

法 理 学

▶▶▶ 新增考点 1 法律规则与语言

一切法律规范都必须以作为“法律语句”的语句形式表达出来，具有语言的依赖性。离开了语言，法律就无以表达、记载、解释和发展。法律人在其工作中每时每刻都与语言打交道。如果没有语言，法律人就失去了架构规范与事实之间的桥梁。总之，对于法律人来说，“语言不仅是理解不语的客体之当然实用工具，其本身也是法律者工作的核心对象——他要理解法律，描述事实行为，根据规范对案件进行推论”。法律与语言的这个密切关系，就决定了法律人对语言驾驭能力的重要性。

法律规则是通过特定语句表达的，但是，法律人适用法律解决具体案件时适用的不是语句自身或语句所包含的字和词的本身，而适用的是语句所表达的意义。因此，我们要将法律规则与表达法律规则的语句予以区分。例如，我国《宪法》第38条规定：“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”这个法律条款或语句所表达的意义就是一个法律规则，即“中华人民共和国公民享有人格尊严的权利”。解释法律实质上就是要揭示法律条文的字词所表达的意义。语言的意义具有歧义性和模糊性，如上述宪法条款中的

“人格尊严”、“侮辱”、“诽谤”和“诬告陷害”，这就说明了法律为什么需要解释，也表明了法律是开放的而不是封闭的。

表达法律规则的特定语句往往是一种规范语句。根据规范语句所运用的助动词的不同，规范语句可以被区分为命令句和允许句。命令句是指使用了“必须(must)”、“应该(ought to、should)”或“禁止(must not)”等这样一些道义助动词的语句，例如“要求结婚的男女双方必须亲自到婚姻登记机关进行结婚登记”、“出卖的标的物，应当属于出卖人所有或者出卖人有权处分”、“送养人不得以送养子女为由违反计划生育的规定再生育子女”。允许句是指使用了“可以(may)”这类道义助动词的语句，例如“当事人协商一致，可以变更合同”。但是，这并不意味着所有法律规则的表达都是以规范语句的形式表达，而是可以用陈述语气或陈述句表达，例如《民法通则》第15条：“公民以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地视为住所。”但是，这句话不能理解为是在描述一个事实，而是表达了一个命令，因为这句话可以被改写为一个规范语句，即“公民应当以他的户籍所在地的居住地为住所，经常居住地与住所不一致的，经常居住地应该视为住所”。

法 制 史

▶▶▶ 新增考点 1 故杀与谋杀

1. 故杀。故杀的渊源已久，北魏时已经出现了故杀。北魏的《斗律》规定：“祖父母、父母忿怒，以兵刃杀子孙，五岁刑。殴杀者，四岁刑。若心有爱憎而故杀者，各加一等。”《隋律》中也有故杀，比如有“犯十恶及故杀人，狱成者，虽会赦，犹除名”的规定。按《唐律》规定，故杀是“非因斗争，无事而杀”，即双方并非因为斗殴，一方突然起意杀人。

这样，从前的贼杀就被新出现的故杀和单独进行的谋杀所分解了。以后明清都继承了唐律对故杀的这一定义，并对之进行更进一步的阐释，从而将谋杀和与谋杀关系最为密切的故杀这一概念相区别。

早在西晋，张斐对“故”的解释是“知而犯之”即明知故犯是“故”。因此，可以认为，谋杀、贼杀当然都包含于“故”杀人。西晋时期及以前的“故”均更强调主观意图，而谋杀和贼杀均更关注杀人行为的外部表征。也许正是因为“故”的这一含义的存

在，所以，同属于故意杀人的谋杀和贼杀便各侧重于对其外部表征的描述以对二者相区别。但是后来“故”的含义最终演变成与“贼”相似，因此故杀这一新的杀人类型也取代了贼杀，而故杀和谋杀则成了一对需要认真区别的概念。我国台湾地区法制史学家戴炎辉先生认为：“汉晋所谓贼杀伤，似相当于唐以后的故杀伤。”按照清代律学家的定义，故杀是临时起意的故意杀人。这种临时起意的故意杀人，其实正与英美法以及近代以来大陆法系区分谋杀和故杀的各国刑法中的“故杀”概念相同。

2. 谋杀。明、清两代法律中的“谋杀”概念渊源已久。在我国古代法中“谋杀”曾长期被看作是必要共犯。

战国至秦汉时期已经出现了谋杀这一法律概念。直到西晋时，才能看到对谋杀较为确定的解释。但此时对谋杀的解释仍是不完整与不准确的；因为西晋时的张斐并不是对“谋杀”这一概念本身进行解释，而是对理解“谋杀”这一概念具有关键意义的一个概念“谋”做出了解释。根据张斐的解释，“谋”是“二人对议”，如此一来，“谋杀”就应该是指二人以上事先预谋的故意杀人。张斐对“谋”的解释对于“谋杀”概念的发展、形成起到了决定性的、至关重要的作用。因为从后来的《唐律疏议》中我们可以

看到，谋杀首先被定义为二人以上的共同犯罪。但在《唐律》中谋杀的含义已经发生了很大变化，即谋杀不再是必要共犯，单独一人也可以成为谋杀罪的主体。因此，在唐代及以后的历代法典中，“谋杀”条款依然把谋杀看作是一种必要共犯，所以，为了对各行为人准确量刑，就有必要对共同谋杀行为人中共同犯罪人进行认定。明律继承了唐律的做法。在《大明律·名例律》中这样解释“谋”：“称‘谋’者，二人以上。”可见，明律仍然以为谋杀首先是二人以上共同犯罪。同时，明律也承认一个人也可以成为谋杀罪的主体，而且明律中对一个人进行的谋杀即单独谋杀的解释与唐律也基本相同。

到了清代，我国传统社会谋杀的概念已经定型，即谋杀是有预谋的故意杀人，而故杀是没有预谋、突然起意的故意杀人。有无事先预谋是区分谋杀和故杀的根本标准。同时，谋杀又包括共同谋杀和单独谋杀。如果故意杀人的主体为二人以上，因为二人以上的主体本身就是事先预谋的标志，所以二人以上故意杀人毋庸置疑为谋杀。这时，需要进行区分的便主要是单独谋杀与故杀，而区分单独谋杀与故杀的唯一标准则是事先预谋的存在与否，而恰恰是这一点有时很难认定。但是，显然，在传统法律的框架之内已经很难进一步解决这一问题。

宪 法

▶▶▶ 新增考点 1 选举权的平等性原则

选举权的平等性是指每个选民在每次选举中只能在一个地方享有一个投票权，不承认也不允许任何选民因民族、种族、职业、财产状况、家庭出身、居住期限的不同而在选举中享有特权，更不允许非法限制或者歧视任何选民对选举权的行使。这是“公民在法律面前一律平等”原则在选举制度中的具体体现。选举权的平等性原则的要求主要表现在：

- (1) 除法律规定当选人应具有的条件外，选民平等地享有选举权和被选举权；
- (2) 在一次选举中选民平等地拥有相同的投票权；
- (3) 每一代表所代表的选民人数相同；
- (4) 一切代表在代表机关具有平等的法律地位；

(5) 对在选举中处于弱者地位的选民进行特殊的保护性规定，也是选举权平等性的表现。

我国《宪法》、《全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法》（以下简称《选举法》）对选举及有关问题的规定，体现了选举权平等性原则的要求。

(1) 我国《选举法》明确规定，凡年满 18 周岁的公民，除依法被剥夺政治权利者外，都平等地享有选举权和被选举权。

(2) 《选举法》明确规定，每一选民在选举中平等地拥有一个投票权，否定了有的国家采用的复数投票制。

(3) 按照《宪法》和有关组织法的规定，在各级人民代表大会中实行合议制，采取民主集中制原则，代表具有平等的法律地位，从而反映了选举代表

的选民的平等地位，体现了选举权的平等性。

(4) 我国《选举法》还规定了一系列对特定主体选举权进行保护的措施。选举中的弱者系指由于自身条件的限制，不能同其他选民一样正常地、平等地行使选举权的选民，如果不采取特殊保护措施，他们就不能像其他选民一样行使选举权。例如，残疾人、旅居国外的中国公民等，在选举中都应该有特别保护措施。从某种意义上讲，少数民族由于人口较少，在选举中也可能处于不利的位置，也应享受特殊措施的保护，我国《选举法》在这些方面均有规定。例如，《选举法》第6条对基层代表、妇女、归侨以及旅居国外的中国公民的选举作了专门规定。《选举法》第五章对各少数民族的选举也作了专门规定。

从理想的角度来说，选举权的平等性不仅应该包括上述所谓选民的机会平等，而且应该包括选民投票的结果平等。我国选举权的平等性原则既着重于机会平等，同时也重视实质平等。因此，对这个问题的理解不应绝对化。比如，根据2010年修订前的《选举法》规定，各级人民代表大会代表的名额都以一定的人口数为基础，但城乡每一代表所代表的人口比例却不相同，即每一农村代表所代表的人口数，是城市每一代表所代表的人口数的4倍。之所以做出如此规定，是因为我国人口中的绝大多数在农村，因而在工人数量远远小于农民数量的情况下，如果只注重形式上的平等，就会使各级人民代表大会中农民代表的比例可能过大，而使工人和其他阶层、职业没有足够的代表。

1979年我国居住在城市和农村的居民人数比例为18:82，1995年我国居住在城市和农村的居民人数比例为30:70，我国第三次修改了《选举法》，将原来全国和省、自治区这两级人大代表中农村与城市每一代表所代表的人口数的比例，从原来的8:1、5:1，统一改为4:1。2004年又对《选举法》进行了第四次修改。可以看出，改革开放30多年来，《选举法》的四次修改事实上就是按照“逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表”的路径来进行的。因此，这种差别和事实上的不平等真实地反映了制定和修改《选举法》时的实际情况，符合广大人民的根本利益和长远利益，因而是必要的、合理的。但是，随着社会经济和文化事业的发展，特别是城乡之间、工农之间差别的日益缩小，城乡相同人口比例选举具有一定的客观必要性。从1995年至今，我国城乡人口比例以每年1%的比例增长，2006年达到了43.90:56.10，并且随着城镇化进程的加速，城镇人口还将不断增加。

2007年10月党的十七大报告中提出“逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表”的建议。2010年3月14日，十一届全国人大三次会议通过《选举法修正案》，明确规定实行城乡按相同人口比例选举人大代表，将《选举法》第16条第1款修改为：“全国人民代表大会代表名额，由全国人民代表大会常务委员会根据各省、自治区、直辖市的人口数，按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则，以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。”

经 济 法

▶▶▶ 新增考点 1 城乡规划法

一、城乡规划和规划区

自2007年10月颁布《城乡规划法》以来，我国实行了城乡统一的规划管理制度。凡是制定和实施城乡规划，在规划区内进行建设活动，都必须遵守该法。所谓城乡规划，包括城镇体系规划、城市规划、镇规划、乡规划和村庄规划。城市规划、镇规划分为总体规划和详细规划。详细规划分为控制性详细规划和修建性详细规划。所谓规划区，是指城市、镇和村庄的建成区以及因城乡建设和发展需要，必须实行规

划控制的区域。规划区的具体范围由有关人民政府在组织编制的城市总体规划、镇总体规划、乡规划和村庄规划中，根据城乡经济社会发展水平和统筹城乡发展的需要划定。

经依法批准的城乡规划，是城乡建设和规划管理的依据，未经法定程序不得修改。

任何单位和个人都应当遵守经依法批准并公布的城乡规划，服从规划管理，并有权就涉及其利害关系的建设活动是否符合规划的要求向城乡规划主管部门查询。

二、城乡规划的制定

（一）体系规划和总体规划

国务院组织编制全国城乡体系规划；省、自治区人民政府组织编制省域城镇体系规划；城市人民政府组织编制城市总体规划；县人民政府组织编制所在地的总体规划；镇人民政府组织编制的镇总体规划。其中，省、市、县级的规划，应当先经本级人大常委会审议，镇规划经镇人大审议，然后报上一级人民政府审批。

城市总体规划、镇总体规划的内容应当包括：城市、镇的发展布局，功能分区，用地布局，综合交通体系，禁止、限制和适宜建设的地域范围，各类专项规划等。规划区范围、规划区内建设用地规模、基础设施和公共服务设施用地、水源地和水系、基本农田和绿化用地、环境保护、自然与历史文化遗产保护以及防灾减灾等内容，应当作为城市总体规划、镇总体规划的强制性内容。城市总体规划、镇总体规划的规划期限一般为20年。

（二）控制性详细规划

城市人民政府城乡规划主管部门根据城市总体规划的要求，组织编制城市的控制性详细规划，经本级人民政府批准后，报本级人大常委会和上一级人民政府备案。镇人民政府根据镇总体规划的要求，组织编制镇的控制性详细规划，报上一级人民政府审批。

（三）修建性详细规划

城市、县人民政府城乡规划主管部门和镇人民政府可以组织编制重要地块的修建性详细规划。修建性详细规划应当符合控制性详细规划。

城乡规划报送审批前，组织编制机关应当依法将城乡规划草案予以公告，并采取论证会、听证会或者其他方式征求专家和公众的意见。公告的时间不得少于30日。审批机关批准前，应当组织专家和有关部门进行审查。

城乡规划组织编制机关应当委托具有相应资质等级的单位承担城乡规划的具体编制工作。

三、城乡规划的实施

（一）基本要求

地方各级人民政府应当根据当地经济社会发展水平，量力而行，尊重群众意愿，有计划、分步骤地组织实施城乡规划。《城乡规划法》对城乡建设和发展提出了一系列的基本要求。

（二）近期建设规划

城市、县、镇人民政府应当根据城市总体规划、镇总体规划、土地利用总体规划和年度计划以及国民经济和社会发展规划，制定近期建设规划，报总体规划审批机关备案。

（三）建设规划许可

建设规划许可制度是城乡规划管理的重要制度。城乡规划主管部门不得在城乡规划确定的建设用地范围以外作出建设规划许可。建设规划许可可分为建设用地规划许可、建设工程规划许可和乡村建设规划许可。

1. 建设用地规划许可。在城市、镇规划区内以出让方式提供国有土地使用权的，在国有土地使用权出让前，城市、县人民政府城乡规划主管部门应当依据控制性详细规划，提出出让地块的位置、使用性质、开发强度等规划条件，作为国有土地使用权出让合同的组成部分。未确定规划条件的地块，不得出让国有土地使用权。

以出让方式取得国有土地使用权的建设项目，在签订国有土地使用权出让合同后，建设单位应当持建设项目的批准、核准、备案文件和国有土地使用权出让合同，向城市、县人民政府城乡规划主管部门领取建设用地规划许可证。

城市、县人民政府城乡规划主管部门不得在建设用地规划许可证中，擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。

规划条件未纳入国有土地使用权出让合同的，该国有土地使用权出让合同无效；对未取得建设用地规划许可证的建设单位批准用地的，由县级以上人民政府撤销有关批准文件；占用土地的，应当及时退回；给当事人造成损失的，应当依法给予赔偿。

2. 建设工程规划许可。在城市、镇规划区内进行建筑物、构筑物、道路、管线和其他工程建设的，建设单位或者个人应当向城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府申请办理建设工程规划许可证。

申请办理建设工程规划许可证，应当提交使用土地的有关证明文件、建设工程设计方案等材料。需要建设单位编制修建性详细规划的建设项目，还应当提交修建性详细规划。对符合控制性详细规划和规划条件的，由城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府核发建设工程规划许可证。

城市、县人民政府城乡规划主管部门或者省、自治区、直辖市人民政府确定的镇人民政府应当依法将经审定的修建性详细规划、建设工程设计方案的总平面图予以公布。

3. 乡村建设规划许可。在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的，建设单位或者个人应当向乡、镇人民政府提出申请，由

乡、镇人民政府报城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。

在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设以及农村村民住宅建设，不得占用农用地；确需占用农用地的，应当依照土地管理法有关规定办理农用地转用审批手续后，由城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。

建设单位或者个人在取得乡村建设规划许可证后，方可办理用地审批手续。

(四) 建设规划变更

城乡规划主管部门依法作出的建设规划许可，具有严格的法律效力，任何人不得随意变更。确需变更的，必须向城市、县人民政府城乡规划主管部门提出申请。变更内容不符合控制性详细规划的，城乡规划主管部门不得批准。城市、县人民政府城乡规划主管部门应当及时将依法变更后的规划条件通报同级土地主管部门并公示。

(五) 临时建设规划管理

在城市、镇规划区内进行临时建设的，应当经城市、县人民政府城乡规划主管部门批准。临时建设影响近期建设规划或者控制性详细规划的实施以及交通、市容、安全等的，不得批准。临时建设应当在批准的使用期限内自行拆除。

(六) 核实与监督检查

县级以上地方人民政府城乡规划主管部门按照国务院规定对建设工程是否符合规划条件予以核实。未经核实或者经核实不符合规划条件的，建设单位不得组织竣工验收。建设单位应当在竣工验收后6个月内向城乡规划主管部门报送有关竣工验收资料。

县级以上人民政府城乡规划主管部门对城乡规划的实施情况进行监督检查，有权采取以下措施：要求有关单位和人员提供与监督事项有关的文件、资料，并进行复制；要求有关单位和人员就监督事项涉及的问题作出解释和说明，并根据需要进入现场进行勘测；责令有关单位和人员停止违反有关城乡规划的法律、法规的行为。

四、城乡规划的修改

有下列情形之一的，组织编制机关方可按照规定的权限和程序修改省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划：(1) 上级人民政府制定的城乡规划发生变更，提出修改规划要求的；(2) 行政区划调整确需修改规划的；(3) 因国务院批准重大建设工程确需修改规划的；(4) 经评估确需修改规划的；(5) 城乡规划的审批机关认为应当修改规划的其他情形。修改前，组织编制机关应当对原规划的实施情

况进行总结，并向原审批机关报告；修改涉及城市总体规划、镇总体规划强制性内容的，应当先向原审批机关提出专题报告，经同意后，方可编制修改方案。修改后的省域城镇体系规划、城市总体规划、镇总体规划，应当依照规划编制的审批程序报批。

控制性详细规划、乡规划、村庄规划和近期建设规划的修改，也应依照《城乡规划法》的相关规定报批或备案。

五、监督检查和法律责任

地方各级人民政府应当向本级人大常委会或者乡、镇人大报告城乡规划的实施情况，并接受监督。

县级以上人民政府城乡规划主管部门对城乡规划的实施情况进行监督检查，有权采取以下措施：(1) 要求有关单位和人员提供与监督事项有关的文件、资料，并进行复制；(2) 要求有关单位和人员就监督事项涉及的问题作出解释和说明，并根据需要进入现场进行勘测；(3) 责令有关单位和人员停止违反有关城乡规划的法律、法规的行为。城乡规划主管部门在查处违反本法规定的行为时，发现国家机关工作人员依法应当给予行政处分的，应当向其任免机关或者监察机关提出处分建议。

《城乡规划法》规定了一系列应当追究法律责任的情形，概括起来主要有以下几方面：(1) 违反本法规定编制或者不编制各种规划的；(2) 违反本法规定核发批准文件或者发放许可证的；(3) 违反相关的程序公开规则的；(4) 违反规定从事建设的。追究责任的方式包括责令改正、通报批评、对责任人员给予处分、责令停业整顿、责令赔偿损失、限期拆除、罚款等。

▶▶▶ 新增考点 2 环境影响评价制度

(一) 环境影响评价的适用范围

1. 规划的环境影响评价

(1) 总体规划。国务院有关部门、设区的市级以上地方人民政府及其有关部门，对其组织编制的土地利用的有关规划，区域、流域、海域的建设、开发利用规划，应当在规划编制过程中组织进行环境影响评价，编写该规划有关环境影响的篇章或者说明。未编写有关环境影响的篇章或者说明的规划草案，审批机关不予审批。

(2) 专项规划。国务院有关部门、设区的市级以上地方人民政府及其有关部门，对其组织编制的工业、农业、畜牧业、林业、能源、水利、交通、城市建设、旅游、自然资源开发的有关专项规划，应当在该专项规划草案上报审批前，组织进行环境影响评

价，并向审批该专项规划的机关提出环境影响报告书。

2. 建设项目的环 境影响评价：

国家根据建设项目对环境的影响程度，对建设项目的环 境影响评价实行分类管理。建设单位应当按照下列规定组织编制环 境影响报告书、环 境影响报告表或者填报环 境影响登记表（统称环 境影响评价文件）：

（1）可能造成重大环 境影响的，应当编制环 境影响报告书，对产生的环 境影响进行全面评价；

（2）可能造成轻度环 境影响的，应当编制环 境影响报告表，对产生的环 境影响进行分析或者专项评价；

（3）对环 境影响很小、不需要进行环 境影响评价的，应当填报环 境影响登记表。

（二）环 境影响报告书的内容

1. 专项规划的环 境影响报告书应当包括下列内容：实施该规划对环 境可能造成影响的分析、预测和评估；预防或者减轻不良环 境影响的对策和措施；环 境影响评价的结论。

2. 建设项目的环 境影响报告书应当包括下列内容：建设项目概况；建设项目周围环 境现状；建设项目对环 境可能造成影响的分析和预测；环 境保护措施及经济、技术论证；环 境影响经济损益分析；对建设项目实施环 境监测的建议；环 境影响评价结论。另外，在对水环 境可能造成影响和可能产生环 境噪声污染建设项目的环 境影响报告书中，应该有该建设项目所在地单位和居民的意见。

（三）环 境影响评价的程序

1. 专项规划的环 境影响评价的程序。其程序是：

（1）编制专项规划的国务院有关部门、设区的市级以上地方人民政府及其有关部门，应当在该专项规划上报审批前，组织进行环 境影响评价草案的编制。

（2）专项规划的编制机关应举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众对环 境影响报告书草案的意见。

（3）编制机关在报批规划草案时，将环 境影响评价报告书一并附送审批机关审查。

（4）对环 境有重大影响的规划实施后，编制机关应当及时组织环 境影响的跟踪评价，并将评价结果报告审批机关。

2. 建设项目的环 境影响评价的程序。建设项目的环 境影响评价报告书、报告表、登记表应在建设项目可行性研究阶段报批；铁路、交通等建设项目，经环保部门同意，可以在初步设计完成前报批。其审批程序为：

（1）首先由建设单位或主管部门签订合同委托有评价资质的评价单位进行调查和评价工作；

（2）评价单位通过调查和评价制作环 境影响报告书（表）；

（3）建设单位在报批环 境影响报告书前应举行论证会、听证会，或者采取其他形式，征求有关单位、专家和公众的意见；

（4）建设项目的主管部门负责对建设项目的环 境影响评价文件进行预审、审核、审批；

（5）报告书由有审批权的环保部门审查批准后，提交设计和施工。

刑 法

▶▶▶ 新增考点 1 刑罚权

对于刑罚权，按照权力内容构成和运行方式的不同，可分为制刑权、量刑权和行刑权。

1. 制刑权，是指国家为适应惩治犯罪的需要，在刑事立法中创立、设置刑罚的权力。它包括确立刑罚的体系及与其相配套的刑罚制度；设定各个犯罪的法定刑；对现行立法中的刑种、法定刑以及刑罚制度进行修改、补充或者废止，使之更加完善。对刑罚的

立法解释，也是制刑权的一部分。在我国行使制刑权的，只能是最高国家权力机关，即全国人民代表大会及其常务委员会。国家行政机关以及地方国家权力机关无权设立刑罚。

2. 量刑权，即刑罚裁量权。它由人民法院依法统一行使，其他任何机关都不具有这一权力。量刑活动要求人民法院在查明案件事实的基础上，对构成犯罪的人依法判处与之相应的刑罚；不构成犯罪的，则不得适用刑罚。对于具有免除刑罚情节的，法院也可

判处免于刑事处罚。可见，定罪是量刑的基础，量刑是定罪的结果，定罪权与量刑权的有机结合，构成刑事审判权。

3. 行刑权，是指执行机关对犯罪人强行执行刑罚的权力。其主要特点是：（1）行刑权的主体，必须是依法具有执行刑罚权力的机关。按照我国刑事诉讼法的规定，不同的刑种由不同的执行机关执行。大多数刑罚由监狱执行，少数由公安机关执行，有的由人民法院执行。（2）执行的范围只能是刑罚，刑事强制措施的执行不属于行刑权的范畴。（3）执行的对象，必须是已经被人民法院判处刑罚的犯罪人。（4）执行的依据，必须是人民法院已经发生法律效力刑事判决、裁定，未经人民法院判决、裁定或者超出判决、裁定执行刑罚的行为，都是对量刑权和行刑权的否定。

上述三项权力并非相互独立、性质不同的几种刑罚权，而是刑罚权的有机组成部分，它们相互联系、相互依存，共同构成刑罚权的整体，其中制刑权即刑罚立法的设定权，是刑罚权的基础，而其他刑罚权则是制刑权的归宿。刑罚设立权属于静态立法，刑罚的作用，只有经过动态司法，即刑罚的实际运用，才能得以真正发挥。而刑罚在司法上的具体适用，要经过量刑和行刑两个彼此相互衔接而又互相独立的司法活动过程。与这些过程相对应的权力分别表现为量刑权和行刑权。而在量刑权和行刑权中，量刑权是刑罚权的核心内容。关于量刑的判决一旦生效，即应付诸执行。所以说，量刑权既是对制刑权的具体落实，又是行刑权的依据。正是由于量刑权的行使，才有可能使立法上的抽象刑罚变成现实的具体刑罚。

▶▶▶ 新增考点 2 破坏监管秩序罪

本罪是指依法被关押的罪犯，违反监管法规，破坏监管秩序，情节严重的行为。犯本罪的，根据《刑法》第 315 条的规定处罚。

1. 客观方面表现为以下行为：（1）殴打监管人员的；（2）组织其他被监管人破坏监管秩序的；（3）聚众闹事，扰乱正常监管秩序的；（4）殴打、体罚或者指使他人殴打、体罚其他被监管人的。

2. 监管人员指使依法被关押的罪犯，殴打或者体罚虐待被监管人的，对监管人员的行为，认定为虐待被监管人罪。

▶▶▶ 新增考点 3 非法买卖制毒物品罪

（一）概念与特征

非法买卖制毒物品罪，是指自然人或者单位，违

反国家规定，在境内非法买卖醋酸酐、乙醚、三氯甲烷或者其他用于制造毒品的原料或者配剂的行为。

1. 客观方面表现为非法买卖制毒物品（具体品种范围按照国家关于易制毒化学品管理的规定确定）。根据有关司法解释，违反国家规定，实施下列行为之一的，应认定为非法买卖制毒物品行为：（1）未经许可或者备案，擅自购买、销售易制毒化学品的；（2）超出许可证明或者备案证明的品种、数量范围购买、销售易制毒化学品的；（3）使用他人的或者伪造、变造、失效的许可证明或者备案证明购买、销售易制毒化学品的；（4）经营单位违反规定，向无购买许可证明、备案证明的单位、个人销售易制毒化学品的，或者明知购买者使用他人的或者伪造、变造、失效的购买许可证明、备案证明，向其销售易制毒化学品的；（5）以其他方式非法买卖易制毒化学品的。

2. 主观方面只能是故意，行为人必须明知是制毒物品。对于走私或者非法买卖制毒物品行为，有下列情形之一，且查获了易制毒化学品，结合犯罪嫌疑人、被告人的供述和其他证据，经综合审查判断，可以认定其“明知”是制毒物品而走私或者非法买卖，但有证据证明确属被蒙骗的除外：（1）改变产品形状、包装或者使用虚假标签、商标等产品标志的；（2）以藏匿、夹带或者其他隐蔽方式运输、携带易制毒化学品逃避检查的；（3）抗拒检查或者在检查时丢弃货物逃跑的；（4）以伪报、藏匿、伪装等蒙蔽手段逃避海关、边防等检查的；（5）选择不设海关或者边防检查站的路段绕行出入境的；（6）以虚假身份、地址办理托运、邮寄手续的；（7）以其他方法隐瞒真相，逃避对易制毒化学品依法监管的。

（二）认定

1. 易制毒化学品生产、经营、使用单位或者个人未办理许可证明或者备案证明，购买、销售易制毒化学品，如果有证据证明确实用于合法生产、生活需要，依法能够办理只是未及时办理许可证明或者备案证明，且未造成严重社会危害的，可不以非法买卖制毒物品罪论处。

2. 为了制造毒品或者走私、非法买卖制毒物品犯罪而采用生产、加工、提炼等方法非法制造易制毒化学品的，根据《刑法》第 22 条的规定，按照其制造易制毒化学品的不同目的，分别以制造毒品、走私制毒物品、非法买卖制毒物品的预备行为论处。

3. 明知他人实施走私或者非法买卖制毒物品犯罪，而为其运输、储存、代理进出口或者以其他方式提供便利的，以走私或者非法买卖制毒物品罪的共犯

论处。

4. 走私、非法买卖制毒物品行为同时构成其他犯罪的，依照处罚较重的规定定罪处罚。

(三) 处罚

根据《刑法》第350条的规定，犯本罪的，处3年以下有期徒刑、拘役或者管制，并处罚金；数量大

的，处3年以上10年以下有期徒刑，并处罚金。单位犯本罪的，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，依照上述规定处罚。

量刑时，应注意适用《刑法》第356条关于再犯从重处罚的规定。

行政法与行政诉讼法

▶▶▶ 新增考点 1 行政许可诉讼

一、行政许可案件的受案范围

行政许可作为一项制度，其运作会衍生出多种类别的行为，同时行政许可是一项动态过程，在决定作出前可能出现不少过程性行为，当事人可以针对其中哪些行为提出行政诉讼，是行政许可诉讼首先遇到的问题。根据《许可规定》，下列行为可以进入行政诉讼：

1. 行政机关作出的行政许可决定以及相应的不作为。针对当事人提出的许可申请，行政机关审查后，或作出准予许可决定，或作出不予许可决定，当然也可能不予答复，对此公民、法人或者其他组织认为侵犯其合法权益，可以提起行政诉讼。这是行政许可案件的常见形式。

2. 行政许可管理行为及相应的不作为。行政机关准予许可之后，针对被许可人的情况和客观情形可以采取一系列的管理行为。这些行为及相应的不作为同样会侵犯当事人的权益。故《许可规定》规定：行政机关就行政许可的变更、延续、撤回、注销、撤销等事项作出的有关具体行政行为及其相应的不作为侵犯其合法权益，提起行政诉讼的，人民法院应当依法受理。

3. 未公开行政许可决定或者未提供行政许可监督检查记录。《行政许可法》课以行政机关公开行政许可决定和提供监督检查记录的义务，公民、法人或者其他组织认为行政机关未履行这些义务侵犯其合法权益，可以提起行政诉讼。

4. 具有事实上终止性的过程行为。《许可规定》第3条规定：“公民、法人或者其他组织仅就行政许可过程中的告知补正申请材料、听证等通知行为提起行政诉讼的，人民法院不予受理，但导致许可程序对

上述主体事实上终止的除外。”据此，行政机关在行政许可实施过程中采用的程序行为或过程行为原则上不可诉，当事人可以通过起诉行政机关作出的最终决定寻求救济。不过，鉴于实践中一些程序行为或过程行为具有事实上的最终性，且影响公民、法人或者其他组织的合法权益，不赋予当事人对其的诉权，难以有效保护当事人的权益，作为例外，《许可规定》允许对这些行为提起诉讼。

二、被告

(一) 一般情形

通常，公民、组织或其他组织对属于行政许可诉讼受案范围的行政行为提起行政诉讼的，应以作出该决定或行为的机关为被告。

(二) 特殊情形

1. 经上级批准、由下级决定的被告确定。实践中，一些行政许可依法须经上级行政机关批准，而后由下级机关作出决定。对此情形，当事人原则上应以作出行政许可决定的下级机关为被告。但是，如当事人对批准或者不批准行为不服一并提起诉讼的，以上级行政机关为共同被告。

2. 下级初审，上级决定的被告确定。行政许可依法须经下级行政机关或者管理公共事务的组织初步审查并上报，当事人对不予初步审查或者不予上报不服提起诉讼的，以下级行政机关或者管理公共事务的组织为被告。当然，当事人只对最终决定不服，则应以最终作出决定的上级机关为被告。

3. 统一办理行政许可的被告确定。对行政机关依据《行政许可法》第26条第2款规定统一办理行政许可的，当事人对行政许可行为不服提起诉讼，以对当事人作出具有实质影响的不利行为的机关为被告。

三、法院对行政许可案件的审理

法院对行政许可案件的审理原则上需要遵循一般的审理规则，但《许可规定》对以下三点作出特别规定：

（一）被告不履行举证责任及处理

根据《行政诉讼法》及相关解释的规定，对被诉具体行政行为的合法性，由被告承担举证责任；被告未在法定期限内提供证据的，视为被告具体行政行为没有证据。这一要求在多数行政案件中，尤其是被诉行政行为为不利决定时，对保护当事人合法权益有十分积极的意义。不过，行政许可这类授益行政行为略有特殊。虽然毫无疑问，此类行为一旦被诉，理应由被告承担举证责任。但若出现被告不履行举证责任，法院便认定被告行为没有证据，往往将直接对行政许可申请人或利害关系人的合法权益造成不利影响。因此，《许可规定》结合行政许可案件的特殊性，设置了特殊规则。在“被告不提供或者无正当理由逾期提供证据的，与被诉行政许可行为有利害关系的第三人可以向人民法院提供；第三人对无法提供的证据，可以申请人民法院调取；人民法院在当事人无争议，但涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的情况下，也可以依职权调取证据”。如果“第三人提供或者人民法院调取的证据能够证明行政许可行为合法的，人民法院应当判决驳回原告的诉讼请求”。

（二）新法与旧法的适用

在行政许可案件审理中，关系到新法与旧法的适用问题上，有两点值得注意：

1. 行政机关受理许可申请后尚未作出许可决定，法律规范发生变更的适用。根据《许可规定》第9条规定，法院原则上应适用新法，“人民法院审理行政许可案件，应当以申请人提出行政许可申请后实施的新的法律规范为依据”。

但是，在符合下列两个条件时，法院应以旧法为依据：（1）行政机关在旧法生效期受理许可申请，本应在旧法生效期间作出决定，但无正当理由拖延审查至新法实施后方作决定；（2）适用新法不利于申请人。

2. 准予许可决定违反旧法但符合新法的处理。《许可规定》第10条规定，被告准予行政许可决定违反当时的法律规范但符合新的法律规范的，判决确认该决定违法；准予行政许可决定不损害公共利益和利害关系人合法权益的，判决驳回原告的诉讼请求。

（三）对关联行政行为的审查

《许可规定》规定：作为被诉行政许可行为基础的其他行政决定或者文书存在以下情形之一的，人民法院不予认可：（1）明显缺乏事实根据；（2）明显

缺乏法律依据；（3）超越职权；（4）其他重大明显违法情形。据此，法院有权对关联行政行为进行审查，但审查强度有限，即只有在该行为明显违法时，法院才不予认可。

四、判决

（一）不予许可案件的判决

针对被告所作出的不予许可决定而形成的案件，法院审理后应根据原告的诉讼请求和案件的具体情况作出判决。不过，较为复杂和重要的一种情形，是被告不予许可决定错误或违法，而原告请求准予许可且理由成立时，法院应如何判决。这一问题既关系到原告权益保护，也关系到司法权与行政权的协调。在行政诉讼法框架下，对法院而言，最简单且最不会侵犯行政权的判决形式，是单纯作出撤销判决，对是否给予当事人许可不予置评，但这一做法显然不利于保护原告的权益。相反，如果法院不管行政机关对许可是否享有裁量权，一概直接责令行政机关作出许可决定，则又有侵犯行政权的嫌疑或可能。

《许可规定》并没有对不予许可案件如何判决作全面规定，而只是申明法院可以判决责令被告作出准予许可决定，并对相应的条件作出规定。第11条规定：人民法院审理不予行政许可决定案件，认为原告请求准予许可的理由成立，且被告没有裁量余地的，可以在判决理由中写明，并判决撤销不予许可决定，责令被告重新作出决定。

（二）查阅许可决定及有关档案材料或者监督检查记录案件请求成立的判决

被告无正当理由拒绝原告查阅行政许可决定及有关档案材料或者监督检查记录的，人民法院可以判决被告在法定或者合理期限内准予原告查阅。

五、行政许可中的赔偿和补偿及诉讼问题

（一）赔偿问题

因行政许可给原告合法权益造成损失而赔偿，如此责任完全可归因于行政机关，赔偿问题简单明了。复杂的是，原告的损失是多种原因共同作用的结果，如何确定行政机关的赔偿责任。

《许可规定》主要区分了三种情形：（1）被告在实施行政许可过程中，与他人恶意串通共同违法侵犯原告合法权益的，应当承担连带赔偿责任；（2）被告与他人违法侵犯原告合法权益的，应当根据其违法行为在损害发生过程和结果中所起作用等因素，确定被告的行政赔偿责任；（3）被告已经依照法定程序履行审慎合理的审查职责，因他人行为导致行政许可决定违法的，不承担赔偿责任。

《许可规定》同时明确，在行政许可案件中，当

事人请求一并解决有关民事赔偿问题的，人民法院可以合并审理。

（二）补偿问题

《行政许可法》第8条第2款规定：行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可。由此给公民、法人或者其他组织造成财产损失的，行政机关应当依法给予补偿。《许可规定》针对该款的落实提供了两方面的具体规则：

1. 补偿标准。法律、法规、规章或者规范性文件对变更或者撤回行政许可的补偿标准未作规定的，一般在实际损失范围内确定补偿数额；行政许可属于《行政许可法》第12条第（2）项规定情形的，一般按照实际投入的损失确定补偿数额。

2. 补偿请求程序。如果公民、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；行政机关在法定期限或者合理期限内不予答复或者对行政机关作出的补偿决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

▶▶▶ 新增考点2 行政诉讼法律冲突的适用规则

在行政诉讼中，人民法院解决相应法律适用冲突的规则包括：

1. 层级冲突适用规则。不同层级法律规范产生冲突一般属违法冲突，按照法律优先原则，高层级法律规范（上位法）优于低层级法律规范（下位法），但高层级法律规范授权低层级法律规范作出与高层级法律规范不同的规定除外。根据这一规则，当一个案件中，低层级的法律规范与某一高层级的法律规范冲突时，人民法院一般应依高层级的法律规范来解决该案件中的实体争议。

最高人民法院关于印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的通知对下位法不符合上位法的判断和适用作出了说明，内容如下：

下位法不符合上位法的常见情形有：下位法缩小上位法规定的权利主体范围，或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利主体范围；下位法限制或者剥夺上位法规定的权利，或者违反上位法立法目的扩大上位法规定的权利范围；下位法扩大行政主体或其职权范围；下位法延长上位法规定的履行法定职责期限；下位法以参照、准用等方式扩大或者限缩上位法规定的义务或者义务主体的范围、性质或者条件；下位法增设或者限缩违反上位法规定的适用条件；下位

法扩大或者限缩上位法规定的给予行政处罚的行为、种类和幅度的范围；下位法改变上位法已规定的违法行为的性质；下位法超出上位法规定的强制措施适用范围、种类和方式，以及增设或者限缩其适用条件；法规、规章或者其他规范性文件设定不符合行政许可法规定的行政许可，或者增设违反上位法的行政许可条件；其他相抵触的情形。

如果具体行政行为是依据下位法作出的，并未援引和适用上位法。在此情况下，为维护法制统一，法院审查具体行政行为的合法性时，应当对下位法是否符合上位法一并并进行判断。经判断下位法与上位法相抵触的，应当依据上位法认定被诉具体行政行为的合法性。

法律、行政法规或者地方性法规修改后，其实施性规定未被明文废止的，人民法院在适用时应当区分下列情形：（1）实施性规定与修改后的法律、行政法规或者地方性法规相抵触的，不予适用；（2）因法律、行政法规或者地方性法规的修改，相应的实施性规定丧失依据而不能单独施行的，不予适用；（3）实施性规定与修改后的法律、行政法规或者地方性法规不相抵触的，可以适用。

2. 平级冲突适用规则。它是解决制定机关不同但效力层级相同的行政法律规范冲突应适用何种规范的规则。最高人民法院关于印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的通知，根据《立法法》等规定，明确了部门规章与地方规章、部门规章之间的冲突适用规则：

部门规章与地方政府规章之间对相同事项的规定不一致的，人民法院一般可以按照下列情形适用：（1）法律或者行政法规授权部门规章作出实施性规定的，其规定优先适用；（2）尚未制定法律、行政法规的，部门规章对于国务院决定、命令授权的事项，或者对属于中央宏观调控的事项、需要全国统一的市场活动规则及对外贸易和外商投资等事项作出的规定，应当优先适用；（3）地方政府规章根据法律或者行政法规的授权，根据本行政区域的实际情况作出的具体规定，应当优先适用；（4）地方政府规章对属于本行政区域的具体行政管理事项作出的规定，应当优先适用；（5）能够直接适用的其他情形。不能确定如何适用的，应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院送请国务院裁决。

国务院部门之间制定的规章对同一事项的规定不一致的，人民法院一般可以按照下列情形选择适用：（1）适用与上位法不相抵触的部门规章规定；（2）与上位法均不抵触的，优先适用根据专属职权制定的

规章规定；(3)两个以上的国务院部门就涉及其职权范围的事项联合制定的规章规定，优先于其中一个部门单独作出的规定；(4)能够选择适用的其他情形。不能确定如何适用的，应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院送请国务院裁决。

国务院部门或者省、市、自治区人民政府制定的其他规范性文件对相同事项的规定不一致的，参照上述精神处理。

3. 地方性法规与部门规章冲突的选择适用。地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致的，人民法院一般可以按照下列情形适用：(1)法律或者行政法规授权部门规章作出实施性规定的，其规定优先适用；(2)尚未制定法律、行政法规的，部门规章对于国务院决定、命令授权的事项，或者对于中央宏观调控的事项、需要全国统一的市场活动规则及对外贸易和外商投资等需要全国统一规定的事项作出的规定，应当优先适用；(3)地方性法规根据法律或者行政法规的授权，根据本行政区域的实际情况作出的具体规定，应当优先适用；(4)地方性法规对属于地方性事务的事项作出的规定，应当优先适用；(5)尚未制定法律、行政法规的。地方性法规根据本行政区域的具体情况，对需要全国统一规定以外的事项作出的规定，应当优先适用；(6)能够直接适用的其他情形。不能确定如何适用的，应当中止行政案件的审理，逐级上报最高人民法院，按照《立法法》第86条第1款第(2)项的规定送请有权机关处理。

4. 特别冲突适用规则。一般法是关于某类事项的普遍的一般的规定，特别法是对这种普遍规定的例外。在同一效力层级上，特别法优于普通法。需要注意的是，这一冲突适用规则的适用前提必须是特别法与普通法处于同一层级时，若普通法是高层级法，而特别法是低层级法，特别法作出的特别规定又未经高层级法的授权，那么这种特别规定应属无效，人民法院仍应适用普通法。对此，最高人民法院关于印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的通知指出，同一法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章内的不同条文对相同事项有一般规定和特别规定的，优先适用特别规定。

该通知进一步指出，法律之间、行政法规之间或

者地方性法规之间对同一事项的新的—般规定与旧的特别规定不一致的，人民法院原则上应按照下列情形适用：新的一般规定允许旧的特别规定继续适用的，适用旧的特别规定；新的一般规定废止旧的特别规定的，适用新的一般规定。不能确定新的一般规定是否允许旧的规定继续适用的，人民法院应当中止行政案件的审理，属于法律的，逐级上报最高人民法院送请全国人民代表大会常务委员会裁决；属于行政法规的，逐级上报最高人民法院送请国务院裁决；属于地方性法规的，由高级人民法院送请制定机关裁决。

5. 新法优于旧法。新旧法冲突适用规则应体现为新法优于旧法和法律不溯及既往原则，当新的行政法律规范与旧的行政法律规范相冲突时，除旧法具有溯及力外，人民法院应当适用新法，即对新法生效后发生的事件适用新法，对新法生效前发生的事件适用旧法。但当新法明确规定有溯及力时除外。

对于行政相对人和被诉具体行政行为作出时间不同时如何处理问题，最高人民法院关于印发《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》的通知指出，行政相对人的行为发生在新法施行以前，具体行政行为作出在新法施行以后，人民法院审查具体行政行为的合法性时，实体问题适用旧法规定，程序问题适用新法规定，但下列情形除外：(1)法律、法规或规章另有规定的；(2)适用新法对保护行政相对人的合法权益更为有利的；(3)按照具体行政行为的性质应当适用新法的实体规定的。

6. 人际冲突适用规则。人际冲突适用规则—般规定，不同民族、种族或者具有特殊身份的个人，适用就该民族、种族或者具有特殊身份的个体作出特别规定的法律规范。

7. 区际冲突适用规则。区际冲突所涉及的两种法律规范冲突需要采取不同的适用规则。目前，内地相互间的法律冲突尚缺乏统一的冲突适用规则，而对内地与港、澳、台地区的法律冲突，即内地法律规范与港、澳、台地区法律规范的冲突，适用“属地管辖”原则：发生于港、澳、台地区的行政案件，适用在港、澳、台地区施行的法律规范，发生于内地的行政案件，则适用当地施行的法律规范。同时，此类冲突还可以通过双方协议来解决。

民法

▶▶▶ 新增考点 1 物业服务合同

物业服务企业或者其他管理人根据业主的委托管理建筑区划内的建筑物及其附属设施，并接受业主的监督。

建设单位依法与物业服务企业签订的前期物业服务合同，以及业主委员会与业主大会依法选聘的物业服务企业签订的物业服务合同，对业主具有约束力。业主不得以其并非合同当事人为由进行抗辩。

符合下列情形之一，业主委员会或者业主有权请求人民法院确认合同（包括前期物业服务合同）或者其相关条款无效：（1）物业服务企业将物业服务区域内的全部物业服务业务一并委托他人而签订的委托合同；（2）物业服务合同中免除物业服务企业责任、加重业主委员会或者业主责任、排除业主委员会或者业主主要权利的条款。

物业服务企业不履行或者不完全履行物业服务合同约定的或者法律、法规规定以及相关行业规范确定的维修、养护、管理和维护义务，业主有权请求物业服务企业承担继续履行、采取补救措施或者赔偿损失等违约责任。

物业服务企业公开作出的服务承诺及制定的服务细则，属于物业服务合同的组成部分。

业主违反物业服务合同或者法律、法规、管理规约，实施妨害物业服务与管理的行为，物业服务企业有权请求业主承担恢复原状、停止侵害、排除妨害等相应民事责任。

物业服务企业有权收取物业费。但需要注意的是：（1）物业服务企业违反物业服务合同约定或者法律、法规、部门规章规定，擅自扩大收费范围、提高收费标准或者重复收费，业主可以以违规收费为由提出抗辩，业主还有权请求物业服务企业退还其已收取的违规费用。（2）经书面催交，业主无正当理由拒绝交纳或者在催告的合理期限内仍未交纳物业费，物业服务企业有权请求业主支付物业费。物业服务企业已经按照合同约定以及相关规

定提供服务，业主不得仅以未享受或者无需接受相关物业服务进行抗辩。（3）业主与物业的承租人、借用人或者其他物业使

用人约定由物业使用人交纳物业费，物业服务企业请求业主承担连带责任的，人民法院应予支持。
业主大会按照《物权法》第76条规定的程序作出解聘物业服务企业的决定后，业主委员会有权请求解除物业服务合同。需要明确的是：（1）物业服务企业向业主委员会提出物业费主张的，人民法院应当告知其向拖欠物业费的业主另行主张权利。（2）物业服务合同的权利义务终止后，业主有权请求物业服务企业退还已经预收，但尚未提供物业服务期间的物业费。

物业服务合同的权利义务终止后，业主委员会有权请求物业服务企业退出物业服务区域、移交物业服务用房和相关设施，以及物业服务所必需的相关资料

和由其代管的专项维修资金。物业服务企业不得拒绝退出、移交，并以存在事实上的物业服务关系为由，请求业主支付物业服务合同权利义务终止后的物业费。
因物业的承租人、借用人或者其他物业使用人实施违反物业服务合同，以及法律、法规或者管理规约的行为引起的物业服务纠纷，应当参照有关业主的规定处理。

▶▶▶ 新增考点 2 知识产权的保护

（一）侵犯知识产权的民事责任

侵犯知识产权行为应承担的民事责任形式主要有停止侵害、消除影响、赔礼道歉和赔偿损失等。停止侵害是保护知识产权的重要救济措施，不管行为人主观上是否存在过错，也不管是否造成损害后果，只要侵权行为正在发生或有证据表明即将发生，权利人均可请求法院裁判行为人停止侵权行为。

对于侵犯知识产权的损害赔偿构成要件，是否要求主观上有过错，在理论界有一定分歧，一般来说实行过错责任原则。对于侵权作品制作者、传播者或侵权商品销售者的损害赔偿，则通常实行过错推定原则，如《著作权法》第53条规定，复制品的出版者、制作者不能证明其出版、制作有合法授权的，复制品的发行者或者电影作品或者以类似摄制电影的方法创作的作品、计算机软件、录音录像制品的

复制品的出租者不能证明其发行、出租的复制品有合法来源的，应当承担法律责任。《商标法》第 56 条第 3 款规定，销售不知道是侵犯注册商标专用权的商品，能证明该商品是自己合法取得的并说明提供者的，不承担赔偿责任。《专利法》第 70 条也有类似规定。

侵犯知识产权损害赔偿数额的确定主要有以下计算方法：

- (1) 按权利人因侵权遭受的实际损失确定；
- (2) 按侵权人因侵权获得的利益确定；
- (3) 根据情节参照专利许可使用费的 1-3 倍合理确定（适用于侵犯专利权的诉讼）；
- (4) 按前述方法都难以确定时，在侵犯著作权或商标权民事诉讼中，由法院根据当事人的请求或依职权在 50 万元以下酌情判决。在侵犯专利权民事诉讼中，权利人的损失、侵权人获得的利益和专利许可使用费均难以确定的，人民法院可以根据专利权的类型、侵权行为的性质和情节等因素，确定给予 1 万元以上 100 万元以下的赔偿。确定《反不正当竞争法》第 10 条规定的侵犯商业秘密行为的损害赔偿额，可以参照确定侵犯专利权的损害赔偿额的方法进行。

赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用；法院还可以根据当事人的诉讼请求和案件具体情况，将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。

赔偿数额还应当包括权利人为制止侵权行为所支付的合理开支，包括权利人或者委托代理人对侵权行为进行调查、取证的合理费用；法院还可以根据当事人的诉讼请求和案件具体情况，将符合国家有关部门规定的律师费用计算在赔偿范围内。

(二) 知识产权诉讼时效

侵犯知识产权的诉讼时效为 2 年，自权利人知道或应当知道之日起计算。专利权、商标权或著作权的权利人超过 2 年起诉的，如果该知识产权仍在保护期内，人民法院应当判决责令被告停止侵权行为；侵权损害赔偿数额应当自权利人向人民法院起诉之日起向前推算 2 年计算。

(三) 知识产权民事诉讼特殊程序

1. 管辖。专利纠纷第一审案件，由省、自治区、直辖市人民政府所在地的中级人民法院和最高人民法院指定的中级人民法院管辖。著作权民事纠纷案件，由中级人民法院管辖；各高级人民法院根据本地区的实际情况，可以确定若干基层人民法院管辖第一审民事纠纷案件。商标权民事纠纷案件，由中级人民法院管辖；各高级人民法院根据本地区的实际情况，经最高人民法院批准，可以在较大城市确定 1-2 个基层人民法院受理第一审民事纠纷案件。侵犯商业秘密的不正当竞争民事第一审案件，一般由中级人民法院管辖；各高级人民法院根据本辖区的实际情况，

经最高人民法院批准，可以确定若干基层人民法院受理不正当竞争民事第一审案件。

2. 举证责任。专利侵权纠纷涉及新产品制造方法的发明专利的，制造同样产品的单位或者个人应当提供其产品制造方法不同于专利方法的证明。这里的“新产品”是指产品或者产品的技术方案在专利申请日以前不为国内外公众所知。

3. 知识产权被许可人的诉讼地位。对侵犯知识产权的民事诉讼，知识产权权利人或者利害关系人可以作为原告提起诉讼。知识产权的权利人是指著作权人、专利权人、商标权人等，利害关系人是指知识产权许可合同中的被许可人、知识产权财产权的合法继承人等。根据合同约定的权利义务不同，知识产权许可合同主要有三种类型：

(1) 独占许可合同，即在合同约定的时间和地域范围内，知识产权权利人（许可人）只授权一家被许可人使用其智力成果，许可人和任何第三人均不享有使用权；

(2) 排他许可合同，即在合同约定的时间和地域范围内，知识产权权利人（许可人）只授权一家被许可人使用其智力成果，许可人保留对该智力成果的使用权，但任何第三人均不享有使用权；

(3) 普通许可合同，即在合同约定的时间和地域范围内，知识产权权利人（许可人）可以授权多家被许可人使用其智力成果，许可人保留对该智力成果的使用权。

在不同类型的知识产权许可合同中，被许可人在知识产权侵权诉讼中享有不同的诉讼地位：独占许可合同中的被许可人，可以单独起诉侵犯知识产权行为；排他许可合同中的被许可人在知识产权权利人不起诉的情况下，可以起诉；普通许可中的被许可人通常不享有起诉权。但是，如果普通使用许可合同的被许可人和权利人在许可合同中明确约定被许可人可以单独起诉，或者经权利人书面授权单独提起诉讼的，人民法院应当受理。在侵犯著作权的民事诉讼中，对于被许可人的诉讼地位问题，法律或有关司法解释没有进行明确规定。

4. 诉前责令停止有关行为。知识产权权利人或者利害关系人有证据证明他人已在实施或者即将实施侵犯其著作权、商标权或专利权的行为，如不及时制止，将会使其合法权益受到难以弥补的损害，可以在起诉前向人民法院申请责令停止有关行为的措施。“临时禁令”在各国制止知识产权侵权行为方面得到非常广泛的应用，最早起源于英美法系国家的司法判例，是 TRIPs 协定要求各成员必须遵守的最低要求。

申请诉前责令停止有关行为的，必须提交相关证据和担保。

(四) 知识产权的国际保护

知识产权国际条约主要规定了知识产权保护的基本原则、范围以及最低保护标准等内容。其中，关于基本原则的规定，是知识产权保护国际公约中最基本、最重要的内容。

1. 国民待遇原则。这是在保护工业产权巴黎公约中首先提出的，在 TRIPs 协定中再次强调，各个知识产权国际公约的成员国都必须共同遵守的基本原则。该原则是指在知识产权的保护上，成员国法律必须给予其他成员国的国民以本国或地区国民所享有的同样待遇。如果是非成员国的国民，在符合一定条件后也可享受国民待遇。如在著作权保护方面，某公民的作品只要在某成员国首先发表，就可在该成员国享受国民待遇。

2. 最惠国待遇原则。该原则最早仅适用于国际有形商品贸易，后被 TRIPs 协定延伸到知识产权保护领域。其含义是指缔约方在知识产权保护方面给予某缔约方或非缔约方的利益、优待、特权或豁免，应立即无条件地给予其他缔约方。国民待遇原则解决的是本国人和外国人之间的平等保护问题，而最惠国待遇原则则是解决外国人彼此之间的平等保护问题，其共同点是禁止在知识产权保护方面实行歧视或差别待遇。

3. 透明度原则。透明度原则是指各成员国颁布实施的知识产权保护法律、法规以及普遍适用的终审司法判决和终局行政裁决，均应以该国文字颁布或以其他方式使各成员政府及权利持有人知悉。

4. 独立保护原则。该原则是指某成员国国民就同一智力成果在其他缔约国（或地区）所获得的法律保护是互相独立的。知识产权在某成员国产生、被宣告无效或终止，并不必然导致该知识产权在其他成员国也产生、被宣告无效或终止。

5. 自动保护原则。这是仅适用于保护著作权的一项基本原则。其含义是作者在享有及行使该成员国国民所享有的著作权时，不需要履行任何手续，注册登记、交纳样本及作版权标记等手续均不能作为著作权产生的条件。我国原《著作权法》第 4 条中有关依法禁止出版和传播的作品不受著作权法保护的规定被认为违反该原则，因而 2010 年 2 月修订的《著作权法》第 4 条修改为：“著作人行使著作权，不得违反宪法和法律，不得损害公共利益。国家对作品的出版、传播依法进行监督管理。”

6. 优先权原则。优先权是保护工业产权巴黎公

约授予缔约国国民最重要的权利之一，TRIPs 协定予以了肯定，解决了外国人在申请专利权、商标权方面因各种原因产生的不公平竞争问题。其含义是指，在一个缔约成员国提出发明专利、实用新型、外观设计或商标注册申请的申请人，又在规定期限内就同样的注册申请再向其他成员国提出同样内容的申请的，可以享有申请日期优先的权利。即可以把向某成员国第一次申请的日期，视为向其他成员国实际申请的日期。享有优先权的期限限制视不同的工业产权而定，发明和实用新型为向某成员国第一次申请之日起 12 个月，外观设计和商标为 6 个月。

▶▶▶ 新增考点 3 教唆侵权行为和帮助侵权行为

教唆行为，是指对他人进行开导、说服，或者通过刺激、利诱、怂恿等方法使该他人从事侵权行为。帮助行为，是指给予他人以帮助，如提供工具或者指导方法，以便使该他人易于实施侵权行为。

《侵权责任法》第 9 条规定，教唆、帮助他人实施侵权行为的，应当与行为人承担连带责任。教唆、帮助无民事行为能力人、限制民事行为能力人实施侵权行为的，应当承担侵权责任；该无民事行为能力人、限制民事行为能力人的监护人未尽到监护责任的，应当承担相应的责任。

教唆、帮助侵权行为需要具备三项构成要件：

1. 教唆人、帮助人实施了教唆、帮助行为；
2. 教唆人、帮助人具有教唆、帮助的主观意图；
3. 被教唆人、被帮助人实施了相应的侵权行为，

即要求教唆行为、帮助行为与被教唆人、被帮助人实施的侵权行为之间具有内在的联系。

▶▶▶ 新增考点 4 无意思联络的数人侵权行为与责任

无意思联络的数人侵权行为，是指二人以上主观上并无意思联络，客观上分别实施侵权行为造成同一损害的行为。无意思联络数人侵权行为可分为两种：

1. 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，每个人的侵权行为都足以造成全部损害。譬如甲、乙两人分别从不同方向向同一房屋放火，将该房屋烧毁，根据两个方向的火势判断，如果不存在另一把火，每把火都有可能将整栋房屋烧毁，但事实上两把火共同作用烧毁了该房屋，因此每把火都“足以”烧毁整栋房屋。根据《侵权责任法》第 11 条规定，二人以上分别实施侵权行为造成同一损害，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。

2. 二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,能够确定行为人责任大小的。根据《侵权责任法》第12条规定,二人以上分别实施侵权行为造成同一损害,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。在确定责任大小时,需综合各个行为人的过错程度、各个侵权行为与损害后果因果关系的紧密程度、公平原则以及政策考量等因素。

▶▶▶ 新增考点5 侵权责任中连带责任的承担

依据《侵权责任法》第13条规定,法律规定承担连带责任的,被侵权人有权请求部分或者全部连带责任人承担责任。

侵权责任中连带责任的主要特征表现在:

1. 连带责任中每个侵权人都需要对被侵权人承担全部责任。

2. 被侵权人可以请求一个或者数个连带责任人承担全部或者部分侵权责任。

3. 连带责任是法定责任,连带责任人不能通过约定改变责任的性质。连带责任人之间约定的内部责任份额对外不发生效力。

依据《侵权责任法》第14条规定,连带责任人根据各自责任大小确定相应的赔偿数额;难以确定责任大小的,平均承担赔偿责任。支付超出自己赔偿数额的连带责任人,有权向其他连带责任人追偿。

侵权人应承担连带责任的情形主要包括:共同加害人的连带责任;教唆人、帮助人与行为人的连带责任;共同危险行为人的连带责任;分别实施的行为足以造成全部损害行为人的连带责任;网络服务提供者与网络用户的连带责任;高度危险物所有人与管理人、非法占有人的连带责任;建设单位与施工单位的连带责任。

需要注意,用人单位责任和个人之间形成劳务的侵权责任,采取的是替代责任而非连带责任方式。

▶▶▶ 新增考点6 特殊主体的侵权行为与责任

一、无民事行为能力人、限制民事行为能力人致人损害的侵权行为与责任

无民事行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,由监护人承担侵权责任。如果监护人能够证明其尽到监护责任的,可以减轻其侵权责任,但是不能免除。在具体承担赔偿责任时,有财产

的行为能力人、限制民事行为能力人造成他人损害的,从本人财产中支付赔偿费用。不足部分,由监护人全部赔偿,而不是适当赔偿。并且,单位监护人和非单位监护人应承担同样的责任。

二、完全民事行为能力人对自己的行为暂时没有意识或者失去控制致人损害的侵权行为与责任

完全民事行为能力人对自己丧失意识或者失去控制存在过错,对因此造成他人损害的,应当承担侵权责任。譬如甲患心脏病,医生禁止其骑自行车外出,但是甲未遵医嘱服药并骑车外出,途中心脏病发作丧失意识摔倒并撞伤行人乙,则甲应当承担侵权责任。完全民事行为能力人对于自己丧失意识或者失去控制不存在过错,对因此造成他人损害的,应根据行为人的经济状况对受害人进行适当补偿,而不是赔偿。完全民事行为能力人因醉酒、滥用麻醉药品或者精神药品对自己的行为暂时没有意识或者失去控制造成他人损害的,应当承担侵权责任。

三、用人单位的工作人员致人损害的侵权行为与责任

用人单位的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。用人单位与其工作人员相比,一般经济能力比较强,由用人单位承担责任,既有利于更好地对被侵权人提供救济,又有利于督促用人单位选人适当,并加强对工作人员的监督和管理。用人单位包括企业、事业单位、国家机关、社会团体、个体经济组织等。工作人员既包括用人单位的正式员工,也包括临时在单位工作的员工。用人单位承担侵权责任的前提是工作人员“因执行工作任务”造成他人损害。用人单位承担侵权责任后,可以依照法律规定或者约定对工作人员行使追偿权,因此发生争议起诉到人民法院,由人民法院根据具体情况公平解决。

劳务派遣期间,被派遣的工作人员因执行工作任务造成他人损害的,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。劳务派遣是指劳动派遣机构与员工签订劳务派遣合同后,将工作人员派遣到用工单位工作。被派遣的工作人员需要接受用工单位的指示和管理,同时由用工单位为其提供相应的劳动条件和劳动保护,因此,被派遣工作人员因执行工作任务造成他人损害,用工单位应当承担侵权责任。同时,劳务派遣单位仅在自己过错的范围内,承担相应的补充责任。

四、个人之间形成劳务关系的提供劳务一方致人损害以及自己受到损害的侵权行为与责任

劳务关系是指一方提供劳务服务,对方依照约定

支付报酬而建立的民事权利义务关系。劳务关系与劳动关系不同，劳务关系由民法通则和合同法调整，劳动关系由劳动法调整。劳务关系与承揽关系不同，劳务关系中一方交付的是劳动，承揽关系中一方交付的是劳动成果，定作人与承揽人之间不存在劳务关系。依据《侵权责任法》第35条规定，个人之间形成劳务关系，提供劳务一方因劳务造成他人损害的，由接受劳务一方承担侵权责任。提供劳务一方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。接受劳务一方仅指自然人。个体工商户、合伙等的雇员因工作发生的纠纷，应当适用用人单位的规定处理。接受劳务一方仅对提供劳务一方因劳务造成他人损害承担赔偿责任。劳务关系中，提供劳务一方因劳务自己受到损害的，因为不能适用工伤保险由用人单位承担无过错责任，故根据劳务提供方和劳务接受方的过错来承担相应的责任。

五、网络用户、网络服务提供者致人损害的侵权行为与责任

网络侵权是指一切发生于互联网空间的侵权行为，它既不是指侵害某种特定权益的一般侵权行为，也不属于在构成要件方面具有特殊性的特殊侵权行为。网络用户、网络服务提供者利用网络侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。网络服务提供者包括技术服务提供者和内容服务提供者。技术服务提供者主要是指接入、缓存、信息存储空间、搜索以及链接等服务类型的网络主体；内容服务提供者是指主动向网络用户提供内容的网络主体。网络服务提供者与网络用户的连带责任有两种表现形式：

1. 部分连带责任。网络用户利用网络实施侵权行为，受害人向网络服务提供者发出侵权通知，要求后者取下侵权信息，以阻止公众访问，否则，网络服务提供者应就损害扩大部分与网络用户承担连带侵权责任。对于在接到侵权通知前已经造成的损害，应由实施侵权行为的网络用户单独承担。《侵权责任法》第36条第2款规定，网络用户利用网络服务实施侵权行为的，被侵权人有权通知网络服务提供者采取删除、屏蔽、断开链接等必要措施。网络服务提供者接到通知后未及时采取必要措施的，对损害的扩大部分与该网络用户承担连带责任。

2. 全部连带责任。网络服务提供者知道网络用户利用其网络服务侵害他人民事权益，未采取必要措施的，与该网络用户承担连带责任。人民法院应该综合各种因素，以一个合理标准判断网络服务提供者是否“知道”网络用户利用网络实施侵权行为，从而在促进网络业健康发展与保护权利人合法权益之间寻

找合适的平衡点。

六、公共场所的管理人、群众性活动的组织者致人损害的侵权行为与责任

公共场所的管理人、群众性活动的组织者必须对他人负担安全保障义务。安全保障义务，是指宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者所负有的在合理限度范围内保护他人人身和财产安全的义务。安全保障义务人包括公共场所管理人和群众性活动的组织者。公共场所包括以公众为对象进行商业性经营的场所以及对公众提供服务的场所，譬如宾馆、商场、银行、车站、机场、码头、公园、餐厅、娱乐场所等。群众性活动是指面向社会公众举办的参加人数较多的活动，譬如展览、展销、游园、灯会、庙会、花会、演唱会、音乐会、人才招聘会、体育比赛活动等。

安全保障义务人直接侵害他人民事权益的，应当承担侵权责任。譬如餐厅吊灯脱落砸伤前来吃饭的顾客，餐厅就应当承担侵权责任。依据《侵权责任法》第37条第1款规定，宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等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，造成他人损害的，应当承担侵权责任。

安全保障义务人间接侵害他人民事权益的，应当承担相应的补充责任。依据《侵权责任法》第37条第2款规定，因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；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。譬如因旅店没有完善的保安措施或者没有认真履行保安职责导致住店旅客遭受外来酗酒人员殴打，旅店需要承担相应的补充责任。安全保障义务人的补充责任有两个特点：

(1) 应先由第三人承担侵权责任，在无法找到第三人或者第三人没有能力全部承担赔偿责任时，才由安全保障义务人承担侵权责任；

(2) 安全保障义务人承担的是在其未尽到安全保障义务的范围内承担相应的补充责任，而不是全部责任。

七、幼儿园、学校或者其他教育机构的侵权行为与责任

无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间遭受人身损害的，幼儿园、学校或者其他教育机构应当证明自己已经尽到教育、管理职责，对该无民事行为能力人的人身损害没有过错，否则应当承担赔偿责任。依据《侵权责任法》第38条规定，无民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间受到人身损害的，幼儿园、学校

或者其他教育机构应当承担责任，但能够证明尽到教育、管理职责的，不承担责任。对无民事行为能力人在教育机构遭受的损害采用过错推定原则，主要是因为无民事行为能力人心智发育尚不成熟，缺乏对事物的认知和判断，必须加以特别保护。并且无民事行为能力人在教育机构学习、生活期间，脱离监护人控制范围，基本无法对事故发生的情形准确地加以描述，故此很难由无民事行为能力人或其监护人来证明教育机构存在过错。

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，学校或者其他教育机构未尽到教育、管理职责的，应当承担责任。限制民事行为能力人在教育机构学习、生活期间遭受人身损害的，适用过错责任原则。只有在限制民事行为能力人或其监护人能够证明教育机构没有尽到教育、管理职责时，教育机构才需要承担责任。

无民事行为能力人或者限制民事行为能力人在幼儿园、学校或者其他教育机构学习、生活期间，受到幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员人身损害的，由侵权人承担侵权责任；幼儿园、学校或者其他教育机构未尽到管理职责的，承担相应的补充责任。幼儿园、学校或者其他教育机构以外的人员，是指幼儿园、学校或者其他教育机构的教师、学生和其他工作人员以外的人员。这些人员实施侵权行为，应当首先由其承担侵权责任。在无法找到这些人员或者是其没有能力全部承担侵权责任时，才由幼儿园、学校或者其他教育机构承担与其未尽到管理职责相应的补充责任，而不是全部责任。

八、帮工活动中的侵权行为与责任

为他人无偿提供劳务的帮工人，在从事帮工活动中致人损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任。帮工人存在故意或者重大过失，赔偿权利人请求帮工人和被帮工人承担连带责任的，人民法院应予支持。

帮工人因帮工活动遭受人身损害的，被帮工人应当承担赔偿责任。被帮工人明确拒绝帮工的，不承担赔偿责任；但可以在受益范围内予以适当补偿。帮工人因第三人侵权遭受人身损害的，由第三人承担赔偿责任。第三人不能确定或者没有赔偿能力的，可以由被帮工人予以适当补偿。

九、承揽关系中的侵权行为与责任

承揽人在完成工作过程中对第三人造成损害或者造成自身损害的，定作人不承担赔偿责任。但定作人对定作、指示或者选任有过失的，应当承担相应的赔偿责任。

十、见义勇为中侵权行为与责任

因防止、制止他人民事权益被侵害而使自己受到损害的，由侵权人承担责任。侵权人逃逸或者无力承担责任，被侵权人请求补偿的，受益人应当给予适当补偿。

▶▶▶ 新增考点 7 产品责任

一、产品责任的构成要件

产品责任，是指产品存在缺陷发生侵权，造成他人损害，生产者、销售者等应当承担的侵权责任。产品责任需满足三个构成要件：

第一，产品存在缺陷。缺陷，是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险或者产品不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准。譬如汽车油门踏板有缺陷，造成交通事故，因此产生产品责任。如果汽车空调制冷有瑕疵，对此生产者、销售者等需要承担的是合同责任，而不是产品责任。

第二，缺陷产品造成受害人民事权益损失。缺陷产品使用人或者第三人因缺陷产品遭受损害。损害包括人身损害和财产损害。财产损害既包括缺陷产品以外的其他财产的损害，也包括缺陷产品本身的损害。

第三，缺陷产品与受害人的损害事实之间存在因果关系。产品的缺陷与受害人损害事实之间存在引起与被引起的关系。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第(6)项规定，因缺陷产品致人损害的侵权诉讼，由产品的生产者就法律规定的免责事由承担举证责任。

二、产品责任的承担主体

缺陷产品生产者应承担无过错责任。依据《侵权责任法》第41条规定，因产品存在缺陷造成他人损害的，生产者应当承担侵权责任。生产者对缺陷产品致人损害承担无过错责任，但不是绝对责任。《产品质量法》第41条第2款规定了生产者不承担产品责任的情形包括：(1)生产者能够证明未将产品投入流通的；(2)产品投入流通时，引起损害的缺陷尚不存在的；(3)将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在的。

缺陷产品销售者应承担过错责任。因销售者的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，销售者应当承担侵权责任。销售者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。

缺陷产品运输者、仓储者等第三人应承担过错责任。产品的运输者、仓储者等第三人不按照有关规定

和产品包装上标明的储藏、运输等标准进行储存、运输，造成产品缺陷，应对缺陷产品造成他人损害承担侵权责任。

因产品存在缺陷造成损害的，被侵权人可以向产品的生产者请求赔偿，也可以向产品的销售者请求赔偿。产品缺陷由生产者造成的，销售者赔偿后，有权向生产者追偿。因销售者的过错使产品存在缺陷的，生产者赔偿后，有权向销售者追偿。被侵权人包括直接购买并使用缺陷产品的人和非直接购买使用缺陷产品但受到缺陷产品损害的其他人。只要是因缺陷产品导致损害，被侵权人就享有选择请求生产者或者销售者赔偿的权利。先行垫付赔偿费用一方有权向责任方进行追偿。

因运输者、仓储者等第三人的过错使产品存在缺陷，造成他人损害的，产品的生产者、销售者赔偿后，有权向第三人追偿。

三、产品责任的承担方式

产品责任的承担除了一般侵权责任承担方式之外，还具有如下三个特殊之处：

1. 被侵权人针对缺陷产品造成非现实存在的损害，有权要求责任人消除该危险。因产品缺陷危及他人人身、财产安全的，被侵权人有权请求生产者、销售者承担排除妨碍、消除危险等侵权责任。

2. 产品投入流通后发现存在缺陷的，责任人应及时采取补救措施。依据《侵权责任法》第46条规定，产品投入流通后发现存在缺陷的，生产者、销售者应当及时采取警示、召回等补救措施。未及时采取补救措施或者补救措施不力造成损害的，应当承担侵权责任。

3. 责任人明知产品存在缺陷仍然生产、销售的，应承担惩罚性赔偿责任。依据《侵权责任法》第47条规定，明知产品存在缺陷仍然生产、销售，造成他人死亡或者健康严重损害的，被侵权人有权请求相应的惩罚性赔偿。

四、产品责任的诉讼时效

《产品质量法》第45条规定，因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为2年，自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权，在造成损害的缺陷产品交付最初消费者满10年丧失；但是，尚未超过明示的安全使用期的除外。

需要注意，《民法通则》第136条规定的“出售质量不合格的商品未声明的”诉讼时效期间为1年仅适用于因质量不合格商品产生的合同责任场合。

►► 新增考点8 机动车交通事故责任

一、机动车交通事故责任的构成要件

机动车交通事故责任，是指责任人因道路交通事故侵犯了受害人民事权益应当承担的侵权损害赔偿赔偿责任。依据《侵权责任法》第48条的规定，机动车发生交通事故造成损害的，依照道路交通安全法的有关规定承担赔偿责任。机动车交通事故责任包括三个构成要件：

1. 存在道路交通事故违法行为。道路交通事故只能发生在道路交通领域，否则不构成道路交通事故，只能按一般人身损害赔偿案件处理。

2. 存在道路交通事故的损害事实。因道路交通事故导致受害人民事权利的损害，包括人身损害、精神损害和财产损失。

3. 道路交通事故违法行为与损害事实之间存在因果关系。道路交通事故参与人的行为与受害人损害事实存在引起与被引起的关系。

二、机动车交通事故责任的承担

《道路交通安全法》第76条规定，机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：

1. 机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。

2. 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，非机动车驾驶人、行人没有过错的，由机动车一方承担赔偿责任；有证据证明非机动车驾驶人、行人有过错的，根据过错程度适当减轻机动车一方的赔偿责任；机动车一方没有过错的，承担不超过10%的赔偿责任。交通事故的损失是由非机动车驾驶人、行人故意碰撞机动车造成的，机动车一方不承担赔偿责任。

因此，机动车交通事故责任首先由保险公司在机动车第三者责任强制保险限额内予以赔偿。不足部分的责任承担，在机动车之间发生交通事故，适用过错责任原则；在机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故，主要适用过错推定责任原则，同时，机动车一方还要承担一部分无过错责任。

《侵权责任法》规定特殊情形下机动车交通事故责任的承担办法：

1. 因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责

任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。

2. 当事人之间已经以买卖等方式转让并交付机动车但未办理所有权转移登记，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由受让人承担赔偿责任。

3. 以买卖等方式转让拼装或者已达到报废标准的机动车，发生交通事故造成损害的，由转让人和受让人承担连带责任。

4. 盗窃、抢劫或者抢夺的机动车发生交通事故造成损害的，由盗窃人、抢劫人或者抢夺人承担赔偿责任。保险公司在机动车强制保险责任限额范围内垫付抢救费用的，有权向交通事故责任人追偿。

5. 机动车驾驶人发生交通事故后逃逸，该机动车参加强制保险的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿；机动车不明或者该机动车未参加强制保险，需要支付被侵权人人身伤亡的抢救、丧葬等费用的，由道路交通事故社会救助基金垫付。道路交通事故社会救助基金垫付后，其管理机构有权向交通事故责任人追偿。

▶▶▶ 新增考点 9 医疗损害责任

一、医疗损害责任的构成要件

医疗损害责任是指医疗机构及其医务人员在诊疗活动中因为过错导致患者人身损害应当承担的侵权责任。根据《侵权责任法》第 54 条规定，患者在诊疗活动中受到损害，医疗机构及其医务人员有过错的，由医疗机构承担赔偿责任。医疗损害责任应具备四个构成要件：

1. 医疗机构及其医务人员在医疗活动中存在违法行为。医疗机构及其医务人员没有尽到必要的注意义务，违反了不得侵犯患者生命权、健康权和身体权的法定义务。譬如，医务人员在诊疗活动中应当向患者说明病情和医疗措施。需要实施手术、特殊检查、特殊治疗的，医务人员应当及时向患者说明医疗风险、替代医疗方案等情况，并取得其书面同意；不宜向患者说明的，应当向患者的近亲属说明，并取得其书面同意。医务人员未尽到该项义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。因抢救生命垂危的患者等紧急情况，不能取得患者或者其近亲属意见的，经医疗机构负责人或者授权的负责人批准，可以立即实施相应的医疗措施。

2. 存在患者遭受人身损害的事实。包括患者的生命权、健康权或者身体权等遭受侵害；患者因此造成的财产利益损失；以及患者或其近亲属遭受的精神损害。譬如医疗机构及其医务人员应当对患者的隐私保密。泄露患者隐私或者未经患者同意公开其病历资料，造成患者损害的，应当承担侵权责任。

3. 医疗机构及其医务人员的违法医疗行为与患者遭受人身损害的事实之间存在因果关系。譬如因药品、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的，患者可以向生产者或者血液提供机构请求赔偿，也可以向医疗机构请求赔偿。患者向医疗机构请求赔偿的，医疗机构赔偿后，有权向负有责任的生产者或者血液提供机构追偿。

4. 医疗机构及其医务人员存在过错。医务人员在诊疗活动中未尽到与当时的医疗水平相应的诊疗义务，造成患者损害的，医疗机构应当承担赔偿责任。因此，判断医疗机构及其医务人员是否存在过错，应该以行为人是否尽到与诊疗行为发生时的医疗水平相应的注意义务为标准。《侵权责任法》第 58 条规定了推定医疗机构有过错的三种情形：（1）医疗机构违反法律、行政法规、规章以及其他有关诊疗规范的规定；（2）医疗机构隐匿或者拒绝提供与纠纷有关的病历资料，病历资料包括住院志、医嘱单、检验报告、手术及麻醉记录、病理资料、护理记录、医疗费用等，患者要求查阅、复制病历资料，医疗机构有义务提供；（3）医疗机构伪造、篡改或者销毁病历资料。对此，医疗机构可以提出反证证明自己没有过错。

二、医疗损害责任的免责事由

受害人故意、不可抗力情形下，行为人不承担责任，在医疗损害责任场合也都适用。但是，医疗损害责任具有特殊性，患者有损害，医疗机构在满足特定情形时，可以不承担赔偿责任：（1）患者或者其近亲属不配合医疗机构进行符合诊疗规范的诊疗；但是，医疗机构及其医务人员也有过错的，应当承担相应的赔偿责任。（2）医务人员在抢救生命垂危的患者等紧急情况下已经尽到合理诊疗义务；（3）限于当时的医疗水平难以诊疗。

▶▶▶ 新增考点 10 环境污染责任

一、环境污染责任的构成要件

环境污染责任，是指违反国家保护环境防止污染的规定，污染环境造成他人损害依法应当承担的侵权责任。《环境保护法》第 42 条规定，因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为 3 年，从当事人知道或

者应当知道受到污染损害时起计算。环境污染责任需要满足三项构成要件：(1) 污染者实施了污染环境的行为。譬如将废气、废水、废渣、粉尘、垃圾、放射性物质等排放或传播到大气、水、土地等环境之中，使人类生存环境受到一定程度危害的行为。(2) 受害人遭受了损害。污染环境的行为导致国家、集体财产和自然人人身财产受到损害的事实。(3) 污染者的行为与受害人损害之间存在因果关系。依据《侵权责任法》第66条规定，因污染环境发生纠纷，污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形及其行为与损害之间不存在因果关系承担举证责任。

二、环境污染责任的免责事由

环境污染责任中，污染者不承担责任或者减轻责任的情形主要有不可抗力、受害人故意以及第三人责任。污染者应当就法律规定的不承担责任或者减轻责任的情形承担举证责任。依据《侵权责任法》第68条规定，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。

▶▶▶ 新增考点 11 高度危险责任

一、高度危险责任的构成要件

高度危险责任，是指从事高度危险作业造成他人损害应当承担的侵权责任。高度危险责任适用无过错责任原则，其应满足三个构成要件：(1) 行为人实施了高度危险作业行为。高度危险作业包括适用民用核设施、高速轨道运输工具和从事高压、高空、地下采掘等高度危险活动，也包括占有、使用易燃、易爆、剧毒和放射性等高度危险物的行为。(2) 受害人遭受损害。行为人从事的高度危险行为导致受害人人身损害和财产损害。(3) 行为人高度危险作业行为与受害人损失之间存在因果关系。

二、高度危险责任的免责事由

针对具体的高度危险责任，法律明确规定了不承担责任或者减轻责任的情形。

1. 民用核设施发生核事故造成他人损害的，民用核设施的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因战争等情形或者受害人故意造成的，不承担责任。

2. 民用航空器造成他人损害的，民用航空器的经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意造成的，不承担责任。

3. 占有或者使用易燃、易爆、剧毒、放射性等高度危险物造成他人损害的，占有人或者使用人应当

承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有重大过失的，可以减轻占有人或者使用人的责任。

4. 从事高空、高压、地下挖掘活动或者使用高速轨道运输工具造成他人损害的，经营者应当承担侵权责任，但能够证明损害是因受害人故意或者不可抗力造成的，不承担责任。被侵权人对损害的发生有过失的，可以减轻经营者的责任。

5. 遗失、抛弃高度危险物造成他人损害的，由所有人承担侵权责任。所有人将高度危险物交由他人管理的，由管理人承担侵权责任；所有人有过错的，与管理人承担连带责任。

6. 非法占有高度危险物造成他人损害的，由非法占有人承担侵权责任。所有人、管理人不能证明对防止他人非法占有有尽到高度注意义务的，与非法占有人承担连带责任。

7. 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到损害，管理人已经采取安全措施并尽到警示义务的，可以减轻或者不承担责任。

▶▶▶ 新增考点 12 饲养动物损害责任

一、饲养动物损害责任的构成要件

饲养动物损害责任，是指饲养的动物造成他人损害，动物饲养人或者管理人应当承担的侵权责任。

饲养动物损害责任需要具备三项构成要件：

1. 致害动物是饲养的动物。饲养的动物必须是能够为人所占有或者控制的动物，譬如家畜、家禽、驯养的野兽、爬行动物等。自然保护区或者野生动物保护区的野兽，不属于饲养的动物。遗弃、逃逸的动物在遗弃、逃逸期间造成他人损害的，由原动物饲养人或者管理人承担侵权责任。

2. 饲养动物对他人造成了损害，包括人身损害和财产损害。譬如违反管理规定，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。

3. 饲养动物的加害行为与损害事实之间存在因果关系，即动物加害行为与被侵权人的损害是引起与被引起的关系。譬如马受惊撞翻路旁的车辆，成立因果关系。

饲养动物损害责任一般是适用无过错责任，譬如《侵权责任法》第78条规定，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，还譬如禁止饲养的烈性犬等危险动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任。但是

在特定情形下也适用过错推定责任，譬如动物园的动物造成他人损害的，动物园应当承担侵权责任，但能够证明尽到管理职责的，不承担责任。

二、饲养动物损害责任的免责事由

动物饲养人或者管理人依法用于减轻或者免除自己侵权责任的情形包括：

1. 被侵权人故意或者重大过失。依据《侵权责任法》第78条规定，饲养的动物造成他人损害的，动物饲养人或者管理人应当承担侵权责任，但能够证明损害是因被侵权人故意或者重大过失造成的，可以不承担或者减轻责任。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第4条第(5)项规定，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。

2. 第三人过错。譬如第三人有意挑逗、投打、投喂、诱使动物，导致动物实施致害行为。依据《侵权责任法》第83条规定，因第三人的过错致使动物造成他人损害的，被侵权人可以向动物饲养人或者管理人请求赔偿，也可以向第三人请求赔偿。动物饲养人或者管理人赔偿后，有权向第三人追偿。第三人过错导致动物实施致害行为，可作为动物饲养人或者管理人减轻或者不承担责任的事由是从最终意义上讲，而不是绝对的。因为在第三人过错场合，被侵权人享有选择请求第三人、动物饲养人或者管理人承担赔偿责任的权利。动物饲养人、管理人对被侵权人赔偿后，才有权向过错第三人追偿。

▶▶▶ 新增考点 13 物件损害责任

一、物件损害责任的构成要件

物件损害责任，是指建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物、堆放物，妨碍通行物和林木等由于存放缺陷或者疏于管理、维护，造成他人损害，责任人应当承担的侵权责任。物件损害责任应当具备四项构成要件：

1. 存在物件致害行为。譬如物件倒塌、脱落、坠落、抛掷、索道崩断、物件表面剥落等。

2. 存在被侵权人遭受损害的事实。包括人身损害和财产损害。

3. 物件致害行为与损害事实之间存在因果关系。譬如物件倒塌、脱落、坠落导致受害人人身伤害或者财产损失。

4. 物件所有人或者管理人主观上存在过错。譬如物件所有人或管理人对物件的设置、管理、设计、施工等存在缺陷或者使用方法不当。物件损害适用过错推定责任，即除非物件所有人或者管理人能够证明

自己对物件致害行为没有过错，否则需要承担侵权责任。

二、物件损害责任的类型

物件损害责任包括不同类型：

1. 建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落致人损害责任。建筑物、构筑物或者其他设施及其搁置物、悬挂物发生脱落、坠落造成他人损害，所有人、管理人或者使用人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。所有人、管理人或者使用人赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。所有人是指对建筑物等设施拥有所有权的人；管理人是指对建筑物等设施及其搁置物、悬挂物负有管理、维护义务的人；使用人是指因租赁、借用或者其他情形使用建筑物等设施的人。

2. 建筑物、构筑物或者其他设施倒塌致人损害责任。建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由建设单位与施工单位承担连带责任。建设单位、施工单位赔偿后，有其他责任人的，有权向其他责任人追偿。因其他责任人的原因，建筑物、构筑物或者其他设施倒塌造成他人损害的，由其他责任人承担侵权责任。其他责任人主要包括勘察单位、设计单位以及监理单位、勘察、设计、监理单位以外的责任人。

3. 建筑物中抛掷物品或者建筑物上坠落的物品致人损害责任。从建筑物中抛掷物品或者从建筑物上坠落的物品造成他人损害，难以确定具体侵权人的，除能够证明自己不是侵权人的外，由可能加害的建筑物使用人给予补偿。建筑物的使用人，是指在侵权行为发生时建筑物的实际使用人。

4. 堆放物倒塌致人损害责任。堆放物倒塌造成他人损害，堆放人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。堆放人如果能够举证证明堆放物的倒塌因为不可抗力、第三人故意造成的，则无需承担侵权责任。

5. 在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品致人损害责任。在公共道路上堆放、倾倒、遗撒妨碍通行的物品造成他人损害的，有关单位或者个人应当承担侵权责任。有关单位或者个人，主要是指堆放、倾倒、遗撒妨碍通行物的单位或者个人。

6. 林木折断致人损害责任。因林木折断造成他人损害，林木的所有人或者管理人不能证明自己没有过错的，应当承担侵权责任。如果林木折断完全是因自然原因、第三人或者受害人过错造成，林木的所有人或者管理人能够证明自己没有过错的，则不承担侵权责任。

7. 地下施工及地下设施致人损害责任。在公共场所或者道路上挖坑、修缮安装地下设施等，没有设置明显标志和采取安全措施造成他人损害的，施工人应当承担侵权责任。窨井等地下设施造成他人损害，

管理人不能证明尽到管理职责的，应当承担侵权责任。地下施工人是指直接控制并组织施工的单位或个人，不包括他们的雇员。地下设施管理人是指负责对该地下设施进行管理、维护的单位或者个人。

民事诉讼法与仲裁制度

▶▶▶ 新增考点 1 宣告失踪判决的撤销

被宣告失踪的公民重新出现时，经该公民本人或者利害关系人的申请，人民法院在查证属实后，应当撤销原判决。原判决撤销后，财产代管关系终止，财产代管人应当将其代管的财产及其收益返回给该公民，该公民应当支付代管人因代管财产而必需的费用。

▶▶▶ 新增考点 2 再审审理的管辖法院

再审审理的法院，一般是作出再审裁定的法院。在人民法院自行启动再审程序的案件中，即为决定再审的法院；在人民检察院抗诉启动再审程序的案件中，即为受理抗诉并决定再审的法院；在当事人申请再审的案件中，即为受理审查再审申请并决定再审的法院。

当决定再审的法院是原审人民法院的上级法院或是最高人民法院时，决定再审的法院可以根据案件的影响程度以及案件参与人的情况，从便利当事人行使诉讼权利和便利人民法院审理的角度出发，指定原审人民法院，或与原审人民法院同级的其他人民法院再审。下级法院再审审理完毕后，应将再审结果上报发出指令的上级法院。

但指令再审必须符合下列法律和司法解释的规定：

1. 在人民检察院抗诉的情形下，唯有抗诉的事实和理由属于《民事诉讼法》第 179 条第 1 款（1）—（5）项时，即原审裁判系因为证据问题而导致事实认定出现不当或错误的，方可指令下一级人民法院进行再审审理。

2. 在当事人申请再审的情形中，唯有最高人民法院和高级人民法院有权指令再审，中级人民法院无权将案件指定给下级法院再审。

3. 在下列情形下，上级法院不得指令原审人民

法院进行再审审理：（1）原审人民法院对该案无管辖权的；（2）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；（3）原判决、裁定系经原审人民法院审判委员会讨论作出的；（4）其他不宜指令原审人民法院再审的。

▶▶▶ 新增考点 3 对被执行人对第三人到期债权的执行

执行过程中，如果被执行人不能清偿债务，但对第三人享有到期债权，人民法院可以根据申请，向第三人发出履行到期债务的通知，第三人在指定期限内没有提出异议，又不履行债务的，人民法院有权对第三人采取强制执行措施。

对第三人到期债权的执行，只能由申请执行人或被执行人向人民法院提出申请，人民法院无权自行启动该措施。在接到申请后，人民法院应向第三人送达履行通知，该通知必须直接送达第三人。第三人在收到履行通知后 15 日内应当向申请执行人履行债务，如果第三人对债权有异议，必须在收到履行通知后 15 日内向法院提出异议。

▶▶▶ 新增考点 4 仲裁裁决的不予执行

一、不予执行仲裁裁决的程序

（一）被申请人向执行法院提出申请

被申请人，即仲裁裁决确定的债务人，在执行程序开始后，执行完毕前，如果认为作为执行根据的仲裁裁决具有法律规定的不予执行仲裁裁决的事由时，应当向执行该仲裁裁决的人民法院提出书面申请，请求人民法院不予执行仲裁裁决。人民法院不得依职权开始不予执行仲裁裁决的程序。

（二）人民法院裁定中止执行，并组成合议庭进行审查

被申请人提出不予执行仲裁裁决的申请后，执行仲裁裁决的人民法院应当首先中止正在进行的执

行程序，并组成合议庭对被申请执行人的申请和仲裁裁决是否具有法律规定的不予执行仲裁裁决的事由等进行审查。审查是不予执行仲裁裁决程序的关键，直接决定着正在被执行的仲裁裁决是否能够作为执行根据，以及仲裁裁决所确定的内容能否得到实现。

（三）人民法院作出审查结果

人民法院经过审查后，认为仲裁裁决不符合法律规定的不予执行仲裁裁决的情形的，应当裁定驳回被申请执行人的申请，执行程序继续恢复进行；如果认为仲裁裁决具有法律规定的不予执行仲裁裁决的情形的，应当作出裁定，不予执行该仲裁裁决，将不予执行仲裁裁决的裁定书送达双方当事人和仲裁委员会，并终止仲裁裁决的执行程序。

在这里特别应当注意以最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《仲裁法解释》）第27条第2款规定为依据的审查。即当事人以对仲裁协议无效为由申请不予执行仲裁裁决的，应当审查当事人是否在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出过异议。当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。如果当事人在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出异议，在仲裁裁决作出后又以此为由提出不予执行抗辩，经审查符合民事诉讼法规定的，人民法院应予支持。

二、不予执行仲裁裁决的法律后果

根据我国法律的规定和仲裁实践，人民法院作出不予执行仲裁裁决的裁定，会产生如下法律后果。

（一）执行仲裁裁决的程序终结

不予执行仲裁裁决的裁定，实质上是对仲裁裁决所具有的执行力的否定。因此，当人民法院裁定对仲裁裁决不予执行后，已经开始的对仲裁裁决的执行程序即失去了有效的执行根据，任何依该仲裁裁决的执行活动都是违反法律的，对仲裁裁决的执行程序应当终结。

（二）不予执行的裁定为终局裁定，不得申请再审

人民法院作出的不予执行仲裁裁决的裁定为终局裁定，当事人必须服从。任何一方执行当事人无权对该裁定提出上诉，也无权申请再审。

（三）当事人重新选择纠纷解决方式

人民法院作出的不予执行仲裁裁决的裁定，只是否定了仲裁裁决的执行力，使仲裁裁决所确定的内容无法通过司法手段得以实现。但双方当事人选择以仲裁为解决方式的纠纷并没有最终解决。在这种情况下，

法律赋予了双方当事人重新选择纠纷解决方式的机会，即就该纠纷双方当事人可以重新达成仲裁协议，并依据该仲裁协议申请仲裁，也可以向人民法院提起诉讼。

三、不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的关系

（一）不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的共同点

1. 法律属性相同：不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决都是法律所确定的人民法院对仲裁庭作出的仲裁裁决行使司法监督权的体现，都是司法对仲裁监督的表现形式。

2. 行使权力的主体相同：不论是不予执行仲裁裁决，还是撤销仲裁裁决，对仲裁裁决进行审查并作出最终裁定的都是人民法院，任何其他机构无权行使该项权力。

3. 客体相同：不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决所针对的都是仲裁庭做出的有效仲裁裁决，对其他法律文书不得适用撤销和不予执行程序。

4. 法律程序有相同之处：（1）不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的程序都是基于当事人的申请而开始；（2）不论是当事人提出的不予执行仲裁裁决的申请，还是撤销仲裁裁决的申请，人民法院都应当组成合议庭进行审查；（3）经过审查，不论是否不予执行或者撤销仲裁裁决，人民法院都应当用裁定加以确定。

5. 法律后果相同：不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决尽管在监督的程度上有所不同，但结果都是对仲裁裁决内容的否定，裁定做出后，由于当事人之间的纠纷并没有最终解决，因此，法律在两种情形下都赋予了双方当事人重新选择纠纷解决方式的权利，当事人可以重新达成仲裁协议申请仲裁，也可以直接向有管辖权的人民法院提起诉讼。

（二）不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的区别

1. 提出请求的当事人不同：有权提出撤销仲裁裁决申请的当事人可以是仲裁案件中的任何一方当事人，不论其是仲裁裁决确定的权利人还是义务人；而有权提出不予执行仲裁裁决的当事人只能是被申请执行人仲裁裁决的一方当事人。

2. 提出请求的期限不同：当事人请求撤销仲裁裁决的，应当自收到仲裁裁决书之日起6个月内向人民法院提出；而当事人申请不予执行仲裁裁决则是在对方当事人申请执行仲裁裁决之后，法院对是否执行仲裁裁决作出裁定之前。

3. 管辖法院不同：当事人申请撤销仲裁裁决，应当向仲裁委员会所在地的中级人民法院提出，而当

事人申请不予执行仲裁裁决只能向受理申请执行人申请的法院提出。

4. 法定理由不同：《仲裁法》第 58 条关于申请撤销仲裁裁决理由的第（4）项和第（5）项分别是：裁决所依据的证据是伪造的；对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的；而申请不予执行仲裁裁决理由的第（4）项和第（5）项分别是：认定事实的主要证据不足的，适用法律确有错误的。而且，人民法院还可以以违背社会公共利益为由撤销仲裁裁决。

法定理由的不同表明，人民法院在审查撤销仲裁裁决时，侧重对于仲裁裁决的事实认定进行审查；而在不予执行仲裁裁决时，既审查仲裁裁决所认定的事实，又审查仲裁裁决所适用的法律。

5. 法律程序有不同之处：在撤销仲裁裁决的程序中，法院认为可以由仲裁庭重新仲裁的，应通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁；而在不予执行仲裁裁决的程序中，法院不可要求仲裁庭重新仲裁。

（三）不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决的适用

不予执行仲裁裁决和撤销仲裁裁决作为两种司法监督仲裁的方式，既有相同之处，又有鲜明的区别，导致在仲裁实务中的适用常常会产生冲突。例如，由于撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决是两种不同的程

序，因此很容易产生当事人重复使用两种程序的问题，特别是撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决的法定事由基本相同，当事人在以某一法定事由申请撤销仲裁裁决被裁定驳回后，还可以以相同的事由申请不予执行，而法院就有可能裁定不予执行。

为了有效解决上述等问题，最高人民法院在《仲裁法解释》中作出了明确规定，使得对撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决的适用更加科学和合理。

1. 《仲裁法解释》第 25 条规定：“人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后，另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的，受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。”这一规定是对《仲裁法》第 64 条的细化，明确了一方申请撤销仲裁裁决，一方申请不予执行仲裁裁决的程序上的处理，厘清了撤销仲裁裁决和不予执行仲裁裁决的关系。

2. 《仲裁法解释》第 26 条规定：“当事人向人民法院申请撤销仲裁裁决被驳回后，又在执行程序中以相同理由提出不予执行抗辩的，人民法院不予支持。”这一规定明确了对两种程序的适用关系，否定了同一当事人就同一问题，以相同理由反复利用甚至滥用救济程序的做法，避免了人民法院的重复劳动和资源的浪费。