

FAXUE GAILUN XUEXI FUDAO

法学概论

学习辅导

李秀金 王燕军 汤家毅 编写

嶺南美術出版社

法学概论

学习辅导

李秀金 王燕军 汤家毅 编写

江苏工业学院图书馆
藏书章

淮南美術出版社

图书在版编目(CIP)数据

法学概论学习辅导 / 李秀金, 王燕军, 汤家毅编. —广州: 岭南美术出版社, 2008. 8
ISBN 978-7-5362-3976-0

I. 法… II. ①李…②王…③汤… III. 法学—高等学校—
教学参考资料 IV. D90

中国版本图书馆CIP数据核字(2008)第129260号

责任编辑: 陈展东
罗文轩
装帧设计: 罗文轩
责任校对: 虞向华
责任技编: 钟智燕

法学概论学习辅导

出版、总发行: 岭南美术出版社
(广州市文德北路170号3楼 邮编: 510045)

经 销: 全国新华书店
印 刷: 肇庆市科建印刷有限公司
版 次: 2008年8月第1版
2008年8月第1次印刷
开 本: 787mm×1092mm 1/16
印 张: 6.75
印 数: 1-3000册

ISBN 978-7-5362-3976-0

定 价: 22.00元

目 录

第一章 法理学	1
第二章 宪法	6
第三章 行政法	10
第四章 民法学	15
第一节 总论	16
第二节 物权关系	19
第三节 人身权关系	25
第四节 著作权关系	27
第五节 婚姻关系	28
第六节 继承关系	40
第五章 刑法	52
第一节 总论	53
第二节 分论	55
第三节 疑难案例	60
第四节 专家说法	64
第六章 经济法	68
第一节 公司法	68
第二节 合同法	69
第三节 税法	74
第四节 保险法	76
第五节 消费者权益保护法	77
第七章 刑事诉讼法	79
第八章 民事诉讼法	83
第九章 行政诉讼法	87
第十章 国际法	91
第十一章 国际私法	97

第一章 法 理 学

一、重点问题提示

法的基本特征与作用；权利与义务；法律关系；法律规范的构成要素；法律责任和法律制裁；社会主义法治国家的涵义。

二、阅读材料

法网恢恢，疏而不漏

“法网恢恢，疏而不漏”一语，原为“天网恢恢，疏而不漏”，语出《老子》下篇第七十三章：“天网恢恢，疏而不失。”现比喻作恶者逃不出上天的惩罚。所谓天网，是指自然的惩罚。后来人们将此语改为“法网恢恢，疏而不漏”，意思是说法律是严密的，虽似乎疏阔却规定了一切，所以任何违法者都逃不了法律的制裁。用这句新解的成语，我们可以看一看贪官污吏的下场。

北京市第二中级人民法院2003年5月9日对原云南省省长李嘉廷受贿案依法做出一审宣判，以受贿罪判处李嘉廷死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。

法院经审理查明，1994年至2000年7月，被告人李嘉廷在担任中共云南省常委、云南省人民政府副省长、中共云南省委副书记、云南省人民政府省长期间，利用职务上的便利，单独或伙同其子李勃（另案处理）收受他人贿赂共计折合人民币1810万余元。法院认为，被告人李嘉廷身为国家工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，单独或伙同其子非法收受他人钱款，其行为已构成受贿罪，且受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重，论罪应当判处死刑。但鉴于被告人李嘉廷有揭发他人犯罪的立功表现，并提供线索，对相关案件的侦破起了重要作用，认罪悔罪，赃款已全部追缴，对其判处死刑可不立即执行。遂依法做出上述判决。

据报道，李嘉廷是从小山村考到清华大学上学的，“他那时候才20岁，通过艰苦、勤奋的学习考上了清华大学，从云南省石屏县一个偏僻的小山村到了北京，实在不容易。”许多李嘉廷的石屏老乡和同学这样回忆描述他。2001年3月8日，李嘉廷在人民网强国论坛上回答网友提问时这样说：“我最大的心愿是在未来5年内解决（云南）尚未解决温饱的160万人的贫困问题。”而在他此番表白前的2000年7月，这位省长就已经单独或伙同其子收受他人贿赂人民币1810万余元。

然而，无论李嘉廷等人如何表白自己勤政廉洁，如何掩盖自己的腐化堕落，到头来他们都会更深刻地理解什么叫“法网恢恢，疏而不漏”。

三、案例

法是靠国家强制力保证实施的行为规范。

【案情】抗税案

个体经营者聂某某自营饭店，从1994年2月开张到当年12月，共计10个月，期间营业额为14.9万余元，应纳税额1.3万余元。税务所多次通知其纳税，聂某某置之不理。税务所派员到餐饮店催缴欠款，聂某某亲自率领店内帮工辱骂、围攻税务人员，并将两名税务人员强行推出店外，在推搡过程中，税务人员的衣服被撕破，手臂被扭伤，在当地造成极坏影响。某某县人民检察院对被告人聂某某以抗税罪向某某县人民法院提起公诉。某某县人民法院经公开审理作出判决，以抗税罪判处被告人聂某某有期徒刑1年，并处罚金1.5万元。

【案情分析】

法理分析：所谓法的强制性，是指一个国家所依靠的暴力工具（如军队、警察、法庭、监狱等）所具有的强大的威慑力量。首先，国家强制力系法实施的最后一道防线，即法的实施既不是每个环节都需要强制力，它也不是法实施的唯一的力量。其次，法的本身具有的是国家强制性，而非国家强制力。再次，法的国家强制性离不开法的规范性。最后，国家强制性对于权利主体和义务主体的作用是不一样的。

法律依据：根据《宪法》及《税收征管法》的有关规定，纳税是公民的义务，以各种方式不履行法律义务，国家将强制其履行法定义务。

根据《中华人民共和国刑法》第202条的规定，犯抗税罪的，处3年以下有期徒刑或拘役，并处拒缴税款1倍以上5倍以下罚金；情节严重的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处拒缴税款1倍以上5倍以下的罚金。

因此，某某县人民检察院对被告人聂某某以抗税罪向某某县人民法院提起公诉。某某县人民法院经公开审理作出判决，以抗税罪判处被告人聂某某有期徒刑1年，并处罚金1.5万元。这正是法是靠国家强制力保证实施的行为规范的体现。

四、专家说法

许霆案的法理分析

北京大学法学院教授 陈兴良

许霆案是近期在社会上引起广泛关注与争论的一起普通的刑事案件，不少民众与学者都卷入其中发表见解，而且分歧还很大。各种意见有着不同的出发点和落脚点，结论自然不同，然而，法院终归要依据“以事实为依据，以法律为准绳”的原则对该案作出定论。在许霆案的争论中，可以看到我国法律规定乃至司法都有不尽完善之处，但我们首先应在法律的理性与轨道上来看待，然后在法律的框架内实现公正。这正是人民法院所追求的法律效果与社会效果的统一，许霆案的审理过程也充分说明了这一点。在这个意义上说，许霆案的激辩将会起到推动我国法治建设的

作用。

就许霆案而言，适用特殊减轻的理由有三：一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由，却可以成为适用特殊减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物，这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比，客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑，从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说，由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低，由此可以减轻许霆的责任。

许霆案在原一审判决以后，引起媒体的广泛关注，对以盗窃金融机构判处无期徒刑的判决结果，质疑之声鹊起。我以为，许霆案的原一审判决结果之所以受到质疑，主要原因还是在于量刑过重。假如许霆盗窃金融机构的数额不是 17 万元而是 71 万元，对其判处无期徒刑的结果被公众的认同程度就会高得多。除因量刑过重而产生对该案定罪的质疑，当然也因为许霆利用自动取款机的故障而恶意取款这一行为本身具有某种特殊性。因此，排除公众对许霆案判决结果的质疑，首先应当对利用自动取款机的故障而恶意取款的行为进行法理上的分析，其次才是考虑在量刑上如何依法采取补救措施。

对于许霆利用自动取款机的故障而恶意取款的行为，主要存在无罪与有罪两种观点，需要分别加以法理分析。

无罪的观点有以下三种说法：一是银行过错说，即以银行的过错否定许霆行为的有罪性。在本案中，银行确实存在过错。这种过错是未能及时发现并排除自动取款机的故障，因而使自动取款机的款项处于一种疏于管理的状态。但银行过错只是许霆犯罪的诱因，它为许霆盗窃易于得手提供了某种条件，但并不能由此否认许霆行为的犯罪性。因为自动取款机发生故障，但款项仍然在取款机里，不能认为银行丧失了对款项的占有。正如同我出门忘记关门，使小偷利用大门洞开之机而窃取财物的行为同样构成盗窃一样，我的疏忽不能成为小偷无罪的理由。二是银行溢付说，认为许霆提出银行卡中的款项是银行溢付的结果，并非许霆盗窃之所得。溢付是交付方基于疏忽的一种额外给付，这种给付也是收受方所未曾预料到的。因此，收受方在完全被动的情况下予以收取。在许霆取款过程中，第一次下达 100 元取款指令，获款 1000 元，额外的 900 元可以说是一种溢付，即不当得利。但在此后许霆又一而再、再而三地 170 次恶意取款，由此而非法占有的 17 万元款项则不是溢付，而是许霆在非法占有目的支配下盗窃之所得。三是无效交易说，认为许霆以本人的银行卡在自动取款机上正常取款，只不过自动取款机出现故障给付了额外的款项，这种交易是无效的，但不能由此否认取款行为本身是一种正常的交易行为。这里涉及对行为之正常与异常的理解。我认为，在刑法中，正常与异常的区分是相对的，尤其要看行为是受何种主观意图所分配。例如，医生甲经诊断发现病人乙有感冒症状，遂给乙开感冒药，这一开药行为是正常的治疗行为。但如果甲知道乙患心脏病，吃了这种感冒药就会诱发心脏病而死亡，基于希望乙死亡的故意仍然开出感冒药，结果吃药后致使乙死亡。从抽象来看，这一开药行为是对感冒的正常治疗行为，但在病人患心脏病吃了感冒药就会诱发心脏病而死亡的情况下仍然开药，这一开药行为就是一种杀人行为。在本案中也是如此，尽管许霆是以自己的银行卡在取款似乎是正

常的交易行为，但许霆明知自动取款机发生故障而利用这一故障进行恶意取款，这已经不是一种交易行为而是一种犯罪行为。

有罪的观点对应应何罪存在争议，除赞同原一审判决定盗窃罪的观点以外，还有主张定侵占罪和信用卡诈骗罪等观点。之所以存在不认同原一审判决定为盗窃罪的观点，主要是对许霆的恶意取款行为是否符合盗窃罪的秘密窃取的特征存在不同看法，认为许霆使用本人的实名银行卡到有监控系统的自动取款机上取款，输入的是自己的密码，因此取款行为是公开的，不符合盗窃罪所要求的秘密特征。关于盗窃罪的秘密特征，传统刑法理论对盗窃罪的构成都要求这一特征，但也出现了否认盗窃罪必须以秘密为条件的观点。例如日本学者提出：窃取，本来是指秘密取得之意，但即便公然实施也可构成本罪（参见〔日〕西田典之：《日本刑法各论》第3版，刘明祥、王昭武译，中国人民大学出版社2007年版，第116页）。我国学者也有赞同这一观点的，认为只要是以平和而非暴力的手段，违反占有人的意思而取得财物，就是盗窃罪中的窃取，而不以实施隐秘方法为条件（参见周光权：《刑法各论讲义》，清华大学出版社2003年版，第108至109页）。这种观点有一定道理，但我认为窃取的“窃”本来就有秘密的意思，秘密取得也是区别于抢劫、抢夺、诈骗等其他财产犯罪的主要特征。因此，我认为可以对“秘密”一词赋予特定的含义即可解决这个问题，而无须取消盗窃罪的“秘密”这一特征。例如，盗窃罪的秘密具有主观性，是指行为人主观上自以为财产所有人或占有人不知晓，因此即使在客观上财产所有人或占有人知晓也符合盗窃罪的秘密特征。同时，盗窃罪的秘密具有相对性，是指行为时财产所有人或占有人不知晓，即使财产所有人或占有人事后知晓也应当认为符合盗窃罪的秘密特征。根据这一解释，即使许霆使用本人实名的银行卡取款，事后银行能够追查到许霆，只要许霆在取款当时银行不知晓，就应当认为是秘密窃取。总之，许霆的行为是利用自动取款机的故障在银行当时不知晓的情况下恶意取款，其行为完全符合盗窃罪的特征。

在许霆案的审理中，还存在许霆是否属于盗窃金融机构的问题。对此，亦有相当一部分人认为，自动取款机不是金融机构本身。其中理由之一，就是金融机构的设立需要金融主管部门批准，而自动取款机的设置则可以由金融机构自身决定。自动取款机当然不是金融机构，但《刑法》第264条规定的“盗窃金融机构”是“盗窃金融机构的财物”的缩略语，因为金融机构本身是不能成为盗窃罪的对象。对此，1998年3月10日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条明确规定，《刑法》第264条规定的“盗窃金融机构”，是指盗窃金融机构的经营资金、有价证券和客户的资金等，如储户的存款、债券、其他款物，企业的结算资金、股票，不包括盗窃金融机构的办公用品、交通工具等财物的行为。因此，只要承认自动取款机中的款项是金融机构的经营资金，就难以否认许霆的行为属于盗窃金融机构。

许霆的行为构成盗窃罪，从我国目前的刑法理论来分析，应该是正确的判断。关键问题是对许霆的量刑过重，难以为公众所接受，尤其是在贪污受贿数十万元甚至上百万元，也只不过判处十几年。两相对比，对许霆量刑过重的意见是完全可以理解的，更何况许霆是利用自动取款机的故障盗窃，犯罪行为的发生与银行过错存在一定的关联。当然，这个问题的出现本身较为复杂，既有规则制定上的原因，也

有规则适用上的原因。从规则制定上来说，刑法对金融机构财产的特殊保护的正当性何在？司法解释将3万元至10万元以上规定为“数额特别巨大”的合理性何在？这些都是可以从应然的层面上讨论的。从规则适用上来说，由于许霆盗窃金融机构数额已经达到司法解释规定的“数额特别巨大”的上限标准，对其判处法定最低刑——无期徒刑，似乎是依法判决的结果。但《刑法》第63条第2款规定：“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚。”这就是我国刑法中的特殊减轻制度。这里的特殊情况，虽然立法的初衷是指案件的特殊性如涉及政治、外交等情况（参见胡康生、郎胜主编：《中华人民共和国刑法释义》第3版，法律出版社2006年版，第61页），但在司法实践中已有适用于一般的判处法定最低刑仍然偏重的案件，报请最高人民法院核准得以适用特殊减轻的先例（参见：“程乃伟绑架案——特殊情况下减轻处罚的适用”，载最高人民法院刑一庭、刑二庭编：《刑事审判参考》第4卷·上，法律出版社2004年版，第119页）。因此，对于许霆案应当考虑适用特殊减轻。但原一审判决为什么不启动这一特殊减轻的程序？这里确实存在机械司法之嫌。特殊减轻的规定具有某种对过于僵硬的刑法进行补救的机能，我个人倾向于对判处法定最低刑仍然明显过重的案件适用特殊减轻，而不是特殊减轻规定只适用于涉及政治、外交等情况的案件。就许霆案而言，适用特殊减轻的理由有三：一是银行明显存在过错。这一过错虽然不能成为许霆无罪的理由，却可以成为适用特殊减轻的根据。二是违法程度较轻。许霆是利用自动取款机的故障而窃取财物，这和采用破坏自动取款机甚至非法潜入金融机构的盗窃行为相比，客观违法程度较轻。三是责任程度较轻。银行的过错产生了巨大的金钱诱惑，从而诱发了许霆的犯罪。从期待可能性上来说，由于存在着自动取款机故障这一附随状况而使得期待可能性程度有所降低，由此可以减轻许霆的责任。

资料来源：<http://www.54online.org/> 发布时间：2008-04-01

第二章 宪 法

一、重点问题提示

宪法的概念和特征；我国现行宪法的基本原则；我国的基本制度；我国公民的基本权利和义务；我国的国家机构。

二、案例

齐玉苓和陈晓琪原同系山东省滕州市第八中学初中毕业生。1990年齐玉苓通过了中专预选考试而取得了报考统招及委培的资格，而陈晓琪在中专预选考试中落选。同年齐玉苓被山东省济宁市商业学校录取，但齐玉苓的“录取通知书”被陈晓琪领走。陈晓琪以齐玉苓的名义到济宁市商业学校报到就读。1993年毕业后，陈晓琪继续以齐玉苓的名义被分配到中国银行滕州市支行工作。1999年齐玉苓在得知陈晓琪冒用其姓名上学并就业这一情况后，以陈晓琪及有关学校 and 单位侵害其姓名权和受教育权为由诉至法院，要求被告停止侵害，并赔偿经济损失和精神损失。

最高人民法院于2001年8月13日公布了法释[2001]25号《关于以侵犯姓名权的手段侵犯宪法保护的公民受教育的基本权利是否应承担民事责任的批复》，指出：“陈晓琪等以侵犯姓名权的手段，侵犯了齐玉苓依据宪法规定所享有的受教育的基本权利，并造成了具体的损害后果，应承担相应的民事责任。”

此案提出了一个值得探讨的问题：公民在宪法上所享有的受教育的基本权利能否通过诉讼程序获得保障和救济？或者说宪法是否可以作为法院裁判案件的法律依据而在裁判文书中直接援引？这个问题在我国司法实践中，长期以来一直没有得到很好的解决。显然，这与我国目前实行的依法治国，建设社会主义法治国家的要求极不适应。依法治国，在某种角度上可以说就是依宪治国，树立法律的权威首先要树立宪法的权威。因此，随着社会主义法治的不断健全，我们需要逐步解决宪法司法化问题。

1. 破坏计划生育案

【案情】男青年唐某与女青年于某婚后生了3个女孩。唐某是独生子，为了不断“香火”，他便想让妻子再生一个男孩。当于某再次怀孕后，村妇女主任找到唐某，要他协助动员妻子去流产时，唐某却说：“计划生育是女人的事，你别找我们‘老爷们’。”而在背后却坚决阻止妻子流产，以达到其超生的目的。

【案情分析】《中华人民共和国宪法》第49条规定：“婚姻、家庭、母亲和儿童

受国家的保护。夫妻双方都有实行计划生育的义务。”《中华人民共和国婚姻法》第22条也规定：“夫妻双方都有实行计划生育的义务。”但是，长期以来，由于封建的养儿“传宗接代”和“多子多福”等宗法思想的影响，严重地阻碍了计划生育政策的落实。特别是一些男同志，看到妻子生了女孩，就埋怨妻子断了他家“香火”，要么坚持再生，要么提出离婚。当向其宣传计划生育政策时，又不屑一顾地把责任推向女方，案例中的唐某就是这样的代表。生儿育女、计划生育，不只是丈夫或妻子个人的事，而是夫妻共同的责任。所以说，唐某所谓的“计划生育是女人的事”是非常错误的，是违反《宪法》精神的。

2. 公民享有权利同履行义务是统一的

【案情】方成、方莹系兄妹。在方成14岁、方莹11岁的时候，母亲不幸去世。父亲为了再娶，视他俩为包袱，经常打骂，不给饭吃，不让回家。兄妹俩不堪父亲的虐待，经常不回家，父亲不但不把孩子找回来，还索性把家门锁上，永远不让孩子回来。兄妹俩有家不能归，无奈便离家出走，靠乞讨和捡破烂为生。现在方成兄妹长大成人，他们靠劳动致富，不仅盖上了新房，而且还买来了高档家电和家具，日子过得很富裕。方成的父亲见子女日子过得挺红火，就要求方成兄妹俩每月付给他30元赡养费，并说，如果不给，就到法院告他们虐待老人。

【案情分析】《中华人民共和国宪法》第33条规定：“任何公民享有宪法和法律规定的权利，同时必须履行宪法和法律规定的义务。”《中华人民共和国婚姻法》第21条规定：“父母对子女有抚养教育的义务，子女对父母有赡养扶助的义务。”我国宪法和婚姻法等有关条文，都明确地规定了公民权利义务的一致性，这是正确处理权利义务关系的根本指导原则。只讲权利，不尽义务或只尽义务，不证明权利都是不正确的，即便在婚姻家庭关系中，也不能废除这样的原则。方成的父亲在子女幼小，需要抚养教育，而他又有抚养能力的情况下，本应依法履行抚养义务。但方父为了自己再娶，嫌弃子女，经常打骂，逼迫子女离家出走，沿街行乞。这种行为不仅应受到道德的谴责，而且应受到法律的制裁。方父自己有抚养子女的能力，而故意不履行抚养子女的法律义务，却要求子女付给他赡养费。这种要求不符合权利义务一致性的原则，也不符合我国《婚姻法》的立法精神。因而他的请求，法院是不会支持的。

3. 宪法赋予的选举权不容破坏

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

半数，造成选举无效的严重后果。

【案情分析】《中华人民共和国宪法》第34条规定：“中华人民共和国年满18周岁的公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权；但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”选举权和被选举权，是《宪法》赋予公民的最基本的政治权利自由。破坏或妨碍公民的选举，不仅直接影响公民民主权利的行使，而且可能使一些人混进国家政权机关，危害国家和人民的利益，影响国家机关的威信。因此，为了保障公民行使当家做主的神圣权利，不仅选举法专章规定了对各种破坏选举或妨碍选民自由行使选举权的违法犯罪行为的制裁，刑法也进一步规定了破坏选举罪，并规定对这种犯罪行为要依法追究刑事责任，这些规定为保障选举的顺利进行和选民权利的实现提供了法律上的保障。本案中的张某非法煽动选民不选候选人，以欺骗的手段索取了33张选票并擅自填写上自己的名字，造成选举无效，妨害了选民自由行使选举权和被选举权。因此，张某的行为违反了《宪法》和有关法律的规定，构成破坏选举罪，应依法对其进行制裁。

4. 践踏民主，非法选举

【案情】1987年4月，云南大姚县第十届人民代表大会召开第一次会议。大会主席团根据县委提出的候选人建议名单通过后，提交全体代表讨论酝酿，50多名代表讨论中明确表示不赞成名单里提出的县长和人大常委会主任做候选人，提出了新的候选人名单，并向主席团要求实行差额选举。在这种情况下，依照《组织法》的规定，应提出新的县长和人大常委会主任候选人名单。但人大主席团部分成员和县委个别领导却置代表们的意见和要求于不顾，强行决定只提出一名候选人，用等额选举的办法进行选举。选举结果公布后，许多代表认为，这种做法是对民主的践踏，这种选举是非法的。中共楚雄彝族自治州州委和州人大常委会了解实情后，对这次违法选举迅速作出决定，宣布此选举结果无效，重新选举县长和县人大常委会主任。这一决定受到了广大群众的赞扬。

【案情分析】人民代表大会制度是我国的基本政治制度，是人民行使国家权力，管理国家事务的根本保证。我国宪法《总纲》第2条规定：“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”《中华人民共和国宪法》第101条规定：“地方各级人民代表大会分别选举并且有权罢免本级人民政府的省长和副省长、市长和副市长、县长和副县长、区长和副区长、乡长和副乡长、镇长和副镇长。”《中华人民共和国宪法》第103条规定：“县级以上的地方人民代表大会选举并有权罢免本级人民代表大会常务委员会的组成人员。”据此，大姚县的县长和人大常委会主任只能由大姚县人民代表大会选举产生，而不能由任何组织或个人强行确定。根据《中华人民共和国全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》规定：“选民或者代表，十人以上联合，也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍候选人情况。”大姚县选举时已有50多名代表提出了新候选人的名单，但大姚县人大大会主席团的部分人不按宪法办事，不尊重人民代表意志，而只按长官意见办事，这是严重违反

宪法的。《中华人民共和国宪法》第 104 条规定：“县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会有权撤销下一级人民代表大会的不适当的决议。”

因此，楚雄州委、州人大常委会依法宣布大姚县这次选举无效是完全正确的。

第三章 行政法

一、重点问题提示

行政法的概念及特征；行政法的基本原则；行政行为的种类；行政处罚和行政复议；行政赔偿的范围、程序和计算标准。

二、案例

1. 谁是该案原告、被告

【案情】某市 A 区居民李某在 B 区开办了达隆公司，经营范围包括移动电话和 BP 机。B 区工商局接到举报，李某超范围经营电脑，经查明属实，遂作出了责令停业整顿 1 个月，并处 2 万元罚款的行政处罚决定。李某不服，向市工商局申请复议。市工商局作出了维持停业整顿 1 个月、变更罚款为 1 万元的复议决定。李某仍不服，打算起诉并要求行政赔偿。

问：

- (1) 本案中行政诉讼的原告、被告分别是谁？为什么？
- (2) 何地何级法院对此案享有管辖权？为什么？
- (3) 本案中的行政赔偿请求人和行政赔偿义务机关分别是谁？
- (4) 原告能否在提起行政诉讼时一并请求行政赔偿？
- (5) 原告可以申请行政赔偿的范围有哪些？

【案情分析】

- (1) 原告是达隆公司，被告是该市工商局。
- (2) 管辖法院可以是 B 区人民法院或某市工商局所在地的基层人民法院。
- (3) 行政赔偿的请求人是达隆公司，行政赔偿义务机关是 B 区工商局。
- (4) 原告可以在行政诉讼时一并请求行政赔偿。
- (5) 如果处罚决定已执行，那么原告可以申请行政赔偿的范围包括停业整顿期间的必要经常性费用开支和 1 万元的罚款损失。

2. 朱某如何维护自己的权利

【案情】青年朱某在街上行走时，被警察王某截住带至公安派出所，原因系与王某随行的卖淫女田某指认朱某为嫖客。其间该警察多次殴打朱某，致使其被迫承

认自己有嫖娼行为。警察王某及该派出所未作任何调查取证，遂将朱某行政拘留，后在有关部门督促、调查下，证明朱某确系无辜。

问：

(1) 哪种规范性法律文件可以设定行政拘留处罚？其直接法律依据是什么？

(2) 朱某如何保护自己的合法权益？

【案情分析】

(1) 法律。我国《行政处罚法》和《立法法》都规定：限制人身自由的行政处罚只能由法律规定。

(2) 朱某应先向该派出所所属的公安机关的本级人民政府或上一级公安机关申请行政复议，请求撤销派出所违法作出的行政拘留决定并进行行政赔偿。朱某对行政复议决定不服时，有权向人民法院提起行政诉讼。

3. 卫生防疫站能不能成为被告

【案情】某县卫生防疫站认为某饮食店销售的食品不符合卫生标准，决定对其罚款 2000 元。饮食店不服，依法向人民法院提起行政诉讼。卫生防疫站为避免败诉，告之原告若能撤诉，可以减少罚款数额。在原告表示同意后，将罚款数额改为 200 元。随后，原告向人民法院申请撤诉。

问：属于事业单位的县卫生防疫站能否作为本案的被告？

【案情分析】能。因为根据有关法律、法规的授权，县卫生防疫站以自己的名义行使相应的行政处罚权并承担法律后果，具备了行政主体资格。

4. 如此罚款合不合法

【案情】郝某经所在区工商局批准开办了一家文化用品商店，一日郝某所在地工商所人员康某来到郝某的店里，要拿几本书回去看，郝某不让。康某说：“有人举报你的店里卖淫秽书籍，要对你罚款，你现在交罚款。”郝某说：“我的店从来没有卖过那种东西，不信你可以查。”康某说：“我不用查，你如果不交罚款，我就封你的店。”郝某无奈当即交了 1000 元罚款（注：康某的罚款行为，不是法律、法规和规章规定以工商所名义作出的）。郝某对此向有关机关申请复议，康某又与复议人员赵某串通捏造郝某卖淫秽书籍的事实，复议机关维持原来的罚款决定，又作出吊销郝某营业执照的决定。郝某到处找人帮助解决问题，两个月后，复议机关认为此案证据不足，经调查确认处罚决定是错误的，随即作出撤销吊销营业执照决定和罚款决定，并对赵某与康某给予了行政处分。郝某对此先向赔偿义务机关申请赔偿，但郝某对赔偿义务机关决定给予赔偿的数额不服，遂向本区人民法院作出申请国家赔偿的决定。

区人民法院受理了此案。在审理中，经人民法院调解，双方达成如下协议：
① 由赔偿义务机关赔偿返还 1000 元罚款；② 赔偿吊销营业执照期间租房、水电等必要的开支 2500 元；③ 按正常营业收入的 30% 赔偿因吊销营业执照期间不能经营所造成的损失 1500 元。

问：

- (1) 郝某对 1000 元的罚款不服申请复议的机关是哪个机关？
- (2) 设郝某突然死亡，可由谁来申请行政复议？
- (3) 复议机关向郝某收取复议费用 200 元，有无法律依据？为什么？
- (4) 本案中郝某所受到的损害，应以谁为赔偿义务机关？
- (5) 区人民法院对案件的处理方式与结果是否正确？
- (6) 康某与赵某对郝某的损害应承担什么责任？

【案情分析】

- (1) 市工商局为复议机关。
- (2) 郝某的近亲属可提起复议申请。
- (3) 于法无据。因为行政复议机关受理行政复议，不得向复议申请人收取任何费用。
- (4) 应以区工商局与市工商局为赔偿义务机关。
- (5) 处理方式正确，但处理结果的第三项内容存有错误。
- (6) 区、市工商局可分别向康某、赵某追偿。

【法理详解】

(1) 对郝某进行 1000 元的罚款是康某作出的，康某是工商所的工作人员，工商所是区工商局的派出机构，但此行为在法律、法规和规章上没有规定工商所可以自己的名义作出处罚，因此，这一行为，是基于区工商局的委托，即康某的罚款行为应视为受区工商局的委托而为的。《行政复议法》第 15 条规定：“对行政工作部门依法设立的派出机构依照法律、法规或者规章规定，以自己的名义作出的具体行政行为不服的，可向设立该派出机构的部门或者该部门的本级地方人民政府申请行政复议。”本案工商所不属于此种情形，根据有关规定，对受委托组织作出的具体行政行为不服，提出申请复议的，由委托的行政机关的上一级行政机关为复议机关。区工商局的上一级行政机关是市工商局。因此，对 1000 元罚款行为不服的复议机关应是市工商局。

(2) 依《行政复议法》第 10 条第 2 款规定：“有权申请行政复议的公民死亡的，其近亲属可提起复议申请。”

(3) 《行政复议法》第 39 条规定：“行政复议机关受理行政复议申请，不得向申请人收取任何费用。行政复议活动所需经费，应当列入本机关的行政经费，由本级财政予以保障。”

(4) 郝某所受的损害，应以区工商局与市工商局为赔偿义务机关。上一问题中已明确，康某所实施的罚款行为，属于受区工商局的委托而为，因此本案中区工商局的具体行政行为与市工商局的复议行为都是错误的，而且复议机关的决定又加重了对郝某的损害。《国家赔偿法》第 8 条规定：“经复议机关复议的，最初造成侵权行为的行政机关为赔偿义务机关，但复议机关的复议决定加重损害的，复议机关对加重的部分履行赔偿义务。”因此，对罚款所造成的损害，区工商局为赔偿义务机关，对吊销营业执照所造成的损害，市工商局为赔偿义务机关。

(5) 区人民法院适用调解对此案加以解决是正确的，但调解所达成的协议内容有错误。根据《行政诉讼法》第 67 条规定，行政赔偿诉讼可以适用调解。所谓适

用调解，就是以调解为审理方式和结案方式。因此，区人民法院适用调解是正确的，但在调解内容上违反了法律的规定，超出法律规定的赔偿数额。《国家赔偿法》第28条对侵犯财产权造成损害的赔偿数额作了明确规定，其中规定，对处以罚款的，应返还罚款数额；对吊销营业执照的，赔偿停产停业期间必要的经常性费用开支。根据这一规定，协议的前两项内容是正确的，第三项内容是错误的，对郝某因停业所减少的收入不应予以赔偿。

(6) 对康某与赵某的违法行为，应当由区工商局与市工商局分别进行追偿。《国家赔偿法》第14条规定：“赔偿义务机关赔偿损失后，应当责令有故意或者重大过失的工作人员或者受委托的组织或者个人承担部分或者全部赔偿费用。”康某与赵某属于故意违法，对郝某所造成的损害负有责任，应由各自的机关对其进行追偿。

5. 卫生局处罚是否合法

【案情】2000年1—2月间，石家庄市康桥药店承包人霍某在该市流沙镇集市个体摊档中，购得印有“中超”牌商标标识的养胃丸一批。运往某市后，由康桥药店批销给本市六家商场及医药公司。上述单位购入“中超”牌养胃丸后，随即进行了调运、批发与零售，致使本市18家药店经销了这批养胃丸。在销售过程中，某市医药生产供应总公司获悉消费者反映该养胃丸药味不浓，于同年6月派出质检员进行检查，证实该“中超”牌养胃丸质量确实欠佳，便通知所属部门停止销售，并抓紧退货。

该养胃丸注册商标专用人某中药制药一厂于2000年8月6日，分别向石家庄工商局与市卫生局投诉，请求对市医药单位销售冒牌养胃丸案依法查处。市工商局于2000年9月10日根据《药品管理法》对此案作出如下处理决定：(1)对现已封存于康桥药店的412盒冒牌养胃丸予以全部销毁；(2)对消费者的退货全部销毁；(3)对康桥药店及其他18家药店的非法利润予以没收，并分别处以2000元罚款。

问：

(1) 这起处罚案件哪些机关有管辖权？

(2) 市工商局作出的处罚决定是否合法？为什么？

(3) 如果市卫生局亦根据《药品管理法》对此案进行处罚，是否违背了“一事不再罚”之原则？为什么？

(4) 市工商局作出处罚决定之前，应当对相对人履行哪些告知义务？

(5) 经查，市工商局是以简易程序作出上述处罚决定的，在作出处罚决定时，本拟处以罚款1500元，因康桥药店不断提出申辩，后决定罚款2000元。从程序上看市工商局的以上做法是否合法？为什么？

【案情分析】

(1) 市卫生局有管辖权。

(2) 不合法。因为市工商局超越了决定职权，该处罚决定属于越权行为。

(3) 违背了“一事不再罚”原则。因为针对同一违法行为，不同行政机关不得依据同一法律根据予以重复处罚。