目录

**[第一章　行政法基本理论](#_Toc26421_WPSOffice_Level1)** **[1](#_Toc26421_WPSOffice_Level1)**

[第一节 行政法与行政法律关系](#_Toc21571_WPSOffice_Level2) [1](#_Toc21571_WPSOffice_Level2)

[第二节 行政主体](#_Toc14637_WPSOffice_Level2) [4](#_Toc14637_WPSOffice_Level2)

[第三节 行政行为](#_Toc19318_WPSOffice_Level2) [8](#_Toc19318_WPSOffice_Level2)

**[第二章　行政许可法律制度](#_Toc21571_WPSOffice_Level1)** **[15](#_Toc21571_WPSOffice_Level1)**

[第一节 行政许可概述](#_Toc16942_WPSOffice_Level2) [15](#_Toc16942_WPSOffice_Level2)

[第二节 行政许可的设定](#_Toc5503_WPSOffice_Level2) [16](#_Toc5503_WPSOffice_Level2)

[第三节 行政许可的实施](#_Toc29840_WPSOffice_Level2) [18](#_Toc29840_WPSOffice_Level2)

**[第三章　行政处罚法律制度](#_Toc32059_WPSOffice_Level1)** **[22](#_Toc32059_WPSOffice_Level1)**

[第一节 行政处罚概述](#_Toc3583_WPSOffice_Level2) [22](#_Toc3583_WPSOffice_Level2)

[第二节 行政处罚的种类和设定](#_Toc6332_WPSOffice_Level2) [23](#_Toc6332_WPSOffice_Level2)

[第三节 行政出发的实施主体、管辖及适用](#_Toc17049_WPSOffice_Level2) [24](#_Toc17049_WPSOffice_Level2)

[第四节 行政处罚程序](#_Toc14652_WPSOffice_Level2) [26](#_Toc14652_WPSOffice_Level2)

[第五节 税务行政处罚](#_Toc16723_WPSOffice_Level2) [29](#_Toc16723_WPSOffice_Level2)

**[第四章　行政强制法律制度](#_Toc14637_WPSOffice_Level1)** **[33](#_Toc14637_WPSOffice_Level1)**

[第一节 行政强制法律制度](#_Toc19195_WPSOffice_Level2) [33](#_Toc19195_WPSOffice_Level2)

[第二节 行政强制措施的实施](#_Toc22121_WPSOffice_Level2) [36](#_Toc22121_WPSOffice_Level2)

[第三节 行政强制执行的实施](#_Toc20572_WPSOffice_Level2) [39](#_Toc20572_WPSOffice_Level2)

**[第五章　行政复议法律制度](#_Toc19318_WPSOffice_Level1)** **[42](#_Toc19318_WPSOffice_Level1)**

[第一节 行政复议概述](#_Toc3454_WPSOffice_Level2) [42](#_Toc3454_WPSOffice_Level2)

[第二节 行政复议受案范围](#_Toc5654_WPSOffice_Level2) [43](#_Toc5654_WPSOffice_Level2)

[第三节 行政复议参与人](#_Toc14726_WPSOffice_Level2) [45](#_Toc14726_WPSOffice_Level2)

[第四节 行政复议机关及行政复议管辖](#_Toc24576_WPSOffice_Level2) [47](#_Toc24576_WPSOffice_Level2)

[第五节 新政复议程序](#_Toc8420_WPSOffice_Level2) [48](#_Toc8420_WPSOffice_Level2)

[第六节 税务行政复议](#_Toc19761_WPSOffice_Level2) [53](#_Toc19761_WPSOffice_Level2)

**[第六章　民法总论](#_Toc16942_WPSOffice_Level1)** **[55](#_Toc16942_WPSOffice_Level1)**

[第一节 民法概述](#_Toc6029_WPSOffice_Level2) [55](#_Toc6029_WPSOffice_Level2)

[第二节 民事法律关系](#_Toc13853_WPSOffice_Level2) [56](#_Toc13853_WPSOffice_Level2)

[第三节 权利主体](#_Toc24370_WPSOffice_Level2) [56](#_Toc24370_WPSOffice_Level2)

[第四节 民事权利](#_Toc7317_WPSOffice_Level2) [61](#_Toc7317_WPSOffice_Level2)

[第五节 法律行为与代理](#_Toc9657_WPSOffice_Level2) [65](#_Toc9657_WPSOffice_Level2)

[第六节 诉讼时效与期间、期日](#_Toc17621_WPSOffice_Level2) [71](#_Toc17621_WPSOffice_Level2)

**[第八章　债法](#_Toc5503_WPSOffice_Level1)** **[73](#_Toc5503_WPSOffice_Level1)**

[第一节 债法总论](#_Toc31892_WPSOffice_Level2) [73](#_Toc31892_WPSOffice_Level2)

[第二节　合同法](#_Toc2061_WPSOffice_Level2) [83](#_Toc2061_WPSOffice_Level2)

[第三节　侵权责任法](#_Toc14260_WPSOffice_Level2) [97](#_Toc14260_WPSOffice_Level2)

**[第九章　个人独资企业法和合伙企业法](#_Toc29840_WPSOffice_Level1)** **[103](#_Toc29840_WPSOffice_Level1)**

[第一节　个人独资企业法](#_Toc13305_WPSOffice_Level2) [103](#_Toc13305_WPSOffice_Level2)

[第二节　合伙企业法](#_Toc22825_WPSOffice_Level2) [104](#_Toc22825_WPSOffice_Level2)

**[第十章　公司法律制度](#_Toc3583_WPSOffice_Level1)** **[111](#_Toc3583_WPSOffice_Level1)**

[第一节 公司概述](#_Toc10383_WPSOffice_Level2) [111](#_Toc10383_WPSOffice_Level2)

[第二节 公司基本制度](#_Toc5805_WPSOffice_Level2) [114](#_Toc5805_WPSOffice_Level2)

[第三节 有限责任公司与股份有限公司](#_Toc11213_WPSOffice_Level2) [122](#_Toc11213_WPSOffice_Level2)

**[第十一章　破产法律制度](#_Toc6332_WPSOffice_Level1)** **[130](#_Toc6332_WPSOffice_Level1)**

[第一节 破产法律制度概述](#_Toc12468_WPSOffice_Level2) [130](#_Toc12468_WPSOffice_Level2)

[第二节 破产案件的申请与受理](#_Toc27935_WPSOffice_Level2) [131](#_Toc27935_WPSOffice_Level2)

[第三节 管理人制度](#_Toc20139_WPSOffice_Level2) [133](#_Toc20139_WPSOffice_Level2)

[第四节 债权申报与债权人组织](#_Toc15627_WPSOffice_Level2) [135](#_Toc15627_WPSOffice_Level2)

[第五节 债务人财产](#_Toc29332_WPSOffice_Level2) [138](#_Toc29332_WPSOffice_Level2)

[第六节 追回权、取回权、抵销权](#_Toc25329_WPSOffice_Level2) [140](#_Toc25329_WPSOffice_Level2)

[第七节 重整与和解](#_Toc26145_WPSOffice_Level2) [142](#_Toc26145_WPSOffice_Level2)

[第八节 破产宣告与破产清算](#_Toc2602_WPSOffice_Level2) [144](#_Toc2602_WPSOffice_Level2)

**[第十二章　刑法基础](#_Toc17049_WPSOffice_Level1)** **[147](#_Toc17049_WPSOffice_Level1)**

[第一节 刑法概述](#_Toc22006_WPSOffice_Level2) [147](#_Toc22006_WPSOffice_Level2)

[第二节 犯罪构成与犯罪形态](#_Toc18638_WPSOffice_Level2) [148](#_Toc18638_WPSOffice_Level2)

[第三节 刑罚的适用](#_Toc13250_WPSOffice_Level2) [151](#_Toc13250_WPSOffice_Level2)

**[第十三章　涉税犯罪法律制度](#_Toc14652_WPSOffice_Level1)** **[161](#_Toc14652_WPSOffice_Level1)**

[第一节 涉税犯罪概述](#_Toc5599_WPSOffice_Level2) [161](#_Toc5599_WPSOffice_Level2)

[第二节 危害税收征管罪](#_Toc32329_WPSOffice_Level2) [161](#_Toc32329_WPSOffice_Level2)

[第三节 渎职罪](#_Toc29112_WPSOffice_Level2) [166](#_Toc29112_WPSOffice_Level2)

**[第十四章　行政诉讼法律制度](#_Toc16723_WPSOffice_Level1)** **[171](#_Toc16723_WPSOffice_Level1)**

[第一节 行政诉讼概述](#_Toc18070_WPSOffice_Level2) [171](#_Toc18070_WPSOffice_Level2)

[第二节 行政诉讼受案范围](#_Toc23269_WPSOffice_Level2) [172](#_Toc23269_WPSOffice_Level2)

[第三节 行政诉讼参加人](#_Toc17394_WPSOffice_Level2) [175](#_Toc17394_WPSOffice_Level2)

[第五节 行政诉讼的证据](#_Toc15057_WPSOffice_Level2) [179](#_Toc15057_WPSOffice_Level2)

[第六节 行政诉讼程序](#_Toc5198_WPSOffice_Level2) [184](#_Toc5198_WPSOffice_Level2)

[第七节 行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行](#_Toc4346_WPSOffice_Level2) [189](#_Toc4346_WPSOffice_Level2)

**[第十五章　民事诉讼法律制度](#_Toc19195_WPSOffice_Level1)** **[191](#_Toc19195_WPSOffice_Level1)**

[第一节 民事诉讼概述](#_Toc30017_WPSOffice_Level2) [191](#_Toc30017_WPSOffice_Level2)

[第二节 民事诉讼受案范围和管辖](#_Toc6265_WPSOffice_Level2) [191](#_Toc6265_WPSOffice_Level2)

[第三节　民事诉讼参加人](#_Toc25045_WPSOffice_Level2) [194](#_Toc25045_WPSOffice_Level2)

[第四节 民事诉讼证据和证明](#_Toc17194_WPSOffice_Level2) [197](#_Toc17194_WPSOffice_Level2)

[第五节 民事诉讼程序](#_Toc9124_WPSOffice_Level2) [201](#_Toc9124_WPSOffice_Level2)

**[第十六章　刑事诉讼法律制度](#_Toc22121_WPSOffice_Level1)** **[207](#_Toc22121_WPSOffice_Level1)**

[第一节 刑事诉讼法概述](#_Toc32439_WPSOffice_Level2) [207](#_Toc32439_WPSOffice_Level2)

[第二节 刑事诉讼参与人](#_Toc6695_WPSOffice_Level2) [208](#_Toc6695_WPSOffice_Level2)

[第三节 刑事诉讼有关制度](#_Toc6991_WPSOffice_Level2) [209](#_Toc6991_WPSOffice_Level2)

[第四节 证据](#_Toc20763_WPSOffice_Level2) [216](#_Toc20763_WPSOffice_Level2)

[第五节 立案、侦查、提起公诉](#_Toc10458_WPSOffice_Level2) [220](#_Toc10458_WPSOffice_Level2)

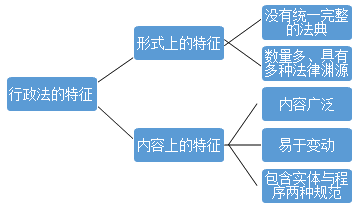
[第六节 刑事诉讼程序](#_Toc1894_WPSOffice_Level2) [224](#_Toc1894_WPSOffice_Level2)

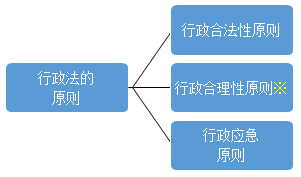
# 第一章　行政法基本理论

　　第一节 行政法与行政法律关系

　　一、行政法的概念和特征  
　　（一）行政法的概念

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 是关于行政权力的授予、行使以及对行政权力进行监督控制和对其消极后果予以补救的法律规范的总称 |
| 含义 | 1.是设定行政权力的法律规范。如，《地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法》 |
| 2.是规范行政权力如何实施的法。如，《税收征管法》、《行政处罚法》、《行政强制法》等 |
| 3.是监督行政权力的法。如，《行政诉讼法》、《行政监察法》等 |
| 4.是对行政权力产生的后果进行补救的法。如，《行政复议法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》等 |

　　（二）行政法的特征  
　　

　　二、行政法的基本原则  
　　

　　（一）行政合法性原则  
　　1.含义  
　　指行政权的**存在、行使必须依据法律、符合法律**，不得与法律相抵触，简称合法性原则。

　　（二）行政合理性原则（简称“合理性原则”）

|  |  |
| --- | --- |
| 1.实质 | 实际上是一种**实质合法性原则** |
| 2.含义 | 指行政行为的内容要**客观、适度、符合理性** |
| 3.产生的主要原因  【2016年多选题】 | **行政自由裁量权**的存在 |

　　4.合理性原则的内容  
　　（1）行政行为应符合立法目的；  
　　（2）作出行政行为时应当考虑到相关因素，不应该考虑与行政行为无关的因素；   
　　（3）**平等地适用**法律规范，符合公正法则；——**不能厚此薄彼**  
　　（4）行政行为应**符合比例原则**要求。即行政机关可以采用多种方式实现某一行政目的的情况下，应当采用对当事人权益损害最小的方式，作出的行政行为才是合理和适当的；【2013年单选题】（第四章行政强制“行政强制适当原则”）  
　　（5）符合自然规律和社会公德，符合人类理性和公平正义观念。如合理采伐，合理利用土地等。

　　（三）行政应急性原则（简称“**应急性原则”**）  
　　应急性原则，是指在特殊的紧急情况下，出于国家安全、社会公共利益的需要，行政机关**可以采取没有明确法律依据的或与通常状态下的法律规定相抵触的措施**。  
　　　　  
　三、行政法的渊源及行政立法权  
　　（一）行政法的渊源

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 名称 | | 制定机关 | 例举 | 备注 |
| 宪法 | | 全国人大 |  | 根本大法，具有最高法律地位和法律效力 |
| **法律** | **基本法律** | 全国人大 | 《XX**法**》，如《立法法》《行政诉讼法》《行政处罚法》《企业所得税法》 | 效力层级仅次于宪法，不得与宪法相冲突 |
| **一般法律** | 全国人大常委会 | 《税收征收管理法》《行政复议法》《行政强制法》 |
| 【注意】法律保留原则。比如，根据《立法法》第8条规定，**税种的设立、税率的确定和税收征收管理**等税收基本制度，只能由法律规定。【2017年多选题】 | | | | |
| **行政法规** | | 国务院制定 | 《XX条例》 《XX细则》 《XX规定》 | 效力低于宪法和法律，高于行政规章和地方法规 |
| 行政规章 【2014多选题】 | **部门规章** | 国务院各部委及直属机构制定 | 《中华人民共和国XX办法》《XX规则》 | 【注意】不得设定减损公民、法人和其他组织权利或者增加其义务的规范，不得增加本部门的权力或者减少本部门的法定职责 |
| **地方规章** | 部分地方**人民政府**制定 |  |  |
| 地方性法规 | | 部分地方**人民代表大会及其常务委员会**制定 | | |
| 民族自治条例、单行条例 | | 民族自治地方权力机关制定 | 自治区的，报全国人大常委会**批准**后生效；  自治州、自治县的，报省或自治区人大常委会批准后生效，并报全国人大常委会和国务院**备案** | |

　　（二）行政立法主体  
　　1.行政立法的概念  
　　指**有权行政机关**依法律规定的权限和程序制定并颁布有关行政管理事项普遍适用的规则的活动，包括行政法规和行政规章。

2.行政立法的主体（行政法的渊源中已涉及）

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 制定主体 | | 规范性文件 |
| （1） | 国务院 | | 行政法规 |
| （2） | 国务院各部各委员会；国务院直属机构 | | 部门规章 |
| （3） | 省、自治区、直辖市人民政府 | | 地方性规章 |
| （4） | **设区的市政府** | 省、自治区人民政府所在地的市 |
| 国务院批准的较大的市 |
| 经济特区所在地的市 |
| 其他设区的市、自治州政府（新法增加的） |

　　（三）行政法渊源中效力冲突的解决方式  
　　1.法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，由**全国人大常委会**裁决。  
　　2.**行政法规**之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，由国务院裁决。  
　　3.**授权制定的法规（效力等同于法律）**与法律规定不一致，由全国人大常委会裁决。

　　4.各部门规章之间、各部门规章与地方政府规章对同一事项的规定不一致时，由国务院裁决。

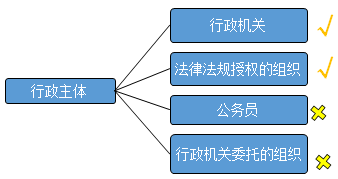
　　5.国务院部门规章与地方性法规之间对同一事项的规定不一致，由国务院提出意见，**国务院认为应当适用地方性法规的，决定在该地方适用地方性法规；认为应当适用部门规章的，应当提请全国人大常委会裁决。**

　　四、行政法律关系  
　　（一）行政法律关系的概念及特征

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 由行政法调整的在**行政主体**行使职权时与相对方形成的一种行政法上的权利与义务关系 |
| 特征 | （1）当事人**一方必须是行政主体** |
| （2）具有**非对等性**，即当事人双方的权利义务不对等 |
| （3）**内容一般是法定的** |
| （4）行政主体**实体上的权力义务是重合的** |
| （5）争议通过行政程序或准司法程序以及司法程序解决 |

## 

## 第二节 行政主体

一、行政主体   
　　

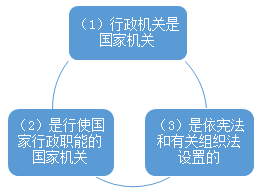
　　（一）行政主体的概念及特征  
　　1.概念  
　　行政主体，是指享有行政权力，能**以自己的名义**行使**行政权力**，作出影响行政相对人权利和义务的行政行为，并能独立承担由此产生的相应**法律责任的社会组织**。

　　2.特征  
　　（1）行政主体是**社会组织**。但并非所有的社会组织都是行政主体。  
　　（2）是享有**行政权力**的组织。  
　　（3）是能以**自己的名义**行使行政权的组织。  
　　（4）是能够**独立承担法律责任**的组织。

　　（二）行政主体的行政职权  
　　1.行政职权的概念及特征

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 行政职权是行政主体实施国家行政管理活动的资格及权能。一般分为**固有职权和授予职权**。 |
| 特征 | （1）公益性 |
| （2）优益性：行政主体行使行政职权时依法享有的优先权和受益权，合称为行政优益权 |
| （3）支配性：行政职权一经行使，在没有被国家有权机关撤销之前，相对人是必须遵守执行 |
| （4）不可自由处分性：不得随意转移、不得随意放弃或抛弃 |

　　2.行政职权的内容  
　　（1）行政立法权：——见【知识点三】  
　　（2）行政解释权：行政主体依法对法律、行政法规和规章**未明确**规定的事项作出具体说明和补充的权力，往往被看成行政立法权的补充。  
　　（3）行政决定权。行政主体依法对行政管理中的具体事宜的处理权。如行政征收、行政补偿等。  
　　（4）行政许可权。（第二章）  
　　（5）行政命令权。  
　　（6）行政执行权。（第四章）  
　　（7）行政监督检查权。税务机关依法对纳税人的纳税情况进行检查等。  
　　（8）行政强制权。  
　　（9）行政处罚权：训诫罚、财产罚、行为罚和人身罚等。（见第三章）  
　　（10）行政司法权。包括行政调解权、行政仲裁权、行政裁决权和行政复议权。

　　（三）行政机关及其工作人员  
　　1.行政机关的概念  
　　

　　2.中央行政机关

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 名称 | 组成或例举 | 是否是行政主体 |
| 国务院 | 即中央人民政府，最高权力机构的执行机关，是最高国家行政机关 | 是 |
| 国务院组成部门 【2014年多选题】 | 如自然资源部、农业农村部、退役军人事务部、应急管理部、人力资源和社会保障部、交通运输部、财政部、生态环境部、司法部、商务部、住房和城乡建设部、国家发改委、国家卫健委、中国人民银行、审计署等 | 是 |
| 国务院直属机构 | 如税务总局、国家市场监督管理总局、国家国际发展合作署、广电总局、海关总署、体育总局、国家统计局、国家医疗保障局等 | 是 |
| 部委、总局管理的国家局 | 如公安部管理的国家移民管理局、交通运输部管理的国家铁路局、中国人民银行管理的国家外汇管理局、文化和旅游部管理的国家文物局等 | 是 |
| 国务院办事机构 | 港澳办、国务院研究室 | 不是 |
| 国务院直属事业单位【2012年单选、2014年多选题】 | 气象局、银行保险监管会、证监会、电力监管委员会、国务院发展研究中心、新华社、中央广播电视总台、中科院、社科院、工程院 | 一般不是，但法律法规授权时是 |
| 国务院直属特设机构 | 国有资产监督管理委员会（简称“国资委”） |  |

　　3.地方行政机关

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 地方各级人民政府 | 省、自治区、直辖市政府 县、区政府 乡镇人民政府 | **均是行政主体** |
| 政府职能部门 | 即各厅、局 |
| 派出机关 | ①省、自治区人民政府设立的**行政公署**； ②县、自治县人民政府设立的**区公所**； ③市辖区、不设区的市人民政府设立的**街道办事处**； ④县级以上地方各级人民政府在**经济技术开发区设立的管理委员会** |

　　4.行政机关工作人员

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1） | 概念 | 即公务员 |
| （2） | 职位分类 | **综合管理类、专业技术类和行政执法类** |
| 职务分类 | **领导职务和非领导职务** |
| （3） | 公务员的权利 | ①获得履行职责应当具有的工作条件； ②非因法定事由、非经法定程序，不被免职、降职、辞退或者处分； ③获得工资报酬，享受福利、保险待遇； ④参加培训； ⑤对机关工作和领导人员提出批评和建议； ⑥提出申诉和控告； ⑦申请辞职； ⑧法律规定的其他权利 |
| （4） | 不得录用为公务员的情况 | ①曾因犯罪受过刑事处罚的； ②曾被开除公职的； ③有法律规定不得录用为公务员的其他情形的 |

　　（四）法律、法规授权的组织  
　　法律法规授权的组织，是指依法律、法规授权而**行使特定行政职能的非国家机关组织**。  
　　1.行政机构  
　　（1）内部机构  
　　◆国家专利局内设的**专利复审委员会**；  
　　◆各级交通部门内设的航政机构和**高速公路管理机构**；  
　　◆县级以上公安机关内设的**交通警察大队**等。

　　（2）派出机构  
　　【注意】派出机构与派出机关的区别

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 派出机关 | 派出机构 |
| 设立机关不同 | 某级政府设立 | 政府的工作部门设立 |
| 行使职权不同 | 行使一般行政职权 | 只行使某方面的行政职权 |
| 种类多少不一 | **行政公署、区公所、街道办事处、科技开发区管委会** | 审计署派驻各地的办事处、公安派出所、**税务所**、财政所等区别 |
| 法律地位不同 | 行政主体（职权行政主体） | 一般不是行政主体，只有法律、法规授权时才具有行政主体地位 |
| 【注意1】派出机构行使所在机关职权时，不能以自己的名义行使，只能以所在机关的名义行使。此时，行政机关是行政主体。 【注意2】税务所取得了《税收征管法》的授权，是行政主体。 | | |

　　2.事业单位  
　　如高等学校经过《教育法》和《高等教育法》的授权可以成为行政主体。  
　　3.社会团体  
　　如注册会计师协会、体育协会等。  
　　4.其他组织  
　　如村委会、居委会等群众自治性组织。

　　（五）行政机关委托的组织  
　　行政机关委托的组织与法律、法规授权的组织的区别

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政机关委托的组织 | 法律法规授权的组织 |
| **权力来源不同** | 行政机关的委托 | 法律法规规章的明文规定 |
| 行使行政权的方式不同 | 基于委托取得行政权，不能独立行使，**必须以委托机关的名义**行使 | 可以**以自己的名义**行使行政权 |
| 法律地位和行为后果不同 | **不是行政主体，**在行政诉讼和行政复议中，不作为被告和被申请人 | **属于行政主体**，在行政诉讼和行政复议中，可以作为被告和被申请人 |

【提示1】本知识点重点掌握行政主体的认定（尤其是中央行政机关、地方行政机关中的派出机关、派出机关与派出机构的区别）。  
　　【提示2】本知识点中的（三）行政机关和（四）法律、法规授权的组织具有行政主体资格，（五）行政机关委托的组织则不具有行政主体资格。

## 第三节 行政行为

　　一、行政行为基本理论  
　　（一）行政行为的概念和特征  
　　1.概念  
　　行政行为，是指**行政主体实施**行政管理和服务活动、行使行政职权或履行行政服务职能过程中所作出的**具有法律意义**的、**旨在产生某种行政法律效果**的行为。内涵如下：  
　　（1）**主体是行政主体**，即国家行政机关及授权性组织；  
　　（2）目的是为了履行行政管理和服务职责，实现行政管理和服务的目标；  
　　（3）**表现形式是行使行政权力**，是国家行政权的直接体现；  
　　（4）行政行为是旨在产生行政法律效果的行为。  
　　【注意】此定义指的是狭义的行政行为，从广义上讲，行政行为既包括行政法律行为，也包括行政事实行为。见【知识点十一】行政事实行为。

　　2.行政行为的特征  
　　（1）从属法律性。行政行为是执行法律的行为，从而必须从属于法律。  
　　（2）裁量性。  
　　（3）单方意志性。  
　　（4）效力先定性。——等同于效力中的公定力  
　　（5）强制性。以国家强制力作为实施的保障。  
　　【注意】**强制性≠所有的行政行为都必须强制实施。**

　　（二）行政行为的效力【2014年单选题】

|  |  |
| --- | --- |
| 确定力 | 指有效成立的行政行为，非依法**不得随意**变更或撤销 |
| 拘束力 | 表现为对行政主体和行政相对方的拘束力 |
| 公定力 | 不论合法还是违法，都推定为合法有效——等同于行政行为特征中的效力先定性 |
| 执行力 | 行政行为生效后，行政主体依法有权采取一定手段，使行政行为的内容得以实现。例如，强制受罚人缴纳罚款 |

　　（三）行政行为的分类【2016年多选、综合】

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 划分标准 | 分类 | 例举 |
| 1 | 以适用与效力作用的对象范围为标准 | 内部行政行为 | 行政处分 |
| 外部行政行为 | 行政处罚、行政许可、行政复议、行政征收等 |
| 2 | 以对象是否特定为标准 | 抽象行政行为 | 制定行政法规、行政规章和一般规范性文件的行为 |
| 具体行政行为 | 行政处罚、行政许可、行政复议、行政征收等 |
| 3 | 以受法律规范拘束的程度为标准 | 羁束行政行为 | 如税务机关征税 |
| 裁量行政行为 | 如1万以上10万元以下罚款 |
| 4 | 以行政主体是否可以主动作出行政行为为标准 | 依职权的行政行为 | 行政征收、行政处罚 |
| 依申请的行政行为 | 行政许可、行政复议 |
| 5 | 依行政行为成立时参与意思表示的当事人数目为标准 | 单方行政行为 | 行政处罚、行政许可等 |
| 双方行政行为 | 行政合同 |
| 6 | 以行政行为是否应当具备一定的法定形式为标准 | 要式行政行为 | 绝大多数行政行为 |
| 非要式行政行为 | 公安机关对酗酒的人采取强制约束的行为、行政机关紧急封锁、戒严、交通管制等 |
| 7 | 以行政行为是否以作为方式表现为标准 | 作为行政行为 | 行政奖励、行政强制行为等 |
| 不作为行政行为 | 不履行保护人身权财产权的法定职责 |
| 8 | 以行政行为的内容对行政相对人是否有利为标准 | 授益性行政行为 | 行政许可、行政奖励、行政给付 |
| 损益性行政行为 【2013年多选题】 | 行政处罚、行政征收等 |
| 9 | 以行政权作用的表现方式和实施行政行为所形成的法律关系为标准 | 行政立法行为 | 制定行政法规和行政规章的行政行为 |
| 行政执法行为 | 行政许可、行政确认、行政奖励、行政处罚、行政强制、行政监督检查等 |
| 行政司法行为 | 行政调解、行政裁决、行政仲裁、行政复议等 |
| 10 | 行政终局裁决行为 | “**法律**”规定由行政机关最终裁决的具体行政行为 | 均不属于行政诉讼受案范围 |
| 11 | 国家行为 | 涉及国家重大利益，具有高度政治性的行为 |

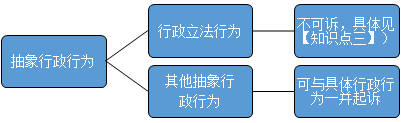
　　（四）行政行为的合法要件  
　　**【注意】行政行为成立≠行政行为合法有效**  
　　1.行政行为的主体应当合法。  
　　2.行政主体应当在权限范围内实施。  
　　行政职权的限制表现在：事项管辖权的限制、地域管辖权的限制、时间管辖权的限制、手段上的限制、程度上的限制、条件上的限制以及委托权限的限制。  
　　3.内容应当合法、适当。  
　　4.应当符合法定程序

　　（五）行政行为的无效、撤销和废止

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 条件 | 法律后果 |
| 无效 | ①行政行为存在**明显且严重**瑕疵； ②没有法定依据或不遵守法定程序 | 恢复原状，赔偿损失 |
| 撤销 | ①行政行为**合法要件有瑕疵**。主体、内容、**权限**、程序任何一个合法要件欠缺，均会导致被撤销； ②行政行为明显不适当 | ①撤销后失效，但可追溯到行政行为作出之日； ②撤销后是否赔偿，视过错而定 |
| 废止 （撤回） | ①所依据的法律、法规、规章等经有权机关依法修改、废止或撤销。 ②行政行为所依据的客观情况发生重大变化。如抗旱或抗洪； ③行政行为已完成原定的目标、任务，实现了国家的行政管理目的，从而没有继续存在的必要 | ①效力从废止之日起失效； ②被废止之前已给予相对方的权益不再收回，也不再给予； ③相对方已履行的义务不能要求返还利益，但可不再履行义务； ④因废止给相对方利益造成损失的，行政主体应当依法给予补偿 |
| 【注意】行政行为具有确定力，一经作出不得随意废止 | |

　　二、抽象行政行为  
　　1.含义  
　　◆动态上：指行政主体针对不特定的人和事制定具有普遍约束力的行为规则的活动。  
　　◆静态上：是指行政主体针对不特定的人和事制定出来的具有普遍约束力的行为规则。包括行政法规、行政规章、具有普遍约束力的决定、命令等。

　　2.特征  
　　（1）对象的普遍性。——对事不对人，如快递新规定，机动车限行的决定等  
　　（2）效力的普遍性和持续性。可以反复适用。  
　　（3）准立法性。  
　　（4）不可诉性。抽象行政行为不能成为行政诉讼的直接对象。  
　　【特别提醒】新《行政诉讼法》已将规章以下的部分抽象行政行为纳入行政诉讼受案范围，但必须与具体行政行为**一并**提起诉讼，不得单独对其提起诉讼。

3.分类  
　　

　　三、具体行政行为  
　　（一）行政征收

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 指行政主体根据法律规定，以**强制方式无偿取得**相对方**财产所有权**的一种具体行政行为 | |
| 特征 | （1）是**单方面**具体行政行为。 （2）实质是行政主体以**强制方式无偿取得**相对方的**财产所有权**。 （3）其实施必须以**相对方负有行政法上的缴纳义务**为前提 | |
| 分类 | （1）因使用权而引起的征收 | 如建设资金的征收 |
| （2）因行政法上的义务而引起的征收 | 如征税、管理费的征收 |
| （3）因国家或公共利益需要而引起的征收 | 如国有土地上房屋的征收 |

　　（二）行政确认  
　　1.概念  
　　行政确认，是指行政主体依法对相对方的法律地位、法律关系和法律事实进行甄别，给予确定、认可、证明并予以宣告的具体行政行为。  
　　2.特征  
　　（1）是要式行政行为。  
　　（2）有些依申请作出，如城市房屋出租登记备案、收养登记、增值税一般纳税人资格认定等；有些依职权作出，如道路交通事故责任认定、火灾事故责任认定等。

　　（三）行政监督

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 指**行政主体**依法定职权，对相对方遵守法律、法规、规章，执行行政命令、决定的情况进行检查、了解、监督的行政行为 | |
| 特征 | 行为主体 | 享有行政监督检查权的国家行政机关或法律、法规授权的组织 |
| 行为对象 | 作为行政**相对方**的公民、法人或其他组织 |
| 行为内容 | 相对方遵守法律、法规、规章，执行行政命令、决定的情况 |
| 行为性质 | 依职权的、单方的、相对独立的具体行政行为 |
| 行为目的 | 防止和纠正行政相对方的违法行为，保障法律、法规、规章的贯彻实施和行政管理目标的具体实现 |

　　（四）行政给付与行政奖励

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政给付 | 行政奖励 |
| 性质 | 授益性行为 | 授益性行为 |
| 给付主体 | 行政主体 | 行政机关 |
| 给付对象 | 特定的公民（弱势群体） | **为国家和社会做出一定贡献的行政相对人** |
| 给付的内容 | **物质权益或与物质相关的权益**，既可以是直接的财物，也可以是与财物相关的其他利益 | 物质+精神奖励 |
| 表现形式 | 发放退休金、退职金、失业救济金、社会保险金、最低生活保障费、安置，补助，抚恤，优待，救灾扶贫 | 金钱奖励即取得奖金或实物，获得荣誉称号等 |

　　（五）行政裁决

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 是指法律授权的**特定行政主体**对**平等主体**之间发生的、与行政管理活动密切相关的、**特定的民事权利归属或侵权**损害纠纷进行审查，并就各方责任的承担作出裁断的具体行政行为 |
| 特征 | （1）主体是法律授权的特定行政机关。（不包括涉及人身侵害的治安管理处罚案件中的公安机关） |
| （2）裁决的对象是**特定的民事纠纷** |
| （3）是行政主体行使行政裁判权的活动，具有法律权威性。——行政司法 |
| （4）对部分行政裁决不服，可依法提出行政复议或行政诉讼 |

四、行政行为程序与行政程序法  
　　

　　（一）行政程序法的基本原则

|  |  |
| --- | --- |
| 公开原则 | 除法律另有规定，行政主体必须将行政行为在**事前、事中、事后**公开于行政相对人和有关利害关系人。主要体现在法律公开、资料公开、行政过程公开、行政决定公开等方面 |
| 公正原则 【2013年多选题】 | 行政主体在作出行政行为时，要平等地对待当事人各方，排除各种可能造成不平等或偏见的因素 |
| 参与原则 | 行政主体在实施行政行为的过程中，**行政相对人**有权参与行政过程，并有权对行政行为发表意见 |
| 效率原则 | 效率原则是**行政程序在时间方面**的又一表现 |

　　（二）行政程序法的基本制度——十项制度

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 制度 | 含义 |
| 1 | 信息公开制度 | 对应公开原则。见【知识点十】信息公开制度 |
| 2 | 回避制度 （对应公正原则） | （1）与当事人有利害关系的行政执法人员应**主动回避**。 （2）若不主动回避，当事人有权提出**要求其回避**的请求 |
| 3 | 行政调查制度 | 是**行政主体**依法获取证据材料的一种行政程序制度。包括： （1）行政机关执行调查职能时，不能超出法定限度。 （2）比如《行政处罚法》规定，调查时，执法人员不得少于2人，出示证件；如果证据可能灭失或以后难以取证的情况下，经行政机关负责人批准，可以先行登记保存，在7日内及时作出处理决定 |
| 4 | 告知制度 | 在进行某项行政行为**之前**对行政相对人享有哪些权利、承担哪些义务，如何行使有关权利、履行有关义务以及其他有关事项，负有以书面或口头形式告知相对人并加以指导的义务 |
| 5 | 催告制度【2013年单选题】 | （1）当事人不自觉履行义务，行政主体督促当事人在一定期限内履行义务，否则承担被强制执行后果的一种程序。 （2）催告是强制执行行政决定的前置程序，是行政强制执行的核心程序 |
| 6 | 听证制度 （对应参与原则） | 是行政主体在作出影响行政相对人合法权益的决定前，行政主体告知决定理由和听证权利，行政相对人表达意见、提供证据，以及**行政主体听取意见、接纳证据的程序**等所构成的一项行政程序基本法律制度 |
| 7 | 行政案卷制度 | 即行政机关作出的行政决定应当以行政案卷为根据，行政机关不能在行政案卷以外，以当事人所未知悉的或者未由当事人申辩、质证的事实作为根据来作出行政决定 |
| 8 | 说明理由制度 | 行政主体应将作出行政决定所依据的**事实上和法律上的理由**对行政相对人说明，即说明理由制度 |
| 9 | 教示制度 【2013年单选题】 | 行政机关对行政相对人正式作出某种**不利决定**时，将有关**法律救济权利**事项明确地告知的一种行政程序法律制度。内容主要有： （1）告知相对人向什么机关提出法律救济以及请求获得法律救济的法定时限； （2）行政机关应当告知行政相对人提出法律救济的法定方式，如书面方式还是口头方式等； （3）行政机关如不履行该教示程序，应当承担不利于已的法律后果 |
| 10 | 时效制度 （对应效率原则） | 对行政主体的行政行为给予**时间上的限制**以**保证行政效率**和有效**保障当事人合法权益**的程序制度 |

　　五、信息公开制度  
　　（一）含义  
　　信息公开是指，凡是涉及行政相对人权利、义务的行政信息资料，除法律规定应予保密的以外，有关机构均应依法向社会公开，任何公民或组织均可依法查阅、复制。

　　（二）内容  
　　1.主动公开

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 情形 | 时间和方式 | 限制 |
| 主动公开 | 1.涉及**公民、法人或其他组织切身利益**； 2.需要**社会公众广泛知晓**或者参与； 3.反映本行政机关**机构设置、职能、办事程序**等情况。 4.其他应当主动公开的情况 | 1.信息形成或在变更之日起**20个工作日**以内； 2.通过政府公报、政府网站、新闻发布会以及报刊、广播、电视等方式公开 | 不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。 【例外】权利人同意公开；不公开可能对公共利益造成重大影响的商业秘密、个人隐私 |

　　2.依申请公开

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 情形 | 时间和方式 | 限制 | 收费 |
| 依申请公开 | 公民、法人或其他组织.可以向政府申请获取所需要的政府信息 | 1.能当场，应当场答复； 2.不能当场答复：**15+15** 【补充】按要求形式，无法提供可安排查阅复制 | 不得公开涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的政府信息。 【例外】权利人同意公开；不公开可能对公共利益造成重大影响的商业秘密、个人隐私 | 可以收取**检索、复制、邮寄等**成本费用，其余不行 |

　　六、行政事实行为  
　　（一）行政事实行为  
　　1.概念  
　　指行政主体作出的以影响或改变事实状态为目的、**非产生法律约束力**而仅产生事实上的效果的行为。  
　　例如，行政机关发布信息、公开情报、工商行政机关在报纸发布某些产品不合格的警示、环保行政机关给公共道路边的树木打虫药、物价行政机关对某商店进行物价检查等。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 特征 | （1）是一种**公法行为** | |
| （2）是一种**实施行政职权**的行为 | |
| （3）**不具有法律上的约束力，不以产生法律效果为目的，**即行政主体实施事实行为不会导致行政法上权利义务的产生、变更和消灭。——最主要的特征 | |
| 种类 | 执行性行政事实行为 | 如工商机关根据行政处罚决定书所进行的没收物品行为；民政机关根据行政给付决定发放特定人生活补助金的行为等 |
| 通知性行政事实行为 | 行政机关作出的不具有法律拘束力的意见表示行为，例如，行政机关对相对人提出的意见、劝告、提供的咨询服务（气象报告等）等 |
| 协商性行政事实行为 | 行政机关在作出正式的行政行为之前，与行政相对人就某些问题作出的不具有法律效果的协商行为 |
| 法律救济 | 已经作出的**违法行使职权的**行政事实行为对行政相对人的人身权、财产权造成损害的，相对人有权提出国家赔偿 | |

　　（二）行政指导

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 是行政主体为了达到某种行政目的，在其职权范围内采用**希望、劝告、建议、指示等非强制性手段**谋求行政相对人协助或合作的行政活动 |
| 特征 | （1）行政性。①作出行政指导的**主体必须是行政主体**； ②行政机关必须在其职权范围内作出行政指导 |
| （2）非强制性。对行政指导，行政相对人没有必须服从的义务 |

# 第二章　行政许可法律制度

　　第一节 行政许可概述

一、行政许可的概念和特征  
　　1.概念  
　　行政机关对相对人是否符合法律、法规规定的权利资格和行使权利的条件进行审查核实，符合法定资格或者条件的，就**批准从事某种特定活动**。  
　　◆行政许可是一种授益性行政行为

　　2.特征  
　　（1）是依申请的行政行为。  
　　（2）是行政机关依照法定职权对社会实施的外部管理行为。  
　　（3）是一种经依法审查的行为。  
　　（4）是准予从事特定活动的行为。指一般禁止为前提

　　二、行政许可与相关概念的区别  
　　1.行政许可与行政审批

|  |  |
| --- | --- |
| 行政审批 | 行政许可 |
| 可以依申请，也可以依职权 | 依申请 |
| 可以是内部也可以是外部行为 | 外部管理行为 |
| 是**管理过程**中的一个制度，如企业财产损失税前扣除审批，减税免税审批、延期申报和延期纳税审批、税收保全批准等 | 是一种**事先控制手段**，主要表现为**权利的赋予或禁止的解除**。如持枪许可，渔业捕捞许可等 |

　　2.行政许可与行政确认  
　　行政确认是针对**特定的法律事实**来进行鉴别，如道路交通事故责任认定、一般纳税人资格认定、火灾事故原因和责任认定等。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政确认 | 行政许可 |
| 启动程序不同 | **可以依职权，也可以依申请进行** | **是依申请的行政行为** |
| 在行政诉讼中的后果不同 | 通常不因申请行为无效而无效或被撤销 | 会因为申请行为无效而导致无效或者被撤销 |
| **【关键标准】行政相对人权利形成的时间** | **如果相对人的权利形成于行政机关作出决定之前，则是行政确认** | **如果相对人的权利产生于行政机关作出决定之后，则是行政许可。即无许可则无权利** |

　　3.行政许可与行政登记

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政登记 | 行政许可 |
| 是否具有裁量权不同 | 行政机关没有裁量权 | 在进行行政许可时拥有裁量权 |
| 目的不同 | 目的在于建立秩序，指向的对象是法律、法规规定应当由行政机关以书面进行记载的事实 | 对相对人的行为**事先加以严格控制**，其作用的对象是**法律作一般性禁止**的行为 |
| 结果不同 | 登记在大多数情况下属于履行义务，如税务登记 | 被许可人获得从事某种行为的资格和权利 |

　 三、《行政许可法》的基本原则

|  |  |
| --- | --- |
| 1.法定原则（第4条） | 设定和实施行政许可，应当依照法定的权限、范围、条件和程序 |
| 2.公开、公平、公正原则（第5条） | （1）有关行政许可的规定应当公布。 （2）行政许可的实施和结果，除涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的外，应当公开 |
| 3.便民和效率原则（第6条） | 如公示制度、一次申请制度、当场更正制度、一次告知补正制度、相对集中行政许可制度、期限时效制度等 |
| 4.救济原则（第7条） | （1）办理行政许可**过程中**享有**陈述权、申辩权**； （2）申请行政复议或提起行政诉讼； （3）因违法许可导致权益受损，有权要求赔偿 |

　　5.信赖保护原则（第8条）【2014年单选】  
　　（1）含义  
　　①行政机关不得擅自改变已经生效的行政行为；  
　　②确需改变的，由此给相对人造成的损失应当予以补偿。  
　　（2）特征  
　　①取得的许可正当，相对人基于其对许可行为的合理信赖，受到法律保护。  
　　②行政机关和被许可人都无过错；  
　　③行政机关撤回或变更许可造成当事人财产损失的，应予以补偿。

|  |  |
| --- | --- |
| 6.行政许可不得转让原则（第9条） | 除法律、法规另有规定的外，被许可人不得转让行政许可权利 |
| 7.监督原则（第10条） | 县级以上人民政府应当建立健全对行政机关实施行政许可的监督制度。监督的方式有书面监督、举报监督、实地监督等 |

第二节 行政许可的设定

一、概念与设定程序

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | | 即**创设性地规定**行政许可事项的活动 |
| 设定的有关程序 | 设定时需规定的内容 | **实施机关、条件、程序、期限** |
| 听取意见 | 拟设定行政许可的，起草单位应当采取听证会、论证会等形式听取意见 |
| 许可评价 | **已经设定的许可**，应定期进行评价，根据需要进行修改或废止 |
| 停止实施许可 | **省、自治区、直辖市人民政府对行政法规设定**的有关**经济事务**的行政许可，根据本行政区域经济和社会发展情况，认为其是可以不设定行政许可的事项的，**报国务院批准**后，可在本行政区域内停止实施该行政许可 |

　　（二）设定行政许可的事项

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 事项 | 例举 |
| 1.可以设定行政许可的事项 | （1）直接涉及国家安全、公共安全、经济宏观调控、生态环境保护以及直接关系人身健康、生命财产安全等特定活动——普通许可 | 如出入境许可、治安许可、爆炸物生产运输许可等 |
| （2）有限自然资源的开发利用、公共资源配置、直接关系公共利益的特定行业的市场准入——特许 | 如无线电频率使用、狩猎、采伐许可等 |
| （3）需要确定具备特殊信誉、特殊条件或特殊技能等资格、资质的事项——认可 | 如医师资格、教师资格、律师资格等 |
| 可以设定行政许可的事项 | （4）直接关系公共安全、人身健康、生命财产安全的重要设备、设施、产品、物品，需要按照一定技术标准、技术规范，通过检验、检疫等方式进行审定的事项——核准 | 如特种设备的年检、航空器适航的认定等 |
| （5）需要确定主体资格的企业和其他组织的设立等事项——登记 【注意】纳税人取得一般纳税人资格的纳税主体登记事项，不属于此类事项范围 | 如企业登记、社会组织登记 |
| （6）法律、行政法规规定可以设定行政许可的其他事项 |  |

　　2.可不设定许可的事项  
　　（1）公民、法人或其他组织能够自主决定的——如考试用书的选择。  
　　（2）市场竞争机制能够有效调节的。  
　　（3）行业组织或中介机构能够自律管理的。  
　　（4）行政机关采用事后监督等其他行政管理方式能够解决的

　　（三）行政许可设定权划分

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 名称 | 行政许可设定权 | 备注 |
| 法律 | 是确定适用行政许可的主要依据 | 采矿权、草原使用许可、伐木许可等，以及国民健康权、环境权、劳动权等只能由法律设定 |
| 行政法规 | 尚未制定法律的，行政法规可以设定行政许可 |  |
| **部门规章** | **不能设定行政许可** |  |
| **国务院的决定** | **必要时，国务院可以采用发布决定的方式设定行政许可** | **决定属于规章以下的规范性文件，不是行政法的渊源** |
| 地方性法规 | 尚未制定法律、行政法规的，地方性法规可以设定行政许可 | ①不得设定应当由国家统一确定的公民、法人或其他组织的资格、资质的许可；②不得设定企业或其他组织的设立登记及其**前置性**许可。【2013年综合】 |
| 地方规章 | 省、自治区、直辖市人民政府规章可以设定临时性的行政许可 |
| 其他主体制定的，不能设定行政许可 |  |

## 第三节 行政许可的实施

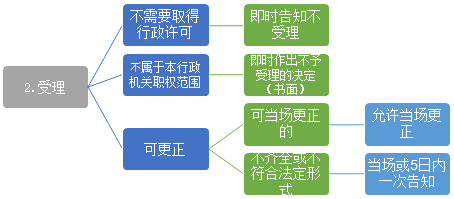
　　一、实施主体  
　　1.具体内容：

|  |  |
| --- | --- |
| 行政机关 | （1）税务机关在法定权限内实施，下属的事业单位一律不得实施； （2）没有法律、法规、规章的规定，税务机关**不得委托**其他机关实施税务行政许可 |
| 具有管理公共事务职能的组织 | 如证监会、律师协会、注册会计师协会等 |
| 受委托的其他行政机关 | （1）受委托**主体只限于行政机关**； （2）受委托行政机关在委托范围内，**以委托行政机关名义**实施行政许可； （3）**许可行为的法律后果由委托行政机关承担**； （4）**不得再委托**其他组织或者个人实施行政许可。 【注意】委托机关应当将受委托行政机关和受委托实施行政许可的内容予以公告 |

　　2.实施主体的其他有关规定  
　　（1）相对集中行政许可权的原则规定；  
　　（2）一个窗口对外；  
　　（3）统一办理或联合办理、集中办理的规定；  
　　（4）实施行政许可，不得要求申请人购买指定商品、接受有偿服务。不得索贿受贿，不得谋取其他利益；  
　　（5）检验、检测、检疫时，除法律、行政法规规定必须由行政机关实施的外，才由行政机关实施，其他的应当逐步由符合法定条件的专业技术组织实施。

　　（二）行政许可实施程序（含税务行政许可）  
　　具体程序：

|  |  |
| --- | --- |
| 1.申请 | （1）可以委托他人提出申请，但是依法应当由申请人到行政机关办公场所提出申请的除外； 【注意】税务行政许可，也可以委托他人。 （2）可以书面，也可以采用其他方式。 【注意】税务行政许可，申请人直接向具有行政许可权的税务机关提交《税务行政许可申请表》和国家税务总局公告2016年第11号规定的申请材料。 （3）八项公示：事项、依据、条件、数量、程序、期限以及需要提交的全部材料的目录和申请书示范文本（免费）。 【注意】税务行政许可的公示与此完全一致 |



　　3.审查  
　　（1）审查方式=形式+实地（两名以上）  
　　（2）下级行政机关初步审查（**20日内**），将初步审查意见和**全部申请材料**直接报送上级行政机关（若材料不足，可要求申请人补充，但不得要求重复提供材料）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 4.决定 | 许可形式 | 书面 |
| 决定时限 | （1）当场能决定的：当场作出。 （2）**一个**主体实施许可：20日+10日，**法律、法规另有规定的除外**。 （3）平级多个主体实施：45日+15日。 （4）跨级多个主体实施：下级20日审查，上级20日结束。 【注意】税务行政许可：一般的：20+10； 存在争议的或者重大的税务行政许可事项,应当进行合法性审查，并经集体讨论决定。 【注意】**听证【见下表】、招标、拍卖、检验、检测、检疫、鉴定和专家评审等**特殊程序的时间**不计算在内** |
| 送达时间 | **作出准予行政许可决定之日起10日内**向申请人送达许可证件。 【注意】税务行政许可：自许可决定之日起7日内，公开。10日内颁证 |
| 5.行政许可的**延续** | 在有效期届满**30日前**提出申请，**法律、法规、规章**另有规定的除外。行政机关在有效期届满前决定，逾期的视为准予延续（**默示批准**）。 【注意】税务行政许可的规定与此完全一致 | |

　　6.实施的特别规定  
　　（1）资源利用、行业准入：通过招标、拍卖等公平竞争的方式作出决定  
　　（2）有数量限制的许可，根据**“受理行政许可申请的先后顺序”**作出准予行政许可的决定；**法律、行政法规**另有规定的除外。  
　　◆税务行政许可  
　　（1）国家税务总局确定印制增值税专用发票的企业。  
　　（2）各省（自治区、直辖市）税务机关按照政府采购要求，通过招标方式作出准予或者不予企业印制发票的税务行政许可决定。

　　（3）国家税务总局和省（自治区、直辖市）税务机关应当向被许可人颁发加盖本税务机关印章的发票**准印证**。——要式行为  
　　（4）税务行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予税务行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，可变更或撤回税务行政许可。  
　　（5）除涉及**国家秘密、商业秘密或个人隐私**的，税务机关应在办税服务厅或其他办公场所以及门户网站，及时公布本机关税务行政许可事项受理、办理进展和结果。  
　　（6）实施税务许可的期限以**工作日**计算，不含法定节假日。

　　7.收费  
　　▲实施行政许可，不得收费。  
　　▲**法律、行政法规**另有规定除外。

　　【链接】行政许可听证与税务行政许可听证

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 行政许可的听证 | | 税务许可听证 |
| 依职权的听证 | （1）**法律、法规、规章**规定实施行政许可**应当**听证的事项； （2）**行政机关认为**需要听证的其他涉及公共利益的重大许可事项 | | （1）**法律、法规**规定实施税务行政许可应当听证的事项； （2）**税务机关认为**需要听证的其他涉及公共利益的税务行政许可事项 |
| 依申请的听证 | 范围 | 直接涉及申请人与他人之间重大利益关系的 | |
| 程序 | 告知 | 在作出许可决定前，应告知申请人、利害关系人享有听证的权利 |
| 申请 | 被告知听证权利之日起**5日内提出**听证申请 |
| 举行【2012年多选】 | （1）应在收到听证申请后20日内组织听证； （2）行政机关应于举行听证会**7日前**公告或通知申请人或利害关系人有关听证时间、地点等； （3）听证**应当公开**举行； （4）审查许可申请的工作人员不得担任听证主持人； （5）行政机关应当根据听证笔录，作出行政许可决定 |

　二、税务行政许可  
　　（一）税务行政许可的事项、实施依据和实施机关

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 序号 | 项目名称 | 实施依据（设定） | 实施机关 |
| 1 | 企业印制发票审批 | 《税收征收管理法》 《发票管理办法》 | 增值税专用发票：国家税务总局确定； 其他发票：省（自治区、直辖市）税务局确定 |
| 2 | 对纳税人延期缴纳税款的核准 | 《税收征收管理法》 | 省（自治区、直辖市）、计划单列市国税、地税局 |
| 3 | 对纳税人延期申报的核准 | 《税收征收管理法》 | 主管税务机关 |
| 4 | 对纳税人变更纳税定额的核准 | 《税收征收管理法实施细则》 | 主管税务机关 |
| 5 | 增值税专用发票（增值税税控系统）最高开票限额审批 | 《国务院对确需保留的行政审批项目设定行政许可的**决定**》 | 区县税务机关 |
| 6 | 对采取实际利润额预缴以外的其他企业所得税预缴方式的核定 | 《企业所得税法实施条例》 | 主管税务机关 |
| 7 | 非居民企业选择由其主要机构场所汇总缴纳企业所得税的审批 | 《企业所得税法》 《企业所得税法实施条例》 | 非居民企业各机构、场所所在地税务机关的共同上级税务机关 |

　　（二）【归纳】教材中与税务有关的行政审批、行政许可、行政登记归纳

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 行政审批 | | 减税免税审批、税收保全批准、出口退税资格审批 |
| 行政登记 | | 一般纳税人登记、出口退税资格审核登记、税务登记 |
| 行政许可 | 税务行政许可的设定事项范围【2016年多选】 | （1）企业印制发票审批； （2）对纳税人延期缴纳税款的核准； （3）对纳税人延期申报的核准； （4）对纳税人变更纳税定额的核准； （5）增值税专用发票（增值税税控系统）最高开票限额的审批； （6）对采取实际利润额预缴以外的其他企业所得税预缴方式的核定； （7）非居民企业选择由其主要机构场所汇总缴纳企业所得税的审批 |

　　应注意的问题  
　　（1）普通发票领购审核——日常管理工作；  
　　（2）使用计算机发票——行政审批已经取消，按一般普通发票领购手续办理；  
　　（3）建立收支粘贴簿、进销货登记簿或者使用税控装置——行政强制；  
　　（4）拆本使用发票——法律禁止；  
　　（5）跨规定使用区域携带、邮寄、运输空白发票——法律禁止

　　三、行政许可的撤销和注销

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 撤销行政许可 | **可以**撤销 | （1）工作人员滥用职权、玩忽职守作出准予行政许可决定的； （2）超越法定职权作出准予行政许可决定的； （3）违反法定程序作出准予行政许可决定的； （4）对不具备申请资格或不符合法定条件的申请人准予行政许可的； （5）依法可以撤销行政许可的其他情形。 |
| **不得**撤销 | 撤销许可可能对公共利益造成重大损失时，许可不得撤销 |
| 撤销行政许可 | **应当**撤销【2016年综合题】 | **相对人以欺诈或胁迫**手段取得行政许可 |
| 撤回，即行政行为的废止【2014年单选】 | | 见第一章行政行为的废止 |
| 行政许可的吊销 | | 属于行政处罚 |
| 注销【2016年单选】 | | （1）行政许可有效期届满未延续的； （2）赋予公民特定资格的行政许可，该公民死亡或者丧失行为能力的； （3）法人或者其他组织依法被终止的； （4）行政许可依法被撤销、撤回，或许可证件依法被吊销的； （5）不可抗力导致行政许可事项无法实施的； （6）法律、法规规定的应当注销行政许可的其他情形 |

【注意1】撤销通常指该许可有瑕疵。注销只是手续的办理问题，该许可或有瑕疵，或无瑕疵。  
　　【注意2】本知识点与第一章行政行为的效力密切相关，学习时一并理解并把握。

# 第三章　行政处罚法律制度

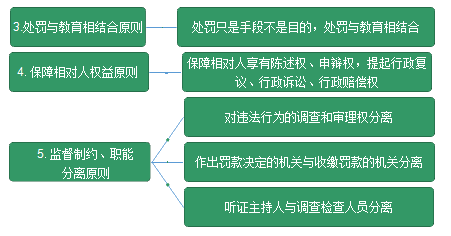
## 第一节 行政处罚概述

　　一、行政处罚的概念和特征  
　　1.概念  
　　行政处罚指**行政机关或其他行政主体**依法律设定的行政处罚权和程序，对**违反行政法规范**的相对方给予**行政制裁**的具体行政行为。

　　2.特征【2013年多选】  
　　（1）实施主体：只能是依法享有行政处罚权的行政机关或法律、法规授权的组织。  
　　（2）处罚的对象：实施了违法行为的行政相对人。  
　　（3）目的：是教育相对人并纠正行政违法行为。

　 二、行政处罚的基本原则  
　　1.行政处罚法定原则  
　　（1）设定权法定——详见知识点四；   
　　（2）处罚依据法定：法无明文规定不处罚，受处罚行为是法定的；   
　　（3）处罚主体及其职权法定：不得越权或者滥用权力；   
　　（4）行政处罚程序法定。

　　2.处罚公开、公正、过罚相当原则



　　6.一事不二罚（款）原则  
　　即对当事人的**同一个违法行为**，不得给予**两次以上罚款**的行政处罚。  
　　（1）同一违法行为已经受到罚款处罚的，不得以同一事实和理由**再次给予罚款的处罚**；   
　　（2）同一违法行为可以依法给予**两种以上**的行政处罚；   
　　（3）同一个行政机关对当事人有**两个以上违法行为**的，可以对其实施**两个以上处罚**；   
　　（4）当事人的同一个违法行为违反国家数个法律，且由不同行政机关管辖处理的，不同的国家行政机关可以给予不同的处罚，**罚款处罚不得重复进行**。

## 第二节 行政处罚的种类和设定

一、行政处罚的种类

|  |  |
| --- | --- |
| 理论分类 | 法律分类 |
| 人身自由罚 | **行政拘留**： 1日以上，15日以下；合并执行时，不超过20日。 由**县级以上公安机关**作出 |
| 行为罚 | 责令停产停业（适用听证程序） |
| **吊销**许可证或执照（适用听证程序） |
| **暂扣**许可证或执照 |
| 财产罚 | 罚款（较大数额的罚款，适用听证程序） |
| 没收（非法所得和非法财物） |
| 训诫罚 | 警告 |

　　【提示】罚款的数额由国务院、省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

　　二、行政处罚的设定  
　　● **法律**可以设定各种行政处罚，且**限制人身自由**的行政处罚**只能由法律设定。**  
　　● 行政法规可以设定**除限制人身自由以外**的行政处罚。  
　　● 地方性法规可以设定除限制人身自由、**吊销企业营业执照**以外的行政处罚。  
　　● 规章可以设定警告和**一定数额**罚款的行政处罚。  
　　【提示】罚款的数额由国务院、省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会规定。

　　【归纳】

|  |  |
| --- | --- |
| 规范性文件 | 行政处罚 |
| 法律 | **可设定所有**的行政处罚  **限制人身自由**的处罚只能由**法律**设定 |
| 行政法规 | N-**限制人身自由** |
| 地方性法规 | N-**限制人身自由、吊销企业营业执照** |
| 地方规章 | **警告**和一定数量的**罚款**（上限省级人大常委会定） |
| 部门规章 | 警告和一定数量的罚款（上限国务院定） |

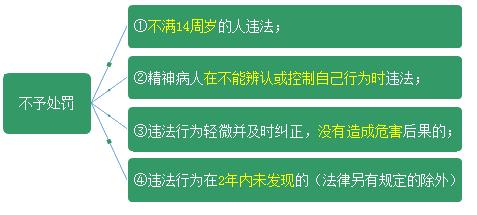
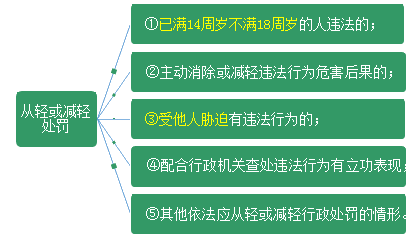
## 第三节 行政出发的实施主体、管辖及适用

　　一、行政处罚的实施主体

|  |  |
| --- | --- |
| 享有行政处罚权的行政机关 | 【注意】国务院或者国务院授权的省、自治区、直辖市人民政府可以决定**一个行政机关行使**有关的行政处罚权，但**限制人身自由的行政处罚权只能由公安机关行使** |
| 法律法规授权的组织 | 如证监会，可以根据《证券法》的授权作出罚款、没收违法所得等行政处罚 |
| 受委托的组织 | 1.受委托的组织必须在授权范围内，**以委托行政机关名义**实施行政处罚  2.不能再委托其他任何组织或个人实施行政处罚 3.实施行政处罚行为的后果由委托机关承担法律责任 |

　　二、行政处罚的管辖和适用  
　　（一）行政处罚的管辖（重点把握地域管辖与指定管辖）

|  |  |
| --- | --- |
| 行政处罚法 | 海关行政处罚实施条例 |
| ◆地域管辖：**违法行为发生地** ◆级别管辖：**县级以上** ◆职能管辖：**具有行政处罚权**的行政机关 | ◆**发现违法行为的海关或违法行为发生地海关** |
| 【注意1】**县级以下**的行政机关，必须有法律、行政法规的另行规定或具有行政处罚权的行政机关的依法委托，才能享有并行使行政处罚管辖权； 【注意2】两个以上机关如对同一行政违法案件都有管辖权，在案件管辖上发生争议，双方又协商不成的，应报请**共同的上一级**行政机关指定管辖。（指定管辖） | |

1. 行政处罚的适用  
   　　  
   　　

## 第四节 行政处罚程序

　　一、行政处罚决定程序  
　　（一）决定程序  
　　1.简易程序

|  |  |
| --- | --- |
| 条件 | ◆违法事实清楚； ◆有法定依据； ◆**数额较小的罚款**（指对公民处50元以下，对法人或其他组织处1000元以下罚款）或**警告；** 【注意】《治安管理处罚法》：**处警告或200元以下罚款**。 ◆程序简单迅捷，当场处罚。 |
| 内容 | ◆表明身份。 ◆确认违法事实，说明处罚理由和依据。 ◆**制作**行政处罚决定书。 ◆当场**交付**行政处罚决定书。 ◆备案。 |

　　2.一般程序  
　　（1）立案。2年以内未发现的，一般不予立案追究。  
　　（2）调查。调查人员不得少于2人，并应出示证件。检查、调查和询问应制作笔录。【2012年单选】  
　　（3）处理决定。根据不同的违法情况，分别作出**行政处罚、不予行政处罚、不得给予行政处罚和移送司法机关处理**等处理建议。  
　　（4）告知和说明理由。《税务稽查工作规程》：拟对被查对象或者其他涉税当事人作出税务行政处罚的，向其送达《税务行政处罚事项告知书》，告知其依法享有陈述、申辩及要求听证的权利。  
　　（5）听取当事人陈述和申辩意见。【2012年综合】  
　　（6）制作处罚决定书。  
　　（7）送达行政处罚决定书。

　　《行政处罚法》规定，宣告后当场送交当事人；当事人不在现场的，7日内依照《民事诉讼法》送达。  
　　《治安管理处罚法》规定，2日内送达。行政拘留的，还应当通知被处罚人的家属。有被侵害人的，还应当将决定书副本抄送被害人。

　　3.听证程序具体见（二）听证程序  
　　（1）一般以当事人申请为前提；  
　　（2）组织听证是一定条件下行政处罚实施机关的法定程序义务。

　　（二）听证程序（结合税务处罚听证的相关内容）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政处罚法【2017年单选、2016年综合】 | 税务行政处罚听证程序实施办法 【2012年综合】 |
| 听证的范围 | 责令停产停业、吊销许可证和执照、**较大数额**的罚款 | 罚款【公民**2000元**以上（含本数）、组织**10000元**以上（含本数）】、**吊销税务行政许可证件** |
| 听证权告知 | **告知**当事人具有听证的权利 | 向当事人送达《税务行政处罚事项**告知书**》 |
| 听证申请的提出 | 应在行政机关告知后**3日**内提出（申请形式未明确规定） | 要求听证的当事人，应当在《税务行政处罚事项告知书》送达后**3日内**向税务机关**书面**提出听证 |
| 行政机关组织听证 | 在收到听证申请后多长时间内举行听证，**未作明确规定** | 收到听证要求后**15日**内举行听证 |
| 听证通知 | 应当在举行听证的7日前将相关事项通知当事人 | 在举行听证的7日前将《税务行政处罚听证通知书》送达当事人 |
| 听证的主持与参与人 | 非本案调查人员主持 当事人可以亲自参加，也可委托1-2人代理参加听证 【注意】行政机关必须亲自参加 |  |
| 组织听证会 | 案件调查人员提出行政处罚建议，当事人可提出申辩并质证。双方可以辩论。 |  |
| 制作听证笔录 | 制作笔录，当事人审核无误后签字或盖章。 |  |
| 听证的中止 | 无规定 | 主持人**认为证据有疑问**无法听证辨明，可能影响税务行政处罚的准确公布的，可以宣布**中止听证** |
| 听证的终止 | 无规定 | ①当事人或者其代理人**无正当理由不参加**的； ②听证过程中，当事人或者其代理人放弃申辩和质证权利，**声明退出听证会**，或者不经听证主持人许可**擅自退出**听证会的； ③听证过程中，当事人或其代理人违反听证秩序，又不听主持人制止的，致使听证无法进行。 |

　　二、行政处罚执行程序  
　　（一）处罚机关与收缴罚款机构相分离——职能分离原则  
　　1.除行政处罚法规定可以当场收缴的罚款外，作出处罚决定的行政机关或其他及其执法人员不得自行收缴罚款。  
　　当事人应当自收到行政处罚决定书之日起15日内，到指定的银行缴纳罚款。

　　2.可以当场作出行政处罚决定并收缴罚款的情形

|  |  |
| --- | --- |
| 行政处罚法 | 治安管理处罚法 |
| （1）依法给予**20元以下**的罚款的； （2）**不当场收缴事后难以执行的**； （3）在**边远、水上、交通不便地区**，当事人向指定的银行缴纳罚款确有因难的，**经当事人提出**，行政机关及其执法人员可以当场收缴罚款 | （1）被处**50元以下**罚款，被处罚人对罚款无异议的； （2）被处罚人在当地没有固定住所**，不当场收缴事后难以执行**的，人民警察可以当场收缴罚款 |

　　3.当场收缴罚款的相关注意事项  
　　（1）当场收缴时必须向当事人出具省、自治区、直辖市财政部门统一制发的罚款收据，不出具的，当事人可以拒绝缴纳罚款。  
　　（2）执法人员当场收缴的罚款，应当自收缴之日起2日内，交至行政机关。  
　　（3）在水上当场收缴的罚款，应当自抵岸之日起2日内交至行政机关。  
　　（4）行政机关应在2日内将罚款缴付指定的银行。

（二）行政处罚的强制执行  
　　见第四章 行政强制法律制度  
　　（三）严格实行收支两条线

　　三、行政执法机关移送涉嫌犯罪案件程序  
　　（一）移送程序的依据  
　　1.《行政处罚法》第7条  
　　2.国务院制定《行政执法机关移送涉嫌犯罪案件的规定》  
　　3.公安部于2016年6月16日发布《关于印发公安机关受理行政执法机关移送涉嫌犯罪案件规定的通知》

　　（二）移送程序的要求  
　　1.行政执法机关  
　　立即**指定2名或者2名以上执法人员组成专案组，**提出移送涉嫌犯罪案件的**书面报告**，**报经本机关正职负责人或者主持工作的负责人审批**。  
　　2.负责人  
　　自接到报告之日起**3日内**作出批准或不批准移送的决定。  
　　◆**决定批准的**，24小时内向**同级公安机关**移送；  
　　◆**决定不批准**的，将理由**记录在案**。

　　3.公安机关：应当在回执上签字。  
　　◆不属于本机关管辖的，24小时内转送有管辖权的机关+书面告知移送案件的行政执法机关。  
　　◆属于本机关管辖的，自接受移送之日起**3日内**，**对所移送的案件进行审查**。  
　　（1）认为有犯罪事实：依法**决定立案+书面通知**移送机关；  
　　（2）认为没有犯罪事实，或者犯罪事实显著轻微，不需要追究刑事责任：**不予立案+说明理由+书面通知**移送机关+**退回案卷材料**

（三）异议解决  
　　行政执行机关接到不予立案的通知后，认为公安机关应当立案的，可以自接到不予立案通知书之日起**3日**内，提请作出**不予立案决定的公安机关复议，也可以建议人民检察院**依法进行**立案监督**。  
　　【注意】行政执行机关向公安机关**移送**涉嫌犯罪案件前**已作出**的警告、责令停产停业、暂扣或者吊销许可证、暂扣或者吊销执照的行政处罚决定，不停止执行。

## 第五节 税务行政处罚

　　一、税务行政处罚  
　　（一）税务行政处罚的种类

|  |  |
| --- | --- |
| 税务行政处罚 | 不属于行政处罚的情形 |
| 罚款 没收违法所得 **停止办理出口退税** 吊销税务行政许可证件 | （1）税务机关作出的责令限期改正——行政命令 （2）税务机关作出的收缴或者停售发票——间接强制执行措施 （3）通知有关部门阻止出境、取消一般纳税人资格、收缴税务登记证、停止抵扣等 |

　　（二）税务行政裁量权行使规则  
　　1.含义  
　　税务行政处罚裁量权，是指税务机关根据法律、法规和规章的规定，**综合考虑**税收**违法行为的事实、性质、情节及社会危害程度**，选择处罚种类和**幅度**并作出处罚决定的权力。  
　　2.法律依据  
　　《税务行政处罚裁量权行使规则》。

　　3.行使税务行政处罚裁量权的原则

|  |  |
| --- | --- |
| （1）合法原则 | 在**法律、法规、规章**规定的种类和幅度内，依照**法定权限，遵守法定程序**，保障当事人合法权益 |
| （2）合理原则 | ①符合立法目的；②考虑相关事实因素和法律因素；③处罚决定与违法行为的**事实、性质、情节、社会危害程度**相当；④与**本地的经济社会发展水平**相适应 |
| （3）公平公正原则 | 对事实、性质、情节及社会危害程度等因素**基本相同的税收违法行为**，所适用的行政处罚**种类和幅度应当基本相同** |
| （4）公开原则 | ①行政处罚依据公开； ②行政处罚信息公开 |
| （5）程序正当原则 | 保障当事人的知情权、参与权和救济权等权利 |
| （6）信赖保护原则 | 非因法定事由并经法定程序，不得随意改变已经生效的行政行为 |
| （7）处罚与教育相结合原则 | 预防和纠正涉税违法行为，引导当事人自觉守法 |

　　4.税务行政处罚裁量基准制定

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 是税务机关为规范行使行政处罚裁量权而制定的**细化量化标准** |
| 裁量基准的内容 | 包括**违法行为、处罚依据、裁量阶次、适用条件和具体标准**等内容 |
| 制定基准的要求 | （1）法律、法规、规章（以下简称“法律”）**规定可予以行政处罚**的，应当**明确是否予以行政处罚**的适用条件和具体标准； （2）法律规定**可以选择**处罚**种类**的，应当**明确不同种类处罚的适用条件和具体标准；** （3）法律规定行政处罚**幅度的**，应当根据**违法事实、性质、情节、社会危害程度**等因素确定适用条件和具体标准； （4）法律规定**可以单处也可以并处**行政处罚的，应当明确单处或者并处行政处**罚的适用条件和具体标准**。 |
| 制定裁量基准的程序 | （1）确认行政处罚裁量依据； （2）整理、分析典型案例，为细化量化裁量权提供参考； （3）拟定税务行政处罚裁量基准 |
| 形式 | 应当以**规范性文件形式发布** |
| 制定主体 | 省国税局、地税局**应当联合制定**本地区统一适用的基准 |
| 裁量基准的实施 | 税务机关在实施行政处罚时，应当**以法律、法规、规章为依据**，并在裁量基准范围内作出相应的行政处罚决定，**不得单独引用**税务行政处罚裁量基准作为依据 |

　　5.行政处罚裁量规则适用  
　　（1）法律、法规、规章规定**可以给予**行政处罚，当事人**首次违反且情节轻微**，并在税务机关**发现前主动改正**的或者在税务机关**责令限期改正的期限内改正**的，不予行政处罚。  
　　（2）除法律、法规、规章另有规定外，责令限期改正的期限**一般不超过30日**。  
　　（3）对当事人的**同一个**税收违法行为**不得给予两次以上罚款**的行政处罚。  
　　（4）当事人**同一个**税收违法行为**违反不同行政处罚规定**且**均应处以罚款**的，应当**选择适用处罚较重**的条款。  
　　【提示】不予行政处罚以及从轻或者减轻行政处罚的情形，与【知识点六】相同，不再重复。

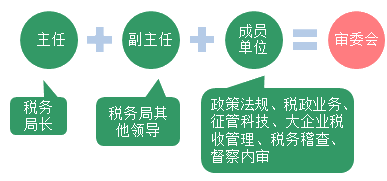
　　6.行使税务行政处罚裁量权的程序  
　　（1）履行告知义务。在作出行政处罚决定前，应当告知当事人作出行政处罚决定的事实、理由、依据及拟处理结果，并告知当事人依法享有的权利。  
　　（2）涉及法定回避情形的，告知当事人享有**申请回避**的权利。税务人员存在法定回避情形的，应当**自行回避或者由税务机关决定回避**。  
　　（3）当事人有权进行陈述和申辩。

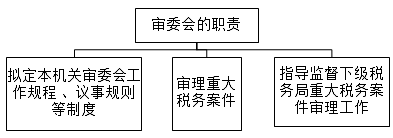
　　（4）税务机关应当充分听取当事人的意见，陈述申辩事由成立的，税务机关应当采纳；不采纳的，应予说明理由。税务机关不得因当事人的申辩而加重处罚。  
　　（5）对公民作出**2000元以上**或对法人或者其他组织作出**1万元以上**罚款的行政处罚决定前，应当告知当事人有要求举行听证的权利；当事人要求听证的，税务机关**应当组织听证**。  
　　（6）对情节复杂、争议较大、处罚较重、影响较广或者**拟减轻处罚**等税务行政处罚案件，应当经过集体审议决定。  
　　（7）按照一般程序实施处罚，应在执法文书中对事实认定、法律适用、基准适用等说明理由。

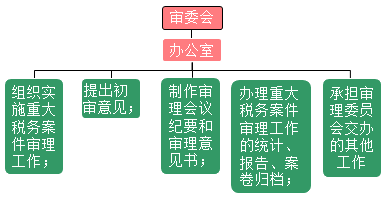
　　（三）税务行政处罚听证程序

（四）税收违法案件审理程序

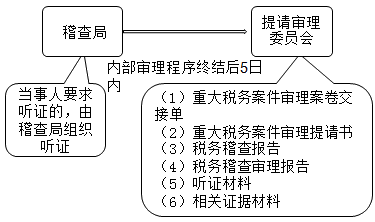
规范依据：  
　　国家税务总局制定的《重大税务案件审理办法》（2015年2月1日实施）

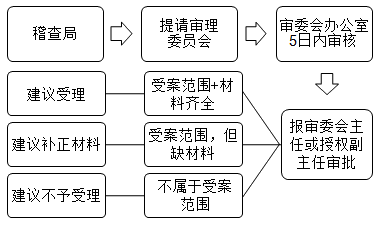
　　1.审理机构和职责  
　　省以下各级税务局设立重大税务案件审理委员会（简称“审委会”）  
　　

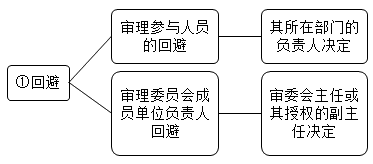




　　2.审理范围——即重大税务案件  
　　（1）重大税务行政处罚案件，具体标准由各省、自治区、直辖市和计划单列市税务局根据本地情况自行制定，报国家税务总局备案；  
　　（2）根据重大税收违法案件督办管理暂行办法督办的案件；  
　　（3）应司法、监察机关要求出具认定意见的案件；  
　　（4）拟移送公安机关处理的案件；  
　　（5）**审委会成员单位认为**案情重大、复杂，需要审理的案件；  
　　（6）其他需要审理委员会审理的案件。

　　3.提请和受理  
　　



　　4.审理程序  
　　审理方式：**书面审理和会议审理**相结合。  
　　（1）一般要求  
　　

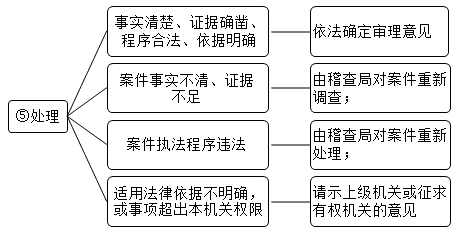
　　②审限  
　　自批准受理之日起**30日内**作出审理决定，不能在规定期限内作出审理决定的，经审理委员会主任或其授权的副主任批准，**可以适当延长**，但延长期限最多**不超过15日**。  
　　【注意】补充调查、请示上级机关或征求有权机关意见的时间**不计入审理期限**。

　　（2）书面审理  
　　**审理委员会办公室**自批准受理重大税务案件之日起**5日内**，将重大税务案件审理提请书及必要的案件材料**分送审理委员会成员单位**。  
　　审理委员会**成员单位**自收到审理委员会办公室分送的案件材料之日起**10日内**，**提出书面审理意见送审理委员会办公室。**  
　　①审理委员会成员单位认为案件事实不清、证据不足，需要**补充调查**的，应当在书面审理意见中**列明需要补充调查的问题并说明理由**。  
　　**审理委员会办公室**应当召集提请补充调查的成员单位和稽查局进行协调，确需补充调查的，由审理委员会办公室报审理委员会主任或其授权的副主任批准，将案件材料**退回稽查局补充调查**。

**补充调查不应超过30日**，有特殊情况的，经**稽查局局长批准**可以适当延长，但延长期限**最多不超过30日**。  
　　稽查局完成补充调查后，应当重新提交案件材料、办理交接手续。  
　　稽查局**不能在规定期限内完成补充调查**的，或者**补充调查后仍然事实不清、证据不足**的，由审理委员会办公室报请审理委员会主任或其授权的副主任批准，**终止审理**。  
　　②审理委员会成员单位认为案件**事实清楚、证据确凿**，但**法律依据不明确**或者需要处理的相关事项**超出本机关权限**的，按规定程序请示上级税务机关或者征求有权机关意见。  
　　审理委员会**成员单位**书面**审理意见一致**，或者**经审理委员会办公室协调后达成一致意见**的，由审理委员会办公室起草审理意见书，报审理委员会主任批准。

　　（3）会议审理  
　　①适用案件  
　　适用于**审理委员会成员单位书面审理意见存在较大分歧**，经**审理委员会办公室协调仍不能达成一致**意见的。  
　　②程序  
　　由**审理委员会办公室**向审理委员会**主任**或其授权的副主任**报告，提请审理委员会会议审理**。  
　　③出席会议成员  
　　>> 成员单位应当派员参加会议，**三分之二以上**成员单位到会方可开会。  
　　>> 审理委员会办公室以及其他与案件相关的成员单位应当**出席会议**。  
　　>> 案件调查人员、审理委员会办公室承办人员**应当列席会议**。  
　　>> 必要时，审理委员会**可要求调查对象所在地主管税务机关参加会议**。

　　④会议主持与会议议程  
　　>> 审理委员会会议由**审理委员会主任或其授权的副主任主持**。  
　　>> 首先由稽查局汇报案情及拟处理意见。  
　　>> 审理委员会办公室汇报初审意见后，各成员单位发表意见并陈述理由。



　　4.执行和监督  
　　（1）稽查局应当按照重大税务案件审理意见书制作税务处理处罚决定等相关文书，加盖稽查局印章后送达执行。  
　　（2）文书送达后**5日内**，由稽查局送审理委员会**办公室备案**。  
　　（3）重大税务案件审理程序终结后，**审理委员会办公室**应当将相关证据材料**退回稽查局**。  
　　（4）各级**税务局督察内审部门**应当加强对重大税务案件审理工作的监督。

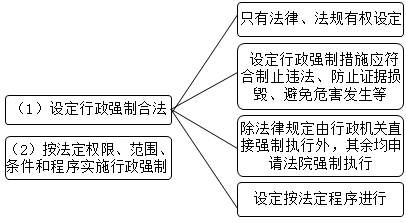
# 第四章　行政强制法律制度

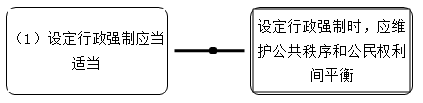
## 第一节 行政强制法律制度

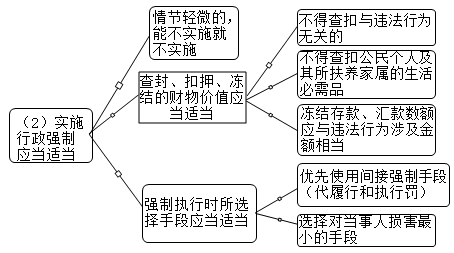
　 一、行政强制的概念与种类  
　　（一）概念及特征  
　　1.概念  
　　◆**行政强制**是**行政机关**在特定情形下依法对当事人的**人身、财产暂时**予以限制、控制，或者以一定方式强制当事人履行行政决定所确定义务的行为。  
　　◆是一种**具有可诉性**的具体行政行为。  
　　2.特征  
　　（1）强制性；（2）违反意志性；（3）行政性；（4）法定性。

　　（二）种类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政强制措施 | 行政强制执行 |
| 定义 | 指行政机关在行政管理过程中，……依法对公民的人身自由实施暂时性限制，或者对公民、法人或者其他组织的财物实施暂时性控制的行为 | 是指行政机关或者行政机关申请人民法院，对不履行行政决定的公民、法人或者其他组织，依法强制履行义务的行为 |
| 种类 | （1）限制公民人身自由； （2）查封场所、设施或者财物； （3）扣押财物； （4）冻结存款、汇款； （5）其他，如证据先行登记保存、交通管制、强制进入场所、通信管制等【2012年单、综，2013年单、2017年多选】 | （1）加处罚款或者滞纳金； （2）划拨存款、汇款； （3）拍卖或者依法处理查封、扣押的场所、设施或者财物； （4）排除妨碍、恢复原状； （5）代履行； （6）其他，如强制履行兵役、强制收购、强制教育等【2012年单选】 |

　　二、行政强制的基本原则  
　　1.行政强制**合法性**原则  
　　

　　2.行政强制适当原则  
　　



　　3.教育与强制相结合原则  
　　（1）经教育能达到行政管理目的的，不再实施强制；  
　　（2）制作行政强制决定前催告，实施行政强制时要说理；  
　　（3）催告或实施前，只要当事人愿意自动履行，应立即停止强制执行；  
　　（4）催告过程中一旦发现当事人有故意逃避履行的，应立即执行。

　　4.禁止利用行政强制权谋取利益原则  
　　（1）不得使用被查封、扣押的财产；（2）不得收取保护费；（3）收支两条线；（4）合理确定代履行费用。

　　5.保障当事人程序权利和法律救济权利原则  
　　（1）保障当事人的陈述权、申辩权；  
　　（2）保障当事人申请行政复议、提起行政诉讼和申请行政赔偿的权利。

　　三、行政强制的设定  
　　（一）行政强制的设定权

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政强制措施 | 行政强制执行 |
| 法律 | 可设定4+N | 可设定5+N |
| 行政法规 | 4+N-**限制人身自由**、冻结存款汇款 | 不可设定 |
| 地方性法规 | **查封**场所、设施或者财物以及**扣押**财物 |
| 规章 | 不可设定 |

　　【归纳】全书设定权总结

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 行政许可 | 行政处罚 | 行政强制措施 | 行政强制执行 |
| 法律 | √ | √ | √ | √ |
| 行政法规 | √ | N-限制人身自由 | N-**限制人身自由、冻结存款汇款** | × |
| 国务院的决定 | 可以设定临时许可 | × | × | × |
| 地方性法规 | √ | N-**限制人身自由、吊销企业营业执照** | **查封+扣押** | × |
| 地方规章 | **省级政府规章**可以设定临时性许可 | **警告**和一定数量的**罚款**（上限**省级**人大常委会定） | × | × |
| 部门规章 | × | 警告和一定数量的罚款（上限国务院定） | × | × |

　　（二）行政强制的设定程序要求  
　　1.起草单位  
　　（1）拟设定行政强制的，应采取听证会、论证会等形式听取意见；  
　　（2）设定后定期评价，对不当的及时修改或废止  
　　2.实施机关  
　　对实施情况及存在必要性进行评价，并报告设定机关  
　　3.公民、法人或者其他组织  
　　向设定和实施机关提出意见和建议

## 第二节 行政强制措施的实施

　　一、行政强制措施的实施  
　　（一）行政强制措施实施的一般规定  
　　1.违法行为情节显著轻微或者没有明显社会危害的，行政机关可以不采取行政强制措施。  
　　2.实施主体  
　　（1）法律、法规规定的**行政机关；**  
　　（2）法律、行政法规授权的具有管理公共事务职能的组织；  
　　（3）行政强制措施**不得委托**  
　　【提示】行政许可只能委托行政机关，行政处罚可以委托其他组织  
　　（1）行使相对集中行政处罚权的行政机关，可以实施法律、法规规定的与行政处罚权有关的行政强制措施。如城管。  
　　（2）由行政机关具备资格的行政执法人员实施，其他人员不得实施。如行政机关的司机、临时工等

　　3.行政机关实施行政强制措施应当遵守下列规定  
　　（1）实施前须向行政机关负责人报告并经批准；  
　　情况紧急的，在**24小时内**向负责人报告，并补办批准手续。负责人认为不应当采取行政强制措施的，应当立即解除。  
　　（2）由2名以上行政执法人员实施；  
　　（3）出示执法身份证件；  
　　（4）通知当事人到场；  
　　（5）当场告知当事人采取行政强制措施的理由、依据以及当事人依法享有的权利、救济途径；  
　　（6）听取当事人的陈述和申辩；  
　　（7）制作现场笔录；  
　　（8）现场笔录由当事人和行政执法人员签名或者盖章，当事人拒绝的，在笔录中予以注明；  
　　（9）当事人不到场的，邀请见证人到场，由见证人和行政执法人员在现场笔录上签名或者盖章；  
　　（10）法律、法规规定的其他程序。

　　4.实施限制公民人身自由的行政强制措施的特殊规定  
　　（1）**当场告知**或者**实施行政强制措施后立即通知**当事人**家属**实施的行政机关、地点和期限；  
　　（2）在紧急情况下当场实施行政强制措施的，在返回行政机关后，**立即**向行政机关**负责人**报告并补办批准手续；  
　　（3）**法律规定**的其他程序。  
　　（4）实施限制人身自由的行政强制措施**不得超过法定期限**。  
　　对于实施行政强制措施的目的已经达到或者条件已经消失的情况，行政机关应当**立即解除**行政强制措施。

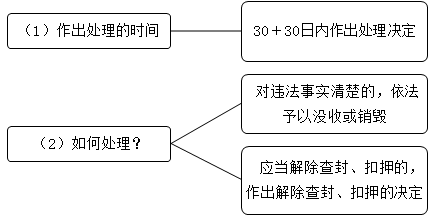
　　（二）查封、扣押  
　　1.实施机关【2013年单选】  
　　（1）由**法律、法规**规定的**行政机关**实施。  
　　（2）其他任何行政机关或者组织不得实施。

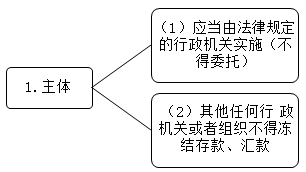
　　2.查封、扣押的对象  
　　（1）仅限于涉案的场所、设施或者财物；  
　　（2）不得查封、扣押与违法行为无关的场所、设施或者财物；  
　　（3）不得查封、扣押公民个人及其所扶养家属的生活必需品；  
　　（4）已被其他国家机关依法查封的，不得重复查封。

　　3.程序  
　　制作并当场交付查封、扣押决定书和清单。  
　　（1）当事人的姓名或者名称、地址；  
　　（2）查封、扣押的理由、依据和期限；  
　　（3）查封、扣押场所、设施或者财物的名称、数量等；  
　　（4）申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限；  
　　（5）行政机关的名称、印章和日期。  
　　查封、扣押清单一式二份，由当事人和行政机关分别保存。

　　4.查封、扣押的法定时限  
　　（1）一般**不得超过30日**；情况复杂的，经**行政机关负责人批准**，可以延长，但是**延长期限不得超过30日**。即30+30。  
　　（2）**法律、行政法规**另有规定的除外。如，《税收征收管理法实施细则》，期限一般不得超过**6个月**；重大案件需要延长的，应当报国家税务总局批准。  
　　（3）**查封、扣押的期间不包括检测、检验、检疫或者技术鉴定的期间**。  
　　【注意】检测、检验、检疫或者技术鉴定的**费用由行政机关承担**。

　　5.对查封、扣押物品的保管  
　　（1）应妥善保管，不得使用或损毁；因未尽妥善保管义务造成损失的，应赔偿。  
　　（2）对查封的场所、设施或财物，行政机关可以委托第三人保管，因第三人的原因造成的损失，行政机关先行赔付后，有权向第三人追偿。  
　　（3）因查封、扣押发生的保管费用由行政机关承担。

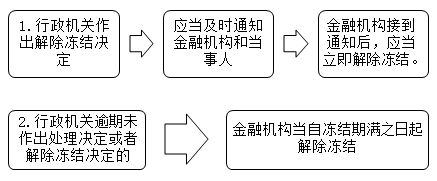
　　6.查封、扣押的处理  
　　

　　（三）冻结  
　　

　　2.对象——存款、汇款  
　　（1）数额应当与违法行为涉及的金额相当；  
　　（2）已被其他国家机关依法冻结的，不得重复冻结。  
　　3.冻结的程序——金融机构协助  
　　（1）行政机关向金融机构交付冻结通知书。  
　　（2）金融机构接到通知后，应立即冻结，不得在冻结前向当事人泄露信息。  
　　（3）**法律规定以外**的行政机关或组织要求冻结存款、汇款的，金融机构应当拒绝。  
　　（4）依法冻结的，作出决定的机关应在3日内向当事人交付冻结决定书。

　　4.冻结决定书应当载明下列事项  
　　（1）当事人的姓名或者名称、地址；  
　　（2）冻结的理由、依据和期限；  
　　（3）冻结的账号和数额；  
　　（4）申请行政复议或者提起行政诉讼的途径和期限；  
　　（5）行政机关的名称、印章和日期。  
　　5.冻结的期限（与查封、扣押的期限相同）  
　　30日+30日

　　6.冻结的解除的法定情形（与查封、扣押的解除相同）  
　　（1）当事人没有违法行为；  
　　（2）冻结的存款、汇款与违法行为无关；  
　　（3）行政机关对违法行为已经作出处理决定，不再需要冻结；  
　　（4）冻结期限已经届满；  
　　（5）其他不再需要采取冻结措施的情形。

7.解除的程序  
　　

## 第三节 行政强制执行的实施

一、行政强制执行的实施  
　　◆以人民法院强制执行为原则，行政机关自行强制执行为例外。  
　　（一）行政强制执行实施的一般规定  
　　1.行政强制执行的主体  
　　（1）**法律**授予行政强制执行权的行政机关；  
　　（2）**法律、行政法规**授权的组织在法定授权范围内，以自己的名义实施行政强制，适用行政机关的规定；  
　　（3）行政强制执行不得委托。

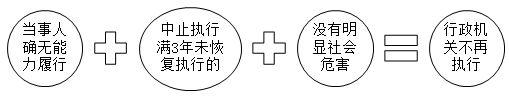
　　【归纳】实施主体的归纳

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 行政机关 | 被授权组织 | 受委托 |
| 行政处罚 | 具有行政处罚权的 | 法律、法规授权 | 其他组织 |
| 行政许可 | 具有许可权的 | 法律、法规授权 | 其他行政机关 |
| 行政强制措施 | 法律、法规规定 | 法律、行政法规授权 | × |
| 行政强制执行 | 有权限（法律授予） | | × |

　　2.行政强制执行的禁止性规定  
　　（1）行政机关不得在夜间或者法定节假日实施行政强制执行。但是，**情况紧急**的除外。  
　　（2）行政机关不得对**居民生活**采取**停止供水、供电、供热、供燃气**等方式迫使当事人履行相关行政决定。  
　　【提示】不包括“组织”和“生产”

　　3.强制执行的程序（强制与教育相结合）  
　　01  
　　公告（仅限于建筑物拆除）：  
　　对违法的建筑物、构筑物、设施等需要强制拆除的，行政机关予以公告，**限期当事人自行拆除**。当事人在法定期限内不申请行政**复议**或者**提起行政诉讼，又不拆除的**，行政机关可以依法强制拆除。

　　催告：  
　　行政机关作出强制执行决定前，应当事先催告当事人履行义务。  
　　催告书载明下列事项：  
　　（1）履行义务的期限；  
　　（2）履行义务的方式；  
　　（3）涉及金钱给付的，应当有明确的金额和给付方式；  
　　（4）当事人依法享有的**陈述权**和**申辩权**。  
　　当事人收到催告书后有权进行陈述和申辩。  
　　强制执行决定：  
　　经催告，当事人逾期仍不履行行政决定，且无正当理由的，行政机关可以作出强制执行决定。  
　　【注意】立即强制执行的情形  
　　在催告期间，对有证据证明有转移或者隐匿财物迹象的，行政机关可以作出立即强制执行决定。

　　4.行政强制执行的中止  
　　（1）《行政强制法》第39条规定，有下列情形之一的，中止执行  
　　①当事人履行行政决定确有困难或者暂无履行能力的；  
　　②第三人对执行标的主张权利，确有理由的；  
　　③执行可能造成难以弥补的损失，且中止执行不损害公共利益的；  
　　④行政机关认为需要中止执行的其他情形。  
　　（2）中止执行的后果  
　　◆中止执行的情形消失后，行政机关应当恢复执行。  
　　

　　5.行政强制执行的终结  
　　有下列情形之一的，终结执行：  
　　（1）公民死亡，无遗产可供执行，又无义务承受人的；  
　　（2）法人或者其他组织终止，无财产可供执行，又无义务承受人的；  
　　（3）执行标的灭失的；  
　　（4）据以执行的行政决定被撤销的；  
　　（5）行政机关认为需要终结执行的其他情形。

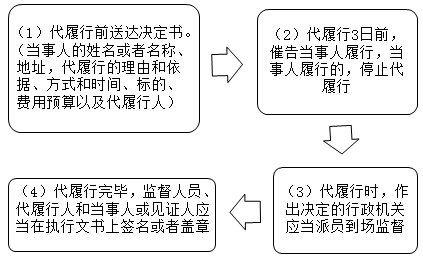
　　6.行政强制执行的和解  
　　（1）实施行政强制执行，可以依法适用和解程序；  
　　（2）行政机关可以在不损害公共利益和他人合法权益的情况下，与当事人达成执行协议；  
　　（3）执行协议可以约定分阶段履行；  
　　（4）当事人采取补救措施的，可以减免加处的罚款或者滞纳金。

　　【注意】**在强制执行阶段，罚款本金、税款本金、行政性收费本金不适用执行和解的减免规定。**执行协议**应当**履行。当事人不履行执行协议的，行政机关应当恢复强制执行。

　　（二）金钱给付义务的执行——执行罚

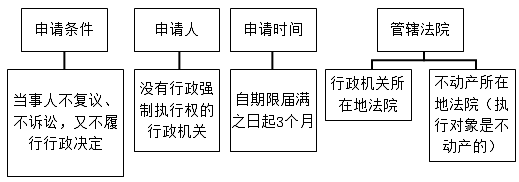
|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 当事人对**金钱给付义务**逾期不履行的，行政机关可以依法**加处**罚款或者滞纳金。加处罚款或者滞纳金的数额**不得超出金钱给付义务的数额** |
| 执行主体 | 实施加处罚款或者滞纳金超过30日，经催告当事人仍不履行的： （1）有强制执行权的行政机关可以强制执行 （2）没有行政强制执行权的申请人民法院强制执行 |
| 执行方式 | （1）已经查封、扣押，可以依法拍卖抵缴罚款。——间接强制转化为直接强制 （2）划拨存款、汇款应当由法律规定的行政机关决定，并书面通知金融机构。金融机构接到决定后，应当立即划拨。——协助执行 （3）划拨所得应当上缴国库或者划入财政专户。任何行政机关或者个人不得以任何形式截留、私分或者变相私分。 |

　　（三）代履行【2012年单选、2012、2013年多选】  
　　1.含义  
　　行政机关依法作出要求当事人履行排除妨碍、恢复原状等义务的行政决定，当事人逾期不履行，**经催告仍不履行**，（有例外）其后果已经或者将危害交通安全、造成环境污染或者破坏自然资源的，行政机关可以代履行，或者委托没有利害关系的第三人代履行。

　　2.程序  
　　

　　【注意】代履行前不需催告的例外  
　　需要立即清除道路、河道、航道或者公共场所的遗洒物、障碍物或者污染物，当事人不能清除的，行政机关可以决定立即实施代履行；当事人不在场的，行政机关应当在事后立即通知当事人，并依法作出处理。

　　3.费用  
　　代履行的费用，由**当事人**承担。但是，法律另有规定的除外。  
　　4.方式  
　　代履行不得采用暴力、胁迫以及其他非法方式。

　　（四）申请人民法院强制执行  
　　1.申请  
　　

　　2.人民法院的受理与执行  
　　（1）人民法院应当在**5日内**受理。  
　　（2）行政机关对不予受理的裁定有异议的，可以在**15日内**向上一级人民法院申请复议，上一级法院应当自收到申请之日起15日内作出是否受理的裁定。  
　　3.人民法院对行政机关强制执行的申请进行**书面审查**  
　　（1）对符合规定的，应当**自受理之日起7日内作出执行裁定**。  
　　（2）因情况紧急，为保障公共安全，行政机关可申请法院立即执行。经院长批准，法院应当自作出执行裁定之日起5日内执行。

　　4.执行费用的负担  
　　◆强制执行的费用**由被执行人承担**。  
　　◆人民法院以划拨、拍卖方式强制执行的，可以在划拨、拍卖后将强制执行的费用扣除。  
　　【注意】行政强制措施的保管费、鉴定费由行政机关承担。

# 第五章　行政复议法律制度

## 第一节 行政复议概述

　　一、行政复议的概念和特征——行政司法行为

|  |  |
| --- | --- |
| 行政复议的特征 | 税务行政复议的特征 |
| 1.**以行政相对方的申请为前提**。 2.行政复议权只能由法定机关行使。 3.复议的审查对象：具体行政行为+**部分抽象行政行为**——见行政复议的受案范围 【注意】对抽象行政行为**不能**单独提起税务行政复议。 | 1.是税务复议机关的裁决活动。 2.审查对象：税务具体行政行为+有关税收规范性文件 【注意】对规范性文件不能单独提起税务行政复议。 3.“不告不理”的原则。**纳税人、扣缴义务人、纳税担保人**等税务当事人或者其他行政相对人提起申请。 4.不仅审查行为的合法性，还审查其适当性。 5.**税务行政复议与税务行政诉讼衔接方面也有特殊性。** **主要表现为纳税争议实行复议前置，且复议不停止执行**。（P103） |

　　【注意】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 与税有关 | **纳税争议案件** | 依照决定**缴纳税款或提供担保**——复议——诉讼 |
| 其他税务争议案件 | 当事人既可以申请复议，也可以提起诉讼 |

　　二、行政复议的基本原则

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1 | 合法原则 | （1）主体应当合法；——见“管辖” （2）依据应当合法； （3）程序应当合法。——见“行政复议的程序” |
| 2 | 公正原则 | （1）既审查**合法性**，也审查**合理性**。 ▲不合法的——予以撤销或者确认违法； ▲明显不当的——依法变更。 （2）**查明所有**与案件有关的事实，并做出准确的定性。 （3）复议机关应当**正当、合理地行使复议自由裁量权**。 |
| 3 | 公开原则 | （1）过程公开； （2）依据公开； （3）复议的结果和决定的理由公开。 |
| 4 | 及时原则 | （1）受理复议申请应当及时； （2）案件审理要严格遵守审理期限的规定； （3）作出行政复议决定应当及时； （4）对复议当事人不履行复议决定的情况，复议机关应当及时处理。 |
| 5 | 便民原则 | 如允许口头方式提出复议申请。 |
| 6 | ◆禁止不利变更原则 | 在申请人的行政复议请求范围内，**不得作出对申请人更为不利的行政复议决定**。即不得增加处罚种类或加重对申请人的处罚。 【思考】如果加重了，怎么办？ 【解答】属于复议决定违法，在行政诉讼中，法院应该撤销该复议决定。 |

## 第二节 行政复议受案范围

一、行政复议受案范围  
　　（一）行政复议法规定的受案范围

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 具体行政行为 | 1.**行政处罚决定**。 2.**行政强制措施决定**。 3.有关许可证、执照、资质证、资格证等证书变更、中止、撤销等决定。 4.确认不动产的所有权或者使用权的决定。 5.认为行政机关侵犯合法的经营自主权的。 6.认为行政机关变更或者废止农业承包合同，侵犯其合法权益的。 7.认为行政机关违法要求履行义务的。 8.认为行政机关不依法办理行政许可或者审批、登记等事项的。 9.认为行政机关不履行保护人身权、财产权、受教育权法定职责的。 10.认为行政机关不依法发放抚恤金、社会保险金或者最低生活保障费的。 11.认为行政机关其他**具体行政行为**侵犯其合法权益的。 | |
| 抽象行政行为 | 范围 | （1）国务院有关部门的规定 （2）县级以上地方各级人民政府及其工作部门的规定 （3）乡、镇人民政府的规定 【注意】**以上“规定”不包括国务院有关部门的规章和地方各级人民政府的规章**。（结合第一章抽象行政行为中的行政立法权理解把握） |
| 提起复议的方式 | 在对具体行政行为提起复议时，“**一并**”提起。 |
| 复议机关的处理 | （1）**有权处理**的，应当在**30日内依法处理**； （2）**无权处理**的，应当在**7日内**按照法定程序**转送**有权处理的行政机关依法处理，有权处理的行政机关应当在60日内依法处理。 【注意】处理期间，**中止**对具体行政行为的审查。 |

　　（二）税务行政复议的受案范围  
　　1.具体行政行为  
　　（1）**征税行为**——即纳税争议  
　　包括确认纳税主体、征税对象、征税范围、减税、免税、退税、抵扣税款、适用税率、计税依据、纳税环节、纳税期限、纳税地点和税款征收方式等具体行政行为，征收税款、加收滞纳金，扣缴义务人、受税务机关委托的单位和个人作出的代扣代缴、代收代缴、代征行为等  
　　【注意】上述行为在行政复议和行政诉讼的关系上，**属于行政复议前置**。

　　（2）行政许可、行政审批行为；  
　　（3）发票管理行为，包括发售、收缴、代开发票等；  
　　（4）税收保全措施、强制执行措施；  
　　（5）**行政处罚行为**（结合第三章）  
　　①罚款；②没收财物和违法所得；③**停止出口退税权**；④吊销税务行政许可证件  
　　（6）**不依法履行下列职责的行为**：①颁发税务登记；②开具、出具完税凭证、外出经营活动税收管理证明；③行政赔偿；④行政奖励；⑤其他不依法履行职责的行为。  
　　（7）资格认定行为；  
　　（8）不依法确认纳税担保行为；  
　　（9）政府信息公开工作中的具体行政行为；  
　　（10）纳税信用等级评定行为；  
　　（11）通知出入境管理机关阻止出境行为；  
　　（12）其他具体行政行为。

1. 抽象行政行为  
   　　◆范围  
   　　（1）国家税务总局和国务院其他部门的规定；  
   　　（2）其他各级税务机关的规定；  
   　　（3）地方各级人民政府的规定；  
   　　（4）地方人民政府工作部门的规定。  
   　　◆程序  
   　　与税务具体行政行为“一并”申请复议。

## 第三节 行政复议参与人

　　一、申请人  
　　1.只能是公民、法人或其他组织，包括外国人、无国籍人。  
　　包括：**相对人+利害关系人**  
　　2.必须是**认为**具体行政行为侵害其合法权益的人。  
　　3.申请人资格的转移  
　　（1）公民死亡的，其近亲属可以申请行政复议；  
　　（2）法人或者其他组织终止，承受其权利的法人或者其他组织可以申请行政复议；  
　　【注意】有权申请行政复议的公民为无民事行为能力或者限制民事行为能力人的，其法定代理人可以代为申请行政复议。——仅为代理，不是资格转移

　　4.复议申请人及复议代表人——《行政复议法实施条例》

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 组织名称 | | 申请人 （即以谁的名义） | 具体实施人 |
| 合伙 | 合伙企业 | 核准登记的企业 | 执行合伙事务的合伙人 |
| 其他合伙组织 | **该合伙** | 合伙人共同申请 |
| 不具备法人资格的其他组织 | | **该组织** | **主要负责人**，没有的，由共同推选的其他成员代表该组织参加 |
| 股份制企业 | | 该企业 | 股东大会、股东代表大会、董事会 |
| 【注意】同一行政复议案件申请人超过5人的，推选**1至5名**代表参加行政复议。 | | | |

　　5.税务行政复议申请人  
　　税务行政复议申请人是**纳税人、扣缴义务人、纳税担保人以及其他税务当事人**。  
　　其他与上述规定完全一致。

　　二、被申请人  
　　1.被申请人的含义  
　　被申请人是指**作出**被申请复议的具体**行政行为的行政主体**。包括**行政机关和法律、法规授权的组织**。

　　2.具体情形

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 实施主体 | | 是否为行政主体 | 被申请人（被告） |
| （1） | 行政机关 | | 是 | 作出该行为的机关 |
| （2） | 两个以上行政机关 | | 是 | 共同作出者 |
| （3） | 法律法规授权的组织 | | 是 | 该组织 |
| （4） | 行政机关+被授权组织 | | 是 | 共同作出者 |
| 行政机关+**其他组织** | | 其他组织不是 | 行政机关 （其他组织是第三人） |
| （5） | **受委托的组织** | | **不是** | **委托的行政机关** |
| （6） | 被撤销的行政机关 | | 是 | 继续行使其职权的行政机关 |
| （7） | 经批准的行为 | |  | 批准机关 |
| （8） | 派出机关 | | 是 | 该派出机关 |
| （9） | 派出机构，内设机构等 | 法律法规授权且以自己的名义实施 | 是 | 该派出机构 |
| 未经授权 | 不是 | 设立派出机构的行政机关 |

　　3.税务行政复议被申请人

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 实施主体（及不服行为） | | 被申请人 |
| （1） | 税务具体行政行为 | | 作出机关 |
| （2） | 扣缴义务人（企事业单位）的扣缴税款行为 | | 主管该扣缴义务人的税务机关 |
| （3） | 税务机关委托的单位和个人的代征行为 | | 委托税务机关 |
| （4） | 税务机关+法律、法规授权的组织 | | 共同被申请人 |
| （5） | 税务机关+其他组织（非行政主体） | | 税务机关 |
| （6） | 经上级税务机关批准作出具体行政行为 | | 批准机关 |
| （7） | 经重大税务案件审理程序作出的决定 | | 审理委员会所在税务机关 |
| （8） | 派出机构、内设机构或者其他组织 | 未经法律、法规授权 | 税务机关 |
| 经授权 | 该派出机构或内设机构 （如税务所、稽查局） |

　　三、第三人

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | 指因与被申请的具体行政行为有利害关系，通过申请或者复议机构通知，参加到复议中的除申请人和被申请人以外的公民、法人或者其他组织。 |
| 法律地位 | 在行政复议中具有独立的法律地位，不是申请人也不是被申请人 |
| 参加复议的方式 | 1.复议机构“可以”通知其参加 2.第三人申请参加 |
| 备注 | 第三人不参加行政复议，不影响行政复议案件的审理 |

第四节 行政复议机关及行政复议管辖

一、行政复议机关  
　　1.概念  
　　复议机关是指依照法律规定，有权受理行政复议申请，依法对被申请复议的具体行政行为进行合法性、适当性进行审查并作出决定的行政机关。  
　　2.行政复议机构与行政复议机关的关系  
　　（1）行政复议机构是**行政复议机关内部专门办理**行政复议的机构。  
　　（2）**行政复议机构不是行政主体，不能以自己的名义来行使职权**。  
　　（3）有权**作出复议决定**的是行政复议机关。  
　　【结论】复议机构具体做事儿，复议机关负责署名。

　　二、行政复议管辖  
　　1.一般管辖

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 作出原行为的机关 | 复议机关 |
| 选择管辖 | 县级以上**政府工作部门** | 本级人民政府 |
| 上一级主管部门 |
| 上级管辖 | **垂直领导**的机关：如海关、金融、国税、外汇、国家安全机关 | **只能**向上一级主管部门 |
| 地方各级人民政府 | 上一级人民政府 |
| 本级管辖 | 国务院部门或省级政府 | 国务院部门或省级政府 |

　　2.特殊管辖

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 实施主体 | | 是否为行政主体 | 被申请人 | 复议机关 |
| 派出机关 | | 是 | 该派出机关 | **设立**该派出机关的人民政府 |
| 派出机构 | 法律法规**授权且以自己的名义**实施 | 是 | 该派出机构 | 设立它的部门或该部门的本级人民政府 |
| **无法律法规授权** | **不是** | **设立该机构的政府工作部门** | **该政府工作部门的上一级或同级政府** |
| 法律法规授权的组织 | | 是 | 该组织 | 直接管理该组织的地方政府、地方政府工作部门或国务院部门 |
| 两个以上行政机关 | | 是 | 两个以上行政机关 | 共同的上一级行政机关 |
| 被撤销的行政机关 | | 是 | 继续行使其职权的行政机关 | 上一级行政机关 |
| **受委托的组织** | | **不是** | **委托的行政机关** | **委托机关的上一级或本级人民政府** |

　　3.转送管辖  
　　转送管辖，是指行政复议机关对**已经受理**的行政复议案件，经审查发现自己**对该案件无管辖权**时，将该案件转送有管辖权的复议机关管辖。  
　　【注意】适用转送管辖，必须具备三个条件：  
　　（1）必须属于**特殊管辖**的复议案件  
　　（2）转送机关是**县级人民政府，且对该案件没有管辖权**。  
　　具体操作：收到复议申请之日起7日内转送有关复议机关，并告知申请人。  
　　（3）**受转送**的复议机关对该案件**有管辖权**  
　　【注意】受转送的复议机关**不能拒绝**接受转送，**也不能再自行转送**其他复议机关。如果接受转送的机关认为对该案件确无管辖权，应当告知申请人向有关行政复议机关提出。

4.协商管辖和指定管辖  
　　申请人就同一事项**向两个或者两个以上有权**受理的行政机关申请行政复议的：  
　　▲由**最先收到**行政复议申请的行政机关受理；  
　　▲**同时收到**申请的，由收到行政复议申请的行政机关在**10日内协商**确定；  
　　▲协商不成的，由其共同上一级行政机关在10日内指定受理机关。

## 第五节 新政复议程序

　　一、行政复议申请与受理  
　　（一）申请  
　　1.申请复议的条件  
　　（1）申请人合格——相对人或利害关系人  
　　（2）有符合规定的被申请人  
　　（3）有具体的复议请求和理由  
　　（4）属于复议范围和受理复议机关管辖  
　　（5）在法定申请期限内申请复议——60日  
　　（6）法律、法规规定的其他条件

　　2.申请复议的期限

|  |  |
| --- | --- |
| 一般复议期限 | 特殊复议期限 |
| （1）期限：**60日**（法律规定超过60日的除外） （2）起算：自**知道该具体行政行为之日**起起算； （3）因不可抗力或者**其他正当理由**，耽误法定申请期限的，申请期限自障碍消除之日起继续计算 | **只有**法律**规定超过60日的才有效**。如专利复议是3个月 |
| 【提示】税务行政复议的期限也是60日 | |

　　【提示1】对“正当理由”的理解与处理？  
　　行政机关**没有告知**申请人复议权利、复议机关名称或申请复议期限，致使申请人在法定期限内向无权受理的机关提出复议申请，**接到申请的机关又没有及时移送**，因此被耽误的，属于“其他正当理由”。  
　　起诉期限从公民、法人或者其他组织知道或者应当知道起诉期限之日起计算，但从**知道**或者应当知道行政行为内容之日起最长**不得超过1年**。——《行诉解释》64条  
　　【提示2】复议前置的案件时效的处理  
　　申请人在法定复议期限内向法院直接起诉讼，法院以“必须复议前置”为由裁判驳回的，申请人**再次申请复议**时已超过复议申请期限的，**提起行政诉讼到人民法院生效裁判送达之日的时间，不计入法定行政复议申请期限**。

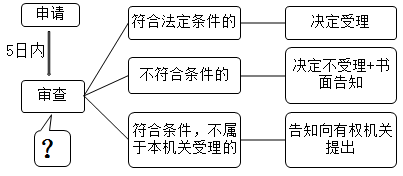
　　复议期限的起算【2014年单选】

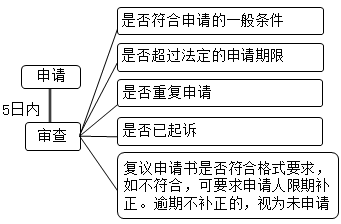
|  |  |
| --- | --- |
| 行政机关作为的期限起算 | （1）**当场作出**的，**作出之日**起计算； （2）法律文书**直接送达**的，**签收之日**起计算； （3）**邮寄送达**的，自**签收之日**起计算； （4）通过**公告形式告知**的，自**公告规定的期限届满之日**起计算； （5）作出行为时未告知，事后补充告知的，自**收到行政机关补充告知的通知之日**起计算； （6）被申请人能够证明申请人知道具体行政行为的，自证据材料证明其知道具体行政行为之日起计算。 行政机关作出具体行政行为，依法应当送达法律文书而未送达的，**视为**该公民、法人或者其他组织**不知道**该具体行政行为 |
| 行政机关**不履行法定职责**的期限起算 | （1）有履行期限规定的，自履行期限届满之日起计算； （2）没有履行期限规定的，自行政机关收到申请满60日起计算； （3）在紧急情况下请求行政机关履行保护人身权、财产权的法定职责，行政机关不履行的，申请期限不受前述规定的限制 |

　　3.申请的形式（含税务行政复议）

|  |  |
| --- | --- |
| 可以书面 | 可以采取当面递交、邮寄或者传真等方式提出申请 |
| 也可以口头 | 复议机构应当当场制作行政复议申请笔录交申请人核对或向申请人宣读，并由申请人签字确认 |

　　4.复议前置性案件及复议不停止执行  
　　见【知识点三】税务行政复议的受案范围。  
　　5.对申请人错列被申请人的处理  
　　（1）行政复议机关应当告知申请人变更被申请人。  
　　（2）**申请人不变更的，复议机关不予受理，或者驳回行政复议申请**。

　　（二）受理（含税务行政复议）  
　　1.审查与处理  
　　



　　2.对不受理的救济  
　　（1）将情况**向复议机关的上一级行政机关反映**。  
　　（2）向人民法院提起行政诉讼（在收到不予受理决定书之日起或者行政复议期满之日起**15日内**）。  
　　【注意】税务行政复议的救济  
　　纳税人及其他当事人依法提出行政复议申请，复议机关无正当理由不予受理且申请人没有向人民法院提起行政诉讼的：  
　　▲**上级税务机关可以督促其受理，经督促仍不受理的，责令其限期受理**；  
　　▲**必要时，上级税务机关也可以直接受理或者提审由下级税务机关管辖的行政复议案件**。

　　二、行政复议的审理  
　　（一）审理的内容（含税务行政复议）  
　　1.对事实的审查  
　　2.对主体的审查  
　　3.对权限的审查  
　　4.对依据的审查  
　　5.对程序的审查  
　　6.适当性审查  
　　（二）审理期限**（60+30日）（含税务行政复议）**  
　　1.自受理之日起60日内作出复议决定，但是**法律规定期限少于60日**的除外；  
　　2.情况复杂，经复议机关的负责人批准可以适当延长，但延长期限最多不超过30日。

　　（三）审理依据  
　　1.法律、法规、规章  
　　2.上级行政机关依法制定的和发布的具有普遍约束力的决定、命令。  
　　【注意】税务行政复议的审理依据包括税收法律、税收法规、税收规章和合法有效的其他税收规范性文件。  
　　（四）审理方式（含税务行政复议）  
　　1.原则上采取**书面审查**的办法。  
　　2.应当由**2名**以上行政复议人员参加。  
　　3.行政复议机构享有调查取证权。  
　　4.对重大、复杂的案件，**申请人提出要求**或者**行政复议机构认为必要**时，可以采取**听证**的方式审理。

　　（五）税务行政复议听证  
　　（1）行政复议机构决定举行听证的，应当将举行听证的时间、地点和具体要求等事项通知申请人、被申请人和第三人。  
　　（2）**第三人不参加听证的，不影响听证的举行**。  
　　（3）听证应当公开举行，但是涉及**国家秘密、商业秘密**或者**个人隐私**的除外。  
　　（4）行政**复议听证人员不得少于2人**。  
　　（5）听证主持人由行政复议机构指定。  
　　（6）听证应当制作笔录。作为行政复议机构审理案件的依据之一。

　　（六）审理中的其他有关问题  
　　1.复议申请的撤回（含税务行政复议申请的撤回）

|  |  |
| --- | --- |
| 时间 | **复议决定作出前**，申请人**要求撤回**申请的，经说明理由，可以撤回 |
| 法律后果 | ▲撤回行政复议申请的，行政复议终止。 ▲申请人**不得再以同一事实和理由提出**行政复议申请。但是，申请人能够证明撤回申请违背其真实意思表示的除外。 |
| 【注意】与行政诉讼中的撤诉不同的，没有按撤诉处理。 | |

　　2.复议期间具体行政行为的效力——公定力的体现  
　　复议期间具体行政行为不停止执行。  
　　【例外】  
　　（1）**被申请人认为**需要停止执行的；  
　　（2）**行政复议机关认为**需要停止执行的；  
　　（3）**申请人申请**停止执行，**行政复议机关**认为其要求合理，决定停止执行的；  
　　（4）**法律**规定停止执行的。【2012年多选】  
　　3.行政复议人员在审理期限的权利和义务  
　　（1）可以查阅、复制、调取有关文件和资料，向有关人员询问。被调查单位和人员应当配合，不得拒绝阻挠。  
　　（2）调查取证时，行政复议人员**不得少于2人，并应当向当事人或有关人员出示证件**。

　　三、行政复议中止和终止

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 行政复议中止 | 行政复议终止 【2011单选，综合】 |
| 定义 | **暂时停止** | **结束正在进行的复议程序** |
| 原因 | ①申请人（自然人）死亡，其近亲属尚未确定是否参加的； ②申请人丧失参加复议的能力，尚未确定法定代理人参加行政复议的； ③法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的； ④申请人下落不明或被宣告失踪； ⑤申请人、被申请人因不可抗力，不能参加行政复议的； ⑥涉及法律适用问题，需有权机关作出解释或者确认的； ⑦需要以其他案件的审理结果为依据，而其他案件尚未审结的； ⑧其他需要中止行政复议的情形。 | ①**申请人要求撤回行政复议申请，行政复议机构准予撤回的**； ②作为申请人的自然人死亡，没有近亲属或者其近亲属放弃行政复议权利的； ③法人或其他组织终止，其权利义务的**承受人放弃**行政复议权利的； ④**申请人与被申请人达成和解**； ⑤申请人对行政拘留或限制人身自由的行政强制措施不服申请复议后，因同一违法行为涉嫌犯罪，该**行政强制措施变更为刑事拘留的**。 |
| 【注意】行政复议中止的前三种情形，在满60日行政复议中止的原因仍未消除的，行政复议终止 | | |

　　四、行政复议和解与调解  
　　（一）行政复议和解

|  |  |
| --- | --- |
| 适用的案件※ | 行政机关行使**自由裁量权**作出的具体行政行为 |
| 形式 | 自愿达成和解的，应当向行政复议机构**提交书面和解协议** |
| 程序 | 达成和解**必须经行政复议机构准许** |
| 时间 | 和解**只能在行政复议决定作出前** |
| 法律后果 | 行政复议终止，即行政复议机构不再继续审理 |

　　（二）行政复议调解

|  |  |
| --- | --- |
| 适用案件 | （1）行政机关行使**自由裁量权作出的具体行政行为**的纠纷； （2）当事人之间的**行政赔偿**或者**行政补偿纠纷**。 |
| 程序 | （1）**复议机关应当制作行政复议调解书**。调解书经双方**当事人签字，**即具有法律效力。 （2）调解书**生效后**一方反悔的，不影响行政复议调解书的效力存在。 （3）调解未达成协议或者调解书生效前一方反悔的，行政复议机关应当及时作出行政复议决定 |

　　（三）税务行政复议和解与调解  
　　1.税务和解和调解的适用案件【2011单选】  
　　（1）行使自由裁量权作出的税务具体行政行为，如行政处罚、核定税额、确定应税所得率等；  
　　（2）行政赔偿；  
　　（3）行政奖励；  
　　（4）存在其他合理性问题的具体行政行为。

　　2.【归纳】普通行政复议的和解、调解以及税务行政复议和解与调解适用的案件【2015年多选】

|  |  |
| --- | --- |
| 行政复议的和解 | 自由裁量 |
| 行政复议的调解 | 自由裁量以及赔偿或补偿案件 |
| 税务行政复议的和解与调解 | （1）行使自由裁量权作出的税务具体行政行为，如行政处罚、核定税额、确定应税所得率等； （2）行政赔偿； （3）行政奖励； （4）存在其他合理性问题的具体行政行为 |

　　五、行政复议决定及其执行  
　　（一）行政复议决定的种类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 决定种类 | 理由 |
| 1 | 维持决定 | 事实清楚、证据确凿，适用依据正确，程序合法，内容适当 |
| 2 | 履行决定 | 认定被申请人没有履行法定职责的（且继续履行职责确有必要的），应当决定其在一定期限内履行法定职责 |
| 3 | 撤销【2012年多选】、变更【2013年单选】或确认决定 | ①事实不清，证据不足的； ②适用依据错误的； ③违反法定程序的； ④超越或者滥用职权的； ⑤具体行政行为明显不当的 |
| 4 | 赔偿决定 | （1）在申请复议时**一并提出赔偿请求的**。 （2）申请复议时**没有提出行政赔偿请求**的： 撤销或者变更**罚款，撤销违法集资、没收财物、征收财物、摊派费用（以及撤销或者变更税务机关确定的税款、滞纳金）**以及对财产的**查封、扣押、冻结**等具体行政行为时，**应当同时责令**被申请人返还财产，解除对财产的查封、扣押、冻结措施或者赔偿相应的价款 【注意】返还执行的罚款或罚金、追缴或者没收的金钱、解除冻结的存款或者汇款的，**应当支付银行同期存款利息** |
| 5 | 驳回决定 | ①申请人认为行政机关**不履行法定职责**，复议机关受理后发现该**行政机关没有相应法定职责或者在受理前已经履行法定职责的**； ②受理后，发现该复议申请**不符合受理条件的** |

## 第六节 税务行政复议

　　税务行政复议应注意的几个问题  
　　1.税务行政复议机关责令被申请人重新作出税务具体行政行为的：  
　　（1）限制性规定  
　　▲被申请人不得以**同一事实和理由**作出与原税务具体行政行为**相同或者基本相同**的税务具体行政行为；但**以原税务行为违反法定程序**而决定撤销的，不受此限制。  
　　▲被申请人不得作出对申请人更为不利的决定；但是行政复议机关以原具体行政行为主要事实不清、证据不足或适用依据错误决定撤销的除外。——禁止不利变更原则  
　　（2）重新作出的时间  
　　60+30  
　　（3）对被申请人重新作出的具体行政行为不服的处理：  
　　可以依法申请行政复议，或者提起行政诉讼。  
　　2.推定撤销制度  
　　被申请人对复议申请不提出书面答复，不提交当初作出税务具体行政行为的证据、依据和其他有关材料的，**视为没有证据、依据，**决定撤销该税务具体行政行为。

　　（三）行政复议决定的执行  
　　行政复议决定书**一经送达，即发生法律效力**。  
　　◆对复议决定的强制执行分两种情况处理：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 对被申请人强制执行 （履行、撤销+重做等决定） | | **行政复议机关**或其**上级机关行政机关**应当责令其限期履行 |
| **对相对人（或第三人）强制执行（不起诉也不履行）** | 维持、驳回请求等决定 | 由**作出具体行政行为的行政机关**依法强制执行，或者**申请人民法院**强制执行 |
| 变更决定 | 由**复议机关**强制执行或申请人民法院强制执行 |

# 第六章　民法总论

## 第一节 民法概述

　　一、民法的概念与特征  
　　（一）概念及调整对象

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 概念 | 民法，是调整**平等主体**的自然人、法人和非法人组织之间的**人身关系和财产关系**的法律规范的总称 | | |
| 民法调整的范围 | 财产关系 | 具有经济内容的社会关系 | 物权 |
| 债权 |
| 人身关系 | 基于彼此的人格和身份而形成的无直接财产内容的社会关系 | 人格关系 |
| 身份关系 |

　　注意：**非“平等”关系不属于民法调整的范围**。

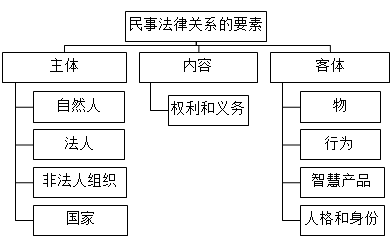
　　（二）民法的特征  
　　1.民法是**权利法**。   
　　2.民法是**平等者之间**的法律。   
　　3.规范**多为任意性规范**。   
　　4.民事责任具有直接救济性。

　　二、民法的基本原则

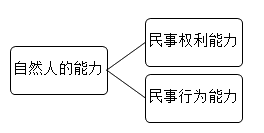
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1 | 民事权利神圣原则 | 指民事权利受到法律的充分保障，任何人均不得侵犯，且非依法律程序不得限制和剥夺。 |
| 2 | 主体平等原则 | （1）**民事权利能力一律**平等。 （2）民事主体**平等地受到法律的保护** |
| 3 | 意思自治原则 | （1）民事主体享有参与民事活动与否的自由。  （2）民事主体享有在合法范围内选择行为相对人、行为内容和行为方式的自由。 （3）民事主体享有纠纷解决方式的选择权。 （4）民事主体对其自主从事的民事活动的后果负责 |
| 4 | 公序良俗原则 | （1）民事活动及其效果，须符合我国公认的公共秩序和善良风俗。（2）对民事主体的**“外在”要求** |
| 5 | 公平与诚信原则 | 核心是维护各方之间的利益平衡。  （1）当事人之间，要“双赢”。 （2）民事活动不得损害第三人或社会的利益。 该原则是对民事主体的“内在”要求 |
| 6 | 禁止权利滥用原则 | （1）是由诚信原则演绎而来。 （2）指行使民事权利不得超越正当边界、不得损害他人权益；不得违反法律和社会公德、不得损害社会公共利益的原则 |

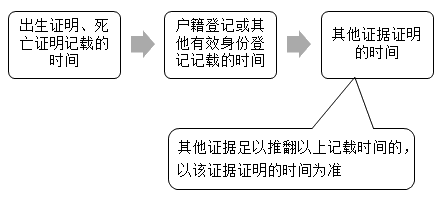
## 第二节 民事法律关系

　　一、概念和特征  
　　民事法律关系，是平等主体之间发生的、符合民法规范的、**以民事权利和民事义务为内容**的社会关系。其特征：【2013年单选】  
　　（1）主体地位**平等**。  
　　（2）民事权利、民事义务**对等**。  
　　（3）救济措施具有补偿性。

二、民事法律关系的要素  
　　

## 第三节 权利主体

　　一、自然人  
　　自然人是**基于自然规律出生并因出生的事实**而取得民事主体资格的人。  
　　

　　1.自然人的民事权利能力  
　　（1）是指法律赋予自然人**享有民事权利、承担民事义务的法律资格**。  
　　（2）**人人平等，因出生而当然取得**，无需履行任何法律手续。  
　　（3）**与自然人的人身不可分离**，不可转让和抛弃。  
　　（4）**因死亡而消灭**。死亡是权利能力消灭的唯一原因。   
　　【注意1】自然人的出生时间和死亡时间的认定   
　　  
　　【注意2】胎儿的民事权利能力   
　　①胎儿不具有民事权利能力。  
　　②涉及**遗产继承、接受赠与**等胎儿利益保护的，胎儿**视为**具有民事权利能力。  
　　③胎儿**娩出时为死体**的，其民事权利能力**自始不存在**。

　　2.自然人的民事行为能力

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 含义 | 标准《民法总则》 |
| 完全民事行为能力人 | 能够独立实施任何民事法律行为 | 年龄：≥18 |
| 16周岁以上不满18周岁但以自己的劳动收入为主要生活来源（16≤X＜18） |
| 限制民事行为能力人 | ①与其年龄、智力、精神健康状况相适应  ②纯获利 | 年龄：**8**≤X＜18 |
| 不能完全辨认自己行为的“**成年人**”（智力、精神健康） |
| 无民事行为能力人 | **不能独立实施**任何民事法律行为 | 年龄：＜**8** |
| 不能辨认自己行为的“成年人”（智力、精神健康） |

【提示1】纯获利益的行为，限制行为能力人仍可实施。  
　　【提示2】对于限制行为能力人和无行为能力人这两类行为能力欠缺者，法律特别设立**监护制度和法定代理**制度为其提供积极保护。

　　3.监护制度

|  |  |
| --- | --- |
| 类型 | 监护人顺序 |
| 未成年人 | ◆父母（当然监护人）  ◆父母死亡或没有监护能力的，顺位如下： （1）祖父母、外祖父母；（2）兄、姐；（3）**其他愿意担任监护人**的个人或者组织，但是**须经未成年人住所地**的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意 |
| 无民事行为能力或限制民事行为能力的**成年人** | （1）配偶；（2）父母、子女；（3）其他近亲属；（4）其他愿意担任监护人的个人或者组织，但是须经**被监护人住所地**的居民委员会、村民委员会或者民政部门同意 |
| 【提示1】监护人除为维护被监护人利益外，不得处分被监护人的财产。 【提示2】无民事行为能力人、限制民事行为能力人的**监护人是其法定代理人** | |

　　二、宣告失踪和宣告死亡   
　　1.宣告失踪

|  |  |
| --- | --- |
| 时间 | 下落不明满**2年** |
| 起算 | （1）从其**失去音讯之日**起计算。 （2）战争期间下落不明的，自**战争结束之日**或者**有关机关确定的下落不明之日**起计算 |
| 申请 | **利害关系人**可以向**人民法院申请**宣告该自然人为失踪人 |
| 宣告失踪的法律后果 | （1）财产由其**配偶、成年子女、父母**或者其他愿意担任财产代管人的人**代管**。 （2）失踪人所欠税款、债务和应付的其他费用，由财产代管人从失踪人的财产中支付。 （3）财产代管人因故意或重大过失造成失踪人财产损失的，应当承担赔偿责任。 |
| 失踪人重新出现 | （1）经**本人或者利害关系人申请，应当撤销**失踪宣告。 （2）有权要求代管人及时移交财产并报告代管情况 |

　　2.宣告死亡

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 时间 | （1）一般下落不明**满4年**；  （2）因意外事件，下落不明**满2年**（因意外事件下落不明，经有关机关证明该自然人不可能生存的，申请宣告死亡不受该2年时间的限制） | |
| 申请 | 利害关系人可以向人民法院申请宣告该自然人死亡 | |
| 宣告失踪与宣告死亡的冲突 | 对同一自然人，有人申请宣告死亡，有人申请宣告失踪，若**符合宣告死亡条件，人民法院应当宣告死亡** | |
| 死亡日期的确定 | （1）法院宣告死亡的**判决作出之日**视为其死亡的日期； （2）因意外事件下落不明宣告死亡的，**意外事件发生之日**视为其死亡的日期 | |
| 宣告死亡的法律后果 | （1）婚姻关系，自死亡宣告之日起消灭。 （2）财产被继承 | |
| 该人未死亡 | 不影响该人在被宣告死亡期间实施的民事法律行为的效力 | |
| 该人重新出现 | 经申请，人民法院应当撤销死亡宣告 | |
| 宣告死亡被撤销的法律后果 | 婚姻关系 | 自撤销死亡宣告之日起**自行恢复**，但是其**配偶再婚**或者向婚姻登记机关**书面声明不愿意恢复**的除外 |
| 子女被他人依法收养 | **不得以未经本人同意为由主张收养关系无效** |
| 财产 | （1）请求继承其财产的人返还财产。 （2）无法返还的，应当给予适当补偿。 （3）利害关系人隐瞒真实情况，致使他人被宣告死亡取得其财产的→**返还财产+赔偿损失** |

　　三、个体工商户和农村承包经营户

|  |  |
| --- | --- |
| 法律性质 | “两户”只是自然人主体的两种特殊形态，属于**商自然人** |
| 个体工商户 | （1）依法登记。 （2）可以起字号。 （3）债务承担：个人经营的，以个人财产承担；家庭经营的，以家庭财产承担；**无法区分的，以家庭财产承担。** （4）缴纳**个人所得税** |
| 农村承包经营户 | （1）农村承包经营户的债务，以从事农村土地承包经营的**农户财产承担**； （2）**事实上**由农户**部分成员经营的**，以该**部分成员的财产承担** |

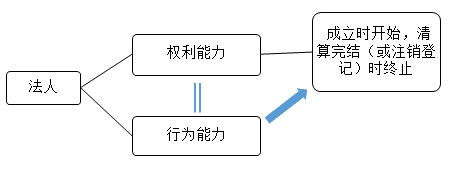
　　四、法人  
　　1.法人的概念和特征  
　　（1）法人是团体。  
　　（2）法人是民法赋予民事权利能力的团体。  
　　（3）法人拥有独立的财产。   
　　法人的财产**独立于其他法人和自然人**的财产；**独立于法人成员**的财产；独立于其捐助人或出资人的其他财产。  
　　（4）法人**独立承担民事责任**。  
　　（5）法人**以自己的名义**参加民事法律关系。法人有自己的名称，得以自己的名义参加民事活动，为自己设定权利、承担义务。

　　2.法人的类型

　　法人的类型

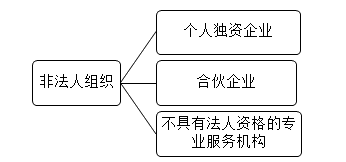
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 营利法人 | 有限责任公司 | （1）依法登记成立。  （2）由登记机关发给营利法人营业执照。  （3）**营业执照签发日期为营利法人的成立日期**。  （4）设立营利法人应当依法制定法人章程。 |
| 股份有限公司 |
| 其他企业法人 |
| 非营利法人 | 事业单位法人 | （1）经依法登记成立，取得事业单位法人资格；  （2）依法**不需要办理法人登记**的，从成立之日起，具有事业单位法人资格 |
| 社会团体法人 | （1）基于会员共同意愿，为公益目的或者会员共同利益等非营利目的设立的社会团体，**经依法登记成立，取得社会团体法人资格**；  （2）依法**不需要办理法人登记的，从成立之日**起，具有社会团体法人资格 |
| 捐助法人 | 为公益目的以捐助财产设立的基金会、社会服务机构等。捐助人有权向捐助法人查询捐助财产的使用、管理情况，并提出意见和建议 |
| 特别法人 | 机关法人 | 从成立之日起，具有机关法人资格 |
| 农村集体经济组织法人 | 依法具有法人资格 |
| 城镇农村的合作经济组织法人 |
| 基层群众性自治组织法人 |

　　3.法人的成立须具备下列条件   
　　（1）依法成立。   
　　（2）有自己的财产和经费。   
　　（3）有自己的名称、组织机构和住所。   
　　▲法人的组织机构，亦称法人的机关。其对内管理法人事务，对外代表法人从事民事活动。  
　　▲法人以其**主要办事机构所在地**为住所。主要办事机构所在地，应是**法人意思机关或执行机关所在地**。  
　　▲法人的场所包括法人的住所，还包括法人从事经营活动的其他场所。

　　4.法人的权利能力和行为能力  
　　

　　5.法人的终止

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 指法人的民事主体资格的丧失，即法人的全部民事能力丧失 |
| 终止原因 | （1）法人解散； （2）法人被宣告破产； （3）法律规定的其他原因 |
| 导致法人解散的情形 | （1）法人**章程规定**的存续期间届满或者法人章程规定的其他解散事由出现；  （2）法人的**权力机构决议**解散； （3）因法人**合并或者分立**需要解散； （4）法人依法被**吊销营业执照**、登记证书，被责令关闭或者被撤销； （5）法律规定的其他情形 |
| 注意 | （1）除**合并**或者**分立**的情形外，**均需清算**。  （2）清算期间法人存续，但不得从事与清算无关的活动。  （3）清算结束并完成法人注销登记时，法人终止。  （4）依法不需要办理法人登记的，清算结束时，法人即终止 |

1. 非法人组织  
   　　非法人组织，是指不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织。  
   　　

第四节 民事权利

一、概念  
　　民事权利，是指民事主体实现其正当利益的行为依据。

　　二、分类

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | 标准 | 分类 | 含义及例举 | |
| 以权利客体所体现的利益性质为标准 | 人身权 | 人格权 | 生命权、身体权、健康权、姓名权、肖像权、自由权、名誉权、荣誉权、隐私权等。 |
| 身份权 | 配偶权、亲权、亲属权。 |
| 【特征】人身权与**其主体不可分离，故无从转让**。 | |
| 财产权 | 以财产为客体的权利。包括**物权、准物权、债权和继承权**（内容属于财产权，但取得则基于身份关系）。**财产权可以同主体发生分离**。 | |
| 知识产权 | 是以受保护的**智慧产品为客体**的排他性支配型权利，如著作权、专利权、商标权等。知识产权的内容具有“垄断”性。 | |
| 社员权 | 是团体成员依其**在团体中的地位**产生的对于团体的权利。包括表决权、对业务的知悉、执行、监督权以及盈利分配权、团体终止时的剩余财产分配权等。如股东权、建筑物区分所有权中的成员权。 | |
| 2 | 以民事权利的作用为标准 | 支配权【2017多选】 | 是**对客体直接支配并享受其利益**的排他性权利。如**物权、人身权和知识产权**。支配权的实现，仅凭权利人单方的意思即可，无须义务人的积极行为相配合。与支配权对应的义务表现为不作为。 | |
| 请求权【2017单选】 | 是可以**请求他人为**一定行为**或不为**一定行为的权利。如债权、返还原物请求权、恢复原状请求权、损害赔偿请求权。 | |
| 形成权 | **依权利人单方意思表示，就能使既存的法律关系发生变化的权利**，如承认权、同意权、选择权、撤销权、解除权、抵销权、终止权。 | |
| 抗辩权 | 是能够阻止相对人所行使请求权的效力的权利。 ①主要是针对请求权的权利，但又不以请求权为限，如针对抵销权的抗辩权。  ②**效力在于阻止请求权的效力，**而**不在于否认相对人的请求权**，也不在于变更或消灭相对人的权利。 | |
| 3 | 以权利实现方式为标准 | 绝对权 | 无须他人协助，即可行使、实现的权利，如物权、人格权。 | |
| 相对权 | 指须借助他人的协助，方可实现的权利，如债权。 | |
| 4 | 以权利效力所及范围为标准 | 对世权 | **权利主体是特定的，而义务主体是权利主体以外的、不特定的一切人。**如物权、人身权等。 | |
| 对人权 | **权利主体和义务主体都是特定的。**义务主体所负义务既包括积极的作为，也包括消极的不作为，但主要体现为积极的作为。如债权。 | |
| 5 | 权利可否与其主体分离 | 专属权 | 是只能由其主体享有的权利。专属权不得让与和继承。如人格权、结婚、离婚、收养权等。 | |
| 非专属权 | 是非专属于特定主体，可以让与和继承的权利。如一般的财产权。 | |
| 6 | 以权利相互间的依存关系为标准 | 主权利 | 相互关联的几项权利中，不依赖其他权利而独立存在的权利。 | |
| 从权利 | 是相互关联的几项权利中，须以其他权利的存在为其存在前提的权利。如担保权（保证、抵押、质押、留置等） | |
| 7 | 依权利相互间的地位为标准 | 原权 | 是原生性权利。如人身权、财产权、知识产权等。 | |
| 救济权 | 是**原权受到侵害或者有被侵害的危险时产生的援救原权的权利**。如违约责任、侵权责任请求权。 | |
| 8 | 权利要件是否全部具备 | 既得权 | 指全部法律要件齐备，当事人可以现实享有和行使的权利。 | |
| 期待权 | 指具备部分法律要件，须待其余要件具备时当事人方能现实享有和行使的权利。如清偿期届至之前的债权。亦称“形成中的权利”。 | |

　　（三）民事权利的取得、变更和消灭   
　　详见第七章所有权的取得

　　（四）民事权利的保护

|  |  |
| --- | --- |
| 受保护的权利 | （1）自然人的人身自由、人格尊严； （2）自然人的人格权、身份权、物权、债权、知识产权、继承权、股权和其他投资性权利；  （3）自然人的个人信息。 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 保护方式 | 公力救济 | （1）是权利的国家保护，主要程序是民事诉讼和强制执行。 （2）最主要、最普遍的救济手段 |
| 私力救济 | （1）在**公力救济有所不及**的特定情况下，由权利人**依靠自身力量**对权利所进行的事后保护。 （2）只适用于情形紧迫，公力救济有所不及时，且须受严格的限制。 |

四、民事义务与民事责任  
　　（一）民事义务  
　　1.概念  
　　民事义务，是民事法律关系的当事人一方，为了满足他方利益所应实施行为的约束。民事义务具有强制性和限定性。

　　2.民事义务的分类

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| （1） | 依义务发生的根据 | 法定义务 | 直接根据法律的规定而产生的义务。如不得侵害他人财产和人身的义务 |
| 约定义务 | 由当事人基于意思自治协商确定的义务。如合同义务 |
| （2） | 依义务与其主体的关系 | 专属义务 | 不得同义务主体发生分离，即须**由义务主体亲自履行**的义务。如基于人身信任关系而发生的义务 |
| 非专属义务 | 可以同义务主体发生分离的义务，即**可由义务主体之外的人履行**的义务。如偿还金钱债务的义务 |
| （3） | 依相关联的两个义务间的地位 | 主义务 | 指在两个相关联的义务中，能够独立存在的义务。如抵押借贷中，借贷人偿还借款的义务 |
| 从义务 | 在两个相关联的义务中，**不能独立存在**，须以其他义务的存在为存在前提的义务。如抵押借贷中，抵押人的**担保义务** |
| （4） | 依义务人行为的方式或者内容 | 积极义务 | 指以特定作为为内容的义务。如交付货物、交付工作成果等 |
| 消极义务 | 指以特定不作为为内容的义务。如保密义务、不妨害他人所有权的义务 |

　　（二）民事责任  
　　1.概念和特征  
　　指民事主体因**违反法定**或**约定**的民事义务，依法应承担的民事法律后果。特征：  
　　（1）是**违反民事义务**的法律后果。  
　　（2）民事责任具有直接救济性。以一方当事人**补偿另一方当事人的损失为主要目的**，而不在于惩罚。  
　　（3）具有强制性。

　　2.民事责任的分类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 划分标准 | 责任类型 | 含义 |
| 依产生的原因 | 侵权责任 | 义务主体**违反法定义务**致人损害时应承担的民事责任 |
| 违约责任 | 义务主体**违反合同义务**所应承担的民事责任 |
| 其他民事责任 | 指侵权与违约责任之外的民事责任，如缔约过失责任 |
| 依责任内容 | 财产责任 | 以财产给付为内容的民事责任，如支付违约金、赔偿损失等 |
| 非财产责任 | 不以财产给付为内容的民事责任，如赔礼道歉、恢复名誉等 |
| 依复数责任人之间的内部关系 | 按份责任 | 复数责任人中的每个人仅按其确定的份额承担责任，对超出其份额的部分不承担责任的民事责任 |
| 连带责任※【2014年多选】 | 复数责任人中的每个人均有义务应权利主体的请求而承担部分或全部责任的民事责任。**连带责任仅在法律有特别规定或当事人有特别约定时才承担** |
| 依侵权责任的构成要件和举证方式（第八章第三节更准确） | 过失责任 | 以过失作为主观要件的侵权责任 |
| 过失推定责任 | 以过失作为主观要件的侵权行为。但加害人的过失无须受害人举证，而是由法律推定的 |
| 无过失责任 | 不以过失作为主观要件的侵权责任。既免除了受害人对加害人过失的举证责任，同时加害人也不得以自证无过失而免责 |
| 依出资人承担责任的财产范围 | 有限责任 | 出资人**仅以其出资财产为限**承担的责任，如有限责任公司、股份有限公司股东的责任 |
| 无限责任 | 出资人以其**包括出资财产在内的全部财产**承担的责任，如合伙人对合伙债务所承担的责任 |

　　3.民事责任的承担方式（《民法总则》第179条）  
　　（1）停止侵害；  
　　（2）排除妨碍；  
　　（3）消除危险；  
　　（4）返还财产；  
　　（5）恢复原状；  
　　（6）修理、重作、更换；  
　　（7）**继续履行**；  
　　（8）赔偿损失；  
　　（9）支付违约金；  
　　（10）消除影响、恢复名誉；  
　　（11）赔礼道歉。  
　　前述承担民事责任的方式，可单独适用，亦可合并适用。

　　4.民事责任的免责事由（《民法总则》第180条、第181条、第182条）

|  |  |
| --- | --- |
| 事由 | 责任承担 |
| 因不可抗力不能履行义务 | 不承担民事责任 |
| 因正当防卫造成损害的 | 不承担民事责任 |
| 因紧急避险造成损害的 | （1）由引起险情发生的人承担民事责任； （2）危险由**自然原因**引起的，紧急避险人不承担民事责任，但可以给予适当补偿 |
| 自愿实施紧急救助行为致损 | 救助人不承担责任 |

　　五、民事法律事实  
　　（一）概念  
　　民事法律事实，是指符合民法规范，能引起民事法律关系发生、变更和消灭的客观事实。**民事法律事实是引起民事法律关系变动的原因。**

　　（二）分类

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 自然事实 | 指**与人的意志无关**的法律事实，包括事件和状态。如人的出生、死亡，自然灾害的发生、时间的经过等 | | | |
| 行为 | 依行为的内容和形式是否符合法律的规定 | 合法行为 | 是指符合法律规定、受法律确认和保护的行为 | |
| 不法行为 | 指**不符合法律要求**或者违反法律规定的行为。如违约行为、侵权行为等 | |
| 依行为是否以当事人的意思表示为要件 | 表意行为 | **法律行为**【2016年单选】 | 是指**以意思表示为核心要素**，旨在按照意思表示的内容发生相应民法效果的表意行为。如订立合同、立遗嘱。 |
| **准法律行为** | 是指由**法律直接规定民法效果**的当事人的表意行为。如债权人的催告、通知 |
| 非表意行为 | 即**事实行为**，是指法律效果由法律直接规定，**无需表示内心意思即依法发生法律效果**的行为。如作品创作行为、拾得遗失物、先占、无因管理、侵权行为等 | |

　　（三）民事法律事实构成【2016年单选】   
　　民事法律事实构成，是指引起某一民事法律关系发生、变更和消灭的**几个法律事实的总和。**   
　　如遗嘱继承关系的发生，既要有有效的遗嘱行为，又要有遗嘱人死亡的事件。立遗嘱行为与遗嘱人死亡两个法律事实，即为引起遗嘱继承关系发生的法律事实构成。

## 第五节 法律行为与代理

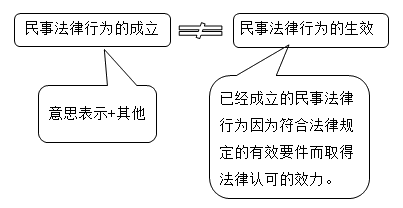
一、法律行为  
　　（一）概念和特征  
　　民事法律行为，是民事主体通过**意思表示设立、变更、终止民事法律关系的行为**。如订立合同、立遗嘱。  
　　【提示】法律行为是能够引起民事法律关系变动的最主要的法律事实。  
　　1.法律行为属于**人为**的法律事实。   
　　2.法律行为属于**表意行为。**   
　　3.主体**旨在发生一定民事法律效果**的行为。   
　　4.法律行为的**效果取决于国家法律的评价**。

　　（二）法律行为的分类

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 1 | 依据法律行为成立中意思表示的构成特点 | 单方行为 | **仅由行为人一方的意思表示构成的行为。如立遗嘱、拋弃所有权**。 |
| 双方行为 | 是双方相向的意思表示达成一致方可成立的法律行为。如合同 |
| 多方行为 | 多方相同方向意思表示平行融合地互相结合，达成一致方可成立的法律行为。如合伙协议。 |
| 2 | 依据法律行为的效果处于财产领域或身份领域 | 财产行为 | 是发生财产关系变动效果的法律行为。如物权行为、债权行为。 |
| 身份行为 | 是发生身份关系变动效果的法律行为。如结婚、离婚、收养。 |
| 3 | 依据法律行为的成立是否必须依照**特定形式** | 要式行为 | 依法或约定必须有一定的形式或履行一定程序才能成立的行为。 |
| 不要式行为 | 是法律不要求有一定形式即能成立的行为。 |
| 4 | 依据彼此关联的法律行为相互间的**依从关系** | 主法律行为 | 此关联的法律行为中，**无需相关法律行为的存在即能成立**的法律行为 |
| 从法律行为 | 是彼此关联的法律行为中，**须以相关法律行为的存在为前提**的法律行为 |
| 5 | 依据彼此关联的法律行为**有无独立的实质内容** | 基本法律行为 | 相关联法律行为中，**具有独立实质内容但却以相关法律行为为生效要件**的法律行为。如需法定代理人同意的限制行为能力人所实施的法律行为。 |
| 补助法律行为 | 是相关联法律行为中**不具有独立的实质内容**、仅作为基本行为生效要件的法律行为。如法定代理人的“同意行为”。 |
| 6 | 依据法律行为的效力发生于行为人生前或死后 | 生存法律行为 | **效力发生于行为人生前**的法律行为，也称生前行为。 |
| 死因法律行为 | 是**以行为人死亡为生效要件**的法律行为，也称死后行为，如遗嘱。 |
| 7 | 依据法律行为的成立是否于意思表示之外尚须交付实物 | 诺成性行为 | **仅以意思表示为成立要件**的法律行为。即一旦双方当事人意思表示达成一致，法律行为即告成立。如买卖、租赁。 |
| 实践性行为 | 也称“要物法律行为”，**指除意思表示外，尚须交付实物才能成立**的法律行为。如借用、保管、质押合同、定金合同。 |
| 8 | 依据当事人之间有无对价性给付 | 有偿行为 | 当事人双方互为对待给付义务的行为。如买卖、租赁。 |
| 无偿行为 | 指当事人一方负给付义务，另一方无对待给付义务的行为。如赠与。 |

　　（三）法律行为的形式

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 明示形式 | 口头形式 | 包括面对面交谈与打电话 | |
| 书面形式 | 一般书面形式 | 合同形式、信函形式、传真形式、电报形式、数据电文形式等，通常要求在书面上由行为人进行签名或者盖章 |
| 特殊书面形式 | 为公证形式、鉴证形式、登记形式、审批形式等。 |
| 默示形式 | 推定的默示 | 以当事人**积极的行动**来推定。如：租赁合同到期，出租人仍接受租金的行为可推定同意延长租赁期。 | |
| 特定默示【2014年单选】 | （1）是**单纯的不作为**被赋予一定意思表示的默示行为。 （2）如：《继承法》第25条规定的对接受继承的沉默等即属法定沉默。 （3）**必须在法律有特别规定、当事人约定或符合当事人之间的交易习惯时**，才可作为意思表示的方式。 | |

　　（四）法律行为的成立和生效  
　　

　　1.民事行为的成立要件

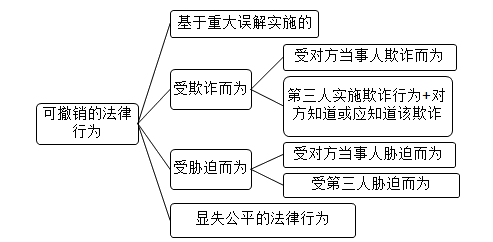
|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 分类 | 含义 | 条件 | |
| 一般成立要件 | 指**一切法律行为**成立均须具备的要件，即**意思表示** | 单方法律行为 | 当事人意思表示完成 |
| 双方法律行为 | 须**双方意思表示**达成一致 |
| 特别成立要件 | 法律对**特定类型**法律行为于一般成立要件之外特别要求的成立条件 | 要物法律行为 | 标的物的交付。如借用合同、保管合同 |
| 要式法律行为 | 书面或者公证形式的制作 |

　　2.法律行为的生效要件  
　　指以成立要件为基础，使**法律行为能够按意思表示内容发生法律效果**的要件。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 分类 | 含义 | 条件 | |
| 一般生效要件 | **所有**法律行为皆须具备的生效要件 | （1）行为人具有**相应的**民事行为能力。 （2）**意思表示真实**。 （3）不违反**法律、行政法规的强制性规定**，不违背公序良俗。 | |
| 特别生效要件 | 对**特定类型**法律行为于一般生效要件之外特别要求的生效条件 | 附停止条件法律行为 | 所附条件成就 |
| 附始期法律行为 | 所附期限届至 |
| 公示行为 | 采行法定公示方式 |
| 效力待定行为 | 第三人同意 |
| 遗嘱 | 遗嘱人死亡 |

　　（五）法律行为的效力样态

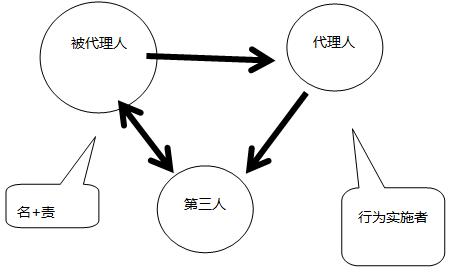
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 效力样态 | 含义 | 种类 |
| 生效法律行为 | 可以**依照意思表示的内容发生行为人预期的法律效力**的行为。 | 具备了生效要件的行为。 |
| 无效法律行为 | 虽已成立，但欠缺法律行为的生效要件，**自始、确定和当然不发生法律行为固有效力**的法律行为。 | （1）**无民事行为能力人实施**的； （2）**限制民事行为能力人依法不能独立实施且未获法定代理人同意**或者追认的； （3）**受欺诈、受胁迫**所实施，损害国家利益的； （4）行为人**与相对人恶意串通**，损害他人合法权益的； （5）行为人与相对人**以虚假的意思表示实施**的；  （6）违反**法律、行政法规的强制性**规定的； （7）违背公序良俗的 |
| 可撤销的法律行为 | 详见下面内容 | 【2017年1单选1多选】 |
| 效力待定的法律行为 | 其法律效力**有待第三人以行为使之确定**的法律行为。 | （1）无权处分； （2）狭义无权代理； （3）债务承担； （4）限制行为能力人实施的待追认行为。 |

　　▲可撤销的法律行为【2017年1单选1多选】  
　　1.含义   
　　（1）存在**法定的重大瑕疵**而可以请求法院或仲裁机构予以撤销的法律行为；   
　　（2）在**被撤销前为有效**，且**在撤销权人行使撤销权之前，该效力持续存在**。   
　　2.种类   
　　

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 3.撤销权 | 撤销权人 | 欺诈、胁迫的 | **受损害方才享有**撤销权 |
| 重大误解、显失公平的 | **双方当事人均享有**撤销权 |
| 行使期限 | 一般 | **1年**，从**知道或者应当知道撤销事由之日**起计算 |
| 重大误解 | **3个月**，从**知道或者应当知道撤销事由之日**起计算 |
| 胁迫 | **1年**，从**胁迫行为终止之日**起计算 |
| 消灭 | 放弃 | 当事人知道撤销事由后明确表示或者以自己的行为表明放弃撤销权的 |
| 5年 | 当事人自民事法律行为发生之日起**5年内**没有行使撤销权的 |

　　（六）法律行为的附款  
　　指行为人在法律行为中特别设定，借以控制法律行为效力发生或者消灭的意思表示。包括条件附款和期限附款。

|  |  |
| --- | --- |
| 附条件法律行为 | （1）即指**包含条件附款**的法律行为。 （2）条件，是由行为人选定，用以控制法律行为中意思表示效果发生或消灭的、**成就与否并不确定**的将来事实。包括“延缓条件”（“停止条件”）和“解除条件”； （3）停止条件成就，法律行为开始生效。解除条件成就，法律行为效力消灭。 【注意】当事人为自己的利益不正当地阻止条件成就的，视为条件已成就；不正当地促成条件成就的，视为条件不成就。 |
| 附期限法律行为【2014年单选】 | （1）附期限的法律行为，即指包含有期限附款的法律行为。 （2）期限，是由行为人选定的、用以控制法律行为中意思表示效果发生或消灭的、**将来确定发生**的事实。其中，控制生效的期限称“始期”；控制失效的期限称“终期”。 （3）始期到来，法律行为开始生效。终期到来，法律行为效力消灭。 |

　二、代理  
　　（一）含义与特征  
　　  
　　代理的特征  
　　1.代理人代他人为法律行为。  
　　2.代理人以**被代理人名义**实施民事法律行为。  
　　3.代理人在**代理权限范围内独立为**意思表示。  
　　4.代理行为的**法律后果直接归属于被代理人**。

　　（二）代理的分类

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 根据代理权来源不同 | 委托代理 | **基于被代理人的委托**而产生的代理。如税务师进行的代理 | |
| 法定代理 | **依法律直接规定**而产生的代理 | |
| 根据代理权限的范围 | 一般代理 | 代理权范围及于代理事项的全部。一般情况下，在**未指明为特别代理**的情形下，则推定为一般代理 | |
| 特别代理 | 是指代理权被限定在一定范围或一定事项的某些方面的代理 | |
| 根据代理人的人数 | 单独代理 | 是指代理权属于一人的代理 | |
| 共同代理 | 是指代理权属于两人以上的代理 | |
| 根据代理人的选任 | 本代理 | 指**基于被代理人选任**代理人或**依法律规定**而产生的代理 |  |
| 再代理（又称复代理、转代理） | **代理人**为被代理人的利益将其代理权**转托他人**而产生的代理。 （1）再代理人是**代理人选任**的； （2）再代理人不是原代理人的代理人，**仍是被代理人的代理人**； （3）再代理权**不是由被代理人直接授予**的，而是由原代理人转委托的。 【注意】必须取得被代理人**同意或追认**。 （1）经被代理人同意或者追认的，被代理人可以就代理事务直接指示转委托的第三人。代理人仅就再代理人的选任及指示负责。 （2）未经被代理人同意或者追认的，代理人应当对转委托的第三人的行为承担责任，但紧急情况下为维护被代理人的利益的除外 |  |

　　（三）无权代理

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 广义的无权代理 | 分类 | 表现形式或构成要件 | 法律后果 |
| 狭义的无权代理 | （1）没有代理权的代理； （2）越权的代理； （3）代理权消灭后所进行的代理 | **被代理人**追认的，被代理人承担民事责任 |
| 未经追认的，行为人承担民事责任 |
| （1）**相对人**可以**催告**被代理人在1个月内予以追认。被代理人**未作表示的，视为拒绝追认**。 （2）行为**被追认之前，善意相对人有撤销的**权利。撤销应当以通知的方式作出 | |
| 表见代理 【2013年】 | （1）行为人无权代理但以本人名义实施。 （2）须客观上有使相对人信其有代理权的情况。 （3）相对人须为善意。 （4）具备民事法律行为一般有效要件 | 发生有权代理的效果 |

　　（四）代理关系的终止

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 委托代理 | 终止的事由 | （1）代理期间届满或者代理事务完成； （2）被代理人取消委托或者代理人辞去委托； （3）代理人丧失民事行为能力； （4）代理人或者**被代理人死亡**； （5）作为代理人或者被代理人的法人、非法人组织终止 |
| **被代理人死亡**后，代理行为有效的特殊情况 | （1）**代理人不知道**并且不应当知道被代理人死亡； （2）被代理人的**继承人予以承认**； （3）授权中明确代理权在代理事务完成时终止； （4）被代理人死亡前已经实施，为了被代理人的继承人的利益继续代理 |
| 法定代理 | （1）被代理人取得或者恢复**完全**民事行为能力； （2）代理人丧失民事行为能力； （3）**代理人或者被代理人死亡**； （4）法律规定的其他情形 | |

## 诉讼时效与期间、期日

一、诉讼时效  
　　（一）诉讼时效概念  
　　1.诉讼时效的概念  
　　是指债权人在**法定期间内不行使债权**，即导致债务人**永久抗辩权发生**效果的时效。  
　　2.诉讼时效的要素  
　　（1）存在债权人**怠于行使权利的事实状态**；  
　　（2）怠于行使权利的状态**持续地经过法定期间**；  
　　（3）导致债务人**永久抗辩权发生**的效果。

　　3.诉讼时效的适用对象——请求权  
　　但下列请求权不适用诉讼时效的规定：  
　　（1）请求停止侵害、排除妨碍、消除危险；  
　　（2）不动产物权和登记的动产物权的权利人请求返还财产；  
　　（3）请求支付**抚养费、赡养费或者扶养费**；  
　　（4）支付**存款本金及利息**请求权；  
　　（5）兑付国债、金融债券以及向不特定对象发行的企业债券本息请求权；  
　　（6）基于**投资关系产生**的缴付出资请求权；  
　　（7）依法不适用诉讼时效的其他请求权。

　　4.诉讼时效法定的特征  
　　（1）时效**期间、计算方法**以及**中止、中断事由**均由法律明确规定，**当事人约定无效**。  
　　（2）当事人对诉讼时效利益的**预先放弃无效**。  
　　5.诉讼时效期间届满的法律后果  
　　（1）义务人可以提出不履行义务的抗辩。  
　　（2）义务人同意履行的，不得以诉讼时效期间届满为由抗辩。  
　　（3）义务人已自愿履行的，不得请求返还。  
　　（4）人民法院不得主动适用诉讼时效的规定。

　　（二）诉讼时效期间的类型

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 分类 | 期限 | 适用 |
| 普通诉讼时效 | **3年** | 一般情况下普遍适用的诉讼时效 |
| 特殊诉讼时效 | 4年 | 涉外合同 |
| 限制性期间 | 从**权利被侵害之日起超过20年的**，人民法院不予保护 |

　　（三）诉讼时效期间的起算、中止、中断  
　　1.诉讼时效期间的起算  
　　（1）一般情形：自权利人**知道或者应当知道**权利受到损害以及**义务人**之日起计算。  
　　（2）当事人约定同一债务**分期履行**的，自**最后一期**履行期限届满之日起计算。  
　　（3）无民事行为能力人或者限制民事行为能力人**对其法定代理人的请求权**的，自该法定代理终止之日起计算。  
　　（4）未成年人**遭受性侵害**的损害赔偿请求权的，自受害人**年满18周岁之日**起计算。

　　2.中止和中断

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 中止 | 中断 |
| 发生时间 | 时效进行中的最后6个月 | **时效进行中**的任何时间 |
| 引起原因 | （1）不可抗力。 （2）无民事行为能力人、限制民事行为能力人没有法定代理人，或者法定代理人死亡、丧失代理权、丧失行为能力的； （3）继承开始后未确定继承人或者遗产管理人； （4）权利人被控制无法主张权利 | （1）权利人提起诉讼或者申请仲裁。包括申请支付令、申请破产、申报破产债权等事由。 （2）义务人同意履行义务。包括义务人作出分期履行、部分履行、提供担保、请求延期履行、制定清偿债务计划等承诺或者行为。 （3）权利人向义务人提出履行请求 |
| 法律后果 | 自中止时效的**原因消除之日起满6个月**，诉讼时效期间届满 | 已经进行的诉讼时效期间全部归于无效，从中断有关程序终结时起，诉讼时效重新起算 |

# 第八章　债法

## 第一节 债法总论

　　一、债的概念和构成要素

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 债的概念 | | ▲指**特定当事人之间**请求为特定行为的财产性民事法律关系。 ▲享有债权的当事人谓债权人；负有债务的当事人谓债务人。 | |
| 构成要素 | 债的**主体** | 指参与债的关系的当事人 | 即债权人和债务人。既可以是单数，也可以是复数 |
| 构成要素 | 债的内容 | 即指**债权和债务** | ▲**债权**的特征：（1）是**财产权**；（2）是**请求权**；（3）是**对人权**；（4）是**相对权**；（5）具有相容性；（6）具有平等性；（7）债权的类型既可以法定也可以约定；（8）债权**具有期限性**。 ▲债权的权能包括：请求权、抗辩权、抵销权、给付受领权、代位权、撤销权、解除权等。 |
| **债务**的特征：（1）具有特定性，或由**当事人约定**或由法律规定；（2）具有期限性，债务可因履行、期限届满、当事人死亡或终止而消灭，债务还可**因诉讼时效的完成而失去法律拘束力**；（3）债务履行具有强制性 |
| 债的**客体**（也称标的） | 指债权债务所指向的对象 | 即理论上称为“**给付**”。如交付财物、支付金钱、移转权利、提供劳务、提交成果以及不作为等 |

1. 债的发生原因  
   　　1.合同；  
   　　2.缔约上的过失（见本章第二节合同法）；  
   　　3.单方允诺；如悬赏广告等。  
   　　4.侵权行为（见本章第三节侵权责任法）。  
   　　5.无因管理。指**无法定**或者**约定的义务**，为避免他人利益受损而管理他人事务的行为。  
   　　特征：**损己利人**；法律后果：管理费用＋直接损失  
   　　6.不当得利。指没有合法根据，使他人受损而取得的利益。  
   　　特征：**损人利己**；法律后果：返还不当得利。

### 三、债的分类

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 1 | 根据债之设定及其内容是否允许**当事人自由决定**划分 | **意定**之债 | 指债的发生及其内容由当事人依其自由**意思而决定**的债。又可以分为：**单方行为所生之债**（如悬赏广告、遗赠、代理权的授予）和**双方行为所生之债**（如合同） |
| **法定**之债 | 指债的发生及其**内容均由法律加以规定**的债。如缔约上的过失；侵权；无因管理；不当得利 |
| 2 | 根据**给付标的** | **实物**之债 | 指以实物作为给付标的的债。又可以分为特定物之债（特定给付）与种类物之债（不特定给付） |
| **货币**之债（也称金钱之债） | （1）以给付一定数额的货币为标的的债； （2）特殊的种类之债； （3）原则上仅发生履行迟延，不发生给付不能 |
| **利息**之债 | 利息必须**以原本债权为前提**，是原本债权的收益。利息的支付可以是定期，也可以是一次性 |
| **劳务**之债 | 以提供劳务为给付标的的债（如演出、雇佣、修理）。（1）具有人身的特点，债务人应当亲自履行。 （2）发生给付不能时，不得强制履行，只能通过损害赔偿予以救济 |
| **智慧成果**之债 | 以著作物、专利、商标和技术秘密、技术诀窍等智慧成果为给付标的的债。如专利权转让、商标权转让。 |
| **损害赔偿**之债 | 因为侵权行为、不当得利、不适法的无因管理、缔约过失、违约等产生的损害等，都可能产生损害赔偿之债 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 3 | 根据双方主体人数 | **单数主体**之债 | 债权人与债务人**各为一人**的债 |
| **复数主体**之债 | 当事人**一方**或**双方**为两人或两人以上的债 |
| 4 | **复数主体之债**中，权利义务承担的方式 【参考第6章113页的按份责任与连带责任】 | **按份**之债 | 各自**按照一定的份额**享有债权或负担债务的债 |
| **连带**之债 | （1）各债权人均得请求债务人为全部债务的履行，各债务人均负有为全部履行的义务；（2）全部债权债务关系因一次全部给付而归于消灭的债。 【注意】其产生只能依据当事人的约定或法律规定，默示不能成立连带之债 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 5 | 复数主体之债的标的是否可分 | **可分**之债 | 是以同一可分给付为标的的债。可以分割履行，不损害其性质和价值。 |
| **不可分**之债 | 指同一给付的标的不可分的复数主体之债。不允许部分履行。 |
| 6 | **标的有无选择**性 | **简单**之债 | 债的**标的只有一种**，当事人只能按该种标的履行 |
| **选择**之债 | 债的标的有数种，当事人可以选择其中之一为履行标的 |
| **任意**之债 | 指债权人或债务人**可以用原定给付之外的其他给付来代替原定给付**的债 |
| 7 | 根据两债之间的主从关系 | 主债 | 能够**独立存在**的债 |
| 从债 | 从属于主债且效力受主债影响的债 |
| 8 | 根据债的**给付方法** | 一时之债 | 只须**一次给付即可完成**的债。如一次性结清现金。 |
| 持续之债 | 以**持续性给付**为标的的债，如租赁合同、保管合同。 |
| 9 | 根据**债有无强制执行力** | 自然之债 | 不受法律强制执行力保护的债。如超过了诉讼时效且债务人提出了抗辩的债。 |
| 法定之债 | 是受法律强制执行力保护的债 |

　　四、债的效力  
　　债的效力，是指当债的法律关系成立后，为了保障债权的实现而由**法律赋予的强制性作用力。**包括**债权效力**（对债权人的效力）和**债务效力**（对债务人的效力）。  
　　（一）债权的效力

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 效力 | 含义 | 备注 |
| 请求力 | 债权人依其债权请求债务人履行债务以实现债权的效力 | 任何债权均需具有 |
| 执行力 | 债务人不履行债务时，债权人得请求法院通过执行程序强制债务人履行以实现其债权的效力。 | 只有请求力不足时才需要 |
| 保持力 | 债权人得以**保持所受领债务人给付**的效力 | 虽不具有请求力与执行力，但仍具有保持力。如诉讼时效届满的债权 |

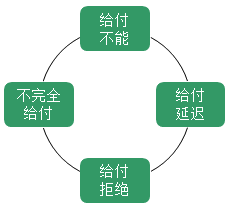
　　（二）债权人受领迟延（债权效力的减损）（2017年多选）

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | （1）债权人对债务人已提出的给付，未受领或者未为给付完成提供必要协助的事实。（2）受领迟延是债权人对协助义务的违反 |
| 构成要件 | （1）须有履行上**需要债权人协助**的债务； （2）须债务人**已按债的内容提出给付**，使债权人处于可予受领的状态； （3）须债权人**未予受领**，包括**不能受领**和**拒绝受领**两种情况 |
| 法律后果 | （1）减免债务人的责任； （2）使债权人承受不利益。如债务人注意义务减轻、停止支付利息、孳息返还范围缩小、危险负担转移、费用赔偿产生及债务人可以自行消灭债务等 |

　　（三）债务的效力  
　　债务的效力是**以给付为核心的义务群**。

　　1.给付义务（最主要的义务）

　　2.附随义务  
　　依债的关系发展情形所发生的对相对人的**告知、照顾、保护**等义务。例如，旅馆对旅客人身和财产安全的保障义务。  
　　3.前合同义务  
　　（1）当事人**为订立合同而进行接触**时所负担的说明、告知、注意等义务。  
　　（2）该**义务是法定义务，是缔约过失责任的构成基础**。  
　　4.后合同义务  
　　合同之债消灭后，当事人为了维护给付效果或者为了协助相对方终了善后事务所负担的作为或者不作为义务。如受雇人离职后不得泄露雇主的商业秘密。

（四）债务违反的样态及其效力  
　　债务人不履行债务的情形：  
　　

　　1.**给付不能**（履行不能）  
　　是指实现给付的内容成为不可能。  
　　【注意】一般**不适用**于**种类之债**和**金钱之债**。  
　　（1）给付不能的主要类型

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 类型 | 含义 |
| ① | 事实不能 | 因自然法则使给付不能。如标的物毁损 |
| 法律不能 | 因法律上的原因使给付无法实现。如限购 |
| ② | 自始不能 | 债成立之时给付即为不能。 |
| 嗣后不能 | 债成立之后发生的给付不能。 |
| ③ | 客观不能 | **债务人以外的原因**导致的不能。 |
| 主观不能 | **债务人自身的原因**导致的不能。 |
| ④ | 永久不能 | 在债务**整个履行期间**给付不能 |
| 一时不能 | 在债务**部分履行期间**给付不能 |
| ⑤ | 全部不能 | 给付的全部履行不能 |
| 部分不能 | 给付的一部分履行不能 |
| ⑥ | 可归责的给付不能 | 因**可归责于债务人的事由**发生的给付不能 |
| 不可归责的给付不能 | 因**不可归责于债务人的事由**而发生的给付不能 |

　　（2）给付不能的效力

|  |  |
| --- | --- |
| 类型 | 效力 |
| **不可归责**的给付不能 | ①免除给付义务且不承担违约责任； ②债务人及时告知； ③第三人致损或有保险的，债权人享有让与请求权； ④债权人免于对待给付义务。 |
| **可归责**的给付不能与 | ①能履行的继续履行，不能履行的部分，损害赔偿； ②债权人**解除合同＋损害赔偿** |

　　2.给付拒绝

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 含义 |  | 效力 |
| 指债务人在债的关系成立后**履行期届满前，能为给付而明确表示不为给付**的情形 | **届期**拒绝给付 | 债权人可选择**强制履行**或要求其**承担违约责任**或选择**解除合同** |
| **预期**拒绝给付 | 债权人可以**拒绝受领**债务人的拒绝表示，也可以**直接行使解除权**而解除合同 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 样态 | 含义及形式 | 效力 |
| 3 | 不完全给付（给付不当） | 指债务人没有完全按债务的内容所为的给付。表现形式有：**瑕疵给付**和**加害给付** | （1）能补正的可以要求债务人补正给付（更换、重做、修理）； （2）不能补正的赔偿损失 |
| 4 | 给付迟延（迟延履行） | 构成要件：（1）债务已届履行期；（2）给付须为可能；（3）须有可归责于债务人的事由。【2017年单选】 | （1）继续履行有意义时：诉请法院**强制履行＋赔偿损失** （2）继续履行无意义时，**解除合同＋赔偿损失** |

　　（五）债务违反的一般效力  
　　1.强制履行  
　　2.损害赔偿

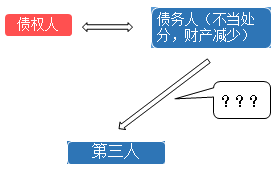
五、债的保全  
　　当责任财产因**债务人与第三人的行为**发生不当减损，影响债权实现时，为了维持债务人的责任财产并确保债权人的利益，法律赋予债权人的两项特别权利。包括：**代位权和撤销权**。

　　（一）债权人的代位权（债务人当为而不为）【2014年多选、综合】  
　　　1.含义  
　　指债权人为了保全其债权不受损害，而以自己的名义代债务人行使其对第三人权利的权利。  
　　2.构成要件  
　　（1）债务人怠于行使权利；  
　　（2）债权人有保全自己债权的必要；  
　　（3）债权已届履行期。

　　3.代位权行使  
　　（1）行使方法：**必须通过诉讼方式行使**。  
　　（2）代位权行使的范围，以**保全债权的必要为限**。  
　　（3）代位行使的权利，以**非专属于债务人的财产权利**为限。  
　　专属于债务人的财产权利指**基于亲属关系**而发生的扶养、继承等给付请求权；专属于自然人的人身损害赔偿请求权、人寿保险金请求权；禁止让与的养老金、抚恤金等救济金请求权；禁止扣押的劳动报酬请求权等。

　　4.代位权行使的效力  
　　由**次债务人直接向债权人履行**清偿义务，债权人与债务人、债务人与次债务人之间相应的债权债务关系即予消灭。

　　经典例题

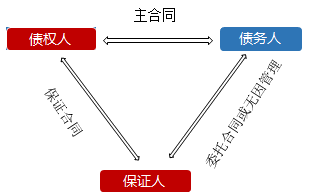
　　（二）债权人的撤销权【2013年单选】  
　　1.含义  
　　当债务人与第三人的行为导致债务人的责任财产不当减少，因而害及债权人利益，使债权有不能实现的危险时，债权人享有的请求法院撤销债务人危害债权实现的行为的权利。  
　　

　　2.构成要件  
　　（1）须有**债务人减少其财产或者增加其财产负担**的行为。如赠与他人财产、放弃债权、为他人提供担保、放弃债权担保、恶意延长到期债权的履行期等。  
　　（2）须债务人的行为害及债权。即债务人的减损责任财产的行为，将导致债权不能得到满足。  
　　（3）须债务人的**行为在债权成立之后**所为。  
　　（4）在有偿行为，须债务人于行为之际存有恶意。  
　　【注意】“明显不合理的低价”≤市场交易价70%，“明显不合理的高价”指转让价格高于当地指导价或者市场价30%的，（即130%）  
　　【注意】无偿行为，无主观要件要求。

　　3.撤销权的行使  
　　（1）应由**债权人以自己的名义**，通过**诉讼的方式**行使。  
　　（2）撤销权应当自债权人知道或者应当知道撤销事由之日起**1年内**行使，但自债务人行为发生之日起**5年内不行使**的，撤销权消灭。  
　　4.债权人撤销权行使的效力  
　　（1）一旦被撤销即自始失去法律约束力。  
　　（2）第三人因该行为取得的财产，应返还债务人。不能返还的，应折价赔偿。第三人已向债务人支付对价的，可依不当得利请求债务人返还。  
　　（3）行使撤销权的债权人对第三人返还财产并**无优先受偿权**。而应将收取的财产**加入债务人的责任财产**，作为全体债权的一般担保。

　 六、债的担保

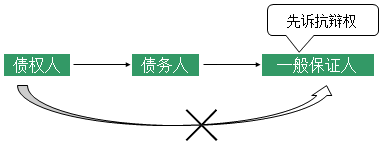
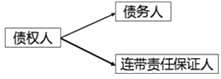
|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 含义 | 指法律为**确保债权人利益**的实现而特别规定的，以**第三人的信用或者特定财产**确保债务人履行义务、债权人实现权利的制度。 | | |
| 特征 | （1）从属性；（2）相对独立性；（3）除当事人另有约定外，主债无效，担保亦无效。 | | |
| 分类 | （1） | 信用担保 | 保证 |
| 财产担保 | 抵押、质押、留置、定金 |
| （2） | 法定担保 | 留置 |
| 意定担保 | 保证、抵押、质押、定金 |

　　（一）保证  
　　1.保证的概念  
　　（1）含义  
　　指**第三人与债权人约定**，当债务人不履行债务时，由第三人按照约定履行或者承担连带责任的担保方式。  
　　（2）法律关系  
　　

　　（3）不能做保证人的  
　　①国家机关（但经国务院批准为使用外国政府或者国际经济组织贷款进行转贷的除外）；  
　　②学校、幼儿园、医院等以**公益为目的**的事业单位、社会团体；（**绝对不能**）  
　　③企业法人的分支机构、职能部门。但有法人的书面授权，分支机构可以在授权范围内提供保证；（**分支机构 + 授权 = 可保证；职能部门，绝对不能**）  
　　④对外担保当中，没有外汇担保资格的人不能提供对外担保。

　　2.保证的特征  
　　（1）从属性。  
　　（2）补充性。指主债务人不履行主债，保证人应当履行其保证债务，如果主债务人已履行，那么保证人可以不履行债务。  
　　（3）独立性。保证债务是一个独立的债，可以有独立变更或消灭的原因，保证合同还可以单就保证债务约定违约金。

　　3.保证合同的形式  
　　**书面形式**。具体表现：  
　　（1）债权人与保证人单独订立书面保证合同；  
　　（2）主合同中附加有保证条款；  
　　（3）保证人在主合同上以保证人身份签名或者盖章；  
　　（4）保证人单方面向债权人出具保证书（保函、担保函），且债权人接受。

　　4.保证的方式  
　　分为：**一般保证和连带责任保证**  
　　一般保证的图示：  
　　  
　　连带责任保证的图示：  
　　

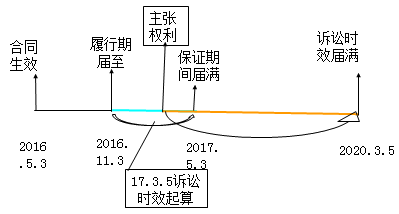
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 内容 | 不能行使先诉抗辩权的情形 |
| 一般保证 | 保证人**享有先诉抗辩权**。**只有**当债务人**不能履行**债务时，始由保证人承担清偿责任 | （1）债务人住所变更，致使债权人要求其履行债务发生重大困难的。（**找不到**） （2）人民法院受理债务人破产案件，中止执行程序的。**（受理破产）** （3）保证人以**书面形式**放弃先诉抗辩权。 |
| 连带保证 | 当事人**在合同中约定**保证人与债务人对债务承担连带责任的保证 | |
| 【注意1】履行保证责任时，“一般保证”有先后顺序（先债务人后保证人），“连带保证”没有先后顺序，所以说“保证人的责任不是补充性的”。 【注意2】当事人对保证责任**没有约定或约定不明确时，视为连带责任保证。** | | |

　　5.保证期间【2016年单选】  
　　保证期间为保证责任的存续期间，是**债权人向保证人行使追索权的期间**。债权人没有在保证期间主张权利的，保证人免除保证责任。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 期限 | | | 起算 |
| 约定期间 | 有约定 | 按约定 | 自主债务履行期届满之日起计算 |
| 法定 | 未约定 | 6个月 |
| 约定不明，如约定“在债务人履行债务的一切时间承担保证” | 2年 |
| 【注意】保证期间内，一般保证的债权人必须向债务人主张权利（提起诉讼或申请仲裁），连带保证的债权人必须向保证人主张权利，否则，保证人免除保证责任。 | | |

　　6.保证合同的诉讼时效

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 分类 | 期间 | 时效的起算 | 中断 | 中止 |
| 一般保证 | 3年 | 自债权人对债务人提起诉讼或者申请仲裁的**判决或者仲裁裁决生效之日**起计算 | 主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效**中断** | 主债务诉讼时效**中止**的，保证债务的诉讼时效同时**中止** |
| 连带保证 | 自债权人**向保证人主张权利时起计算** | 主债务诉讼时效中断，保证债务诉讼时效**不中断** |

　　【归纳】保证期间和诉讼时效的问题（以连带保证为例）  
　　

　　7.保证人的抗辩权（2017年单选）

|  |  |
| --- | --- |
| 主债务人的抗辩权 | 如双务合同履行中的抗辩权，保证人均可行使 |
| 保证人自身的抗辩权 | 保证人独享。如保证期间届满、诉讼时效完成等 |

　　8.（主）合同变更对保证责任的影响

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 变更主合同的 | **保证人书面同意** | 保证人继续承担保证责任 |
| 未经保证人书面同意的 | 保证人不再承担保证责任 |
| 对主合同**数量、价款、币种、利率**等内容变动＋未经保证人**书面同意** | **减轻**债务人的债务 | 保证人仍应当对变更后的合同承担保证责任 |
| **加重**债务人债务 | 保证人**对加重的部分**不承担保证责任 |
| 主合同履行期限作了变动＋未经保证人书面同意的 | | 保证期间为原合同约定的或法律规定的期间 |
| 【注意】债权人与债务人协议变动主合同内容，但并未实际履行的，保证人仍应当承担保证责任 | | |

　　（二）定金——意定担保、唯一的金钱担保

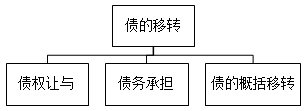
|  |  |
| --- | --- |
| 1.定金的含义 | （1）合同的一方为确保合同的履行而预先向他方交付的金钱或其他替代物。 （2）定金合同是**实践合同**，定金合同自**交付定金之日起生效**。 （3）定金的数额可由当事人约定，但超过合同标的额**20%**的，**超过部分**法院不予支持。 |
| 2.定金规则 | （1）**给付定金的一方不履行约定的债务的，无权要求返还定金；收受定金的一方不履行约定的债务的，应当双倍返还定金**。 （2）当事人一方不完全履行合同的，**应按照未履行部分所占合同约定内容的比例，适用定金罚则**。 （3）**实际交付**的定金数额**多于或少于约定数额**，视为变更定金合同； （4）收受定金一方提出异议并拒绝接受定金的，定金合同不成立 |

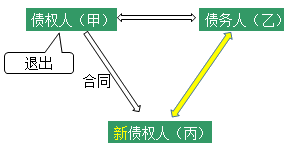
　　3.定金与预付款

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 定金 | 预付款 |
| 作用 | 预先支付性＋**担保作用** | 单纯的预付款不起担保作用 |
| 成立要件／履行 | 交付定金是**成立定金合同的**要件 | 交付预付款是合同履行的一部分 |
| 是否适用定金规则 | 适用 | 不适用 |
| 适用合同 | 不仅适用金钱履行义务的合同，还适用其他合同 | 只能适用以金钱履行义务的合同 |
| 交付 | 一次性交付 | 可以分期交付 |

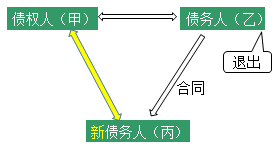
　　4.定金与违约金

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 定金 | 违约金 |
| 给付时间 | 订立合同之时／订立合同后未履行前 | 违约时支付 |
| 功能不同 | 有证约和预先给付作用 | 没有证约和预先给付作用 |
| 作用不同 | 主要是担保作用 | 反映的是合同的责任 |
| 数额限制 | **不超过主合同标的额的20%，超过部分无定金罚则作用** | 没有类似限制 |
| 特别注意 | **二者不能同时并用，只能二者选其一** | |

七、债的移转  
　　债的移转是指是指在不改变债的内容或客体的前提下，债的主体发生的变更。  
　　

　　（一）债权让与【2011.2014.2015多选】  
　　  
　　1.成立要件  
　　（1）须存在有效债权；  
　　（2）须让与人对被让与的债权享有处分权；  
　　（3）须被让与的债权**具有可转让性**；  
　　（4）法律、行政法规规定债权让与合同应当办理批准、登记等手续才能生效的，当事人须办理相应的手续。

　　2.不得让与的债权  
　　（1）根据合同性质不得转让的债权。例如，基于当事人之间的特别信赖关系产生的债权、以债务人不作为为内容的债权。  
　　（2）按照当事人约定不得转让的债权。  
　　（3）依照法律规定不得转让的债权。  
　　【注意】债权让与不需征得债务人的同意，只需通知债务人而已。

　　（二）债务承担【2014多选】  
　　  
　　1.债务承担合同的生效要件  
　　（1）须存在有效的债务；  
　　（2）须债务具有可移转性；  
　　（3）**须经债权人同意**（限债务人与承担人签订的债务承担合同）；——效力待定的行为  
　　（4）法律、行政法规规定债务承担合同应当办理批准、登记等手续才能生效的，当事人须办理相应的手续。

2.不得转移的债务  
　　（1）根据合同性质不得移转的债务。  
　　（2）按照当事人约定不得移转的债务。  
　　（3）依照法律规定不得转移的债务。例如，《合同法》第272条第3款：“建设工程主体结构的施工必须由承包人自行完成。”  
　　（三）债的概括转移  
　　（1）可以基于法律的直接规定产生，也可以因当事人之间的合同产生。  
　　（2）主要形式产生于合同权利义务的概括移转和企业合并。

　　八、债的消灭

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 消灭原因 | 条件／原因 | |
| 清偿 | （1）清偿的主体是**债务人或债务人的代理人**。 （2）如果有法律的规定或合同的约定，清偿可以由第三人进行。 | |
| 抵销 | 法定抵销 | （1）双方互存债权和债务； （2）双方债务内容属于同一种类，品质相同； （3）双方的债务都已届满履行期； （4）双方的给付义务能够抵销。 【注意】要求抵销人有行为能力 |
| 合意抵销 | 不受上述条件的限制 |
| 提存 | （1）因债权人原因使债务人无法履行义务（债权人迟延受领、债权人下落不明、债权人死亡或丧失行为能力又没有继承人或监护人、法律规定的其他情形）。 （2）提存的标的物应当是便于保管的有体物。 （3）须有清偿人提出提存。 （4）须在履行地有关机关提存。 【注意】债权人领取提存物的权利，自提存之日起5年内不行使而消灭。 | |
| 免除**（形成权）** | 行为人应当有行为能力。 | |
| 混同 | 债权人和债务人归于一人。如继承、企业合并 | |

## 第二节　合同法

　　 一、合同概述  
　　（一）合同的概念与特征

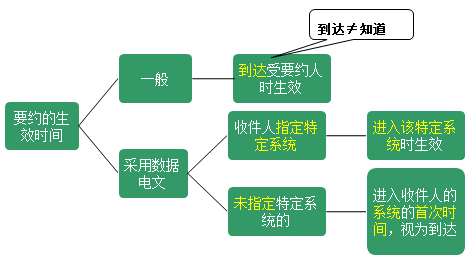
|  |  |
| --- | --- |
| 合同的定义 | 指民事主体之间设立、变更或者终止民事权利义务关系的双方法律行为。 |
| 合同的特征 | （1）合同是一种**法律事实**； （2）合同属于法律事实中的**行为**； （3）合同属于**表意行为**； （4）合同属于**法律行为**； （5）合同是**双方法律行为** |
| 合同法的适用 | **婚姻、收养、监护**等有关**身份关系**的协议，适用其他法律的规定 |

　　（二）合同的分类  
　　第六章125-126页法律行为的分类中有些已有涉及。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 标准 | 分类 | 意义 |
| 根据双方是否互负给付义务 | 双务合同 | （1）双务合同以同时履行为原则； （2）**双务合同适用合同履行中的抗辩权**规则。单务合同则否。 |
| 单务合同 |
| 根据取得权益是否付出相应代价 | 有偿合同 | （1）债务人的注意义务及责任轻重不同。无偿合同债务人注意义务较低、责任较轻，有偿合同注意义务则较高、责任较重。 （2）对债权人撤销权构成要件的影响不同。有偿合同须具备主观要件，无偿合同则不需要主观要件。 （3）**善意取得仅适用于有偿合同** |
| 无偿合同 |
| 根据是否以**交付标的物**为成立要件（6章） | 诺成性合同 | 诺成合同：不交付属于违约； 实践合同：不交付，则合同不成立。 |
| 实践性合同 |
| 根据法律对合同关系是否设有规范并赋予特定名称划分 | 典型合同 | 解决非典型合同的法律适用。非典型合同，适用《合同法》总则的规定，并可以参照分则或者其他法律最相类似的规定。 |
| 非典型合同 |
| 合同成立是否需要**特定形式**（6章） | 要式合同 | 有的要式合同，不具备法定形式则合同不成立； 有的要式合同，不具备法定形式只是不生效 |
| 非要式合同 |

　　二、合同的订立  
　　合同的订立，从法律上可分为**要约**与**承诺**两个阶段。  
　　（一）要约  
　　1.概念与构成要件

|  |  |
| --- | --- |
| 定义 | 要约是希望和他人订立合同的意思表示 |
| 要约的要求 | （1）内容具体确定； （2）表明经受要约人承诺，要约人即受该意思表示约束 |
| 要约邀请（引诱） | （1）是希望他人向自己发出要约的意思表示。 （2）寄送的价目表、拍卖公告、招标公告、招股说明书、商业广告等为要约邀请。但商业广告的内容若符合要约的规定，则视为要约 |

　　2.要约的法律效力  
　　（1）要约的生效时间  
　　

　　（2）要约的拘束力

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 要约的效力 | 对要约人的拘束力 | 要约一经生效，要约人就不得随意撤销或变更要约 |
| 对受要约人的拘束力 | 受要约人取得依承诺而成立合同的权利 |

　　3.要约的撤回与撤销

|  |  |
| --- | --- |
| 撤回 | （1）指要约在发生法律效力**（到达）之前**，欲使其不发生法律效力而取消要约的意思表示。 （2）撤回通知应当在**要约到达受要约人之前**或**同时到达**受要约人。 |
| 撤销 | （1）要约在发生法律效力**（到达）之后**，要约人欲使其丧失法律效力而取消该项要约的意思表示。 （2）撤销通知应当**在受要约人发出承诺通知之前**到达受要约人。 （3）要约不得撤销： ①要约人确定了承诺期限或者以其他形式明示要约不可撤销；②受要约人有理由认为要约是不可撤销的，并已经为履行合同作了准备工作 |

　　4.要约的失效  
　　（1）拒绝要约的通知到达要约人；  
　　（2）要约人依法撤销要约；  
　　（3）承诺期限届满，受要约人未作出承诺；  
　　（4）受要约人对要约的内容**作出实质性变更**。——新要约  
　　【提示】实质性变更包括：有关合同的标的、数量、质量、价款或者报酬、履行期限、履行地点和方式、违约责任和解决争议的方法。

　（二）承诺  
　　1.概念及构成要件  
　　（1）承诺**必须**由**受要约人**作出。  
　　（2）承诺的内容应当与要约的**内容一致**。  
　　（3）承诺必须是在**有效期内到达**要约人。

　　2.承诺的迟到和延迟

|  |  |
| --- | --- |
| 承诺的迟到 | （1）指承诺**在承诺期限届满后才发出承诺**（承诺人的原因导致）。 （2）原则上为新要约。除非要约人及时通知受要约人该承诺有效 |
| 承诺的延迟 | （1）指因**承诺人以外的原因，导致本应在承诺期限内到达的**承诺，在承诺期限届满后才到达要约人。 （2）原则上该承诺有效。除非要约人及时通知受要约人不接受该承诺 |

　　3.承诺的方式及生效

|  |  |
| --- | --- |
| 承诺的方式 | （1）应当以**通知**的方式作出； （2）根据交易习惯或者要约表明可以通过行为作出的，可以行为作出。 |
| 生效及效力 | 【公式】承诺**通知到达**要约人=承诺**生效**=合同成立 |

　　4.合同成立的地点  
　　（1）**承诺生效的地点**；  
　　（2）采用数据电文的，收件人主营业地；没有主营业地的，其经常居住地。  
　　（3）合同书签字或盖章地；签字盖章不在一个地点的，**最后签字或者盖章地**；  
　　（4）合同约定的签订地与实际签字或盖章地不符的，约定地点为合同成立地点。  
　　5.承诺的撤回【2012年多选】  
　　撤回通知应当在承诺通知**到达要约人之前**或者**与承诺通知同时到达**要约人。  
　　【特别提醒】要约既可以撤回，也可以撤销；但是承诺只能撤回，不能撤销。因为承诺一旦到达，即产生合同成立的效果。

　　（三）免责条款与格式条款  
　　1.免责条款

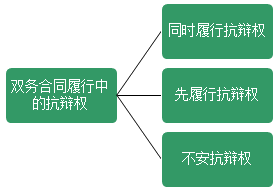
|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 是当事人**事先**以协议免除或者限制其将来责任的合同条款。 |
| 类型 | （1）造成对方人身伤害的； （2）因**故意**或者**重大过失**造成对方财产损失的。 |
| 效力 | 无效 |

　　2.格式条款

|  |  |
| --- | --- |
| 定义 | 当事人为**重复使用**而预先拟订，并在订立合同时未与对方协商的条款 |
| 规则 | （1）格式条款的内容应当遵循公平原则确定； （2）格式条款的**提供者对免责条款负有提请注意义务和说明义务**； （3）违反法律强制性规定的格式条款无效；如提供格式条款一方**免除自己的责任、加重**对方责任、**排除对方主要权利**的免责条款无效 |
| 解释应有利于相对人 | （1）理解发生争议的，按照**通常理解**予以解释； （2）有两种以上解释的，应当**作出不利于格式条款提供一方**的解释。 （3）在格式条款和非格式条款不一致时，应当采用非格式条款 |
| 对格式条款的行政规制 | 格式条款的使用人应将含有格式条款的合同文本报工商行政管理部门备案。如房屋买卖、房屋中介、旅游服务等格式合同 |

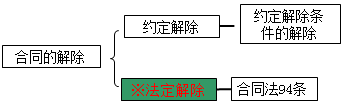
　　三、合同的效力样态

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 种类 | 情形 | 效力 |
| 有效合同 | **合同成立＋合法=合同生效** | （1）依法成立的，**成立时生效**。 （2）法律、行政法规规定应当办理批准、登记手续，依照其规定。 （3）附条件、附期限的，条件成就或期限届至生效。 |
| 无效合同（第六章无效法律行为） | （1）**欺诈、胁迫＋损害国家**利益； （2）恶意串通，损害国家、集体或者第三人利益； （3）以合法形式掩盖非法目的； （4）损害社会公共利益； （5）违反**法律、行政法规**的**强制性**规定。 | （1）不影响合同中独立存在的有关**解决争议方法**的条款的效力。 （2）撤销权行使的时间适用《民法总则》的规定 |
| 可撤销合同 | （1）重大误解订立； （2）**订立合同时**显失公平的 （3）**欺诈、胁迫、乘人之危** |
| 效力待定合同 （同129页） | （1）**限制民事行为能力人**依法不能独立签订的合同 （2）**无权代理**订立的合同 （3）**无处分权**的人处分他人财产的合同 （4）债务人与第三人签订的债务承担合同 | 最终效力取决于第三人的意思表示，可能有效，亦可能无效 |

　　四、双务合同履行中的抗辩权  
　　　　

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 同时履行抗辩权【2014年单选】 | 先履行抗辩权 | 不安抗辩权【2013年】 |
| 最核心 | 合同中没有约定先后履行顺序 | 合同中约定了先后履行顺序 | |
| 权利人 | **双方当事人** | 后履行义务方 | 先履行义务方 |
| 成立条件 | （1）双方债务基于同一合同发生； （2）债务均已届清偿期； **（3）相对人有不履行或履行不符合约定的行为；** **（4）合同具备能履行的客观条件** | （1）双方当事人互负债务； （2）合同中**约定了履行的顺序**； （3）应当**先履行义务的当事人没有履行**或者没有正确履行※ | （1）双方当事人互负债务； （2）后给付义务人的履行能力**明显降低，有不能给付的危险**。①经营状况严重恶化；②转移财产、抽逃资金，以逃避债务；③丧失商业信誉；④有丧失或者可能丧失履行债务能力的其他情形。※ （3）后给付义务人**未提供适当担保** |
| 备注 |  |  | ▲对方提供担保：**恢复履行**。 ▲未恢复履行能力＋未提供担保：**解除合同** |

五、合同的变更和解除  
　　（一）合同的变更  
　　1.含义：即合同的主体不变，内容发生变化。  
　　2.相关规定  
　　（1）当事人协商一致，可以变更合同；  
　　（2）当事人对合同变更的内容约定不明确的，推定为未变更。  
　　3.合同变更的原因  
　　（1）当事人协议  
　　（2）依法律直接规定  
　　（3）法院、仲裁机构的裁决  
　　（4）形成权人的意思表示

　　（二）合同的解除  
　　1.合同解除的类型  
　　

　　2.法定解除  
　　（1）法定解除的情形【2011单选】  
　　①因**不可抗力**致使**不能实现合同目的**；  
　　②在履行**期限届满之前**，当事人一方明确表示或者以自己的行为表明不履行主要债务；——预期违约  
　　③当事人一方**迟延履行**主要债务，**经催告**后在合理期限内仍未履行；——迟延履行＋催告  
　　④当事人一方**迟延履行**债务或者有其他违约行为**致使不能实现合同目的**；——迟延履行＋不能实现目的  
　　⑤**法律**规定的其他情形。

（2）解除的法律效力  
　　①尚未履行的，终止履行；  
　　②已经履行的，根据履行情况和合同性质，当事人可以要求恢复原状、采取其他补救措施，并有权要求赔偿损失。

　　六、缔约过失责任与违约责任

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 分类 | 含义 | 备注 |
| 合同责任 | 缔约过失责任 | **订立合同过程中的责任** | **二者区别的关键时间点就是“合同成立且生效”** |
| 违约责任 | 合同**成立且生效后**的责任 |

　　（一）承担缔约过失责任的法定情形【2012年单选、2016年多选】  
　　（1）假借订立合同，恶意进行磋商；  
　　（2）故意隐瞒与订立合同有关的重要事实或者提供虚假情况；  
　　（3）泄露或者不正当地使用在订立合同中知悉的商业秘密；  
　　（4）有其他违背诚实信用原则的行为。

　　（二）违约责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1.特征 | （1）民事责任；（2）内容可以由当事人依法预先约定；（3）原则上具有相对性；（4）是具有补偿性的财产责任 | |
| 2.构成要件 | 严格责任原则 | 违约行为（包括预期违约和实际违约） |
| 过错责任原则 | 违约行为＋过错 如赠与人、承运人、承租人、承揽人、施工人、承包人、托运人、寄存人、保管人、居间人的责任等 |

　　3.免责事由  
　　（1）一般免责事由：**不可抗力**。  
　　（2）不可抗力的发生时间：必须**在合同的履行期限内**，当事人迟延履行后发生不可抗力的，不能免除责任。  
　　（3）免责范围：根据不可抗力的影响，部分或者全部免除责任  
　　（4）发生不可抗力后：**应当及时通知对方**＋合理期限内提供证明

　　4.违约责任的承担方式  
　　（1）强制履行  
　　①不履行**金钱债务**的，**都可以**强制履行。  
　　②不履行**非金钱**债务的，对方也可以要求履行，但有下列**例外**：  
　　法律上或者事实上不能履行；（168页给付不能）  
　　标的不适于强制履行或者履行费用过高；  
　　债权人在合理期限内**未要求履行**。

　　（2）赔偿损失  
　　损失赔偿额应当相当于**因违约所造成的损失**，包括合同履行后可以获得的利益，但不得超过违反合同一方订立合同时预见到或者**应当预见**到的因违反合同可能造成的损失。  
　　赔偿损失以**完全赔偿为原则**，但受下列规则限制：  
　　①合理预见规则；  
　　②过错相抵规则；  
　　③损益相抵规则

（3）支付违约金【2011年2个单选】  
　　①约定的违约金**低于**造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以增加；  
　　②约定的违约金**过分高于**造成的损失的，当事人可以请求人民法院或者仲裁机构予以适当减少。  
　　（4）采取补救措施  
　　修理、更换、重作、退货、减少价款或报酬。

　　七、合同的主要类型  
　　（一）买卖合同

|  |  |
| --- | --- |
| 1.特征 | （1）是**转移财产所有权**的合同； （2）是**诺成、双务和有偿**合同 |
| 2.出卖人的义务 | （1）**交付标的物并移转标的物所有权**； （2）瑕疵担保责任。 （3）交付其他有关单证资料。 【注意】孳息，标的物交付之前产生的归卖方，交付之后产生的归买方 |
| 3.买受人的义务 | （1）支付价款。 （2）对标的物数量及质量的**检验和瑕疵通知义务**。买受人**在合理期间内未通知**或者**自标的物收到之日起2年内未通知**出卖人的，视为标的物的数量或者质量符合约定，但对标的物有质量保证期的，不适用该2年的规定 |

　　4.标的物毁损、灭失的风险承担

|  |  |
| --- | --- |
| 现实情形 | 风险归属 |
| 一般原则 | 交付前——归卖方；交付后——归买方 |
| 出卖人出卖**在途标的物** | 风险自**合同成立时**起由买受人承担 |
| 未约定交付地点＋标的物需要运输的 | 出卖人将标的物交付给第一承运人后，风险由买受人承担【2016年综合】 |
| 因**买受人原因致使标的物不能按期交付** | 买受人应当**自违反约定之日**起承担标的物毁损、灭失的风险 如：房屋买受人接到出卖人的书面交房通知，无正当理由拒绝接收的，风险自**书面交房通知确定的交付使用之日起由买受人承担** |
| 出卖人按照约定将标的物置于交付地点，买受人违反约定没有收取的 | 风险自违反约定之日起由买受人承担 |
| 因物的瑕疵导致买受人拒绝接受或者解除合同时 | 风险由出卖人承担 |

　　5.买卖合同解除的规则

|  |  |
| --- | --- |
| 事实 | 对合同解除的影响 |
| （1）主物或从物不符合要求时 | ①因主物不符解除合同的，效力及于从物。 ②因从物不符合约定被解除的，效力不及于主物。 |
| （2）数物中的一物不符合约定 | ①一物不符，买受人可以就该物解除 ②该物与他物分离使标的物价值明显受损，可以就**数物解除**合同 |
| （3）数批货物中的一批不符合约定 | ①一批不符合约定，可以就该批标的物解除； ②一批不符，致使**今后各批**不能实现合同目的的，该批＋**今后各批→解除；** ③一批标的物与其他各批标的物相互依存的，**已经交付＋未交付的各批**→解除 |
| （4）分期付款买卖中出卖人的解除权 | 分期付款的，买受人未支付到期价款的金额达到全部价款的**1/5**的，出卖人可以要求买受人**支付全部价款**或者解除合同 |

　　6.特种买卖合同  
　　（1）保留所有权的分期付款买卖

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 当事人在买卖合同中**约定**买受人未履行支付价款或者其他义务的，标的物的所有权属于出卖人 |
| 特征 | ①买受人享有取得标的物所有权的期待权； ②出卖人保留标的物所有权； ③利益、风险及责任随交付而移转。如卖方保留所有权的车辆出现交通事故，出卖方不承担责任 |

　　（2）试用买卖

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 当事人双方约定，于合同成立时，出卖人将标的物交付买受人试验或者检验，并以买受人在约定期限内对标的物的认可为生效要件的买卖合同 |
| 规则 | ①当事人可以约定标的物的试用期间。 ②对试用期间没有约定或者约定不明确，依照《合同法》第61条的规定仍不能确定的，**由出卖人确定**。 ③试用买卖的买受人在试用期内可以购买标的物，也可以拒绝购买。 ④试用期间届满，买受人对是否购买标的物**未作表示的，视为购买** |

　　（二）赠与合同（诺成、无偿、单务、不要式合同）【2016单选】  
　　1.赠与人的权利

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 权利 | 行使时间 | 适用情形／例外情形 |
| （1）赠与人的任意撤销权 | 在赠与财产的**权利转移之前**可以撤销赠与 | 【例外】具有**救灾、扶贫**等社会公益、道德义务性质的赠与合同或者**经过公证的赠与合同**不得撤销 |
| （2）赠与人的**法定撤销权（履行前＋履行后）** | 自知道或者应当知道撤销原因之日起**1年内**行使 | ①严重侵害赠与人或者赠与人的近亲属； ②对赠与人有扶养（抚养、赡养）义务而不履行； ③不履行赠与合同约定的义务 |
| （3）赠与人的继承人或者**法定代理人的撤销权** | 自知道或者应当知道撤销原因之日起**6个月内**行使 | 因**受赠人的违法行为**致使赠与人死亡或者丧失民事行为能力 |
| （4）赠与财产返还请求权 | 撤销权人撤销赠与的，可以向受赠人要求返还赠与的财产 | |
| （5）赠与人的穷困抗辩权 | 赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务 | |

　　2.赠与人的义务与责任

|  |  |
| --- | --- |
| 转移所有权 | 将赠与的财产无偿移转给受赠人 |
| 损害赔偿责任（违约责任） | 因赠与人**故意或者重大过失**致使赠与的**财产毁损、灭失**的，赠与人应当承担损害赔偿责任 |
| 瑕疵担保责任 | （1）赠与的财产有瑕疵的，（原则上）赠与人不承担责任。 （2）附义务的赠与，在**附义务的限度内**承担与出卖人相同的责任。 （3）赠与人**故意不告知瑕疵**或者**保证无瑕疵**，造成受赠人损失的，应当承担损害赔偿责任 |

　　（三）借款合同  
　　1.概念及特征

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1）商业借贷 | 概念 | 由商业银行或国家认可的其他金融机构充任贷款人的借款合同 |
| 特征 | 诺成、要式、有偿合同 |
| （2）民间借贷 | 概念 | 指自然人、法人、其他组织之间及其相互之间进行资金融通的行为 |
| 特征 | **践成**或者**诺成**、不要式合同，可有偿也可无偿 |

　　2.民间借贷合同的生效时间

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **自然人之间**借贷合同的生效时间 | 以现金支付的（**实践**） | 自借款人**收到借款**时 |
| 以银行转账、网上电子汇款或者通过网络贷款平台等形式支付的 | 自**资金到达借款人账户**时 |
| 以票据交付的 | 自借款人依法**取得票据权利**时 |
| 出借人将特定资金账户支配权授权给借款人 | 自借款人取得对该账户实际支配权时 |
| 出借人以与借款人约定的其他方式提供借款 | 约定＋实际履行完成时 |
| **自然人之外**的其他民间借贷合同（**诺成**） | | 自**合同成立**时生效 |

　　3.民间借贷的利息和利率  
　　（1）未约定利息或约定的利息不明的处理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 约定情况 | | 法院态度 |
| 没有约定利息 | | 不支持利息 |
| 约定不明 | **自然人之间**借贷 | 不支持利息 |
| 除自然人之间借贷的外 | 结合借贷合同内容，并根据交易方式、交易习惯、市场利率等因素确定利息 |

　　（2）民间借贷利率

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 法律保护区间 | 利率 | 法律后果 |
| 司法保护区 | 年利率**不超过24%（2分利）** | 出借人有权要求按照约定利率支付利息 |
| 自然债务区 （债务人自愿支付） | 年利率**24%—36%**的区域 | 借款人未支付利息的，则可以不用支付；但借款人支付利息后不能再要回来 |
| 无效区 | 年利率**超过36%**的区域 | 即便利息已经给付，还是可以讨回来的 |

　　4.民间借贷合同无效的情形  
　　（1）套取金融机构信贷资金又高利转贷给借款人，且借款人事先知道或者应当知道的；  
　　（2）以向其他企业借贷或者向本单位职工集资取得的资金又转贷给借款人牟利，且借款人事先知道或者应当知道的；  
　　（3）出借人事先知道或者应当知道借款人借款用于违法犯罪活动仍然提供借款的；  
　　（4）违背社会公序良俗的；  
　　（5）其他违反法律、行政法规效力性强制性规定的。

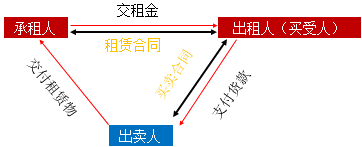
　　（四）租赁合同（诺成、双务、有偿合同）  
　　1.租赁期限及合同形式

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 类型 | 法律规定 | 法律后果 |
| 定期租赁【2016年综合】 | 租赁期限**不得超过20年** | 超过20年的，**超过部分**无效。 可续订，续订也不得超过20年 |
| 租赁期限**6个月以上**的，应采用**书面形式** | 未采用书面形式的，**视为不定期租赁** |
| 不定期租赁 | （1）当事人**没有约定租赁期限**； （2）定期合同期限届满，**续用未续租**的； （3）租赁期限**6个月以上，未采用书面形式**的 | **当事人可以随时解除合同**，但出租人解除合同应当在合理期限之前通知承租人 |

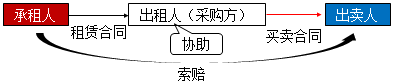
　　【特别提醒】不是所有未采用书面形式的合同都视为不定期租赁。只有租赁期限6个月以上的才是如此；6个月以下的，即使未采用书面形式（也是定期租赁），合同有效期内当事人也不得随时解除合同。

　　2.当事人的义务与权利

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 义务 | 出租人 | （1）交付租赁物，保持租赁物的适用性； （2）瑕疵担保责任； （3）**维修租赁物**的义务； （4）必要和有益费用的偿还义务。出租人未履行维修义务的，承租人可以自行维修，维修费用由出租人负担； （5）返还押金的义务 |
| 承租人 | （1）支付租金；（2）按照约定使用租赁物；（3）妥善保管租赁物；（4）有关事项通知；（5）返还租赁物 |
| 承租人的权利 | （1）租赁物的使用收益权。 （2）**经出租人同意**改善租赁物的权利。 （3）**经出租人同意转租**的权利。【2016年综合】 （4）租金减少请求权。 （5）**房屋承租人的优先购买权**。 【注意】房屋承租人不得行使优先购买权：①房屋**共有人**行使优先购买权的；②出租人将房屋**出卖给近亲属**的；③出租人履行告知后，承租人在**15日内未明确表示**愿意购买的；④购买房屋的**第三人出于善意并已办理登记手续的。** | |

（五）融资租赁合同  
　　1.概念、特征  
　　融资租赁合同，是**出租人根据承租人对出卖人、租赁物的选择，向出卖人购买租赁物**，提供给承租人使用，承租人支付租金的合同。特征：  
　　（1）涉及两个合同关系，买卖和租赁；涉及三方当事人：出租人（买受人）、承租人、供货商（出卖人）  
　　

　　（2）**与买卖合同不同**，融资租赁合同的**出卖人**是向承租人履行交付标的物和瑕疵担保义务，而非向买受人（出租人）履行义务，即**承租人享有买受人的权利（获得标的物）但不承担买受人的义务（不付款）；**  
　　（3）**与传统租赁合同不同**，融资租赁合同的出租人对租赁物无瑕疵担保责任；  
　　（4）合同的期限较长且无上限限制；  
　　（5）承租人于租赁期满享有选择权：留购、退租、续租；  
　　（6）出租人须为专营融资租赁业务的法人；  
　　（7）融资租赁合同为诺成、双务、有偿、要式合同。

　　2.出租人的权利义务  
　　（1）**取得租赁物的所有权**且保有此权利于整个租赁期间；  
　　（2）按合同约定**收取租金**；  
　　（3）租期届满时，有权收回租赁物；  
　　（4）按合同的约定**为承租人融资购买**租赁物；  
　　（5）保证在租赁期间承租人享有对租赁物的独占使用权；  
　　（6）向出卖人**支付租赁物的价金**；  
　　（7）协助承租人向出卖人索赔  
　　  
　　【提示】承租人和出卖人没有直接合同关系，但是可以通过约定，由承租人直接向出卖人索赔，出租人只是协助。

　　3.承租人的权利和义务  
　　（1）**选择租赁物的出卖人**并决定租赁物条件；  
　　（2）验收并接受出卖人交付的租赁物；  
　　（3）在租赁期间对租赁物享有独占使用权；  
　　（4）租赁期间届满对租赁物有优先购买权；  
　　（5）对出卖人的索赔权；  
　　（6）按照约定验收、接受租赁物；  
　　（7）按照约定支付租金；  
　　（8）妥善保管、合理使用、维修保养租赁物；  
　　（9）租赁期满，返还租赁物于出租人。

　　4.出卖人的权利和义务  
　　（1）向出租人收取价款的权利；  
　　（2）按照约定及时向承租人交付标的物；  
　　（3）对标的物的瑕疵负担保义务。

（六）承揽合同——适用留置权  
　　1.概念与特征  
　　承揽合同，是指当事人一方按他方的特别要求，**完成一定的工作并将工作成果交付他方**，他方按约定接受工作成果并给付酬金的合同。提出工作要求、按约定接受工作成果并支付酬金的一方当事人是**定作人**；按指定完成工作成果、收取酬金的一方当事人是**承揽人**。

　　2.承揽人的主要义务  
　　（1）**以自己的**设备、技术和劳力，完成主要工作，但当事人另有约定的除外。  
　　【注意】

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 工作类别 | 定作人同意 | 法律后果 |
| 承揽人将工作交由第三人完成的 | 辅助工作 | **无需定作人同意** | **承揽人**就该第三人完成的工作成果**向定作人负责** |
| 主要工作 | 经定作人同意的 |
| 未经定作人同意的 | 定作人可以解除合同 |

　　（2）共同承揽人对定作人承担连带责任，但当事人另有约定的除外。

　　3.工作成果和原材料的风险负担  
　　（1）工作成果在**交付定作人以前，风险由承揽人负担**，但定作人受领迟延的，迟延期间的风险由定作人负担。  
　　（2）原材料由承揽人提供的，风险由承揽人负担；原材料由定作人提供或定作人已付款购买的，风险由定作人负担。（谁提供，谁担风险）

　　4.承揽合同的**特殊解约权**

|  |  |
| --- | --- |
| 承揽人的解约权 | 定作人不履行协助义务→承揽人催告→定作人仍不履行→承揽人有合同解除权 |
| 定作人的解约权 | （1）承揽人未经许可将主要的承揽工作交由第三人完成的； （2）定作人可以**不作解释任意解除合同**，但对解除造成承揽人损失的，负赔偿责任 |

　　【注意】在承揽合同中，定作人享有单方变更合同和解除合同的权利，不需要任何法定理由，也不需要必须双方当事人协商一致，但是，无论变更还是解除后，给对方当事人造成损失的，均应当赔偿。承揽人主张继续履行合同的，法院不予支持。

　　（七）运输合同（可以行使留置权）  
　　1.特征  
　　（1）是双务、有偿合同；  
　　（2）大部分是诺成性合同；  
　　（3）大部分是格式合同。  
　　2.货运合同主要规则  
　　（1）**托运人的任意变更、解除权**。在承运人将货物交付收货人之前，托运人可以要求承运人中止运输、返还货物、变更到达地或将货物交给其他收货人，但应当赔偿承运人因此受到的损失。  
　　（2）承运人对运输过程中货物的毁损、灭失承担损害赔偿责任，但承运人证明货物的毁损、灭失是**因不可抗力、货物本身的自然性质**或者**合理损耗**以及**托运人、收货人的过错造成**的，不承担损害赔偿责任。【2016年综合】  
　　（3）货物在运输过程中**因不可抗力灭失**，未收取运费的，承运人不得要求支付运费；已收取运费的，托运人可以要求返还。  
　　（4）托运人或者收货人不支付运费、保管费以及其他运输费用的，承运人对相应的运输货物享有留置权，但当事人另有约定的除外。  
　　（5）收货人不明或者收货人无正当理由拒绝受领货物的，依照《合同法》第101条的规定，承运人可以提存货物。——提存，债的消灭

　　（八）保管合同（可以行使留置权的合同）

|  |  |
| --- | --- |
| 特征 | （1）**是实践性合同**； （2）标的是保管行为； （3）既可有偿，也可无偿；（不要式合同） （4）是不要式合同 |
| 保管人的责任 | 因**保管不善**造成保管物毁损、灭失的，保管人应当承担损害赔偿责任；但保管是**无偿的**，保管人证明自己**没有重大过失**的，不承担损害赔偿责任。（无偿合同的注意义务较低） |
| 保管人的留置权 | 寄存人未按照约定支付保管费以及其他费用的，保管人对保管物享有留置权，但当事人另有约定的除外 |

　　（九）仓储合同（仓单可以质押）  
　　1.特征  
　　（1）仓储保管人须是经仓储营业登记，专营或兼营仓储保管业务的人；  
　　（2）须具有仓储设备；  
　　（3）仓储保管的标的物须为动产；  
　　（4）存货人的货物交付或者返还请求权以仓单为凭证；  
　　（5）仓储保管合同是**双务、有偿、诺成**合同

　　2.相关问题  
　　（1）仓储合同**自成立时生效**。  
　　（2）存货人或者仓单持有人**在仓单上背书并经保管人签字**或者盖章的，可以转让提取仓储物的权利。  
　　（3）当事人对储存期间没有约定或者约定不明确的，存货人或者仓单持有人**可以随时提取仓储物**，保管人也**可以随时要求存货人或者仓单持有人提取仓储物**，但应当给予必要的准备时间。  
　　（4）储存期间届满，存货人或者仓单持有人应当凭仓单提取仓储物。**存货人或者仓单持有人逾期提取的，应当加收仓储费；提前提取的，不减收仓储费。**

　　（十）行纪合同【2016年单选】  
　　1.概念  
　　当事人约定，一方（即行纪人）接受他方的委托，以自己的名义用他方的费用，为他方（即委托人）从事贸易（办理购销、寄售等）并获得报酬的合同。  
　　2.特征  
　　（1）行纪人应具有从事行纪业务的资格。  
　　（2）行纪人**以自己的名义为委托人从事贸易活动**。  
　　（3）是**双务、有偿、诺成、不要式合同**。  
　　（4）是一种特殊的委托合同。  
　　（5）标的是行纪人为委托人进行的代购、代销、寄售等商事法律行为。  
　　（6）行纪人代购、代销物品的所有权属于委托人，风险亦由委托人承担

　　（十一）居间合同  
　　1.定义特征

|  |  |
| --- | --- |
| 定义 | 居间合同，也称中介合同，是指双方当事人约定，一方（居间人）为他方（委托人）提供与第三人订约的机会或为订约提供媒介服务，他方给付一定报酬的合同 |
| 特征 | （1）居间合同为**双务、有偿、诺成、不要式合同**； （2）居间合同包括报告居间和媒介居间； （3）居间人对委托人与第三人之间的合同没有介入权 |

1. 委托人的义务  
   　　（1）支付报酬。委托人**成功订立合同后**，应按合同约定的数额支付居间人应得的报酬。  
   　　（2）偿付费用。居间人**未促成缔约**的，居间人可以请求委托人**支付从事居间活动支出的必要费用**。  
   　　3.居间人的权利和义务  
   　　（1）报告缔约机会或提供缔约服务。  
   　　（2）忠实介绍和尽力服务。  
   　　（3）保密义务。  
   　　（4）负担居间费用。居间人**促成合同成立的，居间活动的费用由居间人负担**。  
   　　（5）居间人的报酬请求权。**居间人促成合同成立的，有权请求委托人按约定支付报酬**。

## 第三节　侵权责任法

　　一、侵权行为

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 侵权行为是指因不法侵害他人的民事权益，而依法律的规定，应对所生损害负赔偿责任的行为 | |
| 侵权行为 的对象 | 生命权、健康权、姓名权、名誉权、荣誉权、肖像权、隐私权、婚姻自主权、监护权 | 人身权 |
| 所有权、用益物权、担保物权 | 物权 |
| 著作权、专利权、商标专用权、发现权 | 知识产权 |
| 股权、继承权等人身、财产权益 | 其他 |

　　二、侵权责任法的归责原则

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 过错责任原则 | 过错推定原则 | 无过错责任原则 |
| 含义 | 是以过错作为归责的依据或者标准。**无过错即无责任** | 过错作为归责的依据或标准，但将对过错的举证责任以否定的方式分配给了加害人一方 | **不问行为人有无过错**，法律规定应当承担民事责任的，行为人应当对其行为所造成的损害承担民事责任 |
| 适用方法 | 一般为谁主张谁举证 | 举证责任的倒置。即损害发生后，加害人须证明自己没有过错方能免责 | （1）免除原告对加害人过错的举证和证明责任。 （2）加害人也不得以证明自己没有过错的方式主张免责抗辩 |
| 适用范围 | 一般侵权行为 | 建筑物等物件致害、一些医疗损害侵权等 | 产品侵权、高度危险作业侵权、污染环境侵权、动物侵权、监护侵权、雇主侵权等 |

　　三、侵权责任的构成要件

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 过错侵权责任 | 无过错侵权责任 |
| 损害 | （1）损害是**侵害合法民事权益**的后果；（2）损害具有法律上的补救性；（3）损害具有客观真实性和确定性。 【**注意**】损害应当由受害人进行举证和证明 | |
| 加害行为**违法** | 加害行为若不具有违法性即不构成侵权。 | |
| **过错**※ | √ | X |
| 因果关系 | 侵权行为与损害事实之间**前者引起后者**的这种引起与被引起的**客观联系。** | |

　　何为“过错“？

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 含义 | 指加害人主观上的一种可归责的心理状态。 【**提示**】无民事能力人不具备正常人的意思能力和判断能力，所以他们实施的侵权行为，不被视为是过错。 | |
| 表现形式 | 故意 | 行为人**预见到**损害后果的发生，并希望或放任该结果发生的心理状态 |
| 过失 | 行为人对自己行为致害后果**应当预见或者能够预见却因疏忽**而没有预见，或虽然**预见到自己**行为的致害后果却**轻信**能够避免的心里状态 |

　　四、免责和减轻责任事由

|  |  |
| --- | --- |
| 减免责的事由 | 范围 |
| 正当理由 | （1）依法执行职务。（2）正当防卫。（3）紧急避险（避险的损害后果应当小于正在实际发生的危险后果）。 （4）紧急救助（新增） |
| 外来原因 | （1）受害人过错。（2）第三人的过错。（3）不可抗力 |

　　五、法律特别规定的侵权责任类型  
　　（一）数人侵权

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 含义 | 指二人以上实施加害行为，造成他人损害的行为 | | |
| 具体情形与责任承担 | 教唆、帮助他人实施侵权行为的 | 被教唆人为完全行为能力人的 | 教唆、帮助人**与行为人承担连带责任** |
| **被教唆人为无民事行为能力人**、限制民事行为能力人 | **教唆、帮助人承担责任**。行为人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任 |
| **二人以上实施**侵权行为 | 能够确定具体侵权人的 | 侵权人承担责任 |
| 不能确定具体侵权人的 | 行为人承担连带责任 |
| 二人以上**分别实施**行为，造成同一损害后果的 | 每个人的侵权行为**都足以造成全部损害**的 | 行为人承担连带责任 |
| **能够确定责任**大小的 | 各自承担相应的责任；难以确定责任大小的，平均承担赔偿责任 |

　　（二）特殊主体侵权  
　　1.监护侵权——无过错责任原则【2012年多选】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的 | **行为人无财产** | 监护人承担侵权责任（替代责任） |
| **行为人有财产** | 本人财产中支付赔偿费用。不足部分，由监护人赔偿（补充责任） |
| 【注意】监护人尽到监护责任的，可以**减轻**其侵权责任 | |

　　2.意识丧失侵权——**过错责任**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 完全民事行为能力人**暂时丧失意识**致人损害 | 有过错的 | 应当承担侵权责任 |
| 没有过错的 | 根据经济状况对受害人适当补偿 |
| 因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品暂时无意识 | 应当承担侵权责任 |
| 【注意】此“过错”是指完全行为能力人对于暂时没有意识或者失去控制这件事本身有无过错，而非侵权时。有过错，即使侵权时无意识也应承担侵权责任，否则，不承担责任 | | |

　　3.雇主侵权——替代责任

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 单位用工责任（侵权人与单位有劳动合同关系） | **工作人员**因**执行工作任务**造成他人损害的，由**用人单位**承担侵权责任。——替代责任 | |
| 劳务派遣人员因工作造成他人损害的，由**接受劳务派遣的用工单位**承担侵权责任；劳务派遣单位有过错的，承担相应的补充责任 | |
| 个人用工责任 | 因劳务**造成他人损害** | 由接受劳务一方承担侵权责任。——无过错责任 |
| 因劳务**自己受到损害**的 | 根据双方各自的过错承担相应的责任。——过错责任 |

　　4.网络侵权——**过错责任**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 网络用户 | 网络服务提供者 | 责任承担 |
| 利用网络服务实施侵权行为 | 一般情形 | 网络用户承担侵权责任 |
| 接到被侵权人**要求删除、屏蔽、断开链接**等必要措施通知后**未及时采取必要措施**的 | 对损害的扩大部分：网络服务提供者＋该网络用户→承担连带责任 |
| 知道侵权＋**未采取必要措施** | 网络服务提供者＋该网络用户→承担连带责任 |

　　5.安全保障义务人侵权——**过错责任**

|  |  |
| --- | --- |
| 法定情形 | 责任承担 |
| 公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，**未尽到安全保障义务** | 管理人或组织者承担责任。——**直接责任** |
| 因第三人的行为造成他人损害的 | （1）原则上由第三人承担侵权责任； （2）管理人或者组织者**未尽到安全保障义务**的，承担相应的补充责任。 |
| 【提示】公共场所指**宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所**等 | |

　　6.教育机构侵权

|  |  |
| --- | --- |
| **无民事行为能力人**在幼儿园、学校或者其他教育机构受到人身损害的 | 教育机构承担**过错推定责任**——由**被告举证自己无过错** |
| **限制民事行为能力人**在学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害 | 教育机构**承担过错责任**——原告举证 |
| **第三人侵权**＋教育机构**未尽到管理职责**的 | 第三人承担责任； 教育机构承担相应的**补充责任** |

　　（三）危险活动及物件致害侵权【2013年多选】  
　　1.产品侵权

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 责任主体 | 责任承担 | 归责原则 |
| 生产者 | 因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者承担责任 | 无过错责任 |
| 销售者 | **因过错**使产品存在缺陷，造成他人损害的，承担侵权责任 | 过错责任 |
| **不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的**，销售者应当承担侵权责任 | 无过错责任 |
| 【**注意**】受害人享有选择权，其既可以向生产者请求赔偿，也可以向销售者请求赔偿 | | |

　　2.机动车交通事故侵权——**无过错责任**  
　　针对因租赁、借用、买卖未办理登记、盗窃、抢劫、抢夺机动车后产生的交通事故等情形，由机动车的**实际占有人**承担责任。  
　　【链接】P189“特种买卖合同”如卖方保留所有权的车辆出现交通事故，出卖方不承担责任。

　　3.医疗损害侵权——**以过错责任为原则，以无过错责任为例外**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 情形 | 责任承担 | 归责原则 |
| 患者在诊疗活动中受损＋医疗机构及其医务人员有过错的 | 医疗机构承担赔偿责任 | 一般过错责任原则 |
| 因药品、消毒药剂、医疗器械的缺陷，或者输入不合格的血液造成患者损害 | 患者可向生产者或血液提供机构请求赔偿，也可向医疗机构请求赔偿 | 无过错责任原则 |

　　4.环境污染侵权——无过错责任（2017年）

|  |  |
| --- | --- |
| 法定情形 | 污染者的责任 |
| 一般 | （1）就不承担责任或减免责任的情形举证； （2）就行为与损害结果之间不存在因果关系 |
| 两个以上污染者污染环境 | 污染者承担责任的大小，根据污染物的种类、排放量等因素确定 |
| 因第三人的过错污染环境造成损害的 | 被侵权人可以向污染者请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。污染者赔偿后，有权向第三人追偿 |

　5.高度危险作业侵权——无过错责任的归责原则（2017年单选）

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| 法条 | 危险责任类型 | 责任人 | 归责原则 | 免责事由 | 减轻责任的事由 |
| 70 | 民用核设施 | 经营者 | 无过错责任 | 战争； 受害人故意 | 无减轻事由 |
| 71 | 民用航空器 | 经营者 | 受害人故意 |
| 72 | 易燃、易爆、剧毒、放射性物质致损 | 占有人或者使用人 | 受害人故意； 不可抗力 | 被侵权人对损害的发生有**重大过失** |
| 73 | 高空、高压、地下挖掘、使用高速轨道运输工具致害 | 经营者 | 被侵权人对损害的发生**有过失的** |
| 74 | 遗失、抛弃高度危险物致害 | **所有人** | 无过错责任 | 管理情形，所有人有过错，承担连带责任 |  |
| 75 | 非法占有高度危险物致害 | 非法占有人 | 无过错责任 |  |  |
| 所有人、管理人 | 过错推定责任 | 已尽高度注意义务 |  |
| 76 | 未经许可进入高度危险活动区域或者高度危险物存放区域受损 | 管理人 | 过错推定责任 | 已经采取安全措施并尽到警示义务的 | |

　　6.饲养动物侵权——一般为**无过错责任**（78条）

|  |  |
| --- | --- |
| 责任主体 | 动物饲养人或者管理人 |
| 担责情形 | **违反管理规定，未对动物采取安全措施**造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任 |
| 免责事由 | **被侵权人故意或者重大过失**的，可以不承担或者减轻责任 |
| 【**注意**】针对动物园而言，适用的是**过错推定的归责原则**（81条） | |

　　7.物件致害侵权——一般采取过错推定责任的归责原则

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 法定情形 | 责任承担 | 归责原则 |
| （1） | 搁置物、悬挂物发生脱落、坠落致损 | 由**不能证明自己没有过错**的所有人、管理人或者使用人担责 | 过错推定 |
| （2） | 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致损 | 建设单位与施工单位承担连带责任 | 无过错责任 |
| （3） | 抛掷物或从建筑物上的坠落物致损 | 由不能证明自己不是侵权人的、可能加害的建筑物使用人给予**补偿** | 公平责任 |
| （4） | 堆放物倒塌致损 | 由不能证明自己没有过错的堆放人担责 | 过错推定 |
| （5） | 公共道路上堆放、倾倒、遗撒物致损 | 由有关单位或者个人担责 | 过错推定 |
| （6） | 林木折断致损 | 由不能证明自己没有过错的林木所有人或管理人担责 | 过错推定 |
| （7） | 公共场所或道路上挖坑、修缮安装地下设施＋没有设置明显标志和采取安全措施致损 | 由施工人担责 | 过错责任 |
| （8） | 窨井等地下设施致损 | 由不能证明尽到管理职责的管理人担责 | 过错推定 |

# 第九章　个人独资企业法和合伙企业法

## 第一节　个人独资企业法

　 一、　个人独资企业的概念和特征  
　　（一）概念和特征

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 概念 | 1.在中国境内设立，由**一个自然人投资**，财产为投资人个人所有，投资人**以其个人财产对企业债务承担无限责任**的经营实体。 2.属于《民法总则》中规定的非法人组织（不具有法人资格，但是能够依法以自己的名义从事民事活动的组织）。 | |
| 特征 | 出资人 | 是**一个自然人**。该人具有完全民事行为能力，且不能是法律、行政法规禁止从事营利性活动的人。 |
| 企业的财产 | 归投资人个人所有。 |
| **责任承担※** | 投资人以其个人财产对企业债务承担**无限责任**。 |
| 性质 | **不具有法人资格**。可以起字号，对外可以企业名义从事生产经营活动。 |

　　（二）个人独资企业与个体工商户的区别

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  |  | 个人独资企业 | 个体工商户 |
| 1 | 出资人不同 | 只能是**一个自然人** | 既可以由**一个自然人**出资设立，也可以由**家庭共同出资设立** |
| 2 | 承担责任的财产范围不同 | 一般，仅以其**个人财产**对企业债务**承担无限责任**； 设立**登记时明确以家庭共有财产**作为个人出资的，以**家庭共有财产**对企业债务承担无限责任 | 个人经营的，个人财产承担； 家庭经营的，家庭财产承担； 无法区分的，家庭财产承担 |
| 3 | 适用的法律不同 | 依照《个人独资企业法》设立 | 依照《民法总则》《城乡个体工商户管理暂行条例》的规定设立 |
| 4 | 法律地位不同 | 是经营实体，是一种企业组织形态 | 不采用企业形式 |
| 【提示】区分二者的关键在于是否进行了**独资企业登记**，并领取独资企业营业执照 | | | |

　二、个人独资企业的设立、变更和终止  
　　（一）设立

|  |  |
| --- | --- |
| 设立的条件 | （1）投资人为**一个自然人**； （2）有合法的企业名称； 【注意】名称中不得使用“有限”“有限责任”或者“公司”字样。 （3）有投资人申报的出资； （4）有固定的生产经营场所和必要的生产经营条件； （5）有必要的从业人员。 （6）依法进行登记。 |
| 成立日期 | **营业执照的签发日期为个人独资企业成立日期** |

　　（二）变更

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 申请办理的时间 | | 一般**作出变更决定之日起的15日内** |
| 登记地点 | 变更**企业名称、企业住所、经营范围** | 向**原登记机关**申请 |
| 变更投资人姓名和居所、出资额和出资方式 | 原登记机关申请变更登记（在**变更事由发生之日**起15日内） |
| 变更**住所跨登记机关辖区**的 | 向**迁入地登记机关**申请，迁入地登记机关受理的，**原登记机关**将企业档案移送迁入地登记机关。 |
| 因转让或者继承致使投资人变化的 | 可向**原登记机关**申请（提交转让协议书或者法定继承文件） |
| 改变出资方式致使**个人财产与家庭共有财产变换**的 | 向**原登记机关**申请（提交改变出资方式文件） |
| 办理登记时间 | | **收到全部文件之日起15日内**，作出核准登记或不予登记的决定 |

　　（三）终止

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 应当解散的情形 | 个人独资企业 【2017年多选】 | （1）投资人决定解散； （2）投资人死亡或者被宣告死亡，无继承人或者继承人决定放弃继承； （3）被依法吊销营业执照； （4）法律、行政法规规定的其他情形。 |
| 非法人组织 《民法总则》 | （1）章程规定的存续期间届满或者章程规定的其他解散事由出现； （2）出资人或者设立人决定解散； （3）法律规定的其他情形 |

　　三、个人独资企业管理

|  |  |
| --- | --- |
| 责任承担 | 1.原则上，以投资人**个人财产承担责任**； 2.设立登记时明确以其家庭共有财产作为个人出资的，以家庭共有财产承担无限责任 |
| 管理【2015年单选】 | 1.投资人可以**自行管理**企业事务； 2.可以委托或者聘用其他具有民事行为能力的人负责企业的事务管理。**投资人对受托人或者被聘用的人员职权的限制，不得对抗善意第三人** |

## 第二节　合伙企业法

一、合伙企业的概念和分类  
　　（一）概念  
　　合伙企业，是指**自然人、法人和其他组织**依照《合伙企业法》在中国境内设立的**普通合伙企业和有限合伙企业**。属于《民法总则》中规定的非法人组织。

　　（二）合伙企业的分类及特征  
　　1.以是否存在以出资额为限承担责任的合伙人为标准

|  |  |
| --- | --- |
| 普通合伙企业 | （1）2个以上合伙人，合伙人是自然人的，**应具有完全民事行为能力**； （2）有对**所有合伙人责任都不加限制**的书面合伙协议； （3）合伙人实际缴付的出资； （4）有合伙企业名称； （5）需在工商管理机关登记。 |
| 有限合伙企业 | （1）有限合伙人**不得以劳务出资**； （2）有限合伙人**不执行合伙事务**，对外**不代表合伙企业**； （3）有限合伙人**可以同本合伙企业进行交易**； （4）有限合伙人可以自营或与他人合作经营与本合伙企业竞争的业务（普通合伙人“不得”）； （5）有限合伙人**以出资额为限**对合伙债务**承担有限责任** |

　　2.以合伙所从事的行业及普通合伙人之间的关系

|  |  |
| --- | --- |
| 一般普通合伙企业 | 合伙人对于合伙债务负无限连带责任的合伙。 |
| 特殊普通合伙企业 | 指**以专业知识和专门技能为客户提供有偿服务**的专业机构性质的合伙。（具体见223页特殊的普通合伙企业） |

　　三、合伙企业的设立、变更、解散和清算  
　　（一）设立  
　　【说明】为学习方便，将教材中的普通合伙、有限合伙进行对比学习。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 普通合伙企业（216页）【2013年单选】 | 有限合伙企业（224页）（普通合伙人+有限合伙人） |
| 合伙人 | （1）**2个以上**普通合伙人 （2）可以是自然人、法人和组织 【注意】自然人：**完全民事行为能力**。 | **2个以上50个**以下合伙人（**至少有1个普通**合伙人和1个有限合伙人） 【注意1】仅剩有限合伙人：**解散**；仅剩普通合伙人：转为普通合伙企业 【注意2】**有限**合伙人的**行为能力无限制** |
| 出资 | 普通合伙人**可用劳务出资** | 有限合伙人**不可用劳务出资** |
| 可以用货币、实物、知识产权、土地使用权或者其他财产权利出资 | |
| 名称 | 名称中应标明“**普通合伙”字样** | 应当标明“**有限合伙**”字样 |
| 申请人 | 全体合伙人指定的代表或者共同委托的代理人，向企业登记机关提交登记申请书、**合伙协议**、合伙人身份证明等文件 | |

　　（二）合伙企业的变更登记

|  |  |
| --- | --- |
| 申请时间 | 登记事项发生变更的，执行合伙事务的合伙人**15日内**，向**原登记机关**申请变更登记 |
| 处理 | 能当场登记的，当场登记； 不能当场登记的，自受理申请之日起20日内，作出是否变更登记的决定 |

　　（三）合伙企业的解散

|  |  |
| --- | --- |
| 解散事由 | （1）合伙**期限届满，**合伙人决定不再经营； （2）合伙**协议约定**的解散事由出现； （3）**全体合伙人**决定解散； （4）合伙人已**不具备法定人数满30日**； （5）合伙协议约定的**合伙目的已经实现或者无法实现**； （6）依法被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销； （7）法律、行政法规规定的其他原因 |

　　（四）清算

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1.清算人 | （1）由**全体合伙人**担任； （2）经全体合伙人**过半数同意**，可自解散事由出现后15日内**指定**一个或者数个合伙人，或者**委托**第三人，担任清算人。 （3）15日内未确定的，合伙人或者其他利害关系人可**申请法院指定清算人**。 | |
| 2.通知 | 清算人 | 自**被确定之日起10日内**通知债权人，并于60日内在报纸上**公告** |
| 债权人 | **接到通知书之日起30日内**，**未接到通知书**的自公告之日起**45日内**，向清算人申报债权 |
| 3.财产支付顺序 | （1）支付清算费用和职工工资、社会保险费用、法定补偿金； （2）缴纳所欠税款； （3）清偿债务； （4）剩余财产，依照《合伙企业法》的有关规定进行分配。 | |
| 4.注销后的责任承担 | 企业**注销**后，**原普通合伙人对合伙企业存续期间的债务仍应承担无限连带责任** | |

　　三、合伙企业的管理  
　　（一）合伙企业与合伙人之间的财产关系

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | | 普通合伙企业（219页） | 有限合伙企业（225页） |
| 财产组成 | | 由**原始财产＋积累财产** | |
| 财产转让 | 对内 | **通知**其他合伙人 | |
| 对外【2017年多选】 | 1.**其他合伙人一致同意**＋修改合伙协议 2.在**同等条件**下，其他合伙人有**优先购买权**；但是合伙协议另有约定的除外。 | **有限合伙人的财产转让提前30日“通知”其他合伙人** |
| 出质 | | 财产份额出质的，须经其他合伙人**一致**同意。 | **有限合伙人的财产允许出质，但可通过约定排除** |
| 合伙人与合伙企业竞争或者交易的禁止 | | 1.合伙人**不得自营**或者**同他人合作经营**与本合伙企业**相竞争的业务**。（**绝对禁止**） 2.除合伙协议另有约定或者经全体合伙人一致同意外，合伙人**不得同本合伙企业进行交易** | 有限合伙人不负该禁止义务（225页） |

　　（二）合伙事务执行  
　　1.合伙事务执行的一般原则  
　　（1）各合伙人在合伙企业中享有**平等的**管理权、经营权、表决权、监督权和代表权。（**与出资无关**）  
　　（2）**可以委托**1个或者数个合伙人对外代表合伙企业，执行合伙事务。  
　　（3）**委托**1个或者数个合伙人执行合伙事务的，**其他合伙人不再执行合伙事务**。  
　　2.对委托的撤销  
　　受托的合伙人**不按照协议**或全体合伙人的决定执行事务的，其他合伙人可以撤销该委托。  
　　3.合伙人分别执行合伙事务时的异议权  
　　（1）合伙人分别执行合伙事务的，执行事务合伙人**可以对其他合伙人执行的事务提出异议**。  
　　（2）提出异议时，应当**暂停该项事务的执行**。  
　　（3）表决：有协议，按协议；无协议或约定不明，**合伙人一人一票＋全体合伙人过半数**决定。  
　　4.合伙事务执行的结果归属  
　　其执行合伙事务所产生的**收益归合伙企业**，所产生的**费用和亏损由合伙企业承担**。  
　　5.**被委托执行**合伙企业事务的合伙人的法律地位  
　　**不是合伙企业的负责人或者法定代表人**，而是委托代理人。  
　　【注意】合伙企业对合伙人执行合伙事务以及对外代表合伙企业的权利的限制，不得对抗善意第三人。

　　【链接】有限合伙事务的执行（224页）  
　　1.有限合伙企业由普通合伙人执行合伙事务。**有限合伙人不执行合伙事务**。  
　　2.有限合伙人的下列行为，**不视为**执行合伙事务：  
　　（1）**参与决定**普通合伙人入伙、退伙；  
　　（2）对企业的**经营管理提出建议**；  
　　（3）**参与选择**承办有限合伙企业审计业务的**会计师事务所**；  
　　（4）**获取**经审计的有限合伙企业**财务会计报告**；  
　　（5）对涉及自身利益的情况，**查阅**有限合伙企业**财务会计账簿等财务资料**；  
　　（6）在有限合伙企业中的利益受到侵害时，向有责任的合伙人主张权利或者提起诉讼；  
　　（7）执行事务合伙人怠于行使权利时，督促其行使权利或者为了本企业的利益以自己的名义提起诉讼；  
　　（8）依法为本企业提供担保。  
　　3.表见普通合伙人  
　　第三人有理由相信有限合伙人为普通合伙人并与其交易的，该有限合伙人对**该笔交易**承担与普通合伙人同样的责任。

　　（三）合伙企业的内部关系  
　　1.利润分配与亏损承担

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **对外** | 承担**连带**责任 | |
| **对内**（**按份**责任） | 合伙协议有约定 | 按约定的比例分配和分担 |
| 合伙协议未约定 | 先由合伙人协商 |
| 协商不成的，由合伙人**按照实缴出资比例**分配、分担 |
| 无法确定出资比例的，由合伙人**平均**分配、分担 |
| **【注意】普通合伙企业**合伙协议不得约定将全部利润分配给部分合伙人或者由部分合伙人承担全部责任。（有限合伙允许合伙协议针对**利润分配**另有约定的除外） | |

　　2.合伙人对合伙事务的决定权  
　　除合伙协议另有约定外，下列事项**应当经全体合伙人一致同意**：【2015年多选】  
　　（1）改变合伙企业的名称；（改名）  
　　（2）改变合伙企业的经营范围、主要经营场所的地点；  
　　（3）**处分**合伙企业的**不动产**；  
　　（4）转让或者处分合伙企业的知识产权和其他财产权利；  
　　（5）以合伙企业名义**为他人提供担保**；  
　　（6）聘任合伙人以外的人担任合伙企业的经营管理人员。

　　3.入伙

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 普通合伙（221页） | 有限合伙（225页） |
| 入伙的条件 | （1）除协议另有约定外，应当经**全体合伙人一致同意** （2）订立**书面入伙协议** |  |
| 法律后果 | 新合伙人**对入伙前合伙企业的债务承担无限连带责任** | 新入伙的**有限合伙人**对**入伙前**的债务，以其**认缴**的**出资额为限**承担责任。 【注意】有限合伙企业中**新入伙的普通合伙人**对入伙前合伙企业的债务**仍然承担连带责任** |

　　4.退伙  
　　  
　　（1）协议退伙

|  |  |
| --- | --- |
| 合伙**协议约定了合伙期限** （要求严格） | ①合伙协议**约定的退伙事由出现**； ②经**全体合伙人一致同意**； ③发生合伙人难以继续参加合伙的事由；如因犯罪被判刑，患有严重的疾病等 ④其他合伙人**严重违反合伙协议约定**的义务。 |
| 合伙协议未约定合伙期限 | 合伙人在不给合伙企业事务执行造成不利影响的情况＋**提前30日通知**其他合伙人→可以退伙。 |

　　（2）声明退伙  
　　①合伙人基于自己的意愿而表示退伙的是声明退伙，声明退伙又称自愿退伙。  
　　②声明退伙**应当有正当的理由**，否则被视为违规退伙，须赔偿合伙企业的损失。  
　　③声明退伙的条件  
　　必须**提前通知**其他全体合伙人；  
　　退伙人须**在适当时期**提出退伙；  
　　合伙**定有存续期间**的，没有正当理由，退伙人不得声明退伙

　　（3）法定退伙（侧重——主体、能力、资格）

|  |  |
| --- | --- |
| 普通合伙 （222页） | ①自然人死亡或者被依法宣告死亡；（死亡） ②**个人丧失偿债能力**；（变穷） ③作为合伙人的法人或者其他组织依法被吊销营业执照、责令关闭、撤销，或者被宣告破产；（主体消灭） ④必须具有相关资格而丧失该资格；（资格丧失） ⑤合伙人在合伙企业中的全部财产**份额被强制执行**。 |
| 有限合伙 （225页） | 除第②项之外的其他原因 |

　　（4）除名退伙（侧重行为）  
　　合伙人有下列情形之一的，**经其他合伙人一致同意**，可以决议将其除名：  
　　①**未履行出资义务**；（**未出资**）  
　　②因**故意或者重大过失**给合伙企业造成损失；（**大过错**）  
　　③执行合伙事务时有**不正当行为**；（**有不当**）  
　　④发生合伙协议约定的事由。（**有约定**）

　　（5）退伙后果

|  |  |
| --- | --- |
| 普通合伙人退伙后（222页） | 退伙人对退伙前发生的合伙企业债务，承担**无限连带责任** |
| 有限合伙人退伙后 （225页） | 对基于**其退伙前的原因发生的有限合伙企业债务，以其退伙时从有限合伙企业中取回的财产**承担责任 |

　　（6）合伙人死亡或被宣告死亡后的继承

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 继承人**不愿意**成为合伙人 | 应当向合伙人的继承人退还被继承合伙人的财产份额。 | |
| 继承人**愿意**成为合伙人 | 继承人（完全民事行为能力人） | 按照**合伙协议的约定**或者**经全体合伙人一致同意**，可以取得普通合伙人资格。 |
| 继承人（无民事或限制性民事行为能力） | 经全体合伙人**一致同意**，可以依法成为**有限合伙人**（变为有限合伙企业）。 |
| 全体合伙人**未能一致同意**的，应当将被继承合伙人的**财产份额退还该继承人**。 |

　　（四）合伙企业的外部关系  
　　1.合伙企业对债权人承担责任的一般原则  
　　（1）应**先以合伙企业全部财产**进行清偿。  
　　（2）不足清偿的，**合伙人承担无限连带**责任。  
　　2.合伙人的债权人对合伙企业权利行使的禁止

|  |  |
| --- | --- |
| 抵销权的禁止 | 合伙人与他人发生与**合伙企业无关**的债务，相关债权人不得以其债权抵销其对合伙企业的债务 |
| 代位权的禁止 | 合伙人**个人负有债务**，其债权人不得代位行使该合伙人在合伙企业中的权利 |

　　四、特殊的普通合伙企业  
　　【2013年1单、1多、综合；2014年单选】

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 概念 | 指以**专业知识和专门技能**为客户提供有偿服务的专业机构性质的合伙企业。例如律师事务所、会计师事务所、设计师事务所等。 | | |
| 名称 | 企业名称中应当标明“特殊普通合伙”字样。 | | |
| 合伙人造成企业债务的责任承担 | 因**故意或者重大过失** | 造成合伙企业债务的合伙人 | **承担无限责任（1个人）或者无限连带责任（数人）** |
| 其他合伙人 | 以其在合伙企业中的财产份额为限承担有限责任。 |
| 一般过失的 | 全体合伙人承担无限连带责任 | |
| 合伙人的过错赔偿责任 | 合伙人执业活动中因**故意或者重大过失**造成的合伙企业债务，以合伙企业财产对外承担责任后，该合伙人应当按照合伙协议的约定对合伙企业造成的损失承担赔偿责任。 | | |
| 执业风险基金与执业保险 | （1）应当建立执业风险基金，办理执业保险。 （2）执业风险基金用于偿付合伙人执业活动造成的债务。 （3）执业风险基金应当单独立户管理。 | | |

　　五、有限合伙人与普通合伙人的转换及责任承担  
　　1.**普通合伙人转变为有限合伙人**的，对其作为**普通合伙人期间**合伙企业发生的债务承担**无限连带责任**。

　　2.有限合伙人转变为普通合伙人的，对其作为有限合伙人期间有限合伙企业发生的债务承担无限连带责任。

　　【归纳】入伙、退伙及身份转变

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 有限合伙人 | 普通合伙人 |
| 入伙 | 前：有限责任（**认缴的出资**） 后：有限责任（**认缴的出资**） | 前：无限连带责任 后：无限连带责任 |
| 退伙 | 前：有限责任（取回的财产） 后：× | 前：无限连带责任 后：× |
| 身份转变 | 有限合伙人→普通合伙人 前＋后：无限连带责任 | 普通合伙人→有限合伙人 前：无限连带； 后：有限责任 |

# 第十章　公司法律制度

## 第一节 公司概述

一、公司类型  
　　公司是一种企业组织形式，是依照法定条件和程序，由**股东出资设立**的**以营利为目的**的社团法人。  
　　在我国境内设立的公司，仅限于**有限责任公司**和**股份有限公司**。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 有限责任公司 | 标准有限责任公司 | 由**50人以下**股东出资设立的有限责任公司 | |
| 一人有限责任公司 | **只有一个股东**的有限责任公司 | **自然人一人**有限责任公司 |
| **法人一人**有限责任公司 |
| **国有独资**公司 |
| 股份有限公司 | **发起设立**的股份有限公司 | 由发起人认购公司**应发行的全部股份**而设立的公司 | |
| **募集设立**的股份有限公司 | 发起人认购公司**应发行股份的一部分**，其余股份向社会公开或向特定对象募集而设立的公司 | 定向募集的股份有限公司（私募） |
| 公开募集的股份有限公司（公募） |

　　二、公司能力  
　　（一）公司的**权利能力**  
　　1.公司的权利能力**始于成立**，即**营业执照签发**；终于终止，即**注销登记**。【2013年单选】  
　　2.公司权利能力的限制

|  |  |
| --- | --- |
| 性质上的限制 | **凡与自然人自身性质相关的权利义务，公司均不能享有**。如专属于自然人的生命权、健康权、姓名权、身体权、肖像权、婚姻权、隐私权等，但享有名称权、名誉权、荣誉权等权利。 |
| 经营范围 | （1）经营范围产生、变更：**公司章程规定+（批准）+依法登记** （2）**超越经营范围所签合同≠当然无效**；违反国家限制经营、特许经营以及禁止经营，合同无效。 |

　　（二）公司的行为能力  
　　1.公司行为能力的起始时间和行为能力的实现

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 公司行为能力的起始时间 | 公司的行为能力与公司的权利能力**同时产生，同时终止**。范围和内容也和权利能力一致 | |
| 公司行为能力的实现 | 公司的**意思能力阶段** | **通过公司的法人机关形成和表示**，公司的法人机关由**股东（大）会、董事会**和**监事会**组成 |
| 公司的**行为能力（表示）阶段）** | （1）公司的行为能力由公司的法定代表人实现。 （2）法定代表人由董事长、执行董事或者经理担任。 （3）公司法定代表人变更，应当办理变更登记。 （4）**法定代表人所实施的法律行为就是公司的法律行为，所享有的权利和承担的义务就是公司的权利和义务** |

　　2.公司行为能力的限制

|  |  |
| --- | --- |
| 投资能力的限制【2012年多选】 | （1）可以向其他企业投资，但是，除法律另有规定以外，**不得成为对所投资企业的债务承担连带责任的出资人**。 【注意】公司可以投资其他有限责任公司或股份有限公司，也可以作为有限合伙人投资有限合伙企业，但**不能投资普通合伙企业**。 （2）公司向其他企业投资，由**董事会**或者**股东会、股东大会**决议； |
| 担保能力的限制 【2012年多选、2016单选】 | （1）公司**对外**为“**他人**”提供担保，按照公司章程的规定，由“**董事会**或者**股东会、股东大会**”决议； （2）不得超过公司章程规定限额； （3）**对内**为公司“**股东**或者**实际控制人**”提供担保的，必须经“**股东会**或者**股东大会**”决议（**“董事会”无权了**）。接受担保的股东或者受实际控制人支配的股东，不得参加上述规定事项的表决。该项表决由**“出席”会议的“其他股东”**所持**表决权**的**过半数**通过。 |
| 【注意1】“实际控制人”，是指虽不是公司的股东，但通过投资关系、协议或者其他安排，能够实际支配公司行为的人。 【注意2】**所持表决权和所持股权不是一回事，持有股权不一定有表决权。**例如，甲公司在乙公司中持有10%的股权，如果乙公司准备为甲公司提供担保，在股东会或者股东大会表决时，甲公司应当回避，没有表决权。 | |

　 三、公司章程  
　　设立公司**必须**依法制定公司章程。

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 1 | 订立方式 | 有限责任公司 | **共同订立**，即由**全体股东**共同起草、协商制定公司章程 | |
| 股份有限公司 | **部分订立**，由股东或发起人中的部分成员负责起草、制定公司章程，再经其他股东或发起人签字同意 | |
| 一人公司 | **章程由股东制定** | |
| 国有独资公司 | 由**国有资产监督管理机构制定**，或者由**董事会制订**报国有资产监督管理机构批准 | |
| 2 | 形式 | 必须采用**书面**形式 | | |
| 3 | 效力 | 公司章程对**公司、股东、董事、监事、高级管理人员**具有约束力。 | | |
| 4 | 变更 | 有限责任公司 | 股东会会议作出决议必须经**代表2/3以上表决权的股东**通过。 |  |
| 股份有限公司 | 股东大会作出决议，必须**经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。** |  |
| 【注意】公司章程变更**涉及登记事项**的，向原公司登记机关**申请变更登记**。未涉及登记事项的，向原公司登记机关**备案**。 | | | | |

　四、公司的独立法人地位  
　　（一）公司的独立法人资格

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 公司的独立法人资格，即公司的独立主体资格。公司是否**拥有独立的财产**，能否**以自己名义独立承担责任**，是判断公司是否具有独立法人资格的标志。 |
| 公司法人**财产**制度 | 指**企业法人财产独立于股东而存在**，股东一经对公司出资或者购买公司股份，股东财产就转变为公司财产，为公司所有。 |
| 股东有限**责任**制度 | 1.股东仅以其**认缴的**出资额或**购买的股份**为限对公司承担责任； 2.公司以其**拥有的全部财产为限**对自己的债务承担责任； 3.公司债权人不可向股东追及。 |
| 【提示】**公司法人财产制度**和**股东有限责任制度**是公司企业制度的核心，是全部公司规则的基石。 | |

　　（二）公司法人人格否认制度  
　　1.法律规定  
　　（1）公司股东滥用股东权利**给公司**或者**其他股东**造成损失的，应当依法承担**赔偿责任**。  
　　（2）公司股东滥用公司法人独立地位和股东有限责任，逃避债务，严重损害公司**债权人利益的**，应当对公司债务承担连带责任。  
　　（3）一人有限责任公司的股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对**公司债务**承担连带责任。  
　　2.构成要件  
　　（1）行为主体必须是**股东**或者**关联公司**。  
　　（2）行为人必须有逃避债务的行为。  
　　（3）对债权人利益造成了严重损害，具体表现为**公司财产不足以清偿债权人债务**。  
　　3.公司人格否定的情形  
　　（1）利用公司设立、变更或者解散逃避债务；  
　　（2）母公司对子公司的无度操纵、干预；  
　　（3）股东与公司财产混同、业务混同造成人格混同。主要包括人员、业务、财务等方面交叉或混同。

## 第二节 公司基本制度

一、公司董事、监事、高级管理人员  
　　（一）高管人员界定  
　　高级管理人员，是指公司的：  
　　（1）经理；  
　　（2）副经理；  
　　（3）财务负责人；  
　　（4）上市公司董事会秘书；  
　　（5）公司章程规定的其他人员。

　　（二）**董、监、高的任职资格**   
　　有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、高级管理人员：  
　　（1）无民事行为能力或者限制民事行为能力。（**无能力**）  
　　（2）个人所负数额较大的债务“到期未清偿”。（**信用记录不良**）  
　　（3）因贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产或者破坏社会主义市场经济秩序，被判处刑罚，“执行期满”未逾5年；或者因犯罪**被剥夺政治权利**，“执行期满”未逾5年。（**经济犯罪**+未逾**5年**）  
　　【**关注**】处被剥夺政治权利，不看罪行类别，一律5年；未处被剥夺政治权利，看是否属“经济”犯罪。  
　　（4）担任破产清算的公司、企业的董事或者厂长、经理，对该公司、企业的破产负有“个人责任”的，自该企业破产清算“完结”之日起未逾3年。（**破产+个人责任+3年**）  
　　（5）担任因违法被吊销营业执照、责令关闭的公司的法定代表人，并负有“个人责任”的，自该公司被吊销营业执照之日起未逾3年。（**关闭+个人责任+3年**）  
　　【**提示**】董事、监事、高级管理人员在任职期间出现无民事行为能力或者限制民事行为能力的，公司应当**解除其职务**。

　　（三）义务【2013年单选】  
　　董事、高级管理人员不得有下列行为：  
　　（1）挪用公司资金；  
　　（2）将公司资金以其个人名义或者以其他个人名义开立账户存储；  
　　（3）违反公司章程的规定，**未经股东会、股东大会**或者**董事会**同意，将公司资金借贷给他人或者以公司财产为他人提供担保；  
　　（4）违反公司章程的规定或者**未经股东会、股东大会同意**，与本公司订立合同或者进行交易；  
　　（5）未经**股东会**或者**股东大会同意**，利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会，自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务；  
　　（6）接受他人与公司交易的佣金归为己有；  
　　（7）擅自披露公司秘密；  
　　（8）违反对公司忠实义务的其他行为。  
　　董事、高级管理人员违反前款规定所得的**收入应当归公司所有**。——通过股东代位诉讼

（四）责任  
　　董事、监事、高级管理人员执行公司职务时违反法律、行政法规或者公司章程的规定，给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。

　　二、公司设立  
　　【提示】为方便学习，将有限责任公司和股份公司对比讲授  
　　（一）公司设立方式（P249-251、P257-260）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 有限责任公司 | 发起设立 | 发起人**认购**公司的**全部股份**而设立的公司 |
| 股份有限公司 | 发起设立 |
| 募集设立 | 指由发起人**认购**公司发行股份的**一部分**，其余股份向社会公开募集或者向特定对象募集 |

　　（二）公司设立条件（P249、P258）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 有限责任公司 | 股份有限公司【2014年多选】 |
| 人数 | **50个以下**股东出资设立。允许一人有限公司和国有**独资公司**存在。 | **2人以上200人以下**为发起人，其中须有半数以上的发起人在中国境内有住所。 |
| 股东（发起人）要求 | 自然人、法人、非法人组织以及中国人和外国人都可以成为发起人，但是，无民事行为能力人和限制民事行为能力人、国家公职人员、受到竞业禁止的人不宜成为发起人。 | |
| 出资方式 | 货币、实物、知识产权、土地使用权等，可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资，但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。 | |
| 有符合公司章程的股东认缴的出资额或发起人认购的股本总额或募集的实收股本总额 | —— | 发起方式设立：发起人书面认足股份；缴清股款； 非货币财产出资的，办理其财产权的转移手续。 |
| 募集方式设立：发起人**认购的股份不得少于公司股份总数的35%**，但另有规定的，从其规定。 |
| 制定章程 | 由股东共同制定 | 发起方式设立的，发起人制定； |
| 募集方式设立的，发起人制订后，经创立大会通过。 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 公司名称 | 公司名称应当符合国家有关规定。**公司只能使用一个名称**。 | |
| 组织机构 | 应当设立股东会、董事会和监事会，但在公司规模较小、股东人数较少的情况下，可以不设立董事会或者监事会。只需设立1名执行董事或1-2名监事。一人公司和国有独资公司不设股东会。 | **必须设立**股东大会、董事会和监事会 |
| **有公司住所** | **公司以其主要办事机构所在地为住所。** | |

　　（三）设立责任

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 1.违约责任 | 股东不缴纳出资的或非货币财产实际价值显著低于公司章程所定价额的【知识点六出资不实的责任】 | 有限责任公司 | ◆向公司足额缴纳（补足），**其他发起人**承担连带责任 ◆向已缴股东承担违约责任 | |
| 股份有限公司 | 发起方式设立：按照发起人协议承担违约责任 | |
| 募集方式设立：向公司补缴，其他发起人承担连带责任 | |
| 2.损害赔偿责任 | 发起人**过失**致使公司利益受损 | | 发起人对公司承担赔偿责任 |  |
| 因履行公司设立职责**造成他人损害** | 公司成立后 | 公司承担侵权赔偿责任 | |
| 公司未成立的 | 全体发起人承担连带赔偿责任 | |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 3.合同责任 | 发起人**为设立公司以自己名义**订立的合同 | **原则上应当由发起人**承担合同责任。 |
| 公司成立后确认或公司已实际成为合同主体+相对人要求公司承担责任的，公司承担合同责任。 |
| 设立阶段以设立中公司名义对外签订合同 | **原则上由成立后的公司**承担合同责任。 |
| 公司成立后有证据证明发起人利用设立中公司的名义为自己的利益与相对人签订合同，发起人承担责任，但相对人为善意的除外。 |
| 4.公司**未设立**责任 | 外部责任 | 发起人对设立公司行为所产生的费用和债务**向债权人**承担**连带清偿责任** |
| 对**认股人已缴纳的股款，负返还股款并加算银行同期存款利息**的连带责任 |
| 内部责任 | （1）按照约定的责任承担比例分担责任；（2）没有约定责任分担比例的，按约定的出资比例分担；（3）没有约定出资比例的，按均等份额分担。 |

　 三、公司的组织机构

　　（一）股东会（股东大会）  
　　1.组成、职权及表决  
　　有限责任公司股东会，股份有限公司的股东大会均**由全体股东**组成，**是公司的权力机构**。

|  |  |
| --- | --- |
| 职权 | （1）决定公司的经营方针和投资计划； |
| （2）选举和更换非由职工代表担任的董事、监事，决定有关董事、监事的报酬事项； |
| （3）审议批准董事会的报告； |
| （4）审议批准监事会或者监事的报告； |
| （5）审议批准公司的年度财务预算方案、决算方案； |
| （6）审议批准公司的利润分配方案和弥补亏损方案； |
| （7）**对公司增加或者减少注册资本作出决议**； |
| （8）对发行公司债券作出决议； |
| （9）**对公司合并、分立、解散、**清算**或者变更公司形式作出决议**；【2013、2016年综合】 |
| （10）**修改公司章程**； |
| （11）公司章程规定的其他职权。 |
| 表决 | 上述职权中的（7）（9）（10）为特别决议，必须经代表2/3以上表决权的股东通过。 【提示】第（9）中的清算是一般决议，不是特别决议。 |

　　【注意】对于股东会决议，有限责任公司股东大会的决议，必须**所持表决权**的**过半数**或**经代表**2/3以上表决权的股东通过。股份有限公司股东大会的决议，必须**经出席会议**的股东**所持表决权**过半数（或2/3）通过。

　　2.股东会会议（含股份有限公司）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 有限责任公司 | 股份有限公司 |
| 定期会议 | 按照公司**章程的规定**按时召开 | 股东大会应当每年召开一次年会 |
| 临时会议 【2013、2016年综合各2题】 | **有权人**提议召开。 （1）代表**1/10**以上表决权的股东； （2）**1/3**以上的董事； （3）**监事会**或不设监事会的公司的**监事。** | （1）董事人数不足法律规定人数（5至19人）或者公司章程所定人数的2/3时； （2）公司未弥补的亏损达实收股本总额1/3时； （3）单独或者合计持有公司10%以上股份的股东请求时； （4）董事会认为必要时； （5）监事会提议召开时； （6）公司章程规定的其他情形。 【注意】（1）（2）为法定情形。 |

　　3.股东会与股东大会的召集与主持

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 股东会 | 首次股东会 | | 由**出资最多的股东**召集和主持； |
| 后续会议 | 设董事会的 | 董事会召集；董事长＞副董事长＞半数以上董事共同推举1名董事主持 |
| 不设董事会的 | 执行董事召集并主持 |
| 董事会或执行董事不履行职责的 | 监事会或监事召集并主持＞代表1／10以上表决权的股东自行召集并主持 |
| 股东大会 | | 董事会**召集**，董事长**主持**。董事长＞副董事长＞半数以上董事共同推举1名董事；监事会（**召集并主持**）＞连续90日以上单独或者合计持有公司10%以上股份的股东（**召集并主持**） | |
| **【注意】**股东不能参加股东会的，可以**书面委托他人**参加，但受托人不一定是股东。 | | | |

　　（二）董事会（执行董事）及经理  
　　1.董事会的职权  
　　董事会是有限责任公司的**业务执行**和**经营活动决定**机关，对股东会负责。  
　　董事会主要行使下列职权：【2012、2013年单选，2016年多选】

|  |  |
| --- | --- |
| （1）召集股东会会议，并向股东会报告工作； | 【**注意**】（3）（8）（9）（10）为决定权。 （4）（5）（6）（7）仅为制订权，制订后还需报股东会批准。 |
| （2）执行股东会的决议； |
| （3）**决定**公司的**经营计划**和**投资方案**； 【**注意**】决定公司的**经营方针**和**投资计划**是股东会的权力 |
| （4）**制订**公司的年度财务预算方案、决算方案； |
| （5）**制订**公司的利润分配方案和弥补亏损方案 |
| （6）**制订**公司增加或者减少注册资本以及发行公司债券的方案； |
| （7）**制订**公司合并、分立、解散或者变更公司形式的方案； |
| （8）**决定**公司内部管理机构的设置； |
| （9）**决定**聘任或者解聘公司经理及其报酬事项，并根据经理的提名决定聘任或者解聘公司副经理、财务负责人及其报酬事项； |
| （10）**制定**公司的基本管理制度； |
| （11）公司章程规定的其他职权。 |

　　【提示】董事会的一般职权是“**制订方案**”，考生应重点关注董事会有权“**决定**”的事项：  
　　（1）决定公司的**经营“计划”和投资“方案”**。（注意股东大会决定**经营“方针”和投资“计划”）**  
　　（2）决定公司“内部管理机构”的设置。  
　　（3）决定“聘任或者解聘公司经理及其报酬事项”；根据经理的提名，聘任或者解聘公司副经理、财务负责人，并决定其报酬事项。  
　　（4）制定公司的基本管理制度。

　　2.董事会的组成

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 有限责任公司 | 国有独资公司 | 股份有限公司 |
| 人数 | **3-13人** | | **5-19人** |
| 职工代表 | （1）两个以上的**国有**企业或者其他两个以上的**国有投资主体**投资设立：“**应当**”有职工代表 （2）其他有限责任公司：“**可以**”有职工代表 | （1）**应当有**公司职工代表 （2）**职工代表**由公司职工代表大会选举产生 （3）**其他成员**由国有资产监督管理机构委派 | **可以**有职工代表 【提示】董事会中的职工代表由公司职工通过职工代表大会、职工大会或者其他形式民主选举产生。 |
| 董事长 | 董事长、副董事长的产生办法由公司**章程**规定 | 董事长、副董事长由国有资产监督管理机构从董事会成员中“**指定**” | 董事长和副董事长由董事会**以全体董事的过半数选举产生** |
| 次数 | 章程决定 | 1年1次 | 1年至少2次 |
| 召集和主持 | 董事长＞副董事长＞半数以上董事共同推举1名董事 | | |
| 任期 | 每届任期**不得超过3年**，连选可以连任。 | | |
| 【**注意**】任期届满未及时改选，或者董事在任期内辞职导致董事会成员低于法定人数的（低于3人或5人时），在改选出的董事就任前，原董事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行董事职务。 | | |
| 表决 | 实行一人一票【2016年多选】 | | |

　　3.股份有限公司董事会召开与表决的特殊规定（P261）  
　　（1）董事会会议应**有过半数的董事出席方可举行。董事会作出决议**，必须经**全体董事的过半数**通过。  
　　如有10名董事，6人出席方可举行，6人全票通过才可通过。  
　　（2）董事会会议，应由董事本人出席；董事因故不能出席，可以**书面委托其他董事**代为出席，委托书中应载明授权范围。  
　　（3）董事会的决议违反法律、行政法规（P239：确认决议无效诉讼权）或者公司章程（P239：撤销决议诉讼权）、股东大会决议，致使公司遭受严重损失的，“**参与决议**”的董事对公司负赔偿责任；但经证明在表决时曾**“表明异议”并“记载于会议记录**”的，该董事可以免责。

　　4.经理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 公司分类 | 经理设立 | 聘任 |
| 有限责任公司 | **可以**设经理 | 由董事会决定聘任或者解聘 |
| 股份有限公司 | 设经理 |

　　（三）监事会（监事）（含股份有限公司）  
　　1.组成、任期、限制等

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 有限责任公司 | 国有独资公司 | 股份有限公司 |
| 人数 | **不得少于3人** | **不得少于5人** | **不得少于3人** |
| 代表 | 监事会**应当**包括职工代表，职工代表的比例**不得低于1/3** | | |
| 主席 | 全体监事**过半数选举**产生 | 监事会主席由国有资产监督管理机构“**指定**” | 全体监事**过半数选举**产生 |
| 任期 | 任期**3年**，连选可以连任 | | |
| 会议 | 每年度至少召开一次，监事可以提议召开临时监事会会议 | | 每6个月**至少**开一次 |
| 【注意】监事任期届满未及时改选，或者监事在任期内辞职导致监事会成员低于法定人数的，在改选出的监事就任前，原监事仍应当依照法律、行政法规和公司章程的规定，履行监事职务。 | | | |

1. 监事会（不设监事会的监事）的职权  
   　　（1）检查公司财务；  
   　　（2）对董事、高级管理人员执行公司职务的行为进行监督，对违反法律、行政法规、公司章程或者股东会决议的董事、高级管理人员提出罢免的建议；  
   　　（3）当董事、高级管理人员的行为损害公司的利益时，要求董事、高级管理人员予以纠正；  
   　　（4）提议召开临时股东会会议，在董事会不履行本法规定的召集和主持股东会会议职责时召集和主持股东会会议；  
   　　（5）向股东会会议提出提案；  
   　　（6）依照公司法的规定，对董事、高级管理人员提起诉讼；  
   　　（7）列席董事会会议，并对董事会决议事项提出质询或者建议；  
   　　（8）发现公司经营情况异常，可以进行调查；必要时，可以聘请会计师事务所等协助其工作，费用由公司承担；  
   　　（9）公司章程规定的其他职权。

四、公司的变更与解散  
　　（一）公司的变更  
　　1.公司的合并与分立

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 方式 | 含义 | 程序 | 分类后果 |
| 公司合并 | 吸收合并 （兼并） | A+B=A | 是股东会决议事项之一。有限公司：代表2/3以上表决权的股东通过；股份公司：需经出席会议的股东所持表决权的2/3以上通过。 | 合并各方的债权、债务由合并后存续的公司或者新设的公司承继。 |
| 新设合并 （创立合并） | A+B=C |
| 控股合并 | 持股已达控股比例的合并 |
| 公司分立 | 新设分立 | A=B+C | 公司分立前的债务由分立后的公司**承担连带责任**。但是，公司在分立前与**债权人**就债务清偿达成的书面协议另有约定的除外。 |
| 派生分立 | A=A+B |

　　2.公司的增资与减资

|  |  |
| --- | --- |
| 公司增资 | 必须由**股东大会（股东会）会议**作出决议；向登记机关办理变更登记。 |
| 公司减资 | 应当由**董事会（执行董事）制订减资方案**，提交**股东大会（或股东会）决议**。 （1）通知和公告。自作出减资决议之日起10日内通知债权人，并于30日内在报纸上公告。 （2）办理变更登记。自公告之日起45日后申请变更登记。 （3）提交公司在报纸上登载公司减资公告的有关证明和公司债务清偿或者债务担保情况的说明。 |

　　（二）公司的解散

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 公司解散的原因 | 公司免予解散而存续 | 解散的法律后果 |
| 公司**章程**规定的营业期限届满或者公司章程规定的其他解散事由出现 | 通过修改公司章程而存续。有限公司须经**持有2/3以上表决权的股东通过**，股份公司须经**出席股东大会会议的股东所持表决权的2/3以上**通过 | 1.除合并、分立豁免清算外，其他解散应当进行清算。 2.解散的公司，其**法人资格仍然存在**，但公司的权利能力仅限于清算活动必要的范围内。公司清算完毕，**由注册登记机关办理注销登记后，公司法律人格消失**。 |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 公司解散的原因 | 公司免予解散 | 解散的法律后果 |
| 股东会或者股东大会决议解散 | 注意：2/3通过 | 1.除合并、分立豁免清算外，其他解散应当进行清算。 2.解散的公司，其**法人资格仍然存在**，但公司的权利能力仅限于清算活动必要的范围内。公司清算完毕，**由注册登记机关办理注销登记后，公司法律人格消失**。 |
| **因公司合并或者分立**需要解散 |
| 被吊销营业执照、责令关闭或者被撤销 |  |
| 公司**经营管理发生严重困难**，继续存续会使股东利益受到重大损失，通过其他途径（如重整）不能解决的，持有公司全部股东表决权10%以上的股东，可以请求人民法院解散公司。 |

五、公司资本  
　　（一）公司资本概述  
　　1.公司资本三原则

|  |  |
| --- | --- |
| 资本确定原则 | 公司设立时，**必须在章程中对公司的资本总额予以明确并载明，认足或募足资本的最低限额**，否则公司不能成立。 |
| 资本维持原则 | 是指公司在其存续过程中，应当经常保持与其资本额相当的财产。 （1）股东在公司登记成立后不得**抽逃出资**。见（四）出资责任 【提示】有限责任公司的股东在公司登记成立后不得抽逃出资。股份有限公司的发起人、认股人缴纳股款或者交付抵作股款的出资后，除未按期募足股份、发起人未按期召开创立大会或者创立大会决议不设立公司的情形外，不得抽回其股本。 （2）股票发行价格可以按照票面金额，也可以超过票面金额，但不得低于票面金额。 （3）公司不得收购本公司的股份。“除外情形”见下表 （4）公司不得接受本公司股票作为质押权标的。——防止变相回购 |
| 资本不变原则 | 公司资本总额一旦确定，非经**法定程序**，不得任意变动。 |

　　2.公司可以回购本公司股票的情形（资本维持原则的例外）

|  |  |
| --- | --- |
| 回购本公司股票的法定情形 | 注销的时间 |
| 减少公司注册资本 | 应当自收购之日起**10日内**注销 |
| 与持有本公司股份的其他公司合并 | 应当在**6个月内转让**或者**注销** |
| 将股份奖励给本公司职工 | 不得超过本公司已发行股份总额的5%，所收购的股份应当在**1年内转让**给职工 |
| 股东因对股东大会作出的公司合并、分立决议持异议，要求公司收购其股份的 | 应当在**6个月内转让或者注销**（**见257页异议股东股份回购转让**） |

　　（二）注册资本  
　　1.注册资本的含义

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 有限责任公司 | 在公司登记机关依法**登记的全体股东“认缴”**的出资额 | |
| 股份有限公司 | 发起设立方式设立 | 在登记机关登记的**全体发起人“认购”**的股本总额 |
| 募集设立方式设立 | 在公司登记机关依法登记的**“实收”股本**总额 |

　　2.注册资本要求

|  |  |
| --- | --- |
| 缴纳时间 | （1）除法律、行政法规以及国务院决定对公司注册资本**实缴另有规定的外**，公司股东（发起人）**自主约定**认缴出资额、出资方式、出资期限等，并记载于公司章程。 （2）目前，注册资本**需要“实缴”**的有**银行、证券、保险**和**募集设立的股份公司**等 |
| 缴纳形式 | （1）不限制公司设立时股东（发起人）的首次出资比例； （2）不限制股东（发起人）的货币出资比例 |
| 最低限额 | （1）除另有规定的外，取消了有限责任公司（一人有限责任公司）和股份有限公司最低注册资本的限制； （2）目前，**银行、证券、保险、劳务派遣公司等，有最低限额要求** |

## 第三节 有限责任公司与股份有限公司

　一、有限责任公司的特殊形式  
　　（一）一人有限责任公司【2012年多选】

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 只有**一个自然人**股东或者**一个法人股东**的有限责任公司。（与个人独资企业不同） |
| 限制 | **一个自然人只能投资设立一个一人有限责任公司。该一人有限责任公司不能投资设立新的一人有限责任公司。** |
| 股东会 | 不设股东会，章程由股东制定。 |
| 公司法人人格否认制度 | 股东不能证明公司财产独立于股东自己的财产的，应当对公司债务承担连带责任。 |

　　（二）国有独资公司【2012年单选】

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 指**国家单独出资、**由国务院或者地方人民政府授权本级人民政府国有资产监督管理机构履行出资人职责的有限责任公司。 |
| 章程制定 | 由**国有资产监督管理机构**制定，或者由董事会制订报国有资产监督管理机构批准。 【**注意**】有限责任公司：股东共同制定；股份公司：发起人制定。 |
| 股东会 | 不设股东会，由国有资产监督管理机构行使股东会职权。 |
| 董事会 | 国有资产监督管理机构可以授权公司董事会行使股东会的部分职权，决定公司的重大事项，**但公司的合并、分立、解散、增加或者减少注册资本和发行公司债券，必须由国有资产监督管理机构决定**。 |
| 重要事项的审核 | 重要的国有独资公司**合并、分立、解散、申请破产的**，由国有资产监督管理机构审核，报**本级人民政府批准**。 |

　　二、股权转让  
　　（一）有限责任公司的股权转让  
　　1.转让方式  
　　（1）**股东之间可以相互转让**其全部或者部分股权。  
　　（2）股东向股东**以外的人转让股权**，应当经**其他**股东**过半数**（不包含本数）同意。股东应就其股权转让事项书面通知其他股东征求同意：（**同意：转让。不同意：购买；30日内不答复：视为同意转让**）  
　　经股东同意转让的股权，在同等条件下，其他股东有优先购买权。两个以上股东主张行使优先购买权的，**协商确定**各自的购买比例；协商不成的，按照**转让时各自的出资比例**行使优先购买权。

　　（3）人民法院依法强制转让  
　　①强制执行程序转让股东的股权时，应当通知公司及全体股东。  
　　②其他股东在同等条件下有优先购买权。  
　　③**20日内**不行使优先权的，视为放弃。  
　　（4）继承转让  
　　自然人股东死亡后，其合法继承人可以继承股东资格，从而取得股权。  
　　（5）异议股东股份回购转让  
　　【知识点九】股东诉讼中已讲授  
　　2.转让股权后应当履行的手续  
　　转让股权后，公司应当**注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书**，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。

　　（二）股份有限公司的股份转让（P262）  
　　1.转让方式及场所  
　　（1）**记名股票**转让。由股东**以背书方式**或者法律、行政法规规定的其他方式转让；转让后由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册。  
　　**【注意】股东大会召开前20日内**或者公司**决定分配股利的基准日前5日内，**不得进行股东名册的变更登记。  
　　（2）无记名股票的转让。由股东将该股票**交付给受让人后**即发生转让的效力。  
　　（3）股东转让其股份，应当在依法设立的**证券交易场所**进行或者按照国务院规定的其他方式进行。

　　2.对特殊主体股份转让的限制（P262）  
　　（1）**发起人**持有的本公司股份，自**公司成立之日起1年内**不得转让。  
　　（2）公司公开发行股份前已发行的股份，自公司股票在证券交易所**上市交易之日起1年内**不得转让。  
　　  
　　3.公司董事、监事、高级管理人员应当向公司申报所持有的本公司的股份及其变动情况。  
　　（1）**在任职期间每年转让的股份不得超过其所持有本公司股份总数的25%**；  
　　（2）所持本公司股份自公司股票**上市交易之日起1年内**不得转让。  
　　（3）上述人员**离职后半年内**，不得转让其所持有的本公司股份。

　 三、股东出资  
　　（一）出资方式

|  |  |
| --- | --- |
| 总体规定 | 股东可以用**货币**出资，也可以用**实物、知识产权、土地使用权**等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产出资；但**不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权**或者**设定担保的财产**等作价出资。 |
| 1.货币出资 | （1）有限责任公司股东，应当将货币出资**足额存入**公司在银行开设的账户； （2）股份有限公司发行股份的**股款缴足后**，须经依法设立的验资机构验资并出具证明。 |
| 2.非货币财产出资 | （1）应当**评估作价，核实财产**，依法办理财产权的转移手续。 （2）**评估作价时，不得高估或者低估作价** |

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 3.股权出资 | 股权出资条件 | （1）由出资人**合法持有并依法可以转让**； （2）**无权利瑕疵**或者**权利负担**； （3）出资人**已履行**股权转让的法定手续； （4）出资的股权已依法**进行了价值评估**。 【注意】评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，法院应认定出资人未依法全面履行出资义务。 |
| 股权出资限制 | 具有下列情形的，股权不得用作出资： （1）股权所在公司注册资本尚未缴足；（2）已被设立质权；（3）已被冻结；（4）股权所在公司章程约定不得转让；（5）法律、行政法规或者国务院决定规定，转让股权应当批准而未经批准；（6）法律、行政法规或者国务院决定规定不得转让的其他情形 |
| 4.债权出资 | 应符合条件之一 | （1）**债权人已经履行**债权所对应的合同**义务**，且不违反法律、行政法规、国务院决定或者公司章程的禁止性规定； （2）经人民法院生效裁判或者仲裁机构裁决确认； （3）公司破产重整或者和解期间，列入经人民法院批准的重整计划或者裁定认可的和解协议。 【提示1】用以转为公司股权的债权有两个以上债权人的，债权人对债权应当作出分割。 【提示2】债权转为公司股权的，公司应当增加注册资本。 |

　　（二）出资责任  
　　1.虚假出资

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1） | 有限责任公司股东不按规定缴纳出资 | ①对公司：股东**向公司**足额缴纳  ②对其他股东：向已缴股东承担违约责任；  ②对公司债权人：公司设立时的其他股东承担连带责任。 |
| **股份公司**认股人未按期缴纳所认股份+发起人**催缴**后仍未缴纳，发起人另行募集 | 该募集行为有效+赔偿公司损失 |
| （2） | 公司设立时未履行或未全面履行出资义务 | ①全面履行出资义务（对公司） ②在未出资本息范围内对公司债务承担补充赔偿责任  ③公司发起人与未出资股东承担连带责任 |
| （3） | 公司增资时未履行或未全面履行出资义务 | ①向公司依法全面履行出资义务；  ②在未出资本息范围内对公司债务承担补充赔偿责任； ③未尽忠实义务和勤勉义务而使出资未缴足的**董事、高级管理**人员**承担相应责任** |
| （4） | 限制其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利 |  |

　　2.出资不实

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 出资人的出资情形 | 法律责任 |
| （1） | 实际价额显著低于公司章程所规定价额 | ◆交付该出资的股东或发起人补足其差额； ◆**公司设立时**的**其他股东**或发起人**承担连带责任** |
| （2） | 以非货币财产出资，未依法评估作价 | 委托评估机构对该财产评估作价。评估确定的价额显著低于公司章程所定价额的，认定出资人未依法全面履行出资义务。 |
| （3） | 出资时符合法定条件；**出资后，**因市场变化或者其他客观因素导致出资**财产贬值** | 除另有约定外，出资人不需要承担责任 |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| （4） | 以不享有处分权的财产出资 | 按《物权法》善意取得制度处理 | |
| 以贪污、受贿、侵占、挪用等违法犯罪所得的货币出资后取得股权 | 对违法犯罪行为追究、处罚时，采取拍卖或者变卖的方式处置其股权 | |
| （5） | 以划拨土地使用权出资，或者以设定权利负担的土地使用权出资 | 责令其在合理期间内办理土地变更手续或者解除权利负担；逾期未办的，应当认定出资人未依法全面履行出资义务 | |
| （6） | 以房屋、土地使用权或者需要办理权属登记的知识产权等财产出资 | **已交付**公司使用但**未办理权属变更手续** | ①指定期间办理了手续，认定其已履行了出资义务 ②自实际交付财产使用时享有相应股东权利 |
| 已办理权属变更手续但未交付给公司使用 | 责令其向公司交付，在**实际交付之前不享有**相应股东权利 |

　　3.抽逃出资

|  |  |
| --- | --- |
| 法律规定 | 公司成立后，股东不得抽逃出资。——资本维持原则的体现 |
| 对抽逃出资的认定：【2013年单选】 | （1）通过虚构债权债务关系将其出资转出； （2）制作虚假财务会计报表虚增利润进行分配； （3）利用关联交易将出资转出； （4）其他未经法定程序将出资抽回的行为。 |
| 抽逃出资的法律责任 | （1）股东抽逃出资，应当**返还出资本息**；**协助抽逃**出资的其他股东、董事、高级管理人员或者实际控制人对此**承担连带责任**。——对公司的责任 （2）**在抽逃出资本息范围内**对公司债务不能清偿的部分承担**补充赔偿责任**；协助抽逃的对此承担连带责任。——对债权人的责任 （3）合理限制其利润分配请求权、新股优先认购权、剩余财产分配请求权等股东权利。 （4）经催告，其在合理期间内仍未缴纳或者返还出资，解除其股东资格。 |

　　四、股东的资格  
　　1.股东概念及特征

|  |  |
| --- | --- |
| 概念 | （1）对公司出资并享有权利、承担义务的人。 （2）除国家有禁止或限制的特别规定外，有权代表国家投资的**政府部门或机构、企业法人、具有法人资格的事业单位**和**社会团体、自然人**均可以成为公司股东。 |
| 特征 | （1）在公司章程上被记载为股东，并在公司章程上签名盖章； （2）向公司投入章程中承诺的资产，并实际履行了出资义务； （3）工商行政机关登记的公司文件中列名为股东； （4）公司成立后取得公司签发的出资证明书； （5）被载入公司股东名册； （6）在公司中享有资产受益、重大决策和选择管理者等权利。 |

　　2.股东资格取得

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 原始取得 | 设立取得 | 实际缴纳出资+公司设立 | |
| 增资取得 | 有限责任公司 | 股东会经代表2／3以上表决权的股东作出增资协议+缴纳出资 |
| 股份有限公司 | 股东大会决议+有权机关批准+出资 |
| 继受取得 | 转让、继承、赠与、**公司合并** | | |

　　3.股东资格丧失

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 指股东因法定原因或法定程序而丧失股东身份 |
| 法定情形 【2017年单选】 | （1）公司法人资格消灭，如解散、破产、被合并； （2）自然人股东死亡或法人股东终止； （3）股东将其所持有的股权转让； （4）股权被人民法院强制执行； （5）法律规定的其他情形。 |

五、股东权利  
　　（一）财产权

|  |  |
| --- | --- |
| 利润分配权 | 有限责任公司的股东**按照实缴的出资比例**分配利润。股份有限公司按照**持有的股份比例**分红。 |
| 优先认购权 | 公司成立后**增加注册资本时**股东的权利。有限责任公司增资时，股东有权优先**按实缴的出资比例**认缴出资，全体股东约定不按出资比例优先认购的除外。股份公司增资时，股东大会应作出决议。 |
| 股权（股份）转让权 | 指股东可以通过向**其他股东或第三人**转让股权或股份将出资变现，取得现款。 |
| 股权优先购买权 | 股东向第三人转让股权时，其他股东享有优先购买的权利。该权利只适应于**有限责任公司股东**。【规则见股权转让】 |
| 请求收购股权 （股份）权 | 【见257页异议股东股份回购转让】 |
| 剩余财产分配权 | 在公司**清算有剩余财产**情况下股东享有的权利。 |
| 股权继承权 | **有限责任公司**的**自然人股东**死亡后，其合法继承人可以继承股东资格；但是，公司章程另有规定的除外。 |

　　（二）参与决策权

|  |  |
| --- | --- |
| 1.参加股东会议权 | 有限责任公司股东会由全体股东参加；股份有限公司召开股东大会会议需提前通知各股东。 |
| 2.决议事项表决权 | 股东会或者股东大会会议决议必须通过股东投票表决才有效力。 |
| 3.委托表决权 | ◆有限责任公司：股东能否委托代理人，视公司章程规定而定； ◆股份有限公司：股东可以**委托代理人**出席股东大会会议，代理人应当向公司提交股东授权委托书，并在授权范围内行使表决权。 |
| 4.选举更换董事、监事权 | 选举和更换**非由职工代表担任**的董事、监事的权利；【规则见股东会权利】 |

|  |  |
| --- | --- |
| 5.提议召开临时股东会议 | 代表1/10以上表决权（单独或合计持有10%以上股份）的股东有权提议召开股东会临时会议 |
| 6.召集和主持股东会议权 | 特殊情况，代表1/10以上表决权（连续90日以上单独或合计持有10%以上股份）的股东自行召集主持 |
| 7.临时提案权 | 单独或者合计持有公司**3%以上**股份的股东，可以在股东大会召开10日前提出临时提案并书面提交董事会；董事会应当在收到提案后2日内通知其他股东，并将该临时提案提交股东大会审议。 |
| 8.提议召开董事会临时会议权 | 股份公司董事会每年至少召开2次定期会议；代表1/10以上表决权的股东，有提议召开董事会临时会议的权利。 |
| 9.累积投票权 | 是指股东大会选举董事或者监事时，每一股份拥有与应选董事或者监事人数相同的表决权，股东拥有的表决权可以集中使用。 |
| 10.股东决策权 | **一人有限责任公司**不设股东会。股东会的全部职权由股东一人行使。股东会作出决定，应当采用书面形式。 |

　　（三）知情权

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1.股东会议知情权 | 定期会议 | >>有限责任公司，召开**15日前通知**全体股东（章程或全体股东另有约定除外）。 >>股份有限公司，召开**20日前**通知各股东 |
| >>临时股东大会，于会议召开15日前通知各股东； | |
| >>发行无记名股票的，于会议召开30日前公告。 | |
| 2.查阅、复制公司重要文件权 | >>有限责任公司股东有权**查阅、复制**公司章程、股东会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议和财务会计报告。 >>股份有限公司股东有权**查阅**公司章程、股东名册、公司债券存根、股东大会会议记录、董事会会议决议、监事会会议决议、财务会计报告，对公司的经营提出建议或者质询。 | |
| 3.查阅会计账簿权 | ◆**有限责任公司**股东查阅公司会计账簿，需**书面请求**公司同意。 ◆公司拒绝的，股东可以向人民法院起诉，要求公司提供查阅。【见知识点九中5.査阅会计账簿诉讼权】 | |
| 4.报酬知情权 | 股份有限公司应当定期向股东披露董事、监事、高级管理人员从公司获得报酬的情况。 | |

　　（四）诉讼权

　　（一）股东诉讼的种类

　　（二）股东提起诉讼的四种类型

|  |  |
| --- | --- |
| 股东与股东的诉讼 | （1）出资违约诉讼权 （2）填补出资诉讼权 |
| 股东与公司的诉讼 | （1）股东（大）会或董事会决议撤销或无效诉讼 （2）涉及股东知情权的诉讼 （3）涉及公司股权收购的诉讼 |
| 股东与公司董事、监事、经理等高管的诉讼 | （1）股东直接诉讼 （2）股东代位或代表诉讼 |
| 股东与第三方当事人的诉讼 | 对公司债务人、侵权人的诉讼，也属于股东代位或代表诉讼的范畴 |

　　（三）股东诉讼的具体形式

|  |  |
| --- | --- |
| 1.对出资违约诉讼权 | 见设立责任（P251） |
| 2.填补出资诉讼权 | 见设立责任（P251） |

　　3.确认决议无效诉讼权与撤销决议诉讼权【2016年多选】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 违反法律、行政法规 | 违反公司章程 |
| 决议**内容** | **无效** | 可撤销 |
| 召集**程序**、表决**方式** | 可撤销 | 可撤销 |
| **【注意1】**“股东”没有持股限制，任何股东均可提起决议无效、撤销之诉。 **【注意2】股东**自决议作出之日起60日内，请求法院撤销。 **【注意3】**股东提起诉讼的，法院可应公司的请求，要求股东提供相应担保。 | | |

　　4.査阅会计账簿诉讼权  
　　股东要求查阅公司会计账簿而被公司以股东査阅会计账簿有不正当目的，可能损害公司合法利益为由拒绝提供查阅的，股东可以向人民法院起诉。  
　　5.请求公司收购股权诉讼权  
　　对**股东会决议**投反对票的股东，可以请求公司按照合理价格收购其股权：  
　　（1）公司**连续5年不向股东分配利润**，而公司该**5年连续盈利，**并且符合法律规定的分配利润条件的；  
　　（2）公司**合并、分立、转让主要财产**的；  
　　（3）公司章程规定的**营业期限届满**或者章程规定的其他**解散事由出现**，股东会会议通过决议修改章程使**公司存续**的。  
　　【注意1】**股份公司仅限于**对“合并、分立”决议持有异议。  
　　【注意2】自股东会会议决议通过之日起60日内，与公司不能达成股权收购协议的，可以自股东会会议决议通过之日起90日内向法院起诉。  
　　60日内先商议——商议不成，还有30日的起诉时间。

　　6.股东直接诉讼  
　　**董事、高级管理人员**违反法律、行政法规或公司章程，**损害股东利益**，**股东**可以依法向人民法院提起诉讼。

　　7.解散公司的诉讼

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 诉讼提起人 | 单独或者合计持有**公司全部股东表决权10%以上的**股东提起 | |
| 情形 | **持续2年以上**无法召开股东会或者股东大会 | 公司经营管理发生严重困难的 |
| **持续2年以上**不能作出有效股东会或股东大会决议 |
| 公司董事长期冲突，且无法通过股东会或者股东大会解决 |
| 经营管理发生其他严重困难，公司继续存续会使股东利益受到重大损失的情形 | |
| 法院不予受理的情形 【2012年单选、2013多选】 | （1）股东以**知情权、利润分配请求权**等权益受到损害，或者**公司亏损、财产不足以偿还全部债务**，以及**公司被吊销企业法人营业执照未进行清算**为由，提起解散公司诉讼的； （2）驳回后，同一理由再提诉讼 （3）解散公司之诉+申请法院清算之诉→清算之诉不受理 | |
| 管辖 | 公司住所地法院管辖（主要办事机构所在地，不明的，注册地） | |
| 当事人 | **公司为被告，其他股东为共同原告或第三人** | |
| 审理 | **先调解原则**，公司应当**自收购股份的调解书生效之日起6个月内将股份转让或者注销**。 | |

　　8.董事、监事、高级管理人员的派生诉讼权  
　　即针对公司利益受损，原本原告应为公司，但有权代表公司提起诉讼的人不提起诉讼时的无奈之举。

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 原告 | 适用情形 | 先诉请求 | 被请求人的作为 | 股东 |
| ▲有限公司股东 ▲**股份公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上的股东** | **董事、高管**违法、违规或违章，**给公司造成损失** | 书面请求**监事会/监事**（不设监事会的） | ▲**拒绝**起诉； ▲30日内未起诉； | **代位起诉** |
| **监事**违法、违规或违章，**给公司造成损失** | 书面请求**董事会/执行董事**（不设董事会的） |
| 情况紧急、不立即起诉公司利益将会受到难以弥补的损害 | ——— | | 直接起诉 |

　　9.对他人损害公司利益的派生诉讼权  
　　除董事、监事、高级管理人员外的自然人或者法人侵犯公司合法权益，给公司造成损失的，**有限责任公司的股东、股份有限公司连续180日以上单独或者合计持有公司1%以上**股份的股东可以依法向人民法院提起诉讼。  
　　【**提示**】与董事、监事、高级管理人员的派生诉讼权中的原告相同，只不过是给公司造成损失的人不同而已。  
　　10.对利用关联关系损害公司利益的派生诉讼权  
　　公司的控股股东、实际控制人、董事、监事、高级管理人员利用其关联关系损害公司利益给公司造成损失的，应当承担赔偿责任。公司对此不起诉要求赔偿的，**股东**享有派生起诉权。  
　　11.对滥用股东权利损害公司利益的派生的诉讼权  
　　公司股东违反法律、行政法规和公司章程规定，滥用股东权利给公司或者其他股东造成损失的，应当依法承担赔偿责任。公司对此不起诉要求赔偿的，股东享有派生起诉权。

# 第十一章　破产法律制度

## 第一节 破产法律制度概述

　一、破产和破产法  
　　（一）破产

|  |  |
| --- | --- |
| 定义 | 法律上使用的“破产”，是指债务人不能清偿到期债务时适用的一种**法律手段和法律偿债程序**。 |
| 特征 | 1.是债权实现的一种特殊形式。 2.是**在特定情况下**运用的一种偿债程序。即债务人不能清偿债务时的特殊偿债程序。 3.**目的是公平清偿**所欠债权人的债务。即同一顺位的债权人地位平等，受偿机会均等。 4.是**在人民法院的监督和指挥下完成**的债务清偿程序。 5.程序具有概括强制执行程序特征。 破产与民事执行都是保证债权人利益实现的程序，但普通民事执行程序是为**个别债权人利益**进行的，破产程序目的是保护**全体债权人的利益**。 |

　　（二）破产法

|  |  |
| --- | --- |
| 定义 | 破产法，是关于**债务人不能清偿到期债务**时，对其宣告破产，并在**法院的主持下**对其**全部财产**进行清理分配或进行重整、和解等程序的法律规范的总称。  我国**破产法律制度**=破产**清算**制度+破产**重整**制度+破产**和解**制度 |
| 适用范围 | 1.适用于**所有类型的企业法人**。  2.合伙、个人独资企业等**非法人组织**的破产清算也可**参照适用**； |
| 不适用 | 个体工商户、农村承包经营户、具有商事主体资格的自然人。 |

　　二、破产原因   
　　破产原因，也称破产界限，指认定债务人**丧失清偿能力，当事人得以提出破产申请，法院据以启动破产程序**、作出宣告破产所依据的法律事实。  
　　【注意】破产原因也是**和解程序与重整程序**开始的原因。

　　（一）判断标准  
　　1.**不能清偿到期债务**。指债务人以明示或默示的形式表示其不能支付到期债务。  
　　认定**不能清偿到期债务**应同时具备三个方面的条件：  
　　（1）债权债务关系**依法成立**。  
　　（2）债务履行**期限已经届满**。  
　　（3）债务人**未完全清偿债务**，即债务人**未清偿债务的状态客观存在**。不论债务人的客观经济状况如何，只要其没有完全清偿到期债务的，均构成不能清偿到期债务。

　　2.资产不足以清偿全部债务（内在）  
　　（1）指债务人的**实有资产不足以清偿全部债务**，即通常所说的“资不抵债”或“债务超过”；  
　　（2）偿还能力**仅以实有资产为限**，不考虑信誉、能力等可能影响债务人清偿能力的因素；  
　　（3）计算债务数额时，**不考虑是否到期**，均纳入总额之内。

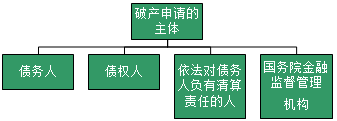
　　3.明显缺乏清偿能力（外在）  
　　（1）因**资金严重不足**或者**财产不能变现**等原因，无法清偿债务；  
　　（2）**法定代表人下落不明**且无其他人员负责管理财产，无法清偿债务；  
　　（3）经人民法院**强制执行，无法清偿**债务；  
　　（4）长期亏损且经营扭亏困难，无法清偿债务；  
　　（5）导致债务人丧失清偿能力的其他情形。

　　（二）适用

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 破产原因 | | 适用情况 |
| 债务人不能清偿到期债务 | **资产不足以清偿**全部债务 | （1）**债务人自己提出**破产申请； （2）资不抵债状况**通过形式审查即可判断**的案件。 |
| **明显缺乏清偿能力** | （1）**债权人提出**破产申请 （2）**债务人提出**破产申请但其资不抵债状况**通过形式审查不易判断**的案件。 |

## 第二节 破产案件的申请与受理

一、破产案件的申请  
　　（一）破产案件的管辖【2012年单选】  
　　1.破产案件由**债务人住所地**人民法院管辖。  
　　2.法院**受理破产申请后**，当事人提起的有关债务人的**民事诉讼案件**，由**受理破产申请的人民法院管辖。**  
　　【注意】有关债务人的**行政诉讼**或者**刑事诉讼**的管辖问题，则不受破产程序的影响。  
　　3.受理破产申请的人民法院,如对有关债务人的**海事纠纷、专利纠纷、证券市场因虚假陈述引发的民事赔偿纠纷**等案件不能行使管辖权的，可以由**上级**人民法院**指定管辖**。

　　（二）破产申请的主体【2012年单选】  
　　

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 申请人 | 申请条件 | 申请种类 |
| 债务人 | 债务人不能清偿到期债务+资产不足以清偿全部债务/明显缺乏清偿能力 | 提出**重整、和解或者破产清算**申请 |
| 债权人 | 债务人不能清偿到期债务+**明显缺乏清偿能力** | **重整或破产**申请【2013年单选】 |
| 清算人 | 法人**已解散但未清算或未清算完毕**+资产不足以清偿债务 | 申请**破产清算** |
| 国务院金融监督管理机构 | **商业银行、证券公司、保险公司等金融机构**具有破产原因 | **重组或破产清算** |

　　【注意】在债务人被人民法院破产宣告前，上述申请人的申请内容和程序可以转换：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 债权人申请债务人清算 | 债务人可以申请和解 | 债务人或其出资人可以申请重整 |
| 债务人申请清算的 | 债权人或债务人的出资人可以申请重整 | 债务人也可以申请和解 |
| 债务人进入重整或和解程序 | 失败时，经破产宣告转入清算程序 | |
| 债务人一旦经**破产宣告**进入清算程序 | | 则不得转为重整或和解。 |

　　（三）破产申请的撤回  
　　根据规定，申请人可以在**人民法院受理破产申请以前**请求撤回申请。

　　二、破产案件的受理  
　　（一）破产申请的处理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 审查 | 1.自收到申请之日起**15日内（“及时”《解释一》）**，对**申请人的主体资格、债务人的主体资格**和**破产原因**，以及**有关材料和证据**等进行审查。 2.认为应当补充、补正相关材料的，应当**自收到破产申请之日起5日内告知**申请人。 | |
| 法院未接收申请或未进行审查的（P266） | 申请人的救济 | 可**向上一级法院**提出破产申请 |
| 法院的处理 | **上级法院责令下级**法院**审查**并**及时作出**是否受理的**裁定**→下级法院**仍不作出**→上一级法院**可径行作出裁定**→（受理+**指令**下级法院审理） |
| 受理时限 | **债权人**申请 | 5日通知债务人→**7日提异议**→异议期满10日内裁定是否受理 |
| **债务人**或**清算人申请**的 | 1.法院自收到破产申请之日起**15日内**裁定，特殊情况可延长15日（**15+15日**）。  2.认为申请人应当补充、补正相关材料的，自收到破产申请之日起**5日内一次性书面告知。** |
| 【注意】相关当事人以申请人**未预交诉讼费**为由**提出异议**的，法院不支持 | | |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 法院处理 | 受理送达 | 债权人申请 | 5日内送达**债务人**→债务人15日提交文件 |
| 债务人申请 | 裁定作出之日起**5日内**送达**申请人** |
| 不受理 | 1.**债务人**有隐匿、转移财产等行为，为了**逃避债务而申请破产**的；  2.**债权人**借破产申请毁损债务人商业信誉，意图损害公平竞争的。 | |
| 驳回 | 受理申请后，发现债务人**有巨额财产下落不明**且**不能合理解释财产去向**等情形，即没有达到不能清偿到期债务，并且资产不足以清偿全部债务或者明显缺乏清偿能力界限的，可以裁定驳回申请 | |
| 对裁定不服，自裁定送达之日起**10日内**上诉 【**总结**】只能对**不受理申请和驳回申请**的裁定有权提起上诉。 | | |
| 受理后的工作 | 1.指定管理人（重整、和解程序中债务人经法院许可可自行管理财产） 2.自受理之日起**25日内**通知**已知债权人**，并予以公告。 | | |

　　（二）破产案件受理的法律后果（掌握）【2012、2013年1单1多、2014单选】  
　　1.破产案件相关人员的义务

|  |  |
| --- | --- |
| 债务人的义务  【2012年单选、多选】 | 法院**受理破产申请后**，债务人**对个别债权人的债务清偿无效。** |
| **债务人的有关人员**（含法定代表人、财务管理人员和经理、监事、高管等）的义务【2012年多选】 | ▲妥善保管其占有和管理的财产、印章和账簿、文书等资料； ▲根据人民法院、管理人的要求进行工作，并如实回答询问； ▲列席债权人会议并如实回答债权人的询问； ▲未经人民法院许可，不得离开住所地； ▲不得新任其他企业的董事、监事、高级管理人员。 |
| 债务人的债务人或者财产持有人的义务 | 应当**向管理人清偿债务**或者**交付财产**。【2013年单选】 |

　　2.双方均未履行完毕合同的处理【2013、2012年单选】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **管理人有权决定**，并通知对方当事人 | 继续履行 | （1）对方当事人应当履行 （2）有权要求管理人**提供担保**。 |
| 解除 | 视为解除合同的情形： （1）管理人2个月内未通知， （2）自收到对方催告之日起30日内未答复的； （3）管理人**不提供担保的**。 |

　　3.保全措施的解除和执行程序的中止  
　　人民法院受理破产申请后，有关债务人财产的保全措施应当解除，执行程序应当**中止**。  
　　【注意】以上均是**暂时停止**，但在人民法院裁定驳回破产申请情况下，该执行程序有可能重新启动。  
　　4.民事诉讼或者仲裁的中止与继续【2012年多选、2013年多选】  
　　人民法院受理破产申请后，**已经开始而尚未终结的有关债务人**的**民事诉讼**或者仲裁应当**中止**；在管理人接管债务人的财产后，该诉讼或者仲裁继续进行。

## 第三节 管理人制度

　　一、管理人概述  
　　即管理人是管理破产财产的人，它**由法院指定**，要对法院负责。

　　二、管理人的种类、任职条件

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 管理人的种类 | 清算组 |  |
| 社会中介机构 | 为首选 |
| 中介机构中具备相关专业知识并取得执业资格的**人员** | 对于**事实清楚、债权债务关系简单、债务人财产相对集中**的企业破产案件，可以指定管理人名册中的个人为管理人 |
| 不得担任管理人的情形 | （1）因**故意**犯罪受过刑事处罚； （2）曾被吊销相关专业执业证书； （3）与本案有**利害关系**； （4）人民法院认为不宜担任管理人的其他情形。 | |

　　三、管理人的确定与更换  
　　1.管理人的确定——法院指定  
　　（1）指定的方式

|  |  |
| --- | --- |
| 一般情况下 | 轮候、抽签、摇号等随机方式指定 |
| 商业银行、证券公司、保险公司等金融机构或**全国有重大影响、法律关系复杂，债务人财产分散**的 | 竞争方式指定 |
| 对经过行政清理、清算的商业银行、证券公司、保险公司等金融机构破产案件 | 指定清算组为管理人，也可采取推荐方式 |
| 对事实清楚、债权债务关系简单、债务人财产相对集中的 | 可指定管理人名册的个人为管理人 |

　　（2）指定的情形  
　　企业破产案件由下列情形之一的，法院可以**指定清算组**为管理人：  
　　①破产申请**受理前**，根据有关规定**已经成立清算组**，法院认为符合有关规定的；  
　　②审理国务院规定期限和范围内的**国有企业破产案件**；  
　　③有关法律规定企业破产时成立清算组；  
　　④人民法院认为可以指定清算组为管理人的其他情形。

　　2.管理人的更换  
　　**债权人会议**申请，人民法院**根据申请**或者**依职权**径行决定更换管理人。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 社会中介机构管理人更换的情形 | 个人管理人更换的情形 |
| （1） | **执业许可证或者营业执照被吊销或者注销** | **执业资格被取消、吊销** |
| （2） | 出现解散、破产事由或者丧失承担执业责任风险的能力 |  |
| （3） | **与本案有利害关系** | **与本案有利害关系** |
| （4） | **履行职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害** | **履行职务时，因故意或者重大过失导致债权人利益受到损害** |
| （5） | 社会中介机构**有重大债务纠纷或者因涉嫌违法行为正被相关部门调查**的。 | 个人**有重大债务纠纷或者因涉嫌违法行为正被相关部门调查的** |
| （6） |  | 失踪、死亡或者丧失民事行为能力 |
| （7） |  | 因健康原因无法履行职务 |
| （8） |  | 执业责任保险失效 |

　　四、管理人的职责及报酬  
　　1.管理人的职责

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 基本职责 | 财产管理 | （1）接管债务人的财产、印章和账簿、文书等资料；  （2）调查债务人财产状况，制作财产状况报告；  （3）决定债务人的内部管理事务；  （4）决定债务人的日常开支和其他必要开支；  （5）管理和处分债务人的财产 |
| 代表权 | （1）在**第一次债权人会议召开之前**，决定继续或者停止债务人的营业；  （2）**代表**债务人**参加诉讼**、仲裁或者其他法律程序； （3）**提议召开债权人会议** |
| 特定职权 | 合同履行 | 对双方**均未履行完毕的合同，有权决定是否解除或者继续履行** |
| 方案制订 | （1）**提交重整计划草案；**（重整之日6个月内） （2）**拟订**破产财产变价方案。 （3）**拟订**破产财产分配方案。 |
| 向债权人委员会或法院报告 | 如不动产所有权、采矿权、土地使用权、知识产权等财产权以及全部库存或者营业的转让、借款、设定财产担保、收回担保物等重大事项 |

　　2.报酬  
　　（1）报酬由审理企业破产案件的法院确定。  
　　（2）作为“**破产费用**”，从债务人财产中优先支付。  
　　（3）债务人财产不足以支付管理人报酬和管理人执行职务费用的，管理人应当提请人民法院**终结破产程序**。但债权人、管理人、债务人的出资人或者其他利害关系人愿意垫付的，破产程序可以继续进行。  
　　（4）在和解、重整程序中，管理人报酬方案内容应列入和解协议草案或重整计划草案。

## 第四节 债权申报与债权人组织

　 一、债权申报  
　　（一）破产债权与破产债权申报

|  |  |
| --- | --- |
| 破产债权 | **破产申请受理前**成立+经依法**申报确认**+通过破产程序+从破产财产中获得**公平清偿**+可强制执行的**财产请求权（不同于破产费用、取回权、别除权）** |
| 破产**债权的申报** | 1.指**债权人**在法院受理破产申请后依照法定程序和期限，**主张并证明其债权存在**，参加破产程序的法律行为。 2.债权申报是债权人参加破产程序，行使权利的基础。 |
| **申报的期限** | 最短**不得少于30日**，最长**不超过3个月**。自法院发布受理破产申请公告之日起算。 |

　　（二）债权申报范围  
　　1.未到期债权破产申请受理时视为到期。附利息债权，自破产申请受理时起停止计息。  
　　2.附条件、附期限债权和诉讼、仲裁未决的债权。  
　　3.连带债权人可以由其中一人代表全体连带债权人申报债权，也可以共同申报债权。  
　　  
　　【提示】保证人无论是否代为清偿，均可申报债权。  
　　【注意】这里的“保证人”既包括连带保证人，也包括一般保证人。因为，一旦进入破产程序（即法院受理债务人破产案件，中止执行程序的），一般保证人即失去先诉抗辩权。

　　5.连带债务人数人被裁定适用破产程序的，其**债权人有权就其全部债权分别在各破产案件中申报债权**。  
　　6.管理人或者债务人依照破产法规定解除合同的，**对方当事人以因合同解除所产生的损害赔偿请求权**申报债权。——未履行合同相对人的赔偿请求权  
　　7.债务人是委托合同的委托人，被裁定适用破产法规定的程序，**受托人不知**该事实，**继续处理**委托事务的，受托人以由此产生的请求权申报债权。——善意受托人的请求权  
　　8.债务人是票据的出票人，被裁定适用法律规定的程序，该票据的付款人继续付款或者承兑的，付款人以由此产生的请求权申报债权。  
　　  
　　【特别提示】**职工债权**不必申报，由管理人调查后列出清单并予以公示。  
　　债务人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，应划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金。

　　（三）债权申报要求  
　　1.债权人应当在法院确定的债权申报期限内（**30日≤申报期限≤3个月**）向管理人申报债权。在确定的债权申报期限内**未申报**债权的，可以在**破产财产最后分配**前**补充申报**；但是，此前已进行的分配，不再对其补充分配。  
　　2.申报债权时，应当书面说明债权的数额和有无财产担保，并提交相关证据。申报债权是连带债权的，应当说明。

　　（四）债权申报后果  
　　1.债权人取得破产程序当事人地位。  
　　2.债权的**诉讼时效因债权申报而中断**。即未到期的债权，在破产申请受理时视为到期；附利息的债权自破产申请受理时起停止计息。  
　　3.债权人逾期申报或未按规定申报债权的，将产生**失权**或**其他不利后果**。  
　　（五）未在规定期限内申报债权的处理  
　　1.未按期申报，已经进行的分配，不再对其补充分配。  
　　2.未按期申报，程序权益无法保证。如重整事项、和解条款需要债权人表决事项，未申报债权的人无法参加表决。

　　二、债权人会议与债权人委员会  
　　（一）债权人会议（权力机构）  
　　是破产程序中依人民法院的通知或公告组成的，**表达债权人共同意思**，对有关破产事项**进行决议**和**对破产程序进行监督的机构**。  
　　1.债权人会议的职权  
　　（1）核查债权；  
　　（2）申请法院更换管理人，审查管理人的费用和报酬；  
　　（3）监督管理人；  
　　（4）选任和更换债权人委员会成员；  
　　（5）**决定继续**或者**停止债务人的营业**；  
　　（6）**通过重整计划**；  
　　（7）**通过和解协议**；  
　　（8）通过债务人财产的管理方案；  
　　（9）通过破产财产的**变价方案**；  
　　（10）**通过破产财产的分配方案**；  
　　（11）人民法院认为应当由债权人会议行使的其他职权。  
　　【提示】通过**和解协议**和通过**破产财产分配方案**时，有担保债权且未放弃优先受偿权的债权人无表决权。

　　2.债权人会议的召开  
　　（1）**第一次会议由人民法院负责召集，自债权申报期限届满之日起15日内召开。**  
　　（2）以后的债权人会议，在**人民法院认为必要**时，或者**管理人、债权人委员会、占债权总额1/4以上的债权人向债权人会议主席**提议时召开。  
　　（3）债权人会议设主席1人，由人民法院在**有表决权的债权人中指定**。主席负责主持债权人会议。  
　　（4）召开债权人会议，管理人应当**提前15日**将会议时间、地点、内容、目的等事项通知已知的债权人。

　　3.表决【2013年多选】  
　　（1）依法**申报债权的债权人**为债权人会议成员，**有权参加债权人会议，享有表决权**。  
　　（2）对债务人的特定财产享有担保权的债权人，也享有表决权，**只**有**通过和解协议和通过破产财产分配方案**时，不享有表决权。  
　　（3）债权人可以委托代理人出席债权人会议，行使表决权。  
　　（4）债务人的职工和工会代表有权参加债权人会议，但不享有表决权。

　　4.决议

|  |  |
| --- | --- |
| 一般情况 | **出席会议**的有表决权的**债权人过半数**通过，并且其**所代表的债权额占债权总额的1/2以上**。（人数＞1/2+债权额≥1/2） |
| 重整计划（P286） | **出席会议**的**债权人过半数**通过，并且占**债权总额**的**2/3以上**。（人数＞**1/2**+债权额≥**2/3**） |
| 和解（教材中今年没有） | **出席会议**的有表决权的**债权人过半数**通过，其所代表的债权额占**无财产担保**的**债权总额2/3以上**。（人数＞**1/2**+无担保债权额≥**2/3**） |

　　5.表决未通过的处理【2012年单选】

|  |  |
| --- | --- |
| 债务人财产**管理方案、变价方案** | 由法院裁定→对裁定不服→债权人申请复议 |
| 破产**财产分配方案** | 债权人会议**两次**表决→仍未通过，法院裁定→对裁定不服，**债权额占无财产担保债权总额1/2以上**的债权人15日内可向该法院申请复议 |

　　（二）债权人委员会

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | 对破产程序进行监督的**常设机构**，也叫破产监督人。 |
| 设立 | 其是否设立，由**债权人会议**根据需要确定。 |
| 组成 | 由债权人会议选任的**债权人代表**和**1名债务人的职工代表**或者**工会代表组成，不得超过9人，由人民法院以书面决定认可**。 |
| 职权 | （1）监督债务人财产的管理和处分； （2）监督破产财产分配； （3）提议召开债权人会议； （4）债权人会议委托的其他职权。 |

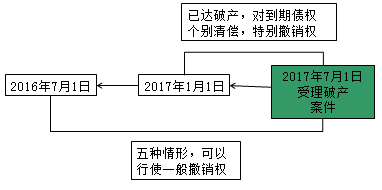
## 第五节 债务人财产

### 一、债务人财产的范围与认定

|  |  |
| --- | --- |
| 含义 | **破产申请受理时**属于**债务人的全部**财产+破产申请**受理后**至**破产程序终结前债务人取得**的财产。 【**注意**】同样的财产在不同阶段的不同称谓，宣告之前为“债务人财产”，宣告之后为“破产财产”。 |
| 破产财产的范围 | （1）**货币、实物**； （2）可以用货币估价并可依法转让的**债权、股权、知识产权、用益物权**等财产和财产权益。 |
| 不应认定为债务人财产 | （1）债务人基于仓储、保管、承揽、代销、借用、寄存、租赁等合同或者其他法律关系**占有、使用**的**他人**财产； （2）债务人在所有权保留买卖中尚未取得所有权的财产； （3）所有权专属于国家且不得转让的财产； （4）其他依照法律、行政法规不属于债务人的财产。 |

　　（二）涉及债务人财产行为的撤销与无效（掌握）  
　　1.撤销——一般**管理人**行使，重整程序中，债务人也可自行行使

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 分类 | 行使 | | 法律后果 | 管理人未提起撤销诉讼 |
| 一般撤销权 | 发生时间 | **受理破产申请**前**1年内** | ①实施行为归于无效 ②转让财产被依法追回，纳入债务人的破产财产中 | ①债权人可依据《合同法》提起撤销诉讼 ②管理人因过错未行使撤销权导致债务人财产不当减损，应对债权人承担相应的赔偿责任 |
| 法定情形 | ①**无偿转让**财产的；②以明显不合理的价格进行交易的；③对没有财产担保的债务提供财产担保的；④对未到期的债务提前清偿的；⑤放弃债权的 |
| 特别撤销权 | 发生时间 | 破产申请前**6个月内** |
| 法定情形 | 仍对**个别债权人进行清偿**的，但是，个别清偿使债务人财产受益的除外 |



　　2.**对（个别清偿）撤销申请不予支持的几种情形**【2016年多选】

|  |  |
| --- | --- |
| 不予支持的情形 | 例外 |
| （1）债务人对**以自有财产设定担保物权**的债权进行的个别清偿 | 债务清偿时担保财产的价值低于债权额的除外 |
| （2）债务人经**诉讼、仲裁、执行程序**对债权人进行的个别清偿 | 债务人与债权人**恶意串通**损害其他债权人利益的除外 |
| （3）债务人**为维系基本生产需要**而支付水费、电费等的 | 无例外情形 |
| （4）债务人支付**劳动报酬、人身损害赔偿金**的 |
| （5）使债务人财产受益的其他个别清偿 |

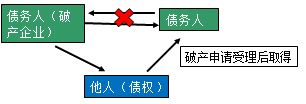
　　3.无效【2013年单选】  
　　根据规定，涉及债务人财产的下列行为无效：  
　　（1）为**逃避债务**而隐匿、转移财产的；  
　　（2）虚构债务或者承认不真实的债务的。  
　　【注意1】**破产申请受理后**债务人对债权人的**个别清偿**行为也无效。  
　　【注意2】**无效行为的发生期限没有限制**，既可能发生在破产程序中，也可能发生在法院受理破产申请前6个月或者1年内。

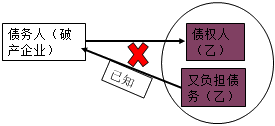
　　二、破产费用与共益债务

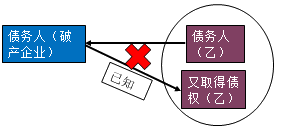
|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 破产费用 | 共益债务【2012年多选】 |
| 概念 | 在（1）**破产程序中**（2）为全体债权人的共同利益而支出的，旨在（3）保证破产程序顺利进行所**必需的程序上的费用**。 | 是指人民法院**受理破产申请后**，为了全体债权人的共同利益以及**破产程序顺利进行**而发生的债务 |
| 范围 | （1）破产案件的**诉讼费用**； （2）**管理、变价和分配**债务人财产的费用； （3）**管理人执行职务**的费用、报酬和聘用工作人员的费用。 | （1）因管理人或者债务人请求对方当事人履行双方均未履行完毕的合同**所产生的**债务； （2）债务人财产受**无因管理**所产生的债务； （3）因债务人**不当得利**所产生的债务； （4）为债务人继续营业（重整程序中）而应支付的**劳动报酬**和社会保险费用以及由此产生的其他债务；  （5）管理人或者相关人员**执行职务致人损害**所产生的债务； （6）**债务人财产致人损害**所产生的债务。 |
| 相同点 | （1）都是破产程序中产生的；  （2）都是为了全体债权人的利益所发生的 | |
| 不同点 | 其支出具有必然性 | 其支出具有或然性 |
| 清偿原则 | （1）二者均由债务人财产**随时清偿**。 （2）财产不足以清偿所有的：破产费用>共益债务。 （3）财产不足以清偿所有破产费用**或者**共益债务的，按照比例清偿。 （4）财产**不足以清偿破产费用**的，管理人应当提请人民法院**终结破产程序**。 | |

## 第六节 追回权、取回权、抵销权

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 权利 | 行使人 | 条件∕范围 | 备注 |
| 追回权（使破产财产增加）【2013年单选】 | 管理人 | （1）债务人的行为**被撤销或者宣告无效** （2）对债务人的**董事、监事和高管人员利用职权从企业获取的非正常收入和侵占的企业财产** 【注意】非正常收入指：①绩效奖金；②普遍拖欠职工工资情况下获取的工资性收入；③其他非正常收入 | 法院受理破产申请后，债务人的**出资人**尚未完全履行出资义务的，管理人**应当要求**该出资人**缴纳所认缴的出资**，而不受出资期限的限制。 |
| 取回权（使破产财产减少（2012年多选） | 权利人（一般取回权） | 人民法院**受理破产申请后**，债务人**占有的不属于债务人的财产**，权利人可以**通过管理人取回**。如加工承揽人破产时，定作人取回定作物；承运人破产时，托运人取回托运货物 | （1）权利人取回之前，标的物**毁损或者灭失**，权利人则只能以损害赔偿请求权向管理人**申报债权**。 （2）原则上取回**限于原物** |
| 出卖人 | （1）动产已发运+尚未收到全部价款 （2）买受人在尚未收到标的物前破产（在途，紧急召回） | 在途时未及时行使取回权，到达后则不准向管理人行使取回权。 |
| 抵销权 | 债权人 （管理人不得主动提出） | （1）债权人在**破产申请受理**前对债务人负有债务。  （2）无论其债权与所负债务**种类是否相同**，也不论该债权债务**是否附有期限或者条件**，均可用该债权抵销其对债务人所负债务的权利 | （1）债权人**应向管理人**提出抵销主张 （2）经审查无异议的，抵销自管理人收到通知之日起生效。 （3）有异议的，应在约定的或者自收到主张抵销通知之日起3个月内向法院起诉 |

　　【注意】有下列情形之一的，不得抵销【2013.2016年单选】  
　　（1）债务人的债务人（即上面提到的债权人）在破产申请受理后取得他人对债务人的债权的；（破产申请受理后他人将该债权转让给他）  
　　

　　（2）（破产企业的）债权人**已知**债务人（**破产企业**）有**不能清偿到期债务**或者**破产申请**的事实，**对债务人（破产企业）负担债务的**（先为债权人，后当债务人）；但是，债权人因为法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而负担债务的除外；  
　　

　　（3）债务人的债务人（即上面提到的债权人）已知债务人有不能清偿到期债务或者破产申请的事实，对债务人取得债权的（先当债务人，后当债权人）；但是，债务人的债务人因为法律规定或者有破产申请1年前所发生的原因而取得债权除外。  
　　

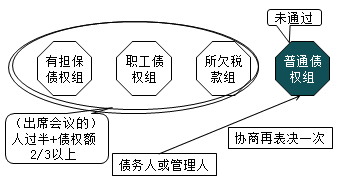
　　【注意】破产法中的撤销权与抵销权的区别

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 分类 | | 行使人 | 意义 |
| 撤销权 | 一般撤销权 | 管理人 | 其根本目的是**使破产财产予以增加**，使债权人获得**尽可能多的清偿**。 |
| 特别撤销权 |
| 抵销权 | | 债权人 | 使债权人全部受偿，对债权人非常有利 |

## 第七节 重整与和解

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 重整（P285-P288） | 和解（P288-P289） |
| 1.含义 | 经利害关系人申请，对可能或已经发生破产原因但又**有挽救希望**的法人企业，在法院主持下，通过对各方利益协调，借助法律强制进行营业重组与债务清理，以**挽救企业、避免破产**的法律制度。 | 法院受理破产申请后，宣告债务人破产前，**债务人可向法院提出和解申请**，经债务人与债权人会议就债务人延期清偿债务、减少债务数额等事项达成协议，由人民法院裁定认可而中止破产程序的制度。 |
| 2.申请人 | **（1）债务人（2）债权人**（3）债务人的**出资人（出资额10%以上）**【2012年单选】 | **债务人**（向人民法院提出） |

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 3.提起时间 | ①债务人可以直接申请； ②债权人申请破产清算的，在受理破产申请后、宣告债务人破产前转而申请重整（债权人也可直接申请重整） ③债务人的出资人：债权人申请破产清算的，在受理破产申请后、宣告债务人破产前 | | |
| 4.程序是否优先 | 在同时存在破产、和解与重整申请的情况下，重整申请优先受理 | 不优先 |  |
| 5.草案制作人 | **债务人/管理人（即重整期间管理者）** | 债务人 |  |
| 6.草案提出时间 | 裁定重整之日起（6+3）个月 | 立即 |  |
| 7.表决的方式（链接图示） | 按债权类别分组（**债权人＞1/2，所持债权≥2/3）** | 债权人会议（统一）表决（**有表决权的人＞1/2+无担保债权≥2/3**） |  |

　　【链接】重整计划的表决与批准（P286）  
　　1.表决  
　　（1）表决的时间  
　　法院自收到重整计划草案之日起**30日内**召开债权人会议，对重整计划草案进行表决。  
　　（2）表决的形式（分组表决）  
　　

　　（3）表决通过  
　　**出席会议**的**同一表决组**的**债权人过半数**同意重整计划草案，并且其所代表的**债权额占该组债权总额的2/3以上**的，即为**该组通过**重整计划草案。（即人过半，债权占2/3以上）

　　2.重整计划的批准  
　　（1）正常批准（先通过——后批准）  
　　各表决组**均通过**重整计划草案时，重整计划即为通过。人民法院经审查认为符合破产法规定的，应当自收到申请之日起**30日内**裁定批准，终止重整程序，并予以公告。  
　　（2）强制批准（部分表决组未通过重整草案的）  
　　①债务人或管理人可以和表决未通过的组**协商再表决一次**。双方协商的结果不得损害其他表决组的利益。  
　　②**再次表决未通过或拒绝再次表决的，**如重整计划草案的执行将产生比直接破产对债权人更为有利的效果的，债务人或者管理人可以申请人民法院批准重整计划草案。  
　　（3）未获批准的法律后果  
　　重整计划草案**未获得通过且未获得强制批准**的，或者**已通过但未获得批准**的，人民法院应当**裁定终止重整程序，并宣告债务人破产**。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 重整 | 和解 |
| 8.重整计划/和解协议的执行人 | **管理人的监督下，债务人执行** | 债务人 |
| 9.有担保债权的债权人的优先受偿权是否受限 | 受到限制（为保证债务人不因担保财产的执行而影响生产经营） | **不影响**。有担保的债权人自人民法院裁定和解之日可行使权利（挽救债务人的效果不如重整程序） |

　　【链接】重整程序中的权利限制（P286第三段）【2012年单选】  
　　1.重整期间别除权的暂停行使  
　　（1）重整期间，对债务人的特定财产享有的**担保权暂停行使**。  
　　（2）在重整期间，债务人或者管理人**为继续营业而借款的**，可以为该借款设定担保。  
　　2.重整期间权利人取回权的行使（P286第四段）  
　　重整期间，债务人合法占有的他人财产，该财产的权利人在重整期间要求取回的，**应当符合事先约定的条件。**——有限制的取回权  
　　3.重整期间对投资人及高管人员的权利限制（P286第五段）  
　　（1）重整期间，债务人的**出资人不得请求投资收益分配**。  
　　（2）债务人的董事、监事、高级管理人员不得向第三人转让其持有的债务人的股权。但是，经人民法院同意的除外。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 重整 | 和解 |
| 10.重整计划/和解协议的约束力 | 对债务人和**全体债权人**均有约束力 | 对债务人和全体**和解债权人（有担保债权人除外）**均有约束力 |
| 11.重整计划/和解协议的执行 | 执行成功 | 按照重整计划（和解协议）减免的债务，自重整计划（和解协议）执行完毕时起，债务人不再承担清偿责任 |
| **不能执行或不执行** | （1）裁定终止重整／和解协议的执行，并宣告债务人破产； （2）债权人在重整计划（和解协议）中做出的债权**调整承诺失去效力**； （3）债权人所受清偿仍然有效，**未受清偿部分作为破产债权处理**，在其他**同顺位**债权人（和解程序中的其他债权人）同自己**所受的清偿达到同一比例时**，才能继续接受分配。 |
| 12.终止程序（宣告债务人破产） | （1）债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性； （2）债务人有欺诈、恶意减少债务人财产或者其他显著不利于债权人的行为； （3）由于债务人的行为致使管理人无法执行职务； （4）债务人或管理人未按期（6+3个月）提出重整计划草案； （5）重整计划草案未获得通过且未获得强制批准获得批准，或者已通过的重整计划未获得批准。 | （1）和解协议草案经债权人会议表决没有通过； （2）债权人会议通过的和解协议**未获得法院认可**； （3）和解协议因债务人欺诈或其他不法行为成立。 |

## 第八节 破产宣告与破产清算

　　一、破产宣告  
　　1.概念  
　　破产宣告，是指人民法院对**具备破产原因的债务人的破产事实作出判定**，并使债务人进入破产清算程序的一种司法裁定行为。  
　　2.宣告债务人破产的情形（P289-290）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 申请种类 | 法定情形 | 法律后果 |
| （1）债务人被申请破产 | 符合法定破产原因（不能清偿到期债务+资不抵债） | 直接宣告破产 |
| （2）债务人被申请重整 | ①债务人的经营状况和财产状况继续恶化，缺乏挽救的可能性； ②债务人有欺诈、恶意减少企业财产或者其他显著不利于债权人的行为； ③由于债务人的行为致使管理人无法执行职务； ④债务人或管理人未能在法定期限内（6+3个月）提出重整计划草案； ⑤重整计划未获通过且未依照规定获得批准，或者已通过的重整计划未获得批准； ⑥债务人不能执行或者不执行重整计划+管理人或者利害关系人请求 | 裁定终止重整程序，宣告破产 |
| （3）债务人申请和解 | ①和解协议草案经债权人会议表决**没有通过**； ②债权人会议通过的和解协议未获得法院认可； ③和解协议因债务人欺诈或其他不法行为成立； ④债务人不按或者不能按和解协议规定的条件清偿债务 | 终止和解程序，宣告破产 |

　　3.破产宣告的程序  
　　【注意】破产宣告前，有下列情形之一的，人民法院应当裁定终结破产程序（企业恢复正常运营），并予以公告：  
　　（1）第三人为债务人提供足额担保或者为债务人清偿全部到期债务的；  
　　（2）债务人已清偿全部到期债务的。

　　4.破产宣告的效力

|  |  |
| --- | --- |
| 对债务人 | （1）债务人成为破产人 （2）“债务人的财产”成为“破产财产” |
| 对债务人的有关人员 | （1）违反忠实勤勉义务致使企业破产的“董、监、高”，3年内不得再任； （2）以上人员承担民事责任 （3）有义务出席债权人会议 |
| 对债权人 | （1）有担保的，就担保范围优先受偿 （2）无担保的，依据破产程序，在破产财产中获得清偿 |
| 对第三人 | 产生相应效力 |

　　（二）别除权（即优先受偿权）  
　　是指债权人因债权设有担保物，而就破产人（债务人被宣告破产后的称谓）特定担保财产在破产程序中享有的优先受偿权利。

　　（三）破产财产的变价和分配  
　　1.变价  
　　（1）变价方案由管理人拟订，并提交债权人会议讨论通过。  
　　（2）由出席会议有表决权的债权人的过半数通过，并且其所代表的债权额占无财产担保债权总额的1/2以上。  
　　（3）经债权人会议表决未通过的，由人民法院裁定。  
　　2.破产财产的分配——有担保的债权人无表决权  
　　根据规定，破产财产在**优先清偿破产费用和共益债务**后，依照下列顺序清偿：  
　　（1）破产人所欠职工的工资和医疗、伤残补助、抚恤费用，所欠的应当划入职工个人账户的基本养老保险、基本医疗保险费用，以及法律、行政法规规定应当支付给职工的补偿金；  
　　（2）社会保险费用和破产人所欠税款；如补充医疗险、生育险、工伤险、补充养老保险等。  
　　（3）普通破产债权。  
　　破产财产不足以清偿同一顺序的清偿要求的，按照比例分配。  
　　【总结】【债务人财产+追回权（撤销权、无效）等-别除权】-破产费用-共益债务-职工债权、基本养老保险、基本医疗保险费用-税款-普通债权  
　　无论到哪一步，不足时，按比例清偿。

　　（四）破产程序终结

|  |  |
| --- | --- |
| 法定情形 | （1）破产财产**全部分配完毕** （2）债务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的 |
| 程序终结的法律后果 | （1）破产人未能清偿的债务，**依法予以免除**。 （2）破产人的**保证人和其他连带债务人**，在破产程序终结后，对债权人依照破产清算程序未受清偿的债权，依法应当**继续承担清偿责任**。 |
| 追加分配 | **自破产程序终结之日起2年内**，有下列情形之一的，债权人可请求法院按照破产财产分配方案进行追加分配： （1）发现依法有可撤销行为、无效行为和债务人的董事、监事、高级管理人员利用职权从企业获取非正常收入和侵占企业财产行为而应当追回的财产的； （2）发现破产人有应当供分配的其他财产的。 |

　　【注意】重整计划（和解协议）执行的终止与重整程序的终止、破产程序终结的不同。

|  |  |
| --- | --- |
| 重整计划（和解协议）执行的终止 | 债务人不能执行或者不执行计划（或协议） |
| 重整程序的终止（转化为破产程序） | 企业不可挽救、债务人无诚意或方案未获批准 |
| 和解程序的终止（转化为破产程序）其实质是**未走到和解协议**这一步 | （1）和解协议草案经债权人会议表决**没有通过**。 （2）债权人会议通过的和解协议未获得法院认可。 （3）和解协议因债务人欺诈或其他不法行为成立。 |
| 破产程序终结 | （1）破产财产全部分配完毕 （2）债务人与全体债权人就债权债务的处理自行达成协议的 |

# 第十二章　刑法基础

第一节 刑法概述

　　一、刑法的适用范围  
　　1.刑法的空间效力  
　　（1）属地主义原则（**属地管辖权**）：  
　　凡在**我国船舶或者航空器内**犯罪的，适用我国《刑法》。  
　　【解释】  
　　“**犯罪行为或者结果**”有一项发生在我国领域内的，认定我国领域内犯罪。  
　　（2）属人主义原则（**属人管辖权**）：  
　　**中国公民**在中国领域外犯《刑法》规定之罪的，适用我国《刑法》，但是按我国《刑法》规定的“**最高刑为3年以下**”有期徒刑的，可以不予追究。  
　　【提示】  
　　**我国国家工作人员或者军人在我国领域外犯刑法**规定之罪的**除外**。  
　　（3）保护主义原则（**保护管辖权**）：  
　　外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪，而按《刑法》规定的**最低刑为3年以上**有期徒刑的，可以适用我国《刑法》。**但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外**。  
　　（4）普遍主义原则（**普遍管辖原则**）：  
　　犯罪并非发生在中国领域内；犯罪并非由中国公民实施；罪行属于国际罪行（海盗）。

　　2.刑法的时间效力（从旧兼从轻）  
　　（1）**从旧**：如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；  
　　（2）**从轻**：如果当时的法律认为是犯罪的  
　　①如果我国《刑法》不认为是犯罪或者处罚较轻的，**适用**我国《刑法》；  
　　②如果我国《刑法》处罚较重的，按照**当时的法律**追究刑事责任。  
　　【解释】《刑法》施行前，依照当时的法律已经作出的生效判决，继续有效。

　　二、刑法的基本原则  
　　1.**罪刑法定原则**  
　　（1）法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。  
　　（2）禁止不利于行为人的溯及既往和类推适用。  
　　2.**平等适用刑法原则**：  
　　对一切人的犯罪都应**平等地适用**刑法。  
　　3.**罪刑相当原则（又称罪刑相适应原则、罪刑均衡原则）**  
　　根据罪行危害性的大小决定处刑的轻重。即重罪重罚，轻罪轻罚，罪刑相当，罚当其罪。

　　三、追诉时效  
　　（一）追诉时效的期限

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 法定最高刑X | 追诉时效 | 起算点 |
| X＜5年 | 5年 | （1）没有连续状态的犯罪：从**犯罪之日**起算； （2）有连续或继续状态的犯罪：从**犯罪行为终了之日**起算。 |
| 5年≤X＜10年 | 10年 |
| X≥10年 | 15年 |
| 无期徒刑、死刑 | **20年** |
| 20年后认为必须追诉，报请**最高人民检察院**核准 |

1. 追诉期限的计算  
   　　1.**不受追诉期限的限制**  
   　　（1）在检察院、公安机关、国家安全机关立案侦查或在法院受理案件以后，逃避侦查或审判的；  
   　　（2）被害人在追诉期限内提出控告，法院、检察院、公安机关**应当立案而不予立案**的。  
   　　2.追诉时效中断：  
   　　犯罪分子在实施犯罪行为后，在**追诉时效期限内又犯罪的**，前罪的追诉时效就此**中断**，并从后罪成立之日起重新计算。

## 第二节 犯罪构成与犯罪形态

　　一、犯罪的特征  
　　1.严重的社会危害性，这是犯罪的本质特征；**情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪**。  
　　2.刑事违法性；  
　　3.应受刑罚处罚性。

　　二、犯罪构成（犯罪客体、客观方面、主体、主观方面）  
　　（一）犯罪客体  
　　1.犯罪客体：《刑法》所保护的而为犯罪行为所侵害的社会主义社会关系。

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 类型 | | 含义 | 示例 |
| 一般客体 | | 一切犯罪行为共同侵犯的客体 | 《刑法》所保护的社会主义社会关系的统一整体 |
| 同类客体 | | 某一类犯罪所共同侵犯的某一类社会关系 | 如危害税收征管罪：包括逃税罪、抗税罪等，共同侵犯国家的税收征管制度 |
| 直接客体 | 简单客体 | 具体犯罪所直接侵犯的具体的社会主义社会关系 | **逃税罪**：侵犯国家税收征管秩序 |
| 复杂客体 | **抗税罪**：侵犯国家税收征管秩序和税务人员的人身权利 |

　　2.犯罪客体VS犯罪对象

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 性质 | 犯罪客体 | 犯罪对象 |
| 是否为具体人或物 | 不是（抢劫手机的客体是财产所有权） | 是（抢劫手机的对象是手机） |
| 是否受犯罪侵害 | 所有犯罪都侵害犯罪客体（抢劫手机，社会关系受损害） | 并非都必然损害犯罪对象（抢劫手机，手机没有受损害） |
| 是否决定犯罪性质 | 决定犯罪性质（如偷走手机叫盗窃罪，暴力抢手机叫抢劫罪） | **不能决定犯罪性质**（手机不能决定犯罪性质） |
| 每个犯罪都有 | **是** | 不是（脱逃罪没有犯罪对象） |

　　（二）犯罪客观方面  
　　1.**危害行为、危害结果、危害行为与危害结果之间的因果关系**，是犯罪客观方面的必备要件。  
　　2.“**犯罪的时间、地点和方法**”不是所有犯罪构成的必备要件，而仅为某些犯罪构成所必需，即称谓“**选择性犯罪构成要件**”。

　　（三）犯罪主体：自然人犯罪主体和单位犯罪主体  
　　1.自然人犯罪主体  
　　（1）刑事责任年龄

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 刑事责任年龄 | 刑事责任 | 量刑情节 |
| 不满（**小于**）14周岁 | 不负刑事责任 | -- |
| 已满（**大于等于**）14周岁不满（**小于**）16周岁的人 | 只对**犯“故意杀人、故意伤害致人重伤或者死亡、强奸、抢劫、贩卖毒品、放火、爆炸、投毒罪（投放危险物质罪）**”（共8种犯罪）负刑事责任。 | **应从轻或者减轻处罚** 对犯罪时不满18周岁的人：①不作为累犯；②符合缓刑条件的，应当宣告缓刑；③不适用死刑；④被判处5年有期徒刑以下刑罚的，免除其前科报告义务。 |
| 已满（大于等于）16周岁的人犯罪 | 应当负刑事责任 |
| 已满（大于等于）14周岁不满（小于）18周岁 |

　　【提示1】对老年人犯罪从宽处理的规定：  
　　（1）已满75周岁的人犯罪，只要符合缓刑条件的，应当予以缓刑；  
　　（2）已满75周岁的人**故意犯罪**的，可以从轻或者减轻处罚；**过失犯罪的，应当**从轻或者减轻处罚；  
　　（3）对已满75周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的**除外**。  
　　【提示2】对于跨年龄段危害行为的刑事责任问题主要包括以下两种情形：  
　　（1）行为人“**已满16周岁**”后实施了某种犯罪（**盗窃、强奸**），并在“**已满14周岁不满16周岁期间**”也实施过相同的行为（**盗窃罪不追究、强奸追究刑事责任**），是否一并追究刑事责任，取决于前罪是否为法定的8种犯罪：  
　　①属于法定8种犯罪：一并追究刑事责任包括前罪（强奸罪）；  
　　②不属于法定8种犯罪：只能追究已满16周岁以后犯罪的刑事责任（盗窃行为）。  
　　（2）行为人在“**已满14周岁不满16周岁**”期间，实施了法定的8种犯罪，并在未满14周岁时也实施过相同的行为，对此**只能追究已满14周岁后实施**的特定严重犯罪的刑事责任。

　　（2）刑事责任能力

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 精神病人 | 不负刑事责任 | 经确认**不能辨认或不能控制自己行为**时造成危害结果。 |
| 应当负刑事责任 | ①间歇性精神病人在精神正常时犯罪； ②尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的精神病人犯罪的，**应当**负刑事责任，但可以**从轻或者减轻处罚**（不能免除）。 |
| 醉酒 | 醉酒的人犯罪的，应当负刑事责任。 | |
| 聋哑盲 | 又聋又哑的人或者盲人犯罪的，**可以从轻、减轻或者免除处罚**。 | |

　　2.单位犯罪主体  
　　【概念解析】单位犯罪主体指为牟取本单位的非法利益，由单位负责人或者经集体讨论决定，实施了《刑法》明文规定的单位犯罪的公司、企业、事业单位、机关、团体。  
　　（1）不属于单位犯罪的情形

|  |  |
| --- | --- |
| 主体非单位 | ①个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的； ②公司、企业设立后，以**实施犯罪为主要活动**的； ③个人盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的。 |
| 非为单位谋利 | ①单位**一般成员**实施的犯罪； ②与单位的经营管理活动没有任何关系的犯罪； ③仅为单位个人或少数成员谋取非法利益的。 |
| 刑法未定 | 不属于《刑法》的特别规定的单位犯罪情形（如抗税罪只有自然人能犯）。 |

　　（2）处罚原则（两罚制）：  
　　对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。

　　（四）犯罪的主观方面  
　　1.**主观方面**包括：犯罪故意、犯罪过失、犯罪目的和犯罪动机等。  
　　2.犯罪故意、犯罪过失是**必备要件**。  
　　3.犯罪目的是某些犯罪构成的必备要件，犯罪动机不是犯罪构成的必备要件，不影响定罪，只影响量刑。  
　　这两种只存在于直接故意犯罪中。

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  |  | 认识 | 意志 | 示例 |
| 犯罪故意 | 直接故意 | 明知危害 | 希望结果发生 | “夺妻之恨”杀人 |
| 间接故意 | 明知可能危害 | 放任结果发生 | “防盗电网”电死人 |
| 犯罪过失 | 疏忽大意的过失 | 应当预见，但没有预见到 | 不想发生 | “警察开玩笑”枪杀人 |
| 过于自信的过失 | 已经预见 | 不想发生，轻信能避免却未避免 | “交通事故”撞死人 |

　　【解释】疏忽大意的过失和过于自信的过失的区别：  
　　事发前对危害结果的发生是否有预见。  
　　有预见而轻信能够避免的是**过于自信**；应当预见而事先没有预见的是**疏忽大意**。

　　三、犯罪形态  
　　犯罪既遂是犯罪的完成形态；犯罪的**预备、未遂和中止**是犯罪的未完成形态。  
　　犯罪形态只能存在于**直接故意犯罪中**，过失犯罪和间接故意犯罪没有犯罪的预备、未遂和中止形态。

　　（一）犯罪既遂  
　　犯罪实行行为是否符合特定犯罪构成的全部要件，是判断犯罪既遂与未遂的标准。犯罪既遂类型：

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 类型 | 判断标准 | 直接故意犯罪具体罪名 |
| 结果犯 | 法定的**危害结果**是否实际发生 | 如：故意杀人罪。 |
| 危险犯 | 法定的危害结果发生的**危险状态**的出现 | 如：生产、销售假药罪。 |
| 行为犯 | 要求行为人**实施完毕**法定的犯罪行为 | 如：脱逃罪。 |
| 举动犯 | 只要行为人**一着手**犯罪实行行为，犯罪即告完成。举动犯不存在犯罪未遂。 | 如：传授犯罪方法罪。 |

　　（二）犯罪预备、犯罪未遂和犯罪中止  
　　1.犯罪预备：是指为了犯罪准备工具、制造条件，但由于“**行为人意志以外**”的原因而“**未能着手**”实行犯罪的犯罪停止形态。  
　　【提示】对于预备犯罪，**可以比照既遂犯“从轻、减轻处罚或者免除”**处罚。  
　　2.犯罪未遂：是指“已经着手”实行犯罪，由于“行为人意志以外”的原因而未得逞所呈现的犯罪停止形态。  
　　【提示】对于未遂犯，**可以比照既遂犯“从轻或者减轻”**处罚。  
　　3.犯罪中止：是指在犯罪过程中，行为人自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生，因而未完成犯罪的一种犯罪停止形态。包括自动放弃犯罪和自动有效地防止犯罪结果发生两种情况。  
　　【提示】对于中止犯，没有造成损害的，**应当免除处罚**；造成损害的，**应当减轻处罚**。

## 第三节 刑罚的适用

　　一、刑罚的种类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 种类 | 适用 |
| 主刑 | （1）管制 （2）拘役 （3）有期徒刑 （4）无期徒刑 （5）死刑 | （1）主刑**只能独立适用，不能附加适用**； （2）一个犯罪**只能适用**一个主刑，不能同时适用两个或两个以上的主刑。 |
| 附加刑 | （1）罚金（2）剥夺政治权利（3）没收财产（4）驱逐出境 | 附加刑既**可以**独立适用，**也可以**附加适用。 |

　　二、主刑  
　　1.管制  
　　（1）性质：  
　　对处以管制的犯罪分子不予关押，但“**限制**”其一定人身自由，依法由社区进行矫正的刑罚方法。  
　　（2）劳动：  
　　管制执行期间，对被判处管制的犯罪分子在劳动中应当“**同工同酬**”。  
　　（3）刑期：管制的期限为**3个月以上2年以下**；数罪并罚不超过3年（“**323**”）。  
　　（4）禁止令：  
　　判处管制，可以根据犯罪情况，**同时禁止**犯罪分子在执行期间从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。  
　　【提示】对判处管制的犯罪分子，依法实行**社区矫正**。

　　2.拘役  
　　（1）性质：  
　　**拘役**是短期“**剥夺**”其人身自由、就近实行教育改造的刑罚方法。  
　　（2）劳动：  
　　在拘役执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可回家1-2天；在拘役执行期间参加劳动的，可“**酌量**”发给报酬。  
　　（3）刑期：  
　　拘役的期限为**1个月以上6个月以下**，数罪并罚时不能超过1年（“**161**”）。

　　3.有期徒刑  
　　（1）有期徒刑的期限一般为**6个月以上15年以下**，有期徒刑总和刑期**不满35年**的，最高**不能超过20年**，总和刑期在**35年以上**的，最高**不能超过25年**。  
　　（2）有期徒刑的刑期，从判决执行之日起计算；判决执行以前先行羁押的，羁押1日折抵刑期1日。  
　　（3）有期徒刑在**监狱或其他执行场所**执行。  
　　4.无期徒刑  
　　（1）无期徒刑“**必须**”与附加刑中的“**剥夺政治权利**”同时适用。  
　　（2）服刑期间，如果认真遵守监规，确有悔改或立功表现，在刑罚执行一定期限后，**可获得“减刑或者假释”**。

　　5.死刑（**立即执行和缓期2年执行**）  
　　（1）**不适用死刑（包括立即执行和缓期2年执行）的情况**  
　　①《刑法》**没有规定死刑**的犯罪；  
　　②“**犯罪时**”不满18周岁的人；  
　　③“**审判时**”怀孕的妇女；  
　　④“**审判时**”已满75周岁的人，不适用死刑，但以特别残忍手段致人死亡的除外。  
　　（2）死刑缓期2年执行  
　　①被判处死缓的犯罪分子，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，2年期满后，减为“**无期徒刑**”；如果确有重大立功表现，2年期满后，减为“**25年有期徒刑**”。  
　　【解释1】  
　　死刑缓期执行的期间，从“**判决确定之日**”起计算。  
　　【解释2】  
　　死刑缓期执行减为有期徒刑的刑期，从“**死刑缓期执行期满之日**”起计算。  
　　②被判处死缓的犯罪分子，在死刑缓期执行期间，如果“**故意**”犯罪，**情节恶劣的**，报请**最高人民法院**核准后执行死刑；  
　　对于故意犯罪未执行死刑的，死刑缓期执行的期间重新计算，并报**最高人民法院**备案。

　　（3）死缓同时决定限制减刑：  
　　对被判处死刑缓期执行的“**累犯**”以及因“**故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪**”被判处死刑缓期执行的犯罪分子，人民法院根据**犯罪情节**等情况可以同时决定对其限制减刑。  
　　（4）高级人民法院关于死缓限制减刑的程序规定

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 情况 | 高院态度 | 处理 |
| 一审判处死缓并限制减刑 | 死缓适当，限制减刑不当 | **改判，撤销限制减刑** |
| 一审判处死刑 | 应当判死缓 | **可以同时决定限制减刑** |
| 一审判处死缓但未限制减刑 | 应当限制减刑 | **不得直接改判，也不得发回重审，应按照审判监督程序重新审判** |

　　三、附加刑  
　　1.罚金：属于财产刑。  
　　罚金由第一审**人民法院**执行；犯罪分子的财产在异地的，第一审人民法院可以委托财产所在地**人民法院**代为执行。  
　　【提示】  
　　“**罚金**”属于刑罚中的附加刑；  
　　“**罚款**”属于行政责任；  
　　“**违约金**”属于民事责任。

　　2.剥夺政治权利  
　　（1）适用

|  |  |
| --- | --- |
| 应当适用 | ①危害**国家安全**的犯罪分子； ②被判处**死刑、无期徒刑**的犯罪分子。 |
| 可以适用 | **故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫**等严重破坏社会秩序的犯罪分子。 |

　　（2）期限

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 独立使用 | 判决确定日起 | 刑期 |
| 与拘役、有期徒刑附加适用 | **执行完毕之日或从假释之日起，且当然用于主刑执行期间** | **1年以上5年以下** 【示例】判5年，附加4年。被剥夺政治权利共9年。 |
| 管制 | **同时执行** | 期限与管制的期限**相等** |
| 死刑、无期徒刑 | 判决生效日起 | 剥夺政治权利终身 |
| 死缓减为有期或无期减为有期 |  | **3年以上10年以下** |

　　3.没收财产

|  |  |
| --- | --- |
| 适用 | **只能附加适用**。包括犯罪分子合法所有并没有用于犯罪的财产。 |
| 方式 | ①**并处**罚金或没收财产； ②**并处或可以并处**没收财产。 |
| 要求 | ①不得以追缴犯罪所得、没收违禁品和供犯罪所用的本人财物来代替或者折抵。 ②应当对犯罪分子及其扶养的家属保留必需的生活费用。 ③不得没收属于犯罪分子家属所有或者应有的财产。 ④没收财产以前犯罪分子所负的正当债务，即犯罪分子在判决生效前所负他人的**合法债务**，需要以没收的财产偿还的，经债权人请求，应当偿还。 |

　　4.驱逐出境：  
　　是强迫犯罪的外国人离开中国国（边）境的一种刑罚方法。**可以独立**适用，也**可以附加**适用。

　四、量刑的情节  
　　1.法定情节：包括从重处罚情节、从轻处罚情节、减轻处罚情节和免除处罚情节。

|  |  |
| --- | --- |
| 从重处罚 | **限度内**判处相对较重 |
| 从轻处罚 | **限度内**判处相对较轻 |
| 减轻处罚 | （1）**具有法定减轻情节**：在法定刑以下判处刑罚；有数个量刑幅度的，应当在法定量刑幅度的**下一个量刑幅度内**判处刑罚。 【示例】法定两档：一档3-7年，一档7年以上。**假设正常判处10年**，判7、8年指的是从轻；判5、6年指的是减轻；**判1、2年违法**。 （2）不具有法定减轻情节：**经最高人民法院**核准，可在法定刑以下判处刑罚。 |
| 免除处罚 | 作**有罪宣告**，但免除其刑罚处罚 |

　　2.酌定情节：  
　　《刑法》未明文规定，在量刑时予以斟酌考虑的情节，如犯罪的对象、时间、地点、动机、手段，犯罪分子的一贯表现，犯罪后的态度，犯罪造成的危害后果等。

五、累犯、自首、立功  
　　（一）累犯（一般累犯和特殊累犯）  
　　1.一般累犯的成立条件：  
　　（1）前罪和后罪都“必须是故意犯罪”。  
　　（2）前罪被判处的刑罚和后罪应当判处的刑罚都必须是“有期徒刑以上的刑罚”。  
　　（3）后罪必须发生在前罪“**刑罚执行完毕或者赦免以后的5年之内**”。  
　　解释：刑罚执行完毕，是指主刑执行完毕，附加刑是否执行完毕不影响累犯的成立。对于被假释的犯罪分子，规定的5年期限，从假释期满之日起计算。  
　　（4）**不满18周岁**的人不成立累犯。

　　2.特别累犯成立条件：  
　　（1）前罪和后罪必须是危害“**国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪**的犯罪分子”。  
　　（2）后罪必须发生在前罪“**刑罚执行完毕或者赦免以后**”。  
　　提示：根据规定，对累犯“应当”从重处罚。  
　　【一般累犯VS特别累犯】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 区别 | 一般累犯 | 特别累犯 |
| 罪名 | 只要故意 | 必须危害国家安全、恐怖活动、黑社会性质的组织犯罪 |
| 年龄 | 满18周岁的人犯罪 | - |
| 后罪发生时间 | 之后5年 | 执行完毕（赦免）后 |
| 刑罚种类 | 有期徒刑以上 | 不要求 |

　　（二）自首  
　　1.一般自首：犯罪以后**“自动投案”，“如实供述”**自己罪行的行为。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 自动投案 | 时间 | （1）犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉 （2）虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施 |
| 视为自动投案 | （1）犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或其他有关**负责人员**投案的； （2）犯罪嫌疑人因病、伤或为了减轻犯罪后果，委托他人先**代为投案**或先以信电投案的； （3）罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的； （4）犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，**主动投案**的； （5）经查实确已**准备去投案**，或者正在投案途中，被公安机关捕获的； （6）并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友**规劝、陪同**投案的； （7）公安机关通知犯罪嫌疑人亲友，或亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案 |
| 彻底性 | 犯罪嫌疑人**自动投案后又逃跑**的，不能认定为自首 |
| 如实供述 | 情形 | （1）数罪自首：仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首； （2）共同犯罪：共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，**还应当供述所知的同案犯** |
| 彻底性 | 犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后**又翻供**的，不能认定为自首，但在**一审判决前**又能如实供述的，应认定为自首 |

　　2.特别自首

|  |  |
| --- | --- |
| 适用 | 被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯（**在案**）。 |
| 供述 | 供述的罪行在犯罪性质或罪名上与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行不同（**其他罪行**）。 |

　　3.量刑情节

|  |  |
| --- | --- |
| 一般自首 | （1）对于自首的犯罪分子，**“可以”从轻或者减轻**处罚；犯罪较轻的，**“可以”免除**处罚。 （2）共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实，“**可以酌情**”予以从轻处罚。 |
| 特别自首 | 对被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，**“可以酌情”从轻**处罚；如实供述的同种罪行较重的，“一般**应当”从轻**处罚。 |
| 坦白 | 犯罪嫌疑人虽不具有一般自首和特别自首情节，但如实供述自己罪行的，**“可以”从轻**处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，**“可以”减轻**处罚。 |

　　（三）立功

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 一般立功 | 重大立功 |
| 情形 | 犯罪分子到案后有检举**揭发他人**犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯“**共同犯罪以外**”其他犯罪，经查证属实 | 犯罪分子有检举、揭发他人**重大**犯罪行为，经查证属实 |
| 提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实 | 提供侦破其他**重大**案件的重要线索，经查证属实 |
| 协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人 | 协助司法机关抓捕其他**重大**犯罪嫌疑人 |
| 具有其他有利于国家和社会的突出表现 | 对国家和社会有其他**重大**贡献等表现 |
| 处理 | 可以从轻或减轻处罚 | 可以减轻或免除处罚 |

　　【解释】所称“重大”，一般是指犯罪嫌疑人、被告人**可能被判处无期徒刑以上**刑罚或案件在**本省自治区、直辖市或全国范围内**有较大影响等情形。

　　六、数罪并罚和缓刑  
　　（一）数罪并罚  
　　1.数罪并罚的原则  
　　（1）并科原则：指对数罪分别宣告刑罚，然后数刑简单相加，合并执行。  
　　（2）吸收原则：指对数罪分别宣告刑罚后，选择其中最重的刑罚作为应当执行的刑罚，其余的刑罚被最重的刑罚吸收不再执行。  
　　（3）限制加重原则：指对数罪分别宣告刑罚后，以其中最重的刑罚为基础，再加重一定的刑罚作为应当执行的刑罚，其余的刑罚不再执行。  
　　（4）折中原则：指兼有并科原则、吸收原则和限制加重原则，使之适用于不同的刑种的并罚，据以决定应当执行的刑罚。

　　2.适用数罪并罚的不同情况  
　　（1）刑罚执行完毕以前发现“漏罪”的并罚。判决宣告以后刑罚执行完毕以前，发现被判刑的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当对新发现的罪作出判决，把前后两个判决所判处的刑罚，依照《刑法》第六十九条的规定，决定执行的刑罚。已经执行的刑罚应当计算在新判决决定的刑期以内。即“先并后减”。

　　（2）刑罚执行完毕以前又犯“**新罪**”的并罚。判决宣告以后刑罚执行完毕以前，被判刑的犯罪分子又犯罪的，应当对新犯的罪作出判决，把前罪没有执行完毕的刑罚和后罪所判处的刑罚，依照《刑法》第69条的规定，决定执行的刑罚。即“**先减后并**”。  
　　示例：甲因抢劫被判处有期徒刑15年，执行13年时，在监狱同人打架并致对方死亡，被判12年有期徒刑，在此情况下，应该先减后并，即，先将15年减去已执行的13年，再将所剩的2年和12年合并，此时，其最终科处的刑期应当在12年以上、总和刑期14年以下。

　　（二）缓刑  
　　1.概述

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 对象 | 被判处**拘役、3年以下**有期徒刑的犯罪分子——**宣告刑（NOT法定刑）** | | |
| 条件 | 可以缓刑 | 犯罪情节较轻；悔罪表现；没有再犯罪危险；宣告缓刑对社区没有重大不良影响 | |
| 应当缓刑 | **不满18周岁的人，怀孕的妇女和已满75周岁的人**，符合上述条件 | |
| 适用 | 不适用 | **累犯和犯罪集团的首要分子**不适用缓刑 | |
| 适用 | （1）法定刑超过3年，而实际宣判的刑罚为3年以下，适用缓刑；（2）**数罪并罚**后，决定执行的刑罚为3年以下有期徒刑或拘役的，适用缓刑。 | |
| 缓刑考验期 | 起算 | 从判决确定之日起计算 | |
| 长度：不短于原刑期 | 拘役 | **原判刑期≤缓刑考验期≤1年（且不少于2月）** |
| 有期徒刑 | **原判刑期≤缓刑考验期≤5年（且不少于1年）** |

　　2.禁止令  
　　（1）要求：  
　　同时禁止在缓刑考验期内从事特定活动，进入特定区域，接触特定的人。  
　　（2）期限：  
　　禁止令的期限，既可以与缓刑的考验期限相同，也可以短于缓刑考验的期限，但**不得少于2个月**；  
　　禁止令的执行期限，从**缓刑执行之日**起计算。  
　　（3）违反禁止令  
　　①尚不属情节严重：负责执行禁止令的社区矫正机构所在地的公安机关处罚。  
　　②情节严重：撤销缓刑，执行原判刑罚。人民法院应当自收到当地社区矫正机构提出的撤销缓刑建议书之日起1个月内作出裁定。  
　　【解释】情节严重：（1）3次以上违反禁止令的；（2）因违反禁止令被治安管理处罚后，再次违反禁止令的；（3）违反禁止令，发生较为严重危害后果的。  
　　3.缓刑的执行  
　　（1）禁止令由司法行政机关指导管理的“**社区矫正**”机构负责执行。  
　　（2）**人民检察院**对社区矫正机构执行禁止令的活动实行监督。  
　　4.缓刑的撤销  
　　（1）漏罪、新罪：在缓刑考验期限内犯新罪或发现判决宣告以前还有其他罪没有判决（**适用数罪并罚**）。  
　　（2）在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院有关部门关于缓刑的监管规定，或者违反人民法院判决中的禁止令，情节严重的。

　　七、减刑与假释  
　　（一）减刑  
　　1.减刑适用

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 种类 | （1）犯罪分子确有悔改或者立功表现的，人民法院**可以**裁定减刑。 （2）有重大立功表现的，人民法院**应当**减刑。 | |
| 适用 | 对象 | 只适用于被判处**管制、拘役、有期徒刑或者无期徒刑**的犯罪分子。 |
| 要求 | （1）对判处拘役或3年以下有期徒刑**宣告缓刑**的，**一般不适用**减刑。 【提示】宣告缓刑+确有重大立功→**可以**减刑，相应缩减缓刑考验期 （2）有期、无期犯在执行期间又故意犯罪： ◆新罪被判处有期徒刑，自新罪判决确定之日起**3年内**不予减刑； ◆新罪被判无期徒刑的，自新罪判决确定之日起**4年内**不予减刑。 （3）被判处终身监禁的罪犯，**不得**再减刑或者假释。 |

　　2.减刑的期限

|  |  |
| --- | --- |
| 管制、拘役、有期 | **不能少于原判刑期的1/2**。 |
| 无期 | **不能少于13年**，自无期徒刑**判决确定之日**起计算。 |
| 死刑缓期执行 | 经一次或几次减刑后，其实际执行的刑期**不得少于15年**，死刑缓期执行期间**不包括**在内。 |
| 限制减刑死缓 | （1）缓期执行期满后依法减为无期徒刑的，**不能少于25年**； （2）缓期执行期满后依法减为25年有期徒刑的，**不能少于20年**。 |
| 附加剥夺政治权利 | 有期徒刑减刑时：**酌减后**的期限，不得少于1年。 |
| 死刑缓期执行、无期徒刑减为有期：减为7年以上10年以下，经过一次或几次减刑后，最终剥夺政治权利的期限**不得少于3年**。 |

　　3.减刑的幅度

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 有期徒刑 | 确有悔改表现**或**有立功表现 | 一次减刑**不超过9个月**有期徒刑 |
| 悔改表现**＋**有立功表现 | 一次减刑不超过1年有期徒刑 |
| 重大立功表现 | 一次减刑**不超过1年6个月**有期徒刑 |
| 悔改表现**＋**有重大立功表现 | 一次减刑**不超过2年**有期徒刑 |
| 无期徒刑 | 悔改表现**或**者有立功表现 | 可以**减为22年**有期徒刑 |
| 悔改表现**＋**有立功表现 | 可以减为21年以上22年以下有期徒刑 |
| 重大立功表现 | 可以减为20年以上21年以下有期徒刑 |
| 悔改表现**＋**有重大立功表现 | 可以减为19年以上20年以下有期徒刑 |
| 死缓减无期 | 悔改表现**或有**立功表现 | 可以**减为25年**有期徒刑 |
| 悔改表现＋有立功表现 | 可以减为24年以上25年以下有期徒刑 |
| 重大立功表现 | 可以**减为23年以上24年以下**有期徒刑 |
| 悔改表现＋有重大立功表现 | 可以减为22年以上23年以下有期徒刑 |

　　4.减刑起始时间与间隔时间

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 起始时间：执行一定期限**方可减刑** | 间隔时间 |
| 有期徒刑 | （1）刑期＜5年=应执行1年以上 （2）5年≤刑期＜10年=应执行1年6个月以上 （3）刑期≥10年=应执行2年以上 【提示】罪犯有重大立功表现的，可以不受减刑起始时间限制。 | （1）刑期﹤10年：两次减刑间隔时间**不得少于1年** （2）刑期≥10年：两次减刑间隔时间**不得少于1年6个月**。 【提示1】减刑间隔时间不得低于上次减刑减去的刑期。 【提示2】罪犯有重大立功表现的，可以不受减刑间隔时间的限制。 |
| 死缓 | （1）没有故意犯罪期满→减为无期；有重大立功表现期满→减为25年。 （2）**死缓减无期**：执行3年以上方可减刑 （3）**数罪并罚判死缓减为无期**：执行3年以上方可减刑 （4）**限制减刑死缓犯减为无期**：执行5年以上方可减刑。 | （1）数罪并罚死缓减为无期：两次减刑之间**应当间隔2年以上**。 （2）被限制减刑死缓犯减为无期：两次减刑间隔时间**不得少于2年**。 【提示】无期徒刑：两次减刑间隔时间**不得少于2年**。 |

　　5.减刑的数罪并罚  
　　（1）罪犯被裁定减刑后，刑罚执行期间因**故意犯罪而数罪并罚时**：  
　　①经减刑裁定减去的刑期不计入已经执行的刑期。  
　　②原判死刑缓期执行减为无期徒刑、有期徒刑，或者无期徒刑减为有期徒刑的裁定继续有效。  
　　（2）罪犯被裁定减刑后，刑罚执行期间因发现漏罪而数罪并罚的，**原减刑裁定自动失效**。

　　（二）假释  
　　1.假释的适用  
　　（1）对象：假释只适用于被判处“**有期徒刑或者无期徒刑**”的犯罪分子。  
　　（2）条件  
　　①被判处**有期徒刑的**犯罪分子，执行原判刑期**1/2以上**，被判处**无期徒刑的**犯罪分子，实际执行“**13年以上**”，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改表现，没有再犯罪的危险的，可以假释。  
　　②如有国家政治、国防、外交等方面特殊需要的情况，**经“最高人民法院”核准**，可以不受上述执行刑期的限制。

　　2.假释的要求  
　　（1）限制  
　　①累犯；  
　　②因“**故意杀人、强奸、抢劫、绑架、放火、爆炸、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪**”被判处“**十年以上**”有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子，**不得**假释；  
　　③被撤销假释的罪犯，一般**不得**再假释。  
　　（2）对下列罪犯适用假释时可以依法从宽掌握：  
　　①**过失犯、中止犯、胁迫犯**；因防卫过当或紧急避险过当而被判处有期徒刑以上刑罚的罪犯；  
　　②犯罪时**未满18周岁**的罪犯；  
　　③基本丧失劳动能力、生活难以自理，假释后生活确有着落的老年罪犯、患严重疾病罪犯或身体残疾罪犯；  
　　【提示】身患疾病或生活难以自理、没有再犯罪危险的罪犯，既符合减刑条件，又符合假释条件的，**优先适用假释**。

　　3.假释的刑期  
　　（1）被判处有期徒刑的犯罪分子，必须执行“**原判刑期二分之一以上**”，起始时间从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，**羁押1日折抵刑期1日**；  
　　（2）被判处无期徒刑的犯罪分子，实际执行“**13年以上**”，才能假释。  
　　（3）在假释考验期限内，依法实行**“社区矫正”（没规定“禁止令”）**。  
　　【提示】本章牵涉三处社区矫正，分别是“**管制、缓刑、假释**”。  
　　4.假释的间隔时间  
　　（1）罪犯减刑后又假释的，间隔时间**不得少于1年**；  
　　（2）对一次减去1年以上有期徒刑后，决定假释的，间隔时间**不得少于1年6个月**。  
　　（3）罪犯减刑后**余刑不足2年**，决定假释的，可以适当缩短间隔时间。

　　5.假释的考验期限  
　　（1）**有期徒刑**的**假释考验期限**，为没有执行完毕的刑期；  
　　（2）**无期徒刑**的假释考验期限为“**10年**”。假释考验期限，从假释之日起计算。  
　　6.假释的撤销  
　　（1）在假释考验期限内，如果被假释的犯罪分子，没有遵守一定条件，再犯“**新罪**”，应当撤销假释，**依法实行数罪并罚**；  
　　（2）发现被假释的犯罪分子在判决宣告以前还有其他罪没有判决的（**漏罪**），应当撤销假释，**依法实行数罪并罚**；  
　　（3）被假释的犯罪分子，在假释考验期内有违反法律、法规或有关假释的监管规定的行为，尚未构成新的犯罪的，应当依照法定程序撤销假释，**收监执行未执行完毕的刑罚**。

　　7.假释的职业禁止（2018年新增）  
　　（1）因**利用职业便利实施犯罪**，或者**实施违背职业要求的特定义务**的犯罪被判处刑罚的，人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要，**禁止**其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业，期限为**三年至五年**。  
　　（2）被禁止从事相关职业的人违反人民法院作出的职业禁止决定的，由**公安机关**依法给予处罚。

　　【缓刑VS假释VS减刑对比表】

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 缓刑 | 假释 | 减刑 |
| 适用对象 | （1）拘役 （2）3年以下有期徒刑（宣告刑） | （1）有期徒刑 （2）无期徒刑 | （1）管制（2）拘役（3）有期徒刑（4）无期徒刑 |
| 不适用的情形 | （1）累犯 （2）犯罪集团的首要分子 | （1）累犯 （2）因故意杀人、爆炸、抢劫、强奸、绑架、放火、投放危险物质或者有组织的暴力性犯罪（8种）被判处10年以上有期徒刑、无期徒刑的犯罪分子 | 对判处拘役或者3年以下有期徒刑宣告缓刑的犯罪分子，一般不适用减刑 |
| 执行方式 | 社区矫正 | 社区矫正 |  |

# 第十三章　涉税犯罪法律制度

## 第一节 涉税犯罪概述

一、危害税收征管罪  
　　（一）危害税收征管罪的特征  
　　1.客体：国家的税收征管制度。  
　　2.客观方面：行为人采取各种方式、方法，逃避缴纳税款、逃避缴纳欠税、骗取出口退税、抗税以及虚开、出售发票，情节严重的行为。  
　　3.主体：一般主体和特殊主体都能构成，既包括单位，也包括个人。  
　　4.主观方面：只能由故意构成，过失不构成本罪。

　　（二）危害税收征管罪的种类

|  |  |
| --- | --- |
| 与“税款”有关“四”罪名 | （1）**逃税罪**； （2）抗税罪； （3）逃避追缴欠税罪； （4）**骗取出口退税罪** |
| 与“增值税专用发票”有关罪名 | （1）虚开增值税专用发票罪； （2）伪造、出售伪造的增值税专用发票罪； （3）非法出售增值税专用发票罪； （4）非法购买增值税专用发票、购买伪造的增值税专用发票罪 |
| 与“出口退税、抵扣税款发票”有关罪名 | （1）虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪； （2）非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪； （3）非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪 |
| 与“普通发票”有关罪名 | （1）非法制造、出售非法制造的发票罪； （2）非法出售发票罪； （3）**虚开发票罪**； （4）**持有伪造的发票罪** |

## 第二节 危害税收征管罪

　　一、逃税罪  
　　（一）逃税罪的构成  
　　1.客体：国家税收征管秩序。  
　　2.客观方面表现：  
　　（1）纳税人**采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报**，逃避缴纳税款，数额在**5万元以上并且占各税种应纳税额10%以上**，经税务机关依法下达追缴通知后，不补缴应纳税款、不缴纳滞纳金或者不接受行政处罚的；   
　　（2）纳税人**5年内**因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予**2次以上行政处罚**，又逃避缴纳税款，数额在**5万元以上并且占各税种应纳税总额10%以上的**；  
　　（3）扣缴义务人采取欺骗、隐瞒手段，不缴或者少缴已扣、已收税款，**数额在5万元以上的**。  
　　3.犯罪主体  
　　逃税罪的主体既**可以**是自然人，**也可以**是单位；包括纳税人和扣缴义务人。  
　　解释：不负有纳税义务和扣缴义务的单位和个人，**不能独立构成本罪主体**，但可成为本罪的共犯。

　　（二）逃税罪“罪与非罪，此罪与彼罪”区分界定  
　　1.逃税罪“罪与非罪”“界限

|  |  |
| --- | --- |
| 逃税罪认定 | 一般违法行为 |
| 逃税额占应纳税额10%以上且逃税数额在5万元以上 | ①逃税额“**不足**”应纳税额10%以上； ②逃税数额“**不足**”5万元； ③逃税额超过5万元但不足各税种应纳税总额10%的； ④逃税额**不足**5万元但超过各税种应纳税总额10 % 的。 |
| 凡5年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或被税务机关给予2次以上行政处罚，又逃避缴纳税款，数额在5万元以上并且占各税种应纳税总额10%以上的 | ①5年内因逃避缴纳税款而被税务机关处**2次以下行政处罚**； ②虽经2次税务行政处罚但**再未逃税的** ③2次处罚后又逃税且逃税额**在5万元以下的**。 |

　　2.逃税罪与徇私舞弊不征、少征税款罪区别

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 逃税罪 | 徇私舞弊不征、少征税款罪 |
| 犯罪主体 | **一般主体** | **特殊主体**（税务机关的工作人员） |
| 主观方面（共犯认定） | 税务机关的工作人员如果与逃税人相互勾结，故意不履行其依法征税的职责，不征或少征应征税款的 | **行为人知道某人在逃税，出于某种私利而佯装不知，对逃税行为采取放任态度**，不征或少征应征税款，使国家税收遭受重大损失 |

　　（三）逃税罪的处罚  
　　1.对多次实施前两款行为，未经处理的，**按照“累计数额”计算（连续犯）**。  
　　2.有逃避缴纳税款行为的纳税人经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任；但纳税人在公安机关立案后再补缴应纳税款、缴纳滞纳金或者接受行政处罚的，**不影响刑事责任的追究。**

　　二、抗税罪  
　　（一）抗税罪的构成  
　　1.客体：复杂客体，不仅侵犯了国家税收征管秩序，妨害了税务机关依法征税活动，而且侵犯了依法执行征税工作的税务人员的人身权利。  
　　2.**客观方面表现“为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为**。  
　　（1）造成税务工作人员轻微伤以上的；  
　　（2）以给税务工作人员及其亲友的生命、健康、财产等造成损害为威胁，抗拒缴纳税款的；  
　　（3）聚众抗拒缴纳税款的；  
　　（4）以其他暴力、威胁方法拒不缴纳税款的。  
　　解释：  
　　（1）行为人没有采取暴力、威胁方法抗拒缴纳税款，而是寻找借口，软磨硬泡、拖欠税款的，**不能**以抗税罪论处。  
　　（2）构成抗税罪的关键，在于对税务人员实施了暴力、威胁的抗拒手段，而**没有**数额和比例的规定。  
　　3.主体：纳税人或者扣缴义务人  
　　（1）本罪只能由自然人实施，单位不能成为本罪的主体；  
　　（2）纳税人或者扣缴义务人以外的其他人不能独立成为本罪的主体，但可以成为本罪的共犯；  
　　（3）单独实施以暴力威胁方法阻碍税务人员依法执行公务的行为，应当按妨碍公务罪定罪处罚。

　　（二）抗税罪的处罚  
　　1.如果实施抗税行为致人重伤死亡的，则一个行为即构成了抗税罪，又构成了故意伤害罪、故意杀人罪，属于一个行为触犯数个罪名（**想象竞合犯**），应按照刑罚较重的罪名定罪处罚，即应分别依照“**故意伤害罪、故意杀人罪**”定罪处罚。  
　　2.与纳税人或者扣缴义务人共同实施抗税行为的，以抗税罪的共犯依法处罚。

　　三、逃避追缴欠税罪  
　　1.客体：国家税收征管秩序。  
　　2.欠缴税款是本罪成立的前提。构成本罪必须具备以下四个条件：  
　　（1）有欠税事实的存在；  
　　（2）行为人为了不缴纳欠缴的税款；  
　　（3）行为人转移或者隐匿财产的行为致使税务机关无法追缴到其欠缴的税款；  
　　（4）税务机关无法追缴欠缴的税款数额必须在“**一万元以上**”。  
　　3.主体：欠缴应纳税款的纳税人，**扣缴义务人不构成本罪主体**。

　　五、骗取出口退税罪  
　　（一）骗取出口退税罪的构成特征  
　　1.**客体（复杂客体）**：国家出口退税管理制度和公共财产所有权。  
　　2.客观方面表现：利用国家出口退税制度，以虚报出口或者其他欺骗手段，骗取国家出口退税款，数额在“**5万元以上**”的行为。  
　　3.主体：一般主体。既可以是纳税人，也可以是非纳税人；既可以是个人，也可以是单位，且单位不限于是否具有进出口经营权。

　　（二）骗取出口退税罪的处罚  
　　1.量刑幅度  
　　（1）犯骗取出口退税罪，“**数额较大的（5万元）**”，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处骗取税款1倍以上5倍以下的罚金；  
　　（2）“**数额巨大（50万元）或者有其他严重情节的**”，处5年以上10年以下有期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金；  
　　（3）“**数额特别巨大（250万元）或者有其他特别严重情节的**”，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处骗取税款1倍以上5倍以下罚金或者没收财产。   
　　解释“其他严重情节”：  
　　（1）造成国家税款损失30万元以上并且在第一审判决宣告前无法追回的；  
　　（2）因骗取国家出口退税，行为受过行政处罚，两年内又骗取国家出口退税款数额在30万元以上的。   
　　解释“其他特别严重情节”：  
　　（1）造成国家税款损失150万元以上并且在第一审判决宣告前无法追回的；  
　　（2）因骗取国家出口退税，行为受过行政处罚，两年内又骗取国家出口退税款数额在150万元以上的。

　　2.纳税人缴纳税款后，采取上述欺骗方法，骗取所缴税款的，**按逃避缴纳税款罪处罚**；骗取税款超过所缴纳的税款部分，**对超过的部分以骗取出口退税罪论处**。  
　　3.有进出口经营权的公司、企业：明知他人意欲骗取国家出口退税款，仍违反国家有关进出口经营的规定，允许他人自带客户、自带货源、自带汇票并自行报关，骗取国家出口退税款的，按**骗取出口退税罪**定罪处罚。  
　　4.国家工作人员参与实施骗取出口退税犯罪活动的，从重处罚。  
　　5.实施骗取出口退税罪犯罪，同时构成虚开增值税专用发票等其他犯罪的，根据**牵连犯**从一重罪处断原则，按处罚较重的罪名定罪处罚。

　　五、虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪  
　　（一）构成  
　　1.**客体（复杂客体）**：侵犯了国家对增值税专用发票和其他发票的监督管理制度，又破坏了国家对税收的征管制度。  
　　2.客观方面表现：实施了虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，**虚开的税款数额在“1万元以上”或者致使“国家税款被骗数额在5000元以上”的行为。**  
　　（二）处罚  
　　1.犯虚开增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪，被判处罚金、没收财产的，在执行前，应当先由税务机关追缴税款和所骗取的出口退税款。  
　　2.盗窃增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票，**按盗窃罪处罚**。  
　　3.使用欺骗的手段骗取增值税专用发票或者可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票的，**按诈骗罪定罪处罚**。

　　六、伪造、出售伪造的增值税专用发票罪  
　　1.客体：国家对增值税专用发票的管理规定和国家税收征管秩序。犯罪对象为伪造的增值税专用发票。  
　　2.客观方面：行为人违反增值税专用发票管理规定，伪造增值税专用发票，或者明知自己所持有的是伪造的增值税专用发票，而仍然出售，**数量在25份以上或者票面额累计在10万元以上的行为。**

　　七、非法出售增值税专用发票罪  
　　1.客体：国家对增值税专用发票的管理制度和国家税收征管秩序。  
　　2.客观方面：行为人违反增值税专用发票管理规定，无权出售增值税专用发票而非法出售，或者有权出售增值税专用发票的税务人员，**违法出售增值税专用发票，数量在25份以上或者票面额累计在10万元以上的行为。**  
　　解释：出售的专用发票，必须是真发票，否则构成出售伪造的增值税专用发票罪。出售的专用发票，必须是空白发票，如果出售填好的专用发票，则应按虚开增值税专用发票罪论处。   
　　3.主体：持有增值税专用发票的单位或者个人。出售增值税专用发票的税务机关工作人员，也可以成为本罪主体。

　　八、非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票罪  
　　（一）非法购买增值税专用发票（“真”票）或者购买伪造的增值税专用发票罪（“假”票）的构成  
　　1.客体：国家对增值税专用发票的管理制度和国家税收征管秩序。犯罪对象必须是增值税专用发票。  
　　2.客观方面表现：（1）行为人违反增值税专用发票管理规定，从合法或者非法拥有真增值税专用发票的单位或者个人手中购买增值税专用发票；（2）购买明知是伪造的增值税专用发票，数量在**25份以上**或者票面额累计在10万元以上的行为。  
　　（二）处罚  
　　1.对非法购买增值税专用发票“虚开”的，应按“**虚开增值税专用发票罪**”定罪处罚。  
　　2.对非法购买增值税专用发票或者购买伪造的增值税专用发票“出售”的，应分别按“出售伪造的增值税专用发票罪、非法出售增值税专用发票罪”定罪处罚。

　　九、非法制造、出售非法制造的用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪  
　　1.客体：国家发票管理制度和国家税收征管秩序。  
　　2.客观方面：行为人伪造、擅自制造或者出售伪造、擅自制造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的**除增值税专用发票外的其他发票50份以上或者票面额累计在20万元以上的行为**。

　　十、非法制造、出售非法制造的发票罪  
　　1.客体：国家发票管理制度和国家税收征管秩序。  
　　犯罪对象必须是普通发票，如建安发票、货物销售发票。  
　　2.客观方面：行为人为达到营利目的，非法制造或出售非法制造一般的假**普通发票，数量在l00份以上或票面额累计在40万元以上的行为。**

　　十一、非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款发票罪  
　　1.客体：国家发票管理制度和国家税收征管秩序。  
　　2.客观方面表现：行为人为达到营利目的，非法出售用于骗取出口退税、抵扣税款的非增值税专用发票50份以上或者票面额累计在20万元以上的行为。  
　　提示：除税务机关外，任何单位或者个人出售自己使用的真发票的行为都是非法的。

　　十二、非法出售发票罪  
　　1.客体：国家发票管理制度和国家税收征管秩序。  
　　2.客观方面表现：行为人为达到营利目的，**非法出售普通发票l00份以上或者票面额累计在40万元以上的行为。**

　　十三、虚开发票罪  
　　（一）虚开发票罪的构成  
　　1.**客体：国家普通发票管理制度**。  
　　2.客观方面：  
　　（1）虚开发票认定：  
　　①没有商品购销或者没有提供、接受劳务、服务而开具普通发票；  
　　②虽有商品购销或者提供、接受了劳务、服务，但开具数量或金额不实的普通发票。  
　　（2）追诉标准（罪与非罪区分）  
　　①虚开发票100份以上或者虚开金额累计在40万元以上；  
　　②虽未达到上述数额标准，但5年内因虚开发票行为受过行政处罚2次以上，又虚开发票的；

　　（二）虚开发票罪“此罪与彼罪”界定  
　　1.虚开发票罪VS虚开增值税专用发票罪：对象不同，前者的对象为“普通发票”，后者的对象为“增值税专用发票”。  
　　2.虚开发票罪VS逃税罪  
　　（1）利用虚开普通发票的手段逃税的，包括两个犯罪行为，即虚开发票的犯罪行为和虚列成本偷逃税款的犯罪行为，属于牵连犯，应择一重罪从重处，不实行数罪并罚。  
　　（2）定罪时具体适用哪个罪名，主要根据其手段行为（虚开发票）和目的行为（逃税）的情节所适用的法定刑幅度中较重的确定：  
　　①如果两个行为中有一个行为适用的是较高的量刑档次，另一个行为适用的是较低的量刑档次，则以适用“较高量刑档次”的行为触犯的罪名来定罪；  
　　②如果两个行为适用的量刑档次相同（分不出高低），因逃税罪法定刑略重，一般应以“**逃税罪**”定罪。

　　（三）虚开发票罪的处罚  
　　1.虚开除增值税专用发票或者虚开用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票以外的其他发票，情节严重的，处2年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；  
　　2.情节特别严重的，处2年以上7年以下有期徒刑，并处罚金。

　　十四、持有伪造的发票罪  
　　1.**客体（复杂客体）**：国家发票管理和税收征管制度。  
　　2.客观方面：明知是伪造的发票而故意持有，“**数量较大**”的行为。  
　　【解释】“持有”：指行为人对伪造的发票处于占有、支配、控制的一种状态。（持有伪造的发票罪属于继续犯），既可以随身携带、放置或藏匿在某一个地点，也可以委托他人保管，只要在行为人的控制之下即可。  
　　【解释】“数量较大”：明知是伪造的发票而持有，具有下列情形之一的，应予立案追诉：  
　　（1）持有伪造的增值税专用发票50份以上或者票面额累计在20万元以上的；  
　　（2）持有伪造的可以用于骗取出口退税、抵扣税款的其他发票100份以上或者票面额累计在40万元以上的；  
　　（3）持有伪造的其他发票200份以上或者票面额累计在80万元以上的。

## 第三节 渎职罪

　　一、渎职罪  
　　（一）渎职罪的特征  
　　1.客体：国家机关的正常活动；  
　　2.客观方面：表现为滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的行为。在表现形式上，既可以是作为，也可以是不作为，但都必须与职务活动或公务活动相联系；  
　　3.主体：特殊主体，即只能是**国家机关工作人员**。但也有例外。  
　　4.主观方面：既可能是故意，也可能是过失。  
　　（二）渎职罪的种类  
　　（1）徇私舞弊不移交刑事案件罪  
　　（2）徇私舞弊不征、少征税款罪  
　　（3）徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪  
　　（4）违法提供出口退税凭证罪

　　二、徇私舞弊不移交刑事案件罪  
　　（一）徇私舞弊不移交刑事案件罪的构成  
　　1.客体：行政机关的行政执法活动秩序和司法机关正常的刑事司法活动秩序。  
　　2.客观方面：行政执法人员利用职务之便，徇私情私利、伪造材料、隐瞒情况、弄虚作假，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交，情节严重的行为。  
　　3.主体（特殊主体）：行政执法人员。  
　　4.主观方面：故意。  
　　（二）徇私舞弊不移交刑事案件罪“罪与非罪，此罪与彼罪”区分界定  
　　1.注意区分罪与非罪的界限  
　　（1）以行为人是否具有不移交刑事案件的“故意”区分罪与非罪  
　　（2）以不移交刑事案件是否属于“情节严重”区分罪与非罪  
　　【解释】“情节严重”的判定是指涉嫌下列情形之一：  
　　（1）对依法可能判处3年以上有期徒刑、无期徒刑、死刑的犯罪案件不移交的；（2）不移交刑事案件涉及3人次以上的；  
　　（3）司法机关提出意见后，无正当理由仍然不予移交的；  
　　（4）以罚代刑，放纵犯罪嫌疑人，致使犯罪嫌疑人继续进行违法犯罪活动的；  
　　（5）行政执法部门主管领导阻止移交的；  
　　（6）隐瞒、毁灭证据，伪造材料，改变刑事案件性质的；  
　　（7）直接负责的主管人员和其他直接责任人员为牟取本单位私利而不移交刑事案件，情节严重的。

　　2.注意区分“此罪与彼罪”界限  
　　（1）徇私舞弊不移交刑事案件罪VS徇私枉法罪

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 徇私舞弊不移交刑事案件罪 | 徇私枉法罪 |
| 犯罪主体 | 行政执法人员 | **司法工作人员** |
| 犯罪客  观方面 | 行为人为徇私情私利，故意把应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交 | （1）对明知是无罪的人使他受追诉；（2）对明知是有罪的人故意包庇不使他受追诉；（3）故意违背事实和法律作枉法裁判 |
| 情节严重的要求不同 | 要求“情节严重” | 没有“情节严重”的要求 |

　　（2）徇私舞弊不移交刑事案件罪VS放纵走私罪、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | 徇私舞弊不移交刑事案件罪 | 放纵走私罪 | 放纵制售伪劣商品犯罪 |
| 主体 | 一般的行政执法人员 | 海关工作人员 | 对生产、销售伪劣商品负有追究职责的国家机关人员 |
| 违法  阶段 | 一切行政执法过程中 | 海关执法  过程中 | 产品质量管理的行政执法中 |
| 违法  时间 | 行政执法人员**已经介入**对违法案件的查处（**应移交不移交**） | 行为人明知有走私行为（**应查而不查**） | 指行为人明知是制售伪劣商品犯罪行为，（**应查而不查**） |

　　（3）徇私舞弊不移交刑事案件罪VS受贿罪   
　　行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交，情节严重，同时又因此收受他人贿赂，则构成“徇私舞弊不移交刑事案件罪和受贿罪”（**牵连关系**），应**从一“重罪”**（受贿罪）处罚。

　　三、徇私舞弊不征、少征税款罪  
　　（一）徇私舞弊不征、少征税款罪的构成

|  |  |
| --- | --- |
| 客体 | 国家税务机关正常的税收征管秩序 |
| 客观方面 | 行为人违反税收法规徇私舞弊，不征或少征税款，致使国家税收遭受重大损失。  【重大损失】（1）徇私舞弊不征、少征应征税款，致使国家税收损失**累计达10万元以上的**；（2）上级主管部门工作人员指使税务机关工作人员徇私舞弊不征、少征应征税款，致使国家税收损失累计达10万元以上的；（3）徇私舞弊不征、少征应征税款不满10万元，但具有**索取或收受贿赂**或者其他恶劣情节的。 |
| 主体 | 税务机关的工作人员 |
| 主观方面 | 故意 【解释】在税务机关采用**定期定额**征收方式导致少征税款或纳税人提供**虚假材料骗取**减免税出现的不征或者少征税款，以及因**税务人员业务素质原因**造成的少征税款等情况下，因税务人员没有徇私舞弊的主观故意，不能认定为有罪。 |

　　（二）徇私舞弊不征、少征税款罪的认定  
　　1.徇私舞弊不征、少征税款罪VS玩忽职守罪：主观上的故意或者过失是区别徇私舞弊不征、少征税款罪和玩忽职守罪的标志。  
　　2.徇私舞弊不征、少征税款罪VS滥用职权罪：主体是否是税务人员是区别徇私舞弊不征、少征税款罪与滥用职权罪的标志。  
　　【解释】非税务人员超越职权，擅自作出减免税决定，造成不征或者少征税款的，应该追究责任人员滥用职权罪的法律责任。  
　　3.徇私舞弊不征、少征税款罪VS徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪  
　　税务人员发售的发票造成不征或少征税款的，构成徇私舞弊不征、少征税款罪；违法办理发售发票、抵扣税款或出口退税的，应定为徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪。  
　　4.税务人员与纳税人勾结，不征或者少征应征税款的，**应按逃避缴纳税款罪或者逃避追缴欠税款罪的共犯论处。**  
　　5.如果税务人员利用职务上的便利，索取、收受纳税人财物，不征或者少征应征税款，致使国家税收遭受重大损失的，应当以**本罪和受贿罪数罪并罚**。  
　　【提示】行政执法人员徇私舞弊，对应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交，情节严重，同时又因此而收受他人贿赂，构成徇私舞弊不移交刑事案件罪与受贿罪，应从一重罪处罚。

　　四、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪  
　　（一）徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪的构成特征  
　　1.客体：税务机关的税收征管秩序。  
　　2.客观方面：违反法律、行政法规的规定，在办理发售发票、抵扣税款、出口退税工作中徇私舞弊，致使国家利益遭受重大损失的行为。  
　　【解释】“致使国家利益遭受重大损失”立案标准是指涉嫌下列情形之一：  
　　（1）徇私舞弊，致使国家税收损失累计达10万元以上的；  
　　（2）徇私舞弊，致使国家税收损失累计不满10万元，但发售增值税专用发票25份以上或者其他发票50份以上或者增值税专用发票与其他发票合计50份以上，或者具有索取、收受贿赂或者其他恶劣情节的；  
　　（3）其他致使国家利益遭受重大损失的情形。  
　　3.主体：税务机关的工作人员。  
　　4.主观：故意。

　　（二）“此罪与彼罪”界定  
　　1.徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪VS徇私舞弊不征、少征税款罪

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪 | 徇私舞弊不征、少征税款罪 |
| 阶段 | 征收税收之前、之后或者征收过程中 | 发生在征收税收过程中 |
| 方式 | 作为 | 不作为 |

　　2.如果是税务机关的工作人员在发售发票、抵扣税款、出口退税工作中由于疏忽大意，严重不负责（过失），致使国家利益遭受损失的，应按“玩忽职守罪”追究其刑事责任。  
　　3.税务机关工作人员与其他犯罪分子有欺骗的共同故意，在办理抵扣税款、出口退税工作中帮助骗取抵扣税款或者出口退税的，可构成**诈骗罪或者骗取出口退税罪的共犯**。  
　　4.税务机关工作人员在办理发售发票、抵扣税款、出口退税工作中接受贿赂而实施本罪的，如果受贿行为构成犯罪的，应当按照处理牵连犯的原则**从一重罪**处罚。  
　　【提示1】如果税务人员利用职务上的便利，索取、收受纳税人财物，不征或者少征应征税款，致使国家税收遭受重大损失的，应当以本罪和受贿罪数罪并罚。  
　　【提示2】行政执法人员徇私舞弊，对依法应当移交司法机关追究刑事责任的案件不移交，情节严重，同时又因此而收受他人贿赂，则构成徇私舞弊不移交刑事案件罪与受贿罪这两个罪，应从一重罪处罚。

　　五、违法提供出口退税凭证罪  
　　1.客体：税务机关的税收征管秩序。  
　　2.客观方面：违反国家规定，在提供出口货物报关单、出口收汇核销单等出口退税凭证的工作中徇私舞弊，致使国家利益遭受重大损失的行为。  
　　【解释】“致使国家利益遭受重大损失”立案标准是指涉嫌下列情形之一：  
　　（1）徇私舞弊，致使国家税收损失累计达l0万元以上的；  
　　（2）徇私舞弊，致使国家税收损失累计不满l0万元，但具有索取、收受贿赂或者其他恶劣情节的；  
　　（3）其他致使国家利益遭受重大损失的情形。  
　　3.主体（特殊主体）：海关、外汇管理等国家机关工作人员。  
　　4.主观方面：故意，过失不构成本罪。

## 第十四章　行政诉讼法律制度

## 第一节 行政诉讼概述

　　一、行政诉讼的基本原则  
　　行政诉讼：  
　　指行政行为的**相对人**或者其他与行政行为**有利害关系**的其他公民、法人或者其他组织认为行政主体作出的“**行政行为**”侵犯其合法权益，依法向人民法院提起诉讼，请求法院对被诉的**行政行为进行审査**，法院在诉讼当事人和其他诉讼参与人的参加下对行政案件进行审理并作出裁判的活动。  
　　1.**被告对行政行为合法性负举证责任原则**  
　　【提示】行政复议中也是由被申请人举证。

　　2.行政诉讼期间行政决定不停止执行原则

|  |  |
| --- | --- |
| 诉讼不停止执行的例外 | 复议不停止执行的例外 |
| （1）**被告**认为需要停止执行的； | （1）**被申请人**认为需要停止执行的； |
| （2）**原告或者利害关系人**申请停止执行，人民法院认为该行政行为的执行会造成难以弥补的损失，并且停止执行不损害国家利益、社会公共利益的； | （3）**申请人**申请停止执行，行政复议机关认为其要求合理，决定停止执行的； |
| （3）**人民法院**认为该行政行为的执行会给国家利益、社会公共利益造成重大损害的； | （2）**复议机关**认为需要停止执行的 |
| （4）**法律、法规**规定停止执行的 | （4）**法律**规定停止执行的 |

　　3.司法依法变更原则  
　　【条文体现】  
　　《行政诉讼法》行政处罚**明显不当，或者其他行政行为涉及对款额的确定、认定确有错误的**，人民法院可以判决变更。  
　　**《行政复议法》行政复议机关可以决定“变更”情形：**  
　　（1）认定事实清楚，证据确凿，程序合法，但是明显不当或者适用依据错误；（2）认定事实不清，证据不足，但是经行政复议机关审理查明事实清楚，证据确凿。  
　　4.对行政行为**合法性、适当性**审查原则。

　　二、行政诉讼与行政复议的关系  
　　（一）行政复议与行政诉讼的联系  
　　1.**选择型**  
　　（1）如果选择行政复议，对行政复议决定不服的，仍可以向人民法院提起行政诉讼；**但在法定复议期限内不得向人民法院提起行政诉讼。**  
　　（2）如果直接选择了行政诉讼，人民法院已经依法受理的，则不得再申请行政复议。  
　　2.选择兼终局型  
　　【提示】对国务院部门或省级政府的行政行为不服的，向作出该行政行为的国务院部门或者省级政府申请行政复议；  
　　对行政复议决定不服的，**可以**向人民法院提起诉讼，**也可以**向国务院**申请最终裁决**。

　　3.复议前置型  
　　《税务行政复议规则》：公民、法人、其他组织对税务机关的“**征税行为**”不服的，应当先依法申请复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。  
　　《反垄断法》：对反垄断执法机构依法作出的禁止经营者集中的决定以及附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件的决定不服的，可以先依法申请复议；对复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。  
　　4.复议终局型  
　　《行政复议法》：根据国务院或者省、自治区、直辖市人民政府对行政区划的勘定、调整或者征用土地的决定，省、自治区、直辖市人民政府确认土地、矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂、海域等**自然资源的所有权或者使用权的行政复议决定为最终裁决。**

　　（二）行政复议与行政诉讼的区别

|  |  |
| --- | --- |
| **行政诉讼** | **行政复议** |
| （1）两审终审制 | （1）一级复议制 |
| （2）原则上实行开庭审理 | （2）原则上实行书面审查 |

第二节 行政诉讼受案范围

一、行政诉讼受理案件的范围  
　　（一）《行政诉讼法》规定的一般条款  
　　1.对**行政处罚**不服的案件；  
　　2.对**行政强制措施和行政强制执行**不服的案件；  
　　3.行政机关侵犯**法定经营自主权**或农村土地承包经营权、农村土地经营权的案件；  
　　4.行政主体**拒绝颁发许可证和执照或者不予答复**的案件；  
　　5.行政主体**拒绝履行保护人身权、财产权**的法定职责或者不予答复的案件；  
　　6.认为行政主体**没有依法发给抚恤金、最低生活保障费**或社会保险金的案件；  
　　7.认为行政机关**滥用行政权力排除或者限制竞争**的案件；  
　　8.认为行政主体**违法集资、摊派费用**或者违法要求履行其他义务的案件；  
　　9.认为行政机关**不依法履行、未按照约定履行或者违法变更、解除政府特许经营协议**、土地房屋征收补偿协议等协议的案件；  
　　10.认为行政主体侵犯其人身权、财产权的案件。

　　（二）法律、法规规定的特殊条款

|  |  |
| --- | --- |
| **国家赔偿案件** | （1）法院可以受理行政主体**对受害人申请赔偿不予答复或者受害人**对行政主体作出的赔偿数额有异议而引起的行政案件。 （2）行政机关依法**变更或者撤回**已经生效的行政许可，公民、法人或者其他组织仅主张行政补偿的，应当先向行政机关提出申请，不予答复或对补偿决定不服，可提起行政诉讼 |
| **对权利义务有实际影响的行为** | 登记机关作出不予名称预先核准、不予登记决定，应出具**《企业名称驳回通知书》、《登记驳回通知书》**，申请人享有行政复议或行政诉讼权 |
| **行政征收、行政补偿案件** | （1）被征收人对补偿决定不服的，可以依法申请行政复议，**也可以**依法提起行政诉讼。 （2）被征收人对市县级人民政府作出的房屋征收决定不服的，**可以**依法申请行政复议，**也可以**依法提起行政诉讼 |
| **其他权益受侵害** | **政治权利、劳动权、休息权、文化权、公平竞争权、知情权以及受教育权**等人身权、财产权以外的其他权益受行政行为侵害也可提起诉讼。 【提示】被告无理由拒绝原告查阅行政许可决定及有关档案材料或监督检查记录，法院可判决准予原告查阅 |

　　二、不受理的案件  
　　1.国家行为；  
　　2.抽象行政行为；  
　　3.**内部行为**；  
　　4.法律规定的行政终裁行为：行政复议法（**国务院最终裁决**）；  
　　5.公安、国家安全等机关依照《刑事诉讼法》的明确授权实施的行为；  
　　6.行政调解、法律规定的仲裁行为；  
　　7.行政指导：无强制力的；  
　　8.驳回申诉的重复处理行为：二次决定；  
　　9.对公民权利义务不产生实际影响的行为（行政处罚**告知**行为，行政强制执行**催告书**）；  
　　10.行政机关作出的**不产生外部法律效力**的行为；  
　　11.行政机关为作出行政行为而实施的**准备、论证、研究、层报、咨询**等过程性行政行为；  
　　12.行政机关根据人民法院的**生效裁判、协助执行通知书作出的执行行为**；  
　　【提示】但行政机关扩大执行范围或者采取违法方式实施的**除外**。  
　　13.上级行政机关基于内部层级监督关系对下级行政机关作出的**听取报告、执法检查、督促履责**等行为；  
　　14.行政机关**针对信访事项作出的登记、受理、交办、转送、复查、复核意见**等行为。

　　三、行政诉讼管辖种类  
　　（一）级别管辖  
　　1.**基层法院**  
　　2.**中级法院管辖一审案件**：  
　　（1）对国务院部门或者**县级以上**地方人民政府所作的行政行为提起诉讼的案件；  
　　（2）**海关**处理的案件；  
　　（3）本辖区内重大、复杂的案件；  
　　**主要包括**：  
　　①社会影响重大的**共同诉讼**；  
　　②涉外或者涉及中国**香港、澳门、台湾地区**的案件；  
　　③第一审**国际贸易行政案件**等。  
　　3.**高级人民法院**：本辖区内重大复杂的一审案件。  
　　4.**最高人民法院**：全国范围内重大复杂的一审案件。  
　　【提示】作出原行政行为行政机关和复议机关为共同被告的，以作出“**原行政行为的行政机关**”确定案件的**级别管辖**。

　　（二）地域管辖  
　　1.一般地域管辖

|  |  |
| --- | --- |
| 直接起诉 | **被告地**：最初作出行政行为的行政机关所在地法院管辖 |
| 复议后起诉 | **二选一**：可以由最**初作出行政行为的行政机关所在地**法院管辖，也可以由**复议机关所在地**的法院管辖（**变化、教材有误**） |

　　2.特殊地域管辖

|  |  |
| --- | --- |
| 因不动产提起诉讼 | **不动产所在地**法院管辖 【提示】“**因不动产提起的行政诉讼**”是指因行政行为导致不动产物权变动而提起的诉讼 |
| 对限制人身自由的行政强制措施提起诉讼 | **被告所在地**（行政机关主要办事机构）**或原告所在地**（户籍所在地、经常居住地和被限制人身自由地）法院管辖 |

　　3.共同地域管辖

|  |  |
| --- | --- |
| 复议后又起诉的 | 最初作出行政行为的机关或复议机关所在地法院 |
| 限制人身自由的行政强制措施 | **被告或原**告所在地法院 |
| 基于同一事实，既采取限制公民人身自由的行政强制措施，又采取其他行政强制措施或者行政处罚不服的 | **被告或原告**所在地法院 |

　　【提示】  
　　在两个以上人民法院对同一个行政案件都有管辖权的情况下，管辖取决于**起诉人选择**。  
　　若起诉人向有管辖权的法院都提起诉讼，则由“**最先立案**”的人民法院管辖。  
　　【三大诉讼共同管辖对比表】

|  |  |
| --- | --- |
| 行政诉讼 | “最先立案” |
| 民事诉讼 | “最先立案” |
| 刑事诉讼 | “最先受理” |

　　（三）裁定管辖  
　　1.移送管辖：  
　　如果当事人认为受诉人民法院无管辖权，应在接到人民法院起诉状副本之日起**15日内**以书面形式提出管辖权异议。  
　　**受移送的人民法院不得再自行移送，应报上级法院指定管辖。**  
　　2.指定管辖  
　　（1）有管辖权的人民法院由于**特殊原因**不能行使管辖权的，由上级人民法院指定管辖。  
　　（2）人民法院对管辖权发生争议，由**争议双方协商解决**。协商不成的，报它们的**共同上级**人民法院指定管辖。  
　　3.管辖权的转移（“**能上不能下**”）：  
　　上级人民法院有权审理下级人民法院管辖的第一审行政案件；  
　　下级法院认为需要，可以报请上级人民法院决定。  
　　4.跨区域管辖：  
　　经最高院批准，高院可以根据审判工作的实际情况，确定若干人民法院跨行政区域管辖行政案件。

第三节 行政诉讼参加人

　　一、行政诉讼原告  
　　（一）行政诉讼原告资格  
　　【概念解析】**行政诉讼原告**：  
　　指对行政机关的行政行为不服，向人民法院起诉的**利害关系人**，包括行政行为的**相对人**以及其他与被诉行政行为**有利害关系的公民、法人或者其他组织**。

　　1.具体情形（2018年变化）

|  |  |
| --- | --- |
| 情形 | 示例 |
| （1）被诉的行政行为涉及其**相邻权** | 如：行政机关批准甲企业盖楼，影响了旁边邻居采光，邻居住户可以提起行政诉讼 |
| （2）被诉的行政行为涉及其**公平竞争权** | 如：甲、乙、丙均满足特许经营条件，行政机关批准甲，乙、丙可以提起行政诉讼 |
| （3）与被告的行政复议决定有利害关系或在复议程序中被追加为第三人 | 如：甲打了乙，公安处罚甲，甲不服复议，乙被追加为第三人。复议决定减轻甲的行政处罚，乙不服可以提起行政诉讼 |
| （4）要求主管行政机关依法追究加害人法律责任 | 如：张三打了李四而受到治安处罚，李四作为受害人可以提出对张三的处罚太轻而提起行政诉讼 |
| （5）**与撤销或变更**行政行为有法律上利害关系 | 如：行政机关颁发了预售许可证，开发商出售了多套房子，之后发现未达标撤销了许可证，开发商和准业主们都可提起行政诉讼 |
| （6）为维护自身合法权益向行政机关投诉，具有处理投诉职责的行政机关作出或者未作出处理的 | 如：为维护自身合法权益张三向药监局投诉A企业卖假药，张三对药监局处理决定不服，可以提起行政诉讼 |

　　2.原告资格转移（同复议）  
　　（1）有权提起行政诉讼的公民死亡，其**近亲属**可以提起行政诉讼；  
　　（2）有权提起行政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提起行政诉讼。  
　　3.代为起诉  
　　公民因被限制人身自由而不能提起诉讼的，其近亲属可以依其**口头或者书面**委托以该公民的名义提起诉讼。

　　（二）具体情形下原告资格的确定（2018年变化）

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| 合伙 | 合伙企业 | 名义（原告） | **企业（核准登记的字号）** |
| 代表 | **执行合伙事务的合伙人** |
| 其他合伙组织 | **合伙人**为共同原告 | | |
| 个体工商户 | 无字号的，以**登记的经营者**为原告 | | | |
| 有字号的，以**登记的字号**为原告 | | | |
| 非营利法人 | 事业单位、社会团体、基金会、社会服务机构等非营利法人的**出资人、设立人**认为行政行为损害法人合法权益的，可以自己的名义提起诉讼 | | | |
| 业主委员会 | 对于行政机关作出的涉及业主共有利益的行政行为，可以**自己的名义**提起诉讼 | | | |
| 股份制企业 | 名义（原告） | **企业的名义** | | |
| 代表 | 股东大会、股东会、董事会 | |  |
| 联营、合资、合作 | 无论采取哪种组织形态，认为联营、合资、合作企业权益或自己一方合法权益受行政行为侵害的，均可以**自己的名义**提起诉讼 | | |  |
| 农村集体土地使用权人 | 农村土地承包人等土地使用权人对行政机关处分其使用农村集体所有土地的行为不服，可以**自己的名义（NOT农村经济组织）**提起诉讼 | | |  |
| 非国有企业 | 非国有企业被行政机关注销、撤销、合并、强令兼并、出售、分立或者改变企业隶属关系的，该**企业或其法定代表人**可以提起诉讼 | | |  |

　　二、行政诉讼被告  
　　（一）行政诉讼被告的特殊性（2018年变化）  
　　1.对原告的诉讼请求**没有**反诉权；  
　　【提示】民事诉讼中被告**有反诉权**。  
　　2.承担被诉行政行为**合法性**的举证责任；  
　　3.有权**执行或者改变**被诉的行政行为。

　　（二）具体情形下被告资格的确定（2018年变化）  
　　1.一般规定

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 实施主体 | | 被告 |
| （1）上级行政机关批准的行政行为 | | **署名机关** |
| （2）行政机关组建并被赋予行政管理职能，但没有独立承担法律责任能力的机构以自己名义作出 | | **组建该机构的行政机关** |
| （3）**内设机构或派出机构** | 超出法定授权范围 | 实施该行为的机构或组织 |
| （4）行政机关委托的组织 | | 委托的行政机关 |
| （5）被撤销的行政机关 | | **继续行使其职权**的行政机关 |
| **无继续行使职权机关的，其所属的人民政府** | |
| **实行垂直领导的，垂直领导的上一级行政机关** | |
| （6）村民委员会或者居民委员会 | | **授权主体**：以村民委员会或者居民委员会为被告 |  |
| **委托主体**：以委托的行政机关为被告。 | |
| （7）高等学校等事业单位以及律师协会、注册会计师协会等行业协会 | | **授权主体**：以该事业单位、行业协会为被告 |  |
| **委托主体**：以委托的行政机关为被告 | |
| （8）市县级人民政府确定的房屋征收 | | 以房屋征收部门为被告 |  |

　　2.开发区管理机构

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 国务院、省级人民政府批准设立的开发区管理机构 | 开发区管理机构作出 | 以该**开发区管理机构**为被告 |
| 开发区管理机构所属职能部门作出 | 以其**职能部门**为被告 |
| 其他开发区管理机构 | 所属职能部门作出 | 以**开发区管理机构**为被告； |
| 没有行政主体资格的 | 以**设立该机构的地方人民政府**为被告 |

　　3.经复议的案件

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 维持原行政行为 | 作出原行政行为的行政机关和复议机关为**共同被告** | |
| 改变原行政行为 | **复议机关为被告** | |
| 复议机关不作为 | 对复议机关不作为不服 | **复议机关为被告** |
| 对原行政行为不服 | **作出原行政行为的行政机关为被告** |

　　【解释】“**改变原行政行为”指复议机关改变原行政行为的处理结果。**  
　　【提示1】  
　　复议机关确认原行政行为无效，属于**改变原行政行为**。  
　　【提示2】  
　　复议机关确认原行政行为违法，属于**改变原行政行为**，但复议机关以违反法定程序为由确认原行政行为违法的**除外**。

　　4.行政许可案件

|  |  |
| --- | --- |
| 行政许可 | 作出行政许可决定的机关 |
| 许可经上级机关批准，对批或不批不服一并提起诉讼 | 上级行政机关和作出许可决定的机关为**共同被告** |
| 须经下级初步审查上报，对不予初审或不予上报不服 | **下级**行政机关或组织为被告 |
| 统一办理时 | 作出具有**实质影响**的不利行为的机关 |

　　三、行政诉讼第三人

|  |  |
| --- | --- |
| 地位 | **不同于原告，也不是被告，**而是具有独立地位的诉讼参加人。 |
| 权利 | 1.有权委托诉讼代理人，代理参加诉讼； 2.有权提出与本案有关的诉讼主张； 3.一审法院判决其承担义务或减损其权益的，对一审判决不服，**有权提起上诉** |
| 参加方式 | 1.**依申请或依通知**：同被诉行政行为有利害关系或者同案件处理结果有利害关系的其他公民、法人或其他组织，**可以作为**第三人申请参加诉讼或者由人民法院通知其参加诉讼。 2.**依通知**：当同一行政行为涉及**两个以上利害关系人**，其中一部分利害关系人不服提起诉讼时，法院**应当通知**没有起诉的其他利害关系人作为第三人参加诉讼。 【提示】应当追加被告而原告不同意追加的，人民法院应当通知其以第三人的身份参加诉讼，但行政复议机关作共同被告的**除外** |

　　四、行政诉讼代表人和代理人  
　　（一）行政诉讼代表人  
　　【概念解析】行政诉讼代表人：  
　　指在原告（或被告）人数众多的情况下，由一人或数人作为代表进行诉讼，其他当事人则可不参加诉讼，但人民法院的判决及于**全体当事人**的诉讼形式。  
　　1.诉讼代表人VS诉讼代理人  
　　（1）诉讼代表人：  
　　是**本案的当事人**，与本案的诉讼标的有法律上的利害关系；  
　　（2）诉讼代理人：  
　　只能以**被代理人的名义**并在代理授权范围内来行使职权。

　　2.诉讼代表人VS法定代表人  
　　（1）诉讼代表人：由法律规定**或**由推选或法院指定产生的，如果**放弃或变更诉讼请求**，要经过**被代表的其他当事人同意**；  
　　（2）**法定代表人**：是法人的代表机关，其行为就是法人的行为，诉讼权利不受限制。  
　　【解释1】担任法人法定代表人的人员发生职务变动的，自职务变动之日起，原担任法定代表人的人员即**不得以该法人的名义**进行诉讼。  
　　【解释2】如果企业作为行政相对人依法进入破产程序的，则应由“**管理人**”代表破产企业参加诉讼。  
　　3.诉讼代表人类型  
　　（1）不具备法人资格组织的诉讼代表人；  
　　（2）集团诉讼的诉讼代表人（**10人以上**）：则由推选产生2～5名当事人作为诉讼代表人参加诉讼。  
　　【提示】代表人**可以委托1-2人**作为诉讼代理人。

　　（二）行政诉讼代理人

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1.法定诉讼代理人 | 适用 | **没有诉讼行为能力或限制诉讼行为能力的公民，**即未成年人和精神病人 |
| 不适用 | 法人、组织、作为被告的行政机关 |
| 2.指定诉讼代理人 | （1）法定代理人互相推诿：**法院**指定其中一人。 （2）无诉讼行为能力人事先未确定监护人，一时无法确定时：**法院指定** | |
| 3.委托诉讼代理人 | 人数 | 当事人、法定代理人**可以委托1～2人**代为诉讼 【提示】可以委托诉讼代理人包括：律师、**基层法律服务工作者、**公民的近亲属、当事人的工作人员；公民所在社区、单位及有关社会团体**推荐的人**。 |
| 形式 | ①**书面或口头委托**； ②其他机关拒绝向被限制人身自由的公民核实的，视为委托成立。 ③解除、变更委托**书面报告**法院 |
| 权利 | ①**律师**：有权依法查阅复制本案材料，向组织和公民调查、收集证据； ②**其他诉讼代理人**：查阅复制**除涉及国家秘密和个人隐私材料以外**的本案庭审材料（**变化、教材有误**） |

　　【提示】  
　　被诉**行政机关负责人**应当出庭应诉。  
　　不能出庭的；应当委托行政机关相应的工作人员出庭，不得**仅委托律师**出庭。

　第五节 行政诉讼的证据

一、行政诉讼证据的种类  
　　1.行政诉讼的法定证据包括：  
　　（1）书证  
　　（2）物证  
　　（3）视听资料  
　　（4）**电子数据**  
　　（5）**证人证言**  
　　（6）当事人陈述  
　　（7）**鉴定意见**  
　　（8）勘验笔录  
　　（9）**现场笔录**。

　　2.提供证据的要求  
　　（1）书证

|  |  |
| --- | --- |
| 形式 | ①提供书证的原件（原本、正本**和副本均属于书证的原件**）。 ②提供原件确有困难的，可以提供与原件**核对无误**的复印件、照片、节录本 |
| 部门保管 | 提供由有关部门保管的书证原件的复制件、影印件或者抄录件的，应当**注明出处**，经该部门核对无异后加盖其（保管部门）印章 |
| 说明 | 提供报表、图纸、会计账册、专业技术资料、科技文献等书证，**应当附有说明** |
| 询问、陈述、谈话类笔录 | 被告提供的被诉行政行为所依据的询问、陈述、谈话类笔录，应当有**行政执法人员、被询问人、陈述人、谈话人签名或者盖章**。法律、法规、司法解释和规章对形式另有规定的除外 |

**原件→复印件→保管（出处）报表文献（有说明）→谈话笔录（签章）**

　　（2）视听资料

|  |  |
| --- | --- |
| 形式 | 尽量提供有关资料的原始载体，确有困难，可以提供复制件，注明**制作方法、制作时间、制作人和证明对象等** |
| 文字记录 | 声音资料（**无论原始载体还是复制件**）应当附有该声音内容的**文字记录** |

　　（3）电子数据

|  |  |
| --- | --- |
| 形式 | 电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、网络博客、手机短信、电子签名、域名等电子证据，**应当结合案件其他证据**，审查其真实性和关联性 |
| 效力 | 以有形载体固定或者显示的电子数据交换、电子邮件以及其他数据资料，其制作情况和真实性经**对方当事人确认**，或**公证**等其他有效方式予以证明的，与原件具有同等的证明效力 |

　　（4）证人证言

|  |  |
| --- | --- |
| 要求 | ①证人应当陈述其**亲历**的具体事实。 证人根据其经历所作的判断、推测或者评论，**不能作为**定案的依据。 ②凡知道案件事实的人，都有出庭作证的义务，**不能正确表达**意志的人不能作证。 【注意】即便与当事人有利害关系，仍有出庭作证的义务，只是效力会差。 ③出庭作证的证人**不得旁听**案件的审理。 ④当事人申请证人出庭作证的，应当**在举证期限届满前提出，并经法院许可** |
| 书面证言 | 经人民**法院允许**，当事人可以提交书面证言： ①当事人在行政程序或者庭前证据交换中对证人证言**无异议**的； ②证人因**年迈体弱**或者行动不便无法出庭的； ③证人因**路途遥远**、交通不便无法出庭的； ④证人因自然灾害等**不可抗力**或者其他意外事件无法出庭的 |
| 专家证言 | 原告或者第三人可以要求相关**行政执法人员**作为证人出庭作证： ①对**现场笔录**的合法性或者真实性有异议的； ②对扣押**财产**的品种或者数量有异议的； ③对**检验物**的物品取样或者保管有异议的； ④对行政执法人员的**身份**的合法性有异议的 |

　　（5）鉴定意见

|  |  |
| --- | --- |
| 启动 | （1）由当事人提供； （2）由法院依职权指定或委托法定鉴定部门。 |
| 内容 | 委托人和委托鉴定的事项；材料；技术手段；资格；**鉴定人的签名和鉴定部门的盖章**；说明分析过程 |
| 重新鉴定 | 资格欠缺、程序严重违法、明显依据不足、质证不能为证据 |
| 补充鉴定 | 有缺陷的鉴定意见 |

　　（6）勘验笔录：指对物品、现场等进行查看、检验后所作的能够证明案件情况的记录。  
　　启动：依职权或依申请。

　　（7）现场笔录

|  |  |
| --- | --- |
| 适用 | 只有在证据难以保全、事后难以取证、不可能取得其他证据或者其他证据难以证明案件事实情况下才能适用 |
| 要求 | ①现场笔录应当在**现场制作**，不能事后补作 ②被告向人民法院提供的现场笔录，应当载明时间、地点和事件等内容，并由执法人员和当事人签名。**当事人拒绝签名或者不能签名的，应当注明原因**。有其他人在现场的，可由其他人签名 |

　　二、行政诉讼证据的收集、质证和审查认定  
　　（一）行政诉讼中对证据的收集  
　　1.行政诉讼中被告对证据的收集

|  |  |
| --- | --- |
| 时间 | 被告承担举证责任，向法院提交的证据应当**在作出行政行为之前收集** |
| 允许的事后证据 | 对当事人无争议，但涉及国家利益、公共利益或他人合法权益的事实，**法院可以**责令当事人补充证据 |

　　2.行政诉讼中人民法院对证据的收集

|  |  |
| --- | --- |
| 法院主动调取 | （1）涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的； （2）涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的 |
| 申请法院调取 | **原告或者第三人不能自行收集的，可以申请人民法院调取**： （1）由**国家有关部门保存**而须由人民法院调取的证据材料； （2）涉及国家**秘密**、商业秘密或者个人隐私的证据材料； （3）确因**客观原因**不能自行收集的其他证据材料 |

　　【提示】人民法院在调取证据时，不得为证明被诉行政行为的合法性而调取被告在作出行政行为时**未收集**的证据。

　　3.证据保全

|  |  |
| --- | --- |
| 情形 | 在**证据可能灭失或者难以取得**的情况下，对证据采取保全措施（如查封扣押、拍照、录音等） |
| 启动 | 依诉讼参加人的**请求或依职权** |
| 时间 | 申请保全证据的，应当在**举证期限届满前以书面形式提出** |
| 程序 | （1）人民法院**“可以”要求申请人提供担保**。 （2）人民法院保全证据时，**“可以”**要求当事人或者其诉讼代理人到场 |

　　（二）行政诉讼证据的质证  
　　1.必要性：  
　　只有经过当庭质证的证据，才能作为定案的依据。但当事人在庭前证据交换过程中没有争议并记录在卷的证据除外。

　　2.特殊情形

|  |  |
| --- | --- |
| （1）缺席证据 | 被告无正当理由拒不到庭而缺席判决的，被告提供的证据不能作为定案依据；但当事人在庭前交换证据中没有争议的证据除外 |
| （2）涉密证据 | 涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据，不得在开庭时公开质证 |
| （3）调取证据 | ①依申请调取的证据由申请人在庭审中出示，并由当事人质证； ②**依职权调取的证据由法庭出示并进行说明，听取当事人意见，但无须质证** |
| （4）二审质证 | 对当事人依法提供的新证据或对一审认定的证据仍有争议的（**旧证据**）→ 应进行质证 |
| （5）再审质证 | 对当事人依法提供的新证据或因证据不足而再审的**主要证据（旧证据）**→ 应进行质证 |

　　【解释】“新证据”，是指：  
　　（1）在一审程序中应当准许延期提供而未获准许的证据；  
　　（2）当事人在一审程序中依法申请调取而未获准许或者未取得，人民法院在二审程序中调取的证据；  
　　（3）原告或第三人提供的在举证期限届满后发现的证据。

　　（三）行政诉讼证据的审查认定  
　　1.证明力大小

|  |  |
| --- | --- |
| 法定机关证据优先 | （1）国家机关以及其他职能部门依职权制作的**公文文书优于其他书证** （2）**鉴定意见、现场笔录、勘验笔录、档案材料、公证或登记**的书证优于其他书证、视听资料和证人证言 （3）法定鉴定部门的鉴定意见优于其他鉴定部门的鉴定意见 |
| 法庭证据优先 | （1）法庭主持勘验制作的勘验笔录优于其他部门主持勘验制作的勘验笔录 （2）**出庭作证的证人证言**优于未出庭作证的证人证言 |
| 原物优先 | （1）原件、原物优于复制件、复制品 （2）原始证据优于传来证据 |
| 无利害关系优先 | **其他证人证言**优于与当事人**有亲属或密切关系**的证人提供的对该当事人有利的证言 |
| 证据链优先 | 数个种类不同、内容一致的证据优于一个孤立的证据 |

　　2.可以直接认定的证据：  
　　（1）众所周知的事实；  
　　（2）自然规律及定理；  
　　（3）按照法律规定推定的事实；  
　　（4）已经依法证明的事实；  
　　（5）根据日常生活经验法则推定的事实。  
　　（6）庭审中，一方当事人或其代理人在代理权限内对另一方当事人陈述的案件事实明确表示认可的，法院可以予以认定，但有相反证据足以推翻的除外。  
　　（7）生效的人民法院裁判文书或者仲裁机构裁决文书确认的事实，可以作为定案依据。  
　　【提示】在行政赔偿诉讼中，人民法院**主持调解时**，当事人为达成调解协议而对案件事实的认可，**不得在其后的诉讼中作为对其不利的证据。**

　　3.证据搜集的要求

|  |  |
| --- | --- |
| 关联性 | 是否具有证明关系＋与待证事实的关联程度 |
| 合法性 | 形式是否合法＋取得是否合法 |
| 真实性 | 形成的原因＋发现证据的客观环境＋是否原件＋复制件与原件是否相符＋证人是否具有利害关系 |

　　4.瑕疵证据

|  |  |
| --- | --- |
| 不能单独作为定案依据 | （1）**未成年人**所作的与其年龄和智力状况**不相适应**的证言； （2）与一方当事人有亲属关系或密切关系的证人所作的对该当事人**有利**的证言，或与一方当事人有不利关系的证人所作的对该当事人**不利**的证言； （3）应出庭作证而**无正当理由**不出庭作证的证人证言； （4）**难以识别是否经过修改**的视听资料； （5）**无法与原件、原物核对**的复制件或者复制品； （6）经一方当事人或者他人改动，对方当事人**不予认可**的证据材料 |

|  |  |
| --- | --- |
| 不能作为定案依据 | （1）**严重违反**法定程序收集； （2）**以偷拍、偷录、窃听**等手段获取侵害他人合法权益； （3）**以利诱、欺诈、胁迫、暴力**等不正当手段获取； （4）当事人**无正当事由超出举证期限**提供的证据材料； （5）在中华人民共和国领域外或在港澳台形成的未办理法定证明手续； （6）当事人无正当理由拒不提供原件、原物，又无其他证据印证，且对方当事人**不予认可**的证据的复制件或者复制品； （7）被当事人或他人进行技术处理而无法辨明真伪； （8）**不能正确表达意志的证人**提供的证言； （9）不具备合法性和真实性的其他证据材料； （10）以违反法律禁止性规定或侵犯他人合法权益的方法取得 |

|  |  |
| --- | --- |
| 不能证明被诉行政行为合法性的证据 | （1）对被告及其诉讼代理人在作出行政行为后或在诉讼中**自行收集**； （2）被告**非法剥夺公民、法人或其他组织**依法享有的陈述、申辩或者听证权利所采用的证据； （3）**原告或第三人在诉讼中提供、被告在行政程序中未作为行政行为依据的证据**； （4）被告严重违反法定程序收集的其他证据； （5）对被告在行政程序中采纳的，原告或第三人证明：①鉴定人不具备鉴定资格；②鉴定程序严重违法；③鉴定意见错误、不明确或不完整。 （6）复议机关在复议过程中收集和补充的证据，或者作出原行政行为的行政机关在复议程序中未向复议机关提交的证据（例外：复议机关作共同被告的案件，复议机关在复议程序中依法收集和补充的证据，可以作为人民法院认定复议决定和原行政行为合法的依据）； （7）被告在二审过程中向法庭提交在一审过程中没有提交的证据，不能作为二审法院撤销或变更一审裁判的根据 |

　　三、行政诉讼中的举证责任  
　　（一）举证要求  
　　1.一般情况下被告应当负有举证责任。被告应提供作出行政行为的证据和所依据的规范性文件，否则承担败诉后果。  
　　2.原告可以提供证明被诉行政行为违法的证据。  
　　原告提供的证据不成立的，不免除被告对被诉行政行为合法性的举证责任。  
　　【提示】原告确有证据证明被告持有的证据对原告有利，被告经人民法院责任提交而无正当事由拒不提供的，可以推定原告的主张成立。

　　（二）举证内容

|  |  |
| --- | --- |
| 被告 | 1.被告对被诉行政行为合法性负有举证责任； 2.被告认为原告**起诉超过起诉期**，负有举证责任。 |
| 原告 | 1.起诉时应当提供其符合法定起诉条件的相应的证据材料； 2.在起诉被告不作为的案件中，原告应当提供其在行政程序中曾经提出申请的证据材料，但有下列情形的除外： ①被告应当**依职权**主动履行法定职责的； ②原告因被告受理申请的**登记制度不完备**等正当事由并能够作出合理说明的。 3.在行政赔偿、补偿诉讼中，原告应当对被诉行政行为**造成损害的事实**提供证据。 【提示】因被告的原因导致原告无法举证的，由被告承担举证责任 |

　　【提示】被告举证范围

|  |  |
| --- | --- |
| 事实材料 | 被告依法收集的各种证据 |
| 规范性文件 | 正式公开的法律、法规、规章以及其他规范性文件 |
| 复议机关决定维持原行政行为 | 应当在审査原行政行为合法性的同时，一并审查复议程序的合法性 |
| 作出原行政行为的行政机关和复议机关对原行政行为合法性共同承担举证责任，可以由其中一个机关实施举证行为 |
| 复议机关对复议程序的合法性承担举证责任 |

　　（三）举证时间（2018年变化）

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 被告 | 原告 |
| 一般期限 | 收到起诉状副本之日起15日内提交答辩状 | 开庭审理前或法院指定的交换证据清单之日 |
| 延期 | 被告因不可抗力或客观上不能控制的其他正当事由不能在规定期限内提供，应在15日内提出延期，法院准许延期，被告在正当事由消除后15日内提供 | 因正当理由申请延期提供，经法院准许可在法庭调查中提供 |
| 逾期提供证据 | 不提供或者无正当理由逾期提供的，视为被诉行政行为没有相应的证据。但是，被诉行政行为涉及第三人合法权益，第三人提供证据的除外 | （1）法院**应当责令**其说明理由； 拒不说明理由或者理由不成立的，**视为放弃举证权利**。 （2）原告在一审程序中无正当事由未提供而在二审中提供的证据，法院将**不予采纳** |

　　第六节 行政诉讼程序

　　一、行政诉讼的起诉与受理  
　　（一）起诉  
　　1.起诉的一般条件  
　　（1）原告是**行政行为**的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或其他组织；  
　　（2）有明确的**被告**；  
　　（3）有具体的诉讼请求和事实根据；  
　　（4）属于人民法院受案范围和受诉人民法院管辖。  
　　【提示】起诉**可以书面**向人民法院递交起诉状；书写困难，**可以口头**起诉，由人民法院记入笔录，出具注明日期的书面凭证，并告知对方当事人。

　　2.起诉的时间条件  
　　（1）起诉期限的长度

|  |  |
| --- | --- |
| 先复议后诉讼 | 收到复议决定书之日或复议机关逾期不作决定，复议期满之日起**15日内，法律**另有规定除外 |
| 直接诉讼 | 自知道作出行政行为之日起**6个月内，法律**另有规定除外 |

　　（2）起诉期限的起算  
　　①一般：  
　　从公民、法人或者其他组织“**知道**”行政机关作出行政行为之日起计算。  
　　②**行政机关未告知公民、法人或其他组织起诉期限的：**  
　　从公民、法人或其他组织“**知道或应当知道诉权或起诉期限之日**”起计算，但从**知道或应当知道行政行为内容之日**起**最长不得超过1年**。  
　　③当事人不知道行政机关作出的行政行为内容：起诉期限从知道或应当知道该行政行为内容之日起计算。  
　　【提示】**最长不得超过《行政诉讼法》第46条第2款规定的起诉期限**：

|  |  |
| --- | --- |
| 涉及不动产的行政行为 | 从作出之日起**超过20年** |
| 其他行政行为 | 从作出之日起**超过5年**提起诉讼的 |

　　（3）起诉期限迟延  
　　①适用：  
　　**不可抗力**或者其他特殊情况。  
　　②时限：  
　　障碍消除后的**10日内**。可以申请延长期限，是否准许应由**人民法院**决定。  
　　③特殊：  
　　因人身自由受到限制而不能诉讼，被限制人身自由的时间**不计算**在起诉期间内。

　　3.起诉的程序条件

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
|  | 复议在前 | 撤回复议 | 复议期间 | 复议不理、不服 | 注意 |
| 复议前置 | √ | **不得起诉** | 不得起诉 | 可以起诉 | 由**法律、法规**规定 |
| 复议选择 | × | **可以起诉** | 不得起诉 | 可以起诉 | 既复议又诉讼→**先立案的管辖**→同时立案，自由选择 |

　　（二）立案  
　　1.法院处理  
　　（1）人民法院在接到原告的起诉状后，**应当**登记立案。  
　　（2）对当场不能判定是否符合本法规定的起诉条件的，**应当**接收起诉状，出具注明收到日期的书面凭证，并在**7日内**决定是否立案。  
　　（3）不符合起诉条件的，作出**不予立案的裁定**。裁定书应当载明**不予立案的理由**。  
　　【提示】原告对裁定不服的，**可以提起上诉**。  
　　（4）起诉状内容欠缺或者有其他错误的，应当给予指导和释明，并一次性告知当事人需要补正的内容。  
　　【提示】不得未经指导和释明即以起诉不符合条件为由不接收起诉状受理。

　　2.立案救济  
　　（1）行政机关及其工作人员不得干预或者阻碍人民法院受理案件。  
　　（2）人民法院既不立案，又不作出不予立案裁定的，**当事人可以**向上一级人民法院起诉。  
　　【提示】上一级人民法院认为符合起诉条件的，应当立案、审理，也可以指定其他下级人民法院立案、审理。

　　3.已经立案的，裁定驳回起诉的情形（NOT驳回判决）  
　　（1）不符合行政诉讼法第49条（提起诉讼的条件）规定的；  
　　（2）超过法定起诉期限且无行政诉讼法第48条（因不可抗力等原因耽误起诉期限的）规定情形的；  
　　（3）错列被告且拒绝变更的；  
　　（4）未按照法律规定由法定代理人、指定代理人、代表人为诉讼行为的；  
　　（5）未按照法律、法规规定先向行政机关申请复议的；  
　　（6）重复起诉的；  
　　（7）撤回起诉后无正当理由再行起诉的；  
　　（8）行政行为对其合法权益明显不产生实际影响的；  
　　（9）诉讼标的已为生效裁判或者调解书所羁束的；  
　　（10）其他不符合法定起诉条件的情形。

　　二、行政诉讼第一审程序  
　　（一）审理前的准备  
　　1.合议庭：  
　　不论是否公开审理，都必须由审判员或审判员及陪审员组成合议庭，合议庭成员应当是3人以上的单数。  
　　2.开庭前3天确认开庭审理的时间、地点，并通知当事人和其他诉讼参与人。  
　　（二）开庭审理

|  |  |
| --- | --- |
| 开庭审理 | **一审程序中应当一律实行开庭审理**，不得进行书面审理。 【提示】二审特定情况下可以采用书面审理 |
| 公开审理 | **除涉及国家秘密、个人隐私和法律另有规定外**，一律公开审理。 |
| 不得调解 | **原则上不得调解**。 【提示】行政复议可以调解 |

　　（三）宣告判决  
　　1.判决时间：  
　　在立案之日起“**6个月内**”作出一审判决。  
　　有特殊情况需要延长的，由**高级人民法院批准**；高级人民法院审理的一审案件需要延长的，由最高人民法院批准。

　　2.判决类型

|  |  |
| --- | --- |
| 驳回诉讼请求判决 | （1）证据确凿，适用法律、法规正确，符合法定程序的；  （2）原告申请被告履行法定职责或者给付义务理由不成立的 |
| 撤销判决：并可以判决被告重新作出行政行为 | （1）主要证据不足；（2）适用法律、法规错误；  （3）违反法定程序；（4）超越职权；（5）滥用职权；  （6）**明显不当**。 |
| 履行判决 | 被告无正当理由拒不履行或拖延履行，从而责令其在一定期限内履行的判决 |

|  |  |
| --- | --- |
| （可以）变更判决 | 认定被告**行政处罚明显不当**，或者其他行政行为**涉及款额确定**、认定确有错误，运用国家审判权直接予以改变的判决。  【提示1】不得加重对原告的处罚，包括加重处罚幅度或增加处罚内容；  【提示2】对行政机关未处罚的相对人，法院不得判决直接给予处罚 |
| 确认违法判决 | （1）行政行为违法，但不具有可撤销内容的；  （2）被告改变原违法行政行为，原告仍要求**确认原行政行为违法的**（原行政行为合法：判决驳回）；  （3）被告**不履行或者拖延履行**法定职责，判决履行没有意义的。  （4）被诉行政行为违法，但撤销该行政行为**将会给国家利益或者公共利益**造成重大损失的。  （5）行政行为程序轻微违法，但对原告权利不产生实际影响的 |
| 确认无效判决 | （1）行政行为实施主体不具有行政主体资格；  （2）没有依据等重大且明显违法情形，原告申请确认行政行为无效的 |

　　【提示】**人民法院**判决确认违法或者无效的，**可以同时**判决责令被告采取补救措施；给原告造成损失的，**依法判决被告**承担赔偿责任。

　　（四）案件审理中需注意的几个问题  
　　1.撤回起诉

|  |  |
| --- | --- |
| 申请撤诉 | （1）**原告主动申请撤诉**：原告在提起行政诉讼法院受理以后，法院宣告判决或者裁定前，可以向人民法院提起撤回起诉的请求； （2）被告改变行为，**原告撤诉** |
| 视为申请撤诉 | （1）**原告**经合法传唤，无正当理由拒不到庭或者未经法庭许可中途退庭的； （2）原告在法定期限内未交纳诉讼费用且又未提出暂不交纳诉讼费用申请的 |

　　2.缺席判决（2018年新增）  
　　（1）原告或者上诉人申请撤诉：  
　　人民法院裁定不予准许的，原告或者上诉人经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以缺席判决。  
　　【提示】第三人经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，不发生阻止案件审理的效果。  
　　（2）**被告**经传票传唤无正当理由拒不到庭，或者未经法庭许可中途退庭的，人民法院可以按期开庭或者继续开庭审理，对到庭的当事人诉讼请求、双方的诉辩理由以及已经提交的证据及其他诉讼材料进行审理后，依法**缺席判决**。

　　3.诉讼中止和诉讼终结

|  |  |
| --- | --- |
| 诉讼中止 | 诉讼终结 |
| （1）原告**死亡**，须等待其近亲属表明是否参加诉讼的； （2）原告**丧失诉讼行为能力**，尚未确定法定代理人的； （3）作为一方当事人的行政机关、法人或其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的； （4）一方当事人**因不可抗力**的事由不能参加诉讼的； （5）案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作为解释或者确认的； （6）案件的审判须以相关**民事、刑事或者其他行政案件的审理结果为依据**，而相关案件尚未审结的 | （1）原告死亡，没有近亲属或者**其近亲属放弃诉讼权利的**； （2）作为原告的法人或者其他组织终止，**其权利义务的承受人放弃诉讼权利的**； （3）因原告死亡，须等待其近亲属表明是否参加诉讼或原告丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人或因作为一方当事人的行政机关、法人或其他组织终止，尚未确定权利义务承受人而中止诉讼**满90日仍无人继续诉讼的**，裁定终结诉讼 |

　　4.财产保全与先予执行  
　　（1）当事人对**财产保全的裁定**不服的，可以**申请复议**，复议期间**不停止裁定**的执行。  
　　（2）先予执行是指人民法院在判决确定以前裁定被告预先给付原告部分财物并立即交付执行的一项临时性措施。  
　　必须是**人民法院依原告的申请**作出。  
　　5.合并审理  
　　（1）**两个以上行政机关**分别依据不同的法律、法规对同一事实作出行政行为，公民、法人或者其他组织不服向同一人民法院起诉的。  
　　（2）当事人**一方或者双方为二人以上**，因同一行政行为**发生的行政案件**，或者**因同类行政行为发生的行政案件、人民法院认为可以合并审理并经当事人同意的**，为共同诉讼。  
　　（3）在诉讼过程中，被告对原告作出新的行政行为，原告不服向同一人民法院起诉的。

　　6.审理依据

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1）依据 | 法律、法规（**行政法规、地方性法规、自治条例单行条例**） | 无条件适用 |
| （2）参照 | 规章（**部门规章、地方政府规章**） | 有条件适用 |
| （3）参考 | 其他规范性文件 | 类似参照 |
| （4）援引 | 最高法院的司法解释 | 类似依据 |

　　【提示】人民法院在审理行政案件中，经审查认为规范性文件不合法的，不作为人民法院认定行政行为合法的依据，并应当向规范性文件的**制定机关提出处理建议**。  
　　【解释】“规范性文件不合法”（2018年新增）：  
　　（1）超越制定机关的法定职权或者超越法律、法规、规章的授权范围的；  
　　（2）与法律、法规、规章等上位法的规定相抵触的；  
　　（3）没有法律、法规、规章依据，违法增加公民、法人和其他组织义务或者减损公民、法人和其他组织合法权益的；  
　　（4）未履行法定批准程序、公开发布程序，严重违反制定程序的；  
　　（5）其他违反法律、法规以及规章规定的情形。

　　7.关于审理后的诉讼调解

|  |  |
| --- | --- |
| 不适用 | 人民法院审理行政案件，**不适用**调解 |
| 可适用 | 行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件 |
| 原则 | 遵循自愿、合法原则，不得损害国家利益、社会公共利益和他人合法权益 |

　　【提示】调解过程不公开，但当事人同意公开的除外，调解协议内容原则上不公开，但有例外。

　　（五）简易程序  
　　1.人民法院审理下列第一审行政案件，认为事实清楚、权利义务关系明确、争议不大的，可以适用简易程序；  
　　（1）被诉行政行为是**依法当场作出**的；  
　　（2）案件涉及款额**2000元以下的**；  
　　（3）属于**政府信息公开案件的**；  
　　（4）当事人各方**同意适用**简**易程序的**，可以适用简易程序。  
　　2.适用简易程序审理的行政案件，由**审判员一人**独任审理，并应当在**立案之日起45日内**审结。  
　　3.人民法院在审理过程中发现案件不宜适用简易程序的，**裁定**转为普通程序。  
　　4.适用简易程序案件的举证期限由人民法院确定，也可以由当事人协商一致并经人民法院准许，但不得超过**15日**。

　　三、行政诉讼第二审程序  
　　1.上诉必须针**对未生效**的第一审判决、裁定，其中**裁定只限于不予受理、驳回起诉和管辖异议的裁定。**  
　　2.**上诉人和被上诉人**必须是一审程序中的当事人。  
　　3.必须在法定上诉期内提出上诉。根据规定，不服判决的上诉期限为**15天**，不服裁定的上诉期限为**10天**。  
　　4.二审法院审理上诉案件，应当自收到上诉状之日起“**3个月内**”作出终审判决，有特殊情况需延长的，由高级人民法院批准，高级人民法院审理上诉案件需延长的，由最高人民法院批准。

　　四、行政诉讼审判监督程序  
　　1.提起审判监督程序的主体：  
　　必须是有审判监督权的组织或专职人员，包括**原审人民法院院长、上级人民法院和人民检察院。**  
　　2.当事人对已经**发生法律效力的判决、裁定**认为确有错误的，可以向上一级人民法院申请再审，但判决、裁定不停止执行。  
　　3.当事人应当在判决、裁定发生法律效力后**6个月内**提出。  
　　4.当事人的申请符合下列情形之一的，人民法院应当再审：  
　　（1）不予立案或者驳回起诉确有错误的；  
　　（2）有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；   
　　（3）原判决、裁定认定事实的主要证据不足、未经质证或者系伪造的；  
　　（4）原判决、裁定适用法律、法规确有错误的；   
　　（5）违反**法律规定的诉讼程序**，可能影响公正审判的；   
　　（6）原判决、裁定**遗漏诉讼请求的**；  
　　（7）据以作出**原判决、裁定的法律文书被撤销或者变更的**；   
　　（8）审判人员在审理该案件时**有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的**。

　　5.审理的程序  
　　（1）人民法院按照审判监督程序再审的案件，发生法律效力的判决、裁定是**由一审法院作出**的，按照一审程序审理，所作的判决、裁定，**当事人可以上诉**；  
　　（2）发生法律效力的判决、裁定是由二审人民法院作出的，按照二审程序审理，所作的判决、裁定是**发生法律效力**的判决、裁定；  
　　（3）上级人民法院按照审判监督程序提审的，按照二审程序审理，所作的判决、裁定是发生法律效力的判决、裁定。人民法院审理再审案件，应当另行组成合议庭。  
　　6.按照审判监督程序决定再审的案件，**应当裁定中止原判决的执行**；  
　　上级人民法院决定**提审或者指令下级人民法院再审**的，应当作出裁定。

　　五、行政赔偿诉讼  
　　1.起诉条件  
　　（1）单独提起行政赔偿诉讼：以行政赔偿义务机关的先行处理为前提；  
　　（2）一并提起行政赔偿诉讼：以行政复议或行政诉讼确认行政职权行为违法为前提。  
　　2.举证责任  
　　（1）人民法院审理行政赔偿案件，**赔偿请求人和赔偿义务机关**对自己提出的主张，应当提供证据。  
　　【提示】一并提起的行政赔偿诉讼中，原告对被诉行政行为造成损害的事实举证**（一般情况，原告举证）**。  
　　（2）赔偿义务机关采取行政拘留或者限制人身自由的强制措施期间被限制人身自由的人死亡或者丧失行为能力的，赔偿义务机关的行为与被限制人身自由的人的死亡或者丧失民事行为能力是否存在因果关系，**赔偿义务机关**应当提供证据（**特殊情况，被告举证**）。  
　　3.行政赔偿案件，**可以调解**结案。  
　　【提示】一般的行政诉讼不适用调解。

第七节 行政诉讼的执行与非诉行政案件的执行

　　一、行政诉讼的执行  
　　1.执行机关：人民法院或行政机关  
　　【提示】行政机关作为执行机关的条件：维持判决+有法律所赋予的强制执行权。  
　　2.执行根据：包括行政判决书、行政裁定书、行政赔偿判决书和行政调解书（**已生效的法律文书**）。  
　　3.执行措施

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 官不履行 | 民申请 | （1）应当归还的罚款或赔偿金，**通知银行划拨**； （2）期限内不履行，期满之日起按日处50元至100元的罚款； （3）向上一级行政机关或监察、人事机关提出司法建议；  （4）情节严重，追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员刑事责任； （5）拒不履行，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员予以罚款； （6）将行政机关拒绝履行的情况予以公告 |
| 民不履行 | 官申请 | 参照民诉 |

　　4.管辖：通常由**一审法院**负责，特定情况下，**二审法院**也可行使执行管辖权。  
　　5.申请执行的期限（2018年变化）：  
　　（1）申请执行的期限为**二年**。  
　　（2）申请执行的期限从法律文书规定的履行期间**最后一日起计算**；

|  |  |
| --- | --- |
| 法律文书规定分期履行的 | 从规定的每次履行期间的**最后一日起**计算； |
| 法律文书中没有规定履行期限的 | 从该法律文书**送达当事人之日**起计算。 |

　　（3）逾期申请的，除有正当理由外，**人民法院不予受理**。

　　二、非诉行政案件的执行  
　　【概念解析】非诉行政案件的执行：指公民、法人或者其他组织对行政决定在法定期限内不提起诉讼又不履行的，行政机关可以申请人民法院强制执行，或者依法强制执行。  
　　1.申请人及申请期限

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 申请人 | 适用案件 | 期限 |
| 行政机关 | 非诉强制执行的案件 | 行政相对人的起诉期限届满之日起3个月内提出 |
| 生效行政决定确定的权利人或其继承人、承受人 | 行政机关对平等主体之间民事争议作出的裁决，当事人在法定期限内不起诉又不履行 | 行政机关申请执行期限届满之日起**6个月内提起** |

　　【提示】申请人一般情况下是**行政机关**，不同于行政诉讼的执行的申请人可能是**行政主体或行政相对人**。

　　2.催告：  
　　必须事先履行催告程序以督促当事人履行义务，**送达10日**后当事人仍未履行，行政机关方可申请法院强制执行。  
　　3.管辖：  
　　一般由**申请人所在地的基层法院**受理；执行对象为**不动产**的，由**不动产所在地的基层法院**受理。  
　　4.材料：  
　　行政机关提交强制执行申请书、据以执行的行政决定书、证明该行政决定合法的材料和当事人的意见及行政机关催告情况、申请强制执行标的情况以及其他。  
　　5.程序（2018年变化）：  
　　（1）人民法院受理案件后，应当在**7日内**由行政审判庭对行政行为的**合法性**进行审查，并作出是否准予执行的裁定。  
　　（2）人民法院在作出裁定前发现**行政行为明显违法并损害被执行人合法权益**的，应当听取被执行人和行政机关的意见，并自受理之日起30日内作出是否准予执行的裁定。   
　　（3）行政机关对法院不予执行的裁定有异议，自收到裁定之日起**15日内**向上一级法院申请复议，上一级法院在收到申请之日起**30日作出**是否受理的裁定。  
　　（4）需要采取强制执行措施的，由本院负责强制执行非诉行政行为的机构执行。

# 第十五章　民事诉讼法律制度

## 民事诉讼概述

### 一、民事诉讼法的基本原则

|  |  |
| --- | --- |
| 1.诉讼权利平等原则 | 【解释】诉讼**权利平等**≠诉讼权利完全相同； 【提示】诉讼**行为能力**不平等。 |
| 2.**辩论原则** | （1）贯穿于诉讼的整个过程中； （2）辩论的内容，既包括程序事项，也包括实体争议； （3）辩论的形式，既**可以**是口头的，**也可以**是书面的。 |
| 3.自愿与合法的**调解原则** | （1）凡能调解结案，就不采用判决方式。不能强行调解，调解不成，及时判决； （2）调解原则**适用于民事审判程序**，而不适用民事**执行程序**。 【总结】行政复议调解适用于自由裁量权的案件、行政赔偿和补偿案件；行政诉讼**一般不适用**调解，但行政赔偿案件可以调解。 |
| 4.**诚实信用原则** | 对**当事人**适用主要体现在：（1）**不得**滥用诉讼权利，恶意制造诉讼状态；（2）**禁止**伪证行为和虚假陈述；（3）**禁**反言；（4）不得实施突袭诉讼行为等。 |
| 对**法院**适用主要体现在：（1）禁止滥用审判权；（2）禁止突袭裁判；（3）**禁止滥用**自由裁量权；（4）法官裁判民事案件都要对法律进行理解、解释。 |
| 5.**处分原则** | 当事人有权在**法律规定范围内**处分自己的民事权利（实体部分）和诉讼权利（**程序部分**）。 【解释】超出法律规定的范围内处分权利，法院将代表国家实行干预。 |
| 6.民事检察监督原则 | 【**提示**】不仅限于民事审判活动，还包括民事执行活动实施法律监督。 |
| 7.支持起诉原则 | （1）**从精神、道义、舆论上支持**受害人提起诉讼； （2）**帮助**受害人收集提供证据，协助法院发现事实真相； （3）提供法律、科学知识、技术方面的**支持**； （4）**支持**受害人参与法庭辩论； （5）为受害人提供物质上的**支持**。 |

第二节 民事诉讼受案范围和管辖

一、法院受理民事案件的范围  
　　1.**平等主体**之间发生的财产权和人身权纠纷。  
　　2.因**劳动关系**引起的纠纷。  
　　3.其他法律调整的社会关系引起的纠纷。  
　　如宣告失踪或者宣告失踪人死亡案件、认定公民无民事行为能力或限制民事行为能力案件、认定财产无主案件等。

　　二、管辖的种类  
　　（一）级别管辖  
　　1.**四级法院**：基层、中级、高级和最高人民法院。专门法院，即**军事法院、海事法院和知识产权法院。**  
　　2.**中级人民法院管辖**：  
　　（1）**重大涉外**案件；  
　　（2）在本辖区内有**重大影响**的案件；  
　　（3）**最高人民法院确定**由中级人民法院管辖的案件。

　　（二）地域管辖  
　　1.**一般地域管辖**：实行“**原告就被告**”原则。（由被告住所地人民法院管辖）  
　　【提示1】住国外、找不到人、被关押→**原告**住所地。  
　　【提示2】住所地与经常居住地（**连续居住一年以上的地方**）不一致→**经常居住地**。

　　2.特殊地域管辖

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| 纠纷 | 管辖法院 | | | |
| ①合同纠纷 | **合同履行地** | | | 被告住所地 |
| ②票据纠纷 | **票据支付地** | | |
| ③运输合同纠纷 | 运输始发地、目的地 | | |
| ④侵权行为 | 侵权行为地 | 侵权行为实施地 | |
| 侵权结果发生地 | |
| ⑤保险合同纠纷 | **保险标的物所在地** | 保险标的物是运输工具或者运输中的货物 | 运输工具**登记注册地、运输目的地、保险事故发生地** |
| 人身保险 | **被保险人住所地** |
| ⑥交通事故请求损害赔偿 | **事故发生地或者车辆、船舶最先到达地、航空器最先降落地** | | |
| ⑦公司设立、确认股东资格、分配利润、解散等纠纷 | **公司住所地** | | | |
| ⑧海事、海商案件 | 略 | | | |

　　【解释】**特别管辖一般不排除一般管辖**。  
　　【提示】合同履行地的界定  
　　①有约定，**按约定。**  
　　**②没有约定或约定不明确：**

|  |  |
| --- | --- |
| 争议标的为给付货币的 | **接收货币一方**所在地 |
| 其他标的（主要指动产） | **履行义务一方**所在地为合同履行地 |
| 交付不动产的 | **不动产**所在地 |
| 即时结清的合同 | **交易行为地**为合同履行地 |
| 没实际履行，双方均不在履行地的 | **被告住所地**法院管辖 |
| 财产租赁合同、融资租赁合同 | **租赁物使用地**为合同履行地 |
| 信息网络方式订立的买卖合同 | 通过网络交付标的，**买受人**住所地履行地 |

　　3.协议管辖

|  |  |
| --- | --- |
| 协议案件性质 | 合同或者其他财产权益纠纷，人身关系的民事纠纷**不得**协议管辖（同居或解除婚姻、收养关系后**发生财产争议**可以协议）。 |
| 协议法院级别 | 仅适用于“合同或者和其他财产权益纠纷中”的**第一审**案件。 |
| 协议法院范围 | 可以选择**被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地**等与争议有实际联系的地点的人民法院管辖。 |
| 协议法院特点 | 管辖协议不得违反有关“**级别管辖和专属管辖**”的规定。 |
| 协议管辖形式 | 须采用“**书面形式**”。 |
| 协议管辖无效 | 经营者使用格式条款与消费者订立管辖协议，**未采取合理方式提请消费者注意**，消费者**有权**主张管辖协议无效的。 |
| 协议管辖变更 | 协议一方当事人住所在签订后变更，由**签订管辖协议时**的住所地人民法院管辖；约定**除外**。 |
| 合同转让的，协议管辖对合同**受让人有效**，但转让时受让人不知道，或转让协议另有约定且原合同相对人同意的**除外**。 |

　　4.专属管辖

|  |  |
| --- | --- |
| （1）因不动产纠纷 | **不动产**所在地法院管辖 |
| （2）因港口作业发生纠纷 | **港口**所在地法院管辖 |
| （3）因继承遗产纠纷提起的诉讼 | 由**被继承人死亡时住所地**或**主要遗产所在地**法院管辖 |

　　【提示1】不动产纠纷：  
　　指因不动产的**权利确认、分割、相邻关系**等引起的物权纠纷。  
　　【提示2】农村土地承包经营合同纠纷、**房屋租赁合同纠纷、建设工程施工合同纠纷、政策性**房屋买卖合同纠纷，按照“**不动产纠纷确定**”管辖。  
　　【提示3】不动产已登记：  
　　以不动产登记簿记载的所在地为不动产所在地；不动产未登记的，以**不动产实际所在地**为不动产所在地。

　　5.共同管辖与选择管辖  
　　（1）共同管辖：原告同时向两个以上有管辖权的人民法院起诉，则由“**最先立案**”的法院管辖（**同行政诉讼**）。  
　　（2）两个以上人民法院都有管辖权的诉讼，先立案的人民法院**不得**将案件移送给另一个有管辖权的人民法院。  
　　（3）人民法院在立案前发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，**不得**重复立案；立案后发现其他有管辖权的人民法院已先立案的，**裁定**将案件移送给先立案的人民法院。  
　　【提示】选择管辖是指，依照法律规定，对同一案件两个以上法院都有管辖权时，当事人可以选择其中一个法院起诉。

　　（三）移送管辖  
　　1.**移送管辖符合条件**：  
　　（1）移送法院**已经受理**案件；  
　　（2）移送法院对案件**无管辖权**；  
　　（3）受移送法院对案件有管辖权。  
　　2.**管辖权的转移**：由上级法院决定或同意把案件的管辖权由下级法院转移给上级法院；或由上级法院转移给下级法院审理。

　　（四）指定管辖   
　　1.受移送法院认为自己对移送来的案件无管辖权，报请**上级人民法院指定**管辖。  
　　2.有管辖权的法院由于**特殊原因**不能行使管辖权。  
　　3.两个或者两个以上的法院都认为自己对案件有管辖权，或者两个或两个以上法院都认为自己对案件没有管辖权，通过协商未能解决管辖争议，报请**共同上级法院指定**管辖。  
　　【提示】如双方为跨省、自治区、直辖市的法院，先由双方的高级法院协商，协商不成的，由**最高法院指定管辖**。

第三节　民事诉讼参加人

　　一、当事人概述

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 区别 | 公民 | 法人和其他组织 |
| 诉讼权利能力 | **始于出生**，终于死亡 | 始于依法成立，终于解散或撤销 |
| 诉讼行为能力 | **始于成年**，终于死亡或宣告无行为能力 |

　　二、共同诉讼人  
　　1.种类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 必要共同诉讼 | （1）定义：指当事人一方**或**双方为2人以上，其诉讼标的是**共同的，**人民法院认为**必须合并审理**，并作出**同一判决**的诉讼。 （2）效力：其中1人的行为经其他共同诉讼人承认，**对其他共同诉讼人发生效力。** | 【示例】“刘、关、张”共同侵权案 |
| 普通共同诉讼 | （1）指诉讼标的属于**同一种类**，人民法院认为**可以合并审理并经当事人同意**的诉讼。 （2）前提：必须**属于同一人民法院管辖、同一种诉讼程序**。  （3）效力：其中一人的行为，**对其他共同诉讼人不发生效力**。 | 【示例】59户业主诉物业公司案 |

　　2.必要共同诉讼VS普通共同诉讼

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 区别 | 必要共同诉讼 | 普通共同诉讼 |
| 诉讼标的 | **共同的** | **同一种类** |
| 合并 | **必须**合并审理 | **可以**合并审理 |
| 一人行为效力 | 一人行为经其他共同诉讼人承认，对其他共同诉讼人发生效力 | 一人行为对其他共同诉讼人不产生影响 |
| 裁判结果 | 结果同一 | 结果独立 |

　　3.必要共同诉讼的情形  
　　（1）劳务派遣工作人员因执行工作任务造成他人损害的，可以“**用工单位与劳务派遣单位**”为共同被告。  
　　（2）营业执照上登记的经营者与实际经营者不一致的，以“**登记的经营者和实际经营者**”为共同诉讼人。  
　　（3）在诉讼中，未依法登记领取营业执照的个人合伙的“**全体合伙人**”为共同诉讼人。  
　　（4）企业法人分立的，因分立前的民事活动发生的纠纷，以“**分立后的企业**”为共同诉讼人。  
　　（5）借用业务介绍信、合同专用章、盖章的空白合同书或者银行账户的，“**出借单位和借用人**”为共同诉讼人。

　　（6）保证合同纠纷

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 连带保证 | 债权人向保证人和被保证人一并主张权利的 | 应将**保证人和被保证人**列为共同被告 |
| 债权人仅起诉被保证人 | **只列被保证人**为被告 |
| 债权人仅起诉保证人的 | **无需**通知被保证人作为共同被告参加诉讼 |
| 一般保证 | 债权人仅起诉保证人的 | **应当通知**被保证人作为共同被告参加诉讼 |
| 债权人**仅起诉被保证人**的 | **可只列被保证人**为被告 |

　　（7）无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的，“**无、限人和其监护人**”为共同被告。  
　　（8）原告起诉**被代理人和代理人**，要求承担连带责任的，“**被代理人和代理人**”为共同被告。  
　　（9）共有财产权受到他人侵害,部分共有权人起诉的，“**其他共有权人**”为共同诉讼人。  
　　（10）以挂靠形式从事民事活动，该“**挂靠人和被挂靠人**”为共同诉讼人。

　　三、诉讼代表人  
　　1.代表人诉讼：在共同诉讼中，当事人一方人数众多**（≥10人）**时，可以由当事人推选代表人进行诉讼。  
　　2.代表人诉讼的代表人为**2～5人**，每位代表人可以**委托1～2人**作为诉讼代理人。  
　　3.下列三件事必须经被代表的当事人同意，诉讼代表人才可以做：  
　　（1）**变更、放弃**诉讼请求；  
　　（2）**承认**对方当事人的诉讼请求；  
　　（3）进行**和解**。  
　　4.代表人诉讼的类型

|  |  |
| --- | --- |
| （1）**人数确定**的代表人诉讼 | |
| （2）人数不能确定的代表人诉讼 | 法院可以发出公告（由法院确定，**不少于30日**），通知权利人向人民法院登记。 |
| 登记的权利人应当证明其与对方当事人的法律关系和所受到的损害；证明不了的，不予登记，权利人可以**另行起诉**。 |

　　5.法院判决的效力范围：  
　　人民法院作出的判决、裁定，对**参加登记的全体权利人**发生效力。  
　　**未参加登记**的权利人在诉讼时效期间提起诉讼的，人民法院认定其请求成立的，适用该判决、裁定。  
　　6.代表人的产生方法

|  |  |
| --- | --- |
| 人数确定的代表人诉讼 | 全体当事人推选→部分当事人推选→推选不出，在必要的共同诉讼中可以自己参加诉讼，在普通的共同诉讼中**可以另行起诉**。 |
| 人数不能确定的代表人诉讼 | 当事人推选代表人→当事人推选不出的，可以由人民法院提出人选与当事人**协商→协商不成的**，也可以由人民法院在起诉的**当事人中指定**代表人。 |

　　四、民事公益诉讼  
　　1.案件类型：  
　　污染环境、侵害众多消费者合法权益等损害社会公共利益的行为。  
　　【提示】法院受理公益诉讼案件，不影响同一侵权行为的受害人根据《民事诉讼法》规定的起诉条件提起诉讼。  
　　2.原告范围：法律规定的机关和有关组织。  
　　【提示】依法可以提起诉讼的其他机关和有关组织，可以**在开庭前**向人民法院申请参加诉讼；人民法院准许参加诉讼的，**列为共同原告**。

　　3.公益诉讼案件的管辖

|  |  |
| --- | --- |
| 公益诉讼案件 | 一般由“**侵权行为地或被告住所地”中级**人民法院管辖。 |
| 污染海洋环境 | 由“**污染发生地、损害结果地或采取预防污染措施地**”海事法院管辖。 |
| 向两个以上法院提起公益诉讼 | 由“**最先立案**”的人民法院管辖，必要时由它们的共同上级人民法院指定管辖。 |

　　4.程序

|  |  |
| --- | --- |
| （1）和解与调解 | **可以**和解，人民法院**可以**调解 |
| 达成和解或调解协议后，法院应当将和解或者调解协议进行公告。公告期间**不得少于30日。** |
| （2）撤诉 | 公益诉讼案件的原告在**法庭辩论终结后**申请撤诉的，人民法院**不予准许**。 |
| （3）重复起诉 | 公益诉讼裁判发生效力后，其他依法具有**原告资格的机关和有关组织**就同一侵权行为另行提起公益诉讼的，法院裁定不予受理，法律、司法解释另有规定的**除外**。 |

　　五、第三人  
　　1.第三人的特征：  
　　（1）第三人对于他人之间的诉讼标的**享有全部或者部分独立请求权**（有独立请求权第三人），或者案件处理结果与其有**法律上的利害关系（无独立请求权第三人）**；  
　　（2）第三人是在**他人已经开始诉讼后**再加入其中；  
　　（3）第三人参加诉讼的目的在于维护自己的权益。

　　2.有独立请求权的第三人vs无独立请求权的第三人

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 有独立请求权的第三人 | 无独立请求权的第三人 |
| 依据 | 享有全部或部分的独立请求权 | 没有独立的请求权，但案件的处理结果与其有法律上的**利害关系** |
| 地位 | 诉讼中的地位**相当于原告**，以本诉中的原告和被告为共同被告 | 既非原告，也非被告，**只能参加到当事人一方进行诉讼** |
| 权利 | 享有原告的诉讼权利，无权提出管辖权异议 | 一审中**无权对管辖权提出异议，也无权放弃、变更诉讼请求或申请撤诉**。  但法院判决承担责任的第三人，则享有与当事人同一的诉讼权利义务，可以**和解、上诉、请求执行判决** |
| 方式 | 通过起诉 | 申请参加诉讼，或依法院通知参加诉讼 |

　　六、诉讼代理人  
　　1.诉讼代理人特征：  
　　（1）诉讼代理人**必须**以被代理人的名义进行诉讼；  
　　（2）诉讼代理人是**有诉讼行为能力的人**；  
　　（3）同一诉讼代理人只能代理一方当事人，**不能同时**代理双方当事人；  
　　（4）在代理权限内**实施诉讼行为**；  
　　（5）代理诉讼行为所产生的法律后果直接由**被代理人**承担。

　　2.种类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 法定代理人 | 委托代理人 |
| 取得 | 代理**无诉讼行为能力人**，基于亲权、监护权 | 基于当事人、法定代表人、法定代理人的委托，代理人可以是当事人的近亲属或工作人员、律师、基层法律工作者、当事人所在社区、单位以及有关社会团体推荐的公民 |
| 证明 | 身份证明，**无须授权委托书** | 提交**授权委托书** |
| 权限 | **全权**代理 | 诉讼代理人**①代为承认、放弃、变更诉讼请求，②进行和解，③提起反诉或者上诉**，必须有委托人的特别授权 |

第四节 民事诉讼证据和证明

　　一、民事诉讼证据的种类  
　　（一）民事诉讼证据的理论分类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1）按证据的来源 | 原始证据 | 第一手材料：**如**借款合同原件 |
| 派生证据 | 第二手材料：**如**借款合同复印件 |
| （2）按证据与待证事实之间的关系 | 直接证据 | 单独证明：**如**借款合同 |
| 间接证据 | 形成证据链一起证明：**如**转账凭据 |
| （3）按证据**与当事人主张的关系** | **本证** | 能够证明当事人一方所主张的事实存在 |
| **反证** | 证明当事人一方主张的事实不存在 |

　　（二）民事诉讼法定证据种类  
　　（1）当事人陈述；  
　　（2）书证；  
　　（3）物证；  
　　（4）视听资料；  
　　（5）**电子数据**；  
　　（6）证人证言；  
　　（7）**鉴定意见**；  
　　（8）勘验笔录。  
　　【提示】与行政诉讼证据不同的是没有“**现场笔录**”。

　　1.当事人陈述  
　　（1）当事人对自己的主张，只有本人陈述而不能提出其他相关证据的，其**主张不予支持**，但对方当事人认可的除外。  
　　（2）当事人拒绝陈述的，**不影响**人民法院根据证据认定案件事实。  
　　（3）自认

|  |  |
| --- | --- |
| 自认界定 | 一方当事人在法庭审理中，**或**在起诉状、答辩状、代理词等书面材料中，**对于自己不利的事实明确表示承认**的；另一方**当事人无需举证证明**。 |
| 自认限制 | 对于涉及**身份关系、国家利益、社会公共利益**等应当由人民法院依职权调查的事实，不适用法律关于自认的规定。 |
| 自认的事实与查明的**事实不符**的，人民法院不予确认。 |

　　2.书证：以其记载的内容或表达的思想证明待证事实。  
　　（1）书证**应当提交原件**，提交原件确有困难的，可以提交复制品、照片、副本、节录本。  
　　（2）提交外文书证，**必须附有中文译本**。  
　　3.物证：以物品的外形、特征、质量等证明待证事实。  
　　4.视听资料：  
　　凡是利用录像、录音磁带反映出的图像和音像，或以计算机储存的资料来证明待证事实的证据，称为视听资料。  
　　5.电子数据：  
　　指通过电子邮件、电子数据交换、网上聊天记录、博客、微博客、手机短信、电子签名、域名等形成或者存储在电子介质中的信息。  
　　【提示】存储在电子介质中的录音资料和影像资料，适用电子数据的规定。  
　　6.证人证言  
　　（1）证人证言具有**不可替代性**。  
　　（2）不能正确表达意思的人，**不能作证**。  
　　（3）待证事实与其年龄、智力状况或者精神健康状况相适应的无民事行为能力人和限制民事行为能力人，**可以作为证人**。  
　　（4）当事人申请证人出庭作证的，应当在“**举证期限届满前**”提出。  
　　（5）法院准许证人出庭作证申请的，**应当通知**申请人预缴证人出庭作证费用。  
　　（6）人民法院在证人**出庭作证前**应当告知其如实作证的义务以及作伪证的法律后果，并责令其签署保证书，但无民事行为能力人和限制民事行为能力人除外。  
　　证人**拒绝签署保证书**的，不得作证，并自行承担相关费用。

　　7.鉴定意见  
　　（1）鉴定类型

|  |  |
| --- | --- |
| 当事人申请鉴定 | ①当事人可以就查明事实的专门性问题向人民法院申请鉴定。 ②当事人申请鉴定，可以在**举证期限届满前**提出。 ③申请鉴定的事项与待证事实无关联，或者对证明待证事实无意义的，**人民法院不予准许**。 ④人民法院准许当事人鉴定申请的，**应当组织**双方当事人协商确定具备相应资格的鉴定人。 当事人协商不成的，由**人民法院指定**。 |
| 法院依职权委托鉴定 | 符合依职权调查收集证据条件的，人民法院应当依职权委托鉴定，在询问当事人的意见后，指定具备相应资格的鉴定人。 |

　　（2）鉴定人的权利与义务  
　　①鉴定人**有权**了解进行鉴定所需要的案件材料，**必要时可以询问**当事人、证人。  
　　②鉴定人**应当**提出书面鉴定意见，在鉴定书上签名或者盖章。  
　　③当事人对鉴定意见有异议或者人民法院认为鉴定人有必要出庭的，**鉴定人应当出庭作证**。  
　　【提示】  
　　经人民法院通知，鉴定人拒不出庭作证的，鉴定意见不得作为认定事实的根据；支付鉴定费用的**当事人可以要求返还鉴定费用**。  
　　（3）专业人士出庭制度  
　　①当事人可以依法在举证期限届满前**申请1～2名具有专门知识的人出庭**，代表当事人对鉴定意见进行质证，或者对案件事实所涉及的专业问题提出意见。  
　　②具有专门知识的人在法庭上就专业问题提出的意见，视为“**当事人的陈述**”。

　　8.勘验笔录  
　　（1）勘验物证或者现场，勘验人**必须出示**人民法院的证件，并邀请当地基层组织或者当事人所在单位派人参加。  
　　（2）当事人或当事人的成年家属**应当到场**，拒不到场的，**不影响**勘验的进行。  
　　（3）勘验人**应当**将勘验情况和结果制作笔录，由勘验人、当事人和被邀参加人签名或者盖章。

　　二、民事诉讼证明  
　　（一）民事诉讼中的证明

|  |  |
| --- | --- |
| 需证明的对象 | 无需证明的事实 |
| （1）当事人主张的民事实体权益所根据的事实；（**如**借钱的事实） （2）当事人主张的具有程序性质的法律事实；（**如**管辖地点正确与否） （3）**外国法律和地方性法规、习惯** | （1）一方当事人对另一方当事人陈述的案件事实和提出的诉讼请求，**明确表示承认的**； （2）众所周知的事实和自然规律及定理； （3）根据法律规定或已知事实和日常生活经验法则推定的事实； （4）已为人民法院发生法律效力的裁判所确定的事实； （5）已为仲裁机构的生效裁决所确认的事实； （6）已为有效公证书所证明的事实。 |

　　（二）举证责任  
　　1.举证责任（**谁主张，谁举证**）：原告举证  
　　2.**举证责任的分担和倒置（被告举证）**

|  |  |
| --- | --- |
| 特殊侵权案件诉讼 | （被告）举证责任事项 |
| （1）新产品制造方法发明专利侵权 | 由制造同样产品的单位或者个人对其产品制造方法不同于专利方法 |
| （2）高度危险作业致人损害的侵权 | 由加害人就**受害人故意造成**损害的事实 |
| （3）因环境污染引起的损害赔偿 | 由加害人就法律规定的**免责事由及其行为与损害结果之间不存在因果**关系 |
| （4）建筑物或者其他设施以及建筑物上的搁置物、悬挂物发生倒塌、脱落、坠落致人损害的侵权诉讼 | 由所有人或者管理人对其**无过错**承担举证责任 |
| （5）饲养动物致人损害的侵权诉讼 | 由动物饲养人或者管理人就**受害人有过错或者第三人有过错**承担举证责任 |
| （6）因缺陷产品致人损害的侵权 | 由产品的**生产者就法律规定的免责事由** |
| （7）因共同危险行为致人损害的侵权诉讼 | 由实施危险行为的人就其**行为与损害结果之间不存在因果关系**承担举证责任； |
| （8）因医疗行为引起的侵权诉讼 | 由医疗机构就医疗行为与损害结果之间**不存在因果关系及不存在医疗过错** |

　　（三）举证时限  
　　1.举证期限的确定

|  |  |
| --- | --- |
| 法院应当在审理前的准备阶段确定 | 第一审普通程序案件**不得少于15日**； 当事人提供新的证据的第二审案件**不得少于10日**。 |
| 举证期限可以由当事人协商 | 并经人民法院准许。 |

　　2.举证期限届满  
　　（1）举证期限届满后，当事人对已经提供的证据，申请提供反驳证据或者对证据来源、形式等方面的瑕疵进行补正的，人民法院**可以酌情**再次确定举证期限，且该期限**不受前述15天、10天最长期限的限制。**  
　　（2）申请延长  
　　①当事人申请延长举证期限的，应当在**举证期限届满前**向人民法院提出书面申请。  
　　②申请理由成立的，人民法院**应当准许**，适当延长举证期限，并通知其他当事人。  
　　③延长的举证期限适用于其他当事人。  
　　（3）当事人逾期提供证据的，人民法院应当责令其说明理由，**必要时**可以要求提供相应的证据。  
　　【提示】  
　　拒不说明理由或者理由不成立的，人民法院根据**不同情形可以不予采纳该证据**，或者采纳该证据但予以训诫、罚款。

　　（四）人民法院查证职责

|  |  |
| --- | --- |
| 申请查证 | ①属于国家有关部门**保存**并须人民法院依职权调取的档案材料； ②涉及**国家秘密、商业秘密、个人隐私**的材料； ③当事人及其诉讼代理人确因**客观原因**不能自行收集的其他材料。 |
| 主动查证 | ①涉及可能损害**国家利益、社会公共利益**的； ②涉及**身份关系**的； ③涉及**公益诉讼**； ④当事人有恶意串通损害他人合法权益可能的； ⑤涉及依职权**追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避**等程序性事项的。 |

　　（五）质证与认定  
　　1.质证  
　　（1）证据**应当在法庭上出示**，并由当事人互相质证。  
　　（2）对涉及国家秘密、商业秘密和个人隐私的证据应当保密，需要在法庭出示的，**不得**在公开开庭时出示。  
　　2.下列证据不能单独作为认定案件事实的依据：  
　　（1）未成年人所作的与其年龄和智力状况**不相当**的证言；  
　　（2）与一方当事人或者其代理人**有利害关系**的证人出具的证言；  
　　（3）存有疑点的**视听资料；**  
　　（4）无法与原件、原物**核对的复印件、复制品；**  
　　（5）无正当理由**未出庭作证**的证人证言。

第五节 民事诉讼程序

　　一、民事诉讼的起诉和受理  
　　1.起诉条件：  
　　（1）**原告**是与本案有直接利害关系的公民、法人或其他组织；  
　　（2）有明确的被告；  
　　（3）有**具体的诉讼请求和事实、理由**；  
　　（4）属于**人民法院受理民事诉讼的范围和受诉人民法院管辖**。  
　　【提示】以书面形式提出，特别情况可以**以口头形式**。  
　　【总结】行政诉讼、行政复议**均可以书面也可以口头**。

　　2.受理  
　　（1）立案

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 程序 | 符合起诉条件 | **7日内立案**（同行政诉讼） |
| 不符合起诉条件 | 7日内**裁定不予受理**，立案后发现，裁定驳回； 原告对裁定不服的，**可以提起上诉**。 |
| 处理 | 法院接到起诉状时 | 对符合起诉条件规定，且不属于法律规定的特别情形的，应当登记立案。 |
| 当场不能判定  是否符合起诉条件 | 应当接收起诉材料，**并出具注明收到日期的书面凭证**。 |
| 需要补充必要相关材料的 | 法院应当及时告知当事人；在补齐相关材料后，应当在**7日内**决定是否立案 |

　　（2）当事人起诉到人民法院的民事纠纷，适宜调解的，先行调解，但当事人拒绝调解的**除外**。

　　二、民事诉讼第一审普通程序  
　　（一）审理前的准备  
　　1.人民法院应当在**立案之日起5日内**将起诉状副本发送被告，被告应当在收到之日起**15日内**提出答辩状。  
　　2.管辖权异议

|  |  |
| --- | --- |
| 时间 | 当事人（被告）对管辖权有异议的，应当在提交答辩状期间（接到起诉状副本之日起**15日内**）提出。 |
| 客体 | **第一审**民事案件的管辖权，对第二审民事案件不得提出管辖权异议。 |
| 处理 | （1）异议成立的，裁定将案件移送有管辖权的法院（**移送管辖**）； （2）异议不成立，**裁定驳回**。 |
| 上诉 | 对管辖权异议裁定不服，当事人可以在**10日内**向上一级人民法院提起上诉。 【总结】可以上诉的裁定：管辖权异议、驳回起诉、不予受理。 |

　　3.通知追加当事人：  
　　必须共同进行诉讼的当事人没有参加诉讼的，人民法院**应当通知**其参加诉讼。

　　（二）开庭审理  
　　1.公开审判  
　　（1）人民法院审理民事案件，原则**应当公开**进行。  
　　（2）以下案件不宜公开审理：

|  |  |
| --- | --- |
| 法定不公开 | ①涉及国家秘密的案件； ②涉及个人隐私的案件； |
| 申请不公开 | ①离婚案件； ②涉及商业秘密的案件。 |

　　【提示】法院对公开审理或者不公开审理的案件，一律公开宣告判决。

　　2.裁定的适用范围  
　　（1）不予受理；（**可以**上诉）  
　　（2）对管辖权有异议的；（**可以**上诉，小额诉讼案件除外）  
　　（3）驳回起诉；（**可以**上诉，小额诉讼案件除外）  
　　（4）保全和先予执行；  
　　（5）准许或者不准许撤诉；  
　　（6）中止或者终结诉讼；  
　　（7）补正判决书中的笔误；  
　　（8）中止或者终结执行；  
　　（9）撤销或者不予执行仲裁裁决；  
　　（10）不予执行公证机关赋予强制执行效力的债权文书；  
　　（11）其他需要裁定解决的事项。

　　3.一审在立案之日起**6个月内**审结，有特殊情况需延长的，由本院院长批准，**可延长6个月**，还需延长的，报请上级法院批准。  
　　【解释】“6个月”：是指从立案之日起至裁判宣告、调解书送达之日止的期间，但**公告期间、鉴定期间、双方当事人和解期间、审理当事人提出的管辖异议以及处理人民法院之间的管辖争议期间**不应计算在内。

　　（三）审理过程中的几种情况及处理  
　　1.撤诉：申请撤诉和按撤诉处理

|  |  |
| --- | --- |
| 申请撤诉 | （1）必须是原告提出申请。 （2）向受诉法院提出。 （3）必须在**诉讼程序开始之后，法院宣告判决之前**提出。 （4）申请撤诉是否准许由法院裁定。 |
| 按撤诉处理 | 原告（包括无民事行为能力的当事人的法定代理人、有独立请求权的第三人）经传票传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，可以按撤诉处理。 |

　　2.反诉  
　　（1）反诉对象的**特定性**：只能由本诉被告针对本诉原告而向法院提出。  
　　（2）反诉请求的**独立性**：作为一种独立的诉讼请求而存在，本诉撤回并不影响反诉的继续审理。  
　　（3）反诉目的的**对抗性**：被告提起反诉是为了对抗原告的本诉请求，以抵销、吞并本诉或使本诉失去作用。  
　　（4）反诉的请求和理由与本诉具有**牵连性**。  
　　【提示】本诉是反诉的前提，没有本诉就没有反诉。

　　3.延期审理、诉讼中止与诉讼终结

|  |  |
| --- | --- |
| 延期审理 | （1）必须到庭的当事人和其他诉讼参与人有“**正当理由**”没有到庭的。 【提示】若无正当理由，被告为缺席判决，原告是按撤诉处理。 （2）当事人**临时提出回避**申请。 （3）需要通知**新的证人**到庭，调取新的证据，重新鉴定、勘验，或需要补充调查。 【解释】延期审理前的诉讼行为，对延期后的审理仍然有效 |
| 诉讼中止 | （1）一方当事人死亡，需要等待继承人表明是否参加诉讼； （2）一方当事人丧失诉讼行为能力，尚未确定法定代理人； （3）一方当事人因不可抗拒的事由，不能参加诉讼； （4）本案必须以**另一案的审理结果为依据**，而另一案尚未审结等；  （5）作为一方当事人的法人或者其他组织终止，尚未确定权利义务承受人的。 （6）其他。 |
| 诉讼终结 | （1）原告死亡，没有继承人，或者继承人放弃诉讼权利； （2）被告死亡，没有遗产，也没有应承担义务的人； （3）离婚案件的**一方当事人死亡**； （4）追索赡养费、抚养费、抚育费以及解除收养关系案件的**一方当事人死亡**。 |

　　三、简易程序  
　　（一）简易程序特点  
　　【概念解析】简易程序：是相对普通程序而言，是指**基层人民法院和它的派出法庭**，在审理简单的第一审民事案件时所适用的程序。

|  |  |
| --- | --- |
| 1.方式 | 可以口头起诉 |
| 2.程序 | 可以当即审理，也可以另定日期审理 |
| 3.传唤 | 可以用简便方式随时传唤 |
| 4.组织 | 实行**独任制** |
| 5.开庭 | 无须事前通知、公告，无须遵循普通程序规定的审理阶段 |
| 6.审限 | 在**立案之日起3个月内**审结，审理期限到期后，双方当事人同意继续适用简易程序的，本院院长批准，可以延长审理期限。延长后的审理期限累计**不得超过6个月**。 |

　　（二）小额诉讼的特别规定  
　　1.适用范围

|  |  |
| --- | --- |
| 适用 | **基层人民法院和其派出的法庭**审理简单的民事案件，**标的额**为各省、自治区、直辖市上年度就业**人员年平均工资30%以下**的，实行一审终审。 |
| 禁止适用 | ①人身关系、财产确权纠纷； ②涉外民事纠纷； ③知识产权纠纷； ④需要评估、鉴定或者对诉前评估、鉴定结果有异议的纠纷； ⑤其他不宜适用一审终审的纠纷。 |

　　2.一审终审  
　　①小额诉讼案件管辖异议，法院**应当作出裁定**，裁定一经作出**即生效**。  
　　②小额诉讼案件不符合起诉条件，**裁定**驳回起诉，**裁定一经作出**即生效。  
　　3.转为适用简易程序的其他规定审理  
　　①因当事人申请增加或者变更诉讼请求、提出反诉、追加当事人等，致使案件不符合小额诉讼案件条件的，**应当适用简易程序的其他规定审理**。  
　　②当事人对按照小额诉讼案件审理有异议的，应当在“**开庭前提出**”。

　　四、第二审程序  
　　（一）上诉的提起  
　　1.必须就**法律规定允许**上诉的判决或裁定而提起。  
　　【**解释**】判决可上诉，裁定只有不予受理、驳回起诉、管辖异议可上诉，决定不能上诉。  
　　2.对判决的上诉期**为15天**，对裁定的上诉期为**10天**（同行诉）。  
　　3.必须提交上诉状（**必须书面**）。  
　　4.必要共同诉讼人中的一人或部分人上诉情形：

|  |  |
| --- | --- |
| **示例** | **一审：** **原告“刘、关、张”** **被告：“王”** |
| （1）该上诉对与对方当事人，不涉及其他共同诉讼人，对方当事人为被上诉人，未上诉的同一方依原审诉讼地位列明 | **二审**： 上诉人“刘”→被上诉人“王” “关、张”原审原告 |
| （2）该上诉仅对共同诉讼人，不涉及对方，未上诉的同一方当事人为被上诉人，对方依原审诉讼地位列明 | **二审**：上诉人“刘” →被上诉人“关、张” “王”**原审被告** |
| （3）该上诉对双方当事人之间以及共同诉讼人之间权利义务承担有意见的，未提出上诉的其他当事人均为被上诉人 | **二审**：上诉人“刘” →被上诉人“关、张、王” |

　　（二）上诉案件的审理  
　　1.**审理范围**：第二审人民法院审理案件，应当对上诉请求的“**有关事实和适用法律**”进行审查。  
　　2.**审判组织**：上诉案件的审理**应当组成合议庭**。  
　　3.审理方式  
　　（1）以**开庭审理为原则**。  
　　（2）第二审人民法院对下列上诉案件，**可以不开庭审理**：  
　　①不服不予受理、管辖权异议和驳回起诉**裁定**的；  
　　②当事人提出的上诉请求**明显不能成立**的；  
　　③原判决、裁定认定事实清楚，**但适用法律错误**的；  
　　④原判决严重违反法定程序，**需要发回重审**的。  
　　4.上诉案件，可以进行**调解**。  
　　5.**撤回上诉**：  
　　在第二审程序中，当事人申请撤回上诉，人民法院经审查认为一审判决确有错误，或者当事人之间恶意串通损害国家利益、社会公共利益、他人合法权益的，**不应准许**。  
　　6.审限

|  |  |
| --- | --- |
| 判决 | 立案之日起**3个月内**审结，有特殊情况需延长的，由**本院院长**批准 |
| 裁定 | 立案之日起**30日内**作出终审裁定 |

　　五、审判监督程序  
　　（一）概念和特点

|  |  |
| --- | --- |
| 1.性质 | 并不是**必经**程序 |
| 2.对象 | **已经生效**且确有错误的判决书、裁定书和调解书 |
| 3.主体 | （1）当事人（当事人申请，法院决定）（2）各级人民法院院长及其审判委员会、最高人民法院、上级人民法院（3）最高人民检察院、上级人民检察院。 |
| 4.法院 | 原审法院，也可能是案件的原上诉法院或上级人民法院 |
| 5.时间 | 对当事人申请再审的期限规定为裁判生效后**6个月内**提出。 |

　　（二）当事人申请再审  
　　1.经当事人的申请，人民法院应当再审的情形，包括但不限于：  
　　①有新的证据，足以推翻原判决、裁定的；  
　　②原判决、裁定认定的基本事实缺乏证据证明的；  
　　③原判决、裁定认定事实的主要证据是伪造的；  
　　④原判决、判定认定事实的主要证据未经质证的；   
　　⑤对审理案件需要的主要证据，当事人**因客观原因不能自行收集**，书面申请人民法院调查收集，人民法院未调查收集的；  
　　⑥原判决、裁定适用法律**确有错误**的；  
　　⑦审判组织的组成**不合法**或者**依法应当回避的审判人员没有回避的**；  
　　⑧无诉讼行为能力人**未经法定代理人代为诉讼**或者应当参加诉讼的当事人，因不能归责于本人或者其诉讼代理人的事由，未参加诉讼的；  
　　⑨违反法律规定，**剥夺当事人辩论权利**的；  
　　⑩未经传票传唤，**缺席判决**的；  
　　11原判决、裁定**遗漏或者超出诉讼请求**的；  
　　12据以作出原判决、裁定的法律文书**被撤销或者变更**的；  
　　13审判人员审理该案件时有**贪污受贿，徇私舞弊，枉法裁判行为**的。

　　2.当事人对已生效的**解除婚姻关系**的判决，**不得申请再审**。  
　　3.申请再审应当向作出发生法律效力的判决、裁定的**上一级人民法院**提出。  
　　【提示】当事人一方人数众多或者当事人双方为公民的案件，**也可以**向原审人民法院申请再审。

（三）法院决定再审  
　　1.各级人民法院院长对本院作出的生效判决、裁定、调解书提起审判监督的程序；**本法院提起再审由院长**提交审委会讨论决定。  
　　2.最高人民法院对地方各级人民法院已经发生法律效力的裁判、调解书发现确有错误，**提审或指令**下级人民法院再审。  
　　3.上级人民法院发现下级人民法院已经发生法律效力的裁判、调解书确有错误的，**提审或指令**下级人民法院再审。  
　　（四）检察院民事抗诉提起的再审  
　　1.抗诉的主体是**上级人民检察院**与最高人民检察院。  
　　地方同级人民检察院发现同级人民法院已经发生法律效力的裁判、调解书确有错误，**不得直接进行抗诉，**提请上级人民检察院按照审判监督程序进行抗诉。  
　　2.人民检察院提出抗诉的案件，人民法院“**应当**”再审。  
　　【提示】检察院抗诉的事由和当事人申请再审的事由一致。

　　（五）再审案件的审理  
　　1.裁定**中止**原判决的执行。  
　　【提示】追索赡养费、扶养费、抚育费、抚恤金、医疗费用、劳动报酬等案件，**可以不中止执行。**  
　　2.**组成合议庭**。人民法院审理再审案件，一律实行合议制。  
　　3.处理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 一审法院作出 | 按照一审再审 | 判决裁定**可上诉** |
| 二审法院作出 | 按照二审再审 | **不得**上诉 |

　　4.**再审的审理范围**：法院审理再审案件应当围绕再审请求进行。当事人的再审请求**超出原审诉讼请求的，不予审理**；符合另案诉讼条件的，告知当事人可以**另行起诉**。  
　　5.法院接到民事抗诉书，经审查发现案件纠纷已经解决，当事人申请撤诉，且不损害国家、社会、第三人利益的，应当依法作出对抗诉案件**终结审查**的裁定；如果已裁定再审，应当依法作出**终结再审诉讼**的裁定。

# 第十六章　刑事诉讼法律制度

　　第一节 刑事诉讼法概述

一、刑事诉讼法基本原则  
　　【概念解析】刑事诉讼：是国家司法机关（指人民法院、**人民检察院、公安机关、安全机关**）在当事人和其他诉讼参与人的参加下，依法处理犯罪案件的活动。  
　　（一） 侦查权、检察权、审判权由专门机关依法行使原则

|  |  |
| --- | --- |
| 公安机关 | **侦查**、拘留、**执行逮捕**、预审 【解释】**侦查权：“一大”**（公安机关）、“**四小**”（人民检察院、国家安全机关、军队保卫部门、监狱）。 |
| 检察院 | **检察**、批准逮捕、对**直接受理的案件侦查**、提起公诉 |
| 法院 | 审判 |

　　（二）以事实为根据、以法律为准绳的原则  
　　（三）公民在法律面前一律平等的原则  
　　（四）各民族公民都有权使用本民族语言文字进行诉讼的原则  
　　（五）审判公开的原则  
　　1.除《刑事诉讼法》另有规定的外，**一律公开**进行。

|  |  |
| --- | --- |
| 绝对不公开 | ①有关国家秘密的案件； ②个人隐私的案件； ③开庭审理时被告人**不满18周岁**的案件，**一律**不公开审理； 经未成年被告人及其**法定代理人**同意，未成年被告人所在学校和未成年保护组织**可以**派代表到场。 |
| 依申请不公开 | **商业秘密**的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开 |

　　2.所有不公开审理的案件，在判决**宣告时必须一律公开**进行。

　　（六）犯罪嫌疑人、被告人有权获得辩护原则  
　　（七）未经法院判决不得确定任何人有罪原则  
　　（八）保障诉讼参与人诉讼权利的原则  
　　（九）依法不追究刑事责任原则

|  |  |
| --- | --- |
| **不追究刑事责任情形** | **处理** |
| 1.情节**显著轻微**、危害不大，不认为是犯罪的； 2.犯罪**已过追诉时效**期限的； 3.经**特赦令**免除刑罚的； 4.依照刑法告诉才处理的犯罪，**没有告诉或者撤回告诉的；** 5.**犯罪嫌疑人、被告人死亡**的。 | **侦查阶段（公）**：应当撤销案件 |
| **审查起诉阶段（检）**：不起诉 |
| **审判阶段（法）**：或终止审理，或宣告无罪 |

　　（十）司法主权原则：对于外国人犯罪应当追究刑事责任的，适用我国《刑事诉讼法》的规定。  
　　【提示】对于享有“**外交特权和豁免权**”的外国人犯罪应当追究刑事责任的，**通过“外交途径”解决。**  
　　（十一）法律监督原则

## 第二节 刑事诉讼参与人

　　一、概述

　　【概念解析】刑事诉讼中的诉讼参与人：  
　　是指除“**侦查人员、检察人员和审判人员**”以外，依法参加刑事诉讼，享有一定诉讼权利和承担一定诉讼义务的人。  
　　【刑事诉讼参与人概览表】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 刑事诉讼参与人包括 | 当事人 | （1）被害人、自诉人、附带民事诉讼的原告人 （2）犯罪嫌疑人、被告人、附带民事诉讼被告人 |
| 其他诉讼参与人 | （1）法定代理人、诉讼代理人、辩护人 （2）证人、鉴定人、翻译人员 |
| 不包括 | 侦查人员、公诉人员（检察人员）、审判人员（审判员、人民陪审员） | |

　　二、刑事诉讼当事人  
　　（一）被害人诉讼权利（**仅指公诉案件的被害人**）  
　　1.对侵犯其人身、民主、财产权利的犯罪行为以及犯罪嫌疑人，有权**向（公）（检）（法）报案或者控告**，要求公安司法机关依法追究犯罪、查获犯罪、惩罚犯罪，保护其合法权利。  
　　2.自“**案件移送审查起诉之日**”起，有权委托诉讼代理人**（NOT辩护人）**。  
　　3.对公安机关应当立案而不立案的，**有权向“人民检察院”（NOT法院）提出意见。**  
　　4.对人民检察院作出的不起诉决定不服的，有权向“**上一级人民检察院**”提出申诉。  
　　5.如有证据证明**公安机关、人民检察院**对于侵犯其人身权利、财产权利的行为应当追究刑事责任而不予追究的，有权直接向人民法院起诉。  
　　6.对司法人员侵犯其**诉讼权利和人身权利的行为**有权提出控告。  
　　7.有权申请**审判人员、检察人员、侦查人员及书记员、翻译人员和鉴定人回避**。  
　　8.有权提起附带民事诉讼。  
　　9.不服地方各级人民法院的第一审判决，有权请求“**人民检察院抗诉**”（**被害人没有上诉权**）。  
　　10.对已经发生法律效力的判决、裁定不服，可以向人民法院或者人民检察院“**提出申诉**”。

　　（二）自诉人诉讼权利  
　　1.有权“**直接**”向人民法院提起自诉。  
　　2.有权（**随时**）委托诉讼代理人**（NOT辩护人）**。  
　　3.在人民法院“**宣告判决前**”，有权同被告人“**自行和解或者撤回自诉**”；**或**在人民法院主持之下与被告人“**和解**”。  
　　4.有权参加法庭调查和法庭辩论。  
　　5.有权申请**审判人员以及书记员、鉴定人、翻译人员回避**。  
　　6.人民法院受理自诉案件后，对于因为“**客观原因**”不能取得并提供的有关证据，自诉人有权申请人民法院调查取证；人民法院认为必要的，可以依法调取。  
　　7.有权对第一审人民法院尚未发生法律效力的判决、裁定“**提出上诉**”。  
　　8.有权对人民法院已经发生法律效力的**判决、裁定提出申诉**。

　　（三）犯罪嫌疑人、被告人诉讼权利（**不可替代性**）  
　　1.辩护及委托辩护的权利。  
　　2.在“**侦查期间**”，犯罪嫌疑人“**可以**”获得辩护律师为其提供的法律帮助，代理申诉、控告，申请变更强制措施，向侦查机关了解涉嫌罪名和案件有关情况并提出意见。  
　　3.有权**拒绝**辩护人继续为其辩护，有权另行委托辩护人。  
　　4.有权“**申请回避**”。

　　5.被告人有权参加法庭调查和法庭辩论，就起诉书所指控的犯罪事实作出“**陈述和辩解**”；有权辨认或者鉴别证据，可以对证据发表意见；经审判长许可，**被告人有权向证人、鉴定人等发问**；有权申请新的证人到庭，调取新的物证，申请重新鉴定或者勘验。  
　　6.被告人有“**最后陈述权**”。  
　　7.对于公安司法机关采取强制措施超过法定期限的，犯罪嫌疑人、**被告人有权要求解除**。  
　　8.在侦查中，对于侦查人员提出的“**与本案无关**”的问题，有权拒绝回答。  
　　9.对于地方各级人民法院所作的没有发生法律效力的第一审裁定或者判决，被告人有权“**提出上诉**”。  
　　10.对于各级人民法院所作的已经发生法律效力的判决或者裁定，有权“**提出申诉**”。  
　　11.有权对司法机关工作人员侵犯其诉讼权利或者人身侮辱的行为**提出控告**。  
　　12.在依法告诉才处理的和被害人有证据证明的轻微刑事案件中，作为**“自诉案件”的被告人有权对自诉人“提起反诉”。**

　　【公诉与自诉案件（犯罪嫌疑人、被告人）权利对比表】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 公诉案件犯罪嫌疑人、被告人 | 自诉案件犯罪嫌疑人、被告人 |
| 委托辩护人时间 | （1）**犯罪嫌疑人**：被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起。 （2）**被告人**：随时。 | 随时 |
| 反诉权 | **×** | √ |
| 申请回避权 | √ | √ |
| 辩护权 | √ | √ |
| 上诉权 | √ | √ |
| 申诉权 | √ | √ |

第三节 刑事诉讼有关制度

一、辩护  
　　（一）犯罪嫌疑人、被告人的辩护权  
　　1.陈述权；  
　　2.**诘问权**（庭审时可以对证人、鉴定人发问）；  
　　3.**调查证据申请权**（申请法院调取证据）；  
　　4.辩论权（就证据的证明力与程序问题）；  
　　5.选任辩护人权；  
　　6.救济权；  
　　7.回避申请权。

　　（二）辩护的种类  
　　1.自行辩护（**贯穿于刑事诉讼整个过程**）  
　　2.委托辩护

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 告知 | 侦查机关 | 在**第一次讯问犯罪嫌疑人或对犯罪嫌疑人采取强制措施时** |
| 检察院 | 自收到移送审查起诉的案件材料之日起**3日以内** |
| 法院 | 自受理案件之日起**3日以内** |
| 委托主体 | （1）犯罪嫌疑人或被告人； （2）犯罪嫌疑人、被告人在押：嫌疑人或被告人的**监护人、近亲属**代为委托。 【提示】犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人，法院、检察院和公安机关应当及时转达其要求。 | |
| 委托时间 | 犯罪嫌疑人 | 自被侦查机关**第一次讯问或者采取强制措施之日**起，有权委托辩护人；在侦查期间，**只能委托律师**作为辩护人。 |
| 被告人 | 有权随时委托辩护人 |

　　3.指定辩护（刑事法律援助）

|  |  |
| --- | --- |
| 应当辩护 | （1）犯罪嫌疑人、被告人是**盲、聋、哑人**，没有委托辩护人； （2）尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的**精神病人**，没有委托辩护人； （3）可能被判处**无期徒刑、死刑**，没有委托辩护人； （4）审判时不满18周岁的未成年被告人，没有委托辩护人； （5）高级人民法院复核死刑案件，被告人没有委托辩护人。 【提示】上述情形中，应通知法律援助机构指派律师为犯罪嫌疑人、被告人辩护。 |
| 可以辩护 | 被告人没有委托辩护人的，法院**可以通知**法律援助机构指派律师为其提供辩护情形： （1）共同犯罪案件中，**其他被告人已经委托**辩护人； （2）有**重大社会影响**的案件； （3）人民检察院**抗诉**的案件； （4）被告人的行为**可能不构成**犯罪； （5）其他情形。 |

　　（三）辩护人范围及其限制  
　　1.可以担任辩护人  
　　（1）**律师**；  
　　（2）人民团体或者犯罪嫌疑人、被告人所在单位**推荐**的人；  
　　（3）犯罪嫌疑人、被告人的**监护人、亲友**。  
　　2.不能担任辩护人

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 能力问题 | （1）正在**被执行刑罚或者处于缓刑、假释考验期间的人**； （2）依法被**剥夺、限制人身自由**的人； （3）**无行为能力或者限制行为能力**的人 | 绝对不能 |
| 身份问题 | （1）法院、检察院、公安机关、国家安全机关、监狱的**现职人员；** （2）本院的**人民陪审员**； （3）与本案审理结果**有利害关系**的人； （4）**外国人或无国籍人**。 | **如果是被告人的近亲属或监护人**，由被告人委托担任辩护人的，法院可准许。 |

　　3.限制  
　　（1）审判人员和法院其他工作人员从法院**离任后2年内，不得以律师身份**担任辩护人。  
　　（2）审判人员和法院其他工作人员（包括其配偶、子女或父母）从法院离任后，不得担任**原任职法院**所审理案件的辩护人，但作为被告人的监护人、近亲属进行辩护的除外。  
　　（3）一名辩护人不得为2名以上的同案犯罪嫌疑人、被告人辩护，**不得为2名以上的未同案处理**但实施的犯罪**存在关联**的犯罪嫌疑人、被告人辩护。

　　（四）辩护律师的主要权利  
　　1.辩护律师享有的权利

|  |  |
| --- | --- |
| 侦查期间特权 | （1）**侦查期间可以**①为犯罪嫌疑人提供法律帮助；②代理申诉、控告；③申请变更强制措施；④向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况，提出意见。 （2）辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，**看守所应当**及时安排会见，**至迟不得超过48小时。** （3）**危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件**，在侦查期间辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当**经侦查机关许可**。 |
| 会见权 | （1）可以**同在押**的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。 （2）自**案件移送审查起诉之日起**（NOT被侦查机关第一次讯问或强制措施之日），可以向犯罪嫌疑人、被告人核实证据。 辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人时**不被监听**。 |
| 阅卷权 | 自检察院对案件**审查起诉**之日起，可以**查阅、摘抄、复制**讯问笔录、提讯登记、采取强制措施或者侦查措施的法律文书等证据材料； 但检察院检察委员会的讨论记录，法院合议庭和审判委员会的讨论记录及依法**不能公开的材料除外。** |
| 调查取证权 | （1）经证人或其他有关单位和个人同意，可以向他们收集与本案有关的材料，也可以申请检察院、法院收集、调取证据，或者申请法院通知证人出庭作证。法院收集、调取证据时，辩护律师**可以**在场。 （2）经人民检察院或者人民法院许可，**并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意，**可以向他们收集与本案有关的材料。 （3）认为在侦查、审查起诉期间公安机关、人民检察院收集的证明犯罪嫌疑人、被告人**无罪或罪轻**的证据材料未提交的，有权以书面形式申请人民检察院、人民法院调取，并提供相关线索或者材料。 |
| 申请回避 | 认为审判人员、检察人员、侦查人员具有法定回避情形，有权向司法机关申请，要求有关人员回避；对驳回申请回避的决定，有权申请复议。 |
| 申控权 | 认为公安机关、人民检察院、人民法院及其工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的，有权向同级或上一级检察院申诉或者控告。 |

　　2.其他辩护人享有的权利  
　　（1）经**人民法院、人民检察院**许可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。  
　　（2）经**人民法院、人民检察院**许可，也可以查阅、摘抄、复制讯问笔录、提讯登记、采取强制措施或者侦查措施的法律文书等证据材料。  
　　【提示】犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或辩护人有权申请变更强制措施。  
　　（3）认为公安、检察院、法院及工作人员阻碍其依法行使诉讼权利的，**有权向同级或上一级人民检察院申诉或者控告。**

　　二、代理  
　　1.有权委托诉讼代理人的被代理人包括：  
　　（1）公诉案件的被害人及其法定代理人或者**近亲属**；  
　　（2）附带民事诉讼的当事人及其**法定代理人**；  
　　（3）自诉案件的自诉人及其**法定代理人**。  
　　解释：  
　　（1）法定代理人是指被代理人的父母、养父母、监护人和负有保护责任的机关、团体的代表；  
　　（2）近亲属是指夫、妻、父、母、子、女、**同胞兄弟姐妹**。  
　　2.委托时间  
　　公诉案件**自案件移送审查起诉之日起**，被代理人可以委托诉讼代理人。  
　　自诉案件的被代理人有权**随时**委托诉讼代理人。

　　三、强制措施  
　　强制措施有：  
　　（1）拘传；（2）取保候审；（3）监视居住；  
　　（4）拘留；（5）逮捕。  
　　（一）拘传  
　　【概念解析】拘传：是公安机关、人民检察院和人民法院对未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人强制到案接受“**讯问（非询问）**”的一种强制措施。

|  |  |
| --- | --- |
| 1.对象 | 未被羁押的犯罪嫌疑人、被告人 |
| 2.批准 | **“公、检、法”机关负责人** |
| 3.执行 | **“公、检、法”均可执行**，执行人员不得少于2人。 |
| 4.地点 | **犯罪嫌疑人、被告人所在的县、市**。 |
| 5.时间 | （1）一般为**12小时**，案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕的，传唤、拘传持续的时间**不得超过24小时**。12小时讯问不能结束的，应**立即放回**；如需要可再次拘传。 （2）不得以连续传唤、拘传的形式变相拘禁犯罪嫌疑人，应当保证犯罪嫌疑人的饮食和必要的休息时间。 |

　　（二）取保候审  
　　【概念解析】取保候审：是指在刑事诉讼中，“**公安机关、人民检察院和人民法院**”对未被逮捕或逮捕后需要变更强制措施的犯罪嫌疑人、被告人，为防止其逃避侦查、起诉和审判，责令其提出“**保证人或者缴纳保证金**”，并出具保证书，保证随传随到，对其不予羁押或暂时解除其羁押的一种强制措施。

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 1.决定机关 | | 公安机关、人民检察院和人民法院（同监视居住） |
| 2.执行机关 | | 公安机关（同监视居住） |
| 3.适用 | | ①可能判处**管制、拘役或独立适用附加刑的；（轻罪）** ②可能判处有期徒刑以上刑罚，采取取保候审不致发生社会危险性的；（危险小） ③患有严重疾病、生活不能自理，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女，采取取保候审不致发生社会危险性的；**（人道主义）** ④羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取取保候审的。（期满） |
| 4.保证人 | | 与本案无牵连+有能力履行+享有政治权利+固定的住处和收入 【提示】对保证人是否履行了保证义务，由**公安机关**认定。 |
| 5.规定 | 一般义务 | ①未经**执行机关（公安机关）**批准不得离开所居住的**市、县；** 【提示】如果取保候审是由检察院、法院决定的，执行机关在批准时，应当征得**决定机关**同意。 ②住址、工作单位和联系方式发生变动，**24小时内**向执行机关报告； ③在传讯的时候及时到案； ④**不得**以任何形式干扰证人作证； ⑤**不得**毁灭、伪造证据或者串供。 |
| 选择义务 | ①**不得**进入特定的场所； ②**不得**与特定的人员会见或者通信； ③**不得**从事特定的活动； ④将护照等出入境证件、驾驶证件交执行机关保存。 |
| 6.期限 | | 最长不得超过12个月，不得中断对案件的侦查、起诉和审理 【提示】监视居住最长不得超过6个月。 |

　　（三）监视居住  
　　【概念解析】监视居住：是指人民法院、人民检察院、公安机关在刑事诉讼中限令犯罪嫌疑人、被告人在规定的期限内“**不得离开住处或者指定的居所**”，并对其行为加以监视、限制其人身自由的一种强制措施。

　　1.适用与遵守义务

|  |  |
| --- | --- |
| 适用 | 对符合逮捕条件，有下列情形之一的犯罪嫌疑人、被告人，可以监视居住： ①患有严重疾病、生活不能自理的； ②怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女； ③**系生活不能自理的人的唯一扶养人**； ④因为案件的特殊情况或者办理案件的需要，采取监视居住措施更为适宜的； ⑤羁押期限届满，案件尚未办结，需要采取监视居住措施的。 ⑥对于符合取保候审条件，但犯罪嫌疑人、被告人不能提出保证人，也不交纳保证金的，也可以监视居住。 【提示】与取保候审对比，③④⑥是监视居住特有的。 |
| 规定 | ①未经**执行机关（公安机关）**批准不得离开执行监视居住的处所； 【提示】不得离开居住的市县是取保候审的义务，不得离开处所是监视居住的义务。 ②**未经执行机关批准不得会见他人或者通信**； ③在传讯的时候及时到案； ④不得以任何形式干扰证人作证； ⑤不得毁灭、伪造证据或者串供； ⑥将护照等出入境证件、**身份证件**、驾驶证件交执行机关保存。 【提示】②⑥在取保候审中是选择性义务。 |

　　2.执行场所

|  |  |
| --- | --- |
| 地点 | ①监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的**住处执行**；无固定住处的，可以在**指定的居所**执行。 ②对于涉嫌**危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪**，在住处执行可能有碍侦查的，**经上一级人民检察院或公安机关批准**，也可在指定的居所执行。 ③**不得**指定在羁押场所、专门的办案场所执行。 |
| 通知 | **指定居所**监视居住的，**除无法通知的以外，**应当在执行监视居住后**24小时**以内，通知被监视居住人的家属。 |
| 折抵刑期 | ①**指定居所**监视居住的期限应当折抵刑期。 ②被判处管制的，监视居住一日折抵刑期一日；被判处拘役、有期徒刑的，监视居住**二日折抵刑期一日。** |

　　（四）（刑事）拘留  
　　【概念解析】拘留：  
　　是指公安机关在特定情况下，对现行犯或重大嫌疑分子所采取的**临时限制其人身自由**的一种强制措施。  
　　【VS行政拘留、司法拘留】  
　　行政拘留是行政处罚的一种，司法拘留是在法庭上违反法庭秩序受到的处罚。  
　　1.刑事拘留执行与适用

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 执行主体 | 由**公安机关**执行。对于人民检察院直接受理的案件，**检察院作出的拘留决定**，应当送达公安机关执行，检察院可以协助公安机关执行。 | |
| 适用 | 可以先行拘留 | ①正在**预备犯罪、实行犯罪**或者在犯罪后即时被发觉的； ②被害人或者**在场亲眼看见的指认**他犯罪的； ③在身边或者住处**发现有犯罪证据**的； ④犯罪后**企图自杀、逃跑或者在逃**的； ⑤**有毁灭、伪造证据或者串供**可能的； ⑥不讲真实姓名、住址，身份不明的； ⑦有**流窜作案、多次作案、结伙作案**重大嫌疑的。 |
| 公民立即扭送 | ①正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的； ②通缉在案的；③越狱逃跑的；④正在被追捕的。 |

　　2.通知与拘留期限

|  |  |
| --- | --- |
| 通知 | （1）拘留后，应当立即将被拘留人送看守所羁押，至迟**不得超过24小时**。 （2）**除无法通知或者涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪通知可能有碍侦查**的情形以外，应当在拘留后24小时以内，通知**被拘留人的家属**。 （3）公安机关对被拘留的人，应当在拘留后的**24小时**以内进行讯问。 【总结】**拘留以后的3个24小时**：在拘留后24小时内送看守所；在拘留后24小时内通知家属；在24小时以内进行讯问。 |
| 拘留期限 | 公安机关对被拘留的人，认为需要逮捕的，应当在拘留后提请检察院审查批准： （1）一般情况：**3＋7日** （2）特殊情况的，可延长1-4天：**7＋7日** （3）多次作案、结伙作案、流窜作案，延长至30日：**30＋7日**。 【解释】前面的数字为公安机关提请检察院审查批准的时间，7天是检察院审查批准逮捕的时间。 |

　　（五）逮捕  
　　【概念解析】逮捕：是指司法机关依法对犯罪嫌疑人、被告人实行羁押，暂时剥夺人身自由的一种强制措施。逮捕是强制措施中最严厉的一种。  
　　1.逮捕犯罪嫌疑人、被告人，必须经过“人民检察院批准或者人民法院”决定，由“公安机关”执行。  
　　2.适用条件

|  |  |
| --- | --- |
| 一般逮捕 | 对有证据证明有犯罪事实，可能判处**徒刑以上刑罚**的犯罪嫌疑人、被告人，采取取保候审尚**不足以防止发生下列社会危险性**的，应当予以逮捕： ①可能实施新的犯罪的； ②有危害国家安全、公共安全或者社会秩序的现实危险的； ③可能毁灭、伪造证据，干扰证人作证或者串供的； ④可能对被害人、举报人、控告人实施打击报复的； ⑤企图自杀或者逃跑的。 |
| 绝对逮捕 | 符合下列任一条件，应当予以逮捕： ①有证据证明有犯罪事实，可能判处10年有期徒刑以上刑罚的； ②有证据证明有犯罪事实，可能判处徒刑以上刑罚，**曾经故意犯罪或身份不明的**。 |
| 变更型逮捕 | 被取保候审、监视居住的犯罪嫌疑人、被告人违反取保候审、监视居住规定，情节严重的，**可以予以**逮捕。 |

　　3.审查逮捕（2018年变化）

|  |  |
| --- | --- |
| 批准逮捕 | （1）讯问：下列情形之一的，应当讯问犯罪嫌疑人： A犯罪嫌疑人是否有犯罪事实、是否有逮捕必要等关键问题有疑点的； B案情**重大疑难复杂的**； C犯罪嫌疑人**系未成年人的**； D有线索或者证据表明侦查活动**可能存在刑讯逼供、暴力取证**等违法犯罪行为的。 （2）决定：检察院自接到提请批准逮捕书后7日内，作出批准或不批准逮捕的决定。 |
| 不批准逮捕 | （1）说明理由：检察院应当说明不批准的理由，需要补充侦查，应当通知公安机关。 （2）公安机关的处理： ①公安机关在收到不批准逮捕决定书后，**应当立即**释放或变更强制措施，并将执行回执在收到决定书后的3日内送达检察院。 ②公安机关对不批准逮捕的决定有异议，**可以要求复议，但是必须将被拘留的人立即释放**；如意见不被接受，可向上一级检察院提请复核；上级检察院应当立即复核，作出是否变更的决定，通知下级人民检察院和公安机关执行。 |

　　4.执行逮捕  
　　（1）逮捕后，应当立即将被逮捕人**送看守所羁押**。  
　　【提示】拘留是24小时内送看守所。  
　　（2）除**无法通知**的以外，应当在逮捕后**24小时以内**，通知被逮捕人的家属。  
　　【提示】监视居住是除无法通知外都要通知；拘留是除无法通知或者涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪通知可能有碍侦查的情形以外**都要通知**。  
　　（3）对于被逮捕的人，应当在拘留后的24小时以内进行讯问。

（六）强制措施的撤销、变更与解除  
　　1.变更的申请主体：“犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人”有权申请变更强制措施。  
　　2.犯罪嫌疑人、被告人被羁押的案件，不能在刑事诉讼法规定的侦查羁押、审查起诉、一审、二审期限内办结的，对**犯罪嫌疑人、被告人应当予以释放**；  
　　需要继续查证、审理的，对犯罪嫌疑人、被告人“**可以**”取保候审或者监视居住。

第四节 证据

　　一、证据原则  
　　1.证据裁判原则  
　　（1）认定案件事实要有相应的证据予以证明，**没有证据不得认定**犯罪事实；  
　　（2）对存疑的证据不能采信，确保判决认定的事实证据确实、充分。  
　　2.程序法定原则  
　　3.证据质证原则：证据必须经过当庭出示、辨认、质证等法庭调查程序查证属实，才能作为定罪量刑的依据。

　　二、证据的种类  
　　刑事诉讼证据的种类包括：  
　　（1）物证；  
　　（2）书证；  
　　（3）证人证言；  
　　（4）被害人陈述；  
　　（5）犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解；  
　　（6）**鉴定意见**；  
　　（7）**勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录**；  
　　（8）视听资料、**电子数据**。

　　【总结】三大诉讼法证据种类

|  |  |
| --- | --- |
| 刑事诉讼 | （1）物证（2）书证（3）证人证言（4）被害人陈述（5）犯罪嫌疑人、被告人的供述和辩解（6）鉴定意见（7）勘验、检查、辨认、侦查实验等笔录（8）视听资料、电子数据 |
| 行政诉讼 | （1）物证；（2）书证；（3）视听资料；（四）电子数据；（5）证人证言；（6）当事人陈述；（7）鉴定意见；（8）勘验笔录；（9）现场笔录 |
| 民事诉讼 | （1）物证；（2）书证；（3）证人证言；（4）当事人陈述；（5）电子数据；（6）鉴定意见；（7）勘验笔录；（8）视听资料 |

　　1.证人证言  
　　（1）证人不能更换和代替，**只能是自然人**，不能是法人。  
　　（2）**不得担任刑事诉讼活动的见证人**：  
　　①生理上、精神上**有缺陷或者年幼**，不能辨别是非、不能正确表达的人；  
　　②与案件有利害关系，**可能影响案件公正处理的人**；  
　　③行使勘验、检查、搜查、扣押等刑事诉讼职权的公安、司法机关的工作人员或者其聘用的人员。

　　（3）证人保护

|  |  |
| --- | --- |
| 应当保护 | 对于**危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪**等案件，**证人、鉴定人、被害人**因在诉讼中作证，本人或其近亲属的人身安全面临危险的，法院、检察院和公安机关**应当采取以下一项或多项保护措施**： ①不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息； ②采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施； ③禁止特定的人员接触证人、被害人及其近亲属； ④对人身和住宅采取专门性保护措施。 |
| 可以保护 | 证人、鉴定人、被害人认为因在诉讼中作证，本人或者其近亲属的人身安全面临危险的，**可以**向法院、检察院、公安机关请求予以保护。 |

　　（4）证人补偿  
　　①证人因履行作证义务而支出的**交通、住宿、就餐**等费用，应当给予补助。  
　　证人作证的补助列入司法机关业务经费，**由同级政府财政予以保障**。  
　　②有工作单位的证人作证，所在单位**不得**克扣或变相克扣工资、奖金及其他福利。

　　（5）出庭作证

|  |  |
| --- | --- |
| 应当出庭的情形 | 不出庭的后果 |
| ①公诉人、当事人或者辩护人、诉讼代理人对证人证言有异议，且该证人证言对案件定罪量刑有**重大影响**，法院认为证人**有必要**出庭作证的，**证人应当出庭作证**。 ②警察就其执行职务时目击的犯罪情况作为证人出庭，适用前述规定。 | ①免除出庭的政策：经法院通知，证人没有正当理由不出庭作证的，人民法院**可以强制其到庭，但被告人的配偶、父母、子女除外（NOT兄弟姐妹）。** ②证人无正当理由拒绝出庭或出庭后拒绝作证，予以训诫，情节严重，经院长批准，处以**10日以下**拘留。 【提示】被处罚人对拘留决定不服的，可以向上一级人民法院申请复议。 复议期间**不停止**执行。 |

　　2.犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解  
　　（1）对有共同犯罪关系的同案犯的揭发（**犯罪嫌疑人、被告人供述和辩解**）；  
　　（2）对同案犯其他犯罪事实的揭发（**证人证言**）；  
　　（3）对非同案犯犯罪事实的揭发（**证人证言**）。  
　　3.鉴定意见  
　　（1）多人共同进行的鉴定，鉴定人意见不一致时，应当分别作出鉴定结论。（**NOT少数服从多数**）  
　　（2）侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人，如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，**可以**补充鉴定或者重新鉴定。

　　4.视听资料、电子数据  
　　（1）视听资料：  
　　指能够证明案件情况的录音磁带、录像带、电影胶片、电子计算机相关设备储存的音响、活动影像和图形等信息资料。  
　　（2）电子数据：  
　　指能够证明案件情况的电子邮件、**电子数据交换、网上聊天记录**、网络博客、微博、手机短信、电子签名、域名等电子信息。

　　三、证据的收集  
　　（一）证据的收集  
　　1.举证责任  
　　（1）公诉案件中被告人有罪的举证责任由“**人民检察院**”承担；  
　　（2）自诉案件中被告人有罪的举证责任由“**自诉人**”承担。  
　　2.证据收集原则  
　　（1）主体：人民法院、人民检察院和公安机关**有权向有关单位和个人**收集、调取证据。  
　　（2）客观全面：审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人**有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据**。  
　　（3）证据转换：**行政机关在**行政执法和查办案件过程中收集的物证、书证、视听资料、电子证据等证据材料，在刑事诉讼中**可以作为证据使用；经法庭查证属实**，且收集程序符合有关法律、行政法规规定的，可以作为定案的根据。

　　（二）证据的调查核实  
　　1.法庭审理过程中，**合议庭**对证据有疑问的，**可以宣布休庭**，对证据进行调查核实。  
　　调查核实证据时，发现对定罪量刑有重大影响的新的证据材料的，**应当告知**检察人员、辩护人、自诉人及其法定代理人。  
　　**必要时**，也可以直接提取并及时通知其查阅、摘抄、复制。  
　　2.公开审理时，提出涉及国家秘密、商业秘密或者个人隐私的证据，法庭应当制止。  
　　可决定将案件转为不公开审理，或对相关证据的法庭调查不公开进行。  
　　（三）证据的判断  
　　1.证据的审查：**审查证据的真实性、合法性、关联性。**  
　　（1）真实性：综合全案证据审查；  
　　（2）合法性：形式、程序、来源合法；  
　　（3）关联性：证据与待证事实间、证据间不存在矛盾和疑问才能作为定案依据。

　　2.证据的认定

|  |  |
| --- | --- |
| （1）口供效力 | **重证据轻口供**：只有被告人供述，没有其他证据的，**不能认定**被告人有罪并处以刑罚；没有被告人供述，证据确实、充分，可以认定被告人有罪并处以刑罚。 |
| （2）间接证据 | 没有直接证据，**但间接证据符合条件的，可以认定被告人有罪**：①已经查证属实；②证据之间相互印证，不存在无法排除的矛盾和无法解释的疑问；③全案证据形成完整的证明体系；④结论具有唯一性；⑤推理符合逻辑和经验。 |
| （3）技侦证据 | 采取技术侦查措施收集的证据材料，经**当庭出示、辨认、质证**等法庭调查程序查证属实的，可以作为定案的根据。 |
| （4）到案经过 | 对侦查机关出具的被告人到案经过、抓获经过等材料，应审查是否有出具该说明材料的办案人、办案机关的签名、盖章。 有疑问的，**应要求侦查机关补充**。 |
| （5）不能单独作为定案依据 | ①**生理上、精神上有缺陷**，但尚未丧失正确认知、表达能力的被害人、证人和被告人所作的陈述、证言和供述； ②与被告人有亲属关系或者其他密切关系的证人所作的有利被告人的证言，或者与被告人有利害冲突的证人所作的不利被告人的证言。 |

　　3.量刑证据认定

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1）自首、立功证据 | 不得作为定案依据 | 证明被告人自首、坦白、立功的证据材料，没有加盖接受被告投案、坦白、检举揭发等单位的印章，或者接受人员没有签名的，不得作为定案的根据。 |
| 不能单独作为定案依据 | 对被告人及其辩护人提出有自首、坦白、立功的，有关机关未予认定，或提出被告人有自首、坦白、立功，但**证据不全**的，应要求提供材料或人证，并结合其他证据认定。 |
| （2）累犯、再犯证据 | 证明被告人构成累犯、毒品再犯的证据材料，**应当包括**前罪的裁判文书、释放证明等材料。 | |
| （3）年龄认定 | 审查被告人实施犯罪时或审判时是否达到法定责任年龄，根据户籍证明、出生证明、学籍卡、人口普查记录、无利害关系人的证言综合判断。 证据不足，应当认定被告人**不满14、16、18周岁或已满75周岁（疑罪从无）** | |

　　四、非法证据排除  
　　（一）非法证据

|  |  |
| --- | --- |
| 言词证据 | 1.采用**刑讯逼供**等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述； 2.采用**暴力、威胁**等非法方法收集的证人证言、被害人陈述。 |
| 物证、书证 | 不符合法定程序、可能严重影响司法公正收集的物证、书证等。 【提示】程序不合法的物证、书证可排除，但不能直接排除，**只有达到严重影响司法公正的程度且不能补正或作出合理解释的才能排除。** |

　　（二）非法证据排除  
　　1.在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，**应当依法予以排除**，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。  
　　2.检察院阶段：人民检察院接到报案、控告、举报或者发现侦查人员以非法方法收集证据的，**应当进行调查核实。**

　　3.法院阶段

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 启动 | 当事人及其辩护人、诉讼代理人提出 | （1）提出时间： ①开庭审理前：人民法院向被告人及其辩护人送达起诉书副本时，应当告知其申请排除非法证据的，应当**在开庭审理前提出**，但在庭审期间才发现相关线索或者材料的除外。 ②审理中：**法庭审理过程中，**当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除非法证据的，法庭应当进行审查。合法性有疑问的，**应当进行调查**；没有疑问的，继续法庭审理。 （2）**二审人民法院应当对证据收集的合法性进行审查的情形：** ①第一审人民法院对当事人及其辩护人、诉讼代理人排除非法证据的申请没有审查，且以该证据作为定案根据的； ②人民检察院或者被告人、自诉人及其法定代理人不服第一审人民法院作出的有关证据收集合法性的调查结论，提出抗诉、上诉的； ③当事人及其辩护人、诉讼代理人在第一审结束后才发现相关线索或者材料，申请人民法院排除非法证据的。 |
| 法院主动调查 | 审判人员认为可能存在上述非法方法的，**应当**对证据收集合法性进行法庭调查。 |
| 证明责任 | 初步线索 | 当事人及其辩护人、诉讼代理人申请排除以非法方法收集的证据的，**应当提供**涉嫌非法取证的人员、时间、地点、方式、内容等相关线索或者证据。 |
| 最终证明 | 在调查过程中，**人民检察院应当**对证据收集的合法性加以证明。 |
| 证明手段 | （1）公诉人提交的取证过程合法的说明材料，应当经有关**侦查人员签名，并加盖公章**；未经有关侦查人员签名的，不得作为证据使用。上述说明材料不能单独作为证明取证过程合法的根据。 （2）依通知或依申请：现有证据材料不能证明证据收集的合法性的，人民检察院可以提请人民法院通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况；人民法院可以通知有关侦查人员或者其他人员出庭说明情况。有关侦查人员或者其他人员也可以要求出庭说明情况。经人民法院通知，有关人员应当出庭。 （3）当庭不能举证的，可以建议延期审理，法庭**应当同意**。 | |

第五节 立案、侦查、提起公诉

　　一、立案  
　　一、立案  
　　（一）立案机关  
　　有权立案的机关：公安机关、国家安全机关、人民检察院、人民法院以及对军内刑事案件有立案权的军队保卫部门和对罪犯在监狱内的犯罪有立案权的监狱。

　　（二）立案材料  
　　1.来源  
　　（1）公安机关、人民检察院发现或获得的材料；  
　　（2）单位和个人的报案或者举报；  
　　（3）被害人的报案或者控告；  
　　（4）犯罪分子的自首；  
　　（5）公民扭送。  
　　【提示】**任何公民可以**将正在实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的、通缉在案的、越狱逃跑的、正在被追捕的犯罪嫌疑人立即扭送公安机关、人民检察院或者人民法院处理。  
　　2.审查  
　　（1）主要审查两方面：是否有法律事实、是否需要追究刑事责任。  
　　（2）对于**自诉案件**，由于法律要求自诉人在提起自诉时，**应当同时**提出证明犯罪事实发生的各种证据。  
　　人民法院在审查过程中，如果认为自诉人提出的证据不充分，可以要求自诉人提出补充证实有关犯罪事实的材料，但在立案前法院不得进行调查。

　　二、侦查  
　　（一）侦查机关  
　　侦查机关：公安机关、国家安全机关、人民检察院、军队保卫部门以及监狱**（一大四小），不包括人民法院**。  
　　（二）侦查措施  
　　【总结】侦查措施vs刑罚vs刑事强制措施种类

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 侦查措施 | （1）“**讯问**”犯罪嫌疑人；（2）“**询问**”证人、被害人；（3）勘验、检查；（4）搜查；（5）查封、扣押物证、书证；（6）鉴定；（7）技术侦查措施；（8）通缉 | |
| 刑罚 | 主刑 | （1）管制；（2）**拘役**；（3）有期徒刑；（4）无期徒刑；（5）死刑（立即执行和缓期2年执行） |
| 附加刑 | （1）罚金；（2）剥夺政治权利；（3）没收财产；（4）驱逐出境 |
| 强制措施 | （1）**拘传**；（2）取保候审；（3）监视居住； （4）**（刑事）拘留**；（5）逮捕 | |

　　1.讯问犯罪嫌疑人  
　　（1）主体：必须由侦查人员进行，且讯问的时候侦查人员**不得少于2人**。  
　　（2）期限与过程

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 期限 | 传唤、拘传持续的时间一般为**12小时**，案情特别重大、复杂，需要采取拘留、逮捕措施的，不得超过24小时。 | |
| 地点 | 被羁押 | 应当**在看守所内**进行讯问。 |
| 未被羁押 | **现场**（出示工作证，**可口头传唤**）；**住处；指定地点；检察院、公安机关**。 |
| 过程 | ①**同步录音录像**：全程进行，保持完整： a.侦查人员在讯问犯罪嫌疑人的时候，可以对讯问过程进行录音或录像； b.可能判处**无期徒刑、死刑的案件或者其他重大犯罪案件，应当对讯问过程**进行录音或者录像。 ②讯问聋、哑的犯罪嫌疑人，**应当**有通晓聋、哑手势的人参加，并且记明笔录。 ③侦查人员对讯问过程进行录音或录像，检察院、法院可以根据需要调取犯罪嫌疑人的录音或者录像，有关机关应当及时提供。 | |

　　2.询问证人、被害人  
　　（1）询问证人，**可以**在现场进行，**也可以**到证人所在单位、住处或者证人提出的地点进行，**在必要的时候，可以**通知证人到人民检察院或者公安机关提供证言。  
　　【提示】在现场询问证人，**应当出示**工作证件，到证人所在单位、住处或者证人提出的地点询问证人，应当出示人民检察院或者公安机关的证明文件。  
　　（2）询问证人**应当个别进行**。

　　3.勘验、检查

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| （1）主体 | 侦查人员（持证明文件），检查妇女的身体只能是**女工作人员或医师**。 | |
| （2）对象 | ①勘验的对象：场所、物品、尸体。 ②检查的对象：活人的身体（**包括犯罪嫌疑人、被害人**）。 | |
| （3）笔录 | 勘验、检查的情况**应当写成笔录**，由参加勘验、检查的人和**见证人**签名或者盖章。 | |
| （4）强制检查勘验 | ①对被害人**不能强制**检查，对犯罪嫌疑人可以强制检查。 ②对于**死因不明的尸体，公安机关有权决定解剖**，并且通知死者家属到场。 | |
| （5）侦查实验 | 主体 | 侦查人员。 |
| 批准主体 | 公安机关负责人。 |
| 程序 | 由参加实验的人签名或者盖章。 |

　　4.搜查

|  |  |
| --- | --- |
| （1）搜查证 | 出示搜查证。在执行逮捕、拘留时，**遇有紧急情况，不另用搜查证也可以进行搜查。** |
| （2）主体 | 侦查人员（两名），搜查妇女的身体，**应当**由女工作人员进行。 |
| （3）对象 | 犯罪嫌疑人以及可能隐藏罪犯或者罪证的人的身体、物品、住处和其他有关地方。 |
| （4）笔录 | 搜查的情况应当写成笔录，由侦查人员和被搜查人或者他的家属，邻居或者其他见证人签名或者盖章。如果**被搜查人或者他的家属在逃或者拒绝签名、盖章**，应当在笔录上注明。 |

　　5.查封、扣押物证、书证  
　　（1）侦查人员在侦查活动中发现可用以证明犯罪嫌疑人**有罪或者无罪**的各种财物、文件的，**应当**查封、扣押；  
　　与**案件无关**的财物、文件，**不得**查封、扣押。  
　　（2）侦查人员认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报的时候，**经公安机关或者人民检察院批准，**即可通知邮电机关将有关的邮件、电报扣押。  
　　（3）人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，**可以查询、冻结（NOT划拨）**犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产。  
　　（4）经查明确实与案件无关的，应当在**3日以内**解除查封、扣押、冻结，予以退还。  
　　6.鉴定  
　　（1）告知对象：  
　　侦查机关应当将用作证据的鉴定意见告知犯罪嫌疑人、被害人。  
　　如果犯罪嫌疑人、被害人提出申请，**可以补充鉴定或者重新鉴定**。  
　　（2）对犯罪嫌疑人作**精神病鉴定的期间不计入**办案期限。

　　7.技术侦查措施

|  |  |
| --- | --- |
| 措施 | 包括**电子侦听、电话监听**、电子监控、秘密拍照、录像、进行邮件检查等秘密的专门技术手段。 |
| 适用范围 | （1）公安机关立案的**危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪**或者其他严重危害社会的犯罪案件。 （2）检察机关立案的**重大的贪污、贿赂犯罪案件以及利用职权实施的严重侵犯公民人身权利**的重大犯罪案件。 （3）追捕被通缉或者批准、决定逮捕的在逃的犯罪嫌疑人、被告人。 |
| 期限 | 自批准签发之日起**3个月内**有效。对于不需要继续的，应当及时解除；对于复杂、疑难案件，期满仍有必要继续的，经过批准，有效期可以延长，**每次不得超过3个月**。 |
| 运用 | （1）批准程序：**公安机关和检察院有技术侦查的决定权**。 （2）保密：对技术侦查措施过程中知悉的国家秘密、商业秘密和个人隐私，应当保密。 |
| 秘密侦查 | （1）在必要的时候，经**公安机关负责人**决定，可以由**有关人员**隐匿其身份实施侦查。 （2）不得诱使他人犯罪，不得采用可能危害公共安全或者发生重大人身危险的方法。 （3）对涉及**给付毒品等违禁品或财物**的犯罪活动，公安机关可以实施控制下交付。 |

　　8.通缉  
　　（1）只有**公安机关**有权发布通缉令。  
　　（2）通缉对象只能是**应当逮捕而在逃**的犯罪嫌疑人。  
　　（3）各级公安机关只能在自己管辖的地区以内直接发布通缉令；超出自己管辖的地区，应当报请有权决定的上级机关发布。

　　（三）侦查期限  
　　1.长短

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 情形 | 期限 | 批准主体 |
| （1）一般 | 2个月 | 无需批准 |
| （2）案情复杂、期限届满不能终结 【提示】公安机关在羁押期限届满7日前提出 | 延长1个月 | 上一级人民检察院 |
| **（3）交通十分不便的边远地区、重大的犯罪集团、流窜作案、犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件** | 延长2个月 | 省、自治区、直辖市检察院批准或者决定 |
| （4）可能判处**10年**有期徒刑以上刑罚 | 延长2个月 |
| （5）因特殊原因，在较长时间内不宜交付审判的特别重大复杂的案件 | 无期限 | 由最高人民检察院报请全国人大常委会批准延期 |

　　2.起算  
　　（1）身份不明：  
　　侦查羁押期限**自查清其身份之日起**计算，但是**不得**停止对其犯罪行为的侦查取证。  
　　（2）对于犯罪事实清楚，证据确实、充分，确实无法查明其身份的，**也可以按其自报的姓名起诉、审判。**  
　　3.重新计算：发现犯罪嫌疑人另有重要罪行的，**自发现之日**起依照规定重新计算侦查羁押期限。  
　　【提示】重新计算侦查羁押期限的，**应当**报人民检察院备案。  
　　（四）侦查终结  
　　1.对于犯罪嫌疑人的行为已经构成犯罪，但依法不需要判处刑罚或者免除刑罚的，即应**不予起诉**的，应当制作《不起诉意见书》。  
　　2.对于不应当对犯罪嫌疑人追究刑事责任的，**应当**撤销案件。

　　（五）人民检察院对直接受理案件的侦查

|  |  |
| --- | --- |
| 1.逮捕决定 | 由**人民检察院**作出决定，由**公安机关**执行。 |
| 2.期限 | 14日→特殊延长1-3日；最长17日；不需逮捕，应立即释放 |
| 3.措施 | 讯问犯罪嫌疑人**必须**实行全程同步录音录像。 |
| 4.处理 | 侦查终结的案件，**应当**作出提起公诉，不起诉或者撤销案件的决定。 |

　　三、提起公诉  
　　（一）案件审查  
　　1.凡需要提起公诉的案件，一律由**人民检察院**审查决定。  
　　【提示】上级公安机关指定下级公安机关立案侦查的案件，需要提起公诉，由侦查该案件的公安机关移送同级人民检察院审查起诉。  
　　2.人民检察院审查案件，**应当**讯问犯罪嫌疑人，听取辩护人、被害人及其诉讼代理人的意见，并记录在案。

　　（二）补充侦查

|  |  |
| --- | --- |
| 1.实施者 | 人民检察院审查案件，对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查，必要时也**可以**自行侦查。 |
| 2.时间和次数 | 对于补充侦查的案件，应当在**1个月以内**补充侦查完毕。补充侦查**以2次为限**。 【提示】补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院**重新计算**审查起诉期限。 |
| 3.结果 | 对于两次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，应当作出**不起诉**的决定。 |

　　（三）起诉期限  
　　人民检察院对于公安机关移送起诉的案件，应当在**1个月以内**作出是否起诉的决定，重大、复杂的案件，**可以延长半个月**。  
　　（四）起诉决定  
　　1.决定

|  |  |
| --- | --- |
| **应当**不起诉 | （1）没有犯罪事实；（2）有法定不起诉情形 |
| **可以**不起诉 | 犯罪情节轻微，依照刑法规定不需要判处刑罚或者免除刑罚 |

　　2.决定不起诉的案件  
　　（1）对决定不起诉的案件，**应同时**对侦查中查封、扣押、冻结的财物解除查封、扣押、冻结。  
　　需要给予行政处罚的，人民检察院**应当提出检察意见**，移送有关主管机关处理。  
　　（2）送达：  
　　将不起诉决定书**送达被不起诉人和他的所在单位**；对于公安机关移送起诉的案件，应当将不起诉决定书**送达公安机关**；对于有被害人的案件，应当将不起诉决定书送达被害人。  
　　（3）不服的处理

|  |  |
| --- | --- |
| 公安机关不服 | 公安机关认为不起诉的决定有错，可以要求复议，如意见不被接受，可以向上一级人民检察院提请复核。 |
| 被害人不服 | ①被害人可以自收到决定书后7日以内**向上一级人民检察院申诉**，请求提起公诉；对人民检察院维持不起诉决定的，被害人可以向人民法院起诉。 ②被害人可以不经申诉，直接向人民**法院起诉**。 |
| 被不起诉人不服 | 被不起诉人如果不服，可以自收到决定书后7日以内**向人民检察院申诉**。 |

第六节 刑事诉讼程序

一、第一审程序  
　　（一）一审公诉案件  
　　1.审查受理  
　　（1）对提起公诉的案件，法院**应当在收到**起诉书和案卷后**7日内**，指定审判人员审查。  
　　（2）法院对提起公诉的案件进行审查的期限**计入**法院的审理期限。  
　　2.庭前准备  
　　（1）程序：开庭**10日前**送达起诉书副本→开庭**5日前**提供证人、鉴定人名单→**开庭3日前**将开庭的时间、地点通知检察院。  
　　（2）庭前会议

|  |  |
| --- | --- |
| 情形 | ①当事人及其辩护人、诉讼代理人**申请排除非法证据的**； ②证据材料较多、案情**重大复杂**的； ③**社会影响重大**的。 |
| 参加人员 | 由公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人参加；根据案件情况，也可以通知被告人参加。 |

　　3.法庭审判  
　　（1）程序：开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述、评议和宣判五个阶段。  
　　（2）补充侦查  
　　①**审判期间**，公诉人发现案件需要补充侦查的，建议延期审理的，合议庭应当同意，但建议延期审理**不得超过2次**；对延期审理的案件，人民检察院应当在**1个月内**补充侦查完毕。  
　　【提示】补充侦查三种：审查批捕时的补充侦查，审查起诉时的补充侦查、法庭审理时的补充侦查。  
　　②补充侦查期限期满后，经法庭通知，人民检察院未将案件移送人民法院，且未说明原因的，人民法院可以决定**按人民检察院撤诉处理**。  
　　4.补充起诉或者变更起诉：  
　　人民法院审理公诉案件，发现有新的事实，可能影响定罪的，**检察院可以**要求补充起诉或者变更起诉，**法院可以建议**人民检察院补充起诉或者变更起诉（7日内检察院回复）。

　　5.延期审理与中止审理

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | 延期审理 | 中止审理 |
| 情形 | ①需要通知**新的证人到庭**，调取新的物证，重新鉴定或勘验的； ②检察人员发现提起公诉的案件需要**补充侦查**，提出建议的；（**2次为限**） ③由于当事人**申请回避而不能进行审判**的； ④被告人揭发他人犯罪行为或提供重要线索，检察院认为需要查证，建议补充侦查的。 | ①**被告人患有严重疾病，无法出庭**； ②**被告人脱逃的**； ③**自诉人**患有严重疾病，无法出庭，未委托诉讼代理人出庭的； ④由于**不能抗拒**的原因。 |
| 停止的活动 | 只是暂时停止法庭审判或者推迟开庭日期，并不终止其他诉讼活动。 | 暂停一切诉讼活动。 |
| 性质 | 决定。 | 裁定。 |
| 计算 | 在**1个月以内**补充侦查完毕。 | **中止审理的期间不计入审理**期限 |

　　6.一审期限  
　　（1）起算点：  
　　法院改变管辖的案件，从改变后的法院**收到案件之日起**计算审理期限。  
　　检察院补充侦查的案件，补充侦查完毕移送人民法院后，人民法院重新计算审理期限。  
　　（2）长度：人民法院审理公诉案件，应当在受理后2个月以内宣判，至迟**不得超过3个月**。  
　　【提示】对于①可能判处**死刑的案件**②附带民事诉讼的案件③有刑事诉讼法第156条规定情形之一的（交通十分不便的边远地区的重大复杂案件、重大的犯罪集团案件、流窜作案的重大复杂案件和犯罪涉及面广、取证困难的重大复杂案件），经**上一级人民法院**批准，可以**延长3个月**；因特殊情况还需要延长的，报请**最高人民法院批准**。

　　（二）一审自诉案件  
　　1.自诉案件包括：  
　　（1）告诉才处理的案件；  
　　（2）被害人有证据证明的轻微刑事案件；  
　　（3）被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当追究刑事责任，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件。  
　　2.自诉处理  
　　（1）对已经立案，经审查缺乏罪证的自诉案件，自诉人提不出补充证据的，人民法院**“应当”说服其“撤回起诉或者裁定驳回起诉”；**  
　　自诉人撤回起诉或者被驳回起诉后，又提出了新的足以证明被告人有罪的证据，再次提起自诉的，人民法院“**应当**”受理。  
　　（2）自诉人明知有其他共同侵害人，但只对部分侵害人提起自诉的，人民法院“应当”受理，并视为自诉人对其他侵害人放弃告诉权利；  
　　自诉人放弃告诉，判决宣告后又对其他共同侵害人就同一事实提起自诉的，人民法院“**不予**”受理。

　　3.审理要求  
　　（1）自诉人经过**两次**合法传唤，无正当理由拒不到庭的，或者未经法庭许可中途退庭的，**按撤诉处理**；  
　　（2）在法庭审理过程中，审判人员对证据有疑问，需要调查核实的，**可以宣布休庭**，对证据调查核实；  
　　（3）被告人实施的两个以上的犯罪行为，分别属于公诉案件和自诉案件的，人民法院可以在审理公诉案件时，**对自诉案件一并审理**；  
　　（4）在自诉案件审理过程中，被告人下落不明的，应当“**中止审理**”；

　　（5）人民法院对于依法宣告无罪的自诉案件，其附带民事诉讼部分**应当依法进行调解或者一并作出判决。**  
　　（6）对自诉案件，人民法院**可以进行调解**；自诉人**在宣告判决前**，可以同被告人自行和解或者撤回自诉，但被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，且有证据证明曾经提出控告，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件**不适用调解**。  
　　（7）自诉案件的被告人在诉讼过程中，可以对自诉人提起反诉。  
　　反诉适用自诉的规定。但被害人有证据证明对被告人侵犯自己人身、财产权利的行为应当依法追究刑事责任，且有证据证明曾经提出控告，而公安机关或者人民检察院不予追究被告人刑事责任的案件不适用反诉。

　　（三）一审简易程序  
　　1.适用范围

|  |  |
| --- | --- |
| 适用 | （1）案件事实清楚、证据充分的； （2）被告人承认自己所犯罪行，对指控的犯罪事实没有异议的； （3）**被告人对适用简易程序没有异议的**。 【提示】简易程序**不一定**是独任制，简易程序**不一定**是自诉案件。 |
| 不适用 | （1）被告人是**盲、聋、哑人**，或是尚未完全丧失辨认或控制自己行为能力的**精神病人**； （2）有**重大社会影响的**； （3）共同犯罪案件中部分被告人**不认罪**或者对适用简易程序有异议的。 |

　　2.要求与期限

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 组织 | 合议庭或者独任制 | 可能判处**3年有期徒刑以下**刑罚 |
| 合议庭 | 可能判处的有期徒刑**超过3年** |
| 程序 | （1）**检察院应当派员出庭**； （2）审判人员应当**询问**被告人对指控的犯罪事实的意见，**告知**被告人适用简易程序审理的法律规定，**确认**被告人是否同意适用简易程序审理。经审判人员许可，被告人及其辩护人可以同公诉人、自诉人及其诉讼代理人互相**辩论**； （3）**审理程序简便：不受普通程序**关于送达期限、讯问被告人、询问证人、鉴定人、出示证据、法庭辩论程序规定的限制，但在宣告前**应当听取被告人的最后陈述意见。** | |
| 期限 | 一般情况 | 受理后**20日以内**审结 |
| 可能判处的有期徒刑超过3年 | 可以**延长至一个半月** |

　　二、第二审程序  
　　（一）提起  
　　1.上诉

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 提出者 | 独立上诉 | （1）被告人、自诉人和他们的**法定代理人**； （2）附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人：对附带民事诉讼部分提出上诉。 【提示】被害人和其法定代理人不能**提起上诉**。 |
| 非独立上诉 | **被告人的辩护人和近亲属，经被告人同意。** |
| 方式 | 书状或口头。 | |
| 对象 | 可以通过原审人民法院提出上诉，也可以直接向第二审人民法院提出上诉（3日）。 | |

　　2.抗诉：地方各级人民检察院认为同级人民法院尚未发生法律效力的第一审判决或裁定确有错误时，提请**上一级人民法院**进行重新审判的诉讼活动。

|  |  |
| --- | --- |
| 主动 | 地方各级人民检察院认为本级人民法院第一审判决、裁定确有错误的时候，应当向上一级人民法院提出抗诉。 |
| 被动 | 被害人及其法定代理人不服地方各级人民法院第一审的判决的，自收到判决书的**5日以内**，有权请求人民检察院提出抗诉。人民检察院收到请求后**5日以内**，应当作出是否抗诉的决定并且答复请求人。 |

　　3.诉和抗诉的期限：  
　　不服判决的上诉和抗诉的期限为**10日**，不服裁定的上诉和抗诉的期限为**5日**，从接到判决书、裁定书的**第二天算起**。  
　　【提示】行诉和民诉：  
　　不服判决的上诉期限为**15天**，不服裁定的上诉期限为**10天**。

　　（二）审理  
　　1.全面审查  
　　（1）第二审人民法院审理上诉、抗诉案件，**应当**就第一审判决认定的事实和适用法律进行**全面审查**，不受上诉或者抗诉的限制。  
　　（2）共同犯罪的案件**只有**部分被告人上诉的，**应当**对全案进行审查，一并处理。  
　　2.方式：开庭或不开庭

|  |  |
| --- | --- |
| 开庭 | 对于下列案件，**应当组成合议庭**，开庭审理： （1）被告人、自诉人及其法定代理人对第一审认定的事实、证据**提出异议，**可能影响定罪量刑的上诉案件； （2）被告人被**判处死刑的上诉案件**； （3）人民**检察院抗诉**的案件。 |
| 不开庭 | 第二审人民法院决定不开庭审理的，**应当讯问**被告人，**听取**其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见。 |

　　3.调解  
　　第二审人民法院审理对“**附带民事诉讼部分**”提出上诉的案件，原告一方要求增加赔偿数额，第二审人民法院“**可以依法进行调解**”。  
　　4“上诉不加刑”  
　　（1）第二审人民法院审判被告人或者他的法定代理人、辩护人、近亲属上诉的案件，“**不得加重被告人**”的刑罚；  
　　但“**人民检察院提出抗诉或者自诉人提出上诉**”的案件，不受上诉不加刑的限制。  
　　（2）第二审人民法院发回原审人民法院重新审判的案件，**除有新的犯罪事实，人民检察院补充起诉的以外**，原审人民法院也不得加重被告人的刑罚。

　　【三大诉讼审限归纳表】

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| 诉讼种类 | 程序 | 审理程序 |
| 行政诉讼 | 一审程序 | 立案之日起**6个月内** |
| 二审程序 | 收到上诉状之日起**3个月内** |
| 民事诉讼 | 一审普通程序 | 立案之日起6个月内 |
| 一审简易程序 | 立案之日起3个月内 |
| 二审 | （1）判决：立案之日起3个月； （2）裁定：立案之日起30日内 |
| 刑事诉讼 | 一审公诉案件 | 受理后2个月内宣判，至迟不得超过3个月 |
| 一审自诉案件 | （1）被告人未被羁押：受理后6个月以内宣判； （2）被告人被羁押：受理后2个月以内宣判，至迟不得超过3个月。 |
| 一审简易程序 | 受理后20日内审结，对可能判处有期徒刑超过3年的，可以延长至一个半月 |
| 二审程序 | 2个月内 |

　　三、死刑复核程序  
　　1.核准主体

|  |  |
| --- | --- |
| 死刑立即 | （1）**中级人民法院判处死刑的第一审案件**，被告人不上诉的，应当由**高级人民法院复核**后，报请**最高人民法院**核准。 （2）高级人民法院判处死刑的第一审案件被告人不上诉的，和判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。 |
| 死缓 | 中级人民法院判处死刑缓期2年执行的案件，由**高级人民法院核准**。 |

　　2.复核要求：  
　　最高人民法院复核死刑案件，高级人民法院复核死刑缓期执行的案件，应当**由审判员三人组成合议庭进行。**  
　　3.处理方式  
　　（1）最高人民法院复核死刑案件，**应当**讯问被告人，辩护律师提出要求的，**应当**听取辩护律师的意见。  
　　（2）最高人民法院“应当”将死刑复核结果通报最高人民检察院。

　　四、审判监督程序  
　　1.当事人及其法定代理人、近亲属，对“**已经发生法律效力**”的判决、裁定，可以向人民法院或者人民检察院提出申诉，但是不能停止判决、裁定的执行。  
　　解释：刑事诉讼法的近亲属是指：**夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姊妹。**  
　　2.人民法院按照审判监督程序重新审判的案件，**“应当”另行组成合议庭进行**。  
　　（1）如果原来是第一审案件，应当按照第一审程序进行审判，所作出的判决、裁定**可以**上诉、抗诉；  
　　（2）如果原来是第二审案件，或者是上级人民法院提审的案件，应当依照第二审程序进行审判，所作出的判决、裁定是**终审的判决、裁定**。  
　　3.人民法院按照审判监督程序审判的案件，**可以决定中止原判决、裁定的执行**。