

学校的理想装备

电子图书·学校专集

校园网上的最佳资源

现代科技与人文大观

利剑与天平——法律



利剑与天平——法律

法的一般原理

“法的一般原理”是讲法的基础知识。学法时只有先掌握法的一般原理，才能为学好各部门法打下基础。在“法的一般原理”部分，我们要回答的问题是：法的起源、法的本质、法的特征、法的内容、法的体系和法的作用等有关法与法律的一般理论问题。通过对法的一般原理的学习，可以对法有一个基本的认识。

1. 法是怎样产生的

什么是法？法是体现统治阶级意志由国家机关批准或认可的并以国家强制力保证其实施的规范人们行为准则的总称。人们在日常生活中，要参加各种各样的活动，有政治的、经济的、变化的和社会的各种活动。人们在这些活动中，总要自觉地或不自觉地遵守一定的规则。这些规则可以分为两大类：一类是道德规范，一类是法律规范。道德规范主要靠人们的自愿来维持，违反道德准则的人要受舆论的谴责；而法律规范则由国家强制力保证其实施，违反法律的行为都要承担一定的法律责任。

作为强制人们遵守的法律规范，并不是从来就有的。在人类历史上曾经有过不需要国家与法律，而且根本不知道国家与法律为何物的时代，那就是没有阶级也没有压迫的原始社会。

中国的原始社会经历了人类的原始群、母系氏族和父系氏族 3 个发展时期，共约 100 多万年的时间才进入了阶级社会。在漫长的原始社会时期，生产力水平极端低下，原始人使用极其简陋的石制工具，靠采集野生植物的果实和根茎以及猎取动物来维持他们最低的生活水平，没有剩余生产物，因而也就不可能产生私有制和剥削，社会尚不具备分裂为阶级的物质条件，大家过着共同劳动，共同消费；没有阶级，没有压迫的原始共产制的生活。正由于在原始社会里没有压迫别人的人，也就没有被压迫的人，因而也就没有作为阶级压迫工具的国家与法律。但在原始社会里，虽然不存在阶级和阶级斗争，可并不是说在氏族成员之间就没有任何“争端和纠纷”了。原始人也有七情六欲，也有对财物占有的追求，而当他们的欲望与追求得不到满足而又没有一定行为准则来调整时，也会发生争端与纠纷，即使这种纷争还没有像后来那样演变成为侵犯集体或个人的暴力行为，但这种纷争终究是存在的。而原始人又是如何解决他们之间的纷争呢？“一切问题，都由当事人自己解决，在大多数情况下，历来的习俗就把一切调整好了。”这就是说，在原始社会里虽然没有强制人们遵守的法律，但并不是说在那时就没有规范人们活动的行为准则了。但在这里是习俗的统治，而不是法律的统治。而这种古老的风俗习惯靠什么来维持呢？主要是靠舆论。除了舆论以外，它没有任何强制手段，当然就更谈不到国家的强制手段了。

但是生产在发展，社会在前进。在母系氏族社会里，妇女在劳动中占主导地位，所以女人统治一切，世系也以母亲 2 来计算，故人们知其母而不知其父。后来由于生产力的发展日益加速，男子的劳动在农业、畜牧业和手工业中逐渐占据主导地位，母权制也就十分自然的过渡到了父权制，对偶婚也随之过渡到了一夫一妻制，世系以男子来计算，因为每个父亲都需要有一个确实属于他自己的儿子作为他的继承人。恩格斯说过：母权制被颠覆，是妇女具有世界历史意义的失败，是人类所经过的最激进的革命之一。父权制确定以后，社会经济有了进一步的发展，有了剩余生产物，出现了私有财产，特别是氏族首领经常利用自己的权力把公共财产据为己有，这样阶级分化的现象就开始出现并随着生产的发展而日益加深，逐渐形成了富人和穷人。从前生产力很低，人们把战争中俘虏来的其他氏族成员杀掉；现在生产力发展了，人们把俘虏变为奴隶，让他们给主人创造财富。后来，本氏族的成员也有因为贫穷降为奴隶的，遭受奴隶主的压迫与剥削。这样，到原始社会末期，社会就分裂为两大对立的阶级——奴隶主阶级和奴隶阶级，此外还有少数的

自由民。原始公社是在没有阶级对立情况下发展起来的，现在社会分裂为阶级并展开了剧烈的斗争，这样就打乱了原始社会的生活秩序，它按老样子再也生活不下去了。特别是部落之间频繁的战争，加强了军事首长的权力，他再也不以本身所据有的显赫地位为满足了，权力谋取把他的权力传给他的子孙后代。这样就逐渐由“选贤任能”的公天下过渡到“父死子继”的家天下，由氏族民主制过渡到王位世袭制，国家与法律也就随之而出现了。马克思说：“在历史进程中，掠夺者都认为需要通过他们自己硬性规定的法律，来赋予他们通过暴力得到的原始权利以某种社会稳定性。”奴隶主阶级为了维护他们自己用暴力取得的政治与经济上的特权，首先把原始习惯中有利于巩固其统治的内容用法律形式固定下来，同时又根据阶级斗争的需要制定一些新的法律法令，并以国家的强制力来保证其施行。在中国奴隶社会里像墨、劓、剕、宫、大辟及族制连坐这样十分野蛮、十分残酷的刑罚就被发明出来了，从而使统治阶级获得了镇压与剥削被统治阶级的新手段。

综上所述可见，法律与国家一样，都是阶级社会特有的现象，是阶级矛盾不可调和的产物与表现，是一个阶级压迫另一个阶级的工具。而原始社会之所以出现了阶级与法律，是社会生产力发展的必然结果。法律的产生和国家一样，是人类由野蛮进入文明的重要标志之一。尽管奴隶制法律是极其残酷的，甚至一人犯罪要祸灭九族，但它用法律手段建立了某种公共秩序，使人们在秩序的范围内活动，从而制止了部族间的野蛮残杀，这当然是社会的一大进步。恩格斯说过：“人是从野兽开始的，因此为了摆脱野蛮状态，必须采用野蛮的几乎是野兽般的手段，这毕竟是事实。”我们现今的全部政治、经济和智慧的发展，是以奴隶制为前提的。从这个意义上说，没有古代的奴隶制，就没有现代的社会主义。

2. 法代表了谁的意志

法的本质是什么？资产阶级学者对此众说纷纭。有的说法是“宇宙的精神”“自然的命令”；有的说法是“理性的表现”等等。1789年，法国《人权宣言》第6条规定：“法律是公共意志的表现。”这个定义成为资产阶级法学家对法的本质所做出的权威性的说明。当然，这种说法掩盖了法的阶级本质，抹煞了法的阶级内容。马克思和恩格斯在《共产党宣言》一文中，针锋相对地指出：“你们的观念本身是资产阶级的生产关系和所有制关系的产物，正像你们的法不过是被奉为法律的你们这个阶级的意志一样，而这种意志的内容是由你们这个阶级的物质生活条件来决定的。”这一科学论断，对于我们认识一切法的本质具有普遍的指导意义。对法的本质问题应从以下几方面来加以领会：

第一，法既不是被统治阶级的意志的表现，也不是统治阶级与被统治阶级的“共同意志”的表现，而是在经济、政治和思想上占统治地位的那个阶级，亦即掌握国家政权的统治阶级的意志的表现。列宁说过：“法律就是取得胜利、掌握国家政权的阶级的意志的表现。”被统治阶级不掌握国家政权，它的意志不可能表现为法律。

第二、法所表现的统治阶级的意志，是集中反映统治阶级的根本利益的整个阶级的共同愿望与要求，而不是统治阶级中个别成员的“个人意志”。正如马克思所指出的：“法律应该是社会共同的，由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现，而不是单个的个人恣意横行。”这就是说任何统治者个人，如果违背整个阶级的意志而一意孤行，那他就丧失了作为本阶级代表的资格。

第三，法是统治阶级意志的表现，但统治阶级的意志的表现不一定是法律。法是被奉为“法律”的统治阶级的意志。所谓被“奉为法律”，是指统治阶级通过国家机关的制定或认可，把本阶级的意志上升为国家的意志，用法律形式表现出来的并以国家强制力保证其实施的具有普遍的约束力的行为规则。正如马克思所说的：任何一个统治阶级，为了实现其阶级统治，“除了必须以国家的形式组织自己的力量以外，他们还必须给予他们自己由这些特定关系所决定的意志以国家意志即法律的一般表现形式。”列宁也说过：“意志如果是国家的，就应该表现为政权机关所制定的法律，否则，‘意志’这两个字只是毫无意义的空气震动而已。”所以作为法的那一部分统治阶级的意志，只是统治阶级以法律形式表现出来的国家意志。

第四，法所反映的统治阶级意志的内容从何而来？它既不是从天下掉下来的，也不是人们头脑中所固有的，而是由统治阶级的物质生活条件所决定的，即由一定的生产关系及其相适应的生产力所决定的。马克思说：“不是人们的意识决定人们的存在，相反，是人们的社会存在决定人们的意识。”任何统治阶级都不能离开当时的物质生活条件去随心所欲地制定法律，而必须使自己制定的法律成为客观物质生活条件的正确反映。如果离开一定的物质生活条件，制定出违背经济规律的法律，不仅在实际生活中无法实施，甚至会对经济发展起破坏作用。

综上所述可知，法的本质是以法律形式上升为国家意志的统治阶级的意志，而这种意志的内容是由统治阶级的物质生活条件所决定的。从马克思主义关于法的本质这一基本原理出发，社会的统治阶级为了维护和发展本阶级

赖以生存的经济基础，为了建立和维护有利于本阶级的社会关系和社会秩序，为了保卫和巩固其国家政权，除了要依靠军队、警察、法庭、监狱等国家机器来实现其阶级专政以外，还必须把自己的意志以法律形式表现为国家的意志，强迫全体社会成员一律遵行。这就是说，统治阶级若想巩固自己的统治地位，就必须把依法治国作为其施政的基本方针。

3. 法具有什么样的规范性

每一种社会现象都有自己的基本特征，而由于这些特征使它与其它社会现象区别开来。法作为一种特殊的社会现象，它的主要特征是阶级性、规范性和强制性。由于这些特征使法律规范与道德规范区别开来。

法的阶级性是法的本质特征，它说明法从来都是统治阶级的意志的集中表现，是统治阶级压迫、约束和控制被统治阶级的工具。在任何时代、任何国家都没有超阶级的法律，法律总是为一定阶级服务的。奴隶制法是奴隶主阶级镇压奴隶反抗的工具，封建制法是地主阶级镇压农民反抗的工具，现代资本主义法则是资产阶级统治和剥削劳动人民的工具。

法的规范性，是法的主要特征之一。什么是法的规范性呢？法的规范性就表现在法是肯定的、明确的、普遍的规范。首先应当指出，法是人们的行为准则，而不是人们的思想准则。就是说，法只能约束人们的行为，不能约束人们的思想。马克思说过：“凡是不以行为本身而以当事人的思想方式作为主要标准的法律，无非是对非法行为的公开认可。”如果以人们的思想观点作为调整对象来制定法律，那只能导致追究“思想犯”和“文字狱”，这在我们社会主义国家里是绝对不能容许的。而法既然是规范人们行为的准则，则其内容就必须是十分“肯定”的。可以做什么，不可以做什么，禁止做的事情如果做了要承担什么样的法律责任，都必须非常肯定，决不能模棱两可，这样才便于实际操作。同时，法的内容还要“明确”，即要有明确的规格、明确的标准、明确的界限，决不能含糊不清。比如说什么样的行为构成犯罪，犯罪后要判几年徒刑？都应有明确的规定；又比如什么叫符合法定条件，什么叫不符合法定条件？都必须有明确的规格和界限。所以古人把法叫作“尺度”、“规矩”、“准绳”，像天平一样，可以称轻重；像标尺一样，可以量短长。法如果达不到肯定、明确的要求，在现实生活中就起不到规范人们行为的作用。法的普遍意义，是指法不是针对某个具体人、具体事而制定的，它对所有社会成员都具有普遍的约束力。这就是说，任何一个人都不能超出于法律之外或凌驾于法律之上。法的内容可以是不平等的，但法的适用则必须是平等的，被统治阶级成员要守法，统治阶级成员更要守法。早在封建社会初期，地主阶级政治家商鞅就提出了“刑无等级”的原则。他主张上至卿相将军下至庶民百姓，都要普遍地遵守法律，如有“乱上制，犯国禁者，罪死不赦”。对有功劳的人“不为亏法”，对有败绩的人“不为损刑”，即使“忠臣孝子”犯了法，也要按法律规定处断，决不予以宽免。商鞅的主张虽然是彻底的，但在封建时代行不通。封建法律明文规定官僚、贵族享有种种的特权，他们即使犯了法也可以合法地逃避惩罚。只有在广大劳动人民身上，这“刑无等级”原则，才不折不扣地兑现了。我国是人民当家做主的社会主义国家。因此不论任何人犯了法都要依法予以追究，不管他地位多高，资格多老，权力多大，都不能让他逃避应得的惩罚，以维护社会主义法制的权威与尊严。

法的强制性，是法与其他社会规范的主要区别之一。法的强制性主要表现在它是以国家强制力来保证其实施的一种行为规则。所以说法的强制性，就是由国家机关表现出来的强迫人们遵守法律的强制力。恩格斯说过：“随着法律的产生，就必然产生出以维护法律为职责的机关——公共权力，即国家。”列宁也说过：“如果没有一个能够强迫人们遵守法规的机关，法也就

等于零。”所以法律的实施，必须建立在国家强制力的基础上；没有国家强制力做后盾的法律，只能是一纸空文，毫无实际意义。必须明确，所谓国家的强制力是一种暴力的强制，它表现为军队、警察、法庭、监狱和行政机关。这些国家机关是一个阶级压迫另一个阶级的机器，对敌对分子来说它不是什么“仁慈”的东西。对于这一点我们必须有明确的认识。当然，保证法律实施的这些暴力的强制，不是可以随便采用的，只能由国家专门机关严格按照法定的程序来执行。如果是非执法机关滥用执法职权，或者是执法机关违反了法定程序，都可能导致国家机关的违法侵权，同样要承担法律责任的。对于这一点也要引起我们的注意。此外，从法律角度看，国家的强制方法分为刑事制裁方法、民事制裁方法和行政制裁方法，前两者都是由审判机关来采用的，后者是由行政机关来采用的。不论审判机关也好，还是行政机关也好，它们依法所采用的强制方法都是具有法律效力的。如果当事人拒不执行，都要产生一定的法律后果。当然，我们社会主义国家的法律都是人民意志的集中表现，它反映了全体人民的根本利益和长远利益。因此，在我们国家里，绝大多数人通过说服教育，是可以做到知法、守法的。但对极少数不听劝告而决意以身试法的人，则必须毫不留情地予以打击。对少数犯罪分子的仁慈，就是对广大人民的残忍。

4. 作为公民，你知道你的权利和义务是什么吗

法是调整人们行为的准则，那它怎样进行调整呢？主要是通过确立人们之间的权利与义务关系来实现的。所以权利与义务构成了法的基本内容，换言之，无论任何一项法律都是有关权利与义务的规定。

按照宪法的规定，我国公民享有充分的政治权利、经济权利和文化教育方面的权利，同时也承担相应的义务。公民的权利与义务必须由国家以法律的形式加以确认和保障才有可能兑现，离开了法律去谈权利与义务是没有任何实际意义的。

什么是权利？法律中的权利，又叫法定权利，是指得到法律保护的从事某种行为的可能性，也可以说是人们行为的一种法定的范围和尺度，在这个范围与尺度以内你可以做你想做的一切事情，而不应受到别人的干涉。所以权利表现了人的自主意志，自由选择的可能性，是在法律意义上的人的价值与尊严的集中表现。人的积极行为的法定可能性是权利的核心，享受一定社会利益的法定可能性是权利的实质，而请求履行法定义务的可能性和请求法律保护的可能性，则是权利不可缺少的属性。以上 4 方面的法定可能性，就概括了法定权利的基本内容。

什么是义务？法律规定的义务，又称法定义务，是指法律要求人们对国家和社会必须履行的一种责任，或者说是法律对人们必须做出的一定行为的约束。因此，义务与权利一样，也有一个范围和尺度问题。在一个法制健全的国家里，凡是法律所不禁止的事，人们都可以做；凡是法律所禁止的事，任何人都不能做，如果做了，就叫违法，就要被追究法律责任。在法律上，权利是“享有”，是任意性规范，可以行使，也可以放弃，国家不加干涉；但义务则“必须履行”，是强制性规范，任何人都不得讨价还价，都必须认真地去履行。如果公民对自己应当履行而又有能力履行的义务不去履行时，就要受到国家的干预，情节严重构成犯罪的还要承担刑事责任。我国宪法规定公民在法律上一律平等，首先就是在享有权利和履行义务上一律平等，法律绝不容许有只享权利而不尽义务的特殊公民。

必须指出，法律中的权利与义务是一对相对称的概念，一方所享有的权利与另一方所享有的权利是对立的。这就是说，如果一方享有某种权利，则另一方必须承担与其权利相适应的某种义务。比如说你要求对方送交其所售商品（权利），你就必须支付给他所售商品的价金（义务）；你有要求对方偿还所欠债务的权利，则对方必有偿还债务的义务。这说明不论任何人享有权利，都必须以自己或他人履行义务为基础。如果没有以义务为基础的权利，只能是一种空洞无物的，毫无使用价值的权利，不会给权利享有人带来任何实际的利益，所以是一张永远也不能兑现的空头支票。这也就是说，作为权利的法定可能性，只是一种可能性，如果不把权利与义务结合起来，则权利永远也不会变为现实。正因为如此，权利与义务是不能分开的也是不应分开的，它们之间的内在联系是客观存在的，是不以人们的主观意志为转移的。无论是事实还是理论都告诉我们，权利与义务是构成一切法律规范和法律关系两个不可缺少的要素，是调整一切社会关系特别是经济关系的两个不可缺少的工具，也是维系一切社会和集体得以存在和发展的两根不可缺少的纽带。如果只讲权利，不讲义务，不仅在理论上是错误的，在实践上也是极其

有害的。如果每一个社会成员只想享有权利而不想去履行他对社会的责任与义务，那这个社会就必定会出现混乱，就很难有秩序地生活下去。

权利与义务的统一，是马克思主义权利义务观的本质与核心。马克思早就说过：“没有无义务的权利，也没有无权利的义务。”这说明无论在什么情况下都不能把权利和义务分割开来，它们是一个统一体的两个侧面。而权利与义务的统一，也是我国宪法的一项基本原则。宪法第 33 条规定：“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。”这项规定表明，任何公民在行使自己享有的公民权利时，都必须遵守宪法和法律，遵守社会秩序，并承担不得损害法律所保护的国家的、社会的、集体的利益和他人的合法权益的义务。权利与义务的统一，就是民主与法制，自由和纪律的统一。这样统一体现了我国社会主义民主制度的基本特点及其所代表的广大人民的根本利益。

5. 社会主义法律体系是如何构成的

什么是法的体系？法的体系又叫法律体系或法制体系，是指由本国全部现行法律规范分类组合为各个法律部门而形成的一个国家的法律的有机联系的统一体。

一个国家的现行法律规范是多种多样的，它们调整不同领域里的社会关系，涉及到社会生活的各个方面，有着各种不同的内容和形式。但由于它们都是建立在共同的经济基础之上的，体现同样的阶级意志，具有共同的指导原则及共同的目的和任务，因此它们之间又有内在的统一性，构成一个有机联系的整体。法的体系既说明一国法律规范之间的相互区别，又说明它们之间的相互联系。由于各种法律规范所调整的社会关系不同，所以才区分为不同的法律部门；而各个不同的法律部门又相互联系、相互补充并具有内在的统一性，所以又构成一个完整的法律体系。我们研究法律体系，对于加强法律规范的协调一致，改进国家的立法工作（包括行政立法工作），完善现行的法律制度（包括建立地方法规体系），更好地发挥法律对各种社会关系的调节作用，都具有重要的理论意义和实际意义。

我国社会主义法律体系的建立，经历了一个曲折的发展过程。从建国以后到党的十一届三中全会以前，由于极左路线和法律虚无主义思想的干扰，法制建设不受重视，法律制度也很不完备，尚无一个像样的法律体系。党的十一届三中全会提出把人民民主制度化、法律化，开始了有领导、有计划的法制建设，国家权力机关加快了立法的步伐。经过十多年的努力，现在我国以宪法为基础的社会主义法制体系已基本形成，各项法律制度正在日益完备。从我国现行的法律规范和法制建设的需要出发，以各种法律、法规、规章在法律体系中的地位来划分，我国的社会主义法律体系大体上应当包括以下四个层次的法律部门：

第一个层次为宪法，即国家的根本法。宪法序言指出：本宪法以法律的形式确认了中国各族人民的奋斗成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。因此宪法在我国社会主义法律体系中居于至高无上的地位，是全国人民的根本的行为准则，是我国社会主义法律制度的基础，是一切立法的根本依据，是所有法律、法规的母法。任何法律、法规和规章，如果与宪法相抵触，都是非法的、无效的。

第二层次为法律，这其中又分为基本法律和一般法律。所谓基本法律的调整对象都涉及到社会关系的一个或几个方面的基本问题，都是由国家最高权力机关全国人民代表大会全体会议通过的，如刑法、民法、行政法、婚姻法、经济合同法、民族区域自治法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等等，都是仅次于宪法的基本法律，是我国社会主义法律体系中的骨干。所谓一般法律的调整对象只涉及到社会关系的一个方面的问题，基本上都是由全国人民代表大会常务委员会通过的，如森林法、草原法、水法、矿产资源法、文物保护法、食品卫生法、统计法、商标法、专利法、公司法、消费者权益法、反不正当竞争法等等，都是仅次于基本法律的一般法律，是社会主义法律体系的重要组成部分。全国人民代表大会常务委员会制定的条例、发布的决议以及其他规范性的文件，也都属于一般法律。无论是基本法律还是一般法律，都不得与宪法相抵触，否则就是无效的。

第三个层次为法规，法规又分两大类，一类是国家最高行政机关即国务

院依法制定的行政法规，它涉及到社会生活的各个方面和政府行政管理工作的各个领域，对保证宪法和法律的实施以及推动政府依法决策和依法行政，都具有极为重要的作用。另一类是地方性法规，是由省、自治区、直辖市人民代表大会及其常务委员会所制定的，是本行政区域内处理各种社会问题的依据，其作用也非常重要。民族自治地方的自治机关所制定的单行条例，也属于地方性法规。国务院制定的行政法规不能与宪法、法律相抵触；地方性法规不能与宪法、法律和行政法规相抵触，否则都是无效的。

第四个层次为政府规章。这一类包括国务院各部、委、局及省、自治区、直辖市人民政府和省、自治区人民政府所在地的市及国务院批准的较大的市的人民政府所制定的行政规章，同时也包括国务院批准的较大的市以外的市、县、乡（镇）人民政府所制定的决议、命令及其他规范性的文件，它们都是具有普遍约束力的行政管理法规，都在国家行政管理中发挥着重大的作用，也是社会法律体系的不可缺少的组成部分。但行政规章不能与宪法、法律、行政法规、地方性法规以及上一级行政机关所制定的规章相抵触，否则就是无效的。因此政府在制定规章时，必须在合法性、科学性和可行性等方面多下功夫，切实保证规章的质量。

应当指出，目前我国以宪法为基础的社会主义法律体系虽已初步形成，但今后法制建设的任务仍然是十分艰巨的。从法制建设的发展规律来看，任何一个国家的法律体系都永远处于一种动态的发展过程。这就是说，法律体系也和其他事物一样，不是固定不变的，而是处于发展、变化和完善的过程中，都有一个废、改、立的问题。特别是处于改革、开放时期的我国法律，其发展、变化就更为迅速，废、改、立的问题就表现得更为迫切。正因为如此，我国社会主义法律体系在相对稳定的前提下，还要不断地加以完善。完备的法律体系应是门类齐全、结构严整、和谐一致，这一点应当成为我们法制建设的目标。在考虑建立地方法规体系时，也要在立法工作中注意这些问题。

6. 治国安邦的重要武器 ——法

法的作用是法的本质的具体体现，是法在实现阶级统治和国家权力中所表现的社会功能。

法律和国家一样，它的产生是人类由野蛮进入文明的基本标志之一。高度文明高度民主的国家都要建立完备的法律制度。一个国家的统治阶级如果不建立适应本国国情的系统的法律制度，并借助于法制来实现其对社会的领导、确认、保护和发展有利于统治阶级的社会关系和社会秩序，那它就不能维持它的统治地位。所以说，法是治国安邦的重要武器，它和国家、政党一样，都是统治阶级实现阶级统治的工具。

作为阶级统治工具的法，其作用之一，就是镇压被统治阶级的反抗，把被统治阶级的活动控制在统治阶级利益所许可的范围之内，迫使他们服从有利于统治阶级的社会关系和社会秩序。社会主义法是人民民主专政的工具。它的专政锋芒是指向极少数反社会主义分子和严重的刑事犯罪分子。法的专政职能是客观存在的，只能加强，不能削弱。尤其是当前阶级斗争在一定范围内存在，反社会主义分子的破坏活动十分猖狂，在这种情况下，为保持社会的安定和促进改革开放的顺利进行，必须充分发挥法在约束、控制和打击反革命及其他犯罪活动中的作用。

作为阶级统治工具的法，其作用之二，就是除了运用法来实现对敌专政以外，还要用法来保障统治阶级内部的人身权利、财产权利和政治自由的权利，调节其内部关系，解决其内部矛盾，促进其内部团结。事实上，任何一个国家的法律，直接用以镇压被统治阶级反抗的，都只是全部法律中的一部分，甚至是其中的一小部分，而大部分法律是用来调整统治阶级内部的纠纷和利益的。历史与现实都告诉我们：从来统治阶级都不是被别人推翻的，而是自己把自己打倒的。所以运用法律手段解决好统治阶级的内部问题，比镇压敌对阶级的反抗更为重要。如果统治阶级由于利害冲突而分崩离析，若想保持其统治地位是根本不可能的。

作为阶级统治工具的法，其作用之三，就是统治阶级为了有秩序的组织社会生产和生活，还必须运用法律执行某些公共事务职能和协调某些公益关系。正如恩格斯所说：“政治统治到处都是以执行其社会职能为基础，而且政治统治只有在它执行了它的这种社会职能时才能继续下去。”这就是说，任何一个统治阶级若想维护自己的政治统治，它都不能不考虑整个社会的需要，它都必须执行具有全社会意义的公共职能，否则，它就不能统治下去。比如为了保护和合理利用自然资源，就要制定森林法、水法、矿产资源法及稀有动物保护法；为了防止环境污染，就要制定环境保护法；为了防止交通事故，就要制定交通规则等等。这些有关公共事物和维护公共利益的法规，很多是技术规范的法律化制度化。而科学技术越发达，工农业生产的社会化和现代化的程度越先进，就更加需要有完备的法律和制度。恩格斯早在1872年批判无政府主义时就说过：“如果说人靠科学和创造天才征服了自然力，那么自然力也对人进行报复，按他利用自然力的程度，使他服从一种真正的专制，而不管社会组织怎样。想消灭大工业中的权威，就等于想消灭大工业本身，即想消灭蒸气纺纱机而恢复手纺车。”这就是说，建立完备的法律制度，特别是在履行社会公共职能方面，既是经济技术发展的必然结果，也是

经济技术发展的客观要求。不论在资本主义社会还是在社会主义社会，人们只能认识这个规律并自觉地来运用这个规律为自己服务，但却不能改变或废止这个规律。

综上所述可知，作为统治阶级意志集中表现并以国家强制力保证实施的法律，它具有镇压敌对阶级的反抗，调整统治阶级内部矛盾，执行社会公共职能的三大作用。这些作用的正确实现可以促进阶级矛盾的缓和，保持社会的稳定，从而为经济与文化的发展创造条件。必须明确，法虽然是阶级矛盾不可调和的产物，但它的出现不是为了加剧阶级斗争，而是为了缓和这种冲突。恩格斯在谈到国家的作用时指出；“而为了使这些对立面，这些经济利益互相冲突的阶级，不致在无谓的斗争中把自己和社会消灭，就需要有一种表面上驾于社会之上的力量，这种力量应当缓和冲突，把冲突保持在‘秩序’范围以内；这种从社会中产生又自居于社会之上并日益与社会脱离的力量，就是国家。”马克思主义关于国家的产生及其作用的这一原理，对法来说也是完全适用的。只有在这方面取得成功的国家政权与法律制度，其本身才能巩固并推动社会经济文化事业的迅速发展。正因为如此，我们认为法的根本作用，是统治阶级维护自己统治地位的重要工具，是保证国家长治久安和繁荣富强的重要武器。我们要正确理解法的本质、充分估价法的作用。要学会运用法律这个工具与武器来治理好我们的国家，这仍然是摆在我们面前的一个重要课题。

7. 社会主义市场经济与 法制建设有关系吗

党的十四大确定我国经济体制改革的目标，是建立社会主义市场经济体制，以利于进一步解放和发展生产力。全国人大八届一次会议通过决议，把宪法 15 条规定的国家实行计划经济改为“国家实行社会主义市场经济”。这样就从法律上肯定了经济体制改革的基本方向。

由计划经济转到市场经济，是经济体制方面的具有深远历史意义的巨大变革，是在社会主义条件下主动进行的一场革命，对政治、法律、文化及社会生活的各个方面都将带来不可估量的影响。市场经济体制的确立和完善，必须有完备的法律做保障。江泽民同志在党的十四大报告中指出：“高度重视法制建设，加强立法工作，特别是抓紧制订与完善保障开放、加强宏观经济管理、规范微观经济行为的法律、法规，这是建立社会主义市场经济体制的迫切要求。”

市场经济与计划经济不同，是主体多元化的经济，因而是分散决策的经济。为数众多的个人、企业和各种组织，既是独立的利益主体，又是独立的决策主体。大量的经济活动通过市场的调节来加以协调，社会资源在市场调节下达到有效的配置。但是必须明确，市场经济并不是完全放任自流的经济。无论在资本主义国家还是在社会主义国家，市场经济与国家的宏观调控始终是联系在一起的。随着市场的发展与成熟，完全依靠市场这只“看不见的手”来调节社会经济活动，不仅是行不通的，而且可能产生负面的作用，甚至可能出现混乱局面。因此为了克服市场经济的消极面，使市场成为公平竞争和有序运行的场所，必须加强和改善国家对市场经济的宏观调控，决不可以放任自流，更不能让它走上无政府经济的轨道。这就是说，国家对市场经济不是调控不调控的问题，而是如何进行调控的问题。当然，政府用以调控市场经济的手段是多种多样的，有直接的调控，也有间接的调控，其中特别是法律的调控。市场经济是以法律为边界的经济。各种经济主体之间存在着复杂的产权关系、经营关系和交换关系，只有对这些复杂的经济关系用法律加以规范，使各自的权利与义务明晰化，才能为市场经济的正常运行提供必要的前提。法是人们行为的准则，它具有规范性、统一性、稳定性和强制性的特点。法的这些特点正适合市场经济运行环境和秩序的要求，所以无论在任何国家里，法律都是调整市场经济、保护市场秩序的最佳手段。没有健全的法制相配合，若想建立发育成熟的市场经济体制是根本不可能的。

为加快社会主义市场经济法律建设的立法步伐，乔石委员长在全国人大各专门委员会负责人的会议上说：“立法工作必须跟上形势发展的需要。在宪法指导下，在本届人大期间大体形成社会主义市场经济法律体系的框架。”这是本届人大任期内法制建设的目标。那么市场经济法律体系的框架都包括哪些内容呢？一是规范市场主体的法律；二是调整市场主体关系、维护公平竞争的法律；三是改革和加强宏观调控、促进经济协调发展方面的法律；四是建立和健全社会保障制度方面的法律。这四方面法律即构成社会主义市场经济法律体系的框架。目前有的已经公布，如公司法、反不正当竞争法、消费者权益保护法等，有的正在拟订与审查之中。为了完成建立社会主义市场经济法律体系的任务，必须以改革的精神对待和解决立法中遇到的难点和热点问题。第一，立法要同改革开放的进程相适应，坚决改变法律滞后状况；

第二，局部利益要服从国家整体利益，决不允许趁立法之机来争权、争物；第三，立足于中国的国情，同时要大胆地吸收和借鉴外国的经验；第四，地方人大立法是全国人大及其常委会立法的重要补充，要充分发挥地方立法的积极性；第五，调动各方面积极力量，更好地发挥专家在立法工作中的作用；第六，在加快立法步伐的同时，注意提高立法质量。乔石委员长还指出：“我们要用改革的精神，加快经济立法，改变目前市场上出现的某些混乱、无序的现象。应该看到，在建立市场经济体制过程中，有些新的措施，应尽可能做到先立法后行动，使法律起到先导作用，使人们知道应该做什么，不允许做什么；什么是合法的，什么是违法的。如果一哄而起，各行其是，等发生混乱再去纠正，损失就大了。对急用的要先立法，再逐步完善。”只要我们坚定不移地按照这条道路走下去，在预定的时期内建立社会主义市场经济法律体系的任务就一定能完成。

8. 法的生命力从哪里来

法在治理国家中能不能发挥作用，关键在于兑现，在于执行。所以说，法的生命力在于不折不扣地实施。不论多么好的法律、法规，如果束之高阁，或者把它当作一种装饰品，它都不会在治国安邦中发挥任何作用。

社会主义法制的基本原则是：“有法可依，有法必依，执法必严，违法必究。”党的十一届三中全会以前，我们国家没有完备的法律和制度，当时法制建设中的主要矛盾是“无法可依”的问题。现在，国家以宪法为基础的社会主义法律体系已初步形成，各项法律和制度日益完备。但在现实生活中，有令不行，有禁不止，已经不是个别现象；而一些地区和部门，执法不严，违法不究的事情也时有发生。因此当前法制建设中的主要矛盾已基本不是“无法可依”的问题，而是“有法不依，执法不严，违法不究”的问题。

必须明确，维护法制的尊严，保证法律的执行，是改革开放的事业取得成功的一个关键，也是维护四项基本原则和社会安定团结的一项重要保证。10多年来的实践证明，在我们这样一个情况十分复杂的10多亿人口的大国，若想保持社会稳定和改革、开放的健康发展，必须把应兴应革的事情用法律和制度加以明确，使我们国家的政治生活、经济生活和社会生活的各个方面，民主与专政的各个环节，都纳入法制化的轨道。法律是规矩，是准绳，是尺度。无规矩不成方圆，无准绳难辨曲直，无尺度难分短长。治理国家若无法律，则纷繁复杂的社会关系就无法调整，生活秩序、工作秩序、生产秩序和社会秩序就无法维持。事实早已证明，如果改革开放脱离了法制轨道，也势必要走到邪路上去。所以国家的法律、法规能否得到贯彻执行，关系到国家的长治久安和四个现代化大业的成败问题。对此，任何一个关心国家富强的人都不能掉以轻心。

应当指出，法的实施和兑现分为两方面，一是全体人民遵守法律，按照法律的规定而行动；二是国家官吏要依法决策和依法行政，维护国家法制的尊严。这就是说，法的实行包括百姓守法和官吏守法两方面，这两方面相依存，缺一不可，但主导方面还在于官吏依法办事，而不在一般的平民百姓。因为官吏是政府的组成人员，都掌握一定的权力，是执行国家各项政策的工具，如果官吏守法，特别是统治集团上层人物守法，就可以给群众树立一个良好的榜样，就可以带动广大人民守法。言教不如身教，榜样的力量是无穷的。唐太宗李世民说过：“若安天下，必须先正其身，未有身正而影曲，上治而下乱者。”这说明统治阶级成员及其官吏以身作则地遵守法律，是保证国家法律得以贯彻实施的关键。换句话说，如果各级政府官吏，自己违法乱纪，甚至贪赃枉法，把政治搞得腐败不堪，又怎么能去要求群众遵纪守法呢？如果硬要群众守法，那只好使用强迫手段，其后果是群众“口服心不服”。这样，就必然蕴藏着不稳定的社会因素。

事实上，不论任何国家或任何朝代，实施法律都比制定法律要困难得多。清末法学家沈家本说：“夫有国家者，非立法之难，而用法之难也。”而用法之所以比立法还难，其根本原因就在于人才难得。徒法而不能自行，得其人则存，失其人则亡。有了好的法律，又有善于执法的人才，法律在治国实践中才能发挥其应有的作用。反之，法律订的再多，再好，如无一支公正无私并善于执法的官吏队伍，它只不过是一纸空文而已。所以为了维护法律的尊严，保证法律的实施，关键在于整顿“吏治”，造就一支清正廉明、刚正

不阿，而在必要时能够以身殉法的执法队伍。早在战国时期，为了巩固新生的封建政权，厉行以法治国的理想，地主阶级思想家韩非就提出过“明主治吏不治民”的主张。他说这种办法好比作“摇木之本，与引网之纲”。摇木之本，则枝叶必动；引网之纲，则万目必张。只有首先实现“吏治”，而后方能达到“民治”。我国是人民民主专政的社会主义国家，人民是国家的全权主人。对人民来说，各级国家机关的工作人员，既是行使一定国家权力的领导者，又是为群众服务的“人民公仆”。因此我们今天强调“治吏”的目的与封建统治阶级“治吏”的目的有根本区别。我们不是用法律手段强迫各级“官吏”去压迫人民和剥削人民，而是为了使各级国家机关工作人员严格地遵守和执行宪法、法律和法规，维护社会主义法制的尊严，全心全意地为人民服务，为改革、开放和四化建设服务。事实充分证明，只有首先实现了“吏治”，而后才能达到“法治”。如果一个国家没有良好的吏治，若想实现法治，犹缘木而求鱼，不可得也。

9. 宪法是规范谁的

法是规范人们行为的规则和准绳，为人们的行为提供了一种模式、标准或方向。“规范”有两方面的含义：一方面有保证畅通之意，人们按照法的要求行为，就可达到自己的目的，并受到国家的保护；一方面有限制约束之意，人们从事违法行为，就要受到国家的取缔和制裁。

宪法是国家的根本法，宪法规范的对象，是与国家政权的运作有关的行为，包括国家政权的行为，政党的行为，以及公民的参政行为。至于其他方面的社会关系，虽然有些在宪法中做了原则性规定，但需要其他部门法具体化，才具有可操作性，实际上由其他部门法来调整。

首先，宪法规范国家政权的行为，包括政权自身的组织行为，如何组建和延续国家政权，以及国家机关和国家公务人员运用职权的行为。可以说，宪法是为国家和执政者立下的规矩，是政权自我约束的规范体系。宪法把国家机关立法、执法、司法的全部活动纳入法定轨道，防止执政者的主观随意性和以权谋私行为。即使社会主义类型的国家政权，也需要用宪法来规范。我国宪法确认了人民主权原则，国家机关只能行使人民以宪法明确赋予的权力，规定了我国的政权组织形式为人民代表大会制，规定各国家机关的职权范围及其相互关系，使国家机关各司其职、协调配合地共同实现国家的职能。

其次，宪法规范政党的行为，把各政党影响、控制国家政权的活动纳入法定轨道。包括政党如何组成，如何执掌政权或者干涉政治，各政党如何组织和宣传群众，如何在选举中争取更多的席位，在议会中进行合法的斗争。关于政党制度，世界多数国家的宪法未做规定，或只有原则性规定，被称作“潜在宪法”。我国宪法规定，中国共产党领导的多党合作、政治协商制度将长期存在和发展。共产党是我国的执政党，在国家政权中起着核心领导作用，其它各民主党派是参政党，它们与共产党的关系，既是领导与被领导的关系，又是合作共事的联盟关系。执政的共产党应在宪法和法律的范围内，对国家和社会的领导应依法进行，各级党组织不能代替或干涉国家机关行使职权。

最后，宪法规范公民的参政行为，包括公民参加政治活动，管理国家事务的途径、方式和程序。公民的行为一般由其他的部门法来调整，而参政行为则由宪法或宪法性法律直接规范。我国公民的参政行为有以下两方面：第一，行使选举权和被选举权，直接选举县、乡两级人大代表，组成县、乡两级人民代表大会，上一级人民代表大会由下一级人民代表大会选举产生，其他国家机关如行政、审判、检察机关由人民代表大会组织，因此，公民的选举行为是建立国家政权的基础。第二，公民对国家机关和国家公务人员的活动有权进行监督，公民有批评、建议、申诉、控告、检举的权利。同时，公民行使参政权利，必须遵守法律，不得危害社会的安定团结。

10 . 宪法怎样起规范作用

法律具有指引、评价、教育、预测和强制五种规范作用。法的指引作用是指，法律为每个人的行为提供了三种模式，规定人们可以这样行为、应该这样行为或不应该这样行为，指引人们从事法律所容许的行为，不从事法律所禁止的行为。法的评价作用是指，法具有判断、衡量他人行为是否合法或违法的作用。法的教育作用是指，通过法律的实施，而对一般人今后的行为所发生的影响。法的预测作用是指，对某种行为在法律上能否成立的预测，即进行法律可行性研究。法的强制作用是指，国家机关依法对违法行为进行的取缔和制裁。

宪法的规范作用，也可分为指引、评价、教育、预测、强制五种作用。首先，宪法规定了国家政权、政党以及普通公民，在政治活动中可以做什么、应该做什么或不应该做什么，使执政者的统治行为和社会成员的参政行为依法进行。国家政权在宪法的指导下建立，和平地更换政府和领导人，保持了政权的连续性和稳定性。宪法对于权力行使中的分工和运行的范围、方式、程序等，指出方向和铺设轨道，保障权力在宪法指示的轨道上有效运行，取缔任何打乱权力分工关系和权力运行秩序的越权、失权、滥用权力的行为。宪法指引各政党依法进行政治斗争，分配政治权力，推行政治主张。宪法还指引公民正确行使参政权，及时反映出社会各方面的意见和要求，避免社会矛盾的尖锐化。

其次，宪法为社会成员判断、衡量国家的存在，以及执政者的职权行为是否合法，提供了评价标准。只有依法建立的政府，才是合法的政府，执政者应在宪法和法律的授权范围内活动，对于非法取得权力以及滥用权力的执政者，人民有权将其撤职罢免。同时，宪法也为国家判断公民的参政行为是否合法提供了具体标准，以便制裁那些引起社会动乱的不法行为。

第三，通过宪法的实施，教育人们遵守宪法和法律，增强人们的宪法意识，培养民主和法制观念，尤其是普通公民的参政意识和执政者的守法意识。宪法监督机关所进行的违宪审查活动，对于宣传宪法起着积极作用。

第四，公民在参政活动中，要预先考虑这种行为在法律上能否成立，如公民将从事的活动，是否属于宪法中保护的权力，不要把宪法中取缔的事项作为权利来行使，公民的所为是否履行法定程序，使公民的参政行为从内容到形式都符合宪法的要求，不超出权利的界限。国家和政党的行为，其影响要远远超出个人，因此，更要研究其行为在宪法上的可行性，避免违宪行为的发生。如国家机关在制定法规，做出决定时，要研究该项行为是否属于自己的职权范围，法规和决定是否与宪法相抵触。

第五，宪法的强制作用，就是由宪法监督机关制裁违宪行为，包括宣布违宪的法律、行政法规、地方性法规等规范性文件无效，弹劾、罢免违法犯罪的国家元首、政府首脑及其他国家领导人，维护宪法的最高权威。

11. 宪法与商品经济有关系吗

法律是上升为国家意志的统治阶级的意志，这种意志的内容是由统治阶级的物质生活条件决定的。那么，产生宪法的社会物质生活条件是什么呢？产生宪法，也是产生民主制的社会物质生活条件是发达的商品经济。民主制是商品经济的政治形式，宪法则是商品经济的法律外壳。宪法的生命力是以发达的商品经济为源泉的。有了商品经济的发展，没有宪法法典，在社会生活中可以建立实在的宪法制度，如英国；没有商品经济的发展，有了宪法也难以贯彻实施，这种例子在资本主义国家和社会主义国家都有。

在自然经济的条件下，社会成员被划分为界限分明的等级，存在着等级特权和人身占有、人身隶属，多数社会成员没有人格或只有半个人格。与这种经济形式相适应，那时占统治地位的统治形式是君主专制。君主独揽大权，不单被统治阶级没有参政权，统治阶级内部也没有民主可言。商品经济则不同，它的前提是社会成员间的身份平等和人身自由，它的原则是身分平等的人们之间按等价原则进行自由交换。商品经济关系中的平等和自由，在政治上的表现是民主，它的固定化就是法制。宪法就是在民主的基础上，作为民主与法制的连结和统一而发挥作用。资本主义是高度发达的商品经济，劳动力也成为商品。资本家投资购买劳动力，然后在消耗劳动力这个特殊商品的过程中，无偿地占有劳动力创造的剩余价值，并在资本家之间按资本数额分配平均利润。资产阶级民主，就是资产阶级内部分配平均利润的政治表现。每个资本家都有平等参加国家管理的政治权利，并把这种权利普及于社会的全体成员。资产阶级的宪法正式记录了这样的政治关系。

中国的封建统治者长期实行重农抑商的政策，限制了商品经济的发展，也抑制了民主思想的萌芽。新中国成立后，长期没有发展商品经济，而是发展以国家计划为主导的产品经济。这种经济体制易于滋生盲目服从、个人迷信、官僚主义和滥用权力，不利于发挥公民的参政作用。在这种条件下，民主的形式受到限制，民主很难获得广泛的发扬，从而使宪法的条文同现实脱节。经过长期的探索，党和人民认识到，资本主义阶段可以逾越，但商品经济的发展不可逾越，并把社会主义市场经济载入宪法。发展生产力，繁荣经济，改善人民的物质文化生活条件，需要大力发展商品经济。健全、完善社会主义民主制，更需要发展商品经济。社会主义市场经济体制的建立，会为我国宪法的良好实施奠定条件。

12 . 谁来监督宪法实施呢

宪法监督是有关国家机关对宪法实施情况进行的监督审查。包括审查法律、法规及法律性文件是否符合宪法，审查国家机关及其工作人员的行为是否符合宪法，审查各政党、团体、企业事业组织的行为是否符合宪法。宪法监督的主要方式有两种：第一种方式是事先审查，又称预防性审查，是在法律和其他法规的制定过程中，由专门的机关审查其合宪性，如果发现违宪问题，可以立即修改、纠正，以避免其在制定完成并生效之后产生不良的后果。例如，法国在有关的组织法、议会两院的规则等颁布实施之前，要提交宪法委员会审查其是否合宪，若判定违宪，则不能公布施行。第二种方式叫事后审查，已经生效的法律、法规在执行过程中或适用过程中，而对它的合宪性产生怀疑而予以审查，或者因特定的单位或个人就有关的法律、法规是否符合宪法提出请求时，才予以审查。世界上大多数国家采用事后审查制。如联邦德国宪法法院经联邦政府的请求，或者联邦议院 1 / 3 议员的请求，可就法律是否符合宪法进行裁决。

宪法诉讼则是具有特殊性的事后审查方式，它是在宪法监督机关主持下，解决因宪法问题引起的纠纷和争议而进行的诉讼活动。宪法诉讼与一般的民事诉讼、刑事诉讼、行政诉讼具有共同点，即通过诉讼程序解决宪法争议，充分发挥普通公民在宪法监督中的作用，给予公民对违宪行为的起诉权，把公民监督国家活动的民主权利落到实处。这种通过诉讼程序的宪法监督方式，已经成为各国宪制的一个基本发展趋势。例如，美国司法机关在审理民事、刑事或行政案件的诉讼过程中，当事人可就司法机关所适用的法律、法规是否违宪的问题，请求司法机关对该项法律、法规进行审查，被司法机关宣布为违宪的法律、法规无效。又如联邦德国，任何公民只要认为某个法律、法规侵犯了个人的宪法权利，可不管是否发生案情，也不管是否涉及本人利益，均有权就这个法律、法规向宪法法院起诉，要求宪法法院审查其合宪性。若审查后裁定为违宪，这个法律或法规即失效。

我国监督宪法实施的职权由全国人民代表大会和全国人大常委会行使。宪法监督的方式既有事先审查方式，又有事后审查方式。关于事先审查，宪法规定，省、直辖市的人民代表大会和它们的常务委员会所制定的地方性法规，须报全国人大常委会备案；民族自治地方的人民代表大会所制定的自治条例和单行条例，须报全国人大常委会批准后才能生效，自治州、自治县的自治条例或单行条例，须报省或者自治区的人大常委会批准后才能生效，同时须报全国人大常委会备案。这里的“批准后才能生效”是明显的事先审查，“备案”也具有事先审查的性质。关于事后审查，根据宪法规定，全国人大有权改变或撤销全国人大常委会不适当的决定；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，有权撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议等，都属于事后审查方式。

遗憾的是，我国至今尚未建立起宪法诉讼制度，不能通过诉讼程序解决违宪问题。公民对违反民法、刑法、行政法的行为，有权向人民法院起诉，求得公正解决，但对违宪的法规和行为，却无权向国家机关起诉，使一些违宪的规范性文件继续适用，党政机关和企事业单位的违宪行为继续存在，使根本大法与千百万普通公民的生活相脱节。因此，建立宪法诉讼制度已经成

为完善我国民主制度的一个重要课题。

13. 违宪与一般违法有什么区别

违宪指违反宪法的行为，一般违法指违反民法、刑法、经济法、诉讼法等普通法律的行为。违宪与违法的区别表现在：

（1）违宪的主体主要是国家、国家机关、国家公务人员，是掌握一定职权的执政者，也可以是政党、社会团体、企事业单位。一般违法的主体主要是具有责任能力的自然人，即公民，当然，国家机关、政党、企事业单位也可成为行政违法或民事违法的主体。

（2）违宪行为所侵害的客体有两类：一是国家机关间的职权关系，如我国宪法规定，省、直辖市的人大及其常委会可以制定地方性法规，但是地方性法规不得同宪法、法律、行政法规相抵触，并须报全国人大常委会备案。这里制定地方性法规是地方国家权力机关的职权，不得与宪法等相抵触并报备案是职责。如果省或直辖市的人大及其常委会制定的地方性法规与宪法等相抵触，或未报全国人大常委会批准就宣布生效，就侵犯了宪法确定的职权关系。再如，县人民政府的局长由县人大常委会任免，乡、镇人民政府的乡长、镇长由乡镇人大选举。但是，一些地方却借改革之名，招聘局长、乡镇长，或任意改换乡镇长的工作，就属违宪行为，这些行为侵犯了国家权力机关的职权。另一类是公民的基本权利，如我国宪法规定，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，但是，有些国家机关招募公职时，有的企事业单位招募工人时，公然歧视妇女，使妇女在劳动就业方面处于同男子不平等的地位，侵犯了宪法保障的平等权利。

（3）违宪所造成的危害比违法要大。违法往往是对具体的人、物或行为造成直接的危害，即使是最严重的违法犯罪，莫过于将某人致伤、致死，其后果当然也是严重的，但这种危害后果相对说来总是局部的和个别的。而违宪由于侵害客体的特殊性，其危害一般说来要广泛和深刻的多，一旦发生，直接影响和干扰国家机关工作的正常进行。例如，国家机关如果制定了违宪的法律文件，这种违宪行为的影响将波及该机关所辖区域内的全体公民、企事业单位。

（4）追究违法行为的一般是司法机关，特别是审判机关。世界各国的违宪审查体制则有三种类型：一种是普通法院审查制，即由审理刑事、民事案件的普通法院行使违宪审查权；第二种类型是代表机关审查制，即由议会或国家权力机关行使违宪审查权；第三种类型是专门机构审查制，由在普通法院之外设立的宪法法院或宪法委员会行使违宪审查权。

（5）违法的法律责任，包括刑事责任、民事责任与行政责任，相应受到刑罚制裁、民事制裁与行政制裁。而违宪招致违宪责任，相应受到违宪制裁，罢免违宪的领导者，撤销违宪的规范性文件等。

14．我国的权力是怎样分工的 又是如何制约的

西方资本主义国家的政权原则是分权制，先把国家权力分为立法、行政、司法三权，这三项权力分别由三个不同的国家机关行使，在立法、行政、司法等部门之间建立一种互相制约平衡的关系。例如，在实行议会内阁制的国家，内阁对议会负责，议会可以通过不信任投票迫使内阁辞职；另一方面，议会的立法案大都由内阁提出，内阁总理可以通过国家元首解散议会。美国是体现分权原则的典型国家，立法权属于国会，行政权属于总统，司法权属于法院。国会有权要求总统陈述政策，有权批准总统缔结的条约，有权批准总统对行政官员和法官的任命，有权弹劾总统和最高法院的法官。宪法还规定，总统对法律有公布权，并有权否决国会通过的法律。根据惯例，联邦最高法院有违宪审查权，并在案件诉讼中宣布国会通过的法律及总统发布的行政命令违宪。在国家机构中实行分权制的目的，在于防止权力产生的腐败现象。他们认为，不受制约的权力必然产生腐败，要防止腐败现象，必须以权力制约权力。分权制有利于协调资产阶级内部的关系，统一本阶级的意志，维护本阶级的共同利益，避免权力过分集中在某个机关或某个人手里，防止政权蜕化为个人专制独裁，并能掩盖资产阶级对广大人民的专政。

我国的政权组织形式是民主集中制。这个原则是由巴黎公社所创建而为后来的社会主义政治制度具体化。它在理论上确认国家权力的不可分割性，在实践中以人民的代表机关作为统一行使国家权力的机关。民主集中制原则并不排斥国家权力的各部门之间的分工，而是以代表人民的立法权为主导，其它国家机关如行政机关、审判机关、检察机关等，都由国家权力机关即人民代表大会产生，并对它负责，受它监督。各国家机关都应当在宪法和法律明确规定的职权范围内活动，不能打乱权力分工关系。同时，民主集中制也不排斥平衡与制约，它是在国家权力机关统一和人民代表机关居于主导地位的前提下的平衡与制约。其它国家机关要对权力机关负责，并接受它的监督，这种监督与负责的关系就是制约与被制约的关系。我国的权力制约关系不同于西方国家，它是一种单向制约关系，只存在权力机关对其它机关的制约，而不存在其它国家机关对权力机关的制约。权力机关在我国的国家机关体系中居于首位，其它机关不能与之平行并列，更不能越居其上，因此，不能制约权力机关。我国的权力制约关系，不仅存在于权力机关与行政审判机关、检察机关之间，也存在于其它国家机关之间，如公安机关、人民法院、人民检察院在刑事诉讼中，分工负责、互相配合、互相制约，就是一种权力分工和制约关系。

15. 公民平等权指什么

“公民在法律面前平等”的原则，是资产阶级在反对封建等级特权的斗争中提出来的，并且在取得政权之后用法律的形式规定下来。最早确认这一原则的是法国 1789 年的《人权宣言》。它规定：“法律对于所有的人，无论是施行保护和处罚都是一样的。在法律面前，所有的公民都是平等的。”以后，一些其他资本主义国家，也都在宪法中肯定了这一原则。在资本主义宪法中，这项原则的含义包括三个方面：（1）公民在立法上平等；（2）公民在适用法律上平等；（3）公民在守法上平等。一些资本主义国家还建立了保障权利平等的控诉制度，包括个人控诉、团体控诉和政党控诉。所谓个人控诉，即任何一个平等权利受到侵犯的公民，都可以依照本国法律制度所公认的程序，向有关法院提出救济的要求。例如，在美国以及在加拿大等英联邦国家，公民有权对违反平等原则的立法和行政行为，要求法院加以审查。在有关行政法规的案件中，如果某个公民的权利遭到了侵害，法国、西德的行政法院、英国行政裁判所、美国独立管理机构有可能受理他的案件。在资本主义国家里，一般的通例是团体不能为其成员的个人利益或集体利益抗辩。但“职工会”却是例外。在西方国家，职工会具有一种特殊的法律地位，它有权签订集体合同，并有权以劳工的名义进行诉讼的行为能力，这就是所谓的团体控诉。第三种控诉为政党控诉。平等原则不仅涉及一般的团体，也涉及政治团体，如政党的利益，凡平等权利受到损害或破坏的政党，有权提出控诉。在美国和德国，平等保护原则被认为是“民主政治”不可缺少的因素，司法机关也要发挥它应有的保护作用。在德国，由于给予各政党补助金和广播电视节目时间的分配问题引起的诉讼，就是政党诉讼。

西方国家法律确认权利平等，同封建国家特权专制以及同法西斯国家独裁统治相比，确实是一种进步。但就权利平等的本质而论，仍然属于资本主义类型，它同资产阶级民主原则一样，都是资本主义经济关系在法律上的反映，是以事实上的不平等为前提的。富人与穷人之间、剥削者与被剥削者之间的根本对立，决定了西方国家权利平等的局限性和虚伪性。

我国宪法在“公民的基本权利和义务”一章中，首先明确规定了公民在法律面前一律平等，它的含义是指：（1）我国公民不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、财产状况、居住期限，都一律平等地享有宪法和法律规定的权利，也都平等地履行宪法和法律规定的义务；（2）公民的合法权益都一律平等地受到保护，对违法行为一律依法予以追究，决不允许任何违法犯罪分子逍遥法外；（3）在法律面前，不允许任何公民享有法律以外的特权，任何人不得强迫公民承担法律以外的义务，不得使公民受到法律以外的处罚。

就广义而言，我国公民的平等权还包括民族平等、男女平等，它们和公民在法律面前一律平等既有联系，又有区别。民族平等和男女平等的含义更为广泛，不仅包括在法律面前一律平等，即不能因民族和性别不同而获得法律以外的特权，也不能作为限制权利的借口使公民受到歧视；而且还包括经济、政治、社会、家庭等方面的平等。

16 . 特别行政区的法律地位

特别行政区是在我国版图内，根据我国宪法和法律的规定设立的具有特殊的法律地位，实行特别的政治、经济制度的行政区域。特别行政区是针对我国尚未完成统一祖国大业，根据“一国两制”的方针，为和平解决台湾、香港、澳门问题所采取的特别措施。特别行政区与我国的其他普通行政区域相比，有许多共同的地方，又有其特殊性。

特别行政区和普通行政区的共同点，主要表现在两个方面：第一，都是中华人民共和国不可分离的一部分，是我国地方制度的有机组成部分。我国在维护国家的主权、统一和领土完整的原则方面，是决不含糊的。各个特别行政区都是中华人民共和国不可分割的组成部分，不能脱离统一的国家管辖。第二，特别行政区政权是中华人民共和国的一级地方政权，直辖于中央人民政府。特别行政区是中华人民共和国的一个享有高度自治权的地方行政区域，该区域建立的地方政权机关，自然是我国的一级地方政权。

和我国的普通行政区域相比，特别行政区的特殊性表现在：第一，划分行政区的原则不同，普通行政区划分是根据我国的历史传统、地理环境、经济状况、民族关系等因素。特别行政区的设置则以政治、经济制度为标准。第二，特别行政区享有高度自治权，普通行政区则不具备。普通行政区执行的政策是中央政策的具体化，不允许执行与中央不同的政策。设立特别行政区的目的，是为了保证其实行与中央不同的法律和政策。第三，行政官员产生和任命的方式不同，特别行政区行政长官在当地通过选举或协商产生，由中央人民政府任命，主要官员由长官提名，报中央备案。原在特别行政区的外籍公务员、警务人员可以留用。

特别行政区的法律地位与联邦制国家的成员单位相比，其特殊性表现在：第一，单一制国家的地方行政区是由国家划分的，国家先于各个行政区而存在，而联邦制国家中的成员先于联邦国家而存在。从设立程序看，特别行政区与我国其他省、直辖市、自治区一样，为我国设立的一个地方行政区。第二，单一制国家的地方行政区从来不是一个政治实体，不具有任何主权特征，联邦成员在联邦国家成立前，则是享有主权的政治实体。特别行政区从来不是一个政治实体，如香港，在被英国占领前，是我国清政府所辖保安县的一部分。被英国占领后，成为英国的殖民地。1997年，我国对香港恢复行使主权，特别行政区基本法由我国全国人民代表大会制定，香港无权制定规定其地位的法律，特别行政区没有脱离中国的权利。第三，权力基础和权力来源不同。在单一制下，中央与地方的权力关系，是授予权力和被授予权力的关系，是中央授予地方权力。在联邦制下，联邦和成员的关系，是受让权力和保留权力的关系，联邦权力来源于其成员的权力转让。特别行政区从来不享有独立的权力。如香港，鸦片战争后，英国派总督代表英政府对香港行使统治权，《英皇制诰》和《皇室训令》是总督的权力依仗。香港成立特别行政区后，享有高度的自治权，这一权力来自中央人民政府的授权，特别行政区基本法是中央对香港的授权法。

17 . 一个特殊的法律部门

在现代国家的整个法律体系中，行政法是一个特殊的法律部门。按照一般的理解，行政法是调整行政关系的法律规范的总称。从这个概念上我们能够看出行政法到底有什么特殊之处。

我们先来分析如下几种社会关系：公民乙向公民甲借款 1000 元人民币，甲乙之间形成债权债务关系；某企业与另外一家企业签订购销合同，两家企业之间形成经济合同关系；税务机关依法向纳税人征税，税务机关与纳税人之间产生税务管理关系；环境保护管理机关依法对超标排污单位罚款，环保机关与超标排污单位之间产生环保管理关系。第一种社会关系是地位完全平等的公民之间形成的民事关系，需要民法来调整；第二种社会关系是地位完全平等的企业之间形成的经济关系，需要经济法来调整。与前两种社会关系不同，税务管理关系、环保管理关系是一种特殊的社会关系，我们统称为行政关系。行政关系的双方当事人是不对等的，在行政关系中，税务机关、环保机关等国家行政机关总是处于主导地位，而纳税人、超标排污单位等行政相对人总是处于被动地位，彼此间产生管理与被管理、命令与服从的关系。行政关系这种特殊的社会关系，需要一个特殊的法律部门来调整，这个特殊的法律部门就是行政法。行政法是调整行政关系的法律部门，这是行政法的首要特征，也是行政法这个法律部门的第一个特殊之处。

行政法与宪法、民法、刑法、诉讼法等相比较，其第二个特殊之处在于它没有一个完整的法典式的法律文件。《中华人民共和国宪法》、《中华人民共和国民事诉讼法通则》、《中华人民共和国刑法》、《中华人民共和国民事诉讼法》等，说明我国宪法、民法、刑法、诉讼法已经基本上实现了法典化，就是没有一部《中华人民共和国行政法》。由于行政法涉及的社会生活领域十分广泛，内容纷繁复杂，技术性、专业性又比较强，而且行政关系变动又相对较快，要把这些广泛、复杂而且不断变化的行政关系规定在一部完整统一的行政法典中是困难的。所以，我们在概念上把行政法称为若干法律规范的总称。这些法律规范广泛分布在宪法、法律、行政法规、地方法规、行政规章、自治条例、单行条例以及司法解释中。

18 . 行政法的基本原则

我们经常听人这样来描述某种现象：“合法但不合理。”在国家行政管理领域不仅存在着不合法的现象，也存在着“合法但不合理”的情况。比如，根据《中华人民共和国治安管理处罚条例》的规定，公安机关对扰乱公共秩序尚不够刑事处罚的行为人，处以 15 日以下拘留，200 元以下罚款或者警告。某公民造谣惑众，煽动闹事，违反了治安管理处罚条例，公安机关如果超出 15 日拘留或者多于 200 元罚款，就构成行政违法，也就是说，这种行政处罚行为不合法。公安机关不考虑行为人的违法情节，但拘留或处罚都在法定幅度之内，公安机关的行政处罚行为就是合法的，不会构成行政违法。但是，公安机关在法定幅度内进行处罚，仅能保证其处罚行为的合法性，行政处罚行为的合理性未必能够保证，这就产生了“合法不一定合理”的可能性。公安机关对违法情节重的行为人处罚轻，而对违法情节轻的行为人处罚重，就会出现“合法但不合理”的现象。

国家行政机关必须严格依法行政，坚决杜绝行政违法现象，同时也不能忽视“合法但不合理”的现象，尽最大努力将“合法不一定合理”的可能性降到最低程度。行政法崇尚“合法”与“合理”两词，合法性与合理性成为行政法的两项基本原则。

合法性讲的是什么意思呢？首先，公安机关、税务机关、工商行政管理机关等国家行政机关和公民、法人、其他组织等行政相对人都必须严格遵守行政法规范，特别是国家行政机关的一切行政活动都必须有行政法律依据；其次，不管是国家行政机关还是行政相对人都不得享有行政法以外的特权，特别是国家行政机关的一切特权行为都是无效的行为；再次，不管是国家行政机关还是行政相对人，只要违反了行政法规范，就必须承担相应的行政法律责任。某公民违反治安管理处罚条例，应当受到拘留或罚款的行政处罚；公安机关对其处以 15 日以上拘留或 200 元以上罚款，同样违反了行政法规范，也应当承担相应的行政法律责任。

合法性是行政法的第一项基本原则，合理性是行政法的第二项基本原则。合法性是合理性的前提，合理性是合法性的补充。合理性主要是针对国家行政机关的自由裁量权而言的。如前所讲，公安机关对扰乱公共秩序尚不够刑事处罚的行为人，处以 15 日以下拘留，或者 200 元以下罚款，就不会构成行政违法。至于在 15 日以下拘留多少天，在 200 元以下罚款多少，公安机关可以根据行为人的违法情节行使自由裁量权。如果无视行为人的违法情节，情节重的处罚轻了，情节轻的处罚重了，都属于不合理运用自由裁量权的现象，违反了合理性的原则。

行政法的基本原则要求国家行政机关的行政管理活动既要合法又要合理。

19. 国家公务员制度

据统计，截至 1992 年底，全国 28 个省、直辖市和自治区，国务院 66 个部委都不同程度地采用了考试、考核办法补充工作人员。其中，19 个省在省、地、县三级同时展开。4 年来，县和县以上机关已经从 47 万余名报考者中录取了 7.1 万余人。国务院各部委举行过 5 次联合招考，从 11611 名报考者中录取了 716 人。通过考试择优录用国家行政机关工作人员，是我国干部人事管理制度的一项重要改革措施。当然，仅仅通过公开考试择优录用国家行政机关工作人员，还不足以克服传统干部人事管理制度的种种弊端，传统的人事管理制度需要进行全面改革。1993 年 8 月，《国家公务员暂行条例》颁布施行。这标志着我国国家行政机关人事管理制度走上了科学化、民主化和法制化的轨道。

国家行政机关工作人员作为国家公务员将依据《国家公务员暂行条例》进行管理，其他国家干部不是国家公务员，不适用于《国家公务员暂行条例》。比如，人民法院的工作人员将根据《法官条例》管理，人民检察院的工作人员将根据《检察官条例》管理。

自《国家公务员暂行条例》生效之日起，要进入国家行政机关工作，成为国家公务员，必须经过公开考试和严格考核，在考试和考核的基础上择优录用。国家公务员管理注重一个“考”字。除进入国家公务员队伍必须经过考试和考核外，国家公务员的奖惩、晋升、降职、培训等都与考试和考核相关。国家公务员的奖惩必须以考核为基础，通过考核比较优劣，奖优惩劣。国家公务员的职务升降也必须以考核或者考试加考核为基础，考核结果优秀者晋升，考核结果不及格者降职。国家公务员必须接受严格的培训，培训考试合格者才能上岗或者晋升。国家公务员管理注重一个“考”字，目的是保证国家公务员的整体素质，保证国家公务员队伍的廉洁、高效。

《国家公务员暂行条例》颁布施行，标志着具有中国特色的国家公务员制度已经初步形成。国家公务员制度是对国家行政机关工作人员进行管理的科学制度。国家公务员制度涉及的内容很多，除上面谈到的考试录用、考核奖惩、职务升降、培训外，还包括国家公务员的权利义务、职位分类、回避、工资福利、退休退職等。

回避制度是国家公务员制度的一项重要内容。我国公务员回避分为职务回避、公务回避和地区回避。回避主要是针对亲属关系，如夫妻关系；直系血亲关系；三代以内旁系血亲及其配偶关系；近姻亲关系（即配偶的父母、兄弟姐妹、儿女的配偶及儿女配偶的父母）。公务员之间有上列亲属关系的，不得担任双方直接隶属于同一行政首长或有上下级领导关系的职务；也不得在其中一方从事人事、监察、审计、财务工作的单位中任职。公务员在办理人员录用、考核、奖惩、任免、晋升、调配、专业技术职务评定及监察、审计等公务活动中，凡涉及本人或上列亲属关系的，应自行申请回避，不得参加有关调查、讨论、审核、决定，也不得以任何形式施加影响。县、处级以上领导干部还要实行地区回避，即不得在原籍任职。

20 . 行政机关有没有立法的资格

行政机关有没有立法的资格？这得从国家机关的权限谈起，这个问题实际上就是问国家行政机关是否拥有立法权。在现代国家，国家政权遵循“权力分立”或“权力分工”的原则，进行了明确的划分，并分别由不同的国家机关拥有和行使。在我国，一切权力属于人民，所有的国家权力集中在国家权力机关。国家权力机关即人民代表大会及其常委会通过选举等宪法性途径产生了行政机关和司法机关，即人民政府、人民法院和人民检察院，并赋予它们以行政权、审判权和法律监督权，立法权由国家权力机关拥有和行使。从传统意义上理解，只有国家权力机关才有资格制定法律，行政机关和司法机关没有立法的资格，因为它们不享有国家立法权。

但是，由于各种各样的原因，行政机关立法成为一种普遍现象。比如，国家权力机关制定的法律较为抽象和原则，实施起来有难度，需要对其“加工”将其具体化、细致化，对法的“加工”过程通常是由行政机关来完成的。再比如，经济、科技和社会日新月异，新的现象、新的问题不断出现，需要大量的立法来对待新现象、解决新问题。但是，国家权力机关会期较短，且立法程序缓慢，不能适应现实的需要。国家权力机关的立法方式无法满足日益增多的立法要求，就不能不采取委任立法的方式，授权从事实际管理工作的行政机关制定某些行政法律规范，以补充国家权力机关立法的不足。行政机关在一定范围内立法，还便于解决法律的专业性、技术性问题，保证法律实施所需要的灵活性和适应性。

行政立法已成为现代社会不可避免的现象。但是，行政立法不同于国家立法。国家立法是指国家权力机关制定法律，属于立法过程，行政立法则是国家行政管理过程的首要环节，行政立法能够为行政执法提供更为明确、具体的执法依据。行政立法被称为“准立法”，受到各方面的限制，如对法律进行“加工”将其具体化和细致化，不能离开法律的本意，不能离开法律创设新的规范。委任立法即国家权力机关授权国家行政机关就行政管理进行立法，行政机关必须严格遵循权力机关的授权范围和期限。必须强调的是，并不是所有国家行政机关都有资格立法。有资格进行立法活动的只有国务院、国务院各部门、省级人民政府、省会市人民政府和较大市的人民政府。行政立法的结果不能称“法”，只能叫法规、规章。其中，国务院制定的叫法规，国务院各部门、省级人民政府、省会市人民政府、较大市人民政府制定和发布的称规章。

21. 行政许可与解除法律禁止

行政许可，是国家行政机关的重要执法形式。行政许可之所以必要，是因为任何国家里都存在着一定的法律禁止。有些活动不存在法律禁止，当然不经许可就可以进行，如读书、上街买东西。但有些事项法律明令禁止，不经许可不能从事，如驾驶机动车辆、持枪、生产经营等。任何国家为了维护公共秩序和公共利益，都要设定某一事项或某一领域的事项一般人不得从事。国家通常是通过法律进行这种设定的，于是产生了法律禁止。但法律禁止并不是禁绝，只要具备一定的条件和资格，经有关行政机关审查批准，就能解除这种法律禁止。

如果要从事某一法律禁止的事项，必须向有关国家行政机关提出解除法律禁止的申请，如成立公司向工商行政管理机关提出申请，零售香烟要向烟草专卖机关提出申请，佩带枪支要向公安机关提出申请。

从事某一法律禁止的事项，必须具备一定的条件或资格。国家设定法律禁止的目的不是为了禁绝，而在于只有具备一定的条件和资格才能从事该项活动，也就是说，只有当事人具备从事某项活动的条件和资格，才能获得国家行政机关的批准。比如，申请药品生产许可证的工厂企业必须具备相应的生产条件，包括药剂人员、卫生条件等；申请建设许可证的应是具有建设能力的单位和个人；申请各种营业执照的当事人都必须具有营业能力，包括注册资本、经营场地、人员等。

国家行政机关对于要求解除法律禁止的申请要进行书面审查，并对申请人的条件和资格进行实地核实，如对申请营业执照的需要检查核实是否有营业场地；对申请食品生产许可证的需要核实其生产场地是否符合食品生产的卫生条件和标准；对申请机动车辆驾驶执照的要进行交通规则考核和路面考核两项内容，以证实申请驾驶执照者的能力。

国家行政机关经审查核实，对符合条件的和具备资格的，要通过颁发许可证书的形式予以批准。许可证书的表现形式多种多样。有的直接称为许可证，如卫生许可证、建设许可证、用地许可证等。有的则称为执照，如营业执照、机动车辆驾驶执照等。

许可证书持有者因为法律禁止的解除从而获得从事某项活动的权利。对于这项权利，许可证书持有者应该特别珍惜，严格根据许可证书的内容行使此项权利。如果许可证书持有者的活动与许可证书的内容相违背，许可证书的法律效力就会暂时或永久中止，许可证书持有者将因此暂时或永久丧失此项权利。如对于生产或经营不符合卫生标准的食品的企业，卫生主管机关可以令其暂停营业；对于生产不合格产品的企业，有关行政机关可以令其停业整顿。在暂停营业或停业整顿期间，许可证书的效力中止。再如，对违法经营的工商企业，工商行政管理机关可以吊销其营业执照，该企业将不再享有从事生产经营的权利。

22. 行政处罚的罚则

行政处罚，是国家行政机关的重要执法形式。行政处罚之所以必要，是因为违反行政法规范的行为存在。违法要受制裁，这是一个很普通的道理。触犯刑律，构成犯罪，要受到刑事处罚；违反行政法，要受到行政处罚。行政处罚是指国家行政机关对违反行政法规范的行政相对人所给予的一种惩戒或制裁。比如，我国环保法禁止生产单位超标排污，某企业违反环保法的规定超出标准排放污染物，环保机关依法对其进行罚款；生产经营单位必须在其营业执照规定的范围内进行生产经营活动，超出范围经营，构成违法，违法情节严重的，工商行政管理机关依法吊销其营业执照。再比如，海关没收走私物品，公安机关对故意损坏公私财物的行政相对人给予警告，国家劳教管理机关对制作、出售淫秽录像、录音带，严重违反治安管理处罚条例的行政相对人实行劳动教养，等等。

警告、罚款、吊销营业执照、没收、拘留、劳动教养，在行政法上被称为行政处罚的罚则。

警告是国家行政机关对违反法律、法规的行政相对人的谴责和警戒。警告是影响声誉的行政处罚，它通过对行政相对人的声誉或名誉给予不利的影响，使其内心产生压力，以示警戒，不致重犯类似违法行为。警告主要适用于情节轻微或未构成实际危害后果的违法行为，是一种较轻的行政处罚。

罚款是国家行政机关对违反法律、法规的行政相对人的一种经济上的处罚。罚款是一种科处义务的行政处罚，即违反行政法规范的行政相对人必须交纳一定数额的金钱，以承担其违法活动的责任。由于罚款既不影响被处罚人的人身自由及其合法的活动，又能起到对违法行为的惩戒作用，因而是行政处罚中应用最广泛的一种。

吊销营业执照是一种剥夺行政相对人行为权利的行政处罚。生产经营的权利是经行政许可而获得的一种行为权利，如果行政相对人行使此项权利不当或者违法，工商行政管理机关可以依法吊销其营业执照，剥夺其生产经营的行为权力。吊销其它许可证，如驾驶执照、持枪证等，也属于剥夺行政相对人行为权利的行政处罚。

没收是剥夺行政相对人财产权的一种行政处罚。适用剥夺财产权的行政处罚主要有两种情况：一是对行政相对人非法所得财物的没收，这些财物并非行政相对人所有，而是被其非法占有；二是财物虽系行政相对人所有，但因其用于非法活动而被没收，例如用作赌资的金钱，食品、医药生产企业生产的劣质食品、劣质药品等。

拘留是指公安机关对违反法律、法规的行政相对人在短时期内剥夺人身自由的一种行政处罚。由于它是对人身自由的限制或剥夺，因而是一种严厉的处罚。只有公安机关才能实施这种处罚，而且有着严格的期限限制，行政拘留不得超过 15 日。

劳动教养是对违反治安管理经处罚不改，或犯有轻微违法犯罪行为，但尚不够刑事处罚，且又有劳动能力的行政相对人所实施的一种强制性教育的行政处罚，它是行政处罚中最为严重的一种，是既有处罚又有教育的改造措施。

23 . 强制履行义务

行政强制执行，是国家行政机关的重要执法形式。行政强制执行之所以必要，是因为存在着公民、法人和其他组织不履行义务的现象。公民、法人和其他组织必须履行行政法上的义务，这是一个非常浅显的道理。公民、法人和其他组织等行政相对人不履行法定义务，就会影响公共秩序和公共利益的实现，国家行政机关将依法对其采取强制措施，以迫使其履行义务。行政强制执行就是指国家行政机关对不履行法定义务的行政相对人采取强制措施，以迫使其履行义务的执法活动。比如，公安机关对已查清的赌博场所的侵入；再比如，企业必须依照税法履行纳税义务，如果企业逾期不纳税，税务机关可以依法按日征收应缴税额 1 ~ 5% 的滞纳金，以强制企业纳税。还如，城建部门对某一违章建筑下达拆除决定，当事人不履行拆除义务，城建部门请某建筑单位拆除违章建筑，由法定义务人承担费用。

当事人不履行义务，而此项义务可以由他人代为履行，同样可以达到履行义务的目的，在这种情况下，行政机关可以请人代为履行，由法定义务人负担一切费用。这在行政法上叫作代执行。城建部门请建筑部门拆除违章建筑，由法定义务人负担费用，就是代执行。行政机关通知银行强行划拨某企业的银行存款，也是代执行。代执行最根本的特征是，当事人不履行的义务可以由他人代为履行，不以义务人自己履行为必要。否则，就不能采取代执行。

当事人不履行义务，而此项义务不能由他人代为履行，行政机关可以采用科处财产上新的给付义务的办法，促其履行义务。这在行政法上叫作执行罚。税务机关向逾期不纳税的企业征收滞纳金，就是执行罚。执行罚最根本的特征是，当事人不履行的义务他人不能代为履行，以义务人自己履行为必要，他人如果代为履行了，不能达到履行此项义务的目的。

当事人不履行义务，行政机关在采用代执行、执行罚等间接强制执行办法不能达到目的时，或在紧迫情况下，来不及运用间接强制执行的办法时，可以对法定义务人的人身或财物，加以实力强制，促使法定义务人履行义务。这在行政法上叫作直接强制执行。直接强制执行直接施加于人身或财物，因而构成对公民的人身自由、财产权侵害的可能性极大，所以采取直接强制执行应特别慎重。直接强制执行目前大体限于以下几类情况：一是对人身的管束，如强制拘留；二是对财物的扣留使用或限制使用，如对刀、枪的扣留；三是对住宅或其他处所的侵入，如对已查清的赌博场所的侵入等。

24. 在行政系统内部“打官司” ——行政复议

一谈到“打官司”，人们自然就会想起法院。其实，在行政系统内部也存在一种“打官司”现象，在行政法上称为行政复议。

公民、法人或其他组织对国家行政机关的具体行政行为不服，引起行政纠纷。公民、法人或其他组织可以向做出具体行政行为的行政机关的上级行政机关申请复议，上级行政机关依法对具体行政行为进行审查，做出维持或改变具体行政行为的决定。比如，某区税务机关依法对偷税漏税的企业处以2000元罚款，该企业不服区税务机关的行政处罚行为，引起行政争议。该企业向市税务机关提出复议申请，市税务机关根据该企业的申请依法审查行政处罚行为，做出维持或改变行政处罚行为的决定。这就是在行政系统内部的“打官司”现象。

在行政系统内部“打官司”与到法院打官司不同。如前所说，在行政系统内部“打官司”称行政复议，到法院打官司叫诉讼，到法院与行政机关打官司叫行政诉讼。行政复议是一种行政活动，行政诉讼是一种司法活动。行政复议与行政诉讼尽管性质不同，但目的是一样的，都是为了维护国家行政机关正确行使职权，保障公民、法人或其他组织的合法权益。将行政复议与行政诉讼结合起来，两种“打官司”并用，可以更好地达到这一目的。

在我国，行政复议与行政诉讼结合的方式不同，“打官司”的情形也有区别。有些行政纠纷，必须先是在行政系统内部“打官司”，也就是说，必须先经过行政复议，对复议决定不服，再向人民法院提起诉讼。比如，某公民违反治安管理处罚条例，扰乱公共秩序，公安机关对其处以100元罚款，该公民不服，必须先向上级公安机关申请复议。上级公安机关依法审查行政处罚行为，做出维持行政处罚行为的决定。该公民如果对复议决定还不服，才能向人民法院提起行政诉讼。再比如，某企业对税务机关的行政处罚不服，也必须先向上级税务机关申请复议。对上级税务机关的复议决定不服的，才能向人民法院提起诉讼。有些行政争议，可以先在行政系统内部“打官司”，对结果不服的，再向人民法院提起诉讼，也可以直接向人民法院提起行政诉讼。例如，环保机关对某超标排污单位进行罚款，该单位不服，它有两种选择，一是直接到人民法院与行政机关打官司，通过行政诉讼解决行政纠纷；二是先经过行政复议解决行政纠纷，如果对复议结果不服，再通过法院处理行政争议。但是，应当注意，在这种情形下，选择是受限制的，也就是说，选择直接诉讼就不能再行复议，选择先复议就不能同时再提起诉讼。

刑法

25．古老而充满生机的法律 ——刑法

在法律的家族中，恐怕没有比刑法更为古老的了。据史书记载，在我国，早在公元前 21 世纪的夏朝，就曾“作禹刑”，便有“夏刑三千”；而在国外，公元前 18 世纪巴比伦国家的《汉穆拉比法典》、公元前五世纪的罗马国家的《十二铜表法》、公元前二世纪出现的印度《摩奴法典》，更是以无可争辩的史实说明了刑法的悠久历史与巨大生命力。

大家已经知道，法律是随着私有制的产生而出现的，而刑法从它诞生的那天起，就担当起了维护统治阶级政权的重担。因此，打击犯罪、预防犯罪，保障社会的安定团结，维护社会秩序（包括生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众的生活秩序）就成为刑法的根本任务。

我国现行刑法典是在中华人民共和国成立之后，经过长时间酝酿制定而成。它颁布于 1979 年 7 月 6 日，生效于 1980 年 1 月 1 日。该法共分两编，13 章，192 条。随后，全国人民代表大会常委会又颁布了一些单行刑事法规，它们和刑法典共同组成了我国刑法的体系。

刑法又是一门发展的科学。当前，刑法早已从最初统治阶级用来对付内乱、外患与杀人放火的犯罪发展到了维护经济生活、文化生活等正常进行的广泛社会生活领域。而且，刑法也日益走向国际化，甚至一门新兴学科——国际刑法学从本世纪开始逐渐形成，至今已成为一个完整的刑法学分支学科。

犯罪与犯罪构成。一个社会，就像人的躯体一样，是由各种器官（部门、团体、机构等）组成的。正如人体容不得疾病侵袭一样，社会也绝对容不得犯罪的侵犯。不难设想，一个健康的社会是绝对不允许流氓骗子横行、杀人放火者猖獗的。因为，对于社会来说，犯罪就像人体中的病毒一样，是一种必须时时提防的毒瘤。

那么，什么是犯罪呢？在日常生活中，我们常常使用“犯罪”这个词汇。然而，刑法学中的犯罪并不简单地等同于一般意义的“犯罪”概念，而是有着特定的含义。根据马克思的解释，犯罪是“孤立的个人反对统治关系的斗争”。当然，马克思这里是从阶级本质上以科学的抽象方法来谈犯罪的。我国刑法典第 10 条对犯罪做了明确规定：“一切危害国家主权和领土完整，危害无产阶级专政制度，破坏社会主义革命和社会主义建设，破坏社会秩序，侵犯全民所有的财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的合法财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受到刑罚处罚的，都是犯罪。”从上述对犯罪概念的表述来看，不难发现，犯罪具有 3 个特征：（1）社会危害性：是指犯罪行为对国家和人民的利益已经造成或可能造成的一定损害。如严重破坏铁路设施（拔掉铁轨等），就给国家交通安全造成了损害；另如朝某人开枪（没有击中），虽然没有发生死亡后果，但开枪行为已具有杀害他人的现实可能性。因而这两种情况都是有危害性的犯罪行为。一般认为，行为的社会危害性是犯罪的最本质特征。（2）刑事违法性：是指行为从刑事法律角度来看是被禁止的，也就是说，某种行为不仅具有社会危害性，还必须是被刑法所禁止的。例如，故意杀人行为，就是为刑法所明令禁止的具有严重社会危害性的行为。但是，同样是杀人行为，如果是因为正当防卫的需要，那么就不构成杀人罪。因为，

正当防卫是我国刑法所规定的公民享有的一种权利，它的实行对社会不但没有危害，而且有益，因而，不具有社会危害性，所以当然不能当作犯罪来看待。（3）应受惩罚性：是指行为应该受到刑罚的处罚。道理很简单，正因为犯罪具有社会危害性、刑事违法性，所以，犯罪行为理所当然地要受到刑罚制裁。这里，不难看出，应受惩罚性是犯罪的社会危害性、刑事违法性的必然逻辑结论。

由上可知，我国刑法中的犯罪，就是对我们国家和人民利益具有社会危害性，依照刑法规定应受刑罚处罚的行为。

26. 什么样的情况算是犯罪了

那么，什么是犯罪构成呢？一般认为，我国刑法中的犯罪构成，是指我国刑法所规定的说明一定行为构成犯罪所必需具备的主观与客观要件的总和。其特征如下：

（1）犯罪构成是说明一定行为成为犯罪所必需的各种要件的总和。不难理解，任何一种犯罪都可能有很多事实特征，但并不是每个事实特征都是说明行为构成犯罪所必需的。只有那些说明某一行为的社会危害程度足以构成犯罪必不可少的事实特征，才是犯罪要件，而这些要件的总和，我们就称之为犯罪构成。比如，18岁的A某夜间潜入B某家中，偷走了B的冰箱、彩电等。本案中，A某的行为有多种特征，但只有下述特征是其犯罪构成的特征：

侵犯了私人所有的合法财产； 采取了秘密窃取的方法； 行为人达到了法定年龄； 故意行窃； 具有非法占有他人财产的目的，等等，这些特征的总和已足以说明行为人的行为具备了严重的社会危害性（已构成犯罪）。而该案中的其他特征，如： 被害人是B某； 行窃时间是夜间，等等，对行为的社会危害性影响并不大，所以并不是犯罪构成要件。

（2）犯罪构成是构成犯罪所必需的客观要件和主观要件的总和。这就是说，每一犯罪构成都是构成犯罪所必需的客观要件与主观要件的有机统一。如前例所列举的情况，必须把行为人偷窃的行为与偷窃的故意结合起来，才能认定是否犯罪。如果行为人虽有偷窃的行为（如在梦游中偷窃），但并无偷窃的故意，则不能认定其犯有盗窃罪。

（3）某一行为构成犯罪所必需的各种要件，是由我国刑法加以规定的。我国刑法是以罪刑法定为基本原则的（法无明文规定不罚）。因此，某一犯罪必须具备什么要件才能成立，都由立法机关根据犯罪实际情况和我国的刑事政策在刑法中加以规定。所以，在用犯罪构成检测某一行为的犯罪要件时，应当以刑法规定为准。

我国刑法学上一般认为，犯罪构成具有4个要件：（1）犯罪客体，即我国刑法保护的而为犯罪行为所侵犯的社会主义社会关系；（2）犯罪的客观方面，即我国刑法所规定的说明犯罪的外部活动的事实特征；它一般是指犯罪行为、危害结果、危害行为与危害结果之间的关系等；（3）犯罪主体，即达到法定责任年龄并且具有责任能力的实施犯罪行为的人；（4）犯罪的主观方面，即行为人对实施犯罪行为以及该行为所引起的危害结果的心理态度；它一般是指犯罪的故意与过失，在某些犯罪中还包括犯罪的目的。这里应当指出，只有当犯罪构成的4个方面要件同时得到满足时，才能认定犯罪成立，否则不构成犯罪。

27. 刑事责任年龄与责任能力

一年满 13 岁的某 A 放火烧毁了价值百万元的棉花仓库；精神病患者某 B 用刀砍伤了某 C。但是，司法机关却并没有对 A 与 B 追究刑事责任。这是为什么呢？因为，根据我国刑法规定，并不是任何人的严重危害社会的行为都是犯罪，只有当实施危害行为的人达到了法定年龄，并且具有责任能力时，他的行为才构成犯罪，始可追究刑事责任。前述两个案例中的 A 与 B 之所以没有被追究刑事责任，正是因为他们不具备刑事责任年龄与刑事责任能力。那么，我国刑法对刑事责任年龄与刑事责任能力是如何规定的呢？《刑法》第 14 条、第 15 条对此做了明确规定。

关于责任年龄：

（1）不满 14 岁的人实施危害社会的行为，不负刑事责任。这是因为，不满 14 岁的少年儿童由于生理发育与所受教育的限制，他们还不具备辨别是非善恶的能力，还不能认识和控制自己的行为，国家出于对他们的特殊保护，才不追究他们的刑事责任，而改由其他方法加以管教。

（2）已满 14 岁不满 16 岁的人，犯杀人、重伤、抢劫、放火、惯窃或者其他严重破坏社会秩序罪的，应当负刑事责任。因为，这一年龄段的人虽然同成年人相比在认识能力和控制能力方面还有一定差距，但他们已经具备相当的认识与控制能力，因此，国家要求他们对自己的某些严重危害社会的行为负责，这是科学的、合理的。

（3）已满 16 岁的人实施危害社会行为的，就应当承担法律责任。因为年满 16 岁的人智力与体力均已有了相当发展，并已趋成熟，他们应该具有辨认和控制自己行为的能力，因而对自己所实施的犯罪行为应该负全部刑事责任。

（4）已满 14 岁，但不满 18 岁的人犯罪的，应当从轻或减轻处罚。这是因为，这一年龄段的人虽然有一定认识和控制自己行为的能力，但他们毕竟尚未成年，他们的心理和情感还较脆弱，为了更好地教育和挽救他们，我国刑法才有这一规定。

关于责任能力，又称刑事责任能力，是指一个人辨认和控制自己行为的能力。责任能力与责任年龄密不可分。世界各国的通常做法是：当一个人到了一定年龄，如果他不存在某种医学上或心理学上的特殊情况（如患有精神病等），法律上便推定他具有了责任能力。拿我国刑法规定的情况来说吧，只要一个理智健全的人，满了 16 岁，他就被认定为具备了完全责任能力。

应当指出，对于那些不具备刑事责任年龄或责任能力的人所实施的危害行为不追究刑事责任，并不意味着对他们可以放任不管。根据我国有关法律的规定，对这类人员所实施的危害行为一般是以非刑罚的方法加以管束，如收容教养、责令其监护人严加管教，等等。

28 . 什么是故意与过失犯罪

犯罪行为之所以为刑法所禁止，犯罪人之所以会受到刑事追诉，是因为犯罪行为具有极大的社会危害性以及犯罪人具有严重的主观恶性。犯罪人的主观恶性是怎样表现出来的呢？对此，我们可以通过分析犯罪人的故意与过失来加以检测。

根据我国刑法第 11 条的规定，故意是指明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生的心理态度。在理论上，故意可分为两种：

（1）直接故意，即行为人明知自己的行为会产生危害社会的后果，并且希望这种结果发生。例如，某甲与某乙有仇，一日某甲乘乙不备，用木棍狠击其头部、太阳穴，致某乙当场死亡。甲在本案中的行为就是直接故意。因为他预见到自己的行为必然造成乙的伤亡，却追求这种结果发生。由此可以看出，直接故意有两个特征：一是明知自己的行为会产生危害后果；二是希望（追求）这种危害后果发生。

（2）间接故意，即明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且有意放任这种结果的发生。例如，某 A 想毒死其夫，便在其夫 A 的杯中放了剧毒药品，她也曾想到其幼子可能拿其夫的杯子喝水，但她听之任之，后来果然将其幼子毒死。本案情形告诉我们，间接故意的特征在于：有意放任，无意防止；即行为人已经预料到自己的行为可能导致危害社会的后果，但他采取任其发展，漠然处之的态度，危害结果发生与否，均不违背他的主观心愿。

关于过失，我国刑法第 12 条做了规定。所谓过失，是指应当预见自己的行为可能发生危害社会的后果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生危害结果的心理态度。过失也分为两种：

（1）疏忽大意过失，即行为人应当预见自己的行为可能发生危害结果，因为疏忽大意而没有预见，以致发生了危害后果。例如，某丙住在临街的大楼上，某日，他把两啤酒瓶从临街的窗口扔出，正好砸在行人某丁的头上，致其严重脑震荡。本案中，某丙的行为就是典型的疏忽大意过失。因为他住在临街的楼上，他理应知道街上过往行人一定很多，而从高楼上往下扔酒瓶是可能致人伤亡的。由此可以看出，疏忽大意的过失有两个特点：应当预见自己的行为可能发生危害社会的后果；没有预见危害社会的结果。

（2）过于自信的过失，即行为人预见自己的行为可能产生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生了这种结果。这种过失心理也有两个特点：

行为人只是预见到自己行为可能产生危害结果，而不是必然产生危害结果；轻信能够避免危害结果发生。这里所说的轻信，常常是指行为人自恃技术熟练，或者其他有利因素，并依此相信自己不会发生危害后果。例如，赵某一日常外出河边运货。因为刚下过小雨，通往河边的坡道很滑。赵某装好板车后便照常大步由堤上往河边拉货装船。这时有人提醒他：“路上很滑，将车上的货卸点下来，以免车到半路把握不住，会出事故。”但赵自恃身强力壮、技术熟练，说：“我拉了半辈子也没啥事，今天怕什么？”结果，由于路滑，且车上装货又多，赵拉车到半坡时已控制不住板车，致使板车在猛滑下坡时将顺坡往上走的钱某撞断双腿。本案中，赵的行为就是过于自信过失。

根据我国刑法规定，故意犯罪的，要承担刑事责任；而追究过失行为的

刑事责任，仅限于刑法有明确规定的几种情况。

29．与人争斗后服毒自杀应追究对方刑事责任吗 ——行为与为害结果

李某和赵某为琐事发生争吵，双方出言不逊，以致引来众多围观者。李骂赵是“泼妇”，赵则骂李是“婊子”，并打了李一记耳光。李正要还手，被熟人周、张二人劝住。李回家后感到受到了极大侮辱，竟服下了大半斤“敌敌畏”，当晚死亡。李家向司法机关提出控告，要求追究赵某的刑事责任。但是，司法机关并没有追究赵某的刑事责任。为什么呢？

要回答这个问题，关键在于理解刑法上的因果关系。大家知道，因果关系，是客观世界普遍联系与相互制约的一种表现形式。一个现象产生或者引起另一现象时，前者为因，后者为果。而所谓刑法上的因果关系，就是指行为人的作为或不作为与危害后果之间的一种内在的必然联系。根据罪责自负的原则，一个人只能对自己行为所造成的危害结果承担刑事责任。这就是说，如果行为人的行为与某一危害结果不存在因果联系，那么，就不能令该行为人承担刑事责任。由此，不难理解，司法机关之所以没有追究本案中赵某的刑事责任，是因为李的死亡，主要是因为她自己的思想意识上一时混乱所致，换言之，赵某的行为并不是李死亡的真正原因——即内在的、必然的原因。因此，根据刑法的有关规定，赵某当然不能承担李某死亡的刑事责任。

30. 怎样正当防卫与紧急避险

差不多所有的动物都有一种自卫的本能，当它们受到攻击时，它们会以各种不同的方法来保护自己。而身为万物之灵的人类，当然远比一般动物聪明，为了有效保护自己和社会的利益，早在远古时代，那些不成熟的法律里就有了有关正当防卫的规定。这就把一般的自卫上升到了一种法定权利的高度，从而使人类能够生活得更有保障。

根据我国刑法的规定，正当防卫是指为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，对实施不法侵害的人所采取的必要反击行为。由此，可以看出，正当防卫有两个鲜明的特点：

（1）从客观方面来看，它是抵制或阻止不法侵害的行为，因而是对国家、社会和人民有益的正义且合法的行为，它不仅对社会无危害，而且有好处。

（2）从主观方面来看，行为人实施防卫行为的动机是由于行为人面临的不法侵害所引起的，其目的是为了保护自己、社会和人民的利益。因而，行为人主观上不具有引起危害结果发生的故意或过失的心理态度。例如，公安干警某A在追捕案犯某B，某B不但拒捕，而且还拿匕首刺伤某A和协助追捕的群众某C，在不得已情况下，某A开枪击毙了犯罪分子某B。本案中，虽然形式上发生了枪杀他人的事情，并造成了B的死亡结果，但从本质上来看，某A的行为不仅不是危害社会的犯罪行为，而且恰恰是为了防止不法侵害，保卫人民生命财产而采取的必要措施。因此，某A的行为不仅无罪，而且有功。

但是应当指出，正当防卫必须运用得当才对人民和社会有益，否则就会产生危害社会的结果。因此，我们必须严格把握以下正当防卫成立的条件：

（1）必须是针对公共利益、本人或他人的人身权利和其他权利的不法侵害行为。所谓不法行为，包括犯罪行为与其他违法行为（如违反治安管理的行为）。对于合法行为（如依法执行死刑枪决的人，依职务做手术切除有病器官的人等等）不得采取防卫行为。

（2）必须是针对确实存在且正在进行的不法侵害。这就是说，不法侵害必须是实际存在的，而不是想当然或推测的。那种把并不存在的侵害行为误认为是不法侵害，并进行防卫的，刑法学上称之为“假想防卫”。行为人对是否负刑事责任，要根据防卫人当时具体情况能否预见事实真相而分别解决。能预见的，按过失犯罪处理；不能预见的，则不负刑事责任。所谓正在进行的不法侵害，是指侵害行为正在实施过程中而没有结束。只有此时采取防卫反击，在时间上才是适宜的。如果侵害还没开始，或者侵害已经结束，或者侵害人已被击退、制服，都不能对其采取防卫行为。

（3）防卫反击只能针对侵害者，而不能损害第三者。

（4）防卫反击不能超过必要限度。这里“必要限度”应理解为防卫人的防卫行为正好足以制止侵害人的不法侵害行为，而没有对其造成不应有的危害。如果超过了必要限度，就构成了“防卫过当”。依照法律规定，防卫过当应负刑事责任，但应当酌情减轻或者免除处罚。

我国刑法规定的正当防卫制度具有重大意义，主要表现在：根据该规定，公民能够及时有效地保障合法权益免受不法侵害；这一制度有利于威慑违法犯罪分子，制止和预防犯罪；该制度还可以鼓励和支持人民群众同违法犯罪做斗争。

趋利避害是人的一种本能。当遇到险情时，在符合法定条件下，法律明确规定了公民具有避险权。所谓避险，是指在险情出现时通过采取一定措施来避免危险，从而减少危害可能造成的损失，以达到保护更大合法利益的目的。

根据我国刑法第 18 条的规定，紧急避险是指在公共利益、本人或他人的人身和其他权利面临正在发生的危险时，不得已而采取损害较小权益的方法，使较大的权益免遭危险损害的行为。

但是，避险必须符合如下法定条件：

（1）须有威胁公共利益、本人或他人人身和其他权利的危险。这里的危险，应从广义上来把握，它既指公共利益遭受的危险，也指个人（本人或他人）的人身和其他利益遭受的危险；既包括生命健康遭受的危险，也包括人身自由、财产权利等遭受的危险。而危害的来源，则既可以是自然界的灾害现象，也可以是野兽侵袭、人的非法侵害，甚至还包括疾病等引起的危险。

（2）须是确实存在并且正在发生的紧急危险。所谓确实存在，是指危险是事实上的，而绝不是想象中的；所谓正在发生中的，是指危险已迫在眉睫，或者已经出现而呈持续状态。如果危险还没出现，或者危险已经过去，则不能采取紧急避险措施。

（3）须是该危险不能用其他方法来避免。换言之，避险是出于不得已而为之。如果当时有可供选择的其他避免损害的方法，则不能取紧急避险措施。如，当一头脱缰的烈性公牛向你冲撞而来，如果你可以逃避，就不能以枪杀该牛的方法来避险。

（4）避险不得超过必要限度而造成不应有的损失，而且避险行为对第三者合法权益所造成的损害必须轻于所要避免的损害。我国刑法绝不允许为了保全某种利益而损害他人与其相等的利益。例如，甲乙二人在海上遇难，两人同时抓住一块木板，这时，绝不允许其中一人将他人推离木板任其溺毙，而自己独占木板以保全性命。因为，每个人的性命同等重要，法律禁止为了保护某一利益而牺牲另一相等的利益。

另外应当指出，某些具有特殊职务的人，关于职务上、业务上的险情不能采取紧急避险措施。如消防队员在辖区内遇到火灾，他就不能以紧急避险为由逃离火灾现场。因为，用生命来保护人民生命财产不受火灾侵害，正是消防队员义不容辞的责任。

31. 怎样才算犯罪未遂及犯罪中止

某甲意图盗窃财务科的保险柜。一天，他乘财务室无人，用偷配的钥匙打开财务室的门，又用螺丝刀撬开财务室办公桌的抽屉，但没找到保险柜钥匙。某甲使用电钻在保险柜把手附近打了4个孔，企图打开保险柜，但未能如愿。某甲见有人走来，便急忙将小保险柜移至办公楼的一间储藏室里，后来案发。司法机关对某甲以盗窃罪（未遂）追究了刑事责任。

根据我国刑法第20条的规定：“已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞的，是犯罪未遂。”由此，可以看出，犯罪未遂有三个特征：（1）犯罪人已经着手实行犯罪，即犯罪人已经越过了单纯的预备阶段而已动手实行犯罪行为；（2）犯罪未得逞，即犯罪人没有完成预期的犯罪，未有实现犯罪意图；（3）犯罪未得逞，是由于犯罪人意志以外的原因。在我国刑法中，犯罪未遂是一个法定可以从轻或者减轻处罚的情节。

我国刑法第21条还规定了犯罪中止的构成条件：“在犯罪过程中，自动中止犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的，是犯罪中止。”据此，犯罪中止（又称中止犯）成立条件有三：

（1）须在犯罪过程中中止犯罪。这里所说的犯罪过程，是指从犯罪预备到犯罪既遂这一阶段。行为人只有在犯罪完成之前停止犯罪，才符合这一条件。

（2）须自动中止犯罪。这一点要求犯罪人在有可能完成犯罪的情况下，自己自愿停止犯罪。例如，某A拦路抢劫老汉某B，在某B的再三哀求下，某A把从B身上抢到的钱还给了他。本案中某A的行为就是犯罪中止。如果行为人不是自觉自愿中止犯罪，而是由于其他原因（意志以外的）而没有能将犯罪实施完成，则不能成立犯罪中止。如某甲夜间潜入银行拟行窃，但由于打不开保险柜而没有将钱款窃走。本案中的某甲的行为就不是犯罪中止而是犯罪未遂。

只要是自动中止犯罪，不论动机如何，都可以成立中止犯。

（3）须彻底中止犯罪或者有效防止犯罪结果的发生。这里所说的彻底中止，是指行为人完全打消实施该种犯罪的念头，不准备再去接着干。如果是因为时机不成熟的暂时停止，待后来有机可乘时再去实施，那是犯罪中断，而不是犯罪中止。从具体表现形式来看，犯罪中止有两种：在犯罪过程中自动中止犯罪；在犯罪已经实行完毕，但危害结果还没发生，这时采取及时有效措施防止了危害结果。例如，吴某与孙某有仇，吴在孙的饭盒中投放了砒霜。孙由于没有觉察，吃了带毒药的饭。但是，在毒药药效发作之前，吴主动告诉了孙自己所实施的行为，并立即将孙送医院抢救。由于医治及时，孙很快康复。本案中，吴的行为应认为是犯罪中止。如果本案情况另有变化，孙在医院没有得救而死亡，那么，吴的行为就是犯罪既遂了。

由于犯罪中止不仅客观上没有产生危害结果，而且它本身说明行为人的危险性较小，所以我国刑法第21条第二款规定：“对于中止犯，应当免除或者减轻处罚。”

32 . 在什么情况下施用刑罚

刑罚是阶级专政的最严厉的工具，它是专门用来对付犯罪的一种手段，由于它是以国家政权为后盾的，所以刑罚是一种最强而有力的减少与预防犯罪的工具，它具有两个功能：

(1) 特殊预防：是指预防犯罪分子本人重新犯罪。例如，对那些犯有严重盗窃、强奸、贪污等罪的犯罪分子，经过人民法院审判后将其监禁起来，严加管束，使其在相当一段时间内失去人身自由，从而不能去危害社会。另如，对那些罪大恶极的犯罪分子，人民法院依法判处死刑，立即执行，把他们从肉体上予以消灭，这就从根本上杜绝了他们再去犯罪的可能性。

(2) 一般预防：是指预防社会上某些可能实行犯罪的人，以免他们滑向犯罪的深渊。这一功能主要是通过对犯罪分子适用刑罚，从而震慑那些不安定分子，如对抢劫杀人犯判处死刑，从而使具有抢劫犯罪意念的人弃恶从善，不敢以身试法。另外，一般预防还可以通过对犯罪分子适用刑罚，教育广大群众遵纪守法，自觉按照法律要求去行动，积极勇敢地参与反对犯罪的斗争，从而形成预防不稳定分子犯罪的广泛社会力量。

以下简要介绍刑罚适用的几种基本情况：

(1) 自首

赵某系一盗窃案犯，他在一次盗窃活动中，窃取了价值上万元的冰箱、彩电等。案发后，赵某在其父亲的陪同下到派出所交待了所犯罪行，并接受了司法审判，最后受到从轻处罚。本案中，赵某为什么会受到从轻处罚呢？原来，赵某具有了法定“可以”从轻处罚的情节——自首。

所谓自首，是指犯罪分子犯罪以后自动投案，主动如实地交待自己的罪行，并接受审判的行为。依照我国刑法规定，成立自首必须符合以下条件：

自动投案，即犯罪以后自觉向公、检、法等机关报告所犯罪行；主动如实地交待自己的罪行，即在有关机关尚未掌握其罪行情况下，自动如实地交待主要犯罪事实；如果是在审讯中或采取强制措施后如实交待，则不是自首，而是坦白；接受审判，即犯罪人主动如实地交待罪行后，还要真心接受国家审判；如果犯罪人仅仅将犯罪事实通知有关机关，即没有接受审判的诚意（如试图自杀等），这就不是自首。当然，接受审判这一要求并不排斥犯罪人享有的辩护权利。所以，自首后的犯罪人的依法辩护是受法律保护的。

由于犯罪人犯罪后主动向有关机关交待犯罪事实，并真正接受审判，有的人还可能检举揭发了其他犯罪，这说明犯罪人有悔过自新的意愿，因而说明他们主观恶性较轻，较易改造，所以法律规定对自首的犯罪分子应当从宽处理。

(2) 累犯

某甲 1989 年曾因盗窃他人的彩电被判刑两年，1990 年 10 月刑满释放。1991 年 10 月，该犯又因抢夺他人财物而受到司法机关的追诉。最后，人民法院从重处罚了某甲。那么，人民法院为什么要从重处罚某甲呢？换言之，从重处罚某甲的法律依据何在呢？

在我国刑法中，有关于累犯的规定，它是一种对犯罪人从重处罚的法定情节。所谓累犯，是指曾经犯过罪的人在其刑罚执行完毕或被赦免以后，在 3 年以内再次故意犯罪应当判处有期徒刑以上刑罚之罪。其成立特点有：前罪与后罪都是故意犯罪；前罪被判处的是有期徒刑以上的刑罚；后罪

是应当判处有期徒刑之罪； 后罪发生在前罪刑罚执行完毕或赦免后三年之内。

由于累犯是在先前犯罪受到处罚后又犯新罪，这说明累犯具有较严重的人身危险，不严加惩处不足以使其改恶从善，因此，我国刑法把累犯作为一个从重处罚的情节。

（3）数罪并罚

在司法实践中，常常遇到一人犯有几个罪的问题，而如何处理这一情况就成为一个十分重要的问题。在长期的实践中，人们总结出了一些十分有益的经验。但各个国家在这一问题上做法很不一样。我国刑法上把这一问题称之为“数罪并罚”，顾名思义，它是指对一个人所犯数罪的合并处罚。

我国刑法第 64 条规定了数罪并罚的基本原则，即： 判处死刑的、无期徒刑的，采吸收原则，也就是数罪中判处几个死刑或几个无期徒刑的采最重刑，其他主刑不再执行； 判处有期徒刑、拘役或管制的，采限制加重原则，也就是在数刑总和刑期以下，数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但管制最高不超过 3 年，拘役最高不能超过 1 年，有期徒刑最高不能超过 20 年； 判处附加刑的，采相加原则，也就是除了执行主刑外，还须执行附加刑。

（4）假释

假释，就是对被判处有期徒刑或无期徒刑的犯罪分子，经过一段时间的服刑改造确实有了悔改表现，不致再危害社会时，对其可以有条件的提前释放。其条件： 适用的对象须是被判处有期徒刑或无期徒刑的犯罪分子； 犯罪分子须被执行了一定的刑期，即对被判处有期徒刑的，必须执行了原判刑期的二分之一以上；对被判处无期徒刑的，实际上执行了十年以上； 必须确实有不致再危害社会的悔改表现。

事实表明，假释制度对于鼓励犯罪人悔过自新，积极改造具有巨大的催化作用。

民法

33. 仅次于圣经的法律 ——民法

1799年雾月18日，拿破仑发动政变，在法国建立了大资产阶级专政的政权。拿破仑作为共和国的第一执政，非常重视用法律制度巩固革命的胜利成果，更特别重视民法典的起草工作。据资料记载，法国民法典在三年零七个月的起草过程中，共召开了102次会议，拿破仑亲自主持的会议在半数以上，亲自参加的会议次数就更多了。当时，拿破仑想使法国民法典成为仅次于圣经的一本书，企图人手一册，人人按法律办事。1804年，这部法典正式公布了，条文达2283条，分3卷、35编、126章。与此同时，胜利的法国资产阶级企图用武力征服世界，其军队在拿破仑统领下先后征服了欧洲的一些国家和地区，法国民法典也随同扩大了地域效力，适用于这些国家和地区，如比利时、卢森堡、意大利及德国的西部和西南部。后来，滑铁卢一战导致军事扩张失败，复辟的法国波旁王朝推翻了拿破仑政权。但是，《法国民法典》并没有因军事失败而失效，相反，它仍适用于法国及欧洲的某些地区，而且许多新生的资本主义国家，先后效法法国民法典制定了本国的民法，就是后来建立的许多社会主义国家，包括我国，其民法也无不受法国民法典的影响。可以说，拿破仑没有用武力征服世界，但他主持制定的民法典却征服了世界。此点，拿破仑自己曾不无感触地说过：“我的光荣不在于打胜了40多个战役，滑铁卢会摧毁这么多的胜利……但不会被任何东西摧毁的，会永远存在的，是我的民法典。”

当然，拿破仑的话有些言过其实，他的法典不会永远存在，因为法律是阶级社会的现象，他的法典只不过存在于资本主义时期，其影响也不会超出阶级社会。但以他的法典为开端，存在于资本主义各国的民法和社会主义国家的民法都是会长期存在的，在资本主义社会，民法仍被当作仅次于圣经的法律，被视为法律之基石，在社会主义社会，虽然许多人不相信什么西方宗教信仰中的圣经，但将民法视作圣经仍然不会错，民法仍是法律中最重要的法律，民法和每个人的利益及日常的许多活动相关，是人人均应通晓的经典。

民法是调整平等社会关系的法律，有广狭两种涵义。广义民法指调整平等社会关系的法律规范的总称，在我国，包括《中华人民共和国民法通则》、《中华人民共和国合同法》、《中华人民共和国涉外经济合同法》、《中华人民共和国继承法》、《中华人民共和国著作权法》、《中华人民共和国商标法》、《中华人民共和国专利法》、《中华人民共和国婚姻法》、《中华人民共和国收养法》及上述有关法律的实施细则和其他法律中的民法规范、最高人民法院的民事司法解释与地方性的民事法规等。狭义的民法仅指民法典。目前，我国还没有民法典，但有以民法通则为核心的基本完善的民法体系。所谓民法通则，即民法的通用准则，它规定了民法的许多基本问题。

民法是调整平等社会关系的法律，具体说，就是调整平等主体的公民之间、法人之间及公民与法人之间的财产关系和人身关系。其中，平等的财产关系，是指基于当事人平等的法律地位发生的具有财产内容的社会关系，主要包括财产所有关系、合同关系、继承关系。非平等的财产关系，即是当事人在不平等的法律地位情况下发生的具有财产内容的社会关系，如税收、行政拨款、罚款、没收、奖励、救济等，民法不予调整，由其他法律部门调整。平等的人身关系，是指当事人在法律地位平等的基础上发生的具有人身属性

的社会关系，如姓名、名称、名誉、荣誉、生命健康、监护、婚姻等社会关系归民法调整。非平等的人身关系，指当事人在不平等的法律地位情况下发生的关系，如行政上、下级关系等，民法不予调整，由其他法律部门调整。

从以上民法调整的社会关系中，可以看出，民法与每个公民和法人密切相关，掌握民法知识，就可以知道自己享有哪些权利，承担哪些义务，就可以用民法衡量自己的民事行为是否合法，当自己的民事权利受到侵犯时，就可以民法为武器通过司法等部门保护自己。

34. 生与死有法律标准吗

生与死，在许多人看来似乎是颇为简单的社会现象，但却是民法的重要问题。按照我国民法通则的规定，公民自出生后至死亡时，终身享有民事权利能力，又规定我国公民的民事权利能力一律平等。所谓公民，是指具有中华人民共和国国籍的基于自然规律出生的人。所谓公民的民事权利能力，是指公民享有民事权力、承担民事义务的资格。公民的民事权利能力始于出生，终于死亡，就必须涉及出生与死亡的标准问题。

出生，是指婴儿完全离开母体并能生存的事实。公民只有出生之后，才能享有民事权利能力，享有现行法律中规定的一切民事权利。这是公民得以生存下去的基本保证。例如，公民出生后便享有生命健康权、受抚养的权利及姓名权等，没有这些权利，虽然在事实上为人，在法律上却不成其为人而类同其他动物。历史教科书在讲到奴隶社会的奴隶时，为什么讲奴隶是奴隶主的财产，可以被奴隶主买卖和屠杀，就是因为按照奴隶社会的法律，奴隶不享有民事权利能力，因而不享有任何民事权利，就连最基本的生命健康权也不享有，所以，屠杀奴隶并不犯杀人罪，至多不过是损害他人的财产而向主人适当赔偿罢了。在我国，法律规定民事权利能力始于出生，人人平等，就为每个人出生后的生存提供了基本的法律保障。那么，在理论上明确什么是出生，就明确了法律保护的起始时间，也是区分堕胎行为与杀人行为的严格标准。

死亡是人的生命终结的事实。关于死亡标准，历史上曾有呼吸停止说和心脏停止跳动说，现在看来，这两说不甚严格，因为有的人呼吸停止或心脏停止跳动一定时间后还可能恢复呼吸或心跳，也可能被抢救过来。因此，死亡应有更严格的标准。特别是在医学空前发展的现代社会，肢体及器官移植越来越多地用于挽救他人的生命及健康，法律规定更为严格的死亡标准具有重要的社会意义。按医学要求，被移植的肢体或器官，必须是在不丧失功能的情况下才有意义，而人的身体的各个部位在人死后丧失功能的时间是不同的，而功能存在的时间又是短暂的，这就要求移植必须及时，而更多的情况是在人死后进行。1987年，在日本筑波大学，有4名医生在一妇女脑电波消除后，心脏跳动、呼吸进行的情况下做了肾移植手术，死者家属及社会上的许多人向法院起诉，认为4名医生犯了杀人罪，而医学界同仁则联合起来呼吁国会制定新的死亡标准法，即脑死亡立法，认为人的死亡应以脑死亡为标准，脑电波消失后，人即不能复生，4名医生没有犯罪。这是著名的“筑波风波”，影响波及世界，许多国家均已开始进行脑死亡的立法。目前，我国虽未进行这项立法，但医学界普遍认为应以脑死亡为标准。我国的一些大医院，也有“植物人”存在的现象。“植物人”就是大脑功能丧失的人，这种人身体的其他部位均未丧失功能。因为没有脑死亡的立法，医院对这种人从人道主义出发，仍要给予给养，有的长达10余年，造成不必要的财产浪费。如果有了脑死亡的立法，对这种人就可送火葬厂火化，因为已经没有生存的希望了。可见，脑死亡立法也是我国的现时问题。一般情况下，如无争议，仍可以呼吸停止或心跳停止作为死亡标准，但涉及医学上的肢体、器官移植及其他问题，应以脑死亡为标准。

死亡，除了自然死亡外，还有法律上的死亡。法律上的死亡指死亡宣告。根据我国民法通则的规定，公民离开自己的住所没有任何消息达4年，意外

事故失踪达 2 年，经利害关系人申请，人民法院可依法宣告失踪人死亡。这是因为，公民失踪较长时间，与其相关的民事法律关系处于不稳定的状态，为了保护其他利害关系人的合法权益和稳定社会秩序，不得不宣告该人死亡。宣告死亡后，婚姻关系解除，财产发生继承。若宣告死亡的人生还或确知他生存的下落，经本人或利害关系人申请，人民法院应撤销对他的死亡宣告，依法取得其财产的人，如原物存在，应返还原物，原物不存在的，应给予适当补偿。

与宣告死亡类似的，还有宣告失踪的制度。宣告失踪的法定时间比宣告死亡短，法律规定为二年，法律后果是为失踪人设置财产代管人管理其财产。

宣告死亡和宣告失踪，其失踪的时间均从下落不明之日起起算，但战争期间下落不明的，从战争结束之日起起算。

35 . 什么是法人

电力的使用和蒸气机的发明等科技成果，带来了近现代社会的工业文明。但是，在我们认识自然科学推动经济的发展的同时，不要忽视上层建筑对经济基础的反作用，建立一种适应社会经济发展的法律制度，同样会像使用电力和蒸气机那样促进社会经济的发展。法人制度的建立就是一例。

法人是享有民事权利能力和民事行为能力，依法享有民事权利、承担民事义务的社会组织。它是不同于公民的另一类民事主体。

在奴隶社会和封建社会，作为经济活动的民事主体，基本上是有生命的人。但是，到了资本主义社会，高度发达的商品经济及大工业的兴起，决定必须在法律上规定一种新的民事主体，即规定一种不同于生命体的公民的另一种社会组织体为法律上的人，即法人。这是因为，资本主义大企业，如铁路、银行、矿山、大工厂等，单靠自由竞争时期某个资本家的财产是无法成立的，必须由许多人联合起来，共同投资方可建立。于是，一种新的社会组织——公司应运而生。公司就是典型的法人组织，最早设立的是17世纪初英国的东印度公司及荷兰的东印度公司。法国在民法典制定后不久，即制定了公司法。1900年的《德国民法典》规定了完善的法人制度。法人不仅能集中社会资金从事社会化大生产，而且还可减少资本家投资的风险，使资本家可以将自己的资金投入不同的公司之中，由于社会的发展总会使多数公司赢利，而某个资本家一般来说即使其投资的某个公司破产，他仍可从投资的其它几个获利的公司中得到补偿，仍可从总体上赢利，从而就避免了独自经营破产的风险。因此，法人制度，备受资本主义民法学者所赞誉，被称为不亚于电力的使用和蒸气机发明的法制创造。

社会主义仍是社会化大生产的社会，社会主义市场经济决定其法律主体中也必须有法人的存在。因此，我国民法通则总结了建国后的历史经验，借鉴国外立法，规定了较为完善的法人制度。

法人作为一个社会组织体，必须符合一定的条件。我国民法通则规定，法人必须有自己的名称、组织机构和场所；必须有必要的财产和经费；必须依法成立；必须能够独立地承担民事责任。在上述4个条件中，法人的名称如同公民的姓名，是代表法人的符号，使某个法人与其他法人相区别；法人的组织机构如同公民身体的组成部分，其中，法人的议事机关如同公民的大脑，是产生法人意思的机关，如理事会、董事会、职工代表大会或社员大会等。法人的执行机关就如同公民的四肢，可以从事具体的民事活动，如厂长、经理、董事会、理事会等。有些法人还有自己的监察机关，监督法人执行机关按法人章程和议事机关的决定办事；法人的场所如同公民的住所，是指法人的主要办事机构所在地或主要营业场所；法人的必要财产和经费，是指能基本满足法人业务活动需要的财产或经费，是法人进行民事活动的经济保证。法律对有些法人规定了最低财产额，而对另外许多法人，法律没有确切的最低财产额的规定，由执法部门依实际情况决定；法人依法成立如同公民依自然规律出生。法人成立必须合法，不仅设立的宗旨合法，而且程序也要合法，一般而言，企业法人的设立应经国家工商行政管理部门批准，事业法人的设立应经其主管部门批准，有的可直接依法成立；法人能独立承担民事责任，如同一个正常的成年人须对自己的行为负责一样，法人必须对自己的行为承担独立的责任。这不仅是法人成立的条件，也是法人存在的条件。如

果法人存续期间发生了不能偿还他人债务的情况，就有可能被依法宣告破产，从而消灭其法人资格。可见，法人仅是符合法定条件的社会组织，而其他社会组织则不能取得法人资格。如学校、工厂是法人，而学校的班级、工厂的车间就不是法人。

36 . 法律上的分身术 ——代理制度

西游记中的齐天大圣孙悟空会 72 变，其中一绝，堪称分身术。孙悟空从身上拔下一撮毛，用口一吹，便变为许多猴儿同妖怪撕打，直弄得妖怪败阵而逃。但这只是神话而已。然而在现行的法律制度中，却创造了一人能同时干许多人干的事的制度，这便是法律上的分身术——代理制度。

代理，是代理人在代理权限内以被代理人的名义进行有法律意义的活动，其后果由被代理人承担的法律制度。其中，以他人名义进行代理活动的人，称代理人，被利用名义的人，称被代理人。代理，是近现代民法中的制度。在古代民法中，虽有类似于代理的某些规定，但由于自然经济及简单商品经济的存在，决定许多民事活动无须经他人代理，而严格的商品交换形式又使得许多活动必须由当事人亲自进行，代理制度不可能真正形成。到了近代商品经济和市场经济社会，人们的交往日益频繁，活动领域空前扩大，使得一些人难以事事躬亲，于是就产生了民法中的代理。

按照我国民法通则的规定，代理分为委托代理、法定代理、指定代理三类。其中，委托代理是代理的基本类型，是指按着被代理人的委托而产生的代理。委托的类型有三种，一是全权委托，即委托代理人从事与某种事务有关的全部活动，如全权代理某一项民事诉讼；二是特别委托，即委托代理人在一定期限内进行某种民事活动，如在一年内按月代收房租；三是一次委托，即委托代理人进行一次民事活动，如代买一次物品等。一二是法定代理，即按着法律的规定而产生的代理，在我国，主要是民法通则规定的对未成年人或精神病人设立的监护人为法定代理人的情况，法定代理人代理被代理人进行被代理人不能进行的民事活动。三是指定代理，即按照有关部门的指定而产生的代理。这主要是指企业指定其职工为推销员、采购员及人民法院等为未成年人或精神病人在其近亲属中指定监护人为代理人的情况。

代理对于法人来说，是从事业务活动必须的法律武器，对公民来说，则是进行民事活动的补充手段。无论法人或公民，均可委托国内或国际上的许多代理组织或公民进行广泛的民事活动。

37. 你的，我的，他的 ——所有权的功能

战国时期的著名法家商鞅认为，法律的基本功能是“定分止争”。他在《商君书》中有这样一段名言：“一兔走，百人逐之，非以兔可以为百也，由名分之未定也，夫卖兔者满市，而盗不敢取，由名分已定也，故名分未定，尧、舜、禹、汤皆如鹜焉而逐之；名分已定，贫盗不取。”这句话是说，一只野兔在跑，会有 100 个人追捕，这不是因为兔子可以分为 100 份，而是因为属于谁所有没有定下来，你们看满市都是卖兔子的，而小偷却不敢去拿，这是因为归谁所有已经定下来了，所以归谁所有未定，就连像尧、舜、禹、汤这样的圣人也会如鹰一般地追捕，如归谁所有已定，则连一无所有的小偷也不敢去拿。商鞅的话，再形象不过地说明了所有权定名分以防止争夺的基本功能。

所有权，是所有人依法对自己的所有物进行占有、使用、收益和处分的权利。在阶级社会中，由于社会产品有剩余而又满足不了人们的生活需求，就必须按着法律强行分配，规定哪些财产为哪些人所有，以维护社会秩序的稳定。在我国，所有权的基本类型主要有 3 种，即国家所有权、集体所有权和个人所有权。享有所有权，就意味着只有所有人才能支配其所有物，其他任何人均负有不得侵犯和妨碍所有人行使权利的义务。因此，所有权将社会财产区分为“你的”、“我的”和“他的”，不允许相互争夺。这样，就稳定了社会秩序，为社会发展奠定了稳固的基础。在私有制资本主义国家，法律宣布“私有财产神圣不可侵犯”，以维护生产资料的私有制。在我国，宪法宣布“公共财产神圣不可侵犯”，以维护生产资料的公有制，我国的公共财产包括国家所有的财产和集体所有的财产，其中，国家所有财产具有更重要的意义。

我国法律规定了严格的所有权保护方法，当所有人的财产受到侵犯时，所有人有权请求加害人返还原物、恢复原状、赔偿损失，如果加害人仍拒绝承担责任，所有人便可请求人民法院通过审判程序强制义务人承担责任。

所有权只是阶级社会的特有现象。在原始社会和未来的共产主义社会，都不存在所有权问题，因为原始社会生产力低下使产品几乎没有什么剩余，用不着依法律确定剩余产品的归属，而共产主义社会产品极大丰富，人们觉悟空前提高，人们的日常社会需求能够得到满足，从而无须用法律确定财产归谁所有。因此，随着社会主义生产的不断发展，所有权“定分止争”的功能将最终失去意义，所有权制度也就最终消灭了。

38 . 合同

——社会连系的纽带

我国民法通则第 85 条规定：“合同是当事人之间设立、变更、终止民事关系的协议。”合同又叫契约，曾被法学家称为“法锁”，意即将人与人连系起来的法律之锁，也被法学家广泛称为“社会连系的纽带”。合同果真有如此广泛的作用吗？让我们从日常生活中发生的许多社会关系谈起吧！

当朝阳初升，夜幕退去之后，青少年朋友们背上书包上学的时候，如果你坐公共汽车的话，你一定要出示月票或购买车票的，你的这种行为就是同公共汽车运输公司发生的合同行为，这叫旅客运送合同；如果你早晨在外面吃早餐，你与饭店或个体小吃营业者发生的是买卖合同关系。看看你书包里装的，身上穿的，有许多都是你的爸爸妈妈从商店里买的或者你自己买的，就是你爸爸妈妈做的，那原料也可能是从别人那买来的。如果你是骑自行车上学的话，你的自行车也一定是买来的。以上叫做买卖合同；朋友交往之中，往往互赠礼品，这叫赠与合同；你家的房子可能是租用他人的，这叫租赁合同；你借别人的东西，千万不要忘了还别人，因为你与出借人是一种借用合同关系，你负有返还借用物的义务，出借人享有请求你返还的权利；你去理发店理发、去浴池洗澡、去电影院看电影，也一定要买票和交费，因为这是各种服务合同关系；你外出旅游带的东西多不方便，可叫小件寄存处保管，这叫保管合同；你的父母如果为你向保险公司交了人身保险费，就设立了保险合同关系；如果你的自行车坏了，可请修车师傅给你修理一下，这是承揽合同；当你学业告成，走向社会参加工作之后，你和你所在的单位与他人几乎每天都在发生各种合同关系。

也许你会提出疑问，为什么天天都在发生合同关系，我们在日常生活中却感觉不到呢？那是因为在你没有学习法律之前，你没有认识到在你周围发生的许多关系是由合同连结起来的，也是因为合同的规定是与人们正常的习惯一致的，合同法不违背人们的正常习惯。但，上述许许多多的社会关系，单靠道德规范的调整是不够的，因为有些人破坏了一些习惯侵害了他人利益，不用法律调整就不能维护正常的社会秩序。因此，这些非用法律调整的各种社会关系，合同法就当事人的权利、义务与责任做了明确规定，违反了合同就应承担法律责任，如不主动承担，权利人就可告到法院，人民法院就会动用国家强制力强制义务人承担。你没有感觉到经常发生各种合同关系，与你是一个遵守社会公德的人有关，因为一般来说，法律是最低的公共道德标准，你遵守社会公德，往往感觉不到法律的约束。但社会上总有一些不遵守公德的人，如有的人坐车不买票，有关部门和工作人员就可能依交通法规对其罚款；有的人借东西不还，人家告到法院，法院就要责令他返还，这些时候他就感觉到法律的约束力了。但是，万不可以为遵守公德，就用不着学习法律了，因为许多有重大法律后果的协议，当事人必须严格按照合同的规定进行协商，合同条文必须采用书面形式予以明确规定，以便当事人正当行使权利和履行义务，事后发生纠纷，也有据可查。另外，每个人都有可能遇到违反合同义务的人的损害，掌握合同法，有利于维护自身的利益。

合同作为一种设立、变更、终止民事关系的协议，其内容和形式必须合法。合法的合同，受法律保护，对当事人有法律约束力，不仅权利人应依合

同规定行使权利，义务人也必须依合同规定履行义务。订立民事合同，当事人是在平等的法律地位上根据自愿原则进行协商，任何人均不得强迫或命令他人与自己签订合同。合同规定的权利义务也必须公平合理。凡是强迫或命令他人与自己签订的合同都是没有法律效力的。违反合同义务的人，必须依法承担责任，有履行可能而对方又需要履行的，应继续履行义务，造成他人损失的，应赔偿损失，有违约金规定的，应向对方支付违约金。在人们日常交往过程中，合同如同一条无形的纽带将人们连结起来，维护着社会正常而广泛的秩序。

39. 云南卷烟厂为什么花 180 万元买下“红梅”商标 ——谈专利权与商标权

社会财富，广义包括物质财富与精神财富，狭义专指物质财富。工业产权兼具物质财富与精神财富的双重性质，但主要是一种物质财富。

工业产权，包括专利权与商标权，是一种不同于有体财产的无体财产，它的价值不像有体财产那样可以确切地以一定标准加以衡量。但一项好的发明，取得专利后通过专有使用可以产生莫大的经济效益，而一项备受欢迎的商标，也同样会值很多钱。我们现在见到的云南红梅牌香烟的商标“红梅”，就是该卷烟厂从四川另一卷烟厂花 180 万元买下的。

“红梅”商标之所以值那么多钱，是因为原云南生产红梅牌香烟的厂家没有进行商标登记，在四川那个卷烟厂进行了“红梅”商标注册取得商标专用权之后，依我国商标法的规定，云南的卷烟厂就无权再使用“红梅”商标了。而实际上，四川的红梅烟并不怎么受消费者欢迎，云南红梅烟却很受消费者欢迎。在此情况下，云南的卷烟厂就只好出大价钱买下“红梅”商标进行备受欢迎的香烟生产了。

我国商标法采用“先申请原则”，即就同一产品的同一商标，谁向商标局先提出注册申请，商标局就将商标专用权授予谁，而不管谁先使用此种商标，就是先使用的人，在他人取得同一商标专用权后，如自己再继续使用，就是侵犯他人商标专用权的行为，是法律所禁止的。可见，如果现在的生产红梅香烟的厂家，当初最先向商标局提出商标注册申请的话，就不致于花那么多钱去买商标了。

不仅商标可以出卖，专利也可以出卖。专利权的取得也同样采用先申请原则，即不管谁先发明，谁先向专利局申请，谁就可以取得专利权。因此，取得某项发明后，应及时向专利局申请专利。

40. 财产继承谁优先

社会是人的组合体，而家庭则是社会的细胞。家庭是由一定血缘关系构成的社会最小单位，具有生产职能与消费职能。家庭的生产职能，包括物质资料的生产和人的繁衍。在我国，相当一部分家庭仍然是一个物质资料的生产单位，如农村的承包经营户及城镇的个体工商户，而另一部分家庭已不再是物质资料的生产单位，如以工资收入为生活来源的家庭，但所有的家庭都具有人的繁衍及养老育幼的基本功能。所有的家庭也都是一个消费单位。因此，家庭职能的正常发挥，事关社会的稳定与发展。

继承是维持家庭的社会职能的重要制度。继承，在古代民法中包括身份和财产的继承。身份继承，主要是官爵的继承及家长地位的继承。奴隶社会和封建社会，身份继承较之财产继承更具有特别的意义，且多实行嫡长子继承制。到了资本主义社会，废除了身份继承而只保留了财产继承。我国社会主义的继承也专指财产继承。因此，在现代社会中，继承就是将死者遗留的财产转归有权继承的人所有的制度。1985年4月10日，第六届全国人民代表大会第三次会议通过了《中华人民共和国继承法》，并于1985年10月1日起生效，共五章37条。

根据我国继承法的规定，继承有法定继承与遗嘱继承两种，以法定继承为主，遗嘱继承的效力又优先于法定继承。

法定继承，是按照法律规定的继承人范围和顺序及遗产分割方式发生的继承。依我国继承法规定，法定继承分为两个顺序，第一顺序包括：配偶、子女、父母；第二顺序包括：祖父母、外祖父母、兄弟姐妹。在有第一顺序继承人的情况下，第二顺序继承人不得继承，没有第一顺序继承人继承的，由第二顺序继承人继承。法定继承，遗产原则上平均分配，但应照顾未成年人、老年人及生活有困难的人，对被继承人生前尽了较多赡养、扶养义务的，可以多分遗产，有能力尽义务而不尽或少尽义务的，应当不分或少分遗产。对被继承人尽了主要赡养义务的丧偶女婿或儿媳，可以作为第一顺序继承人继承遗产。

遗嘱继承是按照被继承人生前立的合法有效遗嘱发生的继承。遗嘱是处分遗产的行为。遗嘱的内容必须合法，必须为未成年人或其他丧失劳动能力又无生活来源的继承人留下必要的遗产份额。遗嘱指定的继承人叫遗嘱继承人。立遗嘱人必须在法定继承人中指定遗嘱继承人，但不受法定继承人顺序的限制。遗嘱也可以表示将遗产在其死后赠给国家、集体或法定继承人以外的人。

遗嘱是死者生前处分自己财产的行为，当然受法律保护。因此，继承财产时，有遗嘱的，按遗嘱继承，无遗嘱或遗嘱未处分的财产，按法定继承处理。我国继承法的具体规定，与家庭成员间互相尽义务的情况是一致的，也是与养老育幼的家庭职能一致的。因此，继承法是维持家庭社会职能的重要法律。

婚姻法

41 . 青少年应树立什么样的婚姻恋爱观

婚姻、恋爱观，是青少年对恋爱、婚姻问题的看法和观点，是人生观和世界观的组成部分。树立正确的婚姻、恋爱观，对于青少年的健康成长乃至将来的婚姻家庭，都是十分必要的。

首先，青少年应当追求高层次的爱情。爱情是男女两性相互倾慕的感情，是以平等互爱为前提的，具有专一性、排他性的特点。由于多方面的差别，人们对爱情的理解和追求不尽相同，爱情的产生有的基于异性之间生理上的相互需求，有的基于外貌、体态、风度的吸引而一见钟情，有的基于对异性思想、见识、才智、创造能力的羡慕，也有的基于相处过程中的融洽、心心相印、行为和谐、品行一致的水乳交融般的感情。爱情既包含自然因素，也包含社会因素。青少年不能只追求爱情中的自然因素，更应注意社会因素对爱情的影响，注重对方的政治思想、道德品质、理想志趣、性格爱好、智慧才干等，从而追求高尚、严肃的爱情生活。

其次，青少年应摆正婚姻恋爱与学习、工作的关系。人生的意义在于对人类、对社会做出应有的贡献，为人类社会的进步，有效地发挥自己的才智。爱情生活是人生的重要组成部分，但不是人生的全部或主要部分。由于年龄、经历、知识等方面的原因，青少年对事物的理解和认识尚不成熟，容易受到资产阶级腐朽思想和腐化生活方式的影响，因此，应以学习为重，切不可过早地踏入早恋的行列。许多早恋学生控制不住自己，偷食“禁果”，不仅耽误了学习和工作，也葬送了青春时光，追悔莫及，给人生带来了极大的缺憾。青少年应当吸取教训，发奋读书，掌握自己，不断地丰富、充实自己，为以后的工作、生活打下良好的基础。

再次，应当正确认识恋爱与婚姻的关系，慎重处理失恋问题。爱情和婚姻是一个不断追求完美的过程。固然，恋爱关系一旦确立，男女双方均应珍惜、维护双方的感情。但随着社会交往的日益频繁，男女之间的接触越来越多，由于各种原因，许多青年男女的恋爱并没有结果。应该认识到，虽然恋爱是以结婚为目的的，但是恋爱并不必然导致结婚。一旦一方提出分手，对方应该正确对待，妥善处理，不可限制他人的人身自由，强迫与自己结婚，更不可蓄意进行报复、陷害。失恋固然痛苦，但也应当冷静思考，把精力放在学习、工作上，并保持信心。天涯何处无芳草，情门终会为君开。在以后的生活道路中，肯定会遇到自己深爱的和深爱自己的知音。

42. 婚姻自由，一夫一妻 ——我国的婚姻家庭制度

我国的婚姻家庭制度是建立在社会主义公有制基础之上的，体现广大劳动人民意志的法律制度，与封建社会、资本主义社会的婚姻家庭制度有着本质的区别。我国婚姻家庭制度的特征主要表现在以下几个方面：

一是婚姻自由。婚姻自由是指公民有权依照法律的规定，自主自愿地决定自己的婚姻问题，任何人不得加以强制和干涉。这是我国婚姻家庭制度的重要基石，是公民的基本权利和婚姻法的原则之一。婚姻自由在内容上包括结婚自由和离婚自由两个方面；保障结婚自由是为了使男女青年根据自己的意愿，建立以爱情为基础的婚姻关系；保障离婚自由，是为了使感情确已破裂的夫妻，通过法律程序解除婚姻关系，继而有可能重新建立幸福美满的家庭。但是，婚姻自由是相对的而不是绝对的，必须受法律和道德的约束，任何人不得借口婚姻自由损害他人的合法权利和社会公共利益。我国婚姻法在规定婚姻自由的同时，又明确禁止干涉婚姻自由的行为（比如包办婚姻、买卖婚姻、换亲、转亲、订小亲、抱童养媳等）和禁止借婚姻索取财物。需要注意的是，借婚姻索取财物虽然表面上结婚出于自愿，实际上是以结婚为代价满足物质上的欲望，是违法的，与男女青年恋爱、婚前的自愿馈赠是有本质区别的。

二是一夫一妻。即一男一女结为夫妻的婚姻制度，这是以爱情为基础的婚姻的必然要求。按照我国婚姻法的有关规定，任何人不得同时有两个或两个以上的配偶；有配偶者在婚姻关系终止前（即离婚或配偶死亡之前）不得再行结婚；重婚不具有法律效力；严禁任何方式的一夫多妻或一妻多夫行为。此外，禁止通奸、姘居等婚外两性关系，取缔卖淫、嫖娼活动，都是维护和巩固一夫一妻的需要。

三是男女平等。即男女两性在婚姻关系和家庭生活的一切方面，都平等地享有权利、承担义务。这彻底否定了男尊女卑、夫权统治的旧制度、旧传统和旧思想，禁止对妇女任何形式的歧视、虐待和压迫，是社会主义婚姻家庭制度区别于私有制婚姻家庭制度的基本标志。男女平等具体表现为：在结婚离婚问题上，男女双方有平等的决定权，一方不得对他方加以强迫；结婚后，男女都有使用自己姓名的权利，都有参加生产、工作、学习的权利，一方不得对另一方加以限制和干涉；男女双方都有抚养、教育子女的权利、义务；离婚后的子女仍然是父母双方的子女；男女两性都有平等的继承权，等等。

四是保护妇女、儿童和老人的合法权益。在婚姻家庭中，妇女、儿童、老人相对来说属于弱者，他们的权利容易受到损害。为巩固和发展团结和睦、尊老爱幼的婚姻家庭关系，就要对他们进行特殊的法律保护，禁止任何人对他们的虐待和遗弃。

五是计划生育。以降低人口增长速度、提高人口素质为目标的计划生育，是我国的一项基本国策，要求青年男女适当的晚婚晚育，每个家庭少生、优生。公民有按照计划生育的要求，生育子女的权利，也有不生育子女的自由，任何人不得加以强制或干涉。青年男女必须破除“多子多福”、“重男轻女”的封建主义生育观，发扬以计划生育为荣、生男生女都一样的新风尚。

43 . 订婚有法律效力吗

婚约，亦称订婚或定婚，是男女双方为结婚而做的事先约定。婚约的双方俗称为未婚夫和未婚妻。

在封建社会中，订立婚约是结婚的必经程序，无婚约的婚姻往往被视为无效，并且婚约一经订立，即产生法律约束力，无故毁约要受到法律制裁。比如，唐律规定，互通婚书或收受聘礼均为婚约成立的标志，如男方悔约，则不得索回聘财，如女方悔约，则追究主婚人的刑事责任——翻悔者，杖六十，更许他人者杖一百，与他人成婚者徒一年半，原婚约仍然有效。国民党政政府也比较重视婚约，对婚约的成立、解除都做了相应的规定，比如：婚约，应由男女当事人自行订定；男未满 17 岁，女未满 15 岁者，不得订立婚约；未成年人订立婚约，应得法定代理人同意；当事人具备法定理由得解除婚约。婚约解除时，无过失之一方，得向有过失之他方请求赔偿因此所受之损害；等等。

我国 1950 年和 1980 年的《婚姻法》以及历次《婚姻登记办法》，对婚约均未做明文规定。这说明，订婚不是婚姻成立的必经程序，法律既不提倡也不禁止订立婚约，是否订婚，由当事人双方自愿决定。虽然订立了婚约，但婚约并没有法律约束力，只有在双方自愿的前提下才能履行。如果双方同意，可自行解除婚约；如果一方提出解除婚约，则无须征得对方的同意，只要通知对方，婚约即行解除。基于多种原因，订婚在一些地区还普遍存在。订婚后，男女双方及双方家庭常常会有经济往来，解除婚约时又多因财物问题发生纠纷。一般来说，对属于包办买卖性质的订婚所收受的财物，应依法没收上缴国库；对以订婚为名诈骗钱财的，原则上应归还受聘人；对以结婚为目的的赠与，价值较高的，可酌情返还；对婚约期间的无条件赠与，受赠人无义务返还。

44 . 法定结婚的年龄和条件是什么

婚姻成立，具有法律约束力，必须符合法律规定的条件和办理结婚登记手续。我国婚姻法规定的结婚条件有两个方面：必备条件和禁止条件，必备条件是男女双方结婚均需具备的条件，禁止条件是男女双方不得具备的条件。要求结婚的男女如欠缺必备条件或具备禁止条件，均不得结婚。

我国婚姻法规定的结婚的必备条件有三：一是男女双方完全自愿。是否结婚、与谁结婚的决定权属于男女当事人本人，不允许任何一方对另一方加以强迫或任何第三人加以干涉。二是到达法定婚龄。法定婚龄是法律规定的最低结婚年龄，不满法定婚龄的男女不准结婚。我国现行的法定婚龄是：男不得早于 22 周岁，女不得早于 20 周岁。在我国的广大农村，许多青年男女未达法定婚龄就结婚，以夫妻名义同居生活，这种早婚是不受法律保护的。法定婚龄是允许结婚的最低年龄，它不一定是人的最佳结婚年龄，也不是必须结婚的年龄，到达法定婚龄的男女并不是必须马上结婚。因此，法律在规定法定婚龄的同时又鼓励晚婚晚育。晚婚是指男 25 周岁、女 23 周岁以上结婚，晚育是指女子 24 周岁后生育第一胎。青年男女应将精力放在工作、学习上，响应国家的晚婚晚育号召，以求事业和家庭双丰收。三是符合一夫一妻制，这就要求结婚的男女均无配偶，即双方均未婚或已婚者配偶死亡或离婚。

法律规定的结婚的禁止条件有二：一是直系血亲和三代以内旁系血亲禁止结婚。直系血亲包括：父母子女间（包括养父母养子女间、继父母与受其抚养教育的继子女间）、祖父母孙子女间、外祖父母外孙子女间，禁止结婚；三代以内旁系血亲包括：兄弟姐妹间（包括同胞的兄弟姐妹、同父异母或同母异父的兄弟姐妹，不含无血缘关系的异父异母兄弟姐妹）、伯叔与侄女、姑与侄、舅与外甥女、姨与外甥、堂兄弟姐妹及表兄弟姐妹之间，禁止结婚。在我国一些地方所谓亲上加亲的姑表亲、姨表亲仍大量存在，这种姑表亲、姨表亲是违反婚姻法的行为。二是患麻风病或性病未经治愈的，以及患有其他医学上认为不应结婚的疾病（如花柳病、先天性痴呆、无行为能力的精神病患者以及其他不应结婚的传染病或遗传性疾病等），禁止结婚。

符合上述结婚必备条件及欠缺上述结婚禁止条件的男女双方必须亲自到一方户口所在地的婚姻登记机关进行结婚登记，取得结婚证，夫妻关系即确立。有些人法律观念淡薄，不到有关部门办理结婚登记手续，而是举行婚礼、放鞭炮、请客后，即以夫妻名义共同生活。这种情况即使周围群众也认为是夫妻关系的，其所谓的“婚姻”也不受法律保护，仍然是违法婚姻，只有在补办了结婚登记手续后，才为合法婚姻。

45．家庭成员的权利义务是什么

家庭关系包括夫妻关系、父母子女关系、祖孙关系、兄弟姐妹关系。

夫妻关系是家庭关系的核心。从男女双方领取《结婚证》时起，夫妻关系即成立。夫妻关系又包括夫妻间人身关系和夫妻间财产关系两个方面。夫妻间的人身关系具体表现为：夫妻在家庭中地位平等；夫妻双方都有各用自己姓名的权利；夫妻双方所生子女可以随父姓，也可以随母姓；夫妻双方都有参加生产、工作、学习和社会活动的自由；夫妻双方都有实行计划生育的义务等等。夫妻间的财产关系表现为：夫妻在婚姻关系存续期间所得财产为夫妻共同财产，夫妻双方有平等的占有、使用、收益、处分的权利，当然夫妻双方也可以在自愿、合法的基础上约定某些财产归夫妻一方所有；夫妻间在生活上有相互供养的义务，一方不履行扶养义务时，需要扶养的一方有权要求对方付给扶养费；夫妻互为第一顺序的法定继承人，有相互继承遗产的权利。如果夫妻双方为无效婚姻或非法同居关系，或继承开始前双方已经离婚，则一方死亡后他方无权继承遗产；如果一方在离婚诉讼中死亡，则另一方仍然有权继承其遗产；如果登记后尚未同居生活一方死亡，则另一方亦有继承遗产的权利。

父母子女是最近的直系血亲，父母子女关系又称为亲子关系。我国婚姻法对父母子女间的权利义务关系做了如下规定：

（1）父母对子女有抚养教育的义务。抚养是父母从物质上、经济上养育和照料子女，教育是父母在思想、品德、学业等方面培养子女。父母的这种抚养教育义务，始于子女出生并不附带任何条件。当父母不履行抚养义务时，未成年的或不能独立生活的子女，有权利要求父母付给生活费。

（2）父母有管教和保护未成年子女的权利和义务。管教是父母依照法律和道德的要求，采用正确的方式，对未成年子女进行管理和教育，保护是父母确保未成年子女的人身和财产免遭外界的伤害。父母对未成年子女的管教和保护，既是权利又是义务。在未成年子女给国家、集体或他人造成损害时，父母有赔偿经济损失的义务。

（3）子女有赡养扶助父母的义务。赡养是子女在物质上、经济上为父母提供必要的生活条件，扶助是子女在精神上、生活上对父母进行关心、照顾和帮助。赡养、扶助父母是每个子女的法定义务，不附加任何条件。当子女不止一人时，可本着条件好的多负担、条件差的少负担的精神，共同履行这一义务。如果子女不履行赡养父母的义务，无劳动能力的或生活有困难的父母，有权要求子女给付赡养费。

（4）父母子女为第一顺序的法定继承人，有相互继承遗产的权利。以上关于父母子女间的权利义务关系，适用于亲生父母、养父母、有抚养关系的继父母与婚生子女、非婚生子女、养子女、有抚养关系的继子女间。

祖孙间也属于比较近的直系血亲，他们之间也发生权利、义务关系，但这种权利义务关系是有条件的，即有负担能力的祖父母、外祖父母对于父母已经死亡、或父母一方死亡另一方确无抚养能力、或父母虽未死亡但均丧失抚养能力的未成年的孙子女、外孙子女，有抚养的义务；有负担能力的孙子女、外孙子女，对于子女已经死亡，或子女虽未全部死亡但生存子女确无赡养能力的祖父母、外祖父母，有赡养的义务；祖父母、外祖父母为第二顺序的法定继承人，在没有第一顺序的法定继承人，或者第一顺序的法定继承

人均放弃继承或者丧失继承权时，祖父母、外祖父母有权继承孙子女、外孙子女的遗产；孙子女、外孙子女在其父母先于祖父母、外祖父母死亡时，有权代位继承祖父母、外祖父母的遗产。

兄弟姐妹为最近的旁系血亲，他们之间也发生权利、义务关系，这种权利义务关系也是有条件的，即：有负担能力的兄、姊，对于父母已经死亡或者父母无力抚养的未成年的弟、妹，有抚养的义务；由兄、姊抚养长大的弟、妹，对丧失劳动能力、孤老无依的兄、姊，有赡养的义务；兄弟姐妹是第二顺序的法定继承人，当没有第一顺序的法定继承人，或者第一顺序的法定继承人均丧失或放弃继承权时，兄弟姐妹可以相互继承遗产。

6 . 谈离婚

婚姻可以因婚姻关系的一方死亡（包括自然死亡和宣告死亡两种情况）而终止，也可以因当事人离婚而终止。因死亡终止婚姻关系的情况比较简单，这里不多解释。主要解释一下离婚引起的婚姻关系解除。

我国婚姻法规定的离婚方式有以下两种：

一是协议离婚。即婚姻因夫妻双方同意离婚而解除，这是一种“和平”解除婚姻关系的方法，倍受人们的欢迎。协议离婚是有条件的，即男女双方完全自愿并就离婚后的子女抚养和共同财产如何分割、共同债务如何偿还等问题有了适当处理。符合以上条件的男女双方可以到一方户口所在地的婚姻登记机关申请离婚登记，在领取了《离婚证》后，夫妻关系随即解除。

二是裁判离婚。即一方要求离婚、另一方不同意离婚，或虽双方都同意离婚，但就子女抚养或财产问题达不成协议的，由人民法院依诉讼程序解决。人民法院审理离婚案件，应当进行调解，维持婚姻关系或解除婚姻关系，如经调解达不成协议，则由人民法院视具体情况，判决准予或不准离婚。按照婚姻法的有关规定，如果夫妻感情确已破裂，调解无效，可判决离婚；如果夫妻感情尚未破裂，即使调解无效，也不能准予离婚。判断感情是否破裂，可以从婚姻基础、婚后感情、离婚原因、夫妻关系现状及有无和好可能几个方面综合分析。一般说来，具备下列情形之一的，可以视为夫妻感情破裂，一方坚决要求离婚，经调解无效，可判决准予离婚：（1）一方患有法定禁止结婚疾病的，或一方有生理缺陷，或其它原因不能发生性行为，且难以治愈的；（2）婚前缺乏了解，草率结婚，婚后未建立起夫妻感情，难以共同生活的。（3）婚前隐瞒了精神病，婚后经治不愈，或者婚前知道对方患有精神病而与其结婚，或一方在夫妻共同生活期间患有精神病，久治不愈的。（4）一方欺骗对方，或者在结婚登记时弄虚作假，骗取《结婚证》的。（5）双方办理结婚登记后，未同居生活，无和好可能的。（6）包办、买卖婚姻，婚后一方随即提出离婚，或者虽共同生活多年，但确未建立起夫妻感情的。（7）因感情不和分居已满3年，确无和好可能的，或者经人民法院判决不准离婚后又分居满1年，互不履行夫妻义务的。（8）一方与他人通奸、非法同居，经教育仍无悔改表现，无过错一方起诉离婚，或者过错方起诉离婚，对方不同意离婚，经批评教育、处分，或在人民法院判决不准离婚后，过错方又起诉离婚，确无和好可能的。（9）一方重婚，另一方提出离婚的。（10）一方好逸恶劳、有赌博等恶习，不履行家庭义务，屡教不改，夫妻难以共同生活的。（11）一方被依法判处长期徒刑，或者违法、犯罪行为严重伤害夫妻感情的。（12）一方下落不明满二年，对方起诉离婚，经公告查找确无下落的。（13）受对方的虐待、遗弃，或者受对方亲属虐待、或虐待对方亲属，经教育不改，另一方不谅解的。

一审人民法院准予离婚的民事判决书，当事人任何一方在上诉有效期内（自接到判决书次日起15日内）不得与他人另行结婚，否则构成重婚。如果双方当事人均未上诉，则离婚判决书生效，婚姻关系解除。二审人民法院准予离婚的判决书送达后即发生法律效力。

在实际生活中，有时离婚的当事人之一为现役军人——即正在人民解放军或人民武装警察部队服役、具有军籍的人。现役军人担负着保卫祖国、保卫人民的特殊任务，对他们的婚姻进行保护是我国婚姻立法的优良传统，也

是十分必要的。我国婚姻法规定，现役军人的配偶要求离婚，须得军人同意。这种对军婚的特殊保护，只适用于非军人一方提起与军人一方的离婚诉讼，不适用双方均为军人的离婚诉讼，也不适用军人一方提起的与非军人一方的离婚诉讼。

另外，我国《婚姻法》和《妇女权益保障法》又明确规定，在离婚问题上要对妇女权益进行特殊保护，即（1）女方按照计划生育的要求中止妊娠的，在手术后6个月内，男方不得提出离婚；（2）女方在怀孕期间或分娩后一年内，男方不得提出离婚；以上几个期限内，如女方提出离婚，或人民法院认为确有必要受理男方离婚请求的，不在此限。在一定的期限内限制男方的离婚请求权，有利于妇女的身心健康和胎儿、婴儿的发育和成长，是非常必要的。

47．离婚后的子女、财产和生活

离婚不仅引起夫妻间人身关系的终止，还引起父母抚养子女方式的变化，以及夫妻间财产关系和生活关系的终止。我国婚姻法就离婚后的子女、财产和生活做了明确的规定。

离婚后的子女仍然是父母双方的子女，父母和子女的关系不因离婚而消除，法律关于父母对子女抚养教育的义务仍然存在，只是在行使权利和履行义务的方式上有所变化，任何一方不得借口离婚推卸抚养教育子女的义务和责任。

离婚后，子女由何方实际抚养，应从子女的利益出发，兼顾父母双方的具体情况。一般说来，哺乳期内的子女，以随哺乳的母亲为原则，如有特殊情况，譬如母亲患有传染性疾病，或出于职业原因不宜或不能抚养的，可以由父亲抚养。哺乳期后的子女随何方抚养，由父母双方进行协商，协商不成的，由人民法院视父母双方的思想品质、经济条件、抚养能力、生活环境、与子女的感情等多个因素判决确定。子女有识别能力的，还要征求子女本人的意见。抚养关系确定后，如果父母的抚养能力发生重大变化或子女要求变更抚养关系的，双方可以协商变更抚养关系，协商不成的，可以通过人民法院根据子女的利益和需要，判决变更。

离婚后，父母负有抚养子女的平等义务，一方抚养子女的，另一方应负担抚养费的一部或全部。抚养费包括生活费和教育费两部分。具体负担抚养费用的多少、期限的长短、给付的方法由父母双方协议，协议不成的，由人民法院判决。一般地，在确定抚养费的数额时，应考虑子女的实际需要、父母的负担能力及当地的生活水平。如果抚养子女的一方，既有负担能力，又愿意独自承担费用的，则另一方可以不负担抚养费。负担抚养费的期限，一般自父母离婚时起，至子女能够独立生活时止。具体的负担方法，可以给付现金，也可以给付实物，可以一次性给付，也可以定期给付。离婚时，应将子女抚养费的数额、给付期限及办法具体载入离婚调解书或判决书中，如果一方拒不履行义务或故意拖欠，另一方可以请求人民法院强制执行。

抚养费确定后，不是一成不变的，可以随子女的实际需要以及父母双方的经济状况的变化而增加、减少或免除。如果子女的实际需要增加，父母又有增加抚养费数额的能力，则子女可以向父母任何一方提出增加抚养费的要求，增加多少，由当事人协商，协商不成时由人民法院判决。如果负有给付义务的一方确有实际困难，无力支付抚养费，或抚养子女的一方再婚，继父（母）愿意负担继子（女）抚养费的一部或全部的，则支付抚养费的一方的义务可以酌情减少或者免除。这种减少或免除是有条件的，并不因此而终止父母对子女的抚养义务。当减免的事实根据消失时（如负有义务的一方生活状况显著改善，或继父母不愿或无力负担抚养费），仍然应当恢复给付。

夫妻离婚，应对夫妻共同财产进行分割。分割财产时，应本着男女平等、适当照顾女方和子女的利益、有利于生产、方便生活的原则处理。如何分割，由双方协商，协商不成时，由人民法院判决。值得注意的是，不能将子女的个人财产当作夫妻共同财产分割。

共同债务是指夫妻共同生活所欠债务，包括抚养子女、赡养老人、共同生活等所欠债务。共同债务以共同财产偿还，共同财产不足偿还的，由双方

协议清偿，协议不成的，由人民法院根据双方的经济能力，判决由一方清偿或双方分担清偿。

另外，离婚时，如一方生活困难，另一方应给予必要的经济帮助。这种经济帮助，不属于夫妻间的扶养义务，只是从原婚姻关系中派生的一种责任。经济帮助是有条件的，即一方确有生活困难，自己无力解决，另一方又有负担能力，帮助对方解决。具体帮助方法，由双方协商，协商不成时由人民法院判决。在执行经济帮助期间，如接受帮助的一方另行结婚，则由其配偶负担扶养义务，帮助方可停止给付。

经济法

48 . 经济合同怎样订立才具有法律效力

经济合同是平等民事主体的法人、其他经济组织、个体工商户、农村承包经营户相互之间,为实现一定经济目的,明确相互权利义务关系的协议。包括购销、建设工程承包、加工承揽、货物运输、供用电、仓储保管、财产租赁、借款、财产保险等合同。订立经济合同,必须遵守法律和行政法规,并应遵循平等互利、协商一致的原则。代订经济合同,必须事先取得委托单位的委托证明,并根据授权范围以委托人的名义签订,才对委托人直接产生权利和义务。经济合同应具备的主要条款是:(1)标的(指货物、劳务、工程项目等);(2)数量和质量;(3)价款或者酬金;(4)履行的期限、地点和方式;(5)违约责任。根据法律规定的或按经济合同性质必须具备的条款,以及当事人一方要求必须规定的条款,也是经济合同的主要条款。当事人双方依法就前列条款协商一致,经济合同就成立。具体实施条例或细则规定,必须签字盖章才能成立的,只有经当事人双方签字盖章后合同才能成立。如双方约定必须经鉴证或公证后才能成立或生效的,则必须履行鉴证或公证手续。经济合同除即时清结者外,应当采用书面形式。

为保证经济合同的履行,双方可以协商设定担保措施。如定金、保证、抵押、留置等。采用定金担保的,给付定金的一方不履行合同的,无权请求返还定金,接受定金的一方不履行合同的,应当双倍返还定金。由保证人担保的,保证人应当是具有代偿能力的公民、企业法人以及其他经济组织,国家机关不能担任保证人。当被保证的当事人不履行合同时,按照担保约定由保证人履行或者承担连带责任。

经济合同依法订立,即具有法律约束力,当事人必须全面履行合同规定的义务,任何一方不得擅自变更或解除合同。但发生下述情况之一的,允许变更或解除合同:(1)当事人双方经协商同意,并且不因此损害国家利益和社会公共利益;(2)由于不可抗力致使经济合同的全部义务不能履行;(3)由于另一方在合同约定的期限内没有履行合同。在第(1)种情况下,要求双方达成变更或解除合同的协议,协议未达成以前,原经济合同仍然有效。在第(2)、(3)两种情况下当事人一方有权通知另一方解除合同。变更或解除合同的通知或协议,应当采用书面形式。因变更或解除经济合同使一方遭受损失的,除依法可以免除责任的以外,应由责任方负责赔偿。当事人一方发生合并、分立时,由变更后的当事人承担或者分别承担履行合同的义务和享受应有的权利。经济合同不得因承办人或法定代表人的变动而变更或解除。

为严肃合同纪律,违反经济合同的,要承担违约责任。由于当事人一方的过错,造成经济合同不能履行或者不能完全履行,由有过错的一方承担违约责任;如属双方的过错,根据实际情况,由双方分别承担各自应负的违约责任。当事人承担违约责任的方式有违约金、赔偿金、继续履行等。当事人一方违反经济合同时,应向对方支付违约金。如果由于违约已给对方造成的损失超过违约金的,还应进行赔偿,补偿违约金不足的部分。对方要求继续履行的,还应继续履行。违约金、赔偿金应在明确责任后十日内偿付,否则按逾期付款处理。

经济合同发生纠纷时,当事人可以通过协商或者调解解决。当事人不愿通过协商、调解解决或者协商、调解不成的,可以依据合同中的仲裁条款或

事后达成的书面仲裁协议，向仲裁机构申请仲裁。没有仲裁条款又无仲裁协议的，可以向人民法院起诉。

经济合同仲裁，实行一裁终局制。其裁决是发生法律效力的裁决，具有强制执行的效力。

49 . 有限责任公司与股份有限公司

有限责任公司是指由两个以上股东共同出资，每个股东以其所认缴的出资额对公司承担有限责任，公司以其全部资产对其债务承担责任的企业法人。基本特征是：（1）股东人数在 2 人以上 30 人以下，因特殊情况增加股东人数须经政府授权部门批准，但最多不得超过 50 人。（2）全体股东均在各自的出资额内对公司债务承担有限责任。（3）公司的注册资本为股东缴纳的股本总额，不发行股票而由公司签发出资证明书；（4）股东的出资额各在注册资本中占据一定比例，不划分等额的股份，也不区分股份类别。

有限责任公司注册资本为股东缴纳的股本总额。其最低限额为：生产经营性 50 万元人民币；商业、物资批发性公司 50 万元人民币；商业零售性公司 30 万元人民币；科技开发、咨询、服务性公司 10 万元人民币。股东认缴的出资额必须一次缴足。股东可以用货币出资，也可以用实物、工业产权、非专利技术、土地使用权作价出资。货币出资的最低限额为公司法定注册资本最低限额的 50%，用工业产权、非专利技术作价出资的金额不得超过公司注册资本总额的 20%，经审批机关特别允许最高不超过 30%。

股份有限公司是注册资本由等额股份构成并通过发行股票或股权证，筹集资本，股东以其认购的股份对公司承担有限责任，公司以其全部资产对公司债务承担有限责任的企业法人。其基本特征是：（1）股东人数最低限额为 3 人，但没有最高限额；（2）全部股东均负有限责任；（3）公司的注册资本是在工商行政管理机关登记的实收股本总额，可以发行股票或股权证；（4）注册资本划分为等额的股份。

股份有限公司的注册资本最低限额为 1 千万元，有外商投资的公司，其注册资本不应少于 3 千万元。

股份有限公司可以采取发起方式或募集方式设立。采取发起方式设立，有 3 个以上发起人订立发起人协议，公司股份由发起人认购，不向发起人之外的任何人募集股份。国家大型项目方可采用募集方式设立。募集方式包括定向募集和社会募集两种。采取定向募集方式设立，公司发行的股份除由发起人认购外（发起人认购的股份不少于公司应发行的股份总数的 35%），其余股份不向社会公众公开发行，但可以向其他法人发行部分股份，经批准也可以向本公司内部职工发行部分股份。采取社会募集方式设立，公司发行的股份除由发起人认购外，其余向社会公众公开发行。采取发起方式设立和定向募集方式设立的公司，称为定向募集公司；采取社会募集方式设立的公司，称社会募集公司。定向募集公司在公司成立一年以后增资扩股时，经批准可转为社会募集公司。

股份有限公司的股份采取股票形式。定向募集公司只能发行股权证替代股票，不得发行股票，社会募集公司只能发行股票，不得发行股权证。

50 . 公平市场交易，反对不正当竞争

为保障社会主义市场经济健康发展，鼓励和保护公平竞争，制止不正当竞争行为，保护经营者和消费者的合法权益，八届全国人大常委会三次会议于 1993 年 9 月 2 日通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》，并于 1993 年 12 月 1 日起施行。该法共 5 章 33 条，主要规定了总则、不正当竞争行为、监督检查、法律责任等内容。

不正当竞争，是指经营者违反法律规定，损害其他经营者的合法权益，扰乱社会经济秩序的行为。经营者包括从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人。经营者在市场交易中应当遵循自愿、平等、公平、诚实信用的原则，遵守公认的职业道德。经营者在经营活动中应遵守下列规定，否则即是不正当竞争行为：

(1) 经营者不得采用下列不正当手段从事市场交易，损害竞争对手：假冒他人的注册商标；擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢，或者与知名商品近似的名称、包装、装潢，造成和他人的知名商品相混淆，使购买者误认为是该知名商品；擅自使用他人的企业名称或者姓名，引人误认为是他人的商品；在商品上伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志，伪造产地，对商品质量做引人误解的虚假表示。

(2) 公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者，不得限定他人购买其指定的经营者的商品，以排挤其他经营者的公平竞争。

(3) 政府及其所属部门不得滥用行政权力，限定他人购买其指定的经营者的商品，限制其他经营者正当的经营活动。亦不得滥用行政权力限制外地商品进入本地市场，或者本地商品流向外地市场。

(4) 经营者不得采用购物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在帐外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在帐外暗中收受回扣的，以受贿论处。经营者销售或者购买商品，可以以明示方式给对方折扣，可以给中间人佣金，但必须如实入帐。接受折扣、佣金的经营者也必须如实入帐。

(5) 经营者不得利用广告或者其他方法，对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等做引人误解的虚假宣传。广告的经营 者不得在明知或者应知的情况下，代理、设计、发布虚假广告。

(6) 经营者不得侵犯他人的商业秘密。商业秘密是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。

(7) 经营者不得以排挤竞争对手为目的，以低于成本的价格销售商品。但下列情况除外：销售鲜活商品；处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品；季节性降价；因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

(8) 经营者销售商品，不得违背购买者意愿搭售商品或者附加其他不合理的条件。

(9) 经营者不得从事下列有奖销售：

采用谎称有奖或者故意让内定人员中奖的欺骗方式进行有奖销售；利用有奖销售的手段推销质次价高的商品；抽奖式的有奖销售，最高奖的金额超过五千元。

(10) 经营者不得捏造、散布虚伪事实，损害竞争对手的商业信誉、商

品声誉。

（11）投标者不得串通投标、抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结，以排挤竞争对手的公平竞争。

对实施不正当竞争行为的经营者，《反不正当竞争法》第四章规定了严格的法律责任。包括经济责任、行政责任和刑事责任。

51 . 消费者如何用法律保护自己的权益

为保护消费者的合法权益，维护社会经济秩序，促进社会主义市场经济的健康发展，1993 年 10 月 31 日八届全国人大常委会四次会议通过了《中华人民共和国消费者权益保护法》。该法明文规定，国家保护消费者的合法权益不受侵害，保护消费者的合法权益是全社会的共同责任。

消费者为生活需要购买、使用商品或接受服务时，享有以下权利：

（1）消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。消费者有权要求经营者提供的商品和服务，符合保障人身、财产安全的要求。

（2）消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。消费者有权根据商品或者服务的不同情况，要求经营者提供商品的价格、产地、生产者、用途、性能、规格、等级、主要成份、生产日期、有效期限、检验合格证明、使用方法说明书、售后服务，或者服务的内容、规格、费用等有关情况。

（3）消费者享有自主选择商品或者服务的权利。消费者有权自主选择提供商品或服务的经营者，自主选择商品品种或服务方式，自主决定购买或者不购买任何一种商品、接受或者不接受任何一种服务。消费者在自主选择商品和服务时，有权进行比较、鉴别和挑选。

（4）消费者享有公平交易的权利。消费者在购买商品或者接受服务时，有权获得质量保障、价格合理、计量正确等公平交易条件，有权拒绝经营者的强制交易行为。

（5）消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的，享有依法获得赔偿的权利。

（6）消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会团体的权利。

（7）消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。消费者应努力掌握所需商品或者服务的知识和使用技能，正确使用商品，提高自我保护意识。

（8）消费者在购买、使用商品和接受服务时，享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。

（9）消费者享有对商品和服务以及对消费者权益工作进行监督的权利。消费者有权检举控告侵害消费者权益的行为和国家机关及其工作人员在保护消费者权益工作中的违法失职行为，有权对保护消费者权益的工作提出批评、建议。

为保证消费者权利的实现，《消费者权益保护法》规定了经营者应尽的 10 条法定义务。并规定了经营者的法律责任。如果消费者和经营者发生消费者权益争议的，可以通过下列途径解决：与经营者协商和解；请求消费者协会调解；向有关行政部门申诉；根据与经营者达成的仲裁协议提请仲裁机构仲裁；向人民法院提起诉讼。

消费者在购买、使用商品时，其合法权益受到损害的，可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后，属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的，销售者有权向生产者或其他销售者追偿。消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的，可以向销售者要求赔偿，也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的，销售者赔偿后，有权向生产者追

偿，属于销售者责任的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。消费者在接受服务时，其合法权益受到损害的，可以向服务者要求赔偿。

52 . 什么是专利及怎样申请专利

“专利”一词，通常有三种涵义：（1）专利权的简称，指依照专利法的规定，某项发明创造向国家专利机关申请，经审查批准授予该项发明创造在一定期限内的独占权。这是专利最基本的含义。（2）专利是指受专利法保护的发明创造，一般包括发明、实用新型、外观设计三种专利。（3）专利是指专利文献，其重要部分为记载发明创造内容的专利说明书。

专利申请人，指哪些人可以申请专利。职务发明创造，申请专利的权利属于该单位；非职务发明创造，申请专利的权利属于发明人或设计人。所谓职务发明创造是指执行本单位的任务或者主要利用本单位的物质技术条件所完成的发明创造。此外在中国境内经常居住或者营业的外国公民和法人可以在中国申请专利。其他外国人、外国企业或者外国其他组织在中国申请专利的，依照其所属国同中国签订的协议或者共同参加的国际条约，或者依照互惠原则办理。

我国专利法所保护的发明创造，仅限于发明、实用新型和外观设计。发明是指对产品、方法或者其改进所提出的新的技术方案。包括产品发明和方法发明。实用新型是指对产品的形状、构造或者其结合所提出的适于实用的新的技术方案。外观设计是指对产品的形状、图案、色彩或者结合所做出的富于美感并适于工业上应用的新设计。下列智力成果不给予专利保护：（1）科学发现；（2）智力活动的规则和方法；（3）疾病的诊断和治疗方法；（4）动物和植物品种；（5）用原子核变换方法获得的物质。

授予专利权的发明、实用新型，应当具备新颖性、创造性和实用性。新颖性是指在申请日以前没有同样的发明和实用新型在国内外出版物上公开发表过，没有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。创造性，是指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。实用性，是指该发明或者实用新型能够制造或者使用，并且能够产生积极的效果。

授予专利权的外观设计，应当同申请日以前在国内外出版物上公开发表过或国内公开使用过的外观设计不相同或者不近似。

一项发明创造是否申请专利，要考虑几个因素：一是该发明创造本身的难度，如果在近几十年内，他人不可能有相同的发明创造，那么可以不申请专利，而作为专有技术拥有。因为一旦申请专利。专利权的保护期是有限的，我国发明专利的有效期为20年，实用新型、外观设计专利的有效期为10年。有效期届满，任何单位和个人都可以无偿使用该技术，即便是在专利权的有效期内，专利局根据具备实施条件的单位的申请，可以给予实施发明或者实用新型专利的强制许可。如美国“可口可乐”饮料的配方这一技术秘密，上百年来，一直无人能突破。作为该公司的专有技术而垄断使用。但专有技术需要很强的保密措施，一旦泄密，专有技术将不复存在。如一项发明创造难度不大，近几年内他人也能搞出相同的发明创造，那么就要抓紧申请专利。二是要考虑申请专利是否具有经济效益。申请专利需要一定的费用，比如检索费、代理费、审查费等，获得专利权的，每年还要缴纳专利年费，这些开支以及为发明创造所做的投入能否得到补偿，关键是该项发明创造能否被应用而发生经济效益。目前发达国家的专利技术利用率都不足30%，在我国专

利技术转化为生产力的就更少。所以，如果事先不论证其经济效益，可能是获得了专利权，但却无人问津，得不偿失。

53 . 商标及如何保护商标权

商标是商品或者服务的标记。商品商标俗称牌子，是商品的生产者或经营者为了使自己生产、制造、加工、拣选或销售的商品，与他人生产、制造、加工、拣选或销售的商品相区别的标记。服务商标是提供服务项目的企事业单位和个体工商业者所使用的特殊标志，如银行、铁路、保险、旅游等行业所使用的标志。

商标是商品经济的产物。商标除了区别不同的商品生产者和经营者这一基本功能之外，商标可以在商品交易中产生信誉，反映商品的质量，因此人们往往习惯于指牌购货，如“琴岛—利博海尔”电冰箱，“琴岛—利博海尔”成为我国家电行业唯一的驰名商标。所谓创名牌，实际上就是名牌商标标示并保证了商品的质量。

商标的结构主要包括文字商标、图形商标以及文字和图形的组合商标。其中最常见的是组合商标。商标使用的文字、图形及其组合，应当具有显著特征、便于识别。否则容易造成误认、误购。下列文字、图形不得作为商标使用：

- (1) 同中华人民共和国的国家名称、国旗、国徽、军旗、勋章相同或者近似的；
- (2) 同外国的国家名称、国旗、国徽、军旗相同或者近似的；
- (3) 同政府间国际组织的旗帜、徽记、名称相同或者近似的；
- (4) 同“红十字”、“红新月”的标志、名称相同或者近似的；
- (5) 本商品的通用名称和图形；
- (6) 直接表示商品的质量、主要原料、功能、用途、重量、数量及其他特点的；
- (7) 带有民族歧视性的；
- (8) 夸大宣传并带有欺骗性的；
- (9) 有害于社会主义道德风尚或者有其他不良影响的。

县级以上行政区划的地名或公众知晓的外国地名，不得作为商标，但是，地名具有其他含义的除外；已经注册的使用地名的商标继续有效。

商标分为注册商标与未注册商标。因为我国商标注册的原则是以自愿注册为主，强制注册为补充。除国家规定并由国家工商行政管理局公布的人用药品和烟草制品，以及由国家工商行政管理局公布的必须使用注册商标的其他商品必须使用注册商标以外，其他商标使用人是否将其商标注册，凭其自愿。需要取得商标专用权的，可向商标局申请注册。但是，未注册商标因不享有法律赋予的商标专用权，不受法律保护。既然不具有排他性，任何人都可以使用。况且随时有可能因与他人注册使用在相同或者类似商品上的商标相同或近似，而被禁止使用。所以商标使用人对商标是否注册进行决策时要充分考虑到所使用商标的市场潜力和市场竞争能力，适时的申请注册。否则，因注册不及时被他人抢先注册，就失去了商标使用权，因为我国商标注册的另一原则是申请在先为主，使用在先为补充。

商标经核准注册后，在使用时应当标明“注册商标”字样或者标明注册商标记注或 R。在商品上不便标明的，应当在商品包装或者说明书以及其他附着物上标明。注册商标的有效期为十年，自核准注册之日起计算。期满需要继续使用的，应当在期满前六个月申请续展注册；在此期间未能提出申请的，

可以给予六个月的宽限期。每次续展注册的有效期为十年。

商标注册人的权利，包括商标专用权、注册商标转让权、使用许可权。

下列行为属于商标侵权行为：

（1）未经注册商标所有人的许可，在同一种商品或者类似商品上使用与其注册商标相同或者近似的商标的；

（2）销售明知是假冒注册商标的商品的；

（3）伪造，擅自制造他人注册商标标识或者销售伪造、擅自制造的注册商标标识的；

（4）给他人的注册商标专用权造成其他损害的。

对于商标侵权行为，被侵权人可以向县级以上工商行政管理部门要求处理，也可以直接向人民法院起诉。

行政诉讼法

54 . 对所受到的行政处罚不服怎么办 ——行政诉讼

行政诉讼是指公民、法人或者其他组织认为行政机关的具体行政行为侵犯其合法权益，在法定期限内依法向人民法院起诉，由人民法院依法进行审理和裁决的活动。它具有以下特征：第一，原告是公民、法人或者其他组织，即行政管理相对人，也就是所有受行政机关管理的人或组织。通常情况下，原告只能是行政机关及其工作人员做出的具体行政行为所针对的对象。例如，公安局拘留了某甲，某甲就可以作为原告，针对公安局的行政拘留行为提起行政诉讼。第二，被告是做出具体行政行为的国家行政机关或者法律、法规授权的组织。前者是指我国的各级人民政府及其工作部门；后者是指本不属于国家行政机关，没有行政管理权，但因某个法律或者法规有特别授权而享有一定行政管理权的非政权组织。例如，卫生防疫站因有《食品卫生法》的特别授权，而享有了食品卫生方面的执法和处罚工作，尽管它不是行政机关，但也可以成为被告。第三，行政诉讼的标的是具体行政行为，而不是抽象行政行为，即不是行政机关制定普遍性行为准则的行为。具体行政行为是指国家行政机关和行政机关工作人员、法律法规授权的组织、行政机关委托的组织或者个人在行政管理活动中行使行政职权，针对特定的公民、法人或者其他组织，就特定的具体事项，做出的有关该公民、法人或者其他组织权利义务的单方行为。在行政执法实践中，具体行政行为可以表现为书面决定，也可以表现为某个行为。行为又包括作为和不作为，不作为是指行政机关消极地不履行法定职责的行为。第四，必须是法律、法规规定可以向人民法院起诉的行政争议案件，即属于人民法院的受案范围。第五，必须在法律、法规规定的期限内向有管辖权的人民法院起诉，即没有超过起诉期限并属于受诉人民法院管辖。

这一问题的实质是行政诉讼的受案范围。其目的是界定行政机关的哪些具体行政行为依法应接受人民法院的司法审查。

根据有关法律规定，人民法院受理公民、法人或者其他组织对下列具体行政行为不服提起的行政诉讼：

（1）对拘留、罚款、吊销许可证和执照、责令停产停业、没收财物等行政处罚不服的。行政处罚是行政机关和法律、法规授权的组织依法对违反法律、法规和规章的公民、法人或者其他组织的惩戒性制裁，其形式除上述所列外，还包括通报、警告、取消荣誉称号、销毁禁止生产经营的食品、追缴和没收违法所得、没收违禁物品、对不合格产品责令停止销售、限期治理、限期拆除、限期出境或者驱逐出境等。

（2）对限制人身自由或者对财产的查封、扣押、冻结等行政强制措施不服的。行政强制措施是指行政机关依法对公民采取的限制人身自由或者对公民、法人、其他组织的财产限制其保持一定状态的强制手段。我国目前的财产强制措施包括对财产的查封、扣押、冻结、变卖和拍卖。限制人身自由的强制措施包括收容审查、劳动教养、妇女教养、收容教育、强制戒毒、强制遣送、强制约束、强制带离现场、强制隔离治疗、扣留等。

（3）认为行政机关侵犯法律规定的经营自主权的。经营自主权是经济活动主体依法享有的一项基本权利，包括经营主体对财产的占有权和自主使用权、对收益的自主支配权、对资产的处分权。经营自主权不受非法干预。行

政机关干预经营自主权通常最容易发生的情况有：把企业依法占有的资产硬性地向其他企业；妨碍承包经营和租赁经营权的正常行使；乱下计划，非法干预企业从事正常的生产经营活动；不按规定办事，随便派驻人员检查企业活动；禁止或强迫所管辖的企业与其他地区和部门的企业进行联合。

（4）认为符合法定条件申请行政机关颁发许可证和执照，行政机关拒绝颁发或者不予答复的。行政机关颁发许可证和执照是应公民、法人或者其他组织的请求，做出准许申请人从事某种活动的具体行政行为。公民、法人或者其他组织申请颁发许可证和执照，必须符合下列法定条件：被申请的行政机关必须是法律、法规和规章规定的有权颁发许可证的行政机关；申请人必须在法定许可范围内申请许可；申请人必须具有相应的行为能力；申请必须符合法定的形式要件；法定的其他条件，如配额限制等。主管行政机关对申请人的许可申请要进行认真的审查，认定符合法定条件的才予以批准，并颁发许可证和执照。公民、法人或者其他组织认为自己符合法定条件申请主管行政机关颁发许可证或执照，主管行政机关如果明确表示拒绝颁发，或者在法定期限内既不拒绝也不肯定，申请人可以依法提起行政诉讼。

（5）申请行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关拒绝履行或者不予答复的。行政机关的法定职责既是行政机关的法定权力，又是行政机关的法定义务。对于负有保护人身权、财产权法定职责的行政机关来说，在其履行法定职责的法定条件具备时，必须依法及时履行职责。否则，将构成行政失职。应当指出，行政机关的职责是由法律、法规或者规章所规定的，不同的行政机关有着不同的职责，并非所有的行政机关都负有保护人身权、财产权的职责。如果向不负保护人身权、财产权的职责的行政机关请求保护而遭到拒绝，不能提起行政诉讼。

（6）认为行政机关没有依法发给抚恤金的。抚恤金是公民因公致残或死亡时，发给本人或家属，用以维持本人或其家属日常生活的费用。本项所指抚恤金必须具备两个特征：第一，抚恤金必须是法律、法规规定的。如果法律、法规未做规定，要求行政机关发给抚恤金遭到拒绝，不能提起行政诉讼。第二，抚恤金必须是法律、法规规定由行政机关发给的抚恤金。对依法应该由企事业单位发给的抚恤金，企事业单位没有发给，不能提起行政诉讼。

（7）认为行政机关违法要求履行义务的。公民、法人或者其他组织应当承担何种义务，由法律、法规、规章加以明确规定。行政机关要求公民、法人或者其他组织履行义务，必须有明确的法律依据。行政机关如果非法对公民、法人或者其他组织科以义务，公民、法人或者其他组织可以提起行政诉讼。应当指出，行政机关违法要求履行义务是指行政机关行使行政权力，违法要求公民、法人或者其他组织履行义务，包括乱摊派、乱收费、乱罚款。如果行政机关不是运用行政权力，而是用请求公民、法人或者其他组织“赞助”的方式索取钱物，不能提起行政诉讼。

（8）认为行政机关侵犯其人身权、财产权的。只要公民、法人或者其他组织的人身权和财产权受到了行政机关及其工作人员做出的具体行政行为侵犯，都可以提起行政诉讼。这里的人身权是指与人身相联系的没有直接财产内容的权利，包括生命健康权、姓名权、名称权、肖像权、名誉权、荣誉权、婚姻自主权等。财产权是指具有经济利益的权利，包括物权、债权、著作权、专利权、商标权、继承权等。应当指出，如果行政机关及其工作人员的非职务行为，如民事侵权行为，侵犯了公民、法人或者其他组织的人身权和财产

权，不能提起行政诉讼，只能通过民事诉讼或其他方式解决。

（9）法律、法规规定可以提起行政诉讼的其他行政案件。行政诉讼法颁布实施之前，其他具体法律、法规规定可以起诉，而行政诉讼法没有做出规定的行政案件，当事人仍然可以提起行政诉讼。行政诉讼法实施过程中，其他具体法律、法规仍然可以对人民法院受理的行政案件做出具体规定，以不断扩大行政诉讼的受案范围。

人民法院对于针对下列事项提起的行政诉讼不予受理：第一，国防、外交等国家行为。国家行为是以国家名义实施的，不涉及特定人或组织的国防、外交等方面的行为，如战争、军事演习以及同外国建交、缔结条约等。第二，行政法规、规章或者行政机关制定发布的具有普遍约束力的决定、命令。第三，行政机关对行政机关工作人员的奖惩、任免等决定。第四，法律规定由行政机关最终裁决的具体行政行为。

55 . 一个行政案件应由哪个法院受理 ——行政诉讼管辖

行政诉讼管辖是指人民法院之间受理第一审行政案件的分工和权限，其目的在于确定究竟哪一级和哪一个人民法院具体行使行政审判权。要确定一个行政案件应由哪个法院受理，必须从级别管辖和地域管辖两个方面来分析。

级别管辖是指划分和确定各级人民法院受理第一审行政案件的分工和权限，即划分上下级人民法院之间对于行政案件的管辖权。行政诉讼法对于各级人民法院受理第一审行政案件的范围做了如下规定：基层人民法院管辖除法律明确规定应由上级人民法院管辖的第一审行政案件以外的所有第一审行政案件。中级人民法院管辖三类第一审行政案件：确认发明专利权的案件；海关处理的案件；对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所做的具体行政行为提起诉讼的行政案件；本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。高级人民法院管辖本辖区内重大、复杂的第一审行政案件。最高人民法院管辖全国范围内重大、复杂的第一审行政案件。

地域管辖是指在同级人民法院之间划分其在各自辖区内受理第一审行政案件的分工和权限。行政案件由最初做出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经过上级行政机关复议的案件，复议机关改变原具体行政行为的，最初做出具体行政行为的行政机关所在地人民法院和复议机关所在地人民法院都有管辖权；复议机关维持原具体行政行为的，由最初做出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。对限制人身自由的行政强制措施不服提起的诉讼，被告所在地和原告所在地人民法院都有管辖权。这里的原告所在地包括原告住所地、经常居住地和被限制人身自由所在地。因不动产提起的诉讼，由不动产所在地人民法院管辖。不动产不在同一人民法院辖区内的，各该人民法院都有管辖权。两个以上的人民法院都有管辖权的案件，原告可以选择其中一个人民法院起诉。原告向两个以上有管辖权的人民法院提起诉讼的，由最先收到起诉状的人民法院管辖。

56 . 行政诉讼依法由哪些人参力

行政诉讼参加人是指依法参加行政诉讼活动、享有诉讼权利、承担诉讼义务的人。包括当事人和诉讼代理人。当事人又分为单一当事人、共同诉讼人和诉讼中的第三人。诉讼代理人又包括法定代理人、委托代理人和指定代理人。行政诉讼的当事人是指因行政法上的权利义务关系发生争议,或者权利与利益受到侵犯,以自己的名义进行诉讼,并受人民法院裁判约束的利害关系人,即行政诉讼的原告和被告。行政诉讼当事人在不同的诉讼阶段有不同的称谓:在一审程序中,称为原告和被告;在二审程序中,称为上诉人和被上诉人;在执行程序中,称为申请人和被申请人。

行政诉讼的原告是指认为行政机关和行政机关工作人员做出的具体行政行为侵犯其合法权益,依法向人民法院起诉的公民、法人或者其他组织。有权提起行政诉讼的公民死亡,其近亲属可以作为原告提起诉讼。近亲属包括死亡公民的配偶、父母、子女、兄弟姐妹、祖父母、外祖父母、孙子女、外孙子女。有权提起诉讼的法人或其他组织终止,承受其权利的法人或其他组织可以作为原告提起诉讼。在行政争议的双方当事人中,行使行政管理职权的行政机关始终不能成为原告,而只能当被告。但如果行政机关和企事业单位或公民个人一样,作为被管理者时,则可以成为原告。依照法律规定,原告有依法向人民法院提起行政诉讼的权利,诉讼中有放弃、变更或增加诉讼请求的权利;有使用本民族语言文字进行诉讼的权利;有委托代理人进行诉讼的权利;有进行辩论,向证人、鉴定人、勘验人发问的权利;有查阅本案庭审材料,查阅并申请补正庭审笔录的权利。

行政诉讼的被告是指被原告指控侵犯其合法权益,由人民法院通知应诉的行政机关或者法律、法规授权的组织。正确认定被告,是行政诉讼的前提条件。行政诉讼的被告包括以下几种具体情况:第一,原告直接向人民法院起诉的,做出具体行政行为的行政机关是被告。第二,经过复议的案件,复议机关维持原具体行政行为的,做出原具体行政行为的行政机关是被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告。第三,两个以上行政机关做出同一具体行政行为的,共同做出具体行政行为的行政机关是共同被告。第四,由法律、法规授权的组织做出行政行为的,该组织是被告。第五,由行政机关委托的组织做出具体行政行为的,委托的行政机关是被告。第六,做出具体行政行为的行政机关被撤销的,继续行使其职权的行政机关是被告。依照法律规定,被告享有下述权利:答辩;申请审判人员回避;进行辩论;委托代理进行诉讼;经法庭许可,向证人、鉴定人、勘验人发问;查阅庭审材料。

行政诉讼中的第三人是指同提起诉讼的具体行政行为有利害关系,而在诉讼过程中要求参加诉讼或被人民法院通知参加诉讼的公民、法人或者其他组织。这里的“同提起诉讼的具体行政行为有利害关系”是指与被诉具体行政行为有法律上的权利义务关系。第三人参加行政诉讼必须具备三个条件:一是与作为被告的行政机关之间存在着行政法律关系,即管理与被管理、命令与服从的关系;二是同已经提起诉讼的具体行政行为有利害关系;三是自己申请参加或者由人民法院通知参加到已经开始了的诉讼中。

行政诉讼代理人是指依照法律规定,由人民法院指定或受当事人委托,以当事人的名义,在一定权限范围内,为当事人进行行政诉讼活动的人。诉

诉讼代理人必须具有诉讼行为能力，且只能以被代理人的名义进行诉讼活动，其参加诉讼的目的在于维护被代理人的权利和利益。诉讼代理人在代理权限范围内所实施的行为，其法律后果由被代理人承担。诉讼代理人包括法定代理人、指定代理人和委托代理人三种。由法律规定行使代理权的人，称法定代理人。法定代理人适用于代理未成年人、精神病人等无行为能力的原告人进行诉讼。指定代理人是指被人民法院指定代理当事人为行政诉讼行为的人。指定代理人主要适用于代理既无诉讼行为能力、又无法定代理人代为诉讼或者法定代理人不能行使代理权的公民进行诉讼活动。委托代理人是指由当事人、法定代理人委托参加诉讼活动的人。根据行政诉讼法规定，当事人、法定代理人可以委托一至二人代为诉讼。

57. 人民法院审查被诉的范围有哪些

人民法院对于被诉具体行政行为主要审查哪些方面，直接涉及对于行政机关的司法监督的范围和深度。根据行政诉讼法的规定，在行政审判过程中，人民法院对于被诉具体行政行为的审查，以合法性审查为原则，以合理性审查为例外。就是说，人民法院主要审查被诉具体行政行为是否合法，只有在特殊情况下，才审查其是否合理或是否适当。

具体行政行为有是否合法和是否适当、合理的区分。这主要是因为法律对于行政机关职权的规定有羁束规定和自由裁量规定之分，因而具体行政行为也就有了羁束行为和自由裁量行为两种。羁束行政行为是指行为的范围、方式、程序、手段等均由法律详细、具体、明确地规定，行政机关必须严格按照法律规定实施的行政行为。自由裁量行政行为是指行为的范围、方式等法律规定留有一定余地或幅度，行政机关可以斟酌、选择、掺杂自己的意志于其间的行为。具体行政行为是否合法，是指具体行政行为是否违反羁束规定和是否超出自由裁量范围或幅度。具体行政行为是否合理，是指行政机关做出具体行政行为时，在法律规定的范围或幅度内是否适当或恰当。

具体行政行为是否合法，是人民法院行政审判的重点。人民法院审理行政案件，主要审查行政机关做出的具体行政行为以及该具体行政行为所依据的行政规章是否与法律、法规相抵触。具体行政行为合法的，判决维持；具体行政行为违法的，判决撤销。合法的具体行政行为必须具备三个条件：一是认定事实准确，证据确凿充分；二是适用法律、法规正确，行政机关拥有法定职权，且没有滥用职权；三是行政机关做出具体行政行为时遵守法定程序。

对于行政机关在法律规定范围内做出的具体行政行为是否合理、适当的问题，原则上由行政机关通过行政复议途径解决，人民法院一般不干预，以防止司法代替行政，但行政处罚显失公正的除外。显失公正实际上就是明显的不合理或不适当的问题。行政诉讼法之所以规定人民法院在行政诉讼过程中，对行政处罚的合理性问题可以审查，是因为现行法律、法规或规章对于行政处罚的规定往往幅度过宽，弹性过大。行政执法实践中，行政处罚方面出现的问题比较多，行政处罚合法明显不合理的情况时有发生。合法但不合理的行政处罚同样会给公民、法人或者其他组织的合法权益造成损害。为此，行政诉讼法规定人民法院对于显失公正的行政处罚，可以判决变更。

58 . 人民法院如何进行行政判决

人民法院通过对行政案件的审理，要根据事实和法律，就有争议的具体行政行为做出判断和处理，这就是行政判决。由于所争议的具体行政行为本身的复杂性，人民法院应针对不同情况，做出不同的行政判决。根据行政诉讼法的规定，人民法院的行政判决包括维持判决、撤销判决、履行判决和变更判决 4 种。

维持判决是指人民法院判决维持被诉具体行政行为。其条件有三：一是具体行政行为证据确凿；二是具体行政行为适用法律、法规正确；三是符合法定程序。

撤销判决是指人民法院判决撤销或者部分撤销具体行政行为，并可以同时判决被告行政机关重新做出具体行政行为。人民法院判决被告行政机关重新做出具体行政行为时，被告行政机关不得以同一事实和理由做出与原具体行政行为基本相同的具体行政行为。被诉具体行政行为具有下列情况之一的，人民法院应依法判决撤销：第一，主要证据不足；第二，适用法律、法规错误；第三，违反法定程序；第四，超越职权；第五，滥用职权。

履行判决是指人民法院判决被告行政机关在一定期限内履行法定职责。这是人民法院对于行政机关的不作为违法行为所做的判决。被告行政机关有下述两种情况之一的，人民法院就可以对其做出履行判决：一是拒绝履行法定职责。指行政机关有义务履行法定职责，但明确表示不履行职责。二是拖延履行法定职责。指行政机关对属于自己法定职责范围内的事项拖延不办，既不履行，也不明确表示拒绝履行。

变更判决是指人民法院对于显失公正的行政处罚，可以判决变更。行政处罚具有下述情况之一的，可以认定为显失公正：相同情况，不同处罚；不同情况，相同处罚；相同地区，不同标准；不同地区，相同标准；考虑不相关因素；不考虑相关因素；一事多罚；畸轻畸重。

行政诉讼当事人对于人民法院的行政判决必须认真及时履行。公民、法人或者其他组织拒绝履行行政判决的，行政机关可以向第一审人民法院申请强制执行，或者依法自行强制执行。

59 . 行政机关侵权的赔偿责任

行政侵权赔偿责任是指行政机关及其工作人员在执行职务过程中，侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益，行政机关依法所应承担的赔偿责任。行政机关承担行政赔偿责任，必须具备下述条件：第一，具体行政行为必须是违法行为，包括作为和不作为。第二，必须有公民、法人或者其他组织的合法权益受到损害的事实。第三，违法的具体行政行为和损害事实之间有因果关系，即公民、法人或者其他组织的合法权益受到损害的事实，是由行政机关做出的具体行政行为引起的。第四，行政机关及其工作人员做出具体行政行为时，主观上有过错，即有故意或者过失。

行政赔偿的责任主体是行政机关，而不是行政机关工作人员。就是说，当具体行政行为侵犯了公民、法人或者其他组织的合法权益时，应由做出该具体行政行为的行政机关或者行政工作人员所在的行政机关进行赔偿。行政机关的赔偿费用从各级财政列支。各级人民政府可以责令有责任的行政机关支付部分或者全部赔偿费用。行政机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的行政机关工作人员承担部分或者全部赔偿费用。所谓故意是指行政机关工作人员明知自己违法执行职务会造成损害，但希望或放任这种损害结果的发生，如滥用职权、乱施罚款等。所谓重大过失是指法律在某种情况下对行政机关工作人员应当注意和能够注意有较高的要求，但行政机关工作人员却没有严格按这一要求去从事活动。行政机关工作人员因重大过失而承担赔偿责任主要有两种情况：一是行政机关工作人员做出的具体行政行为严重地缺乏事实根据，足以认为是没有认真对待造成的；二是行政机关工作人员做出的具体行政行为极端不合理，以至其他人在同样情况下不会做出这样的行为。

60. 发生遗产继承纠纷怎么办 ——谈民事诉讼与民事诉讼法

在人们的社会生活和经济生活中，不断发生并大量存在着各种矛盾和纠纷，这些矛盾和纠纷，可以通过多种途径和方式加以解决。其中，运用法律手段，通过司法审判解决纷争的方式，即为诉讼方式，俗称“打官司”。基于诉讼的内容、目的、形式等不同，诉讼分为民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼二种。民事诉讼专指公民之间、法人之间、其他组织之间以及他们相互之间因财产关系和人身关系发生纠纷，诉诸法院寻求解决而形成的诉讼。如因财产所有权纠纷、债权债务纠纷、知识产权纠纷、人身权纠纷、遗产继承纠纷、损害赔偿纠纷、婚姻家庭纠纷、经济合同纠纷等而提起的诉讼，均属于民事诉讼。民事的、经济的和婚姻家庭的纠纷案件，统称为民事纠纷案件，均可通过民事诉讼的方式予以解决。

人民法院在当事人和其他诉讼参与人的参加下，审理和解决民事纠纷案件的全部活动，由起诉与受理、审理前的准备、开庭审理、裁判、上诉、执行等一系列前后连结、不可颠倒的诉讼过程和阶段组成。在民事诉讼中，人民法院的审判活动处于主导地位，当事人及其他诉讼参与人的活动则处于从属地位，应服从法院的诉讼指挥。在民事诉讼中，双方当事人处于平等的法律地位，平等地享有诉讼权利、承担诉讼义务。

通过诉讼的方式解决民事纠纷，涉及到一系列问题需要法律予以规定和解决，如案件应由哪一级的哪一个法院管辖和审理，审理案件的程序如何进行，当事人在诉讼中享有哪些权利、承担哪些义务，判决和裁定如何执行，等等。国家所制定的调整民事诉讼法律关系，规定人民法院、当事人和其他诉讼参与人进行民事诉讼活动的程序、方法和行为准则的法律规范，即是民事诉讼法。从广义上讲，民事诉讼法除包括关于民事诉讼的系统性、专门性法律即民事诉讼法典外，还包括宪法、其他法律中有关民事诉讼的规定，以及最高人民法院的有关司法解释文件。1991年4月9日颁布施行的《中华人民共和国民事诉讼法》（以下简称民诉法），是我国现行的民事诉讼法典。该法典由规定民事诉讼一般问题的总则和审判程序、执行程序、涉外民事诉讼程序的特别规定四编组成，共29章、270条。

民诉法与民法、继承法、婚姻法、经济法等法律的关系，是程序法与实体法的关系。民事实体法是调整民事、经济法律关系，规定民事主体享有和承担的实体权利义务的法律；程序法则是调整诉讼法律关系，规定解决民事纠纷案件的程序和办法的法律，是实体法贯彻实施的保障。民诉法的任务，是保护当事人行使诉讼权利，保证人民法院查明事实，分清是非，正确适用法律，及时审理民事案件，确认民事权利义务关系，制裁民事违法行为，保护当事人的合法权益，教育公民自觉遵守法律，维持社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业顺利进行。

61 . 民事纠纷当事人向哪个法院提起诉讼

通过诉讼的方式解决民事纠纷，首先涉及到的一个问题，即是该纠纷案件应由哪一级的哪一个人民法院进行审理。当事人只能向对其纠纷案件有管辖权的法院提起诉讼。各个法院也只对依法属自己管辖范围的民事案件方能受理并审判。管辖即是关于上下级法院之间和同级法院之间受理第一审民事案件的分工与权限的规定。

不同级别的人民法院受理第一审民事案件的分工与权限是不同的。关于级别管辖，民诉法规定：最高人民法院管辖在全国有重大影响的和认为应由其审理的第一审民事案件；各省、自治区、直辖市的高级人民法院管辖在本辖区有重大影响的第一审民事案件；各市、地区的中级人民法院管辖的第一审民事案件是重大涉外案件、在本辖区有重大影响的案件以及最高法院确定由中级法院管辖的案件（如专利纠纷案件等）；其他的第一审民事案件均由各区、县的基层人民法院管辖。实践中，绝大多数的第一审民事案件是由基层人民法院和中级人民法院管辖的。

各同级人民法院之间受理第一审民事案件也互有分工。在纵向地确定了级别管辖的基础上，按照各同级法院的不同辖区及案件当事人或诉讼标的与法院辖区的关系，从横向划分的同级人民法院之间受理第一审民事案件的分工与权限，称为地域管辖。它分为一般地域管辖、特殊地域管辖和专属管辖三种。

一般地域管辖又称普通地域管辖，以当事人的住所地与法院辖区的关系来确定案件的管辖法院。通常实行“原告就被告”的原则，即：对公民提起的民事诉讼，由被告住所地（即户籍所在地）的法院管辖，被告住所地与经常居住地不一致时，由经常居住地的法院管辖；对法人或其他组织提起的诉讼，由被告住所地（即主要营业地或主要办事机构所在地）的法院管辖。如果同一诉讼的几个被告住所地、经常居住地在两个以上法院辖区的，各该法院都有管辖权。“原告就被告”的原则也有例外，对不在中国领域内居住的人和对下落不明或宣告失踪的人提起的有关身份关系（如婚姻、亲子、收养关系等）的诉讼，以及对被劳动教养或被监禁的人提起的诉讼，即应由原告住所地或经常居住地的法院管辖。

特殊地域管辖，以诉讼标的所在地或引起法律关系发生、变更、消灭的法律事实所在地或被告住所地为依据确定案件的管辖法院。例如：因合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或合同履行地法院管辖；因保险合同纠纷提起的诉讼，由被告住所地或保险标的物所在地法院管辖；因运输合同纠纷提起的诉讼，由运输始发地、目的地或被告住所地法院管辖；因票据纠纷提起的诉讼，由票据支付地或被告住所地法院管辖；因侵权行为提起的诉讼，由侵权行为实施地、侵权结果发生地或被告住所地法院管辖；因铁路、公路、水上或航空事故请求损害赔偿提起的诉讼，由事故发生地或车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地或者被告住所地法院管辖，等。特殊地域管辖的规定在适用上优先于一般地域管辖。专属管辖则是指基于某些案件诉讼标的的特定性质，只能由民诉法明文规定的法院管辖，其他法院无权管辖。民诉法规定，对于不动产（土地、房屋等）的诉讼纠纷、港口作业中发生的诉讼纠纷、继承遗产的诉讼纠纷，分别由不动产所在地、港口所在地、被继承人死亡时住所地或主要遗产所在地的法院专属管辖。

62. 什么是当事人， 其诉讼权利和义务是什么

民事诉讼的当事人，是指因民事权利义务关系发生争议，以自己的名义进行诉讼，并受人民法院的裁判约束的利害关系人。原告、被告、共同诉讼人、第三人，均属当事人之列。当事人具有三个基本特征，即：与纠纷有着直接的利害关系；为维护自己的民事权益而参加诉讼；以自己的名义参加诉讼；受人民法院的判决、裁定或调解书的约束。参与民事诉讼的人，除当事人之外，还有诉讼代理人以及证人、鉴定人、勘验人、翻译人员等。诉讼代理人是为维护被代理人（即当事人）的利益而参加诉讼的人，当事人的监护人、近亲属、朋友及律师等，均可基于法律的规定、人民法院的指定或受当事人的委托而成为诉讼代理人。他们虽也享有一定的诉讼权利并承担一定的诉讼义务，但其与诉讼结果没有直接的利害关系，故不属于当事人，而只是和被代理人的诉讼地位相近似的诉讼参加人。证人、鉴定人、勘验人、翻译人则属于其他诉讼参与人，其参与诉讼的目的只是为了协助人民法院查明案情。

根据民事诉讼法的规定，公民、法人和其他组织只要符合前述当事人条件，均可以成为民事诉讼的当事人。在我国领域内进行民事诉讼的外国人、无国籍人、外国企业和组织也可以成为当事人。公民作为当事人，没有性别、年龄、健康状况、职业等方面的限制。有诉讼行为能力的人可以亲自进行诉讼活动，而无诉讼行为能力的未成年人和精神病人则须由其代理人代为进行诉讼活动。个体工商户在民事诉讼中，以营业执照上登记的业主为当事人，有字号的，还应在法律文书中注明登记的字号。如果营业执照上登记的业主与实际经营者不一致的，以业主和实际经营者为共同诉讼人。农村承包经营户在诉讼中，如是个人经营的，以个人为当事人；家庭经营的，以参加经营的家庭成员为共同诉讼人，户主或签订承包合同的当事人可以作为诉讼代表人。个人合伙的全体合伙人在诉讼中为共同诉讼人，有字号的，还应在法律文书中注明登记的字号。全体合伙人可以共同推选出诉讼代表人，代表人的诉讼行为对全体合伙人发生法律效力。

法人是指具备一定条件、依法取得法人资格的社会组织。法人的诉讼活动，由其法定代表人（即代表法人行使职权的主要行政负责人，如厂长、经理等）进行。法定代表人的诉讼行为即是法人的诉讼行为，对法人发生法律效力，并且不受该法人的法定代表人更换的影响。可以作为民事诉讼当事人的其他组织，是指依法成立、有一定的组织机构和财产，但不具备法人资格的组织。这些组织在民事诉讼中，由其主要负责人作为诉讼代表人进行诉讼，其地位相当于法定代表人。

前已提及，民事诉讼中的当事人，包括原告、被告、共同诉讼人、第三人。原告与被告，是指认为自己的民事权益受到侵犯或与他人发生争议而向人民法院提起诉讼和被法院通知应诉的人，他们是民事诉讼中必不可少并处于对立诉讼地位的双方当事人。需要注意的是，原告起诉所指控的被告以及认为被告侵犯了其民事权益，只是一种使诉讼程序发生的假定。原告是否真正享有某种权益、该权益是否确实受到侵犯、侵犯其权益的人是否就是被起诉的被告等问题，都只有经过法院审理、裁决后，才能最终确定。实践中，“无理者先告状”以及告错人的事例均不鲜见。因此，原告的诉讼地位并不

意味着其一定能胜诉，被告也不一定都败诉。起诉或应诉的人不符合当事人条件的，还将产生当事人更换的问题，法院应通知符合条件的当事人参加诉讼，更换不符合条件的当事人。

由于当事人在民事诉讼中居于重要地位，法律赋予其享有广泛的诉讼权利，同时也要求其承担必要的诉讼义务。当事人享有的诉讼权利主要有：请求司法保护的权利，即原告有起诉权，并可以变更或者放弃诉讼请求，被告则有应诉权，可以承认或反驳原告的诉讼请求，并有权提起反诉；委托诉讼代理人权利；对与本案有利害关系的审判人员等申请回避的权利；收集、提供证据的权利；进行辩论的权利；申请调解及自行和解的权利；提起上诉的权利；申请再审的权利；查阅、复制本案有关诉讼材料和法律文书的权利；申请执行的权利，等等。当事人承担的诉讼义务主要是：必须依法正确行使其诉讼权利，不得滥用；必须遵守诉讼秩序和法庭纪律，尊重对方当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利；必须履行发生法律效力判决、裁定和调解协议，等。

在诉讼中，当事人有权要求人民法院保障其依法享有的各项诉讼权利得以充分行使。同时，人民法院对不履行诉讼义务的当事人，也有权采取措施，强令其履行义务。对当事人、诉讼参与人及其他单位或个人故意实施的一切妨害民事诉讼的行为，如必须到庭的被告经两次合法传唤，无正当理由拒不到庭的；诉讼参与人和其他人违反法庭规则或者哄闹、冲击法庭，侮辱、威胁、殴打审判人员，严重扰乱法庭秩序的；伪造、毁灭重要证据，或隐藏、转移、毁损已被查封、扣押、冻结的财产的；对司法工作人员或诉讼参与人打击报复的，以及有义务协助人民法院调查、执行的单位或个人拒不履行义务的，等等，人民法院有权依法采取拘传、训诫、责令退出法庭、罚款和拘留等强制措施予以制止和制裁，以维护国家法律的尊严，保障诉讼程序和诉讼活动的正常进行。

63 . 当事人须提供什么样的证据

以事实为根据、以法律为准绳是人民法院审理民事案件必须遵循的基本原则。只有查明了案情事实，才能正确适用法律去解决争议，而事实的查明，则必须依靠充分、确凿的证据。对诉讼当事人来讲，其提出诉讼主张和权利要求，必须要有相应的事实、理由和证据作为基础，如果没有证据，其诉讼主张将会成为“空中楼阁”，无法受到法律的保护。因此，诉讼证据无论是对当事人维持自己的诉讼主张和合法权益，还是对人民法院查明案件事实，依法做出正确裁判，都具有十分重要的意义。

能够证明案件真实情况的一切事实，都是证据。民事诉讼中的证据有下列7种：（1）书证。（2）物证。（3）视听资料。（4）证人证言。（5）当事人的陈述。（6）鉴定结论。（7）勘验笔录。证据必须具备真实性、关联性和合法性三个基本特征。

客观存在的证据，必须要由当事人提供出来或由人民法院调查、收集出来并依法审查核实，才能起到证明某件事实的作用。根据民诉法的规定，民事诉讼的当事人对自己提出的诉讼主张，负有提供证据予以证明的责任，即举证责任由当事人承担（这点与刑事诉讼、行政诉讼的规定不同）。当事人分担举证责任的原则是“谁主张、谁举证”。具体说来，原告对自己提出的诉讼主张，必须说明事实和理由并提出证据予以证明；被告否认、反驳原告的主张或提出反诉，同样须提出相应的证据；第三人对其诉讼主张也负有举证的责任。例如，张三起诉李四欠债不还，须提出债权债务关系的凭证（如借据）或有证人证明，还要提出证据证明债务已到清偿期、屡次催要李四拒不偿还等事实。李四如提出自己不欠张三的债，或债务已经清偿或尚未到期，也要举出证据来。假如李四反诉张三索债时曾打伤了他，致其损失医疗费、误工工资若干元，要求张三赔偿，还要举出被张三打伤的证据、医疗费单据、单位误工证明等证据。在某些特殊情况下，考虑到举证责任分担的均衡性和主张方举证的实际困难，法律也对“谁主张、谁举证”的原则做出了一些例外规定，即采用“举证责任倒置”的方法将主张方的部分举证责任转移给对方当事人承担。

64 . 民事案件的审判程序是什么

人民法院审理、判决各类民事案件，均要按照一定的方法、步骤和“操作规程”进行，这即是审判程序。根据民事诉讼法的规定，民事案件的审判程序共有8种，即：第一审普通程序和简易程序、第二审程序、特别程序、审判监督程序、督促程序、公示催告程序、企业法人破产还债程序。

我国民事审判实行“两审终审”制，相应地设立了第一审程序和第二审程序。第一审程序因当事人行使起诉权和法院决定受理而发生，第二审程序因当事人不服一审判决、裁定，依法行使上诉权而发生。这两种程序是民事审判的一般程序。审判监督程序，是对已审结的案件，发现确有错误而予以纠正时所适用的一种特殊程序，它不具有审级性质，也不是审理每一民事案件的必经程序。上列三种审判程序，构成我国民事案件审判程序的基础。

民事案件的第一审程序有普通程序和简易程序两种。简易程序是基层人民法院和它的派出法庭审理事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的简单民事案件时所适用的简便易行的程序。它实质上是普通程序的简化，在起诉与受理的程序，传唤当事人、证人的方式，审判组织形式，开庭审理的程序及审理期限等方面，都体现了简易、便捷的特点。而普通程序则是审理第一审民事案件通常所适用的程序，适用性最为广泛，大多数第一审案件都依普通程序审理，即使对某些特定类型的案件按其它程序审理，普通程序的规定也大量渗透其中。第一审普通程序也是民事审判程序中最基本、最系统、最完整的一种审判程序，是人民法院审理民事案件应当遵循的最基本、最主要的“操作规程”。第一审普通程序的主要内容如下：

(1) 起诉与受理。起诉是原告向人民法院提出诉讼请求的行为。起诉必须符合下列条件：原告是本案有利害关系的公民、法人和其他组织；有明确的被告；有具体的诉讼请求和事实、理由；属于人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖。起诉应向法院递交起诉状，并按照被告人数提出副本。起诉状应当记明的主要内容包括：当事人双方的姓名、性别、年龄、职业、住所等基本情况，诉讼请求和所根据的事实与理由、证据和证据来源、证人的姓名和住所等。受理是人民法院对起诉进行审查，认为符合起诉条件，决定接收立案并进行审理的诉讼行为。案件一经受理，诉讼程序正式开始。

(2) 审理前的准备。人民法院在受理案件后，开庭审理前应做的准备工作主要是：将起诉状副本发送被告，通知其应诉并在15日内提出答辩状；将被告的答辩状副本发送原告；告知当事人有关的诉讼权利义务和审理本案的合议庭组成人员；认真审核诉讼材料；调查收集必要的证据。此外，法院对于可能因当事人一方的行为或其它原因而使将来的判决不能执行或难以执行的案件，可以根据当事人的申请或依职权采取财产保全措施，对有关财产或争议的标的物予以查封、扣押、冻结。对于追索赡养费、抚养费、抚育费、抚恤金、医疗费、劳动报酬等案件，可以根据当事人的申请，裁定先予执行，以满足申请人生活或生产经营的紧急需要。在事实基本查清的基础上，还可以进行调解。

(3) 开庭审理。是指由审判人员主持，当事人及其他诉讼参与人参加，在法庭上对案件进行审理并依法做出判决的全部诉讼活动。开庭审理的程序分为准备开庭、法庭调查、法庭辩论、评议和宣判五个阶段。

准备开庭阶段的主要工作是；在开庭 3 日前通知当事人和其他诉讼参与人，发布开庭公告；开庭前，由书记员查明当事人及其他诉讼参与人是否到庭，宣布法庭纪律；审理前，由审判长核对当事人，宣布案由和审判人员、书记员名单，告知当事人有关的诉讼权利义务，询问当事人是否申请回避。法庭调查阶段是开庭审理的核心，其主要任务是听取当事人的陈述和答辩，将全部案件事实和证据在法庭上进行揭示、核查。

法庭辩论，是在审判人员主持下，当事人、第三人及其诉讼代理人就如何认定事实、证据及如何适用法律解决争议等问题提出自己的看法、主张并与对方当事人相互辩驳、论证。法庭辩论的顺序是：原告及其诉讼代理人发言；被告及其诉讼代理人答辩；第三人及其诉讼代理人发言或答辩；互相辩论。辩论终结，审判长还应依次征询各方的最后意见。能够调解的，还可以再进行调解。

合议庭对案件进行评议，依法做出判决并予宣告，是法庭审理的最后阶段。合议庭评议案件实行少数服从多数的原则，评议中的不同意见，应如实记入笔录。民事判决是人民法院对法庭审理终结的民事案件，根据查明和认定的事实，正确适用法律，做出的解决民事实体权利义务争议的权威性判定。当庭宣判的，应在 10 日内发送判决书；定期宣判的，应在宣判后立即发给判决书。宣告判决时，必须告知当事人上诉权利、上诉期限和上诉的法院。

一审判决做出后，并不是立即发生法律效力。如果当事人服判，未在上诉期间内提出上诉，上诉期满后，一审判决即发生法律效力。任何一方当事人不服一审判决的，均有权在判决书送达之日起 15 日内向上一级人民法院提起上诉，要求上一级法院对该案继续进行审理。

第二审法院对上诉案件审理的结果，有下列几种情形：（1）原判决认定事实清楚，适用法律正确的，判决驳回上诉，维持原判决；（2）原判决适用法律错误的，依法改判；（3）原判决认定事实错误，或者认定事实不清，证据不足的，裁定撤销原判决，发回原审法院重审，或者查清事实后改判；（4）原判决违反法定程序，可能影响案件正确判决的，裁定撤销原判决，发回原审法院重审。对不服一审裁定的上诉案件，第二审法院处理时，一律使用裁定。当事人对发回重审案件的判决、裁定，可以再上诉。

一个民事案件，经过两级人民法院的两次审理即告终结，这即是“两审终审制”。对第二审法院做出的终审判决、裁定，当事人不能再上诉。如果终审判决、裁定仍有错误，怎么办呢？为纠正错案，法律设立了审判监督程序（又称再审程序），它即是法院对已经发生法律效力的判决、裁定或调解书，发现确有错误须予纠正而依法对该案再次进行审理的程序。当事人对已经发生法律效力的判决、裁定，认为有错误的，可以依审判监督程序在二年之内向原审法院或上一级法院申请再审。但须注意的是，申请再审与提起上诉是不同的。当事人申请再审，不停止原判决、裁定的执行；同时，也不是一经申请，再审程序即当然开始。当事人申请再审，必须符合下列条件之一：（1）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；（2）原判决、裁定认定事实的主要证据不足的；（3）原判决、裁定适用法律确有错误的；（4）法院违反法定程序，可能影响案件正确判决、裁定的；（5）审判人员在审理该案时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的；（6）对生效的调解书，提出证据证明调解违反自愿原则或者调解协议的内容违反法律，经审查属实的。当事人的申请符合上列情形之一的，法院应当再审；对不符合规定的申请，法院

将予以驳回。对已经发生法律效力的解除婚姻关系的判决，当事人不得申请再审。

65．什么是生效裁判，裁判生效后 义务人不履行怎么办

最高人民法院的判决、裁定，第二审人民法院的判决、裁定，以及第一审人民法院做出的依法不准上诉或者超过上诉期限没有上诉的判决、裁定，都是发生法律效力的判决、裁定，即生效裁判。义务人必须履行生效裁判或其它法律文书中所确定的义务，以保证权利人的权利得以实现，义务人拒不履行义务的，人民法院将运用国家强制力，采取措施强制义务人履行义务。所以，民事案件审理完结，并不等于万事大吉，还有生效裁判的执行问题。执行程序也是民事诉讼程序的重要组成部分，它对于维护法律的尊严和生效法律文书的权威性、严肃性，保障权利人的权益得以实现，教育公民依法履行义务、遵纪守法等，均具有重要意义。

引起执行程序开始的方式有当事人申请执行和人民法院移送执行两种。对于发生法律效力的民事判决书、裁定书、调解书及其它法律文书，一方当事人拒绝履行的，对方当事人可以向第一审人民法院申请执行。申请执行的期限，双方或一方当事人是公民的为1年，双方是法人或其他组织的为六个月。该期限从法律文书规定履行期间的最后一日起计算；规定分期履行的，从每次履行期间的最后一日起计算。对于生效裁判，根据案件的性质和需要，审判人员也可以依职权直接移送执行人员执行。

执行人员接到申请执行书或移交执行书，应当向被执行人发出执行通知，责令其在指定的期间内履行，逾期不履行的，强制执行。强制执行的方法和手段，因执行的内容不同而不同。根据民诉法的规定，人民法院实施强制执行所采取的措施有下列几种：（1）查询、冻结、划拨被执行人的储蓄存款；（2）扣留、提取被执行人的收入；（3）查封、扣押、冻结、变卖被执行人的财产；（4）对被执行人隐匿的财产进行搜查；（5）强制交付法律文书指定的财产物或票证；（6）办理有关财产权证照转移手续；（7）强制迁出房屋或强制退出土地；（8）强制执行法律文书中所指定的行为；（9）对迟延履行义务的被执行人，责令支付迟延履行金或责令加倍支付迟延履行期间的债务利息。采取有关执行措施后，被执行人仍不能清偿全部债务的，应当继续履行义务；债权人发现被执行人有其他财产的，可以随时再请求人民法院执行。

刑事诉讼法

66 . “ 打刑事官司 ” ——刑事诉讼法

诉讼，就是“打官司”。刑事诉讼就是打“刑事官司”，也就是国家司法机关按照刑法的规定，追究被告人的刑事责任。国家司法机关办理刑事案件，要有个章程，这个章程就是《刑事诉讼法》，它是规定刑事诉讼的原则、制度和程序的法律。

刑事诉讼法为司法机关运用刑罚同犯罪分子做斗争提供了科学的准则和程序，它就像产品的生产工艺一样，违背了，就会出现残品、次品，而刑事诉讼中的“残品”、“次品”，直接关系到人的自由和人的生命。因此，严格按照刑事诉讼法办事，就能保证准确、及时地查明犯罪事实，正确应用法律，惩罚犯罪分子；保障无罪的人不受刑事追究；并且能够教育公民自觉地遵守法律，积极同犯罪分子做斗争，从而预防和减少犯罪。这也正是我国刑事诉讼法的基本任务。

67．刑事案件由谁来管 ——刑事诉讼管辖

为了有效地打击犯罪，防止司法机关遇到刑事案件互相推诿，我国的刑事诉讼法对公检法机关在处理刑事案件的范围上做了明确的分工规定。这种分工，在法律上称为刑事诉讼的管辖。我国刑事诉讼法规定的刑事诉讼管辖有两类，即人民法院、人民检察院和公安机关的职能管辖，以及人民法院的审判管辖。

职能管辖，也称立案管辖，它解决的是哪一类刑事案件应由公检法的哪一机关立案受理的问题。依照我国刑事诉讼法的规定，告诉才处理（被害人告诉了才处理）和其他不需要进行侦查的轻微刑事案件，由人民法院直接受理。属于人民检察院直接受理的案件是贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪，以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件。属于公安机关立案侦查的案件则是除了人民法院和人民检察院直接受理的案件以外的一切案件。

审判管辖解决的是第一审刑事案件由哪一级人民法院或同级人民法院的哪一个法院审理的问题。根据我国刑事诉讼法的规定，最高人民法院管辖在全国有重大影响以及认为应当由自己管辖的第一审刑事案件；高级人民法院管辖在全省（直辖市、自治区）有重大影响的第一审刑事案件；中级人民法院管辖的第一审刑事案件是反革命案件，判处无期徒刑、死刑的普通刑事案件，外国人犯罪或者我国公民侵犯外国人合法权利的刑事案件；基层人民法院管辖除了依法应由上级人民法院管辖的第一审普通刑事案件。

在同级人民法院中，刑事案件由犯罪地人民法院管辖。如果由被告人居住地的人民法院管辖更为合适的，也可以由被告人居住地人民法院管辖。如果一个罪犯在几个地方都犯有罪行，几个同级人民法院都有权管辖的，则由最初受理的人民法院审判，在必要时，可以移送主要犯罪地人民法院审判。

此外，我国还设有专门人民法院，如军事法院、铁路运输法院、水上运输法院和森林法院等，专门法院管辖的案件，主要是一些与该专业有关的刑事案件。

68 . 为什么有时侦查、审判人员
不得参加侦查、审判
——刑事诉讼回避

所谓刑事诉讼中的回避，是指与案件或者案件的当事人有某种特殊关系的审判人员、检察人员、侦查人员不得参加该案件的审判、检察、侦查等活动。

根据我国刑事诉讼法的规定，审判人员、检察人员、侦查人员有下列情形之一的，应当自行回避。当事人及其法定代理人也有权要求他们回避：(1)是本案的当事人或者当事人的近亲属；(2)本人或者他的近亲属和本案有利害关系；(3)担任过本案的证人、鉴定人、辩护人或者附带民事诉讼当事人的代理人的；(4)是与本案当事人有其他关系，可能影响其正确处理案件的。

无论是自行回避还是申请回避，都要有专门的人员和组织做出决定。根据我国刑事诉讼法的规定，审判人员、检察人员、侦查人员的回避，应当分别由院长、检察长、公安机关负责人决定；院长的回避由本院审判委员会决定；检察长和公安机关负责人的回避，由同级人民检察院检察委员会决定。

对于当事人申请回避的要求，经审查认为没有事实根据的，可以做出驳回申请回避的决定，对该决定当事人可以申请复议一次。

此外，我国刑事诉讼法还规定，回避制度也适用于书记员、翻译人员和鉴定人。

69 . 况钟为什么断定青楼女子 不是杀人凶手 ——刑事诉讼证据

据记载，历史上有一个叫况钟的人，他在担任知州时，曾承办过这样一个案子，某青楼女子被指控犯有杀人罪，在大堂上，她本人也承认，为报杀父之仇，她把该男子诱至房间，用酒灌醉后，持菜刀将其砍死，随后将菜刀扔到楼后的花园里。根据她提供的地点，衙役找到了凶器，看了这把菜刀后，况钟断定，这位青楼女子并不是真正的凶手。后经明查暗访，找到了真正的凶手。那么，况钟为什么凭一把菜刀就断定这位青楼女子不是真正的凶手呢？

因为菜刀与受害人的致命伤不能吻合，死者身上留下的致命伤刀口很小但深及心脏，这是一把菜刀所不能及的。可见，菜刀、刀痕成了本案的重要证据。其实，任何犯罪行为都是在一定的时间、空间、条件下实施的，俗话说：“要若人不知，除非己莫为”，不管犯罪分子手段多么巧妙，总会留下一些“蛛丝马迹”，如物品、痕迹、环境变动，或为在场人所见、被害人直接感受，等等。只要紧紧抓住这些，就能拨开重重迷雾，使案情大白于天下。这些能够证明案件真实情况的事实，在刑事诉讼中称为证据，具体地说，刑事诉讼中的证据，就是办案人员按照法定程序调查收集的，能够查明案件客观真实情况的一切事实材料。

根据我国刑事诉讼法的规定，证据必须具备三个基本条件：第一，是客观存在的事实，不是主观想象、猜测甚至捏造的事实；第二，是与案件有内在联系的事实；第三，是司法机关依照法定程序取得的，并经查证属实的事实。

目前，我国刑事诉讼的证据基本有六种：（1）物证、书证；（2）证人证言；（3）被害人的陈述；（4）被告人的陈述和辩解；（5）鉴定结论；（6）勘验、检查笔录。需要指出的是，在我国，凡知道案件情况的人，都有作证的义务，但生理上、精神上有缺陷或者年幼，不能辨别是非，不能正确表达意思的人不能做证人。证人必须如实地作证，提供证据、证言，作伪证或窝藏、隐匿、毁灭罪证的证人，要负法律责任。对于被告人的口供，既不能不信，也不能全信，要坚持重证据，重调查研究，不轻信口供，不刑讯逼供的原则，只有被告人口供，没有其它证据的不能定案，没有被告人口供，其它证据确凿的，也可以定案。

70 . 刑事诉讼为什么公开审判

实行公开审判，是我国刑事诉讼法规定的一项重要原则和制度。所谓公开审判，就是指人民法院的审判活动应当向人民群众公开，吸收人民群众旁听，并允许新闻记者进行采访和发表有关审判过程的报道，将案情向社会公开。我国刑事诉讼法和人民法院组织法规定，人民法院审理案件，除涉及国家机密、个人隐私和未成年人犯罪案件外，一律公开进行。这里所说的国家机密指政府和军队的秘密以及各种技术和业务的秘密；隐私，是指男女间不便公开的事，例如强奸案中的某些具体情节；对于未成年人不公开审理，则是为了防止未成年人精神上受创伤，影响其健康成长。其他案件除合议庭评议外，允许群众旁听对案件的审理和宣告判决。

实行公开审判制度，可以使人民法院的审判工作置于人民群众的监督之下，增加审判人员的责任感，促使他们更加认真负责地对待自己的工作，改进审判作风，防止主观片面，提高办案质量；还可以使到庭的旁听群众，受到生动的法制教育，加强守法观念。同时，在法庭上通过对犯罪事实的揭露，也使犯罪分子在广大群众面前感到难以隐瞒和诡辩，只有认罪服法才是自己唯一的出路。

71. 被告人都有辩护权吗 ——刑事诉讼的辩护

汉朝王符《潜夫论·明闇》：“君之所以明者，兼听也；其所以闇者，偏信也。”唐朝魏徵将上面的话概括为八个字：“兼听则明，偏信则暗”，意思是说，要听取各方面的意见，全面地了解情况，才能明辨是非。正因为如此，为不放纵坏人也不冤枉好人，保证准确、有效地打击和惩罚犯罪，我国刑事诉讼法明确规定，被告人有权获得辩护，人民法院有义务保证被告人获得辩护。

被告人有权获得辩护，就是被告人及其辩护人，对被控告的犯罪事实和法律两个方面进行申述、辩解、反驳，以维护被告人的合法权益，它是法律赋予被告人的一项重要诉讼权利，是国家赋予被告人保护自己合法权益的一种手段，司法机关不得以任何借口或理由剥夺被告人的辩护权。

那么，被告人如何行使法律所赋予的辩护权呢？可以通过两种方式：一种是自己行使辩护权，另一种是委托别人代为辩护。

依照法律，被告人的辩护权，贯穿在整个刑事诉讼的全过程中。可以说，从立案开始到终审判决之前，被告人都有为自己辩护的权利。在侦查阶段，被告人的辩护权只能由自己行使。他有权知道被控告的内容；有权提出无罪、罪轻的辩解；有权阅读讯问笔录，如果记载有遗漏或差错，可以提出补充或者改正；有权提出自己书写所供述的材料；对侦查人员讯问与案件无关的问题，有拒绝回答的权利；在法庭审理过程中，有权参加法庭辩论；有权申请传唤证人和调取其他证据；有权申请对证人、鉴定人发问；有权申请重新鉴定或者勘验；有权在辩论终结后做最后陈述等等。在法庭审理过程中，被告人除自己辩护外，还可以委托辩护人为他辩护。我国刑事诉讼法还规定，公诉人出庭公诉的案件，被告人没有委托辩护人的，人民法院可以为被告人指定辩护人；被告人是聋哑或者未成年人而没有辩护人的，人民法院应当为他指定辩护人，被告人的辩护人可以是—人，也可以是两人。

辩护人的职责是：根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或减轻、免除其刑事责任的材料和意见，协助被告人进行诉讼，维护其合法权益，并协助法院正确处理案件。辩护人的权利有：（1）律师充当辩护人时有权查阅和向有关单位、个人调查本案的材料，有权会见在押的被告和通信，了解案情；其他人充当辩护人时，经人民法院允许，也有权了解案情，同在押的被告会见和通信。（2）在法庭上经审判长同意，有权向被告、证人、鉴定人等发问。（3）有权要求提取新证据和要求通知新证人到庭或要求重新鉴定和勘验。（4）有权参加辩论。（5）有权对法院判决、裁定申请不服，在取得被告人的同意下依法为被告人上诉。等等。辩护人虽然为被告人辩护，但在辩护活动中必须按照法律规定进行，不允许捏造事实、歪曲法律；对于涉及国家机密或个人隐私的案件，不得泄露。被告人若对辩护人信任时，可以拒绝辩护人为他辩护，也可以另行委托别的辩护人；被告人若对辩护人隐瞒事实真相，辩护人有权拒绝为其辩护。有些国家，辩护人从案件开始起就参加诉讼。我国目前则规定，被告人只有在审判阶段才能请辩护人为其辩护。

72 . 对案犯嫌疑分子拘留是刑罚吗 ——刑事诉讼的强制措施

所谓刑事诉讼中的强制措施，是指公检法机关为了防止被告人、现行犯和重大嫌疑分子逃避侦查、审判，毁灭、伪造证据，销赃灭迹，订立攻守同盟，继续犯罪，自杀和其他破坏活动，所采取的限制或剥夺其人身自由的各种强制性的措施。它不同于刑罚。刑罚是对犯罪分子的惩罚和教育，而强制措施则是保证刑事诉讼顺利进行而采取的一种必要手段，因此，不能把两者混淆起来，互相代替，“以拘代罚”、“以捕代罚”。

由于采用强制措施涉及到限制或剥夺公民人身自由的问题，因此，公检法机关在决定采用强制措施时，必须十分严肃谨慎。如果使用不当，就可能放纵犯罪，或造成错拘、错捕、错押。

根据我国刑事诉讼法的规定，刑事诉讼中的强制措施有拘传、取保候审、监视居住、逮捕、拘留 5 种。

拘传，是公检法机关对于没有被逮捕、拘留的刑事被告人、嫌疑人，经过合法传唤，无正当理由不到案，而强制使被传唤人到案的措施。拘传被告人，应当填发拘传票，并向被告人出示。

取保候审，是指公检法机关对于罪该逮捕而无逮捕必要、患有严重疾病、怀孕和哺乳婴儿的妇女等被告人，责令其提出保证人，由保证人出具保证书，保证被告人不逃避侦查和审判，并随传随到的一种强制措施。

监视居住，是对于符合取保候审条件的被告人，公检法机关责令其不得离开指定的居住区域，并对其行动进行监视的一种强制措施。

逮捕，是对主要犯罪事实已经查清，可能判处徒刑以上刑罚的人犯，采取取保候审、监视居住等方法，尚不足以防止发生社会危险性，而有逮捕必要的，由人民检察院批准或决定，或者由人民法院决定，并由公安机关执行，将其羁押在一定场所，剥夺他的人身自由。因此，逮捕是一种最严厉的强制措施。

拘留，是公安机关在紧急情况下，对罪该逮捕的现行犯或者重大嫌疑分子，不经过人民检察院批准，短期剥夺其人身自由的一种强制措施。

73 . 被告人对第一审判决不服可以上诉吗 ——两审终审制

所谓两审终审，其意思是说，除最高人民法院所做的一审判决和裁定是终审判决和裁定外，其他各级人民法院依照第一审程序审判的案件，被告人或其法定代理人如果对判决、裁定不服，可以在法定的期限内向上一级人民法院上诉；人民检察院认为判决、裁定确有错误，可以在法定的期限内向上一级人民法院抗诉，要求上一级人民法院对该案件再进行审判。上一级人民法院审理第二审案件做出的判决、裁定，都是终审的判决、裁定，立即发生法律效力。

实行两审终审制，并不是说所有的案件都必须经过两级法院的审判，只有在法定的期限内被告人提起上诉或人民检察院提起抗诉的案件，才发生第二审程序。根据我国刑事诉讼法的规定，对判决的上诉或抗诉期限均为 10 日，对裁定的上诉或抗诉期限均为 5 日，从接到判决书、裁定书的第二日起算。如果被告人服从第一审判决、裁定，或者超过了法定期限没有提起上诉，人民检察院又没有提起抗诉，则第一审人民法院的判决、裁定亦发生法律效力，这样就不会引起第二审程序。此外，有权提起上诉的除了被告人或其法定代理人外，被告人的辩护人和近亲属经被告人同意，也可提起上诉。

对于上诉案件，二审法院经过审理后，只有认为原判决“事实不清楚或者证据不足的”，才可以裁定撤销原判，发回原审法院重新审判；而不得以“量刑不当，处理偏轻”为理由，直接加重被告人的刑罚；也不能以同样理由，将案件发回原审法院重新审判，以加重被告人的刑罚。这样做，可以解除被告人因怕上诉后被加刑而不敢上诉的顾虑，使其顺利行使上诉权。

国际法

74 . 什么是国际法

简单地说,国际法是一种主要用来调整国家之间关系的法律。由于人们通常把国家之间的关系看成是“公对公”的关系,国际法又叫“国际公法”。

国际法是国家在长时期相互交往的过程中逐渐形成和发展起来的。从公元前 4000 年开始,世界上产生了埃及、印度、巴比伦、中国等文明国家。它们并非处在与外界完全隔绝的环境中,相互间都有着这种或那种形式的交往和联系,久而久之,逐渐成为被各国普遍承认和遵守的原则、规则和制度,这是最初的国际法。

但是,一般认为,国际法是近代社会的产物。今天,国际法得到了充分发展,已成为一个庞大的法律体系,其中包括国际海洋法、国际航空法、国际环境法、国际人权法、国际组织法等不同法律部门。

国际法在历史上曾有不同的名称。古代罗马称国际法为“万民法”,意思是调整罗马人同外国人之间关系的法律。1625 年,被誉为“国际法之父”的荷兰学者格老秀斯出版了《战争与和平法》一书,称此法为“万国法”。1780 年,英国法学家杰里米·边沁第一次改称国际法,沿用至今。

19 世纪中叶,国际法从西方传入中国。1893 年,林则徐在广州禁烟时,曾将瑞士法学家瓦泰尔《万国法》一书的几个章节译成中文,称《各国律例》。在 1864 年,任清政府同文馆总教习的美国传教士丁韪良,把美国法学家惠顿的《国际法原理》一书译成汉文,称《万国公法》,第一次正式地、全面地把国际法介绍到中国。从此,国际法在中国逐渐传播开来。

与国内法比较,国际法是一个特殊的法律体系,它具有以下几个特点:

第一,国家是国际法的基本主体。由于国际法主要是用来调整国家之间关系的法律,因此,国家是国际法的基本主体。另外,正在争取独立的民族、政府间的国际组织在一定条件下和在一定范围内也是国际法的主体。虽然个人是国内法的主体,但不能成为国际法的主体。

第二,国际法的制定者是国家。在国际社会中,每个国家都享有国家主权,不存在也不应该存在一个凌驾于国家之上的立法机关。因此,国际法不可能像国内法那样由立法机关依一定程序制定,而只能通过国家之间的协议来达成,也就是以缔结条约的方式制定。

第三,国际法采取特殊的实施方式。在国内,有一些有组织的强制机关如军队、警察、法院来维护法律,并保证其实施。国际上不存在这样的超越国家之上的强制机关,国际法的实施,只能依靠国际法主体——国家本身,依靠国家的单独或集体行动来保证。

75 . 国家的基本权利和义务是什么

国家作为国际法的基本主体，有相应的权利和义务。国家的权利分基本权利和派生权利两类。基本权利是国家固有的，从国家主权直接引伸出来的权利，国家在享受基本权利上没有差别。派生权利是从基本权利派生出来的权利，各国享有的派生权利有所不同。

国家的基本权利有 4 项：

（1）独立权

独立权是指国家享有自主处理本国的内部事务免受外部的任何控制和干涉的权利。它包含两点意思：一是国家有独立自主地处理其主权范围内事务的权利；二是国家在处理这些事务时不受外来的干涉。两方面是密切联系的。独立自主要求不受干涉，不干涉是独立自主的必然结果。独立权是不干涉原则的基础。同时，它也是国家享有主权的标志。处于殖民地或附庸国地位的国家是没有主权的。

（2）平等权

平等权是指国家在国际法上地位平等的权利。由于每个国家都享有主权，因此它们是平等的，而平等者之间无管辖权可言。在国际社会中，国家不分大小，社会制度如何，发展水平高低，其法律地位一律平等，它们享有同样的权利并承担同样的义务。应严格禁止大国欺负小国，强国凌侮弱国，坚决反对一切形式的强权政治和霸权主义。

（3）自卫权

自卫权是指国家保卫自己的生存和独立的权利。它包括两个方面的内容：一是指在和平时期，国家有进行国防建设，组建军队，防备有可能发生的来自外国的侵犯的权利；二是指当国家实际受到外国的武力攻击时，有进行单独或集体自卫的权利。但是，国家行使自卫权应严格地以遭到外国武力攻击为前提条件，不得以自卫之名，行侵略之实。

（4）管辖权

管辖权是指国家对其领域内的一切人、物和事件有行使管辖的权利。这包括：领域管辖。就是说，任何人、物或事件，只要处在一国领土范围内，该国就有权管辖。国籍管辖。又称属人管辖，只要是本国公民，无论他是处在国内或国外，国家都有权利管辖。保护性管辖。国家为了保护国家和本国公民的重大利益，在某些情况下，对外国人在外国的一些犯罪行为也有权利管辖。普遍性管辖。对于那些严重危害整个国际社会的和平与安全及全人类根本利益的国际犯罪行为，如贩毒、海盗、种族灭绝，不论其发生的时间或地点如何，每个国家都有管辖的权利。

国家的基本权利和基本义务是一致的。一国享有基本权利的同时，也负有尊重他国基本权利的义务。在国际关系中，不容许有只享受权利而不承担义务的特权国家，也不应该有只承担义务而不享有权利的无权国家。

国家是国际法的主体，在国际法上享受权利并承担义务。但是，国家的这种权利和义务要靠代表它的政府来实现。具体说，由该国的中央政府来实现。大家知道，世界上只有一个中国，中华人民共和国是中国的唯一合法代表；台湾是中国的一个省，是中国领土不可分割的组成部分。中国作为国际法主体所享受的权利和承担的义务应由中华人民共和国中央人民政府来代表和实现。

76 . 互相尊重国家主权和领土完整

国家主权，就是国家统治的权力。这是国家最重要的属性，也是国家本身所固有的属性。它是不可分割、不可转让的，并具有神圣不可侵犯的性质。国家主权包括国家对内的最高权和对外的独立权两方面。对内的最高权是指国家在国内享有最高的统治权，有权决定国家的一切内部事务，如确立国家的社会政治制度和统治形式等，不服从任何外部的权威或命令。对外的独立权是指在国际社会中，每个国家都享有平等的法律人格，可以奉行独立自主的外交政策，与其他国家进行友好交往与合作，而免受任何外来的干涉和侵犯。

国家主权是国家最根本的权利，是国家在政治上是否真正独立的标志，丢失了主权的国家则不成为国家。因此，各国都非常重视维护本国的国家主权。这是个原则问题，称国家主权原则，容不得做任何一点的妥协或交易。

国家主权原则是国家权利和国际义务的辩证统一，它要求，一国在享受本国主权权利的同时，负有尊重他国主权的义务，即互相尊重国家主权。国家主权原则是国际法最重要的基本原则，是维护国家政治独立，免受外来侵略的法律依据，也是国家交往与合作的法律基础。如果国家主权原则受到破坏，各国的主权都无法保证。

国家领土是地球上在国家主权管辖下的一个特定的部分，它由领陆、领水、领空和底土四部分组成。领陆是国家领土中露出水面的陆地部分，领水是国家领土范围以内的水域，如湖泊、河流、运河等，领空是国家领土的上部空间，底土是领陆和领水以下的土壤。它们共同构成国家领土这个整体。

领土对国家来说有十分重要的意义。首先，它是构成国家的基本要素之一，没有领土的国家世界上是不存在的。其次，领土是国家赖以生存和发展的物质基础，是创造国家财富的主要源泉。最后，领土还是国家行使主权权利的客体和空间范围。

领土完整是国际法的基本原则之一。领土完整并不仅是一个地理上的概念，有些国家的领土是一块完整的陆地，有些国家的领土则是分散的，由陆地和远离大陆的许多岛屿组成。领土完整是一个政治概念和法律概念，是指国家领土不能分割、肢解，更不能侵占。它具有神圣不可侵犯的性质，任何侵犯国家领土的行为都是国际不法行为，为国际法所不容许。

由于国家主权和领土完整性的重要性，在《联合国宪章》和其他有关国际文件中，把二者并列，共同构成了国际法上一项最重要的基本原则，也是和平共处五项原则的第一项原则。

国家主权和领土完整是两个既相互联系也有区别的概念。国家主权的含义较广泛，它包括政治主权、经济主权、领土主权，以及从国家主权派生的独立权、平等权、自卫权、管辖权等基本权利。即使不破坏他国的领土完整，用其他方式干涉别国内政，也是侵犯国家主权。当然，以武力破坏他国的领土完整，是一种最严重的侵犯国家主权的行为。把国家主权和领土完整放在一起，既指明了二者之间的密切联系，也突出了领土完整性的重要性。

77 . 互不干涉内政与国际交往

互不干涉内政是国际法上的一项基本原则，它是从国家主权原则直接引申出来的。按照主权原则，每个国家的主权都应受到尊重。这就表明，任何国家都不准以任何借口干涉别国的内部事务。如果听任各国可以相互干涉内政，国际秩序和法律就不会存在，国家主权也成为一句空话。因此，互不干涉内政是国家主权原则得到尊重的重要保证。

所谓干涉，是指一个或几个国家从本身的利益出发，为达到某种不正当的目的，对属于别国主权管辖范围以内的事项进行干预，迫使对方改变正在执行或目前存在的某种方针、政策或情势。

干涉有多种形式：（1）武装干涉。武装干涉是一种直接的、粗暴的公开干涉，它最显著的特点是非法使用武力，如历史上十月革命后帝国主义对苏俄的武装干涉；1979 年苏联对阿富汗的武装干涉。武装干涉实际上就是侵略。（2）经济干涉。经济干涉是干涉国通过财政、经济援助等手段，控制受援国的经济命脉，使受援国在经济上依附自己，必要时以停止经济援助相要挟，来达到某种政治目的。（3）外交干涉。干涉国通过发表针对他国的声明或照会，以断绝外交关系、实施经济制裁、贸易禁运相威胁，施加外交压力，以迫使对方服从他的意志。

可以说，凡是国家主权管辖范围内的事项都属于国家的内政，别国无权干涉。但是，内政的内容十分广泛，不能简单地理解为，凡发生在一国内的问题都是国家的内政。国际法上的内政不是一个地域概念，即使国家在本国内从事的行为，如果破坏了国际法，也会超出内政的范围，其他国家有权利过问。例如，按照公认的国际法，外交使节享有人身不受侵犯等外交特权和豁免权，如果驻在国对外交使节进行逮捕或监禁，则不是该国的内政，而是“外政”了。因此，区分某种行为是否是内政，首先看它是否属于国家主权管辖的范围；其次看它是否破坏了国际法，或是否违背了国家所承担的国际义务。这是一个问题的两个方面，缺一不可。

互不干涉内政是国际法产生和适用较早的一个原则。18 世纪法国资产阶级大革命时，以国内立法的形式首次正式提出，以后逐渐被国际社会所接受。

《联合国宪章》和有关国际文件都重申和确认了这一原则。今天，互不干涉内政已成为国际法的一项基本原则，是指导现代国际关系的基本准则。

78 . 公海自由指什么

1993 年 7 月 5 日，中国远洋运输（集团）公司所属的“银河”号货轮，从天津港装载 700 多个集装箱货物，驶往中东地区。8 月 1 日，美国毫无根据地断言货轮运输化学武器前体，公然派出军舰、飞机，对该轮进行骚扰，致使“银河”轮的正常航行受阻，在公海上漂泊 20 余天，使中远公司蒙受了严重经济损失。美国政府的行为践踏了国际关系准则，违反了“公海自由”的国际海洋法规则。

所谓公海，是指“不包括在国家的专属经济区、领海或内水或群岛国的群岛水域内的全部海域”。就是说，公海是不属于任何国家领水的范围，为世界各国共同拥有的海域。因此，任何国家都不能对公海主张权利或据为己有，公海对所有国家开放，无论是沿海国或内陆国，都享有公海自由的权利。

“公海自由”是 19 世纪以来获得公认的一项习惯国际法规则，是公海制度的基础。有关国际文件中有明确规定。英国法学家奥本海说：“‘公海自由’一词表示公海不属于并且也永不能属于任何国家主权这样一个国际法规则。所以，既然公海不是任何国家的领土，任何国家通常就没有在公海的任何部分行使立法、行政、管辖或警察的权利。”

《联合国海洋法公约》规定的公海自由包括：（1）航行自由；（2）飞越自由；（3）铺设海底电缆和管道的自由；（4）建造人工岛屿和设施的自由；（5）捕鱼自由；（6）科学研究的自由。

这 6 项自由中，航行自由最重要。《海洋法公约》规定，航行自由是指，“每个国家，不论是沿海国或内陆国，均有权在公海上行驶悬挂其旗帜的船舶”。船舶在公海上航行必须悬挂一国的旗帜。船舶取得船旗国的国籍，按照“国籍管辖”原则，受船旗国法律的管辖和保护。而且，在公海上，船舶仅受船旗国管辖。其他国家不得对在公海上航行的外国籍船舶主张权利。

79 . 世界最大的国际组织 ——联合国

联合国是现在世界上最大的国际组织，它是在第二次世界大战结束后建立的。

1945年6月25日，在美国旧金山会议上通过了《联合国宪章》，它规定，联合国的首要目的是维持国际和平与安全，防止发生战争或武装冲突。另外，联合国还负有发展各国人民之间以平等权利和自决原则为基础的友好关系，促进国际间经济、社会和文化方面的合作，构成协调各国行动的中心等任务。

为了达到上述目的，《联合国宪章》还规定，各会员国行动时务必遵循以下各项原则：（1）会员国主权平等；（2）善意履行宪章义务；（3）和平解决争端；（4）禁止以武力相威胁或使用武力；（5）集体协助；（6）确使非会员国遵守宪章原则；（7）不干涉内政。

联合国的成员是国家，每个国家都可以成为联合国的成员。联合国的成员国分创始国和加入国两类。凡参加了1945年的旧金山会议或签署了《联合国国家宣言》，并同时签署、批准《联合国宪章》的国家，是联合国的创始成员国。共有51个。中国是联合国的创始成员国之一。其它国家如符合一定条件，经规定程序也可加入联合国，称加入成员国。这些条件是：（1）爱好和平；（2）接受宪章规定的各项义务；（3）能够并愿意履行这些义务。其程序是：首先向联合国秘书长提出申请，由秘书长将申请交安理会审查并向联合国大会推荐，由大会以三分之二的多数票通过。

联合国有6大主要机关：

（1）大会

联合国大会由联合国所有会员国派遣的代表组成。设有7个委员会，各在其职责范围内工作。大会是审议机关，它可讨论与联合国有关的一切问题，但没有权利采取行动，通过的决议也不具有约束力。大会实行一国一票制，重要问题以成员国的2/3多数票决定，一般问题只要简单多数票即可。

（2）安理会

安理会由5个常任理事国和10个非常任理事国组成。5个常任理事国是中国、俄罗斯、美国、英国、法国。10个非常任理事国按地区分配名额，由大会以2/3多数选出，任期2年，每年改选5名。为维持国际和平与安全，安理会有权采取行动。它通过的决议有法律约束力，会员国必须遵守。

（3）经社理事会

经社理事会在大会的权力下，负责协调联合国及各专门机构的经济和社会工作。它有54个理事国。自1971年，我国一直是经社理事会的理事国。

（4）托管理事会

托管理事会是联合国的6大机关之一。它在大会的权力下活动，负责监督托管领土的行政管理工作。

（5）秘书处

秘书处设秘书长1人，副秘书长若干人。秘书长由安理会推荐，大会以简单多数通过产生。任期5年，可连任。秘书处为其他机关服务，并执行这些机关制定的计划与政策。

（6）国际法院

国际法院是联合国的司法机关。它有 15 名法官，由大会和安理会选举产生。法官独立行使司法权利，不代表任何国家，也不得顺从任何政府或联合国的机关。国际法院主要审理国家间的诉讼案件，也可以就大会或安理会提出的法律问题发表咨询意见。

80 . 为什么说条约必须遵守

所谓条约，是国际法主体之间按照国际法而缔结的，关于其相互权利和义务关系的书面协议。条约是国际法的主要渊源。一切条约旨在缔约国间创设权利义务关系，有法律约束力。“条约必须遵守”是国际法上一项重要原则，是维护正常国际关系的基础。如果国家都不遵守自己所参加的国际条约，国际法就不会存在，整个国际社会处于混乱之中，无秩序、法制可言。

条约必须遵守原则有很悠久的历史。据认为，它最初可能源自古罗马民法中“对契约的遵守”的概念，后来被移植到了国际法之中。从近代国际法的奠基人格老秀斯开始，到现代大多数国际法学者，都强调条约必须遵守原则的重要性。许多重要的国际文件也对此有规定。早在1871年，由于帝俄片面废除1856年《巴黎公约》有关黑海非武装化的条款而发表的《伦敦议定书》，就肯定了条约必须遵守原则，认为，任何国家都不能片面解除其条约义务或修改条约的条款。《联合国宪章》第二条第二款规定：“各会员国应一秉善意，履行其依本宪章所担负之义务。”《维也纳条约法公约》第二十六条规定：凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各该国善意履行。

但是，条约必须遵守原则不是绝对的，它以条约的有效性与合法性为前提条件。按照国际法，凡是用强迫手段逼迫他国签订的条约，都是非法的，没有约束力，国家可以不遵守。例如，在中国近代历史上，大多数条约或者是西方国家强迫清朝政府订立的，或者是国民党政府腐败无能、丧权辱国的结果。这些条约都是非法的，中国政府没有必须遵守的义务。因此，新中国建立后，1949年通过了《中国人民政治协商会议共同纲领》，明确宣布：“对于国民党政府与外国政府所订立的各项条约和协定，中华人民共和国中央人民政府加以审查，按其内容分别予以承认，或废除、或修改、或重订。”这样做完全符合国际法。

81 . 和谈、对话 ——和平解决国际争端

国际社会由许多国家组成，他们大小不同，强弱有别，其历史背景、民族传统、宗教习俗、伦理观念存有差异，社会制度也不一样，彼此间难免有矛盾，交往中会发生冲突。凡是国家之间因政治见解、经济利益、法律问题发生的争执，如边界冲突、贸易保护、难民问题，都属于国际争端。国际争端往往导致战争或武装冲突，会造成严重后果，影响整个国际社会的和平与安全。因此，如何解决国际争端，在国际法上具有特殊的地位。

传统国际法认为，国际争端可以用强制的方法解决。强制的方法有：（1）反报。这指一国以同样或类似的行为回答另一国不礼貌、不友好、不公平的行为。（2）报复。是指一国针对另一国的国际不法行为而采取的相应的强制措施。（3）平时封锁。一般是指强国对弱小国家的沿海及港口实行的海上封锁。（4）干涉。指一国或数国为达到某种目的，以武力、武力威胁或其他胁迫方法，干预别国内部事务的非法行为。有的西方学者甚至把战争作为解决国际争端的一种强制方法。

现代国际法废弃了传统国际法以战争解决国际争端的方法，禁止使用武力或武力威胁，确立了和平解决国际争端的基本原则。《联合国宪章》明确规定：各会员国应当以和平方法解决争端，避免危及国际和平、安全及正义。各会员国在交往中不得使用威胁或武力。侵犯他国的政治独立和领土完整。

现代国际法上和平解决国际争端的方法主要有：（1）谈判与协商。这是指两个或两个以上的国家为解决彼此间的争端，而进行直接交涉。（2）斡旋与调停。即当事国不愿或不能自行解决争端时，由第三方从中协助。（3）调查和调解。在基本事实不清时，成立调查委员会，对有争议的事实进行调查，为争端的解决创造条件。（4）仲裁。这是指当事国依据达成的协议，把争端交付仲裁法庭进行裁决。（5）司法解决。即把争端交给国际法院进行裁判。

我国对国际争端的一贯立场是：有关国家在平等的基础上，本着互谅互让的精神，通过直接谈判，自行解决他们之间的争端。一般情况下，我国不主张把争端提交仲裁或司法解决。通过直接谈判，我国圆满地解决了历史遗留下来的与尼泊尔、巴基斯坦、蒙古、阿富汗等国的边界问题，为国家之间和平解决边界争端提供了良好范例。

冷战时代结束后，国际形势发生了重大变化，动辄使用武力、武力威胁或战争解决国际争端的做法行不通了，和谈、对话成为解决国际争端的主要方法。各种类型的国际争端，人质问题、阿以冲突、波黑内战，只要坐下来谈，只要谈判各方有诚意，就没有解决不了的问题。

未成年人保护法

古往今来，世界上没有什么比生命更宝贵，人世间没有什么比保护孩子更神圣。虽然世界上许多国家的社会制度不同，文化价值观念各异，但在保护未成年人这一问题上却取得了共识。1989 年 11 月，联合国通过了《儿童权利公约》，用法律保护青少年健康成长已成为世界潮流。我国于 1991 年 9 月 4 日通过的《中华人民共和国未成年人保护法》正是汇成这一潮流的一条欢快的小溪，它满载着党和国家的关怀和期望，满载着亿万成年人的爱护和承诺，使荡漾其间的亿万未成年人沐浴着理性的光芒，驶向更灿烂的明天。

82. 祖国的未来与希望 ——对青少年的关心保护

在我国，未成年人是指未满 18 周岁的公民，包括 18 周岁以下的青年、少年、幼儿和婴儿。我国的青少年是一个人数众多的特殊群体。据统计，我国 18 周岁以下的未成年人近 4 亿，占全国人口的 1/3 以上。他们是跨世纪的一代，是我们国家各项社会主义现代化建设事业的预备队。再过十几年、二十几年，他们将成为我们国家建设的主力军，继承革命先辈开创的社会主义事业，实现现代化建设第三步战略目标的重任，将历史地落在他们肩上。青少年是祖国的未来和希望，他们的今天将是祖国的明天。一个国家的发展，一个民族的兴旺，很大程度取决于一代又一代的青少年是否健康成长，是否奋发有为。因此，关心和保护未成年人，使之健康成长的任务变得尤为艰巨和重要，因为这已不仅仅是关系到广大未成年人的切身利益，而且关系到社会各个方面，涉及到千家万户，关系到祖国的前途和命运，是一项保证社会主义事业后继有人的百年大计。

社会主义事业任重而道远，要求青少年具备良好的品德、智力和健康体魄，成为有理想、有道德、有文化、有纪律，富于创造精神，具有民主意识，能够适应不断改革开放新环境的社会主义新人。为此，党和国家历来高度重视为未成年人提供有利健康成长的环境和条件。比如，我国除了办幼儿园、学校外，还在各地建立少年宫、少年之家、儿童乐园、儿童公园、儿童剧场、儿童医院以及青少年剧团、出版社、报社等；有成千上万的成年人常年从事青少年服务工作，这些成就都是有目共睹的。然而也必须看到，我国青少年生存和发展的社会环境并不令人乐观。一方面，当前国际风云变幻，我们面临着国内外反动势力搞“和平演变”的图谋。敌视我国社会主义事业的势力千方百计与我国人民争夺青少年，他们通过种种途径，用腐朽的资产阶级意识形态和生活方式拉拢、引诱、腐蚀青少年，毒化青少年的灵魂，把在中国复辟资本主义的希望寄托在新中国“第三代”、“第四代”人身上。另一方面，国内的各种来自社会、家庭等的不良风气、习惯和思想观念也在妨碍未成年人的健康成长，损害未成年人的人身、财产和其他合法权益。根据国家统计局公布的数字，在全国 2.3 亿文盲中，青少年占了一半以上，并且每年新增文盲 200 万。1980~1988 年，全国共有 3700 万中小学生失学。这些失学少年不能享受初等教育的权利，大多将加入文盲行列。与此同时，在我国的一些乡镇企业、集体企业、个体和私营企业中，非法雇佣童工的现象相当严重；童农、童商在我国的城乡随处可见；青少年文化生活贫乏，大量不健康书刊充斥市场，像瘟疫一样毒害青少年的心灵，导致青少年犯罪率居高不下；还有罪恶的人贩子，也都把他们的毒手伸向青少年……正是基于这种情况，运用法律手段保护未成年人的合法权益，保障未成年人健康成长，已不仅是我国法制建设的客观要求，更是我国现实社会的迫切需要。

未成年人正处在身、心的发育期。在生理上，他们的机体逐渐强健，生理特征逐渐突出。在心理上，他们开始由依赖向独立转化，但又极易出现反复，性格特征逐步形成，但意志品质尚未定型，可塑性大。在生活上，他们缺乏独立的生活能力和正确处理事务的能力。在对事务的认识上，他们是非界限比较模糊，盲目性、模仿性较强。由于未成年人生理、心理尚未成熟，社会阅历浅，是非辨别能力差，精力充沛且富冒险精神，在各种犯罪诱因面

前缺乏抵抗力，往往成为一些犯罪分子利用的对象，甚至最终也沦为罪犯。

大家都知道，未成年人是相对于成年人而言的，与成年人相比，未成年人有两个显著的特点：一是就自然状况来说，其身心发育均不成熟，实际行为能力不健全；二是就法律地位而言，世界各国在法律上，对未成年人一般规定不具有完全权利和完全责任。这些特点决定了未成年人必须依赖于成年人的帮助，才能完成生长发育的自然过程和心智健康发展的社会心理过程。同时也决定了未成年人可能遭到的伤害也主要来自成年人的世界，并实际地处于成年人世界的控制之下。因此国家要对未成年人的健康成长采取特殊的保护措施，要采用政治的、经济的、法律的、文化的、行政的、道德的等多种手段，调动全社会的力量，为未成年人创造健康成长的良好环境。尤其要重视法律手段，制定和完善未成年人保护的法律、法规，使国家在运用各种手段保护未成年人健康成长时，能够有法可依。

我国政府一直强调儿童是我们的希望和未来，要用“十年树木，百年树人”的精神，按照德、智、体全面发展的要求，把我国儿童培养成为具有社会主义觉悟的、有文化的劳动者。我国宪法庄严地规定：“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”根据宪法的这个原则，我国的行政法律、民事法律、刑事法律等从各个不同方面具体规定了对儿童各项权利的保护。然而，这些分散的规定远远不能胜任保护未成年人的重任。因此，我国立法机关于1992年1月1日颁布实施了《中华人民共和国未成年人保护法》。这是中国立法史上前所未有的专门保护青少年的法律。从此，中国近4亿未成年人将在家庭保护、学校保护、社会保护、司法保护四个“保护神”的精心培育和呵护下，茁壮成长。

83 . 为什么要立未成年人保护法

建国以来，党和政府对未成年人保护十分重视，制定了一些有关政策，在一些法律、法规中也有保护未成年人权益的条款和规定，但不太具体，也较零散，重于惩戒和防范而轻于保护和教育，难以发挥总体效应，显然与未成年人这一特殊群体的特点和要求不相适应。《中华人民共和国未成年人保护法》经过 10 年漫长而艰难的立法过程，终于以崭新的风姿出现了。这部法从法的名称到基本原则，从法的内容到法的体系结构，都突出了“保护”这一立法指导思想，而不是着眼于司法制裁和违法犯罪的处理。本法不仅解决了“保护谁”和“保护什么”的问题，而且回答了由“谁来保护”和“如何保护”的问题。《未成年人保护法》既包括了刑事性规范，又包括了民事性和行政性规范，既有实体法内容，又有程序法内容，对未成年人保护从立法上做出了集中、统一而全面的规定，是一部保护未成年人健康成长，促进民族生存发展，国家长治久安的综合性法律。

关心和保护未成年人是一项复杂的社会工程，需要国家、社会、学校、家庭以及青少年自己共同努力，需要动员全社会的力量，建立家庭、学校、社会三位一体的保护网络，在政治、经济、文化、教育诸方面创造条件，形成一个合力，创造一个不断完善、不断优化的环境，形成人人关心未成年人，人人保护未成年人的良好社会风气。保护未成年人不仅家长、教师有责任，全社会的每一个成年公民对培养教育未成年人都要尽职尽责。《未成年人保护法》第五条规定：“保护未成年人，是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任。”第七条规定：“各级人民政府和有关部门对保护未成年人有显著成绩的组织和个人，给予奖励。”用法律对某一行为加以肯定和表彰，在立法上是少见的。由此可以看出我国政府对未成年人是多么的重视，并倾注了多少深情厚望啊。

当今世界风云变幻，两种社会制度在进行着无硝烟的战斗，不同制度的国家之间在进行着综合国力的竞争，这种竞争说到底人才的竞争，而人才的培养必须从儿童抓起。我们按照怎样的目标和要求来引导和塑造青少年，直接关系到国家的前途，民族的兴衰。衣来伸手，饭来张口，不能自主的“小皇帝”、“小公主”将来是难以担负起祖国建设的重任的；没有真才实学，腹中空空的人成不了建设祖国的有用之才；而缺乏远大理想，没有坚定信念的人，即使有聪明才智，也可能误入歧途。社会主义事业要求的是有理想、有文化、有纪律，德、智、体全面发展的接班人。根据这一指导思想，《未成年人保护法》对全社会提出了教育、保护未成年人的总的要求：国家、社会、学校和家庭对未成年人进行理想、道德、文化、纪律和法制教育，进行爱国主义和国际主义、共产主义的教育，提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德，反对资本主义的、封建主义的和其他腐朽思想的侵蚀。

有了《未成年人保护法》，未成年人就有了保护自己的武器，所有侵害青少年利益，危害青少年健康成长的行为，都将受到法律的追究。《未成年人保护法》为青少年的健康成长提供了一片沃土，我们相信，在这一片沃土上成长起来的必然是一代代富有尊严的大写的人，由这些人构筑的民族必将支撑一个富强、民主、文明的社会主义国家。

家庭是以血缘、婚姻和收养关系为基础的一种社会生活组织形式。对整个社会来说,家庭有着多种社会职能,而其中最重要的一项就是教育后代,使他们能顺利完成其社会化的过程,成为社会合格的一员。由于未成年人的大部分时间都是在家庭中度过的,父母和其他长辈对他们的学习、生活、性格、志趣爱好等方面比较熟悉;同时,父母长辈对未成年子女有很大的权威性,未成年人对他们的话比较相信,因此父母和其他长辈的举止言行无形中就会影响未成年人的思想和言行。所以,家庭环境的优劣,父母教育的好坏,对未成年人的成长具有极其深远的影响。良好而又正确的家庭教育会为社会造就一代英才,给社会做出巨大贡献。纵观历史,古今中外许多杰出人物还在孩提时候就才华出众,这不能不说与他们良好的家庭教育密切相关。完整的家庭结构、和睦的亲情、团结民主的气氛,是培养和造就合乎社会规范的社会人的重要条件,同时,也是预防青少年走上违法犯罪道路的可靠保障。反之,不良的、病态的家庭教育会使青少年形成恶劣的个性品质,走上犯罪的道路。事实上,大部分走上违法犯罪道路的未成年人都与家庭的影响有着直接或间接的关系。一方面,由于家庭关系的失调,家庭职能无法正常发挥,使未成年人长期处于冲突和紧张的家庭关系中,而得不到较好的教育和保护。由于在家庭中得不到爱,孩子就会转向外界寻求温暖,甚至在犯罪团伙中去找回失去的自尊。部分青少年离家出走,开始“闯荡江湖”的生涯,以致危害社会,盖因于此。另一方面,有的未成年人所处的家庭,其父母或其他长辈不能以身作则,甚至有违法犯罪的行为,孩子从小受到家庭的恶劣影响,很容易走上犯罪的道路。

如今的许多家长,对子女的认识和教育还囿于传统的观念之中,许多人认为孩子是自己血缘的延续,因而也是自己的私有财产。在这种观念的支配下,他们或是对子女百依百顺,娇惯纵容,一味溺爱;或是望子成龙,苛刻要求,稍不符合要求则棍棒相加;或是简单粗暴,毒打辱骂,放任自流。由于父母的娇宠,使许多孩子从小养成了自私、任性、好逸恶劳和追求物质享受的坏习气。一些父母在孩子身上花费过多的金钱,并且用奖钱的方式来肯定孩子的某些行为,使孩子产生“金钱至上”、“金钱万能”的拜金思想……种种所谓的“爱”实则害了孩子。有些家长坚信“黄荆条下出好人”,对孩子的教育专制化,甚至采取惩罚主义。1987年12月,在我国青海省果洛州大武镇发生了一件震惊全国的事:四年级成绩优良的中队长夏斐竟被亲妈妈活活打死。这种残害未成年人的犯罪行为,是《未成年人保护法》所不容的。

《未成年人保护法》第十条规定:“父母或者其他监护人应以健康的思想、品行和适当的方法教育未成年人……”家庭保护要求父母对未成年人履行监护的职责和抚养的义务,并不意味着仅仅让未成年人吃饱、穿暖,饿不着、冻不死就行了,还必须执行教育、引导,尊重未成年人的受教育权以及不得允许或迫使未成年人结婚,不得为未成年人订立婚约等职能,切实为未成年人的健康成长提供适宜的环境,为未成年人成长为合格的“四有”新人提供家庭保障。马克思曾把青少年比喻成“人民生命的源泉”,我们的家庭和父母应树立依法教育和保护子女的意识,消除家庭教育是“私事”的观念,增强社会责任感,树立为祖国培养教育下一代的思想,努力以健康的思想、良好的品行、科学的态度、适当的方法去保护未成年人健康成长。

85 . 学生、儿童在学校应受到什么保护

学校是未成年人成长的基地，未成年人有 9~12 年的时间在学校学习和生活，学校的教育奠定了人生的基础。因此，在这个领域中对未成年学生和儿童的身心健康、受教育权、人身权及其他合法权益提供必要的和有效的保护，具有十分重要的作用。特别在当前，西方敌对势力推行“和平演变”战略，与我们争夺下一代，我们必须牢牢占领这块阵地，坚持不懈地对未成年人进行马克思列宁主义、毛泽东思想教育、革命理想教育、社会主义道德教育、纪律和法制教育、爱国主义和集体主义教育，使他们不仅成为能够掌握适应世界新技术革命的科学文化知识的祖国建设者，而且成为能够自觉抵御资本主义的、封建主义的和其他腐朽思想的社会主义事业接班人。

我国《未成年人保护法》规定对未成年人的学校保护包括托幼机构的保护和学校保护。托幼机构（托儿所和幼儿园）是学龄前儿童保育和教育的机构，可以说是学龄前儿童的“学校”。婴幼儿时期是身体迅速发展的阶段，也是智力启蒙的关键时期。世界著名教育家蒙太梭利指出：“人生的头 3 年胜过以后发展的各个阶段，胜过 3 岁以后直到死亡的总和。”《未成年人保护法》第 19 条规定：“幼儿园应当做好保育、教育工作，促进幼儿在体质、智力、品德等方面和谐发展。”学校包括普通中、小学，职业技术培训学校和工读学校。普通中、小学是大部分未成年人接受教育的学校。职业技术培训学校是对已经受完国家规定年限的义务教育不再继续升学的未成年人，政府有关部门和社会团体、企事业组织根据实际情况，对他们进行职业技术培训的学校。工读学校是按照国家有关规定，对有轻微违法行为的未成年人组织边工作边学习的学校。

学校保护在整个未成年人保护工作中起着举足轻重的作用，把未成年人培养成为什么样的人，是学校保护的一个根本性问题，它不仅关系到我国社会主义现代化建设的宏伟战略目标能否实现，而且关系到党和国家能否改变颜色。当前，学校教育还存在一些令人忧虑的问题：不够重视学生的思想教育，特别忽视对学生的文明道德和行为准则的教育，大多数学校仍片面追求升学率。一些学校除了高考的考试科目，其它诸如音乐、美术、体育、劳动课等一律取消，使学生的神经总处于高度的紧张状态，不仅影响了学习效果，而且造成学生高分低能，身体素质差，动手能力弱，缺乏创新和开拓精神。在这种教育模式下，一些性格孤僻、感情脆弱的学生甚至因高考落第而走上绝路。这就让我们不得不认真审视目前的教育状况：即无论家庭教育、学校教育还是社会教育，都只注重对下一代的智能培养，而忽视了对他们的品德培养，尤其是人格、素质、修养等方面的培养，而对人的一生来说，这些比考上大学要更为重要些。因为很难想象一个经不起挫折、缺乏自信的人能有坚定的信仰，崇高的理想；一个弱不禁风，唯唯诺诺的人不可能有大胆改革的魄力；衣来伸手，饭来张口，不能自主的“小皇帝”不可能具备集体主义精神……毫无疑问，这些人也难以担负起建设祖国的重任。因此，我国《未成年人保护法》把全面贯彻国家的教育方针，对未成年人进行德育、智育、体育、美育、劳动教育及社会生活指导和青春期教育规定为学校保护的首要任务。

全面贯彻国家的教育方针，不仅体现在要使学生得以全面发展上，而且体现在要面向全体学生上。我国《未成年人保护法》第 13 条规定：“学校应

当关心、爱护学生，对品行有缺点、学习有困难的学生，应当耐心教育、帮助，不得歧视。”有些学校对流失生、常旷生、劣迹生和学习成绩差的学生缺乏耐心的帮助和引导，放任自流或轻易开除，少数教师对学生实行体罚和变相体罚。贵州省湄潭县一小学五年级的班主任，为惩罚学习成绩不好的学生，组织全班学生依次狠揍4名差生10个耳光，学习成绩好的学生还可多打10个耳光，有的学生不忍心打，还遭其训斥。我们认为老师管教学生无可厚非，但体罚学生却是违法的。让人忧心的是，许多老师把对学生体罚当作一种教育手段，体罚和变相体罚的现象屡禁不止。《未成年人保护法》明确规定：“学校、幼儿园的教职员应当尊重未成年人的人格尊严，不得对未成年学生和儿童实施体罚、变相体罚或者其他侮辱人格尊严的行为。”

学校的“硬件”建设是未成年人学校保护的一个重要方面。我国政府每年拨付大量资金用于校舍建设，共青团中央还成立了中国青少年发展基金会，开展“希望工程”活动，动员全社会伸出热情之手，捐款帮助贫困地区的少年儿童修校舍、买文具，使失学儿童重返校园。然而，另一方面，随意侵占、破坏学校场地、房屋、设备，扰乱教学秩序的现象时有发生，因此，必须广泛宣传《未成年人保护法》，增强教育工作者和全社会的法律意识，做到依法治校、依法治教，使学校真正成为培养“建设者”和“接班人”的神圣领地。

社会是未成年人成长的主体环境，对未成年人的健康发展至关重要。不同于单一的在家庭中的子女或被监护人的角色和在学校中的学生角色，未成年人在社会生活中具有独立的地位，以独立主体的身份参与社会生活，并与社会组织及除父母、教师外的其他许多个人产生复杂多样的社会关系。因未成年人在参与社会生活时，往往其监护人和老师不能提供及时的指导，他们自身又缺乏识别事物和保护自己的能力，因此，需要社会给予他们特别的保护。社会关系的复杂性和社会生活内容的多样性决定了对未成年人的社会保护的责任主体的广泛性及保护内容的全面性。《未成年人保护法》从社会文化保护、身心健康保护、司法保护、智力成果和劳动就业保护等几方面均做了明确的规定，要求各社会团体、企事业单位、城乡基层群众自治组织及成年公民，都应为未成年人的健康成长创造有利的社会条件。尤其是文化服务部门、艺术部门应自觉担当起教育、引导未成年人，优化未成年人外部环境的神圣职责，为未成年人创造并提供丰富多彩、健康向上的精神产品和活动场所，精心组织健康有益的活动，认真整顿文化市场，搞好社会治安综合治理，消除一切可能诱发未成年人不良行为的因素，从根本上改善和优化未成年人成长的社会环境，保障未成年人健康茁壮地成长。

青少年精力充沛，思想活跃，除了正常的学习、生活外，还将不少的时间和精力用于课外活动，而更多的是参加社会文化活动，诸如看电影、录相、阅读书刊、参加其它群众性的文化活动。这些活动多以娱乐形式出现，往往较父母和老师的正面教育更易于被未成年人接受，对未成年人的影响力更大，因此，为未成年人提供优质、健康的文化生活，确实是不可轻视和忽视的重要问题。近年来，随着国门洞开，西方一些腐朽文化也像瘟疫一样悄悄地溜了进来。宣扬物质享受、金钱万能、享乐主义的影视作品不加评论、不加引导地被展示给青少年；某些宣传伪科学、伪知识和散布虚无主义、自卑情绪的书刊也时有所见；带有打、砸、抢、烧、杀、脱、暴力和淫秽内容的影、视、音像、书刊等层出不穷；有的录像厅、跳舞厅和其它娱乐场所管理不善，也出现了一些不良倾向……所有这些都程度不同地、潜移默化地腐蚀广大青少年的思想和心灵，造成了很坏的社会后果。据某市对少年犯的调查，有80%以上的人看过坏书、坏杂志和内容不健康的录像。老师和家长苦口婆心的教育，却抵不住几本黄色书刊的杀伤力，有人称这种现象为“无硝烟的战争”。《未成年人保护法》为我们提供了锐利的战斗武器。本法明确规定：“营业性舞厅等不适宜未成年人活动的场所，有关主管部门和经营者应当采取措施，不得允许未成年人进入。”“严禁任何组织和个人向未成年人出售、出租或者以其他方式传播淫秽、暴力、凶杀、恐怖等毒害未成年人的图书、报刊、音像制品。”

然而，我们的“战斗武器”还未发挥出其应有的效力。有少数人钱迷心窍，有令不行，有禁不止，总在少年儿童身上打算盘。近几年较为突出的表现是招用童工，一些企业还招用童工从事有毒有害的劳动或危险作业。福建一乡镇企业招收童工生产鞭炮，连续发生四起爆炸事故，致使五名童工被炸死。这样的违法行为还可以举出许多。至于父母、老师不经未成年人允许，任意拆看未成年人书信；在中小学、幼儿园、托儿所的教室、寝室、活动室和其他未成年人集中活动的室内吸烟，以及不尊重未成年人的个人隐私的现

象更是司空见惯，并被看作是理所当然、无可非议的事情。对此，我们不得不提醒成年公民：为自己的大脑多添些法律意识，用理性的眼光去重新审视自己的言行和生活用色吧！保护孩子们健康成长，创造一个充满阳光和清新空气的社会生长环境，是文化部门义不容辞、责无旁贷的历史使命和社会责任，也是每一个公民的神圣职责和应尽的义务。拿出切实行动，保护孩子！

87．对未成年人的司法保护

对未成年人的司法保护是指我国法律在司法制度上对未成年人的特殊保护。即公安机关、人民检察院、人民法院、少年管教所等司法机关，在处理涉及未成年人的案件时，依照法律规定，根据未成年人的特点，对未成年人所实施的一种专门保护活动。

十几岁正是人生最美最纯的豆蔻年华，充满着对未来美好的憧憬。绝大多数青少年在国家、社会、家庭、学校的关怀下积极向上，奋发图强，健康茁壮地成长，然而也有一少部分少男少女因受社会或家庭的不良影响，堕落为犯罪分子，人生中最美的时光却要在蓝天下的高墙内甚至铁网中度过了，这是他们自身所不情愿的，更使党和国家、老师和家长感到痛心。对违法犯罪的青少年，党和政府的一贯政策是挽救和教育并尽量实行非刑事处罚。《未成年人保护法》在司法保护一章中以首条规定：“对违法犯罪的未成年人，实行教育、感化、挽救的方针，坚持教育为主、惩罚为辅的原则。”

教育，就是司法机关和劳动改造场所根据教育为主、惩罚为辅的原则，为了实现造就新人的目标，对违法犯罪的未成年人进行有计划的、有目的的系统教育，包括政治思想、文化知识和劳动技能3方面。政治思想不健康、法律意识浅薄是未成年人违法犯罪的重要原因之一。青少年犯罪有很大的偶然性和随意性，许多人最初仅仅是为了“好玩”、“找刺激”……因此，应当在对违法犯罪未成年人的处理和劳动改造中，对他们进行政治理论、形势、政策和法律知识的教育，使他们能够正确认识自己违法犯罪行为的恶劣后果，掌握基本的法律知识，学会运用法律来约束自己的行为。违法犯罪未成年人大多数文化基础很差，对他们应进行系统的文化知识教育和劳动技能教育，使他们摆脱愚昧无知和低级趣味的状态，提高个人修养，掌握一定的生产技能，学会自食其力的本领，为将来重返社会打下良好的基础，防止其因生活、工作得不到保障而陷入重新犯罪的泥坑。

感化，是指采用一定的方式，引起违法犯罪未成年人情感上的共鸣，从而使他们弃旧图新，自觉地在行为上和思想上都向着好的方向转化。感化的过程是情感引起共鸣的过程，既要尊重未成年人的人格，又要坚持原则，动之以情，晓之以理，开启他们闭锁的心灵，转化他们的消极情绪，避免他们产生“破罐破摔”的心理，使他们产生强烈的向上的力量，引发他们健康的情感，达到感化的目的。

挽救，指的是对违法犯罪未成年人的治病救人的态度和出发点。这是我国对待未成年人犯罪的根本方针，也是教育和感化的最终目的，体现了社会主义社会对未成年人高度的责任感和对违法犯罪未成年人弃旧图新的信心。

“教育为主，惩罚为辅”历来是我国处理未成年人违法犯罪问题的基本原则，也是教育、感化、挽救方针在未成年人违法犯罪处理过程中的体现。违法犯罪未成年人经过教育改造，绝大多数能成为遵纪守法的社会主义新人，因此，司法机关在处理时，要同处理成年人违法犯罪案件相区别，坚持尽量不对违法犯罪的未成年人予以处罚，即使在不得已的情况下对其处罚，目的也是为了教育挽救犯罪的未成年人。

对未成年人的司法保护，我国刑法、民法和诉讼法等法律法规中已有一些规定，《未成年人保护法》针对未成年人的特点，又专门系统地重申了以下规定：

（1）刑事责任年龄。不满 14 周岁的未成年人所实施的危害社会的行为，一律不追究刑事责任；已满 14 周岁不满 16 周岁的未成年人只对法律有明文规定的一些严重犯罪负刑事责任；对其他一般性犯罪则不负刑事责任，而是责令其家长或其他监护人加以管教，符合收容条件的，由政府收容教养。

（2）不公开审理的原则。不满 16 周岁的未成年人犯罪一律不公开审理，16 周岁以上的未成年人犯罪的案件一般也不公开审理。在判决前大众传播媒介不准披露未成年人的姓名、住所、照片及可能推断出该未成年人的资料。

（3）专门办理，分别羁押的原则。公、检、法机关办理未成年人犯罪的案件，应照顾未成年人的身心特点，由专门的少年法庭或指定专人办理；对审前羁押的未成年人，应与羁押的成年人分别看管；对服刑的未成年人应与服刑的成年人分别关押、管理。

（4）保障违法犯罪的未成年人复学、升学、就业的权利。保障违法犯罪未成年人的受教育权和就业权，不仅有利于其改造、转化和发展，而且会促使他们更好地适应社会生活，消除影响社会安定的不良因素。

（5）保护未成年人在民事诉讼中的合法权益。未成年人的继承权不容侵犯。男女享有平等的继承权；遗嘱继承中应为未成年的继承人留下必要的遗产，剩余部分才可参照遗嘱确定的分配原则处理；遗产分割时应保留胎儿的继承份额。在离婚案件中，对未成年子女的抚养发生争执时，应根据保障子女权益的原则判决，有时还需征求未成年人本人的意愿。

在我国，党和国家对违法犯罪的未成年人从未放弃而且还给予了更多的、特殊的关怀。国家设立了工读学校、少年犯管教所等专门机构，近年各地又纷纷建立少年法庭，标志着我国少年司法制度已与世界少年司法制度接轨，我国对未成年人的司法保护体系正日趋完善。

88. 若侵犯未成年人合法权益应承担什么法律责任

法律责任是因违法行为而由违法者必须承担的法律后果。《未成年人保护法》是用来规范对未成年人负有保护义务的组织和个人行为的，任何违反《未成年人保护法》，损害未成年人合法权益的行为，都要承担相应的法律责任。《未成年人保护法》的法律责任一章中规定了民事责任、刑事责任和行政责任三种。

(1) 民事责任

《未成年人保护法》第47条规定：“侵害未成年人的合法权益，对其造成财产损失或者其他损失、损害的，应当依法赔偿或承担其他民事责任。”

侵犯未成年人民事权利的行为及承担民事责任的方式。民事权利包括财产所有权和与财产所有权有关的财产权、债权、知识产权、人身权等。行为人侵犯未成年人的上述民事权利，如侵占未成年人的合法财产、剽窃未成年人的智力成果、侵害未成年人的荣誉权、剥夺未成年人的继承权、制造或出售对未成年人有毒有害的食品、玩具、用品等，均应承担一定方式的民事责任。承担民事责任的方式有：停止侵害、排除妨碍、消除危险、返还财产、恢复原状、修理、重做、更换、赔偿损失、支付违约金、消除影响、恢复名誉、赔礼道歉等。

未成年人的监护人不履行监护职责或侵害其合法权益的，应承担民事责任；给被监护的未成年人造成损失的，应赔偿损失。同时，人民法院可以根据有关人员或有关单位的申请，撤销监护人的监护资格。

诱骗、胁迫、撮合未成年人结婚，以未成年人转亲、换亲或使未成年人做童养媳的，由当地民政部门对直接责任人处罚款并宣布婚姻无效。

(2) 行政责任

行政责任是行为人对其行政违法行为必须承担的法律后果，分为行政处分和行政处罚两类。《未成年人保护法》针对未成年人保护中存在的主要的违法行为，规定了相应的行政责任。

学校、幼儿园、托儿所的教职员对未成年学生和儿童实施体罚或变相体罚，情节严重的；学校擅自将校舍、场地出租、出让做非教学之用，影响学生学习的；学校随意开除学生和责令学生停课、退学，情节恶劣的，由其所所在单位或上级机关追究直接责任人员的行政责任。

对非法招用未成年人做工、经商、当学徒或从事其他工作的组织或个人，由当地人民政府会同主管部门给予批评教育，责令停止招用；情节严重的，可以并处罚款、令其停业或吊销营业执照。对违法招用应受义务教育的儿童、少年的单位的直接责任人员，给予行政处分。强令未成年人从事有毒有害或危险性作业及过重的劳动尚未造成严重后果的，给予有关直接责任人员行政处分。

新闻出版、文化、广播影视等部门未严格履行审查、管理、监督职责，致使不良视听读物传播于社会，毒害未成年人的；营业性舞厅、酒吧及其他不适合未成年人活动的场所，未设置“未成年人禁入”标志，擅自允许未成年人进入的，应视情节给予批评、警告、责令停业整顿、吊销营业执照、没收非法读物、音像制品及非法所得、罚款等处罚。

行为人违反《未成年人保护法》，按其性质、情节、后果尚不够刑事

处罚的，由公安机关予以治安管理处罚。

（3）刑事责任

《未成年人保护法》第 52 条规定：“侵犯未成年人的人身权利或者其他合法权益，构成犯罪的，依法追究刑事责任。”

虐待罪、遗弃罪。这两类犯罪是最常见的严重违反《未成年人保护法》的犯罪。父母或其他监护人对未成年子女或者其他被监护人经常打骂、冻饿、禁闭、捆绑、有病不给治疗、强迫从事过度劳动等进行肉体折磨或侮辱、咒骂、讽刺、凌辱人格、限制行动自由、不让参加社会活动等进行精神摧残，就构成了虐待罪。《刑法》第 182 条规定，犯虐待罪的，处 2 年以下有期徒刑、拘役或者管制；引起被害人重伤、死亡的，处 2 年以上 7 年以下有期徒刑。对未成年人负有抚养义务而拒绝抚养，致使被害人生活无着流离失所的犯罪属于遗弃罪。我国《刑法》第 183 条规定，犯遗弃罪的，处 5 年以下有期徒刑、拘役或者管制。

制作、贩卖、传播、走私淫秽物品罪。淫秽物品腐蚀人们的灵魂，使人精神颓废意志堕落，对青少年的危害更大，诱使许多青少年走向犯罪道路。因此，向未成年人出售、出租或以其他方式传播淫秽的图书、报刊、音像制品等出版物的，应依法从重处罚。

玩忽职守罪、重大责任事故罪。明知校舍有倒塌的危险而不采取措施，致使校舍倒塌，造成伤亡的，或厂矿企事业单位非法招用童工，强令其冒险作业，造成人身伤亡的，应按玩忽职守罪或重大责任事故罪论处。

体罚、虐待被监管人罪。公安机关、人民法院、人民检察院和少年犯管教所工作人员，对被监管的未成年人实行体罚、虐待，造成伤害的，以故意伤害罪追究刑事责任。

教唆犯罪。诱骗、胁迫、教唆未成年人进行违法犯罪活动以及向他们提供犯罪条件、传授犯罪方法的，依法从重处罚。引诱、教唆或强迫未成年人吸食、注射毒品或者卖淫的，依法从重处罚。

故意非法损害未成年人身体健康、造成伤害的，或者故意或过失非法剥夺未成年人生命的，包括溺婴行为，应分别以伤害罪、杀人罪定性量刑。

法贵必行。法律只有不折不扣地执行，才能产生应有的效力，立法的目的只有通过实行才能实现，否则，法律便是一纸空文。对于违反《未成年人保护法》，侵犯未成年人合法权益的人和事，必须坚决予以打击和惩治。

保护未成年人是一项崇高的事业。我们从无法可依发展到今天有法可依，无疑是一个了不起的进步。但是，“徒法不足以自行”，法律只有不折不扣地执行，才能产生应有的效力，否则就会成为一纸空文。在现实生活中，要真正做到“有法必依，执法必严，违法必究”，而不是“立法如林，执法无人”，对于我们这样一个法律意识淡薄、法制建设还不够健全的社会来说绝非一件容易的事情。有这样一个事例：当自己的未成年女儿遭到强奸，做父母的首先想到的不是报警寻求法律保护，而是背着大出血的女儿找强奸犯“私了”。这样的事例还可以举出许多，因此有了保护法并不意味着未成年人就万事大吉了。必须将这一法律交给广大人民，特别是交给广大青少年，青少年依靠自己的力量，积极进行自我保护是非常必要和重要的。

青少年懂不懂法结果会大不一样。有这样两个事例：一是武汉一个小孩，父母过世被寄养在叔叔家，叔叔为让他挣钱就不让他上学了，这个孩子不愿意却又想不出办法，最后投江自杀，幸好被人救了。这个孩子所以采取自杀的方法，显然是因为他不懂《义务教育法》和《未成年人保护法》，更不会用来捍卫自己受教育的权利。另一个例子是一个15岁的女孩考上了省外一所中专，但两年前她就由父母做主定了亲，对方是乡长的儿子，乡长怕婚事告吹，把两人的年龄改为成年人，偷偷给他们办了结婚登记。由于这个女孩子懂《婚姻法》，就告到公安部门，结果阻止了悲剧的发生。以上两个事例说明：青少年如果懂法，就可以用法律这个武器来保护自己的合法权利，法律是未成年人进行自我保护最有力最有效的手段，是未成年人与侵犯自己合法权益的人和事做斗争的最锐利的武器。

未成年人如何运用好法律这一“武器”来保护自己呢？关键就在于学法、懂法、守法、用法。

学习《未成年人保护法》及有关保护未成年人的其他法律，是首先要做的事情。所谓的学习不是一目十行地看一遍，或者仅知道个大概内容，而是要边读边想，真正弄懂法律条文的意思，一些重要的条文要记在脑子里，这样就可以知道什么行为是合法的，可以做；什么行为是违法的，不允许做。遇到一些具体事情的时候，就能够对照法律的规定，去分析去判断，以确定自己应该怎样做。这好比在思想上打了预防针，增强了对社会生活中不良影响和诱惑的识别能力和抵制能力。

学懂了法律规定，思想上对法律有了认识，就应该自觉用来指导自己的行为，做到依法行事，凡是法律规定要做的，就一定做到，法律不准做的，一定不做，要明确守法本身是对自我的一种最好的保护。如，《未成年人保护法》第9条规定：“父母或者其他监护人应当尊重未成年人按规定接受义务教育的权利，必须使适龄未成年人接受义务教育，不得使在校接受义务教育的未成年人辍学。”这条法律规定保护未成年人受教育的权利，也规定未成年人有接受义务教育的义务。懂了这条规定，一方面我们青少年自己应该自觉接受义务教育，做到不逃学、不旷课，认真学习文化知识；另一方面也要依靠它来争取和保护自己受教育的权利，同强迫自己弃学经商、弃学做工、弃学务农等非法行为做斗争。同时，法律禁止的不利于未成年人成长的活动和行为，未成年人自己应该自觉抵制，要做到：不吸烟、不喝酒、不赌博、不吸毒、不涉足营业性舞厅及其它主要供成年人交谊娱乐的场馆，不看淫秽、

暴力等毒害未成年人的图书、报刊、音像制品等等。总之，未成年人自己应该树立守法观念，养成处处守法、事事守法、自觉守法的习惯，做到无论是人们看得到的场合，还是无人注意的场合；无论是对自己有利的时候，还是对自己不利的时候；无论是有人提醒的时候，还是个人独处的时候，都自觉守法，做一个自觉守法的好公民。

未成年人除了要学法、懂法、守法，还应自觉运用法律来保护自己的合法权益。中学生小 A 为我们做出了榜样。小 A 是位品学兼优的学生，他父亲经营一家小吃店，生意兴隆个人忙不过来，想让小 A 干脆退学帮忙。小 A 在校听了普法办关于《义务教育法》和《未成年人保护法》的宣传，向父亲讲明：“你让我退学，是一种违法行为。”没想到父亲却瞪起眼说：“我不让你上学，还不是为你好！我是你爸，你就得听我的，自古就是这个理。”小 A 未能说服父亲，便找到普法办的叔叔帮助，经开导，小 A 的父亲终于认识到自己的错误，同意儿子继续上学。小 A 依靠法律，争取到了自己受教育的权利。从这个例子，我们还可以得到一个启示：在自己的力量不足时，我们未成年人还可以借助司法部门的帮助。

那么，能给未成年人帮助的都有哪些部门呢？《未成年人保护法》第五条规定：“保护未成年人，是国家机关、武装力量、政党、社会团体、企业事业组织、城乡基层群众性自治组织、未成年人的监护人和其他成年公民的共同责任。”“国家、社会、学校和家庭应当教育和帮助未成年人运用法律手段，维护自己的合法权益。”第六条规定：“中央和地方各级国家机关应当在各自的职责范围内做好未成年人保护工作。”“国务院和省、自治区、直辖市的人民政府根据需要，采取组织措施，协调有关部门做好未成年人保护工作。”“共产主义青年团、妇女联合会、工会、青年联合会、学生联合会、少年先锋队及其他有关的社会团体，协助各级人民政府做好未成年人保护工作，维护未成年人的合法权益。”上面两条告诉我们：未成年人受到全社会的关心和爱护，保护未成年人是全社会的共同责任，各级人民政府、社会组织和团体及成年公民都有为未成年人提供帮助的义务。

最近几年，我国陆续建立了一些专门保护青少年的机构。共青团中央设立了“维护青少年合法权益办公室”，各市、地也有相应的工作部门。如山东省政府于 1990 年 3 月成立了“山东省未成年人保护委员会”，由一名副省长任主任，团省委书记和省教委一名副主任任副主任，15 个部门和单位的负责同志任委员。到目前，全省大部分市区已建立了“未成年人保护委员会”。这些机构的主要任务就是依法维护青少年的合法权益。未成年人遇到权益被侵犯的情况时，可以到所在地的“未成年人保护委员会”寻求帮助。

未成年人权益被侵犯的情况不同，寻求帮助的方法也不同。侵犯未成年人权益的人可分为两种，一种是缺乏法制观念，是思想认识上的问题，如中学生小 A 的父亲。而另一种人则是违法犯罪，如夏斐的母亲、乡长等，这两种性质是不一样的。属于前一种情况的，未成年人可以通过家长和老师，找当事人所在单位的领导，也可以找当地的群众组织，比如共青团、妇联、工会、居委会、村委会等，由这些部门对当事人进行思想教育，劝其改正错误。属于后一种情况，就需要向所在地的公、检、法部门进行检举或者到法院起诉，这些司法机关会依法做出公正的处理。

保护未成年人的合法权益不受非法侵犯，不仅要靠政法部门，靠全体成年公民，也需要未成年人自己提高自我保护的意识和能力。未成年人应认真

学法，自觉守法，勇敢地运用法律武器为维护自己的合法权益而斗争！

