

绪论：法学基本理论

一、法律概念

（一）法的词义

在中国，“法”一词涵义较为广泛。从语源上看，汉字的“法”古体为“灋”。根据我国第一部字书，由东汉文字学家许慎所著的《说文解字》中的释义，它大体有三层涵义：第一，“法”与“刑”是通用的。古代的“刑”字，含刑戮、罚罪之意，也还有“规范”的意义。第二，法者，平之如水，含有“公平”之意。第三，法含有“明断曲直”之意。同时，古代的法具有神明裁判的特点。

中国古代“法”在典章制度意义上和在哲理意义上两方面使用。“法”在典章制度意义上与“律”“法律”“法制”等相通解。《管子·七臣七主篇》：“法律政令者，吏民规矩绳墨也。”《唐律疏议·名例篇》曰：“律之与法，文虽有殊，其义一也。”中国古代秦汉以后的法律文件，采用过许多名称，如律、令、典、敕、格、式、科、比、例等，它们都是典章制度意义上、国法意义上的“法”。在哲理意义上，汉语的“法”，与“理”“常”通用，指“道理”“天理”或常行的范型和标准。《尔雅·释诂》：“法，常也。”具体而言，抽象的“天命”“天志”“礼”“理”“天理”“法度”“道”乃至“人情”等，都属于“法”的范畴。清末民初，由于受日本的影响，国法意义上的“法”，逐渐由“法律”一词代替。

在西文中，“法”也在典章制度意义上、国法意义上和在哲理意义上使用。有学者认为，法指永恒的、普遍有效的正义原则和道德公理，即自然法；法律指由国家机关制定和颁布的具体的法律规则，即实在法，这类法律与国家相联系，出自于国家。

在当代中国，法律一般是指由国家制定或认可，由国家强制力保证实施的，以权利义务为内容的行为规范。本书主要在国法意义上讨论法律，用“法律”表示，唯在涉及哲理意义上时用“法”表示。

（二）法的本质

法的本质指法这一事物自身组成要素之间相对稳定的内在联系，本质掌握着可理解的世界的核心内容。人类对法的本质的认识过程相当漫长。在历史上，思想家和法学家们曾对法律的本质问题进行过认真的思考，从不同的角度进行了探讨，提出过各种各样的法的本质学说。马克思主义法学则全面地揭示了法律的本质。

1. 非马克思主义法学的观点

中国古代社会以“和谐”为最高追求，法也立基于此，从人伦、天常获得法的权威来

源,形成了伦理法观念和法自然的自然法观念。中国古代立法以礼为指导,执法以教化为首务。法律条款的确立要体现人伦道德的宗旨,统治者为政要先教而后刑。礼法并举、刑教结合的目的在于建造一个“父子有亲,君臣有义,夫妇有别,长幼有序,朋友有信”(《孟子·滕文公》)充满人情味的有序王国。同时,崇拜自然、效法自然是中国古代为政传统。自然界的博大和谐、万物有所归及变化规律,为中国传统法律提供了最好的模式。礼法并举、恩威并用及执法平等的思想主张,也常常源于自然界的启发。

西方非马克思主义法学关于法的本质学说主要有神意论、理性论、民族精神论、规范论、社会控制论等。

神意论认为法是由神创造的,是神的理性和意志,将法的本质与神意等同划一起来。这是人类最早的关于法的本质的认识。作为西欧中世纪最大的神学家、经院主义哲学家,托马斯·阿奎那的神学思想中就包括了当时最为系统的神学法思想。阿奎那将法分为四种:永恒法即上帝的法律,是最高的法律;自然法是沟通上帝和人的桥梁,其首要原则是“行善避恶”;神法是上帝通过《圣经》所赋予的法律,用以补充比较抽象的自然法;人定法,通常包括世俗统治者制定的法律。在阿奎那看来,法律是种种有关公共幸福事项的合理安排,由任何负有管理社会之责的人予以公布。对于“公共幸福”“合理”等,他都作了神学上的解释。在他看来,上帝是万物的创造者,又是智慧的化身。神的智慧本身具有法律性质。

理性论为西方自然法学派的观点,这一学说在西方具有很大影响。在批判神意论的基础上,它把法理解为一种理想、一种价值、一种道德,认为存在着一种高于实在法并指导实在法的普遍原则,即自然法,宇宙运行不变之自然法则。罗马共和国末期的哲学家、政治家西塞罗,在西方法思想上首先比较系统地提出了自然法的学说。他在《国家篇》中指出:“真正的法律是和自然一致的正当理性,它是普遍适用的、不变的和永恒的,它命令人尽本分,禁止人们为非作歹”;自然法早在任何成文法或国家产生以前就已存在;它对整个人类,不分国家、不分时期都普遍有效,任何人都不得违反、改变或取消这种法律;所有残暴的法令根本不能称为法律,而只是一群暴徒在集会中通过的规则而已。他相信自然理性是宇宙的主宰力量,认为法的本质是正义。

在近代,自然法观念发展到高峰,17、18世纪的古典自然法派是新兴资产阶级用以反对封建压迫、民族压迫和教会神学的法律思想。主要代表人物有荷兰的格劳秀斯,英国的霍布斯、洛克,法国的孟德斯鸠、卢梭,德国的普芬道夫,意大利的贝卡利亚等。他们从人的理性出发,认为存在一个“自然状态”,在这一状态下人们享有由自然法保障的天赋自然权利,国家是人们通过社会契约建立的;自然法体现了永恒的正义。他们认为自然法代表人类的理性或本性,是最高的法律。自然法是“真正理性的命令”,连上帝也要受它的支配,是永恒的。法是以普通的人性为基础的,因而凡是全体人民的共同意志应该同样适用于每一个社会成员,因而每个人不论其阶级地位、财富状况、社会地位等,在法律上都是平等的,都有同样的自由、权利。古典自然法学为美国《独立宣言》、法国《人权

宣言》以及近代资产阶级民主、法治理论提供了理论基础。

民族精神论首先在 19 世纪的德国兴起。当时德国半封建的君主专制在政治上处于分裂状态,为实现国家和法律的统一,海德保大学教授蒂鲍于 1814 年提出了制定统一民法典的建议,但遭到了萨维尼等人的坚决反对。萨维尼等认为古典自然法学派所谓体现人类理性的自然法仅仅是一种假设,不能说明法律的渊源和本质,这种观点只能是幻想;法律像语言、风俗、政制一样,具有民族特性,是“民族精神”的体现,它“随着民族的成长而成长,民族的壮大而壮大,当这一民族丧失其个性时即趋于消逝”;一个民族的法律制度,就像艺术和音乐一样,是其文化的自然体现,在民族内部力量推动下形成的,只有“民族精神”或“民族意识”才是实在法的真正创造者;每个民族的共同信念才是法律的真正渊源。在萨维尼看来,法律主要体现为习惯法,习惯法是法律的真正基础,因为习惯法最能体现“民族精神”,它是最有生命力的,其地位远超过立法;而且德国当时也无能力制定更好的法典。

规范论为分析实证主义法学的观点。这一学说在英国法学界曾长期占统治地位,创始人为英国法学家奥斯丁。英国资产阶级革命是以妥协告终的,这种革命的不彻底性在法律方面的直接后果,是旧的诉讼程序被继续运用,封建法律被虔诚地保存下来,这使当时英国的法律显得杂乱无章、重叠牵制、互相矛盾。但奥斯丁认为,造成英国法律混乱状态的原因,并不在于法律的历史传统,而是因为混乱而散漫的思想方法,尤其是因为古典自然法学说的传播。因此他给自己规定的任务,是把法律和法学从自然法学说中解放出来,通过对法律的逻辑分析提供一套共同的原则、概念和特征,明确它们彼此之间的逻辑关系,形成有条理的法律体系,以完善资产阶级法制,提高统治效能。奥斯丁认为,法学的对象仅限于实在法,“实际上是这样的法律”,通过对实在法的分析找出它们共同的原则,而这些共同原则实际上都建立在功利的基础之上;法律或严格意义上的法律,是命令,是以制裁作为保证的一种命令,是政治优势者的命令(“我们所说的优势者,是指他们在社会地位、财富和品德等方面优越于其他人”)。他强调,法律和道德是无关的,至少没有必然的联系,一个不道德、不正义的法,只要是合法地制定的,就应该认为具有法律效力,即“恶法亦法”。

社会控制论以社会学理论和方法研究法律现象,认为法律作为社会控制的工具,注重探讨法律在社会中的实际运作。它研究法律与其他社会因素的相互作用,特别是要研究法律的社会目的和社会效果。为说明资产阶级法律的变化,从理论上指导资产阶级法律制度的完善,社会法学派逐步形成。法国的狄骥通过把法律与“社会连带关系”联系起来,进而说明法的本质问题。美国的庞德主张从社会控制论着手,站到一个更高的层次来理解法的概念,认为法是一种社会控制的制度,是依照一批在司法和行政过程中使用的权威性法令来实施的高度专门形式的社会控制。在他看来,在人类本性中存在着与人的社会性相对应的自我扩张的本性,尽管个人也往往对它采取摒弃的态度,但不能排除它潜在的存在和以不同方式、不同程度地被激发出来,这就要求有一种强有力的控制工

具,在现代社会只有法律才能完成这个任务。法律通过对人们自我扩张的本性的控制来保证和实现社会利益。庞德强调法律的社会效果和作用,认为法律是一种社会工程,是社会控制工具之一或首要工具,其任务在于调整各种相互冲突的利益;20 世纪的法律是法律社会化的阶段。

2. 马克思主义的观点

马克思主义的法律本质学说认为:法律的关系既不能从它们本身来理解,也不能从人类精神的一般发展来理解,相反它们都根源于物质的生活关系。

马克思主义认为,由于根本利益的不同,在阶级对立的社会里不能形成统一的全社会意志,而只有统治阶级意志才能上升为国家意志。法律是统治阶级或取得胜利并掌握国家政权的阶级的意志的表现。统治阶级利用掌握国家政权这一政治优势,有必要也有可能将本阶级的意志上升为国家意志,然后体现为国家的法律。法律体现的统治阶级意志具有整体性。法律体现的统治阶级意志不是统治阶级内部成员意志的简单相加,也不是少数人的任性,而是统治阶级的整体意志、共同意志或根本意志。

马克思主义法学强调,法律体现统治阶级意志,要经历一个复杂的过程。它取决于统治阶级同被统治阶级的阶级斗争状况,也取决于统治阶级内部各阶层、集团或个人的矛盾和斗争。在一定情况下,法律的内容规定不仅反映统治阶级的意志,而且同时又反映被统治阶级以及统治阶级的同盟阶级的某些要求和愿望。这包括:①法律的内容规定对全社会都有利,不同程度地反映全社会各阶级、阶层的共同利益(如各种技术法规)。②在阶级斗争激烈对抗的条件下,统治阶级为了缓和与被统治阶级的某些矛盾,把被统治阶级的反抗控制在一定的范围和限度内,而在立法中对被统治阶级作出一定的让步,规定一些符合被统治阶级利益、反映其某些愿望和要求的内容,例如,在资产阶级法律中也往往有一些保护劳动人民利益的条款,诸如限制劳动时间、劳动保护、最低工资、失业救济、罢工自由等。这些条款是劳动人民同统治阶级进行长期斗争所取得的成果。从这个意义上,我们可以说法律具有共同性,是社会管理的手段。但从本质上看,这一部分规范或条款仍然是通过统治阶级所掌握的政权机关来制定或认可的,它仅具有局部的意义,并不能改变一国法律的整体性质。

马克思主义法学同时指出,不仅统治阶级意志的内容,而且包括法律本身,都是由统治阶级所处的社会物质生活条件所决定的。这里的所谓“社会物质生活条件”,是指人类社会包括地理环境、人口、物质资料的生产方式诸方面,其中主要指统治阶级赖以建立其政治统治的经济基础。从根本上说,法律决定于一定的经济关系(经济基础),法律的产生、变更和消灭都取决于一定的经济关系(基础)的产生、变更和消灭。这也意味着,法律不是统治阶级任性和专横的表现,它不应当违背客观历史条件,违背客观规律。所以,马克思说:只有毫无历史知识的人才不知道,君主们在任何时候,都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令,无论是政治的立法或市民的立法,都只是表明和记载经济关系的要求而已。因而,法律具有物质制约性、客观性、规律性。

（三）法律特征

法律的特征,是法律区别于其他社会规范的征象和标志。任何事物的特征都是在与其他事物的比较中表现出来的。通过认识法律的特征,把握法律外部的特殊性,有助于我们理解法律的性质、作用,认识法律的自身规律。马克思主义法学认为,法律具有规范性、国家意志性、权利义务统一性、国家强制性。

1. 法律是调整人们行为或社会关系的规范,具有规范性

法律是一种规范,是对人们行为的标准和模式。法律不是通过调整人们的内心观念、思想来调整社会关系的。这是法律区别于其他社会规范的重要特征之一。

作为社会规范,法律具有规范性。法律规范性,是指法律为人们行为提供了一个模式、标准、方向。它表现在,法律规范规定了人们的一般行为模式、从而为人们的相互行为提供一个模型、标准或方向,法律所规定的行为模式包括三种:①人们可以怎样行为(可为模式);②人们不得怎样行为(勿为模式);③人们应当或必须怎样行为(应为模式)。同时,法律具有概括性,法律的规定抽象,它的对象是一般的人,而不是特定的人,它是反复适用的而不是仅仅一次适用的。

2. 法律出自于国家,是由国家制定和认可的,具有国家意志性

法律是一种特殊的社会规范,是因为法律是由国家制定和认可的,体现了国家意志。没有国家,就不可能有法律。国家的存在是法律存在的前提条件。

国家造法的方式主要有:①制定。制定是立法机关或立法机关授权的机关创制法律的行为。通过这种方式产生的法律,称为制定法,即具有一定文字表现形式的规范性文件,如中国的各种法律(《宪法》、《刑法》、《民法通则》)就属于此类。②认可。认可是指国家立法机关或立法机关授权的机关赋予的社会上已经有的某种行为规范以及法律效力。通过这种方式产生的法律,一般称为习惯法,如经过国家认可的宗族规约、村规民约、行业行业规范等。

法律是由国家制定和认可,具有国家意志性。同时,法律具有普遍性。法律在国家主权所及范围内普遍有效,具有普遍约束力。法律的效力对象具有广泛性。

3. 法律规定了人们的权利义务,具有权利义务统一性

法律的要素以法律规范为主,而法律规范中的行为模式是以授权、禁止和命令的形式规定了权利和义务。法律既规定了权利,也规定了义务,法律规定了公民、法人的权利、义务,也规定了国家、国家机构、国家机构工作人员的权利、义务(职权、职责)。法律对人们行为的调整主要是通过权利义务的设定和运行来实现的,法律的内容主要表现为权利和义务。

从一般意义上说,权利表征利益,义务表征负担,法律通过规定权利义务对社会资源进行分配,对各种利益关系进行调整,因而具有利导性(利益导向性)。权利表征利益,义务表征负担。通过法律的规定,影响人们的动机和行为,从而调整社会关系。

4. 法律由国家强制力保证实施,具有国家强制性

法律是以国家强制力为后盾,由国家强制力保证实施的,因而具有国家强制性。由于法律调整利益冲突双方的关系,因此自然会引起一方的抵制或反对;同时,法律有可能遭致人们的破坏,违法犯罪现象也就不可避免。法律要对侵犯他人权利方作出否定性反应,必须以强制力为后盾。对违法犯罪行为的制裁,靠任何个人的力量或社会舆论,是不可能有保障的,而必须通过国家强制力才能得以实现。法律具有国家强制性主要是一种威慑,具有间接性和潜在性。国家的强制力是法律实施的最后的保障手段。国家强制力也不是保证法律实施的唯一力量。

法律具有国家强制性还意味着法律具有程序性。国家强制力并不等于纯粹的暴力。国家运用强制力保证法律的实施,也必须依法进行,应受法律规范的约束。国家强制力是有一定限度的,而不是无限的,必须根据法定程序进行。近现代法律更对法律的程序标准加以正当化,使法律实施的方式更科学、更富有理性和公正性。

二、法律作用

法律对社会进行权威的、有效的资源分配、财富分配,通过权利义务的规定,从而实现社会控制,进行社会调整,实现社会动态平衡和有序发展。在解决社会资源有限和人的欲望无限的矛盾方面,法律具有越来越重要的作用。法律在保障个人自由、构建社会秩序、实现社会正义方面起着主要作用。法律通过对个人行为自由与行为限制的界定,实现个体自然性与社会性的最优化统一。

(一) 法律作用的含义

法律作用是指法律对人们的行为、社会生活和社会关系发生的积极或消极的影响。法律作用与法律特征和本质密切联系,是法律特征和本质的体现。法律作用与国家权力也有密切联系。因为,法律是一种国家意志的体现,是国家权力规范化的标志。实现法律作用的过程总是与运用国家权力联系在一起的,因此,法律作用是国家权力运行和国家意志实现的具体表现,法律作用是掌握政权者的意志影响社会生活的体现。

法律作用可以分为正作用、负作用或者积极作用、消极作用。这是法律实际作用的两种倾向或后果。正作用表明法律满足了主体的某种需要或达到预期目标;负作用表明法律未满足主体需求或预期目标,并对主体造成了损害。如统治者欲用严刑巩固统治,结果却带来社会普遍不满而有损其统治的合法性;立法者欲用法律促进生产,结果反而适得其反。

对法律作用进行评价非常复杂,受许多因素的影响:①主体价值观的干扰:如统治者从巩固统治出发而剥夺公民权利的立法,在统治者看来为有利于统治,为正作用;在被统治者观之则丧失了权利,为负作用。②同一法律有不同的社会作用,其中普遍作用满足了主体需要,而另一些作用却正相反。如破产法解决了破产而产生的债权债务问题,同

时却可能带来失业问题。③预期目标的不相容性,各个目标有时会相互抵触。通常采用的评价标准有统治秩序标准、生产力标准和社会整体文明标准(既包括生产力标准,也包括人权保障、社会结构合理化等)。

(二) 法律的规范作用和社会作用

法律作用可以分为规范作用与社会作用两类。一方面,法律是调整人们行为或社会关系的规范,所以法律具有各种规范作用;另一方面,法律是—定的人们的意志的体现,反映了他们的利益要求,所以法律具有各种社会作用。法律的规范作用是基于法律的规范性特性进行考察的,法律的社会作用是基于法律的本质、目的和实效进行分析的。法律的这两种作用之间的关系,是一种手段和目的的关系,法律的规范作用是手段,法律的社会作用是目的。

1. 法律的规范作用

法律的规范作用是法律自身表现出来的、对人们的行为或社会关系的可能影响。故此,在法理学上,也有人把法律的规范作用称为“法律的功能”。法律的规范作用根据其作用的具体对象、主体范围和方式的不同,可以分为指引作用、评价作用、预测作用、强制作用和教育作用等。①指引作用。法律的指引作用表现为,法律作为一种行为规范,为人们提供某种行为模式,指引人们可以这样行为、必须这样行为或不得这样行为,从而对行为者本人的行为产生影响。②评价作用。法律的评价作用表现在,法律对人们的行为是否合法或违法及其程度,具有判断、衡量的作用。③预测作用。法律的预测作用表现在,人们可以根据法律规范的规定可事先估计到当事人双方将如何行为及行为的法律后果,从而对自己的行为作出合理的安排。④强制作用。法律的强制作用表现在,法律为保障自己得以充分实现,运用国家强制力制裁、惩罚违法行为。这种作用的对象是违法犯罪者的行为。⑤教育作用。法律的教育作用表现在,通过法律的实施,法律规范对人们今后的行为发生直接或间接的诱导影响。这种作用的对象是社会一般成员的行为。

2. 法律的社会作用

法律的社会作用是法律为实现一定的社会目的(尤其是维护一定阶级的社会关系和社会秩序)而发挥的作用。如果说,法律的规范作用是从法律自身来分析法律的作用,那么法律的社会作用则是从法律的目的和本质的角度来考察法律的作用问题的。法的社会作用的基本方式有确认、调节、制约、引导、制裁等。

从马克思主义法学观点来看,在阶级对立的社会中,法律的社会作用大体上表现在两个主要方面:①法律在维护阶级统治方面的作用。法律的阶级统治作用是指法律在经济统治、政治统治、思想统治等方面的作用。马克思主义法学指出,法律在维护阶级统治方面的作用表现在许多方面:调整统治阶级与被统治阶级之间的关系;调整统治阶级与其同盟者之间的关系;调整统治阶级内部的关系。②法律在执行社会公共事务方面的作用。社会公共事务是相对于纯粹的政治活动而言的一类社会活动。其特征是:这些事务

的直接目的并不表现为维护政治统治,而在客观上对全社会的一切成员均有利,具有“公益性”。法律在执行社会公共事务上的作用具体表现在这些方面:维护人类社会的基本生活条件;维护生产和交换条件,即通过立法和实施法律来维护生产管理、保障基本劳动条件、调节各种交易行为等;促进公共设施建设,组织社会化大生产;确认和执行技术规范;促进教育、科学和文化事业。

法律在维护阶级统治方面的作用和法律在执行社会公共事务方面的作用在不同的时代、国家会发生变化。如在阶级关系对立或对抗社会,法律主要侧重于统治作用。在阶级关系缓和或明显非对抗社会,法律主要侧重于管理作用。

(三) 正确认识法律作用

在认识法律作用时,我们应当辩证地进行认识,必须注意“两点论”:对法律的作用既不能夸大,也不能轻视;既要认识到法律不是无用的,又要认识到法律不是万能的;既要反对“法律无用论”,又要防止“法律万能论”。

1. 法律作用的重要性

在法治社会中,法律作用是不容低估的,法律以其独特的方式对人类生活发生着重要的影响:首先,自从有了国家之后,法律在人类社会中扮演的角色越来越重要,逐渐代替了宗教、道德、习俗等社会规范在调整人们的行为和社会关系中原有的影响力,成为最主要的社会调整手段。其次,法律是社会运动和发展的最重要的稳定和平衡的工具,它以其稳定性和可预测性为激变的社会生活确立相对稳固的规范基础。若没有法律,社会生活的变化将变得更无章可循。最后,法律具有其他社会规范所不具有的优点,例如它的国家强制性、权威性、公开性、程序性等,都不是其他社会规范可以取而代之的,若废法而弃之,则重建社会基本结构和秩序,不仅需要付出更大的成本,而且还可能产生难以预料的社会后果。重视法律的作用不仅是一个理论问题,而且更属于所有的人(包括治国者和普通民众)均须重视的一个实践问题。特别在我们中国这样一个历史传统和现实状况的社会里,更应该强调法律在社会生活中的重要地位,突出依法治国的必要性。

2. 法律作用的有限性

但是,我们也应该清醒地认识到,法律有其固有的弱点,法律并非无所不能,它也有其有限性。法律作用的这种有限性主要表现在以下几方面:①法律仅涉及人的外部行为,而不能涉及人的思想。法律作用的范围不是无限的,而是有限的。②法律是众多社会规范、社会调整手段中的一种。法律是调整社会关系的重要手段,但不是唯一的手段。③法律自身特点而产生的有限性。第一,法律具有保守性,总体上落后于社会生活实际。第二,法律具有概括性,它不能在一切问题上都做到天衣无缝、缜密周延,也不能处处做到个别正义。第三,法律具有稳定性、普遍性,而社会生活却是具体的、多变的。第四,法律是讲究程序的规范,缺乏对社会事件的及时应对和处理。法律救济程序启动的被动性导致的权利保障的限制。第五,冲突的利益不能两全,使法律不能保护所有利益。个人

自由与社会利益冲突时,法律也有可能不能保护多数利益,可能牺牲较小的利益。④人的因素的影响。荀子曾经说过:“法不能独立,类不能自行,得其人则存,失其人则亡。”人的认识水平会限制法律作用的发挥。法律是规范,不是规律本身,它总是体现着人的意志的。立法者、执法者的能力和素质也会影响法律作用的实现。⑤法律作用的实际发挥,还有赖于其他社会因素的配合。经济发展、政治、文化、传统、教育等社会因素对法律作用的发挥有重要影响。

因此,在现实生活中,我们不能指望靠法律解决我们所有的问题,能够百分之百地实现我们的愿望。对法律寄予过高的期望,反而对法律的成长和发展是不利的。

三、法律发展

(一) 法律起源

作为一种社会历史现象,法律是人类社会发展到一定阶段的产物,它是在一定条件下产生和发展的,有其自身的起源、发展的规律。

从古到今,许多思想家、法学家对法律起源问题进行了探讨,提出了关于法律起源的各种学说,主要的有:①神创说。这一学说认为法是人格化的超人类力量的创造物,各种各样的神为人类创造法。②暴力说。这一学说认为法律是暴力斗争的结果,是暴力统治的产物。③契约说。人类在进入政治社会之前处于自然状态,后来为了安全,为了生产发展,为了社会安定和发展等原因,人们相互间缔结契约,通过缔结契约人们放弃、让与部分自然权利,组成政府,这最初的契约是法律。17、18世纪的古典自然法学者大部分都持此说。④发展说,具体包括两种:其一,人的能力发展说:随着社会的进化,人的能力有了发展,财富有了增加,社会关系开始复杂,因而需要法。其二,精神发展说。黑格尔就认为绝对精神在自然界产生之前就已存在,绝对精神发展到自然界阶段,才有了人类、人类精神的发展产生法。民族精神论者提出法来自民族的精神或历史传统。⑤合理管理说。许多法社会学者持此说,如当代美国法社会学家塞尔茨尼克认为,一个群体的法律秩序,是基于合理性管理的需要而发展起来的。

马克思主义认为,法律不是从来就有的,也不是永恒存在的,而是人类社会发展到一定历史阶段才出现的社会现象。法律是随着生产力的发展、社会经济的发展,私有制和阶级的产生、国家出现而产生的,经历了一个长期的渐进的过程。特殊公共权力系统即国家的产生、权利和义务观念的形成与法律诉讼和司法的出现是法律的主要标志。法律的产生经历了从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法律调整的发展过程;法律的产生经历了习惯到习惯法,再由习惯法到制定法的发展过程;法律的产生经过了法律与宗教规范、道德规范的浑然一体到法律与宗教规范、道德规范的分化、法律的相对独立的发展过程。

(二) 法律发展

法律发展是指一定历史时期内与社会发展相适应的法律进步。法律的发展的根本动力在于一个社会的进化和发展;法律发展的外在推动也是不可忽视的因素。

法律历史类型的更替是法律发展中的剧变和革命,法律继承、法律移植和法制改革是特定历史类型的法律制度的进步和自我完善。

法律历史类型是按照法律所据以产生和赖以存在的经济基础的性质和体现的阶级意志的不同,对人类社会的法律所作的分类。凡是建立在相同经济基础之上、反映相同阶级意志的法律,就属于同一历史类型。划分法律的历史类型,有助于认识和揭示法律的阶级本质及其发展变化的历史规律。

与人类进入阶级社会后的社会形态的划分相一致,人类社会存在四种历史类型的法律,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。前三种法是以私有制为基础的剥削阶级社会的法律,体现少数剥削者的利益和意志,通称为剥削阶级类型的法律。社会主义法体现工人阶级领导的广大人民群众意志,是新的、最高历史类型的法律。

在人类社会的发展过程中,并不是每一个国家、民族的法都一定经过法律的这四种历史类型。但法律的历史发展的总体过程表明,从奴隶制法到封建制法,继而发展为资本主义法和社会主义法,是法律历史发展的一般规律。随着人类社会的发展,法律历史类型也由低级类型的法向高级类型的法律依次更替。

法律历史类型的更替,是不依人的意志为转移的历史的必然,社会基本矛盾(生产力同生产关系、经济基础同上层建筑的矛盾)的运动是法律历史类型更替的根本原因。但是,这种更替不是自发进行的,而是必须通过阶级斗争和社会革命来实现的。

法律继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受,一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。法律继承是客观存在的,法律就是在继承中发展的。法律作为文化现象,其发展表现为文化积累过程,其继承是不可避免的。法律的阶级性并不排斥法律的继承性。

法律继承的内容十分广泛,主要有:法律术语、技术、形式;有关社会公共事务的法律规定;反映市场经济规律的法律原则和规范;反映法的一般价值的原则等。

法律移植是指在鉴别、认同、调适、整合的基础上,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用。法律继承体现时间上的先后关系,法律移植则反映一个国家对同时代其他国家法律制度的吸收和借鉴。法律移植的范围除了外国的法律外,还包括国际法律和惯例。法律移植以供体(被移植的法)和受体(接受移植的法)之间存在共同性,即受同一规律的支配、互不排斥,可互相吸纳为前提的。

法律移植是一项十分复杂的工作,要避免不加选择地盲目移植,选择优秀的、适合本国国情和需要的法律进行移植,注意国外法与本国法之间的同构性和兼容性,注意法律体系的系统性,同时法律移植还要有适当的超前性。

第一章 当代中国社会主义法律制度概论

依法治国是中国共产党领导中国人民治理国家的基本方略,特别是自 1999 年在《宪法》中明确规定“依法治国,建设社会主义法治国家”后,中国的社会主义法制建设进入了新的发展阶段。国家重视和加强立法工作,积极开展法律制定活动,并不断健全立法体制,完善立法程序,注重立法技术,提高立法质量,当代中国社会主义法律制度不断完善,基本形成了以宪法为核心的具有中国特色的社会主义法律体系。同时,我国重视法律实施,法律在社会中发挥着越来越重要的作用。

第一节 依法治国,建设社会主义法治国家

中国具有悠久的历史,在长期的社会发展中形成了自己的法律文明和法律传统。中国的法律传统有其自身的特点,如以儒家思想作为法律的指导思想,重视道德教化的作用,主张“德治”与“法治”相结合,强调人的作用,礼有较高的地位;注重等级,以家族为本位;以和谐作为法律的核心目标;司法与行政基本上合二为一,行政兼理司法;制定法发达,法律形式多样,重视调解在解决纠纷中的作用等。以唐律为代表的中华法系曾产生了极为深远的影响。中国固有法律传统在我国社会生活中仍然发挥着潜在的影响。

从进入近代社会以来,伴随着中国对外开放、参与世界文化交流的进程,中国也在固有法制的基础上变法修律,开始了法制现代化的历程。从清末的法制改革、辛亥革命的法制实践、北洋军阀时期的法律活动、中华民国南京国民政府的法制发展到新民主主义革命根据地的法制、1949 年以后的社会主义法制的建立和发展,中国的法制现代化经历了一条艰难曲折的发展道路。中国的法制现代化的特点为:由被动接受到主动选择;由模仿欧洲民法法系到建立中国特色社会主义法律制度;法律现代化的启动形式是立法主导型;法律制度变革在前,法律观念更新在后,思想领域斗争激烈;功利倾向明显。

当代中国社会主义法律的发展经历了一个曲折的发展过程,1949—1954 年《宪法》的颁布为奠定基础阶段,作为过渡由政协、中央人民政府行使立法权。1954 年 9 月 15~28 日,第一届全国人大第一次会议在北京隆重召开。9 月 20 日,会议通过了《中华人民共和国宪法》,这次会议还通过了《中华人民共和国全国人民代表大会组织法》《中华人民共和国国务院组织法》《中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民委员会组织法》《中华人民共和国人民法院组织法》《中华人民共和国人民检察院组织法》等一系列重要的宪法性法律,并通过了《中华人民共和国第一届全国人民代表大会第一次会议关于

《中华人民共和国现行法律、法令继续有效的决议》。1979年第五届人大第二次会议召开后,立法进入了新的发展阶段,一元多层次立法体制逐渐确立,法律制定工作逐渐得到重视。改革开放30多年来,在中国共产党的正确领导下,经过各方面坚持不懈的共同努力,我国立法工作取得了举世瞩目的巨大成就。1982年通过了现行宪法,此后又根据客观形势的发展需要,先后四次对宪法部分内容作了修改。

1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国宪法》第13条修正案,在《宪法》第5条增加一款,明确规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”这就以根本大法的形式把依法治国的治国方略上升为一项基本的法律原则。这表明,中国将依靠政府的推进,辅之以社会(民间)的力量,走向法制现代化(法治化)的道路。

2014年10月23日中国共产党第十八届中央委员会第四次全体会议通过的《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的决定》提出全面推进依法治国,总目标是建设中国特色社会主义法治体系,建设社会主义法治国家。这就是,在中国共产党领导下,坚持中国特色社会主义制度,贯彻中国特色社会主义法治理论,形成完备的法律规范体系、高效的法治实施体系、严密的法治监督体系、有力的法治保障体系,形成完善的党内法规体系,坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,实现科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,促进国家治理体系和治理能力现代化。

当代中国的法律制度是在我国社会主义建设过程中建设起来的。我国把法制建设与经济、政治及思想文化建设相联系,使其协调发展的战略,党对法制建设统一领导与协调的措施,全心全意为人民服务、法律工作服务于人民、便于人民的思想,预防犯罪和改造犯罪、对社会治安实行综合治理等,集中体现了有中国特色的社会主义法律制度的性质。但是,也应该看到,在一个相当长的时期,由于我国实行的是计划经济 and 高度集中统一的国家领导体制,在当代中国的法律制度和观念中还有许多与此相伴随的东西,法治建设还存在许多不适应、不符合的问题,主要表现为:有的法律法规未能全面反映客观规律和人民意愿,针对性、可操作性不强,立法工作中部门化倾向、争权诿责现象较为突出;有法不依、执法不严、违法不究现象比较严重,执法体制权责脱节、多头执法、选择性执法现象仍然存在,执法司法不规范、不严格、不透明、不文明现象较为突出,群众对执法司法不公和腐败问题反映强烈;部分社会成员尊法信法守法用法、依法维权意识不强,一些国家工作人员特别是领导干部依法办事观念不强、能力不足,知法犯法、以言代法、以权压法、徇私枉法现象依然存在。

当代中国的法律制度的建立和完善过程,是一个中国固有的法律文化、法律传统与外来法律文化的冲突与融合的过程,也是传统的法律文化迎接挑战、实现创造性转换的过程。我们应当注意总结中国自己的实践经验,注意保持中国自己优秀的法律传统;同时把中国法律文化放在世界法律文化的整体中去观察和研究,注意从外国法律文化的现

代化过程中吸取经验和教训。

法治既是指一种治国的方略、社会调控方式,又是指一种依法办事而形成的法律秩序,还是指一种法律价值、法律精神,一种社会理想。法治强调通过法律对权力进行控制,保障公民的权利。就治理主体而言,法治是多数人之治;就治理对象而言,法治是管制公权之治;就治理工具而言,法治是良法之治;就治理手段而言,法治是规则之治;就治理形式而言,法治是客观之治;就治理目标而言,法治是保障自由之治。与神治、人治不同,法治是一种共治、自治。

我们应当看到当代中国进行法律制度的完善、法治建设的具体背景,我们的法治建设主要是由外部力量引发的,内在需求不足。同时,我国的法治建设是在经济并不很发达的社会里进行的,物质力量不很雄厚。因此,当代中国的法治建设面临着国情与理想、继承与移植、本土化与国际化、地方性与普适性、变革法制与守成法制等诸多关系的处理,面临着深层的文化、价值的冲突等难以避免的问题。当代中国的法治建设是一个长期的过程。

同时,我国需要坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理,提高社会治理法治化水平。深入开展多层次多形式法治创建活动,深化基层组织和部门、行业依法治理,支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。

第二节 当代中国的法律制定

一、当代中国的法律制定

法律制定即立法,是指一定的国家机关依照法定职权和程序,制定、修改和废止法律和其他规范性法律文件及认可法律的活动,是将一定阶级的意志上升为国家意志的活动,是对社会资源、社会利益进行第一次分配的活动。

立法是国家机关的专有活动和基本职能,是随着国家的产生和发展而出现和发展起来的,并且日益完善和制度化。在社会主义制度下,国家的一切权力属于人民,立法是广大人民群众通过自己的国家机关,按照自己的要求和愿望进行的活动,具有广泛的民主性。

立法原则是指导立法主体进行立法活动的基本准则,是立法过程中应当遵循的指导思想。①法治原则。立法的法治原则要求一切立法活动都必须以宪法为依据,符合宪法的精神;立法活动都要有法律根据,立法主体、立法权限、立法内容、立法程序都应符合法律的规定,立法机关必须严格按照法律规范的要求行使职权,履行职责。②民主原则。立法应当体现广大人民的意志和要求,确认和保障人民的利益;应当通过法律规定,保障人民通过各种途径参与立法活动,表达自己的意见;立法过程和立法程序应具有开放性、

透明度,立法过程中要坚持群众路线。③科学原则。立法应当实事求是、从实际出发,尊重社会的客观实际状况,根据客观需要反映客观规律的要求;要以理性的态度对待立法工作,注意总结立法现象背后的普遍联系,揭示立法的内在规律;立法应该合理;应十分重视立法的技术、方法,提高立法的质量。

随着国家立法和地方立法的快速发展,面临的问题日渐增多,2000年3月15日第九届全国人民代表大会第三次会议通过了《立法法》,自2000年7月1日起施行。《立法法》分为六章94条,包括总则、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章、适用与备案、附则等,对立法原则、立法权限、立法程序、法律解释等进行了较为全面的规定,为立法的科学化、规范化提供了制度保障。2015年3月15日,第十二届全国人民代表大会第三次会议通过了关于修改《立法法》的决定,为授权立法设限制,制定规章不得限制公民权利,明确税收必须法定,规定设区的市可以对“城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项”制定地方性法规,建立了立法评估机制。

二、当代中国的立法体制

当代中国是单一制国家,根据中国宪法的规定,中国的立法体制是一元性的立法体制,全国只有一个立法体系;同时又是多层次的。在我国,根据《宪法》的规定,全国人民代表大会及其常委会行使国家立法权,制定法律;国务院根据宪法和法律制定行政法规;省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;设区的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况 and 实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以对城乡建设与管理、环境保护、历史文化保护等方面的事项制定地方性法规,法律对设区的市制定地方性法规的事项另有规定的,从其规定;设区的市的地方性法规须报省、自治区的人民代表大会常务委员会批准后施行;民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族地区的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例;经济特区所在地的省、市的人民代表大会及其常务委员会根据全国人民代表大会的授权决定,制定法规,在经济特区范围内实施;国务院各部、委员会、中国人民银行、审计署和具有行政管理职能的直属机构,可以根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限范围内,制定规章;省、自治区、直辖市和设区的市、自治州的人民政府,可以根据法律、行政法规和本省、自治区、直辖市的地方性法规,制定规章。此外,按照“一国两制”的原则,特别行政区实行的制度(包括立法制度),由全国人民代表大会以法律规定。

我国《立法法》第8条规定,下列事项只能制定法律:国家主权的事项;各级人民代表大会、人民政府、人民法院、人民检察院的产生、组织和职权;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;犯罪和刑罚;对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;税种的设立、税率的确定和税收征收管理等税收基本制度;对非国有财产

的征收、征用;民事基本制度;基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;诉讼和仲裁制度;必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项等。

法律渊源是指一定的国家机关依照法定职权和程序制定或认可的具有不同法律效力和地位的法律的不同表现形式,即根据法律的效力来源不同,而划分的法律的不同形式。当代中国的法律渊源主要为以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规、国际条约和国际惯例等。

三、当代中国的法律体系

法律体系,也称为部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。法律体系是一国国内法构成的体系,不包括完整意义的国际法即国际公法。法律体系是一国现行法构成的体系,反映一国法律的现实状况,它不包括历史上废止的已经不再有效的法律,一般也不包括尚待制定、还没有制定生效的法律。

当代中国的法律体系通常包括宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法七方面法律部门。

到2016年5月底,我国已制定现行有效宪法和法律248件、行政法规680多件、地方性法规8600多件,并全面完成了对现行法律和行政法规、地方性法规的集中清理工作。目前,涵盖社会关系各个方面的法律部门已经齐全,各法律部门中基本的、主要的法律已经制定,相应的行政法规和地方性法规比较完备,法律体系内部总体做到科学和谐统一。一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依。这是我国社会主义民主法制建设史上的重要里程碑,具有重大的现实意义和深远的历史意义。

形成中国特色社会主义法律体系的基本经验最重要的有五条:一是坚持党的领导。这是人民当家做主和依法治国的根本保证,也是加强民主法制建设、做好立法工作的根本保证。二是坚持以中国特色社会主义理论体系为指导。这是加强民主法制建设、做好立法工作的根本前提。三是坚持从中国国情和实际出发。这是加强民主法制建设、做好立法工作的客观要求。四是坚持以人为本、立法为民。这是加强民主法制建设、做好立法工作的根本目的。五是坚持社会主义法制统一。这是加强民主法制建设、做好立法工作的内在要求。

第三节 当代中国的法律实施

法律发挥作用的前提为法律创制;但有了法典,法律并不必然具有意义,法律唯有通过守法、执法、司法、法律监督等方式,在社会生活中实施,才能真正规范人们行为、调整社会关系、保障公民权利、实现社会正义。

一、守法

守法即法律遵守,是指一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织、全体公民都必须遵守法律,严格依法办事。守法既要求国家机关、社会组织和公民根据法律的规定承担义务、自觉履行义务(职责),更包含国家机关、社会组织和公民依法享有权利、行使权利。守法并不仅仅是消极的、被动的,而是行使权利和履行义务两个方面的结合。

守法是法律实施的一种重要形式,也是法治的基本内容和要求。立法者制定了法律,除了依靠国家机关执行法律、适用法律以外,主要依靠全社会公民积极遵守。

守法是现代法治的基本原则之一。亚里士多德曾经指出:“邦国虽有良法,要是人民不能全遵循,仍然不能实现法治。”守法是基于秩序的需要,是保障利益的需要,也是法律规律性和科学性的必然要求。我国社会主义市场经济体制的提出和建立,为中国实现法治提供了前提条件,但是,长期的封建专制统治的影响、权力过分集中的政治体制、商品经济不发达、缺乏民主与法制传统,以及义务本位观等因素都是阻碍人们守法、贯彻普遍守法原则的障碍。因此,强调人们守法,特别是强调一切社会主体普遍平等守法对今天中国法治建设,对中国早日实现法治,无疑具有重大的现实意义和深远的历史意义。

深入开展多层次多形式法治创建活动,深化基层组织和部门、行业依法治理,支持各类社会主体自我约束、自我管理。发挥市民公约、乡规民约、行业规章、团体章程等社会规范在社会治理中的积极作用。

二、执法

执法即法律执行,是指国家行政机关、法律授权、委托组织及其公职人员在行使行政管理权的过程中,依照法定职权和程序,贯彻实施法律的活动。

执法作为国家行政机关独立的职能,是近代民主政治制度的产物。在古代社会,国家的立法、司法、行政权均由最高统治者一人掌握,君主可以一言兴法,也可以一言废法,国家行政机关根据最高统治者的个人意志进行行政事务管理。资产阶级革命后,建构了立法、司法、行政三权分立的国家制度,确立了依法行政的法制原则,民主政治消除了个人对社会享有至高无上统治权的现象,避免了个人的独断专行。国家行政机关执行法律

是人类制度文明进步的结果。

法律的生命力在于它在社会生活中的具体实施。法律执行是法律实施的重要组成部分。法律执行是广泛的普遍的实施法律的活动,是法律实现的主要途径。因此,法律执行在我国法制建设中占有十分重要的地位,对实现现代法治国家、建设法治社会具有重要意义。

执法是实现政府职能的最主要、最重要的手段。随着我国市场经济体制的建立和逐步完善,政府行为从本质上讲都是一种法律行为,除了某些行政立法行为以外,其他的都与执法有密切联系,都属于执法行为。政府从过去主要采取行政手段直接管理经济、管理社会转变为通过法律宏观间接管理为主的宏观、微观相结合的管理,政府职能也从传统的计划、审批、许可、指挥、组织产供销、命令向规划、制定法规、运用经济杠杆、指导、协调、服务转变。在现代法制国家,政府职能要通过有效的执法活动来实现。因此,执法对于转变政府职能、规范政府权力、调整政府与市场主体的关系、促进经济社会发展是非常必要的。国家行政机关通过执法管理国家事务社会公共事务,通过依法行政实现政府职能。

执法在分配社会资源、维护社会秩序、保障公民权利、推动社会进步方面起着重要的作用。特别是在现代社会,国家行政机关的职能膨胀,行政事务日趋庞杂,行政管理的范围日益广泛,法律执行在社会生活中的重要性更加突出。由于社会发展的迅速、社会问题的复杂,现代国家的立法机关为适应社会的变化而广泛授权给行政机关,行政机关的权限和职能有了极大的扩张,往往集立法、司法、行政职能于一身,分权、依法行政管理原则的解释与运用日益朝宽泛方向发展。国家行政机关在社会发展中处于主导地位,行政机关通过法律执行调整社会关系,干预社会生活,影响社会成员,引领社会变化。

三、司法

司法即法律适用,通常是指国家司法机关根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。司法是实施法律的一种方式,对实现立法目的、发挥法律的功能、维持社会秩序具有重要的意义。在许多情况下,只要公民和社会组织依照法律行使权利并履行义务,法律就能够在社会实际生活中得以实现。但是,当公民、社会组织和国家机关在相互关系中发生了自己无法解决的争议,致使法律规定的权利义务无法实现时,或者当公民、社会组织和国家机关在其活动中遇到违法、违约或侵权行为时,就需要司法机关适用法律,即运用法律裁决纠纷,解决争端,制裁违法、犯罪行为,恢复权利。

一般认为,司法具有被动性、中立性、终极性、交涉性、公正优先性的特点。

为了保证法正确、合法、及时地适用,根据我国的实际情况和司法实践,在《宪法》、《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》、《刑事诉讼法》、《民事诉讼法》以及其他法律中确定了一系列法律适用原则,主要有公民在法律适用上一律平等原则、司法机关依法独

立行使职权原则、以事实为根据以法律为准绳原则、司法公正原则等。

四、法律监督

法律监督是指由所有国家机关、社会组织和公民依法对国家的经济、政治、文化、社会等方面的各种法律活动进行的监察和督促。

法律监督是维护法制的统一和尊严的重要制度,是制约权力、防止权力滥用和腐败、保护公民合法权益的重要手段。有效的法律监督是完善权力制约机制,保证司法机关、执法机关严格依法办事的关键。同时,有效的法律监督对于监察、督促所有国家机关、社会组织和公民遵守宪法和法律,依法办事,也具有十分重要的意义。

根据监督主体的不同,可以将当代中国的法律监督体系分为两大类:国家监督和社会监督。国家监督是指国家机关的监督,包括国家权力机关、行政机关和司法机关的监督。我国宪法和有关法律明确规定了国家监督的权限和范围。这类监督都是依照一定的法律程序,以国家的名义进行,具有国家强制性和法律效力,是我国法律监督体系的核心。社会监督即非国家机关的监督,是指各政党、各社会组织、公民以多种形式、多种手段和多种途径广泛地、积极主动地参与法律实施的一种监督。社会监督主体广泛、方式灵活,没有严格的程序规定,在宪法和法律上的依据也多带有原则性。社会监督在我国法律监督体系中占有重要的地位,是人民群众当家做主、参与国家事务管理的重要手段。

第二章 中国宪法

宪法是国家的根本法,规定国家的根本制度和根本任务,具有最高的法律效力,是公民权利的保障书,是民主事实法律化的基本形式。我国重视宪法和宪政制度的建设,保障公民基本权利的享有。

宪法是商品经济普遍化发展的产物。公民权利保障、国家权力制约是宪法的核心和精神。除了宪法之外,我国还制定了一系列宪法性的法律如选举法、组织法、代表法、立法法等,从而更好地保障与实现宪法的精神。

第一节 中国宪法概述

一、中国宪法的制定和修改

为了确立国家最根本、最重要的问题,1949年9月召开了具有广泛代表性的中国人民政治协商会议,制定了起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》。

中华人民共和国第一部宪法是1954年制定的。1953年1月13日中央人民政府委员会决定成立中华人民共和国宪法起草委员会,毛泽东为宪法起草委员会主席。宪法起草委员会组织起草出宪法草案后,由中央人民政府委员会于1954年6月14日将草案公布,交付全国人民讨论。宪法起草委员会根据全民讨论提出的意见,对草案又作了修改。1954年9月20日,第一届全国人民代表大会第一次会议以无记名投票的方式通过了《中华人民共和国宪法》。1954年宪法共106条,分为序言,第一章总纲,第二章国家机构,第三章公民的基本权利和义务,第四章国旗、国徽、首都。这部宪法把人民民主和社会主义原则以法律形式固定下来,对于国家权力的配制和公民权利的规定都比较详备。

1954年宪法通过之后,中国的宪政建设走过一段曲折的道路。在1966年至1976年期间,发动了“文化大革命”,使中国的社会主义民主和法制建设遭到严重破坏。1975年1月17日第四届全国人民代表大会第一次会议通过的宪法,仅30条,而且反映了“文化大革命”期间许多错误的东西。随后,1978年3月5日第五届全国人民代表大会第一次会议通过的宪法,虽然比1975年宪法有所改进,但仍保留了“文化大革命”期间错误的东西,同样不能适应国家发展的需要。1980年9月10日,第五届全国人民代表大会第三次会议接受中共中央的建议,决定成立宪法修改委员会,对1978年宪法进行全面修改。

1982年4月,宪法修改委员会提出的宪法修改草案,由全国人大常委会公布,交付全

国人民讨论。宪法修改委员会根据全民讨论中提出的意见,对草案又作了修改。1982年12月4日,第五届全国人民代表大会第五次会议以无记名投票方式通过了《中华人民共和国宪法》。

我国现行《宪法》共138条,分为序言,第一章总纲,第二章公民的基本权利和义务,第三章国家机构,第四章国旗、国徽、首都。同以前的宪法相比较,“公民基本权利”被提到“国家机构”之前,反映出现行宪法对保障公民基本权利的重视。

1982年宪法通过之后,又进行了四次修改。第一次是1988年4月12日第七届全国人民代表大会第一次会议。《宪法》第11条增加“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”。第10条第4款修改土地不得出租的规定,“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。

第二次是1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次会议。修订了《宪法》序言第7自然段,提出“我国正处于社会主义初级阶段”,增加“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”;第7条的“国营经济”修改为“国有经济”;第8条第1款的“农村人民公社、农业生产合作社”修改为“农村中的家庭联产承包为主的责任制”;第15条的“国家在社会主义公有制基础上实行计划经济”修改为“国家实行社会主义市场经济”;第16条、第42条第3款的“国有企业”修改为“国营企业”;第16条删除“国营企业在服从国家的统一领导和全面完成国家计划的前提下”的规定;第17条删除“集体经济组织在接受国家计划指导和遵守有关法律的前提下”的规定;第98条关于县、市、市辖区的人民代表大会每届任期从3年改为5年。

第三次是1999年3月15日第九届全国人民代表大会第二次会议。修订了《宪法》序言第7自然段,增加“我国将长期处于社会主义初级阶段”,关于指导思想“马克思列宁主义、毛泽东思想”后增加了“邓小平理论”;第5条增加1款,作为第1款,规定“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”;第6条增加“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”;第8条增加“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”,社会主义劳动群众集体所有制经济的构成中删除了“家庭联产承包为主的责任制”的规定;第11条将“个体经济,是社会主义公有制经济的补充”修改为“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”;第28条“反革命的活动”修改为“危害国家安全的犯罪活动”。

第四次是2004年3月14日第十届全国人民代表大会第二次会议。《宪法》序言第7自然段中关于指导思想“马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论”后增加“‘三个代表’重要思想”,“沿着建设有中国特色社会主义的道路”修改为“沿着中国特色社会主义道路”,“逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化”之后增加“推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展”;第10自然段关于统一战线“包括全体社会主义劳动者、拥护社

会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者”的构成上,增加“社会主义事业的建设者”;第10条第3款“对土地实行征用”修改为“土地实行征收或者征用并给予补偿”;第13条“国家保护公民的合法的收入、储蓄、房屋和其他合法财产的所有权”修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“保护公民的私有财产的继承权”修改为“保护公民的私有财产权和继承权”,增加“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”;第14条增加1款,作为第4款“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”;第33条增加1款,作为第3款“国家尊重和保障人权”;第59条第1款关于全国人大代表的组成上增加特别行政区的代表;第67、80、89条“戒严”修改为“紧急状态”;第89条关于国家主席的外交职权上增加“进行国事活动”;第98条删除“乡、民族乡、镇的人民代表大会每届任期三年”的规定,统一修改为“地方各级人民代表大会每届任期五年”。第四章章名“国旗、国徽、首都”修改为“国旗、国歌、国徽、首都”;第136条增加1款,作为第2款“中华人民共和国国歌是《义勇军进行曲》”。

二、宪法的基本原则

我国宪法属于现代民主国家的宪法,同时又是社会主义的宪法。因此,我国宪法遵循四项基本原则、人民主权原则、基本人权原则、法治原则、权力制约原则,将此作为贯穿立宪和行宪的基本精神。

坚持四项基本原则是中国宪法的指导思想、基本原则。宪法序言明确规定:“中国新民主主义革命的胜利和社会主义事业的成就,是中国共产党领导中国各族人民,在马克思列宁主义、毛泽东思想的指引下,坚持真理,修正错误,战胜许多艰难险阻而取得的。我国将长期处于社会主义初级阶段。国家的根本任务是,沿着建设有中国特色社会主义的道路,集中力量进行社会主义现代化建设。中国各族人民将继续在中国共产党领导下,在马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论指引下,坚持人民民主专政,坚持社会主义道路,坚持改革开放,不断完善社会主义的各项制度,发展社会主义市场经济,发展社会主义民主,健全社会主义法制,自力更生,艰苦奋斗,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,推动物质文明、政治文明和精神文明协调发展,把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。”

我国《宪法》第2条规定,中华人民共和国的一切权力属于人民。这表明中国的主权属于全体人民,人民当家做主,决定国家事务。人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。

宪法中有关“公民基本权利”的规定,实质上就是对基本人权的确认。公民基本权利和自由是人民当家做主最直接的表现。如《宪法》中规定的公民参与国家政治生活的权利和自由、公民的人身自由和信仰自由、公民的经济社会文化方面的权利等,就是基本人权的主要内容。

我国宪法不仅宣布宪法是国家的根本法,具有最高的法律效力,是一切国家机关和全体公民最高的行为准则,而且还规定国家的立法权属于最高的人民代表机关。我国依法治国,强调所有的主体守法,尤其是政府要守法,官员要守法。

为了保障公民权利,就应该对国家权力进行制约,对国家机关的权力运行进行监督。我国宪法既规定了公民权利对国家权力的制约,也规定了国家权力对国家权力的制约,以防止国家权力的滥用。

三、设立国家宪法日和实行宪法宣誓制度

为了增强全社会的宪法意识,弘扬宪法精神,加强宪法实施,全面推进依法治国,2014年11月1日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议决定将12月4日设立为国家宪法日,国家通过多种形式开展宪法宣传教育活动。

为彰显宪法权威,激励和教育国家工作人员忠于宪法、遵守宪法、维护宪法,加强宪法实施,2015年7月1日,第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议决定各级人民代表大会及县级以上各级人民代表大会常务委员会选举或者决定任命的国家工作人员,以及各级人民政府、人民法院、人民检察院任命的国家工作人员,在就职时应当公开进行宪法宣誓。

宣誓誓词的内容是:“我宣誓:忠于中华人民共和国宪法,维护宪法权威,履行法定职责,忠于祖国、忠于人民,恪尽职守、廉洁奉公,接受人民监督,为建设富强、民主、文明、和谐的社会主义国家努力奋斗!”

第二节 国家的基本制度

我国《宪法》第1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。”这表明,中国的国家性质是人民民主专政。

生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制,是中国的社会主义经济制度的基础。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。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。

人民代表大会制度是中国的根本政治制度。《宪法》规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”“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。”人民代表大会制度作为国家的根本政治制度,其基本内容是:全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督;人民代表大会是国家权力机关。国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受

它监督。在人民代表大会统一行使国家权力的前提下,各国家机关又分工协作,既避免权力过分集中,又可以使国家的各项工作有效地进行;中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。

我国宪法规定了选举制度。依照《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》的规定,各级人民代表大会代表的选举,遵循以下原则:①选举权利的普遍原则。年满18周岁的中华人民共和国公民,除依照法律被剥夺政治权利的人以外,都有选举权和被选举权。②选举权利的平等原则。每一选民在一次选举中只有一个投票权,并规定划分选区时,按照本行政区域内各选区每一代表所代表的人口数大体相等的原则划分,以保障选民的平等权利。③直接选举和间接选举相结合的原则。各级人民代表大会代表的选举,分别采取直接选举和间接选举两种不同的办法。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大的代表,由选民直接选举。全国人民代表大会的代表,省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大的代表,由下一级人民代表大会选举。④无记名投票的原则。各级人民代表大会代表的选举,一律采用无记名投票的方法,选举时应当设有秘密写票处。⑤差额选举的原则。选举各级人民代表大会代表,实行候选人名额多于应选代表名额的办法。由选民直接选举人民代表大会代表的,代表候选人的人数应多于应选代表名额 $1/3$ 至 1 倍;由县级以上的地方各级人民代表大会选举上一级人民代表大会代表的,代表候选人的人数应多于应选代表名额 $1/5\sim 1/2$ 。在选民直接选举人民代表大会代表时,选区全体选民的过半数参加投票,选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时,始得当选。县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时,代表候选人获得全体代表过半数的选票时,始得当选。

《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法》的规定,代表应当采取多种方式经常听取人民群众对代表履职的意见,回答原选区选民或者原选举单位对代表工作和代表活动的询问,接受监督。由选民直接选举的代表应当以多种方式向原选区选民报告履职情况。县级人民代表大会常务委员会和乡、民族乡、镇的人民代表大会议主席团应当定期组织本级人民代表大会代表向原选区选民报告履职情况。

我国采取单一制国家结构形式。宪法规定,中国是全国各族人民共同缔造的统一的多民族国家。

我国实行民族区域自治制度。中国是统一的多民族国家,除汉族外,有55个少数民族。少数民族人口约占全国总人口的 8% ,少数民族聚居的地区约占全国总面积的 60% 。为了保障各少数民族的合法的权利和利益,维护和发展各民族的平等、团结、互助关系,中国实行民族区域自治制度,在少数民族聚居的地方实行区域自治。民族自治地方分为自治区、自治州、自治县。各民族自治地方都是中华人民共和国不可分离的部分。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。自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会中应当有实行区域自治的民族公民担

任主任或副主任。自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的公民担任。民族自治地方的自治机关除依法行使一般地方国家机关的职权外,依法行使自治权,根据本地方实际情况贯彻执行国家的法律、政策。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例。上级国家机关的决议、决定、命令和指示,如有不适合民族自治地方实际情况的,自治机关可以报经该上级国家机关批准,变通执行或停止执行。民族自治地方的自治机关在国家计划指导下,自主地安排和管理地方性的经济建设事业;自治机关有管理地方财政的自治权;自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业。国家在民族自治地方开发资源、建设企业的时候,应当照顾民族自治地方的利益;国家从财政、物资、技术等方面帮助各少数民族加速发展经济建设和文化建设事业,国家帮助民族自治地方从当地民族中大量培养各级干部、各种专业人才和技术工人。

为了解决台湾、香港、澳门问题,我国宪法规定了特别行政区制度。《宪法》第31条规定:“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”

香港和澳门自古以来就是中国的领土。中华人民共和国政府于1997年7月1日恢复对香港行使主权,于1999年12月20日恢复对澳门行使主权。1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议决定,自1997年7月1日起设立香港特别行政区,并通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》。1993年3月31日第八届全国人民代表大会第一次会议决定,自1999年12月20日起设立澳门特别行政区,并通过了《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》。

为了维护国家的统一和领土完整,有利于香港、澳门的繁荣、发展和社会稳定,国家决定按照“一个国家,两种制度”的方针,不在香港、澳门实行社会主义的制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式,50年不变。香港特别行政区和澳门特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分,是中央人民政府直辖的地方行政区域,同时又是实行与内地不同的制度和政策、享有高度自治权的特别行政区。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,此外,经中央人民政府授权还可以自行处理一些有关的对外事务。为了保证中央对特别行政区的领导和管理,特别行政区的国防和外交事务由中央人民政府负责管理,行政长官和政府主要官员由中央人民政府任命;少数有关国防、外交和不属于特别行政区自治范围的全国性法律要在特别行政区公布或立法实施。特别行政区立法机关制定的法律,须报全国人民代表大会常务委员会备案。如果全国人民代表大会常务委员会认为特别行政区立法机关制定的法律不符合《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》关于中央管理的事务及中央和特别行政区的关系的条款,可将有关法律发回。《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》的修改权属于全国人民代表大会,《香港特别行政区基本法》《澳门特别行政区基本法》的解释权属于全国人民代表大会常务委员会。

第三节 公民的基本权利

人民当家做主,即人民主权,按法律精神而言,权力是为实现权利而由权利派生的。公民权利在宪法中的至上性正是权力合法性和正当性的依据和根本。当然,公民权利的天赋性和至上性决定其为宪政理论的出发点和归宿点,它是宪法制定和实施的终极目的。

公民权利是社会成员的个体自主和自由在法律上的反映,享有权利是社会成员实现个体自主和自由的具体表现。我国《宪法》对公民的基本权利做了全面规定,为保护人权奠定了坚实的基础。

一、平等权

《宪法》第 33 条规定,中华人民共和国公民在法律面前一律平等。任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。

二、政治权利和自由

《宪法》第 34、35、41 条规定,年满 18 周岁的中华人民共和国公民,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。公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。公民对任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告、检举的权利。公民权利受到国家机关和国家工作人员侵犯而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。

三、宗教信仰自由

《宪法》第 36 条规定,公民有宗教信仰的自由,国家保护正常的宗教活动。

四、人身自由

《宪法》第 37、38、39、40 条规定,公民的人身自由不受侵犯。任何公民,非经人民检察院批准或决定或人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或非法侵入公民的住宅。公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或追查刑事犯罪的需要,由公安机关或检察机关依照法律规定的程序对通信进

行检查外,任何组织或个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。

五、经济、社会、文化方面的权利

《宪法》第13、42、43、44、45、46、47条规定,公民的合法的私有财产不受侵犯,国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。公民有劳动的权利。劳动者有休息的权利,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。国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关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。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,国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。公民有受教育的权利。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。

六、特定主体的权利

《宪法》第48、49、50条规定,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。婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。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。

公民享受着广泛的人权和自由,同时,公民在行使基本自由和权利的时候,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。中国宪法规定,公民也要履行维护国家统一和民族团结,维护祖国的安全、荣誉和利益,依照法律服兵役,依照法律纳税的基本义务。

我国宪法没有将罢工自由、迁徙自由、环境权等规定为公民的基本权利。随着社会的发展,我国《宪法》所确认和保障的公民基本权利的范围将会越来越广泛。

第四节 国家机构

国家机构是国家权力的载体和体现。《宪法》规定中国的国家机构实行民主集中制原则、法治原则、责任制原则、联系群众为人民服务原则、精简和效率原则。我国的国家机构包括国家权力机关(立法机关)、行政机关、司法机关。

一、全国人民代表大会

全国人民代表大会是中国的最高国家权力机关。它的常设机关是全国人民代表大会常务委员会。全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。每届任期五年。《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》规定,全国人民代表大会代表的名额不超过三千人。第十二届全国人民代表大会

代表为 2987 名。根据《宪法》的规定,全国人民代表大会的职权为:①修改宪法,制定和修改刑事、民事、国家机构的和其他的基本法律;②监督宪法的实施;③选举中华人民共和国主席、副主席,决定国务院总理和国务院其他组成人员的人选,选举中央军事委员会主席,决定中央军事委员会其他组成人员的人选,选举最高人民法院院长、最高人民检察院检察长,并有权罢免上述人员;④审查和批准国民经济和社会发展规划,审查和批准国家预算;⑤批准省、自治区、直辖市的建置;⑥决定特别行政区的设立及其制度;⑦决定战争和和平的问题;⑧应当由最高国家权力机关行使的其他职权。

全国人民代表大会常务委员会由全国人民代表大会在代表中选举产生,由委员长、副委员长、秘书长、委员组成。全国人民代表大会常务委员会每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。委员长、副委员长连续任职不得超过两届。常务委员会组成人员不得担任国家行政机关、审判机关、检察机关的职务。

根据《宪法》的规定,全国人民代表大会常务委员会的职权为:①解释宪法,监督宪法的实施;②制定和修改除应当由全国人民代表大会制定的法律以外的其他法律;③解释法律;④在全国人民代表大会闭会期间,审查和批准国民经济和社会发展规划、国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案;⑤监督国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院的工作;⑥在全国人民代表大会闭会期间,决定国务院部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选,决定除中央军事委员会主席以外的中央军事委员会其他组成人员的人选;任免最高人民法院副院长、审判员,任免最高人民检察院副检察长、检察员;决定驻外全权代表的任免;⑦决定同外国缔结的条约和重要协定的批准和废除;⑧规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度;⑨规定和决定授予国家的勋章和荣誉称号;⑩决定特赦;⑪在全国人民代表大会闭会期间,如果遇到国家遭受武装侵犯或必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况,决定战争状态的宣布;⑫决定全国总动员或者局部动员;⑬决定全国或个别省、自治区、直辖市的进入紧急状态;⑭全国人民代表大会授予的其他职权。

全国人民代表大会设立了民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会等专门委员会。各专门委员会在全国人民代表大会和它的常务委员会领导下,研究、审议和拟订有关议案。

全国人民代表大会代表在全国人民代表大会开会期间,全国人大常委会组成人员在全国人大常委会开会期间,有权依照法律规定的程序提出对国务院或国务院各部、各委员会的质询案。受质询的机关必须负责答复。全国人民代表大会和它的常务委员会认为必要的时候,可以组织关于特定问题的调查委员会,并根据调查委员会的报告,作出相应的决议。

全国人民代表大会会议每年举行一次,由全国人民代表大会常务委员会召集。全国人民代表大会常务委员会会议一般每两个月举行一次;有特殊需要的时候,可以临时召集会议。

二、中华人民共和国主席

中华人民共和国主席、副主席由全国人民代表大会选举。国家主席的职权为:根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定,公布法律,任免国务院总理和国务院其他组成人员,授予国家的勋章和荣誉称号,发布特赦令,宣布进入紧急状态,宣布战争状态,发布动员令,派遣和召回驻外全权代表,批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。中华人民共和国主席缺位的时候,由副主席继任主席的职位。中华人民共和国主席、副主席每届任期同全国人民代表大会每届任期相同,连续任职不得超过两届。全国人民代表大会有权罢免国家主席、副主席。

三、国务院

国务院即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。国务院由总理、副总理、国务委员,以及各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。国务院每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

国务院的职权为:①根据宪法和法律,规定行政措施,制定行政法规,发布决定和命令;②向全国人民代表大会或全国人民代表大会常务委员会提出议案;③规定各部和各委员会的任务和职责,统一领导各部和各委员会的工作;④统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,规定中央和省、自治区、直辖市的国家行政机关的职权的具体划分;⑤编制和执行国民经济和社会发展计划和国家预算;⑥领导和管理经济工作和城乡建设;⑦领导和管理教育、科学、文化、卫生、体育和计划生育工作;⑧领导和管理民政、公安、司法行政和监察等工作;⑨管理对外事务,同外国缔结条约和协定;⑩领导和管理国防建设事业;⑪领导和管理民族事务;⑫保护华侨的正当权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益;⑬批准省、自治区、直辖市的区域划分,批准自治州、县、自治县、市的建置和区域划分;⑭决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区的戒严;⑮审定行政机构的编制,依照法律规定任免、培训、考核和奖惩行政人员;⑯全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会授予的其他职权。

国务院对全国人民代表大会负责并报告工作;在全国人民代表大会闭会期间,对全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作。国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并,由全国人民代表大会决定;在全国人民代表大会闭会期间,由全国人民代表大会常务委员会决定。国务院现有外交部、司法部等部、委、行、署。

四、中央军事委员会

中央军事委员会由主席、副主席若干人、委员若干人组成。中央军事委员会领导全

国武装力量。中央军事委员会主席由全国人民代表大会选举。中央军事委员会其他组成人员,根据中央军事委员会主席的提名,由全国人民代表大会决定;在全国人民代表大会闭会期间,由全国人民代表大会常务委员会决定。中央军事委员会每届任期同全国人民代表大会每届任期相同。中央军事委员会主席对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。

五、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府

根据《宪法》的规定,中华人民共和国的行政区域划分如下:①全国分为省、自治区、直辖市;②省、自治区分为自治州、县、自治县、市;直辖市和较大的市分为区、县;自治州分为县、自治县、市;③县、自治县分为乡、民族乡、镇。

地方各级人民代表大会是地方国家权力机关。省、自治区、直辖市、自治州、设区的市、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民代表大会,每届任期五年。乡、民族乡、镇的人民代表大会每届任期五年。县级以上地方各级人民代表大会设立常务委员会。常务委员会组成人员不得担任国家行政机关、审判机关、检察机关的职务。

地方各级人民代表大会的职权为:①在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行;②审查和批准本行政区域内的国民经济和社会发展计划和本级财政预算;③讨论、决定本行政区域内各方面工作的重大事项,依照法律规定的权限,通过和发布决议;④选举本级人民政府的省长、副省长,自治区主席、副主席,市长、副市长,州长、副州长,县长、副县长,区长、副区长,乡长、副乡长,镇长、副镇长,选举本级人民法院院长、人民检察院检察长,并有权罢免上述人员;⑤听取和审查本级人民政府、人民法院、人民检察院的工作报告;⑥有权改变或撤销本级人民代表大会常务委员会的不适当的决议,撤销本级人民政府的不适当的决定和命令。

县级以上地方各级人民代表大会常务委员会的职权为:①在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行;②讨论、决定本行政区域内各方面工作的重大事项;③根据本级人民政府的建议,决定本行政区域内的国民经济和社会发展计划、预算的部分变更;④监督本级人民政府、人民法院、人民检察院的工作,有权撤销本级人民政府的不适当的决定和命令;⑤任免本级人民政府部门负责人,本级人民法院副院长、审判员,本级人民检察院副检察长、检察员;在本级人民代表大会闭会期间,决定本级人民政府副省长、自治区副主席、副市长、副州长、副县长、副区长的个别任免;⑥有权撤销下一级人民代表大会及其常务委员会的不适当的决议。省、自治区、直辖市的人民代表大会及其常务委员会有权制定和颁布地方性法规。

地方各级人民代表大会举行会议的时候,代表可以依照法定程序提出对本级人民政府、人民法院、人民检察院的质询案;县级以上地方各级人民代表大会常务委员会举行会议的时候,常务委员会组成人员可以依照法定程序提出对本级人民政府、人民法院、人民

检察院的质询案。县级以上地方各级人民代表大会及其常务委员会可以依照法定程序组织关于特定问题的调查委员会。

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。地方各级人民政府每届任期同本级人民代表大会每届任期相同。县级以上地方各级人民政府的职权为:①执行本级人民代表大会及其常务委员会的决议,以及上级国家行政机关的决定和命令,规定行政措施,发布决定和命令;②执行国民经济和社会发展规划、预算;③管理本行政区域内的经济、教育、科学、文化、卫生、体育事业、环境和资源保护、城乡建设事业和财政、民政、公安、民族事务、司法行政、监察、计划生育等行政工作;④依照法律的规定,任免、培训、考核和奖惩国家行政机关工作人员;⑤有权改变或撤销所属各工作部门的不适当的命令、指示和下级人民政府的不适当的决定、命令。乡、民族乡、镇的人民政府的职权是,执行本级人民代表大会的决议和上级国家行政机关的决定和命令,管理本行政区域内的行政工作。

六、人民法院和人民检察院

人民法院是国家的审判机关。中华人民共和国设立最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院、海事法院等专门人民法院。最高人民法院院长由全国人民代表大会选举,最高人民法院副院长、审判员由全国人民代表大会常务委员会任免。地方各级人民法院院长由本级人民代表大会选举,副院长、审判员由本级人民代表大会常务委员会任免。最高人民法院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民法院对本级人民代表大会负责。人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

人民检察院是国家的法律监督机关。中华人民共和国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举,副检察长、检察员由全国人民代表大会常务委员会任免。地方各级人民检察院检察长由本级人民代表大会选举,并报上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准;副检察长、检察员由本级人民代表大会常务委员会任免。最高人民检察院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责。人民检察院对于刑事案件,决定逮捕和提起公诉,并对人民法院的审判活动是否合法,实行监督,对监狱、看守所的活动是否合法,实行监督。人民检察院依照法律规定独立行使检察权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

第五节 宪法的实施及其保障

我国宪法规定,全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会监督宪法的实

施。这项监督主要包括以下几个方面:第一,保证全国人大常委会制定的法律和决定同宪法不抵触,全国人民代表大会有权改变或撤销全国人大常委会制定的不适当的法律和决定。第二,对国务院的行政法规、决定和命令进行监督,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。要加强对法规、规章和规范性文件的备案审查。发现地方性法规与国家法律、行政法规相抵触的,要按照法定程序提出意见,及时提请全国人大常委会处理;发现规章与国家法律、行政法规相抵触的,要按照法定程序予以纠正;对违反法律、行政法规规定的,该撤销的依法予以撤销,该修改的依法责成制定机关及时修改。第三,对最高人民法院和最高人民检察院的工作和司法解释进行监督。第四,对省级国家权力机关制定的地方性法规和决议进行监督,全国人大常委会有权撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定和批准的同宪法、法律、行政法规相抵触的地方性法规和决议。宪法规定,地方各级人民代表大会在本行政区域内,保证宪法的遵守和执行。

监督宪法的实施,既包括对规范性文件是否合宪的监督,又包括对国家机关及其工作人员的行为是否合宪的监督。《宪法》序言明确指出:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”2006年8月27日,第十届全国人大常委会第二十三次会议审议通过了《全国人民代表大会常务委员会和县级以上地方各级人民代表大会常务委员会监督法》,自2007年1月1日起施行。这对于保障宪法的实施具有积极的意义。

通过在全国人民中广泛地宣传宪法,特别是国家机关工作人员认真学习和遵守宪法,提高广大公民的宪法意识,这对于宪法的实施,树立宪法的权威和尊严,也是非常重要的。对此,2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十一次会议决定将12月4日设立为国家宪法日,2015年7月1日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十五次会议决定实行国家工作人员就职时公开进行宪法宣誓的制度。

我国宪法的实施保障机制包括政治保障、法律保障、组织保障和依靠人民群众,对于贯彻落实宪法,推进社会主义民主政治建设和法治国家建设发挥了重要作用。同时,我国的宪法监督实施制度还需要进一步加强和完善。

宪法的实施需要司法保障。宪法转化为宪政,法制转化为法治,关键在于公民基本权利、基本人权的实现程度,在于这些权利从纸面上的权利变为现实的权利。而要做到这一点,首先需要民主政治制度 and 经济基础的保障,但同时也需要法律救济机制,包括司法救济机制的保障。没有违宪审查就没有宪法的最高法律效力,就不可能有宪政。法院对国家机关侵犯公民的基本权利的案件也应该可以直接适用宪法和直接以宪法为依据裁判。

现行《宪法》公布实施以来,在国家经济、政治、文化和社会生活等各方面都发挥了极为重要的作用。但由于种种原因,有宪不依、违宪不究、护宪不力的现象还不同程度地存

在。随着社会的发展,中国的宪法实施和宪政实现出现了许多值得注意的积极趋势:

①公民高度自发的正面参与。如有的全国人大代表成立了维权小组为公民维权。现在有不少这样的代表,表明我们的公民、代表在找回他的公民意识和代表意识。②媒体和公众议论高度参与对政府权力的监督。很多的责任事故的追查处罚都是由于媒体、公众的监督和舆论引起的。③一些地方出现主动进行政治民主改革的探索,正在推动宪政的发展。在一些地区出现了自发性的选举改革,如乡镇直选、公推公选制度等。

第三章 中国行政法律制度

第一节 行政法律制度概述

一、行政法的范围和形式

我们生活在“行政国家”之中,无时无刻不与政府打交道。从一个人出生(准生证、户籍登记),到上学(学龄、择校、高考、毕业)、结婚(婚姻登记),工作(公务员招考、户口、营业)、旅行(住宿登记)、驾车(驾照、行车、停车),直到死亡(殡葬),都受着政府的管制。同时,我们也直接和间接地受惠于政府的服务。政府的管理提供了食品、住房、行路的基本安全,提供了教育和各种信息,提供了各种补助或者救助。与政府的管理和服务有关的法律,我们称为“行政法”。

行政法的范围极其广泛,包括公安、教育、民政、劳动管理、社会保障、土地管理、城乡规划、计划生育、工商、税务、海关、边防、金融、证券交易等,足有几十个部门。可以说,行政法覆盖了我们日常行为规则的重要内容,也在很大程度上决定了我们的命运。

与刑法、民法、诉讼法等部门不同,行政法规范数量庞大,但没有统一法典。我们所称的行政法,其规范散落在上百部法律、上千部行政法规、数以万计的地方性法规和行政规章之中。此外,还有各级行政机关发布的数量更大、难以尽数的法律规范性文件。翻开任何一本法规汇编,占据最多篇幅的必然是行政法;相比之下,其他部门法律在数量上可能只占一个零头。

行政法规范散乱而庞大,给学习行政法带来了困难。由于征税、教育、土地管理之类的具体规则实在繁复,这些内容将不专门介绍。这门课主要讲授行政法的一些基本原理和原则,或者叫“行政法总论”,例如,行政机关的组织体系和职权来源,行政立法、行政处罚、行政许可等主要的行政行为,行政诉讼、行政复议等行政争议的解决办法,行政违法行为侵害公民权利时的国家赔偿等。

在过去的 30 多年中,除了大量的部门管理法律、法规、规章,我国还制定了《公务员法》《立法法》《行政处罚法》《行政许可法》《行政诉讼法》《行政复议法》《国家赔偿法》《各级人民代表大会常务委员会监督法》《政府信息公开条例》等行政法领域的通用法律。这些法律、法规构筑起我国的行政法律体系。以上述法律的颁行为标志,我国的行政管理正在逐步完善,开始走上法治主义的轨道。但是,行政活动中仍然存在诸多问题,法治的充分实现还需时日。目前,作为行政法领域具有法典性质的《行政程序法》,尚在制定过

程中。

二、行政法的功能和原则

行政法的功能不但在于促进政府更有效地管理,同时也在于控制政府权力的行使,以防其滥用权力、损害公民权利。事实上,行政法应当在保护公民权利和提高行政效率之间取得平衡。

现代法治国家的普遍经验证明,在组织一个人管理人的社会时,最好的办法是要求管理者依照事先设定的规则治理。这一要求可以简单地称为“依法行政”,或者“法治行政”。具体地说,它包括三方面的要求,即行政权力来自法律、行政行为遵守法律、行政违法承担责任。

(一) 行政权力来自法律

依照民主和法治的理念,政府的权力并非天然拥有,而是来自人民的授权;而人民的意志又集中体现为法律。因此,政府的权力必须来自法律的授权,“无法律即无行政”;至少在涉及人民权利的领域,没有法律的相应授权,行政机关不能作出任何可能损害公民权利的行为。这也可以叫做“职权法定原则”。可见,政府的权力与公民的权利是不同的,对后者而言,“法无明文禁止即自由”。现实中,一些行政官员缺乏“职权法定”的意识,以为自己“上管天,下管地,中间还要管空气”,只要是“为公家的”,就什么都可以干。当前一些恣意妄为、触目惊心的事件往往与此相关。

(二) 行政行为遵守法律

政府掌握着广泛而巨大的行政权力,与公民在实力上是不平等的。但政府同样应当遵守法律,政府的一切行为应当服从法律。换句话说,依法行政就是“法律高于政府”。一个合法的行政行为必须符合下列全部要件。

1. 具有职权

国家设官封职,各司其守。不在行政机关法定职权范围以内的行政行为,就是“超越职权”,构成违法。超越职权既可能是平级部门之间的职能跨越,也可能是下级对上级的僭越。例如,路政检查人员对“超载车辆”予以处罚,就是代行了公安交通管理部门的职权;公安局对违法经营的企业吊销营业执照,代行了工商局的职权。又如,按照《土地管理法》(1998年修正)的规定,征用土地的,应当分别情况由国务院或者省、自治区、直辖市人民政府批准,某市政府擅自“批准”征用土地,即属超越职权。

2. 程序合法

行政行为不但要求内容合法,还要求实施行政行为的过程符合法律规定的方式方法、步骤顺序和时限,即程序合法。对行政权力的控制从注重内容转移到强调程序,是现代行政法的一个重要趋势。我国长期以来“重实体轻程序”,认为只要结果合理,程序无

关紧要。正如违反操作规程的产品常常是废品,实践证明,对程序的违背往往导致结果的错误。不但如此,任何不顾公认的程序准则、独断专横的行为,如先作处理再调查取证、该回避而未回避,即使其所作的处理在结果上“正确”,也难服人心。

我国近年制定的法律越来越多地对行政行为应当遵循的程序准则作出规定。综合现有的规定,行政程序制度主要包括如下内容:①告知制度,包括执法者表明身份,说明来由,行政处罚前告知行政处罚的事实、理由,告知当事人依法享有的权利;②听取陈述和申辩制度,包括正式的听证制度;③回避制度,不单方私下接触制度;④记录制度;⑤说明理由制度;⑥时效制度。

《行政诉讼法》(2014年修正)第70条明确规定,“违反法定程序”是一种独立的违法情形,应当予以撤销。据此,一个行政行为只要违反了法律规定的程序,不问行为者动机是否善良,不论其是否可能影响结果的公正,也不管其结果是否“正确”,都属于违法,应当予以撤销。例如,某街道监察队发现许某违章建筑,遂作出强制拆除的决定。但街道监察队在作出处罚决定前,没有告知其作出行政处罚决定的事实、理由、依据,以及告知当事人依法享有的权利,也没有听取他的陈述和申辩,违反了法定程序。法院依法撤销了该处罚决定。

3. 证据充分

行政机关作出对他人不利的决定,应当建立在证据基础上。没有充分的证据,或者主要事实不清,其所做的决定就构成违法。

最后,还要说明的是在法律没有明确规定的情形。由于法条有尽,事理无穷,法律不明确是难以避免的。其中有些是由于立法者没能预见而留下的“漏洞”,有些是由于立法者考虑现实的复杂而故意留下的“模糊地带”。不管属于哪一种情况,都为执法者留下了根据情况斟酌决定的余地,法理上称之为“行政自由裁量”。

自由裁量并不等于任意裁量,执法者享有自由裁量权并不意味着可以恣意行事。对于行政机关的自由裁量,法律有一个原则的要求,那就是做到“合理行政”。何谓合理,在不同的情形下有不同的具体要求,也难以有一个绝对统一的标准。但是,如果行政机关的行为明显不当,公道的人都看得出其不合理,那将构成对其自由裁量权的滥用。滥用裁量也是违法的,可以撤销。

大体而言,合理行政有如下原则性标准:①行政行为需出于正当的行政目的,不能考虑法律上无关的因素。②讲求诚实信用,保护信赖利益。即使行政行为违反法律,或者行政行为作出后由于时势变迁而需要变更,如果当事人本着对政府的真诚信赖已经实施相应行为,那么,对当事人的正当利益应当予以保护。至于具体的保护方式和范围,应当权衡公共利益与私人利益而定。这一点也称为“信赖保护原则”。③平等对待。同类情形同样处理。涉及双方争执或者多方竞争的,应当公平对待。④行为适度。所采取的行政措施、处理决定应当与想要达到的行政目的相称,不允许“杀鸡用牛刀”。这一条被称为“适当原则”或者“比例原则”。

(三) 行政违法承担责任

行政机关对于自己的违法行为应当承担责任。如果行政机关拒不纠正违法,当事人可以通过行政复议、行政诉讼等法定途径解决。保障公民上法院打官司的权利,依法解决行政纠纷,是法治国家的重要原则。

行政机关承担责任的方式有:撤销违法的行政行为,必要时可以重新作出或者责令重新作出行政行为;对于行政机关拒不履行法定义务的违法(法理上称“不作为违法”),可以限期履行;如果行政机关的违法行为给公民、法人或者其他组织造成损害,行政机关应当根据《国家赔偿法》予以赔偿。对有故意或者重大过失的责任人员,有关机关应当给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

对于经过行政复议或者行政诉讼,确定行政机关应当向公民、法人或者其他组织承担侵权责任,而行政机关不履行的,当事人可以向法院申请强制执行。法院可以通知银行从该行政机关的账户内划拨,对该行政机关负责人处以罚款,将行政机关拒绝履行的情况向社会公告或者向有关机关提出司法建议,直至对该行政机关直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以拘留。

第二节 行政组织法律制度

行政活动主要由依法设立的行政机关进行。在特定情况下,一些社会组织经法律、法规授权也从事行政管理。行政组织的活动最终通过具体的个人即公务员进行。下面分别介绍这三种行政法上的主体。

一、行政机关

(一) 行政机构的设置

国务院即中央人民政府,是最高国家行政机关。2013年国务院机构改革后,国务院下设25个部委,16个直属机构,4个办事机构,13个直属事业单位。

地方行政系统一般分为四级:省或自治区,市(地级市)或者自治州,县、市(县级市)或者自治县,乡、镇或者民族乡;在直辖市和地级市,通常设区、县,下为乡镇或者街道办事处(区级政府的派出机构)。县级以上地方人民政府所属的部门,多数与国务院的部门在机构和职能上对应,上下一线条,如公安、卫生、工商行政管理等。但也有一些机构,从地方实际出发,有一些变动。例如,国务院设建设部,省、自治区政府设建设厅,到了市一级,可能分设规划、建设、房地产、市政管理等多个部门。有的地方政府所设的部门(如国土资源局、建设和交通委员会),还同时对应国务院其他部门的职能。

除了各级政府的组成部门,政府机关还有部委管理的局,以及各种派出机构、咨询机构和议事协调机构,如各种“领导小组”“联席会议”和“指挥部”。原则上,这些机构不能

以自己的名义对外行使职权。但法律、法规可能授权一些专门行政机构(如国家工商行政管理总局的商标评审委员会),或者行政机关的内设机构(如一些地方的出租汽车管理局、消防局、交警大队),独立对外行使职权。

(二) 行政系统上下级关系

依照宪法的规定,国务院统一领导全国地方各级国家行政机关的工作,有权改变或者撤销地方各级国家行政机关不适当的决定和命令;县级以上地方人民政府领导下级人民政府的工作,有权改变或者撤销下级人民政府不适当的决定。

政府部门上下级之间的职能分工,根据法律、法规而定。大体而言,县级政府的工作部门承担着主要的行政执法职能。例如,《行政处罚法》规定,行政处罚由违法行为发生地的县级以上地方人民政府具有行政处罚权的行政机关管辖,法律、行政法规另有规定的除外。

依照《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》第66条的规定,县级以上地方各级政府的工作部门依照法律、行政法规的规定受上级政府主管部门的业务指导或者领导。海关、边防检查、国税、银行、外汇等机关,实行垂直管理。为了减少地方政府的干预,近几年来,我国在工商行政管理、国土资源管理、质量技术监督、食品药品监督等部门尝试实行省以下垂直管理体制。目前,上下级政府以及上下级政府部门之间的关系仍处在探索和调整的过程中。

(三) 行政机关内部的领导体制

首长负责制与委员会制是两种基本的行政组织方式。

1. 首长负责制

首长负责制是指行政决定由行政机关首长最终拍板,并承担最终责任。中国目前的大多数行政机关,包括作为政府组成部门的委员会,都实行首长负责制。但在民主集中制下,重大问题通常由行政首长与副职领导等行政机关负责人共同讨论决定。个别法律明确要求重大事项应当经过行政机关负责人集体讨论。例如,《行政处罚法》第38条规定:“对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。”一些法律规定,行政机关内部机构的负责人甚至一般行政执法人员可以行使一定的决定权。例如,《行政处罚法》第33条规定,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的,行政执法人员可以当场作出决定。这两种情况并不违反首长负责制原则。

2. 委员会制

我国仍有少数行政性的机构实行真正的委员会制。例如,学位评定委员会、专利复审委员会、证券发行审核委员会等,其决定由全体委员按照少数服从多数的原则作出。《学位条例》第10条规定,学位评定委员会的“决定以不记名投票方式,经全体成员过半数通过”。《证券法》第14条规定,国务院证券监督管理机构下设的发行审核委员会“以

投票方式对股票发行申请进行表决”,提出审核意见。这类机构多半不能以自己的名义直接对外作出行政决定。

二、其他行使行政职权的组织

除了行政机关,在我国还有一些社会组织经法律、法规授权行使一定的行政职能。例如,公立高等学校在学生招录、学籍管理、纪律处分和学位证书的授予上,被认为行使的是行政职权。此外,还有一些行政性公司,如盐务局、烟草专卖局、邮电局、供电局,既是企业又是行政机构;当它们行使行政职能时,也受行政法的调整。某邮电局拒绝为当地的中医院开通 120 急救电话,被起诉到法院。法院认为,邮电局在开通 120 急救电话的事项上行使的是行政职能。一些社团组织,如残疾人联合会、足球协会,也被认为具有一定的行政职能。但这方面的法律关系还有待澄清。

行政机关以外的组织经法律、法规授权,可以以自己名义对外行使职权。这些组织在行使职权时,应当遵循行政法的相关规定。近年来发生了多起针对高等学校的行政诉讼案件,法院受理了这些案件并把行政法的规则和原则适用于这些案件。《行政诉讼法》(2014 年修正)第 2 条规定,法律、法规、规章授权的组织作出的行政行为也适用该法。这些组织还应当对其实施的行为自行承担法律后果。《国家赔偿法》第 7 条规定,法律、法规授权的组织在行使授予的行政权力时侵犯当事人的合法权益造成损害的,该组织应当承担赔偿责任。

上述非政府组织的存在有助于行政机构的精简,也有助于政府与社会的良性互动。它们与政府一道履行公共职能,构成了一道政府与社会组织合作治理社会的现代景观。

三、公务员

(一) 公务员的性质和范围

中国古代有发达的文官制度,中国当代公务员制度却是从干部制度演变而来,其中借鉴了西方国家公务员管理的一些经验。但与西方文官制度奉行择优录用、政治中立、终身任职的原则不完全相同,我国的公务员制度强调贯彻中国共产党的干部路线和方针,坚持党管干部原则。

《公务员法》第 2 条规定,凡是“依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员”,均属公务员。据此,司法机关、立法机关乃至共产党、民主党派各级组织和其他社会团体中符合上述定义的人员,也属于公务员。截至 2003 年年底,我国公务员的总数是 636.9 万人,其中中央机关 47.5 万人(包括中央机关在地方的派出机构),省级机关 53.5 万人,地市一级 144.6 万人,县市级 285.2 万人,乡镇一级 106.1 万人。2013 年年底,全国公务员总数增长到 717.1 万人。他们中的大多数在各级行政机关任职。

我国公务员按职务分为领导职务与非领导职务,按职位分为综合管理类、专业技术类和行政执法类。领导成员职务按照国家规定实行任期制。领导职务的序列依次为国家级、省部级、厅局级、县处级、乡科级;每一级又设正副职。综合管理类的非领导职务分为:巡视员、副巡视员、调研员、副调研员、主任科员、副主任科员、科员、办事员。

(二) 公务员的录用和交流

《公务员法》规定,录用担任主任科员以下及其他相当职务层次的非领导职务公务员,采取公开考试、严格考察、平等竞争、择优录取的办法。报考公务员的,应当具有中国国籍,年满18周岁,拥护宪法,品行良好,具有正常履行职责的身体条件,具有符合职位要求的文化程度和工作能力,符合其他法律规定的条件,以及省级以上公务员主管部门规定的拟任职位所要求的资格条件。曾因犯罪受过刑事处罚,曾被开除公职,以及有其他法律规定情形的,不得录用为公务员。

国家实行公务员交流制度。公务员可以在公务员队伍内部交流,也可以与国有企业事业单位、人民团体和群众团体中从事公务的人员交流。交流的方式包括调任、转任和挂职锻炼。

(三) 公务员的义务与权利

《公务员法》规定了公务员的义务与权利,其义务可以概括为以下几个方面。

1. 维护公共利益和社会公德的义务

《公务员法》第53条规定,公务员必须遵守纪律,不得散布有损国家声誉的言论,组织或者参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动;不得组织或者参加非法组织,组织或者参加罢工;不得泄露国家秘密或者工作秘密。公务员也不得参与或者支持色情、吸毒、赌博、迷信等活动;不得违反职业道德和社会公德。

2. 廉洁义务

《公务员法》第53条规定,公务员不得从事或者参与营利性活动,或者在企业或者其他营利性组织中兼任职务。《娱乐场所管理条例》(2006)第4条还要求,国家机关工作人员不得开办娱乐场所,不得参与或者变相参与娱乐场所的经营活动。

各级党的机关、人大机关、行政机关、政协机关、审判机关、检察机关的县(处)级以上(含县、处级,下同)领导干部须依照规定申报收入。社会团体、事业单位的县(处)级以上领导干部,以及国有大、中型企业的负责人,适用本规定。目前,该规定还未扩大到申报财产,也不适用于公务员的家属;所申报的收入状况也未供公众查阅。

公务员还有回避义务。《公务员法》规定,公务员之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的,不得在同一机关担任双方直接隶属于同一领导人员的职务或者有直接上下级领导关系的职务,也不得在其中一方担任领导职务的机关从事组织、人事、纪检、监察、审计和财务工作。公务员担任乡级机关、县级机关及其有关部门主要领导职务的,应当实行地域回避,法律另有规定的除外。公务员执行公务时,涉

及本人或者近亲属的利害关系或者其他可能影响公正执行公务的,也应当回避。

3. 遵守法律的义务

服从命令是公务员的一般义务;但对于违法命令,公务员是否仍应执行是个微妙的问题。《公务员法》规定,公务员应当“服从和执行上级依法作出的决定和命令”,不得拒绝执行。第54条又规定:“公务员执行公务时,认为上级的决定或者命令有错误的,可以向上级提出改正或者撤销该决定或者命令的意见。上级不改变该决定或者命令,或者要求立即执行的,公务员应当执行该决定或者命令,执行的后果由上级负责,公务员不承担责任;但是,公务员执行明显违法的决定或者命令的,应当依法承担相应的责任。”

4. 勤勉义务

公务员应当按照规定的权限和程序认真履行职责,努力提高工作效率;全心全意为人民服务,接受人民监督;忠于职守,勤勉尽责。

《公务员法》规定了公务员的如下权利:获得履行职责应当具有的工作条件;非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或者处分;获得工资报酬,享受福利、保险待遇;参加培训;对机关工作和领导人员提出批评和建议;提出申诉和控告;申请辞职等。公务员对纪律处分和其他管理行为不服的,可以提出申诉,但目前法律还没有赋予公务员向法院起诉的权利。

(四) 公务员行为的法律意义

公务员行为的法律意义,可分为两种情况讨论:一是公务员的私人行为,二是公务行为。公务员与行使职权无关的私人行为,后果由公务员本人承担。公务员行使行政职权的行为属于公务行为,其后果归于该公务员所属的行政机关。当事人对公务员行使行政职权的行为不服的,可以申请行政复议或者提起行政诉讼,请求复议机关或者法院撤销该行为,或者确认其违法。因为公务行为违法给人造成损害的,当事人可以要求该公务员所属的行政机关承担国家赔偿责任。行政机关在承担赔偿责任后,可以向有故意或者重大过失的公务员追偿部分或者全部赔偿费用;对有故意或者重大过失的责任人员,有关机关给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。当事人不能就公务行为对公务员本人提起诉讼,或者要求其赔偿。

第三节 行政行为法律制度

行政组织的活动复杂多样。他们可以制定行政法规、规章或者其他规范性文件,编制城市规划和产业规划,征收土地、赋税,征用兵役和劳务,颁发许可,施加处罚;在特定领域,经法律授权,还可以裁决私人之间的纠纷(如土地使用权争议);对不履行行政决定的单位和个人,还可以依法强制执行。近几年,行政机关的服务功能得到强化,行政机关大量兴建各种公共设施,提供社会保障和资助,提供和发布各种信息。行政执法手段文

明化、多样化,强调激励和合作,出现了行政奖励、行政合同和行政指导等“软行政”。

下面着重介绍行政立法、行政处罚、行政许可、行政强制和政府信息公开这五种行政行为。

一、行政立法

(一) 行政立法概述

随着政府职能的扩张,完全由立法机关(各级人大)来制定法律已经很难应付当今纷繁复杂的事务。较高级别的行政机关获得授权,制定一些具体规则。行政机关在行使这些职权的时候,扮演着类似立法机关的规则制定者的角色。行政立法的概念由此诞生。

依照《宪法》《立法法》等的规定,有权从事行政立法的机关包括国务院、国务院各部门、省级政府和一些较大市的政府。从数量上看,行政立法已成汪洋大海,而人大立法只是大海中的孤岛。在国家行政管理中,行政立法扮演着举足轻重的角色,对公民、企业常常利害攸关。

除了行政法规和规章,各级行政机关还制定种类庞杂、数量浩瀚的法律规范性文件。从形式上看,这些规范性文件常常名为决定、命令、指示、“通知”“通告”等,多以红头文件的形式出现。从制定主体上,可分为两类:一是具有行政法规和规章制定权的行政机关制定的行政法规和规章以外的规范性文件;二是没有行政法规和规章制定权的行政机关制定的规范性文件。从内容上,包括两种:一种是仅仅规定行政机关内部分工、程序、责任等内容的内部文件,与相对人没有直接利害关系;另一种则为相对人设定权利义务。这些规范性文件在行政管理活动中不可或缺,但通常不认为它们属于法的范畴。法治并不一概否定这些规范性文件的效力,但其法律效力层次较低,其合法性有待审查。

(二) 行政立法权限

行政立法除了行政立法机关遵循各自的管辖事务范围,还要遵循法律保留和法律优先两大原则。

1. 法律保留

法律保留是指有些事项的立法权只属于法律,其他法律规范性文件无权规定。那些涉及公民基本权利,或者对公民、法人或者其他组织有重大影响的事项,通常属于法律保留范围。法律保留意味着对全国人大及其常委会至高地位的肯定,构成对国务院、地方人大和地方政府立法权的限制。

法律保留原则在宪法中有所体现,《立法法》对法律保留作了更为全面的规定。依照《立法法》第8条的规定,以下事项为国家专属立法权,只能由法律规定:①国家主权的事项;②各级人民代表大会、人民政府、人民法院和人民检察院的产生、组织和职权;③民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;④犯罪和刑罚;⑤对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;⑥税种的设立、税率的确定和税收征收管理等

税收基本制度;⑦对非国有财产的征收;⑧民事基本制度;⑨基本经济制度以及财政、海关、金融和外贸的基本制度;⑩诉讼和仲裁制度;⑪必须由全国人民代表大会及其常务委员会制定法律的其他事项。

根据《立法法》的规定,对上述专属立法事项尚未制定法律的,全国人大及其常委会可以授权国务院根据实际需要,在授权决定规定的目的、范围内,对其中的部分事项先制定行政法规。但无论如何,有关犯罪和刑罚、对公民政治权利的剥夺和限制人身自由的强制措施和处罚、司法制度等事项的立法权不能转授。这些称为法律绝对保留。

国务院1982年制定的《城市流浪乞讨人员收容遣送办法》,在没有法律依据的情况下,规定了强制性的收容遣送制度,不符合法律保留原则。2003年,在“孙志刚事件”发生后,国务院主动废止了该条例。

2. 法律优先

法律优先,也称法律优先适用原则。这一原则要求:在法律已经对某个事项作出规定时,法规、规章都不能与之相抵触;法律和法规(或者规章)对同一事项都有规定的,应当优先适用法律;法规、规章抵触法律的,执法机关应当适用法律,而不能适用法规、规章。确立法律优先原则是为了维护法律规范的统一。如果允许“法出多门、各不相同”,势必造成“依法打架”的局面。

从法律优先原则推而广之,在不同层级的法律规范之间发生冲突时,层级高的法律规范优先适用,层级低的法律规范服从层级高的法律规范,也称“下位法服从上位法”。例如,依照原《公路管理条例》规定,不按照国家规定缴纳养路费、通行费的,公路主管部门可以分别情况,责令其补交并处以罚款。该条例没有规定扣押汽车的措施。某省政府规章却规定,对拖缴、逃缴公路规费的单位和个人,除了责令补交、罚款外,还可以扣押其汽车行驶证、驾驶证或者汽车。这个规章是抵触行政法规的,所以,执法机关只能适用行政法规,不能适用该规章。如果公路主管部门依据该规章作出扣押汽车或者汽车行驶证的决定,就是适用法律错误。在行政执法实践中,有些行政人员由于对法律规范不了解或者出于枉法故意,不适用法律而适用层级低的法律文件,这是导致适用法律错误的常见原因之一。

(三) 行政立法程序

行政立法要遵循一定的程序。除了《立法法》的规定,国务院的《行政法规制定程序条例》和《规章制定程序条例》也是行政立法程序的主要依据。依法不具有规章制定权的县级以上地方政府制定、发布具有普遍约束力的决定、命令,参照规章制定程序执行。此外,国务院部门、地方政府也规定了相应的规章和其他规范性文件的制定程序。

通常,行政立法可以分为立项、起草、审查、决定和公布几个环节。立项一般由行政立法机关的组成部门或者内设机构提出。立项申请应当说明制定行政法规、规章的必要性,所要解决的主要问题,拟确立的主要制度。行政法规、规章可以由行政立法机关所属

的一个部门或者几个部门具体负责起草工作,也可以确定由其法制机构起草或者组织起草。起草和审议过程中,可能需要调查研究,总结实践经验,借鉴其他国家、地区的做法,也需要广泛听取有关国家机关、组织、公民和有关专家的意见。听取意见可以采取书面征求意见、座谈会、论证会、听证会等多种形式。行政法规、规章草案直接涉及公民、法人或者其他组织切身利益,有关机关、组织或者公民对其有重大意见分歧的,会向社会公布,征求社会各界的意见。《国有土地上房屋征收与补偿条例》在制定过程中就先后两次公布草案,征求意见。行政立法草案应当由行政立法机关的首长办公会议(政府常务会议或者全体会议、部务会议或者委员会会议)决定。行政立法不需要像法律制定那样的“三审”过程,可能在一次会议讨论通过。通过后,由行政立法机关首长签署命令予以公布,并及时在政府公报和在全国或者地区范围内发行的报纸上刊登。在政府公报上刊登的行政法规、规章文本为标准文本。

二、行政处罚

行政处罚是行政机关对公民、法人或者其他组织违反行政法义务、损害行政管理秩序、尚不构成犯罪的行为给予的制裁。行政处罚的类型包括警告、通报批评等申诫性质的处罚,罚款、没收非法财物、没收违法所得等财产处罚,暂扣或者吊销许可证甚至营业执照之类的行为资格处罚;最严重的,还可以进行行政拘留、劳动教养等人身自由的处罚。行政处罚对于惩戒违法,维护行政管理秩序有着重要的作用。在目前行政机关实施的行政行为中,行政处罚占有相当数量。

1996年全国人大通过的《行政处罚法》,是一部专门、系统地规范行政处罚的重要法律。它对于完善我国行政处罚法律制度,治理“乱罚”“滥罚”,有着重大意义。它所确立的立法精神和采用的立法技术,也是依法行政的一个可贵探索。

(一) 行政处罚的原则

《行政处罚法》确立了行政处罚的四项基本原则。

1. 处罚法定原则。《行政处罚法》第3条规定:“公民、法人或者其他组织违反行政管理秩序的行为,应当给予行政处罚的,依照本法由法律、法规或者规章规定,并由行政机关依照本法规定的程序实施。没有法定依据或者不遵守法定程序的,行政处罚无效。”该法还对行政处罚的主体及其管辖、委托处罚、处罚程序等做了统一规定。

2. 公正、公开原则。该法第4条规定:“设定和实施行政处罚必须以事实为依据,与违法行为的事实、性质、情节以及社会危害程度相当。”这一款要求过罚相当。值得注意的是,它不但是对实施行政处罚的要求,还是对设定行政处罚的要求。如果法律、法规、规章对行政处罚的设定过罚不相当,亦属违反公正原则。该条还规定:“对违法行为给予行政处罚的规定必须公布;未经公布的,不得作为行政处罚的依据。”

3. 处罚与教育相结合的原则。《行政处罚法》第5条规定:“实施行政处罚,纠正违法

行为,应当坚持处罚与教育相结合,教育公民、法人或者其他组织自觉守法。”行政处罚具有惩罚的性质,同时又是为了通过惩罚来告诫违法者本人以及他人。为此,该法又具体规定,“违法行为轻微并及时纠正,没有造成危害后果的,不予行政处罚”;对当事人具有主动消除或者减轻违法行为危害后果、受他人胁迫而违法、配合行政机关查处违法行为有立功表现等情形的,应当依法从轻或者减轻行政处罚。该法同时还规定,“行政机关实施行政处罚时,应当责令当事人改正或者限期改正违法行为”。

4. 权利保护原则。《行政处罚法》第6条规定,公民、法人或者其他组织对行政机关所给予的行政处罚,享有陈述权、申辩权;对行政处罚不服的,有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼;因行政机关违法给予行政处罚受到损害的,有权依法提出赔偿要求。该法特别强调了对当事人程序权利的保护。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。行政机关必须充分听取当事人的意见,不得因当事人申辩而加重处罚。行政机关及其执法人员在作出行政处罚决定之前,未向当事人告知给予行政处罚的事实、理由和依据,或者拒绝听取当事人的陈述、申辩,行政处罚决定不能成立。

此外,《行政处罚法》还规定了一些具体的原则。例如,对当事人的同一个违法行为,不得给予两次以上罚款的行政处罚;除非法律另有规定,违法行为在二年内未被发现的,不再给予行政处罚。

(二) 行政处罚的设定权

在《行政处罚法》制定前,我国法律对行政处罚的形式没有限定,实践中多达几百种。有些行政规章乃至县、乡政府文件,自授权力,动辄规定吊销证照、没收财物、大额罚款等处罚。《行政处罚法》对处罚种类作了统一规定,把行政处罚的种类限于下列几种: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、执照,行政拘留。为保持灵活性,《行政处罚法》规定法律、行政法规可以创设上述列举以外的其他处罚形式;为防止滥设处罚种类,该法同时禁止地方性法规和规章创设上述列举以外的其他处罚形式。

即使在上述处罚种类范围内,行政处罚的设定权也随着法律形式的不同而不同。《行政处罚法》规定:①法律可以设定各种行政处罚,而限制人身自由的行政处罚只能由法律设定。②行政法规可以设定除限制人身自由以外的行政处罚。③地方性法规可以设定除限制人身自由、吊销企业营业执照以外的行政处罚。④对违反行政管理秩序的行为,应当处罚而尚未制定法律、行政法规的,国务院部门规章可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由国务院规定。⑤对违反行政管理秩序的行为,应当处罚而尚未制定法律、法规的,地方政府规章可以设定警告或者一定数量罚款的行政处罚。罚款的限额由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。⑥除法律、法规和规章外,其他规范性文件不得设定任何行政处罚。

此外,依据《行政处罚法》规定,高层级的法律文件已经作出行政处罚的规定,低层级法律文件可以在前者规定的应予处罚的行为、处罚种类和幅度范围内作出具体规定。这种规定是解释性而不是创制性的,所以不得与前者相抵触。例如,《渔业法》规定,违反关于禁渔区、禁渔期的规定进行捕捞的,“没收渔获物和违法所得,处以罚款,并可以没收渔具,吊销捕捞许可证”,而没有规定没收用于非法捕捞的渔船。某省的地方性法规《渔业法实施细则》在上述处罚方式以外,还规定行政机关可以没收用于非法捕捞的渔船。这样的规定就因抵触《渔业法》而无效。

(三) 行政处罚的程序

《行政处罚法》对行政处罚程序作了比较科学、完备的规定。依据该法,行政处罚程序分为决定程序和执行程序;行政处罚的决定程序又可分简易程序、一般程序和听证程序三大类。其中对听证程序的规定,在我国法律中尚属首次,表明我国在行政程序法治化方面前进了一大步。

对于案情简单、违法事实清楚、证据确凿,没有必要进一步调查取证的违法行为,如被执法人员当场看到的轻微违法,法律规定可以采用简易程序,当场作出行政处罚决定。执法人员向当事人出示执法身份证件,口头告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由及依据,以及当事人依法享有的权利,填写预定格式、编有号码的行政处罚决定书,并当场交付当事人。简易程序只适用于对公民处 50 元以下、对法人或者其他组织处 1000 元以下罚款或者警告的行政处罚。其他法律另有规定的,从其规定。例如,《道路交通安全法》第 107 条规定,对道路交通违法行为人予以 200 元以下罚款,交通警察可以当场作出行政处罚决定。

对于情节复杂,或者处罚较重,或者当事人对执法人员的事实认定有分歧,致使执法人员无法当场作出行政处罚决定的案件,则适用一般程序。一般程序首先是调查取证。行政机关在进行调查或者检查时,执法人员不得少于两人;行政机关在收集证据时,可以采取抽样取证的方法;在证据可能灭失或者以后难以取得的情况下,经行政机关负责人批准,可以先行登记保存;执法人员与当事人有直接利害关系的,应当回避。其次,行政机关在调查的基础上,由行政机关负责人根据情况作出决定;对情节复杂或者重大违法行为给予较重的行政处罚,行政机关的负责人应当集体讨论决定。最后,行政处罚应当制作行政处罚决定书。行政处罚决定书应当载明法律规定的事项,包括当事人的姓名或者名称、地址,违反法律、法规或者规章的事实和证据,行政处罚的种类和依据,行政处罚的履行方式和期限,申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限,作出行政处罚决定的机关和日期。

行政机关作出责令停产停业、吊销许可证或者执照、较大数额罚款等行政处罚决定之前,应当告知当事人有要求听证的权利;当事人要求听证的,行政机关应当组织听证。《行政处罚法》还对听证制度的主要内容作了规定:行政机关应当在听证的 7 日前,通知

当事人举行听证的时间、地点;除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私外,听证公开举行;听证由行政机关指定的非本案调查人员主持;当事人认为主持人与本案有直接利害关系的,有权申请回避;当事人可以亲自参加听证,也可以委托一至二人代理;举行听证时,调查人员提出当事人违法的事实、证据和行政处罚建议,当事人进行申辩和质证;听证应当制作笔录,行政机关在听证结束后根据听证情况作出处理决定。《行政处罚法》颁布后,一些国务院部门和地方政府纷纷制定、公布了相应的听证细则,以贯彻新建的行政处罚听证规则。

在执行程序上,《行政处罚法》还确立了“裁执分离”的制度。首先是时间上的分离。只有当当事人在规定期限内不履行处罚决定才予以强制执行,一般不当场执行。其次是罚款决定和罚款收缴机构的分离。过去由于对罚款收缴缺乏监督和制约,一些行政机关把罚款当成“创收”渠道,导致乱罚、滥罚。针对这种情况,《行政处罚法》明确规定,“作出罚款决定的行政机关应当与收缴罚款的机构分离”。除了该法规定可以当场收缴罚款的几种例外情形外,作出行政处罚决定的行政机关及其执法人员不得自行收缴罚款,而由当事人到指定的银行缴纳。罚款、没收违法所得或者没收非法财物拍卖的款项,必须全部上缴国库,任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分;财政部门不得以任何形式向作出行政处罚决定的行政机关返还罚款、没收的违法所得或者返还没收非法财物的拍卖款项。

三、行政许可

行政许可是行政机关根据公民、法人和其他组织的申请,以颁发许可证、执照等方式准许其从事特定活动的行为。从性质上讲,行政许可是国家对社会的一种管制措施,是建立在普遍限制和禁止基础上的解禁行为。行政许可在不同法律中可能有不同名称,包括登记、证明、认可、许可、准许、核准、批准等。行政许可形式繁多,其中多数是颁发证照,包括许可证、执照、登记证、通行证、驾驶证、持枪证、护照等。

2003年8月,全国人大常委会通过了《行政许可法》,从次年7月1日起施行。下面简要阐述该法的主要精神。

(一) 节制行政许可的运用,规范行政许可的设定

行政许可是现代国家治理社会的一种常用手段。在很多情况下,设立行政许可有利于维持经济、社会秩序和公共安全,保护被许可人或者其他人的权利。但同时,行政许可是有代价的:它会给人民带来“麻烦”,它的运行需要成本,它容易滋生腐败。在实践中,行政许可范围急剧膨胀,出现了行政机关竞相创设许可,借机扩张权力、牟取利益的现象,甚至出现行政许可交叉、重复现象。行政许可的泛滥,给公民、法人的财力、精力造成极大负担,损害了市场经济秩序的健康发展。为此,《行政许可法》第4条规定,“设定和实施行政许可,应当依照法定的权限、范围、条件和程序”。

关于哪些事项可以设定行政许可,《行政许可法》第13条规定,通过下列方式能够予以规范的,可以不设行政许可:①公民、法人或者其他组织能够自主决定的;②市场竞争机制能够有效调节的;③行业组织或者中介机构能够自律管理的;④行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的。该法还规定,起草法律、法规和地方政府规章草案,拟设定行政许可的,起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见,并向制定机关说明设定该行政许可的必要性、对经济和社会可能产生的影响以及听取和采纳意见的情况。行政许可的设定机关还应当定期对其设定的行政许可进行评价;对已设定的行政许可,通过前述方式能够解决的,应当对设定该行政许可的规定及时予以修改或者废止。

关于谁有权设定行政许可,《行政许可法》规定,法律可以设定行政许可。尚未制定法律的,行政法规可以设定行政许可;必要时,国务院也可以采用发布决定的方式设定行政许可。尚未制定法律、行政法规的,地方性法规可以设定行政许可。尚未制定法律、行政法规和地方性法规的,因行政管理的需要,确需立即实施行政许可的,省级政府规章可以设定临时性的行政许可;临时性的行政许可实施满一年需要继续实施的,应当提请本级人大或其常委会制定地方性法规。除了上面提到的法律、行政法规(或者国务院决定)、地方性法规和地方政府规章,上述机关不得用其他形式的规范性文件设定行政许可。除了上述机关,其他国家机关更是不得设定行政许可;国务院的部门,也无权自行创设行政许可。

《行政许可法》对设定行政许可的内容也做了限制。首先,法规、规章可以在上位法设定的行政许可事项范围内,对实施该行政许可作出具体规定。但是,法规、规章对实施上位法设定的行政许可作出的具体规定,不得增设行政许可;对行政许可条件作出的具体规定,不得增设违反上位法的其他条件。其次,地方性法规和省级政府规章,不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或者其他组织的资格、资质的行政许可;不得设定企业或者其他组织的设立登记及其前置性行政许可。其设定的行政许可,不得限制其他地区的个人或者企业到本地区从事生产经营和提供服务,不得限制其他地区的商品进入本地区市场。

《行政许可法》颁布前后,全国范围进行了一系列的“行政审批制度改革”,各级行政机关对行政审批项目进行了多次清理。

(二) 行政许可的实施

在《行政许可法》制定前,不但行政许可项目繁多,行政许可的实施也存在严重问题。例如,申请手续烦琐、多头审批;行政许可标准不明确,缺乏公平保障;审批期限不确定,许可机关拖延;许可程序不健全,公开性和参与性差;行政机关利用许可乱收费。为此,《行政许可法》对行政许可的实施问题有针对性地做了规定。其精神体现在三个方面:许可法定;公开、公平、公正;高效便民。

1. 行政许可法定

第一,实施机关法定。行政许可由具有行政许可权的行政机关在其法定职权范围内

实施。法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织,在法定授权范围内,以自己的名义实施行政许可。第二,申请文书法定。申请书格式文本中不得包含与申请行政许可事项没有直接关系的内容,行政机关也不得要求申请人提交与其申请的行政许可事项无关的技术资料和其他材料。第三,对申请的处理方式和时限法定。行政机关对申请人提出的行政许可申请,应当依照法律、分别情况作出处理。除当场作出行政许可决定的外,应当在法定期限内按照规定程序作出行政许可决定。申请人的申请符合法定条件、标准的,行政机关应当作出准予行政许可的书面决定。第四,许可决定的形式和效力法定。需要颁发行政许可证件的,应当向申请人颁发加盖本行政机关印章的特定形式的行政许可证件。法律、行政法规设定的行政许可,其适用范围没有地域限制的,申请人取得的行政许可在全国范围内有效。

2. 公开、公平、公正

《行政许可法》规定,行政机关应当将法律、法规、规章规定的有关行政许可的事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本等在办公场所公示;申请人要求行政机关对公示内容予以说明、解释的,行政机关应当说明、解释,提供准确、可靠的信息。行政机关对行政许可申请进行审查时,发现行政许可事项直接关系他人重大利益的,应当告知该利害关系人,并听取申请人、利害关系人的意见。行政机关依法作出不予行政许可的书面决定的,应当说明理由,并告知申请人享有依法申请行政复议或者提起行政诉讼的权利。行政机关根据检验、检测、检疫结果,作出不予行政许可决定的,还应当书面说明不予行政许可所依据的技术标准、技术规范。行政机关作出的准予行政许可决定,应当予以公开,公众有权查阅。

《行政许可法》还要求,法律、法规、规章规定实施行政许可应当听证的事项,或者行政机关认为需要听证的其他涉及公共利益的重大行政许可事项,行政机关应当向社会公告,并举行听证。行政许可直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的,行政机关在作出行政许可决定前,应当告知申请人、利害关系人享有要求听证的权利;申请人、利害关系人提出听证申请的,行政机关应当组织听证。

为保障行政许可的公正实施,《行政许可法》还对特定行政许可项目的实施做了特别规定。例如,涉及有限自然资源开发利用、公共资源配置以及直接关系公共利益的特定行业的市场准入的行政许可,除非法律、行政法规另有规定,行政机关应当通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定。提供公众服务并且直接关系公共利益的职业、行业,需要确定具备特殊信誉、特殊条件或者特殊技能等资格、资质的事项,行政机关根据考试成绩、考核结果等法定条件作出行政许可决定。直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品,需要通过检验、检测、检疫等方式进行审定的事项,行政机关应当按照技术标准、技术规范依法进行检验、检测、检疫,并根据检验、检测、检疫的结果作出行政许可决定。有数量限制的行政许可,两个或者两个以上申请人的申请均符合法定条件、标准的,除非法律、行政法规另有规定,行政机关应当根据受理行政许可申

请的先后顺序作出准予行政许可的决定。

3. 高效便民

第一,申请方式。行政许可申请可以通过信函、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等方式提出。申请书需要采用格式文本的,行政机关应当向申请人提供行政许可申请书格式文本。除了依法应当由申请人到行政机关办公场所提出行政许可申请的除外,申请人可以委托代理人提出行政许可申请。第二,决定时限。申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式,行政机关能够当场作出决定的,应当当场作出书面的行政许可决定。例如,涉及企业或者其他组织的设立等,需要确定主体资格的行政许可,申请人提交的申请材料齐全、符合法定形式的,行政机关应当当场予以登记。第三,审查机构。行政许可需要行政机关内设的多个机构办理的,该行政机关应当确定一个机构统一受理行政许可申请,统一送达行政许可决定。行政许可依法由地方政府两个以上部门分别实施的,本级政府可以确定一个部门受理行政许可申请后统一办理,或者组织有关部门联合办理、集中办理。第四,收费限制。行政机关实施行政许可和对行政许可事项进行监督检查,不得收取任何费用,除非法律、行政法规另有规定。行政机关提供行政许可申请书格式文本,不得收费。申请人、利害关系人不承担行政机关组织听证的费用。

在国务院的推动下,上述规定取得了明显的成效。例如,企业的注册资本由实缴登记逐步改为认缴登记,企业年检改为年报公示;营业执照、组织机构代码证和税务登记证“三证合一”,不再需要分别办理。这些措施大大简化了工商注册程序,降低了企业成本和行政成本。

四、行政强制

(一) 行政强制的概念

行政强制是行政机关为确保行政的实效,使用强力实现行政法上义务的措施。2011年制定的《行政强制法》的调整范围,包括行政强制措施和行政强制执行。

行政强制措施,是指行政机关在行政管理过程中,为制止违法行为、防止证据损毁、避免危害发生、控制危险扩大等情形,依法对公民的人身自由实施暂时性限制,或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为。行政强制措施的种类主要有:限制公民人身自由,查封场所、设施或者财物,扣押财物,冻结存款、汇款。

行政强制执行,是指行政机关或者行政机关申请人民法院,对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织,依法强制履行义务的行为。行政强制执行的方式主要是:加处罚款或者滞纳金,划拨存款、汇款,拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物,排除妨碍、恢复原状,代履行。

(二) 行政强制的设定权

依照《行政强制法》的规定,行政强制措施原则上应由法律设定。尚未制定法律,且

属于国务院行政管理职权事项的,行政法规也可以设定行政强制措施,但限制公民人身自由、冻结存款汇款等应当由法律规定的行政强制措施除外。尚未制定法律、行政法规,且属于地方性事务的,地方性法规也可以设定行政强制措施,但限于查封场所、设施或者财物和扣押财物。法律、法规以外的其他规范性文件不得设定行政强制措施。

法律对行政强制措施的对象、条件、种类作了规定的,行政法规、地方性法规不得作出扩大规定。法律中未设定行政强制措施的,行政法规、地方性法规不得设定行政强制措施;但是,法律规定特定事项由行政法规规定具体管理措施的,行政法规可以在上述权限内设定行政强制措施。

行政强制执行的设定权,《行政强制法》只授予法律。法律没有规定行政机关强制执行的,作出行政决定的行政机关应当申请人民法院强制执行。

(三) 行政强制的实施机关

《行政强制法》规定,行政强制措施由法律、法规规定的行政机关在法定职权范围内实施,并且不得委托。行政强制措施应当由行政机关具备资格的行政执法人员实施,其他人员不得实施。此外,一些法律、法规规定,行政强制措施应当申请法院实施。例如,《行政监察法》规定,监察机关在调查贪污、贿赂、挪用公款等违反行政纪律的行为时,“可以提请人民法院采取保全措施,依法冻结涉嫌人员在银行或者其他金融机构的存款”。

并非作出处理决定的行政机关,都有权对自己的处理决定实施强制执行。中国法律确立的原则是,行政强制执行的实施以申请法院执行为原则,以行政机关自己执行为补充。依据《土地管理法实施条例》和《国有土地上房屋征收与补偿条例》的规定,土地、房屋征收决定的强制执行,应由行政机构申请法院执行。但也有十余部法律规定行政机关有权自己执行。例如,《治安管理处罚法》规定:“对被决定给予行政拘留处罚的人,由作出决定的公安机关送达拘留所执行。”此外,《行政强制法》还规定了行政机关可以自己强制执行的几种情形。例如,行政机关依法作出金钱给付义务的行政决定,当事人逾期不履行的,行政机关可以依法加处罚款或者滞纳金;在实施行政管理过程中已经采取查封、扣押措施,当事人经催告仍不履行也不申请复议或者诉讼的,行政机关可以将查封、扣押的财物依法拍卖抵缴罚款。又如,对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的,经行政机关公告限期当事人自行拆除,当事人在法定期限内不申请行政复议或者提起行政诉讼又不拆除的,行政机关可以依法强制拆除。

(四) 行政机关强制执行的程序

行政强制的执行程序,在不同情形中可能不一样,法院执行和行政机关执行也不尽相同。此处主要阐述行政机关强制执行的程序。

行政机关强制执行一般应当经过催告、决定强制执行、实施强制执行三个程序。

①催告。行政机关作出强制执行决定前,应当事先催告当事人履行义务。催告应当以书面形式作出,当事人有权进行陈述和申辩。行政机关未经催告或者催告期未届满就直接采

取强制,是重大的程序违法。②作出强制执行决定。经催告,当事人逾期仍不履行行政决定,且无正当理由的,行政机关可以作出强制执行决定。强制执行决定应当以书面形式作出。③实施强制执行。行政机关除了自己强制执行,必要时也可以委托第三人代履行。例如,依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定,当事人逾期不履行,经催告仍不履行,其后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的,行政机关可以代履行,或者委托没有利害关系的第三人代履行。

(五) 强制执行的谦抑和救济

行政强制是一种非常手段,应当有节制地使用。《行政强制法》规定,行政强制的设定和实施,应当适当;采用非强制手段可以达到行政管理目的的,不得设定和实施行政强制。实施行政强制,应当坚持教育与强制相结合。

该法的一些具体条文也体现了上述思想。①执行协议。实施行政强制执行,行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下,与当事人达成执行协议。执行协议可以约定分阶段履行;当事人采取补救措施的,可以减免加处的罚款或者滞纳金。②禁止野蛮执行。除了紧急情况,行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行。行政机关不得对居民生活采取停止供水、供电、供热、供燃气等方式迫使当事人履行相关行政决定。③执行罚的数额限制。该法规定,加处罚款或者滞纳金的数额不得超出金钱给付义务的数额。

法律还规定了行政强制的救济。公民、法人或者其他组织对行政机关实施行政强制,享有陈述权、申辩权;有权依法申请行政复议或者提起行政诉讼;因行政机关违法实施行政强制受到损害的,有权依法要求赔偿。公民、法人或者其他组织因人民法院在强制执行中有违法行为或者扩大强制执行范围受到损害的,有权依法要求赔偿。

五、政府信息公开

在当代国家,公民具有获取政府信息的权利。行政机关在不侵犯国家秘密、商业秘密和个人隐私的范围内,应当根据当事人申请或者通过主动发布的方式,向公众公开其掌握的全部信息。实行政府公开、保障知情权具有重大的意义。首先,公众对自身和社会状况的了解很大部分依赖于政府掌握的信息,知情权构成个人生存权和发展权的一部分。其次,知情权是民主社会的基石。人民只有详细地知道政府的活动,才能有效参与国家事务的管理。最后,知情权是防止腐败的良药。“阳光是最好的消毒剂”,一切见不得人的事情都是在阴暗的角落里干出来的。

我国的传统崇尚保密。《保守国家秘密法》规定了范围广泛的保密事项和严格的保密制度。一个公民要向行政机关了解情况,常常困难重重。近几年,行政公开在我国逐步推行。作为打造“阳光政府”的一个阶段性进展,国务院2007年制定了《政府信息公开条例》(以下简称《条例》),《条例》自2008年5月1日起施行。

(一) 政府信息公开的范围

《条例》具有特定的调整范围,不完全等同于一般意义上的“政务公开”。《条例》第2条规定:“本条例所称政府信息,是指行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息。”根据上述定义,行政机关在履行职责过程中制作或者获取的,以一定形式记录、保存的信息,不管其名称是什么,都是政府信息。但是,《政府信息公开条例》所调整的政府信息是行政机关已经制作或者获取,并以一定形式记录、保持的信息。公民不能依据该《条例》要求行政机关提供尚不存在的政府信息,更无权依据该《条例》要求行政机关进行专门的调查、分析、解释和预测。当然,即使当事人所申请公开的信息不属于《政府信息公开条例》所调整的“政府信息”,不能依据该《条例》获得相关信息,当事人仍然可以依据其他法律获取相关信息。目前主要的依据是,行政程序的当事人所具有的知情权、律师在办案中的文件阅览权。

凡属于政府信息的,原则上都应当公开,法律、行政法规另有规定的除外。《政府信息公开条例》第14条第4款规定:“行政机关不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。但是,经权利人同意公开或者行政机关认为不公开可能对公共利益造成重大影响的涉及商业秘密、个人隐私的政府信息,可以予以公开。”国家秘密、商业秘密、个人隐私不予公开是各国通例,关键在于如何界定。《政府信息公开条例》第8条还笼统地规定:“行政机关公开政府信息,不得危及国家安全、公共安全、经济安全和社会稳定。”这一条在实践中引发了很多争议。如果过于宽泛地理解,该条足以摧毁整个政府信息公开制度的立法目的。

(二) 政府信息公开的方式

《政府信息公开条例》规定了两种公开方式,一是主动公开,二是依当事人的申请公开。

首先,行政机关应当将涉及公民、法人或者其他组织切身利益的,需要社会公众广泛知晓或者参与的,或者反映本行政机关机构设置、职能、办事程序等情况的政府信息,通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等便于公众知晓的方式主动公开。为方便公众查找,《条例》还要求行政机关编制、公布政府信息公开指南和政府信息公开目录,并及时更新。政府信息公开指南,应当包括政府信息的分类、编排体系、获取方式,政府信息公开工作机构的名称、办公地址、办公时间、联系电话、传真号码、电子邮箱等内容。政府信息公开目录,应当包括政府信息的索引、名称、内容概述、生成日期等内容。

其次,《条例》第13条规定,“公民、法人或者其他组织还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要,向国务院部门、地方各级人民政府及县级以上地方人民政府部门申请获取相关政府信息”。行政机关应当按照申请人要求的形式予以提供;无法按照申请人要求的形式提供的,可以通过安排申请人查阅相关资料、提供复制件或者其他适当形式提

供。行政机关依申请提供政府信息,除可以收取检索、复制、邮寄等成本费用外,不得收取其他费用。这里的“生产、生活、科研等特殊需要”是否构成对申请人资格的限制,是一个大问题。从实践来看,各个机关对“特殊需要”的理解宽窄不一。从国外政府信息公开的实践来看,可以公开的政府信息是可以对任何人公开,法律对申请人的资格并无特殊要求。

(三) 对政府信息公开的监督和救济

公民、法人或者其他组织认为行政机关不依法履行政府信息公开义务的,可以向上级行政机关、监察机关或者政府信息公开工作主管部门举报。公民、法人或者其他组织认为行政机关在政府信息公开工作中的行政行为侵犯其合法权益的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

各级政府应当建立健全政府信息公开工作考核制度、社会评议制度和责任追究制度,定期对政府信息公开工作进行考核、评议。为保障政府信息公开的实施,《条例》还设置了一个特殊的机制,即各级行政机关应当在每年3月31日前公布本行政机关的政府信息公开工作年度报告。政府信息公开工作年度报告应当包括下列内容:行政机关主动公开政府信息的情况,行政机关依申请公开政府信息和不予公开政府信息的情况,政府信息公开的收费及减免情况,因政府信息公开申请行政复议、提起行政诉讼的情况,政府信息公开工作存在的主要问题及改进情况等。

第四节 行政监督法律制度

在行政活动过程中,当事人对行政行为可能不服,从而引发行政争议,需要解决;行政行为可能侵害公民权利,需要救济;行政权的行使需要监督。行政争议的解决、行政监督和行政救济,在含义上各有侧重,但大体相同。

目前我国已经建立了一套综合的行政监督法律体系。除了由法院进行的司法审查(行政诉讼)和上级行政机关进行的行政复议,还有各级人大的监督,审计机关和监察机关的监督,以及新闻媒体所代表的社会监督。2006年8月,全国人大常委会通过了《各级人民代表大会常务委员会监督法》,自2007年1月1日起施行。这是有关人大监督的最系统的立法。此外,根据《信访条例》,公民可以采用书信、走访等形式,向各级政府及其工作部门反映情况,提出建议、意见或者投诉请求,由有关机关依法处理。这也是一种监督形式。

下面着重介绍行政诉讼、行政复议和行政赔偿。

一、行政诉讼

(一) 建立行政诉讼制度的意义

行政诉讼是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益,

向有管辖权的法院提起诉讼,由法院依照诉讼程序予以审查并依法裁判的法律制度。

由一个独立的法院依照现代司法程序审查政府的行为,对我国完全是“舶来品”。民国时期,曾经设立“平政院”受理行政案件。但在那个兵荒马乱、靠武力说话的年代,有关行政诉讼的法律基本上是一种摆设。新中国成立以后很长一段时间,我国没有行政诉讼。自20世纪80年代开始,法院依据各个单行法律,陆续受理行政案件。1989年全国人大制定了《行政诉讼法》,全面建立行政诉讼制度。实施24年后,这部法律在2014年做了重大修改。

《行政诉讼法》的颁行,是我国行政监督制度和民主法制建设一个显著的里程碑。它是我国民主法制和市场经济发展的产物,同时又有力地推动着民主法制的发展。行政诉讼开创了行政救济的新渠道,提高了人权保护的水准;开创了行政监督的新方式,促进政府依法行政;改变了“官大于民”“民不能告官”的传统观念,塑造了政府与人民的新型关系;推动着各项行政法律制度的建立和完善,推动着我国行政法治的进程。

(二) 行政诉讼基本原则

除了遵循合议、回避、代理、两造对抗、公开审理、二审终审等现代司法程序的一般原则,行政诉讼还有若干特殊重要的原则。

1. 人民法院特定主管和独立审判原则。行政诉讼一律由法院受理和裁判,并根据被告情况和案件的特殊情况,由特定法院管辖。多数情况下,行政案件由作出行政行为的行政机关所在地的基层人民法院作为一审法院;起诉国务院各部门、县级以上人民政府的,则由中级人民法院作为一审法院。法院与被告不存在“上下级关系”,而是独立于整个行政系统的另一个系统。法院依法独立审判,不受行政机关、社会团体和个人的干预。在法院内部,设行政审判庭,审理行政案件。

2. 原、被告在诉讼中法律地位平等原则。这一原则在民事诉讼中同样适用,在行政诉讼中则有特殊意义。作为原告的公民、法人与其他组织与作为被告的行政机关,在行政管理过程地位是不平等的。但在行政诉讼中,两者是平等的。原告起诉,被告应诉,双方“对簿公堂”。在法庭上,原告可以质证,与被告展开辩论。被告不能对原告实行压迫和强制。原、被告都要接受法庭指挥,服从法院的生效裁判。

3. 法院对行政行为的合法性进行审查原则。这一原则包含两层含义。一是法院的审查对象是行政行为的合法性,而不是原告行为的合法性。通俗地说,就是“审被告、不审原告”。即使原告有违法行为,法院不得对原告直接给予处罚,或者加重对原告的处罚(利害关系人同为原告的除外)。相反,即使原告的行为是违法的,如果行政机关对原告的处理不合法,也应该撤销(但可以责令被告重作)。这是依法行政的必然要求。二是法院只对行政行为的合法性进行审查,一般的不合理法院不予干预(严重不合理也构成违法)。法院应当尊重行政机关的专业知识、行政经验和复杂的政策考虑,维护行政机关的合法行为。这是司法权与行政权适当分工的需要。

（三）行政诉讼受案范围

法院能够受理那些行政案件,关系到公民获取司法救济的范围,也影响到司法权与行政权的关系,所以,它是行政诉讼的一个重要问题。《行政诉讼法》(2014年修正)第2条规定了法院受理行政案件的一般原则,第12、13条对法院可以受理和不能受理的事项做了详细列举。除了法律规定不能受理,以及依照行政行为的性质不宜受理并由司法解释明确排除的,都属于行政诉讼的受案范围。从司法实践来看,我国行政诉讼受案范围呈现出不断扩大的趋势,对行政侵权司法救济的渠道在不断拓宽。

（四）行政诉讼证据制度

行政诉讼证据制度的一个显著特点是,由被告对其所作行政行为的合法性负举证责任。被告如果不能证明其所作的行政行为有充分的事实依据,将承担败诉后果。这不仅是因为行政机关更有能力来进行证明,更因为依法行政的原则要求行政机关在做出行政行为时就应当具备充足的证据。

法律还要求被告在受到起诉状副本之日起15日内提交答辩状,并且提供当初做出行政行为的证据、依据;被告不提供或者无正当理由逾期提供的,应当认定该行政行为没有证据、依据,法院将撤销该行政行为。被告在一审过程中没有提交证据,到二审时再提交,也不能挽救其败诉的结果。这是为了防止一些行政机关逃避、阻挠甚至对抗法院的行政审判,导致司法救济落空。

《行政诉讼法》还规定,在诉讼过程中,被告及其诉讼代理人不得自行向原告、第三人和证人收集证据。以非法手段取得的证据,不得作为认定案件事实的根据。

（五）行政诉讼程序

为了解决现实中存在的“立案难”问题,2014年《行政诉讼法》对诉讼程序做了一些特殊规定。一是把依法立案规定为法律原则,要求法院保障起诉权利,强调行政机关不得干预受理。二是改立案审查制为立案登记制,“对当场不能判定是否符合本法规定的起诉条件的,应当接收起诉状,出具注明收到日期的书面凭证,并在七日内决定是否立案”。三是规定了对不立案的救济。法院拒绝立案的,原告可以视情况提起上诉或者到上一级法院起诉;法院拒收起算材料的,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员还可以给予处分。随着这些规定的实施,立案难的问题基本解决,行政案件的数量大幅增加。

为了解决“审理难”的问题,2014年《行政诉讼法》对诉讼程序也做了一些特殊规定。首先,上级法院有权审理下级法院管辖的第一审行政案件;下级法院对其管辖的第一审行政案件,认为需要由上级法院审理或者指定管辖的,可以报请人民法院决定。其次,经复议的案件,复议机关决定维持原行政行为的,作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告;复议机关改变原行政行为的,复议机关是被告。也就是说,经过复议的案件,无论复议处理结果如何,复议机关都要当被告。最后,被诉行政机关负责人应当出庭

应诉;不能出庭的,应当委托行政机关相应的工作人员出庭。也就是说,行政机关不能仅仅委托律师出庭。

(六) 行政诉讼的判决和裁定

法院在审理后,分别情况作出以下判决。

(1) 行政行为证据确凿,适用法律、法规正确,符合法定程序的,或者原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的,驳回原告的诉讼请求。

(2) 被告不履行法定职责或者给付义务的,判决其在一定期限内履行。

(3) 行政行为主要事实不清、证据不足,适用法律错误,违反法定程序,超越职权、滥用职权或者明显不当的,判决撤销该行政行为或者确认该行政行为违法;必要时,可以责令被告在一定期限内重新做出行政行为。

(4) 行政处罚明显不当,或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的,可以判决变更。

(5) 违法行政行为给原告造成损害的,判决赔偿。

在涉及行政许可、登记、征收、征用和行政机关对民事争议所作的裁决的行政诉讼中,当事人申请一并解决相关民事争议的,法院可以一并审理并作出相应判决。复议机关与作出原行政行为的行政机关为共同被告的案件,法院应当对复议决定和原行政行为一并作出裁判。

对一审法院的裁判不服的,当事人可以上诉。

二、行政复议

(一) 行政复议的概念和历史

行政复议是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为侵犯其合法权益,向作出行政行为的上级机关或者其他法律规定的复议机关申诉,由复议机关依照法定的程序予以复查并依法做出处理决定的法律制度。

我国封建社会就有向上级官员控告,直至“京控”,甚至还有专门负责监察文武官吏的专门机构御史台等。但这些都不是现代意义的行政复议。民国时期,曾颁布《诉愿法》,国民因违法或者不当处分受损害的,有权向原处分机关的上级机关或者处分机关提出诉愿和再诉愿。新中国一直保障公民向有关国家机关申诉的权利,有一些法律对“复议”“复核”或者“复查”作了专门规定。1990年国务院颁布《行政复议条例》,标志着我国行政复议制度全面建立。1999年又在总结经验的基础上,制定了《行政复议法》,从而构筑了更加健全的行政复议制度。

(二) 行政复议的性质及其基本要求

行政复议是行政机关的一种准司法活动,具有行政和司法的双重属性。与行政诉讼

相比,行政复议是上级行政机关对下级行政机关的层级监督,范围广泛,力度较强,程序较简略、便捷。这一点显示出它的行政属性。与一般的行政处理决定相比,行政复议是“二次处理”,是上级对下级的监督。与一般的上级行政机关监督下级相比,行政复议不是由上级主动对下级展开的调处,也不是下级主动对上级的报告,而是由公民、法人或者其他组织启动、参与并承受其处理结果,是上级行政机关解决公民、法人或者其他组织与下级行政机关之间行政争议的活动。这一点显示出它的司法属性。

行政复议的这种双重性格,有其特点和利弊。作为行政系统的自我监督,它能够充分利用行政人员的知识和经验,有助于监督者与被监督者的沟通。它程序简便,不收费,能够提供相对迅速、廉价的救济渠道。但行政复议毕竟是行政系统内部的自我监督,复议机关的中立性有嫌疑,程序保障也不充分。正因如此,行政复议制度应当遵循两个原则:一是司法最终原则,行政复议不能“一锤子买卖”,对复议结果不服应当允许向法院起诉;二是适当程序原则,行政复议固然不能苛求司法审查那样的严格程序(否则其便利性也就丧失了),但必须遵循一定的程序要求。

(三) 行政复议的范围

《行政复议法》在受案范围方面有了很大的发展。根据该法第2章的规定,行政机关所作出的任何行政行为,除不服行政处分或者其他人事处理决定,以及不服行政机关对民事纠纷作出的调解或者其他处理行为以外,公民、法人或者其他组织认为侵犯其合法权益时,都可以申请复议。

此外,根据《行政复议法》第7条的规定,公民、法人或者其他组织认为行政机关的行政行为所依据的其他规范性文件不合法的,在对行政行为申请复议时,可以一并申请复议机关对规章以下的其他规范性文件进行审查。具体包括:①国务院部门的规定;②县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定;③乡、镇人民政府的规定。

(四) 复议机关和复议机构

依法履行复议职责的行政机关为复议机关。鉴于机关林立,叠床架屋,法律分别规定了不同情形下的复议机关。根据《行政复议法》的规定,以下机关为相应的复议机关:①对县级以上人民政府部门的行政行为不服的,本级政府或者上一级主管部门为复议机关,具体由复议申请人选择;但海关、金融、国税、外汇等实行垂直领导的行政机关和国家安全机关的行政行为,复议机关只能是上一级主管部门。②对地方政府所作的行政行为不服的,复议机关是上一级政府。③对国务院部门或者省、市、自治区政府的行政行为不服的,复议机关为作出该行政行为的机关自身;对其复议决定不服的,可以向法院起诉,也可以向国务院申请裁定,国务院的裁定为最终裁决。

行政复议机关内设的法制工作机构,为复议机构,具体办理行政复议事项。包括:受理复议申请;调查取证,查阅文件、资料;审查被申请复议的行政行为,拟定复议决定等。

(五) 复议审查的方式和决定

行政复议被申请人(作出行政行为的行政机关)应当就复议申请提出书面答复,并提交当初作出行政行为的证据、依据和其他有关材料。申请人有权查阅上述材料。根据《行政复议法》第22条的规定,行政复议原则上采取书面审查方式。在申请人提出要求或者复议机构认为需要时,可以进行调查,听取申请人、被申请人和第三人的意见。

复议机关在审查后,分别情况作出以下决定:①行政行为事实清楚,证据确凿,适用法律正确,程序合法,内容适当,决定维持;②被申请人不履行法定职责的,决定其在一定期限内履行;③行政行为主要事实不清、证据不足,适用法律错误,违反法定程序,超越职权、滥用职权或者明显不当的,决定撤销、变更该行政行为或者确认该行政行为违法,并可以责令被申请人在一定期限内重新作出行政行为。

三、行政赔偿

(一) 行政赔偿概述

行政赔偿是指行政机关和行政机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,由国家给受害人予以赔偿的一种行政救济法律制度。行政赔偿是国家赔偿的一种。我国的国家赔偿还包括刑事赔偿和司法赔偿。依据现有规定,刑事赔偿和司法赔偿的赔偿标准与行政赔偿相同,但适用不同的赔偿程序。

由国家给遭受行政侵权的公民予以赔偿,是我国《宪法》规定的原则,也是公民作为国家主人的体现。从实际功能上讲,国家赔偿是“花钱买平安”。它化解受害人对政府的怨气,增强人民对政府的信任,消除社会不安定因素。完善的国家赔偿制度,是民主法治的标志尺和社会稳定的“安全阀”。

党和政府一贯主张“有错必纠”,损害要赔偿。“文革”后,拨乱反正,为解决历史遗留问题,我国政府曾对一大批受到不公平待遇的人给予“落实政策”。但是,直到1990年《行政诉讼法》施行,受害人取得行政赔偿才获得了法律保障。1994年制定的《国家赔偿法》对行政赔偿的范围、程序、方式和标准做了规定,标志着我国行政赔偿制度全面确立。该法在2010年做了多处修改。

(二) 行政赔偿范围

原则上,行政机关和行政机关工作人员违法行使职权侵犯公民、法人和其他组织的合法权益造成损害的,都应当予以赔偿。具体可分为侵犯人身权和侵犯财产权两种情形。侵犯人身权的情形有:①违法拘留或者违法采取限制公民人身自由的行政强制措施的;②非法拘禁或者以其他方法非法剥夺公民人身自由的;③以殴打、虐待等行为或者唆使、放纵他人以殴打、虐待等行为造成公民身体伤害或者死亡的;④违法使用武器、警械造成公民身体伤害或者死亡的;⑤造成公民身体伤害或者死亡的其他违法行为。侵犯财

产权的情形有:①违法实施罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚的;②违法对财产采取查封、扣押、冻结等行政强制措施的;③违法征收、征用财产的;④造成财产损害的其他违法行为。

值得指出的是,不单行政机关积极作为的违法侵权应当赔偿,行政机关不履行法定职责,给公民、法人或者其他组织造成损害,也要承担相应的赔偿责任。这一点体现出政府服务职能的强化,可谓是政府“为人民服务”理念的进一步贯彻。至于赔偿数额,可以考虑行政机关不履行法定职责行为在损害发生的过程和结果中所起的作用等因素,予以确定。

(三) 赔偿义务机关和赔偿程序

赔偿义务机关通常为违法行使行政职权的行政机关,或者违法行使行政职权的行政机关工作人员所在的行政机关。两个以上行政机关共同行使行政职权,法律、法规授权的组织行使授予的行政权力,受行政机关委托的组织或者个人行使受委托的行政权力,以及赔偿义务机关被撤销或者经复议机关复议的,法律对赔偿义务机关作了特别规定。

赔偿请求人要求赔偿,应当先向赔偿义务机关提出,也可以在申请行政复议或者提起行政诉讼时一并提出。赔偿请求人向赔偿义务机关要求赔偿的,赔偿义务机关应当自收到申请之日起2个月内,作出是否赔偿的决定。赔偿义务机关作出赔偿决定,可以与赔偿请求人就赔偿方式、赔偿项目和赔偿数额进行协商。赔偿义务机关决定不予赔偿的,应当说明不予赔偿的理由。赔偿请求人对赔偿的方式、项目、数额有异议的,或者赔偿义务机关决定不予赔偿的或者在规定期限内未作出是否赔偿的决定,赔偿请求人可以向法院提起诉讼。

赔偿请求人凭生效的判决书、复议决定书、赔偿决定书或者调解书,向赔偿义务机关申请支付赔偿金。赔偿义务机关应当自收到支付赔偿金申请之日起7日内,依照预算管理权限向有关的财政部门提出支付申请。财政部门应当自收到支付申请之日起15日内支付赔偿金。

(四) 行政赔偿的方式和标准

国家赔偿以支付赔偿金为主要方式。

侵犯公民人身自由的,每日的赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。上述规定执行全国统一的标准,不分地域和城乡,更不考虑受害人的实际收入和实际损失。按照2014年的水平(适用于2015年作出的赔偿决定),每日的赔偿金额为219.72元。造成身体伤害的,应当支付医疗费、护理费,以及赔偿因误工减少的收入。造成部分或者全部丧失劳动能力的,应当支付医疗费、护理费、残疾生活辅助具费、康复费等因残疾而增加的必要支出和继续治疗所必需的费用,以及残疾赔偿金;残疾赔偿金根据丧失劳动能力的程度确定,最高额为国家上年度职工年平均工资的20倍。造成死亡的,应当支付死亡赔偿金、丧葬费,总额为国家上年度职工年平均工资的20倍。按照2014年的水平,每年的

赔偿金应为 57346 元。造成公民死亡或者全部丧失劳动能力的,对其扶养的无劳动能力的人,还应当支付生活费。

违法行为侵犯公民人身权利,致人精神损害的,应当在侵权行为影响的范围内,为受害人消除影响,恢复名誉,赔礼道歉;造成严重后果的,应当支付相应的精神损害抚慰金。

造成财产损害的,一般按照直接损失给予赔偿。处罚款、没收财产或者违法征收、征用财产的,返还财产。财产已经拍卖或者变卖的,给付拍卖或者变卖所得的价款;变卖的价款明显低于财产价值或者应当返还的财产灭失的,应当支付相应的赔偿金。吊销许可证和执照、责令停产停业的,赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支。返还执行的罚款或者没收的金钱、解除冻结的存款或者汇款的,应当支付银行同期存款利息。

第四章 中国民事法律制度

第一节 民事法律制度概述

一、民法的概念和调整对象

民法是调整平等主体之间财产关系和人身关系的法律规范的总称。我国《民法通则》第2条规定：“中华人民共和国民法调整平等主体的公民之间、法人之间、公民和法人之间的财产关系和人身关系。”民法分为实质意义上的民法和形式意义上的民法。实质意义上的民法指调整一切平等主体之间私人利益关系的一切法律规范。形式意义上的民法指命名为民法典的制定法。所谓民法典，是按照一定的立法体例和技术，把各项民事法律规范有机编纂在一起，以法典形式体现的立法性文件。目前，我国尚无民法典。民法又分广义的民法和狭义的民法。广义的民法，是指所有调整民事关系的法的总和。而狭义的民法则是指除商法以外的其他民事法律法规。

从民法的概念可以看到其调整对象为：平等主体的自然人、法人、其他组织之间的财产关系和人身关系。财产关系是平等主体之间因财产所发生的具有经济内容的社会关系。人身关系是与人身不可分离、以人身利益为内容、不直接体现财产利益的社会关系。

二、民法的性质

民法的性质指的是民法本身所固有的根本属性。一般认为，民法是调整市民社会的私法形式，它以权利为本位。另外，民法是实体法，即规定权利义务的法律。尽管有一些涉及程序内容，但仍不可能改变它们从整体上来说民事实体法的性质。

三、我国民法的体系

《民法通则》是我国目前的民事基本法。《合同法》、《物权法》、《婚姻法》、《继承法》和《侵权责任法》本是民法典的组成部分，现作为单行法颁布。另外，还有一些民事特别法，如《担保法》、《著作权法》、《专利法》、《商标法》等。至于民事方面的行政法规、地方性法规、规章，数量较多。另外，最高人民法院的司法解释也实际上起着重要的作用。

四、民法的基本原则

民法的基本原则,是指贯穿于整个民事法律制度和民事规范始终的根本原则,是指导民事立法、司法、守法和进行民事活动的具有普遍指导意义的基本行为准则。民法基本原则是强制性规范,不能排除适用。在适用法律具体规定、判例或者进行法律解释与适用基本原则均可获得同一结果时,不得直接适用基本原则。

我国民法的基本原则包括平等原则、自愿原则、公平原则、等价有偿原则、诚实信用原则、公序良俗原则等。

(1) 平等原则。《民法通则》第3条明确规定:“当事人在民事活动中的地位平等。”平等原则的具体含义是:①民事主体资格一律平等;②民事主体在法律关系中的地位平等;③民事主体的合法权益平等地受法律保护。

(2) 意思自治原则。意思自治原则即自愿原则,是指民事主体在进行民事活动时,在法律允许的范围内享有完全的自由,根据自己的意愿来设立、变更和终止民事法律关系。意思自治不是绝对的,需要顾及社会公益和公正。

(3) 公平原则。公平原则是指民事主体应该本着社会公认的公平观念从事民事活动,而司法机关在裁判民事纠纷时,也应该本着公平的观念和要求。

(4) 等价有偿原则。等价有偿原则是指参与财产关系的当事人一般是等价、有偿的,但在身份和一些特殊的财产关系中有例外。

(5) 诚实信用原则。诚实信用原则,简称诚信原则,指的是民事主体在从事民事活动、行使民事权利和履行民事义务时,应该按照诚实、善意的态度,讲究信用,诚实不欺,在不损害他人和社会利益的前提下追求自己的利益。

《民法通则》第4条规定:“民事活动应当遵循自愿、公平、等价有偿、诚实信用的原则”,实际上确立了以上(2)、(3)、(4)、(5)四项原则。

(6) 公序良俗原则。公序良俗原则指民事主体的行为不得违背社会的公共秩序和善良风俗。《民法通则》第7条规定:“民事活动应当尊重社会公德,不得损害社会公共利益,破坏国家经济计划,扰乱社会经济秩序。”

(7) 禁止权利滥用原则。禁止权利滥用原则是指民事主体对自己民事权利的行使,不得超越法律所确定的正当界限,否则构成权利滥用,应该承担相应的法律责任。

五、民事法律关系

民事法律关系,是指基于民事法律事实,由民事法律规范调整而在平等民事主体之间形成的民事权利和民事义务关系。所谓民事法律事实,指的是法律规范所规定的,能引起民事法律关系产生、变更、消灭的客观情况。民事法律事实包括事件、行为和一定状态的持续。

民事法律关系由主体、客体、内容所构成。①民事法律关系主体,是指参加民事法律关系,享有民事权利和承担民事义务的人。按照我国《民法通则》的规定,我国民事法律关系主体主要包括公民、个体工商户、农村承包经营户、法人、合伙、国家以及外国人和外国组织等。②民事法律关系的客体,指的是民事法律关系的主体的民事权利和民事义务所指向的对象。按照通说,民事法律关系的客体主要是四类,即物、行为、智力成果和人身利益。③民事法律关系的内容,是指民事法律关系的主体所享有的民事权利和必须履行的民事义务。民事法律关系的内容要通过民事责任来保障。本章认为民事责任指的是民事主体因为违反法律规定的和合同约定的义务从而应该承担的法律后果。民事责任的主要目的在于补偿。根据我国《民法通则》和其他相关法律规定,民事责任的承担方式主要有:①停止侵害;②排除妨碍;③消除危险;④返还财产;⑤恢复原状;⑥修理、重作、更换;⑦赔偿损失;⑧支付违约金;⑨消除影响、恢复名誉;⑩赔礼道歉等。

第二节 民法的基本制度

我国民法规定了自然人、法人、合伙、民事法律行为、代理、诉讼时效等基本制度。

一、自然人

自然人指基于自然规律出生的人。凡公民均为自然人,但自然人不一定是本国公民,还包括外国公民以及无国籍人。

(一) 自然人的民事权利能力

自然人的民事权利能力,是指自然人依法享有民事权利和承担民事义务的资格。任何人因其出生而当然地取得权利能力。

《民法通则》第10条规定:“公民的民事权利能力一律平等。”民事权利能力与自然人不可分离,他人不得加以剥夺,本人也不得放弃或转让。自然人的民事权利能力始于出生。但在某些情况下法律给予胎儿以特殊的保护。自然人的民事权利能力终于死亡,民法上的死亡包括生理死亡和宣告死亡。宣告死亡是指通过法定程序确定失踪人死亡。宣告死亡的时间以人民法院宣告死亡的日期为准。但根据《民法通则》第24条第2款的规定,有民事行为能力人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为有效。

(二) 自然人的民事行为能力

自然人的民事行为能力是指自然人能够以自己的行为独立参加民事法律关系,行使民事权利和设定民事义务的资格。此制度设立的目的是保护未获成熟理智者的利益以及相对人的交易安全。

《民法通则》按照年龄阶段的不同和理智是否健全,将自然人的民事行为能力划分

为:完全民事行为能力人、限制民事行为能力人和无民事行为能力人三种。①完全民事行为能力人。完全民事行为能力人,是指能够通过自己的独立行为参加民事法律关系,取得民事权利和承担民事义务的人。只有18周岁以上非精神病人和年满16周岁且以自己劳动收入为主要生活来源的未成年人才具有完全民事行为能力。②限制民事行为能力人。限制民事行为能力人,是指只能独立实施法律限定的民事法律行为的人。10周岁以上的未成年人和不能完全辨认自己行为的精神病人是限制民事行为能力人,可以进行与他的精神健康状况相适应的民事活动以及纯获利益的行为;其他民事活动由他的法定代理人代理,或者征得他的法定代理人的同意。③无民事行为能力人。无民事行为能力人,是指不能以自己的行为取得民事权利和承担民事义务的人。不满10周岁的未成年人和不能辨认自己行为的精神病人是无民事行为能力人,由他的法定代理人代理民事活动。

《民法通则》第19条规定:“精神病人的利害关系人,可以向人民法院申请宣告精神病人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人。被人民法院宣告为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,根据他健康恢复的状况,经本人或者利害关系人申请,人民法院可以宣告他为限制民事行为能力人或者完全民事行为能力人。”对此法律宣告,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第5~8条做了明确的规定。

(三) 监护

监护是对未成年人和精神病人的人身、财产及其他权益进行监督和保护的一种民事法律制度。

监护人的设定分为法定监护和指定监护。《民法通则》第16、17条规定了监护人的范围,其中未成年人的父母是其当然的监护人。如果法定监护人对于担任监护人有争议的,由相关单位进行指定。

监护人的职责主要是监督教育被监护人;保护被监护人的人身、财产及其他合法权益;代理被监护人进行民事活动。监护人不履行监护职责或者侵害被监护人合法权益的,应当承担责任,给被监护人造成财产损失的,应当承担赔偿责任。如果因监护人管教不严,被监护人造成他人损害的,由被监护人承担民事责任。监护人尽了监护职责的,可以适当减轻其民事责任。

监护终止的原因有被监护人获得完全民事行为能力、死亡;监护人死亡、丧失行为能力、辞去监护、被撤销监护人资格等。

(四) 住所

住所具有重要的法律意义。《民法通则》第15条规定:“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。”自然人离开住所地连续居住一年以上的地方,为经常居住地。

(五) 宣告失踪与宣告死亡

宣告失踪是指公民离开自己的住所,下落不明达到法定期限(我国规定为2年),经利害关系人申请,由人民法院依法定程序(我国规定为3个月)宣告其为失踪人的法律制度。

宣告公民为失踪人后,应当为失踪人确定财产代管人,财产代管人有权清偿失踪人的债务并追索其债权,代管人追索失踪人的债权所取得的财产,应归失踪人所有。代管人不履行代管职责或者侵犯失踪人财产权益的,失踪人的有关利害关系人可以向人民法院请求财产代管人承担民事责任并请求变更财产代管人。被宣告失踪的人重新出现或者确知他的下落,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的失踪宣告。失踪宣告一经撤销,代管人的代管权随之终止,应当将其代管的财产交还给被宣告撤销失踪的人,并告知代管期间对其财产管理和处置的情况。

宣告死亡是指自然人离开自己的住所,下落不明达到法定期间(一般是4年,意外事故中为2年),经利害关系人申请,由人民法院依法定程序(一般为公告1年)宣告其死亡的制度。

被宣告死亡的自然人与他人之间存在的各种民事法律关系归于消灭。其生理死亡前实施的民事法律行为与被宣告死亡引起的法律后果相抵触的,则以实施的民事法律行为为准。

当被宣告死亡人重新出现或者有人确知他没有死亡时,经本人或者利害关系人申请,人民法院应当撤销对他的死亡宣告。被宣告死亡人的配偶未再婚的,夫妻关系自撤销死亡宣告之日起自行恢复;配偶已经再婚的,不能自行恢复婚姻关系。本人可请求返还财产,但原物已经由第三人合法取得的,第三人可不予退还,继承获得的除外。

二、法人

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。法人是独立的组织,有独立的财产,独立承担责任。法人从成立时即具有完全行为能力。我国法律规定了法人的类型、成立条件、法人机关、法定代表人及其责任、法人的变更、终止与清算等内容。

依据不同的标准,法人可以分为公法人与私法人、社团法人与财团法人、公益法人和营利法人等。《民法通则》将法人分为企业法人、机关法人、事业单位法人和社会团体法人。企业法人是一种营利性的社会经济组织。机关法人依法享有国家赋予的行政权力,与其他主体处于平等的地位。事业单位法人是利用国有资产举办的,从事公益事业的单位。社会团体法人是自然人或法人自愿组成,为实现会员共同愿望,按照其章程开展活动的非营利性社会组织。

一般认为,法人的设立原则包括:自由设立原则、特许主义原则、许可主义原则和准

则主义原则四种类型。自由设立原则是指法人的设立完全取决于当事人之间的自由意志,国家不得任意干涉;特许主义原则是指,法人的设立并非由于当事人之间的合意而产生,其需要经过国家特许命令方可成立,如英属东印度公司便是例证;许可主义原则是指行政机关对法人的设立采实质审查,须经行政机关许可后,法人方可成立;准则主义则是申请人向登记机关提出申请,登记机关对申请材料进行形式审查,只要符合法人设立的条件,即可设立法人。

企业法人一般采准则主义。《公司法》第6条规定:“设立公司,应当依法向公司登记机关申请设立登记。符合本法规定的设立条件的,由公司登记机关分别登记为有限责任公司或者股份有限公司;不符合本法规定的设立条件的,不得登记为有限责任公司或者股份有限公司。”但国有独资公司则采许可主义。《全民所有制工业企业法》第16条第1款规定:“设立企业,必须依照法律和国务院规定,报请政府或者政府主管部门审核批准。经工商行政管理部门核准登记、发给营业执照,企业取得法人资格。”

机关法人被国家赋予特定的权力,故不允许自由创设,一般采特许主义原则。而事业单位法人和社会团体法人则采许可主义原则。《民法通则》第50条第2款规定:“具备法人条件的事业单位、社会团体,依法不需要办理法人登记的,从成立之日起,具有法人资格;依法需要办理法人登记的,经核准登记,取得法人资格。”

法人的成立包括实质要件和形式要件两方面。①法人成立的实质要件。我国《民法通则》第37条规定了法人成立应当具备的条件:依法成立;有必要的财产或者经费;有自己的名称、组织机构和场所;能够独立承担民事责任。其中前三项是法人成立的共同实质条件,第四项实际上是法人的特征。②法人成立的形式要件。在具备法人的实质要件后,要取得法人资格,企业、部分事业单位与大多数社会团体必须得到主管部门的核准并登记。在我国,法人的成立登记一般要经过申请、审查、登记发证和公告的步骤。

法人的机关,是依据法律和法规、章程的规定,能够对外代表法人从事民事活动的个人或集体。一般来说,法人机关由权力机关、执行机关和监督机关三部分构成,分别负责法人意思的形成、执行和监督。法人机关在法律、章程规定的权限范围内所为的一切行为,均为法人本身的行为,其行为后果由法人承担。

法人的分支机构是法人的组成部分,它是法人在某一区域设置的完成法人部分职能的业务活动机构。法人的分支机构进行民事活动所发生的债务和所承担的责任最终由法人负责,但是可以在法人的授权范围内以自己的名义参加民事诉讼。

法人的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。法定代表人有权对外代表法人,对内组织经营,其执行职务行为所产生的一切法律后果,均由法人承担,但若怠于履行自己的职责或进行违法活动,应当承担相应的法律责任。

法人的变更指法人在存续期内,法人组织上的分立、合并以及在活动宗旨、业务范围上的变化。

法人的终止,是指法人丧失民事主体资格。法人终止的原因有依法被撤销、自行解

散、依法被宣告破产等。

法人清算是指清理将终止的法人的财产,了结其作为当事人的法律关系,从而使法人归于消灭的必经程序。企业法人解散,应当成立清算组织,进行清算。企业法人被撤销、被宣告破产的,应当由主管机关或人民法院组织有关机关和有关人员成立清算组织,进行清算。清算组织的职责是:了结现存事务、收取债权、清偿债务、移交剩余财产。《民法通则》第40条规定:“法人终止,应当依法进行清算,停止清算范围外的活动。”可见,清算中的法人与清算前的法人具有同一人格,只是其民事权利能力与民事行为能力受清算目的的限制而已。

清算终结,应由清算组织向登记机关办理注销登记并公告。完成注销登记和公告,法人即归于消灭。

三、合伙

合伙是指两个或两个以上的人(自然人或法人)为了共同的经济目的,自愿签订合同,共同出资、经营,共负盈亏和风险,对外负无限连带责任的联合体。合伙应属非法人组织,具有民事主体资格。普通合伙企业和有限合伙企业是我国法上的两种基本类型。我国《合伙企业法》规定了合伙的成立、合伙财产、合伙事务的执行、合伙的债务承担、入伙、退伙与合伙的终止等内容。

根据《合伙企业法》第2条的规定,“普通合伙企业由普通合伙人组成,合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任”。2006年修订后的《合伙企业法》扩大了合伙人的范围,普通合伙人不再仅限于自然人,法人亦可以成为普通合伙人承担无限责任。但并非所有法人均可成为普通合伙人,出于保护社会公益和国家利益的需要,《合伙企业法》第3条的规定:“国有独资公司、国有企业、上市公司以及公益性的事业单位、社会团体不得成为普通合伙人。”

有限合伙企业由普通合伙人和有限合伙人组成,普通合伙人对合伙企业债务承担无限连带责任,有限合伙人以其认缴的出资额为限对合伙企业债务承担责任。有限合伙人的特点是对合伙企业的债权人承担有限的非连带责任。有限合伙人和普通合伙人之间可以进行身份转化。除了合伙协议另有约定外,只要全体合伙人一致同意,有限合伙人可以转变为普通合伙人,普通合伙人也可以转变为有限合伙人。但是,有限合伙人转变为普通合伙人的,对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。值得强调的是,有限合伙企业中至少存在一名普通合伙人,否则该合伙企业应该被解散。

合伙的成立须具备形式要件和实质要件。①合伙成立的形式要件。合伙必须经工商行政管理机关依法核准登记才能有效成立。我国对合伙企业的审查采形式主义,申请设立合伙企业的申请人,应该向企业登记机关提交登记申请书、合伙协议书、合伙人身份

证明文件。申请人提交的登记申请材料齐全,符合法定形式,企业登记机关能够当场登记的,应予当场登记,发给营业执照。因材料不齐全或不符合要求的,企业登记机关应当自受理申请之日起20日内,作出是否登记的决定。②合伙成立的实质要件。合伙人达到法定人数,合伙人为自然人的,应具有完全民事行为能力;有书面的合伙协议;有各合伙人认缴或实际缴付的出资;有合伙企业的名称和生产经营场所。

合伙财产由两部分构成:合伙设立时由各合伙人缴付的出资及在合伙存续期间以合伙的名义获得的合伙财产。各合伙人按各自的份额共有。在合伙企业清算前,合伙人一般不得请求分割共有财产,在合伙存续期间,合伙人向合伙人之外第三人转让自己在合伙中的财产份额的,须经全体合伙人的同意,其他合伙人在同等条件下享有优先购买权,但是合伙协议中另有约定的除外。

各合伙人都有权管理和使用合伙财产,代表合伙从事交易。如果合伙人人数众多,可以由合伙协议约定或由全体合伙人决定委托一名或数名合伙人执行合伙事务。由于其他合伙人是自愿将其执行合伙事务的权利委托给他人,为了防止合伙企业内部管理的混乱,杜绝“令出多门”,故法律规定在此种情形下,其他合伙人不再执行合伙事务,但有权监督执行事务合伙人执行合伙事务的情况。在商议合伙重大事务时,合伙人以合伙协议约定的表决方式作出决定,原则上实行一人一票并经全体合伙人过半数通过的表决办法。

合伙以合伙财产和合伙人的个人财产作为债务的担保,称为连带的无限责任。合伙的到期债务,应先以合伙财产清偿,不足部分,才以各合伙人的财产清偿。各合伙人应清偿的合伙债务,按合伙协议中规定的各合伙人分担亏损的比例分担。如果合伙协议没有此项规定,由各合伙人平均分担。任何一个合伙人自己的财产若不足以偿付分担的债额,由其他合伙人偿付。偿付人于偿付后,就超出自己分担份额的部分,有权向其他合伙人追偿。同时,《合伙企业法》确定了“抵债禁止”规则,第41条规定:“合伙人发生与合伙企业无关的债务,相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务;也不得代为行使合伙人在合伙企业中的权利。”

入伙是指合伙成立后,第三人加入合伙并取得合伙人资格的行为。入伙须取得全体既有合伙人的同意,以接受原合伙合同的基本内容为前提。一般来讲,入伙的新合伙人与原合伙人享有同等权利,承担同等责任。同时,新合伙人对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任。

退伙是指合伙人脱离合伙组织,丧失合伙人资格的行为。退伙分三种:合伙人以自己的意思而退伙、出于法定事由而退伙、开除某一或某些合伙人。

合伙的终止即合伙的法律人格的消灭,有合伙人解散和合伙破产两种情形。

四、民事法律行为

民事法律行为,是民事法律事实的一种,指民事主体设立、变更、终止民事权利和民

事义务的行为。《民法通则》所采用的法律行为是合法行为说应在未来制定的民法典中予以扬弃,而采用国际上通行的关于法律行为的定义。民事法律行为以意思表示为核心要素。所谓意思表示,是表意人将其期望发生某种法律效果的内在意图以一定方式表现于外部的行为。我国法律规定了民事法律行为的形式、成立要件、有效要件、效力体系、附条件的民事法律行为、附期限的民事法律行为等内容。

民事法律行为的形式有口头、书面、推定形式等。推定形式指当事人通过有目的、有意义的积极行为将其内在意思表现于外部。在法律有特别规定的情况下,当事人的沉默也被视为构成意思表示。

民事法律行为的成立要件,是指按照法律规定成立法律行为所必不可少的事实要素。通说认为,民事法律行为的一般成立要件应包括:当事人、标的和意思表示。某些特殊类型的民事法律行为,还须具备特别成立要件。例如,在要物行为的成立中,须具备交付标的物的特别成立要件。

民事法律行为的有效,指法律行为因符合法律规定而获得能引起民事法律关系设立、变更和终止的法律效力。依《民法通则》第55条的规定,任何法律行为皆须具备如下一般有效要件:行为人具有相应的民事行为能力、当事人的意思表示真实、不违反法律或社会公共利益。在特殊情况下,法律行为还须具备特殊有效要件,才能产生法律效力。例如,附条件或期限的法律行为。

根据法律规定,我国民事法律行为的效力体系包括无效的民事法律行为、可变更、可撤销的民事法律行为、效力待定的民事法律行为等。

(一) 无效的民事法律行为

无效民事法律行为是指已经成立,但欠缺民事法律行为的有效要件,自始、绝对、当然不按照行为人设立、变更和终止民事法律关系的意思表示发生法律效力的行为。主要有以下行为类型:①意思表示不真实,并损害了国家利益的民事法律行为。②违反法律或社会公共利益的法律行为。这些行为包括:恶意串通,损害国家、集体或者第三人利益;以合法形式掩盖非法目的;损害社会公共利益;违反法律或行政法规的强制性规定。

(二) 可变更、可撤销的民事法律行为

可变更、可撤销的民事法律行为是指民事法律行为虽然已经成立,但因欠缺民事法律行为的生效要件,可以因当事人撤销权的行使而自始归于无效的民事法律行为。在如下情形可撤销法律行为:行为人对行为内容有重大误解;欺诈、胁迫但不损害国家利益;乘人之危;显失公平。这里所称的显失公平是在不能适用上述可撤销事由的情况下发生的结果上的显失公平。

撤销权人必须通过法院行使撤销权,也可以申请变更民事法律行为和抛弃撤销权。撤销权人既不明示地抛弃撤销权,又不积极行使权利,经过1年的除斥期间,撤销权

消灭。

法律行为被确认无效或被撤销后,双方应返还财产,赔偿损失等。在当事人双方恶意串通,实施法律行为损害国家、集体、第三人的利益时,要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。

(三) 效力待定的民事法律行为

效力待定的民事法律行为,是指民事法律行为虽已成立,但是否生效尚不确定,只有经过特定当事人的行为,才能确定生效或不生效的民事法律行为。它包括限制民事行为能力人所实施的依法不能独立实施的民事行为、无权处分行为和无权代理行为。效力待定的民事行为,其效力确定得经由以下途径:特定当事人追认权的行使或不行使;相对人行使催告权和撤销权。

附条件、附期限的民事法律行为包括附条件的法律行为和附期限的法律行为两类。

①附条件的法律行为。附条件的法律行为,指把法律行为效力的开始或终止取决于将来不确定事实的发生或不发生的法律行为。法律行为所附的条件,必须是将来的、不确定的、合法、可能的事实。当事人恶意促使条件成就的,法律视为条件不成就;恶意促使条件不成就的,法律视为条件已成就。②附期限的法律行为。附期限的法律行为,是以一定期限的到来作为效力开始或终止原因的法律行为。期限与条件不同,任何期限都是确定地要到来的,而条件的成就与否具有不确定性。

五、代理

代理,是指代理人在代理权范围内,以被代理人的名义或自己的名义独立与第三人为民事行为,由此产生的法律效果直接或间接归属于被代理人的法律制度。代理的法律规定包括代理的种类、代理证书、代理权的行使、无权代理、表见代理、代理的消灭等方面。

根据不同的标准可将代理进行不同的区分。

(1) 根据代理权产生的根据,可以将代理区分为委托代理、法定代理和指定代理。委托代理是基于被代理人的委托授权所发生的代理。法定代理指基于法律的直接规定而发生的代理。指定代理指基于法院或有关机关的指定行为发生的代理。

(2) 根据代理人代理权来源的不同,可以把代理区分为本代理和复代理。本代理指代理人的代理权来源于被代理人直接授予代理权的行为或来源于法律的规定以及有关机关的指定。复代理,又称再代理,是代理人为了实施代理权限内的全部或部分行为,以自己的名义选定他人担任被代理人的代理人,该他人称为复代理人,其代理行为产生的法律效果直接归属于被代理人。

代理证书是委托授权行为的书面形式。它是由被代理人制作的,证明代理人之代理权并表明其权限范围的证书。依据《民法通则》第 65 条第 2 款的规定,代理证书应载明

代理人的姓名或名称、代理事项、代理的权限范围、代理权的有效期限,并应由委托人签名或盖章。代理证书授权不明的,被代理人 and 代理人要对第三人承担连带责任。

法律规定,代理权的行使有一定的要求和限制。

(1) 代理权行使的要求:代理人亲自行使代理权;谨慎、勤勉、忠实地行使代理权,主要负有勤勉、报告和保密等义务。代理人不履行职责而给被代理人造成损害的,应当承担民事责任。代理人和第三人串通,损害被代理人的利益的,由代理人和第三人负连带责任。

(2) 代理权的限制:第一,自己代理,即代理人在代理权限内与自己为民事行为。第二,双方代理,即一个代理人同时代理一个民事法律关系的双方当事人作为民事行为的情况。以上二者除非事先得到过双方当事人的同意或事后得到了追认,法律应不予承认。

无权代理是指不具有代理权的行为人所实施的代理行为。无权代理包括如下三种情况:根本未经授权的代理;超越代理权的代理;代理权终止后的代理。无权代理经被代理人追认,发生与有权代理同样的法律效果。交易相对人在被代理人行使追认权之前,得向被代理人发出催告,要求其在相当期限内作出是否追认的表示。被代理人不及时行使的,视为拒绝追认。无权代理行为没有被代理人的事实或拟制的追认时,不产生法律效力,其无效性溯及到代理行为成立之时。第三人知道行为人没有代理权、超越代理权或者代理权已终止还与行为人实施民事行为给他人造成损害的,由第三人和行为人负连带责任。

表见代理为无权代理的一种,指行为人没有代理权,但交易相对人有理由相信行为人有代理权的无权代理。此时,该无权代理可发生与有权代理同样的法律效果,但被代理人有权向无权代理人请求赔偿。如果善意的交易相对人不愿该无权代理发生与有权代理同样的法律效果,也可经由撤销权的行使,使其归于无效,或者主张无权代理,追究无权代理人的责任。

代理的消灭包含各方面因素。

(1) 委托代理消灭的原因有:代理期间届满或者代理事务完成;被代理人取消委托或者代理人辞去委托;代理人死亡;代理人丧失民事行为能力;作为被代理人或者代理人的法人终止。

(2) 法定代理或者指定代理终止消灭的原因有:被代理人取得或者恢复民事行为能力;被代理人或者代理人死亡;代理人丧失民事行为能力;指定代理的人民法院或者指定单位取消指定;由其他原因引起的被代理人和代理人之间的监护关系消灭。

六、诉讼时效

诉讼时效是指权利人在法定期间内不行使权利即丧失请求人民法院保护其民事权利的权的法律制度。法律规定了诉讼时效的种类、起算、中止、中断和延长、效力等

内容。

诉讼时效一般分为普通诉讼时效和特别诉讼时效:普通诉讼时效期间为2年。特殊诉讼时效期间又分为短期诉讼时效和长期诉讼时效。《民法通则》第136条规定下列请求权适用1年的特别时效期间即短期诉讼时效期间:①身体受到伤害要求赔偿的请求权;②出售质量不合格的商品未声明的,即瑕疵担保请求权;③延付或者拒付租金的支付请求权;④寄存财物被丢失或者损毁的,即保管财物丢失损毁的赔偿请求权。《民法通则》第137条规定:“从权利被侵害之日起超过20年的,人民法院不予保护。”20年的诉讼时效期间为长期诉讼时效期间。

根据《民法通则》第137条的规定,诉讼时效期间从权利人知道或者应当知道权利被侵害时起计算。

诉讼时效的中止、中断和延长包括下列情形:

(1) 诉讼时效期间的中止,又称诉讼时效期间不完全,指在诉讼时效期间进行中,因发生一定的法定事由使权利人不能行使权利请求权,暂时停止计算诉讼时效期间,待阻碍时效期间进行的法定事由消除后,继续进行诉讼时效期间的计算。依《民法通则》第139条的规定,不可抗力或者其他障碍为使诉讼时效中止的法定事由。不可抗力为不能预见、不能避免和不能克服的客观情况。诉讼时效期间可以中止的时间,为诉讼时效期间的最后6个月内。

(2) 诉讼时效期间中断,指在诉讼时效进行期间,因发生一定的法定事由,使已经经过的时效期间统归无效,待时效期间中断的事由消除后,诉讼时效期间重新计算。依《民法通则》第140条的规定,可使诉讼时效期间中断的法定事由有权利人提起诉讼、提出要求或者义务人同意履行义务。

(3) 诉讼时效的延长是指诉讼时效期间届满以后,权利人基于某种正当的理由,向人民法院提起诉讼时,经人民法院调查确有正当理由而将法定时效期间予以延长。诉讼时效的延长发生在诉讼时效期间届满之后。

我国《民法通则》第138条规定:“超过诉讼时效期间,当事人自愿履行的,不受诉讼时效限制。”时效届满,实体权利本身并没有消灭,只是该权利失去了国家强制力的保护,债务人自动履行义务的,权利人可以接受。

第三节 物权法律制度

一、物权一般制度

(一) 物权的概念和特性

物权为直接支配特定物,享受其利益并排除他人干涉的权利。

物权有直接支配性和保护之绝对性。所谓物权的直接支配性,是指物权人得依自己

的意思,无须他人意思或行为之介入,对标的物就可以进行管领和处分,实现其权利的内容。在同一标的物上,不能有两个以上(包括两个)不相容的物权同时存在。此即物权的排他效力。所谓物权保护的绝对性,是指在物权人对其标的的支配范围内,非经物权人同意,任何人均不得侵入或干涉。物权是可要求世间所有人就其对标的物的支配状态给予尊重的权利,因而物权是对世权。

(二) 物权法定主义

所谓物权法定主义,是指物权的种类、效力、变动要件、保护方法等都只能由法律来规定,不允许当事人自由创设。我国《物权法》第5条规定:“物权的种类和内容,由法律规定。”在解释论上,一般认为物权的变动和保护方法都属于物权内容范畴。

违反物权法定主义时,依情况不同,发生下列效果:①法律有特别规定时,从其规定。②法律无特别规定时,无效。③如果是设定物权内容的一部分违反了禁止性规定,而除去该部分外,不影响其他部分的效力的,其他部分仍然有效。④物权虽然无效,但其行为如果具备其他法律行为的要件,在当事人之间仍存在该法律行为的效力。

物权法定主义是物权法的一项重要原则,但如果将其僵化适用,就无法适应社会发展的需要。近来逐渐出现要求物权法定缓和的学说。新生的物权若不违反物权法定主义的立法宗旨,又有一定的公示方法时,应通过对物权法定内容进行从宽解释的办法,解释为非新类型的物权。

(三) 物权的客体

民法上的物是指存在于人体之外,能为人力所支配且能满足人类社会生活需要的有体物和自然力。

法律规定物权客体特定主义。所谓物权客体特定主义,是指在一个标的物上只能存在一个所有权,不允许有互不相容的两个以上物权同时存在于同一标的物上。这里的“一物”,是指法律观念上的一个物而不是指客观事实上的一个独立物,一般应依社会交易中的通常观念来判断。

按照不同的标准,对物可以进行以下不同的分类。

1. 动产与不动产

动产是能够移动且不因移动而损害其价值的物,如洗衣机、桌子等。不动产是指性质上不能移动或虽可移动但移动就会损害其价值的物,如土地、房屋等。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第186条的解释是:“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。”1995年颁布的《担保法》第92条规定:“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定着物。本法所称动产是指不动产以外的物。”

2. 主物与从物

主物是指独立存在的,由从物所辅助的物。从物则是与主物同属一人,非主物构成

部分,却经常辅助主物使用的物。立法一般规定对主物的处分及于从物。我国民法无主物、从物概念,仅有关于“附属物”的规定。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》第87条规定:“有附属物的财产,附属物随财产所有权的转移而转移。但当事人另有约定又不违法的,按约定处理。”这里的“有附属物的财产”就是主物,“附属物”就是从物。同时,我国《物权法》也对此予以规定予以确认,第115条规定,“主物转让的,从物随主物转让,但当事人另有约定的除外”。

3. 原物与孳息

原物是指依其自然属性或法律规定产生新物的物,孳息是指原物产生的物。孳息又可分为天然孳息和法定孳息,前者是指原物根据自然规律产生的物,如幼畜;后者是指原物根据法律规定带来的物,如存款利息等。二者区分的意义在于,除法律或合同另有规定外,孳息归原物所有者所有,转让原物时,孳息收取权一并转移。关于所有权归属的具体操作规则,《物权法》第116条予以规定:“天然孳息,由所有权人取得;既有所有权人又有用益物权人的,由用益物权人取得。当事人另有约定的,按照约定。法定孳息,当事人有约定的,按照约定取得;没有约定或者约定不明确的,按照交易习惯取得。”

4. 特定物与种类物

特定物指有独立特征或被权利人指定,不能以其他物替代的转让物,包括独一无二的物和从一类物中经指定而特定化的物。种类物指以品种、质量、规格等确定而无须具体指定的转让物。区分二者的意义在于,民法对二者的灭失责任、所有权移转等做出不同的规定。

5. 单一物、合成物与集合物

单一物指独立成一体的物,合成物指数个单一物结合为一体的物,集合物指多个单一物或合成物集合为一体的物,在交易上和法律上被作为一物对待。

(四) 物权的效力

物权的效力是指法律赋予物权的强制性作用力。物权的效力包括排他效力、优先效力、追及效力及物上请求权四种。物权的排他效力,是指在同一标的物上不允许有两种以上不相容的物权同时存在。物权的优先效力,是指同一标的物上有两个或两个以上可相容物权时,成立在先的物权一般优先于成立在后的物权;同一标的物上有物权和债权同时存在时,物权优先于债权。物权优先于债权作为一般原则也存有例外:一是买卖不破租赁。《合同法》第229条规定:“租赁物在租赁期内发生所有权变动的,不影响租赁合同的效力。”二是基于公益或社会政策的理由,法律规定某些特殊债权可优先于物权。如我国《担保法》第56条规定:“拍卖划拨的国有土地使用权所得的价款,在依法缴纳相当于应缴纳的土地使用权出让金的款额后,抵押权人有优先受偿权。”先成立的物权优先于后成立的物权作为一项原则,也存在例外,如他物权优先于所有权以及法律规定的优先权。物权的追及效力是指物权成立后,其标的物不论辗转于何人之手,物权人均可追及

于物之所在而直接支配其物的效力。应当注意的是,物权的追及效力并不是绝对的,善意取得制度就是对物权追及效力的限制。所谓善意取得,是指在标的物为动产时,无权处分人依所有人意思而占有该动产,第三人自无权处分人处善意、公然、有偿地占有该动产后,第三人即可取得该动产的所有权,所有人只能向非法转让人请求损害赔偿。

(五) 物上请求权

物上请求权是物权人在其物被侵害或有被侵害可能时,得请求回复物权圆满状态或防止侵害的权利。根据对物权妨害样态的不同,物上请求权可分为以下几种:请求除去妨碍、请求防止妨碍,请求恢复原状和请求返还原物。我国《物权法》在第三章《物权的保护》中予以确认。

(六) 物权的变动

物权的变动,就物权自身而言,指物权的发生、变更及消灭;就物权主体而言,指物权得丧、变更。物权的取得包括原始取得与继受取得两种。物权的原始取得指不是依据他人既存的权利而取得物权。如通过生产、添附、无主动产的先占取得等而取得物的所有权。物权标的之上原来存在的一切负担,均因原始取得而消灭,原来的物权人不得就该标的物再主张任何权利。物权的继受取得指基于他人既存的权利而取得物权。如因买卖、赠与等设定行为而取得物权。物权的消灭可分为绝对消灭与相对消灭。绝对消灭又可分为两种情形:一是物权的标的物在客观上灭失,物权本身终局地归于消灭。二是标的物未灭失,但物权本身终局归于消灭,他人并未取得其权利,如抛弃。相对消灭指物权虽与原权利主体分离,但又与另一新主体相结合,如所有人将其所有物出卖而丧失其所有权。

(七) 物权变动的公示与公信原则

物权公示原则指物权变动须以法定公示方式进行才能生效的原则。如未能以法定公示方法进行,则无从发生物权变动的法律效果。物权变动的公示方法在不动产为登记,在动产则为交付。

物权公信原则指物权变动已经公示的,即使物的出让人事实上无处分权,善意受让人基于对公示的信赖,仍能取得物权的原则。

二、所有权法律制度

所有权是所有人法律允许的范围内对所有物享有的独占性支配权。财产的所有人通过占有、使用、收益、处分等权能行使自己的所有权。

(一) 所有权的权能

所有权的权能是所有人为了实现其对所有物独占性的支配权从而满足自身的利益,

在法律允许的范围内可以采取的手段。所有权的权能在实践中表现为所有权的作用。所有权的权能包括积极权能和消极权能,积极权能是所有人为了实现所有权而对物进行各种积极行为的权能,体现在《物权法》第 39 条的规定,“所有权人对自己的不动产或者动产,依法享有占有、使用、收益和处分的权利。但是这种绝对权的行使空间并非没有限制,必须考虑他人合法利益和社会公益。”以及《物权法》第 40 条的规定:“所有权人有权在自己的不动产或者动产上设立用益物权和担保物权。用益物权人、担保物权人行使权利,不得损害所有权人的权益。”

(二) 所有权的种类

所有权依据主体的不同所有制形式可以分为国家所有权、集体所有权、个人所有权和法人所有权。依据主体数量的不同,可以分为单一所有权和多数人所有权。依据客体性质的不同可以分为动产所有权和不动产所有权。

(三) 共有

共有指两个或两个以上主体对某一物共同享有所有权。根据《物权法》第 93 条的规定,我国立法确认了共同共有和按份共有两种共有形态。

按份共有指两个或两个以上的共有人按照各自的份额对共有物享有所有权。《民法通则》第 78 条第 2 款规定:“按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。”按份共有关系基于合同关系产生,按份共有人按照各自的份额享有所有权。按份共有人的权利、义务及于全部共有物,按份共有人可依法处分自己的份额,如转让、分出其份额等。根据《物权法》第 101 条,共有人出售其份额,“其他共有人在同等条件下享有优先购买的权利”。按份共有人在对共有物进行处分时,必须经全体共有人的同意。共有人擅自对共有物进行事实上的处分而损害其他共有人合法权益的,应对其他共有人承担侵权责任。共有人擅自对共有物进行法律上的处分,除非事后经其他共有人追认,否则对其他共有人不产生法律效力。

共同共有是两个或两个以上共有人不分份额、平等地对共有物享有所有权。《民法通则》第 78 条规定:“共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。”共同共有的存在以共有人之间存在特定关系为前提,共同共有人不分份额地对共有物享有所有权。共同共有人平等地对共有物享有所有权。共同共有分为夫妻共有与家庭共有。

共有物的分割方式有三种:实物分割、变价分割和作价补偿。共有物分割后,共有关系终止,各共有人对自己分得的份额依法享有独立的所有权。但是如果由于分割前的原因使得某共有人分得的财产存在权利瑕疵或物的瑕疵的,其他共有人应共同承担由此造成的损失。

(四) 相邻关系

相邻关系指两个或两个以上相互毗邻的不动产的所有人或使用人,在行使其所有权

或使用权时,相互之间应给予便利或接受限制的权利义务关系。

相邻关系有如下种类:因用水、排水而发生的相邻关系、相邻通行关系、相邻管线设置关系、因建筑施工临时占用邻人土地而发生的相邻关系、因建筑物通风、采光而发生的相邻关系、相邻建筑物的通行关系、基于越界建筑而产生的相邻关系、因竹木根枝越界而产生的相邻关系、果实越界而产生的相邻关系、相邻环保关系、相邻防险关系等。

我国《物权法》第 83、84 条对相邻关系的处理原则作出了规定,即不动产的相邻各方应当按照有利生产、方便生活,团结互助、公平合理的精神,正确处理相邻关系。法律、法规对处理相邻关系有规定的,依照其规定;法律、法规没有规定的,可以按照当地习惯。

三、用益物权法律制度

用益物权是对他人所有的物,在一定范围内占有、使用、收益、处分的权利。

我国法律规定了建设用地使用权、宅基地使用权、土地承包经营权和地役权等用益物权。

(一) 建设用地使用权

建设用地使用权是指公民、法人依法对国家所有的土地享有的占有、使用、收益的权利。根据《物权法》第 137 条的规定,“建设用地使用权可以通过出让和划拨方式获得”。建设用地使用权的出让是指国家以土地所有者的身份将土地使用权在一定年限内让与土地使用者,并由土地使用者向国家支付土地使用权出让金的行为。划拨则是指国家将国有土地无偿支付给符合法律规定条件的土地使用者得行为。

《物权法》第 143 条规定了建设用地使用权的五种流转方式,即转让、互换、出资、赠与和抵押。其中转让、互换、出资和赠与导致使用权人的变更,构成建设用地使用权的继受取得。抵押则只有在抵押权实现后才导致使用权人的变更。

为了防止单纯炒卖地皮的行为,未按土地使用权出让合同规定的期限和条件投资开发、利用土地的,土地使用权不得转让与出租。土地使用权与地上建筑物、其他附着物不得分别出租、抵押。

(二) 宅基地使用权

宅基地使用权是指公民个人依法取得的在国家或集体所有的土地上建筑房屋并居住使用的权利。公民取得宅基地使用权必须符合法定条件、遵循法定程序。凡没有私房、也没有租赁公房的,可申请宅基地使用权,建造私有房屋。宅基地使用权人必须按照法律规定的方式使用宅基地。宅基地使用权只能随房屋所有权一起转让。但是,我国法律禁止宅基地使用权的流转,主要是考虑到宅基地是农民生活的基本保障,防止出现土地兼并,造成弱势群体流离失所。当然,由于继承而发生的移转除外。

宅基地使用权的消灭事由主要包括土地灭失、被征收,宅基地使用权被撤销等。已经登记的宅基地使用权消灭的,应当及时办理注销登记。

(三) 土地承包经营权

土地承包经营权是公民和集体经济组织依法对农民集体所有或者国家所有依法由农民集体使用的土地所享有的承包经营的权利。土地承包经营权的主体为发包方和承包方。根据《农村土地承包法》,发包方为农村集体经济组织、村民委员会或者村民小组。承包方通常为农村集体经济组织内部的农户。不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。土地承包经营权可以依法采取转包、出租、互换、转让或者其他方式流转。当事人通过协商确定双方的权利义务,并签订书面合同。采取转让方式流转的,应当经发包方同意;采取转包、出租、互换或者其他方式流转的,应当报发包方备案。土地承包经营权采取互换、转让方式流转的,未经登记,合同在当事人之间具有法律效力,但不得对抗善意第三人。根据《农村土地承包法》第49条的规定,通过招标、拍卖、公开协商等方式承包农村土地的,其土地承包经营权可以依法采取转让、出租、入股、抵押或者其他方式流转。《物权法》第128条也规定:“土地承包经营权人依照农村土地承包法的规定,有权将土地承包经营权采取转包、互换、转让等方式流转。流转的期限不得超过承包期的剩余期限。未经依法批准,不得将承包地用于非农建设。”

(四) 地役权

地役权是指为实现自己不动产的便利或者价值的提高而使用他人不动产的权利。权利人需要得到便利的不动产为需役地,为他人使用提供便利的不动产为供役地。这里所谓的“地”,并不限于土地,而是包括其他不动产,如房屋等。

地役权的取得可以包括设定取得、受让取得和继承取得三种。设定取得,是指地役权可以通过当事人双方订立合同的方式设定,也可通过遗嘱等单方行为设定。受让取得,是指地役权可通过受让取得,但基于地役权的从属性特征,地役权的移转必须与需役地的使用权一同移转。继承取得指地役权人死亡后,地役权随需役地的使用权一同由地役权人的继承人继承。

按照地役权的目的和范围使用供役地是地役权人最主要的权利。地役权人在其权利范围内使用供役地,有权排除包括供役地人在内的其他人的非法干涉和妨害。同时,地役权人在行使地役权时,应选择对供役地损害最小的地点和办法,以尽量保全供役地人的利益。

在不妨碍地役权行使的范围内,供役地人可在其享有所有权或使用权的土地上行使土地所有人或土地使用人的一切权利。相对应地,供役地人的义务是按照合同约定,允许地役权人利用其土地,不得妨碍地役权人行使权利。

四、担保物权法律制度

担保物权,指以确保债务的清偿为目的,而于债务人或第三人的特定物或权利上所设定的定限物权。担保物权从属于其所担保的债权,具有不可分性和物上代位性。担保物权主要有抵押权、质权和留置权等。

(一) 抵押权

抵押权,是指债权人对于债务人或者第三人不移转占有而提供担保的财产,在债务人不履行债务时,得以其价金优先受清偿的权利。

抵押权之设定,必须订立书面契约,并办理登记。抵押的财产必须具有让与性,不属于《物权法》第184条规定的“不能设定抵押的财产”。

抵押权所担保债权的范围,包括主债权及利息、违约金、损害赔偿金、实行抵押权的费用。抵押合同另有约定的,从其约定。抵押权的效力除及于双方当事人约定用于抵押的抵押物外,还及于从物、从权利、孳息、抵押物的代位物等。

为保护抵押权人的利益,在抵押人的行为足以使抵押物价值减少之时,抵押权人有权要求抵押人停止其行为,如遇急迫情事,抵押权人得为必要的保全处分。如果抵押物的价值因可归责于抵押人的事由而已经实际减少,则抵押权人有权请求抵押人回复抵押物原状或提出与减少的价值相当的担保。

抵押权人在债权已届清偿期而债务人不履行债务时,可以处分抵押物以优先受偿,主要有三种方法:①协议折价取得抵押物的所有权;②拍卖抵押物;③以其他形式变卖抵押物。

(二) 质权

质权是指债权人为担保其债权而占有债务人或第三人提供的财产,于债务人不履行债务时,得以其所占有的标的物的价值优先于其他债权人而受偿的担保物权。质权包括动产质权和权利质权。

动产质权的动产,应当为可让与的特定物。性质上不可转让或法律禁止流通的财产,不能成为质物。质押合同是实践性合同,自标的物交付债权人之时生效。质押合同应采用书面形式,动产质权应与所担保的债权一并让与。

质权所担保债权的范围一般由当事人于质押合同中确定。若合同中未明确的,一般应包括:原债权、利息、违约金、损害赔偿金、质物的保管费以及实现质权的费用。质权的效力除及于标的物本身外还包括标的物的从物、孳息、代位物等。

质权人在债权已届清偿期而债务人不履行债务时,可以以折价、变卖、拍卖等方式处分质物优先受偿。

(三) 留置权

留置权是债权人占有属于他人的动产,具备一定要件时,在与该动产有牵连关系的债权已届清偿期未受清偿前,得留置该动产的法定担保物权。留置财产与对方交付财产前或交付财产时所为指示不能相抵触。我国《担保法》第84条第3款明确规定:“当事人可以在合同中约定不得留置的物。”留置债务人财产也不得违反公共秩序或善良风俗,以及与债权人所承担义务不相抵触。

一般而言,凡与留置物有牵连关系的债权,均属留置权担保的范围。留置权效力所及标的物的范围,除留置物本身外,一般应包括从物、孳息、代位物。

留置权实行有以下三个条件:须债务人不履行债务超过2个月;通知债务人于确定期限内履行其义务;债务人于确定期限内仍未履行义务,且未提供其他担保。

留置权实行方法主要有折价、拍卖与变卖三种。

在债务人提供新的担保,另行提供之担保与留置物之价值相当,留置权人同意接受时,留置权消灭。质权人丧失对留置物的占有和债权清偿期的延缓也是其消灭原因。

第四节 债权法律制度

一、债权概述

我国《民法通则》第84条规定:“债是按照合同的约定或者依照法律的规定,在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。享有权利的人是债权人,负有义务的人是债务人。”可见,我国民事立法是把债作为特定当事人之间的一种民事法律关系予以规范的,是指特定当事人之间请求为一定给付的财产性民事法律关系。给付是债的客体,指债务人实施的特定行为。在这种民事法律关系中,一方享有请求他方为一定行为或不为一定行为的权利,称为债权;而他方则负有满足该项请求的义务,称为债务。债权是一种请求权,又是一种对人权,因此债权人只能对债务人请求其为或不为一定行为。债权具有相容性,且各债权一律平等。能够引起债发生的法律事实主要有合同、不当得利、无因管理、侵权行为等。其中侵权行为法律制度将在最后一节论述。我国目前尚未颁布民法典,也无专门的债法,有关债法的立法内容主要见于《民法通则》第五章之第二节《债权》、第六章《民事责任》以及《合同法》等法律之中。

二、合同之债

合同是平等主体之间设立、变更、终止财产性民事权利义务关系的协议。

(一) 合同的订立程序

当事人订立合同,应当采取要约、承诺方式。

1. 要约

要约是特定人向对方当事人作出的,以订立合同为目的的意思表示。要约的内容须具体、确定。一经受要约人承诺,要约人即受该意思表示约束。

要约邀请是希望他人向自己发出要约的意思表示,如广告,但商业广告的内容若符合要约规定,视为要约。

要约到达受要约人时生效。要约可以撤回。但撤回要约的通知应当在要约到达受要约人之前或者与要约同时到达受要约人。要约也可以撤销。撤销要约的通知应当在受要约人发出承诺通知之前到达受要约人。但在特殊情形下不得撤销。

在下列情况下要约失效:拒绝要约的通知到达要约人;要约人依法撤销要约;承诺期限届满,受要约人未作出承诺;受要约人对要约的内容作出实质性变更。

2. 承诺

承诺是受要约人同意要约的意思表示。承诺应当以通知的方式作出,但根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出承诺的除外。

承诺应当在要约确定的期限内到达要约人。要约没有确定承诺期限的,承诺应当依照下列规定到达:① 要约以对话方式作出的,应当即时作出承诺,但当事人另有约定的除外;② 要约以非对话方式作出的,承诺应当在合理期限内到达。

承诺可以撤回。撤回承诺的通知应当在承诺通知到达要约人之前或者与承诺通知同时到达要约人。

一般受要约人对要约表示承诺,合同即告成立。当事人采用合同书形式订立合同的,自双方当事人签字或者盖章时合同成立。

(二) 缔约过失责任

缔约过失责任,是指缔约人在缔结合同过程中故意或过失导致合同不成立、无效或者被撤销时,给对方当事人造成损失而应依法承担的民事责任。根据我国《合同法》第42、43条规定,缔约过失责任的类型有以下四种:① 恶意磋商致使合同不成立;② 隐瞒重大事项或提供虚假情况;③ 违反保密义务之过失;④ 违反诚实信用原则的其他缔约过失行为。

缔约过失损害赔偿的范围为相对一方信赖利益的损失。

(三) 合同的内容

合同的内容,就是合同当事人所约定的权利义务。合同条款是合同内容的表现形式,是合同内容的载体。合同的内容由当事人约定,一般情况下合同所应当具备的条款有:当事人的名称或者姓名和住所;标的;数量;质量;价款或者报酬;履行期限、地点和方式;违约责任;解决争议的方法。

格式条款是当事人为了重复使用而预先拟定,并在订立合同时未与对方协商的条款。提供格式条款的一方当事人的法定义务主要有:根据公平原则确定当事人之间的权

利和义务的义务、提请对方注意的义务、给予说明的义务。

造成对方人身伤害而予以免责的条款,规定因故意或者重大过失给对方造成财产损失而予以免责的条款的,免除提供格式条款一方当事人责任、加重对方责任、排除对方当事人主要权利的条款一律无效。

对格式条款的理解发生争议的,应当按通常理解予以解释。对格式条款有两种以上解释的,应当作出不利于提供格式条款一方的解释。格式条款和非格式条款不一致的,应当采用非格式条款。

(四) 合同的形式

合同形式,是当事人合意的表现形式,是合同内容的外在表现。当事人订立合同,有书面形式、口头形式和其他形式。法律、行政法规规定或当事人约定采用书面形式的,应当采用书面形式。

法律、行政法规规定或者当事人约定采用书面形式订立合同而当事人未采用书面形式,或者采用合同书形式订立合同而未签字或者盖章,一方已经履行主要义务且对方接受的,该合同成立。

(五) 合同的履行

合同的履行,是指合同当事人按照合同的约定或者法律规定,全面、适当地完成各自承担的合同义务,使债权人的权利得以实现的过程。履行合同要遵守诚实信用原则。

我国《合同法》对于合同条款约定不明的履行规则(《合同法》第 61、62 条)、价格变动的履行规则(第 63 条)、第三人履行规则(第 64、65 条)、履行中止(第 70 条)、提前履行(第 71 条)和部分履行(第 72 条)等规则。

(六) 双务合同履行中的抗辩权

双务合同履行中的抗辩权包括同时履行抗辩权、先履行抗辩权、不安抗辩权等种类。

1. 同时履行抗辩权

同时履行抗辩权是指在没有规定履行先后顺序的双务合同中,当事人互负有效的且已届清偿期的债务,当事人一方在对方当事人未为或未按照约定为对待给付以前,有拒绝先为给付的权利。同时履行抗辩权的行使结果,并不使对方当事人的请求权归于消灭,而是仅阻碍其效力的发生。当事人不因行使同时履行抗辩权而负迟延履行履行的责任。

2. 先履行抗辩权

先履行抗辩权,是指在双务合同中,约定有先后履行顺序的,负有先履行义务的一方当事人未依照合同约定履行债务,后履行债务的一方当事人可以依据对方的不履行行为,拒绝对方当事人请求履行的抗辩权。

3. 不安抗辩权

不安抗辩权,是指双务合同中有先为给付义务的一方当事人,在对方当事人有不能

履行合同义务的可能时,可暂时中止履行的权利。我国《合同法》第68条规定了发生不安抗辩权的四种情形:经营状况严重恶化;转移财产、抽逃资金,以逃避债务;丧失商业信誉;有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。

不安抗辩权的行使,取决于权利人的意思,无须取得另一方的同意,但其负有举证责任,须证明行使不安抗辩权事由的确实存在。主张不安抗辩权的当事人负有通知义务。对方提供适当担保的,主张不安抗辩权的当事人应当恢复履行。中止履行后,对方当事人在合理期限内没有恢复履行能力,也没有提供适当担保的,中止履行的一方产生法定解除权,可以单方解除合同。

(七) 合同债的保全

我国《合同法》所称的债的保全,包括代位权和撤销权,目的是为防止因债务人的财产不当减少而给债权人的债权带来危害。

债权人的代位权,是指当债务人怠于行使其对第三人享有的权利而害及债权人的债权时,债权人为了保全自己的债权,以自己的名义代位行使债务人对第三人的权利之权利。债务人的债权必须不是专属于债务人自身的债权。行使代位权以债权人的债权为限,且必须通过诉讼行使。在代位权诉讼中,债权人胜诉的,诉讼费由次债务人负担,从实现的债权中优先支付。债权人向次债务人提起的代位权诉讼经人民法院审理后认定代位权成立的,由次债务人向债权人履行清偿义务,债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

债权人的撤销权,是指债权人对于债务人所为危害债权实现的行为,有请求人民法院撤销该行为的权利。如果仅有债务人的恶意而受益人为善意时,债权人不得撤销他们之间的民事法律行为。行使撤销权也应当以债权为限,通过诉讼程序行使。债权人依法撤销债务人的行为后,债务人的行为被视为自始无效。因撤销权人撤销债务人的行为而取回财产或替代原财产的损害赔偿,属于全体一般债权人的共同担保,债权人按债权额比例分别受偿。

(八) 合同债的担保

债的担保的方式是指当事人用以担保债权的手段,一般包括人的担保、物的担保和金钱的担保三类。

人的担保指保证。保证是指由第三人向债权人担保,在债务人不履行债务时,由其按照约定负责履行或者承担全部或一部分责任的一种担保方式。保证人应当是具有代为履行或代为清偿能力的人。企业法人的分支机构、职能部门,国家机关,以公益为目的的事业单位、社会团体原则上不得为保证人。保证合同应采用书面形式。

保证可分为一般保证和连带责任保证。一般保证是指当事人在保证合同中约定,只有在债务人不能履行债务时,才由保证人代为履行的保证方式。连带责任保证是指债务人在主合同规定的履行期届满而没有履行债务的,债权人可以要求债务人履行债务,也

可以要求保证人承担责任。如果当事人对保证方式没有约定或约定不明,则以连带责任保证论。

物的担保已如前述,包括抵押、质押、留置等。

金钱担保指定金。定金是指合同当事人约定的,为确保合同的履行,当事人一方于合同成立时或未履行前,预先给付对方的一定数额金钱的担保方式。交付定金的一方不履行合同,无权请求返还定金;接受定金的一方当事人不履行合同,必须双倍返还定金。定金合同应当以书面形式约定,并以定金的交付为生效要件。定金的数额由当事人约定,但不得超过主合同标的额的20%。

(九) 合同的变更、转让与解除

合同的变更是指合同成立后,尚未履行或尚未完全履行之前,基于当事人的意思或者法律的直接规定,仅就合同的内容所作的变更。合同变更的效力原则上指向将来,未变更的内容继续有效。法律、行政法规规定变更合同应当办理批准、登记等手续的,依照其规定。当事人对合同变更的内容约定不明确的,推定为未变更。

合同转让时,如债权人转让权利的,应当通知债务人。但依照法律规定或约定,或者依照合同性质不得转让的除外。债务人转让义务的,应当经债权人同意,但该义务不能专属于债务人自身。当事人一方经对方同意,可以将自己在合同中的权利和义务一并转让给第三人。

合同解除为合同有效成立后,因当事人一方的意思表示或者双方的协议,终止合同的权利义务的行为。

所谓协议解除,是指当事人双方协商一致解除合同关系。约定解除是指当事人一方通过行使约定解除权而解除合同关系。所谓法定解除,是指解除条件由法律直接规定的合同解除。我国《合同法》第94条对法定解除权的发生原因作了规定,具体有以下情形:第一,因不可抗力致使不能实现合同目的。第二,在履行期限届满之前,当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务。第三,当事人一方迟延履行主要债务,经催告后在合理期限内仍未履行。行主要债务的,债权人方可行使合同解除权。第四,当事人一方迟延履行债务或者有其他违约行为致使不能实现合同目的。第五,法律规定的其他情形。

当事人一方行使解除权时,必须通知对方;法律、行政法规规定解除合同应当办理批准、登记手续的,依照其规定,否则,不发生解除的效力。合同自解除的通知到达对方时解除。对方对解除合同有异议的,可以请求人民法院或仲裁机构确认解除合同的效力。

合同解除后,尚未履行的,终止履行;已经履行的,根据履行情况和合同性质,当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施,并有权要求赔偿损失。合同的权利义务终止,不影响合同中结算和清理条款的效力。

除解除合同外,债务按照约定履行、债务相互抵销、债务人依法将标的物提存;债权

人免除债务;债权债务同归于一人以及法律规定或者当事人约定的其他情形也可以使合同权利义务消灭。

(十) 违约责任

违约责任,是当事人因违反合同义务应承担的民事责任。违约责任可以由当事人约定,当然,约定的违约金低于或过分高于造成的损失,当事人还可以请求人民法院或仲裁机构予以适当增加或减少。同时,我们也应当看到,《合同法》第 107、111、112、113 条等还规定了法定的违约责任,这些规定是对没有约定的违约责任的重要补充。

我国《合同法》将违约责任的归责原则确定无过错责任原则。无论违约方主观上有无过错,只要其有违反合同义务的行为并给对方当事人造成了损害,就应当承担违约责任。当然,还应考虑违约责任的免责事由,最后确定违约责任的承担。

违约行为的表现形态分为履行迟延、履行不当、履行不能和履行拒绝四种情形。履行迟延是指因可归于债务人的事由,履行期届满而未为给付所发生的迟延。履行不当是指债务人没有完全按照合同的约定所为的履行。履行不能指因可归责于债务人的事由致使合同履行不能。履行拒绝是指债务人在债成立后履行期届满之前,能履行而明示不履行的意思表示。

根据我国《合同法》第 107、114 条的规定,违约责任的承担方式主要方式有支付违约金、损害赔偿、继续履行和其他补救措施。违约责任的免责事由包括法定免责事由(如不可抗力),免责条款和法律特别规定的其他免责事由。

三、不当得利之债

所谓不当得利,就是指没有合法根据取得利益,致他人受有损失的事实。不当得利一经成立,受损人与受益人之间即发生债权债务关系,受损人有权请求受益人返还不当得利,受益人负有返还不当得利的义务。如受益人死亡,依继承法的规定,其继承人负返还不当得利的义务。

根据我国《民法通则》第 92 条的规定,不当得利返还请求权的标的为受有利益一方所取得的不当利益。最高人民法院《关于贯彻执行〈民法通则〉若干问题的意见(试行)》第 131 条规定:“返还的不当利益,应当包括原物和原物所生的孳息。利用不当得利所取得的其他利益,扣除劳务管理费用后,应当予以收缴。”不当得利的返还以返还原物为原则,以偿还价额为例外。只有在原物毁损、灭失等情况下,不能返还原物时,才能以偿还价额的方式进行。

四、无因管理之债

无因管理指没有法定的或者约定的义务,为避免他人利益受损而进行管理或者服务的法律事实。

无因管理成立后,在管理人与本人之间产生债权债务关系,即无因管理之债。管理人在管理他人事务时,应尽适当管理的义务。不违反本人的意思,以有利于本人的方法进行管理为适当管理,这是管理人的基本义务。管理人未尽注意义务,管理不当,给本人造成不应有损失的,应当依法承担相应的民事责任。管理开始后,管理人应将管理开始的事实通知本人。管理人应将管理的有关情况报告给本人,并将管理事务所取得的各种利益转移于本人。本人应偿还必要费用。根据《民法通则》第93条的规定和最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第132条的解释,必要费用“包括在管理或者服务活动中直接支出的费用,以及在该活动中受到的实际损失”。管理人因管理本人事务而受到的损失,应由本人给予补偿。管理人在管理事务过程中,以自己的名义为本人负担的债务,本人应当负责清偿。

第五节 人身权法律制度

一、人身权的概念

人身权是民事主体依法享有的,与其自身不可分离,以人格关系和身份关系所体现的无直接财产内容的利益为内容的民事权利。人身权为人格权和身份权的合称,与民法中的财产权相对,不可转让和抛弃。

二、人格权

人格权是指民事主体依法固有的,为维护自身独立人格所必备的,以人格利益为客体的权利。人格权因其主体为自然人和法人的不同而有较大差异。某些专属于自然人的人格权,法人不能享有,如生命权。一般人格权是指民事主体依法享有的,以概括体现为人格独立、人格自由、人格平等、人格尊严的一般人格利益为客体的总括性权利。一般人格权的具体化,便是具体的人格权,包括生命权、健康权、身体权等。

(一) 生命权

生命权是以自然人的生命安全的利益为内容的权利。生命权的内容包括生命安全维护权和生命利益支配权。生命安全维护权包括维护生命的延续、防止生命危险发生和改变生命安全环境。生命利益支配权指应当有限地承认人可以支配自己的生命。

(二) 健康权

健康权是指自然人享有的维持自身身体组织的完整和生理机能的健全,保证有机体生理机能正常运转并充分发挥其功能,以维持人体生命活动的利益为内容的人格权。健康权包括健康维护权、对劳动能力的保持权以及健康利益支配权。

（三）身体权

身体权,是指自然人维护其身体完整并支配其肌体、器官和其他身体组织的具体人格权。自然人有权维护自己身体的完整,不受任何非法侵犯。在不违反法律和社会伦理的情况下,自然人有权支配自己的器官或组织。

对尸体的保护方法包括两方面:一是有权合法利用和处置尸体,如近亲属安置;二是禁止非法损害、利用尸体和其他侵害尸体的行为。

（四）自由权

人身自由权,是指自然人依法享有的维护其行动和思想自主,不受他人非法剥夺、限制或妨碍的具体人格权。人身自由权只能在法律规定的范围内行使,一个人在行使自己的自由权时,不能妨害别人的自由权。自然人的人身自由权主要包括身体自由权和精神自由权两种具体的自由权。

（五）姓名权与名称权

姓名权是自然人依法享有的决定、使用和依照规定改变自己姓名,并排除他人干涉和非法使用的权利。它包括姓名决定权、姓名使用权、姓名的变更权。

名称权是指自然人以外的其他民事主体依法享有的决定、使用、改变和转让自己的名称,并排除他人非法干涉的权利。从事商业活动的民事主体的名称权是具有明显财产利益的人格权。另外,商业名称权区别于其他人格权的一个显著特征是它可以转让性。对名称权的侵害,主要表现为干涉、盗用和假冒。

（六）肖像权

肖像权是指自然人享有的以其肖像所体现的人格利益为内容的人格权。肖像权所体现的人格利益包括物质利益和精神利益两部分。肖像权包括制作专有权、肖像拥有权、使用专有权和利益维护权。凡为了国家利益、社会公共利益以及自然人自身利益而必须使用自然人肖像的,虽未经本人同意,也不属于侵犯肖像权。

（七）名誉权

名誉权是指民事主体对自身属性和价值所获得的社会评价进行保有和维护,并享有利益的人格权。名誉权的主体既包括自然人,也包括法人和非法人团体。名誉权的客体仅指外部名誉,指社会对民事主体的品德、能力以及其他素质的综合评价,不包括名誉感。名誉权的内容包括名誉保有权、名誉维护权和名誉利益支配权。名誉利益的支配权不包括抛弃权和处分权。

（八）隐私权

隐私权是指自然人享有的对自己的私人生活及其信息进行支配,其私人生活安宁与私人生活信息依法受到保护,不受他人侵扰、知悉、使用、披露和公开的权利。隐私权可

以放弃,其保护范围受公共利益的限制。隐私权的内容包括个人生活安宁权、个人信息保密权、个人通讯秘密权和个人隐私使用权,权利人对其隐私的使用,不得违反法律的规定,不得违背社会公共利益和善良风俗。

三、身份权

身份权是民事主体以特定身份为前提,为维护特定身份关系和身份利益而依法享有的人身权。身份是民事主体在亲属关系以及其他非亲属的社会关系中所处的稳定地位,以及由该种地位所产生的与其自身不可分离并受法律保护的利益。

(一) 配偶权

配偶权是指在合法有效的婚姻关系存续期间,夫妻双方基于配偶身份而相互享有的以婚姻关系产生的身份利益为内容的身份权。配偶权的内容包括独立的姓名权、同居权、忠实请求权、日常事务代理权、职业学习和社会活动自由权以及相互扶养、扶助权等。

(二) 亲权

亲权是指父母对未成年子女在人身和财产方面的管教和保护的权利和义务。我国《婚姻法》第23条“父母有保护和教育未成年子女的权利和义务”规定了亲权。

亲权为父母所专有,既是权利又是义务。亲权的内容较为广泛,一般分为以下两种。

(1) 对未成年子女人身方面的权利,包括保护和教育的权利、住所决定权、惩戒权、未成年子女身份行为及身上事项的同意权和代理权等。

(2) 对未成年子女财产上的权利,包括财产行为代理权、管理权、使用收益权、处分权等。

(三) 亲属权

亲属权是指父母与成年子女、祖父母与孙子女、外祖父母与外孙子女以及兄弟姐妹之间基于身份关系所产生的以人身利益为内容的身份权。亲属权的内容包括尊重、帮助、体谅权,抚养、扶养权,赡养权和代理权。

(四) 监护权

监护权是指监护人对于不能得到亲权保护的未成年人和精神病人的人身、财产及其他合法权益,所享有的监督和保护的身份权。监护权包括对被监护人人身上的权利和财产上的权利两个方面。对被监护人人身上的权利内容除了不具有惩戒权外,与亲权相同。对被监护人财产上的权利和义务,具体包括:对被监护人财产的管理权、使用权和处分权;禁止受让被监护人的财产,但近亲属担任监护人的,不在禁止之列。

（五）荣誉权

荣誉权是指民事主体对其获得的荣誉及其利益所享有的保持、支配和维护的权利。荣誉权的内容包括荣誉保持权、荣誉利益支配权和荣誉维护权。

（六）著作人身权

著作人身权是指作者基于作品的创作而享有的以人身利益为内容的权利。它既是作者专属享有的著作权,又是其人身权。这在本章第六节知识产权法律制度中还会有具体的论述。

四、人身权的法律保护

人身权的民法保护方法包括自我保护和国家保护,自我保护的手段主要是正当防卫和紧急避险。国家保护是指民事主体在其人身权受到侵害时,可以直接向法院起诉,请求法院保护其人身权。

人身权的民法保护是通过由侵害人承担民事责任的方式实现的。根据我国法律,侵害人身权的民事责任主要有停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等。

精神损害赔偿,是指自然人因其人身权利受到不法侵害而导致精神痛苦,可依法要求侵权人提供一定的财产予以救济。自然人的大多数人格权遭受非法侵害,可以请求精神损害赔偿。非法使被监护人脱离监护,致使亲权和亲属权遭受严重损害,监护人有权请求精神损害赔偿。非法侵害死者的姓名、肖像、名誉、荣誉、隐私和遗骨等人格利益的,死者的配偶、父母、子女有精神损害赔偿请求权。没有配偶、父母和子女的,其他近亲属可以提出请求。此外,我国还将精神损害赔偿的适用范围扩展到了具有人格因素的某些财产权场合。

第六节 知识产权法律制度

知识产权是指人们对其创造的智力成果所依法享有的民事权利。知识产权具有专有性,知识产权所有人对其知识产权具有独占权。知识产权只在一定期限受保护,也只在授予或确认其权利的国家受保护。我国的《著作权法》、《商标法》、《专利法》等对著作权、商标权、专利权进行了规定。

一、著作权

公民、法人或者其他组织的作品,包括文字作品,口述作品,音乐、戏剧、曲艺、舞蹈作品,美术、建筑作品,摄影作品,电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品,工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品,计算机软件、法律和行政法

规定的其他作品等,不论是否发表,都得享有著作权。我国法律对著作权的主体、客体、内容、保护等进行了规范。

(一) 著作权的主体

著作权的主体即著作权人,包括作品的作者和其他依照法律享有著作权的公民、法人或者其他组织,如依据委托合同或者职务合同取得著作权的人。外国人、无国籍人的作品首先在中国境内出版的,也享有著作权。未与中国签订协议或者共同参加国际条约的国家的作者以及无国籍人的作品首次在中国参加的国际条约的成员国出版的,或者在成员国和非成员国同时出版的,受法律保护。

(二) 著作权的客体

著作权的客体就是作品。我国著作权法保护的作品有:文字作品;口述作品;音乐、戏剧、曲艺、舞蹈、杂技艺术作品;美术、建筑作品;摄影作品;电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品;工程设计图、产品设计图、地图、示意图等图形作品和模型作品;计算机软件;法律、行政法规规定的其他作品。著作权法不适用于法律、法规,国家机关的决议、决定、命令和其他具有立法、行政、司法性质的文件,及其官方正式译文;时事新闻;历法、通用数表、通用表格和公式。依法禁止出版、传播的作品,不受法律保护。

(三) 著作权的内容

著作权人的权利包括人身权和财产权。人身权包括发表权、署名权、修改权和保护作品完整权等。财产权包括:发表权,署名权,修改权,保护作品完整权,复制权,发行权,出租权,展览权,表演权,放映权,广播权,信息网络传播权,摄制权,改编权,翻译权和汇编权等。著作权人可以将财产权转让获得报酬。著作权人的义务主要是遵守法律法规,容忍他人合理使用。

(四) 邻接权

邻接权是指与著作权有关的权利,包括出版者权利、表演者权利、录音录像制作者权利、广播电台电视台权利。

(五) 著作权的保护

1. 期限

作者的署名权、修改权、保护作品完整权的保护期不受限制。公民的作品,其发表权、著作财产权的保护期为作者终生及其死亡后 50 年,截止于作者死亡后第 10 年的 12 月 31 日;如果是合作作品,截止于最后死亡的作者死亡后第 50 年的 12 月 31 日。法人或者其他组织的作品、电影作品和以类似摄制电影的方法创作的作品、摄影作品的发表权,著作财产权的保护期为 50 年,截止于作品首次发表后第 50 年的 12 月 31 日,但作品自创作完成后 50 年内未发表的,法律不再保护。

2. 侵权责任

侵犯著作权的侵权人应当承担停止侵害、消除影响、赔礼道歉、赔偿损失等民事责任;同时损害公共利益的,可以由著作权行政管理部门责令停止侵权行为,没收违法所得,没收、销毁侵权复制品,并可处以罚款;情节严重的,著作权行政管理部门还可以没收主要用于制作侵权复制品的材料、工具、设备等;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

二、专利权

我国《专利法》规定了专利权的主体、专利权的客体、专利权的内容、授予专利权的条件、专利授予程序、专利权的保护等内容。

(一) 专利权的主体

专利权的主体是专利权人,即依法享有申请专利和取得专利权的人,包括公民、法人、共同发明人、委托发明人、合法受让人和外国人。

(二) 专利权的客体

专利权的客体分为:①发明,指对产品、方法或其改进提出的新的技术方案。②实用新型,指对产品的形状、构造或其结合所提出的适于实用的新的技术方案。③外观设计,指对产品的形状、图案、色彩或其结合所作出的富有美感并适用于工业上应用的新设计。

我国《专利法》第25条明确规定下列各项不授予专利权:科学发现;智力活动的规则和方法;疾病的诊断和治疗方法;动物和植物品种;用原子核变换方法获得的物质。

(三) 专利权的内容

专利权人的权利也包括人身权和财产权,其中专利财产权有专有实施权、转让权、标记权、进口权等。专利权人的义务主要是缴纳专利年费和依法行使专利权。

(四) 专利权的授予条件

发明和实用新型主要是三个条件:①新颖性。在申请日以前没有同样的发明或者实用新型在国内外出版物上公开发表过、在国内公开使用过或者以其他方式为公众所知,也没有同样的发明或者实用新型由他人向专利局提出过申请并且记载在申请日以后公布的专利申请文件中。②创造性。同申请日以前已有的技术相比,该发明有突出的实质性特点和显著的进步,该实用新型有实质性特点和进步。③实用性。实用性是指该发明或者实用新型能够制造或者使用,并且能够产生积极效果。

外观设计的授予主要是新颖性问题,即应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或者国内公开使用过的外观设计不相同或者不近似,而且也不得与他人的在先权利相冲突。