- C. 自售出之日起 15 日内 D. 自售出之日起 30 日内
10. 自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算, 因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期限为:
- A. 1 年 B. 2 年
C. 3 年 D. 18 个月
11. 消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的, 可以:
- A. 向生产者要求赔偿 B. 向销售者要求赔偿
C. 向服务者要求赔偿 D. 向消费者协会要求赔偿
12. 消费者权利作为一种基本人权, 是生存权的重要组成部分。消费者最基本的权利是:
- A. 知悉真情权 B. 自主选择权
C. 保障安全权 D. 维护尊严权
13. 经营者向消费者推销移动电话时, 以优惠的价格说服消费者购买与移动电话配套的电池、充电器等商品。消费者经说明接受了经营者的推销, 一并购买了几种商品。经营者的行为属于:
- A. 引人误解的虚假宣传 B. 低价倾销
C. 搭销 D. 正当销售行为
14. 依据我国《消费者权益保护法》的规定, 消费者和经营者发生消费者权益争议的, 争议解决的途径包括:
- A. 与经营者协商 B. 请求消费者协会审理裁决
C. 向有关行政部门申诉 D. 向仲裁机构提请仲裁
15. 一般纳税人销售或进口货物适用 () 的增值税率。
- A. 13% B. 17% C. 33% D. 6%
16. 个人所得税的起征点是:
- A. 800 元 B. 1200 元
C. 1600 元 D. 2000 元

二、判断题

1. 消费者在购买、使用商品或者接受服务时, 其合法权益受到

损害，而原企业已经分立、合并的，不得要求赔偿。 ()

2. 《公司法》规定，股东不得兼任股份有限公司的监事。 ()

3. 凡消费者认为不合格的商品，经营者均应负责退货。 ()

4. 调解是仲裁、诉讼的必经程序，因此，在仲裁庭、审判庭作出裁决、判决之前，必须先行调解。 ()

5. 根据破产规定，凡达到破产界限的企业，均可宣告其破产。 ()

6. 股票的发行价格不得超过票面金额。 ()

三、简答题

1. 消费者和经营者之间争议解决的途径有哪些？

2. 试比较股份有限公司与有限责任公司的异同。

3. 简述劳动合同的订立。

4. 简述社会保障法律制度的功能。

5. 构成产品质量责任的条件有哪些？

四、案例分析题

夏某到干洗店干洗一件 1480 元的高档服装，并支付了干洗费 45 元。一周后夏某到干洗店取衣服时，被店主告知衣服被盗。夏某要求干洗店赔偿 1480 元，并退回干洗费 45 元。可店主指着墙壁上的《顾客须知》第五条对夏某说：凡在本干洗店内损害或丢失的衣服，顾客可依照洗衣服价格的 10 倍领取赔偿费。因此，店主只同意赔偿 450 元损失。

问：干洗店按洗衣价格 10 倍赔偿损失的规定是否合法？为什么？

第五章 刑法

○→ 引例

某医院妇产科护士甲值夜班时，一名新生儿啼哭不止，甲为了止住其哭闹，遂将仰卧的婴儿翻转成俯卧，并将棉被盖住婴儿头部。半小时后，甲再查看时，发现该婴儿已经无呼吸，该婴儿经抢救无效死亡。经医疗事故鉴定委员会鉴定，该婴儿系俯卧导致口、鼻受到压迫、窒息而亡。

思考讨论：

1. 甲对婴儿的死亡有无过错？是否已经触犯了刑法？
2. 如果甲的行为触犯了刑法，试分析其犯罪构成。

刑法是掌握政权的统治阶级为了维护其阶级利益和统治秩序，以国家的名义规定的关于什么行为是犯罪和如何惩罚犯罪的法律规范的总称。刑法的基本原则包括：

(1) 罪法定原则，是指法无明文规定不为罪，法无明文规定不处罚，什么行为构成犯罪、构成什么罪以及处何种刑罚，均须由法律明文规定。这是刑法最基本的原则。

(2) 罪刑相当原则，是指刑罚的轻重应当与犯人所犯罪行和承担的刑事责任相适应，即犯多大的罪，判多重的刑；重罪重判，轻罪轻判，罪与罚相当。

(3) 适用刑法一律平等原则，是指对任何人犯罪，在适用法律上一律平等。

第一节 犯罪

一、犯罪的概念及特征

犯罪是指严重危害社会、触犯刑法并应受到刑罚处罚的行为。我国《刑法》第十三条规定：“一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有财产，侵犯公民私人所有财产，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。”这一规定表明，我国刑法中的犯罪是一种危害社会已经达到触犯刑法的程度，并且应当受到刑罚处罚的行为。我国刑法规定的犯罪有三个特征：

1. 犯罪是危害社会的行为，具有社会危害性

社会危害性是犯罪的本质特征，是指犯罪行为给国家和人民的利益已经造成实际损害或者有可能造成实际损害的危险。对犯罪本质特征的把握应当注意：犯罪是一种人的行动，而不是人的思想活动。一个人的思想无论多有害和多反动，如果还没有外化为危害社会的行动，均不得认定为犯罪。刑法不承认“思想罪”。犯罪具有社会危害性，它对刑法所保护的社会关系造成了一定的损害。构成犯罪的行为，除了社会危害性外，还要看它的危害程度，其危害程度必须达到严重的程度，对社会具有危害性，但情节比较轻微且危害不大，法律不会将它规定为犯罪。

2. 犯罪是触犯刑法的行为，具有刑事违法性

犯罪的刑事违法性是犯罪的社会危害性在现实中的具体体现，它是指犯罪违反了刑法的禁止性规定和命令性规定，侵犯了国家刑法所确立的秩序。

我国《刑法》第三条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”这条规定体现了我国刑法所确立的“罪法定原则”，也就是说没有刑事违法性就没有犯罪，因此，刑事违法性对于犯罪的认定具有十分重要的意义。违法行为有很多种，可以分为刑事违法和一般违法。犯罪是一种违法行为，但不是一般的违法行为，而是违反了刑法的违法行为。违法并不都是犯罪，只有违反刑法才构成犯罪。一个人的行为如果对社会具有一定的危害性，但是情节显著轻微，危害不大，不得认为是犯罪，其行为应该按照其他有关法律法规处理，不能混淆犯罪与一般违法的界限。

3. 犯罪是应受刑罚处罚的行为，具有应受刑罚处罚性

犯罪的应受刑罚处罚性，是指犯罪是应当受到刑罚处罚的行为。它表明，违法行为必须是社会危害已经达到一定的严重程度，依照刑法应当给予刑罚处罚时，才是犯罪。犯罪作为一种违法行为，应当承担相应的法律后果，这个后果就是刑罚。犯罪是刑事责任的前提，刑事责任是犯罪的法律后果；某些行为在客观上虽然造成了损害后果，但不是出于故意或过失，而是由于不能抗拒或不能预见的原因造成的，不得认定为犯罪，其行为在客观上造成的损害后果，应依照其他有关法律规定处理。

犯罪的以上三个基本特征紧密结合，缺一不可。社会危害性是它的本质特征，也是刑事违法性和受到刑罚处罚性的前提和基础。反之，危害社会的行为如果没有违反刑法，危害社会行为的程度没有达到刑罚处罚的规定，则不是犯罪。所以，犯罪是危害社会、触犯刑法、应受刑罚处罚的行为，这三个因素是认定犯罪的总标准，是区分罪与非罪的基本依据。

二、犯罪的构成要件

犯罪构成是犯罪概念的具体化。它是指我国刑法规定的、确定

某种行为构成犯罪必须具备的主客观要件的总和。犯罪构成是认定犯罪的具体法律标准，它包括犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面等四个要件，缺一不可。

（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犯的社会主义社会关系。首先，犯罪客体表现为社会关系，即人们在生产和共同生活过程中所形成的人与人之间的相互关系。其次，犯罪客体必须是刑法所保护的社会关系。如果这种社会关系是由道德规范或者其他社会规范调整与保护，而不是由刑法或者不需要由刑法调整与保护，则不可能成为犯罪客体。最后，犯罪客体必须是犯罪行为所侵犯的社会关系。这里所指的“侵犯”，包括两种情况：一是对刑法所保护的社会关系造成了实际侵害事实，如杀人行为已经造成被害人死亡；二是对刑法所保护的社会关系造成了威胁、或者有侵害的危险，如杀人行为虽然没有导致他人死亡，但有导致他人死亡的危险。

刑法将犯罪客体分为三类：一般客体，同类客体和直接客体。

1. 一般客体，是指一切犯罪行为所共同侵害的客体，也就是我国刑法所保护的社会主义社会关系的整体。一般客体反映了犯罪行为的共同本质，说明任何犯罪行为都侵犯了刑法所保护的社会关系。

2. 同类客体，是指某一犯罪行为所共同侵害的客体，也就是我国刑法所保护的社会主义社会关系的某一部分或某一方面。如放火、爆炸、投毒、决水等罪侵犯的是公共安全，即公共安全是这类犯罪的共同客体。犯罪的同类客体是我国刑法犯罪分类的基础，正确认识犯罪的同类客体，有利于对犯罪进行合理分类，有利于正确区分此罪与彼罪的界限。

3. 直接客体，是指具体犯罪所直接侵犯的具体的社会主义社会关系。如故意杀人罪侵犯的是他人的生命权。任何犯罪行为，必然直接侵犯具体的社会关系，否则不可能构成犯罪。

对于犯罪客体与犯罪对象我们应当有所区别。犯罪对象是犯罪行为所作用的社会主义社会关系的主体或者物质表现，如故意杀人

罪的“人”，盗窃罪中“公私财物”就是犯罪对象。犯罪对象与犯罪客体的关系较为密切：犯罪对象反映犯罪客体，犯罪客体制约犯罪对象。但二者存在明显的区别：（1）犯罪对象所呈现的是事物的外部特征，它一般不能决定犯罪的性质；而犯罪客体所表现的是行为的内在本质，因而决定犯罪的性质。（2）特定的犯罪对象只是某些犯罪的构成要件；而犯罪客体是一切犯罪的共同构成要件。（3）犯罪对象并非在任何犯罪中都受到侵害；而犯罪客体在一切犯罪中都受到了侵害或者威胁。（4）犯罪对象不是犯罪分类的根据，因为犯罪对象相同并不意味着犯罪性质相同；而犯罪客体则是犯罪分类的根据，因为犯罪客体要件相同意味着犯罪性质相同。

（二）犯罪客观方面

犯罪客观方面，是指行为人有意识地实施了危害社会的行为和由此行为引起的危害结果。危害行为和危害结果是构成犯罪的必要条件。

1. 危害行为

危害行为，是指在人的意识支配下实施的危害社会的身体活动。危害社会的行为在整个犯罪构成中居于核心地位。首先，危害行为是人的身体活动或者动作，包括积极活动与消极活动。其次，危害行为是人的意识支配的产物，或者说是意识的外在表现。最后，危害行为必须是在客观上侵害或者威胁了社会关系的行为。危害行为的表现形式多种多样，刑法将其概括为作为与不作为。

作为，是指行为人用积极的行为去实施刑法所禁止的危害社会的行为。在我国刑法中，绝大多数犯罪是由作为构成的。

不作为，是指行为人消极地不去实施自己应当履行的某种特定义务的行为。不作为犯罪成立在客观上必须具备以下条件：

（1）行为人负有实施特定积极行为的法律性质的义务。

（2）行为人能够履行特定义务。行为人能否履行义务，应从行为人履行义务的主观能力和客观条件两方面进行判断。

（3）行为人不履行特定义务，造成或者可能造成危害结果。不

作为的核心是行为人没有履行义务。例如，锅炉工在上班时，故意不给锅炉加水，造成锅炉爆炸事故的，就是不作为犯罪。

2. 危害结果

危害结果，是指危害行为对刑法所保护的社会主义社会关系造成的实际损害。它既包括危害行为造成的直接危害，也包括间接危害；不仅指有形的损害，还包括无形的损害。如杀人行为造成他人死亡的事实，盗窃行为造成公私财物损失的事实，侮辱诽谤造成他人心灵受到伤害的事实等，就是危害结果。

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因果关系是犯罪客观方面不可缺少的条件。危害行为是引起危害结果的原因，危害结果是危害行为引起的结果。只有危害行为与危害结果之间存在着必然的直接联系，才能使某人对某一危害结果承担刑事责任。

4. 行为的时间、地点与方法

对于大多数犯罪而言，刑法并没有要求行为人在特定的时间、地点，以特定的方法实施，因此，时间、地点、方法不是犯罪构成的共同要件。但应当注意：（1）有的条文明文要求行为必须在特定的时间、地点或以特定的方法实施。（2）有的条文明确规定将特定的时间、地点、方法作为法定刑升格的条件或从重处罚的情节。（3）即使刑法没有明文将行为的时间、地点、方法规定为影响定罪与量刑的因素，但行为的时间、地点与方法也会影响行为本身的社会危害程度，因而成为量刑的酌定情节。

（三）犯罪主体

犯罪主体是指实施了危害社会行为，依法应负刑事责任的自然人和单位。犯罪主体这一概念有两种含义：一是指已经实施了刑法所规定的犯罪的行为人即犯罪人；二是指犯罪主体的条件，即具备两种条件才能成为犯罪主体，才可能承担刑事责任。

1. 自然人犯罪主体

自然人犯罪主体是指实施了危害社会的行为，触犯刑法，依法

应当受到刑罚处罚的自然人。自然人要成为犯罪主体必须达到刑事责任年龄，具有刑事责任能力；但某些犯罪除了要求行为人具备以上两个要件外，还必须具有特殊身份，如贪污罪，犯罪主体的身份必须是国家工作人员。

2. 单位犯罪主体

单位犯罪是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益，经单位集体研究或者由负责人决定，由单位直接责任人员具体实施的犯罪。单位成为犯罪主体必须具备的条件：

(1) 单位犯罪必须是单位的主管人员及其他责任人员，依照单位决策机关的决定，在其职务范围内实施的，其行为表现为单位集体意志。

(2) 单位犯罪必须是以单位的名义，为单位的利益而实施的。

(3) 只有在刑法有明文规定的情况下，才能成立单位犯罪。

对于单位犯罪，我国刑法实行的是“双罚制”，如我国《刑法》第三十一条规定：“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，本法和其他法律另有规定的，依照规定。”

[拓展训练] 查一查《刑法》关于刑事责任年龄和刑事责任能力的规定。

(四) 犯罪主观方面

犯罪主观方面，是指刑法规定成立犯罪必须具备的，犯罪主体对自己危害社会的行为及其结果所持的心理态度，包括犯罪的故意与过失、犯罪的目的与动机等。

1. 犯罪故意

犯罪故意是指行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任该结果发生的主观心理态度。

犯罪故意根据刑法的规定，分为直接故意与间接故意。直接故意，是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度，直接故意是认识因素与意志因素的统一。间接

故意，是指明知自己的行为可能发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。直接故意与间接故意在认识因素上的区别在于：直接故意既可以是明知自己的行为必然发生危害结果，也可以是明知自己的行为可能发生危害结果，而间接故意只能是明知自己的行为可能发生危害结果。

2. 犯罪过失

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，因为疏忽大意没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的主观心理态度。犯罪过失也可以分为疏忽大意的过失和过于自信的过失。疏忽大意的过失，一般指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理状态；过于自信的过失，是指已经预见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心理状态。

3. 犯罪的目的和动机

犯罪的目的，是指犯罪主体实施犯罪所希望达到的某种结果。它只存在于直接故意犯罪之中，是认定直接故意犯罪的必要构成要件。研究犯罪目的其意义在于在某些犯罪中目的是区分此罪与彼罪的标准之一，也是影响量刑的因素。

犯罪的动机是指推动犯罪人实施犯罪行为的内心起因，它说明犯罪人基于何种心理原因实施犯罪行为。同一犯罪行为可能出于各种不同的犯罪动机；同一犯罪动机可能实施各种不同的犯罪。我国刑法只对少数犯罪规定将特定的犯罪动机作为犯罪构成主观方面的必要条件，如徇私枉法罪必须具有“徇私”或“徇情”的动机。此外，还有少数犯罪以动机为一种犯罪情节，有时也会对是否构成犯罪有一定的影响。犯罪动机虽然一般不是犯罪构成的主观要素，但它反映犯罪人的主观恶性，对量刑具有重要意义。

[案例]

1. 王某，男，42岁，经营一家香肠店。刘某，男，48岁，与王某是邻居，经常从墙缝处偷吃王某家的香肠而与王某结怨。王某曾多次劝说刘某不要再偷吃自家香肠，但刘某不听劝告。王某气急，于2004年9月4日买来毒药放入香肠中，挂在院内（刘某常偷香肠处），刘某不知情，再次偷吃后，中毒而死。

2. 2004年12月14日上午6时许，甘肃平凉市崆峒公安分局干警正在询问一起治安案件的证人，派出所所长郑某推门进屋，对证人韩某训话，认为韩没有如实作证，并用拳击打韩的头部，抓住韩的头往墙上撞，致使韩硬脑膜下广泛性出血，于同年12月16日死亡。2005年1月1日，平凉市崆峒区检察院对郑某以涉嫌暴力取证罪立案侦查，1月24日侦查终结。

3. 唐山市开平区公安局副局长李某，在刘官屯煤矿矿主的煤矿中入股50万元，分红60万元。当该矿主因特大矿难事故被逮捕后，与副局长张某分别收受矿主兄弟的贿赂，徇私枉法，擅自改变强制措施，致使矿难主犯出境脱离侦控。

[讨论]

(1) 试分析以上三起案件的犯罪构成。

(2) 如果你是法官，你认为以上三起犯罪是犯何种罪行？如何定罪、量刑？

三、犯罪的分类

(一) 以犯罪客体的不同为标准进行分类

我国《刑法》分则以犯罪的同类客体为标准，对现实中各种犯罪进行分类，所谓同类客体是指某一类犯罪所共同侵犯的某一类社会关系，或者说是某一类犯罪所共同侵犯的社会关系的某一方面或某一部分。《刑法》分则将自身和其他刑事法律规定的犯罪分为十类：(1) 危害国家安全罪，此类犯罪侵害的同类客体是国家安全，

即人民民主专政的国家政权和社会主义制度；(2) 危害公共安全罪，此类犯罪侵害的同类客体是社会公共安全，即不特定多数人的生命、健康与重大公私财产的安全；(3) 破坏社会主义市场经济秩序罪，此类犯罪侵害的同类客体是社会主义市场经济秩序，指社会主义生产、流通、分配和消费等领域的秩序；(4) 侵犯公民人身权利、民主权利罪，此类犯罪侵害的同类客体是公民的人身权利和民主权利；(5) 侵犯财产罪，此类犯罪侵害的同类客体是公私财产所有权，指国家、集体和个人对其所有的财产的占有、使用、收益和处分的权利；(6) 妨害社会管理秩序罪，此类犯罪侵害的同类客体是社会正常的管理秩序；(7) 危害国防利益罪，此类犯罪侵害的同类客体是我国的国防利益；(8) 贪污贿赂罪，此类犯罪侵害的同类客体是国家的廉政制度；(9) 渎职罪，此类犯罪侵害的同类客体是国家机关正常的运转和管理；(10) 军人违反职责罪，此类犯罪侵害的同类客体是国家的军事利益。

(二) 以犯罪主体的不同为标准进行分类

1. 自然人犯罪与单位犯罪

这是以犯罪人是否是自然人为标准进行的分类。

自然人犯罪，是指达到刑事责任年龄、具有刑事责任能力的人所实施的犯罪；单位犯罪则是指公司、企业、事业单位、机关、团体为本单位谋取非法利益，经单位集体研究或者负责人决定，由单位及直接责任人负责具体实施的犯罪。

从我国具体司法实践上看，刑事立法和司法对单位犯罪定罪量刑的标准比对自然人的标准宽松，因此区别是单位犯罪还是个人假借单位的名义犯罪就有实际意义。

2. 单独犯罪与共同犯罪

这是以犯罪主体的数量为标准进行的分类。

单独犯罪是指行为人一人因故意或过失而独立实施的犯罪。共同犯罪是指两个人以上共同故意犯罪。

共同犯罪主体人数的增加和共同故意、共同的犯罪行为导致对

犯罪客体的威胁和侵害较之单独犯罪更大，因此，共同犯罪较之单独犯罪具有更大的社会危害性。

根据我国刑法的规定构成共同犯罪必须具备以下条件：

(1) 犯罪主体必须是两人以上，且具有刑事责任能力；

(2) 客观上必须有共同的犯罪行为。共同犯罪行为是指共同犯罪人的行为都指向同一目标，彼此联系，互相配合，相互协调，结合成一个有机的犯罪活动整体，共同创造犯罪的结果。

(3) 主观上必须有共同的犯罪故意。共同的犯罪故意是指各共同犯罪人都意识到自己不是在孤立地实施犯罪，都明知共同犯罪行为的性质、危害社会的结果，并且希望或放任危害结果的发生。

我国刑法以各共同犯罪人在共同犯罪过程中所起的作用为标准，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯，并根据分工的特殊情况及其各自所起作用的不同，规定了不同的刑事责任。

3. 身份犯与非身份犯

这是根据法律是否规定必须由具有一定身份的人实施才能构成犯罪进行的分类。

身份犯，是指以特殊身份作为主体要件或者刑罚加重、减轻的法定事由的犯罪，身份犯以外的犯罪则为非身份犯。

身份犯由于是以特殊身份作为构成要件的犯罪，在认定罪与非罪时必须注意查明犯罪主体的身份，否则就会导致错误定罪，如刑讯逼供罪的主体必须是司法人员。

4. 本国人犯罪与外国人犯罪

这是根据犯罪人的国籍进行的分类。

对犯罪作这种划分，在适用刑法时，可以根据其所在国籍不同，适用不同的管辖原则。我国《刑法》第九条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的适用本法。”

此外还可以根据犯罪人的年龄、认识能力及精神状态，将犯罪分为成年人犯罪与未成年人犯罪以及正常人犯罪与非正常人犯罪。

在司法实践中可针对不同犯罪加以区别对待。

（三）以犯罪主观方面不同为标准进行分类

1. 故意犯罪与过失犯罪

这是以犯罪人在主观上的心理态度不同为标准而进行的分类。

故意犯罪是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或放任这种结果发生的心理态度。这里所指的明知是指预见到、认识到自己行为的危害后果会发生，包括必然发生和可能发生。明知自己的行为会发生危害社会的结果是认识因素，希望或放任是对自己行为的危害后果持的是积极争取、刻意追求、有意放纵、无意制止的心理态度，是其中的意志因素，故意犯罪是认识因素和意志因素两方面的有机统一。

过失犯罪，是指应当预见自己的行为可能产生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见或者已经预见但轻信能够避免的心理态度。过失是罪过的另一种基本形式。

过失与故意都是认识因素与意志因素的统一，但过失所反映的主观恶性小于故意，所以刑法对于过失犯罪的规定不同于故意犯罪。首先，过失犯罪均以发生危害结果为要件，而故意犯罪并非一概要求发生危害结果；其次，刑法规定过失犯罪法律有规定的才负刑事责任，“故意犯罪应当负刑事责任”；最后，刑法对过失犯罪规定了较故意犯罪轻得多的法定刑。

2. 直接故意犯罪与间接故意犯罪

这是以实施故意犯罪行为人在意志因素上存在的差异为标准进行的分类，即对故意犯罪的分类。

直接故意犯罪是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。

间接故意犯罪，是指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。

直接故意犯罪和间接故意犯罪虽然都属于故意犯罪的范畴，但两者之间存在明显的区别：

(1) 两者的认识因素不同。直接故意的认识因素是行为人明知自己行为的内容与危害性质；行为人明知自己的行为会发生某种危害结果；对某些犯罪还要求行为人认识到刑法规定的特定事实。间接故意犯罪的行为人在认识上对危害结果的发生只存在可能性，而不同于直接故意犯罪的行为人在认识上对危害结果的发生既存在可能性也存在必然性。

(2) 两者的意志因素不同。直接故意的意志因素是希望危害结果的发生。希望是指行为人积极追求危害结果的发生。间接故意的意志因素是放任危害结果的发生。“放任”是对危害结果的一种听之任之的态度。例如，为杀妻而在妻子碗里投毒，被孩子误食，却放任孩子的死亡。

3. 疏忽大意的过失犯罪与过于自信的过失犯罪

这是以实施过失犯罪的行为人对自己行为可能发生的危害结果在意志因素上的差异为标准进行的分类。

疏忽大意的过失是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生这种结果的心理状态。在认识因素上，行为人应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，但因为疏忽大意没有预见，此处“应当预见”是指行为人负有预见义务；在意志因素上，行为人对危害结果的发生持根本否定的态度，既不希望发生，也不放任发生，此处“没有预见”的原因是行为人的无认识，是在应当预见的情况下由于疏忽大意才没有预见，并非行为人不能预见。

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心理态度。在认识因素上，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；在意志因素上，行为人对危害结果的发生持根本否定态度，过于自信的过失属于有意识，在有认识的情形下仍发生危害结果，是因为行为人轻信能够避免结果发生而实施某一行为，轻信能够避免主要表现为过高地估计自己主观能力，或者不

当地估计了现实存在的客观条件对避免危害结果的作用。

[案例]

2002年，刘某与来自河南信阳、在深圳做珠宝生意的胡某认识并确立恋爱关系，后于2003年10月结婚。结婚后，由于没有工作，家务又有保姆操持，无事可做的刘某喜欢和邻居打麻将。此后，刘某和胡某因打麻将的事经常发生争执。2004年10月25日，两人经过协商，到深圳市南山区民政局办理了离婚手续，11个月大的女儿归刘某抚养，胡某分期给刘某20万元，作为女儿的抚养费。但过了一段时间，双方都有些后悔离婚太草率，刘某表示改掉沉迷麻将的不良习惯，胡某也表示谅解。刘某于是搬回到了金海燕花园。

2005年2月11日晚19时30分许，胡在其住处发现被害人刘某有部新手机，翻找该手机通话资料，与刘某发生争执。胡某于是下楼到停车场进其丰田吉普车欲离开。刘某追至车头前面，拍打车头盖，胡某不理睬刘某，启动汽车倒退出停车位欲驶离停车场，刘某随后走到该车驾驶左侧敲车玻璃，胡某欲尽快离去，于是边打电话边加油快速驶离该处。被害人被该车拖行后摔倒，并被车轮作用于头部，当场昏迷。胡某驾车被拦停后回到现场，将被害人送往医院，被害人经抢救无效死亡。经法医鉴定，刘某系被钝性物体致头面部重度颅脑损伤死亡。被告人在将被害人送至医院后，打110电话向公安机关自首。

问：胡某在本案里是过失杀人还是故意杀人？试比较故意犯罪与过失犯罪的异同。

第二节 刑罚

一、刑罚的概念及特征

刑罚是掌握国家政权的统治阶级为了维护本阶级利益和统治秩序，用以惩罚犯罪的最为严厉的强制措施，是统治阶级以国家的名义，强制剥夺犯罪分子的人身自由、财产、生命或其他权利的强制方法。刑罚的基本特征是：

1. 刑罚只能针对犯罪分子适用。其他强制方法不一定适用于犯罪分子，或主要适用于非犯罪的违法分子。这是刑罚适用对象的特定性。刑罚以犯罪为前提，没有犯罪就不适用刑罚。

2. 刑罚是最严厉的强制制裁方法，这是刑罚内容的特定性。只有刑罚可以剥夺罪犯的财产、政治权利、自由以及生命。其他强制方法远不如刑罚严厉。

3. 刑罚只能由人民法院适用。这是刑罚适用机关的特定性。人民法院是宪法规定的唯一国家审判机关，其他任何机关团体和个人均无权适用刑罚。刑罚的裁量者只能是人民法院。

4. 刑罚只能由人民法院依照刑事诉讼规定的程序适用并由特定机构执行。这是刑罚程序上的特定性。为保证刑罚适用的准确性，国家通过《刑事诉讼法》规定了严格的诉讼程序。非经法定程序不得追究和适用刑罚，未经法定程序或者违反法定程序而使用的刑罚都是违法的。

二、刑罚的种类

我国刑罚分为主刑和附加刑两类。主刑包括五种，按由轻到重排列为管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。

(一) 主刑

1. 管制

管制，是指对犯罪分子不予关押，但限制其一定自由，由公安机关执行和人民群众监督改造的刑罚方法，它是我国主刑中最轻的一种刑罚方法，属于限制自由刑。管制的适用对象是罪行较轻、人身危险性较小、不需要关押的犯罪分子。管制具有如下基本特征：

(1) 对犯罪分子不予关押，即不将其羁押于一定的设施或场所内。

(2) 限制犯罪分子一定的自由，这一特征是其区别于免于刑罚处罚的关键所在。根据《刑法》第三十九条的规定，被判处管制的犯罪分子，在执行期间应当遵守的规定有：①遵守法律、行政法规，服从监督；②未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威、自由的权利；③按照执行机关规定报告自己的活动情况；④遵守执行机关关于会客的规定；⑤离开所居住的市、县或迁居，应当报经执行机关批准。

(3) 管制是有期限的刑罚方法。根据我国《刑法》第三十八条的规定，管制的期限为3个月以上2年以下，数罪并罚时，管制的刑期最高不得超过3年。管制刑期的计算，《刑法》第四十一条规定：“管制的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，押一日折抵刑期二日。”

(4) 被判处管制的犯罪分子享有除被限制之外的各项权利。

(5) 管制的执行机关是公安机关。

被判处管制的犯罪分子，管制期满，执行机关应立即向本人和其所在单位或者居住地的群众宣布解除管制，并发给本人解除管制通知书。

2. 拘役

拘役是指短期剥夺犯罪分子的自由，就近执行并实行劳动改造的刑罚方法，属于短期自由刑，是主刑中介于管制与有期徒刑之间的一种轻刑，主要适用于罪行较轻但仍需要短期关押的犯罪分子。

拘役具有以下特征：

(1) 剥夺罪犯的人身自由。被判处拘役的罪犯应当被剥夺人身自由，押于特定的设施或场所之中，这是与管制最大的区别。

(2) 拘役的期限较短。拘役的期限为1个月以上6个月以下，数罪并罚时不得超过1年。拘役的刑期从判决执行之日起算，判决执行之前先行羁押的，押一日折抵刑期一日。

(3) 被判处拘役的犯罪分子有一些优于有期徒刑的待遇。根据《刑法》第四十三条的规定，在执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可以回家1~2天，参加劳动的，可以发给报酬。

(4) 拘役由公安机关就近执行。就近执行是指公安机关将罪犯放在就近的拘役所、看守所或者其他监管场所执行。

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。有期徒刑是适用面最广的刑罚方法，刑法中凡是规定有法定刑的，都规定了有期徒刑，其适用的对象因刑期的不同而有所不同。有期徒刑具有以下特征：

(1) 有期徒刑剥夺犯人的自由。也就是说被判处有期徒刑的犯人应当被剥夺人身自由，押于监狱或者其他执行场所。

(2) 有期徒刑具有一定的期限。根据刑法的规定，有期徒刑的期限为6个月以上15年以下，数罪并罚时不得超过20年。刑期从判决之日起开始计算，判决执行以前先行羁押的，押一日抵刑期一日。由于有期徒刑的幅度很大，如果不在法定刑中进一步对有期徒刑的刑度作出规定，就会导致法官的自由裁量权过大，从而出现量刑不均衡的现象，因此《刑法》对有期徒刑的刑度作了规定，规定了以下几种情况：1年以下；2年以下；3年以下；1年以上7年以下；2年以上5年以下；2年以上7年以下；3年以上7年以下；3年以上10年以下；5年以上10年以下；7年以上10年以下；5年以上；7年以上；10年以上；15年。

(3) 执行机关为监狱或其他场所。其他场所是指少年犯管教所、

看守所等。

(4) 有期徒刑的基本内容是对犯罪人实行劳动改造。劳动改造具有强制性，除丧失劳动能力的犯罪分子外，都必须参加劳动。

4. 无期徒刑

无期徒刑是剥夺犯罪分子终身自由，实行强制劳动改造的刑罚方法。它是自由刑中最严厉的刑罚方法。无期徒刑适用于罪行严重、社会危险性及人身危险性均比较大的犯罪分子。无期徒刑也是一种适用范围较广的刑罚种类。我国刑法中绝大部分规定有死刑条文的同时都规定了无期徒刑。无期徒刑具有以下特征：

(1) 没有刑期限制，罪犯被剥夺终身自由。但司法实践中，被判处无期徒刑的罪犯很少有终身服刑的。依照刑法规定，被判无期徒刑的犯罪分子，在服刑期间如果符合法定条件可予以减刑或假释。

(2) 被判无期徒刑的罪犯在判决执行以前的羁押时间不存在折抵刑期的问题。

(3) 无期徒刑的基本内容也是对犯罪分子实行劳动改造。这种劳动改造同样具有强制性，凡有劳动能力的，都必须参加劳动，接受教育和改造。

(4) 无期徒刑不可能独立适用，即对于被判处无期徒刑的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利终身。

[案例]

2003年12月9日，柏某到一名同乡处参加完聚会，在返回的时候正好下起了大雨。他在躲雨时，发现一名少女背包从自己身边走过，柏某顿生歹念，一把将少女扑倒在雨中。柏某正欲抢少女的包，被少女咬伤，少女拔腿就跑，柏某强行拉断少女背包，结果发现里面只有一枚一角钱的硬币。被劫少女向警方报了案，很快柏某被抓获归案。

问：(1) 试分析本案的犯罪构成。

(2) 本案犯罪人柏某应判什么刑罚？

5. 死刑

死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚方法。它是我国刑罚中最严厉的惩罚手段，只适用于罪行极其严重的犯罪分子。但犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判时怀孕的妇女，不适用死刑，也不适用死缓。

我国刑法贯彻了保留死刑、坚持少杀、防止错杀的政策，适用死刑时必须以这一政策为指导。在适用死刑时，应当注意以下几点：

(1) 严格遵守罪行法定原则，只有对刑法分则条文明文规定了死刑的犯罪，才可能判处死刑。

(2) 严格把握适用死刑的条件性规定。死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。所谓罪行极其严重，是指犯罪分子行为对国家和人民的利益危害特别严重，社会危害性极为重大。

(3) 严格依照法定程序适用死刑。死刑案件只能由中级人民法院进行一审，即基层人民法院不得判处被告死刑。死刑除依法由最高人民法院判决的以外，都应当报请最高人民法院核准。

(4) 依照法定方式执行死刑。依照刑事诉讼法的规定：“死刑采用枪决或者注射等方法执行。”采用枪决、注射以外的其他方法执行死刑的，应当事前报请最高人民法院批准。

死刑缓期执行，是对应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期 2 年执行。“死缓”是一项死刑执行制度，是我国刑事立法的一项创举。

适用死缓的条件：

(1) 罪该处死。

(2) 不是必须立即执行的。死刑缓期执行的，可以由高级人民法院判决或者核准。

由于死缓不是独立刑种，故判处死缓后会出现不同结局。根据《刑法》第五十条的规定，对于被判处死缓的犯罪人，有三种处理结局：

(1) 在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2 年期满后，减为无期徒刑。

(2) 在死刑缓期执行期间，如果确有重大立功表现，2年期满以后，减为15年以上20年以下有期徒刑。

(3) 在死刑缓期执行期间，如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准执行死刑。故意犯罪的，核准执行死刑不一定需要等到2年期满以后。但是，对于判处死缓2年期满后，尚未裁定减刑以前又犯新罪的，不能视为死缓期间犯罪，而应当依法减刑，然后对新犯的罪行按《刑法》第七十一条的规定作出判决。只有新罪依法应当判处死刑而且必须立即执行的，才能执行死刑。

死刑缓期执行的期间，从判决确定之日起计算。死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从死刑缓期执行期满之日起计算。判决确定之前的羁押时间，不能计算在缓期2年的期限之内。

[案例]

1. 因担心儿子整天沉迷于网吧，小新（17岁，男）的妈妈让他照看家里的台球桌。小新把看台球桌挣的钱拿去上网。后来家里不再提供上网的钱，小新就想到了偷。今年6月上旬，小新偷了爸爸2000多元在网吧呆了一个星期。父亲的一顿打骂对小新来说已经起不到任何作用。仅仅几天后，上网的欲望又像虫子一样噬咬着他的心。此时，爸爸月初给奶奶生活费时说的一番话浮现出来。爸爸说爷爷那儿有4000多块钱，当时听了也没太注意，后来就想去偷爷爷的钱。6月15日中午我就去爷爷家，晚上，看爷爷奶奶都已经睡了，就去翻，可一想怕把奶奶吵醒了，就想用菜刀把奶奶砍伤了再翻。睡梦中的奶奶倒在了血泊中，响声惊动了爷爷。不顾一切的小新又将菜刀砍向了他。爷爷受伤后逃出家门。小新翻箱倒柜也没有找到那4000元钱，只在奶奶兜里找到了两元钱。事后，小新的爷爷说，那是奶奶为孙子准备的早点钱。小新捏着两元钱在村口的一个洞里躲了起来。想来想去，最后还是投案自首了。

问：(1) 小新的年龄是否符合刑事责任年龄的规定？他是否要承担刑事责任？

(2) 如果小新要承担刑事责任，应判何种主刑？

2. 2006年8月13日8时30分左右，赵月琴骑自行车经所在村25组地段由南北向公路左拐弯进入东西向公路向西行驶时，同时有杨某左手持物骑电动自行车亦经该地段由西向东行驶。因赵月琴在左拐弯过程中未让在道路内正常行驶的车辆优先通行，其所骑自行车与杨某所骑电动自行车相撞，致双方跌倒，杨某经送医院抢救无效于同月15日死亡。公安交警部门认定，赵月琴负事故的主要责任。

问：你认为赵月琴是故意犯罪还是过失犯罪？应判什么刑？

(二) 附加刑

附加刑，是补充主刑适用的刑罚方法。附加刑的特点在于它既能独立适用，又能附加适用。当附加适用时，可以附加于已适用的主刑，而且对于同一犯罪和同一犯罪人可以同时适用两个以上的附加刑。《刑法》第三十四条规定了罚金、剥夺政治权利与没收财产三种附加刑，第三十五条规定了适用于犯罪的外国人的驱逐出境附加刑。

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。罚金属于财产刑的一种。罚金与行政罚款、赔偿损失都不同。

罚金主要适用于贪财图利和与财产有关的犯罪。除此之外，罚金刑还适用于少数妨害社会管理秩序的犯罪。罚金只能由人民法院依照刑法的规定适用，其他任何机关、社会团体和个人都不能适用。

我国刑罚将罚金的适用方式分为四种：单科罚金制、并科罚金制、选科罚金制和复合罚金制。

(1) 单科罚金制，我国刑罚只规定了单位犯罪单科罚金。

(2) 并科罚金制，在判处主刑的同时附加适用罚金，刑法规定“并处”罚金时，人民法院在对犯罪人判处主刑的同时，必须依法判处罚金。

(3) 选科罚金制,指对某种犯罪或者某种犯罪的特定情节规定既可以适用自由刑,也可以适用罚金刑。

(4) 复合罚金制,指罚金既可以附加适用,也可以独立适用。究竟是并处还是单处须根据犯罪分子所犯罪行的情节轻重来确定。

对于罚金的数额,《刑法》第五十二条规定:“判处罚金,应当根据犯罪情节决定处罚金额。”在刑法分则中,对罚金数额的裁量作了多样化的规定,主要有3种:

(1) 无限额罚金制,指没有规定具体数额的情形。这是我国刑法中最为普遍的罚金适用方式。在这种情况下罚金的最低数额不能少于1000元。

(2) 限额罚金制,指规定了相当确定的数额,即罚金的上限和下限。

(3) 倍比罚金制,指刑法明确规定以犯罪行为所涉及的犯罪数额为基准,规定一定比例的罚金数额。这里的犯罪金额,通常是指刑法所规定的“违法所得”、“销售金额”等表明犯罪行为社会危害性及其程度的数额。

根据《刑法》第五十三条规定,罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳,期满仍未缴纳的,强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的,人民法院若发现被执行人有可以执行的财产时,应随时追缴。如果由于遭遇不可抗拒的灾祸缴纳确实有困难或确实没有财产可供执行的,可以酌情减少或免除。

2. 剥夺政治权利

剥夺政治权利是剥夺犯罪分子参加管理国家和政治活动权利的刑罚方法。《刑法》第五十四条规定了剥夺政治权利的内容。剥夺政治权利是剥夺下列权利:

- (1) 选举权和被选举权;
- (2) 言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利;
- (3) 担任国家机关职务的权利;
- (4) 担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的

权利。

剥夺政治权利既可以附加适用，也可以独立适用，但适用的对象有所不同。当剥夺政治权利附加适用时，一般作为一种严厉的刑罚适用于重罪，如：对于危害国家安全的犯罪分子，应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、投毒、爆炸、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。当剥夺政治权利独立适用时，是作为一种轻刑，依刑法分则的规定适用。刑法分则条文没有规定剥夺政治权利为法定刑的犯罪，不能独立适用剥夺政治权利。

据《刑法》的规定，剥夺政治权利的期限有以下四种情况：

(1) 独立适用剥夺政治权利或者主刑是有期徒刑、拘役，附加剥夺政治权利的，期限为1年以上5年以下；

(2) 判处管制附加剥夺政治权利的，期限与管制的期限相等；

(3) 判处死刑、无期徒刑的，应当剥夺政治权利终身；

(4) 死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的时候，应当把附加剥夺政治权利的期限相应地改为3年以上10年以下。

根据《刑法》第五十五条第二款以及第五十八条的规定，剥夺政治权利刑期的计算，随主刑的不同而有以下几种情况：

(1) 独立适用剥夺政治权利的，按照行刑的一般原则，剥夺政治权利的刑期应当自判决之日起计算并执行；

(2) 判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期与管制的刑期同时起算，同时执行；

(3) 判处拘役附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期从拘役执行完毕之日起计算，在拘役执行期间，当然不享有政治权利；

(4) 判处有期徒刑附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的刑期从有期徒刑执行完毕之日或者从假释之日起计算，在有期徒刑执行期间，当然不享有政治权利；

(5) 死刑缓期执行减为有期徒刑或者无期徒刑减为有期徒刑的，

附加剥夺政治权利终身减为3年以上10年以下，该剥夺政治权利的刑期，应从减刑以后的有期徒刑执行完毕之日或者从假释之日起计算，在主刑执行期间，当然不享有政治权利。

剥夺政治权利由公安机关执行。根据有关规定，剥夺政治权利执行期满，应当由执行机关通知本人，并向有关群众公开宣布恢复政治权利。

3. 没收财产

没收财产，是指将犯罪分子个人所有财产的一部分或全部强制无偿地收归国有的刑罚方法。没收财产是我国附加刑中较重的处罚方法，属于财产刑。

没收财产适用的对象主要包括几类犯罪：危害国家安全罪、破坏社会主义经济秩序罪、侵犯财产罪以及其他一些贪利性犯罪和财产性犯罪。

没收财产的范围，根据《刑法》第五十九条，判处没收财产时，既可以判处没收犯罪人所有的全部财产，也可以判处没收部分财产。是没收全部财产还是部分财产要根据犯罪的社会危害性与犯罪人的人身危险性确定。在没收全部财产时，应当对犯罪分子个人及其抚养的家属保留必要的生活费用。在判处没收财产时，不得没收属于犯罪分子家属所有或应有的财产。根据《刑法》第六十条，没收财产以前犯罪人所欠的正当债务，即犯罪人在判决生效前所欠他人的合法债务，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。

没收财产的判决，无论是附加适用还是独立适用，均由人民法院执行；在必要的时候，可以会同公安机关执行。

4. 驱逐出境

驱逐出境是强迫犯罪的外国人（包括无国籍人）离开中国边境的刑罚方法。驱逐出境不具有普遍适用的性质。

适用对象是犯了罪的外国人或无国籍人，但是，享有外交特权和外交豁免权的外国人的刑事责任应通过外交途径解决。

驱逐出境，可以独立适用，也可以附加适用。独立适用时，自

判决生效后立即执行；附加适用时，应在主刑执行完毕或者豁免之后执行。

[案例]

1. 2004年7月9日，北京××大学女生罗某因琐事与该校女生李某发生争执，持水果刀向李的胸、颈、肩、背及上肢等部位刺18刀，致李某失血性休克，在送往医院途中失血过多不治而亡。

2. 2003年2月26日至2005年6月3日，被告人廖某（女，1970年1月25日出生），在先后担任某民族自治县房改办会计和某市住房公积金管理中心管理部副主任兼会计期间，伙同先后担任某民族自治县房改办出纳、会计的唐某（女，1970年6月1日出生），多次以支付业务费、经费款项为名，开具现金支票从中国工商银行某县支行住房公积金专户中领取现金不入单位财务账并占为己有，后通过涂改银行对账单并依据假的银行对账单来记账，隐瞒她们在住房公积金专户提取现金的事实。2001年底，何某（男，1968年8月24日出生）接管该民族自治县房改办出纳工作期间，与廖某合伙或单独分别采取“大头小尾”和收入不入账的手段截留收取县水电局、县药材公司等单位的款项占为己有。2003年底，被告人廖某、何某还共谋故意先后在该县财政和该市住房公积金管理中心重复造册领取工资，其中廖某重领工资6174元，何某重领工资10440元。

综合全案，被告人廖某与被告人唐某共同贪污数额为313.8万余元，与被告人何某共同贪污数额为90114元，廖某个人贪污数额为19.35万元，其犯罪贪污总数额为人民币342.16万余元；被告人何某与被告人廖某共同贪污数额为90114元，个人贪污数额为12838元，其犯罪贪污总数额为人民币10.29万余元。

问：以上两起案件法院应如何定罪、量刑？

第三节 刑罚的裁量

一、量刑的概念及原则

刑罚的裁量即量刑，是指审判机关在查明犯罪事实、认定犯罪性质的基础上，依法对犯罪人裁量刑罚的审判活动。根据《刑法》第六十一条的规定，我国刑罚裁量原则为：以犯罪事实为根据，以刑事法律为准绳。

二、量刑情节

量刑情节，是指在某种行为已经构成犯罪的前提下，人民法院对犯罪人裁量刑罚时应当考虑的，据以决定量刑轻重或者免除刑罚处罚的各种情况。

1. 法定量刑情节与酌定量刑情节

法定量刑情节，简称法定情节，是指《刑法》明文规定的在量刑时应当予以考虑的情节。法定情节有从重、从轻、减轻和免除处罚的情节。

酌定量刑情节，简称酌定情节，是指人民法院从审判经验中总结出来的，在刑法裁量过程中灵活掌握、酌情适用的情节。与法定情节相同，酌定情节也可以分为从宽情节和从严情节。

2. 累犯

累犯，是指因犯罪受到一定刑罚处罚，在刑罚执行完毕或者赦免以后，在法定期限内又犯罪的犯罪分子。累犯应从重处罚，这是法定从重情节。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徒刑，在刑罚执行完毕或者赦免后，5年之内又犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的累犯。一

般累犯的构成要件为：

(1) 前后两次犯罪都是故意犯罪；

(2) 前罪是被判处有期徒刑以上刑罚之罪，后罪也是应当判处有期徒刑以上刑罚之罪；

(3) 后罪必须是发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后 5 年内。

特殊累犯，是指对其构成条件作了特别规定的累犯。一般是指危害国家安全罪累犯。危害国家安全罪累犯，是指犯过危害国家安全罪，在刑罚执行完毕或者赦免后，任何时候再犯危害国家安全罪的犯罪分子。

对于累犯，我国刑法规定，应当从重处罚，不适用缓刑，也不得假释。

[案例]

王某，男，32岁，工人。1993年5月因盗窃本厂锌锭被判处管制1年。王某于1994年8月被解除管制，不久又伙同他人盗窃本厂铜棒380余千克，被查获。

问：王某是否构成累犯？为什么？

3. 自首

自首，是指犯罪以后自动投案，如实供述自己罪行的行为，或者被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的行为。

根据《刑法》第六十七条的规定和有关司法解释，自首成立必须具备以下条件：

(1) 自动投案。自动投案，一般是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，直接向公安机关、人民检察院和人民法院投案，接受司法机关审查与裁判的行为。

(2) 如实供述自己的罪行。即是指犯罪分子自动投案后，彻底供述自己全部犯罪事实，至少是供述了自己的主要犯罪事实。“如

实”是指既不缩小也不扩大自己的罪行。如实供述自己的罪行是自首的实质条件。

自首要求犯罪分子供述的，仅是其自己的犯罪事实，并不要求揭发他人的犯罪事实。

如果犯罪分子犯有数罪，投案时仅交代一罪的，只视此一罪有自首情节。

《刑法》第六十七条规定：“对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。”第六十八条规定：“犯罪后自首又有重大立功的，应当减轻或者免除处罚。”

[案例]

2005年1月30日，被告人黎某受本单位车队指派运送乘客。途经人民中路，在快车道上行驶，适逢小学生王某（7岁）在人行道线内横穿马路。黎某发现后，即驾车避让，由于车速过快，致使后轮上方车身将王某撞出30米左右，王某颅脑严重损伤。黎某肇事后，当即打电话报警，采取了保护现场的措施，听候处理，并将王某及时送进了医院抢救。王某经抢救无效死亡。黎某归案后，认罪态度较好。

问：（1）黎某肇事后的行为是否属于投案自首？

（2）以打电话的方式是否算自首？

4. 立功

根据我国《刑法》的规定，可将立功分为一般立功和重大立功。一般立功主要表现为：

- （1）犯罪分子检举、揭发他人犯罪行为，经查证属实；
- （2）犯罪分子提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；
- （3）阻止他人犯罪活动；
- （4）协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；
- （5）具有其他有利于国家和社会的突出表现的。

对于有一般立功表现的，可以从轻或者减轻处罚。

重大立功主要表现为：

- (1) 犯罪分子检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实的；
- (2) 提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实的；
- (3) 阻止其他重大犯罪活动；
- (4) 协助司法机关抓捕其他重大嫌疑人（包括同案犯）；
- (5) 对国家和社会有其他重大贡献的。

衡量是否“重大”，要取决于犯罪嫌疑人、被告人是否可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件是否在本省、自治区、直辖市或全国范围内有较大影响。

我国刑法规定，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。

[案例]

被告人，张某，男，62岁，原系湖北省武汉市汉阳区人民政府侨办副主任，1989年9月16日被捕。张某在任武汉市汉阳区人民政府侨办副主任并兼管城市人口上山下乡办公室工作期间，自1986年7月至1989年3月，利用职务之便，在办理、审批上山下乡人员回城入户过程中，向55户165人申请返城者索贿、受贿22.84万元，美金100元。案发后，追回了赃款共计人民币12万余元。

问：立功的情形有哪些？张某是否成立立功？

第四节 我国刑法分则规定的犯罪种类

我国刑法分则对各类具体犯罪的法律特征以及与犯罪相适应的刑罚种类和范围作了系统排列，根据犯罪行为所侵犯的同类客体和社会危害程度将犯罪分为十大类：

一、危害国家安全罪

(一) 危害国家安全罪的概念及犯罪构成

危害国家安全罪，是指故意危害中华人民共和国的主权、领土完整和安全，分裂国家，颠覆国家政权，推翻社会主义制度，危及国家安全的行为。这是我国刑法中性质最严重、危害最大的一类犯罪。

危害国家安全罪的犯罪构成：

- (1) 危害国家安全罪所侵犯的客体是中华人民共和国的国家安全。
- (2) 犯罪的客观方面表现为实施危害国家安全的行为，如背叛国家、分裂国家等。
- (3) 犯罪的主体必须是达到责任年龄具有责任能力的自然人。根据《刑法》总则的原则性规定，构成本类犯罪其主体必须已满 16 周岁，且具有刑事责任能力。
- (4) 犯罪的主观方面是故意犯罪。

(二) 危害国家安全罪的种类

1. 类型

危害国家安全罪里包含 12 个具体罪名，按照它们在犯罪构成上的相似性，可分为三大类型：

(1) 危害国家、颠覆政权的犯罪，即背叛国家罪、分裂国家罪、煽动分裂国家罪、武装叛乱、暴乱罪、颠覆国家政权罪、煽动颠覆国家政权罪、资助危害国家安全犯罪活动罪。

(2) 叛变、叛逃的犯罪，即投敌叛变罪、叛逃罪。

(3) 间谍、资敌的犯罪，即间谍罪，为境外窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密、情报罪、资敌罪。

2. 危害国家安全罪的处罚

危害国家安全罪是社会危害性最严重的一类犯罪，因此规定了

极为严重的处罚：

(1) 对背叛国家罪、分裂国家罪等七种犯罪，如果危害特别严重，情节特别恶劣，可以判处死刑。

(2) 犯本类所有罪，均可并处没收财产。

(3) 犯本类所有罪，在选择判处主刑的前提下，均应当附加剥夺政治权利。

二、危害公共安全罪

(一) 危害公共安全罪的概念及犯罪构成

危害公共安全罪，是指故意或者过失地实施危害不特定多数人的生命、健康或者重大公私财产安全的一类犯罪行为。

危害公共安全罪的犯罪构成：

(1) 犯罪的客体是公共安全，即不特定多数人的生命、健康、重大公私财产安全。

(2) 犯罪的客观方面表现为实施了危害公共安全的行为。

(3) 犯罪的主体多数是自然人、一般主体，个别是从事特定业务或具有特定职务的人员。

(4) 犯罪的主观方面，既有故意犯罪也有过失犯罪。

(二) 危害公共安全罪的种类

危害公共安全罪包含了 43 种罪名，分为五大类型：

(1) 用危险方法危害公共安全的犯罪。包括放火罪、决水罪、爆炸罪等。

(2) 破坏公共设施、设施危害公共安全的犯罪。包括破坏交通工具罪、破坏交通设施罪、破坏电力设备罪等。

(3) 实施恐怖活动危害公共安全的犯罪。包括组织、领导、参加恐怖组织罪、资助恐怖活动罪、劫持航空器罪等。

(4) 违反枪支、弹药、爆炸物及危险物资管理的犯罪。包括非

法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆炸物罪，非法制造、买卖、运输、储存危险物资罪等。

(5) 重大责任事故的犯罪。包括重大飞行事故罪、铁路运营安全事故罪等。

三、破坏社会主义经济秩序罪

(一) 破坏社会主义经济秩序罪的概念及犯罪构成

破坏社会主义经济秩序罪是指违反国家经济管理法律法规，干扰国家对市场经济的管理活动，破坏社会主义市场经济秩序，使国家经济受到严重损害的一种犯罪行为。

破坏社会主义经济秩序罪的犯罪构成：

(1) 本类犯罪所侵犯的同类客体是社会主义经济秩序。

(2) 本类犯罪的客观方面表现为违反经济管理法律、法规，在经济领域从事各种非法活动、情节严重的行为。

(3) 本类犯罪的主体包括个人和单位，但多数是一般主体，也有少量犯罪由特殊主体构成。

(4) 本类犯罪的主观方面表现为绝大多数是故意犯罪，且以牟取非法利益为目的，只有个别为过失犯罪。

(二) 破坏社会主义经济秩序罪的种类

破坏社会主义经济秩序罪规定了 97 个罪名，具体可分为七类：

(1) 生产、销售伪劣商品罪，具体包括生产、销售伪劣产品罪等 9 个具体罪名。

(2) 走私罪，包括走私武器、弹药罪等 10 个具体罪名。

(3) 妨害对公司、企业的管理秩序罪，包括虚报注册资本罪等 14 个具体罪名。

(4) 破坏金融管理秩序罪，包括伪造货币罪等 25 个具体罪名。

- (5) 金融诈骗罪，包括集资诈骗罪等 8 个具体罪名。
- (6) 危害税收征管罪，包括偷税罪等 12 个具体罪名。
- (7) 侵犯知识产权罪，包括假冒注册商标罪等 7 个具体罪名。
- (8) 扰乱市场秩序罪，包括损害商业信誉等 12 个具体罪名。

四、侵犯公民人身权利、民主权利罪

侵犯公民人身权利、民主权利罪，是指故意或者过失地侵犯公民人身权利以及与人身权利直接相关的其他权利，非法剥夺或者妨害公民自由行使依法享有管理国家事务和参加社会政治活动的民主权利的一类犯罪行为。

侵犯公民人身权利、民主权利罪的犯罪构成：

(1) 本罪侵犯的客体是公民的人身权利、民主权利以及与人身权利直接有关的公民婚姻、家庭的权利。

(2) 本罪的客观方面表现为非法侵犯公民人身权利、民主权利或者其他与人身权利有关的权利和行为，如杀人、强奸、破坏选举等。

(3) 本罪的主体只能是自然人，多数是一般主体，也有少数犯罪的主体行为特殊主体。

(4) 本罪的主观方面，除过失致人死亡罪、过失致人重伤罪以外，均由故意构成。

侵犯公民人身权利、民主权利罪共规定了 37 个罪名，常见的有故意杀人罪、故意伤害罪、绑架罪、诬告陷害罪、侮辱罪、诽谤罪、报复罪、虐待罪等。

[案例]

傅某欲与离异之妻宋某复婚，宋不同意，傅便产生放火烧毁房屋之念，以迫使宋没有地方居住，达到复婚的目的。某日晚上 21 时许，傅携带汽油、火柴等作案工具窜至宋某租住的某厂职工宿舍楼

507 室外。次日凌晨，傅将汽油由下方缝隙倒入室内，用火柴点燃后逃离现场。宋某及其女傅某被烟熏窒息死亡。

问：被告是放火罪还是故意杀人罪？

五、侵犯财产罪

（一）侵犯财产罪概念与犯罪构成

侵犯财产罪，是指以非法占有为目的，攫取公私财物，或者故意毁坏公私财物，以及破坏生产经营的一类犯罪行为。

侵犯财产罪的犯罪构成：

- （1）本类犯罪侵犯的同类客体是公私财物的所有权。
- （2）本类犯罪的客观方面表现在以各种手段侵犯公私财产的行为。
- （3）本类犯罪的主体，除职务侵占罪、挪用资金罪和挪用特定款物罪的主体是特殊主体外，绝大多数犯罪主体为一般主体。
- （4）本类犯罪的主观方面表现为故意，包括直接故意和间接故意。

（二）侵犯财产罪的分类

侵犯财产罪共规定了 12 个罪名，分为三大类：

- （1）暴力型财产犯罪，包括抢劫罪、抢夺罪、敲诈勒索罪、故意毁坏财物罪和破坏生产经营罪。
- （2）非法占有型财产犯罪，包括盗窃罪、诈骗罪、聚众哄抢罪、侵占罪、职务侵占罪。
- （3）非法挪用型财产罪，包括挪用资金罪和挪用特定款物罪。

六、妨害社会管理秩序罪

妨害社会管理秩序罪，是指妨害国家机关的正常管理活动或者司法机关的职能活动，破坏社会秩序的一类犯罪活动。

妨害社会管理秩序罪的犯罪构成：

(1) 本类犯罪侵犯的客体是国家确定的并由法律保护的社会管理秩序。

(2) 本类犯罪的客观方面表现为违反各种管理法规，妨害社会管理秩序，情节严重的行为。

(3) 本类犯罪的主体既包括自然人，也包括单位。其中大多数犯罪只能由自然人构成，部分犯罪自然人和单位均可构成，个别犯罪只能由单位构成。

(4) 本类犯罪主观方面绝大多数为故意，只有个别犯罪是过失。

妨害社会管理秩序罪规定了 119 种罪名，常见的有非法侵入计算机系统罪、破坏计算机信息系统罪、招摇撞骗罪、聚众扰乱社会秩序罪、聚众斗殴罪等。

七、危害国防利益罪

(一) 危害国防利益罪的概念及犯罪构成

危害国防利益罪，是指违反国防法律、法规，拒不履行国防义务，危害国防利益的一类犯罪行为。

危害国防利益的犯罪构成：

(1) 本类犯罪的同类客体是国家的国防利益。

(2) 本类犯罪在客观方面表现为实施了法律禁止的各种危害国防利益，情节严重的行为。

(3) 本类犯罪的主体，包括自然人与单位。其中的自然人居多，且大多为一般主体，只有少数几种犯罪以特殊主体为要件。

(4) 本类犯罪的主观方面，除过失提供不合格武器、军事设施罪以外，均为故意。

(二) 危害国防利益罪的分类

危害国防利益罪的分类共规定了 21 种罪名，根据其发生的时间

不同分为两大类：

(1) 平时危害国防利益罪。这类犯罪不以战时实施为条件，但战时实施是法定或酌定从重处罚的情节，包括阻碍军人执行职务罪、阻碍军事行动罪等。

(2) 战时危害国防利益罪。这类犯罪以战时实施为条件，平时实施的则不构成犯罪，包括战时拒绝、逃避征召、军事训练罪和战时拒绝、逃避服役罪等。

八、贪污贿赂罪

贪污贿赂罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物、挪用公款、索贿、受贿及其他贪利性的职务犯罪行为和相关于行贿、介绍贿赂等犯罪，以及由国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体实施贿赂及相关的一类犯罪行为。

贪污贿赂罪的犯罪构成：

(1) 本类犯罪侵犯的同类客体是公务活动的廉洁性和公私财产关系。

(2) 本类犯罪的客观方面表现为实施了利用职务上的便利、牟取私利的行为。

(3) 本类犯罪的主体大多数是特殊主体，即国家工作人员，少数犯罪可以由单位和一般主体构成。

(4) 本类犯罪的主观方面只能是直接故意。

贪污贿赂规定了 12 种具体罪名，常见的有贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、巨额财产来源不明罪。

九、渎职罪

(一) 渎职罪的概念及犯罪构成

渎职罪，是指国家机关工作人员滥用职权、玩忽职守或者徇私

舞弊，妨害国家机关的正常活动，致使国家和人民利益遭受重大损失的一类犯罪行为。

渎职罪的犯罪构成：

- (1) 本类犯罪所侵犯客体是国家机关的正常管理活动。
- (2) 本类犯罪的客观方面表现为滥用职权、玩忽职守或者利用职权徇私舞弊，致使国家和人民利益遭受重大损失的行为。
- (3) 本类犯罪的主体多数是特殊主体，即国家机关工作人员，个别犯罪非国家机关工作人员也能构成。
- (4) 本类犯罪的主观方面多数是故意，少数为过失。

(二) 渎职罪的类型

渎职罪规定了 35 个具体罪名，按其主体的不同分为三大类：

- (1) 一般国家机关工作人员渎职罪，包括滥用职权罪，玩忽职守、故意泄露国家秘密罪等。
- (2) 司法工作人员渎职罪，包括徇私舞弊罪，民事、行政枉法裁判罪，执行判决、裁定失职罪等。
- (3) 特定机关工作人员渎职罪。特定机关工作人员是履行国家专政职能机关的工作人员。特定机关工作人员渎职罪包括徇私舞弊不移交刑事案件罪，滥用管理公司、证券职权罪，徇私舞弊不征、少征税款罪等。

十、军人违反职责罪

(一) 军人违反职责罪的概念及犯罪构成

军人违反职责罪，是指军人违反职责，危害国家军事利益，依照法律应当受到刑罚处罚的一类犯罪行为。

军人违反职责罪的犯罪构成：

- (1) 本类犯罪侵犯的客体是国家的军事利益。
- (2) 本类犯罪的客观方面表现为军人实施了违反职责、危害国

家军事利益的行为。

(3) 本类犯罪的主体是军人。

(4) 本类犯罪的主观方面多数是故意，少数是过失。

(二) 军人违反职责罪的类型

军人违反职责罪规定了 31 个具体罪名，依据犯罪时间的不同，分为两大类：

(1) 战时军人违反职责罪。这类犯罪以战时实施为条件，包括战时违抗命令罪、投降罪、战时临阵逃脱罪等 10 种犯罪。

(2) 其他军人违反职责罪。这类犯罪是除战时实施的犯罪以外的其他犯罪，包括隐瞒、谎报军情罪，拒传、假传军令罪等 21 种犯罪。

[案例]

1. 某村村民某甲以收废品为生。2006 年的一天，同村某乙与某甲商议两人合伙一起上浙江收废品。某甲同意后带上 2 万元与某乙一起来到县城准备乘车往浙江，当日天色已晚，两人吃完饭后决定在县城住一夜。某乙对某甲说：“我知道有一个地方，既可以洗澡又可以睡觉，而且只花十元钱就可以了，相当便宜。”某甲说：“我身上带着钱，洗澡就怕不方便。”某乙说：“没关系，我认识这个地方的服务员，我们把钱交给他保管。”某甲便与某乙一起来到某一桑拿浴室，某甲将身上的钱交给某乙，某乙又交给浴室的吧台服务员。后两人一起洗澡后便在浴室的大厅中睡觉。凌晨 2 点钟，某乙见某甲熟睡，便起身来到吧台，对服务员说：“我们要赶车，现在我们要取钱。”服务员将钱交给某乙，某乙拿了钱后便一人离开浴室。第二天甲醒后，发现乙不见，且乙的手机也关机，上吧台取钱，被告知已被某乙取走，某甲便到当地派出所报案。

2. 被告人蒲某于 2002 年 12 月起任成都火车站派出所所长，主持全所行政业务工作，被告人白某于 2003 年 6 月起任该所教导员，主持全所思想政治工作。二被告人在任职期间，明知所辖火车站候车大厅内长期有宜宾籍扒窃人员从事违法犯罪活动，不认真履行职

责、不采取切实措施打击，使成都火车站候车大厅、“三品”检查口等场所扒窃人员活动频繁，旅客群众财产损失严重。同时，二被告人对所内干警的管理、监督不到位，对干警与扒窃人员勾结的现象既不认真查处，又不如实上报，导致该所干警队伍违法犯罪现象十分突出，经检察机关查实，该所涉案干警多达42名。

3. 王某，安徽省阜南县农民。2001年1月23日，王某在其租住地把毒品贩卖给张某某，获得人民币4000元。后来，张某某留宿在王某租住处，并约定张某某离开时带走毒品。当天下午，王某在无锡某宾馆旁被抓获。此后，张某某在王某租住处被抓获，并有600多克毒品被查缴。

4. 2004年4月11日，北海海关缉私分局法制科副科长曾某驾驶未经登记的套牌轿车，在北海市中心四川路与海角大道交叉路口撞向路旁摩托车、电动车驾车者和行人，造成6人死亡，4人受伤。经有关专家痕检及试验，在限速40公里的这一路段，曾某所驾轿车时速高达92公里，严重超速行驶是造成事故的直接原因。曾某在连续撞击过程中“没有采取任何制动和其他避险措施”。

问：以上四起犯罪分别是犯了什么类型的罪？说明理由。

第五节 几种常见的犯罪的简介

一、几种常见的破坏社会主义市场经济秩序犯罪

(一) 生产、销售伪劣商品罪

生产、销售伪劣商品罪，是指生产者、销售者在产品中掺杂、掺假，以假充真，以次充好或者以不合格产品冒充合格产品，销售金额较大的行为。

生产、销售伪劣商品罪所侵害的客体是产品质量管理秩序和消

费者的合法权益。本罪的客观方面表现为生产、销售伪劣商品，并且销售金额较大，具体表现为生产、销售的是伪劣商品；以假充真；以次充好；销售金额在5万元以上。本罪的犯罪主体必须有生产者与销售者。本罪的主观方面只能是故意，主观上通常出于获取非法利润的意图。过失不可能构成犯罪。

刑法根据销售金额对生产、销售伪劣商品罪规定了四个幅度的法定刑。

1. 销售金额5万元以上不满20万元的处2年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处销售金额50%以上2倍以下罚金；

2. 销售金额20万元以上不满50万元的，处2年以下有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；

3. 销售金额50万元以上不满200万元的，处7年以上有期徒刑，并处销售金额50%以上2倍以下罚金；

4. 销售金额200万元以上的，处15年有期徒刑或无期徒刑，并处销售金额50%以上2倍的罚金或没收财产。

（二）偷税罪

偷税罪，是指纳税人、扣缴义务人采取伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证、在账簿上多列支出或者不列、少列收入，经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的申报等手段，不缴或者少缴应纳税款或已扣、已收税款，数额较大的，或者因偷税被税务机关给予两次行政处罚又偷税的行为。

本罪侵犯的客体是国家的税收管理制度。本罪在客观方面表现为四种手段行为和两种严重情节。四种手段行为分别是：

1. 伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证；
2. 在账簿上多列支出或不列、少列收入；
3. 经税务机关通知申报而拒不申报；
4. 进行虚假的纳税申报。

两种严重情节是指：

1. 偷税数额占应纳、应缴税额的10%以上并且数额在1万元

以上；

2. 纳税人因偷税被偷税税务机关给予二次处罚又偷税。

本罪的犯罪主体全是纳税人或扣缴义务人；主观方面是故意。

按照刑法的规定：

1. 偷税数额占应缴纳税额的10%以上不满30%，并且偷税数额在1万元以上不满10万的，或者因偷税被税务机关给予二次行政处罚后又偷税的，处3年以下有期徒刑或拘役，并处偷税数额1倍以上5倍以下罚金。

2. 偷税数额占应缴纳税数额的30%以上，并且偷税数额在10万元以上的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处偷税数额1倍以上5倍以下罚金。

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依照刑法关于自然人犯罪的规定处罚。

[案例]

某塑料制品厂因偷税漏税问题被当地税务机关查出后，增补税款28万元。事后该厂厂长陶某非但不认识错误，反而指责会计是笨蛋，并指使财务人员弄虚作假，用“清查仓库、虚列耗用、扩大成本”等手法，将这笔补交的税款非法扣回。后来，陶某又指令会计人员、保管人员用搞假报表、假单据等手段，预谋继续偷税，被税务机关检查时发现。

问：(1) 本案属于单位犯罪还是个人犯罪？

(2) 如果是单位犯罪，应受到什么刑罚处罚？

(3) 对陶某应该适用什么刑罚？

二、几种常见的重大责任事故的犯罪

(一) 重大责任事故罪

重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他

企业、事业单位的职工，由于不服管理、违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。

本罪侵犯的客体是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的安全生产。

本罪的客观方面主要表现为违章作业，造成重大责任事故的行为，具体包括：

1. 必须有违章作业行为，表现为不服管理进行作业，违反规章制度作业。

2. 行为人在生产、作业活动中，强令工人违章冒险作业。

3. 必须发生重大伤亡事故或造成其他严重后果。

犯罪主体是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工。主观方面只能是过失，既可以是疏忽大意的过失，也可能是过于自信的过失。

根据刑法的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑或拘役；情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。“情节特别恶劣”是指：一是造成了特别严重的后果，如致多人死亡；二是违章行为特别恶劣；三是事故发生后行为人的表现特别恶劣。

（二）重大劳动安全事故罪

重大劳动安全事故罪是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的劳动安全设施不符合国家规定，经有关部门或者单位职工提出后，单位对此负有直接责任的人员对事故隐患仍不采取措施，因而发生重大事故或者造成其他严重后果的行为。

本罪侵犯的客体是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的劳动安全，即劳动者的生命、健康和重大公私财产的安全。本罪的客观方面表现为工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的劳动设施不符合国家规定，经有关部门及单位职工提出后，对事故隐患仍不采取措施，以致发生重大伤亡事故或其他严重后果的行为。本罪的主体是特殊主体，即工厂、矿山、林场、

建筑企业或者其他企业、事业单位中负责劳动安全的直接人员。主观方面是过失。

根据刑法规定，犯本罪的，对直接责任人员处3年以下有期徒刑或者拘役，情节特别恶劣的，处3年以上7年以下有期徒刑。

[案例]

应某系某安装公司项目经理。2002年2月27日，应某与担任某施工处主任的郎某洽谈吊装设备租赁事宜，双方签订的《680吨吊机租赁合同》中明确，由某安装公司向某施工处租赁一台680吨的环轨式起重主吊机，并负责吊机环轨的基础施工，某施工处则负责吊机的运输、安装及配合该安装公司进行大件设备吊装。随后，郎某与应某进行技术交流，但郎某未将有关计算吊机安全吊装所需地面承载力估算值的光盘提供给应某，而是凭以往的施工经验，向应某提出了错误的吊机基础施工建议。应某作为项目经理，违反了建设施工活动坚持先勘察、后设计、再施工的原则，忽视了吊机环轨基础图上标明的地基承载力和平等度的技术要求，采纳了郎某的建议，并据此要求他人编制了错误的吊机基础施工方案。在施工过程中，两人先后发现吊机基础有渗水与沉降现象，但均未对吊机基础地基承载力等技术要求引起重视，要求工人继续施工，最终发生多人死伤的重大事故。

问：该案例是否可以认定为重大安全事故罪？理由是什么？

（三）危险物品肇事罪

危险物品肇事罪是指违反爆炸性、易燃性、毒害性、腐蚀性物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的行为。

本罪侵犯的客体是危险物品在生产、储存、运输、使用中的安全，即公共安全。犯罪的客观方面表现为违反危险物品的管理规定，在生产、储存、运输、使用中发生重大事故，造成严重后果的行为。

违章行为必须与严重后果之间具有因果关系。犯罪主体是从事生产、保管、运输和使用危险物品的职工，但其他人也可以构成本罪。主观方面是过失。

根据刑法规定，犯本罪，处3年以下有期徒刑或者拘役，后果特别严重的，处3年以上7年以下有期徒刑。

三、几种常见的职务犯罪

(一) 贪污罪

贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

本罪侵犯的客体是国家工作人员职务行为的廉洁性及公共财产的所有权。本罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。犯罪的主体是国家工作人员，即在国家机关中从事公务的人员。犯罪的主观方面只能是故意，且还是有非法占有公共财物的目的。过失不构成犯罪。

贪污罪根据刑法的规定，根据贪污数额和情节轻重，规定了四种幅度的法定性：

(1) 个人贪污数额在10万元以上的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。

(2) 个人贪污数额在5万元以上不满10万元的，处五年以上有期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产。

(3) 个人贪污数额在5000元以上不满5万元的，处1年以上7年以下有期徒刑；情节严重的，处7年以上10年以下有期徒刑。个人贪污数额在5000元以上不满1万元，犯罪后有悔改表现，积极退赃的，可以减轻处罚或者免于刑事处罚，由其所在单位或者上级主

管机关给予行政处分。

(4) 个人贪污数额不满 5000 元，情节较重的，处 2 年以下有期徒刑或者拘役；情节较轻的，由其所在单位或上级主管机关酌情给予行政处分。

[案例]

农业银行珠海分行吉大支行原营业部主任蔡某，利用职务之便，在短短一年多的时间里，先后十几次用电脑虚增其开设的活期账户中的款项，虚开大额定期整存整取存款单，然后将到期款转至其开设的活期账户上提款，以此手段贪污公款 679 万元，并挪用公款 300 余万元。

问：蔡某的行为是否成立贪污罪？为什么？

(二) 受贿罪

受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。

本罪侵犯的客体是国家工作人员职务上的廉洁性，即职务行为的不可收买性或职务行为与财物的不可交换性。犯罪的客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。犯罪的主体必须是国家工作人员。主观方面只能是故意。

根据刑法规定，对于受贿罪，应当根据受贿所得数额及其他情节分别处罚。对多次受贿未经处理的，按照累计受贿数额处罚。索贿的从重处罚。

自我检测

一、选择题

- 管制的执行机关是：
 - 监狱
 - 检察机关
 - 基层单位
 - 公安机关
- 按刑法规定，死刑的核准机关是：
 - 最高人民法院
 - 省、自治区、直辖市的高级人民法院
 - 中级法院、高级法院或最高人民法院
 - 省、自治区、直辖市的高级人民法院或者最高人民法院
- 按照刑法的规定，死刑只适用于（ ）的犯罪分子。
 - 罪大恶极
 - 屡教不改
 - 严重危害国家利益
 - 罪行极其严重
- 被判处拘役的犯罪分子，在执行期间，每个月可以回家（ ）天。
 - 1天
 - 3天
 - 1天至2天
 - 2天至3天
- 王某因抢劫罪被公安机关抓获，在审问中，王某又交代出曾犯强奸罪，王某的行为是：
 - 自首
 - 坦白
 - 立功
 - 揭发
- 累犯应当：
 - 从重处罚
 - 加重处罚
 - 从重或加重处罚
 - 酌情处罚
- 缓刑制度适用的对象是：
 - 被判处拘役的犯罪分子

3. 简述自首与坦白的异同。
4. 简述故意犯罪和过失犯罪的区别。
5. 我国对刑事责任年龄的规定是怎样的?
6. 犯罪构成的要件包含哪些内容?
7. 什么是刑罚? 刑罚的主要内容有哪些?
8. 你如何理解“罪法定”原则?

四、案例分析

1. 被告李某,男,32岁,1997年12月9日,李某租用他人汽车一辆,由司机张某驾驶,为甘肃省张家川县龙山镇货主赵某向河南省禹州市运输牛皮等货物。12月10日早5时许,汽车行至宝鸡市金台区中山路永红旅社门口,李某借口要吃饭,将随车押送的货主赵某骗下来,自己也随之下车,把赵引到跨停车点约70米的饭摊前,李某谎称去叫司机张某一起吃饭,离开赵回到车上,又对司机谎称,货主在旅社休息,要司机和他一起将车开走卸货。当车开走时,被赵某发现,赵某当即疾呼停车,车仍未停。李某让司机将车开至宝鸡市渭滨区高林乡其亲戚家,然后把车上货物全部卸下,据为己有,货物价值共计人民币4万元。

问:李某的行为在定性上有构成盗窃罪、抢夺罪、诈骗罪三种意见,你赞同哪一种?试从你认为构成的犯罪的客观方面分析说明,并简要陈述不构成其他犯罪的理由。

2. 陈某晚上10点回家途中,发现前面有一女青年甲孤身一人行走,遂心生歹意,尾随其后,行至一片树林边时,陈某将甲挟持到树林中,欲行强奸,甲跪在地上苦苦哀求,陈某见状,打消了强奸的念头,转身离去。

- 问:(1) 陈某的行为是否构成犯罪?
(2) 陈某能否成立犯罪中止?

参考文献

1. 马俊驹. 民法案例教程. 北京: 清华大学出版社, 2002.
2. 郭玉坤, 万志全. 法律基础教学案例. 北京: 中国人民大学出版社, 2004.
3. 张玉敏. 民法. 北京: 中国人民大学出版社, 2007.
4. 戴艳军, 杨慧民. “思想道德修养与法律基础”课教学案例解析. 北京: 高等教育出版社, 2006.
5. 何伟, 何文强. 法律基础知识. 成都: 电子科技大学出版社, 2006.
6. 刘亚平. 刑法分则案例教程. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
7. 阮齐林. 刑法总则案例教程. 北京: 中国政法大学出版社, 1999.
8. 李海波, 刘兴华. 新编经济法. 上海: 立信会计出版社, 2007.
9. 王保树. 商事法学. 北京: 法律出版社, 2006.
10. 尹田. 民法教程. 北京: 法律出版社, 2006.
11. 朱力宇. 法律基础. 北京: 高等教育出版社, 2003.
12. 杜昌维. 法律基础. 成都: 四川民族出版社, 2005.
13. 陈忠林. 刑法分论. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
14. 裴广川. 刑法学. 北京: 中国政法大学出版社, 2000.
15. 彭万林. 民法学. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.
16. 俞里江. 合同法典型案例. 北京: 中国人民大学出版社, 2003.
17. 罗烈文, 崔玉贵. 民法(第四版). 北京: 新世界出版社,

2010.

18. 张明楷. 刑法(第四版). 北京: 法律出版社, 2011.

19. 魏振瀛. 民法. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社,

2010.

20. 姜明安. 行政诉讼法学. 北京: 北京大学出版社, 2001.

21. 樊崇义. 刑事诉讼法. 北京: 中国政法大学出版社, 2005.

22. 谭兵. 民事诉讼法学. 北京: 法律出版社, 2009.

23. 程荣斌. 中国刑事诉讼法教程. 北京: 中国人民大学出版社, 1993.

24. 王遂起, 隋彭生, 孙虹. 经济法概论. 北京: 中国政法大学出版社, 2002.

25. 姜明安. 行政法与行政诉讼法. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2007.

26. 王连昌, 马怀德. 行政法学. 北京: 中国政法大学出版社, 2007.

责任编辑 张明星

封面设计  7C CULTURE

青少年 法律普及

QINGSHAONIAN FALüPUJI

财经教学资源平台

 [Http://www.bookcj.com](http://www.bookcj.com)

电子图书 | 课件 | 案例 | 视频 | 习题 | 文献

ISBN 978-7-81138-839-8



9 787811 388398 >

ISBN 978-7-81138-839-8

定价: 12.00元