

中国科学技术大学 MBA 精华教程

工商管理法学

田 田 / 主编

中国科学技术大学出版社



工商管理法学

田 田 主编

中国科学技术大学出版社

2003·合肥

图书在版编目(CIP)数据

工商管理法学/田田,孙昌兴,杨辉编著. —合肥:中国科学技术大学出版社,2003.8
中国科学技术大学 MBA 精华教程
ISBN 7-312-01608-1

I. 工… II. ①田… ②孙… ③杨… III. 工商行政管理—经济法—中国—研究生—教材
IV. D922.29

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2003)第 070516 号

中国科学技术大学出版社出版发行
(安徽省合肥市金寨路 96 号,230026)
中国科学技术大学印刷厂印刷
全国新华书店经销

开本:880mm×1230mm 1/16 印张:22.5 字数:605 千
2003 年 8 月第 1 版 2003 年 8 月第 1 次印刷
印数:1—4 000 册
ISBN 7-312-01608-1/D·21 定价:39.50 元

前 言

为适应 21 世纪中国社会主义市场经济发展对合格的复合型、实践型、国际型高素质人才的需求,法学已成为非法学专业的经管类本科学士及研究生的必修课程,高等院校大都设置了经济法、商法或中国商事法等部门法学课程,使用的教材是各种版本的《经济法》、《商法》或《中国商事法》等。但这种课程设置与教材编排忽略了此类学员非法学专业背景、有些已经具备工作经历(例如 MBA),以及他们对法学知识偏重于综合与应用性的实际需要。为改变这种状况,在实际教学过程中,一些教员往往安排了不同于课程设置及所用教材的教学内容,不是一开始就切入课程,而是在简单介绍基本法理后才进入课程,且不是直接进入商法或经济法,一般先安排讲解有关权利救济或争议解决的法律制度,以便学员掌握分析与解决案例及法律实务的程序法知识与相关法律技能,再讲解作为商法或经济法入门知识的有关民法制度。为此,我们一直想编一本专为 MBA 及其他非法学专业的经管类本科学士及研究生使用的法律书。

在中国科学技术大学商学院的大力支持下,我们在总结了自己并参考了国内同行对 MBA 及其他管理类学员法学教学经验的基础上,编写了这本《工商管理法学》。该书作为“中国科大 MBA 精华教程”丛书之一,具有体例设计新颖、结构安排独特的特点、内容新、实用等鲜明特点,专为非法学专业的 MBA、经管类本科学士及研究生学员使用,也可供有此类法学知识需要的读者学习和参考。

采用《工商管理法学》而非某一部门法学的名称,就是因为这是一个包容性很大的书名,其内容的选择因此可以突破传统部门法学的严格限制,并可避免出现教学内容与所用教材名称不相一致的尴尬局面。也正是基于这样的便利,本书才有可能设计了涉及不同部门法学的体例安排,而有关法律制度的选择可以满足管理类学员与相关读者对于民法、商法、经济法及相关程序法知识的需要。

在内容上,本书力争以最新的立法成果作为法律依据,并以一些反映了改革进程的法学研究成果作为编写的参考素材,例如,国人目前尚不太熟悉但在融资领域极具应用价值的信托制度,是以 2001 年 10 月 1 日起实施的信托法为依据而编写;保险法、专利法、商标法、银行法、社会保障法等法律制度,则反映了相关立法为与 WTO 规则相适应所作修订的新内容;书中的物权法律制度是在参考了 2002 年底提请九届全国人大常委会第三十一次会议首次审议的民法草案及其相关资料后编写的;公司法部分反映了近年来法学界及实务部门就修订公司立法展开讨论所提出的问题及思考;破产法部分则以重新起草的破产法草案中的合理内容作为依据进行编写;民事诉讼法、合同法、担保法、破产法、票据法等法律制度中还反映了有关的行政法规和部委规章的规定及最高人民法院有关司法解释的内容。

本书设置了五篇二十章,每章配有学习目的、小结、讨论题。第一篇“中国社会主义市场经济活动的法律环境”其实很难归类于哪个部门法学中,从广义上,或许可置于法理学之列,将其置于开篇,是考虑管理类人才有必要首先了解依法经营的市场主体所要面对或围绕的国际与国内法律环境,本篇对此只是作了概括介绍,其内容的选择具有很大的灵活性。置于实体法之前的第二篇“民商事争议的解决”是一个打破惯例的编排,这既是基于强调程序法在保证实体法实现方面具有

独立价值的考虑,摒弃程序法依附于实体法的传统观念,也是为便于读者尽早掌握分析与解决案例问题和法律实务的程序法知识与技能,限于篇幅,主要安排了商事仲裁和民事诉讼法的内容。本书分别设篇的民法、商法只是大陆法系所采用的称谓,英美法国家的法律没有这种分类;我国在民事立法上采用了民商合一的模式,但法学理论中对民商合一还是民商分立一直存有争论,本书无意介入争论,将民法与商法分开设篇,既反映了法学研究的现状,也是为了编排的需要。第三篇“民事法律制度”安排了民事法律行为与代理、民事时效与期限、物权制度、合同制度和担保制度,它们虽未涵盖所有重要的民法制度,但这是一些对商事活动与经济活动具有共同指导意义的基本民法制度。在我国,并不存在形式意义上的商法,已经颁布实施的公司法、破产法、证券法、票据法、保险法等单行法也是被立法机关作为民法的特别法来看待,而这些民事单行法却是大陆法系传统商法的内容;本书为商法的这些制度单独设篇,除编排需要外,还因为处于动态发展中的商法更能反映经济全球化背景下的经济活动对专门法律调整的需要,世贸组织所制定的成员方必须一致遵循的规则,也无不涉及国际商事活动的法律规则,第四篇“商事法律制度”因此安排了商事主体法、破产法、证券法、票据法、保险法和信托法的内容。在部门法学中,经济法学是历史最短而发展最为迅速的学科。尽管在绝大多数国家内并不存在统一的以经济法为名称的立法,但几乎没有一个现代国家否认经济法在一国法律体系中的地位;这也是本书坚持设置第五篇“经济法律制度”的主要原因,也许是因为经济法的年轻,还因为各国法学界对经济法的调整范围存在诸多争议,经济法也就有着许多侧重点不同以及在不同历史发展阶段的不同定义及范围不同的法律制度,现代经济法的内容实在是太丰富,我们只能为本篇选择了读者们极为需要的工业产权法、反不正当竞争法、银行法、税法及社会保障法的内容,其中的社会保障法也被作为维护社会整体利益的法律制度而纳入社会法学的研究对象。本书的以上五篇设置虽然是将不同的部门法学综合在一本书中,但也不同于此前的《法学概论》、《法学基础知识》等满足所有非法学专业读者的法学读本。

本书由田田主编,各章的执笔人如下:第一、二、八、十、十一、十五章,田田;第三、四、五、六章,胡国宝;第七、九、十三章,孙昌兴;第十二、十四、十七、十八、二十章,杨辉;第十六、十九章,丁望斌。

编写本书的初衷,主要是为了解决中国 MBA 及管理与经济类专业目前的法学课程设置不合理以及缺乏合适教材的问题。全书完成时,我们发现现在的编著离当初设计的目标还有一段距离,但本书是我们辛勤劳动的阶段性成果,她还有待各方特别是读者对完善本书的关注,我们期待着来自读者与同行的善意批评与合理建议。

编者

2003.6

目 录

前 言	(I)
-----------	-------

第一篇 中国市场经济活动的法制环境

第一章 中国社会主义市场经济的法制建设	(2)
第一节 中国已基本确立社会主义市场经济法律体系	(2)
第二节 中国的司法制度与司法改革	(7)
第二章 国际法律环境及其影响	(10)
第一节 两大法系及其对中国法治的影响	(10)
第二节 世界贸易组织与世界贸易组织规则	(13)

第二篇 民商事争议的解决

第三章 仲裁法律制度	(22)
第一节 仲裁概述	(22)
第二节 仲裁委员会和仲裁协会	(23)
第三节 仲裁协议	(23)
第四节 仲裁程序	(24)
第五节 申请撤销裁决	(26)
第六节 执行裁决	(26)
第七节 涉外仲裁	(27)
第四章 民事诉讼法律制度	(29)
第一节 民事诉讼与民事诉讼法	(29)
第二节 当事人与诉讼代理人	(31)
第三节 民事诉讼管辖制度	(33)
第四节 民事诉讼证据制度	(36)
第五节 民事诉讼保障制度	(42)
第六节 民事争议案件的审理程序	(48)
第七节 民事非争议案件的审理程序	(53)
第八节 民事执行程序	(55)
第九节 涉外民事诉讼程序的特别规定	(57)

第三篇 民事法律制度

第五章 民事法律行为与代理	(64)
第一节 民事法律行为	(64)
第二节 代理	(66)

第六章 民事时效制度	(69)
第一节 时效概述	(69)
第二节 诉讼时效	(70)
第七章 物权法律制度	(73)
第一节 物权概述	(73)
第二节 所有权	(76)
第三节 财产共有	(80)
第四节 相邻关系	(81)
第五节 他物权	(82)
第六节 物权的保护	(89)
第八章 合同法律制度	(91)
第一节 合同与合同法概述	(91)
第二节 合同的订立	(94)
第三节 合同的效力	(98)
第四节 合同的履行	(100)
第五节 合同的变更和转让	(103)
第六节 合同权利义务的终止	(105)
第七节 违约责任	(108)
第九章 担保法律制度	(113)
第一节 担保和担保法	(113)
第二节 保证	(114)
第三节 抵押	(117)
第四节 质押	(121)
第五节 留置	(124)
第六节 定金	(126)

第四篇 商事法律制度

第十章 商事主体法律制度	(130)
第一节 概述	(130)
第二节 合伙企业法律制度	(133)
第三节 公司法律制度	(142)
第十一章 破产法律制度	(157)
第一节 破产法总述	(157)
第二节 破产案件的申请和受理	(161)
第三节 债权人会议	(165)
第四节 破产宣告与清算	(169)
第五节 和解程序	(179)
第六节 重整程序	(182)
第七节 破产法律责任	(186)
第十二章 证券法律制度	(188)
第一节 概述	(188)

第二节 证券发行制度	(190)
第三节 证券交易制度	(194)
第四节 上市公司收购	(198)
第五节 证券机构	(200)
第十三章 票据法律制度	(204)
第一节 票据与票据法概述	(204)
第二节 票据法律关系和票据基础关系	(207)
第三节 票据行为	(209)
第五节 票据权利	(213)
第六节 票据法上的其他问题	(216)
第七节 汇票规则	(217)
第十四章 保险法律制度	(226)
第一节 保险原理	(226)
第二节 保险合同	(227)
第三节 财产保险	(234)
第四节 人身保险	(237)
第十五章 信托法律制度	(242)
第一节 概述	(242)
第二节 中国的信托业及信托立法	(244)
第三节 中国《信托法》的主要内容	(247)

第五篇 经济法律制度

第十六章 工业产权法律制度	(256)
第一节 概述	(256)
第二节 专利法	(258)
第三节 商标法	(264)
第十七章 反不正当竞争法律制度	(270)
第一节 概述	(270)
第二节 市场混淆行为	(273)
第三节 虚假表示和虚假宣传行为	(275)
第四节 商业贿赂行为	(276)
第五节 限制竞争行为	(278)
第六节 侵犯商业秘密的行为	(280)
第七节 不正当有奖销售行为	(281)
第八节 商业诋毁行为	(282)
第九节 串通招标投标行为	(283)
第十节 监督检查和法律责任	(284)
第十八章 银行法律制度	(287)
第一节 中央银行法律制度	(287)
第二节 商业银行法律制度	(294)
第三节 政策性银行法律制度	(300)

第十九章 税收法律制度	(302)
第一节 概述	(302)
第二节 增值税法	(304)
第三节 消费税法	(310)
第四节 营业税法	(313)
第五节 企业所得税法	(316)
第六节 个人所得税法	(320)
第七节 资源税法	(322)
第八节 土地增值税法	(324)
第九节 印花税法	(325)
第十节 税收征管法律制度	(326)
第二十章 社会保障制度	(330)
第一节 社会保障的概念	(330)
第二节 中国特色的社会保障体系	(332)
第三节 基本养老保险	(334)
第四节 基本医疗保险	(336)
第五节 失业保险	(340)
第六节 工伤保险	(342)
第七节 生育保险	(347)
第八节 城市居民最低生活保障制度	(349)
参考文献	(351)

第一篇 中国市场经济活动 的法制环境

本篇的设置是一种尝试,试图通过“中国社会主义市场经济的法制建设”与“国际法律环境及其影响”两章内容的设置,介绍中国已初步确立的社会主义市场经济法律体系的一般情况、中国的司法制度和司法改革,以及国际法律环境包括两大法系与 WTO 规则对中国法治建设的影响,说明从事市场经济活动必须遵循的国内及国际法律规则。

第一章 中国社会主义市场经济的法制建设

本章学习目的:

- (1) 概括了解在中国进行市场经济活动时所处的法制环境。
- (2) 了解中国的法制建设在改革开放以来取得了很大进步,已初步形成社会主义市场经济法律体系,着重掌握其重要组成部分的民商法和经济法律制度,了解从事经济活动时必须遵循的基本法律原则以及违法行为所应承担的法律责任。
- (3) 认识司法是解决社会矛盾及各类纠纷的最终屏障,司法活动已经成为社会更加关注的制度焦点;了解中国司法制度仍存在很多局限,目前正在进行的司法改革的总体目标是实现公正与效率。

第一节 中国已基本确立社会主义市场经济法律体系

20 世纪 70 年代末以来,中国采取渐进式改革方式,并最终确立了建立社会主义市场经济机制的目标而不断进行制度创新,推动了中国市场经济法律体系的逐渐形成,并为制度创新提供了有力的法律保障。对法律体系的概念存在不同的认识,但一般认为权威的表述是:“以宪法为基础的、以宪政法律体系为核心内容的、由实体法和程序法以及公法和私法的各法律部门有机构成的内部层次分明、协调一致的科学体系。”这一表述实际已被官方所认可。在全国人大常委会法制工作委员会和司法部于 2002 年 10 月 9 日在人民大会堂共同举行的《中华人民共和国法典》首发式上,十五届中共中央政治局常委、九届全国人大常委会委员长李鹏出席并讲话指出,中国已形成了以宪法为基础,以民事、刑事、经济、行政和诉讼等方面的基本法律为核心,以各种不同层级的法律、法规、规章为内容的法律框架,初步形成了有中国特色的社会主义法律体系。中国市场经济法律体系仍然处在不断完善和发展的过程中。

一、建立了社会主义市场经济的基本法律制度

社会主义市场经济在生成与发展中会产生性质不同的各种社会关系,诸如财产归属与交易的民事关系、商事关系,国家对经济的适度干预和宏观调控关系、劳动和社会保障关系、国家行政管理关系、犯罪与刑罚关系等等,需要与之性质相应的法律来规范和调整,从客观上形成了具有内在联系的部门法体系,并逐步构成了适应社会主义市场经济的法律体系。这里主要综合介绍以下五项基本法律制度。

(一) 确认市场主体资格的法律制度

市场主体是市场活动的参加者,也被称为商事主体,中国规范民事经济生活的基本法律《民法通则》确认了个体工商户与个人合伙的民事主体地位。企业是最为重要的市场主体,自 1979 年以来,中国已制定的企业立法涉及国有企业、城镇集体企业、农村集体企业、私营企业、中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业等各类企业。《公司法》、《合伙企业法》、《个人独资企业法》的颁行,更是健全了中国有关市场主体的立法,改变了按照所有制来区分企业形式的一贯做法。市场主体法律制度确立了市场活动参加者具有法律上的平等与独立地位;明确了市场主体须对自己行为的结果承担法律责任。本书在商事主体法律制度一章将对其作较详细介绍。

（二）充分保护财产权的法律制度

规定财产权归属及其利用的物权法律制度是保护市场主体财产权,增加社会财富与人民财产,促使市场经济有效发展的法律保障。坚持社会主义公有制必须确立健全的物权制度,以使公有制经济为主,多种所有制经济共同发展的基本经济制度的优越性充分发挥出来。《民法通则》虽未采用物权法的名词,但已就财产所有权及与其相关的财产权做出了规定,土地管理法、城市房地产管理法、担保法等相关立法确立了中国的物权法律制度。在 2002 年底提交九届全国人大常委会第三十一次会议首次审议的民法草案中,物权法是单独成篇的,本书也将以一章的篇幅介绍物权法律制度。

（三）规范市场主体行为的法律制度

《民法通则》出台之前,先期颁行的《经济合同法》、《涉外经济合同法》在规范市场主体行为及调整债权债务方面发挥了重要作用,这两部合同法及《技术合同法》后为统一的《合同法》所替代。《民法通则》颁行后,因其原则性规定过于简略,缺乏可操作性,《合同法》、《票据法》、《保险法》、《证券法》、《担保法》等法律制度,从不同方面弥补了《民法通则》在规范市场主体行为方面的不足。市场经济在一定意义上讲就是合同经济,法律地位平等的市场主体在签发票据、购买证券、购买保险、确立担保关系等方面无一不是以合同形式明确各自的权利义务关系,合同法律制度是构成市场经济的重要法制基础,民法草案已将现行合同法单独列编纳入其中。在民法典颁行之前,规范市场主体行为的各单行法律制度仍将继续发挥其重要作用。本书将分别设章介绍担保、合同、证券、票据、保险等法律制度。

（四）规范市场秩序的法律制度

为规范市场交易秩序,需要适度的国家干预,以防止市场经济的自发性可能导致的滥用合同自由和各种违法行为。这方面的法律法规很多,以下的列举仅仅是其中很少的一部分,所作的划分也不具有绝对性,有些法律是有交叉内容的,既体现了市场主体的自主行为,也体现了政府的适度干预。

在维护市场公平竞争秩序方面,中国已颁行了《标准化法》、《反不正当竞争法》、《消费者权益保护法》、《产品质量法》、《广告法》、《食品卫生法》、《药品管理法》、《拍卖法》等法律。

在规范金融市场秩序方面,已颁行了《商业银行法》、《信托法》、《外资金融机构管理条例》等法律法规,对理顺金融关系、进行金融体制改革意义重大。

在规范涉外、涉港澳台市场管理秩序方面,颁行了《海关法》、《进出口商品检验法》、《知识产权海关保护条例》、《进出境动植物防疫法》、《国境卫生检疫法》、《台湾同胞投资保护法》等法律,国务院也相应颁行了一批配套的涉外经济法律法规。

在市场监管法律制度方面主要有《审计法》、《会计法》、《注册会计师法》、《统计法》等。

在知识产权保护方面,制定和修订了《商标法》、《著作权法》、《专利法》、《计算机软件保护条例》、《实施国际著作权条约的规定》等法律法规,已经建立了一个比较完备的与国际规则接轨的知识产权法律保护体系。

在资源和环境保护方面,颁行了《矿产资源法》、《煤炭法》、《森林法》、《草原法》、《渔业法》、《电力法》、《环境保护法》、《大气污染防治法》、《噪声污染防治法》、《固体废物污染环境防治法》、《海洋环境保护法》、《水污染防治法》等法律,国务院及其环境保护主管部门还颁行了相应配套的环境保护行政法规与规章,已经建立了一个比较完备的环境保护法律体系。

在规范行政机关依法行政方面,中国在较短的时间内已经建立起行政法制度的基本框架,相继出台了《行政诉讼法》、《国家赔偿法》、《行政处罚法》、《行政监察法》、《行政复议法》等多部综合

性法律,《行政强制法》、《行政收费法》、《行政程序法》、《行政许可法》也正加紧制定。

在规范市场管理程序方面,本书将分别设章介绍信托、银行、反不正当竞争、工业产权等法律制度。

(五) 健全宏观调控法律制度

社会主义市场经济要求建立国家宏观调控基本制度,中国已初步建立了对经济宏观调控的法律体系,以保证政府依法进行宏观调控,创造有秩序的市场环境。宏观调控的主体是政府,调控对象是国民经济的总体活动,其主要目标是经济稳定增长,重大经济结构优化,基本稳定的物价总水平,充分就业,收入分配公正,国际收支平衡等。这方面已经颁行了《预算法》、《对外贸易法》、《税收征收管理法》、《外汇管理条例》、《进出口关税条例》、《价格法》、《中国人民银行法》、《个人所得税法》、《外商投资企业和外国企业所得法》、《中小企业促进法》、各类税收单行条例及关于实行分税制财政管理体制的决定等。其中一些行政法规在条件成熟时将制定为法律,立法部门还将加快出台产业政策法、计划法、经济稳定增长法等重要的宏观调控法律。本书将单独设章介绍税收法律制度。

(六) 构建完善的社会保障法律制度

市场活动存在优胜劣汰,存在激烈竞争,应由社会对竞争中的失败者尤其是失业的劳动者,以及不具有竞争能力的老人、儿童和残疾者,提供相应的物质保障,以维护社会安定及市场经济的健康发展。

社会保障体系包括社会保险、社会救济、社会福利、社会优抚安置和国有企业下岗职工基本生活保障及再就业等制度,其中社会保险包括养老保险、医疗保险、失业保险、工伤保险和生育保险五个项目。社会保障体系是由相应立法而确立,中国的《劳动法》为保护劳动者合法权益,调整劳动关系,建立和维护适应社会主义市场经济的劳动制度,促进经济发展和社会进步提供了基本的法律依据。近年来,国家对社会保障制度进行了一系列改革,相应出台了诸如社会保障基金条例、失业保险条例等大量的社会保障行政法规和部委规章,初步形成了国家、企业和个人共同负担的多层次社会保障新格局。但目前社会保障立法的法制化程度太低,立法工作滞后,体系不健全;作为社会保障核心的《社会保险法》至今仍未出台,社会救济、社会福利和优抚安置等也需要及时填补立法空白。本书也单独设章介绍社会保障法律制度。

二、确立社会主义市场经济活动的基本法律原则

(一) 财产所有权一体保护原则

中国市场经济体系的确立,将逐步打破各类所有权的不平等待遇,修订对国家和国有财产所有权的特殊保护原则,改变传统的区分不同所有制的等级与身份观念,立法与实践都需贯彻对一切合法财产所有权一体保护的原则。

(二) 合同自由与公平竞争原则

合同自由是市场经济得以正常发展的基本原则,社会主义市场经济法律制度应当充分尊重和保护当事人的合同自由,非出于法定或公序良俗所要求的事由不得加以限制和干预。在坚持合同自由原则的同时还要强调合同主体对自己行为后果负责的原则。

合同自由与公平竞争都是有序的市场对其参与者的基本要求和一般的行为准则。公平竞争原则要求一切竞争者在交易中应处于平等的法律地位,服从同一法律规则,并应体现经济民主原则,坚决制裁不公平的竞争行为和垄断行为。

(三) 诚实信用原则

在现代市场经济条件下,诚实信用已经从一般的道德标准上升为法律原则,成为一切市场主

体实施法律行为时必须遵循的基本原则。它要求市场主体在不损害其他竞争者,不损害社会公益和市场秩序的前提下去追求自己的利益。在进行经济交往时违反诚实信用原则,即构成违法行为,需要承担相应的法律责任。

(四) 保护弱者的原则

与拥有强大经济实力并在市场中居于优势地位的现代化大公司、大企业相比,以分散的个体出现的广大消费者、劳动者,由于经济实力微弱,在市场活动中最容易受到伤害,成为牺牲者。这就要求国家从立法、司法、行政、教育等各方面担负起保护消费者和劳动者的责任。保护弱者的原则在社会主义市场经济条件下尤其具有重大意义。

(五) 违法行为法定及责任法定原则

市场活动是一个潜伏着各种风险的领域,会发生各种违法甚至犯罪行为,使相关当事人和社会公共利益遭受损害。为维护社会正义和市场秩序,体现法制的权威,需要确立违法行为法定原则,即由法律对违法行为和犯罪行为作出明示的禁止规定,法律未明示禁止的行为,行为人应不受制裁。法律法规中不得授予执法机关对法律未明示禁止的行为追究行政责任、民事责任和刑事责任的裁量权,执法机关行使制裁权时应有合法的依据。如果发生情事变更,对法律未明示禁止的某种行为欲加禁止时,须由立法机关修改或由有立法权的机关发布补充性规定,此种修改或补充性规定通常不具有溯及力。

三、建立了较为完善的法律责任体系

在中国,除刑法、行政法中规定了相应的刑事、行政法律责任外,民商法律和经济法律中均单独设立法律责任一章,对违反相关法律的行为承担相应的法律责任作出明确规定。

(一) 法律责任的概念及特点

指因违反了法定义务或合同义务,或不当行使法律权利、权力所产生的,由行为人承担的不利法律后果。法律责任主要具有以下特点:

(1) 法律责任表示一种因违反法定的或约定的义务而形成的责任关系,以法律义务或约定义务的存在为前提。

(2) 法律责任以承担责任的方式来表现,即责任人需要承担实施违法行为的不利后果。可分为惩罚性、补偿性、制裁性责任后果。

(3) 法律责任具有内在的逻辑性,破坏性的责任关系是前因,追究责任或承受制裁是后果。

(4) 法律责任的追究是以国家强制力作为实施的保证。

(二) 法律责任的构成要件

1. 法律责任的主体

指实施违法行为需要承担法律责任的具有法定责任能力的自然人、法人或其他社会组织。应注意责任主体不完全等同于违法主体,不同的违法行为主体对同一违法行为可能承担不同的法律后果;单位犯罪时其责任主体存在双罚的问题。

2. 法律责任的主观要件

一般情况下,承担法律责任的行为人必须具有主观过错,即行为人在实施违法行为时须存在故意或过失的心理状态。但在法律有例外规定的情况下,承担法律责任不以行为人存在主观过错为要件。

3. 存在违法行为

违法行为是指违反法律所规定的义务或合同约定的义务,超越权利的界限行使权利以及侵权

行为的总称,包括犯罪行为和一般违法行为,犯罪是最严重的违法行为。

4. 存在损害事实

指当事人受到损失和伤害的事实,包括人身、财产、精神等方面的损害。损害应当具有确定性,通常是业已发生而不是即将发生的损害;个别责任的承担不以实际损害存在为条件,例如违约金责任。

5. 存在因果关系

指违法行为与损害事实之间存在因果关系,即某种违法或侵权行为是引起损害结果的直接原因。

(三) 法律责任的分类

1. 公法责任与私法责任

这是根据违法行为所违反的法律的性质进行的分类。私法责任主要是指民商事责任;公法责任主要是指行政责任、刑事责任和违宪责任等。

2. 过错责任、无过错责任和公平责任

这是根据主观过错在法律责任中的地位进行的分类。过错责任是指以存在主观过错为必要条件的法律责任;无过错责任是指不以主观过错的存在为必要条件而认定的责任;公平责任是指无法认定当事人的过错或当事人均不存在过错的情况下,由当事人合理分担损害后果的一种特殊责任。

3. 职务责任与个人责任

这是根据行为主体实施行为时的名份进行的分类。职务责任是指行为主体以公务的身份或名义从事活动时,因违法所引起的法律责任,是由该行为主体所属组织承担的责任;个人责任是指行为主体以个人的身份或名义从事违法行为所引起的法律责任,是由该行为主体个人承担的责任。

4. 财产责任与非财产责任

这是根据责任承担的内容不同进行的分类。财产责任是指以财产为责任内容的法律责任;非财产责任则是指不以财产为责任承担内容,而以人身、行为,人格等为责任内容的法律责任。

(四) 法律责任的归责与免责

1. 归责及其归责原则

归责即法律责任的归结,指针对违法行为所引起的法律责任进行判断、确认、追究以及免除的活动。归责原则是指确认和追究行为人责任的根据和基础,主要有责任法定原则、因果联系原则、责任相称原则及责任自负原则。

2. 免责及其条件

免责,也被认为是法律责任的消极实现方式,以法律责任的存在为前提,指依法定条件或依约定条件部分或全部免除责任人本应承担的法律责任。免责条件在私法与公法上存在不同的规定。私法上有法定免责条件与意定免责条件,法定免责条件主要指不可抗力;意定免责条件包括超过时效、有效补救和自愿协议。公法上的免责任包括超过追诉时效、自首立功和自诉案件的当事人不起诉等。现代立法还将符合法定条件的正当防卫和紧急避险作为免责的条件。

(五) 法律制裁的概念与种类

1. 法律制裁的概念

指由特定的国家机关对违法者或违约者依其所应承担的法律责任而实施的强制性惩罚措施。是被动承担法律责任的一种主要方式。

2. 法律制裁的种类

(1) 违宪制裁。违宪制裁是对违宪行为所实施的一种强制措施。在我国,监督宪法实施的全国人民代表大会及其常务委员会是行使违宪制裁权的机关。

(2) 民事制裁。是由人民法院确定并实施的,对民事违法者或应该承担民事责任的其他组织和个人,依其所应承担的民事责任而给予的强制性惩罚措施。民事制裁是以财产关系为核心,适用范围最为广泛的法律制裁形式。

(3) 刑事制裁。又称刑罚,是人民法院对于犯罪行为实施者根据其应承担的刑事责任而实施的惩罚措施。

(4) 行政制裁。行政制裁是指国家行政机关对行政违法者所实施的强制性惩罚措施。可分为行政处分、行政处罚、劳动教养三种形式。

第二节 中国的司法制度与司法改革

一、司法、司法机关及司法制度

随着建设法治社会目标的提出,司法途径将是解决社会矛盾及纠纷的最终屏障,司法必将成为社会更加关注的制度焦点。21 世纪初中国特色的法律体系初步形成的事实,表明了中国开始步入积极推进司法改革的“司法时代”。司法有广义和狭义之分,在中国,广义的司法是指国家司法机关及司法组织在办理诉讼案件和非讼案件过程中的执法活动。狭义的司法指国家司法机关在办理诉讼案件中的执法活动。在中国的司法实践中,通常从广义上去理解司法,也被称为“大司法”。从总体上说,司法是由司法官员、司法组织、司法过程、司法程序、司法手段等要素构成。

由于大司法的观念占据主导地位,中国司法机关的范围也较广,是指分别负责侦查、检察、审判、执行的公安机关(含国家安全机关)、检察机关、审判机关、监狱机关。中国实际形成了所谓公、检、法分工合作,相互制约的司法活动传统,但把政府部门的公安机关视为司法机关是一种误解,公安机关的侦查行为属于司法活动,并不说明公安机关因此是司法机关。作为主要司法机关的人民法院是国家的审判机关,行使国家的审判权,人民法院由同级人民代表大会产生,向人民代表大会负责并报告工作。人民检察院是国家的法律监督机关,行使国家的检察权,人民检察院由同级人民代表大会产生,向人民代表大会负责并报告工作,其权力定位实际是国家权力中的监督权,应该是一项与行政权、司法权互相独立的权力。因此,最狭义的司法机关只是指法院。

司法制度是指司法机关及其他司法性组织的性质、任务、组织体系、组织与活动的原则以及工作制度等方面规范的总称。中国的司法制度包括侦查制度、检察制度、审判制度、监狱制度、司法行政管理制度、人民调解制度、律师制度、公证制度、国家赔偿制度等。这是一整套严密的人民司法制度体系,在整个国家体制中具有非常重要的地位和作用。

二、中国的司法改革

(一) 现行司法制度存在的主要问题

改革开放以来,法制建设取得很大成就,但国民对司法状况评价却不高,这与中国现行司法体制受行政兼理司法的传统流弊影响有关,也与它是在非法治的社会基础上逐步建立和形成的有关。这里主要指出审判制度方面存在的一些问题:

(1) 司法缺乏独立性。司法独立是现代各国重要的宪法和法律原则,通常主要指审判独立,中国早在建国初期的《共同纲领》和 1954 年第一部《中华人民共和国宪法》中即确立了审判独立的原

则,1982年宪法再次予以规定。但司法实践中,审判权经常受到外部地方行政权力的干预,地方人民法院甚至成为地方权益的保护伞,不能独立公正的行使审判权。

(2) 司法行为的行政化,主要指审判权的行政化运行。长期以来,法院在一些重要环节上借用了行政工作方式处理案件、管理审判工作,审判职能的作用受到不利影响。有的地方把法官当做行政官员管理,加剧了审判活动的行政化。

(3) 法官职业大众化。相当一部分法官的职业化程度不够。现在对初任法官通过统一的司法考试来确定任用资格,但在既有的法官体系下解决历史遗留问题仍有相当大难度。

(4) 审判活动的非程序化。中国有重实体轻程序的传统,相对于实体法,程序法所处地位很低,其使命仅仅是保障实体法的实施。在审判方式改革以前,审判追求目的正当、结果正确,无视程序的先定后审情况较为严重,庭审作用因此被弱化。随着诉权等民事诉讼理论的深化和普法的进行,程序法的独立性和重要地位渐渐被人们所认识。

(5) 司法权力地方化。由于人民法院的产生、法官任免、司法经费等都在同级地方政府控制之下,导致了司法权力地方化的倾向。

(6) 审判的调解化。中国实施的是调解程序与审判程序合一的制度,民事案件由同一位法官或同一合议庭主持调解并在调解不成的情况下进行审理和裁判,对调解自愿的原则实际造成了极大损害,客观上影响了当事人自愿调解原则的实施。

(7) 证据规则空洞化。证据制度在中国民事诉讼制度中居于极为次要的地位,其典型表现是有关证据的条款在民事诉讼法中数量太少,证据规则过于原则,司法实践中带来一系列问题,例如法官在证据问题上自由裁量权过大,对同样证据产生不同认定的情况极为普遍;又如证据规则过于灵活,使律师很难预测法官运用自由裁量权的幅度和判决结果,影响了律师对委托人的法律帮助。

(8) 司法权威严重不足,民事判决与裁定执行不到位尤为影响司法的权威。司法无权威的重要原因之一是司法活动可以被许多组织和个人所支配,可以为社会舆论所左右,未真正实现司法独立;一些地方存在的司法不公,以及当事人缺乏法治观念等也有损司法权威。

(二) 中国司法改革的目标

司法改革是法治建设的基本内容,当中国的经济体制改革向纵深发展时,根治社会反响强烈的司法腐败及进行司法改革成为加强法治建设的重要任务。司法改革是项系统工程,涉及国家的政治体制、经济状况、文化水准、道德伦理观念等诸多因素。需要更正执法思想,改革司法观念,建立司法的权威。十六大报告明确规定:“社会主义司法制度必须保障在全社会实现公平和正义。”按照公正司法和严格执法的要求,完善司法机关的机构设置、职权划分和管理制度,进一步健全权责明确、相互配合、相互制约、高效运行的司法体制。从制度上保证审判机关和检察机关依法独立公正地行使审判权和检察权。完善诉讼程序,保障公民和法人的合法权益。切实解决执行难问题。改革司法机关的工作机制和人财物管理体制,逐步实现司法审判和检察同司法行政事务相分离。加强对司法工作的监督,惩治司法领域中的腐败。建设一支政治坚定、业务精通、作风优良、执法公正的司法队伍。人民法院将从法院体制、人财物管理体制等方面进行司法改革。

(1) 改革法院体制。涉及法院体制的问题很多,改革难度也最大,主要包括法院产生体制、法官任免体制、法院设置及法院内部机构设置体制、专门法院制度、法院司法行政管理体制、法院与其他机关职权划分,以及设立司法区的可能性等。

(2) 改革法院的人财物管理体制。这一改革要求建立法院财政经费保障机制,避免地方政府对法院人事任免的不当影响,切实保障审判独立。

(3) 建立健全审判保障制度。涉及法官的身份保障、任职保障、待遇保障制度,审判过程中的