

2014^年

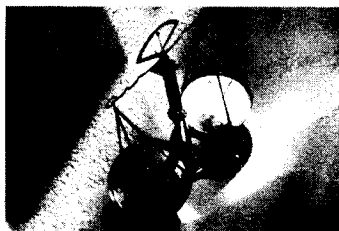
国家司法考试辅导用书

第一卷

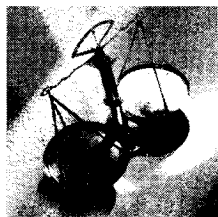
国家司法考试辅导

新华书店
www.xhkzedu.com

社会主义法治理念·法理学·法制史
宪法·经济法·国际法·国际私法·国际经济法
司法制度和法律职业道德



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



国家司法考试辅导用书

新华考资
编辑委员会

www.xhkzedu.com

► 主任委员

黄 闽 姜金方

► 委 员

(按姓氏笔画为序)

马怀德 王卫国 付子堂 刘凯湘 刘茂林 杨伟东
张丽英 张明楷 宋英辉 陈卫东 陈兴良 陈泽宪
李传敢 周光权 姜金方 查庆九 赵晓耕 高其才
唐 力 钱明星 秦晓程 晏福增 黄 进 黄 闽
温世扬 韩大元 舒国滢 葛洪义 潘剑锋

► 学科统稿人

马怀德 王卫国 刘凯湘 张丽英 陈卫东 陈泽宪
查庆九 赵晓耕 高其才 钱明星 秦晓程 黄 进
韩大元 舒国滢 潘剑锋

► 专家咨询委员

王保树 江 平 应松年 杜国兴 张文显 陈光中
陈国庆 胡云腾

► 编审办公室

晏福增 刘 晔 桑 磊 王西光



2014 年国家司法考试辅导用书
第一卷各科编写人员
www.xhbkzedu.com

| | | |
|----------|-------|--|
| 社会主义法治理念 | ▶ 编 著 | 查庆九 |
| 法理学 | ▶ 主 编 | 舒国滢 葛洪义 |
| | 撰稿人 | 葛洪义（第一章第一节，第三章第三、四节） 胡玉鸿（第一章第二节） 舒国滢（第一章第三、七节，第二章第三节，第四章第六节） 高其才（第一章第四、五节，第二章第一节，第三章第一、二节） 张 骐（第一章第六、八节，第二章第二、五节） 王夏昊（第二章第四、五节） 付子堂（第四章第一、四、五节） 孙 莉（第四章第二、三节） 2014 年由舒国滢、王夏昊、梁迎修修订 |
| 法制史 | ▶ 编 著 | 赵晓耕 |
| 宪 法 | ▶ 主 编 | 韩大元 刘茂林 |
| | 撰稿人 | 韩大元 刘茂林 周叶中 |

| | | |
|-------------|-----|-----------------|
| 经济法 | 主 编 | 王卫国 |
| | 撰稿人 | 孙 虹 (第一、二章) |
| | | 管晓峰 (第三章) |
| | | 刘剑文 (第四章) |
| | | 金英杰 (第五章) |
| | | 赵红梅 (第六、七章) |
| 国际法 | 编 著 | 秦晓程 |
| 国际私法 | 主 编 | 黄 进 |
| | 撰稿人 | 黄 进 (第一至四章) |
| | | 杜志华 (第三章) 与黄进合写 |
| | | 肖永平 (第五章) |
| | | 郭玉军 (第六章) |
| | | 宋连斌 (第七章) |
| 国际经济法 | 主 编 | 张丽英 |
| | 撰稿人 | 张丽英 (第一至四章、第七章) |
| | | 韩立余 (第五、六章) |
| 司法制度和法律职业道德 | 编 著 | 高其才 |



出版新航考资
www.xhkzedu.com

为了适应国家司法考试的需要,应广大应试人员的要求,我们组织编写了《2014 年国家司法考试辅导用书》。

本套辅导用书根据司法部制定颁布的《2014 年国家司法考试大纲》编写,是国家司法考试工作的重要参考资料,可以作为广大应试人员系统复习及应考的必备用书。

2003 年,司法部国家司法考试中心曾组编出版了一套《国家司法考试辅导用书》,得到司法部主管领导、主管机关和社会各界的大力支持,法学界众多专家学者参加编写与修订工作,沿用至 2010 年,为应试人员参考提供了有益帮助。2011 年,我们以 2003 年辅导用书为基础,根据法学理论发展变化、法律法规及司法解释新颁和修改情况,对相关内容和编纂体例等方面进行了重新调整和编辑,取消修订版以新版形式发行。在 2011 年新版基础上,今年又按惯例进行了内容和形式上的修订和补充。

本套用书在撰写时力求反映和体现国家司法考试的特点,在注意学科科学性、系统性的同时,注重法学基本理论、法律实务与考试需求的结合,对应试人员应当掌握的各学科基本理论结合实际进行了系统阐释,有较强的指导性和适用性。在内容和体例编排上,为更加方便应试人员复习考试,本套用书结合备考规律,归纳提炼重要、疑难知识点及易错易混知识点和核心法条,进一步充实完善各学科每章的助考性提示内容和主要法律规定,同时增加了有关重要、疑难知识点的案例(实例)阐释,并将新增或调整较大部分内容在目录中加以标示,以方便应试人员对比复习。

本套用书根据司法考试的试卷内容范围分卷成册,共分 3 册。即:第一卷包括社会主义法治理念、法理学、法制史、宪法、经济法、国际法、国际私法、国际经济法、司法制度和法律职业道德;第二卷包括刑法、刑事诉讼法、行政法与行政诉讼法;第三卷包括民法、商法、民事诉讼法与仲裁制度。《2014 年国家司法考试法律法规汇编》(截止日期为 2014 年 4 月 30 日)作为辅导用书的配套部

分,与3册辅导用书同时发行。

在本书出版之际,我们向参加2014年新版辅导用书编写工作的专家学者表示衷心的感谢!向参与以上用书编写、审稿及修订工作,特别是曾经参与并为本书奠定基本框架的法学院校、专家学者表示衷心的感谢!向最高人民法院、最高人民检察院、司法部有关部门及单位给予的精心指导和大力支持帮助,表示衷心的感谢!

由于时间仓促,本书疏漏或不当之处,敬请广大应试人员和读者批评指正。

国家司法考试辅导用书编辑委员会

2014年4月

新华考资

www.xhkzedu.com



目 录

社会主义法治理念
新华考资
www.xhkzedu.com

| | |
|-------------------|------------------------------|
| 第一章 社会主义法治理念的基本理论 | 第一节 社会主义法治理念的基本概念和本质属性 / 001 |
| | 第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础 / 002 |
| | 第三节 社会主义法治理念的地位和作用 / 003 |
| 第二章 依法治国 | 第一节 依法治国理念的基本内涵 / 005 |
| | 第二节 依法治国理念的基本要求 / 007 |
| 第三章 执法为民 | 第一节 执法为民理念的基本内涵 / 009 |
| | 第二节 执法为民理念的基本要求 / 010 |
| 第四章 公平正义 | 第一节 公平正义理念的基本内涵 / 012 |
| | 第二节 公平正义理念的基本要求 / 013 |
| 第五章 服务大局 | 第一节 服务大局理念的基本内涵 / 015 |
| | 第二节 服务大局理念的基本要求 / 016 |
| 第六章 党的领导 | 第一节 党的领导理念的基本内涵 / 018 |
| | 第二节 党的领导理念的基本要求 / 020 |

法 理 学

| | |
|----------|----------------|
| 第一章 法的本体 | 第一节 法的概念 / 021 |
| | 第二节 法的价值 / 026 |
| | 第三节 法的要素 / 030 |

| | | |
|----------|-----|-----------------|
| | 第四节 | 法的渊源 / 037 |
| | 第五节 | 法律部门与法律体系 / 041 |
| | 第六节 | 法的效力 / 042 |
| | 第七节 | 法律关系 / 044 |
| | 第八节 | 法律责任 / 050 |
| 第二章 法的运行 | 第一节 | 立法 / 054 |
| | 第二节 | 法的实施 / 057 |
| | 第三节 | 法适用的一般原理 / 061 |
| | 第四节 | 法律推理 / 065 |
| | 第五节 | 法律解释 / 068 |
| 第三章 法的演进 | 第一节 | 法的起源 / 073 |
| | 第二节 | 法的发展与传统 / 076 |
| | 第三节 | 法的现代化 / 079 |
| | 第四节 | 法治理论 / 081 |
| 第四章 法与社会 | 第一节 | 法与社会的一般理论 / 085 |
| | 第二节 | 法与经济 / 087 |
| | 第三节 | 法与政治 / 088 |
| | 第四节 | 法与道德 / 090 |
| | 第五节 | 法与宗教 / 092 |
| | 第六节 | 法与人权 / 093 |

法 制 史

| | | |
|-----------|-----|---------------------|
| 第一章 中国法制史 | 第一节 | 西周至秦汉、魏晋时期的法制 / 095 |
| | 第二节 | 唐宋至明清时期的法制 / 104 |
| | 第三节 | 清末、民国时期的法制 / 116 |
| 第二章 外国法制史 | 第一节 | 罗马法 / 123 |
| | 第二节 | 英美法系 / 127 |
| | 第三节 | 大陆法系 / 131 |

宪 法

| | | |
|------------|-----|---------------|
| 第一章 宪法基本理论 | 第一节 | 宪法的概念 / 139 |
| | 第二节 | 宪法的历史发展 / 145 |
| | 第三节 | 宪法的基本原则 / 147 |

| | |
|----------------|-------------------------------|
| | 第四节 宪法的功能和作用 / 150 |
| | 第五节 宪法的渊源 / 152 |
| | 第六节 宪法典的结构 / 153 |
| | 第七节 宪法规范 / 155 |
| | 第八节 宪法效力 / 157 |
| 第二章 国家的基本制度(上) | 第一节 人民民主专政制度 / 159 |
| | 第二节 国家的基本经济制度 / 161 |
| | 第三节 国家的基本文化制度 / 164 |
| 第三章 国家的基本制度(下) | 第一节 人民代表大会制度 / 168 |
| | 第二节 选举制度 / 170 |
| | 第三节 国家结构形式 / 178 |
| | 第四节 民族区域自治制度 / 181 |
| | 第五节 特别行政区制度 / 183 |
| | 第六节 基层群众性自治制度 / 186 |
| 第四章 公民的基本权利与义务 | 第一节 公民基本权利与义务概述 / 190 |
| | 第二节 我国公民的基本权利 / 194 |
| | 第三节 我国公民的基本义务 / 203 |
| 第五章 国家机构 | 第一节 国家机构概述 / 207 |
| | 第二节 全国人民代表大会 / 209 |
| | 第三节 中华人民共和国主席 / 216 |
| | 第四节 国务院 / 217 |
| | 第五节 中央军事委员会 / 220 |
| | 第六节 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府 / 220 |
| | 第七节 人民法院与人民检察院 / 225 |
| 第六章 宪法的实施及其保障 | 第一节 宪法实施概述 / 231 |
| | 第二节 宪法的修改 / 232 |
| | 第三节 宪法的解释 / 234 |
| | 第四节 宪法实施的保障 / 236 |

新华考资
www.xhkzedu.com

| | |
|--------------|----------------------|
| 第一章 竞争法 | 第一节 反垄断法 / 239 |
| | 第二节 反不正当竞争法 / 253 |
| 第二章 消费者法 | 第一节 消费者权益保护法★ / 263 |
| | 第二节 产品质量法 / 271 |
| | 第三节 食品安全法 / 278 |
| 第三章 银行业法 | 第一节 商业银行法 / 289 |
| | 第二节 银行业监督管理法 / 303 |
| 第四章 财税法 | 第一节 税法 / 309 |
| | 第二节 审计法 / 326 |
| 第五章 劳动法 | 第一节 劳动法概述 / 329 |
| | 第二节 劳动合同法 / 333 |
| | 第三节 劳动基准法 / 345 |
| | 第四节 劳动争议 / 350 |
| 第六章 土地法和房地产法 | 第一节 土地管理法 / 355 |
| | 第二节 城乡规划法 / 365 |
| | 第三节 城市房地产管理法 / 367 |
| 第七章 环境保护法 | 第一节 概述 / 375 |
| | 第二节 环境保护法的基本制度 / 378 |
| | 第三节 环境责任和环境纠纷 / 382 |

国 际 法

| | |
|-------------------|--------------------------|
| 第一章 导论 | 第一节 国际法的概念、渊源和基本原则 / 387 |
| | 第二节 国际法与国内法的关系 / 393 |
| 第二章 国际法的主体与国际法律责任 | 第一节 国际法主体 / 396 |
| | 第二节 国际法律责任的构成和形式 / 408 |
| | 第三节 国际责任制度的新发展 / 411 |
| 第三章 国际法上的空间划分 | 第一节 领土 / 413 |
| | 第二节 海洋法★ / 417 |

| | |
|-------------------|-----------------------------------|
| | 第三节 国际航空法与外层空间法 / 425 |
| | 第四节 国际环境保护法 / 428 |
| 第四章 国际法上的个人 | 第一节 国籍 / 431 |
| | 第二节 外国人的法律地位 / 433 |
| | 第三节 引渡和庇护 / 436 |
| | 第四节 国际人权法 / 437 |
| 第五章 外交关系法与领事关系法 | 第一节 概述 / 440 |
| | 第二节 外交关系法 / 441 |
| | 第三节 领事关系法 / 447 |
| 第六章 条约法 | 第一节 概述 / 451 |
| | 第二节 条约的缔结 / 453 |
| | 第三节 条约的效力 / 455 |
| | 第四节 条约的解释和修订 / 457 |
| 第七章 国际争端的和平解决 | 第一节 国际争端与解决方法 / 461 |
| | 第二节 国际争端的法律解决方法 / 463 |
| 第八章 战争与武装冲突法 | 第一节 概述 / 468 |
| | 第二节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护 / 473 |
| | 第三节 战争犯罪 / 478 |
| | 国际法 |
| 第一章 国际私法概述 | 第一节 国际私法的概念 / 481 |
| | 第二节 国际私法的范围 / 484 |
| | 第三节 国际私法的渊源 / 487 |
| 第二章 国际私法的主体 | 第一节 自然人 / 493 |
| | 第二节 法人 / 497 |
| | 第三节 国家和国际组织 / 500 |
| | 第四节 外国人的民商事法律地位 / 504 |
| 第三章 法律冲突、冲突规范和准据法 | 第一节 法律冲突 / 509 |
| | 第二节 冲突规范 / 514 |
| | 第三节 准据法 / 517 |



| | |
|------------------|---------------------------|
| 第四章 适用冲突规范的制度 | 第一节 定性 / 524 |
| | 第二节 反致 / 525 |
| | 第三节 外国法的查明和解释 / 528 |
| | 第四节 公共秩序保留 / 532 |
| | 第五节 法律规避 / 535 |
| 第五章 国际民商事关系的法律适用 | 第一节 权利能力和行为能力 / 537 |
| | 第二节 物权 / 539 |
| | 第三节 债权 / 541 |
| | 第四节 商事关系 / 545 |
| | 第五节 婚姻与家庭 / 548 |
| | 第六节 继承 / 551 |
| | 第七节 知识产权 / 554 |
| 第六章 国际民商事争议的解决 | 第一节 国际民商事争议概述 / 555 |
| | 第二节 国际商事仲裁 / 556 |
| | 第三节 国际民事诉讼 / 564 |
| 第七章 区际法律问题 | 第一节 区际法律冲突与区际冲突法 / 577 |
| | 第二节 区际司法协助 / 580 |
| 第一章 导论 | 导论 / 593 |
| 第二章 国际货物买卖 | 第一节 概述 / 596 |
| | 第二节 《国际贸易术语解释通则》 / 599 |
| | 第三节 《联合国国际货物销售合同公约》 / 606 |
| 第三章 国际货物运输与保险 | 第一节 国际货物运输 / 618 |
| | 第二节 国际货物运输保险 / 630 |
| 第四章 国际贸易支付 | 第一节 汇付与托收 / 636 |
| | 第二节 信用证 / 640 |
| 第五章 对外贸易管理制度 | 第一节 我国的对外贸易法 / 650 |
| | 第二节 贸易救济措施 / 654 |
| 第六章 世界贸易组织 | 第一节 世界贸易组织概述 / 663 |



第七章 国际经济法领域的其他
法律制度

- 第二节 世界贸易组织的主要法律制度 / 667
- 第一节 知识产权的国际保护 / 675
- 第二节 国际投资法 / 685
- 第三节 国际融资法 / 691
- 第四节 国际税法 / 695

司法制度和法律职业道德

新华考资
www.xhkzedu.com

第一章 司法制度和法律职业
道德概述

- 第一节 司法和司法制度的概念 / 703
- 第二节 法律职业道德的概念和特征 ★ / 714
- 第三节 法律职业道德的基本原则 ★ / 717

第二章 审判制度与法官职业道德

- 第一节 审判制度概述 / 719
- 第二节 审判机关 ★ / 721
- 第三节 法官 ★ / 726
- 第四节 法官职业道德 / 732
- 第五节 法官职业责任 / 739

第三章 检察制度与检察官职业道德

- 第一节 检察制度概述 / 746
- 第二节 检察机关 ★ / 748
- 第三节 检察官 ★ / 752
- 第四节 检察官职业道德 ★ / 758
- 第五节 检察官职业责任 ★ / 761

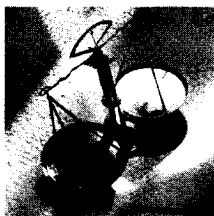
第四章 律师制度与律师职业道德

- 第一节 律师制度概述 ★ / 769
- 第二节 律师 ★ / 771
- 第三节 律师事务所 / 779
- 第四节 律师职业道德 / 788
- 第五节 律师执业行为规范 / 790
- 第六节 律师职业责任 / 797
- 第七节 法律援助制度 / 800

第五章 公证制度与公证员职业道德

- 第一节 公证制度概述 / 808
- 第二节 公证机构和公证员 / 810
- 第三节 公证程序与公证效力 / 816
- 第四节 公证员职业道德 / 823
- 第五节 公证职业责任 / 825

说明：“★”为新增或调整较大部分内容。



社会主义法治新编考资

www.xhkzedu.com

第一章

社会主义法治理念的基本理论

第一节 社会主义法治理念的基本概念和本质属性

一、社会主义法治理念的基本概念

法治通常的理解就是法律之治,即通过法律治理国家;同时,法治又指通过法律使权力和权利得到合理配置的社会状态。

法治理念是对法治的核心内容、本质要求、价值追求、重要使命以及根本保证等法治基本问题的集中概括和系统认识,是谋划法治战略的基准,是制定法律的指南,是实施法律的指导,也是理解并遵守法律的参照。各国的法治理念受制并决定于本国的社会性质、政治制度以及经济、文化和其他社会条件,不同国家的法治理念不可能完全相同,社会主义国家与资本主义国家之间在法治理念上更是存在着根本性区别。

我国的社会主义法治理念是中国特色社会主义的系统化的法治意识形态,反映和指引着社会主义法治的性质、功能、目标方向、价值取向和实现途径,是马克思主义法律思想中国化的最新成果,是社会主义法治的精髓和灵魂,是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

社会主义法治理念的基本内涵,集中概括为“依法治国、执法为民、公平正义、服务大局、党的领导”五个方面。依法治国是社会主义法治的核心内容,执法为民是社会主义法治的本质要求,公平正义是社会主义法治的价值追求,服务大局是社会主义法治的重要使命,党的领导是社会主义法治的根本保证。社会主义法治理念这五个方面的内涵,有机统一,相辅相成,各自从不同侧面系统地揭示出社会主义法治的主要原理,同时又完整地描绘出社会主义法治的基本图景。

二、社会主义法治理念的本质属性

1. 坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一,是社会主义法治理念的本质属性。社会主义法治理念要求在法治实践中,坚定不移地把党的领

导、人民当家作主和依法治国密切结合、有机统一起来。坚持党的领导,才能保证社会主义法治的正确方向,依法治国和人民当家作主才会有可靠的政治保证;坚持人民当家作主,党的领导和依法治国才会有坚实的群众基础,才能真正落实执政为民、执法为民的要求;坚持依法治国,党的领导和人民当家作主才具有鲜明的时代内涵,党的领导和人民当家作主的实现也才能有可靠的法律保障。“三者有机统一”贯穿于社会主义法治理念之中,是社会主义法治理念的核心与灵魂。

2. 坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上,是坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一的必然要求。坚持党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一的必然要求,在实践层面上进一步体现为坚持党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上。坚持党的事业至上,就是要在法治的具体实践中,坚持党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验,自觉贯彻党的路线方针政策,加强和维护党的领导,巩固党的执政地位;坚持人民利益至上,就是要在法治的具体实践中,坚持以人为本、执法为民,全面维护、实现和发展广大人民群众的根本利益,把人民群众的满意度作为检验法治实践成效的重要标准;坚持宪法法律至上,就是要把严格遵守宪法法律作为法治实践的基本要求,党要在宪法和法律范围内活动,执法和司法必须严格以宪法和法律为依据,任何组织和个人都不允许有超越宪法和法律规定的特权,在全社会树立宪法和法律的权威,树立执法与司法的公信力,维护社会主义法制的统一和尊严。

第二节 社会主义法治理念的理论渊源和实践基础

一、社会主义法治理念的理论渊源

社会主义法治理念具有丰富的理论渊源,马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论源脉,毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系是社会主义法治理念的重要理论依据,

中国传统文化、尤其是传统法律思想为社会主义法治理念提供了重要参照,西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了一定的借鉴。这些理论渊源奠定了社会主义法治理念充分的科学性。

1. 马克思主义法律思想是社会主义法治理念的主要理论源脉。马克思主义法律思想是马克思、恩格斯等革命导师依据辩证唯物主义和历史唯物主义观念,对于法律这一社会现象的系统认识和见解。马克思、恩格斯关于法的本质是统治阶级意志的体现,法是阶级统治的工具,以及法作为上层建筑必须服务于经济基础的思想,正是我国社会主义法治理念中依法治国、服务大局理念的理论渊源;马克思、恩格斯关于人民主权和人民民主思想,以及人权和实现“每个人全面而自由发展”的思想,正是我国社会主义法治理念中执法为民、公平正义理念的理论基础;列宁关于无产阶级专政与社会主义法治的思想,关于执政党的领导地位的思想,也正是我国社会主义法治理念中党的领导理念的重要理论根据。

2. 毛泽东思想、中国特色社会主义理论体系是社会主义法治理念的重要理论依据。毛泽东思想是马克思列宁主义在中国的运用和发展,是被实践证明了的关于中国革命和建设的正确的理论原则和经验总结。中国特色社会主义理论体系,是包括邓小平理论、“三个代表”重要思想以及科学发展观等重大战略思想在内的科学理论体系。毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想中有关社会主义民主与法治的理论,为社会主义法治理念的形成奠定了坚实的理论基础。科学发展观是同马克思列宁主义、毛泽东思想、邓小平理论和“三个代表”重要思想既一脉相承又与时俱进的科学理论,是我国经济社会发展的重要指导方针,是发展中国特色社会主义必须长期坚持和贯彻的重大战略思想。科学发展观揭示了社会主义法治事业发展的目标、方向和路径,进一步推动和指导了社会主义法治理念的形成和发展。党的十八大以来,以习近平同志为总书记的党中央提出,全面推进科学立法、严格执法、公正司法、全民守法,



坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设,不断开创依法治国新局面,为社会主义法治理念注入了新思想、新观点。在当代中国,坚持社会主义法治理念是坚持中国特色社会主义理论体系的必然要求。

3. 中国传统文化、尤其是传统法律思想为社会主义法治理念提供了重要参照。社会主义法治理念本着唯物主义历史观,结合当代社会的实际情况,辨别吸收了我国传统文化、尤其是传统法律思想中的一些有益因素,如“民为邦本”的思想,“法尚公平”、“法不阿贵”的思想,“治民无常、唯以法治”的思想,“德主刑辅”、“明德慎罚”的思想,以及我国民间传统中长期流行的“以和为贵”、“无讼是求”等观念,使社会主义法治理念根植于本民族深厚的历史文化土壤,显示出鲜明的文化特色和民族特色。

4. 西方资本主义法治思想为社会主义法治理念提供了一定的借鉴。西方资本主义法治思想是西方国家主流意识形态的重要组成部分。社会主义法治理念对西方资本主义法治理论的借鉴,一方面在于审慎地参考西方法治理论中有关法治构建与运作的一般性原理,如人民主权论、基本人权论、权力制约论、法律面前人人平等论、法律强制和权威论等理论,并根据中国国情对这些理论加以理解和诠释;另一方面体现在关注西方法治的现实发展和变化,适当吸收和参考现代西方实用主义法学以及社会法学派等理论流派强调法律的社会利益,突出法律实际运用的社会功效等观点和主张,深化对法治实践与外部社会联系的认识;同时,要正确辨识那些与资本主义国家本质相联系的法治理论与法律思想,坚决摒弃和排拒“三权分立”、绝对化的“司法独立”以及机械教条的“法条主义”等理论与观念。

二、社会主义法治理念的实践基础

社会主义法治理念具有深厚的实践基础,这一基础赋予了社会主义法治理念强大的生命力。

1. 社会主义法治理念建立于对我国社会主义初级阶段基本国情的深刻把握。我国的社会

性质、政治制度、经济发展水平、文化传统、自然资源条件、公民受教育程度以及地域特征、人口数量、民族及其分布状况等,构成了我国的基本国情。社会主义法治理念立足我国基本国情,把适应中国基本国情作为理念建构的出发点和归宿。社会主义法治理念基本内涵的五个方面,都是在充分考虑中国国情的基础上提出和阐发的。

2. 社会主义法治理念建立于对我国社会发展阶段性特征的正确判断。胡锦涛同志在党的十七大报告中,从八个方面深刻阐述了我国社会发展的阶段性特征。社会主义法治理念形成过程中,充分考虑了这些阶段性特征对我国法治的具体影响,把推进法治事业同解决发展阶段中面临的矛盾和问题紧密结合起来,从而使社会主义法治理念更加适应我国社会发展对于法治的实际要求。

3. 社会主义法治理念建立于对我国所处国际地位及国际环境的准确认知。在国际影响越来越大、国际地位不断提升的同时,我国也面临着日趋复杂的国际环境。社会主义法治理念的提出,为我们走中国特色社会主义法治道路创造了理论前提,从根本上保证了我国在法治意识形态领域中的独立性和自主性,保证了我国在法治意识形态领域不受制于人。

4. 社会主义法治理念建立于对我国法治建设经验教训的系统总结。新中国成立以来,特别是改革开放30多年来,我国社会主义法治建设事业取得了重大进步和巨大成就,积累了丰富的经验,也有过不少挫折和教训。社会主义法治理念产生于对这些经验教训的深刻认识和系统总结。社会主义法治理念既体现了党和国家在长期法治实践过程中所形成的对社会主义法治的成熟认识,也反映了广大人民在法治实践过程中所形成的普遍愿望与真实感受。

第三节 社会主义法治理念的地位和作用

一、社会主义法治理念是马克思主义法律思想中国化的最新成果

社会主义法治理念的形成和提出,是马克

思主义法律思想中国化进程中的一个重大突破,凝聚着我们党几代中央领导集体的重大智慧和艰辛探索。

早在新民主主义革命时期,我们党就在革命根据地进行了一系列法制创建和司法实践活动,为新中国法治建设积累了有益的经验。以毛泽东同志为核心的党的第一代中央领导集体,提出了人民民主专政理论和民主建国的重大方针,1954年制定了第一部《中华人民共和国宪法》,确立了人民代表大会制度等社会主义国家的基本制度,为社会主义法制建设创造了良好的开端。

以邓小平同志为核心的党的第二代中央领导集体,在总结新中国成立以来历史经验教训的基础上,提出了社会主义法治建设“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”的十六字方针,特别是1982年宪法的修改与实施,开启了我国社会主义法治事业全面推进的历史进程。

以江泽民同志为核心的党的第三代中央领导集体,把依法治国确定为我们党治国理政的基本方略,并将“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”载入宪法,在根本大法中确立了法治在国家和社会治理中的地

位,对法治事业的各项工作作出了全面筹划和部署。

以胡锦涛同志为总书记的中央领导集体,以科学发展观为统领,从建设社会主义法治国家全局的高度,在认真总结我国民主法治建设实践,充分借鉴人类法治文明优秀成果的基础上,创造性地提出了“社会主义法治理念”这一崭新概念,确立了我国社会主义法治建设的指导思想。

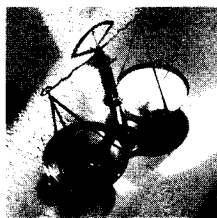
二、社会主义法治理念是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想

社会主义法治理念的形成并提出,是几十年来我国社会主义法治事业所取得的最为重要的成果,它科学回答了“什么是社会主义法治国家”和“怎样建设社会主义法治国家”这一重大理论和实践问题,标志着我们党对建设中国特色社会主义法治国家有了更为全面而系统的认识和把握,对中国共产党执政规律、执政方略有了更为深刻而成熟的认识和把握,是马克思主义法律思想中国化的最新成果,是我国社会主义法治事业必须长期遵循的指导思想。

本章应深入理解和准确把握社会主义法治理念与党的领导、人民当家作主、依法治国三者有机统一,党的事业至上、人民利益至上、宪法法律至上的关系;以及“三者统一”和“三个至上”的相互关系。

新华考资

www.xhkfzedu.com



社会主义法治理念



第一节 依法治国理念的基本内涵

一、依法治国是社会主义法治的核心内容

依法治国是法治国家的基本特征,从而也是社会主义法治的核心内容。依法治国,就是广大人民群众在党的领导下,依照宪法和法律的规定,通过各种途径和形式管理国家事务,管理经济文化事业,管理社会事务,保证国家各项工作都依法进行,逐步实现社会主义民主的制度化、法律化,使这种制度和法律不因领导人的改变而改变,不因领导人看法和注意力的改变而改变。

二、依法治国是我们党在治国理政方略上作出的重大抉择

新中国成立后,我们党领导人民在什么是社会主义以及怎样建设社会主义的主题下,对治国理政方略进行了长期艰辛的探索。经历了“文化大革命”的惨痛教训后,以邓小平同志为核心的党的第二代中央领导集体清醒地认识到,实行法治才是社会主义中国的治国之道和理政之策。与此同时,我国改革开放的伟大实践对实行法治形成了强烈的呼唤,建设社会主义市场经济,深化改革、扩大开放,都需要以良好的法治环境作为前提。不仅如此,改革开放以后所出现的我国社会结构、社会关系的深刻变化,社会成员生活方式、行为习惯以及思想意识和文化取向的重大改变,也对旧有的社会治理方式形成了巨大的冲击和严峻的挑战,从而进一步强化了在我国实行法治的现实需求。正是基于对历史经验教训的深刻认识,以及对社会发展现实及发展趋势的正确判断,我们党顺应时代潮流,把握历史机遇,在我国社会发展的关键时刻,作出了依法治国的重大决策,实现了我党治国理政方略的重大转变和历史性飞跃。

三、依法治国方略的实施是一项浩瀚庞大、复杂而艰巨的系统工程

深入实施依法治国基本方略,建设法治中国,必须坚持依法治国、依法执政、依法行政共同推进,坚持法治国家、法治政府、法治社会一体建设。

1. 坚持科学立法,构建和完善中国特色社会主义法律体系。构建和完善中国特色社会主义法律体系是依法治国方略实施的必要前提。迄至今天,一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现了有法可依。在新的历史条件下,要根据我国经济社会发展出现的新领域、新情况、新特点,坚持科学立法、民主立法,提高立法质量,及时制定、修改、完善各项法律制度,使立法更加充分地反映广大人民的意志,更加适合我国的具体国情。

2. 坚持严格执法,切实做到依法行政。法律的生命力在于实施。行政机关是实施法律法规的重要主体,依法行政是依法治国的一个关键环节,是法治国家对政府行政活动的基本要求。深入贯彻实施依法治国基本方略,要求必须坚持严格执法,切实做到依法行政。

一是要求合法行政。行政机关实施行政管理,应当依照法律、法规、规章的规定进行;没有法律、法规、规章的规定,行政机关不得作出影响公民、法人和其他组织合法权益或者增加公民、法人和其他组织义务的决定。

二是要求合理行政。行政机关实施行政管理,应当遵循公平、公正的原则,平等对待行政管理相对人,恰当行使自由裁量权,正确使用相关行政措施和手段,避免损害当事人的合法权益。

三是要求程序正当。行政机关实施行政管理,应尽可能公开,注意听取公民、法人和其他组织的意见;应严格遵循法定程序,依法保障行政管理相对人、利害关系人的知情权、参与权和救济权。

四是要求高效便民。行政机关实施行政管理,应当遵守法定时限,积极履行法定职责,提高办事效率,提供优质服务,方便公民、法人和

其他组织。

五是要求诚实守信。行政机关公布的信息应当全面、准确、真实;非因法定事由并经法定程序,行政机关不得撤销、变更已经生效的行政决定。

六是要求权责统一。通过科学的法律和其他制度,合理规定和配置行政机关及其工作人员的权力和责任,保持责任与权力的对应;行政机关违法或者不当行使职权,应当依法承担法律责任,切实做到执法有保障、有权必有责、用权受监督、违法受追究、侵权须赔偿。

3. 坚持公正司法,维护社会公平正义。公正司法是维护社会公平正义的最后一道防线。司法发挥着保证法律的正确实施,保障社会成员合法权益,建立和维护正常社会秩序等重要作用。实现公正高效权威的司法,对于依法治国方略的实施具有举足轻重的意义。

要坚持司法公正。严格以事实为根据,以法律为准绳,同时理性地权衡案件所关涉的各种社会利益,妥善把握和处理案件所关涉的各种关系,对各类案件作出正确处理,对各种纠纷予以有效化解,努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。

要实现司法高效。合理配置司法资源,不断完善司法程序,切实改进司法作风,充分利用科学技术,全面提升司法活动的效率,有效应对社会生活中不断增长的司法需求。

要树立司法权威。司法机关和司法人员要切实做到公正、高效、廉洁司法,提高司法的公信力;全社会要依照宪法的规定,尊重司法机关依法独立行使审判权和检察权,尊重司法机关作出的生效裁决。

4. 坚持全民守法,形成守法光荣的良好氛围。社会成员知法、信法、守法、用法,是依法治国方略实施的社会基础。我国宪法明确规定,一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企事业单位都必须遵守宪法和法律。每一个党员特别是各级领导干部,要模范带头遵守法律;每一个社会成员在享有宪法和法律规定的权利的同时,必须自觉履行宪法和法律规定的义务,尤其是在享受自由和行使权利时,不



得损害国家利益、社会利益以及其他社会主体的合法权利与自由,必须依照法定的程序、运用法律规定或法律允许的方式与手段表达利益诉求,维护自身权益。要广泛深入地开展法制宣传教育,使全体社会成员掌握和熟悉法律法规的基本原则和主要内容,弘扬社会主义法治精神,树立社会主义法治理念,增强全社会学法尊法守法用法意识,提高领导干部运用法治思维和法治方式深化改革、推动发展、化解矛盾、维护稳定能力。

5. 强化监督制约,构建权力制约监督体系与机制。社会主义法治是“治官之治”和“治权之治”。要从法律上构建起“以权力制约权力、以权利制约权力、以道德制约权力”的权力制约监督体系与机制,以保证执政党的权力和立法、执法、司法等各种权力的设置和行使始终不偏离我国民主政治的正确轨道。要围绕权力运行的总体目标,进一步完善各种权力的配置,统筹发挥国家权力机关的监督、政协的民主监督、人民检察院的法律监督、人民法院对于行政机关行政行为的监督、专门监督机关的监督以及行政机关自我约束与监督的作用,扩大公民对国家和社会事务管理的有序参与,强化人民群众对各级国家机关及其工作人员的广泛监督,同时重视和发挥舆论监督的作用。要从法律上规范各种监督行为,不断提升监督的科学性、合理性、建设性和实效性。

第二节 依法治国理念的基本要求

一、充分发挥依法治国方略在全面推进中国特色社会主义事业中的重大作用

要把依法治国方略的实施与我国不同发展阶段的主要实践结合起来,突出依法治国在不同发展阶段中的不同重点,发挥依法治国在不同时期的特殊功能与作用。

1. 充分运用法律手段,保障我国经济的全面协调可持续发展。按照经济建设的总体布局以及经济发展的实际要求,在进一步完善社会主义市场经济基本规则的同时,发挥法律在科技进步、知识产权、自然资源和生态环境、农村

发展、财政金融等经济发展的关键领域和关键环节中的调节、规制、保障和促进作用,切实维护经济的平稳较快发展。

2. 充分运用法律手段,推动我国社会建设事业的进一步完善。要尽快实现基本养老、基本医疗、工伤、失业、生育等方面社会保险的法律化,加快公共卫生保障、文化教育、保障性住房等领域的立法,建立和完善社会困难群体的救助制度,形成全面覆盖社会建设各项事业的法律构架和法治化的运行机制,保障和促进我国社会建设事业的快速发展。要进一步明确基层组织法律地位,从法律上确定基层组织的基本职能及主要工作方式,将基层运作逐步纳入法治化轨道。

3. 充分运用法律手段,不断创新社会治理方式。要坚持系统治理、依法治理、综合治理、源头治理,在深刻把握社会运行的规律和特征的基础上,探索运用法治思维和法治方式推进社会治理,特别是针对社会治理领域中的重点人群、重点活动、重点区域以及重点行业,建立起以法律手段为主体、多种手段协调与配合的管理和控制体系,构建人民调解、行政调解、司法调解三位一体的解决社会纠纷的大调解格局和体系。

二、实现法律手段与其他社会治理方式的有机结合

社会主义法治理念不认同“法律万能”的思维偏向。社会主义法治理念的这一特征,与西方资本主义法治理论中片面、绝对化的“法律中心主义”具有重要区别。在我国社会的规范体系中,除了宪法和法律等规范性法律文件外,还有党的方针政策、党纪党规、社会主义道德准则、各种社会组织合法的规章制度,以及为人民群众所广泛认同的民规、民俗、民约等等。所有这些规范,都对我国社会关系具有调整作用,都对社会成员的行为具有约束或导向功能。要全面发挥各种社会规范的调整作用,综合协调地运用多元化的手段和方式来实现对国家的治理和管理。要坚持依法治国与以德治国的有机统一。社会主义法律与社会主义道德同属于上层

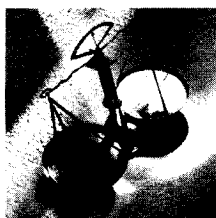
新华考资

www.xinhua.com

建筑,共同体现着我国社会主义国家的根本性质,共同反映着广大人民的社会理想与社会要求,共同体现着社会主义核心价值观;法治和德治相辅相成,互为补充,共同发挥着维护社会秩

序,规范社会成员的思想和行为的作用。依法治国与以德治国的结合与统一,不仅强化和提升了依法治国的实际成效,也使社会主义道德在法治社会中焕发出新的生命力。

本章难点是准确理解和把握科学立法、严格执法、公正司法、全民守法和监督制约的具体内涵。



社会主义法治新理论考资

www.xhkzedu.com

第三章 执法为民

第一节 执法为民理念的基本内涵

一、执法为民是社会主义法治的本质要求

执法为民的基本涵义是,立法机关的立法活动、行政机关的执法活动、司法机关的司法活动等社会主义法治实践活动,都必须以广大人民的根本利益为出发点,反映广大人民的意志与愿望,体现广大人民的情感与要求,切实维护人民群众的正常利益,为人民群众有效地行使民主权利,参与国家和社会管理,自主地从事各种正当的经济、社会、文化活动,合理地追求生存和生活状态的改善,提供法律上的支持与保护。与此同时,引导和帮助人民群众学法用法、遵纪守法,使人民群众逐步熟悉和适应法治环境,学会在法治条件下处理各种事务的本领,从容自如、有尊严地生活在社会主义法治社会之中。执法为民的实质就是法治为民。

二、执法为民体现了党的根本宗旨和国家的社会主义性质

1. 执法为民是党的根本宗旨在法治事业中的具体贯彻。我们党把全心全意为人民服务作为根本宗旨,把“立党为公,执政为民”作为党的重要执政理念。执法为民,就是要把我们党全心全意为人民服务的宗旨,通过各种具体的法治活动,进一步贯彻落实到国家治理过程之中,特别是通过维护广大人民群众的基本权益,保障人民群众日益增长的物质文化需求的逐步满足,更好地兑现党对广大人民群众作出的政治承诺。

2. 执法为民是我国社会主义性质的必然要求和实际体现。我国社会主义性质内在的规定了我国法治执法为民这一品质。我国宪法第2条明确规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”我国的法治事业必然、也必须高扬执法为民的大旗,把社会主义以人民利益为先、置人民利益为上、视人民利益为根本追求的国家本质与特性彰显于法治实践之中,使社会主义制度的优越性和先进性通过法治事业而得到充分展示与体现。

3. 执法为民是新时期我国民主政治实践创新的必由之路和重要内容。在新的历史时期,随着法治的推行,我国民主政治的实践创新在很大程度上体现为执法为民理念的确立和践行。执法为民就是要求在法治实践中,充分关注民情,着力改善民生,切实保障民权,努力扩大和发展民主,使“权为民所用、情为民所系、利为民所谋”的要求在法治领域得到全面贯彻,使“立党为公、执政为民”的理念通过各项具体的法治活动得到落实和体现。

4. 执法为民是我国社会主义法治事业顺利推进的重要动力。执法为民是我国法治赢得广大人民认同、支持和参与的重要前提和条件。从执法为民理念中,人民群众可以明确地意识到他们在法治社会中的主体地位,真切地感受到他们的合法权利和正当利益在法治社会中所得到的保障和维护,从而把社会主义法治事业当成自己的事业。

三、构建以社会成员为主体、以人民利益为核心的权利保护体系

1. 保障和维护人民民主权利。坚持和完善人民代表大会制度,不断拓展人民群众依法参与国家事务、社会事务和经济、文化等各项事业管理的渠道,不断丰富民主选举、民主决策、民主管理以及民主监督的内容,不断提升人民群众民主权利的质量,坚决制裁和打击各种危害民主权利、妨碍人民群众行使民主权利的行为与活动,切实保障人民群众的民主权利不受侵害。同时,引导人民群众规范、有序地参与国家和社会的管理,理性地表达自己的社会主张和利益诉求。

2. 保障和维护公民基本权利和自由。我国宪法赋予公民广泛的权利和自由,我国法律、法规依据宪法,对公民基本权利和自由的具体内容、范围以及行使或享有方式,对公民基本权利和自由受到侵害时的救济途径与手段,对危害公民基本权利和自由行为的防范与制裁作出了具体的规定,从而使公民基本权利和自由的行使或享有,获得了系统化的

保障。

3. 保障和维护广大人民群众经济、社会、文化权利。我国宪法和法律对社会成员经济、社会、文化权利及其行使作出了明确而具体的规定,为满足广大人民群众日益增长的物质和文化生活需求提供了充分的保障。

4. 保障和维护少数民族、妇女、儿童、老年人和残疾人合法权益。社会主义法治从改善民生的整体状态,保证社会成员的均衡发展,维护各民族共同繁荣进步的实际要求出发,对少数民族、妇女、儿童、老年人和残疾人的合法权益给予了特殊保护,从更深层面上展示出我国社会主义法治执法为民的内在追求。

第二节 执法为民理念的基本要求

一、自觉践行执法为民理念

1. 坚持以人为本。以人为本是科学发展观的核心。执法为民,就是要把以人为本的原则和精神贯彻和体现在具体的法治实践中,突出人在法治社会中的主体地位,使执法活动更加富有人性化特征,把保护人的生命与自由,推动人的发展与进步视为法治的终极追求,把广大人民群众的重要关切转化为执法工作的具体目标,把广大人民群众的满意度作为评判执法工作的主要标准。

2. 着眼于保障和改善民生。民生的改善是人民群众最主要、最直接的愿望。要把改善民生作为执法的第一要务,充分发挥法律的特殊社会功能,通过法律的有效实施,加快经济全面协调可持续发展,逐步提高人民群众的物质生活水平,加大对困难群体的社会救助、社会扶持和社会保障,加大对困难群众维护合法权益的法律援助,依法防范和打击各类危害人民群众利益的违法犯罪活动,建立规范、顺畅的民情民意表达和反映机制,依法妥善、及时地处理和化解涉及人民群众利益的社会矛盾,推动人民群众生存和生活状态的实际改善。

3. 倡导和注重理性文明执法。理性文明执法是人民群众对于执法活动的强烈要求。执法机关及其工作人员要从有利于人民群众出发实

新华考资
www.xhksedu.com

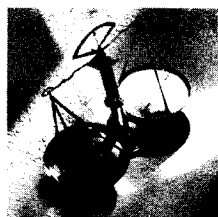
施执法行为,冷静应对处置各种矛盾和冲突,遵守执法程序,讲究执法方式,改善执法态度,注重执法艺术,始终做到仪容整洁、言行文明、举止得当、尊重他人,使各种执法活动真正为广大人民群众所充分理解和接受。

4. 切实做到便民利民。便民利民是我们党的优良作风和传统在法治实践活动中的具体体现。要在不损害实质性法律利益和不违反法定程序的前提下,尽可能为人民群众行使权利和履行义务提供各种便利,不断改革和完善各种执法程序和执法手续,科学、合理地设置执法流程,减少当事人的成本和诉累。执法人员要牢固树立服务意识,寓管理于服务之中,用主动、热情和高效的服务,赢得人民群众对执法活动的配合和尊重。

二、坚持国家利益、社会利益和个人利益的高度统一

社会主义法治执法为民的理念,与资本主义法治理论中以自由资本主义为实践背景的“个人权利至上”的主张存在着重要区别。社会主义法治高度重视和强调人民利益,倡导和要求执法为民,但并不意味着认同个人权利的绝对化。执法为民理念明确地寓含着引导和教育人民群众遵纪守法的要求。要引导和教育人民群众正确对待和行使自己的各项权利与自由,妥善、合理地处理个人与其他主体之间的利益矛盾与冲突,自觉履行法律义务、道德义务和社会责任,在行使个人权利、享受个人自由的同时,不得损害他人合法利益和社会利益。

本章应正确理解和把握为什么要把执法为民作为社会主义法治理念的重要内容。



社会主义法治理念

第四章 公平正义

第一节 公平正义理念的基本内涵

一、公平正义是社会主义法治的价值追求

公平正义是人类社会的共同理想,是和谐社会的基本内容和特征。公平的朴素含义是公允持平、不偏不倚、办事公道、利益均衡;正义则意味着惩恶扬善、激浊扬清、是非清楚、道义分明。社会主义法治理念中的公平正义涵盖了这些朴素意蕴,并使之法律化,通过法治实践活动,使每一个社会成员的正当利益和合理诉求平等地在法律中得到表达和体现,公平地得到法律的保障和维护,并在法律的支持下公正地得到实现和满足,使人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义。

二、公平正义是一个历史性范畴

不同社会条件下,公平正义的实际内容及其实现方式和手段具有重要差异,人类社会不存在普适于一切国度、完全相同一致的公平正义的标准。社会主义法治理念中的公平正义,既借鉴了人类社会在追求公平正义实践中所形成的某些共同经验,把法律面前人人平等反映公平正义精神的内容确定为社会主义法治的重要原则,同时又从我国经济、政治、文化以及社会发展的客观要求与实际状况出发,对公平正义的含义作出自己的理解和诠释,体现了人类文明、理性与中国国情的高度统一,体现了个体特殊利益与社会整体利益的高度统一,体现了社会价值追求过程中理想与现实的高度统一。

三、公平正义是我国社会主义各项事业的价值基础

1. 公平正义是我国社会主义社会所倡导和维护的主流价值。我们党在领导革命、建设和改革事业过程中,始终贯穿着对公平正义的不懈追求。社会主义的优越性,在很大程度上也体现于这种社会制度较之其他制度能够更有效地保障和实现社会的公平正义。因此,社会主义法治不仅应当鲜明地体现出公平正义的特性,而且必须有效维护社会公平正义这一主流价值。



2. 公平正义是人民群众的强烈愿望与迫切要求。随着我国经济社会的发展,人民群众对平等享有、平等保护、平等参与、平等选择、平等竞争、平等发展的关注和期待也愈趋强烈,对有失公平、有损平等、有碍公正、有违正义的行为与现象也更为敏感和不满。在此背景下,社会主义法治必须以坚定地维护公平正义的具体实践,回应人民群众的愿望与要求,让社会主义法治所寓含的公平正义实际地惠及广大人民群众。

3. 公平正义是构建社会主义和谐社会的必由之路。公平正义既是和谐社会的重要内容,也是和谐社会的重要特征。要积极运用法治手段,维护和促进社会公平正义,为社会成员提供共同的价值准则,为恰当处理人与人、人与社会以及人与自然之间的关系提供理性依据,为全社会提供协调一致的意识力量,推动社会各方面共同走和谐发展的道路。

4. 公平正义是树立和强化法律权威的必要前提与保证。公平正义是法律的灵魂,只有充满公平正义精神的法律,才会为社会成员真心认同,并自觉遵守;公平正义又是法律实施的引导,只有把握公平正义的实质,才能全面体现法律实施的积极效果;公平正义更是社会主义法律工作者的信仰,只有对公平正义的崇尚与尊重,才能保证立法、执法和司法活动始终不偏离社会主义法治的轨道。

四、坚持公平正义的基本原则

1. 坚持法律面前人人平等原则。法律面前人人平等是现代法治的基本要求,是衡量法治公平正义的主要标尺。所有社会成员,不论其年龄、性别、民族、地域、文化程度、职业、身份、贫富等状态,在法律地位和权利义务方面一律平等,在法律适用中受到平等的对待;一切社会组织和个人,在享有宪法和法律规定的权利的同时,必须履行宪法和法律规定的义务;任何组织和个人都必须遵守宪法和法律,不得有超越宪法和法律的特权;禁止对任何社会群体和社会成员实行法律上的歧视,非经法定程序并基于法定事由,不得限制或剥夺任何社会组织和

个人所享有的权利和利益,同时,在社会组织和个人的合法权益受到侵害时,给予平等的救济。

2. 坚持以事实为根据,以法律为准绳的原则。以事实为根据,以法律为准绳,是从法治运行的客观规律和客观要求中提炼出来、旨在保障公平正义在法律实施环节具体实现的一项重要原则。以事实为根据,要求在法律实施中保持对事实真相的准确把握,充分重视证据的作用,把对事实的认定建立于充分、可靠的证据支撑之上;以法律为准绳,则要求在法律适用中,全面地掌握法律、法规的具体规定,准确地理解法律、法规的实质精神,恰当地把法律、法规运用于对相关事实的处理。

3. 坚持不偏不倚、不枉不纵、秉公执法原则。这一原则是公平正义在法治具体实践层面上的直接体现。执法者应当保持正确的执法立场,忠实地当好法律的“看门人”,既不偏听偏信,更不偏袒偏护,为当事人提供公平的机会与手段,给予当事人平等的保护和帮助,审慎地使用法定幅度内的自由裁量权,注重执法过程的公开透明,做到自身清正廉洁,在执法活动中不徇私情,不谋私利。

第二节 公平正义理念的基本要求

一、正确处理法理与情理的关系

我国法律反映了社会公平正义的主要内容,但法律并不能覆盖社会公平正义的全部内容。社会主义法治公平正义的实现,必须注重法理与情理的相互统一,用法理为情理提供正当性支持,以情理强化法理施行的社会效果。在执法和司法过程中,既要遵循法律、法规的相关规定,也要参考其他社会规范,同时适当考虑人民群众的普遍性情感,既要维护执法的严肃性,又要考虑社会现实状况和人民群众的接受程度;要妥善、恰当地解决法治实践中可能存在的局部性、个别性的“合理不合法”或“合法不合理”的问题,在不违反法律基本原则,不损害法律权威的前提下,能动地运用法律技术和法律手段,兼顾法理与情理的要求,寻求相关利益的平衡与妥协,使这类特殊问题的解决更趋于

新华考资
www.xhkdzu.com

实质上的公正。

二、正确处理程序与实体的关系

程序与实体是法治体系的两大组成部分,法治的公正也分别通过程序公正和实体公正两个方面得以体现。程序公正与实体公正具有密切的联系。程序公正是实体公正的外部形式,是实体公正得以实现的重要途径和重要保证;实体公正是程序公正的内在目标,也是程序公正的价值和意义所在。在法治实践活动中,要正确处理好程序与实体的关系,把握好两者之间的合理均衡,一方面,应当高度重视程序的约束作用,严格遵守法定程序,切实保证程序的公正;另一方面,不应极端化地强调程序而忽略实体上的公正,反对那种“只要程序公正,实体则必然公正”,以及“只要程序正确,实体则可以在所不问”观念和做法。

三、正确处理公正与效率的关系

公正与效率是社会主义法治实践活动所追求的共同目标。实现公平正义,必须同时兼顾公正与效率。一方面,不能为片面追求效率而损伤实质公正;另一方面,又必须看到,公平正义的实现,离不开法治活动效率的不断提高,如果执法者在法治活动中拖延推诿,贻误怠慢,使人民群众的正当权益得不到及时的保护或实现,同样是对人民群众的不公正。

本章要注意理解和把握公平正义的基本原则;难点在于:在实现公平正义过程中,如何正确理解和处理法治实践中的各种关系。

四、正确处理普遍与特殊的关系

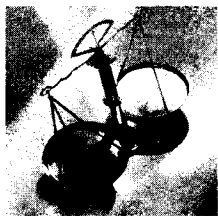
法律是全社会平等适用的普遍性社会规范,维护法律及其实施的普遍性,是实现公平正义的必要前提。为此,必须强调法制的统一性,坚持法律面前人人平等,以体现对法律这种普遍性的尊重。同时,又必须从我国地域间、城乡间、阶层间、群体间发展很不平衡,社会成员所处社会环境、所具有的社会条件差异较大这一客观事实出发,在法律制定及其适用中,对特殊地域以及特殊群体或个体作出必要的区别化对待,特别是为不发达地区、困难群体或个体提供更多的发展机遇,给予更为完善的法律保护。

五、正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系

我国司法和其他社会纠纷解决手段都担负着实现公平正义的责任,但司法是解决社会纠纷、保证公平正义的最后一道防线。要正确处理司法与其他社会纠纷解决手段的关系,在社会矛盾和纠纷的解决中,恰当地发挥司法的功能,克服过度依赖司法、过多依靠裁判的偏向,把有限的司法资源运用于维护和实现公平正义的关键环节,广泛调动各种社会力量,构建多元化的社会矛盾纠纷化解机制,运用多方面社会资源解决矛盾和纠纷。

新华考资

www.xhkzedu.com



社会主义法治理念

第五章
服务大局
新华考资
www.xhkzedu.com

第一节 服务大局理念的基本内涵

一、服务大局是社会主义法治的重要使命

服务大局的核心内容是:社会主义法治的各项事业都必须紧紧围绕党和国家的中心任务和大政方针而开展,社会主义法治的各项工作都必须服从和服务于党和国家的根本利益以及社会发展的总体要求,社会主义法治的各种具体实践活动都必须充分考虑和高度重视对社会发展和社会运行全局的影响。服务大局理念是依据马克思主义基本原理对法律功能和作用所作出的概括而通俗的表述,它既为法治实践活动提供了明确的目标和导引,也为法律工作者以及广大人民群众认知和理解法治实践活动的社会意义提供了简明的依据和参照。

二、服务大局理念揭示了我国社会主义法治的科学性和实践性

1. 服务大局是对马克思主义法律思想的实践诠释。马克思主义法律思想的一个重要原理就在于,法或法治作为上层建筑的重要组成部分,受制并决定于经济基础,同时又必须服务于经济基础的发展与巩固;马克思主义法律思想同时还认为,法律是统治阶级意志的体现,是统治阶级实现社会统治的工具。正是依据马克思主义法律思想中的这一重要原理,我国社会主义法治理念明确地把追求执政党和国家根本利益的实现,服从和服务于我国经济、政治、文化和社会发展的全局工作,确立为社会主义法治的重要使命。

2. 服务大局是对法治运行实际状况和客观规律的深刻认知和正确把握。当今社会,法治实践与外部社会的联系日益密切,法律的社会功能愈显突出。法治实践必须着眼于外部社会的要求,注重对外部社会的影响,把法治实践活动与社会发展的大局密切联系起来,把法律的实施紧密地维系于社会发展的大局之中。只有认识大局、服务大局,才能正确把握法治实践的目标和方向,全面理解法律的内在精神,充分考虑和重视法治实践所关涉的一切社会因素,确保法律实施的社会效果。

3. 服务大局是对我国社会发展总体格局和态势的必要配合和积极回应。在国际环境日益复杂,国内社会转型过程中各种矛盾集中而突出,各种重大自然与社会事件频发的大背景下,必然要求进一步强化国家的核心影响力,以便综合统筹社会各项事业以及各方面的社会力量,全国一盘棋,合力推动社会发展和社会改革,全面、有效地应对和解决社会发展和社会改革中遇到的各种矛盾和问题。这种格局必然要求我国社会主义法治事业把服务大局作为自己的重要使命,配合、服从党和国家大局;法治实践活动必须立足大局,把握主流,充分考虑到各种矛盾或问题的深层次原因和关联性社会影响,审慎地把握解决这些矛盾或问题的方式和方法,从有利大局出发使矛盾或问题得到妥善解决。

三、充分认识和正确把握我国社会主义条件下大局的基本特征

1. 认识大局的根本性。我国社会主义条件下的大局,集中代表了党和国家以及广大人民的根本利益和长远利益,反映着社会主义事业的整体要求,具有根本性特征。认识大局的根本性,就要认真学习和理解党和国家的大政方针和主要政策,从中认知大局;就要把握社会发展的主要趋势,从中把握大局;就要善于在纷繁复杂的社会实践中,分清主流与支流,弄清现象与本质,从中感悟大局。

2. 坚持大局的统领性。大局的统领性主要体现在,强调社会各方面对大局利益和要求的自觉服从,防止和杜绝一切有违大局要求、危害大局利益的行为。从法治工作角度坚持大局的这种统领性,就是要将各项法治实践活动自觉地纳入到党和国家的总体战略部署之中,使法治实践活动成为实现党和国家总体战略部署的有机组成部分。与此同时,要维护法制的统一性,排除和克服一切形式的地方保护主义或部门和行业保护主义,警惕各种利益集团对于立法、执法和司法活动的影响,消除法律实施中的“禁区”,用法制的统一性体现和实现大局的统领性。

3. 适应大局的历史性。我国社会主义事业正处于快速发展之中,与之相应,党和国家的中心任务也随着社会发展的需要而不断调整与更新,人民群众的共同关切也会随着社会发展和逐步变化和转移。因此,大局具有一定的历史性。社会主义法治实践要更好地服务于大局,就必须适应大局的这种历史性。法治工作对大局历史性的适应,要着重克服和解决法律固有的稳定性以及由此而带来的法律的相对滞后性、司法机关职能固有的限定性以及以此而带来的履职的相对被动性与发展变化之间的矛盾。为此,要加强立法工作的主动性,把法律的制定与修改和社会发展的全局密切结合起来,尽可能实现立法与社会发展变化的基本同步;要保持法律实施的开放性,根据不同时期大局的不同内容,明确法治工作的重点任务,动态地适应社会发展大局的变化。

4. 分辨大局的层次性。我国社会中的大局是由地方与中央、部门与整体统一构成的,具有一定的层次性。必须明确,我国社会主义法治所服从和服务的大局,始终是党和国家大局,地方和部门大局只有在符合党和国家大局要求、不与党和国家大局发生冲突的前提下,才具有大局的意义,才能得到法治工作的尊重。要正确认识和处理地方或部门大局与党和国家大局之间的关系,坚定不移地坚持地方服从中央、局部服从全局的大局观念和大局原则,决不允许把地方或部门的利益要求凌驾于党和国家大局之上。对于那些借维护大局之名,追求地方或部门一己之利,既损害法律基本原则,又与党和国家大局要求相冲突的行为,应当予以明确抵制。

第二节 服务大局理念的基本要求

一、法治实践活动要坚持围绕中心、服务大局

1. 坚持在法治实践中全面贯彻党和国家的大政方针。党和国家的大政方针既是大局的直接体现,也是识别大局的主要依据。保证服务大局理念的落实,必须坚持在法治实践中全面贯彻党和国家的大政方针。要围绕党和国家大



政方针的要求,组织和开展法治实践活动,根据党和国家的中心任务,及时制定法律实施和适用的具体政策,突出法治实践活动的目的性;要把党和国家的政策作为法律适用中的重要参考依据,特别是在法律、法规的规定不完备、不明确或不够具体的情况下,更应充分发挥政策对于法律的补充作用;要结合党和国家的大政方针,对法律条文作出符合社会发展现实的合理解释,增强法律条文的实用性和适应性。

2. 高度重视法治实践活动的社会效果。法治实践活动的社会效果,是检验法治为大局服务具体成效的主要依据。因此,我国社会主义法治必须高度重视法治实践活动的社会效果,坚持法律效果与社会效果的高度统一。在立法环节,不仅要追求法律体系形式上的完备,更应重视法律、法规的内容是否符合社会发展的实际条件和状况,是否为广大人民群众所认同和接受;在法律实施环节,不仅要依照法定程序,把法律正确地适用于具体事实,更要审视法律适用对于解决实际问题的效果及可能产生的社会影响,特别是在社会矛盾纠纷的处理中,要力求做到案结事了,怨随案清;在法律监督环节,要把人民满意度等综合反映社会效果的各

项指标,作为检验和评价法治实践活动的客观标准,强化在社会效果方面的责任约束。

3. 注重和强调各地方、各部门以及各机构的协调与配合。各地方、各部门、各机构必须摒弃狭隘的地方、部门或机构利益,站在大局的高度,正确对待和处理法治实践活动中面临的各种问题。要合理配置各种法治资源,着力构建既有利于相互监督与制约,也更有利于相互合作、彼此支持的法治运行体系,从制度和机制层面上消除影响协调与配合的各种障碍。

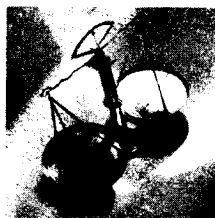
二、依法正确履行职责

法治机关及其工作人员要充分履行职责,以高度负责的精神,恪尽职守,爱岗敬业,不折不扣地完成职责范围内的各项事务;要正确履行职责,要求法治机关及其工作人员在法治实践中始终保持科学的态度、严谨的作风和求真务实的精神,遵从法治运行的客观规律,坚守法律的基本原则;要能动履行职责,特别是在处理各种案件时,要善于把社会发展和社会治理的总体要求导入到案件的处理之中,通过能动的执法和司法,有效践行社会主义法治服务大局的重要使命。

本章应正确理解和把握为什么要把服务大局作为社会主义法治理念的重要内容,以及怎样把服务大局的原则与法治的具体实践有机结合起来。

新华考资

www.xhkedu.com



社会主义法治理念

第六章 党的领导

第一节 党的领导理念的基本内涵

一、党的领导是社会主义法治的根本保证

中国共产党是社会主义事业的领导核心。坚持党对法治事业的领导,是我国社会主义法治的主要特色,也是我国社会主义法治的根本保证。社会主义法治理念中的党的领导,就是指党通过路线、方针和政策的实施与贯彻,依靠各级党组织作用的正确发挥,把握我国法治事业发展的根本方向,决定我国法治事业的战略部署,推动我国法治事业的总体进程,协调我国法治事业中的重要关系,指导我国法治实践活动的具体开展。社会主义法治理念旗帜鲜明地突出和强调党对我国社会主义法治事业的领导地位和领导作用,为我国社会主义法治事业健康发展和顺利推进提供了坚实的保障,更加坚定了广大人民群众对于走中国特色社会主义法治道路的信心和决心。

二、深刻认识坚持党对社会主义法治事业的领导的客观必然性

1. 党在长期革命建设中逐步形成的历史地位决定了社会主义法治事业必须坚持党的领导。中国共产党领导中国各族人民经过浴血奋战,经历了光荣牺牲,取得了执政地位;夺取政权后,党又带领广大人民建设了强大的社会主义国家。中国共产党的丰功伟绩奠定了党在国家中绝对的领导地位和崇高的社会威望,从而也决定了党对于包括法治在内的一切社会主义事业,具有不可替代、不可动摇的领导权力。因此,社会主义法治事业必须把党的领导作为首要前提和根本保证。对任何否定、怀疑或削弱党对法治事业领导的认识和倾向,都应当予以高度警惕和坚决抵制。

2. 社会主义法治事业的实际推行必须依靠党的领导。世界各国实践表明,在任何社会条件下实行法治,都必须依赖于该社会主导性政治力量。西方资本主义国家法治,正是在资产阶级取得国家统治地位后,依靠资产阶级政党的力量而创立和实行的。当代中国实行社会主义法治,必须依靠中国共产党的领导



和推动。只有坚持党对法治事业的领导,才能保证我国法治的社会主义性质,适合中国国情,也才能有效地动员和组织各种社会力量和社会资源,推动社会主义法治事业的顺利进行。

3. 改善党的执政方式、提高党的执政能力、推进党的各项事业,必须加强党对法治事业的领导。在新的历史时期,我们党提出了科学执政、民主执政和依法执政的执政理念。加强党对法治事业的领导正是实现这一理念的重要举措。从根本上说,社会主义法治理念就是要把党的领导的政治优势与法治的特殊功能很好地结合起来,开创在法治背景下实现党对各项事业领导的全新政治实践,走出一条既符合当代世界法治发展潮流,又符合我国社会发展状况的中国特色社会主义政治发展道路。

三、准确把握党对社会主义法治事业的领导作用

1. 党是我国社会主义法治事业的积极倡导者。20 世纪 70 年代末,在国家和民族命运面临重大转折的关键时刻,我们党高瞻远瞩地把法治确定为治国安邦的基本方式,提出了“发展社会主义民主,健全社会主义法制”的战略方针,开启了全面创立社会主义法治事业的历史进程。近几十年来,国际局势和国内形势发生了极为深刻的变化,但无论在任何时候、任何情况下,党坚持走法治道路、坚持依法治国的决心和信心没有动摇和改变,总是把法治作为实现各种社会目标的主要手段,主张通过法治途径推动社会进步,运用法治方式解决社会发展中的问题。党的这种积极倡导,对于强化全民族的法治意识,引导广大人民崇尚法治、参与法治实践活动,无疑产生了极为重要的作用。

2. 党是我国社会主义法治事业的主要推动者。我国法治事业,从总体战略部署的作出,到这些决策的具体实施,都是在党的大力推动下实现的。过去的几十年中,在我国法治事业发展的每一关键时期、每一重要环节以及每一重大事务中,党都及时、正确、全面地作出部署和安排,并通过严密的组织体系,充分发挥各级党组织和党员的先锋模范作用,组织和参与法治

实践的具体工作,引导和推动着我国法治事业的发展不断走向深入。

3. 党是我国社会主义法治事业的坚定维护者。党带头严格遵守宪法和法律,中国共产党章程和党的纪律明确规定党组织必须在宪法和法律范围内活动,坚决抵制和反对违反宪法和法律的行为,对党员违反宪法和法律的行为坚决依法予以严肃处理;党自觉维护宪法和法律的权威,特别是注重维护司法的权威,保证司法机关依法独立行使司法权,努力为法律的实施、特别是为司法活动创造良好的社会和舆论环境。

新华考资

四、党的领导在法治事业中的体现

1. 思想领导。党对法治事业的思想领导,是保持我国法治社会主义方向的根本和关键所在。党对法治事业的思想领导,就在于牢牢把握我国法治发展的方向,有效地抵制各种错误思潮和错误理论的影响和干扰,保证我国法治的发展始终不偏离社会主义的轨道,坚定不移地走社会主义法治道路。为此,党坚持在法治事业中贯彻马克思主义法律思想,努力把马克思主义法律思想中国化;引导和教育广大人民、尤其是法律工作者,正确认识和对待西方国家法治理论和法律制度,取其精华、弃其糟粕;把执法为民、服务大局等集中体现我国社会主义法治特性的理念,牢固地植入广大法律工作者的思想深处。

2. 政治领导。党对法治事业的政治领导,是社会主义法治与其他各项社会主义事业相互促进、共同发展,实现党对社会全面领导的重要保证。党对法治事业的政治领导,就是要把党的各项政治主张和要求及时地反映到立法之中,把法治实践活动自觉地纳入到党的中心工作和党的总体战略部署之中,同时,法治机关及其工作人员要善于运用党的路线、方针、政策去指导法治的具体运用,把法律的实施和适用与党的路线、方针、政策的贯彻和落实结合起来,实现法律效果与政治效果、社会效果的高度统一。

3. 组织领导。党对法治事业的组织领导,

是实现党的思想领导和政治领导的必要方式和手段,也是我国社会主义法治体系中组织构造的重要特色。要加强法治机关党的组织建设,在法治机关中发挥党组织的领导核心作用、战斗堡垒作用和广大党员的先锋模范作用;要坚持党管干部原则,把政治立场坚定、思想作风正派、掌握法律专业知识、富有领导工作经验的干部,选派到各级法治机关担任领导职务,构建一支忠实于党、忠实于人民、忠实于社会主义法治事业,高素质、有活力的法治工作者队伍;要不断完善和加强党对法治实践活动的监督,把党组织的监督与各级人大的监督、法律机关的监督以及人民群众和舆论的监督等有机结合,建立科学、合理的监督体系与机制,保证我国法治事业健康、有序地发展。

第二节 党的领导理念的基本要求

一、注重突出和维护党中央的领导地位与权威

党对法治事业的领导,主要体现于总揽法治事业的全局,在于为法治事业谋大局、定战略、把方向、主大事。因此,加强和改善党对法治事业的领导,应当进一步突出和维护党中央的领导地位与权威。要及时把党中央的决策转化为法治实践活动的具体实施意见,把党中央的要求细化为法治实践活动所必须依循的具体规则,形成对地方立法、执法和司法机关的指导与规范,藉以有效地践行党中央的决策与要求。

二、始终坚持依法领导

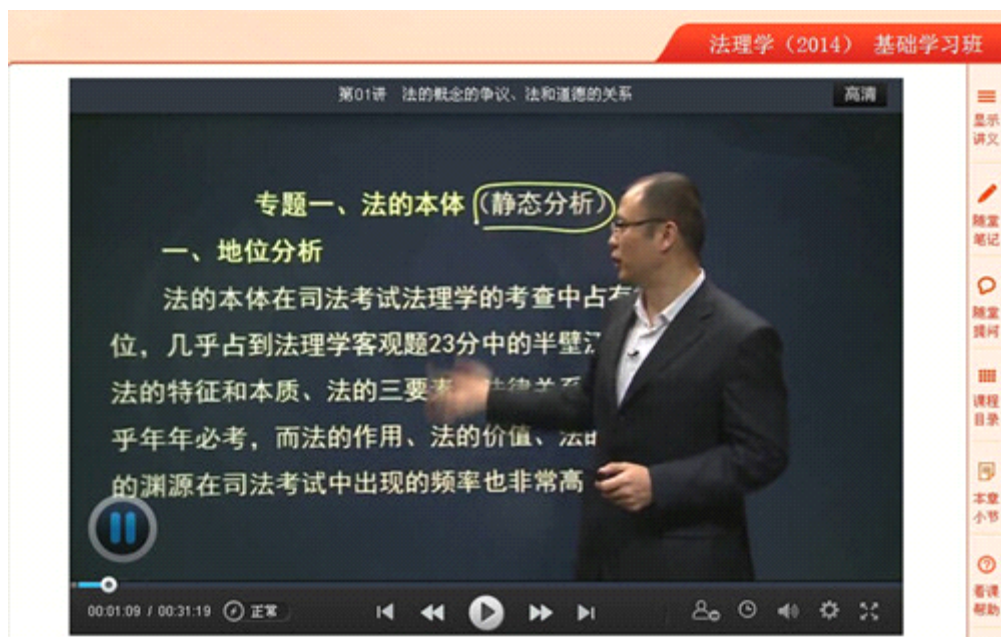
党对法治事业的领导,同样需要在宪法和

法律规定的范围内进行。党要坚持依法执政,正确领导立法、带头守法、保证执法,全面推进依法治国。各级党组织在具体实施领导工作的过程中,必须切实维护宪法和法律的权威,不得超越宪法和法律规定的权限;必须充分尊重司法机关依法独立行使司法权,不得违反法律的规定而插手法治机关正常的法治实践活动,更不应替代法治机关处理具体的法律事务;必须严格地遵循宪法和法律的相关规定,在法律框架下处理和解决各种复杂的社会问题,不能以牺牲基本的法律原则或损害法律的应有权威为代价而求得问题的表面或暂时解决。

三、充分重视科学领导

科学领导,是加强和改善党对法治事业领导的一个重要方向,主要体现于规范化领导、集体领导和理性化领导。规范化领导,就是要努力将党对法治工作领导的成功经验和主要做法,及时转化为具体的制度和规则,逐步实现制度化、程序化;集体领导,就是要坚持党的民主集中制原则,不允许党组织个别成员、尤其是主要领导干部,将个人意志凌驾于组织意志之上,对法治机关正常的法治实践活动实施干预,党组织对法治实践活动的具体领导,必须严格按照党内民主程序,集体研究讨论、集体决策,并组织化地实施;理性化领导,就是要尊重法治运行的客观规律,尊重法治实践活动中必要的形式与程序,尊重司法机关独立开展司法活动的权力,把党所倡导的政治文明充分体现在对法治实践活动的领导之中。

本章应深入理解和正确把握为什么要把党的领导作为社会主义法治理念的重要内容,以及如何在社会主义法治建设中体现、加强和改善党的领导。



专题一、法的本体（静态分析）

一、地位分析

法的本体在司法考试法理学的考查中占有重要地位，几乎占到法理学客观题 23 分中的半壁江山。其中法的特征和本质、法的三要素、法律关系等知识点几乎年年必考，而法的作用、法的价值、法的效力、法的渊源在司法考试中出现的频率也非常高。

二、考点剖析

考点 1. 法的概念的争议

三个基本要素：**内容的正确性、权威性制定、法的实效**

| | | | |
|---------|-----------|-------|--|
| 法和道德的关系 | 截然分开 | 法实证主义 | (1) 以权威性制定为首要素：分析主义法学：奥斯丁、哈特、凯尔森 (2) 以法的实效为首要素：法社会学、法现实主义 |
| | 有联系（内容正确） | 非实证主义 | (1) 以内容的正确性为法的概念的唯一定义要素：传统自然法学 (2) 以内容的正确性、法的实效、权威性制定同时作为法的概念定义的要素：超越自然法和法实证主义的第三条道路：阿列克西 |

【例题·不定项】以下说法错误的有（ ）。

- A. 分析法学认为法律和道德没有什么联系，权威性制定是法的概念的唯一要素
- B. 传统自然法学认为制定法不是法律
- C. 在阿列克西看来，实证主义法的概念和传统自然法的概念都有问题
- D. 法的实效是法社会学和分析法学都认可的法的概念的定义要素

【正确答案】AB

【答案解析】选项 A 说法错误。分析法学的权威性制定是法的概念的首要要素，而非唯一。

选项 B 说法错误。传统的自然法学认为符合道德的法为法律，而制定法包括符合道德的法，也包括不符合道德的法。

【例题·不定项】关于实证主义法学和非实证主义法学，下列说法不正确的是（ ）。（2013-1-88）

- A. 实证主义法学认为，在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间不存在概念上的必然联系
- B. 非实证主义法学在定义法的概念时并不必然排除社会实效性要素和权威性制定要素
- C. 所有的非实证主义法学都可以被看作是古典自然法学
- D. 仅根据社会实效性要素，并不能将实证主义法学派、非实证主义法学派和其他法学派（比如社会法学派）在法定义上的观点区别开来

【正确答案】C

【答案解析】本题考核实证主义和非实证主义。法实证主义者以下列两个要素定义法的概念：权威性制定和社会实效。非实证主义与实证主义的法的概念的区分是，前者坚持在定义法的概念时除了权威性制定要素和社会实效性要素，必须要以内容正确性为定义要素。而对于实证主义来说，则不包括后者要求的内容正确性。非实证主义包括传统自然法学和第三条道路。

考点 2. 法的特征

| | |
|------|------------------------------------|
| 法的特征 | 规范性：调整人的行为的社会规范；不特定性和反复适用性。区别于技术规范 |
| | 国家意志性：国家制定或认可；自觉性、公共性、一元性。区别于道德、习惯 |
| | 普遍性：普遍有效、普遍平等、普遍人性。区别于宗教 |
| | 权利义务性：以权利义务为内容。独特标志 |
| | 国家强制性与程序性：国家强制并通过法律程序的方式实施。具体的可操作性 |
| | 可诉性。救济 |

【例题·不定项】以下哪些说法是错误的？（ ）

- A. 某地级市政府发布的文件可以针对不特定主体反复适用，且具有国家强制性，属于法律的范围
- B. 我国宪法规定保护特殊主体的权利违反了法的普遍性原则
- C. 我国《婚姻法》第 33 条规定：现役军人的配偶要求离婚，须得军人的同意，但军人一方有重大过错的除外。这说明现役军人与其配偶之间的权利义务是不一致的
- D. 我国刑法盗窃罪中关于“数额较大”的规定可以由各地高院根据本地的经济状况确定，这违反了法律面前人人平等的原则

【正确答案】ABCD

【答案解析】选项 A 说法错误，一般的地级市没有立法权，所以其不是立法主体。

选项 B 说法错误，我国宪法规定保护特殊主体不违反法的普遍性原则。

选项 C 说法错误，在我国权利义务是一致的。

选项 D 说法错误，我国刑法对盗窃罪的“数额”规定不一致不违反法律面前人人平等原则。

【例题·多选题】法是以国家强制力为后盾，通过法律程序保证实现的社会规范。关于法的这一特征，下列哪些说法是正确的？（ ）（2013-1-55）

- A. 法律具有保证自己得以实现的力量
- B. 法律具有程序性，这是区别于其他社会规范的重要特征

- C. 按照马克思主义法学的观点，法律主要依靠国家暴力作为外在强制的力量
D. 自然力本质上属于法的强制力之组成部分

【正确答案】ABC

【答案解析】本题考查法的特征。

选项 A、C 正确。法是由国家强制力保证实施的，法律就一般而言是一种最具有外在强制性的社会规范。

选项 B 正确。不按照自然法则办事，会招致自然界报复。不按照社会规范行事，也会受到相应的惩罚。故程序性是法的一项重要特征。

选项 D 错误。法的强制属于人为强制，区别于自然力。

考点 3. 法的本质

| | |
|-------|---|
| 马法的本质 | 法的本质是由一定的物质生活条件决定的统治阶级意志的体现。 |
| | (1) 表现为法的正式性：法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。 |
| | (2) 反映为法的阶级性：统治阶级的整体意志。 |
| | (3) 最终体现为法的物质制约性：法所体现的统治阶级意志的内容是由社会的物质生活条件决定的。 |

【例题·单选题】奥地利法学家埃利希在《法社会学原理》中指出：“在当代以及任何其他的时代，法的发展的重心既不在立法，也不在法学或司法判决，而在于社会本身。”关于这句话涵义的阐释，下列哪一选项是错误的？（ ）（2009-1-7）

- A. 法是社会的产物，也是时代的产物
B. 国家的法以社会的法为基础
C. 法的变迁受社会发展进程的影响
D. 任何时代，法只要以社会为基础，就可以脱离立法、法学和司法判决而独立发展

【正确答案】D

【答案解析】本题考查法与社会的关系。

选项 A 说法正确。社会性质决定法律性质，社会物质生活条件在归根结底的意义上最终决定着法律的本质。不同的社会就有不同的法律。

选项 B、C 说法正确。国家的法以社会的法为基础，法律的发展受社会发展进程的影响，

选项 D 说法错误。错在“任何时代”，比如英美法系的普通法就不能脱离司法判决而独立存在。

【例题·单选题】马克思曾说：“社会不是以法律为基础，那是法学家的幻想。相反，法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的，由一定的物质生产方式所产生的利益需要的表现，而不是单个人的恣意横行。”根据这段话所表达的马克思主义法学原理，下列哪一选项是正确的？（ ）（2007-1-1）

- A. 强调法律以社会为基础，这是马克思主义法学与其他派别法学的根本区别
B. 法律在本质上是社会共同体意志的体现
C. 在任何社会，利益需要实际上都是法律内容的决定性因素
D. 特定时空下的特定国家的法律都是由一定的社会物质生活条件所决定的

【正确答案】D

【答案解析】马克思主义法学坚持唯物主义立场，强调法律以社会为基础，但这并非马克思主义法学与其他派别法学的根本区别，因为有些学派如社会法学派也特别重视社会对法律的制约作用，应该说，马克思主义法学比较强调法律的阶级性，这是它的突出特点。依据马克思主义法学的基本观点，法律是统治阶级意志的体现，而非社会共同体意志的体现。决定法律内容的因素是客观的社会物质生活条件（经济基础决定上层建筑），而不是利益需求，法律调整利益、表达利益，因此正确答案应选 D。

考点 4. 国法及其外延

（1）国法是特定国家现行有效的法，强调法的国家强制力。

（2）国法外延包括：

- ①国家专门机关（立法机关）制定的“法”（**成文法**）；
- ②法院或法官在判决中创制的规则（**判例法**）；
- ③国家通过一定方式认可的习惯法（**不成文法**）；
- ④其他执行国法职能的法（如**教会法**）。

【例题·多选题】下列有关“国法”的理解，哪些是不正确的？（ ）（2012-1-54）

- A. “国法”是国家法的另一种说法
- B. “国法”仅指国家立法机关创制的法律
- C. 只有“国法”才有强制性
- D. 无论自然法学派，还是实证主义法学派，都可能把“国法”看作实在法

【正确答案】ABC

【答案解析】本题考核国法及其外延。

选项 A 说法错误。特定国家现行有效的法，笼统地讲，乃是指“国法”。其不是国家法的另一种说法。

选项 B 说法错误。“国法”不仅指国家立法机关创制的法律，其外延还包括习惯法、判例法和教会法。

选项 C 说法错误。不仅只有“国法”才有强制性，法律就一般情况而言是一种最具有外在强制性的社会规范。

选项 D 说法正确。无论自然法学派，还是实证主义法学派，都有可能把“国法”看作实在法。

考点 5. 法的作用

（1）法的作用的特点：

- ①法的作用体现在法与社会的交互影响中；
- ②法的作用直接表现为国家权力的行使；
- ③法的作用**本质**上是社会自身力量的体现。

（2）**法的作用的局限性**：

- ①法律是以社会为基础的，法律不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会；
- ②法律是社会规范之一，必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约；
- ③法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的；
- ④法律自身条件的制约，如法的滞后性。

（3）规范作用与社会作用

规范作用与社会作用的区别：

- ①作用对象不同（人的行为；社会关系）；
- ②手段（规范作用）与目的（社会作用）的不同。

| | 规范作用 | | | | | 社会作用 | |
|----|-------------------|-------|--------------------|-----------|--------|-------|----------|
| | 指引 | 评价 | 教育 | 预测 | 强制 | 阶级统治 | 执行社会公共事务 |
| 对象 | 本人的行为 | 他人的行为 | 一般人的行为 (通过法的实施) | 人们相互之间的行为 | 违法者的行为 | 被统治阶级 | 社会全体 |
| 方式 | 规范性指引（确定性和不确定性指引） | | 示范和示警 | | | | 执行社会公共事务 |

【例题·不定项】 以下哪些说法是错误的？（ ）

- A. 法的规范作用是法律所必备的，任何社会的法律都具有
- B. 张三预测李四非法传销至少要判有期徒刑 5 年，体现了法的预测作用
- C. 法的评价作用是一元的，本质上表现为国家权力的行使
- D. 张三学了刑法后打消了放火的念头，这体现了法的指引作用中的个别性指引

【正确答案】 BCD

【答案解析】 本题考核法的作用。

选项 B 说法错误，其体现的是法的评价作用。

选项 C 说法错误，法的评价作用是一元的，但其本质上表现是社会自身力量的体现，而非国家权力的行使。

选项 D 说法错误，其体现的是法指引作用中的规范性指引，而非个别性指引。

【例题·多选题】 “社会的发展是法产生的社会根源。社会的发展，文明的进步，需要新的社会规范来解决社会资源有限与人的欲求无限之间的矛盾，解决社会冲突，分配社会资源，维持社会秩序。适应这种社会结构和社会需要，国家和法这一新的社会组织和社会规范就出现了。” 关于这段话的理解，下列哪些选项是正确的？（ ）（2012-1-51）

- A. 社会不是以法律为基础，相反，法律应以社会为基础
- B. 法律的起源与社会发展的进程相一致
- C. 马克思主义的法律观认为，法律产生的根本原因在于社会资源有限与人的欲求无限之间的矛盾
- D. 解决社会冲突，分配社会资源，维持社会秩序属于法的规范作用

【正确答案】 AB

【答案解析】 本题考核法的作用。

选项 A、B 正确。法是社会的产物，社会是法的基础，即法律应以社会为基础。法以社会为基础，不仅指法律的性质与功能决定于社会，而且还指法律变迁与社会的发展的进程基本一致。

选项 C 错误。法产生的根源包括：经济根源、阶级根源和社会根源。法产生的经济根源是私有制和商品经济的产生；法产生的阶级根源是阶级的产生；法产生的社会根源是社会的发展。因此，法产生的根本原因并不是社会资源有限与人的欲求无限之间的矛盾。

选项 D 错误。解决社会冲突，分配社会资源，维持社会秩序属于法的社会作用，而非规范作用。

【例题·不定项】 2011 年 7 月 5 日，某公司高经理与员工在饭店喝酒聚餐后表示：别开车了，“酒驾”已入刑，咱把车推回去。随后，高经理在车内掌控方向盘，其他人推车缓行。记者从交警

部门了解到，如机动车未发动，只操纵方向盘，由人力或其他车辆牵引，不属于酒后驾车。但交警部门指出，路上推车既会造成后方车辆行驶障碍，也会构成对推车人的安全威胁，建议酒后将车置于安全地点，或找人代驾。

鉴于我国对“酒后代驾”缺乏明确规定，高经理起草了一份《酒后代驾服务规则》，包括总则、代驾人、被代驾人、权利与义务、代为驾驶服务合同、法律责任等共六章二十一条邮寄给国家立法机关。

关于高经理和公司员工拒绝“酒驾”所体现的法的作用，下列说法正确的是（ ）。（2011-1-89）

- A. 法的指引作用
- B. 法的评价作用
- C. 法的预测作用
- D. 法的强制作用

【正确答案】A

【答案解析】本题考核法的作用。本案中，因法律禁止“酒驾”，故高经理和公司员工拒绝“酒驾”，表明其行为受到法律的指引，体现了法的指引作用，没有体现法的评价、预测和强制作用。

考点 6. 法的价值

（1）法的价值及其冲突

| | | |
|--------|---|--|
| 法的价值种类 | 基本价值 | 秩序 ：其他价值的基础，接受自由、正义的规制。法律为统治秩序服务。 |
| | | 自由 （法律下的自由）：自由是人的本性，评价法律进步与否的标准。 |
| | | 正义 ：法的基本标准，法的评价体系，极大地推动着法律的进化。 |
| 法的价值冲突 | ①价值位阶原则（在先价值优于在后价值： 自由>正义>秩序 ） | |
| | ②个案平衡原则（综合考虑双方主体特定情形，兼顾各方利益，以实现公平正义） | |
| | ③比例原则（为保护某种较为优越的法价值须侵及另一种利益时，不得逾越目的所必要的程度） | |

【例题·不定项】下列说法中正确的有（ ）。

- A. 虽然秩序价值的位阶低于自由和正义，但是秩序是法的其他价值的基础，自由、平等等法的价值必须要以秩序为基础
- B. 个案平衡原则往往只是在特定的案件中适用
- C. 在特定情况下，为了保护债权人的利益，可以考虑不承认公司的法人地位，这里适用了比例原则来解决价值冲突
- D. 虽然秩序是其他法的价值的基础，必须受到自由和正义的制约，但法律所确定的秩序归根结底是为统治阶级服务的

【正确答案】ABD

【答案解析】本题考核法的价值。选项 C 错误，其为了保护债权人利益，而不承认公司法人的独立地位是法人格否认制度的应用，体现了个案平衡原则，而非适用了比例原则来解决价值冲突。

【例题·单选题】宽严相济是我国的基本刑事政策，要求法院对于危害国家安全、恐怖组织犯罪、“黑恶”势力犯罪等严重危害社会秩序和人民生命财产安全的犯罪分子，尤其对于极端仇视国家和社会，以不特定人为侵害对象，所犯罪行特别严重的犯罪分子，该依法重判的坚决重判，该依法判处死刑立即执行的绝不手软。对于解决公共秩序、社会安全、犯罪分子生命之间存在的法律价值冲突，该政策遵循下列哪一原则？（ ）（2011-1-13）

- A. 个案平衡原则
- B. 比例原则
- C. 价值位阶原则
- D. 自由裁量原则

【正确答案】C

【答案解析】本题考查法的价值冲突及其解决。

选项 A 错误。个案平衡原则，指对处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时，必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益，以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。本题中，公共秩序、社会安全、犯罪分子生命属于不同位阶的法的价值，故不能适用个案平衡原则。

选项 B 错误。比例原则，指为了保护某种较为优越的法益须侵及一种法益时，不得逾越此目的所必要的程度。换句话说，即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价，也应当使被损害的价值减低到最小限度。本题中，“该依法重判的坚决重判，该依法判处死刑立即执行的绝不手软”，完全牺牲了犯罪分子生命，没有体现比例原则。

选项 C 正确。题干表明对罪大恶极的犯罪分子，该重判重判，该判死刑的判死刑，也就是说对于公共秩序、社会安全、犯罪分子生命之间存在的法律价值冲突，优先考虑社会秩序与公共安全，属于适用价值位阶原则解决法的价值之间的冲突。

选项 D 错误。法的价值冲突的解决中没有自由裁量原则。

(2) 价值判断和事实判断

| | | |
|-----------|--|----------------------------------|
| 价值判断与事实判断 | 事实判断：对法的本来面目的认识，止步于 认识阶段 。 | |
| | 代表事实判断研究的三种方法：规范分析、社会实证、历史实证 | |
| | 价值判断：对法应当是什么样的追求，关注法的功能， 超越认识阶段 | |
| | 区别 | 判断取向不同：主体与客体 |
| | | 判断纬度不同：强烈的个人印记与价值中立 |
| | | 判断方法不同：规范性的方法与描述性的方法 |
| | | 判断真伪不同：主客体间价值关系契合程度、与客体的真实情况是否符合 |

【例题·不定项】贾律师在一起未成年人盗窃案件辩护意见中写到：“首先，被告人刘某只是为了满足其上网玩耍的欲望，实施了秘密窃取少量财物的行为，主观恶性不大；其次，本省盗窃罪的追诉限额为 800 元，而被告所窃财产评估价值仅为 1,050 元，社会危害性较小；再次，被告人刘某仅从这次盗窃中分得 200 元，收益较少。故被告人刘某的犯罪情节轻微，社会危害性不大，主观恶性小，依法应当减轻或免除处罚。”关于该意见，下列哪些选项是不正确的？（ ）

- A. 辩护意见既运用了价值判断，也运用了事实判断
- B. “被告人刘某的犯罪情节轻微，社会危害性不大，主观恶性小，依法应当减轻或免除处罚”，属于事实判断
- C. “本省盗窃罪的追诉限额为 800 元，而被告人所窃取财产评估价值仅为 1,050 元”，属于价值判断
- D. 法律人在处理法律问题时没有自己的价值立场

【正确答案】BCD

【答案解析】本题考查价值判断和事实判断。

选项 B 说法错误，其带有主观性，属于价值判断，而非事实判断。

选项 C 说法错误，其定量分析，属于事实判断，而非价值判断。

选项 D 说法错误，法律人在处理法律问题时，即进行法律适用时，属于价值判断，其必须有自己的价值立场。

【例题·多选题】一外国电影故事描写道：五名探险者受困山洞，水尽粮绝，五人中的摩尔提议抽签吃掉一人，救活他人，大家同意。在抽签前摩尔反悔，但其他四人仍执意抽签，恰好抽中摩尔并将其吃掉。获救后，四人被以杀人罪起诉并被判处绞刑。关于上述故事情节，下列哪些说法是不正确的？（ ）（2013-1-53）

- A. 其他四人侵犯了摩尔的生命权
- B. 按照功利主义“最大多数人之福祉”的思想，“一命换多命”是符合法理的
- C. 五人之间不存在利益上的冲突
- D. 从不同法学派的立场看，此案的判决存在“唯一正确的答案”

【正确答案】CD

【答案解析】本题考查价值冲突。

选项 A 说法正确。本题中的其他四人故意将摩尔杀死并吃掉的行为侵犯了摩尔的生命权。

选项 B 说法正确。功利主义的中心思想就是多数人的利益大于少数人的利益，所以牺牲摩尔一人的生命换取其他四人的生命的做法按照功利主义理论是正确的。

选项 C 说法错误。五人之间很明显在生命利益上发生了冲突，并最终牺牲摩尔的生命利益为代价、维护了其他四人的生命。

选项 D 说法错误。不同法学派对此案件自然有不同的看法，他们之间不存在所谓的“唯一正解”。

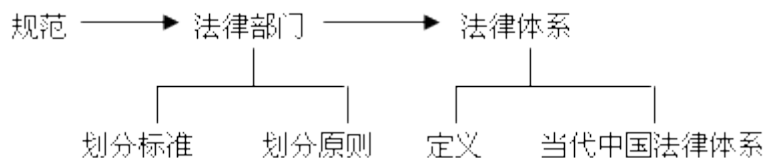
【例题·不定项】2008 年修订的《中华人民共和国残疾人保障法》第五十条规定：“县级以上人民政府对残疾人搭乘公共交通工具，应当根据实际情况给予便利和优惠。残疾人可以免费携带随身必备的辅助器具。盲人持有效证件免费乘坐市内公共汽车、电车、地铁、渡船等公共交通工具。盲人读物邮件免费寄递。国家鼓励和支持提供电信、广播电视服务的单位对盲人、听力残疾人、言语残疾人给予优惠。”对此，下列说法错误的是（ ）。（2010-1-92）

- A. 该规定体现了立法者在残疾人搭乘公共交通工具问题上的价值判断和价值取向
- B. 从法的价值的角度分析，该规定的主要目的在于实现法的自由价值
- C. 该规定对于有关企业、政府及残疾人均具有指引作用
- D. 该规定在交通、邮政、电信方面给予残疾人的优待有悖于法律面前人人平等原则

【正确答案】BD

【答案解析】本题考查法的价值、法的作用。选项 B 说法错误。从法的价值角度分析，该规定的主要目的是实现法的正义价值。选项 D 说法错误。这样规定，恰恰是体现了法律面前人人平等原则。

考点 7. 法的宏观结构



（1）法律部门，也称部门法，是根据一定标准和原则所划定的调整 **同一类社会关系的法律规范的总称**。

（2）法律部门的划分标准

①主要标准是法律所调整的不同社会关系，即 **调整对象**

②其次是 **法律调整方法**

(3) 法律体系，也称为部门法体系，是指一国的全部现行法律规范，按照一定的标准和原则，划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。

①由一国 **国内法** 构成，**不包括** 完整意义的国际法即 **国际公法**

②由一国 **现行法** 构成，不包括历史上废止的法律，一般也不包括尚待制定、还没有生效的法律

③是一种客观存在的社会生活现象，反映了法的 **统一性和系统性**

当代中国法律体系：**七部门、三层级**（中国特色社会主义法律体系已经形成）

七大法律部门：宪法、行政法、民商法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉程序法

三层级：法律，行政法规，地方性法规、自治条例和单行条例

注意：宪法典与宪法部门不同：宪法部门=宪法典+宪法性文件

【例题·多选题】关于法的渊源和法律部门，下列哪些判断是正确的？（ ）（2011-1-51）

- A. 自治条例和单行条例是地方国家权力机关制定的规范性文件
- B. 行政法部门就是由国务院制定的行政法规构成的
- C. 国际公法是中国特色社会主义法律体系的组成部分
- D. 划分法律部门的主要标准是法律规范所调整的社会关系

【答案】AD

【解析】本题考查法的渊源和法律部门。

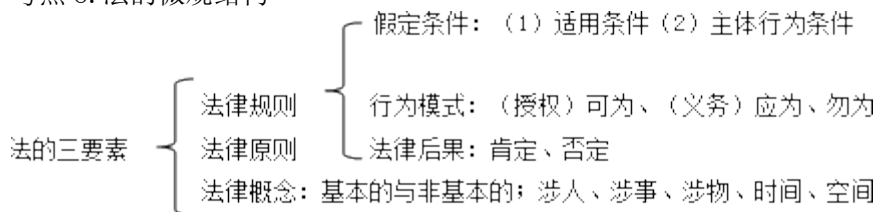
选项 A 正确。《立法法》第六十六条第一款规定，民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点，制定自治条例和单行条例。民族自治地方的人民代表大会属于地方权力机关，因此，自治条例和单行条例是地方国家权力机关制定的规范性文件。

选项 B 错误。行政法部门包括调整行政法律关系的法律、行政法规、规章等。

选项 C 错误。中国特色社会主义法律体系由国内法组成，不包括国际公法。

选项 D 正确。法律部门划分的标准有法律规范所调整的社会关系和法律规范的调整方法，其中的主要标准是法律规范所调整的社会关系。

考点 8. 法的微观结构



1. 法律规则

| | | |
|------|-----------|--|
| 法律规则 | 定义 | 采取一定的结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的行为规范 |
| | 逻辑结构 | 假定条件 ：法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分：（1）适用条件：时间、地点、人物；（2）行为主体的行为条件 |
| | | 行为模式 ：法律规则中规定人们如何具体行为之方式的部分 |
| | | 法律后果 ：法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果部分 |
| 分类 | 内容 | 内容：授权性（职权性、权利性）与义务性（命令性、禁止性） |
| | 内容确定性程度 | 确定性、准用性（其它法律）与委任性（组织） |
| | 规则对行为限定程度 | 强行性（义务、职权、人身权）与任意性 |

| | |
|-------|---|
| 规则和条文 | 法律条文分为规范性条文和非规范性条文。规则和条文是内容与形式的关系，但并非一一对应。 不是所有的法律规范都必须由法律条文来表现，比如判例法、习惯法。不是所有的条文都表达法律规范 |
|-------|---|

2. 法律原则

| | | |
|------|-----------|--|
| 法律原则 | 定义 | 为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的价值准则或规范， 是法律诉讼、法律程序和法律裁决的确认规范 |
| | 分类 | 产生基础： 公理性原则与政策性原则 |
| | | 对人的行为及其条件之覆盖面的宽窄和适用范围大小： 基本原则与具体原则 |
| | | 涉及的内容和问题： 实体性原则和程序性原则 |
| | 法律原则的适用条件 | 第一，穷尽法律规则，方得适用法律原则（一般情形） 第二，除非为实现 个案正义 ，否则不得适用法律原则（例外） 第三，没有更强的理由，不得适用法律原则（例外的适用条件） |

3. 规则与原则的区别

| | |
|---------|---|
| 原则与规则区别 | 内容：规则（三要素）比原则 明确而具体 |
| | 适用范围：原则的适用范围（部门、体系）比法律规则（某一类行为） 宽广 |
| | 适用方式： 规则以“全有或全无的方式”应用，而原则依强度 |

4. 规则与语言

| | |
|---------|--|
| 法律规则和语言 | （1） 离开了语言，法律就无以表达 。（2）法律规则通过特定语句（ 规范语句+陈述句 ）表达，表达法律规则的特定语句往往是一种规范语句，可分为命令句（ 必须，不得 ）和允许句（ 可以 ）。（3）但是法律人适用法律解决具体案件时适用的不是语句和字词本身，而是语句所表达的意义 |
|---------|--|

【例题·不定项】下列关于法律原则和法律规则的说法，哪些是不正确的？（ ）

- A. 法律规则必须通过特定语句表达，离开了文字，法律就无以表达
- B. 由于法律规则比法律原则更加明确具体，所以主张适用法律规则的一方应当负有举证责任，即必须说明自己为什么适用规则而不是原则
- C. 《中华人民共和国民法通则》第7条规定：“民事活动应当尊重社会公德，不得损害社会公共利益，破坏国家经济计划，扰乱社会经济秩序。”表达了一条法律规则
- D. 法官判决案件首先考虑适用规则，其次才会考虑原则的适用，这说明规则的适用范围要比原则大的多

【答案】ABCD

【解析】本题考核法律规则与法律原则。

选项A说法错误。习惯法依靠的是口头语言表达的，故离开了文字，法律也可以通过口头语言表达的。

选项B说法错误。由于没有更强理由，不得径行适用法律原则。故主张适用法律原则的一方（即主张例外规则的一方）负有举证责任，而不是主张适用法律规则的一方负有举证责任。

选项C说法错误。法律规则由三要素即假定条件、行为模式、法律后果构成。而本选项的表述无法体现上述三要素，因此不是法律规则，而是适用民法部门的基本原则。

选项 D 说法错误。法律原则适用范围比法律规则宽广。

【例题·单选题】《婚姻法》第 19 条第 1 款规定：“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产以及婚前财产归各自所有、共同所有或部分各自所有、部分共同所有。约定应当采用书面形式。没有约定或约定不明确的，适用本法第十七条、第十八条的规定。”关于该条款规定的规则（或原则），下列哪一选项是正确的？（ ）（2013-1-10）

- A. 任意性规则
- B. 法律原则
- C. 准用性规则
- D. 禁止性规则

【答案】A

【解析】本题考查法律规则的分类。

强行性规则是指内容规定具有强制性质，不允许人们随便加以更改的法律规则。准用性规则是指内容本身没有规定人们具体的行为模式，而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则。任意性规则是指规定在一定范围内，允许人们自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。题干中的条款明确规定“夫妻双方可以约定”，说明属于任意性范畴，故属于任意性规则。

【例题·多选题】《老年人权益保障法》第 18 条第 1 款规定：“家庭成员应当关心老年人的精神需求，不得忽视、冷落老年人。”关于该条款，下列哪些说法是正确的？（ ）（2013-1-54）

- A. 规定的是确定性规则，也是义务性规则
- B. 是用“规范语句”表述的
- C. 规定了否定式的法律后果
- D. 规定了家庭成员对待老年人之行为的“应为模式”和“勿为模式”

【答案】ABD

【解析】本题考查法律规则。

选项 A 说法正确。确定性规则是指内容本已明确肯定，无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则。义务性规则是指在内容上规定人们的法律义务，即有关人们应当作出或不作出某种行为的规则。该法条符合确定性和义务性规则的描述。

选项 B 说法正确。语句分为陈述句和规范语句，二者区分的关键为是否使用道义助动词如应当，如果有使用则为规范语句，该法条使用了“应当”、“不得”，故属于规范语句。

选项 C 说法错误。否定性法律后果，指行为人违反了法律法规的禁止性规定或者法律规定的特定义务，将承担对自己不利的法律后果。该法条没有关于法律后果的表述。

选项 D 说法正确。该法条中的“应当”体现的是“应为模式”，即指在什么假定条件下，人们“应当或者必须如何行为”的模式；该法条中的“不得”体现的是“勿为模式”，即指在什么假定条件下，人们“禁止或者不得如何行为”的模式。

【例题·不定项】1995 年颁布的《保险法》第 91 条规定：“保险公司的设立、变更、解散和清算事项，本法未作规定的，适用公司法和其他有关法律、行政法规的规定。”2009 年修订的《保险法》第 94 条规定：“保险公司，除本法另有规定外，适用《中华人民共和国公司法》的规定。”

关于二条文规定的内容，下列理解正确的是（ ）。（2012-1-87）

- A. 均属委任性规则
- B. 均属任意性规则
- C. 均属准用性规则
- D. 均属禁止性规则

【答案】C

【解析】本题考核法律规则。所谓准用性规则，是指内容本身没有规定人们具体的行为模式，而是可以援引或是参照其他相应内容规定的规则。题干中给出的二条文规定的内容，都属于准用性规则。

考点 9. 权利与义务：**一致性，平等性，权利本位与义务本位**

| | |
|----|--|
| 分类 | 1. 基本权利义务（宪法规定）与普通权利义务（普通法律规定） |
| | 2. 绝对权利义务（对应主体不特定）与相对权利义务（对应主体特定） |
| | 3. 消极权利（政府不得干预之权利）与积极权利（需政府保障之权利，如社会经济权利中的一部分权利） |
| | 4. 积极义务（积极作为之义务）与消极义务（不作为之义务） |

【例题·不定项】下列哪些权利属于积极权利？（ ）

- A. 受教育权
- B. 生命权
- C. 物质帮助权
- D. 宗教自由

【答案】AC

【解析】本题考核积极权利。积极权利是需要国家积极采取措施进行保障的权利。选项 A 正确。受教育权是中国公民所享有的并由国家保障实现的接受教育的权利，是宪法赋予的一项基本权利。选项 C 正确。物质帮助权是宪法规定的我国公民的一项基本权利，指公民在年老、疾病、残疾等丧失劳动能力或部分丧失劳动能力的情况下，有权利从国家和社会获得物质帮助，从而维持基本生活。物质帮助权需要通过国家的保障才能够实现，故属于积极权利。

【例题·单选题】法律谚语：“平等者之间不存在支配权。”关于这句话，下列哪一选项是正确的？（ ）（2013-1-9）

- A. 平等的社会只存在平等主体的权利，不存在义务；不平等的社会只存在不平等的义务，不存在权利
- B. 在古代法律中，支配权仅指财产上的权利
- C. 平等的社会不承认绝对的人身依附关系，法律禁止一个人对另一个人的奴役
- D. 从法理上讲，平等的主体之间不存在相互的支配，他们的自由也不受法律限制

【答案】C

【解析】本题考核平等权与支配权。

选项 A 错误。诚如马克思所言：“没有无义务的权利，也没有无权利的义务。”因此，权利和义务不可能孤立地存在和发展。

选项 B 错误。在古代社会，支配权的客体既包括财产权，也包括人身权范畴。

选项 C 正确。平等的社会不承认绝对的人身依附关系，人人生而是平等的。

选项 D 错误。从价值上而言，法律是自由的保障，法律必须体现自由，保障自由，从法的本质来说，它以“自由”为最高的价值目标，对此，自由必须在法律规定的边界内行使，而不得逾越。

【例题·多选题】下列哪些选项属于积极义务的范畴？（ ）（2011-1-55）

- A. 子女赡养父母
- B. 严禁刑讯逼供
- C. 公民依法纳税
- D. 紧急避险

【答案】AC

【解析】本题考核积极义务。

选项A正确。赡养父母是子女须为一定作为的义务，属于积极义务。

选项B错误。严禁刑讯逼供，是禁止人们作出一定的行为，属于消极义务。

选项C正确。依法纳税，需要公民积极缴纳一定税款，属于积极义务。

选项D错误。紧急避险属于一项权利，而非义务。

考点 10. 法的效力

| | | |
|----------------------|---|----------------------------------|
| 来源 | 制定它的 合法程序 和国家强制力（ 单纯的国家强制力不能证成合法性 ） | |
| 根据 | 法的效力来自于法律、道德、社会、经济、利益、伦理、心理等因素 | |
| 分类 | 规范性法律文件的效力： 普遍约束力 （不特定、反复适用） | |
| | 非规范性法律文件的效力：适用法律的结果，不具有普遍约束力 | |
| 效力范围 | 对人 | 属人、属地、保护、 属地为主，兼采属人与保护 |
| | 对事 | |
| | 空间 | 主权范围， 驻外使馆、在外船舶及飞机 |
| | 时间 | 生效：①公布之日②该法律规定③法律公布后符合一定条件生效 |
| | | 失效：①明示 ②默示 |
| | | 溯及力：①刑事：从旧兼从轻② 某些民事法律有溯及力 |
| 对人和对事的效力优于空间和时间的效力范围 | | |

【例题·多选题】《中华人民共和国刑法》第8条规定：“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，可以适用本法，但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”关于该条文，下列哪些判断是正确的？（ ）（2012-1-52）

- A. 规定的是法的溯及力
- B. 规定的是法对人的效力
- C. 体现的是保护主义原则
- D. 体现的是属人主义原则

【答案】BC

【解析】本题考核法的效力。该条文体现的是法对人的效力，即在满足何等条件下，可以追究其刑事责任。因为其针对的是外国人在中华人民共和国领域外对我国公民或国家进行的犯罪，即国外的犯罪行为侵犯了我国国家利益或我国公民利益的，可以适用我国刑法。其实质意义在于，保护本国国家利益与本国公民利益，属于保护主义原则，而非属地或属人原则。

【例题·单选题】甲法官处理一起损害赔偿案件，耐心向被告乙解释计算赔偿数额的法律依据，并将最高法院公报发布的已生效同类判决提供乙参考。乙接受甲法官建议，在民事调解书上签字赔偿了原告损失。关于本案，下列哪一判断是正确的？（ ）（2011-1-14）

- A. 法院已生效同类判决具有普遍约束力
- B. 甲法官在该案调解时适用了判例法

- C. 甲法官提供的指导性案例具有说服力
D. 民事调解书经乙签署后即具有行政强制执行力

【答案】C

【解析】本题考核我国法的非正式渊源之判例。

选项A错误。我国是成文法国家，判例具有参考价值，但其本身不是法律规范而是非规范性文件，故法院的已生效同类判决书没有普遍约束力。

选项B错误。判例法，指基于法院的判决而形成的具有法律效力的判定，这种判定对以后的判决具有法律规范效力，能够作为法院判案的法律依据。判例法是英美法系国家的主要法律渊源，它是相对于大陆法系国家的成文法或制定法而言的。判例法的来源是法官对案件的审理结果，它不是立法者创造的，而是司法者创造的，因此，判例法又称为法官法或普通法。我国是成文法国家，立法权由立法机关行使，法官没有立法权，在法律体系中不存在判例法。

选项C正确。最高法院公报发布的案例，具有很强的权威性与指导性，同时还可以为法律、法规的制定和修改提供参考，也是法律专家和学者开展法律教学和研究的宝贵素材。

选项D错误。这里应当是“司法强制执行力”而非“行政强制执行力”，由法院执行而非行政机关执行。

考点 11. 法的渊源

1. 法的渊源及其分类

| | |
|------|--|
| 法的渊源 | 就是法的 表现形式 ，能作为法律决定的前提的那些法律资料，包括 制定法、判例、习惯、法理 等 |
| 分类 | <p>根据是否表现于国家制定的法律文件中的明确条文形式（实践中，法的渊源最主要的分类）：</p> <p>①正式的法渊源：可以从体现于国家制定的规范性法律文件中的明确条文形式中得到的渊源，如宪法、法律、法规等，主要为制定法，即不同国家机关根据具体职权和程序制定的各种规范性文件</p> <p>②非正式的法渊源：具有法律意义的准则和观念，这些准则和观念尚未在正式法律中得到权威性的明文体现，如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯、外国法等。</p> <p>非正式的法渊源的存在，体现一个基本原理：禁止拒绝裁判原则，法官不得以法无明文规定为由拒绝裁判</p> |

2. 当代中国法的渊源

| | |
|----------|--|
| 当代中国法的渊源 | <p>正式的法渊源：宪法，法律（包括全国人大及其常委会制定的规范性的决定和命令），行政法规，地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律，国际条约、国际惯例。</p> <p>我国法的非正式渊源：国家政策、判例和习惯等</p> <p>适用原则：（1）正式的法渊源不能作为大前提；（2）适用正式渊源与公平正义、强制性要求、占支配地位的要求冲突；（3）正式渊源可能产生两种解释。</p> |
|----------|--|

3. 正式的法渊源的效力原则

| | |
|-------------|---|
| 正式的法渊源的效力原则 | <p>第一，影响正式的法渊源的效力因素：制定主体、适用范围、制定时间、不同位阶冲突：宪法至上、法律高于法规、法规高于规章、行政法规高于地方性法规。</p> <p>第二，同一位阶的法律之间的冲突处理原则有：全国性法律优先原则、特别法优先原则</p> |
|-------------|---|

| | |
|--|---|
| | <p>则、后法优先原则、实体法优先原则、国际法优先原则、省级政府规章优先于较大市的政府规章的原则。</p> <p>法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人大常委会裁决。</p> <p>行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致，不能确定如何适用时，由国务院裁决。</p> |
| | <p>第三，位阶交叉的法的渊源的冲突处理原则：自治条例和单行条例变通的，依变通。经济特区法规变通的，依变通。</p> <p>地方性法规和部委规章之间有冲突时，由国务院决定适用地方性法规或者由国务院提请全国人大常委会裁决。</p> <p>部门规章之间或者部门规章与地方政府规章之间的冲突由国务院裁决。</p> <p>根据授权制定的法规与法律规定不一致，由全国人大常委会裁决。</p> |

【例题·不定项】 以下说法错误的是（ ）。

- A. 考虑到法的确定性和可预测性，法官应当优先适用正式的法的渊源判案，而非正式的法的渊源由于缺乏明确的形式，不能作为法律判决的大前提
- B. 法律之间对同一事项的新的特别规定与旧的一般规定不一致，不能确定如何适用时，由全国人大常委会裁决
- C. 地方性法规和规章有冲突时，由国务院决定适用地方性法规或者由国务院提请全国人大常委会裁决
- D. 深圳市政府的规章和广东省政府的规章有冲突时，提请国务院裁决

【答案】ABCD

【解析】本题考查法的渊源。

选项 A 说法错误。非正式的法的渊源也可以作为法律判决的大前提。

选项 B 说法错误。法律之间对同一事项新的特别规定与旧的一般规定不一致时，适用新的特别规定。

选项 C 说法错误。地方性法规和部委规章之间有冲突时，由国务院决定适用地方性法规或者由国务院提请全国人大常委会裁决。但是地方性法规与地方政府规章有冲突时，优先适用地方性法规。

选项 D 说法错误。深圳市政府的规章和广东省政府的规章有冲突时，省政府规章的效力较高。

【例题·单选题】赵某与陈女订婚，付其 5000 元彩礼，赵母另付其 1000 元“见面礼”。双方后因性格不合解除婚约，赵某诉请陈女返还该 6000 元费用。法官根据《婚姻法》和最高人民法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》的相关规定，认定该现金属彩礼范畴，按照习俗要求返还不违反法律规定，遂判决陈女返还。对此，下列哪一说法是正确的？（ ）（2013-1-12）

- A. 法官所提及的“习俗”在我国可作为法的正式渊源
- B. 在本案中，法官主要运用了归纳推理技术
- C. 从法理上看，该判决不符合《婚姻法》第 19 条“夫妻可以约定婚姻关系存续期间所得的财产”之规定
- D. 《婚姻法》和《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》均属于规范性法律文件

【答案】D

【解析】本题考查法的渊源、法律推理、规范性法律文件。

选项 A 说法错误。正式渊源是指具有明文规定的法律效力，并可直接作为法律人法律决定的

大前提的规范来源的资料。非正式渊源则不具有明文规定的法律效力，但具有法律说服力并能够构成法律推理的大前提的准则来源，包括正义标准、理性原则、政策、道德信念、乡规民约、外国法、权威著作等。本案中，法官所提及的“习俗”在我国可作为非正式渊源，而不是正式渊源。

选项 B 说法错误。法官首先查明和确认案件事实，作为小前提；其次选择和确定与案件事实相符合的法律规范，作为大前提；最后从两个前提中推导出法律决定，这是典型的演绎推理。

选项 C 说法错误。法官根据《婚姻法》和最高法院《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》的相关规定，认定该现金彩礼范畴，按照习俗要求返还不违反法律规定，遂判决陈女返还，有理有据，并不违反《婚姻法》规定。

选项 D 说法正确。现代国家的规范性法律文件大都是以条文为基本构成单位的。《婚姻法》和《关于适用〈婚姻法〉若干问题的解释（二）》均属于此范畴。

【例题·不定项】1995 年颁布的《保险法》第 91 条规定：“保险公司的设立、变更、解散和清算事项，本法未作规定的，适用公司法和其他有关法律、行政法规的规定。”2009 年修订的《保险法》第 94 条规定：“保险公司，除本法另有规定外，适用《中华人民共和国公司法》的规定。”

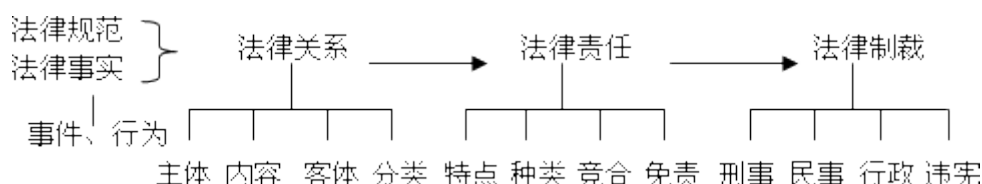
根据法的渊源的知识，关于《保险法》上述二条规定之间的关系，下列理解正确的是（ ）。
(2012-1-86)

- A. “前法”与“后法”之间的关系
- B. “一般法”与“特别法”之间的关系
- C. “上位法”与“下位法”之间的关系
- D. 法的正式渊源与法的非正式渊源之间的关系

【答案】A

【解析】本题考核法的渊源。前者是 1995 年颁布的《保险法》的规定，后者是 2009 年修订的《保险法》的规定，两个法条都属于我国法的正式渊源。效力相等，不是“上位法”和“下位法”或是“一般法”与“特别法”之间的关系，而是属于“前法”与“后法”的关系。

考点 12. 法的微观运行



1. 法律关系

(1) 法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的**权利和义务关系，人与人之间的合法关系**。特点：①法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系，具有合法性，**法律关系不同于法律所保护的社会关系**。②法律关系是体现**意志性**的特种社会关系。③法律关系是**特定**法律关系主体之间的权利和义务关系。

(2) 法律关系的分类

| 分类标准 | 分类结果 |
|----------------------------|--------------------|
| 按照法律关系的产生依据、执行职能和实现规范的内容不同 | 调整性法律关系和保护性法律关系 |
| 法律关系主体在法律关系中的地位不同 | 纵向（隶属）和横向（平权）的法律关系 |
| 按照法律关系主体的多少及其权利义务是否一致为根 | 单向（单务）、双向、多向法律关系 |

| | |
|------------------|-------------------|
| 据 | |
| 按照相关法律关系的作用和地位不同 | 第一性（主）和第二性（从）法律关系 |

(3) 法律关系主体：我国：**公民（自然人）、机构和组织（法人）、国家。**

①权利能力。又称权义能力（权利义务能力），是指能够参与一定的法律关系，依法享有一定权利和承担一定义务的**法律资格**。它是法律关系主体实际取得权利、承担义务的**前提条件**。

一般权利能力：又称基本的权利能力，是一国所有公民均具有的权利能力，它是任何人取得公民法律资格的基本条件，不能被任意剥夺或解除。

特殊权利能力：后者是公民在特定条件下具有的法律资格。

②行为能力：指法律关系主体能够通过**自己的行为**实际取得权利和履行义务的**能力**。

两者的关系：权利能力是前提，有权利能力未必有行为能力；但是，有行为能力，必定有权利能力。

③法人的权利能力与行为能力：**法人一经依法成立，就同时具有权利能力和行为能力**，但是，其权利能力和行为能力是有限的。并且，法人一经依法撤销，其权利能力和行为能力也就同时消灭。

(4) 法律关系的内容：**法律关系主体之间的法律权利与法律义务。**

法律关系主体的权利义务与法律规范内容的权利与义务的区别：**所属领域（现实、可能），针对主体（特定、不特定），法的效力（个别、普遍）。**

(5) 法律关系客体：**权利义务所指向的对象，一定利益的法律形式**

①物：A. 法律认可；B. 人类认识控制；C. 经济价值；D. 独立性。

例外：（私人禁止）公共或国家专有之物、文物、军事设施与武器、危害人类之物

②人身：一定范围内成为法律关系的客体。（人身部分、监护权）。例外：A. 活人整个身体；B. 对自己的人身不得进行违法或有伤风化的活动。

③精神产品：智力成果或无形财产。

④行为结果：物化结果与非物化结果。

注意：**同一法律关系中可能存在两个或两个以上的客体。**

(6) 法律关系的产生、变更、消灭：条件：法律规范、法律事实。

法律事实是法律规范与法律关系联系的**中介**。

①法律事实是法律规范所规定的、能够引起法律关系产生、变更和消灭的**客观情况或现象**。因此，A. 纯粹的心理现象不能看做是法律事实。B. 法律事实是由法律规定的、具有法律意义的事实。

②法律事实的种类，依是否以当事人的意志转移为标准：A. **法律事件**：社会事件、自然事件；

B. **法律行为**：合法行为、违法行为。

③同一法律事实可能引起多种法律关系。**事实构成**：两个或以上的法律事实引起同一法律关系的产生、变更与消灭。

【例题·单选题】甲、乙分别为某有限责任公司的自然人股东，后甲在乙知情但不同意的情况下，为帮助妹妹获取贷款，将自有股份质押给银行，乙以甲侵犯其股东权利为由向法院提起诉讼。关于本案，下列哪一判断是正确的？（ ）（2011-1-12）

- A. 担保关系是债权关系的保护性法律关系
- B. 债权关系是质押关系的第一性法律关系
- C. 诉讼关系是股权关系的隶属性法律关系
- D. 债权关系是质押关系的调整性法律关系

【答案】B

【解析】本题考查法律关系的分类。

选项 A 错误。保护性法律关系的典型特征是一方主体（国家）适用法律制裁，另一方主体（通

常是违法者）必须接受这种制裁，如刑事法律关系。因此担保关系不属于保护性法律关系。

选项B正确。第一性法律关系（主法律关系），是人们之间依法建立的不依赖其他法律关系而独立存在的或在多向法律关系中居于支配地位的法律关系。由此而产生的、居于从属地位的法律关系，就是第二性法律关系或从法律关系。质押关系是以债权关系的存在为基础的，属于从法律关系，而债权关系是质押关系的第一性法律关系。

选项C错误。纵向（隶属）的法律关系是指在不平等的法律主体之间所建立的权力服从关系。其特点为：（1）法律主体处于不平等的地位。（2）法律主体之间的权利与义务具有强制性，既不能随意转让，也不能任意放弃。与此不同，横向法律关系是指平权法律关系主体之间的权利义务关系。其特点在于，法律主体的地位是平等的，权利和义务的内容具有一定程度的任意性，如民事财产关系，民事诉讼之原、被告关系等。无论是诉讼关系，还是股权关系，当事人双方的法律地位都是平等的，不是隶属性法律关系。

选项D错误。债权关系是主法律关系，质押关系是从法律关系，质押关系依附于债权关系，而非债权关系依附于质押关系。另外，无论是债权关系还是质押关系都属于民事法律关系，都是调整性的法律关系。

【例题·不定项】“在法学家们以及各个法典看来，各个个人之间的关系，例如缔结契约这类事情，一般是纯粹偶然的现象，这些关系被他们看作是可以随意建立或不建立的关系，它们的内容完全取决于缔约双方的个人意愿。每当工业和商业的发展创造出新的交往形式，例如保险公司等的时候，法便不得不承认它们是获得财产的新方式。”据此，下列表述正确的是？（ ）（2009-1-91）

- A. 契约关系是人们有意识、有目的地建立的社会关系
- B. 各个时期的法都不得不规定保险公司等新的交往形式和它们获得财产的新方式
- C. 法律关系作为一种特殊的社会关系，既有以人的意志为转移的思想关系的属性，又有物质关系制约的属性
- D. 法律关系体现的是当事人的意志，而不可能是国家的意志

【答案】AC

【解析】本案考核法律关系。

选项A正确。契约关系体现了“意思自治”原则。

选项B错误。由于法是以社会为基础，法律不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会，因此只有在保险公司等新的交往形式和它们获得财产的新方式出现时，法律才能有所反映，而并不是各个时期的法律都有规定。

选项C正确。该说法符合马克思关于法的本质的学说。

选项D错误。从实质上看，法律关系作为一定社会关系的特殊形式，正在于它体现国家的意志。

2. 法律责任：行为人因**违法行为、违约行为或者由于法律规定**而承担的不利法律后果。

两个特点：**最终依据法律，国家强制性。**

（1）种类：刑事、民事、行政、违宪、国家赔偿责任。

（2）法律责任的竞合：A. 构成要件：**同一主体、同一行为、数个法律责任、不能并存、不能吸收**。B. 处理方式：不同法律部门，从重；民法部门内，可择一。

（3）归责与免责：

A. 归责原则：合法、公正、有效、合理。

B. 免责条件：时效、不诉及协议、自首立功、因履行不能而免责。

3. 法律制裁：由特定机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。

种类：刑事制裁、民事制裁、行政制裁、违宪制裁。

【例题·不定项】下列哪些说法是不正确的？（ ）

- A. 法律责任不一定会导致法律制裁，但不是所有的法律责任都可以免责
- B. 法律责任的竞合以违法行为为前提
- C. 冯某经公共汽车售票员提醒后仍不给抱小孩的乘客让座，小孩被拥挤受伤，此案中产生冯某的法律任
- D. 法律责任的承担必须以违法行为为前提

【答案】BCD

【解析】本题考查法律责任。

选项 B 说法错误。法律责任的竞合并不是以违法行为为前提的。

选项 C 说法错误。依法承担法律责任是依据违法、违约或者法律规定，而没有给抱小孩的乘客让座，不属于归咎责任的三种情形，所以其表述不正确。

选项 D 说法错误。承担法律责任的前提除了违法行为，还包括违约行为和基于法律的直接规定。

【例题·单选题】中学生小张课间打篮球时被同学小黄撞断锁骨，小张诉请中学和小黄赔偿 1.4 万余元。法院审理后认为，虽然 2 被告对原告受伤均没有过错，不应承担赔偿责任，但原告毕竟为小黄所撞伤，该校的不当行为也是伤害事故发生的诱因，且原告花费 1.3 万余元治疗后尚未完全康复，依据公平原则，法院酌定被告各补偿 3000 元。关于本案，下列哪一判断是正确的？（ ）（2012-1-12）

- A. 法院对被告实施了法律制裁
- B. 法院对被告采取了不诉免责和协议免责的措施
- C. 法院做出对被告有利的判决，在于对案件事实与规范间关系进行了证成
- D. 被告承担法律责任主要不是因为行为与损害间存在因果关系

【答案】C

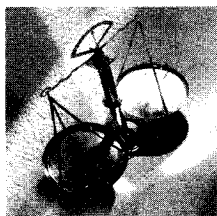
【解析】本题考查法律制裁。

选项 A 错误。法律制裁是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。本案中，法院经审理后认为，被告不存在违法、违约的行为，法院酌定判决被告各承担 3000 元的补偿费是基于公平原则，不属于法律制裁。

选项 B 错误。本案中，受害人向法院起诉了，并不存在不诉免责的情况。另外，受害人也没有与加害人达成同意免责的协议，即也不存在协议免责的情况。

选项 C 正确。法律人在适用法律的过程中，无论是依据一定的法律解释方法所获得的法律规范即大前提，还是根据法律所确定的案件事实即小前提，都是用来向法律决定提供支持程度不同的理由。在这个意义上，法律适用过程即为一个法律证成的过程。本案中，法院依据公平原则作出了有利于被告的判决，正是在法律适用过程中对案件事实与规范间进行证成的结果。

选项 D 错误。本案中，被告的行为与原告小张的损害之间存在因果关系，虽然法院不是基于侵权判决被告承担法律责任，但是也是考虑到被告行为与原告损害之间存在因果关系才适用公平原则，判决被告向原告各补偿 3000 元。



法理学

第一章
法的本体
新华考资
www.xhkzedu.com

第一节 法的概念

一、法的概念的争议

历史上,不同的法学家基于各自研究视角的不同提出了各种各样的法的概念。到目前为止,关于“法是什么”,中外的法学家们并没有达成共识。但是,对于法律人的职业来说,法的概念的研究具有重要的意义。在法律实务中,法律人所持的法的概念的立场不同,对同一个案件所做的法律决定就不同,而且法律人在一定的时间压力下必须要做决定。这样,法律人在处理一些案件获得法律决定的过程中必须进行立场选择。如果法律人没有自己的立场,“将很容易在无意识当中成为权力所有者的工具,成为权力者的法政策目标,甚至罪恶的法政策的工具”。^① 围绕着法的概念的争论的中心问题是关于法与道德之间的关系。依据人们在定义法的概念时对法与道德的关系的不同主张,我们大致上可以将那些形形色色的法的概念区分出两种基本立场,即实证主义的法的概念和非实证主义或自然法的法的概念。所有的实证主义理论都主张,在定义法的概念时,没有道德因素被包括在内,即法和道德是分离的。具体来说,实证主义认为,在法与道德之间,在法律命令什么与正义要求什么之间,在“实际上是怎样的法”与“应该是怎样的法”之间,不存在概念上的必然联系。与此相反,所有的非实证主义理论都主张,在定义法的概念时,道德因素被包括在内,即法与道德是相互联结的。^②

法实证主义者是以下列两个要素定义法的概念的:权威性制定(authoritative issuance)和社会实效(social efficacy)。有的法实证主义者是以权威制定作为法的概念的定义要素,有的是以社会实效作为定义要素。但是,更

① [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越等译,法律出版社2003年版,第280页。

② Robert Alexy, *The Argument from Injustice*, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Clarendon Press. Oxford 2002, pp. 3-4.

多的法实证主义者是以这两个要素的相互结合来定义法的概念的。这两个定义要素可以在不同方面进行联结,而且可以从不同方面解释它们,因此,就产生出了各种各样的法实证主义的法的概念。我们可以将法实证主义者的法的概念区分为两大类:以社会实效为首要定义要素的法的概念,以权威性制定为首要定义要素的法的概念。“首要”意味着一类法的概念的定义要素并不绝对地排除另一类法的概念的定义要素。以社会实效为首要定义要素的法的概念的主要代表是法社会学和法现实主义。以权威性制定为首要定义要素的法的概念的主要代表是分析主义法学,如奥斯丁、哈特,或纯粹法学的凯尔森等。^①

非实证主义者以内容的正确性作为法的概念的一个必要的定义要素。这就意味着这类法的概念中不排除社会实效性要素和权威性制定要素。也就是说,非实证主义的法的概念中不仅以内容的正确性作为定义要素,同时可以包括社会实效性要素和权威性制定要素。^②因此,非实证主义的法的概念中有三个要素,而且这三个要素可以进行不同的联结与解释。大致上,我们可以将非实证主义的法的概念分为两类:以内容的正确性作为法的概念的唯一定义要素,以内容的正确性与权威性制定或社会实效性要素同时作为法的概念的定义要素。前者是以传统的自然法理论为代表,后者的代表是超越自然法与法实证主义之争的所谓第三条道路的那些法学理论,例如阿列克西。

非实证主义与实证主义的法的概念的区分是,前者坚持在定义法的概念时除了权威性制定要素和社会实效性要素,必须要以内容正确性作为定义要素。而对于实证主义来说,“法是什么”仅仅依赖于“什么已经被制定”和(或)“什么具有社会实效”。

二、马克思主义关于法的本质的基本观点

在马克思主义看来,要认识“法是什么”的一个前提是,区分法的现象与本质。本质与现象相区别是马克思主义认识论的一个重大问题。本质是事物的内在联系,是决定客观事物存在的根据;现象则是事物的外在表现和外部

联系,是本质的表现形式。

对“什么是法”这一问题的回答,构成了法的本体论追问,即从现象到本质以揭示法存在之根本理由的追问。法的本质就是在法的本体论追问过程中呈现出来的,而法的本质的展现过程,则反映了法的本质的层次性。

首先,法的本质表现为法的正式性。法的正式性又称法的官方性、国家性,指法是由国家制定或认可的并由国家强制力保证实施的正式的官方确定的行为规范。无论从形成方式、实施方式或表现形式来看,法都是正式的国家制度的组成部分。法的正式性反映了法的现象的特征,是法的本质的表现。法的正式性体现在法总是公共权力机关按照一定的权限和程序制定或认可的。现代世界各国,法律越来越具有严格的形式主义特征。这种形式主义不仅要求法律要出自国家机关,而且要求法律出自法定的国家机关——通常是经普选产生的立法机关。而非经法定机关按程序创制的文件,不具有法的效力。法的正式性还体现在法总是依靠正式的权力机制保证实现。一般而言,法的实现主要依靠社会成员的自觉遵守,但是,国家强制是不可缺少的。法的正式性也体现在法总是借助于正式的表现形式予以公布。人类早期社会曾经历过一定的神秘法时期,但在法的发展历史上,法一般都以官方文件的方式加以公布。近代以来,法的表现形式日益趋于规范化,包括法律文件的格式、名称、术语、结构都有一定的规格和要求。法的正式性表明法律与国家权力存在密切联系,法律直接形成于国家权力,是国家意志的体现。

其次,法的本质反映为法的阶级性。法的阶级性是指:在阶级对立的社会,法所体现的国家意志实际上是统治阶级的意志。法所体现的国家意志,从表面上看,具有一定的公共性、中

^① Robert Alexy, *The Argument from Injustice*, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Clarendon Press. Oxford 2002, p. 14.

^② Robert Alexy, *The Argument from Injustice*, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Clarendon Press. Oxford 2002, p. 4.



立性。这种意志由于形成于与社会相脱离的国家,因而具有统摄全体社会成员的“公共性”优势,任何个人或组织的意志一旦获得国家意志的表现形式,立即具有了由公共权力保证的全体社会成员一体遵循的效力。然而,按照马克思主义观点,由于国家形成于阶级矛盾不可调和的历史时期,因此,它必然反映阶级对立时期的阶级关系。法所体现的国家意志实际上只能是统治阶级意志,国家意志就是法律化的统治阶级意志。统治阶级为什么“自愿”接受法律的约束呢?由于国家具有公共权力和普遍权力的形式,因此,通过国家意志表现出来的统治阶级意志也就具有高度的统一性和极大的权威性。它的统一性表现在:在国家权力高度统一的情况下,统治阶级意志可以通过高度统一的法律形式获得集中的体现,并随着法律的实施,起到将全体社会成员的行为纳入统治阶级所能接受的范围的作用;它的权威性在于:任何法律都是以国家权力为后盾的,任何违法行为都可能受到国家有组织的强力的制裁。鉴于此,统治阶级总是把自己的共同意志和根本利益通过法律加以确认。遵守法律,恰恰是对本阶级最大利益的维护。

法的本质最终体现为法的物质制约性。法的物质制约性是指法的内容受社会存在这个因素的制约,其最终也是由一定的社会物质生活条件决定的。马克思主义法律理论分析社会的特点在于:认为法律是社会的组成部分,也是社会关系的反映;社会关系的核心是经济关系,经济关系的中心是生产关系;生产关系是由生产力决定的,而生产力则是不断发展变化的;生产力的不断发展最终导致包括法律在内的整个社会的发展变化。这就提供了一个将法律置于物质的能动的社会发展过程中加以考察的唯物史观的分析框架。按照这种观点,立法者不是在创造法律,而只是在表述法律,是将社会生活中客观存在的包括生产关系、阶级关系、亲属关系等在内的各种社会关系以及相应的社会规范、社会需要上升为国家的法律,并运用国家权威予以保护。所以,法的本质存在于国家意志、阶级意志与社会存在、社会物质条件之间的对立统一关系之中。

三、“国法”及其外延

到目前为止,有关法的概念的争论并未终结,人们还在为寻找法的恰当定义进行努力。甚至可以说,寻求法的概念的定义就是法学永恒的使命。但是,任何特定国家的法律人在其工作过程中都必须以该国家现行有效的法律作为处理法律问题的出发点和前提。所谓特定国家现行有效的法,笼统地讲,乃是指“国法”(国家的法律)。其外延包括:(1)国家专门机关(立法机关)制定的“法”(成文法);(2)法院或法官在判决中创制的规则(判例法);^①(3)国家通过一定方式认可的习惯法(不成文法);(4)其他执行国法职能的法(如教会法)。“国法”的概念是马克思主义关于法的本质的理论应有之义,是法理学上的一个核心问题,而其他种种所谓的“法”,都不过是学者们基于对国法的认识而提出来的。

四、法的特征

(一)法是调整人的行为的一种社会规范

规范的含义大体与标准、尺度、准则、规则和规则(在我国法律术语中,规则通常指较为具体明确的行为标准,而规范的含义要稍微宽泛一些,包括规则和原则)等相似。社会规范是指人与人相处的准则。社会是由人与人的关系构成的,社会规范则是维系人们之间交往行为的基本准则,进而也是维系社会本身存在的制度和价值。所以,社会规范既具有社会性又具有个人性。法律就是社会规范之一。

作为社会规范,法律不同于技术规范 and 自然法则。自然法则是自然现象之间的联系,自

^① 美国法学家庞德(Roscoe Pound, 1870~1964)认为,法的意义有三:(一)法律秩序——通过有系统地、有秩序地使用政治组织社会的强力来调整关系和安排行为的制度;(二)一批据以作出司法或行政决定的权威性资料、根据或指示(特定的法律、比较法、财产法或契约法等);(三)司法过程——为了维护法律秩序依照权威性的指示以决定各种案件和争端的过程。[美]罗·庞德著:《通过法律的社会控制·法律的任务》,沈宗灵、董世忠译,商务印书馆1984年版,第22页。

然现象的存在与人的思维和行动无关,因此它不具有文化的意蕴。而社会规范则是无数思维着的理性的个人行动的结果。从这个意义上说,社会规范也是一种文化现象。至于技术规范,它的调整对象是人与自然的关系,是规定人们如何使用自然的力量和生产工具以有效地利用自然的行为准则。而社会规范则是调整人与人之间的社会关系的,违反社会规范会招致来自社会的惩罚,而不仅是自然的惩罚。

作为调整行为的社会规范,法律又不同于其他社会规范。法律是一种以公共权力为后盾的、具有特殊强制性的社会规范。而习惯、道德、宗教、政策等社会规范则建立在人们的信仰或确信的基础上,大体上通过社会舆论、传统的力量、社团内部的组织力或人们的内心发生作用。因此,它们不仅是人的行为的准则,而且也是人的意识、观念的基础。

(二)法是由公共权力机构制定或认可的具有特定形式的社会规范

社会规范大体上可以分为两类:一类是在长期的社会演变过程中自发形成的,如道德、习俗、礼仪等。这类规范内容上也在不断变化和丰富,但这一变化过程总体上是自然的、自发的。另一类社会规范则主要是人为形成的,如宗教规范、政治规范(政策等)、职业规范(纪律等)。这类规范内容的产生往往是人为的、自觉的。法律有习惯法和成文法之分,前者是自发形成的,后者是人为的、自觉创制的。

无论如何,法律形成于公共权力机构,这是法律与其他人为形成的社会规范的主要区别之一。其他人为形成的社会规范或出于某一社会组织,或出于某一宗教团体,或出于某一生产生活单位,都不具有普遍的公共性特征。而法律则出自于形式上的公共权力机构。这种公共权力机构是建立在一定的“合法性”基础上的政权。

法律的形成有两种基本方式:一种是制定法律,即享有国家立法权的机关,按照一定的权限划分,依照法定的程序将掌握政权阶级的意志转化为法律。通过制定方式形成的法律就是成文法或制定法。它一般具有系统的条文化的逻辑结构,形式上,类似于自上而下的统治者的

命令体系。另一种是通过国家认可的方式形成法律,这种形成法律的方式是对社会中已有的社会规范(如习惯、道德、宗教教义、政策)赋予法的效力。国家“认可”有两种情况:一种是国家立法者在制定法律时将已有的不成文的零散的社会规范系统化、条文化,使其上升为法律;另一种是立法者在法律中承认已有的社会规范具有法的效力,但却未将其转化为具体的法律规定,而是交由司法机关灵活掌握,如有关“从习惯”、“按政策办”等规定。

(三)法是具有普遍性的社会规范

法的普遍性具有三层含义:一是普遍有效性,即在国家权力所及的范围内,法具有普遍效力或约束力。二是近代以来,法的普遍性也表现为普遍平等对待性,即要求平等地对待一切人,要求法律面前人人平等。三是普遍一致性,即近代以来的法律虽然与一定的国家紧密联系,具有民族性、地域性,但是,法律的内容始终具有与人类的普遍要求相一致的趋向。这里所讲的“法的普遍性”主要是第一种。

(四)法是以权利义务为内容的社会规范

法是通过设定以权利义务为内容的行为模式的方式,指引人的行为,将人的行为纳入统一的秩序之中,以调节社会关系。法所规定的权利义务,不仅是对公民而言的,而且也是针对一切社会组织、国家机构的。法不仅规定义务,而且赋予权利。法的存在,意味着人们谋求自身利益的行为的正当性,意味着现实的有生命的个人追求现实利益的正当性。可见,这是法的一个重要特点和价值。这种调整社会关系的方式,使法进一步与其他社会规范相区别。

从这一点上也可以进一步看出国家法律与自然法则的区别。法律以权利义务为内容,意味着一定条件具备时,人们可以从事或不从事某种行为,必须做或必须不做某件事。至于法律的要求对或不对,人们的选择正确与否,就是另外的问题了。而自然法则则不是人们的选择问题,一定的条件具备,必然出现一定的结果。

(五)法是以国家强制力为后盾,通过法律程序保证实现的社会规范

规范都具有保证自己实现的力量。不按照

自然法则办事,会招致自然界报复。不按照社会规范行事,也会受到相应的惩罚。原始人严重违反氏族习惯,会被逐出氏族;社会成员违反公认的道德准则,会受到人们的谴责;教会成员严重违反教规,要被赶出教门;工人违反厂规,要受厂规处分;党员破坏党章,要受党纪制裁。可见,没有保证手段的社会规范是不存在的。

不同的社会规范,其强制措施的方式、范围、程度、性质是不同的。法律强制是一种国家强制,是以军队、宪兵、警察、法官、监狱等国家暴力为后盾的强制。因此,法律就一般情况而言是一种最具有外在强制性的社会规范。同时,国家暴力还是一种“合法的”暴力。所谓“合法的”一般意味着是“有根据的”,而且,也意味着国家权力必须合法行使,包括符合实体法尤其是程序法两个方面的要求。法律的制定和实施都必须遵守法律程序,法律职业者必须在程序范围内思考、处理和解决问题。法的程序性是法区别于其他社会规范的重要特征。

(六)法是可诉的规范体系,具有可诉性

法的可诉性是指法律具有被任何人(包括公民和法人)在法律规定的机构(尤其是法院和仲裁机构)中通过争议解决程序(特别是诉讼程序)加以运用以维护自身权利的可能性。不同的社会规范,具有不同的实现方式。法律的实现方式不仅表现在以国家暴力为后盾,更表现在以一种制度化的争议解决机制为权利人提供保障,通过权利人的行动,启动法律与制度的运行,进而凸显法律的功能。所以,判断一种规范是否属于法律,可以从可诉性的角度加以观察。

五、法的作用

法的作用泛指法对社会产生的影响。

理解法的作用必须首先注意:法的作用与法的本质及目的是密切联系、相互作用的。唯物史观认为:第一,法的作用体现在法与社会的交互影响中,在社会发展的过程中,法作为上层建筑的组成部分,其产生、存在与发展变化都是由社会的生产方式决定的。法在由社会所决定的同时,也具有相对的独立性。这种独立性在一定意义上就体现在法能够促进或延缓社会的

发展。第二,法的作用直接表现为国家权力的行使。无论是制定法还是习惯法、判例法,都是与国家权力相联系的。法律之所以能够调节人的行为,起到规范社会关系的作用,就在于它是以国家权力为后盾的,与官方权威相联系的。这是法与其他社会规范相区别的重要标志。同时,现代法律在社会生活中作用的扩大,也是国家权力进一步扩大和加强的结果。所以,法律的作用与国家的地位和作用互为表里。第三,法的作用本质上是社会自身力量的体现。法能否对社会发生作用,法对社会作用的程度,法对社会所发生作用的效果,不是法律自身能够决定的。

法的作用可以分为规范作用与社会作用。这是根据法在社会生活中发挥作用的形式和内容对法的作用的分类。从法是一种社会规范来看,法具有规范作用,规范作用是法作用于社会的特殊形式;从法的本质和目的来看,法又具有社会作用,社会作用是法规制和调整社会关系的目的。这种对法的作用的划分使法与其他社会现象相区别,突出了法律调整的特点;同时,又明确了各个时期法律目的的差异。

法的规范作用可以分为指引、评价、教育、预测和强制五种。法的这五种规范作用是法律必备的,任何社会的法律都具有。但是,在不同的社会制度下,在不同的法律制度中,由于法律的性质和价值的不同,法的规范作用的实现程度是会有所不同的。

指引作用是指法对本人的行为具有引导作用。在这里,行为的主体是每个人自己。对人的行为的指引有两种形式:一种是个别性指引,即通过一个具体的指示形成对具体的人的具体情况指引;另一种是规范性指引,是通过一般的规则对同类的人或行为的指引。个别指引尽管是非常重要的,但就建立和维护稳定的社会关系和社会秩序而言,规范性指引具有更大的意义。从立法技术上看,法律对人的行为的指引通常采用两种方式:一种是确定的指引,即通过设置法律义务,要求人们作出或抑制一定行为,使社会成员明确自己必须从事或不得从事的行为界限。另一种是不确定的指引,又称选

择的指引,是指通过宣告法律权利,给人们一定的选择范围。

评价作用是指,法律作为一种行为标准,具有判断、衡量他人行为合法与否的评判作用。这里,行为的对象是他人。在现代社会,法律已经成为评价人的行为的基本标准。

教育作用是指通过法的实施使法律对一般人的行为产生影响。这种作用又具体表现为警示作用和示范作用。法的教育作用对于提高公民法律意识,促使公民自觉遵守法律具有重要作用。

预测作用是指凭借法律的存在,可以预先估计到人们相互之间会如何行为。法的预测作用的对象是人们相互之间的行为,包括公民之间、社会组织之间、国家、企事业单位之间以及它们相互之间的行为的预测。社会是由人们的交往行为构成的,社会规范的存在就意味着行为预期的存在。而行为的预期是社会秩序的基础,也是社会能够存在下去的主要原因。

强制作用是指法可以通过制裁违法犯罪行为来强制人们遵守法律。这里,强制作用的对象是违法者的行为。制定法律的目的是让人们遵守,是希望法律的规定能够转化为社会现实。在此,法律必须具有一定的权威性。离开了强制性,法律就失去了权威;而加强法律的强制性,则有助于提高法律的权威。

法的社会作用是从法的本质和目的这一角度出发确定的法的作用,如果说法的规范作用取决于法的特征,那么,法的社会作用就是由法的内容、目的决定的。法的社会作用主要涉及了三个领域和两个方向。三个领域即社会经济生活、政治生活、思想文化生活领域;两个方向即政治职能(通常说的阶级统治的职能)和社会职能(执行社会公共事务的职能)。

当然,尽管法在社会生活中具有重要作用,但是,法律不是万能的,原因在于:(1)法律是以社会为基础的,因此,法律不可能超出社会发展需要“创造”或改变社会;(2)法律是社会规范之一,必然受到其他社会规范以及社会条件和环境的制约;(3)法律规制和调整社会关系的范围和深度是有限的,有些社会关系(如人们的情

感关系、友谊关系)不适宜由法律来调整,法律就不应涉足其间;(4)法律自身条件的制约,如语言表达力的局限。在实践活动中,法律必须结合自身特点发挥作用。

第二节 法的价值

一、法的价值的含义

“价值”是现代人文社会科学普遍使用的一个概念。它体现着主客体之间的一种关系,也表征着作为价值主体而言的人的主体性意识,同时也代表着主体与客体之间关系的契合程度。

那么,什么是法的价值呢?简单地说,法的价值是指法这种规范体系(客体)有哪些为人(主体)所重视、珍视的性状、属性和作用。^①具体而言,法的价值这一范畴包含如下意义:(1)同价值的概念一样,法的价值也体现了一种主客体之间的关系。也就是说,它是人对作为客体的法律的认识,从这个意义上而言,法的价值不是以人受制于法律,而是以人作为法律的本体这一关系得以存在的。法律无论其内容抑或目的,都必须符合人的需要,这是法的价值概念存在的基础。(2)法的价值表明了法律对于人们而言所拥有的正面意义,它体现了其属性中为人们所重视、珍惜的部分。也就是说,法的价值意味着它能够满足人们的需要,代表着人们对美好事物的追求。例如,在法律中常说到的自由、正义、秩序等,都是人们为了生存、合作所必须确定的一种理想状态。(3)法的价值既包括对实然法的认识,更包括对应然法的追求。也就是说,法的价值的研究不能以现行的实在法为限,它还必须采用价值分析、价值判断的方法,来追寻什么样的法律才是最符合人的需要的这一问题。

还必须注意的是,法的价值的概念并不等于法律作用或法律效用等概念,法律本身所有的各种属性,如法律的各种作用,法律的阶级意志性和强制性等,它们只是法的价值得以形成

^① 李步云主编:《法理学》,经济科学出版社2000年版,第58页。



的基础和条件。法的价值反映了主体与法律之间的特定关系,是使法律更好地服从和服务于人所确定的法学范畴。

二、法的价值的种类

(一) 秩序

法学上所言的秩序,主要是指社会秩序。它表明通过法律机构、法律规范、法律权威所形成的一种法律状态。由不同的人所组成的社会要得以维系其存在与发展,就必须确立基本的秩序形式,而在其中,法律在促成人类秩序的形成方面发挥着重要的作用,任何一种法律都是要追求并保持一定社会的有序状态。因此,法律总是为一定秩序服务的。也就是说,在秩序问题上,根本就不存在法律是否服务于秩序的问题。所存在的问题仅在于法律服务于谁的秩序、怎样的秩序。

“秩序”之所以成为法的基本价值之一,是因为:首先,任何社会统治的建立都意味着一定统治秩序的形成。没有秩序的统治,根本就不是统治。因为在一片混乱之中,统治者的权力根本就无法行使,自然也就无法建立有效的社会管理模式。因而,法律的根本而首要的任务就是确保统治秩序的建立,因而秩序对于法律来说,无疑是基本的价值。其次,秩序本身的性质决定了秩序是法的基本价值。秩序是人们社会生活中相互作用的正常结构、过程或变化模式,它是人们相互作用的状态和结果。任何时代的社会,人们都期望行为安全与行为的相互调适,这就要求通过法律确立惯常的行为规则模式,正是从这个意义上,法律、规则、秩序可以成为同义词。再者,秩序是法的其他价值的基础。诸如自由、平等、效率等法的价值表现,同样也需要以秩序为基础。因为没有秩序,这些价值的存在就会受到威胁或缺乏必要的保障,其存在也就没有现实意义了。

当然,秩序虽然是法的基础价值,但秩序本身又必须以合乎人性、符合常理作为其目标。也就是说,如果秩序是以牺牲人们的自由、平等为代价的,那么这种秩序就不是可欲的秩序。正是从这个意义上而言,现代社会所言的“秩

序”还必须接受“正义”的规制。相对来说,秩序主要关系到社会生活的形式方面,而难以涉及社会生活的实质方面。

(二) 自由

从哲学上而言,自由是指在没有外在强制的情况下,能够按照自己的意志进行活动的的能力。这正如霍布斯将自由定义为“没有障碍”一样,它表明主体可以根据自己的意志、目的而行动,而不是按照外界的强制或限制来行动。法的价值上所言的“自由”,即意味着法以确认、保障人的这种行为能力为己任,从而使主体与客体之间能够达到一种和谐的状态。

从价值上而言,法律是自由的保障。法律虽然是可以承载多种价值的规范综合体,然而其最本质的价值则是“自由”——“法典就是人民自由的圣经”。^①因而,法律必须体现自由、保障自由,只有这样,才能使“个别公民服从国家的法律也就是服从他自己的理性即人类理性的自然规律”,^②从而达到国家、法律与个人之间的完满统一。显然,就法的本质来说,它以“自由”为最高的价值目标。法典是用来保卫、维护人民自由的,而不是用来限制、践踏人民自由的;如果法律限制了自由,也就是对人性的一种践踏。

自由既然是人的本性,因而也就可以成为一种评价标准,衡量国家的法律是否是“真正的法律”:“法律只是在自由的无意识的自然规律变成有意识的国家法律时,才成为真正的法律。哪里法律成为实际的法律,即成为自由的存在,哪里法律就成为人的实际的自由存在。”^③“法律—自由—人”的这样一种关联,说明法本身只是人格的一种外在维护,也是人们评价、批判甚至推翻专制法律的工具。专制制度下的法律虽然由国家制定,形式上具有合法权威,然而由于本质上背离了自由的要求,因而只能是一种徒

①③ [德]马克思:“第六届莱茵省议会的辩论”(第一篇论文),载《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年第2版,第176页。

② [德]马克思:“《科伦日报》第179号的社论”,载《马克思恩格斯全集》(第1卷),人民出版社1995年第2版,第228页。

新华考资

www.xhkdzu.com

具形式的“恶法”。从这个意义上而言,任何不符合自由意蕴的法律,都不是真正意义上的法律。

自由在法的价值中的地位,还表现在它不仅评价法律进步与否的标准,更重要的是它体现了人性最深刻的需要。人类活动的基本目的之一,便是为了满足自由需要,实现自由欲望,达成自由目的。这体现在法律上,必须确认、尊重、维护人的自由权利,以主体的自由行为作为联结主体之间关系的纽带(例如,民法上常言的“意思自治”)。可以说,没有自由,法律就仅仅是一种限制人们行为的强制性规则,而无法真正体现它在提升人的价值、维护人的尊严上的伟大意义。

(三) 正义

“正义”本身是个关系范畴,它存在于人与人之间的相互交往之中,可以说,没有人与人之间的关系存在,就不会有正义问题的产生。换言之,所谓“不正义”绝对不会存在于孤立的个人之上,公正只是一种在涉及利害关系的场合,要求平等地对待他人的观念形态。这一原则,也就是我们通常所说的“把各人应得的东西归于各人”。从实质内容而言,正义又体现为平等、公正等具体形态。也就是说,公正不仅是人类的一种“理想”,同时还表现在使这种理想与现实社会条件的结合。同时,“平等”本身就有一个“不平等”的他者存在,没有平等自然无所谓不平等;同样,没有不平等也无所谓平等。

那么,在法律上如何实现正义这一价值标准呢?大致来说,包括以下数端:第一,正义是法的基本标准。也就是说,法律只有合乎正义的准则时,才是真正的法律;如果法律充斥着不正义的内容,则意味着法律只不过是推行专制的工具。因此,在制定法律时,立法者必须以一定的正义观念为指导并将这些观念体现在具体的法律规定之中,维系正义的制度形态,同时引导广大民众崇尚正义、追求正义。第二,正义是法的评价体系。这就是说,正义担当着两方面的角色:其一,它是法律必须着力弘扬与实现的价值;其二,正义可以成为独立于法之外的价值

评判标准,用以衡量法律是“良法”抑或“恶法”。这就是正义观念固有的影响力,也是法学研究本身的任务使然。第三,正义也极大地推动着法律的进化。正义形成了法律精神上进化的观念源头,使自由、民主、平等、人权等价值观念深入人心;正义促进了法律地位的提高,它使得依法治国作为正义所必需的制度建构而存在于现代民主政体之中,从而突出了法律在现代社会生活中的位置;正义推动了法律内部结构的完善,它使得权力控制、权利保障等制度应运而生;正义也提高了法律的实效。法律的执行不仅要有利于秩序的维持,更主要的是要实现社会正义。

三、法的价值冲突及其解决

以上所言自由、秩序、正义等,都可以说是法的最基本的价值,而实际上除此之外,尚有效率等其他价值形式存在。现在我们要面对的问题就是,法的各种价值之间有时会发生矛盾,从而导致价值之间的相互抵牾。例如,要保证社会正义的实现,在很大程度上就必须以牺牲效率作为代价;同样,在平等与自由之间、正义与自由之间也都会出现矛盾,甚至在某些情况下还会导致“舍一择一”局面的出现。

从主体而言,法的价值冲突常常出现于三种场合:一是个体之间法律所承认的价值发生冲突,例如行使个人自由可能导致他人利益的损失;二是共同体之间价值发生冲突,例如国际人权与一国主权之间可能导致的矛盾;三是个体与共同体之间的价值冲突,典型的即如个人自由与社会秩序之间所常见的矛盾情形。

自然,就理想的社会而言,可以形成一种涵盖、平衡各种价值冲突的社会宽容,立法作为一种确立普遍规则的活动,也多是在这个意义上协调、平衡各种法的价值之间所可能有的矛盾。例如,我国宪法第51条规定:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”然而,由于立法不可能穷尽社会生活的一切形态,在个案中更可能因为特殊情形的存在而使得价值冲突难以避免,因而必



须形成相关的平衡价值冲突的规则。在这个方面,可以采纳的原则主要有:

第一,价值位阶原则。这是指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在先的价值优于在后的价值。正如拉伦茨所言:在利益衡量中,首先就必须考虑“于此涉及的一种法益较其他法益是否有明显的价值优越性”。^①就法的基本价值而言,主要是以上所言的自由、秩序与正义,其他则属于基本价值以外的一般价值(如效率、利益等)。但即使基本价值,其位阶顺序也不是并列的。一般而言,自由代表了人的最本质的人性需要,它是法的价值的顶端;正义是自由的价值外化,它成为自由之下制约其他价值的法律标准;而秩序则表现为实现自由、正义的社会状态,必须接受自由、正义标准的约束。因而,在以上价值之间发生冲突时,可以按照位阶顺序来予以确定何者应优先适用。

第二,个案平衡原则。这是指在处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益,以使得个案的解决能够适当兼顾双方的利益。例如,在美国的“马修诉埃尔德雷奇”一案中,最高法院申明,在决定正当程序于特定的情况下所要求的具体内容时,它将审视三个因素:首先,“因官方行动将受到影响的私人利益”;其次,“通过所诉诸的程序而错误剥夺此类利益的风险”;再者,“政府的利益,包括牵扯的职能和其他的或替代的程序要求将需要的财政及行政方面的负担”。^②由此可以看出,在有关该案的处理上,法院并不以“公共利益”作为高于“个人利益”的价值标准来看待,而是结合具体情形来寻找两者之间的平衡点。

第三,比例原则。价值冲突中的“比例原则”,是指“为保护某种较为优越的法价值须侵及一种法益时,不得逾越此目的所必要的程度”。^③例如,为维护公共秩序,必要时可能会实行交通管制,但应尽可能实现“最小损害”或“最少限制”,以保障社会上人们的行车自由。换句话说,即使某种价值的实现必然会以其他价值的损害为代价,也应当使被损害的价值减低到最小限度。

自然,价值冲突的情形过于复杂,其相关原则、依据及处理规则还有待于进一步研究。

示例

宽严相济是我国的基本刑事政策,要求法院对于危害国家安全、恐怖组织犯罪、“黑恶”势力犯罪等严重危害社会秩序和人民生命财产安全的犯罪分子,尤其对于极端仇视国家和社会,以不特定人为侵害对象,所犯罪行特别严重的犯罪分子,该依法重判的坚决重判,该依法判处死刑立即执行的绝不手软。对于解决公共秩序、社会安全、犯罪分子生命之间存在的法律价值冲突,该政策遵循下列哪一原则?(2011年试卷一第13题)

- A. 个案平衡原则 B. 比例原则
C. 价值位阶原则 D. 自由裁量原则

【参考答案及简要提示】C。解答本题的关键在于区分法律价值冲突的各项解决原则。价值位阶原则是指在不同位阶的法的价值发生冲突时,在先的价值优于在后的价值。个案平衡原则是指在处于同一位阶上的法的价值之间发生冲突时,必须综合考虑主体之间的特定情形、需求和利益,以使个案的解决能够适当兼顾双方的利益。而比例原则意指为保护某种较为优越的法价值须侵及一种法益时,不得逾越此目的所必要的程度。依据宽严相济的基本刑事政策,严重危害社会秩序和人民生命财产安全、所犯罪行特别严重的犯罪分子,应当依法被重判或判处死刑,这表明在价值冲突时进行价值衡量的结果是犯罪分子的生命低于公共秩序和社会安全,这正是价值位阶原则的体现。D选项“自由裁量原则”为干扰项,法律价值冲突的解决原则中无此项原则。

^① [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司1996年版,第319页。

^② [美]欧内斯特·盖尔霍恩·罗纳德·M.利文著:《行政法和行政程序概要》,黄列译,中国社会科学出版社1996年版,第132页。

^③ [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,五南图书出版公司1996年版,第320页。

法律是由法律规范组成的。法律规范是国家制定或认可的关于人们的行为或活动的命令、允许和禁止的一种规范。法律规范被区分为法律规则与法律原则,两者都是针对特定情况下有关法律责任的特定的决定。^① 法律权利与法律义务是由法律规范规定或指示的。^②

一、法律规则

法律规则是指以一定的逻辑结构形式具体规定人们的法律权利、法律义务以及相应的法律后果的一种法律规范。

(一) 法律规则的逻辑结构

法律规则的逻辑结构,指法律规则诸要素的逻辑联结方式,即从逻辑的角度看法律规则是由哪些部分或要素来组成的,以及这些部分或要素之间是如何联结在一起的。

对法律规则的结构,目前学界有不同看法。主要有“三要素说”和“两要素说”两种观点。“三要素说”认为,每一法律规则通常由假定、处理和制裁三个要素构成。“两要素说”认为,法律规则是由行为模式和法律后果两部分构成的。

本书持新的“三要素说”,认为任何法律规则均由假定条件、行为模式和法律后果三个部分构成。

所谓假定条件,指法律规则中有关适用该规则的条件和情况的部分,即法律规则在什么时间、空间、对什么人适用以及在什么情境下对人的行为有约束力的问题。它包含两个方面:(1)法律规则的适用条件。其内容有关法律规则在什么时间生效,在什么地域生效以及对什么人生效等。(2)行为主体的行为条件。

所谓行为模式,指法律规则中规定人们如何具体行为之方式或范型的部分。它是从人们大量的实际行为中概括出来的法律行为要求。根据行为要求的内容和性质不同,法律规则中的行为模式分为三种:(1)可为模式。指在什么假定条件下,人们“可以如何行为”的模式。

(2)应为模式。指在什么假定条件下,人们“应当或必须如何行为”的模式。(3)勿为模式。指在什么假定条件下,人们“禁止或不得如何行为”的模式。从另一个角度看,可为模式亦可称为权利行为模式,而应为模式和勿为模式又可称为义务行为模式。它们的内容是任何法律规则的核心部分。

所谓法律后果,指法律规则中规定人们在作出符合或不符合行为模式的要求时应承担相应的结果的部分,是法律规则对人们具有法律意义的行为的态度。根据人们对行为模式所作出的实际行为的不同,法律后果又分为两种:(1)合法后果,又称肯定式的法律后果,是法律规则中规定人们按照行为模式的要求行为而在法律上予以肯定的后果,它表现为法律规则对人们行为的保护、许可或奖励。(2)违法后果,又称否定式的法律后果,是法律规则中规定人们不按照行为模式的要求行为而在法律上予以否定的后果,它表现为法律规则对人们行为的制裁、不予保护、撤销、停止,或要求恢复、补偿等。

(二) 法律规则与语言

一切法律规范都必须以作为“法律语句”的语句形式表达出来的,具有语言的依赖性。离开了语言,法律就无以表达、记载、解释和发展。^③ 法律人在其工作中每时每刻都与语言打交道。如果没有语言,法律人就失去了架构规范与事实之间的桥梁。总之,对于法律人来说,“语言不仅是理解不语的客体之当然实用工具,其本身也是法律者工作的核心对象——他要理

① Ronald Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard University Press 1977, p. 24.

② 张文显指出:“权利是规定或隐含在法律规范中、实现于……”载张文显著:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社 1993 年版,第 82 页。英国哲学家米尔恩指出:为证明享有权利的要求为正当,有必要提供关于规则及其所根据的原则的知识。[英] A. J. M. 米尔恩著:《人的权利与人的多样性——人权哲学》,夏勇、张志铭译,中国大百科全书出版社 1995 年版,第 11 页。

③ [德] 伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越等译,法律出版社 2003 年版,第 73 页。



解法律,描述事实行为,根据规范对案件进行推论”。^① 法律与语言的这个密切关系,就决定了法律人对语言驾驭能力的重要性。

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

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

(三) 法律规则与法律条文

现代国家的规范性法律文件(如法典)大都是以条文为基本构成单位的。从其表述的内容来看,法律条文可以分为规范性条文和非规范性条文。规范性条文是直接表述法律规范(法律规则和法律原则)的条文,非规范性条文是指不直接规定法律规范,而规定某些法律技术内容(如专门法律术语的界定、公布机关和时间、法律生效日期等)的条文。这些非规范性条文不可能是独立存在的,它们总是附属于规范性法律文件中的规范性法律条文的。由此看出,应当把法律规则和法律条文区别开来。法律规则是法律条文的内容,法律条文是法律规则的表现形式,并不是所有的法律条文都直接规定法律规则的,也不是每一个条文都完整地表述一个规则或只表述一个法律规则。

在立法实践中,通常采取两种不同的方式来明示人们的行为界限,分别以不同的条文规定表现出来。具体而言,大致有以下几类情形:(1)一个完整的法律规则由数个法律条文来表述;(2)法律规则的内容分别由不同规范性法律文件的法律条文来表述;(3)一个条文表述不同的法律规则或其要素;(4)法律条文仅规定法律规则的某个要素或若干要素。

(四) 法律规则的分类

1. 授权性规则和义务性规则。按照规则的内容规定不同,法律规则可以分为授权性规则和义务性规则。所谓授权性规则,是指规定人们有权做一定行为或不做一定行为的规则,即规定人们的“可为模式”的规则。所谓义务性规则,是指在内容上规定人们的法律义务,即有关人们应当作出或不作出某种行为的规则。它也分为两种:(1)命令性规则,是指规定人们的积极义务,即人们必须或应当作出某种行为的规则,例如婚姻法规定的“现役军人的配偶要求离婚,须得军人同意”即属于此种规则。(2)禁止性规则,是指规定人们的消极义务(不作为义务),即禁止人们作出一定行为的规则,例如宪

新华考资
www.xhkzedu.com

^① [德]考夫曼等著:《当代法哲学和法律理论导论》,郑永流译,法律出版社2002年版,第291页。

法规定“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或破坏国家和集体的财产”即属于此种规则。

2. 确定性规则、委任性规则和准用性规则。按照规则内容的确定性程度不同,可以把法律规则分为确定性规则、委任性规则和准用性规则。所谓确定性规则,是指内容本已明确肯定,无须再援引或参照其他规则来确定其内容的法律规则。在法律条文中规定的绝大多数法律规则属于此种规则。所谓委任性规则,是指内容尚未确定,而只规定某种概括性指示,由相应国家机关通过相应途径或程序加以确定的法律规则。例如,我国计量法第33条规定:“中国人民解放军和国防科技工业系统计量工作的监督管理办法,由国务院、中央军事委员会依据本法另行制定。”此规定即属委任性规则。所谓准用性规则,是指内容本身没有规定人们具体的行为模式,而是可以援引或参照其他相应内容规定的规则。例如,我国商业银行法第17条规定:“商业银行的组织形式、组织机构适用《中华人民共和国公司法》的规定。”此规定即属准用性规则。

3. 强行性规则和任意性规则。按照规则对人们行为规定和限定的范围或程度不同,可以把法律规则分为强行性规则和任意性规则。所谓强行性规则,是指内容规定具有强制性性质,不允许人们随便加以更改的法律规则。义务性规则、职权性规则属于强行性规则。在体现人们个人意志的活动(如民事活动)中,强行性规则不允许当事人有个人意思表示,如果当事人之间签订了规定其他行为条件的协议,则该协议被认为是无效的。所谓任意性规则,是指规定在一定范围内,允许人们自行选择或协商确定为与不为、为的方式以及法律关系中的权利义务内容的法律规则。在权利性规则中,有些属于任意性规则。其内容大都是国家赋予人们某种意志表达力更大的权利和自由,或者说法律规则一般只对人们的权利(可以做什么或不做什么)作原则性的规定,当事人个人自行确定或选择自己权利和自由的内容或方式。例如,按照我国法律规定,合资企业的产品可以出口,也可以在中国市场销售。此种规定即属任意性规则。

二、法律原则

法律原则,是为法律规则提供某种基础或本源的综合性的、指导性的原理或价值准则的一种法律规范。它是具有高度的一般化层别的规范。^①既然法律原则位于高度一般化的层别,它的确定性与可预测性的程度就相对的低;因而,它不能直接用来对某个裁判进行证立,还需要进一步的规范性前提。^②

(一) 法律原则的种类

1. 公理性原则和政策性原则。按照法律原则产生的基础不同,可以把法律原则分为公理性原则和政策性原则。公理性原则,即由法律原理(法理)构成的原则,是由法律上之事理推导出来的法律原则,是严格意义的法律原则,例如法律平等原则、诚实信用原则、等价有偿原则、无罪推定原则、罪刑法定原则等,它们在国际范围内具有较大的普适性。政策性原则是一个国家或民族出于一定的政策考量而制定的一些原则,如我国宪法中规定的“依法治国,建设社会主义法治国家”的原则,“国家实行社会主义市场经济”的原则,婚姻法中“实行计划生育”的原则,等等。政策性原则具有针对性、民族性和时代性。

2. 基本原则和具体原则。按照法律原则对人的行为及其条件之覆盖面的宽窄和适用范围大小,可以把法律原则分为基本原则和具体原则。基本法律原则是整个法律体系或某一法律部门所适用的、体现法的基本价值的原则,如宪法所规定的各项原则。具体法律原则是在基本原则指导下适用于某一法律部门中特定情形的原则,如(英、美)契约法中的要约原则和承诺原则、错误原则等。

3. 实体性原则和程序性原则。按照法律原则涉及的内容和问题不同,可以把法律原则分为实体性原则和程序性原则。实体性原则是

^① [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第301页。

^② 参见[德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第301、321页。

直接指涉及实体法问题(实体性权利和义务等)的原则,例如,宪法、民法、刑法、行政法中所规定的多数原则属于此类。程序性原则是直接指涉及程序法(诉讼法)问题的原则,如诉讼法中规定的“一事不再理”原则、辩护原则、非法证据排除原则、无罪推定原则等。

(二)法律原则与法律规则的区别

1. 在内容上,法律规则的规定是明确具体的,它着眼于主体行为及各种条件(情况)的共性;其明确具体的目的是削弱或防止法律适用上的“自由裁量”。与此相比,法律原则的着眼点不仅限于行为及条件的共性,而且关注它们的个别性。其要求比较笼统、模糊,它不预先设定明确的、具体的假定条件,更没有设定明确的法律后果。它只对行为或裁判设定一些概括性的要求或标准(即使是有关权利和义务的规定,也是不具体的),但并不直接告诉应当如何去实现或满足这些要求或标准,故在适用时具有较大的余地供法官选择和灵活应用。

2. 在适用范围上,法律规则由于内容具体明确,它们只适用于某一类型的行为。而法律原则对人的行为及其条件有更大的覆盖面和抽象性,它们是对从社会生活或社会关系中概括出来的某一类行为、某一法律部门甚或全部法律体系均通用的价值准则,具有宏观的指导性,其适用范围比法律规则宽广。

3. 在适用方式上,法律规则是以“全有或全无的方式”(all or nothing fashion)或涵摄的方式应用于个案当中的:如果一条规则所规定的条件被该案件事实所满足,那么,这条规则所规定的法律后果就被确定地适用该案件,也就是说,必须接受该规则所提供的解决办法;如果该规则规定的条件没有被满足或者由于与另一个规则相冲突而被排除,那么,该规则对该案件就是无效的,也就是说,该规则对裁决不起任何作用。美国法理学家德沃金(Dworkin)在说明这一点时,曾举棒球规则的例子:在棒球比赛中,击球手若对投球手所投的球三次都未击中则必须出局。裁判员不能一方面承认三击不中者出局的规则有效,另一方面又不判三击不中者出局。这种矛盾在规则的情况下是不允许的。^①

而法律原则的适用则不同,它不是以“全有或全无的方式”或是以衡量的方式应用于个案当中的,因为不同的法律原则是具有不同的“强度”(weight,分量)的,而且这些不同强度的原则甚至冲突的原则都可能存在于一部法律之中。例如,在民法中,无过错责任原则和公平责任原则,可能与意志自由原则是矛盾的。所以,当两个原则在具体的个案中冲突时,法官必须根据案件的具体情况及有关背景在不同强度的原则间作出权衡:被认为强度较强的原则对该案件的裁决具有指导性的作用,比其他原则的适用更有分量。但另一原则并不因此无效,也并不因此被排除在法律制度之外,因为在另一个案中,这两个原则的强度关系可能会改变。例如,我们不能根据在某一个案中采用公平原则,而否定意志自由原则的效力;相反,我们在另一个案中强调意志自由原则,也并不否定公平原则的效力。当然,在权衡原则的强度时,有些原则自始就是最强的,例如法律平等原则、民法中的“诚实信用”原则,它们往往被称为“帝王条款”。

(三)法律原则的适用条件

现代法理学一般都认为法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷,弥补法律漏洞,保证个案正义,在一定程度上缓解了规范与事实之间的缝隙,从而能够使法律更好地与社会相协调一致。但由于法律原则内涵高度抽象,外延宽泛,不像法律规则那样对假定条件和行为模式有具体明确的规定,所以当法律原则直接作为裁判案件的标准发挥作用时,会赋予法官较大的自由裁量权,从而不能完全保证法律的确性和可预测性。为了将法律原则的不确定性减小在一定程度之内,需要对法律原则的适用设定严格的条件:

1. 穷尽法律规则,方得适用法律原则。这个条件要求,在有具体的法律规则可供适用时,不得直接适用法律原则。即使出现了法律规则

^① [美]罗纳德·德沃金著:《认真对待权利》,信春鹰、吴玉章译,中国大百科全书出版社1998年版,第43页。

的例外情况,如果没有非常强的理由,法官也不能以一定的原则否定既存的法律规则。只有出现无法律规则可以适用的情形,法律原则才可以作为弥补“规则漏洞”的手段发挥作用。这是因为法律规则是法律中最具有硬度的部分,能最大程度地实现法律的确定性和可预测性,有助于保持法律的安定性和权威性,避免司法者滥用自由裁量权,保证法治的最起码的要求得到实现。

2. 除非为了实现个案正义,否则不得舍弃法律规则而直接适用法律原则。这个条件要求,如果某个法律规则适用于某个具体案件,没有产生极端的人们不可容忍的不正义的裁判结果,法官就不得轻易舍弃法律规则而直接适用法律原则。这是因为任何特定国家的法律人首先理当崇尚的是法律的确定性。^① 在法的安定性和合目的性之间,法律首先要保证的是法的安定性。

3. 没有更强理由,不得径行适用法律原则。在判断何种规则在何时及何种情况下极端违背正义,其实难度很大,法律原则必须为适用第二个条件规则提出比适用原法律规则更强的理由,否则上面第二个条件规则就难以成立。德国当代法学家、基尔大学法哲学与公法学教授罗伯特·阿列克西(Robert Alexy)对此曾做过比较细致的分析。他指出:当法官可能基于某一原则P而欲对某一规则R创设一个例外规则R'时,对R'的论证就不仅是P与在内容上支持R的原则R.p之间的衡量而已。P也必须在形式层面与支持R的原则R.p作衡量。而所谓有在形式层面支持R之原则,最重要的就是“由权威机关所设立之规则的确定性”。要为R创设例外规则R',不仅P要有强过R.p的强度,P还必须强过R.pf。或者说,基于某一原则所提供的理由,其强度必须强到足以排除支持此规则的形式原则,尤其是确定性和权威性。而且,主张适用法律原则的一方(即主张例外规则的一方)负有举证(论证)的责任。^② 显然,在已存有相应规则的前提下,若通过法律原则改变既存之法律规则或者否定规则的有效性,却提出比适用该规则分量相当甚至更弱的理由,那么适

用法律原则就没有逻辑证明力和说服力。

示例

关于法律原则的适用,下列哪些选项是错误的?(2008年试卷一第51题)

- A. 案件审判中,先适用法律原则,后适用法律规则
- B. 案件审判中,法律原则都必须无条件地适用
- C. 法律原则的适用可以弥补法律规则的漏洞
- D. 法律原则的适用采取“全有或全无”的方式

【参考答案及简要提示】ABD。法律原则的适用有其特殊性,主要表现在两个方面:第一,就适用条件而言,通常情况下,穷尽法律规则,方得适用法律原则。因此,A选项错误,符合题目要求。只有无法律规则适用时法律原则才用以弥补法律漏洞。因此B选项错误,符合题目要求。第二,就适用方式而言,法律原则不同于法律规则,它不是以“全有或全无”的方式应用于个案当中,不同的法律原则是具有不同的“强度”(分量)的,而且这些不同强度的原则甚至冲突的原则都可能存在于一部法律之中。被认为强度较强的原则对该案件的裁决具有指导性的作用,比其他原则的适用更有分量。因此,D选项错误,符合题目要求。法律原则可以克服法律规则的僵硬性缺陷,弥补法律漏洞,保证个案正义,因此C选项能够成立,不符合题目要求。

三、权利与义务

(一)权利和义务的含义

权利和义务是一切法律规范、法律部门(部门法),甚至整个法律体系的核心内容。

^① [意]登特列夫著:《自然法——法律哲学导论》,李日章译,联经出版公司1984年版,第119页。

^② Robert Alexy, Zum Begriff des Rechtsprinzips, S. 79. 转引自颜厥安:“法与道德——由一个法哲学的核心问题检讨德国战后法思想的发展”,载《政大法学评论》(中国台湾地区)第47期。

新华考资

www.xhkedu.com



法的运行和操作的整个过程和机制(如立法、执法、司法、守法、法律监督等),无论其具体形态多么复杂,但终究不过是围绕权利和义务这两个核心内容和要素而展开的:确定权利和义务的界限,合理分配权利和义务,处理有关权利和义务的纠纷与冲突,保障权利和义务的实现,等等。

1. 权利的概念。“权利”一词可以在不同的意义上使用,如“道德权利”、“自然权利”、“习惯权利”、“法律权利”,等等。关于权利的本质,学者们的解释也很不统一,主要有:(1)自由说,认为权利即自由。(2)范围说,认为权利是法律允许人们行为的范围。(3)意思说,认为权利是法律赋予人的意思力或意思支配力。(4)利益说,认为权利就是法律所保护的利益。(5)折中说(综合意思说和利益说),认为权利是保护利益的意思力或依意思力所保护的利益。(6)法力说,认为权利就是一种法律上的力。(7)资格说,认为权利就是人们做某事的资格。(8)主张说,认为权利是人们对某物的占有或要求做某事的主张。(9)可能性说,认为权利是权利人作出或要求他人作出一定行为的可能性。(10)选择说,认为权利是法律承认一个人有比另一个人更优越的选择。

我们要讨论的是法律权利。所谓法律权利,就是国家通过法律规定对法律关系主体可以自主决定作出某种行为的许可和保障手段。其特点在于:第一,权利的本质由法律规范所决定,得到国家的认可和保障。当人们的权利受到侵犯时,国家应当通过制裁侵权行为以保证权利的实现。第二,权利是权利主体按照自己的愿望来决定是否实施的行为,因而权利具有一定程度的自主性。第三,权利是为了保护一定的利益所采取的法律手段。因此,权利与利益是紧密相连的。而通过权利所保护的利益并不总是本人的利益,也可能是他人的、集体的或国家的利益。第四,权利总是与义务人的义务相关联的。离开了义务,权利就不能得以保障。

2. 义务的概念。义务,一般在下列几种意义上使用:第一,它是指义务人必要行为的尺度

(或范围);第二,它是指人们必须履行一定作为或不作为之法律约束;第三,它是指人们实施某种行为的必要性。义务的性质表现在两点:(1)义务所指出的,是人们的“应然”行为或未来行为,而不是人们事实上已经履行的行为。已履行的“应然”行为是义务的实现,而不是义务本身。(2)义务具有强制履行的性质,义务人对于义务的内容不可随意转让或违反。义务在结构上包括两个部分:第一,义务人必须根据权利的内容作出一定的行为。在法学上被称作“作为义务”或“积极义务”(如赡养父母、抚养子女、纳税、服兵役等)。第二,义务人不得作出一定行为的义务,被称为“不作为义务”或“消极义务”,例如,不得破坏公共财产,禁止非法拘禁,严禁刑讯逼供,等等。

(二)权利与义务的分类

1. 基本权利义务与普通法律规定的不同,可以将权利义务分为基本权利义务和普通权利义务。基本权利义务是宪法所规定的人们在国家政治生活、经济生活、文化生活和社会生活中的根本权利和义务。普通权利义务是宪法以外的普通法律所规定的权利和义务。

2. 绝对权利义务与相对权利义务。根据相对应的主体范围可以将权利义务分为绝对权利义务和相对权利义务。绝对权利和义务,又称“对世权利”和“对世义务”,是对应不特定的法律主体的权利和义务,绝对权利对应不特定的义务人;绝对义务对应不特定的权利人。相对权利和义务又称“对人权利”和“对人义务”,是对应特定的法律主体的权利和义务,“相对权利”对应特定的义务人;“相对义务”对应特定的权利人。

3. 个人权利义务、集体权利义务和国家权利义务。根据权利义务主体的性质,可以将权利义务分为个人权利义务、集体(法人)权利义务和国家权利义务。个人权利义务是指公民个人(自然人)在法律上所享有的权利和应履行的义务。集体(法人)权利义务是国家机关、社会团体、企事业单位等的权利和义务。国家权利义务是国家作为法律关系主体在国际法和国内

新华考资

www.xhbkz.com

法上所享有的权利和承担的义务。

(三)权利和义务的相互联系

权利和义务作为法的核心内容和要素,它们之间的连接方式和结构关系是非常复杂的。可以从以下角度和方面来分析:

第一,从结构上看,两者是紧密联系、不可分割的。诚如马克思所言:“没有无义务的权利,也没有无权利的义务。”^①因此,权利和义务都不可能孤立地存在和发展。它们的存在和发展都必须以另一方的存在和发展为条件。它们的一方不存在了,另一方也不能存在。

第二,从数量上看,两者的总量是相等的。关于此点,有学者曾作细致的逻辑推导:如果把既不享受权利也不履行义务表示为零的话,那么权利和义务的关系就可以表示为以零为起点向相反的两个方向延伸的数轴,权利是正数,义务是负数,正数每展长一个刻度,负数也一定展长一个刻度,而正数与负数的绝对值总是相等的。^②

第三,从产生和发展看,两者经历了一个从浑然一体到分裂对立再到相对一致的过程。在原始社会,由于还不存在法律制度,权利和义务的界限也不很明确,两者实际上是混为一体的。随着阶级社会、国家的出现和法律的产生,权利和义务发生分离。在剥削阶级法律制度中,两者甚至在数量分配上也出现不平衡:统治者集团只享受权利,而几乎把一切义务强加于被统治者。社会主义法律制度的建立,实行“权利和义务相一致”的原则,使两者之间的关系发展到了一个新的阶段。

第四,从价值上看,权利和义务代表了不同的法律精神,它们在历史上受到重视的程度有所不同,因而两者在不同国家的法律体系中的地位是有主、次之分的。一般而言,在等级特权社会(如奴隶社会和封建社会),法律制度往往强调以义务为本位,权利处于次要的地位。而在民主法治社会,法律制度较为重视对个人权利的保护。此时,权利是第一性的,义务是第二性的,义务设定的目的是为了保障权利的实现。

示例

苏某和熊某毗邻而居。熊某在其居住楼顶为50只鸽子搭建了一座鸽舍。苏某以养鸽行为严重影响居住环境为由,将熊某诉至法院,要求熊某拆除鸽棚,赔礼道歉。法院判定原告诉求不成立。关于本案,下列哪一判断是错误的?(2012年试卷一第15题)

A. 本案涉及的是安居权与养鸽权之间的冲突

B. 从案情来看,苏某的安居权属于宪法所规定的文化生活权利

C. 从判决来看,解决权利冲突首先看一个人在行使权利的同时是否造成对他人权利的实际侵害

D. 本案表明,权利的行使与义务的承担相关联

【参考答案及简要提示】B。本题涉及法律权利、法律义务以及法律权利冲突的相关知识。熊某享有在其居住楼顶为鸽子搭建鸽舍的权利,而邻居苏某也同样有权拥有安全舒适的居住环境,但熊某的养鸽行为会影响苏某的居住环境,因此本案涉及的是安居权与养鸽权之间的冲突,A项判断正确。权利的行使都不能逾越法律规定的界限,不能对他人权利造成实际侵害。解决权利冲突的关键在于划定冲突的各项权利的法定界限,在此基础上才能判断何种行使权利的行为违反了法律规定。故C项判断正确。马克思认为,没有无义务的权利,也没有无权利的义务。权利和义务都不可能孤立地存在和发展。故D项判断正确。根据权利的分类标准,苏某的安居权为社会权利、环境权利,不属于宪法所规定的文化生活权利。故B项判断错误,符合题目要求。

① 《马克思恩格斯全集》(第16卷),第16页。

② 徐显明主编:《公民权利和义务通论》,群众出版社1991年版,第65页。

第四节 法的渊源

一、法的渊源的概念

(一) 法的渊源的含义

“法的渊源”是一个具有不同含义的概念,它可以指法的历史渊源、法的本质渊源、法的思想理论渊源、法的效力渊源和法的文件渊源。这些含义与法律人的职业并无根本的关联,也不符合法的渊源在现代法学中的用法。

任何国家的法律人的职业的核心都是运用法律解决具体问题而获得一个合理的法律决定。法律人欲获得合理的法律决定的一个重要的工作,就是寻找能够作为该法律决定的大前提的法律规范。那么,法律人在哪些地方、在多大范围寻找作为法律决定大前提的法律规范?这些问题就是法的渊源的问题。

因此,从法律人职业的角度看,所谓法的渊源,就是指特定法律共同体所承认的具有法的约束力或具有法律说服力并能够作为法律人的法律决定之大前提的规范或准则来源的那些资料,如制定法、判例、习惯、法理等。

由于社会制度、国家管理形式和结构形式的不同及受政治思想、道德、历史与文化传统、宗教、科技发展水平、国际交往等的影响,哪些资料能够作为特定法律共同体的法的渊源的范围与种类是不同的。即使同一个法律共同体在不同历史时期,法的渊源的范围与种类也是不同的。

(二) 正式的法的渊源与非正式的法的渊源

法的渊源多种多样,可以从不同的角度作不同的分类。但是,在法律实践中,法的渊源最主要的分类是正式的法的渊源与非正式的法的渊源。

正式的法的渊源是指具有明文规定的法律效力并且直接作为法律人的法律决定的大前提的规范来源的那些资料,如宪法、法律、法规等,主要为制定法,即不同国家机关根据具体职权和程序制定的各种规范性文件。对于正式法源而言,法律人必须予以考虑;或者说,法律人有法律义务适用它们。非正式的法的渊源则指不

具有明文规定的法律效力,但具有法律说服力并能够构成法律人的法律决定的大前提的准则来源的那些资料,如正义标准、理性原则、公共政策、道德信念、社会思潮、习惯、乡规民约、社团规章、权威性法学著作,还有外国法等。

二、当代中国法的正式渊源

当代中国法的渊源主要为以宪法为核心的各种制定法,包括宪法、法律、行政法规、地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件、特别行政区的法律法规、规章、国际条约、国际惯例等。这是由我国国家和法的本质所决定的。

(一) 宪法

宪法是每一民主国家最根本的法的渊源,其法律地位和效力是最高的。它是国家最高权力的象征或标志,宪法的权威直接来源于人民。

我国宪法规定了当代中国的根本的社会、经济和政治制度,各种基本原则、方针、政策,公民的基本权利和义务,各主要国家机关的组成和职权、职责等,涉及社会生活各个领域的最根本、最重要的方面。宪法是由我国最高权力机关——全国人民代表大会制定和修改的,宪法的地位决定了其制定和修改的程序极其严格。宪法具有最高的法的效力,一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。在中国,全国人大监督宪法的实施,全国人大常委会解释并监督宪法的实施,对违反宪法的行为予以追究。

(二) 法律

法律有广义、狭义两种理解。广义上讲,法律泛指一切规范性文件;狭义上讲,仅指全国人大及其常委会制定的规范性文件。我们这里仅用狭义的法律。在当代中国法的渊源中,法律的地位和效力仅次于宪法。

法律由于制定机关的不同可分为两大类:一类为基本法律,即由全国人大制定和修改的刑事、民事、国家机构和其他方面的规范性文件,如刑法、刑事诉讼法等;另一类为基本法律以外的其他法律,即由全国人大常委会制定和修改的规范性文件,如文物保护法、商标法等。



在全国人大闭会期间,全国人大常委会也有权对全国人大制定的法律在不同该法律基本原则相抵触的条件下进行部分补充和修改。

我国的立法法规定,下列事项只能制定法律:国家主权的事项;各级人民代表大会、人民政府、人民法院、人民检察院的产生、组织和职权;民族区域自治制度、特别行政区制度、基层群众自治制度;犯罪和刑罚;对公民政治权利的剥夺、限制人身自由的强制措施和处罚;对非国有财产的征收;民事基本制度;基本经济制度以及财政、税收、海关、金融和外贸的基本制度;诉讼和仲裁制度等。

全国人大及其常委会作出的具有规范性的决议、决定、规定、办法等,也属于“法律”类的法的渊源。

当代中国在制定法律的同时十分重视该法律的实施细则和配套法律的制定。我国的实施细则一般都比较详尽、具体。

(三)行政法规

行政法规是指国家最高行政机关即国务院所制定的规范性文件,其法律地位和效力仅次于宪法和法律。国务院所发布的决定和命令,凡属于规范性的,也属于法的渊源之列。目前我国行政法规的数量远远超过全国人大和全国人大常委会制定的法律的数量。

国务院制定的行政法规,不得与宪法和法律相抵触。因此,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。

行政法规调整的范围包括为了执行法律而进行的国家行政管理活动中涉及的各种事项和宪法第89条规定的国务院行政管理职权的事项,如关于国家行政机关在行政管理活动中的职权、职责,国家行政机关在行政管理活动中同其他国家机关、社会组织、企业事业单位和公民之间的关系等,内容较为广泛。

我国行政法规的名称,按照2001年11月国务院发布的《行政法规制定程序条例》第4条的规定为“条例”、“规定”、“办法”。

行政规章包括两大类:国务院各部委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发

布的规章,省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市以及经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。行政规章是否属于法的正式的渊源存在争议。如果认为行政规章属于法的正式渊源,就与我国行政诉讼法第53条相冲突,该条规定:人民法院审理行政案件,参照行政规章。

(四)地方性法规、民族自治法规、经济特区的规范性文件

这三类都是由地方国家机关制定的规范性文件。

地方性法规是一定的地方国家权力机关,根据本行政区域的具体情况和实际需要,依法制定的在本行政区域内具有法的效力的规范性文件。根据宪法和地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法、立法法的规定,省、自治区、直辖市以及省级人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常委会有权制定地方性法规。此外,地方各级国家权力机关及其常设机关、执行机关所制定的决定、命令、决议,凡属规范性者,在其行政区域内,也都属于法的渊源之列。地方性法规及其他规范性文件,在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下才有效。

地方性法规可以就下列事项作出规定:为执行法律、行政法规的规定;需要根据本行政区域的实际情况作具体规定的事项;属于地方性事务需要制定地方性法规的事项。

我国的地方性法规,一般采用“条例”、“规则”、“规定”、“办法”等名称。

民族区域自治是我国的一项基本政治制度。根据宪法和民族区域自治法,民族自治地方的自治机关除行使宪法第三章第五节规定的地方国家机关的职权外,同时依照宪法和有关法律行使自治权。民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民族的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例,但应报全国或省级人民代表大会常务委员会批准之后才生效。自治条例是一种综合性法规,内容比较广泛。单行条例是有关某一方面事务的规范性文件,一般



采用“条例”、“规定”、“变通规定”、“变通办法”等名称。民族自治法规只在本自治区域内有效。

经济特区是指我国在改革开放中为发展对外经济贸易,特别是利用外资、引进先进技术而实行某些特殊政策的地区。1981年全国人大常委会授权广东省、福建省人大及其常委会制定所属经济特区的各项单行经济法规。1988年全国人大授权海南省人大及其常委会制定在海南经济特区实施的法规。1992年全国人大授权深圳市人大和深圳市政府分别制定法规和规章,在深圳经济特区实施。经济特区的这些规范性文件,是由全国人大及其常委会授权制定的,其法律地位和效力不同于一般的法规、规章。从理论上说,假如经济特区制定并适用的规范性文件与上一位阶的规范性文件有不同规定的,并不一定因此而被宣布无效或撤销。

(五)特别行政区的法律

宪法规定,国家在必要时得设立特别行政区,在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。这是“一个国家、两种制度”的构想宪法上的体现。特别行政区实行不同于全国其他地区的经济、政治、法律制度,即在若干年内保持原有的资本主义制度和生活方式,因而在立法权限和法律形式上也有特殊性,特别行政区的法律、法规在当代中国法的渊源中成为单独的一类。全国人民代表大会已于1990年4月和1993年3月先后通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》。

(六)国际条约、国际惯例

国际条约是指我国作为国际法主体同外国缔结的双边、多边协议和其他具有条约、协定性质的文件。条约生效后,根据“条约必须遵守”的国际惯例,对缔约国的国家机关、团体和公民就具有法律上的约束力,因而国际条约也是当代中国法的渊源之一。

全国人大常委会于1990年通过了《中华人民共和国缔结条约程序法》,其中规定中央人民政府即国务院同外国缔结条约和协定;全国人大常委会决定同外国缔结的条约和重要协定的

批准和废除;中华人民共和国主席根据全国人大常委会决定,批准和废除同外国缔结的条约和重要协定。同时还规定加入多边条约和协定,分别由全国人大或国务院决定;接受多边条约和协定由国务院决定。

国际惯例是指以国际法院等各种国际裁决机构的判例所体现或确认的国际法规则和国际交往中形成的共同遵守的不成文的习惯。国际惯例是国际条约的补充。

我国国内法中还规定了国际条约和国际惯例的法的效力,如民法通则第142条规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”

示例

1983年3月,全国人大常委会通过的《商标法》生效;2002年9月15日,国务院制定的《商标法实施条例》生效;2002年10月16日,最高法院制定的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》施行。对此,下列哪些说法是正确的?(2011年试卷一第53题)

- A.《商标法实施条例》是部门规章
- B.《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》是司法解释
- C.《商标法实施条例》的效力要低于《商标法》
- D.《商标法实施条例》是《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》的母法

【参考答案及简要提示】BC。本题涉及法的渊源的相关知识。《商标法》由全国人大常委会通过,为法律;《商标法实施条例》由国务院制定,为行政法规;《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》由最高人民法院制定,为司法解释。据此,A项判断错误,B项判断正确。我国的部门规章是指国务院各部

新华考资

www.xhgz.edu.com

委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章,因此国务院制定的《商标法实施条例》并非部门规章。正式的法的渊源的效力具有层次和等级性,作为行政法规的《商标法实施条例》的效力要低于作为法的《商标法》,C项判断正确。最高法院所作的《关于审理商标民事纠纷案件适用法律若干问题的解释》不是针对《商标法实施条例》而是就《商标法》如何适用所作的解释,因此D项的判断错误。

三、正式的法的渊源的效力原则

我国立法法对正式的法的渊源的效力原则进行了基本的规定。

在法学理论中,正式的法的渊源的效力有时也被称为法律效力等级或法律效力位阶。影响正式的法的渊源的效力的因素主要有:(1)制定主体;(2)适用范围;(3)制定时间。正式的法的渊源是以宪法(或根本法)为核心,由不同层次或等级的法律有机结合组成的整体,在这个整体中,宪法(或根本法)属于第一层次,而民法、刑法、行政法、诉讼法等基本法律属于第二层次,基本法律之下还可能有第三和第四层次的法律等。与此相适应,较低一级层次的法律的效力是或应当是来自并服从于(即低于)较高一级层次的法律的效力,而其他所有层次的法律的效力都是或者应当是来自并服从于第一层次的宪法或根本法的效力。不同位阶的法的渊源之间的冲突原则包括宪法至上原则、法律高于法规原则、法规高于规章原则、行政法规高于地方性法规原则等。

由于正式的法的渊源本身是有层次或等级划分的,因而其效力当然具有层次或等级性。同一位阶的法的渊源之间的冲突原则,主要包括:(1)全国性法律优先原则;(2)特别法优先原则;(3)后法优先或新法优先原则;(4)实体法优先原则;(5)国际法优先原则;(6)省、自治区的人民政府制定的规章的效力高于本行政区域内的较大的市的人民政府制定的规章。此外,法律之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由全

国人民代表大会常务委员会裁决。行政法规之间对同一事项的新的一般规定与旧的特别规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院裁决。

位阶出现交叉时的法的渊源之间的冲突原则,我国立法法主要规定:(1)自治条例和单行条例依法对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本自治地方适用自治条例和单行条例的规定。(2)经济特区法规根据授权对法律、行政法规、地方性法规作变通规定的,在本经济特区适用经济特区法规的规定。(3)地方性法规、规章之间不一致时,由有关机关依照下列规定的权限作出裁决:①同一机关制定的新的一般规定与旧的特别规定不一致时,由制定机关裁决。②地方性法规与部门规章之间对同一事项的规定不一致,不能确定如何适用时,由国务院提出意见,国务院认为应当适用地方性法规的,应当决定在该地方适用地方性法规的规定;认为应当适用部门规章的,应当提请全国人民代表大会常务委员会裁决。③部门规章之间、部门规章与地方政府规章之间对同一事项的规定不一致时,由国务院裁决。④根据授权制定的法规与法律规定不一致,不能确定如何适用时,由全国人民代表大会常务委员会裁决。

四、当代中国法的非正式渊源

任何国家的法的正式渊源都不可能是一个包罗万象的体系,也就是说,它不可能为法律实践中的每个法律问题都提供一个明确答案,即总会有一些法律问题不可能从正式的法的渊源中找到确定的大前提。这包括下列情况:第一,正式的法的渊源完全不能为法律决定提供大前提;第二,适用某种正式的法的渊源会与公平正义的基本要求、强制性要求和占支配地位的要求发生冲突;第三,一项正式的法的渊源可能会产生出两种解释的模棱两可性和不确定性。^①当这些情况发生时,法律人为了给法律问题提供一个合理的法律决定就需要诉诸于法

^① [美]博登海默著:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社2004年版,第430页。



的非正式的渊源。

不同国家的法的非正式的渊源的种类不同。在当今的中国,法的非正式渊源主要包括:

(一) 习惯

习惯的含义很宽泛,既指个人习惯,也指社会习惯。能够作为法的非正式的渊源的的习惯只是指社会习惯,特别是那些与重要的社会事务即为了确保令人满意的集体社会而必须完成的的各种相关的习惯,因为后者往往与人们的一些具体义务和责任相关。习惯之所以能够成为法的非正式的渊源是因为它是特定共同体的人们在长久的生产生活实践中自然而然形成的,是该共同体的人们事实上的共同情感和要求的体现,也是他们的共同理性的体现。

(二) 判例

判例在英美法系属于法的正式渊源。在当今的大陆法系,判例的重要性——至少它的事实重要性——已被大家所承认。^① 在中国,判例的重要性也被人们普遍承认。例如2000年6月,最高人民法院决定定期向社会公布部分裁判文书,在各卷的案例汇编的前言中指出:“最高人民法院的裁判文书,由于具有最高的司法效力,因而对各级人民法院的审判工作具有重要的指导作用,同时还可以为法律、法规的制定和修改提供参考,也是法律专家和学者开展法律教学和研究的宝贵素材。”^②

判例之所以在法的适用中具有重要性,是因为它可以弥补制定法的不足。具体地说,任何判例都是法官结合特定案件事实将具有一般性和抽象性的制定法规范具体化的一种结果,也就是说判例不再是一般的和抽象的了。这至少为将来的法官运用该制定法解决具体案件提供了思路、经验和指导。同理,任何判例都是法官针对具体案件事实将具有模糊性和歧义性的制定法进行解释而得到的一种结果,也就是说,任何判例都在一定程度上消除了语言的模糊性和歧义性,使制定法的语言的外延和内涵在一定程度上得到厘清。这样,判例就为将来的法官适用制定法解决具体案件提供了帮助,至少可以减轻法官的工作负担。

(三) 政策

在我国,中国共产党的政策属于法的非正式渊源。我国民法通则第6条明确规定:“民事活动必须遵守法律,法律没有规定的,应当遵守国家政策。”中国共产党是我国的执政党,宪法以及各种法律、法规中规定的诸多原则是国家政策的体现,有的内容甚至成为宪法、法律和法规本身的有机组成部分。因此,党的政策对法律的制定或实施都有指导作用。

第五节 法律部门与法律体系

一、法律部门

(一) 法律部门的含义

法律部门,也称部门法,是根据一定标准和原则所划定的调整同一类社会关系的法律规范的总称。

由于社会关系复杂交错,彼此联系,因此法律部门之间往往很难截然分开。事实上,有的社会关系需要由几个法律部门来调整,如经济关系就需要由经济法、民法、行政法、劳动法等调整。

法律部门离不开成文的规范性法律文件,但二者并不是一个概念。有的法律部门的名称是用该部门基本的规范性法律文件的名称来表述的,如作为一个法律部门的“刑法”和作为一个规范性文件的《刑法》或《刑法典》。但是单一的规范性法律文件不能包括一个完整的法律部门,作为一个法律部门的刑法部门并不仅仅为刑法典,而是所有刑事法律规范的总和。同时,大多数规范性法律文件并非各自包含一个法律部门的规范,可能还包含属于其他法律部门的规范,如大量的经济法、行政法的规范性文件中都含有规定刑事责任的刑法规范(通常采取“准用性规则”的表达方式加以规定)。

^① Robert Alexy, A Theory of Legal Argumentation, trans. Ruth Adler and Neil MacCormick, Clarendon Press, Oxford 1989, p. 274.

^② 最高人民法院办公厅编:《最高人民法院公布裁判文书(二〇〇〇年)》,人民法院出版社2001年版,前言第2页。

（二）划分法律部门的标准

建立一国法律体系的关键问题是划分法律部门的根据,即标准是什么。一般认为划分法律部门的主要标准是法律所调整的不同社会关系,即调整对象;其次是法律调整方法。

（三）公法、私法与社会法

公法与私法的划分,是大陆法系国家的一项基本分类。最早是由古罗马法学家乌尔比安提出来的。到目前为止,大陆法系的法学理论中并没有形成普遍可接受的单一的公法与私法的区分标准。但是,这不能否定公私法之分的下列意义:有利于法学研究和法学教育,划定不同法庭如民庭与行政庭之间的管辖权限,为现行法律规定的解释提供基础。现在公认的公法部门包括了宪法和行政法等,私法包括了民法和商法等。

随着社会的发展,“法律社会化”现象的出现,又形成了一种新的法律即社会法,如社会保障法等。这是因为存在既非国家利益,又非私人利益的独立的社会利益。有鉴于此,有人称社会法是介于公法和私法之间的法律。

公法、社会法与私法在调整对象、调整方式、法的本位、价值目标等方面存在不同。

二、法律体系

法律体系,也称为部门法体系,是指一国的全部现行法律规范,按照一定的标准和原则,划分为不同的法律部门而形成的内部和谐一致、有机联系的整体。法律体系是一国国内法构成的体系,不包括完整意义的国际法,即国际公法。法律体系是一国现行法构成的体系,反映一国法律的现实状况,它不包括历史上废止的已经不再有效的法律,一般也不包括尚待制定、还没有生效的法律。

法律体系是一种客观存在的社会生活现象,反映了法的统一性和系统性。研究法律体系,对于科学地进行立法预测、立法规划,正确地适用法律解决纠纷,全面地进行法律汇编、法典编纂,合理地划分法律学科、设置法学课程等都具有重要的意义。

三、当代中国法律体系

新中国成立以来特别是改革开放 30 多年来,在中国共产党的正确领导下,经过各方面坚持不懈的共同努力,我国立法工作取得了举世瞩目的巨大成就。一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的,以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依。

当代中国的法律体系,部门齐全、层次分明、结构协调、体例科学,主要由七个法律部门和三个不同层级的法律规范构成。七个法律部门是:宪法及宪法相关法,民法商法,行政法,经济法,社会法,刑法,诉讼与非诉讼程序法。三个不同层级的法律规范是:法律,行政法规,地方性法规、自治条例和单行条例。

第六节 法的效力

一、法的效力的含义

法的效力,即法的约束力,指人们应当按照法律规定的行为模式来行为,必须予以服从的一种法律之力。法律有效力,意味着人们应当遵守、执行和适用法律,不得违反。

法律效力(validity of law)是法理学研究的主要问题之一。首先,我们需要追问的是法律为什么对人们具有约束力或强制力,即法律有效的理由和根据是什么。这是现代西方法理学中的法概念论研究的核心内容。其次,我们需要追问的是法律在什么时间、什么空间对哪些对象具有约束力和强制力的问题,即法律效力的范围。这就是中国法理学中的关于法律效力的核心内容。

二、法的效力的根据

法律效力的根据或理由是什么?不同法学

新华考资
www.xhkzedu.com



家会有不同的主张。德国法学家阿列克西将法律有效性的根据区分为社会学的、伦理的和法律的等。^① 另一位德国法学家魏德士将其区分为应然效力、实然效力和道德效力等。^② 我们将其区分为以下几种：

法的效力来自于法律。法律有国家强制力，法律规定了具体的否定性法律后果，任何明显的违法行为都会受到国家相应的制裁——罚款、监禁甚至处死；法律保障社会成员的利益满足，因此法律具有效力。

法的效力来自于道德。法律与人们的道德观念相一致，法律建立在社会主流道德基础之上，法律体现了公平、正义，因而人们服从政府、遵守法律。

法的效力来自于社会。民众从小就养成了模仿他人所为的习惯，包括按照别人的行为守法的习惯。法律维护社会秩序，社会要求人们的行为符合法律。

三、法的效力范围

在中国法学中，法的效力可以分为规范性法律文件的效力和非规范性法律文件的效力。规范性法律文件的效力，指法律的生效范围或适用范围，即法律对什么人、什么事、在什么地方和什么时间有约束力。这里所讲的法的效力，是狭义的法的效力。非规范性法律文件的效力，指判决书、裁定书、逮捕证、许可证、合同等的法的效力。这些文件在经过法定程序之后也具有约束力，任何人不得违反。但是，非规范性法律文件是适用法律的结果而不是法律本身，因此不具有普遍约束力。狭义的法的效力可以分为四种，或称四个效力范围：对人的效力、对事的效力、空间效力、时间效力。在这四个效力范围中，对人和对事的效力范围先于空间与时间的效力范围，“后两个范围只是一个人应遵守某种行为所在的地域和所处的时间”。^③

四、法对人的效力

法对人的效力，指法律对谁有效力，适用于哪些人。在世界各国的法律实践中先后采用过

四种对人的效力的原则：（1）属人主义，即法律只适用于本国公民，不论其身在国内还是国外；非本国公民即便身在该国领域内也不适用。（2）属地主义，法律适用于该国管辖地区内的所有人，不论是否本国公民，都受法律约束和法律保护；本国公民不在本国，则不受本国法律的约束和保护。（3）保护主义，即以维护本国利益作为是否适用本国法律的依据。任何侵害了本国利益的人，不论其国籍和所在地域，都要受该国法律的追究。（4）以属地主义为主，与属人主义、保护主义相结合。这是近代以来多数国家所采用的原则。我国也是如此。采用这种原则的原因是：既要维护本国利益，坚持本国主权，又要尊重他国主权，照顾法律适用中的实际可能性。

五、法的空间效力

法的空间效力，指法在哪些地域有效力，适用于哪些地区。一般来说，一国法律适用于该国主权范围所及的全部领域，包括领土、领水及其底土和领空。根据有关国际条约的规定，一国的法律也可以适用于本国驻外使馆、在外船舶及飞机。

六、法的时间效力

法的时间效力，指法何时生效、何时终止效力以及法对其生效以前的事件和行为有无溯及力。

1. 法的生效时间。法律的生效时间主要有三种：（1）自法律公布之日起生效；（2）由该法律规定具体生效时间；（3）规定法律公布后符合一定条件时生效，例如，《中华人民共和国企业破产法（试行）》第43条规定：“本法自全民所有制工业企业法实施满三个月之日起试行，

① Robert Alexy: The Argument from Injustice, trans. Bonnie Litschewski Paulson and Stanley L. Paulson, Clarendon Press. Oxford 2002, p. 85.

② 参见[德]魏德士著：《法理学》，丁小春、吴越译，法律出版社2003年版，第154页。

③ [奥]凯尔森著：《法与国家的一般理论》，沈宗灵译，中国大百科全书出版社1996年版，第46页。

试行的具体部署和步骤由国务院规定。”

2. 法终止生效的时间。法终止生效,即法被废止,指法的效力的消灭。它一般分为明示的废止和默示的废止两类。

明示的废止,即在新法或其他法律文件中明文规定废止旧法。

默示的废止,即在适用法律中,出现新法与旧法冲突时,适用新法而使旧法事实上被废止。从理论上讲,立法机关有意废止某项法律时,应当是清楚而明确的。如果出现立法机关所立新法与旧法发生矛盾的情况,应当按照“新法优于旧法”、“后法优于前法”的办法解决矛盾,旧法因此被新法“默示地废止”。

3. 法的溯及力。法的溯及力,也称法溯及既往的效力,是指法对其生效以前的事件和行为是否适用。如果适用,就具有溯及力;如果不适用,就没有溯及力。

法是否具有溯及力,不同法律规范之间的情况是不同的。就有关侵权、违约的法律和刑事法律而言,一般以法律不溯及既往为原则。这是由于:法律应当具有普遍性和可预测性,人们根据法律从事一定的行为,并为自己的行为承担责任。如果法律溯及既往,就是以今天的规则要求昨天的行为,就等于要求某人承担自己从未期望过的义务。败诉者将不是因为他违反了他已有的某个义务,而是因为他违反了一个事后才创造出来的新法律所规定的义务而受到惩罚。这是不公正的。但是,法律不溯及既往并非绝对。目前各国采用的通例是“从旧兼从轻”的原则,即新法原则上不溯及既往,但是新法不认为犯罪或者处刑较轻的,适用新法。我们也可以把这个原则称为“有利原则”,它同样具有其正当性或合理性基础。

而在某些有关民事权利的法律中,法律有溯及力。比如,著作权法第60条第1款规定:“本法规定的著作权人和出版者、表演者、录音录像制作者、广播电台、电视台的权利,在本法施行之日尚未超过本法规定的保护期的,依照本法予以保护。”

第七节 法律关系

新华考资
www.xhkzedu.com

一、法律关系的概念与种类

法律关系是在法律规范调整社会关系的过程中所形成的人们之间的权利和义务关系。

(一) 法律关系的性质和特征

1. 法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系,具有合法性。法律关系是根据法律规范建立的一种社会关系,这一命题至少说明三个问题:第一,法律规范是法律关系产生的前提。如果没有相应的法律规范的存在,就不可能产生法律关系。第二,法律关系不同于法律规范调整或保护的社会关系本身。社会关系是一个庞大的体系,其中有些领域是法律所调整的(如政治关系、经济关系、行政管理关系等),也有些是不属于法律调整或法律不宜调整的(如友谊关系、爱情关系、政党社团的内部关系),还有些是法律所保护的对象,这些被保护的社会关系不属于法律关系本身(如刑法所保护的关系不等于刑事法律关系)。即使那些受法律法规调整的社会关系,也并不能完全视为法律关系。例如,民事关系(财产关系和身份关系)也只有经过民法的调整(即立法、执法和守法的运行机制)之后,才具有了法律的性质,成为一类法律关系(民事法律关系)。第三,法律关系是法律规范的实现形式,是法律规范的内容(行为模式及其后果)在现实社会生活中得到具体的贯彻。换言之,人们按照法律规范的要求行使权利、履行义务并由此而发生特定的法律上的联系,这既是一种法律关系,也是法律规范的实现状态。在此意义上,法律关系是人与人之间的合法(符合法律规范的)关系。这是它与其他社会关系的根本区别。

2. 法律关系是体现意志性的特种社会关系。从实质上看,法律关系作为一定社会关系的特殊形式,正在于它体现国家的意志。这是因为,法律关系是根据法律规范有目的、有意识地建立的。所以,法律关系像法律规范一样必然体现国家的意志。在这个意义上,破坏了法律关系,其实也违背了国家意志。



但法律关系毕竟又不同于法律规范,它是现实的、特定的法律主体所参与的具体社会关系。因此,特定法律主体的意志对于法律关系的建立与实现也有一定的作用。有些法律关系的产生,不仅要通过法律规范所体现的国家意志,而且要通过法律关系参加者的个人意志表示一致(如多数民事法律关系)。也有很多法律关系的产生,并不需要这种意志表示。例如,行政法律关系,往往基于行政命令而产生。总之,每一具体的法律关系的产生、变更和消灭是否要通过它的参加者的意志表示,呈现出复杂的情况,不可一概而论。

3. 法律关系是特定法律关系主体之间的权利和义务关系。法律关系是以法律上的权利、义务为纽带而形成的社会关系,它是法律规范(规则)“指示”(行为模式,法律权利和义务)的规定在事实社会关系中的体现。没有特定法律关系主体的实际法律权利和法律义务,就不可能有法律关系的存在。在此,法律权利和义务的内容是法律关系区别于其他社会关系(社团组织内部的关系)的重要标志。

(二) 法律关系的种类

在法学上,由于根据的标准和认识的角度不同,可以对法律关系作不同的分类。本书采用下列分类:

1. 调整性法律关系和保护性法律关系。按照法律关系产生的依据、执行的职能和实现规范的内容不同,可以分为调整性法律关系和保护性法律关系。调整性法律关系是基于人们的合法行为而产生的、执行法的调整职能的法律关系,它所实现的是法律规范(规则)的行为规则(指示)的内容。调整性法律关系不需要适用法律制裁,法律主体之间即能够依法行使权利、履行义务,如各种依法建立的民事法律关系、行政合同关系等。保护性法律关系是由于违法行为而产生的、旨在恢复被破坏的权利和秩序的法律关系,它执行着法的保护职能,所实现的是法律规范(规则)的保护规则(否定性法律后果)的内容,是法的实现的非正常形式。它的典型特征是一方主体(国家)适用法律制裁,另一方主体(通常是违法者)必须接受这种制

裁,如刑事法律关系。

2. 纵向(隶属)的法律关系和横向(平权)的法律关系。按照法律主体在法律关系中的地位不同,可以分为纵向(隶属)的法律关系和横向(平权)的法律关系。纵向(隶属)的法律关系是指在不平等的法律主体之间所建立的权力服从关系(旧法学称“特别权力关系”)。其特点为:(1)法律主体处于不平等的地位。如亲权关系中的家长与子女,行政管理关系中的上级机关与下级机关,在法律地位上有管理与被管理、命令与服从、监督与被监督诸方面的差别。(2)法律主体之间的权利与义务具有强制性,既不能随意转让,也不能任意放弃。与此不同,横向法律关系是指平权法律主体之间的权利义务关系。其特点在于,法律主体的地位是平等的,权利和义务的内容具有一定程度的任意性,如民事财产关系,民事诉讼之原、被告关系等。

3. 单向(单务)法律关系、双向(双边)法律关系和多向(多边)法律关系。按照法律主体的多少及其权利义务是否一致,可以将法律关系分为单向法律关系、双向法律关系和多向法律关系。所谓单向(单务)法律关系,是指权利人仅享有权利,义务人仅履行义务,两者之间不存在相反的联系(如不附条件的赠与关系)。单向法律关系是法律关系体系中最基本的构成要素。其实,一切法律关系均可分解为单向的权利义务关系。双向(双边)法律关系,是指在特定的双方法律主体之间,存在着两个密不可分的单向权利义务关系,其中一方主体的权利对应另一方的义务,反之亦然。例如,买卖法律关系就包含着这样两个相互联系的单向法律关系。所谓多向(多边)法律关系,又称“复合法律关系”或“复杂的法律关系”,是三个或三个以上相关法律关系的复合体,其中既包括单向法律关系,也包括双向法律关系。例如,行政法中的人事调动关系,至少包含三方面的法律关系,即调出单位与调入单位之间的关系,调出单位与被调动者之间的关系,调入单位与被调动者之间的关系。这三种关系相互关联,互为条件,缺一不可。

4. 第一性法律关系(主法律关系)和第二

性法律关系(从法律关系)。按照相关的法律关系作用和地位的不同,可以分为第一性法律关系(主法律关系)和第二性法律关系(从法律关系)。第一性法律关系(主法律关系),是人们之间依法建立的不依赖其他法律关系而独立存在的或在多向法律关系中居于支配地位的法律关系。由此而产生的、居于从属地位的法律关系,就是第二性法律关系或从法律关系。一切相关的法律关系均有主次之分,例如,在调整性和保护性法律关系中,调整性法律关系是第一性法律关系(主法律关系),保护性法律关系是第二性法律关系(从法律关系);在实体和程序法律关系中,实体法律关系是第一性法律关系(主法律关系),程序法律关系是第二性法律关系(从法律关系),等等。

二、法律关系主体

(一)法律关系主体的含义和种类

法律关系主体是法律关系的参加者,即在法律关系中一定权利的享有者和一定义务的承担者。在每一具体的法律关系中,主体的多少各不相同,但大体上都归属于相对应的双方:一方是权利的享有者,称为权利人;另一方是义务的承担者,称为义务人。

在中国,根据各种法律的规定,能够参与法律关系的主体包括以下几类:

1. 公民(自然人)。这里的公民既指中国公民,也指居住在中国境内或在境内活动的外国公民和无国籍人。

2. 机构和组织(法人)。这主要包括三类:一是各种国家机关(立法机关、行政机关和司法机关等);二是各种企事业单位和在中国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业和外资企业;三是各政党和社会团体。这些机构和组织主体,在法学上可以笼统地称为“法人”。其中既包括公法人(参与宪法关系、行政法律关系、刑事法律关系的各机关、组织),也包括私法人(参与民事或商事法律关系的机关、组织)。中国的国家机关和组织,可以是公法人,也可以是私法人,依其所参与的法律关系的性质而定。

3. 国家。在特殊情况下,国家可以作为一个整体成为法律关系主体。例如,国家作为主权者是国际公法关系的主体,可以成为外贸关系中的债权人或债务人。在国内法上,国家作为法律关系主体的地位比较特殊,既不同于一般公民,也不同于法人。国家可以直接以自己的名义参与国内的法律关系(如发行国库券),但在多数情况下则由国家机关或授权的组织作为代表参加法律关系。

(二)权利能力和行为能力

公民和法人要能够成为法律关系的主体,享有权利和承担义务,就必须具有权利能力和行为能力,即具有法律关系主体构成的资格。

1. 权利能力。又称权义能力(权利义务能力),是指能够参与一定的法律关系,依法享有一定权利和承担一定义务的法律资格。它是法律关系主体实际取得权利、承担义务的前提条件。

公民的权利能力可以从不同角度进行分类。首先,根据享有权利能力的主体范围不同,可以分为一般权利能力和特殊权利能力。前者又称基本的权利能力,是一国所有公民均具有的权利能力,它是任何人取得公民法律资格的基本条件,不能被任意剥夺或解除。后者是公民在特定条件下具有的法律资格。这种资格并不是每个公民都可以享有,而只授予某些特定的法律主体。如国家机关及其工作人员行使职权的资格,就是特殊权利能力。其次,按照法律部门的不同,可以分为民事权利能力、政治权利能力、行政权利能力、劳动权利能力、诉讼权利能力等。这其中既有一般权利能力(如民事权利能力),也有特殊权利能力(政治权利能力、劳动权利能力)。

法人的权利能力没有上述的类别,所以与公民的权利能力不同。一般而言,法人的权利能力自法人成立时产生,至法人解体时消灭。其范围是由法人成立的宗旨和业务范围决定的。

2. 行为能力。是指法律关系主体能够通过自己的行为实际取得权利和履行义务的能力。



公民的行为能力是公民的意识能力在法律上的反映。确定公民有无行为能力,其标准有二:一是能否认识自己行为的性质、意义和后果;二是能否控制自己的行为并对自己的行为负责。因此,公民是否达到一定年龄、神智是否正常,就成为公民享有行为能力的标志。例如,婴幼儿、精神病患者,因为他们不可能预见自己行为的后果,所以在法律上不能赋予其行为能力。在这里,公民的行为能力不同于其权利能力。具有行为能力必须首先具有权利能力,但具有权利能力,并不必然具有行为能力。这表明,在每个公民的法律关系主体资格构成中,这两种能力可能是统一的,也可能是分离的。

公民的行为能力也可以进行不同的分类。其中较为重要的一种分类,是根据其内容不同分为权利行为能力、义务行为能力和责任行为能力。权利行为能力是指通过自己的行为实际行使权利的能力。义务行为能力是指能够实际履行法定义务的能力。责任行为能力(简称责任能力)是指行为人对自己的违法行为后果承担法律责任的能力。它是行为能力的一种特殊形式。

公民的行为能力问题,是由法律予以规定的。世界各国的法律,一般都把本国公民划分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人。(1)完全行为能力人。这是指达到一定法定年龄、智力健全、能够对自己的行为负完全责任的自然人(公民)。例如,在民法上,18周岁以上的公民是成年人,具有完全的民事行为能力,可以独立进行民事活动,是完全民事行为能力人。(2)限制行为能力人。这是指行为能力受到一定限制,只具有部分行为能力的公民。例如,我国民法通则规定,10周岁以上的未成年人,不能完全辨认自己行为的精神病人,是限制行为能力人。我国刑法将已满14周岁不满16周岁的公民视为限制行为能力人(不完全的刑事责任能力人)。(3)无行为能力人。这是指完全不能以自己的行为行使权利、履行义务的公民。在民法上,不满10周岁的未成年人,完全的精神病人是无行为能力人。在刑法上,不满14周岁的未成年人和精神病人,也被

视为无刑事责任能力人。

法人组织也具有行为能力,但与公民的行为能力不同。表现在:第一,公民的行为能力有完全与不完全之分,而法人的行为能力总是有限的,由其成立宗旨和业务范围所决定。第二,公民的行为能力和权利能力并不是同时存在的。也就是说,公民具有权利能力却不一定同时具有行为能力,公民丧失行为能力也并不意味着丧失权利能力。与此不同,法人的行为能力和权利能力却是同时产生和同时消灭的。法人一经依法成立,就同时具有权利能力和行为能力,法人一经依法撤销,其权利能力和行为能力也就同时消灭。

三、法律关系的内容

法律关系的内容就是法律关系主体之间的法律权利和法律义务。它是法律规范的指示内容(行为模式、法律权利与法律义务的一般规定)在实际的社会生活中的具体落实,是法律规范在社会关系中实现的一种状态。

法律关系主体的权利和义务与作为法律规范内容的权利和义务(法律上规定的权利和义务)虽然都具有法律属性,但它们所属的领域、针对的法律主体以及它们的法的效力还是存在一定的差别。具体表现在三个方面:(1)所属的领域不同。作为法律规范内容的权利和义务是有待实现的法律权利和法律义务,即“应有的”法律权利和义务,属于可能性领域。法律关系主体的权利和义务是法律关系主体在实施法律(遵守法律或适用法律)的活动过程中所实际享有的法律权利和正在履行的法律义务,即“实有的”法律权利和义务,属于现实性领域。在社会生活中,法律上所规定的权利和义务,也只有转化为法律关系主体实有的权利和义务,才能使法律对社会的调整达到有效的结果。(2)针对的主体不同。法律上规定的权利和义务所针对的是一国之内的所有不特定的主体(包括公民、法人、国家机关等)。而法律关系主体的权利和义务所针对的主体是特定的,即在某一法律关系中的有关主体(双方当事人或权利人和义务人)。一旦特定的法律关系主体依照法律规范

新华考资

www.xhgz.edu.com

“指示”内容进行法律活动,那么就享有实际的法律权利,或者履行特定的法律义务。此时法律关系主体之间的权利和义务就可能发生这样或那样的联系。(3)法的效力不同。法律上的权利和义务由于针对的是不特定的主体,因而属于“一般化的法律权利和法律义务”,其具有一般的、普遍的法的效力。一国之内的所有相关的主体均应遵守法律上的权利和义务的一般规定。而法律关系主体的权利和义务由于针对的是特定的法律主体,故属于“个别化的法律权利和法律义务”,其仅对特定的法律主体有效,不具有普遍的法的效力。

既然法律关系主体的权利是特定的、实有的、个别化的,那么法律关系主体的权利和权利能力就是两个不同的概念,它们既有联系又有区别。两者的联系表现在:权利以权利能力为前提,是权利能力这一法律资格在法律关系中的具体反映。两者的区别是:第一,任何人具有权利能力,并不必然表明他可以参与某种法律关系,而要能够参与法律关系,就必须要有具体的权利。第二,权利能力包括享有权利和承担义务这两方面的法律资格,而权利本身不包括义务在内。

四、法律关系客体

(一)法律关系客体的概念

笼统地讲,法律关系客体是指法律关系主体之间权利和义务所指向的对象。它是构成法律关系的要素之一。

法律关系客体是—定利益的法律形式。任何外在的客体,一旦它承载某种利益价值,就可能成为法律关系客体。法律关系建立的目的,总是为了保护某种利益、获取某种利益,或分配、转移某种利益(有关的内容,参见本章第二节“法的价值”)。所以,实质上,客体所承载的利益本身才是法律权利和法律义务联系的中介。这些利益,从表现形态上可以分为物质利益和精神利益、有形利益和无形利益、直接利益和间接利益(潜在利益);从享有主体的角度,利益可分为国家利益、社会利益和个人利益,等等。

(二)法律关系客体的种类

法律关系客体是一个历史的概念,随着社会历史的不断发展,其范围和形式、类型也在不断地变化着。总体看来,由于权利和义务类型的不断丰富,法律关系客体的范围和种类有不断扩大和增多的趋势。归纳起来,有以下几类:

1. 物。法律意义上的物是指法律关系主体支配的、在生产上和生活上所需要的客观实体。它可以是天然物,也可以是生产物;可以是活动物,也可以是不活动物。作为法律关系客体的物与物理意义上的物既有联系,又有不同,它不仅具有物理属性,而且应具有法律属性。物理意义上的物要成为法律关系客体,须具备以下条件:第一,应得到法律之认可。第二,应为人类所认识和控制。不可认识和控制之物(如地球以外的天体)不能成为法律关系客体。第三,能够给人们带来某种物质利益,具有经济价值。第四,须具有独立性。不可分离之物(如道路上的沥青、桥梁之构造物、房屋之门窗)一般不能脱离主物,故不能单独作为法律关系客体存在。至于哪些物可以作为法律关系的客体或可以作为哪些法律关系的客体,应由法律予以具体规定。在我国,大部分天然物和生产物可以成为法律关系的客体。但有以下几种物不得进入国内商品流通领域,成为私人法律关系的客体:(1)人类公共之物或国家专有之物,如海洋、山川、水流、空气;(2)文物;(3)军事设施、武器(枪支、弹药等);(4)危害人类之物(如毒品、假药、淫秽书籍等)。

2. 人身。人身是由各个生理器官组成的生理整体(有机体)。它是人的物质形态,也是人的精神利益的体现。在现代社会,随着现代科技和医学的发展,输血、植皮、器官移植、精子提取等现象大量出现,同时也产生了此类交易买卖活动及其契约,带来了一系列法律问题。这样,人身不仅是人作为法律关系主体的承载者,而且在一定范围内成为法律关系的客体。但须注意的是:第一,活人的(整个)身体,不得视为法律上之“物”,不能作为物权、债权和继承权的客体,禁止任何人(包括本人)将整个身体作为“物”参与有偿的经济法律活动,不得转让



或买卖。贩卖或拐卖人口、买卖婚姻,是法律所禁止的违法或犯罪行为,应受法律的制裁。第二,权利人对自身的人身不得进行违法或有伤风化的活动,不得滥用人身,或自践人身和人格。例如,卖淫、自杀、自残行为属违法行为或至少是法律所不提倡的行为。第三,对人身行使权利时必须依法进行,不得超出法律授权的界限,严禁对他人人身非法强行行使权利。例如,有监护权的父母不得虐待未成年子女的人身。

人身(体)部分(如血液、器官、皮肤等)的法律性质,是一个较复杂的问题。它属于人身,还是属于法律上的“物”,不能一概而论,应从三方面分析:当人身之部分尚未脱离人的整体时,即属人身本身;当人身之部分自然地从中分离,已成为与身体相脱离的外界之物时,亦可视为法律上之“物”;当该部分已植入他人身体时,即为他人人身之组成部分。

3. 精神产品。精神产品是人通过某种物体(如书本、砖石、纸张、胶片、磁盘)或大脑记载下来并加以流传的思维成果。精神产品不同于有体物,其价值和利益在于物中所承载的信息、知识、技术、标识(符号)和其他精神文化。同时它又不同于人的主观精神活动本身,是精神活动的物化、固定化。精神产品属于非物质财富。西方学者称之为“无体(形)物”。我国法学界常称为“智力成果”或“无体财产”。

4. 行为结果。在很多法律关系中,其主体的权利和义务所指向的对象是行为结果。作为法律关系客体的行为结果是特定的,即义务人完成其行为所产生的能够满足权利人利益要求的结果。这种结果一般分为两种:一种是物化结果,即义务人的行为(劳动)凝结于一定的物体,产生一定的物化产品或营建物(房屋、道路、桥梁等);另一种是非物化结果,即义务人的行为没有转化为物化实体,而仅表现为一定的行为过程,直至终了,最后产生权利人所期望的结果(或效果)。例如,权利人在义务人完成一定行为后,得到了某种精神享受或物质享受,增长了知识和能力等。在此意义上,作为法律关系客体的行为结果不完全等同于义务人的义务,

但又与义务人履行义务的过程紧密相关。义务正是根据权利人对这一行为结果的要求而设定的。

在研究法律关系客体问题时,还必须看到,实际的法律关系有多种多样,而多种多样的法律关系就有多种多样的客体,即使在同一法律关系中也有可能存在两个或两个以上的客体。例如,买卖法律关系的客体不仅包括“货物”,而且也包括“货款”。在分析多向(复合)法律关系客体时,我们应当把这一法律关系分解成若干个单向法律关系,然后再逐一寻找它们的客体。多向(复合)法律关系之内的诸单向关系有主次之分,因此其客体也有主次之分。其中,主要客体决定着次要客体,次要客体补充说明主要客体。它们在多向(复合)法律关系中都是不可缺少的构成要素。

五、法律关系的产生、变更与消灭

(一) 法律关系产生、变更与消灭的条件

法律关系处在不断地生成、变更和消灭的运动过程。它的形成、变更和消灭,需要具备一定的条件。其中最主要的条件有二:一是法律规范;二是法律事实。法律规范是法律关系形成、变更和消灭的法律依据,没有一定的法律规范就不会有相应的法律关系。但法律规范的规定只是主体权利和义务关系的一般模式,还不是现实的法律关系本身。法律关系的形成、变更和消灭还必须具备直接的前提条件,这就是法律事实。它是法律规范与法律关系联系的中介。

所谓法律事实,就是法律规范所规定的、能够引起法律关系产生、变更和消灭的客观情况或现象。也就是说,法律事实首先是一种客观存在的外在现象,而不是人们的一种心理现象或心理活动。纯粹的心理现象不能看作是法律事实。其次,法律事实是由法律规定的、具有法律意义的事实,能够引起法律关系的产生、变更或消灭。在此意义上,与人类生活无直接关系的纯粹的客观现象(如宇宙天体的运行)就不是法律事实。

新华考资

www.xhkedu.com

（二）法律事实的种类

依是否以人们的意志为转移作标准,可以将法律事实大体上分为两类,即法律事件和法律行为。

1. 法律事件。法律事件是法律规范规定的、不以当事人的意志为转移而引起法律关系形成、变更或消灭的客观事实。法律事件又分成社会事件和自然事件两种。前者如社会革命、战争等,后者如人的生老病死、自然灾害等,这两种事件对于特定的法律关系主体(当事人)而言,都是不可避免的,是不以其意志为转移的。但由于这些事件的出现,法律关系主体之间的权利与义务关系就有可能产生,也有可能发生变更,甚至完全归于消灭。例如,由于人的出生便产生了父母与子女间的抚养关系和监护关系;而人的死亡却又导致抚养关系、夫妻关系或赡养关系的消灭和继承关系的产生,等等。

2. 法律行为。法律行为可以作为法律事实而存在,能够引起法律关系形成、变更和消灭。因为人们的意志有善意与恶意、合法与违法之分,故其行为也可以分为善意行为、合法行为与恶意行为、违法行为。善意行为、合法行为能够引起法律关系的形成、变更和消灭。例如,依法登记结婚的行为,导致婚姻关系的成立。同样,恶意行为、违法行为也能够引起法律关系的形成、变更和消灭。如犯罪行为产生刑事法律关系,也可能引起某些民事法律关系(损害赔偿、婚姻、继承等)的产生或变更。

在研究法律事实问题时,我们还应当看到这样两种复杂的现象:(1)同一个法律事实(事件或者行为)可以引起多种法律关系的产生、变更和消灭。例如,工伤致死,不仅可以导致劳动关系、婚姻关系的消灭,而且也导致劳动合同关系、继承关系的产生。(2)两个或两个以上的法律事实引起同一个法律关系的产生、变更或消灭。例如,房屋的买卖,除了双方当事人签订买卖协议外,还须向房管部门办理登记过户手续方有效力,相互之间的关系也才能够成立。在法学上,人们常常把两个或两个以上的法律事实所构成的一个相关的整体,称为“事实构成”。

第八节 法律责任

一、法律责任的概念

（一）法律责任的含义和特点

法律责任,是指行为人由于违法行为、违约行为或者由于法律规定而应承受的某种不利的法律后果。与道义责任或其他社会责任相比,法律责任有两个特点:(1)承担法律责任的最终依据是法律。承担法律责任的具体原因可能各有不同,但最终依据是法律。(2)法律责任具有国家强制性,即法律责任的履行由国家强制力保证。当然,国家强制力只是在必要时,在责任人不能主动履行其法律责任时才会使用。

（二）法律责任与权力、权利、义务的关系

法律责任与权力、权利、义务一样,都是法学的基本范畴,并和它们有着密切的关系。

法律责任与法律权力有着密切的联系。一方面,责任的认定、归结与实现都离不开国家司法、执法机关的权力(职权);另一方面,责任规定了行使权力的界限以及越权的后果,因而“使权力的运作成为主体所施发的一种具有负责精神的行为过程”。^①

法律责任与法定权利和义务也有密切的联系。首先,法律责任规范着法律关系主体行使权利的界限,以否定的法律后果防止权利行使不当或滥用权利;其次,在权利受到妨害,以及违反法定义务时,法律责任又成为救济权利、强制履行义务或追加新义务的依据;再次,法律责任通过否定的法律后果成为对权利、义务得以顺利实现的保证。总之,法律责任是国家强制责任人作出一定行为或不作一定行为,救济受到侵害或损害的合法利益和法定权利的手段,是保障权利与义务实现的手段。

二、法律责任的竞合

法律责任的竞合,是指由于某种法律事实的出现,导致两种或两种以上的法律责任产生,

^① 林喆:“权力的交换与交换中的权力”,载《中国法学》1993年第5期。



而这些责任之间相互冲突的现象。比如出卖人交付的物品有瑕疵,致使买受人的合法权益遭受侵害,买受人向出卖人既可主张侵权责任,又可主张违约责任,但这两种责任不能同时追究,只能追究其一,这种情况即是法律责任的竞合。

竞合,从语义上讲,是竞相符合或同时该当之意,即同一行为同时符合不同法律责任的构成要件,从而导致了不同法律责任间的冲突。法律责任竞合是法律上竞合的一种,它既可发生在同一法律部门内部,如民法上侵权责任和违约责任的竞合,也可发生在不同的法律部门之间,如民事责任、行政责任和刑事责任等之间的竞合。

法律责任的竞合的特点为:

1. 数个法律责任的主体为同一法律主体。不同法律主体的不同法律责任可以分别追究,不存在相互冲突的问题。

2. 责任主体实施了一个行为。如果是数个行为分别触犯不同的法律规定,并且符合不同的法律责任构成要件,则应针对各行为追究不同的法律责任,而不能按责任竞合处理。

3. 该行为符合两个或两个以上的法律责任构成要件。行为人虽然仅实施了一个行为,但该行为同时触犯了数个法律规范,符合数个法律责任的构成要件,因而导致了数个法律责任的产生。

4. 数个法律责任之间相互冲突。如果数个法律责任可以被其中之一所吸收,如某犯罪行为的刑事责任吸收了其行政责任;或可以并存,如某犯罪行为的刑事责任与附带民事赔偿责任被同时追究,则不存在责任竞合的问题。当责任主体的数个法律责任既不能被其中之一所吸收,也不能并存,而如果同时追究,显然有悖法律原则与精神时,就发生法律责任间的冲突,产生竞合。

之所以会发生法律责任的竞合,是因为不同的法律规范从不同角度对社会关系加以调整,而由于法律规范的抽象性以及社会关系的复杂性,不同的法律规范在调整社会关系时可能会产生一定的重合,使得一个行为同时触犯了不同的法律规范,面临数种法律责任,从而引

起法律责任的竞合问题。在民法上,违约行为与侵权行为存在明显区别,如责任主体与受害人之间是否存在合同关系,违反的是约定义务还是法定义务,侵害的是相对权(债权)还是绝对权(物权、人身权等)等。但在现实生活中,这种区别只能是相对的,典型的如产品责任案件,生产或销售有缺陷产品致他人损害,会构成侵权责任,而如果生产者、销售者与受害人之间存在合同关系,则会又构成违约责任。

对于不同法律部门间法律责任的竞合,一般来说,应按重者处之。如果相对较轻的法律责任已经被追究,再追究较重的法律责任时应适当考虑折抵。目前在实践中,法律责任的竞合较多的是指民事上的侵权责任与违约责任的竞合。对这种法律责任竞合的性质及法律上如何处理,理论上存在争议,各国的法律规定也有所不同。有的国家禁止竞合,规定不得将违约行为视为侵权行为,从而不产生责任竞合问题;有的则允许或有限制地允许竞合,而赋予当事人选择请求权。根据我国合同法第122条的规定,因当事人一方的违约行为,侵害对方人身、财产权益的,受损害方有权选择依照合同法要求其承担违约责任或者依照其他法律要求其承担侵权责任,即在发生违约责任和侵权责任竞合的情况下,允许受害人选择其中一种责任提起诉讼。

三、归责与免责

(一) 法律责任的归责原则

法律责任的归结,也叫归责,是指由特定国家机关或国家授权的机关依法对行为人的法律责任进行判断和确认。在我国,归责的原则主要可以概括为:责任法定原则、公正原则、效益原则和合理性原则。

责任法定原则是指法律责任作为一种否定的法律后果应当由法律规范预先规定,包括在法律规范的逻辑结构之中,当出现了违法行为或法定事由的时候,按照事先规定的责任性质、责任范围、责任方式追究行为人的责任。

公正原则要求在追究法律责任方面:第一,对任何违法、违约的行为都应依法追究相应的

新华考资
www.xhkzedu.com

责任。第二,责任与违法或损害相均衡,即人们通常所说的“责罚相当”、“罚当其罪”。第三,公正要求综合考虑使行为人承担责任的多种因素,做到合理地区别对待。第四,公正要求在追究法律责任时依据法律程序追究法律责任,非依法律程序,不得追究法律责任。第五,坚持公民在法律面前一律平等,对任何公民的违法犯罪行为,都必须同样地追究法律责任,不允许有不受法律约束或凌驾于法律之上的特殊公民。

效益原则是指在追究行为人的法律责任时,应当进行成本收益分析,讲求法律责任的效益。

合理性原则是指,在设定及归结法律责任时考虑各当事人的心智与情感因素,以期真正发挥法律责任的功能。

上述四项归责的基本原则可以概括为“合法、公正、有效、合理”八个字。而合法、公正、有效、合理地归结法律责任,是正确、充分地发挥法律责任的功能,实现法的价值的必要条件,进而也是建设社会主义法治国家的重要保证。

(二) 法律责任的免责条件

法律责任的免除,也称免责,是指法律责任由于出现法定条件被部分或全部地免除。从我国的法律规定和法律实践看,主要存在以下几种免责形式:

1. 时效免责,即法律责任经过了一定的期限后而免除。时效免责的意义在于:保障当事人的合法权益,督促法律关系的主体及时行使权利、结清权利义务关系,提高司法机关的工作效率,

稳定社会生活秩序,促进社会经济的发展。^①

2. 不诉及协议免责,是指如果受害人或有关当事人不向法院起诉要求追究行为人的法律责任,行为人的法律责任就实际上被免除,或者受害人与加害人在法律允许的范围内协商同意的免责。在这些场合,责任人应当向或主要应当向受害人承担责任,法律将追究责任的决定权交给受害人和有关当事人。

3. 自首、立功免责,是指对那些违法之后有立功表现的人,免除其部分和全部的法律责任。这是一种将功抵过的免责形式。

4. 因履行不能而免责,即在财产责任中,在责任人确实没有能力履行或没有能力全部履行的情况下,有关的国家机关免除或部分免除其责任。

四、法律制裁

法律制裁,是指由特定国家机关对违法者依其法律责任而实施的强制性惩罚措施。

法律制裁可依不同标准分为不同的种类。与上述法律责任的种类相对应,可以将法律制裁分为刑事制裁、民事制裁、行政制裁和违宪制裁。

【本章主要法律规定】

1. 宪法序言,第62、67、69、100、116条
2. 立法法第7、56、63、65、66、71~73、78~93条
3. 刑法第6~12、17、18条
4. 民法通则第8~13条

本章主要内容为法的概念,法的价值,法的要素,法的渊源,法律部门与法律体系,法的效力,法律关系以及法律责任。

法的概念:法的定义,法的特征,法的规范作用和社会作用以及法的局限性。

法的价值:法的秩序、自由和正义价值;法的价值冲突及其解决。

法的要素:法律规则的逻辑结构,法律规则与语言、法律规则与法律条文的区别,法律规则的分类;法律原则与法律规则的区别;法律原则的适用;权利和义务的分类以及相互关系。

法的渊源:正式的法的渊源与非正式的法的渊源;当代中国法的正式渊源;正式的法的渊源的效力原则;当代中国法的非正式渊源。

^① 张文显著:《法学基本范畴研究》,中国政法大学出版社1993年版,第207页。



法律部门与法律体系:法律部门的划分标准;公法、社会法与私法的含义与区别;法律体系的含义,我国主要法律部门。

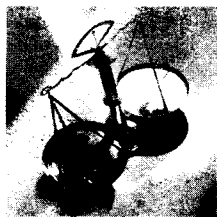
法的效力:法的效力的含义和根据;法对人的效力原则;法的空间效力;法的生效时间,法终止生效的时间以及法的溯及力。

法律关系:法律关系的特征和种类;权利能力和行为能力;法律关系客体的种类;法律事实、法律事件与法律行为。

法律责任:法律责任的竞合;归责与免责。

本章要准确理解法的概念、法的要素和法的渊源。

新华考资
www.xhkzedu.com



法理学



第一节 立法

一、立法的定义

立法是指一定的国家机关依照法定职权和程序,制定、修改和废止法律和其他规范性法律文件及认可法律的活动,是将一定阶级的意志上升为国家意志的活动,是对社会资源、社会利益进行第一次分配的活动。

立法有广义、狭义两种理解,广义上的立法概念与法律制定的含义是相同的,泛指一切有权的国家机关依法制定各种规范性法律文件的活动,它既包括国家最高权力机关及其常设机关制定宪法和法律的活动,也包括有权的地方权力机关制定其他规范性法律文件的活动,还包括国务院和有权的地方行政机关制定行政法规和其他规范性法律文件的活动。

狭义上的立法是国家立法权意义上的概念,仅指享有国家立法权的国家机关的立法活动,即国家的最高权力机关及其常设机关依法制定、修改和废止宪法和法律的活动。

立法是国家机关的专有活动和基本职能,是随着国家的产生和发展而出现和发展起来的,并且日益完善和制度化。立法具有以下特点:第一,立法是以国家的名义进行的活动;第二,立法是一项国家职能活动,其目的是为了国家和社会生活的有效调控;第三,立法是以一定的客观经济关系为基础的人们的主观意志活动,并且受其他社会因素的影响;第四,立法是产生具有规范性、国家强制性的普遍行为规则的活动;第五,立法是依照法定职权和程序进行的专门活动;第六,立法是对有限的社会资源进行制度性的分配,是对社会资源的第一次分配,反映了社会的利益倾向性。立法是对社会进行权威的、有效的资源分配或财富分配,是通过规定权利义务所进行的分配,从而实现社会控制、社会调整,实现社会动态平衡。

立法是法治的重要内容,制定完备而良善的法律是进行法治建设的前提和基础。依法治国,进行社会主义法治建设应当高度重视立法工作。



二、立法体制

立法体制包括立法权限的划分、立法机关的设置和立法权的行使等各方面的制度,主要为立法权限的划分。

立法权是一定的国家机关依法享有的制定、修改、废止法律等规范性文件的权力,是国家权力体系中最重要、核心的权力。享有立法权是立法的前提,立法是行使立法权的过程和表现。

从广义上讲,根据享有立法权的主体和形式的不同,立法权可以划分为国家立法权、地方立法权、行政立法权、授权立法权等。国家立法权是由一定的中央国家权力机关行使,用以调整基本的、带全局性的社会关系,在立法体系中居于基础和主导地位的最高立法权。地方立法权是由有权的地方国家权力机关行使的立法权。享有地方立法权的地方权力机关可以是单一层次的,也可以是多层次的。行政立法权是源于宪法、由国家行政机关依法行使的、低于国家立法权的一种独立的立法权,包括中央行政立法权和地方行政立法权;地方行政立法权又可分为不同的层次。授权立法权,又称委托立法权或委任立法权,是有关的国家机关由于立法机关的授权而获得的、在一定期限和范围内进行立法的一种附属立法权。

立法体制的性质是与国家的性质相一致的,立法体制的形式则是与国家的结构形式和管理形式密切联系的。由于国情的不同,世界各国的立法体制呈现出多样化现象,主要有一元制、二元制两类。

当代中国是单一制国家,根据我国宪法的规定,我国的立法体制是一元性的立法体制,全国只有一个立法体系;同时又是多层次的。在我国,根据宪法的规定,全国人民代表大会及其常委会行使国家立法权,制定法律;国务院根据宪法和法律制定行政法规,国务院下属的部委根据法律和行政法规,制定规章;省、直辖市的人民代表大会及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;民族自治地方的人民代表大会有权依照当地民

族地区的政治、经济和文化的特点,制定自治条例和单行条例;省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民代表大会及其常务委员会根据本市的具体情况和实际需要,在不同宪法、法律、行政法规和本省、自治区的地方性法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规;省、自治区、直辖市人民政府及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府,可以根据法律和国务院的行政法规,制定规章。此外,按照“一国两制”的原则,特别行政区实行的制度(包括立法制度),由全国人民代表大会有权制定。

三、立法原则

立法原则是指导立法主体进行立法活动的基本准则,是立法过程中应当遵循的指导思想。确定立法原则时要考虑这样一些关系:(1)需要与可能;立法的阶段性,立法的具体条件(社会、政治、经济)的配套;(2)历史、现实与未来;立法的超前问题,立法的继承问题;(3)客观与主观;人的能力问题,客观认识把握与主观表达;(4)整体与部分;各个利益集团的平衡,法律自身的统一性、和谐性;(5)专家与社会;专家意见与社会要求,“精英”与一般民众的认识差距;(6)本国国情与全球化;本国的国情与外国发展的历程,人类发展的趋同问题。

我国立法法规定的立法原则为:(1)立法应当遵循宪法的基本原则;(2)立法应当依照法定的权限和程序;(3)立法应当体现人民的意志;(4)立法应当从实际出发,科学合理地规定权利与义务、权力与责任。由此可以认为,当代中国立法的原则为法治原则、民主原则、科学原则。

(一)合宪性与合法性原则

立法的合宪性与合法性原则要求一切立法活动都必须以宪法为依据,符合宪法的精神;立法活动都要有法律根据,立法主体、立法权限、立法内容、立法程序都应符合法律的规定,立法机关必须严格按照法律规范的要求行使职权,履行职责。

(二)实事求是、从实际出发原则

立法应当尊重社会的客观实际状况,根据

新华考资

www.xhkdzu.com

客观需要反映客观规律的要求,要以理性的态度对待立法工作,注意总结立法现象背后的普遍联系,揭示立法的内在规律,避免主观武断、感性用事。

(三)民主立法原则

立法应当体现广大人民的意志和要求,确认和保障人民的利益;应当通过法律规定,保障人民通过各种途径参与立法活动,表达自己的意见;立法过程和立法程序应具有开放性、透明度,立法过程中要坚持群众路线。

(四)原则性与灵活性相结合原则

在立法中要做到原则性和灵活性相结合,恰当处理各种关系,注意各方面的平衡;应高度重视立法的技术、方法,提高立法的质量。

四、立法程序

立法程序,是指特定的国家机关制定、修改和废除法律和其他规范性法律文件及认可法律的法定步骤和方式。立法程序,与一个国家的决策过程的民主、科学有着密切的关系。完善立法的程序,对于保证立法的规范化、科学化,减少或避免立法的主观随意性,维护法的稳定性、连续性和权威性,提高立法的质量,更好地发挥法的作用,都具有重要的意义。

我国的立法法对全国人民代表大会及其常务委员会的立法程序进行了基本的规定,全国人民代表大会及其常务委员会的立法程序主要有以下四个步骤,即法律议案的提出、法律案的审议、法律的表决和通过、法律的公布。其他的立法程序一般参照进行。

(一)法律议案的提出

提出法律议案(又称立法议案、法律案)是立法程序的开始。法律议案是指依法享有法律议案提案权的机关或个人向立法机关提出的关于制定、修改、废止某项法律的正式提案。法律议案一经提出,立法机关就要列入议事日程,进行正式审议和讨论。

法律议案与法律草案不同。法律议案是指有关立法的建议,内容一般比较原则、概括,但也可以比较具体;可以只提立法主旨和理由,也可以附有法律草案。法律草案内容比较具体、

系统、完整。提出法律议案并不等于提出法律草案。提出法律议案时是否附法律草案由提案人自主决定。如果提案人不附法律草案,可由立法机关的有关部门委托一定的机关或个人起草法律草案,也可以组织专门的人员负责起草法律草案。

提出法律议案的关键是谁享有法律议案的提案权。在我国,根据宪法和法律的规定,下列个人和组织享有向最高国家权力机关提出法律议案的提案权:

1. 全国人大代表和全国人大常委会的组成人员。依照法律规定,全国人大代表30人以上或一个代表团可以提出法律议案。全国人大常委会委员10人以上可以向全国人大常委会提出法律议案。

2. 全国人大主席团、全国人大常委会可以向全国人大提出法律议案。全国人大各专门委员会可以向全国人大或全国人大常委会提出法律议案。

3. 国务院、最高人民法院、最高人民检察院可以向全国人大或全国人大常委会提出法律议案。

(二)法律案的审议

法律案的审议是指立法机关对已经列入议事日程的法律案正式进行审查和讨论。审议法律案,是保证立法质量、体现立法民主的重要环节,它可以使法律更加完备和成熟。

我国全国人民代表大会对法律案的审议,一般经过两个阶段:一是由全国人大有关专门委员会进行审议,其中包括对法律案的修改、补充;二是立法机关全体会议的审议。为保证审议质量,1983年3月全国人大常委会委员长会议决定,对法律案的审议采取两步审议制度,即法律案提出后先由提出法律案的个人或组织作说明,进行初步讨论,然后由常委会委员带回去研究,征求意见,第二次会议再审议。立法法则更进一步规定为列入常务委员会会议议程的法律案,一般应当经三次常务委员会会议审议后再交付表决。此外,为保障在讨论时能够充分发表意见,人大代表在会议上的发言,不受法律追究。

法律案审议的结果有以下几种:(1)提付表



决;(2)搁置;(3)终止审议。

(三)法律的表决和通过

法律的表决和通过是立法机关以法定多数对法律案所附法律草案表示最终的赞同,从而使法律草案成为法律。这是法的制定程序中具有决定意义的一个步骤。表决时除了通过外,还可能产生另外一种结果,就是没有获得法定数目以上人的赞同,即不通过。

我国宪法规定,宪法的修改由全国人民代表大会以全体代表2/3以上的多数通过。法律案所附法律草案要经过全国人大或全国人大常委会以全体代表的过半数通过。

通过法律的方式,有公开表决和秘密表决两种。公开表决包括举手表决、起立表决、口头表决、行进表决、记名投票表决等各种形式。秘密表决主要是以无记名投票的形式。我国自1985年3月第六届全国人大常委会十五次会议开始采用了“计算机多功能会议事务信息处理系统”电脑表决器,进行秘密表决。

(四)法律的公布

法律的公布是指立法机关或国家元首将已通过的法律以一定的形式予以公布,以便全社会遵守执行。法律的公布是立法程序中的最后一个步骤,它是法律生效的前提。法律通过后,凡是未经公布的,都不能发生法的效力,从而无法在社会生活中发挥作用。未经正式公布的“法律”,不为人们所知晓,就不具有普遍约束力,也不可能得到人们的普遍遵守。

我国宪法规定,中华人民共和国主席根据全国人民代表大会的决定和全国人民代表大会常务委员会的决定,公布法律。公布后的法律生效问题,依照法律规定。我国公布法律的报刊是全国人大常委会公报以及“在全国范围内发行的报纸”,在全国人大常委会公报上刊登的法律文本为标准文本。

第二节 法的实施

一、法的实施的概念

(一)法的实施

法的实施,是指法在社会生活中被人们实

际施行。法是一种行为规范。法在被制定出来后实施前,只是一种“书本上的法律”,处在应然状态;法的实施,就是使法律从书本上的法律变成“行动中的法律”,使它从抽象的行为模式变成人们的具体行为,从应然状态进到实然状态。

法的基本内容是权利与义务。法所规定的权利、义务以及与之密切相关的权力、职权、职责,为一定社会的人们提供了行为准则。以实施法律的主体和法的内容为标准,法的实施方式可以分为三种:法的遵守;法的执行;法的适用。

(二)法的实现

法的实现是指法的要求在社会生活中被转化为现实。^①法的实现与法的实施不同,法的实施是人们施行法律,使法从应然状态到实然状态的过程和活动;它也不同于法的实效,法的实效是法律被人们实际施行的状态和程度,侧重于结果。“法的实现是将法的实施的过程性与法的实效的结果性结合的一个概念。”^②

二、执法

(一)执法的概念

执法,又称法的执行。在日常生活中,人们通常在广义与狭义两种含义上使用这个概念。广义的执法,或法的执行,是指所有国家行政机关、司法机关及其公职人员依照法定职权和程序实施法律的活动。如人们在讲到社会主义法制的基本要求是“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”时,就是讲的广义的执法。狭义的执法,或法的执行,则专指国家行政机关及其公职人员依法行使管理职权、履行职责、实施法律的活动。人们把行政机关称为执法机关,就是在狭义上使用执法的。此处所讲的法的执行,是狭义的法的执行。

国家行政机关执行法律是法的实施的重要方面。在现代社会,国家行政机关被称为国家权力机关或立法机关的执行机关,后者制定的

^{①②} 葛洪义主编:《法理学》,中国政法大学出版社1999年版,第365页。

法律和其他规范性文件,主要由前者贯彻、执行,付诸实现。

(二) 执法的特点

1. 执法是以国家的名义对社会进行全面管理,具有国家权威性。这是因为:首先,在现代社会,为了避免混乱,大量法律的内容是有关各方面社会生活的组织与管理,从经济到政治,从卫生到教育,从公民的出生到公民的死亡,无不需要有法可依;其次,根据法治原则,为了防止行政专横,专司社会管理的行政机关的活动必须严格依照立法机关根据民意和理性事先制定的法律来进行。因此,行政机关执行法律的过程就是代表国家进行社会管理的过程,社会大众应当服从。

2. 执法的主体,是国家行政机关及其公职人员。在我国,国务院和地方各级人民政府依法从事全国或本地方行政管理的同时,就是在全国或本地方执行法律的过程;行政职能部门依法在某一方面进行管理的同时,就是在本部门执行、实施相应法律的过程。

3. 执法具有国家强制性,行政机关执行法律的过程同时是行使执法权的过程。行政机关根据法律的授权对社会进行管理,一定的行政权是进行有效管理的前提。行政权是一种国家权力,它既能够改变社会的资源分配、控制城市的人口规模,也能够很大程度上影响公民的个人生活,如升学、就业、结婚、迁徙等。

4. 执法具有主动性和单方面性。执行法律既是国家行政机关进行社会管理的权力,也是它对社会、对民众承担的义务;既是职权,也是职责。因此,行政机关在进行社会管理时,应当以积极的行为主动执行法律、履行职责,而不一定需要行政相对人的请求和同意。如果行政机关不主动执法并因此给国家或社会造成损失,就构成失职,要承担法律责任。

(三) 执法的基本原则

1. 依法行政的原则。这是指行政机关必须根据法定权限、法定程序和法治精神进行管理,越权无效。这是现代法治国家行政活动的一条最基本的原则。

2. 讲求效能的原则。这是指行政机关应

当在依法行政的前提下,讲究效率,主动有效地行使其职能,以取得最大的行政执法效益。

3. 公平合理的原则。这是指行政机关在执法时应当权衡多方面的利益因素和情境因素,在严格执行规则的前提下做到公平、公正、合理、适度,避免由于滥用自由裁量权而形成执法轻重不一、标准失范的结果。

三、司法

(一) 司法的含义

司法,又称法的适用,通常是指国家司法机关根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。司法是实施法律的一种方式,对实现立法目的、发挥法律的功能具有重要的意义。

(二) 司法的特点

1. 司法是由特定的国家机关及其公职人员,按照法定职权实施法律的专门活动,具有国家权威性。在我国,人民法院和人民检察院是代表国家行使司法权的专门机关,其他任何国家机关、社会组织和个人都不得从事这项工作。在中国,司法权包括审判权和检察权。审判权即适用法律处理案件,作出判决和裁定;检察权包括代表国家批准逮捕、提起公诉、不起诉、抗诉等。司法机关依照法律代表国家独立行使职权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

2. 司法是司法机关以国家强制力为后盾实施法律的活动,具有国家强制性。由于法的适用总是与法律争端、违法的出现相联系,总是伴随着国家的干预、争端的解决和对违法者的法律制裁,没有国家强制性,就无法进行上述活动。司法机关依法所作的决定,所有当事者都必须执行,不得违抗。

3. 司法是司法机关依照法定程序,运用法律处理案件的活动,具有严格的程序性及合法性。司法机关处理案件必须依据相应的程序法规定。法定程序是保证司法机关正确、合法、及时地适用法律的前提,是实现司法公正的重要保证;同时,司法机关对案件的处理,应当有相应的法律依据,否则无效。枉法裁判,应当承担相应的法律责任。



4. 司法必须有表明法的适用结果的法律文书,如判决书、裁定书和决定书等。这些法律文书具有法律约束力。它们也可以作为一种法律事实,引起具体法律关系的产生、变更和消灭。如果对它们的内容不服,可以依据法定程序上诉或申诉,但是任何人都不得抗拒执行已经发生法的效力的判决、裁定或决定。

(三) 司法与执法的区别

1. 主体不同。司法是由司法机关及其公职人员适用法律的活动,而执法是由国家行政机关及其公职人员来执行法律的活动,二者具有各不相同的特定主体。

2. 内容不同。司法活动的对象是案件,主要内容是裁决涉及法律问题的纠纷和争议及对有关案件进行处理,而执法是以国家的名义对社会进行全面管理,行政管理的事务涉及社会生活方方面面,执法的内容远比司法广泛。

3. 程序性要求不同。司法活动有严格的程序性要求,司法机关的活动一般都有相应的较为严格的程序性规定,如果违反程序,将导致司法行为的无效和不合法。而执法活动虽然也有相应的程序规定,但由于执法活动本身的特点,特别是基于执法效能的要求,其程序性规定没有司法活动那样严格和细致。

4. 主动性不同。司法活动具有被动性,案件的发生是引起司法活动的前提,司法机关(尤其是审判机关)不能主动去实施法律,只有在受理案件后才能进行应用法律的专门活动,而执法则具有较强的主动性,对社会进行行政管理的职责要求行政机关应积极主动地去实施法律,而并不基于相对人的意志引起和发动。

(四) 当代中国司法的要求和原则

严格依法办事,有法必依,执法必严,违法必究,是依法治国,建设社会主义法治国家的必然要求。为了保证法律的正确适用,我国宪法和法律规定了司法机关适用法律必须遵循的原则。这些原则主要是:

1. 司法公正。司法公正是社会正义的一个重要组成部分,它既包括实质公正,也包括形式公正,其中尤以程序公正为重点。司法公正的重要意义在于:首先,公正司法是法的精神的

内在要求。其次,公正对司法的重要意义也是由司法活动的性质决定的。人们之所以委托司法机关裁决纠纷并信任其决断,就是因为其公正和不偏不倚。公正与裁判,既是一种里表关系,又是一种唇齿相依关系。再次,司法机关公正司法,是其自身存在的合法性基础。如果司法机关不能保持其公正性,司法机关也就失去了自身存在的社会基础。虽然社会生活的所有方面都应当公正,但是公正对司法有着特殊的意义。公正是司法的生命。

2. 公民在法律面前一律平等。公民在法律面前一律平等,既是我国公民的一项基本权利,也是我国法的适用的一条基本原则。在法的适用领域,“公民在法律面前一律平等”的基本含义是:第一,在我国,法律对于全体公民,不分民族、种族、性别、职业、社会出身、宗教信仰、财产状况等,都是统一适用的,所有公民依法享有同等的权利并承担同等的义务。第二,任何权利受到侵犯的公民一律平等地受到法律保护,不能歧视任何公民。第三,在民事诉讼和行政诉讼中,要保证诉讼当事人享有平等的诉讼权利,不能偏袒任何一方当事人;在刑事诉讼中,要切实保障诉讼参加人依法享有的诉讼权利。第四,对任何公民的违法犯罪行为,都必须同样地追究法律责任,依法给予相应的法律制裁,不允许有不受法律约束或凌驾于法律之上的特殊公民,任何超出法律之外的特殊待遇都是违法的。

要在法制实践中充分贯彻这项原则,第一,应坚决反对封建特权思想,与形形色色的违背社会主义平等原则的封建残余作不懈的斗争。第二,看到我国法律适用中的公民在法律面前一律平等与资产阶级的法律面前人人平等原则的区别与联系。一方面,社会主义法律适用的平等原则与资产阶级法律平等原则存在着历史联系并在形式上相同;另一方面,二者在法律的本质上有着根本区别。第三,要看到适用法律的平等原则与我国社会主义法的性质是一致的。我国社会主义法是全国人民共同意志和根本利益的体现。贯彻平等原则就是实现体现在法律中的全国人民的共同意志和根本利益。第

四,在司法工作中,必须忠实于事实、忠实于法律、忠实于人民,严格依法办事,绝不能看人办案,因人而异,不能由于责任人的家庭出身或过去的功绩等而对其的裁判偏离甚至违背法律的要求。

3. 以事实为根据,以法律为准绳。我国在几部诉讼法中都规定了以事实为根据,以法律为准绳的原则。这项原则的基本含义是:第一,以事实为根据,就是指司法机关审理一切案件,都只能以与案件有关的客观事实作为根据,而不能以主观臆想作依据,应当认真查清事实真相,使法律适用能够做到“有的放矢”。第二,以法律为准绳,要严格依照法律规定办事,切实做到有法必依、执法必严、违法必究。司法机关在工作中,要符合法律所规定的规格或要件,遵照法律所规定的权限划分并严格按照司法程序办理案件;同时,在法律适用中坚持法制统一性的要求,根据我国的法律渊源体系适用法律。

为了贯彻这项原则,在司法工作中应当坚持实事求是、从实际出发的思想路线,重证据,重调查研究,不轻信口供;坚持维护社会主义法律的权威和尊严,不仅严格依照实体法的规定,而且严格执行程序法的各项规定;正确处理依法办事与坚持党的政策指导的关系。

4. 司法机关依法独立行使职权。我国宪法、人民法院组织法、人民检察院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法都对司法机关依法独立行使职权作出了明确的规定。根据我国宪法和有关法律,这项原则的基本含义是:第一,司法权的专属性,即国家的司法权只能由国家各级审判机关和检察机关统一行使,其他任何机关、团体和个人都无权行使此项权利;第二,行使职权的独立性,即人民法院、人民检察院依照法律独立行使自己的职权,不受行政机关、社会团体和个人的非法干涉;第三,行使职权的合法性,即司法机关审理案件必须严格依照法律规定,正确适用法律,不得滥用职权,枉法裁判。

要贯彻司法机关依法独立行使职权的原则,需要解决好以下几个问题:第一,要正确处理司法机关与党组织的关系。第二,在全社会

进行有关树立、维护司法机关权威,尊重、服从司法机关决定的法制教育。第三,积极推进司法改革,从制度上保证司法机关依法独立行使审判权和检察权。

四、守法

(一)守法的含义

守法,指公民、社会组织和国家机关以法律为自己的行为准则,依照法律行使权利、履行义务的活动。在通常人们所讲的“奉公守法”中,守法的含义大多限于不违法,不做法律所禁止的事情或做法律所要求做的事情。这是消极的、被动的。但这里所说的守法,不仅包括这种消极、被动的守法,还包括根据授权性法律规范积极主动地去行使自己的权利,实施法律。

(二)守法的构成

守法的构成要素有:守法主体、守法范围、守法内容等。

守法的主体,即要求谁守法,与法律的本质、政体的性质、社会力量对比关系、历史及文化传统有着直接的关系。在当今的中国,所有人都是守法主体,所有组织都有义务守法;各政党,包括共产党,都要遵守宪法和法律,都要在宪法和法律的范围内活动。

守法的范围,即所要遵守的法律的种类及范围。在我国,它不仅包括宪法和全国人民代表大会及其常委会制定的基本法律和非基本法律,而且包括与宪法和法律相符合的行政法规、地方性法规、行政规章等。

守法内容包括行使法律权利和履行法律义务,两者密切联系,不可分割。守法是行使法律权利和履行法律义务的有机统一。

五、法律监督

(一)法律监督的概念

“法律监督”一词,目前在我国法学界通常有广义与狭义两种理解。狭义上的法律监督,是指由特定国家机关依照法定权限和法定程序,对立法、司法和执法活动的合法性所进行的监督。广义上的法律监督,是指由所有国家机关、社会组织和公民对各种法律活动的合法性

新华考资

www.xhkzedu.com

所进行的监督。二者都以法律实施及人们行为的合法性为监督的基本内容。

(二) 法律监督的构成

一般来说,实现法律监督必须具备下列五个要素:(1)法律监督的主体是指由谁来实施监督。在我国,监督主体具有广泛性和多元性。(2)法律监督的客体是指监督谁或者说谁被监督。在我国,所有国家机关、政党、社会团体、社会组织、大众传媒和公民既是监督的主体,也是监督的客体。(3)法律监督的内容包括与监督客体行为的合法性有关的所有问题。(4)法律监督的权力与权利是指监督主体监视、察看、约束、制约、控制、检查和督促客体的权力与权利。(5)法律监督的规则包括法律监督的实体规则与程序规则两部分。

上述五个要素缺一不可,共同构成一个完整的法律监督机制。

(三) 法律监督体系

1. 国家法律监督体系。国家机关的监督,包括国家权力机关、行政机关和司法机关的监督。我国宪法和有关法律明确规定了国家监督的权限和范围。这类监督都是依照一定的法定程序,以国家名义进行的,具有国家强制力和法的效力,是我国法律监督体系的核心。

2. 社会法律监督体系。社会监督,即非国家机关的监督,指由各政党、各社会组织和公民依照宪法和有关法律,对各种法律活动的合法性所进行的监督。由于这种监督具有广泛性和人民性,因此在我国的法律监督体系上具有重要的意义。根据社会监督的主体不同,可以将它分为以下几种:中国共产党的监督、社会组织的监督、公民的监督、法律职业群体的监督和新闻舆论的监督等。

第三节 法适用的一般原理

一、法适用的目标

法律人适用法律的最直接的目标就是要获得一个合理的法律决定。在法治社会,所谓合理的法律决定就是指法律决定具有可预测性和正当性。法律决定的可预测性是形式法治(the

formal rule of law)的要求,它的正当性是实质法治(the substantial rule of law)的要求。^①

可预测性意味着做法律决定的人在做决定的过程中应该尽可能地避免武断和恣意。因为越少的武断性和恣意性,法律决定就越具有可预测性。避免做法律决定的人的武断和恣意就是要求他们必须将法律决定建立在既存的一般性的法律规范的基础上,而且他们必须要按照一定的方法适用法律规范,如推理规则 and 解释方法。法律决定的正当性是指按照实质价值或某些道德考量,法律决定是正当的或正确的。这里所谓的实质价值或道德是有一定范围的或受到限制的,主要是指特定法治国家或宪政国家的宪法规定的一些该国家的公民都承认的、法律和公共权力应该保障与促进的实质价值,例如我国宪法规定了人权、自由和平等。任何法院或其他做法律决定的机关的法律决定都不应该是违背这些实质价值的法律决定。法律人保障其法律决定的正当性不同于非法律人的地方在于:通过运用特定法律人共同体所普遍承认的法学方法,如类比推理或客观目的解释,保证其法律决定与实质价值或道德的一致性。

法律决定的可预测性与正当性之间存在着一定的紧张关系。原因在于,有的法律决定不是做决定的人武断地和恣意地作出的,即实现了可预测性,然而该决定与特定国家的法秩序所承认的实质价值或道德相背离。同时,我们也应该看到,有些法律决定是正当的,却是做法律决定的人武断地和恣意地作出的。实质上,这种紧张关系是形式法治与实质法治之间的紧张关系的一种体现。但是,从作为整体的法治来说,它要求做法律决定的人应该努力在可预测性和正当性之间寻找最佳的协调。在现代的法治社会,人们总是要求法律决定具有高度的可预测性,同时具有高度的正当性。法律决定的可预测性的程度越高,人们有效地安排和计划自己的生活的可能性越大。法律决定的正当

^① Aulis Aarnio, Reason and Authority, Dartmouth Publishing Company 1997, p. 23.

性程度越高,人们安排和计划自己满意的生活的可能性越大。任何正常的人都希望能够安排和计划满意的生活。^① 如果法律决定不具有可预测性或可预测性的程度非常低,生活在社会中的人就不可能在理性的基础上计划和安排自己的生活,社会生活也就不可能正常进行。如果法律决定不具有正当性或正当性程度非常低,一个社会就不可能是一个和谐的长治久安的社会,也就是说,该社会的秩序最终可能解体。但是,对在特定的一个时间段内的特定国家的法律人来说,法律决定的可预测性具有初始的优先性。因为对于特定国家的法律人来说,首先理当崇尚的是法律的可预测性。

二、法适用的步骤

整体上来说,法律人适用有效的法律规范解决具体个案纠纷的过程在形式上是逻辑中的三段论推理过程,即大前提、小前提和结论。具体来说,法律人适用法律解决个案纠纷的过程,首先要查明和确认案件事实,作为小前提;其次要选择和确定与上述案件事实相符合的法律规范,作为大前提;最后以整个法律体系的目的为标准,从两个前提中推导出法律决定或法律裁决。这个过程实质上也是法律人在其业务操作中的思维(thinking)或推理(reasoning)过程。

上述对法律人业务操作过程的划分是一种逻辑意义上的划分。在实际的法律活动中,法律人适用有效法律规范解决个案纠纷的这三个步骤“绝不是各自独立且严格区分的单个行为。它们之间界限模糊并且可以相互转换”。^② 如法律人查明和确认案件事实的过程就不是一个纯粹的事实归结过程,而是一个在法律规范与事实之间的循环过程,即目光在事实与规范之间来回穿梭。这是因为法律人要想将一定的规范适用在特定的案件中,就必须要把当事人向他叙述的纯粹生活事实转化为“法律事实”。在这个过程中,法律人必须要对当事人向他叙述的多姿多彩的芜杂的生活事实进行整理、选择、判断。因为作为法律决定的小前提的案件事实即“法律事实”“并非自始既存地显现给判断

者,毋宁必须一方面考量已知的事实,另一方面考虑个别事实在法律上的重要性,以此二者为基础,才能形成案件事实”。^③ 当法律人在听当事人向他叙说生活事实时,他已开始思索他面前的这个事实应该属于公法、私法还是刑法?如果他认为这个生活事实可能属于某个部门法的具体法律规范,他就会用该法律规范所规定的事实构成要素检验当事人所叙述的生活事实。这时,他可能发现当事人向他叙述的生活事实与他所选择的法律规范并不切合,他按照法律规范规定的事实要素继续盘问当事人可能忽略的事实。如果当事人没有忽略事实,他就需要重新选择其他的法律规范,直到选择一个他认为与他所确定的事实相切合的法律规范,然后他就会用法律语言将当事人向他叙述的纯粹的生活事实转化为“法律事实”或案件事实。很显然,这个过程是一个在事实与规范之间来回循环考察的过程。

当法律人在选择法律规范时,他必须以该国的整个法律体系为基础,也就是说,他必须对该国的法律有一个整体的理解和掌握,更为重要的是他要选择一个与他确定的案件事实相切合的法律规范,他不仅要理解和掌握法律的字面含义,还要了解和掌握法律背后的意义。法律人在确认特定案件的大前提即法律规范时,也不是一个纯粹的对法律规范的语言的解释过程,而是一个有目的即要针对他所要裁决的个案纠纷所进行的解释。在这个过程中,法律人“至少要把法律应然思维的那些部分,即对于具体案件及判断是急需的部分,拉近、整合”。^④ 法律人通过法律解释就是要对一般和个别之间的缝隙进行缝合,就是要解决规范与事实之间的紧张关系。在这个意义上法律解释对于法律

① Peczenik, On Law and Reason, Kluwer Academic Publishers 1989, p. 32.

② [德]伯恩·魏德士著:《法理学》,丁小春、吴越等译,法律出版社2003年版,第297页。

③ [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第160页。

④ [德]卡尔·恩吉施著:《法律思维导论》,郑永流译,法律出版社2004年版,第71页。



适用来说并不是可有可无的,而是必要的,是法律适用的基础。因此,法学拥有一般诠释学的基础思考和方法的推理,或者说一般的诠释学是法学方法论的基础。职是之故,法律解释必须要受到诠释学的原理和一般原则的影响和制约,即解释活动都受到解释学循环规律和前理解的影响和制约。循环规律要求法律人在解释某个法律规范时,就必须将该法律规范置在其上下文、整部法律、该国的整个法律体系的脉络中进行理解和解释,否则他就不可能正确地揭示出法律规范的意义;从解释的结果看,他所揭示的某个法律规范的意义不能与该法律规范的上下文、整部法律、一国的法律体系的意义和目的相违背。因此,法律人在确定法律决定或法律裁判的大前提即法律规范时,他对该国的法律必须有一个整体的透彻的理解和掌握。前理解要求法律人在解释法律时要“以其对于现行法的法律问题、问题脉络、思考方式以及藉此限定的解决可能性之全部知识,以及他对立法者或(在契约的情形)有法律常识的国民常用语言的了解为基础……”^①这主要是因为任何理解和解释都是一种有目的的活动,即在理解的开始通常有一种意义期待,解释者唯有借助前理解才能获得这种意义期待或目的。法律人的“前理解是一种长期学习过程的成果,这个过程包括法学养成过程,也包含其后他藉着职业活动或职业之外的经验取得的知识,特别是与社会的事实及脉络有关的知识”。^②

法律人在确定了法律决定的大前提和小前提之后,即他确定了生活事实符合与其相适应的相关的法律规范所规定的事实构成要素,且不违背整个法律体系之后,他就必须要说明或论证这个具体的案件为什么要适用这个法律规范所规定的法律后果或者说从该法律规范中推导出的法律决定或裁决为什么是合适的。因为“法庭、仲裁庭或者政府机关在具体案例对适用法的寻找总是(根据程序法)在一个案件各方都参与的程序中发生……所以寻找适用法的过程事实上是经历了一个辩论程序。基于所寻求的决定,论证和反证被相对而列。法官在寻找其决定即其后口头或者书面给出其决定的理由

时,也是听取了这些辩论并对其进行权衡的。尽管法官从相关的法律规范中推导出其决定,但是在所有疑难之处,这些推论都是经过了对论证和反证的权衡的补充”。^③

三、内部证成与外部证成的区分

法律人在适用法律的过程中,无论是依据一定的法律解释方法所获得的法律规范即大前提,还是根据法律所确定的案件事实即小前提,都是用来向法律决定提供支持程度不同的理由。在这个意义上,法律适用过程也是一个法律证成的过程。因为“证成”往往被定义为给一个决定提供充足理由的活动或过程。^④

如果说法律适用过程是一个证成过程,那么从法律证成的角度看,法律人的法律决定的合理性取决于下列两个方面:一方面,法律决定是按照一定的推理规则从前提中推导出来的;另一方面,推导法律决定所依赖的前提是合理的、正当的。从上述的视角出发,法律证成可分为内部证成和外部证成,即法律决定必须按照一定的推理规则从相关前提中逻辑地推导出来,属于内部证成;对法律决定所依赖的前提的证成属于外部证成。前者关涉的只是从前提到结论之间推论是否是有效的,而推论的有效性或真值依赖于是否符合推理规则或规律。后者关涉的是对内部证成中所使用的前提本身的合理性,即对前提的证立。

内部证成保证了结论是从前提中逻辑地推导出来,它对前提是否是正当的、合理的没有任何的保障。如果法律决定所依赖的前提本身是不正当的、不合理的,那么该法律决定也就是不正当的、不合理的。这样,就产生了下列问题:对法律人来说,内部证成有什么作用和意义?在内部证成的过程中,愈来愈清楚地显示:到底什么样的前提需要从外部来加以证成,从而使

①② [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第88页。

③ [德]N. 霍恩著:《法律科学与法哲学导论》,罗莉译,法律出版社2005年版,第39页。

④ Peczenik, On Law and Reason, Kluwer Academic Publishers 1989, p. 156.

那些可能仍然隐而不彰的前提条件必须明确地予以表达。这样做,就提高了识别错误和批判错误的可能性。^① 举例来说,某人 X 携带硫酸,并将硫酸泼洒在一位女会计的脸上,然后抢走她的钱包。德国联邦法院依照德国刑法第 250 条的规定,即行为人携带武器实施抢劫行为的,应该加重处罚,对被告 X 施加了加重处罚。我们将该判决改写为下列的三段论 1:

大前提 T1:行为人携带武器实施抢劫行为的,应该加重处罚

小前提 T2:X 携带硫酸,并将硫酸泼洒在一位女会计的脸上,然后抢走她的钱包

结论 C:X 应该被加重处罚

在该三段论中,从前提 T1 和 T2 到结论在逻辑上并不是一个必然的推理,或者说结论并不能够按照一定的推理规则从前提中推导出来。因为前提 T1 与 T2 之间是断裂的,也就是说,在这两个前提之间缺乏联系,或者说在法律规范与案件事实之间缺乏联系。为此,我们在该三段论之间增加一个前提 T',即硫酸是武器。

这样,上述的三段论就成为下列的推理链条 1:

大前提 T1:行为人携带武器实施抢劫行为的,应该加重处罚

前提 T':硫酸是武器,或武器包括了硫酸

小前提 T2:X 携带硫酸,并将硫酸泼洒在一位女会计的脸上,然后抢走她的钱包

结论 C:X 应该被加重处罚

在这个三段论中加入 T'之后,该法律推理或法律决定至少在推理的形式上是比较完整的。但是,它凸显出该判决中的一个需要证成的核心命题,即硫酸是武器。这就要求法官或其他法律人在其法律决定中要着重论证该命题,而对该命题的论证就是一个外部证成。我们将对该命题的论证继续加入到上述的三段论,就得到下列的推理链条 2:

大前提 T1:行为人携带武器实施抢劫行为的,应该加重处罚

前提 T11:所有的武器如枪、炮等都具有危险

前提 T12:硫酸在该案件中的使用也具有

和诸如枪、炮等武器的危险

前提 T13:所有在同样情景下使用的东西具有和诸如枪、炮的危险的,都应该属于武器

前提 T14:硫酸是武器

小前提 T2:X 携带硫酸,并将硫酸泼洒在一位女会计的脸上,然后抢走她的钱包

结论 C:X 应该被加重处罚

推理链条 2 比推理链条 1 更合理之处,不仅在于前者说明了硫酸为什么是武器,而且在于它增加了前提 T13。而 T13 是一个具有普遍性的命题,即规范性命题。它保证了“相同问题相同处理、不同问题不同处理”的原则的实现。对我们来说,更为重要的是,推理链条 2 将该法律决定的前提中的那个隐而不彰的问题更加细微地凸显出来,即将危险性作为武器的核心点是合理的吗?以及硫酸与诸如枪炮等武器具有同等程度的危险吗?上述推理链条的分析说明,在内部证成中越是多地展开逻辑推导步骤,越是能够尽可能地将法律决定中的问题清楚地凸显出来,越是能够更加逼近问题之核心。相反,如果在内部证成中展开的推导步骤越少,而且因此推导的跨度非常大;那么,这些步骤的规范性内涵就不会清晰地显现出来。这就使法律决定很容易受到攻击,而且这些攻击经常是非特定化的。因此,虽然展开的步骤越多越导致论证的烦琐,但是能够产生清晰的结果。^②

在法律适用中,内部证成和外部证成是相互关联的。外部证成是将一个新的三段论附加在论证的链条中,这个新的三段论是用来支持内部证成中的前提。举例来说,制定法 S 表达了一个法律规范:“如果 F1,那么,应该是 G。”现在假设,有一位法学家对制定法 S 所表达的这个法律规范做了如下解释:在 F 的情形下,应该是 G。我们将这个解释简称为 I。这里的问题是,为什么法律后果 G 应该只与 F 相联结?这位法学家可能回答说,在法律文本中 F1 意味

^① [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社 2002 年版,第 285 页。

^② 同上,第 282 页。



F,并且只意味 F。这样,这位法学家在他的证成中只给出第一层面的论证。我们可以将他的推理简写为一个三段论 S1:

前提 T1:法律文本 S 规定:如果 F1,那么,应该是 G

前提 T2: $F \in F1$

结论 C:在 F 的情形下应该是 G

在这个推理链条中,前提 T2 将法律文本 S 与解释 I 联结到了一起。因此,前提 T2 在这个三段论中起到了第一层面的论证作用。但是,前提 T2 本身只是一个判断,也就是说,它没有一定的理由支持它,或者说它本身并不是按照一定的规则得出的。因此,这位法学家必须提供支持性理由论证他的命题,即前提 T'2。这样,我们就可能得到下列一个新的三段论 S2:

前提 T'1:如果立法者的目的主张在制定法 S 中 F 属于 F1;那么,对该制定法的正确解释是,如果 F,应该是 G

前提 T'2:立法者的目的主张 F 属于 F1

结论 C':根据立法者的目的,对制定法 S 的解释是,在 F 的情形下应该是 G 在三段论 S2 中,前提 T'1 本身是一个三段论,它是用来支持三段论 S1 中的 T1。另外,从对 S1 到 S2 的分析,我们可以看到,法律的推理或法律适用在整体框架上是一个三段论,而且是大三段论套小三段论。这就意味着在外部证成的过程中也必然地涉及内部证成,也就是说,对法律决定所依赖的前提的证成本身也是一个推理过程,亦有一个内部证成的问题。因此,法律人在证成前提的过程中也必须遵循一定的推理规则。即使法律决定所依赖的前提得到一定的法的渊源和法律解释规准的支持,但是这个前提作为一个法律判断或结论不是从该前提所依赖的前提中逻辑地得出的,就是不正当或不合理的前提。这就是说,法律人在法律适用或做法律决定的过程中所确立的每一个法律命题或法律判断都必须能够被重构为逻辑上正确的结论。总之,我们不能够将内部证成只理解为通常所谓的法律规范、案件事实与法律决定之间的推理规则,而包括了确立前提本身所要遵循的推理规则。

示例

关于法律论证中外部证成的说法,下列哪些选项是错误的?(2010 年试卷一第 54 题)

- A. 外部证成是对内部证成中所使用的前提本身之合理性的证成
- B. 外部证成是法官在审判中根据法条直接推导出判决结论的过程
- C. 外部证成与案件事实的法律认定无关
- D. 外部证成本身也是一个推理过程

【参考答案及简要提示】BC。本题关键在于区分内部证成与外部证成。法律适用过程是一个法律证成的过程。法律证成可分为内部证成和外部证成,即法律决定必须按照一定的推理规则从相关前提中逻辑地推导出来,属于内部证成;对法律决定所依赖的前提的证成属于外部证成。内部证成关涉的是从前提到结论之间推论是否是有有效的,因此法官在审判中根据法条直接推导出判决结论的过程属于内部证成。因此 B 选项错误,符合题目要求。外部证成则是对前提的证立。案件事实的法律认定属于对小前提的确定,需要通过外部证成来得以证立。故 C 选项错误,符合题目要求。

新华考资
www.xhkzedu.com

第四节 法律推理

一、法律推理的概念

推理,即英语中的 Reasoning,是个比较宽泛的概念。人们在进行推理时不仅要以一定的理或理由为根据,而且要按照一定的推论规则或规律进行推理。不同的科学有不同的理,因此,有不同科学的推理。这里,我们所谓的“推理”主要是指人们在推理的过程所必须遵循的推论规则。这些推论规则在法律适用中的运用就是法律推理所要研究的问题。因此,法律推理就是指法律人在从一定的前提推导出法律决定的过程中所必须遵循的推论规则。

法律推理与其他推理相比,有这样几个特点:(1)法律推理是以法律以及法学中的理或理由为基础的。不同科学中的推理是以该科学中

的理或理由为基础的。如在傍晚看到晚霞时,我们就说,明天会有好天气。这就是一个推理,这个推理就是以气象学之理为根据的。法律推理之所以是一种推理就在于它是以不同于其他科学中的理为基础,只有那些受过了法学教育掌握了这些“理”的法律人才能够进行法律推理。例如,我国现行刑法第263条规定:持枪抢劫的要加重处罚。甲拿了一支儿童玩具枪实施了抢劫,那么,是否对甲施以加重制裁?这个案例中的核心问题是,儿童玩具枪是否属于刑法第263条所规定的“枪”?解决这个问题取决于对刑法第263条所做的解释。任何具有正常理智的人都会按照自己的理解对其作出解释,但是法律人所做的解释一定而且必须是法学上的解释,即法律人必须要按照法律共同体所公认的法律解释方法进行解释。(2)法律推理要受现行法律的约束。现行法律是法律推理的前提和制约法律推理的条件。法律的正式渊源或非正式渊源都可以成为法律推理中的“理由”,成为行为的正当性根据。在我国,宪法、法律、行政法规、地方性法规都是法律推理的前提。在缺乏明确的法律规定的情况下,法律原则、政策、法理和习惯都会成为法律推理的前提。例如,在一起行政诉讼案中,原告提出被告上海市长宁区人民政府不具有执法主体资格,其根据国家建设部《城市危险房屋管理规定》第5条第2款的规定:“县级以上地方人民政府房地产行政主管部门负责本辖区的城市危险房屋管理工作。”法院没有支持原告的主张,根据的不是有关法律规定,而是我国行政法学界比较公认的“行政应急性原则”和该案的特殊性。^①在英美法系国家,来自于判例中的法律规则,也是法律推理的前提。(3)法律推理是一种寻求正当性证明的推理。自然科学研究中的推理是一种寻找和发现真相和真理的推理。而在法学领域,因为法律是一种社会规范,其内容为对人的行为的要求、禁止与允许,所以法律推理的核心主要是为行为规范或人的行为是否正确或妥当提供正当理由。法律推理所要回答的问题主要是:规则的正确含义及其有效性即是否正当的问题,行为是否合法或是否正当的问题,当事人

是否拥有权利、是否应有义务、是否应负法律责任等问题。

新华考资

二、法律推理 www.xhkzedu.com

法律人在法律适用中经常运用的推理主要有以下几种:

(一)演绎推理

演绎推理是从大前提和小前提中必然地推导出结论或结论必然地蕴涵在前提之中的推论。所谓大前提是因为该命题代表整体,所谓小前提则代表整体中的人或事。例如,“所有的人都会死”是大前提,“苏格拉底是人”是小前提,“苏格拉底会死”是结论。由此可见,演绎推理是从一般到个别的推论。其经典的方法是三段论。演绎推理中正好有三个词项,所谓三个词项是指逻辑学中的“大词”如“会死”,“小词”如“苏格拉底”,“中词”如“人”等。另外,每个词项恰好出现在两个命题中,如大词“会死”出现在大前提和结论之中,中词“人”出现在大小前提之中,小词“苏格拉底”出现在小前提和结论之中。从这个分析中,我们可以看到,中词“人”不会出现在结论中。因此,在法律推理中,小词“苏格拉底”永远是结论的主词或主语,大词“会死”永远是结论中的谓语或谓词。

在演绎推理中,我们必须遵循的推论规则:

(1)一个有效的三段论推论必须正好包含了三个词,而且每个词在整个推论中都是在一个意义下被使用的。(2)在一个有效的三段论中,至少要有一个前提中的中词是周延的。(3)在一个有效的三段论中,在前提中不周延的词,在结论中也不会是周延的。(4)没有任何拥有否定前提的三段论推论是有效的。(5)如果一个有效的三段论推论中,有一个前提是否定的,那么其结论必定是否定的。(6)没有任一个具有特称结论的有效三段论推论可以拥有两个全称前提。

法律人在法律推理中,如果违背了上述六个推论规则中的任何一个规则,就会导致形式

^① 李昌道主编:《98上海法院案例精选》,上海人民出版社1999年版,第440页。



谬误,因此,他或她所得到的法律决定就是不正当的。

(二) 归纳推理

与演绎推理不同,归纳推理是从个别到一般的推论。它们的核心区别是在对于前提和结论的主张的强度:演绎推理的主张是,如果前提为真并且是有效的,结论就为真且有效。归纳推理的主张是,如果前提为真,结论则比较有可能为真或者不是假的。原因在于:在演绎推理中,一个既有的资讯和另一个推论出来的资讯之间有必然的联系。而在归纳推理中,一个既有的资讯和另一个推论出来的资讯之间的关联不具必然性,也就是说前提不是结论的决定性的证据而仅仅是结论的部分证据;因此,归纳推理的标准是从前提赋予结论的或然率或似真程度。^① 归纳推理的结论是或然性,它的可靠性程度完全依赖于推论人所列举的事例的数量及其分布范围。因此,为了保证归纳推理的结论的可信度和确定性,我们必须遵守以下的推论规则:(1)被考察对象的数量要尽可能地多;(2)被考察对象的范围要尽可能地广;(3)被考察对象之间的差异要尽可能地大。如果推论人在归纳推论时不遵守这些规则就可能犯“以偏概全”和“轻率概括”的谬误。^②

法律人在法律适用中运用归纳推理必须遵守下列规则:除了他或她所举事例或案例具有足够的代表性,累计经验中的事例或案例的数量越大,推论所得的结论正确的或然性就越高。这个推论规则就要求法律人必须具有开明的思想、全心全意的精神和负责任的态度。^③

(三) 类比推理

与归纳推理不同,类比推理是从个别到个别的推论,而不是从个别到一般的推论。具体来说,类比推理是根据两个或两类事物在某些属性上是相似的,从而推导出它们在另一个或另一些属性上也是相似的。其一般形式为:

A(类)事物具有 a、b、c、d 等属性

B(类)事物也具有 a、b、c 属性

因此,B(类)事物也具有 d 属性

与归纳推理相同,类比推理所得到的结论

也是或然性的,即既可能为真也可能为假。

法律人在类比推论的操作过程中,最为基本和关键的是确认哪些是重要的案情或哪些是关键的相关案情。因为类比推理的结论是以重要的案情为基础的。例如,在某个案例中法庭发现 A、B、C 存在,然后判断 A 是不重要的而排除 A,接着根据案情 B、C 得出结论 X。因此,法庭在判定判决结果所依据的重要或不重要案情为何的时候,确立了规则。这就是说,在类比推理中,推论的结论的可接受性更多地依赖于重要性或相关性的判断。但是,这种判断具有不确定性,也就是说,对于一个法律人来说某些案情是重要的或相关的,但是对另一个法律人来说这些案情是不重要的。这个不确定性是因为该判断的背后还有一个判断者确立的理由存在着。举例来说,你有两个孩子,一个 10 岁,另一个 6 岁。有一天晚上,你允许 10 岁的孩子在晚上 10 点睡觉,因为 10 岁孩子明天没有课。第二天晚上 6 岁的小孩也要求在晚上 10 点睡觉,但是你要求他在晚上 8 点睡觉。6 岁的孩子认为自己受到不公平的对待,理由是,他和 10 岁的孩子都是儿童,而且第二天都不到学校,你允许 10 岁的孩子在晚上 10 点睡觉,而要求他 8 点睡觉。你认为 6 岁孩子诉诸于 10 岁孩子的先例是没有说服力的,因为你认为年龄上的不同重要于他们之间的任何相似性。不同是重要的是因为年龄直接相关于待决的问题——睡觉的时间。年龄上的不同对于睡觉时间是重要的是因为年龄小的孩子需要更多的睡眠。由此可见,重要性问题不可能抽象地被决定,它是情景化的而且依赖于待决的问题。重要性判断的不确定性是人们反对类比推理的理由,也是对以类比推理为重要方法的法律推理本身提出质疑的理由。那么,我们怎样限定这种不确定性?这是外部证成(主要是法的渊源规则与法

① [美]鲁格罗·亚狄瑟著:《法律的逻辑》,唐欣伟译,商周出版社 2005 年版,第 64~65 页。

② 陈波著:《逻辑学是什么》,北京大学出版社 2002 年版,第 166~167 页。

③ [美]鲁格罗·亚狄瑟著:《法律的逻辑》,唐欣伟译,商周出版社 2005 年版,第 138 页。

律解释方法)的任务。在法律推理中,类比推理的结论的可接受性,除了依赖于重要性或相关性的判断,还依赖于以下两个标准:(1)类比推论的可接受性与被分析的情况的数量成正比。(2)可接受性依赖于正相似(positive resemblances)与负相似(negative resemblances)的数量。^①这两条标准意味着法律人在运用类比推理时,为了保障他或她的结论的可接受性,就必须尽可能地多分析情况,尽可能地寻找相似性与不同性。这与归纳推理是相同的,要求法律人必须具有开明的思想、全心全意的精神和负责任的态度。

(四) 设证推理

设证推理是对从所有能够解释事实的假设中优先选择一个假设的推论。例如,我们发现门前的草坪是湿的,而且观察到,如果在晚上天下雨了,草坪就会湿。因此,我们就可以设证下列结论:昨晚天下雨。这个推论的一般形式是:

| | |
|--------------------|----------|
| C 被观察到或待解释的现象 | 待解释现象 C |
| 如果 H 为真,那么 C 是当然结果 | 如果 H,则 C |
| 因此,H | 所以,H |

设证推理首先要求推论人必须形成一些假定背景以及相关的感性事实,即具有待解释现象所属领域的知识。设证推论开始于将不熟悉的事实(新奇事实)与熟悉的事实(背景事实)相并列。所谓“C 是新奇的”的陈述仅仅相对于一些背景事实时才是可以理解的,这意味着这一前提如果不参照背景则无法理解。确实,一个不与期望相反的孤立事实,则根本无须解释。其次,为了保证设证推理的结论的可靠性,推论人必须尽可能将待解释现象的理论上的所有可能的原因寻找出来。最后,推论人必须尽可能地使推论结论与待解释现象之间的关系是一种单一的因果关系。

设证推论是一种效力很弱的推论,但是它在法律适用的过程中是不可放弃的。原因很简单,任何法律人在听到或看到一个案件事实后,马上就会凭自己的“法感”或“法的前理解”假设一个对该案件的处理结果,然后根据这个假设寻找法律,最后确定一个合理的、有效的法律

决定。这就是说法律人在其工作过程中必然会运用到设证推理。相反,如果没有这种假设,法律人就只可能漫无计划、漫无目的地查找法律,看能否找到一个适当的规定。

设证推理是法律人在其工作中必然运用到的一种方法,但是它的推论结论是不确定的。这是因为法律人在做假设时,法律人的前理解发挥着作用,而前理解既可对也可错。这就意味着法律人在运用设证推理时必须清醒认识到假设是开放的、可修正的,必须尽可能地寻找法律上和法学上所允许的所有可能的解决方案,然后在这所有可能的解决方案中确定一个法律上和法学上所认可的最佳方案。这样,设证推理与归纳推理、类比推理一样,要求法律人必须具有开明的思想、全心全意的精神和负责任的态度。

第五节 法律解释

一、法律解释的概念

(一) 法律解释的含义与特点

解释(interpretation)是个非常一般的术语,有三种含义:(1)涵盖了对各种各样的文化客体的理解,例如对一个雕塑的理解,被称为最广义的解释。(2)对任何语言材料的各种理解,被称为广义的解释,它是最广义解释的一个子集。(3)在特定语境中和交流行为中被使用的语言具有不同的意义,在这些不同意义中选择一个意义,被称为狭义的解释,它是广义解释的一个子集。法律解释就属于狭义解释的一种。^②特定国家的法律是以日常语言或借助日常语言而发展出来的术语表达的,这些用语具有歧义性和模糊性,也就是说具有意义的选择空间和多种说明的可能性。这就意味着全部的法律文字



① [美]鲁格罗·亚狄瑟著:《法律的逻辑》,唐欣伟译,商周出版社 2005 年版,第 129~130 页。

② Edited by Neil MacCormick and Robert S. Summers, *Interpreting Statutes A Comparative Study*, Dartmouth Publishing Company Limited, pp. 12-13.



原则是都可以,并且也需要解释。^①在这个意义上,法律适用的过程就是一个法律解释的过程。据此,我们将法律解释定义为:一定的人、组织以及国家机关在法律运用或实施过程中对表达法律的语言的意义的揭示、说明和选择。

作为解释之一的法律解释必须遵循解释的基本原理的要求。循环原理是解释活动的基本原理之一。它是解释学中的一个中心问题,是指对整体的理解和把握需要建立在理解其组成部分的基础上,而对于部分的理解和把握又只能建立在对整体的理解之基础上。因此,解释的过程展现为一个循环往复的过程,每一次的解释都会在整体和部分两个方面推进我们对于解释对象的认识。

与一般解释相比,法律解释具有以下三个特点:

1. 法律解释的对象是特定的,即是那些能够作为法律决定的大前提的来源的文本或资料,在现代国家主要有制定法(包括宪法、法律和法规),判例,私法上、行政法上、国家法和国际法上的协议,习惯法等。在这些解释对象中,除了习惯法,其他对象都是制度性行为的结果。^②这就是说法律解释的对象具有制度性。

2. 法律解释与具体案件密切相关。首先,法律解释往往由有待处理的案件所引起。^③其次,法律解释需要将条文与案件事实结合起来进行。法律解释的主要任务,就是要确定某一法律规定对某一特定的法律事实是否有意义,也就是对一项对应于一个待裁判或处理的事实的规定加以解释。

3. 法律解释具有实践性和目的性。法律解释始终直接或间接地涉及在一个法律体系中应为什么、勿为什么、可为什么以及被授权做什么。^④这样的过程是一个价值评判过程,具有强烈的目的性。因此,依据法律规范评价个别案件,就成为贯彻法律意图的主要过程。尤其是在出现疑难案件时,更需要法官创造性地依据法律的基本目的,对案件作出恰当的衡量。

(二) 法律解释的种类

法律解释由于解释主体和解释效力的不同可以分为:正式解释与非正式解释。

所谓正式解释,通常也叫法定解释,是指由特定的国家机关、官员或其他有解释权的人对法律作出的具有法律上约束力的解释。正式解释有时也称有权解释。根据解释的国家机关的不同,法定解释又可以分为立法、司法和行政三种解释。有权作出法定解释的机关、官员和个人,在不同的国家或不同的历史时期都有所不同,通常是由法律规定或是由历史传统决定的。

非正式解释,通常也叫学理解释,一般是指由学者或其他个人及组织对法律规定所作的不具有法律约束力的解释。这种解释是学术性或常识性的,不被作为执行法律的依据。虽然如此,非正式解释在法律适用、法学研究、法学教育、法制宣传以及法律发展方面还是有着很重要的意义。



二、法律解释的方法与位阶

(一) 法律解释的方法

法律解释的方法是法律人在进行法律解释时所必须遵循的特定法律共同体所公认的规则和原则。这些规则和原则不是特定国家的法律所规定,而是约定俗成的,是特定法律共同体的法律人必须遵循的既定的前提。对于法律解释的方法,民法法系和普通法系的国家的概括和表述是不同的。虽然如此,法律解释的方法大体上可以被归纳为:文义解释、立法者的目的解释、历史解释、比较解释、体系解释、客观目的解释等几种方法。

文义解释,也称语法解释、文法解释、文理解释。这是指按照日常的、一般的或法律的语言使用方式清晰地描述制定法的某个条款的内容。这种方法要求解释者必须对语言使用方式或规则的有效性进行证成。文义解释的特点是

① [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第85页。

② [德]阿列克西著:《法·理性·商谈——法哲学研究》,朱光、雷磊等译,中国法制出版社2011年版,第65、66页。

③ 梁慧星著:《民法解释学》,中国政法大学出版社1995年版,第202页。

④ 同上,第65页。

将解释的焦点集中在语言上,而不顾及根据语言解释出的结果是否公正、合理。

立法者的目的解释,又被称为主观目的解释,是指根据参与立法的人的意志或立法资料揭示某个法律规定的含义,或者说将对某个法律规定的解释建立在参与立法的人的意志或立法资料的基础之上。这种方法要求解释者对立法者的目的或意图进行证成。而要完成这个任务,解释者必须要以一定的立法资料如会议记录、委员会的报告等为根据。

历史解释是指依据正在讨论的法律问题的历史事实对某个法律规定进行解释。它的具体内容是:第一,正在讨论的法律问题的特定解决方案在过去曾被实施过;第二,该方案导致了一个后果F;第三,F是不合乎社会道德标准的(undesirable);第四,过去与现在的情形的不同不能充分地排除F在目前的情形下不会出现;因此,第五,该解决方案在目前也许不被称赞。^①这种方法要求解释者要对历史事实及其与现实情形的差异进行证成,而且要对“F是不符合社会道德标准”的命题进行证成。

比较解释是指根据外国的立法例和判例学说对某个法律规定进行解释。如果说历史解释是利用历史上已发生的法律状况证成某个解释结果,那么比较解释是利用另一个社会或国家的法律状况证成某个法律解释结果。无论是英美法系还是大陆法系国家的法院,都有利用外国的立法情况及判例学说解释本国法律的例子。对于中国这样的大规模地移植其他国家法律制度及法学的国家的法制实践来说,比较解释的重要性是不言而喻的。

体系解释,也称逻辑解释、系统解释。这是指将被解释的法律条文放在整部法律中乃至整个法律体系中,联系此法条与其他法条的相互关系来解释法律。它的具体形式是指对某个法律规定的解释结果R1与已被承认的有效的其他的法律规定的含义R2相矛盾,那么R1必须被承认为无效的。也就是说,它是利用逻辑中的矛盾律来支持或反对某个解释结果。因此,也被称为逻辑解释。

客观目的解释是指根据“理性的目的”

(rational aims)或“在有效的法秩序的框架中客观上所指示(prescribed)的”目的即法的客观目的,而不是根据过去和目前事实上存在着的任何个人的目的,对某个法律规定进行解释。这种方法的关键是,“理性的目的”和“在有效的法秩序的框架中客观上所指示的目的”是什么?拉伦茨认为:“其一涉及被规整之事物领域的结构,质言之,连立法者也不能改变的实际的既存状态,假使他要合理地立法的话,在作任何规整时,他都必须考虑及此;另一类是一些法伦理性的原则,其隐含于规整之中,只有借助这些原则才能掌握并且表达出规整与法理念间的意义关联。”^②

(二)法律解释方法的位阶

每种解释方法有其各自特殊的功能。语文学解释和立法者意图或目的解释实质上使法律适用者在做法律决定时严格地受制于制定法;相对于其他的法律解释,这两种法律解释方法使法律适用的确定性和可预测性得到最大可能的保证。历史解释和比较解释容许了法律适用者在做法律决定时可以参酌历史的法律经验和其他国家或社会的法律经验。体系解释有助于特定国家的法秩序避免矛盾,从而保障法律适用的一致性。客观目的解释可以使法律决定与特定社会的伦理与道德要求相一致,从而使法律决定具有最大可能的正当性。

各种法律解释方法之所以具有不同的功能,是因为它们各自指出了在法律解释中考虑的因素不同或提出问题的视角不同。而这就意味着在具体的情景下按照不同的解释方法对同一个法律规定进行解释可能会得出完全不同的解释结果,也就是说,不同的法律解释方法可以被用来证成不同的法律决定。这种结果的出现就导致了法律适用的不确定性。消除这种不确定性的最好或最终方法是在各种法律解释方法之间确立一个位序或位阶关系。现今大部分法

^① [德]阿列克西著:《法律论证理论》,舒国滢译,中国法制出版社2002年版,第296页。

^② [德]拉伦茨著:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第211页。



学家都认可下列位阶：(1)语义学解释→(2)体系解释→(3)立法者意图或目的解释→(4)历史解释→(5)比较解释→(6)客观目的解释。但是，这种位阶关系不是固定的，也就是说，依此不能得以终局地确定个别解释方法的重要性，重要性如何很大部分取决于其将造成如何的结果。^①这就意味着上述法律解释方法的位阶是初步性的，这个位阶所确定的各种方法之间的优先性关系是相对的而不是绝对的，即这种优先性关系是可以被推翻的。但是，法律人在推翻上述位阶所确定的各种方法之间的优先性关系时，必须要充分地予以论证，即只有存在更强的理由的情况下，法律人才可推翻那些优先性关系。

示例

法律解释是法律适用中的必经环节。关于法律解释及其方法，下列哪一说法是错误的？(2010年试卷一第10题)

- A. “欲寻词句义，应观上下文”，描述的是体系解释方法
- B. 文义解释是首先考虑的解释方法，相对于其他解释方法具有优先性
- C. 历史解释的对象主要是法律问题中的历史事实，与特定解决方案中的法律后果无关
- D. 客观目的解释中，一些法伦理性的原则可以作为解释的根据

【参考答案及简要提示】C。在各种法律解释方法中，历史解释比较难理解。历史解释是指依据正在讨论的法律问题的历史事实对某个法律规定进行解释。它的具体内容是：第一，正在讨论的法律问题的特定解决方案在过去曾被实施过；第二，该方案导致了一个后果F；第三，F是不合乎社会道德标准的(undesirable)；第四，过去与现在的情形的不同不能充分地排除F在目前的情形下不会出现；因此，第五，该解决方案在目前也许不被称赞。这种方法要求解释者要对历史事实及其与现实情形的差异进行证成，而且要对“F是不符合社会道德标准”的命题进行证成。因此，历史解释与特定解决方案的法律后果有关，C选项错误。

三、当代中国的法律解释体制

根据我国现行宪法、立法法以及1981年全国人大常委会《关于加强法律解释工作的决议》等法律文件的规定，并从法律解释的实际运作来看，当代中国初步形成了一种“一元多级”的法律解释体制。

“一元”体现为“法律解释权属于全国人民代表大会常务委员会”。宪法第67条赋予全国人民代表大会常务委员会解释宪法和法律的权力；立法法第42条进一步规定：“法律有以下情况之一的，由全国人民代表大会常务委员会解释：(一)法律的规定需要进一步明确具体含义的；(二)法律制定后出现新的情况，需要明确适用法律依据的。”此外，国务院、中央军事委员会、最高人民法院、最高人民检察院和全国人民代表大会各专门委员会以及省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会可以向全国人民代表大会常务委员会提出法律解释的要求。

“多级”则表现为除全国人大常委会的法律解释外还存在着其他类型的法定法律解释。根据全国人大常委会1981年所发布的《关于加强法律解释工作的决议》，我国还存在着下列法定解释类型：

(1)凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。凡属于检察院检察工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民检察院进行解释。最高人民法院和最高人民检察院的解释如果有原则性的分歧，报请全国人民代表大会常务委员会解释或决定。

(2)不属于审判和检察工作中的其他法律、法令如何具体应用的问题，由国务院及主管部门进行解释。

(3)凡属于地方性法规条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的，由制定法规的省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会进行解释或作出规定。凡属于地方性法规如何具体应用的问题，由省、自治区、直辖市人民政府主

^① [德]拉伦茨著：《法学方法论》，陈荣娥译，商务印书馆2003年版，第219～221页。

管部门进行解释。

【本章主要法律规定】

1. 宪法第 67、123、125、126、131 条

2. 立法法第 3~6、12~47 条

3. 各级人民代表大会常务委员会监督法

本章主要内容为立法,法的实施,法适用的一般原理,法律推理以及法律解释。

立法:当代中国的立法体制;立法原则和立法程序。

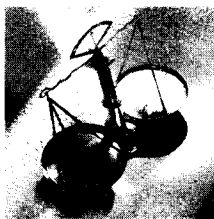
法的实施:执法的含义、特点和基本原则;司法的含义、特点及其与执法的区别,当代中国司法的基本要求和原则。

法适用的一般原理:法适用的目标;法律适用的步骤以及内部证成与外部证成的区分。

法律推理:法律推理的特点;演绎法律推理,归纳法律推理,类比法律推理和设证法律推理。

法律解释:法律解释的含义与特点,法律解释的种类;法律解释的方法;法律解释方法的位阶和当代中国的法律解释体制。

本章要准确理解法律适用的一般原理,法律推理和法律解释。应掌握法律适用的目标和步骤,内部证成与外部证成的区分,法律推理的种类和特点,法律解释的各种方法,中国法律解释体制以及法律解释的特点。此外,执法的特点、司法的特点和原则也需注意。



法理学

第三章

法的起源

资考

www.xhkzedu.com

第一节 法的起源

一、法的起源的各种学说及其与法的本质学说之间的关系

从古到今,许多思想家、法学家对法的起源问题进行了探讨,提出了关于法的起源的各种学说,主要有:(1)神创说:这一学说认为法是人格化的超人类力量的创造物,各种各样的神为人类创造法。中世纪神学政治的鼻祖奥古斯丁提出:秩序和安排来源于上帝的永远的正义和永恒的法律,即神法;人法服从神法,是从神法派生出来的。中国古代也有类似的认识。(2)暴力说:这一学说认为法是暴力斗争的结果,是暴力统治的产物。中国的法家代表人物韩非子就认为:“人民众而财货寡,事力劳而供养薄,故民争”,有斗争有暴力才需要解决冲突的规则。(3)契约说:人类在进入政治社会之前处于自然状态,为了克服自然状态的缺陷或更好地生活,人们相互间缔结契约,通过缔结契约人们放弃、让与部分自然权利,组成政府,这最初的契约是法律。十七八世纪的古典自然法学者大部分都持此说。(4)发展说:具体包括两种:①人的能力发展说:随着社会的进化,人的能力有了发展,例如,火的作用,弓箭的发明等,财富有了增加,社会关系开始复杂,因而需要法。②精神发展说:黑格尔就认为绝对精神在自然界产生之前就已存在,绝对精神发展到自然界阶段,才有了人类,人类精神的发展产生法。民族精神论者提出法来自民族的精神或历史传统。(5)合理管理说:许多法社会学者持此说,如美国当代法的社会学家塞尔茨尼克认为,一个群体的法律秩序,是基于合理性管理的需要而发展起来的。

马克思主义认为,法是随着生产力的发展、社会经济的发展、私有制和阶级的产生、国家出现而产生的,经历了一个长期的渐进的过程。

法的起源的各种学说及其与法的本质学说之间存在内在的一致和对应的关系,如神创说就与法的本质的神意论观点一致,是神学法学的的主要内容;契约说则是自然法学派的观点,与法的本质的理性论观点紧密联系。

二、法产生的过程与标志

马克思主义认为,法不是从来就有的,也不是永恒存在的,而是人类社会发展到一定历史阶段才出现的社会现象。

随着生产力的发展,产品有了剩余,出现了私有制和阶级剥削,原始社会的氏族联盟和氏族习惯就为国家 and 法所代替。法的产生有着经济的、阶级的、社会的根源,同产品的生产、分配、交换以及私有制和阶级的出现、社会的发展是分不开的。

(一)法产生的根源

1. 私有制和商品经济的产生是法产生的经济根源。从法的最初起源看,正是私有制和商品经济的产生导致了法的产生。原始公社制度解体以前,生产资料是公有的,产品实行平均分配,当时没有形成各种脱离氏族而独立的不同利益的经济主体,个人与集体浑然一体。利益上的基本一致使他们只需依靠传统习惯就可以把经济关系调整好了。在原始社会后期,随着劳动生产率的提高,发生了三次社会大分工,出现了个人劳动产品的交换,逐渐促进了生产资料私有制的形成和发展,促进了财富向少数人的积累。后来到了父系氏族公社时期,随着公有制的解体,私有制的产生,出现了各种不同形式的所有制。在这些所有制的背后,存在着各种不同利益的集团,其中在对抗性的所有制经济关系中,还存在着两个对抗性的社会利益集团——奴隶主阶级和奴隶。各个不同利益的社会集团为了自身利益而进行着保护一种所有制和反对另一种所有制的斗争,这就使社会的经济秩序陷入混乱之中。如何才能调整这些经济关系呢?如何才能迫使广大劳动者——奴隶服从当时奴隶主所有制的劳动条件进行生产呢?靠原来的习惯显然是不行了。经济上占统治地位的奴隶主阶级为了维护自己赖以生存的经济条件,同时也是为了避免社会各集团在毫无限制的冲突和争夺中同归于尽,于是就根据本阶级的利益和意志,制定或认可一些特殊的并依靠国家强制力保证实施的行为规则,来维持社会秩序,以保护奴隶制经济的发展,限制甚

至消灭那些不利于奴隶制发展的经济,这种特殊的社会规范就是法。可见,法是为了维护某种所有制、调整一定经济关系和秩序的需要而产生的。

2. 阶级的产生是法产生的阶级根源。原始社会母系氏族公社以前,人们的关系是平等、互助的关系,那时的习惯也是符合氏族公社全体成员利益的,人们能自觉遵守。后来到了父系氏族公社时期,随着公社制度的解体,私有制和阶级开始产生。私有制的发展促使私有者吸收更多的劳动者为其创造剩余产品,战俘不再被杀死而是作为奴隶保留下来,奴隶制开始萌芽了,随着个体劳动发展成为普遍现象,产生了个体家庭私有制和子女继承制,社会逐渐向两极分化:一些氏族部落首领通过剥削和掠夺而成为贵族和奴隶主,而广大自由民由于货币、高利贷以及土地所有权和抵押的开始出现而沦为债务人,进而沦为奴隶,社会逐渐分裂为奴隶主与奴隶、贵族与平民、剥削者与被剥削者,他们由于根本利益冲突而进行着不可调和的斗争。在这种情况下,原来的习惯已不能调整他们之间的矛盾和关系了,奴隶主阶级为了维护它的统治地位,除了组织国家镇压被剥削阶级的反抗外,还把它阶级意志制定为法,把被统治阶级的活动约束在一定范围内,并调整统治阶级内部矛盾以及统治者与同盟者的关系。显然,这种维护统治阶级根本利益的特殊社会规范,没有国家强制力作后盾是不行的。私有制和阶级的形成需要有表现为凌驾于社会之上的力量来调整新的社会关系,需要一种特殊公共权力来确定和维护社会成员的权利和义务,于是法就应运而生了。可见,法是为了维护和调整一定阶级关系的需要而产生的,它是阶级矛盾不可调和的产物和表现。

3. 社会的发展是法产生的社会根源。社会的发展,文明的进步,需要新的社会规范来解决社会资源有限与人的欲求无限之间的矛盾,解决社会冲突,分配社会资源,维持社会秩序。适应这种社会结构和社会需要,国家和法这一新的社会组织和社会规范就出现了。



(二)法产生的主要标志

特殊公共权力系统即国家的产生、权利和义务观念的形成与法律诉讼和司法的出现是法产生的主要标志。

1. 特殊公共权力系统即国家的产生。国家的产生彻底改变了社会规范的特征。在原始社会,社会规范即习惯是人们在共同生产和生活中自然形成的,是凭借氏族成员内心的信念、自幼养成的行为惯性以及氏族首领的威信来保证实施的,其作用的范围限于本氏族,而现在社会规范中的法则是国家这种凌驾于社会之上的特殊公共权力系统认可、制定、实行和用强制力保证实现的,法的适用范围则依国家权力所及的地域来界定。

2. 权利和义务观念的形成。原始社会的习惯是从维护氏族生存的共同需要中形成的、世代沿袭并变成人们内在需要的行为模式。依习惯行事,是无所谓权利和义务的。现在,社会成员之间却形成了权利和义务观念,出现了权利和义务的分离。这种分离首先表现为在财产归属上有了“我的”、“你的”、“他的”之类的区别;其次,在利益(权利)和负担(义务)的分配上出现了不平等,即出现了特权;再次,在享有权利履行义务上出现了明显的差别,有的人(贵族和富人)仅享受权利,而大多数人仅承担义务。

3. 法律诉讼和司法的出现。在原始社会,氏族内部围绕着生产、分配、婚姻的纠纷或争执,一般情况下由氏族成员即当事人自己自行解决,氏族之间的争端和冲突如边界争执、人身伤害、财产抢夺,则往往通过战争来解决。在法产生之后,一切当事人不能自行解决的严重冲突则通过法律诉讼来解决,由此出现了司法活动和不断专门化的司法机关。法律诉讼和司法的出现,标志着公力救济代替了私力救济,文明的诉讼程序取代了野蛮的暴力复仇,使得人们之间发生的争端可以通过非暴力方式解决,从而避免或极大地减少了给人类造成巨大灾难的恶性循环的暴力复仇现象,社会的发展建立在理性基础上。

(三)法与原始社会规范的主要区别

法与原始社会规范都是一定社会经济基础之上的上层建筑,两者有着许多共同点:两者都属于社会规范;都要求人们普遍遵守,并且有一定约束力;都源于一定的社会物质生活条件,由各自的经济基础所决定;都是调整一定社会关系和社会秩序的重要手段。但两者又有根本的区别,主要表现在:

1. 两者产生的方式不同。法是由国家制定或认可的;原始社会规范是人们在长期的共同生产和生活过程中自发形成的。

2. 两者反映的利益和意志不同。法反映统治阶级的利益和意志;原始社会规范反映原始社会全体成员的利益和意志。

3. 两者保证实施的力量不同。法是以国家强制力保证实施的;原始社会规范是依靠社会舆论的力量、传统力量和氏族部落领袖的威信保证实施的。

4. 两者适用的范围不同。法适用于国家主权所及的地域内的所有居民;原始社会规范只适用于同血缘的本氏族部落成员。

三、法产生的一般规律

法的产生是一个长期的社会历史过程,有其独特的发展规律,这主要表现在以下几方面:

1. 法的产生经历了从个别调整到规范性调整、一般规范性调整到法的调整的发展过程。原始社会初期的社会调整往往是个别调整,即针对具体人、具体行为所进行的只适用一次的调整。当某些社会关系发展为经常性、较稳定的现象时,人们为提高效率、节约成本而为一类社会关系提供行为模式,于是个别调整便发展为规范性调整,即统一的、反复适用的调整。以后随着社会的发展,社会形成两个利益对立的阶级,统治阶级需要一种特殊的社会规范来维护其利益,迫使社会成员按照统治阶级意志行事,于是法的调整从一般的规范性调整中分离出来,法的调整逐渐成为社会关系的主要调整方式。法的调整的主体是政治社会中最具权威的组织——国家,国家创制法并保证法的实施。

新华考资
www.xhkzedu.com

2. 法的产生经历了从习惯到习惯法、再由习惯法到制定法的发展过程。原始社会时期的社会规范主要是习惯,随着私有制和阶级的形成,习惯打上了阶级的烙印,具有了阶级性,逐渐转变为习惯法。统治阶级有选择地利用原有的习惯,由国家加以确认,使之成为对本阶级有利的社会规范,而赋予法的效力,从而形成最早的习惯法。随着社会关系的复杂化和社会文明的发展,国家机关根据一定的程序把体现统治阶级意志和利益的规范以明确的文字形式表现出来,逐渐产生了制定法。最早的制定法,主要是习惯法的整理和记载,还有个别立法文件和最主要的判决的记载。以后,国家适应社会需要主动地制定新的法律规范,制定法成为法的主要渊源。因此,法的产生过程,是一个由简单到复杂、由不完善到完善、由自发形成到自觉形成的长期发展过程。

3. 法的产生经历了法与宗教规范、道德规范的浑然一体到法与宗教规范、道德规范的分化、法的相对独立的发展过程。原始社会的习惯融道德、宗教等社会规范于一体,国家产生之初的习惯法与宗教规范、道德规范等没有明显的界限,三者相互渗透、浑然一体。随着社会的进化、法的发展成熟,法与道德、宗教规范开始分化,法在调整方式、手段、范围等方面自成一体、相对独立,在社会调整体系中占有独特的地位,发挥特殊的作用。

第二节 法的发展与传统

一、法的发展

关于人类社会的法是如何发展变化的,西方不同法学家有不同的归纳和看法。英国法学家梅因认为法的发展是从身份到契约的运动。德国思想家韦伯认为法的发展是从不合理走向合理、从实质合理性走向形式合理性的发展过程。美国法学家诺尼特和塞尔兹尼克认为法的发展经过压制性法、自主性法和适应性法三个阶段。马克思主义法学认为法是从一个历史类型向另一个历史类型依次更替的过程。

按照马克思主义法学的理解,所谓法的历

史类型,是指按照法所体现的国家意志的性质和赖以建立的经济基础加以划分的类别。凡是建立在相同经济基础、反映相同阶级意志的法就是同一个历史类型。按照这个划分标准,有史以来的法可以划分为四个历史类型,即奴隶制法、封建制法、资本主义法和社会主义法。它们分别与奴隶制、封建制、资本主义和社会主义四种社会形态相适应。前三者由于都建立在生产资料私有制基础上,可统称为剥削阶级类型的法。社会主义法律制度根本区别于剥削阶级类型的法,它建立在生产资料社会主义公有制基础之上,反映和维护工人阶级为首的广大人民的利益和意志,是最高历史类型的法。

从奴隶制法发展到封建制法,继而发展到资本主义法和社会主义法,是人类社会的法发展的一般规律、总的趋势。具体到每一个国家、民族的法并不一定都会经历过这四个历史类型。人类社会的法之所以能够从一个旧的历史类型必然地发展为另一个新的历史类型,在根本上因为社会基本矛盾的运动。也就是说,社会基本矛盾的运动规律是法的历史类型更替的根本原因。但是法的历史类型的更替不可能自发地实现,而是必须通过人们有意识地进行革命变革才能实现。也就是说,社会革命是法的历史类型更替的直接原因。

法的历史类型的更替意味着对旧的历史类型的法的否定,用体现新的阶级意志的法加以取代,但这并不否认新法与旧法之间存在着历史联系性和批判继承关系。

二、法的继承与法的移植

(一)法的继承的含义与根据

法的继承是不同历史类型的法律制度之间的延续和继受,一般表现为旧法对新法的影响和新法对旧法的承接和继受。法的继承是客观存在的,法就是在继承中发展的。法作为文化现象,其发展表现为文化积累过程,其继承是不可避免的。法的阶级性并不排斥法的继承性,社会主义法可以而且必然要借鉴资本主义法和其他类型的法。

法的继承的根据和理由主要表现为以下几

新华考资
www.xhkHzedu.com

进步,可以称为“法律文化”;另一种则根据文化类型的不同将不同社会的法律区分为不同的文化类型,试图从一种文化的历史延续中找到其得以维系的精神内涵并进而说明、解释本国法的特殊性或法的地域性。上述各种关于“法律文化”一词的用法,都是试图从传统的角度理解法律现象,因此,从总体上看,法律文化研究的主要成果之一就是揭示了法与传统的错综复杂的关系。

进入20世纪后,由于比较法学的迅速发展,各国、各民族法的特殊性逐渐受到普遍关注。而民族历史传统的不同,正是各国法律,尤其是法律技术与意识领域存在种种差异的重要原因之一。因此,传统之于法,就不仅具有经验意义上的历史价值,而且也可能构成现实法律制度的组成部分。

法的传统之所以可以延续,在很大程度上是因为法律意识强有力的传承作用,即一个国家的法律制度可以经常随着国家制度和政权结构的变化而变化,但是人们的法律意识却相对比较稳定,具有一定的连续性。因此,法律意识可以使一个国家的法律传统得以延续。

所谓法律意识是指人们关于法律现象的思想、观念、知识和心理的总称,是社会意识的一种特殊形式。它在结构上可以分为两个层次:法律心理和法律思想体系。法律心理是人们对法律现象表面的、直观的感性认识和情绪,是法律意识的初级形式和阶段。法律思想体系是法律意识的高级阶段,它以理性化、理论化、知识化和体系化为特征,是人们对法律现象进行理性认识的产物,也是人们对法律现象的自觉的反映形式。

法律意识与其他法律现象,如法律规范、法律制度、法律行为等,既有有机的联系,又有相对的独立性。按照历史唯物主义的观点,一方面法律制度和法律意识作为上层建筑的有机组成部分受到经济基础的制约,经济基础决定着上层建筑的性质和发展变化;另一方面,在法律意识与法律制度相互之间,法律意识又相对独立于法律制度。它可能先于法律制度而存在,也可能滞后于法律制度的发展。

四、西方国家两大法系

法系是比较法学上的基本概念,具体指根据法的历史传统和外部特征的不同,对法所做的分类。据此分类标准,凡属于同一传统的法律就构成一个法系。

法系划分的理论依据主要是法的传统。依据这个标准,世界各国的法律就能够分成数目有限的不同类别。在历史上,世界各主要地区曾经存在过许多法系,诸如印度法系、中华法系、伊斯兰法系、民法法系和普通法系,等等。当今世界上最有影响的是民法法系和普通法系。

民法法系(Civil Law System),是指以古罗马法,特别是以19世纪初《法国民法典》为传统产生和发展起来的法律的总称。由于该法系的影响范围主要是在欧洲大陆国家,特别是法国和德国,且主要法律的表现形式均为法典,所以又称为大陆法系、罗马—德意志法系、法典法系。属于这一法系的除了欧洲大陆国家外,还有曾是法国、德国、葡萄牙、荷兰等国殖民地的国家及因其他原因受其影响的国家。例如,在非洲有埃塞俄比亚、南非、津巴布韦等;在亚洲有日本、泰国、土耳其等;此外,还有加拿大的魁北克省,美国的路易斯安那州,英国的苏格兰等。可见,民法法系是一个影响非常广泛的法系。

普通法系(Common Law System),是指以英国中世纪的法律,特别是以普通法为基础和传统产生与发展起来的法律的总称。由于它主要渊源于英国普通法,被称为普通法法系、英国法系;又由于它以判例法为法的主要表现形式,因而被称为判例法系;由于在现代它是由英国法与美国法两大分支构成,又称英美法系。这一法系的范围,除了英国(苏格兰外)以外,主要是曾为英国殖民地、附属国的许多国家和地区,如美国、加拿大、印度、新加坡、澳大利亚、新西兰以及非洲的个别国家、地区等。

民法法系与普通法系都属于西方国家,并且受其影响的国家也主要是资本主义国家以及工业化国家,因此,它们有许多共同之处,例如在经济基础、阶级本质上是相同的,都重视法治



等,但因各自的传统不同,它们之间又有一定的区别。这些区别,从宏观的角度看,可以分为:

第一,在法律思维方式方面,民法法系属于演绎型思维,而普通法系属于归纳式思维,注重类比推理。

第二,在法的渊源方面,民法法系中法的正式渊源只是制定法,而普通法系中制定法、判例法都是法的正式渊源。

第三,在法律的分类方面,民法法系国家一般都将公法与私法的划分作为法律分类的基础,而普通法系则是以普通法与衡平法为法的基本分类。

第四,在诉讼程序方面,民法法系与教会法程序接近,属于纠问制诉讼,普通法系则采用对抗制诉讼程序。

第五,在法典编纂方面,民法法系的主要发展阶段都有代表性的法典,特别是近代以来,进行了大规模的法典编纂活动。普通法系在都铎王朝时期曾进行过较大规模的立法活动,近代以来制定法的数量也在增加,但从总体上看,不倾向进行系统的法典编纂。

另外,两大法系在法院体系、法律概念、法律适用技术及法律观念等方面还存在许多差别。

示例

法系是法学上的一个重要概念。关于法系,下列哪些选项是正确的?(2008年试卷一第55题)

A. 法系是一个比较法学上的概念,是根据法的历史传统和外部特征的不同对法所作的分类

B. 历史上曾经存在很多个法系,但大多都已经消亡,目前世界上仅存的法系只有民法法系和普通法系

C. 民法法系有编纂成文法典的传统,因此,有成文法典的国家都属于民法法系

D. 法律移植是一国对外国法的借鉴、吸收和摄取,因此,法律移植是法系形成和发展的重要途径

【参考答案及简要提示】AD。法系是比较法学上的基本概念,具体指根据法的历史传统

和外部特征的不同,对法所做的分类。因此A选项正确。历史上曾经存在过许多法系,其中有的法系已经消亡,目前世界上存在的最有影响的是民法法系和普通法系但又不仅仅只有这两个法系,还有伊斯兰法系和社会主义法系等。有考生认为,各国之间相互移植法律会导致区别越来越小,法系不是形成而是消亡,因此D选项错误,这种看法是错误的。从历史上看,许多国家通过法律移植,引进、吸收、采纳、摄取、同化外国法,使之成为本国法律体系的有机组成部分,为本国所用,从而促进法系的形成和发展,故D选项的表述成立。

第三节 法的现代化

一、法的现代化的含义

在英语中,现代化,即 modernization 的原意是 to make modern, 即“使之成为现代的”。modern 一词,在西方有两层意思:一层是指特定的时间,即大约公元1500年至今的历史时期,这是源于 modern 一词的一个含义“of the present or recent times”,即现代的、近代的;另一层是源于 modern 一词的另一种词义“new, up to date”及“new fashioned”,即时新的、时髦的,指区别于中世纪的新时代的精神与特征。现代化发源于工业化。从欧洲18世纪后期开始的工业革命至今,科学技术作为第一生产力极大地推动了世界性的社会变革。在经济上处于不发达或欠发达的国家,都把工业化作为根本改变国家面貌和国际地位的战略措施。工业化固然可以引起社会生产与生活方式的变化,进而要求法律与之相适应,但是,工业化又不仅仅是孤立的工业领域的现象。它需要一种与整个工业化相适应的社会环境作为其发生的条件。没有人文环境、社会关系的现代化,就没有物质生活方式的现代化。我们倾向于认为:由于现代化带来了深刻的社会变化或称“社会转型”,所以现代化不仅是物质生活方式的变化,而且是从物质到精神、制度到观念的社会总体的变迁,是特定社会的现代性因素

不断增加的过程。

法作为社会关系的调整与符号系统,其自身的现代化,一定意义上就成为社会全面现代化的条件和标志。在现代化理论研究中,传统(tradition)与现代性(modernity)经常被用于作为分析现代化进程中的对比类型。传统是前现代的特征,现代性则是现代社会的特征。现代化就是超越传统,使社会中现代性因素不断增加的过程。所以,法的现代化是指与现代化的需要相适应的、法的现代性因素不断增加的过程。需要强调说明的是,法的现代化,并不完全是为了满足现代化的要求才成为一种迫切需要,更重要的原因在于,它本身就是现代社会中人的—种生存方式和价值标准。

根据法的现代化的动力来源,法的现代化过程大体上可以分为内发型法的现代化和外源型法的现代化。

内发型法的现代化是指由特定社会自身力量产生的法的内部创新。这种现代化是一个自发的、自下而上的、缓慢的、渐进变革的过程。这种类型的法的现代化是在西方文明的特定社会历史背景中孕育、发展起来的。

外源型法的现代化是指在外部环境影响下,社会受外力冲击,引起思想、政治、经济领域的变革,最终导致法律文化领域的革新。在这种法的现代化过程中,外来因素是最初的推动力。这种类型法的现代化的重要特点,不仅表现为正式法律制度的内部矛盾,而且反映在正式法律制度与传统习惯、风俗、礼仪的激烈斗争中。传统的利益群体和传统观念相结合,一方面成为法的现代化的强大阻力,另一方面又使法的现代化进程呈现多样性。

外源型法的现代化一般是在外部环境的强有力的作用下,在迫切需要社会政治、经济变革的背景中展开的。其特点在于:(1)具有被动性。一般表现为在外部因素的压力下(或由于外来干涉,或由于殖民统治,或由于经济上的依附关系),本民族的有识之士希望通过变法以图民族强盛。(2)具有依附性。这种情况下展开的法的现代化进程,带有明显的工具色彩,一般被要求服务于政治、经济变革。法律改革的“合

法性”依据,并不在于法律本身,而在于它的服务对象的合理性。(3)具有反复性。由于法的现代化不是社会自身力量演变的结果,所以,在通往现代化的进程中,传统的本土文化与现代的外来文化之间矛盾比较尖锐,法的现代化过程经常出现反复。外源型法的现代化虽然发生时比较迅速、突然,但要真正与本土法文化融合,难度很大,要经历一个相当漫长的历史时期。这一现象产生的原因在于,外源型法的现代化是以政治、经济为中心的,是自上而下的,而不是生长于该社会的文化土壤,因此,一旦它所依托的社会背景发生变化,就会激起广泛的民族主义情绪,打断这一进程。所以,对于外源型法的现代化国家来说,外来法律资源与本土法律传统文化的关系始终是法的现代化能否成功的一个关键。

二、当代中国法的现代化的历史进程与特点

鸦片战争前,以自然经济为基础的中国农业社会是封闭保守的。鸦片战争后的封建法律面临来自两方面的压力:一方面,清朝政府在被迫签订的不平等条约中承认了外国领事裁判权,对中国传统法律造成极大的修改压力;另一方面,当时的有识之士在鸦片战争前后已经看到了中国的落后,要求变法图强。1902年,张之洞以兼办通商大臣的身份,与各国修订商约。英、日、美、葡四国表示,在清政府改良司法“皆臻完善”之后,愿意放弃领事裁判权。为此,清政府下诏,派沈家本、伍廷芳主持修律。^①以收回领事裁判权为契机,中国法的现代化在制度层面上正式启动了。

在这一背景下,从起因看,中国法的现代化明显属于外源型法的现代化,西方法律资源也就必然成为中国法的现代化的主要参照。中国近百年法的现代化的历史,既与所有外源型法的现代化有共同之处,又有自己的独特之处:

1. 由被动接受到主动选择。清末修律,从历史的角度看是极其必要的,但当时显然是屈

^① 张晋藩著:《中国法律的传统与近代转型》,法律出版社1997年版,第355~356页。



辱性的、被动的。

2. 由模仿民法法系到建立中国特色的社会主义法律制度。由于近代以来法的现代化方式的影响,加上新中国成立后引入的苏联法律模式也是受民法法系的影响,所以,我国总体上仍然倾向于民法法系,但吸收了普通法系的一些经验,如审判程序等。

3. 法的现代化的启动形式是立法主导型。一方面是历史上缺乏法治传统,另一方面则是由于现实的迫切需要,在这双重压力夹击下的现代化过程中,法制建设具有浓厚的“工具”色彩和“功利”性。从清末修律开始,中国法的现代化一直是立法主导型,即通过大规模的、有明确针对性的立法,自上而下地建立全新的法律体制。此后,历届政府都用立法的方式推行新政策,反映在阶级斗争中胜利了的那个阶级的意志。这种法的现代化的启动方式,虽然能够迅速实现变法的意图,但是由于法律的社会基础不稳定,以致容易形成国家与社会之间的紧张关系,其作用就比较有限。

4. 法律制度变革在前,法律观念更新在后,思想领域斗争激烈。近代以来,中国法的现代化在国家正式制度层面上推进较快。立法主导型法的现代化实际上在立法领域的工作相对比较简单、容易。有时,由于外力的强大作用,统治集团被迫修改法律,实行新政,如清政府;也有如当代中国,由于建设强大的社会主义中国的使命感,国家通过人民代表大会创制社会主义法律。但先进的思想观念被社会接受需要一个相当漫长的过程。如此一来,“精英”意识与“大众”意识之间就存在了差距。所以,我国法的现代化在制度层面上发展较快,特别是20世纪80年代以来。然而,在普通老百姓,甚至许多干部中,现代法律意识的形成仍然相当艰难。群众仍然愿意用传统古老的方式解决相互之间的纠纷,老百姓期待清官为自己做主,官员把法律看成是对付老百姓的工具,以权代法等现象,都反映了法的现代化所面临任务的艰巨性。在思想理论界,对法的现代化的认识也并不统一,观点分歧相当大。

从清末修律算起,法的现代化在我国已有

近百年的历史。这一进程涉及许多重大的政治事件和诸多的经济、文化、社会问题,是非常复杂的。现在,依法治国,建设社会主义法治国家,已成为我国社会主义现代化建设的重要组成部分。在这一背景下,尤其需要认真结合本国实际,积极探索我国法的现代化过程中的重大问题,从而使法律在我国社会生活中发挥应有的促进作用。

第四节 法治

新华考资

www.xhkzedu.com

一、法治的含义

在我国,从汉语字面上看,法制一般指法律和制度的总称。一般地说,社会主义法制指由社会主义国家制定或认可的、体现工人阶级领导下全体人民意志的法律和制度的总称,是社会主义立法、守法、执法、司法、法律监督各环节的统一,核心是依法办事。社会主义法制的基本要求是“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”。我们现在所谓的“法治”来自于西方,在英文中被表述为“the rule of law”,在德文中被表述为“Rechtsstaat”(法治国)。在西方最早提出“法治”的是古希腊思想家亚里士多德。现代西方法治发轫于英国,其基本含义是法律至上或法律具有最高的权威(the supremacy of law),也就是说,任何人不论他或她的社会地位或或其他社会条件如何,都不能凌驾于法律之上,都必须服从法律的管辖。因此,法治意味着法律是构成文明社会的基本规范或者是维持文明社会的必要条件,没有法治社会就会陷入混乱或专制状态。^①所谓社会主义法治,则是指社会主义国家的依法治国的原则和方略,即与人治相对的治国理论、原则、制度和方法。社会主义法制和法治的含义在强调法律要建立在社会主义民主的基础上、体现人民的意志、反映社会发展规律、依法办事等方面是相同或接近的。但它们也有重大区别。比较起来,两者的主要区别在于:

^① Carl F. Stychin and Linda Mulcahy: *Legal Method: Text and Materials*, London Sweet Maxwell 2003, P61.

1. 法治一词明确了法律在社会生活中的最高权威。在国家治理的方式上,有一个基本的区别,就是法治与人治的区别。人治指统治者的个人意志高于国家法律,国家的兴衰存亡,取决于领导者个人的能力和素质,如我国唐代的“贞观之治”。人治不可能实现国家的长治久安。而法治则是众人所同意的法律之治,是与民主相联系的。在社会主义国家,法律是在党的领导下,通过人民代表大会制定的,是党的主张和人民意志的统一。因此,社会主义法治就是指一切国家机关、各政党、武装力量、各社会团体、各企事业单位和全体公民都必须在宪法和法律的范围内活动,不允许任何人、任何组织凌驾于法律之上。在所有对人的行为有约束力的社会规范中,法律具有最高的权威。

2. 法治一词显示了法律介入社会生活的广泛性。从字面上看,法制主要强调法律和制度及其实施。狭义地说,它仅指相对于政治制度、经济制度的一种制度;广义地说,它也只是包括法律实施在内的一种活动,对法律在社会生活中的作用范围从字面上是无法界定的。而法治一词的含义比较明确,就是在全部国家生活和社会生活中都必须依法办事。不仅普通公民、一般社会组织和企事业单位要依法办事,而且国家机关、政党、武装力量也要依法办事,尤其是各级党的组织和党员干部,要带头执行、遵守法律。法律不仅在社会生活中具有重大作用,而且在国家的政治生活中也同样具有重要作用。因此,法治要求法律更全面地、全方位地介入社会生活。

3. 法治一词蕴涵了法律调整社会生活的正当性。法制所包含的法律和制度,其强调秩序价值,而不一定建立在正当性价值之上。“有法可依,有法必依,执法必严,违法必究”解决不了社会主义制度下人们对所依之法的正当性要求。历史上,法律长期被少数人用作镇压人民,维护自己统治地位和腐朽政权的工具;法律和制度也曾经被德国纳粹政权作为种族暴行的工具。因此,我国社会主义法制建设需要的法律必须具有与社会主义性质一致的正当性,这种

正当性正是我国社会主义法制建设的重要价值之一。法治一词则蕴涵了这种正当性。首先,法治是与专制相对立的,又是与民主相联系的,可以体现社会主义制度下人民当家作主的要求。其次,法治要求社会生活的法律化,可以从根本上改变我国社会生活中强制性社会规范过多、过滥的弊端,维护公民的自由。再次,法治符合社会生活理性化的要求,使人们的社会行为和交往活动具有了可预测性和确定性,也使人们的正当要求有了程序化、制度化的保证,增强了社会成员的安全感等。

二、社会主义法治国家的基本条件

法治作为现代社会的控制装置,既不是一个简单的理念,也不是一个容易实现的标准,更不是诱人动听的标语和口号,而是建立在各种理由基础之上的许多原则和前提要件的有机体。法治的生成与发展有其依赖的社会土壤和一定的制度环境,其实现不是一蹴而就的,而是一个过程。

我国社会主义法治国家的基本条件,可以分为制度条件和思想条件两个方面。

1. 社会主义法治国家的制度条件:

首先,社会主义法治国家必须有完备的法律和系统的法律体系。

其次,社会主义法治国家必须具有相对平衡和相互制约的符合社会主义制度需要的权力运行的法律机制。不能对权力进行有效约束的国家,不是法治国家;不能运用法律约束权力的国家,也不是法治国家。

再次,社会主义法治国家必须有一个独立的具有极大权威的司法系统和一支高素质的司法队伍。社会主义法律的尊严在很大程度上是依靠法院的工作来维护的。如果法院、法官不能独立作出判断,如果判决可以不执行,那么,社会主义法律的权威也就不复存在。

最后,社会主义法治国家必须有健全的律师制度。依法治国,并不等于人人皆知法律、精通法律,这也是做不到的。全面依法办事的法治国家必须具有一个能够造就优秀律师并为社会提供优质法律服务的律师制度。这个律师制

新华考资

www.xhkedu.com



度必须能够保证律师在工作(包括调查取证、出庭辩护)中受到尊重,使律师成为维护法律的重要力量。

2. 社会主义法治国家的思想条件。社会主义法治国家的思想条件是指,在社会主义法治国家,人们普遍对法律的观点、认识应该达到的规格和标准。其内容包括:

(1) 法律至上。法律至上是指法律在社会规范中具有最高权威,所有的社会规范都必须符合法律的精神。我国社会生活中,民间社会的行为传统上、习惯上更依赖伦理规范的调节;正式制度化的行为,尤其是组织化的管理行为,则更依赖组织内部的规章制度和领导意见。本来伦理规范是不具有外在强制性的,但是由于正式制度本身的非规范性因素,导致伦理规范凭借国家强制实施。因此,国家生活中,形成了规范人们行为的社会规范的多重化的现实,而且这些行为规范还都具有强制性,造成民间行为和国家行为的混淆,公私不分。法律至上则能够维护中央和国家统一领导的权威,又能够使每个人享受到法治社会的公民自由,从而最大限度地调动个人的积极性和主动性。

(2) 权利平等。权利平等是指全社会范围内人们的平等,就是承认所有的社会成员法律地位平等。以往法律界有一种观点,认为平等仅仅指法律实施中的平等,不包括立法中的平等。实际上,权利平等是平等权的核心,立法不平等就不会有法律实施的平等。法治国家的平等是平等主体之间的平等,是反特权的平等,是市场主体公平竞争的平等。因此,离开了权利平等,就不是法治国家了,而是特权化的封建性质的国家。

(3) 权力制约。权力制约是指所有以国家强制力保证实现的公共权力(主要是国家机构的权力),在其运行的同时,必须受到其他公共权力的制约。权力制约是相对于权力至上而言的,而权力至上的思想根源则是“为政在人”的贤人政治观念。长期以来,我国一直强调领导干部的自身道德素质和修养的完善,把国家权力的良性运行完全或主要寄托在掌握权力者个人的道德品质上,这是非常靠不住的。邓小平同志早就指出,我们过去发生过的各种错误,固然与某些领导人的思想、作风有关,但是组织制度、工作制度方面的问题更重要。这些方面的制度好,可以使坏人无法任意横行,制度不好,可以使好人无法充分做好事,甚至走向反面。^①实践证明,不受制约的权力必然被滥用,必然导致腐败。权力制约就是要依靠法律的规定,界定权力之间的关系,使权力服从法律。

(4) 权利本位。权利本位是指在国家权力和人民权利的关系中人民权利是决定性的、根本的;在法律权利与法律义务之间,权利是决定性的,起主导作用的。社会主义国家是人民当家作主的国家类型,国家是为人民服务的形式。国家权力之所以必须是有限的,就在于它来源于人民。因此,法律义务的设定必须出于维护相应的法律权利或公众利益的需要并通过必备的法律程序。

社会主义法治国家的制度条件和思想条件必须同时具备。但是“五四”运动以来,我国一直比较重视“文化革命”或“思想改造”,而对制度建设则重视不够,所以,当前加强法治建设,须更着眼于制度的建构和制度的创新。一定的法治观念必须最终落实到具体的制度上。

^① 《邓小平文选》(第2卷),第33页。

本章主要内容为法的起源,法的发展与传统,法的现代化以及法治理论。

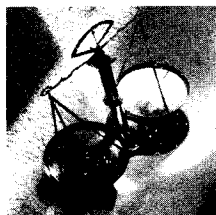
法的起源:法产生的主要标志;法产生的一般规律。

法的发展与传统:法的历史类型的概念;法的继承的含义与根据,法的移植的含义。法的传统和法律意识的含义;法系的含义,西方国家两大法系的含义与区别。

法的现代化:法的现代化的动力来源,法的现代化的类型,当代中国法的现代化的历史进程与特点。

法治理论:法治的含义,法治与人治的区别,法治与法制的区别;社会主义法治国家的基本条件。

本章要深入理解法的发展与法的传统。应当掌握法的起源的一般规律,法的继承和法的移植的含义,民法法系与普通法系的区别。此外,内发型法的现代化与外源型法的现代化的区别,中国法的现代化的独特之处,社会主义法治国家的基本条件等内容也需注意。



法理学



第一节 法与社会的一般理论

一、法与社会的一般关系

从法律本身来理解法律是很难的,是理解不了法律的。从这个意义上讲,法之理在法外。认识法律,必先认识社会;掌握了社会的存在机理,才能了解法律的结构及其运行的规律。

(一) 法以社会为基础

法是社会的产物。社会性质决定法律性质,社会物质生活条件在归根结底的意义上最终决定着法律的本质。不同的社会就有不同的法律。即使是同一性质或历史形态的社会,在其不同的发展阶段上,法律的内容、特点和表现形式也往往不尽相同。中国当前正处于一个社会迅速变革的时期,这一伟大变革必然带来对于新法律制度的巨大需求。但是,法律也像上层建筑的其他组成部分一样,并不仅消极地反映社会,而且对社会具有强大的反作用,它要么表现为对社会发展的促进作用,要么表现为对社会发展的阻碍作用。

社会是法的基础;如果相反,以法为社会的基础,那么,实质上就可能强迫社会接受那些已经被这一社会生活条件及物质生产本身宣判无效的法律,把法律看成了永恒不变的东西。新的法律不可能产生于旧的社会基础之上,旧的法律也不可能长期在新的社会基础上生存和延续。旧的法律是从旧的社会关系中产生的,它不可避免地要随着生活条件的变化而变化,也必然同旧的社会关系一起消亡。因此,旧的法律不可能成为新社会发展的基础。如果保存那些属于前一个社会时代的,由已经消失或正在消失的社会利益的代表人物所创立的法律,这种法律肯定会同新的社会共同利益发生矛盾,因此会导致滥用国家权力去强迫大多数人的利益服从少数人的利益。马克思说:“但社会不是以法律为基础的。那是法学家们的幻想。相反的,法律应该以社会为基础。法律应该是社会共同的、由一定物质生产方式所产生的利益和需要的表现,而不是单个

的个人恣意横行。”^①

法的社会基础的另外一层含义,就是制定、认可法律的国家以社会为基础,国家权力以社会力量为基础;同时还可以说,国家法以社会法为基础,“纸上的法”以“活法”为基础。

总之,法以社会为基础,不仅指法律的性质与功能决定于社会,而且还指法律变迁与社会发展的进程基本一致。

(二) 法对社会的调整

法对社会的调整,首先是通过调和社会各种冲突的利益,进而保证社会秩序得以确立和维护。在历史发展过程中,对社会的调整手段主要有三种:法律、道德和宗教。自16世纪以来,法律已成为对社会进行调整的首要工具。所有其他的社会调整手段必须从属于法律调整手段或者与之相配合,并在法律确定的范围内行使。

法对社会的调整,还表现为通过法律对社会机体的疾病进行疗治。具体而言,就是运用法律解决经济、政治、文化、科技、道德、宗教等方面的各种社会问题,由此实现法的价值,发挥法的功能。

为了有效地通过法律控制社会,必须使法律与其他的资源分配系统(宗教、道德、政策等)进行配合。总之,法律渗透于现代社会的各个角落,联结着社会的方方面面,传承文明,沟通未来。正是通过与经济、科技、文化和政治等社会领域,以及政策、宗教、道德等社会规范的互动,法律改造世界,维护人权,由此直接影响国家的发展进程,从而实现全方位的社会和谐。

二、法与和谐社会

“和谐”历来是中华优秀传统文化独具特色的价值理念,具有丰富的思想内涵:(1)它指“和而不同”、事物的对立统一,即具有差异性的不同事物的结合、统一、共存;(2)它指政治和谐,一种社会政治安定状态;(3)它指遵循事物发展客观规律,追求人与自然和谐;(4)它指社会伦理原则和思想方法。和谐社会是全体人民各尽其能、各得其所而又和谐相处的社会,是理性、人本、人与社会、人与自然关系协调、和谐发展的

社会。以和谐理念为主导,经济繁荣,社会稳定,人们和平相处、安居乐业,是和谐社会的一般特征。

在我国社会转型时期,构建社会主义和谐社会,既是全面建设小康社会的内容,也是全面建设小康社会的重要条件。建设更高水平的小康社会,要求经济更加发展、民主更加健全、文化更加繁荣、社会更加和谐,使社会主义经济建设、政治建设、文化建设三位一体发展成为社会主义经济建设、政治建设、文化建设、社会建设四位一体。坚持以人为本、确立科学发展观、实行依法治理和构建和谐社会的统一,既是现代化建设总体格局的科学内涵,又是指导现代化建设的系统理论和战略性原则。

社会主义和谐社会的基本特征包括:第一,和谐社会是民主法治的社会;第二,和谐社会是公平正义的社会;第三,和谐社会是充满活力的社会;第四,和谐社会是诚信友爱的社会;第五,和谐社会是安定有序的社会;第六,和谐社会是人与自然和谐相处的社会。

民主法治是和谐社会的基本特征之一,法治建设与和谐社会构建具有内在的高度统一性。和谐社会是社会关系得到全面有效调整,人与人之间和谐相处的社会。社会和谐关系的建立,是诸种社会规范、手段措施和工作机制相互衔接、相互配合、相互依存、有效作用的结果。现代社会中,法律及其调整机制已经成为社会调整的主要手段,依法治国、建设社会主义法治国家,已经成为人们的共识。

构建和谐社会,首先,必须建立理性的法律制度。无法律则无和谐社会。理性的法律制度,就是在以人为本的科学发展观指导下建立起来的法律制度。其次,必须确立实质法治。构建和谐社会重在制度的改造和重建,这意味着社会重构、个人重塑、个人与社会关系的重建。只有依靠理性法律制度对社会关系的调整,确立实质法治,才能构建和谐社会。所谓实质法治,是指整个社会、一切人和组织都服从和

^① 《马克思恩格斯全集》(第6卷),人民出版社1961年版,第291~292页。



遵守体现社会正义的理性法律统治。理性、社会正义和法律统治三者的有机联系,构成新世纪新阶段科学的法治精神内涵。再次,必须创新法律对社会的调整机制。要求确立新思维,尽快完善社会主义法律体系,建立以宪法为核心而又体现社会正义的法律机制;要求加强行政法制建设,建立健全社会整合与平衡机制,逐步形成以法治政府为中心的新型社会管理模式;要求完善利益调控法律机制,建立社会公平保障体系,加强社会治安综合治理,形成良好的社会秩序。

示例

奥地利法学家埃利希在《法社会学原理》中指出:“在当代以及任何其他的时代,法的发展的重心既不在立法,也不在法学或司法判决,而在于社会本身。”关于这句话涵义的阐释,下列哪一选项是错误的?(2009年试卷一第7题)

- A. 法是社会的产物,也是时代的产物
- B. 国家的法以社会的法为基础
- C. 法的变迁受社会发展进程的影响
- D. 任何时代,法只要以社会为基础,就可以脱离立法、法学和司法判决而独立发展

【参考答案及简要提示】D。解答本题的关键在于正确认识法与社会的关系。法以社会为基础。法是社会的产物。社会性质决定法律性质,社会物质生活条件在归根结底的意义最终决定着法律的本质。强调法以社会为基础,并不意味着在任何时代法只要以社会为基础,就可以脱离立法、法学和司法判决而独立发展,因为国家的法还是要通过立法的途径才能够被创制和完善;此外,法学和司法判决也对国家的法的发展有着重要的影响。故D选项错误。

第二节 法与经济

一、法与经济的一般关系

(一)什么是经济

按照传统的理解,所谓经济或称经济状况,

指的是整个社会的物质资料的生产和再生产;经济活动即社会物质的生产、分配、交换和消费活动的统称;经济基础即一定社会的生产关系的各个方面的总和。

(二)法是由经济基础决定的

法作为上层建筑的一部分,是由经济基础决定的。有什么样的经济基础,就有什么样的法律。法必须适应经济基础的要求而作相应的变化,否则就不能达到为自己经济基础服务的目的。法不仅随着经济基础的根本变革而发生本质的变化,即使是在同一社会形态里,当经济基础发生局部变化时,也会引起法律的相应的变化。法要具有尊严和权威性,必须正确反映经济关系和社会发展的客观规律,符合经济基础和生产力的要求。

法的起源、本质、作用和发展变化,都要受到社会经济基础的制约。但是,不能因此就认为法律不受其他因素的影响,或与其他社会现象无关。

(三)法对经济的作用

法对于经济基础具有能动的反作用,并且通过生产关系反作用于生产力。法的这种反作用并不是自发实现的,而是在人们的自觉活动过程中进行和实现的,要受到生产关系适合生产力这一客观规律的制约和支配。法在任何时候都不得不服从经济条件,并且从来不能向经济条件发号施令,它只是表明和记载经济关系的要求而已。

法对经济作用的主要表现:(1)确认经济关系;(2)规范经济行为;(3)维护经济秩序;(4)服务经济活动。

二、法与科学技术

科学技术已渗透到人类生活的各个方面,甚至可以说现代人的生活离不开科学技术;而且它对人们的道德伦理观念产生了深刻的影响。法作为现代社会的最主要的调控手段当然不可能对这种强势力量毫无回应。法与科学技术的关系,大致可以从下列两个方面来解释:

(一)科技进步对法的影响

科技进步对立法的影响。科技发展对一些传统法律领域提出了新问题,使民法、刑法、国

新华考资

www.xhkzedu.com

际法等传统法律部门面临着种种挑战,要求各个法律部门的发展要不断深化。同时,随着科技的发展,出现了大量新的立法领域,科技法日趋成为一个独立的法律部门;关于科技法的研究也随之广泛开展起来,科技法学作为一个新的独立的学科,也被广泛承认。

科技进步对司法的影响。司法过程的三个主要环节——事实认定、法律适用和法律推理,越来越深刻地受到了现代科学技术的影响。

科技进步对法律思想的影响。对立法起着指导作用的法律意识常常受到科技发展的影响和启迪。同时,科技进步促进了人们法律观念的更新,出现了一些新的法律思想、法学理论。科技进步对于历史上已经形成的各个法系以及对于法学流派的产生、分化和发展,也发生着重要的影响。

(二)法对科技进步的作用

第一,运用法律管理科技活动,确立国家科技事业的地位以及国际间科技竞争与合作的准则。首先,法律可以确认科技发展在一个国家社会生活中的战略地位,1993年颁布的《科学技术进步法》就是指导我国科技事业发展的基本法律;其次,法律可以对国际竞争起到促进和保障作用,可以对科技活动起到组织、管理、协调作用。

第二,法律对于科技经济一体化特别是科技成果商品化,具有积极的促进作用。科学技术是第一生产力,但并不等于有先进的科学技术,经济就会自然而然地发展。只有使科技和经济相结合,大力促进科技成果商品化,经济才能高速增长。法律在这方面可以起到重要作用。将科技成果推向成熟、稳定的市场,促进科技成果源源不断地转化为现实生产力,离不开公平有序的竞争规则,离不开相应的法律制度。

第三,在知识经济时代,法律具有对科技活动和科技发展所引发的各种社会问题的抑制和预防作用。科学技术活动的社会效果具有两重性:一方面,现代科技的发展为人类提供了改造和利用自然的新手段,可以提高人们的生活品质,促进经济和社会的发展,使人类享受征服自然所带来的福利;另一方面,也可能带来一些严重的社会问题,由于科学技术的失控、滥用而引

起种种社会公害。科技本身是无罪的,关键在于使用科技的人。对科技成果的误用、滥用、非道德使用,便可能带来现实的或潜在的社会危害。因此,必须有相应的法律加以防治,并对受害者给予法律救济。同时,研究开发的科技成果,其应用有可能危害人类社会,造成不可逆转后果的,必须以相应的立法预先对其应用范围与性质作出规定。

第三节 法与政治

一、法与政治的一般关系

法与政治都属于上层建筑,都受制于和反作用于一定的经济关系。它们是相互作用、相辅相成的关系。

1. 政治对法的作用。由于政治在上层建筑中居主导地位,因而总体上法的产生和实现往往与一定的政治活动相关,反映和服务于一定的政治,但必须注意,这并不意味着每一具体的法律都有相应的政治内容,都反映某种政治要求。同时,法在形式、程序和技术上的特有属性,使法在反映一定的政治要求时必须同时满足法自身特有属性的要求。法的相对独立性不只是对经济基础的,也表现在对上层建筑诸因素的关系中。在此意义上,更可能深刻理解所谓法治政治。政治关系的发展变化也在一定程度或意义上影响法的发展变化。

2. 法对政治的作用。法作为上层建筑相对独立的部分,对政治并非无所作为。特别在近现代,可以说,法律在多大程度上离不开政治,政治也便在多大程度上离不开法。

(1)法与政治体制。政治体制指政治权力的结构形式和运行方式。如果在集权型权力结构中,法的被需要还只是作为人治这种权力运行方式的点缀或辅助,则在分权型权力结构中,权力的配置和行使皆须以法为依据。

(2)法与政治功能。政治的基本功能是把不同的利益交融和冲突集中上升为政治关系,对社会价值物进行权威性分配和整合。法不仅贯穿经济关系反映和凝聚为政治关系的过程,且将利益和价值物的权威性分配以规范、程序

新华考资
www.xhkzedu.com



和技术性形式固定下来,使之具有形式上共同认同的性质,并因此具有形式上的正统性。

(3) 法与政治角色的行为。法对于国家机构、政治组织、利益集团等政治角色行为和活动的程序性和规范性控制,以及 20 世纪初期开始的政党法制化趋势,都表明法对重要政治角色行为控制、调整的必然和必要。

(4) 法与政治运行和发展。政治运行的规范化,政治发展中政治生活的民主化(如政治过程的透明、公民政治参与的质感等)和政治体系的完善化,离开法的运作都无从谈起。

二、法与政策的联系和区别

政策一般指国家或政党的政策,此处指政党政策。政党政策是政党为实现一定政治目标、完成一定任务而作出的政治决策。执政党的政策在政治生活中尤其占有重要地位。

法与执政党政策在内容和实质方面存在联系,包括阶级本质、经济基础、指导思想、基本原则和社会目标等根本方面具有共同性。但二者的区别也很明显,主要表现在形式上:

1. 意志属性不同。法由特定国家机关依法定职权和程序制定或认可,体现国家意志,具有普遍约束力,向全社会公开;政党政策是党的领导机关依党章规定的权限和程序制定,体现全党意志,其强制实施范围仅限于党的组织和成员,允许有不对社会公开的内容存在。但在政党法制化趋势下,政党特别是执政党政策公开与秘密的范围也须以法界定。

2. 规范形式不同。法表现为规范性法律文件或国家认可的其他渊源形式,以规则为主,具有严格的逻辑结构,权利义务的规定具体、明确。政党政策则不具有法这种明确、具体的规范形式,表现为决议、宣言、决定、声明、通知等,更多具有纲领性、原则性和方向性。

3. 实施方式不同。法的实施与国家强制相关,且是有组织、专门化和程序化的。政党政策以党的纪律保障实施,其实施不与国家强制相关,除非它已转化为法律。

4. 调整范围不尽相同。法倾向于只调整可能且必须以法定权利义务来界定的,具有交

涉性和可诉性的社会关系和行为领域。一般而言,政党政策调整的社会关系和领域比法律要广,对党的组织和党的成员的要求也比法的要求要高。但这并不意味着政党政策可涵盖法的调整范围,法也有其相对独立的调整空间。

5. 稳定性、程序化程度不同。法具有较高的稳定性,但并不意味着法不能因时而变,只是法的任何变动都须遵循严格、固定且专业性很强的程序,程序性是法的重要特征。政策可应形势变化作出较为迅速的响应和调整,其程序性约束也不及法那样严格和专门化。但这也并不意味着政策可朝令夕改或无最基本的程序要求。

三、法与国家

“国家”一词有多重含义,此处主要指国家政权或国家权力意义上的国家。国家权力指国家凭借其特殊地位和对资源的控制,使个人和组织服从其意志以实现一定目的的支配、控制和影响能力。一般来说,国家权力具有公共性、单方面性、强制性、物质性、组织性、自行进行性、价值性、扩张性、侵犯性和腐蚀性等特点。

在最一般的意义上,法与国家权力构成相互依存、相互支撑的关系。首先,法表述和确认国家权力,以赋予国家权力合法性的形式强化和维护国家权力。特别是法所具有的形式化和程序性特征,易于使国家权力获得形式上共同认同的正统性和正当性。其次,法之所以如此对待国家权力,是因为其必要和不可或缺。(1) 国家义务的实现需要权力。“按照政治的平衡原则,国家义务是与国家完成这种义务的能力相互并存的。”^①(2) 个体权利的保护需要权力。“国家权力是保护个人权利的最有效的工具……国家的出现及其存在的合理性,也正是为了保护个人权利和节约交易费用之需要。”^②(3) 社会整合需要权力。国家权力是维系社会共同体、维护公共秩序的力量,还是参与甚至主导社会变革

① 程燎原、王人博著:《赢得神圣》,山东人民出版社 1993 年版,第 189 页。

② 张曙光:“个人权利和国家权力”,载刘军宁等编:《市场逻辑与国家观念》,三联书店 1995 年版,第 4 页。

进程的力量,从而在新的历史起点上进行新的社会整合。(4)法的创设和实施需要权力。权力是法的必要支持、背后力量和效力基础。

但法与国家权力也存在紧张或冲突关系。法以形式合理性和程序设置为主,其对权力合法性的确认是以制度、规范和程序的方式进行的,因而同时也就是对权力的约束和限制。而国家权力总要追求和实现一定的目的,凭借其对资源的控制及物质强制,可自行进行,加之权力的扩张性质,使得权力凌驾于法乃至摆脱法的倾向是可能存在的,或者法只是在有助于强化权力的意义上被强调和利用。

近现代法治的实质和精义在于控权,即对权力在形式和实质上的合法性的强调,包括权力制约权力、权利制约权力和法律的制约。法律的制约是一种权限、程序 and 责任的制约。

第四节 法与道德

一、法与道德的联系

关于法与道德的联系,法律思想史上存在三个理论争点,即法与道德在本质、内容和功能上的联系问题。

1. 关于法与道德在本质上的联系。这是一个法在本质上是否包含道德内涵的问题。西方法学界存在两种观点:一是肯定说,以自然法学派为代表,肯定法与道德存在本质上的必然联系,认为法在本质上是内含一定道德因素的概念。实在法只有在符合自然法、具有道德上的善的时候,才具有法的本质而成为法。一个同道德严重对立的邪恶的法并不是一个坏的法,而是丧失了法的本质的非法的“法”,因而不是法,即“恶法非法”。二是否定说,以分析实证主义法学派为代表,否定法与道德存在本质上的必然联系,认为不存在适用于一切时代、民族的永恒不变的正义或道德准则。法学作为科学无力回答正义的标准问题,因而是不是法与是不是正义的法是两个必须分离的问题,道德上的善或正义不是法律存在并有效力的标准,法律规则不会因违反道德而丧失法的性质和效力,即使那些同道德严重对抗的法也依然是法,

即“恶法亦法”。

法与道德是否存在本质上的联系的争论,所涉及的是法的本质和存在的基础问题。

2. 法与道德在内容上的联系。法与道德在内容上存在相互渗透的密切联系,对此,几乎所有学者都不存异议。问题是这种内容上的联系是否应有限度以及限度如何确定。一般来说,近代以前的法在内容上与道德的重合程度极高,有时甚至浑然一体。如中国古代法就具有浓厚的伦理法特征。这与古代法学家相应观点的支撑不可分。古代法学家大多倾向于尽可能将道德义务转化为法律义务,使法确认和体现尽可能多甚至全部的道德内容,以保证社会思想的纯洁性。近现代法在确认和体现道德时大多注意二者重合的限度,倾向于只将最低限度的道德要求转化为法律义务,注意明确法与道德的调整界限。这与近现代法学家的基本立场不无关系,他们大多倾向于将法律标准与道德标准相对分离,“法律是最低限度的道德”几成通说。

但是,在这个限度须依什么原则确定的问题上仍存在分歧。分歧在于,一个不道德的行为是否只有在伤害他人的情况下才应由法律加以干预,还是在伤害自己或伤害公众感情或损害社会的公共性的情况下也可引出法律干预的理由。曾经提出的原则有:伤害原则、法律家长主义原则、冒犯原则^①和容忍与社会完整统一相协调的最大限度的个人自由、容忍限度的改变、尽可能充分地尊重个人隐私、法涉及最低限度的而不是最高限度的行为标准^②等原则。

3. 关于法与道德在功能上的联系。法律调整与道德调整各具优势,且形成互补,对此,学者们并无异议。但在社会调整以何者为主的问题上,则有不同的看法和处理。一般来说,古代法学家更多强调道德在社会调控中的首要或主要地位,对法的强调也更多在其惩治功能上。而对借助法明确权利义务以实现对社会生活的全面

^① 张文显著:《二十世纪西方法哲学思潮研究》,法律出版社1996年版,第547~554页。

^② 同上,第425~426页。



调整则往往心存疑虑,甚至希望通过推行“德治”来去除刑罚,如中国历史上的“德主刑辅”。近现代后,法学家们一般都倾向于强调法律调整的突出作用,法治国成为普遍的政治主张。因为,第一,分工和交换的普遍化、常态化使得人们总要和抽象的他人交往,交易信用不再建立在熟悉基础上,而是建立在契约基础上。法因其肯定性、普遍性、严格的程序性和较强的可操作性,更能胜任这种复杂利益关系的调整。第二,与市场经济相伴的是利益分化的加剧和价值冲突的普遍化、常态化,利益表达和价值平衡与选择是缺乏程序机制的道德难以胜任的。第三,作为现代生活理念和目标的民主政治是多数人同意的政治,亦即程序性政治。具有高度规范化、制度化和程序化特征的法不得不居于优越地位。

二、法与道德的区别

新华考资
www.xhkdzu.com

1. 生成方式上的建构性与非建构性。法

在生成上往往与有组织的国家活动相关,由权威主体经程序主动制定认可,具有形式上的建构性。尽管从进化理性主义上说,法在根本上也是长成的,是累积方式进化来的,非人类智慧预先设计的产物,但在形式上却不能不承认法的建构性。道德在社会生产生活中自然演进生成,不是自觉制定和程序选择的产物,自发而非建构是其本质属性。

2. 行为标准上的确定性与模糊性。法有特定的表现形式或渊源,有肯定明确的行为模式和法律后果,因而具体确切,可操作性强;同时,其被任意解释和滥用的余地小,易排斥恣意擅断。当然法的确定性也是相对的。道德无特定、具体的表现形式,往往体现在一定的学说、舆论、传统和典型行为及后果中,其对行为的要求笼统、原则,标准模糊,只具一般倾向性,理解和评价易生歧义。当然道德的这种特征,也是一种优良,可使道德在发展中具有相当大的弹性和空间。

3. 存在形态上的一元性与多元性。法在特定国家的体系结构基本是一元的,法律上的决策一致是其本性和要求,而这种决策上的一致是通过程序上的正统性达致的。法的一元化存在形态,也使它具有统一性和普适性。由于

信念和良心是道德的存在方式,因而道德在本质上是自由、多元、多层次的。

与此相关的是法律评价的共通性与道德评价的个体化。法的评价是以法的专门化、职业化为背景的,建立在法律概念、规则、原则的相对确定性之上,也建立在对法律概念、知识、职业伦理的共识之上,因而具有最基本的共通性、一致性和可预期性。而道德评价是一种个体化的、非法定性的、主观的、观念性的评价,建立在道德标准的模糊性和多元性之上。

4. 调整方式上的外在侧重与内在关注。法一般只规范和关注外在行为,一般不离开行为过问动机,其所有缜密的设置都主要针对外在行为。道德首先和主要关注内在动机,不仅侧重通过内在信念影响外在行为,且评价和谴责主要针对动机,这是道德作为内省自律控制方式的理由,因此成为促进人类自身提升和进步的深刻力量。

5. 运作机制上的程序性与非程序性。这种比较最富有意义。法是程序性的,程序是法的核心。法的实体内容通过程序选择和决定,其生成和实现也与程序相关。程序的本质是交涉性,法以权利、义务为实质内容,所调整的关系往往具有交涉性,因而就特别需要程序提供交涉方式和途径,提供制度性协商和对话机制,以使选择和决定能被交涉中的各方认同和接受。道德的重心在于义务或责任。在道德上,“权利不应成为履行道德义务的诱因”,^①义务不对应权利,也不以权利为前提,因而,不存在以交涉为本质的程序;再者,道德以主体内省和自决的方式生成和实现,也使道德与程序无关。

6. 强制方式上的外在强制与内在约束。法与有组织的国家强制相关,通过程序进行,针对外在行为,表现为一定的物质结果。专门机构、暴力后盾、程序设置、行为针对性和物质结果构成法的外在强制标志。道德在本质上是良心和信念的自由,因而强制是内在的,主要凭靠

^① 李正辉:“论法制建设与道德建设的协调统一”,载刘海年等主编:《依法治国与精神文明建设》,中国法制出版社1997年版,第339页。

内在良知认同或责难,即便是舆论压力和谴责也只能在主体对谴责所依据的道德准则认同的前提下发挥作用。

7. 解决方式上的可诉性与不可诉性。可诉性是法区别于一切行为规则的显著特征,这意味着对与法相关的行为的个别处理是可能和可操作的,且是有预设的实体标准和程序规则作为依据的,故可实现对相类行为和情形的非差别对待,保证处理和决定的一致性和平等性。此外,法的可诉性还意味着争端和纠纷解决的终局性和最高权威性。道德不具有可诉性,主要表现为无形的舆论压力和良心谴责,且舆论的评价或谴责往往是多元的。

示例

关于法与道德的论述,下列哪些说法是正确的?(2009年试卷一第55题)

- A. 法律规范与道德规范的区别之一就在于道德规范不具有国家强制性
- B. 按照分析实证主义法学的观点,法与道德在概念上没有必然联系
- C. 法和道德都是程序选择的产物,均具有建构性
- D. 违反法律程序的行为并不一定违反道德

【参考答案及简要提示】ABD。解答本题的关键在于辨析法与道德的区别和联系。法与有组织的国家强制有关,专门机构、暴力后盾、程序设置、行为针对性和物质结果构成法的外在强制标志。道德在本质上是良心和信念的自由,因而强制是内在的,主要凭靠内在良知认同或责难。因此A选项正确;分析实证主义法学坚持“恶法非法”,认为法与道德在概念上没有必然联系,因此B选项正确;法是程序性的,程序是法的核心。法的实体内容通过程序选择和决定,其生成和实现也与程序相关。而道德以主体内省和自决的方式生成和实现,这使道德与程序无关。因此D选项正确;法由权威主体经程序主动制定认可,具有形式上的建构性,而道德在社会生产生活中自然演进生成,自发而非建构是其本质属性。因此C选项错误。

法作为一种“人造物”不可避免地体现了特定共同体的人们的人生观和世界观。人们的人生观和世界观在一定程度上取决于对人类的“起源”与“未来”的问题的回答。而宗教就是对这个问题的一种回答。在这个意义上,法与宗教之间产生了相互影响。

一、宗教对法的影响

宗教作为一种重要的文化现象,在全世界范围内都对法律发生过重要的影响。宗教对法律的影响,既有积极方面,也有消极方面;既有观念层面,也有制度层面。较明显地体现在立法、司法、守法等各个环节上。

首先,宗教可以推动立法。许多宗教教义实际上都表达了人类的一般价值追求。部分教义被法律吸收,成为立法的基本精神。《圣经》、《古兰经》、《摩奴法典》等宗教经典,分别对西方两大法系、伊斯兰法、古印度法产生了根本性的影响。

其次,宗教影响司法程序。在宗教作为国教与政教合一的地方,宗教法庭直接掌握部分司法权。在西欧中世纪,教会独立行使司法权,世俗政权则负责执行教会的命令,如教徒被开除教籍处分者,在法律上就成为放逐法外之人。中世纪教会司法权不但及于教徒,而且及于俗人,对教会执事提起的民事诉讼、执事向俗人提起之民事诉讼未获公正解决者,等等,均由宗教法庭管辖。在政教合一的伊斯兰国家,教会行使司法权,法官均为教会权威人士。从诉讼审判方式来看,宗教宣誓有助于简化审判程序。同时,宗教宣扬的公正观念、诚实观念、容忍、爱心等对司法也有影响;宗教容忍观有利于减少诉讼。又如,国家首脑即位、法官公正执法以及证人出庭作证,都必须首先进行宣誓。

最后,宗教信仰有助于提高人们守法的自觉性。宗教提倡与人为善、容忍精神等,使公民习惯于循规蹈矩,不为损害他人和社会的行为。宗教对超自然的崇拜、各种精神祭祀等,均使法



律蒙上神秘的、超自然的色彩,增加了法律的威慑力。当然,宗教对法律也有消极的影响。由于宗教信仰产生的激情,会导致过分的狂热,某些宗教甚至妨碍司法公正的实现。

二、法对宗教的影响

法对宗教的影响在不同的社会很不相同。在政教合一的国家里,法对宗教的影响是双向的。一方面,法可以作为国教的工具和卫护者;另一方面,法又可以作为异教的破坏力量。中世纪基督教国家对异教徒的迫害、伊斯兰教国家对基督教的禁止都说明了这一点。在宗教势力不大的国家里,法对宗教也有相当大的影响。在宗教信仰自由不受保护的前提下,宗教的法律地位取决于统治阶级的态度。对其统治秩序有利的宗教受到法律的保护,对其统治不利的宗教统治者则以法治之。

在近现代政教分离的国家里,法与宗教分离,法对各种宗教之争持中立态度,法保障宗教信仰自由。法在观念、体系,甚至概念、术语等方面,客观上都对宗教产生了重大影响。权利观念被引进宗教法规,与宗教义务构成一个有机整体;宗教法典不断地系统化、规范化,形成了包括组织法、诉讼法、婚姻法、财产法、刑法等部门的一套严格完整的体系。

现代法律对宗教的影响,主要表现为法对本国宗教政策的规定。宗教政策是指一国关于处理宗教信仰和宗教活动等问题的指导性方针。法对本国宗教政策的规定是把宗教问题制度化的表现。近代以来,世界各国相继把宗教信仰问题规定在法律上,而核心的问题就是宗教信仰自由的法律化问题。宗教自由的法律化历程步履维艰。宗教改革和资产阶级革命胜利以后,法才真正开始保障公民的宗教信仰自由。

宗教自由问题最早出现在宪法性文件上,是1776年美国弗吉尼亚州的权利宣言。据统计,20世纪70年代以后的各国宪法中,有64部涉及宗教自由、信仰自由,15部未涉及。宗教信仰自由已经成为当今世界各国宗教政策的主流,绝大多数国家把宗教信仰作为公民的一项基本人权来看待,以法律保障宗教信仰的自由。

依法管理宗教事务是我国法律对待宗教问题的一贯原则。宗教信仰自由属于思想领域的问题,对待思想问题,不能采取简单的强制的办法。我国是一个多民族的国家,宗教问题往往同民族问题相联系。只有贯彻宗教信仰自由政策,才能处理好民族问题,加强民族团结。

经过长期努力,我国已经形成了一套关于宗教问题的基本观点和基本政策。实践证明这些基本观点和基本政策不仅具有科学性和正确性,并且具有连续性和稳定性。中国现行的宗教政策主要包括三个方面:一是全面正确地贯彻宗教信仰自由政策;二是依法加强宗教事务的管理;三是积极引导宗教与社会主义建设事业相结合。当然,我国法律在规定宗教信仰自由、保障公民宗教信仰自由权利的同时,又强调宗教活动的合法性。

第六节 法与人权

新华考资

www.xhkzedu.com

一、人权的概念

所谓人权,是指每个人作为人应该享有或者享有的权利。这个定义包括以下三方面的含义:第一,人权是一种权利;第二,人权来自于“人自身”,也就是说,人权是人凭自己是人所享有的权利,换句话说,人权是一个人只要是人就应当享有或者享有的权利,除非否认他(她)是人;第三,人之作为人应该享有哪些权利即人权的具体内容包括什么。人权既可以作为道德权利而存在也可以作为法律权利而存在。但是,在根本上,人权是一种道德权利。为了保障人权的实现,必须被法律化,但是,并不是所有的人权在实际上都被法律化。

人权在本原上具有历史性。人权存在和发展的内因是人的自然属性,外因是社会的经济、文化状况。“权利永远不能超出社会的经济结构以及由经济结构所制约的文化发展。”人权不是天赋的,也不是理性的产物,而是历史地产生的,最终是由一定的物质生活条件所决定的。它的具体内容和范围总是随着历史发展、社会进步而不断丰富和扩展的。正因如此,不同时代对人权的取舍、理解和使用都会有所差异。

二、法与人权的一般关系

人权与法的关系不能看作纯粹的权利与法的关系,它反映着更为深层的社会、经济、政治、文化和道德内涵。从更为广泛的意义上讲,人权与法的关系同时也是一个社会和国家经济、政治、文化、道德与法律之间的关系。人权的确立,取决于国家的社会制度、经济制度和法律制度,也取决于一个社会和民族的文化、历史传统和信念。

(一)人权可以作为判断法律善恶的标准

人权是法的源泉。不体现人权要求的法律就不是好的法律,是永远不会产生促成法制秩序的法律;而体现人权精神和内容的法律,一般来说都是好的法律,是体现社会进步的法律

人权对法的作用体现在:(1)指出了立法和执法所应坚持的最低的人道主义标准和要求;(2)可以诊断现实社会生活中法律侵权的症结,从而提出相应的法律救济的标准和途径;(3)有利于实现法律的有效性,促进法律的自我完善。

(二)法是人权的体现和保障

社会发展到今天,可以说,无法律也就无人权可谈。人权的实现要靠法律的确认和保护。没有法律对人权的确认、宣布和保护,人权要么只能停留在道德权利的应有状态,要么经常面临受侵害的危险而无法救济。与其他保护手段相比较,法对人权的保障具有如下明显的优势:第一,它设定了人权保护的一般标准,从而避免

了其他保护(如政策)手段的随机性和相互冲突的现象;第二,人权的法律保护以国家强制力为后盾,因而具有国家强制性、权威性和普遍有效性。

人权往往通过法律权利的形式具体化。尽管并非人权的所有内容都由法律规定,都成为公民权,但法律权利无疑是人权的首要的和基本的内容,可以说大部分人权都反映在法律权利上。人权与法律权利的关系具体表现为:一方面,人权的基本内容是法律权利的基础,只有争得了最基本的人权,才能将一般人权转化为法律权利;另一方面,法律权利是人权的体现和保障。人权只有以法律权利的形式存在才有其实际意义。基本人权必须法律化。至于哪些人权能转化为法律权利,得到法的保护,取决于以下因素:一是一国经济和文化的法制状况。人权的法律化受到一国的经济和文化的法制状况。例如,为了实现生存权,有的国家实行高福利政策,法律规定公民从出生到死亡都享受各种福利待遇;而在另一些国家不可能这样做,这主要是由一个国家的经济文化发展水平决定的。二是取决于某个国家的民族传统和基本国情。例如,在宗教信仰不同的国家,人权法律化的情况就有很大的差别。有的国家妇女人权法律化的程度就远不如男子。又如,以工业生产为主的国家同以农业生产或畜牧业生产为主的国家,以及人口状况、地理环境不同的国家,人权法律化的程度也会有差别。

本章主要内容为法与社会的一般理论,法与经济、政治、道德、宗教以及人权之间的关系。

法与社会的一般理论:法以社会为基础,法是社会的产物,法律的性质与功能决定于社会,法律变迁与社会发展的进程基本一致。

法与经济:法与经济的一般关系;科技进步对法的影响;法对科技进步的作用。

法与政治:法与政策的联系;法与政策的区别。

法与道德:法与道德的联系;法与道德的区别。

法与宗教:宗教对法的影响;法对宗教的影响。

法与人权:人权的概念;人权与法律的评价标准,法与人权的实现。

本章要深入理解法与社会的一般关系,法与经济的关系,以及法与道德的联系和区别。



第一章 西周以降的法制思想与法律

一、西周时期

(一) 西周的“以德配天，明德慎罚”思想

1、周初统治者认为，“上天”只把统治人间的“天命”交给那些有“德”者；作为君临天下的统治者应该“以德配天”，即能够使自己的德行符合上天的要求。“德”的要求主要包括三个方面：敬天、敬祖、保民。

2、“明德慎罚”要求统治者首先要用“德教”即道德教化的办法来治理国家，在适用法律、实施刑罚时应该宽缓、谨慎，而不应一味用严刑峻罚来迫使臣民服从。具体要求可以归纳为“实施德教，用刑宽缓”。其中“实施德教”是前提，是第一位的，其具体内容，逐渐归纳成内容广博的“礼治”。

3、意义：代表了西周初期统治者的基本政治观和治国方针，也解决了武王伐纣的正当性问题。在这种观念指导下，形成了西周时期各种具体法律制度以“礼”、“刑”结合为结构的宏观法制特色，被后世奉为政治法律制度理想的原则与标本。汉代中期以后，这一思想被儒家发挥成“德主刑辅，礼刑并用”的基本策略，从而为以“礼律结合”为特征的中国传统法制奠定了理论基础。

(二) 出礼入刑的礼刑关系

1、礼的内容与性质。

(1) 礼是中国古代社会长期存在的、维护血缘宗法关系和宗法等级制度的一系列精神原则以及言行规范的总称，是对社会生活起着调整作用的习惯法，其起源于原始社会祭祀鬼神时所举行的仪式。

(2) 古代的礼的两层含义

| | | |
|---------|------|---|
| 抽象的精神原则 | “亲亲” | 在家族范围内，按自己身份行事， <u>“亲亲父为首”，以父家长为中心。</u> |
| | “尊尊” | 在社会范围内，尊敬一切应该尊敬的人， <u>“尊尊君为首”，一切臣民都应以君主为中心。</u> |
| 具体的礼 | “五礼” | 吉（祭祀之礼） |

| | |
|-----|-----------|
| 仪形式 | 凶（丧葬之礼） |
| | 军（行兵仗之礼） |
| | 宾（迎宾待客之礼） |
| | 嘉（冠婚之礼） |

(3) 西周时期的礼已具备法的性质。首先，其完全具有法的三个基本特性，即规范性、国家意志性和强制性。其次，对社会生活各个方面都有着实际的调整作用。

2、“礼”与“刑”的关系

(1) “出礼入刑”。“礼”正面、积极规范人们的言行，而“刑”则对一切违背礼的行为进行处罚。其关系正如《汉·陈宠传》所说的“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里”，两者共同构成西周法律的完整体系。

【注意】先秦时期的五刑通常指：墨、劓、剕（刖）、宫、大辟五种残忍肢体的肉刑。

(2) 礼不下庶人，刑不上大夫。前者强调礼有等级差别，禁止任何越礼的行为；后者强调贵族官僚在适用刑罚上的特权。公开维护平民百姓与贵族官僚之间的不平等，强调官僚贵族的法律特权。

(三) 契约法

| | | |
|-------------------------|----------------------------------|--|
| 买卖契约： 称为 <u>“质剂”</u> | 质：买卖奴隶、牛马所使用的较 <u>长</u> 的契券。 | 契约写在简牍上，一分为二，双方各执一份。都由官府制作，并由“质人”专门管理。 |
| | 剂：买卖兵器、珍异之物所使用的较 <u>短</u> 的契券。 | |
| 借贷契约： 称为 <u>“傅别”</u> | 傅：是把债的标和双方权利义务等写在契券上。 | |
| | 别：在简札中间写字，然后一分为二，双方各执一半，札上的字为半文。 | |

【例题·单选题】西周时，格伯以良马四匹折价，购买佃生三十田。双方签订买卖契约，刻写竹简之上，中破为两半，双方各执一半。依西周礼法，该契约的称谓是下列哪一种？（ ）（08-1-8）

- A. 傅别 B. 质剂
C. 券书 D. 书券

🔍 [答疑编号 506705101201]

【答案】B

【解析】本题考核西周的契约法规。西周的买卖契约称为“质剂”，借贷契约称为“傅别”。

(四) 婚姻继承制度

1、婚姻缔结三大原则

| | |
|-------------|--|
| <u>一夫一妻</u> | 男子可以有妾（媵嫁制度）有婢，但妻只能有一个，这是婚姻制度的基本要求。正妻所生子女为嫡系，其他皆为庶出。 |
| <u>同姓不婚</u> | 男女同姓，其生不蕃。 附远厚别：通过联姻加强与异姓贵族的联系，巩固家族与宗法制度。 |
| <u>父母之命</u> | 没有“父母之命，媒妁之言”则不合法，称为“淫奔”。 |

【例题·单选题】下列哪一选项不属于我国西周婚姻制度中婚姻缔结的原则？（ ）（04-1-15）

- A. 一夫一妻制
B. 同姓不婚

C. “父母之命，媒妁之言”

D. “七出”、“三不去”

[答疑编号 506705101202]

【答案】D

【解析】本题考核西周婚姻制度。西周时期婚姻缔结有三大原则，即一夫一妻制、同姓不婚、父母之命。

2、“六礼”：婚姻成立的必要条件

| | |
|--------|----------------------------------|
| (1) 纳采 | 男家请媒人向女方提亲； |
| (2) 问名 | 女方答应议婚后男方请媒人问女子名字、生辰等，并卜于祖庙以定凶吉； |
| (3) 纳吉 | 卜得吉兆后即与女家订婚； |
| (4) 纳征 | 男方送聘礼至女家，故又称纳币； |
| (5) 请期 | 男方携礼至女家商定婚期； |
| (6) 亲迎 | 婚期之日男方迎女子至家。婚礼始告完成，婚姻最终成立。 |

3、婚姻关系的解除

| | |
|--------|-----------------------|
| 七出（七去） | 不顺父母、无子、淫、妒、恶疾、多言、盗窃； |
| 三不去 | 有所娶而无所归、与更三年丧、前贫贱后富贵。 |

4、嫡长子继承制

| | |
|-----------------|-------------------------|
| 立嫡以长不以贤，立子以贵不以长 | 王位的继承人必须是妻所生长子，不论贤愚； |
| | 如妻无子，则不得不立贵妾之子，不论长幼。 |
| | 主要是政治身份的继承，土地、财产的继承是其次。 |

【例题·单选题】关于西周法制的表述，下列哪一选项是正确的？（ ）（13-1-16）

A. 周初统治者为了弥补以往神权政治学说的缺陷，提出了“德主刑辅，明德慎罚”的政治法律主张

B. 《汉书·陈宠传》称西周时期的礼刑关系为“礼之所去，刑之所取，失礼则入刑，相为表里”

C. 西周的借贷契约称为“书约”，法律规定重要的借贷行为都须订立书面契约

D. 西周时期在宗法制度下已形成子女平均继承制

[答疑编号 506705101203]

【答案】B

【解析】本题考核西周法制。西周初期统治者的基本政治观和治国方针是“以德配天，明德慎罚”。汉代中期以后，这一思想才被儒家发挥成“德主刑辅，礼刑并用”的基本策略。所以选项 A 错误。西周时期的借贷契约称为“傅别”。所以选项 C 错误。西周时期的继承制度是嫡长子继承制，主要是政治身份的继承，土地、财产的继承是其次。所以选项 D 错误。

（五）司法机关

| | | |
|----|-----|-------|
| 中央 | 周天子 | 最高裁判者 |
|----|-----|-------|

| | | |
|----|-----------|--------------------|
| | 大司寇 | 负责实施法律法令，辅佐周王行使司法权 |
| | 小司寇 | 辅佐大司寇审理具体案件 |
| | 专门的司法属吏 | |
| 基层 | 士师、乡士、遂士等 | 负责处理具体司法事宜 |

(六) 西周的诉讼制度

1、刑狱民讼

| | | |
|----|---------------|---------------|
| 狱讼 | (1) 民事案件称为“讼” | 审理民事案件称为“听讼”。 |
| | (2) 刑事案件称为“狱” | 审理刑事案件叫做“断狱”。 |

2、审判技术的发展：五听

| | |
|--|------------------------------|
| 判案时通过观察当事人的外在表现等，来判断其陈述真伪的五种方式， <u>说明西周时已注意到司法心理问题并将其运用到审判实践中。</u> | ● 辞听：听当事人的陈述，理屈则言语错乱； |
| | ● 色听：观察当事人的表情，如理亏就会面红耳赤； |
| | ● 气听：听当事人陈述时的呼吸，如无理就会紧张得喘息； |
| | ● 耳听：审查当事人听觉反应，如无理就会紧张得听不清话； |
| | ● 目听：观察当事人的眼睛，无理就会失神。 |

3、重大疑难案件讨论制度：三刺

| | |
|----------------------|---|
| 一刺群臣 再刺官吏 三刺国人 | 凡遇重大疑难案件，应先交群臣讨论，群臣不能决断时，再交官吏们讨论，还不能决断的，交给所有国人商讨决定。 <u>“三刺”制度说明西周对司法判案的慎重，是“明德慎罚”思想在司法实践中的体现。</u> |
|----------------------|---|

二、春秋、战国时期

(一) 铸刑书与铸刑鼎

| | | |
|--|-------------------------|--------------------------|
| 公布成文法的活动 | 前 536 年，郑国执政子产铸刑书，向社会公布 | <u>中国历史上第一次公布成文法的活动。</u> |
| | 前 513 年，晋国赵鞅“铸刑鼎”，公之于众 | 中国历史上第二次公布成文法的活动。 |
| 新兴地主阶级的重大胜利，否定了“刑不可知，则威不可测”的传统，明确了法律公开的立法原则。 | | |

【例题·单选题】郑国执政子产于公元前 536 年“铸刑书”，这是中国历史上第一次公布成文法的活动。对此，晋国大夫叔向曾写信痛斥子产：“昔先王议事以制，不为刑辟，惧民之有争心也……民知有辟，则不忌于上，并有争心，以征于书，而徼幸以成之，弗可为矣。”关于“不为刑辟”的含意，下列哪一选项是正确的？（ ）（08-1-10）

- A. 不制定法律 B. 不规定刑罚种类
C. 不需要判例法 D. 不公布成文法

🔍 [答疑编号 506705101301]

【答案】D

【解析】本题考核铸刑书。公元前 536 年，郑国执政子产“铸刑书”，是中国历史上明确记载的第一次公布成文法的活动。“不为刑辟”的含意应为不公布成文法。

(二) 《法经》

1、《法经》的内容

| | | |
|------|--|-----------------|
| 《盗法》 | 《盗法》是涉及公私财产受到侵犯的法律；《贼法》是有关危及政权稳定和人身安全的法律；李悝认为“王者之政莫急于盗贼”，所以将此两篇列为法典之首。 | |
| 《贼法》 | | |
| 《网法》 | 又称《囚法》，是关于囚禁和审判罪犯的规定； | 网、捕二篇多属于诉讼法的范围。 |
| 《捕法》 | 关于追捕盗贼及其他犯罪者的规定； | |
| 《杂法》 | 《杂法》是关于“盗贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定，主要规定了六禁： 淫、狡、城、噎、徒、金禁。 | |
| 《具法》 | <u>《具法》是关于定罪量刑中从轻从重法律原则的规定，起着“具其加减”的作用，相当于近代刑法典中的总则部分。</u> | |

2、《法经》的基本特征

维护封建专制政权，保护地主的私有财产和奴隶制残余，并且贯彻了法家“轻罪重刑”的法治理论。《法经》的内容及特点充分反映了新兴地主阶级的意志与利益。

3、《法经》的历史地位

《法经》是中国历史上第一部比较系统的成文法典。战国时期魏文侯的相李悝在总结春秋以来各国成文法的基础上制定的，是战国时期政治变革的重要成果，是战国时期封建立法的典型代表和全面总结。

| | |
|---------------------------------|---|
| 其体例和内容，为后世封建成文法典的进一步完善奠定了重要的基础。 | 从体例上看，《法经》六篇为秦汉直接继承，成为秦汉律的主要篇目，魏晋以后在此基础上进一步发展， <u>最终形成了以《名例》为统率，以各篇为分则的完善的法典体例。</u> |
| | 在内容上，《法经》六篇的主要内容大都为后世封建法典继承与发展。 |

【例题·单选题】《法经》在中国法律制度史上具有重要的地位。下列有关《法经》的表述哪一项是不准确的？（ ）（03-1-6）

- A. 《法经》为李悝所制定
- B. 《盗法》、《贼法》两篇列为《法经》之首，体现了“王者之政莫急于盗贼”的思想
- C. 《法经》的篇目为秦汉律及以后封建法律所继承并不断发展
- D. 《法经》系中国历史上第一部成文法典

🔍 [答疑编号 506705101302]

【答案】D

【解析】本题考核《法经》。《法经》是中国历史上第一部比较系统的成文法典。所以选项D错误。

(三) 商鞅变法

商鞅把自己的主张与秦国富国强兵的要求结合起来，在秦孝公的支持下，先后两次实施变法。

| | |
|----|---|
| 主要 | 1、 <u>改法为律，扩充法律内容</u> ：强调法律规范的普遍性，具有“范天下不一而归于 |
|----|---|

| | |
|----|---|
| 内容 | 一”的功能。 |
| | 2、运用法律手段推行富国强兵措施， <u>富国强兵是变法的终极目的</u> ：分户令；军爵律。 |
| | 3、剥夺旧贵族的特权：废除世卿世禄，按军功授爵； <u>取消分封制，实行郡县制</u> ，剥夺旧贵族对地方政权的垄断权，强化中央对地方的全面控制。 |

续表

| | |
|------|--|
| 主要内容 | 4、 <u>全面贯彻法家“以法治国”和“明法重刑”的主张</u> ：①“以法治国”、学法明法，“以吏为师”；②轻罪重刑，重罪不来；③不赦不宥，凡有罪者皆应受罚；④鼓励告奸；⑤实行连坐。 |
| 历史意义 | 商鞅变法是一次极为深刻的社会变革，秦国在商鞅变法之后迅速强盛，最终一统六国，建立了历史上第一个中央集权的帝制王朝。 |

【例题·单选题】关于公元前 359 年商鞅在秦国变法，下列哪一选项是正确的？（ ）（07-1-8）

- A. 商鞅取消郡县制，实行分封制，剥夺了旧贵族对地方政权的垄断权
 B. 商鞅“改法为律”，突出了法律规范的伦理基础
 C. 商鞅推行“连坐”制度，鼓励臣民相互告发奸谋
 D. 商鞅提出“轻罪重刑”，反对赦免罪犯，认为凡有罪者皆应受罚

❓ [答疑编号 506705101303]

【答案】D

【解析】本题考核商鞅变法。商鞅变法，取消分封制，实行郡县制，剥夺旧贵族对地方政权的垄断权，强化中央对地方的全面控制。所以选项 A 错误。商鞅“改法为律”，强调法律规范的普遍性，具有“范天下不一而归于一”的功能。强调法律规范的伦理基础的是西周的法制思想。所以选项 B 错误。商鞅变法过程中鼓励告奸，鼓励臣民相互告发奸谋。商鞅变法实行“连坐”制。所以选项 C 错误。商鞅提出“轻罪重刑”，反对赦宥，主张凡有罪者皆应受罚。所以选项 D 正确。

三、秦代法制

（一）罪名

秦代法律所规定的罪名极为繁多，且尚无系统分类，更未形成较为科学的罪名体系。

| | | |
|----------|--|---|
| 危害皇权罪 | 谋反；泄露机密；偶语诗书、以古非今；诽谤、妖言；诅咒、妄言；非所宜言；投书；不行君令等。 | |
| 侵犯财产和人身罪 | 侵犯财产方面的罪名主要是“盗” | 盗窃列为重罪，按盗窃数额量刑；还有共盗、群盗之分： 1、共盗指五人以上共同盗窃； 2、 <u>群盗则是指聚众反抗统治秩序，属于危害皇权的重大政治犯罪。</u> |
| | 侵犯人身方面的罪名主要是贼杀、伤人 | 所谓贼，是指杀死、伤害他人，以及在未发生变故的正常情况下杀人、伤人。 此外，斗伤、斗杀在秦代亦属于侵犯人身罪。 |

续表

| | | |
|-----|---------------|---|
| 渎职罪 | 3、有关司法官吏渎职的犯罪 | 1、官吏失职造成经济损失的犯罪； |
| | | 2、军职罪； |
| | | A “见知不举”罪； |
| | | B “不直”罪（ <u>罪应重而故意轻判，应轻而故意重判</u> ）； |
| | | C “纵囚”罪（应当论罪而故意不论罪，以及设法减轻案情，故意使案犯达不到定罪标准，从而判其无罪）； |
| | | D “失刑”罪（因过失而量刑不当）。 |
| | | 【注意】 <u>若系故意，则构成“不直”罪。</u> |

续表

| | |
|-----------|--|
| 妨害社会管理秩序罪 | 1、违令卖酒罪；2、逃避徭役罪；3、逃避赋税罪。 |
| 破坏婚姻家庭秩序罪 | 1、破坏婚姻关系：包括夫殴妻、夫通奸、妻私逃等。 2、破坏家庭秩序：包括擅杀子、子不孝、子女控告父母、卑幼殴尊长、乱伦等。 |

【例题·单选题】据史书载，以下均为秦朝刑事罪名。下列哪一选项最不具有秦朝法律文化的专制特色？（ ）（11-1-16）

- A. “偶语诗书”
B. “以古非今”
C. “非所宜言”
D. “失刑”

🔍 [答疑编号 506705101401]

【答案】D

【解析】本题考核秦朝法律文化。“偶语诗书”、“以古非今”、“非所宜言”均为危害皇权罪，体现了秦朝法律文化的专制特点，所以选项 A、B、C 错误。

“失刑”为渎职罪，是中国古代官吏职务犯罪的罪名，最不具有秦朝法律文化的专制特色。

（二）刑罚

种类繁多，大致包括八大类：前五类相当于现代的主刑，后三类相当于现代的附加刑。但从目前的史料来看，秦尚未形成完整的刑罚体系，且刑罚极为残酷，一切都呈现出过渡时期的特征。

| | | |
|------|---------------------------------------|--------------------------------------|
| 1、笞刑 | 以竹、木板责打犯人背部的轻刑，针对轻微犯罪而设，也有的是作为减刑后的刑罚。 | |
| 2、徒刑 | <u>剥夺罪犯人身自由，强制其服劳役的刑罚。</u> | 城旦舂： <u>男犯筑城</u> ，女犯舂米，实际从事的劳役并不限于此； |
| | | 鬼薪、白粲：男犯为祠祀鬼神伐薪，女犯为祠祀择米，实际劳役不止于此； |
| | | 隶臣妾：将罪犯及其家属罚为官奴婢，男为隶臣，女为隶妾，其刑轻于鬼薪白粲； |
| | | 司寇：即伺寇，意为伺察寇盗，其刑轻于隶臣妾； |

| | |
|------------|--|
| | 候：发往边地充当斥候，是秦代徒刑的最轻等级。 |
| 3、流放刑 | 包括迁刑和谪刑，都是将犯人迁往边远地区的刑罚，其中谪刑适用于犯罪的官吏，但两者都比后世的流刑要轻。 |
| 4、肉刑 | 即黥（或墨）、劓、刖（或斩趾）、宫四种残害肢体的刑罚，多与城旦舂等较重的徒刑结合使用。 |
| 5、死刑 | ①弃市，即所谓杀之于市，与众弃之；②戮，即先对犯人使用痛苦难堪的羞辱刑，然后斩杀；③磔，即裂其肢体而杀之；④腰斩；⑤车裂；⑥枭首，即处死后悬其首级于木上；⑦族刑，通常称为夷三族或灭三族；⑧具五刑，即《汉：刑法志》所说：“当夷三族者，皆先黥、劓、斩左右趾，笞杀之，梟其首，菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者，又先断舌，故谓之具五刑。” |
| 6、羞辱刑 | 秦时经常使用“髡”、“耐”等耻辱刑作为徒刑的附加刑。其中“髡”是指剃光犯人的头发和胡须。此外，死刑中的“戮”刑也含有羞辱之意。 |
| 7、经济刑（赀赎刑） | 对轻微罪适用的强制缴纳一定财物的刑罚主要是“赀”。“赀”是独立刑种，包括三种：一是纯属罚金性质的“赀甲”、“赀盾”；二是“赀戍”，即发往边地做戍卒；三是“赀徭”，即罚服劳役。 赎刑不是独立刑种，而是一种允许已被判刑的犯用缴纳一定金钱或服一定劳役来减免刑罚的办法；适用范围非常广泛。 |
| 8、株连刑 | 主要是族刑和“收”。收，亦称收孥、籍家，就是在对犯人判处某种刑罚时，还同时将其妻子、儿女等家属没收为官奴婢。 |

【例题·多选题】秦汉时期的刑罚主要包括笞刑、徒刑、流放刑、肉刑、死刑、羞辱刑等，下列哪些选项属于徒刑？（ ）（12-1-56）

- A. 候
- B. 隶臣妾
- C. 弃市
- D. 鬼薪白粲

🔍 [答疑编号 506705101402]

【答案】ABD

【解析】秦汉时期的徒刑包括城旦舂，鬼薪、白粲，隶臣妾，司寇和候五种。

选项C“弃市”属于死刑，即杀之于市，与众弃之。

（三）秦代刑罚适用原则

| | |
|--------------------------|---|
| 1、刑事责任能力的规定 | 凡属未成年犯罪，不负刑事责任或减轻刑事处罚。 以身高判定是否成年：以大约六尺五寸为标准。 |
| 2、 <u>区分故意（端）与过失（不端）</u> | 故意诬告者，实行反坐；主观上没有故意的，按告不审从轻处理。 |
| 3、盗窃按赃值定罪 | 对于侵犯财产的盗窃罪，依据不同数目分为三等赃值（110钱、220钱、660钱），分别定罪。 |
| 4、共犯罪与集团犯罪 | 在处罚侵犯财产罪上共犯罪较个体犯罪处罚从重，集团犯罪（5人 |

| | |
|------------------|--|
| 加重处罚 | 以上) 较一般犯罪处罚从重。 |
| 5、累犯加重原则 | 本身已犯罪，再犯诬告他人罪，加重处罚。 |
| 6、教唆犯罪加重处罚 | 教唆未成年人犯罪者加重处罚。教唆未满 15 岁的人抢劫杀人，虽分赃仅为十文钱，教唆者也要处以碎尸刑。 |
| 7、自首减轻处罚的原则 | 凡携带所借公物外逃，主动自首者，不以盗窃论处，而以逃亡论处。若犯罪后能主动消除犯罪后果，可以减免处罚。 |
| 8、 <u>诬告反坐原则</u> | 故意捏造事实与罪名诬告他人，即构成诬告罪。诬告者实行反坐原则，即以被诬告人所受的处罚，反过来制裁诬告者。 |

【例题·单选题】秦始皇时期，某地有甲乙两家相邻而居，但积怨甚深。有一天，该地发生了一起抢劫杀人案件，乙遂向官府告发系甲所为。甲遭逮捕并被定为死罪。不久案犯被捕获，始知甲无辜系被乙诬告。依据秦律，诬告者乙应获下列哪种刑罚？（ ）（06-1-15）

- A. 死刑 B. 迁刑
C. 城旦舂 D. 笞一百

🔍 [答疑编号 506705101501]

【答案】A

【解析】秦律规定，故意捏造事实与罪名诬告他人，即构成诬告罪。诬告者实行反坐原则，即以被诬告人所受的处罚，反过来制裁诬告者。本题案例中甲被乙诬告而被定为死罪，根据秦代诬告反坐的刑罚适用原则，对乙应以甲被判处的刑罚加以制裁，即乙应当被判处死刑。选项 A 正确。

（四）司法制度

| | |
|-----------|-------------------|
| 皇帝 | 最高审判权 |
| 廷尉 | 中央司法机关的长官，审理全国案件。 |
| 御史大夫与监察御史 | 对全国进行法律监督 |

四、汉代法制

（一）汉代文帝、景帝废肉刑

1、背景：总结秦亡教训；汉文帝时鉴于当时继续沿用黥、劓、斩左右趾等肉刑，不利于政权的稳固，开始考虑改革肉刑。

2、导火线：缇萦救父

3、刑制改革的内容

| | | |
|-------------|---------------------------------------|--|
| 汉 文 帝 | 黥刑 改为 髡钳城旦舂（去发颈部系铁圈服苦役五年） | 评价：具有重要意义，但也有由轻改重的现象。虽然劓刑、斩左趾改为笞，但笞数太多，使受刑之人难保活命，因而班固称其为“外有轻刑之名，内实杀之”。 |
| | 劓刑改为 笞三百； | |
| | 斩左趾改为 笞五百； | |
| | 斩右趾改为 弃市死刑。 | |
| 汉 景 帝 | 笞三百改为笞二百； | |
| | 笞五百改为 笞三百。 | |
| | 颁布《箠令》，规定笞杖尺寸，以竹板制成，削平竹节，以及行刑不得换人等，使得 | |

刑制改革向前迈了一大步。

【例题·单选题】汉代曾发生这样一件事情：齐太仓令获罪当处墨刑，其女缇萦上书请求将自己没为官奴，替父赎罪。这一事件导致了下列哪一项法律制度改革？（ ）（05-1-17）

- A. 汉高祖规定“上请”制度
- B. 汉文帝废除肉刑
- C. 汉文帝确立“官当”制度
- D. 汉景帝规定“八议”制度

❓ [答疑编号 506705101502]

【答案】B

【解析】汉代中期，汉文帝鉴于当时继续沿用秦代黥、劓、斩左右趾等肉刑，不利于政权的稳固，而且当时经济发展，社会稳定，出现了前所未有的盛世，也为改革刑制提供了良好的社会条件。因此，汉文帝以十三年缇萦上书为契机，开始实行刑制改革，逐步废除肉刑。

汉代的上请制度就是通过请示皇帝给有罪贵族官僚某些优待的制度。

官当是封建社会允许官吏以官职爵位折抵徒刑的一种特权制度。它正式出现在《北魏律》与《陈律》中。

曹魏时期的“八议”制度是对封建特权人物犯罪后实行减免处罚的法律规定。它包括议亲、议故、议贤、议能、议功、议贵、议勤、议宾。

（二）汉律的儒家化

| | | |
|------------------|--|--|
| 1、“上请”与“恤刑” | (1) <u>上请</u> ：通过请示皇帝给有罪贵族官僚某些优待。东汉时“上请”适用面越来越宽，遂成为官僚贵族的一项普遍特权，从徒刑二年到死刑都可以适用。 | |
| | (2) <u>恤刑</u> ：以“为政以仁”相标榜，贯彻儒家矜老恤幼的思想。年80岁以上的老人，8岁以下的幼童，以及怀孕未产的妇女、老师、侏儒等，在有罪监禁期间，给予不戴刑具的优待。老人、幼童及连坐妇女，除犯大逆不道诏书指明追捕的犯罪外，一律不再拘捕监禁。 | |
| 2、 <u>亲亲得相首匿</u> | 汉宣帝时期确立，主张亲属间首谋藏匿犯罪可以不负刑事责任。 | |
| | 对卑幼亲属首匿尊长亲属的犯罪行为，不追究刑事责任。尊长亲属首匿卑幼亲属，罪应处死的，可上请皇帝宽贷。 | |
| <u>匿</u> | 来源于儒家“父为子隐，子为父隐，直在其中”的理论，一直影响后世封建立法。 | |

【例题·单选题】汉宣帝地节四年下诏曰：自今子首匿父母、妻匿夫、孙匿大父母，皆勿坐。其父母匿子、夫匿妻、大父母匿孙，罪殊死，皆上请廷尉以闻。亲亲得相首匿正式成为中国封建法律原则和制度。对此，下列哪一选项是错误的？（ ）（10-1-13）

- A. 近亲属之间相互首谋隐匿一般犯罪行为，不负刑事责任
- B. 近亲属之间相互首谋隐匿所有犯罪行为，不负刑事责任
- C. 亲亲得相首匿的本意在于尊崇伦理亲情
- D. 亲亲得相首匿的法旨在于宽宥缘自亲情发生的隐匿犯罪亲属的行为

❓ [答疑编号 506705101503]

【答案】B

【解析】亲亲得相首匿原则，是汉宣帝时期确立的，主张亲属间首谋藏匿犯罪可以不负刑事责任。来源于儒家“父为子隐，子为父隐，直在其中”的理论，对卑幼亲属首匿尊长亲属的犯罪行为，不追究刑事责任。尊长亲属首匿卑幼亲属，罪应处死的，可上请皇帝宽贷。

【例题·单选题】西汉末年，某地一男子偷盗他人一头牛并贩卖到外乡，回家后将此事告诉了妻子。其妻隐瞒未向官府举报。案发后，该男子受到惩处。依照汉代法律，其妻的行为应如何处理？

() (05-1-15)

- A. 完全不负刑事责任 B. 按包庇罪论处
C. 与其丈夫同罪 D. 按其丈夫之罪减一等处罚

❓ [答疑编号 506705101504]

【答案】A

【解析】亲亲得相首匿原则，是汉宣帝时期确立的。主张亲属间首谋藏匿犯罪可以不负刑事责任。来源于儒家“父为子隐，子为父隐，直在其中”的理论，对卑幼亲属首匿尊长亲属的犯罪行为，不追究刑事责任。

(三) 司法制度：汉承秦制

| | |
|------|-------------------------|
| 廷尉 | 中央司法长官 |
| 郡守 | 地方行政长官也是当地司法长官，负责全郡案件审理 |
| 县令 | 兼理本县司法，负责全县审判工作 |
| 乡里组织 | 设在基层，负责本地治安与调解工作 |

(四) 法律监督制度

| | | |
|----|--------------|-----------------|
| 西汉 | 御史大夫 | 负责法律监督 |
| | 司隶校尉（武帝以后设立） | 监督中央百官与京师地方司法官吏 |
| | 刺史（武帝以后设立） | 专司各地行政与法律监督之职 |
| 东汉 | 御史中丞 | 负责法律监督 |

(五) 诉讼制度

| | | |
|------------|--|--|
| 《春秋》 决狱 | 法律儒家化在司法领域的反映，特点是依据儒家经典《春秋》等著作中提倡的精神原则审判案件，而不仅仅依据汉律审案。 | |
| | 强调审断时应重视行为人在案情中的主观动机；在着重考察动机的同时，还要依据事实，分别首犯、从犯和已遂、未遂。董仲舒在《春秋繁露》中的解说：“春秋之听狱也，必本其事而原其志；志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。” | |
| | 实行“论心定罪”原则，如犯罪人主观动机符合儒家“忠”、“孝”精神，即使其行为构成社会危害，也可以减免刑事处罚。相反，犯罪人主观动机严重违背儒家倡导的精神，即使没有造成严重危害后果，也要认定犯罪给予严惩。 《盐铁·刑德》：“春秋之治狱，论心定罪。志善而违于法者免，志恶而合于法者诛。” | |

| | |
|----------------|---|
| | 客观评价：对传统的司法和审判是一种积极的补充；但是，如果专以主观动机“心”、“志”的“善恶”，判断有罪无罪或罪行轻重，在某种程度上为司法擅断提供了依据。 |
| 秋冬行刑 (针对死刑) | 根据“天人感应”理论，规定春、夏不得执行死刑。 除谋反、大逆等“决不待时”者外，一般死刑犯须在秋天霜降以后、冬至以前执行。因为这时“天地始肃”，杀气已至，便可“申严百刑”，以示所谓“顺天行诛”。 对后世有着深远影响，唐律规定“立春后不决死刑”，明清律中的“秋审”制度亦溯源于此。 |

【例题·多选题】董仲舒解说“春秋决狱”：“春秋之听狱也，必本其事而原其志；志邪者不待成，首恶者罪特重，本直者其论轻。”关于该解说之要旨和倡导，下列哪些表述是正确的？（ ）（13-1-57）

- A. 断案必须根据事实，要追究犯罪人的动机，动机邪恶者即使犯罪未遂也不免刑责
- B. 在着重考察动机的同时，还要依据事实，分别首犯、从犯和已遂、未遂
- C. 如犯罪人主观动机符合儒家“忠”、“孝”精神，即使行为构成社会危害，也不给予刑事处罚
- D. 以《春秋》经义决狱为司法原则，对当时传统司法审判有积极意义，但某种程度上为司法擅断提供了依据

❓ [答疑编号 506705101505]

【答案】ABD

【解析】《春秋决狱》强调审断时应重视行为人在案情中的主观动机；在着重考察动机的同时，还要依据事实，分别首犯、从犯和已遂、未遂；实行“论心定罪”原则，如犯罪人主观动机符合儒家“忠”、“孝”精神，即使其行为构成社会危害，也可以减免刑事处罚。相反，犯罪人主观动机严重违背儒家倡导的精神，即使没有造成严重危害后果，也要认定犯罪给予严惩。客观上，春秋决狱对传统的司法和审判是一种积极的补充；但是，如果专以主观动机“心”、“志”的“善恶”，判断有罪无罪或罪行轻重，在某种程度上为司法擅断提供了依据。C项说法错误。

【例题·单选题】汉武帝时，有甲、乙二人争言相斗，乙以佩刀刺甲，甲之子丙慌忙以杖击乙，却误伤甲。有人认为丙“殴父也，当枭首。”董仲舒引用《春秋》事例，主张“论心定罪”，认为丙“非律所谓殴父，不当坐”。关于此案的下列哪种评论是错误的？（ ）（06-1-16）

- A. “论心定罪”是儒家思想在刑事司法领域的运用
- B. 以《春秋》经义决狱的主张是旨在建立一种司法原则
- C. “论心定罪”仅为一家之言，历史上不曾被采用
- D. “论心定罪”有可能导致官吏审判案件的随意性

❓ [答疑编号 506705101506]

【答案】C

【解析】汉代的《春秋》决狱是法律儒家化在司法领域的体现，其特点是根据

儒家的经典《春秋》等著作中提倡的精神原则审判案件，而不仅仅依据汉律审案。《春秋》决狱实行“论心定罪”原则，其要旨是必须根据案情事实，追究行为人的动机，如犯罪人主观动机符合“忠”、“孝”精神，即使其行为构成社会危害，也可以减免刑事处罚。相反，犯罪人主观动机严重违背儒家倡导的精神，即使没有造成严重危害后果，也要认定犯罪给予严惩。以《春秋》经义决狱为司法原则，对传统的司法和审判是一种积极的补充。但如果仅以主观动机的善、恶判断有罪无罪或者罪行轻重，也会为司法官吏主观判断提供依据。

五、魏晋南北朝法制

（一）法典结构的发展变化

1、《魏律》

鉴于汉代律令繁杂，魏明帝下诏改定刑制，作新律 18 篇，后人称为《魏律》或《曹魏律》。

| | |
|---|---|
| (1) <u>将《法经》中的“具律”改为“刑名”置于律首。</u> | |
| (2) “八议”入律 | 以《周礼》“八辟”为依据，正式规定“八议”制度，对特权人物犯罪实行减免处罚。 <u>①议亲②议故③议贤④议能⑤议功⑥议贵⑦议勤⑧议宾</u> |
| (3) 进一步调整法典的结构和内容，使中国传统法典在系统和科学上迈进了一大步。 | |

2、《晋律》颁行与张杜注律

(1) 西晋泰始三年，晋武帝诏颁《晋律》，又称《泰始律》，对汉魏法律继续改革，精简法律条文，形成 20 篇 602 条的格局。

(2) 《晋律》在刑名后增加法例律，丰富了刑法总则的内容。同时对刑法分则部分重新编排，向着“刑宽”、“禁简”的方向迈了一大步。

(3) 《晋律》与《北齐律》中相继确立“准五服制罪”的制度。服制是中国封建社会以丧服为标志，区分亲属的范围和等级的制度。按服制依亲属远近关系分为五等：斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻。服制不但确定继承与赡养等权利义务关系，同时也是亲属相犯时确定刑罚轻重的依据。

(4) 律学家张斐、杜预为之作注，总结了历代刑法理论与刑事立法经验，经晋武帝批准颁行，与《晋律》具有同等法律效力。故《晋律》及该注解亦称“张杜律”。

(5) 法律监督制度

| | |
|-------|---------------------------|
| 御史台 | 主监察，权能极广，受命于皇帝，有权纠举一切不法案件 |
| 治书侍御史 | 纠举审判官吏的不法行为 |

3、《北魏律》

(1) 北魏统治者吸收汉晋立法成果，采诸家法典之长，经过综合比较，“取精用宏”，修成《北魏律》20 篇，成当时著名的法典。

(2) “官当”是封建社会允许官吏以官职爵位折抵徒罪的特权制度。它正式出现在《北魏律》与《陈律》中，《北魏·法例篇》规定：每一爵级抵当徒罪 2 年。南朝《陈律》规定更细，凡以官抵折徒刑，同赎刑结合使用。这表明当时封建特权法有进一步发展。

4、《北齐律》

(1) 历经十余年，修成当时最有水准的法典《北齐律》，共 12 篇，其将刑名与法例律合为名例律一篇，充实了刑法总则；精炼了刑法分则，使其成为 11 篇，即禁卫、户婚、擅兴、违制、诈伪、斗讼、贼盗、捕断、毁损、厩牧、杂律。

(2) 首次规定“重罪十条”，置于律首，作为严厉打击的对象，分别为：反逆（造反）；大逆（毁坏皇帝宗庙、山陵与宫殿）；叛（叛变）；降（投降）；恶逆（殴打谋杀尊亲属）；不道（凶残杀人）；不敬（盗用皇室器物及对皇帝不尊重）；不孝（不侍奉父母，不按礼制服丧）；不义（杀本府长官与授业老师）；内乱（亲属间的乱伦行为）。《北齐律》规定：“其犯此十者，不在八议论赎之限。”

(3) 《北齐律》在中国封建法律史上起着承先启后的作用，对封建后世的立法影响深远。

(4) 北齐的司法制度

| | |
|--|----------------------------------|
| 正式设置大理寺，以大理寺卿、少卿为正副长官。 | 增强中央司法机关的审判职能，为后世王朝健全这一机构奠定重要基础。 |
| 进一步提高尚书台的地位，其中的“三公曹”与“二千石曹”执掌司法审判，同时掌囚帐。 | 为隋唐时期刑部尚书执掌审判复核提供了前提。 |

(二) 法律形式的变化

这一时期法律形式发生了较大的变化，形成了律、令、科、比、格、式相互为用的立法格局。

| | |
|---|-------------------------------------|
| 科 | 起着补充与变通律、令的作用。 |
| 比 | 比附或类推，比照典型判例或相近律文处理法律无明文规定的同类案件。 |
| 格 | 与令相同，起着补充律的作用，均带有刑事法律的性质，不同于隋唐时期的格。 |
| 式 | 公文书式 |

(三) 法律内容的发展变化

主要表现在礼法结合的进一步发展。在汉代中期以后的法律儒家化的基础上，更广泛、更直接地把儒家的伦理规范上升为法律规范，使礼、法更大程度上实现融合。

- 1、八议入律
- 2、官当制度确立
- 3、重罪十条的产生
- 4、刑罚制度改革：

| | |
|------------------|------------------------------------|
| 规定绞、斩等死刑制度 | |
| 规定流刑，作为死刑的一种宽贷措施 | 北周时规定流刑分五等，每等以 500 里为基数，同时还要施加鞭刑。 |
| 规定鞭刑与杖刑 | 北魏时期开始改革以往五刑制度，增加鞭刑与杖刑，后北齐、北周相继采用。 |
| 废除宫刑制度 | 北朝与南朝相继宣布废除，结束了使用宫刑的历史。 |

- 5、“准五服制罪”的确立

6、死刑复奏制度：奏请皇帝批准执行死刑判决的制度。北魏太武帝时正式确立这一制度，为唐代的死刑三复奏打下了基础。

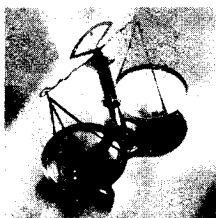
【例题·多选题】魏晋南北朝时期法律发生了许多发展变化，对后世法律具有重要影响。下列哪些表述正确揭示了这些发展变化？（ ）（04-1-60）

- A.《北齐律》共 12 篇，首先将刑名与法例律合为为例律一篇
- B.《魏律》以《周礼》“八辟”为依据，正式规定了“八议”制度
- C.《北周律》首次规定了“重罪十条”
- D.《北魏律》与《陈律》正式确立了“官当”制度

🔍 [答疑编号 506705101601]

【答案】ABD

【解析】“重罪十条”首次规定在《北齐律》中，而不是《北周律》。北齐为维护封建国家根本利益，在《北齐律》中首次规定“重罪十条”，是对危害统治阶级根本利益的十种重罪的总称。把“重罪十条”置于律首，作为厉打击的对象，增加了法律的威慑力量。选项 ABD 正确。



法制史

第一章

中国

新华考资

www.xhkzedu.com

第一节 西周至秦汉、魏晋时期的法制

一、西周以降的法制思想与法律

(一) 西周的“以德配天,明德慎罚”思想

1. “以德配天,明德慎罚”思想的内容。为谋求长治久安,周初统治者继承了夏商以来的天命观。同时,为了修补以往神权政治学说中的缺漏,并确定周王朝新的统治策略,进一步提出了“以德配天,明德慎罚”的政治法律主张。这里的“天”仍是夏商以来一直尊奉的“上天”,但周初统治者认为,“上天”只把统治人间的“天命”交给那些有“德”者;一旦统治者“失德”,也就会失去上天的庇护,新的有德者即可以应运而生,取而代之。因此,作为君临天下的统治者应该“以德配天”。“德”的要求主要包括三个基本方面:敬天、敬祖、保民,也就是要求统治者恭行天命,尊崇天帝与祖宗的教诲,爱护天下的百姓,做有德有道之君。在这种“以德配天”基本政治观之下,周初统治者为实现“以德配天”,具体提出了“明德慎罚”的法律主张。也就是说,要通过“慎罚——谨慎的适用法律”来达到“明德——实现礼治秩序”的目的。这种主张要求统治者首先要用“德教”的办法来治理国家,也就是通过道德教化的办法使天下人民臣服,在适用法律、实施刑罚时应该宽缓、谨慎,而不应一味用严刑峻罚来迫使臣民服从。“明德慎罚”的具体要求可以归纳为“实施德教,用刑宽缓”。其中“实施德教”是前提,是第一位的。“德教”的具体内容,周初统治者逐渐归纳成内容广博的“礼治”,即要求君臣上下父子兄弟都按既有的“礼”的秩序规范各自的言行,从而达到全社会一种和谐安定的“礼治秩序”。

2. “以德配天,明德慎罚”思想的影响。“以德配天,明德慎罚”的主张代表了西周初期统治者的基本政治观和基本的治国方针。这种主张的提出,不仅解决了为什么商汤可以伐桀、武王可以伐纣的理论问题,而且为西周社会的发展确定了基本的方向。这种法律思想的形成,说明当时的统治者在政治上已趋成熟。这一“明德慎罚”的法律观影响极为深远,为传统“慎刑”法律思想的渊源。在这种观念指导下,西周统治者把道德教化即“礼治”与刑罚处罚相结合,形成

了西周时期各种具体法律制度以“礼”、“刑”结合为结构的宏观法制特色,使这一思想深深植根于中国传统政治法律理论中,被后世奉为政治法律制度理想的原则与标本。汉代中期以后,“以德配天,明德慎罚”的主张被儒家发挥成“德主刑辅,礼刑并用”的基本策略,从而为以“礼律结合”为特征的中国传统法制奠定了理论基础。

(二) 出礼入刑的礼刑关系

1. 礼的内容与性质。礼是中国古代社会长期存在的、维护血缘宗法关系和宗法等级制度的一系列精神原则以及言行规范的总称。礼起源于原始社会祭祀鬼神时所举行的仪式。商、周两朝在前代礼制的基础上,都有所补充和发展。尤其周朝,礼制的内容和规模都有了空前的发展,调整着社会生活的各个方面。

中国古代的礼有两层含义:一是抽象的精神原则。可归纳为“亲亲”与“尊尊”两个方面。“亲亲”,即要求在家族范围内,按自己身份行事,不能以下凌上、以疏压亲,而且“亲亲父为首”,全体亲族成员都应以父家长为中心。“尊尊”,即要在社会范围内,尊敬一切应该尊敬的人,君臣、上下、贵贱都应恪守名分,而且“尊尊君为首”,一切臣民都应以君主为中心。在“亲亲”、“尊尊”两大原则下,又形成了“忠”、“孝”、“义”等具体精神规范。二是具体的礼仪形式。西周时期主要有五个方面,通称“五礼”:吉礼(祭祀之礼)、凶礼(丧葬之礼)、军礼(行兵仗之礼)、宾礼(迎宾待客之礼)、嘉礼(冠婚之礼)。

西周时期的礼已具备法的性质。首先,周礼完全具有法的三个基本特性,即规范性、国家意志性和强制性。其次,周礼在当时对社会生活各个方面都有着实际的调整作用。

2. “礼”与“刑”的关系。

(1)“出礼入刑”。西周时期“刑”多指刑法和刑罚。“礼”正面、积极规范人们的言行,而“刑”则对一切违背礼的行为进行处罚。其关系正如《汉书·陈宠传》所说的“礼之所去,刑之所取,失礼则入刑,相为表里”,两者共同构成西周法律的完整体系。

先秦时期的五刑通常指:墨、劓、剕(刖)、

宫、大辟五种残人肢体的肉刑。

(2)“礼不下庶人,刑不上大夫”。这是中国古代法律中的一项重要法律原则。它强调平民百姓与贵族官僚之间的不平等,强调官僚贵族的法律特权。“礼不下庶人”强调礼有等级差别,禁止任何越礼的行为;“刑不上大夫”强调贵族官僚在适用刑罚上的特权。

此时期存在着“礼刑”对应关系的表达,至战国以降,随着法家的形成,而有“儒法”对应的表达;并不存在今人所谓的“礼法”关系。

(三) 契约与婚姻继承法律

1. 西周的契约法规。

(1)买卖契约。西周的买卖契约称为“质剂”。这种契约写在简牍上,一分为二,双方各执一份。《周礼》载,“质”、“剂”有别。“质”,是买卖奴隶、牛马所使用的较长的契券;“剂”,是买卖兵器、珍异之物所使用的较短的契券。“质”、“剂”由官府制作,并由“质人”专门管理。

(2)借贷契约。西周的借贷契约称为“傅别”。《周礼》载:“听称责(责同债)以傅别。”为了保证债的履行,要求当事人订立契约“傅别”。“傅”,是把债的标的和双方的权利义务等写在契券上;“别”,是在简札中间写字,然后一分为二,双方各执一半,札上的字为半文。

2. 婚姻制度。

(1)婚姻缔结的三大原则,即一夫一妻制、同姓不婚、父母之命。凡不合此三者的婚姻即属非礼非法。一夫一妻制是西周婚姻制度的基本要求。虽然古代男子可以有妾(媵嫁制度)有婢,但法定的妻子只能是一个。也就是说,只有一夫一妻才是合法的婚姻;只有正妻所生子女为嫡系,其他皆为庶出,且在家庭关系中处于较低的地位。“同姓不婚”也是缔结婚姻的一个前提。西周实行同姓不婚原则,主要基于两点:首先,据说长期的经验证明,“男女同姓,其生不蕃”,同姓男女为婚会影响整个部族的发展。其次,禁止同姓为婚,多与异姓通婚,是为了“附远厚别”,即通过联姻加强与异姓贵族的联系,进一步巩固家天下与宗法制度。“父母之命,媒妁之言”是西周时期婚姻制度的又一原则。在宗法制下,必然要求由父母家长决定子女的婚姻



大事,通过媒人的中介来完成;否则即是非礼非法,称为“淫奔”,不为宗族和社会所承认。

(2) 婚姻“六礼”。西周时期“六礼”是婚姻成立的必要条件。合礼合法的婚姻,必须通过“六礼”程序来完成,即纳采:男家请媒人向女方提亲;问名:女方答应议婚后男方请媒人问女子名字、生辰等,并卜于祖庙以定凶吉;纳吉:卜得吉兆后即与女家订婚;纳征:男方送聘礼至女家,故又称纳币;请期:男方携礼至女家商定婚期;亲迎:婚期之日男方迎娶女子至家。至此,婚礼始告完成,婚姻也最终成立。

(3) 婚姻关系的解除。西周时期解除婚姻的制度,称为“七出”。所谓“七出”,又称“七去”,是指女子若有下列七项情形之一的,丈夫或公婆即可休弃之,即不顺父母去、无子去、淫去、妒去、恶疾去、多言去、盗窃去。其中,不顺父母(公婆)是“逆德”,无子是绝嗣不孝,淫是乱族,妒是乱家,有恶疾不能共祭祖先,口多言会离间亲属,盗窃则是反义。故为人妻者若有此七项之一,夫家即可休弃之。

按照周代的礼制,女子若有“三不去”的理由,夫家即不能离异休弃。“三不去”即是:有所娶而无所归,不去;与更三年丧,不去;前贫贱后富贵,不去。其中,“有所娶而无所归”是指女子出嫁时有娘家可依,但休妻时已无本家亲人可靠,若此时休妻则置女子于无家可归之地,故不能休妻。“与更三年丧”是指女子入夫家后与丈夫一起为公婆守过三年孝,如此已尽子媳之道,不能休妻。“前贫贱后富贵”是指娶妻时贫贱,但以后变得富裕。按礼制夫妻应为一体,贫贱时娶之,富贵时休之,义不可取,故不能休妻。

“七出”、“三不去”制度是宗法制度下夫权专制的典型反映。西周婚姻立法的原则和制度多为后世法律所继承和采用,成为中国传统法律的重要组成部分。

3. 继承制度。西周时期,在宗法制下已经形成了嫡长子继承制,即《春秋公羊传·隐公元年》所谓“立嫡以长不以贤,立子以贵不以长”。由于实行一妻多妾制,王位的继承必须是妻所生长子,无论其贤与否;如妻无子,则不得不立贵妾之子,不管其年龄如何。这种继承主要是王、贵族

政治身份的继承,土地、财产的继承是其次。

(四) 铸刑书与铸刑鼎

春秋时期,随着社会关系的变迁,传统的法律体制越来越暴露出其不合理性。首先,以前那种不公开、不成文的法律体制与新兴地主阶级的利益相冲突。其次,这种法律体制在形式上保守,内容上陈旧,已不能适应社会变革的新形势,无法满足新的社会关系的发展要求。因此,在春秋中期后,打破旧的传统、公布成文法的活动便在一些诸侯国中出现。

1. 铸刑书。公元前536年,郑国执政子产将郑国的法律条文铸在象征诸侯权位的金属鼎上,向全社会公布,史称“铸刑书”,这是中国历史上第一次公布成文法的活动。刑书是国家权力的象征,同时,也有利于法律在全社会范围内得到贯彻执行。

2. 铸刑鼎。公元前513年,晋国赵鞅把前任执政范宣子所编刑书正式铸于鼎上,公之于众,这是中国历史上第二次公布成文法的活动。春秋时期成文法的公布,对旧贵族操纵和使用法律的特权是严重的冲击,是新兴地主阶级的一次重大胜利。成文法的公布,否定了“刑不可知,则威不可测”的旧传统,明确了“法律公开”这一新兴地主阶级的立法原则,对于后世封建法制的发展具有深远的影响。

示例

郑国执政子产于公元前536年“铸刑书”,这是中国历史上第一次公布成文法的活动。对此,晋国大夫叔向曾写信痛斥子产:“昔先王议事以制,不为刑辟,惧民之有争心也……民知有辟,则不忌于上,并有争心,以征于书,而徼幸以成之,弗可为矣。”关于“不为刑辟”的含义,下列哪一选项是正确的?(2008年试卷一第10题)

- A. 不制定法律
- B. 不规定刑罚种类
- C. 不需要判例法
- D. 不公布成文法

【参考答案及简要提示】D。公元前536年,郑国执政子产“铸刑书”,是中国历史上明确记载的第一次公布成文法的活动。“不为刑辟”的含义应为不公布成文法。

(五)《法经》

1.《法经》的主要内容及其历史地位。《法经》是中国历史上第一部比较系统的成文法典。它是战国时期魏国魏文侯的相李悝在总结春秋以来各国成文法的基础上制定的,在中国立法史上具有重要历史地位。

《法经》共六篇:《盗法》、《贼法》、《网法》、《捕法》、《杂法》、《具法》。其中《盗法》、《贼法》是关于惩罚危害国家安全、危害他人及侵犯财产的法律规定。李悝认为“王者之政莫急于盗贼”,所以将此两篇列为法典之首。《网法》又称《囚法》,是关于囚禁和审判罪犯的法律规定。《捕法》是关于追捕盗贼及其他犯罪者的法律规定。《网》、《捕》二篇多属于诉讼法的范围。《杂法》是关于“盗贼”以外的其他犯罪与刑罚的规定,主要规定了“六禁”,即淫禁、狡禁、城禁、嬉禁、徒禁、金禁等。按明末董说的《七国考》引汉桓谭《新论》所列:“其杂律略曰:夫有一妻二妾,其刑臧,夫有二妻则诛;妻有二夫则宫;曰淫禁。盗符者诛,籍其家;盗玺者诛,议论国法令者诛,籍其家及其妻氏;曰狡禁。越城,一人则诛,自十人以上夷其乡及族;曰城禁。博戏,罚金三币;太子博戏,则笞,不止,则特笞,不止,则更立;曰嬉禁。群相居,一日则问;三日、四日、五日则诛;曰徒禁。丞相受金,左右伏诛;犀首以下受金,则诛;金自镒以下,罚不诛也;曰金禁。”《具法》是关于定罪量刑中从轻从重法律原则的规定,起着“具其加减”的作用,相当于近代刑法典中的总则部分。《法经》规定了各种主要罪名、刑罚及相关的法律适用原则,涉及的内容比较广泛。其基本特征在于:维护封建专制政权,保护地主的私有财产和奴隶制残余,并且贯彻了法家“轻罪重刑”的法治理论。《法经》的内容及特点充分反映了新兴地主阶级的意志与利益。

《法经》具有重要的历史地位。首先,《法经》是战国时期政治变革的重要成果,是战国时期封建立法的典型代表和全面总结。《法经》作为李悝变法的重要内容之一,也是对这一时期社会的一种肯定。其次,《法经》的体例和内容,为后世封建成文法典的进一步完善奠定了重要

的基础。从体例上看,《法经》六篇为秦汉直接继承,成为秦汉律的主要篇目,魏晋以后在此基础上进一步发展,最终形成了以《名例》为统率,以各篇为分则的完善的法典体例。在内容上,《法经》中“盗”、“贼”、“囚”、“捕”、“杂”、“具”各篇的主要内容大都为后世传统法典继承与发展。因此,无论从其历史作用还是对后世的影响来看,《法经》都是中国法制史上一部极为重要的法典。

2. 商鞅变法的主要内容及历史意义。公元前359年,法家著名代表人物商鞅在秦国实施变法改革,这是战国时期传统法制发展过程中又一次意义重大的法制改革。此次变法以其更为广泛的内容和更为重大的历史影响而在中国法律发展史上写下重要的一笔,史称“商鞅变法”。

(1) 变法的主要内容。作为法家的代表人物,商鞅主张运用法律手段达到建立强大封建政权的目的。他把自己的思想主张与秦国“富国强兵”的要求结合起来,在秦孝公的支持下,先后两次实施变法。这两次变法都是以法律、法令作为基本手段,把各项改革措施贯彻到政治、经济以及其他社会领域。因此,变法的全部内容都可以归纳到法律制度的变迁上来。从法律变革角度看,商鞅变法主要包括以下几个方面:

一是改法为律,扩充法律内容。商鞅的“改法为律”强调法律规范的普遍性,具有“范天下不一而归于—”的功能。“改法为律”,是在法律观念上的又一进步。

二是运用法律手段推行“富国强兵”的措施。“富国强兵”是变法的终极目的,为此颁布一系列法令,如颁布了《分户令》、《军爵律》。

三是用法律手段剥夺旧贵族的特权。例如,废除世卿世禄制度,实行按军功授爵;规定除国君的嫡系以外的宗室贵族,没有军功即取消其爵禄和贵族身份。同时取消分封制,实行郡县制,剥夺旧贵族对地方政权的垄断权,强化中央对地方的全面控制。

四是全面贯彻法家“以法治国”和“明法重刑”的主张。在变法过程中,法家的一些基本主



张皆清楚地表现出来。

其一,强调“以法治国”。要求全体臣民特别是国家官吏学法、“明法”,百姓学习法律者,“以吏为师”。

其二,“轻罪重刑”。在变法过程中,商鞅尽力贯彻重刑原则,加大量刑幅度,对轻罪也施以重刑。

其三,不赦不宥。为了贯彻重刑原则,强调国家法律的严肃性,商鞅在变法中反对赦宥,主张凡有罪者皆应受罚。

其四,鼓励告奸。为了更有效地禁奸止过,保证统治秩序的稳定,在变法过程中多次颁布法令,鼓励臣民相互告发奸谋,规定“告奸者与斩敌首同赏”。

其五,实行连坐。在变法期间广泛实行连坐制度。如邻伍连坐,以十家为什,五家为伍,什伍之间相互有告奸、举盗的责任,若什伍之中有作奸犯法者,相互负连带责任。此外,还实行军事连坐、职务连坐、家庭连坐等。这些对于维护社会秩序,保障政权的稳定有重要作用。

(2)商鞅变法的历史意义。商鞅变法是一次极为深刻的社会变革,秦国的法制也在变法过程中得以迅速发展与完善。秦国在商鞅变法之后迅速强盛起来,最终一统六国,建立了历史上第一个中央集权的帝制王朝。

二、秦汉、魏晋时期的法律

(一)秦代的罪名与

新华考资

www.xhkdzu.com

1. 罪名。秦代法律所规定的罪名极为繁多,且尚无系统分类,更未形成较为科学的罪名体系。但大致而言,秦代的罪名主要有以下五类:

(1)危害皇权罪。如谋反;泄露机密;偶语诗书、以古非今;诽谤、妖言;诅咒、妄言;非所宜言;投书;不行君令等。

(2)侵犯财产和人身罪。秦代侵犯财产方面的罪名主要是“盗”。盗窃列为重罪,按盗窃数额量刑。除了一般意义上的盗,秦代还有共盗、群盗之分:共盗指五人以上共同盗窃;群盗则是指聚众反抗统治秩序,属于危害皇权的重重大政治犯罪。

侵犯人身方面的罪名主要是贼杀、伤人。这里的“贼”与今义不同,而是荀子和西晋张斐所说的“害良曰贼”,“无变斩击谓之贼”,即杀死、伤害他人以及在未发生变故的正常情况下杀人、伤人。此外,斗伤、斗杀在秦代亦属于侵犯人身罪。

(3)渎职罪。一是官吏失职造成经济损失的犯罪;二是军职罪;三是有关司法官吏渎职的犯罪,其主要有:①“见知不举”罪。如《史记·秦始皇本纪》载秦代禁书令规定,“有敢偶语《诗》、《书》者,弃市。以古非今者,族。吏见知不举者,与同罪”。②“不直”罪和“纵囚”罪,在《睡虎地秦墓竹简》所载律文中规定:前者指罪应重而故意轻判,应轻而故意重判;后者指应当论罪而故意不论罪,以及设法减轻案情,故意使案犯达不到定罪标准,从而判其无罪。③“失刑”罪,指因过失而量刑不当(若系故意,则构成“不直”罪)。

(4)妨害社会管理秩序罪。如《田律》中规定的违令卖酒罪;《法律答问》中的“逋事”与“乏徭”等逃避徭役罪;《秦律杂抄》中的逃避赋税罪等。

(5)破坏婚姻家庭秩序罪。一类是关于婚姻关系的,包括夫殴妻、夫通奸、妻私逃等。另一类是关于家庭秩序的,包括擅杀子、子不孝、子女控告父母、卑幼殴尊长、乱伦等。

示例

据史书载,以下均为秦朝刑事罪名。下列哪一选项最不具有秦朝法律文化的专制特色?(2011年试卷一第16题)

- A. “偶语诗书”
- B. “以古非今”
- C. “非所宜言”
- D. “失刑”

【参考答案及简要提示】D。A项“偶语诗书”、B项“以古非今”、C项“非所宜言”均为危害皇权罪,显然体现了秦朝的法律文化、法律制度的专制特点,不符合题目要求。而D项“失刑”为渎职罪,是中国古代官吏职务犯罪的罪名,最不具有秦朝法律文化的专制特色。

2. 刑罚。秦代的刑罚种类繁多,大致而言,主要包括以下八大类:笞刑、徒刑、流放刑、肉刑、死刑、羞辱刑、经济刑、株连刑。其中前五类相当于现代的主刑,后三类相当于现代的附加刑。但从目前的史料来看,秦尚未形成完整的刑罚体系,且刑罚极为残酷,一切都呈现出过渡时期的特征。

(1) 笞刑。笞刑是以竹、木板责打犯人背部的轻刑,是秦代经常使用的一种刑罚方法。秦简中有“笞十”、“笞五十”、“笞一百”等多种等级,大多针对轻微犯罪而设,也有的是作为减刑后的刑罚。

(2) 徒刑。徒刑即剥夺罪犯人身自由,强制其服劳役的刑罚。在秦代主要包括以下几种:①城旦舂,男犯筑城,女犯舂米,但实际从事的劳役并不限于筑城舂米;②鬼薪、白粲,男犯为祠祀鬼神伐薪,女犯为祠祀择米,但实际劳役也绝不止于为宗庙取薪择米;③隶臣妾,即将罪犯及其家属罚为官奴婢,男为隶臣,女为隶妾,其刑轻于鬼薪、白粲;④司寇,即伺寇,意为伺察寇盗,其刑轻于隶臣妾;⑤候,即发往边地充当斥候,是秦代徒刑的最轻等级。

(3) 流放刑。包括迁刑和谪刑,都是将犯人迁往边远地区的刑罚,其中谪刑适用于犯罪的官吏,但两者都比后世的流刑要轻。

(4) 肉刑。肉刑即黥(或墨)、劓、刖(或斩趾)、宫四种残害肢体的刑罚。它们源于奴隶制时代,在秦时不仅沿用,且十分广泛。从云梦秦简来看,秦的肉刑大多与城旦舂等较重的徒刑结合使用。

(5) 死刑。秦代的死刑执行方法很多,例如:①弃市,即所谓杀之于市,与众弃之;②戮,即先对犯人使用痛苦难堪的羞辱刑,然后斩杀;③磔,即裂其肢体而杀之;④腰斩;⑤车裂;⑥枭首,即处死后悬其首级于木上;⑦族刑,通常称为夷三族或灭三族;⑧具五刑,即《汉书·刑法志》所说:“当夷三族者,皆先黥、劓、斩左右趾,笞杀之,枭其首,菹其骨肉于市。其诽谤詈诅者,又先断舌,故谓之具五刑。”

(6) 羞辱刑。秦时经常使用“髡”、“耐”等耻辱刑作为徒刑的附加刑。其中“髡”是指剃光犯人的头发和胡须。此外,死刑中的“戮”刑也含有羞辱之意。

(7) 货赎刑。秦律中对轻微罪适用的强制缴纳一定财物的刑罚主要是“货”;同时,赎刑也可归入这一范畴。“货”是独立刑种。它包括三种:一是纯属罚金性质的“货甲”、“货盾”;二是“货戍”,即发往边地做戍卒;三是“货徭”,即罚服劳役。赎刑不是独立刑种,而是一种允许已被判刑的犯人用缴纳一定金钱或服一定劳役来赎免刑罚的办法。从云梦秦简来看,秦代的赎刑范围非常广泛,从“赎耐”、“赎黥”、“赎迁”,到“赎宫”、“赎死”,均可赎免。

(8) 株连刑。主要是族刑(见死刑条)和“收”。收,亦称收孥、籍家,就是在对犯人判处某种刑罚时,还同时将其妻子、儿女等家属没收为官奴婢。

(二) 秦代的刑罚适用原则

秦统治者经过长期的司法实践,总结前代的经验,围绕犯罪主体、客体、动机和后果以及其他因素而形成了一些刑罚适用原则。

1. 刑事责任能力的规定。秦律规定,凡属未成年犯罪,不负刑事责任或减轻刑事处罚。秦律以身高判定是否成年,大约六尺五寸为成年身高标准,低于六尺五寸的为未成年人。

2. 区分故意(端)与过失(不端)的原则。秦律重视故意与过失犯罪的区别。故意诬告者,实行反坐;主观上没有故意的,按告不审从轻处理。

3. 盗窃按赃值定罪的原则。秦律把赃值划分为三等,即一百一十钱、二百二十钱与六百六十钱。对于侵犯财产的盗窃罪,依据以上不同等级的赃值,分别定罪。一般赃值少的定罪轻,赃值多的定罪重。

4. 共犯罪与集团犯罪加重处罚的原则。秦律在处罚侵犯财产罪上共犯罪较个体犯罪处罚从重,集团犯罪(5人以上)较一般犯罪处罚从重。

5. 累犯加重原则。本身已犯罪,再犯诬告他人罪,加重处罚。除去耐为隶臣外,还要判处城旦苦役6年。

6. 教唆犯罪加重处罚的原则。秦律规定,教唆未成年人犯罪者加重处罚。教唆未满15岁的人抢劫杀人,虽分赃仅为十文钱,教唆者也要处以碎尸刑。

7. 自首减轻处罚的原则。秦律规定:凡携



带所借公物外逃,主动自首者,不以盗窃论处,而以逃亡论处。如隶臣妾在服刑期间逃亡后又自首,只笞五十,补足期限。若犯罪后能主动消除犯罪后果,可以减免处罚。

8. 诬告反坐原则。秦律规定,故意捏造事实与罪名诬告他人,即构成诬告罪。诬告者实行反坐原则,即以被诬告人所受的处罚,反过来制裁诬告者。

(三) 汉代文帝、景帝废肉刑

西汉建立后,重视总结秦亡教训。汉文帝时鉴于当时继续沿用黥、劓、斩左右趾等肉刑,不利于政权的稳固,开始考虑改革肉刑。当时经济发展、社会稳定,出现了前所未有的盛世,为改革刑制提供了良好的社会条件。文帝开始刑罚改革的直接起因是在文帝十三年,齐太仓令获罪当施黥刑,其小女缇萦上书请求将自己没官为奴,替父赎罪,并指出肉刑制度断绝犯人自新之路的严重问题。文帝为之所动,下令废除肉刑。

1. 刑制改革的内容。把黥刑(墨刑)改为髡钳城旦舂(去发颈部系铁圈服苦役五年);劓刑改为笞三百;斩左趾(砍左脚)改为笞五百,斩右趾改为弃市死刑。文帝的改革,从法律上宣布了废除肉刑,具有重要意义。但改革中也有由轻改重的现象,如斩右趾改为弃市死刑。虽然劓刑改为笞三百,斩左趾改为笞五百,不再用肉刑处罚,但因笞刑数太多,使受刑之人难保活命,因而班固称其为“外有轻刑之名,内实杀之”。改革存在不少缺陷,有待进一步完善。景帝继位后,在文帝基础上对肉刑制度作进一步改革。他主持重定律令,将文帝时劓刑笞三百,改为笞二百;斩左趾笞五百,改为笞三百。景帝又颁布《箠令》,规定笞杖尺寸,以竹板制成,削平竹节,以及行刑不得换人等,使得刑制改革向前迈了一大步。

2. 刑制改革的意义。文帝、景帝时期的刑制改革,顺应了历史发展,为结束传统肉刑制度,建立新的刑罚制度奠定了重要基础。尽管这次改革还有缺陷,但同周秦时期广泛使用肉刑相比,无疑是历史性的进步,在法制发展史上具有重要的意义。

(四) 汉律的儒家化

1. 上请与恤刑。汉高祖刘邦七年下诏:

“郎中有罪耐以上,请之。”即通过请示皇帝给有罪贵族官僚某些优待。其后,宣帝、平帝相继规定上请制度,凡百石以上官吏、公侯及子孙犯罪,均可以享受“上请”优待。东汉时“上请”适用面越来越宽,遂成为官僚贵族的一项普遍特权,从徒刑二年到死刑都可以适用,为官僚贵族犯罪减免刑罚,提供了法律上的保障。

统治者以“为政以仁”相标榜,强调贯彻儒家矜老恤幼的恤刑思想。年80岁以上的老人,8岁以下的幼童,以及怀孕未产的妇女、老师、侏儒等,在有罪监禁期间,给予不戴刑具的优待。老人、幼童及连坐妇女,除犯大逆不道诏书指明追捕的犯罪外,一律不再拘捕监禁。当然,给老幼以优待,也以不危害统治阶级的利益为限。

2. 亲亲得相首匿。亲亲得相首匿原则,是汉宣帝时期确立的。主张亲属间首谋藏匿犯罪可以不负刑事责任。来源于儒家“父为子隐,子为父隐,直在其中”的理论,对卑幼亲属首匿尊长亲属的犯罪行为,不追究刑事责任。尊长亲属首匿卑幼亲属,罪应处死的,可上请皇帝宽贷。它反映出汉律的儒家化,并且一直影响后世立法。

(五) 魏晋南北朝时期法典的发展变化

1. 法典结构与法律形式的发展变化。

(1)《魏律》。鉴于汉代律令繁杂,魏明帝下诏改定刑制,作新律18篇,后人称为《魏律》或《曹魏律》。新律对秦汉旧律有较大改革。首先,将《法经》中的“具律”改为“刑名”置于律首;其次,将“八议”制度正式列入法典;第三,进一步调整法典的结构与内容,使中国传统法典在系统和科学上迈进了一大步。

(2)《晋律》颁行与张杜注律。西晋泰始三年,晋武帝诏颁《晋律》,又称《泰始律》。《晋律》对汉魏法律继续改革,精简法律条文,形成20篇602条的格局。与魏律相比,在刑名律后增加法例律,丰富了刑法总则的内容。同时对刑律分则部分重新编排,向着“刑宽”、“禁简”的方向迈进了一大步。在《晋律》颁布的同时,律学家张斐、杜预为之作注,总结了历代刑法理论与刑事立法经验,经晋武帝批准颁行,与《晋律》具有同等法律效力。故《晋律》及该注解亦称“张杜律”。

(3)《北魏律》的制颁。北魏统治者吸收汉晋立法成果,采诸家法典之长,经过综合比较,“取精用宏”,修成《北魏律》20篇,成为当时著名的法典。

(4)《北齐律》的制定。北齐政权全面总结历代立法经验,历经十余年修成当时最有水准的法典《北齐律》。《北齐律》共12篇,其将刑名与法例律合为名例律一篇,充实了刑法总则;精练了刑法分则,使其成为11篇,即禁卫、户婚、擅兴、违制、诈伪、斗讼、贼盗、捕断、毁损、厩牧、杂律。《北齐律》在中国法律史上起着承先启后的作用,对后世的立法影响深远。

(5)法律形式的变化。这一时期法律形式发生了比较大的变化,形成了律、令、科、比、格、式相互为用的立法格局。科起着补充与变通律、令的作用。格与令相同,起着补充律的作用,均带有刑事法律性质,不同于隋唐时期的格。比是比附或类推,即比照典型判例或相近律文处理法律无明文规定的同类案件。式是公文书式。

2. 法典内容的发展变化。三国两晋南北朝时期随着社会政治经济关系的变化,法律内容也有所发展,主要表现在礼法结合的进一步发展。也就是说,在汉代中期以后的法律儒家化的基础上,更广泛、更直接地把儒家的伦理规范上升为法律规范,使礼、律更大程度上实现融合。其具体表现在以下几个方面:

(1)“八议”入律与“官当”制度确立。魏明帝在制定《魏律》时,以《周礼》“八辟”为依据,正式规定了“八议”制度。“八议”制度是对皇朝特权人物犯罪实行减免处罚的法律规定。它包括议亲(皇帝亲戚)、议故(皇帝故旧)、议贤(有传统德行与影响的人)、议能(有大才能)、议功(有大功勋)、议贵(贵族官僚)、议勤(为朝廷勤劳服务)、议宾(前代皇室宗亲)。此后,“八议”成为各代刑律的重要内容。唐律中的名例律在五刑、十恶之后即规定了八议制度。

“官当”是传统社会允许官吏以官职爵位折抵徒罪的特权制度。它正式出现在《北魏律》与《陈律》中,《北魏律·法例篇》规定:每一爵级抵当徒罪2年。南朝《陈律》规定更细,凡以官抵折徒刑,同赎刑结合使用。如官吏犯罪应判4~5

年徒刑,许当徒2年,其余年限服劳役。若判处3年徒刑,准许以官当徒2年,剩余1年可以赎罪。这表明当时官僚特权法有进一步发展。

(2)“重罪十条”的产生。北齐为维护皇朝根本利益,在《北齐律》中首次规定“重罪十条”,是对危害统治阶级根本利益的十种重罪的总称。把“重罪十条”置于律首,作为严厉打击的对象,增加了法律的威慑力量。《北齐律》规定:“其犯此十者,不在八议论赎之限。”

(3)刑罚制度改革。一是规定绞、斩等死刑制度。二是规定流刑。把流刑作为死刑的一种宽贷措施。北周时规定流刑分五等,每等以500里为基数,同时还要施加鞭刑。三是规定鞭刑与杖刑。北魏时期开始改革以往五刑制度,增加鞭刑与杖刑,后北齐、北周相继采用。四是废除宫刑制度,北朝与南朝相继宣布废除宫刑,自此结束了使用宫刑的历史。

(4)“准五服制罪”的确立。《晋律》与《北齐律》中相继确立“准五服制罪”的制度。服制是中国封建社会以丧服为标志,区分亲属的范围和等级的制度。按服制依亲属远近关系分为五等:斩衰、齐衰、大功、小功、缌麻。服制不但确定继承与赡养等权利义务关系,同时也是亲属相犯时确定刑罚轻重的依据。如斩衰亲服制最高,尊长犯卑幼减免处罚,卑幼犯尊长加重处罚。缌麻亲服制最疏,尊长犯卑幼处罚相对从重,卑幼犯尊长处处罚相对从轻。依五服制罪成为封建法律制度的重要内容,影响广泛,直到明清。

(5)死刑复奏制度。死刑复奏制度是指奏请皇帝批准执行死刑判决的制度。北魏太武帝时正式确立这一制度,为唐代的死刑三复奏打下了基础。这一制度的建立既加强了皇帝对司法审判的控制,又体现了皇帝对民众的体恤。

三、司法制度

(一)司法机关

1. 从司寇、廷尉到大理寺

(1)西周时期的司寇。周天子是最高裁判者。中央设大司寇,负责实施法律法令,辅佐周王行使司法权。大司寇下设小司寇,辅佐大司寇审理具体案件。大、小司寇下设专门的司法

新华考资

www.xhkdzu.com



属吏。此外,基层设有士师、乡士、遂士等负责处理具体司法事宜。

(2)秦汉时期的廷尉。皇帝掌握最高审判权;廷尉为中央司法机关的长官,审理全国案件。汉承秦制,廷尉仍是中央司法长官;郡守为地方行政长官也是当地司法长官,负责全郡案件审理;县令兼理本县司法,负责全县审判工作;基层设乡里组织,负责本地治安与调解工作。

(3)北齐的大理寺。北齐时期正式设置大理寺,以大理寺卿和少卿为正副长官。大理寺的建立增强了中央司法机关的审判职能,也为后世王朝健全这一机构奠定了重要基础。此时期进一步提高尚书台的地位,其中的“三公曹”与“二千石曹”执掌司法审判,同时掌囚帐。这为隋唐时期刑部尚书执掌审判复核提供了前提。

2. 御史制度。秦代御史大夫与监察御史,对全国进行法律监督。汉代时期御史大夫(西汉)、御史中丞(东汉),负责法律监督;西汉武帝以后设立司隶校尉,监督中央百官与京师地方司法官吏;刺史,专司各地行政与法律监督之职。魏晋以降,为抑制割据势力,御史监督职能有明显加强。晋以御史台主监察,权能极广,受命于皇帝,有权纠举一切不法案件,又设治书侍御史,纠举审判官吏的不法行为。

(二) 诉讼制度

1. 狱讼、“五听”与“三刺”制度。

(1)西周时期的“狱”与“讼”。民事案件称为“讼”,刑事案件称为“狱”,审理民事案件称为“听讼”,审理刑事案件叫做“断狱”。

(2)西周时期的“五听”。“五听”制度指判案时判断当事人陈述真伪的五种方式。《周礼·秋官·小司寇》中记载的具体内容是:辞听,听当事人的陈述,理屈则言语错乱;色听,观察当事人的表情,如理亏就会面红耳赤;气听,听当事人陈述时的呼吸,如无理就会紧张得喘息;耳听,审查当事人听觉反应,如无理就会紧张得听不清话;目听,观察当事人的眼睛,无理就会失神。即通过观察当事人的言语表达、面部表情、呼吸、听觉、眼睛与视觉确定其陈述真假,说明西周时已注意到司法心理问题并将其运用到审判实践中。

(3)西周时期的“三刺”制度。西周时凡遇重大疑难案件,应先交群臣讨论;群臣不能决断时,再交官吏们讨论;还不能决断的,交给所有国人商讨决定。“三刺”制度说明西周对司法判案的慎重,是“明德慎罚”思想在司法实践中的体现。

2. 春秋决狱与秋冬行刑。

(1)汉代的《春秋》决狱。这是法律儒家化在司法领域的反映,其特点是依据儒家经典——《春秋》等著作中提倡的精神原则审判案件,而不仅仅依据汉律审案。董仲舒在《春秋繁露》篇中对“春秋决狱”做了解说:“春秋之听狱也,必本其事而原其志;志邪者不待成,首恶者罪特重,本直者其论轻。”可见其要旨是:必须根据案情事实,追究行为人的动机;动机邪恶者即使犯罪未遂也不免刑责;首恶者从重惩治;主观上无恶念者从轻处理。这里强调审断时应重视行为人在案情中的主观动机;在着重考察动机的同时,还要依据事实,分别首犯、从犯和已遂、未遂。《盐铁论·刑德》中认为:“春秋之治狱,论心定罪。志善而违于法者免,志恶而合于法者诛。”更指出其以犯罪者的主观动机“心”、“志”定罪。《春秋》决狱实行“论心定罪”原则,如犯罪人主观动机符合儒家“忠”、“孝”精神,即使其行为构成社会危害,也可以减免刑事处罚。相反,犯罪人主观动机严重违背儒家倡导的精神,即使没有造成严重危害后果,也要认定犯罪给予严惩。以《春秋》经义决狱为司法原则,对传统的司法和审判是一种积极的补充。但是,如果专以主观动机“心”、“志”的“善恶”,判断有罪无罪或罪行轻重,也往往会成为司法官吏主观臆断和陷害无辜的口实,在某种程度上为司法擅断提供了依据。

(2)汉代的“秋冬行刑”。汉代对死刑的执行,实行“秋冬行刑”制度。汉统治者根据“天人感应”理论,规定春、夏不得执行死刑。《后汉书·章帝纪》载,东汉章帝元和二年重申:“王者生杀,宜顺时气。其定律:无以十一、十二月报囚。”除谋反大逆等“决不待时”者外,一般死刑犯须在秋天霜降以后、冬至以前执行,因为这时“天地始肃”,杀气已至,便可“申严百刑”,以示所谓“顺天行诛”。秋冬行刑制度,对后世有着

深远影响,唐律规定“立春后不决死刑”,明清律中的“秋审”制度亦溯源于此。

第二节 唐宋至明清时期的法制

一、唐律与中华法系

(一)《唐律疏议》——礼律统一的法典

1.《唐律》的修订过程——从《武德律》到《永徽律疏》。唐高祖李渊(公元618~626年)于武德四年命裴寂等以《开皇律》为准,撰定律令,于武德七年(公元624年)奏上,是为《武德律》,这是唐代首部法典。《武德律》共12篇500条。唐太宗即位以后,于贞观元年命长孙无忌、房玄龄等人在《武德律》基础上,参照隋《开皇律》,制定新的法典,至贞观十一年(公元637年)始告完成,称为《贞观律》。《贞观律》仍为12篇500条。《贞观律》进行了较大的修改。如增设加役流,缩小连坐处死的范围,确定了五刑、十恶、八议以及类推等原则与制度。《贞观律》的修订,基本上确定了唐律的主要内容和风格,对后来的《永徽律》及其他法典有很深的影响。

2.《永徽律疏》的颁行。《永徽律疏》又称《唐律疏议》,是唐高宗永徽年间完成的一部极为重要的法典。高宗永徽二年(公元651年),长孙无忌等在《贞观律》基础上修订。最终,奏上新撰律12卷,是为《永徽律》。鉴于当时中央、地方在审判中对法律条文理解不一,每年科举考试中明法科考试也无统一的权威标准的情况,唐高宗在永徽三年下令召集律学通才和一些重要臣僚对《永徽律》进行逐条逐句的解释,“条义疏奏以闻”,继承汉晋以来,特别是晋代张斐、杜预注释律文的已有成果,历时1年,撰《律疏》30卷奏上,与《永徽律》合编在一起,于永徽四年十月经高宗批准,将疏议分附于律文之后颁行,计12篇,共30卷,称为《永徽律疏》。至元代后,人们以疏文皆以“议曰”二字始,故又称为《唐律疏议》。由于疏议对全篇律文所做权威性的统一法律解释,给实际司法审判带来便利,以至于《旧唐书·刑法志》说当时的“断狱者,皆引疏分析之”。疏议的作用至重,学者杨鸿烈在《中国法律发达史》一书中认为,“这部

永徽律全得疏议才流传至今”。

《永徽律疏》总结了汉魏晋以来立法和注律的经验,不仅对主要的法律原则和制度做了精确的解释与说明,而且尽可能引用儒家经典作为律文的理论根据。《永徽律疏》的完成,标志着中国古代立法达到了最高水平。作为中国传统法制的最高成就,《永徽律疏》全面体现了中国古代法律制度的水平、风格和基本特征,成为中华法系的代表性法典,对后世及周边国家产生了极为深远的影响。同时,因此前的《贞观律》等至今都已遗失,所以,《永徽律疏》成为中国历史上迄今保存下来的最完整、最早、最具有社会影响的古代成文法典,在中国古代立法史上占有最为重要的地位。

示例

关于《永徽律疏》,下列哪些选项是错误的?(2008年试卷一第58题)

- A.《永徽律疏》又称《唐律疏议》,是唐太宗在位时制定的
- B.《永徽律疏》首次确立了“十恶”即“重罪十条”制度
- C.《永徽律疏》对主要的法律原则和制度做了精确的解释,而且尽可能以儒家经典为根据
- D.《永徽律疏》是对《贞观律》的解释,在中国立法史上的地位不如《贞观律》

【参考答案及简要提示】ABD。《永徽律疏》又称《唐律疏议》,是唐高宗永徽四年十月经高宗批准,将疏议分附于律文之后颁行,计12篇,共30卷,称为《永徽律疏》。隋《开皇律》在“重罪十条”的基础上加以损益,确定了十恶制度。唐律承袭此制,将“十恶”列入名例律之中。

《永徽律疏》总结汉魏晋以来立法和注律的经验,引用儒家经典作为律文的理论根据。《永徽律疏》是中国历史上迄今保存下来的最完整、最早、最具有社会影响的古代成文法典。在中国古代立法史上占有最为重要的地位。《永徽律疏》全面体现了中国古代法律制度的水平、风格和基本特征,成为中华法系的代表性法典,对后世及周边国家产生了极为深远的影响。



(二) 十恶

1. 从“重罪十条”到“十恶”。所谓“十恶”是隋唐以后历代法律中规定的严重危害统治阶级根本利益的常赦不原的十种最严重犯罪,渊源于北齐律的“重罪十条”。隋《开皇律》在“重罪十条”的基础上加以损益,确定了十恶制度。唐律承袭此制,将“十恶”列入名例律之中。《唐律》名例疏议即云:“五刑之中,十恶尤切,亏损名教,毁裂冠冕,特标篇首,以为明诫。”

2. 唐律中十恶的具体内容:

(1) 谋反:谓谋危社稷,指谋害皇帝、危害国家的行为;

(2) 谋大逆:指图谋破坏国家宗庙、皇帝陵寝以及宫殿的行为;

(3) 谋叛:谓背国从伪,指背叛本朝、投奔敌国的行为;

(4) 恶逆:指殴打或谋杀祖父母、父母等尊亲属的行为;

(5) 不道:指杀一家非死罪三人及肢解人的行为;

(6) 大不敬:指盗窃皇帝祭祀物品或皇帝御用物、伪造或盗窃皇帝印玺、调配御药误违原方、御膳误犯食禁以及指斥皇帝、无人臣之礼等损害皇帝尊严的行为;

(7) 不孝:指控告祖父母、父母,未经祖父母、父母同意私立门户、分异财产,对祖父母、父母供养有缺,为父母尊长服丧不如礼等不孝行为;

(8) 不睦:指谋杀或卖五服(缌麻)以内亲属,殴打或控告丈夫大功以上尊长等行为;

(9) 不义:指杀本管上司、授业师及夫丧违礼的行为;

(10) 内乱:指奸小功以上亲属等乱伦行为。

唐律中“十恶”制度所规定的犯罪大致可以分为两类:一为侵犯皇权与特权的犯罪;一为违反伦理纲常的犯罪。唐律将这些犯罪集中规定在名例律之首,并在分则各篇中对这些犯罪相应规定了最严厉的刑罚。而且,唐律规定凡犯十恶者,不适用八议等规定,且为常赦所不原,此即俗语所谓“十恶不赦”的渊源。这些特别规定充分体现了唐律的本质和重点在于维护皇

权、特权、传统的伦理纲常及伦理关系。

(三) 六杀、六赃与保辜

1. 六杀。《唐律》贼盗、斗讼篇中依犯罪人主观意图区分了“六杀”,即所谓的“谋杀”、“故杀”、“斗杀”、“误杀”、“过失杀”、“戏杀”。唐律的“谋杀”指预谋杀杀人;“故杀”指事先虽无预谋,但情急杀人时已有杀人的意念;“斗杀”指在斗殴中出于激愤失手将人杀死;“误杀”指由于种种原因错置了杀人对象;“过失杀”指“耳目所不及,思虑所不到”,即出于过失杀人;“戏杀”指“以力共戏”而导致杀人。基于上述区别,唐律规定了不同的处罚。谋杀,一般减杀人罪数等处罚;但奴婢谋杀主、子孙谋杀尊亲则处以死刑,体现了对传统礼教原则的维护。故意杀人,一般处斩刑;误杀则减杀人罪一等处罚;斗杀也同样减杀人罪一等处罚。戏杀则减斗杀罪二等处罚。过失杀,一般“以赎论”,即允许以铜赎罪。“六杀”理论的出现,反映了唐律对传统杀人罪理论的发展与完善。

2. 六赃。指《唐律》规定的六种非法获取公私财物的犯罪。唐律要求官吏廉洁奉公,严惩利用职权谋取私利或贪赃枉法的行为。在量刑上,对于官吏以权谋私、贪赃枉法的行为,唐律中均规定了较常人犯财产罪更重的刑罚。六赃具体包括以下罪名:

一是“受财枉法”,指官吏收受财物导致枉法裁判的行为。《唐律》职制篇规定,凡官吏受财枉法,赃满15匹处绞。

二是“受财不枉法”,指官吏收受财物,但无枉法裁判行为。《唐律》职制篇规定,即使不枉法,赃满30匹也处仅次于死刑的加役流。这种俗语说的“拿人钱财不為人消灾”的行为,被今人讽刺为“连腐败道德都不讲了”。而针对此类官员的腐败现象,现时立法中确有不周严之处。

此外,《唐律》职制篇还规定有“事后受财”即“诸有事先不许财,事过之后而受财者,事若枉,准枉法论;事不枉者,以受所监临财物论”。此类规范对时下官员贪污行为中的“权力期权化”的防范,当是不无借鉴意义的。

三是“受所监临”,指官吏利用职权非法收受所辖范围内百姓或下属财物的行为。《唐律》

职制篇规定,官吏出差,不得在所到之处接受礼物;主动索取或强要财物的,加重处罚。监临主守官盗取自己所监临财物或被监临人财物的,比窃盗加二等处罚;赃满30匹者即绞。甚至规定,不得向被监临人借用财物,不得私自役使下属人员或利用职权经商谋利;否则依情节分别处以笞杖或徒刑。唐律还规定,官吏应约束其家人不得接受被监临人的财物;若家人有犯,比照官吏本人减等治罪。如监守自盗的比一般盗罪加等处罚,赃满30匹者即绞。

四是“强盗”,指以暴力获取公私财物的行为。《唐律》贼盗篇规定强盗罪处罚更严,虽不得财,也要处徒刑2年。持凶器得财者一尺徒3年,10匹及伤人者绞;杀人者斩。

五是“窃盗”,指以隐蔽的手段将公私财物据为己有的行为。《唐律》贼盗篇对一般窃盗罪也严格规定,不得财者笞五十,得财者至50匹处加役流刑。

六是“坐赃”,指官吏或常人非因职权之便非法收受财物的行为。《唐律》杂律篇规定,官吏因事接受他人财物的即构成“坐赃”,同时禁止监临主守官在辖区内役使百姓,借贷财物,违者以坐赃论处。

六赃的分类与诸多具体惩罚收受贿赂行为的规定,特别是对官员集体受贿行为的分别论处、对行贿人的处罚、对介绍行贿人的严惩等规范,至今仍不失其借鉴意义。这些规范和按赃值定罪的原则为后世立法所继承,在明清律典中均有《六赃图》的配附。

3. 保辜。指对伤人罪后果不是立即显露的,规定加害方在一定期限内对被害方伤情变化负责的一项特别制度。《唐律》规定:“手足殴伤人限十日,以他物殴伤人者二十日,以刃及汤火伤人者三十日,折跌肢体及破骨者五十日。”在限定的时间内受伤者死去,伤人者承担杀人的刑责;限外死去或者限内以他故死亡者,伤人者只承担伤人的刑事责任。唐代确定保辜期限,用以判明伤人者的刑事责任,尽管不够科学,但较之以往却是一个进步。

(四)五刑与刑罚原则

1. 唐律中的五刑。唐律承用隋《开皇律》

中所确立的五刑,即笞、杖、徒、流、死五种刑罚,作为基本的法定刑,其具体规格与《开皇律》稍有不同:

(1)笞刑,为五刑中最轻一级刑罚,分为五等,由笞十到笞五十,每等加笞十;

(2)杖刑,亦分五等,由六十至一百,每等加杖十;

(3)徒刑,分为五等,自徒一年至徒三年,以半年为等差;

(4)流刑,分为三等,即流二千里、二千五百里、三千里,另有加役流;

(5)死刑,分斩、绞二等。

2. 唐律中的刑罚原则。

(1)区分公、私罪的原则。唐律规定公罪从轻,私罪从重。所谓公罪是指“缘公事致罪而无私曲者”,即在执行公务中,由于公务上的关系造成某些失误或差错,而不是为了追求私利而犯罪,如“擅赋敛”而无私人获利者,处罚从轻。所谓私罪包括两种:一种是指“不缘公事私自犯者”,即所犯之罪与公事无关,如盗窃、强奸。另一种是指“虽缘公事,意涉阿曲”的犯罪,即利用职权,徇私枉法,如受人嘱托、枉法裁判;虽因公事,也以私罪论处。适用官当时,也要区分公罪和私罪,犯公罪者可以多当1年徒刑。

唐律之所以要区分公罪与私罪,主要目的在于保护各级官吏执行公务、行使职权的积极性,以便提高国家的统治效能;同时,防止某些官吏假公济私,以权谋私,保证法制的统一。

(2)自首原则。一是严格区分自首与自新的界限。唐代以犯罪未被举发而能亲自到官府或父兄代为到官府交代罪行的,叫做自首或遣人代首。即“若於法得相容隐者为首及相告言者,各听如罪人身自首法”;“其轻罪虽发,因首重罪者,免其重罪;即因问所劾之事而别言余罪者,亦如之”。但犯罪被揭发或被官府查知逃亡后,再投案者,唐代称做自新。即“其知人欲告及亡叛而自首者,减罪二等坐之;即亡叛者虽不自首,能还归本所者,亦同”。自新是被迫的,与自首性质不同。唐代对自新采取减轻刑事处罚的原则。二是规定谋反等重罪或造成严重危害后果无法挽回的犯罪不适用自首。凡“于人损



伤,于物不可备偿”,“越渡关及奸,并私习天文者,并不在自首之列”。即对前述犯罪投案的也不按自首处理,因为这些犯罪的后果已不能挽回。三是规定自首者可以免罪,但“正赃犹征如法”,即赃物必须按法律规定如数偿还,以防止自首者非法获利。四是自首不彻底的叫“自首不实”,对犯罪情节交代不彻底的叫“自首不尽”。《名例律》规定:“自首不实及自首不尽者”,各依“不实不尽之罪罪之。至死者,听减一等”。至于如实交代的部分,不再追究。

此外,唐律规定,轻罪已发,能首重罪,免其重罪;审问他罪而能自首余罪的,免其余罪。出于分化打击犯罪的目的,唐律全面系统地发展了传统刑法的自首原则,这些内容影响到后世。

(3)类推原则。《唐律·名例律》规定:“诸断罪而无正条,其应出罪者,则举重以明轻;其应入罪者,则举轻以明重。”即对律文无明文规定的同类案件,凡应减轻处罚的,则列举重罪处罚规定,比照以解决轻案;凡应加重处罚的罪案,则列举轻罪处罚规定,比照以解决重案。如疏议举律文说,谋杀尊亲处斩;但无已伤已杀重罪的条文,在处理已杀已伤尊亲的案件时,通过类推就可以知道更应处以斩刑。又举例说,夜半闯入人家,主人出于防卫,登时杀死闯入者,不论罪。律文没有致伤的条文,但比照规定,杀死已不论罪,致伤更不论罪。唐代类推原则的完善反映了当时立法技术的发达。

(4)化外人原则。《唐律·名例律》规定:“诸化外人,同类自相犯者,各依本俗法;异类相犯者,以法律论。”即同国籍外国侨民在中国犯罪的,由唐王朝按其所属本国法律处理,实行属人主义原则;不同国籍侨民在中国犯罪者,按唐律处罚,实行属地主义原则。在当时不仅维护了国家主权,同时也比较妥善地解决了因大量外国侨民前来所引起的各种法律纠纷问题。

(五)唐律的特点与中华法系

1. “礼律合一”的特点。唐朝承袭和发展了以往礼法并用的统治方法,使得法律统治“一准乎礼”,真正实现了礼与律的统一。如同唐太宗所说:“失礼之禁,著在刑书。”把封建伦理道德的精神力量与政权法律统治力量紧密糅合在一

起,法的强制力加强了礼的束缚作用,礼的约束力增强了法的威慑力量,从而构筑了严密的统治法网,有力地维护了唐朝统治。

2. 科条简要与宽简适中的特点。唐朝立法以科条简要,宽简适中为特点。以往秦汉法律,向以繁杂著称。西汉武帝以后,因一事立一法,导致律令杂乱。西晋修律对汉律令做了大幅度的缩减,《北齐律》定为12篇949条,较前又有所进步。唐朝沿袭隋制,实行精简、宽平的原则,定律12篇502条,并为后世所继承。仅以太宗修《贞观律》为例,“凡削烦去蠹,变重为轻者,不可胜纪”。足见唐律的上述特点。

3. 立法技术完善的特点。在立法技术上表现出高超的水平。如自首,化外人有犯、类推原则的确定都有充分表现。为防止官吏滥用比附,用精确的语言规定在法无明文规定的条件下,官吏故意与过失出入人罪的处理办法,并在承袭前代成果的基础上,进一步明确公、私罪,故意、过失的概念,并规定了恰当的量刑标准。如《斗讼律》解释“过失杀”说:“谓耳目所不及,思虑所不到,共举重物,力所不制;若乘高履危足跌及因击禽兽,以致杀伤之属,皆是。”唐律结构严谨,为举世所公认。

4. 唐律是中国传统法典的楷模与中华法系形成的标志。唐律是我国传统法典的楷模,在中国法制史上具有继往开来、承前启后的重要地位。唐朝承袭秦汉立法成果,吸收汉晋律学成就,使唐律表现出高度的成熟性。唐律因具有传统法律的典型性,故对宋元明清产生了深刻影响。

作为中华法系的代表作,唐律超越国界,对亚洲诸国产生了重大影响。朝鲜《高丽律》篇章内容都取法于唐律。日本文武天皇制定《大宝律令》,也以唐律为蓝本。越南李太尊时期颁布的《刑书》,大都参用唐律。可见唐律不仅在本国而且在世界法制史上也占有重要地位。

二、宋元时期的法律

(一)《宋刑统》

1. 《宋刑统》。宋太祖建隆四年(公元963年),在工部尚书判大理寺卿窦仪等人的奏请

新华考资

www.xhkedu.com

下,开始修订宋朝新的法典。同年七月完成,由太祖诏“付大理寺刻板摹印,颁行天下”,成为历史上第一部刊印颁行的法典。其全称《宋建隆重详定刑统》,简称《宋刑统》。

《刑统》的编纂体例可追溯至唐宣宗时颁行的《大中刑律统类》。北宋初一度沿用的《大周刊统》,便是《刑统》体例在五代时发展的结果。《刑统》在具体编纂上,仍以传统的刑律为主,同时将有敕、令、格、式和朝廷禁令、州县常科等条文,都分类编附于后,使其成为一部具有统括性和综合性的法典。

《宋刑统》和《唐律疏议》相比有这样一些特点:一是两者的篇目、内容大体相同。《宋刑统》也是30卷12篇502条。二是《宋刑统》在12篇的502条中又分为213门,将性质相同或相近的律条及有关的敕、令、格、式、起请等条文作为一门。三是《宋刑统》收录了五代时通行的部分敕、令、格、式,形成一种律令合编的法典结构。四是《宋刑统》删去《唐律疏议》每篇前的历史渊源部分,因避讳对个别字也有改动,如将“大不敬”的“敬”字改为“恭”等。

2. 编敕。敕的本意是尊长对卑幼的一种训诫。南北朝以后成为皇帝诏令的一种。宋代的敕是指皇帝对特定的人或事所做的命令。敕的效力往往高于律,成为断案的依据。依宋代成法,皇帝的这种临时命令须经过中书省“制论”和门下省“封驳”,才被赋予通行全国的“敕”的法律效力。

编敕,是将一个个单行的敕令整理成册,上升为一般法律形式的一种立法过程。编敕是宋代一项重要和频繁的立法活动,神宗时还设有专门编敕的机构“编敕所”。从太祖时的《建隆编敕》开始,大凡新皇帝登极或改元,均要进行编敕。编敕的特点是:

(1)仁宗前基本是“敕律并行”,编敕一般依律的体例分类,但独立于《宋刑统》之外。

(2)神宗朝敕地位提高,“凡律所不载者,一断于敕”,敕已到足以破律、代律的地步。

(3)敕主要是关于犯罪与刑罚方面的规定,所谓“丽刑名轻重者,皆为敕”。

(二) 刑罚的变化

1. 折杖法。《宋史·刑法志》说:“太祖受禅,始定折杖之制。”建隆四年颁行“折杖法”,意在笼络人心,改变五代以来刑罚严苛的弊端。新的“折杖法”规定:除死刑外,其他笞、杖、徒、流四刑均折换成臀杖和脊杖。具体的折换办法是:笞杖刑一律折换成臀杖,杖后释放;徒刑折换成脊杖,杖后释放;流刑折换成脊杖,杖后就地配役1年。其中加役流以脊杖二十,就地配役3年。折杖法使“流罪得免远徙,徒罪得免役年,笞杖得减决数”。折杖法对缓和社会矛盾曾有一定作用,但对反逆、强盗等重罪不予适用,具体执行当中也存在流弊。《宋史·刑法志》就曾说:“良民偶有过犯,致伤肢体,为终身之辱,而愚顽之徒,虽一时创痛,而终无愧耻。”

2. 配役。配役刑渊源于隋唐的流配刑。推行折杖法之后,原有的流刑实际上便称为配役。为补死刑和折杖后的诸刑刑差太大,有轻重失平之弊,朝廷遂增加配役刑的种类和一些附加刑,使配役刑成为一种非常复杂的刑名。

配役刑在两宋多为刺配:刺是刺字,即古代黥刑的复活;配指流刑的配役。刺配是对罪行严重的流刑罪犯的处罚。刺配缘于后晋天福年间的刺面之法。宋初刺配并非常行之法,《宋刑统》也无此规定。太祖时偶一用之,意在补推行折杖法后死刑与配役刑之间刑差太大的弊病。但仁宗以后,刺配的诏敕日多,刺配之刑滥用,渐成常制。刺配对后世刑罚制度影响极坏,是刑罚制度上的一种倒退,在宋代和后世都曾遭到非议。

3. 凌迟。作为死刑的一种,凌迟始于五代时的西辽,是一种碎而割之、使被刑者极端痛苦、慢慢致人死亡的一种酷刑。《宋文鉴》载:受刑者往往“身具白骨,而口眼之具尤动,四肢分落,而呻痛之声未息”。仁宗时使用凌迟刑,神宗熙宁以后成为常刑。至南宋,在《庆元条法事类》中,正式作为法定死刑的一种。

(三) 契约与婚姻法规

1. 契约立法。

其一,债的发生。宋代因契约所生之债占多数,当然还有其他形式引发的债权。《宋刑



统》与《庆元条法事类》在买卖之债发生的法律规定上,强调双方的“合意”性,对强行签约违背当事人意愿的,要“重蠲典宪”。同时维护家长的财产支配权,即“应典卖物业,或指名质举,须是家主尊长对钱主或钱主亲信人,当面署押契贴。或妇女难于面对者,须隔帘亲闻商量,方可成交易”。

其二,买卖契约。宋代买卖契约分为绝卖、活卖与赊卖三种。绝卖为一般买卖。活卖为附条件的买卖:当所附条件完成,买卖才算最终成立。赊卖是采取类似商业信用或预付方式,而后收取出卖物的价金。这些重要的交易活动,都须订立书面契约、取得官府承认,才能视为合法有效。

其三,租赁契约。宋时对房宅的租赁称为“租”、“赁”或“借”。对人畜车马的租赁称为庸、雇。以房屋租赁为例,宋代法律规定很详细,即所谓“假每人户赁房,免五日为修移之限,以第六日起掠(收房租),并分舍屋间椽、地段、钱数,分月掠、日掠数,立限送纳”。

其四,租佃契约。宋代租佃土地活动十分普遍。地主与佃农签订租佃土地契约中,必须明定纳租与纳税的条款,或按收成比例收租(分成租),或实行定额租。地主同时要向国家缴纳田赋。若佃农过期不交地租,地主可于每年十月初一到正月三十日向官府投诉,由官府代为索取。

其五,典卖契约。宋代典卖又称“活卖”,即通过让渡物的使用权收取部分利益而保留回赎权的一种交易方式。因典卖田宅者多为贫困之人,他们过期无力回赎时,就使得有钱人以低廉的代价获得田宅的所有权,而使自己蒙受损失。

其六,借贷契约。宋代法律因袭唐制,对借与贷做了区分。借指使用借贷,而贷则指消费借贷。当时把不付息的使用借贷称为负债,把付息的消费借贷称为出举。并规定:“(出举者)不得迴利为本”,不得超过规定实行高利贷盘剥。

2. 婚姻法规。宋承唐律,规定:“男年十五,女年十三以上,并听婚嫁。”违犯成婚年龄的,不准婚嫁。宋律禁止五服以内亲属结婚,但对姑舅两姨兄弟姐妹结婚并不禁止。另外,《宋

刑统》还规定:“诸州县官人在任之日,不得共部下百姓交婚,违者虽会赦仍离之。其州上佐以上及县令,于所统属官亦同。其订婚在前,任官居后,及三辅内官门阀相当情愿者,并不在禁限。”

在离婚方面,仍实行唐制“七出”与“三不去”制度,但也有少许变通。例如,《宋刑统》规定:夫外出3年不归,6年不通问,准妻改嫁或离婚;但是“妻擅走者徒三年,因而改嫁者流三千里,妾各减一等”。如果夫亡,妻“不守志”者,宋代《户令》规定:“若改适(嫁),其见在部曲、奴婢、田宅不得费用。”严格维护家族财产不得转移的固有传统。

3. 继承。宋代法律在继承关系上,有较大的灵活性。除沿袭以往遗产兄弟均分制外,允许在室女,享受部分继承财产权;同时承认遗腹子与亲生子享有同样的继承权。

至南宋,在一些地域又规定与适用户绝财产继承的办法。户绝指家无男子承继。户绝立继承人有两种方式:凡“夫亡而妻在”,立继从妻,称“立继”;凡“夫妻俱亡”,立继从其尊长亲属,称为“命继”。继子与户绝之女均享有继承权,但只有在室女的(未嫁女),在室女享有3/4的财产继承权,继子享有1/4的财产继承权;只有出嫁女(已婚女)的,出嫁女享有1/3的财产继承权,继子享有1/3,另外的1/3收为官府所有。

(四)四等人

元代法律的主要特点之一即是以法律维护民族间的不平等。元初,依据不同民族将民众的社会地位划分为四等:蒙古人社会政治地位最优越;色目人(西夏、回回)次之;汉人再次之;南人(原南宋地区的民众)最低。举凡科举任官都定有一系列优待蒙古、色目人而限制歧视汉人、南人的法规。有元一代,朝廷高级官员几无汉人染指,有些官职则明令不许汉人、南人担任。如仁宗皇庆二年(公元1313年)定科举条例,规定蒙古、色目人考二场,汉人、南人考三场。乡试录取名额四等人平均分配,实际上极不平等。

新华考资
www.xhkedu.com

三、明清时期的法律

(一) 律例与大诰、会典

1. 明律与明大诰

(1)《大明律》。《大明律》是明太祖朱元璋在建国初年开始编修,于洪武三十年完成并颁行天下的法典,共计7篇30卷460条。它一改传统刑律体例,更为名例、吏、户、礼、兵、刑、工七篇格局,用以适应强化中央集权的需要。《大明律》在法制史上具有重要地位。其律文简于唐律,精神严于宋律,成为终明之世通行不改的基本法典。明律的制定经过了四个阶段:

①吴元年《大明律》。鉴于元末法制败坏的教训,朱元璋曾说:“夫法度者,朝廷所以治天下也。”因此在吴元年(公元1367年)就命左相国李善长等草创律令,编律285条、令145条,到吴元年十二月“律令成,命颁行之”。这是最早拟定颁行的明代法律(《大明律》)。律文按唐律取舍编订,依《元典章》体例按六部顺序编定,为以后的《大明律》奠定了基础。

②洪武六年《大明律》。洪武六年(公元1373年)冬又详定《大明律》,次年二月书成,其“篇目一准之于唐……分为三十卷”。仿唐律12篇体例,名例律置于最后,内容繁于唐律,经朱元璋“亲加裁酌”后颁布。

③洪武二十二年《大明律》。以后又因条例“增损不一”和洪武二十二年(公元1389年)废中书省、宰相,遂“更定大明律”。以名例一篇冠首,其下仿《元典章》编纂体例,按六部改为吏、户、礼、兵、刑、工六律,共30卷460条。

隋唐以降(元代例外)沿袭800年的法典结构至此改变。基本条款仍同唐律,只是明律“轻其轻罪,重其重罪”。在立法技术上较唐更为精细,体例也更趋完备和科学。以后又将洪武十八年和二十年的《大诰》,选出147条附于律后。

④洪武三十年《大明律》。到了洪武三十年最后完成了《大明律诰》,“刊布中外,令天下知所遵守”。明律从初创到定型,历时三十多年,表明了统治者对立法积极与慎重态度。

(2)《明大诰》。朱元璋在修订《大明律》的

同时,为防止“法外遗奸”,又在洪武十八年(公元1385年)至洪武二十年(公元1387年)间,手订四编《大诰》,共236条,具有与《大明律》相同的法律效力。《明大诰》集中体现了朱元璋“重典治世”的思想。

大诰是明初的一种特别刑事法规。大诰之名来自儒家经典《尚书·大诰》,原为周公东征殷遗民时对臣民的训诫。明太祖将其亲自审理的案例加以整理汇编,并加上因案而发的“训导”,作为训诫臣民的特别法令颁布天下。大诰对于律中原有的罪名,一般都加重处罚。大诰的另一特点是滥用法外之刑:四编大诰中开列的刑罚如族诛、枭首、断手、斩趾等,都是汉律以来久不载于法令的酷刑。“重典治吏”是大诰的又一特点,其中大多数条文专为惩治贪官污吏而定,以此强化统治效能。大诰也是中国法制史上空前普及的法规,每户人家必须有一本大诰,科举考试中也列入大诰的内容。明太祖死后,大诰被束之高阁,不具法律效力。

2. 清代律例的编撰。

(1)《大清律例》的制定与颁行。《大清律例》于乾隆元年开始重新修订。乾隆即位之初,命律令总裁官对原有律例进行逐条考证,重加编辑,于乾隆五年完成,颁行天下。

《大清律例》的结构、形式、体例、篇目与《大明律》基本相同,共分名例律、吏律、户律、礼律、兵律、刑律、工律七部分。其中《律目》、《诸图》、《服制》各一卷,《律例》正文36卷,律文436条。自乾隆五年颁律以后律文部分基本定型,极少修订,后世各朝只是不断增修律文之后的“附例”。

《大清律例》是中国历史上最后一部传统成文法典。《大清律例》以《大明律》为蓝本,是中国传统法典的集大成者。汉唐以来确立的传统法律的基本精神、主要制度,在《大清律例》中都得到充分体现;《大清律例》的制定充分考虑了清代政治实践和政治特色,在一些具体制度上,对前代法律制度有所改进。

(2)清代的例。清代最重要的法律形式之一就是例。例是统称,可分为条例、则例、事例、成例等名目。



条例一般而言是专指刑事单行法规,大部分编入《大清律例》,附于某一律条之后。条例是由刑部或其他行政部门就一些相似的案例先提出一项立法建议,经皇帝批准后成为一项事例,指导类似案件的审理判决。然后,经“五年一小修,十年一大修”的条例纂修活动,由律例馆编入《大清律例》,或单独编为某方面的刑事单行法规。

则例指某一行政部门或某项专门事务方面的单行法规汇编。它是针对政府各部门的职责、办事规程而制定的基本规则。“则例”作为清代重要法律形式之一,对于国家行政管理起着重要作用。

事例指皇帝就某项事务发布的“上谕”或经皇帝批准的政府部门提出的建议。事例一般不自动具有永久的、普遍的效力,但可以作为处理该事务的指导原则。

成例,也称“定例”,指经过整理编订的事例,是一项单行法规。成例是一种统称,包括条例及行政方面的单行法规。

3. 明清会典。

(1)《大明会典》。明英宗时开始编修,孝宗弘治十五年初步编成,但未及颁行。武宗、世宗、神宗三朝重加校刊增补。《大明会典》基本仿照《唐六典》,以六部官制为纲,分述各行政机关职掌和事例。在每一官职之下,先载律令,次载事例。故《大明会典》就其内容、性质与作用来看,仍属行政法典,起着调整国家行政法律关系的作用。

(2)《大清会典》与清代行政法。为了规范国家机关的组织、活动,加强行政管理,提高官吏的统治效能,自康熙朝开始,清廷仿效《明会典》编定《清会典》,记述各朝主要国家机关的职掌、事例、活动规则与有关制度。计有康熙、雍正、乾隆、嘉庆、光绪五部会典,合称“五朝会典”,统称《大清会典》。

自乾隆二十七年编纂《乾隆会典》开始,《清会典》的编纂一直遵循“以典为纲,以则例为目”的原则,典、例分别编辑遂成固定体例。“会典”所载,一般为国家基本体制,少有变动。具体的变更,则在增修“则例”中完成。

(二)立法思想与刑罚原则及其罪名和刑罚

1. 明刑弼教的立法思想。

“明刑弼教”一词,最早见于《尚书·大禹谟》:“明于五刑,以弼五教”之语。后人简称“明刑弼教”,从字面而观,“弼”乃辅佐之义,似与“德主刑辅”的传统立法、司法原则并无不同;实则不然,“德主刑辅”中“德”为“刑”纲,“刑”要受“德”的制约,始终处于次要、辅助位置。宋以前论及“明刑弼教”,多将其附于“德主刑辅”之后,其着眼点仍是“大德小刑”和“先教后刑”。宋代以降,在处理德、刑关系上始有突破。著名理学家朱熹首先对“明刑弼教”作了新的阐释。他有意提高了礼、刑关系中刑的地位,认为礼律二者对治国同等重要,“不可偏废”。又从“礼律合一”角度对“明刑弼教”进一步说明:“故圣人之治,为之教以明之,为之刑以弼之,虽其所施或先或后或缓或急。”

与前代儒家学说不同的是,他强调刑与教的实施可“或先或后”,“或缓或急”。经此一说,刑与德的关系不再是“德主刑辅”中的“从属”、“主次”关系,德对刑不再有制约作用,而只是刑罚的目的,刑罚也不必拘泥于“先教后刑”的框框,而可以“先刑后教”行事。这看来小小的变通之义,却意味着中国传统法制指导原则沿着德主刑辅—礼律合一—明刑弼教的发展轨道,进入到一个新的阶段,并对明清两代法律实施的方法,发展方向和发挥的社会作用产生了深刻影响。在我国古代法律史上,一般来说,倡导“德主刑辅”,本意是注重道德教化,限制苛刑,所以它往往是同轻刑主张相联系的。而经朱熹阐发,朱元璋身体力行于后世的“明刑弼教”思想,则完全是借“弼教”之口实,为推行重典治国政策提供思想理论依据。

2. 从重从新与重其所重,轻其所轻的原则。

(1)实行刑罚从重从新原则。《大明律·名例》规定:“凡律自颁降日为始,若犯在已前者,并依新律拟断。”

(2)“重其所重,轻其所轻”的原则。明代对于贼盗及有关钱粮等事,明律较唐律处刑为重。唐律一般根据情节轻重作出不同处理,牵

连范围相对较狭;而明律则不分情节,一律处以重刑,且扩大株连范围,此即“重其所重”原则。对于“典礼及风俗教化”等一般性犯罪,明律处罚轻于唐律,此即“轻其所轻”的原则。对某些危害不大的“轻罪”从轻处罚是为了突出“重其所重”的原则。清代继承了这一原则。清律扩大和加重对“十恶”中“谋反”、“谋大逆”等侵犯皇权的犯罪的惩罚。凡谋反大逆案中只要参与共谋,即不分首从一律凌迟处死;其父子、祖孙、兄弟及同居之人(不论同姓异姓)、伯叔父、兄弟之子(不限户籍之同异),年16岁以上者(不论笃疾、废疾)皆斩;15岁以下者及犯人之母女妻妾、姊妹及子之妻妾,“皆给付功臣之家为奴,财产入官”。清律中对“文字狱”确实没有相关的直接条款,但所有“文字狱”均按谋反大逆定罪,从而导致因文字获罪者罪名最重,多被处极刑并株连最广,以此达到镇压具有反对皇帝专制制度和反抗民族压迫的社会思潮。

3. 奸党罪与充军刑。

(1)“奸党”罪的创设。朱元璋洪武年间创设“奸党”罪,用以惩办官吏结党危害皇权统治的犯罪。“奸党”罪无确定内容,实际是为皇帝任意杀戮功臣宿将提供合法依据。

(2)在流刑外增加充军刑,即强迫犯人到边远地区服苦役,远至4000里,近至1000里,并有本人终身充军与子孙永远充军的区分。

4. 故杀与谋杀。

(1)故杀。故杀的渊源已久,北魏时已经出现了故杀。北魏的《斗律》规定:“祖父母、父母忿怒,以兵刃杀子孙,五岁刑。殴杀者,四岁刑。若心有爱憎而故杀者,各加一等。”《隋律》中也有故杀,比如有“犯十恶及故杀人,狱成者,虽会赦,犹除名”的规定。按《唐律》规定,故杀是“非因斗争,无事而杀”,即双方并非因为斗殴,一方突然起意杀人。这样,从前的贼杀就被新出现的故杀和单独进行的谋杀所分解了。以后明清都继承了唐律对故杀的这一定义,并对之进行更进一步的阐释,从而将谋杀和与谋杀关系最为密切的故杀这一概念相区别。

早在西晋,张斐对“故”的解释是“知而犯之”即明知故犯是“故”。因此,可以认为,谋

杀、贼杀当然都包含于“故”杀人。西晋时期及以前的“故”均更强调主观意图,而谋杀和贼杀均更关注杀人行为的外部表征。也许正是因为“故”的这一含义的存在,所以,同属于故意杀人的谋杀和贼杀便各侧重于对其外部表征的描述以对二者相区别。但是后来“故”的含义最终演变成与“贼”相似,因此故杀这一新的杀人类型也取代了贼杀,而故杀和谋杀则成了一对需要认真区别的概念。法制史学家戴炎辉先生认为:“汉晋所谓贼杀伤,似相当于唐以后的故杀伤。”按照清代律学家的定义,故杀是临时起意的故意杀人。这种临时起意的故意杀人,其实正与英美法以及近代以来大陆法系区分谋杀和故杀的各国刑法中的“故杀”概念相同。

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

战国至秦汉时期已经出现了谋杀这一法律概念。直到西晋时,才能看到对谋杀较为确定的解释。但此时对谋杀的解释仍是不完整与不准确的;因为西晋时的廷尉明法掾张斐并不是对“谋杀”这一概念本身进行解释,而是对理解“谋杀”这一概念具有关键意义的一个概念“谋”做出了解释。根据张斐的解释,“谋”是“二人对议”,如此一来,“谋杀”就应该是指二人以上事先预谋的故意杀人。张斐对“谋”的解释对于“谋杀”概念的发展、形成起到了决定性的、至关重要的作用。因为从后来的《唐律疏议》中我们可以看到,谋杀首先被定义为二人以上的共同犯罪。但在《唐律》中谋杀的涵义已经发生了很大变化,即谋杀不再是必要共犯,单独一人也可以成为谋杀罪的主体。因此,在唐代及以后的历代法典中,“谋杀”条依然将谋杀看作是一种必要共犯,所以,为了对各行为人准确量刑,就有必要对共同谋杀行为人中共同犯罪人进行认定。明律继承了唐律的做法,在《大明律·名例律》中这样解释“谋”:“称‘谋’者,二人以上。”可见,明律仍然以为谋杀首先是二人以上共同犯罪。同时,明律也承认一个人也可以成为谋杀罪的主体,而且明律中对一个人进行的谋杀即单独谋杀的解释与唐律也基本



相同。

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

四、司法制度

(一) 司法机关

1. 唐宋时期的司法机关。唐代沿袭隋制,皇帝以下设置大理寺、刑部、御史台三大司法机构,执行各自司法职能。宋沿唐制,在中央设置大理寺、刑部、御史台,分掌中央司法审判职权。

(1) 大理寺。大理寺以正卿和少卿为正副长官,行使中央司法审判权,审理中央百官与京师徒刑以上案件。凡属流徒案件的判决,须送刑部复核;死刑案件必须奏请皇帝批准。同时大理寺对刑部移送的死刑与疑难案件具有重审权。

(2) 刑部。唐代刑部以尚书、侍郎为正副长官,下设刑部、都官、比部和司门四司。刑部有权参与重大案件的审理,对中央、地方上报的案件具有复核权,并有权受理在押犯申诉案件。宋代刑部负责大理寺详断的全国死刑已决案件的复核及官员叙复、昭雪等事。神宗后,刑部分设左右曹,左曹负责死刑案件复核,右曹负责官吏犯罪案件的审核。其职能有所扩大,处理有关刑法、狱讼、奏谏、赦宥、叙复等事。

(3) 御史台。御史台以御史大夫和御史中丞为正副长官,下设台、殿、察三院,作为中央监察机构,专门负责代表皇帝自上而下地监督中央和地方各级官吏是否遵守国家法律和各项制度,是否忠实履行职责,位高权重,可称得上是皇帝的“耳目之司”。御史台有权监督大理寺、

刑部的审判工作,同时参与疑难案件的审判,并受理行政诉讼案件。御史台中分设台院、殿院、察院,统辖下属的诸御史。

台院是御史台的基本组成部分,设侍御史若干人,执掌纠弹中央百官,参与大理寺的审判和审理皇帝交付的重大案件。由于侍御史在诸御史中的地位最高,职权最重,因此一般均由皇帝直接指派,或由宰相与御史大夫商定,由吏部选任。

殿院,设殿中侍御史若干人,执掌纠察百官在宫殿中违反朝仪的失礼行为,并巡视京城及其他朝会、郊祀等,以维护皇帝的神圣尊严为其主要职责。

察院,设监察御史若干人,执掌纠察州县地方官吏的违法行为。唐代时以“道”为监察区,全国共分为十道(后增为十五道)。每道设一名监察御史,称为巡按使,品级虽低,但权力极大,是皇帝监督地方的耳目。

(4) 唐代的“三司推事”。唐代中央或地方发生重大案件时,由刑部侍郎、御史中丞、大理寺卿组成临时最高法庭审理,称为“三司推事”。有时地方发生重案,不便解往中央,则派大理寺评事、刑部员外郎、监察御史为“三司使”,前往审理。此外,唐代还设立都堂集议制;每逢发生重大死刑案件,皇帝下令“中书、门下四品以上及尚书九卿议之”,以示慎刑。

(5) 地方司法机关。唐代地方司法机关仍由行政长官兼理。州县长官在进行司法审判时,均设佐史协助处理。州一级设法曹参军或司法参军,县一级设司法佐、史等。县以下乡官、里正对犯罪案件具有纠举责任,对轻微犯罪与民事案件具有调解处理的权力,结果须呈报上级。

宋代地方州县仍实行司法与行政合一之制;但从太宗时起加强地方司法监督,在州县之上,设立提点刑狱司,作为中央在地方各路的司法派出机构。提点刑狱司定期巡视州县,监督审判,详录囚徒。凡地方官吏审判违法,轻者,提点刑狱司可以立即处断;重者,上报皇帝裁决。

2. 明清时期的司法机关。中央司法机构

为刑部、大理寺、都察院。一改隋唐以降的大理寺、刑部、御史台体系。

(1)明代刑部增设十三清吏司,分掌各省刑民案件,加强对地方司法控制;清代刑部是清朝中央的主审机关,为六部之一,执掌全国“法律刑名”事务,下设十七清吏司分掌京师和各省审判事务,还设有追捕逃人的督捕司、办理秋审的秋审处、专掌律例修订的修订法律馆。刑部是清朝最重要的司法机构,在处理全国法律事务方面一直起主导作用,主要负责:一是审理中央百官犯罪;二是审核地方上报的重案(死刑应交大理寺复核);三是审理发生在京师的笞杖刑以上案件;四是处理地方上诉案及秋审事宜;五是主持司法行政与律例修订事宜。

(2)明代大理寺掌复核驳正,大理寺发现有“情词不明或失出入者”,驳回刑部改判,并再行复核。如此三改不当者,奏请皇帝裁决。依清律规定,大理寺的主要职责是复核死刑案件,平反冤狱,同时参与秋审、热审等会审,如发现刑部定罪量刑有误,可提出封驳。

(3)明代都察院掌纠察。主要是纠察百司,会审及审理官吏犯罪案件。设有十三道监察御史。都察院司法执掌主要有以下几方面:一是复核或审理直隶、各省及京师职官犯罪案件;二是复核或审理直隶、各省及京师斩绞监候案件;三是奉旨监察御史巡按直隶、各省地方,对职官犯罪奏闻皇帝裁决,民人案件或亲审或交两司审理,“大事奏裁,小事立断”。清承明制,都察院是全国最高监察机关,负责督察百官风纪、纠弹不法,同时负有监督刑部、大理寺之责。如刑部、大理寺发生严重错误,可提出纠弹,亦可参与重大案件的会审。

中央上述三大司法机关统称“三法司”。对重大疑难案件三法司共同会审,称“三司会审”。

(4)地方司法机关。明朝地方司法机关分为省、府(直隶州)、县三级。沿宋制,省设提刑按察使司,“掌一省刑名按劾之事”,有权判处徒刑及以下案件,徒刑以上案件须报送中央刑部批准执行。府、县两级仍是知府、知州、知县实行行政司法合一体制,掌管狱讼事务。明代越诉受重惩。明朝还在各州县及乡设立“申明

亭”,张贴榜文,申明教化,由民间德高望重的耆老受理当地民间纠纷,加以调处解决,有力地维护了社会秩序。

在清代,地方司法分州县、府、省按察司、总督(及巡抚)四级。其中州或县为第一审级,有权决定笞杖刑,徒以上案件上报。一般而言,有关田土、户婚、斗殴诸般“细故”,均由州县自理,但命盗重案,州县初审后,应将人犯并案卷一并解赴上级机关审理。府为第二审级,负责复审州县上报的刑事案件,提出拟罪意见,上报省按察司。省按察司为第三审级,负责复审各地方上报之徒刑以上案件,并审理军流、死刑案的人犯,对于“审供无异”者,上报督抚,如发现有疑漏,则可驳回重审,或改发本省其他州县、府更审。总督(或巡抚)为第四审级,有权批复徒刑案件,复核军流案件,如无异议,定案并谕报刑部。对死刑案则须复审,并上报中央。

3. 管辖制度。明朝在交叉案件的管辖上,继承了唐律“以轻就重,以少就多,以后就先”的原则,同时又规定:“若词讼原告、被论在两处州县者,听原告就被论官司告理归结”,反映出明朝实行被告原则,减少推诿的立法意图。此外,明朝实行军民分诉分辖制,凡军官、军人有犯,“与民不相干者”,一律“从本管军职衙门自行追问”。“在外军民词讼”有涉“叛逆机密重事”者,可允许“镇守总兵参将守备等官受理”。若军案与民相干者,由管军衙门与当地官府“一体约问”。从中反映出明代军事审判程序的健全与管辖制度的完善。

4. 廷杖与厂卫。

(1)廷杖。廷杖即由皇帝下令,司礼监监刑,锦衣卫施刑,在朝堂之上杖责大臣的制度。朱元璋在位期间曾将工部尚书薛祥杖杀于朝堂之上。明太祖死后,“廷杖”之刑被愈益广泛地使用。明武宗正德初年,宦官刘瑾秉承皇帝旨意,“始去衣”杖责大臣,使朝臣多有死者。嘉靖年间因群臣谏争“大礼案”,被杖责的大臣多达134人,死者竟有16人。至明亡前崇祯皇帝也没有停止杖责大臣的制度。皇帝法外用刑,加深了统治集团内部矛盾,对法制实施造成恶劣影响。



(2)“厂”、“卫”特务司法机关。这既是明代司法的一大特点,又是明代的一大弊政。“厂”是直属皇帝的特务机关。“卫”是指皇帝亲军十二卫中的“锦衣卫”,下设镇抚司,由皇帝任命亲信“提督”厂卫,多由宦官充当。厂卫干预司法始于太祖时期,洪武十五年(公元1382年)太祖始令锦衣卫负责刑狱与缉察逮捕。锦衣卫下设南、北镇抚司,其北镇抚司“专理诏狱”,按旨行事,并设法庭监狱。尽管太祖后期曾加禁止,但成祖很快恢复,成祖时“恐外官徇情”,设宦官特务机构“东厂”,专司“缉访谋逆,大奸恶”,其权超过锦衣卫。宪宗时又为监督厂、卫而设“西厂”,至武宗为监督东西厂,又设“内行厂”。明末曾下令尽毁锦衣卫刑具,不许再用。到明后期,厂卫特务多达十余万,严重地干扰了司法工作:其一,奉旨行事,厂卫作出的裁决,三法司无权更改,有时还得执行;其二,非法逮捕行刑,不受法律约束。

(二) 诉讼制度

1. 刑讯与仇嫌回避原则

(1)刑讯的条件与证据。唐律规定,审判时“必先以情,审察辞理,反复参验,犹未能决,事须拷问者,立案同判,然后拷讯,违者杖六十”。也就是要求在拷讯之前,必须先审核口供的真实性,然后反复查验证据。证据确凿,仍狡辩否认的,经过主审官与参审官共同决定,可以使用刑讯;未依法定程序拷讯的,承审官要负刑事责任。同时规定,对那些人赃俱获,经拷讯仍拒不认罪的,也可“据状断之”,即根据证据定罪。

(2)刑讯方法。首先,刑讯必须使用符合标准规格的常行杖,以杖外他法拷打甚至造成罪犯死亡者,承审官要负刑事责任。其次,拷囚不得超过3次,每次应间隔20天,总数不得超过200,杖罪以下不得超过所犯之数。若拷讯数满仍不招供者,必须取保释放。凡有违犯,承审官须负刑事责任。最后,拷讯数满,被拷者仍不承认的,应当反拷告状之人,以查明有无诬告等情形,同时规定了反拷的限制。

(3)禁止使用刑讯的情形。规定对两类人禁止使用刑讯,只能根据证据来定罪:一是具有

特权身份的人,如应议、请、减之人;二是老幼废疾之人,指年70岁以上15岁以下、一肢废、腰脊折、痴哑、侏儒等。对上述两种人,唐律规定,“不合拷讯,皆据众证定罪”,即必须有3人以上证实其犯罪事实,才能定罪。

(4)法官的回避。为防止审判官因亲属或仇嫌关系故意出入人罪,《唐六典》第一次以法典的形式,肯定了法官的回避制度,即所谓“鞫狱,官与被鞫人有亲属仇嫌者,皆听更之”。

2. 宋代的翻异别勘制度与证据勘验制度。在诉讼中,人犯否认口供(称“翻异”),事关重大案情的,由另一法官或别一司法机关重审,称“别勘”。两宋注重证据,原被告均有举证责任。重视现场勘验,南宋地方司法机构制有专门的“检验格目”,并产生了《洗冤集录》等世界最早的法医学著作。

3. 明清时期的会审制度

(1)明代的会审制度

①九卿会审(明代又称“圆审”)。这是由六部尚书及通政使司的通政使,都察院左都御史,大理寺卿九人会审皇帝交付的案件或已判决但囚犯仍翻供不服之案。

②朝审。始于天顺三年(公元1459年),英宗命每年霜降之后,三法司会同公侯、伯爵,在吏部尚书(或户部尚书)主持下会审重案囚犯,从此形成制度。清代秋审、朝审皆渊源于此。

③大审。始于成化十七年(公元1481年)宪宗命司礼监(宦官二十四衙之首)一员在堂居中而坐,尚书各官列居左右,从此“九卿抑于内官之下”。会同三法司在大理寺共审囚徒,《明史·刑法志》载:“自此定例,每五年辄大审。”

(2)清代会审制度的发展。在明代会审制度的基础上,进一步完善了重案会审制度,形成了秋审、朝审、热审等比较规范的会审体制。

①秋审。是最重要的死刑复审制度,因在每年秋天举行而得名。秋审审理对象是全国上报的斩、绞监候案件,每年秋8月在天安门金水桥西由九卿、詹事、科道以及军机大臣、内阁大学士等重要官员会同审理。秋审被看成是“国家大典”,统治者较为重视,专门制定《秋审

条款》。

②朝审。是对刑部判决的重案及京师附近斩、绞监候案件进行的复审,其审判组织、方式与秋审大体相同,于每年霜降后十日举行。案件经过秋审或朝审复审程序后,分四种情况处理:其一情实,指罪情属实、罪名恰当者,奏请执行死刑;其二缓决,案情虽属实,但危害性不大者,可减为流三千里,或发烟瘴极边充军,或再押监候;其三可矜,指案情属实,但有可矜或可疑之处,可免于死刑,一般减为徒、流刑罚;其四留养承嗣,指案情属实、罪名恰当,但有亲老丁单情形,合乎申请留养条件者,按留养奏请皇帝裁决。

③热审。是对发生在京师的笞杖刑案件进行重审的制度,于每年小满后十日至立秋前一日,由大理寺官员会同各道御史及刑部承办司共同进行,快速决放在监笞杖刑案犯。

上述制度是一种慎刑思想的反映,但却导致多方干预司法,以致皇帝家奴也插手司法,最终结果是司法更加冤滥,法律制度与实际执法日益脱节,加速了王朝整个政体的腐朽。

第三节 清末、民国时期的法制

一、清末“预备立宪”

(一)清末变法修律的主要特点

1840年鸦片战争以后,统治者在内外各种压力之下,于20世纪初10年间,逐渐对原有的法律制度进行了不同程度的修改与变革。我们一般把这一时期的法律改革活动称为清末修律。它的主要特点有:

1. 在立法指导思想上,清末修律自始至终贯穿着“仿效外国资本主义法律形式,固守中国法制传统”的方针。因此,借用西方近现代法律制度的形式,坚持中国固有的专制制度内容,即成为统治者变法修律的基本宗旨。

2. 在内容上,清末修订的法律表现出皇权专制主义传统与西方资本主义法学最新成果的混合:一方面,奉行君主专制体制及传统伦理纲常“不可率行改变”,在新修订的法律中继续保持肯定和维护专制统治的传统;另一方面,又标

榜“吸引世界大同各国之良规、兼采近世最新之学说”,大量引用西方法律理论、原则、制度和法律术语,使得保守的传统法律内容与先进的近现代法律形式同时显现于这些新的法律法规之中。

3. 在法典编纂形式上,清末修律改变了传统的“诸法合体”形式,明确了实体法之间、实体法与程序法之间的差别,分别制定、颁行或起草了宪法、刑法、民法、商法、诉讼法、法院组织等方面的法典或法规,形成了近代法律体系的雏形。

4. 它是统治者为维护其摇摇欲坠的反动统治,在保持皇权专制政体的前提下进行的,因而既不能反映人民群众的要求和愿望,也没有真正的民主形式。

(二)清末变法修律的主要影响

清末的大规模修律活动,虽然在主观上讲是一种被动的、被迫进行的立法活动,修律本身也存在根本的缺陷和局限性,但在客观上产生了显著的影响,在中国近代法制发展史上占有重要地位。

1. 清末修律标志着延续几千年的中华法系开始解体。随着修律过程中一系列新的法典法规的出现,中国封建法律制度的传统格局开始被打破。不仅传统的“诸法合体”形式被抛弃,而且中华法系“依伦理而轻重其刑”的特点也受到极大的冲击。中国传统法制开始转变成形式和内容上都有显著特点的半殖民地半封建法制。

2. 清末变法修律为中国法律的近代化奠定了初步基础。通过清末大规模的立法,参照西方资产阶级法律体系和法律原则建立起来的一整套法律制度和司法体制,为日后民国政府法律制度的形成与发展提供了条件。

3. 清末变法修律在一定程度上引进和传播了西方近现代的法律学说和法律制度,是中国历史上第一次全面系统地向国内介绍和传播西方法律学说和资本主义法律制度,使得近现代法律知识在中国得到一定程度的普及,促进了部分中国人的法治观念的形成。

4. 清末变法修律在客观上有助于推动中



国资本主义经济的发展和教育制度的近代化。

(三)《钦定宪法大纲》与“十九信条”

1. “预备立宪”的主要活动。1900年以后清王朝实行“新政”。1905年清廷提出“仿行宪政”，派遣以载泽为首的五大臣赴欧洲、日本等地考察各国宪政，史称“五大臣出洋”。同年，为表示朝廷对立宪之事的慎重，仿照日本“明治维新”设立考察政治馆的先例，设立“宪政编查馆”，专责从事宪政准备工作。1906年8月，五大臣“考察”完成后回国，向慈禧上奏的密折中认为“以今日时势言之，立宪之利最重要者三端”：“一曰皇位永固；二曰外患渐轻；三曰内乱可弥。”1906年9月1日（光绪三十二年七月十三日）清廷以光绪皇帝的名义颁布《预备立宪上谕》，以“大权统于朝廷，庶政公诸舆论”为立宪根本原则。随后进行官制改革，宣布仿照资产阶级国家“三权分立”原则“更定官制”，使司法与行政分离，一改几千年来司法行政合一的体制。1908年8月27日公布了“预备立宪”计划——《钦定逐年筹备事宜清单》：确定1908年至1916年，以9年为“预备立宪”期限。制定实施刑律、民律、商律、刑诉律、民诉律等法典。宣布从1917年始行宪政。这显然是以“预备”为借口，缓和国内外矛盾。其实质所要谋求的目的，正如孙中山先生所说：这是清廷“谋中央集权，拿宪法作愚民的工具”。1909年各省设立谘议局，1910年成立资政院，1911年11月匆匆发布《宪法重大信条十九条》，但也未挽回颓局，“预备立宪”即告破产。

“预备立宪”活动中，谘议局与资政院的设立及《钦定宪法大纲》和“十九信条”的颁布最为重要。

2.《钦定宪法大纲》。

(1)定义与性质。清廷宪政编查馆编订，于1908年8月颁布，是中国近代史上第一个宪法性文件。

(2)结构与主要内容。共23条，分正文“君上大权”和附录“臣民权利义务”两部分。第一部分14条规定了君主在立法、行政、司法、统军等各方面的绝对权力，维护皇帝尊严，保障皇权，限制议会权力等。第二部分规定了臣民

的诸项义务，并加以种种限制。

(3)特点。皇帝专权，人民无权。

(4)实质。给皇权专制制度披上“宪法”的外衣，以法律的形式确认君主的绝对权力，体现了满洲贵族维护专制统治的意志及愿望。

3.“十九信条”。

(1)定义。全称《宪法重大信条十九条》，是清政府于辛亥革命武昌起义爆发后抛出的又一个宪法性文件。

(2)公布背景。1911年清王朝迫于武昌革命风暴，匆匆命令资政院迅速起草宪法，企图度过危机，资政院仅用3天时间即拟定，并于11月3日公布。

(3)内容。形式上被迫缩小了皇帝的权力，相对扩大了议会和总理的权力，但仍强调皇权至上，且对人民权利只字未提，更暴露其虚伪性。因此，也未能挽回清王朝的败局。

(四)谘议局与资政院

1. 谘议局。

(1)定义。清末“预备立宪”时期清政府设立的地方咨询机关。筹建于1907年，1908年7月颁布《谘议局章程》及《谘议局议员选举章程》，1909年开始在各省设立。

(2)实质。各省督抚严格控制下的附属机构。

(3)宗旨、权限。以“指陈通省利弊、筹计地方治安”为宗旨，权限包括讨论本省兴革事宜、决算预算、选举资政院议员、申复资政院或本省督抚的咨询等。

2. 资政院。

(1)定义。清末“预备立宪”时期清政府设立的中央咨询机构。筹建始于1907年，1908年以后陆续完成《资政院院章》，1910年正式设立。

(2)性质。它是承旨办事的御用机构，与近现代社会的国家议会有根本性的不同。

(3)内容。可以“议决”国家年度预决算、税法与公债，以及其余奉“特旨”交议事项等。但一切决议须报请皇帝定夺，皇帝还有权谕令资政院停会或解散及指定钦选议员。

二、清末主要修律

(一)《大清现行刑律》与《大清新刑律》

1. 《大清现行刑律》。清末刑法典修订活动中,明显的变革成果是《大清现行刑律》与《大清新刑律》。

(1)公布的原因与过程。《大清现行刑律》是清政府在《大清律例》的基础上稍加修改,作为《大清新刑律》完成前的一部过渡性法典,于1910年5月15日颁行。

(2)主要内容及变化。内容基本秉承旧律例。与《大清律例》相比,有如下变化:改律名为“刑律”;取消了六律总目,将法典各条按性质分隶30门;对纯属民事性质的条款不再科刑;废除了一些残酷的刑罚手段,如凌迟;增加了一些新罪名,如妨害国交罪等。但只是在形式上对《大清律例》稍加修改,在表现形式和内容上都不能说是一部近代意义的专门刑法典。

2. 《大清新刑律》。

(1)特点与地位。它是清廷于1911年1月25日公布的中国历史上第一部近代意义上的专门刑法典,但仍保持着旧律维护专制制度和封建伦理的传统。

(2)制定过程及篇章结构。起草工作始于1906年,由于引发了礼教派的攻击和争议,至1911年1月才正式公布,但并未真正施行。《大清新刑律》分总则和分则两篇,后附《暂行章程》5条。

(3)主要内容及发展变化。抛弃了旧律诸法合体的编纂形式,以罪名和刑罚等专属刑法范畴的条文作为法典的唯一内容;在体例上抛弃了旧律的结构形式,将法典分为总则和分则;确立了新刑罚制度,规定刑罚分主刑、从刑;采用了一些近代西方资产阶级的刑法原则和刑法制度,如罪刑法定原则和缓刑制度等。

(二)《大清商律草案》与《大清民律草案》

1. 清末的商事立法。清末的商事立法,大致可以分为前后两个阶段:1903~1907年为第一阶段;1907~1911年为第二阶段。

在第一阶段,商事立法主要由新设立的商部负责。1903年,清廷发布上谕称:“通商惠

工,为古今经国之要政,急应加意讲求,著派载振、袁世凯、伍廷芳,先订商律,作为则例。”奉此上谕,随即成立的商部开始着手商律的拟订,然考虑到“编辑商律……实非克期所能告成”,“而目前要图,莫如筹办各项公司,力祛向日涣散之弊,庶商务日有起色,不致坐失利权”。实际上当时的商部仅考虑尽快制定出一些应急的法规,如“赶速先拟商律之公司一门,并于卷首冠以商人通例”,一起“缮具清册,恭呈御览”。此次修订的《商人通例》9条和《公司律》131条,在1904年1月(清光绪二十九年十二月)奏准颁行,定名为《钦定大清商律》,是为清朝第一部商律。此外,清政府还陆续颁布了有关商务和奖励实业的法规、章程,如1904年6月颁行的《公司注册试办章程》、同年7月颁布的《商标注册试办章程》、1906年5月颁行的《破产律》等。

在第二阶段,主要商事法典改由修订法律馆主持起草;单行法规仍由各有关机关拟订,经宪政编查馆和资政院审议后请旨颁行。在此期间,修订法律馆于1908年9月起草了《大清商律草案》,1911年9月农工商部起草了《改订大清商律草案》,此外还草拟了《交易行律草案》、《保险规则草案》、《破产律草案》等,但均未正式颁行。在此期间公布的单行商事法规有《银行则例》、《银行注册章程》、《大小轮船公司注册章程》等。

2. 《大清民律草案》。在清末修律过程中,民商法修订也是沈家本、伍廷芳、俞廉三等人主持的修订法律馆所着力进行的一项工作。具体的编纂工作,自1907年即正式着手,一方面聘请时为法律学堂教习的日本法学家松冈正义等外国法律专家参与起草工作;另一方面则派员赴全国各省进行民事习惯的调查。经过两年多时间的起草工作,修订法律馆于1910年12月编纂完成全部草案条文稿。该《大清民律草案》条文稿共分总则、债权、物权、亲属、继承五编,1569条。其中,总则、债权、物权三编由松冈正义等人仿照德、日民法典的体例和内容草拟而成,吸收了大量的西方资产阶级民法的理论、制度和原则。而亲属、继承两编则由修订法律馆



会同保守的礼学馆起草,其制度、风格带有浓厚的封建色彩,保留了许多封建法律的精神。同年,修订法律大臣俞廉三在“奏进民律前三编草案折”中表示:“此次编辑之旨,约分四端:(一)注重世界最普通之法则。(二)原本后出最精确之法理。(三)求最适于中国民情之法则。(四)期于改进上最有利益之法则。”很显然,修订民律的基本思路,仍然没有超出“中学为体、西学为用”的思想格局。

在《大清民律草案》完成后仅两个多月,辛亥革命武昌起义爆发,清王朝的腐败统治随即迅速崩溃。因此,这部民律草案并未正式颁布与施行。

(三) 诉讼法律与法院编制法

1. 《大清刑事诉讼律草案》六编与《大清民事诉讼律草案》四编。此是沈家本等人在《大清刑事民事诉讼法》遭否决后起草的两部诉讼法草案,于1910年年底完成,且均系仿德国诉讼法而成,后未及颁行。

2. 《大理院编制法》。清廷为配合官制改革于1906年制定的关于大理院和京师审判组织的单行法规。

3. 《各级审判厅试办章程》。清廷1907年颁行的关于审级、管辖、审判制度等诉讼体制和规则的一部过渡性法典。

4. 《法院编制法》。1910年清廷仿效日本制定的关于法院组织的法规,共16章,并吸收了公开审判等一系列新的司法原则,但并未真正实施。

三、清末司法体制的变化

(一) 司法机构的变革与四级三审制

清政府对旧的诉讼体制和审判制度进行了一系列改革,但也仅流于形式。其表现在:

1. 清末司法机关的变化。改刑部为法部,掌管全国司法行政事务;改大理寺为大理院,为全国最高审判机关;实行审检合署。

2. 实行四级三审制。确立一系列近代意义上的诉讼制度,实行四级三审制,规定了刑事案件公诉制度、证据、保释制度;审判制度上实行公开、回避等制度。

初步规定了法官及检察官考试任用制度;改良监狱及狱政管理制度。

(二) 领事裁判权与观审和会审公廨

1. 外国在华领事裁判权的主要内容。领事裁判权是外国侵略者在强迫中国订立的不平等条约中所规定的一种司法特权。治外法权不同于领事裁判权。凡在中国享有领事裁判权的国家,其在中国的侨民不受中国法律管辖,只由该国的领事或设在中国的司法机构依其本国法律裁判。其确立于1843年7月22日在香港公布的《中英五口通商章程及税则》及随后签订的《虎门条约》,并在其后签订的一系列不平等条约中得以扩充。

(1) 内容。中国人与享有领事裁判权国家的侨民间的诉讼依被告主义原则;享有领事裁判权国家的侨民之间的诉讼由所属国审理;不同国家的侨民之间的争讼适用被告主义原则;享有领事裁判权国家的侨民与非享有领事裁判权国家的侨民之间的争讼,前者是被告则适用被告主义原则,后者是被告则由中国法院管辖。

(2) 审理机构。一审由各国在华领事法院或法庭审理;二审上诉案件由各国建立的上诉法院审理;终审案件,则由本国最高审判机关受理。

(3) 后果。严重破坏了中国的司法主权,同时也是外国侵略者进行各种犯罪的护身符和镇压中国人民革命运动的工具。

2. 观审制度。西方列强取得在华领事裁判权后,确立的强行干预中国司法审判的制度,即外国人是原告的案件,其所属国领事官员也有权前往观审,如认为审判、判决有不妥之处,可以提出新证据等。这种制度是原有领事裁判权的扩充,是对中国司法主权的粗暴践踏。

3. 会审公廨。1864年清廷与英、美、法三国驻上海领事协议在租界内设立的特殊审判机关。凡涉及外国人案件,必须有领事官员参加会审;凡中国人与外国人之间诉讼案,由本国领事裁判或陪审,甚至租界内纯属中国人之间的诉讼也由外国领事观审并操纵判决。它的确立,是外国在华领事裁判权的扩充和延伸。

新华考资

www.xhkedu.com

示例

1903年5月1日,在上海英租界发行的《苏报》刊载邹容的《革命军》自序和章炳麟的《客帝篇》,公开倡导革命,排斥满人。5月14日,《苏报》又指出:《革命军》宗旨专在驱除满族,光复中国。清廷谕令两江总督照会租界当局严加查办,于6月底逮捕章炳麟,不久,邹容自动投案。由臧员孙建臣、上海知县汪瑶庭、英国副领事三人组成的审判庭对邹容等人进行审理,最后判处章炳麟徒刑三年,邹容徒刑两年。对这一案件的说法,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷一第15题)

- A. 这表明清廷实行公开审判原则
- B. 这表明外国人在租界内对中国司法裁判权的直接干涉
- C. 这表明外国人在租界内的领事裁判权受到了限制
- D. 这表明清廷变法修律得到了国际社会的承认

【参考答案及简要提示】B。《苏报》案在租界内由上海知县、英国副领事等对中国人进行审判,而非由清廷独立审理,表明了外国人在租界内对中国司法裁判权的直接干涉,反映了领事裁判权的某种特别表现形式。

四、民国时期的宪法

(一)《中华民国临时约法》

1.《中华民国临时约法》(以下简称《临时约法》)的内容、特点及意义。《临时约法》是民国南京临时政府于1912年3月11日公布的一部重要的宪法文件,共7章56条。它是中国历史上最初的资产阶级宪法性文件。它的制定和公布施行,是南京临时政府法律建设的重要成就,也是中国宪法史上的一件大事。

其一,《临时约法》具有中华民国临时宪法的性质。作为中国近代最初的资产阶级民主共和国性质的宪法文件,从主流上说,它体现了资产阶级的意志,代表了资产阶级的利益,具有革命性、民主性。

(1)《临时约法》是辛亥革命的直接产物,

它以孙中山的民权主义学说为指导思想。民权主义是孙中山国家学说的核心。其基本内容是推翻帝制,建立民国,实现资产阶级专政的民主共和制度。《临时约法》使民权主义所确立的政治方案和原则通过法律的形式进一步具体化。

(2)《临时约法》确定了资产阶级民主共和国的国家制度。它以根本法的形式宣判了封建君主专制制度的死刑,确认了中华民国的合法性。它规定了国家的资产阶级共和国性质,肯定了辛亥革命的积极成果,更广泛地宣传了资产阶级共和国的思想。

(3)《临时约法》肯定了资产阶级民主共和国的政治体制和组织原则。依照资产阶级三权分立原则,《临时约法》采用责任内阁制,规定临时大总统、副总统和国务院行使行政权力,参议院是立法机关,法院是司法机关,并规定了其他相应的组织与制度。

(4)《临时约法》体现了资产阶级宪法中一般民主自由原则,规定人民享有人身、财产、居住、信教等项自由和选举、被选举、考试、请愿、诉讼等权利。这些规定反映了辛亥革命的积极成果,表现了资产阶级革命派标榜的民主精神。

(5)《临时约法》确认了保护私有财产的原则。它以法律的形式破除了清王朝束缚私人资本主义发展的各种桎梏,客观上有利于资本主义的发展,但同时也清楚表明《临时约法》的资产阶级性质。

其二,《临时约法》的主要特点就是从各方面设定条款,对袁世凯加以限制和防范。因此《临时约法》反映了当时斗争形势和力量对比关系,反映了资产阶级革命党人在即将交权让位之际,企图利用《临时约法》制约袁世凯,保卫民国的苦心和努力。其主要表现在:

(1)在国家政权体制问题上,改总统制为责任内阁制,以限制袁世凯的权力。

(2)在权力关系规定上,扩大参议院的权力以抗衡袁世凯。《临时约法》规定参议院除拥有立法权外,还有对总统决定重大事件的同意权和对总统、副总统的弹劾权。此外还规定临时大总统对参议院议决事项咨院复议时,如



有2/3参议员仍坚持原议,大总统必须公布施行。

(3)在《临时约法》的程序性条款上,规定特别修改程序以制约袁世凯。《临时约法》规定,约法的增修修改,须由参议院议员2/3以上或临时大总统之提议,经参议员4/5以上之出席,出席议员3/4以上之通过方可进行,以防止袁世凯擅自修改变约法。

2.《中华民国临时约法》的意义。《临时约法》作为中国历史上第一部资产阶级共和国性质的宪法文件,其制定与颁布的历史意义在于,它肯定了辛亥革命的成果,彻底否定了中国数千年来的封建君主专制制度,肯定了资产阶级民主共和制度和资产阶级民主自由原则,在全国人民面前树立起“民主”、“共和”的形象。它所反映的资产阶级的愿望和意志在当时条件下是符合中国社会发展趋势的,也在一定程度上反映了广大人民的民主要求。

(二)“天坛宪草”与“袁记约法”

1.“天坛宪草”,即《中华民国宪法(草案)》,1913年10月31日完成,共11章113条。因在北京天坛起草而得名,是北洋政府时期的第一部宪法草案。采用资产阶级三权分立的宪法原则,确认民主共和制度。同时,也体现了国民党通过制宪限制袁世凯权力的意图,如肯定了责任内阁制、规定国会对总统行使重大权力的牵制权、限制总统任期。后来袁世凯解散国会,使“天坛宪草”遂成废纸。

2.“袁记约法”,即民国北京政府于1914年5月1日公布的《中华民国约法》,共10章68条。因受袁世凯一手操纵而得名。它与《临时约法》有着根本性的差别:其一,以根本法的形式彻底否定了《临时约法》确立的民主共和制度,代之以个人独裁;其二,用总统独裁否定了责任内阁制;其三,用有名无实的立法院取消了国会制;其四,为限制、否定《临时约法》规定的人民基本权利提供了宪法根据。它是对《临时约法》的反动,是军阀专制全面确立的标志。

(三)“贿选宪法”

此即北洋政府1923年10月10日公布的

《中华民国宪法》,是中国近代史上首部正式颁行的宪法。特点有二:企图用漂亮的辞藻和虚伪的民主形式掩盖军阀专制的本质;为平衡各派大小军阀的关系,巩固中央大权,对“国权”和“地方制度”作了专门规定。

(四)《中华民国宪法(1947)》

1. 南京国民政府的立法特点。南京国民政府立法频繁,法律法规数量繁多,体系庞杂。从客观上看,其法律制度的“双重性”特征极为明显,主要表现在:

第一,从法律内容上看,国民政府法律制度是继受法与固有法的混合。也就是说,南京国民政府的立法,一方面大量采用、引进、吸收西方近代以来的法律学说、法律原则与法律制度,以大陆法系法律制度为蓝本,并采英美法系法律制度的一些内容;另一方面,则继续保持、延续了中国传统法律制度的一些特性。

第二,从立法层次上看,普通法与特别法并存,而且特别法优于普通法,数量亦多于普通法。这说明国民政府在法律的制定与适用上采用“双重标准”,即一方面用基本的普通法作为“常态”法律,规范普通、正常的法律关系,但在另一方面又制定大量针对特定对象、在特定时空适用的特别法,超出普通法的限制,加强对危害其统治行为的镇压。特别法优于普通法这一特征在国民政府法律体系中表现得极为明显。

第三,从立法与司法层面看,也表现了明显的“双重性”。国民政府的许多立法在形式上顺应时代的发展,体现了一些资本主义法律制度的原则,因而从立法上看有些方面是可以肯定的,但是,在司法实践中却多是立法与司法的脱节,这也是国民政府法律体制上一个明显特征。

2. 南京国民政府《中华民国宪法》的结构特点。1946年11月,蒋介石撕毁“双十协定”和政协决议,非法召开国民大会,于12月25日通过《中华民国宪法》,定于1947年1月1日公布,12月25日施行。该法共14章,依次是总则、人民之权利义务、国民大会、总统、行政、立法、司法、考试、监察、中央与地方之权限、地方

制度、选举、罢免、创制、复决、基本国策和宪法之施行及修改,共175条。基本精神与《训政时期约法》和“五五宪草”一脉相承。但碍于政协通过的“宪法修改原则”12条的重大影响,即实行国会制、内阁制、省自治、司法独立、保护人民权利等,又不得不在具体条文上有所变动。

3. 南京国民政府《中华民国宪法》内容的主要特点。

其一,表面上的“民有、民治、民享”和实际上的个人独裁,即人民无权、独夫集权。1948年颁布的《动员戡乱时期临时条款》使这一特点更趋具体和法律化。

其二,政权体制不伦不类:既非国会制、内阁制,又非总统制。实际上是用不完全责任内阁制与实质的总统制的矛盾条文,掩盖总统即蒋介石的个人专制统治的本质。

其三,罗列人民各项民主自由权利,比以往任何宪法性文件都充分。但依据宪法第23条颁布的《维持社会秩序临时办法》、《戒严法》、《紧急治罪法》等,把宪法抽象的民主自由条款加以具体切实的否定。

其四,以“平均地权”、“节制资本”之名,行保护地主剥削、加强官僚垄断经济之实。

新华考资

www.xhkzedu.com

本章主要内容为西周以降,至清末的主要法律制度及法律思想。

第一节主要解析先秦法制内容、秦汉律的主要内容,这一时期的司法制度。理解这一时期的主要法制思想以及诸如出礼入刑,秋冬行刑,八议、五服制罪等制度概念。对汉代亲亲得相首匿原则、春秋决狱等典型内容,能够分析借鉴。

第二节主要解析永徽律疏,六赃,五刑,宋刑统与编敕、契约与婚姻继承法规,元代四等人制度,明律与明大诰,明清会典,罪名与刑罚,这一时期的司法制度。理解这一时期的主要法制思想以及诸如中华法系,十恶、保辜,立法思想与刑罚原则,清律与例等制度概念。能够分析借鉴翻异别勘,审级管辖,会审,死刑复奏等制度。

第三节基本要求了解清末主要修律内容,清末司法体制的变化。理解清末“预备立宪”及其对近代以来宪政发展的影响。能够分析借鉴这一时期的宪法性文件。

本章难点在于能够分析理解相关法律制度、思想的成因与影响。



第一章 罗马法

一、罗马法的产生

罗马法随着奴隶制国家最终形成而产生。共和国早期的法律渊源主要是习惯法。

二、《十二表法》的制定

1. 元老院于公元前 451 年制定法律十表公布于罗马广场；次年，又制定法律两表，作为对前者的补充。
2. 其特点为诸法合体、私法为主，前三表大多是程序法规定。某些规定虽反映了平民的要求，但主要目的在于严格维护奴隶主阶级的利益及其统治秩序，保护奴隶主贵族的私有财产权和人身安全不受侵犯。
3. 罗马国家第一部成文法，总结了前一阶段的习惯法，为继续发展奠定了基础；罗马法发展史上的一个重要里程碑；被认为是罗马法的主要渊源。

三、罗马法的发展

1. 市民法和万民法两个体系的形成

| | |
|---------|--|
| (1) 市民法 | ①共和国 <u>前期</u> 形成， <u>仅适用于罗马市民</u> 。 |
| | ②主要内容：行政管理、诉讼程序、财产、婚姻家庭和继承等方面的规范。 |
| (2) 万民法 | ③渊源包括罗马议会制定的法律（如《十二表法》）、元老院的决议、裁判官的告示以及罗马法学家对法律的解释等。 |
| | ①共和国 <u>后期</u> 由外事裁判官在司法活动中逐步创制的法律，适用于 <u>罗马市民与外来人以及外来人与外来人之间的关系</u> ； |
| | ②基本内容主要是关于所有权和债权方面的规范。 |

市民法和万民法不是截然对立的，而是互为补充的。自 212 年卡拉卡拉皇帝颁布《安东尼努斯敕令》，赋予罗马帝国内所有自由民以市民权之后，市民法与万民法逐渐统一。

2. 法学家活动的加强

| |
|---|
| (1) 公元前1世纪，罗马进入帝国时期。在帝国前期，法学家活动十分活跃，许多法学家被皇帝授予法律解答权，其解答成为法律的重要渊源。 |
| (2) 法学学派主要有普罗库尔学派和萨比努斯学派。 |
| (3) 最著名的五大法学家：盖尤斯、伯比尼安、保罗、乌尔比安、莫迪斯蒂努斯。他们的法学著作和法律解释具有同等法律效力。 |
| (4) 法学家的活动和作用：解答法律；参与诉讼；著书立说；编纂法典；参加立法活动。 |

3. 《国法大全》的编纂

查士丁尼皇帝为重建和振兴罗马帝国，成立了法典编纂委员会，进行法典编纂工作。从公元528～534年，先后完成了三部法律法规的汇编：《查士丁尼法典》、《查士丁尼法学总论》、《查士丁尼学说汇纂》。公元565年，法学家汇集了查士丁尼在位时所颁敕令168条，称为《查士丁尼新律》。以上四部法典汇编，至公元12世纪统称为《国法大全》或《民法大全》，其问世标志着罗马法已发展到最发达、最完备阶段。

四、罗马法的渊源

| | |
|-----------------------|---|
| 1. 习惯法 | 罗马国家法律的基本渊源 |
| 2. “立法机构”制定的法律 | 共和国时期的主要立法机关是民众大会、百人团议会与平民会议，它们制定的法律是共和国时期最重要的法律。 |
| 3. 元老院决议 | 元老院是共和国时期最高国家政权机关，并享有一定的立法职能，议会通过的法律需经它批准方能生效。 |
| 4. 长官的告示 | 高级行政长官和最高裁判官发布的告示具有法律效力。 |
| 5. 皇帝敕令 | |
| 6. 具有法律解答权的法学家的解答与著述。 | |

五、罗马法的分类

| | |
|----------------------|---|
| 1. 法律所调整的对象 | (1) 公法 |
| | (2) 私法 |
| 2. 法律的表现形式 | (1) 成文法 |
| | (2) 不成文法：统治阶级所认可的习惯法。 |
| 3. 法的适用范围 | (1) 自然法 |
| | (2) 市民法：仅适用于罗马市民的法律。 |
| | (3) 万民法：调整外来人之间以及外来人与罗马市民之间关系的法律。 |
| 4. 立法方式不同 | (1) 市民法 |
| | (2) 长官法：由罗马高级官吏发布的告示、命令等所构成的法律，内容多为私法。其主要靠裁判官的司法实践活动形成。 |
| 5. 按照权利主体、客体和私权保护为内容 | (1) 人法：规定人格与身份的法律。 |
| | (2) 物法：涉及财产关系的法律。 |
| | (3) 诉讼法：规定私权保护的方法。 |

六、罗马私法的基本内容

1. 人法

| | | |
|--------------|---|--|
| (1) 自然人 | ①生物学上的人：包括奴隶在内； | |
| | ②法律上的人 | A. 享有权利并承担义务的主体； 奴隶不是主体，被视为权利客体。 |
| | | B. 人格，即享有权利、履行义务的资格。由自由权、市民权和家庭权三种身份权构成。 只有同时具备上述三种身份权的人，才能在法律上享有完全的权利能力。 |
| | | C. “人格减等”：上述三种身份权全部或部分丧失，人格即发生变化，罗马法称之为“ 人格减等 ”。 |
| (2) 法人 | 罗马法上没有明确的法人概念和术语，但已有初步的法人制度。 | |
| | 法人的成立必须具备三个条件 | 必须具有物质基础； |
| | | 社团要达到最低法定人数（3 人以上），财团须拥有一定数额的财产，数额多少没有严格规定； |
| | | 必须经过元老院的批准或皇帝的特许。 |
| | 法人的种类 | ①社团法人：以自然人的集合为成立的基础，如宗教团体； ②财团法人：以财产为其成立的基础，如慈善基金会。 |
| (3) 婚姻家庭法 | ①实行一夫一妻的家长制家庭制度。古罗马所称的家或家族是指在家父权下所支配的一切人和物的总和，包括家父、妻、子女、奴隶和土地等。 | |
| | ②罗马法的婚姻有两种：A. “有夫权婚姻”；B. “无夫权婚姻”。 | |

2. 物法

| | | |
|------------------|--|-----------------------------|
| 物法是罗马法的主体和核心。 | | |
| (1) 物权 | 物不仅包括有形物体和具有金钱价值的东西，也包括无形体的法律关系和权利。 | |
| | 物的分类主要有要式转移物和略式转移物、有体物和无体物、动产和不动产、主物和从物、特定物和非特定物、有主物和无主物、原物和孳息等。 | |
| | 物权的范围和种类皆由法律规定，而不能由当事人自由创设。 | |
| | 物权主要有五种：所有权、役权（地役权、人役权）、地上权、永佃权、担保物权（质权、抵押权）。其中所有权为自物权，其他的为他物权。 | |
| (2) 继承 | ①分为遗嘱继承和法定继承，遗嘱继承优于法定继承。 | |
| | ②早期采取“概括继承”的原则，后来确立“限定继承”原则。 | |
| | ③关于法定继承人的顺序以及遗嘱继承的方式等问题均有较完备的规定。 | |
| (3) 债（物法的一个重要内容） | 债的发生原因 | ①合法原因，即由双方当事人因订立契约而引起的债。 |
| | | ②违法原因，即由侵权行为而引起的债，罗马法称之为私犯。 |
| | | ③准契约和准私犯。 |
| | 根据债的标的和标的物不同，对债进行了详细的分类：特定债和种类债、可分债和不可分债、单一债和选择债、法定债和自然债。 | |
| | 还对债的履行、债的担保、债的转移、债的消灭作了详细规定。 | |

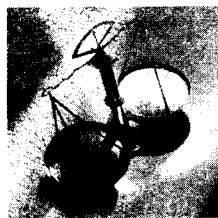
3. 诉讼法

| | |
|------------------------------------|---------------------------|
| (1) 诉讼的种类 | ①公诉是对直接损害国家利益案件的审理。 |
| | ②私诉是根据个人的申诉，对有关私人利益案件的审理。 |
| (2) 诉讼程序先后有三种不同的形态：法定诉讼；程式诉讼；特别诉讼。 | |

七、罗马法复兴

12 世纪初，西欧各国先后出现了一个研究和采用罗马法的热潮，史称罗马法复兴。

| | | |
|-------|---|--|
| 1. 原因 | 罗马法是资本主义社会以前调整商品生产者关系的最完备的法律，这一法律遗产可以满足当时西欧各国一般财产和契约关系的发展变化的需要。 | |
| 2. 过程 | (1) 注释法学派 | ①公元 1135 年在意大利北部发现《查士丁尼学说汇纂》原稿，从此揭开了复兴罗马法的序幕。 |
| | | ②意大利波伦亚大学最先开始对罗马法的研究。学者采用中世纪西欧流行的注释方法研究罗马法，因而得名。 |
| | | ③注释法学派在复兴罗马法中起了开创作用，使对《国法大全》的研究成为一门科学，帮助人们了解和熟悉了罗马法，为运用罗马法奠定了基础。 |
| | (2) 评论法学派 | ①14 世纪，在意大利又形成了研究罗马法的“评论法学派”。 |
| | | ②该学派的宗旨是致力于罗马法与中世纪西欧社会司法实践的结合，以改造落后的封建地方习惯法，使罗马法的研究与适用有了新的发展。 |
| | | ③罗马法在意大利复兴以后，很快扩展到西欧各主要国家。 |



法制史

第二章 外国法制史

第一节 罗马法

所谓罗马法,一般泛指罗马奴隶制国家法律的总称,存在于罗马奴隶制国家的整个历史时期。它既包括自罗马国家产生至西罗马帝国灭亡时期的法律,也包括公元6世纪中叶以前东罗马帝国的法律。

一、罗马法的产生和《十二表法》(Dodici Tavole)的制定

(一)罗马法的产生

古罗马奴隶制国家发源于意大利。公元前8世纪以前,罗马处于氏族公社时期。传说罗慕路斯于公元前754年至公元前753年创建罗马城。公元前8至公元前6世纪的罗马,称为王政时期,此时的罗马尚处于氏族社会向阶级社会过渡时期。公元前7世纪后,随着生产力的发展、私有制的出现,罗马社会产生了奴隶主和奴隶两个基本对立的阶级,氏族制度趋于解体。与此同时,“平民”阶层逐渐形成。平民承担罗马大部分的税收和军事义务,但因其不是氏族公社成员,不能享有政治权利,不能与贵族通婚,也不能占有公地。正是平民为争取权利同贵族进行的长期斗争,客观上加速了罗马氏族制度的瓦解,促进了罗马奴隶制国家与法律的形成。公元前6世纪中叶,罗马贵族被迫让步,第六代王塞尔维乌斯·图利乌斯对罗马社会进行了改革,废除了原来以血缘关系为基础的氏族部落,以地域关系来划分居民,并按照财产的多少将居民划分为五个等级。这次改革标志着罗马氏族制度的彻底瓦解,罗马奴隶制国家正式产生,不久之后,罗马步入共和国时期。随着罗马奴隶制国家最终形成,罗马法也随之产生。当然,共和国早期的法律渊源主要是习惯法。

(二)《十二表法》的制定

1. 制定背景。《十二表法》是罗马法发展史上的一个重要里程碑。在此之前由于使用习惯法,司法权又操纵于贵族,任其解释,大行司法专横,引起平民不满。结果是元老院被迫于公元前454年成立了十人立法委员会,并于公元前

451年制定法律十表公布于罗马广场。次年,又制定法律两表,作为对前者的补充。

2. 结构与内容。《十二表法》的篇目依次为传唤、审理、索债、家长权、继承和监护、所有权和占有、土地和房屋、私犯、公法、宗教法、前五表的追补及后五表的追补。其特点为诸法合体、私法为主,前三表大多是关于程序法的规定。《十二表法》的某些规定虽反映了平民的要求,但其主要目的在于严格维护奴隶主阶级的利益及其统治秩序,保护奴隶主贵族的私有财产权和人身安全不受侵犯。

3. 历史地位。《十二表法》是罗马国家第一部成文法,它总结了前一阶段的习惯法,并为罗马法的发展奠定了基础。许多世纪以来,《十二表法》被认为是罗马法的主要渊源。

二、罗马法的发展

(一) 市民法和万民法两个体系的形成

罗马共和国前期,形成了一个仅适用于罗马市民的法律体系——市民法。其内容主要是国家行政管理、诉讼程序、财产、婚姻家庭和继承等方面的规范。其渊源包括罗马“立法机构”制定的法律(如《十二表法》)、元老院的决议、裁判官的告示以及罗马法学家对法律的解释等。随着商品经济的发展和外来人口的增多,共和国后期形成了适用于罗马市民与“外邦人”或“异邦人”(指的是罗马境内不享有罗马市民权的自由人。最主要的来源是罗马人的征服。罗马人在征服某一城邦后,废除该城邦的法律,但并不将罗马人自己的法律授予该城邦的自由人。因此,他们是罗马统治下但非罗马城邦的自由人)以及“外邦人”与“外邦人”之间关系的万民法。万民法是外事裁判官在司法活动中逐步创制的法律。它吸收了市民法和外来法的合理因素,但又有所发展和突破。它的基本内容主要是关于所有权和债权方面的规范,很少涉及婚姻、家庭和继承等内容。万民法的产生,使罗马私法出现了两个不同的体系。但是市民法和万民法不是截然对立的,而是互为补充的。自212年卡拉卡拉皇帝颁布《安东尼努斯敕令》,赋予罗马帝国境内所有的自由民以罗马市

民权后,市民法与万民法逐渐统一。

(二) 法学家活动的加强

在罗马法的发展中,法学家起过十分重要的作用,他们推动了罗马法和罗马法学的发达。公元前1世纪,罗马进入帝国时期。在帝国前期,法学家活动非常活跃,罗马法学的发展也进入繁荣时期。许多法学家还被皇帝授予法律解答权,其解答成为法律的重要渊源。法学家们著书立说,解释法律,形成了不同的学派:主要有普罗库尔学派和萨比努斯学派。其间出现了最著名的五大法学家:盖尤斯、伯比尼安、保罗、乌尔比安、莫迪斯蒂努斯。五大法学家的法学著作和法律解释具有同等法律效力。概括起来,罗马法学家的活动和作用是:解答法律;参与诉讼;著书立说;编纂法典;参加立法活动。

(三)《国法大全》(Corpus Juris Civilis)的编纂

查士丁尼皇帝(公元527~565年)为重建和振兴罗马帝国,成立了法典编纂委员会,进行法典编纂工作。公元528~534年,先后完成了三部法律法规汇编。

第一,《查士丁尼法典》(Codex Justinianus)。这是公元528~529年编出的一部法律汇编。它将历代罗马皇帝颁布的敕令进行整理、审订和取舍而成。

第二,《查士丁尼法学总论》,又译为《法学阶梯》(Institutiones)。它以盖尤斯的《法学阶梯》为基础加以改编而成,是阐述罗马法原理的法律简明教本,也是官方指定的“私法”教科书,具有法律效力。

第三,《查士丁尼学说汇纂》(Digesta),又译为《法学汇编》,于公元530~533年编成。这是一部法学著作的汇编,将历代罗马著名法学家的学说著作和法律解答分门别类地汇集、整理,进行摘录,凡收入的内容,均具有法律效力。

公元565年,法学家又汇集了公元535~565年查士丁尼皇帝在位时所颁布的敕令168条,称为《查士丁尼新律》(Novellae)。

以上四部法律汇编,至公元12世纪统称为《国法大全》或《民法大全》。《国法大全》的问世,标志着罗马法已发展到最发达、最完备阶段。



三、罗马法的渊源和分类

1. 罗马法的渊源。

(1) 习惯法。公元前 450 年以前,罗马国家法律的基本渊源为习惯法。

(2) “立法机构”制定的法律。罗马共和国时期的主要立法机关是民众大会、百人团议会与平民会议,它们制定的法律是共和国时期最重要的法律。

(3) 元老院决议。元老院是共和国时期罗马最高国家政权机关,并享有一定的立法职能,议会通过的法律需经它批准方能生效。帝国时期,元老院被皇帝所控制,其本身所通过的决议具有法律效力。

(4) 长官的告示。罗马高级行政长官和最高裁判官发布的告示具有法律效力,是罗马法的重要渊源之一。

(5) 皇帝敕令。主要包括:敕谕、敕裁、敕示、敕答。

(6) 具有法律解答权的法学家的解答与著述。

2. 罗马法的分类。罗马法学家依据不同标准,从不同角度将法律划分为以下几类:

(1) 根据法律所调整的不同对象可划分为公法与私法。公法包括宗教祭祀活动和国家机关组织与活动的规范;私法包括所有权、债权、婚姻家庭与继承等方面的规范。

(2) 依照法律的表现形式可划分为成文法与不成文法。成文法是指所有以书面形式发布并具有法律效力的规范,包括议会通过的法律、元老院的决议、皇帝的敕令、裁判官的告示等;不成文法是指统治阶级所认可的习惯法。

(3) 根据罗马法的适用范围可划分为自然法、市民法和万民法。市民法是指仅适用于罗马市民的法律;万民法是调整外来人之间以及外来人与罗马市民之间关系的法律。

(4) 根据立法方式不同可划分为市民法与长官法。长官法专指由罗马高级官吏发布的告示、命令等所构成的法律,内容多为私法。其主要是靠裁判官的司法实践活动形成的。

(5) 按照权利主体、客体和私权保护为内容可划分为人法、物法、诉讼法。人法是规定人格

与身份的法律;物法是涉及财产关系的法律;诉讼法是规定私权保护的方法。

示例

关于罗马法的法律分类,下列哪一类是以法律的适用范围为根据划分的?(2008 年试卷一第 11 题)

- A. 公法和私法
- B. 人法、物法和诉讼法
- C. 自然法、市民法和万民法
- D. 市民法与长官法

【参考答案及简要提示】C。罗马法学家依据不同标准,从不同角度划分罗马法。根据罗马法的适用范围可划分为自然法、市民法和万民法。市民法是指仅适用于罗马市民的法律;万民法是调整“外邦人”与“外邦人”之间以及“外邦人”与罗马市民之间关系的法律。因此,本题的正确选项为 C 项。

新华考资

www.xhkedu.com

四、罗马私法的基本内容

(一) 人法

人法是对在法律上作为权利和义务的主体的人的规定,包括自然人、法人的权利能力和行为能力以及婚姻家庭关系等内容。

1. 自然人。罗马法上的自然人有两种含义:一是生物学上的人,包括奴隶在内;二是法律上的人,是指享有权利并承担义务的主体。自然人必须具有人格,即享有权利和承担义务的资格。奴隶因其不具有法律人格,不能成为权利义务主体,而被视为权利客体。罗马法上的人格由自由权、市民权和家父权三种身份权构成。只有同时具备上述三种身份权的人,才能法律上享有完全的权利能力。上述三种身份权全部或部分丧失,人格即发生变化,罗马法称之为“人格减等”。

罗马法对自然人的行为能力,也作了详细规定。只有年满 25 岁的有法律人格的成年男子才享有完全的行为能力。

2. 法人。罗马法上虽没有明确的法人概念和术语,但已有初步的法人制度。罗马法上法人分社团法人和财团法人两种。前者以自然

人的集合为成立的基础,如宗教团体;后者以财产为其成立的基础,如慈善基金会。法人的成立必须具备三个条件:(1)必须具有物质基础;(2)社团要达到最低法定人数(3人以上),财团须拥有一定数额的财产,数额多少没有严格规定;(3)必须经过元老院的批准或皇帝的特许。

3. 婚姻家庭法。实行一夫一妻的家长制家庭制度。古罗马所称的家或家族是指在家父权下所支配的一切人和物的总和,包括家父、妻、子女、奴隶和土地等。家的特点是以家父权为基础。共和国后期,家父的权力逐渐受到限制。罗马法的婚姻有两种,即“有夫权婚姻”和“无夫权婚姻”。

(二) 物法

物法在私法体系中占有极其重要的地位,是罗马法的主体和核心,对后世资产阶级民法的影响最大。物法由物权、继承和债三部分构成。

1. 物权。罗马法上所说的物,范围较广,泛指除自由人以外存在于自然界的一切东西,凡对人有用并能满足人所需要的东西,都称为物;不仅包括有形物体和具有金钱价值的东西,而且包括无形体的法律关系和权利。物的分类主要有要式转移物和略式转移物、有体物和无体物、动产和不动产、主物和从物、特定物和非特定物、有主物和无主物、原物和孳息等。物权是指权利人可以直接行使于物上的权利。物权的范围和种类皆由法律规定,而不能由当事人自由创设。物权主要有五种:所有权、役权(地役权、人役权)、地上权、永佃权、担保物权(质权、抵押权)。其中所有权为自物权,其他为他物权。

2. 继承。罗马法中的继承分为遗嘱继承和法定继承,遗嘱继承优于法定继承。早期采取“概括继承”的原则,后来逐步确立了“限定继承”的原则。关于法定继承人的顺序以及遗嘱继承的方式等问题,罗马法上均有较完备的规定。

3. 债。在罗马法中,债是物法的一个重要内容。罗马法中债的发生原因主要有两类:一类是合法原因,即由双方当事人因订立契约而引起的债;一类是违法原因,即由侵权行为而引起的债,罗马法称之为私犯。此外,准契约和准私犯也是债的发生原因。罗马法根据债的标的和标的物

不同,对债进行了详细的分类,主要有:特定债和种类债、可分债和不可分债、单一债和选择债、法定债和自然债。罗马法还对债的履行、债的担保、债的转移、债的消灭作了详细规定。

(三) 诉讼法

诉讼分为公诉和私诉两种。公诉是对直接损害国家利益案件的审理;私诉是根据个人的申诉,对有关私人利益案件的审理。私诉是保护私权的法律手段,相当于后世的民事诉讼。在罗马法的发展过程中,诉讼程序先后呈现出三种不同的形态:法定诉讼、程式诉讼、特别诉讼。

五、罗马法的历史地位

(一) 罗马法复兴

1. 罗马法复兴的原因。12世纪初,西欧各国先后出现了一个研究和采用罗马法的热潮,史称罗马法复兴。罗马法的复兴不是偶然的,其根本原因在于当时西欧的法律状况同商品经济发展及社会生活极不适应。而罗马法是资本主义社会以前调整商品生产者关系的最完备的法律,这一法律遗产可以满足当时西欧各国一般财产和契约关系的发展变化的需要。

2. 罗马法复兴的过程。

(1) 注释法学派与罗马法的复兴。公元1135年在意大利北部发现《查士丁尼学说汇纂》原稿,从此揭开了复兴罗马法的序幕。意大利波伦亚大学最先开始了对罗马法的研究。学者采用中世纪西欧流行的注释方法研究罗马法,因而得名为“注释法学派”。注释法学派在复兴罗马法的运动中,起了开创作用,他们使对《国法大全》的研究成为一门科学,帮助人们了解和熟悉了罗马法,为运用罗马法奠定了基础。

(2) 评论法学派与罗马法研究、适用的新发展。14世纪,在意大利又形成了研究罗马法的“评论法学派”。该学派的宗旨是致力于罗马法与中世纪西欧社会司法实践的结合,以改造落后的封建地方习惯法,使罗马法的研究与适用有了新的发展。罗马法在意大利复兴以后,很快扩展到西欧各主要国家。

3. 罗马法复兴的意义。

其一,罗马法的运用,使商品经济得到比较



顺利的发展,市民等级的力量不断加强;同时也推动了王权的加强和扩张。这些都有利于民族统一国家的形成。

其二,经过罗马法复兴,以研究《国法大全》为突破口和中心,法学蓬勃发展起来,形成了一个世俗的法学家阶层,改变了教会僧侣掌握法律知识的情况。这就为把罗马法运用于实践准备了条件,从而为正在成长中的资本主义关系提供了现成的法律形式。

其三,近代自然法学说和“法律面前人人平等”的口号,是17、18世纪新兴资产阶级进行反封建斗争的主要思想武器,而近代自然法学的思想渊源正是罗马时代的自然法思想及自由人在私法关系上地位平等的原则。

(二) 罗马法对后世法律的影响

罗马法对后世法律制度的发展影响是很大的,尤其是对欧洲大陆的法律制度影响更为直接。正是在全面继承罗马法的基础上,形成了当今世界两大法系之一的大陆法系,亦称为罗马法系或者民法法系。

罗马法的有关私法体系,被西欧大陆资产阶级民事立法成功地借鉴与发展。如《法国民法典》和《德国民法典》就是对罗马法的继承和发展。法、德两国的民法体系,又为瑞士、意大利、丹麦、日本等众多国家直接或间接地加以仿效。

罗马法中许多原则和制度,也被近代以来的法制所采用,如公民在私法范围内权利平等原则、契约自由原则以及权利主体中的法人制度。

罗马法的立法技术已具有相当的水平,它所确定的概念、术语,措辞确切,结构严谨,立论清晰,言简意赅,学理精深。

第二节 英美法系

一、英美法的历史沿革

(一) 英国法的形成与发展

英国是普通法系的发源地,其法律的发展比较平稳,分为三个时期。

1. 英国封建法律体系的形成。英国法的源头是盎格鲁—撒克逊时代的习惯法。随着王权的强大和完善的王室司法机构的建立,逐渐

形成了普通法、衡平法和制定法三大法律渊源,从而确立了英国封建法律体系。

(1) 普通法的形成。普通法指的是12世纪前后发展起来的、由普通法院创制的通行于全国的普遍适用的法律。它的形成是中央集权和司法统一的直接后果。

1066年诺曼底公爵威廉征服英国后,他和继任者为巩固统治,扩大王权,采取进行土地调查、编制“末日审判书”(始于1086年,又称“最终税册”/Domesday Book)等多种措施,加强中央集权。在统一司法方面,国王建立了御前会议,并从前者中逐渐分立出具有司法职能的财政法院、王座法院和普通诉讼法院。这些法院最初只在伦敦威斯敏斯特教堂(Westminster Abbey)审理案件,但为了扩大王室管辖权,法官们开始到各地巡回审判。

亨利二世统治时期的司法改革对普通法的形成起了很大的推动作用。通过颁布《温莎诏令》、《克拉灵顿诏令》等一系列命令,确立了陪审制,并将巡回审判制度化。法官们进行巡回审判时,在陪审团的帮助下,依据王室法令的授权,参照当地习惯来审理案件。回到伦敦的皇家威斯敏斯特教堂后,他们互相交流参照各地习惯形成的判案意见,承认彼此的判决,并约定在以后巡回审判时使用。在此类判例的基础上,逐渐形成了通行全国的普通法,所以后人习惯称其为判例法。

体现王权的令状制也与普通法的发展有密切关系。它要求原告只在申请到特定的以国王名义签发的令状后,才能向法院主张实体权利的保护。令状成为诉权凭证,无令状就不能起诉。“程序先于权利”的普通法特点与此不无关系。

(2) 衡平法的兴起。由于普通法在传统令状制度下,存在着保护范围有限、内容僵化、救济方法较少的缺陷,随着社会经济的发展,已不能满足人们的需要。得不到普通法院公正保护的当事人,依照历史传统直接向国王提出的申诉越来越多,国王遂将其委托给大法官进行审理。15世纪正式形成了大法官法院(又称“衡平法院”)。根据大法官的审判实践,逐渐发展出一套与普通法不同的法律规则,即根据“公

平”、“正义”的原则形成的“衡平法”，并逐渐成为一套有别于普通法的独立法律体系。

相对于普通法，衡平法重内容而轻形式，诉讼程序简便灵活，审判时既不需要令状也不采用陪审制。凡普通法法院不予受理的案件，大法官均予接受。衡平法适应社会发展，创制出信托、禁令等许多新的权利和救济方法。一般认为，衡平法受罗马法影响较深。

英国无系统的成文宪法，其各部分渊源又不断随着社会变化而发展。英国宪法是典型的柔性宪法，其修正程序、效力与普通法律是一样的，只是所调整的社会关系不同而已。英国宪法是历史长期发展的产物，具有很强的延续性。其渊源有宪法性法律、宪法惯例、宪法判例，具有多样性。

普通法实施领域广泛；衡平法仅在普通法难以救济的方面发挥作用，是对普通法的补充。其时可以认为：将普通法去掉，衡平法不复存在；而将衡平法去掉，普通法仍会存在。在以后的司法实践中，两大法院系统的关系由于管辖范围存在交叉重叠，大量案件从普通法院转向衡平法院以及衡平法院的禁令可以干涉普通法院的判决，使两者之间矛盾日渐增多。17世纪初，普通法院法官科克和衡平法院大法官埃尔斯密将冲突引向白热化。这场争端以国王詹姆斯一世确立“衡平法优先”的原则而告终。直到1875年司法改革前，普通法院与衡平法院的并存一直是英国司法的显著特征。

(3) 制定法的发展。制定法即成文法，是享有立法权的国家机关或个人明文制定并颁布实施的法律规范。在英国法的整个体系中，制定法居于次要地位，它只起补充、解释、整理修改或重申判例法的作用。1215年的《大宪章》是制定法发展的重要进程，以其为最早的历史渊源，英国国会逐渐形成。随着国会立法权的加强，制定法的数量逐渐增多，地位也逐渐上升。

2. 资产阶级革命后英国法的变化。这次革命使英国古老的封建法制有所触动，主要体现为：

(1) 国会立法权得到强化，确立了“议会主权”原则，制定法地位提高；

(2) 内阁成为最高行政机关；

(3) 普通法和衡平法在内容上得到充实，并被赋予资产阶级的含义。

3. 现代英国法的发展。两次世界大战后，英国的国际地位发生了很大变化，与此相适应，法律制度也产生了深刻的变化：

(1) 立法程序简化，委托立法大增；

(2) 选举制进一步完善，基本确立了普遍、秘密、平等、公正的选举制度；

(3) 社会立法和科技立法活动加强；

(4) 欧盟法成为英国法的重要渊源。

(二) 美国法的形成和发展

美国法与英国法存在着很深的历史渊源关系，从一开始就被打上了英国法的烙印，是在继承和改造英国法的基础上形成的独具特色的法律体系。它的发展大致可分为四个时期。

1. 殖民地时期的美国法。殖民地时期，英国战胜其他列强后，殖民地各地相继使用英国普通法。但是18世纪中期以前，各殖民地实行的法律还是比较原始和简陋的，有的殖民地甚至以《圣经》作为判案的依据，英国法并没能北美取得支配地位。随着英殖民者对殖民地压迫的加深以及殖民地社会条件的变化，特别是英国著名法学家布莱克斯通的著作《英国法释义》传播到北美殖民地后，英国法得到普及。到18世纪中期，英国普通法在北美殖民地取得了支配地位。

2. 独立战争后的美国法。这段时期，是美国法的形成时期。以英国法为基础，参照欧洲大陆的法律文献形成了独具一格的美国法。1830年之后，《美国法释义》的问世以及各种美国法专著的出现，标志着美国法对英国法批判吸收并走上独立发展的道路。

3. 南北战争后的美国法。这是美国法的改革与发展时期。在此期间，美国法进行了民主化改革，法律体系逐步完善。其具体体现在：废除奴隶制的宪法修正案正式生效；在财产法方面确立了土地的自由转让制度；对繁琐的诉讼程序实行了改革；建立了富有美国特色的判例法理论；法学教育中心从律师事务所转到法学院校；各州法律出现统一化趋势。



4. 现代美国法。与进入垄断资本主义时期的政治经济集中相适应,美国的法律较19世纪末以前有了较大变化:

一是制定法大量增加,法律的系统化明显加强。联邦国会制定了《美国法律汇编》(或称《美国法典》);法学会成立之后,陆续出版了《法律重述》等重要法律文献。

二是由于以总统为首的行政机关权力的扩大,行政命令的作用和地位日益显著。

三是国家干预经济的立法大量颁布,如“新政”时期颁布了一系列整顿工业、银行、农业以及劳工的法律,反垄断法成为新的法律部门。

二、英美法的渊源

(一)英国法的渊源

1. 普通法。普通法是英国法最重要的渊源。从法源的意义来看,普通法是指由普通法院创立并发展起来的一套法律规则。“遵循先例”是普通法最基本的原则,指一个法院先前的判决对以后相应法院处理类似案件具有拘束力。普通法最重要、影响最大的特征是“程序先于权利”。

2. 衡平法。现代意义上的衡平法指的是英美法渊源中独立于普通法的另一种形式的判例法,它通过大法官法院,即衡平法院的审判活动,以法官的“良心”和“正义”为基础发展起来。其程序简便、灵活,法官判案有很大的自由裁量权,因此,衡平法被称为“大法官的脚”,可大可小,具有很大的伸缩性。与普通法相比,它只是一种“补偿性”的制度,但当二者的规则发生冲突时,衡平法优先。

3. 制定法。英国制定法在法律渊源中的重要性不如普通法和衡平法两种判例法,但其效力 and 地位很高,可对判例法进行调整、修改,现代一些重要的法律部门如社会立法是在制定法的基础上发展起来的。制定法的种类有:欧洲联盟法、国会立法、委托立法。其国会立法是英国近现代最重要的制定法,被称为“基本立法”。

(二)美国法的渊源

1. 制定法。美国的联邦和各州都有制定法。联邦的制定法包括联邦宪法和联邦法律。

各州的制定法包括各州的宪法和法律,各州享有联邦宪法所规定的联邦立法范围之外的立法权。

2. 普通法。美国以英国普通法作为建立新法律的基础,但并非全盘照搬。正如约瑟夫·斯托里大法官在“范内斯诉帕卡德”案的判例中指出的:“英国的普通法并不是全部都可以作为美国的普通法,我们祖先把英国普通法的一般原则带过来,并且以此作为他们生来就有的权利,但是他们只带来并采用了适合他们情况的那一部分。”在美国并没有一套联邦统一的普通法规则,各州的普通法自成体系。

3. 衡平法。美国独立以前,首先在英王的直辖区和特许殖民地采用了英国的衡平法,一些在英国由教会法院管辖的案件也由衡平法院管辖。美国独立之后,联邦和各州都相继采用衡平法。自19世纪末以来,原设立衡平法院的各州逐渐取消了衡平法院的设置,至今全美仅特拉华州保留独立的衡平法庭。由于美国联邦法与州法的管辖权划分是宪法确定的,各州衡平法案件,基于其涉及的具体法律关系的性质,而由各州法院管辖或联邦法院管辖。

三、美国宪法

(一)宪法的制定

美国独立战争后发表《独立宣言》。此后,各州相继制定州宪法,联合成同盟并通过《邦联条例》,成立了邦联政府。但这个政府不是一个完整统一的政府,不能适应美国资产阶级的需要。为此,1787年邦联国会邀请各州代表在费城召开秘密会议,修改《邦联条例》并越权起草了宪法。该会议后来被称为制宪会议。1789年,美国第一届联邦国会开幕,基于各州的批准,正式宣布联邦宪法生效。

(二)宪法的主要内容与修正案

1. 1787年《联邦宪法》(Constitution of the United States of America)的主要内容。由序言和7条本文组成。根据联邦法院解释,序言虽在宪法全文中,但不是宪法的组成部分,在审判活动中不能被引用。宪法的主要内容包括:立法权、行政权、司法权、授予各州的权力、宪法修正案提出和通过的程序、强调宪法和根据宪法

制定的法律以及缔结的条约是“全国最高法律”、宪法本身的批准问题。

2. 宪法修正案。宪法修正案是美国宪法规定的唯一正式改变宪法的形式。其中影响最大的是关于公民权利的宪法前10条修正案(即“权利法案”)、南北战争后关于废除奴隶制并承认黑人选举权的修正案、20世纪以降关于扩大选举权、男女享受平等权利的修正案(男女平等权利修正案1975年获得国会参众两院通过,但因在规定时间内未获得3/4以上州通过成为废案)。

四、英美司法制度

(一) 法院组织

1. 英国法院组织。在11世纪后期英国统一司法方面,国王建立了御前会议,并从其中逐渐分立出具有司法职能的财政法院、王座法院和普通诉讼法院。这些法院最初只在伦敦皇家威斯敏斯特教堂审理案件,为了扩大王室管辖权,法官们开始到各地巡回审判。英国长期存在普通法院和衡平法院两大法院系统,19世纪后期司法改革取消了两大法院系统的区别,统一了法院组织体系。现行的英国法院组织从层次上可分为高级法院、低级法院;从审理案件的性质上分民事法院、刑事法院。最高法院包括上诉法院、高等法院和皇家刑事法院三个部分。依据2005年英国的宪制改革法案,英国将原终审机构——上议院司法委员会独立出来,改为联合王国最高法院,该最高法院已于2009年10月1日正式成立。原最高法院一词所指的上诉法院、高等法院以及皇家刑事法院改称高级法院。

2. 美国双轨制的法院组织。美国有两套法院组织系统:联邦法院组织系统与州法院组织系统。前者包括联邦最高法院、联邦上诉法院和联邦地区法院。其中联邦最高法院的判决对全国一切法院均有约束力。州法院组织系统不统一。一般来说,州的最高一级法院称为州最高法院,正式的初审法院是地区法院,基层法院是治安法院。

(二) 美国联邦最高法院的司法审查权

此指联邦最高法院通过司法程序,审查和裁决立法和行政是否违宪的司法制度。源于1803年的“马伯里诉麦迪逊”案,确立的司法审查的宪法原则是:宪法是最高法律,一切其他法律不得与宪法相抵触;联邦最高法院在审理案件时,有权裁定所涉及的法律或法律的某项规定是否违反宪法;经联邦最高法院裁定违宪的法律或法律规定,不再具有法律效力。

(三) 陪审制度

英国是现代陪审制的发源地。这种制度在英国历史上被长期作为一种民主的象征广泛运用。但随着社会的发展,审判节奏也要求效率化,逐渐限制了陪审制的运用。陪审团的职责是就案件的事实部分进行裁决,法官则在陪审团裁决的基础上就法律问题进行判决。陪审团裁决一般不允许上诉,但当法官认为陪审团的裁决存在重大错误时,可以加以撤销,重新组织陪审团审判。

(四) 辩护制度

一是对抗制,又称“辩论制”,即民事案件中的原被告以及刑事案件中的公诉人和被告律师在法庭上相互对抗,提出各自的证据,询问己方证人,盘问对方证人,并在此基础上相互辩论。法官主持开庭,并对双方的动议和异议作出裁决,但不主动调查,只充当消极仲裁人的角色。

二是英国的律师传统上分为两大类:出庭律师、事务律师。出庭律师可以在任何法院出庭辩护。事务律师主要从事一般的法律事务,可在低级法院出庭辩护,但不能在高级法院出庭。近年来,英国律师制度进行了改革,两类律师的划分已不再泾渭分明。

五、英美法系特点

(一) 英美法系的特点

1. 以判例法为主要法律渊源。各国受英国法的影响,法律渊源一般都分为普通法、衡平法和制定法。其中判例法的地位都很高。

2. 以日耳曼法为历史渊源。普通法系的核心——英国法,是在较为纯粹的日耳曼法——盎格鲁—撒克逊法的基础上发展起来的。



3. 法官对法律的发展所起的作用举足轻重。判例法是在法官的长期审判实践中逐渐创造出来的,法官的判决本身具有立法的意义,普通法系素有“法官造法”之称。

4. 以归纳为主要推理方法。法官和律师在适用法律时,通过对存在于大量判例中的法律原则进行抽象概括、归纳比较,然后才将其最适当地运用到具体案件中去。

5. 不严格划分公法和私法。

(二) 美国法的特点和历史地位

1. 美国法的特点:

其一,以判例法为主要表现形式。在判例实践中实行“遵循先例”原则,在审判风格上采用归纳的推理方式,强调程序的重要性。

其二,法律体系庞杂。联邦和各州自成法律体系,美国联邦和各州都有独立的立法机关和司法系统。

其三,封建因素较少。这是因为北美大陆原本就不存在封建制度,在引入英国法时对其明显的封建因素没有采用。

其四,独特的种族歧视色彩。

2. 美国法的历史地位。美国法是在批判吸收英国法的基础上建立的适合美国国情的具有美国特色的法律制度,在英美法系中占有重要地位。其体现在:(1)美国创造了对宪法产生深刻影响的近代宪政思想和制度,制定了世界上第一部资产阶级成文宪法,奠定了资产阶级宪法的基本格局,并对整个近代时期的宪法实践产生了深刻影响。(2)创造了立法和司法的双轨制。这种体制及其运作为中央和地方关系的协调提供了经验。(3)美国刑法率先创造了缓刑制度,并将教育观念和人道主义观念引入刑法的改革。(4)最早建立了反垄断法制。

第三节 大陆法系

新华考资

www.xhkedu.com

一、法国法、德国法的历史沿革

1. 法国法律制度的形成与发展

(1)封建法律制度的形成和发展。法国封建制时期的法律制度,一般指9世纪上半叶到18世纪下半叶持续近一千年的法兰西王国时

期的全部法律。其起始时间的标志,是公元843年法兰克查理曼王国的分裂至1789年法国资产阶级大革命的爆发。在法国封建制法的形成和发展中,历经三个阶段,即公元9世纪至13世纪以习惯法为主时期、公元13世纪至16世纪习惯法成文化时期和公元16世纪至18世纪王室立法成为主要的法律渊源时期,它为近代法国资产阶级法律制度的形成与发展奠定了基础。

(2)资产阶级法律制度的建立。近代法国法律制度是在资产阶级革命后建立和发展起来的。在拿破仑统治时期,法国制定了《民法典》、《商法典》、《刑法典》、《民事诉讼法典》和《刑事诉讼法典》五部重要法典,再加上宪法,构成了法国“六法”体系。由于法国革命具有彻底性,有一整套成熟的思想理论做指导,所以,革命后建立起来的法律制度比较系统和完备,较典型地反映了资产阶级的利益,对其他资本主义国家法律制度的建立和发展具有重大影响。

(3)现代法国法的发展。两次世界大战之间,法国连续遭到三次经济危机的袭击,国内阶级矛盾空前尖锐、复杂。为了应付紧急形势,缩小了议会权力,加强了行政权力,政府的委托立法议案在议会中占据优势。同时,为缓和人民群众强烈的民主运动的压力,于1919年4月和1927年7月,进行了两次选举制度的改革,对原来的法典进行某些修改与补充。判例作用有所提高。法国的法律制度适应新形势的需要,继续进行变革。

2. 德国法律制度的形成与发展

(1)封建法制的形成与发展。德国原为法兰克王国的一部分。公元919年,东法兰克王国推举萨克森公爵为国王,开创了德意志王朝。封建时代的德意志长期处于封建割据之中,后来普鲁士邦逐渐强盛,并先后战胜奥地利和法国,为统一德意志各邦扫清了障碍。在整个封建时代,法律的分散性和法律渊源的多元化是德国法最基本的特点。习惯法、地方法、教会法、罗马法以及帝国法令长期并存。封建时代最著名的习惯法汇编是《萨克森法典》,大约编纂于1220年,其内容主要是关于民事、刑事问题的地方习惯法和诉讼规则,以及调整封建关

系的采邑法。封建时代后期出现了一部以帝国名义颁布的刑法典——《加洛林纳法典》(公元1532年颁布)。该法典共179条,主要包括刑法和刑事诉讼法方面的内容,被多数邦国长期援用,在德国封建法的发展中具有重要影响。

(2) 德意志帝国的建立与近代德国法律体系的形成。1871年,普鲁士以“铁与血”的政策完成了统一德国的任务,建立了德意志帝国。统一后的德国以原普鲁士邦国的法律制度为基础,建立了近代法律体系,先后颁布了宪法、刑法典、刑事诉讼法典、民事诉讼法典、法院组织法、民法典和商法典,成为大陆法系的又一个典型。由于德国统一是自上而下完成的,德国革命带有不彻底性,封建专制主义没有受到根本批判,近代德国法律体系也带有很强的封建君主专制色彩。与此同时,由于德国具有“潘德克顿学派”的理论基础,德国法相对于19世纪大陆法系其他国家而言,结构更加严谨,逻辑更加严密,概念更加准确。

(3) 魏玛共和国时期法律的发展。1919年,战败的德国进入魏玛共和国时期。由于政体的变化和社会化思潮的影响,德国加快了民主政治的进程:在沿用原有法律的同时,颁布了大量的“社会化”法律,如调整社会经济的法律和保障劳工利益的法律,使德国成为经济立法和劳工立法的先导。

(4) 法西斯专政时期德国法的蜕变。1933年,纳粹党头目希特勒出任总理,开始了法西斯独裁统治。希特勒颁布了一系列法律、法令,将国家政治生活全面纳入战时轨道。在宪政方面,颁布了《消除人民和国家痛苦法》、《保护德意志人民紧急条例》、《禁止组织新党法》、《德国改造法》等一系列法西斯法令,废除了资产阶级议会民主制和联邦制,维护希特勒个人独裁和纳粹一党专政。在民事法律方面,颁布了《卡特尔变更法》、《强制卡特尔法》等法令加强对垄断组织的扶持,强化垄断资产阶级对国家政治生活的控制,并且颁布了《世袭农地法》、《德意志血统及名誉保护法》等单行法律,推行种族歧视和种族灭绝政策,巩固法西斯政权的统治基础。在刑事法律方面,原先法律中的民主原则被彻底抛

弃,代之以种族主义和恐怖主义原则。

(5) 第二次世界大战后德国法的变化。1945年5月8日,纳粹德国战败投降。由于英、美、法三国和苏联对德国的分别军事占领,德国曾长期处于分裂状态,直到1990年10月3日才实现统一。战后西德建立了德意志联邦共和国,延续了魏玛共和国时期的大部分法制原则,并根据1949年波恩基本法确立的和平民主原则,对原有的法律进行了修改,使其中的封建因素大为减轻。两德统一后,基本上实行原西德的法律制度,但也根据新情况、新问题进行了若干修改。

二、宪法

(一) 法国人权宣言与法国宪法

1. 《人权与公民权利宣言》(Declaration of the Rights of Man and of the Citizen)。法国革命开始后,国民会议便于1789年8月26日,经过激烈的争论,通过了著名的《人权与公民权利宣言》(简称《人权宣言》)。这一划时代的历史性文件,第一次明确而系统地提出了资产阶级民主和法制的基本原则,是建立资产阶级统治的纲领性文件。

《人权宣言》提出的民主法制原则主要有:

(1) 宣布人权是“天赋的”,是“神圣不可侵犯的”。宣言第1条明确指出:“人们生来并且始终是自由的,在权利上是平等的。”第2条规定:“一切政治结合的目的都在于保护人的天赋和不可侵犯的权利;这些权利是:自由、财产、安全和反抗压迫。”

(2) 确立了“人民主权”、“权力分立”的资产阶级民主原则。规定执政者的权力来自人民,任何团体或个人都不能行使人民没有赋予的权利。而且具体规定:公民有权参加制定法律;有权决定政府的开支、征税的税额;有权要求国家公务员报告工作情况,等等。

(3) 提出了资产阶级法制原则。其中主要是:法律是公共意志的表现、法律面前人人平等、法无明文规定不为罪、罪刑法定主义、法不溯及既往、无罪推定以及禁止非法控告、逮捕或拘留等刑法、刑事诉讼法的基本原则。

《人权宣言》不仅奠定了法国宪政制度的基



础,而且是多部法国宪法的序言。

2. 几部有代表性的宪法。法国是资产阶级国家中制宪最多的国家之一,共制定过15部宪法。这是由法国革命后的政治形势和阶级力量对比关系决定的,在这些宪法中最有代表性的是1791年宪法、1875年宪法和第二次世界大战后的两部宪法。

(1) 1791年宪法。法国革命初期,领导权掌握在君主立宪派手里。他们要推翻封建统治,但又不愿废黜国王,建立共和政体。就是在这种背景下,法国于1791年9月通过了第一部宪法。这部宪法以《人权宣言》为序言,正文由前言和8篇组成。其基本内容是:

①以孟德斯鸠的君主立宪和分权思想为指导,宣布法国为君主立宪国,实行三权分立。立法权由选举产生的一院制的国民议会行使,它是最高权力机关。行政权由国王行使,他是行政最高首脑、海陆军最高首长。司法权由选举产生的法官行使。

②确认资产阶级的各项权利。宣布取消封建贵族爵位和特权,废除等级制、卖官和官职世袭制,规定了若干公民的自由和权利,肯定了私有财产的神圣不可侵犯。

③把公民划分为“积极公民”和“消极公民”。

④继续维护法国殖民统治。

这部宪法的制定和实施,结束了法国的封建统治,巩固了资产阶级革命的胜利成果,标志着资产阶级君主立宪制的正式确立。

(2) 1875年宪法。1875年宪法是法国历史上实施时间最长的一部宪法。这部宪法最终确立了资产阶级共和制。1875年宪法由三个宪法性文件组成,即《参议院组织法》、《政权组织法》和《国家政权机关相互关系法》。其基本内容是:

①宪法规定,议会是立法机关,由上院(参议院)和下院(众议院)组成。两院都有立法权和行政监督权。

②宪法规定,总统是国家元首,由参、众两院联席会议选出,任期7年,连选连任。

③宪法规定法国实行责任内阁制。内阁是

国家的最高管理机关,由议会多数党组成,内阁成员名单由总理提出,以总统的名义任命。

④宪法还肯定了拿破仑一世创立的参事院这一国家机构。它既是咨议机关,对立法和行政方面的事务进行咨询;同时又是法国最高行政法院,是行政诉讼案件的终审法院。

(3) 战后宪法。“二战”后法国先后制定了1946年第四共和国宪法和1958年第五共和国宪法。这两部宪法在形式和内容上互有差异,反映了各个时期阶级力量的对比关系以及统治阶级内部当权集团和派别的利益。1958年宪法经过四次修改一直实施到现在,是法国现行宪法。

(二) 日本宪法

1. “明治宪法”。1882年,天皇政府派伊藤博文等4人去欧洲考察资产阶级国家的宪法和政治制度。回国后,天皇便指令伊藤博文组织宪法委员会,负责起草宪法的工作。1888年,宪法起草完毕。1889年2月11日正式颁布,正式名称为《大日本帝国宪法》,后通称“明治宪法”。宪法的基本内容和特点是:

(1)它是基于君主主权思想制定的一部“钦定”宪法。

(2)深受德国宪法的影响,有46个条文抄自普鲁士宪法,仅有3条为日本所独创。

(3)带有“大纲目”性质,对一些问题没有作出明确规定。

(4)对公民自由权利的规定,不仅范围狭窄,而且随时可加以限制。

宪法规定,国家管理形式为君主立宪政体,但却赋予天皇至高无上的权威,事实上是用议会民主外衣,掩盖天皇专制制度。总之,1889年宪法是一部带有明显封建性和军事性的宪法。

2. “和平宪法”。第二次世界大战后,在反法西斯民主力量的推动下,日本于1946年2月开始新宪法的制定工作。草案经反复审议修改,于1946年11月3日颁布,1947年5月3日正式实施。同战前帝国宪法相比,它具有以下几个特点:

(1)天皇成为象征性的国家元首;

(2)实行三权分立与责任内阁制;

(3)规定放弃战争原则,仅保留自卫权;

(4)扩大了国民的基本权利和自由。

这部宪法吸收了欧美资本主义国家宪法通行的原则。在捍卫资本主义私有制和资产阶级统治的前提下,以三权分立原则组织国家政权机关,削减了天皇的权力,实行对国会负责的责任内阁制,扩大了公民的自由民主权利。

三、民法

(一)《法国民法典》(Code Napoléon)

1. 民法典的制定。拿破仑执政后,于1800年8月12日成立了民法典起草委员会,4个月写出草案,交司法机关征求意见后,送立法机关审议。在拿破仑的直接干预下,立法机关通过了法典草案。1804年3月21日,拿破仑签字正式颁布实施,定名为《法国民法典》,习惯上也称为《拿破仑法典》。

2. 民法典的特点和原则。这部法典,从内容和形式相结合来考察,具有以下特点:

(1)它是一部典型的资产阶级早期的民法典。在法典中,与自由竞争经济条件相适应,体现了“个人最大限度的自由、法律最小限度的干涉”这一立法精神。

(2)法典贯彻了资产阶级民法原则,具有鲜明的革命性和时代性。

(3)法典保留了若干旧的残余,在一定程度上维护了传统法律制度。

(4)法典在立法模式、结构和语言方面,也有特殊性。

这部法典虽然篇幅庞大、条文很多,但是作为基本原则,主要有四个:

(1)全体公民民事权利平等的原则。这是“天赋人权”理论在民法中的体现。

(2)资本主义私有财产权无限制和不可侵犯的原则。法典对所有权明确的定义强调了所有权具有绝对无限制的特点。

(3)契约自由的原则,即契约一经有效成立,不得随意变动,当事人须依约定,善意履行。

(4)过失责任原则,即承担损害赔偿 responsibility 以过失为基础。

3. 民法典的世界影响。《法国民法典》是

资本主义社会第一部民法典,是大陆法系的核心和基础,对法国以及其他资本主义国家的民法产生深远影响,而且随着法国和在其影响下制定本国民法典的国家的扩张,法国民法典的影响又传播到美洲、非洲和亚洲广大地区。

(二)《德国民法典》(Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich)

在德国民法典的制定过程中,法学家起了重要作用。19世纪初期的德国处于分裂状态,人们渴望建立统一的国家。在这种背景下,法学家们围绕着民法典的制定展开了激烈的争论。多数法学家提出应尽快制定全德通行的民法典,以法律的统一促进国家的统一,法律的统一被认为是国家统一的基础。但历史法学派的代表萨维尼反对匆忙制定民法典,其主要观点是:

第一,法律是民族精神的产物,每个民族都有其特有的法律制度。法律应该是被发现而不是被制定出来的。

第二,法律是分阶段发展的,最初是自然法或习惯法阶段,接着是学术法阶段,第三阶段才谈得上法典编纂。德国仍处于第二阶段,制定民法典为时尚早。

第三,法典这种法律形式本身存在局限性,任何法典都不可能涵盖全部社会生活和预知一切未来。无论编纂者如何努力,法典都会留有空白与遗漏。认为《法国民法典》没有任何创新,只是已有法律的编纂。

这场争论的实质是以何种法律学说作为编纂德国民法典的指导思想。历史法学派一度占据上风。该学派关于法律本质、法典化社会条件等问题的观念,对德国民法典的制定及技术风格有重要影响。

19世纪中后期,制定统一民法典已是大势所趋。围绕民法典的制定,历史法学派内部又出现了日耳曼法学派(认为日耳曼习惯法是德意志民族精神的体现)和潘德克顿法学派(强调罗马法是德国历史上最重要的法律渊源)的争鸣。后一学派按照罗马法《学说汇纂》阐发的民法“五编制”体例,为德国民法典所最终采用。

前后近一个世纪的法学争论使德国民法学研究日益深入,理论更加成熟,也使德国民法典



具有较高的科学性和学理性。英国法学家梅特兰(1850~1906)评价说:“从未有过如此丰富的一流智慧被投放到一次立法行为当中。”

1. 民法典的制定。德国统一以前,各邦都有自己的法律,民法尤为纷繁杂乱。直至19世纪初期,各地区在民法使用上仍存在很大差异。这种局面严重阻碍了德国经济的发展。1874年,联邦议会成立了11人组成的法典编纂委员会,开始正式编纂民法典。委员会成员主要由法学家组成,历经13年于1888年完成民法典第一草案。这个草案受到多方批评,认为它过于追求罗马法化而忽视民族传统,注重资本家的利益而缺乏对弱者的保护,还有人认为语言过于专业化导致普通民众难以理解。在这种情况下,1890年联邦议会又成立了新的法典编纂委员会,吸纳了经济界人士,在借鉴各方意见后,经过5年时间制定出第二草案。随后又经过数次争论与修改,在资产阶级和容克地主妥协的基础上,帝国国会草案作了若干修改,于1896年7月1日通过,于1900年1月1日起正式施行。

2. 民法典的主要内容和特点。《德国民法典》是19世纪末自由资本主义向垄断资本主义过渡时期制定的法典,也是德国资产阶级和容克贵族相妥协的产物,具有时代的特征和特点:

(1)法典适应垄断资本主义经济发展需要,在贯彻资产阶级民法基本原则方面有所变化。首先,法典肯定了公民私有财产权不受限制的原则;其次,法典肯定了资本主义“契约自由”原则,并直接保护资产阶级和容克贵族对雇佣劳动者的剥削;最后,法典在民事责任方面,也确认了“过失责任”原则。

(2)法典规定了法人制度。《德国民法典》中单独规定了法人制度,承认法人为民事权利主体,依法独立享有民事权利和承担民事义务。这是资产阶级民法史上第一部全面规定法人制度的民法典。

(3)法典保留了浓厚的封建传统。其主要表现在:第一,以大量篇幅对容克贵族的土地所有权以及基于土地私有而产生的其他权利,如对地上权、地役权等加以特别保护;第二,在亲

属法方面保留有中世纪家长制传统。

(4)法典在立法技术上,逻辑体系严密、概念科学、用语精确。

《德国民法典》是资产阶级民法史上的一部重要法典,它的颁行对统一德国法制作用巨大,并成为德国民法发展的基础。

3. 民法典的世界影响。德国民法典的编纂和施行,不仅在国内具有很大意义,在国外也引起了广泛的兴趣,受到各国法学界的重视,从而对许多国家的民法编纂产生了很大影响。德国民法典是德国在统一后编纂的五部法典中最成功的一部,它以独特的风格登上世界私法编纂的舞台,打破了法国民法典近一个世纪的垄断地位。德国民法典的产生,使大陆法系划分为法国支系和德国支系。

德国法是大陆法系的重要组成部分,对20世纪大陆法系的发展有重大影响。相对于法国法而言,德国法也继受了罗马法,但在很大程度上保留了较多固有的日耳曼法因素。《德国民法典》是资本主义世界出现的最有影响的民法典之一。它体系完整、用语精确,既体现了自由资本主义时期民法的基本原则,又反映了垄断时代民法的某些特征。

示例

关于法律权利的表述,下列哪些选项是正确的?(2009年试卷一第59题)

A. 平民为争取权利同贵族进行的长期斗争,客观上加速了罗马氏族制度的瓦解,促进了罗马奴隶制国家与法律的形成

B. 美国宪法修正案中影响较大的是关于公民权利的宪法前10条修正案、南北战争后关于废除奴隶制并承认黑人选举权的修正案、20世纪以来关于扩大选举权男女享受平等权利的修正案等

C. 《法国民法典》根据“天赋人权”理论规定了全体公民民事权利平等的原则

D. 1888年完成的《德国民法典》第一草案被认为过于追求罗马法化而忽视民族传统,注重资本家的利益而缺乏对弱者权利的保护而受到多方批评

【参考答案及简要提示】ABCD。四个选项都正确。注意A项,公元前7世纪后,罗马社会产生了奴隶主和奴隶两个基本对立的阶级,氏族制度趋于解体,“平民”阶层逐渐形成。平民承担罗马大部分的税收和军事义务,但因其不是氏族公社成员,不能享有政治权利。平民为争取权利同贵族进行的长期斗争,客观上加速了罗马氏族制度的瓦解,促进了罗马奴隶制国家与法律的形成。公元前6世纪中叶,罗马贵族被迫让步进行了改革,废除原来以血缘关系为基础的氏族部落,以地域关系划分居民,并按照财产的多少将居民划分为五个等级。这次改革标志着罗马氏族制度的彻底瓦解,罗马奴隶制国家正式产生,罗马从此步入共和国时期。

四、司法制度

(一)法国的司法制度

1. 法院组织。在封建社会,法国已有独立的法院系统,即王室法院、领主法院和城市法院,后来设立了巴黎高等法院及各省高等法院。巴黎高等法院作为终审法院。在诉讼程序上,先适用控告式诉讼,后采用纠问式诉讼。

2. 民事诉讼制度。1806年《法国民事诉讼法》于1807年1月1日公布实施。法典共2篇1042条。法典的特点有:第一,实行诉讼自主原则;第二,规定国家机关在某些情况下应干预诉讼;第三,对维护债权人的利益作了详细的规定;第四,在立法技术上,该法典缺乏法国民法典那样的创造力和想象力。

1806年的法国民事诉讼法典施行了长达170年之久,至1976年新民事诉讼法典正式生效。这部新法典的基本特征有:在其形成上,是在对1806年民事诉讼法不断修改的基础上成就的;在其结构上,是一般规定与特殊规定、抽象与具体的双重结构体系;在其模式上,实行的是当事人主义,诉讼主导权在诉讼当事人;在其内容和制度上,有特色的如民事裁判机构的多元化和程序多元化、诉权的制度化和具体化、事前程序与审理程序的分离、书证优先原则、审级

的多元化、紧急审理程序的设置。

3. 刑事诉讼制度。1808年法国刑事诉讼法典公布施行于1808年11月27日。法典由总则和2篇组成,共643条。这一法典的内容特点为:

(1)法典兼采纠问式与控告式的诉讼程序;

(2)确立了起诉、预审和审判职能分立的原则;

(3)关于审判管辖,是按照法定刑来划分法院的案件管辖的;

(4)法典的许多内容和制度来源于1670年的《刑事诉讼法令》(主要规定了刑事诉讼规则)。

1957年法国颁布了新的刑事诉讼法典,这也是法国现行刑事诉讼法典,分卷首和5卷,共802条。新法典保留了旧法典中的基本原则和不少制度,同时也为适应社会发展的需求规定了许多新的原则和制度。

(二)德国的司法制度

1. 法院组织。德意志帝国建立后,于1877年1月27日颁布《法院组织法》,确认了司法独立原则。规定审判权由独立的法院行使,审判只服从法律,法官实行终身制;设置了由区法院、地方法院、高等法院和帝国法院构成的普通法院体系,帝国法院为全国的最高司法审级。

2. 民事诉讼制度与刑事诉讼制度。1877年2月1日颁行了民事诉讼法和刑事诉讼法,分别规定了民事诉讼和刑事诉讼的程序和原则。民事诉讼法共10编,1084条,主要规定了总则、第一审程序、上诉、再审程序、证据制度、强制执行和仲裁程序等。刑事诉讼法共7编,474条,主要规定了总则、第一审程序、上诉、对已发生法律效力案件的再审、特种形式的诉讼程序、刑罚的执行和诉讼费用等。

五、大陆法系的特点

(一)大陆法系

大陆法系,又称民法法系、罗马法系、罗马—日耳曼法系。它是以罗马法为基础而发展起来的法律的总称。它首先产生在南欧,后扩大到西南欧拉丁族和中东欧日耳曼族各国。大



陆法系渊源于罗马法,其间经过11世纪至16世纪的罗马法复兴、18世纪资产阶级革命,最后于19世纪发展成为一个世界性的法系。大陆法系以1804年的《法国民法典》和1900年的《德国民法典》为代表形成了两个支系。

(二) 大陆法系的特点

1. 从法律渊源传统来看,大陆法系具有制定法的传统,制定法为其主要法律渊源,判例一般不被作为正式法律渊源(除行政案件外),对法院审判无拘束力。

2. 从法典编纂传统看,大陆法系的一些基本法律一般采用系统的法典形式。

3. 从法律结构传统来看,大陆法系法律的基本结构是在公法和私法的分类基础上建立的,传统意义上的公法指宪法、行政法、刑法以及诉讼法;私法主要指民法和商法。

4. 从运用法律的推理方法来看,大陆法系的法官通常采用的是演绎法,即将蕴涵于法典中的高度概括的法律原理进行演绎和具体化,然后适用于具体案件。在进行演绎时,往往需要对法律原理、概念、术语等进行法律解释。

5. 从诉讼程序传统来看,大陆法系倾向于职权主义,法官在诉讼中起积极主动的作用。

本章主要内容分为以下三节:

第一节罗马法。要求基本了解的内容包括:罗马法的产生和《十二表法》的制定。重点理解罗马法的发展,罗马法的渊源和分类。能够分析借鉴罗马私法的基本内容,罗马法的历史地位等。

第二节英美法系。要求基本了解的内容包括:历史沿革,英国法的渊源。重点理解英美法系的形成与特点。能够分析借鉴美国宪法,英美司法制度等内容。

第三节大陆法系。要求基本了解的内容是其历史沿革。重点理解大陆法系的形成和特点。能够分析借鉴宪法与民法的主要内容及其特点。

本章难点在于能够分析理解相关法律制度、思想的成因与影响。



第一章 宪法的基本理论

第一节 宪法的概念

一、宪法的基本特征

在一国法律体系中，宪法是最高法，是起基础作用的根本法，是“法律的法律”。

| | | | |
|-------|--------------------|---|------------------------------------|
| 国家根本法 | 内容：规定国家最根本、最核心的问题。 | | |
| | 效力：最高法律效力 | 宪法是制定普通法律依据，普通法律是宪法的具体化。 | 宪法规范也具有制裁性，主要表现为罢免领导人、撤销违宪的法律、法规等。 |
| | | 任何普通法律、法规都不得与宪法的原则和精神相违背。 | |
| | | 宪法是一切国家机关、社会团体和公民的最高行为准则。 | |
| | 制定与修改程序：比普通法律更严格 | <u>制定和修改的机关往往是特别成立的，而非普通立法机关。</u> <u>通过或批准的程序比较严格：由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议，并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。</u> | |

续表

| | | |
|---------|--|---|
| 公民权利保障书 | 宪法最主要、最核心的价值在于保障公民的基本权利 | 列宁：宪法就是一张写着人民权利的纸。 |
| | | 法国《人权宣言》：凡权利无保障和分权未确立的社会便没有宪法。 |
| | | <u>《美国宪法》正文部分只规定了国家基本制度的内容，关于公民权利的内容规定在其修正案中。</u> |
| | 从历史上看，宪法最早是资产阶级在反封建斗争中，为了确认取得的权利以巩固胜利果实而制定出来的。 | <u>1791 年法国第一部宪法将《人权宣言》作为其序言。</u> |

世界上第一部社会主义宪法 1918 年《苏俄宪法》也将《被剥削劳动人民权利宣言》列为第一篇，表明社会主义国家宪法同样具有权利保障书的意义。

续表

| | |
|--------------|---|
| 公民权利保障书 | 从基本内容来看，宪法的基本内容包括对国家权力的规范和公民权利的保障，其中公民权利的保障居于核心和支配地位。宪法是系统全面规定公民基本权利的根本法，其基本出发点和目的就是保障公民的权利和自由。 |
| 民主事实法律化的基本形式 | 宪法是资产阶级革命取得胜利、有了民主事实后的产物，是资产阶级民主事实的法律化。 |
| | 无产阶级民主事实是社会主义宪法产生的前提条件。 |
| | 总之，民主主体的普遍化或民主事实的普遍化，是宪法得以产生的前提之一。 |
| | 宪法与民主之间的矛盾：多数民主可能存在的非理性行为需要通过宪法程序加以纠正。 |

二、宪法的分类

| 大类 | 划分标准 | 具体分类 | 例证 |
|---------|----------------------------------|---|--|
| 传统的宪法分类 | 宪法是否具有统一法典的形式 英国学者 J. 蒲莱士最早提出 | 成文宪法：又称为文书宪法或制定宪法，指具有统一法典形式的宪法。自然法学派的社会契约论是其重要渊源之一。 | <u>世界历史上第一部成文宪法是 1787 年美国宪法；欧洲大陆第一部成文宪法是 1791 年法国宪法。世界上绝大多数国家都是成文宪法国家。</u> |

续表

| 大类 | 划分标准 | 具体分类 | 例证 |
|---------|----------------------------------|---|---|
| 传统的宪法分类 | 宪法是否具有统一法典的形式 英国学者 J. 蒲莱士最早提出 | 不成文宪法：没有统一的宪法典，发挥宪法作用的规范存在于多种法律文、宪法判例或宪法惯例之中。 | 英国是典型的不成文宪法国家，包括 1215 年《大宪章》、1628 年《权利请愿书》、1679 年《人身保护法》、1689 年《权利法案》、1701 年《王位继承法》、1911 年《国会法》、1918 年《国民参政法》、1928 年《男女选举平等法》、1969 年《人民代表法》等。 |

续表

| 大类 | 划分标准 | 具体分类 | 例证 |
|---------|-----------------------------------|--------------------------------------|----------------------|
| 传统的宪法分类 | 宪法有无严格的制定、修改机关和程序 英国学者·蒲莱士最早提出 | 刚性宪法：制定或修改宪法的机关往往是特别成立的，制定或修改的程序更严格。 | 实行成文宪法的国家往往也是刚性宪法国家。 |
| | | 柔性宪法：制定、修改的机关和程序 | 英国宪法。 |

| | | | |
|--|--|-----------------|--|
| | | 与一般法律相同，效力亦无差异。 | |
|--|--|-----------------|--|

续表

| 大类 | 划分标准 | 具体分类 | 例证 |
|---------|-----------|--------------------------|--|
| 传统的宪法分类 | 制定宪法的主体不同 | 钦定宪法：由君主或以君主的名义制定和颁布。 | 1908 年清政府的《钦定宪法大纲》； 1889 年日本明治宪法。 |
| | | 民定宪法：由民意机关或全民公决制定。 | 世界上大多数国家；在我国，人民是制宪主体，一届人大一次会议是制宪机关。 |
| | | 协定宪法：由君主和国民或国民的代表机关协商制定。 | 1215 年英国的《自由大宪章》； <u>法国 1830 年宪法。</u> |

续表

| 大类 | 划分标准 | 具体分类 | 例证 |
|-------------|---------------|---|----|
| 马克思主义宪法学的分类 | 国家的类型和宪法的阶级本质 | 社会主义类型的宪法； 资本主义类型的宪法。 | |
| | 宪法是否与现实相一致 | 真实的宪法和虚假的宪法。 列宁：同现实脱节时宪法是虚假的，当它们是一致的时候，便不是虚假的。 | |

【例题·单选题】根据宪法分类理论，下列哪一选项是正确的？（ ）（12-1-21）

- A. 成文宪法也叫文书宪法，只有一个书面文件
B. 1215 年的《自由大宪章》是英国宪法的组成部分
C. 1830 年法国宪法是钦定宪法
D. 柔性宪法也具有最高法律效力

🔍 [答疑编号 506701010101]

【答案】B

【解析】本题考核宪法的分类。

选项 A 错误。成文宪法是指具有统一法典形式的宪法，有时也叫文书宪法或制定宪法，其最显著的特征在于法律文件上既明确表述为宪法，又大多冠以国名。其不仅只是一个书面文件。

选项 B 正确。英国不是成文法国家，没有统一的宪法典，《自由大宪章》、《人身保护法》、《权利法案》和《王位继承法》等宪法性文件均属于宪法的组成部分。

选项 C 错误。钦定宪法是指由君主或以君主的名义制定和颁布的宪法。民定宪法是指由民意机关或者由全民公决制定的宪法，民定宪法奉行人民主权原则，至少在形式上强调以民意为依据，以民主政体为价值追求。协定宪法则指由君主与国民或者国民的代表机关协商制定的宪法。如法国 1830 年宪法就是在 1830 年革命中，国会同国王路易·菲利浦共同颁布的，属于协定宪法。

选项 D 错误。在柔性宪法国家中，由于宪法和法律由同一机关根据同样的程序制定或者修改，因而它们的法律效力和权威并无差异。其不具有最高的法律效力。

【例题·单选题】下列哪一选项是成文宪法与不成文宪法的分类标准？（ ）（08 四川-1-12）

- A. 宪法文件的有无
- B. 制定主体的特定性
- C. 制定程序的严格与否
- D. 宪法典的有无

🔍 [答疑编号 506701010102]

【答案】D

【解析】本题考核宪法的分类。成文宪法与不成文宪法的分类是英国学者 J·蒲莱士 1884 年在牛津大学讲学时首次提出的宪法分类，这种宪法分类所依据的标准是宪法是否具有统一的法典形式，所以本题应该选 D 项。

【例题·单选题】根据宪法制定的机关不同，可以把宪法分为民定宪法、钦定宪法和协定宪法。下列哪一部宪法是协定宪法？（ ）（06-1-10）

- A. 1830 年法国宪法
- B. 1779 年美国《邦联条例》
- C. 1889 年日本宪法
- D. 1919 年德国魏玛宪法

🔍 [答疑编号 506701010103]

【答案】A

【解析】本题考核宪法的分类。根据宪法制定的机关不同，可以把宪法分为民定宪法、钦定宪法和协定宪法。所谓民定宪法是指由民意机关或者全民公决制定的宪法。钦定宪法是指由君主或以君主名义制定和颁布的宪法。协定宪法是指由君主与国民或者与国民代表机关协商制定的宪法。根据外国宪法的历史知识，1830 年法国宪法是由法国人民代表与君主协商制定的宪法，是协定宪法；1830 年美国《邦联条例》、1919 年德国魏玛宪法是由人民或人民代表机关制定的，属于民定宪法。1889 年日本宪法是以日本天皇名义颁布的宪法，属于钦定宪法。故，本题答案为 A。

三、宪法的本质

宪法的本质在于其是各种政治力量对比关系的集中表现。在政治力量对比中，阶级力量的对比居于首要地位。宪法集中地、全面地表现各种政治力量的对比关系。

【注意】政治力量对比中，还存在着同一阶级内部不同阶层、派别和集团之间的力量对比。

【例题·单选题】关于宪法的本质，下列说法正确的是（ ）。

- A. 宪法是资产阶级革命取得胜利、有了民主事实后的产物，是资产阶级民主事实的法律化
- B. 宪法就是“一张写着人民权利的纸”，系统全面规定公民基本权利的根本法
- C. 宪法就是为各个国家机关的公权力提供正当性基础和界限的根本法
- D. 宪法集中地、全面地表现各种政治力量的对比关系

🔍 [答疑编号 506701010104]

【答案】D

【解析】本题考核宪法的本质。选项 D 正确。宪法的本质在于其是各种政治力量对比关系的集中表现。在政治力量对比中，阶级力量的对比居于首要地位。宪法集中地、全面地表现各种政治力量的对比关系。选项 ABC 体现的是宪法的特征。

第二节 宪法的历史发展

一、现代宪法的发展趋势

(1) 对社会制度的安排上，加强行政权力及中央集权的趋势明显。行政权扩大的表现：

- ①行政权干预立法权；
- ②紧急命令权；
- ③委托立法权，即行政机关经委托享有一定的立法权。

(2) 随着国家权力进入社会经济和文化生活领域，宪法对经济和文化方面的规定越来越多并因而在宪法中形成基本经济制度和文化制度，而且内容日益丰富和完备。

(3) 宪法越来越重视公民基本权利的保护，主要表现为：①宪法对经济和文化权利的规定，是对以往只规定政治权利和自由权的发展；②宪法对社会权利的规定；③对环境权的规定。

(4) 宪法保障加强，建立专门的宪法监督机关成为一种潮流。

(5) 宪法发展的国际化趋势进一步扩大，主要表现为：①对国际法的直接承认和接受；②对国家主权作有条件的限制；③人权是国际法的一个重要领域，围绕人权问题签署了许多公约。

(6) 宪法形式上的发展趋势，主要表现为：①宪法渊源的多样化趋势；②宪法修改比较频繁。

【例题·多选题】关于现代宪法的发展趋势，下列哪些说法是正确的？（ ）（10-1-60）

- A. 重视保障人权是宪法发展的共识
- B. 重视宪法实施保障，专门宪法监督成为宪法发展的潮流
- C. 通过加强司法审查弱化行政权力逐步成为宪法发展的方向
- D. 寻求与国际法相结合成为宪法发展的趋势

❓ [答疑编号 506701010201]

【答案】 ABD

【解析】本题考核宪法的基本原则、宪法实施的保障。对世界各国宪法理论与实践的考察表明，宪法的基本原则主要有人民主权原则、基本人权原则、权力制约原则和法治原则。

选项 A 体现的是基本人权原则。

选项 B 体现的是权力制约原则，也可以从宪法实施的保障角度来理解。

选项 C 错误。权力制约原则是通过宪法规定达到各种机关权力的平衡，而不是加强司法审查弱化行政权力。

选项 D 正确。宪法的国际化趋势日益明显。它要求将生存权、发展权、环境权等体现终极人性关怀的人权纳入各国宪法对国民权利的保护范围。联合国、欧盟等国际组织发挥了单个国家所不能完成的推动和组织作用。故宪法基本原则的国际化是趋势。

二、新中国宪法的产生与发展

1、1949年9月召开了具有广泛代表性的中国人民政治协商会议，制定了起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》，具有新民主主义性质。

2、1954年9月，第一届人大第一次全体会议在《共同纲领》的基础上制定了我国第一部社会主义类型的宪法。

3、1975年颁布的第二部宪法是一部内容很不完善并在指导思想存在错误的宪法。

4、1978年颁布了第三部宪法，虽然经过两次修改，但从总体上来说仍然不能适应新时期社会发展的需要。

5、1982年12月，五届人大第五次会议在全面修改1978年宪法的基础上，通过了新中国的第四部宪法，即现行宪法。其继承和发展了1954年宪法，结构方面，除序言外，分为总纲，公民的基本权利和义务，国家机构，国旗、国徽、国歌、首都，共4章138条。其基本特点：（1）恢复设立国家主席；（2）恢复人人平等原则，废除了领导职务终身制；（3）完善民族区域自治制度，设立特别行政区制度；（4）首次明确规定了修宪提案权。

【例题·单选题】按照宪法的理论，制宪主体不同于制宪机关。下列关于我国宪法制宪主体或制宪机关的哪一表述是正确的？（ ）（06-1-9）

- A. 全国人民代表大会和地方各级人民代表大会是我国的制宪主体
- B. 全国人民代表大会是我国的制宪主体，全国人民代表大会常务会是它的制宪机关
- C. 全国人民代表大会是我国的制宪机关，宪法起草委员会是它的具体工作机关
- D. 第一届全国人民代表大会第一次全体会议是我国的制宪机关

❓ [答疑编号 506701010202]

【答案】 D

【解析】本题考核宪法的基本理论。根据宪法的一般理论：制宪机关是指一国有权制定宪法的国家机关，制宪机关是特定的国家机关，并且是拥有制定宪法权力的国家机关。制宪主体是国家主权的所有者，在我国人民是制宪主体，只不过间接行使该项权利而已。中华人民共和国第一届全国人民代表大会第一次全体会议通过了《中华人民共和国宪法》，它标志着第一届全国人民代表大会是我国的制宪机关。故本题答案为D。

三、现行宪法的修改

经过四次修改，共产生31条修正案。

【注意】宪法经济制度的修改力度最大：1982年宪法除第九条自然资源、第十二条公共财产和第十八条外贸经济这三条没有修改之外，其他都做了改动。

| | |
|-------|--|
| 1988年 | 1、增加规定“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展，私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益，对私营经济实行引导、监督和管理。” |
| | 2、增加规定“ <u>土地的使用权可以依照法律规定转让。</u> ” |
| 1993年 | 1、增加“我国正处于社会主义初级阶段”、“建设有中国特色社会主义”、“坚持改革开放”的规定，建设目标从“高度文明、高度民主”修改为“富强、文明、 |

| | |
|--|---|
| | 民主”的社会主义国家。 |
| | 2、增加规定“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”。 |
| | 3、“国营经济”修改为“国有经济”。 |
| | 4、把“农村人民公社、农业生产合作社”修改为“农村中的家庭联产承包为主的责任制”。 |
| | 5、“计划经济”修改为“社会主义市场经济”。 |
| | 6、县级人大的任期由 3 年变为 5 年。 |

续表

| | |
|--------|---|
| 1999 年 | 1、规定“我国将长期处于社会主义初级阶段”、确立了“邓小平理论”的指导思想地位；将“发展社会主义市场经济”作为一项重要的国家任务写进宪法序言。 |
| | 2、增加“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”。 |
| | 3、增加“国家在社会主义初级阶段，坚持以公有制为主体，多种所有制共同发展的基本经济制度，坚持按劳分配为主，多种分配方式并存的分配制度”。 |

续表

| | |
|--------|---|
| 1999 年 | 4、将“以家庭联产承包为主的责任制”改为“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”。 |
| | 5、关于个体经济和私营经济，做出规定“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济，是社会主义市场经济的重要组成部分”，“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理”。 |
| | 6、将“反革命活动”修改为“危害国家安全的犯罪活动”。 |

续表

| | |
|--------|---|
| 2004 年 | 1、在宪法序言中增加“三个代表”这一指导思想。 |
| | 2、在宪法序言关于爱国统一战线组成中增加“社会主义事业的建设者”。 |
| | 3、将国家的土地征用制度修改为：“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。 |
| | 4、国家对非公有制经济的政策在“引导、监督和管理”之外，增加了“鼓励、支持”。 |

续表

| | |
|--------|---|
| 2004 年 | 5、将国家对公民私人财产的政策修改为：“公民的合法的私有财产不受侵犯。国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”，“国家为了公共利益的需要，可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。 |
| | 6、增加：“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”。 |

续表

| | |
|--------|-----------------------|
| 2004 年 | 7、增加：“国家尊重和保障人权”。 |
| | 8、全国人大应有特别行政区的代表。 |
| | 9、戒严改为紧急状态。 |
| | 10、国家主席增加“进行国事活动”的职权。 |
| | 11、地方人大的任期统一为 5 年。 |
| | 12、《义勇军进行曲》正式成为国歌。 |

【例题·单选题】将国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度载入现行宪法的是下列哪一宪法修正案？（ ）（10-1-18）

- A. 1988 年宪法修正案
- B. 1993 年宪法修正案
- C. 1999 年宪法修正案
- D. 2004 年宪法修正案

❓ [答疑编号 506701010203]

【答案】 D

【解析】本题考核现行宪法的修改。党的十六届三中全会（2003 年召开）《关于完善社会主义市场经济体制若干问题的决定》，对建立健全与经济发展水平相适应的社会保障制度作出了部署，在宪法中规定“建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”，充分体现了以人为本的思想，反映了经济与社会协调发展的要求。

第三节 宪法的基本原则

一、人民主权原则

- 1、人民主权是指国家中绝大多数人拥有国家的最高权力。
- 2、典型的代表者是卢梭的思想。1776 年美国《独立宣言》宣布了政府的正当权力必须得到被统治者的同意；1789 年法国《人权宣言》宣布整个主权的本原主要寄托于国民。
- 3、社会主义国家的宪法一般表述为“一切权力属于人民”，实质上也就是主权在民。
- 4、我国宪法中，人民主权的原則具体体现为：人民民主专政、国家的一切权力属于人民、人民代表大会、公民基本权利和义务、选举制度等。

二、基本人权原则

从《共同纲领》开始，我国宪法都规定公民的基本权利与义务，特别是 2004 年“国家尊重和保障人权”入宪之后，基本人权原则表现为国家的基本价值观。

三、法治原则

- 1、法治是相对于人治而言的历史的概念，其核心思想在于依法治理国家，法律面前人人平等，反对任何组织和个人享有法律之外的特权。
- 2、二战后，法治概念由形式主义走向实质主义，开始重视法律的内容和目的。
- 3、我国宪法规定了“中华人民共和国实行依法治国，建设社会主义法治国家”中的“法治国家”既包括实质意义的法治内涵，也包括形式意义的法治要素，是一种综合性的概念。

四、权力制约原则

- 1、权力制约原则是指国家权力的各部分之间相互监督、彼此牵制，从而保障公民权利的原则。它既包括公民权利对国家权力的制约，也包括国家权力相互之间的制约。
- 2、在资本主义国家的宪法中，权力制约原则主要表现为分权（制衡）原则。
- 3、而在社会主义国家的宪法中，权力制约原则主要表现为监督原则。监督原则是由第一个无产阶级专政政权巴黎公社首创的。

4、权力制约原则在我国宪法中的体现：人民对国家权力活动的监督；公民对国家机关及其工作人员的监督权；不同国家机关之间、国家机关内部不同的监督形式等。

第四节 宪法的渊源与宪法典的结构

一、宪法的渊源

| |
|---------|
| • 宪法典 |
| • 宪法性法律 |
| • 宪法惯例 |
| • 宪法判例 |
| • 国际条约 |
| • 国际习惯 |

【例题·多选题】下列哪些选项属于我国宪法的渊源？（ ）（07-1-59）

- A. 中华人民共和国现行宪法及其修正案
- B. 中华人民共和国地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法
- C. 中华人民共和国立法法
- D. 宪法判例

🔍 [答疑编号 506701010204]

【答案】 ABC

【解析】 本题考核宪法的渊源。选项 A 属于宪法典，属于我国宪法渊源。选项 BC 是宪法性法律，属于我国宪法渊源。选项 D 错误，我国不存在判例制度。故，选项 ABC 正确。

二、宪法典的结构

综观世界各国宪法就宪法典的总体结构而言，一般包括序言、正文、附则三大部分。

（一）序言

1、宪法序言是写在宪法条文前面的陈述性的表述，以表达本国宪法发展的历史、国家的基本政策和发展方向等。

2、我国宪法序言主要包括如下内容：（1）历史发展的叙述；（2）国家的根本任务；（3）国家的基本国策；（4）规定了宪法的根本法地位和最高效力。

（二）宪法正文

1、正文的内容一般包括：社会制度和国家制度的基本原则；公民和国家的关系，即基本权利和义务；国家机构；国家标志等。

2、我国现行宪法正文的排列顺序是：总纲、公民的基本权利与义务、国家机构以及国旗、国歌、国徽、首都。

（三）附则

1、宪法的附则是指宪法对于特定事项需要特殊规定而作出的附加条款。名称有称暂行条款者，有称最后条款、过渡条款、特别条款、临时条款；也有直接称附则或附录的。

2、附则的法律效力与一般条文相同，但有两大特点：一是特定性：只对特定的条文或事项适用；二是临时性：只对特定的时间或情况适用。

3、我国现行宪法没有规定附则。

【例题·单选题】宪法结构指宪法内容的组织和排列形式。关于我国宪法结构，下列哪一选项是不正确的？（ ）（11-1-22）

- A. 宪法序言规定了宪法的根本法地位和最高法律效力
- B. 现行宪法正文的排列顺序是：总纲、公民的基本权利和义务、国家机构以及国旗、国歌、国徽、首都
- C. 宪法附则没有法律效力
- D. 宪法没有附则

🔍 [答疑编号 506701010205]

【答案】 C

【解析】 本题考核我国宪法的结构。宪法结构，是指宪法内容的组织和排列形式，即指一部宪法典是怎样构成的，是如何把宪法的内容编排、组合成为一个有机整体的，一般包括序言、正文和附则三部分。

选项 A 说法正确。宪法序言，指写在宪法条文前面的陈述性的表述，以表达本国宪法发展的历史，国家的基本政策和发展方向等。通常，宪法序言是宪法精神与内容的高度概括。我国宪法规定，宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果，规定了国家的根本制度和根本任务，是国家的根本法，具有最高的法律效力。

选项 B 说法正确。我国现行宪法正文的排列顺序是：总纲、公民的基本权利和义务、国家机构以及国旗、国歌、国徽、首都。

选项 C 说法错误。宪法附则是指宪法对于特定事项需要特殊规定而作出的附加条款，由于宪法附则是宪法的一部分，因而其法律效力与一般条文相同。

选项 D 说法正确。我国现行宪法没有规定附则。

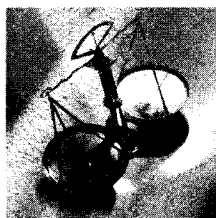
【例题·单选题】关于我国 1982 年《宪法》的结构，下列哪一选项是正确的？（ ）（08-1-12）

- A. 这部宪法只有正文
- B. 这部宪法由序言和正文构成
- C. 这部宪法由序言、正文和附则构成
- D. 国旗、国徽、国歌和首都规定在这部宪法的附则中

🔍 [答疑编号 506701010206]

【答案】 B

【解析】 本题考核我国宪法的结构。我国 82 年《宪法》分为序言和正文两部分，其中正文部分包括：第一章总纲、第二章公民的基本权利和义务、第三章国家机构、第四章国旗、国歌、国徽、首都。并没有附则，而国旗、国徽、国歌和首都规定在《宪法》正文的第四章。因此，选项 B 正确。



宪法

第一章

宪法基本

新华考资

www.xhkzedu.com

第一节 宪法的概念

一、宪法的词源

“宪法”一词无论在中国还是在西方国家均古已有之,但它们的含义却与近现代的“宪法”概念及性质迥然不同。

在中国古代的典籍中,曾出现过“宪”、“宪法”、“宪令”、“宪章”等词语,如《尚书·说命》中的“监于先王成宪”,《国语·晋语》中的“赏善罚奸,国之宪法”等,但这些词汇与近现代宪法的性质与含义是不同的。在中国,将“宪法”一词作为国家根本法意义上使用开始于19世纪80年代。当时的近代改良主义思想家们基于国内外形势,明确提出了“伸民权”、“争民主”、“立宪法”、“开议院”的政治主张,从而揭开了中国近代宪政运动的序幕。如郑观应在《盛世危言》中使用“宪法”一词,要求清朝政府制定宪法、开设议院、实行君主立宪政治。

在古代西方,“宪法”一词也是在多重意义上使用的:一是指有关规定城邦组织与权限方面的法律。如古希腊思想家亚里士多德曾在《政治学》一书中对158个城邦的政体进行比较研究,并根据法律的调整范围、作用及性质,将城邦的法律分为宪法和普通法律。他指出,政体(宪法)为城邦一切组织的依据,其中尤其着重于政治所由以决定的“最高治权”组织。二是指皇帝的诏书、谕旨,以区别于市民会议制定的普通法规。在古罗马的立法和法学著作中,经常出现宪法或宪令的词语,古罗马皇帝查士丁尼的《法学总论》一书,仅在序言中就多处使用“宪令”一词。三是指有关确认教会、封建主以及城市行会势力的特权以及他们与国王等的相互关系的法律,如1215年英王约翰颁布的规定英王与贵族、诸侯与僧侣关系的《自由大宪章》等。随着欧洲文艺复兴时期人文主义思潮的出现,宪法词义逐渐发生了变化。

二、宪法与法律的关系

(一) 我国宪法文本中的法律

在现行宪法中,“法律”一词出现频率较高,共有 80 余次。在理解宪法与法律关系时,需要区分文本中的不同规定与表述。

1. 以“以法律的形式”、“法律效力”的形式出现时,通常指法的一般特征,即具有一般性、规范性、抽象性、强制性等。如宪法序言规定:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”

2. 当宪法和法律连在一起使用时,“法律”通常指由全国人大及其常委会制定的法律。当与行政法规等相连使用时,“法律”仅指全国人大及其常委会制定的法律。如宪法第 5 条第 3 款规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”宪法第 67 条第 7、8 项规定,全国人大常委会有权撤销国务院、省级人大及其常委会制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令。第 100 条规定,省级人大及其常委会在不同宪法、法律、行政法规相抵触的前提下,可以制定地方性法规,报全国人大常委会备案。第 115 条规定,自治区、自治州、自治县的自治机关行使宪法第 3 章第 5 节规定的地方国家机关的职权,同时依照宪法、民族区域自治法和其他法律规定行使自治权时,根据本地实际情况贯彻执行国家的法律、政策。

3. 宪法文本还采用了“依照法律规定”、“依照法律”、“依照……法律的规定”等形式,此时的“法律”指全国人大及其常委会制定的法律。如宪法第 2 条第 3 款规定,人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。宪法第 10 条第 4 款规定,任何组织或个人不得侵占、买卖或者以其他形式非法转让土地,土地的使用权可以依照法律的规定转让。宪法第 16 条第 2 款规定,国有企业依照法律规定,通过职工代表大会和其他形式,实行民主管理等。

宪法中的“法律”的适用主体有两种情形。一是以私人作为主体,且是义务性的情况,如宪法第 55 条第 2 款规定,依照法律服兵役和参加民

兵组织是公民的光荣义务。第 56 条规定,公民有依照法律纳税的义务。国家有权依照法律征兵、征税,但也表明公民在有法律规定时才有履行的义务。二是以国家为主体,如宪法第 10 条第 3 款规定,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。宪法第 13 条第 2 款规定,国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。

(二) 宪法与法律的关系

无论是形式意义上的法律,还是实质意义上的法律,它与宪法具有一些共性与特点:

1. 宪法与法律具有共同的经济基础,其性质主要取决于社会的物质文化条件;

2. 宪法与法律都是由国家制定并以国家强制力保障实施的行为规范;

3. 宪法和法律都通过规定社会关系参加者的权利义务来确认和保护社会秩序和法律秩序;

4. 宪法和法律都具有制裁性。

一个国家的法律体系是有机统一体,由不同的规则组成,其中存在着起基础作用的根本规范。在法律体系中,宪法是最高法,是国家的根本法,被称为“法律的法律”,法律的制定、修改和具体内容要服从于宪法。

三、宪法的基本特征

与法律相比较,宪法具有如下三个基本特征:

(一) 宪法是国家的根本法

1. 宪法与“国家”。宪法作为国家的根本法是宪法的基本特征,也是宪法与普通法律最重要的区别之一。在不同的宪法条文中,国家一词的内涵与表现形式是不同的。在分析国家的含义和功能时,应结合宪法文本的具体内容进行综合判断,不能把国家的概念绝对化。在我国宪法文本上,“国家”一词的含义主要是:

(1) 在统一的政治实体意义上使用的“国家”。“国家”一词最常用的用法就是表示整个统一的政治实体,具体又可以分为主权意义上(对外)的国家和主权权力意义上(对内)的国家两种。前者如宪法序言第 2 自然段规定:“一



八四〇年以后,封建的中国逐渐变成半殖民地、半封建的国家。中国人民为国家独立、民族解放和民主自由进行了前仆后继的英勇奋斗。”第67条规定:“全国人民代表大会常务委员会行使下列职权:……(十八)在全国人民代表大会闭会期间,如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国际间共同防止侵略的条约的情况,决定战争状态的宣布……”后者常常使用的表达方式是“国家的权力”、“国家机关”、“国家机构”、“国家工作人员”、“国家权力机关”、“国家行政机关”等。

(2)在与社会相对的意义上使用的“国家”。“国家”还经常与社会相对应,常常使用的表达方式是“国家和社会”等。例如宪法第45条规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。国家发展为公民享受这些权利所需要的社会保险、社会救济和医疗卫生事业。国家和社会保障残废军人的生活,抚恤烈士家属,优待军人家属。国家和社会帮助安排盲、聋、哑和其他有残疾的公民的劳动、生活和教育。”

(3)在与地方相对的意义上使用的“国家”。“国家”有时还与地方相对应,往往是在与地方有关的领域使用,这时其含义主要是指中央。如宪法第118条规定:“民族自治地方的自治机关在国家计划的指导下,自主地安排和管理地方性的经济建设事业。国家在民族自治地方开发资源、建设企业的时候,应当照顾民族自治地方的利益。”

2. 宪法是国家的根本法。

第一,在内容上,宪法规定一个国家最根本、最核心的问题。诸如国家的性质、国家的政权组织形式、国家的结构形式、国家的基本国策、公民的基本权利和义务、国家机构的组织和职权等。这些规定不仅反映着一个国家政治、经济、文化和社会生活等各个方面的基本内容和发展方向,而且从社会制度和国家制度的根本原则上规范着整个国家的活动。其他法律所规定的内容通常只是国家生活中的具体领域的问题,如刑法规定什么是犯罪及犯罪行为如何

追究刑事责任问题;婚姻法主要调整婚姻和家庭生活方面的问题等。宪法序言明确规定:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”

第二,在法律效力上,宪法具有最高法律效力。所谓法律效力,是指法律所具有的约束力和强制力。国家制定的任何法律都具有效力,但宪法的法律效力高于普通法律,在国家法律体系中处于最高的地位。宪法的最高法律效力主要包括三个方面的含义:(1)宪法是制定普通法律的依据,普通法律是宪法的具体化。立法机关在立法时必须以宪法的规定为依据,使法律首先具有合宪性。(2)任何普通法律、法规都不得与宪法的原则和精神相违背。为了保证宪法与法律的一致性,各国普遍实行不同类型的违宪审查制度,宣布违宪法律无效。对此,我国宪法明确规定:“一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。”(3)宪法是一切国家机关、社会团体和全体公民的最高行为准则。对此,宪法规定:“全国各族人民、一切国家机关和武装力量、各政党和各社会团体、各企业事业组织,都必须以宪法为根本的活动准则,并且负有维护宪法尊严、保证宪法实施的职责。”

第三,在制定和修改的程序上,宪法比普通法律更加严格。既然在成文宪法国家中,宪法是具有最高法律效力的国家根本法,那么必然要求宪法具有极大的权威和尊严,而严格的宪法制定和修改程序是保障其权威和尊严的重要环节。具体来说:(1)制定和修改宪法的机关,往往是依法特别成立的,非普通立法机关。如1787年美国宪法由55名代表组成的制宪会议制定。(2)通过或批准宪法或者其修正案的程序,往往严于普通法律,一般要求由制宪机关或者国家立法机关成员的2/3以上或者3/4以上的多数表决通过,才能颁布施行,而普通法律一般只需要立法机关成员的过半数通过即可。宪法第64条第1款规定:“宪法的修改,由全国人民代表大会常务委员会或者五分之一以上的全国人民代表大会代表提议,并由全国人民代表大会以全体代表的三分之二以上的多数通过。”

（二）宪法是公民权利的保障书

从宪法与国家的关系看，宪法是国家的根本法，具有最高法律效力，而国家负有保障和实现人权的义务。因此，作为国家根本法的宪法最重要、最核心的价值是保障公民的基本权利。在此意义上，宪法是公民权利的保障书。1789年法国《人权宣言》就明确宣布，凡权利无保障和分权未确立的社会就没有宪法。

从历史上看，宪法或者宪法性文件最初是资产阶级在反对封建专制制度的斗争中，为了确认取得的权利以巩固胜利成果而制定出来的。英国在17世纪资产阶级革命时期，曾于1679年通过了《人身保护法》、1689年通过了《权利法案》，以确认和保障公民的权利和自由；1791年的法国第一部宪法则把《人权宣言》作为宪法的序言。世界上第一部社会主义宪法1918年的《苏俄宪法》也将《被剥削劳动人民权利宣言》列为第一篇，表明社会主义宪法同样具有权利保障书的意义。

从宪法的基本内容来看，宪法的规定涉及国家生活的主要方面，但其基本内容主要分为两个部分，即对国家权力的规范和对公民权利的保障。就两者的关系而言，对公民权利的保障居于核心与支配地位。因此，在国家法律体系中，宪法不仅是系统全面规定公民的基本权利的国家根本法，而且其基本出发点和目的就是保障公民的权利和自由。

（三）宪法是民主事实法律化的基本形式

近代意义的宪法是资产阶级革命取得胜利、有了民主事实之后出现的产物，是资产阶级民主事实的法律化。伴随着资本主义生产关系的形成和资产阶级革命的胜利，资产阶级不仅夺得了国家政权、争得了民主，而且也面临着反对封建势力复辟、防止工农革命、培养本阶级管理国家人才这三大任务。为了完成这一任务，最好的办法便是把自己争得的民主事实法律化、制度化，并且把这种确认民主事实的法律上升为根本法的地位。由此可见，宪法与民主事实有着密切的关系，是伴随着资产阶级民主事实的出现而产生的，是民主事实法律化的基本形式。

社会主义宪法也是如此。虽然无产阶级民主与资产阶级民主、社会主义宪法与资本主义宪法存在本质区别，但在宪法是民主事实法律化的基本形式这一点上存在着一定的共性。从1918年《苏俄宪法》的制定，到第二次世界大战胜利后东欧和亚洲等一系列社会主义国家的立宪运动可以看出，无产阶级民主事实是社会主义宪法产生的前提条件，而社会主义宪法则是无产阶级民主事实的法律化。

我国宪法对民主制度的规定主要表现为：以根本法的形式确认人民当家做主的宪法地位；规定了人民代表大会制度的基本原则；通过选举制度、基层群众性自治组织等形式，不断扩大社会主义民主的基础；随着社会主义民主制度的发展，宪法在内容和形式上不断得到完善。

总之，宪法与民主紧密相连，民主事实的普遍化，是宪法得以产生的前提之一。当然，宪法与民主价值之间也会出现冲突与矛盾，多数民主可能存在的非理性行为需要通过宪法程序加以纠正或解决。既要保护多数人的利益，也要保护少数人的利益，是现代民主政治发展的基本要求。

四、宪法的本质

宪法和其他法律一样，都是被上升为国家意志的统治阶级意志。但宪法在表现统治阶级意志过程方面存在自身的特点，宪法比其他法律更集中、更全面地体现了统治阶级的意志。在制定或修改宪法的时候，统治阶级必须全面综合地考察当时各种政治力量的对比关系，并以这种对比关系为依据规定宪法的基本内容。因此，如果说宪法是国家的根本法、宪法是公民权利的保障书、宪法是民主事实法律化的基本形式等是宪法本质属性的话，那么这些本质属性到底如何表现，其表现的程度如何，等等，则取决于各种政治力量的对比关系。因此，宪法的本质在于，各种政治力量对比关系的集中表现。

在政治力量对比中，阶级力量的对比居于首要地位。它既表现为统治阶级的力量比被统治阶级的力量强大，宪法只能由掌握国家权力



的统治阶级制定;也表现为宪法随着阶级力量对比关系的变化而变化。在政治力量对比中,还存在同一阶级内部不同阶层、派别和集团之间的力量对比。同时,与其他法律相比,宪法所表现的各种政治力量对比关系还具有全面性的特点。尽管其他法律也表现政治力量对比关系,但它们只着重于一个或者几个方面,而宪法则集中地表现各种政治力量的对比关系。

总之,宪法就是规定国家的根本制度和根本任务、集中体现各种政治力量对比关系、保障公民基本权利的国家根本法。

五、宪法与宪政的关系

(一) 宪政的概念

宪政是指以宪法为依据的民主形式,就其实质而言,是以民主事实为政治内容的宪法的实施过程。在政府与公民的相互关系中,政府权力受到宪法和法律的严格约束,以实现人权的基本价值。

(二) 宪政的要素与特征

1. 宪政的要素。宪政作为实现宪法的过程与秩序,由各种不同的要素组成。宪政的要素主要包括制宪、民主、法治与人权。

制宪是宪政的基本前提,即通过制宪产生宪法是实现宪政的前提条件。尽管宪法和具体实现宪政的过程和标准有所不同,但宪法的存在是实现宪政的必然要素。在理解制宪要素时,需要分析制宪过程的民主性与程序的规范性,以保证制宪产生的宪法内容具有正当性基础。

宪政的基本内容是民主事实的制度化。宪法中体现的民主政治实际上决定了宪政的基本内涵是民主制度的现实化,使民主价值通过宪法实施得到普及和实践。民主虽不能绝对保证宪政发展的方向,但它始终是宪政发展的积极参与者和内在动力。

法治是宪政发展的必然结果,而宪政是法治发展的前提和基础。法治的精髓是维护人的尊严、限制公共权力,而这种精神的实现要依赖于宪政制度的存在与有效运行。

在宪政的实现过程中,需要合理地解决民

主与法治价值之间的冲突,使两者保持内在的统一。在以多数决为基础的民主理论看来,多数人的意志自然具有合法性与正当性,重新对此进行正当性评价是没有必要的。当我们把民主理解为多数决原则时,法治国家原理却要求对其合理性基础进行判断,消除民主理念中存在的不符合现代法治理念的非理性部分。实际上,民主的自我修正是法治的基本要求,而法治又是在民主的自我修正中得到发展的。民主与法治的冲突源于两者存在的缺陷,只有在两者的相互结合中才能弥补各自的缺陷,建立共同的价值体系。当民主与法治原则之间存在冲突与矛盾时,宪政制度可以提供各种有效的解决途径。违宪审查制度是现代社会解决两者冲突的基本形式,当前,各国普遍通过不同形式的违宪审查制度解决民主与法治的冲突与矛盾。

人权保障是宪政的核心价值与终极目标。根据宪政的一般原理,人的尊严的维护是宪法存在的最高价值,同时也是高于其他宪法规范的价值。保障人的尊严是一切国家权力活动的基础和出发点。

2. 宪政的基本特征。

(1) 宪法实施是建立宪政的基本途径。宪法的价值不仅体现在制定过程与内容的合理性,而且体现在具体的实施过程。如果在社会实践中,宪法得到严格的遵守和执行,各种基本社会关系都得到宪法有效的规范和调整,那么不仅宪法得到了很好的实施,而且宪政建设也获得了广泛的基础。

(2) 建立有限政府是宪政的基本精神,权利制约权力是宪法精神的核心。这一核心在政治实践中的集中表现,就是一切公共权力的合法性都植根于宪法之中。概言之,建立有限政府与人权保障是宪政的基本精神。这一精神具体表现为两项宪政原则:一是公共权力是人们通过宪法授予的,不得行使宪法没有授予的和禁止行使的权力;二是公共权力不得侵犯宪法所规定的公民的基本权利,而且有义务保障公民权利的实现。

(3) 树立宪法的最高权威是宪政的集中表

新华考资

www.xhkHzedu.com

现。虽然建立有限政府与人权保障是宪政的基本精神,但权力的诱惑和人性的弱点始终威胁着公民的权利,可能危害宪政的基本精神。与此同时,尽管实施宪法是建立宪政的基本途径,但宪政能否真正建立起来,却在很大程度上取决于宪法的实施状况。因此,这两个问题的解决实际上取决于一个问题的落实,即能否真正树立起宪法的最高权威。如果宪法在国家和社会治理过程中真正具有最高法律效力,那么,公共权力的限制、公民权利的实现也就有了有效的保障,而宪政也就能最终建立起来。

(三) 宪法与宪政的联系与区别

宪法与宪政的联系与区别主要表现在:一是宪法是宪政的前提,即存在通过制宪产生的宪法是实现宪政的基础,而宪政是宪法的具体实现过程或状态。二是宪法规定了一系列的调整宪法关系的规则体系,侧重于静态的调整,而宪政提供了实现宪法的环境与过程,侧重于动态的调整。三是宪法是一种规范形态,而宪政往往是一种现实形态,是宪法内容与原则的具体实施。四是宪法提供的规则通常表现为一种方式或方法,而宪政提供的更多是一种社会共同体追求的价值与目标。当然,上述区别是相对而言的,在宪法实践中宪政与宪法功能之间存在相互交叉的领域。因此,在分析宪法与宪政关系时,我们既要注意两者的区别,也要关注两者的相互联系,不应片面扩大两者的冲突。

六、宪法的分类

所谓宪法分类,是指按照一定的标准把宪法划分和归纳为不同类型,便于人们对不同性质和同一性质但具有不同特点的宪法进行比较和分析。

(一) 传统的宪法分类

1. 成文宪法与不成文宪法。成文宪法与不成文宪法是英国学者 J. 蒲莱士 1884 年在牛津大学讲学时首次提出的宪法分类。这种宪法分类所依据的标准为宪法是否具有统一的法典形式。成文宪法是指具有统一法典形式的宪法,有时也叫文书宪法或制定宪法,其最显著的特征在于法律文件上既明确表述为宪法,又大

多冠以国名,如《日本国宪法》、《中华人民共和国宪法》、《法兰西共和国宪法》,等等。17、18 世纪自然法学派提出的社会契约论可以说是成文宪法思想的重要渊源之一,但 1787 年《美利坚合众国宪法》才是世界历史上第一部成文宪法,1791 年法国宪法则是欧洲大陆第一部成文宪法。当今世界绝大多数国家的宪法是成文宪法。

不成文宪法则不具有统一法典的形式,而且散见于多种法律文书、宪法判例和宪法惯例的宪法。不成文宪法最显著的特征在于,虽然各种法律文件并未冠以宪法之名,但却发挥着宪法的作用。英国是典型的不成文宪法国家。英国宪法除包括大量宪法惯例和宪法判例外,还包括各个不同历史时期颁布的宪法性文件,如 1628 年的《权利请愿书》、1679 年的《人身保护法》、1689 年的《权利法案》、1701 年的《王位继承法》、1911 年的《国会法》、1918 年的《国民参政法》、1928 年的《男女选举平等法》、1969 年的《人民代表法》,等等。英国之所以产生并长期保持不成文宪法,主要取决于英国资产阶级革命的特点,以及习惯、历史传统与文化等。近年来,随着欧盟一体化的进程,一些英国学者也提出了制定成文宪法的主张。

2. 刚性宪法与柔性宪法。刚性宪法与柔性宪法也是英国学者 J. 蒲莱士最早提出来的。他在《历史研究与法理学》中,以宪法有无严格的制定、修改机关和程序为标准,将宪法分为刚性宪法和柔性宪法。刚性宪法是指制定、修改的机关和程序不同于一般法律的宪法。对此,一般有三种情况:一是制定或修改宪法的机关不是普通立法机关,而往往是特别成立的机关;二是制定或者修改宪法的程序严于一般的立法程序;三是不仅制定或修改宪法的机关不是普通立法机关,而且制定或修改宪法的程序也不同于普通立法程序。实行成文宪法的国家往往也是刚性宪法的国家。其理由在于,既然宪法是具有最高法律效力的国家根本法,应该具有较强的稳定性和最高的权威性,那么制定或修改宪法的机关就应比一般法律的制定机关具有更高的权威性,制定或修改宪法的程序也应比



一般法律更加严格。

柔性宪法是指制定、修改的机关和程序与一般法律相同的宪法。在柔性宪法国家中,由于宪法和法律由同一机关根据同样的程序制定或者修改,因而它们的法律效力和权威并无差异。实行不成文宪法的国家往往也是柔性宪法的国家,英国即其典型。

3. 钦定宪法、民定宪法和协定宪法。是以制定宪法的机关为标准对宪法所作的分类。钦定宪法是指由君主或以君主的名义制定和颁布的宪法。1889年日本明治宪法等属于钦定宪法。民定宪法是指由民意机关或者由全民公决制定的宪法,民定宪法奉行人民主权原则,至少在形式上强调以民意为依据,以民主政体为价值追求。协定宪法则指由君主与国民或者国民的代表机关协商制定的宪法。协定宪法往往是阶级妥协的产物。当新兴资产阶级尚无足够力量推翻君主统治,而封建君主又不能实行绝对专制统治的情况下,协定宪法也就成为必然。如1215年英国的《自由大宪章》就是英王约翰在贵族、教士、骑士和城市市民的强大压力下签署的;法国1830年宪法就是在1830年革命中,国会同国王路易·菲利浦共同颁布的。

(二)马克思主义宪法学的分类

马克思主义宪法学以国家的类型和宪法的阶级本质为标准,把宪法分为资本主义类型的宪法和社会主义类型的宪法。这种分类方法最鲜明的特点在于揭示了宪法的本质,反映了宪法的阶级属性。

与本质分类相联系,列宁曾经指出:当法律同现实脱节的时候,宪法是虚假的;当它们是一致的时候,宪法便不是虚假的。列宁的这一论断被宪法学者概括为以宪法是否与现实相一致为标准对宪法进行的分类。

第二节 宪法的历史发展

一、近代意义宪法的产生

按照马克思主义法学基本原理,法律是随着私有制、阶级和国家的产生而产生的。然而,奴隶制国家和封建制国家的自然经济结构,以

及在此基础上建立起来的君主专制制度,都决定了在奴隶社会和封建社会不可能产生作为国家根本法的宪法。因为宪法与民主制度紧密相连,它是民主事实和民主制度的确认和保障,而奴隶制、封建制国家一般不存在民主制度。因此,近代意义的宪法是资产阶级革命的产物。

近代意义宪法的产生有着深刻的经济、政治和思想文化等方面的基础。

1. 近代宪法的产生是资本主义商品经济普遍化发展的必然结果。众所周知,商品经济的发展以自由、竞争为条件。尽管奴隶社会和封建社会的简单商品经济也曾导致有限的民主制或民主元素,但当商品经济普遍发展成为资本主义社会的基本经济结构时,自由竞争与平等交换的经济要求必然要通过国家的基本政治制度反映出来。因此,当资产阶级建立起自己的国家政权后,便通过宪法的形式,确立资产阶级民主制度,以适应资本主义政治和经济的发展。

2. 资产阶级革命的胜利以及资产阶级国家政权的建立和以普选制、议会制为核心的民主制度的形成,为近代宪法的产生提供了政治条件。毫无疑问,封建主义的政治制度严重阻碍着资本主义商品经济的自由发展,新的生产力与旧的生产关系必然会发生激烈的矛盾和冲突。因此,资产阶级需要发动革命,推翻封建专制制度,以资产阶级民主制取而代之,并通过宪法来确认和巩固资产阶级民主制。

3. 资产阶级启蒙思想家提出的民主、自由、平等、人权和法治等理论,为近代宪法的产生奠定了思想基础。为了铲除封建制度的束缚、破除君权神授等思想观念的影响,资产阶级启蒙思想家提出了以自然法理论为基础的“社会契约论”,并进而提出了民主、自由、平等、人权等学说,阐述了通过制定宪法来规范国家权力的行使,以保障公民的权利和自由等立宪主义思想,从而为近代宪法的产生提供了理论指导。

二、中国宪法的历史发展

(一)旧中国宪法的历史发展

中国是一个专制历史特别漫长的国家,几

千年来的封建统治使得中国既无成熟的民主传统,又无民主政治基础。所以,中国古代历史上缺乏民主宪法成长的土壤。鸦片战争后,中国逐步沦为半殖民地半封建社会。当时许多有志之士在向西方学习的过程中,日渐认识到宪政制度的重要性,纷纷要求实行立宪政体,以实现中国的救亡图存。在列强侵略、国内各种革命运动风起云涌的压力下,清政府于1905年派大臣出洋考察各国宪政,后于1908年颁布以“君上大权”为核心的《钦定宪法大纲》,它是中国历史上第一部宪法性文件。大纲共23条,分为两个部分:“君上大权”和“臣民权利义务”。其中“君上大权”14条,是大纲的正文主体部分;“臣民权利义务”9条,为正文的附录部分。

1911年辛亥革命爆发后,慑于革命的压力,清政府又于11月3日颁布《宪法重大信条十九条》,并宣布立即实行,但旋即被革命的浪潮所湮没,这是清政府最后一部宪法性文件。

辛亥革命胜利后,中华民国南京临时政府成立,于1912年3月11日由临时大总统孙中山颁布了《中华民国临时约法》,它是中国历史上唯一的一部具有资产阶级共和国性质的宪法性文件。随后,辛亥革命的成果被袁世凯所窃取,从而使中国进一步陷入了战乱时期,直到新中国成立。在这时期出现的宪法性文件主要有1913年的“天坛宪草”、1914年的“袁记约法”、1923年的“贿选宪法”、1925年的《中华民国宪法草案》、1931年的《中华民国训政时期约法》、1936年的“五五宪草”和1946年的《中华民国宪法》,以及新民主主义革命时期革命根据地的《中华苏维埃共和国宪法大纲》、《陕甘宁边区施政纲领》和《陕甘宁边区宪法原则》,等等。

(二)新中国宪法的产生与发展

1949年,在中国共产党领导下,中国人民推翻了帝国主义、封建主义和官僚资本主义的统治,建立了自己的国家政权。为了巩固人民革命的胜利成果,确立国家最根本、最重要的问题,1949年9月召开了具有广泛代表性的中国人民政治协商会议,制定了起临时宪法作用的《中国人民政治协商会议共同纲领》。1954年9月20日,第一届全国人民代表大会第一次全体

会议在《共同纲领》的基础上制定了新中国第一部社会主义类型的宪法——1954年宪法。1975年颁布的第二部宪法是一部内容很不完善并在指导思想上存在错误的宪法。1978年颁布的第三部宪法,虽经1979年和1980年两次局部修改,但从总体上说仍然不能适应新时期社会发展的需要。1982年12月4日,第五届全国人民代表大会第五次会议通过了新中国的第四部宪法,即现行宪法。

1982年宪法是对1954年宪法的继承和发展,全面总结了我国社会主义革命和建设的经验,反映了改革开放以来各方面取得的成果,规定了国家的根本制度和根本任务。1982年宪法除序言外,分为总纲,公民的基本权利和义务,国家机构,国旗、国歌、国徽、首都,共4章138条。其基本特点是:

1. 总结历史经验,以四项基本原则为指导思想;
2. 进一步完善国家机构体系,扩大全国人大常委会的职权,恢复设立国家主席等;
3. 扩大公民权利和自由范围,恢复“公民在法律面前人人平等”原则,废除了国家机关领导职务的终身制;
4. 确认经济体制改革的成果,如发展多种经济形式、扩大企业的自主权等;
5. 维护国家统一和民族团结,完善民族区域自治制度,根据“一国两制”的原则规定特别行政区制度。

(三)现行宪法的历次修改

1982年宪法的颁布实施,对于促进我国的政治体制改革和经济体制改革,推动社会主义现代化建设和改革开放事业的进行,健全社会主义民主与法制建设等方面发挥了重要作用。但由于它是在改革开放初期颁布的,随着改革开放的不断发展变化;其中有些规定已不能适应时代发展的客观要求。全国人民代表大会分别于1988年、1993年、1999年和2004年对这部宪法的部分条文进行了修改。

1. 1988年第七届全国人民代表大会第一次会议对现行宪法进行了第一次修改。修改的主要内容有两个方面:一是在第11条增加规定



“国家允许私营经济在法律规定的范围内存在和发展。私营经济是社会主义公有制经济的补充。国家保护私营经济的合法权利和利益,对私营经济实行引导、监督和管理”。二是删去第10条第4款中不得出租土地的规定,增加规定“土地的使用权可以依照法律的规定转让”。

2. 1993年第八届全国人民代表大会第一次会议对现行宪法进行了第二次修改。这次修改以党的十四大精神为指导,突出了建设有中国特色社会主义理论和党的基本路线,根据十多年来我国社会主义现代化建设和改革开放的新经验,修改的主要内容包括:(1)把“我国正处于社会主义初级阶段”、“建设有中国特色社会主义”、“坚持改革开放”写进宪法,使党的基本路线在宪法中得到集中、完整的表述。(2)增加规定“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”。(3)把家庭联产承包责任制作为农村集体经济组织的基本形式确定下来。(4)将社会主义市场经济确定为国家的基本经济制度,并对相关内容作了修改。(5)把县级人民代表大会的任期由3年改为5年。

3. 1999年第九届全国人民代表大会第二次会议对现行宪法进行了第三次修改。修改的主要内容包括:(1)把“我国将长期处于社会主义初级阶段”、“沿着建设有中国特色社会主义的道路”、“在‘邓小平理论指导下’”、“发展社会主义市场经济”写进宪法序言。(2)规定“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家”。(3)规定“国家在社会主义初级阶段,坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”。(4)规定“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制”。(5)将国家对个体经济和私营经济的基本政策合并修改为“在法律规定的范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分”,“国家保护个体经济、私营经济的合法的权利和利益。国家对个体经济、私营经济实行引导、监督和管理”。(6)将镇压“反革命的活动”修改为镇压“危害国家安全的犯罪活动”。

4. 2004年第十届全国人民代表大会第二次会议对现行宪法进行了第四次修改。修改的主要内容包括:(1)在宪法序言的第七自然段中增写了“三个代表”重要思想。(2)在宪法序言关于爱国统一战线的组成中增加“社会主义事业的建设者”。(3)将国家的土地征用制度修改为“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿”。(4)将国家对非公有制经济的规定修改为“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”。(5)将国家对公民私人财产的规定修改为“公民的合法的私有财产不受侵犯”,“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权”,“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿”。(6)增加规定“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度”。(7)增加规定“国家尊重和保障人权”。(8)将全国人大代表的产生方式修改为“全国人民代表大会由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队的代表组成。各少数民族都应当有适当名额的代表”。(9)将全国人大常委会、国务院对戒严的决定权改为对紧急状态的决定权,相应地,国家主席对戒严的宣布权也改为对紧急状态的宣布权。(10)在第81条国家主席职权中,增加“进行国事活动”的规定。(11)将乡镇人民代表大会的任期由3年改为5年。(12)增加关于国歌的规定,将《义勇军进行曲》作为国歌。

1982年宪法颁布实施以来的四次修改,客观反映了我国改革开放和现代化建设的发展需要,体现了新时期社会主义建设对宪政制度提出的要求,不仅巩固了我国改革和发展的成果,而且从政治、经济、思想等方面为今后的改革和发展提供了宪法依据。

第三节 宪法的基本原则

宪法基本原则是指人们在制定和实施宪法过程中必须遵循的最基本的准则,是贯穿立宪

新华考资

www.xhkedu.com

和行宪过程的基本精神。任何一部宪法都不可能凭空产生,都必须反映一国当时的国家生活的指导思想、社会经济条件和历史文化传统。对世界各国宪法理论与实践的考察表明,宪法的基本原则主要有人民主权原则、基本人权原则、权力制约原则和法治原则。

一、人民主权原则

(一)人民主权原则的概念与历史发展

主权是指国家的最高权力。人民主权是指国家中绝大多数人拥有国家的最高权力。在法国启蒙思想家卢梭看来,主权是公意的具体表现,人民的公意表现为最高权力;人民是国家最高权力的来源,国家是自由的人民根据社会契约的产物,而政府的一切权力都是人民授予的。因此,国家的主人不是君主,而是人民,治理者只是受人民委托,因而主权只能属于人民。人民主权学说的出现是国家学说发展史上的一大飞跃,是资产阶级反对封建专制主义的锐利思想武器,是资产阶级民主思想的核心。因此,从1776年美国《独立宣言》宣布政府的正当权力须得自被统治者的同意、1789年法国《人权宣言》宣布整个主权的本原主要是寄托于国民以来,西方国家宪法在形式上一般都承认人民主权,并将其作为资产阶级民主的一项首要原则,而且在宪法中明确规定主权在民。如法兰西第五共和国宪法规定,“国家主权属于人民”;日本1946年宪法规定,“兹宣布主权属于国民”;意大利现行宪法规定,“主权属于人民,由人民在宪法所规定的形式和范围内实现之”,等等。

社会主义国家宪法普遍规定了“一切权力属于人民”的原则。由于“一切权力属于人民”是无产阶级在创建自己的政权过程中,在批判性地继承资产阶级民主思想的基础上对人民主权原则的创造性的运用和发展,因此,“一切权力属于人民”实质上也就是人民主权。

(二)人民主权原则在我国宪法中的主要体现

1. 宪法第1条第1款明确规定:“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。”第2条第1款

规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。”

2. 宪法同时规定实现人民主权的具体形式与途径,如宪法第2条第2、3款规定:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”“人民依照法律规定,通过各种途径和形式,管理国家事务,管理经济和文化事业,管理社会事务。”

3. 宪法对公民基本权利和义务的规定也是人民主权原则的具体体现。

4. 为了体现人民主权原则,我国宪法规定了选举制度的主要程序,以及宪法的基本原则。

二、基本人权原则

(一)人权的概念与发展

人权是指作为一个人所应该享有的权利。人权的主体是“人”,首先是指自然意义上的人。就人权最原始的意义而言,它在本质上首先属于应有权利、道德权利。其次,由于人存在于社会关系之中,是具体的社会中的,因而当人权与某一个体的人相结合时,就带有这个人所处客观社会历史条件的烙印。人权观念的萌芽古已有之,但人权口号最先由十七八世纪西方资产阶级启蒙思想家提出。

在奴隶社会和封建社会,不仅国家政权建立在“君权神授”基础之上,而且还公开推行等级特权和不平等制度。随着封建社会末期资本主义商品经济的产生和发展,资产阶级经济地位的不断提高,新兴的资产阶级强烈要求摧毁君权神授学说,建立以自由、平等为核心的发展资本主义的条件。因此,十七八世纪的西方资产阶级启蒙思想家提出了“天赋人权”学说,强调人人生而享有自由、平等,享有追求幸福和财产的权利。在天赋人权学说和人权口号的指导下,资产阶级开始进行了争取人权的斗争。在资产阶级革命过程中以及革命胜利后,人权口号逐渐被政治宣言和宪法确认为基本原则。

(二)人权在宪法文本中的体现

人权在各国宪法文本中有不同的含义与表述方式。概括起来有以下几种:一是宪法文本中直接规定人权;二是宪法文本中不直接出现人权,但解释上人权表现为基本权利或基本权;

新华考资
www.xhkzedu.com



三是严格限制人权在宪法文本中的含义,直接以基本权利规定人权的核心内容;四是文本中同时出现人权与基本权利、基本的权利等表述,在实践中主要通过宪法解释方法确定其具体内涵。

(三)基本人权原则在我国宪法中的体现

从《共同纲领》开始,我国宪法都规定公民的基本权利与义务,特别是2004年将“国家尊重和保障人权”写入宪法后,基本人权原则成为国家基本价值观。

人权与基本权利也存在一定的差别。我国宪法规定的基本权利主体是公民,而人权的主体是人;宪法列举了公民享有的若干基本权利,而人权的内容是无需宪法列举的。对于这种差别,我们需要保持逻辑上的协调与解释规则上的统一。基本权利与人权之间存在价值上的共同性。当实践中出现侵害人权的事件时,应当积极运用宪法解释规则与技术,在规范内涵所允许的范围内寻求可能的权利救济途径。

除规定尊重和保障基本人权原则外,我国宪法还规定了公民参与国家政治生活的权利和自由、人身自由和宗教信仰自由、社会经济文化方面的权利等基本权利。宪法要求,根据国家社会发展的实际情况,不断为基本权利的实现提供经济、社会与文化保障。

三、法治原则

(一)法治的概念与发展

法治是历史的概念,时代的变迁不断赋予法治以新的内涵。但无论社会如何发展,法治所体现的限制国家权力、保障人权的基本价值是不会改变的。法治是指统治阶级按照民主原则把国家事务法律化、制度化,并严格依法进行管理的一种方式。十七八世纪的资产阶级启蒙思想家十分重视法治的意义。如洛克认为,政府应该以正式公布的既定法律来进行统治,这些法律不论贫富、不论权贵和庄稼人都一视同仁,并不因特殊情况而有出入。潘恩也说,在专制政府中国王便是法律,同样地,在自由国家中法律便应该成为国王。

法治思想的核心在于依法治理国家,法律

面前人人平等,反对任何组织和个人享有法律之外的特权。这对于反对封建专制特权,确立和维护资产阶级的民主制度起了重要的作用。资产阶级革命胜利后,资本主义国家普遍在其宪法规定和政治实践中贯彻了法治精神。在他们看来,宪法本身就是国家实行法治的标志,并且一般都在宪法规范中宣布法律面前人人平等。如作为1791年法国宪法序言的《人权宣言》宣布:法律是公共意志的体现,全国人民都有权亲身或经由其代表去参与法律的制定。法律对于所有的人,无论是施行保护或处罚都是一样的。在法律面前所有的公民都是平等的,故他们都能平等地按其能力担任一切官职,除德行和才能的差别外不应有其他差别。

(二)法治原则在我国宪法中的体现

“法治国家”概念本质上是与宪法秩序有着密切联系的政治概念,它经过了不同的历史发展阶段。以自由、平等与正义的实现为基本内容的法治国家理念可追溯到古罗马时代。到了18世纪,法治国家作为与自由主义宪法国家相同的概念,形成了自身的理论体系,其内容包括:国家的活动必须依照法律进行;为了保护基本权利,需要在宪法上建立独立的法院体系;国家权力的活动应限于人的自由保护领域等。自19世纪以后,法治国家进入到市民的法治国家阶段,即以市民社会为基础建立法治国家基础,如成文宪法的制定、权力的分立、基本人权的保障、国家赔偿制度的建立、行政的合法性、宪法裁判制度的建立等都是市民社会中法治发挥的功能。第二次世界大战后,随着宪政理念的变化,以正义、平等与自由价值为基础的法治概念成为法治国家的实质内容,成为区分一般法律国家概念的价值体系。

我国宪法第5条第1款规定:“中华人民共和国实行依法治国,建设社会主义法治国家。”其中的“法治国家”既包括实质意义的法治内涵,也包括形式意义的法治要素。宪法体系上的法治国家规定了法治秩序的原则和具体程序,形成政治共同体价值,保障国家权力运作的有序化。

四、权力制约原则

(一) 权力制约原则的概念与历史发展

权力制约原则是指国家权力的各部分之间相互监督、彼此牵制,从而保障公民权利。它既包括公民权利对国家权力的制约,也包括国家权力相互之间的制约。权力制约之所以是宪法的基本原则,主要决定于宪法的逻辑起点和宪法的基本内容。尽管导致近代宪法产生的根本原因是商品经济的普遍化发展,但从政治的层面而言,则是国家权力所有者的转换。当国家权力从过去的少数人所有转变为至少在形式上由多数人所有,即人民主权出现后,为了有效地行使国家权力,国家权力的所有者与国家权力的行使者开始分离。为了保障国家权力所有者应有的地位和作用,并使这种保障机制具有足够的权威,确认权利制约权力的国家根本法就应运而生。就宪法的基本内容而言,不仅保障公民权利始终处于核心、主导地位,而且对国家权力不同部分之间的制约机制也有明确规定。在资本主义国家的宪法中,权力制约原则主要表现为分权原则;而在社会主义国家的宪法中,权力制约原则主要表现为监督原则。

分权原则亦称权力分立原则、分权制衡原则。分权是指把国家权力分为若干部分,分别由不同的国家机关独立行使;制衡则是指这些国家机关在行使权力的过程中,保持一种互相牵制和互相平衡的关系。分权原则是十七八世纪欧美资产阶级革命时期确立的,它为资产阶级革命以后建立资产阶级民主制度以代替封建专制制度提供了方案。1787年美国宪法就按照典型的分权制衡原则确立了国家的政权体制。法国《人权宣言》则称“凡权利无保障和分权未确立的社会,就没有宪法”。受美、法等国的影响,各资本主义国家的宪法均以不同形式确认了分权原则。从资本主义各国政治实践看,分权原则对于确立和巩固资产阶级民主制度起了非常重要的作用。

社会主义国家的监督原则是由第一个无产阶级专政政权巴黎公社首创的。巴黎公社所首创的这一原则,后来被实行无产阶级专政的社

会主义国家普遍确定为一项民主原则,并在各国宪法中作出了明确规定。

(二) 权力制约原则在我国宪法中的体现

1. 宪法规定了人民对国家权力活动进行监督的制度,如规定“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督”,“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督”等。

2. 宪法规定了公民对国家机关及其公务员的监督权,规定“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利”。

3. 规定了不同国家机关之间、国家机关内部不同的监督形式。如宪法第135条规定“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律”,等等。

第四节 宪法的功和用

一、宪法的一般功能

所谓宪法功能,是指宪法内容和原则应当在社会生活中产生的实际效果。宪法发挥功能首先要符合社会发展的客观要求,即具备正当性。正当性是宪法在社会生活中发挥功能的前提,包括在内容、程序与形式上的正当性。

(一) 确认功能

宪法作为国家根本法,首先具有确认功能。具体表现在:确认宪法赖以存在的经济基础,宪法的性质和内容取决于经济基础的性质;确认国家权力的归属,使统治阶级的统治地位得到合法化;确认国家法制统一的原则,为法律体系的有机统一和协调发展提供统一的基础;确认社会共同体的基本价值目标与原则,为社会共同体的发展提供统一的价值体系。

(二) 保障功能

宪法对民主制度和人权的发展提供有效的保障。宪法是民主制度法律化的基本形式,对宪法上规定的各种民主原则、民主程序与民主生活规则,宪法提供了各种有效的保障。没有





宪法的确认和保障,民主制度不可能转化为具有国家意志的国家制度。在宪法的保障功能中,人权保障是最核心的内容与原则。各国宪法以不同的形式规定了基本权利的内容、保障体制、限制标准等,从宏观上确立了公民与国家的相互关系,确立了公民的宪法地位。

(三)限制功能

宪法一方面是一种授权法,确立合理地授予国家权力的原则与程序,使国家权力的运行具有合宪性。而另一方面宪法又是限权法,规定限制国家权力行使的原则与程序,确定所有公权力活动的界限。宪法的限制功能与宪法对人权的保障功能有着密切的联系,如果不对国家权力的行使进行有效的限制,人权保障就会失去必要的基础。宪法同时规定了国家机构的产生程序、职权与职权的具体行使程序等。

(四)协调功能

在制定和实施宪法的过程中,由于利益分配的不平衡和主体价值观的不同,人们可能产生不同的利益需求。宪法的特殊功能在于,能够以合理的机制平衡利益,寻求多数社会成员普遍认可的规则,以此作为社会成员普遍遵循的原则。对少数人利益的保护,宪法也规定了相应的救济制度,如宪法诉讼制度在保护少数人利益方面发挥着重要作用。

二、宪法在社会主义法治国家建设中的作用

(一)宪法在立法中的作用

2011年,一个以宪法为统帅,以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干,由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成。中国特色社会主义法律体系包括七个门类,即宪法相关法、民法商法、行政法、经济法、社会法、刑法、诉讼与非诉讼程序法。

宪法是中国特色社会主义法律体系的统帅。我国社会主义法律体系确定的原则、具体内容与具体实施过程都在宪法指导下进行,体现了宪法原则的具体化。宪法在立法中的作用主要表现在:

1. 宪法确立了法律体系的基本目标。在

一个国家,法律体系的建立与发展首先要体现宪法的基本原则,即宪法作为法律体系的核心,规定了法律体系的框架与目标。

2. 宪法确立了立法的统一基础。社会主义法律体系是以宪法为核心的统一的整体,一切法律、法规与其他规范性文件的制定都以宪法为基础,其内容不得与宪法相抵触。凡是与宪法相抵触的任何规范性文件都是无效的。宪法提供的统一立法基础包括:立法要体现社会主义初级阶段的基本要求,不能超越社会发展所提供的条件与背景;立法要体现宪法的指导思想,为社会生活提供基本的价值体系与规则;立法要遵循社会发展平衡原则,确立统一协调、平衡发展的立法发展目标;立法要体现民主原则,扩大立法的民主基础,使民意通过立法过程得到充分体现。

3. 科学的法律体系的建立是实现宪法原则的基本形式之一。宪法规定了国家生活中的根本性和重大问题,具体的问题由普通法律调整。宪法条文中规定要“由法律规定”、“依照法律规定”或者“在法律规定的范围内”的条文就有三十多处,涉及国家机构、民事、刑事、诉讼程序与经济生活等各个方面。依照宪法制定社会发展所需要的法律是贯彻实施宪法的重要途径,为整个法律体系的建立奠定了统一基础。

4. 宪法规定了解决法律体系内部冲突的基本机制。法律体系的发展过程中也会遇到各种不协调或冲突的现象。各种违宪现象破坏了以宪法为基础的法律体系的统一性,同时对整个法治发展也产生了负面影响。

5. 宪法是立法体制发展与完善的基础与依据。从我国立法制度发展的成就与经验看,如脱离了宪法的依据,整个立法工作就会失去基础。

(二)宪法在执法中的作用

宪法不仅是立法的基础,同时也是执法的基础与原则。一切执法活动不能违反宪法的原则与具体规定。特别是法官、检察官以及其他公职人员更应该在执法活动中遵守宪法和法律。

宪法在执法过程中的功能首先表现在对特定法律人宪法意识的培养,即以宪法的理念与知识为基础培养法官、检察官、律师等法律职业者的宪法思维。在法律人的培养过程和法律人活动准则的确立过程中宪法起着重要的作用。对于法官、检察官、律师来说,宪法教育是掌握法律知识的前提,应学会在复杂的社会现象中寻找宪法问题的焦点,并以宪法思维解释和解决法律问题的方法。宪法思维是所有法律人应具备的基本素质之一,直接影响适用法律的社会效果。

(三) 宪法在司法中的作用

人民法院和人民检察院在行使审判权和检察权时,要遵守宪法和法律,使司法活动符合宪法要求,以维护社会公平与正义。宪法在司法活动中的作用主要表现在:(1)宪法是审判权和检察权的来源,是人民法院和人民检察院活动的基本准则;(2)宪法和法律规定了司法机关进行活动的基本原则;(3)法官和检察官的宪法意识对法治的发展产生重要影响。如法官的宪法意识不仅对执法活动产生影响,同时也为法官解决宪法和法律问题提供思维方式与认识论基础。由于宪法判断和法律判断的方法不同,在分析宪法问题时法官不能简单地采用刑法、民法等案件的分析方法。法官要善于发现各种法律问题或各类案件中适用的法律、法规及其他规范性文件中可能出现的违宪问题。如发现有违宪嫌疑的法律、法规时,应通过法律程序请求有解释权的机关作出必要的解释。按照宪法和法官法的规定,法官的基本义务是不适用违宪的法律、法规,为公民的基本权利提供司法救济。检察官和律师树立宪法思维也是同样重要的。可以说,忠于宪法、遵守宪法是一切法律人的职业道德和行为的准则。

(四) 宪法在守法过程中的作用

守法是法治发展的基础与重要因素,而守法首先要遵守宪法。因为依法治国首先要依宪治国,依法执政首先要依宪执政。因此,认真遵守宪法、树立宪法权威是提高守法意识的重要内容。

培养宪法意识,就必须普及宪法知识,让所有的公民对宪法都有所了解。宪法知识是建立

宪法理念的基础,没有基本的宪法知识,就不可能形成宪法意识,也不可能按照宪法的基本原则和基本精神来办事。

当然,宪法知识只是形成宪法意识的一个基础,成熟的宪法意识是在社会实践中逐步形成的。宪法应该成为人们日常生活的行为规范,让人们在日常生活中感受宪法规范的存在与实际利益。为此,宪法需要走进公民的生活之中,为民众所熟悉、掌握、运用。我们需要在全社会进一步普及宪法知识,提高宪法意识和宪法素质,使宪法成为更加贴近百姓生活的规范。

示例

关于宪法在立法中的作用,下列哪一说法是不正确的?(2010年试卷一第19题)

- A. 宪法确立了法律体系的基本目标
- B. 宪法确立了立法的统一基础
- C. 宪法规定了完善的立法体制与具体规划
- D. 宪法规定了解决法律体系内部冲突的基本机制

【参考答案及简要提示】C。由于宪法是国家根本法,不可能事无巨细的规定所有内容,所以其条文具有抽象性、宏观性和不宜变动性(即稳定性)。具体到本题中,ABD选项都是宪法作用的具体体现,宪法确立了立法的统一基础和法律体系的基本目标,在对国家机构职权的规定中确立了基本的立法体制以及法律体系内部冲突的基本解决机制,但并未确立具体的立法规划,因为立法规划是随着国家社会的不断发展而变化的,显然不符合宪法的稳定性特点。

第五节 宪法的渊源

所谓宪法的渊源亦即宪法的表现形式。综观世界各国宪法,宪法的渊源主要有宪法典、宪法性法律、宪法惯例、宪法判例、国际条约和国际习惯等。但一国或一国不同历史时期的宪法究竟采取哪些渊源形式,则取决于其本国的历史传统和现实政治状况等综合因素。



一、宪法典

宪法典是绝大多数国家采用的形式,是指将一国最根本、最重要的问题由统一的法律文本加以明确规定而形成的成文宪法。宪法典一般由制宪机关采用特定的制宪程序制定,在一国法律体系中具有最高的法律效力。其特点是宪法的形式完整、内容明确具体,因而便于实施;同时由于一般规定了严格的修改程序,因而有利于保证宪法的相对稳定性。

二、宪法性法律

宪法性法律是从部门法意义上按法律规定的內容、调整的社会关系进行分类所得出的结论。它是指一国宪法的基本内容不是统一规定在一部法律文书之中,而是由多部法律文书表现出来的宪法。主要有两种情况:一是指在不成文宪法国家中,国家最根本、最重要的问题不采用宪法典的形式,而由多部单行法律文书予以规定的法律。宪法性法律制定和修改的机关、程序通常与普通法律的制定和修改的机关与程序相同。从这种意义上说,宪法性法律只是法律的一个组成部分。英国作为不成文宪法国家的典型,不存在根本法意义上的宪法,只存在部门法意义上的宪法。二是指成文宪法国家中,由国家立法机关为实施宪法而制定的有关规定宪法内容的法律。因此,在成文宪法国家,既存在根本法意义上的宪法,即宪法典;又存在部门法意义上的宪法,即普通法律中有关规定宪法内容的法律,如组织法、选举法、代表法、代议机关议事规则等。

三、宪法惯例

宪法惯例是指宪法条文无明确规定,但在实际政治生活中已经存在,并为国家机关、政党及公众所普遍遵循,且与宪法具有同等效力的习惯或传统。宪法惯例的特征主要有三:一是它没有具体的法律形式,它的内容并不明确规定在宪法典或宪法性法律中,而是散见于政治实践之中;二是它的内容涉及国家的根本制度、公民的基本权利和义务等最根本、最重要的问

题;三是它主要依靠公众舆论而不是国家强制力来保证其实施。宪法惯例多见于不成文宪法国家,但成文宪法国家也不鲜见。其意义在于,能适应国家形势的发展变化,弥补宪法规定的不足,从而充实并丰富一国宪法的内容,以实现宪法功能。

新华考资

四、宪法 www.xhkedu.com

宪法判例是指宪法条文无明文规定,而由司法机关在审判实践中逐渐形成并具有实质性宪法效力的判例。在不成文宪法国家,法院在宪法性法律没有明确规定的前提下,就有关宪法问题作出的判决自然也是宪法的表现形式之一。在成文宪法国家,尽管法院的判决必须符合宪法的规定,因而不能创造宪法规范,但有些国家的法院享有宪法解释权,因而法院在具体案件中基于对宪法的解释而作出的判决对下级法院也有约束力。同时,如果最高法院在具体案件的判决中认为某项法律或行政命令违宪而拒绝适用,那么下级法院在以后审理类似案件时,也不得适用该法律或行政命令。

五、国际条约

国际条约是国际法主体之间就权利义务关系缔结的一种书面协议。“条约必须遵守”是国际法的一项基本原则,国际条约一旦被各国所接受,就应该具有普遍的约束力。国际条约是国际法的主要渊源,但能否成为国内法的渊源以及宪法的渊源,则取决于一个国家的参与和认可。西方有些国家在本国宪法中,对国际条约在国内法中的地位 and 效力问题有专门规定,如美国 1787 年宪法第 6 条规定,合众国已经缔结和即将缔结的一切条约,皆为合众国的最高法律,每个州的法官都应受其约束。

第六节 宪法典的结构

宪法结构是指宪法内容的组织和排列形式。由于不成文宪法往往由不同历史时期的宪法性法律、宪法判例和宪法惯例组成,严格意义上不存在宪法结构问题,宪法结构主要是就成文宪法

典而言。综观世界各国宪法,尽管在修正案是否尾列其后,有无序言、附则,以及其他具体内容的安排上存在不同点,但就宪法典的总体结构而言,一般包括序言、正文、附则三大部分。

一、序言

所谓宪法序言,是指写在宪法条文前面的陈述性的表述,以表达本国宪法发展的历史、国家的基本政策和发展方向等。从形式上看,各国宪法序言的长短不尽相同。序言较短的国家有美国、意大利、加拿大、韩国等。序言较长的国家有中国、克罗地亚等国家。宪法序言规定的内容是多种多样的,其基本特点是体现了宪法基本理念和精神,有助于人们从整体上把握宪法的内容和基本精神。宪法序言的内容通常涉及制宪权的来源、宪法性质、国家独立、正义与和平价值的阐述、社会和公共利益的维护、民族主义价值等不同的理念。简言之,宪法序言是宪法精神和内容的高度概括。其内容包括:揭示制定宪法的机关和依据;揭示制定宪法的基本原则;揭示制定宪法的目的和价值体系等。

我国宪法序言主要包括如下内容:(1)历史发展的叙述。宪法以叙述性的语言回顾了自1840年以来中国社会的发展进程,明确规定工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的国体。(2)规定国家的根本任务是集中力量进行社会主义现代化建设,逐步实现工业、农业、国防和科学技术的现代化,把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义国家。(3)规定国家的基本国策,包括:完成祖国统一大业;社会主义建设事业的依靠力量是工人、农民和知识分子;团结一切可以团结的力量,巩固和发展爱国统一战线;维护民族团结,促进各民族共同繁荣等。(4)规定了宪法的根本法地位和最高效力,序言最后一个自然段指出:“本宪法以法律的形式确认了中国各族人民奋斗的成果,规定了国家的根本制度和根本任务,是国家的根本法,具有最高的法律效力。”

二、正文

宪法正文是宪法典的主要部分,具体规定

宪法基本制度和权力体系的安排,是宪法的主要内容。正文中规定的内容一般包括:社会制度和国家制度基本原则;公民与国家的相互关系,即公民的基本权利与义务;国家机构;国家标志等。我国现行宪法正文的排列顺序是:总纲,公民的基本权利与义务,国家机构,国旗、国歌、国徽、首都。

宪法正文的基本内容大致包括以下方面:

第一,国家和社会生活诸方面的基本原则。这是一个国家统治阶级管理国家和社会的基本方针,昭示了统治阶级的意图、步骤和措施,是国家和社会得以稳定、有序运转的关键。对这样具有重大意义的内容,作为国家根本法的宪法当然应该有所体现,而且在顺序排列上通常位居正文前端,并将其称之为总纲或者总则、基本原则。

第二,公民的基本权利和义务与国家机构。这两项内容是宪法的重要组成部分。如前所述,宪法的核心在于公民权利的有效保障和国家权力的限制,因此这两项内容可以说是宪法的核心部分,是世界各国宪法所不可缺少的。但在具体的规定中,特别是在二者的顺序排列上却有不同,主要是何者在前。新中国成立后的前三部宪法均将国家机构置于公民的基本权利和义务之前,现行宪法调整了这种结构,将公民的基本权利和义务一章提到国家机构之前。这一调整充分表明,对公民权利的保护居于宪法的核心地位,合理定位了公民与国家之间的关系,符合人民主权原则。

第三,国旗、国歌、国徽和首都。国旗、国徽是国家的标志,代表国家主权,象征国家尊严;国歌则反映了国家的力量和民族的心声。许多国家的宪法都对此作出了规定,我国现行宪法将其规定在最后一章。

三、附则

宪法的附则是指宪法对于特定事项需要特殊规定而作出的附加条款。就附则的名称而言,有称暂行条款者,有称过渡条款、最后条款、特别条款、临时条款者,也有直接称附则或附录的。无论名称如何,都属于附加条款的范畴。

新华考资
www.xhkzedu.com



我国现行宪法没有规定附则。

由于附则是宪法的一部分,因而其法律效力当然应该与一般条文相同。其法律效力还有两大特点:一是特定性,即附则只对特定的条文或事项适用,有一定的范围,超出范围则无效;二是临时性,即附则只对特定的时间或情况适用,有时间限制,一旦时间届满或者情况发生变化,其法律效力自然应该终止。

第七节

新华考资
www.xhkedu.com

一、宪法规范的概念

宪法规范是宪法最基本的要素。在社会生活中,人类为了自身的生存和发展,必须通过一定的规则来规范各自的行为,从而使人类社会生活处于有序状态。尽管这种规则或规范各式各样,但大致说来主要有两大类:一是以调整人与人之间相互关系为主的社会规范,包括法律规范、道德规范、宗教规范以及其他共同生活规则;二是以调整人与自然相互关系为主的技术规范,如操作规程、交通规则,等等。在阶级社会中,法律规范是人们运用得最为普遍的行为规范之一。它是指由国家制定或认可、表现统治阶级意志并由国家强制力保障实施的行为规则。由于宪法是国家的根本法,宪法规范所调整的社会关系具有两大特点:一是调整的对象非常广泛,涉及国家和社会生活各方面最基本的社会关系;二是所调整的社会关系的一方通常总是国家或者国家机关,一般表现于宪法典的具体规定。因此,可以将宪法规范定义为:宪法规范是由国家制定或认可的、宪法主体参与国家和社会生活最基本社会关系的行为规范。

二、宪法规范的主要特点

与一般法律规范相比,宪法规范具有以下主要特点:

(一)根本性

宪法规范的根本性是指宪法只规定国家生活中的根本性问题。也就是说,尽管宪法的调整范围广泛,包括国家和社会生活的各个方面,但宪法在具体规范其内容时,主要涉及最根本

性的问题,而不是事无巨细地都加以规定。

(二)最高性

宪法规范的最高性是指宪法规范的地位和效力高于其他法律规范。在整个国家的法律体系中,宪法是母法、基础法,其他法律都必须以宪法为制定的依据,因而宪法规范在国家法律体系中处于最高的地位。同时,虽然所有的法律都有法律效力,但宪法规范的法律效力最高,其他法律规范不能与宪法规范相抵触,否则无效。而且在一切国家机关、各政党、社会团体、企业事业组织和全体公民必须遵循的所有行为规范中,宪法规范是根本性的行为规范。

(三)原则性

宪法规范的原则性是指宪法规范只规定有关问题的基本原则。如前所述,宪法是根本法,是统治阶级管理国家和社会生活各方面意志和利益的集中表现,其内容涉及政治、经济、教育、科学、文化等各个方面。对如此广泛的问题,宪法规范当然不能规定得非常具体,而只能作原则性的规定,将统治阶级在政治、经济、教育、科学、文化等各方面的意志和利益,以基本原则的形式确认下来,而且在规范所表达的文字方面,宪法规范也非常简明概括。

(四)纲领性

宪法规范的纲领性是指宪法规范明确表达对未来目标的追求。虽然宪法规范主要针对宪法主体的现实社会生活,因而是现实社会人们的根本活动准则,但宪法本身的地位和作用却决定了宪法不仅应该确认统治阶级的治国思想和建国方案,而且应该确认国家的发展目标和宏观发展思路。宪法规范既要规范现实,也要规划未来。因此,宪法规范必然带有纲领性的特点。

(五)稳定性

由于宪法是国家的根本法,它的变化不仅直接关系到整个国家和社会的稳定,而且直接关系到统治阶级的根本利益,关系到宪法能否保持应有的权威和尊严。因此,宪法规范必须具有稳定性。但这种稳定性只是相对稳定性。也就是说,这种稳定性是相对于一定的历史时期、相对于一定的历史条件。随着社会历史的不断向前推进,社会历史条件的不断变化发展,

宪法规范也要相应地变化发展。

三、宪法规范的分类

由宪法规范广泛性特点所决定,宪法规范的存在形式是多样化的,可以从不同的角度对宪法规范进行分类。根据宪法规范性质与调整形式,一般分为如下几种:

(一) 确认性规范

确认性规范是对已经存在的事实的认定,其主要意义在于根据一定原则和程序,确立具体宪法制度和权力关系,以肯定性规范的存在为其主要特征。我国宪法总纲第1条规定,中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。第2条规定,中华人民共和国的一切权力属于人民。这类规范从宏观角度确立了国家制度的基本原则和国家权力运行的基本原则。确认性规范依其作用的特点,又可分为宣言性规范、调整性规范、组织性规范、授权性规范等形式。如调整性规范主要涉及国家基本政策的调整,组织性规范主要涉及国家政权机构的建立与具体的职权范围等。宪法中有关国家机构部分主要体现组织性规范的要求。

(二) 禁止性规范

禁止性规范是指对特定主体或行为的一种限制,也称其为强行性规范。这类规范对于宪法的实施起着十分重要的作用,集中反映宪法的法律属性。在我国宪法中,禁止性规范主要以“禁止”、“不得”等形式加以表现,这类规范虽数量不多,但产生的影响较大。如我国宪法第65条规定,全国人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。宪法第12条规定,国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。禁止性规范有时还表现为对某种行为的要求规范,如宪法第135条规定,人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责、互相配合、互相制约,以保证准确有效地执行法律。这里所说的“应当”是一种要求性规范,如不按这一规范的要求去做,要承担相应的法律责任。

(三) 权利性规范与义务性规范

权利性规范与义务性规范主要是在调整公民基本权利与义务的过程中形成的,同时为行使权利与履行义务提供依据。从我国宪法的规定看,权利性与义务性规范有下列三种形式:一是权利性规范。宪法赋予特定主体权利,使之具有权利主体资格。如宪法第35条规定,中华人民共和国公民有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。宪法第2章规定的公民的基本权利和义务中,权利性的规范占很大的比重。二是义务性规范,集中表现在公民应履行的基本义务。如宪法第52条规定,中华人民共和国公民有维护国家统一和全国民族团结的义务。这类义务在宪法中的规定是比较清楚的。三是宪法中的权利性与义务性规范相互结合为一体。如宪法规定,中华人民共和国公民有劳动的权利和义务、有受教育的权利和义务。在这类规范中,权利与义务互为一体。在宪法运行中,权利性规范与保障性规范是相互结合在一起的。特定的宪法规范既是对权利的保障,同时也是对特定国家行为的一种限制。

(四) 程序性规范

程序性规范具体规定宪法制度运行过程的程序,主要涉及国家机关活动程序方面的内容。程序性规范主要有两种表现形式:一是直接的程序性规范,即宪法典中对有关行为的程序作了具体规定,如全国人大召开临时会议的程序、全国人大延长任期的规定、宪法修改程序的规定、全国人大代表质询权的规定等。二是间接的程序性规范,即宪法典本身对程序性规范不做具体规定,而通过法律保留形式规定具体程序。比如,法律的具体制定程序、国家机关领导人的选举程序等,宪法只做原则性的规定,具体程序由部门法规定。

上述宪法规范的种类是宪法实施中经常出现的规范形式。就特定国家宪法典而言,宪法规范的种类是相互交叉的,很少以单一规范形式存在。在多种宪法规范形式并存的条件下,应根据宪法调整领域的具体特点,合理地确定其划分标准,注意掌握主导性规范与非主导性规范,以发挥宪法规范的作用。

第八节 宪法效力

一、宪法效力的概念

所谓宪法效力,是指宪法作为法律规范所发挥的约束力与强制性。宪法主要调整国家与公民的关系,其效力范围直接涉及国家权力的活动领域。

宪法之所以具有最高法律效力首先是宪法具有正当性基础,即宪法是社会共同体的基本规则,是社会多数人共同意志的最高体现。其基础在于:(1)宪法制定权的正当性。指产生宪法的国家权力是否获得正当性基础,具体表现为国家权力的获得与组织的合法性。可以说,宪法正当性决定于国家权力的合法性。(2)宪法内容的合理性。宪法正当性取决于内容的合理性,即宪法上规定的内容要正确地反映一国的实际情况,包括历史传统、现实要求与权力平衡状况。通常宪法中表现的基本价值具有一定的客观性,并反映着民众、时代与历史经验的要求。(3)宪法程序的正当性。合理地确定宪法内容固然重要,但程序是否完备对宪法内容的实现也产生不可忽视的影响。

二、宪法效力的表现

如同其他法律具有特定的适用范围一样,宪法效力的具体适用也存在特定的表现形式。

(一)宪法效力的特点

宪法效力具有最高性与直接性。在整个法律体系中宪法效力是最高的,不仅成为立法的基础,同时对立法行为与依据宪法进行的各种行为产生直接的约束力。我国宪法序言最后一个自然段明确规定了这一点。

(二)宪法对人的适用

宪法首先适用于自然人。中华人民共和国宪法适用于所有中国公民。我国宪法第33条第1款明确规定:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”国籍法第2条规定:“中华人民共和国是统一的多民族的国家,各民族的人都具有中国国籍。”国籍的取得与丧失制度的确立是一个国家主权范围内的事情,由

国内立法具体规定。这一规定说明,在我国,凡是具有中国国籍的人都是中国公民,成为宪法规定的基本权利主体,不受民族、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况等因素影响。

根据各国的法律规定,国籍的取得主要有两种方式:一种是因出生而取得,叫做原始国籍;另一种是加入国籍,叫做继有国籍。对因出生而取得国籍问题,各国通常采用三种原则:一是血统主义原则,即确定一个人的国籍以他出生时父母的国籍为准,不问其出生地国;二是出生地主义原则,即以出生地作为一个人取得国籍的依据,而不问其父母是本人还是外国人;三是混合主义原则,即以血统主义为主、以出生地主义为辅,或者以出生地主义为主、以血统主义为辅,或者不分主次将两种原则结合起来确定国籍。我国采取出生地主义和血统主义相结合的原则,对国籍的确定作了如下规定:父母双方或一方为中国公民,本人出生在中国,具有中国国籍;但父母双方或一方为中国公民并定居在外国,本人出生时即具有外国国籍的,不具有中国国籍;父母无国籍或国籍不明,定居在中国,本人出生在中国,具有中国国籍。外国人或无国籍人,愿意遵守中国宪法和法律,并具有下列条件之一的,可申请批准加入中国国籍:中国人的近亲属;定居在中国的;有其他正当理由。经批准加入中国国籍的公民,不再保留外国国籍,中国公民如果自愿加入或取得外国国籍的,则自动丧失中国国籍。这表明,我国实行一人一国籍原则,不承认双重国籍。

宪法效力适用于所有中国公民。华侨是指定居在国外的中国公民,他们也受中国宪法的保护。如果华侨居住国对中国公民的权利不能给予同等保护,我国也采取同等的措施。

此外,外国人和法人在一定的条件下也能成为某些基本权利的主体,在其享有基本权利的范围内,宪法效力适用于外国人和法人的活动。

(三)宪法对领土的效力

领土包括一个国家的陆地、河流、湖泊、内海、领海以及它们的底床、底土和上空(领空),是主权国管辖的国家全部疆域。领土是国家的构成要素之一,是国家行使主权的空间,也是国



家行使主权的对象。

领土条款是宪法效力的重要表现。各国宪法对领土条款的规定是不尽相同的。有些国家宪法明确规定领土范围,而有些国家在文本上没有具体规定。联邦制国家宪法中通常规定主权所属的领土范围,如俄罗斯宪法第67条规定:俄罗斯联邦主体的地位包括其各主体的领土、内河、领海和领空;第65条具体规定了参加俄罗斯联邦构成的各主体。在单一制国家宪法中,韩国宪法第3条对领土条款的规定是有一定特色的。

我国1982年宪法在序言中对台湾的地位规定为:“台湾是中华人民共和国的神圣领土的一部分。完成统一祖国的大业是包括台湾同胞在内的全中国人民的神圣职责。”这一表述意味着宪法明确了台湾是中国领土的一部分,宪法效力涉及包括台湾在内的所有中国领土。

任何一个主权国家的宪法的空间效力都及于国土的所有领域,这是由主权的唯一性和不可分割性所决定的,也是由宪法的根本法地位所决定的。

宪法是一个整体,具有一种主权意义上的不可分割性。由于宪法本身的综合性和价值多元性,宪法在不同领域的适用上是有所差异的。例如,在不同的经济形态之间、在普通行政区和民族自治地方之间自然有所区别,但这种区别绝不是说宪法在某些区域有效力而有些区域没有效力。宪法是一个整体,任何组成部分上的特殊性并不意味着对这个整体的否定,宪法作为整体的

效力是及于中华人民共和国的所有领域的。

三、宪法与条约的关系

宪法效力在国内法律体系中的地位是比较明确的,在成文宪法国家中宪法效力的最高性是普遍得到承认的。在宪法与条约的关系上,各国的规定不尽相同,如有的国家规定“条约高于宪法”,认为宪法是一个国家的国内法,与作为国际法的条约有不同的性质。

我国现行宪法文本没有规定宪法与条约的关系,但从宪法序言中可以看出其基本的原则,即我国以和平共处五项原则为基础,发展同各国的外交关系和经济、文化的交流。中国签署了《消除一切形式种族歧视国际公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》、《儿童权利公约》、《经济、社会及文化权利国际公约》等国际人权公约。中国政府认真履行所承担的相关义务,积极提交履约报告,充分发挥国际人权公约在促进和保护本国人权方面的积极作用。

新华考资

www.xhkzedu.com

【本章主要法律规定】

1. 宪法“总纲”
2. 宪法修正案(1988年)
3. 宪法修正案(1993年)
4. 宪法修正案(1999年)
5. 宪法修正案(2004年)

本章介绍的是宪法的基本理论,在宪法学知识体系中具有基础地位。本章的核心考点主要包括:

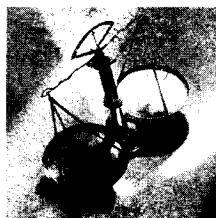
1. 宪法的分类:英国学者J. 蒲莱士提出了两种分类,即成文宪法与不成文宪法、刚性宪法与柔性宪法;此外,还有钦定宪法、民定宪法和协定宪法等类型。

2. 宪法的历史:我国现行宪法是1982年颁布实施的,分别于1988年、1993年、1999年和2004年进行了修改。

3. 宪法的基本原则:主要有人民主权原则、基本人权原则、权力制约原则和法治原则。

4. 宪法与宪政的关系:宪政是以宪法为依据的民主形式,宪法是宪政的前提,宪政是宪法的具体实现过程或状态。

本章的难点是对我国宪法基本原则与中国宪法历史脉络的准确把握,特别是现行宪法的基本特点与历次修改的内容,能够结合宪法文本的相关规定分析和评价。



宪法

第二章

国家的基本制度



第一节 人民民主专政制度

一、我国的国家性质

现行宪法第1条规定：“中华人民共和国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家。社会主义制度是中华人民共和国的根本制度。禁止任何组织或者个人破坏社会主义制度。”这一条表明了我国的国家性质是社会主义。宪法从人民民主专政的国家政权、社会主义经济制度以及社会主义文化制度三个方面全面反映了我国的社会主义性质。

二、人民民主专政的内涵

从国家政权的政治属性和阶级本质来说,我国是人民民主专政的国家。人民民主专政的具体内涵包括:

(一)工人阶级掌握国家政权、成为领导力量是人民民主专政的根本标志

工人阶级成为国家的领导阶级是由工人阶级的阶级本质和历史使命所决定的。工人阶级是现代化大工业的产物,是先进生产力的代表。中国的工人阶级有自己的特点:它在旧中国深受帝国主义、封建主义和官僚资本主义的三重压迫,因此革命最坚决;它从承担新民主主义革命的领导重任开始,始终在中国共产党的领导下,成为中国社会中最有觉悟的阶级;它同占中国人口绝大多数的农民有着天然的密切联系,从而能够结成牢固的工农联盟,并以此为基础团结一切爱国者,为振兴中华共同奋斗。因此,工人阶级成为我国的领导阶级是历史发展的必然。

(二)人民民主专政的国家政权以工农联盟为阶级基础

由于我国是农业人口占多数的国家,因此,农民问题不论是在民主革命时期,还是在社会主义革命和建设时期,始终都是我国革命和建设的根本问题。我国革命和建设的历史经验表明,工农联盟不仅是夺取新民主主义革命胜利的重要保证,而且也是社会主义事业胜利发展的重要保证。可以说,没有工农联

盟,我国就不可能建立起人民民主专政的国家政权。

(三)人民民主专政是对人民实行民主与对敌人实行专政的统一

对人民实行民主是指全体人民是国家的主人,参与管理国家和社会事务,享有各项权利;对敌人实行专政是指统治阶级依靠暴力对敌人实行的专政。

三、人民民主专政的性质

根据现行宪法序言的规定,工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政,性质上即无产阶级专政。既然人民民主专政与无产阶级专政的性质是一样的,那么,现行宪法为什么用人民民主专政代替无产阶级专政?其意义主要表现在:

1. 人民民主专政是马克思主义国家理论同中国社会的实际相结合的产物,它比无产阶级专政的提法更符合我国革命和政权建设的历史和现实状况。中国的革命和政权建设经过了新民主主义和社会主义两个时期:从革命时期的红色政权建设到毛泽东发表《论人民民主专政》,从《共同纲领》规定中华人民共和国是“人民民主统一战线的政权”,到现行宪法重新确立人民民主专政的概念,经过了半个多世纪的摸索和总结。

2. 人民民主专政发展了马克思列宁主义关于无产阶级专政的理论。无产阶级专政这一概念不能准确、恰当地涵盖人民民主专政对无产阶级专政发展的一些新内涵。例如,人民民主专政无论是表现为新民主主义共和国,还是社会主义共和国,都有包含几个阶级联合专政的含义,在政治上表现为以统一战线形式存在的广泛的政治基础。因此,人民民主专政比无产阶级专政的提法更具中国特色,人民民主专政是建设有中国特色社会主义的重要方面。

3. 同无产阶级专政的提法相比,人民民主专政比较直观地反映了我国政权对人民民主、对敌人专政的两个方面。虽然无产阶级专政的概念中包含了民主和专政两方面的部分内容,

但在形式层面上只有专政的表述,没有提及民主,因而没有直接将民主和专政两层含义表达出来。特别是在“文化大革命”期间,由于受“左”的思想的干扰,人们对政权、专政等概念存在一些歪曲和片面的理解,很容易导致对无产阶级专政产生误解。因此,用人民民主专政的提法能更加准确地反映我国政权的性质和职能。

四、我国人民民主专政的主要特色

尽管人民民主专政实质上即无产阶级专政,但人民民主专政毕竟是立足于中国社会的实际,对马克思列宁主义关于无产阶级专政理论的发展,因而又具有其相应的特色。其中,中国共产党领导的多党合作和政治协商制度、爱国统一战线是我国人民民主专政的主要特色。

(一)共产党领导的多党合作和政治协商制度

中国共产党领导的多党合作和政治协商制度是中国共产党领导中国人民长期奋斗的成果和历史选择,是我国人民民主专政的突出特点和优点。它在根本上区别于西方国家的两党制和多党制,也有别于苏联等社会主义国家的一党制,是确保人民民主专政有效实施和实现的政治制度。

在这一制度体系中,中国共产党是社会主义事业的领导核心,是执政党;各民主党派是接受中国共产党领导的、同中国共产党通力合作、共同致力于社会主义事业的亲密友党,是参政党。坚持中国共产党的领导,坚持四项基本原则,是中国共产党同各民主党派合作的政治基础;长期共存、互相监督、肝胆相照、荣辱与共是中国共产党同各民主党派合作的基本方针。中国共产党对各民主党派的领导是政治领导,即政治原则、政治方向和重大方针政策的领导。同时,各民主党派有在宪法规定范围内的政治自由、组织独立和法律地位平等的权利。

1993年八届全国人大一次会议通过的宪法修正案第4条规定,“中国共产党领导的多党合作和政治协商制度将长期存在和发展”。

(二)爱国统一战线

统一战线是我国新民主主义革命和社会主



义革命时期,中国共产党为取得革命和建设的胜利,而与各阶级组成的政治联盟,它是我国人民民主专政的又一主要特色。我国新时期的爱国统一战线是由中国共产党领导的,有各民主党派和各人民团体参加的,包括全体社会主义劳动者、社会主义事业的建设者、拥护社会主义的爱国者和拥护祖国统一的爱国者的广泛的政治联盟。它的任务主要有:一是为把我国建设成为富强、民主、文明的社会主义现代化国家而努力奋斗;二是争取台湾回归祖国,实现祖国和平统一的大业;三是为维护世界和平作出新的贡献。

爱国统一战线的组织形式是中国人民政治协商会议,简称“政协”。从本质上讲,政协不是国家机关,但是它同我国国家权力机关的活动有着极为密切的联系。比如全国人民代表大会召开会议的时候,一般吸收中国人民政治协商会议全国委员会的委员列席,听取政府工作报告或参加对某项问题的讨论;在必要的时候,全国人大常委会和政协全国常委会可以举行联席会议商讨有关事项等。政协也不同于一般的人民团体,它是在我国政治体制中具有重要地位和影响的政治性组织,是在我国政治生活中发展社会主义民主和实现各党派之间互相监督的重要形式。

第二节 国家的基本经济制度

一、经济制度的概念

经济制度是指一国通过宪法和法律调整以生产资料所有制形式为核心的各种基本经济关系的规则、原则和政策的总称;它包括生产资料的所有制形式、各种经济成分的相互关系及其宪法地位、国家发展经济的基本方针、基本原则等内容。

自德国1919年魏玛宪法以来,经济制度便成为现代宪法的重要内容之一。当然,不同国家的宪法以及同一国家不同历史时期的宪法,对经济制度的规定具有较大差异性。一般说来,资本主义宪法通常只规定对作为私有制基础的私有财产权的保护,而社会主义宪法则较为全面、系统地规定了社会主义经济制度。

(一) 经济制度的发展是推动宪法产生与发展的重要因素

从历史发展来看,每一种社会形态,都有与该社会形态的经济基础相联系的经济制度;经济制度的发展应与生产关系的发展相适应。近代以来,资本主义生产关系的建立对经济制度提出了新的要求,由此促成了更权威、更有效、更能反映其本质并促进其发展的法律化经济制度的产生。因此,近代以来的经济制度主要表现为相互联系的法律规范和经济政策体系。

(二) 宪法是经济制度的基本表现形式

从经济制度各种表现形式的关系来看,经济制度是国家确认为调整经济关系的制度,它由宪法、法律、政策等构成。宪法是国家根本法,是国家制定一切法律、法规 and 政策的依据。在确认经济关系的诸法律、法规和政策中,宪法是最基本的形式。宪法对经济关系特别是对生产关系的确认与调整构成一个国家的基本经济制度。

(三) 经济制度是现代宪法的重要内容

经济的发展是推动宪法产生与发展的重要因素,宪法的产生与发展又为经济制度的法治化创造了条件。从宪法发展史来看,无论是近代宪法还是现代宪法,无论是资本主义的宪法还是社会主义的宪法,尽管其对经济制度规定的内容和侧重点有所不同,但它们都毫不例外地涉及生产关系方面的内容。第一次世界大战以后,规定经济制度已成为宪法不可缺少的重要内容。

新华考资

www.xhkzedu.com

二、社会主义市场经济体制

经济体制即国家的经济管理体制。1993年

全国人民代表大会通过了对1982年宪法第15条的修正案,明确规定“国家实行社会主义市场经济”。1999年全国人民代表大会再次通过对宪法序言的修正案,将“发展社会主义市场经济”作为一项重要的国家任务写进宪法。

(一) 中国特色的社会主义市场经济体制

从计划经济到市场经济的转轨,是国家经济体制的深刻变革。在中国实行的市场经济有其自身的特殊性,主要表现为:

1. 社会主义市场经济体制是市场在国家宏观调控下对资源配置起基础性,甚至决定性作用的一种经济体制。它是社会主义基本制度与市场经济的结合,既具有与其他市场经济体制的共性,又具有与其他市场经济体制不同的特性。

2. 社会主义市场经济体制具有市场经济体制的共性,表现在经济活动市场化、企业经营自主化、政府调节间接化以及经济运行法制化等方面。

3. 社会主义市场经济特性,是指市场经济同社会主义基本制度相结合而形成的制度性特征,主要表现在:(1)在所有制结构上,以公有制为主体,多种所有制经济平等竞争,共同发展。2013年11月12日,《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》强调指出:“公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,是中国特色社会主义制度重要支柱,也是社会主义市场经济体制的根基。”(2)在分配制度上,实行以按劳分配为主体,多种分配方式并存,效率优先、兼顾公平。2013年2月3日,国务院批转了《关于深化收入分配制度改革的若干意见》,要求初次分配和再分配都要兼顾效率和公平,初次分配要注重效率,创造机会公平的竞争环境,维护劳动收入的主体地位;再分配要更加注重公平,提高公共资源配置效率,缩小收入差距。(3)在宏观调控上,国家能够把人民的当前利益与长远利益、局部利益与整体利益结合起来,更好地发挥计划与市场两种手段的长处。

(二)社会主义公有制是我国经济制度的基础

现行宪法第6条第1款规定:“中华人民共和国的社会主义经济制度的基础是生产资料的社会主义公有制,即全民所有制和劳动群众集体所有制。”生产资料的社会主义公有制决定了我国社会主义经济制度的本质特征,是保障工人阶级实现对国家的领导和加强工农联盟的基础。

1. 全民所有制经济。

全民所有制经济即国有经济,是指由代表

人民利益的国家占有生产资料的一种所有制形式。我国的全民所有制经济是通过没收官僚资本、改造民族资本以及国家投资兴建各种企业等途径建立起来的。同时,由于土地等自然资源是国有经济赖以发展的物质基础,所以我国现行宪法第9条第1款规定:“矿藏、水流、森林、山岭、草原、荒地、滩涂等自然资源,都属于国家所有,即全民所有;由法律规定属于集体所有的森林和山岭、草原、荒地、滩涂除外。”根据宪法第10条的规定,城市的土地属于国家所有;农村和城市郊区的土地原则上属于集体所有,但由法律规定属于国家所有的,属于国家所有。在我国,国有企业和国有自然资源是国家财产的主要部分。此外,国家机关、事业单位、部队等全民单位的财产也是国有财产的重要组成部分。

在1993年以前,社会主义全民所有制经济一般被称为国营经济。如1982年宪法第7条曾规定:“国营经济是社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。国家保障国营经济的巩固和发展。”1993年3月29日第八届全国人民代表大会第一次通过的宪法修正案将“国营经济”修改为“国有经济”,其意义主要在于:(1)从概念上看,社会主义全民所有制经济最本质的特征是生产资料的全民所有。(2)随着经济体制改革的不断深入,许多大中型全民所有制企业经营体制发生了变化,不再由国家统一进行经营管理。将国营经济等同于全民所有制经济已与客观情况不相符,并在一定程度上限制了全民所有制经济经营体制的进一步改革和转轨。(3)最重要的还在于国营经济与我国经济体制改革的目标模式——市场经济体制存在矛盾。

国有经济在我国国民经济中占据优势地位,具有主导作用,控制着国家的经济命脉,决定着国民经济的社会主义性质。对此,宪法第7条规定:“国有经济,即社会主义全民所有制经济,是国民经济中的主导力量。国家保障国有经济的巩固和发展。”

2. 集体所有制经济。

集体所有制经济是指生产资料归集体经济组织内的劳动者共同所有的一种所有制形式。



它的特点在于,生产资料是集体经济组织的公共财产,劳动者之间存在着互助合作关系,但劳动者同生产资料的结合仅限于集体经济组织范围之内。我国的集体所有制经济最初是在土地改革基础之上,通过对个体农业和个体手工业进行社会主义改造而建立起来的。当前城镇的集体所有制经济主要表现为各种形式的合作经济。现行宪法第8条第2款规定:“城镇中的手工业、工业、建筑业、运输业、商业、服务业等行业的各种形式的合作经济,都是社会主义劳动群众集体所有制经济。”农村集体所有制经济是现阶段我国农村的主要经济形式。宪法第8条第1款规定:“农村集体经济组织实行家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制。农村中的生产、供销、信用、消费等各种形式的合作经济,是社会主义劳动群众集体所有制经济。参加农村集体经济组织的劳动者,有权在法律规定的范围内经营自留地、自留山、家庭副业和饲养自留畜。”此外,现行宪法还规定,法律规定属于集体所有的森林、山岭、草原、荒山和滩涂属于集体所有;农村和城市郊区的土地,除法律规定属于国家所有的以外,属于集体所有;宅基地和自留地、自留山,也属于集体所有。

集体所有制经济是国民经济的基础力量。它不仅为我国社会主义现代化建设提供大量资金、原料和产品,而且吸纳大量的城乡剩余劳动力,因而它对国家经济的发展和社会主义现代化建设具有极其重要的作用。因此,宪法第8条第3款规定:“国家保护城乡集体经济组织的合法的权利和利益,鼓励、指导和帮助集体经济的发展。”

(三)非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分

由于我国尚处于社会主义初级阶段,经济文化和生产力发展水平还比较低,所以在坚持以社会主义公有制经济为主体的前提下,还必须充分发挥非公有制经济的积极作用。因此,宪法第11条第1款规定:“在法律规定范围内的个体经济、私营经济等非公有制经济,是社会主义市场经济的重要组成部分。”这样,在我国形成了以公有制为主体、多种所有制经济共同

发展的基本经济制度。

1. 劳动者个体经济和私营经济。

劳动者个体经济是指城乡劳动者依法占有少量生产资料和产品,以自己从事劳动为基础,进行生产经营活动的一种经济形式。个体工商户是劳动者个体经济在法律上的具体表现。根据我国法律 and 政策的有关规定,个体工商户依法享有其合法财产的所有权;在法律规定和核准登记的经营范围,享有自主经营的权利。此外,还可根据法律和合同享有场地使用权、物质供应权、商标权以及法律规定情况下的税收减免权等。

私营经济是指生产资料由私人占有,并存在雇佣劳动关系的一种经济形式。私营经济是在我国改革开放不断深入、劳动者个体经济规模不断扩大、雇工日益增多的基础上形成的。私营企业可以采用独资企业、合伙企业和有限责任公司三种形式。农民、城镇待业人员,个体工商户经营者,辞职及退职人员,法律、法规和政策允许的离休、退休人员和其他人员,均可申请开办私营企业。

个体经济和私营经济的存在是由我国社会主义初级阶段的基本国情决定的,随着我国社会主义市场经济的逐步确立,个体经济和私营经济有了很大的发展,对于推动国民经济持续快速发展,拓宽就业渠道,安置社会闲散人员和接纳下岗职工,提供多种多样的商品和服务,增加国家税收,都作出了重要贡献。因此,宪法第11条第2款规定:“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理。”

2. “三资”企业。

宪法第18条第1款规定:“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。”“三资”企业就是根据宪法的这一规定,经我国政府批准而举办的中外合资企业、中外合作企业和外商独资经营企业。

中外合资企业是一种股权式合营企业,是

由外商与中国的企业等经济组织共同投资、共同经营,并且按照出资比例共负盈亏的一种经济形式。

中外合作企业是一种契约式的合营企业,一般由中方提供土地使用权、厂房、设施和劳力,由外商提供资金、技术和设备,双方依法根据事先达成的协议进行合作经营。

外商独资企业则是指外商依照中国法律在中国境内设立的独自投资、独立经营的企业。

根据现行宪法的规定,在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业,都必须遵守中华人民共和国法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。

三、国家保护社会主义公共财产和公民合法私有财产

(一)社会主义公共财产的宪法保障

社会主义公共财产是公有制经济的物化形式,是国民经济存在和发展的前提和基础,是提高我国各族人民物质和文化生活水平的物质源泉和实现公民各项权利和自由的物质保障。因此,宪法第12条规定:“社会主义的公共财产神圣不可侵犯。国家保护社会主义的公共财产。禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏国家的和集体的财产。”第9条第2款还规定,“国家保障自然资源的合理利用”,“禁止任何组织或者个人用任何手段侵占或者破坏自然资源”。这些规定都是国家保护社会主义公共财产的重要内容,也是公民、法人和其他社会组织的基本义务。

(二)私有财产权的宪法保障

2004年宪法修正案第23条明确规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这些规定表明,我国宪法不仅将私有财产权明文确定为公民的基本权利,而且,将私有财产权的平等保障上升为一项重要的宪法原则。2013年《中共中央关于全面深化改革若干重大

问题的决定》进一步强调:“公有制经济财产权不可侵犯,非公有制经济财产权同样不可侵犯。”

示例

关于经济制度与宪法的关系,下列哪一选项是错误的?(2009年试卷一第22题)

A. 自德国魏玛宪法以来,经济制度便成为现代宪法的重要内容之一

B. 宪法对经济关系特别是生产关系的确认与调整构成一国的基本经济制度

C. 我国宪法修正案第十六条规定,法律范围内的非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分

D. 私有财产神圣不可侵犯是我国宪法的一项基本原则

【参考答案及简要提示】D。本题考生容易产生的错误是将《宪法》第12条规定的“社会主义公共财产神圣不可侵犯”与《宪法》第13条规定的“公民的合法私有财产不受侵犯”相混淆。宪法对于合法的公民私有财产是予以保护的,但它不是“神圣”的,国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或征用并给予补偿。

第三节 国家的基本文化制度

一、文化制度的概念与特点

(一)文化制度的概念

文化制度是指一国通过宪法和法律调整以社会意识形态为核心的各种基本关系的规则、原则和政策的综合。文化制度主要包括教育事业,科技事业,文学艺术事业,广播电影电视事业,新闻出版事业,文物事业,图书馆事业以及社会意识形态等方面。

就其内容而言,文化制度大致包括三个层次:第一层次即最广泛意义上的文化,是指人类在社会历史发展过程中所创造的物质财富和精神财富。第二层次的文化则特指人类在一定历史阶段所创造的精神财富;其本质即我们通常所说的精神文明,只不过文化是相对于政治、经

新华考资
www.xhkedu.com



济而言的,而精神文明是相对于物质文明而言的;一般而言,从政治、经济、文化三个方面能够比较清楚地说明一个国家的性质,而从物质文明与精神文明两个方面却很难达到这个目的——要达到说明国家性质的目的,还必须加上制度文明。第三层次即最狭义的文化则限指文学艺术、新闻出版、广播电视等特定的社会事业与产业。

(二)文化制度的特点

1. 文化制度具有阶级性。文化制度体现了统治阶级文化价值观,并以不同的方式表现着统治阶级的利益、思想和情感,起着建立有利于统治阶级文化社会秩序的作用。

2. 文化制度具有历史性。文化制度的历史性根源于文化的历史性。文化是一种社会历史现象,有其产生发展的历史过程。因此,作为规范文化活动和调整文化社会关系的文化制度也具有历史性的特点。

3. 文化制度具有民族性。文化是人类智慧、思想、情感凝聚成的社会财富,不同民族有自己特殊的智慧、思想和情感,因而使得各种文化现象都具有很强的民族特色。不同民族的国家文化制度所体现出的这种民族特色就是文化制度的民族性。文化制度的民族性在宗教制度、教育制度中表现得尤为鲜明。

二、文化制度在各国宪法中的表现

近代意义的宪法产生以来,文化制度便成为宪法不可缺少的重要内容。但是,不同国家的宪法以及同一国家不同历史时期的宪法,对文化制度的规定具有很大的差异。

早期资产阶级宪法或宪法性文件对文化制度的规定具有以下特点:一是内容狭窄,仅限于著作权、教育等几个方面;二是大多从公民权利的角度间接反映文化制度的某些内容,对国家发展文化的政策规定比较少;三是社会意识形态的基本原则大多来自资产阶级启蒙思想家的自然法学说,因而强调人民主权、天赋人权、人生而平等,鼓吹资产阶级政治哲学和道德理想。

随着自由资本主义制度向垄断资本主义制

度过渡,资本主义国家的文化制度日渐趋于完善,宪法对文化制度的规定也随之丰富起来。1919年德国魏玛宪法不仅详尽地规定公民的文化权利,而且还明确地规定了国家的基本文化政策。这部宪法第一次比较全面系统地规定了文化制度,为许多资本主义国家宪法所效仿。概括说来,这一时期资本主义国家宪法对文化制度的规定具有以下特点:一是内容广泛具体,涉及教育、艺术、科学、学术、文化、语言、意识形态等各个方面;二是直接明确规定国家的基本文化政策;三是社会意识形态的基本原则反映了时代特点,因而强调福利国家、全民国家的思想。

早期社会主义宪法一般都宣布社会主义文化是大众文化,并重视对公民受教育权和国家教育制度的规定。

第二次世界大战后,世界各国宪法关于文化制度的规定大体可以分为三种类型,即资本主义的文化制度、社会主义的文化制度和民族民主主义的文化制度。这三种文化制度一方面在指导思想和基本原则上存在明显差异,另一方面在各自发展过程中也相互借鉴了有益的文化形式。总的来说,战后世界各国宪法对文化制度的规定更加丰富和完善。

三、我国宪法关于基本文化制度的规定

现行宪法对文化制度的原则、内容等作了比较全面和系统的规定。具体内容包括:

(一)国家发展教育事业

宪法第19条规定:“国家发展社会主义的教育事业,提高全国人民的科学文化水平。国家举办各种学校,普及初等义务教育,发展中等教育、职业教育和高等教育,并且发展学前教育。国家发展各种教育设施,扫除文盲,对工人、农民、国家工作人员和其他劳动者进行政治、文化、科学、技术、业务的教育,鼓励自学成才。国家鼓励集体经济组织、国家企业事业组织和其他社会力量依照法律规定举办各种教育事业。国家推广全国通用的普通话。”据此,国家先后制定了教育法、义务教育法、高等教育法、教师法等,系统地规定了教育领域的基本规

新华考资
www.xhkdzu.com

则,保障了社会主义教育事业的发展。

(二) 国家发展科学事业

发展科学是我国文化建设的重要组成部分,宪法第20条规定:“国家发展自然科学和社会科学事业,普及科学和技术知识,奖励科学研究成果和技术发明创造。”据此,国家颁布了专利法、著作权法等一系列单行法律、法规,以保护科学技术成果、加速科学技术发展、促进社会主义经济建设。

(三) 国家发展文学艺术及其他文化事业

发展文学艺术及其他文化事业,是培养公民健康情趣,提高民族精神素质的重要途径,也是我国社会主义文化建设的重要内容。宪法第22条明确规定:“国家发展为人民服务、为社会主义服务的文学艺术事业、新闻广播电视事业、出版发行事业、图书馆博物馆文化馆和其他文化事业,开展群众性的文化活动。国家保护名胜古迹、珍贵文物和其他重要历史文化遗产。”

开展体育运动,促进群众体育和竞技体育全面发展,能够丰富人民精神文化生活。宪法第21条第2款规定:“国家发展体育事业,开展群众性的体育活动,增强人民体质。”

(四) 国家开展公民道德教育

公民道德教育是国家文化建设的基础,并对整个国家文化制度的发展方向具有决定性意义。

宪法第24条第1款规定:“国家通过普及理想教育、道德教育、文化教育、纪律和法制教育,通过在城乡不同范围的群众中制定和执行各种守则、公约,加强社会主义精神文明建设。”宪法这一规定的目的在于培养有理想、有道德、有文化、有纪律的社会主义公民。

宪法第24条第2款规定:“国家提倡爱祖国、爱人民、爱劳动、爱科学、爱社会主义的公德”。这一规定反映了我国人民为实现社会主义现代化,建设富强、民主、文明的现代化国家

宏伟目标而奋斗的共同要求。国家以“五爱”为基础进行社会主义道德教育,与公民必须履行尊重社会公德的义务是完全一致的。公民自觉地接受“五爱”教育,并以实际行动尊重社会公德,不仅是国家发展的需要,也是公民自我完善的需要。

示例

近代意义宪法产生以来,文化制度便是宪法的内容。关于两者的关系,下列哪一选项是不正确的?(2013年试卷一第23题)

A. 1787年美国宪法规定了公民广泛的文化权利和国家的文化政策

B. 1919年德国魏玛宪法规定了公民的文化权利

C. 我国现行宪法对文化制度的原则、内容等做了比较全面的规定

D. 公民的文化教育权、国家机关的文化教育管理职权和文化政策,是宪法文化制度的主要内容

【参考答案及简要提示】A。本题围绕国家文化制度命题,结合了宪法的历史发展中的知识,并考查到了1787年美国宪法、1919年德国魏玛宪法的内容。考生容易产生的错误是想当然的认为,1787年美国宪法是世界上第一部成文宪法,其在公民权利规定上应具有广泛性与成熟性,而误认为选项A正确。实质上,1919年的德国魏玛宪法才是第一次较为详尽地规定公民的文化权利,且较为系统地规定了文化制度的宪法。

【本章主要法律规定】

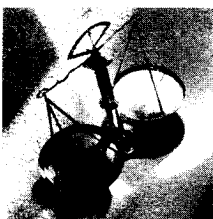
1. 宪法“总纲”
2. 宪法修正案(1993年)
3. 宪法修正案(1999年)
4. 宪法修正案(2004年)



本章主要是对我国国家基本制度中的人民民主专政制度、基本经济制度和基本文化制度的介绍,需要对各种基本制度的内涵有总体的理解。

在把握中国特色社会主义经济制度的宪法地位时,需要明确社会主义公有制是我国经济制度的基础,非公有制经济是社会主义市场经济的重要组成部分,“国家保护个体经济、私营经济等非公有制经济的合法的权利和利益。国家鼓励、支持和引导非公有制经济的发展,并对非公有制经济依法实行监督和管理”。

国家对公共财产和公民合法私有财产的保护有所区别。宪法规定,“社会主义的公共财产神圣不可侵犯”、“公民的合法的私有财产不受侵犯”。国家在限制私人财产权时,要满足以下基本条件:为了公共利益的需要;依照法律的规定;要给予补偿。



宪法

第三章 国家的基本制度

新考资
www.xhkzedu.com

第一节 人民代表大会制度

一、政权组织形式的概念与种类

政权组织形式是指掌握国家权力的阶级组织国家机关以实现其阶级统治的形式。由于各国具体历史条件的差异,不同的国家,其政权组织形式也各不相同。

(一) 资本主义国家的政权组织形式

在资本主义国家,其政权组织形式主要分为二元君主立宪制、议会君主立宪制、总统制、议会共和制、委员会制和半总统半议会制等。

1. 二元君主立宪制是一种以君主为核心、由君主在国家机关体系中发挥主导作用的政权组织形式。其主要特征是,虽然君主的权力受到宪法和议会的限制,但这种限制的力量非常弱小,君主仍然掌握着极大的权力。例如,议会中的部分议员由君主任命,议会制定的法律须经君主同意才能生效,内阁只是君主的咨询机构并对君主负责等。在现代国家中,只有约旦、沙特阿拉伯等极少数国家实行这类政权组织形式。

2. 议会君主立宪制的主要特征在于,君主的权力受到宪法和议会的严格限制。君主行使的只是一些形式上的或者礼仪性的职权,君主对议会、内阁、法院都没有实际控制能力。现代国家中的英国、西班牙、荷兰、比利时和日本等国家建立的就是这类政权组织形式。

3. 总统制的主要特征是国家设有总统,总统既是国家元首,又是政府首脑;总统由选民选举产生,不对议会负责,议会不能通过不信任案迫使总统辞职,总统也无权解散议会。如美国是典型的总统制国家。

4. 议会共和制的主要特征在于:议员由选民选举产生,政府由获得议会下院多数席位的政党或构成多数席位的几个政党联合组成;议会与政府相互渗透,政府成员一般由议员兼任,议会可通过不信任案迫使政府辞职,政府也可以解散议会。如意大利是典型的议会共和制国家。



5. 委员会制的主要特征是最高国家行政机关为委员会,委员会成员由众议院选举产生,总统(行政首长)由委员会成员轮流担任,任期一年,不得连任;众议院不能对委员会提出不信任案,委员会也无权解散议会。如瑞士是典型的委员会制国家。

6. 半总统半议会制的主要特征在于:总统是国家元首,拥有任免总理、主持内阁会议、颁布法律、统帅武装部队等大权;总理是政府首脑,对议会就政府的施政纲领或总政策承担责任,议会可通过不信任案或不同意政府的施政纲领和总政策,迫使总理向总统提出政府辞职。如1958年后的法国是典型的半总统半议会制国家。

(二)社会主义国家的政权组织形式

社会主义国家的政权组织形式都是人民代表制。这种单一化的政权组织形式是由社会主义国家的一切权力属于人民决定的。人民代表制的主要特征在于,由选民选举代表组成行使国家权力的人民代表机关,各级国家行政机关和其他国家机关由同级人民代表机关选举产生,对它负责,受它监督;人民代表机关在整个国家机关体系中居于主导地位。然而,各社会主义国家的历史传统、现实状况、民族因素等方面的差异,却决定了人民代表制在具体运用过程中并不相同。比如在名称上,有的称苏维埃,有的称议会,有的称人民代表会议,有的称人民代表大会;在组织结构上,有的采一院制,有的采两院制;在常设机构的职权上,有的没有立法权,有的可以行使部分立法权;在国家元首制度上,有的采个人元首制,有的采集体元首制等。这些差异都只是形式上的、局部的差异,其根本宗旨都在于切实保证广大劳动人民真正享有当家做主、管理国家的权利。

二、我国的政权组织形式

我国的政权组织形式是人民代表大会制度。人民代表大会制度是指拥有国家权力的人民根据民主集中制原则,通过民主选举组成全国人民代表大会和地方各级人民代表大会,并以人民代表大会为基础,建立全部国家机构,对

人民负责,受人民监督,以实现人民当家做主的政治制度。

(一)人民代表大会制度的基本内容

我国宪法明确规定,国家的一切权力属于人民;人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会;国家行政机关、审判机关和检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。人民代表大会制度的基本内容包含如下方面:

1. 人民主权原则。现行宪法第2条第1、2款规定,“中华人民共和国的一切权力属于人民”;“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”。在这个意义上说,人民代表大会制度以主权在民为逻辑起点,而人民主权构成了人民代表大会制度的最核心的基本原则。

2. 人民掌握和行使国家权力的组织形式与制度。现行宪法第2条第2款规定:“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”因此,全国人民代表大会和地方各级人民代表大会是人民掌握和行使国家权力的组织形式。

3. 人大代表由人民选举,受人民监督。现行宪法第3条第2款规定:“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督。”选民或者选举单位有权依法罢免自己选出的代表。

4. 各级人大是国家权力机关,其他国家机关都由人大选举产生,对其负责,受其监督。全国人民代表大会是国家最高权力机关,地方各级人民代表大会是地方各级国家权力机关,县级以上地方各级人大设立常委会。国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。在全国人民代表大会统一行使国家权力的前提下,明确划分国家的行政权、审判权、检察权和武装力量领导权。法律的制定和重大问题的决定等,都必须由国家权力机关充分讨论、民主决定;它们的贯彻实施由国家行政、审判、检察等机关按其职责去执行。

（二）人民代表大会制度的性质

1. 人民代表大会制度是我国的根本政治制度。人民代表大会制度直接全面地体现了我国的阶级本质，是国家机构得以建立、健全和国家政治生活得以全面开展的基础，是其他政治制度的核心，全面反映了我国政治生活的全貌。具体表现为如下三个方面：

（1）从人民代表大会的组成来说，各级人民代表大会都由人民代表组成，而人民代表又是由人民通过民主选举方式选举产生的。根据宪法和选举法的规定，除依照法律被剥夺政治权利的人以外，凡年满18周岁的我国公民，不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限，都有选举权和被选举权。虽然各级人民代表大会代表的产生，有选民直接选举和选举单位间接选举的差别，但所有的人大代表都是根据人民的意志选举产生。

（2）从人民代表大会的职权来说，人民代表大会代表人民行使国家权力。根据宪法和法律的规定，全国人民代表大会对国家的一切重大事务享有最高决定权：它有权修改宪法，制定法律；有权审查和批准国民经济和社会发展规划以及计划执行情况的报告；有权审查和批准国家预算和预算执行情况的报告；有权决定战争与和平问题；有权选举和决定其他中央国家机关的领导人员，并且监督这些机关的工作，使之遵循人民的意志。总之，全国人民代表大会是最高国家权力机关，享有广泛的职权。地方各级人民代表大会有权在宪法和法律规定的职权范围内决定本地区的重大事务，有权组织本地区的其他国家机关并监督它们的工作。由此可见，全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都是代表人民全权行使国家权力的机关。

（3）从人民代表大会的责任来说，它向人民负责，受人民监督。根据宪法和法律的规定，各级人大代表在整个任期之内和行使职权的过程中，始终要同选民和选举单位保持密切联系，选民或选举单位有权依照法律规定的程序罢免由他们选出的代表。

2. 人民代表大会制度是我国实现社会主义民主的基本形式。我国宪法规定，人民依照

法律规定，通过各种途径和形式，管理国家事务，管理经济文化事业，管理社会事务；公民享有广泛的权利和自由等。因此，在我国，实现人民当家做主的民主形式多种多样，但在这诸种民主形式中，人民代表大会制度是最基本的。具体而言：

（1）社会主义民主就其本质来说是人民当家做主，这种民主需要通过一定的形式才能实现。由于人民代表大会的代表来自人民，人民代表大会的权力来自人民，人民代表大会必须对人民负责，受人民监督。因此，人民代表大会制度是我国人民行使当家做主权利、实现社会主义民主的一种基本形式。

（2）在各种实现社会主义民主的形式中，人民代表大会制度居于最重要的地位。在所有实现社会主义民主的形式中，除人民代表大会制度以外，其他一切形式都存在一定的限制。这种限制表现在实现民主的主体方面，或者在实现民主的范围和效能方面。就享受民主的主体来说，其他民主形式通常以某一部分人为限。就享受民主的范围来说，其他民主形式通常局限于国家政治、经济、文化、社会生活的某一方面或者某几个方面。就享受民主的效能来说，其他民主形式也有一定限度。如根据宪法的规定，公民有向国家机关提出批评和建议的权利，但这些意见和建议能否被接受和采纳，尚需受制于具体情况。这就是说，其他实现社会主义民主的形式在主体、范围和效能等方面都要受到法律和事实的限制。而人民代表大会制度则全面地、全权地保障人民实现当家做主的权利。因此，与其他民主形式相比，人民代表大会制度是实现社会主义民主的基本形式。

第二节 选举制度

一、选举制度的概念

选举制度是一国统治阶级通过法律规定的关于选举国家代议机关代表的原则、程序与方法等各项制度的总称。选举制度作为近现代民主制度的重要组成部分，既是资产阶级学者提出的天赋人权学说、人民主权学说在资产阶级



政治实践中的产物,也是资产阶级反对封建等级授职制的结果。近代选举制度有三个特点:(1)被选举者往往是代议机关的代表或议员;(2)形式上采用普选制;(3)有一套比较完整的法律规范。因此,资产阶级革命胜利以后,随着代议政体的出现,选举制度成为合理分配与组织国家权力的基本形式。在我国,选举制度主要指的是选举全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表的组织、原则、程序以及方式方法的制度。

二、我国选举制度的基本原则

根据宪法和选举法的规定,选举制度的基本原则主要有:

(一)选举权的普遍性原则

选举权的普遍性是就享有选举权的主体范围而言的,是指一国公民中能够享有选举权的广泛程度。根据我国宪法和选举法的规定,凡年满18周岁的中华人民共和国公民,除依法被剥夺政治权利的人以外,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况和居住期限,都享有选举权和被选举权。由此可见,在我国享有选举权的基本条件有三:(1)具有中国国籍,是中华人民共和国公民;(2)年满18周岁;(3)依法享有政治权利。此外,根据1983年全国人大常委会《关于县级以下人民代表大会代表直接选举的若干规定》,被判处有期徒刑、拘役、管制而没有被剥夺政治权利的;被羁押,正在受侦查、起诉、审判,检察院或者法院没有决定停止当事人行使选举权利的;正在取保候审或者被监视居住的;正在受拘留处分的人员,享有选举权和被选举权。根据选举法第26条第2款规定:“精神病患者不能行使选举权利的,经选举委员会确认,不列入选民名单。”

(二)选举权的平等性原则

选举权的平等性是指每个选民在每次选举中只能在一个选区享有一个投票权,不承认也不允许任何选民因民族、种族、职业、财产状况、家庭出身、居住期限的不同而在选举中享有特权,更不允许非法限制或者歧视任何选民对选

举权的行使。这是“公民在法律面前一律平等”原则在选举制度中的具体体现。选举权的平等性原则的要求主要表现在:(1)除法律规定当选人应具有的条件外,选民平等地享有选举权和被选举权;(2)在一次选举中选民平等地拥有相同的投票权;(3)每一代表所代表的选民人数相同;(4)一切代表在代表机关具有平等的法律地位;(5)对在选举中处于弱者地位的选民给予特殊的保护性规定,也是选举权平等性的表现。

我国现行《选举法》制定于1979年,经过1982年、1986年、1995年、2004年、2010年五次修正。其中1982年、1995年和2010年三次修正涉及对城乡代表名额分配比例的修改。

我国的选民登记原则是“一次登记,长期有效”,故每次选举前需要登记的并非全部选民,只是新满18周岁的、被剥夺政治权利期满后恢复的部分选民。

法定差额比例:直接选举的代表候选人人数应多于应选名额的 $1/3 \sim 1$ 倍,间接选举的代表候选人人数应多于应选名额的 $1/5 \sim 1/2$ 。

我国宪法、选举法对选举及有关问题的规定,体现了选举权平等性原则的要求。(1)我国选举法明确规定,凡年满18周岁的公民,除依法被剥夺政治权利者外,都平等地享有选举权和被选举权;(2)选举法明确规定,每一选民在选举中平等地拥有一个投票权,否定了有的国家采用的复数投票制;(3)按照宪法和有关组织法的规定,在各级人民代表大会中实行合议制,采取民主集中制原则,代表具有平等的法律地位,从而反映了选举代表的选民的平等地位,体现了选举权的平等性;(4)我国选举法还规定了一系列对特定主体选举权进行保护的措施。选举中的弱者系指由于自身条件的限制,不能同其他选民一样正常地、平等地行使选举权的选民,如果不采取特殊保护措施,他们就不能像其他选民一样行使选举权。例如,残疾人、旅居国外的中国公民等,在选举中都应有特别保护措施。从某种意义上讲,少数民族由于人口较少,在选举中也可能处于不利的位置,也应享受特殊措施的保护。我国选举法在这些方面均有规

定。例如,选举法第6条对基层代表、妇女、归侨以及旅居国外的中国公民的选举作了专门规定。选举法第五章对各少数民族的选举也作了专门规定。

我国选举权的平等性原则既着眼于机会平等,同时也重视实质平等。比如,根据2010年修订前的选举法的规定,各级人民代表大会代表的名额都以一定的人口数为基础,但城乡每一代表所代表的人口比例却不相同,即每一农村代表所代表的人口数,是城市每一代表所代表的人口数的4倍。之所以做出如此规定,是因为我国人口中的绝大多数在农村,因而在工人数量远远小于农民数量的情况下,如果只注重形式上的平等,就会使各级人民代表大会中农民代表的比例可能过大,而使工人和其他阶层、职业没有足够的代表。

1979年我国居住在城市和农村的居民人数比例为18:82,我国第二部选举法即现行选举法,有关人大代表选举中城乡不同比例的规定没有变化。1995年我国居住在城市和农村的居民人数比例为30:70,我国第三次修改了现行选举法,将原来全国和省、自治区这两级人大代表中农村与城市每一代表所代表的人口数的比例,从原来的8:1、5:1,统一改为4:1。2004年又对选举法进行了第四次修改。可以看出,改革开放30多年来,选举法的四次修改事实上就是按照“逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表”的路径来进行的。因此,这种差别和事实上的不平等真实地反映了制定和修改选举法时的实际情况,符合广大人民的根本利益和长远利益,因而是必要的、合理的。但是,随着社会主义市场经济和文化事业的发展,特别是城乡之间、工农之间差别的日益缩小,城乡相同人口比例选举具有一定的客观必要性。从1995年至今,我国城乡人口比例以每年1%的比例增长,2006年达到43.90:56.10,并且随着城镇化进程的加速,城镇人口还将不断增加。

2007年10月党的十七大报告中提出“逐步实行城乡按相同人口比例选举人大代表”的建议。2010年3月14日,十一届全国人大三次会议通过选举法修正案,明确规定实行城乡按

相同人口比例选举人大代表,将选举法第16条第1款修改为:“全国人民代表大会代表名额,由全国人大常委会根据各省、自治区、直辖市的人口数,按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则,以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。”

(三)直接选举和间接选举并用的原则

我国选举法规定,不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇的人民代表大会议代表,由选民直接选出;全国人民代表大会代表,省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会议代表,由下一级人民代表大会选出。由此可见,我国在选举中采取的是直接选举和间接选举并用的原则。

(四)秘密投票原则

秘密投票亦称无记名投票,它与记名投票或以起立、举手、鼓掌等公开表示自己意愿的方法相对立,是指选民不署自己的姓名、亲自书写选票并投入密封票箱的一种投票方法。无记名投票,相对于记名投票或公开投票(起立、欢呼、唱名、举手)更具有科学性,它包括:(1)秘密填写选票;(2)在选票上不标识选民身份;(3)投票时不显露选举意向等内容。现行选举法第38条规定:“全国和地方各级人民代表大会代表的选举,一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的,可以委托他信任的人代写。”这就要求选举人在选举时只需在正式代表候选人姓名下注明同意或不同意,也可以另选他人或者弃权而无须署名,选举人在秘密写票处将选票填好后亲自将选票投入票箱。因此,秘密投票作为我国选举制度的基本原则之一,为民主选举提供了自由表达意愿的重要保障,使选民在不受外力的影响下,能完全按照自己的意愿挑选他所信赖的人进入国家机关,代表人民行使国家权力。

三、选举机构

根据选举法的规定,我国的选举组织机构体系包括:

(一)直接选举的主持机构

在实行直接选举的地方,设立选举委员会主持本级人大代表的选举。不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会的组成人员由本级人民代表大会常务委员会任命;乡、民族乡、镇的选举委员会的组成人员由不设区的市、市辖区、县、自治县的人民代表大会常务委员会任命。选举委员会一般设立主任1人,副主任若干人,委员若干人。不设区的市、市辖区、县、自治县的选举委员会受本级人大常委会的领导;乡、民族乡、镇的选举委员会受不设区的市、市辖区、县、自治县的人大常委会的领导。它们要接受省、自治区、直辖市、设区的市、自治州人大常委会对选举工作的指导。选举委员会可下设办事机构,办理选举中的具体事宜。选举委员会履行下列职责:(1)进行选民登记,审查选民资格,公布选民名单;受理对于选民名单不同意见的申诉,并做出决定;(2)划分选举本级人民代表大会代表的选区,分配各选区应选代表的名额;(3)了解核实并组织介绍代表候选人的情况;根据较多数选民的意见,确定和公布正式代表候选人名单;(4)确定选举日期;(5)确定选举结果是否有效,公布当选代表名单。

(二)间接选举的主持机构

我国选举法规定,间接选举由本级人大常委会主持。特别行政区全国人大代表的选举由全国人大常委会主持。

四、代表名额的分配

(一)一般行政地方人大代表名额的分配

根据选举法第16条第2、3款的规定,“省、自治区、直辖市应选全国人民代表大会代表名额,由根据人口数计算确定的名额数、相同的地区基本名额数和其他应选名额数构成”。“全国人民代表大会代表名额的具体分配,由全国人民代表大会常务委员会决定。”

选举法第14条第1款规定:“地方各级人民代表大会代表名额,由本级人民代表大会常务委员会或者本级选举委员会根据本行政区域所辖的下一级各行政区域或者各选区的人口数,按照每一代表所代表的城乡人口相同的原

则,以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。在县、自治县的人民代表大会中,人口特少的乡、民族乡、镇,至少应有代表一人。”第2款规定:“地方各级人民代表大会代表名额的分配办法,由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会参照全国人民代表大会代表名额分配的办法,结合本地区的具体情况规定。”

(二)民族自治地方人大代表名额的分配

1. 在聚居区内同一少数民族的总人口占境内总人口30%以上的,每一代表所代表的人口数应相当于当地人民代表大会每一代表所代表的人口数。

2. 在聚居区内同一少数民族的总人口占境内总人口数的15%以上、不足30%的,每一代表所代表的人口数,可以适当少于当地人民代表大会每一代表所代表的人口数,但是该少数民族的代表名额不得超过代表总名额的30%。

3. 在聚居区内同一少数民族的人口数不及境内总人口数15%的,每一代表所代表的人口数可以比当地人民代表大会每一代表所代表的人口数少于1/2,实行区域自治的民族人口特少的自治县,经省、自治区人民代表大会常委会决定,可以少于1/2。人口特少的其他民族,至少应有一名代表。

4. 散居的少数民族应当有当地人民代表大会的代表,其每一代表所代表的人口数可以少于当地人民代表大会每一代表所代表的人口数。

(三)军队与港澳台人大代表名额的分配

各地驻军应选县级以上地方各级人大的代表的名额由驻军所在省、自治区、直辖市、市、县的人大常委会决定;军队应选全国人民代表大会代表的名额,由全国人民代表大会常委会决定。

特别行政区、台湾省全国人大代表名额的分配由全国人大常委会决定。

五、选举程序

直接选举是选民通过投票等方式,直接选举人民代表大会代表。直接选举方式适用于



县、区、乡、镇人民代表大会代表的选举。

间接选举是上一级人民代表大会的代表由下一级人民代表大会选举产生的制度。间接选举主要适用于县级以上各级人民代表大会代表的选举、同级军队人大代表的选举和特别行政区全国人大代表的选举。

相对于直接选举的程序而言,间接选举的程序较为简单,其中,提名候选人、介绍候选人以及投票程序等与直接选举程序比较相似,但也存在着一些自己的特点。

(一) 选举机构

全国人民代表大会常务委员会主持全国人民代表大会代表的选举。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会常务委员会主持本级人民代表大会代表的选举。

不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇设立选举委员会,主持本级人民代表大会代表的选举。县级选举委员会受本级人民代表大会常务委员会的领导。乡级选举委员会受县级人民代表大会常务委员会的领导。

(二) 选区划分与选民登记

1. 选区划分。

(1) 选区与选民小组。选区是指以一定数量的人口为基础进行直接选举、产生人大代表的区域,也是人大代表联系选民开展活动的基本单位。在我国直接选举的地方,即在不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、民族乡、镇,其人大代表的名额分配到各个选区,由选民按选区直接投票选举;选区往往又划分为若干选民小组。

(2) 选区的规模。选区的大小,按照每一选区选1至3名代表划分(选举法第24条第2款);本行政区域内各选区每一代表所代表的人口数应当大体相等(选举法第25条)。

(3) 选区的类型。城镇选区可以按居住状况划分,也可以按生产单位、事业单位、工作单位划分;城镇中有生产(工作、事业)单位的选民一般在本单位所属的选区参加选举;农村县级人大代表选举时,一般由几个村联合划为一个选区,人口特多的村或者人口少的乡,可单独划为一个选区;农村选举乡、镇人大代表时,一

般由几个村民小组组合为一个选区,人口多的村民小组或人口少的村,也可以单独划为一个选区。

2. 选民登记。选民登记是对选民资格的法律认可,是关系到公民是否有选举权和被选举权以及能否行使选举权的重要问题。根据我国选举法的规定,凡年满18周岁没有被剥夺政治权利的公民都应列入选民名单。根据选举法的规定,选民登记按选区进行,经登记确认的选民资格长期有效。每次选举前对上次选民登记以后新满18周岁的公民,以及被剥夺政治权利期满后恢复政治权利的选民,予以登记;对选民经登记后迁出原区的,列入新迁入的选区的选民名单;对死亡的和依照法律被剥夺政治权利的人,从选民名单上除名。选民名单应在选举日的20日以前公布,实行凭选民证参加投票的,应当发给选民证。对公布的选民名单有不同意见的,可以向选举委员会提出申诉。选举委员会对申诉意见,应在3日内作出处理决定。申诉人如果不服,可以在选举日的5日以前向人民法院起诉,人民法院在选举日以前作出判决。人民法院的判决是最后的决定。

(三) 候选人制度

全国和地方各级人民代表大会的代表候选人,按选区或者选举单位提名产生。各政党、各人民团体,可以联合或者单独推荐代表候选人。选民或者代表,10人以上联名,也可以推荐代表候选人。推荐者应向选举委员会或者大会主席团介绍代表候选人的情况。接受推荐的代表候选人应当向选举委员会或者大会主席团如实提供个人身份、简历等基本情况。提供的基本情况不实的,选举委员会或者大会主席团应当向选民或者代表通报。

各政党、各人民团体联合或者单独推荐的代表候选人的人数,每一选民或者代表参加联名推荐的代表候选人的人数,均不得超过本选区或者选举单位应选代表的名额。

1. 实行差额选举。全国和地方各级人民代表大会代表实行差额选举,代表候选人的人数应多于应选代表的名额。



2. 直接选举中代表候选人的确定。选举法第30条规定,由选民直接选举人民代表大会代表的,代表候选人的人数应多于应选代表名额 $1/3$ 至 1 倍;由县级以上地方各级人民代表大会选举上一级人民代表大会代表的,代表候选人的人数应多于应选代表名额 $1/5$ 至 $1/2$ 。

由选民直接选举人民代表大会代表的,代表候选人由各选区选民和各政党、各人民团体提名推荐。选举委员会汇总后,将代表候选人名单及代表候选人的基本情况在选举日的15日以前公布,并交各该选区的选民小组讨论、协商,确定正式代表候选人名单。如果所提代表候选人的人数超过选举法第30条规定的最高差额比例,由选举委员会交各该选区的选民小组讨论、协商,根据较多数选民的意见,确定正式代表候选人名单;对正式代表候选人不能形成较为一致意见的,进行预选,根据预选时得票多少的顺序,确定正式代表候选人名单。正式代表候选人名单及代表候选人的基本情况应当在选举日的7日以前公布。

3. 间接选举中代表候选人的确定。县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时,提名、酝酿代表候选人的时间不得少于2天。各该级人民代表大会主席团将依法提出的代表候选人名单及代表候选人的基本情况印发全体代表,由全体代表酝酿、讨论。如果所提代表候选人的人数符合选举法第30条规定的差额比例,直接进行投票选举。如果所提代表候选人的人数超过选举法第30条规定的最高差额比例,进行预选,根据预选时得票多少的顺序,按照本级人民代表大会根据选举法确定的具体差额比例,确定正式代表候选人名单,进行投票选举。

县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时,代表候选人不限于各该级人民代表大会的代表。

4. 介绍代表候选人情况。选举委员会或者人民代表大会主席团应当向选民或者代表介绍代表候选人的情况。推荐代表候选人的政党、人民团体和选民、代表可以在选民小组或者代

表小组会议上介绍所推荐的代表候选人的情况。选举委员会根据选民的要求,应当组织代表候选人与选民见面,由代表候选人介绍本人的情况,回答选民的问题。但是,在选举日必须停止代表候选人的介绍。

(四)投票选举

1. 投票。全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表的选举,应当严格依照法定程序进行,并接受监督。任何组织或者个人都不得以任何方式干预选民或者代表自由行使选举权。选举人对于代表候选人可以投赞成票,可以投反对票,可以另选其他任何选民,也可以弃权。

人大代表的选举一律采用无记名投票的方法。选举时应当设有秘密写票处。选民如果是文盲或者因残疾不能写选票的,可以委托他信任的人代写。选民如果在选举期间外出,经选举委员会同意,可以书面委托其他选民代为投票。每一选民接受的委托不得超过3人,并应当按照委托人的意愿代为投票。

(1)在直接选举时,选民根据选举委员会的规定,凭身份证或者选民证领取选票。

选举委员会应当根据各选区选民分布状况,按照方便选民投票的原则设立投票站,进行选举。选民居住比较集中的,可以召开选举大会,进行选举;因患有疾病等原因行动不便或者居住分散并且交通不便的选民,可以在流动票箱投票。

(2)县级以上的地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时,由各该级人民代表大会主席团主持。

2. 计票。投票结束后,由选民或者代表推选的监票、计票人员和选举委员会或者人民代表大会主席团的人员将投票人数和票数加以核对,作出记录,并由监票人签字。代表候选人的近亲属不得担任监票人、计票人。注意:

(1)每次选举所投的票数,多于投票人数的无效,等于或者少于投票人数的有效。

(2)每一选票所选的人数,多于规定应选代表人数的作废,等于或者少于规定应选代表人数的有效。

3. 代表候选人的当选。

(1) 选举有效与当选：

①直接选举时，选区全体选民的过半数参加投票，选举有效。代表候选人获得参加投票的选民过半数的选票时，始得当选。

②县级以上地方各级人民代表大会在选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票时，始得当选。

(2) 应当选人数超额或不足时的处理：

①获得过半数选票的代表候选人的人数超过应选代表名额时，以得票多的当选。如遇票数相等不能确定当选人时，应当就票数相等的候选人再次投票，得票多的当选。

②获得过半数选票的当选代表的人数少于应选代表的名额时，不足的名额另行选举。另行选举时，根据在第一次投票时得票多少的顺序，按照选举法第30条规定的差额比例，确定候选人名单。如果只选1人，候选人应为2人。

a. 另行选举县级和乡级的人民代表大会代表时，代表候选人以得票多的当选，但是得票数不得少于选票的1/3；

b. 县级以上地方各级人民代表大会在另行选举上一级人民代表大会代表时，代表候选人获得全体代表过半数的选票，始得当选。

4. 确认和宣布。选举结果由选举委员会或者人民代表大会主席团确定是否有效并予以宣布。

公民不得同时担任两个以上无隶属关系的行政区域的人民代表大会代表。

(五) 代表的罢免、辞职与补选

1. 罢免。全国和地方各级人民代表大会的代表受选民和原选举单位的监督。选民或者选举单位都有权罢免自己选出的代表。罢免代表采用无记名的表决方式。

(1) 对于县级的人民代表大会代表，原选区选民50人以上联名，对于乡级的人民代表大会代表，原选区选民30人以上联名，可以向县级的人民代表大会常务委员会书面提出罢免要求。罢免要求应当写明罢免理由。

被提出罢免的代表有权在选民会议上提出

申辩意见，也可以书面提出申辩意见。县级的人民代表大会常务委员会应当将罢免要求和被提出罢免的代表的书面申辩意见印发原选区选民。

表决罢免要求，由县级的人民代表大会常务委员会派有关负责人员主持。罢免县级和乡级的人民代表大会代表，须经原选区过半数的选民通过。

(2) 县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候，主席团或者1/10以上代表联名，可以提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。在人民代表大会闭会期间，县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会主任会议或者常务委员会1/5以上组成人员联名，可以向常务委员会提出对由该级人民代表大会选出的上一级人民代表大会代表的罢免案。罢免案应当写明罢免理由。

县级以上的地方各级人民代表大会举行会议的时候，被提出罢免的代表有权在主席团会议和大会全体会议上提出申辩意见，或者书面提出申辩意见，由主席团印发会议。罢免案经会议审议后，由主席团提请全体会议表决。

县级以上的地方各级人民代表大会常务委员会举行会议的时候，被提出罢免的代表有权在主任会议和常务委员会全体会议上提出申辩意见，或者书面提出申辩意见，由主任会议印发会议。罢免案经会议审议后，由主任会议提请全体会议表决。

罢免由县级以上的地方各级人民代表大会选出的代表，须经各该级人民代表大会过半数的代表通过；在代表大会闭会期间，须经常务委员会组成人员的过半数通过。罢免的决议，须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。

(3) 县级以上的各级人民代表大会常务委员会组成人员，全国人民代表大会和省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会专门委员会成员的代表职务被罢免的，其常务委员会组成人员或者专门委员会成员的职务相



应撤销,由主席团或者常务委员会予以公告。

乡、民族乡、镇的人民代表大会主席、副主席的代表职务被罢免的,其主席、副主席的职务相应撤销,由主席团予以公告。

2. 辞职。

(1) 全国人民代表大会代表,省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会代表,可以向选举他的人民代表大会的常务委员会书面提出辞职。常务委员会接受辞职,须经常务委员会组成人员的过半数通过。接受辞职的决议,须报送上一级人民代表大会常务委员会备案、公告。

(2) 县级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会常务委员会书面提出辞职,乡级的人民代表大会代表可以向本级人民代表大会书面提出辞职。县级的人民代表大会常务委员会接受辞职,须经常务委员会组成人员的过半数通过。乡级的人民代表大会接受辞职,须经人民代表大会过半数的代表通过。接受辞职的,应当予以公告。

(3) 县级以上的各级人民代表大会常务委员会组成人员,全国人民代表大会和省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人民代表大会的专门委员会成员,辞去代表职务的请求被接受的,其常务委员会组成人员、专门委员会成员的职务相应终止,由常务委员会予以公告。乡、民族乡、镇的人民代表大会主席、副主席,辞去代表职务的请求被接受的,其主席、副主席的职务相应终止,由主席团予以公告。

3. 补选。代表在任期内因故出缺,由原选区或者原选举单位补选。地方各级人民代表大会代表在任期内调离或者迁出本行政区域的,其代表资格自行终止,缺额另行补选。

县级以上的地方各级人民代表大会闭会期间,可以由本级人民代表大会常务委员会补选上一级人民代表大会代表。

补选出缺的代表时,代表候选人的名额可以多于应选代表的名额,也可以同应选代表的名额相等。补选的具体办法由省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会规定。

示例

根据《宪法》和法律的规定,关于选举程序,下列哪些选项是正确的?(2013年试卷一第60题)

A. 乡级人大接受代表辞职,须经本级人民代表大会过半数的代表通过

B. 经原选区选民30人以上联名,可以向县级的人民代表大会常务委员会书面提出罢免乡级人大代表的要求

C. 罢免县级人民代表大会代表,须经原选区三分之二以上的选民通过

D. 补选出缺的代表时,代表候选人的名额必须多于应选代表的名额

【参考答案及简要提示】AB。本题考查的是考生对选举制度的系统掌握和准确记忆。《选举法》第50条第1款规定,“罢免县级和乡级的人民代表大会代表,须经原选区过半数的选民通过”,而不是“三分之二以上的选民通过”,因此C项错误。《选举法》第54条第4款规定,“补选出缺的代表时,代表候选人的名额可以多于应选代表的名额,也可以同应选代表的名额相等”,并非要求“代表候选人的名额必须多于应选代表的名额”,因此选项D错误。而AB项分别符合《选举法》第52条第2款与第47条第1款规定,为正确选项。

新华考资

六、特别行政区、台湾省全国人民代表大会的选举

(一) 特别行政区全国人大代表的选举

特别行政区全国人大代表的选举,首先是在特别行政区成立全国人大代表选举会议。选举会议名单由全国人大常委会公布。选举会议的第一次会议由全国人大常委会主持。会议选举会议成员组成主席团。选举由主席团主持,代表候选人由选举会议成员10人以上联名提出。联名提名不得超过应选人数。候选人应多于应选名额,进行差额选举。根据全国人民代表大会有关办法的规定,香港特别行政区应选第十二届全国人大代表名额为36名,澳门特别行政区应选第十二届全国人大代表名额则为12名。选举结果由主席团依法宣布,报全国人大

代表资格审查委员会进行资格确认后,公布代表名单。

(二) 台湾省全国人大代表的产生

根据第十一届全国人大《关于第十二届全国人民代表大会代表名额和选举问题的决定》的规定,台湾省暂时选举第十二届全国人大代表13名,由在各省、自治区、直辖市和中国人民解放军的台湾省籍同胞中选出。代表产生办法由全国人大常委会规定。

新华考资

七、选举的物质保障和法www.xhkzedu.com

选举法第7条明确规定:“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会的选举经费,列入财政预算,由国库开支。”由国库开支是指由国家(包括中央与地方)财政支出,而不是由机关单位或者选民个人支出。这样,一方面从物质条件上保障了整个选举活动能够正常、顺利地进行;另一方面则可使每一个选民和候选人能够不因财产占有的悬殊而在选举中受到任何限制或处于不利的地位,也可避免一些人利用经济实力来控制 and 操纵选举。

同时,我国对公民的选举权还有严格的法律保障。这一方面表现在我国选举法和其他有关选举的法律文件规定了选举的原则、组织、程序和方法,使选举制度得以法律化、条文化,而且还规定各省、自治区、直辖市的人大常委会可以根据选举法的规定,结合本地地区的实际,制定有关选举的实施细则,以保证选举工作的顺利进行。另一方面则表现在对破坏选举行为的制裁上。选举法第34条规定:“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表的选举,应当严格依照法定程序进行,并接受监督。任何组织或者个人都不得以任何方式干预选民或者代表自由行使选举权。”

第三节 国家结构形式

一、国家结构形式概述

(一) 国家结构形式的概念和种类

国家结构形式是指特定国家的统治阶级根据一定原则采取的调整国家整体与部分、中央与地方相互关系的形式。如果说政权组织形式

是从横向角度表现国家政权体系,那么国家结构形式则是从纵向角度表现国家政权体系。

由于各国具体国情不同,因而采取的国家结构形式也不尽相同。概括说来,现代国家的国家结构形式主要有单一制和联邦制两大类。

单一制是指国家由若干普通行政单位或者自治单位组成,这些组成单位都是国家不可分割的一部分的国家结构形式。单一制国家结构形式在国家纵向权力配置和国家机关间关系方面有如下特点:(1)从法律制度上看,单一制国家只有一部宪法,有关国家权力的配置和国家机关的设置及相互关系,均由该宪法予以规定。(2)从政权组织形式上看,除有个别特别地方外,中央和地方均采用相同的政府体制,即一般只有一套政府体制。(3)在权力配置上,地方权力来源于中央的授予,国家权力的重心在中央。(4)在国际关系中,只有一个国际法主体,其地方一般不能作为国际法的主体参与国际关系。(5)公民具有统一的国籍。(6)地方作为国家的行政区域单位,不具有独立性,没有从国家分离出去的权力。

联邦制是指国家由两个或者两个以上的成员单位(如邦、州、共和国)组成的国家结构形式。联邦制国家有下列特点:(1)除联邦宪法外,还有成员国或加盟国的宪法。(2)有多套政府体制。在联邦制国家,除联邦中央政府体制外,各成员国或加盟国都还具有自己特色的政府体制。在联邦制国家,一般不要求成员国或加盟国与联邦政府体制相一致。(3)在联邦制国家,联邦权力来源于成员国或加盟国的让与,一般由联邦宪法以列举的方式规定,剩余权力属成员国或加盟国。(4)联邦制国家,公民有双重国籍,即公民既是联邦的公民,一般在国际法上使用联邦公民资格,又是成员国或加盟国的公民。(5)在国际关系中,有些联邦国家在法律上允许成员国或加盟国作为完全的国际法主体参与国际关系,如原苏联的一些加盟共和国便具有这种资格。(6)在有些联邦制国家,成员国或加盟国在法律上拥有脱离联邦的权力。

(二) 决定国家结构形式的因素

一个国家究竟采取何种结构形式取决于综合因素,但最主要并起决定作用的则是统治阶



级的统治需要,其他因素的影响作用都须通过统治阶级意志的认可而得以发挥出来。然而,统治阶级在决定国家结构形式的时候,又必须充分考虑这些因素的作用。而历史因素和民族因素则是影响国家结构形式的其他因素中最主要的两种。历史因素是指一个国家形成和发展的历史传统。它既包括统治阶级在国家结构形式方面代代相沿的统治经验;也包括国民在历史发展过程中,就国家结构形式问题形成的一种相对稳定的心理定式。民族因素则是指一个国家的民族构成、分布状况、民族关系、民族经济的发展等要素。

二、我国实行单一制的国家结构形式

(一)我国实行单一制国家结构形式的原因

现行宪法序言规定:“中华人民共和国是全国各族人民共同缔造的统一的各民族国家。”这一规定表明,单一制是我国的国家结构形式。具体表现在:第一,在法律制度方面,我国只有一部宪法,只有一套以宪法为基础的法律体系,维护宪法的权威和法制的统一是国家的基本国策。第二,在国家机构方面,只有一套包括最高国家权力机关、最高国家行政机关和最高国家司法机关的中央国家机关体系。第三,在中央与地方的关系方面,无论是普通的省、县、乡行政区域,还是民族自治区域,或者特别行政区,都是中央人民政府领导下的地方行政区域,不得脱离中央而独立;台湾是中华人民共和国不可分割的一部分。为了有效遏制“台独分子”把台湾从中国分裂出去的企图,2005年3月第十届全国人大第三次会议通过了《反分裂国家法》,以期通过法律途径来实现祖国的和平统一。第四,在对外关系方面,中华人民共和国是一个统一的国际法主体,公民具有统一的中华人民共和国国籍。而决定我国采取单一制国家结构形式的原因主要有两大方面:

1. 历史原因。我国自秦始皇统一中国以来建立的就是统一的中央集权制国家。尽管也曾有过分裂割据的状态,但时间较短,而国家统一的局面则一直居于主导地位。这样一种持续数千年不散的大一统中央集权的政治格局,有

其深刻的原因:(1)农耕文化及在其基础上形成的儒家“大一统”观念,奠定了中央集权的文化底蕴;(2)宗法制度和官僚制度加固了中央集权的政治基础;(3)民族融合和对中华民族的认同,形成了中央集权国家的民族凝聚力;(4)较为封闭的地理环境和抵御江河泛滥的需要,为中央集权国家提供了自然条件和驱动力;(5)近代以来的外族入侵,危及了中华民族的生存,自保求存的民族生命本能,进一步加强了各族人民的团结。长期的历史传统,决定了我们必须建立单一制的国家结构形式。

2. 民族原因。我国是一个多民族国家,各民族的历史状况和民族关系决定了在我国的具体条件下,不适宜采取联邦制,而应该采取单一制的国家结构形式。具体表现在:一是我国民族关系的历史发展状况,决定了建立单一制是各族人民的共同心愿;二是我国的民族成分和民族分布状况,决定了建立单一制有利于民族团结;三是我国自然资源分布和经济发展不平衡的状况,决定了建立单一制有利于各民族共同繁荣;四是我国所处的国际环境和国际形势,决定了建立单一制有利于国家的统一和各民族的团结。

总之,我国实行单一制的国家结构形式,建立统一的多民族国家,既是我国历史发展的必然结果,也是我国民族状况的必然要求,符合各族人民的根本利益。

(二)我国实行单一制国家结构形式的主要特点

在我国单一制国家结构形式建立和运转过程中,由于存在特定国情,因而使我国的单一制表现出自己的特点:

1. 通过建立民族区域自治制度解决单一制下的民族问题。我国是多民族国家,因此,实行民族区域自治,赋予民族自治地方的自治机关以自治权,是妥善处理单一制国家的民族关系,充分尊重各少数民族自身特点的基本途径。

2. 通过建立特别行政区制度解决单一制下的历史遗留问题。为了香港、澳门回归祖国,我国依照宪法在香港、澳门建立了特别行政区,允许特别行政区实行与国家其他地区不同的政治、经济、社会制度,保留原有的资本主义制度

和生活方式不变。

新华考资

三、我国的行政区划

www.xhkzedu.com

行政区域划分又称行政区划,是指根据宪法和法律的规定,结合政治、经济、民族状况以及地理历史条件,将国家的领土划分为不同的区域,以便进行管理的制度。从考察行政区域划分与行政区域的关系来看,区域划分是一种行为,行政区域是这种划分的结果,二者统一于并构成行政区域划分制度。从内容上看,行政区域划分制度包括行政区域划分的机关、原则、程序以及行政区域边界争议的处理等内容。它有以下特点:(1)行政区划是国家的一种有目的的活动,对国家的政治、经济和其他社会生活产生重大影响。(2)行政区划是国家主权的体现,属于国家内政,国际社会应予以尊重,任何国家都不得干涉其他国家的行政区划。(3)国家一般以宪法和法律对行政区划制度做出较为具体的规定,包括行政区划的机关、原则、程序以及纠纷的解决等内容。特别是关于行政区域划分的机关,必须有宪法和法律以及有关法规的授权,其他任何机关无权进行行政区域划分。

(一)我国行政区域划分的原则

我国的行政区域划分以促进民族平等和民族团结,便利广大人民群众参加国家管理和适应经济发展为宗旨。其必须遵循的原则主要有:

1. 有利于人民参加国家管理。我国是人民民主专政的社会主义国家,国家的一切权力属于人民,人民是国家的主人。因此,作为一项重要的国家管理制度,行政区域划分必须服从于人民管理国家这一最高原则。人民管理国家既可以直接民主的方式进行,也可以间接民主的方式进行,但都与地域范围有十分密切的关系。如以直接民主的方式进行,行政区域以较小为宜;以间接民主方式进行管理,行政区域则可以适当大些。

2. 有利于经济发展。我国幅员辽阔、地大物博,但社会经济发展却极不平衡。社会主义国家的社会经济职能要求在进行行政区域划分时,充分照顾到社会经济发展的需要,尽可能在一定区域内将各种社会经济因素进行综合配置,提高地方的社会经济实力,促进地方社会经

济的发展和地方间经济发展的综合平衡。

3. 有利于巩固国防。我国少数民族基本上分布在祖国的边疆,与其他国家的联系较为便利。进行行政区域划分,必须坚持在单一制国家结构形式的前提下进行,不得与我国的单一制国家结构相抵触。无论是设立特别行政区,还是设立民族区域自治地方,都不能改变我国的单一制国家结构形式。

4. 有利于民族团结。我国是统一的多民族的国家,各民族人民在长期的共同生活中,形成了大杂居小聚居的分布特点。在行政区域划分时,遵循民族团结原则,首先要充分考虑到我国的民族成分及其分布特点,防止人为地割裂和改变历史形成的各民族的居住地域的行政区域范围和隶属关系,伤害民族感情,影响民族团结。其次要按照宪法和有关法律的规定,在少数民族较为集中的地方,设立民族自治地方和民族乡,从而在民族区域划分上保证少数民族有效地管理民族事务和地方国家事务。

5. 照顾自然条件和历史状况。行政区划由来已久,它随着国家政治、经济、文化的发展变化而不断发展变化,但这些变化具有较强的历史连续性。这种连续性,从形式上看表现为行政区域划分在总体上的相对稳定性。

(二)我国宪法规定的行政区划

根据现行宪法的规定,我国的行政区域划分为:全国分为省、自治区、直辖市,国家在必要时设立的特别行政区。省、自治区分为自治州、县、自治县、市;直辖市和较大的市分为区、县。自治州分为县、自治县、市;县、自治县分为乡、民族乡、镇。

按不同区域所实行的不同地方制度,可将我国行政区划分为:(1)普通行政区划;(2)民族自治地方区划;(3)特别行政区划。

(三)行政区域变更的法律程序

行政区域的变更包括行政区域的设立、调整、撤销和更名。这些都必须根据一定的法律程序进行。根据我国现行宪法的规定,其法律程序包括:

1. 省、自治区、直辖市的设立、撤销、更名,特别行政区的成立,应由全国人大审议决定。



2. 省、自治区、直辖市行政区域界线的变更,自治州、县、自治县、市、市辖区的设立、撤销、更名或者隶属关系的变更,自治州、自治县的行政区域界线的变更,县、市的行政区域界线的重大变更,都须经国务院审批。

3. 县、市、市辖区部分行政区域界线的变更,由国务院授权省、自治区、直辖市人民政府审批。

4. 乡、民族乡、镇的设立、撤销、更名或者变更行政区域的界线,由省、自治区、直辖市人民政府审批。

示例

根据《宪法》的规定,关于国家结构形式,下列哪一选项是正确的?(2013年试卷一第24题)

- A. 从中央与地方的关系上看,我国有民族区域自治和特别行政区两种地方制度
- B. 县、市、市辖区部分行政区域界线的变更由省、自治区、直辖市政府审批
- C. 经济特区是我国一种新的地方制度
- D. 行政区划纠纷或争议的解决是行政区划制度内容的组成部分

【参考答案及简要提示】D。本题考查考生对国家结构形式中知识点的识记与运用。而其关键在于把握两点:其一,根据我国现行《宪法》规定,从中央与地方关系来看,只有普通地方制度、民族区域自治制度、特别行政区制度这三种地方制度,再无其他。这就排除了A、C两个选项。其二,只有乡、民族乡、镇的行政区域的界线变更,省、自治区、直辖市人民政府才享有直接的审批权,因而选项B错误。而行政区域划分制度包括行政区域划分的机关、原则、程序以及行政区域边界争议的处理等内容。选项D显然是正确答案。

第四节 民族区域自治制度

从世界各国的历史发展看,民族问题往往是一个国家决定采取何种国家结构形式的首位要素。尽管我国是多民族国家,但历史传统和

民族状况却决定了必须采取单一制的国家结构形式。因此,为了解决民族问题,中国共产党领导中国各族人民经过不懈的探索和总结,找到了民族区域自治这一有效途径,并通过宪法和法律,将民族区域自治制度确立为我国单一制国家结构形式下解决民族问题的基本政治制度。

一、民族区域自治制度的概念

民族区域自治制度是指在国家的统一领导下,以少数民族聚居区为基础,建立相应的自治地方,设立自治机关,行使自治权,使实行区域自治的民族的人民自主地管理本民族地方性事务的制度。

根据宪法和民族区域自治法等有关法律的规定,民族区域自治制度包括以下主要内容:(1)各民族自治地方都是中华人民共和国不可分离的一部分,各民族自治地方的自治机关都是中央统一领导下的地方政权机关;(2)民族区域自治必须以少数民族聚居区为基础,是民族自治与区域自治的结合;(3)在民族自治地方设立自治机关,民族自治机关除行使宪法规定的地方国家政权机关的职权外,还可以依法行使广泛的自治权。由此可见,我国实行的民族区域自治是在单一制条件下的自治,自治地方与国家的关系是自治与统一的关系。只有把国家的统一领导与自治机关的自治权统一起来,才能正确理解民族区域自治的概念。

二、民族自治地方的自治机关

民族自治地方是指实行民族区域自治的行政区域。根据现行宪法第30条的规定,民族自治地方包括自治区、自治州和自治县。民族乡则不是民族自治地方。

民族自治地方的自治机关是自治区、自治州和自治县的人民代表大会和人民政府。根据宪法的规定,自治区、自治州、自治县的人民代表大会常务委员会中应当有实行区域自治的民族的公民担任主任或副主任。自治区主席、自治州州长、自治县县长由实行区域自治的民族的公民担任。人民政府的其他组成人员以及自治机关所属工作部门的干部,也要合理配备实行区域自治的民族和其他少数民族的人员。另外还

规定,民族自治地方人民法院和人民检察院虽然不属于自治机关的范畴,但其领导成员和工作人员中,也应当有实行区域自治的民族的人员。

民族自治地方的人民政府分别实行主席、州长和县长负责制。

三、民族自治地方的自治权

民族自治地方的自治权是指民族自治地方的自治机关根据宪法、民族区域自治法和其他法律的规定,根据实际情况自主地管理本地方、本民族内部事务的自主权。根据宪法和法律的规定,主要有以下几个方面:

(一)制定自治条例和单行条例

自治条例是指民族自治地方的人民代表大会根据宪法和法律的规定,并结合当地民族政治、经济和文化特点制定的有关管理自治地方事务的综合性法规。其内容涉及民族区域自治的基本组织原则、机构设置、自治机关的职权、活动原则、工作制度等重要问题。单行条例是指民族自治地方的人民代表大会及其常务委员会在自治权范围内,依法根据当地民族的特点,针对某一方面的具体问题而制定的法规。根据宪法和法律的规定,自治区制定的自治条例和单行条例须报全国人大常委会批准后才能生效;自治州、自治县制定的自治条例和单行条例,须报省或者自治区的人大常委会批准后生效,并报全国人大常委会备案。

(二)根据当地民族的实际情况,贯彻执行国家的法律和政策

如果上级国家机关的决议、决定、命令和指示,有不适合民族自治地方实际情况的,自治机关可以报经该上级国家机关批准,变通执行或者停止执行;该上级国家机关应当在收到报告之日起60日内给予答复。

(三)自主地管理地方财政

民族自治地方的财政是一级地方财政,是国家财政的重要组成部分。民族自治地方的自治机关有管理地方财政的自治权。凡是依照国家财政体制属于民族地方的财政收入,都应当由民族自治地方的自治机关自主地安排使用。在执行国家税法的时候,除应由国家统一审批

的减免税收项目以外,对属于地方财政收入的某些需要从税收上加以照顾和鼓励的,可以实行减税或者免税。自治州、自治县决定减税或者免税,须报省或者自治区人民政府批准。

(四)自主地管理地方性经济建设

民族自治地方的自治机关可以根据国家宪法、法律和方针政策,根据本地方的特点和需要,制定经济建设的方针、政策和计划,自主地安排和管理地方性的经济建设事业。在坚持社会主义原则的前提下,根据法律的规定和本地方经济发展的特点,合理调整生产关系和经济结构,努力发展社会主义市场经济。坚持公有制为主体、多种所有制经济共同发展的基本经济制度,鼓励发展非公有制经济。根据法律的规定,确定本地方内草场和森林的所有权和使用权;依照法律的规定,管理和保护本地方的自然资源,根据法律的规定和国家的统一规划,对可以由本地方开发的自然资源,优先合理开发利用;在国家计划的指导下,根据本地方的财力、物力和其他具体条件,自主地安排地方基本建设项目;自主地管理隶属于本地方的企业、事业组织;依照国家法律的规定,可以开展对外经济贸易活动,经国务院批准可以开辟对外贸易口岸。与外国接壤的民族自治地方经国务院批准,可以开展边境贸易。

(五)自主地管理教育、科学、文化、卫生、体育事业

由于少数民族地区有其特殊性,所以我国现行宪法第119条规定:“民族自治地方的自治机关自主地管理本地方的教育、科学、文化、卫生、体育事业,保护和整理民族的文化遗产,发展和繁荣民族文化。”

(六)组织维护社会治安的公安部队

我国宪法规定,民族自治地方的自治机关依照国家军事制度和当地的实际需要,经国务院批准,可以组织维护社会治安的公安部队。

(七)使用本民族的语言文字

民族自治地方的自治机关在执行职务的时候,使用当地通用的一种或者几种语言文字,必要时,可以以实行区域自治的民族的语言文字为主。



第五节 特别行政区制度

一、特别行政区的概念和特点

特别行政区是指在我国版图内,根据宪法和基本法的规定而设立的,具有特殊的法律地位,实行特别的政治、经济制度的行政区域。特别行政区与一般行政区一样,都是中华人民共和国不可分离的一部分,都是中华人民共和国的地方行政区域单位。但特别行政区有自己的特点,表现在:

1. 特别行政区享有高度的自治权。自治权包括:(1)行政管理权。除国防、外交以及其他根据基本法应当由中央人民政府处理的行政事务外,特别行政区有权依照基本法的规定,自行处理有关经济、财政、金融、贸易、工商业、土地、教育、文化等方面的行政事务。(2)立法权。特别行政区享有立法权。虽然立法机关制定的法律须报全国人大常委会备案,但并不影响该法律的生效。(3)独立的司法权和终审权。特别行政区法院独立进行审判,不受任何干涉;终审权属于特别行政区的终审法院,该终审法院的判决为最终判决。(4)自行处理有关对外事务的权力。根据规定,中央人民政府可授权特别行政区依照基本法自行处理有关对外事务。

2. 特别行政区保持原有资本主义制度和生活方式 50 年不变。香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法都规定,在特别行政区不实行社会主义制度和政策,保持原有的资本主义制度和生活方式 50 年不变。这一规定充分体现了“一国两制”的基本方针。

3. 特别行政区的行政机关和立法机关由该地区永久性居民依照基本法的有关规定组成。所谓“永久性居民”,是指在特别行政区享有居留权和有权依照特别行政区法律取得载明其居留权和永久性居民身份证的居民。

4. 特别行政区原有的法律基本不变。原有法律基本不变是指除属于殖民统治性质或带有殖民色彩,以及除同基本法相抵触或经特别行政区立法机关作出修改者外,原有法律予以保留。如香港基本法第 8 条规定:“香港原有法

律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”

二、中央与特别行政区的关系

根据两部基本法的规定,特别行政区是中华人民共和国享有高度自治权的地方行政区域,直辖于中央人民政府。因此,中央与特别行政区的关系,是一个主权国家内中央与地方的关系,或者说是中央对特别行政区进行管辖和特别行政区在中央监督下实行高度自治而产生的相互关系。这种关系的核心在于中央与特别行政区的权力划分和行使。特别行政区的高度自治权前已述及。中央对特别行政区行使的权力主要有:中央人民政府负责管理与特别行政区有关的外交事务;中央人民政府负责管理特别行政区的防务;中央人民政府任命特别行政区行政长官和行政机关的主要官员;全国人大常委会有权决定特别行政区进入紧急状态;全国人大常委会享有对特别行政区基本法的解释权;全国人大对特别行政区基本法享有修改权;等等。

三、特别行政区的政治体制

特别行政区的国家机关是我国国家机构的组成部分,性质上属于地方国家机关。根据两部基本法的规定,特别行政区的国家机关包括行政长官、行政机关、立法会和司法机关。

(一)特别行政区行政长官

特别行政区行政长官是特别行政区的首长,代表特别行政区,根据基本法的规定,对中央人民政府和特别行政区负责。特别行政区行政长官由年满 40 周岁,在香港通常居住连续满 20 年并在外国无居留权的香港特别行政区永久性居民中的中国公民,或在澳门通常居住连续满 20 年的澳门特别行政区永久性居民中的中国公民担任。可见,除“年满 40 周岁”、“连续居住满 20 年”、“永久性居民中的中国公民”三个条件外,香港基本法比澳门基本法中的首席条件多一项:“在外国无居留权”。

关于特别行政区行政长官的产生办法,基本法规定,在当地通过选举或协商产生,由中央

新华考资

www.xhkzedu.com

人民政府任命。

根据香港基本法第45条的规定,香港特别行政区行政长官的产生办法,应根据香港特别行政区的实际情况和循序渐进的原则而规定,最终达成由一个有广泛代表性的提名委员会按民主程序提名后普选产生的目标。根据《香港特别行政区行政长官的产生办法》的规定,在1997年到2007年的十年内由800人组成的包括工商、金融界;劳工、社会服务、宗教界;立法会议员、区域性组织代表以及香港地区全国人大代表和全国政协委员的代表等各界人士在内的、具有广泛代表性的选举委员会选举产生,由中央人民政府任命。

2007年12月29日,第十届全国人大常委会第三十一次会议通过《关于香港特别行政区2012年行政长官和立法会产生办法及有关普选问题的决定》。根据这一决定,2012年香港特别行政区第四任行政长官的选举,不实行由普选产生的办法。2012年香港特别行政区第五届立法会的选举,不实行全部议员由普选产生的办法。2017年香港特别行政区第五任行政长官的选举可以实行由普选产生的办法;在行政长官由普选产生后,香港特别行政区立法会的选举可以实行全部议员由普选产生的办法。

澳门特别行政区行政长官的产生办法与香港基本相同,但澳门特别行政区没有关于“根据循序渐进的原则,最终达到由普选产生”的规定;其选举委员会和推选委员会的人数比香港少得多。从1999年12月20日到2009年期间的第一、第二、第三任行政长官分别按照《全国人民代表大会关于澳门特别行政区第一届政府、立法会和司法机关产生办法的决定》和《澳门特别行政区行政长官产生办法》产生。

香港特别行政区和澳门特别行政区的行政长官任期为5年,均可以连选连任一次。

(二)特别行政区行政机关

特别行政区行政机关即特别行政区的政府。特别行政区行政长官为特别行政区政府首长。特别行政区政府下设政务司、财政司、

律政司和各局、厅、处、署等。香港和澳门特别行政区政府的主要官员均由行政长官提名并报请中央人民政府任命,其免职也由行政长官向中央人民政府提出建议。

根据香港基本法第62条和澳门基本法第64条的规定,特别行政区政府行使下列主要职权:(1)制定并执行政策;(2)管理各项行政事务;(3)办理基本法规定的中央人民政府授权的对外事务;(4)编制并提出财政预算、决算;(5)拟定并提出法案、议案、附属法规;(6)委派官员列席立法会会议听取意见或者代表政府发言。除此之外,特别行政区政府还依法管理境内属于国家所有的土地和自然资源;负责维持社会治安;自行制定货币金融政策并依法管理金融市场;经中央人民政府授权管理民用航空运输;经中央人民政府授权在境内签发特别行政区护照和其他旅行证件;对出入境实行管制。

(三)特别行政区立法机关

特别行政区立法会是特别行政区的立法机关,行使立法权。根据香港基本法和澳门基本法的有关规定,特别行政区立法会的职权主要有以下几个方面:

1. 立法权。根据基本法的规定,特别行政区立法会有权依照基本法的规定和法定的程序制定、修改和废除法律。立法会制定的法律须由行政长官签署、公布方有法律效力,并须报全国人大常委会备案,如果全国人大常委会认为特别行政区制定的法律不符合基本法关于中央管理的事务及中央和特别行政区的关系的条款时,在征询基本法委员会的意见后,可将法律发回。法律一经发回,立即失效。

立法会议员一般由永久性居民担任。香港基本法规定,非中国籍的和在外国有居留权的永久性居民在立法会的比例不得超过20%。澳门基本法无此规定。

2. 财政权。香港特别行政区立法会有权根据政府的提案,审核、通过财政预算;有权批准税收和公共开支。澳门特别行政区立法会有权审核、通过政府提出的财政预算案;审议政府提出的预算执行情况报告;有权根据政府



提案决定税收,批准由政府承担的债务。但立法会通过的财政预算案须由行政长官签署并由行政长官报送中央人民政府备案。

3. 监督权。立法会有权听取行政长官的施政报告并进行辩论;对政府工作提出质询;就公共利益问题进行辩论。

基本法规定,行政长官如有严重违法或渎职行为而不辞职,可以进行弹劾。香港特别行政区立法会全体议员的1/4以上,澳门特别行政区立法会全体议员的1/3以上可以提出弹劾联合动议。动议经立法会通过以后,立法会应组成调查委员会进行调查,如调查以后认定有足够的证据证明行政长官有严重违法和渎职行为,立法会以全体议员2/3多数通过,可以提出弹劾案,报请中央人民政府决定。

4. 其他职权。立法会有权接受当地居民的申诉并进行处理,香港立法会还有权同意终审法院法官和高等法院首席法官的任免。

(四)特别行政区司法机关

香港基本法和澳门基本法均设专节规定司法机关。由于香港属普通法系地区,因而香港的司法机关只有法院,检察机关则作为行政机关的一部分。澳门属大陆法系地区,因此,澳门的司法机关除法院外,还包括检察机关。

按照香港基本法的规定,除因设立香港特别行政区终审法院而产生变化外,香港原有的司法体制基本不变,各级法院是香港特别行政区的司法机关,行使香港特别行政区的审判权。根据香港基本法第81条的规定,香港特别行政区设立终审法院作为最高法院;将原香港最高法院更名为高等法院,内部仍设上诉法庭和原讼法庭;将原地方法院更名为区域法院;原裁判司署法庭和其他专门法庭仍予以保留。终审法院法官和高等法院首席法官的任免还须行政长官征得立法会同意,并报全国人大常委会备案。

澳门特别行政区法院的设置,基本保留原有分为普通法院和行政法院两套平行的法院系统的体制。在普通法院之外仍设行政法院,管辖行政诉讼和税务诉讼的案件。澳门基本法规定,不服行政法院的判决可向中级法院上

诉。澳门的普通法院原称“澳门法院”,为隶属于里斯本中级法院的初级法院,对其判决不服可以上诉于里斯本中级法院直至葡萄牙最高法院。澳门回归后,澳门特别行政区享有终审权,因此,必须对原有普通法院进行适度调整。为此,澳门基本法第84条规定,澳门特别行政区设初级法院、中级法院和终审法院三级,其中终审法院是行使终审权的法院。终审法院法官的免职由行政长官根据立法会议员组成的审议委员会建议决定。终审法院法官的任免须报全国人大常委会备案。

示例

关于特别行政区制度,下列哪些说法是不正确的?(2010年试卷一第65题)

- A. 香港特别行政区行政长官任职须年满四十五周岁
- B. 香港特别行政区司法机关由其法院和检察院组成
- C. 香港和澳门特别行政区的各级法院都有权解释本特别行政区基本法
- D. 国务院有权对香港和澳门特别行政区的部分地区宣布进入紧急状态

【参考答案及简要提示】ABD。除可能会把香港特区行政长官须年满四十周岁记错外,本题考生最容易犯的错误就是把香港特别行政区的相关制度同我国内地的一般规定相混淆。一方面,与内地不同,香港特别行政区的司法机关是各级法院,而不包括检察院。另一方面,国务院有权决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态,但无权决定特别行政区进入紧急状态。根据香港特区基本法第18条第4款的规定,全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因香港特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态。

四、特别行政区的法律制度

香港、澳门特别行政区的法律制度自成体系,其构成要素主要有:

新华考资
www.xhkedu.com

(一)特别行政区基本法

特别行政区基本法是根据我国宪法,由全国人大制定的一部基本法律,它反映了包括香港同胞和澳门同胞在内的全国人民的意志和利益,体现了国家的方针政策,是社会主义性质的法律。基本法既是我国社会主义法律体系的组成部分,同时又是特别行政区法律体系的组成部分。在我国社会主义法律体系中,其地位仅低于宪法,但在特别行政区法律体系中,基本法又处于最高的法律地位。香港基本法第11条规定,香港特别行政区立法机关制定的任何法律,均不得同本法相抵触。

(二)予以保留的原有法律

香港基本法第8条规定:“香港原有法律,即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法,除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。”澳门基本法也作了类似规定。但原有法律予以保留必须具备一定的条件,即不与基本法相抵触或者未经特别行政区的立法机关作出修改。总的来说,凡属殖民统治性质或者带有殖民主义色彩、有损我国主权的法律,都应废止或者修改。

(三)特别行政区立法机关制定的法律

特别行政区享有立法权,除有关国防、外交和其他根据基本法的有关规定不属于特别行政区自治范围的法律之外,立法会可以制定任何它有权制定的法律,包括民法、刑法、诉讼法、商法等法律。只要制定的法律符合基本法,符合法定程序,就可以在特别行政区生效适用。

(四)适用于特别行政区的全国性法律

全国性法律是全国人大及其常委会制定的法律。由于特别行政区将保持其原有的法律制度,因而全国性法律一般不在特别行政区实施。但特别行政区作为中华人民共和国不可分离的一部分,有些体现国家主权和统一的全国性法律又有必要在特别行政区实施。因此,在特别行政区实施的全国性法律也是特别行政区的法律渊源之一。

根据香港特别行政区基本法附件三的规定,在香港特别行政区实施的全国性法律具体

包括《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》、《关于中华人民共和国国庆日的决议》、《中华人民共和国政府关于领海的声明》、《中华人民共和国国籍法》、《中华人民共和国外交特权与豁免条例》、《中华人民共和国国旗法》、《中华人民共和国领事特权与豁免条例》、《中华人民共和国国徽法》、《中华人民共和国领海及毗连区法》、《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》、《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》、《中华人民共和国外国中央银行财产司法强制措施豁免法》。

根据澳门特别行政区基本法附件三的规定,适用于澳门特别行政区的全国性法律,基本上与适用香港特别行政区的法律相同。区别在于,澳门适用《中华人民共和国澳门特别行政区驻军法》,而香港适用《中华人民共和国香港特别行政区驻军法》。另外,澳门基本法附件三没有列入《中华人民共和国政府关于领海的声明》。

第六节 基层群众性自治制度

一、基层群众性自治组织的含义和特点

宪法第111条第1款规定:“城市和农村按居民居住地区设立的居民委员会或者村民委员会是基层群众性自治组织。”根据宪法和村民委员会组织法、城市居民委员会组织法的规定,以及现行宪法实施以来我国城乡基层社会组织建设的实际情况,基层群众性自治组织指的是依照有关法律规定的,以城乡居民(村民)一定的居住地为纽带和范围设立,并由居民(村民)选举产生的成员组成的,实行自我管理、自我教育、自我服务的社会组织。

基层群众性自治组织具有以下几个方面的特点:(1)群众性。基层群众性自治组织不同于国家政权组织和其他政治、经济等社会组织,是基于一定居住地范围内居民(村民)社会生活的共同需要而建立,目的是解决居住地范围内的公共事务和公益事业方面的社会问题,如社会治安、公共卫生等。(2)自治性。

新华考资
www.xhkedu.com



基层群众性自治组织不是国家机关,也不是国家机关的下属或下级组织,也不从属于居住范围内其他任何社会组织,具有自身组织上的独立性。(3)基层性。基层群众性自治组织只存在于居住地范围的基层社区,所从事的工作都是居民居住范围内社区的公共事务和公益事业。

新华考资
www.xhkedu.com

二、村民委员会

1. 村民委员会的设置。村民委员会根据村民居住状况、人口多少,按照便于群众自治,有利于经济发展和社会管理的原则设立。村民委员会的设立、撤销、范围调整,由乡、民族乡、镇的人民政府提出,经村民委员会讨论同意后,报县级人民政府批准。

2. 村民委员会的任务。根据村民委员会组织法的规定,村民委员会的任务主要有:(1)办理本村公共事务和公益事业,调解民间纠纷,协助维护社会治安,向人民政府反映村民的意见、要求和提出建议;(2)协助乡、民族乡、镇的人民政府开展工作;(3)支持和组织村民依法发展各种形式的合作经济和其他经济,承担本村生产的服务和协调工作,促进农村生产建设和经济发展;(4)依照法律的规定,管理本村属于村民集体所有的土地和其他财产,教育村民合理利用自然资源,保护和改善生态环境;(5)尊重并支持集体经济组织依法独立进行经济活动的自主权,维护以家庭承包经营为基础、统分结合的双层经营体制,保障集体经济组织和村民、承包经营户、联户或者合伙的合法财产权和其他合法权益;(6)宣传宪法、法律、法规和国家的政策,教育和推动村民履行法律规定的义务、爱护公共财产,维护村民的合法权益,发展文化教育,普及科技知识,促进村与村之间的团结、互助,开展多种形式的社会主义精神文明建设活动;(7)多民族村民居住的村,村民委员会应当教育和引导各民族村民增进团结、互相尊重、互相帮助。

3. 村民委员会的组织。村民委员会由主任、副主任和委员共3~7人组成,其中,应当有妇女成员,多民族村民居住的村应当有人数

较少的民族的成员。村民委员会成员由年满18周岁未被剥夺政治权利的村民直接选举产生。每届任期3年,成员可以连选连任。选举村民委员会,有登记参加选举的村民过半数投票,选举有效;候选人获得参加投票的村民过半数的选票,始得当选。本村1/5以上有选举权的村民或者1/3以上的村民代表联名,可以要求罢免村民委员会成员,罢免须有登记参加选举的村民过半数投票,并须经投票的村民过半数通过。村民委员会成员应当接受村民会议或者村民代表会议对其履行职责情况的民主评议,民主评议每年至少进行一次,由村务监督机构主持。村民委员会成员连续两次被评议不称职的,其职务终止。村民委员会成员实行任期和离任经济责任审计。

村民委员会根据需要设人民调解、治安保卫、公共卫生与计划生育等委员会。人口少的村的村民委员会可以不设下属的委员会,由村民委员会成员分工负责人民调解、治安保卫、公共卫生与计划生育等工作。村民委员会还可以分设村民小组,组长由村民小组会议推选。村民委员会实行村务公开制度。

村民会议由本村18周岁以上的村民组成。召开村民会议,应当有本村18周岁以上村民的过半数,或者有本村2/3以上的户的代表参加,必要时可以邀请驻本村的企业、事业单位和群众团体派代表列席。

人数较多或者居住分散的村,可以设立村民代表会议,讨论决定村民会议授权的事项。村民代表会议由村民委员会成员和村民代表组成,村民代表应当占村民代表会议组成人员的4/5以上,妇女村民代表应当占村民代表会议组成人员的1/3以上。村民代表由村民按每5户至15户推选1人,或者由各村民小组推选若干人。村民代表的任期与村民委员会的任期相同,可以连选连任。村民代表应当向其推选户或者村民小组负责,接受村民监督。

村民委员会向村民会议、村民代表会议负责并报告工作。村民会议审议村民委员会的年度工作报告,评议村民委员会成员的工作;有权撤销或者变更村民委员会不适当的决定;

有权撤销或者变更村民代表会议不适当的决定。村民会议可以授权村民代表会议审议村民委员会的年度工作报告,评议村民委员会成员的工作,撤销或者变更村民委员会不适当的决定。村民会议、村民代表会议由村民委员会召集。有1/10以上的村民或者1/3以上的村民代表提议,应当召集村民会议。村民代表会议每季度召开一次,有1/5以上的村民代表提议,应当召集村民代表会议。涉及全村村民利益的问题,经村民会议讨论决定方可办理,村民会议也可以授权村民代表会议讨论决定。村民会议或者村民代表会议有权补选村民委员会成员。

村民自治章程、村规民约由村民会议制定和修改,并报乡、民族乡、镇的人民政府备案。村民自治章程、村规民约以及村民会议或者村民代表会议的决定不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触,不得有侵犯村民的人身权利、民主权利和合法财产权利的内容,否则,由乡、民族乡、镇的人民政府责令改正。

三、居民委员会

1. 居民委员会的设置。居民委员会的设立以实现居民自治为目的,根据居民居住状况,按照便于居民自治为原则,以100~700户的范围设立。城市居民委员会组织法第6条第2款规定:“居民委员会的设立、撤销、规模调整,由不设区的市、市辖区的人民政府决定。”

2. 居民委员会的组织。居民委员会由主任、副主任和委员共5~9人组成。多民族居住地区,居民委员会中应当有少数民族的成员。居民委员会成员既可以由本居住地区范围内全体年满18周岁没有被剥夺政治权利的居民选举产生,也可以由每户派代表选举产生,还可以由每个居民小组选举代表2~3人选举产生。居民委员会每届任期3年,其成员可以连选连任。

居民委员会根据需要设人民调解、治安保

卫、公共卫生等委员会,也可不设下属委员会,由居民委员会成员分工负责有关工作。

凡是涉及全体居民利益的重大问题,居民委员会必须提请居民会议讨论决定。居民会议是由居住地范围内18周岁以上的居民组成的居民自治的民主决策机构。居民公约由居民会议讨论制定,报不设区的市、市辖区的人民政府或者它的派出机关备案,由居民委员会监督执行。居民应当遵守公约。居民公约的内容不得与宪法、法律、法规和国家的政策相抵触。

居民委员会办理本居民区公益事业所需费用,经居民会议讨论决定,可以根据自愿原则向居民筹集,也可以向本居民区的受益单位筹集,但是必须经受益单位同意,收支账目应当及时公布,接受居民监督。

3. 居民委员会的任务。根据居民委员会组织法,居民委员会的任务主要有:(1)宣传宪法、法律、法规和国家的政策,维护居民的合法权益,教育居民履行法律规定的义务,爱护公共财产,开展多种形式的社会主义精神文明建设活动;(2)办理本居住地区居民的公共事务和公益事业;(3)调解民间纠纷;(4)协助维护社会治安;(5)协助人民政府或者它的派出机关做好与居民利益有关的公共卫生、计划生育、优抚救济、青少年教育等工作;(6)向人民政府或者它的派出机关反映居民的意见、要求和提出建议。此外,还应对编入居民小组的被依法剥夺政治权利的人进行监督和教育。

【本章主要法律规定】

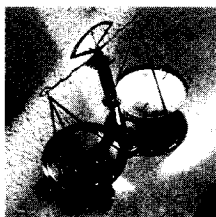
1. 宪法“总纲”、“国家机构”
2. 全国人民代表大会和地方各级人民代表大会选举法
3. 民族区域自治法
4. 香港特别行政区基本法
5. 澳门特别行政区基本法
6. 村民委员会组织法
7. 城市居民委员会组织法



本章对国家基本制度介绍内容庞大,涉及多项单行法。

1. 人民代表大会制度是我国的政权组织形式,也是我国的根本政治制度。
2. 我国的选举制度体现了选举权的普遍性原则和平等性原则,实行直接选举和间接选举并用及秘密投票的原则,要认真把握各项具体的选举程序。
3. 我国采取单一制的国家结构形式。
4. 民族区域自治制度:民族自治地方的自治机关是自治区、自治州和自治县的人民代表大会和人民政府;民族自治地方通过设立自治机关依法行使自治权(自治权的主要内容)。
5. 特别行政区制度:特区享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权及自行处理有关对外事务的权力,要掌握特别行政区的政治体制(尤其要把握特别行政区的行政长官及司法机关)和法律制度。
6. 基层群众性自治制度:基层群众性自治组织包括村委会和居委会,它们不是国家机关,基层政权对其给予指导、支持和帮助,但不得干预自治事项。

本章难点是对各项基本制度具体内容与相互关系的清楚把握,尤其是选举制度、特别行政区制度,要基于相应法律进行理解。



宪法

第四章

公民的基本权利和义务



第一节 公民基本权利与义务概述

一、基本权利和基本义务的概念

(一) 基本权利的概念

所谓基本权利,是指由宪法规定的公民享有的主要的、必不可少的权利。众所周知,公民的法律权利内容丰富、范围广泛,既包括基本权利,也包括一般权利。但宪法作为国家的根本法,没有必要也不可能对公民所有的权利都进行规定,宪法规定的只能是一些最重要的权利。尽管基本权利和法律权利具有一定的内在联系性,但基本权利具有自身的特点:第一,基本权利决定了公民在国家生活中的法律地位;第二,基本权利是公民在社会生活中最主要、最基本而又不可缺少的权利;第三,基本权利具有母体性,派生出具体的法律权利;第四,基本权利具有稳定性和排他性,与人的公民资格不可分。

(二) 基本义务的概念

公民的基本义务也称宪法义务,是指由宪法规定的公民必须遵守和应尽的法律责任。公民的基本义务是公民对国家具有首要意义的义务,构成普通法律所规定的义务的基础。公民的基本义务与基本权利共同反映并决定着公民在国家中的政治与法律地位,构成普通法律规定的公民权利义务的基础和原则。

(三) 基本权利主体

基本权利的主体主要是公民。有些国家的宪法规定,法人和外国人也可以成为基本权利的主体。公民是指具有一国国籍的自然人。宪法第33条第1款规定:“凡具有中华人民共和国国籍的人都是中华人民共和国公民。”

在我国宪法文本中同时出现公民和人民两个概念。“公民”和“人民”是两个不同的概念。两者区别主要在于:第一,性质不同。公民是与外国人(包括无国籍人)相对应的法律概念,人民则是与敌人相对应的政治概念。第二,范围不同。公民的范围比人民的范围更加广泛,公民中除包括人民外,还包括敌对分子。第三,后果不同。公民中的人民,享有宪法和法律规定的一切公民权利并



履行全部义务;公民中的敌对分子,则不能享有全部公民权利,也不能履行公民的特定义务。此外,公民所表达的一般是个体概念,而人民所表达的往往是群体概念。

二、基本权利效力

(一)基本权利效力的概念

所谓基本权利效力,是指基本权利对社会生活领域产生的拘束力,其目的在于有效地保障人权。基本权利效力源于宪法本身的效力,通过具体主体的权利活动体现基本权利的价值。

在宪法实践中,基本权利效力具有如下特点:一是基本权利效力的广泛性,即基本权利拘束一切国家权力活动与社会生活领域。二是基本权利效力的具体性,即基本权利效力通常在具体的事件中得到实现;特定主体在具体的活动中感受权利的价值,并通过具体事件解决围绕效力而发生的宪法争议。三是基本权利效力的现实性,即基本权利为今后的立法活动提供了法律基础;但本质上基本权利是调整现实社会中主体活动的具体权利形态,一旦规定在宪法上便具有直接的规范效力。法律对基本权利的具体化只是基本权利实现的一种形式,并不是唯一的形式。

(二)基本权利效力的体现

基本权利的效力直接拘束国家权力活动是现代各国宪法普遍确认的一项原则,同时也是宪法的基本功能之一。基本权利效力具体表现在:

1. 基本权利效力对立法权的制约。立法者通过一定形式制定反映民意的法律,推动基本权利价值的具体化。能否制定良法对于法治价值的实现将产生重要的影响。为了保障立法过程的科学性与民主性,宪法规定了立法的基本目标与原则,对立法者的活动进行了必要的限制。保障与尊重人权是现代法治国家进行立法活动的基本要求,基本权利的效力直接约束立法者与立法过程,以防止立法者制定侵害人权的法律。立法者在立法过程中应遵循过剩禁止原则和比例原则,严格规范立法裁量权,以保

证立法的民主性。

2. 基本权利效力对行政权的制约。基本权利对行政权的活动产生直接的约束力,有关行政的一切活动都要体现基本权利的价值,以保障行政权的合宪性。受到基本权利效力拘束的行政活动主要包括行政机关的活动、公务员的活动、公法上的法人及其各种管理行为。当行政机关行使自由裁量权时基本权利效力的拘束功能也可能受到一定的影响,尤其是具体发生侵害基本权利时难以把握具体的判断标准与界限。在实践中行政权侵害基本权利的现象是大量存在的,需要进一步强化对行政权的控制,扩大基本权利在行政权活动领域中的效力,及时解决基本权利与行政权之间出现的各种争议。

3. 基本权利效力对司法权的制约。基本权利直接拘束一切司法权的活动,由于司法是保障人权的最后堡垒,人们自然对司法权的行使寄予期望,要求司法活动中体现基本权利的价值。不尊重基本权利价值的司法活动是缺乏正当性基础的,不可能获得必要的社会基础。尽管世界各国采用的司法体制不尽相同,但司法的中立性与权威性有利于在司法领域中实现基本权利的价值。

三、基本权利限制的界限

(一)限制基本权利的概念与依据

所谓限制基本权利,是指确定基本权利的范围,使之不得超过一定的限度,超过限度则构成权利的滥用。基本权利的受限制性具体表现为对基本权利主体和基本权利具体活动形式的限制。具体包括:

1. 剥夺一部分主体的基本权利。一般作为刑罚的附加刑采用,如剥夺罪犯的政治权利。

2. 停止行使某种基本权利。出于某种原因,对基本权利主体的活动加以暂时性的限制,等条件恢复时再准予行使基本权利。

3. 出于社会公益,对基本权利特殊主体的活动进行限制,如对公务员的政治活动、军人的政治权利进行限制等。

新华考资

www.xhkedu.com

(二) 限制基本权利的目的

由于各国宪法的性质不同,在限制基本权利的目的上也表现出不同的特点。从各国宪法的规定看,限制基本权利主要有三个方面的目的,即维护社会秩序、保障国家安全和维护公共利益。

1. 维护社会秩序。社会秩序是社会的有序状态或动态平衡。正常的社会秩序是社会稳定发展的基本条件。社会秩序包括相应的社会关系内容和某些社会规范与原则。维护社会秩序的基本要求是:合理地确定社会成员的权利与义务;明确社会主体的宪法地位;对侵犯基本权利的现象规定预防和解决的程序;保护社会成员的积极性。

2. 保障国家安全。在一个法治社会里,国家履行保障基本权利的义务时,首先需要保障国家安全和领土完整。当发生国际、国内危机时,正常的宪法秩序有可能受到破坏,基本权利的保障也会失去基础。从某种意义上说,国家安全是基本权利保障的前提之一。

3. 维护公共利益。为了维护公共利益,各国宪法普遍规定了对危害公共利益的行为加以限制的范围与具体形式。尽管各国宪法对公共利益内容的规定及表述有所不同,但都遵循一个总的原则,即行使权利和自由不得违背社会的公共利益。

宪法第51条对基本权利的限制目的作了如下表述:“中华人民共和国公民在行使自由和权利的时候,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的自由和权利。”这一条是对公民行使自由和权利的总的限制性规定,同时也表明限制的基本目标。在我国,公民行使基本权利的基本前提是不损害社会、国家与集体利益,不损害他人的利益。为了维护社会、国家与集体利益,在必要时可以对公民的基本权利进行限制。除宪法规定外,其他法律、法规中也相应地规定了有关限制权利的目的、内容。宪法的总体限制目的一般通过普通法律得到具体表现。

(三) 限制基本权利的基本形式

根据宪法和法律的规定,限制基本权利的

形式主要有:

1. 基本权利的内在限制。基本权利内在限制主要指基本权利内部已确定限制的范围,而不是从外部设定条件。主要分为两种情况:一是基本权利本身具有的限制,即宪法中规定的基本权利概念本身对其范围与界限内含了必要的限定;二是通过具体附加的文句对其范围进行了限定,如行使集会游行示威权利时要求不得侵犯他人的权利与自由、行使言论自由权利时要求遵循社会公德等。

2. 宪法和法律的限制。现代各国宪法一方面规定了保障基本权利的内容,另一方面又规定了限制基本权利的界限。这种界限也叫基本权利的宪法界限。宪法为基本权利行使确定了总的原则与程序,以此作为基本权利保障的内在条件。我国宪法第51条的规定是宪法对基本权利活动进行限制的总的原则与标准。在宪法上保障与限制基本权利是有机的统一,根据宪法进行的限制应具有合理的界限,不应超过宪法原则与精神所要求的范围与限度。制宪者在宪法中明示限制基本权利的界限,其目的是约束立法者在制定法律时尊重基本权利价值,依法正确行使立法裁量权。

在宪法原则的指导下,对基本权利的具体活动可通过法律进行适当的限制,是最为常见的一种限制方式。通过法律限制基本权利具有两种功能,即作为限制基本权利的手段和不依法律不得限制基本权利的一种界限。合理的限制不仅能促进基本权利的制度化、法律化,而且可以消除个人与共同体之间的对立,协调个人利益和公共利益。具体的限制方式有两种形式:(1)法律的一般保留,即法律规定的保留适用于所有基本权利,所有权利受法律限制。(2)法律的个别保留,即根据法律的具体条文而对基本权利进行限制。在具体限制基本权利时一般保留和个别保留有时会出现重复的现象,有些国家只规定个别保留,而没有规定一般保留,如韩国、日本等国。法律保留主要以行政活动为对象;但在必要的情况下,也可约束立法活动,以保障基本权利不受立法侵害。



(四) 紧急状态下公民基本权利的限制

所谓紧急状态,是指在一定范围和时间内由于突发重大事件而严重威胁和破坏公共秩序、公共安全、公共卫生、国家统一等公共利益和国家利益,需要紧急予以专门应对的社会生活状态。在紧急状态下,为了保障公民的基本权利和社会公共利益,迅速恢复经济与社会的正常状态,有必要赋予国家机关一定的紧急权力。如何既要保障基本权利价值,又要保证国家权力能够有效运作,如何在基本权利的保障与限制之间寻求合理平衡是现代宪法发展所面临的重要课题。

宪法修正案第20条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对土地实行征收或者征用并给予补偿。”修正案第22条规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这两条都规定了征收、征用的合目的性原则。修正案第23条规定:“国家建立健全同经济发展水平相适应的社会保障制度。”宪法第51条对基本权利限制作了具体的界限,即只能基于维护公共利益和他人的基本权利的目的才能限制基本权利。

四、基本权利与人权

人权是基本权利的来源,基本权利是人权宪法化的具体表现。人权与基本权利的区别主要在于:人权是一种自然权,而基本权利是实定法上的权利;人权具有道德和价值上的效力,而基本权利是法律和制度上保障的权利,其效力与领域受到限制;人权表现为价值体系,而基本权利是具体的权利体系;人权源于自然法,而基本权利源于人权等。人权与基本权利的区别决定了宪法文本中的人权需要法定化,并转化为具有具体权利内容的基本权利形态。人权一旦转化为宪法文本中的基本权利后,国家机关都应受基本权利的约束。人权所体现的基本价值是宪法制定与修改过程中的最高目标,表明人类生存与发展的要求、理念与期待。

五、“国家尊重和保障人权”的意义

2004年宪法修正案第24条中关于“国家

尊重和保障人权”的规定,体现了社会主义制度的本质要求,是我国社会主义宪政事业的重大发展,也是我国社会主义民主和法制建设进入新阶段的标志。

第一,“尊重和保障人权”作为宪法原则,对我国的立法起到重要的指导作用。尊重和保障人权,意味着社会关系的调整要更加注重权力和权利的平衡、权力与责任的平衡、权利和义务的平衡。通过立法,合理配置个人与社会、个人与个人的权利义务关系,实现社会的和谐有序发展。具体到我国的立法实践,就是要坚持以人为本、立法为民的原则,忠实于人民的利益,对人民负责。立法为民,重点在于依法配置权力;一方面要确保行政权力可以依法得到有效行使;另一方面要对行政权力进行规范、制约和监督,促使行政机关依照法定的权限和程序正确地行使权力,确保自然人、法人和其他组织的合法权益不受非法侵害。

第二,有利于国家机关及其工作人员树立保障人权的意识。尊重与保障人权要求国家机关及其工作人员要摆正自己的位置,履行公仆职责,任何政治决策和管理措施,都要考虑人民的利益。强化人权意识也有利于发扬民主,抑制官僚主义。

第三,指导人与社会的协调发展。片面强调经济增长,忽视社会全面发展和人文关怀,必然导致经济与社会发展失衡。经济发展应该是以人为本的发展。尊重和保障人权,还要求我们统筹城乡经济社会发展,创造条件,逐步改变城乡二元结构。

第四,指导人与环境和资源的协调发展。在人与自然的关系、人权与自然的关系上,现代人必须认识到,只有尊重自然规律,使人与自然协调发展,才能使人享有人权。

我国宪法对人权的保护具有以下特点:一是人权主体非常广泛。宪法不仅保护我国公民的基本权利,也保护外国人的权利;不仅保护个人的权利,也保护群体的权利。二是权利内容非常广泛。宪法所规定的人权,既包括受法律平等保护的权力,也包括财产权和继承权等社会经济文化权利。

六、我国公民基本权利与义务的主要特点

我国宪法关于公民基本权利和义务的规定,合理地反映了公民与国家的关系,体现了公民的宪法地位,并成为公民其他权利义务的法律基础。从总体上讲,我国公民的基本权利和义务具有广泛性、平等性、现实性和一致性四大特点。

(一)公民基本权利和自由的广泛性

我国公民基本权利和自由的广泛性表现在两个方面:第一,享有基本权利和自由的主体非常广泛。我国是人民民主专政的社会主义国家,享有权利的主体非常广泛。我国现阶段的权利主体包括占全国人口绝大多数的社会主义劳动者、拥护社会主义的爱国者、拥护祖国统一的爱国者、社会主义事业的建设者等。即使那些极少数被剥夺政治权利的公民,也仍然享有与其身份相适应的公民权利。比如根据法律的规定,罪犯除依法被剥夺或限制的权利以外,享有申诉权、辩护权、合法财产不受侵犯权、控告权与检举权等。第二,公民享有的权利和自由的范围非常广泛。根据宪法的规定,我国公民享有的权利和自由涉及政治、经济、文化、教育以及人身等各个方面。从基本权利体系来看,包括政治权利、人身权利、宗教信仰自由、社会经济权利、文化教育权利等。随着社会主义政治经济文化的不断发展,我国公民基本权利与自由的范围将得到进一步扩大。

(二)公民基本权利与义务的平等性

我国公民基本权利与义务的平等性也主要表现在两大方面:第一,公民在享有权利和履行义务方面一律平等。具体来说,一是任何公民不分民族、种族、性别、出身、职业、宗教信仰、教育程度、财产状况和职位高低,都平等地享有宪法和法律规定的权利,也平等地履行宪法和法律规定的义务;二是公民的正当权利和合法利益都平等地受到法律的保护,任何国家机关不得以任何理由歧视任何公民,公民有权要求得到平等的对待和保护;三是不允许任何组织和个人享有宪法和法律规定以外的特权,任何人都必须在宪法和法律的范围内活动。第二,司

法机关在适用法律上一律平等。也就是说,司法机关必须根据事实和法律,平等地保护公民的合法权益,平等地追究一切违法犯罪行为人的法律责任。

(三)公民基本权利和义务的现实性

我国公民基本权利和义务的现实性也表现在两个方面:第一,公民基本权利和义务的内容具有现实性。也就是说,我国宪法关于公民基本权利和义务的规定是从我国政治、经济、文化发展的实际状况出发的。具体表现在:一是客观上的确需要而又非确认不可的予以规定;二是能做到的就规定,能做到什么程度就规定到什么程度。第二,宪法对公民基本权利和义务的规定,既有物质保障又有法律保障,因而是可以实现的。在物质保障方面,宪法不仅规定了公民实现权利和自由的物质条件,而且还通过物质帮助权、社会保险、社会救济和医疗卫生事业等措施,给予公民必要的物质支持。在法律保障方面,如在宗教信仰自由、人格尊严、人身自由、申诉控告权等方面,规定了国家机关、社会团体或其他个人均不得侵犯,国家对侵犯公民基本权利的国家行为有赔偿的义务等。

(四)公民基本权利和义务的一致性

我国公民基本权利和义务的一致性表现在三大方面:第一,享有权利和承担义务的主体是一致的。宪法第33条第4款规定:“任何公民享有宪法和法律规定的权利,同时必须履行宪法和法律规定的义务。”第二,公民的某些权利和义务是相互结合的,如劳动、受教育既是公民的基本权利,又是公民的基本义务。第三,公民的基本权利和义务相互促进,相辅相成。公民基本权利的有效保障将促使公民自觉地履行义务,公民义务的自觉履行将为公民基本权利和自由的扩大创造条件。

第二节 我国公民的基本权利

一、平等权

(一)平等权的概念

所谓平等权,是指公民依法平等地享有权利,不受任何差别对待,要求国家给予同等保护

新华考资
www.xhkedu.com

的权利。平等权是我国宪法所保护的公民的一项基本权利,是公民行使其他权利的基础,也是我国社会主义法制的一项基本原则。

(二) 平等权的基本内容

1. 法律面前一律平等。宪法第33条第2款规定:“中华人民共和国公民在法律面前一律平等。”这一规定的含义有三:一是任何公民不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都一律平等地享有宪法和法律规定的权利,也都平等地履行宪法和法律规定的义务;二是任何人的合法权利都一律平等地受到保护,对违法行为一律依法予以追究,绝不允许任何违法犯罪分子逍遥法外;三是在法律面前,不允许任何公民享有法律以外的特权,任何人不得强制公民承担法律以外的义务,不得使公民受到法律以外的处罚。

2. 禁止差别对待。在法律面前人们的地位是平等的,社会身份、职业、出身等原因不应成为任何受到不平等待遇的理由。

3. 平等权与合理差别。宪法并不禁止一切差别,宪法所禁止的差别是不合理的差别,即宪法上的差别分为合理的差别与不合理的差别。平等权的相对性要求禁止不合理的差别,而合理的差别具有合宪性。如宪法对全国人大代表的言论免责权作了特殊规定,这一权利是人民代表基于其取得的代表资格而享有的。在这里,平等权的价值表现在人民代表在言论免责权行使方面的平等,公民之间权利方面的某些特殊规定是一种合理的差别,不能认为是一种特权。如果不承认现实生活中存在的合理的差别,仅仅以单纯的平等理念处理各种宪法问题,有可能混淆平等与自由的界限。基于性别、年龄及个人生活环境的差异,在法律或公共政策中有可能出现一些差别,对此需要区分合理的差别与不合理的差别。

(三) 平等权类型

目前,从世界各国宪法的规定看,平等权类型的划分主要有以下几种:

1. 禁止差别内容的规定。在宪法中规定禁止差别的方式有三种:第一种是宪法中只列举禁止差别的理由;第二种是只列举禁止差别

的领域;第三种是同时规定禁止差别的理由与领域。男女平等原则的规定属于第一种类型,有关教育机会平等内容的规定属于第二种类型,它明示了教育领域的平等。我国宪法第34条的规定属于第三种类型,它规定了在行使选举权领域不能以民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限为由进行差别对待。

2. 根据平等权适用的具体领域,平等权可分为政治生活领域平等权、经济活动领域平等权、社会生活领域平等权与文化生活领域平等权等。尽管不同领域的平等权表现不同,但反映了平等权的要求,是平等权的具体反映。

3. 根据享有平等权主体的不同,平等权可分为以公民为主体的平等权、以法人为主体的平等权与以特定对象为主体的平等权。在现代宪法制度中,平等权主体中包括社会生活中的特定主体,如妇女、残疾人、儿童、难民等。这些主体享有的平等权是平等权在特定领域中的体现,是以禁止差别为义务的权利形态或法律原则。

我国宪法保护的特定主体具体表现在:

(1) 保障妇女的权利,如宪法第48条第1款规定:“中华人民共和国妇女在政治的、经济的、文化的、社会的和家庭的生活等各方面享有同男子平等的权利。”

(2) 保障退休人员 and 军烈属的权利。宪法第44条规定:“国家依照法律规定实行企业事业组织的职工和国家机关工作人员的退休制度。退休人员的生活受到国家和社会的保障。”退休制度是指根据国家有关部门的规定,国有和集体等企业、事业组织的职工和国家机关的工作人员达到一定年龄时,离开劳动或工作岗位,进行休息或休养,并按照规定领取一定的离休金或退休金的制度。宪法规定对广大职工和干部实行退休制度,是劳动者休息权的延伸;是在公民因年老、疾病等原因不适应继续参加生产和工作的情况下,给予物质帮助权的补充。

(3) 保护婚姻、家庭、母亲、儿童和老人。宪法第49条第1款规定:“婚姻、家庭、母亲和儿童受国家的保护。”第4款规定:“禁止破坏婚姻

自由,禁止虐待老人、妇女和儿童。”宪法的这些规定,既是国家立法的依据,也是公民应当遵守的法律规范和道德准则。

(4) 关怀青少年和儿童的成长。宪法第 46 条第 2 款规定:“国家培养青年、少年、儿童在品德、智力、体质等方面全面发展。”

(5) 保护华侨、归侨和侨眷的正当权利。宪法第 50 条规定:“中华人民共和国保护华侨的正当的权利和利益,保护归侨和侨眷的合法的权利和利益。”

华侨是居住在外国的中国公民。我国是世界上侨民最多的国家,华侨分布在世界各地,成为中国与侨居国家人民友谊的纽带。同时,华侨也是我国公民,保护他们的正当权益,是政府的责任,即国际惯例和国际法上对侨民通常的权益保护以及按对等原则所确立的权益保护,属于我国政府的应尽职责。根据国际上的通例,我国政府有权维护华侨的正当权益,反对强迫入籍,反对歧视和迫害华侨;对于一切反华、排华、迫害华侨和损害华侨正当权益的行为,国家通过外交途径与有关国家交涉,对华侨权益进行保护。

归侨是已经回国定居的华侨。由于他们在生活习惯等方面与国内居民有所不同,所以国家制定特殊法律规范予以保护。侨眷是华侨在国内的亲属,他们与国外亲人联系密切,在政治、经济和文化等方面对国家的发展发挥着重要作用,所以也需要予以特别保护。

二、政治权利和自由

政治权利和自由是公民依法享有的参加国家政治生活的权利和自由。包括公民参与国家、社会组织与管理活动的选举权、被选举权,以及公民在国家政治生活中依法发表意见,表达意愿的言论、出版、集会、结社、游行和示威的自由。

(一) 选举权和被选举权

选举权是指选民依法选举代议机关代表的权利;被选举权则指选民依法被选举为代议机关代表的权利。

选举权和被选举权是我国人民参加国家管

理,实现当家做主的具体表现,也是人民行使国家权力的基本形式,因而它体现了人民管理国家的主人翁地位。宪法第 34 条规定:“中华人民共和国年满十八周岁的公民,不分民族、种族、性别、职业、家庭出身、宗教信仰、教育程度、财产状况、居住期限,都有选举权和被选举权;但是依照法律被剥夺政治权利的人除外。”这表明,我国公民享有的选举权是一种普选权。

为了保证我国公民选举权和被选举权的有效行使,除宪法作出原则规定外,全国人民代表大会还制定了《选举法》,对公民行使选举权的原则、程序和方法作出了具体规定,对选举权的行使提供了法律上和物质上的保障。

(二) 政治自由

政治自由是指公民表达自己政治意愿的自由,即如宪法第 35 条规定,公民享有言论、出版、集会、结社、游行、示威的自由。公民的政治自由是近代民主政治的基础,是公民表达个人见解和意愿、参与正常社会活动和国家管理的一项基本权利。与公民的选举权一样,政治自由也是公民作为国家政治主体而享有的参与国家政治生活的自由。

1. 言论自由。言论自由是指公民有权通过各种语言形式,针对政治和社会中的各种问题表达其思想和见解的自由。由于言论是公民表达意愿、相互交流思想、传播信息的必要手段和基本工具,也是形成人民意志的基础,因而言论自由在公民的各项政治自由中居于首要地位。

我国宪法规定的言论自由具有特定的范围与表现形式。一般说来,其范围包括:第一,公民作为基本权利主体,都有以言论方式表达思想和见解的权利,因而其享有的主体十分广泛;第二,通过言论自由表达的有关政治、经济、文化、社会等方面的看法和见解受法律保护,不受非法干涉;第三,言论自由的表现形式多样,既包括口头形式,又包括书面形式,必要时还可根据法律规定利用电视广播等传播媒介;第四,言论自由作为一项法律权利,在法定范围内,不应由于某种言论而承受不利后果,因而其合法权益受法律保护;第五,言论自由存在法定界限,



受宪法和法律的合理限制,因而公民的言论自由必须在法律范围内行使。

2. 出版自由。出版自由是指公民可以通过公开出版物的形式,自由地表达自己对国家事务、经济和文化事业、社会事务的见解和看法。出版自由一般包括两个方面的内容:一是著作自由,即公民有权自由地在出版物上发表作品;二是出版单位的设立与管理必须遵循国家宪法和法律的规定。由于出版主要是将自己的见解付诸文字,因而出版自由实际上是言论的自然延伸。与言论自由一样,出版自由也并不是绝对的,出版自由的保障与出版管理是相互统一的,合理的出版管理是保障出版自由的重要条件。因此,各国都制定了专门的法律、法规来规范出版物的发行和传播。

世界各国对出版物的管理主要有两种制度:一是预防制或称事前审查制,即在著作出版前审查其内容是否合法的制度;二是追惩制,即在出版物出版后,根据其社会效果决定是否予以禁止和处罚的制度。我国实行预防制和追惩制相结合的制度。《出版管理条例》第25条规定出版物不得含有下列内容:(1)反对宪法确定的基本原则的;(2)危害国家统一、主权和领土完整的;(3)泄露国家秘密、危害国家安全或者损害国家荣誉和利益的;(4)煽动民族仇恨、民族歧视,破坏民族团结,或者侵害民族风俗、习惯的;(5)宣扬邪教、迷信的;(6)扰乱社会秩序,破坏社会稳定的;(7)宣扬淫秽、赌博、暴力或者教唆犯罪的;(8)侮辱或者诽谤他人,侵害他人合法权益的;(9)危害社会公德或者民族优秀文化传统的;(10)有法律、行政法规和国家规定禁止的其他内容的。

3. 结社自由。结社自由是指有着共同意愿或利益的公民,为了一定宗旨而依法定程序组成具有持续性的社会团体的自由。结社自由一般具有如下特征:结社具有持续性和稳定性;结社应遵循法定程序;结社一般具有固定的组织机构和成员;结社与一定的利益选择有关。由于结社是一定数量的公民为长久保有共同观点和维护共同利益的行为,因而结社自由也是言论自由的进一步延伸,而且是若干公民集合

起来方能实现的自由。

公民结社因目的不同而分为两类:一类是以营利为目的的结社,如成立公司、集团等;另一类是非营利性结社,包括政治性结社和非政治性结社。前者如组织政治团体等,后者如组织宗教、慈善、文化艺术团体等。但宪法规定的结社自由主要指组织政治性团体的自由,而且由于政治性结社对社会各方面的生活,尤其是对决策过程产生重要影响,因而各国法律一般都予以严格控制。因此,作为一项基本权利,公民一方面享有结社自由,另一方面也要履行相应的义务。

根据1998年国务院发布的《社会团体登记管理条例》的规定,我国公民结社自由保障与限制的具体内容和程序主要包括以下几方面:第一,社会团体的成立实行核准登记制度。凡在我国境内组织的社会团体,都应当根据该条例的规定申请登记,并须符合规定的基本条件。我国社会团体的登记管理机关是民政部和县级以上地方各级人民政府民政部门。第二,社会团体必须遵守国家宪法、法律、法规和国家的有关政策,不得反对宪法确定的基本原则,不得危害国家的统一、安全和民族的团结,不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的权利和自由。社会团体不得从事以营利为目的的经营性活动。国家保护社会团体依照其登记的章程进行活动,其他任何组织和个人不得非法干涉。第三,登记管理机关、业务主管单位对社会团体的活动进行监督管理。其主要的监督管理职责有:监督社会团体遵守宪法和法律;监督社会团体依该条例的规定,履行登记手续;监督社会团体依照登记的章程进行活动;对社会团体违反该条例的问题进行监督检查,对社会团体违反该条例的行为给予行政处罚等。

社会团体是社会建设的主体,改进社会团体的建设和管理、增强其服务社会的功能是社会管理创新的重要内容。目前,《基金会管理条例》、《社会团体登记管理条例》等正在或拟作修改,其重要内容之一是调整社会团体的登记和管理方式。一些地方也通过改进社团管理的方式加强社会建设。2013年3月14日,十二届

全国人大一次会议批准通过的《国务院机构改革和职能转变方案》提出改革社会组织管理制度：“加快形成政社分开、权责明确、依法自治的现代社会组织体制。逐步推进行业协会商会与行政机关脱钩，强化行业自律，使其真正成为提供服务、反映诉求、规范行为的主体。探索一业多会，引入竞争机制。”“重点培育、优先发展行业协会商会类、科技类、公益慈善类、城乡社区服务类社会组织。成立这些社会组织，直接向民政部门依法申请登记，不再需要业务主管单位审查同意。”

4. 集会、游行、示威自由。集会、游行、示威自由是言论自由的延伸和具体化，是公民表达其意愿的不同表现形式。集会自由是指公民为共同目的，临时聚集于露天公共场所，发表意见、表达意愿的自由；游行自由是指公民在公共道路、露天公共场所列队行进，表达共同愿望的自由；示威自由是指公民在露天公共场所或者公共道路上以集会、游行、静坐等方式，通过抗议或者支持、声援等表达共同意愿的自由。集会、游行、示威自由都源于公民的请愿权。它们的共同之处在于：都是公民表达强烈意愿的自由；主要都在公共场所行使；必须是多个公民共同行使，属于集合性权利，单个公民的行为通常不能形成法律意义上的集会、游行和示威。三者的不同之处则在于表达意愿的程度、方式和方法有所差异。

由于这三项自由权的行使多发生在公共道路或露天场所，参加或观看的人数众多，情绪感染性强，也容易发生与政府管理部门或其他公民的冲突，对社会影响较大。所以，公民在行使这些权利时，要遵循法律规定的条件，不得损害国家的、社会的、集体的利益和其他公民的合法的权利和自由。凡借此进行暴力活动，或者引起暴力冲突的集会、游行和示威，就丧失了受到法律保护的资格。

1989年10月31日第七届全国人大常委会第六次会议通过并公布了《集会游行示威法》，该法对集会、游行、示威的概念和标准，主管机关和具体管理程序及措施，申请和获得许可的程序，违法行为及应承担的法律责任等，都作出

了明确的规定。经国务院批准，公安部于1992年6月16日发布施行《集会游行示威法实施条例》。

三、宗教信仰自由

宪法第36条第1款规定：“中华人民共和国公民有宗教信仰自由。”宗教信仰自由是指公民依据内心的信念，自愿地信仰宗教的自由。其含义包括：公民有信教或者不信教的自由，有信仰这种宗教或者那种宗教的自由，有信仰同宗教中的这个教派或那个教派的自由，有过去信教现在不信教或者过去不信教而现在信教的自由。

宗教是一种社会意识形态。宪法规定宗教自由的目的是：第一，宗教是一种历史现象，有其产生、发展和消亡的过程，在它存在的条件尚未消失的时候还会继续存在；第二，宗教信仰属于思想范畴问题，对待公民的思想认识问题，只能采取说服教育的方法去解决，绝不能强迫命令、粗暴压制；第三，宗教的存在具有长期性、国际性、民族性和群众性的特点，正确处理好宗教问题，对于民族团结、国家统一和国际交往都具有重要意义。因此，宪法第36条第2款规定：“任何国家机关、社会团体和个人不得强制公民信仰宗教或者不信仰宗教，不得歧视信仰宗教的公民和不信仰宗教的公民。”然而，由于公民是特定国家中的一员，因而在从事宗教活动中，必须遵守国家法律，尊重他人的合法权益，服从社会整体利益的要求。因此，宪法第36条第3款规定“国家保护正常的宗教活动。任何人不得利用宗教进行破坏社会秩序、损害公民身体健康、妨碍国家教育制度的活动”。这表明，公民一方面享有宪法和法律赋予的宗教信仰自由，另一方面则必须承担宪法和法律规定的有关义务，否则宗教信仰自由就会失去其合法基础。

宪法第36条第4款还规定：“宗教团体和宗教事务不受外国势力支配。”因此，宗教团体必须坚持自主、自办、自传的“三自”原则。我国宗教团体可以与其他国家的宗教界保持宗教的学术文化交流，但不允许外国宗教势力干涉我



国内部的宗教事务,我国宗教团体也不去干涉我国以外的宗教问题。

四、人身自由

人身自由包括狭义和广义两方面。狭义的人身自由主要指公民的身体不受非法侵犯,广义的人身自由则还包括与狭义人身自由相关联的生命权、人格尊严、住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密等与公民个人生活有关的权利和自由。人身自由是公民参加各种社会活动和实际享受其他权利的前提。

(一) 生命权

1. 生命权的概念与意义。生命权是享有生命的权利,体现着人类的尊严与基本价值。生命权是一种综合性的权利,反映了不同于其他权利的特点:第一,生命权是表示人类生存的自然意义上的权利,具有自然法的性质。第二,生命权是国家与社会的最高价值,在任何情况下国家都不能把人的生命作为一种工具或手段,应把生命权的维护作为制定法律或政策的基本出发点。第三,生命权价值的宪法确认意味着国家负有保护生命权的义务,使生命权成为社会价值体系的基础。第四,生命权的宪法意义还表现在它为全社会树立宪法权威、提高社会成员的宪法意识提供了社会基础。我国宪法虽然没有明确规定生命权条款,但在价值上是充分尊重和保障生命权的。

2. 生命权的基本内容。一般意义上,生命权的基本内容包括:一是防御权。生命权的本质是对一切侵害生命权行为的防御。二是享受生命的权利。生命权的对象是生命,每个社会主体平等地享有生命的价值,其主体地位得到宪法的保护。三是生命保护请求权。当生命权受到侵害时,受害者有权向国家提出保护的请求,以得到必要的救济。为了保护生命权,各国通过宪法或刑法等途径为生命权价值的实现建立了有效的制度。四是生命权的不可处分性。由于生命权是人的尊严的基础和一切权利的出发点,故生命权具有专属性,只属于特定的人,但个人主观的生命权同时具有社会共同体价值秩序的性质,表现为一种法律义务。

3. 生命权的主体与效力。生命权主体只能是自然人,法人不能成为生命权的主体。这里讲的自然人包括本国、外国人和无国籍人,所有的人都享有不得非法侵犯的生命权。因此,生命权首先是人的权利,并不仅仅是公民的权利。

在宪法确定的基本权利体系中没有比生命权更重要的权利,它是基本权利价值体系的基础和出发点。生命权作为主观的权利首先对国家权力的一切活动产生效力,约束国家权力活动的过程与结果。刑法在生命权保护方面发挥着重要的功能,但这种保护的基础和效力来源于宪法的价值,不能脱离宪法的原则。

(二) 人身自由

所谓人身自由,是指公民的肉体不受非法侵犯,即不受非法限制、搜查、拘留和逮捕。人身自由是公民所应享有的最起码的权利,宪法第37条第1款规定:“中华人民共和国公民的人身自由不受侵犯。”

人身自由与其他自由一样并不是绝对的,在必要时,国家可以依法采取搜查、拘留、逮捕等措施,限制甚至剥夺特定公民的人身自由。因此宪法第37条第2款规定:“任何公民,非经人民检察院批准或者决定或者人民法院决定,并由公安机关执行,不受逮捕。”刑事诉讼法据此对限制或剥夺公民人身自由的程序作出了更为详尽的规定。同时宪法第37条第3款还规定:“禁止非法拘禁和以其他方法非法剥夺或者限制公民的人身自由,禁止非法搜查公民的身体。”所谓非法拘禁,是指违反法律规定,以拘留、监禁等方法剥夺或者限制公民人身自由的行为;以其他方法限制、剥夺公民的人身自由,是指以非法管制、拘役、徒刑以及非法讯问、非法跟踪盯梢等方法限制、剥夺公民人身自由的行为;非法搜查公民身体是指司法机关违反法定程序,或依法不享有搜查权的机关、组织或个人,对公民强行搜身,或者强迫公民自己证明自身清白和暴露身体的行为。对违法逮捕、拘留和搜查公民的责任人,应由人民检察院进行追究;如果这种违法行为是出于陷害、报复、贪赃或者其他个人目的,则应追究其刑事责任。

(三)人格尊严不受侵犯

人格尊严是指公民作为平等的人的资格和权利应该受到国家的承认和尊重,包括与公民人身存在密切联系的名誉、姓名、肖像等不容侵犯的权利。人格尊严的法律表现是公民的人格权。宪法第38条规定:“中华人民共和国公民的人格尊严不受侵犯。禁止用任何方法对公民进行侮辱、诽谤和诬告陷害。”

从我国宪法和法律的规定看,人格尊严主要有以下基本内容:第一,公民的姓名权。姓名权是指公民有权决定、使用和依法改变自己的姓名,其他任何人不得干涉、滥用和假冒。第二,公民的肖像权。肖像是人的形象的客观记录,是公民人身的派生物。肖像权是指公民有自主制作、占有和使用其肖像的权利。根据民法通则第100条的规定,公民享有肖像权,未经本人同意,不可以营利为目的使用公民的肖像。第三,公民的名誉权。名誉权是指公民享有适度的名声并维护其名声不受侵害的权利。第四,公民的荣誉权。荣誉权是指公民享有从国家和社会组织获得的各种褒扬并维护其不受侵害的权利。禁止非法剥夺公民、法人的荣誉称号。第五,公民的隐私权。隐私是指不愿告人或不为人知的事情。隐私权是指公民就个人私事、个人信息等个人生活领域内的事情不为他人知悉、禁止他人干涉的权利。

(四)住宅不受侵犯

宪法第39条规定:“中华人民共和国公民的住宅不受侵犯。禁止非法搜查或者非法侵入公民的住宅。”住宅不受侵犯是指任何机关、团体、工作人员或者其他个人,未经法律许可或未经户主等居住者的同意,不得随意进入、搜查或查封公民的住宅。住宅是公民日常生活、工作、学习的场所,因此保护了公民的住宅,也就保护了公民的居住安全和生活安定,也就进一步保护了公民的人身自由权利。住宅不受侵犯还包括任何机关、团体或个人都不可侵占、损毁公民的住宅。

根据我国法律的有关规定,公安机关、检察机关为了收集犯罪证据、查获犯罪嫌疑人,需要对有关人员的身体、物品、住宅及其他地

方进行搜查时,必须严格依照法律规定的程序进行。

(五)通信自由和通信秘密

宪法第40条规定:“中华人民共和国公民的通信自由和通信秘密受法律的保护。除因国家安全或者追查刑事犯罪的需要,由公安机关或者检察机关依照法律规定的程序对通信进行检查外,任何组织或者个人不得以任何理由侵犯公民的通信自由和通信秘密。”通信自由是指公民与其他主体之间传递消息和信息不受国家非法限制的自由。通信秘密是指公民的通信(包括电报、电传、电话、邮件以及电子数据交换等信息传递形式),他人不得隐匿、毁弃、拆阅或者窃听。隐匿或毁弃信件、电报等是侵犯公民通信自由的行为;拆阅邮件或窃听公民的电话等通信内容则侵犯了公民的通信秘密。

邮政法第3条第2款规定:“除法律另有规定外,任何组织或者个人不得检查、扣留邮件、汇款。”《邮政法实施细则》规定,任何单位或者个人均负有保护通信自由、通信秘密和邮政安全的责任,任何单位或者个人不得利用邮政业务进行法律、法规和政策所禁止的活动。人民法院、检察机关依法没收国内邮件、汇款、储蓄存款时,必须出具法律文书,在相关县或县级以上邮政企业、邮电管理局办理手续;没收进出口国际邮递物品应当由海关作出决定,并办理手续。为了保障公民的通信自由,刑法第252条规定:“隐匿、毁弃或者非法开拆他人信件,侵犯公民通信自由权利,情节严重的,处一年以下有期徒刑或者拘役。”刑法第253条规定:“邮政工作人员私自开拆或者隐匿、毁弃邮件、电报的,处二年以下有期徒刑或者拘役。”邮政法与刑法等法律的规定,将宪法规定的通信自由予以具体化。

宪法所保护的通信自由是一种合法的、正当的通信自由,任何危害宪法秩序与侵害他人权益的行为不属于通信自由的范畴。通信自由如同其他自由一样具有相对性,为了国家安全与公共利益的需要,可对通信自由进行适当的限制。如刑事诉讼法第141条规定:“侦查人员



认为需要扣押犯罪嫌疑人的邮件、电报的时候,经公安机关或者人民检察院批准,即可通知邮电机关将有关的邮件、电报检交扣押。不需要继续扣押的时候,应即通知邮电机关。”国家安全法也做了类似的规定。通信自由的设定目的是为了

五、社会经济权利

社会经济权利是指公民根据宪法规定享有的具有物质经济利益的权利,是公民实现基本权利的物质上的保障。

(一) 财产权

财产权是指公民对其合法财产享有的不受非法侵犯的所有权。宪法第13条第1、2款规定:“公民的合法的私有财产不受侵犯。”“国家依照法律规定保护公民的私有财产权和继承权。”所谓合法财产的所有权,是指公民通过合法劳动或其他方式获得并占有一定财产的权利,包括对生活资料 and 一定生产资料的所有权。其中的生活资料主要包括劳动的和非劳动的薪金或租金收入、储蓄、房屋、交通工具、债券、股票以及其他日常生活用品的所有权;生产资料主要是指法律允许个人拥有的生产工具、原材料、劳动产品、牲畜等。

继承权是财产权的延伸,是公民合法财产转移的合法形式。要保护公民的财产权,就应当同时保护公民的继承权,以使财产本身能无损失地继承下来。

为了防止国家对公民私有财产权的侵害,宪法第13条第3款规定:“国家为了公共利益的需要,可以依照法律规定对公民的私有财产实行征收或者征用并给予补偿。”这一规定进一步明确了公民私有财产保护的宪法基础,即国家只有在为了公共利益的前提下,才可以对公民的私有财产进行征收或征用。并且,征收或者征用必须严格依照法律,并同时给予补偿后才能进行,而不得随意侵犯。

私有财产权在现代法治社会中对于个人自由的伸张和实现其他基本权利方面发挥着重要

的作用。财产权本质是实现自由的基本要求,是人作为有尊严的个体存在的社会物质基础。因此,从社会发展的角度看,个体拥有私有财产是社会协调发展与保护人的尊严的重要条件。与任何权利一样,财产权的存在并不是绝对的,财产权的社会性实际上决定了财产权存在的界限。宪法有关征收和征用的规定有利于在公权力与私权利、私有财产与公共财产之间确定合理的界限,使受侵害的财产得到合理补偿。

征收和征用是国家为了公共利益对公民的私有财产进行限制的形式,但两者的性质与功能是不同的。两者的主要区别是:征收是所有权的转移;征用是使用权的改变,通常在紧急状态下的强制使用,一旦紧急状态结束,被征用的物体要发还给原权利人。适用征收和征用的条件和补偿标准也是不同的,因征收对权利人利益的损害大于征用,故补偿标准相对更高。对公民财产权的限制必须基于公共利益,即社会整体利益,体现国家国防、外交等重大的国家利益,既要考虑为公益而采取的国家政策的价值,同时也要考虑社会正义的价值。公共利益不同于团体、社会组织或商业的利益,应进行严格的限定。

(二) 劳动权

宪法第42条第1款规定:“中华人民共和国公民有劳动的权利和义务。”公民的劳动权是指有劳动能力的公民有从事劳动并取得相应报酬的权利。由于劳动是人们生存的基础,也是社会得以生存、维系和发展的条件,因此国家不仅应当保护公民劳动的权利,而且应当积极创造条件,为公民享有这一权利提供保障。为此宪法第42条第2款规定:“国家通过各种途径,创造劳动就业条件,加强劳动保护,改善劳动条件,并在发展生产的基础上,提高劳动报酬和福利待遇。”第4款规定:“国家对就业前的公民进行必要的劳动就业训练。”宪法第14条也规定了国家对劳动者的责任,以及国家保护劳动权的根本目的,即“提高劳动生产率和经济效益,发展社会生产力”,“在发展生产的基础上,逐步改善人民的物质生活和文化生活”。

(三) 劳动者休息的权利

宪法第43条第1款规定:“中华人民共和国

国劳动者有休息的权利。”休息权是指劳动者在享受劳动权的过程中,为保护身体健康、提高劳动效率,根据国家法律和制度的有关规定而享有的休息和休养权利。为了使宪法所规定的休息权落到实处,劳动法第36条规定:“国家实行劳动者每日工作时间不超过八小时、平均每周工作时间不超过四十四小时的工时制度。”第38条规定:“用人单位应当保证劳动者每周至少休息一日。”第40条规定:“用人单位在下列节日期间应当依法安排劳动者休假:(一)元旦;(二)春节;(三)国际劳动节;(四)国庆节;(五)法律、法规规定的其他休假节日。”

(四)获得物质帮助的权利

宪法第45条第1款第1句规定:“中华人民共和国公民在年老、疾病或者丧失劳动能力的情况下,有从国家和社会获得物质帮助的权利。”物质帮助权,是公民因失去劳动能力或者暂时失去劳动能力而不能获得必要的物质生活资料时,有从国家和社会获得生活保障的一种权利。主要包括:老年人的物质帮助权;患疾病公民的物质帮助权;丧失劳动能力的公民的物质帮助权;等等。

六、文化教育权利

文化教育权利是公民根据宪法的规定,在教育和文化领域享有的权利和自由。公民的社会经济权利(财产权和继承权除外)、文化教育权利都属于公民的积极受益权,即公民可以积极主动地向国家提出请求、国家也应积极予以保障的权利。

(一)受教育的权利

宪法第46条第1款规定:“中华人民共和国公民有受教育的权利和义务。”公民享有受教育的权利和义务,是指公民有在国家和社会提供的各类学校和机构中学习文化科学知识的权利,有在一定条件下依法接受各种形式的教育的义务。其基本内容包括:学龄前儿童有接受学前教育的机会;适龄儿童有接受初等教育的权利和义务;公民有接受中等教育、职业教育和高等教育的权利和机会;成年人有接受成人教育的权利;公民有从集体经济组织、国家企业事

业组织和其他社会力量举办的教育机构接受教育的机会;就业前的公民有接受必要的劳动就业训练的权利和义务。

(二)进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由

宪法第47条规定:“中华人民共和国公民有进行科学研究、文学艺术创作和其他文化活动的自由。”科学研究自由,是指我国公民在从事社会科学和自然科学研究时,有选择科学研究课题、研究和探索问题、交流学术思想、发表个人学术见解的自由。为了保障公民上述自由权利的实现,宪法第47条规定:“国家对于从事教育、科学、技术、文学、艺术和其他文化事业的公民的有益于人民的创造性工作,给予鼓励和帮助。”

新华考资

七、监督权和获得赔偿权

(一)监督权

所谓监督权,是指宪法赋予公民监督国家机关及其工作人员的活动的权利,其内容包括批评建议权、控告检举权和申诉权。宪法第41条第1款规定:“中华人民共和国公民对于任何国家机关和国家工作人员,有提出批评和建议的权利;对于任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关国家机关提出申诉、控告或者检举的权利,但是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害。”公民行使监督权的界限是不得捏造或者歪曲事实进行诬告陷害,否则要承担相应的责任。

为了保障公民监督权的有效行使,宪法第41条第2款规定:“对于公民的申诉、控告或者检举,有关国家机关必须查清事实,负责处理。任何人不得压制和打击报复。”同时,我国刑法和其他法律也都规定了对公民监督权行使的保护。

1. 批评、建议权。批评权是指公民有对国家机关和国家工作人员工作中的缺点和错误提出批评意见的权利。建议权则指公民有对国家机关和国家工作人员的工作提出合理化建议的权利。我国公民可以通过新闻报刊、来信来访、座谈讨论会等多种形式和途径行使批评、建议权。批评、建议权的行使对于防止官僚主义、提



高国家机关工作效率有着重要意义。

2. 控告、检举权。控告是指公民对任何国家机关和国家工作人员的违法失职行为,有向有关机关进行揭发和指控的权利。检举权是指公民对于违法失职的国家机关和国家工作人员,有向有关机关揭发事实、请求依法处理的权利。两者的共通之处在于:都是同违法失职行为作斗争。其区别有二:一是控告人通常是直接受到不法侵害的人,而检举人则不一定与事件有直接关系;二是控告是为了保护自己的权益而要求对违法失职行为进行处理,检举则多为出于正义感和维护公共利益的目的。

3. 申诉权。申诉权是指公民的合法权益因行政机关或司法机关作出错误的、违法的决定或裁判,或者因国家工作人员的违法失职行为而受到侵害时,有向有关机关申述理由、要求重新处理的权利。

2005年1月5日,国务院通过了修改的《信访条例》。该条例将保护信访人权利确立为信访工作的基本原则。条例所称信访,是指公民、法人或者其他组织采用书信、电子邮件、传真、电话、走访等形式,向各级人民政府、县级以上人民政府工作部门反映情况,提出建议、意见或者投诉请求,依法由有关行政机关处理的活动。这是公民行使的监督权的一种形式。《信访条例》是对宪法保护的公民监督权的具体化,有利于公民的监督权通过信访制度落到实处,有利于发挥公民参与国家政治生活、国家事务管理过程中的作用,同时对公民维护自身合法权益具有重要意义。

(二) 获得赔偿权

获得赔偿权是指公民的合法权益因国家机关或者国家机关工作人员违法行使职权而受到侵害的,公民有要求国家赔偿的权利。宪法第41条第3款规定:“由于国家机关和国家工作人员侵犯公民权利而受到损失的人,有依照法律规定取得赔偿的权利。”目前我国的国家赔偿分为行政赔偿和司法赔偿或冤狱赔偿两种形式。1989年4月七届全国人大二次会议通过的行政诉讼法规定了行政赔偿的原则和制度。1994年5月八届全国人大七次会议通过《国家

赔偿法》,使公民的这一宪法权利得到了切实的保障,2010年4月29日第十一届全国人大常委会第十四次会议对该法作出较大幅度修改,在归责原则方面,对之前采取的严格的违法原则作了重要调整,扩大了赔偿的范围。2012年10月26日,第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十九次会议《关于修改〈中华人民共和国国家赔偿法〉的决定》第二次修正。修改后的国家赔偿法第2条第1款规定:“国家机关和国家机关工作人员行使职权,有本法规定的侵犯公民、法人和其他组织合法权益的情形,造成损害的,受害人有依照本法取得国家赔偿的权利。”现行国家赔偿法还首次明确,致人精神损害、造成严重后果的,赔偿义务机关应当支付“精神损害抚慰金”。国家赔偿法第33条规定:“侵犯公民人身自由的,每日赔偿金按照国家上年度职工日平均工资计算。”

示例

根据《宪法》和有关法律的规定,下列哪些选项

是不正确的?(2012年试卷一第63题)

- A. 生命权是我国宪法明确规定的公民基本权利
- B. 监督权包括批评建议权、控告检举权和申诉权
- C. 《宪法》第43条第1款规定,中华人民共和国公民有休息的权利
- D. 受教育既是公民的权利也是公民的义务

【参考答案及简要提示】AC。我国宪法规定了公民的人身自由,但没有明确规定生命权。《宪法》第43条规定,“中华人民共和国劳动者有休息的权利”,休息权享有的主体是劳动者,而不是全体的公民。我国宪法规定受教育既是公民的权利又是公民的义务,具有同样规定的还有劳动。

第三节 我国公民的基本义务

根据宪法的规定,我国公民的基本义务包括:

新华考资
www.xhkedu.com

一、维护国家统一和民族团结

宪法第52条规定：“中华人民共和国公民有维护国家统一和全国民族团结的义务。”国家统一和民族团结是我国社会主义革命和建设取得胜利的根本保证，也是推进改革开放、建设有中国特色社会主义的根本前提。因此，全体公民必须自觉维护国家的统一和各民族的团结，坚决反对任何分裂国家和破坏民族团结的行为。维护国家统一是指维护国家的主权独立和领土完整。任何人都不能以任何方式分裂国家、接受外国势力支配、割让领土、服从外国势力或要求外国干涉中国内政，必须坚决反对外来侵略或危害国家政权和安全的行为。维护民族团结的义务是指每个公民都有责任维护各民族间的平等、团结和互助关系，同一切破坏民族团结和制造民族分裂的言行作斗争。全国各族人民都把维护民族团结作为自己的崇高责任，任何人都不得以任何形式制造民族矛盾和民族冲突。

二、遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德

宪法第53条规定：“中华人民共和国公民必须遵守宪法和法律，保守国家秘密，爱护公共财产，遵守劳动纪律，遵守公共秩序，尊重社会公德。”我国宪法和法律是全国各族人民意志和利益的集中体现，是保护人民、打击敌人、促进社会主义现代化建设顺利发展的保障。因此，维护宪法和法律的尊严是每个公民对国家和社会应尽的神圣职责。国家秘密关系到国家的安全和利益，因而严守国家秘密是关系到国家安危的大事。公共财产是巩固国家政权，使国家日益繁荣富强的物质基础，因而所有公民都必须爱惜和维护国家和集体的财产。公民遵守劳动纪律，对于保证社会化大生产的正常进行，提高劳动效率，保护劳动者的生产安全具有重要意义。公共秩序和社会公德也是保证人民正常生活和工作，谋求社会正常运行的重要条件，因此遵守公共秩序和尊重社会公德是公民的基本

义务。

2010年4月，十一届全国人大常委会第二次会议对《保守国家秘密法》做出修改。根据该法，法律、行政法规规定公开的事项，应当依法公开。保密法将国家秘密的密级分为绝密、机密、秘密三级。在保密期限方面，“除另有规定外，绝密级不超过三十年，机密级不超过二十年，秘密级不超过十年”。保密期限已满的自行解密，延长保密期限应当在原保密期限届满前重新确定保密期限。保密法还规定：“国家秘密受法律保护。”“任何危害国家秘密安全的行为，都必须受到法律追究”。

三、维护祖国的安全、荣誉和利益

宪法第54条规定：“中华人民共和国公民有维护祖国的安全、荣誉和利益的义务，不得有危害祖国的安全、荣誉和利益的行为。”国家安全是中国公民生产生活、安居乐业的必要条件；国家的荣誉也就是国家和民族的尊严；国家的利益则是相对于外国国家利益的国家整体利益。毫无疑问，如果国家安全得不到维护，公民的工作和生活也就无法正常进行；国家的荣誉和利益受到破坏也就是中国人自己的荣誉和利益受到损害。

四、保卫祖国、依法服兵役和参加民兵组织

宪法第55条规定：“保卫祖国、抵抗侵略是中华人民共和国每一个公民的神圣职责。依照法律服兵役和参加民兵组织是中华人民共和国公民的光荣义务。”国家主权独立、领土完整是我国现代化建设和其他事业能够顺利进行的关键，它不仅关系到祖国的前途和命运，而且关系到人民生活的安定和幸福。因此，保卫祖国、依法服兵役和参加民兵组织是每一个公民的崇高职责。

根据宪法、兵役法、国防法和国防动员法的规定，依法服兵役的主体是中华人民共和国公民，外国人不能成为服兵役义务的主体。我国实行义务兵与志愿兵相结合、民兵与预备役相结合的兵役制度。兵役法根据服兵役主体的不同特点，对服兵役作了具体规定：(1)不得

新华考资

www.xhkdz.com



服兵役。依法被剥夺政治权利的人没有服兵役的资格。(2)不征集服兵役。应征公民被羁押,正在受侦查、起诉、审判的,或者被判处徒刑、拘役、管制在服刑的,不征集。(3)缓征。应征公民是维持家庭生活的唯一劳动力或者是正在全日制学校就学的学生,可以缓征。根据兵役法第12条的规定,每年12月31日以前年满18周岁的男性公民,应当被征集服现役。当年未被征集的,在22周岁以前仍可以被征集服现役,普通高等学校毕业生的征集年龄可以放宽至24周岁。根据国防法第50条的规定,各级兵役机关和基层人民武装机构应当依法办理兵役工作,按照国务院和中央军事委员会的命令完成征兵任务,保证兵员质量。

依法服兵役义务作为公民的基本义务,具有法律性质,即不履行服兵役义务要承担法律责任。兵役法规定,有服兵役义务的公民拒绝、逃避兵役登记的,应征公民拒绝、逃避征集的,预备役人员拒绝、逃避军事训练的,经教育不改,基层人民政府应当强制其履行兵役义务。在国防活动中,公民一方面要履行法律规定的义务,另一方面也享有相应的权利。如国防法第54条规定:“公民和组织有对国防建设提出建议的权利,有对危害国防的行为进行制止或者检举的权利。”

五、依法纳税

宪法第56条规定了公民依照法律纳税的义务。

1. 纳税义务的概念与特征。纳税义务是指纳税义务人依法向税收部门按一定比例缴纳税款的义务。纳税的基本特征是:(1)无偿性。纳税是无偿的,是国家单方面向纳税人征收的,无需返还。(2)固定性。纳税是一种法律行为,纳税主体与具体税率是由法律明确规定的。(3)强制性。纳税是一种法律义务,是每一个公民必须履行的,不履行义务要承担法律责任。(4)平衡性。根据税收法定的原则,是否纳税和纳税多少应考虑社会成员的纳税能力。合理的税收可以调节个人收入的分配水平,在一定程度上缓解收入分配不公的矛盾,从而达到稳定

社会和巩固国家政权的目的。

2. 纳税义务的意义。纳税是现代社会中公民的基本义务。各国宪法普遍规定公民的纳税义务。税收是政府的主要财政来源,是国家进行宏观调控的重要经济杠杆。在现代社会中,政府充当各种角色,有关公共事务的开支只能由政府提供,但政府不直接创造财富,只能通过税收把一部分公民的钱款汇集起来,形成足够的财力;纳税体现公平原则,有利于合理调节个人收入差距,有利于调节经济运行。税收作为国家进行宏观调控的经济杠杆,有利于稳定和调节经济运行,贯彻负担公平原则,所得多者多征,所得少者就少征。

3. 纳税义务主体。根据宪法的规定,中华人民共和国公民有纳税的义务,即成为纳税义务主体。从广义上说,纳税义务主体中既包括自然人,又包括法人。由于征税实际上是一种公权力的行使,因此外国人在我国拥有财产时,也应按照税法的有关规定纳税。但依照我国有关法律的规定,应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得可免纳个人所得税。

4. 纳税义务的内容。随着社会主义市场经济的发展,税收越来越成为国家财政的主要来源,税收占财政的比重越来越大。因此,提高全民的纳税意识、完善税收法规是市场经济发展的重要内容。

纳税义务首先要贯彻纳税平等与公平原则。个人所得税以个人所得为征税对象,要真实地体现个人的纳税能力。要按照公民实际纳税能力来确定具体纳税的数额。国家在确定公民纳税义务时,要保证税制的科学合理和税收负担的公平;既要保证国家财政需要,又要考量纳税人的实际承受能力。

纳税是一种法律行为,要体现税收法定原则。纳税义务具有双重性:一方面纳税是国家财政的重要来源,具有形成国家财力的属性;另一方面纳税义务具有防止国家权力侵犯其财产权的属性。与纳税义务相对应的国家权力是课税权。由于纳税直接涉及公民个人财产权的保护问题,因此依法治税是保护公民财产权的重

要保证。

5. 纳税义务与纳税权利。在现代社会中纳税是公民应该履行的一项基本义务。纳税义务的履行,实际上为纳税人带来相应的权利。从某种意义上说,纳税义务的履行是纳税者享有权利的基础与条件。纳税者有权享受政府提供的各种公共和服务设施,如医疗、教育、社会安全、法律保障、交通等,并有权要求政府积极改善这些条件并提供优质服务。另外,纳税者有权利了解、监督税款的使用情况,进而监督政府工作。从政府角度讲,应通过各种途径公开国家税款的使用情况,为纳税者了解政府使用税款的情况提供各种条件。

六、其他方面的基本义务

除上述基本义务之外,我国宪法还规定了劳动的义务、受教育的义务、夫妻双方计划生育的义务、父母抚养教育未成年子女的义务、成年子女赡养扶助父母的义务等。这些义务既具有社会伦理与道德的性质,同时也具有一定的法律性质。

新华考资

【本章主要法律规定】

1. 宪法“总纲”、“公民的基本权利”

2. 国家赔偿法

公民的基本权利是宪法最重要的内容之一,具有理论性强的特点。

1. 平等权要求禁止差别对待,但允许合理差别。

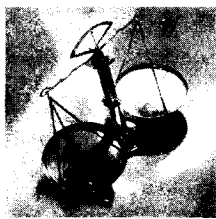
2. 政治权利和自由是公民依法享有的参加国家政治生活的权利和自由。包括选举权和被选举权以及言论、出版、集会、结社、游行和示威自由。

3. 人身自由主要指公民的身体不受非法侵犯,也包括生命权、人格尊严、住宅不受侵犯、通信自由和通信秘密。

4. 社会经济权利包括财产权、劳动权、劳动者休息的权利以及获得物质帮助的权利。征收和征用是国家为了公共利益对公民的私有财产进行限制的形式,但征收是所有权的转移,征用是使用权的改变。

5. 公民的社会经济权利(财产权和继承权除外)、文化教育权利都属于积极受益权,即公民可以积极主动地向国家提出请求、国家也应积极予以保障的权利。

本章难点在于对基本权利性质的把握,要结合宪法文本和相关法律规定分析宪法案例、宪法事例或法条。相对而言,公民义务部分比较清晰明确。



宪法



第一节 国家机构概述

一、国家机构的概念和分类

国家机构是国家为实现其职能而建立起来的一整套有机联系的国家机关的总和。其特点是：(1)阶级性。国家是阶级矛盾不可调和的产物；作为国家组成要素及其存在形式的国家机构，其本质取决于国家的本质。(2)历史性。国家机构不是从来就有的，也不是永远存在的。在不同历史时期的国家，国家机构的组织、活动、职能是不一样的，并随着国家的发展变迁而变化。(3)强制性。国家机构的某些组成部分本身即是暴力机关，如警察、监狱，有的国家机关则以国家强制力作为坚强后盾。(4)组织性。国家机关的建立、活动以及国家机关之间的相互关系均依据一定的原则和程序，不同层次的国家机关、同一层次的不同国家机关、国家机关的整体与组成部分构成有机的系统。

根据我国宪法，我国国家机构从行使权力的属性来看，可分为国家权力机关、国家主席、国家行政机关、国家军事机关、国家审判机关和检察机关；从行使权力的范围看，可分为中央国家机关和地方国家机关。

二、我国国家机构的组织和活动原则

(一)民主集中制原则

宪法第3条第1款规定：“中华人民共和国的国家机构实行民主集中制的原则。”民主集中制是一种民主与集中相结合的制度，是指在民主基础上的集中和在集中指导下的民主的结合。从民主的角度说，发扬民主的过程是由多数人决定问题的过程；从集中的角度说，实行集中的过程也是汇集多数人意见的过程。民主与集中的运用方式和程序虽然有所不同，但它们的实质都是服从多数人的意见。因此，民主集中制实质上就是社会主义的民主制，是社会主义民主制的一种独特运用方式。

根据宪法的规定，我国国家机构贯彻民主集中制原则主要体现在以下几个

方面:第一,在国家机构与人民的关系方面,体现了国家权力来自人民,由人民组织国家机构。宪法第2条第1、2款规定:“中华人民共和国的一切权力属于人民。人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会。”第3条第2款规定:“全国人民代表大会和地方各级人民代表大会都由民主选举产生,对人民负责,受人民监督。”第二,在同级国家机构中,国家权力机关居于主导地位。宪法第3条第3款规定:“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”第三,在中央与地方国家机构的关系方面,“中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则”。第四,在国家机关内部,无论是实行合议制的国家机关,还是实行首长负责制的国家机关,在作出决策和决定时,都在不同程度上实行民主集中制。

(二)社会主义法治原则

有法可依、有法必依、执法必严、违法必究是社会主义法治原则的基本要求。国家机构贯彻社会主义法治原则,就是指国家机构在组织和活动中必须依法办事,不以领导人的个人意志为转移,也不能以政策代替法律。宪法第5条规定:“国家维护社会主义法制的统一和尊严。一切法律、行政法规和地方性法规都不得同宪法相抵触。一切国家机关……都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为,必须予以追究。任何组织或者个人都不得有超越宪法和法律的特权。”由此可见,国家机构贯彻社会主义法治原则是由宪法明确规定的。具体说来,第一,所有国家机关的设立都必须有宪法和法律依据,防止任意因人因事设立机构;第二,所有国家机关的职权都应有法律依据,国家机关只能行使宪法和法律赋予的属于本机关的职权,既不能滥用也不能失职;第三,一切国家机关的工作程序必须符合法律的要求,工作效果也必须符合法律规范;第四,任何国家机关违反宪法和法律的行为,都必须予以纠正,并依法追究相应的法律责任。

(三)责任制原则

宪法第27条明确规定了国家机关实行工作责任制的原则,要求国家机关及其工作人员无论是行使职权,还是履行职务,都必须对其产生的后果负责。在我国,权力和责任紧密相连且相互统一,因此既不存在没有权力的责任,也不存在没有责任的权力。根据宪法的规定,我国国家机构贯彻责任制原则表现在:各级人民代表大会都要向人民负责,每一代表都要受原选举单位的监督,它们可以随时罢免自己所选出的代表;国家行政机关、审判机关和检察机关等则依法向同级人民代表大会及其常务委员会负责。

同时,责任制原则基于国家机关行使国家权力的性质的不同而具体表现为集体负责制和个人负责制两种形式。集体负责制是指由全体组成人员集体讨论,并且按照少数服从多数的原则作出决定,集体承担责任的一种体制。集体组织中每个成员的地位和权利平等。各级人民代表大会及其常务委员会、人民法院和人民检察院等是实行集体负责制的机关。集体负责制能够集思广益,充分发挥集体的智慧和作用,避免主观性、片面性,而且还可以避免国家权力过多地集中于个人或者极少数人手中,防止独断专行和个人决定重大问题。

个人负责制是指由首长个人决定问题并承担相应责任的领导体制。在我国,国务院及其各部、委,中央军委以及地方各级人民政府等都实行个人负责制。个人负责制的特点是权责界限明确,果断迅速,讲究效率,因而适合于国家行政机关和军事机关的性质和工作特点。同时,贯彻个人负责制的国家机关大多是执行机关,而且在执行过程中并不排斥在民主基础上的集体讨论。

(四)密切联系群众,为人民服务原则

宪法第27条第2款规定:“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持,经常保持同人民的密切联系,倾听人民的意见和建议,接受人民的监督,努力为人民服务。”

在我国,国家的一切权力属于人民,人民是国家的主人。与人民主人翁地位相对称的是国家机关及其工作人员,他们是人民的公仆。国家工作人员在思想上应能够认识国家权力来自



于人民的授予,树立密切联系群众、一切为人民服务的意识。在具体活动中表现为:第一,国家机关作为制定和执行国家法律、法规、政策的机关,其一切工作都要从最大多数人的最高利益出发,为人民的根本利益服务。第二,国家机关及其工作人员在自己的工作中必须认真贯彻“从群众中来,到群众中去”的工作方法,密切联系群众,倾听他们的意见和要求,尊重他们的主人翁地位和首创精神,确立为人民服务的具体办法和措施,不断取得人民的信任和支持。第三,要开辟各种途径,广泛地吸引人民群众参加国家管理,这既是我国政权本质的要求,也是贯彻群众路线的重要形式和有效方法。

(五)精简和效率原则

宪法第27条第1款规定:“一切国家机关实行精简的原则……实行工作人员的培训和考核制度,不断提高工作质量和工作效率,反对官僚主义。”国家机构是否精简,直接影响着工作效率。因此,推行国家机构改革,克服官僚主义,做到廉政、勤政,提高工作质量和效率,是精简和效率原则的基本要求。

第二节 全国人民代表大会

新华考资

www.xhkedu.com

一、全国人民代表大会

(一)全国人大的性质和地位

宪法规定,“中华人民共和国的一切权力属于人民”,“人民行使国家权力的机关是全国人民代表大会和地方各级人民代表大会”,“全国人民代表大会是最高国家权力机关”,“全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会行使国家立法权”。这些表明了全国人大的性质和地位,即最高国家权力机关和最高国家立法机关。

全国人大代表人民统一行使国家最高权力,集中代表全国各族人民的意志和利益,行使国家的立法权,决定国家生活中的重大问题。

从国家机关之间的分工和法律地位来说,全国人大在我国国家机构体系中居于首要地位,其他任何国家机关都不能超越于全国人大之上,也不能和它相并列。全国人大及其常委会通过的

法律和决议,其他国家机关都必须遵照执行。

(二)全国人大的组成和任期

根据宪法和法律规定,全国人大由省、自治区、直辖市、特别行政区和军队选出的代表组成。全国人大代表的名额总数不超过3000名,由全国人大常委会确定各选举单位代表名额比例的分配。港澳地区全国人大代表的名额和代表产生办法由全国人大另行规定。省、自治区、直辖市应选全国人大代表的名额,由全国人大常委会根据各省、自治区、直辖市的人口数,按照每一代表所代表的城乡人口数相同的原则,以及保证各地区、各民族、各方面都有适当数量代表的要求进行分配。各少数民族在全国人民代表大会中都应当有适当名额的代表,人口特少的民族至少应有代表1人。

全国人大行使职权的法定期限即每届任期为5年。在任期届满前的2个月以前,全国人大常委会必须完成下届全国人大代表的选举工作。如果遇到不能进行选举的非常情况,由全国人大常委会以全体委员2/3以上的多数通过,可以推迟选举,延长本届全国人大的任期;但在非常情况结束后1年以内,全国人大常委会必须完成下届全国人大代表的选举。

(三)全国人大的职权

根据宪法的规定,全国人民代表大会行使下列职权:

1. 修改宪法、监督宪法实施。宪法是国家根本法,它的修改举足轻重,这个权力只能由全国人大行使。宪法规定,宪法的修改由全国人大常委会或者1/5以上的全国人大代表提议,并由全国人大以全体代表的2/3以上的多数通过。1982年宪法颁布实施以来,全国人大根据客观现实生活的发展变化,已经于1988年、1993年、1999年、2004年进行了四次修改。

宪法颁布以后最关键的问题在于实施。为了保证宪法得到贯彻执行,必须加强对宪法实施的监督。

2. 制定和修改基本法律。基本法律是根据宪法由全国人大制定的法律,包括刑法、刑事诉讼法、民法、民事诉讼法、选举法、民族区域自治法、特别行政区基本法,等等。由于这些法律

涉及整个国家生活,关系到全国各族人民的根本利益,因此必须由全国人大来行使这些法律的制定权和修改权。至于上述基本法律以外的其他法律则由全国人大常委会制定和修改,但常委会要受全国人大的监督,全国人大有权改变或者撤销常委会不适当的决定。

3. 选举、决定和罢免国家机关的重要领导人。全国人大有权选举全国人大常委会委员长、副委员长、秘书长和委员,选举中华人民共和国主席、副主席,中央军事委员会主席,最高人民法院院长,最高人民检察院检察长;有权根据国家主席的提名决定国务院总理的人选,根据国务院总理的提名决定国务院副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长和秘书长的人选;根据中央军事委员会主席的提名决定中央军事委员会副主席和委员的人选。对于上述人员,全国人大有权依照法定程序予以罢免。按照法律规定,罢免案必须由全国人大主席团或者3个以上的代表团或者1/10以上的代表提出,由主席团提请大会审议,并经全体代表的过半数同意,才能通过。

4. 决定国家重大问题。全国人大有权审查和批准国民经济和社会发展规划以及计划执行情况的报告;审查和批准国家预算和预算执行情况的报告;批准省、自治区和直辖市的建置;决定特别行政区的设立及其制度;决定战争与和平问题,等等。

5. 最高监督权。全国人大有权监督由其产生的国家机关的工作。全国人大常委会、国务院、最高人民法院和最高人民检察院必须对全国人大负责并报告工作。中央军事委员会须对全国人大负责。全国人大有权改变或者撤销全国人大常委会不适当的决定。必要时,可以组成特定问题调查委员会,以便对国家生活中的重大问题监督。

6. 其他应当由它行使的职权。宪法规定,全国人大有权行使“应当由最高国家权力机关行使的其他职权”。鉴于国家政治经济社会生活的复杂性,宪法不可能完全列举全国人大的职权,而国家的一些重大问题又必须由全国人大处理,因此,宪法赋予全国人大行使作为最高

国家权力机关应当行使的其他职权。例如,为了保障经济体制改革和对外开放工作的顺利进行,1985年4月10日六届全国人大三次会议通过决定,授权国务院对于有关经济体制改革和对外开放方面的问题,必要时可以根据宪法,在同有关法律和全国人大及其常委会的有关决定的基本原则不相抵触的前提下,制定暂行规定的规定或者条例,颁布实施,并报全国人大常委会备案。经过实践检验,条件成熟时由全国人大或者全国人大常委会制定法律。

示例

关于全国人大职权,下列哪些说法是正确的?(2010年试卷一第64题)

- A. 选举国家主席、副主席
- B. 选举国务院总理、副总理
- C. 选举最高人民法院院长、最高人民检察院检察长
- D. 决定特别行政区的设立与建置

【参考答案及简要提示】AC。解答本题的关键在于明确全国人民代表大会作为最高国家权力机关,其权力的行使有直接决定和间接决定之分。直接决定就是宪法文本中所言的“选举”,对象包括:国家主席、副主席,中央军事委员会主席,最高人民法院院长,最高人民检察院检察长。间接决定即宪法文本中所言的“决定”,指经过国家主席或者国务院总理的提名决定相关人选,对象包括:国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长等。很多考生容易将直接决定的“选举”与间接决定的“决定”混淆,最终导致错误的结论。

(四)全国人大的会议制度和工作程序

全国人大开展工作的主要方式是举行会议。根据宪法的规定,全国人大会议每年举行一次。如果全国人大常委会认为有必要或者1/5以上的全国人大代表提议,可以临时召集。全国人大会议均由全国人大常委会召集,每届全国人大第一次会议在本届全国人大代表选举完成的两个月内,由上届全国人大常委会召集,以后的历次会议均由本届常务委员会负责



全国人大常委会是全国人大的常设机关,是最高国家权力机关的组成部分,是行使国家立法权的机关。全国人大常委会对全国人大负责并报告工作,接受其监督;在全国人大闭会期间,国务院、最高人民法院、最高人民检察院对全国人大常委会负责并报告工作。全国人大常委会通过的决议、制定的法律,其他国家机关和全国人民都必须遵守执行。

(二)全国人大常委会的组成和任期

全国人大常委会由委员长、副委员长若干人、秘书长和委员若干人组成。这些组成人员必须是全国人大代表,并由每届全国人大第一次会议选举产生。为了保证全国人大常委会顺利开展工作,集中精力搞好常务委员会的本职工作,宪法规定,全国人大常委会的组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。而且自十届全国人大起,全国人大常委会还增设了若干专职委员。同时,宪法还规定,在全国人大常委会的组成人员中,应当有适当名额的少数民族代表。这一规定充分体现了民族平等原则,有利于反映各族人民的利益和愿望,巩固民族团结,促进各民族的共同繁荣。全国人大常委会的任期与全国人大相同,即5年。但全国人大常委会与全国人大在任期结束的时间上又略有不同。下届全国人大第一次会议开始时,上届全国人大的任期即告结束。但上届全国人大产生的常委会,则须在下届全国人大常委会产生后,才能结束任期。它要负责召集下一届全国人大第一次会议。这样才能使全国人大的工作衔接起来,不致因为交接而中断。常委会的委员长、副委员长、秘书长和委员连选连任。但现行宪法规定,委员长、副委员长连续任职不得超过两届。

(三)全国人大常委会的职权

现行宪法对全国人大常委会职权的规定,较之以往有所扩大,使常委会的地位进一步加强。根据现行宪法的规定,全国人大常委会的职权主要有以下几个方面:

召集。

全国人大的会议形式主要有预备会议、全体会议和小组会议等。首先是由全国人大常委会主持召集预备会议,选举产生本次大会主席团和秘书长,讨论本次会议的议程以及其他准备事项。预备会议后,全国人大便由主席团正式主持全体会议。在全体会议期间,根据需要举行小组会议,审议和讨论有关事项。全体会议一般公开举行,在必要时经主席团和各代表团团长会议决定,可以举行秘密会议。

全国人民代表大会会议期间,国务院的组成人员,中央军委的组成人员,最高人民法院院长和最高人民检察院检察长列席会议。其他国家机关、团体的负责人,经主席团决定也可以列席会议。

全国人大通过法律案以及其他议案要经过以下四个阶段:第一,提出议案。根据全国人大组织法和《全国人民代表大会会议事规则》,全国人民代表大会主席团,全国人大常委会,全国人大各专门委员会,国务院,中央军事委员会,最高人民法院,最高人民检察院,以及一个代表团或者30名以上的代表联名,可以向全国人大提出属于全国人大职权范围内的议案。第二,审议议案。对国家机关提出的议案,由主席团决定交各代表团审议,或者并交有关专门委员会审议,提出报告,再由主席团审议决定提交大会表决;对代表团和代表提出的议案,则由主席团审议决定是否列入大会议程,或者先交有关专门委员会审议,提出是否列入大会议程的意见,再决定是否列入大会议程。第三,表决通过议案。议案经审议后,由主席团决定提交大会表决,并由主席团决定采用无记名投票方式、举手表决方式或其他方式通过。宪法规定,宪法修正案由全国人民代表大会全体代表2/3以上的多数通过;法律和其他议案由全国人民代表大会全体代表过半数通过。第四,公布法律、决议。法律议案通过后即成为法律,由中华人民共和国主席以发布命令的形式加以公布;选举结果及重要议案,由全国人民代表大会主席团以公告公布或由国家主席以命令形式公布。

1. 解释宪法,监督宪法的实施。宪法和其他普通法律一样,为了正确理解、准确执行,必要时需要作出具有法律效力的解释,即对宪法条文的含义、内容和界限进行说明。但宪法是根本法,对它的解释权只能由特定的有权威的国家机关来行使。而解释宪法与监督宪法的实施又有着密切的联系。根据宪法规定,全国人大及其常委会都有权监督宪法的实施。

2. 根据宪法规定的范围行使立法权。全国人大常委会有权制定除由全国人大制定的基本法律以外的其他法律,并且在全国人大闭会期间,对全国人大制定的基本法律有权进行部分修改和补充,但是不得同该法律的基本原则相抵触。

3. 解释法律。全国人大常委会所解释的法律,并不限于它自己所制定的法律,也包括由全国人大制定的法律。因为全国人大常委会是全国人大的常设机关,它了解全国人大的立法意图,能作出准确的解释。但这里必须明确的是,全国人大常委会解释法律,指的是对于那些法律条文本身需要进一步明确界限或作补充规定的解释。

4. 审查和监督行政法规、地方性法规的合宪性和合法性。国务院制定的行政法规必须服从于宪法和法律;省、自治区、直辖市的国家权力机关制定的地方性法规,也不得同宪法、法律和行政法规相冲突。这是维护社会主义法制统一的基本保证。因此,全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令;有权撤销省、自治区、直辖市的国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议。

5. 对国民经济和社会发展规划、国家预算部分调整方案和国家决算的审批权,审议审计工作报告。宪法和各级人民代表大会常务委员会监督法(简称监督法)规定,在全国人大闭会期间,全国人大常委会有权审查和批准国民经济和社会发展规划以及国家预算在执行过程中所必须作的部分调整方案,国务院需向全国人大常委会报告本年度上一阶段国民经济和社会发展规划、预算的执行情况。全国人大常委会有权审查和批准国家决算草案,在每年审查和

批准决算的同时,还有权听取和审议国务院提出的审计机关关于上一年度国家预算执行和其他财政收支的审计工作报告。

6. 监督国家机关的工作。国务院、中央军事委员会、最高人民法院和最高人民检察院都由全国人大产生,根据宪法的规定,分别行使国家的各项权力。因此,它们都必须向全国人大负责并接受它的监督。但是,监督这些机关是一项经常性的日常工作,因此,宪法规定,在全国人大闭会期间,由全国人大常委会行使监督权。全国人大常委会行使监督权的具体形式有四种:一是在全国人大常委会会议期间,常委会组成人员有10人以上联名就可以向国务院及其各部委、最高人民法院、最高人民检察院提出书面的质询案;二是全国人大常委会每年选择若干关系改革发展稳定大局和群众切身利益、社会普遍关注的重大问题,有计划地安排听取和审议国务院、最高人民法院和最高人民检察院的专项工作报告;三是全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、决定和命令;四是开展对法律实施的检查。监督法第31条规定,最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释,应当自公布之日起30日内报全国人大常委会备案。为了加强对司法解释活动的监督,监督法第32条规定,国务院、中央军事委员会和省、自治区、直辖市的人民代表大会常务委员会认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,最高人民法院、最高人民检察院之间认为对方作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人大常委会书面提出进行审查的要求,由常务委员会工作机构送有关专门委员会进行审查、提出意见。前款规定以外的其他国家机关和社会团体、企业事业组织以及公民认为最高人民法院、最高人民检察院作出的具体应用法律的解释同法律规定相抵触的,可以向全国人大常委会书面提出进行审查的建议,由常务委员会工作机构进行研究,必要时,送有关专门委员会进行审查、提出意见。

7. 决定、任免国家机关领导人员。在全国



人大闭会期间,全国人大常委会有权根据国务院总理的提名,决定部长、委员会主任、审计长、秘书长的人选;根据中央军事委员会主席的提名,决定中央军事委员会其他组成人员的人选;根据最高人民法院院长的提名,任免最高人民法院副院长、审判员、审判委员会委员和军事法院院长;根据最高人民检察院检察长的提名,任免最高人民检察院副检察长、检察员、检察委员会委员、军事检察院检察长,并且批准省、自治区、直辖市的人民检察院检察长的任免。

8. 国家生活中其他重要事项的決定权。在全国人大闭会期间,全国人大常委会有权决定批准或废除同外国缔结的条约和重要协定;决定驻外全权代表的任免;规定军人和外交人员的衔级制度和其他专门衔级制度;规定和决定授予国家的勋章和荣誉称号;决定特赦;如果遇到国家遭受武装侵犯或者必须履行国家间共同防止侵略的条约的情况,有权决定宣布战争状态;决定全国总动员和局部动员;决定全国或者个别省、自治区和直辖市进入紧急状态。

9. 全国人大授予的其他职权。例如,七届全国人大二次会议审议了国务院提请授权深圳市人大及其常委会和深圳市政府分别制定深圳经济特区法规和深圳经济特区规章的议案,决定授权全国人大常委会在深圳市依法选举产生市人大及其常委会后,对国务院提出的上述议案进行审议,作出相应决定。

(四)全国人大常委会的会议制度与工作程序

全国人大常委会主要通过举行会议、作出会议决定的形式行使职权。全国人大常委会全体会议一般每两个月举行一次,由委员长召集并主持。根据全国人民代表大会组织法,在全国人大常委会举行会议的时候,可以由各省、自治区、直辖市的人大常委会派主任或者副主任一人列席会议,发表意见。

尽管全国人大常委会是全国人大闭会期间经常行使国家权力的机关,但实际上它并不是每天都召开会议进行工作的。因此,宪法规定,由委员长、副委员长、秘书长组成委员长会议,处理全国人大常委会重要的日常工作,但委员

长会议不能代替常务委员会行使职权。

委员长会议可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案,由常务委员会会议审议。国务院,中央军事委员会,最高人民法院,最高人民检察院,全国人民代表大会各专门委员会,可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案,由委员长会议决定提请常务委员会会议审议,或者先交有关的专门委员会审议、提出报告,再决定提请常务委员会会议审议。常务委员会组成人员10人以上联名,可以向常务委员会提出属于常务委员会职权范围内的议案,由委员长会议决定提请常务委员会会议审议,或者先交有关的专门委员会审议、提出报告,再决定是否提请常务委员会会议审议;不提请常务委员会会议审议的,应当向常务委员会会议报告或者向提案人说明。审议后的议案由常委会全体会议进行表决,获得全体组成人员的半数以上方能通过。法律通过后由国家主席公布,其他决议由全国人大常委会自行公布。

全国人大常委会可以听取和审议国务院、最高人民法院和最高人民检察院的专项工作报告,国务院、最高人民法院和最高人民检察院可以向全国人大常委会要求报告专项工作。全国人大常委会组成人员对专项工作报告的审议意见交由国务院、最高人民法院或者最高人民检察院研究处理。国务院、最高人民法院或者最高人民检察院应当将研究处理情况由其办事机构送交全国人民代表大会有关专门委员会或者全国人大常委会有关工作机构征求意见后,向全国人大常委会提出书面报告。全国人大常委会认为必要时,可以对专项工作报告作出决议。

三、全国人大各委员会

全国人大审议、讨论的重大问题,涉及国家生活中的各个领域,会议提出的议案往往具有很强的专业性。而且,全国人大每年只有一次例会,每次会期一般不超过20天,对诸多问题不可能有充分的时间进行研究、讨论。因此,成立各种委员会有助于保证全国人大立法工作的质量,以便更加及时、准确地决定国家大事。这些委员会可以分为常设性委员会

新华考资

www.xhkdzu.com

和临时性委员会两大类。

(一) 常设性委员会

全国人大的常设性委员会主要是指各专门委员会。专门委员会是全国人大的辅助性的工作机构,是从代表中选举产生的、按照专业分工的工作机关。

它的任务是在全国人大及其常委会的领导下,研究、审议、拟订有关议案。各专门委员会在讨论其所属的专门问题之后,虽然也作出决议,但这种决议必须经过全国人大或者全国人大常委会审议通过之后,才具有国家权力机关所作的决定的效力。在此之前,它只是向全国人大或全国人大常委会提供审议的意见或报告。

根据宪法和全国人民代表大会组织法以及工作实践的需要,目前全国人大设有民族委员会、法律委员会、财政经济委员会、教育科学文化卫生委员会、外事委员会、华侨委员会、内务司法委员会、环境与资源保护委员会和农业与农村委员会共9个专门委员会。各委员会由主任1人、副主任和委员若干人组成。各委员会的人选由全国人民代表大会主席团在代表中提名,由大会表决决定。在全国人大闭会期间,全国人大常委会可以补充任命专门委员会的个别副主任委员和部分委员。此外,全国人大常委会可根据需要为各委员会任命一定数量的非全国人大代表的专家作委员会的顾问,列席专门委员会会议。全国人大各专门委员会每届任期与全国人大的任期相同,即5年。

根据法律的规定,各专门委员会共同的任务有下列几项:审议全国人大主席团或者全国人大常委会交付的议案;向全国人大主席团或者全国人大常委会提出属于全国人大或者全国人大常委会职权范围内同本委员会有关的议案;审议全国人大常委会交付的被视为同宪法、法律相抵触的国务院的行政法规、决定和命令,国务院各部、各委员会的命令、指示和规章,省、自治区、直辖市的人大和它的常委会的地方性法规和决议,以及省、自治区、直辖市的人大常委会交付的质询案,听取受质询机关对质询案的答复,必要时向全国人民代表大会主席团或全国人大常委会提出报告;对属于全国人大或

全国人大常委会职权范围内同本委员会有关的问题,进行调查研究,提出建议。此外,民族委员会还可以对加强民族团结问题进行调查研究,提出建议;可以审议自治区由全国人大常委会批准的自治条例和单行条例,向全国人大常委会提出报告。法律委员会统一审议向全国人大或者它的常委会提出的法律草案。

(二) 临时性委员会

临时性委员会主要是指全国人大及其常委会认为必要时,按照某项特定的工作需要组成的,对于特定问题进行调查的委员会。调查委员会的组成人员必须是全国人大代表。调查委员会无一定任期,对特定问题的调查任务一经完成,该委员会即予撤销。

示例

根据省政府制定的地方规章,省质监部门对生产销售不合格产品的某公司予以行政处罚。被处罚人认为,该省政府规章违反《产品质量法》规定,不能作为处罚依据,遂向法院起诉,请求撤销该行政处罚。关于对该省政府规章是否违法的认定及其处理,下列哪一选项是正确的?(2012年试卷一第25题)

- A. 由审理案件的法院进行审查并宣告其是否有效
- B. 由该省人大审查是否违法并作出是否改变或者撤销的决定
- C. 由国务院将其提交全国人大常委会进行审查并作出是否撤销的决定
- D. 由该省人大常委会审查其是否违法并作出是否撤销的决定

【参考答案及简要提示】D。在《立法法》中,改变或者撤销法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例、规章的权限一直是考试热点。对于A选项,我国法院无权对政府的规章进行审查并宣告其是否有效,法官在办案时发现地方性法规或行政法规与国家法律相冲突时,应中止案件审理,报告所在法院,由所在法院报告最高人民法院,由最高人民法院根据《立法法》的规定,向全国人大常委会提出审查要求,再由全国人大常委会进行审查和做



出决定(或由全国人大法律委员会和有关专门委员会审查,向法规制定机关提出审查意见,法规制定机关据此对相应法规进行修改)。对于B项和D项,本级政府制定的不适当的规章由本级人大常委会撤销,省人大常委会制定的不适当的地方性法规的改变或者撤销由本级人大决定,故选D项。

新华考资

www.xhkszedu.com

四、全国人民代表大会代表

(一)全国人大代表的权利

根据宪法和代表法等的规定,全国人大代表享有以下权利:

1. 出席全国人大会议,参加审议各项议案、报告和其他议题,发表意见。全国人大代表受人民委托,按期出席全国人大会议,并对提交给大会审议的议案进行讨论,发表意见,参与表决,参加决定国家生活中的重大问题。为便于全国人大代表行使该项权利,在全国人民代表大会每次会议召开前一个月,常务委员会必须把开会日期和建议大会讨论的主要事项通知每位代表。

2. 提出议案、质询案、罢免案等。全国人大代表有权依照宪法规定的程序向全国人民代表大会提出修改宪法的议案。全国人民代表大会组织法第10条和《全国人民代表大会组织法》第21条规定,一个代表团或者30名以上代表联名,可以向全国人大提出属于全国人大职权范围内的议案。全国人大代表对全国人大及其常委会的工作,有提出建议、意见和批评的权利;对提出的建议、意见和批评,由全国人大常委会负责落实。在全国人大会议期间,一个代表团或者30名以上代表联名,有权书面提出对国务院及其部委、最高人民法院、最高人民检察院的质询案。质询案按照主席团的决定由受质询机关答复。提出质询案的代表半数以上对答复不满意的,可以要求受质询机关再作答复。此外,全国人大代表在审议议案和报告时,可以向有关国家机关提出询问,有关部门应当派负责人到会,听取意见,回答代表提出的询问。全

国人大代表有权依照法律规定的程序提出对全国人大常委会组成人员、中华人民共和国主席和副主席、国务院组成人员、中央军事委员会组成人员、最高人民法院院长、最高人民检察院检察长的罢免案。

3. 提出对各方面工作的建议、批评和意见。全国人大代表有权对主席团提名的全国人大常委会组成人员的人选,中华人民共和国主席、副主席的人选,中央军事委员会主席的人选,最高人民法院院长和最高人民检察院检察长的人选,全国人大各专门委员会的人选,提出意见。全国人大代表有权对全国人大主席团的人选,提出意见。

4. 参加各项选举和表决。全国人大代表参加决定国务院组成人员和中央军事委员会副主席、委员的人选,参加表决通过全国人大各专门委员会组成人员的人选。

5. 信息、物质等各项保障权。全国人大常委会、国务院和最高人民法院、最高人民检察院应当及时向全国人大代表通报工作情况,提供信息资料,保障代表的知情权。全国人大代表在出席全国人大会议和执行其他属于代表职务的时候,享有国家根据实际需要给予适当的补贴和物质便利的权利。

6. 人身受特别保护权。根据宪法和全国人民代表大会组织法、代表法的规定,在全国人大开会期间,没有经过全国人大会议主席团的许可,在全国人大闭会期间,没有经过全国人大常委会的许可,全国人大代表不受逮捕或者刑事审判。如果因为全国人大代表是现行犯而被拘留的,执行拘留的公安机关必须立即向全国人大会议主席团或者全国人大常委会报告。

7. “言论免责”权。宪法规定,全国人大代表在全国人大各种会议上的发言和表决不受法律追究。全国人大的会议包括大会全体会议、小组会议、代表团会议、专门委员会会议、主席团会议、常委会全体会议和分组会议。

8. 其他权利,如参观、视察等。代表在参观或者视察工作中发现问题,可以提交有关国家机关处理,必要时可以报全国人大常委会处理。

(二)全国人大代表的义务

根据宪法和代表法等的规定,全国人大代表还必须履行如下义务:

1. 模范地遵守宪法和法律,保守国家秘密,并且在自己参加的生产、工作和社会活动中,协助宪法和法律的实施。

2. 按时出席全国人大会议,认真审议各项议案、报告和其他议题,发表意见,做好会议期间的各项工作。

3. 积极参加统一组织的视察、专题调研、执法检查等履职活动。

4. 加强履职学习和调查研究,不断提高执行代表职务的能力。

5. 与原选举单位和人民群众保持密切联系,听取和反映他们的意见和要求,努力为人民服务。全国人大代表要经常深入选民中了解他们的意愿,向选举单位和群众介绍全国人大的工作情况,等等。全国人大代表联系群众的方式和渠道很多,特别重要的有两种:一是参观和视察工作,二是参加原选举单位召开的人民代表大会。全国人大代表还应当采取多种方式经常听取人民群众对代表履职的意见,回答原选举单位对代表工作和代表活动的询问,接受监督。

6. 自觉遵守社会公德,廉洁自律,公道正派,勤勉尽责。

7. 法律规定的其他义务。

第三节 中华人民共和国主席

一、国家主席的性质和地位

中华人民共和国主席是我国国家机构的重要组成部分,对内对外代表国家,依法行使宪法规定的国家主席职权。1954年宪法规定,国家主席与全国人大常委会共同行使国家元首的职权。1975年宪法、1978年宪法均未设置国家主席。1982年宪法恢复了国家主席的设置。

二、国家主席的产生和任期

国家主席、副主席由全国人大选举产生。产生国家主席和副主席的具体程序是:首先由全国人大会议主席团提出国家主席和副主席的

候选人名单,然后经各代表团酝酿协商,再由会议主席团根据多数代表的意见确定候选人名单,最后由会议主席团把确定的候选人交付大会表决,由大会全体代表中过半数以上的代表选举通过。宪法规定:有选举权和被选举权的年满45周岁的中华人民共和国公民可以被选为中华人民共和国主席、副主席。因此,当选国家主席和副主席的基本条件有二:一是国家主席、副主席的人选,必须是有选举权和被选举权的中华人民共和国公民;二是必须年满45周岁。国家主席要以国家最高代表的身份,在国家内外事务中以国家的名义进行活动。在国际事务中,他还要以国家象征的身份代表国家的尊严和地位。这样重要的职务,不仅要求政治上、经验上、阅历上的丰富和成熟,而且还必须在国内外享有较高的声誉和威望。

国家主席、副主席的任期同全国人大每届任期相同,均为5年,连续任职不得超过两届。

三、国家主席的职权

根据宪法的规定,国家主席的职权主要有:

1. 公布法律,发布命令。法律在全国人大或全国人大常委会正式通过后,由国家主席予以颁布施行。国家主席根据全国人大常委会的决定,发布特赦令、动员令、宣布进入紧急状态、宣布战争状态等。

2. 任免国务院的组成人员和驻外全权代表。国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长,经全国人大或全国人大常委会正式确定人选后,由国家主席宣布其任职或免职。国家主席根据全国人大常委会的决定,派出或召回驻外大使。

3. 外交权。国家主席代表国家,进行国事活动,接受外国使节,接受外国使节的仪式也叫递交国书仪式。国家主席根据全国人大常委会的决定,宣布批准或废除条约和重要协定。

4. 荣典权。国家主席根据全国人大常委会的决定,代表国家向那些对国家有重大功勋的人授予荣誉奖章和光荣称号。

在我国,国家副主席的职责主要是协助国家主席工作。副主席可以受国家主席的委托,

新华考资
www.xhkzedu.com



代替执行主席的一部分职权,如代替主席接受外国使节等。副主席受托行使国家主席职权时,具有与国家主席同等的法律地位。

四、国家主席职位的补缺

现行宪法规定,国家主席缺位时,由副主席继任主席的职位;副主席缺位时,由全国人大补选;国家主席、副主席都缺位时,由全国人大进行补选;补选之前,由全国人大常委会委员长暂时代理国家主席的职位。全国人大常委会委员长代理国家主席职位时的地位与国家主席相同,所处理的各种国务具有与国家主席同等的法律效力。

第四节 国务院

一、国务院的性质和地位

中华人民共和国国务院,即中央人民政府,是最高国家权力机关的执行机关,是最高国家行政机关。首先,国务院是中央人民政府,对外以国家政府的名义活动,对内统一领导地方各级人民政府。其次,国务院是最高权力机关的执行机关,表明它从属于最高权力机关,由最高权力机关产生并对它负责和报告工作。最后,国务院是最高行政机关,表明了国务院在国家行政机关系统中处于最高领导地位。它统一领导各部、各委员会以及地方各级行政机关的工作。执行和行政表明了国务院的性质,即国务院是通过在全国范围内进行一系列的组织活动和行政管理活动,执行最高国家权力机关各项决议的国家机关。

二、国务院的组成和任期

国务院由总理、副总理若干人、国务委员若干人、各部部长、各委员会主任、审计长、秘书长组成。国务院总理根据国家主席的提名,由全国人大决定。副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长和秘书长根据国务院总理的提名,由全国人大决定。在全国人大闭会期间,全国人大常委会有权根据国务院总理的提名,变更除副总理、国务委员以外的国务院其他

组成人员。国务院总理、副总理、国务委员、各部部长、各委员会主任、审计长和秘书长的任免决定作出以后,由国家主席宣布任免。

国务院的任期与全国人大的任期相同,即每届为5年。宪法还同时规定,总理、副总理、国务委员连续任职不得超过两届。

三、国务院的领导体制

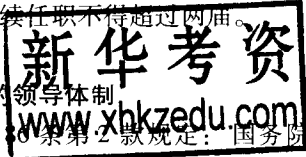
宪法第89条第2款规定:“国务院实行总理负责制。各部、各委员会实行部长、主任负责制。”

(一) 总理负责制

总理负责制是指国务院总理对其主管的工作负全部责任,与负全部责任相联系的是他对自己主管的工作有完全决定权。具体表现在:第一,领导权。国务院总理领导国务院的工作;副总理、国务委员协助总理工作,各部部长、各委员会主任负责某一方面的专门工作,他们均须向国务院总理负责。总理担负起管理全国行政事务的职责,他须向全国人大及其常委会承担行政责任。第二,提名权。国务院其他组成人员的人选由总理提名,由全国人大或全国人大常委会决定。在必要时,总理有权向全国人大或全国人大常委会提出免除他们职务的请求。第三,召集主持会议权。国务院的常务会议和全体会议由总理召集和主持,会议议题由总理确定,重大问题必须经全体会议或常务会议讨论,总理在集体讨论的基础上形成国务院的决定。第四,签署权。国务院发布的决定、命令,国务院制定的行政法规,国务院向全国人大或者全国人大常委会提出的议案,国务院任免的政府机关工作人员,均须由总理签署才有法律效力。

国务院所属各部委也实行首长负责制。各部部长、各委员会主任领导本部、委的工作并向国务院总理负行政责任,部长和主任召集和主持部务会议或委员会会议并就重大问题作出决定,副部长、副主任协助部长、主任进行工作并向部长或主任负行政责任。

国务院实行总理负责制是由国务院的性质和任务决定的。国务院的性质是行政机关,行政机关的任务是执行国家权力机关的决定。权



力机关在决定问题时,必须采取会议制的形式,实行少数服从多数的原则。而行政机关在执行权力机关的决定时,则需要高度的集中指挥,才能提高工作效率,及时地处理各种繁杂的事务。如果行政机关也采取少数服从多数的原则,势必影响工作效能。所以行政机关虽然也有会议制度,却应由行政首长对执行问题作出最后决断。加之,国务院执行的法律和决议本身是全国人大及其常委会在集体讨论的基础上,即在民主的基础上通过的,因此,这种总理负责制并不违背民主集中制原则。根据宪法规定,国务院有由总理主持的国务院常务会议和全体会议两种形式。因此,尽管对讨论的问题如何处理由总理最后决断,但并不意味着总理可以独断专行。他在作出决断之前,必须虚心听取各方面的意见,采纳其中正确可行的部分。这就是说,总理的决断仍然是民主基础上的集中,是民主集中制原则在行政机关领导体制中的具体表现和运用。

(二)会议制度

国务院的会议分为国务院全体会议和国务院常务会议。国务院全体会议由国务院全体成员组成,一般每两个月召开一次。主要讨论和部署国务院的重要工作,或者通报国内形势和协调各部门的工作。国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成,一般每周召开一次。主要是讨论、决定国务院工作中的重大问题,如讨论议案的提出、讨论行政法规、讨论各部门的请示事项。总理召集和主持国务院的全体会议和常务会议。根据国务院组织法的规定,国务院工作中的重大问题,必须经国务院常务会议或者国务院全体会议讨论决定。

四、国务院的职权

宪法关于国务院职权的规定主要有:

1. 行政法规的制定和发布权。国务院有权根据宪法和法律制定有关行政机关的活动准则、行政权限以及行政工作制度和各种行政管理制度等方面的规范性文件。国务院制定的行政法规的法律效力低于宪法和法律,其内容不能与宪法和法律相抵触,否则无效。

2. 行政措施的规定权。国务院在行政管理中认为需要的时候,或者为了执行法律和执行最高国家权力机关的决议,有权采取各种具体办法和实施手段。

3. 提出议案权。国务院是具体管理和组织我国社会主义经济建设和社会生活的最高行政机关。为了完成宪法和最高国家权力机关规定的各项任务,国务院必须提出有关的法律草案以及国民经济和社会发展规划,报告计划的执行情况,报告国家的预算和预算的执行情况,等等,经最高国家权力机关审议批准,使之变成指导社会生活和经济建设的法律性文件。这些计划、报告都必须在全国人大及其常委会会议上以议案的形式提出。

4. 对所属部、委和地方各级行政机关的领导权及监督权。国务院有权对我国地方各级国家行政机关发布指示、规定任务,进行行政领导和监督;有权改变地方各级行政机关所发布的不适当的决定、命令和规章;有权确定其所属各部、各委员会等中央国家行政机关的工作内容、工作制度、工作任务和所担负的职能与责任;有权改变或者撤销各部、各委员会发布的不适当的决定和命令。国务院所属各部委和地方各级行政机关必须接受国务院的统一领导和监督。

5. 对国防、民政、文教、经济等各项工作的领导权和管理权;对外事务的管理权。国务院根据国家宏观计划的安排,负责组织、管理和实施我国武装力量的建设,通过组织设置民政部、公安部、司法部、监察部、教育部、文化部等,管理和领导国家民政、公安、文教等各项工作;通过国家计划的宏观调控手段和其他经济手段,组织、指导和监督国有企业、集体经济和其他各种经济组织,依法进行生产和经营活动;国务院领导和管理民族事务,保障少数民族的平等权利和民族自治地方的自治权利;保护华侨的正当权利和利益;领导和管理国家的对外事务,等等。

6. 行政人员的任免、奖惩权。国务院有权依照宪法、国务院组织法、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法以及国家机关工作人员奖惩条例等有关法律,任免国家行政机关的领导人员;奖励先进的工作人员;惩罚违反



法纪、造成一定后果的工作人员。

7. 最高国家权力机关授予的其他职权。这是指国务院除了行使宪法明确规定的职权外,还行使全国人大或全国人大常委会授予的其他职权。如1985年4月,六届全国人大三次会议通过“决定”,授权国务院对于有关经济体制改革和对外开放方面的问题,必要时可以根据宪法,在同有关法律和全国人大及其常委会有关决定的基本原则不相抵触的前提下,制定暂行的规定或条例,并报全国人大常委会备案。

五、国务院所属各部、各委员会

(一)各部、各委员会的性质和地位

国务院是组织、管理我国政治、经济、文化、教育、科学、技术等各项事业的最高行政机关。为了完成全国范围内的各项组织管理任务,必须设立相应的组织机构。国务院所属各部、各委员会,受国务院统一领导。各部、各委员会是分管某一方面的行政事务的职能部门,有权根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门权限内,发布命令、指示和规章。各部、各委员会在工作中的方针、政策、计划和重大行政措施,应向国务院请示报告,由国务院决定。

国务院各部、各委员会的设立、撤销或者合并,经总理提出,由全国人大决定;在全国人大闭会期间,由全国人大常委会决定。根据国务院组织法的规定,各部设部长1人,副部长2~4人;各委员会设主任1人,副主任2~4人,委员5~10人。

(二)各部、各委员会的领导体制

各部、各委员会实行部长、主任负责制。现行宪法和国务院组织法规定,各部部长、各委员会主任领导本部门的工作,召集和主持部务会议或者委员会会议、委务会议,讨论决定本部门工作中的重大问题,签署上报国务院的重要请示、报告和下达的命令、指示。副部长、副主任协助部长、主任工作。

部务会议、委务会议、委员会会议是各部、各委员会发挥集体作用的组织。部务会议由部长、副部长和其他成员组成;委务会议由委员会主任、副主任和其他成员组成;委员会会议由主

任、副主任、委员组成。

(三)各部、各委员会的职权

宪法和国务院组织法规定,各部、各委员会根据法律和国务院的行政法规、决定、命令,在本部门的权限内,发布命令、指示和规章。这包括三个含义:一是各部、各委员会主要是通过发布命令、指示和规章来管理本部门的工作;二是各部、各委员会必须在本部门的权限范围内进行领导、组织和管理;三是各部、各委员会发布的命令、指示和规章,必须以法律和国务院的行政法规、决定、命令为依据,不得同它们相抵触。

六、审计机关

根据宪法规定,国家审计机关是在国务院领导下的职能部门,审计长是国务院的组成人员。审计机关对国务院各部门和地方各级人民政府的财政收支,对国家的财政金融机构和企业事业组织的财务收支,实行审计监督。同时,为了保证审计机关能够顺利地履行职责,宪法还规定,审计机关在国务院总理领导下,依照法律规定,独立行使审计监督权,不受其他行政机关、社会团体和个人的干涉。

示例

根据《宪法》规定,关于国务院的说法,下列哪些选项是正确的?(2010年试卷一第61题)

- A. 国务院由总理、副总理、国务委员、秘书长组成
- B. 国务院常务会议由总理、副总理、国务委员、秘书长组成
- C. 国务院有权改变或者撤销地方各级国家行政机关的不适当的决定和命令
- D. 国务院依法决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态

【参考答案及简要提示】BCD。本题的常见错误主要有:一是将国务院的组成人员与国务院常务会议的组成人员的范围混淆而误选A选项;二是将全国人大及其常委会与国务院的法律监督权限混淆而误选C选项。选项A是国务院常务会议的组成人员,而国务院组成

人员除此之外,还要加上各部部长、各委员会主任、审计长等人员。对于选项 C,根据立法法第 88 条的规定,国务院有权改变或者撤销不适当的部门规章和地方政府规章;地方人大常委会有权撤销本级人民政府制定的不适当的规章;省、自治区的人民政府有权改变或者撤销下一级人民政府制定的不适当的规章。

第五节 中央军事委员会

一、中央军事委员会的性质和地位

1954 年宪法规定,国家主席统帅全国武装力量,担任国防委员会主席。1975 年宪法和 1978 年宪法在取消国家主席设置的情况下,改由中共中央主席统率全国武装力量。这一方面造成了党政不分的不良现象,另一方面也使国家机构的设置很不合理。现行宪法设立中央军事委员会作为一个独立的国家机关,领导全国的武装力量,有助于国家机构的健全。

宪法第 93 条第 1 款规定:“中华人民共和国中央军事委员会领导全国武装力量。”因此,中央军事委员会是全国武装力量的最高领导机关,享有对国家武装力量的决策权和指挥权。现行宪法在国家机构中设置中央军事委员会,不仅明确了人民武装力量在国家体制中的地位,而且对中央国家领导机关分工行使国家权力,加强武装力量建设,都具有重要意义。

二、中央军事委员会的组成和任期

中央军事委员会由主席、副主席若干人、委员若干人组成。中央军事委员会主席由全国人大选举产生。全国人大根据中央军事委员会主席的提名,决定中央军事委员会其他组成人员的人选。全国人大有权罢免中央军事委员会主席和其他组成人员。在全国人大闭会期间,全国人大常委会根据中央军事委员会主席的提名,决定中央军事委员会其他组成人员的人选。中央军事委员会是从属于全国人民代表大会的专门从事武装力量组织和管理的国家机关,中央军事委员会主席对全国人大及其常委会负

责。这也体现了国家的一切权力属于人民的宪法原则。

中央军事委员会每届任期同全国人大每届任期相同,即 5 年。

三、中央军事委员会的领导体制

现行宪法规定,中央军事委员会实行主席负责制。中央军事委员会主席有权对中央军事委员会职权范围内的事务作出最后决策。当然,中央军事委员会是作为一个集体来领导我国武装力量的,主席负责制并不否定民主集中制。中央军事委员会主席在对重大问题作出决策之前,必须进行集体研究和讨论,然后再集中正确的意见作出决策。同时,实行主席负责制还因为现代化战争要求机动、灵活,瞬息万变。因此,国家最高军事指挥机关必须具备应付各种复杂军事局面的能力,以便对各种突然出现的军事动向作出果断而迅速的反应。

第六节 地方各级人民代表大会

地方各级人民代表大会

地方各级人民代表大会和地方各级人民政府属于地方国家机构。一般而言,地方国家机构相对于中央国家机构而言,是指设在省、自治区、直辖市,自治州、市、市辖区,县、自治县,乡、民族乡、镇的国家机构。

一、地方各级人民代表大会

(一) 地方各级人大的性质和地位

根据宪法以及地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法(简称地方组织法)的规定,省、自治区、直辖市,自治州、县、自治县、市、市辖区,乡、民族乡、镇设立人民代表大会。地方各级人大是地方国家权力机关,本级的地方国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会选举产生,对它负责,受它监督。因此,地方各级人大在同级国家机关中处于支配和核心的地位。

地方各级人大与全国人大一起构成我国国家权力机关体系。但全国人大与地方各级人大

新华考资
www.xhkzedu.com



之间以及地方各级人大之间没有隶属关系,上级人大有权依照宪法和法律监督、指导下级人大的工作。地方各级人大是本地方人民行使国家权力的机关,并保证宪法、法律、行政法规在本地方的执行,依照法律规定的权限决定本行政区域内的重大事项。

(二) 地方各级人大的组成和任期

地方各级人大由人民选举产生的代表组成。代表的产生采取直接选举与间接选举并用的方式。不设区的市、市辖区、县、自治县、乡、镇的人大代表,由选民直接选举产生;省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人大代表,由下一级人大选举产生。地方各级人民代表大会代表的名额,由省、自治区、直辖市、县级的人民代表大会常务委员会根据选举法确定。

地方各级人大的每届任期均为5年。

(三) 地方各级人大的职权

根据现行宪法和地方组织法的规定,地方各级人大的职权主要有:

1. 保证宪法、法律、行政法规的遵守和执行,保护公民、法人或者其他组织的合法权利。地方各级人大在本行政区域内,要保证宪法、法律、行政法规和上级人大及其常委会决议的遵守和执行,保证国家计划和国家预算的执行,保护社会主义全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,以及公民个人的合法财产,维护社会秩序,保障公民的人身权利、民主权利和其他权利,保障少数民族的权利和妇女、儿童、老人的合法权利等。

2. 选举和罢免国家机关负责人。县级以上的地方各级人大选举本级人大常委会的组成人员;选举省长、副省长,自治区主席、副主席,市长、副市长,州长、副州长,县长、副县长,区长、副区长;选举本级人民法院院长和人民检察院检察长。选出的检察长须报上级人民检察院检察长提请该级人大常委会批准。乡、民族乡、镇的人大选举乡长、副乡长,镇长、副镇长。地方各级人大有权罢免由它选举产生的地方国家行政机关、审判机关和检察机关的负责人。

3. 决定重大的地方性事务。县级以上地方各级人大审查和批准本行政区域内的国民经

济和社会发展计划、预算以及它们的执行情况;讨论、决定本行政区域内政治、经济、教育、科学、文化、卫生、环境和资源保护、民政、民族、计划生育工作等重大事项;有权通过和发布决议。民族乡人大还可以依法采取适合民族特点的具体措施。

4. 监督权。地方各级人大监督本级人民政府的工作,听取和审查本级人民政府的工作报告,撤销本级人民政府不适当的决定和命令;县以上人大还有权监督本级人民法院和人民检察院的工作,有权改变本级人大常委会不适当的决定和命令。根据监督法第30条的规定,县级以上地方各级人民代表大会常务委员会对下一级人大及其常委会作出的决议、决定和本级人民政府发布的决定、命令,经审查,认为有下列不适当的情形之一的,有权予以撤销:超越法定权限,限制或剥夺公民、法人和其他组织的合法权利,或者增加公民、法人和其他组织的义务的;同法律、法规规定相抵触的;有其他不适当的情形。

5. 制定地方性法规。地方性法规是指地方国家权力机关依法定职权和程序制定并颁布的规定、实施细则、办法等规范性文件的总称。省、自治区、直辖市的人大制定和颁布地方性法规,地方性法规不得与宪法、法律和行政法规相违背,并须报全国人大常委会和国务院备案;省、自治区所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大制定地方性法规,但该地方性法规不得与宪法、法律、行政法规及本省、自治区制定的地方性法规相违背,且须报省、自治区人大常委会批准,并由省、自治区人大常委会报全国人大常委会和国务院备案。

(四) 地方各级人大的会议制度和工作程序

1. 会议制度。地方各级人大主要以召开会议的方式进行工作。地方各级人大每年至少举行一次,经1/5以上代表的提议,可以临时召集本级人大会议。县级以上各级人大会议由本级人大常委会召集,由预备会选出的主席团主持会议。县级以上的地方各级人民政府组成人员和人民法院院长、人民检察院检察长、乡级人民政府领导人员列席本级人民代表大会会议,

县级以上的其他有关机关、团体负责人,经本级人民代表大会常务委员会决定,可以列席本级人民代表大会会议。

2. 工作程序。县级以上地方各级人大召开会议,首先举行预备会议,选举本次会议的主席团和秘书长,通过大会的议程和其他准备事项的决定,预备会由本级人大常委会主持。按照法律规定,地方各级人大通过决议和选举、罢免国家机关负责人的具体程序如下:

(1) 议案通过程序:县级以上地方各级人大举行会议时,主席团、人大常委会、各专门委员会、本级人民政府都可以向大会提出属于本级人大职权范围内的议案。议案由主席团决定提交大会审议或先交有关的专门委员会审议,再由主席团审议决定提交大会表决。县级以上人大代表 10 名以上,乡、镇人大代表 5 名以上联名,也可以向人大提出属于本级人大职权范围内的议案。该类议案由主席团决定是否列入大会议程,或先交有关的专门委员会审议,提出是否列入议程的意见,再由主席团决定是否列入大会议程。议案在交付大会表决前,提案人有权撤回自己的议案。各项议案在表决时,须以全体代表的过半数赞成才能通过。

(2) 选举国家机关负责人的具体程序:地方各级国家机关负责人的产生一般由人大主席团或代表依照法律规定联合提名。人大常委会主任、秘书长、乡镇人大主席、人民政府正职领导人、人民法院院长、检察院检察长的候选人数一般应多一人,进行差额选举。如果提名的候选人只有 1 人,也可以等额选举。其余领导人的选举均应依法具有一定差额比例。

(3) 罢免程序:县级以上人大开会期间,大会主席团、常务委员会或 1/10 以上代表联名,可以提出本级人大常委会组成人员、人民政府组成人员、人民法院院长、人民检察院检察长的罢免案,由主席团提请大会审议。乡镇人大主席团或 1/5 以上代表联名,可以提出人大(副)主席、(副)乡长、(副)镇长的罢免案,由主席团提请乡镇人大会议审议。罢免案均须经全体代表过半数通过。

除议案外,对于代表提出的建议、批评和意

见,由本级人大常委会的办事机构交有关机关和组织研究处理并负责答复。

(五) 专门委员会和调查委员会

省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人大根据需要可以设立法制(政法)、财政经济、教育、科学、文化、卫生等专门委员会,在本级人大及其常委会领导下研究、审议和拟定议案;对属于本级人大及其常委会职权范围内同本委员会有关的问题,进行调查研究,提出建议。各专门委员会设主任委员、副主任委员和委员若干人,其人选由人大主席团在人大代表中提名,大会通过。闭会期间,人大常委会可以补充任命专门委员会个别的副主任委员和委员。各专门委员会受本级人大和人大常委会领导。县级以上地方各级人大主席团或者 1/10 以上的代表书面联名,可以向本级人民代表大会提议组织关于特定问题调查委员会,由主席团提请全体会议决定。这种调查委员会是非常设性组织,针对特定问题提出调查报告。人大根据调查委员会的报告,可以作出相应的决议。

二、县级以上地方各级人大常委会

(一) 地方各级人大常委会的性质、地位、组成和任期

县级以上地方各级人大常委会是本级人大的常设机关,是同级国家权力机关的组成部分,地方各级人大常委会对本级人大负责并报告工作。

根据地方组织法的规定,省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人大常委会由本级人大在代表中选举主任、副主任若干人、秘书长、委员若干人组成;县、自治县、不设区的市、市辖区的人大常委会由本级人大在代表中选举主任、副主任若干人和委员若干人组成。各级人大常委会的名额按照法律规定确定。常委会组成人员不得担任国家行政机关、审判机关和检察机关的职务。

县级以上地方各级人大常委会的任期与本级人大任期相同,均为 5 年。

(二) 地方各级人大常委会的职权

根据宪法和法律的规定,县级以上地方各



级人大常委会的职权主要包括以下几方面：

1. 在本行政区域内,保证宪法、法律、行政法规和上级人大及其常委会决议的遵守和执行。

2. 领导或主持本级人民代表大会代表的选举;召集本级人民代表大会会议。

3. 决定本行政区域内政治、经济、科学、文化、卫生、民政、民族、计划生育工作等重大事项;根据本级人民政府的建议,对本行政区域内的国民经济和社会发展规划、预算作部分变更;审查和批准本行政区域内上一年度的本级决算草案;听取和审议本级人民政府提出的审计机关关于上一年度预算执行和其他财政收支的审计工作报告;决定授予地方荣誉称号。

4. 监督本级人民政府、人民法院和人民检察院的工作。县级以上地方各级人大常委会监督本级“一府两院”工作的主要形式有:听取和审议“一府两院”的专项工作报告;审查和批准决算,听取和审议国民经济和社会发展规划、预算的执行情况报告,听取和审议审计工作报告;法律法规实施情况的检查;审查规范性文件;询问和质询;特定问题调查以及撤职案的审议和决定。

5. 依法任免本级国家行政机关、人民法院和人民检察院的有关工作人员,审议对本级部分国家机关工作人员的撤职案;在本级人大闭会期间,补选上一级人大出缺的代表和撤换个别代表。

6. 省、自治区、直辖市的人大常委会,在不违背宪法、法律和行政法规的前提下,可以依法制定和颁布地方性法规;省、自治区人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人大常委会可以依法制定地方性法规。

(三)地方各级人大常委会的会议制度

县级以上人大常委会会议分常委会会议和主任会议。常委会会议由主任召集,至少每两个月举行一次。县级以上地方各级人民政府、人大各专门委员会,省、自治区、设区的市的人大常委会组成人员5人以上联名,县级人大常委会组成人员3人以上联名,可以向本级人大常委会提出议案,由主任会议决定提请常委会

会议审议,或先交有关的专门委员会审议,提出报告,再决定是否提请常委会会议审议。常委会组成人员按法定人数联名可以提出对本级人民政府、人民法院、人民检察院的质询案,由主任会议决定交受质询机关答复。县级以上地方各级人民政府、人民法院和人民检察院,县级以上地方各级人大常委会主任会议,县级以上人大常委会组成人员按法定人数联名,可以向本级人大常委会提出对本级部分国家机关工作人员的撤职案,由主任会议决定交常委会会议审议;或者由主任会议提议,经全体会议决定,组织调查委员会,由以后的常委会会议根据调查委员会的报告审议决定。

主任会议由常委会主任、副主任、秘书长(县级由主任、副主任)组成,处理常委会日常工作。

县级以上各级人大常委会设立代表资格审查委员会,并设立办事机构。

三、地方各级人大代表

地方各级人大代表依法间接或直接选举产生。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州的人大代表由下一级人大选举产生,县、自治县、不设区的市、市辖区、乡、民族乡、镇的人大代表由选民直接选举产生。

(一)地方人大代表的权利

根据宪法和代表法等的规定,地方人大代表主要有以下权利:

1. 出席本级人民代表大会会议,参加审议各项议案、报告和其他议题,发表意见。代表在审议议案和报告时,可以向本级有关国家机关提出询问。

2. 参加本级人大的选举和表决。具体内容包括:(1)县级以上的地方各级人大代表有权依照法律规定的程序提出本级人大常委会的组成人员、人民政府领导人员、人民法院院长、人民检察院检察长以及上一级人大代表的人选,并有权对本级人大主席团和代表依法提出的上述人员的人选提出意见。(2)乡、民族乡、镇的人大代表有权依照法律规定的程序提出本级人大主席、副主席和人民政府领导人员的人选,并有

新华考资
www.xhkzedu.com

权对本级人大主席团和代表依法提出的上述人员的人选提出意见。(3)各级人大代表有权对本级人大主席团的人选,提出意见。(4)省、自治区、直辖市、自治州、设区的市的人大代表有权参加表决通过本级人大各专门委员会组成人员的人选。

3. 提出议案、质询案、罢免案等。县级以上地方各级人大代表10人以上,乡、民族乡、镇人大代表5人以上联名,可以向本级人大提出属于本级人大职权范围内的议案。10人以上联名,有权提出对本级人民政府及其所属各工作部门、人民法院、人民检察院的质询案。乡、民族乡、镇的人民代表大会代表有权依照法律规定的程序提出对本级人民政府的质询案。县级以上地方各级人大代表有权依照法律规定的程序提出对本级人大常委会组成人员、人民政府组成人员、人民法院院长、人民检察院检察长的罢免案。乡、民族乡、镇的人大代表有权依照法律规定的程序提出对本级人大主席、副主席和人民政府领导人员的罢免案。

4. 提出对各方面工作的建议、批评和意见。地方各级人大代表有权对本级人大或人大常委会的工作提出建议、批评和意见。除乡镇级人大代表提出的批评建议和意见由该级人大主席团交有关机关和组织处理并负责答复外,其他地方各级人大代表提出的批评建议和意见均由本级人大常委会的办事机构交有关机关和组织研究处理并负责答复。

5. 人身特别保护权。县级以上地方各级人大代表非经本级人大主席团许可,闭会期间非经本级人大常委会许可,不受逮捕或刑事审判以及法律规定的其他限制人身自由的措施。如果因为是现行犯被拘留,执行拘留的公安机关应立即向该级人大主席团或人大常委会报告。乡镇级人大代表如果被逮捕、受刑事审判或被采取法律规定的其他限制人身自由的措施,执行机关应当立即报告该级人民代表大会。

6. 言论免责权。地方各级人大代表、常委会组成人员在人大或常委会会议上的发言与表决,不受法律追究。

7. 信息、物质等各项保障权。县级以上的各级人民代表大会常务委员会,各级人民政府和人民法院、人民检察院,应当及时向本级人民代表大会代表通报工作情况,提供信息资料,保障代表的知情权。地方各级人大代表在出席人大会议和执行代表职务时,代表所在单位应给予支持,国家根据需要给予往返的旅费和必要的物质上的便利或者补贴。

8. 其他依法享有的权利。

(二)地方人大代表的义务

根据代表法第4条规定,代表应当履行下列义务:

1. 模范地遵守宪法和法律,保守国家秘密,在自己参加的生产、工作和社会活动中,协助宪法和法律的实施;

2. 按时出席本级人民代表大会会议,认真审议各项议案、报告和其他议题,发表意见,做好会议期间的各项工作;

3. 积极参加统一组织的视察、专题调研、执法检查等履职活动;

4. 加强履职学习和调查研究,不断提高执行代表职务的能力;

5. 与原选区选民或者原选举单位和人民群众保持密切联系,听取和反映他们的意见和要求,努力为人民服务;

6. 自觉遵守社会公德,廉洁自律,公道正派,勤勉尽责;

7. 法律规定的其他义务。

四、地方各级人民政府

(一)地方各级人民政府的性质和地位

根据宪法规定,地方各级人民政府是地方各级国家权力机关的执行机关,是地方各级国家行政机关。地方各级人民政府从属于本级国家权力机关,由国家权力机关产生,向它负责,受它监督。此外,地方各级人民政府还要服从上级人民政府的领导,向上级人民政府负责和报告工作,执行上级行政机关的决定和命令。全国地方各级人民政府都要接受国务院的领导,同时又要发挥自己的主动性,努力搞好工作。



(二)地方各级人民政府的组成、任期和领导体制

省、自治区、直辖市、自治州和设区的市的人民政府分别由省长、副省长、自治区主席、副主席、市长、副市长、州长、副州长和秘书长、厅长、局长、委员会主任等组成。县、自治县、不设区的市、市辖区人民政府分别由县长、副县长、市长、副市长、区长、副区长和局长、科长等组成。乡、民族乡、镇人民政府,分别由乡长、副乡长、镇长、副镇长组成。

地方各级人民政府每届任期与本级人民代表大会的任期相同,均为5年。

地方各级人民政府实行首长负责制。这种领导体制是由行政机关的性质和职权决定的,是工作的需要。但地方各级人民政府的行政首长对于重大问题的决策,仍然要召开会议,广泛听取各方面的意见,而非独断专行。地方各级人民政府的会议分为全体会议和常务会议。全体会议由本级人民政府全体成员组成,常务会议则由人民政府的正副职组成。省、自治区、直辖市、自治州和设区的市的人民政府秘书长也参加常务会议。会议对重大问题进行讨论,然后由行政首长根据大家的意见最后作出决定,并对决定的后果负责。

(三)地方各级人民政府的职权

根据宪法和法律的规定,地方各级人民政府主要有以下职权:

1. 执行决议、发布决定和命令。地方各级人民政府要执行本级人大及其常委会的决议,执行上级人民政府的决定和命令。县级以上地方各级人民政府可以规定行政措施,发布决定和命令,省、自治区、直辖市以及省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府还可以根据法律和行政法规制定规章。

2. 领导和监督权。领导和监督县级以上地方各级人民政府领导所属各工作部门和下级人民政府的工作,有权撤销所属工作部门和下级人民政府不适当的命令、指示、决定,任免、考核行政工作人员。

3. 管理各项行政工作。地方各级人民政

府管理本行政区域内的经济、教育、文化、科学、体育、卫生、民政、公安等行政工作,完成上级人民政府交办的事项;县级以上地方各级人民政府还负责城乡建设、民族事务和监察工作,执行国民经济和社会发展规划以及预算方案。

4. 依法保障各方面的权利。地方各级人民政府应保护全民所有制财产、劳动群众集体所有制财产及公民个人的合法财产;要维护社会秩序,保护公民的人身权利和民主权利;保护妇女、儿童和老人的正当权益;保护少数民族的权利,帮助少数民族发展经济、文化和科学技术。要使本行政区域内全体公民的正当权利都得到保障,经济不断发展,人民生活不断提高。

(四)地方各级人民政府所属工作部门

县级以上地方各级人民政府,根据工作需要和精干的原则设立各工作部门,这些工作部门是厅、局、委员会、办公室、科等。同时这些工作部门的设立、增加、减少或者合并,由本级人民政府报请国务院批准,并报本级人大常委会备案。乡级政府一般不设工作部门,可设一些工作人员。县级以上人民政府设审计机关,依法独立行使审计监督权,对本级人民政府和上一级审计机关负责。

(五)地方各级人民政府的派出机关

根据宪法和法律的规定,省、自治区人民政府在必要的时候,经国务院批准,可以设立若干行政公署,作为它的派出机关。县、自治县的人民政府在必要的时候,经省、自治区、直辖市的人民政府批准,可以设立若干区公所,作为它的派出机关。市辖区、不设区的市的人民政府,经上一级人民政府批准,可以设立若干街道办事处,作为它的派出机关。

第七节 人民法院与人民检察院

一、人民法院的组织与制度

(一)人民法院的性质与任务

1. 性质。宪法第123条规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”根据这一规定,在我国,审判权必须由人民法院统一行使,其他任何机关、团体和个人都无权进行审判

新华考资

www.xhkzedu.com

活动。

2. 任务。根据现行宪法和人民法院组织法的规定,人民法院的任务是审判刑事案件、民事案件和行政案件,并且通过审判活动,惩办一切犯罪分子,解决民事纠纷和行政纠纷,以保卫人民民主专政制度,维护社会主义法制和社会秩序,保护社会主义的全民所有的财产、劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,保障国家的社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行,通过全部审判活动教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律。

(二)人民法院的组织体系与职权

根据现行宪法和人民法院组织法的规定,我国人民法院的组织体系包括:全国设立最高人民法院、地方各级人民法院和专门人民法院;地方各级人民法院分为高级人民法院、中级人民法院、基层人民法院;专门人民法院包括军事法院和海事法院等。

宪法第127条第2款规定:“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”这表明上下级人民法院之间的关系不是领导关系,而是监督关系。其目的是为了保障各级人民法院能够依法独立行使审判权。根据这一规定,上级人民法院不能直接指挥命令下级人民法院如何进行审判,只能对下级人民法院在审判活动中是否正确适用法律进行审查监督。这种监督主要体现在上级人民法院按照上诉程序、审判监督程序及死刑复核程序对下级人民法院具体案件的监督,纠正错误的判决和裁定。

1. 最高人民法院。最高人民法院是中华人民共和国的最高审判机关。其主要职权包括:(1)一审管辖权,法律规定由它管辖的或者它认为应当由自己审理的第一审案件(主要是在全国有重大影响的案件,最高人民法院认为应当由本院审理的案件);(2)上诉管辖权,审判对高级人民法院、专门人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件;(3)审判监督权,监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工

作,审判最高人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件,依照审判监督程序提审或者指令下级人民法院再审地方各级人民法院和专门人民法院确有错误的生效判决、裁定;(4)司法解释权,对在审判过程中如何具体应用法律的问题,进行司法解释;(5)死刑核准权,死刑除依法由最高人民法院判决的以外,应当报请最高人民法院核准。

2. 地方各级人民法院。地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院。其中:

(1)基层人民法院,包括县人民法院和不设区的市人民法院、自治县人民法院、市辖区人民法院。基层人民法院的职权主要包括如下几个方面:①一审管辖权,审判除法律规定由上级人民法院管辖的案件外的所有一审案件;②庭外处理权,处理不需要开庭审判的案件;③调解指导权,指导人民调解委员会的工作。

(2)中级人民法院,包括在省、自治区内按地区设立的中级人民法院;在直辖市内设立的中级人民法院;设区的市的中级人民法院;自治州中级人民法院。中级人民法院的职权主要包括如下几个方面:①一审管辖权,审判法律规定由它管辖的第一审案件:在刑事案件方面,包括危害国家安全、恐怖活动案件,可能判处无期徒刑、死刑的案件;在民事案件方面,包括重大涉外案件,在本辖区有重大影响的案件和最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件;在行政案件方面,包括确认专利权的案件、海关处理的案件,对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件,本辖区内重大、复杂的案件、基层人民法院移送审判的第一审案件。②上诉管辖权,审判对基层人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件。③审判监督权,监督基层人民法院的审判工作,审判省级人民检察院分院、省辖市及自治州人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件,依照审判监督程序提审或指令基层人民法院再审基层人民法院确有错误的生效判决、裁定。

(3)高级人民法院,包括省高级人民法院、



自治区高级人民法院、直辖市高级人民法院。其职权主要包括如下几个方面：①一审管辖权，审判法律规定由它管辖的第一审案件（主要是在全省、自治区或直辖市有重大影响的案件）、下级人民法院移送审判的第一审案件；②上诉管辖权，审判对下级人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件、对海事法院判决和裁定的上诉案件；③审判监督权，监督下级人民法院的审判工作，审判省级人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件，依照审判监督程序提审或指令下级人民法院再审下级人民法院确有错误的生效判决、裁定等。

3. 专门人民法院。专门人民法院是人民法院组织体系中的一个特殊组成部分。它们是设在特定部门或者针对特定案件而设立，受理与设立部门相关的专业性案件的法院。根据宪法和人民法院组织法的规定，我国的专门人民法院包括军事法院和海事法院等。

军事法院包括中国人民解放军军事法院（军内的最高级）、大军区及军兵种军事法院（相当于中级层次）、军级军事法院（基层级）三级，军事法院负责审判军事人员犯罪的刑事案件。

海事法院只设一级，设立在广州、上海、武汉、天津、大连、青岛、宁波、厦门、海口和北海等港口城市，其建制相当于地方的中级人民法院。海事法院管辖民事主体之间的第一审海事案件和海商案件。对海事法院判决和裁定的上诉案件，由海事法院所在地的高级人民法院管辖。

（三）人民法院行使审判权的制度

1. 两审终审制。一个案件经过任何连续两级的人民法院的审判即告终结。最高人民法院审理的一审案件，其判决和裁定都是终审判决和裁定。另外，根据民事诉讼法特别程序审理的选民资格案件、宣告失踪案件、宣告死亡案件、认定公民无行为能力或限制行为能力案件、认定财产无主案件实行一审终审制。

2. 合议制。人民法院审理案件时，除一审案件中的简单民事案件、轻微刑事案件和法律另有规定的案件可以由审判员独任审判以外，一般应由3人以上单数的审判员或审判员与人

民陪审员组成合议庭，采用少数服从多数原则，作出判决或者裁定。

3. 审判委员会制度。审判委员会成员包括人民法院院长、副院长、各庭庭长及审判业务骨干，成员由人大常委会任命。主要任务是讨论重大的或者疑难的案件；总结审判经验，讨论分析审判工作中出现的新情况、新问题，检查执法情况，提出本院审判工作中的改进办法；讨论其他有关审判工作问题等。审判委员会以少数服从多数表决原则作出决定。

4. 审判监督制度。宪法第127条第2款规定：“最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作，上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。”这表明上下级人民法院之间的关系不是领导关系，而是监督关系。宪法这一规定的目的，是为了保障各级人民法院能够依法独立进行审判。

5. 回避制度。在审判人员是本案当事人或者当事人的近亲属，或是自己或其亲属与本案有利害关系，或是担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、附带民事诉讼当事人的代理人，或是与本案当事人有其他关系可能影响案件公正处理等情形下，应当自行回避。当事人也可在这些情形下申请其回避。是否回避由院长或者审判委员会决定。

（四）人民法院行使审判权的原则

1. 依法独立审判原则。人民法院独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

2. 公民适用法律一律平等的原则。人民法院对一切案件中的当事人都必须平等地依据法律规定进行适用，不得考虑法律以外的其他因素，既不得对当事人进行歧视，也不得给予任何一方特权。

3. 公开审判原则。人民法院审理案件中，除了涉及国家机密、个人隐私和未成年人犯罪案件，一律公开进行，允许旁听、采访和报道。当然，所有案件均须公开宣判。

4. 被告人有权获得辩护的原则。被告人除自己进行辩护外，有权委托律师为他辩护，也可以由人民团体或被告人所在单位推荐的人为

他辩护,还可以由被告人的监护人、亲友为他辩护。必要时,人民法院可以指定辩护人为他辩护。

5. 对不通晓当地通用的语言文字的当事人,应当为他们提供翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区,人民法院应当用当地通用的语言进行审理,用当地通用的文字发布起诉书、判决书、布告和其他文书。

二、人民检察院的组织与制度

(一)人民检察院的性质与任务

1. 性质。宪法第129条规定:“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关。”这一规定明确了人民检察院的性质。从当前人民检察院的法律监督实践来看,人民检察院的法律监督主要是对国家机关、国家机关工作人员是否违反刑法实行监督,以及对在刑事诉讼中公安机关、人民法院和监狱等机关的活动是否合法实行监督,并包括对人民法院的民事审判和行政审判活动的事后监督。

2. 任务。根据宪法和人民检察院组织法的规定,人民检察院的任务是:通过行使检察权,打击一切叛国的、分裂国家的犯罪活动,惩治危害国家安全的犯罪分子和其他犯罪分子,保卫国家的安全,保卫人民民主专政的政权和社会主义制度,维护社会主义法制,维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,保护社会主义的国有财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,保卫社会主义现代化建设的进行,并通过检察活动,教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律,积极同违法行为作斗争。

(二)人民检察院的组织体系与领导体制

1. 组织体系。根据宪法和人民检察院组织法的规定,我国人民检察院的组织体系包括:全国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和专门人民检察院。地方各级人民检察院分为省、自治区、直辖市人民检察院;省、自治区、直辖市人民检察院分院,自治州和设区的市人民检察院;县、不设区的市、自治县和市辖区人

民检察院。专门人民检察院包括军事检察院等。

省一级人民检察院和县一级人民检察院,根据工作需要,提请本级人民代表大会常务委员会批准,可以在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院,作为派出机构。

2. 领导体制。根据宪法和人民检察院组织法的规定,人民检察院实行双重从属制,既要受同级国家权力机关负责,又要对上级人民检察院负责。

国家权力机关对人民检察院的领导,主要表现在人大及其常委会选举、罢免或者任免人民检察院主要组成人员,审议工作报告,进行各种形式的监督等。

检察系统实行最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作,上级人民检察院领导下级人民检察院的工作的领导体制。下级人民检察院必须接受上级人民检察院的领导和最高人民检察院的领导,对上级人民检察院负责。这种垂直领导体制主要表现在两方面:(1)人事任免。省、自治区、直辖市人民检察院检察长的任免,须报最高人民检察院检察长提请全国人大常委会批准。自治州、设区的市、县、不设区的市、市辖区人民检察院检察长的任免,须报上一级人民检察院检察长提请该级人大常委会批准。(2)业务领导。对于下级人民检察院的决定,上级人民检察院有权复核改变;上级人民检察院的决定,下级人民检察院必须执行。当下级人民检察院在办理案件中遇到自己不能解决的问题时,上级人民检察院应及时给予支持和指示,必要时可派人协助工作,也可以将案件调上来由自己办理。

在人民检察院内部实行检察长统一领导与检察委员会集体领导相结合的领导体制。检察长对检察机关的工作享有组织领导权、决定权、任免权、提请任免权、代表权等,并负有全面的领导责任。检察委员会在检察长的主持下,按照民主集中制原则,讨论决定重大案件和其他重要问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的意见,可以报请本级人大常委会决定。

(三)人民检察院的职权

根据宪法和人民检察院组织法等有关法律的规定,各级人民检察院主要行使下列职权:

1. 立案侦查。即对违反刑法的犯罪案件特别是重大刑事案件的直接受理、立案侦查权。人民检察院对于叛国案、分裂国家案以及严重破坏国家法律、法规、政策统一实施的重大犯罪案件,行使检察权。对贪污贿赂犯罪,国家工作人员的渎职犯罪,国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁、刑讯逼供、报复陷害、非法搜查的侵犯公民人身权利的犯罪以及侵犯公民民主权利的犯罪等案件,进行立案侦查。

2. 批准逮捕。公安机关要求逮捕犯罪嫌疑人的,应当提请人民检察院审查批准,人民检察院根据情况分别作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定。

3. 提起公诉。公安机关侦查终结的案件和人民检察院直接受理侦查终结的案件,均由人民检察院审查作出提起公诉、不起诉或者撤销案件的决定。人民检察院对刑事案件提起公诉,并派员出席法庭支持公诉。

4. 侦查监督。人民检察院对于公安机关(包括国家安全机关、走私犯罪侦查机关等)的侦查活动是否合法实行监督。人民检察院发现公安机关的侦查活动有违法情况时,有权通知公安机关予以纠正,公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。

5. 审判监督。人民检察院对人民法院的审判活动是否合法实行监督。在刑事诉讼中,人民检察院如发现人民法院审理案件违反法律规定的诉讼程序,有权向人民法院提出纠正意见;地方各级人民检察院如认为本级人民法院第一审判决、裁定确有错误,有权按照上诉程序提出抗诉;最高人民检察院对各级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,上级人民检察院对下级人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,如果发现确有错误,有权按照审判监督程序向同级人民法院提出抗诉。在民事诉讼和行政诉讼中,人民检察院对人民法院已经发生法律效力的判决和裁定,如发现违反法律、法规规定的,也有权按照审判监督程序提出抗诉。

6. 执行监督。又称为“监所监督”,是指人民检察院对监狱和其他刑罚执行机关执行刑事判决、裁定的活动是否合法实行监督,如果发现违法情况,有权通过执行机关予以纠正。这种监督还包括人民检察院对人民法院执行死刑、裁定减刑和假释等活动的监督等。

三、人民法院、人民检察院与公安机关的关系

宪法第135条规定:“人民法院、人民检察院和公安机关办理刑事案件,应当分工负责,互相配合,互相制约,以保证准确有效地执行法律。”分工负责、互相配合、互相制约是公、检、法三机关在办理刑事案件时所应遵循的基本行为准则,它对调整司法机关之间的基本关系具有宪法指导意义。

1. 分工负责是前提。所谓的分工负责,是指三机关根据法律规定的责任,依照法定程序,各司其职、各尽其责,既不越权代办和干涉,也不互相推诿和不履行职责。具体在办理刑事案件时的分工体现为:公安机关负责对刑事案件的侦查、拘留、预审,执行逮捕,依法执行判决,除了由人民检察院依法自行侦查的案件外;人民检察院负责批准逮捕、审查起诉和出庭支持公诉、抗诉;人民法院负责审判。

2. 互相配合是基于三机关在工作目的和任务上的一致性。所谓互相配合是,指三机关在分工负责的基础上,通力合作,互相支持,密切配合,依法办理刑事案件。

在办理刑事案件的程序上,公安机关按照法律的规定完成自己的职责及时移交人民检察院,人民检察院在完成自己的职责后及时向人民法院提起公诉,人民法院对该案件进行审判,公安机关执行经人民法院审判需要执行的刑罚。三机关的具体配合还体现在,如逮捕犯罪嫌疑人必须经人民检察院批准或者人民法院决定,由公安机关负责执行。

3. 互相制约是监督原则的体现,也是国家权力依法行使的重要保障。所谓互相制约,是指三机关在分工配合的基础上,依照法律的规定,互相监督,防止错案的发生,保证准确有效地执行法律。



宪法

第五

国家

机构

新华考资

www.xhkdz.com

公安机关在侦查过程中,需要逮捕犯罪嫌疑人时要经过人民检察院审查批准,对不予批准,公安机关认为有错误的可以要求复议以及向上一级人民检察院提请复核。

人民检察院对公安机关侦查终结移送起诉的案件,进行审查,决定是否起诉。犯罪事实不清、证据不足的,可以退回公安机关补充侦查或者自行侦查。在办理案件中发现公安机关有违法情况,通知公安机关予以纠正。

公安机关认为人民检察院的决定有错误的,可以要求复议以及向人民检察院要求复核。

人民法院对人民检察院提起公诉的案件,根据具体情况和法律作出有罪、无罪的判决。人民法院对于人民检察院起诉的案件认为事实不清、证据不足,或者有违法情况时,可以退回人民检察院补充侦查,或者通知人民检察院纠正。人民检察院认为判决有错误的,可以提出

抗诉。对发生法律效力的判决和裁定,人民检察院认为有错误的,可以依照审判监督程序抗诉引起再审。

【本章主要法律规定】

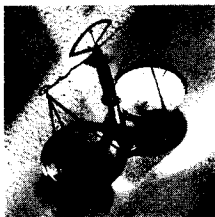
1. 宪法“总纲”、“国家机构”
2. 立法法
3. 各级人民代表大会常务委员会监督法
4. 全国人民代表大会和地方各级人民代表大会代表法
5. 全国人民代表大会组织法
6. 国务院组织法
7. 地方各级人民代表大会和地方各级人民政府组织法
8. 人民法院组织法
9. 人民检察院组织法

本章需要着重掌握全国人大及其常委会、国务院、地方各级人大及其常委会和地方各级人民政府的职权,包括各国家机关的主要工作制度。

本章的难点是全国人大、全国人大常委会和国务院在立法权、人事任免权和国家重大事项决定权等职权上的区别。

全国人大与全国人大常委会的职权区别主要在于:全国人大有权修改宪法、制定和修改基本法律,而全国人大常委会有权解释宪法、制定基本法律以外的法律。

全国人大、全国人大常委会和国务院的职权区别在于:国务院有权制定和发布行政法规;全国人大有权决定战争与和平问题,全国人大常委会有权决定全国或局部总动员、全国或个别省、自治区和直辖市进入紧急状态,而国务院有权依照法律规定决定省、自治区、直辖市的范围内部分地区进入紧急状态。



宪法

第六章

宪法的实施及其保障

第一节 宪法实施概述

一、宪法实施的概念

宪法实施是指宪法规范在实际生活中的贯彻落实,是宪法制定颁布后的运行状态,也是宪法作用于社会关系的基本形式。宪法实施主要包括三个方面:

1. 宪法的执行。宪法的执行通常指国家代议机关和国家行政机关贯彻落实宪法内容的活动。要求这些机构在活动程序和活动方式上必须严格执行宪法的规定,也要求这些机构在组织其他国家机关、建立各种制度的过程中严格遵循宪法的规定。

2. 宪法的适用。宪法的适用通常指国家司法机关在司法活动中贯彻落实宪法的活动。虽然在我国的司法实践中,宪法能否被司法机关作为审判活动的依据,学术界尚未达成共识,但宪法具有的一般法律属性,以及世界上其他国家的司法实践表明,宪法适用不仅是宪法实施的重要途径,而且也是法治国家加强宪政建设、树立宪法权威的重要内容。

3. 宪法的遵守。宪法的遵守通常指一切国家机关、社会组织和公民个人严格依照宪法规定从事各种行为的活动。宪法的遵守既是宪法实施基本的要求,也是宪法实施基本的方式。宪法的遵守通常包括两层含义:一是根据宪法享有并行使权力和权利;二是根据宪法承担并履行义务。

二、宪法实施的主要特点

宪法作为法律的一种,具有与普通法律相同的一些特点,因而宪法的实施与普通法律的实施也存在共同点。同时,宪法在国家法律体系中的地位和作用以及宪法在内容和规范等方面的特殊性,又决定了宪法的实施具有不同于普通法律实施的具体特点。

(一) 宪法实施的广泛性和综合性

宪法实施的广泛性包括宪法实施范围的广泛性和宪法实施主体的广泛性。

宪法是调整国家最基本社会关系的国家根本法,与其他法律往往只调整国家生活中的一个或几个方面不同,宪法调整的范围涉及国家政治、经济、文化和社会生活等各个方面,也就是说,国家与社会生活各个领域的活动都必须遵循宪法的规定,都存在实施宪法的问题。因此,宪法实施范围的广泛程度是其他法律所不能比拟的。与实施范围的广泛性相联系,宪法实施主体也非常广泛。由于社会关系是参与社会生活的各主体之间形成的关系,因而宪法实施的范围涉及我国各种社会关系中一切主体的行为,而且宪法的实施也需要通过社会关系中一切主体的行为才能实现。宪法的实施是一切国家机关、社会组织和公民的职责,而一切国家机关、社会组织和公民也就构成了宪法实施的主体。

所谓宪法实施的综合性,是指宪法的实施不可能单纯是宪法本身或者社会生活某一方面的问题,而是整个国家具有高度综合性的社会问题。既然宪法在法治国家中具有基础性地位,同时,它的内容又涉及国家和社会生活的各个方面,那么不仅宪法在规定过程中应该高度综合,而且在宪法实施过程中也应该充分考虑国家和社会生活中的各种综合因素,从而在整体上、宏观上切实推进宪法的实施。

(二) 宪法实施的最高性和原则性

宪法实施的最高性和原则性是由宪法的内容和地位决定的。由于宪法规定的是国家和社会生活中最根本、最重要的问题,因而宪法在国家法律体系中居于最根本的地位、具有最高的法律效力,它不仅直接约束国家法律和其他法律性文件的制定和实施,而且对一切国家机关、社会组织和公民的活动也具有最高的约束力。同时,由于宪法所调整的社会关系十分广泛,因而只能规定调整社会关系的一般原则,因此宪法实施过程也就表现为宪法规范对所调整的社会关系进行原则指导的过程。这种原则指导主要表现在两个方面:一是宪法确定的是社会关系主体的基本方向和原则标准,一般不涉及人们行为的具体模式,这些具体模式则通常由一般法律进行调整;二是宪法在实施过程中,对人

们的行为后果往往只是从总体上作出肯定与否定的评价,从而为一般法律对人们的行为进行具体评价和追究法律责任提供基础和依据。可以说,宪法实施是一般法律实施的基础,一般法律的实施则是宪法实施的具体化。

(三) 宪法实施的直接性和间接性

宪法实施的直接性和间接性包括宪法实施方式的直接性和间接性与宪法制裁的直接性和间接性两大方面。就实施方式而言,其他法律的实施都具有直接性。虽然宪法在实施过程中也具有直接性,但宪法的实施方式的间接性更为突出。这实际上是由宪法作为“母法”的特点决定的,也就是说,宪法在实施过程中主要是通过具体法律规范来作用于具体的人和事,国家的其他法律和法律性文件是以宪法为基础并且不能与宪法相抵触。

同时,既然一切机关、组织和公民个人都必须以宪法为根本的活动准则,那么一切违反宪法的行为,就都必须予以追究。对违宪行为进行追究的方式包括直接制裁和间接制裁两个方面。直接制裁是指直接根据宪法来追究违宪行为的法律责任,主要适用于国家机关以及国家机关负责人的违宪行为。在我国,直接制裁主要表现为对国家机关违反宪法的法律以及规范性文件、决议、决定和命令等宣布无效,并加以撤销;对违法失职的国家机关负责人根据宪法规定予以罢免。间接制裁则指宪法对违宪行为不直接规定制裁措施,而是通过具体法律来追究法律责任。也就是说,它是直接根据具体法律,对违反宪法原则同时又违反具体法律的行为作出的制裁。这类制裁相对于具体法律是直接的,而相对于宪法来说则是间接的。

第二节 宪法的修改

一、宪法修改的含义

宪法修改是指在宪法实施过程中,随着社会现实的变化发展,出现宪法的内容与社会现实不相适应的时候,由有权机关依照宪法规定的程序删除、增加或变更宪法内容的行为。宪法修改有以下几个特点:(1)宪法修改的机关是



宪法授权的特定机关。宪法是国家根本法,只有宪法授权的修改机关才能对宪法进行修改。从各国宪法的规定来看,宪法的修改机关主要有两种情形:一是宪法授权的特定国家机关,主要是国家的立法机关;二是根据宪法修改的需要,专门设立的宪法修改机关。(2)宪法修改必须严格按照宪法规定的程序进行,而且宪法修改的程序较之一般法律的制定和修改程序更为严格。(3)宪法修改是对作为国家根本法的宪法进行变更的活动,其变更或修改的对象是具有根本法形式特征的宪法,既包括宪法规范的内容变更,也包括宪法规范形式的变更。

宪法修改是调整宪法规范与社会生活冲突的基本形式之一。其基本原因主要表现在两方面:一是为了使宪法的规定适应社会实际的发展和变化;二是为了弥补宪法规范在实施过程中出现的漏洞。

二、宪法修改的方式

宪法修改应该采取何种方式,各国宪法规定不一,有些国家的宪法甚至没有规定。从各国宪法规定和各国宪政实践看,宪法修改大体上有以下两种方式:

1. 全面修改。全面修改即对宪法全文进行修改,如1946年日本国宪法、1958年法兰西第五共和国宪法和我国1975年宪法、1978年宪法、1982年宪法等,都属于全面修改。全面修改主要是从形式上而言的,它一般是在原有宪法基础上的全面更新,因而在内容上不排除保留原来的一些条款,甚至大部分条款,在结构上一般也维持原有结构不变。然而,全面修改的方式一般是在特殊情况下,或者是在国家生活中出现某些重大问题的条件下才予以采用。

2. 部分修改。部分修改亦即对宪法原有的部分条款加以改变,或者新增若干条款,而不牵动其他条款和整个宪法的修改方式。由于部分修改便于适应形势发展的需要,能够及时反映国家政治、经济、文化等各方面的发展变化,而且又能保持宪法的相对稳定性,维护宪法的权威。决定宪法是全面修改还是部分修改的关键在于,宪法规范与社会现实的冲突程度。全

面修改宪法的起因是宪法规范与社会现实发生非正常性的严重冲突,如立宪或修宪的指导思想错误、宪法的基本制度与社会现实尖锐矛盾等;部分修改宪法的起因则是宪法规范与社会现实之间发生的正常冲突。部分修改的具体方法主要包括修改条文、增补条文和删除条文等。

三、宪法修改的程序

从各国宪法规定和宪政实践看,宪法修改程序一般包括提案、先决投票、起草和公布修宪草案、通过和公布五个阶段,但并非所有国家都必经这些程序。

1. 提案。提案是启动宪法修改程序的第一阶段。如何规定修宪提案权的主体直接关系到修宪的社会效果。

2. 先决投票。先决投票是将宪法修正案的草案提交宪法修改机关审议之前,由有关机关予以表决,以决定是否正式向宪法修改机关提出。如希腊宪法规定,宪法修正案应特别指明拟修的条文,并规定有关修改的决定,应经相距至少一个月的两次投票表决通过后,始得正式提交下届国会审议。

3. 起草和公布修宪草案的程序。起草是指在决定宪法应该修改以后,由法定机关对决定修改的部分进行具体的草案拟定。起草的目的不是决定宪法应否修改,而是决定宪法条文应该如何修改。公布修宪草案是指起草工作基本结束之后,宪法修改机关审议通过前,依据宪法规定将宪法修正案的草案予以公布的修宪程序。荷兰、比利时等国宪法都有这方面的规定。

4. 宪法修正案的通过程序。宪法修正案的通过程序是宪法修改机关审议、表决、批准宪法修正案的程序。如意大利宪法规定,议会在审议宪法修改草案时必须进行两次审议,而且两次审议之间应间隔一定的时间方能通过。卢森堡宪法规定,宪法修正案的通过须议会3/4的议员出席并以2/3以上的多数同意通过。宪法修正案的批准是指宪法修正案依法定程序通过后,按照宪法规定要由特定机关批准或须经全民公决后方能生效。

5. 宪法修正案的公布程序。公布是修改

年社会主义改造完成后,宪法中的许多规定与我国社会的实际情况不相适应了。1958 年实现人民公社化后,宪法规定的一些政治经济制度实际上已被修改和弃置。但因种种原因,宪法一直没有进行修改。1975 年第四届全国人民代表大会第一次会议,按照宪法规定的程序对 1954 年宪法进行了全面修改,通过了 1975

原则对宪法内容、含义及其界限所作的一种说明。依据宪法解释的主体、性质和后果(是否具有法律效力)可将宪法解释分为正式解释和非正式解释两种。正式解释又称有权解释,是由宪法授权的机关或宪法惯例认可的机关依据一定的标准或原则对宪法条文所作的具有法律效力的说明。正式解释的功能主要在于:阐明宪



法规定的含义,保证宪法的准确适用;维护法制统一和宪法尊严;弥补宪法因时代变迁而产生的不足,推动宪法的自我完善。非正式解释又称无权解释,系指非法定的机关、团体和个人对宪法条文所作的说明,该说明不具有法律上的约束力。宪法的学理解释即是非正式解释的一种,对正式解释起到参考借鉴的作用。本节介绍有权解释的基本问题。

一、宪法解释的机关

宪法解释是由特定的国家机关作出,它或者是宪法规定的或者是宪法惯例认可的。近现代各国解释宪法的机关不尽一致,综合起来大致有以下几种:

1. 立法机关。由立法机关解释宪法的制度源自英国。英国自从建立议会制度以后,就将议会作为主权机关,因而不允许司法机关推翻议会所制定的法律;同时在英国,宪法和法律没有明显区分,所以宪法和法律的含义如何,也只能由议会作出解释。我国的宪法解释权由立法机关行使。如我国宪法第67条规定,全国人大常委会有权解释宪法。立法机关行使宪法解释权,并且必须按照立法程序进行。立法机关既可以主动对宪法进行解释,也可应其他机关或政党等的请求进行解释。宪法解释既可以单独以立法机关的决议、决定的形式出现,也可寓于立法机关的立法文件之中。

2. 司法机关。由司法机关按照司法程序解释宪法的体制起源于美国。1803年美国联邦最高法院首席法官马歇尔在“马伯里诉麦迪逊”一案中作出了著名的判决,确立了“违宪的法律不是法律”、“阐释宪法是法官的职责”的宪法规则,从此开创了司法审查制度的先河。目前,世界上60多个国家采用司法机关解释宪法的制度。它是指法院一般遵循“不告不理”和附带性审查的原则,只有在审理案件时才可以附带性地审查其所适用的法律是否违宪,如果认为违宪可宣布拒绝在本案中适用。该解释只对审理的具体案件产生法律效力,一般没有普遍约束力。

3. 专门机关。解释宪法的专门机关是指

由依据宪法或其他宪法性法律的授权而专门成立的有权解释宪法的机关,如宪法法院、宪法委员会等特别设立的机关。专门机关解释宪法普遍采用司法积极主义原则。最早提出设立宪法法院的是奥地利规范法学派代表人物汉斯·凯尔森,目前奥地利、西班牙、德国、意大利、俄罗斯、韩国等国均建立了宪法法院,法国等国家建立了宪法委员会。实行这一制度的理由在于,宪法是国家的根本法,解释宪法是国家最重要的权力,因而行使这一权力的机关应该居于普通国家机关之上,使其以超然的地位解决宪法争议,维护宪法尊严。

二、宪法解释的原则

有权机关解释宪法过程必须遵循一定的原则。对宪法解释的原则又可分为总的原则和具体的原则。在总的原则方面,由于宪法是国家的根本法,宪法的变化影响深远,因而对宪法的解释必须坚持从严的原则。但宪法规范的原则性、纲领性以及宪法必须适应社会发展需要的特点又决定了必须根据新情况对宪法进行及时解释。因此,总的原则应该是,以从严解释为主,但并不排除在个别情况下一定的灵活解释。就宪法解释的具体原则来说,主要有以下几项:(1)依法解释原则;(2)符合制宪目的原则;(3)以宪法的根本精神和基本原则为指导的原则;(4)适应社会发展需要的原则;(5)字面解释原则;(6)整体解释原则。

三、宪法解释的方法

宪法解释的方法是指具体解释宪法的技术手段。根据各国宪政实践以及学者们的分析总结,各国在开展宪法解释工作的过程中,运用的方法很多,但主要是以下四种:

1. 统一解释。统一解释是指对人们理解不一的宪法条文作出明确而统一说明的方法。这种方法可以消除人们之间的误解,从而明确承认或者否认某项行为规范,并使国家机关、社会团体和全体公民能够一体遵循。

2. 逻辑解释。宪法规范具有原则性、概括性和纲领性的特点。为准确理解宪法条文的含

新华考资

www.xhkdzu.com

义,需要根据文字含义、法理、先例、类推和上下文之间的关系等予以说明。逻辑解释的方法在具体实践中运用得较多,而且其中包含的几个方面,或者被单独运用,或者被同时运用。

3. 补充解释。补充解释是指宪法在规定的过程中存在遗漏,而在实施中通过解释予以适当补充的方法。这种解释方法可以消除宪法条文内容上的缺漏,从而使宪法在实际运用过程中,发挥其灵活完整的作用。

4. 扩大解释。扩大解释是指由于社会情况的变化、发展,使宪法的内容不能满足现实的需要,因而通过宪法解释扩大其含义的方法。这种解释方法具有高度的概括性与适应性。它既能避免烦琐的修宪手续,又能重新赋予宪法以生机和活力。但由于这种解释方法弹性太大,有可能产生一些弊端,所以在运用过程中必须慎重。

四、宪法解释的程序

由于各国宪法解释体制不同,在宪法解释中遵循的具体程序也有所不同。概括起来看,宪法解释程序通常包括:

1. 宪法解释的主体与事由:明确规定宪法解释主体。在我国,依据宪法的规定,全国人大常委会解释宪法。

2. 宪法解释请求的提起:由哪些主体提起宪法解释,各国的规定是不尽相同的。有的国家采用预防性解释的制度,即国家立法时,对宪法规定有疑义的,请求解释;有的国家规定抽象审查性解释,即虽然并没有个案的发生,但特定的机关基于申请而解释;还有具体审查性解释和个人请求的情形等。个人一般情况下不得请求解释宪法,但在公民个人认为自己的基本权利受到国家机关和国家工作人员的侵害,穷尽了所有的法律途径仍得不到救济时,可以向特定机关提出解释宪法的请求。

3. 宪法解释请求的受理:规定接受解释请求的工作机构和决定解释宪法的相关主体与程序。

4. 宪法解释的审查:提出宪法解释要求后,宪法解释机关依照一定程序进行审查,决定

是否作出解释。

5. 宪法解释案的起草:在程序上要规定如何起草宪法解释案以及如何对解释案进行审议。为了保证宪法解释的科学性,在宪法解释案的起草过程中有些国家成立专门的宪法解释咨询委员会等机构。

6. 宪法解释的通过:为了保证宪法解释的权威性,应规定比法律解释更为严格的程序。通常宪法解释案以全体委员的2/3以上的多数才能通过。宪法解释公布后,相关的法律、法规等应及时作出必要的修改。

第四节 宪法实施的保障

一、宪法实施保障的内容

宪法实施保障在一定意义上亦即宪法监督,是立宪国家为了促进宪法的贯彻落实而建立的制度和开展活动的总称。与宪法实施保障相联系,还有一个违宪审查的概念。违宪审查是指为保障宪法实施,对法律、法规和法律性文件,以及一切国家机关、组织和公民的行为进行审查,并对其是否违宪作出裁决的活动。就宪法实施保障的基本内容来说,主要包括两大方面:

1. 规范的合宪性保障,即保障法律、法规和规范性文件的合宪性。一方面,宪法是国家法律体系的基础,因而国家立法机关制定的一般法律,其他国家机关制定的法规和法律性文件,都必须以宪法为依据,不得与宪法相抵触。否则,不仅会有损宪法的权威和尊严,妨碍宪法的贯彻实施,而且所谓法治国家建设也只能成为空谈。另一方面,宪法的原则精神只有通过普通法律、法规的具体化,通过整个国家法制的健全和完备才能有效实施。如果法律、法规背离宪法的原则精神,那么宪法实施也就根本无从谈起。因此,保障法律、法规的合宪性是宪法实施保障的重要内容。

2. 行为的合宪性保障,即保障国家机关及其工作人员、各政党、武装力量、社会团体、企事业单位组织和全体公民的行为的合宪性。如前所述,宪法作为国家的根本法,具有最高的法律效

新华考资
www.xhkzedu.com



力,一切国家机关、社会组织和公民个人都必须将宪法作为自己根本的行为准则。因此,保障国家机关及其工作人员、各政党、武装力量、社会团体、企业事业组织和全体公民的行为的合宪性是宪法实施保障的又一重要内容。

二、宪法实施保障的体制

综观世界各国的宪法规定和宪政实践,宪法实施保障体制主要有以下三种:

(一)由司法机关负责保障宪法实施的体制

由司法机关负责保障宪法实施的体制起源于美国。1803年,美国联邦最高法院在审理自“马伯里诉麦迪逊”一案的判决后,一些资本主义国家受美国的影响,并将这种体制扩展到地方法院,采取由司法机关负责保障宪法实施的方式,通过具体案件的审理以审查确定其所适用的法律是否符合宪法。

(二)由立法机关负责保障宪法实施的体制

由立法机关负责保障宪法实施的体制起源于英国。英国长期奉行“议会至上”原则,认为议会是代表人民的民意机关,是主权机关。因此,应该由作为立法机关的议会负责保障宪法实施。社会主义国家采取的也大多是由立法机关负责保障宪法实施的体制。我国现行宪法规定,全国人大及其常委会负有监督宪法实施的职责。

(三)由专门机关负责保障宪法实施的体制

由专门机关负责保障宪法实施的体制起源于1799年法国宪法设立的护法元老院。根据规定,护法元老院有权撤销违反宪法的法律。从发展趋势来看,由专门机关负责保障宪法实施的体制,已日益受到许多国家的重视。尽管名称并不一致,比如有的称宪法法院、有的称宪法委员会等,但是负责保障宪法实施的机关必须专门设立并负有专门的职责权限等方面则是一致的。

三、宪法实施保障的基本方式

从世界各国的宪政实践来看,尽管各国宪法实施保障的具体工作方式、方法互有差异,但其基本方式不外乎以下几种:

(一)事先审查和事后审查

事先审查又称预防性审查。这种方式通常适用于法律、法规和法律性文件的制定过程。当法律、法规和法律性文件尚未正式颁布实施之前,由特定机关对其是否合宪所进行的审查。如果在审查过程中发现其违宪,即可立即修改、纠正。事后审查是指在法律、法规和法律性文件颁布实施以后,由特定机关对其是否合宪所进行的审查。事后审查往往发生于人们对有关法律、法规的合宪性产生怀疑,或者由特定机关、组织、个人提出合宪性审查请求的情况。

(二)附带性审查和宪法控诉

附带性审查是指司法机关在审理案件过程中,因提出对所适用的法律、法规和法律性文件是否违宪的问题,而对该法律、法规和规范性文件所进行的合宪性审查。附带性审查往往以争讼事件为前提,所审查的也是与诉讼有关的法律、法规和法律性文件。宪法控诉(宪法诉讼、宪法诉愿)则指当公民个人的宪法权利受到侵害后向宪法法院或者其他相关机构提出控诉的制度。

四、我国的宪法实施保障的基本体制

我国的宪法实施保障机制经历了一个从无到有、从不完善到逐渐完善的曲折发展过程。现阶段的宪法实施保障机制主要包括以下几个方面:

(一)政治保障

政治保障是指中国共产党作为执政党模范地遵守和执行宪法。这是宪法得以贯彻落实的根本保证。在宪法和法律面前,共产党与其他政党、组织一样,都必须在宪法和法律的范围内活动。只要执政党真正带头模范地遵守和执行宪法,那么其他政党、组织和广大人民群众也会自觉地遵守和执行宪法。

(二)法律保障

法律保障是指宪法自身的保障。当代各国宪法大多规定了如下内容,并通过这些规定有力地促进了宪法的实施。这些规定包括:

1. 明确规定宪法是国家根本法。
2. 明确规定其自身具有最高的法律效力;

规定一切法律、法规都不得与宪法的规定相抵触；一切机关、组织和个人都必须以宪法为根本行为准则等。

3. 明确规定修改宪法的特别程序。

(三) 制度保障

在我国,宪法实施保障制度主要呈现出以下特点:

1. 从宪法实施保障的机关来看,我国属于立法机关保障宪法实施的模式。这种模式是由1954年宪法确立的。在保留全国人大行使宪法监督职权的基础上,1982年宪法又授予了全国人大常委会具有宪法监督的职权,规定了全国人大各专门委员会协助最高国家权力机关做好监督宪法实施的工作,审查各种法律文件的合宪性;同时还强调地方各级人民代表大会及其常委会有保证宪法在本行政区域实施之职责。

2. 从宪法实施保障的方式来看,我国采取事先审与事后审相结合的方式。如自治区的人民代表大会制定的自治条例和单行条例须报全国人大常委会批准后生效;自治州、自治县的自治条例和单行条例报省、自治区、直辖市的人大常委会批准后生效。又如立法法规定,较大的市的人大及其常委会依法制定的地方性法规须报省、自治区的人大常委会批准后施行等。这些均属于事先审查。

而事后审查主要是指,全国人大有权改变或者撤销全国人大常委会不适当的决定;全国人大常委会有权撤销国务院制定的同宪法、法律相抵触的行政法规、行政规章、决定和命令,有权撤销省、自治区、直辖市国家权力机关制定的同宪法、法律和行政法规相抵触的地方性法规和决议;地方各级人大有权撤销常委会的不适当决定、撤销本级人民政府不适当的决定和命令,以及地方各级人大常委会有权撤销下一级人大及其常委会的不适当的决议和撤销本级人民政府的不适当的决定和命令。

我国宪法实施保障机制在贯彻落实宪法,推进社会主义民主政治建设和法治国家建设方面发挥了重要作用,但在实践中仍存在着一些不足。诸如缺乏专门的宪法实施保障机关、宪法监督的方式比较单一、违宪制裁措施的可操作性不够强、公务员的宪法意识薄弱等。因此,进一步健全和完善我国的宪法实施保障机制,树立宪法的权威和尊严,仍然是一项紧迫的任务。

【本章主要法律规定】

1. 宪法“国家机构”
2. 各级人民代表大会常务委员会监督法
3. 立法法

本章介绍如何使宪法规范由静止的条文变为动态的实施,以及如何保障实施的效果。

宪法修改:我国宪法的修改机关是全国人民代表大会,宪法修改由全国人大常委会或者1/5以上的全国人大代表提议,由全国人大以全体代表的2/3以上的多数通过。

宪法解释:各国解释宪法的机关不尽一致,主要有立法机关、司法机关(其释宪具有附带性特点)以及专门机关(主要包括宪法法院和宪法委员会)。

本章难点是理解我国宪法实施保障机制,能够运用宪法文本和其他相关法律的规定,分析现实生活中出现的宪法问题或事例。



经济法之一 反垄断法

一、经济垄断

（一）垄断协议

1. 横向垄断协议——禁止具有竞争关系的经营者达成垄断协议

- （1）固定或者变更商品价格；
- （2）限制商品的生产数量或者销售数量；
- （3）分割销售市场或者原材料采购市场；
- （4）限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品；
- （5）联合抵制交易。

2. 纵向垄断协议——禁止经营者与交易相对人达成垄断协议

- （1）固定向第三人转售商品的价格；
- （2）限定向第三人转售商品的最低价格。

【例题·单选题】某品牌白酒市场份额较大且知名度较高，因销量急剧下滑，生产商召集经销商开会，令其不得低于限价进行销售，对违反者将扣除保证金、减少销售配额直至取消销售资格。关于该行为的性质，下列哪一判断是正确的？（ ）（2013-1-27）

- A. 维护品牌形象的正当行为
- B. 滥用市场支配地位的行为
- C. 价格同盟行为
- D. 纵向垄断协议行为

🔍 [答疑编号 506699010101]

【正确答案】D

【答案解析】本题考核纵向垄断协议。生产商对经销商限定对第三人的最低价格属于纵向垄断协议，二者之间不存在竞争关系，不是价格同盟行为，也不是滥用市场支配地位行为，更不是维护品牌形象的正当行为。选项 A、B、C 错误，选项 D 正确。

法条：《反垄断法》第14条。

3. 行业协会限制竞争行为（F16）：

行业协会不得组织本行业的经营者从事禁止的垄断行为。

行业协会违反本法规定，组织本行业的经营者达成垄断协议的，反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款；

情节严重的，社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。

4. 垄断协议的豁免

垄断协议如果是利国利民的，则允许。

- （1）为改进技术、研究开发新产品的；
- （2）为提高产品质量、降低成本、增进效率，统一产品规格、标准或者实行专业化分工的；
- （3）为提高中小经营者经营效率，增强中小经营者竞争力的；
- （4）为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的；
- （5）因经济不景气，为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的；
- （6）为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的。

属于1——5项情形的，经营者还应当证明所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争，并且能够使消费者分享由此产生的利益，否则不豁免。

【例题·多选题】根据《反垄断法》规定，下列哪些选项不构成垄断协议？（ ）（2009-1-66）

- A. 某行业协会组织本行业的企业就防止进口原料时的恶性竞争达成保护性协议
- B. 三家大型房地产公司的代表聚会，就商品房价格达成共识，随后一致采取涨价行动
- C. 某品牌的奶粉含有毒物质的事实被公布后，数家大型公司联合声明拒绝销售该产品
- D. 数家大型煤炭企业就采用一种新型矿山安全生产技术达成一致意见

❓ [答疑编号 506699010102]

【正确答案】ACD

【答案解析】本题考核垄断协议的豁免。垄断协议利国利民的，豁免承担法律责任。

5. 法律责任 F46：

经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的，反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚。

（二）滥用市场支配地位

1. 市场支配地位的推定：

市场支配地位，是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件，或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位。

滥用支配地位才构成违法。

有下列情形之一的，可以推定经营者具有市场支配地位，

- （1）一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的；
- （2）两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的，但市场份额不足十分之一的经营者除外；
- （3）三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的，但市场份额不足十分之一的经营

者除外。

被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位。

2. 市场支配地位的认定因素 F18:

- (1) 该经营者在相关市场的市场份额，以及相关市场的竞争状况；
- (2) 该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力；
- (3) 该经营者的财力和技术条件；
- (4) 其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度；
- (5) 其他经营者进入相关市场的难易程度；
- (6) 与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。

【例题·多选题】关于市场支配地位，下列哪些说法是正确的？（ ）（2011-1-64）

- A. 有市场支配地位而无滥用该地位的行为者，不为《反垄断法》所禁止
- B. 市场支配地位的认定，只考虑经营者在相关市场的市场份额
- C. 其他经营者进入相关市场的难易程度，不影响市场支配地位的认定
- D. 一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，推定为有市场支配地位

🔍 [答疑编号 506699010201]

【正确答案】AD

【答案解析】本题考核市场支配地位。选项 A、D 正确。只有滥用市场支配地位才违法，一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，推定为有市场支配地位。选项 B、C 错误。经营者在相关市场的市场份额，其他经营者进入市场的难易程度影响市场支配地位的认定。

【例题·多选题】关于市场支配地位推定制度，下列哪些选项是符合我国《反垄断法》规定的？（ ）（2008-1-71）

- A. 经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的，推定为具有市场支配地位
- B. 两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二，其中有的经营者市场份额不足十分之一的，不应当推定该经营者具有市场支配地位
- C. 三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三，其中有两个经营者市场份额合计不足五分之一的，不应当推定该两个经营者具有市场支配地位
- D. 被推定具有市场支配地位的经营者，有证据证明不具有市场支配地位的，不应当认定其具有市场支配地位

🔍 [答疑编号 506699010202]

【正确答案】ABD

【答案解析】本题考核市场支配地位。选项 C 错误。三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的，推定为有市场支配地位，但市场份额不足十分之一的经营者除外。

3. 滥用市场支配地位的行为（F17）

- (1) 垄断价格：以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品；

- (2) 低价倾销：没有正当理由，以低于成本的价格销售商品；
- (3) 拒绝交易：没有正当理由，拒绝与交易相对人进行交易；
- (4) 强制交易：没有正当理由，限定交易相对人只能与其进行交易或只能与其指定的经营者进行交易；包括限定交易相对人不得与其竞争对手进行交易；
- (5) 搭售行为：没有正当理由搭售商品，或者在交易时附加其他不合理的交易条件；
- (6) 差别待遇：没有正当理由，对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇。

(三) 经营者集中

1. 经营者集中的情形（F20）：

- (1) 经营者合并；
- (2) 经营者通过取得股权或资产的方式取得对其他经营者的控制权；
- (3) 经营者以合同方式取得对其他经营者的控制权或能够对其他经营者施加决定性影响；
- (4) 合同以外的方式。

2. 经营者集中的申报与豁免（F21-22）：

经营者集中达到国务院规定的申报标准的，应当事先向国务院反垄断执法机构申报。

但以下情形除外：

- (1) 参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者 50%以上有表决权的股份或资产的；
- (2) 参与集中的每个经营者 50%以上有表决权的股份或资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。

3. 商务部的集中审查程序（F23-26）：

初审 30 日——进一步审查 90 日（延长最多不过 60 日）

审查期间，经营者不得实施集中。

国务院反垄断执法机构作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。

4. 审查经营者集中，应当考虑下列因素 F27：

- (1) 参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力；
- (2) 相关市场的市场集中度；
- (3) 经营者集中对市场进入、技术进步的影响；
- (4) 经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响；
- (5) 经营者集中对国民经济发展的影响；
- (6) 国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

5. 经营者集中的审查决定 F28-31

- (1) 外资参与集中，涉及国家安全的，还应进行国家安全审查。
- (2) 对不予禁止的经营者集中，国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。

6. 法律责任 F48-53：

经营者违法集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态。

对禁止集中和对集中附加条件的决定不服的，可以先依法申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼。

【例题·多选题】根据《反垄断法》规定，关于经营者集中的说法，下列哪些选项是正确的？

() (2010-1-66 改编)

A. 经营者集中就是指企业合并

- B. 经营者集中实行事前申报制，但允许在实施集中后补充申报
- C. 经营者集中被审查时，参与集中者的市场份额及其市场控制力是一个重要考虑因素
- D. 商务部作出不实施进一步审查的决定或者逾期未作出决定的，经营者可以实施集中。
- E. 经营者对禁止集中和对集中附加条件的决定不服的，可以先申请行政复议；对行政复议决定不服的，可以依法提起行政诉讼
- F. 经营者违法集中的，由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态

🔍 [答疑编号 506699010203]

【正确答案】CDEF

【答案解析】本题考核经营者集中。选项 AB 错误。经营者集中包括四种形式：合并、收购、合同以及合同以外的方式，集中实行事先申报。

二、行政垄断

（一）行为主体：

行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织。

（二）行为方式：

1. 地区封锁：

（1）妨碍商品在地区之间的自由流通的行为（F33）；

（2）排斥或限制招标投标行为（F34）

（3）排斥或限制外地投资者（F35）：

采取与本地经营者不平等待遇等方式，排斥或者限制外地经营者在本地投资或者设立分支机构。

2. 强制交易行为（F32）：

滥用行政权力，限定或变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。

3. 强制经营者从事法律规定的垄断行为（F36）

4. 滥用行政权力，制定含有排除、限制竞争内容的规定（F37）

（三）行为责任（F51）——主要承担行政责任。

由上级机关责令改正；对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。

【例题·多选题】滥用行政权力排除、限制竞争的行为，是我国《反垄断法》规制的垄断行为之一。关于这种行为，下列哪些选项是正确的？（ ）（2008-1-72）

- A. 实施这种行为的主体，不限于行政机关
- B. 实施这种行为的主体，不包括中央政府部门
- C. 《反垄断法》对这种行为的规制，限定在商品流通和招投标领域
- D. 《反垄断法》对这种行为的规制，主要采用行政责任的方式

🔍 [答疑编号 506699010301]

【正确答案】AD

【答案解析】本题考核行政垄断行为。选项 B、C 错误。行政垄断的主体包括中央政府部门，行政垄断行为包括在行政权力对市场进行非法干预的各个领域。

三、反垄断调查

（一）反垄断机构

1. 反垄断委员会

国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作，国务院反垄断委员会的组成和工作规则由国务院规定，履行下列职责：

- （1）研究拟订有关竞争政策；
- （2）组织调查、评估市场总体竞争状况，发布评估报告；
- （3）制定、发布反垄断指南；
- （4）协调反垄断行政执法工作；
- （5）国务院规定的其他职责。

2. 反垄断执法机构

国务院反垄断执法机构（商务部、国家工商总局、国家发改委）根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依法规定负责有关反垄断执法工作。

【例题·单选题】对于国务院反垄断委员会的机构定位和工作职责，下列哪一选项是正确的？
（ ）（2009-1-24）

- A. 是承担反垄断执法职责的法定机构
- B. 应当履行协调反垄断行政执法工作的职责
- C. 可以授权国务院相关部门负责反垄断执法工作
- D. 可以授权省、自治区、直辖市人民政府的相应机构负责反垄断执法工作

❓ [答疑编号 506699010302]

【正确答案】B

【答案解析】本题考核反垄断机构。国务院设立反垄断委员会，负责组织、协调、指导反垄断工作。故选项 B 正确。

（二）反垄断调查 F38:

1. 举报

对涉嫌垄断行为，任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报。反垄断执法机构应当为举报人保密。

举报采用书面形式并提供相关事实和证据的，反垄断执法机构应当进行必要的调查。

2. 调查措施

反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为，可以采取下列措施：

- （1）进入被调查的经营者的营业场所或者其他有关场所进行检查；
- （2）询问被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人，要求其说明有关情况；
- （3）查阅、复制被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人的有关单证、协议、会计账簿、业务函电、电子数据等文件、资料；
- （4）查封、扣押相关证据；
- （5）查询经营者的银行账户。

采取前款规定的措施，应当向反垄断执法机构主要负责人书面报告，并经批准。

反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为，执法人员不得少于 2 人，并应当出示执法证件。执法人员进行询问和调查，应当制作笔录，并由被询问人或者被调查人签字。

反垄断执法机构及其工作人员对执法过程中知悉的商业秘密负有保密义务。

3. 被调查者权利义务

(1) 被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人应当配合反垄断执法机构依法履行职责，不得拒绝、阻碍反垄断执法机构的调查。

(2) 被调查的经营者、利害关系人有权陈述意见。反垄断执法机构应当对被调查的经营者、利害关系人提出的事实、理由和证据进行核实。

4. 调查处理

反垄断执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后，认为构成垄断行为的，应当依法作出处理决定，并可以向社会公布。

(1) 中止调查

对反垄断执法机构调查的涉嫌垄断行为，被调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，反垄断执法机构可以决定中止调查。

中止调查的决定应当载明被调查的经营者承诺的具体内容。

(2) 终止调查

反垄断执法机构决定中止调查的，应当对经营者履行承诺的情况进行监督。

经营者履行承诺的，反垄断执法机构可以决定终止调查。

(3) 恢复调查

有下列情形之一的，反垄断执法机构应当恢复调查：

①经营者未履行承诺的；

②作出中止调查决定所依据的事实发生重大变化的；

③中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。

【例题·多选题】某县政府规定：施工现场不得搅拌混凝土，只能使用预拌的商品混凝土。2012年，县建材协会组织协调县内 6 家生产企业达成协议，各自按划分的区域销售商品混凝土。因货少价高，一些施工单位要求县工商局处理这些企业的垄断行为。根据《反垄断法》，下列哪些选项是错误的？（ ）（2013-1-64）

A. 县政府的规定属于行政垄断行为

B. 县建材协会的行为违反了《反垄断法》

C. 县工商局有权对 6 家企业涉嫌垄断的行为进行调查和处理

D. 被调查企业承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的，该机构可决定终止调查

？[答疑编号 506699010303]

【正确答案】ACD

【答案解析】本题考核垄断行为、反垄断调查机构及其职权。选项 A 说法错误。县政府的行为属于正常的行政管理，并没有从事地区封锁、限制竞争的行为。选项 B 说法正确。建材协会的行为属于行业协会的垄断协议，分割销售市场。选项 C 说法错误。国务院反垄断执法机构根据工作需要，可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构，依照《反垄断法》规定负责有关反垄断执法工作，县工商局没有该执法权。选项 D 说法错误。被调查企业履行承诺的，反垄断执法机构才终止调查。

法条：《反垄断法》第 10、16、45、46 条。

四、反垄断民事诉讼

（一）起诉和管辖 F1-4（最高人民法院关于审理因垄断行为引发的民事纠纷案件应用法律若干问题的规定）：

1. 因垄断行为受到损失以及因合同内容、行业协会的章程等违反反垄断法而发生争议的，可向法院提起民事诉讼。
2. 原告可直接起诉，也可在反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定生效后起诉。
3. 一审垄断民事纠纷案件，由省级政府所在地的市、计划单列市中院以及最高院指定的中院管辖。经最高院批准，基层法院可管辖一审垄断民事纠纷案件。

垄断民事纠纷案件的地域管辖，依照民事诉讼法及相关司法解释有关侵权纠纷、合同纠纷等的管辖规定确定。

（二）举证责任 F7-10：

1. 横向垄断协议举证责任倒置：被告应对垄断协议不具有排除、限制竞争效果承担举证责任。
2. 原告应对被告在相关市场内具有支配地位和其滥用市场支配地位承担举证责任。
3. 法院可以根据市场结构和竞争状况的具体情况，认定被告公用企业或其他依法具有独占地位的经营者在相关市场内具有支配地位，相反证据推翻除外。
4. 原告可以以被告对外发布的信息作为证明其有市场支配地位的证据，相反证据推翻除外。

（三）诉讼时效和损害赔偿 F16：

1. 因垄断行为产生的损害赔偿请求权诉讼时效期间，从原告知道或应当知道权益受侵害之日起计算。原告向反垄断执法机构举报被诉垄断行为的，诉讼时效从其举报之日起中断。
2. 反垄断执法机构决定不立案、撤销案件或者决定终止调查的，诉讼时效期间从原告知道或应当知道不立案、撤销案件或终止调查之日起重新计算。
3. 反垄断执法机构调查后认定构成垄断行为的，诉讼时效期间从原告知道或应当知道反垄断执法机构认定构成垄断行为的处理决定生效之日起重新计算。
4. 原告起诉时被诉垄断行为已经持续超过2年，被告提出诉讼时效抗辩的，损害赔偿应当自原告向人民法院起诉之日起向前推算2年计算。

【例题·多选题】例题，依据《反垄断法》及其司法解释，下列错误的是？（ ）

- A. 因垄断行为受到损失，原告须在反垄断执法机构认定的处理决定生效后起诉
- B. 经高院批准，基层法院可管辖一审垄断民事纠纷案件
- C. 法院可根据市场结构和竞争状况的具体情况，认定被告公用企业在相关市场内有支配地位
- D. 原告可以以被告对外发布的信息作为证明其有市场支配地位的证据
- E. 原告向反垄断执法机构举报被诉垄断行为的，诉讼时效不中断

🔍 [答疑编号 506699010304]

【正确答案】ABE

【答案解析】本题考核反垄断民事诉讼。选项A、B、E错误。因垄断行为受到损失，可以直接起诉，经最高院批准，基层法院可管辖一审垄断民事纠纷，举报被诉垄断行为的，诉讼时效中断。



经济法



第一节 反垄断法

一、反垄断法概述

(一) 反垄断法的立法目的

《中华人民共和国反垄断法》(以下简称反垄断法)于2007年8月30日通过,2008年8月1日起施行。该法共八章,57条。

该法第1条规定了立法目的:“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率,维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展,制定本法。”可以看出,“为了预防和制止垄断行为,保护市场公平竞争,提高经济运行效率”是其直接目的,“维护消费者利益和社会公共利益,促进社会主义市场经济健康发展”是其根本目的。这样理解使得反垄断法与其功能最为相近的《中华人民共和国反不正当竞争法》(以下简称反不正当竞争法)的联系与区别清晰可辨。

(二) 反垄断法的调整对象和范围

反垄断法调整的主要是具有竞争关系的经营者之间的法律关系,因此必须对经营者作出定义。该法第12条第1款规定:“本法所称经营者,是指从事商品生产、经营或者提供服务的自然人、法人和其他组织。”而经营者之间的竞争,主要存在于相关市场之中。对相关市场,反垄断法第12条第2款的定义为“经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围”。

同时,结合我国实际,延续反不正当竞争法的思路,反垄断法将具有行政垄断性质的反竞争行为纳入调整范围。如该法规定,行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争。

反垄断法作为内国法,适用于在中华人民共和国境内经济活动中从事的垄断行为自不待言;但是考虑到随着经济全球化的发展,经济活动(特别是大型企业的垄断行为)的影响并不限于一国境内。为此,该法进一步明确:“中华人民

共和国境外的垄断行为,对境内市场竞争产生排除、限制影响的,适用本法。”这一规定是在参考了许多国家的竞争法之后作出的、符合国际惯例的选择。

(三) 反垄断法的基本原则

根据反垄断法第一章总则的相关规定,我国反垄断法的基本原则可以概括为:

1. 健全统一、开放、竞争、有序的市场体系的原则。反垄断法的出台,使其与反不正当竞争法一同构筑起我国竞争法体系的骨架,形成了与社会主义市场经济相适应的竞争规则。

2. 保护经济自由权与监管和调控相结合的原则。反垄断法抑制垄断并不消灭垄断。它承认并保护经营者的经济自由权,允许经营者通过公平竞争、自愿联合,依法实施集中,扩大经营规模,提高市场竞争能力;同时为建立健全统一、开放、竞争、有序的市场体系而监管和调控经营者的反竞争(如垄断协议、恶意并购、限制竞争等)行为。

二、垄断行为

我国反垄断法将形形色色、各种各样的垄断行为分为四类,用简练概括的笔触分别进行描述并予以规制。

(一) 垄断协议

1. 概述。

垄断协议是指两个或两个以上的经营者以协议、决议或其他联合方式实施的限制竞争行为。在市场经济条件下,垄断协议广泛地存在于经济生活的各个阶段和各个方面,与滥用市场支配地位、经营者集中等垄断行为相比较,其表现出发生量大、涉及面广、对市场影响速度快等特点,对有效竞争的破坏具有普遍性和持续性。正因如此,垄断协议控制制度被看作是反垄断法的三大支柱制度之一。

垄断协议可以表现为企业间限制竞争的合同或协议、企业团体的决议及企业间的协同行为等形式。我国反垄断法第13条第2款规定:“本法所称垄断协议,是指排除、限制竞争的协议、决定或者其他协同行为。”

垄断协议有横向垄断协议与纵向垄断协议之分。所谓横向垄断协议,是指两个或两个以上因经营同类产品或服务而在生产或销售过程中处于同一经营阶段的同业竞争者之间的垄断协议,如两家汽车生产公司之间的联合;纵向垄断协议是指两个或两个以上在同一产业中处于不同阶段而有买卖关系的企业间的垄断协议,如汽车生产商与汽车销售商之间的联合。

将垄断协议分为横向垄断协议与纵向垄断协议是因为二者对竞争危害的程度不同,法律对它们亦区别对待。横向垄断协议作为同业竞争者之间的联合行为,对竞争的危害既直接又严重,因而一直是反垄断法所规制的重点;纵向垄断协议由于主体之间处于不同的经营阶段,不具有直接的竞争关系,其联合行为对竞争的影响较横向垄断协议间接得多,程度也轻得多,法律对其管制的严厉程度也远远不及横向限制,处理的灵活性也较大。

我国反垄断法有三条针对垄断协议的规定:第13条第1款是关于横向垄断协议的规定,第14条是关于纵向垄断协议的规定,第16条专门就行业协会组织本行业经营者从事垄断协议作出了禁止性规定。

2. 构成垄断协议的要件。

(1) 协议或者协同行为由多个独立主体构成。垄断协议必须发生在两个或两个以上的有竞争关系的经营者之间,具有“多个主体共同行为”的特征,从而与由单个经营者所实施的市场垄断行为(如滥用市场支配地位等)区别开来。同时,法律还强调参加联合的主体应是在事实上具有独立性的主体,即要求联合者在事实上具有独立决策能力。否则不能认定为限制竞争行为的联合主体。

(2) 经营者之间存在通谋或协同一致的行为。构成垄断协议的客观要件是经营者从事了通谋或协同一致的行为。这种通谋或协同一致的行为,可以表现在各方签署形成的协议、合同、备忘录中,也可以表现在企业团体的决定或决议中,还可以是行为人之间协同一致的行为(即没有文字形式的协议或者决定,但是



却出现了高度协调统一的动作,如在同一天有竞争关系的经营者集体提高某类产品的价格)。

3. 对垄断协议的规制。

(1)横向垄断协议与纵向垄断协议。我国反垄断法禁止以下具有横向垄断性质的协议。该法第13条规定:“禁止具有竞争关系的经营者达成下列垄断协议:(一)固定或者变更商品价格;(二)限制商品的生产数量或者销售数量;(三)分割销售市场或者原材料采购市场;(四)限制购买新技术、新设备或者限制开发新技术、新产品;(五)联合抵制交易;(六)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”

我国反垄断法禁止以下具有纵向垄断性质的协议。该法第14条规定:“禁止经营者与交易相对人达成下列垄断协议:(一)固定向第三人转售商品的价格;(二)限定向第三人转售商品的最低价格;(三)国务院反垄断执法机构认定的其他垄断协议。”

(2)行业协会限制竞争行为。行业协会种类繁多。典型的行业协会应该是由单一行业的经营者组成,具有非营利性和中介性,维护成员利益并代表本行业利益从事活动的社团法人。

我国反垄断法对行业协会在竞争法上的义务提出了要求,其第11条规定:“行业协会应当加强行业自律,引导本行业的经营者依法竞争,维护市场竞争秩序。”在“垄断协议”一章中又专条规定:“行业协会不得组织本行业的经营者从事本章禁止的垄断行为。”相信这些规定将有效抑制行业协会的反竞争倾向,也使得对行业协会的规范有了具体的依据。

(3)垄断协议的豁免。对于并非以限制竞争为目的或者为某种公共利益而达成的合意或者一致行动,反垄断法是允许的。这就是第15条有关垄断协议的豁免条款,即有下列情形之一的,不适用前述第13条和第14条的规定:“(一)为改进技术、研究开发新产品的;(二)为提高产品质量、降低成本、增进效率,统一产品规格、标准或者实行专业化分工的;(三)为提高中小经营者经营效率,增强中小经营者竞争

力的;(四)为实现节约能源、保护环境、救灾救助等社会公共利益的;(五)因经济不景气,为缓解销售量严重下降或者生产明显过剩的;(六)为保障对外贸易和对外经济合作中的正当利益的;(七)法律和国务院规定的其他情形。”

但是对于第1项至第5项情形,经营者还应当证明“所达成的协议不会严重限制相关市场的竞争,并且能够使消费者分享由此产生的利益”,才可免除法律责任。

4. 法律责任。我国反垄断法明文规定垄断协议的法律责任包括民事责任、行政责任和刑事责任三种,现说明如下:

(1)垄断协议的民事责任。经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,必须依法承担相应的法律后果。我国反垄断法第50条规定:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”垄断协议作为垄断行为的表现形式之一,自然应该依其规定承担民事责任。但反垄断法未就民事责任所涉及的其他具体内容,如归责原则、责任形式、责任范围等作进一步规定,表明这里的“依法”是指依照我国现行的民事法律制度追究经营者实施垄断协议的民事责任。

(2)垄断协议的行政责任。反垄断法第46条用三款从三个方面对垄断协议的行政责任作出规定:一是一般规定,“经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款;尚未实施所达成的垄断协议的,可以处五十万元以下的罚款”。二是宽容条款,“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚”。三是行业协会的责任,“行业协会违反本法规定,组织本行业的经营者达成垄断协议的,反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记”。据此分析,垄断协议的行政责任主要有以下几种形式:

第一,责令停止违法行为。反垄断执法机构认定经营者达成的协议属于垄断协议的,有权责令经营者停止实施该垄断协议。

第二,没收违法所得。对于经营者因实施垄断协议而获得的违法收入,全部予以没收。这里的违法所得指的是经营者通过实施垄断协议获得的收益。

第三,罚款。在垄断协议认定中,经营者只要实施了达成协议的行为,即可认定构成违法,无须考虑结果要件。但达成垄断协议并予以实施与仅仅达成协议尚未实施对竞争所产生的危害以及对行为人收益的影响是不同的,需要在处罚时区别对待。因此,反垄断法就此两种情况规定了不同的罚款数额:对于经营者达成垄断协议但尚未实施的,可以处50万元以下的罚款;对达成并实施了垄断协议的,除没收违法所得外,处上一年度销售额10%以下的罚款。

第四,撤销登记。这一责任方式是针对行业协会实施垄断协议而规定的。行业协会作为依法成立、实行行业服务和自律管理的非营利性社团法人,在整个运行过程中必须遵守国家的各类法律、法规,遵守社团法人的章程,忠实地履行职责。如果行业协会实施垄断协议行为,情节严重的,社会团体登记管理机关可依法撤销登记,以消灭其主体资格的方式,排除其对竞争的危害。

(3) 垄断协议的刑事责任。我国反垄断法没有与刑法衔接追究垄断行为的刑事责任的条款,自然也没有关于追究垄断协议的刑事责任的规定。但这并不等于我国所有的垄断协议行为都不会承担刑事责任。如串通招投标行为属于我国反垄断法规定的垄断协议行为,刑法第223条明确规定:“投标人相互串通投标报价,损害招标人或者其他投标人利益,情节严重的,处三年以下有期徒刑或拘役,并处或者单处罚金。投标人与招标人串通投标,损害国家、集体、公民的合法利益的,依照前款的规定处罚。”这表明违反反垄断法的垄断协议行为同样有可能承担刑事责任。

示例

根据《反垄断法》规定,下列哪些选项不构成垄断协议?(2009年试卷一第66题)

- A. 某行业协会组织本行业的企业就防止进口原料时的恶性竞争达成保护性协议
- B. 三家大型房地产公司的代表聚会,就商品房价格达成共识,随后一致采取涨价行动
- C. 某品牌的奶粉含有毒物质的事实被公布后,数家大型零售公司联合声明拒绝销售该产品
- D. 数家大型煤炭企业就采用一种新型矿山安全生产技术达成一致意见

【参考答案及简要提示】ACD。对于垄断协议的构成既要根据《反垄断法》第13条进行判断,又要注意《反垄断法》第15条法定的豁免情形。题目中B选项属于三家房地产公司一致涨价的行为构成固定或者变更商品价格的垄断协议,ACD选项分别符合第15条垄断协议的豁免情形。

新华考资

www.xhkzedu.com

(二) 滥用市场支配地位

1. 概念。

市场支配地位,又称市场控制地位,是反垄断法中的重要概念。它描述的是企业或企业联合组织在市场上所达到或具有的某种状态,该状态反映出企业或企业联合组织在相关的产品市场、地域市场和时间市场上拥有决定产品产量、价格和销售等方面的控制能力。

市场支配地位本身,并不受道德谴责,也不必然被反垄断法禁止或制裁。只有当具有市场支配地位的企业利用其市场支配地位危害竞争,损害公共利益和私人利益时,反垄断法才会挥动达摩克利斯之剑,扮演市场竞争秩序守护神的角色。

2. 市场支配地位的认定因素和方法。

(1) 认定市场支配地位的主要因素。我国反垄断法所称的市场支配地位,“是指经营者在相关市场内具有能够控制商品价格、数量或者其他交易条件,或者能够阻碍、影响其他经营者进入相关市场能力的市场地位”。据此可知,经营者是否具备市场支配地位首先取决于其在相



关市场中是否具有“控制交易条件”、“阻碍、影响其他经营者”的能力。如何判断经营者是否具备这种能力,是反垄断法必须解决的问题。从世界范围看,在反垄断的立法与司法实践中形成了“以市场份额为主、兼顾反映企业综合经济实力的其他因素”的认定标准。我国反垄断法第18条总结并借鉴世界范围内相关立法经验,指出:“认定经营者具有市场支配地位,应当依据下列因素:(一)该经营者在相关市场的市场份额,以及相关市场的竞争状况;(二)该经营者控制销售市场或者原材料采购市场的能力;(三)该经营者的财力和技术条件;(四)其他经营者对该经营者在交易上的依赖程度;(五)其他经营者进入相关市场的难易程度;(六)与认定该经营者市场支配地位有关的其他因素。”这一规定,较好地反映了世界各国以及国际组织反垄断法有关市场支配地位认定标准的共性。

为了方便执法和司法实践中的操作,我国反垄断法第19条设计了市场支配地位的推定制度。该制度由相互关联的三项内容构成:首先是一般规定,即“有下列情形之一的,可以推定经营者具有市场支配地位:(一)一个经营者在相关市场的市场份额达到二分之一的;(二)两个经营者在相关市场的市场份额合计达到三分之二的;(三)三个经营者在相关市场的市场份额合计达到四分之三的”。其次是例外规定,即“有前款第二项、第三项规定的情形,其中有的经营者市场份额不足十分之一的,不应当推定该经营者具有市场支配地位”。最后是反证规定,即“被推定具有市场支配地位的经营者,有证据证明不具有市场支配地位的,不应当认定其具有市场支配地位”。

(2)市场支配地位的认定方法。在判断市场支配地位的标准中,涉及“相关市场”和“企业支配能力”的认定。对此,我国反垄断法第12条指出:“本法所称相关市场,是指经营者在一定时期内就特定商品或者服务(以下统称商品)进行竞争的商品范围和地域范围。”在此基础上判断企业的支配能力取决于包括市场份额在内的多种因素。其主要方法是对影响企业市场支配能力的因素进行考察,对各种指标做定

性、定量分析,作出企业是否具有支配能力和支配能力大小的结论。如在分析市场份额这一影响企业支配能力的主要因素时即需从三个方面予以考虑:一是市场份额的计算方法,即被告在相关市场上的销售额,除以该市场的总销售额,再乘以百分之百,以此方法计算所得出的百分比,即为该企业的市场份额。二是市场份额的数值因素,一般而言,涉嫌具有市场支配地位的企业,其市场份额越大,行使市场力量的可能性就越大。三是市场份额的时间因素,即瞬间拥有巨大的市场份额并不必然使得企业具有支配地位,只有当企业能够在较长时间内维持该优势时,才构成支配地位。

(3)滥用市场支配地位行为的判断。滥用市场支配地位行为是指具有市场支配地位的企业,利用其市场支配地位危害竞争,损害竞争对手和社会公共利益及其他私人利益的行为。

我国反垄断法对常见的滥用市场支配地位行为采取列举方式加以规范,其第17条第1款明确规定:“禁止具有市场支配地位的经营者从事下列滥用市场支配地位的行为:(一)以不公平的高价销售商品或者以不公平的低价购买商品;(二)没有正当理由,以低于成本的价格销售商品;(三)没有正当理由,拒绝与交易相对人进行交易;(四)没有正当理由,限定交易相对人只能与其进行交易或者只能与其指定的经营者进行交易;(五)没有正当理由搭售商品,或者在交易时附加其他不合理的交易条件;(六)没有正当理由,对条件相同的交易相对人在交易价格等交易条件上实行差别待遇;(七)国务院反垄断执法机构认定的其他滥用市场支配地位的行为。”现分析如下:

关于垄断价格。即在市场缺乏竞争的情况下,拥有市场支配地位的经营者通过价格策略获取垄断利润的盘剥行为。

关于亏本销售。指上述第2项“以低于成本的价格销售商品”的情形。企业是营利性组织,低于成本的定价若无正当理由,其实质是打击竞争对手,争夺市场和顾客;一旦目的达到,就会抬高价格。因此,这类行为又称作掠夺性定价,是反垄断法规制的对象。如果为了避免

鲜活产品腐烂、推销过季产品、清偿到期债务等,以尽可能减少损失或缓解经营中遇到的特殊困难等,被认为是正常经营的需要,即使低于成本价销售,也不构成掠夺性定价。

关于拒绝交易。拒绝交易又称瓶颈垄断,是指具有市场支配地位的经营者没有正当理由,拒绝与其交易相对人进行交易,或限制交易的数量与范围等的行为。反垄断法关注的拒绝交易,主要是指由市场支配地位的公用企业(如供水、供电等企业)实施的拒绝交易行为。这些企业本身的特殊地位及提供商品和服务的特殊性,决定了其具有普遍服务义务。违反该义务,拒绝与交易相对人交易,将会严重影响人民的日常生活和社会稳定。必须坚决予以禁止。

关于强制交易。指经营者违背他人意愿强制其进行某种交易活动。反垄断法第17条规定了两种情况:一是具有市场支配地位的经营者限定他人与自己交易;二是具有市场支配地位的经营者限定他人与自己指定的第三者进行交易。

反垄断法与反不正当竞争法关于强制交易的规定有所不同,后者将实施强制交易的主体仅限于“公用企业和其他依法具有独占地位的经营者”,使该主体以外的强制交易行为无法得到追究;并且将强制交易的情形限于强制安排他人间的交易,从而将强制他人与自己交易这一重要强制交易形式排除在外。反垄断法的规定弥补了这两方面的不足,使我国对强制交易的规制得到进一步完善。

关于搭售或附加不合理的条件。该行为是指经营者在提供用户所需的产品或者服务时,额外附加其他产品或者服务;若对方不接受附加的产品或者服务,则所需产品或者服务亦无法获得。所以又被称为“捆绑式”销售。搭售行为的本质是具有市场支配地位的经营者将其在特定市场或者特定产品上的竞争优势不公平地延伸至被搭售产品的市场上,从而限制甚至排除了被搭售的产品及所属企业在市场上的公平竞争机会。附加其他不合理条件的交易行为与搭售行为的本质相同,亦受到反垄断法的规制。

关于差别待遇。经营者对不同的交易相对

人采取不同的交易条件,是其选择交易对象的一种权利,也是一种常见的营销策略。但当具有市场支配地位的经营者实施差别待遇时,有可能对竞争产生损害。特别是当交易对象“条件相同”时对之实行差别待遇,因为缺乏合理性而受到反垄断法的禁止。此外应注意,差别待遇的形式主要表现为价格的差异,但不仅仅限于价格。并且若具有合理的理由,法律上认可一定的差别待遇。这些正当理由可以是:基于制造、销售、运输成本不同所致的价格差别;基于影响市场条件的变化而产生的价格变化;基于促销容易变质腐烂的商品、季节性商品而采取的不同价格;等等。

3. 法律责任。

(1)滥用市场支配地位的民事责任。根据反垄断法第50条的规定,经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。这里的“他人”,可以是受害的竞争者,也可以是用户或者消费者。至于责任的方式,理论上应包括我国民法通则及相关民事法律、法规所规定的所有责任形式,但实践中基于滥用市场支配地位行为的经济性特点,承担责任的方式主要是损害赔偿。

(2)滥用市场支配地位的行政责任。对经营者违反本法规定,滥用市场支配地位的,反垄断执法机构可以责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额1%以上10%以下的罚款。

(三)经营者集中

1. 经营者集中的含义和表现形式。

经营者集中是一个宽泛模糊的概念,近似的概念有企业合并或者收购、经济力集中、企业并购或者兼并等。它的核心是指两个或两个以上企业以一定的方式或手段所形成的企业间的资产、营业和人员的整合。

我国反垄断法使用了“经营者集中”这一概念,但却未正面给出其定义,而是在第20条以列举方式对其予以限定。该条指出:“经营者集中是指下列情形:(一)经营者合并;(二)经营者通过取得股权或者资产的方式取得对其他经营者的控制权;(三)经营者通过合同等方式取



得对其他经营者的控制权或者能够对其他经营者施加决定性影响。”经营者集中对市场经济的发展和有序竞争具有积极促进与消极妨碍双重作用。因此,进行法律调控时,一方面必须尊重经济规律,承认规模经济的合理性,允许经济力集中和企业适度合并,同时又要预防经营者以不法手段实施集中,或者使经营者集中失控,导致一定市场或者行业内竞争的丧失。所以,综观各国反垄断法,都建立了一系列制度密切关注经营者集中,并对可能发生的具有反竞争性质的合并等进行规制。

2. 经营者集中的申请和审查。

要求某些经营者集中事先提出申报并对其进行审查是反垄断法设立的重要制度。现分别予以说明和分析:

第一,经营者集中的申报制度。经营者集中申报制度主要包括申报的时间、申报的标准、申报的例外以及申报的文件与资料等内容。

(1)关于申报时间。反垄断法第21条规定:“经营者集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。”建立经营者集中事先申报制度,目的是防患于未然。

(2)申报的标准。从考量经营者集中对竞争消极影响的角度出发,只有达到一定标准的集中,反垄断法才要求申报,并予以监督。我国反垄断法未涉及经营者集中申报的具体标准,而只在第21条规定,经营者集中达到“国务院规定的申报标准”的,经营者应当申报。这表明,我国经营者集中的申报标准由国务院制定,它应于2008年8月1日反垄断法正式实施前出台。

(3)申报的例外。按照国际上的普遍做法,对经营者的除外规定主要涉及两种情况:一是已经形成控制与被控制关系的经营者之间的集中;二是受同一经营者控制的经营者集中。借鉴这一经验,我国反垄断法第22条规定:“经营者集中有下列情形之一的,可以不向国务院反垄断执法机构申报:(一)参与集中的一个经营者拥有其他每个经营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产的;(二)参与集中的每个经

营者百分之五十以上有表决权的股份或者资产被同一个未参与集中的经营者拥有的。”

(4)应提交的申报文件和资料。为了审查企业的市场影响能力和企业集中可能给竞争造成的后果,法律要求申报者提供特定的文件与材料。根据各国法律规定,这些材料主要包括两类:一是真实反映参与集中的经营者的事实资料;二是对拟进行的经营者集中所作的说明和评价。我国反垄断法第23条要求申报集中的经营者应当向国务院反垄断执法机构提交下列文件、资料:①申报书;②集中对相关市场竞争状况影响的说明;③集中协议;④参与集中的经营者经会计事务所审计的上一会计年度财务报告;⑤国务院反垄断执法机构规定的其他文件、资料。同时还规定,经营者提交的文件、资料不完备的,应当在国务院反垄断执法机构规定的期限内补交文件、资料;逾期未补交的,视为未申报。

第二,经营者集中的审查制度。对经营者集中的审查主要包括两部分内容:一是审查的内容;二是审查的程序。

(1)关于审查内容。根据反垄断法第27条之规定,国务院反垄断执法机构在审查经营者集中时,应当考虑下列因素:①参与集中的经营者在相关市场的市场份额及其对市场的控制力。参与集中的经营者,如果已经占有较大的市场份额或者具有较大的市场控制力,在他们之间进行的集中,极易形成垄断,阻碍竞争。②相关市场的市场集中度。市场集中度,可通过市场份额的分布情况来判断。一般而言,市场竞争越充分,参与竞争者就越多,市场份额就越分散,市场集中度就越低;反之,市场集中度就高。在市场集中度高的行业或者领域,经营者实施集中,就更容易形成垄断。③经营者集中对市场进入、技术进步的影响。即经营者集中,是否会对新技术的研究开发以及推广应用产生不良影响,阻碍技术进步。④经营者集中对消费者和其他有关经营者的影响。对前者的影响,主要是指拟实施的集中是有利于消费者更加方便,并有更多选择的机会以获得质量更好的产品及更优的服务还是相反。对后者的影

响,主要是指拟实施的经营者集中,是有利于其他经营者开展经营活动还是相反。⑤经营者集中对国民经济发展的影响。这里主要是指从相对宏观的角度判断拟实施的经营者集中,对国民经济发展将产生有利影响还是阻碍等不良作用。⑥国务院反垄断执法机构认为应当考虑的影响市场竞争的其他因素。

若对上述因素的评价是正面的,集中便有可能获得批准,否则就会被禁止。

(2)关于审查程序。我国反垄断法规定的经营者集中程序由“初步审查”和“进一步审查”组成。但是每个个案并非必须经过这两个程序,只有在审查中出现反垄断法规定的情况时,才需要“进一步审查”,即启动第二个审查程序。

①初步审查。初步审查是指国务院反垄断执法机构对经营者拟实施的集中依法所进行的第一次审查。根据反垄断法第25条的规定,初步审查的期限为国务院反垄断执法机构收到申请文件、资料之日起30日内。如果经营者提交的文件、资料不完备的,则应当在规定的期限内补交文件、资料,初步期限自经营者补交文件、资料之日起计算。初步审查的决定分为两种:一是通过审查,可以实施集中;二是实施进一步审查的决定。若国务院反垄断执法机构逾期未作出决定的,视为通过审查,经营者可以实施集中。但是在国务院反垄断执法机构作出决定以前,法定期限又未到的,经营者不得实施集中。此外,国务院反垄断执法机构不论是实施进一步审查的决定,还是作出不实施进一步审查的决定,都必须采用书面形式通知经营者。

②进一步审查。进一步审查是指国务院反垄断执法机构对没有通过初步审查的经营者集中案进行的第二次审查。根据我国反垄断法第26条的规定,进一步审查的期限分为两种情况:一是一般期限,即指国务院反垄断执法机构作出实施进一步审查决定之后,对经营者集中申报实施进一步审查并作出决定的期限。该期限为90日,自作出实施进一步审查的决定之日起计算。二是延长期限,即当法定情形出现时,国务院反垄断执法机构可以在一般审查期限之

外,延长进一步审查的期限。但延长的期限最长不得超过60日,且应书面通知经营者。

所谓法定情形,是指反垄断法第26条第2款列举的情形:一是经营者同意延长审查期限的;二是经营者提交的文件、资料不准确,需要进一步核实的;三是经营者申报后有关情况发生重大变化的。需要注意的是,在延长期限内,经营者不得实施集中。

国务院反垄断执法机构完成经营者集中申报的进一步审查工作后,应依法作出决定。决定分为两种:一种是禁止集中。作出禁止经营者集中的决定,应当说明理由。另一种是不予禁止。不论是哪种决定,都必须采用书面形式通知经营者。同样,国务院反垄断执法机构“逾期未作出决定”,其法律效果等同于对经营者集中不予禁止的决定,即经营者可以实施集中。

此外,对涉及外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,必须经过特别的审查程序——国家安全审查。外资并购作为一种具有特殊复杂性的经营者集中方式,不仅要受到反垄断法的规制,同时还要受到国家有关外资并购安全审查法律的约束。我国反垄断法借鉴国际上的通行做法,结合我国实际情况,在第31条对经营者集中审查与外资并购国内企业的审查作了衔接性的规定:“对外资并购境内企业或者以其他方式参与经营者集中,涉及国家安全的,除依照本法规定进行经营者集中审查外,还应当按照国家有关规定进行国家安全审查。”另外,我国2006年新修订的《关于外国投资者并购境内企业的规定》,不仅在第3条明确规定外国投资者并购境内企业“不得造成过度集中、排除或限制竞争,不得扰乱社会经济秩序和损害社会公共利益”,还专章规定了外资并购境内企业的“反垄断审查”问题。这些规定,比较好地解决了反垄断法律制度与外资并购安全审查的法律制度之间的衔接和协调问题。

3. 应予禁止的经营者集中及其除外规定。

(1)禁止“实质性减少竞争”的集中。在各国的反垄断法中,对经营者集中的控制有“支配地位”标准与“实质性减少竞争”标准之分。



“支配地位”标准是指以获取或维持市场支配地位作为反垄断法禁止经营者集中的标准;“实质性减少竞争”标准是指以竞争效果明显降低作为反垄断法控制经营者集中的标准。

由于“支配地位标准”仅仅关注静态的市场结构,如企业规模、市场集中度等,对动态的企业行为重视不够,难以实现反垄断法的目标。因此,我国反垄断法采用了实质性减少竞争标准,其第28条明确规定:“经营者集中具有或者可能具有排除、限制竞争效果的,国务院反垄断执法机构应当作出禁止经营者集中的决定。”

(2)禁止经营者集中的除外规定。由于经营者集中存在着积极和消极两方面作用,即使被认定为对竞争有损害的经营者集中,只要其对经济的积极促进作用大于消极作用也有可能获得批准。这些积极作用主要表现为:优化资源配置、提高经济效益、增强企业的国际竞争力、促进产业发展与转型、贯彻国家产业政策、促进就业等整体经济利益及社会公共利益等。尤其在经济全球化背景下,“整体经济”、“公共利益”以及“国际竞争力”等成为许多国家在企业合并判例中对合并不予禁止的主要理由。借鉴国外经验,我国反垄断法第28条对禁止经营者集中的例外也作了明确规定,即“经营者能够证明该集中对竞争产生的有利影响明显大于不利影响,或者符合社会公共利益的,国务院反垄断执法机构可以作出对经营者集中不予禁止的决定”。为了有效预防这类集中可能带来的负面影响,我国反垄断法第29条还规定:“对不予禁止的经营者集中,国务院反垄断执法机构可以决定附加减少集中对竞争产生不利影响的限制性条件。”显示出立法者对经营者集中采取了较为灵活的态度,给予了反垄断执法机构相对宽松的执法裁量空间,以便在产业政策与竞争政策之间寻求到合理的平衡点,更好地发挥反垄断法作为一种政策工具的特点。

4. 法律责任。

(1)经营者集中过程中不同阶段的违法行为。

①未向国务院反垄断执法机构申报而实施集中的行为。反垄断法第21条规定:“经营者

集中达到国务院规定的申报标准的,经营者应当事先向国务院反垄断执法机构申报,未申报的不得实施集中。”

②违法实施集中的行为。这些行为有:第一,国务院反垄断执法机构初步审查的决定作出前,经营者实施的集中;第二,在国务院反垄断执法机构进一步审查期间实施集中的行为;第三,不按照国务院反垄断执法机构对经营者集中附加的限制性条件实施集中的行为;第四,在国务院反垄断执法机构作出禁止实施集中的决定后仍实施集中的行为。

(2) 法律责任。

①由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中。对于违法实施的经营者集中,责令停止实施,是阻止、避免违法行为产生不良后果的最直接、最有效的手段。这种措施是用于经营者已经开始实施集中但尚未完成的情况。

②责令限期处置。责令限期处置是指由国务院反垄断执法机构责令违法的经营者限期处分股份或者资产、限期转让营业。针对已经完成的违法经营者集中,必须采取相应的措施,恢复到经营者集中前的状态,防止因经营者集中而产生或者加强市场支配地位,而不能仅仅处罚了事。具体手段可以有:停止实施集中,限期处分股份或者资产,限期转让营业,包括在必要时强制对经营者进行拆分。对于通过合同、技术控制、干部兼任等方式实施的经营者集中,应当责令其解除合同、撤回干部或者采取其他必要的措施。

③罚款。在采取有效措施使违法实施的经营者集中恢复到集中前状态的同时,国务院反垄断执法机构还可以根据情况,对违法实施集中的经营者处50万元以下的罚款,以彰显法律的威严,对违法者的惩罚及对可能效尤者的警示。

(四)滥用行政权力排除、限制竞争

1. 原则规定。滥用行政权力排除、限制竞争是指拥有行政权力的政府机关以及其他依法具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,排除、限制竞争的各种行为。我国反垄断法第8条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管

理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,排除、限制竞争。”这一原则性规定与该法第五章列举的滥用行政权力排除、限制竞争的主要表现形式互为补充,使得反垄断执法机构能够更加得心应手地运用反垄断法规范行政垄断。

2. 行为方式及其要件。滥用行政权力排除、限制竞争的行为方式多种多样,反垄断法重点约束的主要有以下几类:

(1)地区封锁。这是指地方政府以及其他依法具有管理公共事务职能的组织为了本地区利益,利用行政权力排除、限制竞争的行为。它往往由地方政府及其所属部门以政府命令、文件或通知等方式出现,通过对这些命令、文件、通知等的执行达到封锁市场,保护地方利益的目的。

我国反垄断法第33条至第35条规定了地区封锁的三种表现形式:

第一,限制商品在地区间自由流通。这包括行政机关和其他依法具有管理公共事务职能的组织实施的下列五类行为:一是对外地商品设定歧视性收费项目、实施歧视性收费标准,或者规定歧视性价格;二是对外地商品规定与本地同类商品不同的技术要求、检验标准,或者对外地商品采取重复检验、重复认证等歧视性技术措施,限制外地商品进入本地市场;三是采取专门针对外地商品的行政许可,限制外地商品进入本地市场;四是设置关卡或者采取其他手段,阻碍外地商品进入本地市场或者本地商品运出;五是妨碍商品在地区间自由流通的其他行为。

第二,排斥或限制招标投标行为。即行政机关和其他依法具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力以设定歧视性资质要求、评审标准或者不依法发布信息等方式,排斥或者限制外地经营者参加本地的招标投标活动。

第三,排斥或者限制外地投资或设立分支机构。即行政机关和其他依法具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,采取与本地经营者不平等的待遇方式,排斥或者限制外地经营者在本地投资或设立分支机构。

(2)强制交易。这是指中央政府部门、地方

政府及其他依法具有管理公共事务职能的组织,利用行政权力强制安排市场交易活动,限制和排斥竞争、妨碍公平交易的行为。我国反垄断法第32条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,限定或者变相限定单位或者个人经营、购买、使用其指定的经营者提供的商品。”

(3)强制经营者实施危害竞争的垄断行为。这是指行政管理者为了本地区或本部门的利益,违背经营者的意愿,强制其从事有利于本地区、本部门的垄断行为。如强制联合(合并)限制竞争就是其中最典型的一种。

我国反垄断法第36条就行政机关以及其他具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力强制经营者从事垄断行为作出了明确规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织不得滥用行政权力,强制经营者从事本法规定的垄断行为。”

(4)制定含有限制竞争内容的行政法规、行政命令等。这是指行政机关利用行政权力,通过制定行政法规、规章或者发布具有普遍约束力的决定、命令,将含有限制竞争性质的条款或内容包含其中,要求相对人执行以达到限制竞争之目的。由于行政机关以及其他具有管理公共事务职能的组织限制竞争行为与常规的行政管理活动混淆在一起,增加了识别的难度和危害的普遍性。特别是近些年来,行政机关以及其他具有管理公共事务职能的组织,越来越倾向于通过地方政府规章或者有关文件中规定一些排除、限制竞争的内容,作为实施某些垄断行为的“法定依据”。因此,我国反垄断法第37条明确规定:“行政机关不得滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定。”

综上,判断是否构成滥用行政权力排除、限制竞争,一般应从以下要件入手:①行为的实施者为行政机关或者依照法律、法规授权具有管理公共事务职能的其他组织。这两类主体的特点是均拥有一定的行政权力。②上述主体实施了“滥用行政权力”的行为。③该行为产生了破坏市场机制、损害公平竞争秩序,排除或者限制竞争的严重后果。



3. 法律责任。反垄断法第51条第1款规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。”据此规定,滥用行政权力限制竞争的法律后果主要包括以下几方面内容。

(1) 责令改正。是指对滥用行政权力限制竞争行为由上级机关责令改正。

(2) 个人的行政责任。是指对滥用行政权力限制竞争负有直接责任的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。

此外,反垄断执法机构可以就滥用行政权力限制竞争行为,向有关上级机关提出处理建议,以便预防此类行为再次发生。从性质上看,这是法律赋予反垄断执法机构的权力,而并非违法者承担的责任。但是由于反垄断执法机构职能与地位的特殊性,其依据事实与法律提出的要求依法处理的建议,有关上级机关应该而且也会予以重视,从而使滥用行政权力者承担相应的法律后果。同时,为了使反垄断法中有关滥用行政权力限制竞争的处理规定能够与已有规定衔接、协调,该法第51条第2款专门规定,“法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的,依照其规定”。

三、反垄断调查机制

(一) 反垄断调查机构及其职权

1. 宏观协调机构及其职权。我国反垄断法规定由国务院设立反垄断委员会,负责组织、协调、指导反垄断工作,其主要职责是:(1) 研究拟订有关竞争政策;(2) 组织调查、评估市场总体竞争状况,发布评估报告;(3) 制定、发布反垄断指南;(4) 协调反垄断行政执法工作;(5) 国务院规定的其他职责。该委员会的组成和工作规则由国务院规定。从这些职责分析可知,反垄断委员会的定位应该属于调研智囊型宏观协调机构而非直接执法机构。

2. 反垄断法执行机构。反垄断法第10条规定,国务院反垄断执法机构根据工作需要,可以授权省、自治区、直辖市人民政府相应的机构,依法负责有关反垄断执法工作。

在立法过程中,“不设立统一的反垄断机构,维持现有的职能分工,由各有关部门各司其职,共同负责反垄断执法”的意见获得多数部门的支持。这种模式,大体上维持了目前国务院机构设置和职能分工的现状。由于体制关系,我国现行多部法律、行政法规中都有反垄断的内容,并由相对应的不同机构来执行。如价格法中规定了禁止固定价格、掠夺性定价等内容;反不正当竞争法规定了禁止强制交易、差别待遇、搭售以及行政性垄断等;对外贸易法中作出了不得在对外贸易活动中实施垄断行为的规定;《中华人民共和国电信条例》中规定了禁止差别待遇、禁止拒绝进入网络等内容。这些法律、行政法规的执法职能主要是按照现行各有关部门的职能分工实施的,如发展改革委员会、商务部、工商总局、物价局等部门,及信息产业部、民航总局、银监会等有关行业监管机构均有权依照相关法律对某些限制竞争行为进行查处。分散又有所交叉的执法管理模式,有利亦有弊;从这一现实出发,设立反垄断委员会、发挥其组织协调功能对保证我国反垄断法得到真正实施关系重大。

(二) 反垄断调查程序

1. 调查的启动。调查的启动,涉及由何种主体以何种方式启动对涉嫌垄断、限制竞争行为的调查。我国反垄断法将此项权利赋予了反垄断执法机构和私人主体。首先,该法第38条第1款规定:“反垄断执法机构依法对涉嫌垄断行为进行调查。”其次,鼓励和保障私人主体举报涉嫌垄断的行为,反垄断法第38条第2款规定:“对涉嫌垄断行为,任何单位和个人有权向反垄断执法机构举报。”同时,还要求反垄断执法机构采取保密措施以保障举报人的权利;当举报采用书面形式并提供相关事实和证据的,反垄断执法机构应当进行必要的调查。

2. 调查措施。调查措施是指反垄断执法机构在对涉嫌垄断行为的调查过程中依法可以

新华考资

www.xhkdzedu.com

采取的措施。根据反垄断法第 39 条的规定,反垄断执法机构调查涉嫌垄断行为,可以采取下列措施:

(1)进入有关场所进行检查。检查有关场所指反垄断执法机构的执法人员可以依法进入被调查的经营者的营业场所或者其他有关的场所进行实地搜寻、查看。

(2)询问有关人员。询问有关人员指反垄断执法机构的执法人员可以依法询问被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人,要求其说明有关情况。

(3)查阅、复制有关资料。反垄断执法机构的执法人员可以依法通过查阅、复制或者要求被调查的经营者、利害关系人或者其他单位和个人提供等方式,获取有关单证、协议、会计账簿、业务函电、电子数据文件、资料等。

(4)查扣相关证据。查扣相关证据指在行为人存在重大违法嫌疑并具有销毁证据的危险时,反垄断执法机构的执法人员可以依法查封、扣押涉嫌垄断行为的证据材料。

(5)查询经营者的银行账户。查询经营者的银行账户指反垄断执法机构的执法人员在必要的情况下,可以依法对经营者的银行账户进行查询,以了解其财产状况和赢利情况,判断其是否构成违法。

反垄断执法机构在采取以上的调查措施时不能随意而为,必须严格依照有关的程序性规则:首先,采取调查措施应由反垄断执法机构主要负责人员书面批准;其次,调查涉嫌垄断行为,执法人员不得少于两人,并应当出示执法证件;再次,执法人员询问和调查,应当制作笔录,并由被询问人或者被调查人签字;最后,执法人员在调查过程中还应该奉行回避的制度,以保证执法过程的公正进行。这样规定,一方面有利于反垄断执法机构认定和处理不法垄断行为,另一方面也防止了反垄断执法机构滥用权力。

(三)调查者与被调查者的义务

1. 调查者的义务。调查者的义务是指反垄断执法机构的执法人员在调查涉嫌垄断行为的调查过程中依法应承担的义务。

(1)调查者对执法过程中知悉的商业秘密负有保密的义务。如果不对调查者课以保密的义务,市场的竞争关系和竞争状况将会剧烈恶化,公众对政府权力机构的信赖将消失殆尽。

(2)调查者负有义务,保障被调查的经营者和利害关系人依法能够充分行使参与调查程序的权利。被调查的经营者在反垄断调查的过程中应当享有知悉权、陈述权、申辩权和申请权等基本的程序性权利,以维护自己的合法权益。与程序的结果有利害关系或者可能因该结果蒙受不利的任何人,同样也应当有权参与程序并提出自己的主张和证据。反垄断法第 43 条规定:“被调查的经营者、利害关系人有权陈述意见。反垄断执法机构应当对被调查的经营者、利害关系人提出的事实、理由和证据进行核实。”不过这些规定还比较粗略,我们期待反垄断法的实施细则能够将相应的程序性规则具体化和完善化。

(3)调查者负有向社会公布相关处理决定的义务。我国反垄断法第 44 条规定:“反垄断执法机构对涉嫌垄断行为调查核实后,认为构成垄断行为的,应当依法作出处理决定,并向社会公布。”根据该条规定,反垄断执法机构作出的认为构成垄断行为的处理决定,可以向社会公布,也可以不向社会公布;未认定构成垄断的申请案则不必公布。

2. 被调查者的义务。被调查者的义务是指被调查的涉嫌垄断行为的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人在反垄断执法机构的执法人员进行调查的过程中依法应承担的法律义务。在此阶段,被调查者的主要义务是配合调查者依法进行调查工作。我国反垄断法第 42 条规定,“被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人应当配合反垄断执法机构依法履行职责,不得拒绝、阻碍反垄断执法机构的调查”,并且在该法第 52 条规定了相应的法律责任。当然,被调查者对执法人员违法进行调查所采取的措施有权予以拒绝。

(四)调查的中止、终止和恢复

1. 调查中止。调查中止是指在反垄断执法机构已经启动调查程序但尚未结束之前,被



调查的经营者承诺在反垄断执法机构认可的期限内采取具体措施消除该行为后果的,反垄断执法机构可以决定暂时停止调查。调查的中止不同于调查的终止,它只是附条件的暂时停止调查程序;并且反垄断执法机构也可以视违法行为的性质、程度和持续的时间等因素不作出中止调查的决定。

调查中止程序可以促使被调查者主动采取措施消除不法垄断行为的后果,节约反垄断执法机构的执法成本,提高审查效率;对于被调查者来说,也可以避免漫长的调查和审理程序对自己经营活动的影响,避免不良后果的加重。

2. 调查终止。在中止调查后,若经营者履行了承诺,并且消除了垄断行为的后果,反垄断执法机构可以决定终止调查,即针对该被调查者的此件调查程序宣告结束。

3. 调查恢复。调查的恢复是指调查中止后,出现了法律规定的某些情形,反垄断执法机构重新恢复调查的一种程序。依据反垄断法第45条的规定,此种情形有三:一是经营者未履行承诺的。在这种情况下,其涉嫌垄断的行为对市场竞争的消极作用依然存在,相应的不利后果仍未消除,因而必须恢复调查,以确定经营者的法律责任,维护市场的有效竞争秩序。二是作出中止调查决定所依据的事实发生了重大变化的。反垄断执法机构作出的中止调查的决定是根据经营者的申请并依据一定的事实作出的,如果所依据的事实发生了重大的变化,情势发生了重大的变更,并且对原来作出的决定产生了实质性的影响,反垄断执法机构应当重新恢复调查。三是中止调查的决定是基于经营者提供的不完整或者不真实的信息作出的。此时,不仅应该恢复调查,并且对经营者故意隐瞒信息或者提供虚假信息的行为,反垄断执法机构还可以依法给予处罚。

四、违反反垄断法的法律责任

(一)违法经营者的法律责任

反垄断执法机构对违法经营者的处罚类型主要有:责令停止违法行为、没收违法所得以及罚款。依照法律的规定,反垄断执法机构在确

定罚款的具体数额时,应当考虑违法行为的性质、程度和持续的时间等因素,以确保处罚的公正性。经营者违反反垄断法的情形主要有以下三种:

第一,经营者违反反垄断法的规定,达成垄断协议并实施或者虽然达成垄断协议但尚未实施的行为。我国反垄断法第46条第1、2款规定,“经营者违反本法规定,达成并实施垄断协议的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款;尚未实施所达成的垄断协议的,可以处五十万元以下的罚款”,“经营者主动向反垄断执法机构报告达成垄断协议的有关情况并提供重要证据的,反垄断执法机构可以酌情减轻或者免除对该经营者的处罚”。

第二,经营者违反反垄断法的规定,滥用市场支配地位的行为。我国反垄断法第47条规定:“经营者违反本法规定,滥用市场支配地位的,由反垄断执法机构责令停止违法行为,没收违法所得,并处上一年度销售额百分之一以上百分之十以下的罚款。”

第三,经营者违反反垄断法的规定实施集中的行为。我国反垄断法第48条规定:“经营者违反本法规定实施集中的,由国务院反垄断执法机构责令停止实施集中、限期处分股份或者资产、限期转让营业以及采取其他必要措施恢复到集中前的状态,可以处五十万元以下的罚款。”

经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,除承担相应的行政责任外,还须依法承担赔偿责任。世界上许多国家和地区的法律中都有相应的规定,有的甚至规定受害人可以请求多倍赔偿(即惩罚性赔偿)。我国反垄断法第50条规定:“经营者实施垄断行为,给他人造成损失的,依法承担民事责任。”这里虽然规定了经营者应当承担民事责任,但是反垄断法没有赋予垄断行为的受害人以直接的赔偿请求权,实务中只能转而求助民法通则及民事诉讼法的规定行使诉权;又如,垄断之害与一般的民事侵权存在差别,反垄断法未针对此规定经营者承担赔偿责任的归责原则,这些不能不说是一种遗憾。

（二）行业协会的法律责任

反垄断法对于行业协会违法组织本行业的经营者达成垄断协议的行为规定了相应的处罚。“行业协会违反本法规定,组织本行业的经营者达成垄断协议的,反垄断执法机构可以处五十万元以下的罚款;情节严重的,社会团体登记管理机关可以依法撤销登记。”该规定对于遏制行业协会结盟以反竞争的本能,维护良好的竞争秩序无疑是大有裨益的。

（三）对滥用行政权力的行政主体的处罚

发达国家由于其法治程度比较高,一般不对行政主体的垄断行为作特别的规定,而是将其纳入反垄断法规制的主体之列,其救济程序和承担的法律責任与一般的自然人、法人别无二致。由于多种原因,在经济实践中我国一些行政机构滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的情况还比较突出,反垄断法将行政垄断专章列出,并且在法律责任部分与经营者的违法责任进行了区别对待。我国反垄断法第51条规定:“行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力,实施排除、限制竞争行为的,由上级机关责令改正;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。反垄断执法机构可以向有关上级机关提出依法处理的建议。法律、行政法规对行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力实施排除、限制竞争行为的处理另有规定的,依照其规定。”

据此可知,行政机关和法律、法规授权的具有管理公共事务职能的组织滥用行政权力承担法律责任的形式仅限于“责令改正”和对直接负责的主管人员和其他直接责任人员“依法给予处分”,并没有规定损害赔偿和罚款等财产责任。然而在我国相关的法律中已经建立了行政主体损害赔偿制度,如行政诉讼法第67条第1款规定:“公民、法人或者其他组织的合法权益受到行政机关或者行政机关工作人员作出的具体行政行为侵犯造成损害的,有权要求赔偿”;行政复议法第29条第1款也规定“申请人在申请行政复议时可以一并提出行政赔偿请求,行政复议机关对符合国家赔偿法的有关规定应当给予赔

偿的,在决定撤销、变更具体行政行为或者确认具体行政行为违法时,应当同时决定被申请人依法给予赔偿”。可见,虽然我国反垄断法没有规定滥用行政权力的行政主体的赔偿责任,但依据其他法律仍然可以追究其滥用行政权力排除、限制竞争给他人造成损失的民事赔偿责任。

另外,我国反垄断法第37条规定:“行政机关不得滥用行政权力,制定含有排除、限制竞争内容的规定。”该条提及的“规定”仅限于行政机关制定的规范性文件,而不包括立法机关制定的法律、地方性法规、自治条例和单行条例,也不包括行政法规、部委规章和地方政府规章,其范围极为有限。并且,在反垄断法第七章的“法律责任”部分并无相应的法律条文与之对应,再加上行政诉讼法将抽象行政行为排除在行政诉讼的受案范围之外,该条对行政机关的规制就形同虚设了。建议我国尽快建立违宪审查制度,这对于解决行政垄断问题将起到釜底抽薪的作用。

（四）对有关主体违反配合义务行为的处罚

所谓有关主体违反配合义务的行为,是指被调查的经营者、利害关系人或者其他有关单位或者个人拒绝向反垄断执法机构提供有关材料、信息,或者提供虚假材料、信息,或者隐匿、销毁、转移证据的行为,以及其他拒绝、阻碍反垄断执法机构调查的行为。为了提高反垄断执法的效率,我国反垄断法第52条规定:“对反垄断执法机构依法实施的审查和调查,拒绝提供有关材料、信息,或者提供虚假材料、信息,或者隐匿、销毁、转移证据,或者有其他拒绝、阻碍调查行为的,由反垄断执法机构责令改正,对个人可以处二万元以下的罚款,对单位可以处二十万元以下的罚款;情节严重的,对个人处二万元以上十万元以下的罚款,对单位处二十万元以上一百万元以下的罚款;构成犯罪的,依法追究刑事责任。”

（五）对反垄断执法机构工作人员的处分

我国反垄断法第54条规定:“反垄断执法机构工作人员滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法



给予处分。”反垄断执法机构的工作人员如果在其执法的过程中滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊或者泄露执法过程中知悉的商业秘密,同样不能够免于法律的处罚。这不仅有助于规范反垄断执法机构及其工作人员的执法行为,而且也是建设社会主义法治国家的应有之义。

五、适用除外

前已述及,反垄断法是维护正当竞争的法,它所规范的重心在于反竞争的垄断行为而非垄断状态。同时,为了促进科技进步、保护幼稚产业或者弱势群体,维护全体或者长远的社会公共利益,对于某些领域、某些行业还需承认、维持某种垄断。我国反垄断法秉持上述理念,同时借鉴国外立法经验,对不适用反垄断法的领域及行业作出了规定。

(一)行使知识产权行为

知识产权法为了鼓励创新,对发明创造的权利人给予一定期限的垄断特权。知识产权的权利人行使知识产权的行为,表面上看与反垄断法禁止的行为近似,实则恰恰是促进科技进步必须予以保护的合法行为。为避免法律之间的冲突,我国反垄断法第55条规定:“经营者依照有关知识产权的法律、行政法规规定行使知识产权的行为,不适用本法;但是,经营者滥用知识产权,排除、限制竞争的行为,适用本法。”

(二)农业生产者及农村经济组织的联合

我国反垄断法第56条规定:“农业生产者及农村经济组织在农产品生产、加工、销售、运输、储存等经营活动中实施的联合或者协同行为,不适用本法。”对于农业生产者及农村经济组织从事农产品的生产经营活动给予特别保护,免于反垄断法的规制,不仅有利于疏导农业生产风险,促进我国农业的规模化经营,同时也是符合国际惯例的。

第二节 反不正当竞争法

一、反不正当竞争法概述

(一)调整对象

反不正当竞争法是调整市场竞争过程中因

规制不正当竞争行为而产生的社会关系的法律规范的总称。反不正当竞争法于1993年9月2日颁布,1993年12月1日起实施。其后国家工商行政管理局针对几种特殊的不正当竞争行为,发布了相关的行政规章《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》、《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》、《关于禁止假冒知名商品特有名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》、《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》、《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》。此外,在其他法规中,也有涉及竞争规范的内容,如商标法、专利法、著作权法、价格法、广告法、招标投标法。

在市场竞争中,经营者之间的不正当竞争关系及监督检查部门与市场竞争主体之间的竞争管理关系由反不正当竞争法调整。所谓不正当竞争行为,是指经营者违反法律规定,损害其他经营者的合法权益,扰乱社会经济秩序的行为。所谓经营者,是指从事商品经营或者营利性服务的法人、其他经济组织和个人。由于我国的特殊情况,反不正当竞争法亦调整在政府及经营者之间产生的与竞争有牵涉的关系。

(二)立法目的

竞争法是市场竞争的基本法和兜底法。凡是其他法律、法规没有明确规定,而经营者的市场行为与竞争法所确立的市场竞争原则相违背的,均应依照该法进行规范。

我国反不正当竞争法的立法目的可以分为三个层次:(1)制止不正当竞争行为,这是该法的直接目的;(2)保护经营者和消费者的合法权益,这是该法直接目的的必然延伸;(3)鼓励和保护公平竞争、保障社会主义市场经济的健康发展是该法的根本目的。

二、限制竞争行为

限制竞争行为是指妨碍甚至完全阻止、排除市场主体进行竞争的协议和行为。在我国,限制竞争行为的实施者通常为两类主体:一是公用企业或其他依法具有独占地位的经营者;二是政府及其所属部门。1993年立法时,限制竞争的方式常见的有两种:一是附加不合理条

新华考资
www.xhkedu.com

件;二是在招标投标中非法串通。因此,我国反不正当竞争法有针对性地列举出四种情形作为不正当竞争行为加以禁止(值得说明的是,我国反垄断法所规范的限制竞争行为与反不正当竞争法这部分内容有明显的重复交叉,但是并未完全替代。这一问题需要立法机构对反不正当竞争法修改后才能解决)。现将四种情形分述如下:

(一)公用企业或其他依法具有独占地位的经营者的限制竞争行为

1. 概述。根据反不正当竞争法第6条的规定:公用企业或者其他依法具有独占地位的经营者,不得限定他人购买其指定的经营者的商品,以排挤其他经营者的公平竞争。为了使该条规定具有可操作性,1993年12月9日国家工商行政管理局发布了《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》(第20号令)。依照该规定:公用企业,是指涉及公用事业的经营者,包括供水、供电、供热、供气、邮政、电讯、交通运输等行业的经营者。由于各种原因,公用企业和依法具有独占地位的企业所提供的商品或服务一般都具有某种程度的垄断,使这些企业天然具有某种经济优势,如何防止其滥用这种优势地位妨碍公平竞争及侵害消费者的合法权益,就成为反不正当竞争法的一项任务。

根据国家工商局《关于禁止公用企业限制竞争行为的若干规定》,公用企业和依法具有独占地位的企业,在市场交易中不得实施下列限制竞争的行为:(1)限定用户、消费者只能购买和使用其附带提供的相关产品,而不得购买和使用其他经营者提供的符合技术标准要求的同类商品;(2)限定用户、消费者只能购买和使用其指定的经营者生产或者经销的商品,而不得购买和使用其他经营者提供的符合技术标准要求的同类商品;(3)强制用户、消费者购买其提供的不必要的商品及配件;(4)强制用户、消费者购买其指定的经营者提供的不必要的商品;(5)以检验商品质量、性能等为借口,阻碍用户、消费者购买、使用其他经营者提供的符合技术标准要求的其他商品;(6)对不接受其不合理条件的用户、消费者拒绝、中断或者削减供应相关

商品,或者滥收费用;(7)其他限制竞争的行为。

2. 行为要件。根据上述规定,公用企业或者其他依法具有独占地位的企业限制竞争行为的构成要件有三:第一,主体具有特殊性,即必须是公用企业或者依法具有独占地位的企业;第二,行为的特定性,即主体利用自己优势地位实施了法律、行政法规明文禁止的限制竞争行为;第三,行为具有现实或潜在社会危害性,表现在一方面排挤了其他经营者的公平竞争,另一方面损害了消费者和用户的合法权益。

3. 法律责任。公用企业和其他依法具有独占地位的企业若违反法律、行政法规的规定,实施上述行为的,应承担相应的法律责任。工商行政管理机关可责令其停止违法行为,并可根据情节,处以5万元以上20万元以下罚款。被指定的经营者借此销售质次价高的商品和滥收费用的,工商行政管理机关可没收违法所得,并可根据情节,处以非法所得1倍以上3倍以下的罚款。考虑到这种限制竞争行为的主体具有特殊性,法律规定有权查处公用企业或依法具有独占地位企业限制竞争行为的职能部门是省级或设区的市的工商行政管理机关,不包括县级工商行政管理机关。

(二)政府及其所属部门的限制竞争行为

根据反不正当竞争法第7条的规定,政府及其所属部门不得滥用行政权力,限定他人购买其指定的经营者的商品,限制其他经营者正当的经营活动。政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制外地商品进入本地市场,或者本地商品流向外地市场。该条是对政府及其所属部门不得滥用行政权力,限制竞争行为的禁止性规定。其中第1款禁止其实施行政性强制经营行为,第2款禁止其实施地区封锁行为。

行政性强制经营行为是指政府及其所属部门滥用行政权力,对市场经营活动进行非法干涉,强制经营者从事或者不从事某种经营活动的行为。这种行为,违反了依法行政的原则,损害了法律保护的市场竞争秩序。同时,由于这种行为是政府及其所属部门所为,又滋生着官商结合、权钱交易等腐败因素,其危害性极大。地区封锁行为,是指地方政府及其所属部门以



行政权力为后盾,无法律依据地限制商品在本地和外地之间正常流通,以牟取地方利益的行为。这种行为,人为地分割市场,影响全国性市场经济体系结构的统一和完善,必须予以禁止。

1. 行为要件。认定政府及其所属部门滥用行政权力限制竞争行为,应把握的要点有三:第一,行为主体限于政府及其所属部门。这里的“政府”指除中央政府外的各级人民政府,“政府所属部门”指中央机构中的各有关职能部门(部、委、局等)和地方各级政府的职能部门。第二,政府及其所属部门,实施了法律、行政法规禁止的限制竞争行为,亦即客观上有滥用行政权力的事实。第三,政府及其所属部门滥用行政权力实施限制竞争的行为,其目的在于保护本部门、本地区的利益,从而损害外地经营者和本地消费者的合法权益。

2. 法律责任。根据反不正当竞争法第30条的规定,政府及其所属部门实施了该法第7条所禁止的滥用行政权力的行为,限定他人购买指定的经营者的商品、限制其他经营者正当的经营活动,或者限制商品在地区之间正常流通的,由上级机关责令其改正;情节严重的,由同级或者上级机关对直接责任人员给予行政处分。被指定的经营者借此销售质次价高商品或者滥收费用的,监督检查部门应没收违法所得,还可根据情节处以违法所得1倍以上3倍以下的罚款。

(三)搭售或附加其他不合理条件的行为

反不正当竞争法第12条规定:经营者销售商品,不得违背购买者的意愿搭售商品或附加其他不合理的条件。该条涉及的是附条件交易行为。根据民法通则以及合同法的有关规定,在交易中一方或双方均可附加一定的条件,但附条件必须合理合法。否则,可能导致合同无效,或导致受害一方依竞争法提起诉讼。搭售是附加不合理条件行为中的一种,是指经营者出售商品时,违背对方的意愿,强行搭配其他商品的行为。在制定反不正当竞争法时,搭售行为相当普遍,因此被作为限制竞争的方式之一而特别予以禁止。其他不合理条件,是指搭售以外的不合理的交易条件,如限制转售区域、限

制技术受让方在合同技术的基础上进行新技术的研制开发等。

1. 行为要件。判断交易行为中是否存在搭售,应从以下三个方面进行判断:第一,搭售行为的主体是经营者,并且通常是具有经营优势的经营者;如果是其他主体(如国家行政机关、有一定行政职能的事业单位等)则可能构成其他限制竞争行为而非搭售行为。第二,所搭商品违背购买者的意愿。第三,搭售行为不当阻碍甚至剥夺了同行业竞争对手相关产品的交易机会。

2. 法律责任。在反不正当竞争法第四章“法律责任”中,并无专门规定搭售行为法律责任的条款。因此,可援引该法第20条的规定,使其承担相应的赔偿责任。此外,受侵害的经营者、消费者还可根据合同法、消费者权益保护法等相关法规保护自己的合法权益。

(四)招标投标中的串通行为

反不正当竞争法第15条规定:投标者不得串通投标,抬高标价或者压低标价。投标者和招标者不得相互勾结,以排挤竞争对手的公平竞争。招标投标是一种竞争性缔约方式。在招标投标过程中,如果招标人与投标人或投标人之间相互串通,使招标投标的竞争性降低或丧失,就完全失去了招标投标制度的意义和作用。因此,反不正当竞争法将其作为限制竞争行为予以禁止。1999年8月30日颁布的招标投标法,使反不正当竞争法中关于禁止串通招标投标的规定更加完备,更易于操作。

1. 行为要件。依照前述法律规定,招标投标中的限制竞争行为可分为两类:第一类,投标者之间串通投标,抬高标价或压低标价。第二类,投标者和招标者相互勾结排挤竞争对手。

认定第一类行为,其要点在于:第一,行为主体是投标者,既可能是投标者中的一部分,也可能是全体投标者;第二,在客观方面,投标者之间实施了串通行为,其方式如进行联络、进行私下协议、作出共同安排等;第三,串通的目的是通过某种安排排挤其他投标者或使招标者得不到竞争利益,即理想的价位及其他合同条件。

认定第二类行为,其要点在于:第一,行为

主体包含两方,即招标者和投标者;第二,在客观方面,招标者和投标者之间有共谋行为;第三,这种共谋行为目的是为了参与共谋的投标者中标,以排挤其他的投标者(如果共谋其他与招标事项无关的内容,不构成招标投标中的限制竞争行为)。

2. 法律责任。根据反不正当竞争法第27条的规定,在招标投标中,招标者和投标者有上述两种行为之一的,造成的法律后果首先是中标无效;此外,监督检查部门可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。招标投标法对招标投标中的串通行为亦规定了相应的法律责任。根据后法优于前法的原则,应优先适用招标投标法。

三、不正当竞争行为

不正当竞争行为,是指经营者在市场竞争中,采取非法的或者有悖于公认的商业道德的手段和方式,与其他经营者相竞争的行为。在现实生活中,不正当竞争行为五花八门、形形色色、举不胜举。所以,各个国家的竞争法律制度往往首先对不正当竞争行为作出概括性的规定,然后再具体列举出典型的、突出的、在一定时期内比较严重的不正当竞争行为,用明文加以禁止。我国的反不正当竞争法列举出十一种行为,其中四种属于限制竞争行为(前文已述),另外七种属于不正当竞争行为,现将这七种行为分述如下:

(一)混淆行为

混淆行为是指经营者在市场经营活动中,以种种不实手法对自己的商品或服务作虚假表示、说明或承诺,或不当利用他人的智力劳动成果推销自己的商品或服务,使用户或者消费者产生误解,扰乱市场秩序、损害同业竞争者的利益或者消费者利益的行为。

1. 行为种类。根据反不正当竞争法第5条的规定,下列行为均属于混淆行为:

(1)假冒他人的注册商标。注册商标是知识产权的重要权利之一。商标法对注册商标的内容、行使方式、保护范围作了专门规定。反不正当竞争法将假冒他人的注册商标作为不

正当竞争行为予以禁止,其立法意图是编织更严密的法网,使这种行为受到来自商标法和反不正当竞争法两方面的防范和制裁。因此,在法律责任上,反不正当竞争法规定对此种行为依据商标法加以处罚。若不能适用商标法制裁,而行为人确实对他人注册商标造成损害的,可依据反不正当竞争法追究法律责任。

(2)与知名商品相混淆。根据反不正当竞争法第5条规定,擅自使用知名商品特有的名称、包装、装潢,或者使用与知名商品近似的名称、包装、装潢,造成和他人的知名商品相混淆,使购买者误认为是该知名商品的,构成不正当竞争行为。国家工商行政管理局1995年7月6日发布《关于禁止仿冒知名商品特有的名称、包装、装潢的不正当竞争行为的若干规定》,对保护知名商品作出了全面细致的规定。所谓“知名商品”,是指在市场上具有一定知名度,为相关公众所知悉的商品。所谓知名商品特有的名称,是指知名商品独有的与通用名称有显著区别的商品名称。

法律、行政法规之所以对知名商品特有的名称、包装、装潢进行保护,是因为商品特有的名称、包装、装潢是权利人创造性劳动的成果,在使用过程中,权利人投入一定的人力财力进行宣传,才使其由普通商品成为知名商品。他人擅自制造、使用、销售知名商品特有的名称、包装、装潢,目的在于利用其良好的商品信誉和一定的知名度推销自己的商品或牟取其他非法利益,其不正当性是显而易见的。知名商品特有的名称、包装、装潢的归属,在有多人主张权利时,应当依照使用在先的原则予以认定。

(3)擅自使用他人的企业名称或姓名,引人误认为是他人的商品。企业名称及自然人个人的姓名,是其拥有者最具特色的、最基本的识别性符号。企业名称权及姓名权是受法律保护的人格权中重要的组成部分。在市场经营活动中,企业名称和生产经营者的姓名是区分商品生产者、经营者或服务的提供者来源的重要标志,它能反映出该企业或该生产经营者的商品声誉及商业信誉。他人若要使用(无论出于什么目的)必须取得合法所有人的书面同意。擅



自使用行为不仅侵犯他人的合法在先权利,也是对消费者的欺骗,对市场竞争规则的破坏。因此,反不正当竞争法予以明文禁止。

(4) 伪造、冒用各种质量标志和产地的行为。根据有关法律和行政规章的规定,我国质量标志主要包括产品质量认证标志及名优标志。

产品质量认证标志,是指企业通过申请,经国际国内权威认证机构认可,颁发给企业的表示产品质量已达认证标准的一种标志。使用认证标志,可提高商品的竞争力,增强用户的信任度。未经认证而伪造、冒用认证标志不仅践踏国家商品质量认证制度,使其形同虚设,而且还可能使含有事故隐患的商品流入市场,危及用户和消费者的生命或财产安全。反不正当竞争法将此种行为作为严重违法行为予以禁止。

名优标志是一种荣誉性质量标志。目前国家给予产品的名优标志有金质奖章荣誉标志、银质奖章荣誉标志、“优”字标志三种。只有按照法定程序,经专门机构认定,方可获得并使用。伪造、冒用名优标志,有悖于诚实信用的商业道德,是十足的欺骗性行为,因而为反不正当竞争法所禁止。

产地名称是表示某项产品来源于某个国家或地区的说明性标志。当产品质量、特点与其产地存在某种固定联系时,产地名称所反映的不仅是产品与其产地之间的外部联系,同时还揭示出产品质量与产地之间的内在联系。这时产地名称对产品质量而言不仅具有象征性意义,还具有区别功能,因此受到法律以及国际公约或者条约的保护,如《保护工业产权巴黎公约》关于原产地名称的规定、《与贸易有关的知识产权协议》中关于地理标志的规定等。反不正当竞争法第5条第4项禁止“伪造产地”中“产地”一词,其外延显然大于“原产地名称”而更接近“地理标志”。实践中,如果伪造产地的行为不能依照产品质量法、知识产权法有效制止的话,应该根据反不正当竞争法予以制裁。

2. 行为要件。混淆行为表现形式虽多种多样,反不正当竞争法择其要者列举出四种明文禁止。概括其行为要点如下:

(1) 该行为的主体是从事市场交易活动的经营者。不是经营者,不构成此行为的主体(如国家机关工作人员利用其特殊的身份进行欺骗行为,不属于该法规范的对象)。

(2) 经营者在市场经营活动中,客观上实施了反不正当竞争法第5条禁止的不正当竞争手段,如假冒他人企业名称,仿冒国家名优标志,擅自使用知名商品特有名称、包装、装潢,伪造产地名称等。其实质在于盗用他人的劳动成果,利用其良好的商品声誉或者商业信誉为自己牟取非法利益。

(3) 经营者的欺骗性行为已经或足以使用户或消费者误认,亦即这种欺骗行为达到了较为严重的程度。

3. 法律责任。反不正当竞争法第21条针对第5条所列不正当竞争行为作出了相应的行政处罚规定,具体分为两种情况:(1) 根据第21条第1款的规定,经营者利用该法第5条所禁止的不正当竞争手段从事市场交易的,对第一、三、四种行为,依照商标法、产品质量法的规定处罚。(2) 对第二种行为,第21条第2款规定,监督检查部门应责令停止违法行为,没收违法所得,可视情节处违法所得1倍以上3倍以下的罚款;情节严重的,可吊销营业执照;销售伪劣产品,构成犯罪的,应依法追究刑事责任。

根据该法第20条的规定,其他经营者的合法权益受到上述不正当竞争行为损害的,可以提起侵权诉讼,以便获得赔偿。消费者的合法权益因上述不正当竞争行为受到损害的,可以依照消费者权益保护法请求法律救济。

(二) 商业贿赂行为

商业贿赂是指经营者为争取交易机会,暗中给予交易对方有关人员或者其他能影响交易的相关人员以财物或其他好处的行为。商业贿赂的形式不胜枚举。在我国相当长一段时间内,以回扣、折扣、佣金、咨询费、介绍费等名义争取交易机会的现象非常普遍,如何判断其是否违法,我们必须以法律为标准,分析其实质特征,从而得出正确结论。

反不正当竞争法第8条规定,经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购

买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。经营者销售或者购买商品,可以以明示方式给对方折扣,可以给中间人佣金。经营者给对方折扣、给中间人佣金的,必须如实入账。接受折扣、佣金的经营者必须如实入账。

1. 行为要件。(1)行为的主体是经营者和受经营者指使的人(包括其职工);其他主体可能构成贿赂行为,但不是商业贿赂。(2)行为的目的是争取市场交易机会,而非其他目的(如政治目的、提职、获取职称等)。(3)有私下暗中给予他人财物和其他好处的情节,且达到一定数额。如若只是许诺给予财物,不构成该行为;给予的财物或好处数额过小,如为联络感情赠送小礼物,亦不构成该行为。(4)该行为由行贿与受贿两方面构成。一方行贿,另一方不接受,不构成商业贿赂;一方索贿,另一方不给付,也不构成商业贿赂。

2. 法律责任。根据反不正当竞争法第22条的规定,经营者有商业贿赂行为,构成犯罪的,追究刑事责任;尚未构成犯罪的,监督检查部门可处以1万元以上20万元以下的罚款,并没收其违法所得。

这条规定是处罚商业贿赂行为的基本依据。根据国家工商行政管理局1996年11月5日《关于禁止商业贿赂行为的暂行规定》,有关单位或个人购买或销售商品时收受贿赂的,同样按照反不正当竞争法第22条对经营者行贿的处罚规定予以处罚,即罚款、没收非法所得,直至追究刑事责任。

(三)虚假宣传行为

虚假宣传行为是指经营者利用广告或者其他方法,对产品的质量、性能、成分、用途、产地等所作的引人误解的不实宣传。以广告或其他方式销售商品,是现代社会最常见的促销手段。但各类虚假广告和其他虚假宣传,或扰乱视听,有害社会主义精神文明;或直接误导用户及消费者,使其作出错误的消费决策,引发了大量社会问题;或侵犯其他经营者,特别是同行业竞争对手的合法利益,造成公平竞争秩序的混乱。

广告法、反不正当竞争法均将此类行为作为必须禁止的违法行为予以规范。

反不正当竞争法第9条规定,经营者不得利用广告和其他方法,对商品的质量、制作成分、性能、用途、生产者、有效期限、产地等作引人误解的虚假宣传。广告的经营者不得在明知或者应知的情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告。

广告法第3条规定,广告应当真实合法,符合社会主义精神文明建设的要求。第4条规定,广告不得含有虚假的内容,不得欺骗和误导消费者。

1. 行为要件。(1)行为的主体是广告主、广告代理制作者和广告发布者。在某些情况下,三者身份可能重叠。(2)上述主体实施了虚假宣传行为。(3)上述虚假广告或虚假宣传达到了引人误解的程度,因而具有社会危害性。(4)主观方面,广告商在明知或应知情况下,方对虚假广告负法律责任;对广告主,则不论其主观上处于何种状态,均必须对虚假广告承担法律责任。

2. 法律责任。根据责任主体的不同,可分为以下几种情形:

(1)经营者(广告主)的法律责任。反不正当竞争法第24条第1款规定,经营者利用广告或者其他方法,对商品作引人误解的虚假宣传的,监督检查部门应责令停止违法行为,消除影响,并可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。

(2)广告商的法律责任。反不正当竞争法第24条第2款规定,广告经营者在明知或应知情况下,代理、设计、制作、发布虚假广告的,监督检查部门应当责令停止违法行为,没收违法所得,并依法处以罚款。这里的“依法”,指依广告法。广告法第37条规定的罚款,指广告费用1倍以上5倍以下的罚款。情节严重的,可停止其广告业务;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(3)连带责任。广告法第38条规定:发布虚假广告,欺骗和误导消费者,使其合法权益受到损害的,广告主应承担民事责任。广告经营者、广告发布者明知或应知广告虚假仍设计、制



作、发布的,应依法承担连带责任。广告经营者、广告发布者不能提供广告主的真实名称、地址的应承担全部民事责任。

社会团体和其他组织,在虚假广告中向消费者推荐商品或者服务,使消费者的合法权益受到损害,应当依法承担连带责任。

(四) 侵犯商业秘密行为

1. 商业秘密的概念。商业秘密是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。商业秘密是权利人劳动成果的结晶,商业秘密权是权利人拥有的一种无形财产权,反不正当竞争法将侵犯商业秘密行为作为不正当竞争行为予以禁止是十分必要的。商业秘密不同于专利和注册商标,它可以为多个权利主体同时拥有和使用,只要获得及使用手段合法。如自主研究开发,或者通过反向工程破译他人商业秘密等。

2. 侵犯商业秘密行为。侵犯商业秘密行为是指以不正当手段获取、披露、使用他人商业秘密的行为。反不正当竞争法第10条以及国家工商行政管理局《关于禁止侵犯商业秘密行为的若干规定》(1998年12月3日修订)指出,经营者不得采用下列手段侵犯商业秘密:(1)以盗窃、利诱、胁迫或者其他不正当手段获取权利人的商业秘密;(2)披露、使用或者允许他人使用以前项手段获取的权利人的商业秘密;(3)根据法律和合同,有义务保守商业秘密的人(包括与权利人有业务关系的单位、个人,在权利人单位就职的职工)披露、使用或者允许他人使用其所掌握的商业秘密。第三人明知或应知前款所列违法行为,获取、使用或者披露他人的商业秘密,视为侵犯商业秘密。在实践中,第三人的行为可能与侵权人构成共同侵权。

3. 行为要件。(1)认定是否构成侵权,必须首先依法确认商业秘密确实存在。(2)行为主体可以是经营者,也可以是其他人。反不正当竞争法规范的各种不正当竞争行为的实施者,绝大多数要求其具有经营者的身份,而侵犯商业秘密的人则不受该限制。(3)客观上,行为主体实施了侵犯他人商业秘密的行为。实施的

方式有盗窃、利诱、胁迫或不当披露、使用等。(4)以非法手段获取、披露或者使用他人商业秘密的行为已经或可能给权利人带来损害后果。

4. 法律责任。反不正当竞争法对侵犯商业秘密行为规定的处罚方式,一是由监督检查部门责令停止违法行为,二是可根据情节处以1万元以上20万元以下的罚款。实践中,权利人还可依照合同法、劳动法的有关规定,对违反约定侵犯商业秘密的行为要求制裁。此外,我国刑法第219条规定了侵犯商业秘密罪。

(五) 低价倾销行为

低价倾销行为是指经营者以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品。低价倾销违背企业生存原理及价值规律,在市场竞争中往往引发价格大战、中小企业纷纷倒闭等恶性竞争事件,甚至导致全行业萎缩的严重后果。1998年,上海市场牛奶经销商为争夺市场低价倾销,造成行业亏本经营、不堪支撑就是明证。后由政府有关部门依法出面干预,才使牛奶市场竞争秩序重新走上正轨。为了防患于未然,反不正当竞争法及价格法都禁止经营者为打击竞争对手而以低于成本价销售商品。

反不正当竞争法第11条规定,经营者不得以排挤竞争对手为目的,以低于成本的价格销售商品。价格法第14条规定,经营者不得为排挤竞争对手或独占市场,以低于成本的价格倾销,扰乱正常的生产经营秩序,损害国家利益或者其他经营者的合法权益。如果因特殊原因而低于成本价格销售商品,则不构成低价倾销行为。对此,反不正当竞争法第11条列举了四种除外情况:(1)销售鲜活商品;(2)处理有效期限即将到期的商品或者其他积压的商品;(3)季节性降价;(4)因清偿债务、转产、歇业降价销售商品。

低价倾销的行为要件如下:(1)行为的主体是经营者,而且在绝大多数情况下,是大型企业或在特定市场上具有经营优势地位的企业。(2)经营者客观上实施了低价倾销行为。这里的低价倾销,如上所述,是指以低于成本价格销售商品。在国际贸易中,构成倾销并非以低于成本价为条件,这一点不同于我国的反不正当

竞争法的规定。(3)经营者低价倾销行为的目的是排挤竞争对手,以便独占市场。因此,并非一时就某一种商品低于成本价格销售,而是较长时间以较大的市场投放量低价倾销。有些国家在其制止不正当竞争的法律中,明确规定连续一段时间大量低价倾销,才构成不正当竞争行为。我国反不正当竞争法尚无此类定量的技术性规定。

(六)不正当有奖销售行为

不正当有奖销售是指经营者在销售商品或提供服务时,以提供奖励(包括金钱、实物、附加服务等)为名,实际上采取欺骗或者其他不当手段损害用户、消费者的利益,或者损害其他经营者合法权益的行为。

有奖销售是一种有效的促销手段,其方式大致可分为两种:一种是奖励给所有购买者的附赠式有奖销售;另一种是奖励部分购买者的抽奖式有奖销售。法律并不禁止所有的有奖销售行为,而仅仅对可能造成不良后果、破坏竞争规则的有奖销售加以禁止。

反不正当竞争法第13条以列举方式禁止经营者从事三类有奖销售行为。国家工商行政管理局1993年12月9日《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》,对第13条加以细化,禁止以下列方式进行有奖销售:(1)谎称有奖销售或对所设奖的种类,中奖概率,最高奖金额,总金额,奖品种类、数量、质量、提供方法等作虚假不实的表示;(2)采取不正当手段故意让内定人员中奖;(3)故意将设有中奖标志的商品、奖券不投放市场或不与商品、奖券同时投放,或者故意将带有不同奖金金额或奖品标志的商品、奖券按不同时间投放市场;(4)抽奖式的有奖销售,最高奖的金额超过5000元(以非现金的物品或者其他经济利益作为奖励的,按照同期市场同类商品或者服务的正常价格折算其金额);(5)利用有奖销售手段推销质次价高的商品;(6)其他欺骗性有奖销售行为。

不正当有奖销售的行为要点如下:(1)不正当有奖销售的主体是经营者。有关机构、团体经政府和政府有关部门批准的有奖募捐及其彩

票发售活动不适用反不正当竞争法第13条和国家工商局《关于禁止有奖销售活动中不正当竞争行为的若干规定》。(2)经营者实施了法律禁止的不正当有奖销售行为,如欺骗性有奖销售或巨奖销售。(3)经营者实施不正当有奖销售,目的在于争夺顾客,扩大市场份额,排挤竞争对手。

根据反不正当竞争法第26条的规定,经营者违反该法第13条的规定进行有奖销售的,监督检查部门应责令停止违法行为,可以根据情节处以1万元以上10万元以下的罚款。

有关当事人因有奖销售活动中的不正当竞争行为受到侵害的,可根据反不正当竞争法第20条的规定,向人民法院起诉,请求赔偿。

(七)诋毁商誉行为

诋毁商誉行为是指经营者捏造、散布虚假事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉,从而削弱其竞争力的行为。

商誉是社会公众对市场经营主体名誉的综合性积极评价。它是经营者长期努力追求,刻意创造,并投入一定的金钱、时间及精力才取得的。良好的商誉本身就是一笔巨大的无形财富。在经济活动中,最终又通过有形的形式(如销售额、利润)回报它的主人。法律对通过积极劳动获得的商誉给予尊重和保护,对以不正当手段侵犯竞争者商誉的行为予以严厉制裁。反不正当竞争法第14条规定,经营者不得捏造、散布虚伪事实,损害竞争对手的商业信誉、商品声誉。

诋毁商誉的行为要点如下:

(1)行为的主体是市场经营活动中的经营者,其他经营者如果受其指使从事诋毁商誉行为的,可构成共同侵权人。新闻单位被利用和被唆使的,仅构成一般的侵害他人名誉权行为,而非不正当竞争行为。

(2)经营者实施了诋毁商誉行为,如通过广告、新闻发布会等形式捏造、散布虚假事实,使用户、消费者不明真相产生怀疑心理,不敢或不再与受诋毁的经营者进行交易活动。若发布的消息是真实的,则不构成诋毁行为。

(3)诋毁行为是针对一个或多个特定竞争



对手的。如果捏造、散布的虚假事实不能与特定的经营者相联系,商誉主体的权利便不会受到侵害。应注意的是,对比性广告通常以同行业所有其他经营者为竞争对手而进行贬低宣传,此时应认定为商业诋毁行为。

(4)经营者对其他竞争者进行诋毁,其目的是败坏对方的商誉,其主观心态出于故意是显而易见的。

示例

根据《反不正当竞争法》规定,下列哪些行为属于不正当竞争行为?(2010年试卷一第67题)

A. 甲企业将所产袋装牛奶标注的生产日期延后了两天

B. 乙企业举办抽奖式有奖销售,最高奖为5,000元购物券,并规定用购物券购物满1,000元的可再获一次抽奖机会

C. 丙企业规定,销售一台电脑给中间人5%佣金,可不入账

D. 丁企业为清偿债务,按低于成本的价格销售商品

【参考答案及简要提示】AC。根据《反不正当竞争法》第9条规定的虚假宣传行为,在包装袋上将生产日期延后的做法实际上不仅损害了消费者的利益,也损害了其他经营者的利益,所以可以认定甲企业的行为构成虚假宣传行为;根据第13条规定的的不正当有奖销售的行为,只要每次销售活动的抽奖最高金额没有超过5,000元,就不构成不正当有奖销售;根据第8条第2款的规定,企业可以给中间人佣金,但必须如实入账,不入账的行为构成商业贿赂行为;根据第11条规定的低价倾销行为,D选项中丁企业为清偿债务以低于成本的价格销售商品,不属于低价倾销行为。

四、监督检查

(一)监督检查部门

我国反不正当竞争法在总则中确定县级以上人民政府工商行政管理部门是不正当竞争行为的监督检查部门。法律、行政法规规定由其

他部门监督检查的,依照其规定。所谓其他部门,主要指与市场管理有关的其他行政职能部门,如质量技术监督部门、物价部门、食品卫生行政管理部门等。

(二)监督检查部门的职权

根据反不正当竞争法第17条的规定,监督检查部门的职权有以下三项:(1)按照规定程序询问被检查的经营者、利害关系人、证明人,并要求提供证明材料或者与不正当竞争行为有关的其他资料;(2)查询、复制与不正当竞争行为有关的协议、账册、单据、文件、记录、业务函电和其他资料;(3)检查与不正当竞争行为有关的财物,必要时可责令被检查的经营者说明该商品的来源和数量,暂停销售,听候检查,不得转移、隐匿、销毁该财物。

监督检查部门在行使上述职权时,被检查的经营者、利害关系人和证明人应当如实提供有关资料或者情况,这是反不正当竞争法规定的、经营者必须履行的义务。同时,监督检查部门的工作人员在行使职权时,应出示检查证件,否则当事人可拒绝接受检查。

五、违反反不正当竞争法的法律责任

(一)违反反不正当竞争法的行为种类

反不正当竞争法是规范各种竞争行为的,它除了调整经营者之间的竞争关系外,还涉及监督检查部门在行使维护竞争权、市场管理权时与经营者之间的关系调整。因此,下列行为均属违反该法的行为:

1. 限制竞争行为,即本章第二节论述的四种限制竞争行为。

2. 各种不正当竞争行为,即本章第三节论述的七种行为。

3. 监督检查不正当竞争行为的国家工作人员违反该法规定的行为,即反不正当竞争法第31条规定的滥用职权、玩忽职守行为,以及第32条规定的徇私舞弊行为。

(二)反不正当竞争法规定的法律责任

反不正当竞争法第四章专章规定了违反该法的法律责任,包括民事责任、行政责任、刑事责任三种。

1. 民事责任。为保护合法经营者的正当竞争权利,反不正当竞争法第20条规定:经营者违反本法规定,对被侵害的经营者造成损害的,应承担损害赔偿责任;并且应承担被侵害的经营者因调查该经营者侵害其合法权益的不正当竞争行为所支付的合理费用。此条规定了适用于反不正当竞争法禁止的所有违法行为造成的损失。

反不正当竞争法还设有民事行为无效的规定。例如,第27条中的“中标无效”,就是专门针对招标投标中的不正当竞争行为而设置的。

2. 行政责任。各级工商行政管理部门是反不正当竞争法规定的监督检查部门,具有行政执法职能。反不正当竞争法几乎对每一种不正当竞争行为都规定了制裁措施。这些行政制裁措施归纳起来有:(1)责令停止违法行为,消除影响;(2)没收违法所得;(3)罚款;(4)吊销营业执照;(5)责令改正;(6)给予行政处分。

需要注意的是,第一,反不正当竞争法列举的不正当竞争行为中,有三种行为在法律责任

一章中未被提及,即第11条低价倾销行为、第12条搭售或附加不合理条件的行为、第14条诋毁商誉行为。对此,被侵害的经营者可以依照反不正当竞争法第20条的规定要求赔偿,还可以依照相关法律(如民法通则、价格法等)的规定保护自己的权利。第二,对政府及其所属部门的限制竞争行为,仅适用上述六种行政责任中的第五种,即由上级行政机关责令改正。

3. 刑事责任。对情节严重的不正当竞争行为给予刑事处罚,是各国竞争法的通行做法。我国反不正当竞争法对下列三种行为,即商标侵权行为、销售伪劣商品的行为、商业贿赂行为可以追究刑事责任。此外,广告法、价格法、招标投标法中也有刑事制裁的规定。刑法也将侵犯商业秘密犯罪作为罪行之一予以制裁。在学习中应注意各种法律之间的衔接。

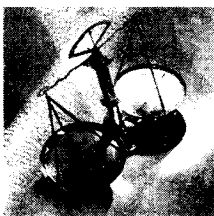
【本章主要法律规定】

1. 反垄断法
2. 反不正当竞争法

新华考资
www.xhkedu.com

本章两节所规制的行为存在着一定的重合,即垄断行为属于广义的不正当竞争行为的一部分,但《反垄断法》所规制的行为并非全部包括在《反不正当竞争法》之中。

本章的难点是对垄断行为的认定:《反不正当竞争法》的行为认定一般根据行为要件或特征进行判断,而《反垄断法》中的滥用市场支配地位和经营者集中则需要根据多种因素进行综合评价和判断。



经济法

第二章

消费新考资 www.xhkzedu.com

第一节 消费者权益保护法

一、消费者权益保护法概述

(一) 消费者权益保护法的概念

消费者权益保护法是调整在保护公民消费权益过程中所产生的社会关系的法律规范的总称。一般情况下,我们所说的消费者权益保护法是指 1993 年 10 月 31 日颁布、1994 年 1 月 1 日起施行的《中华人民共和国消费者权益保护法》。该法的颁布实施,是我国第一次以立法的形式全面确认消费者的权利。此举对保护消费者的权益,规范经营者的行为,维护社会经济秩序,促进社会主义市场经济健康发展具有十分重要的意义。该法实施后,经过 2009 年 8 月 27 日和 2013 年 10 月 25 日的两次修正,得以进一步完善。

(二) 消费者权益保护法的适用对象

根据消费者权益保护法第 2、3、62 条的规定,该法的适用对象可以从以下三方面理解:

1. 消费者为生活消费需要购买、使用商品或者接受服务的,适用消费者权益保护法。所谓消费者,是指为个人生活消费需要购买、使用商品和接受服务的自然人。这与国际上是一致的。国际标准化组织消费者政策委员会将消费者定义为“为了个人目的购买或者使用商品和接受服务的个体社会成员”。因为,分散的、单个的自然人,在市场中处于弱者地位,需要法律的特殊保护。所以,从事消费活动的社会组织、企事业单位不属于消费者保护法意义上的“消费者”。

2. 农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料时,参照消费者权益保护法执行。消费者权益保护法的宗旨在于保护作为经营者对立面的特殊群体——消费者的合法权益。农民购买直接用于农业生产的生产资料,虽然不是为个人生活消费,但是作为经营者的相对方,其弱者地位是不言而喻的。所以,消费者权益保护法第 62 条将农民购买、使用直接用于农业生产的生产资料行为纳入该法的保护范围。

3. 经营者为消费者提供其生产、销售的商品或者提供服务,适用消费者权益保护法。消费者权益保护法以保护消费者利益为核心,在处理经营者与消费者的关系时,经营者首先应当遵守该法的有关规定;该法未作规定的,应当遵守其他有关法律、行政法规的规定。

二、消费者的权利与经营者的义务

(一) 消费者的权利

消费者的权利,是指在消费活动中,消费者依法享有的各项权利的总和。消费者权益保护法为消费者设立了既相互独立又相互关联的九项权利。

1. 安全保障权。消费者在购买、使用商品和接受服务时享有人身、财产安全不受损害的权利。

2. 知悉真情权。消费者享有知悉其购买、使用的商品或者接受的服务的真实情况的权利。

3. 自主选择权。消费者享有自主选择商品和服务的权利,包括:(1)有权自主选择提供商品或者服务的经营者;(2)有权自主选择商品品种或者服务方式;(3)有权自主决定是否购买任何一种商品或是否接受任何一项服务;(4)有权对商品或服务进行比较、鉴别和选择。经营者不得以任何方式干涉消费者行使自主选择权。

4. 公平交易权。公平交易是指经营者与消费者之间的交易应在平等的基础上达到公正的结果。公平交易权体现在两个方面:第一,交易条件公平,即消费者在购买商品或接受服务时,有权获得质量保证、价格合理、计量正确等公平交易条件;第二,拒绝强制交易,即消费者有权按照真实意愿从事交易活动,对经营者的强制交易行为有权拒绝。

5. 获取赔偿权。获取赔偿权也称作消费者的求偿权,依照消费者权益保护法第11条的规定,消费者因购买、使用商品或者接受服务受到人身、财产损害的,享有依法获得赔偿的权利。享有求偿权的主体包括:(1)商品的购买者、使用者;(2)服务的接受者;(3)第三人,指

消费者之外的因某种原因在事故现场而受到损害的人。求偿的内容包括:(1)人身损害的赔偿,无论是生命健康还是精神方面的损害均可要求赔偿;(2)财产损害的赔偿,依照消费者权益保护法及合同法等相关法律的规定,包括直接损失及可得利益的损失。

6. 结社权。消费者享有依法成立维护自身合法权益的社会组织的权利。目前,中国消费者协会及地方各级消费者协会已经成立。实践证明,消费者组织的工作对推动我国消费者运动的健康发展,沟通政府与消费者的联系,解决经营者与消费者的矛盾,充分地保护消费者权益,起到了积极的作用。

7. 获得相关知识权。消费者享有获得有关消费和消费者权益保护方面的知识的权利。消费知识主要指有关商品和服务的知识;消费者权益保护知识主要指有关消费者权益保护方面及权益受到损害时如何有效解决方面的法律知识。

8. 受尊重权。消费者在购买、使用商品和接受服务时,享有人格尊严、民族风俗习惯得到尊重的权利。人格权是消费者人身权的主要组成部分。尊重他人的人格尊严和不同民族的风俗习惯,是一个国家和社会文明进步的重要标志,也是法律对人权保障的基本要求。我国是一个多民族国家,尊重各个民族尤其是少数民族的风俗习惯,关系到全国的安定团结,关系到各民族的长久和睦。消费者权益保护法将人格尊严和民族风俗习惯专条加以规定,是对消费者精神权利的有力保障,也是党和国家民族政策在法律上的体现。

9. 监督批评权。消费者享有对商品和服务以及保护消费者权益工作进行监督的权利。监督权是上述各项权利的必然延伸,对消费者权利的切实实现至关重要。这种监督权的表现,一是有权对经营者的商品和服务进行监督,在权利受到侵害时有权提出检举或控告;二是有权对国家机关及工作人员进行监督,对其在保护消费者权益工作中的违法失职行为进行检举、控告;三是表现为对消费者权益工作的批评、建议权。



10. 个人信息权。又称消费者隐私权,指消费者的姓名、性别、职业、学历、住所、联系方式、婚姻状况、亲属关系、财产状况、血型、病史、消费习惯等所有私人信息不被非法收集和非法披露的权利。

(二) 经营者的义务

在消费法律关系中,消费者的权利就是经营者的义务。为了有效地保护消费者的权益,约束经营者的经营行为,消费者权益保护法不仅专章规定了消费者的权利,还专章规定了经营者的义务。

1. 依法经营和诚信经营义务。经营者向消费者提供商品和服务,应依照法律、法规的规定履行义务。双方有约定的,应按照约定履行义务,但双方的约定不得违法。经营者向消费者提供商品或者服务,应当恪守社会公德,诚信经营,保障消费者的合法权益;不得设定不公平、不合理的交易条件,不得强制交易。

2. 接受监督的义务。经营者应当听取消费者对其提供的商品或服务的意见,接受消费者的监督。

3. 安全保障义务。经营者应当保证其提供的商品或服务符合保障人身、财产安全的要求。经营者应当做到:(1)对可能危及人身、财产安全的商品和服务,应作出真实说明和明确的警示,标明正确使用及防止危害发生的方法。(2)宾馆、商场、餐馆、银行、机场、车站、港口、影剧院等经营场所的经营者,应当对消费者尽到安全保障义务。(3)经营者发现其提供的商品或服务存在缺陷,有危及人身、财产安全危险的,应当立即向有关行政部门报告和告知消费者,并采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施,且自行承担商品召回的必要费用。

4. 提供真实信息的义务。经营者向消费者提供有关商品或服务的质量、性能、用途、有效期等信息,应当真实、全面,不得作虚假或者引人误解的虚假宣传。真实的信息是消费者自主选择商品或服务的前提和基础,经营者不得以虚假宣传误导甚至欺骗消费者。对消费者关于质量、使用方法等问题的询问,经营者应作

出明确的、完备的、符合实际的答复。经营者提供商品或者服务应当明码标价,以便于消费者选择和有关部门监督。

5. 标明真实名称和标记的义务。经营者应当标明其真实名称和标记。租赁他人柜台或者场地的经营者,应当标明其真实名称和标记。经营者的名称和标记,其主要功能是区别商品和服务的来源。如果名称和标记不实,就会使消费者误认,无法正确选择其信任的经营者,也难以在权益受侵害时准确地确定责任主体。

6. 出具凭证或单据的义务。经营者提供商品或者服务,应按照国家规定或商业惯例向消费者出具发票等购货凭证或者服务单据;消费者索要发票等购货凭证或者单据的,经营者必须出具。

7. 保证质量的义务。经营者有义务保证商品和服务的质量。该义务体现在以下三个方面:第一,经营者应当保证在正常使用商品或者接受服务的情况下其提供的商品或者服务应当具有的质量、性能、用途和有效期限;但消费者在购买该商品或者接受服务前已经知道其存在瑕疵,且存在该瑕疵不违反法律强制性规定的除外。第二,经营者以广告、产品说明、实物样品或者其他方式表明商品或者服务的质量状况的,应当保证提供的商品或者服务的实际质量与表明的质量状况相符。第三,经营者提供的机动车、计算机、电视机、电冰箱、空调器、洗衣机等耐用商品或者装饰装修等服务,消费者自接受商品或者服务之日起6个月内发现瑕疵,发生争议的,由经营者承担有关瑕疵的举证责任。

8. 履行退货、更换、修理的义务。分为两类情形。一是在经营者提供的商品或服务不符合质量要求的情形下,如果有国家规定或者当事人约定,经营者有义务按照消费者的要求办理退货、更换或者修理;如果没有国家规定和当事人约定,消费者自收到商品之日起7日内退货的,经营者有义务办理退货,7日后符合法定解除合同条件的,经营者仍然有退货义务,不符合法定解除合同条件的,经营者应按消费者要求履行更换、修理等义务。二是无论经营者

提供的商品有无质量问题,只要是采用网络、电视、电话、邮购等方式销售的,消费者都有权自收到商品之日起7日内退货,且无需说明理由。此即所谓“无理由退货”。但是,消费者定作的商品,鲜活易腐的商品,在线下载或者消费者拆封的音像制品、计算机软件等数字化商品,交付的报纸、期刊以及其他根据商品性质并经消费者在购买时确认不宜退货的商品,不适用无理由退货的规定。

9. 正确使用格式条款的义务。格式条款是经营者单方拟定的,消费者只能表示接受或不同意,而不能与之协商和改变其内容的交易条件。除了书面合同中的格式条款外,经营者以通知、声明、店堂告示等形式单方规定的交易条件,也具有格式条款的性质。在面对众多消费者的情况下,经营者采用格式条款,有简化缔约程序、节省交易成本和保持交易条件一律的优点,这也是有利于消费者的。但是,格式条款也给经营者带来了弱化消费者合同意识、设置不公平条款因而损害消费者权益的机会。为此,法律对经营者使用格式条款规定了两方面的义务。一是提示和说明的义务,即经营者在经营活动中使用格式条款的,应当以显著方式提请消费者注意商品或者服务的数量和质量、价款或者费用、履行期限和方式、安全注意事项和风险警示、售后服务、民事责任等与消费者有重大利害关系的内容,并按照消费者的要求予以说明。二是禁止滥用格式条款的义务,即经营者不得以格式条款、通知、声明、店堂告示等方式,作出排除或者限制消费者权利、减轻或者免除经营者责任、加重消费者责任等对消费者不公平、不合理的规定,不得利用格式条款并借助技术手段强制交易;违反此义务的,其条款无效。

10. 不得侵犯消费者人格权的义务。经营者不得对消费者进行侮辱、诽谤,不得搜查消费者的身体及其携带的物品,不得侵犯消费者的人身自由。

11. 尊重消费者信息自由的义务。首先是保护消费者个人信息,主要有两方面:一是在收集、使用消费者个人信息时,应当遵循合法、正

当、必要的原则,明示收集、使用信息的目的、方式和范围,并经消费者同意。二是对于已掌握的消费者个人信息,必须严格保密,不得泄露、出售或者非法向他人提供,同时,应采取必要措施确保信息安全,并在信息泄露、丢失时及时加以补救。其次是避免以商业信息骚扰消费者,即经营者未经消费者同意或者请求,或者消费者明确表示拒绝的,不得向其发送商业性信息。

三、消费者权益的社会保护

(一) 国家机关

国家采取一系列制度性措施,保护消费者的合法权益。

1. 立法过程中的消费者参与。国家制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准,应当听取消费者和消费者协会等组织的意见。

2. 政府职能的运用。各级人民政府在保护消费者合法权益中,主要应发挥两方面的职能。一是领导职能,即组织、协调、督促有关行政部门做好工作,落实保护消费者合法权益的职责。二是监督职能,重点是预防危害消费者人身、财产安全行为的发生,及时制止危害消费者人身、财产安全的行为。

3. 相关行政部门的职责。各级工商行政管理部门和其他有关行政部门,应当依照法律、法规的规定,在各自的职责范围内,采取措施,保护消费者的合法权益。其中,有以下重点的职责:(1)听取消费者和消费者协会等组织对经营者交易行为、商品和服务质量问题的意见,及时调查处理。(2)定期或者不定期对经营者提供的商品和服务进行抽查检验,并及时向社会公布抽查检验结果。(3)发现并认定经营者提供的商品或者服务存在缺陷,有危及人身、财产安全危险的,应当立即责令经营者采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施。

4. 司法机关的职责。一是惩治犯罪。有关国家机关应当依照法律、法规的规定,惩处经营者在提供商品和服务中侵害消费者合法权益的违法犯罪行为。二是处理纠纷。人民法院应

新华考资

www.xhkdzu.com



当采取措施,方便消费者提起诉讼。对符合《民事诉讼法》起诉条件的消费者权益争议,必须受理,及时审理。

(二) 消费者组织

1. 消费者组织的性质。消费者协会和其他消费者组织是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会组织。消费者组织属于公益性社会组织,不得从事商品经营和营利性服务,不得以收取费用或者其他牟取利益的方式向消费者推荐商品和服务。

2. 消费者组织的职责。消费者协会履行下列公益性职责:(1)向消费者提供消费信息和咨询服务,提高消费者维护自身合法权益的能力,引导文明、健康、节约资源和保护环境的消费方式;(2)参与制定有关消费者权益的法律、法规、规章和强制性标准;(3)参与有关行政部门对商品和服务的监督、检查;(4)就有关消费者合法权益的问题,向有关部门反映、查询,提出建议;(5)受理消费者的投诉,并对投诉事项进行调查、调解;(6)投诉事项涉及商品和服务质量问题的,可以委托具备资格的鉴定人鉴定,鉴定人应当告知鉴定意见;(7)就损害消费者合法权益的行为,支持受损害的消费者提起诉讼或者依照本法提起诉讼;(8)对损害消费者合法权益的行为,通过大众传播媒介予以揭露、批评。各级人民政府对消费者协会履行职责应当予以必要的经费等支持。

3. 消费者组织的公益诉讼。对侵害众多消费者合法权益的行为,中国消费者协会以及在省、自治区、直辖市设立的消费者协会,可以向人民法院提起诉讼

四、争议的解决

(一) 争议解决的途径

消费者和经营者发生消费者权益争议的,可以通过下列途径解决。

1. 与经营者协商和解。当消费者和经营者因商品或服务发生争议时,协商和解应作为首选方式,特别是因误解产生的争议,通过解释、谦让及其他补救措施,便可化解矛盾,平息争议。协商和解必须在自愿平等的基础上进

行。重大纠纷,双方立场对立严重,要求相去甚远的,可寻求其他解决方式。

2. 请求消费者协会或者依法成立的其他调解组织调解。消费者协会是依法成立的对商品和服务进行社会监督的保护消费者合法权益的社会组织。消费者协会的职能之一是对消费者的投诉事项进行调查、调解。消费者协会作为保护消费者权益的社会组织,调解经营者和消费者之间的争议,应依照法律、行政法规及公认的商业道德从事,并由双方自愿接受和执行。“依法成立的其他调解组织”,目前主要指依据《人民调解法》由村民委员会、居民委员会、企业事业单位等基层组织设立的人民调解委员会。人民调解委员会是调解民间纠纷的群众性组织。经人民调解委员会调解达成调解协议,人民法院依法确认有效的,可以强制执行。

3. 向有关行政部门投诉。政府有关行政部门依法具有规范经营者的经营行为,维护消费者合法权益和市场经济秩序的职能。消费者权益争议涉及的领域很广,当权益受到侵害时,消费者可根据具体情况,向不同的行政职能部门,如物价部门、工商行政管理部门、技术质量监督部门等提出投诉,求得行政救济。消费者向有关行政部门投诉的,该部门应当自收到投诉之日起7个工作日内予以处理并告知消费者。

4. 提请仲裁。由仲裁机构解决争端,在国际国内商贸活动中被广泛采用。消费者权益争议亦可通过仲裁途径予以解决。不过,仲裁必须具备的前提条件是双方订有书面仲裁协议(或书面仲裁条款)。在一般的消费活动中,大多数情况下没有必要也没有条件签订仲裁协议。因此,在消费领域,很少有以仲裁方式解决争议的。

5. 向人民法院提起诉讼。消费者权益保护法及相关法律都规定,消费者权益受到损害时,可径直向人民法院起诉,也可因不服行政处罚决定而向人民法院起诉。司法审判具有权威性、强制性,是解决各种争议的最后手段。消费者为求公正解决争议,可依法行使诉权。

新华考资

www.xhkedu.com

(二) 解决争议的若干特殊规则

1. 销售者的先行赔付义务。消费者在购买、使用商品时,其合法权益受到损害的,可以向销售者要求赔偿。销售者赔偿后,属于生产者的责任或者属于向销售者提供商品的其他销售者的责任的,销售者有权向生产者或者其他销售者追偿。

2. 生产者与销售者的连带责任。消费者或者其他受害人因商品缺陷造成人身、财产损害的,可以向销售者要求赔偿,也可以向生产者要求赔偿。属于生产者责任的,销售者赔偿后,有权向生产者追偿。属于销售者责任的,生产者赔偿后,有权向销售者追偿。对消费者而言,销售者与生产者承担的是一种连带责任。

3. 消费者在接受服务时,其合法权益受到损害时,可以向服务者要求赔偿。

4. 变更后的企业仍应承担赔偿责任。企业的变更是市场经济活动中常见的现象。为防止经营者利用企业变更之机逃避对消费者应承担的损害赔偿责任,消费者权益保护法规定:消费者在购买、使用商品或者接受服务时,其合法权益受到损害,因原企业分立、合并的可以向变更后承受其权利义务的企业要求赔偿。

5. 营业执照持有人与租借人的赔偿责任。出租、出借营业执照或租用、借用他人营业执照是违反工商行政管理法规的行为。消费者权益保护法规定:使用他人营业执照的违法经营者提供商品或者服务,损害消费者合法权益的,消费者可向其要求赔偿,也可以向营业执照的持有人要求赔偿。

6. 展销会举办者、柜台出租者的特殊责任。通过展销会、出租柜台销售商品或者提供服务,不同于一般的店铺营销方式。为了在展销会结束后或出租柜台期满后,使消费者能够获得赔偿,消费者权益保护法规定,消费者在展销会、租赁柜台购买商品或者接受服务,其合法权益受到损害的,可以向销售者或服务者要求赔偿。展销会结束或者柜台租赁期满后,也可以向展销会的举办者、柜台的出租者要求赔偿。展销会的举办者、柜台的出租者赔偿后,有权向销售者或服务者追偿。

7. 网络交易平台提供者的责任。消费者通过网络交易平台购买商品或者接受服务,其合法权益受到损害的,可以向销售者或服务者要求赔偿。网络交易平台提供者不能提供销售者或服务者的真实名称、地址和有效联系方式的,消费者也可以向网络交易平台提供者要求赔偿;网络交易平台提供者作出更有利于消费者的承诺的,应当履行承诺。网络交易平台提供者赔偿后,有权向销售者或服务者追偿。网络交易平台提供者明知或者应知销售者或服务者利用其平台侵害消费者合法权益,未采取必要措施的,依法与该销售者或服务者承担连带责任。

8. 关于虚假广告或者其他虚假宣传的责任。广告、宣传对消费行为的影响是尽人皆知的。为规范此类行为,广告法、消费者权益保护法均对虚假广告或者其他虚假宣传作了禁止性规定。消费者权益保护法规定,消费者因经营者利用虚假广告或者其他虚假宣传方式提供商品或者服务,其合法权益受到损害的,可以向经营者要求赔偿。广告经营者、发布者发布虚假广告的,消费者可以请求行政主管部门予以惩处。广告经营者、发布者不能提供经营者的真实名称、地址和有效联系方式的,应当承担赔偿责任。广告经营者、发布者设计、制作、发布关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告,造成消费者损害的,应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。社会团体或者其他组织、个人在关系消费者生命健康商品或者服务的虚假广告或者其他虚假宣传中向消费者推荐商品或者服务,造成消费者损害的,应当与提供该商品或者服务的经营者承担连带责任。

示例

甲公司租赁乙公司大楼举办展销会,向众商户出租展台,消费者李某在其中丙公司的展台购买了一台丁公司生产的家用电暖器,使用中出現质量问题并造成伤害,李某索赔时遇上上述公司互相推诿。上述公司的下列哪些主张是错误的?(2010年试卷一第68题)



A. 丙公司认为属于产品质量问题,应找丁公司解决

B. 乙公司称自己与产品质量问题无关,不应承担责任

C. 丁公司认为产品已交丙公司包销,自己不再负责

D. 甲公司称展销会结束后,丙公司已撤离,自己无法负责

【参考答案及简要提示】ACD。本题考查《消费者权益保护法》第40条和43条的规定。其中乙公司的责任是判断的难点。乙公司与展销会的举办者甲公司订立租赁合同,将大楼出租给甲公司举办展销会,不是与销售者丙公司订立租赁合同,并且乙公司是大楼的出租者,不是柜台的出租者,因此乙公司对李某的损害不应承担任何责任。

五、违反消费者权益保护法的法律责任

消费者权益保护法以其独特的价值尺度,规定消费者享有十项权利,经营者负有十一项义务,使原本强弱悬殊的利益群体之间趋于平衡。当消费者的权益因经营者的原因无法行使或受到损害时,消费者权益保护法规定可采取相应的措施对违法者予以制裁。消费者权益保护法第七章对侵害消费者合法权益的行为区分不同情况,规定经营者应分别或者同时承担民事责任、行政责任和刑事责任。

(一)民事责任

1. 一般规定。经营者提供商品或者服务有下列情形之一的,除本法另有规定外,应当依照其他有关法律、法规的规定,承担民事责任:

(1)商品或者服务存在缺陷的;(2)不具备商品应当具备的使用性能而出售时未作说明的;(3)不符合在商品或者其包装上注明采用的商品标准的;(4)不符合商品说明、实物样品等方式表明的质量状况的;(5)生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的;(6)销售的商品数量不足的;(7)服务的内容和费用违反约定的;(8)对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔

偿损失的要求,故意拖延或者无理拒绝的;(9)法律、法规规定的其他损害消费者权益的情形。

经营者对消费者未尽到安全保障义务,造成消费者损害的,应当承担侵权责任。

当侵犯消费者权益的行为同时符合消费者权益保护法和民法通则、合同法等普通民事法律的民事责任要件时,消费者有权选择适用消费者权益保护法请求保护。

2. 特别规定。针对实践中存在的突出问题,消费者权益保护法对于侵犯消费者合法权益的民事责任还有如下特别规定:

(1)人身伤害的民事责任。经营者提供商品或服务,造成消费者或其他人受伤、残疾、死亡的,应承担下列责任:①造成消费者或者其他受害人人身伤害的,应当赔偿医疗费、护理费、交通费等为治疗和康复支出的合理费用,以及因误工减少的收入;②造成残疾的,还应当赔偿残疾者生活辅助具费和残疾赔偿金;③造成死亡的,应当赔偿丧葬费和死亡赔偿金。

(2)侵犯人格尊严、人身自由的民事责任。经营者侵害消费者的人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的,应当停止侵害、恢复名誉、消除影响、赔礼道歉,并赔偿损失。经营者有侮辱诽谤、搜查身体、侵犯人身自由等侵害消费者或者其他受害人人身权益的行为,造成严重精神损害的,受害人可以要求精神损害赔偿。

(3)财产损害的民事责任。经营者提供商品或者服务,造成消费者财产损害的,应当以修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失等方式承担民事责任。

(4)经营者欺诈行为的惩罚性赔偿。消费者权益保护法第55条规定:经营者提供商品或者服务有欺诈行为的,应当按照消费者的要求增加赔偿其受到的损失,增加赔偿的金额为消费者购买商品的价格或者接受服务的费用的3倍;增加赔偿的金额不足500元的,为500元。法律另有规定的,依照其规定。

消费者权益保护法规定的惩罚性赔偿,属于特别法上的责任规则。设定这一规则的目

的,一是惩罚性地制止损害消费者权益的欺诈行为人,特别是制造、销售假货的经营者;二是鼓励消费者同欺诈行为作斗争。这里需要注意两点:

第一,关于欺诈消费者行为的概念及判断标准。消费者权益保护法第55条所称的欺诈行为,是指经营者在提供的商品或服务中,以虚假陈述、隐瞒实情等不正当手段误导消费者,使消费者权益受到损害的行为。实践中,对“欺诈行为”应当以客观检验法认定,即根据经营者在出售商品或提供服务时所采用的手段和一般消费者的辨识能力来加以判断。所以,只要证明下列事实存在,即可认定经营者构成欺诈:其一,经营者对其商品或服务的说明存在虚假或隐瞒,足以使一般消费者受到误导。其二,消费者因受误导而接受了经营者的商品或服务,而一般消费者在此情况下如果知道事实真相即不会接受该商品或服务,或者只会按实质不同的合同条款接受该商品或服务。

国家工商行政管理局1996年3月发布的《欺诈消费者行为处罚办法》第3、4条列举了一些典型的欺诈行为,例如,销售掺杂、掺假,以假充真,以次充好的商品;以虚假的“清仓价”、“甩卖价”、“最低价”、“优惠价”或者其他欺骗性价格表示销售商品;以虚假的商品说明、商品标准、实物样品等方式销售商品;不以自己的真实名称和标记销售商品;采取雇用他人等方式进行欺骗性的销售诱导;利用广播、电视、电影、报刊等大众传播媒介对商品作虚假宣传;销售假冒商品和失效、变质商品,等等。在实践中,所有这些行为的欺诈性质都可以根据客观的事实(或者说,经营行为的外观)加以确定。

第二,关于赔偿数额。对经营者的欺诈行为,消费者不仅可以获得补偿性的赔付,还可要求增加赔偿额。增加赔偿的金额为消费者购买商品的价款或者接受服务的费用的3倍。由于增加的这部分赔偿金额是超出消费者的实际损失的,因此带有惩罚性质。这里所说的补偿,包括消费者为接受商品或服务已经支付的价款或费用,以及其他相关开支(如运费、交通费等)和人身、财产损失,均按照“完全填补”的原则予以

赔付。所谓的惩罚性赔偿,则应在补偿性赔付之外另行计算。例如,消费者花1000元购买一盒假药,经营者除了返还1000元价款和赔偿其他实际损失外,还应当支付3000元的惩罚性赔偿。

(5)故意侵权的加重责任。经营者明知商品或者服务存在缺陷,仍然向消费者提供,造成消费者或者其他受害人死亡或者健康严重损害的,受害人有权要求经营者依法承担人身伤害赔偿和精神损害赔偿,并有权要求所受损失2倍以下的惩罚性赔偿。例如,如果经营者是故意售假,消费者的孩子服用假药后死亡,则消费者除了要求支付以上所述的补偿性赔偿和惩罚性赔偿外,还有权要求经营者支付抢救费、丧葬费和死亡赔偿金等损失赔偿,并且支付该损失赔偿总额2倍以下的惩罚性赔偿(假如该损失赔偿额为100万元,则该惩罚性赔偿最高可达200万元)。

(6)预收款方式提供商品或服务的责任。在某些情况下,经营者先预收部分款项,提供商品或服务后再与消费者进行结算。经营者以预收款方式提供商品或服务的,应当按照约定提供。未按照约定提供的,应依照消费者的要求履行约定或者退回预付款;并应当承担预付款的利息、消费者必须支付的合理费用。

(7)行政查处后的退货责任。依法经有关行政部门认定为不合格的商品,消费者要求退货的,经营者应当负责退货。

(二)行政责任

1. 应承担行政责任的情形。有下列情形之一的,经营者应承担行政责任:(1)提供的商品或者服务不符合保障人身、财产安全要求的;(2)在商品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好,或者以不合格商品冒充合格商品的;(3)生产国家明令淘汰的商品或者销售失效、变质的商品的;(4)伪造商品的产地,伪造或者冒用他人的厂名、厂址,篡改生产日期,伪造或者冒用认证标志等质量标志的;(5)销售的商品应当检验、检疫而未检验、检疫或者伪造检验、检疫结果的;(6)对商品或者服务作虚假或者引人误解的宣传的;(7)拒绝或者拖延有关行政部门责令对



第二节

一、产品质量法概述

(一) 产品质量法的调整对象

产品质量法是调整产品质量监督管理关系和产品质量责任关系的法律规范的总称。广义的产品质量法包括所有调整产品质量及产品责任关系的法律、法规。我们通常所说的产品质量法是指狭义的产品质量法,即1993年2月22日颁布、9月1日起施行的《中华人民共和国产品质量法》。该法于2000年7月8日修订。

在我国境内从事产品生产、销售活动的企业、其他组织和个人(包括外国人)均必须遵守产品质量法。具体来说,产品质量法调整的法律关系包括三方面:

1. 产品质量监督管理关系,即各级质量技术监督部门、工商行政管理部门在产品质量的监督检查、行使行政惩罚权时与市场经营主体所发生的法律关系。

2. 产品质量责任关系,即因产品质量问题引起的消费者与生产者、销售者之间的法律关系,包括因产品缺陷导致的人身、财产损害在生产者、销售者、消费者之间所产生的损害赔偿法律关系。

3. 产品质量检验、认证关系,即因中介服务所产生的中介机构与市场经营主体之间的法律关系,因产品质量检验和认证不实损害消费者利益而产生的法律关系。

(二) 产品质量法的立法宗旨

产品质量法第1条明确指出该法的立法目的,可从以下几个方面加以理解:

1. 加强质量监督管理,提高产品质量水平。为了全社会的利益,加强对产品质量的监督管理,提高产品质量水平,是政府的责任。运用法律手段,规范产品质量,是现代社会的要求。产品质量法为此作了不懈努力,尤其是修改后的产品质量法,增加了1倍的条款强化政府对产品质量监督管理的职权。

2. 明确产品质量责任。要提高产品质量水平,必须明确研制、生产、销售的各个环节对

缺陷商品或者服务采取停止销售、警示、召回、无害化处理、销毁、停止生产或者服务等措施的;(8)对消费者提出的修理、重作、更换、退货、补足商品数量、退还货款和服务费用或者赔偿损失的要求故意拖延或者无理拒绝的;(9)侵犯消费者人格尊严、侵犯消费者人身自由或者侵害消费者个人信息依法得到保护的权利的;(10)法律、法规规定的对损害消费者权益应当予以处罚的其他情形。

2. 行政处罚。

(1) 处罚依据。对消费者权益保护法第56条列举的上述十种情形,若相关法律法规(如产品质量法、食品卫生法、广告法、价格法等)对处罚机关和处罚方式有规定的,应依照其规定执行;若法律、法规没有规定的,由工商行政管理部门进行处罚。

(2) 处罚方式。对上述十种违法情形的处罚方式有:责令改正,警告,没收违法所得,处以违法所得1倍以上10倍以下的罚款,没有违法所得的,处以50万元以下的罚款;情节严重者,责令停业整顿、吊销营业执照。除此之外,处罚机关还应当将经营者受处罚的情况记入信用档案,向社会公布。

(3) 民事责任优先。经营者违反消费者权益保护法的规定,应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金,其财产不足以同时支付的,先承担民事赔偿责任。

(4) 行政复议。消费者权益保护法为防止行政机关滥用权力作出对经营者不公的处罚,规定了经营者的申请行政复议权,即经营者对行政处罚不服的,可以依法申请行政复议或者提起诉讼。

(三) 刑事责任

对违反消费者权益保护法的下列行为,依法追究刑事责任:(1)经营者违反本法规定提供商品或者服务,侵害消费者合法权益,构成犯罪的;(2)以暴力、威胁等方法阻碍有关行政部门工作人员依法执行职务的(未使用暴力、威胁方法的,则由公安机关依照《治安管理处罚法》的规定处罚);(3)国家机关工作人员玩忽职守或者包庇经营者侵害消费者合法权益的。

产品质量所担负的责任;对产品质量进行管理监督,则必须分清政府有关部门、质量检验中介机构及各个企业的质量责任。产品质量法对各种主体的义务和责任作了明确的划分。

3. 保护消费者的合法权益,维护社会经济秩序。加强管理,明确责任,其根本目的在于保护消费者的合法权益,促进生产、消费、再生产的良性循环,保障社会经济的正常秩序。产品质量法通过建立质量监督、质量检验、产品质量责任分配、违法制裁等规则,较好地体现了这一目的。

二、产品标准、产品质量与产品质量责任

(一) 产品与产品标准和质量

1. 产品的概念。产品质量法所称的产品,是指经过加工、制作,用于销售的产品。因此,天然物品、非用于销售的物品,不属于该法所说的产品。另外,由于建设工程、军工产品在质量监督方面的特殊性,它们被排除在该法所称的产品范围之外,另由专门的法律予以调整;但建设工程所用的建筑材料、建筑构配件和设备、军工企业生产的民用产品,适用该法的规定。因核设施、核产品造成损害的赔偿责任,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。

2. 产品标准。产品标准是对产品所做的技术规定,它是判断产品合格与否的主要依据。产品质量法第12条规定,产品质量应当检验合格。所谓合格,是指产品的质量状况符合标准中规定的具体指标。我国现行的标准分为国家标准、行业标准、地方标准和经备案的企业标准。凡有国家标准、行业标准的,必须符合该标准;没有国家标准、行业标准的,允许适用其他标准,但必须符合保障人体健康及人身、财产安全的要求。同时,国家鼓励企业赶超国际先进水平。对不符合国家标准、行业标准的产品,不符合保障人体健康和人身、财产安全标准要求的工业产品,禁止生产和销售。

3. 产品质量。国际标准化组织(ISO)规定的产品质量的定义是,产品能满足规定的或者潜在需要的特性和特性的总和。所谓总和,是指在标准中规定的产品的安全性、适用性、可靠

性、维修性、有效性、经济性等质量指标,它反映、代表了产品的质量状况。根据产品标准进行检验,符合标准的即是合格产品,方可认为达到了质量要求。

(二) 产品质量责任

产品质量责任是指产品的生产者、销售者以及对产品质量负有直接责任的人违反产品质量法规定的产品质量义务应承担的法律后果。在下列三种情况下,可判定上述主体应承担产品质量责任:

违反默示担保义务。默示担保义务是指法律、法规对产品质量所作的强制性要求,即使当事人之间有合同的约定,也不能免除和限制这种义务。它要求生产、销售的产品应该具有安全性和普通公众期待的使用性能,因此是对产品内在质量的基本要求。违反该义务,无论是否造成了消费者的损失,均应承担产品质量责任。

2. 违反明示担保义务。明示担保义务是指生产者、销售者以各种公开的方式,就产品质量向消费者所作的说明或者陈述。这些方式,如订立合同,体现于产品标识及说明书中,展示实物样品,做广告宣传等。一旦生产者、销售者以上述方式明确表示产品所依据和达到的质量标准,就产生了明示担保义务。如果产品质量不符合承诺的标准,必须承担相应的法律责任。

3. 产品存在缺陷。产品缺陷是指产品存在危及人身、他人财产安全的不合理的危险;产品有保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的,是指不符合该标准。在大部分国家的相关法律中,产品存在不合理的危险,是认定产品存在缺陷的核心标准。合理的危险是不可避免的,不是产品缺陷,但要如实说明,如香烟一般都含有焦油,否则便无香味,包装上应明确注明“吸烟有害健康”。我国的产品质量法不仅保留了安全性条款,还将产品标准条款引入产品缺陷领域,使产品缺陷认定在许多场合下变得更容易进行,亦更有利于对消费者权利的保护。

产品质量责任与产品责任是两个相关却不

相同的概念。两者都是经营者违反产品质量法



应承担的法律责任,但产品责任专指因产品缺陷引起的赔偿责任,这一点在法学界已有共识。

三、产品质量监督

(一)政府对产品质量的监督

修改后的产品质量法对政府宏观管理产品质量的职能提出了明确具体的要求:

1. 加强统筹规划和组织领导。产品质量法第7条要求各级人民政府应当把提高产品质量纳入国民经济和社会发展规划,加强对产品质量工作的统筹规划和组织领导,引导、督促生产者、销售者加强产品质量管理,提高产品质量,组织各有关部门依法采取措施,制止产品生产、销售中违反该法规定的行为,保障该法的实施。

2. 鼓励与奖励。产品质量法第6条明确规定,鼓励推行科学的质量管理方法,采用先进的科学技术,鼓励企业产品质量达到并超过行业标准、国家标准和国际标准;对质量管理先进和产品质量达到国际先进水平、成绩显著的单位和个人,给予奖励。

3. 运用法律手段,强化个人责任。产品质量法第9条规定,各级人民政府工作人员和其他国家机关工作人员不得滥用职权、玩忽职守或者徇私舞弊,包庇、放纵本地区、本系统发生的产品生产、销售中违反该法规定的行为,或者阻挠、干预依法对这些行为进行查处。各级地方人民政府和国家机关包庇、放纵产品生产、销售中违反该法规定的行为的,依法追究其主要负责人的法律责任。

(二)产品质量行政监督

1. 产品质量行政监督:

(1)产品质量行政监督部门。国务院产品质量监督管理部门负责全国产品质量监督管理工作。国务院有关部门在各自的职责范围内负责产品质量监督管理工作。县级以上地方人民政府管理产品质量监督工作的部门负责本行政区域内的产品质量监督管理工作。这里的产品质量监督管理部门是指国家及地方各级技术质量监督局;有关部门是指各级卫生行政部门、劳动部门、商品检验部门等,它们依相关法律授予

各自的职权,对某些特定产品的质量进行监督管理。

(2)质量监督部门的职权。为增强产品质量法的刚性,使产品质量监督部门有职有权依法行政,有效扭转假冒伪劣产品屡打不绝的严重局面,该法规定,县级以上产品质量监督部门根据已经取得的违法嫌疑证据或者举报,对涉嫌违反该法规定的行为进行查处时,可以行使下列职权:①对当事人涉嫌从事违反本法的生产、销售活动的场所实施现场检查;②向当事人的法定代表人、主要负责人和其他有关人员调查、了解与涉嫌从事违反本法的生产、销售活动有关的情况;③查阅、复制当事人有关的合同、发票、账簿以及其他有关资料;④对有根据认为不符合保障人体健康和人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品或者有其他严重质量问题的产品,以及直接用于生产、销售该项产品的原辅材料、包装物、生产工具,予以查封或者扣押。

县级以上工商行政管理部门按照国务院规定的职责范围,对涉嫌违反该法规定的行为进行查处时,可以行使上述职权。

2. 产品质量监督管理制度的主要内容。根据产品质量法规定,质量监督管理制度主要由下列内容构成:

(1)产品质量抽查制度。该制度是国家对产品质量监管的基本制度之一。监督的主要方式是抽查,根据监督抽查的需要,可对产品进行检验。抽查的重点,是可能危及人体健康和人身、财产安全的产品,影响国计民生的重要工业产品以及消费者、有关组织反映有质量问题的产品。对抽查的要求,该法规定:为检验的公正,法律规定抽查的样品应当在待销产品中随机抽取;为防止增加企业的负担,不得向被检查人收取检验费用,抽取样品的数量也不得超过检验的合理需要。生产者、销售者对抽查结果有异议的,可以在规定的时间内向监督抽查部门或者上级产品质量监督部门申请复检。为避免重复抽查,国家监督抽查的产品,地方不得另行重复抽查;上级监督抽查的产品,下级不得另行重复抽查。

(2)质量状况信息发布制度。为使质量监

督管理工作公开、透明,使社会公众及时了解产品质量状况,引导和督促市场经营主体切实提高产品质量,该法规定,国务院和省、自治区、直辖市人民政府的产品质量监督部门应当定期发布其监督抽查的产品的质量状况公告。政府质量信息发布是消费者知情权的基本要求,也是行使监督权的前提条件,政府有关部门必须依法履行该项职责。

(3)企业质量体系认证制度及产品质量认证制度。企业质量体系认证是由独立的认证机构对企业的质量保证和质量管理能力所作的综合评定,它是由企业自愿申请,由认证机构依据国家颁布的标准依法进行的(该标准与国际通用的 ISO9000《质量管理与质量保证》系列标准等同)。产品质量认证是依据产品标准和相应的技术要求,由独立的认证机构确认某一产品符合相应标准和相应技术要求的活动。对于认证合格的企业和产品,认证机构发给相应的标志和证书,企业可在产品标识、包装或广告宣传中使用,使产品对消费者更具竞争力,并为企业进入国际市场提供了通行证。

(三)产品质量的社会监督

1. 公民个人的监督权。消费者有权就产品质量问题进行查询,有权向产品质量监督部门、工商行政管理部门及有关部门申诉,接受申诉的部门应当负责处理。

2. 社会组织的监督权。保护消费者权益的社会组织可以就消费者反映的产品质量问题建议有关部门负责处理,支持消费者对因产品质量造成的损害向人民法院起诉。

3. 公众的检举权。任何单位和个人有权对违反本法规定的行为,向产品质量监督部门或者其他有关部门检举,产品质量监督部门和有关部门应当为检举人保密,并按照省、自治区、直辖市人民政府的规定给予奖励。

(四)产品质量检验、认证机构

1. 产品质量检验机构。产品质量检验机构是指专门承担产品质量检验工作的法定技术机构。产品质量检验机构分为两类:一类是依法设置的县级以上政府技术监督部门所属的产品质量检验所;另一类是经授权依法从事产品

质量检验的机构,如由省级以上技术监督部门授权的国家级产品质量监督检验中心、产品质量监督检验站等。

2. 产品质量认证机构。产品质量认证工作应由专门的机构进行,我国的产品质量认证是由专门的认证委员会完成的;认证委员会在国务院标准化行政主管部门统一管理下,以独立于生产者、销售者的第三方身份开展认证活动。

3. 对产品质量检验、认证机构的基本要求:

(1)从事产品质量检验、认证的社会中介机构必须依法设立,不得与行政机关和其他国家机关存在隶属关系或者其他利益关系。

(2)产品质量检验机构必须具备相应的检测条件和能力,经省级以上人民政府产品质量监督部门或者其授权的部门考核合格后,方可承担产品质量检验工作。

(3)产品质量检验、认证机构必须依法按照有关标准,客观、公正地出具检验结果或者认证证明。认证机构还应对准许使用认证标志的产品进行认证后的跟踪检查,对不符合标准的,可要求其改正;情节严重的,取消其使用认证标志的资格。

四、生产者、销售者的产品质量义务

(一)生产者的产品质量义务

生产者的义务包括作为的义务和不作为的义务。

1. 作为的义务。

(1)产品质量应符合下列要求:①不存在危及人身、财产安全的不合理危险,有国家标准、行业标准的应符合该标准。②具备产品应当具备的使用性能,但是对产品存在使用性能的瑕疵作出说明的除外。③符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准,符合以产品说明、实物样品的方式表明的质量状况。

(2)包装及产品标识应符合下列要求:

①特殊产品(如易碎、易燃、易爆的物品,有毒、有腐蚀性、有放射性的物品,其他危险物品,储运中不能倒置和有其他特殊要求的产品)其标



识、包装质量必须符合相应的要求,依照规定作出警示标志或者中文警示说明。②普通产品,应有产品质量检验的合格证明,有中文标明的产品名称、生产厂的厂名和地址;根据需要标明产品规格、等级、主要成分;限期使用的产品,应标明生产日期和安全使用期或者失效日期;产品本身易坏或者可能危及人身、财产安全的产品,有警示标志或者中文警示说明。

2. 不作为的义务。主要包括:(1)不得生产国家明令淘汰的产品;(2)不得伪造产地,不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址;(3)不得伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志;(4)不得掺杂、掺假,不得以假充真、以次充好,不得以不合格产品冒充合格产品。

(二)销售者的产品质量义务

1. 进货验收义务。销售者应当建立并执行进货检查验收制度。该制度相对消费者及国家市场管理秩序而言是销售者的义务,相对供货商而言则是销售者的权利。严格执行进货验收制度,可以防止不合格产品进入市场,可以为准确判断和区分生产者及销售者的产品质量责任提供依据。

2. 保持产品质量的义务。销售者进货后应对保持产品质量负责,以防止产品变质、腐烂,丧失或降低使用性能,产生危害人身、财产的瑕疵等。如果进货时的产品符合质量要求,销售时发生质量问题的,销售者应当承担相应的责任。

3. 有关产品标识的义务。销售者在销售产品时,应保证产品标识符合产品质量法对产品标识的要求,符合进货时验收的状态,不得更改、覆盖、涂抹产品标识,以保证产品标识的真实性。

4. 不得违反禁止性规范。对销售者而言,法律规定的禁止性规范有以下各项:(1)不得销售国家明令淘汰并停止销售的产品和失效、变质的产品;(2)不得伪造产地,不得伪造或者冒用他人的厂名、厂址;(3)不得伪造或者冒用认证标志、名优标志等质量标志;(4)不得掺杂、掺假,不得以假充真、以次充好,不得以不合格产品冒充合格产品。

五、产品责任

(一)产品责任的归责原则

归责原则是指确定行为人承担法律责任的理由和根据。关于产品缺陷责任的归责原则,过去一般采取主观主义标准,以主观过错作为承担责任的依据;现代多采取客观主义标准,只要因产品缺陷造成人身、他人财产损害的,不论有无过错,均应负赔偿责任。归责原则由过错原则发展为严格责任原则,反映了经营者与消费者在社会经济领域里力量消长的变化轨迹。

我国产品质量法则对生产者、销售者的产品缺陷责任分别作了不同的规定。

1. 生产者的严格责任。因产品存在缺陷造成人身、他人财产损害的,生产者应当承担赔偿责任。也就是说,无论生产者出于什么样的主观心理状态,都应承担赔偿责任。因此,这是一种严格责任。但严格责任不同于绝对责任,它仍然是一种有条件的责任。产品质量法同时规定了法定免责条件,即生产者能够证明有下列情形之一的,不承担赔偿责任:(1)未将产品投入流通的;(2)产品投入流通时,引起损害的缺陷尚不存在的;(3)将产品投入流通时的科学技术水平尚不能发现缺陷的存在。

2. 销售者的过错责任。由于销售者的过错使产品存在缺陷,造成人身、他人财产损害的,销售者应当承担赔偿责任。但销售者如果能够证明自己没有过错,则不必承担赔偿责任。销售者不能指明缺陷产品的生产者也不能指明缺陷产品的供货者的,应当承担赔偿责任。可见,这里的过错是一种推定过错,销售者负有举证责任,否则不能免除赔偿责任。

(二)损害赔偿

因产品责任引起的损害赔偿,规定在产品质量法第四章。归纳起来,主要解决了下列问题:

1. 产品缺陷责任的求偿对象。为便于消费者行使权利,产品质量法给予消费者选择起诉对象的权利,并规定了生产者和销售者之间的连带责任。该法规定,因产品存在缺陷造成

人身、他人财产损害的,受害人可以向产品的生产者要求赔偿,也可以向产品的销售者要求赔偿。属于产品的生产者的责任,产品的销售者赔偿后,有权向产品的生产者追偿。属于产品的销售者的责任,产品的生产者赔偿后,有权向产品的销售者追偿。

2. 赔偿范围。

(1)人身伤害的赔偿范围。分为三种情况:第一,产品缺陷造成受害人人身伤害的,侵害人应当赔偿医疗费,治疗期间的护理费,因误工减少的收入等费用;第二,造成残疾的,还应支付残疾者的生活自助具费,生活补助费,残疾赔偿金,由其扶养的人所必需的生活费等;第三,造成受害人死亡的,并应当支付丧葬费,死亡赔偿金,由死者生前扶养的人所必需的生活费等。由此可见,现行产品质量法规定的人身伤害的赔偿范围与消费者权益保护法完全一致。

(2)财产损害的赔偿范围。对于因产品缺陷造成受害人财产损失的,产品质量法规定侵害人应当恢复原状或者折价赔偿;受害人因此遭受重大损失的,侵害人应当赔偿损失。

(三)诉讼时效与请求权

1. 诉讼时效。因产品缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为2年,自当事人知道或者应当知道其权益受到损害时起计算。

2. 请求权。损害赔偿的请求权是指权利人的权利受到侵害时,受害人享有的要求侵权人给予赔偿损失的权利。产品质量法规定,因产品存在缺陷造成损害要求赔偿的请求权,在造成损害的缺陷产品交付最初用户、消费者满10年丧失。但是,尚未超过明示的安全使用期的除外。可见,损害赔偿的请求权是一种实体权利,因受到损害而发生,随后才产生时效的计算问题。

六、违反产品质量法的法律责任

产品质量法第五章“罚则”,较全面地规定了对产品质量负有义务的市场经济主体及行使管理监督职责的地方政府、行政监督部门违反该法所应承担的法律责任,与产品质量有关的其他社会组织的法律责任。

(一)产品质量的赔偿责任

1. 销售者的先行负责及赔偿义务。我国的产品质量法同时又是一部产品质量责任法。该法规定,售出的产品有下列情形之一的,销售者应当负责修理、更换、退货;给购买产品的消费者造成损失的,销售者应当赔偿损失:(1)不具备产品应当具备的使用性能而事先未作说明的;(2)不符合在产品或者其包装上注明采用的产品标准的;(3)不符合以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况的。

2. 销售者的追偿权。依照前款规定负责修理、更换、退货、赔偿损失后,属于生产者的责任或者属于向销售者提供产品的其他销售者(以下简称供货者)的责任的,销售者有权向生产者、供货者追偿。

由于在绝大多数情况下,用户、消费者只知销售者为何人,且双方存在着买卖合同关系,法律规定首先由销售者承担赔偿责任是非常明智的。同时,为了充分尊重合同当事人的约定自由权,该法规定,生产者之间,销售者之间,生产者与销售者之间订立的买卖合同、承揽合同对责任承担顺序有不同约定的,按照合同约定执行。

(二)生产者、销售者的行政责任

为了加强对产品质量的监督管理,杜绝产品事故隐患,产品质量法第49~56条规定,明确了生产者、销售者违反产品质量法应承担的行政责任。现分述如下:

1. 生产者、销售者违反产品质量法的行为。生产者、销售者有下列行为之一的,由产品质量监督部门或工商行政管理部门给予行政处罚:(1)生产、销售不符合保障人体健康,人身、财产安全的国家标准、行业标准的产品的;(2)在产品中掺杂、掺假,以假充真,以次充好,或者以不合格产品冒充合格产品的;(3)生产国家明令淘汰的产品、销售国家明令淘汰并停止销售的产品的;(4)销售失效、变质产品的,伪造产地,冒用他人厂名、厂址,伪造或者冒用各种质量标志的;(5)使用的产品标识不符合本法规定的;(6)拒绝接受依法进行的产品质量监督抽查的;(7)隐匿、转移、变卖、损毁被依法查封、扣



押的物品的。

2. 行政处罚的种类。行政处罚的种类包括责令停止违法行为,没收违法所得,罚款,吊销营业执照。拥有行政处罚权的质量监督部门、其他行政管理部门应根据具体情节决定处罚的种类及单处还是并处。此外,没收的对象除违法生产、销售的产品和违法所得外,对生产者专门用于生产假冒伪劣产品、不合格产品的原辅材料、包装物、生产工具应予没收。罚款的幅度最高可达违法生产、销售产品货值金额的3倍。

应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金的,其财产不足以同时支付时,先承担民事赔偿责任。

(三)其他相关人的违法行为及责任

1. 为违法行为提供便利条件的责任。已知或应知属于该法规定禁止生产、销售的产品而为其提供运输、保管、仓储等便利条件的,或者提供制假技术的,应没收其收入,并处罚款。

2. 服务业经营者的责任。服务业经营者将禁止销售的产品用于经营性服务的,责令停止使用;对知道或应当知道该产品是禁止销售的产品的,依该法对销售者的处罚规定进行处罚。

(四)产品质量监督部门及相关行政部门的法律责任

1. 地方政府和国家机关的责任。各级人民政府工作人员和其他国家机关工作人员,违反产品质量法第9条的规定,有下列行为之一的,给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)包庇、放纵行为;(2)通风报信、帮助违法当事人逃避查处的行为;(3)阻挠、干预查处行为。

2. 产品质量监督部门的法律责任。产品质量监督部门有下列行为的,应承担相应的法律责任:(1)监督检查中超量索取样品或者向被检查人收取检验费用的,由其上级产品质量监督部门或者监察机关责令退还,情节严重的,对直接主管人员和责任人员依法给予行政处分。(2)产品质量监督部门或者其他国家机关违反

产品质量法第25条的规定,向社会推荐产品或者以某种方式参与产品经营活动的,由上级机关或者监察机关责令改正,消除影响,没收违法收入;情节严重的,对直接主管人员和责任人员依法给予行政处分;产品质量检验机构有此行为的,产品质量监督部门可责令改正,消除影响,没收违法收入及罚款;情节严重的,可撤销其质量检验资格。(3)产品质量监督部门或者工商行政管理部门的工作人员渎职构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚未构成犯罪的,依法给予行政处分。

(五)社会团体、社会中介机构的法律责任

1. 检验机构及认证机构的法律责任:

(1)产品质量检验机构、认证机构伪造检验结果或者出具虚假证明的,应责令改正,对单位和直接主管人员及责任人员处以罚款,没收违法所得;情节严重的,取消其检验资格、认证资格。

(2)产品质量检验机构、认证机构出具的检验结果或者证明不实,造成损失的,应当承担相应的赔偿责任;造成重大损失的,撤销其检验资格、认证资格。

(3)产品质量认证机构违反产品质量法第21条的规定,不履行质量跟踪检验义务的,对因其产品不符合认证标准给消费者造成的损失,与产品的生产者、销售者承担连带责任;情节严重的,撤销其认证资格。

2. 社会团体、社会中介机构的承诺、保证责任。社会团体、社会中介机构对产品质量的承诺和保证,对消费者而言,通常比生产者、销售者自己的保证更加有效,如果不实,欺骗性、危害性也更大。为了约束他们的行为,产品质量法第58条规定,社会团体、社会中介机构对产品质量作出承诺和保证,而该产品又不符合其承诺、保证的质量要求,给消费者造成损失的,与生产者、销售者承担连带责任。

(六)刑事责任

与反不正当竞争法及消费者权益保护法相比,产品质量法的大量条款都涉及刑事责任(详见刑法分则第三章第一节)。

示例

根据《产品质量法》规定,下列哪一说法是正确的?(2010年试卷一第24题)

A.《产品质量法》对生产者、销售者的产品缺陷责任均实行严格责任

B.《产品质量法》对生产者产品缺陷实行严格责任,对销售者实行过错责任

C.产品缺陷造成损害要求赔偿的诉讼时效期间为二年,从产品售出之日起计算

D.产品缺陷造成损害要求赔偿的请求权在缺陷产品生产日期满十年后丧失

【参考答案及简要提示】B。根据《产品质量法》第41条和42条的规定可知,生产者的产品责任是严格责任(无过错责任);销售者的产品责任是过错责任。根据第45条的规定,受害人的请求权的10年存续期限不是从生产日期起算,而是从产品交付最初消费者起算。

第三节 食品安全

新华考资
www.xhkzedu.com

一、食品安全法概述

(一)食品安全法立法背景及其目的

食品安全法,是指调整与食品安全有关的行为的一系列法律规范的总称。我国于1982年11月19日通过《中华人民共和国食品卫生法(试行)》,该法于1995年10月30日修订,形成比较成熟的《中华人民共和国食品卫生法》。施行于1995年的食品卫生法虽然对保证食品安全、保障人民群众的身体健康发挥了重要的积极作用,但是由于食品安全日益成为全球性问题,我国也逐渐暴露出食品标准不统一、对违法行为处罚力度不够、食品检验机构不规范等制度上的瑕疵,再加上食品安全事故不断发生(如2004年的阜阳“大头娃娃”劣质奶粉事件,以及此后的“苏丹红”事件、福寿螺事件等),我国在食品领域的立法重心从“食品卫生”提升到“食品安全”,于2009年2月28日颁布《中华人民共和国食品安全法》。从一定的意义上讲,新的食品安全法是食品安全事故催生出来的,并且也是第一部冠以“食品安全”字样的法律。

食品安全法第1条指出了该法的立法目的:“为保证食品安全,保障公众身体健康和生命安全,制定本法。”这里包括两个要点:一是保证食品安全,即保证食品无毒、无害,符合应有的营养要求,对人体健康不造成任何急性、亚急性或者慢性危害。这是该法的直接目的。二是保障公众身体健康和生命安全。该条文从公众的健康权和生命权等基本人权的高度揭示食品安全的意义,表明了我国法律“以人为本”的根本宗旨。

2013年12月9日,最高人民法院通过《关于审理食品药品纠纷案件适用法律若干问题的规定》,对因食品、药品质量问题引起的侵权责任纠纷案件和合同纠纷案件审理中的若干问题作出了规定。

(二)食品安全法的适用范围

食品安全法作为一部调整与食品安全有关行为的专门法律,有其特定的适用范围。根据该法第2条第1款的规定,在我国境内从事下列活动,应受该法约束:(1)食品生产和加工(以下称食品生产),食品流通和餐饮服务(以下称食品经营);(2)食品添加剂的生产经营;(3)用于食品的包装材料、容器、洗涤剂、消毒剂和用于食品生产经营的工具、设备(以下称食品相关产品)的生产经营;(4)食品生产经营者使用食品添加剂、食品相关产品;(5)对食品、食品添加剂和食品相关产品的安全管理。

二、食品安全风险监测和评估

食品安全和其他产品安全有共同的地方,也有不同的地方,其特殊性就在于它没有试错机会;一旦发生食品安全事故,将造成重大的甚至是难以弥补的损失。因此,建立和健全食品安全风险监测和评估制度,防范潜在的食品安全风险是非常重要的和必要的。

(一)食品安全风险监测

1. 食品安全风险监测的对象。国家建立食品安全风险监测制度,对食源性疾病、食品污染以及食品中的有害因素进行监测。

2. 实施食品安全风险监测的机构。根据食品安全法的规定,我国实施以卫生行政部门



为主、其他相关部门协助的食品安全风险监测机制,即国务院卫生行政部门会同国务院有关部门制定、实施国家食品安全风险监测计划。省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门根据国家食品安全风险监测计划,结合本行政区域的具体情况,组织制定、实施本行政区域的食品安全风险监测方案。

国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门获知有关食品安全风险信息后,应当立即向国务院卫生行政部门通报。国务院卫生行政部门会同有关部门对信息核实后,应当及时调整食品安全风险监测计划。

(二) 食品安全风险评估

食品安全风险评估制度,是指对食品及食品添加剂的生物性、化学性和物理性危害进行检测评定,以揭示或者预示其对人致损风险,为国家制定或者修订相关食品安全国家标准、提出食品安全风险警示及采取有关食品安全措施提供依据的法律制度。

1. 食品安全风险评估机构。国务院卫生行政部门负责组织食品安全风险评估工作,成立由医学、农业、食品、营养等方面的专家组成的食品安全风险评估专家委员会进行食品安全风险评估。对农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等的安全性评估,应当有食品安全风险评估专家委员会的专家参加。

国务院卫生行政部门通过食品安全风险监测或者接到举报发现食品可能存在安全隐患的,应当立即组织进行检验和食品安全风险评估。

国务院农业行政、质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理等有关部门应当向国务院卫生行政部门提出食品安全风险评估的建议,并提供有关信息和资料。

国务院卫生行政部门应当及时向国务院有关部门通报食品安全风险评估的结果。食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的,国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措

施,确保该食品停止生产经营,并告知消费者停止食用;需要制定、修订相关食品安全国家标准的,国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。国务院卫生行政部门应当会同国务院有关部门,根据食品安全风险评估结果、食品安全监督管理信息,对食品安全状况进行综合分析。对经综合分析表明可能具有较高程度安全风险的食品,国务院卫生行政部门应当及时提出食品安全风险警示,并予以公布。

2. 食品安全风险评估的作用。食品安全风险评估结果是制定、修订食品安全标准和对食品安全实施监督管理的科学依据。

食品安全风险评估结果得出食品不安全结论的,国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门应当依据各自职责立即采取相应措施,确保该食品停止生产经营,并告知消费者停止食用;需要制定、修订相关食品安全国家标准的,国务院卫生行政部门应当立即制定、修订。

国务院卫生行政部门应当会同国务院有关部门,根据食品安全风险评估结果、食品安全监督管理信息,对食品安全状况进行综合分析。对经综合分析表明可能具有较高程度安全风险的食品,国务院卫生行政部门应当及时提出食品安全风险警示,并予以公布。

三、食品安全标准

(一) 食品安全标准的效力

食品安全标准,是指国家为了保证食品安全,保障公众身体健康而制定的食品的生产经营者、食品添加剂的生产经营者以及食品相关产品的生产经营者在其经营活动中必须遵守的强制执行的标准。

食品安全标准可以分为食品安全国家标准和食品安全地方标准。食品安全国家标准,是指由国务院卫生行政部门依照法定职权和法定程序制定的,并经食品安全国家标准审评委员会审查通过的食品安全标准。食品安全地方标准,是指省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门依照法定职权和法定程序,参照有关食品安全国家标准制定的规定组织制定的,并报国

新华考资

www.xhkdzu.com

务院卫生行政部门备案的食品安全标准。食品安全国家标准的效力高于地方标准的效力。地方标准的内容,不得与国家标准相抵触,但是可以制定严于国家标准的地方标准。

在没有食品安全国家标准或地方标准的情况下,企业可以制定作为本企业使用的食品安全标准,该标准必须向省级卫生行政部门进行备案,且只适用于该企业内部,对他人不具有强制力。

(二) 食品安全国家标准的制定和审查

食品安全国家标准,由国务院卫生行政部门负责制定、公布,国务院标准化行政部门提供国家标准编号。国务院卫生行政部门应当对现行的食用农产品质量安全标准、食品卫生标准、食品质量标准和有关食品的行业标准中强制执行的标准予以整合,统一公布为食品安全国家标准。

食品中农药残留、兽药残留的限量规定及其检验方法与规程由国务院卫生行政部门、国务院农业行政部门制定。屠宰畜、禽的检验规程由国务院有关主管部门会同国务院卫生行政部门制定。

制定食品安全国家标准,应当依据食品安全风险评估结果并充分考虑食用农产品质量安全风险评估结果,参照相关的国际标准和国际食品安全风险评估结果,并广泛听取食品生产经营者和消费者的意见。有关产品国家标准涉及食品安全国家标准规定内容的,也应当与食品安全国家标准相一致。

食品安全国家标准应当经食品安全国家标准审评委员会审查通过。食品安全国家标准审评委员会由医学、农业、食品、营养等方面的专家以及国务院有关部门的代表组成。

经过审查通过的食品安全国家标准应当供公众免费查阅。

四、食品安全控制

(一) 生产经营中的食品安全控制制度

1. 食品行业许可制度。

(1) 食品生产经营许可制度。国家对食品生产经营实行许可制度,即市场准入制度。从事食品生产、食品流通、餐饮服务,应当依法取得食品生产许可、食品流通许可、餐饮服务许

可。取得食品生产许可的食品生产者在其生产场所销售其生产的食品,不需要取得食品流通的许可;取得餐饮服务许可的餐饮服务提供者在其餐饮服务场所出售其制作加工的食品,不需要取得食品生产和流通的许可;农民个人销售其自产的食用农产品,不需要取得食品流通的许可。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当依照行政许可法的规定,审核申请人提交的法律要求的相关资料,必要时对申请人的生产经营场所进行现场核查;对符合规定条件的,决定准予许可;对不符合规定条件的,决定不予许可并书面说明理由。

(2) 食品添加剂生产许可制度。国家对食品添加剂的生产实行许可制度。申请食品添加剂生产许可的条件、程序,按照国家有关工业产品生产许可证管理的规定执行。申请利用新的食品原料从事食品生产或者从事食品添加剂新品种、食品相关产品新品种生产活动的单位或者个人,应当向国务院卫生行政部门提交相关产品的安全性评估材料。国务院卫生行政部门应当自收到申请之日起 60 日内组织对相关产品的安全性评估材料进行审查;对符合食品安全要求的,依法决定准予许可并予以公布;对不符合食品安全要求的,决定不予许可并书面说明理由。

2. 食品安全卫生制度。国家不仅对食品 and 食品添加剂的生产经营实行许可制度,而且还要求企业建立健全本单位的食品安全管理制度,加强对职工食品安全知识的培训,配备专职或者兼职食品安全管理人员,做好对所生产经营食品的检验工作,依法从事食品生产经营活动。具体包括以下几个方面:

(1) 食品生产经营者应当建立并执行从业人员健康管理制度。

(2) 食用农产品生产者应当依照食品安全标准和国家有关规定使用农药、肥料、生长调节剂、兽药、饲料和饲料添加剂等农业投入品。

(3) 食品生产者采购食品原料、食品添加剂、食品相关产品,应当查验供货者的许可证和产品合格证明文件;对无法提供合格证明文件



的食品原料,应当依照食品安全标准进行检验;不得采购或者使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品。

(4) 食品生产企业应当建立食品出厂检验记录制度,查验出厂食品的检验合格证和安全状况,并如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产批号、检验合格证号、购货者名称及联系方式、销售日期等内容。

(5) 食品、食品添加剂和食品相关产品的生产者,应当依照食品安全标准对所生产的食品、食品添加剂和食品相关产品进行检验,检验合格后方可出厂或者销售。

(6) 食品经营者采购食品,应当查验供货者的许可证和食品合格的证明文件。食品经营企业应当建立食品进货查验记录制度,如实记录食品的名称、规格、数量、生产批号、保质期、供货者名称及联系方式、进货日期等内容。

(7) 食品经营者应当按照保证食品安全的要求贮存食品,定期检查库存食品,及时清理变质或者超过保质期的食品。

3. 禁止性规定。我国食品安全法明文禁止经营下列食品:用非食品原料生产的食品或者添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康物质的食品,或者用回收食品作为原料生产的食品;致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品;营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品;腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品;病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类及其制品;未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类,或者未经检验或者检验不合格的肉类制品;被包装材料、容器、运输工具等污染的食品;超过保质期的食品;无标签的预包装食品;国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品;其他不符合食品安全标准或者要求的食品。

(二) 食品进出口管理

1. 进出口管理机构及其职权。食品进出口的管理机构主要是国家出入境检验检疫部

门,其主要职责包括如下几个方面:(1)对进出口的商品进行检验;(2)境外发生的食品安全事件可能对我国境内造成影响,或者在进口食品中发现严重食品安全问题的,国家出入境检验检疫部门应当及时采取风险预警或者控制措施,并向国务院卫生行政、农业行政、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门通报;(3)受理向我国境内出口食品的出口商或者代理商的备案以及向我国境内出口食品的境外食品生产企业的注册,并定期公布已经备案的出口商、代理商和已经注册的境外食品生产企业名单;(4)国家出入境检验检疫部门应当收集、汇总进出口食品安全信息,并及时通报相关部门、机构和企业,并应当建立进出口食品的进口商、出口商和出口食品生产企业的信誉记录,并予以公布。

2. 食品进口管理制度

(1) 一般规定。进口的食品、食品添加剂以及食品相关产品应当符合我国食品安全国家标准。进口的食品应当经出入境检验检疫机构检验合格后,海关凭出入境检验检疫机构签发的通关证明放行。

进口尚无食品安全国家标准的食品,或者首次进口食品添加剂新品种、食品相关产品新品种,进口商应当向国务院卫生行政部门提出申请并提交相关的安全性评估材料。国务院卫生行政部门应当依照食品安全法的相关规定作出是否准予许可的决定,并及时制定相应的食品安全国家标准。

进口的预包装食品应当有中文标签、中文说明书。标签、说明书应当符合本法以及我国其他有关法律、行政法规的规定和食品安全国家标准的要求,载明食品的原产地以及境内代理商的名称、地址、联系方式。预包装食品没有中文标签、中文说明书或者标签、说明书不符合本条规定的,不得进口。进口的食品应当经出入境检验检疫机构检验合格后,海关凭出入境检验检疫机构签发的通关证明放行。

进口商应当如实记录食品的名称、规格、数量、生产日期、生产或者进口批号、保质期、出口商和购货者名称及联系方式、交货日期等内容。

新华考资
www.xhkdzu.com

记录的保存期限不得少于2年。

(2) 风险预警或者控制措施。境外发生的食品安全事件可能对我国境内造成影响,或者在进口食品中发现严重食品安全问题的,国家出入境检验检疫部门应当及时采取风险预警或者控制措施,并向国务院卫生行政、农业行政、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门通报。接到通报的部门应当及时采取相应措施。

国家出入境检验检疫部门应当定期公布已经备案的出口商、代理商和已经注册的境外食品生产企业名单。

3. 食品出口管理制度。出口的食品由出入境检验检疫机构进行监督、抽检,海关凭出入境检验检疫机构签发的通关证明放行。出口食品生产企业和出口食品原料种植、养殖场应当向国家出入境检验检疫部门备案。

(三) 食品召回制度

1. 食品召回的概念和类型。

食品召回制度,是指按照食品安全法的规定,由食品生产者自己主动、或者经国家有关部门责令,对已经上市销售的不符合食品安全标准的食品,由生产者公开回收并采取相应措施,及时消除或减少食品安全危害的制度。

食品召回可以分为主动召回和责令召回两种类型。主动召回,是指食品生产者对发现的其生产的不符合食品安全标准的食品,主动停止生产,公开相关信息,召回已经上市销售的食品并采取相应措施,及时消除或减少食品安全危害的行为。同样道理,若食品经营者发现其经营的食品不符合食品安全标准,亦应当立即停止经营,通知相关生产者和消费者,并记录停止经营和通知情况。食品生产者认为应当召回的,应当立即召回。

责令召回,是指食品生产经营者未依照法律规定召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品的,县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门责令其召回或者停止经营的行为。

2. 对食品召回的处理。

食品生产者应当对召回的食品采取补救、无害化处理、销毁等措施,并将食品召回和处理

情况向县级以上质量监督部门报告。经采取补救、无害化处理,符合食品安全标准的食品,可以重新上市销售;否则必须销毁,以绝后患。

五、食品检验制度

(一) 食品检验机构及其地位

食品检验机构是指依照国家有关认证认可的规定取得食品检验资质,从事食品检验活动的机构。有关食品检验机构的资质认定条件和检验规范,由国务院卫生行政部门规定。食品检验机构取得资质认定后,方可从事食品检验活动。但是,法律另有规定的除外。

食品检验机构是独立于政府和食品生产经营者的社会中介机构。

(二) 食品检验机构与检验人负责制

食品检验由食品检验机构指定的检验人独立进行。检验人应当依照有关法律、法规的规定,并依照食品安全标准和检验规范对食品进行检验,尊重科学,恪守职业道德,保证出具的检验数据和结论客观、公正,不得出具虚假的检验报告。

鉴于以往的教训,食品安全法明确规定“食品安全监督管理部门对食品不得实施免检”。

(三) 不同机构和组织的食品检验活动

1. 食品安全行政监督管理部门的抽样检验。依照职权,县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当对食品进行定期或者不定期的抽样检验。进行抽样检验,应当购买抽取的样品,不收取检验费和其他任何费用。

县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门在执法工作中需要对食品进行检验的,应当委托符合本法规定的食品检验机构进行,并支付相关费用。对检验结论有异议的,可以依法进行复检。

2. 自行检验。食品生产经营企业可以自行对所生产的食品进行检验,也可以委托符合食品安全法规定的食品检验机构进行检验。

3. 第三人委托检验。食品行业协会等组织、消费者也可以根据需要委托食品检验机构对食品进行检验。被委托的机构应当是符合食

1. 食品安全事故的概念。食品安全事故是对因食品安全问题造成的各类事故的总称。食品安全问题通常包括食品污染问题、食源性疾患问题、食物中毒问题、科技食品问题、食品标识问题等,实际生活中的食品安全问题,是由上述问题的一种或几种构成的。食品安全法所指的食品安全事故有特定的含义(第99条),即“食品安全事故,指食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品,对人体健康有危害或者可能有危害的事故”。将“可能”的危害列为事故的判定标准,是立法者对食品安全事故重视程度的具体体现。

2. 食品安全事故的类型。根据2011年10月5日修订的《国家食品安全事故应急预案》,食品安全事故,指食物中毒、食源性疾病、食品污染等源于食品,对人体健康有危害或者可能有危害的事故。食品安全事故共分四级,即特别重大食品安全事故、重大食品安全事故、较大食品安全事故和一般食品安全事故。

(二)食品安全事故处置对策

食品安全事故的发生,会对人体健康和社会生活产生不同程度的负面影响。尽早预防、有针对性的处置、做好善后,可以将危害降至最低。我国的食品安全事故处置对策,涵盖了从食品安全事故的预防、认定到处理的各项措施,形成全面性、立体型的应对机制。

1. 三级应急预案。食品安全法要求国务院组织制定国家食品安全事故应急预案。

县级以上地方人民政府应当根据有关法律、法规的规定和上级人民政府的食品安全事故应急预案以及本地区的实际情况,制定本行政区域的食品安全事故应急预案,并报上一级人民政府备案。

除了各级政府的应急预案以外,食品安全法还要求食品生产经营企业制定食品安全事故处置方案。同时,要求企业定期检查各项食品安全防范措施的落实情况,及时消除食品安全

事故隐患。

2. 食品安全事故通报制度。在食品安全事故发生后,为了防止和避免事故的进一步扩大,及时上报和处置,在最短时间内完成信息的畅通,显得尤其重要。因此,事故通报制度在食品安全法中进行了详尽规定。

(1)事故发生单位和治疗单位的通报。事故发生单位有义务立即向政府有关部门通报事故情况,并采取有利于减轻人员伤亡和危害蔓延的处理措施;接收事故受害人员进行治疗的单位,同样有义务及时向事故发生地县级卫生行政部门报告。

(2)政府各部门的通报。农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门,在日常监督管理中发现食品安全事故,或者接到有关食品安全事故的举报,应当立即向卫生行政部门通报。对于一般食品安全事故来说,卫生行政部门可以承担起相应的事故处理任务,而对于重大事故,则还需要进一步报告。

(3)重大食品安全事故的通报。对于重大食品安全事故,接到报告的县级卫生行政部门应当按照规定向本级人民政府和上级人民政府卫生行政部门报告。县级人民政府和上级人民政府卫生行政部门应当按照规定上报,直至国务院。

3. 调查处理措施。食品安全事故发生之后,各级部门就应当迅速反应,根据应急预案和实际情况,展开事故的处理和调查程序。

县级以上卫生行政部门接到食品安全事故的报告后,应当立即会同有关农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门进行调查处理,并采取下列措施,防止或者减轻社会危害:

(1)开展应急救援工作,对因食品安全事故导致人身伤害的人员,卫生行政部门应当立即组织救治。

(2)封存可能导致食品安全事故的食品及其原料,并立即进行检验;对确认属于被污染的食品及其原料,责令食品生产经营者依照食品安全法第53条的规定予以召回、停止经营并销毁。



(3)封存被污染的食品用工具及用具,并责令进行清洗消毒。

(4)做好信息发布工作,依法对食品安全事故及其处理情况进行发布,并对可能产生的危害加以解释、说明。

发生重大食品安全事故的,县级以上人民政府应当立即成立食品安全事故处置指挥机构,启动应急预案,依照前款规定进行处置。

4. 调查的范围和内容。根据调查处理的阶段及重点的不同,可以将其分为两部分:第一部分为对事故本身的调查和处理,以尽快防止和减轻危害;第二部分是对食品安全事故进行相关其他调查。

(1)对事故本身的调查。对于事故本身的调查处理,又可以按照一般食品安全事故和重大食品安全事故的区别而有所不同。对于一般食品安全事故,县级以上卫生行政部门接到食品安全事故的报告后,应当立即会同有关农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门进行调查处理。而对于重大食品安全事故,县级以上人民政府应当立即成立食品安全事故处置指挥机构,启动应急预案。同时,对于重大食品安全事故,设区的市级以上人民政府卫生行政部门应当立即会同有关部门进行事故责任调查,督促有关部门履行职责,向本级人民政府提出事故责任调查处理报告。重大食品安全事故涉及两个以上省、自治区、直辖市的,由国务院卫生行政部门组织事故责任调查。

(2)流行病学调查。发生食品安全事故,县级以上疾病预防控制机构应当协助卫生行政部门和有关部门对事故现场进行卫生处理,并对与食品安全事故有关的因素开展流行病学调查。

(3)失职、渎职情况调查。调查食品安全事故,除了查明事故单位的责任,还应当查明负有监督管理和认证职责的监督管理部门、认证机构的工作人员失职、渎职情况。

七、政府监督管理机构及职权

食品安全问题离不开政府机构的监督和管理,食品安全法不仅对监管机构进行了专门的

规定,还设专章对各级监管机构的职权进行了详细的规定。

(一)监管机构及其分工协作

1. 各类各级监管机构概述。

(1)食品安全委员会。为协调食品安全的执法工作,食品安全法新设置了全国性、综合性的监管机构,即食品安全委员会。该委员会是由国务院设立的专门委员会,其工作职责由国务院规定。

(2)其他各类各级监管机构。在食品安全委员会之外,主要的监管机构可以分为两级:其一是国务院一级的卫生行政部门、质量监督部门、工商行政管理部门和国家食品药品监督管理部门;其二是县级以上各级人民政府及其职能部门。各级人民政府按照行政级别,在各自的行政区域内行使监管权。

此外,在监管机构以外,食品行业协会、基层群众性组织、其他个人都可以起到对食品生产进行监督、自律的职能。

2. 监管机构之间的分工协作。以上各类各级监管机构要真正起到监管的效果,必须进行明确的分工协作,才能有效建立起新的监管体制。为此,需要处理好以下两类关系:

(1)国务院各部门之间的关系。国务院卫生行政部门承担食品安全综合协调职责,负责食品安全风险评估、食品安全标准制定、食品安全信息公布、食品检验机构的资质认定条件和检验规范的制定,组织查处食品安全重大事故;国务院质量监督、工商行政管理和国家食品药品监督管理部门依照本法和国务院规定的职责,分别对食品生产、食品流通、餐饮服务活动实施监督管理。

(2)地方各级人民政府及其职能部门之间的关系。县级以上地方人民政府统一负责、领导、组织、协调本行政区域的食品安全监督管理工作,建立健全食品安全全程监督管理的工作机制;统一领导、指挥食品安全突发事件应对工作;完善、落实食品安全监督管理责任制,对食品安全监督管理部门进行评议、考核。

同时,县级以上地方人民政府应该依照本法和国务院的规定确定本级卫生行政、农业行



政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门的食品安全监督管理职责。

(二) 监管机构的职权

各监管机构之间不仅需要分工协作的理念和基本的职责划分,更需要有具体的职权规定,以更好地行使自身的职责。食品安全法第八章对各监管机构的职权作了详细规定,形成以下制度:

1. 信息统一公布制度。国家建立食品安全信息统一公布制度。信息公布主体是国务院卫生行政部门及其各级人民政府和行政部门。信息公布范围包括:(1)国家食品安全总体情况;(2)食品安全风险评估信息和食品安全风险警示信息;(3)重大食品安全事故及其处理信息;(4)其他重要的食品安全信息和国务院确定的需要统一公布的信息。其中第2、3项信息,如果其影响限于特定区域,那么也可由该区域相关的省、自治区、直辖市人民政府卫生行政部门公布。

此外,县级以上农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门依据各自职责公布食品安全日常监督管理信息。除公布日常监督管理信息外,县级以上地方卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门获知前文述及的四项信息后,应当向上级主管部门报告,由上级主管部门立即报告国务院卫生行政部门;必要时,可以直接向国务院卫生行政部门报告。同时,各行政部门之间也要注意食品安全信息的相互通报,做到信息畅通和信息的准确、及时、客观。

2. 日常监督管理。日常监督管理的事务是综合性的,同时也需要各级人民政府和行政部门从整体着眼,注重规划性和全面性。具体包括以下几个方面。

(1) 食品安全年度监督管理计划。日常监督管理首先应当做好规划,这是监管规划性、前瞻性的体现。县级以上地方人民政府组织本级卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门制定本行政区域的食品安全年度监督管理计划,并按照年度计划组织开展工作。

(2) 各行政部门的日常监管措施。县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门按照食品安全法履行各自食品安全监督管理职责时,有权采取现场检查、抽样检验、查封、扣押等措施,以便对食品、食品生产经营者、食品生产经营场所进行有效监管。这些监督检查,应当记录监督检查的情况和处理结果。监督检查记录经监督检查人员和食品生产经营者签字后归档。

县级以上农业行政部门依照农产品质量安全法规定的职责,对食用农产品进行监督管理。

为规范各职能部门的监管行为,食品安全法要求各部门应当按照法定权限和程序履行食品安全监督管理职责;对生产经营者的同一违法行为,不得给予二次以上罚款的行政处罚;涉嫌犯罪的,应当依法向公安机关移送。

3. 对咨询、投诉、举报的处理。为加强各行政部门整体协调的功能,避免民众咨询无果、举报无门的现实性问题,食品安全法作了明确的规定,即县级以上卫生行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门接到咨询、投诉、举报后,对属于本部门职责的,应当受理,并及时进行答复、核实、处理;对不属于本部门职责的,应当书面通知并移交有权处理的部门处理。有权处理的部门应当及时处理,不得推诿;属于食品安全事故的,依照食品安全法有关食品安全事故专章的规定进行处置。

4. 食品安全信用档案。为鼓励食品企业持久、诚信经营,食品安全法规定,县级以上质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门应当建立食品生产经营者食品安全信用档案,记录许可颁发、日常监督检查结果、违法行为查处等情况;根据食品安全信用档案的记录,对不良信用记录的食品生产经营者增加监督检查频次。

八、法律责任

食品安全法律责任,是指从事食品生产经营的企业、个人或其他组织因违反国家有关食品安全的法律、法规的禁止性规定,而应当承担的法律上的不利后果。

(一)食品生产经营者责任

食品生产经营者往往是食品安全事故的直接责任者,因为他们是大多数食品安全事故的始作俑者。根据食品安全法的规定,生产经营者应该承担的责任主要有以下几种形式:

1. 责令改正、警告、责令停产停业、没收、罚款、吊销许可证。这些都属于行政性的强制措施。实践中,根据不同的情况,特别是根据事故的危害程度,采取不同的措施。具体而言:

(1)未经许可从事食品生产经营活动,或者未经许可生产食品添加剂的,由有关主管部门按照各自职责分工,没收违法所得,违法生产经营的食品、食品添加剂和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品、食品添加剂货值金额不足1万元的,并处2000元以上5万元以下罚款;货值金额1万元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款。

(2)除未经许可外的其他违法情形。除了未经许可从事生产经营活动或未经许可生产食品添加剂外,食品安全法对生产经营者不同程度违反法律的行为进行了细致的规定。

食品安全法第85条规定了十类重大的违法行为:①用非食品原料生产食品或者在食品中添加食品添加剂以外的化学物质和其他可能危害人体健康的物质,或者用回收食品作为原料生产食品;②生产经营致病性微生物、农药残留、兽药残留、重金属、污染物质以及其他危害人体健康的物质含量超过食品安全标准限量的食品;③生产经营营养成分不符合食品安全标准的专供婴幼儿和其他特定人群的主辅食品;④经营腐败变质、油脂酸败、霉变生虫、污秽不洁、混有异物、掺假掺杂或者感官性状异常的食品;⑤经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类,或者生产经营病死、毒死或者死因不明的禽、畜、兽、水产动物肉类的制品;⑥经营未经动物卫生监督机构检疫或者检疫不合格的肉类,或者生产经营未经检验或者检验不合格的肉类制品;⑦经营超过保质期的食品;⑧生产经营国家为防病等特殊需要明令禁止生产经营的食品;⑨利用新的食品原料从事食品生产或者从事食品添加剂新品种、食品相关产

品新品种生产,未经过安全性评估;⑩食品生产经营者在有关主管部门责令其召回或者停止经营不符合食品安全标准的食品后,仍拒不召回或者停止经营的。对这些行为,由有关主管部门按照各自职责分工,没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;违法生产经营的食品货值金额不足1万元的,并处2000元以上5万元以下罚款;货值金额1万元以上的,并处货值金额5倍以上10倍以下罚款;情节严重的,吊销许可证。

食品安全法第86条规定了四种比较重大的违法行为:①经营被包装材料、容器、运输工具等污染的食品;②生产经营无标签的预包装食品、食品添加剂或者标签、说明书不符合本法规定的食品、食品添加剂;③食品生产者采购、使用不符合食品安全标准的食品原料、食品添加剂、食品相关产品;④食品生产经营者在食品中添加药品。对这些行为,主管部门按照各自职责分工,可以没收违法所得、违法生产经营的食品和用于违法生产经营的工具、设备、原料等物品;对违法生产经营的食品货值金额不足1万元的,并处2000元以上5万元以下罚款;货值金额1万元以上的,并处货值金额2倍以上5倍以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证。

食品安全法第87条还规定了七类相对较轻的违法行为,由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;拒不改正的,处2000元以上2万元以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证。

(3)食品安全事故发生后的违法行为及责任。根据食品安全法第88条的规定,对于食品安全事故发生后相关单位,特别是食品安全事故发生单位应当做的各项工作,都有明确的规定。而食品生产经营单位在发生事故后没有对事故及时进行处置、不进行相关的报告行为,应当由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;毁灭有关证据的,责令停产停业,并处2000元以上10万元以下罚款;造成严重后果的,由原发证部门吊销许可证。

(4)关于进出口食品的违法责任。进出口



食品对我国和对国外民众的生命健康都至关重要,食品安全法第 89 条规定,出现以下三种情形:进口不符合我国食品安全国家标准食品;进口尚无食品安全国家标准食品,或者首次进口食品添加剂新品种、食品相关产品新品种,未经过安全性评估;出口商未遵守食品安全法的规定出口食品的,应当按照食品安全法第 85 条的规定进行处罚。

此外,进口商未建立并遵守食品进口和销售记录制度的,由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;拒不改正的,处 2000 元以上 2 万元以下罚款;情节严重的,责令停产停业,直至吊销许可证。

(5) 食品运输的责任。根据食品安全法第 91 条的规定,未按照要求进行食品运输的,由有关主管部门按照各自职责分工,责令改正,给予警告;拒不改正的,责令停产停业,并处 2000 元以上 5 万元以下罚款;情节严重的,由原发证部门吊销许可证。

2. 惩罚性赔偿制度。因违反食品安全法造成人身、财产或者其他损害的,依法承担赔偿责任,这是一般性的赔偿责任。根据该法第 96 条的规定,明知是不符合食品安全标准的食品而进行生产或者销售的,消费者除要求赔偿损失外,还可以向生产者或者销售者要求支付价款 10 倍的赔偿金。

3. 承担责任的顺序。食品安全法第 97 条规定,责任人若应当承担民事赔偿责任和缴纳罚款、罚金,其财产不足以同时支付时,应先承担民事赔偿责任。该规定使得行政执法部门对食品安全责任人给予处罚时,必须考虑受害人的民事赔偿需求,而不能以罚为先,以罚为主。

4. 有期限的禁止从业。关于有期限的禁止从业,主要针对两方面的主体:其一是食品生产经营单位的主管人员;其二是食品检验机构人员。

被吊销食品生产、流通或者餐饮服务许可证的单位,其直接负责的主管人员自处罚决定作出之日起 5 年内不得从事食品生产经营管理工作。食品生产经营者聘用不得从事食品生产

经营管理工作的人员从事管理工作的,由原发证部门吊销许可证。

而对于受到刑事处罚或者开除处分的食品检验机构人员,自刑罚执行完毕或者处分决定作出之日起 10 年内不得从事食品检验工作。食品检验机构聘用不得从事食品检验工作的人员的,由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格。

(二) 第三人责任

此处的第三人是指食品安全法中除食品生产经营者以外的其他相关组织或个人,违反该法的规定应该承担的法律后果。具体来说,主要包括三类:其一是食品交易场所的提供者;其二是检验机构;其三是荐证人。

1. 食品交易场所的提供者。食品交易场所的提供者主要是指集中交易市场的开办者、柜台出租者、展销会的举办者,他们应当审查入场食品经营者的许可证,明确入场食品经营者的食品安全管理责任,定期对入场食品经营者的经营环境和条件进行检查,发现食品经营者有违反本法规定的行为的,应当及时制止并立即报告所在地县级工商行政管理部门或者食品药品监督管理部门。

食品交易场所的提供者如果违反上述规定,应当由有关主管部门按照各自职责分工,处 2000 元以上 5 万元以下罚款;造成严重后果的,责令停业,由原发证部门吊销许可证。此外,如果市场发生食品安全事故,交易场所的提供者要承担连带责任。

2. 检验机构。食品检验机构,包括食品检验机构的工作人员,承担着对食品检验、保障食品安全的重大责任,受到消费者的充分信赖。一旦他们违法,对社会造成的危害将是巨大的。因此,食品安全法第 93 条规定,食品检验机构、食品检验人员出具虚假检验报告的,由授予其资质的主管部门或者机构撤销该检验机构的检验资格;依法对检验机构直接负责的主管人员和食品检验人员给予撤职或者开除的处分。此外,食品检验人员在特定条件下还应当承担有期限的禁止从业限制。

3. 荐证人。荐证人是指公开对食品质量

新华考资

www.xhkezu.com

和安全给予推荐、证明、保证的人。现实生活中,食品安全监督管理部门、承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会、其他社会团体或者组织、个人(包括各类名人),都曾经以各种各样的方式向消费者推荐、保荐食品。为净化商品推介活动,规范食品广告秩序,遏制虚假广告,食品安全法对这些机构、团体和个人的违法行为,规定了明确和严格的责任。

食品安全法规定,食品安全监督管理部门或者承担食品检验职责的机构、食品行业协会、消费者协会不得以广告或者其他形式向消费者推荐食品。如果违反规定,应当由有关主管部门没收违法所得,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过、降级或者撤职的处分。社会团体或者其他组织、个人在虚假广告中向消费者推荐食品,使消费者的合法权益受到损害的,与食品生产经营者承担连带责任。

(三)行政责任

1. 重大食品安全事故责任。

作为食品监管体系中不可或缺的政府部门,其应当积极履行相关职责,对食品安全的保

障起到积极作用,而一旦政府部门违反了法律规定,也应当承担相应的法律责任。

县级以上地方人民政府在食品安全监督管理中未履行职责,本行政区域出现重大食品安全事故、造成严重社会影响的,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过、降级、撤职或者开除的处分。

2. 行政首长的责任。

食品安全法的另一创新,在于开创了各级行政首长的引咎辞职制度。该法规定,县级以上卫生行政、农业行政、质量监督、工商行政管理、食品药品监督管理部门或者其他有关行政部门不履行本法规定的职责或者滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊的,依法对直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予记大过或者降级的处分;造成严重后果的,给予撤职或者开除的处分;其主要负责人应当引咎辞职。

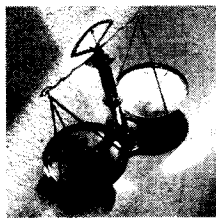
【本章主要法律规定】

1. 消费者权益保护法
2. 产品质量法
3. 食品安全法

新华考资
www.xhkzedu.com

从消费者法的角度讲,《消费者权益保护法》与《产品质量法》、《食品安全法》是基本法与特别法的关系。基本法对特别法具有指导作用,而特别法在适用上处于优先地位。

本章的难点是对消费者保护机制的全面把握:除了消费者权利行使的机制外,行政监管和处罚的机制也具有重要意义。



经济法

第三章 银行业法

第一节 商业银行法

一、商业银行概述

(一) 商业银行基本制度

1. 商业银行的调整对象。境内的所有商业银行的成立、变更、接管和清算等活动均由商业银行法所管辖,邮政企业办理商业银行的有关业务,以及外资商业银行、中外合资商业银行、外国商业银行分行适用商业银行法的规定,法律、行政法规另有规定的,依照其规定。

2. 商业银行的法律地位和组织形式:

(1) 商业银行是指依照商业银行法和公司法规定的条件和程序,设立的吸收公众存款、发放贷款、办理结算等业务,具有独立的民事权利能力和民事行为能力的企业法人。

(2) 商业银行的组织形式有两种:一是有限责任公司,二是股份有限公司。

3. 商业银行的经营原则。

(1) 安全性、流动性和效益性原则。这是商业银行经营中必须遵循的最重要的原则。其中,安全性原则要求银行所有的资产负债业务以安全性为首要条件,不能开展缺乏有效风险管理的业务;流动性要求银行的资产负债项目保持一定比例的变现能力。

(2) 自主经营、自担风险、自负盈亏和自我约束的原则。

(3) 按照国家的产业政策和发展政策的要求开展信贷业务,业务往来遵循平等、自愿、公平和诚实信用的原则。

(4) 保障存款人利益的原则。

(5) 独立经营原则。

(6) 公平竞争原则。

(二) 商业银行的职能

1. 信用中介职能。信用中介职能是商业银行最基本的职能。商业银行通

过负债业务(主要是吸收存款)把社会上的各种闲散货币集中起来,再通过资产业务(主要是贷款和投资)投向各经济部门。在这一过程中,商业银行作为资金的贷出者与借入者的中介人,实现着资金的融通,并从吸收资金的成本与发放贷款利息收入或者投资收益的差额中获取利润。

2. 支付中介职能。支付中介即货币经营的职能,是指将债务人客户账上的存款式货币转到债权人客户账上,帮助交易当事人实现支付与转移。商业银行的中介职能主要表现在中间业务上,包括汇兑业务、代收代付业务和代理融资业务等。

3. 信用创造职能。信用创造是商业银行区别于其他金融机构最显著的特征,商业银行在吸收存款的基础上发放贷款,在票据流通和转账结算的基础上,贷款又转化为存款,在此存款不提取的情况下,就增加了商业银行的资金来源,可再次转为贷款,最后整个银行体系形成了超过原始存款的派生存款,这就是商业银行的信用创造功能。

4. 创造金融工具的职能。商业银行在其负债业务和中间业务中不断地创造着各种金融工具,如可转让大额定期存单,各种金融债券、银行支票、本票、银行承兑汇票、信用证、银行保函等能够代表一定货币的法律文件。

5. 金融服务职能。商业银行除了资产负债业务和汇兑、结算业务外,还有一些基本上无经营风险的业务,因为这些业务不列入资产负债表内,而且不影响银行资产与负债总额的经营,所以被称为表外业务。表外业务种类主要有:现金管理,代理保管,代理租赁,代客资信调查,信息咨询业务,商业信用证,银行承兑汇票,备用信用证,贷款销售与资产证券化发行等业务。

(三) 商业银行与中国人民银行和银监会的关系

1. 接受中国人民银行的业务指导。商业银行依法向主管的人民银行分支机构报送资产负债表等报表和其他资料,接受主管人民银行的业务指导和检查监督。商业银行办理存款业

务,须遵循中国人民银行规定利率幅度确定存款利率,向人民银行交存存款准备金,以及遵循中国人民银行关于资产负债比例管理的规定,保持合理的资产种类和资产期限结构。

2. 商业银行接受中国银监会的行政监督管理。商业银行的设立、变更和终止,须经银监会批准;商业银行的资产负债比例管理制度和平时的业务接受中国银监会的行政监管。

(四) 设立商业银行的条件

1. 有完备的银行公司章程。章程是规定公司对外经营和对内管理各种权利能力的根本准则,也是公司对外公示其权利能力和对内规范股东和公司各机关的依据,公司的行为是否违法,主要看是否违反了公司章程的规定。

2. 提交完备的可行性研究报告。可行性研究报告须说明投资者设立银行的动机,包括对金融市场、主要业务的可行性研究结论、对内部机构的设计、对银行章程草案的设计等内容。

3. 符合法定最低要求的注册资本。商业银行的设立应经银监会批准,有符合规定的最低注册资本限额的实缴资本额(设有分支机构的全国性商业银行为 10 亿元,城市商业银行为 1 亿元,农村合作商业银行为 5000 万元)。注册资本应当是实缴资本。银监会根据审慎监管的要求可以调整注册资本最低限额,但不得少于商业银行法第 13 条规定的限额。

4. 有符合要求的从业人员及任职资格。商业银行须有具备任职专业知识和业务工作经验的董事、高级管理人员:(1) 商业银行的法定代表人和主要负责人须与党政机关脱钩,并不得兼任企业事业单位的法定代表人和主要负责人。(2) 董事和高级管理人员不得曾经有过下列行为:因犯有贪污、贿赂、侵占财产罪或者破坏社会经济秩序罪受刑事处罚的;担任因经营管理不善破产清算的企业的董事或者厂长、经理,并对该企业的破产负有个人责任的;担任因违法被吊销营业执照的企业的法定代表人,并负有个人责任的;个人所负数额较大的债务到期未清偿的。

5. 有健全的组织机构和管理制度。根据我国公司法和商业银行法的规定,按照有限责



任公司和股份有限公司的标准要求,商业银行应设置必要的组织机构,其中国有独资商业银行设立监事会,监事会的产生办法由国务院规定。

6. 其他条件。有符合法律法规要求的营业场所、安全防范设备和其他设施,还应当符合中国银监会和中国人民银行的审慎性条件。

(五)规范商业银行的资本

1. 投资商业银行的条件。国家拨给经费的事业单位不得向商业银行投资;政策性银行不得向商业银行投资;信用合作社除向合作银行和信用联社投资外,不得向金融机构投资;各金融机构的分支机构不得向金融机构投资,外资、合资金融机构和企业不得向中资金融机构投资;工商企业与金融机构之间、金融机构之间不得以换股形式相互投资;保险公司投资金融机构的资金数额不超过其资本金的25%;证券公司投资金融机构的资金数额不超过其资本金的20%;企业投资金融机构的资金数额不得超过其净资产的50%。

2. 限制投资商业银行的情况。下列投资须事先经中国银监会批准:任何单位和个人购买商业银行股份总额5%以上的;地方财政部门以财政节余资金向金融机构投资的;工商银行、农业银行、建设银行和中国银行向其他金融机构投资的。

3. 商业银行的投资业务。商业银行的投资业务主要是指在金融市场购买有价证券,追求买卖差价的活动。投资业务可分为政府证券投资和企业证券投资两种类型。商业银行法第43条规定,商业银行在我国境内不得从事信托投资和证券经营业务,不得投资于非自用不动产,不得向非银行金融机构和企业投资,以利于银行资金的运作安全。

4. 因行使担保权取得的投资产品的处置。商业银行因行使抵押权、质权而取得的不动产或者股权,应当自取得之日起2年内予以处分,即拍卖或者转让给他人。商业银行不允许持有或者长期持有非银行主业所必需的不动产和其他公司的股权。

(六)设立银行业金融机构的程序

1. 设立银行业金融机构的申请。申请人应当填写正式申请表,并提交下列文件资料:

(1)章程草案;(2)拟任职的董事和高级管理人员的资格证明;(3)法定验资机构出具的验资证明;(4)股东名册及其出资额、股份;(5)持有注册资本5%以上的股东的资信证明和有关资料;(6)经营方针和计划;(7)营业场所、安全防范设施和与业务有关的其他设施的资料;(8)银监会规定的其他文件资料。

2. 审批。对符合法定条件的设立商业银行的申请由中国银监会颁发经营许可证并公告,由被批准者凭许可证向工商行政管理机关办理企业登记,领取营业执照。

3. 公告。经批准设立的商业银行的分支机构由中国银监会颁发经营许可证并公告,分支机构凭许可证向工商行政管理机关办理登记,领取营业执照。商业银行的分支机构不具有法人资格,在商业银行总行的授权范围内依法开展业务,民事责任由总行承担,总行对其分支机构实行全行统一核算、统一调度资金、分级管理的财务制度。

(七)设立商业银行分支机构的条件

1. 由商业银行提出申请。设立商业银行的分支机构须报主管银监会批准,在境内的商业银行分支机构不按行政区划定,由商业银行总行根据业务发展需要自行决定。

2. 对分支机构拨付资金的限制。商业银行在境内设立分支机构,应当按照规定拨付与其经营规模相适应的营运资金,所拨付的营运资金额的总和,不得超过总行资本金总额的60%。

3. 申请文件。设立商业银行的分支机构的申请人须向主管银监会提交下列文件资料:申请书,申请人最近2年的财务会计报表,拟任职的高级管理人员的资格证明,经营方针和计划,营业场所、安全防范措施和与业务有关的其他设施的资料,以及银监会规定的其他文件、资料。

(八)商业银行的变更

商业银行进行下列行为的,应当经银监会

新华考资

www.xhkdzu.com

批准:(1)变更银行名称;(2)变更注册资本;(3)变更总行或者分行所在地;(4)调整业务范围;(5)变更持有资本总额或者股份总额5%以上的股东;(6)修改银行章程;(7)银监会规定的其他变更事项。

更换董事、高级管理人员时,应当报经银监会审查其任职资格。

二、商业银行的业务

(一)商业银行的资产业务

1. 现金资产业务。

(1)现金资产是商业银行随时可以用来应付现金需要的资产,由库存现金和在中国人民银行的存款两部分组成。

(2)库存现金指银行金库中的纸币和硬币,用于日常业务支付的需要,这是不产生利润的资产,如果超过了一定的比例,就意味着商业银行应赢利资产的相应减少,对银行的经营不利。

(3)在央行的存款是指商业银行在人民银行的法定存款准备金,商业银行系统内资金调度,联行汇差的计算,与人民银行往来资金的清算等,大部分要通过在人民银行的存款实缴实拨,实收实付。

2. 信贷业务。

(1)信贷业务是商业银行最重要的资产业务,通过放款收回本金和利息,扣除成本后获得利润,所以信贷是商业银行的主要赢利手段。

(2)信贷程序的主要内容是:建立贷款关系,贷款申请,贷前调查,贷款审批及发放,贷后检查,贷款收回与展期,信贷制裁等制度。

3. 贷款种类。

(1)根据贷款主体的不同,贷款可分为自营贷款、委托贷款和特定贷款三种。其中,自营贷款是贷款人以合法方式筹集的资金自主发放的贷款,其风险由贷款人承担。委托贷款指委托人提供资金,银行按委托人指定的对象、用途、金额、期限和利率等条件办理贷款的手续,只收取手续费,不承担贷款的风险。特定贷款是指经国务院批准并对贷款可能造成的损失采取相应的补救措施后,责成国有独资银行发放的贷款。

(2)根据借款人信用的不同,贷款可分为信用贷款、担保贷款(保证贷款、抵押贷款、质押贷款)、票据贴现等种类。

(3)根据贷款用途的不同,可分为流动资金贷款、固定资产贷款、工业贷款、农业贷款和商业贷款等种类。无论何种贷款,除了经贷款人审查、评估、确认借款人资信良好,确能偿还贷款的,可以不提供担保外,其他的借款人均应提供担保。

4. 贷款期限。商业银行的贷款期限分为三种:第一,短期贷款,期限在1年以内;第二,中期贷款,期限在1年以上5年以内;第三,长期贷款,指期限超过5年的贷款。

5. 借款合同。合同是明确各方权利义务关系的协议,借款合同是银行和借款人订立的约定借款的条件提供资金给借款方使用,借款方按约定的用途使用该资金,并按时偿还本息的协议。借款合同是确定银行和借款人权利义务的法律依据,其主要内容包括:贷款种类,借款用途,金额,利息,期限,还款资金来源及还款方式,保证条款,违约责任,双方当事人商定的其他条款。借款合同的内容相当于当事人之间的法律,任何一方违反任何一款都构成违约,都应承担相应的违约责任。

6. 银票承兑业务。银票的承兑,是指商业银行为支持在本行开户的资信良好的客户开出的银行承兑汇票的信用,在票据的正面加盖承兑章,承诺自己作为票据的主债务人,在票据到期时向持票人无条件付款的一种资产业务。

7. 商票贴现业务。商票贴现是指企业为了取得资金,以未到期的银行承兑汇票和商业承兑汇票向商业银行融通资金,申请贴现,银行按规定的贴现率,扣除自贴现日至到期日的利息后,将票面余额付给申请贴现者,票据到期时,银行持票向最初签发票据的债务人收回款项的一种特殊形式的贷款。

8. 再贴现和转贴现业务。贴现的票据期限一般较短,银行可以很快地回收资金,在贴现的票据未到期发生资金周转困难时,商业银行还可以将该票据向中国人民银行申请再贴现,也可以向其他的商业银行转贴现,以实现票据

的变现。因为票据是由付款人、出票人、背书人、保证人和承兑人承担连带清偿责任,所以当银行贴现的票据不能兑现时,持票人可以向上述主体中的任何一个或全部行使追索权,以维护自己的合法权利。

9. 拆借业务。拆借业务是指金融机构的头寸不足时,向同业融通资金。根据商业银行法的规定,拆借资金只能用于弥补付款不足、补足准备金额等银行急需,不得用于放款等业务。拆借资金由人民银行制定基准利率,拆出方有一定的利率浮动权,拆借资金的期限为1天至4个月。

10. 透支业务。透支主要是指信用卡业务中,持卡人在受信额度内使用银行的资金,相当于自动获取发卡行的贷款,持卡人在信用卡章程规定的期限内还款则免付利息,逾期则以发生透支时的资金为贷款额计算利息。

11. 担保业务。商业银行的担保业务包括保理、担保、贷款承诺、开立信用证等业务。其中保理业务是指银行收购某一公司指定范围内的票据,并保证全额付款的担保;担保业务包括保函担保和保证担保,当被保证人不履行债务时,由银行代为履行债务;贷款承诺是指银行对某一规划或者进行中的工程或者项目,承诺按照约定的时间或者阶段发放约定金额的贷款,如果不按时发放贷款则应承担违约责任;开立信用证业务主要是指在国际贸易中,应买方的请求,给卖方开立信用证以保证买方的付款能力,届时无论买方是否付款,卖方都能得到信用证上的款项。

(二) 商业银行的负债业务

1. 对存款人的保护制度。存款的法律性质是,存款人通过与商业银行订立存款合同将货币借给银行,银行按合同约定的利率按时还本付息,不得拖延。存款合同的利率不变,除了可以遵照中国人民银行对活期存款利率所作的调整外,定期储蓄(合同)约定的利率不变,借款人和银行都不得在期间单方面进行调整。

商业银行办理个人储蓄存款业务,应当遵循存款自愿、取款自由、存款有息、为存款人保密的原则。对个人储蓄存款,商业银行有权拒

绝任何单位和个人的查询、冻结、扣划,但法律另有规定的除外。

2. 存款业务。商业银行的存款业务,主要是指本行承接的各项存款,包括活期存款、定期存款、定活两便存款、零存整取存款、同业存款等存款业务。

3. 其他负债业务。商业银行可以通过以下负债方式从外部筹措资金:

(1) 向人民银行借款。主要有直接借款和票据再贴现两种形式。

(2) 发行金融债券。金融债券是银行为了筹集社会闲散资金所发行的一种有价证券,持券人有权按期取得固定利息和到期收回本金。发行金融债券的资金只能用于发放特种贷款,不可挪用作一般的工商企业贷款。

(3) 同业拆借。这是指商业银行因临时资金不足向其他银行及金融机构的临时借款。同业拆借一般都是短期的,尽管时间较短,但可维持资金的正常周转,避免或减少出售资产而发生的损失。因此,同业拆借是各金融机构彼此间共荣共济的一种资金调剂活动,其利率水准一般较低。商业银行法第46条规定,同业拆借,应当遵守中国人民银行规定。禁止利用拆入资金发放固定资产贷款或者用于投资。拆出资金限于缴足存款准备金、留足备付金和归还中国人民银行到期贷款之后的闲置资金。拆入资金用于弥补票据结算、联行汇差头寸的不足和解决临时性周转资金的需要。

(4) 发行短期融资债券。在国家计划债券发行额度内,中国银监会可以批准企业发行用于弥补临时性、季节性流动资金不足的期限为3个月、6个月和9个月的短期融资债券。

(5) 发行大额可转让定期存单,经中国银监会批准,商业银行可发行大额可转让定期存单。该存单的期限最长不得超过12个月。非银行业金融机构不得发行大额可转让定期存单。

(三) 商业银行的中间业务

1. 结算性中间业务。这是指商业银行利用汇票、支票、本票和其他信用工具清算债权人和债务人之间的债权债务关系的银行业务。具体包括以下种类:

(1) 银行汇票结算。是指汇款人将款项交存当地银行,由银行签发给汇款人持往异地办理转账结算或提取现金的票据,可以在全国任何地点签发和结付,参加全国联行往来的银行均可办理。银行跨系统签发汇票时,要通过同城票据交换将银行汇票和有关凭证提交有关银行审核支付后抵用。

(2) 商业汇票结算。商业汇票经承兑后,到期时承兑人须无条件地支付票款,它体现了较强的信用,可在市场上背书转让、申请贴现或质押,较一般支付工具的信用能力更加突出。

(3) 银行本票结算。银行本票指客户将款项交存银行,银行签发给客户凭以转账或提取现金的票据,在指定城市的同城范围内使用。由于该票据是由银行签发,保证兑付,其信用可靠,为收款方所乐意接受。

(4) 支票结算。我国目前流通的支票有两类,一类是城市使用的普通支票,包括普通支票、现金支票和转账支票三种,签发支票须以存款金额为限,不得签发空头支票;另一类是收购农副产品专用的定额支票,指收购单位将款项交存银行,由银行交付的用于向农户收购农副产品的款项的票据。

(5) 汇兑结算。是指汇款人委托银行将款项汇给异地收款人的一种结算方式,分电汇和信汇两种。此种方式无兑现问题,信用可靠。

商业银行办理结算,须注意两个重点问题:第一,保障客户使用存款自主权,除了按照法律规定可以冻结和扣款的情况外,银行不得代任何单位和个人冻结款项和扣款,不能限制客户使用银行存款;第二,银行不得为客户结算提供垫款。

2. 担保性中间业务。担保性中间业务是指银行为商业汇票提供承兑服务,一般做法是由持票人请求银行承兑未到期的票据,银行审查该票据具有足够的给付能力后,同意为其承兑,在票据到期前10日,如果出票人的存款金额不足时,银行通知出票人补足存款,以供持票人兑现,出票人不能存足款项致使持票人不能兑现时,银行应无条件地向持票人支付,然后再向有关票据当事人追索。

3. 其他中间性业务。其他中间性业务包括:担保业务,指为客户提供信用证和担保;融资性中间业务,指银行为客户资金融通提供的服务,如委托贷款和代理发行、代理兑付、承销政府债券等;管理性中间业务,指银行利用其管理职能为企业和个人提供服务,如代理保管、代理验资、代理会计事务、提供保管箱、执行遗嘱、代理收付款项、代理保险等业务。随着经济技术发展新产生的信息咨询业务、信用卡业务、电子银行等中间业务。

(四) 信用卡业务

1. 信用卡的开办。信用卡属于银行卡中的贷记卡,持卡人在规定的期限内先消费后还款,逾期还款付息。持卡人在信用卡中存款没有利息,利用信用卡透支现金的,要支付较高的利息。信用卡的种类,按使用对象分为单位卡和个人卡;按持卡人的信誉等级分为金卡和普通卡;按卡在开户银行的存款分为人民币卡和外币卡。

商业银行开办信用卡业务,须经中国人民银行和银监会批准,银行的资产负债比例须符合商业银行法、中国人民银行法和银行业监督管理法的规定;有相应的内部管理机构 and 合格的工作人员、健全的制度;必要的电信设备和营业场所;中国人民银行和中国银监会规定的其他条件;提交信用卡章程及各种报告、文件和资料。

信用卡章程的主要内容有:信用卡名称、种类、发行对象、使用范围,各项手续费标准,发卡银行与特约单位、持卡人三方的权利、义务和责任,以及中国人民银行和银监会要求的其他事项,商业银行修改信用卡章程应当经中国人民银行和中国银监会批准。

2. 信用卡的申领。包括两类情形:(1)单位卡,凡在我国境内金融机构开立基本存款账户的单位可申领单位卡,单位卡可申领若干张,持卡人的资格由申领单位法定代表人或其委托的代理人书面指定和注销,单位卡的资金一律从其基本存款账户转账存入,不得交存现金,不得将其存款账户和销货收入的款项存入单位卡账户,单位卡不得用于10万元以上的商品交



易、劳务、供应款项的结算。(2)个人卡,具有完全民事行为能力的公民可以申领个人卡,个人卡的主持卡人可为其配偶及年满18周岁的亲属申领附属卡,附属卡最多不超过两张,主卡人有权要求注销其附属卡。

3. 持卡人的权利义务。主要包括:(1)持卡人可以凭卡办理转账结算、存取现金和消费信用的权利,持卡人应承担不得转让、出租或转借信用卡及其账户的义务。(2)持卡人可在《信用卡业务管理办法》规定的限额内透支,透支限额由各商业银行在央行规定的幅度内自行决定,透支利息不分段,按最后期限或最高透支额的最高利率档次计算。

4. 法律责任。

(1)发卡银行擅自开办信用卡、IC卡、外币卡的,由中国银监会责令改正,并处5万~30万元罚款;非银行其他机构非法经营信用卡业务的,予以取缔,并处10万~50万元罚款。

(2)发卡银行未按规定时间将止付名单发至特约单位造成资金损失的,由发卡银行承担经济责任。

(3)有下列情况之一的,可被追究其刑事责任:持卡人恶意透支的;银行工作人员与持卡人或特约单位串通进行欺诈活动的;伪造、盗用信用卡,使用伪造、作废的信用卡,冒领冒用、涂改信用卡骗取消费的。

(五)商业银行的国际业务

1. 外币兑换业务。外币兑换业务包括收兑外币钞票、旅行支票、旅行信用证、汇票、兑付信用卡等业务。兑换时,根据外币的进出及是否现钞以定不同的牌价;兑入国外来的电汇、信汇、票汇、旅行信用证、旅行支票等采用外汇买入价;兑出外汇时采用外汇卖出价;兑入外币现钞时,采用现钞买入价。

2. 国际贸易结算方式。

(1)汇款,是指卖方将货物运给买方,买方通过银行对卖方付款,银行不参与处理有关单据事宜的一种结算方式。汇款法律行为中有四个当事人,即汇款人、汇款行、汇入行和收款人。

(2)托收,是指债权人(出口商)出具汇票委托银行向债务人(进口商)代收款项的结算方

式。这种结算方式通常是出口商出具以进口商为付款人的汇票及必要的发票、单据委托进口商的开户行收款。

(3)信用证,是指开证行(进口方银行)根据开证申请人(进口商)的请求或指示,保证出口商交来的符合规定的汇票和单据将予以承兑和付款的一种银行担保文件。

(4)保函,是指银行作为保证人向受益人开出的,保证对受益人负有债务的第三人履行合同,如有违约给受益人造成损失时,由银行予以赔偿的书面担保文件。该文件不可撤销,不可转让,使银行作为国际贸易合同中的第二债务人,以确保合同的履行。

3. 外汇资金业务。经中国银监会批准,商业银行可做外汇买卖业务,外汇保值业务,国际筹资业务,外汇担保业务等多种外汇资金业务。

三、商业银行的管理机制

(一)商业银行的资产负债管理

1. 资产负债管理的原理。资产负债管理的目的在于,银行的收益主要来自存放款的利差,而利差是银行资产负债结构的综合结果,风险则表现为利差的大小和变化。因此银行要对持有的资产负债类型、数量,资产负债的总量及组合进行测算、计划、控制和调整,以实现风险的最小化和利润的最大化。商业银行的资产负债管理要遵循以下原理:

(1)偿还期对称原理,表现为银行的资产分配应根据资金来源的流转速度来决定,即银行资产与负债的偿还期应保持一定程度的对应关系。

(2)目标替代原理,商业银行可以通过将资产安全性、流动性和效益性的组合,进行资产项目的比较或互相替代,达到不降低银行总效用的经营目标。

2. 资产负债管理的内容。资产负债管理的基本内容,是指商业银行根据金融情况的变化,将银行的资产和负债在期限、结构、方式、数量和利率上进行不断的调整,以降低经营风险和增加获利机会,实现银行安全性、流动性和效益性的经营管理目标。具体说,包括以下两个

方面:

(1)流动性管理和准备金管理,其中流动性是指银行在资产无损的情况下迅速变现的能力;准备金是指银行持有的现金资产和短期有价证券。

(2)投资管理和贷款管理,其中商业银行的投资主要是购入各种有价证券(不包括股票),以便在贷款效益低时能维持银行利润,因此管理重点是有价证券的期限和利率。

3. 对贷款的项目管理。

(1)贷款的原则及审查,中国人民银行《贷款通则》要求各商业银行对信贷业务实行审贷分离,分级审批制度。审查的内容:借款用途,偿还能力,还款方式。对贷款项目实行贷前调查,贷时审查和贷后检查。

(2)贷款担保,商业银行应当对保证人的偿还能力,抵押物、质物的权属和价值进行实质性审查,除了对少数资信情况优良的借款人可以实行信用贷款外,对其余借款人均需提供有效担保。为防范人为的信贷风险,商业银行法规定对银行的关系人贷款不得采用信用贷款形式。

(3)对借款合同条款欠缺及履行的管理,包括对贷款种类、用途、金额、利率、还款期限、还款方式、违约责任和双方约定的其他事项进行持续审查和跟踪管理。

4. 负债管理。负债管理的方式主要是以短期借入款来弥补提取的存款,保持营运资金的平衡,以及用借入款来应付增加的借款需求,资产和负债都增加,通过扩大负债来增加赢利资产,获得银行资本金以外的利润,负债管理的重点是在安全的前提下实现负债结构的合理化,在此基础上组织吸收资金的多样化和负债工具的创新,提高负债金额,增大可用作资产的现金流。

(二)资产负债比例管理

1. 实行资产负债比例管理的内容。

(1)中国人民银行和银监会对各商业银行的资金使用实行比例管理制度,以资产负债比例管理制度为基本考核内容,增强商业银行的自我约束和自我发展能力。

(2)贷款质量指标,是指银监会考核商业银行资产质量的监控指标,由于历史原因导致商业银行的资产业务不能达到银监会规定的贷款质量指标的,各商业银行应当提出逐年提高的计划,由银监会和各商业银行的监事会监督执行。

(3)监控指标,是指各商业银行要根据银监会制定的监控指标,按照自身资金营运特点,制定符合各行特点的资产负债比例管理的实施办法,报银监会批准后可在本系统内部组织实施。

(4)考核组织,是指对商业银行执行资产负债比例管理监控指标的情况以法人为单位进行考核。

2. 商业银行资产负债比例管理监控指标。

(1)资本充足率指标,根据巴塞尔《有效银行监管核心原则》和中国人民银行法、银行业监督管理法、中国人民银行和中国银监会的相关规定,商业银行的资本总额与加权风险资产总额的比例不得低于8%,其中核心资本不得低于4%,附属资本不能超过核心资本。

(2)存贷款比例指标,商业银行的各项贷款与各项存款之比不得超过75%。

(3)中长期贷款比例指标,商业银行1年期以上(含1年期)的中长期贷款与1年期以上的存款之比不得超过120%。

(4)资产流动性比例指标,流动资产(指在1个月内可以变现的资产)与各项流动性负债(指在1个月内到期的存款和同业净拆入款)的比例不得低于25%。其中流动性资产包括库存现金、在央行存款、存放同业款、国库券、1个月内到期的同业净拆出款、1个月内到期的贷款、1个月内到期的银行贴现汇票和其他经中国人民银行核准的证券。

(5)存款准备金比例指标,自2007年12月起商业银行在央行存款准备金存款与各项存款之比不得低于14.5%。

(6)单个贷款比例指标,商业银行对同一客户的贷款余额与银行资本余额的比例不得超过10%,对最大10家客户发放的贷款总额不得超过银行资本总额的50%。

(7)拆借资金比例指标,拆入资金余额与各



项存款余额之比不得超过4%,拆出资金余额与各项存款(扣除存款准备金、备付金和联行占款)余额之比不得超过8%。

(8)对股东贷款比例,商业银行向股东提供贷款余额不得超过该股东已缴纳股金的100%。商业银行对自己股东的贷款条件不得优于对其他客户的同类贷款的条件。

3. 资本成分和资产风险权数。根据中国人民银行《关于对商业银行实行资产负债比例管理的通知》附件二,资本和资产是指银行开办人民币业务的金融资本和金融资产。商业银行依照规定将资产划分为不同的种类,按资产在金融市场中的风险程度设定风险权数,风险权数划分为0、10%、20%、50%和100%五类,根据风险权数计算的资产称为加权风险资产。

(三) 商业银行的资产风险管理

1. 资产风险管理的概念及种类。资产风险管理,是指商业银行为了保证经营资金的安全,采取必要的风险管理办法,来防范、分散、转移和消除各种经营风险。经营风险的种类,包括商业银行在信用、投资、流动性和经营管理的风险。

2. 资产风险管理的主要内容。资产风险管理的目的主要指正确识别和认定资产的经营风险,减少资产损失,提高资产质量。风险管理的原则是:量化管理,防范为主(对增量主要是以防范为主),努力转化(对存量主要是着重对风险的转移消化),及时补偿(对已有损失重在补偿)。

(1) 风险管理的量化目标,指规定银行的全部资产的风险含量应控制在60%以内,即各项风险权重资产与资产总额之比应小于60%。其中资产指银行的贷款、投资,在中国人民银行的存款、库存现金、本行在开户行的存款、缴存中国人民银行存款、委托代办资产、存放同业、存放联行、拆放同业和其他内部资产。各项风险权重资产是以上资产及或有资产对应的风险权重折算后的资产之和。

(2) 风险权重规定与风险识别,其中风险权重指以一定类型的债务人及授信方式,财产占用及资产类型为对象确定的资产风险权重,

分0、10%、20%、50%和100%五档,这是确定和识别各类资产风险含量的基本标准。

(3) 资产风险控制,主要措施是降低流动资金信用放款的比重,对A级以下的企业不再发放信用贷款,对BB级以下企业只发放担保、抵押贷款,固定资产贷款全部实行有效担保或抵押,以及建立贷款审批、审查制度。

四、贷款法律制度

(一) 贷款通则

1. 《贷款通则》的调整对象。

(1) 贷款是商业银行最基本的资产业务,是指经银监会批准的金融机构,以社会公众为借款对象,以还本付息为条件出借的货币资金。中国人民银行于1996年8月1日颁布和施行的《贷款通则》,对所有的金融机构贷款行为均有规范意义。

(2) 贷款人,是指在我国境内依法成立的经营贷款业务的中资金融机构,不包括中外合资经营的金融机构和外商独资经营的金融机构。自我国加入世贸组织后,对外资银行逐步开放人民币存贷业务,外资金融机构在我国境内的贷款业务将归另外的专门的法律调整,不属于《贷款通则》的调整对象。非金融机构的公司和个人无权经营贷款业务。

(3) 借款人,是指从经营贷款业务的中资金融机构取得贷款的法人、其他经济组织、个体工商户和自然人。不包括向境外金融机构借款的借款人,也不包括向境内外资金融机构借款的借款人。

(4) 贷款,是指贷款人对借款人提供的并按约定的利率和期限还本付息的货币资金,包括人民币和外币两类货币,不包括其他有价证券,如股票、债券、提单、仓单和未到期的票据等有价证券,也不包括向借款人提供的任何有形或无形资产。

(5) 管理监督机构,根据中国人民银行法和银行业监督管理法的规定,所有的金融机构的业务活动均由中国人民银行和中国银监会及其在各省设置的分支机构监管。中国人民银行和中国银监会对金融机构的贷款是否违反平

新华考资

www.xhkedu.com

等、自愿、公平和诚实信用的原则,是否有不正当竞争行为作出认定,对金融机构的贷款活动拥有一定程度的监控权。

2. 贷款种类。

(1) 贷款方式,包括自营贷款、委托贷款和特定贷款三种方式,前面介绍商业银行的业务时已经介绍,此处从略。

(2) 贷款期限,分为短期、中期和长期贷款三种期限。

(3) 贷款担保方式,包括信用贷款、担保贷款和票据贴现三种贷款担保方式,在商业银行业务中已经有所介绍。

3. 贷款的期限与利率。

(1) 贷款的期限,其中自营贷款的期限最长不能超过10年,贷款用途有必要超过10年的,应当报人民银行和银监会备案。票据贴现的期限最长不得超过6个月,贴现期限为从贴现之日起至票据到期之日止。

(2) 贷款展期,借款人不能按期归还贷款的,应当在期满之日前,向贷款人申请贷款展期。借款人的贷款属于保证贷款、抵押贷款或质押贷款的,应当由保证人、抵押人和质押人出具同意贷款展期的书面证明,在原借款合同中对此情况已有约定的,按照约定执行。短期贷款的展期期限累计不得超过原贷款期限;中期贷款展期期限累计不得超过原贷款期限的一半;长期贷款的展期期限累计不得超过3年,但国家对某些重大项目另有规定的除外。

(3) 不能展期的情况,如借款人未申请展期或展期申请未被批准的,其贷款从到期日次日起,转入逾期贷款账户。

(4) 贷款的利率及利息的计收,贷款人应当按照中国人民银行规定的贷款利率的上下限,确定每笔贷款的利率,并在借款合同中记载清楚。

4. 贷款管理的特别规定。

(1) 建立贷款主办行制度,借款人应按规定与其基本账户行建立贷款主办行的关系,借款人发生企业分立、股份制改造、重大项目建设等涉及信贷资金使用和安全的重大经济活动,事先应当征求主办行的意见。

(2) 主办行不包资金,但应当按规定有计划地对借款人提供贷款,为借款人提供必要的信息咨询,以及各种金融代理服务。

(3) 银团贷款应当确定一个贷款牵头行并签订银团贷款协议,明确各贷款人的权利义务,共同评审贷款项目,牵头行应当按照协议确定的比例监督贷款的偿还。

(4) 各级行政部门和企业、事业单位、供销合作社等合作经济组织,农村合作基金会和其他基金会,不得经营存贷款等金融业务;企业之间不得违反国家金融法律法规的规定,办理借贷或者变相借贷融资业务。

(5) 贷款人发放异地贷款或者接受异地存款,应当报中国人民银行和中国银监会当地分支机构备案,以利于国家对宏观资金流向的掌握和监控。

(二) 借款人制度

借款人是经工商局核准登记的企业、事业法人、其他经济组织、个体工商户或者是具有我国国籍的具有完全民事行为能力的自然人。

借款人申请贷款,应当具备产品有市场、生产经营有效益、不挤占挪用信贷资金、恪守信用等基本条件。

1. 借款人享有下列权利:

(1) 借款人可以自主向主办银行或其他银行的经办机构申请贷款,并依前述条件取得贷款。

(2) 借款人有权按照借款合同的规定取得全部贷款,并在合同规定的使用范围内自主地使用贷款,银行不得以任何理由要求借款人留存一部分贷款资金在本行,也不得提前扣除利息。

(3) 借款人有权向贷款人的上级行、中国人民银行和中国银监会反映、举报有关情况。

(4) 借款人有权拒绝借款合同以外的附加条件,如贷款行或贷款具体经办人向借款人索取金钱、财物或免费服务等好处、回扣,以及其他任何形式的回报等。

(5) 借款人在征得贷款人的同意后,有权向第三人转让返还贷款的债务。

2. 借款人承担下列义务:



(1) 借款人应当如实提供贷款人要求的各种资料,包括自己的生产经营情况和资产情况的财务报告,其中年度报告须经适格的注册会计师事务所审计,本单位或本人在所有银行的开户账号及存款余额情况,就涉及贷款的运用和资金的安全情况,积极地配合银行调查、审查和检查。借款人是自然人的须提供有效身份证明和有关资信证明。

(2) 借款人在尚未还清贷款前,应当接受银行对其使用信贷资金的情况和有关生产经营、财务活动的审查。

(3) 借款人应当按照借款合同规定的用途使用贷款,不经贷款人的书面批准,不得擅自改变贷款的用途。

(4) 借款人应当按照借款合同约定的时间和条件及时足额偿还贷款本息。

(5) 借款人将偿还贷款义务的一部分或全部转让给第三人前,应当取得贷款人的书面同意。

(6) 借款人遇到有危及贷款人债权安全的不正常情况时,应当及时通知贷款人,同时采取各种必要的措施保全受到危险或威胁的财产。

3. 对借款人的限制:

(1) 借款人不得同时向同一辖区的贷款人的不同分支机构分别借款。

(2) 借款人的告知义务,借款人不得向贷款人提供虚假的或者隐瞒重要事实的资产负债表、损益表等有关生产经营的情况,以防止借款人利用虚假的生产经营资料借得与自己的偿还能力不相称的借款,影响金融机构的资金安全。

(3) 借款人不得利用贷款从事股本权益性的投资,国家另有规定除外。

(4) 借款人不得利用贷款在有价证券、期货方面进行投机性的经营活动。

(5) 除依法取得经营房地产资格的借款人之外,其他任何单位和个人均不得用贷款从事房地产业务;依法取得房地产经营业务资格的借款人,不得用贷款从事房地产投机。

(6) 借款人不得套取贷款用于借贷谋取非法收入,《贷款通则》规定借款人不得作为中间商在原贷款价格(利率)上再加价转让,抬高融

资市场利率,影响金融市场的稳定。

(7) 借款人不得违反国家外汇管理的规定,使用外汇贷款,在我国的人民币尚未完全实现可自由兑换前,国家仍然要对外汇资金实行监管及对从业(外汇)机构进行资格限制,用来保证国家外汇资金流向有序和安全。

(三) 贷款人制度

1. 贷款人的资格。《贷款通则》第21条规定,贷款人必须经中国银监会批准经营贷款业务,持有银监会颁发的《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》,并经工商行政管理部门核准登记。

2. 贷款人的主要权利:

(1) 贷款人要求借款申请人提供与借款有关的资信资料,供判断贷款风险之用;根据借款人的条件,决定贷与不贷,以及贷款的金额、期限和利率等。

(2) 贷款人在贷款前和贷款期限里了解借款人的生产经营情况和财务活动,按照借款合同约定的条件从借款人的账户中划收贷款本金和利息,无须在划收款项前与借款人协商和办理其他配合还款的手续。

(3) 当借款人未能履行借款合同规定的义务时,贷款人有权依照合同的约定,要求借款人提前归还贷款,或停止支付借款人尚未使用的贷款。在贷款将受到或已经受到损失时,可依照借款合同的约定,采取适当的措施以使贷款免受损失,包括要求提前收回贷款、冻结尚未使用的贷款、冻结借款人的账户,直至提出财产保全和返还贷款的民事诉讼。

3. 贷款人的主要义务:

(1) 金融机构应当公布经营贷款的种类、期限和利率,公开贷款审查的资信条件和发放贷款的具体条件,并向借款人提供各种咨询。

(2) 贷款人应当及时审议借款人的贷款申请,明确答复申请人是否同意贷款。贷款人对申请短期贷款的审议答复时间不得超过1个月,对中期、长期贷款申请的答复时间不得超过6个月,国家另有规定的除外。

(3) 贷款人对借款人的债务、财务及有关的

生产经营情况应当予以保密,这些情况属于商业秘密,但是对有关机构的合法调查则应配合,告以有关情况。

4. 对贷款人的限制:

(1) 贷款的发放必须严格遵循商业银行法第39条关于资产负债比例的规定,即贷款人的资本充足率不得低于8%,贷款余额与存款余额的比例不得超过75%,流动性资产余额与流动性负债余额的比例不得低于25%,对同一借款人的贷款余额与贷款人资本余额的比例不得超过10%。

(2) 不得发放人情贷款,商业银行法第40条规定,不得向关系人发放信用贷款,向关系人发放担保贷款的条件不得优于其他借款人同类贷款的条件,以维护公平交易和自身的资金安全。

(3) 禁止发放贷款的情形:不具备借款人的资格和条件的,借款人生产经营的产品和投资项目是国家明文规定禁止的,借款人违反国家外汇管理规定的,借款人的建设项目应当报经国家有关部门批准而未取得批准文件的,借款人的生产经营或投资项目未取得环保部门许可的,借款人在实行承包、租赁、联营、合并(兼并)、合作、分立、产权有偿转让、股份制改造等体制变更过程中,未清偿原有贷款债务、落实原有贷款债务或提供相应担保的,以及借款人有严重违法行为的。

(4) 未经中国银监会批准,不得对自然人发放外币币种的贷款。

(5) 金融机构的自营贷款和特定贷款,除按中国人民银行的规定计收利息之外,不得收取其他任何费用;委托贷款,除了按照央行规定收取手续费之外,不得收取其他任何费用。

(6) 贷款人不得给借款人垫付资金,在贷款前后都不能以贷款人的自有资金充填贷款资产,但是国家另有规定的除外。

(四) 贷款流程

1. 贷款申请及审批。

(1) 贷款申请,拟借款人应向主办银行或其他银行的经办机构直接提出申请,申请书中应当包括借款金额、借款用途、偿还能力及还款方

式等基本内容。

(2) 信用评估:贷款人应当根据借款人的领导者的素质、经济实力、资金结构、履约情况、经济效益和发展前景等评估项目,评定借款人的信用等级。

(3) 贷款调查及审批,贷款人受理借款人的申请后,应当对借款人的信用等级以及借款的合法性、安全性、效益性等情况进行调查,核实抵押物、质物、保证人的情况,测定贷款的风险度。在经过上述的调查之后,贷款人根据审贷分离、分级审批的贷款管理制度,对调查人员提供的资料进行核实、评定,复测贷款风险度,提出审查意见,按规定的程序和权限批准贷款申请。

2. 借款合同的履行。

(1) 借款合同,贷款人所有贷出的款项均应签订借款合同,合同中至少应当包括借款种类、借款用途、借款金额、利率、还款期限、还款方式等基本内容,还应当详细列出借款人和借款人的权利义务,违约责任和双方认为需要约定的其他事项。

(2) 担保合同,保证贷款应当由保证人与贷款人签订保证合同,或保证人在借款合同上载明与贷款人协商一致的保证条款,加盖保证人的公章(私章),并由保证人或其法定代表人、授权代理人签署姓名。抵押贷款、质押贷款应当由抵押人、出质人与贷款人签订抵押合同或质押合同,依法需要办理登记的,不得省略登记程序。

3. 贷款运营:贷款人应当按照借款合同的约定,按时及按批发放贷款。无论因何原因,贷款人不按合同约定按期发放贷款的,应偿付违约金;借款人不按合同约定的条件使用贷款的,也应偿付违约金。

4. 贷后检查及收回贷款:金融机构在发放贷款后,应当对借款人执行借款合同的情况及借款人的经营状况进行追踪调查和检查。在期限届满时,及时收回贷款本金和利息。借款人应当按照借款合同规定的时间足额归还贷款本息。

5. 对不良贷款的监管。



(1)不良贷款是指呆账贷款、呆滞贷款和逾期贷款。其中呆账贷款是指按财政部有关规定确认为无法偿还,而列为呆账的贷款;呆滞贷款是指按财政部有关规定,逾期(含展期后到期)超过2年仍未归还的贷款,或虽未逾期或逾期不满规定年限但生产经营已经终止、项目已经停建的贷款(不含呆账贷款);逾期贷款是指借款合同约定到期(含展期后到期)未归还的贷款(不含呆滞贷款和呆账贷款)。

(2)贷款质量等级,按照《巴塞尔协议》关于商业银行贷款分类等级和中国人民银行信贷资产分类的规定,信贷资产分为正常、关注、次级、可疑和损失五类,后三级次级、可疑和损失资产为不良资产。

(3)不良贷款的登记,由会计、信贷部门提供数据,由稽核部门负责审核并按规定的权限认定,贷款人应当按季度填报不良贷款情况表,在报送上级部门的同时,报送中国银监会和中国人民银行当地的分支机构。

(4)对商业银行不良贷款的考核,金融机构的呆账贷款、呆滞贷款、逾期贷款不得超过中国银监会和中国人民银行规定的比例,金融机构应当对所属的分支机构下达考核呆账贷款、呆滞贷款和逾期贷款的具体指标,以督促各部门防范贷款风险。

(5)不良贷款的催收和呆账贷款的冲销,金融机构的信贷部门负责对不良贷款的催收,稽核部门负责对催收情况的检查。金融机构必须按照有关金融法规规定提取呆账准备金,并按照呆账冲销的条件和程序冲销呆账贷款。未经国务院批准,金融机构不得豁免借款人偿还贷款的义务;未经国务院批准,任何单位和个人不得强令贷款人豁免借款人偿还贷款的义务。

6. 贷款债权保全和清偿的管理。

(1)贷款债权不因借款人单方面行为消灭,借款人不得违反法律规定,借兼并、破产或者股份制改造等机会和方法逃避贷款债务,不得借承包、租赁等方法逃避贷款人的信贷监管和偿还贷款本息的义务。

(2)债权重组,当借款人尚未偿还贷款前,贷款人有权参与处于兼并、破产或股份制改造

过程中的有关借款人的债务重组活动,参加借款人的清算或债权人会议,中心围绕如何要求借款人偿还贷款本息,落实有关偿还债务的具体事项并达成书面协议。

五、商业银行的接管、清算和终止

(一)商业银行的接管

1. 接管的条件。

(1)当商业银行已经或者可能发生信用危机,严重影响存款人的利益时,中国银监会可决定对该商业银行实行接管。信用危机的主要表现为,商业银行不能应付存款人的提款,不能清偿到期的债务,以及同业拒绝拆借资金,原客户和市场普遍拒绝其服务。商业银行有以上这些情况之一的,即可被视为发生信用危机。

(2)接管商业银行的目的,是指中国银监会对拟被接管的商业银行采取必要的措施,以保护存款人的利益,恢复商业银行的正常经营能力。由于绝大多数存款人缺乏法律知识和专业知识,加之商业银行独立自主经营,外人难以知晓情况和难以监督,为了保护存款人的合法权益,银监会依法代表所有的存款人和其他债权人对商业银行的财务经营情况实行监管,当其经营出现危机时,即予以接管。

2. 接管商业银行的程序。

(1)接管商业银行的决定,中国银监会认为商业银行出现信用危机或者即将出现信用危机时,可以决定对其接管,并组织实施。接管决定由银监会予以公告,公告应载明下列主要内容:被接管的商业银行的名称、接管的理由、接管组织、接管期限和接管的内容。

(2)接管商业银行的法律后果,自接管开始之日起,由接管组织取代银行原管理层,行使商业银行的经营管理权力,接管组织的组成人员由银监会指定,被接管的商业银行的债权债务关系不因接管发生变化。接管期限届满,银监会可以决定延期,但接管期限最长不得超过2年,以维持金融行业的稳定。

3. 接管商业银行的终止。商业银行法第68条规定,有下列情形之一的,接管终止:

(1)接管决定规定的期限届满或者银监会

新华考资www.xhkzedu.com

决定的接管延期届满。

(2)接管期限届满前,该商业银行已经恢复正常经营能力。

(3)接管期限届满前,该商业银行被合并或者被依法宣告破产。

(二)商业银行的清算及终止

1. 分立、合并及解散的清算。

(1)解散的条件,商业银行因分立、合并或者出现公司章程规定的解散事由需要解散的,应当向银监会提出申请,并附申请解散的理由和支付存款的本金和利息等债权债务清偿计划,经银监会批准后解散。

(2)解散程序,商业银行解散的,应当依法成立清算组,清算组成员由银监会指定。由清算组进行清算,按照既定的清算计划及时偿还个人的储蓄存款本金和利息等债务,然后再偿还银行其他的债务,银监会监督清算过程,对清算的重大事项有否决权。

2. 商业银行的被撤销。商业银行因被吊销经营许可证被撤销的,银监会应当依法及时组织成立清算组进行清算,按照清偿计划及时偿还存款本金和利息,程序与解散清算的程序相同。

3. 商业银行的破产。

(1)破产前的行政拯救。商业银行出现重大经营风险的,银监会可以采取接管、托管等行政拯救措施。在行政拯救期间,银监会可以向人民法院申请中止以该银行为被告或者被执行人的民事诉讼程序或者执行程序。

(2)破产程序的启动。商业银行有《企业破产法》第2条规定的破产原因的,该银行可以经银监会同意后向人民法院申请破产,或者由银监会向人民法院提出该银行破产的申请。商业银行破产可适用重整程序或者破产清算程序。

(3)破产银行的管理。商业银行被宣告破产的,由人民法院组织银监会等有关部门和有关人员成立清算组,进行清算。

(4)破产清偿顺序。商业银行破产清算时,在支付清算费用、所欠职工工资和劳动保险费用后,优先支付个人储蓄存款的本金和利息,在

此之后剩余的破产财产依次用于支付税款和普通债权。

4. 商业银行的终止。商业银行因解散、被撤销和被宣告破产而终止,商业银行的终止对金融市场有重大影响,对债权人利益也有重大利害关系。所以,商业银行不得自行决定终止,而是须经银监会的批准在先,以及按照商业银行法和公司法、公司登记条例等法律法规的规定办理。

新华考资

六、违反商业银行法的法律责任

(一)侵犯存款人利益应承担的法律责任

商业银行有下列情形之一,对存款人或者其他客户造成财产损害的,应当承担支付延迟履行的利息以及其他民事责任:(1)无故拖延、拒绝支付存款本金和利息的;(2)违反票据承兑等结算业务规定,不予兑现,不予收付入账,压单、压票或者违反规定退票的;(3)非法查询、冻结、扣划个人储蓄存款或者单位存款的;(4)违反商业银行法规定对存款人或者其他客户造成其他损害的。

(二)逃避银监会监管应承担的法律责任

商业银行有下列情形之一,由银监会责令改正,有违法所得的,没收违法所得,情节特别严重或者逾期不改正的,可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)未经批准设立分支机构的;(2)未经批准分立、合并或者违反规定对变更事项不报批的;(3)违反规定提高或者降低利率以及采用其他不正当手段,吸收存款,发放贷款的;(4)出租、出借经营许可证的;(5)未经批准买卖、代理买卖外汇的;(6)未经批准买卖政府债券或者发行、买卖金融债券的;(7)违反国家规定从事信托投资和证券经营业务、向非自用不动产投资或者向非银行金融机构和企业投资的;(8)向关系人发放信用贷款或者发放担保贷款的条件优于其他借款人同类贷款的条件;(9)拒绝或者阻碍银监会检查监督的;(10)提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告、报表和统计报表的;(11)未遵守资本充足率、存贷比例、资产流动性比例、同一借款人贷



款比例和中国银监会有关资产负债比例管理的其他规定的。

(三)逃避中国人民银行监管应承担的法律责任

1. 对商业银行的处罚。商业银行有下列情形之一,由中国人民银行责令改正,有违法所得,没收违法所得,违法所得 50 万元以上的,并处违法所得 1 倍以上 5 倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足 50 万元的,处 50 万元以上 200 万元以下罚款;情节特别严重或者逾期不改正的,中国人民银行可以建议银监会责令停业整顿或者吊销其经营许可证;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)未经批准办理结汇、售汇的;(2)未经批准在银行间债券市场发行、买卖金融债券或者到境外借款的;(3)违反规定同业拆借的;(4)拒绝或者阻碍中国人民银行检查监督的;(5)提供虚假的或者隐瞒重要事实的财务会计报告、报表和统计报表的;(6)未按照中国人民银行规定的比例交存存款准备金的。

2. 对商业银行管理层的处罚。商业银行法第 89 条规定:商业银行违反本法规定的,中国银监会可以区别不同情形,取消其直接负责的董事、高级管理人员一定期限直至终身的任职资格,禁止直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员一定期限直至终身从事银行业工作。商业银行的行为尚不构成犯罪的,对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员,给予警告,处 5 万元以上 50 万元以下罚款。

商业银行及其工作人员对中国银监会、中国人民银行的处罚决定不服的,可以依照行政诉讼法的规定向人民法院提起诉讼。

(四)侵犯商业银行权利的法律责任

任何机构和个人有下列行为之一,情节或后果严重,构成犯罪的,将被依法追究刑事责任:(1)未经银监会批准擅自设立商业银行,或者非法吸收公众存款、变相吸收公众存款的;(2)伪造、变造、转让商业银行经营许可证的;(3)借款人采取欺诈手段骗取贷款的;(4)商业银行的工作人员利用职务上的便利索取、收受贿赂,贪污、挪用、侵占本行资金或客户资金,玩

忽职守,泄露国家秘密和商业秘密的。

第二节 银行业监督管理法

一、银行业监督管理法概述

为了加强银行业监管,确保银行业金融机构的合法、安全、稳健运行,第十届全国人民代表大会第一次会议于 2003 年 3 月审议通过了国务院机构改革方案,决定成立中国银行业监督管理委员会。2003 年 4 月初,国务院法制办和中国银监会组成起草小组,共同负责起草银行业监督管理法。2003 年 12 月 27 日,第十届全国人大常委会第六次会议通过了银行业监督管理法。2006 年 10 月 31 日全国人大常委会对银行业监督管理法作了修正。

(一)银行业监督管理法的性质和特点

银行业监督管理法第 1 条规定:“为了加强对银行业的监督管理,规范监督管理行为,防范和化解银行业风险,保护存款人和其他客户的合法权益,促进银行业健康发展,制定本法。”这说明,银行业监督管理法的性质不是组织法而是行为法。具体说,银行业监督管理法不是一部关于中国银监会的行政组织法,而是关于银行业监督管理行为的市场规制法,其目的在于明确中国银行业监管的目标、原则,确定银行监管机构的法定地位和职责,加强和完善监管手段,规范监管程序,推进我国银行业监管向国际最佳做法靠拢,实现从合规监管向风险监管的转变,从而提高我国银行业监管的有效性。银行业监督管理法具有以下特点:

1. 大量吸收和借鉴国际银行监管的先进理念和立法经验。银行业监督管理法的条文设计大量借鉴了巴塞尔银行监管委员会《有效银行监管核心原则》所提出的银行监管的最佳做法,参阅了巴塞尔委员会发布的其他指导性文件以及美国、英国、德国、日本、韩国、新加坡等国家银行业的法律制度。银行业监督管理法除“法律责任”和“附则”外共有 41 条,其中 50% 以上的条款都直接体现了核心原则的思想。在吸收和借鉴国际先进经验基础上,纳入银行业监督管理法的有关内容将有助于提高我国银行

监管的有效性,如明确监管者的目标和原则;保证监管者的独立性;为监管者提供法律保护;建立监管机构的内部和外部监督机制;加强对股东资格的审查;通过制定和实施对银行业金融机构的审慎经营规则,实现监管方式从合规监管向风险监管的转变;加强现场和非现场监管手段;建立与银行业金融机构董事、高级管理人员的监管会谈制度;提高并表监管能力;建立监管评级体系和风险预警机制;加强信息披露,强化市场约束;在法律中明确规定银行监管机构有权区别不同情况,对未遵守审慎经营规则的银行业金融机构采取监管强制措施;加强银行监管当局与中央银行和境内其他金融监管机构的协调合作;加强银行监管当局与境外银行监管当局的合作,共同实施有效的跨境监管等。因此,银行业监督管理法将为提高我国银行监管的有效性奠定良好的法律基础。

2. 制定科学监管措施。银行业监督管理法对监管机构使用监管手段和措施给予了适当授权,为实施有效银行监管提供了必要的法律支持。银行业监督管理法规定监管机构有权要求银行业金融机构报送各类报表和资料;有权采取必要的措施,实施现场检查;有权要求与银行业金融机构董事和高级管理人员进行监管会谈;有权要求银行业金融机构按照规定进行信息披露;有权区别不同情况,对未遵守审慎经营规则的银行业金融机构采取递进的监管强制措施;有权对有问题银行业金融机构进行接管、重组或撤销,并对其直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员采取必要的限制措施;有权查询涉嫌金融违法行为人的存款或申请司法机关冻结违法资金等。同时,“法律责任”一章还授权监管机构对违反法律、法规的银行业金融机构直接负责的董事、高级管理人员和其他责任人员采取纪律处分、罚款、取消任职资格和禁止从事银行业工作等处罚措施。

3. 对监管权力予以规范。银行业监督管理法强化了监管机构的内部监督机制,规定监管机构应当建立监督管理责任制度和内部监督制度;并对监管机构工作人员提出了一系列要求,如应当具备相应的专业知识和业务能力;应

当依法办事,公正廉洁,不得利用职务便利牟取不正当利益,不得在金融机构等企业中兼任职务;应当承担相应的保密义务,等等。

4. 规定监管的程序。银行业监督管理法对监管机构行使监管权力、采取监管措施规定了程序要求和监督制约措施,如规定监管机构自收到完整的申请文件之日起,应当在规定的时限内作出批准或者不批准的决定,并书面通知申请人,决定不批准的,应当说明理由;监管机构应当制定现场检查程序,规范现场检查行为;银行业金融机构经过整改,符合有关审慎经营规则的,监管机构应当在3日内解除对其采取的限制措施等。

5. 协调外部监管机制。银行业监督管理法规定国务院审计、监察等机关,依法对银行监管机构实施外部监督,同时要求监管机构公开监督管理程序,增强监管工作的透明度,接受社会公众的监督。另外,根据行政诉讼法和行政复议法,银行业金融机构及其工作人员对监管机构的处罚决定不服的,可以申请行政复议,也可以向人民法院提起诉讼。

6. 规定银监会的法律责任。银行业监督管理法对监管机构履行职责和义务、行使监管权力、采取监管措施规定了相应的法律责任。如第43条规定,银行监管机构违反规定审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止,以及业务范围和业务范围内的业务品种;违反规定对银行业金融机构进行现场检查的;未依照本法第28条规定报告突发事件的;违反规定查询账户或者申请冻结资金的;违反规定对银行业金融机构采取措施或者处罚的;违反本法第42条规定对有关单位或者个人进行调查的;或者有滥用职权、玩忽职守的其他行为,应当依法给予行政处分。构成犯罪的,应当依法追究刑事责任。银行业监督管理法以法律形式,系统建立了对政府机构的监督制约和问责机制,这是我国法律体系的一次立法创新。

(二) 银行业监督管理的对象

1. 银行业金融机构。银行业金融机构,是指在中华人民共和国境内设立的商业银行、城市信用合作社、农村信用合作社等吸收公众存



款的金融机构以及政策性银行。这是银行业监督管理的主要对象。

2. 其他金融机构。在中华人民共和国境内设立的金融资产管理公司、信托投资公司、财务公司、金融租赁公司以及经中国银监会批准设立的其他金融机构。

3. 在境外设立的金融机构。经中国银监会批准在境外设立的金融机构以及前两种金融机构在境外的业务活动。

(三) 银行业监督管理的目标和原则

1. 银行业监督管理的目标。银行业监督管理的目标是促进银行业的合法、稳健运行,维护公众对银行业的信心。同时,银行业监督管理应当保护银行业公平竞争,提高银行业竞争能力。

2. 银行业监督管理的原则。

(1) 依法、公开、公正和效率的原则。

(2) 独立性原则,银行业监督管理机构及其从事监督管理工作的人员依法履行监督管理职责,受法律保护。地方政府、各级政府部门、社会团体和个人不得干涉。

(3) 协同原则,中国银监会应当和中国人民银行、国务院其他金融监督管理机构建立监督管理信息共享机制,以便它们在各自的职责范围内,开展对银行业和金融市场的有效监督。

二、监督管理机构

(一) 机构设置

银行业监督管理法第2条第1款规定:“国务院银行业监督管理机构负责在全国银行业金融机构及其业务活动监督管理的工作。”

根据银行业监督管理法规定,中国银监会根据履行职责的需要设立派出机构,并对派出机构实行统一领导和管理。这表明,在地方设立的银监局直接隶属于中国银监会,不受地方政府领导和管理。

(二) 机构运行

银行业监督管理法对中国银监会的运行有如下基本要求:(1)国务院银行业监督管理机构应当公开监督管理程序,建立监督管理责任制度和内部监督制度。(2)银监机构在处置银行业金融机构风险、查处有关金融违法行为等监

督管理活动中,地方政府、各级有关部门有义务予以配合和协助。(3)国务院审计、监察等机关应当依照法律规定对国务院银行业监督管理机构的活动进行监督。

(三) 从业人员基本规范

银行业监督管理法对银监机构从业人员设立了如下基本规范:(1)应当具备与其任职相适应的专业知识和业务工作经验。(2)忠于职守,依法办事,公正廉洁,不得利用职务便利牟取不正当的利益,不得在金融机构等企业中兼任职务。(3)保守国家秘密,并有责任为其监督管理的银行业金融机构及当事人保守秘密。

三、监督管理职责

(一) 监管职责的范围

1. 制定规章。中国银监会依照法律、行政法规制定并发布对银行业金融机构及其业务活动监督管理的规章、规则。

2. 审批金融机构组织。中国银监会依照法律、行政法规规定的条件和程序,审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围。

3. 审查金融机构的股东。中国银监会在受理申请设立银行业金融机构时,或者银行业金融机构变更持有资本总额或者股份总额达到规定比例以上的股东时,负责对股东的资金来源、财务状况、资本补充能力和诚信状况进行审查。

4. 审查金融机构的金融产品。中国银监会对于银行业金融机构业务范围内的业务品种,按照规定进行审查批准或者备案。需要审查批准或者备案的业务品种,由国务院银行业监督管理机构依照法律、行政法规作出规定并公布。

5. 对银行业市场准入实施管制。未经中国银监会批准,任何单位或者个人不得设立银行业金融机构或者从事银行业金融机构的业务活动。

6. 规定金融机构高管的任职资格。中国银监会对银行业金融机构的董事和高级管理人员实行任职资格管理。

7. 制定业务审慎经营规则。中国银监会依照法律、行政法规制定银行业金融机构的审慎经营规则,包括风险管理、内部控制、资本充

新华考资
www.xhkzedu.com

足率、资产质量、损失准备金、风险集中、关联交易、资产流动性等内容。

8. 对银行业自律组织的活动进行指导和监督。银行业自律组织的章程应当报中国银监会,银监会对银行业自律组织的章程和活动进行行业指导和行政监管。

9. 国际合作。中国银监会开展与银行业监督管理有关的国际交流、合作活动。

(二) 监管职责的履行

1. 审批时限规定。中国银监会应当在规定的期限内,对申请事项作出批准或者不批准的书面决定;决定不批准的,应当说明理由,包括:(1)银行业金融机构的设立,自收到申请文件之日起6个月内;(2)银行业金融机构的变更、终止,以及业务范围和增加业务范围内的业务品种,自收到申请文件之日起3个月内;(3)审查董事和高级管理人员的任职资格,自收到申请文件之日起30日内。

2. 非现场监督规定。中国银监会应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行非现场监管,建立银行业金融机构监督管理信息系统,分析、评价其风险状况。

3. 现场检查规定。中国银监会应当对银行业金融机构的业务活动及其风险状况进行现场检查。为此,中国银监会应当制定现场检查程序,规范现场检查行为。

4. 并表监管规定。中国银监会应当对银行业金融机构实行并表监督管理。

5. 接受中国人民银行建议。中国银监会对中国人民银行提出的检查银行业金融机构的建议,应当自收到建议之日起30日内予以回复。

6. 金融监管评级体系和风险预警机制。中国银监会应当建立银行业金融机构监督管理评级体系和风险预警机制,根据银行业金融机构的评级情况和风险状况,确定对其现场检查的频率、范围和需要采取的其他措施。

7. 突发事件报告责任制度。中国银监会应当建立银行业突发事件的发现、报告岗位责任制度。各级银监机构一旦发现可能引发系统性银行业风险、严重影响社会稳定的突发事件,应当立即向中国银监会负责人报告;中国银监

会负责人认为需要向国务院报告的,应当立即向国务院报告,并告知中国人民银行、国务院财政部门等有关部门。

8. 突发事件处置制度。中国银监会应当会同中国人民银行、国务院财政部门等有关部门建立银行业突发事件处置制度,制定银行业突发事件处置预案,明确处置机构和人员及其职责、处置措施和处置程序,及时、有效地处置银行业突发事件。

9. 统一的统计制度。中国银监会负责统一编制全国银行业金融机构的统计数据、报表,并按照国家有关规定予以公布。

示例

下列哪一选项不属于国务院银行业监督管理机构职责范围?(2010年试卷一第26题)

A. 审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止以及业务范围

B. 受理银行业金融机构设立申请或者资本变更申请时,审查其股东的资金来源、财务状况、诚信状况等

C. 审查批准或者备案银行业金融机构业务范围内的业务品种

D. 接收商业银行交存的存款准备金和存款保险金

【参考答案及简要提示】D。接受商业银行的存款准备金系央行的职责,而不是银监会的职责。

四、监督管理措施

(一) 强制信息披露

1. 获取财务资料。中国银监会根据履行职责的需要,有权要求银行业金融机构按照规定报送资产负债表、利润表和其他财务会计、统计报表、经营管理资料以及注册会计师出具的审计报告。

2. 现场检查。中国银监会根据审慎监管的要求,可以采取下列措施进行现场检查:(1)进入银行业金融机构进行检查;(2)询问银行业金融机构的工作人员,要求其对有关检查



事项作出说明;(3)查阅、复制银行业金融机构与检查事项有关的文件、资料,对可能被转移、隐匿或者毁损的文件、资料予以封存;(4)检查银行业金融机构运用电子计算机管理业务数据的系统。为了规范现场检查行为,银行业监督管理法还规定,首先,进行现场检查应当经银监机构负责人批准。其次,现场检查时,检查人员不得少于2人,并应当出示合法证件和检查通知书;检查人员少于2人或者未出示合法证件和检查通知书的,银行业金融机构有权拒绝检查。

3. 询问制度。中国银监会根据履行职责的需要,可以与银行业金融机构董事、高级管理人员进行监督管理谈话,要求银行业金融机构董事、高级管理人员就银行业金融机构的业务活动和风险管理的重大事项作出说明。

4. 信息披露制度。中国银监会应当责令银行业金融机构按照规定,如实向社会公众披露财务会计报告、风险管理状况、董事和高级管理人员变更以及其他重大事项等信息。

(二)强制整改制度

银行业监督管理法第37条规定,在银行业金融机构违反审慎经营规则的情况下,中国银监会或者其省一级派出机构应当责令限期改正;逾期不改正的,或者其行为严重危及该银行业金融机构的稳健运行、损害存款人和其他客户合法权益的,经中国银监会或者其省一级派出机构负责人批准,可以区别情形,采取下列措施:(1)责令暂停部分业务、停止批准开办新业务;(2)限制分配红利和其他收入;(3)限制资产转让;(4)责令控股股东转让股权或者限制有关股东的权利;(5)责令调整董事、高级管理人员或者限制其权利;(6)停止批准增设分支机构。

银行业金融机构整改后,应当向中国银监会或者其省一级派出机构提交报告。中国银监会或者其省一级派出机构经验收,符合有关审慎经营规则的,应当自验收完毕之日起3日内解除对其采取的前款规定的有关措施。

(三)接管、重组与撤销

1. 接管、重组与撤销的事由。银行业金融机构已经或者可能发生信用危机,严重影响存款人和其他客户合法权益的,中国银监会可以

依法对该银行业金融机构实行接管或者促成机构重组,接管和机构重组依照有关法律和国务院的规定执行。银行业金融机构有违法经营、经营管理不善等情形,不予撤销将严重危害金融秩序、损害公众利益的,中国银监会有权予以撤销。

2. 接管、重组与撤销的措施。银行业金融机构被接管、重组或者被撤销的,中国银监会有权要求该银行业金融机构的董事、高级管理人员和其他工作人员,按照中国银监会的要求履行职责。

在接管、机构重组或者撤销清算期间,经中国银监会负责人批准,对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员,可以采取下列措施:(1)直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员出境将对国家利益造成重大损失的,通知出境管理机关依法阻止其出境;(2)申请司法机关禁止其转移、转让财产或者对其财产设定其他权利。

(四)冻结账户

经中国银监会或者其省一级派出机构负责人批准,银监机构有权查询涉嫌金融违法的银行业金融机构及其工作人员以及关联行为人的账户;对涉嫌转移或者隐匿违法资金的,经银监机构负责人批准,可以申请司法机关予以冻结。

五、违反银行业监督管理法的法律责任

(一)银监机构工作人员的法律责任

银行业监督管理法第43条规定,银监机构从事监督管理工作的人员有下列情形之一的,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)违反规定审查批准银行业金融机构的设立、变更、终止,以及业务范围和业务范围内的业务品种的;(2)违反规定对银行业金融机构进行现场检查的;(3)未依照本法第28条规定报告突发事件的;(4)违反规定查询账户或者申请冻结资金的;(5)违反规定对银行业金融机构采取措施或者处罚的;(6)违反本法第42条规定对有关单位或者个人进行调查的;(7)滥用职权、玩忽职守的其他行为。

银监机构从事监督管理工作的人员贪污受贿、泄露国家秘密、商业秘密和个人隐私,构成

犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予行政处分。

(二)银行业金融机构的法律责任

1. 违反市场准入规定的法律责任。银行业监督管理法第44条规定,擅自设立银行业金融机构或者非法从事银行业金融机构的业务活动的,由中国银监会予以取缔;构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,由中国银监会没收违法所得,违法所得50万元以上的,并处违法所得1倍以上5倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足50万元的,处50万元以上200万元以下罚款。

2. 违反经营管制规定的法律责任。银行业监督管理法第45条规定,银行业金融机构有下列情形之一,由中国银监会责令改正,有违法所得的,没收违法所得,违法所得50万元以上的,并处违法所得1倍以上5倍以下罚款;没有违法所得或者违法所得不足50万元的,处50万元以上200万元以下罚款;情节特别严重或者逾期不改正的,可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)未经批准设立分支机构的;(2)未经批准变更、终止的;(3)违反规定从事未经批准或者未备案的业务活动的;(4)违反规定提高或者降低存款利率、贷款利率的。

3. 违反诚实经营和审慎经营义务的法律责任。银行业监督管理法第46条规定,银行业金融机构有下列情形之一,由中国银监会责令改正,并处20万元以上50万元以下罚款;情节特别严重或者逾期不改正的,可以责令停业整顿或者吊销其经营许可证;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)未经任职资格审查任命董事、

高级管理人员的;(2)拒绝或者阻碍非现场监管或者现场检查的;(3)提供虚假的或者隐瞒重要事实的报表、报告等文件、资料的;(4)未按照规定进行信息披露的;(5)严重违反审慎经营规则的;(6)拒绝执行本法第37条规定的强制整改措施的。

4. 违反提交财务资料义务的法律责任。银行业监督管理法第47条规定,银行业金融机构不按照规定提供报表、报告等文件、资料的,由银行业监督管理机构责令改正,逾期不改正的,处10万元以上30万元以下罚款。所谓“不按照规定提供”,实践中包括拒绝提供、迟延履行、提供不完全和提供不真实等情形。

5. 补充性制裁措施。银行业监督管理法第48条规定,银行业金融机构违反法律、行政法规以及国家有关银行业监督管理规定的,银行业监督管理机构除依照本法第43条至第46条规定处罚外,还可以区别不同情形,采取下列措施:(1)责令银行业金融机构对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员给予纪律处分;(2)银行业金融机构的行为尚不构成犯罪的,对直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员给予警告,处5万元以上50万元以下罚款;(3)取消直接负责的董事、高级管理人员一定期限直至终身的任职资格,禁止直接负责的董事、高级管理人员和其他直接责任人员一定期限直至终身从事银行业工作。

新华考资

【本章主要法律规定】

www.xhkedu.com

1. 商业银行法

2. 银行业监督管理法

本章由商业银行组织法和商业银行监管法两部分构成,前者提供了商业银行的基本行为规范,后者提供了商业银行运行的制度环境,同时,二者构成了银行业监管体系的基本法律依据。

本章的难点是把握银行业的特殊性——专业性和系统性,从行为规范到监管规则的理解和应用,都要以此为依据。



新华考资
www.xhkzedu.com

第四章 财税法

第一节 税法

一、税法概述

(一) 税法的概念和调整对象

1. 税收的概念与特征。税收是国家为了实现其职能的需要,凭借政治权力,依照法律规定的程序对满足法定课税要件的自然人和法人所征收的货币或实物。一般认为,税收具有三个基本特征:(1)法定性;(2)强制性;(3)无偿性。

2. 税法的概念与体系。税法是调整税收关系的法律规范的总称。税法由税收体制法、税收征纳实体法、税收征纳程序法等子部门法所组成。其中,税收征纳实体法主要包括商品税法、所得税法、财产税法和行为税法。商品税法主要包括增值税法、消费税法、营业税法、关税法和烟叶税法等。所得税法主要包括企业所得税法(2007年3月我国将《外商投资企业和外国企业所得税法》和《企业所得税暂行条例》合并,制定统一适用内外资企业的《企业所得税法》)和个人所得税法。财产税法主要包括资源税法、房产税法、土地增值税法、土地使用税法、耕地占用税法、契税法、车船税法等。行为税法主要包括印花税法等。

3. 税法的调整对象。税法的调整对象是税收关系。税收关系是相关主体在税收活动中所发生的各种社会关系的总称。

(二) 税收法律关系

1. 税收法律关系的概念。税收法律关系是由税收法律规范确认和调整的,国家和纳税人之间发生的具有权利和义务内容的社会关系。税收法律关系的一方主体始终是国家,税收法律关系主体双方具有单方面的权利与义务内容,税收法律关系的产生以纳税人发生了税法规定的行为或者事实为根据。

2. 税收法律关系的要素。税收法律关系的要素包括:(1)税收法律关系的主体,也称为税法主体,是指在税收法律关系中享有权利和承担义务的当事人,主要包括国家、征税机关、纳税人和扣缴义务人。(2)税收法律关系的内容,是指税收法律关系主体所享有的权利和所承担的义务,主要包括纳税人的权利义

务和征税机关的权利义务。(3)税收法律关系的客体,是指税收法律关系主体的权利义务所指向的对象,主要包括货币、实物和行为。

(三)税法的构成要素

税法的构成要素是指构成税法所必需的基本要件,主要包括税法主体、征税对象、税基、税目、税率、税收减免、纳税地点、纳税时间和税法责任等。

税法主体是指在税法中享有权利和承担义务的当事人,主要包括征税主体和纳税主体。征税主体包括国家和征税机关,纳税主体包括纳税人和扣缴义务人。纳税人是税法规定的享有税收权利、负有纳税义务的自然人和法人。征税对象是税法规定的征税客体,一般包括商品、所得、财产等。税基,又称为计税依据,是税法规定的计算应纳税额的依据。税目是税法规定的征税的具体品目,是对征税对象的分类和细化。税率是税法规定计算应纳税额的比率。包括定额税率、比例税率和累进税率三种基本形式。税基乘以税率就是应纳税额。税收减免是税法规定的对特定主体或客体予以减税或免税的特别优惠措施。其中,减税是对应纳税额少征一部分税款,免税是对应纳税额的全部免除。纳税地点是税法规定的纳税人缴纳税款的地点。纳税时间是税法规定的纳税人缴纳税款的期限和日期。税法责任是税收法律关系主体因违反税收法律规范而应承担的法律后果。

二、增值税法

(一)增值税的概念

增值税是以商品和劳务在流通各环节的增值为征税对象的一种税。其特点是税源广、税收中性和避免重复征税。

(二)增值税法的基本内容

1. 增值税的纳税人。增值税的纳税人为在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人。增值税的纳税人分为一般纳税人和小规模纳税人。

2. 增值税的征税对象。增值税征税对象为纳税人在中国境内销售的货物或者提供的加

工、修理修配劳务以及进口的货物。

3. 增值税的税基。增值税税基为销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的增值额。

4. 增值税的税率。增值税一般纳税人税率分为基本税率(17%)、低税率(13%)和零税率(0%)。

纳税人销售或者进口货物,除适用低税率的以外,税率为17%。

纳税人销售或者进口下列货物,税率为13%:(1)粮食、食用植物油;(2)自来水、暖气、冷气、热水、煤气、石油液化气、天然气、沼气、居民用煤炭制品;(3)图书、报纸、杂志;(4)饲料、化肥、农药、农机、农膜;(5)国务院规定的其他货物。

纳税人出口货物,税率为零;但是,国务院另有规定的除外。

纳税人提供加工、修理修配劳务,税率为17%。

增值税小规模纳税人销售货物或提供应税劳务,适用3%的征收率。

5. 增值税的税收减免。下列项目免征增值税:(1)农业生产者销售的自产农业产品;(2)避孕药品和用具;(3)古旧图书;(4)直接用于科学研究、科学试验和教学的进口仪器、设备;(5)外国政府、国际组织无偿援助的进口物资和设备;(6)由残疾人的组织直接进口供残疾人专用的物品;(7)销售的自己使用过的物品。纳税人销售额未达到财政部规定的增值税起征点的,免征增值税。增值税起征点的适用范围只限于个人。

三、消费税法

(一)消费税的概念

消费税是以特定消费品的流转额为征税对象的一种税。

(二)消费税法的基本内容

1. 消费税的纳税人。消费税的纳税人为在中国境内生产、委托加工和进口法律规定的消费品的单位和个人,以及国务院确定的销售本条例规定的消费品的其他单位和个人。

2. 消费税的征税对象。消费税的征税对象为应税消费品,具体包括:(1)烟;(2)酒及酒精;(3)化妆品;(4)护肤护发品;(5)贵重首饰;(6)鞭炮、焰火;(7)汽油;(8)柴油;(9)汽车轮胎;(10)摩托车;(11)小汽车。

从2006年4月1日起,高尔夫球及球具、高档手表、游艇、木制一次性筷子、实木地板等应征收消费税,同时取消了护肤护发品税目。

自2009年1月1日起实施成品油税费改革,取消原在成品油价外征收的公路养路费、航道养护费、公路运输管理费、公路客货运附加费、水路运输管理费、水运客货运附加费六项收费,逐步有序取消政府还贷二级公路收费;同时,将价内征收的汽油消费税单位税额每升提高0.8元,即由每升0.2元提高到1元;柴油消费税单位税额每升提高0.7元,即由每升0.1元提高到0.8元;其他成品油消费税单位税额相应提高。

3. 消费税的税基。消费税的税基为销售额或销售数量。销售额,为纳税人销售应税消费品向购买方收取的全部价款和价外费用。

4. 消费税的税率。消费税实行从价定率或者从量定额的办法计算应纳税额,按不同消费品分别采用比例税率和定额税率。具体税率、税额表参见消费税暂行条例后所附的消费税税目税率(税额)表。

纳税人兼营不同税率的应税消费品,应当分别核算不同税率应税消费品的销售额、销售数量。未分别核算销售额、销售数量,或者将不同税率的应税消费品组成成套消费品销售的,从高适用税率。

5. 消费税的税收减免。对纳税人出口应税消费品,免征消费税;国务院另有规定的除外。

四、营业税法

(一) 营业税的概念

营业税是以从事工商营利事业和服务业所取得的收入为征税对象的一种税。

(二) 营业税法的基本内容

1. 营业税的纳税人。营业税的纳税人为在中国境内提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产的单位和个人。

2. 营业税的征税对象。营业税的征税对象为应税劳务、转让无形资产或者销售不动产,具体包括:(1)交通运输业;(2)建筑业;(3)金融保险业;(4)邮电通信业;(5)文化体育业;(6)娱乐业;(7)服务业;(8)转让无形资产;(9)销售不动产。

3. 营业税的税基。营业税的税基为营业额。营业额为其提供应税劳务、转让无形资产或者销售不动产向对方收取的全部价款和价外费用。

4. 营业税的税率。营业税除娱乐业实行幅度比例税率外,其他税目均实行固定比例税率。其具体税率为:(1)交通运输业,3%;(2)建筑业,3%;(3)金融保险业,8%;(4)邮电通信业,3%;(5)文化体育业,3%;(6)娱乐业,5%~20%;(7)服务业,5%;(8)转让无形资产,5%;(9)销售不动产,5%。

自2001年1月1日起,3年内金融保险业的营业税税率逐年降低1%,从2003年1月1日起稳定在5%。自2001年5月1日起,夜总会、歌厅、舞厅、射击、狩猎、跑马、游戏、高尔夫球、保龄球、台球等营业税税率统一为20%。

5. 营业税的税收减免。下列项目免征营业税:(1)托儿所、幼儿园、养老院、残疾人福利机构提供的育养服务,婚姻介绍,殡葬服务;(2)残疾人员个人提供的劳务;(3)医院、诊所和其他医疗机构提供的医疗服务;(4)学校和其他教育机构提供的教育劳务,学生勤工俭学提供的劳务;(5)农业机耕、排灌、病虫害防治、植保、农牧保险以及相关技术培训业务,家禽、牲畜、水生动物的配种和疾病防治;(6)纪念馆、博物馆、文化馆、美术馆、展览馆、书画院、图书馆、文物保护单位举办文化活动的门票收入,宗教场所举办文化、宗教活动的门票收入;(7)境内保险机构为出口货物提供的保险产品。

纳税人营业额未达到财政部规定的营业税起征点的,免征营业税。起征点规定仅限于个人。

五、企业所得税法

《企业所得税法》自2008年1月1日起施行,我国对内外资企业实行统一的所得税法、统一的税率、统一的税前扣除范围和标准、统一的税收优惠政策。

(一) 企业所得税的概念

企业所得税是以企业在一定期间内的纯所得为征税对象的一种税。

(二) 企业所得税的纳税人

在中华人民共和国境内,企业和其他取得收入的组织(以下统称企业)为企业所得税的纳税人。个人独资企业、合伙企业除外。

企业分为居民企业和非居民企业。居民企业,是指依法在中国境内成立,或者依照外国(地区)法律成立但实际管理机构在中国境内的企业。非居民企业,是指依照外国(地区)法律成立且实际管理机构不在中国境内,但在中国境内设立机构、场所的,或者在中国境内未设立机构、场所,但有来源于中国境内所得的企业。

居民企业应当就其来源于中国境内、境外的所得缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内设立机构、场所的,应当就其所设机构、场所取得的来源于中国境内的所得,以及发生在中国境外但与其所设机构、场所有实际联系的所得,缴纳企业所得税。非居民企业在中国境内未设立机构、场所的,或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的,应当就其来源于中国境内的所得缴纳企业所得税。

(三) 企业所得税的征税对象

企业所得税的征税对象为企业所获得的各种应税收入。企业以货币形式和非货币形式从各种来源取得的收入,为收入总额。包括:(1)销售货物收入;(2)提供劳务收入;(3)转让财产收入;(4)股息、红利等权益性投资收益;(5)利息收入;(6)租金收入;(7)特许权使用费收入;(8)接受捐赠收入;(9)其他收入。

收入总额中的下列收入为不征税收入:

(1)财政拨款;(2)依法收取并纳入财政管理的

行政事业性收费、政府性基金;(3)国务院规定的其他不征税收入。

(四) 企业所得税的税率

企业所得税的税率为25%。非居民企业在中国境内未设立机构、场所的,或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的,适用税率为20%。

(五) 企业所得税应纳税所得额的计算

企业每一纳税年度的收入总额,减除不征税收入、免税收入、各项扣除以及允许弥补的以前年度亏损后的余额,为应纳税所得额。

企业实际发生的与取得收入有关的、合理的支出,包括成本、费用、税金、损失和其他支出,准予在计算应纳税所得额时扣除。

企业发生的公益性捐赠支出,在年度利润总额12%以内的部分,准予在计算应纳税所得额时扣除。

企业发生的合理的工资薪金支出、劳动保护支出,准予扣除。

企业依照国务院有关主管部门或者省级人民政府规定的范围和标准为职工缴纳的基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、工伤保险费、生育保险费等基本社会保险费和住房公积金,准予扣除。

企业为投资者或者职工支付的补充养老保险费、补充医疗保险费,在国务院财政、税务主管部门规定的范围和标准内,准予扣除。

企业在生产经营活动中发生的合理的不需要资本化的借款费用,准予扣除。

企业发生的职工福利费支出,不超过工资薪金总额14%的部分,准予扣除。

企业拨缴的工会经费,不超过工资薪金总额2%的部分,准予扣除。

除国务院财政、税务主管部门另有规定外,企业发生的职工教育经费支出,不超过工资薪金总额2.5%的部分,准予扣除;超过部分,准予在以后纳税年度结转扣除。

企业发生的与生产经营活动有关的业务招待费支出,按照发生额的60%扣除,但最高不得超过当年销售(营业)收入的5%。

企业发生的符合条件的广告费和业务宣传



费支出,除国务院财政、税务主管部门另有规定外,不超过当年销售(营业)收入15%的部分,准予扣除;超过部分,准予在以后纳税年度结转扣除。

在计算应纳税所得额时,下列支出不得扣除:(1)向投资者支付的股息、红利等权益性投资收益款项;(2)企业所得税税款;(3)税收滞纳金;(4)罚金、罚款和被没收财物的损失;(5)公益性捐赠支出以外的捐赠支出;(6)赞助支出;(7)未经核定的准备金支出;(8)与取得收入无关的其他支出。

在计算应纳税所得额时,企业按照规定计算的固定资产折旧,准予扣除。下列固定资产不得计算折旧扣除:(1)房屋、建筑物以外未投入使用的固定资产;(2)以经营租赁方式租入的固定资产;(3)以融资租赁方式租出的固定资产;(4)已足额提取折旧仍继续使用的固定资产;(5)与经营活动无关的固定资产;(6)单独估价作为固定资产入账的土地;(7)其他不得计算折旧扣除的固定资产。

在计算应纳税所得额时,企业按照规定计算的无形资产摊销费用,准予扣除。下列无形资产不得计算摊销费用扣除:(1)自行开发的支出已在计算应纳税所得额时扣除的无形资产;(2)自创商誉;(3)与经营活动无关的无形资产;(4)其他不得计算摊销费用扣除的无形资产。

在计算应纳税所得额时,企业发生的下列支出作为长期待摊费用,按照规定摊销的,准予扣除:(1)已足额提取折旧的固定资产的改建支出;(2)租入固定资产的改建支出;(3)固定资产的大修理支出;(4)其他应当作为长期待摊费用的支出。

企业对外投资期间,投资资产的成本在计算应纳税所得额时不得扣除。

企业使用或者销售存货,按照规定计算的存货成本,准予在计算应纳税所得额时扣除。

企业转让资产,该项资产的净值,准予在计算应纳税所得额时扣除。

企业在汇总计算缴纳企业所得税时,其境外营业机构的亏损不得抵减境内营业机构的盈利。

企业纳税年度发生的亏损,准予向以后年度结转,用以后年度的所得弥补,但结转年限最长不得超过5年。

非居民企业取得企业所得税法第3条第3款规定的所得,按照下列方法计算其应纳税所得额:(1)股息、红利等权益性投资收益和利息、租金、特许权使用费所得,以收入全额为应纳税所得额;(2)转让财产所得,以收入全额减除财产净值后的余额为应纳税所得额;(3)其他所得,参照前两项规定的方法计算应纳税所得额。

在计算应纳税所得额时,企业财务、会计处理办法与税收法律、行政法规的规定不一致的,应当依照税收法律、行政法规的规定计算。

(六)企业所得税应纳税额的计算

企业的应纳税所得额乘以适用税率,减除依照企业所得税法关于税收优惠的规定减免和抵免税额后的余额,为应纳税额。

企业取得的下列所得已在境外缴纳的所得税税额,可以从其当期应纳税额中抵免,抵免限额为该项所得依照企业所得税法规定计算的应纳税额;超过抵免限额的部分,可以在以后5个年度内,用每年度抵免限额抵免当年应抵税额后的余额进行抵补:(1)居民企业来源于中国境外的应税所得;(2)非居民企业在中国境内设立机构、场所,取得发生在中国境外但与该机构、场所有实际联系的应税所得。

居民企业从其直接或者间接控制的外国企业分得的来源于中国境外的股息、红利等权益性投资收益,外国企业在境外实际缴纳的所得税税额中属于该项所得负担的部分,可以作为该居民企业的可抵免境外所得税税额,在企业所得税法第23条规定的抵免限额内抵免。

(七)企业所得税税收优惠

国家对重点扶持和鼓励发展的产业和项目,给予企业所得税优惠。

企业的下列收入为免税收入:(1)国债利息收入;(2)符合条件的居民企业之间的股息、红利等权益性投资收益;(3)在中国境内设立机构、场所的非居民企业从居民企业取得与该机构、场所有实际联系的股息、红利等权益性投资收益;(4)符合条件的非营利组织的收入。

企业的下列所得,可以免征、减征企业所得税:(1)从事农、林、牧、渔业项目的所得;(2)从事国家重点扶持的公共基础设施项目投资经营的所得;(3)从事符合条件的环境保护、节能节水项目的所得;(4)符合条件的技术转让所得;(5)企业所得税法第3条第3款规定的所得。

具体而言,企业从事下列项目的所得,免征企业所得税:(1)蔬菜、谷物、薯类、油料、豆类、棉花、麻类、糖料、水果、坚果的种植;(2)农作物新品种的选育;(3)中药材的种植;(4)林木的培育和种植;(5)牲畜、家禽的饲养;(6)林产品的采集;(7)灌溉、农产品初加工、兽医、农技推广、农机作业和维修等农、林、牧、渔服务业项目;(8)远洋捕捞。企业从事下列项目的所得,减半征收企业所得税:(1)花卉、茶以及其他饮料作物和香料作物的种植;(2)海水养殖、内陆养殖。

企业从事国家重点扶持的公共基础设施项目的投资经营或符合条件的环境保护、节能节水项目的所得,自项目取得第一笔生产经营收入所属纳税年度起,第一年至第三年免征企业所得税,第四年至第六年减半征收企业所得税。

符合条件的技术转让所得免征、减征企业所得税,是指一个纳税年度内,居民企业技术转让所得不超过500万元的部分,免征企业所得税;超过500万元的部分,减半征收企业所得税。

非居民企业中国境内未设立机构、场所的,或者虽设立机构、场所但取得的所得与其所设机构、场所没有实际联系的,减按10%的税率征收企业所得税。而以下所得可免征所得税:(1)外国政府向中国政府提供贷款取得的利息所得;(2)国际金融组织向中国政府 and 居民企业提供优惠贷款取得的利息所得;(3)经国务院批准的其他所得。

符合条件的小型微利企业(即从事国家非限制和禁止行业,并符合《企业所得税法实施条例》第92条规定的企业),减按20%的税率征收企业所得税。国家需要重点扶持的高新技术企业(即拥有核心自主知识产权,并同时符合

《企业所得税法实施条例》第93条规定的企业),减按15%的税率征收企业所得税。

民族自治地方的自治机关对本民族自治地方的企业应缴纳的企业所得税中属于地方分享的部分,可以决定减征或者免征。自治州、自治县决定减征或者免征的,须报省、自治区、直辖市人民政府批准。

企业的下列支出,可以在计算应纳税所得额时加计扣除:(1)开发新技术、新产品、新工艺发生的研究开发费用;(2)安置残疾人员及国家鼓励安置的其他就业人员所支付的工资。

创业投资企业从事国家需要重点扶持和鼓励的创业投资,可以按投资额的一定比例抵扣应纳税所得额。

企业的固定资产由于技术进步等原因,确需加速折旧的,可以缩短折旧年限或者采取加速折旧的方法。

企业综合利用资源,生产符合国家产业政策规定的产品所取得的收入,可以在计算应纳税所得额时减计收入。即指企业以《资源综合利用企业所得税优惠目录》规定的资源作为主要原材料,生产国家非限制和禁止并符合国家和行业相关标准的产品取得的收入,减按90%计入收入总额。

企业购置用于环境保护、节能节水、安全生产等专用设备的投资额,该专用设备的投资额的10%可以从企业当年的应纳税额中抵免;当年不足抵免的,可以在以后5个纳税年度结转抵免。

根据国民经济和社会发展的需要,或者由于突发事件等原因对企业经营活动产生重大影响的,国务院可以制定企业所得税专项优惠政策,报全国人民代表大会常务委员会备案。

(八)企业所得税的源泉扣缴

对非居民企业取得企业所得税法第3条第3款规定的所得应缴纳的所得税,实行源泉扣缴,以支付人为扣缴义务人。税款由扣缴义务人在每次支付或者到期应支付时,从支付或者到期应支付的款项中扣缴。

对非居民企业在中国境内取得工程作业和劳务所得应缴纳的所得税,税务机关可以指定



工程价款或者劳务费的支付人为扣缴义务人。

依照企业所得税法第37、38条规定应当扣缴的所得税,扣缴义务人未依法扣缴或者无法履行扣缴义务的,由纳税人在所得发生地缴纳。纳税人未依法缴纳的,税务机关可以从该纳税人在中国境内其他收入项目的支付人应付的款项中,追缴该纳税人的应纳税款。

扣缴义务人每次代扣的税款,应当自代扣之日起7日内缴入国库,并向所在地的税务机关报送扣缴企业所得税报告表。

(九)企业所得税的特别纳税调整

企业与其关联方之间的业务往来,不符合独立交易原则而减少企业或者其关联方应纳税收入或者所得额的,税务机关有权按照合理方法调整。企业与其关联方共同开发、受让无形资产,或者共同提供、接受劳务发生的成本,在计算应纳税所得额时应当按照独立交易原则(即没有关联关系的交易各方,按照公平成交价格 and 营业常规进行业务往来遵循的原则)进行分摊。

企业可以向税务机关提出与其关联方之间业务往来的定价原则和计算方法,税务机关与企业协商、确认后,达成预约定价安排。

企业向税务机关报送年度企业所得税纳税申报表时,应当就其与关联方之间的业务往来,附送年度关联业务往来报告表。税务机关在进行关联业务调查时,企业及其关联方,以及与关联业务调查有关的其他企业,应当按照规定提供相关资料。

企业不提供与其关联方之间业务往来资料,或者提供虚假、不完整资料,未能真实反映其关联业务往来情况的,税务机关有权依法核定其应纳税所得额。

由居民企业,或者由居民企业和中国居民控制的设立在实际税负明显低于企业所得税法第4条第1款规定税率的50%的国家(地区)的企业,并非由于合理的经营需要而对利润不作分配或者减少分配的,上述利润中应归属于该居民企业的部分,应当计入该居民企业的当期收入。

企业从其关联方接受的债权性投资与权益

性投资的比例超过规定标准而发生的利息支出,不得在计算应纳税所得额时扣除。

企业实施其他不具有合理商业目的(即以减少、免除或者推迟缴纳税款为主要目的)的安排,而减少其应纳税收入或者所得额的,税务机关有权按照合理方法调整。

税务机关依照企业所得税法规定作出纳税调整,需要补征税款的,应当补征税款,并按照国务院规定加收利息。

(十)企业所得税的征收管理

除税收法律、行政法规另有规定外,居民企业以企业登记注册地为纳税地点;但登记注册地在境外的,以实际管理机构所在地为纳税地点。居民企业在中国境内设立不具有法人资格的营业机构的,应当汇总计算并缴纳企业所得税。

非居民企业取得企业所得税法第3条第2款规定的所得,以机构、场所所在地为纳税地点。非居民企业在中国境内设立两个或者两个以上机构、场所的,经税务机关审核批准,可以选择由其**主要机构、场所汇总缴纳企业所得税。非居民企业取得企业所得税法第3条第3款规定的所得,以扣缴义务人所在地为纳税地点。

除国务院另有规定外,企业之间不得合并缴纳企业所得税。

企业所得税按纳税年度计算。纳税年度自公历1月1日起至12月31日止。企业在一个纳税年度中间开业,或者终止经营活动,使该纳税年度的实际经营期不足12个月的,应当以其实际经营期为一个纳税年度。企业依法清算时,应当以清算期间作为一个纳税年度。

企业所得税分月或者分季预缴。企业应当自月份或者季度终了之日起15日内,向税务机关报送预缴企业所得税纳税申报表,预缴税款。企业应当自年度终了之日起5个月内,向税务机关报送年度企业所得税纳税申报表,并汇算清缴,结清应缴应退税款。企业在报送企业所得税纳税申报表时,应当按照规定附送财务会计报告和其他有关资料。

企业在年度中间终止经营活动的,应当自

实际经营终止之日起 60 日内,向税务机关办理当期企业所得税汇算清缴。企业应当在办理注销登记前,就其清算所得向税务机关申报并依法缴纳企业所得税。

依照企业所得税法缴纳的企业所得税,以人民币计算。所得以人民币以外的货币计算的,应当折合成人民币计算并缴纳税款。

(十一)新旧企业所得税的过渡期安排

企业所得税法公布前已经批准设立的企业,依照当时的税收法律、行政法规规定,享受低税率优惠的,按照国务院规定,可以在企业所得税法施行后 5 年内,逐步过渡到企业所得税法规定的税率;享受定期减免税优惠的,按照国务院规定,可以在企业所得税法施行后继续享受到期满为止,但因未获利而尚未享受优惠的,优惠期限从企业所得税法施行年度起计算。

法律设置的发展对外经济合作和技术交流的特定地区内,以及国务院已规定执行上述地区特殊政策的地区内新设立的国家需要重点扶持的高新技术企业,可以享受过渡性税收优惠,具体办法由国务院规定。

国家已确定的其他鼓励类企业,可以按照国务院规定享受减免税优惠。

示例

根据《企业所得税法》规定,下列哪些表述是正确的?(2010 年试卷一第 71 题)

A. 国家对鼓励发展的产业和项目给予企业所得税优惠

B. 国家对需要重点扶持的高新技术企业可以适当提高其企业所得税税率

C. 企业从事农、林、牧、渔业项目的所得可以免征、减征企业所得税

D. 企业安置残疾人员所支付的工资可以在计算应纳税所得额时加计扣除

【参考答案及简要提示】ACD。《企业所得税法》规定了税收优惠制度,包括免税收入,免征、减征企业所得税,计算应纳税所得额的加计扣除,抵扣应纳税所得额等各种税收优惠措施。本题涉及的法条有《企业所得税法》第 25、27、28、30 条。

六、个人所得税法

(一)个人所得税的概念

个人所得税是以个人的所得为征税对象的一种税。

(二)个人所得税法的基本内容

1. 个人所得税的纳税人。个人所得税的纳税人为在中国境内有住所,或者无住所而在中国境内居住满 1 年的个人(居民纳税人),以及在中国境内无住所又不居住或者在境内居住不满 1 年但有来源于中国境内所得的个人(非居民纳税人)。

在中国境内无住所,但是居住 1 年以上 5 年以下的个人,其来源于中国境外的所得,经主管税务机关批准,可以只就由中国境内公司、企业以及其他经济组织或者个人支付的部分缴纳个人所得税;居住超过 5 年的个人,从第六年起,应当就其来源于中国境外的全部所得缴纳个人所得税。

在中国境内无住所,但是在一个纳税年度中在中国境内连续或者累计居住不超过 90 日的个人,其来源于中国境内的所得,由境外雇主支付并且不由该雇主在中国境内的机构、场所负担的部分,免于缴纳个人所得税。

2. 个人所得税的征税对象。个人所得税的征税对象为应税所得,具体包括:(1)工资、薪金所得;(2)个体工商户的生产、经营所得;(3)对企事业单位的承包经营、承租经营所得;(4)劳务报酬所得;(5)稿酬所得;(6)特许权使用费所得;(7)利息、股息、红利所得;(8)财产租赁所得;(9)财产转让所得;(10)偶然所得;(11)经国务院财政部门确定征税的其他所得。

3. 个人所得税的税基。个人所得税的税基为应纳税所得额。应纳税所得额的计算方法如下:(1)工资、薪金所得,以每月收入额减除费用 3500 元后的余额,为应纳税所得额(根据 2011 年 6 月 30 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第二十一次会议《关于修改〈中华人民共和国个人所得税法〉的决定》第六次修正);(2)个体工商户的生产、经营所得,以每一纳税年度的收入总额,减除成本、费用以及损失



后的余额,为应纳税所得额;(3)对企事业单位的承包经营、承租经营所得,以每一纳税年度的收入总额(纳税义务人按照承包经营、承租经营合同规定分得的经营利润和工资、薪金性质的所得),按月减除费用2000元后的余额,为应纳税所得额;(4)劳务报酬所得、稿酬所得、特许权使用费所得、财产租赁所得,每次收入不超过4000元的,减除费用800元;4000元以上的,减除20%的费用,其余额为应纳税所得额;(5)财产转让所得,以转让财产的收入额减除财产原值和合理费用后的余额,为应纳税所得额;(6)利息、股息、红利所得,偶然所得和其他所得,以每次收入额为应纳税所得额。

对在中国境内无住所而在中国境内取得工资、薪金所得的纳税义务人和在中国境内有住所而在中国境外取得工资、薪金所得的纳税义务人,可以根据其平均收入水平、生活水平以及汇率变化情况确定附加减除费用,标准为2800元。

4. 个人所得税的税率。个人所得税根据不同的税目适用不同的税率:(1)工资、薪金所得,适用超额累进税率,税率为3%~45%;(2)个体工商户的生产、经营所得和对企事业单位的承包经营、承租经营所得,适用5%~35%的超额累进税率;(3)稿酬所得,适用比例税率,税率为20%,并按应纳税额减征30%;(4)劳务报酬所得,适用比例税率,税率为20%,对劳务报酬所得一次收入畸高的,可以实行加成征收,应纳税所得额超过2万~5万元的部分,依照税法规定计算应纳税额后再按照应纳税额加征五成,超过5万元的部分,加征十成;(5)特许权使用费所得,利息、股息、红利所得,财产租赁所得,财产转让所得,偶然所得和其他所得,适用比例税率,税率为20%。

5. 个人所得税的税收减免。下列各项个人所得,免纳个人所得税:(1)省级人民政府、国务院部委和中国人民解放军军以上单位,以及外国组织、国际组织颁发的科学、教育、技术、文化、卫生、体育、环境保护等方面的奖金;(2)国债和国家发行的金融债券利息;(3)按照国家统一规定发给的补贴、津贴;(4)福利费、抚恤金、

救济金;(5)保险赔款;(6)军人的转业费、复员费;(7)按照国家统一规定发给干部、职工的安家费、退职费、退休工资、离休工资、离休生活补助费;(8)依照我国有关法律规定应予免税的各国驻华使馆、领事馆的外交代表、领事官员和其他人员的所得;(9)中国政府参加的国际公约、签订的协议中规定免税的所得;(10)按照国家规定,单位为个人缴付和个人缴付的基本养老保险费、基本医疗保险费、失业保险费、住房公积金,从纳税义务人的应纳税所得额中扣除;(11)经国务院财政部门批准免税的所得。

有下列情形之一的,经批准可以减征个人所得税:(1)残疾、孤老人员和烈属的所得;(2)因严重自然灾害造成重大损失的;(3)其他经国务院财政部门批准减征的。

纳税人从中国境外取得的所得,准予其在应纳税额中扣除已在境外缴纳的个人所得税税额。但扣除额不得超过该纳税人境外所得依照我国法律规定计算的应纳税额。

6. 个人所得税的纳税申报:个人所得税,以所得人为纳税义务人,以支付所得的单位或者个人为扣缴义务人。纳税义务人有下列情形之一的,应当按照规定到主管税务机关办理纳税申报:(1)年所得12万元以上的;(2)从中国境内两处或者两处以上取得工资、薪金所得的;(3)从中国境外取得所得的;(4)取得应纳税所得,没有扣缴义务人的;(5)国务院规定的其他情形。年所得12万元以上的纳税义务人,在年度终了后3个月内到主管税务机关办理纳税申报。纳税义务人办理纳税申报的地点以及其他有关事项的管理办法,由国家税务总局制定。扣缴义务人应当按照国家规定办理全员全额扣缴申报,扣缴义务人在代扣税款的次月内,向主管税务机关报送其支付所得个人的基本信息、支付所得数额、扣缴税款的具体数额和总额以及其他相关涉税信息。

七、车船税法

(一)车船税的纳税人

在中国境内,《车船税法》所附《车船税税目税额表》规定的车辆、船舶(以下简称车船)

的所有人或者管理人为车船税的纳税人。

(二) 车船税的征税对象

根据《车船税税目税额表》，车船税的征收对象包括乘用车、商用车(客车、货车)、挂车、其他车辆(专用作业车、轮式专用机械车)、摩托车和船舶(机动船舶、游艇)。

(三) 车船税的减免

下列车船免征车船税：(1)捕捞、养殖渔船；(2)军队、武警专用的车船；(3)警用车船；(4)依照法律规定应当予以免税的外国驻华使领馆、国际组织驻华机构及其有关人员的车船。

对节约能源、使用新能源的车船可以减征或者免征车船税；对受严重自然灾害影响纳税困难以及有其他特殊原因确需减税、免税的，可以减征或者免征车船税。

省、自治区、直辖市人民政府根据当地实际情况，可以对公共汽车船，农村居民拥有并主要在农村地区使用的摩托车、三轮汽车和低速载货汽车定期减征或者免征车船税。

(四) 车船税的税额

乘用车、商用车中的客车和摩托车以每辆为计税单位，商用车中的货车、挂车和其他车辆以整备质量(即通常所说的“空车重量”)每吨为计税单位，船舶中的机动船舶以净吨位每吨、游艇以艇身长度每米为计税单位，依照《车船税税目税额表》规定的年基准税额征收车船税。

(五) 车船税的申报缴纳和扣缴

车船税按年申报缴纳。车船税的纳税地点为车船的登记地或者车船税扣缴义务人所在地。依法不需要办理登记的车船，车船税的纳税地点为车船的所有人或者管理人所在地。

从事机动车第三者责任强制保险业务的保险机构为机动车车船税的扣缴义务人，应当在收取保险费时依法代收车船税，并出具代收税款凭证。

八、税收征收管理法

(一) 税收征收管理制度概述

1. 税收征收管理法的概念。税收征收管理法，简称税收征管法，是调整征税机关在税款的征收和税务管理过程中所发生的社会关系的

法律规范的总称。我国现行的税收征管法包括1992年9月4日通过、1995年2月28日、2001年4月28日和2013年6月29日三次修改的《中华人民共和国税收征收管理法》以及2002年9月7日公布、2012年11月9日和2013年7月18日两次修改的《税收征收管理法实施细则》，另外还包括财政部、国家税务总局等部门所颁布的大量的部门规章和规范性文件。

2. 税收征管法的宗旨。税收征管法的宗旨包括：(1)加强税收征收管理；(2)规范税收征收和缴纳行为；(3)保障国家税收收入；(4)保护纳税人的合法权益；(5)促进经济和社会发展。

3. 税收征管法的适用范围。凡依法由税务机关征收的各种税收的征收管理，均适用税收征管法。耕地占用税、契税、农业税(2005年12月29日第十届全国人大常委会第十九次会议通过决定，自2006年1月1日起废止《农业税条例》)、牧业税征收管理的具体办法，由国务院另行制定。关税及海关代征税收的征收管理，依照法律、行政法规的有关规定执行。

4. 纳税人权利。2001年修订的税收征管法规定了纳税人权利，这是税收征管法的一大特点和历史进步。纳税人权利包括：(1)信息权。纳税人、扣缴义务人有权向税务机关了解国家税收法律、行政法规的规定以及与纳税程序有关的情况。(2)秘密权。纳税人、扣缴义务人有权要求税务机关为纳税人、扣缴义务人的情况保密。税务机关应当依法为纳税人、扣缴义务人的情况保密。为纳税人、扣缴义务人保密的情况，是指纳税人、扣缴义务人的商业秘密及个人隐私。纳税人、扣缴义务人的税收违法行为不属于保密范围。(3)申请减、免、退税的权利。(4)陈述权、申辩权。纳税人、扣缴义务人对税务机关所作出的决定，享有陈述权、申辩权。(5)申请行政复议、提起行政诉讼、请求国家赔偿权。(6)控告和检举权。纳税人、扣缴义务人有权控告和检举税务机关、税务人员的违法违纪行为。任何单位和个人都有权检举违反税收法律、行政法规的行为。收到检举的机关



和负责查处的机关应当为检举人保密。(7)奖励权。税务机关应当按照规定对检举人给予奖励。(8)请求回避权。税务人员在核定应纳税额、调整税收定额、进行税务检查、实施税务行政处罚、办理税务行政复议时,与纳税人、扣缴义务人或者其法定代表人、直接责任人有下列关系之一的,应当回避:①夫妻关系;②直系血亲关系;③三代以内旁系血亲关系;④近姻亲关系;⑤可能影响公正执法的其他利害关系。

(二) 税务管理

税务管理是税收征管程序中的基础性环节,主要包括三项制度:税务登记、账簿凭证管理和纳税申报。

1. 税务登记。税务登记又称为纳税登记,是指纳税人在开业、歇业前或其他生产经营期间发生的重大变动,在法定期间内向主管税务机关办理书面登记的一项制度。税务登记可分为开业登记、变更登记和注销登记。

(1) 开业登记制度。企业、企业在外地设立的分支机构和从事生产、经营的场所,个体工商户和从事生产、经营的事业单位(以下统称从事生产、经营的纳税人)自领取营业执照之日起30日内,持有关证件,向税务机关申报办理税务登记。税务机关应当于收到申报的当日审核并发给税务登记证件。工商行政管理机关应当将办理登记注册、核发营业执照的情况,定期向税务机关通报。

(2) 变更、注销登记制度。从事生产、经营的纳税人,税务登记内容发生变化的,自工商行政管理机关办理变更登记之日起30日内或者在向工商行政管理机关申请办理注销登记之前,持有关证件向税务机关申报办理变更或者注销税务登记。纳税人在办理注销税务登记前,应当向税务机关结清应纳税款、滞纳金、罚款,缴销发票、税务登记证件和其他税务证件。

(3) 税务登记证件的使用制度。纳税人按照国务院税务主管部门的规定使用税务登记证件。税务登记证件不得转借、涂改、损毁、买卖或者伪造。

税务登记证件具有重要作用,除按照规定不需要发给税务登记证件的外,纳税人办理下

列事项时,必须持税务登记证件:①开立银行账户;②申请减税、免税、退税;③申请办理延期申报、延期缴纳税款;④领购发票;⑤申请开具外出经营活动税收管理证明;⑥办理停业、歇业;⑦其他有关税务事项。

纳税人应当将税务登记证件正本在其生产、经营场所或者办公场所公开悬挂,接受税务机关检查。纳税人遗失税务登记证件的,应当在15日内书面报告主管税务机关,并登报声明作废。

(4) 外出经营税务登记的管理制度。从事生产、经营的纳税人到外县(市)临时从事生产、经营活动的,应当持税务登记证副本和所在地税务机关填开的外出经营活动税收管理证明,向营业地税务机关报验登记,接受税务管理。从事生产、经营的纳税人外出经营,在同一地累计超过180天的,应当在营业地办理税务登记手续。

2. 账簿凭证管理。账簿凭证管理制度包括账簿凭证的设置制度、财务会计制度、发票管理制度、账簿凭证的保管制度和税控装置制度等。

(1) 账簿凭证的设置。从事生产、经营的纳税人应当自领取营业执照或者发生纳税义务之日起15日内,按照国家有关规定设置账簿。账簿,是指总账、明细账、日记账以及其他辅助性账簿。总账、日记账应当采用订本式。

(2) 财务会计处理办法备案制度。从事生产、经营的纳税人应当自领取税务登记证件之日起15日内,将其财务、会计制度或者财务、会计处理办法报送主管税务机关备案。纳税人使用计算机记账的,应当在使用前将会计电算化系统的会计核算软件、使用说明书及有关资料报送主管税务机关备案。纳税人建立的会计电算化系统应当符合国家有关规定,并能正确、完整核算其收入或者所得。扣缴义务人应当自税收法律、行政法规规定的扣缴义务发生之日起10日内,按照所代扣、代收的税种,分别设置代扣代缴、代收代缴税款账簿。纳税人、扣缴义务人会计制度健全,能够通过计算机正确、完整计算其收入和所得或者代扣代缴、代收代缴税款

情况的,其计算机输出的完整的书面会计记录,可视同会计账簿。

纳税人、扣缴义务人的财务、会计制度或者财务、会计处理办法与国务院或者国务院财政、税务主管部门有关税收的规定抵触的,依照国务院或者国务院财政、税务主管部门有关税收的规定计算应纳税款、代扣代缴和代收代缴税款。

(3)账簿凭证的文字管理。账簿、会计凭证和报表,应当使用中文。民族自治地方可以同时使用当地通用的一种民族文字。外商投资企业和外国企业可以同时使用一种外国文字。

(4)发票管理制度。税务机关是发票的主管机关,负责发票印制、领购、开具、取得、保管、缴销的管理和监督。单位、个人在购销商品、提供或者接受经营服务以及从事其他经营活动中,应当按照规定开具、使用、取得发票。增值税专用发票由国务院税务主管部门指定的企业印制;其他发票,按照国务院税务主管部门的规定,分别由省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局指定企业印制。

(5)税控装置制度。国家根据税收征收管理的需要,积极推广使用税控装置。纳税人应当按照规定安装、使用税控装置,不得损毁或者擅自改动税控装置。

(6)账簿凭证的保管制度。账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证以及其他有关涉税资料应当合法、真实、完整。账簿、记账凭证、报表、完税凭证、发票、出口凭证以及其他有关涉税资料应当保存10年;但是,法律、行政法规另有规定的除外。

3. 纳税申报。纳税申报是纳税人按照法律规定的期限和内容,向征税机关提交有关纳税事项的书面报告的一项制度。包括纳税申报的方式、期限、内容等方面的制度。

(1)纳税申报一般要求。纳税人必须依照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的申报期限、申报内容如实办理纳税申报,报送纳税申报表、财务会计报表以及税务机关根据实际需要要求纳税人报送的其他纳税资料。扣缴义务人必须依照法律、行

政法法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的申报期限、申报内容如实报送代扣代缴、代收代缴税款报告表以及税务机关根据实际需要要求扣缴义务人报送的其他有关资料。纳税人在纳税期内没有应纳税款的,也应当按照规定办理纳税申报。纳税人享受减税、免税待遇的,在减税、免税期间应当按照规定办理纳税申报。

(2)纳税申报的方式。税务机关应当建立、健全纳税人自行申报纳税制度。纳税人、扣缴义务人可以采取邮寄、数据电文方式办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表。数据电文方式,是指税务机关确定的电话语音、电子数据交换和网络传输等电子方式。纳税人采取邮寄方式办理纳税申报的,应当使用统一的纳税申报专用信封,并以邮政部门收据作为申报凭据。邮寄申报以寄出的邮戳日期为实际申报日期。

实行定期定额缴纳税款的纳税人,可以实行简易申报、简并征期等申报纳税方式。

(3)纳税申报表的内容和申报资料。纳税人、扣缴义务人的纳税申报或者代扣代缴、代收代缴税款报告表的主要内容包括:税种、税目,应纳税项目或者应代扣代缴、代收代缴税款项目,计税依据,扣除项目及标准,适用税率或者单位税额,应退税项目及税额、应减免税项目及税额,应纳税额或者应代扣代缴、代收代缴税额,税款所属期限、延期缴纳税款、欠税、滞纳金等。

纳税人办理纳税申报时,应当如实填写纳税申报表,并根据不同的情况相应报送下列有关证件、资料:财务会计报表及其说明材料;与纳税有关的合同、协议书及凭证;税控装置的电子报税资料;外出经营活动税收管理证明和异地完税凭证;境内或者境外公证机构出具的有关证明文件;税务机关规定应当报送的其他有关证件、资料。

(4)延期申报。纳税人、扣缴义务人按照规定的期限办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表确有困难,需要延期的,应当在规定的期限内向税务机关提出书面延期申



请,经税务机关核准,在核准的期限内办理。纳税人、扣缴义务人因不可抗力,不能按期办理纳税申报或者报送代扣代缴、代收代缴税款报告表的,可以延期办理;但是,应当在不可抗力情形消除后立即向税务机关报告。税务机关应当查明事实,予以核准。

(三) 税款征收

税款征收是税收征管制度中的核心内容,具体包括税款征收基本制度、税收减免制度和税款征收保障制度。

1. 税款征收基本制度。税款征收基本制度主要包括征纳主体制度、征纳期限制度、退税制度、应纳税额的确定制度、税款入库制度和文书送达制度。

(1) 征纳主体制度。征税主体是税务机关、税务人员以及经税务机关依照法律、行政法规委托的单位和人员,其他任何单位和个人不得进行税款征收活动。

纳税主体包括纳税人和扣缴义务人。扣缴义务人依照法律、行政法规的规定履行代扣、代收税款的义务。对法律、行政法规没有规定负有代扣、代收税款义务的单位和个人,税务机关不得要求其履行代扣、代收税款义务。

(2) 征纳期限制度。征纳期限制度主要包括纳税主体的纳税期限和征税主体的征税期限。征税期限主要表现在征税机关的补征期和追征期上。

纳税人、扣缴义务人按照法律、行政法规规定或者税务机关依照法律、行政法规的规定确定的期限,缴纳或者解缴税款。纳税人因有特殊困难,不能按期缴纳税款的,经省、自治区、直辖市国家税务局、地方税务局批准,可以延期缴纳税款,但是最长不得超过3个月。纳税人的特殊困难包括:①因不可抗力,导致纳税人发生较大损失,正常生产经营活动受到较大影响的;②当期货币资金在扣除应付职工工资、社会保险费后,不足以缴纳税款的。

因税务机关的责任,致使纳税人、扣缴义务人未缴或者少缴税款的,税务机关在3年内可以要求纳税人、扣缴义务人补缴税款,但是不得加收滞纳金。因纳税人、扣缴义务人计算错误

等失误,未缴或者少缴税款的,税务机关在3年内可以追征税款、滞纳金;有特殊情况的,追征期可以延长到5年。特殊情况,是指纳税人或者扣缴义务人因计算错误等失误,未缴或者少缴、未扣或者少扣、未收或者少收税款,累计数额在10万元以上的。对偷税、抗税、骗税的,税务机关追征其未缴或者少缴的税款、滞纳金或者所骗取的税款,则没有期限的限制。

(3) 退税制度。纳税人超过应纳税额缴纳的税款,税务机关发现后应当立即退还;纳税人自结算缴纳税款之日起3年内发现的,可以向税务机关要求退还多缴的税款并加算银行同期存款利息,税务机关及时查实后应当立即退还;涉及从国库中退库的,依照法律、行政法规有关国库管理的规定退还。

(4) 应纳税额的确定制度。应纳税额的确定一般由征税机关根据纳税人的纳税申报来确定,在纳税人申报不实或不纳税申报时,税务机关享有核定权和调整权。

纳税人有下列情形之一的,税务机关有权核定其应纳税额:①依照法律、行政法规的规定可以不设置账簿的;②依照法律、行政法规的规定应当设置账簿但未设置的;③擅自销毁账簿或者拒不提供纳税资料的;④虽设置账簿,但账目混乱或者成本资料、收入凭证、费用凭证残缺不全,难以查账的;⑤发生纳税义务,未按照规定的期限办理纳税申报,经税务机关责令限期申报,逾期仍不申报的;⑥纳税人申报的计税依据明显偏低,又无正当理由的。

核定应纳税额的方法包括:①参照当地同类行业或者类似行业中经营规模和收入水平相近的纳税人的税负水平核定;②按照营业收入或者成本加合理的费用和利润的方法核定;③按照耗用的原材料、燃料、动力等推算或者测算核定;④按照其他合理方法核定。采用一种方法不足以正确核定应纳税额时,可以同时采用两种以上的方法核定。纳税人对税务机关采取上述方法核定的应纳税额有异议的,应当提供相关证据,经税务机关认定后,调整应纳税额。

企业或者外国企业在中国境内设立的从事

生产、经营的机构、场所与其关联企业之间的业务往来,应当按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用;不按照独立企业之间的业务往来收取或者支付价款、费用,而减少其应纳税的收入或者所得额的,税务机关有权进行合理调整。关联企业,是指有下列关系之一的公司、企业和其他经济组织:①在资金、经营、购销等方面,存在直接或者间接的拥有或者控制关系;②直接或者间接地同为第三者所拥有或者控制;③在利益上具有相关联的其他关系。

纳税人与其关联企业之间的业务往来有下列情形之一的,税务机关可以调整其应纳税额:①购销业务未按照独立企业之间的业务往来作价;②融通资金所支付或者收取的利息超过或者低于没有关联关系的企业之间所能同意的数额,或者利率超过或者低于同类业务的正常利率;③提供劳务,未按照独立企业之间业务往来收取或者支付劳务费用;④转让财产、提供财产使用权等业务往来,未按照独立企业之间业务往来作价或者收取、支付费用;⑤未按照独立企业之间业务往来作价的其他情形。

税务机关调整计税收入额或者所得额的方法包括:①按照独立企业之间进行的相同或者类似业务活动的价格;②按照再销售给无关联关系的第三者的价格所应取得的收入和利润水平;③按照成本加合理费用和利润;④按照其他合理的方法。

纳税人与其关联企业未按照独立企业之间的业务往来支付价款、费用的,税务机关自该业务往来发生的纳税年度起3年内进行调整;有特殊情况的,可以自该业务往来发生的纳税年度起10年内进行调整。

纳税人可以向主管税务机关提出与其关联企业之间业务往来的定价原则和计算方法,主管税务机关审核、批准后,与纳税人预先约定有关定价事项,监督纳税人执行。

(5)税款入库制度。国家税务局和地方税务局应当按照国家规定的税收征收管理范围和税款入库预算级次,将征收的税款缴入国库。对审计机关、财政机关依法查出的税收违法行为,税务机关应当根据有关机关的决定、意见

书,依法将应收的税款、滞纳金按照税款入库预算级次缴入国库,并将结果及时回复有关机关。

(6)文书送达制度。税务机关送达税务文书,应当直接送交受送达人。受送达人是公民的,应当由本人直接签收;本人不在的,交其同住成年家属签收。受送达人是法人或者其他组织的,应当由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或者该法人、组织的财务负责人、负责收件的人签收。受送达人有代理人的,可以送交其代理人签收。

送达税务文书应当有送达回证,并由受送达人或者法律规定的其他签收人在送达回证上记明收到日期,签名或者盖章,即为送达。

送达的方式包括直接送达、委托送达、留置送达、邮寄送达和公告送达。如果同一送达事项的受送达人众多,且采用其他送达方式无法送达的,可以公告送达,公告送达的期限为30日。

需要送达的税务文书包括:①税务事项通知书;②责令限期改正通知书;③税收保全措施决定书;④税收强制执行决定书;⑤税务检查通知书;⑥税务处理决定书;⑦税务行政处罚决定书;⑧行政复议决定书;⑨其他税务文书。

2. 税收减免制度。纳税人可以依照法律、行政法规的规定书面申请减税、免税。减税、免税的申请须经法律、行政法规规定的减税、免税审查批准机关审批。地方各级人民政府、各级人民政府主管部门、单位和个人违反法律、行政法规规定,擅自作出的减税、免税决定无效,税务机关不得执行,并应向上级税务机关报告。

法律、行政法规规定或者经法定的审批机关批准减税、免税的纳税人,应当持有关文件到主管税务机关办理减税、免税手续。减税、免税期满,应当自期满次日起恢复纳税。享受减税、免税优惠的纳税人,减税、免税条件发生变化的,应当自发生变化之日起15日内向税务机关报告;不再符合减税、免税条件的,应当依法履行纳税义务;未依法纳税的,税务机关应当予以追缴。

3. 税款征收保障制度。税款征收保障制度包括税收保全制度、税收强制执行制度和其

他保障制度。

(1) 税收保全制度。税收保全制度包括责令限期缴纳税款、冻结存款、扣押查封财产、税收代位权和撤销权等制度。

对未按照规定办理税务登记的从事生产、经营的纳税人以及临时从事经营的纳税人,由税务机关核定其应纳税额,责令缴纳;不缴纳的,税务机关可以扣押其价值相当于应纳税款的商品、货物。扣押后缴纳应纳税款的,税务机关必须立即解除扣押,并归还所扣押的商品、货物;扣押后仍不缴纳应纳税款的,经县以上税务局(分局)局长批准,依法拍卖或者变卖所扣押的商品、货物,以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

税务机关有根据认为从事生产、经营的纳税人有逃避纳税义务行为的,可以在规定的纳税期之前,责令限期缴纳应纳税款;在限期内发现纳税人有明显的转移、隐匿其应纳税的商品、货物以及其他财产或者应纳税的收入的迹象的,税务机关可以责成纳税人提供纳税担保。如果纳税人不能提供纳税担保,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以采取下列税收保全措施:①书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构冻结纳税人的金额相当于应纳税款的存款;②扣押、查封纳税人的价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产。其他财产包括纳税人的房地产、现金、有价证券等不动产和动产。

纳税人在规定的限期内缴纳税款的,税务机关必须立即解除税收保全措施;限期期满仍未缴纳税款的,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以书面通知纳税人开户银行或者其他金融机构从其冻结的存款中扣缴税款,或者依法拍卖或者变卖所扣押、查封的商品、货物或者其他财产,以拍卖或者变卖所得抵缴税款。

个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品,不在税收保全措施的范围之内。机动车辆、金银饰品、古玩字画、豪华住宅或者一处以外的住房不属于个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品。税务机关对单价 5000 元以下的其他生活用品,不采取税收保全措施

和强制执行措施。

欠缴税款的纳税人因怠于行使到期债权,或者放弃到期债权,或者无偿转让财产,或者以明显不合理的低价转让财产而让人知道该情形,对国家税收造成损害的,税务机关可以依照合同法第 73、74 条的规定行使代位权、撤销权。

(2) 税收强制执行制度。从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人未按照规定的期限缴纳或者解缴税款,纳税担保人未按照规定的期限缴纳所担保的税款,由税务机关责令限期缴纳,逾期仍未缴纳的,经县以上税务局(分局)局长批准,税务机关可以采取下列强制执行措施:①书面通知其开户银行或者其他金融机构从其存款中扣缴税款;②扣押、查封、依法拍卖或者变卖其价值相当于应纳税款的商品、货物或者其他财产,以拍卖或者变卖所得抵缴税款。税务机关采取强制执行措施时,对纳税人、扣缴义务人、纳税担保人未缴纳的滞纳金同时强制执行。拍卖或者变卖所得抵缴税款、滞纳金、罚款以及拍卖、变卖等费用后,剩余部分应当在 3 日内退还被执行人。个人及其所扶养家属维持生活必需的住房和用品,不在强制执行措施的范围之内。

(3) 其他税收保障制度。其他税收保障制度主要包括税收优先权制度、纳税担保制度和离境清税制度。

税务机关征收税款,税收优先于无担保债权,法律另有规定的除外;纳税人欠缴的税款发生在纳税人以其财产设定抵押、质押或者纳税人的财产被留置之前的,税收应当先于抵押权、质权、留置权执行。纳税人欠缴税款,同时又被行政机关决定处以罚款、没收违法所得的,税收优先于罚款、没收违法所得。

纳税担保,包括经税务机关认可的纳税保证人为纳税人提供的纳税保证,以及纳税人或者第三人以其未设置或者未全部设置担保物权的财产提供的担保。纳税担保人同意为纳税人提供纳税担保的,应当填写纳税担保书,写明担保对象、担保范围、担保期限和担保责任以及其他有关事项。担保书须经纳税人、纳税担保人签字盖章并经税务机关同意,方为有效。纳税

人或者第三人以其财产提供纳税担保的,应当填写财产清单,并写明财产价值以及其他有关事项。纳税担保财产清单须经纳税人、第三人签字盖章并经税务机关确认,方为有效。

欠缴税款的纳税人或者他的法定代表人需要出境的,应当在出境前向税务机关结清应纳税款、滞纳金或者提供担保。未结清税款、滞纳金,又不提供担保的,税务机关可以通知出境管理机关阻止其出境。

(四) 税务检查

税务检查制度是税收征管制度中的保障性制度,主要包括税务检查的事项、纳税人在税务检查中的义务和税务机关在税务检查中的权利义务。

1. 税务检查的事项。税务机关有权进行下列税务检查:(1)检查纳税人的账簿、记账凭证、报表和有关资料,检查扣缴义务人代扣代缴、代收代缴税款账簿、记账凭证和有关资料;(2)到纳税人的生产、经营场所和货物存放地检查纳税人应纳税的商品、货物或者其他财产,检查扣缴义务人与代扣代缴、代收代缴税款有关的经营情况;(3)责成纳税人、扣缴义务人提供与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的文件、证明材料和有关资料;(4)询问纳税人、扣缴义务人与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的问题和情况;(5)到车站、码头、机场、邮政企业及其分支机构检查纳税人托运、邮寄应纳税商品、货物或者其他财产的有关单据、凭证和有关资料;(6)经县以上税务局(分局)局长批准,凭全国统一格式的检查存款账户许可证明,查询从事生产、经营的纳税人、扣缴义务人在银行或者其他金融机构的存款账户。税务机关在调查税收违法案件时,经设区的市、自治州以上税务局(分局)局长批准,可以查询案件涉嫌人员的储蓄存款。

2. 纳税人在税务检查中的义务。纳税人、扣缴义务人必须接受税务机关依法进行的税务检查,如实反映情况,提供有关资料,不得拒绝、隐瞒。

3. 税务机关在税务检查中的权利义务。税务机关依法进行税务检查时,有权向有关单

位和个人调查纳税人、扣缴义务人和其他当事人与纳税或者代扣代缴、代收代缴税款有关的情况,有关单位和个人有义务向税务机关如实提供有关资料及证明材料。税务机关调查税务违法案件时,对与案件有关的情况和资料,可以记录、录音、录像、照相和复制。

税务机关派出的人员进行税务检查时,应当出示税务检查证和税务检查通知书,并有责任为被检查人保守秘密;未出示税务检查证和税务检查通知书的,被检查人有权拒绝检查。

(五) 法律责任

法律责任是税收法律关系的主体因违反税收法律规范所应承担的不利法律后果。税收法律责任制度包括法律责任的主体、违法行为类型和法律责任的形式等制度。

1. 税收法律责任的主体。税收法律责任的主体包括税收法律关系中的所有主体,主要包括纳税人、扣缴义务人、征税机关及其工作人员、其他具有法定义务的主体。

2. 税收法律责任的违法行为类型:

(1)纳税人的违法行为类型。纳税人的税收违法行为主要包括违反税收征收管理制度的行为、偷税行为、欠税行为、抗税行为、骗取出口退税行为和其他违法行为。

纳税人伪造、变造、隐匿、擅自销毁账簿、记账凭证,或者在账簿上多列支出或者不列、少列收入,或者经税务机关通知申报而拒不申报或者进行虚假的纳税申报,不缴或者少缴应纳税款的,是偷税。以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的,是抗税。纳税人、扣缴义务人在规定期限内不缴或者少缴应纳税款或者应解缴的税款的,是欠税。

(2)扣缴义务人的违法行为类型。扣缴义务人的违法行为类型主要包括违反税收征收管理制度的行为、偷税行为、欠税行为和其他违法行为。

(3)征税机关及其工作人员的税收违法行为。征税机关及其工作人员的税收违法行为主要包括违反税收征收管理制度的行为、徇私舞弊行为、渎职行为、滥用职权行为等。

(4)其他主体的违法行为。其他主体的违



法行为如纳税人、扣缴义务人的开户银行或者其他金融机构拒绝接受税务机关依法检查纳税人、扣缴义务人存款账户,或者拒绝执行税务机关作出的冻结存款或者扣缴税款的决定,或者在接到税务机关的书面通知后帮助纳税人、扣缴义务人转移存款。

3. 法律责任的形式。法律责任的形式一般包括经济责任、行政责任和刑事责任。

(1) 经济责任。经济责任主要包括加收滞纳金和赔偿损失。

(2) 行政责任。行政责任主要包括行政处罚和行政处分。前者主要是针对纳税人和扣缴义务人的,主要包括责令限期改正,责令缴纳税款;采取税收保全措施和税收强制执行措施;罚款;吊销税务登记证,收回税务机关发给的票证,吊销营业执照等。行政处分是针对税务机关的工作人员的,主要包括警告、记过、记大过、降级、撤职和开除。

(3) 刑事责任。刑事责任形式主要包括罚金、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑。

4. 主要违法行为的法律责任:

(1) 纳税人未按照规定期限缴纳税款的,扣缴义务人未按照规定期限解缴税款的,税务机关除责令限期缴纳外,从滞纳税款之日起,按日加收滞纳税款5‰的滞纳金。

(2) 纳税人有下列行为之一的,由税务机关责令限期改正,可以处2000元以下的罚款;情节严重的,处2000元以上1万元以下的罚款:①未按照规定的期限申报办理税务登记、变更或者注销登记的;②未按照规定设置、保管账簿或者保管记账凭证和有关资料的;③未按照规定将财务、会计制度或者财务、会计处理办法和会计核算软件报送税务机关备查的;④未按照规定将其全部银行账号向税务机关报告的;⑤未按照规定安装、使用税控装置,或者损毁或者擅自改动税控装置的。

(3) 2009年2月28日第十一届全国人大常委会第七次会议通过了《刑法修正案(七)》,修订后的刑法第201条以“逃税罪”取代“偷税罪”,并以概括方式取代了列举式的犯罪客观要件,同时删除原偷税罪的具体数额标准,增加了

初犯补税免罪的规定。第201条修改为:“纳税人采取欺骗、隐瞒手段进行虚假纳税申报或者不申报,逃避缴纳税款数额较大并且占应纳税额百分之十以上的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大并且占应纳税额百分之三十以上的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。扣缴义务人采取前款所列手段,不缴或者少缴已扣、已收税款,数额较大的,依照前款的规定处罚。对多次实施前两款行为,未经处理的,按照累计数额计算。有第一款行为,经税务机关依法下达追缴通知后,补缴应纳税款,缴纳滞纳金,已受行政处罚的,不予追究刑事责任;但是,五年内因逃避缴纳税款受过刑事处罚或者被税务机关给予二次以上行政处罚的除外。”

(4) 纳税人欠缴应纳税款,采取转移或者隐匿财产的手段,妨碍税务机关追缴欠缴的税款的,由税务机关追缴欠缴的税款、滞纳金,并处欠缴税款50%以上5倍以下的罚款;欠缴税款数额在1万元以上不满10万元的,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金;数额在10万元以上的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处欠缴税款1倍以上5倍以下罚金。

(5) 以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的,除由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金外,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处拒缴税款1倍以上5倍以下罚金;情节严重的,处3年以上7年以下有期徒刑,并处拒缴税款1倍以上5倍以下罚金。情节轻微,未构成犯罪的,由税务机关追缴其拒缴的税款、滞纳金,并处拒缴税款1倍以上5倍以下的罚款。

(6) 纳税人、扣缴义务人的开户银行或者其他金融机构拒绝接受税务机关依法检查纳税人、扣缴义务人存款账户,或者拒绝执行税务机关作出的冻结存款或者扣缴税款的决定,或者在接到税务机关的书面通知后帮助纳税人、扣缴义务人转移存款,造成税款流失的,由税务机关处10万元以上50万元以下的罚款,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员处1000元以上1万元以下的罚款。

(7)税务机关违反规定擅自改变税收征收管理范围和税款入库预算级次的,责令限期改正,对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予降级或者撤职的行政处分。

(8)未经税务机关依法委托征收税款的,责令退还收取的财物,依法给予行政处分或者行政处罚;致使他人合法权益受到损失的,依法承担赔偿责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(9)税务人员利用职务上的便利,收受或者索取纳税人、扣缴义务人财物或者谋取其他不正当利益,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予行政处分。

(10)税务人员徇私舞弊或者玩忽职守,不征或者少征应征税款,致使国家税收遭受重大损失,构成犯罪的,依法追究刑事责任;尚不构成犯罪的,依法给予行政处分。

(11)违反法律、行政法规的规定,擅自作出税收的开征、停征或者减税、免税、退税、补税以及其他同税收法律、行政法规相抵触的决定的,除依照税收征管法规定撤销其擅自作出的决定外,补征应征未征税款,退还不应征收而征收的税款,并由上级机关追究直接负责的主管人员和其他直接责任人员的行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

5. 追究法律责任的主体和期限。追究法律责任的主体主要包括征税机关和人民法院。行政处罚,罚款额在 2000 元以下的,可以由税务所决定。

违反税收法律、行政法规应当给予行政处罚的行为,在 5 年内未被发现的,不再给予行政处罚。

第二节 审计法

一、审计法概述

(一) 审计的概念

审计,是指审计机关依据法律,独立检查被审计单位的会计凭证、会计账簿、会计报表以及其他财政收支、财务收支有关的资料和资产,监督财政收支、财务收支真实、合法、效益的活动。

(二) 审计法的概念及调整范围

审计法是调整审计关系的法律规范的总称。现行审计法包括《中华人民共和国审计法》和《中华人民共和国审计法实施条例》。

国务院各部门和地方各级人民政府及其各部门的财政收支,国有的金融机构和企业事业组织的财务收支,以及其他依照审计法规定应当接受审计的财政收支、财务收支,依照法律规定接受审计监督。审计机关依据有关财政收支、财务收支的法律、法规和国家其他有关规定进行审计评价,在法定职权范围内作出审计决定。

(三) 审计法的原则

审计法的基本原则包括合法性原则、客观公正原则、实事求是原则、廉洁奉公原则和保守秘密原则。

(四) 审计工作领导体制

国务院和县级以上地方人民政府设立审计机关。国务院设立审计署,在国务院总理领导下,主管全国的审计工作。审计长是审计署的行政首长。省、自治区、直辖市、设区的市、自治州、县、自治县、不设区的市、市辖区的人民政府的审计机关,分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下,负责本行政区域内的审计工作。审计机关根据工作需要,可以在其审计管辖范围内设立派出机构。派出机构根据审计机关的授权,依法进行审计工作。地方各级审计机关负责人的任免,应当事先征求上一级审计机关的意见。

二、审计机关的职责和权限

(一) 审计机关的职责

1. 审计机关对本级各部门(含直属单位)和下级政府预算的执行情况和决算以及其他财政收支情况,进行审计监督。

2. 审计署在国务院总理领导下,对中央预算执行情况和其他财政收支情况进行审计监督,向国务院总理提出审计结果报告。地方各级审计机关分别在省长、自治区主席、市长、州长、县长、区长和上一级审计机关的领导下,对本级预算执行情况和其他财政收支情况进行审

新华考资

www.xhkHzedu.com



计监督,向本级人民政府和上一级审计机关提出审计结果报告。

3. 审计署对中央银行的财务收支,进行审计监督。审计机关对国有金融机构的资产、负债、损益,进行审计监督。

4. 审计机关对国家的事业组织和使用财政资金的其他事业组织的财务收支,进行审计监督;对国有企业的资产、负债、损益,进行审计监督;对与国计民生有重大关系的国有企业、接受财政补贴较多或者亏损数额较大的国有企业,以及国务院和本级地方人民政府指定的其他国有企业,应当有计划地定期进行审计;对政府投资和以政府投资为主的建设项目的预算执行情况和决算,进行审计监督;审计机关对政府部门管理的和其他单位受政府委托管理的社会保障基金、社会捐赠资金以及其他有关基金、资金的财务收支,进行审计监督;对国际组织和外国政府援助、贷款项目的财务收支,进行审计监督;按照国家有关规定,对国家机关和依法属于审计机关审计监督对象的其他单位的主要负责人,在任职期间对本地区、本部门或者本单位的财政收支、财务收支以及有关经济活动应负经济责任的履行情况,进行审计监督;对其他法律、行政法规规定应当由审计机关进行审计的事项,依照审计法和有关法律、行政法规的规定进行审计监督。

5. 审计机关有权对与国家财政收支有关的特定事项,向有关地方、部门、单位进行专项审计调查,并向本级人民政府和上一级审计机关报告审计调查结果。国务院和县级以上地方人民政府应当每年向本级人民代表大会常务委员会提出审计机关对预算执行和其他财政收支的审计工作报告。

(二) 审计机关的权限

1. 审计机关有权要求被审计单位按照审计机关的规定提供预算或者财务收支计划、预算执行情况、决算、财务会计报告,运用电子计算机储存、处理的财政收支、财务收支电子数据和必要的电子计算机技术文档,在金融机构开立账户的情况,社会审计机构出具的审计报告,以及其他与财政收支或者财务收支有关的资

料,被审计单位不得拒绝、拖延、谎报。被审计单位负责人对本单位提供的财务会计资料的真实性和完整性负责。

2. 审计机关进行审计时,有权检查被审计单位的会计凭证、会计账簿、财务会计报告和运用电子计算机管理财政收支、财务收支电子数据的系统,以及其他与财政收支、财务收支有关的资料和资产,被审计单位不得拒绝。

3. 审计机关进行审计时,有权就审计事项的有关问题向有关单位和个人进行调查,并取得有关证明材料。有关单位和个人应当支持、协助审计机关工作,如实向审计机关反映情况,提供有关证明材料。审计机关经县级以上人民政府审计机关负责人批准,有权查询被审计单位在金融机构的账户。审计机关有证据证明被审计单位以个人名义存储公款的,经县级以上人民政府审计机关主要负责人批准,有权查询被审计单位以个人名义在金融机构的存款。

4. 审计机关对被审计单位正在进行的违反国家规定的财政收支、财务收支行为,有权予以制止;制止无效的,经县级以上人民政府审计机关负责人批准,通知财政部门和相关主管部门暂停拨付与违反国家规定的财政收支、财务收支行为直接有关的款项,已经拨付的,暂停使用。审计机关采取上述措施不得影响被审计单位合法的业务活动和生产经营活动。

5. 审计机关认为被审计单位所执行的上级主管部门有关财政收支、财务收支的规定与法律、行政法规相抵触的,应当建议有关主管部门纠正;有关主管部门不予纠正的,审计机关应当提请有权处理的机关依法处理。

6. 审计机关可以向政府有关部门通报或者向社会公布审计结果。

7. 审计机关履行审计监督职责,可以提请公安、监察、财政、税务、海关、价格、工商行政管理等机关予以协助。

三、违反审计法的责任

(一) 被审计单位的违法责任

1. 被审计单位违反审计法规定,拒绝或者拖延提供与审计事项有关的资料的,或者提供

的资料不真实、不完整的,或者拒绝、阻碍检查的,由审计机关责令改正,可以通报批评,给予警告;拒不改正的,依法追究法律责任。

2. 被审计单位违反审计法规定,转移、隐匿、篡改、毁弃会计凭证、会计账簿、财务会计报告以及其他与财政收支、财务收支有关的资料,或者转移、隐匿所持有的违反国家规定取得的资产,审计机关认为对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予处分的,应当提出给予处分的建议,被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定,并将结果书面通知审计机关;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

3. 对本级各部门(含直属单位)和下级政府违反预算的行为或者其他违反国家规定的财政收支行为,审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内,依照法律、行政法规的规定,区别情况采取下列处理措施:(1)责令限期缴纳应当上缴的款项;(2)责令限期退还被侵占的国有资产;(3)责令限期退还违法所得;(4)责令按照国家统一的会计制度的有关规定进行处理;(5)其他处理措施。

4. 对被审计单位违反国家规定的财务收支行为,审计机关、人民政府或者有关主管部门在法定职权范围内,依照法律、行政法规的规

定,区别情况采取前项规定的处理措施,并可以依法给予处罚。

5. 被审计单位的财政收支、财务收支违反国家规定,审计机关认为对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法应当给予处分的,应当提出给予处分的建议,被审计单位或者其上级机关、监察机关应当依法及时作出决定,并将结果书面通知审计机关。

6. 被审计单位的财政收支、财务收支违反法律、行政法规的规定,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

7. 报复陷害审计人员的,依法给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(二)审计人员的法律责任

审计人员滥用职权、徇私舞弊、玩忽职守或者泄露所知悉的国家秘密、商业秘密的,依法给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

【本章主要法律规定】

1. 税收征收管理法
2. 税收征收管理法实施细则
3. 个人所得税法
4. 企业所得税法
5. 车船税法
6. 审计法

新华考资

www.xhkzedu.com

税收是国家财政收入的重要来源,审计制度是国家财政收支的运行保障。税法和审计法都具有较强的行政属性,它们不仅关系到国家的财政利益,也关系到纳税人和被审计者的合法权益。

本章的难点是准确把握税收权和审计权有效行使与合法行使的标准和程序。



经济法

第五章
劳动法
新华考资
www.xhkzedu.com

第一节 劳动法概述

一、劳动法的概念和调整对象

(一) 劳动法的概念

劳动法是调整劳动关系以及与劳动关系密切联系的其他社会关系的法律规范的总和。制定劳动法的目的是保护劳动者的合法权益,构建和谐稳定的劳动关系,维护社会安定,促进经济发展和社会进步。

劳动法有广义和狭义之分:狭义上的劳动法,一般是指国家最高立法机构制定颁布的全国性、综合性的劳动法,即《中华人民共和国劳动法》(以下简称劳动法);广义上的劳动法,是指调整劳动关系以及与劳动关系有密切联系的其他社会关系的法律规范的总称。

我国劳动法的渊源有:宪法中有关劳动领域事务的规定;全国人民代表大会及其常委会制定的劳动法律,如劳动法、《中华人民共和国劳动合同法》(以下简称劳动合同法);国务院制定的劳动行政法规;国务院所属各部委制定的劳动规章;省、自治区、直辖市地方立法机关制定的地方性劳动法规和劳动规章;民族自治地方人大制定的地方性劳动法规;我国批准生效的国际劳工公约;其他规范性文件(如最高人民法院的有关司法解释)或准规范性文件(如中华全国总工会制定的《工会参与劳动争议处理试行办法》)等。

2008年1月1日起施行的劳动合同法,是全面调整劳动合同关系的法律规范,在规范用人单位与劳动者订立、履行、解除、变更、终止、续订劳动合同中发挥着重要作用。劳动法与劳动合同法是一般法与特别法的关系,即劳动合同法有规定的,优先适用劳动合同法,劳动合同法没有规定的,适用劳动法。

(二) 劳动法的调整对象

劳动法的调整对象为劳动关系和与劳动关系密切联系的其他社会关系。

劳动法的主要调整对象是劳动关系,狭义上是指劳动者与用人单位之间在实现劳动过程中发生的社会关系,广义上的主体还应包括劳动者的团体组织。

狭义的劳动关系的特征是:

1. 劳动关系的当事人是特定的,一方是劳动者,另一方是用人单位。我国劳动法限定劳动关系的主体资格,劳动者只能是自然人,是劳动力的所有者,可以释放其脑力和体力的劳动能力以从事物质创造和完成其他工作任务。劳动者包括在法定劳动年龄内具有劳动能力的我国公民、外国人、无国籍人。用人单位是指使用和管理劳动者并付给其劳动报酬的单位。劳动法限定用人单位为依法成立的企业、个体经济组织、国家机关、事业组织、社会团体、民办非企业单位等组织。非上述劳动关系主体之间发生的雇佣关系不由劳动法调整。

2. 劳动关系是在实现劳动过程中发生的社会关系,是在职业劳动、集体劳动、工业劳动过程中发生的社会关系。所谓实现劳动过程,就是劳动者参加到某一用人单位中去劳动,使劳动者与用人单位提供的生产资料、工作条件相结合。私人雇佣劳动关系和农业劳动关系、家庭成员的共同劳动关系等不由劳动法调整。

3. 劳动关系具有人身、财产关系的属性。劳动关系具有人身属性,用人单位有权依法管理和使用劳动者,这一属性决定了用人单位对劳动力的使用、管理,直接关系到劳动者的人身,关系到其健康和生命,关系到其劳动能力、劳动人格、尊严的维护,关系到其工资等物质权利的保护;这种人身属性也决定了劳动者必须亲自履行劳动义务,并应遵守用人单位的劳动规章制度,按照用人单位的要求进行劳动。

劳动关系具有财产关系的属性,是指劳动者有偿提供劳动力,用人单位向劳动者支付劳动报酬,由此缔结的社会关系具有财产关系的性质。而不具有财产关系属性的无偿、义务、慈善性劳动关系不由劳动法调整。这种财产关系与民法调整的财产关系有一定区别。民法所调整的财产关系主要是主体之间因交换物化了的劳动(劳动成果)而发生的财产流转关系,而劳动法调整的是用人单位将劳动者提供劳动的数量和质量物化的交换关系。

4. 劳动关系具有平等、从属关系的属性。在市场经济条件下,劳动关系是通过市场机制

双向选择,以现代契约形式——劳动合同确定的,有私法性质。双方当事人建立、变更劳动关系时,应依照平等自愿、合法原则进行,因而劳动关系具有平等性,不具有惩罚性和强制性。由于我国劳动力市场供大于求现象的存在,用人单位有一定的经济实力,劳动者在劳动关系建立后从属于用人单位,因而劳动关系还存在着事实上的不平等,一般而言,劳动者处于相对弱势,因此需要国家公力干预劳动关系,制定强制实施的劳动条件和标准,以实现社会公平。同时劳动关系具有从属性,劳动关系一经确立,劳动者成为用人单位的职工,与用人单位存在身份、组织和经济上的从属关系,用人单位按照其劳动规章制度管理和使用劳动者,双方形成管理与被管理、支配与被支配的关系。

劳动法还调整与劳动关系密切联系的其他社会关系。包括:(1)劳动行政管理方面的社会关系。主要指劳动行政部门、其他业务主管部门因行使劳动行政管理权与用人单位之间发生的社会关系。(2)人力资源配置服务方面的关系。如职业介绍机构、职业培训机构为人力资源的配置与流动提供服务过程中与用人单位、劳动者之间发生的关系。(3)社会保险方面的社会关系。国家和地方社会保险机构与用人单位及职工劳动者之间因执行社会保险制度而发生的关系。(4)工会组织关系、工会监督方面的社会关系。工会在代表和维护职工合法权益的活动中与用人单位之间发生的关系。(5)处理劳动争议方面的社会关系。劳动争议的调解机构、劳动争议的仲裁机构、人民法院与用人单位、职工之间由于调处和审理劳动争议而产生的关系。(6)劳动监督检查方面的社会关系。国家劳动行政部门、卫生部门等有关主管部门与用人单位之间因监督、检查劳动法律、法规的执行而产生的关系。

二、我国劳动法的适用范围

(一)我国劳动法的空间适用范围

我国劳动法的空间适用范围,即我国劳动法在什么地域范围内有效。由于我国劳动法的立法层次不同,因而其适用的地域范围也不同。



凡由全国人民代表大会及其常务委员会通过的劳动法律和由国务院发布的劳动行政法规、规定、决定,除法律、法规有特别规定的,在中华人民共和国境内发生法律效力,统一适用于我国的全部领域;凡属地方性的劳动法规,只适用于当地人民政府行政管辖区域范围之内;民族自治地方的人民代表大会制定的劳动自治条例和单行条例,只适用于该民族自治地方。我国劳动法不适用于香港、澳门特别行政区。在劳动法的空间适用范围上,较之其他部门法,我国劳动法具有较强的地域性特点。

(二)我国劳动法对人的适用范围

根据我国劳动法和劳动合同法有关劳动行政法规和劳动规章的规定,我国劳动法对人的适用范围如下:

1. 中华人民共和国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者建立劳动关系,适用劳动法。企业,是指依法注册取得法人营业执照或营业执照的企业组织,是从事产品生产、流通或服务性活动等实行独立核算的经济组织。凡是中华人民共和国境内的企业,不分所有制形式及经济形态,也不分组织形式,包括国有企业、集体所有制企业、私营企业、外商投资企业、港澳台企业、混合型企业、股份制企业、有限责任公司、联营企业、乡镇企业等,都是劳动法意义上的用人单位。个体经济组织是指依法取得个体营业执照的个体工商户,一般雇工在7人以下,从事工商业经营。民办非企业单位,是指企业事业单位、社会团体和其他社会力量以及公民个人利用非国有资产举办的,从事非营利性社会服务活动的社会组织。在中国境内的企业、个体经济组织、民办非企业单位等组织与劳动者之间,形成劳动关系,适用我国劳动法。依法成立的会计师事务所、律师事务所等合伙组织和基金会,属于劳动合同法规定的用人单位。

2. 国家机关、事业单位、社会团体和与其建立劳动关系的劳动者,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同关系,依照劳动法的有关规定执行。

国家机关,是指从事国家管理或行使国家

权力,以国家预算作为独立活动经费的中央和地方各级国家机关。包括:国家和地方权力机关、国家和地方行政机关、国家和地方审判机关和法律监督机关、各级人民法院和人民检察院、国家军事机关等。在国家机关工作的工勤人员(即属于工人编制的人员)与国家机关建立劳动关系,应当订立劳动合同,适用劳动法。

事业单位,是指国家为了公益目的,由国家机关举办或者其他组织利用国有资产举办的,从事教育、科研、文化、卫生等活动的社会服务组织。事业单位与其工勤人员、编制外人员,实行企业化管理的事业单位与其工作人员之间建立劳动关系,应当订立劳动合同,适用劳动法。

社会团体,是指由若干社会成员为了共同目的而自愿组成的各种社会组织。例如:社会经济团体,学术研究团体,文艺、体育工作团体等。社会团体与其工勤人员、编制外人员建立劳动关系,应当订立劳动合同,适用劳动法。

上述用人单位与劳动者建立劳动关系,订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同,依照劳动法有关规定执行。

依据我国现行法律规定,不适用劳动法的主要有:

(1)国家机关的公务员,事业单位和社会团体中纳入公务员编制或者参照公务员进行管理的工作人员,适用《公务员法》,不适用劳动法。

(2)实行聘用制的事业单位与其工作人员的关系,法律、行政法规或国务院另有规定的,不适用劳动法;如果没有特别规定,适用劳动法。实行聘用制的事业单位,指的是以聘用合同的形式确定事业单位与工作人员基本人事关系的社会服务组织。对这类事业单位与其工作人员以聘用合同确定的权利义务关系,法律、行政法规或国务院另有规定的,依照其规定,不适用劳动法。如果没有规定的,依照劳动法的有关规定执行。国务院早在2002年7月3日批准国家人事部发布《关于在事业单位试行人员聘用制度的意见》,要求在事业单位实行聘用制,因此实行聘用制的事业单位与其工作人员的人事关系,不适用劳动法。

(3)从事农业劳动的农村劳动者(乡镇企

业职工和进城务工、经商的农民除外)不适用劳动法。

(4)现役军人、军队的文职人员不适用劳动法。

(5)家庭雇佣劳动关系不适用劳动法。

(6)在中华人民共和国境内享有外交特权和豁免权的外国人等不适用劳动法。

另外,义务性劳动关系、慈善性劳动关系、家务劳动关系不适用劳动法。

(三)我国劳动法的时间效力

劳动法的时间效力即是指劳动法何时生效、何时失效以及是否有溯及既往的效力。由于我国劳动法的表现形式较多,因而其生效及失效时间也不尽相同。一般有两种:一种是法律规范性文件本身规定了从其通过或公布之日起生效,如国务院2008年9月18日发布的《劳动合同法实施条例》,该办法明确规定自发布之日起施行。另一种是通过或公布之日并不立即生效,而是在该法律规范性文件中规定施行日期,待施行日期到来时,该法律规范性文件开始生效,如劳动合同法是2007年6月29日第十届全国人大常委会第二十八次会议通过的,该法明确规定自2008年1月1日起生效。

劳动法失效的时间,一般也有两种:一种是法律规范性文件本身明文规定了失效时间或失效的特定条件,当失效时间或特定条件出现时,该法律规范性文件自然失效;另一种是国家制定了与旧法律规范性文件内容相同或相抵触的新的法律规范性文件,根据“新法优于旧法”的原则,明确规定旧法律规范性文件失效或虽未明确规定,但旧法律规范性文件自然失效。

三、劳动关系

劳动关系是当事人依据劳动法律规范,在实现劳动过程中形成的权利义务关系。劳动关系是受国家劳动法律规范、调整和保护的关系,是国家干预劳动关系的后果,具有以国家意志为主导、以当事人意志为主体的特征。事实劳动关系与劳动关系,虽同属于劳动法调整范围,但由于事实劳动关系不符合法定模式(如未签订劳动合同),因而不是

劳动关系,但事实劳动关系中劳动者合法权益仍受劳动法保护。

狭义的劳动法律关系主体包括劳动者和用人单位。广义的劳动法律关系主体还应包括工会组织和雇主组织。

(一)劳动者

劳动者是在法定劳动年龄内具有劳动能力,以从事劳动获取合法劳动报酬的自然人。自然人要成为劳动者,须具备主体资格,即须具有劳动权利能力和劳动行为能力。所谓劳动权利能力是指自然人能够依法享有劳动权利和承担劳动义务的资格或能力;所谓劳动行为能力是指自然人能够以自己的行为依法行使劳动权利和履行劳动义务的能力。依我国劳动法规定,凡年满16周岁、在法定劳动年龄内有劳动能力的公民是具有劳动权利能力和劳动行为能力的人,包括我国公民、外国公民和无国籍人。即劳动者的法定劳动年龄为最低就业年龄16周岁,退休年龄为男年满60周岁,女工人年满50周岁,女干部年满55周岁。为保护未成年人的合法权益,我国劳动法禁止使用童工,除法律另有规定以外,任何单位不得与未满16周岁的未成年人发生劳动法律关系。对有可能危害未成年人健康、安全或道德的职业或工作,最低就业年龄不应低于18周岁,用人单位不得招用已满16周岁未满18周岁的未成年人从事过重、有毒、有害的劳动或者危险作业。凡用人单位使用童工的,由劳动保障行政部门按每使用一名童工每月处5000元罚款的标准给予处罚;童工患病或者受伤的,用人单位应当负责送到医疗机构治疗,并负担治疗期间的全部医疗和生活费用。拐骗童工,强迫童工劳动,使用童工从事高空、井下、放射性、高毒、易燃易爆以及国家规定的第四级体力劳动强度的劳动,使用不满14周岁的童工,或造成童工死亡或严重伤残的,依照刑法关于拐卖儿童罪、强迫劳动罪或者其他罪的规定追究刑事责任。

根据劳动法的规定,劳动者的劳动权利主要有:(1)平等就业和选择职业的权利;(2)取得劳动报酬的权利;(3)休息休假的权利;(4)获得劳动安全卫生保护的权利;(5)接受职



业技能培训的权利;(6)享受社会保险和福利的权利;(7)依法参加工会和职工民主管理的权利;(8)提请劳动争议处理的权利;(9)法律规定的其他劳动权利。

(二) 用人单位

作为劳动法律关系主体的用人单位,应具有相应的主体资格,即同时具有用人权利能力和用人行为能力。用人权利能力是用人单位依法享有的用人权利和承担用人义务的资格或能力;用人行为能力是指用人单位能够以自己的行为依法行使用人权利和履行用人义务的能力。用人单位的用人主体资格一般依存于民事主体资格;用人单位的用人权利能力和用人行为能力的范围取决于法律、法规的规定及用人单位的用人需求。对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为,依法追究法律责任;劳动者已经付出劳动的,该单位或者其出资人应当依照法律有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。个人承包经营违反法律规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

第二节 劳动合同法

一、劳动合同的概念和种类

劳动合同,是劳动者与用人单位之间确立劳动关系,明确双方权利和义务的书面协议。“建立劳动关系应当订立劳动合同”,劳动合同是确立劳动关系的普遍性法律形式,是用人单位与劳动者履行劳动权利义务的重要依据,劳动合同区别于民商事合同,具有以国家意志为主导,以当事人意志为主体的特征。

根据劳动合同法第12条的规定,劳动合同的类型分为固定期限、无固定期限和以完成一定工作任务为期限三种。用人单位与劳动者协商一致,可以订立固定期限劳动合同、无固定期限劳动合同、以完成一定工作任务为期限的劳动合同,但要遵守法律强制性规定,在具备订立无固定期限劳动合同的法定情形时,劳动者提出签订无固定期限劳动合同,用人单位应当与

之签订无固定期限劳动合同。

固定期限的劳动合同,是指用人单位与劳动者约定合同终止时间的劳动合同。固定期限劳动合同的期限届满,双方无续订劳动合同的意思表示,劳动合同即告终止,劳动关系消灭。如果双方有续订劳动合同的意思表示的,可以经协商一致续订。劳动合同法对固定期限劳动合同的期限长短及签订条件并无限制性规定,双方当事人可以自由协商确定是否签订固定期限劳动合同及起止时间,适用范围较为广泛。

无固定期限劳动合同,是指用人单位与劳动者约定无确定终止时间的劳动合同。即双方当事人在合同书上只约定合同生效的起始日期,没有确定合同的终止日期。在不出现法律、法规规定的或当事人约定的变更、解除劳动合同的条件或法定终止情形时,无固定期限劳动合同可持续至劳动者法定退休年龄为止。但无固定期限劳动合同并不是“铁饭碗”,在符合法律、法规规定的或双方当事人约定的变更、解除的条件或法定终止情形时,可以依法解除、变更、终止。法律规定无固定期限劳动合同的目的在于保护劳动者的“黄金年龄”,保护劳动者的职业稳定权,解决劳动合同短期化问题。

劳动合同法规定,有下列情形之一的,劳动者提出或者同意续订、订立劳动合同的,除劳动者提出订立固定期限劳动合同外,用人单位应当与劳动者订立无固定期限劳动合同:(1)劳动者在该用人单位连续工作满10年的。连续工作满10年的起始时间应当自用人单位用工之日起计算,包括劳动合同法施行前的工作年限。(2)用人单位初次实行劳动合同制度或者国有企业改制重新订立劳动合同时,劳动者在该用人单位连续工作满10年且距法定退休年龄不足10年的。(3)连续订立2次固定期限劳动合同,且劳动者没有劳动合同法第39条规定的过错性辞退和第40条第1、2项规定的非过错性辞退情形,续订劳动合同的。为了使劳动合同制度平稳过渡,劳动合同法规定连续订立固定期限劳动合同的次数,自劳动合同法施行后续订固定期限劳动合同时开始计算。(4)用人单位自用工之日起满1年不与劳动者订立书面劳

动合同的,视为用人单位与劳动者已订立无固定期限劳动合同。

在符合上述签订无固定期限劳动合同的法定情形下,劳动者提出订立无固定期限劳动合同的,用人单位应当与其订立无固定期限劳动合同。对劳动合同中涉及劳动报酬和劳动条件标准等内容的,双方应当按照合法、公平、平等自愿、协商一致、诚实信用的原则协商确定;对协商不一致的内容,适用集体合同规定;没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的,实行同工同酬;没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的,适用国家有关规定。

除具备法定情形应当签订无固定期限劳动合同外,用人单位与劳动者协商一致,也可以订立无固定期限劳动合同。但地方各级人民政府及县级以上地方人民政府有关部门为安置就业困难人员提供的给予岗位补贴和社会保险补贴的公益性岗位,其劳动合同不适用劳动合同法有关无固定期限劳动合同的规定。

为鼓励和引导用人单位履行签订无固定期限劳动合同的法定义务,劳动合同法第82条规定了用人单位不履行该义务时应当加倍支付工资,即用人单位违反劳动合同法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付2倍的工资。

以完成一定工作任务为期限的劳动合同,是指用人单位与劳动者约定以某项工作任务的完成时间为合同期限的劳动合同。当该工作完成后,劳动合同即告终止。这种劳动合同没有明确约定合同有效时间的长短,而是把某项工作任务完成的时间作为劳动合同终止的时间,实际是固定期限劳动合同的转化。主要是便于用人单位根据工作性质、工作任务完成的状况,灵活确定劳动合同开始和结束的时间,具有较大的灵活性。劳动合同法对以完成一定工作任务为期限的劳动合同在签订上没有特殊或强制性的要求,用人单位与劳动者协商一致,可以订立以完成一定工作任务为期限的劳动合同。

劳动合同法第10条第1款规定:“建立劳动关系,应当订立书面劳动合同。”除非全日制用工双方当事人可以口头订立劳动合同外,用人单位与劳动者建立劳动关系,均应订立书面劳动合同;已建立劳动关系,未同时订立书面劳动合同的,应当自用工之日起1个月内订立书面劳动合同。用人单位与劳动者在用工前订立劳动合同的,劳动关系自用工之日起建立。同时要求劳动合同文本应当由用人单位和劳动者各执一份。

为解决有可能出现的劳动者不愿订立书面劳动合同的问题,规定自用工之日起1个月内,经用人单位书面通知后,劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,依法向劳动者支付其实际工作时间的劳动报酬,但无须向劳动者支付经济补偿而使双方的劳动关系消灭;自用工之日起超过1个月不满1年,劳动者不与用人单位订立书面劳动合同的,用人单位应当书面通知劳动者终止劳动关系,但应依法向劳动者支付经济补偿金。

签订书面劳动合同是劳动合同法规定的用人单位应履行的强制性义务。不签订书面劳动合同,用人单位将承担相应的法律责任。劳动合同法规定,用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付2倍的工资,并与劳动者补订书面劳动合同,每月支付2倍工资的起算时间为用工之日起满1个月的次日,截止时间为补订书面劳动合同的前1日;用人单位自用工之日起满1年未与劳动者订立书面劳动合同的,自用工之日起满1个月的次日至满1年的前1日应当依法向劳动者每月支付2倍的工资,并视为自用工之日起满1年的当日已经与劳动者订立无固定期限劳动合同,应当立即与劳动者补订书面劳动合同。

为保护劳动者的劳动报酬权,用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同,与劳动者约

定的劳动报酬不明确的,新招用的劳动者的劳动报酬应当按照企业的或者行业的集体合同规定的标准执行;没有集体合同的,用人单位应当对劳动者实行同工同酬。

劳动合同的书面形式除劳动合同书外,还包括用人单位依法制定的劳动规章制度等劳动合同书的附件。用人单位的劳动规章制度要依法制定,在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时,应当经职工代表大会或者全体职工讨论,提出方案和意见,与工会或者职工代表平等协商确定。在规章制度和重大事项决定实施过程中,工会或者职工认为不适当的,有权向用人单位提出,通过协商予以修改完善。用人单位并应当将直接涉及劳动者切身利益的规章制度和重大事项决定公示,或者告知劳动者。用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致,劳动者请求优先适用劳动合同约定的,人民法院应予支持。

(二) 劳动合同订立的原则

根据劳动合同法的规定,订立和变更劳动合同必须遵循下列原则:

1. 合法原则。即劳动合同必须依法订立,不得违反法律、行政法规的规定,不得违反国家强制性、禁止性的规定。劳动合同依法订立即具有法律效力,用人单位与劳动者应当履行劳动合同约定的义务。而违法订立的劳动合同,会被劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认无效。合法原则的具体要求如下:

(1) 订立劳动合同的主体合法。劳动合同的当事人必须具备合法资格,劳动者应是年满16周岁、身体健康,具有劳动能力的公民,外国公民也可在我国就业,但其就业年龄须年满18周岁;用人单位应是依法成立或核准登记的企业、个体经济组织、民办非企业单位、国家机关、事业组织、社会团体,根据法律规定有使用和管理劳动者的权利。劳动合同的订立主体不合法,有可能导致劳动合同的全部无效,造成劳动合同无效的过错方根据法律规定要承担法律

责任。

(2) 劳动合同的内容合法。劳动合同的内容必须符合国家法律、行政法规的规定,包括国家的劳动法律、法规,如违反劳动法约定周六加班不付加班费,这种约定无效;劳动合同的内容也不得违反国家的其他法律、行政法规,如违反婚姻法的规定,约定在宾馆工作的年轻的女性不得结婚、恋爱,这种约定违法无效。

(3) 劳动合同订立的程序和形式合法。劳动合同订立的程序必须符合法律规定,未经双方协商一致、强迫订立的劳动合同无效。劳动合同必须以书面形式订立。采用书面形式订立具有严肃、慎重、明确、有据的特点。

2. 公平原则。即订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同时,应公平合理,利益均衡,不得使某一方的利益过于失衡。作为劳动合同双方当事人的用人单位和劳动者法律地位是平等的,法律面前一律平等,劳动关系的运行中不应有倾向性,但由于用人单位在组织上、经济地位上与劳动者存在明显的优势地位,且双方信息不对称,劳动者往往在劳动关系运行中处于劣势。因此,劳动合同立法及执法有必要通过制度设计,加强对劳动者利益的保护,消除双方当事人事实上的不平等,使劳动者与用人单位的利益均衡,以实现结果公平。

3. 平等自愿、协商一致原则。平等,是指在订立劳动合同过程中,双方当事人的法律地位平等,有双向选择权,任何一方不得凭借事实上的优势地位强迫对方接受不合理、不公平、不合法的条款;自愿,是指劳动合同的订立及其合同内容的达成,完全出于当事人自己的意志,是其真实意思的表示,任何一方不得将自己的意志强加于对方,也不允许第三者非法干预;协商一致,是指经过双方当事人充分协商,达成一致意见,签订劳动合同。以欺诈或威胁手段强迫劳动者签订的劳动合同或未经协商一致签订的劳动合同为无效劳动合同。

4. 诚实信用原则。是指劳动合同的双方当事人订立、履行、变更、解除或者终止劳动合同过程中,应当讲究信用,诚实不欺,在追求自身合法权益的同时,以善意的方式履行义务,尊

重对方当事人的利益和他人利益,不得损人利己。诚信原则要求劳动关系的双方当事人互相尊重,用人单位尊重劳动者的人格,尊重劳动者的选择,平等待人;劳动者要有自我意识,克服心理失衡,自觉维护用人单位的形象和荣誉,双方真正建立一种和谐、互惠的关系,一种平等、信任的关系,在用人单位内部形成公平、公开、公正、有序的劳动秩序。诚实信用原则的实施需要有相应的法律规定作保障,劳动合同法中规定的订立劳动合同时劳动者的知情权,用人单位有权利要求劳动者如实说明与劳动合同直接相关的基本情况,规定用人单位的劳动规章制度应公示或者告知劳动者等内容就是诚实信用原则的具体体现。

(三) 劳动合同的条款

劳动合同的条款,一般分为必备条款和可备条款。劳动合同的必备条款是法律规定劳动合同必须具备的条款,它是生效劳动合同所必须具备的条款。必备条款的不完善,会导致合同的不能成立。向劳动者提供载明法律规定的必备条款的劳动合同文本是用人单位的法定义务,不履行这一义务用人单位将承担行政责任和赔偿责任。劳动合同法第81条规定:“用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的,由劳动行政部门责令改正;对劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。”

1. 必备条款。包括:(1)用人单位的名称、住所和法定代表人或者主要负责人;(2)劳动者的姓名、住址和居民身份证或者其他有效身份证件号码;(3)劳动合同期限;(4)工作内容和工作地点;(5)工作时间和休息休假;(6)劳动报酬;(7)社会保险;(8)劳动保护、劳动条件和职业危害防护;(9)法律、法规规定应当纳入劳动合同的其他事项。

2. 可备条款。即劳动合同的约定条款,是指除法定必备条款外劳动合同当事人可以协商约定、也可以不约定的条款。是否约定,由当事人确定。约定条款的缺少,并不影响劳动合同的成立。虽然约定哪些条款由双方当事人决定,但国家对约定条款的内容有强制性、禁止性

规定的,仍应当遵守,约定条款不得违反法律、法规的规定。劳动合同的约定条款一般包括:

(1)试用期条款。劳动合同的试用期是劳动者和用人单位为相互了解、选择而约定的考察期。试用期满,被试用者即成为正式职工。对劳动合同的试用期,劳动合同法作了如下规范:①不能任意约定试用期的长短。劳动合同法对试用期的长短作出限制性规定。根据劳动合同的期限规定了不同时间长短的试用期。劳动合同期限3个月以上不满1年的,试用期不得超过1个月;劳动合同期限1年以上3年以下的,试用期不得超过2个月;3年以上固定期限和无固定期限的劳动合同,试用期不得超过6个月。②限制试用期的约定次数。同一用人单位与同一劳动者只能约定一次试用期。劳动者在同一用人单位调整或变更工作岗位,用人单位不得再次约定试用期。③规定不得约定试用期的情形。以完成一定工作任务为期限的劳动合同或者劳动合同期限不满3个月的,不得约定试用期。非全日制用工不得约定试用期。④规定试用期不成立的情形。试用期包含在劳动合同期限内。劳动合同仅约定试用期的,试用期不成立,该期限为劳动合同期限。⑤保障试用期内劳动者的劳动报酬权。劳动合同法规定,劳动者在试用期的工资不得低于本单位相同岗位最低档工资的80%或者劳动合同约定工资的80%,并不得低于用人单位所在地的最低工资标准。⑥试用期内劳动者的各项劳动权利受法律保护。试用期内用人单位为试用者提供的劳动条件不得低于劳动法律、法规规定的标准,用人单位应为试用者缴纳社会保险费。⑦对在试用期中的劳动者,用人单位不得滥用解雇权。除有证据证明劳动者不符合录用条件、劳动者有违规违纪违法行为,不能胜任工作等情形外,用人单位不得解除劳动合同。用人单位在试用期解除劳动合同的,应当向劳动者说明理由。⑧违反试用期规定应承担行政责任和赔偿责任。用人单位违反劳动合同法规定与劳动者约定的试用期无效,由劳动行政部门责令改正;违法约定的试用期已经履行的,由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准,按已经



履行的超过法定试用期的期限向劳动者支付赔偿金。

(2)保守商业秘密和与知识产权相关的保密事项条款。商业秘密是指不为公众所知悉,能为权利人带来经济利益,具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息。用人单位与劳动者可以在劳动合同中约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项。约定保守商业秘密条款的目的在于保护用人单位的知识产权。双方当事人可以就商业秘密的范围、保密期限、保密措施、保密义务及违约责任和赔偿责任等进行约定。劳动者因违反约定保密事项给用人单位造成损失的,应承担赔偿责任。

(3)竞业限制条款。是双方当事人在劳动合同中约定的劳动者在劳动关系存续期间或在解除、终止劳动合同后的一定期限内不得到与本单位生产或者经营同类产品、从事同类业务的有竞争关系的其他用人单位,或者自己开业生产或者经营同类产品、从事同类业务。约定竞业限制条款的目的主要在于防止不正当竞争。在劳动合同中,双方当事人可以约定劳动者承担竞业限制的义务、违约责任及赔偿责任。我国法律规定竞业限制的期限最长不得超过2年,且在竞业限制期限内,用人单位应按月给予劳动者一定的经济补偿。竞业限制的人员法律规定限于用人单位的高级管理人员、高级技术人员和其他负有保密义务的人员。竞业限制的范围、地域、期限、经济补偿的标准由用人单位与劳动者约定,但不得违反法律、法规的规定。劳动者违反竞业限制约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。

(4)服务期限协议。服务期,是指法律规定的因用人单位为劳动者提供专业技术培训,双方约定的劳动者为用人单位必须服务的期间。劳动关系实践中,用人单位经常通过服务期限协议,进行人力资源的合理调配,法律规定用人单位为劳动者提供专项培训费用,对其进行专业技术培训的,才可以与该劳动者订立协议约定服务期,并约定劳动者违反服务期约定的,应当按照约定向用人单位支付违约金。同时,为

保障劳动者的劳动报酬权,用人单位与劳动者约定服务期的,不影响按照正常的工资调整机制提高劳动者在服务期期间的劳动报酬。如果用人单位与劳动者约定的服务期长于劳动合同期限的,劳动合同期满,双方约定的服务期尚未到期的,劳动合同应当续延至服务期满;双方另有约定的,从其约定。

依法约定的服务期协议受法律保护,劳动者应依约履行,不得违反服务期协议的约定,否则应向用人单位支付违约金。但由于用人单位有违法、违约行为而迫使劳动者在服务期未满的情形下辞职的,不属于违反服务期的约定,用人单位不得要求劳动者支付违约金,劳动者也无须向用人单位支付违约金。反之,服务期未满的劳动者是在有劳动合同法规定的过错解除的法定情形下被用人单位辞退的,应当向用人单位支付违约金。

(5)违约金条款。违约金是用人单位与劳动者在劳动合同中约定的不履行或不完全履行劳动合同约定义务时,由违约方支付给对方的一定金额的货币。劳动合同法对违约金条款进行限制,规定只有在用人单位与劳动者约定服务期限、约定保守用人单位的商业秘密和与知识产权相关的保密事项、约定竞业限制条款时,才能与劳动者约定违约金,且对因劳动者违反服务期限协议而约定的违约金的数额不得超过用人单位提供的培训费用,用人单位要求劳动者支付的违约金不得超过服务期尚未履行部分所应分摊的培训费用。用人单位提供的培训费用包括用人单位为了对劳动者进行专业技术培训而支付的有凭证的培训费用、培训期间的差旅费用以及因培训产生的用于该劳动者的其他直接费用。

三、劳动合同的效力

劳动合同依法成立,即具有法律效力,对双方当事人都有约束力。双方必须履行劳动合同中规定的义务。劳动合同由用人单位与劳动者协商一致,并经用人单位与劳动者在劳动合同文本上签字或者盖章生效。一般情况下,劳动合同依法成立,即双方当事人意思表示一致,签

订劳动合同之日,就产生法律效力;双方当事人约定须公证方可生效的劳动合同,其生效时间始于公证之日。由于劳动合同的公证采取自愿原则,所以公证不是法律规定的劳动合同生效的必经程序。

劳动合同的无效是指当事人违反法律、法规,订立的不具有法律效力的劳动合同。劳动合同的无效有下列情形:(1)以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;(2)用人单位免除自己的法定责任、排除劳动者权利的;(3)违反法律、行政法规强制性规定的。对劳动合同的无效或者部分无效有争议的,由劳动争议仲裁委员会或者人民法院确认。

无效劳动合同的法律后果有:(1)停止履行。无效的劳动合同,从订立时起,就没有法律效力。对无效劳动合同国家不予承认与保护,不能发生当事人预期的法律后果,因此劳动合同被确认为无效后,正在履行的应当停止履行,尚未履行不再履行。(2)支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。劳动合同被确认无效,劳动者已付出劳动的,用人单位应当向劳动者支付劳动报酬。劳动报酬的数额,参照用人单位相同或者相近岗位劳动者的劳动报酬确定。不具备合法经营资格的用人单位(没有营业执照或登记证书)被依法追究法律责任的,该单位的劳动者已经付出劳动的,由该单位或者其出资人向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金。(3)修正劳动合同。劳动合同部分无效,不影响其他部分效力的,其他部分仍然有效。对于部分无效劳动合同,有效部分可以继续履行,同时对部分无效的条款应予以修改,使其合法,能够依法继续履行。(4)赔偿损失。是指劳动合同被确认无效后,因无效劳动合同而给一方当事人造成损失时,由有过错的一方负责给予对方一定货币作为赔偿。劳动合同法第86条规定:劳动合同被依法确认无效,给对方造成损害的,有过错的一方应当承担赔偿责任。不具备合法经营资格的用人单位被依法追究法律责任的,给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。个人承包经营违反劳动合同法规定招用劳动者,给劳动

者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

四、劳动合同的履行、变更

(一)劳动合同的履行

劳动合同的履行是指劳动合同的双方当事人按照合同规定,履行各自应承担义务的行为。劳动合同依法订立即具有法律约束力,用人单位与劳动者应当按照劳动合同的约定,全面履行各自的义务。履行劳动合同应保障劳动者劳动报酬权的实现,用人单位应当按照劳动合同约定和国家规定,向劳动者及时足额支付劳动报酬;用人单位拖欠或者未足额支付劳动报酬的,劳动者可以依法向当地人民法院申请支付令,人民法院应当依法发出支付令;用人单位安排加班的,应当按照国家有关规定向劳动者支付加班费。劳动合同应依法履行,用人单位应当严格执行劳动定额标准,不得强迫或者变相强迫劳动者加班;劳动者拒绝用人单位管理人员违章指挥、强令冒险作业的,不视为违反劳动合同。劳动者对危害生命安全和身体健康的劳动条件,有权对用人单位提出批评、检举和控告;用人单位变更名称、法定代表人、主要负责人或者投资人等事项,不影响劳动合同的履行;用人单位发生合并或者分立等情况,原劳动合同继续有效,劳动合同由承继其权利和义务的用人单位继续履行。劳动合同履行地与用人单位注册地不一致的,有关劳动者的最低工资标准、劳动保护、劳动条件、职业危害防护和本地区上年度职工月平均工资标准等事项,按照劳动合同履行地的有关规定执行;用人单位注册地的有关标准高于劳动合同履行地的有关标准,且用人单位与劳动者约定按照用人单位注册地的有关规定执行的,从其约定。

(二)劳动合同的变更

劳动合同的变更是指当事人双方对尚未履行或尚未完全履行的劳动合同,依照法律规定的条件和程序,对原劳动合同进行修改或增删的法律行为。劳动合同变更应遵守平等自愿、协商一致的原则,不得违反法律、行政法规的规定。用人单位与劳动者协商一致,可以变更劳

新华考资

www.xhkzedu.com



动合同约定的内容。变更劳动合同,应当采用书面形式。变更后的劳动合同文本由用人单位和劳动者各执一份。劳动合同变更的条件应为订立劳动合同的主客观情况发生变化;其变更程序应与订立劳动合同的程序相同,如原劳动合同经过公证的,变更后的劳动合同也应当经过公证,方为有效变更。

五、劳动合同的解除和终止

(一) 劳动合同的解除

劳动合同的解除是指劳动合同当事人在劳动合同期限届满之前依法提前终止劳动合同关系的法律行为。劳动合同的解除可分为协商解除、用人单位单方解除、劳动者单方解除等。

1. 双方协商解除劳动合同。用人单位与劳动者协商一致,可以解除劳动合同。我国劳动法对双方协商解除劳动合同没有规定实体、程序上的限定条件,只要双方达成一致,内容、形式、程序没有违反法律禁止性、强制性规定,该解除行为有效。但如果是由用人单位提出解除动议的,用人单位应向劳动者支付解除劳动合同的经济补偿金。

2. 用人单位单方解除劳动合同。即具备法律规定的条件时,用人单位享有单方解除权,无须双方协商达成一致意见。用人单位单方解除劳动合同,应当事先将理由通知工会。用人单位违反法律、行政法规规定或者劳动合同约定的,工会有权要求用人单位纠正;用人单位应当研究工会的意见,并将处理结果书面通知工会。

用人单位单方解除劳动合同有三种情况:

(1) 过错性解除。即在劳动者有过错性情形时,用人单位有权单方解除劳动合同。劳动合同法对过错性解除的程序无严格的限制,且用人单位无须支付劳动者解除劳动合同的经济补偿金。但在解除的条件上有限制性规定,一般适用于试用期内因劳动者不符合录用条件或者劳动者有严重违反规章制度、违法的情形。劳动者有下列情形之一的,用人单位可以解除劳动合同:在试用期间被证明不符合录用条件的;严重违反用人单位的规章制度的;严重失

职,营私舞弊,给用人单位造成重大损害的;劳动者同时与其他用人单位建立劳动关系,对完成本单位的工作任务造成严重影响,或者经用人单位提出,拒不改正的;因以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的;因劳动者以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使对方在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同的情形致使劳动合同无效的;被依法追究刑事责任的。

(2) 非过错性解除。即劳动者本人无过错,但由于主客观原因致使劳动合同无法履行,用人单位在符合法律规定的情形下,履行法律规定的程序后有权单方解除劳动合同。适用于劳动者有下列情形之一的:①劳动者患病或者非因工负伤,医疗期满后,不能从事原工作也不能从事由用人单位另行安排的工作的。医疗期,是指劳动者根据其工龄等条件,依法可以享受的停工医疗并发给病假工资的期间,也是禁止解除劳动合同的期间。根据我国劳动法规定,医疗期根据劳动者工作年限的长短确定为3~24个月。②劳动者不能胜任工作,经过培训或者调整工作岗位,仍不能胜任工作的。③劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行,经用人单位与劳动者协商,未能就变更劳动合同内容达成协议的。对非过错性解除劳动合同,用人单位应履行提前30日以书面形式通知劳动者本人的义务或者以额外支付劳动者一个月工资代替提前通知义务后,可以解除劳动合同。用人单位选择额外支付劳动者一个月工资解除劳动合同的,其额外支付的工资应当按照该劳动者上一个月的工资标准确定。用人单位还应承担支付经济补偿金的义务。

(3) 裁员,是指用人单位为降低劳动成本,改善经营管理,因经济或技术等原因一次裁减20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上的劳动者。

裁员的人数限定为:裁减人员20人以上或者裁减不足20人但占企业职工总数10%以上。裁员的程序规定为:用人单位提前30日向工会或者全体职工说明情况,听取工会或者职工的

新华考资
www.xhkzedu.com

意见后,裁减人员方案经向劳动行政部门报告,可以裁减人员。裁员的法定情形限定为:依照企业破产法规定进行重整的;生产经营发生严重困难的;企业转产、重大技术革新或者经营方式调整,经变更劳动合同后,仍需裁减人员的;其他因劳动合同订立时所依据的客观经济情况发生重大变化,致使劳动合同无法履行的。为保护劳动者的利益,法律规定用人单位裁减人员时,应当优先留用下列人员:与本单位订立较长期限的固定期限劳动合同的;与本单位订立无固定期限劳动合同的;家庭无其他就业人员,有需要扶养的老人或者未成年人的。用人单位依法裁减人员,在6个月内重新招用人员的,应当通知被裁减的人员,并在同等条件下优先招用被裁减的人员。用人单位应当依法向被裁减人员支付经济补偿金。

为保护劳动者的合法权益,防止用人单位滥用解除权,法律除规定解除条件和程序、用人单位单方解除劳动合同需征求工会意见外,还规定了禁止解除劳动合同的条件。规定劳动者有下列情形之一的,用人单位不得依据劳动合同法第40条非过错性解除劳动合同的规定、第41条裁员的规定单方解除劳动合同:从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查,或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的;在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的;患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;女职工在孕期、产期、哺乳期的;在本单位连续工作满15年,且距法定退休年龄不足5年的;法律、行政法规规定的其他情形。

3. 劳动者单方解除劳动合同。即具备法律规定的条件时,劳动者享有单方解除权,无须双方协商达成一致意见,也无须征得用人单位的同意。劳动者单方解除劳动合同有三种情况:

(1) 预告解除。即劳动者履行预告程序后单方解除劳动合同。有两种预告解除:劳动者提前30日以书面形式通知用人单位,可以解除劳动合同;劳动者在试用期内提前3日通知用人单位,可以解除劳动合同。

(2) 用人单位有违法、违约情形,劳动者有权单方解除劳动合同。用人单位有下列情形之一的,劳动者可以解除劳动合同:未按照劳动合同约定提供劳动保护或者劳动条件的;未及时足额支付劳动报酬的;未依法为劳动者缴纳社会保险费的;用人单位的规章制度违反法律、法规的规定,损害劳动者权益的;因用人单位以欺诈、胁迫的手段或者乘人之危,使劳动者在违背真实意思的情况下订立或者变更劳动合同而致使劳动合同无效的;法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。

(3) 立即解除劳动合同。在用人单位有危及劳动者人身自由和人身安全的情形时,劳动者有权立即解除劳动合同。用人单位以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动者劳动的,或者用人单位违章指挥、强令冒险作业危及劳动者人身安全的,劳动者可以立即解除劳动合同,不需事先告知用人单位。

(二) 劳动合同的终止

劳动合同的终止,是指符合法律规定情形时,双方当事人的权利义务不复存在,劳动合同的效力即行消灭。劳动合同终止不存在约定终止,只有法定终止。用人单位与劳动者不得在劳动合同法规定的劳动合同终止情形之外约定其他的劳动合同终止条件。

有下列情形之一的,劳动合同终止:劳动合同期满的;劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的;劳动者达到法定退休年龄的;劳动者死亡,或者被人民法院宣告死亡或者宣告失踪的;用人单位被依法宣告破产的;用人单位被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散的;法律、行政法规规定的其他情形。

劳动合同法对某些劳动者特殊保护,规定在劳动者有下列情形之一的,劳动合同到期也不得终止,应当续延至相应的情形消失时终止:从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查,或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的;患病或者非因工负伤,在规定的医疗期内的;女职工在孕期、产期、哺乳期的;在本单位连续工作满15年,且距法定退休年龄不足5年的;法律、行政法规规定的其他



情形。

在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的劳动者的劳动合同的终止,按照国家有关工伤保险的规定执行。

(三) 经济补偿金

经济补偿金是用人单位解除或终止劳动合同时,给予劳动者的一次性货币补偿。经济补偿金的目的在于从经济方面制约用人单位的解雇行为,对失去工作的劳动者给予经济上的补偿,并解决劳动合同短期化问题。

1. 补偿标准:经济补偿按劳动者在本单位工作的年限,每满1年支付1个月工资的标准向劳动者支付。6个月以上不满1年的,按1年计算;不满6个月的,向劳动者支付半个月工资的经济补偿。

月工资是指劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资。劳动者工作不满12个月的,按照实际工作的月数计算平均工资。其计算基数按照劳动者应得工资计算,包括计时工资或者计件工资以及奖金、津贴和补贴等货币性收入。劳动者获得的经济补偿金有最低数额保障:劳动者在劳动合同解除或者终止前12个月的平均工资低于当地最低工资标准的,按照当地最低工资标准计算。同时,经济补偿金亦有最高数额的限制:劳动者月工资高于用人单位所在直辖市、设区的市级人民政府公布的本地区上年度职工月平均工资3倍的,向其支付经济补偿的标准按职工月平均工资3倍的数额支付,向其支付经济补偿的年限最高不超过12年。

2. 用人单位应当支付经济补偿金的法定情形:根据劳动合同法规定,用人单位应当在下列情形下,向劳动者支付经济补偿金:(1)因用人单位违法、违约迫使劳动者依照劳动合同法第38条解除劳动合同的。(2)用人单位依照劳动合同法第36条规定向劳动者提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同的。(3)用人单位依照劳动合同法第40条规定解除劳动合同的。(4)用人单位依照劳动合同法第41条第1款规定解除劳动合同的。即以裁员的方式解除与劳动者的劳动合同的,用人单位应

向劳动者支付经济补偿金。(5)除用人单位维持或者提高劳动合同约定条件续订劳动合同,劳动者不同意续订的情形外,依照本法第44条第1项规定终止固定期限劳动合同的。即在劳动合同期满时,用人单位以低于原劳动合同约定的条件要求与劳动者续订劳动合同,而劳动者不同意续订的,用人单位须向劳动者支付经济补偿金。反之,用人单位则不必向劳动者支付经济补偿金。(6)依照劳动合同法第44条第4、5项规定终止劳动合同的。即在用人单位因被依法宣告破产、被吊销营业执照、责令关闭、撤销或者用人单位决定提前解散而终止劳动合同的,用人单位应向劳动者支付经济补偿金。(7)以完成一定工作任务为期限的劳动合同因任务完成而终止的。以完成一定工作任务为期限的劳动合同,双方履行完毕而终止的,用人单位应当依法向劳动者支付经济补偿金。(8)法律、行政法规规定的其他情形。

经济补偿金应在劳动者离职办结工作交接时,支付给劳动者。为解决法律衔接问题,劳动合同法规定,施行之日存续的劳动合同在劳动合同法施行后解除或者终止,依法应当支付经济补偿的,经济补偿年限自劳动合同法施行之日起计算;劳动合同法施行前按照当时有关规定,用人单位应当向劳动者支付经济补偿的,按照当时有关规定执行。经济补偿金应在劳动者工作交接办结后,由用人单位支付给劳动者。

六、集体合同

(一) 集体合同的概念

集体合同,是企业职工一方与用人单位通过平等协商,就劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利等事项订立的书面协议。集体合同是协调劳动关系、保护劳动者权益、建立现代企业管理制度的重要手段。劳动合同与集体合同的关系体现在:

1. 劳动合同规定的劳动者的个人劳动条件和劳动标准不得低于集体合同的规定,否则无效。劳动合同法第55条规定:“集体合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于当地人民政府规定的最低标准;用人单位与劳动者订立

新华考资

www.xhkHzedu.com

的劳动合同中劳动报酬和劳动条件等标准不得低于集体合同规定的标准。”

2. 劳动合同约定不明时,适用集体合同的规定。劳动合同法第18条规定:“劳动合同对劳动报酬和劳动条件等标准约定不明确,引发争议的,用人单位与劳动者可以重新协商;协商不成的,适用集体合同规定;没有集体合同或者集体合同未规定劳动报酬的,实行同工同酬;没有集体合同或者集体合同未规定劳动条件等标准的,适用国家有关规定。”

3. 未订立书面劳动合同的,有集体合同适用集体合同的规定。劳动合同法第11条规定:“用人单位未在用工的同时订立书面劳动合同,与劳动者约定的劳动报酬不明确的,新招用的劳动者的劳动报酬按照集体合同规定的标准执行;没有集体合同或者集体合同未规定的,实行同工同酬。”

(二)集体合同的订立

集体合同的订立,是指工会或职工代表与企业单位之间,为规定用人单位和全体职工的权利义务而依法就集体合同条款经过协商一致,确立集体合同关系的法律行为。

在我国,集体合同主要是由代表劳动者的工会或职工代表与企业签订。尚未建立工会的用人单位,由上级工会指导劳动者推举的代表与用人单位订立。在县级以上区域内,建筑业、采矿业、餐饮服务业等行业可以由工会与企业方面代表订立行业性集体合同,或者订立区域性集体合同。企业职工一方与用人单位可以订立劳动安全卫生、女职工权益保护、工资调整机制等专项集体合同。

集体合同按如下程序订立:(1)讨论集体合同草案或专项集体合同草案。经双方代表协商一致,集体合同草案或专项集体合同草案应提交职工代表大会或者全体职工讨论。(2)通过草案。全体职工代表半数以上或者全体职工半数以上同意,集体合同草案或专项集体合同草案方获通过。(3)集体协商双方首席代表签字。

集体合同的生效与劳动合同的生效不同,法律对集体合同的生效规定了特殊程序:集体合同订立后,应当报送劳动行政部门;劳动行政

部门自收到集体合同文本之日起15日内未提出异议的,集体合同即行生效。依法订立的集体合同对用人单位和劳动者具有约束力。行业性、区域性集体合同对当地本行业、本区域的用人单位和劳动者具有约束力。

(三)集体劳动争议处理

用人单位违反集体合同,侵犯职工劳动权益的,工会可以依法要求用人单位承担责任;因履行集体合同发生争议,经协商解决不成的,工会可以依法申请仲裁、提起诉讼。

1. 因集体协商发生争议的处理。集体协商过程中发生争议,双方当事人协商解决,协商不成可由劳动保障行政部门协调处理。当事人一方或双方可向劳动保障行政部门的劳动争议协调处理机构提出协调处理的书面申请;未提出申请的,劳动保障行政部门认为必要时可视情况协调处理。劳动保障行政部门应当组织同级工会和企业组织等三方面的人员,共同协调处理集体协商争议。劳动保障行政部门处理因集体协商发生的争议,应自决定受理之日起30日内结束。期满未结束的,可适当延长协调期限,但延长期限不得超过15日。

2. 因履行集体合同而发生争议的处理。因履行集体合同发生的争议可以通过协商、仲裁和诉讼解决。劳动法第84条第2款规定:“因履行集体合同发生争议,当事人协商解决不成的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起十五日内向人民法院提起诉讼。”

七、劳务派遣

劳务派遣单位与劳动者订立劳动合同后,由派遣单位与实际用工单位通过签订劳务派遣协议,将劳动者派遣到用工单位工作,用工单位实际使用劳动者,用工单位向劳务派遣单位支付管理费、劳动者工资、社会保险费用等而形成的关系。劳务派遣是典型的“有关系无劳动,有劳动无关系”,即劳务派遣单位与劳动者建立劳动关系,签订劳动合同,但劳动者却不为劳务派遣单位提供劳动,劳动者为用工单位提供劳动,但却不签订劳动合同,造成

新华考资

www.xhkdz.com

了劳动力的雇用和劳动力的使用分离。

(一) 劳务派遣岗位

相对于作为企业基本用工形式的劳动合同用工而言,劳务派遣用工是一种补充形式,只能在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施。临时性工作岗位是指存续时间不超过6个月的工作岗位;辅助性工作岗位是指为主营业务岗位提供服务的非主营业务岗位;替代性工作岗位是指用工单位的劳动者因脱产学习、休假等原因无法工作的一定期间内,可以由其他劳动者替代工作的岗位。

(二) 劳务派遣单位

劳务派遣单位是将劳动者派遣到实际用工单位的企业法人。为规范劳务派遣关系,保护被派遣的劳动者的合法权益,法律为劳务派遣单位设立了一定的“门槛”。首先,劳务派遣单位应当具备注册资本不得少于200万元,有与开展业务相适应的固定的经营场所和设施,有符合法律、行政法规规定的劳务派遣管理制度等条件。其次,经营劳务派遣业务应当向劳动行政部门申请行政许可,经许可后才能办理相应的公司登记;未经许可,任何单位和个人不得经营劳务派遣业务。

劳动合同法明确劳务派遣单位就是用人单位,应当履行用人单位对劳动者的义务,遵守劳动法的相关规定,与被派遣的劳动者订立书面劳动合同。其劳动合同应符合如下要求:劳务派遣单位应当与被派遣劳动者订立2年以上的固定期限劳动合同,保障劳务派遣者的工作权;在劳动合同中除应当载明劳动合同的必备条款外,还应当载明被派遣劳动者的用工单位以及派遣期限、工作岗位等情况;为保障被派遣劳动者的劳动报酬权,应按月支付劳动者劳动报酬;被派遣劳动者在无工作期间,劳务派遣单位应当按照所在地人民政府规定的最低工资标准,向其按月支付报酬;劳务派遣单位不得克扣用工单位按照劳务派遣协议支付给被派遣劳动者的劳动报酬;劳务派遣单位跨地区派遣劳动者的,被派遣劳动者享有的劳动报酬和劳动条件,按照用工单位所在地的标准执行。劳务派遣单位和用工单位不得向被派遣劳动者收取费用。

同时,劳务派遣单位有权依照劳动合同法有关规定,可以与被派遣劳动者解除劳动合同;劳务派遣单位违法解除或者终止被派遣劳动者的劳动合同的,应依照劳动合同法承担违法解除或终止劳动合同的法律责任。

(三) 劳务派遣协议

劳务派遣协议是劳务派遣单位与实际用工单位就劳务派遣事项签订的书面协议。劳动合同法规定:劳务派遣单位派遣劳动者应当与接受以劳务派遣形式用工的单位订立劳务派遣协议。劳务派遣协议应当约定派遣岗位和人员数量、派遣期限、劳动报酬和社会保险费的数额与支付方式以及违反协议的责任;劳务派遣一般在临时性、辅助性或者替代性的工作岗位上实施;用工单位应当根据工作岗位的实际需要与劳务派遣单位确定派遣期限,不得将连续用工期限分割订立数个短期劳务派遣协议。劳务派遣单位应当将劳务派遣协议的内容告知被派遣劳动者;被派遣劳动者有知情权。

(四) 用工单位的义务

劳动合同法虽未规定在劳务派遣关系中实际用工单位是劳动法意义上的用人单位,但从以下几个方面强化劳务派遣中实际用工单位的义务:执行国家劳动标准,提供相应的劳动条件和劳动保护;告知被派遣劳动者的工作要求和劳动报酬;支付加班费、绩效奖金,提供与工作岗位相关的福利待遇;对在岗被派遣劳动者进行工作岗位所必需的培训;连续用工的,实行正常的工资调整机制;不得将被派遣劳动者再派遣到其他用人单位;不得设立劳务派遣单位向本单位或者所属单位派遣劳动者,即不得自己出资或者其所属单位出资或者合伙设立劳务派遣单位,不得向本单位或者所属单位派遣劳动者;用工单位应当严格控制劳务派遣用工数量,不得超过其用工总量的一定比例。

(五) 被派遣劳动者的权利

劳动合同法赋予劳务派遣者如下权利:

赋予被派遣劳动者参加和组织工会的权利。被派遣劳动者有权在劳务派遣单位或者用工单位依法参加或者组织工会,维护自身的合法权益;赋予被派遣劳动者解除劳动合同的权



利,被派遣劳动者可以依照劳动合同法与用人单位协商一致解除劳动合同,在用人单位有违法、违约情形时,被派遣劳动者有权与劳务派遣单位单方解除劳动合同;享有与用工单位的劳动者同工同酬的权利,用工单位应当按照同工同酬原则,对被派遣劳动者与本单位同类岗位的劳动者实行相同的劳动报酬分配办法。

八、非全日制用工

非全日制用工,是指以小时计酬为主,劳动者在同一用人单位一般平均每日工作时间不超过4小时,每周工作时间累计不超过24小时的用工形式。非全日制用工是灵活用工的一种形式,非全日制用工可以不订立书面劳动合同,双方当事人可以订立口头协议;法律允许非全日制用工建立双重或多重劳动关系,从事非全日制用工的劳动者可以与一个或者一个以上用人单位订立劳动合同;但是,后订立的劳动合同不得影响先订立的劳动合同的履行;非全日制用工双方当事人任何一方都可以随时通知对方终止用工。终止用工,用人单位不向劳动者支付经济补偿。

为保障非全日制用工劳动者的劳动权利,劳动合同法规定,非全日制用工双方当事人不得约定试用期;非全日制用工小时计酬标准不得低于用人单位所在地人民政府规定的最低小时工资标准;非全日制用工劳动报酬结算支付周期最长不得超过15日。

九、违反劳动合同的法律责任

(一)用人单位的法律责任

用人单位违法违约应承担法律责任,根据劳动合同法的规定,用人单位应承担的法律责任有:

1. 规章制度违法的法律责任。用人单位直接涉及劳动者切身利益的规章制度违反法律、法规规定的,由劳动行政部门责令改正,给予警告;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

2. 订立劳动合同违法应承担的法律责任。用人单位提供的劳动合同文本未载明本法规定

的劳动合同必备条款或者用人单位未将劳动合同文本交付劳动者的,由劳动行政部门责令改正;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。用人单位自用工之日起超过1个月不满1年未与劳动者订立书面劳动合同的,应当向劳动者每月支付2倍的工资。用人单位违反本法规定不与劳动者订立无固定期限劳动合同的,自应当订立无固定期限劳动合同之日起向劳动者每月支付2倍的工资。用人单位违法与劳动者约定试用期的,由劳动行政部门责令改正;违法约定的试用期已经履行的,由用人单位以劳动者试用期满月工资为标准,按已经履行的超过法定试用期的期间向劳动者支付赔偿金。用人单位违反规定,扣押劳动者居民身份证等证件的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并依照有关法律规定给予处罚;用人单位违反规定,以担保或者其他名义向劳动者收取财物的,由劳动行政部门责令限期退还劳动者本人,并以每人500元以上2000元以下的标准处以罚款;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。用人单位违反劳动合同法有关建立职工名册规定的,由劳动行政部门责令限期改正;逾期不改正的,由劳动行政部门处2000元以上2万元以下的罚款。

3. 侵犯劳动者劳动报酬权应承担的法律责任。用人单位有下列情形之一的,由劳动行政部门责令限期支付劳动报酬、加班费或者经济补偿;劳动报酬低于当地最低工资标准的,应当支付其差额部分;逾期不支付的,下列情形下劳动行政部门责令用人单位按应付金额50%以上100%以下的标准向劳动者加付赔偿金:未按照劳动合同的约定或者国家规定及时足额支付劳动者劳动报酬的;低于当地最低工资标准支付劳动者工资的;安排加班不支付加班费的;解除或者终止劳动合同,未依照本法规定向劳动者支付经济补偿的。

4. 劳动合同无效应承担的法律责任。劳动合同依照劳动合同法第26条规定被确认无效,给对方造成损害的,有过错的一方应当承担赔偿责任。

5. 违法解除或终止劳动合同应承担的法



律责任。用人单位违法解除或者终止劳动合同的,劳动者要求继续履行劳动合同的,用人单位应当继续履行;劳动者不要求继续履行劳动合同或者劳动合同已经不能继续履行的,应当依照法律规定的经济补偿标准的2倍向劳动者支付赔偿金;用人单位依法支付了赔偿金的,不再支付经济补偿。赔偿金的计算年限自用工之日起计算。

6. 用人单位违法未向劳动者出具解除或者终止劳动合同的书面证明,由劳动行政部门责令改正;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

7. 用人单位依照劳动合同法的规定应当向劳动者每月支付2倍的工资或者应当向劳动者支付赔偿金而未支付的,劳动行政部门应当责令用人单位支付。

8. 侵犯劳动者人身权应承担的法律责任:用人单位有下列情形之一的,依法给予行政处罚;构成犯罪的,依法追究刑事责任;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任:以暴力、威胁或者非法限制人身自由的手段强迫劳动的;违章指挥或者强令冒险作业危及劳动者人身安全的;侮辱、体罚、殴打、非法搜查或者拘禁劳动者的;劳动条件恶劣、环境污染严重,给劳动者身心健康造成严重损害的。

对不具备合法经营资格的用人单位的违法犯罪行为,依法追究法律责任;劳动者已经付出劳动的,该单位或者其出资人应当依照本法有关规定向劳动者支付劳动报酬、经济补偿、赔偿金;给劳动者造成损害的,应当承担赔偿责任。

违反法律规定,未经许可,擅自经营劳务派遣业务的,由劳动行政部门责令停止违法行为,没收违法所得,并处违法所得1倍以上5倍以下的罚款;没有违法所得的,可以处50000元以下的罚款。

(二) 劳动者的法律责任

劳动者违法解除劳动合同,或者违反劳动合同中约定的保密义务或者竞业限制,给用人单位造成损失的,应当承担赔偿责任。

劳动者应赔偿用人单位下列损失:(1)用人单位招收录用其所支付的费用;(2)用人单位为

其支付的培训费用,双方另有约定的按约定办理;(3)对生产、经营和工作造成的直接经济损失;(4)劳动合同约定的其他赔偿费用。劳动者违反劳动合同中约定的保密事项,对用人单位造成经济损失的,按反不正当竞争法第20条的规定支付用人单位赔偿费用。

(三) 连带赔偿责任

连带赔偿责任就是指权利人可以向任何一个责任人要求权利时,各个责任人不分份额、不分先后次序地根据权利人的请求对外承担全部责任。在权利人提出请求时,各个责任人不得以超过自己应承担的部分为由而拒绝。劳动法规定的连带赔偿责任主要有:

1. 用人单位与劳动者的连带赔偿责任:用人单位招用与其他用人单位尚未解除或者终止劳动合同的劳动者,给其他用人单位造成损失的,应当承担连带赔偿责任。

2. 劳务派遣单位与用工单位的劳动赔偿责任。劳务派遣单位、用工单位违反法律有关劳务派遣规定的,由劳动行政部门责令限期改正;逾期不改正的,以每人5000元以上10000元以下的标准处以罚款,对劳务派遣单位,吊销其劳务派遣业务经营许可证。用工单位给被派遣劳动者造成损害的,劳务派遣单位与用工单位承担连带赔偿责任。

3. 没有经营资质的个人承包经营违反法律规定招用劳动者,给劳动者造成损害的,发包的组织与个人承包经营者承担连带赔偿责任。

第三节 劳动基准法

劳动法对劳动关系的协调,是以劳动标准为基础的,劳动基准就是劳动条件的最低标准。劳动基准法就是在劳动法中规定和确认一系列劳动标准,要求用人单位必须遵守,要求用人单位向劳动者提供的劳动条件只能等于或优于劳动基准,劳动合同和集体合同中约定的劳动条件不得低于劳动基准,以保证劳动者权益的实现。劳动基准法主要由规定劳动标准的各项法律制度所构成,包括工时标准、最低工资标准、职业安全卫生法等。

新华考资
www.xhkzedu.com

一、工作时间和休息休假

(一)工作时间的概念和种类

工作时间又称劳动时间,是指法律规定的劳动者在一昼夜和一周内从事劳动的时间。它包括每日工作的小时数,每周工作的天数和小时数。工作时间的种类有:

1. 标准工作时间,又称标准工时。是指法律规定的在一般情况下普遍适用的,按照正常作息办法安排的工作日和工作周的工时制度。我国的标准工时为劳动者每日工作8小时,每周工作40小时,在1周(7日)内工作5天。实行计件工作的劳动者,用人单位应当根据每日工作8小时、每周工作40小时的工时制度,合理确定其劳动定额和计件报酬标准。

2. 缩短工作时间。是指法律规定的在特殊情况下劳动者的工作时间长度少于标准工作时间的工时制度,即每日工作少于8小时。缩短工作日适用于:(1)从事矿山井下、高山、有毒有害、特别繁重或过度紧张等作业的劳动者;(2)从事夜班工作的劳动者;(3)哺乳期内的女职工。

3. 延长工作时间。是指超过标准工作日的的工作时间,即日工作时间超过8小时,每周工作时间超过40小时。延长工作时间必须符合法律、法规的规定。

4. 不定时工作时间和综合计算工作时间。不定时工作时间,又称不定时工作制,是指无固定工作时数限制的工时制度。适用于工作性质和职责范围不受固定工作时间限制的劳动者,如企业中的高级管理人员、外勤人员、推销人员、部分值班人员,从事交通运输的工作人员以及其他因生产特点、工作特殊需要或职责范围的关系,适合实行不定时工作制的职工等。综合计算工作时间,又称综合计算工时工作制,是指以一定时间为周期,集中安排并综合计算工作时间和休息时间的工时制度。即分别以周、月、季、年为周期综合计算工作时间,但其平均日工作时间和平均周工作时间应与法定标准工作时间基本相同。对符合下列条件之一的职工,可以实行综合计算工作日:(1)交通、铁路、

邮电、水运、航空、渔业等行业中因工作性质特殊,需连续作业的职工;(2)地质及资源勘探、建筑、制盐、制糖、旅游等受季节和自然条件限制的行业的部分职工;(3)其他适合实行综合计算工时工作制的职工。

实行不定时工作制和综合计算工时工作制的企业,应根据劳动法的有关规定,与工会和劳动者协商,履行审批手续,在保障职工身体健康并充分听取职工意见的基础上,采用集中工作、集中休息、轮流调休、弹性工作时间等适当方式,确保职工的休息休假权利和生产、工作任务的完成。对于实行不定时工作制的劳动者,企业应根据标准工时制度合理确定劳动者的劳动定额或其他考核标准,以便安排劳动者休息。其工资由企业按照本单位的工资制度和工资分配办法,根据劳动者的实际工作时间和完成劳动定额情况计发。对于符合带薪年休假条件的劳动者,企业可安排其享受带薪年休假。实行综合计算工时工作制的企业,在综合计算周期内,某一具体日(或周)的实际工作时间可以超过8小时(或40小时),但综合计算周期内的总实际工作时间不应超过总法定标准工作时间,超过部分应视为延长工作时间,并按劳动法第44条第1项的规定支付工资报酬,其中法定休假日安排劳动者工作的,按劳动法第44条第3项的规定支付加班加点的工资报酬。

(二)休息休假的概念和种类

休息休假是指劳动者为行使休息权在国家规定的法定工作时间以外,不从事生产或工作而自行支配的时间。

1. 休息时间的种类。(1)工作日内的间歇时间。是指在工作日内给予劳动者休息和用餐的时间。一般为1~2小时,最少不得少于半小时。(2)工作日间的休息时间。即两个邻近工作日之间的休息时间。一般不少于16小时。(3)公休假日。又称周休息日,是劳动者在1周(7日)内享有的休息日,公休假日一般为每周2日,一般安排在周六和周日休息。不能实行国家标准工时制度的企业和事业组织,可根据实际情况灵活安排周休息日,应当保证劳动者每周至少休息1日。



2. 休假的种类。(1)法定节假日。是指法律规定用于开展纪念、庆祝活动的休息时间。我国劳动法规定的法定节假日有:元旦;春节;国际劳动节;国庆节;法律、法规规定的其他休假节日。(2)探亲假。是指劳动者享有保留工资、工作岗位而同分居两地的父母或配偶团聚的假期。探亲假适用于在国家机关、人民团体、全民所有制企业、事业单位工作满1年的固定职工。(3)年休假。是指职工工作满一定年限,每年可享有的带薪连续休息的时间。根据劳动法的规定,机关、团体、企业、事业单位、民办非企业单位、有雇工的个体工商户等单位的职工连续工作1年以上的,享受带薪年休假。单位应当保证职工享受年休假。职工在年休假期间享受与正常工作期间相同的工资收入。职工累计工作已满1年不满10年的,年休假5天;已满10年不满20年的,年休假10天;已满20年的,年休假15天。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。

(三)加班加点的主要法律规定

加班是指劳动者在法定节日或公休假日从事生产或工作。加点是指劳动者在标准工作日以外延长工作的时间。加班加点又统称为延长工作时间。为保证劳动者休息权的实现,劳动法规定任何单位和个人不得擅自延长职工工作时间。

1. 一般情况下加班加点的规定。劳动法第41条规定:用人单位由于生产经营需要,经与工会和劳动者协商后可以延长工作时间,一般每日不得超过1小时;因特殊原因需要延长工作时间的,在保障劳动者身体健康的条件下延长工作时间每日不得超过3小时,但是每月不得超过36小时。

2. 特殊情况下,延长工作时间不受劳动法第41条的限制。劳动法规定在下述特殊情况下,延长工作时间不受劳动法第41条的限制:(1)发生自然灾害、事故或者其他原因,威胁劳动者生命健康和财产安全,或使人民的安全健康和国家的财产遭到严重威胁,需要紧急处理的;(2)生产设备、交通运输线路、公共设施发生故障,影响生产和公共利益,必须及时抢修的;

(3)在法定节日和公休假日内工作不能间断,必须连续生产、运输或营业的;(4)必须利用法定节日或公休假日的停产期间进行设备检修、保养的;(5)为了完成国防紧急生产任务,或者完成上级在国家计划外安排的其他紧急生产任务,以及商业、供销企业在旺季完成收购、运输、加工农副产品紧急任务的;(6)法律、行政法规规定的其他情形。

3. 加班加点的工资标准。劳动法规定:(1)安排劳动者延长工作时间的,支付不低于工资的150%的工资报酬;(2)休息日安排劳动者工作又不能安排补休的,支付不低于工资的200%的工资报酬;(3)法定休假日安排劳动者工作的,支付不低于工资的300%的工资报酬。

4. 监督检查措施。县级以上各级人民政府劳动保障行政部门对本行政区域内的用人单位组织劳动者加班加点的情况依法监督检查,对违法行为分别不同情况,予以行政处罚:(1)用人单位未与工会或劳动者协商,强迫劳动者延长工作时间的,给予警告,责令改正,并按每名劳动者延长工作时间每小时罚款100元以下的标准处罚;(2)用人单位每日延长劳动者工作时间超过3小时或每月延长工作时间超过36小时的,给予警告,责令改正,并按每名劳动者每超过工作时间1小时罚款100元以下的标准处罚。

新华考资

二、工资法律制度 www.xhkzedu.com

(一)工资的概念和特征

工资是指用人单位依据国家有关规定和集体合同、劳动合同约定的标准,根据劳动者提供劳动的数量和质量,以货币形式支付给劳动者的劳动报酬。

工资具有如下特征:(1)工资是基于劳动关系而对劳动者付出劳动的物质补偿;(2)工资标准必须是事先规定的,事先规定的形式可以是工资法规、工资政策,集体合同、劳动合同;(3)工资须以法定货币形式定期支付给劳动者本人;(4)工资的支付是以劳动者提供的劳动数量和质量为依据的。

(二) 工资形式

工资形式是指计量劳动和支付劳动报酬的方式。企业可根据本单位的生产经营特点和经济效益,依法自主确定本单位的工资分配形式。我国的工资形式主要有:(1)计时工资。是按单位时间工资标准和劳动者实际工作时间计付劳动报酬的工资形式。我国常见的有小时工资、日工资、月工资。(2)计件工资。是按照劳动者生产合格产品的数量或作业量以及预先规定的计件单价支付劳动报酬的一种工资形式。计件工资是计时工资的转化形式。劳动提成工资是计件工资形式之一。(3)奖金。是给予劳动者的超额劳动报酬和增收节支的物质奖励。主要有月奖、季度奖和年度奖;经常性奖金和一次性奖金;综合奖和单项奖等。(4)津贴。是对劳动者在特殊条件下的额外劳动消耗或额外费用支出给予物质补偿的一种工资形式。主要有:岗位津贴、保健性津贴、技术性津贴等。(5)补贴。是为了保障劳动者的生活水平不受特殊因素的影响而支付给劳动者的工资形式。它与劳动者的劳动没有直接联系,其发放根据主要是国家有关政策规定,如物价补贴、边远地区生活补贴等。(6)特殊情况下的工资。是对非正常工作情况下的劳动者依法支付工资的一种工资形式。主要有:加班加点工资,事假、病假、婚假、探亲假等工资以及履行国家和社会义务期间的工资等。

(三) 工资分配原则

1. 工资总量宏观调控原则。
2. 用人单位自主分配、劳动者参与工资分配过程原则。
3. 按劳分配为主体、多种分配方式并存原则。
4. 同工同酬原则。我国宪法第48条规定:“国家保护妇女的权利和利益,实行男女同工同酬。”

5. 工资水平随经济发展逐步提高原则。

(四) 工资支付保障

工资支付保障是为保障劳动者劳动报酬权的实现,防止用人单位滥用工资分配权而制定的有关工资支付的一系列规则。有如下内容:

1. 工资应以法定货币支付,不得以实物及有价证券代替货币支付。

2. 工资应在用人单位与劳动者约定的日期支付。工资一般按月支付,至少每月支付一次。实行周、日、小时工资制的,可按周、日、小时支付。

3. 劳动者依法享受年休假、探亲假、婚假、丧假期间,以及依法参加社会活动期间,用人单位应按劳动合同规定的标准支付工资。

4. 工资应支付给劳动者本人,也可由劳动者家属或委托他人代领,用人单位可委托银行代发工资。

5. 工资应依法足额支付,除法定或约定允许扣除工资的情况外,严禁非法克扣或无故拖欠劳动者工资。

6. 对代扣工资的限制。用人单位不得非法克扣劳动者工资,有下列情况之一的,用人单位可以代扣劳动者工资:(1)用人单位代扣代缴的个人所得税。(2)用人单位代扣代缴的应由劳动者个人负担的社会保险费用。(3)用人单位依审判机关判决、裁定扣除劳动者工资。依照人民法院判决、裁定,用人单位可以从应负法律责任的劳动者工资中扣除其应负担的抚养费、赡养费、抚育费和损害赔偿等款项。(4)法律、法规规定可以从劳动者工资中扣除的其他费用。

7. 对扣除工资金额的限制。(1)因劳动者本人原因给用人单位造成经济损失的,用人单位可以按照劳动合同的约定要求劳动者赔偿其经济损失。经济损失的赔偿,可从劳动者本人的工资中扣除,但每月扣除金额不得超过劳动者月工资的20%;若扣除后的余额低于当地月最低工资标准的,则应按最低工资标准支付。(2)用人单位对劳动者违纪罚款,一般不得超过本人月工资标准的20%。

8. 用人单位依法破产时,劳动者有权获得其工资。在破产清偿顺序中用人单位应按企业破产法规定的清偿顺序,首先支付本单位劳动者的工资。

(五) 最低工资保障

我国最低工资保障制度是国家通过立法,



强制规定用人单位支付给劳动者的工资不得低于国家规定的最低工资标准,以保障劳动者能够满足其自身及其家庭成员基本生活需要的法律制度。最低工资保障制度是国家对劳动力市场的运行进行干预的一种重要手段。

最低工资是指劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动的前提下,其所在用人单位应支付的最低劳动报酬。最低工资的支付以劳动者在法定工作时间内提供了正常劳动为条件。劳动者因探亲、结婚、直系亲属死亡按照规定休假期间,以及依法参加国家和社会活动,视为提供了正常劳动,用人单位支付给劳动者的工资不得低于其适用的最低工资标准。劳动者与用人单位形成或建立劳动关系后,试用、熟练、见习期间,在法定工作时间内提供了正常劳动,其所在的用人单位应当支付其不低于最低工资标准的工资。

最低工资不包括下列各项:(1)加班加点工资;(2)中班、夜班、高温、低温、井下、有毒有害等特殊工作环境条件下的津贴;(3)国家法律、法规和政策规定的劳动者保险、福利待遇;(4)用人单位通过贴补伙食、住房等支付给劳动者的非货币性收入。

最低工资的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定,报国务院备案。在确定和调整最低工资标准时,综合参考下列因素:(1)劳动者本人及平均赡养人口的最低生活费用;(2)社会平均工资水平;(3)劳动生产率;(4)就业状况;(5)地区之间经济发展水平的差异。最低工资标准应当高于当地的社会救济金和失业保险金标准,低于平均工资。最低工资标准发布实施后,如确定最低工资标准参考的因素发生变化,或本地区职工生活费用价格指数累计变动较大时,应当适时调整,但每年最多调整一次。

劳动法第48条第2款明确规定:“用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准。”最低工资应以法定货币支付。用人单位支付给劳动者的工资低于最低工资标准的,由当地人民政府劳动保障行政部门责令其限期改正,逾期未改正的,由劳动保障行政部门对用人单位和责任者给予经济处罚,并视其欠付工资

时间的长短向劳动者支付赔偿金。

示例

关于工资保障制度,下列哪些表述符合劳动法的规定?(2010年试卷一第74题)

- A. 按照最低工资保障制度,用人单位支付劳动者的工资不得低于当地最低工资标准
- B. 乡镇企业不适用最低工资保障制度
- C. 加班工资不包括在最低工资之内
- D. 劳动者在婚丧假以及依法参加社会活动期间,用人单位应当依法支付工资

【参考答案及简要提示】ACD。乡镇企业属于企业的一种类型,乡镇企业和劳动者之间的关系适用劳动法,因此乡镇企业当然适用最低工资保障制

新华考资

www.xhkdzu.com

三、职业安全卫生法

(一)职业安全卫生法的概念和特点

职业安全卫生法,是指以保护劳动者在职业劳动过程中的安全与健康为宗旨,以劳动安全卫生规则等为内容的法律规范的总称。职业安全卫生法的立法目的是减少和避免因工伤亡事故以及职业危害、职业中毒和职业病。

职业安全卫生法与其他劳动法规相比有其特有的特征:(1)保护对象的特定性。职业安全卫生法保护的对象是特定的,即保护的是劳动者在生产、劳动过程中的生命安全和健康。(2)法规内容具有技术性。职业安全卫生法主要由劳动安全、劳动卫生技术规程和标准组成,是具有技术性的法律规范。(3)法律规范多为强制性和禁止性规范。

(二)职业安全卫生法律制度的内容

1. 职业安全卫生工作的方针和制度。职业安全卫生,包括职业安全、职业卫生两类。职业安全是为防止和消除劳动过程中的伤亡事故而制定的各种法律规范,职业卫生是为保护劳动者在劳动过程中的健康,预防和消除职业病、职业中毒和其他职业危害而制定的各种法律规范。我国职业安全卫生工作方针是:安全第一,预防为主。

职业安全卫生制度主要包括:职业安全卫

生标准制度、安全生产保障制度、职业卫生与职业病防治制度、职业安全卫生责任制度、职业安全教育制度、职业安全卫生认证制度、安全卫生设施“三同时”制度、安全卫生检查与监察制度、伤亡事故报告处理制度等内容。

2. 女职工的特殊劳动保护。女职工特殊劳动保护是指根据女职工生理特点和抚育子女的需要,对其在劳动过程中的安全健康所采取的有别于男子的特殊保护。

为保护女职工的身体健康,法律规定禁止安排女职工从事矿山井下作业、国家规定的第四级体力劳动强度的劳动和其他禁忌从事的劳动;不得安排女职工在经期从事高处、高温、低温、冷水作业和国家规定的第三级体力劳动强度的劳动;不得安排女职工在怀孕期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和孕期禁忌从事的劳动;对怀孕7个月以上的女职工,不得安排其延长工作时间和夜班劳动;女职工生育享受不少于90天的产假;不得安排女职工在哺乳未满1周岁的婴儿期间从事国家规定的第三级体力劳动强度的劳动和哺乳期禁忌从事的其他劳动,不得安排其延长工作时间和夜班劳动。

3. 未成年工的特殊劳动保护。未成年工是指年满16周岁未满18周岁的劳动者。对未成年工特殊劳动保护的措施主要有:(1)上岗前培训。未成年工上岗,用人单位应对其进行有关的职业安全卫生教育、培训。(2)禁止安排未成年工从事有害健康的工作。用人单位不得安排未成年工从事矿山井下、有毒有害、国家规定的第四级体力劳动强度和其他禁忌从事的劳动。(3)提供适合未成年工身体发育的生产工具等。(4)对未成年工定期进行健康检查。

第四节 劳动争议

一、劳动争议的概念和分类

劳动争议又称劳动纠纷,是指劳动关系双方当事人因执行劳动法律、法规或履行劳动合同、集体合同发生的纠纷。

劳动争议发生在劳动者与用人单位之间,劳动争议的主体与劳动法、劳动合同法规定的

劳动关系的主体相同。

劳动争议按照不同的标准,可划分为以下几种:

1. 按照劳动争议当事人人数多少的不同,可分为个人劳动争议和集体劳动争议。个人劳动争议是劳动者个人与用人单位发生的劳动争议;集体劳动争议是指劳动者一方当事人在3人以上,有共同理由的劳动争议。发生劳动争议的劳动者一方在10人以上,并有共同请求的,可以推举代表参加调解、仲裁或者诉讼活动。

2. 按照劳动争议的内容,可分为:因确认劳动关系发生的争议;因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;法律、法规规定的其他劳动争议。上述劳动争议属于《中华人民共和国劳动争议调解仲裁法》的适用范围。

3. 按照当事人国籍的不同,可分为国内劳动争议与涉外劳动争议。国内劳动争议是指我国的用人单位与具有我国国籍的劳动者之间发生的劳动争议;涉外劳动争议是指具有涉外因素的劳动争议,包括我国在国(境)外设立的机构与我国派往该机构工作的人员之间发生的劳动争议、外商投资企业的用人单位与劳动者之间发生的劳动争议。

下列纠纷不属于劳动争议:(1)劳动者请求社会保险经办机构发放社会保险金的纠纷;(2)劳动者与用人单位因住房制度改革产生的公有住房转让纠纷;(3)劳动者对劳动能力鉴定委员会的伤残等级鉴定结论或者对职业病诊断鉴定委员会的职业病诊断鉴定结论的异议纠纷;(4)家庭或者个人与家政服务人员之间的纠纷;(5)个体工匠与帮工、学徒之间的纠纷;(6)农村承包经营户与受雇人之间的纠纷。

二、劳动争议的处理机构

(一)劳动争议调解机构

劳动争议调解委员会(以下简称调解委员

新华考资

www.xhkedu.com



会)是依法成立的调解本单位发生的劳动争议的群众性组织。我国的劳动争议调解委员会主要有:企业劳动争议调解委员会;依法设立的基层人民调解组织;在乡镇、街道设立的具有劳动争议调解职能的组织。企业劳动争议调解委员会由职工代表和企业代表组成。职工代表由工会成员担任或者由全体职工推举产生,企业代表由企业负责人指定。企业劳动争议调解委员会主任由工会成员或者双方推举的人员担任。

(二)劳动争议仲裁机构

劳动争议仲裁委员会是国家授权、依法独立地对劳动争议案件进行仲裁的专门机构。劳动争议仲裁委员会按照统筹规划、合理布局和适应实际需要的原则设立。省、自治区人民政府可以决定在市、县设立;直辖市人民政府可以决定在区、县设立。直辖市、设区的市也可以设立一个或者若干个劳动争议仲裁委员会。劳动争议仲裁委员会不按行政区划层层设立。

劳动争议仲裁委员会由劳动行政部门代表、工会代表和企业方面代表组成。劳动争议仲裁委员会组成人员应当是单数。

劳动争议仲裁委员会负责管辖本区域内发生的劳动争议。仲裁委员会受理本行政区域内的下列劳动争议案件:因确认劳动关系发生的争议;因订立、履行、变更、解除和终止劳动合同发生的争议;因除名、辞退和辞职、离职发生的争议;因工作时间、休息休假、社会保险、福利、培训以及劳动保护发生的争议;因劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金等发生的争议;法律、法规规定的其他劳动争议。

劳动争议由劳动合同履行地或者用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会管辖。双方当事人分别向劳动合同履行地和用人单位所在地的劳动争议仲裁委员会申请仲裁的,由劳动合同履行地的劳动争议仲裁委员会管辖。

劳动争议仲裁委员会仲裁劳动争议,实行仲裁庭、仲裁制度。仲裁庭仲裁实行少数服从多数的原则。劳动争议仲裁不收费。劳动争议仲裁委员会的经费由财政予以保障。

劳动争议仲裁委员会依法进行仲裁,依法决定劳动争议案件的受理、仲裁庭的组成、仲裁员的回避;依法对案件进行调查研究、进行调解和作出裁决。

(三)人民法院

人民法院是审理劳动争议案件的司法机构。我国尚未设立劳动法院或劳动法庭,由各级人民法院的民事审判庭审理劳动争议案件。其受案范围为:属于劳动法第2条规定的劳动争议,当事人不服劳动争议仲裁委员会作出的裁决,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理:

1. 劳动者与用人单位在履行劳动合同过程中发生的纠纷。

2. 劳动者与用人单位之间没有订立书面劳动合同,但已形成劳动关系后发生的纠纷。

3. 劳动者退休后,与尚未参加社会保险统筹的原用人单位因追索养老金、医疗费、工伤保险待遇和其他社会保险费而发生的纠纷。

4. 用人单位和劳动者因劳动关系是否已经解除或者终止,以及应否支付解除或终止劳动关系经济补偿金产生的争议,经劳动争议仲裁委员会仲裁后,当事人依法起诉的,人民法院应予受理。

5. 劳动者与用人单位解除或者终止劳动关系后,请求用人单位返还其收取的劳动合同定金、保证金、抵押金、抵押物产生的争议,或者办理劳动者的人事档案、社会保险关系等移转手续产生的争议,经劳动争议仲裁委员会仲裁后,当事人依法起诉的。

6. 劳动者因为工伤、职业病,请求用人单位依法承担给予工伤保险待遇的争议,经劳动争议仲裁委员会仲裁后,当事人依法起诉的,人民法院应予受理。

三、劳动争议的解决方式及处理程序

我国劳动法规定:用人单位与劳动者发生劳动争议,当事人可以依法申请调解、仲裁、提起诉讼,也可以协商解决。根据这一规定,我国劳动争议的解决方式主要有协商、调解、仲裁和诉讼。发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不

新华考资

www.xhkedu.com

成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解;不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁;对仲裁裁决不服的,除法律另有规定的外,可以向人民法院提起诉讼。

(一) 协商

发生劳动争议,劳动者可以与用人单位协商,也可以请工会或者第三方共同与用人单位协商,达成和解协议。

劳动争议发生后,当事人应当协商解决,协商一致后,双方可达成和解协议,但和解协议无必须履行的法律效力,而是由双方当事人自觉履行。协商不是处理劳动争议的必经程序,当事人不愿协商或协商不成,可以向本单位劳动争议调解委员会申请调解或向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

(二) 调解

发生劳动争议,当事人不愿协商、协商不成或者达成和解协议后不履行的,可以向调解组织申请调解。当事人双方愿意调解的,可以书面或口头形式向调解委员会申请调解。调解委员会接到调解申请后,可依据合法、公正、及时、着重调解原则进行调解。调解委员会调解劳动争议,应当自当事人申请调解之日起15日内结束;到期未结束的,视为调解不成,当事人可以向当地劳动争议仲裁委员会申请仲裁。经调解达成协议的,制作调解协议书。调解协议书由双方当事人签名或者盖章,经调解员签名并加盖调解组织印章后生效,对双方当事人具有约束力,当事人自觉履行。达成调解协议后,一方当事人在协议约定期限内不履行调解协议的,另一方当事人可以依法申请仲裁。

劳动者可以申请支付令:因支付拖欠劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金事项达成调解协议,用人单位在协议约定期限内不履行的,劳动者可以持调解协议书依法向人民法院申请支付令。人民法院应当依法发出支付令。

调解不是劳动争议解决的必经程序,不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

(三) 仲裁

仲裁是劳动争议案件处理必经的法律程序:发生劳动争议,当事人不愿调解、调解不成或者达成调解协议后不履行的,可以向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。劳动争议发生后,当事人任何一方都可直接向劳动争议仲裁委员会申请仲裁。

仲裁时效的有关规定:劳动争议申请仲裁的时效期间为1年。仲裁时效期间从当事人知道或者应当知道其权利被侵害之日起计算。仲裁时效的中断,因当事人一方向对方当事人主张权利,或者向有关部门请求权利救济,或者对方当事人同意履行义务而中断。从中断时起,仲裁时效期间重新计算。仲裁时效的中止,因不可抗力或者其他正当理由,当事人不能在法律规定的仲裁时效期间申请仲裁的,仲裁时效中止。从中止时效的原因消除之日起,仲裁时效期间继续计算。劳动关系存续期间因拖欠劳动报酬发生争议的,劳动者申请仲裁不受1年仲裁时效期间的限制;但是,劳动关系终止的,应当自劳动关系终止之日起1年内提出。

提出仲裁要求的一方应当自劳动争议发生之日起1年内向劳动争议仲裁委员会提出书面申请。劳动争议仲裁委员会接到仲裁申请后,应当在5日内作出是否受理的决定。受理后,应当在收到仲裁申请的45日内作出仲裁裁决。案情复杂需要延期的,经劳动争议仲裁委员会主任批准,可以延期并书面通知当事人,但是延长期限不得超过15日。逾期未作出仲裁裁决的,当事人可以就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

仲裁委员会主持调解的效力:仲裁委员会可依法进行调解,经调解达成协议的,制作仲裁调解书。仲裁调解书具有法律效力,自送达之日起具有法律约束力,当事人须自觉履行,一方当事人不履行的,另一方当事人可向人民法院申请强制执行。

劳动争议案件仲裁的举证责任的规定:发生劳动争议,当事人对自己提出的主张,有责任提供证据。在劳动争议案件中,用人单位的举



证责任重大,与争议事项有关的证据属于用人单位掌握管理的,用人单位应当提供;用人单位不提供的,应当承担不利后果。

仲裁委员会对部分案件有先予执行的裁决权:仲裁庭对追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金的案件,根据当事人的申请,可以裁决先予执行,移送人民法院执行。

为使劳动者的权益得到快捷的保护,加快劳动争议案件的处理时间,劳动争议仲裁委员会对下列案件实行一裁终局:追索劳动报酬、工伤医疗费、经济补偿或者赔偿金,不超过当地月最低工资标准12个月金额的争议;因执行国家的劳动标准在工作时间、休息休假、社会保险等方面发生的争议。上述案件的仲裁裁决为终局裁决,裁决书自作出之日起发生法律效力。劳动者对一裁终局的仲裁裁决不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院起诉。而用人单位对一裁终局的仲裁裁决,不能再向法院起诉,也不能申请再次仲裁,但在具备法定情形时,用人单位可以向人民法院申请撤销。

除一裁终局的仲裁裁决以外的其他劳动争议案件的仲裁裁决,当事人不服的,可以自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼;期满不起诉的,裁决书发生法律效力。一方当事人逾期不履行,另一方当事人可以向人民法院申请强制执行。受理申请的人民法院应当依法执行。

(四) 诉讼

当事人对可诉的仲裁裁决不服的,可自收到仲裁裁决书之日起15日内向人民法院提起诉讼。对经过仲裁裁决,当事人向法院起诉的劳动争议案件,人民法院应当受理。

1. 人民法院对当事人因劳动争议仲裁委员会不予受理而起诉到法院的案件的处理:

劳动争议仲裁委员会以当事人申请仲裁的事项不属于劳动争议为由,作出不予受理的书面裁决、决定或者通知,当事人不服,依法向人民法院起诉的,人民法院应当分别情况予以处理:属于劳动争议案件的,应当受理;虽不属于劳动争议案件,但属于人民法院主管的其他案

件,应当依法受理。

劳动争议仲裁委员会以当事人的仲裁申请超过期限为由,作出不予受理的书面裁决、决定或者通知,当事人不服,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理;对确已超过仲裁申请期限,又无不可抗力或者其他正当理由的,依法驳回其诉讼请求。

劳动争议仲裁委员会以申请仲裁的主体不适格为由,作出不予受理的书面裁决、决定或者通知,当事人不服,依法向人民法院起诉的,经审查,确属主体不适格的,裁定不予受理或者驳回起诉。

2. 对重新作出仲裁裁决的处理。劳动争议仲裁委员会为纠正原仲裁裁决错误重新作出裁决,当事人不服,依法向人民法院起诉的,人民法院应当受理。

3. 仲裁事项不属于法院受案范围的处理。劳动争议仲裁委员会仲裁的事项不属于人民法院受理的案件范围,当事人不服,依法向人民法院起诉的,裁定不予受理或者驳回起诉。

4. 劳动争议案件的管辖。劳动争议案件由用人单位所在地或者劳动合同履行地的基层人民法院管辖。劳动合同履行地不明确的,由用人单位所在地的基层人民法院管辖。

5. 劳动争议案件中的证明责任。部分劳动争议案件的举证责任由法律明确规定。因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议,用人单位负举证责任。

6. 人民法院对一裁终局的部分劳动争议仲裁裁决有撤销权:用人单位对一裁终局的仲裁裁决书自收到之日起30日内可以向劳动争议仲裁委员会所在地的中级人民法院申请撤销该裁决,但须有证据证明该仲裁裁决,适用法律、法规确有错误的,劳动争议仲裁委员会无管辖权的,违反法定程序的,裁决所依据的证据是伪造的;对方当事人隐瞒了足以影响公正裁决的证据的,仲裁员在仲裁该案时有索贿受贿、徇私舞弊、枉法裁决行为的。人民法院经组成合议庭审查核实裁决有上述情形之一的,应当裁定撤销。仲裁裁决被人民法院裁定撤销的,当

事人可以自收到裁定书之日起 15 日内就该劳动争议事项向人民法院提起诉讼。

7. 人民法院审理劳动争议案件实行两审终审制。人民法院一审审理终结后,对一审判决不服的,当事人可在 15 日内向上一级人民法院提起上诉;对一审裁定不服的,当事人可在 10 日内向上一级人民法院提起上诉。经二审审理

所作出的裁决是终审裁决,自送达之日起发生法律效力,当事人必须履行。

新华考资

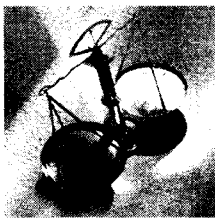
【本章主要法

www.xhkzedu.com

1. 劳动法
2. 劳动合同法
3. 劳动争议调解仲裁法

劳动法具有相对完整和独立的体系,包括劳动基准法、劳动合同法和劳动争议调解仲裁法,其中劳动合同是劳动关系的基础,劳动基准是劳动者权益的保障,劳动争议处理则是劳动关系领域冲突解决的机制。

本章的难点是准确把握劳动法的政策界限:一方面要充分保护劳动者的合法权益,另一方面要构建和谐劳动关系,实现劳动关系各方的互利共赢。



经济法

第六章

土地法和房地产法

www.xhkzedu.com

第一节 土地管理法

一、土地所有权

(一) 概述

土地所有权是国家或者农民集体依法对归其所有的土地所享有的占有、使用、收益和处分的支配性权利。

我国的土地所有权有以下特征：

1. 土地所有权人(土地所有者)及其代表由法律明确规定。我国实行土地公有制,两类土地所有权主体及其代表均为法定的特殊主体,即国家和农村集体经济组织。

2. 土地所有权的取得、变更与丧失依法律规定,不得约定。集体土地所有权的取得需经县级人民政府登记造册,核发证书,确认所有权;集体土地所有权可因国家征收、征用而丧失。

3. 土地所有权禁止交易。我国宪法和土地管理法均规定禁止买卖土地。我国实行土地公有制,非公有土地所有权主体不能通过市场交易取得土地所有权,公有土地所有权主体之间也不能通过任何方式进行土地所有权交易。我国房地产市场进行的土地交易仅为土地使用权交易。

(二) 国家土地所有权

国家土地所有权是以国家为所有权人,由其代表代为行使的对国有土地的支配性权利。

1. 国家土地所有权的客体。依据《土地管理法实施条例》的规定,下列土地属于国家所有:(1)城市市区的土地;(2)农村和城市郊区中已经被国家依法没收、征收、征购为国有的土地;(3)国家依法征用的原集体所有的土地;(4)依法不属于集体所有的林地、草地、荒地、滩涂及其他土地;(5)农村集体经济组织全部成员转为城镇居民的,原属于其成员集体所有的土地;(6)因国家组织移民、自然灾害等原因,农民成建制地集体迁移后不再使用的原属于迁移农民

集体所有的土地。

2. 国家土地所有权的主体及其代表。在我国,国家土地所有权的主体由宪法规定。土地管理法在国家土地所有权问题上的立法重点是对行使国家土地所有权的代表作出规定。

土地管理法规定,国家土地所有权由国务院代表国家行使。同时,国务院可通过制定行政法规或发布行政命令授权地方人民政府或其职能部门行使国家土地所有权。例如,在国有土地使用权出让法律关系中由市、县人民政府国土资源土地管理部门担当国有土地所有者代表与用地者签订出让合同。上述行使国家土地所有权的代表称为国有土地所有者代表。

国有土地所有者代表行使对国有土地的收益权能、处分权能,应依法经有审批权的人民政府审批,下级人民政府应依法向上级人民政府上缴土地收益。

3. 国家土地所有权的特征:

(1)国家土地所有权主体不能亲自行使所有权,而只能由主体代表代为行使所有权。这一点明显区别于集体土地所有权。集体土地所有权主体可以亲自行使所有权。

(2)国家土地所有权主体代表不能亲自行使土地所有权的全部四项权能。国家不能亲自行使占有、使用权能,即使是代表国家行使占有、使用权能的人,其身份也仅是土地使用权人。因此,要实现国有土地的利用,必须将土地所有权的部分权能让与用地者,而国家以一定方式享有实现土地经济效益的收益权。而集体土地所有权主体本身及主体代表却可以亲自行使土地所有权的全部使用权能,例如对未实行承包经营的集体土地,村民可实行集体占有、使用和收益。

(3)国有土地所有者代表对土地保有最终的处分权。这是国家土地所有权的一个十分重要的特征。以是否具有最终的处分权来衡量,国家土地所有权更符合所有权的完全性与绝对性特征。国家可以决定国有土地的最终命运,也可以决定集体土地的最终命运,这一点集中体现在国家对土地的用途管制上。可以认为,国家的这种决定土地最终命运的权利超乎土地

所有权这一民事财产权利可以包容的范畴,而具有公法上的国家主权与行政权色彩。

示例

根据《土地管理法》确立的土地用途管制制度,国家在编制土地利用总体规划时,对土地用途如何分类?(2006年试卷一第22题)

- A. 国有单位用地、集体用地和私人用地
- B. 城市用地、乡村用地和其他用地
- C. 农用地、建设用地和未利用地
- D. 工商业用地、农业用地和住宅用地

【参考答案及简要提示】C。根据《土地管理法》第4条第2款规定:“国家编制土地利用总体规划,规定土地用途,将土地分为农用地、建设用地和未利用地。严格限制农用地转为建设用地,控制建设用地总量,对耕地实行特殊保护。”

(三)集体土地所有权

集体土地所有权是以符合法律规定的农村集体经济组织的农民集体为所有权人,对归其所有的土地所享有的受法律限制的支配性权利。

1. 集体土地所有权的主体及其代表。依据土地管理法的规定,我国集体土地所有权的主体及其代表有三个层次:

(1)农民集体所有的土地依法属于村农民集体所有的,由村集体经济组织或者村民委员会作为所有者代表经营、管理。

(2)在一个村范围内存在两个以上农村集体经济组织,且农民集体所有的土地已经分别属于该两个以上组织的农民集体所有的,由村内各该农村集体经济组织或者村民小组作为所有者代表经营、管理。

(3)农民集体所有的土地,已经属于乡(镇)农民集体所有的,由乡(镇)农村集体经济组织作为所有者代表经营、管理。

2. 集体土地所有权的确认。农民集体所有的土地,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认所有权。

3. 集体土地所有权的限制。集体土地所有权是受限制的所有权,其限制表现在两方面:



(1)受国家法律和政府管理的限制。集体土地所有权在收益权和处分权两方面受到限制。在收益权方面,集体所有的土地不能直接用于房地产开发,若用于房地产开发必须先由国家征用转变为国有土地后再由国家出让给房地产开发商,这就使得集体土地所有权中的收益权能受到限制。在处分权方面,集体土地不得出让、转让、出租于非农业建设,集体土地所有者不得擅自改变土地用途,其向用地者提供土地使用权须经人民政府审批等,这就使得集体土地所有权中的处分权能受到相当大的限制。

(2)受农民集体意志的限制。集体土地所有权经常由所有者代表行使,集体土地所有者代表行使处分权,应受农民集体这一集体土地所有权主体的限制。一般来说,对集体土地的重大处分应当依法经农村集体经济组织成员表

二、国有土地使用权

(一)概述

国有土地使用权是用地者依其不同取得方式而享有的,具有不同法定权利内容的,与所有权相分离的,对国有土地所享有的用益性民事财产权利。

1. 国有土地使用权的特征:

(1)主体的广泛性。在我国,国有土地使用权主体多为一般主体,对其身份资格多无特别限定。境内外法人、非法人组织及公民自然个人均可依法取得国有土地使用权。而集体土地使用权主体多为特殊主体。

(2)取得方式的多样性。国有土地所有者代表可依法通过出让(含以出让金作价出资或入股)、租赁或划拨等方式将国有土地使用权让与土地使用者。据此用地者原始取得国有土地使用权。用地者也可依法通过市场交易的方式,继受取得国有土地使用权。

(3)内容的差异性。在我国,国有土地使用权可因不同方式而取得,而取得方式之不同将导致权利内容具有实质性差异。

2. 国有土地使用权的确认。国有土地使

用权需经法定登记予以确认。土地管理法规定,单位和个人使用的国有土地,由县级以上人民政府登记造册,核发证书,确认使用权。

3. 国有土地使用权的内容与限制。国有土地使用权人对国有土地享有占有权、使用权,并依权利取得方式之不同享有不同的收益权、处分权。但对于依法律或依约定不属于国有土地使用权客体的土地空间范围及物,不得行使上述权利。国有土地使用权人行使权利不得违反法律、行政法规规定的义务和权利设定时约定的义务。

4. 国有土地使用权的终止。国有土地使用权因法律规定的情形而终止。一般来说,国有土地使用权终止的主要原因是国家依法收回土地使用权。除此之外,使用权人放弃使用或因特定原因停止使用;使用权人为自然人的,使用权人死亡后无人继承,也可导致国有土地使用权的终止。

土地管理法规定,有下列情形之一的,由有人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准,可以收回国有土地使用权:(1)为公共利益需要使用土地的;(2)为实施城市规划进行旧城区改建,需要调整使用土地的;(3)土地出让等有偿使用合同约定的使用期限届满,土地使用者未申请续期或者申请而未获批准的(住宅用地的续期依物权法的规定);(4)因单位撤销、迁移等原因,停止使用原划拨的国有土地的;(5)公路、铁路、机场、矿场等经核准报废的。其中因上述第(1)、(2)项情形收回国有土地使用权的,应当对土地使用权人给予适当补偿。

(二)出让土地使用权

出让土地使用权是土地使用者以向国有土地所有者代表支付出让金为代价而原始取得的有期限限制的国有土地使用权。

1. 出让土地使用权的主体。境内外法人、非法人组织和公民自然人个人可依法取得出让土地使用权。但是,外商投资开发经营成片土地,应依法设立中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业,享有该项权利。

2. 出让土地使用权的取得。国家出让土

新华考资

www.xhkzedu.com

地使用权的方式为拍卖、招标、挂牌和协议。城市房地产管理法规定,商业、旅游、娱乐和豪华住宅用地,应当采取拍卖、招标方式出让土地使用权。没有条件,不能采取拍卖、招标方式的,可以采取协议方式出让土地使用权。采取协议方式出让土地使用权的,出让金不得低于按国家规定所确定的最低价。目前经营性国有土地使用权出让已基本采用拍卖、招标、挂牌方式。

土地使用者应当在签订土地使用权出让合同后 60 日内支付全部土地使用权出让金,领取土地使用权证,取得出让土地使用权。依双方约定采取分期付款方式取得出让土地使用权的,在未付清全部出让金前,土地使用者领取临时土地使用权证。

国家可将出让土地使用权作价出资或入股作为对企业的投资,国家对企业享有相应的投资者权益(股权),企业享有出让土地使用权。

3. 出让土地使用权的年限。根据国务院的现行规定,城镇国有土地使用权出让的最高年限,按土地用途分为以下几种情况:(1)居住用地 70 年;(2)工业用地 50 年;(3)教育、科技、文化、卫生、体育用地 50 年;(4)商业、旅游、娱乐用地 40 年;(5)综合或者其他用地 50 年。

国有土地所有者代表与用地者可在不超过最高出让年限的前提下,在出让合同中约定出让年限。

4. 出让土地使用权的内容与限制。出让土地使用权人在出让使用期限内依法对土地享有占有权、使用权、收益权和部分处分权。分期付款取得出让土地使用权的,在领取临时土地使用权证期间,土地使用者对土地不享有部分处分权。该部分处分权指出让土地使用权人可依法将其享有的土地权利转让、出租、抵押或用于合资、合作经营及其他经济活动。出让土地使用权人对其使用土地上的地上建筑物、其他附着物享有所有权。

土地使用者需要改变土地使用权出让合同约定的土地用途的,必须取得出让方和市人民政府城市规划行政主管部门的同意,并签订土地使用权出让合同变更协定或者重新签订土地使用权出让合同,相应调整土地使用权出让

金。目前采用拍卖、招标、挂牌方式受让的国有土地使用权,土地使用者欲改变土地用途,已受到更严格的限制。

土地使用者必须依土地使用权出让合同的约定开发、利用土地,不得在法定或约定的期限内闲置土地。土地使用者转让土地使用权必须符合法定条件。

(三)划拨土地使用权

划拨土地使用权是土地使用者经县级以上人民政府依法批准,在缴纳补偿、安置等费用后所取得的或者无偿取得的没有使用期限限制的国有土地使用权。

1. 划拨土地使用权的范围。下列用地的土地使用者可以依法取得划拨土地使用权:(1)国家机关用地和军事用地;(2)城市基础设施用地和公益事业用地;(3)国家重点扶持的能源、交通、水利等项目用地;(4)法律、行政法规规定的其他用地。

2. 划拨土地使用权的取得。用地者申请取得划拨土地使用权需征收征用集体土地或占用其他用地者正在使用的国有土地的,申请用地者应向集体土地所有者或原国有土地使用者支付土地补偿安置费。

申请用地者取得划拨土地使用权的土地为国有荒地、空地的,经依法批准后,可无偿取得。

3. 内容与限制。划拨土地使用权人对划拨土地享有占有权、使用权和部分收益权。划拨土地使用权人占有、使用划拨土地所获收益归其享有,依法经批准处分土地所获收益按有关规定上缴国家后,余额归其享有。划拨土地使用权人对其投资建造的地上建筑物、其他附着物享有所有权。

划拨土地使用权人不得擅自改变土地用途,转让、出租和抵押其权利受到严格限制(须符合法定条件并履行法定手续)。

三、集体土地使用权

(一)概述

集体土地使用权是符合法律规定的用地者依法律限定按照一定土地用途而以一定合法方式使用集体土地的权利。



1. 集体土地使用权的特征:

(1) 主体的特定性。农村集体经济组织及其成员,农村集体经济组织投资设立的企业,乡(镇)、村公益性组织及法律、行政法规规定的其他单位和个人,可以依法取得集体土地使用权。

集体土地使用权主体一般为特殊主体,对其身份资格多有限制,主要由农村集体经济组织及其成员,集体经济组织设立的企业和公益性组织担当,只有法律规定允许的个别情况下,才可由农村集体经济组织以外的单位和个人担当。这与现行法禁止或限制非农集体土地使用权流转是一个问题的两个方面。

因此,从总体上来讲,集体土地使用权是静态的权利,集体土地使用权人对集体土地所有者一般具有身份上的归属感或依赖性。

(2) 用途、取得与权利内容的相关性。集体土地使用权按用途划分为农用地使用权、宅基地使用权、非农经营用地使用权和非农公益用地使用权。关于权利的分类,集体土地使用权与国有土地使用权有所不同。后者主要以权利的取得方式进行分类,在分类中土地用途并不起决定性作用;但前者从现行制度来看主要以土地用途作为分类基础,不同用途的土地,其使用权采用不同方式取得,进而具有不同的权利内容。

集体土地所有者及其代表可依法通过承包、分配、投资、拨付等方式向符合法律规定的用地者提供集体土地使用权。按土地用途进行分类的各项集体土地使用权可以分别对应有不同的取得方式。如农用地使用权的取得方式为承包(因此又被称为“土地承包经营权”),其中主要采用带有社会保障性质的与集体经济组织内部成员身份密切相关的家庭承包方式,此外也可采用招标、拍卖及公开协商等承包方式;宅基地使用权的取得方式为分配;非农经营用地使用权的取得方式为投资;非农公益用地使用权的取得方式为拨付。

(3) 权利交易的受限制性。目前,国家尚垄断建设用地一级市场,限制非农业性集体土地使用权交易。土地管理法规定:农民集体所有的土地的使用权不得出让、转让或者出租用于

非农业建设,但是符合土地利用总体规划并依法取得建设用地的企业,因破产、兼并等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。

2. 集体土地使用权的确认。集体土地使用权经登记确认,分两种情况:

(1) 土地承包经营权。农村土地承包法规定:县级以上地方人民政府应当向承包方颁发土地承包经营权证或者林权证等证书,并登记造册,确认土地承包经营权。

(2) 非农用地使用权。土地管理法规定:农民集体所有的土地依法用于非农业建设的,由县级人民政府登记造册,核发证书,确认建设用地使用权。

3. 集体土地使用权的终止。依据土地管理法的规定,集体土地使用权因下列情形而终止:(1) 国家征收集体所有土地;(2) 乡村公共设施 and 公益事业建设需要收回集体土地使用权的;(3) 用地者撤销、迁移等而停止使用集体土地的;(4) 用地者违法或违约被集体土地所有者收回土地使用权的。例如,依据土地管理法第37条的规定,承包土地的单位或者个人连续两年弃耕抛荒的,原发包单位应当终止承包合同,收回发包的土地。

因上列第一种情形终止集体土地使用权的,集体经济组织应将其获得的征地补偿安置费,按照有关法律、行政法规的规定支付给原集体土地使用权人作为补偿,或者以其他方式对原集体土地使用权人进行补偿安置。因第二种情形终止集体土地使用权的,由农村集体经济组织对原集体土地使用权人给予适当的补偿。

土地承包经营权的终止情形及法律后果,还应依据农村土地承包法的规定确定。

(二) 土地承包经营权

土地承包经营权是农村集体经济组织成员或者其他单位、个人依法以家庭承包或者其他方式承包取得的,用于农、林、牧、渔等生产经营活动的有期限限制的集体土地使用权。

1. 土地承包经营权的主体。土地承包经营权可由本农村集体经济组织成员依法取得,也可由本农村集体经济组织以外的单位和个人依法取得。

2. 土地承包经营权的取得。国家实行农村土地承包经营制度。农村土地承包采取集体经济组织内部家庭承包方式,不宜采取家庭承包方式的荒山、荒沟、荒丘、荒滩等农村土地,可以采取招标、拍卖、公开协商等方式承包。

本农村集体经济组织成员通过承包方式取得农用地使用权的,耕地的承包期限为30年,草地的承包期限为30~50年,林地的承包期限为30~70年。特殊林木的林地承包期,经国务院林业行政主管部门批准可以延长。

土地承包方案必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表同意。本农村集体经济组织以外的单位和个人通过承包方式取得农用地使用权的,其权利的取得,必须经村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表同意,并报乡(镇)人民政府批准。

3. 土地承包经营权的内容与限制。土地承包经营权人在承包期限内,承包方享有下列权利:(1)依法享有承包地的占有、使用、收益和土地承包经营权流转的权利,有权自主组织生产经营和处置产品。(2)承包地被依法征收、征用、占用的,有权依法获得相应的补偿;对土地享有占有权、使用权、收益权。(3)土地承包经营权人可将其享有的土地权利转包、出租、互换、转让或以其他方式流转。承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的,土地承包经营权依法流转时有权获得相应的补偿。承包入应得的承包收益,依照继承法的规定继承。

土地承包经营权人不得擅自改变权利取得时确定的农业土地用途,不得擅自将农用地转变为非农用地。农、林、牧、渔业用地之间用途的转变,依有关法律规定,并不得违反承包合同的约定。

4. 土地承包经营权收回、调整与保护。承包期内,发包方一般不得收回承包地。

承包期内,承包方全家迁入小城镇落户的,应当按照承包方的意愿,保留其土地承包经营权或者允许其依法进行土地承包经营权流转。

承包期内,承包方全家迁入设区的市,转为非农业户口的,应当将承包的耕地和草地交回发包方。承包方不交回的,发包方可以收回承

包的耕地和草地。

承包期内,妇女结婚,在新居住地未取得承包地的,发包方不得收回其原承包地;妇女离婚或者丧偶,仍在原居住地生活或者不在原居住地生活但在新居住地未取得承包地的,发包方不得收回其原承包地。

承包期内,承包方可以自愿将承包地交回发包方。承包方自愿交回承包地的,应当提前半年以书面形式通知发包方。承包方在承包期内交回承包地的,在承包期内不得再要求承包土地。

承包期内,承包方交回承包地或者发包方依法收回承包地时,承包方对其在承包地上投入而提高土地生产能力的,有权获得相应的补偿。

承包期内,发包方一般不得调整承包地。

承包期内,因自然灾害严重毁损承包地等特殊情形对个别农户之间承包的耕地和草地需要适当调整的,必须经本集体经济组织成员的村民会议2/3以上成员或者2/3以上村民代表的同意,并报乡(镇)人民政府和县级人民政府农业等行政主管部门批准。承包合同中约定不得调整的,按照其约定。

(三)宅基地使用权

宅基地使用权是依法经审批由农村集体经济组织分配给其内部成员用于建造住宅的,没有使用期限限制的集体土地使用权。

1. 宅基地使用权的主体。农村集体经济组织内部成员符合建房申请宅基地条件的,依法享有宅基地使用权。非农村集体经济组织内部成员,不得申请取得宅基地使用权。

2. 宅基地使用权的取得。农村村民申请住宅用地,应经依法审批。经依法审批后,农村集体经济组织向宅基地申请者无偿提供宅基地使用权。

3. 宅基地使用权的内容与限制。宅基地使用权人对宅基地享有占有权、使用权、收益权和有限制的处分权。农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的标准。宅基地使用权人转让、出租房屋及宅基地使用权再申请宅基地的,不



予批准。

(四) 非农经营用地使用权

非农经营用地使用权是经审批由农村集体经济组织通过投资的方式向符合条件的从事非农生产经营性活动的用地者提供的集体土地使用权。

1. 非农经营用地使用权的主体。农村集体经济组织可设立独资经营的企业,将符合乡(镇)土地利用总体规划的非农经营用地提供给企业从事生产经营活动,土地使用权由该集体经济组织或企业享有。农村集体经济组织可通过以符合乡(镇)土地利用总体规划的非农经营用地使用权作价入股或出资及联营的形式与其他单位、个人设立公司、合伙等企业,土地使用权由该企业享有。但属于非法人联营企业的,土地使用权仍由该集体经济组织享有。

非上述农村集体经济组织投资设立的企业,不得申请取得或者继受取得非农经营用地使用权。其应依法申请取得或者继受取得国有土地使用权。

2. 非农经营用地使用权的取得。申请取得非农经营用地使用权,应经依法审批。土地使用权作价金额参照国家建设征收集体土地的标准确定。

3. 非农经营用地使用权的内容与限制。非农经营用地使用权人对土地享有占有权、使用权,其收益权按照有关公司法、合伙企业法的规定或依约定处置。

非农经营用地使用权不得转让、出租,但因企业破产、兼并、分立等情形致使土地使用权依法发生转移的除外。因企业破产、兼并、分立等情形致使土地使用权流转,继受取得土地使用权的企业不属于本农村集体经济组织投资设立的企业,应办理国家土地征收和国有土地出让手续,向国家上缴土地使用权出让金。破产、兼并、分立后继受取得土地使用权的企业取得国有出让土地使用权。

非农经营用地使用权可与厂房一同设定抵押。设定抵押须经集体土地所有者同意,并出具书面证明。抵押权实现拍卖、变卖抵押物时,须办理国家土地征收和国有土地出让手续。拍

卖、变卖所得价款,应先扣除征地补偿安置费付给集体土地所有者(集体土地所有者在同意抵押证明中放弃此项权利的除外),并扣除出让金上缴国家,余额依担保法规定处置。

四、建设用地管理

(一) 概述

建设用地是指用于建造建筑物或构筑物的土地。

1. 建设用地的分类。我国将建设用地分为国家建设用地和乡村建设用地。

国家建设用地是指国家为进行各种经济、文化、国防建设以及兴办各种社会公益事业进行建设所需要占用的土地。目前对国家建设用地的范围作扩大化解释,一些虽非国家投资,也不具有公益性的建设项目,如城市房地产开发,适用国家建设用地制度。国家建设用地的来源包括三方面:其一,征用农民集体所有土地;其二,使用国有荒山、荒地;其三,收回他人享有使用权的国有土地。

乡村建设用地是指农村集体经济组织兴办企业、公益事业或农民建设住宅所需占用的农村集体土地。

2. 我国建设用地管理制度的特点:

第一,对国家建设用地和乡村建设用地实行严格的用地审批制度,特别控制非农建设占用农用地。

第二,严格限制占用集体土地进行非农建设。我国集体非农建设用地使用权尚不能自由流转,因此这类土地使用权人的身份条件需符合法律的特殊规定。依据土地管理法的规定,任何单位和个人进行建设,需要使用土地的,必须依法申请使用国有土地;但是,兴办乡镇企业和村民建设住宅经依法批准与乡村公共设施 and 公益事业建设经依法批准可使用农民集体所有土地。

(二) 国家建设用地

1. 国家建设征地的批准权限。国家建设征收农民集体土地,应依法报国务院或省、自治区、直辖市人民政府批准。

征收下列土地由国务院批准:(1)基本农

新华考资
www.xhkHzedu.com

田;(2)基本农田以外的耕地超过35公顷的;
(3)其他土地超过70公顷的。

征收上述规定以外的土地的,由省、自治区、直辖市人民政府批准,并报国务院备案。

2. 国家建设征地的程序。国家征收土地,先依照法定程序经有审批权的人民政府审批,再由县级以上地方人民政府土地管理部门确定征地补偿安置方案,并由同级人民政府予以公告后,听取被征地的农村集体经济组织和农民的意见并组织实施。

被征收土地的所有权人、使用权人应当在公告规定的期限内,持土地权属证书到当地人民政府土地行政主管部门办理征地补偿登记。

对补偿标准有争议的,由县级以上地方人民政府协调,协调不成的,由批准征收土地的人民政府裁决。上述争议的解决不影响征收土地方案的实施。

3. 征地补偿标准。根据土地管理法第47条的规定,征收土地的,按照被征收土地的原有用途给予补偿。补偿标准如下:

(1)土地补偿费。为该耕地被征收前3年平均产值的6~10倍。

(2)安置补助费。按照需要安置的农业人口数计算。需要安置的农业人口数,按照被征收耕地数量除以征地前被征收单位人均耕地的数量计算。每一个需要安置的农业人口的安置补助费,为该耕地被征收前3年平均年产值的4~6倍。但是每公顷被征收耕地的安置补助费,最高不得超过被征收前3年平均年产值的15倍。

(3)新菜地开发建设基金。征收城市郊区的菜地,用地单位应当按国家有关规定缴纳新菜地开发建设基金。

(4)被征收土地上的附着物和青苗补助费。该项费用的标准由省、自治区、直辖市规定。

安置补助费可以增加,但是,土地补偿费和安置补助费的总和不得超过土地被征收前3年平均年产值的30倍。

国土资源部2004年11月发布的《关于完善征地补偿安置制度的指导意见》第1条第2款规定:按法定的统一年产值倍数计算的征地

补偿安置费用,不能使被征地农民保持原有生活水平,不足以支付因征地而导致无地农民社会保障费用的,经省级人民政府批准应当提高倍数;土地补偿费和安置补助费合计按30倍计算。尚不足以使被征地农民保持原有生活水平的,由当地人民政府统筹安排,从国有土地有偿使用收益中划出一定比例给予补贴。经依法批准占用基本农田的,征地补偿按当地人民政府公布的最高补偿标准执行。

4. 征地补偿安置费的归属或支付对象。土地补偿费归农村集体经济组织所有;地上附着物及青苗补偿费归其所有者所有。安置补助费必须专款专用,一般来说,由谁负责安置即向谁支付安置补助费。

(三)乡村建设用地

1. 乡村建设用地的审批权限。乡村建设用地的审批权限为:

(1)乡村兴办企业需要使用土地的,应当持有关批准文件,向县级以上地方人民政府土地行政主管部门提出申请,按照省、自治区、直辖市规定的批准权限,由县级以上人民政府批准;其中,涉及占用农用地的,依法办理农用地转用审批手续。

(2)乡村公共设施、公益事业建设,需要使用土地的,先经乡、镇人民政府审核,其他审批程序同于乡村兴办企业用地。

(3)农村村民住宅用地,经乡、镇人民政府审核,由县级人民政府批准;其中,涉及占用农用地的,依法办理农用地转用审批手续。

2. 乡村建设用地的控制原则。乡村建设用地的控制原则是:

(1)乡村兴办企业的建设用地,严格控制,其用地面积不得超过省、自治区、直辖市按照乡镇企业的不同行业和经营规模分别规定的控制标准。

(2)农村村民一户只能拥有一处宅基地,其宅基地的面积不得超过省、自治区、直辖市规定的控制标准。

(四)临时建设用地

临时建设用地是指因建设项目施工和地质勘察等需要临时使用国有土地或者集体土地。



其与一般建设用地相比,用地时间短,审批手续相对简便。

1. 临时建设用地的审批程序。临时建设用地,由县级以上人民政府审批。其中,在城市规划区内的临时用地,在报批前,应当先经有关城市规划行政主管部门同意。土地使用者应当根据土地权属,与有关土地行政主管部门或者农村集体经济组织、村民委员会签订临时使用土地合同,并按照合同的约定支付临时使用土地补偿费。

2. 临时建设用地的限制。土地管理法对临时建设用地作了以下限制性规定:

(1) 必须按照临时使用合同约定的用途使用土地;

(2) 不得修建永久性建筑;

(3) 临时使用土地的期限不得超过2年。

五、土地法律责任与纠纷处理

(一) 违反土地管理法的法律责任

1. 非法土地交易的法律责任。在我国,土地所有权禁止交易,土地使用权可以交易,但必须依法进行。土地管理法规定了一系列土地使用权交易的条件和程序规则,有些土地使用权交易为法律所禁止或限制。违反了上述法律规定,即为非法土地交易,违法人应承担相应的法律责任。土地管理法对此有以下两项规定:

(1) 买卖或者以其他形式非法转让土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门没收违法所得;对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的,限期拆除在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施,恢复土地原状;对符合土地利用总体规划的,没收在非法转让的土地上新建的建筑物和其他设施,可以并处罚款;对直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

(2) 擅自将农民集体所有的土地使用权出让、转让或者出租于非农业建设的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令限期改正,没收违法所得,并处罚款。

2. 非法占用土地的法律责任。在我国,使

用土地实行严格审批制度,非经符合法律规定的人民政府审批;或虽经审批但超过批准的数量或法定标准占用土地,一切土地使用行为均为非法占用土地,违法人均应承担相应的法律责任。土地管理法有以下三项规定:

(1) 未经批准或者采取欺骗手段骗取批准,非法占用土地的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地;对违反土地利用总体规划擅自将农用地改为建设用地的,限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施,恢复土地原状;对符合土地利用总体规划的,没收在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施,可以并处罚款。对非法占用土地单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员,依法给予行政处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。超过批准的数量占用土地,多占的土地以非法占用土地论处。

(2) 农村村民未经批准或者采取欺骗手段骗取批准,非法占用土地新建住宅的,由县级以上人民政府土地行政主管部门责令退还非法占用的土地,限期拆除在非法占用的土地上新建的房屋。超过省、自治区、直辖市规定的标准,多占的土地以非法占用土地论处。

(3) 责令限期拆除在非法占用的土地上新建的建筑物和其他设施的,建设单位或者个人必须立即停止施工,自行拆除;对继续施工的,作出处罚决定的机关有权制止。建设单位或者个人对责令限期拆除的行政处罚决定不服的,可以自接到责令限期拆除决定之日起15日内,向人民法院起诉;期满不起诉又不自行拆除的,由作出处罚决定的机关依法申请人民法院强制执行,费用由违法者承担。

3. 非法征收、使用土地的法律责任。在我国批准征收、使用土地的法定审批权限、条件与程序极为严格,违反上述任何一项规定均为非法批准征收、使用土地,违法人均应承担相应的法律责任。

有下列四项违法行为之一,即构成此项违法:(1) 无权批准征用、使用土地的单位或者个人非法批准征收、使用土地的;(2) 超越批准权限批准征收、使用土地的;(3) 不按照土地利用

新华考资
www.xhkedu.com

总体规划确定的用途批准征收、使用土地的；(4)违反法律规定的程序批准征收、使用土地的。

此项违法可产生四项法律后果：(1)批准文件无效；(2)对非法批准征收、使用土地的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依法给予行政处分，构成犯罪的，依法追究刑事责任；(3)非法批准征收、使用的土地应当收回，有关当事人拒不归还的，以非法占用土地论处；(4)非法批准征收、使用土地，对当事人造成损失的，应当依法承担赔偿责任。

上述违法行为的法律后果较为复杂，既包括对非法批准征用、使用土地的直接负责的主管人员和其他直接责任人员给予行政处分直至追究其刑事责任的后果，也包括经非法批准使用土地的用地当事人负有归还土地的义务及不负此义务的后果，还包括对用地当事人给予国家赔偿或其他赔偿的后果。

4. 非法发包、承包土地的法律后果。发包方实施干涉承包方依法享有的生产经营自主权；违反本法规定收回、调整承包地；强迫或者阻碍承包方进行土地承包经营权流转；假借少数服从多数强迫承包方放弃或者变更土地承包经营权而进行土地承包经营权流转；以划分“口粮田”和“责任田”等为理由收回承包地搞招标承包；将承包地收回抵顶欠款；剥夺、侵害妇女依法享有的土地承包经营权等行为之一的，应当承担停止侵害、返还原物、恢复原状、排除妨害、消除危险、赔偿损失等责任。

承包合同中违背承包方意愿或者违反法律、行政法规有关不得收回、调整承包地等强制性规定的约定无效。任何组织和个人强迫承包方进行土地承包经营权流转的，该流转无效。

任何组织和个人擅自截留、扣缴土地承包经营权流转收益的，应当退还。

承包方给承包地造成永久性损害的，发包方有权制止，并有权要求承包方赔偿由此造成的损失。

承包方违法将承包地用于非农建设的，由县级以上地方人民政府有关行政主管部门依法予以处罚。

(二) 土地纠纷及其解决途径

1. 土地纠纷的分类。土地纠纷按其争议的内容不同，可分为四类：

(1) 土地确权纠纷。此类纠纷是指因不同主体间就土地所有权或土地使用权的归属或界限等问题产生异议而引发的争议纠纷。

(2) 土地侵权纠纷。此类纠纷是指因对他人已依法取得的土地所有权或使用权构成侵害，侵权人与被侵权人之间引发的争议纠纷。

(3) 土地承包经营纠纷。此类纠纷是指因土地承包经营发生的纠纷。包括发包人与承包人之间、农村集体经济组织内部不同成员(承包户)之间、本农村集体经济组织内部成员与外村承包户之间因土地承包经营发生的各类纠纷。

(4) 土地行政争议。此类纠纷是指因相对人对土地行政主管机关或人民政府作出的土地行政处罚等具体行政行为不服而引起的争议纠纷。

2. 土地纠纷的解决途径。不同类型的土地纠纷依不同途径解决：

(1) 土地确权纠纷，由当事人协商解决；协商不成的，提请人民政府作出确权处理。未经人民政府作出确权处理，当事人直接提起诉讼的，人民法院不予受理。单位之间的争议，由县级以上人民政府处理；个人之间、个人与单位之间的争议，由乡级人民政府处理。当事人对有关人民政府的处理决定不服的，可以自接到处理决定通知之日起 30 日内以作出处理决定的人民政府为被告提起行政诉讼。

(2) 土地侵权纠纷，由当事人协商解决。协商不成的，可由土地行政主管部门进行行政调处。当事人对行政调处不服的，可以以对方当事人为被告提起民事诉讼；当事人也可不经行政调处直接提起民事诉讼。

(3) 土地承包经营纠纷。当事人可以通过协商解决，也可以请求村民委员会、乡(镇)人民政府等调解解决。当事人不愿协商、调解或者协商、调解不成的，可以向农村土地承包仲裁机构申请仲裁，也可以直接向人民法院起诉。当事人对农村土地承包仲裁机构的仲裁裁决不服的，可以自收到裁决书之日起 30 日内向人民法



院起诉。逾期不起诉的,裁决书即发生法律效力。

(4)土地行政争议,按一般行政复议及行政诉讼程序处理。

示例

根据《土地管理法》的规定,关于土地权益的纠纷,下列哪一选项是错误的?(2008年试卷一第26题)

A.村民甲与村卫生所发生土地使用权争议,协商不成可找乡政府处理,对乡政府处理决定不服还可向法院起诉

B.村民乙与邻居发生宅基地纠纷,应先向县土地主管部门申请行政调处,对调处决定不服的,可以土地主管部门为被告向法院提起行政诉讼

C.村民丙因土地承包经营权与村委会发生纠纷,协商调解不成可向农村土地承包仲裁机构申请仲裁,对仲裁裁决不服还可以向法院起诉

D.村民丁因擅自占地建房被县土地主管部门处罚,如对行政处罚决定不服可以向法院提起行政诉讼

【参考答案及简要提示】B。根据《土地管理法》第16条的规定,村民乙与邻居发生宅基地纠纷,属于个人之间的争议,可由乡级人民政府处理,也可由县级以上人民政府处理,不是必须由县级人民政府处理。

第二节 城乡规划法

一、城乡规划和规划区

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

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

经依法批准的城乡规划,是城乡建设和规划管理的依据,未经法定程序不得修改。

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

二、城乡规划的制定

(一)体系规划和总体规划

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

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

(二)控制性详细规划

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

(三)修建性详细规划

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

规划。

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

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

三、城乡规划的实施

(一)基本要求

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

(二)近期建设规划

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

(三)建设规划许可

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

1. 建设用地规划许可。

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

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

城市、县人民政府城乡规划主管部门不得

在建设用地区划许可证中,擅自改变作为国有土地使用权出让合同组成部分的规划条件。

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

2. 建设工程规划许可。

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

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

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

3. 乡村建设规划许可。

在乡、村庄规划区内进行乡镇企业、乡村公共设施和公益事业建设的,建设单位或者个人应当向乡、镇人民政府提出申请,由乡、镇人民政府报城市、县人民政府城乡规划主管部门核发乡村建设规划许可证。

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

建设单位或者个人在取得乡村建设规划许可证后,方可办理用地审批手续。



(四) 建设规划变更

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

(五) 临时建设规划管理

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

(六) 核实与监督检查

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

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

四、城乡规划的修改

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

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

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

五、监督检查和法律责任

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

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

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

第三节 城市房地产管理法

一、房地产开发制度

(一) 概述

房地产开发,一般是对土地和地上建筑物进行的投资开发建设活动。在我国,依照《城市房地产管理法》的规定,房地产开发是指在依法

新华考资

www.xhkdzu.com

取得土地使用权的国有土地上进行基础设施、房屋建设的行为。

房地产开发是一项高投入、高风险的投资经营活动,也是一项涉及面较广的经济活动,其对国计民生产生重大影响,因此,国家通过立法及其他手段对其加以调控管理。

(二) 房地产开发项目管理

城市房地产管理法对此作出以下几方面规定:

1. 开发规划要求。房地产开发必须严格遵守城乡规划法,对房地产开发项目产生直接法律约束力的是城市规划中的详细规划。

2. 开发土地使用权用途与开发期限要求。以出让方式取得土地使用权进行房地产开发的,必须按照土地使用权出让合同约定的土地用途、动工开发期限开发土地。超过出让合同约定的动工开发日期满1年未动工开发的,可以征收相当于土地使用权出让金20%以下的土地闲置费;满2年未动工开发的,可以无偿收回土地使用权。但是,因不可抗力或者政府、政府有关部门的行为或者动工开发必需的前期工作造成动工开发迟延的除外。

3. 开发安全性要求。房地产开发项目的设计、施工,必须符合国家的有关标准和规范;房地产开发项目竣工,经验收合格后,方可交付使用。取得竣工验收合格证也是申请取得房屋所有权的一个重要条件。

(三) 房地产开发企业管理

1. 房地产开发企业的概念与分类。

房地产开发企业即所谓房地产开发商或发展商,按照城市房地产管理法的规定,是以营利为目的,从事房地产开发和经营的企业。

房地产开发企业可分为房地产开发专营企业、兼营企业和项目公司。

2. 房地产开发企业的设立条件。设立房地产开发企业,应当具备下列条件:

(1) 有自己的名称和组织机构。

(2) 有固定的经营场所。

(3) 有符合国务院规定的注册资本。房地产开发企业是资金密集性企业,对其注册资金的要求高于一般经营性、劳务性、中介性的企

业。目前,建设部按房地产开发企业的资质等级不同规定了不同的注册资本要求。这有助于遏制房地产开发领域过于严重的投机态势,降低房地产投资风险,保障交易安全。

(4) 有足够的专业技术人员。房地产开发是一项专业性很强的经营活动。开发商拥有足够的专业技术人员系为保障开发项目产品的安全及开发中其他社会效益和环境效益实现的必要条件。目前,建设部按房地产开发企业的资质等级不同规定了不同的专业技术人员要求。

(5) 法律、行政法规规定的其他条件。

3. 房地产开发企业的设立程序。设立房地产开发企业应经过以下程序:

(1) 应当向工商行政管理部门申请设立登记。

(2) 房地产开发企业在领取营业执照后的1个月内,应当到登记所在地的县级以上地方人民政府规定的部门备案。

上述规定主要为协调企业设立中,一般行政管理(工商行政管理)与特殊行政管理(房地产开发行业管理)的关系。

4. 房地产开发企业的注册资本与投资总额应当符合国家有关规定。

5. 房地产开发企业分期开发房地产的,分期投资额应当与项目规模相适应,并按照土地使用权出让合同的约定,按期投入资金,用于项目建设。

二、房地产交易制度

(一) 概述

1. 房地产交易的分类。

按交易形式的不同,可分为房地产转让、房地产抵押、房地产租赁。

按交易客体中土地权利的不同,可分为国有土地使用权及其地上房产的交易与集体土地使用权及其地上房产的交易。对后者现行法大多禁止或限制其交易,因此,在我国,一般而言,房地产交易仅指前者。前者还可进一步按土地使用权的出让或划拨性质的不同进行分类。

按交易客体所受限制的程度不同,可分为受限交易(如划拨土地使用权及其地上房产的



交易,带有福利性的住房及其占用土地使用权的交易等)和非受限交易(如商品房交易等)。

按交易客体存在状况的不同,可分为单纯的土地使用权交易、房地产期权交易和房地产现权交易。

2. 房地产交易的一般规则。房地产交易应遵循以下一般规则:

(1)房产权与地产权一同交易。房地产转让、抵押时,房屋所有权和该房屋占用范围内的土地使用权同时转让、抵押。房产权与地产权是不能分割的,同一房地产的房屋所有权与土地使用权只能由同一主体享有,而不能由两个主体分别享有;如果由两个主体分别享有,他们的权利就会发生冲突,各自的权利都无法行使。在房地产交易中只有遵循这一规则,才能保障交易的安全、公平。

(2)权利、义务承接。房地产交易时,土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移;房地产交易中,前一权利人负载于房地产上的权利义务依法或依约按序承接给后一权利人。

(3)房地产价格评估。我国刚刚建立市场机制,目前仍未形成合理的完全市场化的房地产价格体系,我国房地产价格构成复杂,非经专业评估难以恰当确定,故法律规定房地产交易中实行房地产价格评估制度。房地产价格评估,应当遵循公正、公平、公开的原则,按照国家规定的技术标准和评估程序,以基准地价、标定地价和各类房屋的重置价格为基准,参照当地的市场价格进行评估。

(4)房地产成交价格申报。房地产权利人转让房地产,应当向县级以上地方人民政府规定的部门如实申报成交价,不得瞒报或者作不实申报。实施该制度的意义在于:进行房地产交易要依法缴纳各种税费,要求当事人如实申报成交价格,便于以此作为计算税费的依据。当事人作不实申报时,国家将依法委托有关部门评估,按评估的价格作为计算税费的依据。

(5)依法登记。房地产转让、抵押当事人应当依法办理权属变更或抵押登记,房屋租赁当事人应当依法办理租赁登记备案。房地产的特殊性决定了实际占有或签订契约都难以成为判

断房地产权利变动的科学公示方式,现代各国多采用登记公示的方法以标示房地产权利的变动。我国法律也确立了这一规则,并规定:房地产转让、抵押,未办理权属登记,转让、抵押行为无效。

(二)房地产转让

房地产转让,是指房地产权利人通过买卖、赠与或者其他合法方式将其房地产转移给他人的行为。

1. 房地产转让的一般性禁止。下列房地产不得转让:以出让方式取得土地使用权的,不符合法定条件的;司法机关和行政机关依法裁定、决定查封或者以其他形式限制房地产权利的;依法收回土地使用权的;共有房地产,未经其他共有人书面同意的;权属有争议的;未依法登记领取权属证书的;法律、行政法规规定禁止转让的其他情形。

2. 房地产转让的一般条件与程序。房地产转让,转让人应持有合法取得的土地使用权证书;转让房地产时房屋已经建成的,还应当持有房屋所有权证书。被转让的房地产权利属于可依法转让的类型并具备依法转让的条件。

房地产转让一般经过洽谈、审核、估价与定价、签订转让合同(或发生、确定转让的法律事实)、缴纳税费、产权过户登记等程序。

3. 出让土地使用权的转让。为防止用地者单纯实施土地投机、炒卖地皮,哄抬地价,城市房地产管理法规定,以出让方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当符合下列条件:按照出让合同约定已经支付全部土地使用权出让金,并取得土地使用权证书;按照出让合同约定进行投资开发,属于房屋建设工程的,完成开发投资总额的25%以上,属于成片开发工地的,形成工业用地或者其他建设用地条件。房地产转让时,土地使用权出让合同载明的权利、义务随之转移。

以出让方式取得土地使用权的,转让房地产后,其土地使用权的使用年限为原土地使用权出让合同约定的使用年限减去原土地使用者已经使用年限后的剩余年限。

以出让方式取得土地使用权的,转让房地

产后,受让人改变原土地使用权出让合同约定土地用途的,必须取得原出让方和市、县人民政府城市规划行政主管部门的同意,签订土地使用权出让合同变更协议或者重新签订土地使用权出让合同,相应调整土地使用权出让金。

4. 划拨土地使用权的转让。划拨土地使用权人权利内容不充分,其对土地仅有占有权、使用权和部分收益权,而无处分权,也无完全的收益权。其实施房地产转让时,应依法获取国有土地所有者代表同意并与之分享土地收益。因此,城市房地产管理法规定:

(1)以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产时,应当按照国务院规定,报有批准权的人民政府审批。有批准权的人民政府准予转让的,应当由受让方办理土地使用权出让手续,并依照国家的有关规定缴纳土地使用权出让金。

(2)以划拨方式取得土地使用权的,转让房地产报批时,有批准权的人民政府按照国务院规定决定可以不办理土地使用权出让手续的,转让方应当按照国务院规定将转让房地产所获收益中的土地收益上缴国家或者作其他处理。

目前,划拨土地使用权转让主要进入土地有形市场,由政府统一组织实施土地使用权招标、拍卖、挂牌交易。交易完成后,国家将交易所得部分返还原划拨土地使用权人。

(三)房地产抵押

房地产抵押,是抵押人以其合法的房地产以不转移占有的方式向抵押权人提供债务履行担保的行为。债务人不履行债务时,抵押权人有权依法以抵押的房地产拍卖所得的价款优先受偿。

1. 可抵押的房地产。依抵押权理论,只有抵押人有处分权的可依法流通且具有独立交换价值的财产,方可成为抵押权客体。城市房地产管理法规定,以下两类房地产可以设定抵押权:

(1)依法取得的房屋所有权连同该房屋所占范围内的国有土地使用权。这里所指的土地使用权,包括出让、划拨两种国有土地使用权。

(2)以出让方式取得的国有土地使用权。

该类土地使用权在无地上房屋或地上房屋未建时可单独成为抵押权客体,而划拨土地使用权则只能同地上房屋一同成为抵押权客体。

2. 程序。设定房地产抵押时,抵押人和抵押权人应当签订书面抵押合同,当事人凭土地使用权证书、房屋所有权证书到不动产登记机构办理抵押登记。

3. 划拨土地上房地产的抵押。以划拨方式取得的土地使用权不得单纯设定抵押,但如果该土地上有房产,以房产设定抵押时需同时抵押房屋所占用的划拨土地使用权。这时由于抵押人对土地无处分权,需按划拨土地使用权转让的规定,报有审批权的人民政府审批,同时由于抵押人对土地无完全收益权,故设定房地产抵押权的土地使用权是以划拨方式取得的,依法拍卖该房地产后,应当从拍卖所得的价款中缴纳相当于应缴的土地使用权出让金的款额后,抵押权人方可优先受偿。

4. 新增地上物处置。房地产抵押合同签订后,土地上新增的房屋不属于抵押财产。需要拍卖该抵押的房地产时,因新增房屋与抵押财产无法实际分割,可以依法将土地上新增的房屋与抵押财产一同拍卖,但对拍卖新增房屋所得,抵押权人无权优先受偿。

(四)房屋租赁

房屋租赁,是房屋所有权人作为出租人将其房屋出租给承租人使用,由承租人向出租人支付租金的行为。

1. 程序。房屋租赁,出租人和承租人应当签订书面租赁合同,约定租赁期限、租赁用途、租赁价格、修缮责任等条款,以及双方的其他权利和义务,并向房产管理部门登记备案。

2. 住宅租赁与非住宅租赁。住宅用房的租赁,特别是公有住房及其他带有福利性的住房租赁应当执行国家和房屋所在城市人民政府规定的租赁政策。租用房屋从事生产、经营活动的,由租赁双方协商议定租金及其他租赁条款。

3. 划拨土地上房屋的租赁。以营利为目的,房屋所有权人将以划拨方式取得使用权的国有土地上建成的房屋出租的,应当将租金中



所含土地收益上缴国家。

(五) 商品房预售与按揭

1. 商品房预售。商品房预售是指房地产开发商(即预售人)将期房预先出售给购房人(即预购人),由预购人根据预售合同支付房款;在期房竣工验收合格后,交付购房人占有使用,并由预售人负责将房屋所有权及其占用的出让土地使用权转移至预购人名下的房地产买卖形式。

商品房预售专业性强,涉及法律关系复杂。由于合同的订立早于商品房建成,合同的履行面临很多未知因素,具有不确定性;预售人具有一定投机性,预购人具有较大风险性。如不加以控制,预购人权益易受到侵犯,引发纠纷。因此,城市房地产管理法对商品房预售规定了较之一般出让土地使用权转让更加严格的限制性条件和程序。

商品房预售,应当符合下列条件:已支付全部土地使用权出让金,取得土地使用权证书;持有建设工程规划许可证;按提供预售的商品房计算,投入开发建设的资金达到工程建设总投资的25%以上,并已经确定施工进度和竣工交付日期;向县级以上人民政府房产管理部门办理预售登记,取得商品房预售许可证明。

商品房预售人应当按照国家有关规定将预售合同报县级以上人民政府房产管理部门登记备案。商品房预售所得款项,必须用于有关的工程建设。

2. 商品房按揭。在中国内地,商品房按揭一般是指不能或不愿一次性支付房款的按揭购房借贷人将其与开发商已签订之商品房预售或销售合同项下的所有权益作为向商业银行贷款的担保。

按揭需有三方主体:购房借贷人、开发商与银行。在开发商负责为购房借贷人办理完成房地产权证过户手续,为银行与购房借贷人办理完成正式的抵押登记,并将购房借贷人的房地产权证交银行收押之前,开发商需为购房借贷人向银行贷款提供阶段性担保,购房借贷人与银行之间,不是真正意义上的抵押关系。

商品房按揭的流程如下:

(1) 开发商选定按揭贷款银行,并与之签订按揭贷款合作协议书,银行承诺在特定条件下向开发商的客户(购房借贷人)提供贷款。

(2) 购房人选定欲购买的商品房,与开发商签订商品房预售或销售合同。其中约定采取向开发商选定的银行申请按揭贷款的方式付款的,购房人需向开发商支付购房首付款。

(3) 银行委托律师或自行对购房合同、购房借贷人贷款资格主要是个人资信予以审查。

(4) 购房借贷人、开发商与银行签订按揭保证贷款合同,开发商为购房借贷人向银行按揭贷款提供保证担保。

(5) 银行占管商品房预售或销售合同,并办理按揭备案。

(6) 银行一次性向开发商支付购房借贷人的贷款。

(7) 购房借贷人依约按月向银行交纳贷款本息。

(8) 开发商负责将购房借贷人《房屋所有权证》和《土地使用权证》交银行收押并办理正式的抵押登记。

三、物业服务管理制度

(一) 概述

1. 物业服务管理。物业服务管理,是指业主通过选聘物业服务企业,由业主和物业服务企业按照物业服务合同约定,对房屋及配套设施设备和相关场地进行维修、养护、管理,维护物业管理区域内的环境卫生和相关秩序的活动。

2. 物业服务管理模式。物业服务管理模式有福利型管理模式和市场化管理模式。市场化管理模式又可分为委托服务型 and 自主经营型。

委托服务型物业服务管理是指业主将自己的物业委托专业机构进行经营管理,是典型的物业服务管理方式。双方通过物业服务管理合同约定管理服务事项,明确双方权利义务,实现物业所有权与管理权的分离。按其委托内容又可分为管理服务为主的委托和出租经营与管理服务并重的委托。

新华考资

www.xhkzedu.com

自主经营型物业服务管理是指物业业主自己直接对物业实施自我管理经营,其物业业主即物业经营管理人,物业所有权与管理权未实现分离,适用于业主单一、规模较小的物业。

3. 物业服务管理的内容。物业管理的内容主要是对物的管理、维护和对人的管理、服务。主要包括:

(1) 常规性的公共管理、服务。这是物业服务管理的基本业务内容。其主要包括:房屋建筑主体的管理;物业公共设施、设备的管理;公共环境卫生的管理;绿化管理;保安管理;消防管理;车辆道路管理;公共代办性质的服务;物业管理维修基金的管理;做好管理费用的核收和使用管理;协助政府进行社会管理。

(2) 针对性的专项服务。这些服务项目一般不在统一的物业管理服务合同约定的范围之内,属于委托性的特约服务,为满足业主、使用人的个别需求,受其委托而提供,需由业主单独提出服务要求并支付服务费用。包括:日常生活类服务,如收洗衣服,代购物品,接送小孩上学等;商业服务类,如商业网点的开发与管理,餐饮及各项经营活动的开展;文化、教育、卫生、体育类,如在高级住宅区提供游泳等健身活动场所;金融服务类;代理与中介服务,包括代办物业的租赁等。

(二) 物业服务法律关系的主体

1. 业主。业主是物业的所有权人。按其拥有的物业所有权的状况,又可分为独立所有权人和区分所有权人。独立所有权是典型的传统不动产所有权形态,现代物业区域各业主的权利形态一般是区分所有权。

业主享有以下权利:按照物业服务合同的约定,接受物业服务管理企业提供的服务;提议召开业主大会会议,并就物业服务管理的有关事项提出建议;提出制定和修改业主公约、业主大会议事规则的建议;参加业主大会会议,行使投票权;选举业主委员会委员长,并享有被选举权;监督业主委员会的工作;监督物业服务管理企业履行物业服务合同;对物业共用部位、共用设施设备和相关场地使用情况享有知情权和监督权;监督物业共用部位、共用设施设备专项维

修资金的管理和使用;法律、法规规定的其他权利。

业主负有以下义务:遵守管理规约、业主大会议事规则;遵守物业服务管理区域内物业共用部位和共用设施设备的使用、公共秩序和环境卫生的维护等方面的规章制度;执行业主大会的决定和业主大会授权业主委员会作出的决定;按照国家有关规定交纳专项维修资金;按时交纳物业服务费用;法律、法规规定的其他义务。

2. 业主大会与业主委员会。业主大会由物业管理区域内全体业主组成。

一个物业管理区域成立一个业主大会。同一个物业服务管理区域内的业主,应当在物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府的指导下成立业主大会,并选举产生业主委员会。业主大会应当代表和维护物业服务管理区域内全体业主大会在物业服务管理活动中的合法权益。

只有一个业主的,或者业主人数较少且经全体业主一致同意,决定不成立业主大会的,由业主共同履行业主大会、业主委员会职责。

物业服务管理区域内全体业主第一次大会,在物业已交付使用的建筑面积达到一定比例时召开。业主大会会议分为定期会议和临时会议。业主大会定期会议,应当按照业主大会议事规则的规定召开。业主大会的临时会议,经20%以上业主提议,由业主委员会组织召开。

下列事项由业主召开业主大会等共同决定:制定和修改业主大会议事规则;制定和修改管理规约;选举业主委员会或者更换业主委员会成员;选聘和解聘物业服务企业;筹集和使用专项维修资金;改建、重建建筑物及其附属设施;有关共有和共同管理权利的其他重大事项。

业主委员会是物业区域内全体业主对物业实施自治管理的组织,由业主大会选举产生,是业主大会的常设执行机构,对业主大会负责。

业主委员会的委员应当由业主担任,其成员不得兼任本物业区内物业管理公司的工作。

业主委员会执行业主大会的决定事项,履行下列职责:召集业主大会会议,报告物业服务



管理的实施情况;代表业主与业主大会选聘的物业服务企业签订物业服务合同;及时了解业主、物业使用人的意见和建议,监督和协助物业服务企业履行物业服务合同;监督管理规约的实施;业主大会赋予的其他职责。

业主委员会应当自选举产生之日起 30 日内,向物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门和街道办事处、乡镇人民政府备案。

业主大会或者业主委员会的决定,对业主具有约束力;侵害业主合法权益的,受侵害的业主可以请求人民法院予以撤销;违反法律、法规的,物业所在地的区、县人民政府房地产行政主管部门或者街道办事处、乡镇人民政府,应当责令限期改正或者撤销其决定,并通告全体业主。业主大会、业主委员会应当依法履行职责,不得作出与物业服务管理无关的决定,不得从事与物业管理无关的活动。

3. 物业服务管理企业。物业服务管理企业是对物业实施专业化、企业化、社会化管理服务的,具有法人地位的经济实体。物业服务管理企业一般以公司形式出现,依合同实施物业服务管理,其管理服务权源于业主大会及业主委员会的委托授予。物业服务管理企业通常是独立的法人,与业主在法律地位上是平等的,物业管理企业与业主必须合作,实施对物业的管理。

国家对物业服务管理企业的管理主要体现在两个方面:国家对从事物业服务管理活动的企业实行资质等级管理制度,一般分为一、二、三级,每两年核定一次;从事物业服务管理的人员应当按照国家有关规定取得职业资格证书。

物业服务管理企业的权利与义务由《物业管理条例》和《城市新建住宅小区管理办法》予以规定,此外由物业服务合同具体确定。

(三) 物业服务合同

业主委员会应当与业主大会选聘的物业服务企业订立书面的物业服务合同。物业服务合同应当对物业管理事项、服务质量、服务费用、双方的权利义务、专项维修资金的管理与使用、物业管理用房、合同期限、违约责任等内容进行约定。

物业服务企业应当按照物业服务合同的约定,提供相应的服务。物业服务企业未能履行物业服务合同的约定,导致业主人身、财产安全受到损害的,应当依法承担相应的法律责任。

物业服务企业可以将物业管理区域内的专项服务业务委托给专业性服务企业,但不得将该区域内的全部物业管理一并委托给他人。

物业服务收费应当遵循合理、公开以及费用与服务水平相适应的原则,区别不同物业的性质和特点,由业主和物业服务企业按照国务院价格主管部门会同国务院建设行政主管部门制定的物业服务收费办法,在物业服务合同中约定。

(四) 商品房销售与前期物业服务

前期物业服务是指在房地产开发项目销售前及过程中(业主、业主大会选聘物业服务企业之前),由建设单位(发展商)代替未来业主选聘物业服务企业,并为之签订物业服务委托合同,由该企业所实施的物业服务。

前期物业服务合同可以约定期限;但是,期限未满、业主委员会与物业管理企业签订的物业服务合同生效的,前期物业服务合同终止。

建设单位应当在销售物业之前,制定临时管理规约,对有关物业的使用、维护、管理,业主的共同利益,业主应当履行的义务,违反临时管理规约应当承担的责任等事项依法作出约定。建设单位制定的临时管理规约,不得侵害物业买受人的合法权益。

建设单位应当在物业销售前将临时管理规约向物业买受人明示,并予以说明。物业买受人在与建设单位签订物业买卖合同时,应当对遵守临时管理规约予以书面承诺。建设单位与物业买受人签订的买卖合同应当包含前期物业服务合同约定的内容。

业主依法享有的物业共用部位、共用设施设备的所有权或者使用权,建设单位不得擅自处分。

物业服务企业承接物业时,应当对物业共用部位、共用设施设备进行查验。在办理物业承接验收手续时,建设单位应当向物业服务企业移交下列资料:竣工总平面图,单体建筑、结

构、设备竣工图,配套设施、地下管网工程竣工图等竣工验收资料;设施设备的安装、使用和维护保养等技术资料;物业质量保修文件和物业使用说明文件;物业服务所必需的其他资料。物业服务企业应当在前期物业服务合同终止时将上述资料移交给业主委员会。

建设单位应当按照规定在物业服务区域内配置必要的物业服务用房。建设单位应当按照

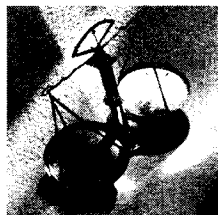
国家规定的保修期限和保修范围,承担物业的保修责任。

【本章主要法律规定】

1. 土地管理法
2. 城乡规划法
3. 城市房地产管理法

本章各节之间具有密切联系:土地管理法规定的土地基本制度,既是房地产市场的前提和基础,也是城乡规划的重要依据,而城乡规划法既是土地管理法的实施保障,也是房地产市场秩序的重要组成部分。

本章的难点是准确把握土地和房地产领域中民事关系和行政关系的协同,其中的不动产民事关系与物权法有着密切的联系,而相关的行政管理制度则既有维护社会整体利益的目标,也有保护民事主体合法权益的任务。



经济法

第七章
环境保护法
新华考资
www.xnhkzedu.com

第一节 概述

一、环境和环境问题

(一) 环境

人们在一般意义上使用“环境”这一词汇时,往往是相对于某一中心事物而言的,即围绕某个中心事物的外部空间、条件和状况,便构成某一中心事物的“环境”。人类环境是指围绕着人群的空间,以及其中可以直接、间接影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造过的自然因素的总体。我国环境保护法把环境定义为“影响人类生存和发展的各种天然的和经过人工改造的自然因素的总体,包括大气、水、海洋、土地、矿藏、森林、草原、野生生物、自然遗迹、人文遗迹、自然保护区、风景名胜区、城市和乡村等”。

(二) 环境问题

环境问题指由于自然原因或人为原因使环境条件发生不利于人类的变化,以致影响人类的生产和生活的现象。自然原因引起的环境问题称原生环境问题或第一环境问题,人为原因引起的环境问题称次生环境问题或第二环境问题。环境法主要研究的是第二环境问题。

第二环境问题又可以分为两类:环境破坏和环境污染。环境破坏是指由于不合理开发利用资源(如进行大型工程建设),使自然环境和自然资源遭到破坏,引起一系列环境问题,如水土流失、土壤沙漠化、盐碱化、资源枯竭、气候变异、生态平衡失调等。环境破坏造成的后果往往需要很长时间才能恢复,有的甚至不可逆转。环境污染主要是工农业生产和城市生活把大量污染物排入环境,使环境质量下降,以致危害人体健康,损害生物资源,影响工农业生产。环境破坏和环境污染又有密切联系,二者具有复合效应。环境破坏可以降低环境的自净能力,如森林减少会加重大气污染,而环境污染又会降低生物生产量,加剧环境破坏。

当今世界五大问题,人口、资源、能源、粮食和环境,广义上都属于环境问

题。20 世纪 70 年代末以来现代环境问题引起的全球性的环境危机,最为严重的问题包括酸雨、臭氧层破坏、温室效应、突发性环境污染事故和大规模的生态破坏等。

二、环境保护法的概念和特点

(一) 环境保护法的概念

环境保护法是一个新兴的处于迅速发展和变化中的法律部门,其称谓在各国立法和理论上的表述有相当的差异。有称环境法,有称公害法,有称污染控制法,有称自然资源保护法等。我国在立法上称为环境保护法。

一般认为,环境保护法是指调整因保护和改善环境,合理利用自然资源,防治污染和其他公害而产生的社会关系的法律规范的总称。环境保护法的目的是为了协调人类与环境的关系,保护人民健康,保障经济社会的可持续发展。

(二) 环境保护法的特点

1. 综合性。环境保护法保护的对象相当广泛,包括自然环境要素、人为环境要素和整个地球的生物圈;法律关系主体不仅包括一般法律主体的公民、社会经济组织,也包括国家乃至全人类,甚至包括尚未出生的后代人;运用的手段采取直接“命令—控制”式、市场调节式、行政指导式等多元机制相结合的方式。由于环境保护法调整的范围广泛、涉及的社会关系复杂、运用的手段多样,从而决定了其所采取的法律措施的综合性。环境问题不仅可以适用诸如宪法、行政法、刑法等公法予以解决,也可以适用民法等私法予以解决,甚至还可以适用国际法予以解决。

2. 技术性。由于环境保护法不仅协调人与人的关系,也协调人与自然的关系,因此环境保护法必须与环境科学技术相结合,必须体现自然规律特别是生态科学规律的要求,这些要求往往通过一系列技术规范、环境标准、操作规程等形式体现出来。环境保护法的立法中经常大量直接对技术名词和术语赋予法律定义,并将环境技术规范作为环境法律法规的附件,使其具有法律效力。

3. 社会性。环境保护法的社会性首先表

现在它与阶级性和政治职能较强的一些立法不同,它并非不同阶级、利益集团对立冲突与矛盾调和的结果,而是人与自然矛盾冲突加剧的产物。环境保护法所关注和规范的是社会公共利益和保障基本人权,它反映了全体社会成员的共同愿望和要求,代表人类的共同利益,侧重于社会领域的法律调整。其次,环境作为全人类的共同生存条件,并不能为某个人或某国所私有或独占,它必须符合整个社会和整个人类的利益,是以社会利益、人类利益为本位的法。

三、环境保护法的体系

我国环境保护法体系由以下各部分构成:

(一) 宪法中关于环境保护的规定

我国宪法第 26 条规定:国家保护和改善生活环境和生态环境,防治污染和其他公害。此外,宪法的一些其他条款也有关于环境保护的规定,这些规定是我国环境保护法律、法规的立法依据。

(二) 环境保护基本法

1989 年全国人民代表大会常务委员会审议通过并颁布的《中华人民共和国环境保护法》是我国的环境保护基本法。

(三) 环境保护单行法

我国现行由全国人民代表大会常务委员会审议通过并颁布的环境保护单行法律主要有:1982 年《海洋环境保护法》(1999 年修订)、1984 年《水污染防治法》(1996 年、2008 年修订)、1987 年《大气污染防治法》、1991 年《水土保持法》(2010 年修订)、1995 年《固体废物污染环境防治法》(2004 年修订)、1996 年《环境噪声污染防治法》、2002 年《清洁生产促进法》、2002 年《环境影响评价法》、2008 年《循环经济促进法》,等等。

除以上单行法律之外,还有关于放射性污染防治、化学危险物品管理、农药安全使用、电磁辐射环境保护及其他方面的大量的行政法规和规章。

(四) 环境标准

在环境保护法体系中,有一个特殊的又是不可缺少的组成部分——环境标准,如《生活饮



用水卫生标准》、《渔业水质标准》、《环境空气质量标准》、《污水综合排放标准》，等等。

(五) 其他部门法中关于环境保护的法律规范

我国民法通则、刑法、治安管理处罚法和经济法中有不少关于环境保护的规定，体现了环境保护法综合性的特点，同时也反映了法律生态化的趋势。

(六) 我国参加的国际法中的环境保护规范

我国参加并已对我国生效的一般性国际条约中的环境保护规范和专门性国际环境保护条约中的环境保护规范，包括我国参加或缔结的有关环境资源保护的双边、多边协定和国际条约及履行这些协定和条约的国内法律等，也是我国环境保护法体系的主要组成部分。我国参加的重要的环境保护国际条约有：《联合国海洋法公约》、《控制危险废物越境转移及其处置巴塞尔公约》、《保护臭氧层维也纳公约》、《联合国气候变化框架公约》、《联合国生物多样性公约》、《南极条约环境保护议定书》等。

四、环境保护法的基本原则

(一) 协调发展原则

协调发展原则，是指环境保护与经济建设和社会发展统筹规划、同步实施、协调发展，实现经济效益、社会效益和环境效益的统一。环境保护法规定：国家制定的环境保护规划必须纳入国民经济和社会发展规划，国家采取有利于环境保护的经济、技术政策和措施，使环境保护工作同经济建设和社会发展相协调。这项原则的核心是正确理解和处理环境保护与经济发展之间的关系。

为保证协调原则的贯彻实施，在宏观调控上必须把环境保护纳入经济和社会发展规划，制定与国民经济总体规划相协调和衔接的全面反映环境保护的目的、任务和措施的环境保护规划，在微观管理上将环境保护纳入有关部门的经济管理与企业管理中去。

(二) 预防原则

预防原则是“预防为主、防治结合、综合治理原则”的简称，指采取各种预防措施，对环境问题防患于未然；对已产生的污染积极进行治

理；在治理环境问题时，要正确处理防与治、单项治理与区域治理的关系，综合运用各种防治手段治理污染、保护和改善环境。

实行预防原则，主要是由环境问题本身的特点决定的。环境遭受污染和破坏后，要恢复到原来的状态往往需要花费高昂代价，需要很长时间，有些环境状况甚至是无法逆转的；环境污染和破坏的后果有影响范围大、潜伏期长的特点；经济活动中产生的许多环境问题可以采取预防措施得到解决或得到控制。西方工业国家大多走过了一条先污染后治理的道路，付出了高昂的代价。我国以此为前车之鉴，将预防原则确立为环境保护法的一项基本原则，具有重要意义。

环境保护法第13条规定：建设污染环境的项目，必须遵守国家有关建设项目环境保护管理的规定。此外，各种环境保护单行法中也有相关的规定。

贯彻预防原则的具体要求是建立以预防为主的环境保护责任制度，对工业和农业，城市和乡村，生产和生活，经济发展与环境保护各方面的关系作通盘考虑，进行全面规划和合理布局；严格执行环境影响评价制度和“三同时”制度，加强对建设项目的管理；积极治理老污染源，实行城市环境综合整治。

(三) 污染者负担原则

污染者负担原则是确定造成环境污染和环境破坏的危害后果和不利影响的归属的基本原则。该原则内容包括：污染者付费、利用者补偿、开发者保护、破坏者恢复，即排污者承担污染环境造成的损失及治理污染的费用，开发利用资源者承担经济补偿的责任，开发利用环境资源者有保护环境资源的义务，造成环境资源破坏的单位和个人负有恢复整治环境资源的责任。

环境保护法规定：产生环境污染和其他公害的单位，必须把环境保护工作纳入计划，建立环境保护责任制度；采取有效措施防治在生产建设或者其他活动中产生对环境的污染和危害。排放污染物超过国家或者地方规定的污染物排放标准的企业事业单位，依照国家规定缴纳超标排污费，并负责治理。

污染者负担原则要求落实环境保护目标责任制,地方政府切实对环境质量负责,建立健全单位环境保护责任制和考核制度,严格执行环境影响评价制度和“三同时”制度,运用征收排污费、资源费、资源税和生态环境补偿费等经济杠杆,促使污染者、破坏者积极治理污染和保护生态环境。

(四)公众参与原则

公众参与原则是明确广大公众参与环境保护管理的权利并保障公众行使这种权利的基本原则。环境质量的好坏,直接关系到每个人的生活质量和追求幸福生活的权利。保持清洁、舒适、优美的环境,既是人们的愿望,也符合公众的利益。人们享有在良好的环境中生活的权利,依法参与环境管理的权利,对污染和破坏环境的行为进行监督的权利,同时也有保护和改善环境的义务。

环境保护法规定:一切单位和个人都有保护环境的义务,并有权对污染和破坏环境的单位和个人进行检举和控告,对保护和改善环境有显著成绩的单位和个人,由人民政府给予奖励,国务院和省、自治区、直辖市人民政府环境保护行政主管部门定期发布环境状况公报。这都是公众参与原则的立法体现。

为了贯彻公众参与原则,要加强环境保护宣传教育,提高全民环境意识和法制观念,定期发布环境状况公报,保障公众知情权和发挥公众的监督作用,建立公众参与环境保护的制度,使公众和社会团体通过规范化的程序表达意见,对环境重大决策施加影响。

第二节 环境保护法的基本制度

一、环境规划制度

环境规划是指为使环境与社会、经济协调发展,国家把“社会—经济—环境”作为一个复合生态系统,依据社会经济规律、生态规律和地学原理,对其发展变化趋势进行研究而对人类自身活动所做的时间和空间的合理安排。在环境保护中,规划有着重要作用,是在环境保护中贯彻预防原则,防止污染从而改变被动治理的根本措

施。对其规范化、法律化的形成也是一项综合性的先进的环境管理制度——环境规划制度。

环境保护法第12条规定:县级以上人民政府环境保护行政主管部门,应当会同有关部门对管辖范围内的环境状况进行调查和评价,拟订环境保护规划,经计划部门综合平衡后,报同级人民政府批准实施。

(一)环境规划的分类和内容

首先,按规划的时间期限分为短期规划、中期规划和长期规划。通常短期规划以5年为限,中期规划以15年为限,长期规划以20年、30年、50年为限。

其次,按规划的法定效力分为强制性规划和指导性规划。

最后,按规划的性质可以分为污染控制规划、国民经济整体规划和国土利用规划三大类,每一类还可以按范围、行业或专业再细划成子项规划。其中,污染控制规划是针对污染引起的环境问题编制的,主要是对工农业生产、交通运输、城市生活等人类活动对环境造成的污染而规定的防治目标和措施。国民经济整体规划是在国民经济发展规划中相应地安排环境规划。这种环境规划是遵照有计划、按比例的原则,纳入到国民经济和社会发展规划之中,随着国民经济计划的实现达到保护和改善环境的目的。国土利用规划是指国家根据各地区的自然条件、资源状况和经济发展需要,通过制定土地利用的全面规划,对城镇设置、工农业布局、交通设施进行总体安排,以保证国家的经济发展,防止环境污染和生态破坏。

(二)环境规划的编制程序

1. 对象调查。这是制定规划的第一步,要通过周密细致的调查,摸清规划对象本身现状及与外界事物的联系。

2. 历史比较及有关环境问题的分类排队。其目的在于总结各方面的经验教训,从中发现规律,用以指导规划的制定。

3. 目标导向预测。主要是预测环境的发展趋势和防治的可能成就。

4. 拟制方案。根据规模目标预测结果和现实条件,拟订实现目标的不同备选方案,并确

新华考资
www.xbksedu.com



定主要污染物的目标削减量。

5. 系统分析,择优决策。根据经济、社会和环境协调发展的原则,进行近期与远期的全面考虑,兼顾全局和局部利益,择优选择方案,以保证经济、社会发展和环境保护的全面开展。

二、清洁生产制度

清洁生产是指不断采取改进设计、使用清洁的能源和原料、采用先进的工艺技术与设备、改善管理、综合利用等措施,从源头削减污染,提高资源利用效率,减少或者避免生产、服务和产品使用过程中污染物的产生和排放,以减轻或者消除对人类健康和环境的危害。清洁生产制度则是对上述各环节、内容和措施的法定化、正规化和制度化。

(一)清洁生产的适用对象

在中华人民共和国领域内,从事生产和服务活动的单位以及从事相关管理活动的部门。

(二)清洁生产的推行

清洁生产的推行以政府为主,主要采取行政指导的方式。主要包括:

1. 清洁生产规划制度。其目的是明确清洁生产的目标、政策、措施、方法等具体要求和内容,使清洁生产有计划、有步骤地进行。

2. 清洁生产信息制度。建立清洁生产信息交换中心和信息传播网,示范和推广清洁生产技术,打破清洁生产信息的地区、行业封锁,保证清洁生产信息渠道的畅通。

3. 清洁生产技术创新、交流制度。包括制定清洁生产名录,审定、发布清洁生产的技术、工艺,限期采用清洁生产技术,制定清洁生产的教育培训计划,精心组织对有关清洁生产人员的培训等内容。

4. 清洁产品的环境标志制度。制定有关清洁生产产品的标准及质量检验方法,对清洁产品进行环境标志认证。

5. 严重污染环境的落后生产技术、工艺、设备和产品的限期淘汰制度。国务院经济贸易行政主管部门会同国务院有关行政主管部门制定并发布限期淘汰的生产技术、工艺、设备以及产品的名录。

(三)清洁生产的实施

清洁生产的实施以企业为主,主要是通过对企业设置其在清洁生产方面的权利和义务来进行。企业既有依法采取清洁生产措施、提交清洁生产的有关报告、资料的义务,也有依法从政府获得清洁生产信息、资料 and 资金、技术援助的权利。主要包括两项制度:

1. 清洁生产审计制度。清洁生产审计是企业对生产全过程中每个单元操作的生产和排污情况进行定量审查,找出高消耗和排污的原因,然后提出对策,制定和实施预防方案。它是企业识别清洁生产机会的有效工具,是企业实行清洁生产的起点和核心。

2. 体系认证的制度。体系认证的制度是企业向国家认证认可监督管理部门授权的认证机构提出认证申请,通过环境管理体系认证,提高清洁生产水平。

(四)清洁生产的经济刺激

对从事清洁生产研究、示范和培训,实施国家清洁生产重点技术改造项目列入国务院和县级以上地方人民政府同级财政安排的有关技术进步专项资金的扶持范围;对利用废物生产产品和从废物中回收原料的,减征或者免征增值税。

三、环境影响评价制度

环境影响评价是指对规划和建设项目实施后可能造成的环境影响进行分析、预测和评估,提出预防或者减轻不良环境影响的对策和措施,进行跟踪监测的方法与制度。

(一)环境影响评价的适用范围

1. 规划的环境影响评价。

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

(2)专项规划。国务院有关部门、设区的市级以上地方人民政府及其有关部门,对其组织编制的工业、农业、畜牧业、林业、能源、水利、交

新华考资

www.xhkzedu.com

通、城市建设、旅游、自然资源开发的有关专项规划,应当在该专项规划草案上报审批前,组织进行环境影响评价,并向审批该专项规划的机关提出环境影响报告书。

2. 建设项目的的环境影响评价。国家根据建设项目对环境的影响程度,对建设项目的的环境影响评价实行分类管理。建设单位应当按照下列规定组织编制环境影响报告书、环境影响报告表或者填报环境影响登记表(统称环境影响评价文件):(1)可能造成重大环境影响的,应当编制环境影响报告书,对产生的环境影响进行全面评价;(2)可能造成轻度环境影响的,应当编制环境影响报告表,对产生的环境影响进行分析或者专项评价;(3)对环境影响很小、不需要进行环境影响评价的,应当填报环境影响登记表。

(二)环境影响报告书的内容

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

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

(三)环境影响评价的程序

1. 专项规划的环境影响评价的程序。其程序是:(1)编制专项规划的国务院有关部门、设区的市级以上地方人民政府及其有关部门,应当在该专项规划上报审批前,组织进行环境影响评价草案的编制;(2)专项规划的编制机关应举行论证会、听证会,或者采取其他形式,征求有关单位、专家和公众对环境影响报告书草案的意见;(3)编制机关在报批规划草案时,将环境影响评价报告书一并附送审批机关审查;(4)对环境有重大影响的规划实施后,编制机关

应当及时组织环境影响的跟踪评价,并将评价结果报告审批机关。

2. 建设项目的的环境影响评价的程序。建设项目的的环境影响评价报告书、报告表、登记表应在建设项目可行性研究阶段报批;铁路、交通等建设项目,经环保部门同意,可以在初步设计完成前报批。其审批程序为:(1)首先由建设单位或主管部门签订合同委托有评价资质的评价单位进行调查和评价工作;(2)评价单位通过调查和评价制作环境影响报告书(表);(3)建设单位在报批环境影响报告书前应举行论证会、听证会,或者采取其他形式,征求有关单位、专家和公众的意见;(4)建设项目的主管部门负责对建设项目的的环境影响评价文件进行预审、审核、审批;(5)报告书由有审批权的环保部门审查批准后,提交设计和施工。

四、“三同时”制度

“三同时”制度,是指建设项目需要配置的环境保护设施必须与主体工程同时设计、同时施工、同时投产使用的环境法律制度。该制度系我国首创。

(一)“三同时”制度的适用范围

中华人民共和国领域和中华人民共和国管辖的其他海域对环境有影响的建设项目需要配置环境保护设施的,必须适用“三同时”制度。

(二)“三同时”制度的实施程序

1. 建设项目的初步设计,应当按照环境保护设计规范的要求,编制环境保护篇章,并依据经批准的建设项目环境影响报告书或者环境影响报告表,在环境保护篇章中落实防治环境污染和生态破坏的措施以及环境保护设施投资概算。

2. 建设项目的主体工程完工后,需要进行试生产,其配套建设的环境保护设施必须与主体工程同时投入试运行,建设项目试生产期间,建设单位应当对环境保护设施运行情况和建设项目对环境的影响进行监测。

3. 建设项目竣工后,建设单位应当向审批该建设项目环境影响报告书、环境影响报告表或者环境影响登记表的环境保护行政主管部门,申请该建设项目需要配套建设的环境保护



设施竣工验收。环境保护设施竣工验收,应当与主体工程竣工验收同时进行。分期建设、分期投入生产或者使用的建设项目,其相应的环境保护设施应当分期验收。

4. 建设项目需要配套建设的环境保护设施经验收合格,该建设项目方可投入生产或者使用。

五、排污收费制度

排污收费制度是指国家环境管理机关根据法律、法规的规定,对排污者征收一定数额的费用的一项法律制度。

(一)征收排污费的对象

征收排污费的对象是超过国家或地方污染物排放标准排放污染物的企业事业单位。有以下例外:企业事业单位向水体排放污染物,不超过国家或者地方规定的污染物排放标准的,缴纳排污费,超过国家或者地方规定的污染物排放标准的,缴纳超标准排污费,即对排放水污染物实行达标排放的征收排污费,超标准排放征收超标准排污费的双收费制度;向大气和海洋排放污染物的,其污染物排放浓度不得超过国家和地方规定的排放标准,达标排放的征收排污费,超标排污应当限期治理并科以罚款。

(二)征收排污费的程序

征收排污费按下列程序进行:排污单位向环境保护主管部门申报登记排放污染物的种类、数量和浓度;环境保护主管部门或其指定的监测单位进行核定;环境保护主管部门发出缴费通知单;排污单位在收到缴费通知单后向指定的银行缴付。

(三)缴纳排污费以外的其他法律义务和责任

对排污者而言,其缴纳了排污费,并不免除其负担治理污染、赔偿污染损失和法律规定的其他义务和责任。

六、总量控制制度

总量控制制度是指国家环境管理机关依据所勘定的区域环境容量,决定区域中的污染物排放总量,根据排放总量削减计划,向区域内的企业个别分配各自的污染物排放总量额度的

方式的一项法律制度。

(一)总量控制的对象

主要是指国家“九五”期间重点污染控制的地区和流域,包括:酸雨控制区和二氧化硫控制区;淮河、海河、辽河流域;太湖、滇池、巢湖流域。

(二)总量控制的实施程序

1. 国家环境管理机关在各省、自治区、直辖市申报的基础上,经全国综合平衡,编制全国污染物排放总量控制计划,把主要污染物排放量分解到各省、自治区、直辖市,作为国家控制计划指标。

2. 各省、自治区、直辖市把省级控制计划指标分解下达,逐级实施总量控制计划管理。

3. 编制年度污染物削减计划。

4. 年度检查、考核。

七、环境保护许可证制度

环境保护许可证制度是指从事有可能有害环境的活动之前,必须向有关管理机关提出申请,经审查批准,发放许可证,方可按许可证的规定进行该活动的一整套法律制度措施。在环境保护许可证制度中,使用最广泛的是排污许可证。

(一)排污许可证的适用范围

对依法实施重点污染物排放总量控制的水体排放重点水污染物的和对大气污染物总量控制区排放主要大气污染物的实行排污许可证制度。

(二)排污许可证制度的实施程序

排污许可证制度的实施程序如下:

1. 排污申报登记。排污单位向环境保护主管部门如实申报排放污染物的种类、数量、浓度、排放的方式和排放去向。

2. 分配排污量。各地区确定本地区污染物排放总量控制指标和分配污染物总量削减指标。

3. 发放许可证。对不超过排污总量控制指标的排污单位,颁发《排放许可证》;对超出排污总量控制指标的排污单位,颁发《临时排放许可证》,并限期削减排放量。

4. 发证后的监督管理。许可证发放以后,发证单位必须对持证单位进行严格的监督管理,使持证单位按许可证的要求排放污染物。

新华考资

www.xhkszedu.com

八、限期治理制度

限期治理制度,是指对污染严重的污染源,由法定国家机关依法限定在一定期限内治理并完成治理任务,达到治理目标的一整套法律制度措施。

(一)限期治理的对象

限期治理的对象包括两大类:

1. 严重污染环境的污染源;
2. 位于需要特别保护的区域内的超标准排污的污染源,需要特别保护的区域指风景名胜区、自然保护区和其他需要特别保护的区域。

(二)限期治理制度的实施程序

限期治理由县级以上地方人民政府环境保护行政主管部门提出意见,报同级人民政府批准。中央或者省、自治区、直辖市人民政府管辖的企业事业单位的限期治理,由省、自治区、直辖市人民政府决定;市、县或市、县以下人民政府管辖的企业事业单位的限期治理,由市、县人民政府决定。造成环境噪声污染的小型企业事业单位的限期治理,可以由县级以上人民政府在国务院规定的权限内授权其环境保护行政主管部门决定。对经限期治理逾期未完成治理任务的企业事业单位,除加收超标准排污费外,可以处以罚款,或者责令停业、关闭,罚款由环境保护行政主管部门决定。责令停业、关闭,由作出限期治理决定的人民政府决定;责令中央直接管辖的企业事业单位停业、关闭的,须报国务院批准。

九、环境标准制度

环境标准制度是国家为了保护环境质量,控制污染,按照法定程序制定并实施各种环境技术规范的法律制度。

(一)环境标准的体系

环境标准分为国家环境标准、地方环境标准和国家环境保护总局标准。国家环境标准包括国家环境质量标准、国家污染物排放标准(或控制标准)、国家环境监测方法标准、国家环境样品标准和国家环境基础标准。地方环境标准包括地方环境质量标准和地方污染物排放标准(或控制标准)。需要在全国环境保护工作范围内统一的技术要求而又没有国家环境标准时,

应制定国家环境保护总局标准,国家环境保护总局标准是环境保护行业标准。

(二)环境标准制定权限权力的划分

国务院环境保护行政主管部门负责制定国家环境标准和国家环境保护总局标准。省级人民政府对国家环境质量标准中未作规定的项目,可以制定地方环境质量标准;对国家污染物排放标准中未作规定的项目,可以规定地方污染物排放标准;对国家污染物排放标准已作规定的项目,可以制定严于国家污染物排放标准的地方污染物排放标准。

(三)环境质量和污染物排放标准的法律意义

环境质量和污染物排放标准是环境标准体系中最重要两类标准。

环境质量标准是环境中所允许含有有害物质或因素的最高限额。环境质量标准是确认环境是否被污染以及排污者是否应承担相应民事责任的主要根据。

污染物排放标准是允许污染源(如工厂或设施等)排放污染物或有害环境的能量的最高限额。污染物排放标准是认定排污行为是否合法以及排污者是否应承担相应行政法律责任的主要根据。

第三节 环境责任和环境纠纷

一、环境法律责任

(一)环境行政责任

环境行政责任,是指违反了环境保护法,实施破坏或者污染环境的单位或者个人所应承担的行政方面的法律责任。环境行政责任的主体可以是行政相对人,也可以是环境行政主体。环境保护法主要规定了环境行政相对人的环境行政责任。

1. 环境行政责任的构成要件。

(1)行为违法。指行为人实施了违反环境保护法的行为。

(2)行为人有过错。行为人主观上具有故意或过失也是承担行政责任的必要条件。实践中,对环境的破坏多表现为故意,对环境的污染



多表现为过失。

(3)行为的危害后果。根据我国环境保护法的规定,危害后果不是承担行政责任的必要条件。在此情况下,违法行为如环境保护法第35条第1~5项的行为即使没有造成危害后果,也要承担行政责任。但在另一些场合,必须产生了危害后果才承担行政责任。

(4)违法行为与危害后果之间具有因果关系。即违法行为与危害后果之间必须存在内在的、必然的联系,而不是表面的、偶然的联系。当然,在不以危害后果为必要条件的场合,则不存在因果关系的问题。

由此可见,行为违法和有过错,是行为人承担环境行政责任的必要条件;危害后果和违法行为与危害后果存在的因果关系,在法律明文规定的场合才成为行为人承担环境行政责任的必要条件。

2. 环境行政处罚的形式。环境保护法规定了警告,罚款,责令停止生产或者使用,责令重新安装使用,责令停业、关闭五种环境行政处罚的形式。

有关环境污染防治的单行法中还规定了责令限期治理,缴纳排污费,支付消除污染费用,赔偿国家损失,责令限期改正,责令停止违法行为,责令消除污染,没收违法所得,责令搬迁,责令改正等环境行政处罚的形式。

3. 环境违法行为与相应的环境行政处罚的内容。环境保护法对环境违法行为及相应的环境行政处罚措施作出了如下规定:

(1)拒绝环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门现场检查或者在被检查时弄虚作假的,给予警告或处以罚款。

(2)拒报或者谎报国务院环境保护行政主管部门规定的有关污染物排放申报事项的,给予警告或处以罚款。

(3)不按国家规定缴纳超标排污费的,给予警告或处以罚款。

(4)引进不符合我国环境保护规定要求的技术和设备的,给予警告或处以罚款。

(5)将产生严重污染的生产设备转移给没

有污染防治能力的单位使用的,给予警告或处以罚款。

(6)建设项目的防治污染设施没有建成或者没有达到国家规定的要求,投入生产或者使用的,责令停止生产或者使用,可以并处罚款。

(7)未经环境保护行政主管部门同意,擅自拆除或者闲置防治污染的设施,污染物排放超过规定排放的标准的,责令重新安装使用,并处罚款。

(8)对违反环境保护法的规定,造成环境污染事故的企业事业单位根据所造成的危害后果处以罚款。

(9)对经限期治理未完成治理任务的企业事业单位,除依照国家有关规定加收超标准排污费外,可以根据所造成的危害后果处以罚款,或者责令停业、关闭。

(二)环境民事责任

环境民事责任,是指单位或者个人因污染危害环境而侵害了公共财产或者他人的人身、财产所应承担的民事方面的责任。

1. 环境民事责任的构成要件与免责。

(1)环境民事责任的构成要件。传统民事责任侵权责任构成要件包括四个方面:主观上具有过错;行为具有违法性;发生损害结果;违法行为与损害结果之间具有因果关系。但是环境民事责任作为特殊侵权责任,在其构成要件上有所不同。主观上的过错和行为的违法性不是环境民事责任的构成要件。首先,关于过错,我国民法通则、环境保护法及相关法律都没有把故意或过失作为环境损害赔偿的要件。环境民事责任实行无过错责任的原因在于环境侵害行为本身创造社会财富有一定的正当性,追究其过错几乎不可能;另外,由排污者从营利中赔偿受害人的损失,符合公平原则。其次,关于行为的违法性,行为人即使达标排污,只要从事排污行为并发生了危害后果的,也要承担民事责任。行为人不得以达标排放作为免除其民事责任的抗辩理由。

环境民事责任的构成要件包括:①实施了致害行为;②发生了损害结果;③致害行为与损害结果之间具有因果关系。

(2)环境民事责任的免责事由。环境保护法规定,即使具备环境民事责任构成要件,在三

种情形下也免于承担环境民事责任。这三种情形是:①由不可抗力造成并且行为人及时采取合理措施。环境保护法规定:完全由于不可抗拒的自然灾害,并经及时采取合理措施,仍然不能避免造成环境污染损害的,免于承担责任。②受害者自我致害。污染损失由受害者自身的责任所引起的,排污单位不承担责任。③第三者过错。污染损失由第三者责任所引起的,第三者应当承担赔偿责任。

2. 环境民事责任的形式。环境保护法规定:造成环境污染危害的,有责任排除危害,并对直接受到危害的单位或者个人赔偿损失。虽然环境保护法仅规定了排除危害和赔偿损失两种责任形式,但是民法通则中规定的十种民事责任形式中的停止侵害,排除妨碍,消除危险,恢复原状等都能适用于环境民事责任。

赔偿损失是环境民事责任形式中应用最广泛的一种责任形式。赔偿损失的范围,既包括财产损害赔偿,也包括对人身损害引起的财产损失赔偿;既包括直接损失,也包括间接损失。

排除危害也是环境民事责任形式中经常使用的形式。赔偿损失是事后补救,排除危害则是针对环境侵害的特点所采用的典型的预防性民事责任形式。排除危害既包括对实际发生的污染危害的排除,也包括对可能发生但尚未发生的污染危害的排除。

(三)环境刑事责任

环境刑事责任是指行为人故意或过失实施了严重危害环境的行为,并造成了人身伤亡或公私财产的严重损失,已经构成犯罪要承担刑事制裁的法律责任。

1. 环境刑事责任的构成要件。破坏环境的犯罪构成要件,同一般犯罪构成没有实质上的区别,但也具有一定特点。

(1)犯罪主体。根据环境保护法和刑法的规定,关于环境犯罪的主体,已打破了“个人刑罚罚”,除了达到法定年龄具备刑事责任能力的自然人以外,还包括法人。

(2)犯罪客体。破坏环境资源犯罪的犯罪客体,是因侵害各种环境要素和自然资源而受到侵犯的财产所有权、人身权和环境权。环境

犯罪的客体具有复合客体的特征。

(3)犯罪的客观方面。犯罪的客观方面是指有污染和破坏环境及自然资源的行为及其社会危害性。环境犯罪造成的危害后果可能特别严重,往往会造成重大污染事故,致使公私财产遭受重大损失或人身伤亡的严重后果。未造成严重后果的环境违法行为通常是追究其行政责任。危害后果是否严重是区别行政责任和刑事责任的重要依据。

(4)犯罪的主观方面。犯罪的主观方面是指犯罪主体进行犯罪行为时的主观心理状态。一般而言,破坏环境和资源的行为多为故意,而污染环境的行为多为过失。在认定是否构成环境犯罪时,就不能仅仅看社会危害性一个方面,必须强调具备犯罪的故意或过失,这是区别罪与非罪的重要界限。

2. 环境刑事责任的形式。环境刑事责任的形式同一般的刑事责任的形式没有区别,主要分为主刑和附加刑。主刑的种类包括:管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑、死刑。附加刑的种类包括:罚金、剥夺政治权利、没收财产。附加刑可以独立适用。

示例

由于某化工厂长期排污,该厂周边方圆

公里内的庄稼蔬菜生长不良、有害物质含量超标,河塘鱼类无法繁衍,该地域内三个村庄几年来多人患有罕见的严重疾病。根据《环境保护法》的规定,下列哪一选项是错误的?(2008年试卷一第28题)

- A. 受害的三个村的村委会和受害村民有权对该厂提起民事诉讼
- B. 因环境污染引起的民事诉讼的时效为3年
- C. 环境污染民事责任的归责原则实行公平责任原则
- D. 环境污染致害的因果关系证明,受害方不负举证责任

【参考答案及简要提示】C。根据《环境保护法》第41条的规定可知,环境污染致害的归责原则是无过错责任原则。



二、环境纠纷的处理程序

环境纠纷,是指环境保护法律关系主体之间就其环境权利和义务而产生的争议。环境纠纷按纠纷的法律性质不同,可分为环境行政纠纷和环境民事纠纷。

(一)环境行政纠纷处理程序

环境行政纠纷,可以通过环境行政复议和环境行政诉讼解决。

对于环境行政诉讼时效,环境保护法作了不同于行政诉讼法的规定;当事人对行政复议决定不服的诉讼时效为15天;直接向人民法院起诉的,诉讼时效为15天。

(二)环境民事纠纷处理程序

1. 环境行政调解处理。是指环境保护行政主管部门或者其他依照法律规定行使环境监督管理权的部门应当事人的请求对环境污染赔偿责任和赔偿金额的纠纷进行调解处理的程序。环境行政调解处理既不是必经程序,也不是最终程序。环境民事纠纷当事人对行政调解处理决定不服的,可以向人民法院起诉,也可以不经过行政调解处理直接向人民法院起诉。环境行政调解处理决定没有强制执行的效力,对调解处理决定不服的,不能提起行政诉讼,而应提起以对方当事人为被告的环境民事诉讼。

2. 环境民事诉讼。环境民事诉讼与其他民事诉讼相比有以下几点特殊之处:

(1)环境民事诉讼时效为3年。环境保护法规定:因环境污染损害赔偿提起诉讼的时效期间为3年,从当事人知道或者应当知道受到污染损害时起计算。由于从环境侵害行为到由它产生的危害后果之间,污染物有一个迁移、转化和作

用的过程,即危害后果的发生和暴露相对于污染行为有时间上的滞后性,因此,只有规定较长的诉讼时效,才能有效保护受害人的合法权益。

(2)环境民事诉讼适用举证责任倒置。一般的民事诉讼,由原告负举证责任,但在环境民事诉讼中主要由被告负举证责任。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第74条规定,因环境污染引起的损害赔偿诉讼,对原告提出的侵权事实,被告否认的,由被告负举证责任。可见,在环境民事诉讼中,原告只需提供被告侵权的基本事实,而被告则负主要的举证责任。之所以在环境民事诉讼中适用举证责任倒置,是因为要求原告证明被告从事排污行为、排污行为与损害后果之间的因果关系,十分困难,如果实行原告举证无异于剥夺受害者的胜诉权。

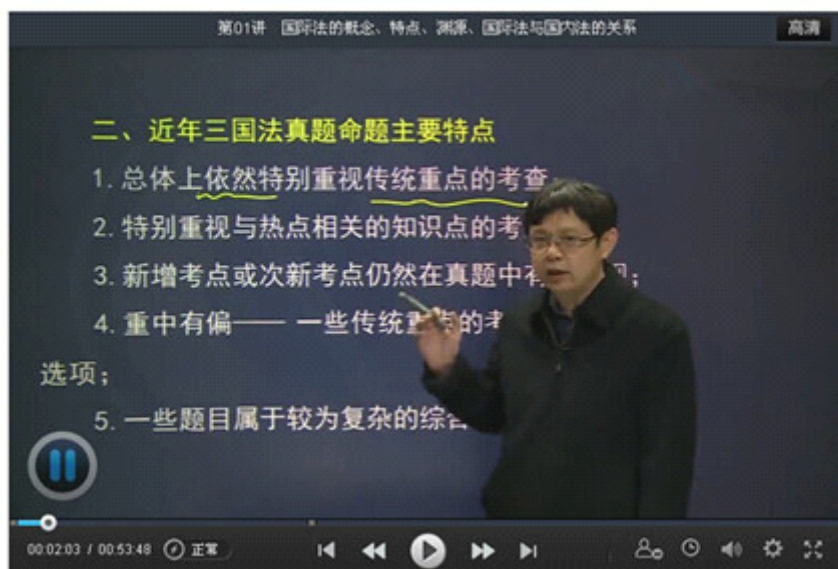
(3)因果关系推定。在一般民事诉讼中,要求原告证明侵权行为与损害结果之间有严密的因果关系。由于环境侵害的行为并不是直接作用于受害人,而是以环境为媒介;环境侵害是通过污染物在环境中迁移、转化来进行,有复杂的作用机理,加之很多污染后果是多因素共同作用的结果,因此,如果在环境民事诉讼中沿用严密的因果关系论,将使受害人合法权益得不到应有的救济。在我国司法实践中,适用因果关系推定理论,即被告不能证明自己与环境污染危害无关(如行为人排放的污染物不可能产生受害人遭受的污染),就推定因果关系存在。

【本章主要法律规定】

环境保护法

我国环境保护法主要包括环境保护基本制度和环境责任制度,按照“事前预防为主,事后追究为辅”的思想,前者处于优先和重点的地位。

本章的难点是把握环境行政责任和环境民事责任的关系:二者并行不悖,相辅相成,受害人有权向行政机关检举控告环境违法行为,行政机关也有权处理环境损害赔偿纠纷。



第一部分 国际法的基本理论

2014 年司法考试三国法复习提示概述

2013 年的司法考试卷一试题中，和 2011 年、2012 年相同，三国法一共考了 26 道题，共计 39 分，此前的 2008、2009 年、2010 年这三年都是考了 31 道选择题，计 44 分。

一、2013 年三国法真题统计表

| | 单项选择题 | 多项选择题 | 不定项选择题 | 总分值统计 |
|-------|-------|-------|--------|-------|
| 国际公法 | 3 道题 | 3 道题 | 1 道题 | 11 分 |
| 国际私法 | 5 道题 | 3 道题 | 1 道题 | 13 分 |
| 国际经济法 | 5 道题 | 3 道题 | 2 道题 | 15 分 |

二、近年三国法真题命题主要特点

1. 总体上依然特别重视传统重点的考查；
2. 特别重视与热点相关的知识点的考查；
3. 新增考点或次新考点仍然在真题中有所体现；
4. 重中有偏——一些传统重点的考题存在偏难选项；
5. 一些题目属于较为复杂的综合性考题。

三、三国法复习方法建议

1. 全面理解（教材、大纲指定法规）
2. 条理化、系统化、清晰化
3. 重者恒重——真题的参考价值
4. 特别重视当年的热点问题（特别是公法和国际经济法）和新增考点
5. 注重做练习巩固复习成果
6. 注重考前冲刺预测

国际公法

国际公法近几年在司法考试中所占分值在 12 分左右（2007—2010 年为 12 分，2011—2013 年为 11 分）。

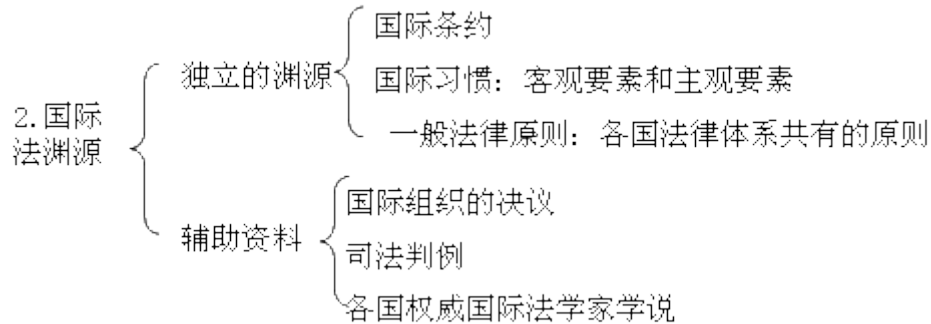
★概说——国际公法考点、理论体系

第一部分 国际法的基本理论

一、★★★国际法的概念、特点、渊源、国际法与国内法的关系

1. 国际法的特征

- (1) 主体：国家、国际组织、争取独立的民族解放组织
- (2) 立法方式：各国协议共同制定
- (3) 强制实施：无超国家强制机构，通过国家单独或集体行动实施



重点难点：条约与国际习惯的区别

国家条约一般是明示的、成文的，国际习惯一般是默示的、不成文的；国际条约原则上只是对当事国具有约束力，对第三方没有约束力，国际习惯原则上对各国都有约束力。

【例题·多选题】下列哪些选项是不正确的？（ ）

- A. 联合国大会的决议是国际法的渊源
- B. 国内法也是国际法的渊源之一
- C. 国际法院判决对案件当事国具有法律拘束力，构成国际法的渊源
- D. 国际法院作出的咨询意见具有法律拘束力

❓ [答疑编号 506696010101]

【答案】ABCD

【解析】本题考查国际法的渊源。

选项 A 说法错误。联合国大会的决议是国际法渊源的辅助资料，而不是国际法渊源本身。

选项 B 说法错误。国际的法渊源包括：国际条约、国际习惯、一般法律原则，不包括国内法。

选项 C 说法错误。司法判例是确立法律原则的辅助资料，本身并不是国际法的渊源。

选项 D 说法错误。国际法院作出的咨询意见不具有法律拘束力。

【例题·多选题】国际人道法中的区分对象原则（区分军事与非军事目标，区分战斗员与平民）是一项已经确立的国际习惯法原则，也体现在《1977 年日内瓦四公约第一附加议定书》中。甲乙丙三国中，甲国是该议定书的缔约国，乙国不是，丙国曾是该议定书的缔约国，后退出该议定书。根据国际法的有关原理和规则，下列哪些选项是错误的？（ ）（2007-1-77）

- A. 该原则对甲国具有法律拘束力，但对乙国没有法律拘束力
- B. 丙国退出该议定书后，该议定书对丙国不再具有法律拘束力
- C. 丙国退出该议定书后，该原则对丙国不再具有法律拘束力
- D. 该原则对于甲乙丙三国都具有法律拘束力

🔍 [答疑编号 506696010102]

【答案】AC

【解析】本题考核区分对象原则。国际人道法中的区分对象原则是已经确立的国际习惯法原则，所以甲、乙、丙三国都受该原则的拘束。条约对缔结国有拘束力，丙国在退出协定书之后，就不再受该协定书的拘束，但是依然受区分对象原则的约束。

3. 国际法与国内法的关系

重点（1）条约在国内的适用方式——纳入（直接适用）、转化（间接适用）、混合（兼采并入和转化的方式）

重点（2）条约在中国的适用：

- ①中国宪法就此未作统一规定；
- ②民商事领域，条约优先于国内法，但保留的条款除外；
- ③民商事以外的领域的条约如何适用，个案处理；
- ④某些条约和国内法并行适用；（如外交、领事特权与豁免）
- ⑤WTO 规则原则上不能在中国直接适用；
- ⑥民商事条约优先适用——知识产权领域的条约，我国已经或需要转化的除外。

【例题·单选题】甲国国内经过多年的研讨，最后批准了一项国际条约。关于该条约在甲国国内的实施问题，下列哪一选项是错误的？（ ）

- A. 当甲国国内法和该条约所规定的义务相冲突时，该国不能以其国内法的规定来对抗该条约规定的义务
- B. 该国不可以以其国内法的规定作为违反该条约义务的理由来逃避国际责任
- C. 该条约所规定的义务如何在甲国国内履行，除非该条约有具体规定，国际法并不干预甲国履行国际义务的具体实施方式
- D. 当甲国国内法与该条约义务相违背时，甲国采取了优先适用其国内法的做法，对此，甲国并不需要承担国际责任，因为国际法并不干预甲国履行国际义务的具体实施方式

🔍 [答疑编号 506696010103]

【答案】D

【解析】本题考核条约在国内的适用。

选项 A、B 说法正确。从国际实践上看，在国际层面：国内立法不能改变国际法的原则、规则；国家不得以其国内法规定来对抗其承担的国际义务，或以国内法规定作为违背国际义务的理由来逃避其国际责任。

选项 C 说法正确。国际法不干预一国国内法制定，除非该国承担了相关的特殊义务。

选项 D 说法错误。从国际法的角度看，如果一国在国际法与国内法发生冲突时，由于优先适用其国内法造成其对国际法的违背，该国应对此承担相应的国家责任。

【例题·单选题】根据国际法有关规则和我国有关法律，当发生我国缔结且未作保留的条约条

款与我国相关国内法规定不一致的情况时，下列哪一选项是正确的？（ ）（2007-1-32）

- A. 如条约属于民事范围，则由全国人民代表大会常务委员会确定何者优先适用
- B. 如条约属于民事范围，则优先适用条约的规定
- C. 如条约属于民事范围，则由法院根据具体案情，自由裁量，以公平原则确定优先适用
- D. 我国缔结的任何未作保留的条约的条款与中国相关国内法的规定不一致时，都优先适用条约的规定

🔍 [答疑编号 506696010104]

【答案】B

【解析】本题考核国际条约与国内法的冲突时的法律适用。我国《民法通则》规定：“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的，适用国际条约的规定，但中华人民共和国声明保留的条款除外。”选项D没有区分条约的范围，笼统的说“任何条约”，显然是不正确。

二、★★★国际法的主要基本原则

- 1. 基本原则的特点（各国公认、构成国际法基础、适用于国际法各个领域、具有强行法的性质）
- 2. 基本原则主要内容：

（1）国家主权平等原则——国际法的基础

主权 {
 对内最高权
 对外独立权
 自保权

（2）不干涉内政原则

内政 {
 该事项本质上属于国内管辖
 国家在该事项中的行为不违反国际法

（3）禁止使用武力和以武力相威胁原则（例外）

例外：自卫、根据安理会的决议采取武力行动。

（4）民族平等和民族自决原则

适用于在外国殖民统治下的被压迫民族，不适用于主权国家内部的民族分裂活动。

（5）和平解决国际争端原则

（6）善意履行国际义务原则

【例题·多选题】关于国际法基本原则，下列哪些选项是正确的？（ ）（2013-1-75）

- A. 国际法基本原则具有强行法性质
- B. 不得使用威胁或武力原则是指禁止除国家对侵略行为进行的自卫行动以外的一切武力的使用
- C. 对于一国国内的民族分离主义活动，民族自决原则没有为其提供任何国际法根据
- D. 和平解决国际争端原则是指国家间在发生争端时，各国都必须采取和平方式予以解决

🔍 [答疑编号 506696010201]

【答案】ACD

【解析】本题考核国际法基本原则。

选项A正确。国际法基本原则具有强行法性质。

选项 B 错误。不得使用威胁和武力并不是禁止一切武力的使用，凡是符合《联合国宪章》和国际法规则的武力使用是允许的，包括国家对侵略行为进行的自卫行动和联合国集体安全制度下的武力使用。

选项 C 正确。民族自决原则中殖民地民族的独立权的范围，只严格适用于殖民地民族的独立。对于一国国内的民族分离主义活动，民族自决原则没有为其提供任何国际法根据。

选项 D 正确。和平解决国际争端原则是指国家间在发生争端时，各国都必须采取和平方式予以解决，争端的当事国及其他国家应避免任何使争端或情势恶化的措施或行动。

三、★★★★★国际法的主体

（一）国际法主体的范围

国家、政府间的国际组织、民族解放组织

（二）国家——国际法的基本主体

1. 国家的构成要素及现代国家的主要类型

（1）国家的构成要素——领土、居民、政权组织、主权。

（2）国家的类型——单一国、复合国（联邦、邦联）、永久中立国。

2. ★国家的四种管辖权（属地、属人、保护、普遍性管辖权：冲突时属地管辖权优先）

重点：管辖权的冲突

案例：利特维年科案

3. 国家主权豁免（绝对豁免主义和相对豁免主义、豁免的放弃）中国——绝对豁免主义。

（1）绝对豁免主义：一个国家，不论其行为的性质如何，在他国享有绝对的豁免。

（2）相对豁免主义：又称限制豁免，把国家的活动划分为主权行为和非主权行为，按照这种理论，在国际交往中，一个国家的主权行为在他国享有豁免，而其非主权行为在他国则不享有豁免。

（3）中国坚持绝对豁免主义，但是国家可以放弃豁免权。

案例：仰融案

4. 国际法上的承认（单方行为）：

| | | | |
|-------|---------|---|--|
| 承认的方式 | 明示承认 | 如正式通知、照会、声明或在缔结的条约或其他正式文件中进行表述。 | |
| | 默示承认 | 包括： （1）接受对方派遣的使领馆； （2）缔结双边的政治性条约； （3）正式投票支持参加政府间国际组织。 不构成默示承认的情形： （1）共同参加多边国际会议或国际条约； （2）建立非官方或非完全外交性质的机构； （3）某些级别的官员接触。 | |
| 承认的对象 | 对新国家的承认 | 产生原因 | 基于新国家的出现：合并、分离、分立、独立等。 |
| | | 法律后果 | （1）为建立正式外交及领事关系奠定基础； （2）双方可以缔结各方面条约或协定； |

| | | | |
|--|---------|------|---|
| | | | (3) 承认国尊重新国家作为国际法主体享有的一切权利，包括尊重其立法、行政、司法和豁免权。 |
| | 对新政府的承认 | 产生原因 | 因社会革命或政变而产生新政府。 |
| | | 法律后果 | (1) 意味着对旧政府承认的撤销； (2) 承认者必须尊重新政府拥有的作为国家合法代表的一切资格和权利，包括在位于国内外国家财产上的权利，在国际组织或国际会议中的代表权等。 |

【注意】我们通常所说的承认都是指法律承认，即正式承认。默示承认也是法律承认。法律承认是不可撤销的承认，而事实承认比较模糊并可以随时撤销。

【例题·单选题】甲乙二国建立正式外交关系数年后，因两国多次发生边境冲突，甲国宣布终止与乙国的外交关系。根据国际法相关规则，下列哪一选项是正确的？（ ）（2010-1-29）

- A. 甲国终止与乙国的外交关系，并不影响乙国对甲国的承认
- B. 甲国终止与乙国的外交关系，表明甲国不再承认乙国作为一个国家
- C. 甲国主动与乙国断交，则乙国可以撤回其对甲国作为国家的承认
- D. 乙国从未正式承认甲国为国家，建立外交关系属于事实上的承认

？[答疑编号 506696010202]

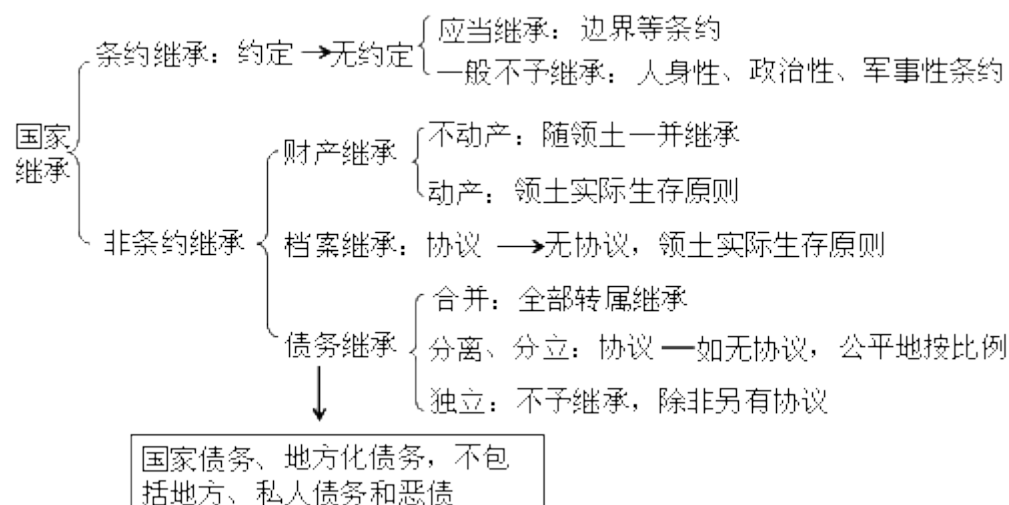
【答案】A

【解析】本题考核国际法上的承认。建立外交关系属于法律承认而不是事实承认。法律承认是认定被承认者作为法律的正式人格的存在，表明承认者愿意与被承认者发展全面正常的关系，带来全面而广泛的法律效果，这种承认是正式和不可撤销的，我们通常所说的承认都是指法律承认。事实承认主要存在于英美的外交实践中，它是为了处理既需要与某个对象进行某种交往，又不愿或不宜与其进行全面正式交往的情况而产生的一种权宜做法。事实承认被认为是不完全的、非正式的和暂时性的，它比较模糊并可以随时撤销。

5. 国际法上的继承

国家继承基于领土的变更：合并、分离、分立、独立、部分领土转移等

案例：苏丹与南苏丹；前苏联解体；印度



【例题·多选题】甲国和乙国合并成为丙国，下列选项中哪些属于丙国政府应该继承的债务？
()

- A. 甲国政府向丁国政府所贷款项
- B. 甲国政府关于甲国南方省水利项目向丁国政府所贷款项
- C. 乙国某省政府向丁国政府所贷款项
- D. 乙国东方公司向丁国政府所贷款项

❓ [答疑编号 506696010203]

【答案】AB

【解析】本题考查国际法上的继承。

选项 A 正确。在国家合并的情况下，国家的债务应转属继承国。

选项 B 正确。以国家的名义举借，用于地方的债务属于地方化债务，应予继承。

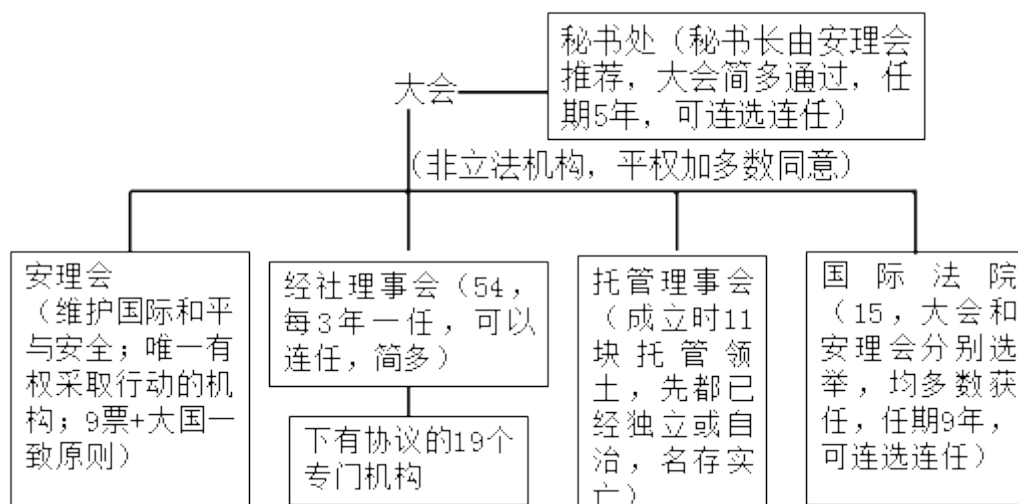
选项 C 错误。地方债务不予继承。

选项 D 错误。私人债务，国家不予继承。

(三) 国际组织——国际法的派生主体

1. 联合国（主要机关：大会、安理会、国际法院、经社理事会、托管理事会、秘书处）

(1) 联合国主要机关图示



(2) ★★★联合国大会及安理会的表决制度

| | | |
|-----------|---|-------------|
| 联合国大会表决制度 | ①实行一国一票制； ②一般问题采用简单多数通过，重要问题采用 2/3 多数通过，实践中也采用协商一致的方式； ③对于联合国组织内部事务通过的决议对会员国具有拘束力，对于其他一般事项作出的决议属于建议性质，不具有法律拘束力。 | |
| | 上述“重要问题”包括：①维持国际和平与安全；②选举安理会、经社理事会和托管理事会理事国；③接纳新会员国；④中止会员国权利或开除会籍；⑤实施托管问题；⑥联合国预算及会员国会费的分摊；宪章的修改等。 | |
| 安理会表 | 程序性事 | 9 个同意票即可通过。 |

| | | |
|-----|----------------------|---|
| 决制度 | 项 | |
| | 非程序性 事项或实 质性事项 | “大国一致原则”：①同意票必须达到 9 票；②不得有常任理事国的反对票；③常任理事国的弃权或缺席不影响决议的通过。事项：①向大会推荐接纳新的会员国或秘书长；②建议中止会员国的权利或开除会员国；③为维护和平与安全而通过采取行动的决议等。 |
| | 双重否决 权 | ①决定是否属于程序性事项，五大国拥有否决权； ②对非程序性事项进行表决，五大国拥有否决权。 |

分析：中、美、俄、日在联合国安理会的角色、巴勒斯坦的入联问题

【例题】2006 年是联合国秘书长的换届年……（2006-1-29）

【例题·单选题】甲、乙两国为陆地邻国。由于边界资源的开采问题，两国产生了激烈的武装冲突，战火有进一步蔓延的趋势。甲、乙均为联合国成员国。针对此事态，如果拟通过联合国安理会采取相关措施以实现停火和稳定局势，根据《联合国宪章》有关规定，下列哪一选项是正确的？（ ）

- A. 只有甲、乙两国中的一国把该事项提交安理会后，安理会才有权对该事项进行审议
- B. 在对采取措施的决议草案进行表决时，若获得全体理事国中 1/2 多数的同意，其中包括常任理事国的一致同意，该决议即被通过
- C. 在对采取措施的决议草案进行表决时，安理会常任理事国中任何一国投弃权票，不妨碍该决议的通过
- D. 只有得到甲、乙两国的分别同意，安理会通过的上述决议才能对其产生拘束力

🔍 [答疑编号 506696010301]

【答案】C

【解析】选项 A 错误。安理会有权对威胁国际安全的因素进行审议，无需以该事项被提交为前提。

选项 B 错误。安理会对于程序性事宜，九票同意即通过。

选项 D 错误。经安理会审议并得到通过后，决议即发生效力，无需得到争议方的同意。

【例题·单选题】关于联合国国际法院的表述，下列哪一选项是正确的？（ ）（2013-1-34）

- A. 联合国常任理事国对国际法院法官的选举不具有否决权
- B. 国际法院法官对涉及其国籍国的案件，不适用回避制度，即使其就任法官前曾参与该案件
- C. 国际法院判决对案件当事国具有法律拘束力，构成国际法的渊源
- D. 国际法院作出的咨询意见具有法律拘束力

🔍 [答疑编号 506696010302]

【答案】A

【解析】本题考核联合国国际法院。

选项 A 正确。法官在联合国大会和安理会中分别独立进行选举，只有在这两个机关同时都获得绝对多数票方可当选。安理会常任理事国对法官选举没有否决权。

选项 B 错误。法官对于涉及其国籍国的案件，不适用回避制度，除非其就任法官前曾参与该案件。

选项 C 错误。国际法院判决不构成国际法的渊源。

选项 D 错误。国际法院作出的咨询意见没有法律拘束力，但对于有关问题的解决以及国际法的发展都具有重要的影响。

2. 联合国的专门机构——特点和性质

范围：国际电信联盟、国际劳工组织、世界卫生组织、世界气象组织、世界知识产权组织、国际货币基金组织、国际复兴开发银行、国际开发协会、国际金融公司、万国邮政联盟、联合国粮食及农业组织、联合国教育、科学及文化组织、国际民用航空组织、国际海事组织、国际农业发展基金、世界贸易组织国际原子能机构。

特点：

- (1) 政府间的、成员具有普遍性的全球性国际组织；
- (2) 属于调整经济、社会、文化、技术等专门领域问题的国际组织；
- (3) 不包括一般政治性、军事性的国际组织。

性质：独立的国际法主体

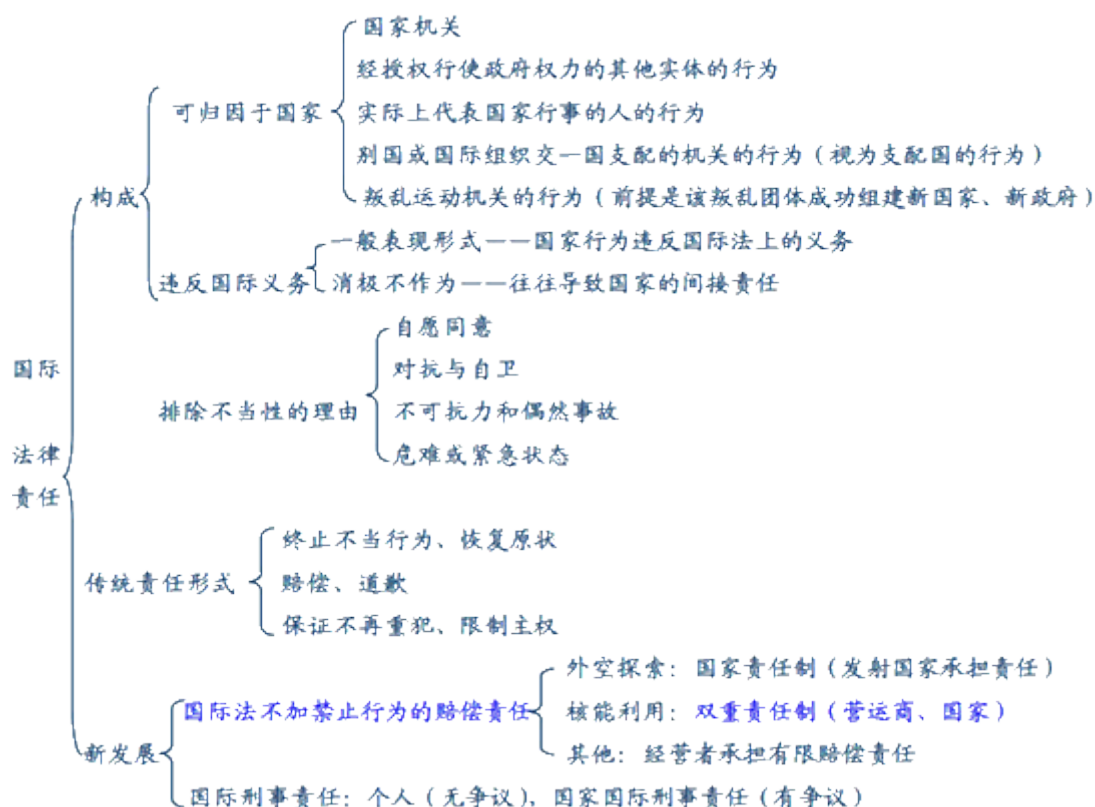
3. 非政府国际组织（跨国、非政治、非营利、志愿性）——并非国际法的主体
经社理事会给予一些非政府国际组织某种咨商地位：

- (1) 普遍咨商地位；
- (2) 特殊咨商地位；
- (3) 注册咨商地位。

四、★★★国际法律责任

问题：国家责任的追究机制；

国家责任的构成要件



| | | |
|----------------|------------------------|---|
| 国际 赔偿 责任 | 国际法不加禁止行为 | 承担赔偿责任的方式 |
| | 外层空间探索造成损害 | 国家责任制：国家承担对外国损害的责任 |
| | 核能利用，如使用核能或使用核动力船舶造成损害 | 双重责任制：国家保证营运人的赔偿责任，并在营运人不足赔偿时，对规定的限额进行赔偿。 |
| | 其他 | 经营者责任制：经营者（国家或经营人）独立承担有限赔偿责任 |

【注意】国际刑事责任问题：区分国家责任与个人责任

【例题·单选题】下列有关国际法律责任的说法正确的是（ ）

- A. 国家只有在实施了国际不法行为的情况下才承担国家责任
 B. 一般一国地方政府机关的行为不属于可归因于该国国家的行为
 C. 如果叛乱未导致组成新国家，叛乱团体的行为不属于可归因于国家的行为
 D. 只要受害国对加害国的不法行为事先表示了同意，则加害国即可免除其国际责任

❓ [答疑编号 506696010303]

【答案】C

【解析】选项 A 错误。国家不仅只实施了不法行为才承担国家责任，也包括一些合法行为。这个选项说法太绝对。

选项 B 错误。一般一国地方政府机关的行为可归因于国家。

选项 C 正确。如果叛乱未导致组成新国家，那么其行为不可归因于国家，只有叛乱团体成功组建国家或政府，他的行为才可以归因于国家。

选项 D 错误。如果受害国对加害国的不法行为事先的自愿的同意，并且不

违背国际强行法，加害国才可以免除国际责任。

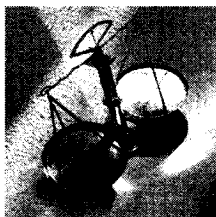
【例题·多选题】在因国际不当行为引起的国际法律责任中，行为的不法性与责任密切相关，如果某国际主体的行为已经排除了不法性，该行为的国际法律责任也就随之免除。根据国际实践，排除行为的不法性的原因主要有（ ）

- A. 同意 B. 对抗措施、自卫
C. 不可抗力 D. 用尽当地救济

🔗 [答疑编号 506696010304]

【答案】ABC

【解析】国际实践中，排除国际行为不法性的原因包括：自愿同意、不可抗力与偶然事故、对抗与自卫、为难或紧急状态。故选项 ABC 正确。



国际法



第一节 国际法的概念、渊源和基本原则

一、国际法的概念和特征

(一) 国际法的概念

国际法(International Law)是一个与国内法相对应的法律体系。它是国家间交往中形成的,以国家间协议制定的,主要是调整国家之间关系的,有拘束力的原则、规则和制度的总体。国际法与国内法二者共同构成了当代人类社会完整的法律秩序。

“国际法”一词准确地反映出该法律体系的所覆盖的基本内容和基本特点,该词由英国法学家边沁最早运用,后被广泛采用,今天已为国际社会(包括联合国及各国际组织)所通用。有人使用“国际公法”(Public International Law)一词来称呼这一法律体系(其传入中国早期,也被称为“公法”),强调的也是其调整国家(政府)与国家(政府)间关系的这种特征。此处“公”的含义与当代有些学者在国内法研究时所使用的“公法”一词中“公”的含义或范围有所不同。从法律体系上看,国际法体系是与整个国内法体系相对应的,而不是与“国际私法”或“国际经济法”等词所指代的内容相对应或相并列。后者往往可以是在某个领域的国内法规则与国际法规则的集合体,且在性质、范畴等方面还存在不同理解和争论(见后国际私法、国际经济法编)。

国际法是国际关系发展的产物。它要求既有“国”(主权独立国家),又有“际”(国家间的交往),才能存在和发展。古代社会虽然有一些关于条约、使节等方面的规则和制度的雏形,但它们是零星的、小范围的和萌芽性的。关键问题就在于那时或者“有际无国”(交往的实体不是真正独立的主权国家,比如中国春秋战国时代的诸侯国);或者是“有国无际”(国家间受制于环境,缺乏稳定、持续交往,比如波斯帝国、罗马帝国与中国之间)。因此没有近代意义上的国际法体系存在。1643~1648年结束欧洲30年战争的威斯特伐利亚和会召开和《威斯特伐利亚和约》的诞生,标志着近代主权独立国家体系的出现,成为近

代国际关系的起点;同时它确认了国家主权、主权平等的根本原则,也标志着近代国际法的开始。同一时期,荷兰人格劳秀斯发表了《战争与和平法》(1625年)等一系列著作,首次从理论上对国际法的规则和基本问题进行了系统全面的论述,并努力使国际法从神学的桎梏中解放出来。这些著作对威斯特伐利亚和会及其之后的各国交往活动产生了积极影响,为近代国际法学奠定了基础。格劳秀斯因而被称为“近代国际法学之父”。

近代国际法自诞生后的200余年间,主要在欧洲基督教国家之间适用,并且随着欧洲国际关系的演变而发展。在经历了西方资产阶级革命、西方殖民主义扩张、俄国十月革命和两次世界大战后,规则体系不断充实完善,方向日益文明进步,并且逐步由欧洲走向了世界。

第二次世界大战结束和联合国成立之后,国际法得到了最重要的发展。以《联合国宪章》为核心的一整套国际法规则体系,逐渐成为整个国际社会的行为规则,构成了当代国际法核心内容。同时,科学技术的飞速发展对人类社会的巨大影响,也在当代国际法中得到体现,产生了许多国际法的新分支。比如航空法、外空法、国际环境保护法等。冷战结束和21世纪以来,经济全球化的趋势和网络时代的来临,使国际法面临新挑战、新课题和新发展。当代国际法正在经历从互惠到共赢,从共处到合作的演变。国际法进入了快速发展的新时期。

现代国际法已经成为国际社会普遍性的、涉及国际交往各个领域的、庞大繁杂的规则体系。从内容上概括地说,其主要包括以下几个方面:国际法的基本原理和原则(性质、渊源、基本原则等);国家或国际法主体本身的制度和规则(如国家和政府、领土、居民、国家责任、国际争端的解决等);以及国际法各个相对独立的分支(如海洋法、国际航空法、空间法、条约法、外交领事关系法、国际人权法、国际经济法、国际环境法、战争与武装冲突法等)。

(二)国际法的特征

1. 国际法的特点。当代国际社会是由平等的主权国家组成的,这种客观现实决定了国

际法与国内法相比,有如下的主要特点:

(1)立法方式不同。国内法是凌驾于国内社会之上的国家立法机关依一定的程序制定。国际社会没有也不应有凌驾于国家之上的国际立法机构来制定规则,更不能由任何一个国家单独制定国际法。国际法的规则只能由国家之间在平等基础上以协议方式共同制定,这种协议可以是成文的,也可能是以不成文习惯法的形式表现出来。

(2)法律关系的主体和调整对象不同。国内法主体主要是自然人和法人。而国际法主要是调整国家之间关系的,其主体主要是国家。此外,在某种范围和条件下,政府间国际组织和某些特定的政治实体乃至个人,也可以作为国际法的主体。

(3)强制力的依据和方式有所不同。国内法强制力的依据是上升为国家意志的国内统治者的意志。而国际法的依据一般认为是产生于国际交往和发展需要的、国家之间的意志协议或称为协议意志。相应地,国内法的强制力是由超越个体之上的有组织的国家强制机器来保障和实施的。国际社会没有超越国家之上的强制机构,虽然国际法实施的机制性和机构性日益增长。从本质上,当今的国际法的强制力还是通过国家本身单独或集体的行动来实现的。

(4)发达程度不同。与国内法相比,国际法的形成和发展时间较短。国际法无论从规则体系、国家实践还是理论研究,都不如国内法领域完善和发达。随着经济全球化和国际关系民主化,国际法在加速完善和发展中。不仅会借鉴国内法体系中的原理和法律技术,并且寻求与国内法相互促进和有机结合。

2. 国际法的法律性。国际法的上述特点不否定国际法的法律性。

首先,国际法作为法律得到所有国家承认。国际法规则被作为法律,其效力不仅在各国的国内法中反映出来,也从国家处理国际关系问题的实践中得到印证。作为法律,国际法也具有规范性、普遍性、强制性、判断是非的标准、处理事件的依据等与国内法相似的一般法律特性。



其次,对国际法法律性的质疑,主要是基于国际法规则屡被违反的现实。应该看到,在绝大多数场合,国际法的规则被各国自觉地遵守,以维持国际社会正常秩序和国家交往的有序进行。在对违法行为的处罚上,违背国际法的行为中绝大部分都受到了法律的追究,实施不法行为的国家承担了相应的法律责任。

在国际社会,确实有一些违背国际法的行为并没有得到法律应有的追究,特别是在一些涉及战争与和平的重大问题和某些大国因素存在的情况下。这是国际社会当前的状态和性质造成的。从法学逻辑看,某些逍遥法外事实的存在一方面不能排除该违法行为的非法性,另一方面也不能以此否认国际法本身的法律性。

最后,国际法不可能解决国际社会的所有问题。有关战争、和平、发展等根本性的问题,更不是国际法单独所能解决的。因此,应当正确把握国际法的地位,“国际法虚无论”和“国际法万能论”都失之偏颇。

二、国际法渊源

国际法的渊源一般是指国际法规则作为有效的法律规则存在和表现的方式。它的基本意义在于指明去哪里寻找国际法规则,以及如何识别一项规则是否是有效力的国际法规则。

《国际法院规约》第38条规定,被普遍认为是国际法渊源的最权威的说明,虽然该条款本身是旨在规定国际法院审理案件时所适用的法律。该条规定如下:1. 法院对于陈述各项争端,应依国际法裁判之,裁判时应适用:(1)不论普通或特别国际协议,确立当事国明白承认之规则者;(2)国际习惯作为通例之证明而经接受为法律者;(3)一般法律原则为文明各国所承认者;(4)在第59条规定之下,司法判例及各国权威最高之公法学家学说,作为确定法律原则之补助资料者。2. 前项规定不妨碍法院经当事国同意本“公允及善良”原则裁判案件之权。

据此,国际法的渊源为国际条约、国际习惯和一般法律原则;而其他各项是确立法律原则时的辅助资料。

(一) 国际条约

条约是现代国际法主要的法律渊源,是当代国际法规则的主要表现形式。条约是两个或两个以上国际法主体之间缔结的、以国际法为准的、规定当事方权利义务协议。从渊源的角度看,有人将条约分为“契约性条约”和“造法性条约”。前者一般是双边或少数国家参加,旨在规定缔约国之间的特定事项的权利义务的条约,如贸易交通等事项的条约。后者由多国参加、目的和内容是确立或修改某些国际法原则、规则或制度。从确立国际社会一般法律规则的角度看,多数国家参加的“造法性条约”,无疑具有更重要和普遍的意义。但是,由于所谓“契约性”和“造法性”条约在实践中往往很难区分开,并且任何条约都为当事国创立法律上的权利义务,因此从对缔约国具有法律拘束力角度看,二者没有本质区别。

(二) 国际习惯

国际习惯是指在国际交往中由各国前后一致地不断重复所形成,并被广泛接受为有法律拘束力的行为规则或制度。国际习惯是不成文的,它是国际法最古老、最原始的渊源。国际习惯的最重要的意义在于它的普遍性和基础性。虽然现在许多的国际习惯被编纂进入条约,但是从效力的普遍性上讲,条约并不能替代被其编纂的国际习惯。同时,条约不可能包罗国家实践中所有方面的规则,新的习惯规则仍不断产生。从这些意义上,国际习惯被认为是国际法最重要的渊源。

国际习惯的构成要素有两个:一是物质要素或客观要素,即存在各国反复一致地从事某种行为的实践;二是心理要素或主观要素,它要求上述的重复一致的行为模式被各国认为具有法律拘束力,即存在所谓法律确信(*opinio juris*)。一项国际习惯必须同时具备这两个要素,特别是心理要素。历史上一项国际习惯的形成过程往往需要很长时间。而现代由于技术的发展和交往的迅捷,一项国际习惯可以在较短的时间迅速形成。

证明一项国际习惯是否确立和存在,必须提出相关的证据。由于无论是物质要素或法律

确信,都是在实践中表现出来,因此证明一项国际习惯的存在,必须从国际法主体的实践中寻找证据。一般地应特别注意以下三个方面:第一,国家间的各种文书和外交实践;第二,国际组织和机构的各种文件,包括决议、判决等;第三,国家的国内立法、司法、行政实践和有关文件。

在国际法中,“习惯”(Custom)一词是意义明确的法律用语,其表明具备了两个构成要素的、具有法律拘束力规则。而“惯例”一词,目前存在几种不同的用法。一是所谓广义的用法:“惯例”一词包括了具有法律拘束力的习惯,也包括没有法律拘束力的一般通例;二是所谓狭义的用法,其下又分为不同的两种:一种是使用“惯例”一词与“习惯”同义,专指有法律拘束力的规则或制度。这种用法目前已不多见。另一种用法恰恰相反,“惯例”一词被用来专指没有强制性法律拘束力的一般实践或通例。对这些用法应注意加以区分,以便正确理解和使用。

(三)一般法律原则

对于“一般法律原则”的含义以及其是否构成独立的国际法渊源,存在不同看法。较为广泛接受的观点认为,“一般法律原则”是指各国法律体系中所共有的一些原则,如善意、禁止反言等。“一般法律原则”的作用是填补法院审理案件时可能出现的由于没有相关的条约和习惯可以适用而产生的法律空白。它在国际司法实践中处于补充和辅助地位,很少被单独适用,然而其在国际法理论和规则发展上有重要意义。

(四)确立国际法原则的辅助方法

在《国际法院规约》第38条中,司法判例、国际法学说被列为确立法律原则的辅助资料。它们本身不是国际法的渊源,而是在辨证明国际法规则时的辅助方法。

1. 司法判例。司法判例首先是国际法院的判例,也包括其他国际司法机构和仲裁机构的判例,以及各国国内的司法判例。《国际法院规约》第59条规定“法院之裁决,除对当事国及本案外,无拘束力”。所以,国际法院判例不是法律的渊源之一,而只能作为确立法律规则的辅助材料或证据。由于国际法院是当今全球

性、普遍性的国际司法机构,法院的法官应是资深专业人士或法学权威,并代表世界各大法系,法院的判决在国际实践中得到相当的重视和尊重。即使其本身不是法律渊源,但对于相关国际法原则的证明和确立有重要影响。

2. 各国国际法权威学者的学说。各国权威学说作为确立国际法原则的辅助资料,是国际法的一个特点。历史上,权威学者的学说,如格劳秀斯的著作,曾对确立和阐明某些国际法规则帮助很大。当今国际法材料丰富易得,对学者著作的依赖有所减少。但是,权威学说在国际法领域的影响依然存在,仍然是确证国际法原则的有力方法和证据。

3. 国际组织的决议。20世纪以来,国际组织大量出现并对国际法产生重大影响。当前的实践表明,即使那些本身对成员国没有拘束力的决议,如联合国大会的一般决议或宣言,对于有关国际法规则的认识和建立也具有重要的意义和作用。由于《国际法院规约》第38条本身并不是对国际法渊源和辅助方法的穷尽列举,因此,一般认为,国际组织决议,特别是联合国大会的决议,可以和司法判例及国际法学家著作一起,列为确立国际法原则的辅助资料,并且其作用和地位高于学者学说。

三、国际法基本原则

(一)国际法基本原则的特征

国际法基本原则是国际法庞大规则体系中最核心和基础的规范。它具有以下基本特征:(1)各国公认,普遍接受。(2)适用于国际法律关系的所有领域,贯穿国际法的各个方面。(3)构成国际法体系的基础;若被其破坏,整个国际法体系会被动摇和坍塌。

国际法基本原则具有强行法性质。强行法在《维也纳条约法公约》中被称为“一般国际法强制规律”。它“是指国家之国际社会全体接受,并公认为不许损抑,且仅有以后具有同等性质之一般国际法规律始得更改之规律”。强行法,或国际法强行规则,是指在国际社会中公认为必须绝对遵守和严格执行的法律规范,它不得被任意选择、违背或更改。国际法基本原则



具有强行法性质,但是,并不是所有的强行法规则都是国际法基本原则。作为国际法基本原则还必须符合上述其他要求。

(二) 国际法基本原则的主要内容

1. 国家主权平等原则。

(1) 国家主权。主权是国家的根本属性,是指国家独立自主地处理其内外事务的统治权力。主权具有不可分割、不从属于外来意志和神圣不可侵犯的性质。主权不是国际法赋予国家的,而是国家固有的。国际法中的主权原则只是对国家这种最基本属性的一种宣示和确认。

主权首先体现在以下三个方面:第一,对内最高权。国家在国内行使最高统治权,包括立法、行政、司法各个方面,也包括国家的属地优越权和属人优越权。第二,对外独立权。国家在对他国的交往和国际关系中,不受任何外国意志的左右,独立自主地处理自己的内外事务,包括选择社会制度、确定国家形式和法律、制定对外政策等。第三,自保权。包括国家在遭受外来侵略和武力攻击时进行单独或集体反击的自卫权,以及为防止侵略和武装攻击而建设国防的权利。

主权是一个历史和发展的概念。由最早法国博丹提出的君主作为主权者的主权说,到卢梭从宪政的角度提出人民主权观,以及当今政治法律中的主权理论,主权的概念在国内政治和法律中都发生了很大的变化。在国际法中,国家主权的概念由格劳秀斯首先引入,强调国家从产生起就具有独立性和自主性。自从主权观念提出后,人类社会发生了巨大变化,主权的概念也在不断地充实发展。但当今国际社会仍然是以主权国家作为的基本单位的性质没有根本改变。主权仍然是国家最根本的属性,是国际法的基础。因此,国际法上,对内的最高权和对外的独立权仍然是主权的的最基本特征和表现,即使主权的具体内容和范围随着社会的发展而不断发展变化。

当今世界,国家之间的相互依赖日益加深,全球化成为一种趋势,国际社会的合作成为必需。这种合作是建立在主权国家之间的,而不

是对主权或主权原则的根本否定。另外,主权者对内拥有最高权的同时,也意味着义务和职责;对外享有独立权的同时,也须接受公认的国际法的制约。换句话说,主权从来就不是极端、绝对、为所欲为的,而是要受到公认的国际法制约。

近年来,“保护的责任”概念和相关论述,引起国际社会的关注讨论。该论述承认主权的基石作用的同时,强调主权者对内和对外所承担的责任,主张国际社会对于“不愿或不能履行责任的‘失败国家’”,应该采取应对行动,并且提出了相应的程序和措施。其实,主权概念从引入国际法领域时起,就伴随着义务和责任内涵。以后随着人民主权和宪政制度在各国得到普遍追求和实现,以及国际法律制度的建立,主权者的承担的责任不断体现在现有的国内法和国际法中。“保护的责任”论述中的概念、依据、规则、程序、方式、机构、机制等诸多方面,都尚未能在国际社会达成一致,争论、质疑和发展都将会进行下去。其中关键在于如何摒弃和避免其可能成为一些国家擅自对他国进行干涉,特别是武力干涉的借口和依据。

(2) 国家主权平等原则。任何国家都拥有主权,各国都有义务相互尊重主权。在国际社会和国际关系中,各国都有平等的国际人格,在国际法面前地位平等。

基于主权的性质,任何国家都有权自由选择并发展其政治、社会、经济及文化制度。各国在国际关系中要相互尊重对方的主权,在行使自己主权的同时不侵害别国主权。与他国和睦相处,忠实地履行其国际义务。

领土主权是国家主权的重要方面。一方面,维护和捍卫国家的领土完整是一国主权的重要体现;另一方面,尊重别国主权首先要尊重别国的领土主权和领土完整。侵占肢解别国领土构成对该国主权的严重侵犯。

2. 不干涉内政原则。

(1) 内政。内政的实质是国家基于其管辖的领土而行使主权的表现,包括建立国家政权体制和建立社会、经济、教育、文化等制度,处理其立法、行政、司法事务,以及制定对外政策、开

展对外交往等所有方面的措施和行动。内政一般以领土为基础,但内政不完全是一个地理概念。内政的范围不与领土范围完全相对应。判断某一事项是否属于内政,要看其是否本质上属于国内管辖的事项,考察其在该事项是否已经为国际法所规范和调整,以及相关行为是否违背已确立的国际法规则和其所承担的国际义务。

(2) 不干涉内政原则。第一,任何国家或国际组织,在国际关系中,不得以任何借口或任何方式直接或间接地干涉本质上属于任何国家国内管辖的事件,即一国内政;也不不得以任何手段强迫他国接受自己的意志,维持或改变被干涉国社会制度和意识形态。第二,国际法允许国家在平等和自愿的基础上,根据国际条约或国际义务,对他国进行援助;也承认各国对他国违背国际法义务的行为有权采取相应的单独或集体的行动;但这些行动必须具有公认的法律根据并且应严格在国际法律框架中进行。

3. 不使用武力威胁或武力原则。该原则指各国在其国际关系上不得以武力或武力威胁,侵害任何国家的政治独立和领土完整;不得以任何与联合国宪章或其他国际法原则所不符的方式使用武力。

(1) 不得使用武力原则首先禁止侵略行为。虽然关于侵略的定义和范围目前还存在一些争论。但侵略行为已被当代国际法确立为国际罪行之一。它首先导致严重的国家责任;同时,侵略行为的责任人,还须承担个人刑事责任。

(2) 不得使用威胁和武力不仅包括禁止非法进行武装攻击,还包括禁止从事武力威胁和进行侵略战争的宣传。

(3) 不得使用威胁或武力原则并不是禁止一切武力的使用,凡是符合《联合国宪章》和国际法规则的武力使用是被允许的,包括国家对侵略行为进行的自卫行动和联合国集体安全制度下的武力使用。

4. 和平解决国际争端原则。和平解决国际争端原则是指国家间在发生争端时,各国都必须采取和平方式予以解决,争端的当事国及其他国家应避免任何使争端或情势恶化的措施

或行动。禁止将武力或武力威胁的方式付诸于任何争端的解决过程。

和平解决国际争端原则是与废除战争作为国家政策的工具相联系的。“诉诸战争权”曾是传统国际法中国家的一项合法的权利,1928年《巴黎非战公约》和1945年《联合国宪章》后,其已被完全废止。和平解决国际争端的方法有多种,有关国家可以根据主权平等原则自由选择。

5. 民族自决原则。民族自决原则是指在帝国主义殖民统治和奴役下的被压迫民族具有自主决定自己的命运,摆脱殖民统治,建立民族独立国家的权利。在这个原则的推动下,殖民主义体系已经崩溃瓦解,几乎所有殖民地的政治独立均已完成,正在努力争取实现经济文化等方面的平等权利。

《联合国宪章》和国际人权条约中,对于所有民族都有平等的权利作出了相关规定,包括各民族具有自由地表达自己的意志,决定自己的命运,平等参与和从事政治、经济、文化等各项事务的权利,也规定了各国均有义务尊重和促进这种平等权利的实现。必须注意,对于国内各民族的平等与自由的权利,各国须通过其国内法及各项措施来增进和实现。

民族自决原则中殖民地民族的独立权的范围,只严格适用于殖民地民族的独立。对于一国国内民族的分离活动,民族自决原则没有为其提供任何国际法根据。这个问题在国际法和国际实践中被认为是一国的内部事务,是一国国内法的事项,应该尊重国家主权及其该国全体人民的选择和该国法律制度的规定。国际法明确禁止任何国家假借民族自决名义,制造、煽动或支持民族分裂,破坏他国国家统一和领土完整的任何行动。

6. 善意地履行国际义务原则。善意履行国际义务是指国家对于由公认的国际法原则和规则产生的义务,既包括对于其作为缔约国参加的条约而产生的义务,也包括对于习惯国际法产生的义务。这种履行应真诚、善意、全面,即所谓“约定必守”。

事实上,国家对相关义务履行,也是对国际



法的规则遵守和执行的核心理念。国际法是国家间通过平等的协议制定的。善意履行义务是国际法有效性和国际法律关系稳定性的根本基础。因此,“约定必守”是国际法的最基础的规范之一。对于联合国的成员国,《联合国宪章》特别规定了宪章中的义务优先于其参加的其他国际条约中的义务。

示例

亚金索地区是位于甲乙两国之间的一条山谷。18世纪甲国公主出嫁乙国王子时,该山谷由甲国通过条约自愿割让给乙国。乙国将其纳入本国版图一直统治至今。2001年,乙国发生内乱,反政府武装控制该山谷并宣布脱离乙国建立“亚金索国”。该主张遭到乙国政府的强烈反对,但得到甲国政府的支持和承认。根据国际法的有关规则,下列哪一选项是正确的?(2007年试卷一第30题)

A. 国际法中的和平解决国际争端原则要求乙国政府在解决“亚金索国”问题时必须采取非武力的方式

B. 国际法中的民族自决原则为“亚金索国”的建立提供了充分的法律根据

C. 上述18世纪对该地区的割让行为在国际法上是有效的,该地区的领土主权目前应属于乙国

D. 甲国的承认,使得“亚金索国”满足了国际法上构成国家的各项要件

【参考答案及简要提示】C。思路是首先对涉及亚金索地区的主权归属判定;其次,对分离主张的合法性判定;最后,对甲乙两国相关行为的判定。由于割让行为因割约的合法而有效,该地区属于乙国的一部分。国际法的民族自决原则没有为分离主张提供任何法律根据;乙国政府处理亚金索地区所选择使用的方式是乙国的权利,此处不适用和平解决国际争端原则。相反,甲国政府的行为涉嫌违反国际法,并且就承认的法律性质而言,它不具有对国家的构成性。

第二节 国际法与国内法的关系

一、国际法与国内法关系概述

1. 目前国际法中尚没有关于国内法与国际法关系的具体、统一、完整的规则。从国际实践上看,在国际层面:国内立法不能改变国际法的原则、规则;国家不得以其国内法规定来对抗其承担的国际义务,或以国内法规定作为违背国际义务的理由来逃避其国际责任。同时,国际法不干预一国国内法制定,除非该国承担了相关的特别义务。

2. 比较复杂的是在国内层面,主要问题是国际法在国内法律秩序中的地位问题,包括国际法规则在国内外法律框架中的适用以及国际法规则与国内法冲突时的解决。从各国实践中可以概括出以下主要内容:

(1)除了牵扯到由此产生的因违背国际法义务而承担国家责任的情况以外,国际法并没有在这个问题上加以具体要求。如何处理这个问题原则上是一国国内法的事务。各国法律传统和法律制度不同,在这个问题上的立法和司法实践呈现出复杂多样性。

(2)国际法包括成文的条约,也包括不成文的国际习惯。各国对于国际法的两种不同的渊源形式在国内法中的地位、处理也不尽相同。

(3)条约一般只对缔约国具有拘束力,并且有不同的种类和内容。条约是当代国际法的主要渊源,这个问题在实践中无疑显得更加重要和紧迫。

一些学者基于认为国内法与国际法分属不同的法律体系的“两元论”理论模式出发,归纳出两种极端的或典型的条约在国内适用的方式:转化和采纳。所谓“转化”,是指采取这种方式的国家,要求所有条约内容都必须逐个经过相应的国内立法程序转化成为国内法,才能在国内适用;所谓“采纳”或称“并入”,是指国家在原则上认为,该国缔结的所有条约,都可以在其国内具有国内法的地位。采用“并入”方式的国家,一般是在其宪法中作出这种“一揽子”规定。

其实,“转化”和“并入”的区分只是学术上的简化模型,在国际实践中,情况要复杂得多。绝对单一地采取上述某一种方式的国家很少,许多国家是两种方式兼用。从结果上看,国家都保留了适当选择权、解释权和适用弹性。因此,各国的具体情况和做法需要查阅和研究该国的国内法及相关实践。

(4)关于国际法与国内法冲突的解决,也包括习惯和条约两个方面。各国的做法也不一致,大体有以下一些做法:①推定为不冲突;②修改国内法;③优先适用国际法;④优先适用国内法;⑤以后法优于先法原则处理。从国际法的角度看,如果一国在国际法与国内法发生冲突时,由于优先适用其国内法造成其对国际法的违背,该国应对此承担相应的国家责任。

二、国际法在中国国内的适用问题

1. 在我国目前的宪法中,将坚持和遵守作为国际法基本原则核心的和平共处五项原则写入其中。表明从最基本的原则上,中国尊重和遵守国际法的体系,履行自己的国际义务。在处理国际法与国内法关系问题时,原则上,我国在参与制定国际法规则时,要根据和考虑本国国内法的规定和立场;而在制定国内法时,又充分考虑和尊重所承担的国际法义务,力争使二者协调互补,有机配合。

2. 对于条约在国内的适用和地位,目前我国宪法没有作出统一明确的规定。从一些涉及条约适用的国内立法看,条约的直接适用、条约与相关国内法并行适用、条约须经国内立法转化才能适用几种情况都存在。同时也有相当一部分法律对于条约事项未作出任何规定。

作出有关条约可直接适用规定的情况,如民事诉讼法第261条规定:对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼,应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。第260条规定:中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。

条约和相关法律同时适用的情况,如1961年《维也纳外交关系公约》(我国1975年加入),1963年《维也纳领事关系公约》(我国1979年加入)与1986年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》,1990年《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。

规定需要经国内法转化才能适用的情况,如1996年《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第39条规定:《公民权利和政治权利国际公约》、《经济社会文化权利国际公约》和国际劳工公约适用于香港的有关规定仍然有效,通过香港特别行政区的法律予以实施。

3. 目前一般认为,在民商事范围内,中国缔结的条约与国内法有不同规定的部分,在国内可以直接适用。其法律根据除了上述民事诉讼法第260条的规定外,最基本的依据是民法通则第142条第2款:中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。其他一些民商事法律中也有类似的规定。民商事条约的这种直接适用也得到了大多数司法实践的支持。

4. 在民商事法律范围以外,由于对此缺乏宪法或基本法的依据,同时也存在着不一致的实践和不同方面的认识,所以尚不能简单笼统地认为,条约的直接适用已经或必将作为任何条约在中国适用的唯一方式。另外,注意到条约在香港、澳门特别行政区的适用情况,乃至我国台湾地区的相关情况,则条约在中国适用的情况就更加复杂。较为稳妥的结论是,民商事以外的条约,能否在中国国内直接适用,需要根据与该条约相关的法律规定,结合条约本身的情况进行具体考察才能作出恰当的结论。

5. 关于条约与国内法的冲突解决,上述民法通则和民事诉讼法中的规定很典型,其他有些法律中也有类似的规定。因此,在民商事范围内,条约与国内法冲突时,条约可以优先适用。与条约的适用问题相似,在整个法律范围内,条约与国内法冲突时的优先适用问题,也还没有统一全面的明确规定。上段讲述的解决条约冲突的方法,在我国也都可以找到类似的实



践。所以,在实际问题上也要根据有关条约和我国相关法律的具体情况来判断。

6. 关于国际习惯在国内法中的地位,我国宪法也没有规定。典型的规定是民法通则第142条第3款规定:中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的可以适用国际惯例。第150条规定:依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。这里使用了“惯例”一词,可以认为它包括有拘束力的国际习惯和本身没有法律拘束力的惯例。从该款规定看,民事范围的国际习惯和惯例在国内适用时没有作区分,它们的适用次序排在国内法和条约之后,作为对国内法和条约的一种补充,并且对适用惯例作出了公共利益的限制和保留。

7. 应当注意,在国际法与国内法关系问题上,我国的实践正在发展中。如2002年8月27日最高人民法院《关于审理国际贸易行政案件若干问题的规定》,就是针对有关WTO协议在国内的适用所涉问题作出的。一般认为,该文件的规定,是从WTO协议的复杂性和中国目前的司法实际出发,排除了WTO协议文件在中国法院的直接适用性。在此之后,2002年11月21日最高人民法院《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》、最高人民法院《关于审理反补贴行政案件应用法律若干问题的规定》,也遵循了这种思路。这表明,在WTO协议在国内的实施方面,我国将倾向于主要采取“转化”的方式。

示例

中国参与某项民商事司法协助多边条约的谈判并签署了该条约,下列哪些表述是正确的?(2012年试卷一第74题)

- A. 中国签署该条约后有义务批准该条约
- B. 该条约须由全国人大常委会决定批准
- C. 对该条约规定禁止保留的条款,中国在批准时不得保留
- D. 如该条约获得批准,对于该条约与国内法有不同规定的部分,在中国国内可以直接适用,但中国声明保留的条款除外

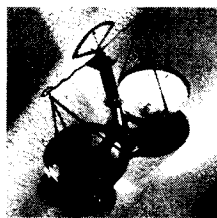
【参考答案及简要提示】BCD。根据《维也纳条约法公约》,一项条约若约定以批准作为国家接受拘束的意思表示的方式,则签署仅表示国家对于该条约的一种初步意向,嗣后也并没有批准的义务;对于条约规定禁止保留的条款,国家在表示接受条约拘束时不得保留。根据我国的缔结条约程序法和民法、民诉法等规定,这类条约的国内批准由全国人大常委会决定;条约对我国生效后,条约规定与国内法规定不同的,适用该条约的规定。

【本章主要法律规定】

- 1. 缔结条约程序法
- 2. 涉外民事关系法律适用法
- 3. 我国民法、刑法、诉讼法等法律中的涉外条款、相关规定和司法解释

本章包含了国际法的几个最基本的概念和原理,即国际法的特征,国际法的渊源以及国际法的基本原则。主要在于理解和掌握国际法与国内法不同的特征和其间的相互联系。

难点在于从渊源的角,区分出国际法规则的立法过程、形式和适用范围;把握以“主权”概念为核心的国际法各项基本原则的准确含义。



国际法

第二章

国际法的主体与国际法律责任

第一节 国际法主体

一、国际法主体的范围

(一) 国际法主体的一般条件

国际法主体是指具有享受国际法上权利和承担国际法上义务能力的国际法律关系参加者,或称为国际法律人格者。国际法主体须具备以下三个条件:

第一,具有独立参与国际关系的资格。独立是国际法主体的首要条件。作为国际法主体首先必须能够完全自主地平等参与国际关系。

第二,具有直接享有国际法上权利的能力。国际法主体必须能够以自己的名义,直接享有国际法上的权利。包括平等权、缔约权、使节权、诉讼权、求偿权等。

第三,具有直接承担国际法上义务的能力。包括履行国际法一般义务的能力、履行条约的能力、保护外国使馆和外交代表的能力等。

(二) 国际法主体的范围

1. 主权国家。主权国家是国际法的基本主体。在很长一段时间,国家被认为是国际法的唯一主体,至今国家仍然是国际社会最主要和基本的构成单位,也是国际法最主要的主体。国家也被称为原始和完全的国际法主体。当代国际法是以规范国家关系作为主要对象的。

2. 国际组织。作为国际法主体的国际组织主要是政府间的国际组织。“二战”以后,国际组织大量的出现和其在当代国际关系中的不可替代作用,使其被接受为国际法的主体。但国际组织作为国际法的主体是派生性的,其权利能力和行为能力是由成员国通过作为国际组织章程的国际协定赋予和限定的。它享有权利和承担义务的能力只能在此限度之内。

3. 其他。某些特定的民族解放组织或民族解放运动,是在殖民地民族争取民族独立的过程中,作为其未来民族国家的过渡性实体,参与某些国际关系,从而被国际社会接受为国际法的主体。但是其作为国际法主体,是有条件和不完全的。并且,随着全球非殖民化的基本完成,现在这样的实体已为数极少。



在国际法中,国家的构成必须具备四个要素:

1. 定居的居民。定居的居民是构成国家的基本条件。只有存在居民才能构成社会进而形成国家,而不论居民的数量成分。
2. 确定的领土。领土是形成国家的物质基础,是国家行使主权的空间。构成国家必须有确实的领土,不论领土的大小及边界是否完全划定。
3. 政府。即代表国家进行对内统治和对外交往的机构,不论其名称、组成和形式。
4. 主权。即对内的最高权和对外的独立权。主权作为国家固有的根本属性,是国家区别于其他实体的根本标志。

(二) 现代国家的主要类型

国际法上,现代国家类型主要划分为以下两类:

1. 单一国。单一国是由若干行政区域组成的统一的主权国家。它拥有单一的宪法,其人民拥有单一的国籍。单一国由其中央政府行使最高的立法、司法和行政权力,统一处理国家的内外事务。各个行政区域都作为国家的地方单位接受中央政府的领导。单一国是一个国际法主体,由中央政府代表国家参与国际关系,各地方区域都没有国际法主体地位。

中国是单一制国家。根据中国宪法和相关法律,中国的对内对外权力由中央政府统一行使。在此原则下,地方行政单位可以依法享有不同的自治权,包括不同程度地处理某些特定的对外事务的权力。特别地,中国的香港和澳门两个特别行政区依法享有某些对外交往的职权,但是它们本身都不是国际法的主体。另外,台湾作为中国领土不可分割的一部分,其本身也不具有国际法主体地位。

2. 复合国。复合国是两个或两个以上成员组成的国家或国家联合体,目前有联邦和邦联两种形式。

联邦国家是指由两个或两个以上的成员单

4. 个人作为国际法主体。这是一个存在争论的问题,典型的观点有三种:第一种认为个人是国际法的唯一主体;第二种认为个人是国际法的主体之一;第三种认为个人不是国际法的主体。现在大多数学者持后两种观点。认为个人已经是国际法主体的根据主要在于:在现代国际法中,个人可以享有国际法上的权利或承担某些义务或责任。比如,国家元首或外交代表享有的特权与豁免、国际法对从事国际罪行个人责任的直接追究、个人在某些国际司法机构有出诉权及有些国际人权公约对个人权利的直接规定。但是,依靠这些证明个人为国际法主体的观点是不能完全成立的。首先,国际法确定的外交代表或国家元首的特权与豁免实质上是赋予国家的,上述个人是代表其国家享有这种权利。其次,在国际罪行的惩处方面,国际法规定的是国家间承担合作和惩处犯罪的义务和权利,在这层关系上,个人不能是与国家并列的主体。最后,个人在国际机构的出诉权,目前还仅存在于个别区域内并针对特定事项,不具有普遍的意义;而国际人权公约虽然有对个人权利的规定,但实质仍是国家承担保障和促进的义务,个人的权利一般是通过国家的国内法才能享有的。此时,在国际法上权利和义务的主体仍然是国家而不是个人。综上所述,国际社会的普遍情况而言,个人尚不是国际法主体。

5. 当代国际社会的活动日趋紧密和复杂,而在国际社会行为者也日趋多样性和多层次。除了上述传统的国际法主体作为行为者以外,还有非政府国际组织和个人等行为者。这些行为者或多或少联系到国际法规则所引起的权利义务,在某些领域或方面,被认为是国际法律关系的参加者。同时,在一些区域性的人权公约和国际司法机构制度的领域中,个人被作为权利义务的主体的情况在不断发展中。有学者趋向于把国际法主体进一步作出划分,除了国家这类完整的主体外,还有某些领域和范围的特别主体。这仍是一个存在争议的问题。

位根据联邦宪法组成的国家,是复合国中最主要、最典型的形式。联邦国家有统一的联邦宪法,并设立联邦立法、司法和行政机构。联邦政府与各组成成员之间的职权范围由宪法划定。联邦国家的对外权力主要由联邦政府行使。联邦国家的人民拥有统一的联邦国籍。联邦国家本身是国际法主体,其各成员单位没有国际法的主体地位。

邦联是两个或两个以上主权国家由于特殊的目的根据条约组成的国家联合体。邦联一般设立一个机构,负责协调各国之间在某一事项上的立场。邦联本身没有统一的立法、行政、司法机关,其人民也没有统一的国籍。邦联的各成员是独立的主权国家,分别是国际法的主体,而邦联本身不是国际法主体。

三、国家的基本权利

(一) 独立权

独立权指国家依照自己的意志处理内外事务并不受他国控制和干涉的权利。独立权是国家主权在对外关系中的集中体现,它包含自主性和排他性两重含义。独立权意味着国家可以自由选择国内制度,制定政策,采取各种措施管理国家、促进发展;在不违背其承担的国际法义务的前提下,国家根据自己的意志独立地参与国际关系,自由地决定与其他国家的建交、缔约、使节、结盟及其他往来。

(二) 平等权

平等权指国家在参与国际法律关系时,具有平等的地位和法律人格。典型地表现在以下方面:(1)国家在国际组织或国际会议中平等地享有代表权和投票权。(2)国家平等地享有缔约权,国家不受非其缔结的条约拘束。(3)国家平等地享有荣誉权,国家元首、国家代表及国家标志应受到尊重。(4)国家之间没有管辖权,除非国际法特别规定或得到国家同意。(5)外交位次或礼仪上的平等权。

(三) 自保权

自保权指国家保卫自己存在和独立的权利。它分为国防权和自卫权两方面。国防权是国家有制定国防政策,建设国防力量,防止外来

侵略的权利。自卫权是当国家遭受外国武力攻击时,有权采取单独和集体的武力反击措施。根据《联合国宪章》的规定,自卫的前提必须是遭到了武装攻击,同时武力自卫还应符合必要性和相称性的要求。

(四) 管辖权

管辖权指国家基于主权的行使而采取立法、行政、司法等方式,对于特定的人、物和事件进行管理和处置的权利。管辖权是国家主权在法律方面的物化,是国家主权的重要体现。

四、国家的管辖权与国家主权豁免

(一) 国家的管辖权

国家的管辖权是国家对特定的人、物和事件进行管理和处置的权利。它以国家主权为根据,又是国家主权的最直接体现。

管辖权是一国主权的具体行使。一般地,各国总是在与其利益有关的人、物、事件方面,主张行使管辖的权利以保护自身利益。由于国家间各个层面的交往和联系,国家间的利益存在日益广泛关联和重叠。一国为保护其利益行使管辖权时,往往涉及他国的利益及他国由此主张的管辖权,因此管辖权问题成为国际法关注的重要问题。

在管辖权方面,国际法尚未形成有关管辖权的详尽明确的法典。一般认为,国内法规定国家实际行使管辖权的形式和范围;而根据相互尊重主权的原则,国际法设定国家管辖权的可允许限度和彼此接受的相互协调。在国际法研究中,一般将国家实践中的管辖权原则或管辖权类型,从立法管辖权的角度,进行如下划分:

1. 属地管辖权。又称属地优越权,是指国家对于其领土及其领土内的一切人、物和事件,都有进行管辖的权利,除非国际法另有规定。它有两方面的含义:其一是以领土为对象,即国家对其领土各个部分及其资源的管辖权利;其二是以领土为范围,强调国家对其领土范围内的一切人、物或事件的管辖权利。

属地管辖权是现代国家行使管辖权的普遍形式和首要依据,除非另有国际法规定,属地管



管辖权相对于其他管辖权类型被认为具有优越权。同时,属地管辖权的行使受国际法及国家承担的相关国际义务的限制。如属地管辖权不适用于领域内依法享有特权与豁免的外国人或外国财产。

2. 属人管辖权。或称国籍管辖权,是指国家对于具有其国籍的人,具有管辖的权利,无论他们是在其领土范围内还是领土范围外。除自然人外,国家行使属人管辖权的对象在不同程度上还包括具有该国国籍的法人,以及船舶、航空器或航天器等获得国籍的特定物。

对具有国籍的人的管辖是属人管辖的最基本和主要的方面。在属人管辖的依据方面,通常又分主动属人管辖和被动属人管辖两类:前者也称为加害人国籍管辖,它主张由加害行为实施者的国籍国进行管辖;后者也称为受害人国籍管辖,它是指由加害行为受害者的国籍国进行管辖。

对于通过依法注册或登记而获得国籍的特定物的管辖,可以从两方面理解:一是将此类特定物作为管辖的对象,那么这种管辖一般适用属人管辖权;二是将特定物的空间作为管辖范围,此时的管辖一般类比属地管辖权,但性质不同。实践中,国际法对于不同特定物的管辖权规则不尽相同。各国国内法对于属人管辖权范围和程度的规定也有所不同。

3. 保护性管辖权。保护性管辖权是指国家对于在其领土范围以外从事严重侵害该国或其公民重大利益行为的外国人进行管辖的权利。

从国际实践看,这种管辖权的行使一般基于两个条件:(1)外国人在领土外的行为所侵害的是该国或其公民的重大利益,构成该国刑法规定之罪行或规定应处一定刑罚以上的罪行;(2)该行为根据行为地的法律同样构成应处刑罚的罪行。

保护性管辖权可以通过两种方式实现:其一是上述行为人进入该受害国境内被依法拘捕和管辖;其二是通过国家间对行为人的引渡实现受害国的管辖权。

4. 普遍性管辖权。它是指根据国际法的

规定,对于危害国际安全与和平及全人类利益的某些国际犯罪行为,不论行为人为国籍及行为发生地,各国都有进行管辖的权利。目前,战争罪、破坏和平罪、违反人道罪、海盗罪等已被公认为国家普遍管辖权的对象。灭绝种族、贩卖毒品、贩卖奴隶、种族隔离、实施酷刑、航空器劫持等行为也已被有关的国际条约确定为缔约国合作惩治的罪行。

除相关国家间有特别协议或国内法有特殊规定以外,国家的普遍管辖权只能在本国管辖范围内或不属于任何国家管辖的区域行使。实践中,许多国家将普遍管辖权引入到国内法中,成为国家行使管辖权的一项原则和重要依据。

(二)管辖权的冲突和解决

由于各国适用的管辖权原则和规则不同,导致国家在主张和行使管辖权方面的重叠或对立。有时对一个事件会出现多个国家管辖权主张并立的情况。这种冲突不仅会在上述几种不同类型的管辖权交叉时存在,而且由于某些行为本身的复杂性,同一种类型的管辖权主张也常常出现重叠问题。如同一行为人在不同行为地或结果发生地的持续行为,导致属地管辖权主张的冲突。

对于管辖权冲突的解决,由于管辖权是国家主权的直接体现,而且其本身也非常复杂,涉及国内法的许多层面,因此,尚没有形成解决或协调管辖权冲突的全面统一的国际法规则或制度。在国家实践中,通常采用以下方法:

1. 国内立法中采用多种管辖权相互配合,尽量减少冲突的可能,增加处理冲突的灵活性;同时,比较结合其他国家有关法律,制定不同范围的法律冲突适用规则,包括管辖权冲突时的适用规则。

2. 通过多边国际公约划定缔约国之间某些管辖权或协调管辖权冲突,包括确立有关国家的专属管辖权(如1982年《联合国海洋法公约》第97条对公海碰船管辖的有关规定),或规定管辖权的优先顺序(如1933年《美洲国家间引渡条约》第7条规定引渡时有管辖权国家的优先权顺序),或协调有关管辖权规则(如1968年《国际民商事案件管辖权及判决执行的公

约》)。但是,这些公约都是就某一事项或范围的某种管辖权进行规定,而且有些公约也没有得到广泛参加。迄今,还没有全面普遍地规范和解决一切管辖权事项的国际条约。

3. 通过有关国家间的双边条约协商调整。大量的双边条约,在缔约国之间就某个事项的管辖权作出协调规定(如1991年《中华人民共和国和意大利共和国关于民事司法协助的条约》第22条),包括国家管辖权冲突出现后通过外交及其他途径的解决。

(三) 国家主权豁免

国家主权豁免是指国家的行为及其财产不受或免受他国管辖。与国家的管辖权一样,国家享有的这种非经自己同意,不受他国管辖的权利,同样被认为是国家主权的体现,符合主权国家在国际关系中平等性和独立性的特征。但国际法明确规定不得豁免的情况除外,如从事某些国际罪行的情况。

实践中,国家主权豁免主要表现在司法豁免方面,其中包括:一国不对他国的国家行为和财产进行管辖;一国的国内法院非经外国同意,不受理以外国国家作为被告或外国国家行为作为诉由的诉讼,也不对外国国家的代表或国家财产采取司法执行措施。因此,在这个意义上,主权豁免又经常被称为国家的司法豁免权。

19世纪初,国家主权豁免的原则就已经在国际实践中确立。但是,20世纪以来特别是“二战”之后,国家大量地参与跨国贸易、金融、投资等商业活动,其交易对方包括了大量的外国自然人和法人。国家享有普遍的管辖豁免权,使得外国个人或法人在与国家进行交易,处于弱势地位。这被认为有悖商事主体平等原则,影响国际商业活动的正常发展。因而,诞生于19世纪末的限制豁免主义理论逐渐得到发展。该理论主张将国家行为分为商业行为(管理权行为、非主权行为)和非商业行为(统治权行为、主权行为),认为国家的商业行为不应享有豁免权。与此相应,将传统上对国家一切行为和财产的豁免原则或主张称为绝对豁免主义。目前,限制豁免的基本观点已逐渐得到越来越多国家和学者的接受。实践中,一些国家

的国内立法及某些区域性的条约,也不同程度地采纳了限制豁免的原则,但各国的观点和做法尚不完全一致。因此,在国际社会就此达成有拘束力的条约,以明确国家及其财产豁免的具体范围和规则之前,传统的主权豁免原则仍然被认为是一项有效的国际习惯法规则。

2004年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(以下本部分简称《公约》)在联大通过并开放签署,成为这一领域重要的国际法律文件。该公约表明了该领域的一种趋势,但目前尚未生效,其实施和效果有待进一步实践观察。该公约主要包括:

1. 国家豁免的一般原则。《公约》规定:一国本身及其财产遵照公约的规定在另一国法院享有管辖豁免,也即享有司法管辖豁免和财产执行豁免的权利。《公约》第6条第1款还补充强调,一国应避免在其法院对另一国提起的诉讼行使管辖,以实行第5条所规定的国家豁免,并应为此保证其法院主动地确定该另一国根据第5条享有的豁免得到尊重。

2. 国家豁免的主体。《公约》第2条对公约中“国家”一词的解释,规定享有国家豁免权的主体具体有四类:(1)国家及其政府的各种机关;(2)有权行使主权利力并以该身份行事的联邦国家的组成单位或国家的政治区分单位;(3)国家机构、部门或其他实体,但须它们有权行使并且实际在行使国家的主权利力;(4)以国家代表身份行事的国家代表。

3. 国家豁免的放弃。与确立国家享有豁免权这一基本原则相对应,《公约》规定,一国如以下列方式明示同意另一国法院对某一事项或案件行使管辖,就不得在该法院就该事项或案件提起的诉讼中援引管辖豁免:(1)国际协定;(2)书面合同;(3)在法院发表的声明或在特定诉讼中提出的书面函件,此即国家豁免的明示放弃形式。此外,依照《公约》第8条和第9条的规定,如果一国本身就该事项或案件在他国法院提起诉讼、介入诉讼或提起反诉,则亦不得在另一国法院中援引管辖豁免,此即国家豁免的默示放弃形式。

为避免对被诉国国家主权的任意贬损,《公



约》还就放弃的认定作了相应的限制。规定在如下几种情形下,一国之行不应解释为同意另一国的法院对其行使管辖权:(1)一国同意适用另一国的法律;(2)一国仅为援引豁免或对诉讼中有待裁决的财产主张一项权利之目的而介入诉讼;(3)一国代表在另一国法院出庭作证;(4)一国未在另一国法院的诉讼中出庭。

4. 国家司法管辖豁免的限制。虽然《公约》第5条确认了国家在他国享有司法管辖豁免权之原则,但受限制豁免主义理论和发达国家豁免实践之影响,《公约》第10条至第16条规定,一国在因下列事项而引发的诉讼中,不得向另一国原应管辖的法院援引管辖豁免:(1)商业交易;(2)雇佣合同;(3)人身伤害和财产损失;(4)财产的所有、占有和使用;(5)知识产权和工业产权;(6)参加公司或其他集体机构;(7)国家拥有和经营的船舶。不过,在第(2)、(3)、(4)、(5)项和第(7)项情势中,如有关国家间另有协议,被告国亦可主张管辖豁免。

此外,《公约》第17条还就一国与外国自然人或法人订立的书面仲裁协议与该国援引管辖豁免权的关系做了规定,即除仲裁协议另有规定,该国不得在另一国原应管辖的法院中就有关下列事项的诉讼援引管辖豁免:(1)仲裁协议的有效性、解释或适用;(2)仲裁程序;(3)裁决的确认或撤销。

5. 国家财产的执行豁免。与国家援引管辖豁免存在诸多限制相比,一国在其国家财产的执行豁免方面具有更多的“绝对性”。《公约》规定,除非一国明示同意放弃执行豁免,或者该国已经拨出或专门指定某项财产用于清偿对方的请求,另一国法院不得在诉讼中对该国财产采取判决前的强制措施,如查封和扣押措施,亦不得采取判决后的强制措施,如查封、扣押和执行措施。同时,一国明示同意放弃管辖豁免,另一国亦不得基于此而认为该国已默示同意对其国家财产采取强制措施。

《公约》中还存在一些问题,特别是国家豁免限制的规范化仍有一些分歧和模糊之处,《公约》的最终生效和相关规则的形成,还需要较长一段时间。我国已于2005年签署了该公约(目

前尚未批准),同时,也已开始了有关国家豁免的立法进程。2005年10月25日,我国颁布了《外国中央银行财产司法强制措施豁免法》,该立法虽然限定在某个特别领域,但开创了我国在国家豁免立法中的先河。

示例

甲国政府与乙国A公司在乙国签订一份资源开发合同后,A公司称甲国政府未按合同及时支付有关款项。纠纷发生后,甲国明确表示放弃关于该案的诉讼管辖豁免权。根据国际法规则,下列哪一选项是正确的?(2010年试卷一第30题)

- A. 乙国法院可对甲国财产进行查封
- B. 乙国法院原则上不能对甲国强制执行判决,除非甲国明示放弃在该案上的执行豁免
- C. 如第三国法院曾对甲国强制执行判决,则乙国法院可对甲国强制执行判决
- D. 如乙国主张限制豁免,则可对甲国强制执行判决

【参考答案及简要提示】B。国际法上的管辖豁免原则有三点须明辨:(1)2004年的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》选择了有限豁免的倾向性,但该公约尚未生效。因此,目前管辖豁免领域存在争议,习惯国际法规则仍然有效。(2)区分管辖豁免和执行豁免。(3)放弃需要明示而非推定或类比。

新华考资

五、国际法上的承认与继承

(一)国际法上的承认

国际法上的承认一般是指既存国家对于新国家、新政府或其他事态的出现,以一定的方式表示接受或同时表明愿意与其发展正常关系的单方面行为。

1. 承认的特征:(1)现代国际法中承认的主体除现存国家之外还包括现存的政府间国际组织;承认的对象除了新国家和新政府外,还可以包括交战团体和叛乱团体。(2)承认是承认者对被承认者出现这一事实作出的单方面行为。它表明对事实的接受而不改变被承认者的性质。(3)承认具有法律效果。在符合其他国

国际规则的条件下,承认是承认者的自主行为,而不是一项法律义务。是否作出承认主要出于政治考虑。但承认一经作出,将产生一定的法律效果,直接影响承认者和被承认者间的某些权利义务关系。

2. 承认的表示形式。国际法中并没有对承认的形式作出明确规定,国际实践中有明示和默示两种:(1)明示承认形式是指承认者以明白的语言文字直接表达承认的意思。包括通过正式通知、函电、照会、声明等单方面表述,也包括在缔结的条约或其他正式国际文件中进行明确表述。(2)默示承认形式是指承认者不是通过明白的语言文字,而是通过与承认对象有关的行为表现出承认的意思。主要包括:与承认对象建立正式外交关系;与承认对象缔结正式的政治性条约;正式接受领事或正式投票支持参加政府间国际组织的行为一般也被认为是一种默示承认。但是,除非明确表示,下列行为为一般不认为构成默示承认:共同参加多边国际会议或国际条约;建立非官方或非完全外交性质的某种机构;某些级别和范围的官员接触;对于外国的某个地区或实体给予某类司法豁免权的安排等。

3. 法律承认和事实承认。划分法律承认和事实承认的基本点在于,承认者作出承认时,是将承认对象作为一种法律上的存在还是一种事实上的存在。所谓“法律”或“事实”是指承认对象由承认者所认定的地位和性质而言,而不是承认本身的形式。法律承认是认定被承认者作为法律的正式人格的存在,表明承认者愿意与被承认者发展全面正常的关系,带来全面而广泛的法律效果。这种承认是正式和不可撤销的。我们通常所说的承认都是指法律承认。事实承认主要存在于英美的外交实践中,它是为了处理既需要与某个对象进行某种交往又不愿或不宜与其进行全面正式交往的情况,产生的一种权宜做法。事实承认被认为是不完全、非正式和暂时性的。它比较模糊并可以随时撤销。

4. 新国家的承认和新政府的承认。

(1)新国家的承认。对新国家的承认是既存国家对新国家出现这一事实的单方面宣告和

认定。这种承认本身并不是新国家成为国际法主体的条件。正式的承认一经作出,将带来一定的法律效果。

新国家产生主要有以下四种情况:①独立,指殖民地独立而建立起自己的新国家。②合并,两个或两个以上国家合并为新国家。③分立,一国分解为两个或几个新国家,原来的国家不复存在。④分离,一国的一部分从该国分离出去而成立一个新国家,母国仍然存在。

对新国家承认的法律效果主要有:①为双方建立正式外交及领事关系及发展全面正常国家关系奠定基础;②双方可以缔结政治、经济、军事等各个方面的条约或协定;③承认国尊重新国家作为国际法主体享有的一切权利,特别包括尊重其法律法令的效力及其行政和司法管辖的有效性,承认新国家及其财产享有的管辖豁免权。

(2)对新政府的承认。对新政府的承认是承认者对他国新政府出现所作出的一种单方面行为,表示愿意将该新政府作为其国家的代表,从而与其建立或保持正常关系。

与新国家一起诞生的新政府(这个问题被归于国家承认中)和各国平稳的政府更迭都不产生国际法中的政府承认问题。一般来说,只有一国由于剧烈的社会革命或政变而产生的新政府才可能带来政府的承认问题。

关于政府承认本身,国际法并没有专门的要求或明确的规定。实践中,一般认为对于新政府的承认应遵循“有效统治原则”,即新政府应有效控制本国领土并行使国家权利。因为这样其才能现实地代表其国家,贯彻和实施其国家承担的国际法上的权利和义务。新政府承认常常是国际关系中一个更加政治化的敏感问题,各国自主作出的判定和抉择有时会大相径庭。但是,各国行为都不能违背国际法的其他原则和规则,特别是不干涉内政等原则。

对新政府的承认意味着对旧政府承认的撤销。承认者必须尊重新政府拥有的作为国家合法代表的一切资格和权利,包括在国内外的其国家财产上的权利,在国际组织或国际会议中的代表权等。



中华人民共和国政府的承认问题是对新政府的承认。1949年10月,国民党政府在中国的内战中被推翻,共产党领导的新政府宣告成立,并将中国的国名由中华民国改为中华人民共和国。这涉及国际法中政府承认的问题。虽然代表国家行使权利的政府发生了更迭,但中国国家作为主权者没有变化,中国作为国际法主体的地位也没有任何改变。中国政府及国际社会以后的实践都证明了这一点。

5. 对交战团体和叛乱团体的承认。

对交战团体的承认是在一国发生内战时,其他国家为了保护自己的利益,承认反政府一方为交战团体的单方面行为。实践中,被承认为交战团体的反政府一方应满足下列条件:(1)其与政府已发生全面武力敌对行动,内战状态已经形成;(2)其已经控制了领土的相当大的部分;(3)其对控制的领土实施有效管理;(4)遵守战争法相关规则。对反政府一方承认其为交战团体,引起承认国的中立的义务,而同时,交战团体在其控制地区有义务保障承认国国家和侨民的利益。

叛乱团体的承认,是指某一反政府的武力行动,还没有发展到内战的规模和程度,其他国家为了自身侨民、商务往来得到保护,有必要维护与该反政府团体保持一种联系,而作出的一种权宜行为。它是一种事实上的承认。

对交战团体或叛乱团体的承认,是在一国内乱达到一定程度时,其他国家为保护自身利益而作出的行为。一般地,叛乱的发生是以建立新政府或新国家为目的,多以武力方式出现。如果叛乱迅速完成或消亡,不发生对叛乱团体或交战团体的承认问题。只有在叛乱运动旷日持久,并且对某一地区实现了某种相对稳定的控制之后,其他国家为保护该国在该地区的侨民和商务利益,才会作出对这种状态的承认行为。实践中,对于叛乱团体的承认较少发生。同时,在作出上述承认时,一定按照国际法有关规则进行,特别注意符合不干涉内政原则。

(二) 国际法上的继承

国际法上的继承是指在某些特定情况下,国际法上的权利义务由一个承受者转移给另一

个承受者所发生的法律关系。国际法上继承包括国家继承、政府继承和国际组织的继承,其中最重要和基本的是国家继承。

国家继承是指由于领土变更的事实,导致国际法上的权利义务在相关国家之间的转移而发生的法律关系。领土变更是发生国家继承的前提。从国际实践中看,国家领土变更情况主要有合并、分离、分立、独立以及部分领土转移五种,对于不同的领土变更情况,国家的继承情况也各不相同。

国家继承的对象是国家在国际法上的权利义务,涉及问题十分复杂,一般分为两大类:关于条约方面的继承和非条约事项的继承。

1. 条约的继承。条约继承的实质是在领土发生变更时,被继承国的条约对于继承国是否继续有效的问题。一般地,与领土有关的“非人身性条约”,如有关领土边界、河流交通、水利灌溉等条约,属于继承的范围;而与国际法主体人格有关的所谓“人身性条约”以及政治性条约,如和平友好、同盟互助、共同防御等条约,一般不予继承。但这并不排除有关国家达成协议或根据《条约法公约》的规定来决定或解决条约的继承问题。

不同的领土变更情况,条约继承的情况也不尽相同:(1)国家合并时,对于任一被合并国有效的条约,对于继承国继续有效,但原则上只适用于继承发生时其有效的那部分领土范围。(2)分离或分立的情况下,不论被继承国是否存在,原来对被继承国全部领土有效的条约,对于所有继承国继续有效;原来对于被继承国部分领土有效的条约,仍只对该部分领土有关的继承国的相应部分有效。(3)对于领土部分转移的情况,出让国的条约对该部分领土失效而受让国的条约对所涉领土发生效力。(4)由殖民地独立而成的新国家的条约继承,采取特殊的规则:其对被继承国的条约是否继承,原则上可以自主地决定。

2. 对于条约以外事项的继承。

(1) 国家财产的继承。国家财产是指在继承发生时,按照被继承国的国内法为该国国家所拥有的财产权利和利益。国家财产继承的效

果是被继承国对该财产权利的灭失和继承国权利的产生。国家财产继承不涉及第三国的财产和利益。

国家财产继承的基本标准是被继承的财产应与领土有关联。由此引申出两项规则:一是财产一般随领土一并转移而转属或分别转属继承国;二是所涉领土的实际生存原则。前者主要是针对继承发生时位于所涉领土内的被继承国财产而言,特别是针对不动产。后者主要是针对位于所涉领土以外的财产而言,主要是针对动产。凡是与所涉领土生存或活动有关的国家动产,不论其所处地理位置,都应转属继承国。①在国家合并的情况下,继承比较简单,被继承国的国家财产都转属继承国。②在国家分离或分立的情况下,除非另有协议,位于所涉领土内的被继承国不动产应转属继承国,与所涉领土活动有关的被继承国的动产应转属或分别转属继承国;其他的国家财产应按照公平的比例转属继承国。③在国家解体时,位于被继承国领土之外的国家不动产,应按照公平比例转属继承国。此外,当事各方还应遵照公平比例和公平补偿原则解决相关问题。④对于新独立国家的财产继承,有一些特殊的规则,包括财产的继承可以不以与被继承国之间的协议为前提;关于动产和不动产的继承,除了遵循上述其他场合相同的规则外,还有下述特别规则:对位于所涉领土之外的被继承国动产或不动产,如果该财产原属所涉领土或所涉领土曾为其创造作出贡献,则应转属继承国或按照贡献比例转属继承国。

(2)国家档案的继承。这里的国家档案是指继承发生时,由被继承国作为国家档案收藏的一切文件。国家档案作为国家的重要财富,它需要保持完整性,一般不可分割。但国家档案可以复制以供使用。在国际实践中,关于国家档案的继承,除了新独立国家的情况外,通常通过有关国家间协议来解决。如没有协议,一般将所涉领土有关的档案转属继承国。对于新独立国家,原属于所涉领土的档案,在领土附属期间被作为被继承国国家档案的应转属继承国;被继承国国家档案中与所涉领土有关的部

分的转属或复制,应由被继承国和继承国通过协议来解决。

(3)国家债务的继承。国家债务是指一国对他国、国际组织或其他国际法主体所负担的任何财政义务。国家实践中,国家继承的债务包括国家整体所负的债务或称国债,也包括以国家的名义承担而事实上仅用于国内某个地方的债务或称地方化债务。国家对外国法人或自然人所负之债或国家的地方当局自己承担的对他国所负之债,不在国家继承的范围。另外,所谓的“恶债”,即违反国际法基本原则或违背继承国根本利益所负之债,如征债债务或战争债务等,原则上也不予继承。

在国家合并的情况下,国家的债务应转属继承国。在分离、分立或领土转让的情况下,债务继承首先应通过协议解决;若无协议,则应按照公平的比例转属继承国,并且特别考虑到与这些债务有关的转属继承国的财产、权利和利益。新独立国家对债务可不予继承,除非另有协议,并且这种协议不能违背有关国际法原则,协议的执行也不应破坏新独立国家经济的基本均衡。

六、国际组织

(一)政府间国际组织及其一般制度

1. 国际组织的概念和法律地位。

作为国际法主体的国际组织一般是指政府间的国际组织。它通过政府间协议成立,具有常设的机构。通常被赋予国际法律人格。具体国际组织的法律地位体现在其组织章程中。

一般地,国际组织的权利能力和行为能力主要表现在以下方面:(1)缔约能力;(2)派遣与接受常驻或临时的外交使团(节);(3)作出国际承认或作为国际承认的对象;(4)构成国际法中继承或被继承的主体;(5)提出国际索赔和承担国际责任;(6)召集国际会议、组织和参加国际交往,进行国际合作、解决国际争端;(7)享有某些特权和豁免;(8)其他还包括登记与保存条约,拥有自己的旗帜标志等。

2. 国际组织的一般制度。

(1)成员。国际组织的成员一般可分为正



式成员和非正式成员两种:

①正式成员。正式成员有时又被分为参与创建该组织的原始成员和在组织成立后的纳入成员。正式成员通常参加组织的全部活动并拥有完全的权利。国际组织的正式成员一般是国家,但在个别情况下,经特别约定,也可以是某些特定的非主权实体或其他的国际组织。在这种特殊安排下,具有某个国际组织正式成员资格的参加者并不因此而获得国际法主体的地位。

②非正式成员包括准成员和观察员。准成员也被称为联系会员,是被接受参加组织的活动,但因某些条件或原因,部分权利受到限制的成员。准成员通常在组织的主要机构中没有选举权和被选举权,也没有表决权。观察员是有条件地被邀请或接受出席有关会议或参加某些活动者。其主要职能是了解和咨询,不享有正式成员享有的表决权等权利。观察员有时也被称为咨询会员。有些是常设性的,但多数是每次会议时临时邀请或接受的。

(2)机构。国际组织的机构由其职能和成员国约定而设立。通常包括三个主要机构:

①权力和决策机构。通常称为大会、代表大会、全体会议等,一般由所有成员代表参加。有些组织的该种会议是由成员国元首、首脑或部长组成或参加。

②执行机构。通常称为理事会、执行局或执行委员会,它由部分成员国的代表依该组织的章程组成,负责相关事项的执行和处理。其职能范围与工作方式依其基本组织文件而各有不同。

③行政机构。一般多称为秘书处。主要从事成员国之间的联系、信息交换、内部管理等日常性事务性工作。秘书处一般根据有关章程,聘任各国公民组成。受聘人员作为国际公务员,不代表任何国家,仅以个人中立身份接受该组织指示,完成交办的工作,并从该组织获得报酬。

(3)表决制度。国际组织成员对组织文件草案的赞同或反对的表示方式即为表决,表决及其与被表决文件的最终形成或通过的关系所涉及的规则构成了表决制度。国际组织采用的

表决制度由其章程决定。通过后文件的名称和拘束力,取决于不同组织及其对相关事项的具體规定。实践中,表决制度一般有以下几种:

①全体一致同意。也称一国一票一致同意制,它采取一国一票,并要求议案经所有成员一致同意方可通过。

②多数同意制。采用一国一票,要求议案经成员中多数同意票即可通过。多数通过制又分为简单多数通过、特定多数通过、多数加特定成员通过这三种。简单多数指有超过半数的同意票即可获得通过;特定多数通过要求达到一定比例的多数时议案才能通过,如2/3多数;多数加特定成员同意制,除对票数数量作出要求外,还要求包括特定成员的同意票方可通过。

③加权表决制。也称一国多票制,它具有某些股份制表决的特点,多用于金融等经济性组织。各成员国由其对组织的贡献或责任的不同,根据组织章程规定的分配标准,享有不同的投票权,在此基础上进行表决。

④协商一致通过。在成员国间进行广泛协商后,不采用投票表决方式而采用协商一致或一致或不持异议则通过。

(二)联合国体系

联合国组织根据1945年在美国旧金山签订的《联合国宪章》成立。之后,一批在各自领域起重要作用的专门性国际组织,通过与联合国的关系协定而成为联合国的专门机构,从而构成了联合国组织体系。

1. 会员国。联合国的创始会员国为包括中国在内的51个国家。以后的成员国均是纳入会员国。创始国和纳入国的权利和义务是相同的。被接纳为新会员国的条件是:(1)被接纳的是一个爱好和平的国家。(2)其接受宪章规定的义务,愿意并能够履行宪章的义务。(3)经安理会推荐。申请国首先向秘书长提出申请,秘书长将其申请交由安理会,安理会审议并通过后向大会推荐。(4)获得大会准许。经大会审议并2/3多数通过。截至2011年12月,联合国会员国为192个。

2. 主要机关及专门机构。

(1)联合国的主要机关。依照《联合国宪

新华考资
www.xhkdzu.com

章》，联合国由六个主要机构组成。

①大会。大会由全体会员国组成，具有广泛的职权，可以讨论宪章范围内或联合国任何机关的任何问题，但安理会正在审议的除外。除特别会议和特别紧急会议外，大会从每年9月的第三个星期二到12月25日举行一届为期3个月的常会。

大会不是一个立法机关，而主要是一个审议和建议机关。大会和安理会在联合国系统中处于中心位置。大会下设政治与安全、经济与财政、社会人道与文化、非殖民化、行政与预算、法律以及特别政治等7个主要委员会；还有总务、全权证书2个程序委员会，以及若干特别委员会。2006年3月15日，联合国大会通过决议，设立了人权理事会，作为大会的附属机构（见第四章第四节“国际人权法”）。

大会表决实行会员国一国一票制。对于一般问题的决议采取简单多数通过；对于重要问题决议采取2/3多数通过。实践中也常常采取协商一致方法通过决议。上述重要问题包括：与维持国际和平与安全相关的建议，安全理事会、经社理事会和托管理事会中需经选举的理事国的选举；新会员国接纳；会员国权利中止或开除会籍；实施托管的问题；联合国预算及会员国应缴费用的分摊等。

根据宪章，大会对于联合国组织内部事务通过的决议对于会员国具有拘束力；对于其他一般事项作出的决议属于建议性质，不具有法律拘束力。

②安全理事会。安理会是联合国在维持国际和平与安全方面负主要责任的机关，也是联合国中唯一有权采取行动的机关。安理会由15个理事国组成，其中中、法、俄、英、美五国为常任理事国。其他理事国按照地域分配名额由大会选出，任期2年，不得连任。

安理会每年召开2次由理事国特派政府要员或代表参加的定期会议。此外随时召开常驻代表参加的常会。

根据宪章规定，安理会表决采取每一理事国一票。对于程序事项决议的表决采取9个同意票即可通过。对于非程序事项或称实质性事

项的决议表决，要求包括全体常任理事国在内的9个同意票，此又称为“大国一致原则”，即任何一个常任理事国都享有否决权。实践中，常任理事国的弃权或缺席不被视为否决，不影响决议的通过。关于和平解决争端的决议，作为争端当事国的理事国不得投票。但有关采取执行行动的决议，其可以投票，并且常任理事国可以行使否决权。当对于一个事项是否为程序性事项发生争议，同样按照上述“大国一致”表决方式决定。常任理事国在安理会表决中的上述权利也被称为“双重否决权”，它确保了大国之间的一致。否决权制度是安理会表决制度的核心。

安理会在向大会推荐接纳新会员国或秘书长人选、建议中止会员国权利和开除会员国等问题上，也适用非程序性事项表决程序。

安理会为制止和平的破坏、和平的威胁和侵略行为而作出的决定，以及依宪章规定在其他职能上作出的决定，对于当事国和所有的成员国都具有拘束力。

③经济及社会理事会。经社理事会是在大会权力下，负责协调联合国及各专门机构间经济社会工作的机关。经社理事会由联合国大会选出的54个理事国组成，理事国每届任期3年，可以连任。经社理事会每年举行2次常会，会期1个月。

经社理事会的每个理事国有一个投票权，理事会决议采用简单多数表决制。

④托管理事会。托管理事会是在大会权力下负责监督托管领土行政管理的机关。它由管理托管领土的联合国会员国、未管理托管领土的安理会常任理事国、由大会选举必要数额的其他非管理托管领土的会员国三类理事国组成。

联合国成立以来置于其托管下的11块托管领土先后都已独立或自治而结束了托管，所有的托管协定都宣告终止。目前托管理事会在联合国的地位和任务是一个有待解决的问题。国际社会提出了各种不同意见，包括1997年联合国秘书长曾建议将托管理事会改为一个论坛，对全球环境、大气层及外层空间进行讨论和集体托管。

⑤国际法院。国际法院是联合国的司法机



关,有关内容在第七章中介绍。

⑥秘书处。秘书处是联合国的常设行政管理机关,为联合国的其他机关提供服务,并执行这些机关制定的计划和委派的任务。秘书处由一位秘书长和若干办事人员组成。秘书长是联合国的行政首长,他由安理会推荐,并经大会简单多数票通过后委任。任期5年,可以连任。秘书处人员包括秘书长都是国际公务员,为联合国整体服务,向联合国负责,不得寻求和接受任何政府或联合国以外的任何其他机构的指示。

(2)联合国专门机构。联合国专门机构是指根据特别协定同联合国建立固定关系,或根据联合国决定成立的负责特定领域事务的政府间国际组织。专门机构与联合国具有法律联系,它们通过与经社理事会签订,并经大会核准的关系协定成为专门机构。专门机构有其独立的法律地位,不是联合国的附属机构。它们按照自己的成立章程自主活动,与联合国的合作是通过与经社理事会的协商来协调完成。目前,正式与经社理事会签订协议的联合国专门机构有17个。另外,国际原子能机构作为政府间的国际组织,与联合国建立有工作关系,通常也被视为是专门机构。源于“关贸总协定”的世界贸易组织,也与联合国有密切的渊源及合作关系,有时也被视为类似专门机构来考虑。中国是所有17个专门机构以及国际原子能机构和世贸组织的成员。

按照成为联合国专门机构的时间顺序,这17个机构是:国际劳工组织(1919年成立,总部在日内瓦);联合国粮食及农业组织(1945年,罗马);教育科学及文化组织(1946年,巴黎);世界卫生组织(1948年,日内瓦);国际复兴和开发银行(1945年,华盛顿);国际开发协会(1960年,华盛顿);国际金融公司(1956年,华盛顿);多边投资保证机构(1988年,华盛顿);国际货币基金组织(1945年,华盛顿);国际民用航空组织(1947年,蒙特利尔);万国邮政联盟(1874年,伯尔尼);国际电信联盟(1865年在巴黎成立,现总部在日内瓦);世界气象组织(1950年,日内瓦);国际海事组织(1958年,伦敦);世界知识产权组织(1967年,日内瓦);国

际农业发展基金组织(1977年,罗马);联合国工业发展组织(1967年,维也纳)。

(三)非政府国际组织

当前的国际社会,除了政府间国际组织外,非政府间的国际组织(或称国际非政府组织)的作用和影响也空前增强。

1. 国际非政府组织的主要特点。(1)跨国性。其成员由来自不同国家的公民或团体组成;活动超出一国范围之外。(2)非政治性和非政府性。其活动的目标为非政治性,不谋求政治权力;其性质为社会团体,不属于政府机构。(3)非营利性。其活动属于公益性或社会服务性,区别于各种追求利润的企业性组织。(4)志愿性。其会员自愿参加,自我管理。

国际非政府组织的成立及其活动,目前主要是由各相关国家的国内法加以规范。一个国际非政府组织,首先是在某个国家注册或登记的该国国内合法团体,这种注册或登记依照该国相关的国内法进行;其活动应当受到该注册国法律的规范。该组织若在其他国家进行活动,应当尊重所涉及国家的相关法律。在国际层面,这类国际非政府组织,也不是由政府间的协议创立,而是一种民间性的跨国联合。

2. 联合国与一些非政府组织的联系机制。根据《联合国宪章》及有关决议,联合国经社理事会通过给予一些非政府组织“咨商地位”的方式,与一些重要的非政府组织建立了联系。经社理事会给予非政府组织的咨商地位分为三种:(1)普遍咨商地位,也称一类咨商地位。这一资格授予工作领域涵盖经社理事会管辖的大多数事务的非政府组织。(2)特别咨商地位,也称二类咨商地位。该类资格授予在经社理事会活动的某些领域中具有专门能力的非政府组织。(3)注册咨商地位,也称列入名册类。该资格授予那些对经社理事会的某一方面工作能够提供有用咨询的非政府组织。

在经社理事会取得咨商地位或观察员身份的非政府组织,在联合国系统内,拥有向联合国相关机构提供咨询意见的权利。它们可以参与各个联合国专门机构活动、出席会议、提交书面报告、就相关问题发表建议,举行非政府组织论



另外在正式当局不存在时,有理由并实际上行使政府权力的人的行为,被认为是国家行为。

(4) 别国或国际组织交与一国支配的机关的行为。一国或国际组织将某个机构交与另一国支配,则在行使该支配权范围内的行为,视为该支配国的国家行为。

(5) 上述可归因于国家行为的国家机关和国家授权人员的行为,一般地也包括他们以此种资格执行职务内事项时的越权或不法行为。这是由于对其职务内的行为或事项,外国很难判断他是否超越其国内指示或国内法规定而越权从事;而且这种判断越权的根据是其国内法,而国内法的规定不能当然地作为免除国际责任的理由。另外,在这种情况下,虽然国家对该官员的惩罚可能是国家承担责任的一部分,但对官员的惩罚与国家的责任是两个不同范畴的问题。

(6) 叛乱运动机关的行为。在一国领土上的被承认为叛乱运动的机关自身的行为,根据国际法不视为该国的国家行为。已经和正在组成新国家叛乱运动的行为,被视为已经或正在形成的新国家的行为。

(7) 一个行为可以归因于几个国家时,相关国家对于其各自相关的行为承担单独或共同的责任。

(8) 国家当局暂不存在时的行为。当一国发生内战、政变或被外国占领等情况下,可能出现政府当局瓦解或不能实际履行职务。此时,一个人或一群人:①在政府当局不存在或缺席;②同时需要行使政府权力要素;③事实上正在行使政府的权力要素。此时,在三者均满足的条件下,该个人或一群人的行为应视为国际法上的国家行为。

另外,非代表国家行事的人的行为不是国家行为,国家不承担责任。但是,对于某些特定人员,其中最典型的是国家元首、政府首脑、外交部长及外交使节,由于其在对外交往中的特殊地位及享有的在外国的特权与豁免,对于他们在国外私人身份的不法行为,除非特别说明,国家一般也承担相关的责任。再有,一般私人或私人团体本身对外国或外国人的不法侵害不引起国家责任,但是该行为如果由于国家的失

职造成,或国家对该行为进行纵容,则可能引起国家对本身失职或放纵行为的责任。这也称为间接责任。或者说,在这种情况下,国家责任的产生不是由于私人侵害行为本身,而是由于对该私人行为,国家事先或事后的态度和行为。

2. 违背国际义务。构成国家不法行为的另一个条件是,该行为是违背国际义务的行为。一国违背国际义务是指一国行为不符合对其有效的国际义务的要求,不论其所承担的该国际义务来源于条约、国际习惯或国际法的其他渊源。

一国对国际义务的违背既包括主动违背有关国际法规则的积极作为,也包括对应履行的国际义务消极不作为,二者都构成对义务的违背。构成一国不法行为所违背的义务必须是对其有效的国际义务。持续性、系列性或复合性的行为,只要行为发生或持续到该义务对该国的有效期间,就构成对其有效的相关义务的违背。

如果某项义务要求国家以自己选择的行为达到某种结果,该国未达到所要求的结果为违背义务,但如果该义务允许以后再采取措施达到该结果或相同的结果,则只有当以后仍未达到该结果才构成违背义务。对于要求防止发生某一特定事件的义务,如果没有具体措施上的其他要求,则只有该被预防的行为发生时,该国才构成违背义务。

对国际义务的违背按照义务的性质又被分为对一般国际义务的违背和对于保护国际社会根本利益至关紧要的义务的违背,前者称为国际不法行为,后者称为国际罪行。因此,广义的国家不法行为包括了一般的国际不法行为和国际罪行两类。

(三) 排除不法性的情况

国家违背义务的行为构成国家不法行为。但在有些情况下,某些国家行为表面上是违背国际义务的行为,但根据国际法,其不法性可以被排除,从而不构成国家不法行为。不法性被排除一般有以下情况:

1. 同意。一国不符合该国国际义务的行为,如经与该义务直接有关的权利方以正式有效的方式表示同意,然后实施,则在该同意方的关系上和在被同意的范围内,排除了该行为

的不法性。同意应是该义务的利益国正式机关以明确的方式事先自愿表示同意,且该义务不属于国际强行法规则范畴。

2. 对抗与自卫。国家不符合国际义务的行为,如果是针对某项他国的国家不当行为而采取,则在符合国际法其他规则的条件下,其行为的不法性被排除。对抗的对方必须是首先有对对抗国违背义务的行为;对抗措施必须必要和适度,其结果要与对方造成的侵害成比例。除自卫外,对抗不能使用武力。自卫权的行使必须严格符合《联合国宪章》和其他自卫条件。

3. 不可抗力和偶然事故。对义务的违背,如果是由于不可抗拒的力量、不能预料或无法控制的外界事件,致使国家不可能履行义务或不知道其违反义务,则其不法性可以被排除。但如果这种实际上的不可能履行是由于行为者本身引起的,则不能排除其不法性。

4. 危难或紧急状态。国家违背义务的行为,如果是构成国家行为的行为人在极端危急、别无他法的情况下,为挽救其或被其监护的人生命而作出,其不法性可以被排除。紧急状态是国家遭到严重危及其生存或根本利益的紧急情况,作为消除或应付这种紧急状态的唯一办法而从事的违背国际义务的行为,其行为的不法性可以排除。对危难和紧急状态下违背义务行为的不法性的排除,除要求情况紧急别无他法之外,还要求危难或紧急状态不是该国本身或协助造成,并且所违背义务的行为不得造成比危难同样或更大的灾难或危及他国的根本利益,不得违背国际法强行性规则。否则其不法性不能排除。

二、国际责任的主要形式

国家不法行为一经确定,就会引起法律后果即国际责任。在国际实践中,行为国承担的国家责任依其不当行为的程度和其他具体情况,一般有以下一些方式。这些方式既可能被单独采用,也可能同时采用。

(一) 终止不法行为

当不法行为是一个持续行为时,责任国首先应当停止该不法行为。如终止非法占领、释放扣

留人质等。终止不法行为不影响被终止的行为已经引起的国际责任,只是可能减轻该责任。

(二) 恢复原状

恢复原状是要求把被侵害的事物恢复到不法行为发生前存在的状态。这种形式多适用于被侵害的物尚存、或受损但可以修复、或可以制作代替品的情况。如果恢复原状已成为不可能、或恢复原状的代价远远超过被损害物原来的价值、或有国际法规定的其他规定的情况下,则采取其他责任形式代替。

(三) 赔偿

“赔偿”一词有两种理解:一种是包括恢复原状、经济赔偿、道歉等各种方式的综合承担责任的总称;另一种是指经济上的,通常是以货币表现的赔偿。这里的赔偿是指后一种用法,即指责任国对其不法行为的受害国给予相应的货币或实物,以承担国家责任。赔偿可以分为赔偿额等于实际损害的补偿性赔偿、大于实际损害的惩罚性赔偿和小于实际损害的象征性赔偿三类。在国际实践中,使用比较多的是补偿性赔偿。

作为国家责任形式的赔偿,与国家从道义或友好出发的抚恤或援助,以及国家对外国企业的合法国有化而给予投资者的适当补偿在性质上是完全不同的。

(四) 道歉

国际法上的道歉是责任国对受害国造成的非物质性损害给予精神上补偿的法律责任形式。道歉包括以书面或口头方式致歉、向受害国国旗或标志敬礼等。此外,当有关的损害是由责任国官员的失职或违法造成时,对有关责任人的惩处有时也被作为一种道歉的表示。

(五) 保证不再重犯

对有可能重演的不法行为,责任国作出担保或保证不再重犯,也是一种责任形式。保证不再重犯肯定了行为的性质,有道歉的作用,更重要的是这种承诺实际上明确构成了责任国与受害国之间的一种新的保证协议,防止该不当行为的再次发生。

(六) 限制主权

限制主权是指限制责任国主权或主权某些



方面的行使。这是国家责任中最严重的形式。这种责任形式仅适用于对他国进行武装侵略、危害全人类利益并构成国际罪行的某些特定行为。如“二战”后,德国和日本由于其在“二战”期间的侵略行为和其他国际罪行而被全面或部分限制主权。

第三节 国际责任制度的新发展

一、国际刑事责任问题

国际刑事责任问题是与国际法中的国际罪行相联系的。传统国际法中对于国家刑事责任基本持否定态度。“二战”以后进行的纽伦堡审判和东京审判,对于从事严重违反国际法的国际罪行的国家,在国家承担国家责任的同时,也追究了负有责任国家的领导人的个人刑事责任,即创立了“双罚原则”。

关于国际罪行的国家责任问题,在理论和实践中都有争议。主要问题一是国家能否承担刑事责任,国家刑事责任制度是否应成为有别于国家一般责任制度的新制度;除对领导人的追究外,国家是否有新的承担其国际罪行引起的刑事责任的方式。二是追究领导人的刑事责任,究竟是对其个人罪行的追究还是对于国家罪行的追究,或者说,领导人承担责任是其本身的刑事责任,还是国家刑事责任的一部分。这些问题都还没有一致的结论。

另外,国际法中使用“国际罪行”一词,包括两方面的意义,除了上面所指的国家严重违背其国际义务的一种国家不法行为外,还常用来指由国际条约规定的、国家具有普遍管辖权或惩治义务的某些个人犯罪,如劫机、海盗、贩毒等。这种国际犯罪本身是个人罪行,不存在在国家刑事责任问题,通常是由国内法院进行管辖和审判。

1998年通过的《国际刑事法院罗马规约》,旨在建立一个全球性的刑事法院,对于犯有灭绝种族罪、反人类罪、战争罪和侵略罪四种国际社会认为最严重的国际罪行的个人行使管辖权。规约对于法院的管辖权、可受理性和适用的法律、刑法的一般原则、审判刑罚等各方面作

出了规定。这是当前国际社会激烈讨论和密切关注的热点问题之一。该规约对于国际社会形成针对个人某些犯罪的国际刑法会产生相当大的影响。规约并未涉及国家本身刑事责任的问题,仅申明其对个人刑事责任的规定不影响国家根据国际法其他规则所应承担的责任。虽然该规约目前已经生效,国际刑事法院也已成立,并且已经开始受理案件。但是,目前对于该规约中的一些规定和法院的相关行动,尚有不少争议。我国尚不是该规约的缔约国。

二、国际赔偿责任问题

一般地,国家责任是国家违背其国际义务的行为引起的。但是,由于科学技术的发展,国家从事的某些开发或试验性活动,如核能利用、航空航天、跨界河流开发等,具有以下特点:第一,这些活动对于人类具有重要的探索和利用价值,但在带来巨大利益的同时,也存在巨大的潜在危险。第二,这些活动一般是本国在其领土或其控制下进行的,但其危害具有跨国性。一旦发生事故,常常波及其他国家乃至全球。第三,这些活动本身是国际法不禁止的。第四,受害国有权要求加害国给予合理的赔偿。

鉴于这些特点,国际社会在一些领域通过有关条约建立起某些国际责任制度,如《关于核损害的民事责任的维也纳公约》、《核动力船舶经营人公约》、《防止船舶造成污染的国际公约》、《空间物体造成损害的国际责任公约》等都规定了有关的制度。这些制度对于行为造成的损害,一般规定仅采取恢复原状和赔偿的方式,因此,它们又被称为国际赔偿责任制度,以区别一般的国家责任制度。赔偿责任产生的前提往往是损害后果的发生,但也不是所有的损害后果都引起赔偿责任,具体赔偿责任的规则,包括归责原则等,在不同条约中各有不同规定。这些问题,理论上也存在不少争议。

目前,从赔偿责任的主体看,现行的制度一般有三类:(1)国家责任制度,即由国家承担对外国损害的责任。如《空间物体造成损害的国际责任公约》规定,发射国对本国或在本国境内发射的空间物体对他国的损害承担责任。

(2) 双重责任制度,即国家与营运人共同承担对外国损害的赔偿责任。如《关于核损害的民事责任公约》和《核动力船舶经营人公约》规定,国家保证营运人的赔偿责任,并在营运人不足赔偿的情况下,对规定的限额进行赔偿。(3) 营运人赔偿。无论营运人是国家或者私人企业,都由营运人直接承担有限赔偿责任。

1998 年联合国国际法委员会一致通过了《国际法不加禁止行为的损害性后果所引起的国际赔偿责任的条文草案》,2001 年又通过了《预防危险活动造成的跨界损害的条款草案》。上述草案中规定了国家在相关方面进行预防、合作、实施等义务。有关的实践还在发展中。

示例

甲国某核电站因极强地震引发爆炸后,甲国政府依国内法批准将核电站含低浓度放射性物质的大量污水排入大海。乙国海域与甲国毗邻,均为《关于核损害的民事责任的维也纳公约》缔约国。下列哪一说法是正确的?(2011 年试卷一第 32 题)

A. 甲国领土范围发生的事情属于甲国内政

- B. 甲国排污应当得到国际海事组织同意
C. 甲国对排污的行为负有国际法律责任,乙国可通过协商与甲国共同解决排污问题
D. 根据“污染者付费”原则,只能由致害方,即该核电站所属电力公司承担全部责任

【参考答案及简要提示】C。本案涉及国际法不加禁止的行为产生损害后果的赔偿责任和《关于核损害的民事责任的维也纳公约》责任形式的适用。该跨境污染已对其他国家权益构成危害,超出内政范围,涉及相应的国际赔偿责任。根据上述条约规定,该赔偿责任一旦确定,电力公司的赔偿责任应由国家提供保证,并在其不足赔偿的情况下,由国家对其规定的限额进行赔偿。

新华考资

【本章主要法律规定】

www.xhkedu.com

1. 宪法
2. 我国刑法、民法、诉讼法、行政法等法律中的涉外条款、相关规定和司法解释

本章要理解掌握国际法上的国家,相关的制度和规则都围绕着国家展开,包括国家的基本权利、国家豁免、国家承认、国家继承以及国家责任。

难点一是国家各项权利之间和各项制度间的联系,国家间各项管辖权间的冲突;二是国际法律责任制度与国内法上的责任在构成、归因原则、形式等方面都有所不同。

的所有权或领有权。国家对其领土享有拥有、使用和处分的最高权。(2)国家享有排他的领土管辖权。指国家对在领土范围内的人、物及事件行使属地管辖权。

相互尊重主权及领土完整是国际法的一项基本原则。它一方面表明领土主权不可侵犯,另一方面表明一国领土主权的行使不能损害别国的领土主权。国家在行使领土主权时,应遵守有关国际法规则或条约义务的规定。这一点在国家利用边境领土以及某些特定水域上尤为重要。

(三)领土主权的限制

国家对其领土具有排他的领土主权,但是国家间可以通过国际法或国际条约对领土主权加以若干限制。领土主权的限制有两种情况:一种是适用于一切国家或者大多数国家的一般性限制。这种限制是各国相互尊重主权的要求或旨在相互和平合作而自愿承担的。如国家在其领土上行使主权时,不得损害邻国的利益;外国商船享有无害通过一国领海的权利;外交官在接受国内享有外交特权与豁免;等等。另一种是适用于特定国家的根据条约产生的对其领土主权施加的特殊限制,传统国际法中,属于此类特殊限制的形式主要有共管、租借、国际地役和势力范围四种形式。上述对领土主权的限制是否合法,取决于其据以产生的条约是否合法。

(四)河流制度

1. 内河。从源头到入海口或终结地全部流经一国的河流是该国的内河。国家对其内河拥有主权。国家对于内河资源的开发、环境保护、航运贸易等拥有完全的管辖权。国家可以自主制定相关的法规管理其内河。外国船舶未经许可不得在内河航行。

2. 界河。界河是流经两国之间并作为两国领土分界线的河流。界河沿岸分属两个国家,其水域也由沿岸国进行划分,多依主航道或河道中心线为界。界河分属沿岸国家的部分为该国的领土,处于该国的主权之下,各国在所属水域行使管辖权。有关界河的利用不得损害邻国利益,一般应由相关国家协议处理。

3. 多国河流。多国河流是流经两个或两个以上国家领土的河流。多国河流流经各国的

河段分别属于各国领土,各国分别对位于其领土的一段拥有主权。但多国河流的使用一般涉及流经各国的利益,因此,对多国河流的航行、使用、管理等事项,一般都应由有关国家协议解决。每一沿岸国在对该河流行使权利时,都应顾及及其他沿岸国的利益。各国不得有害地利用该河流,不得使河流改道或堵塞河流。国际实践中,多国河流一般地对所有沿岸国开放,而非沿岸国船舶未经许可不得航行。

4. 国际河流。通过条约规定对所有国家开放航行的多国河流被称为国际河流。通常,国际河流的法律地位和制度是由国际条约规定的,不同的国际河流可能有所不同。国际河流流经各国领土的河段仍然是该国主权下的领土。国际河流一般允许所有国家的船舶特别是商船无害航行。国际河流的管理一般由条约成立的专门机构进行。

5. 国际运河。运河是指人工开凿的水道。位于一国领土内的运河是一国内河,其完全处于国家主权排他的管辖下。国际实践中,有几条运河虽然位于一国领土内,但由于其两端连通海洋,构成海上交通要道,在国际航海中地位极其重要,因此被开放为国际运河。国际运河的地位和航行制度由有关的条约确立,一般对所有国家开放。

二、领土的取得方式

在国家的历史发展中,其领土疆域有所变化是经常发生的。国际法中领土变更的规则正是对这种情况的反映和规范,并随着国际法其他原则和规则的确立、发展而更新。

(一)传统国际法获取领土的五种方式

1. 先占。先占是国家有意识地取得不在其他任何国家主权下土地的主权的行为。先占必须具备两个条件:(1)先占的对象必须为无主地,即不属于任何国家的土地,或被原属国家明确抛弃。(2)先占应为“有效占领”:首先,国家应具有取得该无主地主权的意思,并要公开地表现出来;其次,国家须对该地采取实际的控制,包括采取立法、司法、行政措施,建立机构,标示主权等适当的行动。18世纪以后,单纯对



无主地的发现行为,一般被认为仅构成一种暂时阻止他国占领的初步权利,而上述实际或有效占领才能构成先占而获得该土地的主权。有效占领的方式和程度要求应符合各历史阶段中的人类活动水平。静态地看,现在世界上已不存在先占的对象,因而,先占原则在今天的最大作用是被用来澄清和解决某些历史遗留问题。

2. 时效。这里是指取得时效。传统国际法中借用了民法中的这一概念,是指由于国家公开地、不受干扰地、长期持续地占有他国领土,从而获得该领土的主权。但是,由于这里的时效不问该占领本身是否非法,加上关于取得时效的期限未能确定这两个问题,时效的适用历来争议很大。现在基本没有普遍适用意义。

3. 添附。添附是指由于自然形成或人造的新土地出现而使得国家领土增加,既包括河口三角洲、涨滩等自然添附,也包括围海造田等人工添附。人工添附不能损害他国的利益。添附历来被认为是国际法中一项合法获取领土的方式。

4. 征服。征服也称兼并,是指一国直接以武力占有他国领土的全部或一部,并将其纳入自己的版图从而取得该土地的主权。征服无须缔结条约,但有效征服须满足两个条件:(1)征服国有兼并战败国领土的正式表示;(2)战败国放弃收复失地的企图,或战败国及其盟国表示屈服并放弃一切抵抗。征服是以战争的合法性为基础的,它显然被现代国际法所废弃。

5. 割让。割让是一国根据条约将部分领土转移给另一国。割让分为强制割让和非强制割让。强制割让是一国通过武力以签订条约方式迫使他国进行领土割让,通常是战争或战争胁迫的结果。而非强制割让是国家自愿地通过条约将部分领土转移给他国,包括买卖、赠与及互换等。强制割让已随着战争在现代国际法中被废止而失去其合法性。非强制割让仍然是合法有效的。

(二) 现代国际实践中的新发展

现代国际法对上述五种方式加以区别,其中符合当代国际法原则的方式仍然被继续采用。此外,实践中还产生了某些新的领土变更方式或方法,如殖民地独立和公民投票。

1. 殖民地独立方式是指由于殖民地人民根据民族自决原则从前殖民国或宗主国独立出来成立新国家或加入其他国家而带来的领土变更。

2. 公民投票方式是指有关国家在符合国际法原则的前提下,一般是根据有关条约或国内法规定,采取公民投票的方式,对某些有争议地区的归属进行表决,以各方都接受的表决的结果决定领土的变更。因此可能带来有关国家领土的变更。实践中,公民投票方式的采用及其程序、范围和结果的性质等,都取决于相关国家国内法或有关国家间具体协议的规定。这些法律文件是构成可否运用投票方式以及决定投票性质的法律依据。

三、边界和边境制度

(一) 边界

边界也称国界,是确定一国领土范围的界限。一国的边界将一国领土与他国领土,或将一国领土与公海(或专属经济区),以及一国领土与外层空间分隔开来。边界是一个由空中到地下的封闭曲面。

我们通常所说的边界或边界线,其实是指这个曲面与地球表面的交线。从形态上,它又可分为诸如山脉、河流等自然地形边界和连接几何线段划定或由经纬线划定的非地形边界。

从形成看,边界分为传统习惯边界和条约确定边界。传统习惯边界是有关国家在长期的历史演变中形成的,是双方对彼此行使管辖权所到之处的认可,是对彼此控制和占有领土范围的反映。它构成了一种默示的协议。传统习惯边界在有些地方有时可能会存在比较模糊或争议的情况。条约确定边界是以条约划定的边界,相对比较清楚,有利于减少争端,是现在边界划定的一种趋势。现在通常所说的划定边界是指将边界以条约划定或确认,即形成条约确定界。

以条约划定边界,通常包括三个步骤:

(1) 签订边界条约。边界条约也称为母约,它规定边界的位置和基本走向。(2) 根据边界条约,联合实地勘界并树立界标。(3) 双方制定标界文件,包括边界地图、议定书、证书等。这些文件称为子约,经过双方核准后,边界正式划定。

边界母约和子约一起构成完整的文件。

在协议划定地形边界时,如尚未形成更具体的传统习惯线,国际实践一般采取如下处理:以山脉为界时依主分水岭;以可航行河流为界的依主航道中心线,不可航行河流依河流中心线。

(二) 边境制度

边境或边境地区是指边界线相邻的一定区域。由于边境地区的特殊性,各国一般通过国内法和双边协议建立特殊的管理制度,即边境制度。通常包括:边界标志的维护;边界资源的利用;边境居民的交往;边境事件的处理等。

1. 界标的维护。在已设界标边界线上,相邻国家对界标的维护负有共同责任。应使界标的位置、形状、型号和颜色符合边界文件中规定的一切要求。两国可以协议确定对全部界标的维护进行分工。陆地上的界标和边界线应保持在易于辨认的状态。双方都应采取必要措施防止界标被移动、损坏或灭失。若一方发现界标出现上述情况,应迅速通知另一方,在双方代表在场的情况下修复或重建。国家有责任对移动、损坏或毁灭界标的行为给予严厉惩罚。

2. 边境土地的使用。国家对本国边境地区土地的利用,不得使对方国家的利益遭受损害。国家不得在边境地区建立可能对另一国境内动植物、空气或水源造成污染的工厂或从事任何可能造成此类污染的活动;不得在靠近边界的地区设立靶场或进行任何可能危及对方居民及财产安全的武器试验或演习;如遇边境地区森林火灾,国家应尽力扑救并控制火势,不使火灾蔓延到对方境内。

3. 界水的利用。以河流或湖泊为界的国家之间的界水的利用和保护问题,通常由边界文件中加以规定。一般地,沿岸国对界水有共同的使用权。一国在使用界水时,不得损害邻国的利益。包括不得采取可能使河流枯竭或泛滥的措施,更不得单方故意使河水改道。渔民一般只能在界水的本国一侧捕鱼。对捕鱼的管理以及界水中鱼类的保护与繁殖等具体问题,由沿岸国协议规定。相邻国家在界水上享有平等的航行权,船舶在航行时应该具有明显的国籍标志。除遇难或有其他特殊情况外,一方船

舶未经允许不得在对方靠岸停泊。一方如欲在界水上建造工程设施,如桥梁、堤坝等,应取得另一方的同意。国家还应注意保护界水水质,对本国一侧的各种污染源进行有效的控制和治理,以免污染界水。

4. 边民的往来。边境地区的两国居民,一般在历史、宗教、习惯、生活等方面会存在比较密切的联系。相邻国家一般都在从事探亲访友、朝圣、就医或小额贸易活动等方面给予双方边民一些特殊的方便。这些事项大都通过一国有关的法规及双方的协议具体规定。

5. 边境事件的处理。相邻国家通常通过协议,由双方代表成立处理边境地区事项的机构,专门处理上述边境和边民有关的问题,如偷渡、违章越界、损害界标等事项。对于一些重大的或未能解决的问题,则通过双方更高级别的外交机关进行交涉和处理。

根据1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》第2条规定:我国陆地领土包括中国大陆及其沿海岛屿、台湾及其包括钓鱼岛在内的附属各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其他一切属于中华人民共和国的岛屿。我国与朝鲜、俄罗斯、蒙古、哈萨克斯坦、吉尔吉斯斯坦、乌兹别克斯坦、阿富汗、巴基斯坦、印度、尼泊尔、不丹、锡金、缅甸、老挝、越南15国有陆地边界。目前,已与除印度和不丹以外的其他陆地邻国通过条约划定了边界。目前,我国的领土及边界问题主要是中印领土争议和边界的划定、东海中的钓鱼岛和南海中的部分岛礁被他国侵占。

四、两极地区的法律地位

(一) 南极地区

法律上的南极地区是指南纬60度以南的地区,包括南极洲大陆及其沿海岛屿和海域。其中南极大陆面积约为1400万平方公里。南极洲在18世纪被发现后,一些国家先后对其某些部分提出领土主张。这些主张的依据不尽相同,包括先占原则、相邻原则、扇形原则等。这些领土主张彼此存在相互重叠,引起有关国家的冲突,并且遭到其他一些国家的反对。



为协调各国利益,1959年,当时进行南极活动的12个主要国家,签署了《南极条约》,该条约于1961年生效。此后各国就保护南极动植物、保护海豹、保护生物资源及保护环境等问题相继缔结了一系列条约。它们构成南极条约体系,规范各国在南极的活动。

根据上述条约,目前南极地区法律制度的内容主要包括:

1. 南极只用于和平目的。禁止建立军事设施、进行军事演习和武器试验,禁止核爆炸和放置核废料。但是为科学研究或其他和平目的使用军事人员或设施不被禁止。

2. 科学考察自由和科学合作。任何国家都有在南极进行科学考察的自由。同时各国应促进考察计划、人员和成果的交换和交流。

3. 冻结对南极的领土要求。包括对南极领土不得提出新的或扩大现有要求;《南极条约》不构成对任何现有的对南极领土主张的支持或否定;条约有效期间进行的任何活动也不构成主张支持或否定对南极领土要求的基础。

4. 维持南极地区水域的公海制度。任何国家在南极地区根据国际法享有的对公海的权利不受损害或影响。

5. 保护南极环境与资源。在南极进行的任何活动不得破坏南极的环境或生态。

6. 建立南极协商会议。南极协商会议由《南极条约》原始缔约国和其他符合条件的加入国组成,一般要求该国在南极建立了常年考察站。会议每2年召开一次,交换有关情报,专门讨论有关南极的共同利益的问题,以及向各国政府提出促进南极条约原则和宗旨的相关措施。

目前,以南极条约为基础,国际社会达成了一系列条约,构成南极法律制度。包括:《保护南极动植物议定措施》(1964),《南极海豹保护公约》(1972),《南极生物资源保护公约》(1980),《南极矿物资源活动管理公约》最后文件(1988),《关于环境保护的南极条约议定书》(1991)。2009年4月,第32届《南极条约》协商会议又一致同意对前往南极的游船大小以及游客数量进行限制,以减少人类活动对南极环境的影响。

中国于1983年加入《南极条约》,1985年

成为《南极条约》协商会议的协商国。

(二) 北极地区

北极地区是指北极圈以内的区域,除环北冰洋的少数国家领土外,主要部分是北冰洋,其70%洋面常年冰冻。北冰洋应适用海洋法的有关原则和制度,其中大部分为公海。某些北极海沿岸国曾按照“扇形原则”对北极地区有关部分提出领土主张,但遭到大多数国家的反对。目前环北极国家签订了一些关于北极环境保护的条约,这不改变北极地区本身的法律地位。

除了《联合国海洋法公约》之外,目前与北极地区联系最密切的多边条约是《斯瓦尔巴条约》。该条约于1920年,由英国、美国、丹麦、挪威和瑞典等18个国家,为解决各国围绕斯瓦尔巴群岛的利益争夺而签订。该条约承认挪威对斯瓦尔巴群岛拥有主权,但各缔约国公民可以自由进出,并规定该地区“永远不得为战争的目的所利用”。随后,1925年,苏联、芬兰和中国等33个国家也加入了该条约。该条约使斯瓦尔巴群岛成为北极地区第一个,也是唯一的一个非军事区。中国近年积极进行了有关北极的科学考察活动,包括在斯瓦尔巴岛修建了科考站。

第二节 海洋法

新华考资
www.xhkHzedu.com

海洋法是确立海洋区域的法律地位,规范各国在海洋活动中有关行为的国际法分支。海洋法规则中有许多是古老的习惯法规则,是在长期的国家海洋实践中形成的。目前,1982年《联合国海洋法公约》被认为是最全面完整的海洋法法典。截至目前,《联合国海洋法公约》缔约方共149个。我国1995年批准该公约,成为缔约国。

《联合国海洋法公约》将海洋划分为内海、领海、毗连区、专属经济区、大陆架、国际航行海峡、群岛水域、公海、国际海底区域等区域,并规定了各个区域的不同法律制度。

一、内海及有关制度

(一) 领海基线

领海基线是一国领陆或内水与领海的分隔

线,也是海洋法中划分其他海域的起算线。领海基线的划定可以有两种:

1. 正常基线,或称自然基线,是以落潮时海水退到离海岸最远的潮位线,即以低潮线作为基线。也是领陆与海水的自然分界线。

2. 直线基线是选取海岸或近海岛屿最外缘的若干适当基点,用直线连接而成的折线作为基线。

(二)内海

内海是一国领海基线以内的海域,包括内陆海、内海湾、内海峡和其他位于海岸与领海基线之间的海域。

海湾是指海洋深入到陆地而形成的水曲。从国际法角度,水曲的面积不小于其封口线为直径的半圆面积时,该水曲才视为海湾。内海湾是指沿岸属于一国,且其天然湾口两端的低潮点之间的连线不大于24海里的海湾。超过24海里的则为非内海湾,其24海里直线基线应划在湾内,直线基线以内的水域才是内海。但是历史性海湾作为内海湾不受此限制。历史性海湾需要两个条件:(1)沿岸国已长期将该海湾作为内海行使主权;(2)其他国家对该项控制的事实已长期明示或默示地承认。历史性海湾不论自然形态如何都是内海湾,如我国渤海湾。此外,位于一国领海基线以内的海峡称为内海峡,如我国琼州海峡。

内海是一国的内水的一部分,沿海国对其具有同领陆一样的完全的排他的主权。国家对于内海及其资源拥有完全的支配管辖权利,一切外国船舶非经沿海国同意,不得进入其内海。外国船舶如获准进入内海从事运输或贸易,须驶入指定的开放港口,并遵守该国的有关法律和规章。

(三)港口制度

关于港口制度,有包括《国际海港制度公约》及其附则在内的一些国际条约。我国1979年《中华人民共和国对外籍船舶管理规则》、1983年《中华人民共和国水上交通安全法》的规定与有关公约的规定基本一致,主要包括:

1. 航行停泊。外籍船进港及在港内的航行、移泊,需接受港监指派引航员的强制引航;船上武器弹药抵港后交由港监封存;不准在港口内

从事射击、游泳、钓鱼、鸣放鞭炮烟火或其他危及港口安全秩序的行为;白天应悬挂船旗国的旗帜;遵守有关挂旗及港口信号的规定;遵守港口有关无线电使用限制的规定;除为安全外不得鸣放声号;发生海损海难等情况应及时报告港监。禁止在港内排放油污、废弃物或有害物。

2. 管辖权。根据国家领土主权原则,国家对于位于其港口的外籍船舶具有管辖权,依国际法享有豁免权的军舰和政府公务船等除外。但是实践中,国家一般是在不介入船舶内部事件的基础上,采取沿岸国与船旗国管辖相结合的方法。

在刑事管辖方面,通常只有对扰乱港口安宁、受害者为沿岸国或其国民、案情重大或船旗国领事或船长提出请求时沿岸国才予以管辖。

在民事案件方面,对完全属于船舶内部管理、工资、劳动条件、个人财产权利等事项,各国通常不行使管辖权。当案件涉及港口国公民的利益或其他船舶以外的因素,或涉及船舶本身在港口内航行、停留期间的权利义务时,港口国才予以管辖。

二、领海及毗连区

(一)领海及领海制度

领海是一国领海基线以外毗邻一国领陆或内水的一定宽度的海水带。根据1982年《联合国海洋法公约》的规定,领海的宽度不得大于12海里。内陆国没有领海。

领海是国家领土的一部分,领海水体及其上空和底土都处于沿海国的主权管辖和支配之下。与领土的其他部分唯一不同的是,外国船舶在领海中享有无害通过权。这是一项国际习惯法的规则,并被编纂在《联合国海洋法公约》中。

无害通过或无害通过权是指外国船舶在不损害沿海国和平安宁和正常秩序的条件下,拥有无须事先通知或征得沿海国许可而连续不断地通过其领海的航行权利。无害通过可以是为了驶入驶出内水的航行,也可以仅是穿越领海而不驶入内水。

无害通过是任何国家都拥有的一项权利,沿海国不应对此进行妨碍。一国不得强加实际后果等于取消或损害无害通过的要求;不应対



各国船舶有所歧视;不得仅以通过领海为由向外国船舶征收费用;对航行危险的情况应妥为公布。同时,沿海国为了维护其秩序及权益,保证无害通过的顺利进行,可以制定有关无害通过的相关法规;可以规定海道包括对油轮、核动力船等船舶实行分道航行制;为国家安全,在必不可少时可在特定水域暂停无害通过。对于军用船舶是否享有无害通过权,各国的实践并不一致。无害通过要求连续不停地迅速通过,不得停泊和下锚,除非不可抗力、遇难和救助。潜水艇或其他潜水器通过领海须浮出水面并展示其船旗。

同时,通过必须是无害的。有下列行为之一的即为有害:(1)对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力,或以任何违反联合国宪章所体现的国际法原则的方式进行武力威胁或使用武力;(2)以任何种类的武器进行任何操练或演习;(3)任何目的在于搜集情报使沿海国的国防或安全受损害的行为;(4)任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为;(5)在船上起落或接载任何飞机;(6)在船上发射降落或接载任何军事装置;(7)违反沿海国海关卫生财政移民的法律和规章,以及上下任何商品、货币或人员;(8)任何故意和严重的污染行为;(9)任何捕鱼活动;(10)进行研究或测量活动;(11)任何目的在于干扰沿海国通讯系统或其他任何设施或设备的行为;(12)与通过没有关系的其他任何行动。

国家对领海中航行的外国船舶拥有管辖权。但国际实践中,除非特殊情形,国家此时一般不对外国船舶上人员的船上行为行使管辖权。根据《联合国海洋法公约》的规定,对于通过领海的外国船舶的管辖,沿海国应遵行以下规则:

关于刑事管辖,除以下情况以外,沿海国不对外国船舶上人员在船舶无害通过期间船上所犯行为行使管辖权:(1)罪行的后果及于沿海国;(2)罪行属于扰乱当地安宁或沿海国良好秩序的性质;(3)经船长或船旗国外交代表或领事官员请求当地政府予以协助;(4)取缔违法贩运麻醉品或精神调理物质所必要。上述各种情况下,如经船长请求,沿海国在采取任何步骤前应通知船旗国的外交代表或领事官员。以上规定

不影响沿海国为在驶离内水后通过领海的外国船舶上进行逮捕或调查目的而采取其法律授权的任何步骤的权利。对于来自外国港口,仅通过领海而不进入内水的外国船舶,沿海国不得在该船上对驶入领海前所犯罪行有关的任何人进行逮捕或进行有关的调查。

关于民事管辖:(1)沿海国不应为对外国船舶上的人行使管辖权而停止该船航行或改变其航向;(2)不得为民事诉讼目的对船舶从事执行或加以逮捕,除非涉及船舶本身在通过领海的航行中,或为该航向的目的而承担的义务或负担的债务;(3)上述规定不妨碍沿海国按照其法律,为任何民事诉讼的目的而对在其领海内停泊或驶离内水后通过领海的外国船舶实施执行或逮捕的权利。

(二)毗连区及有关制度

沿海国可以在领海以外毗连领海划定一定宽度的海水带,在此区域中,沿海国对海关、财政、移民和卫生等特定事项行使某种管制权,这个区域称为毗连区。按照《联合国海洋法公约》规定,毗连区的宽度从领海基线量起不得超过24海里。

国家可以在毗连区内行使为下列事项所必要的管制:一是防止在其领土或领海内违反其海关、财政、移民或卫生的法律或规章;二是惩处在其领土或领海内违反上述法规的行为。

毗连区不是国家领土,国家对毗连区不享有主权,只是在毗连区范围行使上述方面的管制,而且国家对于毗连区的管制不包括其上空。毗连区的其他性质取决于其所依附的海域,或为专属经济区或为公海。在国家设立专属经济区后,毗连区首先是专属经济区的一部分,但由于国家可以在毗连区实施上述方面的管制权,毗连区又是就此有别于专属经济区其他部分的特殊区域。

关于我国的领海和毗连区,1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》作出了规定。包括采取直线基线法,12海里领海宽度,12海里毗连区宽度。之后,我国相继公布了大部分的领海基线基点(最新公布的基线基点是2012年9月10日,公布了钓鱼岛及其附属岛屿的领海

新华考资
www.xhkszedu.com

基线基点)。对于领海和毗连区的制度的内容,该法与《联合国海洋法公约》的规定基本一致,并在某些方面加以明确和具体化。对于外国军用船舶通过中国领海,该法要求须经中国政府批准。

三、专属经济区和大陆架

(一) 专属经济区及其法律制度

专属经济区是领海以外毗邻领海的一定宽度的水域,根据《联合国海洋法公约》规定,它从领海基线量起不得超过 200 海里。

专属经济区是《联合国海洋法公约》确立的新区域。它的法律地位既不是领海也不是公海。沿海国对于专属经济区不拥有领土主权,只享有公约规定的某些主权权利。沿海国的权利主要体现在对该区域内以开发自然资源为目的的活动拥有排他性的主权权利和与此相关的某些管辖权,由此对其他国家在该区域的活动构成一定的限制。专属经济区不是本身自然存在权利,需要国家以某种形式宣布建立并说明其宽度。专属经济区的制度不影响其上空和底土本身的法律地位。其他国家在沿海国专属经济区的活动,必须顾及沿海国的专属权利。

沿海国和其他国家在该区域的权利义务构成专属经济区的法律制度。其主要内容为:

1. 沿海国拥有以勘探、开发、养护和管理海床和底土及其上覆水域自然资源(不论为生物或非生物资源)为目的的主权权利,以及关于在该区域内从事经济性开发和勘探,如海水、风力利用等其他活动的主权权利。

2. 沿海国对建造和使用人工岛屿和设施、海洋科学研究、海洋环境保护事项拥有管辖权。

3. 其他国家在这个区域享有航行和飞越、铺设海底电缆和管道的自由以及与此有关的其他合法活动的权利。

4. 为行使上述权利,沿海国可以制定与公约规定一致的专属经济区法规。并可采取必要的措施以确保其法规得到遵守,包括登临、检查、逮捕和进行司法程序。

5. 在对于外国船舶违法行为采取措施时,还应遵行以下规则:对于被捕的船只及其船员,

在其提出适当的保证书或担保后,应迅速予以释放;沿海国对于在专属经济区内仅违反渔业法规的处罚,如有关国家间无相反的协议,不得包括监禁或任何形式的体罚;在逮捕或扣留外国船只时,沿海国应通过适当途径将所采取措施和随后进行的处罚迅速通知船旗国。

(二) 大陆架及其法律制度

沿海国的大陆架是指其领海以外依其陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。如果从领海基线量起到大陆边外缘的距离不足 200 海里,则扩展至 200 海里;如果超过 200 海里,则不得超出从领海基线量起 350 海里,或不超出 2500 米等深线 100 海里。200 海里之外的大陆架如果存在,称之为外大陆架。因此,国际法中大陆架概念虽然源于地理上大陆架的概念并有联系,但与地理上概念区别很大。大陆架制度是“二战”以后形成的一项国际习惯法制度,并在《联合国海洋法公约》中得到编纂和发展。

沿海国对于大陆架的权利不取决于有效或象征性的占领或任何明文公告。而对于主张拥有外大陆架国家(提案国),该国需要把有关的科学信息和证据资料提交给依《联合国海洋法公约》建立、有 21 名委员组成的“大陆架界限委员会”。对于提案国的外大陆架主张,若其他国家提出异议,则委员会不进入审议程序,而由相关国家之间首先自行解决其争议。若其他国家没有异议,则该委员会将从科学上确定提案国外大陆架的边界,这样提案国的外大陆架才能得以承认。2009 年 5 月,我国向联合国秘书处提交了《中华人民共和国关于确定二百海里以外大陆架外部界限的初步信息》。

大陆架不是沿海国领土,但是国家在此享有某些排他性的主权权利。《联合国海洋法公约》中有关大陆架的法律制度主要包括:

1. 沿海国为勘探大陆架和开发其自然资源的目的,对大陆架行使主权权利。这种权利是专属性的,任何人未经沿海国明示同意,都不得从事勘探和开发其大陆架的活动。

2. 沿海国拥有在其大陆架上建造使用人工岛屿和设施的专属权利和对这些人工设施的



专属管辖权。

3. 对大陆架的权利不影响其上覆水域或水域上空的法律地位。

4. 沿海国权利行使不得对其他国家的航行和其他合法权利构成侵害或造成不当干扰。

5. 所有国家有权在其他国家的大陆架上铺设电缆和管道,但其线路的划定须经沿海国同意,并应顾及现有电缆和管道,不得加以损害。

6. 沿海国开发 200 海里以外大陆架的非生物资源,应通过国际海底管理局并缴纳一定的费用或实物,发展中国家在某些条件下可以免缴。

从上述定义和制度看,沿海国的大陆架和专属经济区在权利和区域上有所重叠,但二者在规则形成、形态构成、法律依据、范围等方面都有所不同,不能相互完全取代。

我国于 1998 年颁布了《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》,对我国专属经济区的设立、专属经济区与大陆架的范围、相关制度等以国内法加以明确。另外,我国还存在与有关国家之间就相关海域及大陆架进行海上海底划界的问题。

四、群岛水域和国际海峡

(一) 群岛水域及其制度

1. 群岛水域。群岛水域是群岛国的群岛基线所包围的内水之外的海域。群岛国是全部领土由一个或多个群岛或岛屿组成的国家。群岛国可以连接群岛最外缘各岛和各干礁的最外缘各点构成直线群岛基线。群岛基线的确定需要满足《海洋法公约》规定的条件:(1)基线应包括主要岛屿和一个区域;(2)基线范围内包括环礁在内的陆地面积与水域面积之比应在 1:1 到 1:9 之间;(3)基线超过 100 海里的线段最多不能超过基线总数的 3%;(4)基线不能明显偏离群岛轮廓,不能将其他国家的领海与公海或专属经济区隔断。

群岛水域的划定不妨碍群岛国可以按照《海洋法公约》划定内水,及在基线之外划定领海、毗连区、专属经济区和大陆架。

2. 群岛水域制度。群岛国对其群岛水域包括其上空和底土拥有主权,同时作为《海洋法公

约》规定的一个特定区域,群岛国应尊重与其他国家间的现有协定,以及其他有关国家在该区域内的传统合法权益或现有情况。

群岛水域的航行分为无害通过和群岛海道通过两种情况。前一种是所有国家的船舶享有通过除群岛国内水以外的群岛水域的无害通过权;后一种是指群岛国可以指定适当的海道和其上的空中通道,以便其他国家的船舶或飞机连续不停地迅速通过或飞越其群岛水域及其邻接的领海。所有国家都享有这种群岛通道通过权。关于群岛国与其他国家在群岛通道航行中的权利义务,应比照适用国际航行海峡的过境通过制度的有关规定。

(二) 国际航行海峡的通行制度

国际航行海峡,主要是指两端都是公海或专属经济区,而又用于国际航行的海峡。海峡根据其水域的地位,一般可以划分为内海峡、领海峡和非领海峡。

国际航行的海峡主要连接公海或专属经济区,构成世界航海的通道。由于地理位置、历史等方面的不同情况,不同的国际航行海峡可能适用不同的通过制度。通常有过境通行制度、公海自由航行制度、无害通过制度以及特别协定制度四种。

过境通行制度所适用的海峡比较多,也是通常所说的用于国际航行海峡的通行制度。这种制度由《联合国海洋法公约》中加以专门规定。主要内容包括:所有国家的船舶和飞机在公海和专属经济区一部分和公海及专属经济区另一部分之间的国际航行海峡中,都享有过境通行的权利。过境通行是专为连续不停和迅速通过目的而进行的自由航行和飞越,也包括以合法地自海峡沿岸国驶入驶出为目的的通过。过境通行应毫不迟疑地迅速通过;禁止非法使用武力或威胁;除因不可抗力或遇难外,不得从事其通过所通常附带发生活动以外的任何活动;不得进行任何研究或测量活动;并应遵守船舶、航空及无线电有关的国际规则,遵守沿岸国有关防止捕鱼、防污、航行安全、海关、财政、移民、卫生等法律和规章。海峡的过境通行制度是对有关沿岸国主权的某种限制,但它不改变

海峡水域的法律地位,不影响沿岸国其他方面的任何权利。

适用公海自由通过的海峡是在该海峡中有公海或专属经济区的航道;适用无害通过的国际航行海峡,是由一国的大陆和该国的岛屿构成的海峡,且该岛向海一面的海域有一条在航行和水文特征方面同样方便地穿过公海或专属经济区的航道。特别协定制度是指某些海峡的通过制度是由专门针对该海峡缔结的国际公约规定的。如黑海海峡、麦哲伦海峡等就分别适用各自专门条约所规定的制度。

五、公海与国际海底区域

(一)公海与公海制度

公海是指内海、领海、专属经济区、群岛水域以外的全部海域。任何国家不得有效地声称将公海的任何部分置于其主权下。公海对所有国家开放,包括沿海国和内陆国。任何国家不得主张对公海本身行使管辖权。

1. 公海的法律制度。作为国际习惯法规则的公海自由原则是构成公海法律制度的基础。1982年《联合国海洋法公约》规定公海自由包括6项,即航行自由、飞越自由、铺设海底电缆和管道自由、捕鱼自由、建造人工岛屿和设施自由、科学研究自由。

公海自由并不意味着毫无限制或公海处于没有法律的状态。在公海自由原则基础上,国际社会形成了一套关于公海的制度,主要包括:

(1)航行制度。任何国家的船舶都可以悬挂其旗帜在公海中自由航行。任何国家不得对在公海中合法航行的别国船舶加以阻碍。在公海中航行的船舶必须在一国进行登记并悬挂该国国旗,登记国称为该船的国籍国或船旗国。在公海航行的船舶必须并且只能悬挂一国旗帜,悬挂两国或两国以上旗帜航行或视方便而换用旗帜的,可视为无国籍船舶。船旗国应与船舶有真正的联系,并向依其国内法进行登记因而悬挂其国旗的船舶发放船籍文件。对悬挂其国旗的船舶在公海上对其他国家公民、船舶、设施或环境造成的损害,应与有关国家合作调查;还应责成船长对碰船、海难等有关情况按照

国际章程进行救助。

(2)捕鱼制度。各国都有权由其公民在公海中捕鱼,在捕鱼中应遵守本国根据有关条约和协议就鱼种、数量、方法、区域等方面承担的义务。目前这类条约除《联合国海洋法公约》外,主要是双边、区域性或就某个种群订立的条约。如《北太平洋海豹保护办法公约》、《关于管理捕鲸公约》、《捕鱼与养护公海资源公约》等。

(3)铺设海底电缆和管道制度。所有国家都有权在公海铺设海底电缆和管道。在铺设时,不应妨碍其他国家已铺设的电缆和管道,包括其正常使用和维修。如果因铺设海底电缆或管道使他国的电缆或管道受到损害,则应承担赔偿责任。

(4)建造人工岛屿及科学研究。各国都有权在公海建造人工岛屿或设施。这种设施的设置应符合国际法的其他规则,包括不得设置于航道,设置物应符合有关的国际标准等。这种人工设施不具有自然岛屿的地位,但可以在其周围划定宽度不超过500米的安全地带。各国均享有在公海进行科学研究的自由。研究活动应遵守《联合国海洋法公约》或其他国际法的规则,顾及其他国家的利益。

2. 公海上的管辖权。公海不属于任何国家的领土,国家不得对公海本身行使管辖权或在公海范围行使属地管辖。国家对公海上有关的船舶、人、物或事件进行管辖是基于国际法中其他管辖规则和相关连接点,其中最主要是船旗国管辖和普遍性管辖两种。同时,对某些违法行为,国家还承担了某种防止、惩罚及管辖合作的义务。

(1)船旗国管辖。船旗国管辖是指国家对于公海上悬挂其旗帜的船舶以及船舶上的人、物、事件的管辖。《联合国海洋法公约》规定,除国际条约或本公约明文规定的例外情况,在公海上的船舶受其船旗国的专属管辖。这表明船舶内部事务,一般地应遵行船旗国内法。

对于可能涉及两个或两个以上国家船舶的公海碰船或其他航行事故的刑事管辖,公约作出三项规定:第一,公海上碰船或其他事故涉及船长或船员的刑事或纪律责任时,对所涉人员的刑事诉讼或纪律程序,仅可以向船旗国或人

新华考资
www.xhkzedu.com



员国籍国提出。第二,在纪律事项上,船长证书或驾驶执照只有其颁发国家才有权经过正当程序予以撤销,而不论证书持有人的国籍。第三,船旗国以外的任何当局,即使作为一种调查措施,也不得命令逮捕或扣押船舶。

(2) 普遍管辖。公海上的普遍管辖权是指各国对发生在公海的,被国际法认为是普遍管辖权对象的特定国际罪行或违反国际法的行为,行使管辖权。这类罪行或不法行为包括:

第一,海盗行为。海盗行为是指私人船舶或飞机的船员或机组人员或乘客,为私人目的,在公海上或任何国家管辖范围以外的地方,对另一船舶或飞机,或对另一船舶或飞机上的人或财物,从事任何非法暴力或扣留行为,或任何掠夺行为。如果居于主要控制地位的人员,意图利用船舶或飞机从事上述海盗行为,则该船舶或飞机视为海盗船或海盗飞机。军舰、政府船舶或政府飞机由于其上述人员发生叛变并控制船舶或飞机从事海盗行为的,视同私人船舶或飞机的行为。海盗是人类公敌,各国均有权将海盗拿捕,交付本国法院审判处理。对于海盗船舶或飞机及其上财产,可扣押并决定处理。

第二,非法广播。非法广播或未经许可的广播,是指船舶或设施违反无线电有关的国际章程,在公海上播送旨在使公众收听或收看的无线电信息。所有国家应进行合作,制止这种未经许可的广播。对于从事非法广播的任何人,船旗国或设施登记国或其所属国,或可以收到广播及其正常信号受到干扰的任何国家都拥有管辖权,可以对该行为人及船舶加以逮捕,并扣押广播器材。

第三,防止和禁止贩运奴隶和贩运毒品。各国应采取有效措施,防止悬挂该国旗帜的船舶或飞机贩运奴隶,并对犯有此种行为的人或为此目的利用该国旗帜的人给予严厉惩罚。任何国家如有合理根据认为悬挂其旗帜的船舶从事非法贩运麻醉品或精神调理物质,可要求其他国家合作加以制止。所有国家都应在防止和制止上述非法贩运行为方面进行合作。

3. 临检权和紧追权。临检和紧追是国家某种管辖权在公海上实施或实现的两种措施。

(1) 临检权。临检权又称登临权,是指一国的军舰、军用飞机或其他得到正式授权、有清楚标志可识别的政府船舶或飞机,对公海上的外国船舶(军舰等享有豁免权的除外),有合理根据认为其从事《联合国海洋法公约》所列不法情况时,拥有登船检查及采取相关措施的权利。这些不法情况为:海盗;贩奴;非法广播;船舶无国籍;虽然该船悬挂外国旗或拒不展示船旗,但事实上与该军舰属于同一国籍。

若嫌疑经证明无根据,被临检的船舶并未从事涉嫌行为,则对被临检船造成的损失或损害,临检国承担国际责任。

(2) 紧追权。紧追权是沿海国拥有对违反其法规并从该国管辖范围内的海域向公海行驶的外国船舶进行追逐的权利。沿海国行使紧追权应遵循以下规则:第一,紧追行为只能由军舰、军用飞机或得到正式授权且有清楚可识别标志的政府船舶或飞机从事。第二,紧追可以开始于一国内水、领海、毗连区或专属经济区。由毗连区开始的紧追限于外国船舶对该区所管制事项有关法律的违背;由专属经济区开始的紧追限于船舶对与该区域权利或大陆架权利有关的法规的违反。紧追必须依法进行,包括不得违背其他国际法规则和该国的条约义务。第三,紧追应在被紧追船舶的视听范围内发出视觉或听觉的停止信号后,才可开始。第四,紧追可以追入公海中继续进行,直至追上并依法采取措施,但必须是连续不断的。第五,紧追权在被紧追船舶进入其本国或第三国领海时立即终止。

(二) 国际海底区域及其制度

1. 国际海底区域。国际海底区域是指国家管辖范围以外的海床、洋底及其底土,即国家领土、专属经济区及大陆架以外的海底及其底土。国际海底区域是《联合国海洋法公约》确立的新的国际法概念和海洋区域。“区域”不影响其上覆水域及其水域上空的法律地位。

根据《联合国海洋法公约》的规定,“区域”及其自然资源是人类共同继承财产,任何国家不得对“区域”或其任何部分主张主权或行使主权权利,任何人不能将“区域”或其资源的任何

新华考资
www.xhkzedu.com

部分据为己有。“区域”对所有国家开放,各国都可以为和平的目的加以利用。“区域”内的活动应为全体人类的利益而进行。“区域”内一切资源属于全人类,由国际海底管理局代表全人类加以管理。

2. 国际海底区域活动应遵循的原则:

(1)区域应不加歧视地开放给所有国家,不论其为沿海国或内陆国,专为和平目的利用;(2)各国在区域的活动应符合《联合国海洋法公约》的有关规定,并符合《联合国宪章》及其他国际法规则;(3)对于在区域内未履行公约规定的义务而造成的损害,行为者应承担国际赔偿责任;(4)区域内的活动应为全人类的利益而进行,并应特别考虑发展中国家的利益,区域内的活动还应顾及沿海国的权利和合法利益;(5)区域内的科学研究应专为和平目的,并且为全人类的利益服务,区域内的活动应切实保护海洋环境;(6)区域内发现的考古和历史文物,应为全人类的利益予以保存或处置,但应特别顾及来源国,或文化上的发源国,或历史和考古上的来源国的优先权利。

3. 国际海底区域的开发制度。根据1982年《联合国海洋法公约》第十一部分(“区域”部分)和1994年《关于执行1982年〈联合国海洋法公约〉第十一部分的协定》,国际海底开发制度主要内容包括:国际海底管理局组织和控制区域内的活动,特别是区域内的资源的开发活动。海底局包括由全体缔约国组成的大会、36个国家组成的理事会、负责开发生产活动的企业部和秘书处四个主要机构。

区域内资源开发采取“平行开发制”:一方面由海底局企业部进行;另一方面由缔约国有效控制的自然人或法人与海底局以合作的方式进行。具体做法是:在区域内的一个矿区被勘探后,开发申请者向海底局提供两块价值相当的矿址,海底局选择一块作为“保留区”,另一块作为“合同区”,与申请者签订合同进行开发。上述公约和协定还就开发中的生产政策、财政政策、审查制度、技术转让等方面作出了规定。

我国积极参加了国际海底区域资源的勘探

和开发活动,经申请并获国际海底管理局核准,先后在东北太平洋国际海底区域内获准一块7.5万平方公里的海底勘探矿区,在位于西南印度洋的国际海底区域内获准一块1万平方公里勘探矿区。中方与国际海底管理局签署勘探合同,明确在合同期内,对上述矿区的特定资源享有专属勘探权,并在之后的资源开发中享有优先开采权。

示例

甲国注册的渔船“踏浪号”应乙国注册的渔船“风行号”之邀,在乙国专属经济区进行捕鱼作业时,乙国海上执法船赶来制止,随后将“踏浪号”带回乙国港口。甲乙两国都是《联合国海洋法公约》的缔约国,且两国之间没有其他相关的协议。据此,根据海洋法的有关规则,下列哪些选项是正确的?(2008年试卷一第78题)

A. 只要“踏浪号”向乙国有关部门提交适当保证书和担保,乙国必须迅速释放该船

B. 只要“踏浪号”向乙国有关部门提交适当保证书和担保,乙国必须迅速释放该船船员

C. 如果“踏浪号”未能向乙国有关部门及时提交适当担保,乙国有权对该船船长和船员处以3个月以下的监禁

D. 乙国有义务将该事项迅速通知甲国

【参考答案及简要提示】ABD。专属经济区是《联合国海洋法公约》确立的新区域。它的法律地位既不是领海也不是公海。本题常见错误有:一是对于沿海国在专属经济区的权利范围不够清晰,特别是把它与领海的制度相混淆,扩大了国家的权利;二是对于专属经济区权利的主体认识模糊,误认为受沿海国注册的渔船之邀即可享有捕鱼权;三是对于沿海国的执法规则和限度具体内容没有掌握。沿海国执法船舶可以将违法船舶带至其港内,但对于被捕的船只及其船员,在其提出适当的保证书或担保后,应迅速予以释放。并且应将上述情况尽速通知船旗国。



第三节 国际航空法与外层空间法

一、领空及其界限问题

领空是指一国领土上空一定高度的空间。领空作为国家领土的一部分处于国家主权之下已被现代国际法所确认。

(一) 领空的水平界限

一国领空从与地球表面平行方向看,止于其领土边界线的上方,即领土边界线向上立体延伸构成领空的水平扩展界限。与领空处于地球大气同一环层,并在各国领空水平界限以外的部分,主要包括专属经济区、公海和南极的上空,就其整体的法律地位国际法上还没有一项专门的条约来规定,比如《联合国海洋法公约》仅主要规定了专属经济区和公海上空的飞越自由。一般认为,该领空外部分不属于任何国家的主权之下,对所有国家都是开放和自由的。

(二) 领空的垂直界限

领空的垂直界限是指领空自地球表面上扩展的外缘,这是领空与外层空间的界限问题。对此国际社会有多种主张,主要包括空间论和功能论两派。(1)空间论者认为应该而且也可能划定某一高度为领空和外空的界限。他们提出了包括空气空间或大气层标准、卡曼线、卫星轨道最低点、航空器飞行最高点等划定方法。(2)功能论不支持划定界限的主张,认为更为重要的是,应从功能上区分航空器或航天器两类不同性质的航行器,以及相应地区分相关的国家活动性质,从而由不同的法律进行规范。迄今,国际法尚未就领空与外空的具体界限作出准确的划定。

二、国际航空法体系

国际航空法通常是指国际民用航空法,它主要由一系列多边和双边的条约构成,主要包括三个部分:围绕《芝加哥公约》形成的国际民用航空基本制度;围绕《华沙公约》形成的国际航空民事责任制度;围绕三个反劫机公约形成的国际民航安全制度。

(一) 国际航空的基本制度

1944年的芝加哥《国际民用航空公约》(《芝加哥公约》)是构成当今国际民航法律制度的基本条约。它包括空中航行、国际民航组织、国际航空运输等部分,规定了国际航空法的基本规则,构建了国际民航制度的框架。根据该公约成立的国际民用航空组织,是当今民航领域最权威和广泛的全球性组织,也是联合国的专门机构之一。《芝加哥公约》的主要原则和制度包括:

1. 领空主权原则。国家对其领空拥有完全的和排他的主权。外国航空器进入国家领空需经该国许可并遵守领空国的有关法律。对于非法入境的外国民用航空器,国家可以行使主权,采取符合国际法有关规则的任何适当手段,包括要求其终止此类侵犯立即离境或要求其在指定地点降落等,但不得危及航空器内人员的生命和航空器的安全,避免使用武器。国家有权制定外国航空器入境离境和在境内飞行的规章制度,各国可以指定外国航空器降停的设关机场;国家保留国内航线专属权,一国为安全及军事需要有权在其领空中划定某些禁区。

2. 航空器国籍制度。公约将航空器分为国家航空器和民用航空器,公约的制度仅适用于民用航空器,而不适用于国家航空器。国家航空器是指用于军队、海关和警察部门的航空器。一国的国家航空器未经特别协定或其他方式的许可,不得在其他国家的领空飞行或领土上降落。民用航空器须在一国登记并因此而取得登记国国籍。登记按照一国相关的国内法律规定进行。航空器在两个或两个以上国家重复进行的登记均被认为无效,但其登记可以由一国转移到另一国。航空器的登记国对航空器上的事件或事故拥有管辖权。

3. 将国际航空飞行分为定期航班飞行和不定期航班飞行,并作出了相应的一些规定。公约规定定期航班飞行须经领空国许可,不定期航班飞行则可以不经领空国许可。但相当一些国家对后者作出了保留,要求所有飞行都必须经过领空国的许可方能进入其领空。以后的国际实践中,国家间通常是通过双边航空协定具

体规定其间民用航空有关的事项和规则。

(二) 国际民航的损害赔偿责任制

1929 年在华沙签订的《统一国际航空运输某些规章的公约》(《华沙公约》), 规定了国际民航活动中损害赔偿责任制。以后 1958 年(海牙)、1971 年(危地马拉)、1975 年(蒙特利尔)对该公约进行了修改。目前的关于国际民航损害的责任采取了推定过错原则。

(三) 国际民航安全制度

国际民航安全制度建立在 1963 年《在航空器上犯罪和其他某些行为的公约》(《东京公约》)、1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》(《海牙公约》)和 1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(《蒙特利尔公约》)三个公约的基础上。其主要内容如下:

1. 危害民用航空安全的行为包括:(1)在飞行中的航空器内用暴力或暴力威胁或其他任何胁迫方式,非法劫持或控制该航空器;对飞行中的航空器中的人实施暴力行为并且足以危及该航空器的安全。“飞行中”是指航空器从装载完毕、其外部所有舱门都已关闭时开始,直到其任一外部舱门打开准备卸货时止。(2)实施某种行为使得航空器不能飞行或危及其飞行安全,包括:对使用中的航空器的破坏或损坏、在使用中的航空器内放置某种装置或物质、破坏或损害航行设施或扰乱其工作、传递明知是虚假的情报等。“使用中”是指自地面或机组人员为某一飞行进行飞行前准备时起,到飞机降落后 24 小时内止。

2. 根据上述三个公约的规定,下列国家均拥有对于危害民航安全罪行的管辖权:航空器登记国;航空器降落地国,当罪嫌仍在航空器内;承租人的营业地国或常住地国,当航空器是不带机组的出租;嫌疑人所在国;嫌疑人国籍国或永久居所国;犯罪行为发生地国;罪行后果涉及国,包括受害人国籍国或永久居所国、后果涉及领土国、罪行危及其安全的国家;根据本国法行使管辖权的其他国家。

3. 三个公约规定,危害民航安全罪行是一种可引渡的罪行,但各国没有强制引渡的义务。国家可以依据引渡协议或国内法决定是否予以

引渡。如果嫌疑人所在国没有相关协议引渡义务,并决定不予引渡,则应在本国作为严重的普通刑事案件进行起诉,使此种行为受到惩处。

我国 1958 年加入《华沙公约》,1974 年加入《芝加哥公约》,并先后与许多国家订立了双边民航协定。1995 年我国颁布了《中华人民共和国民用航空法》,具体规定了我国的民航制度。1978 年和 1980 年,我国先后加入了上述三个有关国际民航安全公约,并在国内刑法中对有关危害民航安全行为的罪罚作出了规定。

示例

甲国发生内战,乙国拟派民航包机将其侨民接回,飞机需要飞越丙国领空。根据国际法相关规则,下列哪些选项是正确的?(2011 年试卷一第 75 题)

A. 乙国飞机因接其侨民,得自行飞越丙国领空

B. 乙国飞机未经甲国许可,不得飞入甲国领空

C. 乙国飞机未经允许飞越丙国领空,丙国有权要求其在指定地点降落

D. 丙国军机有权在警告后将未经许可飞越丙国领空的乙国飞机击落

【参考答案及简要提示】BC。第一,国家对其领空拥有完全的和排他的主权。外国航空器进入国家领空须经该国许可并遵守领空国有关法律。第二,对于非法入境的外国民用航空器,国家应采取符合国际法有关规则的任何适当手段,包括要求其终止此类侵犯立即离境或要求其在指定地点降落,但不得危及航空器内人员的生命和航空器的安全,避免使用武器。

新华考资

www.xhkedu.com

三、外层空间法律体系

外层空间法律规则和制度,是随着 20 世纪 50 年代人类活动进入外空而产生并迅速发展的。国际法中的外层空间的概念来源于自然科学,但与自然科学中外层空间的概念是有区别的。它不仅涵盖了自然科学中的外层空间,还涵盖了自然科学中空气空间的部分区域,虽然



准确界限尚未确定;而且还特别包括外层空间中的任何天体。

外层空间法的主要法律渊源是国际条约,包括1967年《关于各国探索和利用包括月球和其他天体在内的外层空间活动的原则条约》(《外空条约》)、1968年《营救宇宙航行员、送回宇宙航行员和归还发射到外层空间的实体的协定》(《营救协定》)、1972年《空间物体造成损害的国际责任公约》(《责任公约》)、1975年《关于登记射入外层空间物体的公约》(《登记公约》)以及1979年《指导各国在月球和其他天体上活动的协定》(《月球协定》)等。以这些条约为核心形成了外层空间法律体系。

(一) 外空活动的主要原则

上述条约规定,国家从事外空活动应遵循以下基本原则:

1. 共同利益原则。任何国家对外层空间,包括月球和其他天体的探索、利用和开发,都必须是为全体人类谋取福利和利益。该原则包括不得损害其他国家的权利和利益,也包括不得仅为获取自己片面私利利用外空。

2. 自由探索和利用原则。外层空间对全人类开放。所有国家不论其经济或科学发展水平如何,都有权在平等不受任何歧视的基础上根据国际法自由探索和利用外层空间。

3. 不得据为己有原则。任何国家不得通过主权要求、使用或占领的方法,或采取其他任何措施,将外空据为己有。这项原则包括外空不得被任何国家占有,也包括不许任何自然人或团体占有。

4. 和平利用原则。包括对外空军事化的限制和禁止。《外空条约》规定:各国不得在绕地球的轨道上放置任何携带核武器或其他大规模毁灭性武器的物体,不在天体上配置这种武器,也不以任何其他方式在外层空间部署这种武器;各国必须把月球和其他天体专门用于和平目的,禁止在天体建立军事基地和设施,禁止在天体试验任何类型的武器以及进行军事演习。

5. 救援宇航员原则。各国应将宇航员视为人类派往外空的使者,在宇航员发生意外、遇

难或在另一国境内或公海紧急降落的情况下,各国应进行一切可能的援助,并尽快安全地将他们送回该航天器的登记国家。在外层空间活动的任何国家的宇航员应向其他国家的宇航员提供一切可能的援助。

6. 外空物体登记和管辖原则。外空物体的发射国家应对该物体进行登记。该登记国对该外空物体及其所载人员保持管辖及控制权。

7. 国际责任原则。对于其本国政府或非政府团体的外空活动或物体对其他国家造成的损害,国家应承担责任。国家还对其参加的国际组织的外空活动承担共同责任。

8. 保护空间环境原则。国家从事外空活动时,应采取适当措施,避免使外空遭受有害污染,或使地球环境受到不利的影响。

9. 国际合作原则。由于空间活动的特点,各国在外空领域的活动,应彼此合作互助。这一原则体现在外空活动和制度的各个方面。

(二) 外空活动的主要法律制度

1. 登记制度:

(1) 发射国应对其发射的空间物体进行登记,包括将该空间物体载入其所保存的适当内容的国内登记册,同时在切实可行的范围内尽快将有关情报报告联合国秘书长,以便在其保存的总登记册里进行登记。

(2) 空间物体若由两个以上发射国发射,应由其共同决定其中的一个国家进行登记。

(3) 外空物体的登记国对该外空物体拥有所有权和管辖控制权。

(4) 若登记国切实知道其所登记的物体已不复在轨道上存在,也应尽快通知联合国秘书长。

2. 营救制度:

(1) 各国在获悉或发现航天器上的人员在其管辖区域、公海或不属于国家管辖的任何地方,发生意外、遇难或紧急降落时,应立即通知其发射国及联合国秘书长。

(2) 对获悉或发现在一国领土内的宇航员,领土国应立即采取一切可能的措施,营救宇航员,并给予他们一切必要的帮助。对获悉或发现宇航员在国家管辖范围以外的区域,必要时

新华考资
www.xhkzedu.com

凡力所能及的缔约国,均应协助寻找和救援。对于发现的宇航员,应立即安全地交还发射国。

(3)对于发生意外的空间物体应送还其发射国。在一国管辖区域内发现的空间物体或其组成部分,应根据发射国的要求,采取切实的措施对该空间物体进行保护。同时,这种保护行动可以请求发射国的协助,并且发射国应支付他国有关保护和归还行动的费用。

(4)如果一国有理由认为在其境内发现的空间物体是具有危险和有害性质的,则可通知发射国在该国的领导和监督下,立即采取有效措施,消除这种危险。

3. 责任制度:

(1)国家对其外空活动承担国际责任,并应保证本国活动的实施,符合国际法的规定。不论这种活动是其政府部门或非政府实体从事。非政府实体的外空活动,应得到其国家的批准和连续监督。

(2)《责任公约》对于空间物体造成损失的赔偿责任制度,作出了具体的规定。根据公约,损害赔偿应由该物体的发射国承担。这里的发射国包括:发射或促使发射空间物体的国家以及从其领土或设施发射空间物体的国家。“发射”包括未成功的发射在内。两个或两个以上的国家共同发射空间物体时,对所造成的损害应承担共同或单独的责任。

(3)发射国对其空间物体在地球表面或给飞行中的飞机造成的损害,应负有赔偿的绝对责任。发射国对于其空间物体在地球表面以外的其他任何地方,对于其他国家的空间物体,或所载人员或财产造成损害,负有赔偿的过错责任。

(4)发射国的空间物体在地球表面以外的地方,对另一发射国的空间物体造成损害,并因此对第三国或第三国的自然人或法人造成损害时:如果是在第三国的地球表面或对飞行中的飞机造成的,则前两国对第三国负绝对责任;如果对地球表面以外的其他地方的第三国外空物体或所载人员财产造成损害,则前两国依各自的过错承担相应的责任。

(5)发射国空间物体对于下面两种人员造成的损害不适用《责任公约》:该国的国民;以及

在空间物体从发射至降落的任何阶段内参加操作的或者应发射国的邀请而留在紧接预定发射或回收区的外国公民。

此外,由于外空及相关技术的迅速发展带来的关于卫星遥感、广播电视的卫星直播、外空使用核动力、空间碎片、地球静止轨道、无线电频率分配、空间站以及空间活动商业化等各个方面的问题,国际社会都正在形成或完善相关的制度。

作为航天大国,我国积极参与了有关外空国际立法,并先后加入了《外空条约》、《营救协定》、《责任公约》和《登记公约》。

第四节 国际环境保护法

一、国际环境法的原则

1. 国家环境主权和不损害其管辖范围以外环境的原则。这项原则包括两方面的内容:(1)各国享有按照自主的环境政策和本国的环境法律开发本国资源的权利,同时又有义务保证在其管辖和控制下的活动,不损坏别国或国家管辖范围以外的环境。(2)各国为保护全球环境进行的一切国际合作活动,都必须在尊重国家主权的基础上进行。

2. 国际环境合作原则。该原则有两方面的意义:一是国际环境问题的解决有赖于国际社会成员的普遍参加与合作,而不能仅由少数国家决定;二是作为国际社会成员的所有国家都应该并且有权参与保护与改善国际环境的行动。合作包括诸如防止跨界污染,预防突发环境事件、增强保护和改善环境的能力等各个方面。

3. 共同但有区别的责任原则。所谓责任的共同性是指环境作为全人类共同利益所在,保护环境需要所有国家的合作与努力。由于环境本身的整体性,各国对保护全球环境应承担共同的责任,包括:保护和改善其管辖范围内的环境,并防止损害其管辖范围外的环境;各国应广泛参与国际合作,在环境方面相互合作和支持。所谓责任的区别性是指发达国家和发展中国家经济、科技发展水平的不同,及其历史上对环境恶化成因中所起作用不同,因此,承担的责任应



当有所区别。发达国家应当对发展中国家在环境保护方面给予更多的帮助,承担更大的责任。

4. 可持续发展原则。这个原则包括三个方面内容:(1)以可以持续的方式利用和开发自然资源,对于可再生的资源应在保持其最佳再生能力下利用;对于不可再生资源,应在保存和不以其耗尽的前提下利用。(2)应将保护环境与经济及其他方面的发展结合起来,不能以环境否定发展,也不能以发展牺牲环境。(3)对自然环境及资源的拥有和利用,不仅是当代人类不分种族、民族平等享有的权利,还应该是后代人类同样享有的权利。

二、国际环境保护的主要制度

(一)大气环境保护

1. 防止气候变化。主要是《联合国气候变化框架公约》和《京都议定书》。公约确定了控制温室气体的排放,延缓全球变暖效应的基本方向,重申和体现了国际环境保护的基本原则,特别是共同但有区别的责任原则。具体的义务规定在以后的《京都议定书》中。

公约和议定书把参加国分为三类,分别规定了不同的义务。(1)工业化国家。这些国家答应要以1990年的排放量为基础进行削减,承担削减排放温室气体的义务。如果不能完成削减任务,可以从其他国家购买排放指标。(2)发达国家。这些国家不承担具体削减义务,但承担为发展中国家进行资金、技术援助的义务。(3)发展中国家。不承担削减义务,以免影响经济发展,可以接受发达国家的资金、技术援助,但不得出卖排放指标。

议定书允许采取以下四种减排方式:(1)两个发达国家之间可以进行排放额度买卖的“排放权交易”,即难以完成削减任务的国家,可以花钱从超额完成任务的国家买进超出的额度。(2)以“净排放量”计算温室气体排放量,即从本国实际排放量中扣除森林所吸收的二氧化碳的数量。(3)可以采用绿色开发机制,促使发达国家通过向发展中国家输出绿色技术,折抵温室气体排放量。(4)可以采用“集团方式”,即欧盟国家视为一个整体,可以采取内部平衡抵

消,但在总体上完成减排量的方式。

2007年,公约在巴厘岛举行缔约方第13次会议,制定了进一步落实公约和议定书的“巴厘路线图”。2009年,公约在哥本哈根举行了第15次缔约方会议,会议经过极为激烈的争论和艰苦的谈判,达成不具有法律拘束力的《哥本哈根协议》。该协议维护了《联合国气候变化框架公约》及其《京都议定书》确立的“共同但有区别的责任”原则,就发达国家实行强制减排和发展中国家采取自主减缓行动作出了安排,并就全球长期目标、资金和技术支持、透明度等焦点问题达成了共识。同时,也暴露了全球在气候问题上的巨大分歧和利益冲突。2013年11月的缔约方华沙会议上,分歧依旧存在,但又有所进展,各国就损失损害补偿机制问题达成初步协议,同意开启有关谈判。

2. 臭氧层保护。目前的主要法律文件为《保护臭氧层维也纳公约》和《关于消耗臭氧层物质的蒙特利尔议定书》(包括以后对议定书的多次修正案)。公约采用了对消耗臭氧层物质进行限制和管制的措施,有多种物质被列入管制名单中,包括氟氯烃、氟氯化碳、哈龙、甲基溴、乙溴乙氯甲烷等,规定了有关的报告制度、消费水平限制和淘汰时间表。如规定氟氯烃生产和消费的最后禁用时间,发达国家为2030年,发展中国家为2040年。

(二)海洋环境保护

1982年《联合国海洋法公约》中,规定了各国对海洋环境保护的一般义务。涉及陆源污染、船舶污染、空气污染等方面的一般原则和规则。而其他有关国际条约则建立起了各个领域的具体制度。

1. 防止来自船舶的污染。以《国际防止海上油污公约》和《国际防止船舶污染公约》为基础,确立了对船舶污染海洋的责任和管辖制度。对于船舶违章污染,其船旗国应设法立即进行调查并在适当的情况下对此违章行为提起诉讼;对于发生在一国管辖区域内的外国船舶的违章行为,该国有权进行调查和管辖;对于位于一国港口或内水的外国船舶在他国领域内的违章行为,港口国则应在实际可行的范围内满足

行为发生地进行调查的请求;同时港口国在切实可行的范围内,还应满足位于其港口的外国船舶的船旗国提出的调查请求,不论该船舶的违章行为发生在何处。

2. 防止海洋倾倒废物。以《防止倾倒废物及其他物质污染海洋的公约》为基础,采用了物质分类名单和许可证制度。对于从船舶、航空器、平台等向海洋倾倒的废物,分为禁止倾倒的“黑名单”所列物质、需国家颁发“特别许可证”的“灰名单”所列物质和需得到“一般许可证”的“白名单”所列物质,以此控制向海洋倾倒废物。

(三) 自然生态和资源保护

1. 生物资源保护。《联合国生物多样性公约》对生物资源保护作了全面广泛的规定。包括:国家生物资源主权,国家对生物保护的查明与监测、就地保护、移地保护等方面的义务。此外,还有许多针对某一生物物种或某一特定区域的生物进行保护的条约。其中较为突出的是《濒危野生动植物种国际贸易公约》。该公约建立了濒危物种清单基础上的许可证制度。其中附件一列是受贸易影响濒于灭绝的物种;附件二是如不管理可能成为濒于灭绝的物种;附件三是一般保护的物种。附件一物种的贸易受到最严格管制,只有在极其特殊情况下才被允许,附件二物种是必须加以限制贸易的物种,附件三是各国自行决定管理的物种。对于附件中所列物种标本的贸易,必须按照公约规定进行。附件一、二所列物种出口都必须事先取得出口许可证。附件一物种的进口还应取得进口许可证。

2. 世界文化和自然遗产保护。《保护世界文化和自然遗产公约》承认国家领土内的文化和自然遗产的确定、保存、保护、展出和传与后代,主要是有关国家的责任。但是,缔约国在充分尊重文化和自然遗产所在国的主权并不使所在国法律规定的财产权受到损害的同时,承认这类遗产是世界的一部分,整个国际社会有进

行保护的责任。目前列入世界文化和自然遗产名单的有几百项,其中包括我国长城、孔庙、黄山、布达拉宫等几十项。

(四) 控制危险废物的越境转移

《控制危险废物的越境转移及其处置公约》(《巴塞尔公约》)对于列举在其附件中的危险废物的越境转移,规定了严格的条件。包括:(1)缔约国禁止向另一缔约国出口危险废物,除非进口国没有一般地禁止该废物的进口,并且以书面形式对某一进口向出口国表示同意。(2)出口国有理由认为拟出口的废物不会被以符合有关标准的对环境无害的方式在进口国或其他地方处理,则不得出口。(3)不得向非缔约国出口或自非缔约国进口危险废物。

关于越境转移的程序和其他事项,公约规定:(1)出口国或者危险废物的生产者或出口者,应将拟出口的废物的越境转移以书面形式通知有关国家的主管部门。进口国应作出书面的答复。(2)出口国应当证实通知人已得到进口国的书面同意,并且进口国已证实出口者和处置者之间已订立合同,详细说明对废物的无害环境的处置办法,才能开始越境转移。(3)如果越境转移的废物不能按照合同的条件完成,如无其他合法安排,应运回出口国。(4)危险废物的任何越境转移都必须有相关的保险、保证或担保。(5)公约不适用于其他国际制度管制放射性废物。

此外,在外层空间环境、河流和淡水资源、湿地、森林、防止酸雨、放射性物质等方面国际社会也都存在相应的条约和原则,已经或正在形成相关的制度。

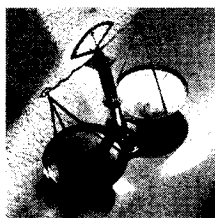
新华考资

【本章主要法律规范】www.xhkzedu.com

1. 领海及毗连区法
2. 专属经济区和大陆架法
3. 我国刑法、民法、诉讼法、民航法、环境法等法律中的涉外条款、相关规定和司法解释

本章主要在于正确掌握划分各个区域的思路 and 各个区域中基本法律制度的内容及范围。

难点一是领土涉及的各项规则以及之间的联系;二是国家在海洋各个区域上的权利差别;三是南北极和外空特有的法律状态和相应制度。



国际法



第一节 国籍

一、国籍的概念

国籍是指一个人属于某一个国家的公民或国民的法律资格。国籍在个人与国家之间建立了一种稳定的法律联系。基于这种联系,国家和个人之间存在一系列的权利义务关系。国家基于此联系对个人进行有关的管辖和保护,个人基于这种联系对国家享有特定的权利并承担相应的义务。

拥有一国国籍的人,称为该国的公民或国民,因此国籍也称为公民资格。有些国家的国内法对公民或国民作出某些区分,规定其在国内法中权利地位有所差别,但由于他们都拥有该国国籍,国际法对此并不加以区别而都将其作为该国人。

位于一国境内并拥有该国国籍的人,称为本国人;位于一国境内没有该国国籍但拥有其他国家国籍的人为外国人;在一国境内而没有任何国家国籍的人为无国籍人,一般情况下这部分人很少,因此一般国家在管理时,往往也将他们包括在广义的外国人中。

给予哪些人国籍,即认定哪些人是其公民,是国家自身的权利。国家对此一般通过有关的国内法作出规定。但是,由于各国法律规定不同,会出现国籍冲突的问题,需要国家间合作通过国际法加以调整。

有些法律文件中,出现了法人国籍、船舶国籍、航空器国籍等用语,这是一种借代用法。法人和物的国籍在其含义及取得方式上与这里所说的国籍都是不相同的,法人或物的国籍只是与自然人国籍的某个方面属性的类比或类推说法。

二、国籍的取得与丧失

(一) 国籍的取得

国籍的取得是一个人获得某一特定国家的公民或国民的资格。根据各国国籍立法及相关条约实践,国籍的取得方式可以分为两类:因出生取得和因加入取得。

1. 因出生取得。因出生而取得国籍称为原始国籍,它是最基本的国籍获得方式。在因出生取得国籍方面,各国的立法中采取的原则有血统主义、出生地主义和混合制原则三种。

(1) 血统主义是指一个人出生时获得国籍仅取决于其父母的国籍,而不问其出生在何地。血统主义又分为仅以父亲国籍决定的单系血统主义和双亲任一方国籍决定的双系血统主义。出于男女平等的原则,目前采用血统主义时,倾向于采用双系血统主义。

(2) 出生地主义是指一个人出生时获得国籍仅取决于其出生地,而不管其父母国籍情况如何。

(3) 混合制原则是指由出生获得国籍时,兼采血统主义和出生地主义。混合制又可分为血统主义为主、出生地主义为主和均衡两者三种实践。目前世界上绝大多数国家在国籍立法中采用混合制原则。

2. 因加入取得。因加入取得国籍是指由于本人意愿或某种事实,根据一国国籍法的规定而获得该国的国籍。这种国籍也称为继有国籍或转承国籍。因加入取得国籍又可以分为两种情况,自愿申请入籍和由于一些法律事实发生而引起获得国籍的法律后果。

(1) 申请入籍,也称为归化,是指经过自愿申请并经过入籍国的相关程序的审查批准而获得国籍。对此,国家一般在年龄、职业、文化程度、财产状况、行为能力等方面,都规定入籍所必须具备的一定条件。

(2) 由于法定事实引起获得国籍是指由于某种事实的发生,根据所涉国家的法律而获得该国国籍。包括因跨国婚姻、收养、取得住所、领土转移等各种情况。对于这些情况各国的立法相差很大。如一些国家规定,跨国婚姻或收养不必然带来当事人国籍状态的变化。一方面,当事人可以自主作出选择;另一方面,婚姻或收养可作为获得国籍的有利条件之一,但获得国籍可能还需满足其他条件。

因加入取得国籍的方法、条件及程序,取决于有关国家的国内法的规定,是一国自由决定的事项,但该国行使权利时,不得违背其根据条约或国际习惯法承担的义务。

(二) 国籍的丧失

国籍的丧失是指由于某种原因一个人失去其拥有的某个国家的国籍。各国立法中对于国籍丧失有各自不同的规定。一般可以分为自愿丧失和非自愿丧失两种。

1. 自愿丧失是指基于个人意愿作出申请或选择而放弃其拥有的国籍。自愿丧失包括自愿退籍和自愿选择放弃两种做法。退籍是某人依据其原国籍国立法规定主动申请退出该国国籍,如得到批准从而丧失该国国籍。选择放弃是指根据某人原国籍国立法或与他国签订的有关条约的规定,允许自愿选择一种国籍并且这种选择意味着对以前国籍的放弃,即如果选择其他国籍,则丧失了其原有国籍。

2. 非自愿丧失是指退籍和选择放弃以外的某种法律事实的出现,导致当事人根据有关国家立法的规定丧失其原有国籍。导致非自愿丧失国籍的事实一般有涉外婚姻、收养、已归化加入外国籍等。有些国家还规定了在符合某些法定条件时,国家可依法剥夺个人的该国国籍。对剥夺国籍的做法,在国家不违背其他国际义务的前提下,国际法尚未明确加以禁止。

三、国籍的冲突和解决

由于各国的国籍立法不同,在实践中,可能会出现两个或两个以上国家,根据各自国家的法律,同时都给予一个人其国家的国籍,则该人就会拥有双重或多重国籍;反过来,也可能出现任何国家都不给予某个人国籍,则该人成为无国籍人。前一种情况称为国籍的积极冲突,后一种情况称为国籍的消极冲突。

国际法确立和承认国籍制度,是为了明确和强化国家与其国民的关系,从而有利于国家的管理和对国民权利的保障,并且有利于国际社会的秩序和各国关系的发展。为此首先要实现“一人一籍”,即通常情况下每个人都应该拥有一个、并只拥有一个国籍。国籍的积极冲突和消极冲突都会给有关国家和个人带来混乱与不便,甚至造成国家间的争端。因此,国际社会一直在努力防止和消除国籍冲突。在国际实践中,一般采取的防止和消除国籍冲突的方式有两种:



第一种是通过国内立法。各国在制定国籍法时,应充分注意防止和解决可能产生的国籍冲突问题。这是目前解决国籍冲突问题中最基本的方法。第二种是通过双边或多边条约方式。通过双边条约防止和解决有关国家间的双重国籍问题,是各国广泛采取的解决双边国籍问题的方式。目前有许多这种条约。另外,为解决国籍冲突问题,各国还签订了一些多边条约或国际公约,但由于国籍问题的复杂性,目前这样的条约和参加的国家都为数不多。

我国现行的国籍制度主要规定在1980年《中华人民共和国国籍法》中。该法体现了中国各族人民平等地拥有中国国籍、男女平等、因出生获得国籍采取混合制、因加入获得国籍时采取申请和审批相结合等原则。对于防止和消除国籍的冲突,该法也作出了相关规定,包括不承认双重国籍、在中国出生的无国籍人子女具有中国国籍等。此外,中国还与有关国家以双边条约的形式,积极妥善地解决有关国籍冲突问题。

第二节 外国人的法律地位

一、外国人及其法律地位的概念

一国所指的外国人是指不拥有该国国籍而拥有其他国家国籍的人。一般地,国家在进行管理时,将无国籍人也归于外国人的范畴。具有双重国籍的人,当处于其拥有的任一国籍的国家境内时,一般被视为本国人。在有些情况下,外国人一词除外国自然人外,还包括有关的外国法人。

一国境内的外国人可以分为普通外国人和享有外交特权与豁免的外国人。一般地,外国人的法律地位是对普通外国人而言。享有外交特权豁免的外国人适用专门的法律制度,有关内容参见“外交关系法与领事关系法”一章。

外国人的法律地位是通过在一国法律中,对外国人权利和义务的规定体现的。包括外国人在入境、居留、出境等各个方面的权利义务。根据国际法,给予外国人何种法律地位,是一国主权范围内的事项,不受别国干涉。国家通过其国内法对外国人的法律地位自主地作出规定。但是,对外国人法律地位的规定不得违背国家依

据条约承担的国际义务或国际法的一般原则、规则,并应考虑外国人国籍国的属人管辖权。

外国人处于居住国的属地管辖权之下,必须遵守居住国的法律。他根据居住国关于外国人地位的规定,承担相应的权利和义务。同时,他还应履行对其国籍国效忠及其他义务。当其权利受到侵害并满足相关条件时,有权请求国籍国的外交保护。

二、外国人的入境、居留和出境

1. 根据一般国际法,国家没有允许外国人入境的义务。由于国家间交往的需要,国家一般都在互惠的基础上允许外国人为合法目的入境,并且制定有关的法规和彼此达成协议,规定有关入境的条件程序和相关问题。实践中,外国人入境一般要经过两个步骤:

(1) 持有有效护照并获得入境签证。也称为“护照签证制”。护照一般是某人的国籍国法定机关颁发的用于在国外证明其身份的证件。入境签证是指入境国对申请入境的外国人给予的允许其入境或居留的许可,它由入境国法定机关以某种认证方式作出。实践中,被入境国接受的某种证明身份的证件,如国际旅行证、国际船员证、国际公务员证等,也可起到护照作用。签证一般分为外交签证、礼遇签证、公务签证和普通签证等不同种类,分别给予不同目的的外国入境者。签证手续也可以由有关国家之间协议免去。

(2) 在入境口岸接受有关安全、卫生等方面的检查。国家有权作出规定,对可能危及本国安全、社会秩序或国民健康的外国人,拒绝入境,如精神病患者、某种传染病患者、有刑事犯罪前科或犯罪嫌疑的人等。

2. 对于外国人的居留,各国也有权通过国内法予以规定,包括居留条件、手续、期限及其他事项。任何国家或其国民都不得主张必然有在另一国的居住权。外国人的居留应该办理申请和批准手续,以规定的地区、期限、目的和方式居留。一般将外国人的居留根据时间长短分为短期、长期和永久三种,但期间的划定各国法律规定各异。外国人在居留国的居留期间的权利和义务由居留国的法律规定。

3. 国家一般不禁止外国人的合法出境,但可以对外国人离境规定某些条件。对于外国人的出境,一般要求其办理出境手续,依法付清捐税或债务,了结诉讼。外国人合法出境可以依法带走其私人合法财产。国家可以在特定情况下依法令外国人限期离境或将其驱逐出境,但此措施不得无端滥用。

4. 我国2012年颁布了《中华人民共和国出境入境管理法》(2013年7月1日起施行),2013年7月12日颁布了《中华人民共和国外国人入境出境管理条例》(2013年9月1日起施行),《管理法》对于外国人入出境、居留、交通工具的边检,相关调查和遣返等事项做了规范,《条例》则进一步对外国人的入出境和居留做出了细化规定。《条例》把我国的签证类别分为外交签证、礼遇签证、公务签证、普通签证四类。其中,大部分外国人的入境适用普通签证。普通签证从入境目的上,又分为永久居留、访问、旅游、贸易、探亲、学习、工作以及国际机组人员船员等12类,分别设定条件,发给不同入境目的的申请并满足条件的外国人。《条例》对外国人在中国境内停留的期限准许上,分为短期(小于等于180日)和长期(超过180日)两种。

《条例》对外国人的停留居留,也做出了具体规定。特定情况的外国人需要申请并获得中国颁发的相应种类的居留证件。居留证件分为以下种类:(1)工作类居留证件,发给在中国境内工作的人员;(2)学习类居留证件,发给在中国境内长期学习的人员;(3)记者类居留证件,发给外国常驻中国新闻机构的外国常驻记者;(4)团聚类居留证件,发给因家庭团聚需要在中国境内居留的中国公民的家庭成员和具有中国永久居留资格的外国人的家庭成员,以及因寄养等原因需要在中国境内居留的人员;(5)私人事务类居留证件,发给入境长期探亲的因工作、学习等事由在中国境内居留的外国人的配偶、父母、未满18周岁的子女、配偶的父母,以及因其他私人事务需要在中国境内居留的人员。

特别地,《条例》规定,持学习类居留证件的外国人需要在校外勤工助学或者实习的,应当经所在学校同意后,向公安机关出入境管理机

构申请居留证件加注勤工助学或者实习地点、期限等信息。持学习类居留证件的外国人所持居留证件未加注前款规定信息的,不得在校外勤工助学或者实习。

三、外国人的待遇

外国人的待遇,是指国家对于外国人,特别是长期或永久居留的外国人所设定的权利义务。国际法对此并没有统一完整的规定。各国通常是在互惠及不歧视的基础上,通过国内立法或有关具体条约,在不同领域分别采用不同的待遇。并且有些待遇方式被借鉴或推广适用于外国法人、船舶或产品上。在国内法或国际条约实践中,通常采用的有以下一些方式。

(一)国民待遇

国民待遇指在一定事项或范围内,国家给予其境内的外国人与其本国国民同等的待遇。

目前,几乎所有的国家都在国内立法或国际条约中采用了这一方式,并具体规定了它的适用范围。一般地,国民待遇限于民商事和诉讼权利方面,而不适用于政治权利方面。如外国人不享有选举权和被选举权,一般不参加政治活动或政治组织,外国人也不承担服兵役的义务。此外,出于国家安全和社会利益等方面的考虑,对外国人的民商事权利也可能作出某些限制。例如,有些国家规定外国人不得从事某些职业或担任某些职务或不得从事某些方面的经营活动;有些国家对外国人的居住和旅行有某些限制等。

(二)最惠国待遇

最惠国待遇指一国给予另一国国家或国民的待遇不低于现在或将来给予任何第三国国家或国民的待遇。

最惠国待遇是国家给予他国的一种优惠,国家有权决定给予哪些国家在什么范围的最惠国待遇。国家间一般是通过双边或多边条约对最惠国待遇的给予和范围作出规定。最惠国待遇被广泛用于国家间经贸活动领域,在一些重要的多边经贸条约中,甚至被规定作为缔约国间进行正常贸易的基础。最惠国待遇一般不适用于以下情况下给予的优惠:自由贸易区、关税同盟、经济共同体等经济组织成员国间的优惠;

新华考资

www.xhkzedu.com



邻国之间方便边民的一些优惠;基于特殊历史地理等因素而给予某些国家的优惠;发达国家对发展中国家的普遍优惠及其他在条约中明确规定不适用于最惠国待遇的情况。

(三) 差别待遇

差别待遇是指一国给予外国人不同于本国人的待遇,或给予不同国家的外国人不同的待遇。前者一般是指给予外国人和外国法人的权利在有些方面小于本国国民和法人,但也包括有些时候给予外国人或法人某些方面超过本国国民或法人的待遇,如某些税收的减免。后者是指基于地理、历史、民族等因素而给予某些国家的待遇比给予其他国家的更为优惠。国际法承认上述差别待遇,但禁止基于宗教种族等原因的歧视待遇。

(四) 互惠原则与普惠制

互惠原则是指一国给予外国国民某种权利、利益或优惠须以该外国给予本国国民同等的权利、利益或待遇为前提。在上述国民待遇或最惠国待遇的采用中,一般都同时遵循这项原则,以防止国家获取片面利益。但是,基于某种原因,国家自愿同意的片面优惠待遇不受此限制,普惠制就是一个典型。普惠制或称普遍优惠制,是指为减少经济发展的极端不平衡,发达国家在与发展中国家的经济交往中,单方面给予发展中国家某些特殊优惠,而不要求发展中国家给予发达国家同样的优惠。

对于外国人在我国的法律地位,由我国有关的专门法律或与外国人相关的法律条款作出规定。据此,外国人及外国法人在中国境内必须遵守中国的法律,同时其合法利益和权利受中国法律保护。中国境内的外国人在民事权利和诉讼权利方面,原则上享有国民待遇,但某些方面法律规定了差别待遇,如对外国人进入某些职业或产业予以禁止或限制;在某些领域如贸易投资税收等方面,规定了给予外国人某些高于中国公民的优惠。外国人在中国境内不享有选举权、被选举权等政治权利,不得参加中国境内的政治党派或政治活动,也没有服兵役的义务。我国还在与许多国家订立的双边条约中,普遍采用了在特定领域和范围相互给予最惠国待遇的规定。

四、外交保护

在一国的外国人,应履行其对居住国和国籍国的双重义务,同时他的有关权利也应得到居住国及国籍国的双重保护。当在居住国其权益受到侵害时,国籍国在某些情况下,有权采取某些措施提供帮助,其中重要的措施之一就是外交保护。按照联合国国际法委员会目前正在编纂的《外交保护条款草案》,外交保护制度包括下列主要内容:

(一) 外交保护的性质

外交保护或外交保护权,是指一国国民在外国受到不法侵害,且依该外国法律程序得不到救济时,其国籍国可以通过外交方式要求该外国进行救济或承担责任,以保护其国民或国家的权益。外交保护有下列性质:

1. 根据国家主权原则,国家具有属人管辖权。外交保护主要是基于国家的属人管辖进行的,是国家属人管辖权的重要体现。

2. 外交保护是在国家之间进行的。当一国由于其公民的权利在外国被侵害而提出外交保护时,原来一国公民与该外国之间的事件转变为两个国家之间的事件。前者主要涉及外国人的法律地位问题,而后者多涉及国际责任问题。因此,外交保护制度本质上是处理国家间关系的制度。

3. 虽然国家就其国内法来说,有保护其公民利益的职责,其公民也可以向其国籍国请求保护,但是否向外国提出外交保护,是国家的权利。无论其国民是否作出请求,国家都可以根据有关情况作出行使或拒绝行使外交保护权的决定。

4. 国家行使外交保护权要尊重外国的主权和属地管辖权,要符合国际法的有关规则和外交保护的相关条件。

(二) 外交保护的条件和范围

1. 国家行使外交保护权一般应符合三个条件:

- (1) 一国国民权利受到侵害是由于所在国的国家不当行为所致,也就是说,该侵害行为可以引起国家责任。如果损害仅仅涉及外国私人的行为,所在国家不存在任何直接或间接责任,

则不得行使外交保护。

(2) 受害人自受害行为发生起到外交保护结束的期间内,必须持续拥有保护国国籍。这称为“国籍继续原则”。此外,近来在国际实践中,还提出了“国籍实际联系原则”,要求受害人和其国籍国之间具有实际的真正联系。

(3) 在提出外交保护之前,受害人必须用尽当地法律规定的一切可以利用的救济办法,包括行政和司法救济手段。在这些手段用尽之后仍未得到合理救济时,才可以提出外交保护。此为“用尽当地救济原则”。该原则适用于国民或法人权益的被侵害的一般情况,不适用于国家本身权益受侵害或国家之间有另外协议的情况。

2. 外交保护的_{范围}。外交保护原则上适用于一国的国家行为已经或必将侵害外国人合法权益的各种事项。实践中主要包括:(1) 国民被非法逮捕或拘禁;(2) 国民的财产或利益被非法剥夺;(3) 国民受到歧视性待遇;(4) 国民被“拒绝司法”等情况。

(三) 法人的外交保护

鉴于目前法人的跨国经营活动的增加,其权利被外国侵害的情况增多,因此,《外交保护条款草案》专门针对法人的外交保护作出了一些规定。

1. 公司的国籍国:为对公司行使外交保护的_{目的},国籍国是指公司依照其法律成立的国家。然而,当公司受另一国或另外数国的国民控制,并在成立地国没有实质性商务活动,而且公司的管理总部和财务控制权均处另一国时,那么该国应视为国籍国。

2. 公司的持续国籍:一国有权为从发生损害之日到正式提出求偿之日持续为该国或其被继承国国民的公司行使外交保护。如果在上述两个日期该公司都持有该国籍,则推定该国籍是持续的。

3. 一国对于在提出求偿后获得被求偿国国籍的公司不再享有为其行使外交保护的_{权利}。

4. 尽管有上述的规定,一国继续有权为在发生损害之日为其国民,但由于损害的原因,按照成立地国法律终止存在的公司行使外交保护。

第三节 引渡和庇护

一、引渡

引渡是一国将处于本国境内的被外国指控为犯罪或已经判刑的人,应该外国的请求,送交该外国审判或处罚的一种国际司法协助行为。

(一) 引渡的主体

引渡的主体是国家,引渡是国家之间进行的。在国际法中,国家没有一般的引渡义务,因此引渡需要根据有关的引渡条约进行。当他国在没有引渡条约的情况下提出引渡时,一国可以自由裁量,包括根据其有关国内法或其他因素作出决定。

(二) 引渡的对象

引渡的对象是被请求国指控为犯罪或被其判刑的人,可能是请求国人、被请求国人和第三国人。在国际实践中,除非有关引渡条约或国内法有特殊规定,一般地各国_{有权}拒绝引渡本国公民。

(三) 可引渡的罪行

对于可引渡的罪行,一般都列举和规定在引渡条约中,有些国家的国内引渡法也有规定。“双重犯罪原则”和“政治犯罪不引渡”是被一般接受的原则。

双重犯罪原则是指被请求引渡人的行为必须是请求国和被请求国的法律都认定的犯罪。政治犯不引渡原则中,关键是对政治犯罪的认定问题。实践中,认定政治犯罪的决定权属于被请求国。国际法规定了一些不应视为政治犯罪的行为,包括:(1) 战争罪、反和平罪和反人类罪;(2) 种族灭绝或种族隔离罪行;(3) 非法劫持航空器;(4) 侵害包括外交代表在内的受国际保护人员罪行等。

(四) 引渡的程序

引渡的程序一般根据引渡条约及有关国家的国内法规定进行。包括:引渡请求的提出和答复、负责引渡的机构、引渡文件材料的传送、移交被引渡人的条件方式等。

(五) 引渡的效果

引渡的目的是克服刑法的地域性或各国刑法的差异造成的法律漏洞,防止某种犯罪行为



逍遥法外。实践中,请求国只能就其请求引渡的特定犯罪行为对该被引渡人进行审判或处罚。这也称为“罪名特定原则”。如果以其他罪名进行审判或将被引渡人转引给第三国,则一般应经原引出国的同意。

2000 年我国颁布了《中华人民共和国引渡法》,对有关引渡的问题作出了具体规定。另外,我国还与一些国家缔结了引渡条约或司法协助条约。

二、庇护

庇护是指一国对于遭到外国追诉或迫害而前来避难的外国人,准予其入境和居留,给予保护,并拒绝将其引渡给另一国的行为。

庇护是国家基于领土主权而引申出的权利。决定给予哪些人庇护是国家的权利。国家通常没有必须给予庇护的义务。国家对庇护问题通常在有关的国内法中加以规定。

国家从属地管辖权的意义上,可以自主决定庇护的条件,只要不违背其国际义务。因政治原因而请求的庇护,即政治庇护是庇护的一种,也是当代国际实践中最为普遍的一种。根据国际法,对从事侵略战争、种族灭绝和种族隔离、劫机、侵害外交代表等罪行以及其他被条约或习惯国际法认为是国际罪行的人,不得进行庇护。

庇护包括允许避难者在庇护国境内居留,对其进行保护或不对其进行相关的惩罚,并拒绝将其交给其他国家或递解出境。对尚不在庇护国领土内的避难者,庇护还包括准其入境。因此,不引渡并不等于庇护。

被给予庇护的人在庇护国通常享有外国侨民的待遇,其应当遵守庇护国的法律。并且庇护国不得准许其从事可能导致庇护国违反国际法义务的活动。

庇护是基于领土的行为,关于领土以外的庇护,或称为域外庇护,最常见的是指利用国家在外国的外交或领事机构馆舍、船舶或飞机等作为场所进行的庇护。这种庇护是没有一般国际法根据的,而且常常带来对国际法其他规则的违背。虽然某些国家之间有域外庇护的实践,但它们都是基于相互的协议或同意并规定

了庇护的特定范围,并且只能在不违背其他国际义务的前提下进行。因此,不存在可以进行域外庇护的一般规则。

示例

甲国公民库克被甲国刑事追诉,现在中国居留,甲国向中国请求引渡库克,中国和甲国间无引渡条约。关于引渡事项,下列选项正确的是:(2013 年试卷一第 97 题)

A. 甲国引渡请求所指的行为依照中国法律和甲国法律均构成犯罪,是中国准予引渡的条件之一

B. 由于库克健康原因,根据人道主义原则不宜引渡,中国可以拒绝引渡

C. 根据中国法律,引渡请求所指的犯罪纯属军事犯罪的,中国应当拒绝引渡

D. 根据甲国法律,引渡请求所指的犯罪纯属军事犯罪的,中国应当拒绝引渡

【参考答案及简要提示】ABCD。本题常见错误:(1)对我国引渡法中应当拒绝引渡的条件记忆不准,误认为因健康原因,根据人道主义原则不宜引渡的,中国“应当”而不是“可以”拒绝引渡,因此漏选 B。(2)对于引渡法中关于军事犯罪不予引渡的规定,理解不准,容易漏掉 D。即根据引渡请求国法律,被提出引渡的行为被认为是军事犯罪的,中国应当不予引渡。

新华考资

第四节 国际 www.xhkzedu.com

一、概述

人权是一个历史和发展的概念,涉及政治、哲学、社会、文化等多方面的内容。人权被用做一个法律概念时,是泛指与人本身有关的所有法律权利的总称。国家合作通过国际法促进和保障人权主要是“二战”之后形成的,有关的原则和制度被认为构成了一个正在发展的国际法新分支,即国际人权法。

1. 国际人权法是指国家之间关于尊重保护人权以及防止惩治侵害人权行为的原则和制度,它主要由一系列保护人权的条约组成。从国际法看,国际人权公约是国家缔结的,条约所

规定的是国家承担的义务和遵守的规则,其主体是国家。个人不是这些条约的主体,而仅是条约所涉及人权的权利主体。

2. 人权主要通过国内法实现和体现,国家通过国际人权条约促进对人权的尊重和保护,是对国内法和国内措施的辅助。个人直接享有的法律上的权利,即法律上的人权,主要是由国内法来规定和完成的。国家履行其国际人权条约的义务的直接结果也是要通过国内法和国内措施来保护这些权利。因此,人权保护主要和最终是由一国在其主权下通过国内法来实现。

3. 人权本身不是国际法创设的,国际法只是通过国家的合作,尊重和保护有关权利或促进其更好地实现。其中,生存权和发展权是最基本的人权。

4. 人权领域无论是理论上还是实践中都存在许多分歧,一方面,增进及保护人权已成为当代国际社会的共识和国际法的重要原则之一;另一方面,人权保护的国际合作必须符合国际法的基本原则,特别是不得将一国的政治模式或价值观强加给别国,不得将人权作为干涉他国内政的工具。

二、国际人权条约体系

目前,国际人权法主要是由一系列条约构成的,这些条约主要包括:

(一)1966年联合国两个人权公约

1966年联合国大会通过了《经济社会文化权利国际公约》和《公民权利和政治权利国际公约》,开放给各国签署和加入。这两个公约汲取了1948年《世界人权宣言》的主要内容,并加以完善和发展。两个公约的内容涉及了法律上人权的基本内容和国际人权保护的主要方面,被认为是基本的关于人权的国际法律文件。

两个公约都首先规定了自决权和自然资源的永久主权。其中《经济社会文化权利国际公约》主要涉及一系列的经济社会权利,包括工作权、社会保障权、家庭权、健康权、受教育权等。它要求缔约国尽最大能力采取措施,以便使这些权利逐渐得到实现。《公民权利和政治权利国际公约》涉及了广泛的公民权利,包括生命

权、免于酷刑、人身自由、公正审判、信仰自由、和平集会、选举权和被选举权等,要求缔约国尊重和保证这些权利,并为达到此目的采取必要的立法或其他措施,以实现公约所涉及的各项权利。两个公约分别建立了各自的履约机制。

(二)专门领域或区域的人权条约

1. 专门领域主要包括:(1)消除各种歧视方面:《防止及惩治灭绝种族罪行公约》、《消除一切形式种族歧视公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行公约》、《关于就业和职业歧视公约》、《反对体育领域种族隔离公约》等;(2)妇女儿童权利保护方面:《妇女政治权利公约》、《消除对妇女一切形式歧视公约》、《儿童权利公约》等;(3)禁止奴隶制和强迫劳动方面:《废止奴隶制奴隶贩卖及类似奴隶制之制度与习俗补充公约》、《废止强制劳动公约》等;(4)保护被拘禁者权利方面:《禁止酷刑和其他不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》等。

2. 区域性的公约主要有《欧洲人权公约》及其一系列议定书、《欧洲社会宪章》、《美洲人权公约》、《非洲人权和人民权利宪章》等。

目前我国已签署了1966年两个人权公约,并已批准了《经济社会文化权利国际公约》。我国还参加了其他所有主要的国际人权公约,积极参与联合国人权领域的活动,并通过国内各项立法,大力加强对人权的保护和促进。

三、国际保护人权机制

国际保护人权机制是指国家通过条约建立的,旨在促进国家间合作以监督保障国家履行其在人权领域内承担的相关国际义务,防止和惩治违背义务行为的相关制度。目前,几乎所有的保护人权条约中都规定了其相应的国际保障或履约机制,其中主要方式有以下几种:

(一)设立国际人权机构

目前国际社会设立的专门人权机构有:

1. 联合国体系内的人权机构。联合国大会于2006年3月15日通过决议成立了人权理事会。该人权理事会取代了此前于1946年开始设立在经社理事会下的人权委员会。人权理事会是大会的附属机构,直接向大会负责。它

新华考资
www.xhgz.edu.com



由 47 个国家的代表组成,接替并扩展了原人权委员会的职责,是联合国系统审议人权问题的最主要机构。它根据《联合国宪章》的宗旨和原则,全面负责与人权有关的各项事务,提出建议和起草国际人权文书,协调联合国系统内的人权活动。人权理事会的设立,标志着联合国在人权保护领域的功能得到提升。

2. 根据有关人权公约而设立的特别机构,它们负责处理公约规定的缔约国报告、个人来文及其他事项。如《公民权利和政治权利国际公约》设立的“人权事务委员会”,委员会由 18 名以个人身份被选出的人权问题专家组成;《儿童权利公约》成立的“儿童权利委员会”等。

3. 根据联合国主要机构的决议成立的专门机关,如根据大会决议成立的“反对种族隔离特别委员会”;根据经社理事会的决议,人权委员会设立了“防止歧视和保护少数小组委员会”。

4. 根据区域性公约成立的区域性人权机构,如欧洲人权委员会、欧洲人权法院和美洲人权法院等。

(二)其他几种典型的制度

目前,国际人权保护领域由各项条约建立了不同的保护制度。典型的制度有以下几类:

1. 报告及审查制度。缔约国根据条约承担义务,将其履约情况定期或按要求向指定机构提交报告,由该机构进行审查。具体报告、审查形式和程序依不同条约有所不同。如《公民权利和政治权利国际公约》、《经济社会文化权利国际公约》、《禁止酷刑公约》等都规定通过联合国秘书长向有关机构提交报告,相关机构对报告审议并提出一般性建议或评论。

2. 缔约国指控处理及和解制度。一些人权公约规定了缔约国来文指控处理及和解的制度。如《公民权利和政治权利国际公约》规定,各国可以随时声明接受任择条款,即承认由人

权事务委员会接受并处理一缔约国对另一缔约国未履行公约义务的指控。对于接受任择条款的国家,委员会在认定用尽了当地救济之后,有权处理相关的指控,包括提供斡旋、指派专门委员会进行和解,并规定了和解的程序。其他一些条约如《禁止酷刑公约》、《消除一切形式种族歧视公约》等也规定了类似的制度。

3. 个人申诉制度。《公民权利和政治权利国际公约任意议定书》规定,凡议定书的当事国,人权事务委员会都有权接受其国民对该国侵害公约权利的指控,并进行审查。委员会将通知有关缔约国其国民对其提出的指控,该缔约国应在收到通知 6 个月内向委员会就相关事项进行解释或说明,包括说明已采取的救济措施。其他一些公约,如《禁止酷刑公约》、《消除一切形式种族歧视公约》也规定了类似的制度。

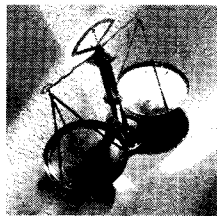
4. 联合国“1503”程序。“1503”程序是指 1970 年联合国经社理事会通过的第 1503 号决议所规定的程序。该决议题为“有关侵犯人权及基本自由的来文的处理程序”。该程序规定:防止歧视及保护少数小组委员会,在确证是一贯和严重地侵害基本人权的情况下,不用依据条约,就可以受理个人或非政府组织的来文。小组委员会可以将有关情况提交人权委员会审议。人权委员会可以自行研究并向经社理事会提出报告和建议,或征得有关国家同意任命一个特设委员会进行调查。由于“1503”程序没有条约依据,因此依该程序作出的有关决议没有法律拘束力。加上政治因素影响,启动该程序的实践大多是负面的。

【本章主要法律规定】

1. 宪法
2. 国籍法
3. 出境入境管理法
4. 引渡法

本章要理解掌握国籍的概念及其在各项制度中的作用。外国人待遇,出入境制度,外交保护,引渡制度。

难点一是对我国国籍法、出境入境管理法以及引渡法中有关规定的掌握,二是外交保护制度中各项条件的具体运用。



国际法

第五章

外交关系法与领事关系法

第一节 概述

国际法上的外交一般是指国家之间通过外交机关以诸如访问、谈判、缔约、交涉、参加国际组织和国际会议等方式进行的交往活动。外交关系广义的说就是国家间在上述活动中所形成的并通过上述行为反映出来的一种相互关系。规范这种关系的国际法规则,称为外交关系法。它主要是外交程序、形式及相关制度的规范。

在现代国际实践中,相互设立常驻外交机构、互派外交代表是国家之间外交中最通常的方式,也被作为国家间正常外交关系的必然结果和基本标志。因此,外交关系也往往特指国家之间的这种建立互派机构形成的关系。外交关系法的内容也多是集中在对这种关系的规定上。

外交关系的规则,大多是长期实践形成的习惯国际法,有相当的内容是从古老的使节制度演变而来。1961年《维也纳外交关系公约》将这些规则进行了系统的编纂和发展,包含了当今外交关系法的主要内容,包括外交关系的建立,外交代表机关派遣和接受的程序,外交代表机关的组成、等级及其职务、外交特权与豁免等。

领事关系是指根据国家间协议,互派执行领事职务的常驻机构而形成的一种国家关系。领事制度产生于中世纪后期的地中海国家,当时侨居某一外国进行商贸活动的同一国商人,往往在他们中推选出一些人,称为“商人领事”,用来解决他们之间的商业纠纷以及处理他们与居住国地方间的某些事务,保护他们的权益。以后这种做法逐渐传到世界各地,而且行使这种职务的领事人员,也从由当地侨居商人中推选演变为大都由商人的本国派出。领事关系成为了一种重要的官方关系,并且出现和形成了有关领事制度的一系列习惯法规则。1963年《维也纳领事关系公约》对这些规则进行了系统的编纂,构成了当今领事关系法的主要内容。

外交关系与领事关系都属于国家对外关系的范畴。驻外外交常设机构和领事常设机构之间存在紧密的联系。主要表现在,第一,二者都是根据国家协议为执行外交政策而常驻外国的机构。国家间同意建立外交关系同时包含同意建立领事关系,有时领事任务可约定由外交人员执行。在国家尚未建立或断绝外交关系时,有时可先建立或保留领事关系,这时领馆也可能执行某些外交性质的任务。第二,在派遣国的国内行政管理中,二者往往都由一国的外交部领导。在某一接受国行使职务时,领事机构通常接受同一派遣国在该国的外交代表机构的领导。

但同时,它们之间也有重要的区别:首先,外交代表机构全面代表其国家与接受国中央政府进行交往和交涉,而领事机构一般是与相关的地方政府进行交涉;其次,外交机构和领事机构的各自职务和任务虽然存在一些重叠,但其间也有相当的不同;再次,外交机构的职务范围为接受国全境而领事机构则限于其辖区;最后,二者的特权与豁免不尽相同。

第二节 外交关系法

一、外交机关

外交机关是国家用于专门管理或开展外交工作的机关,虽然在不同国家外交机关的具体名称可能有所不同。外交机关一般分为国家中央外交机关和派出外交代表机关,前者通常在一国首都,后者大都位于国外。

(一) 国家中央外交机关

国际法上,一国的国内中央外交机关一般包括国家元首、政府和外交部门。它们由各国按照其国内法的规定组成和划定职权范围。这些机关是国家进行外交决策和活动的基本机关。

国家元首是国家对外关系中的最高代表,它可以是个人也可以是集体。国际法上,国家元首所作出的一切具有法律意义的行为,都被当然地视为其国家的行为。国家元首的具体职权由其国内法规定。一般包括:派遣和接受外

交使节;批准和废除条约;宣战、媾和、停战、谈判、缔结条约等。国家元首在外国享有完全的外交特权与豁免以及最高的礼遇。

政府在这里是特指一国的最高行政机关,它一般也是国家对外关系的领导机关。一般地,政府首脑或行政首长在对外关系活动中承担首要工作,享有广泛的职权,包括:领导和制定对外政策;进行对外谈判;签订条约;派出有关的对外代表;协调和管理包括外交部门与政府其他部门的对外工作等。政府首脑在外国享有完全的外交特权与豁免和相应的礼遇。

外交部门是在政府中专门具体执行国家对外政策,处理日常对外事务的部门,一般称为外交部。它的对外职权一般包括:代表本国与外国进行联系和交涉;领导和监督驻外外交代表机关的工作;与外国的代表机构进行联系谈判;归口管理协调日常的国家对外事务等。外交部长为外交部的首长,其在外国的活动享有完全的外交特权与豁免。

不同国家,其国家元首、政府和外交机关可能有不同的名称。如国家元首可能称国王、总统、最高主席团、最高委员会等;政府可能称为内阁、政务院、国务院等;政府首脑相应地称为首相、总理等。外交部门也可能有多种名称,如外务省、国务院等。有些国家体制中,国家元首和行政首脑可能为同一机构。

国家元首、政府首脑和外交部长在对外交往中当然地代表其国家,除非有特别约定或例外,他们不需出示和提交全权证书,其作出的有法律意义的行为视为其国家的行为。我国的国家元首为国家主席;政府和政府首脑分别为国务院和国务院总理;处理日常外交事务的部门为外交部。

(二) 外交代表机关

一国的外交代表机关通常可以分为常驻外交代表机关和临时性外交代表机关两类。传统国际法中,常驻代表机关仅指一国派驻他国的外交机关,一般称为使馆。现代国际法中,还包括一国派驻国际组织的常驻代表机关。临时性机关又称为特别使团,根据其任务又可分为事

务性使团和礼节性使团两种。

国际法上国家拥有派遣和接受外交代表的权利,历史上称为“使节权”。这是国家的一种权利能力或资格。同时,任何国家没有必须向某个国家派遣或必须接受某个外国的外交代表的一般义务。因此外交代表机构的设立或派遣必须经过有关双方的同意。任何国家不得单方面强迫对方与自己建立或维持某种外交关系。

1. 使馆和外交代表。

(1) 外交关系与使馆的建立。根据《维也纳外交关系公约》,国家之间外交关系的建立应以双方协议进行。国家通过协议决定有关建交的事项,包括建立何种外交关系及如何设立使馆。建交协议的具体形式可以采取协定、公报、联合声明、换文等多种方式。

外交关系是国家间以特定的形式进行交往而表现和存在的国家关系。现代国际实践中,建立外交关系一般是与相互设立常驻外交机构、互派外交代表联系在一起的。因此,外交关系的建立也往往是由国家之间的这种互建常设外交机构的行为形成和体现的。

在外交关系建立并互设使馆之后,由于某种原因,一国也可以单方面暂时关闭使馆,甚至断绝与另一国的外交关系。如果两国关系改善或恶化,任何一方都可以提出将已有的外交关系升格或降级,经另一方同意后实现。

(2) 使馆的职务。根据《维也纳外交关系公约》,使馆的职务主要有以下五项:①代表。作为派遣国在接受国的代表,在处理派遣国和接受国间的交往事务中,全面代表派遣国。②保护。在国际法许可的范围内,保护派遣国及其人民的各项利益。③谈判和交涉。代表派遣国政府与接受国政府进行各项事务的谈判和交涉。④调查和报告。可以以一切合法的手段,调查接受国的各种情况,并及时向派遣国作出报告。⑤促进。促进派遣国和接受国之间的友好关系,发展两国政治、经济、文化各方面的合作。

此外,使馆经约定还可以执行国际法允许的其他职务,如领事职务;经接受国同意,还可以受托保护未在接受国派有外交代表的第三国

国家及其国民在接受国的利益。当然,对这种情况,接受国有权决定是否同意。

(3) 使馆的组成和等级。使馆由使馆馆长、外交人员、行政技术人员及服务人员等组成。

使馆馆长是使馆的最高首长,是一国派驻另一国的使节。根据《维也纳外交关系公约》,使馆馆长分为大使、公使、代办三级。以馆长的级别不同,使馆相应地分别称为大使馆、公使馆和代办处。

大使是派遣国元首向接受国元首派出的最高一级的使节,他代表本国及其元首与接受国办理相关外交事务。大使享有使馆馆长中的最高礼遇。

公使作为馆长是一国元首向接受国元首派出的第二级使节。享有与大使相同的职权,只是礼遇上稍逊于大使。近代派遣公使作为馆长,多是出于国家间的某种不平等。而当代国际实践中,任何国家都可以通过协议确定互派馆长的等级,其中最普遍的选择是互派大使。另外,经双方协议,在大使馆仍可以派有公使。这种公使只是一种职衔,与作为公使馆馆长的公使是不相同的。

代办作为馆长是派遣国外交部长向接受国外交部长派遣的使节。他代表本国和外交部长办理有关外交事务。现代实践中,相互派遣代办的情况比较少见。

我国学者将代办关系称为“半外交关系”,是指两国代办级关系通常表明,在政治上两国关系此时不是处于完全友好健康的状态;或者是说代办级关系作为一种政治运用,是两国关系中存在或出现某种问题或危机时的一种过渡手段,当问题解决后,国家关系应该升格到大使级。但是,从外交关系法来看,代办级关系在法律上仍然是外交关系的一种。

另外,当使馆馆长职位空缺或暂不能履行职务时,一般指定某位使馆外交人员作为临时馆长代行职务,这个临时馆长称为“临时代办”。因此,临时代办与代办是不同的职务概念。

按照《维也纳外交关系公约》,各级使馆馆长除位次和礼仪外,不应依所属级别不同而有



任何其他差别。这意味着在位次和礼仪上,大使最先,公使次之,最后是代办。在同级馆长中,位次一般以其到任的先后排定。我国的实践是依照递交国书时间为到任时间,而递交国书或国书副本的时间依馆长到达的日期和时间先后而定。

除馆长外,使馆的一般外交人员是指具有外交职衔的使馆人员,包括参赞、武官、外交秘书和随员。参赞(政务、商务、文化等)是协助馆长处理外交事务的高级别外交人员;武官(陆、海、空)是作为武装力量的代表,专门处理有关军事合作事务的人员。并非所有的国家间都互派武官。秘书是按照馆长指示办理外交事务及文书的外交官,分为一、二、三等。随员是最低一级的外交人员。

行政技术人员包括译员、工程师、行政主管、会计等;服务人员包括司机、清洁工、修理工等。

(4)外交代表的派遣。使馆人员由派遣国任命。派遣国派遣使馆馆长和武官之前,应先将其拟派人选通知接受国,征得接受国同意后正式派遣。使馆的其他人员派遣国可直接委派,一般无须事先征求接受国同意,但如果委派接受国国籍的人或第三国国籍的人为使馆外交人员,则仍须经接受国的同意方得派遣。接受国可以拒绝接受其所不同意的任何派遣国使馆人员,并无须向派遣国说明理由。

对于派遣国的使馆馆长及外交人员,接受国可以随时不加解释地宣布其为“不受欢迎的人”。对于使馆的其他人员,接受国可以宣布其为“不能接受”。

对于被宣布为“不受欢迎的人”或“不能接受”的使馆人员,如果在其到达接受国境内以前被宣告,则接受国可以拒绝给予其签证或拒绝其入境;如果在其入境以后被宣告,则派遣国应酌情召回该人员或终止其使馆人员的职务。否则,接受国可以拒绝承认该人员为使馆人员,甚至令其限期离境。

(5)使馆和外交代表职务的开始与终止。

使馆馆长到达接受国后,大使或公使将国书副本交给接受国外交部,约定正式递交国书

的日期,然后按约定日期把国书正本递交接受国的国家元首。代办将其委任书递交给接受国的外交部长。递交国书是接受国确认使馆馆长身份,接受其履行职务的依据。

使馆馆长开始执行职务视为使馆职务的开始。馆长职务的开始一般按照双方协议或有关国家的国内法进行。按照我国的有关规定,使馆馆长正式递交国书的日期为其在华执行使馆职务的开始日期。除使馆馆长外,使馆的其他人员职务以其到达接受国担任使馆职务为开始。

根据《维也纳外交关系公约》的规定,外交代表的职务遇有下列情形之一即告终止:派遣国通知接受国其外交代表职务业已终止;接受国通知派遣国称该国拒绝承认该外交代表为使馆人员;派遣国与接受国断绝外交关系或暂时中断外交关系;派遣国或接受国主体资格灭失;此外,因革命产生新政府等原因也会带来外交代表职务的终止。

2. 特别使团。特别使团是一国经另一国的同意或邀请,派往该另一国,代表派遣国进行谈判或完成某项特定外交任务的临时机构。特别使团由派遣国的一名或几名代表组成,其中一名为团长。特别使团也可以包括外交人员、行政与技术人员和服务人员。派遣国的代表和外交人员原则上应具有派遣国的国籍。任命接受国的国民或第三国国民为代表或外交人员时,应征得接受国同意,并且接受国可随时撤销此项同意。

特别使团制度长期以来表现为习惯规则,1969年联合国大会通过的《特别使团公约》,把这一制度作了系统的编纂和发展。对特别使团的派遣、组成、职务、外交特权与豁免等作了规定。

(1)特别使团的派遣。派遣国需在事先通过外交途径或者其他双方同意或共同接受的途径取得接受国的同意。派遣同一特别使团前往两个或两个以上国家,应在分别征得每一个接受国的同意时说明此事。两个或两个以上国家派遣联合特别使团,应在征求该接受国的同意时说明此事。

(2)特别使团的职务。特别使团的职务由派遣国与接受国协议约定。通常是进行谈判或完成某项特定的任务,如参加接受国的重要庆典,进行某项谈判、议定某项条约等。一般地,特别使团到达后,一经与接受国的外交部或经商定的其他机构正式接触,即开始执行职务。当关系国协议终止、任务完成、为其指定的期限届满、派遣国通知结束或召回特别使团等情况出现,特别使团的职务应即停止。特别使团也适用接受国对使馆人员的“不受欢迎的人”和“不能接受”的制度。

(3)特别使团的外交特权与豁免。特别使团及其各类人员大体上分别享有《维也纳外交关系公约》中规定的使馆及其相应的各类人员的外交特权与豁免,但也有些不同。例如,特别使团的房舍不可侵犯,但在遇到火灾或其他严重的灾难而无法获得使团团长明确答复的情况下,接受国可以推定获得同意而进入房舍;使团外交人员的司法及行政豁免的例外中,比照使馆外交人员,又增加了有关人员公务以外使用车辆的交通肇事引起的诉讼,接受国可以管辖。

特别使团及其人员对接受国的义务也与使馆及其人员的相应义务基本相同。

二、外交特权与豁免

外交特权与豁免是指根据一般国际法或国家间的协议,接受国给予派遣国的使馆及其人员的某些特权和优惠。

外交特权豁免的内容主要是习惯国际法规则,1961年《维也纳外交关系公约》对这些内容进行了系统的编纂,内容包括使馆和外交人员两方面。

(一)使馆的特权与豁免

根据《维也纳外交关系公约》规定,使馆的特权与豁免包括:

1. 使馆馆舍不得侵犯。使馆馆舍是指供使馆使用及供使馆馆长寓所之用的建筑物或建筑物的各部分,及其所附属的土地,不论其所有权属谁。使馆馆舍不可侵犯表现在:(1)接受国人员非经使馆馆长许可,不得进入使馆馆舍。

这表明接受国官员未经使馆馆长或其代理人同意,不得擅自进入使馆馆舍执行公务,即使是送达司法文书或遇火灾以及流行病发生,也不例外。(2)接受国对使馆馆舍负有特殊的保护责任,应采取一切适当步骤保护使馆馆舍免受侵入或损害,并防止一切扰乱使馆尊严和安宁的事情。(3)使馆馆舍及设备,以及馆舍内其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。

2. 使馆财产及档案不得侵犯。使馆的档案及文件无论何时何处,均不得侵犯。接受国任何时候都不得要求使馆交出其档案和文件,也不得对使馆的档案和文件采取搜查、查封、扣押、没收或销毁等措施,不论这些文件档案位于何处。这项特权即使两国断交、使馆馆长长期或暂时撤退、发生武装冲突时也不例外。

3. 通讯自由。此项特权包括:(1)接受国应允许使馆为一切公务目的自由通讯,并予保护。包括其与派遣国政府及该国其他使馆及领事馆通讯。对这种通讯,接受国不得干扰或妨碍。(2)使馆为了通讯的需要可采用一切适当方法,包括外交信差、外交邮袋及明密码电信在内。但非经接受国同意不得装置使用无线电发报机。(3)使馆的来往公文不得侵犯。来往公文指有关使馆的一切来往文件。(4)接受国对外交邮袋不得予以开拆或扣留,并应提供便利以保障迅速传递。外交邮袋的包裹须附有可资识别的外部标记并以装载外交文件或公务用品为限。(5)外交信差在执行职务时应受到接受国的保护。外交信差应持有载明其身份及构成邮袋的包裹件数的官方文件。外交信差享有人身不受侵犯权,不受任何方式的逮捕或拘禁。派遣国或其使馆还可派特别外交信差。这种信差亦享有外交信差的豁免,但当其将负责携带的外交邮袋送交收件人后即不再享有此等豁免。(6)外交邮袋可托交预定在准许入境地点降落的商业飞机机长转递。机长应持有载明构成邮袋的邮包件数的官方文件,但机长不能视为外交信差。使馆可派遣馆员一人向飞机机长自由取得外交邮袋。

4. 使馆免纳捐税。使馆的捐税免除的内



容有:使馆馆舍免纳国家的、区域的或地方的捐税,如房地产税,但此项免除不包括为使馆提供的特定服务所收的费用,如水费、电费和清洁费等;使馆办理公务所收的规费及手续费免纳捐税;使馆的公务用品,如办公室家具、打字机、车辆等免纳关税和其他课征,但储存、运送及类似服务费不在此列。

5. 使馆人员有行动和旅行自由。使馆人员在接受国应享有行动和旅行的自由权,他们不仅为执行公务享有这项自由,而且私人的活动也是自由的。接受国不得对使馆人员的行动予以妨碍或干涉,不得侵犯他们的自由权。但这种自由受国际法的原则和接受国法律规定限制,如使馆人员不得擅自进入接受国法律禁止或限制进入的区域,不得进行间谍、颠覆等违法活动。

6. 使用派遣国的国家标志。使馆及其馆长有权在使馆馆舍及使馆馆长寓所以及交通工具上使用派遣国的国旗或国徽标志。

(二) 外交人员的特权与豁免

1. 人身不可侵犯。外交人员的人身不可侵犯包含两方面的意义:一方面,接受国对外交人员的尊严应予尊重,不得侮辱其人格,不得对外交人员的人身实施搜查、逮捕或拘留。但这并不排斥接受国对外交人员犯罪行为的防止或制止而采取措施的实施,也不排除由于外交人员本人的挑衅行为而引起的他人正当防卫的实施。另一方面,外交人员不可侵犯的意义是,接受国有责任保护外交人员人身不受侵犯。接受国应采取适当的保护措施,保障外交人员的安全,防止任何侵犯外交人员人身、自由和尊严的行为发生,并对侵犯外交人员人身自由和尊严的犯罪行为予以制裁。

2. 寓所、财产和文书信件不可侵犯。(1)外交人员的私人寓所不得侵犯并应得到保护,接受国的官员、司法人员等未经外交人员的许可不得进入。接受国亦应采取适当措施保护外交人员的寓所安全,防止和制止对其寓所的侵犯。外交人员的寓所指外交人员的住所,包括临时住所,如旅馆的房间。(2)接受国不得侵犯外交人员的文书、信件以及财产。一般不得

命令外交人员交出文书和信件,不得对外交人员的文书和信件采取开拆、扣留、检查或查封等措施。对外交人员的财产,包括交通工具,不得实施搜查、查封、扣押、征用或强制执行。但在外交人员不得主张豁免的民事诉讼案件中,在不侵犯外交人员的人身和寓所的情况下,不排除执行处分。

3. 管辖豁免。(1)刑事管辖豁免。外交人员享有完全的对接受国刑事管辖的豁免,即接受国的司法机关不得对其进行刑事审判和处罚。(2)民事和行政管辖豁免。除下面的例外情况,接受国的法院不对外交人员进行民事管辖,包括不进行审判和处罚,也不采取强制执行措施。在行政管辖事项上,接受国对外交人员也给予一定的豁免,如免除外交人员的户籍和婚姻登记,对其违反行政法规的行为不实行行政制裁等。外交人员的民事和行政管辖豁免的例外情况有:外交人员在接受国境内私有不动产物权的诉讼,但其代表派遣国为使馆用途置有的不动产不在此列;外交人员以私人身份并不代表派遣国而作为遗嘱执行人、遗产管理人、继承人或受赠人之继承事项的诉讼;外交人员在接受国内在公务范围以外所从事的专业或商务活动的诉讼;外交人员主动起诉而引起的与该诉讼直接有关的反诉。(3)外交人员享有的上述豁免是接受国的管辖豁免,如外交人员有违法行为,其相关责任并不能因此而被豁免,有关的责任问题将通过外交途径解决。(4)外交人员免除作证义务,不仅没有被迫在法律程序中作为证人出庭作证的义务,而且没有提供证词的义务。(5)外交人员的特权和管辖豁免可以由其派遣国放弃,但这种放弃只能由派遣国明示作出,外交人员本身没有作出这种放弃的权利。并且,对诉讼程序上管辖豁免的放弃,不得视为对判决执行豁免的默示放弃,后项放弃须由派遣国单独明确作出。

4. 某些方面免税和免验。(1)外交人员免除一切对人对物课征的国家的、区域的或地方的捐税。其中主要是免纳个人所得税和其他直接税。对通常计入商品或劳务价格内的间接税、在接受国境内私有不动产课征的捐税(除非

该不动产是代表派遣国为使馆用途而拥有的)、遗产税、遗产取得税、继承税、自接受国境内获致的私人所得或投资课征的捐税、为提供特定服务所付的费用、不动产的登记费、法院手续费、抵押税及印花税等一般不在免除之列。(2)外交人员或与之构成同一户口的家属的私人用品,包括其定居所用的物品在内免除一切关税及类似税费。外交人员的私人行李免受查验,但接受国当局有重大理由推定其中有非免税物品或有接受国法律禁止的进出口物品或检疫条例加以管制的物品等情况时,可在外交人员或其代理人在场时查验。如查验表明接受国的理由不能成立,则由此带来的损失,由接受国承担国家责任。

5. 其他特权与豁免。外交人员就其对派遣国所做的服务而言,应免于适用接受国施行的社会保险办法,免除一切个人劳务和各种公共服务,如兵役、担任陪审员、承担个人捐赠等义务。并免除关于征用、军事募捐及电宿等军事义务。

(三) 外交人员特权与豁免的适用范围

1. 适用的人员范围。根据《维也纳外交关系公约》规定,除使馆馆长及外交人员享有外交特权与豁免外,与外交人员构成同一户口的家属,如系非接受国国民,亦享有与外交人员相同的特权与豁免。使馆的行政技术人员及与其构成同一户口的家属,如非接受国国民且不在该国永久居留者,也享有外交人员享有的一般特权与豁免,但有一些限制和修改,包括:其执行职务范围以外的行为不享有民事和行政管辖的豁免;除其最初到任时所输入的物品外不能免纳关税及其他课征;其行李不免除海关查验。使馆的服务人员如非接受国国民且不在该国永久居留者,一般仅具有以下优惠:就其执行公务行为享有豁免;其受雇所得报酬免纳捐税;免于适用接受国所施行的社会保险办法。

对于使馆人员家属、使馆行政技术人员、使馆服务人员的特权豁免,各国多通过双边协议或国内法加以明确规定。

2. 适用的时间范围。享有外交特权与豁免的人员,自其被接受国接受而进入接受国国

境就任之时起享有此等特权与豁免,其已在该国境内者,自其委派通知接受国外交部或两国另经商定之其他时刻开始享有。

享有特权与豁免人员的职务如已终止,其上述特权与豁免通常是在该员离境之时或给予其离境的合理期间结束之时终止。即使两国有武装冲突发生,其特权与豁免也应继续有效至上述时间为止。如遇使馆人员死亡,其家属应继续享有其应享有的特权与豁免,直到给予其离境的合理期间结束时为止。

(四) 使馆及享有外交特权与豁免人员的义务

1. 尊重接受国的法律规章。外交代表及其他享有外交特权与豁免的人员,在不妨碍外交特权与豁免的情形下,均应尊重接受国的法律和法规。

2. 不得干涉接受国的内政。外交代表及其他享有特权与豁免的人不得以任何直接的或间接的方式干涉接受国的内政。在与接受国政府的交往中应平等相待,尊重接受国的主权独立和政治制度,不得介入接受国的党派斗争,不得参加或支持旨在反接受国政府的集会、游行示威活动等。

3. 使馆馆舍不得用于与使馆职务不相符合的其他用途。如不得利用使馆馆舍庇护接受国或第三国的人员;不得利用馆舍作为关押其本国或其他国家人员的场所;不得将使馆馆舍充作进行或支持颠覆、破坏或任何危害接受国活动的场所。

4. 使馆与接受国洽谈公务,应经与接受国外交部或另经商定的其他部门按照相关程序办理。

5. 外交代表不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动。

接受国对违反上述义务的使馆及有关人员可根据具体情形采取适当的措施,包括对派遣国政府提出抗议并要求其承担国际责任;宣布使馆人员为不受欢迎的人;对严重危害接受国安全、违反国际法的行为可以依国际法采取对抗措施。

示例

甲乙二国建有外交及领事关系,均为《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》缔约国。乙国为举办世界杯足球赛进行城市改建,将甲国使馆区域、大使官邸、领馆区域均纳入征用规划范围。对此,乙国作出了保障外国使馆、领馆执行职务的合理安排,并对搬迁使领馆给予及时、有效、充分的补偿。根据国际法相关规则,下列哪些判断是正确的?(2010年试卷一第79题)

- A. 如甲国使馆拒不搬迁,乙国可采取强制的征用搬迁措施
- B. 即使大使官邸不在使馆办公区域内,乙国也不可采取强制征用搬迁措施
- C. 在作出上述安排和补偿的情况下,乙国可征用甲国总领馆办公区域
- D. 甲国总领馆馆舍在任何情况下均应免受任何方式的征用

【参考答案及简要提示】BC。外交特权与豁免和领事特权与豁免有很多区别。馆舍方面是其中之一。(1)使馆馆舍及设备,以及馆舍内其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。大使官邸包括在馆舍概念之内。(2)对领馆的待遇要低于对使馆的待遇。在东道国须给予迅速、充分和有效的补偿,并采取一切可能的措施避免影响领馆执行职务的条件下,领馆馆舍可以被征用。

第三节 领事关系法

领事关系法主要是关于领事关系的建立、领事的派遣和接受、领事职务、领事的特权与豁免等原则和规则的总称。1963年的《维也纳领事关系公约》,对这些规则进行了系统的阐述,是当前领事关系的最基本的法律文件。

一、领事机构的建立及其职务

国家之间领事关系的建立以其双边协议确定。除另有声明外,两国间同意建立外交关系亦即同意建立领事关系。但断绝外交关系并不

当然断绝领事关系。国家间达成协议建立领事关系的直接标志一般是设立领事机构,即领事馆。《维也纳领事关系公约》规定:第一,领事馆须经接受国同意始得在该国境内设立;第二,领馆的设立地点、领馆类别及其辖区由派遣国与接受国商定;第三,领馆设立的地点、领馆类别及其辖区确定后,派遣国须经接受国同意才能变更;第四,总领事馆或领事馆如欲在本身所在地以外的地点设立副领事馆或领事代理处,亦须经接受国同意;第五,在原设领馆所在地以外开设办事处作为该领馆的一部分时,也须事先征得接受国的明示同意。

(一) 领事馆组成及人员派遣

1. 领馆的组成及等级。领馆人员包括领事官员、领事雇员及服务人员。领事官员是指被委任此职务承办领事事务的人员,包括领馆馆长在内。领馆馆长分为总领事、领事、副领事、领事代理人四个等级。领事官员有职业的和名誉的两类。职业领事官员是由派遣国任命的专职从事领事事务的政府公务员,其不从事其他职业。名誉领事官员是执行领事职务的非专职官员,一般是从接受国境内的本国侨民或接受国国民的商人或律师中聘任,执行某些领事职务。领事雇员是受雇担任领馆行政或技术事务的人员,如译员、速记员、办公室助理员、档案员等。服务人员是指受雇担任领馆杂务的人员,如司机、清洁工、传达人员等。

按照领馆馆长的等级,领事馆相应地称为总领事馆、领事馆、副领事馆和领事代理处。

2. 领馆人员的派任与职务终止。领馆馆长由派遣国委派,并由接受国承认准予执行职务。委派及承认领馆馆长的手续分别依两国的协约和派遣国及接受国的法律规章办理。

领馆馆长每次奉派任职,应由派遣国发给委任证书。在获接受国准许并颁发领事证书后,领馆馆长方可执行职务。领事证书可以是特别颁发的专门文书,也可以是在领事委任书上予以批准确证。领馆其他人员的委派由派遣国自由决定。但若委派具有接受国国籍的人或第三国国民充任领馆馆员须经接受国明示同意。



领馆人员职务终止一般有以下情况:被派遣国召回;领事证书被撤销;接受国通知派遣国不再承认该员为领事馆人员,即被宣告为不受欢迎的人或不能接受的人;领馆关闭或领事关系断绝等。

接受国可以随时通知派遣国,宣告某一领事官员为不受欢迎人员或任何其他领馆馆员为不能接受人员。遇此事情,派遣国应视情况召回该员或终止其在领馆中的职务。如派遣国拒绝或不在合理期间内召回有关人员,接受国可以撤销有关人员的领事证书或不再承认该人为领馆馆员。

(二) 领事职务

领事职务主要包括以下各项:

1. 在国际法允许的范围内,在接受国内保护派遣国及其国民个人与法人的利益。

2. 增进派遣国与接受国间的商业、经济、文化及科学关系的发展,并促进两国间的友好关系。

3. 以一切合法手段调查接受国商业、经济、文化及科学活动及发展情况,向派遣国政府报告,并向相关人士提供有关资料。

4. 处理派遣国国民的护照及旅行证件事项,并向拟赴派遣国旅行的外国人士发给签证及其他适当文件。

5. 向派遣国的国民与法人提供帮助和协助。

6. 担任公证人、民事登记员及类似的职务,并办理某些行政事务,但这种职务以接受国法律规章没有禁止的规定为限。

7. 依接受国法律规章在接受国境内的死亡继承事件中,保护派遣国国民的利益。

8. 在接受国法律规章所规定的限度内,保护为派遣国国民的未成年人及其他无完全行为能力人的利益,包括进行监护等有关事项。

9. 根据派遣国与接受国的有关法律,如遇派遣国国民因不在当地或由于其他原因不能于适当期间自行辩护其权利与利益时,在接受国法院及其他机关的面前担任其代表或为其安排适当之代表,依照接受国法律规章取得保全该国民权利的临时措施。

10. 依现行协定的规定或以符合接受国法律规章的任何其他方式,转送司法文书、执行嘱托调查书、派遣国法院调查证据委托书或其他文件。

11. 对具有派遣国国籍的船舶飞机以及船员或机组人员,行使派遣国法律规章所规定的监督与检查权。

12. 对派遣国国籍的船舶与航空器及其航行人员给予协助,包括听取关于船舶航程的陈述,查验船舶文书并加盖印章,在不妨害接受国当局权力的情况下调查航行期间发生的事故及在派遣国法律规章所许可的范围内处理船长、船员与水手间的纠纷。

13. 执行派遣国责成领馆办理而不为接受国法律规章所禁止或不为接受国所反对,或派遣国与接受国间现行国际协定所规定的其他职务。

领事官员执行上述职务应限于领馆辖区范围内,在领馆辖区外执行职务须经接受国同意。在第三国执行领事职务,或代表第三国在接受国内执行领事职务,应当通知有关国家或接受国,并以有关国家或接受国不反对为限。

二、领事特权与豁免

根据《维也纳领事关系公约》,接受国为了领事职务的工作需要而给予派遣国以领事特权与豁免。这种特权与豁免分为领馆和领事官员两类。

(一) 领馆的特权与豁免

1. 领馆馆舍不受侵犯。领馆馆舍的不受侵犯表现为:(1)接受国人员非经领馆馆长或其指定人员或派遣国使馆馆长同意,不得进入领馆馆舍中专供领馆工作之用的部分。但遇火灾或其他灾害须迅速采取保护行动时,可以推定馆长已同意。(2)接受国负有特殊责任,采取一切适当步骤保护领馆馆舍免受侵入或损害,并防止任何扰乱领馆安宁或有损领馆尊严的情事。(3)领馆馆舍、馆舍设备以及领馆的财产与交通工具一般地应免受任何方式的征用。如接受国确有征用的必要时,应采取一切可能步骤以免妨碍领馆执行职务,并向派遣国作出迅



速、充分及有效的补偿。

2. 领馆档案及文件不得侵犯。领馆的档案包括一切文书、文件、函电、簿籍、胶片、胶带及登记册,以及明密电码、记录卡及供保护或保管这些文卷之用的任何器具,以及单行的文件。领馆的档案和文件无论何时,亦不论位于何处,均不得侵犯。

3. 通讯自由。接受国应允许并保护领馆为一切公务目的的自由通讯,包括:(1)领馆有权与派遣国政府及无论何处的该国使馆及其他领馆自由通讯,接受国对此不得干扰或阻碍。领馆为通讯可使用外交或领馆信差、外交或领馆邮袋及明密码电信。但装置及使用无线电发报机须经接受国许可。(2)领馆的来往公文不受侵犯。领馆的邮袋不得予以开拆或扣留,但如有重大理由可在派遣国授权代表在场下开拆邮袋。若派遣国拒绝开拆,邮袋应退回原发送地。(3)领事信差在执行职务时,应受接受国保护,其人身不受侵犯,不受任何方式的逮捕或拘禁。

4. 行动自由。领馆人员在接受国境内有行动自由及旅行自由。但接受国为国家安全而禁止或限制进入的区域除外。

5. 免纳关税和捐税。领馆馆舍免纳国家、区域或地方性捐税;领馆执行职务所收的规费和手续费免除捐税;领馆的公务用品免除关税及其他课税,但储存、运送等服务费,以及因提供特定服务而应缴纳的费用不在免除之列。

6. 与派遣国国民通讯及联络的权利。领馆可以自由地与其侨民会见和通讯,并有权探视受羁押的其国民。具体的程序及有关事项一般规定在有关的领事协定中。此外,领馆还有使用派遣国的国旗、国徽等国家标志的特权。

(二)领事官员的特权与豁免

职业领事的特权与豁免包括以下主要内容:

1. 人身不得侵犯。领事官员人身自由受到一定程度的保护。包括接受国对领事官员不得予以逮捕候审或羁押候审,不得监禁或以其他方式拘束领事官员的人身自由,但对犯有严重罪行或司法机关已裁判执行的除外。接受国有关当局对领事官员应予尊重,并采取适当的步骤防止其自由或尊严受到侵犯。

2. 管辖豁免。领事官员执行职务行为,不接受受国的司法和行政管辖。但有以下例外:(1)因领事官员并未明示或默示以派遣国代表身份而订立契约所发生的诉讼。(2)第三者因车辆船舶或航空器在接受国内所造成的意外事故而要求损害赔偿的诉讼。此外,领事官员主动起诉引起的与本诉直接有关的反诉不享受豁免。(3)在与管辖相关的作证义务方面,领事享有一定的豁免。领事官员对其执行职务所涉及的事项没有作证或提供有关公文或文件的义务。除此之外领事官员不得拒绝作证。但如果领事拒绝作证也不得对其施以强制或处罚。另外,要求领事作证的机关应避免妨碍领事执行职务,在可能情况下可以在领事寓所或领馆录取证言或证词。(4)上述特权和管辖豁免的放弃必须由派遣国明示作出,并以书面通知接受国。对民事或行政诉讼程序的管辖豁免的放弃,不得视为对司法判决执行的豁免的默示放弃。执行豁免的放弃也必须分别明确作出。

3. 某些方面的免税和免验。领事免纳一切对个人和物的课税,包括国家的、区域的和地方的捐税,但间接税、遗产税、服务费等不在免除之列。领事及其同户家属初到任所需物品和消费品免纳关税;领事行李免受查验,如有重大理由需要查验,应于领事或其家属在场时进行。

4. 其他。除上述特权外,领事还被免除外交侨登记、居留证、工作证及社会保险办法的适用;免除个人劳务及捐献义务等。

(三)领事特权与豁免的适用范围

领事特权与豁免适用的范围也包括适用的人员范围和适用的时间范围。

1. 人员范围。为了执行领事职务工作的需要,职业领事任馆长的领馆的雇员及服务人员及其家属也享有一定的特权与豁免。根据《维也纳领事关系公约》的规定,领事雇员的职务行为享有与领事官员相同的司法和行政管辖的豁免。领馆雇员和服务人员就其执行职务所涉及的事项无作证或提供有关来往公文或文件的义务,并有权拒绝以特定人身份就派遣国的法律提供证言。领馆雇员免纳初到任时的安家物品及个人消费品的关税以及储存、运送等类

似服务费之外的课征。领事官员和雇员及他们的同户家属免除外侨登记和社会保险办法的适用;领事官员家属和领馆雇员及其家属免纳国家、区域或地方性捐税,但间接税和服务费不免除。服务人员就其服务的工资免纳捐税。领事官员的同户家属、领事雇员和服务人员及他们的同户家属免除个人劳务、公共服务和捐献等。

2. 时间范围。领馆人员自进入接受国国境前往就任之时起享有特权与豁免,其已在该国国境内者,自其就任领馆职务之时起开始享有。领馆人员的同户家属依其进入接受国国境时起,或自其成为领馆人员的家属之日起享有特权与豁免。领馆人员的职务如已终止,其本人的特权与豁免以及其同户家属的特权与豁免通常应于各该人员离开接受国国境时或其离境之合理期间终了时停止。即使有武装冲突发生,此特权与豁免也应继续有效至该时为止。领馆人员的同户家属属于其不为家属时终止其特权与豁免。但如其想在稍后合理期间内离开接受国国境,其特权与豁免应继续有效,至其离境之时为止。如领馆人员死亡,其同户家属应继续享有其原有的特权与豁免至其离开接受国国境时或离境的合理期间终了时为止。

3. 领馆及享有特权与豁免的人员的义务。领馆和享有特权与豁免的人员对接受国负有下列义务:

- (1) 尊重接受国的法律规章。
- (2) 不得干涉接受国的内政。
- (3) 不得将领馆馆舍充作任何与执行领事职务不相符合的用途。
- (4) 职业领事不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动。

我国是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》的缔约国,并且于1986年和1990年分别颁布了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》及《中华人民共和国领事特权与豁免条例》。两个条例的规定与两个公约的规定基本相同,但根据我国的实践,在不违背公约规定的情况下,在某些方面对特权豁免的规定,稍宽于公约的相关规定。如《外交特权与豁免条例》中规定,持我外交签证或与中国互免签证的國家的外交护照的人,也享有相应的外交特权与豁免。《领事特权与豁免条例》规定,未经允许不得进入的领馆范围为整个领馆而限于领事公约规定的工作区域部分;领事官员的寓所、文书和信件以及财产有不受侵犯的特权,而《维也纳领事关系公约》对此未作规定;对于领事和行政技术人员的职务行为享有司法和行政管辖豁免的规定与公约一致,但同时还规定了领事官员执行职务以外的行为的管辖豁免,按照中国与外国签订的双边条约、协定或者根据对等原则办理。另外,两个条例根据我国现行法律和实践,对有些问题进行了澄清细化,并规定了某些限制,如把享有特权与豁免的人员家属明确限定为“共同生活的配偶及未成年子女”;规定使领馆和其成员携带自用的枪支、子弹入出境,必须经中国政府批准,并且按照中国政府的有关规定办理。

新华考资

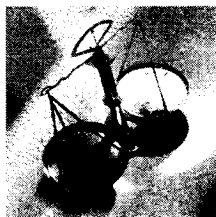
【本章主要法律规定】

www.xhkzedu.com

1. 宪法
2. 我国刑法、民法、诉讼法等法律中的涉及外交领事事务和人员的条款、相关规定和司法解释

本章主要在于外交机构的各项制度,包括建立、组成、职务、特权与豁免,以及相关事项的程序安排。

难点一是区分外交关系法中对不同性质的机构和不同身份人员其权利义务的具体规定的不同;二是区分外交特权豁免与领事特权豁免规则的不同之处。



国际法



第一节 概述

一、条约的定义和特征

条约,按照 1969 年《维也纳条约法公约》的定义,是指“国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称为何”。1986 年《国家与国际组织间以及国际组织间的维也纳条约法公约》,把条约主体和相关规则扩展到了政府间的国际组织。

关于条约的规则许多是国际习惯法规则。《维也纳条约法公约》对条约规则的主要内容进行了编纂和发展,成为有关条约规则的基本的成文法律依据。对于公约未予规定的问题,仍继续适用国际习惯法规则。

条约具有以下主要的特征:

1. 条约在国际法主体间缔结。条约必须是国际法主体之间缔结的,即缔约者必须具备国际法主体资格。一方不是国际法主体所签订的协议,或非国际法主体间签订的协议都不是条约。目前,条约主要是国家间缔结的。正在争取独立的民族以及政府间国际组织,在一定的范围内是国际法的主体,它们之间以及它们与国家之间缔结的协议现在也被作为条约。自然人和法人与国家或其他国际法主体之间签订的协议,无论内容或性质多么重要都不是国际条约。同时条约是国际法主体间签订的,条约的缔约主体至少有两个,一个国家的单方面行为不能构成条约,例如一国发表的声明、宣告等不是条约。

2. 条约具有法律拘束力。条约规定了国际法主体间相互关系中国际法上的权利义务,具有法律拘束力。有些国际法主体间的国际文件,是对它们共同关心的国际问题表示共同的态度或政策,并无意就具体事项规定相互的国际法上的权利义务,或者在制定文件时即表示不认为该文件具有法律拘束力,这样的国际文书不是国际条约,尽管这类文件在国际关系上可能具有重大的政治意义,或具有道义上的力量。

3. 条约以国际法为准。条约的缔结程序和内容必须符合国际法的规则并且以国际法加以规范。同时条约中所规定的权利义务,应是国际法上的权利义务。

4. 条约的形式主要是书面的。虽然《维也纳条约法公约》以规范书面条约为出发点,将适用于该公约的条约定义为书面形式。但其并不排除其他形式条约的存在和有效性。实践中,口头条约在历史上和现代都有,并不因其非书面的形式而影响其法律效力。但是,由于口头条约不易证明,容易引起国际争端,因此,现代的绝大多数条约均采用书面的形式。基于这个现实,《维也纳条约法公约》仅对书面条约作出了规范。

5. 条约的名称在国际法上没有统一的用法。条约名称取决于缔约国的选择。因此,条约一词有广义和狭义两种用法:广义的条约泛指国际法主体间缔结的一切规定它们相互间国际法上权利义务的国际文书。狭义的条约仅指以条约名称的那种国际协定。条约法中的条约是指广义的条约。常用的条约名称包括:公约、盟约、条约、宪章、专约、协约、议定书、最后文件、宣言、联合声明、换文、备忘录等。

条约虽有不同的名称,但是各种名称的条约在国际法的法律拘束力上没有本质不同。不同名称的条约在缔结的方式、程序和生效的形式上可能有所差别。至于条约的效力、执行和解释等方面,都适用同样的条约法规则。

二、条约成立的实质要件

一项书面条约,除必须具备条约文本,以及对条约的拘束力的接受等形式条件外,其有效性还须具备三个实质性条件:具有完全的缔约权;自由同意;符合强行法。

(一)具有缔约能力和缔约权

1. 缔约能力。缔约能力或称为缔约资格,是指国家和其他国际法主体拥有的合法缔结条约的能力。

一般地,非国际法主体没有普遍地合法缔结条约的资格,因此,主权国家拥有完整、全面

的缔约能力。国家内部的行政单位、地方政府一般不能与外国缔结条约,除非得到国家的授权。个别条约可能出现某个非国际法主体实体的参加,这是在某些特定情况下,根据国际法的其他规则,特别是经有关国家的同意,作出特别的安排,使该实体成为该条约的缔约方。这种个别例下,该非国际法主体的实体不得因此而具有了普遍的缔约资格。

2. 缔约权。缔约权是指拥有缔约能力的主体,根据其内部的规则赋予某个机关或个人对外缔结条约的权限。

对于国家来说,就是指国家国内法规定哪些个人和机构有权代表国家对外缔结条约,及在对外缔约方面的权限。在一国内部哪些政权机关行使缔约权,各国法律规定并不相同。例如,美国的缔约权由总统和国会共同行使,日本的缔约权由政府内阁、国会及天皇共同行使。

3. 缔约方必须具备完全的缔约权。首先,缔约机关不得超越其国内法关于缔约权的一般限制。其次,被授权缔约的代表不得超越对其权限的特殊限制。

对于缔约机关超越其国内法关于缔约权的限制所缔结的条约是否有效的问题,《维也纳条约法公约》规定,一国不能以本国机关违反国内法关于缔约权限的规定而主张其所缔结的条约无效,除非这种违反国内法关于缔约权限规定的行为非常明显,涉及根本重要的国内法规则。对于被授权缔约的代表超越对其权限的特殊限制所缔结的条约,除非事先已将对这位谈判代表的权限的特殊限制通知其他谈判国,其本国不得以此作为其所缔结的条约无效的根据。

(二)自由同意

缔约国自由地表示同意构成条约有效的基本条件之一。根据《维也纳条约法公约》,以下情况下所表示的同意都不能被认为是自由同意。

1. 错误。这里所指的条约中错误,不是指条约的文字错误,而是指与缔约时假定存在并构成一国受条约拘束的必要根据的事实或情势



有关的错误。在这种情况下,该国可援引错误,主张其表示受条约拘束的同意不是真正的同意,因而所缔结的条约无效。但是如果错误是由有关国家本身的行为所造成,或在缔约时知晓或应当知晓该错误,则不能援引该错误主张条约无效。

2. 诈欺和贿赂。在谈判条约时,一方对另一方进行诈欺或对谈判代表进行贿赂,从而违反缔约国的自由同意,受诈欺或代表受贿赂的国家可以主张所缔结的条约无效。

3. 强迫。强迫包括对一国谈判代表的强迫和对国家的强迫。前者指通过行为或威胁对一国代表实施强迫而获得的其同意受条约拘束的表示。后者指违反《联合国宪章》的原则以武力或威胁对一国施行强迫而获得的条约缔结。以强迫而缔结的条约自始无效。

(三) 符合强行法规则

强行法和任意法是相对的概念。任意法是指各国可以用个别的彼此约定选择或排除适用的法律规则。强行法则是国际社会全体公认为不能违背、并且以后只能以同等性质的规则才能变更的规则,它不能以个别国家间的条约排除适用。

《维也纳条约法公约》规定,条约必须符合国际法强行规则。首先,条约在缔结时与一般国际法强行规则相抵触者无效。其次,条约缔结后如遇新的强行规则产生时,与该规则相抵触者失效并终止。前者是自始无效,后者则是自与新的强行规则发生抵触时起失效。

第二节 条约的缔结

一、条约的缔结程序和方式

条约的缔结程序是指缔结条约经过的过程和履行的一定手续。条约的缔结程序一般包括:约文的议定、约文的认证和表示同意受条约拘束。具体所采用的缔约方式和程序取决于缔约方的约定和选择。

(一) 约文的议定

约文的议定包括缔约方为达成条约而进行的谈判、约文起草和草案的商定。

条约文本的议定一般首先经过谈判。条约谈判是有关缔约方为在条约的内容和有关事项上达成一致意见而进行的协商、交涉的过程。谈判可以由有缔约权的国家机关进行,如由国家元首、政府首脑或外交部长亲自谈判条约,而多数情况是由国家主管当局授权的全权代表代为进行。全权代表进行谈判缔结条约须具备全权证书。国家元首、政府首脑和外交部长谈判缔约,或使馆馆长议定派遣国和接受国之间的条约约文,或国家向国际会议或国际组织或其机关之一派遣的代表,议定在该会议、组织或机关中的一个条约约文,由于他们所任职务,无须出具全权证书,仍被认为代表其国家。

双边条约的起草,可由一方提出草案或双方共同起草。多边条约可由参加谈判的各国代表共同起草,也可通过设立专门机构起草,然后交各国代表会议讨论商定。

(二) 约文的认证

约文拟定后须要予以认证。约文的认证是指谈判方确认共同同意该约文是正确的和作准的,应作为当事方之间拟缔结的条约约文。

认证方式可以按照条约约文所规定的程序,或按照参加起草条约约文的各国所约定的程序。一般采用的方式有:

1. 草签。由谈判代表将其姓氏或姓名的首字母签于条约约文下面,表示该约文不再更改。草签通常用于在约文议定后须经过一段时间才举行条约签署的情况。

2. 待核准的签署或暂签。此种签署是等待政府确认的签署,表示一种特殊的待定状态。在签署人所代表的本国确认以前,它只有认证条约约文的效力;如待核准的签署经该国确认,即发生正式签署的效力。

3. 签署。签署是指有权签署的人将其姓名签于条约约文之下。签署首先具有对约文认证的作用,是约文认证的一种方式。

此外,根据条约本身的规定或有关各方的约定,签署在不同情况下可以有不同的法律意义:(1)如经条约规定或各有关方约定,签署意味着签字国同意受条约的拘束,那么此时的签

署就具有了认证和接受拘束的双重意义。(2)对规定或约定需要批准的条约,签署除对约文的认证外,还含有签署者代表的国家初步同意缔结该条约的意思,虽然该条约对于该国尚无法律拘束力,但该国签署之后不应作出有损条约目的宗旨的行动。若签署国嗣后明确表示不予批准,则该签署只具有认证的作用。

4. 通过。当前国际实践中,多边公约的认证有时采取经有关各方代表会议通过的方式进行。即在公约草案拟定后,召开各国代表会议对草案进行讨论和修改,然后以表决或协商一致来通过约文。约文如获通过,一般不再被更改。

(三)同意接受条约拘束的表示

表示同意受条约的拘束是缔约程序中最关键的环节,任何缔约主体只有作出同意受某一条约拘束的表示,才能成为条约的当事方。表示同意受条约拘束的方式可由该条约规定或由有关各方约定。实践中采用的主要方式有签署、批准、加入和接受等。

1. 签署。一国通过签署表示同意受条约的拘束,发生于下列情况:(1)该条约规定签署有这种效果;(2)各谈判国约定签署有这种效果;(3)该国在其代表的全权证书中或在谈判过程中表示该国赋予签署这种效果。此外,在以上三种情况下,待核准的签署经其本国核准确认后也表示该国同意受条约的拘束。

2. 批准。批准有国内法和国际法上的两种含义。国内法上的批准是一国的权力机关依据该国国内法对条约的认可。国际法上批准是指一国同意受条约的拘束。国际法上的批准一般是通过交换或交存批准书来完成,即通知对方或其他各方其同意受条约拘束。一国的权力机关批准某项条约后,并须作出批准书,对于双边条约,须与对方进行该批准书的互换;对于多边条约,一般是将批准书交条约规定的国家或机构保存。

《维也纳条约法公约》列举了以批准表示同意受条约拘束的四种情况:(1)条约中规定须经批准;(2)各谈判国约定条约需要批准;(3)该国的代表对该条约作须经批准的签署;(4)在谈

判代表的全权证书中或在谈判中有须批准的意思表示。

是否批准及何时批准一项条约,由各国自行决定。国家没有必须批准其所签署的条约的义务。

3. 加入。加入是指未对条约进行签署的国家表示同意受条约的拘束,成为条约当事方的一种方式。加入多用于开放性多边条约,可以加入的条约由条约本身规定或相关国家约定。加入是国家确定同意受条约拘束的表示,因而加入一般不须再经批准。

实践中,一些国际公约规定同时开放给有关国家签署或加入,这时国家可以选择采用哪种方式表示同意接受条约拘束。签署通常只能在条约规定的开放签署的期限内进行,而加入一般没有期限的限制,因此加入得在条约生效之前或生效之后进行。

4. 接受和赞同。通过接受和赞同表示同意条约拘束的情况实践中有两种:(1)没有在条约上签署的国家,用接受和赞同来表示同意受条约拘束,成为条约的缔约国。其效果类似于加入。(2)国家在条约上签署以后,用接受和赞同表示最终同意受条约的拘束。其效果类似于批准,实际上是一种简化了的批准手续。国家选择接受方式而不是加入或批准方式缔结条约的原因多是基于其国内法。

二、条约的保留

(一)保留的概念与范围

条约的保留是指一国在签署、批准、接受、赞同或加入一个条约时所作的单方声明,无论措辞或名称如何,其目的在于排除或更改条约中某些规定对该国适用时的法律效果。保留是以国家主权平等原则和缔约自由同意要件为根据的,是在条约得以缔结或其广泛性与条约的严格性、完整性之间的一种平衡和妥协的工具或手段。

根据《维也纳条约法公约》的规定,下列情况下不得提出保留:(1)条约规定禁止保留。(2)条约准许特定的保留,而有关保留不在条约准许的保留范围内。(3)保留与条约的目的和



宗旨不符。

(二) 保留的接受

保留是一国单方面作出的。对于保留,其他的缔约国可以作出同意或反对,即有权决定本国是否接受该保留造成的对有关权利义务排除或变更的拘束。《维也纳条约法公约》规定:

1. 条约明文准许保留的,一般不需要其他缔约国事后予以接受。

2. 如果从谈判国有限数目以及条约的目的和宗旨,可知该条约在全体当事国的全部适用是每一当事国同意受该条约拘束的必要条件时,保留须经全体当事国接受。

3. 条约若是一个国际组织的组织约章,保留一般须经该组织的有权机关接受。

4. 不属于上述情况的,由缔约国决定是否接受一项保留。保留经另一缔约国接受时,就该国而言,保留国即成为该条约的当事国;保留经另一缔约国反对时,不妨碍条约在保留国和反对保留国之间生效,除非反对保留国明确表示反对条约在两国间生效;一国表示同意受该条约拘束而附有保留的行为,只要至少有一缔约国接受该项保留,就成为有效。

(三) 保留的法律效果

1. 在保留国与接受保留国之间,按保留的范围,修改了该保留所涉及的一些条款所规定的权利义务关系。

2. 在保留国与反对保留国之间,若反对保留国并不反对该条约在保留国与反对保留国之间生效,则保留所涉及的规定,在保留的范围内,不在该两国之间适用。

3. 在未提出保留的国家之间,按照原来条约的规定,无论未提出保留的国家是否接受另一缔约国的保留。

我国是《维也纳条约法公约》的缔约国,并于1990年颁布了《中华人民共和国缔结条约程序法》。该法对缔约权、条约的起草、全权代表的委派、双边条约的签署、批准、核准、多边条约的加入和接受、条约的文字、保存、登记公布等,都作出了相关的规定。

示例

甲、乙、丙国同为开放性多边条约缔约国,现丁国要求加入该条约。四国均为《维也纳条约法公约》缔约国。丁国对该条约中的一些条款提出保留,下列哪一判断是正确的?(2009年试卷一第29题)

A. 对于丁国提出的保留,甲、乙、丙国必须接受

B. 丁国只能在该条约尚未生效时提出保留

C. 该条约对丁国生效后,丁国仍然可以提出保留

D. 丁国的加入可以在该条约生效之前或生效之后进行

【参考答案及简要提示】D。对于条约作出保留只能是针对多边条约,只能在该国缔结该条约时作出,只能在条约未加禁止的情况下作出。对于条约的保留,其他缔约国可以对于该保留予以接受和提出反对。如果提出反对,则该条约关系在保留国和提出反对的国家间处于不确定或不存在状态,需要根据具体的条约和保留的情况进行分析。但无论如何,其他国家没有对于保留必须接受的义务。

新华考资

第三节 条约的效力 www.xhkzedu.com

一、条约的生效

条约的生效指一个条约在法律上成立,各当事国受该条约的拘束。条约生效的日期和方式一般依照条约的规定,或依照各谈判国的约定。通常规定条约生效的日期和方式有:

1. 条约经签署后生效。有些条约规定条约自签署之日起生效,如果缔约各方在不同日期签署,则一般以后一签署日生效;有些条约规定签署后经过一定的时间生效;也有的条约规定签署后须经缔约双方相互通知已完成各自使条约生效的法律程序后生效。

2. 经批准通知或交换批准书后生效。条约经批准后,一般在互相作出已经批准的通知,或交换批准书后生效,或在作出批准的通知或

交换批准书后经过一定的时间才生效。

3. 交存批准书或加入书后生效。多边条约经常规定一定数目的国家交存批准书或在交存一定数目的批准书和加入书后经一定时间生效;也有些多边条约要求在所规定的一定数目的国家中必须包括若干具备一定条件的国家,才能生效。

4. 条约规定于一定的日期生效。有些条约明确规定了某一特定具体日期作为生效的日期。在条约无规定、谈判国也无约定的情况下,条约在经确定所有谈判国都已同意受该条约约束时才生效。

二、条约的适用

(一) 条约必须遵守原则

条约必须遵守原则是指,对于在主权平等、充分表达自己意愿基础上的各项有效条约,各当事方必须按照条约的规定,善意地解释条约,忠实地履行条约义务。任何当事方都不得以任何借口违反条约的规定,不得从事违反条约目的和宗旨的任何活动,除情势发生变迁等特殊情况下,不得废弃条约规定的义务。

《维也纳条约法公约》规定,凡有效的条约对其各当事国有拘束力,必须由其善意履行。一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。按照国际法,如果违反条约必须遵守原则,不履行有关的条约义务,就构成国际不当行为,违约者应承担国际责任。

条约当事方必须遵守的应是有效条约。无效条约的规定对当事国无法律效力。按照《维也纳条约法公约》的规定,如果因依无效条约实施了一些行为,每一当事国都可以要求任何其他当事国在相互关系上尽可能恢复这些行为未实施前应存在的状况。在条约失效前善意履行的一些行为,并不因条约失效而成为非法。与强行法相抵触的条约若已履行,应尽可能消除履行行为产生的后果。

(二) 条约适用范围

1. 时间范围。条约一般都自生效之日起开始适用。条约法规定,对在条约有效期中发生的,并在条约规定范围内的一切事实都适用。

原则上,条约没有追溯力,即不能适用于在该约生效之前已完成的事实,除非缔约国有特别的规定或用其他方法确定该条约有追溯力。

2. 空间范围。一项条约适用的空间范围可以依据各缔约国的协议及有关当事国的意思决定。如果当事国没有相反的意思,则一般认为条约适用于各该当事国的全部领土。实践中,有些国家在签订某项条约时,将通过某种方式明确该条约对其领土的适用范围。

(三) 条约的冲突

条约的冲突是指一国就同一事项先后参加的两个或几个条约的规定相互冲突。解决条约的冲突一般采取以下几种方法:

1. 先后就同一事项签订的两个条约的当事国完全相同时,不论是双边还是多边条约,一般适用后约取代前约的原则,即适用后约,先约失效。

2. 先后就同一事项签订的两个条约的当事国部分相同,部分不同时,在同为两条约当事国之间,适用后约优于先约的原则。在同为两条约当事国与仅为其中一条约的当事国之间,适用两国均为当事国的条约。

3. 适用条约本身关于解决条约冲突的规定。有些条约本身有关于解决条约冲突的规定。例如《联合国宪章》规定,宪章规定的会员国的义务和会员国根据其他条约所负的义务有冲突时,宪章规定的义务居优先地位。而1963年《维也纳领事关系公约》规定,公约不损害其他条约在当事国之间的关系。若该公约的规定与缔约国缔结的其他条约的规定相冲突,应适用其他条约。

三、条约对第三国的效力

某个条约的第三国是指不是这个条约当事国的国家。根据《维也纳条约法公约》规定,条约未经第三国同意对第三国既不创设义务,亦不创设权利。

1. 如果一个条约有意为第三国创设一项义务,必须经第三国以书面形式明示接受,才能对第三国产生义务。按照这一规则,第三国承担的条约义务实际上不是由条约直接产生的,



而是第三国书面接受了这个条约所规定的义务的结果,如果第三国不以书面形式明示接受,第三国就可以不承担这项义务。国际实践中,曾有个别特殊条约为第三国创设了义务,例如,《联合国宪章》规定,在维持国际和平及安全的必要范围内,非联合国的会员有遵守宪章相关原则的义务。

2. 当一个条约有意为第三国创设一项权利时,原则上仍应得到第三国的同意。但是,如果第三国没有相反表示,应推断其同意接受这项权利,不必须以书面形式明示接受。《联合国宪章》中有些条款也为第三国创设了权利。如规定非会员国为争端当事国时,在一定条件下,可以将争端提请大会或安理会注意。另外,开放性多边条约都为非缔约国创设了加入该条约的权利。

3. 条约使第三国担负义务时,该项义务一般必须经条约各当事国与该第三国的同意方得取消或变更。条约使第三国享有权利时,如果经确定原意为非经该第三国同意不得取消或变更该项权利,当事国不得随意取消或变更。

第四节 条约的解释和修订

一、条约的解释

条约的解释是指对条约条文和规定的真实含义予以说明和澄清。《维也纳条约法公约》规定了条约解释应遵循的主要方法和规则。

(一) 条约解释的一般规则

1. 根据通常含义和上下文。条约解释应按照条约用语在其上下文中的通常意义来解释。条约的用语应给予其通常的含义,一个词语有时可能有几个含义,因而不能孤立地予以解释,必须结合条约的上下文,解释该词语在条约中的实际含义。条约的上下文除约文外,还包括条约全体当事国之间就该条约的缔结所订立的与该条约有关的任何协定,或个别缔约国间缔结或作出的并经其他当事国接受的与该条约有关的任何文书。与条约上下文一并考虑的因素还有该条约当事国之间嗣后订立的关于条约的解释或其规定的适用的任何规定;确证该

条约各当事国对条约的解释意见一致的在该条约适用上的任何嗣后惯例;适用于该条约各当事国之间的关系的任何有关国际法规则。

2. 符合条约的目的和宗旨。条约是为一定目的缔结的,条约的目的和宗旨贯穿于整个条约之中。解释条约要选择最符合其目的和宗旨意义,而不能相反。

3. 善意解释。是指条约的解释应以诚实信用履行条约为出发点进行,解释不能使得一方不公正或不公平地优于另一方,也不能试图阻挠或破坏条约的履行。善意原则直接源于“条约必须遵守”的规则,在条约的解释中有重要作用。

(二) 条约解释的辅助规则

1. 条约解释的补充资料。如果以上述规则解释条约,意义仍不明确或难以解释,或所得结果显属荒谬或不合理时,可以使用解释条约的补充资料,包括条约的准备工作及缔约的情况在内,如谈判记录、历次草案、讨论纪要等。但这些材料仅仅是作为上述解释方法的辅助和补充,本身不具有决定性。

2. 两种以上文字的条约的解释。(1)经两种以上文字认证作准的条约,除条约中规定或当事国协议当遇到意义分歧时应以某种约文为根据外,每种文字的约文应同样作准。(2)作准文本以外的条约译本,不能作为作准文本,仅可以在解释条约时作为参考。(3)在各种文字的作准约文中,条约的用语应被推定为有相同的意义。(4)除按规定应以某一约文为准外,在几个作准约文中发现意义有分歧,而适用以上解释规则不能消除分歧时,应采用顾及条约目的及宗旨的最能调和各约文的意义。

二、条约的修订

条约的修订是指条约在缔结之后,缔约国在条约有效期内改变条约规定的行为。因为双边条约的修订在程序上与缔结条约的程序相同,因此条约的修订主要涉及多边条约。多边条约的修订可分为两种:修正和修改。前者是指在多边条约的全体当事国之间修订条约;后者是指在多边条约的部分当事国之间修订条

新华考资

www.xhkedu.com

约。但在实践中,两词并无严格的区别,往往是混用的。

(一) 多边条约的修正

根据《维也纳条约法公约》,条约的修正应按照各自条约本身规定的程序进行。一般的规则是:修正多边条约的提议必须通知一切缔约国。缔约国与当事国不同,当事国是指同意受一个条约的拘束,并且该条约已对其生效的国家。缔约国则指无论条约是否对其生效,已同意受该条约拘束的国家。每一缔约国都有权参加对该提议采取何种行动的决定,以及参加修正该条约的任何协定的谈判和缔结。

条约修正后,凡有权成为条约当事国的国家,也应有权成为修正后的该条约的当事国。修正条约的协定对于是条约当事国而非该协定当事国的国家无拘束力。对于修正条约的协定生效后成为条约当事国的国家,如果该国没有相反表示,应视为修正后条约的当事国;在该国与不受修正条约协定拘束的当事国之间,适用未修正的条约。

(二) 多边条约的修改

条约的修改是在部分当事国之间进行的,只有在条约本身允许修改的情况下才能修改条约。《维也纳条约法公约》规定了允许多边条约修改的情况是:

1. 条约内规定可作此种修改。

2. 有关修改非为条约所禁止,并且不影响其他当事国享有条约上的权利或履行义务,也不涉及对有效实行该整个条约的目的和宗旨至关重要的规定,即如果背离这些规定,就与有效实行整个条约的目的和宗旨不符。

三、条约的终止和暂停施行

条约的终止是指一个有效的条约由于条约法规定的原因的出现,不再继续对当事方具有拘束力。条约的暂停施行是指由于法定原因的出现,一个有效条约所规定的权利和义务在一定时期内暂时对于当事方不具有拘束力。

(一) 条约终止和暂停施行的原因

1. 条约本身规定。实践中缔约方通过条约本身规定所引起的条约终止的情况主要有:

条约规定的期满并且没有延期;条约规定的其他解除条约的条件成立,如某一特定事件的发生。

2. 条约当事方共同的同意。条约可因当事方在缔约后明示或默示的共同同意而终止或暂停施行。一项条约某当事方与条约缔约国咨商后,经全体当事国同意,条约可以终止或暂停施行。

3. 单方解约和退约。条约是经过全体缔约国一致同意才缔结的,在条约有效期内,各缔约国负有忠实履行条约的义务。除条约明文规定允许一方退约或解约外,一般不经其他缔约国的同意,不得单方面终止或退出条约。根据《维也纳条约法公约》的规定,只有经确定某一条约的当事国原意为容许有废止或退出的可能,或由条约的性质可认为含有废止或退出的权利,当事国才可以单方废止或退出该条约。在这种情况下,当事国必须提前12个月通知其废止或退出条约的意思。

4. 条约履行完毕。条约规定的事项已履行完毕,条约即告终止。条约因缔约各方分别将条约规定的权利义务完全履行完毕而终止是条约终止的最常见情况。

5. 条约因被代替而终止。条约的全体当事国就同一事项缔结后订条约,如果以后订条约为准,或先后订立的两条约内容不合,使两条约不能同时适用,则先订条约终止。

6. 条约履行不可能。条约缔结后,如果实施条约所必不可少的标的物永久消失或毁损,以致不可能履行条约时,当事国可以此为理由终止或退出条约。如果不能履行属于暂时性的,则当事国只能暂停条约的实施。并且,如果这种履行的不可能由于当事国本身违反国际法而造成,则当事国须承担相应的国际责任。

7. 条约当事方丧失国际人格。当一国分裂为数国或并入其他国家而丧失其国际人格时,它所缔结的双边条约即行终止,除非有一个新国家继承该国的对该条约的权利和义务。

8. 断绝外交关系或领事关系。断绝外交关系或领事关系使得以此种关系为适用条约必不可少的条件的条约终止。其他条约不受断绝



外交关系或领事关系的影响。

9. 战争。战争发生使交战的缔约国间的政治条约、双边的商务条约终止。其他双边条约暂停施行。但关于战争法规方面的双边条约或多边条约不得终止。

10. 一方违约。条约当事国一方违约时,他方可以终止该条约或暂停条约的施行。这是作为对对方不法行为的一种对抗,但应满足必要和成比例原则。《维也纳条约法公约》规定,因一方违约,缔约他方有权终止或暂停施行该条约,但条约当事国一方的违约必须是重大的违约,包括:(1)条约当事国一方非法片面终止条约;(2)违反条约规定,且这项规定是实现条约的目的和宗旨所必要的。一方并不严重的违约不能导致另一方的废约。

双边条约当事方之一重大违约时,它方有权终止该条约,或全部或部分停止其施行;多边条约当事国一方有重大违约时,其他当事方有权以一致同意的方式,在这些当事方与违约方的关系上,或在全体条约当事方之间,全部或部分停止施行或终止该条约。

11. 情势变迁。情势变迁是指条约缔结后,出现了在缔结条约时不能预见的根本性变化的情况,则缔约国可以终止或退出该条约。

“情势变迁”是“条约必守”的一个特殊例外。为了防止滥用情势变迁原则,保持较稳定的条约关系,《维也纳条约法公约》对情势变迁原则的适用规定了严格的条件限制:(1)缔约时的情势必须发生了不可预见的根本性变化;(2)缔约时的情势构成当事国同意受条约拘束的必要根据;(3)情势变迁的效果将根本改变依条约尚待履行的义务范围;(4)确定边界的条约不适用情势变迁原则;(5)如果情势的改变是由于一个缔约国违反条约义务或其他国际义务造成的,这个国家就不能援引情势变迁终止或废除有关条约。

(二)条约终止和暂停施行的程序及后果

1. 条约终止和暂停施行的程序。《维也纳条约法公约》规定,条约当事方之一在终止、退出或暂停施行条约时,必须将其主张书面通知该条约的其他当事方,通知中应说明拟对条约

采取的措施及其理由。如果其他当事方在接到通知满3个月后未提出反对,作出通知的当事国就可以实行其所拟采取的措施。如果其他当事国提出反对,则该条约各当事国应通过和平解决争端的方法予以解决。如果在提出反对之日以后12个月内不能依上述方法解决,任何一方可以提请国际法院解决,或双方提交仲裁,或请求联合国秘书长开始强制和解程序。但对于《维也纳条约法公约》的此项规定,特别是争端解决方法的规定,包括中国在内的一些国家作出了保留。

2. 条约终止和暂停施行的后果。如果条约中含有关于条约终止的后果的规定则按照条约本身的规定执行。在条约并无规定且条约当事国也没有约定条约终止或暂停施行的后果的情况下,一般根据以下规则进行:(1)解除各当事国继续履行条约的义务;(2)不影响各当事国在该条约的终止前由于实施该条约所产生的任何权利、义务或法律情况;(3)在暂停施行期间,各当事国应避免是以阻挠条约恢复施行的行为。

示例

菲德罗河是一条依次流经甲乙丙丁甲国的多国河流。1966年,甲乙丙丁四国就该河流的航行事项缔结条约,规定缔约国船舶可以在四国境内的该河流中通航。2005年底,甲国新当选的政府宣布:因乙国政府未能按照条约的规定按时维修其境内航道标志,所以甲国不再受上述条约的拘束,任何外国船舶进入甲国境内的菲德罗河段,均须得到甲国政府的专门批准。自2006年起,甲国开始拦截和驱逐未经其批准而驶入甲国河段的乙丙丁国船舶,并发生多起扣船事件。对此,根据国际法的有关规则,下列表述正确的是:(2008年试卷一第98题)

- A. 由于乙国未能履行条约义务,因此,甲国有权终止该条约
- B. 若乙丙丁三国一致同意,可以终止该三国与甲国间的该条约关系
- C. 若乙丙丁三国一致同意,可以终止该条约

新华考资

www.xhkedu.com

D. 甲乙两国应分别就其上述未履行义务的行为,承担同等的国家责任

【参考答案及简要提示】BC。关键点有四:(1)凡有效的条约对其各当事国有拘束力,必须由其善意履行。一当事国不得援引其国内法规定为理由而不履行条约。因此,甲国政府的更迭,不应作为影响其条约义务的辩由。(2)违背条约义务的行为是否严重符合条约终止的条件。(3)退出一项条约应依照条约所规定的程序,并在该退出成立后才能够不再受拘

束。(4)条约当事国一方违约时,他方可以终止该约或暂停条约作为对对方不法行为的一种对抗,必须满足必要和成比例原则,一方并不严重的违约不能导致另一方的废约。

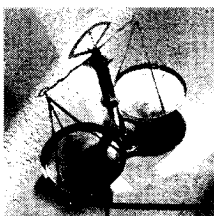
【本章主要法律规定】

1. 缔结条约程序法
2. 我国宪法、刑法、民法、诉讼法等法律中涉及条约的条款、相关规定和司法解释

条约的性质是把握条约法律制度的基础。条约缔结、条约成立的实质要件,条约效力,条约保留,条约解释和终止的相关规则。

难点在于理解条约法与国内合同法的规则的诸多不同:反映在条约的缔结、效力、保留、解释、终止等各个方面,要对各项规则细致理解。





新华考资
www.xhkzedu.com

第七章 国际争端的和平解决

第一节 国际争端与解决方法

一、国际争端的特点和类型

国际法上的国际争端或国际纠纷,主要是指国家之间在国际关系或交往中产生的利益矛盾、权利对立或行为冲突。它的特点是:第一,争端的主体主要是国家,争端涉及的利益或权利往往重大。第二,争端往往包括多种因素,情况复杂。国际社会不存在超国家的裁决机构,国家在解决争端中仍起决定作用。第三,争端解决受各种政治力量的制约和影响。

一般地,将国际争端分为三种典型:

1. 政治性争端。是指直接涉及当事国主权独立等重大政治利益的争端。对这类争端,国际法不能或尚未形成确切或具体的权利义务规则,很难用法律方法解决。这种争端也称为“不可法律裁判”的争端。比如富国与穷国间的经济矛盾、不同政治制度之间的矛盾、宗教间的矛盾,都是较典型的政治性或不可裁判性争端。

2. 法律性争端。指所涉事项上当事国的要求是以国际法作为依据提出,这种争端也称为“可法律裁判”的争端。

3. 事实性争端。指国家间对某种情况或事项的事实真相发生争执的争端。需要的是对事实本身的澄清,而不是对其是非曲直作出判定。

上述分类只具有相对意义,主要作用在于采取不同的解决方法。实践中,许多争端往往是这三种典型的混合。

二、解决国际争端的传统方式

传统国际法将解决国际争端的方法分为强制性和非强制性两种。

(一) 强制方法

强制方法是指争端一方为使他方同意其所要求的对争端的解决和处理,而单方面采用的带有某些强制性的措施和方法。这些措施包括战争与非战争的

武装行为,平时封锁、干涉、反报和报复等。

1. 现代国际法确立了和平解决国际争端的基本原则,使用战争或武力解决争端是被禁止的。武力只能在符合《联合国宪章》的条件下才能运用。因此,战争不再成为解决争端的合法方式。

2. 平时封锁是指和平时期一国的海军对另一国的海岸进行封锁,禁止有关船只的出入。现在,平时封锁只能作为由安理会决定的,维持或恢复国际和平与安全所必要时采取的一种措施,而不能是一种国家解决争端采用的合法方式。

3. 干涉是指第三方擅自或片面介入其他国家间的争端,并强迫按照干涉国的方式解决争端。这种方式在现代国际法中,也不能被认为是合法的。

4. 反报是指一国对于他国的不礼貌、不友好但不违法的行为,采取相同或相似的不礼貌、不友好但不违法的行为予以回报。如一国对于本国公民或侨民在他国受到的不公平或歧视性待遇进行反报,一国在贸易、航运、关税等问题上在他国遭到不平等待遇的反报,一国对其外交官被驻在国驱逐的反报等。

5. 报复是一国对于他国的国际不法行为,采取与之相应的措施作为回应。报复以前主要被认为是一种迫使对方接受对其国际不法行为引起争端的解决,现在更多地被认为是一种对于不法行为的对抗,因而在符合必要和成比例以及其他国际法规则的前提下,仍然可以使用。报复可以采用多种方式,包括停止执行某些条约,扣押对方船只和财产,实行贸易禁运等。

从对不法行为对抗的意义上,有人把自卫也作为一种报复,但自卫行为必须严格满足其要件及符合《联合国宪章》。反报和报复针对的是不友好或非法的行为,一旦行为国停止了其受对抗的行为,则反报或报复应立即停止。根据和平解决国际争端的国际法基本原则,反报和报复带有某种强制性,在作为争端解决方式上,是不被提倡或限制采用的。但这两种方法,在国际实践中仍经常可以看到,在不违背国际法原则和相关规则的条件下,国际法并未禁止其作为对抗措施。

(二)非强制方法

非强制方法是指在争端各方自愿的基础上,解决国际争端的方法。它分为政治解决方法 and 法律解决方法。政治解决方法包括谈判、协商、斡旋、调停、调查、和解等。法律解决方法包括仲裁和法院解决。这类方法在现代国际法中又称为和平解决方法,是现代国际法所要求的解决国际争端的方法。

三、政治方法和国际组织解决国际争端

(一)解决国际争端的政治(外交)方法

国际争端的政治解决方法是由有关国家通过外交途径进行的,因而也称为外交方法。这类方法充分尊重了当事各方意愿,当事国始终拥有自由选择 and 裁量的权利。它适用于任何类型的争端解决,并且不影响当事国同时或今后采取其他解决争端的方法。

1. 谈判与协商。谈判是争端当事国就其争端直接进行交涉,交换意见以求解决的方式。谈判是解决国际争端的最基本方式。谈判形式多样,可以公开也可以秘密,可以口头也可以书面。协商曾被作为谈判的一个部分和步骤,但当代也常常被作为一个独立的方法使用。谈判一般仅限于当事国之间,协商有时也可以邀请中立国参加。

实践中,谈判和协商往往是密切相连的,如在协商基础上开始或继续谈判、在谈判中不断进行协商、以协商一致的方式产生谈判结果等,它们往往很难严格区别开。谈判和协商可能达成协议,也可能破裂或无限期进行或延期。除非特别约定,一般地,谈判或协商的当事国没有达成有拘束力协议的义务。

2. 斡旋与调停。斡旋是争端以外的第三方为促成当事国进行谈判或争端解决,采取和提供某些协助活动。第三国本身不参加谈判,也不提出任何解决争端的方案。调停是指第三方以调停人的身份,就争端的解决提出方案,并直接参加或主持谈判,以协助争端解决。调停国提出的方案本身没有拘束力,调停国对于进行调停或调停成败也不承担任何法律义务或后果。

斡旋和调停一般是第三方出于善意主动进



行的,也可以是应当事国一方或各方邀请进行的。争端当事方或第三方可以对有关的行动加以拒绝,但不应将这种行为视为不友好。斡旋或调停者可以是国家、组织或个人。

3. 调查与和解。调查是指在涉及事实性问题的争端中,有关当事方同意将有关事实真相的调查交由第三方进行,以解决争端。调查需要争端当事方对采用调查方式订立专门协议,成立调查委员会,并就委员会的调查内容、组成、期限、权限等方面作出约定。调查委员会的任务限于查明事实,向各当事国提交调查结果报告,不对争端的是非曲直作出判定。报告的拘束力性质由当事国所订的协议决定,一般地,各国不必然承担对报告承认的义务。

和解又称调解,是指争端当事国通过协议或其他商定的方式,将争端提交一个委员会;该委员会在对争端进行调查和评价,包括与当事国间的不断讨论后,提出包括事实澄清、解决建议在内的报告;并在此基础上促成争端当事国达成进一步的协议,最后解决其争端。委员会可以是临时的,也可以是常设的。一般地,提交和解、接受和解报告及在委员会促成下达成最后解决协议,都是当事国自愿的行为,除非有特别规定或约定,对每个过程各国都没有必须进行的义务。

上述和平解决争端的方法,实践中通常是相互联系的,往往不是截然独立地采取某种方式,各种方式之间出现了愈来愈多的交叉重叠趋势。

(二) 国际组织与国际争端的解决

运用国际组织解决国际争端,是20世纪特别是联合国成立以后发展起来的一种方法。至于国际组织对争端的解决是否导致有拘束力或强制性的解决方案,要根据争端国家与该国际组织的关系、争端本身的性质,以及有关国际组织的章程或争端国家与国际组织达成的一般或特别协议来判定。

传统上运用国际组织所解决的国际争端一般被认为是政治性的,因而也有人将此方式列为政治解决方式的一种特殊形式。但是应该看到,由于国际组织已渗透到国际社会的各个方

面,因此被运用来处理的可能也是政治性以外的争端;同时,根据其章程某些国际组织完全有可能具有某种类似法律方式解决特定国家或特定问题的权限,并可能导致对争端国有拘束力的决定或决议。

因此,将国际组织方法作为解决争端的一类方法集中讨论,是鉴于国际组织在当今处理国际争端中的作用非常广泛、经常甚至制度化的趋势。实质上,从国际组织本身来说,它往往是不同程度和范围的政治方法和法律方法兼备。或者说,国际组织解决国际争端方法与传统上政治或法律解决方法是有交叉和重叠的。

最重要的解决争端的国际组织是联合国。联合国在解决国际争端中的作用和方式,是根据《联合国宪章》的原则和有关规定进行的。除联合国国际法院外,解决争端的主要机构是联合国大会和联合国安理会。

第二节 国际争端的法律解决方法

国际争端的法律解决方法是指用仲裁和法院判决解决国家间的争端。

一、仲裁

(一) 仲裁的一般规则

仲裁或称公断,是指根据争端当事国之间的协议,将争端交与它们选定的仲裁人作出对争端当事方具有拘束力的裁决,从而解决争端的方法。

仲裁是一种古老的解决争端的方法,1899年和1907年的《和平解决国际争端公约》、1928年的《和平解决国际争端总议定书》,都将其作为解决争端的方法加以规定。1958年联合国国际法委员会拟定的《仲裁程序示范规则》,对国际仲裁的仲裁协议、仲裁庭、仲裁适用法律、仲裁程序和仲裁裁决效力等的內容作了系统阐述。其中仲裁协议是当事方之间在争端交付仲裁及相关事项上达成的协议,是进行国际仲裁的基础和法律依据。仲裁协议中包括仲裁庭的组成、仲裁程序、裁决的效力、仲裁地点和费用以及其他当事方认为需要约定的内容。仲裁裁决对于当事国具有法律拘束力,并为终局性决定。当事国应

新华考资
www.xhkedu.com

在裁决规定的期限内执行裁决中的义务。

(二) 国际常设仲裁法院

目前有许多国际仲裁机构,其中多为解决贸易投资方面争端设立。这些仲裁机构通常不是专门以国家作为当事主体,其当事人可以包括国家、法人和自然人。

国际常设仲裁法院是专门受理国家间仲裁案件的常设仲裁机构。它是根据1899年《和平解决国际争端的公约》于1900年在海牙设立,由从事行政事务性工作的常设行政理事会和国际事务局以及一份“仲裁员名单”构成。

常设理事会由荷兰外交大臣任主席,成员还包括缔约各国驻荷兰的外交代表。理事会负责监督和指导事务局的工作,制定有关的规则和章程。国际事务局是常设仲裁法院的书记处,负责日常的工作和法院仲裁文件的登记、转达、档案管理。“仲裁员名单”,由缔约的每个国家各自遴选的4名精通国际法并享有崇高道德声誉的法学专家组成。各国提名不限于本国国籍的人。仲裁员可以连选连任,任期6年。

法院的仲裁程序。当事国将争端仲裁协议提交仲裁法院时,可以在仲裁员名单中各自选定1~2名仲裁员,再由这些选定的仲裁员选定首席仲裁员。仲裁一般经过书面程序和口头程序两个阶段。然后仲裁庭进行秘密评议并以多数票作出裁决。裁决为终局性的,但如果争对方对裁决的意义和范围不明,可以在裁决作出3个月内,请求仲裁庭作出解释。

自1900年成立以来,常设国际仲裁法院共裁定了约50起案件,其中有20起是近10年完成的。近年来,国际社会司法方式解决争端的需求日益增强,常设仲裁法院工作有了很大加强,1993年召开了第一次全体仲裁员大会,1994年被接纳为联合国大会观察员。法院并制定了一系列有关文件,对国际仲裁和有关的国际法规则的发展产生很大影响。这些文件包括:《两国间争端任择仲裁规则》(1992年)、《当事人双方仅有一方是国家的任择仲裁规则》(1993年)、《国际组织与国家之间纠纷的任择仲裁规则》(1996年)、《和解任择规则》(1996年)、《调查委员会查明事实程序任择规则》(1997年)等。

二、法院方式

目前,国家之间已建立了一些国际司法机构。这些机构的性质、目的和审理案件的管辖范围各有不同,旨在解决国家间争端的国际性司法机关,目前典型的有联合国国际法院和国际海洋法法庭。

(一) 国际法院

国际法院即联合国国际法院,根据作为《联合国宪章》一部分的《国际法院规约》,于1946年成立。国际法院是联合国的司法机关,也是当今最普遍、最重要的国际司法机构,是法律方法解决国家间争端的主要机构。

1. 国际法院的组成:

(1) 法院由15名法官组成。15人中不得有两人同为同一国家的国民。法官不代表任何国家,不能担任任何政治或行政职务,也不得从事任何其他职业性活动。法官不受任何政府的制约,也不受联合国机构的制约。法官在联合国大会和安理会中分别独立进行选举,只有在这两个机关同时都获得绝对多数票方可当选。安理会常任理事国对法官选举没有否决权。法官任期9年,可以连选连任。法院的院长和副院长从法官中选举产生。

(2) 专案法官。法官对于涉及其国籍国的案件,不适用回避制度,除非其就任法官前曾参与该案件。在法院受理案件中,如果一个当事国有本国籍的法官,他方当事人也可以选派一人作为“专案法官”,参加本案的审理。如果当事双方都没有本国籍的法官,则双方都可各选派一名“专案法官”参与该案件的审理。这种临时的专案法官在该案审理中与正式法官具有完全平等的权利。

(3) 书记处。书记处设书记官长、副书记官长和工作人员。正副书记官长由法官提名并选举产生。书记处负责处理法院的文书、档案,日常工作 and 对外联系等。

2. 国际法院的管辖权。国际法院有诉讼管辖和咨询管辖两项职权。其中诉讼管辖是其最主要的职权。

(1) 诉讼管辖权。法院在行使诉讼管辖权



时,涉及“对人管辖”和“对事管辖”两个方面:

第一,对人管辖。国际法院的对人管辖是指谁可以作为国际法院的诉讼当事方。根据法院规约,有三类国家可以作为国际法院的诉讼当事国:①联合国的会员国;②非联合国的会员国但为《国际法院规约》的当事国;③既非联合国的会员国也非《国际法院规约》的当事国,但根据安理会决定的条件,预先向国际法院书记处交存一份声明,表示愿意接受国际法院管辖、保证执行法院判决及履行相关其他义务的国家。作为诉讼当事国,这三类国家的地位是相同的。国际组织、法人或个人都不能成为国际法院的诉讼当事国。

第二,对事管辖。国际法院的对事管辖是指什么事项能够成为国际法院的管辖对象。根据法院规约,国际法院管辖案件的范围有三个方面,或者说国际法院的对事管辖权可由以下方式建立:

第一种是自愿管辖。对于任何争端,当事国都可以在争端发生后,达成协议,将争端提交国际法院。法院根据当事国各方的同意进行管辖。

第二种是协定管辖。在现行条约或协定中,规定各方同意将有关的争端提交国际法院解决。提交法院的争端及范围等可以通过在条约中设立专门条款,也可以在订立条约的同时,再订立专门的协定加以规定。

第三种是任择强制管辖。《国际法院规约》的当事国,可以通过发表声明,就具有下列性质之一的争端,对于接受同样义务的任何其他当事国,接受法院的管辖为当然具有强制性,而不需要再有特别的协定。这些争端是:对于条约的解释、违反国际义务的任何事实、违反国际义务而产生的赔偿的性质和范围等。这里“任择”是指当事国自愿选择是否作出声明;一旦作出声明,在声明接受的范围内,国际法院就具有了强制的管辖权,而不需其他协定。目前,世界上有60个左右的国家作出这类声明,但都附有各种保留。中国政府于1972年撤回了国民党政府1946年作出的接受国际法院的强制管辖的声明。

(2)咨询管辖权。根据《联合国宪章》和《国际法院规约》,国际法院除诉讼活动外,还有提供法律咨询的重要职能,称为法院的咨询管辖权。联合国大会及大会临时委员会、安理会、经社理事会、托管理事会、要求复核行政法庭所作判决的申请委员会以及经大会授权的联合国专门机构或其他机构,可以就执行其职务中的任何法律问题请求国际法院发表咨询意见。其他任何国家、团体、个人包括联合国秘书长,都无权请求法院提供咨询意见。法院作出的咨询意见虽然没有法律拘束力,但对于有关问题的解决以及国际法的发展都具有重要的影响。

3. 国际法院的诉讼程序:

(1)起诉。当事国向法院提交案件的方式依管辖依据的不同而异。自愿管辖时,当事国双方协商后提交特别协议;也有经当事国一方将案件提交法院后,得到他方认可形成协议,称为“法院延期”。协定管辖和任择强制性管辖时,当事国一方以包括阐明管辖权依据的申请书方式提交案件,由法院通知争端对方。

(2)书面程序和口头程序。法院确定管辖权后,将命令争端各方限期提出起诉状、辩护状或证据及其他文件资料。法院在审理中,还可命令争端方限期提交答辩状或复辩状等法律文书。

书面程序结束后,进行口头程序。法院可讯问代理人、证人、鉴定人、律师及其他有关人员。除法院另有决定或争端当事方另有要求外,口头程序应公开进行。

(3)附带程序。或称特别程序,由法院在特定情况下采用。包括初步反对主张、临时保全、参加或共同诉讼、中止诉讼等。

初步反对主张是指当事国对于法院的管辖权或对请求方提请或参加诉讼权利的反对。反对是否成立由法院裁定。

临时保全是诉讼过程中,经当事国请求法院批准采取的必要和紧急措施,以保护争端方利益。包括对某些行为的禁止、财产的冻结或扣押等。

参加或共同诉讼是指第三国参加诉讼。这又包括两种情况:①第三国认为案件诉讼可能

影响其法律性质的利益可以提出请求参加诉讼,由法院决定是否准许;②诉讼涉及条约解释时,诉讼当事国以外该条约其他缔约国有参加诉讼的权利。如果参加了诉讼,法院判决中对于该条约的解释同样对于该参加国具有拘束力。

中止诉讼是指在判决最后宣告前,争端各方已达成不再继续诉讼的协议,法院停止该诉讼。

4. 国际法院的判决。国际法院对所审理案件,除中止诉讼的情况外,都作出判决。在书面程序和口头程序后,法院法官进行秘密评议并起草判决书,通过三读后进行表决。表决时法官不得弃权。判决书以多数法官同意票通过。任何法官不论是否同意多数意见,都可以将其个人意见附于判决之后。个人意见实际上有两种:一种是同意判决的结论,但不同意判决所依据的理由,此称为“个别意见”;另一种是既不同意判决结果也不同意判决所依据的理由,此称为“反对意见”。

判决书在法院开庭宣读,并自宣布之日起对各当事国发生拘束力。

国际法院的判决是终局性的。判决一经作出,即对本案及本案当事国产生拘束力,当事国必须履行。如有一方拒不履行判决,他方得向安理会提出申诉,安理会可以作出有关建议或决定采取措施执行判决。1946年以来,除极个别的情况外,各国都服从了国际法院的判决,并忠实地执行了判决的内容。

当事国对判决的意义或范围发生争执时,可以请求国际法院作出解释。当事国在判决作出后,如发现能够影响判决的、决定性的且在诉讼过程中不可能获知的新事实,可申请法院复核判决,复核程序与诉讼程序相同。申请复核至迟应于新事实发现后的6个月内,并在自判决之日起不超过10年内提出。自1946年成立以来,国际法院已审理了100多个案件。其中80%是国家之间的诉讼案件,20%是联合国机关或专门机构要求发表咨询意见的案件。

冷战结束以来,提交国际法院的案件数量

增加了,案件表上年均十几个案件(1991年甚至有23个案件)。通过这些案件的审理和判决,不仅成功地解决了一些国家间的争端,也对国际法许多原则和规则的确立产生了巨大的影响,促进了国际法的发展。

(二) 国际海洋法法庭

国际海洋法法庭是根据《联合国海洋法公约》设立的,它是在海洋活动领域的全球性国际司法机构。海洋法法庭的建立,不排除国际法院对海洋活动争端的管辖,争端当事国可以自愿选择将海洋争端交由哪个机构来审理。

法庭由21名法官组成。每个缔约国可以提出不超过两个法官候选人,在全体缔约国会议上,用无记名投票方式选举产生。获得最多票者依次当选。法庭设在德国汉堡。

关于法庭的对人管辖范围,根据公约规定,海洋法法庭的诉讼当事人可以是:(1)公约所有缔约国;(2)管理局和作为勘探和开发海底矿物资源合同人的自然人或法人;(3)规定将管辖权授予海洋法法庭的任何其他协定的当事者。公约把自然人和法人作为诉讼当事方是因为根据《联合国海洋法公约》规定的“平行开发制”,与管理局签订合同开发国际海底矿产的各国自然人和法人可能成为有关海底开发争端的主体。但同时,公约对当事人一方为自然人或法人的争端,在将争端提交海洋法法庭时,也作出了两项补充或限制:其一是规定“须用尽当地救济”;其二是自然人和法人的担保国或国籍国应邀参加司法程序。

关于法庭管辖权的任择强制管辖性质,《联合国海洋法公约》规定,一国在签署、批准或加入本公约时,或在其后任何时间,可以自由用书面声明方式选择海洋法法庭的管辖。只有争端各方都选择了法庭程序,法庭才有管辖权。这与国际法院的任择强制管辖权是相似的。在承认法庭的管辖权的国家之间,争端各方可以用特别协定或以申请书方式提起诉讼。如果当事一方不出庭或对其案件不进行辩护,争端他方可请求法庭继续进行审理并作出判决。法庭判案适用《联合国海洋法公约》和其他与该公约不相抵触的国际法原则规则。



示例

甲、乙是联合国会员国。甲作出了接受联合国国际法院强制管辖的声明,乙未作出接受联合国国际法院强制管辖的声明。甲、乙也是《联合国海洋法公约》的当事国,现对相邻海域中某岛屿归属产生争议。关于该争议的处理,下列哪一选项是不符合国际法的?(2012年试卷一第33题)

- A. 甲、乙可达成协议将争议提交联合国国际法院
- B. 甲、乙可自愿选择将争议提交联合国国际法院或国际海洋法庭
- C. 甲可单方将争议提交联合国国际法院
- D. 甲、乙可自行协商解决争议

【参考答案及简要提示】C。提交国际司法机构法律解决作为解决国际争端的方法,其关键点之一在于其管辖权的建立。国际法院的管辖权建立的三种方式都是基于当事各方事先或事后的同意,而不能是任何单方的意愿。而海洋法法庭的建立,不排除国际法院对海洋活动争端的管辖,争端当事国可以自愿选择海洋争端的提交机构。

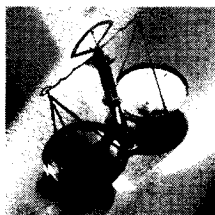
新华考资

【本章主要法律规定】

我国宪法、行政法、诉讼法等法律中的涉及或可以适用于涉外争端解决的条款和相关规定

本章主要内容有两项:国际法院的相关制度,包括性质、组成、管辖权、程序和执行规则;基于和平解决国际争端原则而产生的各种政治方法之间的区别和运用。

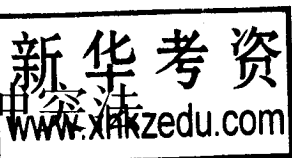
难点一是关于解决争端的强制方法的运用条件;二是国际法院的管辖权成立的条件。



国际法

第八章

战争与武装冲突



第一节 概述

一、国际法上战争的概念

国际法上的战争主要是指,两个或两个以上的国家,使用武力引起的敌对或武装冲突及由此引起的法律状态。国际法意义上的战争具有以下一些特定的含义:

1. 战争主要是国家之间进行的行为和状态,也包括国际法其他主体之间所进行的武装冲突和相关状态。特别是“二战”以后,战争法的多数规则被认为应当适用于反对殖民主义的武装斗争中。另外被国际法承认为叛乱团体或交战团体的组织从事的武装斗争行为,也被认为适用战争法的某些相关规则。

2. 战争一般以存在武装冲突的事实为突出的表现,但并非所有的武装冲突都是国际法上的战争;也不是所有国际法上的战争都必然以存在实际的武装冲突的事实为前提。

(1)作为战争的武装冲突,通常是具有一定规模、持续一定时间、波及范围较广的武装冲突。但作为国际法上的战争,不仅是这种敌对行为的事实,更主要的是一种法律状态。它依一定的程序开始,并产生相应的法律后果。

(2)确定国际法上战争状态的存在,交战各方是否存在“交战意思”是决定性因素。所谓“交战意思”,是指敌对的双方或一方认定已经或将要发生的敌对或冲突为战争状态。同时,当这种敌对或冲突影响到第三国的权益时,第三国的判断或态度,如宣布战时中立等,也是认定这种冲突是否构成战争的重要因素。

(3)作为一种法律状态的战争,可能并没有实际的武装争斗发生。例如,在第一次和第二次世界大战中,都有一些国家虽已宣战但始终没有参加实际武装敌对行为。它们也被承认为交战国,其处于国际法中的战争状态。

战争法是调整交战国之间、交战国与中立国和其他非交战国之间的关系以及规范战争中交战方行为的规则和制度的总体。战争法是国际法的一个独特而重要的部分。可以认为,整个国际法体系是由战争法与平时法两部分组成的。战争法规则中许多是古老的国际习惯法规则。国际社会对战争法进行的官方大规模编纂开始于18世纪中叶,目前已编纂完成了几十个条约。这些条约和习惯规则,构成了当代战争法体系的框架。

战争法的目的和作用在于保护中立国、非交战国和交战国的合法权益,保护平民,并使交战人员和战争受难者免遭不必要的和非法的伤害。虽然当代国际法已宣布使用武力推行国家政策为非法,即废除了国家的所谓“战争权”。但由于迄今为止,在人类社会,战争现象仍然客观存在,所以,战争法仍具有其重要的实际意义和作用。

1. 传统的战争法可以分为两个部分:第一部分是关于战争的开始和结束,以及在此期间交战国之间、交战国与中立国或非交战国之间法律关系的原则、规则和规章制度;第二部分是关于作战中的规则,即关于武器、其他作战手段和作战方法以及保护平民、交战人员和战争受难者的原则、规则和规章制度。这些内容是战争法基本的和主要的内容。

另外,由于禁止侵略战争和禁止非法使用武力,已成为当代国际法的基本原则中的内容,“二战”后还制定了一些有关制裁和惩处发动侵略战争和违反战争法规责任者的条约、原则和规则。这些都是对传统战争法的重要发展。因此也有人认为,广义的战争法还应包括武力的合法使用、维护国际和平与安全、战争犯罪及惩罚规则等方面的国际法原则和规则等内容。

2. 上述传统战争法第二部分的内容,通常又被分为两类:一类是以1907年的海牙公约为代表的和开端的、关于规范作战手段和方法的条约和习惯,也称为海牙体系;另一类是以1949年日内瓦四个公约为代表和基础的、关于保护

平民和战争受难者的条约和习惯规则,也被称为日内瓦体系。这两个体系在历史发源、规则脉络和侧重点等方面是不同的,其发展也是相对独立的。当然由于二者间内在的深刻联系,所以在具体规则上,往往存在相互的渗透和重叠,有时很难截然限定或分开。如1977年的《关于1949年8月12日日内瓦公约的两项附加议定书》,不但包括保护平民和战争受难者的原则和规则,而且包括限制作战手段和方法的原则和规则。

对于目前出现的“国际人道主义法”一词,不同的学者对其指代的内容和范围有不同的理解。其中典型用法有两种:其一认为,国际人道主义法是指国际红十字会推动的、以上述日内瓦体系为主要内容的原则和规则;而另一种用法则认为,国际人道主义法的范围覆盖了海牙体系和日内瓦体系二者的内容。

3. 鉴于在“二战”后出现的国际武装冲突中,大多数都没有被宣布或被认为是法律上的战争状态,并且基于减少残酷性和人道的考虑,为了尽可能地减轻军事行动对各方造成的破坏,国际实践中已将许多的传统战争法规和规则也适用于这种非战争的武装冲突中。为此,一些国际文件和学者著作中,越来越多地出现了“武装冲突法”一词,并一般倾向于将战争法扩展称为“战争与武装冲突法”。

需要注意:(1)由于非战争的武装冲突没有法律上战争状态的存在,传统战争法规的第一部分内容,即关于宣战、媾和、中立等规则和制度,一般不能适用其中。(2)传统战争法的第二部分内容,是对作战手段的限制规则以及对人员的保护规则。这部分内容不但在法律上的战争状态中适用,而且一般也被适用于非战争的武装冲突中,其中有些内容甚至被适用于非国际性武装冲突中。

三、战争状态与战时中立

(一)战争的开始及其后果

1. 战争的开始。战争的开始意味着交战国之间的关系从和平状态进入敌对的战争状态。战争的开始可以交战双方或一方的宣战为



标志,也可因一方使用武力的行为被另一方、第三方或国际社会认为已构成战争行为而开始。

宣战的方式通常有两种:一种是说明理由的宣战声明;另一种是附有条件的最后通牒,当对方在限定期限没有接受通牒中的条件,即开始采取战争手段。同时,敌对的任一方如果认为战争状态已经存在,必须立即通知其他各非交战国。

传统国际法认为,战争的开始必须通过宣战。但是国际实践中,特别是在1928年《巴黎非战公约》规定废弃将战争作为推行国家政策的工具之后,愈来愈多地出现了不宣而战的情况。1945年《联合国宪章》禁止武力的非法使用以后,国家间所发生的武力争斗,绝大多数是以非战争的武装冲突来代替正式的战争状态。

关于战争开始的具体时间。凡是经过宣战开始的战争,宣战之时或宣战文件上指明的时间即为战争开始的时间。未经宣战的战争,对其开始时间的认定,国际法尚无明确具体的规定。这种情况下应综合各个相关因素进行考察,其中确证交战国的“交战意思”所表现出的时间,对于确定战争开始的时间通常应具有决定性的意义。

2. 战争开始的法律后果。战争开始使交战国之间的法律关系发生重大变化,产生的法律后果主要有以下方面:

(1)外交和领事关系的断绝。战争开始后,交战国间的外交关系和领事关系一般自动断绝。交战国关闭其在敌国的使、领馆。接受国有一般的义务尊重馆舍财产和档案安全。对于派遣国的馆舍,以及侨民的利益,可以委托接受国认可的第三国予以照料。交战国的外交代表和领事官员以及使、领馆的有关人员有返回其派遣国的权利。这些人员在离境前的合理期限内,一般仍享有外交特权与豁免。

(2)条约关系发生变化。国际实践中,战争开始引起的条约关系的变化主要有三种情况:

①仅以交战国为当事国的条约效力根据以下情况决定:第一,凡以维持共同政治行动或友好关系为前提的条约,如同盟条约、互助条约或和平友好条约立即废止。第二,一般的政治和

经济类条约,如引渡条约、商务条约等,除条约另有规定外,也停止效力。这类条约战后的效力如何,一般由缔约方在这类条约中或在和约中明确。第三,关于规定缔约国间固定或永久状态的条约,如边界条约、割让条约等一般应继续维持,除非这类条约另有规定,或缔约方另有协议。

②交战国与非交战国为当事国的多边条约的效力有两种情况:一种情况是条约本身明文规定,该条约在战时中止其效力,如1944年《芝加哥国际民用航空公约》就作出了这种规定。另一种情况是,普遍性的多边条约或有关卫生、医药的条约不因战争开始而终止,但其中与交战行为相冲突的条款,可中止执行,待到战争结束后再恢复执行。

③关于涉及战争规范的条约效力。凡规定战争行为规范的条约于战争开始后不仅有效,而且恰恰必须适用。当事国应严格遵守。

(3)经贸往来的禁止。战争开始后,交战国间的政治、经济、军事等诸方面都处于敌对状态。断绝经贸往来是战争开始后敌国之间通常采取的措施。一般地,交战国人民之间的贸易和商务往来是被禁止的,但对已履行的契约或已结算的债务则并不废除。

(4)对敌产和敌国公民的影响。

①对敌产的影响。交战国在战争中对敌产的处理应区分公产和私产:第一,交战国对于其境内的敌国国家财产,除属于使馆的财产档案等外,可予以没收;第二,对占领区内属军事性的敌国动产可以征用;对不动产可以使用,但不得拥有、变卖或作其他改变物权所有者的处置;第三,具有军事性的不动产,如桥梁、要塞等可于必要时予以破坏;第四,交战国对于其境内的敌国人民的私产可予以限制,如禁止转移、冻结或征用,但不得没收;第五,对占领区内的敌国人民之私产不应以任何方式干涉或没收,但对可供军事需要的财产可征用。

另外,交战国对在海上遇到敌国公、私船舶及货物,可予以拿捕没收,但对从事探险、科学、宗教或慈善以及执行医院任务的船舶除外;对中立国商船上的敌国私产,除可用于战争目的



的之外,一般不应拿捕没收;对敌国的公、私航空器及其所载货物均可拿捕没收。

②对敌国公民的影响。交战国对其境内的敌国公民可实行各种限制,如进行敌侨登记,强制集中居住等。但就战争许可范围内,应尽可能地减免对敌国公民人身、财产和尊荣上的限制和强制。

3. 非战争武装冲突的开始及其后果。非战争的武装冲突没有正式开始的宣告程序。只要实际武力行为存在,就视为开始了非战争武装冲突。第二次世界大战以后发生的许多重大国际武装冲突大都不是战争,因为武装冲突各方不承认有战争状态的存在。这时,该武装争斗的后果与战争开始的后果不同,在这种武装冲突爆发时,武装冲突各方一般继续保持外交关系和领事关系,同时一般不发生战争所引起

(二) 战争的结束

从国际实践看,战争的结束一般分两步,停止敌对行动和结束战争状态。敌对行动的停止不同于战争状态的结束。前者只是一种临时的、为实现最终和平所作出的过渡性安排;而后者则意味着交战问题的最终解决和恢复彼此间的和平状态。

1. 敌对行动的停止。

(1) 停战。停战是根据交战方之间签订的协议而停止军事行动。停战可以是全面的,也可以是局部的。停战可以有确定的期限,也可以不定期限。如果不定期限,交战国可以随时再行开战,但应按停战条件的规定对对方提出警告。交战一方如果有严重破坏停战条件的行为,另一方有权废除停战协定,情况紧急时可立即恢复战争行动。但是,如果违反停战协定的是个人,且是出于个人动机,则受害一方只要求惩处违约者。

(2) 无条件投降。投降是战败国向战胜国降服。无条件投降是指战败国只能按照战胜国规定的条件而自己不得附加任何其他条件的投降。“二战”期间,联合国方面为了彻底粉碎德、日法西斯侵略势力,对它们宣布了无条件投降的命令。1945年5月8日,德国统帅部的代

表在柏林签署了无条件投降书;同年9月2日,日本也签署了无条件投降书。

(3) 停火与休战。停火与休战是目前经常使用的停止军事行动的方式,特别是联合国安理会在武装冲突发生后,常常会作出要求各方停火的决定。停火的效力一般要求在规定的期限内,在被要求的地区内绝对停止敌对的武装行动;而休战也是停止敌对武装冲突行动的一种方式,但具体的内容和形式更少限定性,存在一些不同的具体实践。

2. 战争状态的结束。战争状态的结束是交战各方停止战争行动,并全面解决了相关的政治、经济、领土和其他问题,从法律上结束战争状态,恢复彼此间的和平关系。实践中,结束战争状态的方式通常有以下三种:

(1) 缔结和平条约。缔结和平条约是结束战争状态的最通常的方式。和平条约一般都规定了与交战国相关的全部未决事项。和平条约的缔结和生效,意味着战争状态的结束,从而一切基于战争状态而采取的作战行为不再被允许,双方不得再行攻击、征用或没收等行为。“二战”后,中国与意大利间战争状态的结束,就是以中、美、苏、英、法等国家为一方,与意大利、罗马尼亚等国家为交战的另一方,通过缔结和平条约完成的。

(2) 联合声明。交战国双方以发表联合声明的方式结束战争状态。“二战”后,中国与日本间战争状态的结束采用了这种方式。1972年9月29日,中日两国发表联合声明宣布结束两国间的战争状态,恢复正常的和平关系。

(3) 单方面宣布结束战争。指由战胜国单方面宣布结束战争状态。中国与德国间战争状态的结束,是通过这种方式来实现的。1955年4月7日,中华人民共和国主席发布《关于结束中华人民共和国同德国之间的战争状态的命令》,标志着中国与德国之间的战争状态的结束。

3. 战争结束的法律后果。交战国之间的战争状态结束后,两国的关系恢复为正常的和平关系。相应的战争法的规则终止适用,在其国家关系中,恢复适用国际法中的平时法部

新华考资
www.xhkedu.com

分。恢复外交和领事关系;恢复经济贸易通商活动;因战争中止实施的条约恢复效力;取消对原交战国家或国民的财产及其他权利的限制等。

现代国际实践对于战争的结束和后果有了某些新发展。停战协定由原来只是临时性的安排,现在趋向于成为长期、全面停止敌对行动的一种方式。有些停战协定以后通过其他的国际法律文件予以确认和保证,从而成为结束战争状态的一种方式。1973年巴黎会议签订的关于越南停止战争和恢复和平的协议是一个典型的例子。

另外,以前国际法上的战争结束及其法律后果问题,基本上都集中于国家之间的战争。现代国际实践中,针对个别国家非法使用武力的行为。联合国根据《联合国宪章》所采取的军事行动的结束和法律后果问题,也在不断地实践和发展之中。如针对伊拉克对科威特非法使用武力的行动,联合国安理会通过决议,多国部队对伊拉克发动了代号为“沙漠风暴”的军事行动。在此行动结束以后,联合国安理会又于1991年4月通过第687号决议,重申按照国际法,伊拉克应负责赔偿因其非法入侵和占领科威特而对外国政府、国民和公司造成的任何直接损失、损害和伤害。

(三)战时中立

战时中立,是指在战争时期,非交战国选择不参与战争、保持对交战双方不偏不倚的法律地位。

1. 一个国家在其他国家之间发生战争时,除事先负有条约义务,是否选择中立地位,是政治抉择,不是法律问题。但其如果选择了中立地位,则产生相应的法律权利和义务。选择中立地位可以通过发表声明表示,也可以不发表声明而采取事实上遵守中立义务的方式。

2. 战时中立不同于政治意义上中立和中立主义。作为外交政策上的中立或中立主义,是指一国对其他国家间的争端或对立所采取的一种超脱的政治态度,不参加军事联盟,拒绝在本国领土上设置外国军事基地或驻扎外国军队,以及不偏袒任何国家等。这种政

治中立不带来国际法上中立的法律后果。“不结盟运动”就是一种典型的政治中立做法,它是在冷战期间,选择不参加和不卷入当时美苏两个对立军事集团之间的纠纷和冲突的一种做法。

3. 战时中立也不同于“永久中立”。战时中立是临时和特定的,其开始于非交战国声明其选择中立地位,或其事实上已经开始的中立行为;战时中立结束于战争的结束,或中立国宣布结束中立地位开始参加战争。永久中立的地位是根据国际条约确立的,它在平时和战时都必须履行其永久中立国的义务,不得任意选择或放弃其地位。战时中立也不同于领土某些部分的“中立化”。所谓领土中立化,一般是根据国际条约使某一部分领土永久非军事化。

4. 战争法上的战时中立是国家的一种战时地位,而不是个人或团体的地位。有关中立的法律规则是规范和调整战时有关国家间的行为和关系的,而不直接以个人或团体间的关系作为调整对象。

5. 在未构成法律上战争状态的武装冲突中,由于不存在法律上的战争状态,因而也无严格法律意义上的中立。这种情况下,不参加冲突的国家的地位以及相关的权利义务,国际法尚无明确具体的规则。从国际社会实践看,一般地说,在这种武装冲突中,未卷入冲突的国家有权保护其在冲突各方境内的侨民的生命和财产,必要时有权撤退其侨民,同时也应尊重和保护冲突各方在其境内的侨民及财产。冲突方无权对未参加冲突的国家采取封锁、临检、禁止禁制品等传统战争法所允许的措施。

6. 现代国际法中,不符合《联合国宪章》规定而使用武力的行为已被禁止,侵略战争已被确定为严重的国际罪行。联合国成员国已事先在法律上承担了义务,区别对待从事战争或非法使用武力的国家与被侵略国家。这在很大程度上动摇了以不偏不倚为基础的中立。传统国际法上的中立规则,受到《联合国宪章》所确立的集体安全制度的制约和影响。根据宪章,联合国成员国在维护国际和平与安全方面,承担了根据安理会决定(包括使用武力决定),采取



集体协助行动的义务。且该宪章的义务与其他协定义务相比具有优先的地位。此时,国家选择中立的权利受到了制约。

然而,从国际实践看,《联合国宪章》规定并没有使得国际法上的中立制度完全被取消。在联合国作出采取行动的情况下,各国仍可能自由地选择是否保持中立。另外,即使联合国安理会作出了使用武力的决定,如果一个国家不参加实际战斗,它就在实际上保留中立地位,这种地位也被称为一种“有限中立”或“准中立”。因此中立制度在一定程度上,仍然具有继续存在的必要性和发展的意义。

7. 中立国在国际法上的权利义务主要包括以下内容:

(1) 中立国的权利:①中立国的领土主权应得到交战国的尊重。交战国不得在中立国领土或其管辖区域从事战争行为,不得将中立国领土作为其作战基地、通讯设施基地,或在中立国领土或领水内将商船改装为军舰。②中立国人员的权益应得到保护。交战国应采取保护措施,防止其境内或其管辖区域内的中立国使节及国民遭受虐待;防止其境内或其管辖区域内的中立国人民的合法权益受到侵犯。③中立国与交战国关系中的某些特殊权利。中立国有权与交战国的任一方保持正常的外交和商务关系。

(2) 中立国的义务。一般可以分为不作为的义务、防止的义务和容忍的义务三个方面:①不作为的义务,是指中立国不得直接或间接地向任何交战国提供军事支持或帮助。包括不得提供军队、武器、给养、贷款或向交战国军队提供庇护场所等。②防止的义务,是指中立国有义务采取一切可能的措施,防止交战国在其领土或其管辖范围内的区域从事战争,或利用其资源准备从事战争敌对行动以及战争相关的行动,包括在该区域中征兵、备战、建立军事设施或捕获法庭、军队及军用装备过境等。③容忍的义务,指中立国须容忍交战国根据战争法对其国家和人民采取的有关措施,包括对其有关船舶的临检、对其从事非中立义务的船舶的拿捕审判、处罚或非常征用。

示例

甲、乙国发生战争,丙国发表声明表示恪守战时中立义务。对此,下列哪一做法不符合战争法?(2012年试卷一第34题)

A. 甲、乙战争开始后,除条约另有规定外,二国间商务条约停止效力

B. 甲、乙不得对其境内敌国人民的私产予以没收

C. 甲、乙交战期间,丙可与其任一方保持正常外交和商务关系

D. 甲、乙交战期间,丙同意甲通过自己的领土过境运输军用装备

【参考答案及简要提示】D。国际法中,战争是一种法律状态。战争开始后,交战国的条约关系产生相应的变化,一般的政治和经济类条约如商务条约,除条约另有规定外,停止效力。而战时中立的国际法规则开始适用。中立国的义务一般可以分为不作为的义务、防止的义务和容忍的义务三个方面。

第二节 对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护

新华者资
www.xhkzedu.com

一、对作战手段和方法的限制

所谓作战的“手段”是指所使用的武器,而所谓“方法”则包括如何使用武器及其他作战方法。战争与武装冲突法从人道的角度出发,对作战的手段和方法规定了若干的限制。目的是在不能完全消灭战争与武装冲突之前,尽量减轻其给人类带来的残酷性。

限制作战手段和方法的国际法规则,也被称作战争法中的“海牙体系规则”。它主要是以发轫于1907年的一系列海牙公约为基础,并在以后不断发展而形成的。

(一) 限制作战手段和方法的基本原则

1. “条约无规定”不解除当事国义务。战争与武装冲突法的原则、规则和制度,不仅存在于条约之中,而且还大量地表现为习惯国际法的形式。作战手段和武器技术的发展非常迅速,

战争法的某些具体规则可能不足以及时全面地覆盖这些新的武器系统或作战方式。但是,在战争与武装冲突法尚无具体规则的情况下,有关各方也不能为所欲为。根据战争法中著名的“马耳顿条款”,在国际协定未规定的情况下,平民和战斗员仍然受来源于既定习惯、人道原则和公众良心要求的国际法原则的保护。

2. “军事必要”不解除当事国义务。交战各方必须遵守战争法规所加诸它的义务,不得以“军事必要”来对抗和破坏战争法规定的义务。因为战争法规的制定本身是以考虑了军事必要为前提的,因此在战争法规的执行中,不得再以“军事必要”为由,对抗当事国根据战争法所承担的义务。对在一些规则中提到的“军事情况许可时”的条件,应从严解释,并将其限定在具有明文规定情况和范围内。

3. 区分对象原则。在战时,必须对不同性质的目标和人员进行区分,并在战争或武装冲突中分别给予不同的对待。这种区分包括,区分平民与军事人员;区分武装部队中的战斗员与非战斗员;区分有战斗能力的战斗员与丧失战斗能力的战争受难者;区分军用物体与民用物体,以及区分民用目标与军事目标等。

4. 限制作战手段和方法原则:

(1) 在战争与武装冲突中应对一些作战手段和方法加以限制。原则上,各交战国和冲突各方对作战方法和手段的选择都应受到法律的限制,例如:禁止使用不分青红皂白的作战手段和方法;禁止使用大规模屠杀和毁灭人类的作战方法和手段;禁止使用滥杀滥伤、造成极度痛苦的作战方法和手段。

(2) 方法和手段的使用应与预期的、具体的和直接军事利益成比例。禁止损害过分的攻击,以及使用引起过分伤害和不必要痛苦的作战方法和手段。

(二) 对作战手段和方法限制的主要内容

1. 禁止具有过分伤害力和滥杀滥伤作用的武器使用。具有过分伤害力和滥杀滥伤作用的武器,有时又被称为“野蛮或残酷的方法和手段”。这类武器有毒气、化学和生物武器。

(1) 极度残酷的武器。极度残酷的武器一

般是指在给战斗员造成极度痛苦后使之死亡的武器。这类武器的名单随着技术的发展而不断增加。目前主要包括达姆弹(一类射入人体后爆炸或破裂的子弹);能够射出大量碎片、小箭、小针之类的集束炸弹或此类地雷;某些能使人致残或陷入长期痛苦的常规武器,如能产生进入人体后无法用X光线检测的碎片的武器、地雷(水雷)和饵雷;以及燃烧武器等。

(2) 有毒、化学和生物武器。在1899年《海牙陆战法规和惯例章程》就对禁止使用毒物或有毒武器作出了规定。1925年的《禁止在战争中使用窒息性、毒性或其他气体和细菌作战方法的议定书》增加了禁止使用细菌武器的规定。1972年《禁止细菌(生物)及毒素武器的发展、生产及储存以及销毁这类武器的公约》除规定禁止使用细菌和毒素武器外,还规定永远禁止在任何情况下发展、生产、贮存、取得和保留这类武器。1992年《禁止研制、生产、贮存和使用化学武器以及销毁此种武器公约》规定,在世界范围内禁止研制、生产、获得、拥有、转让和使用化学武器。各缔约国存有的化学武器及其生产设施必须在公约规定的期限内予以销毁;对缔约国可能的违约,公约规定了严格的投诉程序、核查机制和制裁措施。国际组织将派官员进行不定期的现场视察,并定期使用检测仪器进行核查。

(3) 核武器。除极度残酷的武器,有毒、化学和生物武器以外,核武器所具有的大规模杀伤性、长期的毒害及辐射效用以及难以对人员及目标区分打击等特性,使得从理论上讲,其无疑应该属于被禁止的武器和方法之列,但目前的国际法还未对核武器的禁止作出全面明确的规定。国际法院在1996年针对“使用核武器是否合法”的问题,所作出的咨询意见中认为,一般地,使用或威胁使用核武器是违反关于战争和武装冲突的国际法规则的,特别是违反国际人道主义法的原则和规则的;但是就国际法目前的状况和法院所掌握的事实情况而言,对于在危及一国生死存亡时进行自卫的极端情况下,威胁或使用核武器是否合法,法院不能作出确定的结论。法院认为:①习惯国际法和条约都没有



任何具体规定,授权使用或威胁使用核武器;同时也没有任何规定,全面普遍地禁止核武器的使用或威胁使用。②任何违反《联合国宪章》规定的使用武力条件的情况下,使用或威胁使用核武器是非法的。③使用核武器在任何情况下,都不得违背战争和武装冲突中有关的国际法规则的要求,不得违背国际人道主义法的规则以及明确涉及核武器的条约义务或其他承诺。

2. 禁止不分皂白的战争手段和作战方法。1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》列举了“不分皂白”的攻击所包括的主要内容,它们是:不以特定军事目标为对象的攻击;使用不能以特定军事目标为对象的作战方法和手段;使用任何将平民或民用物体集中的城镇、乡村或其他地区内许多分散而独立的军事目标视为单一的军事目标的方法或手段进行轰击或攻击;可能附带使平民生命受损失、平民受伤害、平民物体受损害,或三种情况均有而且与预期的具体和直接军事利益相比损害过分的攻击。此外对不分皂白的作战手段和方法的禁止还包括:不得以任何方式攻击或炮击不设防的城镇、乡村或住宅;对于宗教、技艺、学术及慈善事业之建筑物、历史纪念物、医院及病伤者收容所等,在当时不供军事上使用,必须尽力保全。不得攻击医院和安全地带,并在战时可以设立中立化地带。

3. 禁止改变环境的作战手段和方法。改变环境的作战手段和作战方法,是指使用旨在可能改变自然环境的技术使环境发生广泛、长期而严重损害,从而妨害居民的健康和生存的作战手段或方法。所谓改变环境的技术是指通过蓄意操纵自然过程改变地球(包括其生物群、崖石圈、地下层和大气层)或外层空间的动态、组成或结构的技术。包括使用某种方法改变气候,引起地震、海啸,破坏自然界的生态平衡、破坏臭氧层等。

4. 禁止背信弃义的战争手段和作战方法。所谓背信弃义的作战方法或行为,是指以背弃敌人的信任为目的而诱取敌人的信任,使敌人相信其有权享受或有义务给予适用于武装冲突的国际法规则所规定的保护,以此造成杀死、伤

害或俘获敌人的行为。根据1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》,以下行为构成背信弃义的情况:(1)假装有在休战旗下谈判或投降的意图;(2)假装因伤或因病而无能力;(3)假装具有平民、非战斗员的身份;(4)使用联合国或中立国家或其他非冲突各方的国家的记号、标志或制服而假装享有被保护的地位。

这里需要将背信弃义行为与战争中使用诈术区别开来。战争中的诈术是重要的制胜方式之一,是旨在迷惑对方或诱使对方作出轻率行为,同时又不违反任何适用于战争与武装冲突的国际法规则的行为,如使用伪装、假目标、假情报等。

5. 海战和空战中的某些特别规则。所有陆战法规和惯例如果能够适用于海战和空战的,都应该适用。因此,海战和空战中上述战争法的规则都应适用。除此之外,由于海战或空战有某些陆战所不具有的特点,所以国际法中还有一些专门针对海战和空战的法律规则。

(1)海战中的规则主要包括:关于战斗员、军舰和商船的规则;海军轰击的规则;潜艇攻击的规则;使用水雷和鱼雷的规则四个方面。空战规则的主要问题是限制和减少空中轰炸的残酷伤害。虽然迄今为止尚没有关于空战规则任何专门国际条约和协定,但其有关规则除了以习惯法规则的形式出现外,还存在于陆战或海战的条约中。其中1977年《日内瓦四公约第一附加议定书》规定,战时平民、民用物体、文物和礼拜场所、自然环境、不设防地的保护,以及对含有危险力量的工程和装置的保护的规定,均适用于空战。关于陆地的其他作战方法和手段的限制也适用于空战。例如,空中轰炸只能针对军事部队、军事工程;要避免轰炸宗教、艺术、科学和慈善事业的建筑物、历史纪念碑、医院船、医院及收容伤病员的其他场所。

(2)商船的地位。根据1907年《关于战争开始时敌国商船地位公约》及其他相关的习惯国际法规则,战争状态下,敌国的商船一般地可以成为被拿捕对象,但下列情况下除外:①在敌对行动开始时停泊于敌国港口的交战国的商船,应准其立即或在合理的期限自由离去,并随带通行证直接开往其目的地港或指定的其他港

口。此规定也适用于在战争开始之前已离开最后出发港的,并在不知道战争已开始的情况下进入敌国港口的商船。商船由于不可抗力的情况未能在前所指的期限内离开敌国港口,或未获得驶离许可证明,不得予以没收。交战国只能在战后归还的条件下无偿扣留,或有偿征用之。②对在海上相遇的于战争开始前就已离开最后出发港并对战争毫无所知的敌国商船不得没收,只能在战后予以归还的条件下才能无偿扣留,或在给予补偿的前提下征用或击毁。在征用或击毁的情况下必须对船上人员的安全和船舶文件的保护作出适当安排。此类船舶经抵达本国港口或中立国港口后,这种临时的地位即告丧失。③上述情况所及的船上的敌货具有与船舶相似的地位,一般可连同商船一起或单独地予以扣留并在战后无偿归还,或予以有偿征用。

二、对战时平民和战争受难者的保护

(一) 保护战时平民和战争受难者法律规则的特点

战时平民是指处于战争状态下的和平居民;“战争受难者”包括战时的伤病员及战俘。关于保护的法律法规,主要在1949年的四个《日内瓦公约》和1977年关于日内瓦四公约的两个《附加议定书》中得到编纂和发展,并形成了独特的体系。其主要有以下特点:

1. 《公约》的适用不仅限于国际法传统意义上的战争,而且包括任何其他武装冲突,即便其中一方不承认有战争状态。这是基于国际实践中,非战争的武装冲突大量存在,为了避免任何一方以未经宣战和战争状态不存在为借口拒绝遵守《公约》规定的情况出现。

2. 《公约》的规定不仅对于发生在缔约国之间的战争或武装冲突中,对于缔约国具有拘束力,而且在交战国中有非缔约国的情况下,对于缔约国也具有拘束力。《日内瓦四公约》共同第2条规定:“冲突之一方虽非缔约国,其他曾签订本公约之国家于其相互关系上,仍应受本公约之拘束。”这就最大限度地避免了当任一交战者不是公约的缔约国时,公约的规则在其他所有国家与该非缔约国之间关系中不能适用的问

题,尽力扩大对战争受难者的保护范围。

3. 《公约》在一定条件下可以对非缔约国适用。严格地说,条约只拘束缔约国,对第三国没有拘束力。在原则上,一个国家接受和适用某项条约规定的前提,应是按照条约法的有关程序缔结或加入该条约。然而,鉴于战争法适用情况的特殊性和紧迫性,《日内瓦公约》共同第2条允许非缔约国在接受并援用《公约》规定的条件下,可以与缔约国在武装冲突期间同等地受《公约》的约束,而不必须以通过有关程序加入该条约为适用条件。

(二) 对战时平民和战争受难者保护的主要内容

1. 战时平民的保护。根据1949年《关于战时保护平民的日内瓦公约》,落入敌国管辖或支配下的平民的保护有两种情况:一种是战争或武装冲突发生时对交战国或武装冲突国境内的敌国平民的保护,另一种是对占领区平民的保护。

(1) 对于在战争或武装冲突发生时,位于交战国境内的敌国平民一般应允许离境。对继续居留者应给予以下人道主义的待遇:①平民居民本身及平民个人不得成为攻击的对象。禁止在平民中散布以恐怖为主要目的的暴力行为或暴力威胁;②禁止对平民的攻击实施报复;③保障平民的合法权益,不得把他们安置在某一地点或地区,以使该地点或地区免受军事攻击;④不得在身体上和精神上对平民施加压力,强迫提供情报;⑤禁止对平民施以体刑和酷刑,特别禁止非为医疗的医学和科学实验;⑥禁止实行集体刑罚和扣为人质;⑦应给予平民以维持生活的机会,但不得强迫他们从事与军事行动直接相关的工作;⑧只有在安全的绝对必要的情况下,才可把有关敌国平民拘禁或安置于指定居所;⑨对妇女和儿童的特殊保护。

(2) 军事占领是指交战国一方击败或驱走敌方军队后临时控制敌国领土的行为。军事占领从在一国领土事实上已置于敌军权力之下时开始,至交战国的战事获得解决而终止。军事占领的性质只是对敌国领土的暂时占领,因此这种占领不能取代或转移占领区的主权。占领



区的敌国平民亦不因此改变国籍,不承担对占领者效忠的义务,占领国的管辖权也是临时性质的。它与战后占领不同,后者是以专门的国际协议为基础的,可作为追究侵略责任的措施。在军事占领下,占领当局只能在国际法许可的范围内行使军事管辖权,并对平民应给予以下人道主义的待遇:①不得剥夺平民的生存权。占领当局在行使权利的同时,有义务维持社会秩序和居民生活。②对平民的人格、尊严、家庭、宗教信仰应给予尊重。③不得对平民施以暴行、恐吓和侮辱,不得把平民扣为人质或进行集体惩罚,或谋杀、残害及用作实验。④不得用武力驱逐平民。⑤不得为获取情报对平民采取强制手段。⑥不得强迫平民为其武装部队或辅助部队服务或加入其军队。⑦不得侵犯平民正常需要的粮食和医药供应。⑧不得废除被占领国的现行法律,必须维持当地原有法院和法官的地位并尊重现行法律。

2. 伤病员待遇。日内瓦公约中,关于伤病员待遇的主要内容包括:(1)敌我伤病员在一切情况下应无区别地予以人道的待遇和照顾,不得基于性别、种族、国籍、宗教、政治意见或其他类似标准而有所歧视。对其生命的任何危害或对其人身的暴行均应严格禁止。尤其不得加以谋杀或消灭、施以酷刑或供生物学的试验;不得故意不给予医疗救助及照顾;也不得造成使其冒传染病危险的情况。只有医疗上的紧急理由,才可以予以提前诊治。当冲突之一方被迫委弃伤者、病者于敌人时,在军事考虑许可范围内,应留下一部分医疗人员与器材。(2)冲突各方的伤者、病者如落于敌手,应为战俘,国际法上有关战俘之规定应适用于他们。(3)每次战斗后,冲突各方应立即采取一切可能的措施搜寻伤者、病者,予以适当的照顾和保护;环境许可时,应商定停战或停火办法,以便搬移、交换或运送战场上遗落之受伤者。(4)冲突各方应尽速登记落于其手中之每一敌方伤者、病者,或死者之任何可以证明其身份之事项,并应尽速转送情报局,该局转达上述人员之所属国。(5)冲突各方应保证在情况许可下将死者分别埋葬和焚化之前,详细检查尸体,如可能时,应

经医生检查,以确定死亡,证明身份并便于作成报告。(6)军事当局,即使在入侵或占领地区,也应准许居民或救济团体自动收集和照顾任何国籍之伤者、病者。任何人不得因看护伤者、病者而被侵扰或定罪。(7)海战中伤病员的待遇,如适用范围、保护对象、基本原则等方面与陆战的制度完全相同。并且由于海战特点还特别补充了一些诸如船难、军用医院船等方面的相关规定。

3. 战俘待遇。根据《日内瓦第三公约》,战俘自其被俘至其丧失战俘身份前应享受规定的合法待遇和相关权利。禁止战俘在任何情况下加以放弃公约规定的这些待遇和权利。其中主要包括:(1)交战方应将战俘拘留所设在比较安全的地带。无论何时都不得把战俘送往或拘留在战斗地带或炮火所及的地方,也不得为使某地点或某地区免受军事攻击而在这些地区安置战俘。(2)不得将战俘扣为人质,禁止对战俘施以暴行或恫吓及公众好奇的烦扰;不得对战俘实行报复,进行人身残害或肢体残伤,或供任何医学或科学实验;不得侮辱战俘的人格和尊严。(3)战俘应保有其被俘时所享有的民事权利。战俘的个人财物除武器、马匹、军事装备和军事文件以外的自用物品一律归其个人所有;战俘的金钱和贵重物品可由拘留国保存,但不得没收。(4)对战俘的衣、食、住要能维持其健康水平,不得以生活上的苛求作为处罚措施;保障战俘的医疗和医药卫生。(5)尊重战俘的风俗习惯和宗教信仰,允许他们从事宗教、文化和体育活动。(6)准许战俘与其家庭通讯和收寄邮件。(7)战俘享有司法保障,受审时享有辩护权,还享有上诉权。拘留国对战俘的刑罚不得超过对其本国武装部队人员同样行为所规定的刑罚。禁止因个人行为而对战俘实行集体处罚、体罚和酷刑。对战俘判处死刑应特别慎重。(8)讯问战俘应使用其了解的语言。(9)不得歧视。战俘除因其军职等级、性别、健康、年龄及职业资格外,一律享有平等待遇。不得因种族、民族、宗教、国籍或政治观点不同加以歧视。(10)战事停止后,战俘应即予以释放并遣返,不得迟延。

一、战争犯罪的概念

(一) 概念

传统国际法中的战争犯罪,仅指交战国军队违反战争法规和惯例的行为,包括使用有毒或其他被禁止的武器,杀害或虐待战俘,攻击、掠夺和屠杀平民等行为。因为在传统国际法,国家有战争权,因此发动或从事战争的行为本身并不构成对国际法的违背或国际罪行。1928年《巴黎非战公约》废弃以战争作为推行国家政策的手段,特别是《联合国宪章》规定不得以与宪章不符的方式非法使用武力,从而任何非法从事战争或使用武力的行为都是违背国际法的,并可能涉嫌构成战争犯罪。这种发展扩大了战争犯罪的范畴。基于此,也有人将传统国际法中的战争犯罪的概念称为狭义用法,而扩大了范畴的战争犯罪的概念称为广义的用法。

(二) 对于战争犯罪的审判和惩罚的实现

在国际法中对于战争犯罪的审判和惩罚的实现,开始于“二战”结束后的纽伦堡审判和东京审判。在此之前,第一次世界大战结束时,对于战争期间德国野蛮暴行,受害国人民曾经强烈要求审判和惩处作为罪魁祸首的德皇威廉二世。协约国根据《凡尔赛和约》的规定,组织了特别军事法庭。但审判由于荷兰拒绝引渡德皇而未果。纽伦堡审判和东京审判的进行,开创了追究个人战争刑事责任实践,确立和证实了一系列有关战争责任、战争犯罪和惩罚的国际法原则。其中1945年《伦敦协定》及《欧洲国际军事法庭宪章》、《远东国际军事法庭宪章》等文件,对于国际法特别是战争法的发展具有重要意义。

(三) 纽伦堡原则

纽伦堡原则是指纽伦堡审判和东京审判相关的一系列文件和审判实践所确立和形成的关于追究战争责任、惩治战争犯罪的原则。它构成了现代国际法中有关战争犯罪和惩罚规则框架的基础。该原则包括:(1)从事构成违反国际法的犯罪行为的人应承担个人责任,并受惩罚;

(2)不违反所在国的国内法不能作为免除国际法责任的理由;(3)被告的官职地位,不能作为免除国际法责任的理由;(4)政府或上级命令,不能作为免除国际法责任的理由;(5)被控有违反国际法罪行的人,有权得到公平审判;(6)违反国际法的罪行包括危害和平罪、战争罪和违反人道罪;(7)参与上述罪行的共谋是违反国际法的罪行。

在纽伦堡原则的基础上,国际法对于战争犯罪进行追究的规则和原则又有一些新的发展,如确立了战争罪行和危害人类罪不适用法定时效,战争罪犯不得予以庇护,各国应在引渡战争罪犯和危害人类罪犯的问题上进行合作等原则。

(四) 战争犯罪的罪名

根据《欧洲国际军事法庭宪章》和《远东国际军事法庭宪章》规定,战争犯罪包括以下三类:

1. 危害和平罪。该罪是指计划、准备、发动或实施侵略战争或违反国际条约、协定或保证之战争,或参与为实现任何上述行为的共同计划或同谋。

2. 战争罪。该罪是指违反战争法规与习惯的行为,此种违犯应包括但并不限于对在所占领土内的平民之谋杀、虐待,为使其从事奴隶劳役或任何其他目的的放逐,对战俘或海上人员之谋杀或虐待,杀害人质,劫掠公私财产,任意破坏城市、集镇或乡村,或从事非根据军事需要之破坏。

3. 违犯人道罪。该罪是指在战争发生前或战争进行中,对任何居民之谋杀、灭绝、奴化、放逐及其他非人道行为;或基于任何政治、种族或信仰的原因所进行的迫害。

战后国际法的发展,不断确认了纽伦堡审判和东京审判原则和确立的罪名,并且对罪名下所包含的内容和范围加以明确和细化。在此领域中,迄今最为重要的发展是1998年《国际刑事法院规约》。该公约对上述各项罪名的具体范围都作出了进一步的详细规定。例如,仅上述罪名中的战争罪一项,就包含了严重破坏1949年日内瓦公约的行为、严重违反国际法已确定的适用于国际武装冲突的法规和习惯行为等四大类共40个子类的行为。



二、惩罚战争犯罪的主要国际司法实践

(一) 纽伦堡审判和东京审判

纽伦堡审判是根据1945年《控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定》(伦敦协定)及其附件《欧洲国际军事法庭宪章》(纽伦堡宪章)成立的欧洲军事法庭(纽伦堡法庭),对“二战”中的德国主要战犯所进行的审判。法庭于1945年11月至1946年10月在纽伦堡先后对24名被告(在审理过程中,2人死亡或丧失行为能力)中的22人进行了审理和宣判。

东京审判是由1946年远东盟军最高统帅部根据《远东国际军事法庭宪章》设置的远东国际军事法庭,对“二战”中的日本战犯进行的审判。法庭自1946年5月至1948年11月,先后对28名被告(3人在审理过程中死亡或丧失行为能力)中的25人进行了审理和判决。法庭最后判处了东条英机等7人绞刑,荒木贞夫等16人无期徒刑,东乡茂德等2人有期徒刑。

纽伦堡审判和东京审判开创了对战争犯罪通过国际司法机构进行追究的先例,其所确立的有关原则对于以后战争法乃至整个国际法的发展产生了深远的影响。

(二) 联合国前南国际法庭和联合国卢旺达国际法庭

前南国际法庭全称是“起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道主义法行为负责的人的国际法庭”。它是根据联合国安理会的有关决议,于1993年6月在海牙成立的。1991年以后,在前南斯拉夫境内发生的武装冲突中,发生了某些严重违反国际人道主义法情事,包括蓄意杀人、“种族清洗”、大规模屠杀、严刑拷打、强奸、破坏文化和宗教财产以及任意逮捕等行为。国际社会反应强烈,要求对此类行为进行控制、追究和惩罚。在此背景下,安理会通过了附有《前南国际法庭规约》的第827号决议,成立了联合国前南国际法庭。安理会成立该法庭的法律根据是《联合国宪章》第7章和第29条。成立前南国际法庭,作为安理会的一个具有司法性质的附属机关,是安理会根据宪章而采取的一项强制性执行措施。前

南国际法庭于1994年11月首次开庭,到2007年11月,法庭共起诉161个被告人,其中大部分案件已经审结。到2013年6月,尚有10余件初审和8件上诉案件仍在进行中。法庭预计到2017年完成全部工作而结束其使命。

联合国卢旺达国际法庭是联合国安理会通过决议于1994年11月设立的。卢旺达国际法庭的性质与前南国际法庭相同。法庭受理的被起诉人,主要是在卢旺达国内武装冲突中犯有严重违反国际人道主义法的行为的人,因而“卢旺达国际法庭”将主要适用1949年日内瓦公约第3条和1977年该公约的第二附加议定书,即《关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》。截至2013年6月,法庭已对46名被告作出了终审判决。法庭将把正在审理中的几项案件审结后,预计于2015年结束全部工作。

(三) 国际刑事法院

1998年7月,在罗马举行的建立国际刑事法院外交大会上,通过了《国际刑事法院罗马规约》。该规约已于2002年7月生效。根据规约的规定,国际刑事法院已于2002年7月成立,法院所在地为荷兰海牙。

根据《国际刑事法院罗马规约》及其相关文件,国际刑事法院是一个常设的国际刑事司法机构,设有18位法官、1个检察官办事处、1个预审庭、1个审判庭和1个上诉庭。2003年3月,选出的法院第一任法官已经就职。

国际刑事法院作为对各国国内司法制度的补充,其管辖范围限于灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪、侵略罪等几大类;所管辖的犯罪行为限于发生在规约生效后。法院只追究个人的刑事责任,其最高刑罚为无期徒刑。

根据规约的规定,国际刑事法院可在符合下列条件之一的情况下行使管辖权:所涉的一方或多方是缔约国;被告人是缔约国国民;犯罪是在缔约国国境内实施的;一个国家虽然不是规约缔约国,但决定接受国际刑事法院对在其境内实施的或由其国民实施的一项具体犯罪的管辖权。法院于2005年10月公开首批通缉令,根据法院所发通缉令逮捕的第一个人于2006年3月移送法院羁押。预审、上诉和审判程序已经

进行。2009年3月4日,法院以涉嫌在苏丹达尔富尔地区犯有战争罪和反人类罪,对苏丹总统巴希尔发出逮捕令。这是国际司法机构首次对一个国家的现任元首因国内事件发出逮捕令,引发了苏丹等国的强烈反对。国际社会在该问题上分歧巨大,该案件前景令各方关注。

截至2013年,《罗马规约》的缔约国为122个。目前法院对起诉案件中有8项进行调查,8项进行初步审查,另有2个上诉案件正在审

理中。

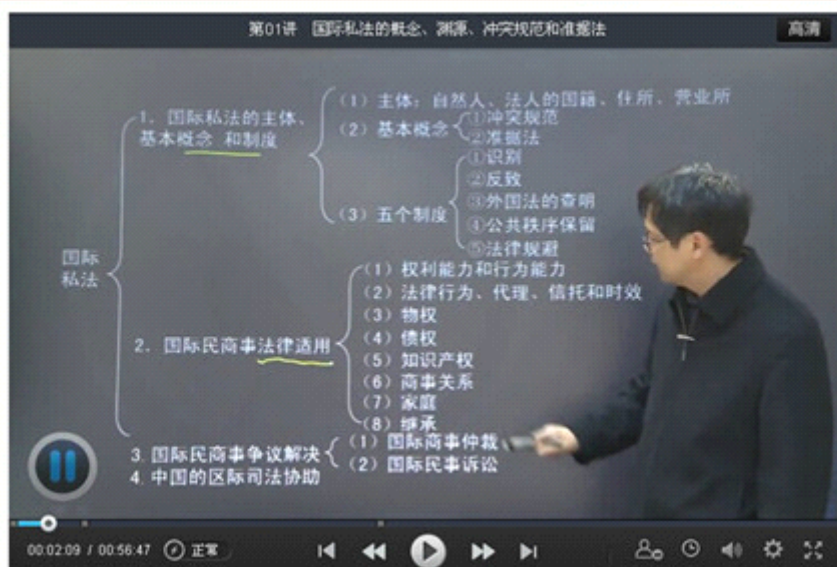
国际刑事法院的设立和运作,是人类法制史上一个开创性的尝试。其中也许还会存在曲折反复,相关规则的可行性和利弊也有待实践的检验和修正。我国尚未成为规约缔约国。

【本章主要法律规定】

我国宪法、刑法、民法、诉讼法等法律中的涉及战争或武装冲突的条款和相关规定

本章主要内容是对作战手段的限制和对战时平民及战争受难者的保护的规则;战争犯罪的概念、规则适用与相关实践。

难点在于对“区分原则”中细节的掌握;对目前国际刑事司法机构的基本运作机制的了解。

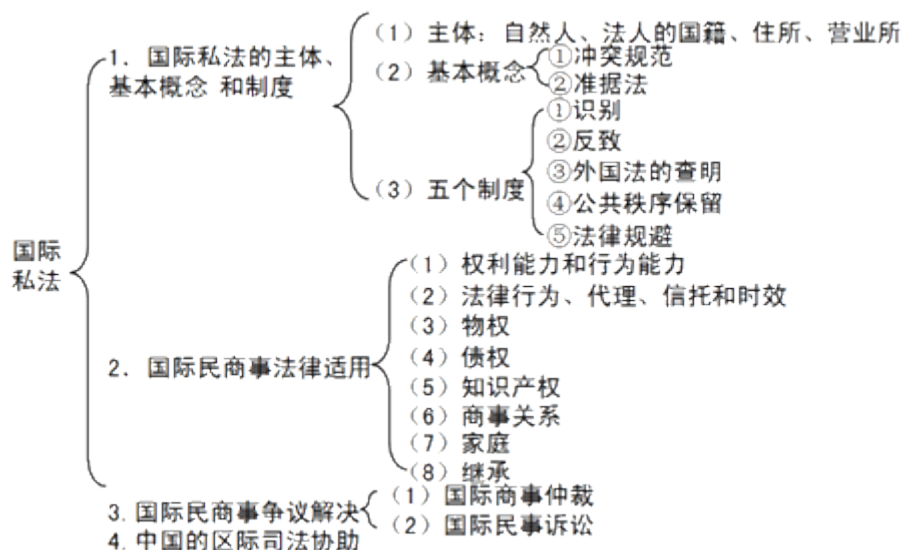


第一部分 国际私法的基本概念和制度

★概说——国际私法的考点和理论体系

国际私法部分在近年的司法考试中分值保持在 15 分左右（2013 年 13 分，2012 年 13 分，2011 年 13 分，2010 年 15 分，在 2009 年真题中共 19 分）。

国际私法的主要内容及《涉外民事关系法律适用法》及其司法解释等。



第一部分 国际私法的基本概念和制度

一、国际私法的概念、渊源、规范及准据法

1. 调整对象——平等主体之间的国际民商事法律关系（主体、客体、内容）

《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》

第 1 条民事关系具有下列情形之一的，人民法院可以认定为涉外民事关系：

- (一) 当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人；
- (二) 当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外；
- (三) 标的物在中华人民共和国领域外；
- (四) 产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外；
- (五) 可以认定为涉外民事关系的其他情形。

2. 国际私法的核心问题：国际民商事法律冲突及其解决

- (1) 国际统一实体法（国际条约、国际惯例）解决
- (2) 国内冲突法、国际冲突法解决

3. 国际私法规范的范围

外国人的民商事法律地位规范、**冲突规范**、国际统一实体私法规范、国际民商事争议解决规范（包括国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范）。

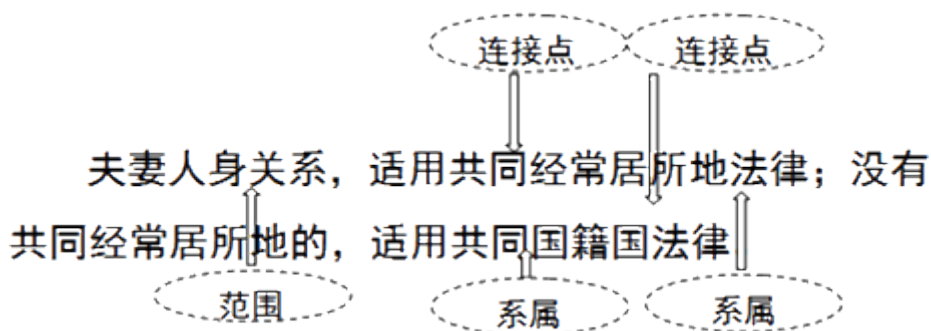
4. 国际私法的主体范围——自然人、法人、国家、国际组织

二、★★★★★冲突规范和准据法

- (一) 冲突规范
- 1. 特点：①法律适用规范；②间接规范；③结构独特
 - 2. 结构：冲突规范 = 范围 + 系属（包含连接点）+ 关联词
 - 3. 类型
 - ①单边（“在中国领域内履行的中外合资经营企业合同，适用中华人民共和国法律。”）
 - ②双边（自然人的民事权利能力，适用经常居所地法律。）
 - ③重叠适用（“收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。”）
 - ④选择适用（夫妻人身关系，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。）

考点 1：冲突规范的特点及结构

- (1) 结构：冲突规范 = 范围 + 系属（包含连接点）+ 关联词



- (2) 动态连结点与静态连结点

【例题·单选题】下列选项中哪一法律规定属于冲突规范？（ ）

- A. 票据的背书、承兑、付款和保证行为，适用行为地法律
- B. 《中华人民共和国合同法》第2条规定，本法所称合同是平等主体的自然人、法人、其他组织之间设立、变更、终止民事权利义务关系的协议
- C. 《国际货物销售合同公约》规定，在买方没有支付货款或接受货物，而卖方仍然拥有货物或

控制着货物的处置权时，卖方有保全货物的责任。

D. 中国已婚的公民，夫妻双方在国外但未定居，一方向人民法院起诉离婚的，应由原告或被告住所地人民法院管辖

❓ [答疑编号 506691010101]

【答案】A

【解析】本题考核冲突规范。冲突规范，是指调整同一社会关系或者解决同一问题的不同法律制度由于各自内容的差异和位阶的高低而导致相互在效力上的抵触。选项 B、C、D 均不属于冲突规范，所以本题选 A。

【例题·单选题】“夫妻财产关系，当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的，适用共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律。”这一法律规范中，“当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律”属于？（ ）

- A. 准据法
- B. 范围
- C. 连接点
- D. 系属

❓ [答疑编号 506691010102]

【答案】D

【解析】本题考核冲突规范的构成。冲突规范由三部分构成，一部分称为“范围”，一部分称为“系属”，还有一部分为“关联词”。“系属”规定冲突规范中“范围”所适用的法律。它指令法院在处理某一具体国际民商事法律问题时应如何适用法律，或者允许法院在冲突规范确定的范围内选择应适用的法律。所以本题选 D。

考点 2：冲突规范的类型：单边、双边、选择（有条件和无条件）、重叠

【例题·单选题】《涉外民事关系法律适用法》规定：结婚条件，适用当事人共同经常居所地法律；没有共同经常居所地的，适用共同国籍国法律；没有共同国籍，在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的，适用婚姻缔结地法律。该规定属于下列哪一种冲突规范？（ ）（2011-1-38）

- A. 单边冲突规范
- B. 重叠适用的冲突规范
- C. 无条件选择适用的冲突规范
- D. 有条件选择适用的冲突规范

❓ [答疑编号 506691010103]

【答案】D

【解析】本题考核冲突规范的类型。选项 A 错误。单边冲突规范，是指直接规定适用某国法律的冲突规范。它既可以明确指出适用内国法，也可以直接规定只适用外国法。本条规定了多个系属，属于选择适用的冲突规范。选项 B 错误。

重叠适用的冲突规范，是指其系属中有两个或两个以上，并且同时适用于某种民商事法律关系的冲突规范。重叠性冲突规范所规定的必须重叠适用的两个准据法中，常常有一个是法院地法。之所以如此，无非是出于法院地的公共秩序不致被破坏的考虑。本条没有规定同时适用两种或两种以上的法律，故不属于重叠适用的冲突规范。选项 C 错误，选项 D 正确。选择适用的冲突规范，是指其系属有两个或两个以上的，但只能选择其中之一来调整民商事法律关系的冲突规范。由于允许选择的方式和条件不同，这种规范又可再分为两种：（1）无条件选择适用的冲突规范。在这种冲突规范中，各系属所提供的可供选择的法律具有同等价值，并无主次轻重之分。（2）有条件选择适用的冲突规范。在这种冲突规范中，可供选择的法律有主次轻重之分，只允许依次序或有条件的选择其一作为国际民商事法律关系的准据法。本条规定就有一个先后选择适用的次序，因此，属于有条件选择适用的冲突规范。所以本题选 D。

【例题】下列规范是何种类型的冲突规范：（ ）

- A. “遗嘱方式，符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的，遗嘱均为成立。”
- B. “知识产权的归属和内容，适用被请求保护地法律。”
- C. “收养的条件和手续，适用收养人和被收养人经常居所地法律。”
- D. “夫妻财产制，在结婚时，夫为英国人，则依英国法。”
- E. “当事人可以协议选择运输中动产物权发生变更适用的法律。当事人没有选择的，适用运输目的地法律。”

🔍 [答疑编号 506691010104]

【答案】选项 A 为无条件选择适用的冲突规范，选项 B 为双边冲突规范，选项 C 为重叠适用的冲突规范，选项 D 为单边冲突规范，选项 E 为有条件选择适用的冲突规范。

【解析】本题考核冲突规范的类型。根据冲突规范对应适用的法律的规定不同，可以把冲突规范划分为四种基本的类型，即单边冲突规范、双边冲突规范、重叠适用的冲突规范和选择适用的冲突规范。所谓单边冲突规范，是指直接规定适用某国法律的冲突规范。它既可以明确指出适用内国法，也可以直接规定只适用外国法。所谓双边冲突规范，是指冲突规范的系属并不直接规定适用内国法还是外国法，而只是规定一个可推定的系属，再根据这个系属并结合民商事法律关系的具体情况去推定应适用某法律的冲突规范。所谓重叠适用的冲突规范，是指某系属有两个或两个以上，并且同时适用于某种民商事法律关系的冲突规范。所谓选择适用的冲突规范，是指某系属有两个或两个以上，但只选择其中之一来调整民商事法律关系的冲突规范。

（二）准据法

（1）准据法的特点：①经冲突规范指定；②是**实体法**；③结合案件具体情况确定。

（2）存在区际冲突时准据法的确定

《涉外民事关系法律适用法》第 6 条：涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法

律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。

【例题】根据我国的司法解释，我国法院在依法应适用外国法律时，如果该外国的不同地区实施不同的法律，应如何确定准据法？（略）

🔍 [答疑编号 506691010105]

【答案】适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。

【解析】本题考核存在区际冲突时准据法的确定。涉外民事关系适用外国法律，该国不同区域实施不同法律的，适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。

三、★★★★★适用冲突规范的基本制度

考点 1. 识别和先决问题

（1）识别

识别的冲突：

识别的依据：通常依据法院地法

我国的相关规定：

《涉外民事关系法律适用法》第 8 条：涉外民事关系的定性，适用法院地法律。

《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 13 条：案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。

（2）先决问题：又称附带问题，是指在国际私法中有的争诉问题的解决，以首先解决另一个问题为条件。

《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 12 条：涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律。

先决问题的案例：

特点：独立、主要问题的最初准据法指向外国法、法院地和该外国关于该先决问题的准据法不同。

【例题·多选题】下列关于识别和先决问题的表述正确的是？（ ）

- A. 涉外民事关系的定性，适用民事关系发生地法律
- B. 案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律
- C. 涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，该先决问题应当适用主要问题所适用的法律
- D. 涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问题自身的性质确定其应当适用的法律

🔍 [答疑编号 506691010201]

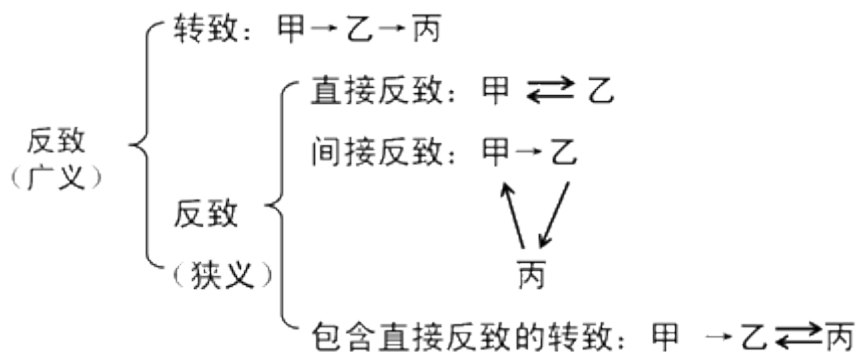
【答案】BD

【解析】本题考核识别和先决问题。选项 A 错误。涉外民事关系的定性，适用法院地法律。选项 B 正确。案件涉及两个或者两个以上的涉外民事关系时，人民法院应当分别确定应当适用的法律。选项 C 错误，选项 D 正确。涉外民事争议的解决须以另一涉外民事关系的确认为前提时，人民法院应当根据该先决问

题自身的性质确定其应当适用的法律。故本题选 BD。

考点 2. 反致

直接反致、间接反致、转致、包含直接反致的转致、双重反致（完全反致）



《涉外民事关系法律适用法》第 9 条规定：“涉外民事关系适用的外国法律，不包括该国的法律适用法。”

相关法条：《民通意见》第 178 条第 2 款——人民法院在审理涉外民事关系的案件时，应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。

【例题·单选题】一位住所在甲国的乙国公民，在丙国去世并在丙国留有遗产。根据法院地丙国的国际私法的规定，继承适用被继承人死亡时的属人法，即乙国法；而乙国国际私法规定，继承应由被继承人死亡时的住所地法支配，即甲国法，甲国的冲突法又指向了丙国法，最后丙国法院适用了丙国实体法来处理了该案。根据国际私法的理论，丙国法院的做法属于（ ）。

- A. 直接反致
- B. 间接反致
- C. 转致
- D. 包含了直接反致的转致

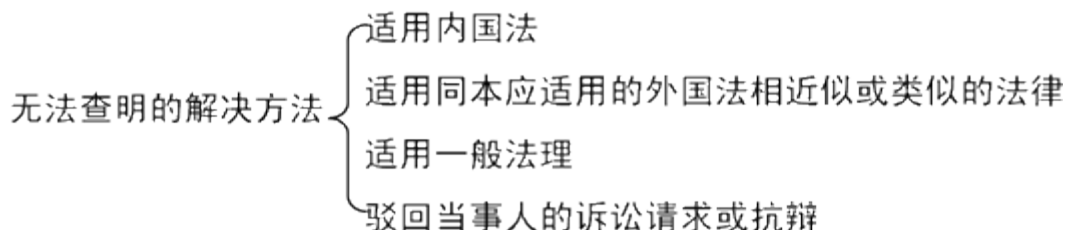
🔍 [答疑编号 506691010202]

【答案】B

【解析】本题考核反致。丙国法院根据冲突规范指定适用乙国法，乙国冲突规范指向甲国法，甲国法的冲突规范又指向了丙国法，最终丙国法院适用的是丙国法，属于间接反致。

考点 3. 外国法查明

(1) 无法查明外国法时的一般解决办法



(2) 中国的相关规定和做法：几个方面

相关法条：《涉外民事关系法律适用法》第10条规定：“涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。”

《民通意见》第193条：对于应当适用的外国法律，可通过下列途径查明：（1）由当事人提供；（2）由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供；（3）由我国驻该国使领馆提供；（4）由该国驻我国使馆提供；（5）由中外法律专家提供。通过以上途径仍不能查明的，适用中华人民共和国法律。

适用外国法的错误——允许上诉

《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第17条：人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

根据涉外民事关系法律适用法第10条第1款的规定，当事人应当提供外国法律，其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。

第18条：人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。

【例题·单选题】根据《涉外民事关系法律适用法》和司法解释，关于外国法律的查明问题，下列哪一表述是正确的？（ ）。（2013-1-36）

- A. 行政机关无查明外国法律的义务
- B. 查明过程中，法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见
- C. 无法通过中外法律专家提供的方式获得外国法律的，法院应认定为不能查明
- D. 不能查明的，应视为相关当事人的诉讼请求无法律依据

❓ [答疑编号 506691010203]

【答案】B

【解析】本题考核外国法律的查明。选项A错误。《涉外民事关系法律适用法》第10条第1款规定，涉外民事关系适用的外国法律，由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的，应当提供该国法律。选项B正确。《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第18条规定，人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见，当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的，人民法院可以予以确认；当事人有异议的，由人民法院审查认定。选项C错误。

《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第17条第1款规定，人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的，可以认定为不能查明外国法律。选项D错误。《涉外民事关系法律适用法》第10条第2款规定，不能查明外国法律或者该国法律没有规定的，适用中华人民共和国法律。故本题选B。

考点4. 公共秩序保留（安全阀）

相关法条：

（1）《涉外民事关系法律适用法》第5条：外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利

益的，适用中华人民共和国法律。

(2) 《民事诉讼法》第 282 条：人民法院对申请或者请求承认和执行的外国法院作出的发生法律效力的判决、裁定，……违反中华人民共和国法律的基本原则或者国家主权、安全、社会公共利益的，不予承认和执行。

(3) 公共秩序保留与“直接适用的法”

我国《涉外民事关系法律适用法》第 4 条：中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的，直接适用该强制性规定。

《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 10 条：有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：（一）涉及劳动者权益保护的；（二）涉及食品或公共卫生安全的；（三）涉及环境安全的；（四）涉及外汇管制等金融安全的；（五）涉及反垄断、反倾销的；（六）应当认定为强制性规定的其他情形。

【例题·单选题】中国甲公司与德国乙公司进行一项商事交易，约定适用英国法律。后双方发生争议，甲公司在中国法院提起诉讼。关于该案的法律适用问题，下列哪一选项是错误的？（ ）（2013-1-35）

- A. 如案件涉及食品安全问题，该问题应适用中国法
- B. 如案件涉及外汇管制问题，该问题应适用中国法
- C. 应直接适用的法律限于民事性质的实体法
- D. 法院在确定应当直接适用的中国法律时，无需再通过冲突规范的指引

❓ [答疑编号 506691010204]

【答案】C

【解析】本题考核涉外案件的法律适用问题。根据《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 10 条的规定，有下列情形之一，涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定，人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定：（一）涉及劳动者权益保护的；（二）涉及食品或公共卫生安全的；（三）涉及环境安全的；（四）涉及外汇管制等金融安全的；（五）涉及反垄断、反倾销的；（六）应当认定为强制性规定的其他情形。据此可知，直接适用的中国法律不仅指民事性质的实体法，还包括行政法规。

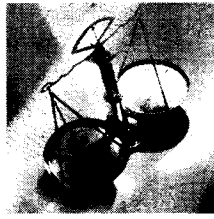
考点 5. 法律规避

构成要件 {

- 1. 主观条件：直接故意
- 2. 规避对象：当事人本应适用的法律构成要件
- 3. 行为方式：通过改变连接点来实现
- 4. 客观结果：规避行为已经完成

相关法条：《最高人民法院关于适用〈涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释（一）》第 11 条：一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点，规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的，人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。

《民通意见》第 194 条：当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为，不发生适用外国法律的效力。



国际私法

第一章 国际私法概述

www.xhkzedu.com

国际私法作为法律的一个重要分支,是人类社会发展到一定阶段的产物。人类社会出现国家以后,国际社会逐渐形成。在国际社会中,不同国家的人民必然会进行交往,建立各种社会关系,国际民商事法律关系就是其中一种。为了调整和规范这种关系,合理解决国际民商事争议,维护当事人的合法权益,国际私法应运而生。国际私法学作为一门法律学科,是随着国际私法的产生和发展而产生和发展起来的。它是以国际私法规范为研究对象的学问。

第一节 国际私法的概念

一、国际私法的名称

国际私法可以说是从名称开始就有争议的法律部门和法律学科。直到目前为止,不同的国家和地区及其学者,对国际私法有不同的称谓。过去和现在较为普遍使用的名称有:

其一,法则区别说(theory of statutes)。这是国际私法最初的学名。这一名称从13、14世纪开始为意大利著名学者巴托鲁斯(Bartolus)等使用,以后被意大利、法国和荷兰等国的学者延续使用到17、18世纪。

其二,私国际法(private international law)。这一名称是曾任美国最高法院法官的斯托里(J. Story)于1834年在其名著《法律冲突论》中首先提出来的。1843年,法国学者福利克斯(Foelix)在其著作《私国际法或冲突法论》中开始正式采用这一名称,其法文为droit international privé。但福利克斯与斯托里的立意大不相同,因为他是一个把国际私法视为国际法的人。后来,私国际法这个名称也传到了其他国家,为其他国家所采用,如其意大利文为diritto internazionale privato,其西班牙文为derecho internacional privado,其葡萄牙文为direito internacional privado。现在,这个名称在法国和其他拉丁语系的国家很流行,在英、美等普通法系国家也有学者采用。

其三,国际私法(international private law)。1841年,德国学者谢夫纳(W. Schaeffner)在其著作《国际私法的发展》中首先使用这一概念。其德文为 Internationales Privatrecht,直译为英文应该是 international private law。这一名称在中国、德国、日本、俄罗斯以及其他东欧国家得到普遍采用。

其四,冲突法(conflicts law)、法律冲突法(the law of the conflict of laws)或法律冲突(the conflict of laws)。荷兰学者罗登伯格(Rodenburg)于1653年首先使用 de conflictu legum(即冲突法)来称呼国际私法。以后,荷兰另一著名国际私法学者胡伯(U. Huber)也于1684年使用过这一名称。有趣的是,现在,这个由大陆法系国家的学者首先提出来的名称,已广泛流传于英、美等普通法系国家。

除上述名称外,旧中国把国际私法法规称为“法律适用条例”、日本称为“法例”;另外,还有使用“涉外民事法律适用法”、“国际民法”、“国际民商法”、“国际民事诉讼法”等名称的。

尽管国际私法的名称五花八门,但一般来说,大陆法系国家及其学者比较普遍地使用“国际私法”(international private law)或“私国际法”(private international law),而英、美等普通法系国家及其学者则更多地使用“冲突法”(the conflict of laws 或 conflicts law)。国际私法的名称之所以五花八门,是因为各国立法者和学者对国际私法的对象和范围存在着不同的见解。这些不同的名称,或是强调它所调整的法律关系仍属民商事法律关系性质,只不过这种民商事法律关系已超出一国的范围,或是强调它要解决的是本国及外国的民商事法律适用的问题,或是强调它所要解决的法律冲突及其解决法律冲突的手段。无论在理论上还是在实践中,对国际私法究竟用什么名称来表示较为恰当,尚无定论。但笔者认为,使用“国际私法”这一名称相对来说还是比较合适的,这是因为:(1)国际私法虽然不是调整国家与国家之间关系的法律,但国际私法调整的国际民商事法律关系超越一国范围,是一种跨国法律关系,具有国际性,完全可以冠之“国际”二字。(2)虽然

一些国家和学者否定“公法”和“私法”的划分,但是,比较法是国际私法之母,要研究国际私法,不得不对各国的民商事法律进行比较研究,因而也不得不考虑西方法学关于公法和私法的划分,而西方法学通常把民商事法律归入私法一类。因此,将调整国际民商事法律关系的国际私法称为“私法”也未尝不可。(3)在中国,用“国际私法”这一名称来称呼这一法律部门或法律学科已约定俗成。(4)许多国家,如瑞士、土耳其、奥地利等,使用“国际私法”这一名称来给关于国际私法的立法命名。(5)国际上最重要的专门从事国际私法统一活动的政府间国际组织——“海牙国际私法会议”(The Hague Conference on Private International Law),亦在其活动中广泛使用“国际私法”这一名称。

二、国际私法的调整对象

(一)国际民商事法律关系的调整对象

任何法律部门都有自己的调整对象。而法律的调整对象就是法律所调整的社会关系。国际私法也有自己的调整对象。一般认为,国际私法的调整对象就是具有国际因素的民商事法律关系,或称国际民商事法律关系,或称跨国民商事法律关系,或称国际私法关系。就一国而言,国际民商事法律关系可称为涉外民商事法律关系,也可简称为涉外民事关系,即具有涉外因素或外国因素的民商事法律关系(civil and commercial legal relations involving foreign elements)。

那么,何为国际民商事法律关系呢?我们知道,法律关系是根据法律规定而结成的各种权利和义务关系,法律关系由主体、客体和内容(权利与义务)这三个因素组成。而国际民商事法律关系就是指该三个因素中至少有一个因素与国外有联系的民商事法律关系。在主体为国际因素时,作为民商事法律关系的主体一方或双方当事人是外国自然人或法人(有时也可能是外国国家、国际组织或无国籍人),或者在国外有住所、居所或营业所的自然人或法人。在客体为国际因素时,作为民商事法律关系的标

新华考资

www.xhkhzedu.com



的物位于国外。在内容为国际因素时,产生、变更或消灭民商事权利与义务关系的法律事实发生在外国。比如说,一个中国人同一个美国人在美国缔结一个合同,对中国来说,在这一合同关系中有两个国际因素,即有一个外国人以及缔结合同的事实发生在外国。在实际生活中,国际民商事法律关系往往不只有一个因素与国外有联系,而可能有两个或两个以上的因素与国外发生联系。国际民商事法律关系的国际性质并不因其中国际因素的多寡而受到影响。2012年12月10日,最高人民法院通过《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》其中的第1条明确规定:“民事关系具有下列情形之一的,人民法院可以认定为涉外民事关系:(一)当事人一方或双方是外国公民、外国法人或者其他组织、无国籍人;(二)当事人一方或双方的经常居所地在中华人民共和国领域外;(三)标的物在中华人民共和国领域外;(四)产生、变更或者消灭民事关系的法律事实发生在中华人民共和国领域外;(五)可以认定为涉外民事关系的其他情形。”

应该指出的是,国际私法上讲的国际民商事法律关系是广义上的民商事法律关系。我们知道,民事法律关系是指平等主体相互之间的财产关系和人身关系,包括物权关系、知识产权关系、债权关系、婚姻家庭关系、继承关系等。而在有些国家,公司法关系、票据法关系、海商法关系、保险法关系和破产法关系等属商事法律关系,不属于一般民事法律关系。但国际私法所指的国际民商事法律关系,既包括物权关系、债权关系、知识产权关系、婚姻家庭关系和继承关系,也包括公司法关系、票据法关系、海商法关系、保险法关系和破产法关系等。

总之,国际民商事法律关系是一种国际的或跨国的民商事法律关系,也就是说,是一种超越一国范围的民商事法律关系。它的国际性,使得它同纯国内民商事法律关系区别开来。它的私法性,又使得它同其他具有国际性的法律关系,如国际公法所调整的国家与国家之间的关系,区别开来。

方法

国际私法不同于其他法律部门,不仅在于它调整的社会关系为国际民商事法律关系,而且在于它调整这种关系的方法有独特之处。国际私法调整国际民商事法律关系的方法有两种:一种是间接调整方法;另一种是直接调整方法。

所谓间接调整方法,就是在有关的国内法或国际条约中规定某类国际民商事法律关系受何种法律调整或支配,而不直接规定如何调整国际民商事法律关系当事人之间的实体权利与义务关系的一种方法。例如,我国《涉外民事关系法律适用法》第36条规定:“不动产物权,适用不动产所在地法律。”这一规定只指明,涉及不动产物权时,由不动产所在地法来确定当事人的权利和义务,并没有直接规定当事人的权利和义务。这种指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范被称为“冲突规范”(conflict rules)。国际私法的间接调整方法就是通过借助冲突规范来实现的。冲突规范是国际私法的特有规范,因而间接调整方法是国际私法调整国际民商事法律关系的独特方法。

所谓直接调整方法,就是用直接规定当事人的权利与义务的“实体规范”(substantive rules)来直接调整国际民商事法律关系当事人之间的权利与义务关系的一种方法。国内法、国际条约和国际惯例中均存在这种直接调整国际民商事法律关系的规范。例如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》,就是一个直接规定国际货物销售合同当事人的权利与义务的实体法公约。用这个公约的实体规范来直接调整国际货物销售合同当事人的权利与义务关系,就是采用国际私法上所讲的直接调整方法。

间接调整方法和直接调整方法都是国际私法调整国际民商事法律关系的手段,两者相辅相成,互为补充。这是因为,一方面,由于国际民商事法律关系含有国际因素,同两个或更多的国家有联系,而各国法律制度千差万别,难以统一,不可能对一切社会关系都用实体规范直接加以调整,而需要冲突规范来缓和矛盾、调和

冲突,从而间接调整国际民商事法律关系。另一方面,由于冲突规范不直接规定国际民商事法律关系当事人的权利与义务,同实体规范比较起来缺乏法律应具有的预见性和明确性。随着国际民商事交往的发展,仅用冲突规范间接调整国际民商事法律关系难以满足实际需要。于是,直接调整国际民商事法律关系的实体规范应运而生。上述可见,国际私法这两种调整国际民商事法律关系的方法同时并存,是国际民商事交往的实际情况所决定的。

三、国际私法的定义

各国学者对国际私法下过许多不同的定义。有的根据国际私法所调整的法律关系的性质来下定义,例如,我国著名法学家韩德培教授主编的高等学校法学教材《国际私法》给国际私法所下的定义是这样的:“国际私法是调整涉外民事法律关系的法的部门。”^①有的从解决国际民商事法律关系中民商事法律冲突的角度来下定义,例如,我国著名法学家李浩培教授给国际私法下的定义是这样的:国际私法“指在世界各国民法和商法互相歧义的情况下,对含有涉外因素的民法关系,解决应当适用哪国法律的法律”。^②有的从法律适用的角度来下定义,例如,德国国际私法学者沃尔夫(M. Wolff)认为,国际私法是决定几种同时有效的法律制度的哪一种可以适用于一组特定的事实的法律。^③有的通过列举国际私法的内容或范围或规范来给国际私法下定义,例如,英国国际私法学者戚希尔(G. C. Cheshire)和诺思(P. M. North)在其所著的《国际私法》一书中就指出,英国法所理解的国际私法是在处理含有涉外因素的案件时判定以下问题的法律:第一,法院在什么条件下对案件有管辖权;第二,不同种类的案件应适用哪一国法律来确定当事人的权利与义务关系;第三,在什么条件下可以承认外国的判决,以及在什么条件下外国判决赋予的权利可以在英国执行。^④

上述定义,各有千秋,均反映了国际私法某一方面的特性,但它们都比较传统。众所周知,国际私法是一个在不断发展的法律部门,而研

究国际私法的法律学科也在不断发展之中。因此,国际私法的定义也应该随着国际私法本身的发展而发展。本书对国际私法作如下定义:国际私法是以直接规范和间接规范相结合来调整平等主体之间的国际民商事法律关系并解决国际民商事法律冲突的法律部门。本书之所以使用这个定义,是因为定义无非是揭示概念所反映的事物的本质属性,而根据事物的本质属性就可以把这一类事物与其他事物区别开来,给国际私法下定义就应该揭示国际私法的本质属性。而国际私法作为一个独立法律部门,和其他法律部门区别开来的客观基础就是国际私法调整的社会关系是国际民商事法律关系,而且在调整国际民商事法律关系中解决国际民商事法律冲突,并同时使用直接规范和间接规范来实现这一点。

第二节 国际私法的范围

国际私法的范围问题,就是国际私法包括哪些规范、包括什么内容的问题。对这个问题,在国内外都存在着争论,学者们有各种不同的观点,各国在立法和司法实践中亦有不同的主张。

一、在国际私法范围上的不同主张

首先,英、美普通法系国家的学者大多主张国际私法就是冲突法,他们认为,国际私法只解决三个问题:第一个问题是法院在什么情况下对一个涉外案件有管辖权;第二个问题是一国法院在确定自己对某一涉外案件有管辖权后,应决定适用哪一个国家的法律来确定当事人的权利与义务;第三个问题是在什么条件下承认

^① 韩德培主编:《国际私法》,武汉大学出版社1989年修订版,第8页。

^② 《中国大百科全书·法学》,中国大百科全书出版社1984年版,第228页。

^③ 参见[德]马丁·沃尔夫著:《国际私法》,李浩培等译,法律出版社1988年版,第22页。

^④ See Cheshire & North, Private International Law 3-4 (13th ed. 1999).



和执行外国法院的判决。因此,他们认为,国际私法的范围是由三种规范组成的:对涉外案件的管辖权规范、冲突规范(也就是法律适用规范或法律选择规范)以及承认和执行外国法院判决的规范。大陆法系国家的学者也有持这种观点的。

其次,法国的国际私法学者多数认为国际私法包括这样几种规范:国籍法规范(这是因为法国以当事人的本国法作为属人法,以国籍作为属人法的连结点。应该注意的是,法国的国际私法学者讲国籍问题不仅仅是从解决国籍冲突的角度去讲的,而是一般地讨论国籍问题)、外国人的法律地位规范、法律适用规范以及有关涉外民事案件的管辖权规范。受法国法影响的其他国家的学者也有持这种观点的。

再次,德国和日本的多数学者以及受德国法影响的其他国家的学者认为,国际私法的全部任务或主要目的是解决在国际民商事法律关系中适用何种法律的问题。换言之,国际私法只解决法律冲突问题,国际私法仅包括调整国际民商事法律关系的冲突规范或法律适用规范。

最后,东欧各国国际私法学者对国际私法的范围,虽有种种不同的看法,但在理论与实践,比较普遍的观点是主张把关于外国人的民事地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与国际商事仲裁规范都包括在国际私法范围之内。我国著名法学家韩德培教授主编的高等学校法学教材《国际私法》也持这种观点。另外,这里应该介绍一下和上述这种观点相近的一种观点。我国著名国际私法专家姚壮教授和任继圣教授在其合著的《国际私法基础》一书中认为,国际私法除了包括外国人民事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体规范和国际民事诉讼程序与仲裁程序规范外,还包括国内法中专门调整涉外民事法律关系的实体规范(简称专用实体规范)。

从上述关于国际私法范围方面的不同主张我们可看出两点:第一,冲突规范,或称为法律适用规范,或称为法律选择规范,无论在哪一种观点中,都被视为国际私法的规范,因此,我们

可以说,冲突规范是国际私法最基本的规范。第二,大多数学者,包括一些把国际私法和冲突法两个概念完全等同起来的学者,都认为应该把冲突规范以外的但与调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突有关的一些规范纳入国际私法范围。因此,在国际私法的范围问题上,不宜采取过于绝对化的观点。笔者认为,要正确地认识这个问题,必须从法律发展的观点出发。为了解决国际民商事法律关系中法律适用上的冲突现象,历史上最早采取的办法是用冲突规范来进行准据法的选择。但是,由于这种冲突规范并不直接规定当事人的权利义务关系,因而这种办法只是一种间接调整国际民商事法律关系的方法,运用起来有时不免缺乏明确性、预见性和针对性,而且带来不少复杂的法律问题。随着国际民商事关系日趋发达,为了便于国际民商事交往,在19世纪末20世纪初,国际社会便开始制定直接调整某些国际民商事关系的统一实体规范。这种统一实体规范在某些方面以及一定程度上起到避免和消除国际民商事法律冲突的作用。因此,它们也是在解决国际民商事法律冲突的基础上发展起来的,是与冲突规范并行的调整国际民商事法律关系的法律规范。冲突规范用间接的方式调整国际民商事法律关系,统一实体规范用直接的方式调整国际民商事法律关系。而且,把这两种方式放在同一个法律部门来考量,有助于解决哪一种方式调整某种国际民商事法律关系更好的问题。在某些领域,如在国际贸易领域,采取可以避免和消除法律冲突问题的统一实体规范来调整国际民商事法律关系,意味着有关国家之间能够更密切地合作,有更多共同的利益。但在有些领域,如继承、婚姻和家庭等方面的问题,通过采取冲突规范加以调整更具有现实意义,因为各国在这些方面的历史和传统文化的差异,使各国很难达成一致,制定有关国际条约。

综上所述,笔者认为,国际私法应包括外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范和国际民商事争议解决规范。

二、国际私法的规范

(一) 外国人的民商事法律地位规范

这种规范是确定外国的自然人、法人甚至外国国家和国际组织在内国民商事领域享有权利与承担义务的资格和状况的规范。这种规范既可以规定在国内法中,也可以规定在国际条约之中。就国内法而言,它们既可规定在一国宪法、民法、商法等法律中,也可用单行的外国人法律地位法的形式加以规定。就国际条约而言,它们既可规定在双边国际条约之中,也可规定在多边国际条约之中。由于这种规范规定外国人在内国有权从事某种民商事活动,享有某种民商事权利,取得某种民商事地位,或者限制外国人在内国从事某种民商事活动,不得享有某种民商事权利或待遇,故这种规范为直接规范和实体规范。

外国人的民商事法律地位规范之所以成为国际私法的规范,是因为这种规范实际上是国际私法产生的一个前提。在国际民商事交往中,只有承认外国人在内国取得了民商事主体的资格,能够享有民商事权利且其权利能够得到保护,并能够承担相应的民商事义务,国际民商事交往才能顺利进行,国际私法的其他规范才能得到适用。由于这种规范的出现比国际私法的其他任何规范都早,如在罗马法中的“万民法”中就已出现,故有的学者认为这种规范是国际私法中最古老的规范。

(二) 冲突规范

冲突规范,又称为法律适用规范或法律选择规范。有时,在一些国际法律文件中,冲突规范被称为国际私法规范(rules of private international law)。这种规范是指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范。例如,我国民法通则第147条规定:“中华人民共和国公民和外国人结婚适用婚姻缔结地法律。”这一规定并没有指明结婚有什么条件和要求,而只指出,结婚的条件和要求应当由婚姻缔结地的法律来确定。从这一规定不难看出,冲突规范是一种间接规范。冲突规范是国际私法特有的规范,是国际私法的重要组成部分。国际私法

学就是从研究冲突规范开始的。

(三) 国际统一实体私法规范

国际统一实体私法规范,通常称为国际统一实体规范。这种规范就是国际条约和国际惯例中具体规定国际民商事法律关系当事人的实体权利与义务的规范。从整体上讲,国际统一实体私法规范的出现晚于冲突规范。最早的国际统一实体私法规范出现在19世纪末,如1883年签订的《保护工业产权的巴黎公约》,1886年签订的《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》,1891年签订的《商标国际注册马德里协定》等。在今天,随着国际民商事交往的日益频繁,调整国际民商事法律关系的国际条约和国际惯例也在逐渐增多。可以肯定地说,作为一种直接规范和实体规范,国际统一实体私法规范在国际商事领域发挥的作用越来越重要,并在某些方面明显地表现出优于冲突规范。

(四) 国际民商事争议解决规范

国际民商事争议解决规范主要指国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范,也包括解决国际民商事争议的其他规范,如和解和调解规范等。从性质上说,它们是一种程序规范或间接规范,而不是直接调整国际民商事法律关系当事人的实体权利义务关系的规范。因此,有人说它们不是国际私法的规范。但是,这些规范与冲突规范和其他国际私法的规范有密切的联系,是调整国际民商事法律关系、解决国际民商事法律冲突不可缺少的法律规范,是解决国际私法争议的方法和手段。而且,鉴于这种规范在国内法和国际法上尚未形成一个独立的法律部门,因此,对这种规范目前仍应在国际私法中加以研究。

国际民事诉讼程序规范是指司法机关在审理国际民商事案件时专门适用的特别程序规范。一国法院在审理国际民商事案件时,当然要适用国内法中关于审理一般民商事案件的诉讼程序,但是,由于国际民商事案件的特殊性,仅仅适用这些诉讼程序是不够的,因而还要适用一些专门用于审理国际民商事案件的特别程序规范,其中包括关于国际民商事案件的管辖权规范、司法协助规范、外国判决的承认与执行规范等。



国际商事仲裁规范是指仲裁机构或仲裁员、仲裁当事人以及仲裁参与人运用仲裁方式解决各种国际商事争议时所遵循的规范。这种规范涉及仲裁范围、仲裁协议、仲裁员和仲裁机构、仲裁程序、仲裁裁决、仲裁费用、仲裁裁决的撤销、仲裁裁决的承认与执行等方面的内容。由于国际商事仲裁是替代司法诉讼的最为重要的解决国际商事争议的方式之一,国际商事仲裁法日益受到人们的重视,在国际私法中的地位越来越重要。

总之,国际私法集外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际统一实体私法规范、国际民商事争议解决规范于一体,集直接规范和间接规范于一体,集实体规范、法律适用规范和程序规范于一体,是最早的跨越传统的国内法和国际法界限的法律部门或法律分支。作为一门法律学科,国际私法则是最早的一门传统的国内法学和国际法学的交叉学科或边缘学科。

第三节 国际私法的渊源

简言之,法的渊源就是法的表现形式。法在这种意义上的渊源是多种多样的,并且随着经济社会的发展而不断演变和发展,不同的国家在这方面也有所不同。国际私法的渊源是指国际私法的表现形式,它主要包括国内法渊源和国际法渊源两个方面。

一、国内法渊源

任何国家都在不同程度上把调整国际民商事法律关系的规范规定在国内法中,因此,国内法成为国际私法的一个主要渊源。国内法渊源主要包括国内立法、国内判例等。

(一) 国内立法

在成文法国家,国际私法规范大都规定在国内立法中。即使在普通法系国家,国际私法规范在其国内立法中也多有反映。国际私法所包括的外国人的民商事法律地位规范、冲突规范、国际民事诉讼程序规范和国际商事仲裁规范,均可见于国内立法中。

关于外国人的民商事法律地位规范,有的

国家集中规定在外国人法律地位法中,有的国家分别在宪法、民法、商法、民事诉讼法、仲裁法以及其他单行法规中加以规定。关于冲突规范,最早以国内立法方式规定冲突规范的是1756年《巴伐利亚法典》。以后,又有1794年《普鲁士邦一般法典》。但是,具有重大影响的是1804年《法国民法典》。迄今为止,世界上大多数国家主要以如下四种不同的立法方式在国内法中规定冲突规范:(1)在民法典的不同编章中分别列入相关的冲突规范,如《法国民法典》;(2)在民法典中列入专章或专编比较系统地对冲突规范加以规定,如1966年《葡萄牙民法典》;(3)在单行法规中就该法规所涉问题规定冲突规范,如英国《1882年汇票法》;(4)以专门法典或单行法规的形式制定系统的冲突规范,如1978年奥地利《关于国际私法的联邦法》。关于国际民事诉讼程序规范,大多见于各国民事诉讼法中,如日本《民事诉讼法典》第51、200、514、515条;也有将之与国际私法的其他规范规定在一起的,如1982年和2007年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》。而关于国际商事仲裁的规范,一般在各国的仲裁法、民事诉讼法或者国际私法典或法规中加以规定,如1996年《英国仲裁法》、1994年《意大利民事诉讼法典》第四卷第八编、1987年《瑞士关于国际私法的联邦法》第十二章等。

在我国现行国际私法的国内立法中,关于外国人的民商事法律地位规范主要规定在宪法、民法通则、对外贸易法、公司法、《国家科学技术奖励条例》、商标法、专利法、著作权法、中外合资经营企业法、《中外合资经营企业法实施条例》、《国务院关于鼓励外商投资的规定》、中外合作经营企业法、外资企业法、《外资企业法实施细则》等法律法规中。

含有冲突规范的我国国内立法有:《中外合资经营企业法实施条例》、继承法、民法通则、《外资企业法实施细则》、收养法、海商法、《外国人在中华人民共和国收养子女登记办法》、票据法、民用航空法和合同法等。民法通则设有专章(第八章)对涉外民事关系的法律适用问题作了较为系统的规定。特别要提到的是,2010

年10月28日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过了《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》，该法是一部单行、统一、比较全面的关于涉外民事关系法律适用方面的立法，共有8章52条，已于2011年4月1日起施行。《涉外民事关系法律适用法》第2条规定了它与其他法律的关系，有三层意思：一是涉外民事关系适用的法律，原则上依照新法确定；二是其他法律对涉外民事关系法律适用另有特别规定的，比如海商法、票据法和民用航空法等，依照其规定；三是新法和其他法律对涉外民事关系法律适用没有规定的，适用与该涉外民事关系有最密切联系的法律。第三点表明该法实际上是把最密切联系原则作为“兜底原则”，用来解决所有那些法律未作规定的涉外民事关系的法律适用问题，避免了在涉外民事关系法律适用方面留下漏洞。该法第51条还规定，民法通则第146条和第147条、继承法第36条与新法不一致，适用新法。

在国际民事诉讼方面，我国民事诉讼法第四编对涉外民事诉讼程序作了特别规定。《中华人民共和国民事诉讼法》对涉外海事诉讼也作了相应的规定。

在国际商事仲裁方面，比较重要的国内立法有：1954年《中央人民政府政务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立对外贸易仲裁委员会的决定》，1958年《中华人民共和国国务院关于在中国国际贸易促进委员会内设立海事仲裁委员会的决定》，1980年《国务院关于将对外贸易仲裁委员会改称为对外经济贸易仲裁委员会的通知》，1988年《国务院关于将对外经济贸易仲裁委员会改名为中国国际经济贸易仲裁委员会和修订仲裁规则的批复》和《国务院关于将海事仲裁委员会改名为中国海事仲裁委员会和修订仲裁规则的批复》以及1994年《中华人民共和国仲裁法》。我国民事诉讼法也对涉外仲裁问题作了规定。

（二）国内判例

一般而言，普通法系国家为判例法国家，大陆法系国家为成文法国家。然而，在国际私法上，判例作为一种法律渊源，无论是对普通法系

国家来说还是对大陆法系国家来说，都具有重要的意义。在普通法系国家，权威的法院判决作为先例，对下级法院具有拘束力，起着法律的作用。判例作为国际私法的一种渊源，自不待言。在这些国家，除少数单行法中有一些成文的冲突规范之外，大部分冲突规范的表现形式为法院判例。由于冲突规范散见于法院判例之中，内容零散，系统的汇集和整理工作一般都由学者或学术机构来完成。例如在美国，美国法学会（American Law Institute）这个非官方的机构承担了冲突法的编纂工作。1934年由比尔（J. H. Beale）任报告员出版了《冲突法重述》，1971年又以里斯（W. L. M. Reese）为报告员出版了《冲突法重述（第二次）》。在不少大陆法系国家，判例也是国际私法的一种渊源，即使在有系统成文国际私法立法的国家亦然。例如在法国，其最高法院的不少著名判例成为法国国际私法的先例。在许多大陆法系国家，成文国际私法立法对国际私法问题的规定并不是很充分，故法院判例在调整国际民商事法律关系和解决国际民商事法律冲突方面发挥着重要作用。所以，要真正了解大陆法系国家的国际私法，不能不研究其判例。

在我国，判例不是法律的渊源，当然也不是国际私法的渊源。不过，《最高人民法院公报》上刊载的国际私法案例是了解我国国际私法实践的一个重要途径。

（三）司法解释

在我国，司法解释是指国家最高司法机关根据法律的授权，就司法实践中具体应用法律的问题所作的解释。1981年，全国人民代表大会常务委员会作出了《关于加强法律解释工作的决议》，规定：“凡属于法院审判工作中具体应用法律、法令的问题，由最高人民法院进行解释。”作为针对应用法律并对司法实践加以总结和升华的最高人民法院的司法解释，由于其对法院的审判活动具有约束力，实际上已成为我国法律的一种渊源。虽然我国许多立法都含有国际私法的规定，但不少规定不够全面、系统、具体和明确。因此，最高人民法院在对有关法律进行解释的同时，对其中的国际私法规定也



作了大量的解释。比较重要的涉及国际私法规定的最高人民法院的司法解释有:1985年9月11日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法继承法〉若干问题的意见》;1986年1月31日最高人民法院《关于涉外海事诉讼管辖的具体规定》;1986年8月14日最高人民法院、外交部、司法部《关于我国法院和外国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》;1987年4月10日最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认及执行外国仲裁裁决公约〉的通知》;1987年10月19日最高人民法院《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》(已随《涉外经济合同法》废止而失效);1987年12月10日最高人民法院《转发对外经济贸易部〈关于执行联合国国际货物销售合同公约应注意的几个问题〉的通知》;1988年2月1日最高人民法院《关于执行中外司法协助协定的通知》;1988年4月2日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法通则〉的若干问题的意见(试行)》;1991年8月13日最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》;1992年3月4日最高人民法院、外交部、司法部《关于执行〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》;1992年5月16日最高人民法院《关于审理涉外海上人身伤亡案件损害赔偿的具体规定(试行)》;1992年7月14日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》;1992年9月19日司法部、最高人民法院、外交部《关于印发〈关于执行海牙送达公约的实施办法〉的通知》;1994年7月6日最高人民法院《关于海事法院拍卖被扣押船舶清偿债务的规定》;1998年1月15日最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》;1999年12月1日最高人民法院《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》;2001年9月11日最高人民法院《关于海事法院受理案件范围的若干规定》;2001年12月25日最高人民法院《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》;2002年6月11日最高人民法院《关于向

外国公司送达司法文书能否向其驻华代表机构送达并适用留置送达问题的批复》;2005年12月26日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法仲裁法〉若干问题的解释》;2006年7月17日最高人民法院《关于涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》;2007年6月11日最高人民法院《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(现已废止);2009年2月16日最高人民法院《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》;2012年12月10日最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》以及2013年1月21日最高人民法院《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》等。在我国,大量的司法解释存在表明,要了解和掌握我国的国际私法实践,必须了解和掌握最高人民法院的有关司法解释。否则,就不可能知道我国国际私法实践的全貌。

新华考资
www.xhkzedu.com

二、国际法渊源

国际私法的国际法渊源包括国际条约和国际惯例两方面。无论在中国还是在外国,国际法都是国际私法的一个重要渊源。这是由国际私法的调整对象——国际民商事法律关系的国际性所决定的。

(一) 国际条约

国际条约系指国际法主体之间所缔结并受国际法支配的国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关的文书内,也不论其特定的名称是什么。国际条约有多边国际条约和双边国际条约之分。国际条约,尤其是多边国际公约在国际私法的统一化过程中发挥着日益重要的作用。在世界各国以及海牙国际私法会议、国际统一私法协会、联合国国际贸易法委员会、美洲国家组织等国际组织的共同努力下,在私法领域,大量的国际条约被制订,私法的国际统一正在迅速发展,一个被称为“国际统一私法”或“统一国际私法”或“私法国际统一法”的法律分支正在形成。特别值得一提的是,在国

际私法领域,一些重要的多边国际公约不仅对缔约国有约束力,而且对非缔约国也产生了一定的影响。可以这样说,要了解现代国际私法,不去了解有关的国际统一私法条约是不行的。

下面,介绍一下我国在国际私法领域缔结或参加的国际公约和同外国缔结的双边条约的情况。

无论是多边国际条约还是双边国际条约,只要我国依法定程序缔结或参加,均对我国有拘束力。我国民法通则第142条第2款明确规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”这实际上是在民事领域把国际条约置于优先于国内法适用的地位。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第9条更明确规定:“当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的,人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务,但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。”不难看出,我国缔结或参加的统一国际私法公约和同外国缔结的有关国际私法的双边条约,是我国国际私法的重要组成部分。

迄今为止,我国缔结或参加的有关国际私法的国际公约,还为数不多。主要有:1929年《统一国际航空运输某些规则的公约》(1958年7月20日签署);1955年《修改1929年10月12日统一国际航空运输某些规则的华沙公约的议定书》(1975年8月20日签署);1969年《国际油污损害民事责任公约》(1980年1月30日签署);1967年《建立世界知识产权组织公约》(1980年3月4日签署);1980年《联合国国际货物销售合同公约》(1981年9月30日签署);1967年《关于难民地位的议定书》(1982年1月24日签署);1951年《关于难民地位的公约》(1982年9月24日签署);1973年《国际纺织品贸易协议》(1984年1月18日签署);1925年《本国工人与外国工人关于事故赔偿的同等待遇公约》(1984年6月11日签署);1883年《保

护工业产权的巴黎公约(1967年斯德哥尔摩修订文本)》(1984年12月19日签署);1984年《修正1969年国际油污损害民事责任公约的议定书》(1985年11月22日签署);1940年《国际统一私法协会章程》(1986年1月1日签署);1976年《1969年国际油污损害民事责任公约的议定书》(1986年9月29日签署);1958年《承认及执行外国仲裁裁决公约》(1987年1月22日签署);1951年《海牙国际私法会议章程》(1987年7月3日签署);1984年《多边投资担保机构公约》(1988年4月28日签署);1891年《商标国际注册马德里协定(1967年斯德哥尔摩修订文本)》(1989年7月1日签署);1965年《关于解决国家与他国国民之间的投资争端的公约》(1990年2月9日签署);1989年《关于集成电路的知识产权条约》(1990年5月1日签署);1989年《联合国儿童权利公约》(1990年8月29日签署);1951年《男女同工同酬公约》(1990年9月7日签署);1965年《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约》(1990年3月2日签署);1886年《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(1992年7月1日签署);1971年修订的《世界版权公约》(1992年7月1日签署);1970年《专利合作条约》(1993年8月2日签署);1975年《关于商标注册用商品和服务国际分类的尼斯协定》(1995年5月5日签署);1993年《船舶优先权和抵押权国际公约》(1994年8月18日签署);1965年《便利国际海上运输公约》(1994年12月29日签署);1989年《关于商标国际注册马德里协定的议定书》(1995年9月1日签署);1970年《关于从国外调取民事或商事证据的公约》(1997年7月3日决定加入)。上述可见,到目前为止,我国加入了比较多的涉及外国人的法律地位、国际统一实体私法、国际民事诉讼程序和国际商事仲裁的国际公约,尚未加入任何专门的冲突法国际公约。

1949年以来,我国与其他国家缔结了大量的双边条约和协定,涉及许多领域和问题。在民商事方面,有商务条约、通商航海条约、贸易协定、支付协定和贸易支付协定、交货共同条件



议定书、贷款协定、经济援助协定、领事条约与协定、关于相互赋予最惠国待遇的协定、关于商标注册的换文和议定书、关于保护知识产权的协定、关于投资保护的协定以及民商事司法协助协定等。在这些双边条约或协定中,既含有关于外国人的民商事法律地位规范和调整国际民商事法律关系的实体规范,也含有冲突规范和有关国际诉讼程序与国际商事仲裁的规范。特别值得一提的是,自1987年我国同法国签订司法协助协定以来,截至2010年3月5日,我国已先后与外国签订了民(商)事司法协助条约17项,民(商)刑事司法协助条约19项,刑事司法协助条约27项,极大地便利了我国同其他缔约国在民商事领域开展司法协助。

(二) 国际惯例

国际惯例,又称为国际习惯,它也是一种国际行为规范。国际惯例可分为两类:一类为属于法律范畴的国际惯例;另一类为属于非法律范畴的国际惯例。前者具有法律效力,而后者不具有法律效力。从法律意义上讲,《国际法院规约》第38条给国际习惯下过一个权威定义,即“作为通例(general practice)之证明而经接受为法律者”。这就是说,国际习惯是在国际交往中逐渐形成的具有法律效力的规范。上述定义表明,构成国际习惯必须具备两个条件,或者说国际习惯包括两个构成因素:一是客观因素或物质因素,即各国共同实践,重复类似行为,形成“通例”;二是主观因素或心理因素,即被“接受为法律”,或者说被公认具有法律约束力。

属于法律范畴的国际惯例依法律规范的性质可划分为强制性的国际惯例和任意性的国际惯例。前者具有直接的、普遍的约束力,当事人必须遵守;而后者不具有直接的、普遍的约束力,不能自动地适用,一般只有在当事人约定或选择适用时才具有约束力。属于法律范畴的国际惯例也可以划分为国际私法上的国际惯例和国际公法上的国际惯例。

在国际私法范围内,也有两种不同的国际惯例:一种是不需要当事人选择都必须遵守的国际惯例,即强制性的国际惯例。例如,通过长期国际实践形成的“国家及其财产豁免”原则就

属于这种惯例。另一种是只有经过当事人选择,才对其有约束力的国际惯例,即任意性的国际惯例。比如,在国际贸易中存在的“离岸价格”FOB、“到岸价格”CIF等常见的贸易条件。任意性的国际惯例一般只有经过国家认可才有法律约束力。

在国际私法中,国际惯例大量存在。在外国人的民商事法律地位方面,如有“国民待遇”原则等。在冲突法方面,如有“不动产物权依物之所在地法”原则、“公共秩序”原则、“意思自治”原则、“既得权的尊重与保护”原则、“场所支配行为”原则等。在国际民事诉讼程序方面,如有“程序问题依法院地法”原则等。但较多的是在长期商业实践基础上发展起来并用于解决国际商事问题的任意性的实体法惯例,也就是通常所说的国际商事惯例、国际商业惯例或者国际贸易惯例。例如,在贸易方面,主要有国际统一私法协会制定的《国际商事合同通则》(2004年修订本),国际商会制定的《国际贸易术语解释通则》^⑨ 2010,国际法协会制定的《1932年华沙—牛津规则》和美国商会、美国进口商协会及美国全国对外贸易协会所组成的联合委员会通过的《1941年美国对外贸易定义修订本》等。在支付方面,主要有国际商会制定的《ICC跟单信用证统一惯例》(2006年修订本)和《托收统一规则》(1995年修订本)等。在担保方面,主要有国际商会制定的《合同担保统一规则》(1978年)和《见索即付担保统一规则》(1991年)等。在运输和保险方面,主要有国际商会制定的《联合运输单证统一规则》(1975年修订本),国际海事委员会制定的《1974年约克—安特卫普规则》以及英国伦敦保险协会制定的《伦敦保险协会货物保险条款》等。

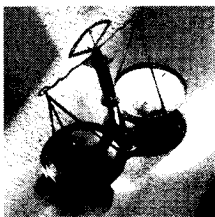
我国在调整国际民商事法律关系、解决国际民商事法律冲突、处理国际民商事法律争议时,也依法适用国际惯例或习惯。按我国法律规定,对于国际商事惯例的适用,一般须由当事人选择适用。只有当事人选择适用的国际商事惯例,才对该当事人有约束力。而在当事人未选择适用国际商事惯例时,适用国际商事惯例只发生于法律对有关事项未加规定的情况。我

民法通则第 142 条第 3 款明确规定:“中华人民共和国法律 and 中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”不过,应当注意的是,该通则第 150 条又规定,适用国际惯例“不得违背中华人民共和国的社会公共利益”,也就是说不得违背我国的公共秩序。

【本章主要法律规定】

1. 民法通则第 8 章
2. 涉外民事关系法律适用法第 1、8 章
3. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》

本章分析了国际私法的名称、定义、调整对象、国内法渊源和国际法渊源。应熟悉并掌握国际私法规范、国际私法调整国际民商事法律关系的方法,了解国际民商事法律关系的构成。



国际私法

第一章
国际私法
新华在线
www.xhkzedu.com

所谓国际私法的主体,是指国际民商事法律关系中享有权利和承担义务的法律人格者。国际私法的主体包括自然人、法人、国家和国际组织,但主要为自然人和法人,国家和国际组织只是国际私法的特殊主体。国际私法的主体实际上是指国际民商事法律关系的主体。

第一节 自然人

一、自然人的国际私法主体资格

自然人是国际私法的基本主体。自然人作为国际民商事法律关系的主体资格取决于其所具有的权利能力和行为能力。一般来说,一国的自然人只要按照其本国法律规定具有民事权利能力和民事行为能力,就可以在内国作为国际民商事法律关系的主体,从事国际民商事活动。各国对本国自然人在内国作为国际民商事法律关系的主体资格一般都不加限制,或只在某些特殊问题上有所限制。

至于外国自然人在内国作为国际民商事法律关系的主体问题,情况比较复杂。一般来说,只有在各国肯定外国人在内国具有一定的民商事法律地位时,外国人才可能在内国成为国际民商事法律关系的主体。在历史上,曾有外国人在内国毫无法律地位的情形,也曾有外国人在内国处于特权地位的情形,这两种情形都极大地阻碍了国际民商事法律关系的建立和发展。当今世界各国都承认外国人在内国具有一定的民商事法律地位,享受国民待遇,既强调外国人与内国人在民商事法律地位上的平等,也强调不同国家的外国人在内国具有平等的民商事法律地位。因此,外国自然人在内国作为国际民商事法律关系的主体是毫无疑问的。但是,各国对外国人在内国的民商事法律地位的具体规定并不完全一样,一些国家为了维护本国的利益,并不主张外国人与内国人在民商事法律地位上绝对平等。有时外国人在内国并不能参加某种民商事活动,因而也就不可能作为这种民商事法律关系的主体。

二、自然人的国籍

自然人的国籍是区别一个人是内国人还是外国人或无国籍人的标志,也是判断某一民商事法律关系是否为国际民商事法律关系的重要标志之一。因此,自然人的国籍在国际私法上具有重要的意义。有的国家,如法国,甚至把国籍法视为国际私法的重要组成部分。此外,在国际私法上,各国的立法和司法实践以及学者们对自然人的属人法有不同的理解,有的把自然人的属人法理解为自然人的住所地法,有的把自然人的属人法理解为自然人本国法(即国籍国法),因而国籍问题对于确定当事人属人法具有重要意义,自然人的国籍冲突及其解决是国际私法需要加以研究的问题。

(一) 自然人国籍的概念

所谓国籍(nationality),是指一个人属于某一个国家的国民或公民的法律资格。一个人依据什么条件取得一国国籍或者依据什么条件丧失一国国籍,都是国家主权范围内的事,由各国有关国籍的立法加以规定。例如,我国1980年《中华人民共和国国籍法》便是这种立法。然而,由于各国立法关于国籍的取得和丧失的规定并不是一致的,常常造成这样两种情况:有的人同时具有两个或两个以上的国籍,而有的人则无任何国家的国籍。从国际私法上讲,前一种情况称为国籍的积极冲突,后一种情况则称为国籍的消极冲突。假设在一个国际民商事案件中,法院根据本国的冲突规范确定依一方当事人的本国法处理有关争议,而该当事人有甲、乙两个国家的国籍,那么到底是适用甲国法还是适用乙国法呢?或者该当事人因无国籍而无本国法,那么又依什么法呢?因此,解决自然人国籍冲突是国际私法的任务之一。

(二) 自然人国籍的积极冲突的解决

对于自然人国籍的积极冲突,各国在实践中主要采取如下方法加以解决:

其一,当事人所具有的两个或两个以上的国籍中有一个是内国国籍时,国际上通行的做法是以内国国籍为准,也就是把该当事人优先视为内国人,以内国法作为其本国法。例如,

1978年奥地利《关于国际私法的联邦法》第9条第1款规定,自然人的属人法应是该人所属国家的法律。如一人除具有外国国籍外,又具有内国国籍,应以奥地利国籍为准。

其二,当事人所具有的两个或两个以上的国籍均为外国国籍时,各国实践不一致,归纳起来,有如下几种做法:

1. 以当事人最后取得的国籍为准。例如,1898年《日本法例》第27条第1款规定,如当事人有两个以上国籍,依最后取得国籍为其本国法。但在实际生活中,有时一个人有两个或两个以上的国籍并不是先后取得的,而是同时取得的。针对这种情况,1939年《泰国国际私法》第6条第2款规定,如当事人同时取得两个以上国籍,则适用其住所所在地的本国法。

2. 以当事人住所或惯常居所所在国国籍为准。如1979年《匈牙利国际私法法令》第11条第3款规定,如个人具有多重国籍,但都不是匈牙利国籍,或者无国籍,其属人法为其住所地法。一般来说,具有两个或两个以上国籍的人与其住所或惯常居所所在国有更密切的联系,这也是采取这种做法的国家的立法依据。但如双重或多国籍的人的住所或惯常居所在其非国籍所属国,这种做法就会陷入困境。

3. 以与当事人有最密切联系的国籍为准。这种方法既为许多学者所倡导,也被一些国家的立法所采纳。例如,1966年《波兰国际私法》第2条第2款规定,具有两个以上国籍的外国人,以同他关系最密切的国家的法律为其本国法。

其三,对当事人所具有的两个或两个以上的国籍不作内国国籍和外国国籍的区分,为确定应适用的法律,只以与当事人有最密切联系的国籍为准。例如,1987年《瑞士关于国际私法的联邦法》第23条第2款规定,除本法另有规定外,如果一个人具有几个国籍,为确定应适用的法律,只以与之有最密切联系的那个国家的法律为准。这一规定抛弃了传统的在出现内国国籍和外国国籍冲突时以内国国籍优先、在出现外国国籍之间冲突时以后取得的国籍优先的做法,而采取了“实际国籍原则”,即以与当事人有最密切联系的国籍为准。



(一) 自然人住所的概念

所谓住所(domicile),即一个人以久住的意思而居住的某一处所。这个定义反映了住所的主观和客观两方面的内容:从主观上讲,当事人在某一地有久住的意思;从客观上讲,当事人在某一地有居住的事实。只有这两方面的内容结合起来,才能构成当事人的住所。1907年《瑞士民法典》第23条第1款是这样规定的:以有永久居住的意思的居住地为住所。它也强调了构成住所的主客观条件。住所可以分为如下几类:(1)原始住所(domicile of origin),即自然人出生时所取得的住所。世界各国公认以自然人的父和母之住所为原始住所。(2)选择住所(domicile of choice),即自然人出生后依久住意思和居住事实而选择取得的住所。(3)法定住所(statutory domicile),即自然人依法律规定而取得的住所。

各国法律对住所的规定是不相同的。虽然各国一般规定一个人只能有一处住所,但有的国家法律承认一个人可以有两个或两个以上的住所。例如,英国判例法关于住所的一般原则是这样的:(1)任何人都有一个住所;(2)一个人不得为了相同的目的同时有一个以上的住所;(3)一个人既有的住所被推定持续到证明其新的住所已经获得为止;(4)英国冲突法中的住所意味着英国法意义上的住所。我国民法通则第15条规定:“公民以他的户籍所在地的居住地为住所,经常居住地与住所不一致的,经常居住地视为住所。”正由于各国关于住所的法律规定不同或对事实认定各异,自然人的住所也和自然人的国籍一样,会发生积极冲突和消极冲突。而在确定国际民商事法律关系的法律适用时,有些国家以当事人的住所地法为其属人法。因此,适当处理住所的积极冲突和消极冲突就成为国际私法所需解决的一个问题。

(二) 自然人住所的积极冲突的解决

自然人住所的积极冲突,是指一个人同时具有两个或两个以上的住所。对于这种冲突,各国一般都根据不同的具体情况来加以解决:(1)如果当事人所具有的两个或两个以上的住所中有

我国《涉外民事关系法律适用法》第19条就解决国籍积极冲突规定:“依照本法适用国籍国法律,自然人具有两个以上国籍的,适用有经常居所的国籍国法律;在所有国籍国均无经常居所的,适用与其有最密切联系的国籍国法律。”早先,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第182条对这个问题也作了如下规定:“有双重或者多重国籍的外国人,以其有住所或者与其有最密切联系的国家的法律为其本国法。”这一规定显然与新法有所不同,应以新法为准。另外,上述规定均没有涉及双重或多重国籍者有一国籍为中国国籍的情形,这是因为我国国籍法不承认中国公民拥有外国国籍,一个中国公民取得外国国籍即自动丧失了中国国籍。

(三) 自然人国籍的消极冲突的解决

在当事人无国籍或其国籍不明确的情况下,如何确定当事人的本国法呢?一般主张以当事人住所所在国的法律为其本国法,如当事人无住所或其住所不能确定时,以其居所所在国的法律为其本国法。例如,1898年《日本法例》第27条第2款规定,无国籍人,以其住所地法为本国法;不知其住所时,依其居所地法。如其居所亦不能确定,有的国家规定适用法院地法;有的国家则要求当事人归化法院地国国籍,这实际上也是要求适用法院地法。此外,有的国家法律直接规定以当事人惯常居所所在国的法律为其属人法,1978年《奥地利关于国际私法的联邦法》第9条第2款就是这样规定的。

我国《涉外民事关系法律适用法》第19条就解决国籍消极冲突规定:“自然人无国籍或者国籍不明的,适用其经常居所地法律。”早先,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第181条曾有这样的规定:无国籍人的民事行为能力,一般适用其定居国法律;如未定居的,适用其住所地国法律。这意味着在当事人无国籍的情况下,在确定其民事行为能力方面,首先以其定居国法为其属人法;无定居国的,则以其住所地国法代替之。不过,新法以经常居所地法原则取代了这一司法解释。

一个是内国住所,一般以当事人在内国的住所为其住所,也即以内国法为其住所地法。(2)如果当事人所具有的两个或两个以上的住所均为外国住所,而且住所是同时取得的,一般以与当事人有最密切联系者为其住所,但也有以当事人有居所之住所为其住所的。如果各住所不是同时取得,一般以当事人最后取得的住所为其住所。

我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第183条对自然人住所的积极冲突的解决作了如下规定:“当事人有几个住所的,以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的住所为住所。”

(三)自然人住所的消极冲突的解决

自然人住所的消极冲突,是指一个人无任何法律意义上的住所。导致这种消极冲突的原因不外有两个:一为各国法律规定不同;二为当事人废弃旧住所而未取得新住所或因无业漂泊所致。对于这种冲突,各国在实践中主要采取两种解决方法:一是以当事人的居所或惯常居所代替其住所,即以当事人的居所地法或惯常居所地法代替其住所地法;二是以当事人曾有过的最后住所为其住所,如无最后住所,则以其居所或惯常居所代替其住所。在当事人居所或惯常居所也没有存在的情况下,一般以当事人的现在地法作为住所地法。

我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第183条规定:“当事人的住所不明或者不能确定的,以其经常居住地为住所。”

四、自然人的居所

所谓居所(residence),是指一个人在一定时间内居住的处所。在法律意义上,居所和住所有所不同,住所是一个人永久居住的意图而居住的处所,而居所的成立不要求当事人具有永久居住的意图。居所有临时居所和惯常居所(habitual residence)之分:前者是一个人偶然或暂时居住的处所;后者又叫经常居所、习惯居所,是一个人在某一段时间内生活的中心和居住的处所。在国际私法上,由于在属人法问题上存在着国籍国法主义和住所地法主义两大对

立的学派和两种不同的实践,为了调和两者的矛盾和冲突,居所特别是惯常居所作为属人法的连结点或补充连结点受到广泛的重视,已成为同住所、国籍并列的一种连结点。例如,在澳门施行的1999年《民法典》第30条规定,属人法即个人之常居地法。可见,惯常居所是澳门居民属人法的连结点。特别要提到的是,我国《涉外民事关系法律适用法》也已把“经常居所”作为主要的属人法连结点。2012年《司法解释(一)》第15条更明确规定:“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方,人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地,但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

示例

张某居住在深圳,2008年3月被深圳某公司劳务派遣到马来西亚工作,2010年6月回深圳,转而受雇于香港某公司,其间每周一到周五在香港上班,周五晚上回深圳与家人团聚。2012年1月,张某离职到北京治病,2013年6月回深圳,现居该地。依《涉外民事关系法律适用法》(不考虑该法生效日期的因素)和司法解释,关于张某经常居所地的认定,下列哪一表述是正确的?(2013年试卷一第37题)

- A. 2010年5月,在马来西亚
- B. 2011年12月,在香港
- C. 2013年4月,在北京
- D. 2008年3月至今,一直在深圳

【参考答案及简要提示】D。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第15条规定:“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方,人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地,但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

首先,2008年张某被劳务派遣到马来西亚,属于上述认定的例外情况,因此,其经常居所地仍未改变,此时为深圳,故A项错误。其次,



对于该条款中“作为其生活中心的地方”，应作出狭义理解，即自然人以定居的意思而选择的居所，如果其仅具有工作的意思，而非具有居住的意思，则不可以认定为经常居所地。据此，张某仅于工作时间在香港，其他时间则选择了回深圳与家人团聚，表明张某未将香港作为其生活中心地，其生活中心地应为深圳，故B选项错误。2013年4月，张某于北京治病，非其生活中心地，属于认定经常居所地中的例外情形，其经常居所地仍为深圳，故C项错误。综上，正确选项为D。

第二节 法人

一、法人的国际私法主体资格

法人是拥有自主经营的财产，具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的社会组织。法人作为相对自然人而言的另一种民商事法律关系的主体，具有以下三个特征：(1)法人是一种社会组织，这是法人与自然人的区别所在；(2)法人拥有自主经营的财产，这是法人进行民商事活动的物质基础；(3)法人能独立地享有民事权利和承担民事义务，这是法人以自己的名义从事民商事活动的法律保证。

法人的出现以及法人制度为法律所确认并不断得到发展，是经济社会发展的必然结果。法人作为民商事法律关系的主体不仅在国内的民商事交往中发挥着重要作用，而且在国际民商事交往中扮演着重要角色。它不仅积极参与国际民商事法律关系，而且有力推动着国际民商事关系的发展，成为发展国际合作的必要组织形式。在国际民商事交往日益密切以及越来越复杂的今天，大量的交易都是由具有法人资格的公司、企业或其他商业组织进行的，今天已很难想象，没有法人这种组织形式如何去开展国际民商事交往。因此，可以这样说，同自然人一样，法人也是国际私法的基本主体。

任何法人都是依一定国家的法律成立的，并依法具有民事权利能力和民事行为能力。但在国际民商事交往中，一国法人要参加国际民

商事活动，作为国际民商事法律关系的主体，除了受本国法律限制外，其民事权利能力和民事行为能力还必须得到有关外国的认可。反过来说，未经认可的外国法人在内国不能作为国际民商事法律关系的主体有效地进行民商事活动。不过，各国为了扩大自己同其他国家之间的交往与合作，一般对依法成立的外国营利性法人在国际民商事法律关系中的主体资格都加以认可，并赋予国民待遇。

二、法人的国籍

在国际民商事活动中，依据何种标准区分内国法人与外国法人呢？这个标准就是法人的国籍。虽然曾有学者认为法人无国籍，或者说法人不具有严格意义上的国籍，但法人国籍的存在已得到许多国家的立法与司法实践的肯定。国籍一词原本的确是针对自然人而言的，不适用于法人。但是，随着国际民商事交往的发展，法人逐渐进入国际社会，参加国际民商事活动，成为国际民商事法律关系的主体，国籍一词便自然而然借用于法人了。不然，如何在国际民商事活动中区分本国公司和外国公司呢？同时，既然各国法律一般视法人有如自然人一样的法律人格，且认为内国法人应服从内国法律管辖，那么，讲法人的国籍自不失国籍一词在法律术语上的意义。当今，法人的国籍已是判断某一民商事法律关系是否为国际民商事法律关系的重要标志之一。而且，按照大多数国家的立法和司法实践，法人的民事权利能力和民事行为能力受法人属人法支配，而法人的国籍则也是确定法人属人法的依据之一。因此，法人的国籍问题在国际私法上有着重要意义。

(一) 法人国籍的确定

法人国籍的确定是一个非常复杂的问题。因为在现实生活中，既有在内国设立而在外国从事经营活动的法人，也有在外国设立而在内国从事经营活动的法人；既有集许多不同国籍的人的资本而设立的法人，又有其营业范围及于数国的法人。特别是跨国公司出现并急剧膨胀以后，这个问题变得更为复杂。而且，各国在确定法人国籍问题上总是自行其是，这也增加

了问题解决的难度。

对于如何确定一个法人的国籍,国际上并无一致的做法。各国及其学者主要有如下几种不同的主张:

1. 成员国籍主义,或称资本控制主义。这种主张认为,法人是由其设立人建立起来的组织,法人的权利实际上属于设立法人的自然人,因而法人不能脱离其设立人而独立,法人只能与其设立人同一国籍。这也就是说,法人国籍的确定,要看法人的资本控制在哪一国公民手中,然后根据资本控制者的国籍来确定法人的国籍。不过,这种主张实行起来有一些难处:一是弄清法人的资本真正为何国人控制并非易事;二是控制法人资本的股东经常变动,股东的国籍也随之变化;三是股东国籍相异时,究竟应依人数多少而定其国籍或依出资额多寡而定其国籍,无以为定;四是法人如是发行无记名股票之股份有限公司,其国籍就更难确定了。

2. 设立地主义,或称成立地主义或登记地主义。这种主张认为,法人的国籍应依其设立地而定,凡在内国设立的法人即为内国法人,凡在外国设立的法人即为外国法人。其理由是,一个组织之所以能成为法人,具有民商事法律关系的主体资格,是因为一国依法对该组织的章程的批准或给予核准登记。换言之,由于一国批准或给予登记的行为创设了法人,因而法人应具有设立地国籍。赞同这种主张的人认为,法人设立地或成立地确定不移,易于用来确定法人国籍,并且以此确定法人的国籍使得法人的国籍不易改变。但也有人认为,采用这种主张,在有些场合看不出法人实际为何国人所控制;另外,有时当事人会到设立限制较少的国家去成立法人,以达到其规避法律的目的。

3. 住所地主义。这种主张认为,法人的住所是法人的经营管理和经济活动中心,因而法人的国籍应依其住所所在地而定。凡在内国有住所的法人即为内国法人,凡在外国有住所的法人即为外国法人。但是,对于究竟应以何处为法人的住所,学者见解和各国实践尚不一致。反对住所地主义的人认为,由于法人可以随意选定住所,就难以防止它们随意改变其国籍和规

避法律的行为。

4. 准据法主义。这种主张认为,法人都是依一定法律的规定并基于该国家的明示或默示认许而成立的,故法人的国籍应依法人设立时所依据的法律确定之,即法人的国籍依其成立时所根据的那个国家的法律。如果法人的实际活动处所不在其成立国而在另一国,并按另一国法律具有其国籍,应视为该国的法人。

5. 法人设立地和法人住所地并用主义。由于国际民商事交往的日益发展以及法人在其中发挥的作用越来越大,法人国籍的确定越来越复杂;又由于根据法人的某一因素确定法人的国籍很难圆满地解决问题,于是,有的学者主张并用法人的设立地和法人的住所地来确定法人的国籍。这种主张在国际和国内立法实践中已经得到支持。

总之,如何确定法人的国籍,国际上尚无统一的标准,各国在实践中总是根据自己的利益和需要来确定标准,并随着情势的变化而变化。因此,在确定某一法人的国籍时,有必要考察相关国家的法律规定和司法实践。

(二) 中国在实践中确定法人国籍的做法

我国在一些单行法规和司法解释中已对法人国籍的确定作过若干规定。从这些规定不难看出,在今天正常的国际民商事交往中,我国主张依据法人的设立登记地来确定法人的国籍。例如,在我国境内设立的企业如果是经过我国主管部门批准并在我国工商行政管理机关登记而设立的,我国法律确定这种企业为中国法人。又如,我国公司法第191条规定:“本法所称外国公司是指依照外国法律在中国境外设立的公司。”由此可见,我国公司法是以登记成立地来确定外国公司的国籍的。此外,最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第184条也规定:“外国法人以其注册登记地国家的法律为其本国法。”这一规定进一步表明,我国在实践中是以法人登记成立地国为其国籍国的。

三、法人的住所

许多国家主张以法人的住所地法作为法人

新华考资
www.xhkedu.com



的属人法。因此,在这些国家处理国际民商事案件时,如需要适用法人的属人法,就应适用法人的住所地法。由此可见,法人住所的确定,在国际私法上有重要意义。

不过,这些国家以及一些学者对法人的住所的理解并不是一致的,主要有如下主张:

1. 主事务所所在地说,或称管理中心所在地说。这种主张认为,法人的住所为主事务所所在地或管理中心所在地,也就是法人的董事会或监事会所在地。其理由是,既然法人的主事务所是法人的首脑机构,它决定该法人活动的大政方针并监督施行,那么,就应该以法人的主事务所所在地为法人的住所。有的国家的立法采取这种主张,例如,《日本民法》第50条规定:法人以其主事务所所在地为住所。但应注意的是,法人主事务所设于何处是法人自行决定的事情。如果采取这种主张确定法人的住所,那么,可能出现法人本在内国从事经营活动,却将主事务所设在国外,取得外国住所,借以规避内国法律适用的情况。

2. 营业中心所在地说。这种主张认为,法人的住所为法人实际从事营业活动的所在地。其理由是,一个法人运用自己的资本进行营业活动的地方是该法人实现其营业目的的地方,与该法人的生存有着重要的关系;另外,法人的营业中心所在地相对来说比较稳定,不可能因当事人意欲规避法律而由其任意变更。但是,依照此说也有不便之处。例如,从事保险、运输或银行业的法人,其营业范围往往跨越数国,因而有时难以确定其营业中心地。又如,从事港建等行业的法人的营业中心地时常随地而转移。所以,对于此等法人,以营业中心地定其住所显然有困难。

3. 章程指定住所说。这种主张认为,法人特别是公司法人的住所为法人章程指定的住所为住所。在章程未指定时,才以其他标准如主事务所来确定法人的住所。一些大陆法系国家,如葡萄牙等国,采取这种主张。

4. 主要办事机构所在地说。这种主张认为,法人的住所为法人的主要办事机构所在地。这是兼采管理中心所在地说和营业中心所在地

说的一种主张,因为主要办事机构所在地既可能是管理中心所在地,也可能是营业中心所在地。我国立法采此说。例如,民法通则第39条规定:“法人以它的主要办事机构所在地为住所。”公司法第10条规定:“公司以其主要办事机构所在地为住所。”

四、法人的营业所

法人的营业所,即法人从事经营活动的场所(place of business)。法人的营业所所在地可能同法人的住所所在地是一致的,但也可能是不一致的。本来,在商业活动中,自然人同法人一样也可能有营业所,营业所也可以作为与自然人有关的冲突规范的连结点。但由于法人在现代商业活动中是最为普遍的组织形式,而任何从事商业活动的法人都有其营业所,故营业所通常是和法人联系在一起的。在国际私法上,营业所作为连结点在与法人有关的冲突规范中已广为运用,因而法人营业所的确定日显重要。

在实际生活中,一个法人可能有两个或两个以上的营业所,从而导致营业所的积极冲突,它也可能没有营业所,从而导致营业所的消极冲突。对于营业所的积极冲突和消极冲突,我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第185条作了规定:“当事人有二个以上营业所的,应以与产生纠纷的民事关系有最密切联系的营业所为准;当事人没有营业所的,以其住所或者经常居住地为准。”这里讲的“经常居住地”就是指惯常居所地。我国《涉外民事关系法律适用法》避开使用法人国籍和法人住所概念,采用“登记地”、“主营业地”和“经常居所地”等连结点取而代之。其第14条规定:“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。法人的经常居所地,为其主营业地。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第16条则明确规定:“人民法院应当将

法人的设立登记地认定为涉外民事关系法律适用法规定的法人的登记地。”

新华考资

五、外国法人的认可

(一) 外国法人认可

外国法人的认可,即内国对外国法人的法律人格的认许。这种认许是对已存在的外国法人的法律人格的认定,而不是重新赋予其法律人格。内国对外国法人的认可涉及两个方面的问题:一是外国法人在有关外国法律上是否已有效成立的问题,即根据外国法人的属人法关于法人成立的规定判定外国法人是否有效成立。这是内国对外国法人的法律人格存在与否在事实上的认定。对依有关外国法未有效成立的外国法人,内国不予认可。二是已依有关外国法有效成立的外国法人在内国法律上是否被允许在内国从事民商事活动的问题,也即依内国法判定外国法人在内国是否具有民事权利能力和民事行为能力,是否能独立享有民事权利和承担民事义务的问题。这是内国对外国法人的法律人格存在与否在内国法律上的认定。一般来说,外国法人在内国法律上是否被认可是各国自行决定的事情。外国法人的认可在国际民商事交往中具有重要意义,它是外国法人进入内国从事民商事活动的前提。

(二) 外国法人认可的方式

外国法人认可的方式分为两种:

1. 国际立法认可,即有关国家通过制定国际条约保证相互认可各自的法人。1956年6月1日订于海牙的《承认外国公司、社团和财团法律人格的公约》和1968年2月29日订于布鲁塞尔的《关于相互承认公司和法人团体的公约》即属采取这种方式。

2. 国内立法认可,即一国通过国内立法确定一些具体的方式认可外国法人。国内立法认可又有如下三种方式:(1)一般认可,即内国对于外国法人,不问其属于何国,一般都加以认可。(2)概括认可,即内国对属于某一外国之特定的法人概括地加以认可。例如,法国于1957年5月30日制定了一项法律,承认凡经比利时政府认可而成立的法人,均可在法国行使其权

利。(3)特别认可,即内国对外国法人通过特别登记或批准程序加以认可。如《日本民法》第49条规定,外国法人在日本设置事务所必须登记,在登记前他人可以否认该外国法人的存在。

外国法人一经内国认可,即表明该外国法人所具有的权利能力和行为能力在该内国得到确认,有资格并可以有效地在该内国从事民商事活动。至于外国法人在内国可以在多大的范围内从事民商事活动,或者说外国法人在内国可以从事哪些民商事活动,不能从事哪些民商事活动,应受制于内国法的规定。

(三) 外国法人在中国的认可

外国法人到我国从事民商事活动应得到我国主管机关的认可。例如,1980年《中华人民共和国国务院关于管理外国企业常驻代表机构的暂行规定》第2条规定:“外国企业确有需要在中国设立常驻代表机构的,必须提出申请,经过批准,办理登记手续。未经批准、登记的,不得开展常驻业务活动。”随后,经国务院批准,国家工商行政管理局于1983年发布了《外国企业常驻代表机构登记管理办法》,具体规范外国企业及其他外国经济组织在我国设立常驻代表机构的登记管理事宜。该办法第9条规定:“从登记机关核准登记之日起,外国企业常驻代表机构即告正式成立。其机构和代表的正当业务活动受中华人民共和国法律保护。未经批准、登记的,不得开展外国企业常驻代表机构的业务活动。”又如,我国公司法确定外国公司可以在中国境内设立分支机构,从事生产经营活动,但公司法第192条规定:“外国公司在中国境内设立分支机构,必须向中国主管机关提出申请,并提交其公司章程、所属国的公司登记证书等有关文件,经批准后,向公司登记机关依法办理登记,领取营业执照。”

第三节 国家和国际组织

一、国家和国际组织的国际私法主体资格

在国际社会中,国家和国际组织同自然人、法人一样,可以依据民商事法律,参加国际民商



事活动,与自然人、法人、其他国家和国际组织发生国际民商事法律关系,取得民商事权利和承担民商事义务。这也就是说,国家和国际组织也可以成为国际民商事法律关系的主体,国际私法的主体。

(一) 国家的国际私法主体资格

在国内生活中,国家可以作为民商事法律关系的主体参加民商事活动。例如,以国家名义发行国库券,接收无主财产等。不过,在国内民法中,一般将国家视为特殊主体。也有学者认为,国家是以公法人身份参与国内民商事活动的。同样,国家在参加国际民商事活动时,与自然人和法人参加国际民商事活动有所不同,其作为国际民商事法律关系主体有其特殊性。这种特殊性表现在:

其一,国家首先是主权者,这种身份决定了国家参加国际民商事活动的场合和范围十分有限,国家只是国际民商事法律关系的特殊主体,或者说国际私法的特殊主体。

其二,尽管国家参与国际民商事活动仍然是主权者,但一旦它直接参与之,就意味着它同时具有了国际民商事法律关系的当事人的身份,也就是说,它是以国际民商事法律关系的当事人和主权者的双重身份出现的。根据当事人在民商事活动中地位平等原则,在国际民商事法律关系中,国家首先是民商事法律关系的当事人,应限制其主权者的地位,以免背离这一基本原则。

其三,国家参加国际民商事活动是以国家本身的名义并由其授权的机关或负责人进行的。以独立法人身份出现并以自己的名义参加国际民商事活动的国有公司和企业不能代表国家。

其四,国家作为特殊主体参加国际民商事活动总是以国库财产作为后盾,以国库财产为基础承担民商事法律责任,一般来讲,国家所负的责任是无限责任。

其五,国家及其财产享有豁免。国家作为国际民商事法律关系的当事人,根据民商事法律关系的特点,理应与对方当事人享有同等的民事权利和承担同等的民事义务,但国家毕竟又是主权者,当国家参加的国际民商事法律关

系涉及另一个国家行使国家权力时,根据国家主权平等原则,除非国家同意,国家免受外国的行政管辖、司法管辖和强制执行措施。

(二) 国际组织的国际私法主体资格

实现自己的目的,国际组织除需维持内部的工作机能外,还需对外开展活动。国际组织对外开展活动的前提是它必须具有一定的法律人格。它不仅在成员国领域内(即在国内法上),而且在国际范围内(即在国际法上),都需要具有这种法律人格。所谓国际组织的法律人格,就是国际组织成为法律关系的主体,并独立享有权利和承担义务的一种资格。没有这种资格,国际组织就不可能成为法律关系的主体,从而无法在其成员国领域内及国际范围内开展有效的活动。作为法律人格者,国际组织或由于履行其职能的需要或由于其生存的需要,不可避免地会同有关国家的自然人或法人、国家或其他国际组织进行民商事交往,发生特别的民商事法律关系。因此,国际组织是国际民商事法律关系的特殊主体或国际私法的特殊主体。一些国际公约对国际组织独立地参加民商事活动的权利能力和行为能力有所规定,例如,1946年《联合国特权及豁免公约》和1947年《联合国各专门机构特权及豁免公约》确定了联合国及其专门机构的法律人格,规定它们有“缔结契约”、“取得并处置动产和不动产”、“从事法律诉讼”的法律行为能力。

国际组织作为国际民商事法律关系的主体有如下特点:(1)国际组织参加国际民商事活动是以其本身的名义进行的。由于国际组织本身具有独立的法律人格,因而它参加民商事活动是以自己的名义进行的,而不牵涉组成国际组织的各个成员。国际组织的成员对国际组织的债务不负连带责任。(2)国际组织所从事的民商事活动是执行其职务及实现其宗旨所必需的民商事活动,这也就是说,国际组织所从事的民商事活动一般应与其职能和宗旨有关。《联合国宪章》第104条规定,本组织于每一会员国之领土内,应享受于执行其职务及达成其宗旨所必需之法律行为能力。这条规定所指的“法律行为能力”的范围当然应理解为包括联合国从

新华考资

www.xhkedu.com

事民商事活动的法律行为能力。但这条规定讲得很清楚,联合国的法律行为能力是执行其职务及达成其宗旨所必需的法律行为能力,而不是从事一切活动的法律行为能力。(3)国际组织与国家不同,它是若干成员特别是国家为了达到一定的共同目标而创立的国际性组织,它作为国际民商事法律关系的主体资格是由成员之间缔结条约、协议或共同制定组织章程而确立的。因此,国际组织的职能和活动范围必须严格按照有关条约和组织章程的规定。(4)上述特点决定了国际组织所能参与的国际民商事活动的范围极其有限,不可能如同自然人和法人一样可以广泛参与国际民商事活动,只是国际私法的特殊主体。(5)政府间国际组织由于行使职能的需要,在国际上享有一定的特权与豁免。这种特权与豁免也适用于参与国际民商事活动的国际组织。

二、国家及其财产豁免

(一)国家及其财产豁免的概念

所谓国家及其财产豁免(immunities of states and their property),简称为国家豁免(state immunity),是指在国际交往中,一个国家及其财产未经其同意免受其他国家的管辖与执行措施的权利。就司法范围而言,一个国家及其财产未经其同意,其他国家的法院不得对该国进行管辖,或者对其财产采取扣押、强制执行或其他强制措施。国家及其财产豁免是习惯国际法上的一项重要原则。长期以来,国家及其财产豁免原则已得到国际法学者、各国司法实践、有关法律文件、政府意见以及联合国国际法委员会的充分肯定。从1978年开始,联合国国际法委员会一直致力于全球性的《国家及其财产管辖豁免公约》的法律编纂工作。经长期磋商,2004年12月2日第59届联合国大会第59/38号决议通过公约草案并开放签署。

国家及其财产豁免权 and 国家的属地管辖权(或领土管辖权)一样,是国家主权派生出来的一项国家权利。因此也可以说,国家及其财产豁免原则是国家主权原则派生出来的一项独立的国际法原则。我们知道,主权是国家具有的

独立自主地处理自己的对内和对外事务的最高权力。国家主权具有两方面的特性,即在国内是最高的,对外是独立和平等的。国家主权在本国领土内享有最高权力这一特性派生出属地管辖权,而国家主权在国际关系中的独立和平等性则派生出国家及其财产豁免权。由此可见,国家及其财产豁免权是国家固有的权利,国家及其财产豁免原则来源于国际法的基础——国家主权原则。在国际关系中,国家及其财产豁免原则既来源于国家主权原则,同时又维护和巩固了国家主权原则。

(二)国家及其财产豁免问题的产生

国家及其财产豁免问题是在国际民商事交往中产生的。在国家参加的国际民商事活动发生争议时,就必然要提出国家在诉讼中的法律地位问题,亦即一个国家能否在外国法院被诉的问题以及国家财产能否在外国法院作为诉讼标的的问题。国家及其财产豁免问题可能在下列情况下提出来:(1)一国在外国法院直接被诉。(2)一国虽然在外国法院没有直接被诉,但在某民事诉讼中涉及该国,该国为了维护其权利而主张豁免。(3)在有的案件中,一国通过明示或默示的方法放弃了管辖豁免,但在判决作出以前或以后,如果牵涉对其财产采取诉讼保全或强制执行措施,也会提出国家及其财产豁免问题。因为依照惯例,放弃管辖豁免并非意味着同时放弃诉讼程序豁免和执行豁免。(4)一国在他国法院提起民事诉讼时,由于对方当事人提出反诉,便提出该国是否对反诉享有豁免的问题。

(三)国家及其财产豁免权的内容

一般认为,国家及其财产豁免权主要包括司法豁免、行政豁免、税收豁免等。就国际民商事法律关系而言,它主要是指司法豁免问题。关于国家及其财产豁免权的内容,有不同的主张。有的将国家及其财产豁免权的内容一分为二:即管辖豁免和执行豁免。前者是指未经一国同意,不得在另一国法院对该国提起民事诉讼或将该国财产作为诉讼标的;后者是指即使一国同意在他国法院作为被告或主动作为原告参加民事诉讼,在未经前者同意时,仍不得根据



法院决定对其采取强制性的执行措施。此外,有的将国家及其财产豁免权的内容一分为三,即管辖豁免、诉讼程序豁免和执行豁免。这里讲的诉讼程序豁免主要是指,即使一国放弃管辖豁免,未经其同意,也不得对其财产采取诉讼保全措施,不得强制它出庭作证或提供证据以及为其他诉讼行为。

(四) 关于国家及其财产豁免的理论

在国家及其财产豁免问题上,传统的理论有绝对豁免理论和限制豁免理论。第二次世界大战后,在国际法理论界又出现了废除豁免理论。前两种理论均在一些国家的实践中得到贯彻和执行,而后一种理论一般来说还限于理论上的探讨。这里只介绍前两种理论。

1. 绝对豁免论。绝对豁免论(doctrine of absolute immunity)是最古老的关于国家豁免的理论。它认为,一个国家,不论其行为的性质如何,在他国享有绝对的豁免,除非该国放弃其豁免权;享有国家豁免的主体包括国家元首、国家本身、中央政府及各部、其他国家机构、国有公司或企业等;国家不仅在直接被诉的情况下享有豁免,而且在涉及国家的间接诉讼中也享有豁免;另外,它主张在国家未自愿接受管辖的情况下,一律通过外交途径解决有关国家为当事人的民商事争议。在19世纪,绝对豁免论几乎得到所有西方国家的国家实践支持。目前,不少发展中国家仍坚持绝对豁免论。应该提出,绝对豁免论对国家豁免原则在国际法上的确立发挥了巨大的作用,它是一些社会主义国家和发展中国家在国际民商事交往中用来保护自己、反对强权和维护国家主权的武器。但绝对豁免论在提法上欠科学;而且,把国家本身同国有公司或企业在豁免问题上混同起来也是不当的;此外,过分强调通过外交途径解决涉及国家的民商事争议的主张也不便于国际民商事纠纷的及时解决。

2. 限制豁免论。限制豁免论(doctrine of restrictive immunity),又称有限豁免论或相对豁免论(doctrine of relative immunity)。限制豁免论把国家的活动划分为主权行为和非主权行为,或统治权行为和事务权行为,或公法行为和私法行为。按照这种理论,在国际交往中,一个

国家的主权行为在他国享有豁免,而其非主权行为在他国则不享有豁免。抽象地说,它仍然承认国家豁免是国际法上的一般原则,但却将国家不享有豁免的情况作为各种例外,并规定得非常具体。依限制豁免论区分主权行为和非主权行为的标准有三种,即目的标准、行为性质标准和混合标准,赞同行为性质标准的人居多。限制豁免论还主张以法院地法来识别外国国家的所谓主权行为和非主权行为。一国单方面采取限制豁免措施与国家主权原则是不相容的,限制豁免论把国家行为划分为主权行为和非主权行为也不科学,因而它无论在理论上还是在实践中都是有疑问的。

(五) 国家及其财产豁免与国家的民商事法律责任

有人认为,国家及其财产豁免意味着参加国际民商事活动的国家在任何情况下可以免除其被追究的民商事法律责任。这种认识是错误的。其实,在国际民商事交往中,坚持国家及其财产豁免这一国际法原则,只不过是使一个国家及其财产免受另一个国家法院的管辖和执行,防止一个国家对其他国家的司法权来干涉和侵犯后者的主权和利益,而并非表明国家在从事国际民商事活动时可以不受法律约束,也并非实质上消灭国家在国际民商事法律关系中理应承担的法律义务和责任。当然,国家及其财产豁免更不意味着国家依一般国际法应承担的国际责任的豁免。可以肯定地说,国家参加国际民商事活动时可以有他国的司法管辖和执行豁免,但仍应履行其民商事法律义务和承担其民商事法律责任。

(六) 中国的实践

在国家及其财产豁免问题上,我国始终不渝地坚持国家及其财产豁免这一公认的国际法原则。目前,我国尚无关于国家及其财产豁免的专门立法。民事诉讼法对享有司法豁免权的外国人、外国组织或国际组织提起的民事诉讼,只作了原则性的规定,第261条规定,对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或国际组织提起的民事诉讼,应当依照中华人民共和国的有关法律和中华人民共和国缔结或参加的国际

条约的规定办理。1986年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》虽然就与国家豁免相重叠的外交豁免问题作了规定,但国家豁免与外交豁免毕竟是国际法上两个不同的问题。因此,我国有待加强这方面的立法。

在条约实践方面,我国曾经缔结或参加的一些双边或多边国际条约涉及国家及其财产豁免问题,如我国1980年参加的1969年《国际油污损害民事责任公约》第11条规定,缔约国就油污损害赔偿案件放弃对油污损害所在缔约国法院的管辖豁免。我国当然要严格遵守这种规定。我国十分赞成各国在相互尊重主权和平等互利的基础上,通过协商,达成协议来消除各国在国家及其财产豁免问题上的分歧和矛盾。

到目前为止,我国法院尚未审理过涉及外国国家及其财产豁免的案件,因此,我们还不能从这方面来考察我国的实践。但是,自中华人民共和国成立以来,中国在其他一些国家或地区的法院遭到被诉的情况时有发生。比较著名的有“贝克曼诉中华人民共和国案”、“湖广铁路债券案”等。在这种情况下,我国鲜明地表明了自己对国家及其财产豁免问题上的立场和态度,可将之归纳为以下几点:(1)坚持国家及其财产豁免是国际法上的一项原则,反对一国单方面采取的限制豁免措施。(2)坚持国家本身或者说以国家名义从事的一切活动享有豁免,除非国家自愿放弃豁免。(3)在目前的实践中,已把国家本身的活动和国有公司或企业的活动区别开来,认为国有公司或企业是具有独立法律人格的经济实体,不应享受豁免。(4)赞成通过达成国际协议来消除各国在国家及其财产豁免问题上的分歧。(5)外国国家无视国际法,任意侵犯中国的国家及其财产豁免权,中国可以对该外国国家采取相应的报复措施。(6)中国到外国法院特别出庭抗辩该外国法院的管辖权,不得视为接受该外国的管辖。

第四节 外国人的民商事法律地位

一、外国人的民商事法律地位概述

外国人的民商事法律地位是指外国人在内

国法律上享有民商事权利和承担民商事义务的资格和状况。一般认为,一国赋予外国人在内国一定的民商事法律地位,是国际民商事法律关系即国际私法的调整对象赖以产生和发展的基础。因此,确定外国人的民商事法律地位的法律规范是国际私法规范。外国人的民商事法律地位,既可通过一国的国内法加以规定,也可通过国家之间缔结条约加以规定。

在历史上,外国人在内国的民商事法律地位曾几经变迁,在不同的历史时期或阶段有所不同。在奴隶制时期,外国人被视为敌人,被捉拿的外国人在内国仅具有奴隶身份,不具有任何民商事法律地位,因而他们不可能参加任何民商事活动,成为民商事法律关系的主体。例如,在古希腊,法律不保护外国人的婚姻和财产,甚至海盗抢劫外国人的财产的行为也不认为是违法行为。这种情况到奴隶社会后期才有所改变。在封建制时期,外国人在内国经封建主或国王的恩准或特许享有一定的民商事法律地位,比如可以从事商业活动等。但是,在封建社会,外国人在内国的民商事法律地位总体上是低于内国人的。到了资本主义社会,由于商品生产和市场经济的发展,资产阶级迫切要求通商自由,不仅要求国内的通商自由,而且特别要求国际的通商自由。出于这种需要,各国开始承认外国人在内国享有与内国人平等的民商事法律地位。例如,1804年《法国民法典》第11条规定,外国人,如其本国和法国订有条约允许法国人在其国内享有某些民事权利者,在法国亦得享有同样的民事权利。第13条又规定,外国人经政府许可设立住所于法国者,在其继续居住期间,享有一切民事权利。但在近代,西方国家曾将领事裁判权(*consular jurisdiction*)制度推行于近东、中东和远东的非基督教国家。领事裁判权具体表现为外国人在这些国家的领土范围内不受所在国的法院的管辖,不受所在国法律的约束,而由其本国领事根据其本国法律对他们行使管辖权。这实际上是把外国人置于高于内国人的特权地位,同样妨碍了国际民商事交往的正常发展。不过,在第二次世界大战后,随着国家独立和民族解放运动的发展,西方



国家在发展中国家的特权逐渐被取消,领事裁判权已经绝迹,同时,各国在尊重国家主权和平等互利原则基础上解决外国人的民商事法律地位问题成为时尚。

在当今国际社会,一个国家赋予外国人什么样的民商事法律地位,是其主权范围内的事,别国无权干涉。但是,由于国家在国际社会中是独立和平等的,一个国家为了在互相尊重主权和平等互利的基础上进行国际交往,在确定外国人的民商事法律地位时必须考虑三个因素:一是不能与本国所承担的国际条约义务相违背,如1928年美洲国家间所签订的《关于外国人地位的公约》第2条规定,外国人一如本国公民,应受当地法院管辖并服从当地法律,同时要考虑到在各项公约与条约中所规定的各种限制。二是应该考虑遵守国际法的基本原则和有关国际惯例。三是不能不考虑当时的国际关系以及本国的国家利益和国民利益。事实上,在民商事方面,现在世界各国通常都基于国内法、国际条约以及互惠或对等原则肯定,外国人在内国享受同本国入一样的待遇,外国人大体有与本国入同等的民商事权利和民商事义务,也即外国人在内国享受国民待遇。当然,也有一些国家对外国人在内国的民商事法律地位作一些限制。例如,一些国家不允许外国人取得土地所有权。不过,一般来说,如果一国对某一外国的国民在内国的民商事法律地位加以限制的,该外国基于互惠和对等原则,会对该国国民的民商事法律地位实行对等的限制。

根据国际法的一般原则和国际通例,外国人中的国家元首、外交官员、领事官员、国际组织官员等享有相应的特权与豁免。例如,外交官员对接受国的民商事管辖与判决执行,一般享有豁免权。这表明,他们具有与一般外国入不同的特殊民商事法律地位。

二、关于外国人的民商事法律地位的制度

自19世纪以来,在各国的实践中逐渐形成了一些关于外国人的民商事法律地位的制度。下面分别述之:

(一) 国民待遇

国民待遇(national treatment),又叫平等待遇,指内国给予外国人的待遇和给予本国人的待遇相同,也就是说,在同样的条件下外国人和内国人所享有的权利和承担的义务相同。国民待遇制度既可以通过国内立法加以规定,也可以通过国际条约加以规定。其中,这种规定既可以是概括性的规定,也可以是就具体事项或问题作出的规定。

虽然国民待遇意味着内国给予外国人以本国国民所享有的民商事权利,但这种待遇是一种符合国际法要求的适当待遇,一般不包括政治上的权利和法律上不允许外国人享有的特定权利。在国民待遇下,外国人来到一国境内,应服从所在国的法律的管辖,享有所在国国民所享有的民商事权利,不能要求优于该国国民所享有的待遇。在处理涉及外国人的事件上,只要内国当局没有“拒绝司法”(denial of justice)或不正当地延迟审判,也就是说,只要在内国的外国人的合法权利的保护问题可以平等而无阻碍地通过内国的正当司法程序获得依法处理,外国人就不能有何不公平,而他们的本国政府也就没有出来为他们说话或干涉的理由。当然,如果外国人在内国遭受到显然恶意的、歧视性的和不公平的待遇,并因此受到损害,则另当别论。

国民待遇制度是资本主义革命时期的产物。这一待遇制度提出后,先后有三种表现形式:(1)无条件国民待遇,即不附带任何条件把内国法律赋予内国人的各种权利同样给予在本国境内的外国人。在资产阶级取得政权的最初年代里,曾实行过这种无条件的国民待遇制度。(2)互惠国民待遇,也称为有条件的国民待遇,即内国给予外国人以国民待遇要以该外国人所属国也给予该内国的国民以国民待遇为条件,也就是说,内外外国约定相互把给予本国人的民商事权利也同样给予对方国家的人。现代的国民待遇都是以互惠为基础的国民待遇。(3)特定国民待遇,即一国在立法中规定在某种或某几种权利上给予外国人国民待遇。这种方式通常用于有利于本国经济、科学技术和文化发展

的民商事权利方面,如发明和专利的申请,也可以不要求互惠。例如,我国国务院于1978年12月28日发布的《中华人民共和国发明奖励条例》第12条规定,外国人可以同中国公民一样向国家科委申请发明,经审查批准后按该条例给予奖励,这就是给予外国人在申请和享受发明奖励方面以国民待遇。

应该注意的是,从目前实践来看,无条件的国民待遇已不复存在,互惠的国民待遇则为各国所推崇。此外,各国为了维护本国自然人和法人的利益,给予外国人以国民待遇总是有一定范围的,而不是一切方面都给予外国人与本国人完全相同的待遇。因此,从严格意义上讲,当今的国民待遇都是互惠并有所限制的国民待遇。

(二)最惠国待遇

最惠国待遇(most favored nation treatment,简称MFN),指授予国给予某外国的待遇,不低于或不少于授予国已给予或将给予任何第三国的待遇。联合国国际法委员会于1978年拟定的《关于最惠国条款的条文草案》第5条规定,最惠国待遇是授予国给予受惠国或与之有确定关系的人或事的待遇不低于授予国给予第三国或与之有同于上述关系的人或事的待遇。最惠国待遇一般都是通过签订双边或多边条约来加以规定的,条约中的有关条款被称为最惠国待遇条款。如1982年签订的《中华人民共和国政府和瑞典王国政府关于相互保护投资的协定》第2条第2款规定,缔约任何一方的投资者在缔约另一方境内的投资所享受的待遇,不应低于第三国投资者的投资所享受的待遇。

最惠国待遇与国民待遇不同。最惠国待遇是以给予一个外国的待遇为标准来给予另一个外国相同的待遇,其结果是使不同的外国国家在内国享受相同的优惠和处于相同的地位。而国民待遇是以给予本国人的待遇为标准确定外国人的待遇,其结果是使外国人与本国人的待遇处于相同的地位。

实行最惠国待遇的目的在于,防止本国人在国际民商事交往中处于不利地位,也就是避免本国人在外国的地位低于第三国人在该外国

的地位。最惠国待遇一般都是互惠的。可是,在19世纪,帝国主义列强在与旧中国和其他一些东方国家所订的不平等条约中规定了概括性的、无条件的、单方面的最惠国待遇,使最惠国待遇成为帝国主义列强在旧中国和其他东方国家享受的一种特权。如1844年中美《望厦条约》规定,清朝政府如有利益及于各国时,“合众国人民应一体均沾”。这种片面的、不平等的最惠国待遇条款是违反国家主权原则和平等互利原则的。

对于最惠国待遇,根据不同的标准,可作不同的分类。以其是否互惠为标准,最惠国待遇可以分为互惠的最惠国待遇和非互惠的最惠国待遇。以其是否有条件为标准,最惠国待遇可以分为有条件的最惠国待遇和无条件的最惠国待遇。以授予国和受惠国数量为标准,最惠国待遇可以分为双边的最惠国待遇和多边的最惠国待遇。从当今世界的实践来看,当事国互相赋予互惠的、无条件的最惠国待遇是发展的趋势。随着世界多边贸易体制的建立和加强,多边的、互惠的和无条件的最惠国待遇成为多边贸易体制的一部分,越来越广为适用。这一点在世界贸易组织新体制的建立过程中表现得尤为明显。例如,《与贸易(包括假冒商品贸易在内)有关的知识产权协议》第4条明确规定,在知识产权保护上,某一成员提供给其他国家国民的任何利益、优惠、特权或豁免,均应立即无条件地适用于全体其他成员之国民。

最惠国待遇的适用范围,一般由最惠国待遇条款加以规定。在规定最惠国待遇的条款中,往往在规定最惠国待遇的适用范围时,也规定有最惠国待遇的例外,即指出不属于最惠国待遇范围的例外情况。例外事项一般有:(1)一国给予邻国的特权与优惠;(2)边境贸易和运输方面的特权与优惠;(3)有特殊的历史、政治、经济关系的国家之间形成的特定的特权与优惠;(4)经济集团内部各成员国互相给予对方的特权与优惠。即使最惠国待遇条款中没有明文规定这些例外,缔约国之间一般也不得以这些特殊情况作标准来要求最惠国待遇。

我国为了促进对外经济贸易关系的顺利发



展,早在1955年8月22日订立的《中华人民共和国政府和阿拉伯埃及共和国政府贸易协定》中便开始采用互惠平等的最惠国待遇制度,随后,又在与许多国家缔结的条约中列有最惠国待遇条款。

(三) 优惠待遇

优惠待遇(preferential treatment),指一国为了某种目的给予外国及其自然人和法人以特定的优惠的一种待遇。优惠待遇和国民待遇不一样,前者是就特定事项或方面给予外国和外国人的优惠,而后者是概括性地给予外国人同本国人相同的待遇;另外,依前者,外国人所享有某种优惠待遇甚至可能优于本国人所享有的待遇。优惠待遇与最惠国待遇也不一样,前者是内国通过立法或缔结国际条约直接给予外国人的,外国人可以直接享有,而外国人享有最惠国待遇必须借助最惠国待遇条款,也必须有内国已给予第三国的待遇高于该外国所享有的待遇的事实存在。不过,优惠待遇的存在常常是最惠国待遇借以发生效果的事实根据。

一国给予外国及其自然人和法人以优惠待遇,一般通过两种方式加以规定:一是通过国内立法加以规定,这是最通常的方式。例如,2000年外资企业法第17条规定:“外资企业依照国家有关税收的规定纳税并可以享受减税、免税的优惠待遇。外资企业将缴纳所得税后的利润在中国境内再投资的,可以依照国家规定申请退还再投资部分已缴纳的部分所得税税款。”二是通过缔结国际条约加以规定。

三、外国人在中国的民商事法律地位

1840年鸦片战争以后,帝国主义国家通过强迫当时的中国政府签订不平等条约,在我国享有种种特权。在民商事方面,外国人完全处于特权地位。1949年中华人民共和国成立后,我国政府对旧中国与外国所订立的条约,按其内容,分别作出承认、废除、修改或重订的不同处理,从而取消了帝国主义国家在中国的一切特权,维护了我国主权和独立。同时,我国也明确宣布,愿意在平等互利的基础上发展与各国的关系。《中国人民政治协商会议共同纲领》第

57条规定:“中华人民共和国可在平等互利的基础上,与各外国的政府和人民恢复并发展商贸易关系。”第59条又规定:“中华人民共和国人民政府保护守法的外国侨民。”这表明,我国承认外国人在我国应有的民商事法律地位。我国当时的有关立法也明确规定在某些方面赋予外国人以国民待遇。

改革开放以来,我国通过宪法和一系列法律、法规,进一步明确规定了外国人在我国的民商事法律地位。1982年《中华人民共和国宪法》第18条规定:“中华人民共和国允许外国的企业和其他经济组织或者个人依照中华人民共和国法律的规定在中国投资,同中国的企业或者其他经济组织进行各种形式的经济合作。在中国境内的外国企业和其他外国经济组织以及中外合资经营的企业,都必须遵守中华人民共和国的法律。它们的合法的权利和利益受中华人民共和国法律的保护。”第32条规定:“中华人民共和国保护在中国境内的外国人的合法权利和利益,在中国境内的外国人必须遵守中华人民共和国的法律。”除宪法的规定外,我国的许多其他法律、法规也就外国人在中国的民商事法律地位作了规定。例如,2004年修订的对外贸易法第6条规定:“中华人民共和国在对外贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定,给予其他缔约方、参加方最惠国待遇、国民待遇等待遇,或者根据互惠、对等原则给予对方最惠国待遇、国民待遇等待遇。”第7条同时规定:“任何国家或者地区在贸易方面对中华人民共和国采取歧视性的禁止、限制或者其他类似措施的,中华人民共和国可以根据实际情况对该国家或者该地区采取相应的措施。”民事诉讼法第5条则对外国人的民事诉讼地位作了规定:“外国人、无国籍人、外国企业和组织在人民法院起诉、应诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。外国法院对中华人民共和国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的,中华人民共和国人民法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,实行对等原则。”第261条进一步规定:“对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际

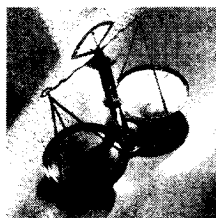
组织提起的民事诉讼,应当依照中华人民共和国有关法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约的规定办理。”由上述可见,在民商事领域,外国人基于我国国内法、我国缔结或者参加的国际条约以及互惠或对等原则,在我国享有国民待遇、最惠国待遇或优惠待遇。也就是说,他们在我国具有应有的民商事法律地位。

【本章主要法律规定】

1. 涉外民事关系法律适用法第2章
2. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》
3. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》

本章主要讨论自然人、法人、国家、国际组织的国际私法主体资格,外国人的民商事法律地位,以及自然人的国籍、住所、居所、经常居所以及法人的国籍、住所、经常居所、营业所在国际私法上的意义,国家及其财产豁免问题的产生与发展。

应掌握自然人国籍的积极冲突和消极冲突及其解决,自然人住所的积极冲突和消极冲突及其解决,自然人、法人的国籍、住所、经常居所的确定,外国法人的认可规则等。



国际私法

第三章

法律冲突、冲突规范



第一节 法律冲突

一、法律冲突的概念和类型

(一) 法律冲突的概念

法律冲突是一种普遍存在的现象。从广义上讲,它是指调整同一社会关系或者解决同一问题的不同法律制度由于各自内容的差异和位阶的高低而导致相互在效力上的抵触。一般来说,只要各国法律对同一问题作了不同的规定,而当某种法律事实又将不同的法律规定联系在一起时,法律冲突便会发生。国际民商事法律冲突就是不同国家的民商事法律在法律适用上的冲突,国际私法正是在解决国际民商事法律冲突的基础上产生和发展起来的。

(二) 法律冲突的类型

法律冲突既可能发生在法律的各个领域或各个法律部门里,也可能发生在法律的不同层次和结构中。因此,法律冲突的表现形式是多种多样的。法律冲突的主要类型有:

1. 公法冲突和私法冲突。以法律的性质或法律冲突的发生领域为标准,可以把法律冲突区分为公法冲突和私法冲突。长期以来,国际私法学界许多学者认为,法律冲突只可能发生在民商法领域或私法领域,在其他领域则无法律冲突可言。我们认为,这种观点值得商榷。法律冲突的实质是不同法律之间的效力的抵触或者说法律效力的矛盾。固然,在国际上或者在一个国家内部的不同地区之间,大量存在着民商事法律冲突或私法冲突,但在刑法、行政法、经济法、民事诉讼法、刑事诉讼法、税法等公法领域,法律冲突也会产生。不过,在刑法、行政法和税法等公法领域,因为公法涉及国家的公共利益并具有严格的属地性,各国在原则上并不承认外国刑法、行政法和税法等公法在内国的域外效力,只适用内国的刑法、行政法或税法,而不适用外国的这类法律。因此,解决公法冲突的法律适用规范或冲突规范一般都是单边的,即它们只限定内国公法的适用范围,而不限定外国公法的适用范围。从公法只有虚拟的或自设的域外

效力或各国互不承认他国公法在内国的域外效力来讲,行政法、刑法和税法等公法的冲突只是一种虚拟的冲突,它只涉及内国法的适用,而不涉及外国法的适用。但是,在民商法领域内,内国法在外国的域外效力或外国法在内国的域外效力在一定条件下得到承认,各国之间的民商法律冲突成为一种实在的冲突,即外国法律的域外效力与内国法律的域内效力之间的冲突或外国法律的域内效力与内国法律的域外效力之间的冲突。在解决这种冲突时,不仅会涉及内国法的适用,而且更重要的是会涉及外国法的适用,也就是说会涉及内外国法律的选择。也正是这一点决定了我们研究国际法律冲突或区际法律冲突时并不研究行政法、刑法或税法等公法冲突,而只限于研究民商事法律冲突。

2. 空间法律冲突、时际法律冲突和人际法律冲突。以法律冲突的性质为标准,可以把法律冲突分为空间法律冲突、时际法律冲突和人际法律冲突。

空间法律冲突(interspatial conflict of laws),就是不同地区之间的法律冲突,它包括国际法律冲突和区际法律冲突。所谓国际法律冲突(international conflict of laws),就是不同国家之间的法律冲突;而区际法律冲突(interregional conflict of laws)是一个国家内部不同法域之间的法律冲突。时际法律冲突(intertemporal conflict of laws),就是指可能影响同一社会关系的新法和旧法,前法和后法之间的冲突。人际法律冲突(interpersonal conflict of laws)是指适用于不同种族、民族、宗教、部落以及不同阶级的人的法律之间的冲突。

3. 平面冲突和垂直冲突。从纵横角度看,可以把法律冲突归纳为两种类型的冲突,即平面的冲突(horizontal conflict)和垂直的冲突(vertical conflict)。前者是指发生冲突的法律处于同一层次、同一水平线上,甚至处于同一地位。例如,国际法律冲突、区际法律冲突、普通法和衡平法之间的冲突。后者是指发生冲突的法律处于不同层次,它们之间的关系是上下关系或纵向关系,一般处于高层次的法律优于处于低层次的法律。例如,中央立法和地方立法

之间的冲突、国际法与国内法之间的冲突、宪法和普通法之间的冲突等。

二、国际民商事法律冲突的产生和特点

国际私法上所讲的法律冲突,就是国际民商事法律冲突,即同一民商事关系因所涉各国民商事法律规定不同而发生的法律适用上的冲突。国际私法所调整的国际民商事法律关系和纯国内民商事法律关系之所以不同,是因为前者含有国际因素。正由于国际民商事法律关系含有国际因素,它既可以受内国法调整,也可以受外国法调整。在这种情况下,如果内外国法的有关规定是完全一致的,适用其中任何一国的法律都会导致相同的结果,那么,法律适用上的冲突便不会发生,自然也无法选择的选择的必要。但是,实际上,由于各国民商事法律千差万别,对同一国际民商事法律关系适用不同国家的法律,必然会产生不同的结果。在国际私法上,这种现象被称之为国际民商事法律冲突。可以说,解决国际民商事法律冲突是国际私法的中心任务。

(一) 国际民商事法律冲突的产生

历史上,从国际民商事法律关系的出现到国际民商事法律冲突的产生,经历了一个演变发展的过程。国际民商事法律冲突的产生主要是由以下几个因素相互作用的结果:

一是各国民商事法律制度互不相同。这里讲的“民商事法律制度”是广义的。由于社会制度、经济发展状况、历史文化传统以及自然环境的不同,世界各国法律制度千差万别。在民商事法律制度方面,这种差别表现得就更为突出。例如,关于结婚年龄,各国规定就很不相同,《日本民法》第731条规定为男18岁、女16岁;《瑞士民法典》第96条规定为男20岁、女18岁;而2001年修订的《中华人民共和国婚姻法》第6条则规定男22岁、女20岁。正由于各国民商事法律规定互不相同,对同一国际民商事法律关系,往往因适用不同国家的法律而产生不同的结果,这样便提出应适用何国法来确定当事人的权利和义务的问题。由此可见,各国民商事法律制度的不同是国际民商事法律冲突产生



的前提条件。

二是各国民商事法律关系主体之间存在着正常的民商事交往,并结成国际民商事法律关系。尽管各国民商事法律制度互不相同,但如果各国民商事法律关系主体没有民商事交往,民商事法律冲突也无从产生。因为各国民商事法律关系主体之间如不存在民商事交往:一方面,内国人及其财产不会到外国,并不会产生与外国有联系的法律事实;另一方面,外国人及其财产也不会出现在内国,也不会在内国产生与外国有联系的法律事实。这样,各国民商事法律仅在本国范围内实施,民商事法律冲突自然不会发生。一旦各国民商事法律关系主体进行正常的民商事交往,必然会提出依哪个国家的法律结成民商事法律关系的问题,以及在国际民商事交往中发生争议时应适用哪个国家的法律加以解决的问题。可以说,各国民商事法律关系主体之间正常的民商事交往是国际民商事法律冲突产生的客观基础。

三是各国承认外国人在内国享有平等的民商事法律地位。国际私法的历史表明,它的产生和发展是与外国人在内国民商事法律地位的变迁和提高密切相关的。许多学者认为,赋予外国人平等的民商事法律地位是国际民商事交往得以正常进行的重要条件,因而也是导致国际民商事法律冲突产生的一个重要条件。并且,也正是基于这种观点,他们才把直接调整外国人民商事法律地位的实体规范纳入国际私法范围之内。在实际生活中,一方面,凡在内国法不允许外国人享有某项民商事权利时,外国人就不能参加有关民商事活动,也就不会出现有外国人作为主体的民商事法律关系,当然也就不会产生涉及外国法适用的民商事法律冲突。但是,另一方面,如果外国人在内国居于凌驾于内国人之上的特权地位,也无民商事法律冲突可言。例如,在过去一些亚、非国家,如土耳其、旧中国等,西方列强通过不平等条约享有治外法权,或称为“领事裁判权”,外国人在这些国家的领土内不受所在国法律的约束,不受所在国法院的管辖,而由外国人本国领事根据他们本国的法律对他们行使管辖权。外国人在内国拥

有这种特权地位,是对有关国家主权的侵害,使得外国人与内国人之间不可能建立平等的民商事法律关系,因而国际民商事法律冲突也无从产生。

四是各国在一定条件下承认外国民商事法律在内国的域外效力。任何法律都有一定的效力范围,或只有域内效力,或既有域内效力又有域外效力。所谓法律的域内效力,是指一国的法律所具有的及于其管辖领土内一切人、物和行为 的效力,它主要表现了国家的属地优越权。而所谓法律的域外效力,则是指一国法律在制定者管辖领土以外尚能发生的效力,它常常体现了国家的属人优越权,即一国制定的法律不仅适用于本国境内的一切人,而且适用于居住在外国的本国人。有些国家的法律明确规定了法律的域内效力和域外效力。我们知道,各国在制定法律时都可依国家主权原则确定自己的法律具有域内效力或域外效力,但是,这种域外效力只是一种自设的或虚拟的域外效力。如果这种法律要在国际社会得到贯彻执行,也就是说,其自设的或虚拟的域外效力要变成现实的域外效力,需要国际社会中的各国根据主权原则和平等互利原则彼此协调,互相承认。一般来说,各国出于公正合理地处理相互间民商事关系的实际需要,都在一定的条件下或在一定的程度上承认外国民商事法律在内国的效力,如承认某人根据外国法律而取得的对物的所有权,承认依外国法建立的合同关系、婚姻关系等。正是由于各国在一定的条件下相互承认对方的民商事法律同时具有域内效力和域外效力,所以才会产生法律冲突,即外国法律的域外效力与本国法律的域内效力的冲突,或者本国法律的域外效力与外国法律的域内效力之间的冲突。如果各国不承认外国民商事法律在内国的域外效力,国际私法中的冲突规范也就失去了存在的基础。正是因为各国对彼此民商事法律的域外效力的相互承认,才使得国际民商事法律冲突成为现实。

总之,国际民商事法律冲突是在各国民商事法律互异,各国民商事法律关系主体之间有正常的民商事交往,各国在一定条件下承认外

国人在内国的民商事法律地位以及承认外国法律在内国的域外效力的条件下发生的。

（二）国际民商事法律冲突的特点

与其他法律冲突比较起来,国际民商事法律冲突具有如下特点:

1. 国际民商事法律冲突是一种跨国法律冲突。国际民商事法律冲突产生于国际社会,是不同主权国家之间的法律冲突。显然,它同一个主权国家领土范围内不同地区之间的法律冲突,即区际法律冲突,有着根本的区别。

2. 国际民商事法律冲突是一种法律在空间上的冲突。国际民商事法律冲突是适用于不同国家领域的法律之间的冲突,是同一一定的地域相联系的。它同适用于不同种族、民族、部落、阶级以及宗教信仰的人的法律之间的冲突,即人际法律冲突,以及先后施行于同一地区并涉及同一问题的新旧法律之间在时间效力上的冲突,即时际法律冲突,有着本质的差别。

3. 国际民商事法律冲突是一种私法冲突。国际民商事法律冲突是不同国家的民商事法律之间的冲突,由于传统上一般将民事法律和商事法律视为私法,故国际民商事法律冲突,亦即国际私法冲突,与属于公法性质的法律冲突在性质上是完全不同的。

4. 国际民商事法律冲突是一种平面冲突。各国的主权是平等的,因此,各国的法律也是平等和互相独立的。但是,在实际上,各国或多或少地坚持属地主义,排斥外国法在内国的适用,在公法领域更是如此。不过,在民商事法律领域,各国为了进行正常的国际民商事交往,往往对属地主义进行了限制,即在一定条件下承认外国民商法在内国的域外效力。这就使得在一定范围内内外国民商事法律处于平等的地位,对国际民商事法律关系的调整便需要在内外国法律之间进行选择。因此,国际民商事法律冲突是处于平等地位的不同国家的民商事法律之间的冲突,与国际法和国内法之间的垂直冲突根本有别。

三、国际民商事法律冲突的解决方法

解决国际民商事法律冲突的方法也就是解

决国际民商事法律冲突的途径。在国际民商事交往中,民商事法律冲突是大量存在的。为了促进各国人民之间的友好往来,对民商事法律冲突加以适当的解决是十分必要的。国际上的实践,主要有如下两种方法:

（一）冲突法解决方法

综观各国的立法与实践,对于国际民商事法律冲突的解决,最早便开始采用而且一直沿袭至今的方法,是运用冲突规范(conflict rules)来指定应适用的法律的方法,即通过制定国内或国际的冲突规范来确定各种不同性质的国际民商事法律关系应适用何种法律,从而解决国际民商事法律冲突。国际民商事法律冲突实质上是不同国家的民商事法律在适用上的冲突,换言之,国际民商事法律冲突讲的是某种国际民商事法律关系应适用何种法律的问题,而冲突规范恰恰是指定某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范,因此,就解决国际民商事法律冲突而言,冲突规范不可否认具有明确性、预见性和针对性,不失为解决国际民商事法律冲突的有效方法。可以说,冲突规范是国际私法的特有规范,冲突法解决方法是国际私法解决国际民商事法律冲突的传统方法。

根据冲突法的渊源,冲突法解决方法可分为国内冲突法解决方法和国际冲突法解决方法。前者是各国通过制定自己的冲突法解决与本国有关的国际民商事法律冲突,后者是有关国家通过以双边或多边的国际条约的形式制定统一的冲突法来解决国际民商事法律冲突。在用国内冲突法解决国际民商事法律冲突的情况下,由于各国的冲突规范本身并不相同,有关国家冲突规范之间便会产生冲突,这样,同一个国际民商事案件在不同国家的法院审理就会得出不同的结果。这种冲突规范之间的冲突的存在,大大增加了国际民商事争议的复杂性,常常导致当事人“挑选法院”,即当事人选择于己有利的法院起诉,从而使对方蒙受不利这一现象发生。通过国际统一冲突法解决国际民商事法律冲突,不仅可以避免各国冲突规范之间的冲突,防止当事人“挑选法院”现象的发生,而且还可以为各国实体法的统一奠定基础。



冲突法解决方法就调整国际民商事法律关系而言,只指定有关国际民商事法律关系应适用何种法律,而没有明确地直接规定当事人的权利与义务,因而它对国际民商事法律关系只起“间接调整”的作用。由于这种方法只就有关国际民商事法律关系指定一个立法管辖权,而不问该管辖国家调整这种民商事关系的立法之有无以及内容如何,因而缺乏应有的针对性,所以也有人称之为“间接调整方法”。由此看来,用冲突规范解决国际民商事法律冲突并不能从根本上避免和消除冲突,只能对有关具体的国际民商事法律关系的法律适用问题加以解决。从这个意义上讲,这种方法只是一种消极的解决办法。

尽管如此,冲突规范在解决国际民商事法律冲突中的地位和作用是不容忽视的。应该注意的是,随着国际上直接确定当事人权利和义务的国际统一实体私法规范逐渐增多,有的学者认为,冲突规范在解决国际民商事法律冲突中的地位和作用正在削弱,甚至认为在国际民商事交往日益频繁和国际民商事法律关系日益复杂的情况下,本身存在着种种缺陷的冲突法制度已难以适应并促进它们的发展了。我们认为,这种看法是片面的,国际统一实体私法规范的出现并不能代替冲突法规范在解决国际民商事法律冲突方面的作用。首先,以目前的情况来看,国际统一实体私法规范多出现在国际经济、贸易和知识产权领域,在国际民商事法律关系的许多方面,还没有也难以制定国际统一实体私法规范。在无国际统一实体私法规范领域,用冲突规范解决国际民商事法律冲突仍有重要意义。其次,尽管在一些领域已出现了国际统一实体私法公约,但缔约国与非缔约国之间以及非缔约国相互之间的民商事法律冲突仍要靠冲突规范来解决。再次,在缔约国对条约中的统一实体私法规定声明保留时,在保留问题上,声明保留的缔约国和非声明保留的缔约国之间的法律冲突仍应适用冲突规范进行解决。最后,国际统一实体私法公约通常只适用于某种法律关系的某些方面,因而在其他方面借用冲突规范加以解决仍是可能和可行的。例

如,1980年《联合国国际货物销售合同公约》第7条第2款就有这样的规定:凡本公约未明确解决的属于本公约范围的问题,应按照本公约所依据的一般原则来解决,在没有一般原则的情况下,则应按照国际私法规定适用的法律来解决。这里讲的“国际私法规定”就是指冲突规范。

(二) 实体法解决方法

实体法解决方法是指通过制定国内或国际的民商事实体规范来直接确定当事人的权利与义务,调整国际民商事法律关系,因而避免或消除国际民商事法律冲突的方法。

为了克服冲突规范解决民商事法律冲突的不彻底性,更有效地解决国际民商事法律冲突,自19世纪末20世纪初起,国际实践中出现了另一种解决民商事法律冲突的方法,即有关国家通过制定国际条约或借助在实践中形成的国际惯例,把彼此在某些方面的民商事法律统一起来,直接适用于有关当事人之间的国际民商事法律关系,从而在所涉问题上避免和消除有关民商事法律冲突。正因为这种国际统一实体私法把有关国家的实体民商法统一起来,明确地规定了当事人的权利与义务,故它对国际民商事法律关系起到了直接的调整作用。就解决国际民商事法律冲突而言,国际统一实体私法解决方法由于从根本上起到了避免和消除民商事法律冲突的作用,因而它优于冲突法解决方法,是一种积极的国际民商事法律冲突解决方法。国际统一实体私法的出现应该被视为解决国际民商事法律冲突的自然进程,是解决国际民商事法律冲突的手段日趋完善的一个合乎逻辑的结果。

根据国际统一实体私法的渊源,国际统一实体私法解决方法可分为国际条约解决方法和国际惯例解决方法,而前者又有双边条约解决方法和多边条约解决方法之分。目前,国际上已有不少解决国际民商事法律冲突的实体法公约,但规定有国际统一实体私法规范的双边条约在解决国际民商事法律冲突中的作用也不容忽视。在国际民商事交往中,各国在长期实践的过程中逐渐形成了一些国际惯例。由于这些

新华考资

www.xhkwzedu.com

以国际惯例形式出现的统一实体私法规范,有的不及国际条约中的统一实体私法规范明确、具体,并且大多为需要当事人选择才能适用的任意性规范,所以,国际惯例中的统一实体私法规范在解决国际民商事法律冲突中的作用和效果不及国际条约中的实体规定。

国际统一实体私法的出现和发展,虽然增加了一种解决国际民商事法律冲突的新方法,但是,从目前的情况来看,已有的国际统一实体私法规范十分有限。从适用范围方面讲,其只适用于部分国家,从内容范围方面讲,其也只涉及不多的民商法领域。加之各国法制差异如此之大,以至于至少在目前我们还看不到实现全球法制统一的曙光。因此,在现阶段,国际统一实体私法并不能取代冲突法在解决国际民商事法律冲突方面的地位和作用。

第二节 冲突规范

一、冲突规范的概念

(一) 冲突规范的名称和定义

冲突规范(conflict rules)是由国内法或国际条约规定的,指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律的规范。例如,“不动产继承依不动产所在地法”就是一条冲突规范,它指明涉及不动产继承的法律关系应受不动产所在地的法律支配。

冲突规范又称法律适用规范(rules of application of law)或法律选择规范(choice of law rules),有的国内立法、国际条约把冲突规范称为“国际私法规范”(rules of private international law)。

(二) 冲突规范的特性

冲突规范是一种特殊的法律规范,同一般的法律规范相比,它具有以下特性:

1. 冲突规范是法律适用规范。冲突规范仅指明某种国际民商事法律关系应适用何种法律,并不直接规定当事人的实体权利和义务,因而它既非实体规范,也非程序规范,而是法律适用规范。

2. 冲突规范是间接规范。冲突规范虽然

不是实体规范,但它仍然是调整国际民商事法律关系的一种法律规范。不过,就调整国际民商事法律关系而言,冲突规范需要借助它所援用的实体规范来调整国际民商事法律关系,只能起间接调整作用。这就决定了冲突规范是一种间接规范。

3. 冲突规范是结构独特的法律规范。一般法律规范由假定、处理和制裁三部分构成。有人主张,法律规范由假定条件、行为模式和法律后果三要素构成。作为法律规范的一种,冲突规范理应包括这三部分,但事实上,冲突规范一般都没有将假定部分和处理部分明确分开,假定部分隐含在处理部分之中。例如,在“离婚依法院地法”这样一条冲突规范中,假定部分和处理部分就没有明确分开。该冲突规范也可以这样来表述:如果确定离婚的法律适用问题(假定),应适用法院地法来解决(处理)。如此表述假定和处理两个部分就明确分开了。不过,几乎所有的冲突规范都没有将假定和处理明确分开,而是将两者有机结合在一起,并且也没有就制裁(法律后果)部分作出规定,从而形成一种由范围、系属等元素构成的独特结构。

二、冲突规范的结构

(一) 冲突规范的构成

冲突规范由三部分构成:一部分称为“范围”或“连接对象”(object of connection),是指冲突规范所要调整的民商事法律关系或所要解决的法律问题,通过冲突规范的“范围”可以判断该规范适用于调整哪一类民商事法律关系。另一部分称为“系属”或“冲突原则”,它规定冲突规范中“范围”所应适用的法律。它指令法院在处理某一具体国际民商事法律问题时应如何适用法律,或者允许法院在冲突规范确定的范围内选择应适用的法律。还有一部分为“关联词”,它从语法结构上把“范围”和“系属”联系起来。在英文中,关联词一般用“to be governed by”或“to be subject to”表示。如在“合同缔结方式依合同缔结地法”这条冲突规范中,“合同缔结方式”是它的“范围”,“合同缔结地法”是它的“系属”,而“依”是关联词。

新华考资

www.xhkzedu.com



(二) 连结点

在冲突规范的系属中,有一个很重要的组成部分,称为连结点(point of contact),也称为连结因素(connecting factor)或连结根据(connecting ground)。它是指冲突规范借以确定某一法律关系应适用什么法律的根据。例如,在“遗产的法定继承适用被继承人死亡时的住所地法”这一冲突规范中,“住所地”就是该冲突规范的连结点,该冲突规范以住所地作为确定遗产的法定继承关系应适用法律的根据。

连结点有客观的连结点和主观的连结点之分。客观的连结点主要有住所、国籍、惯常居所、物之所在地、行为地、履行地、法院地等,这种连结点是一种客观实在的标志。主观的连结点即当事人的意思,这个连结点主要用于确定合同关系的法律适用。

连结点还可分为静态的连结点和动态的连结点。静态的连结点就是固定不变的连结点,主要指不动产所在地以及涉及过去的行为或事件的连结点,如婚姻举行地、合同缔结地、法人登记地、侵权行为地。动态的连结点就是可变的连结点,主要有国籍、住所、居所、动产所在地等。动态的连结点存在一方面加强了冲突规范的灵活性;另一方面也为当事人规避法律提供了可能。

从形式上看,连结点起着一种把冲突规范中“范围”所指的法律关系与一定地域的法律联系起来的“纽带”或“媒介”的作用;从实质上看,这种纽带或媒介又反映了该法律关系与一定地域的法律之间存在着的内在的、实质的联系。正因为如此,在冲突规范的表述中,连结点的选择既不是任意的,更不是虚构的,连结点必须在客观上确实能体现此种内在的联系。根据冲突规范对法律的选择,实际上也是一种对连结点的确定。确定了连结点也就确定了应适用的法律。

(三) 系属公式

冲突规范的一些系属在长期的实践过程中逐渐固定化,形成系属公式。所谓系属公式,又称冲突原则,即指公式化和固定化的系属,它适用于解决同类性质的民商事法律冲突问题。但

是,系属公式本身并不是冲突规范,仅是冲突规范的系属部分,只有与冲突规范的范围部分结合起来才能构成完整的冲突规范。

最常见的系属公式有属人法、物之所在地法、行为地法、当事人合意选择的法律、法院地法、旗国法、最密切联系地法,等等。

1. 属人法(*lex personalis*)。即以当事人的国籍、住所或惯常居所作为连结点的系属。属人法一般用来解决人的身份、能力、亲属、继承关系等方面的法律冲突。1804年《法国民法典》颁布以前,欧洲国家均以当事人的住所地法(*lex domicilii*)为属人法。但是,由于《法国民法典》改用当事人的本国法(*lex patriae*) (即国籍国法)为当事人的属人法,加上这种做法又得到意大利法学家孟西尼的提倡,故后来许多欧洲大陆国家便随之采用本国法为属人法。不过,以英、美为代表的普通法系国家和部分南美国家仍坚持以当事人的住所地法为属人法。这样,在属人法方面即形成了本国法和住所地法两大派别。为了调和两大法系在属人法上的矛盾,现在常常用惯常居所地法来代替住所地法或本国法作为属人法。

2. 物之所在地法(*lex rei sitae* 或 *lex loci situs*)。即作为法律关系的客体物或标的物所在地的法律。它通常用来解决有关物权,特别是不动产物权的法律冲突问题。

3. 行为地法(*lex loci actus*)。即以当事人的行为地为连结点的系属。这一系属公式来源于“场所支配行为”(locus regit actum)这一原则。由于法律行为的多样性,行为地法又派生出下列一些系属公式:(1) 合同缔结地法(*lex loci contractus*); (2) 合同履行地法(*lex loci solutionis*); (3) 婚姻举行地法(*lex loci celebrationis*); (4) 侵权行为地法(*lex loci delicti*)。侵权行为地法包括加害行为地法和损害发生地法。

4. 当事人合意选择的法律(*lex voluntatis*)。即民商事法律关系的当事人按其意愿自主协议选择的法律。一国法律采用这一系属,表明它在有关问题上承认当事人选择法律的自主权,所以,这种做法又称当事人“意思自治”。它主

要用来解决合同的法律适用问题,但现扩展至侵权、婚姻家庭和继承等领域。

5. 法院地法(*lex fori*)。即审理案件的法院所在地的法律。这一系属公式一般用于解决有关程序问题的法律冲突。有时,这一系属公式也用于解决实体问题,如我国《涉外民事关系法律适用法》第27条规定:“诉讼离婚,适用法院地法律。”

6. 最密切联系地法(*law of the place of the most significant relationship*)。即与法律关系有最密切联系的地方的法律。它的起源可以追溯到萨维尼的“法律关系本座说”,但其真正确立和发展则是近几十年的事情。目前,它既可被视作一个法律选择的指导原则,又可作为一个系属公式而大量出现于冲突规范中。它可以适用于许多不同性质的国际民商事法律关系,在合同关系中适用得尤为普遍。

7. 旗国法(*law of the flag*)。即运输工具所使用的旗帜或旗帜标识所属国的法律。它常用来解决船舶、航空器在运输过程中所产生的法律冲突问题。在海事国际私法中,船旗国法是最重要的系属公式之一。

三、冲突规范的类型

根据冲突规范对应适用的法律的规定不同,可以把冲突规范划分成四种基本的类型,即单边冲突规范、双边冲突规范、重叠适用的冲突规范和选择适用的冲突规范。

(一) 单边冲突规范

所谓单边冲突规范,是指直接规定适用某国法律的冲突规范。它既可以明确指出适用内国法,也可以直接规定只适用外国法。例如,我国《中外合资经营企业法实施条例》第12条规定:“合营企业合同的订立、效力、解释、执行及其争议的解决,均应当适用中国的法律。”这就是一条典型的单边冲突规范,它规定合营企业合同只受中国法律支配。单边冲突规范只规定了一个明确的连结点,即它指向适用内国法时就不可能再指向适用外国法,或者在指向适用外国法时就不可能再指向适用内国法。

(二) 双边冲突规范

所谓双边冲突规范,是指冲突规范的系属并不直接规定适用内国法还是外国法,而只是规定一个可推定的系属,再根据这个系属并结合民商事法律关系的具体情况去推定应适用某法律的冲突规范。例如,“合同方式依合同缔结地法”就是一条双边冲突规范,其中的“合同缔结地法”就是一个需要推定的系属。如果合同在内国缔结,就适用内国法;如果合同在外国缔结,就适用外国法。可见,双边冲突规范所指定的准据法既可能是内国法,也可能是外国法。在法律适用上,它体现了对内外国法律的平等对待。双边冲突规范是现代各国国际私法立法中最常用的一种冲突规范。

(三) 重叠适用的冲突规范

所谓重叠适用的冲突规范,是指其系属有两个或两个以上,并且同时适用于某种民商事法律关系的冲突规范。例如,1902年订立于海牙的《离婚及分居的法律冲突与管辖权冲突公约》第2条规定:“离婚之请求,若非依夫妇之本国法及法院地法均有离婚之原因者,不得为之。”这表明,离婚问题必须同时适用夫妇之本国法和法院地法,只有两者均认为有离婚原因时,才准许当事人离婚。重叠适用的冲突规范所规定的必须重叠适用的两个准据法中,常常有一个是法院地法。之所以如此,无非是出于法院地的公共秩序不致被破坏的考虑。

(四) 选择适用的冲突规范

所谓选择适用的冲突规范,是指其系属有两个或两个以上,但只选择其中之一来调整民商事法律关系的冲突规范。由于允许选择的方式和条件的不同,这种规范又可以被分为两类:

1. 无条件选择适用的冲突规范。在这种规范中,各系属所提供的可供选择的法律具有同等价值,并无主次轻重之分。例如,1982年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》第6条规定:法律行为的方式适用行为完成地的法律,也可以适用调整行为效力的法律。它表明,根据土耳其法律,当事人所为的法律行为的方式,只要符合该行为发生地的法律或者支配该行为效力的准据法对行为方式所作的规定,均属有效。



2. 有条件选择适用的冲突规范。我国《涉外民事关系法律适用法》第41条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律。当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”这就是一条有条件地选择适用准据法的冲突规范。它要求法院在处理合同争议时,首先应该适用当事人选择的法律作为合同的准据法,只有在当事人无选择时,才能适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。近年来,一些新的国际私法立法还允许用“利益分析”或“政策导向”作为选择的根据。有条件选择适用的冲突规范虽然允许根据多种系属进行法律选择,但可供选择的法律有主次轻重之分,只允许依次序或有条件地选择其一作为国际民商事法律关系的准据法。

在现代各国国际私法立法中,上述四类冲突规范常常交替出现,这显然涉及立法技术问题,但它又远远不只是一个立法技术问题。一国究竟采用何种类型的冲突规范来确定有关的国际民商事法律关系应该适用的法律,取决于该国处理国际民商事法律关系的政策。如果国家认为对某些国际民商事法律关系特别需要依自己的实体法处理时,就常采用单边冲突规范;如果一国认为对某些国际民商事法律关系需要从严掌握时,可采用重叠性冲突规范,而且常常要求重叠适用法院地法;如果国家认为某些国际民商事法律关系可以从宽掌握,便可以采用双边冲突规范或选择性冲突规范。因此,切不可把冲突规范理解成一种脱离一国的政治、经济生活的抽象的公式。

近些年来,冲突规范的制定方面出现了一些新的趋势。从冲突规范的类型看,新的国际私法立法大都主要采用双边冲突规范。1896年的《德国民法典施行法》中的冲突规范大多为单边冲突规范,而德国1986年修订的《德国民法典施行法》则大量采用了双边冲突规范。选择性冲突规范在许多新的国际私法立法中所占的比重也明显增大。这就在法律适用方面提供了较大的灵活性,适应了当今世界频繁而复杂

的国际民商事交往的实际需要。

示例

《涉外民事关系法律适用法》规定:结婚条件,适用当事人共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍,在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的,适用婚姻缔结地法律。该规定属于下列哪一种冲突规范?(2011年试卷一第38题)

- A. 单边冲突规范
- B. 重叠适用的冲突规范
- C. 无条件选择适用的冲突规范
- D. 有条件选择适用的冲突规范

【参考答案及简要提示】D。考点为冲突规范的种类。冲突规范有四种基本类型,即单边冲突规范、双边冲突规范、重叠适用的冲突规范和选择适用的冲突规范。选择适用的冲突规范指其系属有两个或两个以上,但只选择其中之一来调整民商事法律关系的冲突规范。由于允许选择的方式和条件的不同,这种规范又可以被分为无条件选择适用的冲突规范和有条件选择适用的冲突规范。在无条件选择的情况下,各系属所提供的可供选择的法律具有同等价值,并无主次轻重之分。《涉外民事关系法律适用法》有关结婚条件的法律选择有一个先后的顺序,当事人有共同经常居所地的,就不会适用共同国籍国法律,当事人有共同国籍国的,就不适用婚姻缔结地法律。因此,属于有条件选择的冲突规范。D选项正确。

第三节 准据法

一、准据法的概念和特点

(一) 准据法的概念

所谓准据法(*lex causae, applicable law*),是指经冲突规范指定援用来具体确定民商事法律关系当事人的权利与义务的特定的实体法律。由于冲突规范的直接作用只是确定法律选择,或者说援引准据法,故它并不能直接调整民商事法律关系,它只有和它所指定的准据法结合起来才

能发挥作用。因此,冲突规范间接调整国际民商事法律关系的作用的发挥离不开准据法,准据法的选择与确定在国际私法中具有重要意义。

准据法是经冲突规范援用的实体法律,它本身并不属于冲突规范范畴。可成为准据法的法律大都为国内实体私法和国际统一实体私法。国际统一实体私法包括国际条约和国际惯例。目前,以国际惯例形式出现的统一实体私法规范大多为任意性惯例,只有当合同当事人按“意思自治”原则选择它们作为准据法时,它们才对合同当事人有拘束力。所以,在国际民商事领域,任意性的国际惯例常常被合同当事人选择为合同的准据法。至于以国际条约形式出现的统一实体私法,本来是不经冲突规范援用而直接适用于缔约国及其自然人和法人的,但在特殊情况下,如果冲突规范援用某一国际条约缔约国的法律为准据法,该缔约国参加的这一国际条约可视同该国国内法作为准据法来适用。这一点在1980年《联合国国际货物销售合同公约》第1条第1款中得到肯定。它是这样规定的:如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律,该公约也可以适用于营业地在不同国家的当事人之间所订立的国际货物销售合同。另外,对于当事人能否直接根据意思自治原则选择某一国际统一实体私法公约作为其交易的准据法问题,学者间尚有不同的主张。有的学者主张,既然在某些民商事领域当事人可以根据意思自治原则在内外国法律之间进行选择,那么,也应该允许当事人在相同的领域基于自愿协商选择某一国际统一实体私法公约作为准据法。但也有学者对此持反对态度。

(二) 准据法的特点

准据法作为国际私法上的一个特有概念,具有以下特点:

1. 准据法必须是通过冲突规范所指定的法律。准据法的本质特征即是它必须经冲突规范指引。一般来说,不经冲突规范的指定或援用,直接适用于国际民商事法律关系法律,无论是国际统一实体私法规范还是国内法中的实体私法规范,都不能被称为准据法,只能叫做“直接适用的法律”。

2. 准据法是能够具体确定国际民商事法律关系的当事人的权利与义务的实体法。冲突规范之所以援用准据法,是因为准据法为具体确定当事人的权利与义务的实体法,可以通过它来调整国际民商事法律关系。虽经冲突规范的指定,但不能用来直接确定当事人的权利与义务的法律,譬如,在反致情况下,内国冲突规范所援用的外国冲突规范并不是准据法。

3. 准据法是依据冲突规范中的系属,并结合有关国际民商事案件的具体情况而确定的法律。例如,在“婚姻方式依婚姻举行地法”这样一条冲突规范中,“婚姻举行地法”是系属,为了确定某一婚姻方式的准据法,法院需要将该系属中的“婚姻举行地”与该案件中的具体情况结合起来考虑。如果婚姻举行地在中国境内,那么中国法就是规范该婚姻方式的准据法。因此,我们不能把冲突规范结构中的“系属”这一概念同“准据法”这一概念等同起来。

示例

关于冲突规范和准据法,下列哪一判断是错误的?(2010年试卷一第33题)

- A. 冲突规范与实体规范相似
- B. 当事人的属人法包括当事人的本国法和住所地法
- C. 当事人的本国法指的是当事人国籍所属国的法律
- D. 准据法是经冲突规范指引、能够具体确定国际民事法律关系当事人权利义务的实体法

【参考答案及简要提示】A。在法学理论中,实体规范和程序规范是法律规范的基本分类,但这种分类并非穷尽。冲突规范既不规定当事人的实体权利义务,也不规定诉讼参与人的程序权利义务。因此,也有学者主张将之作为与实体规范与程序规范相并列的第三种性质法律规范对待。属人法的概念在我国现有的立法和司法解释中基本没有出现,但在国际私法理论中大量存在并时有发展。传统的属人法主要指当事人的本国法与住所地法,发展至今自然人的属人法还可以指当事人惯常居所地法(或经常居所地法),甚至居所地法。

冲突法的作用在于就不同法律关系应该适用的准据法,在内外国法律间作出选择。研究准据法的选择方法,对指导我国国际私法的立法和司法实践都具有重要意义。

根据国际私法上的各种不同学说以及各国的实践,可以将准据法的选择方法概括为以下八种:

(一)根据法律的性质确定准据法

这种方法起源于13、14世纪意大利的“法则区别说”。当时,“法则区别说”的倡导者从法则本身的性质入手,将法则区别为“人的法则”、“物的法则”和“混合法则”等,然后根据法则的性质决定民商事法律关系的法律适用。此后这种方法在不同程度上为国际私法的立法和实践所肯定。

的确,法律本身的一些特性可以成为我们选择准据法的依据。首先,从法律的属人性和属地性看,有的法律具有属人性,如关于人的身份和能力的法律,就侧重约束和保护自己在域内外的公民。因此,在处理国际民商事案件时,有关人的身份和能力的问题就应该适用当事人的属人法。另外,有的法律具有属地性,如关于不动产的法律,就侧重保护和约束域内的对象。这样,在处理国际民商事案件时,如涉及不动产争议,就应该适用其所在地法。其次,从法律的强制性和任意性看,对具有强制性的法律,要求当事人绝对适用,不得由当事人双方协议和任何一方任意加以改变;而对于任意性的法律,可以在法定范围内允许当事人自己确定相互间的权利和义务关系,允许其选择可适用的法律。

(二)根据法律关系的性质确定准据法

这是德国著名国际私法学家萨维尼(F. C. von Savigny)的“法律关系本座说”所采用的方法,即从分析法律关系的性质入手,去寻找适用于该法律关系的准据法。这种方法首先摆脱了“法则区别说”在方法论上的束缚,它不是从分析法律本身的性质入手,然后再套用具体的法律关系,而是先从分析法律关系的性质入手,再

去寻找适用于该法律关系的法律。这种方法的产生是法律选择领域内的“哥白尼革命”,对后来的国际私法理论和立法有很大影响。直到现在,各国制定的冲突规范大都是依这种方法制定的。

(三)根据最密切联系原则确定准据法

这种方法主张选择与民商事法律关系有最密切联系的地方的法律作为准据法。这种方法可以说是“法律关系本座说”的继承和发展。这种方法主张保留冲突规范的形式,但同时主张采用“最密切联系地”这一开放性的连结点,让法官通过对案情和有关法律关系的综合分析,找出法律关系的最密切联系地,确定其准据法。这是一种十分灵活的冲突规范,可以避免传统冲突规范往往只规定一个固定连结点去指引准据法选择的弊端,有利于法官选择适用最适合于案件的法律。但是,这种方法使法官有很大的自由裁量权,难免导致法院地法的扩大适用。

(四)根据利益分析确定准据法

这种选择方法是美国国际私法学者柯里(B. Currie)提出来的。他认为,不同国家和州之间的法律冲突实质上是政府利益的冲突。因此,他主张透过法律冲突的表象,去分析有关法律所体现的政府利益。法院在审理案件时,如果其中一个国家或州有政府利益,便适用那一有政府利益的国家或州的法律;如果两个国家或州都有政府利益,则应适用具有较大利益的国家或州的法律;如果法院地有利益,则无论如何应适用法院所属国家或州的法律。用政府利益分析来选择法律,其实质就是把传统冲突规范中表示空间场所意义的连结点,改变为用政府利益之有无、政府利益之大小作为法律选择的标准。

(五)根据规则选择确定准据法

规则选择方法也称为结果选择方法。这种方法是美国学者卡弗斯(D. F. Cavers)提出来的。他认为,传统的法律选择方法是一种管辖权选择方法,即只指定一个管辖权,然后再由法官依据这一指定去援用应适用的实体法。比如,法官依据“继承关系依被继承人的本国法”



这一冲突规范选择法律,他只能结合具体案件情况选择某一国法律,但是由于他对该国法律的具体规定和内容一无所知,这种选择即是一种被动的、消极的选择,可能会导致不公平的结果。因此,卡弗斯主张抛弃管辖权选择方法,而直接就有国家的实体法规则进行比较,并选择那个更适合案件公正解决的“更好的”实体法作为准据法。这种选择方法对区际法律冲突的解决有一定意义,但在复杂的国际民商事交往中,这种方法的实际意义并不大,因为一个法官不可能熟悉各个国家的民商事法律制度,而且,任何国家的法官总会站在自己的立场上去衡量什么是“公正”,什么是“更好的”法律,不可能有超阶级的“公正”,也不会有统一的衡量“更好的”法律的普遍标准。

(六)根据当事人的协议确定准据法

这种方法就是当事人的“意思自治”,即允许当事人基于协议选择他们之间的法律关系所应适用的法律。它产生于合同领域,并已经成为选择合同准据法的首要原则。目前,它已经扩展适用于侵权、婚姻家庭、继承等众多领域,已成为整个国际私法领域内一个很重要的法律选择方法。

(七)根据分割方法来确定准据法

根据分割方法,在一个国际民商事案件涉及多个法律冲突问题时,应该将该案件中的各个具体问题加以区分,分别选择适用不同的法律来解决不同的具体问题。例如,对同一跨国婚姻,往往把婚姻形式要件和实质要件加以区分,前者依婚姻举行地法,后者依当事人属人法。这种方法一直得到国际私法理论和实践的肯定,并随着国际民商事法律关系的日益复杂化而越来越受到重视。现在,这种分割选择方法已经有了更进一步的发展,它要求对实体法问题从不同的方面进行独立的分析,然后分别确定应适用的法律。

(八)根据有利于判决在国外的承认和执行来确定准据法

任何一项法院判决,如不能得到承认和执行便不能实现其效力,一国法院对国际民商事案件的判决常常需要在外国得到承认和执行。

因此,在选择准据法时,依是否有利于判决在外国得到承认和执行作出判断,也是一项十分重要的方法。这种方法对国际私法所追求的判决结果的一致和维护国际民商事法律关系的稳定性均有好处。

准据法的选择方法是多种多样的,上述种种方法都是在选择国际民商事法律关系的准据法时可供利用的方法,而且,这些选择方法之间又不是彼此孤立、互不相干的,常常是互相重叠运用的。可以肯定的是,随着国际民商事法律关系日益复杂化和多样化,任何一种法律选择方法均不能解决国际私法所有领域的法律适用问题。因此,无论是立法者在制定冲突规范时,还是法院在处理国际民商事案件时,都不得不综合考虑多种法律选择方法。

三、准据法的确定

在选择准据法的过程中,还可能会遇到一些特殊的问题,这就会进一步提出准据法的确定问题。

(一)区际法律冲突与准据法的确定

一般来说,一个国家内部具有独特法律制度的地区被称为法域。区际法律冲突,就是在一个国家内部不同地区的法律制度之间的冲突,或者说,是一个国家内部不同法域之间的法律冲突。区际私法(又被称为区际冲突法或者准国际私法)则为解决区际法律冲突的法律。

国际私法同区际法律冲突和区际私法有着较密切的联系,当国际私法中的冲突规范指定应适用某一外国的法律作准据法,而该外国的法制不统一,具有多个法域,存在着区际法律冲突时,就会提出究竟是适用该外国的哪一法域的法律作为准据法的问题。在实践中,对这个问题有如下几种不同的解决办法:

1. 按照该外国的“区际私法”来确定准据法。许多国家在立法中都明确规定采用这种间接指定的做法。例如,1966年《波兰国际私法》第5条规定:应适用的外国法有数个法律体系时,应适用何种法律体系由该外国法确定。这里讲的“该外国法”就是指该外国的区际私法。这是最普遍的做法,其他做法多为这种做法的



补充。

2. 法院直接依据冲突规范中的连结点,如住所地、居住地、所在地、行为地等来确定适用该具体地点的法律。这种直接指定的方法比较方便,而且与冲突规范的旨意不相违背。

3. 依据最密切联系原则确定准据法。例如,1978年《奥地利联邦国际私法法规》第5条第3款规定:如外国法由几部分法域组成,则适用该外国法规则所指定的那一法域的法律。如无此种规则,则适用与之有最强联系的那一法域的法律。这是目前多数国家的国际私法立法所采取的在无区际私法的情况下应使用的补充方法。

4. 以当事人的住所地法、居所地法或所属地方的法律代替其本国法。如日本1898年《法例》第27条第3款规定:当事人本国内各地法律不同时,依其所属地方的法律。

5. 采用国际私法的规定确定准据法。例如,1966年《葡萄牙民法典》第20条第2款规定,在外国无区际私法规范时,采用该外国的国际私法。

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第192条规定:“依法应当适用的外国法律,如果该外国不同地区实施不同的法律的,依据该国法律关于调整国内法律冲突的规定,确定应适用的法律。该国法律未作规定的,直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。”这实际上是兼采上述第一种和第三种办法。

但应该注意的是,我国《涉外民事关系法律适用法》第6条作了新的规定:“涉外民事关系适用外国法律,该国不同区域实施不同法律的,适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。”

(二) 人际法律冲突与准据法的确定

一国法制不统一的另一种情况是在该国内部存在两个或两个以上的适用不同法律制度的人员集团,即不同民族、种族、宗教(甚至包括不同教派)、部落或阶级成员适用各自不同的法律。这种情况在亚洲和非洲的一些国家可以见到。人际法律冲突即指这种同一国家中适用于

不同民族、种族、宗教(甚至不同教派)、部落或阶级成员的民商事法律之间在效力上的冲突,或者说是适用于不同成员集团的民商事法律之间的冲突。而人际冲突法或人际私法便是解决同一国家内适用于不同的民族、种族、宗教、部落或阶级成员的民商事法律之间的冲突的法律。

国际私法同人际法律冲突和人际私法也有一定的联系。当国际私法中的冲突规范指定适用某一外国法律,但该外国法制不统一,存在人际法律冲突时,就会提出究竟应该以该外国哪一类人适用的法律为准据法的问题。在理论和实践中,通常的做法是由该外国的人际冲突法或人际私法确定。如果该外国没有人际冲突法,则适用与案件或当事人有最密切联系的法律。有的国家的有关规定既适用于区际法律冲突的情形,也适用于人际法律冲突的情形。例如,1986年修改后的《德国民法典施行法》第4条第3款规定:若需适用多种法制并存国家的法律,除非适用本身已有的规定,否则依该国法律确定适用何种法制的法律;如果该国法律并无适用何种法制的规定,适用与案件有最密切联系的法制的法律。

(三) 时际法律冲突与准据法的确定

在法律领域,时际法律冲突是一种普遍存在的现象。时际法律冲突是指先后于同一地区施行并涉及相同问题的新旧法律或前后法律规定之间在时间效力上的冲突。解决时际法律冲突的法律就是时际冲突法,有时又称为时际私法或过渡法。国际私法上的时际法律冲突的发生主要有三种情况:

第一种情况是法院地的冲突规范在国际民商事法律关系发生后发生了变更,这有可能是连结点发生了变化,也有可能是限定连结点的因素发生了变化,还有可能是上述两方面都发生了变化。这时需要确定适用什么时候的冲突规范去指定准据法。

第二种情况是法院地的冲突规范未变,但其所指定的实体法发生了改变,这时需要确定是适用某一法律关系成立时的旧法还是适用已改变了的新法。

第三种情况是法院地的冲突规范及其所指定的实体法均未发生改变,但有关当事人的国籍或住所,或动产的所在地等连结点发生了改变,这时需要确定是适用依原来的连结点所指引的法律还是适用新的连结点所指引的法律。

在第一、二种情况下,准据法的确定应根据时际冲突法的一般原则加以解决。时际冲突法主要有两大原则:一是法律不溯及既往,即法律只适用于其施行后的事项,对于其施行前的事项不具有追溯力。不过,法律明确规定有溯及力的,应从其规定;二是新法优于旧法或后法优于前法,即对于新法或后法施行后的事项以及施行时的未决事项,依新法或后法,不依旧法或前法。有些国家的立法对法律的溯及力问题作了专门的规定。例如,我国1999年合同法公布后,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国合同法〉若干问题的解释(一)》对合同法实施的时际问题作出了明确的规定,这些规定也适用于涉外合同的时际法律冲突的解决。其具体内容如下:(1)合同法实施以后成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的,适用合同法的规定;合同法实施以前成立的合同发生纠纷起诉到人民法院的,除本解释另有规定的以外,适用当时的法律规定,当时没有法律规定的,可以适用合同法的有关规定。这一规定体现了法律不溯及既往的原则。(2)合同成立于合同法实施之前,但合同约定的履行期限跨越合同法实施之日或者履行期限在合同法实施之后,因履行合同发生的纠纷,适用合同法第四章的有关规定。这一规定强调了对未决事项,新法优于旧法。(3)人民法院确认合同效力时,对合同法实施以前成立的合同,适用当时的法律合同无效而适用合同法合同有效的,则适用合同法。这一规定反映了“与其使之无效,不如使之有效”的精神,是法律不溯及既往原则的例外。(4)合同法实施以后,人民法院确认合同无效,应当以全国人大及其常委会制定的法律和国务院制定的行政法规为依据,不得以地方性法规、行政规章为依据。(5)人民法院对合同法实施以前已经作出终审裁决的案件进行再审,不适用合同法。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民

事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第20条也有类似的规定:“涉外民事关系法律适用法施行后发生的涉外民事纠纷案件,本解释施行后尚未终审的,适用本解释;本解释施行前已经终审,当事人申请再审或者按照审判监督程序决定再审的,不适用本解释。”

第三种情况在法国国际私法理论上叫做动态冲突(conflicts mobiles)。对这种情况,各国国际私法一般都根据国际民商事法律关系的不同性质,而分别采取可变和不可变两种做法。为了避免这种冲突,在实践中最为可取的做法是在立法时对冲突规范中的连结点加以时间上的限制。例如,1982年《土耳其国际私法和国际诉讼程序法》第3条规定:除法律另有规定外,当需要依据国籍、住所或居所来确定法律适用时则以审理案件时的国籍、住所或居所为准。又如,我国《涉外民事关系法律适用法》第35条规定“无人继承遗产的归属,适用被继承人死亡时遗产所在地法律。”这一规定限定了“遗产所在地”为被继承人死亡时的遗产所在地,适用该条就不会发生动态冲突。

示例

中国某法院受理一涉外民事案件后,依案情确定应当适用甲国法。但在查找甲国法时发现甲国不同州实施不同的法律。关于本案,法院应当采取下列哪一做法?(2011年试卷一第39题)

A. 根据意思自治原则,由当事人协议决定适用甲国哪个州的法律

B. 直接适用甲国与该涉外民事关系有最密切联系的州法律

C. 首先适用甲国区际冲突法确定准据法,如甲国没有区际冲突法,适用中国法律

D. 首先适用甲国区际冲突法确定准据法,如甲国没有区际冲突法,适用与案件有最密切联系的州法律

【参考答案及简要提示】B。考点为区际法律冲突的解决问题。《民通意见》第192条规定:“依法应当适用的外国法律,如果该外国不同地区实施不同的法律的,依据该国法律关



于调整国内法律冲突的规定,确定应适用的法律。该国法律未作规定的,直接适用与该民事关系有最密切联系的地区的法律。”但应该注意的是,《涉外民事关系法律适用法》第6条作了新的规定:“涉外民事关系适用外国法律,该国不同区域实施不同法律的,适用与该涉外民事关系有最密切联系区域的法律。”因此,B选项是正确的。考生备考时要对我国最新立法和司法解释予以高度重视。

【本章主要法律规定】

1. 民法通则第8章
2. 涉外民事关系法律适用法第6、35、41条
3. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》
4. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》

本章分析了法律冲突的概念和类型,冲突规范的概念、结构和类型,准据法的概念。注意理解国际民商事法律冲突的产生和特点,冲突规范的特性,准据法的特点。结合我国的立法及司法解释应掌握国际民商事法律冲突的解决方法,准据法的选择方法以及准据法的确定。



国际私法

第四章

适用冲突规范

新航道考资
www.xhkzedu.com

第一节 定性

一、定性的概念及其法律意义

定性(qualification),又叫识别(characterization)或归类(classification),是指在适用冲突规范时,依照某一法律观念对有关的事实或问题进行分析,将其归入一定的法律范畴,并对有关的冲突规范的范围或对象进行解释,从而确定何种冲突规范适用何种事实或问题的过程。定性作为国际私法上的一个基本问题,是由德国法学家卡恩和法国法学家巴丹在19世纪末分别又几乎是同时发现的。

从上述定义可以看出,一方面,定性是对有关的事实或问题进行的识别,即对国际民商事案件所涉及的事实或问题加以分类或定性,纳入特定的法律范畴。有的普通法系国家的学者称之为“诉因的归类”(classification of the cause of action),因为在对国际民商事案件适用冲突规范时,首先要明确案件所涉及的有关事实或问题属于什么法律范畴,比如说,是属于合同问题还是属于侵权问题,是属于结婚能力问题还是属于婚姻形式问题,是实体问题还是程序问题,等等。只有先明确了这一点,才能根据有关的冲突规范去进行法律选择。另一方面,定性也是对冲突规范本身的识别,即对冲突规范的范围或对象所使用的法律术语进行解释。任何一条冲突规范的范围或系属,虽然都是用一些法律名词或概念表示出来的,但由于各国的社会经济制度和历史文化传统不同,各国的冲突规范所使用的法律名词或概念并不一定相同。有时即使表面上一样,但各国对它们的理解并不完全一致。例如,在各国法律中均有动产和不动产的划分,但它们对什么是动产、什么是不动产却有不同的理解。正由于各国在这方面存在不一致的地方,法院在处理国际民商事案件时,有必要对案件所涉及的问题依据一定的法律进行定性,看它们属于什么法律范畴,然后根据对有关冲突规范的解释去确定准据法。



二、定性的依据

对同一事实或问题,对同一冲突规范,用不同国家的法律观点进行识别或定性,就会得出不同的结论,而这种不同的结论又会直接影响到冲突规范的适用,影响到准据法的选择,影响到案件的解决,从而影响到当事人的权利与义务。因此,依据什么法律进行定性关系重大。在国际私法的理论和实践中,对依据什么法律进行定性的问题有不同的主张,主要有如下几种:

(一)依法院地法定性说

此说由德国学者卡恩(F. Kahn)和法国学者巴丹(Bartin)倡导,得到许多国际私法学者和许多国家的实践的肯定。其主要理由是:冲突规范是国内法,因而冲突规范所使用的概念只能依据其所属国家的国内法(亦即法院地法)来解释。立法者对其所立的冲突法有权进行解释。

(二)依准据法定性说

此说为法国学者德帕涅(F. C. R. Despagnet)和德国学者沃尔夫所倡导,主张完全依照法律关系本身的准据法来解决该法律关系的定性问题。追随该学说的学者和判例并不多,因为解决定性问题,旨在适用冲突规范选择准据法,而该说主张依据准据法来定性,不免使自己陷入逻辑上的恶性循环,很难自圆其说。

(三)分析法学与比较法说

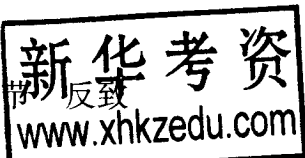
分析法学与比较法说(theory of analytical jurisprudence and comparative law)是由德国的拉贝尔(E. Rabel)和英国的贝克特(Beckett)提出来的。他们认为:(1)冲突规范中所使用的概念与实体法中所使用的概念时常是互相独立的,而不是必然同一的。(2)从实体法的束缚下解放出来的冲突法,可以在分析和比较研究的基础上形成普遍性的概念,从而用普遍性的概念来进行定性,使定性逐渐达到统一。这种主张虽然很具有吸引力,但到目前为止,根据比较法的研究,各国法律中所有的普遍性的共同概念,虽有一些,但毕竟还不多。而且,要真正消除各国法律在认识上的分歧,只有彻底改变各国的法律本身才能办到,这自然是不可能的。因此,依据这种学说进行定性并不现实。

(四)个案定性说

德国的克格尔(G. Kegel)等学者主张此说。这种学说对于定性问题不主张采取统一的解决办法,而主张对不同的案件分别依据不同的法律进行定性。持这种主张的人认为,除非在国际条约中制定了统一的定性原则,不存在什么统一的定性原则,定性问题归根到底只是一个冲突规范的解释问题;在适用冲突规范时,由于涉及内外国法律的适用问题,对于定性的依据问题,应该根据冲突规范的目的去考虑是依据法院地法还是依据法律关系本身的准据法。

综上所述,定性或识别过程是根据冲突规范选择准据法的步骤之一,对于究竟依什么法律进行定性不能一概而论。一国法院在处理国际民商事案件时,从有利于促进国际民商事交往出发,主要应依据法院地法对有关的事实或问题进行定性,对自己的冲突规范加以解释;同时,也应适当考虑依据与有关案件有最密切联系的法律进行定性,因为有时仅依据法院地法进行定性是行不通的,如关于不动产的定性,对法院地法并没有作出任何规定的有关事实的识别等。我国《涉外民事关系法律适用法》第8条明确规定:“涉外民事关系的定性,适用法院地法。”

第二节



一、反致的概念和类型

反致有广义和狭义之分。一般讲的反致是广义的反致,是一个总括性概念,包括直接反致、转致和间接反致等。

(一)直接反致

直接反致,即狭义的反致,它通常简称为“反致”(renvoi 或 remission),在法文中被称为“一级反致”(renvoi au premier degré)。在英、美冲突法理论中,这种反致又被称为“部分反致”(partial renvoi)或“单一反致”(single renvoi)。直接反致是指对某一案件,法院按照自己的冲突规范本应适用外国法或外域法,而该外国法或外域法的冲突规范却指定此种法律关系应适



它也是冲突规范本身之冲突的一种表现形式。

反致概念最初是在 19 世纪出现的。不过,在 1652 年和 1663 年的鲁昂(法国港市)议会的某些决定中已有萌芽,这些决定曾为法国学者佛罗兰德(Froland)论及,因此,他成为第一个论述反致学说的学者。反致问题引起法学界重视,始于 1878 年福尔果案(Forgo Case)。在该案中,福尔果是一个非婚生子,具有巴伐利亚国籍。他从 5 岁至去世一直生活在法国,在法国设有巴伐利亚法所认为的事实上的住所。按照当时的法国法,外国人在法国取得住所须获得法国法所要求的“住所准许”(autorisation de domicile),而福尔果从来没有取得这种准许。福尔果本人无子女,在法国去世前未留遗嘱,但留有动产在法国。谁来继承其财产呢?法国国际私法本来指引巴伐利亚法,并且,根据巴伐利亚法的规定,非婚生子的旁系亲属可以继承该非婚生子的遗产。但是,巴伐利亚国际私法有一条“动产继承依死者住所地法”的冲突规范,并且由于巴伐利亚法承认“事实住所”,这就反过来把可适用的法律指向了法国法。1878 年,法国最高法院(Cour de Cassation)在审理该案时,接受了巴伐利亚国际私法对法国法的反致,适用法国内国法作出判决,否定了福尔果的那些旁系亲属的继承权,其全部财产作为无人继承财产收归法国国家所有。从上述福尔果案可以看出,当一国法院根据冲突规范指定适用外国法时,如果它所指定的外国法是指包括冲突法在内的该外国的全部法律,就可能出现依该外国冲突法的指定适用法院地法或第三国法的问题,这就发生了国际私法上的反致问题。

在实践中,反致问题产生与否完全取决于各国国际私法立法的政策取向。如果立法者坚持冲突规范的“实质指定”,即冲突规范指定的外国法为该外国的实体法,不包括该外国的冲突法,那么,就没有反致可言。如果立法者选择冲突规范的“全部指定”,即冲突规范指定的外国法既包括该外国的实体法,也包括该外国的冲突法,那么,反致问题就随之产生。如果立法者主张在某些领域“实质指定”,在某些领域“全部指定”,即采取“混合指定”的办法,那么,

就会出现某些领域产生反致问题,在某些领域不产生反致问题。

反致问题的产生必须具备如下三个条件:(1)不同国家或不同地区的冲突规范对同一民商事法律关系或民商事法律问题的法律适用作出了不同的规定或不同的解释。实际上也就是不同国家或不同地区就同一民商事法律关系或民商事法律问题所制定的冲突规范中的连结点不同,或在冲突规范相同情况下而各自对连结点有不同的解释。故有学者称反致问题为“系属冲突”。(2)审理案件的法院将本国或本地区的冲突规范所指定的外国法或外域法视为包括冲突规范在内的全部法律。如果它主张本国或本地区的冲突规范所指定的外国法或外域法只是后者的实体法,而不包括冲突规范,自然不可能出现反致。(3)法院地法律接受反致制度。在上述三个条件中,第一个条件是反致产生的客观基础。归根到底,反致是冲突规范的冲突的一种表现形式。

新华考资

www.xhkzedu.com

三、关于反致的实践

各国在立法和司法实践中对反致持不同的态度。有的国家既采用反致制度,也采用转致制度;有的国家只采用反致制度,而不采用转致制度;有的国家只在特定的国际私法关系上采用反致制度;有的国家则完全拒绝采用反致制度。客观讲,世界上多数国家都采用反致制度,只是在具体做法上有这样或那样的不同。

应该注意的是,有不少国际公约不同程度地采用了反致制度。例如,1930 年《解决汇票及本票若干法律冲突公约》(第 2 条)和 1931 年《解决支票若干法律冲突公约》(第 2 条)在人的能力方面规定了反致制度。又如,1955 年《解决本国法和住所地法冲突的公约》第 1 条规定,在本国法和住所地法发生冲突时,如果当事人的住所地国规定适用当事人本国法,而其本国规定适用住所地法时,凡缔约国均应适用住所地国的国内法规定。这一规定肯定了在当事人的住所地法指定其本国法时,本国法对住所地法的反致可以接受,其目的在于通过采用反致制度解决本国法和住所地法之间的冲突。此

外,1965年《关于解决各国和其他国家之间投资争端的公约》第42条也采用了反致制度,它规定:仲裁法庭应依照双方可能同意的法律规则判定一项争端。如无此种协议,法庭应选用争端一方的缔约国的法律(包括其关于冲突法的规则)以及可适用的国际法规则。这表明,在当事人没有就仲裁适用的法律进行选择时,应选用争端一方的缔约国的冲突规范所指定的法律。不过值得一提的是,1951年后,海牙国际私法会议只在上述1955年的《解决本国法和住所地法冲突的公约》第1条中采用了反致,而在它主持制定的其他30多个国际私法公约中则没有关于反致的规定。

四、中国对反致的态度

最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第178条第2款规定:“人民法院在审理涉外民事关系的案件时,应当按照民法通则第八章的规定来确定应适用的实体法。”根据该规定,我国法院按照民法通则第八章中的冲突规范确定的应适用的外国法将是指外国的实体法,而不包括外国的冲突规范,因而也就没有反致产生的可能性了。但对这一规定是否意味着排除反致制度,在理论界尚有不同的看法。《涉外民事关系法律适用法》第9条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,不包括该国的法律适用法。”该法这一规定则明确表明我国拒绝采用反致制度。

第三节 外国法的查明和解释

一、外国法的查明的概念

所谓外国法的查明(ascertainment of foreign law),又称为外国法内容的确定,在英、美等普通法系国家则称为外国法的证明(proof of foreign law)。它是指一国法院根据本国冲突规范指定应适用外国法时,如何查明该外国法的存在和内容。“法官谙知法律”(jura novit curia)是一个古老而美好的格言,但事实上,由于世界各国的法律千差万别,纷繁复杂,任何法官都不可能通晓世界各国的法律。因此,当一

国法官在审理国际民商事案件时,如依本国冲突规范的指定应适用外国法,就必须通过一定的方法来确定该外国法中有规定的存在并了解其内容。

二、外国法的查明方法

各国对外国法究竟属于“事实”还是“法律”有不同的主张。按照一些国家诉讼法的观点,“法律”和“事实”是相对立的,法官应当知道法律,而且仅限于知道法律。至于事实,则应由当事人举证,法院只根据当事人所证明的事实加以认定并适用法律来作出判决。因此,在依冲突规范的指定适用外国法时,就提出这样一个问题,即究竟把外国法视为“法律”还是视为“事实”。如果把外国法视为“法律”,那么就应当用确定本国法内容的那种程序来查明其内容;如果把外国法视为“事实”,则应当用确定事实的程序来确定其内容。这也就是说,如果把外国法看作“法律”,就不需当事人举证,而应由法院依职权去主动查明,因为法院应该知道法律;反之,如果把外国法看作“事实”,则当事人必须负举证之责。当然,也有国家采取折中的主张,不将法律和事实对立起来,在它们看来,外国法既非单纯之事实,亦非绝对之法律,而是根据本国冲突规范的指定应适用的外国法律。因此,外国法的查明也必须采取既有别于确定事实的程序,也不同于确定内国法律的程序。

正由于上述主张的不同,外国法的查明方法大致为三类:

其一,当事人举证证明。英、美等普通法系国家和部分拉丁美洲国家采用这种办法。它们把外国法不是看作法院主动适用的法律,而是视为当事人引用来主张自己权利的事实。外国法中有无相关规定及其内容如何,须由当事人举证证明,法官无依职权查明的义务。证明的方法可以是当事人在诉状中引证该外国法,或者请有关专家提供证言。双方当事人对该外国法的内容有争议时,由法院断定哪一方的主张是正确的。在英国的司法实践中,法院依照英国证据法的规定来评定当事人的引证或专家证



言,但法院可以不受这些证据的约束。如果法官已经知道外国法,法官也可以直接认定。根据1972年《英国民事证据法》第4条第2款之规定,在高等法院、皇家法院、某些其他法院及其上诉法院或枢密院司法委员会的民事或刑事诉讼中得到确认的载有外国法内容的裁定或判决,可以在以后的民事诉讼中作为证明外国法内容的证据。

其二,法官依职权查明,无须当事人举证。欧洲大陆一些国家,如意大利、奥地利等,把外国法看作法律,认为法官应该知道法律,主张法官负责调查认定,无须当事人举证证明。例如,1978年《奥地利联邦国际私法法规》第4条第1款规定:外国法应由法官依职权查明。可以允许的辅助方法中有:有关的人的参加、联邦司法部提供的资料以及专家的意见。

其三,法官依职权查明,但当事人亦负有协助的义务。采取这种做法的国家,如德国、瑞士、土耳其和秘鲁等,主张对外国法内容的查明,既不同于查明内国法律的程序,又不同于查明“事实”的程序,原则上应由法官负责调查,当事人也应负协助的责任。这种做法更重视法官的调查,对当事人提供的证据既可以确认,也可以限制或拒绝之。例如,1987年《瑞士联邦国际私法法规》第16条规定:法官负责查明外国法的内容。法官可以要求当事人予以合作。

三、无法查明外国法的解决办法

在一国法院依本国的冲突规范的指定应适用外国法的情况下,如法官无法查明该外国法,当事人也不能举证该外国法时,各国的理论和实践基本上采取如下解决办法:

第一,以内国法取而代之。这是大多数国家所采取的办法。例如,1978年《奥地利联邦国际私法法规》第4条第2款规定:如经充分努力,在适当时期内外国法仍不能查明时,应适用奥地利法。至于以内国法取而代之的理由,则有种种不同的解释。有的认为在外国法无法证明的情况下,可以推定外国法与内国法相同。例如,美国法院在实践中主张,当事人不能证明外国法时,推定外国法与美国法相同,但这种推

定仅限于普通法系国家的法律,诸如英国、加拿大和澳大利亚等国家的法律。除此之外,有的认为在外国法无法证明时,当事人就放弃了适用外国法的权利,对适用内国法表示了默认。有的认为在外国法无法确定时,内国法是唯一可以适用的法律,也是法官最为熟悉的法律。还有的认为,除非在某种情况下取而代之适用内国法并非妥当,适用内国法是比较单纯驳回当事人请求更好的一种解决办法。

第二,驳回当事人的诉讼请求或抗辩。例如,《德国民事诉讼法典》第293条规定,德国法院依职权确定外国法的内容,但也有权要求当事人双方提供有关外国法的证据,如果负责提供有关外国法证据的一方提供不出证据,法院则以证据不足驳回其诉讼请求或抗辩。在美国的司法实践中,如前所述,在外国法为普通法系国家的法律且不能被当事人证明时,法院推定外国法与美国法相同并适用美国法。但是,在外国法为非普通法系国家的法律且不能被当事人证明时,法院就会认为其诉讼请求或抗辩无根据而予以驳回或不加采纳。采取这种做法的理由是:适用某一外国法是内国冲突规范的指定,这意味着不允许适用其他法律来代替;此外,若外国法的内容无从知悉,如同当事人不能证明其请求原因事实或其抗辩事实的情形一样,法院得认为原告的诉讼请求或被告的抗辩无根据,而予以驳回。

第三,适用同本应适用的外国法相近似或类似的法律。德国曾有判例采取这种做法。在该案例中,一个厄瓜多尔人依其父亲的遗嘱被剥夺了他对其父亲遗产的保留份的权利,为此而发生争议。当时,第一次世界大战刚刚结束,无法得到《厄瓜多尔民法典》。但是,法院知道,《厄瓜多尔民法典》是以《智利民法典》为模本的,认为适用同《厄瓜多尔民法典》相似的《智利民法典》比适用法院地法(即德国法)似乎更接近于正确的解决方法。日本也有判例采取这种做法。东京家庭裁判所昭和38年6月13日关于养子关系认可申请一案判决要点指出:被指定的外国法内容不明时,应依据《日本法例》关于准据法指定的精神探求其内容。首先应从

新华考资

www.xhkdzu.com

该外国的整个法律秩序中推断其内容,如尚不明,则从其以前施行的法令或政治上或民族上相近的国家的法律秩序中推定其法律的内容。从立法上明确规定外国法无法查明时适用与其相近似的法律的尚不多见。1978年《瑞士联邦国际私法法规草案》第15条第3款曾规定:外国法内容无法查明时,法官可以考虑适用最相近的法律,没有最相近的法律,则适用瑞士法律。这表明瑞士试图在立法上采用这种做法。但是1987年正式颁布的《瑞士联邦国际私法法规》第16条则去除了法官可以考虑适用最相近的法律的规定。

第四,适用一般法理。这种主张认为,外国法无法查明或缺规定时,应依据法理进行裁判。日本的学说和判例大多从此主张。日本大阪法院于昭和41年1月13日关于亲子关系不存在的判决确认:母之夫的本国法北朝鲜法不明,依法理裁判。

四、外国法的错误适用

在处理国际民商事案件时,可能发生的外国法的错误适用有两种情况:一种是适用内国冲突规范的错误造成外国法的错误适用;另一种是适用外国法本身的错误。讨论外国法的错误适用问题主要是为了解决如何处理这两种错误的问题。

(一)适用内国冲突规范的错误

适用内国冲突规范的错误,是指法官在适用内国冲突规范进行法律选择时,本应适用某一外国法,却适用了另一外国或内国法,或者本应适用内国法,却适用外国法而发生的错误。这种错误虽然也导致外国法的错误适用,但本质上是适用内国冲突规范的错误,属于错误适用内国法的性质。在国际私法的理论与实践,对于这种错误,一般都认为和违反内国其他法律具有相同的性质,允许当事人依法上诉,以便纠正错误。

(二)适用外国法本身的错误

适用外国法本身的错误,是指法官在依内国冲突规范适用某一外国法时,对该外国法的内容作了错误的解释,或者本应适用该外国法

的甲法而适用了该外国法的乙法,并据此作出错误判决的情形。对于这种外国法的错误适用,是否允许当事人上诉的问题,在各国国际私法的实践中,有两种截然不同的主张:其一,不允许当事人上诉。如法国、西班牙、瑞士、希腊、比利时和荷兰等国采取这种主张。其二,允许当事人提起上诉。如意大利、奥地利、波兰、葡萄牙和芬兰等国采取这种主张。至于英、美等普通法系国家,尽管在传统上把外国法看作事实,但它们的上诉法院却可以对下级法院关于外国法的认定进行审查,所以,对外国法的错误适用问题,它们是允许当事人提起上诉的。

五、外国法的解释

在对外国法加以查明的过程中,有时还会提出一个外国法的解释问题,即对冲突规范所指定的外国法的性质和内容作出解释的问题。这个问题的产生主要是因为各国法官对外国法的认识和了解毕竟有限,而且外国法本身亦难免有模糊和不清楚之处。

在国际私法上,有的学者将这个问题视为所谓“二级识别”问题,即对准据法的解释,但也有学者反对这种主张。无论如何,学者们大都主张依外国法所属法律体系来解释外国准据法的有关规定。一些国家的国际私法立法对这个问题作了专门规定。例如,1966年《葡萄牙民法典》第23条第1款规定:解释外国法,应在其所属之法制范围内并按该法制所定之解释规则为之。又如,1984年《秘鲁民法典》第2055条规定:对外国准据法的解释,依所属的法律。再如,1995年《意大利国际私法制度改革法》第15条为“外国法的解释与适用”,规定:外国法律应依据其本身的解释标准和时间上的适用规则加以适用。值得注意的是,这些规定都肯定解释外国法依其本身的解释规则为之;并且,这些规定没有将外国法的解释问题放在识别项目下加以规定,而是将之同外国法的查明问题放在一起加以规定的。

六、中国关于外国法的查明的规定

我国人民法院在审理国际民商事案件时遵

新华考资
www.xhkedu.com



循“以事实为依据,以法律为准绳”原则。当依据我国冲突规范的指定,应当适用的法律为外国法时,人民法院有责任查明外国法的内容,当事人也有举证的责任。

按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第193条的规定,对于应当适用的外国法律,可通过下列途径查明:(1)由当事人提供;(2)由与我国订立司法协助协定的缔约对方的中央机关提供;(3)由我国驻该国使领馆提供;(4)由该国驻我国使领馆提供;(5)由中外法律专家提供。

我国《涉外民事关系法律适用法》第10条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中华人民共和国法律。”这条规定明确了三点,一是人民法院、仲裁机构或者行政机关查明应当依职权查明的涉外民事关系应适用的外国法律;二是当事人根据意思自治原则选择适用外国法,该外国法应当由当事人提供,法院不必依职权查明;三是不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中国法律。

关于外国法的不能查明问题,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》也做出了详细规定。第17条规定:“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途径仍不能获得外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定,当事人应当提供外国法律,其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。”该解释第18条进一步规定:“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见,当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的,人民法院可以予以确认;当事人有异议的,由人民法院审查认定。”

另外,我国民事诉讼法规定,民事案件实行两审终审制,无法律审与事实审的区别。根据“有错必纠”的原则,对我国法院在审理国际民商事案件时发生的适用外国法的错误,无论是适用内国冲突规范的错误,还是适用外国法本身的错误,当事人均可对之提起上诉,要求加以纠正。

示例

根据《涉外民事关系法律适用法》和司法解释,关于外国法律的查明问题,下列哪一表述是正确的?(2013年试卷一第36题)

- A. 行政机关无查明外国法律的义务
- B. 查明过程中,法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见
- C. 无法通过中外法律专家提供的方式获得外国法律的,法院应认定为不能查明
- D. 不能查明的,应视为相关当事人的诉讼请求无法律依据

【参考答案及简要提示】B。根据我国《涉外民事关系法律适用法》第10条规定:“涉外民事关系适用的外国法律,由人民法院、仲裁机构或者行政机关查明。当事人选择适用外国法律的,应当提供该国法律。不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中华人民共和国法律。”根据该条规定,人民法院、仲裁机构或者行政机关应当依职权查明涉外民事关系应适用的外国法律,故A项错。本条规定不能查明外国法律时,适用中国法律,而非视为相关当事人的诉讼请求无法律依据,故D项错。《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》第18条规定:“人民法院应当听取各方当事人对应当适用的外国法律的内容及其理解与适用的意见,当事人对该外国法律的内容及其理解与适用均无异议的,人民法院可以予以确认;当事人有异议的,由人民法院审查认定。”故B项对。《涉外民事关系法律适用法司法解释(一)》第17条规定:“人民法院通过由当事人提供、已对中华人民共和国生效的国际条约规定的途径、中外法律专家提供等合理途

径仍不能获得外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。根据涉外民事关系法律适用法第十条第一款的规定,当事人应当提供外国法律,其在人民法院指定的合理期限内无正当理由未提供该外国法律的,可以认定为不能查明外国法律。”可见,首先,认定不能查明外国法律要分为当事人选择适用外国法和未选择两类,从而适用不同规定;其次,法院查明时,应经一些合理途径仍不能查明,才可认定为不能查明,而非仅中外法律专家一种,故C项错。

新华考资
www.xhkzedu.com

第四节 公共秩序保留

一、公共秩序保留的概念及其法律意义

所谓公共秩序(public order),又称为公共政策(public policy),系指一国国家和社会的重大利益,或法律和道德的基本原则。根据各国普遍的实践和许多国际私法公约的规定,一国在依内国冲突规范的指定应对某一国际民商事法律关系适用外国法时,如其适用将与自己的公共秩序相抵触,便可排除该外国法的适用。此外,凡基于公共秩序,认为自己的某些法律是具有直接适用于国际民商事法律关系的效力者也可以排除外国法的适用。国际私法中把这种对外国法适用的限制或排除称为公共秩序保留或公共秩序制度。

“公共秩序保留”这种观念早在13、14世纪的意大利“法则区别说”中已有萌芽。当时,“法则区别说”的集大成者巴托鲁斯针对意大利各城市的法则之间的冲突主张,一个城市在适用另一个城市的法则时,前者对后者的“令人厌恶的法则”(statuta odiosa),如对女子歧视的继承法则,应不予适用。这一思想尽管在当时没有得到充分的发挥和发展,但至少表明公共秩序制度最初是在意大利各城市之间的法律冲突的解决中逐渐发展起来的。到17世纪,荷兰的法学家胡伯,作为“法则区别说”的继承者,提出了“礼让说”。他主张,根据礼让原则,国家主权者可以承认有效的外国法的域外效力,但以该

外国法不损害其适用国国家及其人民的权力或权利为限。可以说,胡伯的主张一方面从理论上完善了公共秩序制度,另一方面将公共秩序制度引进到国际法律冲突的解决之中。随后,1804年《法国民法典》首先以法律形式将公共秩序制度确定下来。后来,1856年《意大利民法典》则明确规定了对外国法律可援用公共秩序制度而排除其适用。自《法国民法典》以后,许多国家的立法和许多国际条约都把公共秩序制度作为一项基本制度规定下来,尽管措辞并不相同。可以肯定,现在世界各国及其学者都承认公共秩序保留为国际私法上的一项制度。

在国际私法上,公共秩序是一个笼统的、含糊的概念,公共秩序制度是一个具有弹性的制度。抽象地讲,公共秩序是一国在特定时间内、特定条件下和特定问题上的重大或根本利益之所在。英国著名国际私法学者格雷夫森(R. H. Graveson)也有类似看法,他认为,公共秩序是一个不确定的概念,它指的是对国家和社会整体来说明显具有根本意义的那些事情。因此,各国在什么情况下运用公共秩序制度,是随着时间、所涉及的问题和其他条件的不同而变化着的,我们没有必要也不可能要求在政治制度、社会结构和历史文化传统等方面都不相同的各个国家对公共秩序有一个共同、统一的理解。公共秩序制度的直接作用就是排除本应适用的外国法在内国的适用,而其实质在于维护本国国家及其人民的利益。因此,人们称公共秩序制度是国际私法中的“安全阀”(safety valve)。

二、关于公共秩序保留的实践

公共秩序保留作为国际私法上的一项制度,已被各国立法或司法实践所肯定。总的说来,在使用公共秩序制度排除外国法的适用方面,欧洲大陆国家使用得广泛而频繁。至于在英、美等普通法系国家,公共秩序制度则不具有那样重要的地位。在这里,着重介绍一下德国、英国的实践。

德国在萨维尼的影响下把排除外国法的适



用视为一种例外。1896年《德国民法典施行法》第30条规定:外国法之适用,如违背善良风俗或德国法之目的时,则不予适用。这一规定把如下两种外国法律规则区别开来:一种外国法律规则是,如果予以适用将产生违背德国善良风俗的结果;另一种是外国法律规则虽然本身无可反对,但如果予以适用,将同“德国法之目的”相矛盾。前者把重点放在外国法律规则的有害性上,后者则把着重点放在德国法律规则的强制性上。对于这两种外国法律规则,德国法院都不予适用。1986年修改后的《德国民法典施行法》第6条对公共秩序问题作了如下规定:如果适用某一外国法律将导致违背德国法律的基本原则,尤其是与基本法发生冲突时,则不适用该外国的法律而适用德国的法律。这一规定实际上是强调德国法律的基本原则和德国基本法为公共秩序性法律,外国法律的适用不得与之相抵触。

英国以“公共政策”这一概念代替欧洲大陆国家所用的“公共秩序”概念,其法院在实践中对于违反英国公共政策的外国法也是拒绝适用的。但公共政策在英国国际私法中的作用和重要性比在欧洲大陆国家小得多。这主要是英国法院不太情愿宣布一个已经承认的独立主权国家的法律规则违反了英国的正义和道德的基本原则,甚至认为这样做“是严重地违反国际礼让的”。同时,英国冲突规范在很多情形中足以取得欧洲大陆国家用含糊的公共秩序概念所能取得的结果。例如,英国法院把一些欧洲大陆国家认为是实体法上的制度当作程序问题看待,而程序问题依法院地法是通例,自然就不会发生适用外国法的问题,也不会有运用公共政策排除外国法适用的机会了。而且,在某些情况下,英国法中的管辖权规则也造成不适用外国实体法的结果。例如,英国对离婚、别居、监护、保佐、未成年人的收养以及妻子儿女的抚养等案件,是视有关当事人在英国有无住所来确定管辖权的,一旦英国法院确定对此类案件有管辖权,就只适用英国法解决,当然不需要借助公共政策去排除外国法的适用。根据英国国际私法学者对英国判例的分析,英国法院主要在两

类案件中援用公共政策排除外国法的适用:一类是合同案件;另一类是身份案件。在合同案件中,英国法院以公共政策为由拒绝执行帮诉合同、限制贸易合同、胁迫订立的合同、阴谋勾结伤风败俗的离婚合同、对敌贸易合同和违反友好国家法律的合同,即使这些合同按其准据法是有有效合同。在身份案件中,英国法院以公共政策为由不承认根据外国刑法而产生的任何身份有效,对基于奴隶身份、宗教或宗教使命、外国国籍、种族、离婚、体残和浪费等原因使某人无能力也不加承认。

第二次世界大战后,许多统一国际私法公约载有公共秩序条款已引起人们广泛注意。早在1928年,《布斯塔曼特法典》第8条就对公共秩序问题作了规定。它规定:根据本法典各规则所取得的权利在缔约国内具有充分的域外效力,但任何此种权利的效力或其后果如与国际公共秩序的规则抵触时,则不在此例。尽管如此,但在过去的实践中,对国际条约中的冲突规范,除非条约成员国在缔结或参加该条约时对条约中的某项冲突规范声明保留,否则一般不能在条约生效后又援用公共秩序这一制度来限制其效力。然而,在第二次世界大战后,出现了一种新趋势,越来越多的统一冲突法公约订立了公共秩序条款,允许缔约国在依公约的冲突规范指定适用外国法时,如发现其适用明显地违背本国公共秩序,可拒绝适用之。因此,有人认为,在统一冲突法公约中出现公共秩序条款,意味着统一冲突法公约的作用和效力已经削弱。不过,需要注意的是,这种趋势的出现并不意味着公共秩序这一制度的作用可以随意扩大,而是由于在保障各缔约国国内强行法效力的条件下,可以推动缔约国之间较快达成协议,在较为广泛的范围内签订各项有关的法律适用公约。正因为如此,载有公共秩序条款的公约都对这种条款采取了较为严格的限制性措辞。譬如,1980年订于罗马的《关于合同义务法律适用的公约》第16条规定:凡依本公约规定所适用的任何国家的法律,只有其适用明显地违背法院地国的公共秩序时,方可予以拒绝适用。

三、中国关于公共秩序保留的规定

我国在立法上已有比较完备的关于公共秩序保留的规定,并在司法实践中开始以公共秩序为由排除外国法或国际惯例的适用。早在1950年11月,当时的中央人民政府法律委员会在《关于中国人与外侨、外侨与外侨婚姻问题的意见》中指出,中国人与外侨、外侨与外侨在中国结婚或离婚,不仅适用中国的婚姻法,且宜于适当限度内照顾当事人本国的婚姻法,但“适用当事人的本国的婚姻法以不违背中国的公共秩序、公共利益和目前的基本政策为限度”。这里使用了“公共秩序”、“公共利益”、“基本政策”等措辞。原1985年涉外经济合同法(现已废止)第4条规定:“订立合同,必须遵守中华人民共和国法律,并不得损害中华人民共和国的社会公共利益。”第9条第1款进一步强调:“违反中华人民共和国法律或者社会公共利益的合同无效。”这是公共秩序保留制度在我国涉外经济合同法中的反映。在这一规定中,其所使用的“法律”应该理解为我国的强制性和禁止性法律,“社会公共利益”应与“公共秩序”同义。我国民法通则第150条作为一条通则性的公共秩序条款,也没有使用“公共秩序”这样的措辞,而是这样规定的:“依照本章规定适用外国法律或者国际惯例的,不得违背中华人民共和国的社会公共利益。”显然,在解释上,“社会公共利益”应与通用的“公共秩序”同义。应注意的是,较之于其他国家的同类法律条文,我国民法通则中这一公共秩序条款的矛头所向,不仅是依我国冲突规范本应适用但却违背我国社会公共利益的外国法律,而且还包括那些违背我国社会公共利益的国际惯例。我国《涉外民事关系法律适用法》第5条明确规定:“外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。”

四、公共秩序保留与“直接适用的法”

尽管公共秩序保留与“直接适用的法”有联系,但它们是国际私法上两个不同的问题。

“直接适用的法”是晚近在欧洲发展起来的一种理论,在这种理论看来,“直接适用的法”是那些在国际民商事交往中,为了维护其国家和社会的重大利益,无须借助法律选择规范的指引而直接适用于国际民商事关系的强制性法律规范。虽然有人认为这种观念在某种程度上是传统国际私法中所谓“积极的公共秩序”观念的发展和延伸,但“直接适用的法”不同于公共秩序保留之处在于,在法律适用领域,公共秩序保留发生在某一涉外民事关系根据法院地冲突规范的指引应受某一外国法支配,但该外国法的适用将损害法院地公序良俗,从而排除该外国法的适用,转而适用法院地法的情形,而“直接适用的法”抛开法院地冲突规范的指引,直接适用于涉外民事关系。《涉外民事关系法律适用法》第4条规定:“中华人民共和国法律对涉外民事关系有强制性规定的,直接适用该强制性规定。”它第一次规定了国家对涉外民事关系所作的强制性规定的直接适用,这是根据中国改革开放实际对国际上“直接适用的法”理论^①的吸纳和扬弃。最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第10条规定:“有下列情形之一的,涉及中华人民共和国社会公共利益、当事人不能通过约定排除适用、无需通过冲突规范指引而直接适用于涉外民事关系的法律、行政法规的规定,人民法院应当认定为涉外民事关系法律适用法第四条规定的强制性规定:(一)涉及劳动者权益保护的;(二)涉及食品或公共卫生安全的;(三)涉及环境安全的;(四)涉及外汇管制等金融安全的;(五)涉及反垄断、反倾销的;(六)应当认定为强制性规定的其他情形。”

^① 参见韩德培:“国际私法的晚近发展趋势”,载《韩德培文集》(上),武汉大学出版社2007年版,第38~56页。



示例

中国甲公司与德国乙公司进行一项商事交易,约定适用英国法律。后双方发生争议,甲公司在中国法院提起诉讼。关于该案的适用法律适用问题,下列哪一选项是错误的?(2013年试卷一第35题)

- A. 如案件涉及食品安全问题,该问题应适用中国法
- B. 如案件涉及外汇管制问题,该问题应适用中国法
- C. 应直接适用的法律限于民事性质的实体法
- D. 法院在确定应当直接适用的中国法律时,无需再通过冲突规范的指引

【参考答案及简要提示】C。直接适用的强制性规定涉及劳动、食品、环境、外汇管制、反垄断、反倾销等,这些都是非民事性质的实体法,由此可知应直接适用的法律并不仅仅局限于民事性质的实体法,故C项错误,当选。当事人无需通过冲突规范指引而直接适用涉外民事关系的法律、行政法规的规定,故D项正确,不当选。

第五节 法律规避

一、法律规避的概念

所谓法律规避(evasion of law),是指国际商事法律关系的当事人故意制造某种连结点,以避免本应适用的对其不利的法律,从而使对自己有利的法律得以适用的一种行为。国际私法上的法律规避有四个构成要件:(1)从主观上讲,当事人规避某法律必须是出于故意;(2)从规避的对象上讲,当事人规避的法律是当事人本应适用的法律;(3)从行为方式上讲,当事人是通过人为地制造或改变一个或几个连结因素来实现法律规避的;(4)从客观结果上讲,当事人的规避行为已经完成。

在国际私法中,法律规避究竟是一个独立的问题,还是公共秩序问题的一部分?对于这个问题,学者中有两种不同的意见。一派学者

认为,法律规避是一个独立的问题,不应与公共秩序问题混为一谈,虽然两者在结果上常常都是对外国法不予适用,但它们在性质上并不相同,因公共秩序而不适用外国法是着眼于外国法的适用与内国公共秩序相抵触,因法律规避而不适用外国法则是着眼于当事人的虚假行为。另一派学者认为,法律规避属于公共秩序问题,是后者的一部分,其理由是在不适用外国法而适用内国法方面,两者同样都是为了维护内国法的权威。

在上述两种主张中,前一种主张占优势地位。其理由如下:(1)法律规避和公共秩序问题产生的原因不同,前者是当事人故意制造或改变连结点的行为造成的,而后者则是由于冲突规范所指向的外国法的内容及其适用与该冲突规范所属国的公共秩序有抵触而引起的。(2)法律规避是一种个人行为,而运用公共秩序保留制度则是一种国家机关的行为。(3)对当事人来讲,两者的后果也是不一样的,因公共秩序保留而不适用冲突规范所援用的外国法,当事人不需负任何法律上的责任;但由于否认法律规避的效力而不适用某一外国法时,不仅当事人企图适用某一外国法的目的未能达到,而且可能还要对其法律规避的行为负法律上的责任。

新华考资

www.xhkedu.com

二、法律规避的效力

对于这个问题,在理论上也有分歧。欧洲大陆的学者大多认为,法律规避是一种欺诈行为,因而在发生法律规避的情况下,就应排除当事人所希望援用的法律的适用,而适用本应适用的法律。所谓“欺诈使一切归于无效”(fraus omnia corrumpit)这一法律格言,便是这一主张的理论根据。但也有另一种看法认为,既然冲突规范给予当事人以选择法律的可能,那么,当事人为了达到自己的某种目的而选择某一法律时,即不应归咎于当事人;如果要防止冲突规范被人利用,就应该由立法者在冲突规范中有所规定。

一般来说,在实践中,大多数国家都认为法律规避是非法的,不承认其效力。如法国、意大利、瑞士和荷兰等国,或在立法中,或在司法实践中,采取禁止或限制法律规避的立场。

三、法律规避的对象

关于法律规避是只限于规避内国法还是包括规避外国法的问题,在各国立法和司法实践中,有两种不同的主张:

一种主张认为,规避法律仅指规避本国(亦即法院地国)的法律。例如,1972年《塞内加尔家庭法》第851条规定:当事人利用冲突规范故意使塞内加尔法不适用时,塞内加尔法取代应适用的外国法。法国法院早年的判例也确定,规避法国法才构成法律规避,而规避外国法则不属此类问题。1922年法国最高法院关于佛莱案(Ferrai Case)的判决就是这样判定的。在该案中,佛莱及其妻子均为意大利人,由于当时意大利法律只准“分居”,而不准离婚,佛莱之妻为了逃避意大利法律关于离婚的限制,达到离婚的目的,便归化为法国人,并在法国提起离婚诉讼。最后,法国法院依法国法的有关规定,作出了准予离婚的判决。在这个案件中,法国法院并没有因为佛莱之妻规避了意大利法律而认为其行为无效。

另一种主张认为,法律规避既包括规避本国法律,也包括规避外国法律。例如,《阿根廷民法典》第1207条规定:在国外缔结的以规避阿根廷法律为目的的契约是无效的,虽然该契约依缔结地法是有效的。这是指规避本国法无效。同时,该法典第1208条又规定:在阿根廷缔结的以规避外国法为目的的契约是无效的。

这是指规避外国法无效。

四、中国关于法律规避的规定

我国目前尚无有关法律规避的立法规定。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第194条规定:“当事人规避我国强制性或者禁止性法律规范的行为,不发生适用外国法律的效力。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第11条规定:“一方当事人故意制造涉外民事关系的连结点,规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的,人民法院应认定为不发生适用外国法律的效力。”从这几项规定可以看出,我国在司法实践中主张,法律规避是指规避我国的强制性或禁止性的法律,而非任何法律;而且,当事人规避我国的强制性或禁止性的法律的行为无效,不发生适用外国法的效力,同时,以适用中国法律取而代之。

【本章主要法律规定】

1. 民法通则第150条
2. 涉外民事关系法律适用法第5、8—10条
3. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》
4. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》

新华考资
www.xhkHzedu.com

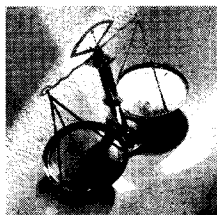
通过本章的学习,不仅要掌握适用冲突规范有关制度的相关内容,更要注重对我国相关立法以及司法解释的理解和掌握。

1. 反致、间接反致最终都导致法院国的实体法的适用,而转致则导致第三国的实体法得以适用。我国立法明确规定不采用反致制度。

2. 人民法院、仲裁机构或者行政机关应当依职权查明涉外民事关系应适用的外国法律;当事人根据意思自治原则选择适用外国法,该外国法应当由当事人提供,法院不必依职权查明;不能查明外国法律或者该国法律没有规定的,适用中国法律。

3. 外国法律的适用将损害中华人民共和国社会公共利益的,适用中华人民共和国法律。

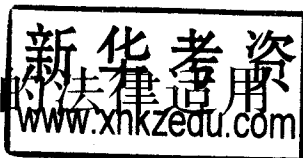
4. 我国目前尚无有关法律规避的立法规定。司法实践中主张法律规避是指规避我国的强制性或禁止性的法律,而非任何法律;当事人规避我国的强制性或禁止性的法律的行为无效,不发生适用外国法的效力,同时,以适用中国法律取而代之。



国际私法

第五章

国际民商事关系



第一节 权利能力和行为能力

一、自然人权利能力的法律适用

(一) 自然人权利能力的概念

国际私法所讲的权利能力包括一般权利能力和特别权利能力。一般权利能力就是各国民法规定的享受权利和承担义务的能力或资格。它包括人格权、享有生活必需品的所有权、婚姻权、继承权等。这种权利能力是最基本的民事权利能力,不因自然人跨越国界而受影响,应受当事人属人法的支配和保护。特别权利能力是除一般权利能力之外,外国人在内国享有的民事权利能力或资格,这些权利与所在国的政治、经济、公共秩序等重大利益密切相关,在什么限度内和在什么条件下允许外国人享有这些权利,是一个国家主权范围内的事情,各国大都以特别法的形式规定外国人在这方面的权利范围。因此,外国人的特别权利能力问题应同时适用其属人法和法院地法。本节讨论的是一般权利能力的法律冲突和法律适用问题。

(二) 自然人权利能力的法律冲突

尽管各国法律均规定自然人的权利能力始于出生,终于死亡,但由于它们对“出生”和“死亡”的理解和规定不同,自然人的权利能力因此会发生法律冲突。主要表现在两个方面:

1. 在权利能力开始方面,各国民法对“出生”的规定有很大差异,概括起来有阵痛说、露头说、独立呼吸说、出生完成说、存活说等。我国法律对出生时间未作明确规定,一般以医学上的公认标准为准,即要符合两个要件:(1)须全部与母体分离,能独立存在;(2)在与母体分离之际必须存活。

2. 在权利能力终止方面,各国对生理死亡和宣告死亡的理解和规定也不同。对于生理死亡时间,有的以呼吸停止为标准,有的以脉搏消失、心脏停止跳动为标准,有的以脑电波停止为标准。而且,不同国家对推定存活制度的规定有所差异,这导致自然人权利能力的终止也会发生法律冲突。所谓推定存活,

是指数个相互有继承权的自然人一起死亡,依事实不能确定死亡先后顺序时,法律规定的死亡先后顺序制度。有的规定同时死亡;有的规定年长的先死,有的规定年幼的先死;有的规定男性先死,有的规定女性先死。我国最高人民法院在《关于贯彻执行〈中华人民共和国继承法〉若干问题的意见》中规定:相互有继承关系的几个人在同一事件中死亡,如不能确定死亡先后时间的,应推定无继承人的先死,如辈分相同,应推定同时死亡,彼此不发生继承关系,而由他们各自的继承人继承。

宣告死亡是指自然人下落不明,超过法律规定的期限,经利害关系人申请,由司法机构依照法定程序和方式宣告该人死亡的一种法律推定制度。各国在这方面的法律冲突更为明显,如在期限的长短、死亡宣告的生效时间和法律后果等方面都有差异。

(三) 自然人权利能力的法律适用

关于自然人权利能力的法律适用,国际上大致有3种做法:

1. 适用有关法律关系的准据法。这就是将权利能力附属于特定的国际民商事关系,适用于特定国际民商事关系的准据法,同时又是该法律关系当事人权利能力的准据法。这种做法忽视了权利能力的相对独立性,采用的国家较少。

2. 适用法院地法。其主要理由是,权利能力有时涉及法院地的公共秩序和法律的基本原则。但采用这种做法的国家较少。

3. 适用当事人的属人法。多数国家采取这种做法,但由于不同国家对属人法的理解不同,具体做法有四种:(1)大陆法系国家一般适用当事人的国籍国法或本国法;(2)普通法系国家一般适用当事人的住所地法;(3)部分国家对在内国的外国人适用其住所地法,对在外国的本国人适用其国籍国法;(4)部分国家规定自然人的民事权利能力适用经常居所地法律。

(四) 中国关于自然人权利能力法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第11条规定:“自然人的民事权利能力,适用经常居所

地法律。”同时,该法第13条规定:“宣告失踪或者宣告死亡,适用自然人经常居所地法律。”对于自然人经常居所地的确定,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》第15条规定:“自然人在涉外民事关系产生或者变更、终止时已经连续居住一年以上且作为其生活中心的地方,人民法院可以认定为涉外民事关系法律适用法规定的自然人的经常居所地,但就医、劳务派遣、公务等情形除外。”

二、自然人行为能力的法律适用

(一) 自然人行为能力的概念

自然人的民事行为能力,是指法律确认自然人通过自己的行为从事民事活动,缔结民事法律关系,取得民事权利和承担民事义务的能力。各国法律都规定自然人取得行为能力的条件有两个:(1)必须达到法定年龄;(2)必须心智健全,能够承担自己行为的法律后果。根据这两个条件,自然人可分为完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人。

(二) 自然人行为能力的法律冲突

由于各国法律对成年年龄、构成限制民事行为能力人的条件以及禁治产制度的规定不同,自然人行为能力的法律冲突随之产生。

1. 成年年龄的规定不同。成年年龄是划分完全行为能力人、限制行为能力人和无行为能力人的主要标志。各国民法对此均有规定,但具体规定差异较大,大到25岁,小到18岁,这就导致一个自然人可能在甲国是完全行为能力人,在乙国却是限制行为能力人。

2. 禁治产制度的规定不同。禁治产制度是各国为了保护虽达到成年年龄,但由于先天或后天原因造成其能力低下的人的利益而禁止其经营自己的财产的制度。各国法律的差异主要表现在宣告禁治产的原因和法律效力两个方面。精神失常不能处理自己的事务是宣告禁治产的主要原因,但各国对其他条件的规定有所不同。对禁治产宣告的效力有两种立场:多数国家主张被宣告为禁治产者的行为无效;另一种主张认为,被宣告为禁治产者的行为是可撤



销的法律行为,并不是当然无效。

(三) 自然人行为能力的法律适用

关于自然人行为能力的法律适用,主要有本国法主义和住所地法主义两种做法。但在实践中严格贯彻属人法原则,有时对本国领域内的交易安全不利,因为在本国人与外国人交易时,不一定了解对方依其属人法是否有行为能力。因此,国际上的通行做法是:原则上适用当事人的属人法(本国法或住所地法),但有两个例外或限制:(1)处理不动产的行为能力适用不动产所在地法;(2)有关商务活动的当事人的行为能力可以适用行为地法,即只要其属人法或行为地法认为自然人有行为能力,就应认为其有行为能力。

(四) 中国关于自然人行为能力法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第12条规定:“自然人的民事行为能力,适用经常居所地法律。自然人从事民事活动,依照经常居所地法律为无民事行为能力,依照行为地法律为有民事行为能力的,适用行为地法律,但涉及婚姻家庭、继承的除外。”至于自然人经常居所地的确定,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第15条作了明确规定。

《中华人民共和国票据法》第96条规定:“票据债务人的民事行为能力,适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力,依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力的,而依照行为地法律为完全民事行为能力的,适用行为地法律。”

三、法人权利能力和行为能力的法律适用

(一) 法人权利能力和行为能力的法律冲突

法人的权利能力,是指法人作为民事权利主体,享有民事权利和承担民事义务的资格。法人的行为能力,是指法人以自己的意思,通过自身的行为,取得民事权利并承担民事义务的能力。与自然人相比,法人权利能力和行为能力的关系有如下特点:(1)两者在时间上是一致的,均始于法人成立,终于法人消灭,在法人存

续期间始终存在;(2)两者在范围上是一致的,法人以自己的行为取得权利和承担义务的能力,不能超出其民事权利能力限定的范围;(3)法人的民事行为能力以不同于单个自然人的意思的团体意思为前提,是通过法人的机关来实现的。因此,法人的民事权利能力同其民事行为能力的法律冲突及其解决是完全一样的。由于不同国家民事立法的规定不尽相同,法人的权利能力和行为能力也常发生法律冲突。

(二) 法人权利能力和行为能力的法律适用

解决法人权利能力和行为能力的法律冲突问题,国际上的通行做法是适用法人的属人法,即法人的国籍所属国法或住所地法。实际上,外国法人只有在内国法许可的范围内,才有权利能力和行为能力,才可以从事民商事活动。也就是说,外国法人在内国活动,其在内国的权利能力、行为能力的范围,实际上必须重叠适用其本国法和法院地法,受到本国法和法院地法的双重限制和制约。

(三) 中国关于法人权利能力和行为能力法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第14条规定:“法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。”最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第16条规定:“人民法院应当将法人的设立登记地认定为涉外民事关系法律适用法规定的法人的登记地。”我国有些法律还直接规定了外国法人可以享有的具体权利。

第二节 物权

一、物之所在地法原则

(一) 物之所在地法原则的含义

物之所在地法就是物权关系客体物所在地的法律,它是目前各国用来解决物权关系法律冲突的一项基本原则。其渊源可追溯到13世纪意大利的“法则区别说”,它首先适用于不动

产。现在,很多国家的立法和学者也主张将它适用于动产。学者们提出的理论依据有:主权说、法律关系本座说、利益需要说、方便说和控制说等。

(二)物之所在地法的适用范围

物之所在地法主要用来决定:(1)动产与不动产的区分;(2)物权客体的范围;(3)物权的种类和内容;(4)物权的取得、转移、变更和消灭的方式及条件;(5)物权的保护方法。

(三)物之所在地法适用的例外

由于某些物的特殊性或处于特殊状态,物之所在地法一般不适用下列情况:

1. 运送中的物品的物权关系一般适用发送地法或发送地法。
2. 船舶、飞行器等运输工具的物权关系一般适用登记注册地法或旗国法。
3. 外国法人终止或解散时有关物权关系一般适用法人属人法。

二、物权关系的法律适用

对于物权关系的法律适用,各国一般将动产物权和不动产物权区分开来规定。不动产物权适用不动产所在地法是各国普遍采用、没有争议的规则;但关于动产物权,有的主张适用物之所在地法,有的主张适用当事人住所地法,有的主张适用行为地法,有的主张适用支配转让行为的自体法。

三、中国关于物权法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第36条规定:“不动产物权,适用不动产所在地法律。”第37条规定:“当事人可以协议选择动产物权适用的法律。当事人没有选择的,适用法律事实发生时动产所在地法律。”根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第186条的解释:“土地、附着于土地的建筑物及其他定着物、建筑物的固定附属设备为不动产。不动产的所有权、买卖、租赁、抵押、使用等民事关系,均应适用不动产所在地法律。”《担保法》第92条规定:“本法所称不动产是指土地以及房屋、林木等地上定

着物。本法所称动产是指不动产以外的物。”

而对于运输中的动产,我国《涉外民事关系法律适用法》第38条规定:“当事人可以协议选择运输中动产物权发生变更适用的法律。当事人没有选择的,适用运输目的地法律。”对于有价证券,该法第39条规定:“有价证券,适用有价证券权利实现地法律或者其他与该有价证券有最密切联系的法律。”该法第40条还规定:“权利质权,适用质权设立地法律。”

我国《海商法》就船舶物权的法律适用作了如下规定:(1)关于船舶所有权,第270条规定:“船舶所有权的取得、转让和消灭,适用船旗国法律。”(2)关于船舶抵押权,第271条规定,船舶抵押权也适用船旗国法,该条同时规定,船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间,设立船舶抵押权的,适用原船舶登记国的法律。(3)关于船舶优先权,第272条规定:“船舶优先权,适用受理案件的法院所在地法律。”

我国《民用航空法》就民用航空器物权的法律适用作了如下规定:(1)关于民用航空器的所有权,第185条规定:“民用航空器所有权的取得、转让和消灭,适用民用航空器国籍登记国法律。”(2)关于民用航空器的抵押权,第186条规定:“民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法。”(3)关于民用航空器的优先权,第187条规定:“民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。”

示例

A公司和B公司于2011年5月20日签订合同,由A公司将一批平板电脑售卖给B公司。A公司和B公司营业地分别位于甲国和乙国,两国均为《联合国国际货物销售合同公约》缔约国。合同项下的货物由丙国C公司的“潇湘”号商船承运,装运港是甲国某港口,目的港是乙国某港口。在运输途中,B公司与中国D公司就货物转卖达成协议。

B公司与D公司就运输途中平板电脑的所有权产生了争议,D公司将争议诉诸中国某法院。关于平板电脑所有权的法律适用,下列选项正确的有:(2011年试卷一第98题)



A. 当事人有约定的,可以适用当事人选择的法律,也可以适用乙国法

B. 当事人有约定的,应当适用当事人选择的法律

C. 当事人没有约定的,应当适用甲国法

D. 当事人没有约定的,应当适用乙国法

【参考答案及简要提示】BD。考生对本题如误认为运输中动产物权的法律适用是无条件的选择性冲突规范,就可能认为 A 选项是正确的。实际上,依《涉外民事关系法律适用法》第 38 条的规定,它是有条件的选择性冲突规范:如果当事人有约定即适用当事人选择的法律,并不会适用目的地法律,即本案的乙国法。

第三节 债权

一、合同的法律适用

(一) 合同准据法的概念

合同的法律适用就是合同准据法的确定。但人们对合同准据法有广义和狭义两种理解。广义的合同准据法是指解决合同所有法律争诉问题的法律;狭义的合同准据法是直接确定合同当事人权利与义务的法律,主要用于解决合同的成立、内容、效力以及履行和解释问题。当事人选择的合同准据法一般是狭义的合同准据法。

(二) 确定合同准据法的主观论与客观论

主观论认为合同当事人既然有权按照自己的意志协议创设权利和义务,当然有权选择适用于合同的法律。客观论认为合同的有效成立及效力是与一定的场所相联系的,合同准据法应根据合同与某国有最密切联系的客观标志来确定。目前,各国普遍将两者结合起来确定合同的准据法。

(三) 合同准据法的确定方法

1. 当事人意思自治原则。当事人意思自治是指合同当事人可以通过协商一致的意思表示自由选择支配合同准据法的一项法律选择原则。它自 16 世纪法国学者杜摩兰倡导后已得

到国际社会的普遍接受。

(1) 意思自治的理论基础除了它具有确定性、一致性、可预见性及易于解决争议的优点外,还在于资本主义自由经济的发展为该原则的产生提供了社会基础,当时盛行的平等、自由思想为其产生奠定了思想基础。而私法上的契约自由和私法自治必然要求国际私法领域有与之配套的制度。

(2) 关于当事人选择法律的时间,一般认为既可以在订立合同时选择,也可以在订立合同以后选择,但当事人在订立合同之后选择或变更选择不得使合同归于无效,或者使第三人的合法权益或社会公共利益受到损害。

(3) 当事人选择法律的方式包括明示方式和默示方式。各国均肯定明示方式,但对默示方式的态度不同。

(4) 当事人选择法律的对象是任意性的实体法规则,可以是国内法规则,也可以是国际惯例规则,还可以是国际条约规则。

(5) 对当事人意思自治的常见限制有:当事人的选择不能排除强制性法规的适用;当事人的选择必须是善意的,不能采取法律欺诈手段;当事人应选择与合同有实际联系的法律。

2. 客观标志说。该说主张合同准据法就是在客观上最适合支配合同的法律。它有两种具体的确定方法:一是仅按照某一固定的客观标志确定合同准据法;二是根据合同的不同种类,分别以不同的客观标志确定各类合同的准据法。该方法考虑的客观标志有:(1) 合同履行地;(2) 合同订立地;(3) 当事人住所地;(4) 被告所在地;(5) 当事人共同国籍国;(6) 当事人住所地、营业所所在地或事务所所在地;(7) 物之所在地;(8) 旗国或登记地;(9) 法院地或仲裁地。

3. 最密切联系原则。在合同的法律适用方面,最密切联系原则是指合同的准据法应为合同在经济意义或其他社会意义上集中定位于某一地的法律。它注重的是法律关系与地域的联系,是个弹性的联系概念。该原则有利于提高法律适用的灵活性,公平合理地对待当事人的利益,从而促进国际民商事交往。但该原则

新华考资

www.xhkedu.com

赋予法官较大的自由裁量权,容易导致主观随意性,大陆法系国家一般采用特征性履行方法作为确定最密切联系的客观依据。

4. 特征性履行方法。特征性履行方法是国际合同的当事人未选择适用于合同的法律时,根据合同的特殊性质确定合同准据法的理论。其实质是通过考察合同的功能,尤其是合同意图实现的社会目的,确定各种合同具有的特殊性质,即它的特征性履行,并最终适用与特征性履行人联系最密切的法律。所谓特征性履行,又称为特征性给付,是指双务合同中代表合同本质特征的当事人履行合同的行為。例如,买卖合同中卖方交付物品的给付行为、雇佣合同中受雇人提供劳务的履行行为反映了这两种合同的本质特征,因而是特征性履行。而买方支付货款的行为与雇佣人支付劳务费的行为均属金钱给付,这种金钱给付行为反映了双务合同的共性,不能反映买卖合同和雇佣合同的本质特征,不是特征性履行。按照特征性履行方法,合同准据法应为承担特征性履行义务的当事人的住所地法,或惯常居所地法,或营业所所在地法。各国采用特征性履行方法主要有两种形式:(1)区分不同类型的合同,在当事人未选择法律时,依特征性履行方法确定合同应适用的法律;(2)首先规定最密切联系原则,并以特征性履行方法作为判定与合同有最密切联系的法律的依据。

(四) 中国关于合同法律适用的规定

我国的《中外合资经营企业法实施条例》、《民法通则》、《海商法》、《民用航空法》、《合同法》、《涉外民事关系法律适用法》等法律法规从不同方面和角度对合同的法律适用作了专门规定。最高人民法院曾先后发布过《关于适用〈涉外经济合同法〉若干问题的解答》、《关于审理涉外民事或商事合同纠纷案件法律适用若干问题的规定》(现都已废止),2012年12月10日又通过了《关于适用〈中华人民共和国涉外民事关系法律适用法〉若干问题的解释(一)》(以下简称“2012年《司法解释(一)》”)。这些规定和司法解释可概括为:

1. 国际条约优先适用原则。《民法通则》

第142条第2款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”《海商法》第268条第1款和《民用航空法》第184条第1款均作了相同规定。

2. 当事人意思自治原则。《涉外民事关系法律适用法》第41条规定:“当事人可以协议选择合同适用的法律。”2012年《司法解释(一)》对当事人意思自治原则的具体适用作了如下明确规定:

(1) 当事人选择或者变更选择合同争议应适用的法律,应当以明示的方式进行。

(2) 当事人在一审法庭辩论终结前协议选择或者变更选择适用的法律的,人民法院应予准许。

(3) 各方当事人援引相同国家的法律且未提出法律适用异议的,人民法院可以认定当事人已经就涉外民事关系适用的法律作出了选择。

(4) 当事人在合同中援引尚未对中华人民共和国生效的国际条约的,人民法院可以根据该国际条约的内容确定当事人之间的权利义务,但违反中华人民共和国社会公共利益或中华人民共和国法律、行政法规强制性规定的除外。

(5) 一方当事人以双方协议选择的法律与系争的涉外民事关系没有实际联系为由主张选择无效的,人民法院不予支持。

但是,2012年《司法解释(一)》对意思自治的限制作了如下明确规定:

(1) 中华人民共和国法律没有明确规定当事人可以选择涉外民事关系适用的法律,当事人选择适用法律的,人民法院应认定该选择无效。

(2) 当事人规避中华人民共和国法律、行政法规的强制性规定的行为,不发生适用外国法律的效力,该合同争议应当适用中华人民共和国法律。

(3) 在中华人民共和国领域内履行的下列合同,适用中华人民共和国法律:第一,中外合资经营企业合同;第二,中外合作经营企业合同;第三,中外合作勘探、开发自然资源合同;第



四,中外合资经营企业、中外合作经营企业、外商独资企业股份转让合同;第五,外国自然人、法人或者其他组织承包经营在中华人民共和国领域内设立的中外合资经营企业、中外合作经营企业的合同;第六,外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业股东的股权的合同;第七,外国自然人、法人或者其他组织认购中华人民共和国领域内的非外商投资有限责任公司或者股份有限公司增资的合同;第八,外国自然人、法人或者其他组织购买中华人民共和国领域内的非外商投资企业资产的合同;第九,中华人民共和国法律、行政法规规定应适用中华人民共和国法律的其他合同。

(4)对消费者合同和劳动合同排除了当事人的选择。《涉外民事关系法律适用法》第42条规定:“消费者合同,适用消费者经常居所地法律;消费者选择适用商品、服务提供地法律或者经营者在消费者经常居所地没有从事相关经营活动的,适用商品、服务提供地法律。”该法第43条规定:“劳动合同,适用劳动者工作地法律;难以确定劳动者工作地的,适用用人单位主营业地法律。劳务派遣,可以适用劳务派遣地法律。”

3. 最密切联系原则。该原则是我国法律确定的对当事人意思自治的补充原则。《涉外民事关系法律适用法》第41条规定:“当事人没有选择的,适用履行义务最能体现该合同特征的一方当事人经常居所地法律或者其他与该合同有最密切联系的法律。”这要求人民法院在确定合同争议应适用的法律时,应根据合同的特殊性质,以及某一方当事人履行的义务最能体现合同的本质特性等因素,确定合同的准据法。根据中国的司法实践,一般说来:

(1)买卖合同,适用合同订立时卖方住所地法。如果合同是在买方住所地谈判并订立的,或者合同明确规定卖方须在买方住所地履行交货义务的,适用买方住所地法。

(2)来料加工、来件装配以及其他各种加工承揽合同,适用加工承揽人住所地法。

(3)成套设备供应合同,适用设备安装地法。

(4)不动产买卖、租赁或者抵押合同,适用不动产所在地法。

(5)动产租赁合同,适用出租人住所地法。

(6)动产质押合同,适用质押人住所地法。

(7)借款合同,适用贷款人住所地法。

(8)保险合同,适用保险人住所地法。

(9)融资租赁合同,适用承租人住所地法。

(10)建设工程合同,适用建设工程所在地法。

(11)仓储、保管合同,适用仓储、保管人住所地法。

(12)保证合同,适用保证人住所地法。

(13)委托合同,适用受托人住所地法。

(14)债券的发行、销售和转让合同,分别适用债券发行地法、债券销售地法和债券转让地法。

(15)拍卖合同,适用拍卖举行地法。

(16)行纪合同,适用行纪人住所地法。

(17)居间合同,适用居间人住所地法。

如果上述合同明显与另一国家或者地区有更密切联系的,适用该另一国家或者地区的法律。

4. 国际惯例补缺原则。《民法通则》第142条第3款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”《海商法》第268条第2款和《民用航空法》第184条第2款作了相同规定。采用这一原则对弥补我国现行立法的不足具有积极意义,但适用国际惯例不得违反我国法律的基本原则和社会公共利益。

二、侵权行为的法律适用

(一)侵权行为地的认定

总结不同国家对“侵权行为地”的认定,主要有三种做法:(1)以加害行为实施地为侵权行为地;(2)以损害结果发生地为侵权行为地;(3)以侵权行为过程中任何一个环节所涉及的地点,包括加害行为实施地和损害结果发生地等作为侵权行为地。

(二)侵权行为的法律冲突

侵权行为之债是指不法侵害他人人身或财

产权利,并造成损失而承担民事责任所构成的债。各国在侵权行为法方面的差异主要表现在:(1)侵权行为的外延不同;(2)侵权行为的构成要件不同;(3)侵权行为的相对人不同;(4)损害赔偿的数额及计算方法、赔偿的原则、标准和限额不同。在国际民商事交往中,这些差异会导致在侵权行为方面产生法律冲突。

(三)一般侵权行为的法律适用

解决侵权行为的法律适用问题一般有下列做法:

1. 适用侵权行为地法。这是“场所支配行为”原则在侵权领域的体现。有的国家以加害行为地作为侵权行为地,有的国家把损害发生地作为侵权行为地,还有的国家认为两者均可视为侵权行为地。

2. 选择适用侵权行为地法和当事人共同属人法。

3. 重叠适用侵权行为地法和法院地法。

4. 选择适用侵权行为地法、法院地法和当事人共同属人法。

自20世纪中期以来,侵权行为的法律适用出现了如下新发展:(1)侵权行为自体法与最密切联系原则的产生;(2)当事人意思自治开始进入侵权法领域;(3)适用对受害人有利的法律有时影响侵权行为的法律适用。

(四)特殊侵权行为的法律适用

以前,各国对侵权行为不分种类和性质,适用统一的准据法。现在,各国一般对一些特殊侵权行为,如交通事故、产品责任、不正当竞争、海上侵权等,单独解决其法律适用问题。下面以产品责任为例加以说明。

1. 产品责任准据法的选择。关于产品责任的法律适用问题,有一个逐渐演变的过程,大致有如下做法:(1)适用侵权行为地法;(2)适用最有利于原告的法律;(3)适用与产品责任有最密切联系的法律;(4)以多个连结因素为根据,灵活确定产品责任的准据法。

2. 产品责任法律适用的发展趋势:(1)产品责任的法律适用规范正朝着独立于一般侵权行为法律适用规范的方向发展。(2)在确定产品责任的准据法时,各国越来越重视保护受害

人的利益。(3)在一些国家的立法中,最密切联系原则和选择性或复合性冲突规范的采用,以及允许受害人在一定范围内选择准据法,使产品责任的法律适用规则趋向灵活和实用。(4)产品责任的法律适用规则逐步放弃反致,对违反法院地公共秩序的限制也有放宽的趋向。

(五)中国关于侵权行为法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第44~46条、最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第187条、《海商法》第273条、第275条以及《民用航空法》第189条对侵权行为的法律适用作了规定。这些规定可归纳为:

1. 侵权行为地法原则。《涉外民事关系法律适用法》第44条第1句规定:“侵权责任,适用侵权行为地法律,”《海商法》第273条关于船舶碰撞的法律适用和《民用航空法》第189条第1款关于民用航空器对地面第三人的损害赔偿,都规定适用侵权行为地法。最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见(试行)》第187条对侵权行为地的确定作了规定:“侵权行为地的法律包括侵权行为实施地法律和侵权结果发生地法律。如果两者不一致时,人民法院可以选择适用。”

2. 当事人共同属人法原则。《涉外民事关系法律适用法》第44条规定,当事人有共同经常居所地的,适用共同经常居所地法律。

3. 当事人意思自治原则。《涉外民事关系法律适用法》第44条规定:“侵权行为发生后,当事人协议选择适用法律的,按照其协议。”

4. 被侵权人经常住所地法原则。《涉外民事关系法律适用法》第45条规定:“产品责任,适用被侵权人经常居所地法律;被侵权人选择适用侵权人主营业地法律、损害发生地法律的,或者侵权人在被侵权人经常居所地没有从事相关经营活动的,适用侵权人主营业地法律或者损害发生地法律。”该法第46条规定:“通过网络或者采用其他方式侵害姓名权、肖像权、名誉权、隐私权等人格权的,适用被侵权人经常居所地法律。”

5. 法院地法原则。《海商法》和《民用航空



法》对该原则作了明确规定。《海商法》第 273 条第 2 款规定:“船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律。”第 275 条规定:“海事赔偿责任限制,适用受理案件的法院所在地法律。”《民用航空法》第 189 条第 2 款也规定:“民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律。”

6. 船旗国法原则。《海商法》第 273 条第 3 款规定:“同一国籍的船舶,不论碰撞发生于何地,碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。”这一规定确立了独立的船旗国法原则,它也是国际上的通行做法。

示例

甲国公民 A 与乙国公民 B 的经常居住地均在中国,双方就在丙国境内发生的侵权纠纷在中国法院提起诉讼。关于该案的法律适用,下列哪些选项是正确的?(2012 年试卷一第 79 题)

A. 如侵权行为发生后双方达成口头协议,就纠纷的法律适用做出了选择,应适用协议选择的法律

B. 如侵权行为发生后双方达成书面协议,就纠纷的法律适用做出了选择,应适用协议选择的法律

C. 如侵权行为发生后双方未选择纠纷适用的法律,应适用丙国法

D. 如侵权行为发生后双方未选择纠纷适用的法律,应适用中国法

【参考答案及简要提示】ABD。本题容易发生错误的地方有两点:一是对侵权行为的法律适用的顺序记忆混淆;二是对法律中规定的“明示”理解模糊,将“书面”方式与“明示”方式混淆。

三、不当得利和无因管理的法律适用

不当得利是指没有法律上的原因取得利益,致他人受损害的事实。各国对不当得利的法律适用主要有以下几种做法:(1)适用原因事实发生地法;(2)适用支配原法律义务或关系的

法律;(3)适用当事人属人法;(4)适用法院地法;(5)选择适用多种法律。

无因管理是指未受委托,又无义务,而为他人管理财产或事务,因而支出劳务或费用,可要求他人返还的债权债务关系。国际上对无因管理的法律适用,主要有以下主张:(1)适用事务管理地法;(2)适用当事人共同本国法;(3)适用支配原法律义务或关系的法律;(4)适用本人的住所地法。

我国《涉外民事关系法律适用法》第 47 条规定:“不当得利、无因管理,适用当事人协议选择适用的法律。当事人没有选择的,适用当事人共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用不当得利、无因管理发生地法律。”

第四节 商事关系

商事关系是平等的商事主体基于持续的营业活动建立起来的社会经济关系。这种特殊的社会经济关系需要特殊的法律规则来调整。而这些特殊的规则,无论从形式还是从实质上讲,都不可能完全规定在作为一般法的民法框架内,它们需要以特别法的形式来实现。随着国际经济贸易交往日益频繁,国际商事法律问题日益增多。由于不同种类的国际商事关系有不同的特点,其法律适用规则也各不相同,学习和了解这些国际商事关系的法律适用问题是现代国际私法面临的新课题。根据我国现有法律的规定,本节仅讨论票据、海事和国际民用航空、代理、信托关系的法律适用问题。

一、票据关系的法律适用

票据是出票人依票据法发行的、无条件支付一定金额或委托他人无条件支付一定金额给收款人或持票人的一种有价证券。由于各国票据法对同一问题的规定不同,人们在不同国家之间运用票据进行交往就会发生法律冲突,国际社会早在 20 世纪 30 年代就开始关注票据法的统一和法律适用问题,许多国家的立法对票据的法律适用也作了规定。

(一) 票据当事人能力的法律适用

对于票据当事人行为能力的法律适用,国际上一般适用当事人的属人法。大陆法系国家以当事人本国法为标准,英美法系国家主张适用当事人住所地法或行为地法;1930年《解决汇票及本票若干法律冲突公约》和1931年《解决支票若干法律冲突公约》均规定在适用当事人本国法的同时,在一定条件下可以适用行为地法。我国《票据法》第96条规定:“票据债务人的民事行为能力,适用其本国法律。票据债务人的民事行为能力,依照其本国法律为无民事行为能力或者为限制民事行为能力而依照行为地法律为完全民事行为能力的,适用行为地法律。”

(二) 票据行为方式的法律适用

票据行为包括出票、背书、承兑、付款及保证等,这些票据行为的有效性一般取决于行为地法。我国《票据法》第97条规定:“汇票、本票出票时的记载事项,适用出票地法律。支票出票时的记载事项,适用出票地法律,经当事人协议,也可以适用付款地法律。”第98条规定:“票据的背书、承兑、付款和保证行为,适用行为地法律。”《票据法》第20条规定:“出票是指出票人签发票据并将其交付给收款人的票据行为。”因此,出票地应是出票人签发票据并将其交付给收款人的地方。

(三) 票据追索权行使期限的法律适用

追索权是指票据没有获得承兑或付款时,持票人对其前手请求偿还的权利。由于各国对行使追索权的期限规定不同,《日内瓦公约》规定适用出票地法。我国《票据法》第99条规定:“票据追索权的行使期限,适用出票地法律。”

(四) 持票人责任的法律适用

为了行使追索权,持票人必须在规定的期间内提示票据,并在规定的期间内按规定的将拒付情形通知出票人和背书人,在规定的期间内并按规定的方式取得拒绝证明。否则,持票人不能行使追索权。我国《票据法》第100条规定:“票据的提示期限、有关拒绝证明的方式、出具拒绝证明的期限,适用付款地法律。”

(五) 票据丧失时权利保全程序的法律适用

关于票据丧失时权利保全程序问题,《日内瓦公约》主张适用付款地法律。我国《票据法》第101条也规定:“票据丧失时,失票人请求保全票据权利的程序,适用付款地法律。”

二、海事关系的法律适用

(一) 海事关系的法律冲突

由于各国海商法在下列方面均存在差异,海事关系的法律冲突也很普遍:(1)在船舶物权方面,各国关于船舶所有权、抵押权和优先权的规定不同;(2)在国际海上货物运输合同方面,各国关于承运人和托运人的责任的规定不同;(3)对船舶碰撞的规定,有关国际条约和各国的法律规定不尽相同;(4)有关国际条约和各国的法律对海难救助的规定不同;(5)有关国际条约和各国法律对确定共同海损分摊价值时采取的方法和考虑的因素不同;(6)有关国际条约和各国法律对海事赔偿责任限制的数额的规定不同。

(二) 中国关于海事关系法律适用的规定

我国《海商法》确定的法律适用规则可概括为:

1. 国际条约优先原则。大量的海事国际条约表明了各国对减少海事法律冲突的愿望和要求,一些国家确立了国际条约优先的原则。我国《海商法》第268条第1款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定;但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”

2. 国际惯例补缺原则。国际上存在着一些国际航运惯例,如《约克—安特卫普规则》、《租船和航运用语》等,它们是国际公约的补充。我国《海商法》第268条第2款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”

3. 意思自治与最密切联系原则。涉外海事关系中存在着大量的合同关系,意思自治与最密切联系原则因而得到了适用。我国《海商法》第269条规定:“合同当事人可以选择合同适用的法律,法律另有规定的除外。合同当事



人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

4. 船旗国法原则。船旗国法常用来解决船舶物权和同一国籍的船舶之间的碰撞问题。我国《海商法》第270条规定:“船舶所有权的取得、转让和消灭,适用船旗国法律。”第271条规定:“船舶抵押权适用船旗国法律。船舶在光船租赁以前或者光船租赁期间,设立船舶抵押权的,适用原船舶登记国的法律。”第273条第3款规定:“同一国籍的船舶,不论碰撞发生于何地,碰撞船舶之间的损害赔偿适用船旗国法律。”

5. 侵权行为地法原则。侵权行为地法也是海事国际私法中的法律适用规则。我国《海商法》第273条第1款规定:“船舶碰撞的损害赔偿,适用侵权行为地法律。”

6. 法院地法原则。法院地法原则在海事国际私法中广为适用。我国《海商法》第272条规定:“船舶优先权,适用受理案件的法院所在地法律。”第273条第2款规定:“船舶在公海上发生碰撞的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律。”第275条规定:“海事赔偿责任限制,适用受理案件的法院所在地法律。”

7. 理算法原则。对于共同海损理算,有的国家规定适用法院地法,多数国家规定适用共同海损理算法。我国《海商法》第274条规定:“共同海损理算,适用理算法法律。”

三、民用航空关系的法律适用

由于各国关于民用航空关系的法律规定不同,民用航空关系的法律冲突也在所难免。我国《民用航空法》规定的法律适用规则主要有:

1. 国际条约优先原则。该法第184条第1款规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用国际条约的规定;但是,中华人民共和国声明保留的条款除外。”

2. 国际惯例补缺原则。该法第184条第2款规定:“中华人民共和国法律和中华人民共和国缔结或者参加的国际条约没有规定的,可以适用国际惯例。”

3. 航空器国籍国法原则。该法第185条规

定:“民用航空器所有权的取得、转让和消灭,适用民用航空器国籍登记国法律。”第186条规定:“民用航空器抵押权适用民用航空器国籍登记国法律。”

4. 法院地法原则。该法第187条规定:“民用航空器优先权适用受理案件的法院所在地法律。”第189条第2款规定:“民用航空器在公海上空对水面第三人的损害赔偿,适用受理案件的法院所在地法律。”

5. 意思自治和最密切联系原则。该法第188条规定:“民用航空运输合同当事人可以选择合同适用的法律,但是法律另有规定的除外;合同当事人没有选择的,适用与合同有最密切联系的国家的法律。”

6. 侵权行为地法原则。该法第189条第1款规定:“民用航空器对地面第三人的损害赔偿,适用侵权行为地法律。”

四、代理的法律适用

代理是代理人以被代理人的名义在代理权限内与第三人为法律行为,而此种行为的后果直接归被代理人承担。因此,代理关系涉及被代理人、代理人和第三人。由于各国关于代理的理论基础、立法模式、种类和具体内容并不相同,国际代理关系不可避免发生法律适用问题。绝大多数国家区分代理内部关系、代理外部关系和代理权分别确定其法律适用规则,但做法并不完全一致。例如,对代理权的法律适用,各国有以下不同做法:(1)适用被代理人住所地法或代理内部关系的准据法;(2)适用主要交易合同的准据法;(3)适用代理人行为地法;(4)适用代理人营业地法或居所地法;(5)适用代理权实施地法。

我国《涉外民事关系法律适用法》第16条规定:“代理适用代理行为地法律,但被代理人与代理人的民事关系,适用代理关系发生地法律。当事人可以协议选择委托代理适用的法律。”

五、信托的法律适用

一般认为,信托是指委托人将财产权转移

新华考资

www.xhkedu.com

于受托人,受托人根据信托文件,为受益人利益或特定目的而进行管理或处分信托财产的法律关系。因此,信托关系涉及委托人、受托人和受益人3个主体。由于各国关于信托的含义和种类、信托财产权的构成、信托的生效要件和具体内容有很大差别,国际信托关系也会产生法律适用问题。尽管在立法上明确规定信托的法律适用的国家并不多,但多数国家的理论和判例普遍支持灵活性、开放性的冲突规则。我国《涉外民事关系法律适用法》也基本采取了这种主张,其第17条规定:“当事人可以协议选择信托适用的法律。当事人没有选择的,适用信托财产所在地法律或者信托关系发生地法律。”

第五节 婚姻与家庭

一、结婚的法律适用

结婚是男女双方根据法律规定的程序和条件结成夫妻的法律行为。它必须符合法律规定的实质要件和形式要件才能有效成立,但各国对结婚要件的规定不同,国际私法一般区分法律实质要件和法律形式要件解决其法律适用问题。

(一) 结婚实质要件的法律适用

结婚的实质要件包括结婚必须具备的条件和必须排除的条件,其法律适用问题有以下几种做法:

1. 适用婚姻举行地法。这是一条古老并仍然流行的原则。它主张,结婚如果符合婚姻举行地的法律,就是有效的,并在任何其他地方都有效。

2. 适用当事人的属人法。由于结婚与当事人的身份地位密切相关,许多国家主张结婚的实质要件适用当事人的属人法。凡符合当事人属人法的婚姻即为有效婚姻,否则为无效婚姻。但如果双方当事人的属人法不同,有下列不同做法:(1)适用夫的本国法;(2)分别适用双方当事人各自的属人法;(3)重叠适用双方当事人的属人法。

3. 混合制。这种做法是指婚姻的实质要件,或以婚姻举行地法为主,但在一定条件下适

用当事人的属人法;或以当事人的属人法为主,但在一定条件下适用婚姻举行地法。它避免了单纯适用当事人属人法和婚姻举行地法的不足,为越来越多的国家所采用。

(二) 结婚形式要件的法律适用

目前,缔结婚姻的形式主要有民事登记方式和宗教方式。对于结婚形式要件的法律适用,许多国家长期以来都适用婚姻举行地法。但单纯适用婚姻举行地法,有时会出现“跛脚婚姻”,有些国家就以婚姻举行地法为主,同时兼采属人法的方式来决定婚姻的形式要件。

(三) 中国关于结婚法律适用的规定

《涉外民事关系法律适用法》第21条规定:“结婚条件,适用当事人共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍,在一方当事人经常居所地或者国籍国缔结婚姻的,适用婚姻缔结地法律。”第22条规定:“结婚手续,符合婚姻缔结地法律、一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律的,均为有效。”因此,对于实质要件,要依次适用共同经常居所地法、共同国籍国法和婚姻缔结地法;而对形式要件,则在婚姻缔结地法、一方的经常居所地法或国籍国法中任选其一。

此外,在条约或互惠的基础上,我国也承认具有相同国籍的外国人双方在其本国驻华使领馆成立的婚姻为有效。但我国禁止现役军人、外交人员、公安人员、国家机关机要人员以及其他掌握重大机密的人员、正在接受劳动教养和服刑人员同外国人结婚。

二、夫妻关系的法律适用

夫妻关系是合法有效的婚姻产生的特定男女之间的一种法律关系,包括夫妻人身关系和夫妻财产关系。各国国际私法一般区分夫妻人身关系和夫妻财产关系,分别确定其准据法。

(一) 夫妻人身关系的法律适用

夫妻人身关系包括姓氏权、同居义务、忠贞及扶助义务、住所决定权、从事职业和社会活动的权利、夫妻之间的代理权等内容。由于各国政治、经济、社会风俗、历史传统和宗教信仰的不同,它们对这些问题的规定多有差异。解决



其法律适用问题的做法主要有:

1. 适用当事人的属人法。由于这主要涉及身份问题,适用当事人的属人法是当然的选择。目前,适用夫妻双方共同属人法的趋势有所加强。

2. 适用属人法和行为地法。由于夫妻人身关系有时关系到行为地的公共秩序和善良风俗,有的国家主张适用行为地法。1905年海牙《婚姻对夫妻身份和财产关系的效力的法律冲突公约》第1条规定,有关夫妻身份上的权利义务,依双方本国法,但前项权利义务的行使,非依行为地法认可的方式,不得为之。

(二) 夫妻财产关系的法律适用

夫妻财产关系又称夫妻财产制,是指具有合法婚姻关系的男女双方对家庭财产的权利义务,主要包括婚姻对双方当事人婚前财产发生什么效力,婚姻存续期间的财产归属,以及夫妻对财产的管理、处分和债务承担等方面的制度。解决夫妻财产关系的法律冲突主要有两个原则:

1. 意思自治原则。有的国家把夫妻关系看成一种特殊的契约关系,因而在夫妻财产关系的法律适用问题上,主张适用意思自治原则。1978年海牙《夫妻财产制法律适用公约》就采用了意思自治原则。

2. 属人法原则。有的国家在夫妻财产关系的法律适用方面排除意思自治原则的适用,直接规定夫妻财产关系应适用属人法。

(三) 中国关于夫妻关系法律适用的规定

《涉外民事关系法律适用法》第23条规定:“夫妻人身关系,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律。”第24条规定:“夫妻财产关系,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律。当事人没有选择的,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律。”

三、离婚的法律适用

(一) 离婚案件的管辖权

各国对离婚案件行使管辖权的规则有两

个:英美法系国家以当事人的住所、居所为依据;大陆法系国家以当事人的国籍为依据。1970年海牙《承认离婚和法定分居公约》规定下列国家的法院可对离婚诉讼行使管辖权:(1)被告在该国有惯常居所;(2)原告在该国有惯常居所,且该居所于诉讼提起前已持续一年以上,或配偶双方的最后惯常居所所在国;(3)配偶双方为该国国民,或原告是该国国民,且有惯常居所在该国,或他(她)的惯常居所在该国已持续一年以上且于诉讼开始时至少已有部分时间进入了第二个年头;(4)原告是该国国民,且他(她)于诉讼提起时正在该国而配偶双方的最后惯常居所国于诉讼提起时的法律不允许离婚。

(二) 离婚的法律适用

关于离婚的法律适用,各国主要有以下做法:

1. 英国和美国等国家采取适用法院地法的做法,因为它们认为离婚涉及一国的公共秩序和善良风俗。

2. 有的国家主张适用当事人的属人法,因为离婚是消灭既存婚姻关系的一种法律行为,与人的身份密切相关。

3. 大多数欧洲国家、日本、泰国等国家采用属人法和法院地法相结合的做法。

值得注意的是,一些国家的新近立法出现了有利于离婚的趋势。

(三) 中国关于涉外离婚的管辖权和法律适用的规定

对于涉外离婚案件的管辖权,根据我国民事诉讼法第21条、第22条的相关规定,只要被告在我国有住所或居所,我国法院就有管辖权;同时,对于被告不在我国境内居住的离婚案件,如原告在我国境内有住所或居所,则原告住所地或居所地法院也有管辖权。

根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的规定,我国法院在以下情况下也有管辖权:(1)在国内结婚并定居国外的华侨,如定居国法院以离婚诉讼须由婚姻缔结地法院管辖为由不予受理,当事人向人民法院提出离婚诉讼的,由婚姻缔结

地或一方在国内的最后居所地人民法院管辖。(2)在国外结婚并定居国外的华侨,如定居国法院以离婚诉讼须由国籍所属国法院管辖为由不予受理,当事人向人民法院提出离婚诉讼的,由一方原住所地或在国内的最后住所地人民法院管辖。(3)中国公民一方定居国外,一方居住在国内,不论哪一方向人民法院提起离婚诉讼,国内一方住所地人民法院都有管辖权。如国外一方在居住国法院起诉,国内一方向人民法院起诉的,受诉人民法院有管辖权。(4)中国公民双方在国外但未定居,一方向人民法院起诉离婚的,应由原告或者被告住所地人民法院管辖。(5)中国公民和外国人在华要求离婚的,中国公民住所地人民法院享有管辖权;外国人在其本国法院起诉,中国公民向中国法院起诉,中国法院有管辖权。(6)配偶双方均为外国人或无国籍人在中国要求离婚,中国法院认定当事人一方的住所或居所在中国,中国法院有管辖权。

对于离婚的法律适用问题,我国《涉外民事关系法律适用法》对协议离婚和诉讼离婚分别作了规定。该法第26条规定:“协议离婚,当事人可以协议选择适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律。当事人没有选择的,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用共同国籍国法律;没有共同国籍的,适用办理离婚手续机构所在地法律。”第27条规定:“诉讼离婚,适用法院地法律。”

四、父母子女关系的法律适用

父母子女关系又称亲子关系,是父母和子女相互之间的权利义务关系。从内涵上讲,它包括人身关系和财产关系两个方面;从外延上讲,它包括亲生父母子女关系和养父母子女关系。关于父母子女关系的法律适用,主要有3种做法:

1. 适用父母属人法。这种做法认为父母在父母子女关系中处于主导地位,是权利义务关系的核心。

2. 适用子女属人法。这是为了保护子女、谋求子女的幸福和最有利于保护子女的利益而

作出的选择。

3. 适用父母和子女的共同属人法。这种做法是为了综合两方面因素,从父母和子女的融洽关系出发所作的选择。

我国《涉外民事关系法律适用法》第25条规定:“父母子女人身、财产关系,适用共同经常居所地法律;没有共同经常居所地的,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护弱者权益的法律。”

五、收养的法律适用

收养是通过法律程序创设父母子女关系的一种制度。收养人和被收养人之间并无血缘关系,而是一种拟制的亲子关系。收养的成立必须符合法定的实质要件和形式要件。收养的实质要件包括收养人和被收养人的年龄、身份和意思表示等内容;收养的形式要件一般要求经过申请及有关主管部门核准备案,进行公证或登记。但各国的具体规定有一些差异。

(一) 收养成立的法律适用

对收养成立的形式要件,大都主张适用收养成立地法,也有主张适用与解决收养实质要件相同的准据法。但对收养成立的实质要件,有以下不同主张:(1)适用法院地法。(2)适用收养人属人法。(3)适用收养人和被收养人各自的属人法。(4)适用收养发生地法。(5)适用被收养人的属人法。

(二) 收养效力的法律适用

收养的效力涉及收养对养子女与养父母的法律效力和收养对子女与生父母的法律效力。各国对收养的效力的规定不同,它们在收养效力的法律适用方面也采取各不相同的做法:(1)适用收养人本国法。(2)分别适用收养人和被收养人的属人法。(3)原则上适用收养人或收养人本国法或者他们共同的本国法,以其他法律作为补充。(4)适用收养人或被收养人的住所地法。(5)适用收养发生地法。

(三) 收养解除的法律适用

除收养人或被收养人死亡外,收养关系既可依双方当事人的协议而解除,也可依当事人一方的要求而解除。但对收养解除的法律适

新华考资
www.xhkzedu.com



用问题,有的国家采用与收养成立相同的准据法,有的国家采用与收养效力相同的准据法。

(四) 中国关于收养法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》分别对收养的成立、效力和解除的法律适用作了规定,其第28条规定:“收养的条件和手续,适用收养人和被收养人经常居所地法律。收养的效力,适用收养时收养人经常居所地法律。收养关系的解除,适用收养时被收养人经常居所地法律或者法院地法律。”

六、扶养的法律适用

扶养是指特定亲属间一方对他方给予生活上的扶助。扶养有广义与狭义之分。广义的扶养包括抚养、赡养和狭义的扶养。

对于扶养关系的法律适用,有的国家分别对配偶之间的扶养、亲子之间的扶养和其他亲属之间的扶养作了规定,但多数国家只对扶养作了笼统规定:有的规定适用扶养义务人的属人法,有的规定适用扶养权利人的属人法。而1973年海牙《扶养义务法律适用公约》充分体现了保护扶养权利人的趋势。它规定,扶养义务由扶养权利人惯常居所地法决定,如果根据该法,扶养权利人不能从扶养义务人处获得扶养时,则依扶养权利人和扶养义务人的共同本国法;如果无共同本国法或依共同本国法也不能从扶养义务人处获得扶养时,依受理机关的国内法。

我国《涉外民事关系法律适用法》第29条规定:“扶养,适用一方当事人经常居所地法律、国籍国法律或者主要财产所在地法律中有利于保护被扶养人权益的法律。”参照我国的司法实践,此处的扶养包括父母对子女的抚养关系、夫妻之间的扶养关系和子女对父母的赡养关系。

七、监护的法律适用

监护是监护人对未成年人或禁治产人的人身和财产利益依法实行监督和保护的一种法律制度。承担监督义务的人为监护人,受监护人

监督和保护的人为被监护人。由于监护制度是为保护受监护人的利益设置的,各国立法和上述国际条约一般规定被监护人的属人法为监护问题的准据法,但也有少数国家适用法院地法,如英国。

我国《涉外民事关系法律适用法》第30条规定:“监护,适用一方当事人经常居所地法律或者国籍国法律中有利于保护被监护人权益的法律。”

新华考资

www.xhkzedu.com

第六节

一、法定继承的法律适用

继承是指继承人依法承受死者生前遗留的财产或与财产有关的权利和义务。法定继承是继承人的范围、继承顺序和遗产的分配由法律予以规定的继承方式。由于各国法律在继承人的范围、继承人的顺序、代位继承、应继份额、继承权的丧失和继承权的放弃等方面的规定不同,法定继承的法律冲突在所难免。从各国的立法和国际条约的规定来看,适用于法定继承的冲突规则不外乎被继承人的本国法、被继承人的住所地法和遗产所在地法。当然,有的国家采用其中之一,有的国家采用其中两个。根据是否将遗产中的动产和不动产区别开来分别确定法定继承的准据法,人们将法定继承的法律适用归纳为区别制和同一制。

(一) 区别制

区别制,也称分割制,就是将遗产区分为动产和不动产,分别确定继承的准据法,即动产适用被继承人的属人法,不动产适用物之所在地法。这种制度在19世纪就占据了主导地位,现在仍有不少国家采用这种制度,我国采取的就是这种制度。这种制度考虑到了不动产与所在国的密切关系,适用不动产所在地法也有利于案件的审理和判决的执行。但在实际运用中,如果遗产分布在两个或两个以上的国家,遗产继承就要受两个或两个以上的国家的法律支配,从而使继承关系复杂化,在法律适用上可能遇到诸多麻烦和困难。

(二) 同一制

同一制,也称单一制,是指不管遗产是动产还是不动产,继承关系作为一个整体适用同一冲突规范所指定的准据法,通常为被继承人的属人法(本国法或住所地法)。该制度以罗马法中的总括继承为理论基础,为不少国家的立法所采用。1988年海牙《死亡人遗产继承法律适用公约》就采用了同一制。该公约第3条规定:继承受死者死亡时有惯常居所且为其国民的那个国家的法律支配;同时,继承也受死者死亡时有惯常居所不少于5年的那个国家的法律支配,但在例外情况下,如果死者死亡时明显与他的国籍所属国有更密切的联系,则适用那个国家的法律;在其他情况下,继承受死者死亡时的本国法支配,除非死者死亡时明显与另一国有更密切的联系(在此情况下,适用另一国的法律)。采用同一制简单方便,但如果死者属人法与遗产所在地法不同时,会发生一定的困难,特别是遗产所在地的国际私法采用区别制时,根据属人法作出的判决有可能在不动产所在地国得不到承认与执行。

(三) 中国关于法定继承法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》第31条规定:“法定继承,适用被继承人死亡时经常居所地法律,但不动产法定继承,适用不动产所在地法律。”

二、遗嘱的法律适用

遗嘱是立遗嘱人在生前对其财产进行处分并于死后发生效力的单方法律行为。国际私法对遗嘱问题的处理,一般区分遗嘱的实质内容问题和遗嘱本身的问题(即作为一种意思表示形式的遗嘱本身的问题)。

(一) 立遗嘱人能力的法律适用

关于立遗嘱人能力的法律冲突,一般认为应适用立遗嘱人的属人法,但有的国家适用立遗嘱人的本国法,有的国家适用立遗嘱人的惯常居所或住所地法,还有的国家规定对在本国境内的不动产的立遗嘱人能力适用不动产所在地法。如适用立遗嘱人的属人法,当立遗嘱人立遗嘱时与死亡时的属人法不一致时,

多数国家规定适用立遗嘱人立遗嘱时的属人法。

(二) 遗嘱方式的法律适用

关于遗嘱方式的有效性,一些国家不分动产和不动产,统一规定应适用的法律,一般采用属人法或行为地法为准据法,其中又可分为:(1)首先依遗嘱人的属人法,如果属人法认为遗嘱方式无效而立遗嘱地法认为有效者,则依立遗嘱地法。(2)只要属人法和立遗嘱地法有一个认为遗嘱方式有效,该遗嘱就有效。

另一些国家将动产与不动产区别开来,分别规定应适用的法律,即不动产遗嘱方式适用不动产所在地法,动产遗嘱方式适用的法律则比较灵活。

目前,各国立法对遗嘱方式的法律适用有放宽和更加灵活处理的趋势。1961年海牙《遗嘱处分方式法律冲突公约》是这种趋势的集中表现。该公约第1条规定:凡遗嘱处分在方式上符合下列各法律的即为有效:(1)遗嘱人立遗嘱地法;(2)遗嘱人立遗嘱时或死亡时的国籍国法;(3)遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法;(4)遗嘱人立遗嘱时或死亡时的惯常居所地法;(5)在涉及不动产时则依不动产所在地法。

(三) 遗嘱内容和效力的法律适用

在国际私法实践中,关于遗嘱内容和效力的法律适用,通常有以下几种主张:

1. 适用立遗嘱人立遗嘱时或死亡时的本国法。在遗嘱继承中,有时会出现这种情况,即一个人立遗嘱后由于种种原因改变了国籍,因而其死亡时的国籍和立遗嘱时的国籍不一致。这样,便提出立遗嘱人所立遗嘱的内容及效力是依立遗嘱人立遗嘱时的本国法,还是依立遗嘱人死亡时的本国法的问题。各国对此做法不一。有的国家主张适用立遗嘱人立遗嘱时的本国法,有的国家规定适用立遗嘱人死亡时的本国法,有的国家规定适用立遗嘱人立遗嘱时本国法或其死亡时本国法均可,但以先适用立遗嘱人立遗嘱时本国法为条件。

2. 适用立遗嘱人立遗嘱时或死亡时的住所地法。有些国家认为,继承及遗产是与死者



的住所所有密切关系的,因而主张遗嘱的内容及效力依立遗嘱人的住所地法。不过,有的国家主张适用立遗嘱人立遗嘱时的住所地法,有的国家则主张适用立遗嘱人死亡时的住所地法。

3. 有关动产的遗嘱适用被继承人的属人法,有关不动产的遗嘱则适用物之所在地法。不过,在有关动产的遗嘱继承方面,它们对属人法有不同的理解,而且对属人法到底是立遗嘱人立遗嘱时的属人法还是立遗嘱人死亡时的属人法也有分歧。

4. 适用遗产所在地法。南美洲一些国家从继承属于物权范畴的观点出发,主张遗嘱继承应依遗产所在地法。

5. 适用被继承人选择的法律。例如,1995年《意大利国际私法制度改革法》第46条第2款规定:“被继承人可以通过其遗嘱中的明示条款选择其惯常居所地法律适用于其所有财产的继承。”

(四) 中国关于遗嘱法律适用的规定

我国《涉外民事关系法律适用法》分别对遗嘱方式和效力的法律适用作了规定,其第32条规定:“遗嘱方式,符合遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律、国籍国法律或者遗嘱行为地法律的,遗嘱均为成立。”第33条规定:“遗嘱效力,适用遗嘱人立遗嘱时或者死亡时经常居所地法律或者国籍国法律。”

三、遗产管理的法律适用

为了便于对死者遗产的清理、分配。许多国家规定了遗产管理人制度,对遗产管理人的资格、产生、职责等问题作了规定,但不同国家的规定并不完全一致。由于遗产管理常常涉及不同继承人、相关债权人、债务人以及社会公共利益(如遗产税),遗产所在地法应该发挥重要作用。因此,我国《涉外民事关系法律适用法》第34条规定:“遗产管理等事项,适用遗产所在地法律。”

四、无人继承财产归属问题的法律适用

(一) 关于无人继承财产的理论

无人继承财产是指继承已经开始,但在法

定期限内,没有人接受继承或受领遗赠。对于无人继承财产,各国法律均规定归属国库或其他公共团体,但关于国家或其他公共团体以什么资格取得无人继承财产的问题,则有不同的理论和主张:(1)先占取得,即将无人继承财产视为无主物,国家通过先占权取得无人继承财产;(2)继承取得,即国家作为最终的法定继承人取得无人继承财产。我国《继承法》第32条规定,无人继承又无人受遗赠的遗产,归国家所有;死者生前是集体所有制组织的成员,归所在集体所有制组织所有。

(二) 无人继承财产归属问题的法律适用

解决无人继承财产归属问题的冲突规则有两种:一是适用被继承人的属人法,这为主张继承取得的国家所采用;二是适用财产所在地法,这为主张先占取得的国家所采用。我国《涉外民事关系法律适用法》第35条:“无人继承遗产的归属,适用被继承人死亡时遗产所在地法律。”

示例

中国人李某定居甲国,后移居乙国,数年后死于癌症,未留遗嘱。李某在中国、乙国分别有住房和存款,李某养子和李某妻子的遗产之争在中国法院审理。关于该遗产继承案的法律适用,下列哪些选项是正确的?(2010年试题一第83题)

- A. 李某动产的继承应适用甲国法
- B. 李某动产的继承应适用乙国法
- C. 李某动产的继承应适用中国法
- D. 李某所购房屋的继承应适用房屋所在国的法律

【参考答案及简要提示】BD。对于本题的解答,只要记得《涉外民事关系法律适用法》第31条的规定即可。它规定,法定继承适用被继承人死亡时经常居所地法律,不动产法定继承适用不动产所在地法律。由于李某去世前已经移居乙国,并在那里居住数年,可以合理判断李某死亡时的经常居所地在乙国。因此,选项B正确。而李某在中国和乙国购置的房屋是遗产中的不动产,应分别适用中国和乙国的法律。选项D正确。

新华考试
www.xhkdzu.com

第七节 知识产权

知识产权是指个人或组织对其在科学、技术、文学艺术等领域创造的精神财富或智力成果享有的专有权或独占权。它主要包括专利权、商标权和著作权。传统观点认为,由于知识产权具有地域性,它原则上不发生域外效力。但20世纪中叶以来,随着一系列知识产权公约的签订,越来越多的国家承担着保护其他国家知识产权的国际义务,而不同国家关于知识产权的范围、取得条件、内容和保护方式等并不一致,因此,知识产权的法律适用问题越来越受到学者和一些国家立法的关注。

以前,理论界一般根据专利权、商标权和著作权的不同特点,分别确定其法律适用规则。现在,越来越多的人主张采用分割方法,分别对知识产权的权属、转让和侵权确定法律适用规则。我国《涉外民事关系法律适用法》就采取了这种方法,其第48条规定:“知识产权的归属和内容,适用被请求保护地法律。”第49条规定:“当事人可以协议选择知识产权转让和许可使用适用的法律。当事人没有选择的,适用本法对合同的有关规定。”第50条规定:“知识产权的侵权责任,适用被请求保护地法律,当事人也可以在侵权行为发生后协议选择适用法院地法律。”

示例

甲国A公司向乙国B公司出口一批货物,双方约定适用2010年《国际贸易术语解释通

则》中CIF术语。该批货物由丙国C公司“乐安”号商船承运,运输途中船舶搁浅,为起浮抛弃了部分货物。船舶起浮后继续航行中又因恶劣天气,部分货物被海浪打入海中。到目的港后发现还有部分货物因固有缺陷而损失。

A公司与B公司就某批货物在中国境内的商标权产生争议,双方诉至中国某法院。关于该商标权有关争议的法律适用,下列选项正确的是:(2012年试卷一第98题)

- A. 归属争议应适用中国法
- B. 归属争议应适用甲国法
- C. 转让争议应适用甲国法
- D. 转让争议当事人可以协议选择法律

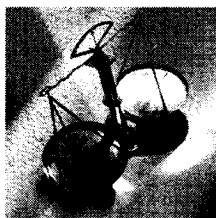
【参考答案及简要提示】AD。解答本题容易发生错误的地方有两处:一是考生对知识产权的法律适用的不同方面记忆混淆,对知识产权的归属与转让区分不清;二是对被请求保护地的含义认识错误。

【本章主要法律规定】

1. 民法通则第8章
2. 涉外民事关系法律适用法第2~7章
3. 票据法第5章
4. 海商法第14章
5. 民用航空法第14章
6. 最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》
7. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》

本章是国际私法在权利能力与行为能力、物权、债权、商事关系、婚姻与家庭、继承、知识产权等领域的具体法律适用规则的介绍,涉及《民法通则》、《海商法》、《合同法》、《票据法》和《民用航空法》等多部法律和《涉外民事关系法律适用法》第2~7章以及最高人民法院在2007年和2012年发布的两部司法解释,内容广泛、条文众多,还有不少条文交叉、重复和不一致。

学习本章要在了解国际上关于不同民商事关系法律适用的一般做法的基础上,掌握我国上述立法的具体规定,特别注意《涉外民事关系法律适用法》和2012年《司法解释(一)》对以前相关法律规定的修订和完善。难点是记忆和理解经常居住地的确定、当事人意思自治原则的具体适用、特征性履行方法的作用,以及侵权行为、知识产权、结婚、离婚和遗嘱等复杂法律适用规则。



国际私法

第六章 国际民商事争议的解决

第一节 国际民商事争议概述

一、国际民商事争议的概念和特点

(一) 国际民商事争议的概念

国际民商事争议是指国际民商事交往中各方当事人之间在权利义务方面所发生的各种纠纷。

(二) 国际民商事争议的特点

1. 国际民商事争议含有国际因素或涉外因素,即它是一种国际性争议。这种国际性是指国际民商事争议的主体、客体或内容至少含有一个国际因素或涉外因素,如在不同国家的自然人或法人之间发生的争议、争议的标的物位于国外,等等。国际民商事争议的这一特点使其同纯粹的国内民商事争议区别开来。

2. 国际民商事争议为国际私法争议,如在婚姻、继承、合同、知识产权、保险、海事等领域发生的争议。这一特点使其与国家之间的政治、军事、外交和领土等争端区别开来。

3. 国际民商事争议解决方式多元化,既可以通过国内民商事争议解决机制也可以通过国际民商事争议解决机制来解决。协商、调解、仲裁和诉讼等多种争议解决方式被广泛用于解决国际民商事争议。此外,网上的、在线的或虚拟的国际民商事仲裁机制已经建立起来,并开始运作。

二、国际民商事争议的类型

根据不同的标准,国际民商事争议可作如下分类:

首先,根据争议主体的不同,国际民商事争议可分为私人之间的争议、国家和外国私人之间的争议、国家之间的争议、国家与国际组织之间的争议、国际组织和私人之间的争议等。实践中,私人之间的争议最为常见,后几类争议通常只在特定情况下发生。争议主体的地位不同对争议解决方式和法律适用均有影响。

其次,根据争议的性质不同,基于所谓的“民商分立”的主张,国际民商事争议可分为国际民事争议和国际商事争议。在一些国家,这种划分常常关系到一项争议事项是否可以用仲裁的方式加以解决以及外国仲裁裁决是否可在本国得到承认与执行。

最后,根据争议的起因不同,国际民商事争议可分为契约性争议和非契约性争议,争议的起因不同有时会导致争议的管辖权、争议的解决方式以及当事人的权利义务有所不同。

三、国际民商事争议的解决方式

国际民商事争议解决方式是多种多样的。根据争议是否裁判解决,国际民商事争议解决方式可分为非裁判性的解决方式(包括和解或协商、调解)和裁判性的解决方式(包括仲裁和司法诉讼)。根据争议的解决是否有第三人介入,国际民商事争议解决方式可分为当事人自行解决争议的方式(如和解或协商)和第三人参与解决争议的方式(包括调解、仲裁和司法诉讼等)。通常使用的争议解决方式主要有和解、调解、仲裁和司法诉讼等。

目前,在争议解决方式方面,所谓的“替代争议解决方式”(ADR,即 Alternative Dispute Resolution)越来越受到重视。替代争议解决方式是指司法诉讼以外的解决争议的各种方式的总称。替代争议解决方式主要包括:和解、协商、调解、仲裁、无约束力仲裁、调解仲裁、小型审判、借用法官、私人法官、附属法院的仲裁以及简易陪审团审判等。替代争议解决方式一般是以当事人自愿为基础的,当事人意思自治原则在替代争议解决方式中非常重要。由于替代争议解决方式具有形式多样、程序灵活和快捷、费用低廉等优点,越来越受到国际民商事争议当事人的青睐,是非常流行的解决争议方式。

第二节 国际商事仲裁

一、国际商事仲裁概述

(一) 仲裁的概念、特点和类型

仲裁是指双方当事人在争议发生前或发生

后达成协议,自愿将他们之间的争议交给他们共同选定的第三者居中评判是非,由该第三者依据法律或公平原则作出对双方当事人均有约束力的裁决的一种解决争议的方式。以仲裁的方式处理争议具有悠久的历史,仲裁的最初形态可追溯到远古时代。后来仲裁这种解决争议的方式被国家以法律的形式确定下来,逐渐形成了较为完备的仲裁制度。目前,仲裁已成为各国普遍接受或采用的一种解决争议的方式。

仲裁同调解和司法诉讼虽然都属于有第三者介入解决争议的方法,但仲裁又有其自己的特点。

仲裁与调解相比,相同之处在于两者都是以双方当事人的协议或同意为基础进行的。不同之处在于:(1)调解的进行,自始至终都需要双方当事人的同意,只要有一方不同意,调解就不能进行。而仲裁只要双方当事人合意达成仲裁协议,就产生法律约束力。争议发生后,即使一方当事人不同意仲裁,他方仍可以根据仲裁协议提起仲裁程序,仲裁庭也有权受理案件并进行仲裁。(2)在调解程序中,调解人只能对当事人进行说服劝导,无权自己作出决定,经调解达成的协议完全基于双方当事人的合意;而在仲裁程序中,仲裁人以裁判者的身份出现,可以独立自主地对争议的问题作出裁决,裁决无须征得双方当事人的同意,并且对双方当事人具有约束力。

仲裁与诉讼相比,相同之处在于两者的处理决定都是由第三者独立自主地作出,都对当事人具有约束力。不同之处在于:(1)法院是国家机器的重要组成部分,具有法定的管辖权,当事人一方向法院起诉,一般无须依靠双方事先的同意,有管辖权的法院就有权发出传票,传唤对方出庭(双方订有仲裁协议的情况除外);而仲裁机构尤其是国际商事仲裁机构一般都是民间组织,没有法定的管辖权,只能根据双方当事人事先的仲裁协议受理提交给它处理的案件,如果双方当事人之间没有仲裁协议,任何一方以及仲裁机构都不能迫使另一方进行仲裁。(2)法院受理案件的范围是由法律规定的,法院可以审判法定范围内的任何事项,而仲裁审理的事项与范围都是由双方当事人事先约定的,仲裁人不得对当事人约定范围以外的事项进行



仲裁。(3)在诉讼程序中,负责审理案件的法官由法院任命,诉讼当事人没有任意指派或选择法官的权利。法院开庭的程序、时间、地点也都由法院规定,当事人无权变更。而仲裁人、仲裁的程序、时间、地点都可以由双方当事人协商选定。

仲裁有如下三种类型:

1. 国际仲裁(international arbitration)。作为和平解决国家与国家之间的争端的一种方法,国际仲裁系指当国家之间发生争端时,当事国根据协议,把争端提交给它们自行选择的仲裁人处理,并相互约定遵守其裁决的争端解决方式。1900年设立于荷兰海牙的常设仲裁院(Permanent Court of Arbitration),即属处理这类国际仲裁事务的国际机构。国际仲裁属于国际公法研究的范围。

2. 国内仲裁(domestic arbitration)。这是各国以仲裁方式解决纯国内民商事争议的一种仲裁。国内仲裁不含有国际因素或涉外因素,这是它不同于其他类型仲裁的主要之处。许多国家都通过国内立法对国内仲裁加以专门规定。例如,根据我国1994年仲裁法,我国已在直辖市和省、自治区政府所在地的市以及设区的市设立了大量的国内仲裁机构。国内仲裁属于国内法的研究范围。

3. 国际商事仲裁(international commercial arbitration)。国际商事仲裁属于国际私法的研究范围,也是本节的讨论对象。

(二) 国际商事仲裁的概念和特性

1. 国际商事仲裁的概念。国际商事仲裁是含有国际因素或涉外因素的仲裁,是解决国际、跨国或涉外商事争议的仲裁,有时也称为国际经济贸易仲裁、涉外仲裁、国际仲裁或跨国仲裁(transnational arbitration)。

在理论和实践中,国际上对何谓“国际”和何谓“商事”尚无普遍接受的概念,各国的规定也有所不同。不过,一般认为应该对“国际”和“商事”两词作广义解释。1985年《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》第1条的规定及其解释对这两个词作了广义的解释。

根据该示范法第1条第3款规定,国际仲裁包括:(1)其营业地在不同国家的当事人之间

的争议的仲裁;(2)仲裁地和当事各方的营业地位于不同国家的仲裁;(3)主要义务履行地和当事各方的营业地位于不同国家的仲裁;(4)与争议标的关系最密切的地点和当事各方营业地位于不同国家的仲裁;(5)当事各方明确同意仲裁标的的与一个以上国家有关的仲裁。该示范法的规定反映了国际商事仲裁实践对“国际”含义作广义解释的趋势,特别是显示出按照当事人的合意来确定什么是国际仲裁的倾向。

该示范法同时解释:对“商事”一词应作广义的解释,商事包括不论是契约或非契约性的一切商事性质的关系所引起的种种事情。商事性质的关系包括但不限于下列交易:供应或交换货物或服务的任何贸易交易;销售协议;商事代表或代理;代理;租赁;建造工厂;咨询;工程许可;投资;融资;银行;保险;开发协议或特许;合资经营和其他形式的工业或商业合作;客货的航空、海上、铁路或公路运输。

我国对何谓“涉外仲裁”并无明确的规定和解释。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第178条第1款以及最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第304条的规定,最高人民法院所理解的“涉外”为传统国际私法上所讲的“涉外”,即法律关系的三要素中至少有一个要素与外国联系。据此可以推定,在我国,凡仲裁协议的一方或双方当事人为外国人、无国籍人或外国企业或实体,或者仲裁协议订立时双方当事人的住所或营业地位于不同的国家,或者即使位于相同的国家,但仲裁地位于该国之外,或者仲裁协议中涉及的商事法律关系的设立、变更或终止的法律事实发生在外国,或者争议标的位于外国等,都应视为涉外仲裁。但在我国仲裁界,有人主张借鉴《联合国国际贸易法委员会国际商事仲裁示范法》中对“国际”的定义,扩大“涉外”的内涵。此外,在仲裁实践中,中国仲裁机构对涉及香港、澳门和台湾地区的仲裁案件,比照涉外案件处理。

至于“商事”的含义,我国最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第2条作了一个解释:“根据我国加

入该公约时所作的商事保留声明,我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用公约。所谓‘契约性和非契约性商事法律关系’,具体是指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的经济上的权利义务关系,例如货物买卖、财产租赁、工程承包、加工承揽、技术转让、合资经营、合作经营、勘探开发自然资源、保险、信贷、劳务、代理、咨询服务和海上、民用航空、铁路、公路的客货运输以及产品责任、环境污染、海上事故和所有权争议等,但不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。”

2. 国际商事仲裁的特性。目前,国际商事仲裁已被广泛地用于解决各种国际民商事争议。之所以如此,是因为国际商事仲裁具有如下特点:(1)国际性或涉外性。这是它同国内仲裁的主要区别所在。其国际性决定了它比国内仲裁更加灵活,并受到国际协议规范。(2)自治性。国际商事仲裁是以当事人的自愿和协议为基础的,在国际商事仲裁中,当事人可以自由地选择仲裁事项、仲裁地点、仲裁机构、仲裁员、仲裁程序以及仲裁庭进行裁决时所适用的法律,等等。仲裁人处理仲裁案件的权利也来自当事人的同意。国际商事仲裁的这一特点是人们愿意采用其解决争议的重要原因。(3)民间性。国际商事仲裁的仲裁人,特别是仲裁机构,一般都是非国家机关或非官方机构,这种民间性对那些对官方机构不信任的当事人来说,非常有吸引力。(4)中立性。在国际民商事交往中,不同国家的当事人都力图将其争议提交本国法院依照本国法律解决,因为他们互不信任对方国家法院的公正性。而在国际商事仲裁中,尽管仲裁人或仲裁机构是当事人选定的,但前者并不代表后者,而是居中评判是非,具有中立性。尤其是在国际上有一些仲裁机构本身不隶属于任何国家,仲裁案件可以中立于当事人所属国之外,不受任何一方当事人所属国司法制度和公共政策的影响。(5)专业性。国际商事争议有时会涉及一些专门性或技术性的问题,需要具备专门知识的人去解决。在国际商事仲裁中,当事人可以自主选择有关争议问题专家充当仲裁员,从而有利于仲裁案件准确和迅速的

解决。(6)保密性。法院审理案件一般应公开进行,而仲裁案件的审理是不公开的,这有利于争议当事人双方不将其商业秘密和分歧公布于众。(7)准司法性。国际商事仲裁虽然是以当事人的自愿和协议为基础的,但当事人一旦达成仲裁协议,即对当事人产生法律约束力,当事人必须将争议提交仲裁;同时,仲裁人作为裁判者有权无须当事人同意而作出对双方当事人有约束力的裁决;而且裁决作出后,一方当事人不履行裁决的,他方当事人可以向法院申请强制执行。仲裁的准司法性保证了仲裁的法律效力和严肃性。(8)终局性。仲裁一般是“一锤定音”,仲裁裁决是终局的,不像法院诉讼那样采用两审终审甚至三审终审,因而有利于迅速解决争议,为当事人节省时间和费用。

当然,与诉讼相比,仲裁也有一些局限性,主要是缺乏诉讼的强制性、严密性和统一性。比如由于仲裁以当事人的自愿和协议为基础,故缺少第三人程序,仲裁人无权强迫那些可以最终对裁决的执行承担全部或部分责任的第三人加入仲裁程序,从而影响争议最终有效的解决。

二、仲裁协议

在国际商事仲裁实践中,仲裁协议被认为是仲裁的基石,因为它既是任何一方当事人将争议提交仲裁的依据,又是仲裁机构和仲裁员受理争议案件的依据。

(一)仲裁协议的概念和类型

仲裁协议是指双方当事人愿意将他们之间将来可能发生的争议或者已经发生的争议交付仲裁解决的一种协议。

仲裁协议有如下几种类型:

1. 仲裁条款(arbitration clause)。它是当事人双方在签订合同时,在合同中订立的约定将可能发生的合同争议提交仲裁解决的条款,是现代民商事合同中经常采用的解决合同争议的条款。目前是仲裁协议最重要的表现形式。

对于这种在主合同中订立的仲裁条款,各国一般承认其具有相对的独立性,即仲裁条款不因主合同的变更、解除、终止或无效而当然失去效力。这种主张被称为仲裁条款自治说。我

新华考资
www.xhkzedu.com



国仲裁法第19条第1款也明确承认了仲裁条款具有相对的独立性,规定:“仲裁协议独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响仲裁协议的效力。”

2006年9月8日起施行的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》(以下简称《仲裁法司法解释》)第8~10条进一步规定,当事人订立仲裁协议后合并、分立的,仲裁协议对其权利义务的继受人有效,当事人订立仲裁协议后死亡的,仲裁协议对承继其仲裁事项中的权利义务的继承人有效,当事人另有约定的除外;债权债务全部或者部分转让的,仲裁协议对受让人有效,但当事人另有约定、在受让债权债务时受让人明确反对或者不知有单独仲裁协议的除外;合同成立后未生效或者被撤销的,当事人在订立合同时就争议达成仲裁协议的,不影响仲裁协议的效力。

2. 仲裁协议书(submission to arbitration agreement)。它是争议当事人订立的将其争议提交仲裁解决的一种专门协议。这是一种传统的仲裁协议,现在在实践中当事人已较少采用这种形式的仲裁协议,因为大多数国际合同中已规定有仲裁条款。另外,在争议发生后,当事人往往因立场的不同和利益的冲突很难再达成一致的意见。

3. 其他类型的仲裁协议。它是指双方当事人在相互往来的函电包括信件、电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件等中,共同约定将他们之间已经发生或将来可能发生的争议提交仲裁而达成的协议。

(二) 仲裁协议的基本内容

仲裁协议的内容应尽可能明确和具体,以确保仲裁程序的顺利进行。一般应包括以下几个方面的内容:

1. 提交仲裁的争议事项。《仲裁法司法解释》第2条规定,当事人概括约定仲裁事项为合同争议的,基于合同成立、效力、变更、转让、履行、违约责任、解释、解除等产生的纠纷都可以认定为仲裁事项。

2. 仲裁地点。仲裁地点的选择对仲裁程序的进行至关重要。双方当事人选择在哪一个国家或地区仲裁就要受该国或地区法律的制约,特

别是该国强制性法律的制约。我国当事人在涉外合同中订立仲裁条款时,在仲裁地点的选择上可考虑:(1)在中国仲裁。对于中国当事人来说,这是最理想的仲裁地点。(2)在第三国仲裁。如果当事人不愿意到对方所在国仲裁时,可以共同选择在第三国或地区的仲裁机构仲裁。另外,在以前的实践中也有些当事人喜欢采用在被上诉人所在国仲裁的条款,即如果双方不能就在中国进行仲裁达成协议,仲裁条款规定在被上诉人一方所在国的仲裁机构仲裁。但特别应注意的是,由于仲裁法颁布实施后,我国境内已设立了为数众多的地方仲裁委员会,如果再如此规定,事后如需在中国仲裁就很容易因仲裁地点或仲裁机构不明而发生争执,最后有可能导致根本无法执行原来的仲裁协议。如果双方当事人就仲裁机构达不成补充协议的,依据仲裁法第18条的规定,所涉仲裁协议将会被认定为无效,所以就目前我国的情况而言,不宜再作此种规定。

3. 仲裁庭的组成或仲裁机构。如双方同意由临时仲裁庭进行仲裁,应在仲裁协议中写明仲裁庭的组成;如同意提交某一常设仲裁机构进行仲裁,应写明仲裁机构的名称。

4. 仲裁程序规则。除上述内容外,当事人在仲裁协议中还可以约定其他与仲裁有关的事项,如仲裁裁决的效力、仲裁费用的分摊、放弃对裁决的上诉、仲裁适用的法律、仲裁使用的语言等项内容。当然如果是选择在常设仲裁机构进行仲裁,这些内容可省略,因为常设仲裁机构的仲裁规则中对这些内容一般都有明确规定,当事人只需在合同中写明仲裁机构的名称与仲裁适用的规则就可以了。我国仲裁法第16条第2款规定:“仲裁协议应当具有下列内容:(一)请求仲裁的意思表示;(二)仲裁事项;(三)选定的仲裁委员会。”

中国国际经济贸易仲裁委员会推荐的示范仲裁条款为:“凡因本合同引起的或与本合同有关的任何争议,均应提交中国国际经济贸易仲裁委员会,按照申请仲裁时该会现行有效的仲裁规则进行仲裁。仲裁裁决是终局的,对双方均有拘束力。”

(三) 仲裁协议的法律效力

一项有效的仲裁协议,除了对有关当事人、

仲裁员和仲裁机构、法院具有法律效力外,也使仲裁裁决具有强制执行的法律效力,是强制执行仲裁裁决的依据。国际公约和许多国家的国内立法都规定,如果一方当事人拒不履行仲裁裁决,另一方当事人可凭有效的仲裁协议和仲裁裁决向有关法院申请强制执行该裁决。而无效的仲裁协议是构成有关国家拒绝承认与执行仲裁裁决的理由之一。

(四) 仲裁协议的有效性及其认定

一项仲裁协议欲产生法律上的效力,其本身必须有效。

1. 仲裁协议无效的情形。根据我国仲裁法第17条的规定,仲裁协议有下列情形之一的无效:(1)约定的仲裁事项超出法律规定的仲裁范围;(2)无民事行为能力人或限制民事行为能力人订立的仲裁协议;(3)一方采取胁迫手段,迫使对方订立的仲裁协议。

在我国,如果仲裁协议内容不明确,也可能导致仲裁协议无效。根据我国仲裁法第18条的规定,如果仲裁协议对仲裁事项和仲裁委员会的约定不明确,当事人可以补充协议,如果不能达成补充协议的,该仲裁协议也是无效的。《仲裁法司法解释》也重点规定了确定仲裁协议效力的判断标准。在确定仲裁协议效力的问题上,司法解释坚持尊重当事人意思自治原则。据其规定,凡当事人自愿达成的仲裁协议,且能够执行的,一般应当确认该仲裁协议的效力。其第3~7条针对实践中因仲裁协议约定不明确而经常发生争议的几种情形作了明确的规定:(1)仲裁协议约定的仲裁机构名称不准确,但能够确定具体的仲裁机构的,应当认定选定了仲裁机构。(2)仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的,视为未约定仲裁机构,但当事人达成补充协议或者按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的除外。(3)仲裁协议约定两个以上仲裁机构的,当事人可以协议选择其中的一个仲裁机构申请仲裁;当事人不能就仲裁机构选择达成一致的,仲裁协议无效。(4)仲裁协议约定由某地的仲裁机构仲裁且该地仅有一个仲裁机构的,该仲裁机构视为约定的仲裁机构。该地有两个以上仲裁机构的,当事人可以协议选

择其中的一个仲裁机构申请仲裁;当事人不能就仲裁机构选择达成一致的,仲裁协议无效。(5)当事人约定争议可以向仲裁机构申请仲裁也可以向人民法院起诉的,仲裁协议无效。但一方向仲裁机构申请仲裁,另一方未在仲裁法第20条第2款规定期间内提出异议的除外。

此外,根据1995年8月28日最高人民法院《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》,凡起诉到人民法院的涉外、涉港澳和涉台经济、海事海商纠纷案件,如果当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成仲裁协议,人民法院认为该仲裁条款或者仲裁协议无效、失效或者内容不明确无法执行的,在决定受理一方当事人起诉之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意受理,应将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院未作答复前,可暂不予受理。

鉴于各国对仲裁协议的有效要件的规定尚存在一定差异,当事人在签订仲裁协议时,应当注意有关国家特别是仲裁地国和裁决执行地国法律对仲裁协议有效要件的规定,以避免因仲裁协议无效影响仲裁程序的进行或仲裁裁决的承认与执行。

2. 仲裁协议的法律适用。决定一项国际性仲裁协议的效力,法律适用至关重要。对于这一问题,国际上通常都是按照普通合同的法律适用原则来决定仲裁协议的法律适用。我国仲裁法对这个问题未作明文规定。《仲裁法司法解释》第16条对此作了明确规定:对涉外仲裁协议的效力审查,适用当事人约定的法律;当事人没有约定适用的法律但约定了仲裁地的,适用仲裁地法律;没有约定适用的法律也没有约定仲裁地或者仲裁地约定不明的,适用法院地法律。《涉外民事关系法律适用法》第18条首次以立法形式对仲裁协议的法律适用进行规定,即当事人可以协议选择仲裁协议适用的法律;当事人没有选择的,适用仲裁机构所在地法律或者仲裁地法律。2012年12月10日通过的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第14条进一步明确规定,当事人没有选择涉外



仲裁协议适用的法律,也没有约定仲裁机构或者仲裁地,或者约定不明的,人民法院可以适用中华人民共和国法律认定该仲裁协议的效力。

3. 管辖法院。当事人请求人民法院裁定仲裁协议的效力,应由哪一级法院管辖,仲裁法没有明文规定。根据最高人民法院于2001年12月25日《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》,确认涉外仲裁协议效力的案件的第一审管辖法院为:国务院批准设立的经济技术开发区人民法院;省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院;经济特区、计划单列市中级人民法院;最高人民法院指定的其他中级人民法院;高级人民法院。对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的,其第二审由所在地中级人民法院管辖。

示例

我国甲公司与瑞士乙公司订立仲裁协议,约定由某地仲裁机构仲裁,但约定的仲裁机构名称不准确。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国仲裁法》的解释,下列哪些选项是正确的?(2007年试卷一第82题)

- A. 仲裁机构名称不准确,但能确定具体的仲裁机构的,应认定选定了仲裁机构
- B. 如仲裁协议约定的仲裁地仅有一个仲裁机构,该仲裁机构应视为约定的仲裁机构
- C. 如仲裁协议约定的仲裁地有两个仲裁机构,成立较早的仲裁机构应视为约定的仲裁机构
- D. 仲裁协议仅约定纠纷适用的仲裁规则的,不得视为约定了仲裁机构

【参考答案及简要提示】AB。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国仲裁法〉若干问题的解释》第3条、第6条规定,仲裁机构名称不准确,但能确定具体的仲裁机构的,应认定选定了仲裁机构;当仲裁协议约定的仲裁地只有一个仲裁机构时,推定该机构为当事人约定的仲裁机构符合逻辑。而以仲裁机构成立先后为判断依据不符合该解释的规定。根据同法第4条,当事人如果约定了应适用的仲裁规则,而按照约定的仲裁规则能够确定仲裁机构的,应视为约定了仲裁机构。

三、仲裁程序中的财产保全与证据保全

根据民事诉讼法第272条的规定,当事人申请采取保全的,中华人民共和国的涉外仲裁机构应当将当事人申请财产保全的请求提交被申请人住所地或其财产所在地的中级人民法院作出裁定。根据民事诉讼法第101条的规定,利害关系人因情况紧急,不立即申请保全将会使其合法权益受到难以弥补的损害的,可以在申请仲裁前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。人民法院接受申请后,必须在48小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼或者申请仲裁的,人民法院应当解除保全。仲裁法第68条规定,涉外仲裁的当事人申请证据保全的,涉外仲裁委员会应当将当事人的申请提交证据所在地的中级人民法院。

四、国际商事仲裁的法律适用

国际商事仲裁适用的实体法一般由当事人选择确定,如果当事人未作选择,则适用仲裁庭认为合适的冲突规范所确定的实体法,或者仲裁地的冲突规范所确定的实体法,或者与案件有最密切联系的实体法。

对国际商事仲裁适用的程序规则,即仲裁规则,一般来说,当事人也可以自主选择,但是有些常设仲裁机构要求在其机构仲裁的案件适用自己的仲裁规则。

五、申请撤销仲裁裁决

对于中国的涉外仲裁裁决,当事人可以按照仲裁法第58、59条,在收到裁决书之日起6个月内,向仲裁机构所在地的中级人民法院申请撤销。根据仲裁法第70条,当事人提出证据证明涉外仲裁裁决有下列情形之一的,经人民法院组成合议庭审查核实,裁定撤销:(1)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(2)被申请人没有得到指定

新华考资

www.xhkzedu.com

仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(3)仲裁庭的组成或者仲裁程序与仲裁规则不符的;(4)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。换言之,如果当事人能够证明涉外仲裁裁决存在前述任何一种情况,法院应裁定撤销该裁决;反之,法院应驳回当事人的申请。《仲裁法司法解释》第18~20条还进一步规定,“没有仲裁协议”是指当事人没有达成仲裁协议。仲裁协议被认定无效或者被撤销的,视为没有仲裁协议。当事人以仲裁裁决事项超出仲裁协议范围为由申请撤销仲裁裁决,经审查属实的,人民法院应当撤销仲裁裁决中的超裁部分。但超裁部分与其他裁决事项不可分的,人民法院应当撤销仲裁裁决。“违反法定程序”,是指违反仲裁法规定的仲裁程序和当事人选择的仲裁规则可能影响案件正确裁决的情形。另根据《仲裁法司法解释》第24条的规定,对于当事人申请撤销仲裁裁决的案件,人民法院应当组成合议庭审理,并询问当事人。

值得注意的是:(1)中国法院只能撤销本国的仲裁裁决,不能撤销外国的仲裁裁决。(2)申请撤销仲裁裁决,是胜诉方和败诉方都可行使的权利。这一点,和国际通行的实践是一致的。(3)在决定撤销涉外仲裁裁决之前,人民法院认为可以由仲裁庭重新裁决的,通知仲裁庭在一定期限内重新仲裁,并裁定中止撤销程序。如果仲裁庭拒绝重新仲裁,人民法院应当恢复撤销程序。(4)对于人民法院撤销仲裁裁决或驳回当事人申请的裁定,依照最高人民法院的有关司法解释,当事人无权提出上诉及申诉,人民检察院也不能提起抗诉。(5)人民法院受理当事人撤销仲裁裁决的申请后,另一方当事人申请执行同一仲裁裁决的,受理执行申请的人民法院应当在受理后裁定中止执行。(6)当事人在仲裁程序中未对仲裁协议的效力提出异议,在仲裁裁决作出后以仲裁协议无效为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩的,人民法院不予支持。当事人在仲裁程序中对仲裁协议的效力提出异议,在仲裁裁决作出后又以此为由主张撤销仲裁裁决或者提出不予执行抗辩,

经审查符合仲裁法第58条或者民事诉讼法有关规定的,人民法院应予支持。

一项涉外仲裁裁决被人民法院撤销后,当事人可以依据重新达成的仲裁协议申请仲裁,也可以直接向有管辖权的法院起诉。

六、仲裁裁决的承认与执行

在仲裁裁决作出后,当事人最关心的是裁决的执行问题。一般情况下,败诉方能自动履行裁决。在败诉方不履行裁决的情况下,胜诉方可主要通过两种方法使裁决得到执行,一是从商事或其他方面对败诉方施加压力,使其认识到不履行裁决将对自己不利,迫使败诉方为了以后的利益而履行裁决。二是向法院提出强制执行仲裁裁决的申请。这是因为仲裁庭本身没有强制执行裁决的权力,胜诉方只能通过法院强制执行裁决。一般是在被执行人住所或财产所在地国申请承认与执行。

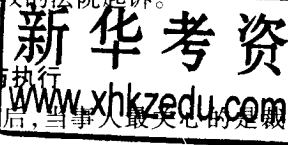
(一)承认与执行外国仲裁裁决的国际公约

在国际联盟主持下制定于1923年的《仲裁条款议定书》、1927年的《关于执行外国仲裁裁决的公约》和在联合国主持下1958年于纽约签订的《承认及执行外国仲裁裁决公约》(又称《纽约公约》)是国际上有关国际商事仲裁的重要公约。其中1958年《纽约公约》实际上已取代了前两个公约,成为目前国际上关于承认与执行外国仲裁裁决的最主要的公约。我国于1986年加入了该公约,该公约已于1987年4月22日对我国生效。

1958年《纽约公约》主要有如下规定:

1. 缔约国相互承认仲裁裁决具有约束力,并应依照承认与执行地的程序规则予以执行,执行时不应在实质上比承认与执行本国的仲裁裁决规定更繁琐的条件或更高昂的费用。

2. 承认与执行外国仲裁裁决的条件。按照公约第5条第1款的规定,凡外国仲裁裁决有下列情形之一时,被请求承认与执行的国家的主管机关可依被执行人的申请,拒绝承认与执行:(1)签订仲裁协议的当事人,根据对他们适用的法律,当时是处于某种无行为能力的情况下;或者根据仲裁协议所选定的准据法,或在未选定准





据法时依据裁决地法,该仲裁协议无效;(2)被执行人未接到关于指派仲裁员或关于仲裁程序的适当通知,或者由于其他情况未能在案件中进行申辩;(3)裁决所处理的事项不是当事人交付仲裁的事项,或者不包括在仲裁协议规定之内,或者超出了仲裁协议的范围;(4)仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人之间的协议不符,或者当事人之间没有这种协议时,与仲裁地所在国法律不符;(5)裁决尚未发生法律效力,或者裁决已经由作出裁决的国家或根据其法律作出裁决的国家的主管机关撤销或停止执行。按照公约第5条第2款的规定,如果被请求承认与执行地国的主管机关依职权主动查明有下列情形之一时,也可以拒绝承认与执行:(1)依照执行地国的法律,争议事项不可以用仲裁的方式加以解决(例如,我国仲裁法第3条规定婚姻、收养、监护、扶养、继承纠纷以及依法应当由行政机关处理的行政争议不能用仲裁的方式加以解决);(2)承认与执行该裁决违反承认与执行地国的公共政策。

(二) 中国关于承认与执行仲裁裁决的规定

1. 中国仲裁机构涉外仲裁裁决在我国的执行。根据民事诉讼法第273、274条,仲裁法第71条以及《仲裁法司法解释》的有关规定,凡被执行人不能自动履行裁决,胜诉方可以向被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院申请强制执行。当被执行人提出证据证明涉外仲裁裁决有下列情形之一的,人民法院组成合议庭审查核实后裁定不予执行:(1)当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的;(2)被申请人没有得到指定仲裁员或者进行仲裁程序的通知,或者由于其他不属于被申请人负责的原因未能陈述意见的;(3)仲裁庭的组成或者仲裁程序与仲裁规则不符的;(4)裁决的事项不属于仲裁协议的范围或者仲裁机构无权仲裁的。另外,人民法院认定执行该裁决违背社会公共利益的,也得裁定不予执行。一方当事人申请执行裁决,另一方当事人申请撤销裁决,人民法院应当裁定中止执行。在这种情况下,被执行人应该提供财产担保。人民法院裁定撤销裁决的,应当裁定终止执行。人民法院驳回撤销裁决申请的,应当裁定恢复

执行。如果人民法院裁定撤销或裁定不予执行的,当事人可以根据双方达成的书面协议重新申请仲裁,也可以向人民法院起诉。

2. 中国仲裁机构仲裁裁决在外国的承认与执行。我国仲裁机构的仲裁裁决需要在国外承认与执行的,可分为两种情况:(1)如果该外国为1958年《纽约公约》成员国,则当事人应根据公约规定的程序和条件,直接向该外国有管辖权的法院提出请求承认与执行的申请,然后由该国法院对裁决进行审查,作出是否承认与执行的裁定。《纽约公约》现有120多个成员国,我国仲裁机构作出的涉外仲裁裁决在这些国家可依公约的规定比较方便地得到承认与执行。(2)如果该外国为非《纽约公约》的成员国,则当事人应当直接向有管辖权的外国法院申请承认与执行,由该国法院根据有关司法协助条约或其本国法律裁定是否承认与执行。

3. 外国仲裁裁决在我国的承认与执行。根据民事诉讼法第283条的规定,外国仲裁机构作出的仲裁裁决需要我国法院承认与执行的,应当由当事人直接向被执行人住所地或者财产所在地的中级人民法院申请,人民法院应当依照中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则办理。

由于我国已加入1958年《纽约公约》,因此对于在另一缔约国领土内作出的仲裁裁决应适用公约的有关规定。在适用公约的规定时,应注意我国作了两项保留:(1)互惠保留,即我国只对在该另一缔约国领土内作出的裁决适用该公约。我国民事诉讼法与公约有不同规定的,按公约的规定办理。(2)商事保留,即我国仅对那些按照我国法律属于契约性或非契约性商事法律关系所引起的争议所作的裁决适用公约的规定。对于符合上述两个条件的外国仲裁裁决,当事人可直接向我国有管辖权的法院申请承认与执行。对于非缔约国领土内作出的仲裁裁决,需要我国法院承认与执行的,按照互惠原则办理。我国有管辖权的法院收到当事人的申请后,应按照我国缔结或参加的国际条约或民事诉讼法的有关规定进行审查,裁定是否承认与执行该裁决,如果认为符合承认与执行的条件,

应当裁定承认其效力,并按照民事诉讼法规定的程序执行。如果仲裁地所在国与我国既没有缔结也没有共同参加有关国际条约,当事人向我国法院提出承认与执行裁决的申请时,当事人应该以该裁决为依据向有管辖权的人民法院起诉,由法院作出判决,予以执行。

当事人依照 1958 年《纽约公约》规定的条件申请承认与执行外国仲裁裁决的,受理申请的人民法院决定予以承认与执行的,应在受理申请之日起 2 个月内作出裁定,如无特殊情况,应在裁定后 6 个月内执行完毕;决定不予承认和执行的,须按 1995 年 8 月 28 日最高人民法院《关于人民法院处理与涉外仲裁及外国仲裁事项有关问题的通知》的有关规定,在裁定不予执行或者拒绝承认和执行之前,必须报请本辖区所属高级人民法院进行审查;如果高级人民法院同意不予执行或者拒绝承认和执行,应将其审查意见报最高人民法院。待最高人民法院答复后,方可裁定不予执行或者拒绝承认和执行。该审查意见应在受理申请之日起 2 个月内上报最高人民法院。

当事人应当在民事诉讼法规定的申请执行的期限内提出申请,我国民事诉讼法第 239 条规定,申请执行的期限为 2 年。

示例

中国和甲国均为《承认与执行外国仲裁裁决公约》缔约国。现甲国某申请人向中国法院申请承认和执行在甲国作出的一项仲裁裁决。对此,下列哪一选项是正确的?(2010 年试卷一第 39 题)

- A. 我国应对该裁决的承认与执行适用公约,因为该申请人具有公约缔约国国籍
- B. 有关中国投资者与甲国政府间投资争端的仲裁裁决不适用公约
- C. 中国有义务承认公约缔约国所有仲裁裁决的效力
- D. 被执行人为中国法人的,应由该法人营业所在地法院管辖

【参考答案及简要提示】B。根据 1958 年《纽约公约》的规定以及我国加入公约时的保留,我国只对在另一缔约国领土作出的裁决适

用公约,适用该公约与当事人的国籍无关。有关投资争端的仲裁裁决不适用《纽约公约》。《纽约公约》规定了缔约国法院可以拒绝承认与执行外国仲裁裁决的事由,中国没有义务承认不符合《纽约公约》的裁决。依据现行的仲裁法、民事诉讼法和民法通则的规定,被执行人为中国法人的,应由该法人的住所地或者其财产所在地的中级人民法院管辖,法人的营业所所在地不一定是其住所地。

第三节 国际民事诉讼

新华考资

www.xhkezu.com

一、国际民事诉讼和国际商事诉讼

(一) 国际民事诉讼的概念和特点

国际民事诉讼,就一国而言,又称为涉外民事诉讼,系指一国法院在双方当事人和其他诉讼参与人参加下,审理国际或涉外民事案件的活动以及在这些活动中产生的诉讼关系。

国际民事诉讼具有如下特点:(1)国际民事诉讼是含有国际或涉外因素的诉讼。具体来说,诉讼中的涉外因素主要有:诉讼当事人中有居住在国外或具有外国国籍的法人或自然人;有关诉讼的客体是发生于国外的行为,或者有关的诉讼标的物位于国外。这些涉外因素的存在常常使得一个诉讼的某些环节或行为需要在外国进行,如有关诉讼或非诉讼文书需要送达国外,或者需要在国外获取某些与案件有关的证据,或者需要到国外申请承认与执行法院的判决。(2)国际民事诉讼程序中的问题,一般适用法院地法解决,而不适用外国法。(3)调整国际民事诉讼的程序法既包括一国法院审理国内民事案件所适用的一般程序规范,也包括专门处理国际民事案件所适用的特殊程序规范。

(二) 国际民事诉讼法的概念和特点

所谓国际民事诉讼法,系指调整法院和诉讼参与人在审理国际民事案件中所进行的各种活动以及由这些诉讼活动所产生的各种诉讼关系的特别程序规范的总称。

国际民事诉讼法具有如下特点:(1)国际民事诉讼法的调整对象为国际民事诉讼关系或涉



外民事诉讼关系(含有国际或涉外因素的民事诉讼关系),而非一切民事诉讼关系。(2)国际民事诉讼法只是法院处理国际民事案件中的特殊问题时所适用的特别程序规范,而不是指法院审理国际民事案件时所适用的一切程序规范。法院在审理国际民事案件时也会适用审理国内民事案件的一般民事诉讼程序规范。我国民事诉讼法在第四编涉外民事诉讼程序的特别规定中明确规定了“本编没有规定的,适用本法其他有关规定”。(3)国际民事诉讼法的渊源既包括各国国内法中的相关规定,也包括国际上有关国际民事诉讼程序的双边或多边国际条约。

国际民事诉讼法主要包括以下几个方面的内容:(1)外国人的民事诉讼地位;(2)国际民事案件的管辖权;(3)司法协助(含外国法院判决和外国仲裁裁决的承认与执行)。

二、外国人的民事诉讼地位

外国人的民事诉讼地位是指根据内国法和国际条约的规定,外国人在内国领域内享有什么诉讼权利,承担什么诉讼义务。国际民事诉讼中的外国人包括外国自然人和外国法人。外国人在内国的诉讼地位是国际民事诉讼法首先要解决的一个问题。

(一)有关外国人民事诉讼地位的一般原则

外国人的民事诉讼地位经历了从排外到合理待遇等几个发展时期。目前国际社会的普遍实践是给予外国人同内国人同等的民事诉讼地位,即在民事诉讼方面赋予外国人国民待遇。因此,国民待遇原则(也称平等待遇原则)是有关外国人民事诉讼地位的一般原则。但为了保证本国国民在国外也能得到所在国的国民待遇,各国一般都规定在赋予在内国的外国人国民待遇时,以互惠或对等为条件,即该外国人本国对内国人也应在民事诉讼地位上给予国民待遇。

(二)外国人在中国的民事诉讼地位

1. 以对等为条件的国民待遇原则。根据我国民事诉讼法第5条第1款的规定,外国人、无国籍人、外国企业和组织在我国法院起诉、应

诉,同中华人民共和国公民、法人和其他组织有同等的诉讼权利义务。这表明,依照我国法律,外国当事人在我国进行民事诉讼活动和我国当事人有同等的起诉和应诉的权利能力和行为能力,并享有进行民事诉讼活动的各项权利。同时,他们也必须像我国当事人一样承担诉讼义务。在我国进行民事诉讼的外国当事人不能只承担诉讼义务而不享有诉讼权利,也不能只享有诉讼权利而不承担诉讼义务,尤其不能享有特权。我国民事诉讼法第5条第2款进一步明确规定,外国法院对我国公民、法人和其他组织的民事诉讼权利加以限制的,我国法院对该国公民、企业和组织的民事诉讼权利,实行对等原则。因此,我国采取的是以对等为条件的国民待遇原则。

2. 当事人的民事诉讼权利能力与诉讼行为能力。当今世界各国和相关的国际公约都保证外国人可自由地向内国法院起诉的权利,而且即令没有国际条约的规定,根据国际习惯,也应该给予外国人在内国法院起诉的权利。我国对此无明文规定,我国学者一般认为,当事人的民事诉讼权利能力应依法院地法,即当事人是否有民事诉讼权利能力的问题应由法院地所在国的法律决定。至于当事人是否具有民事诉讼行为能力的问题,则应由当事人的属人法决定,但即使根据其属人法无民事诉讼行为能力,如果依法院地所在国的法律却有民事诉讼行为能力时,应当认定为有民事诉讼行为能力,即此时应依法院地法。

3. 诉讼费用担保。诉讼费用担保是指审理国际民事案件的法院依据本国诉讼法的规定,为防止原告滥用其诉讼权利或防止其败诉后不支付诉讼费用,要求作为原告的外国人或者在内国无住所的人,在起诉时提供以后可能由他负担的诉讼费用的担保。需要指出的是,此处的诉讼费用不包括案件的受理费,而是指当事人、证人、鉴定人、翻译人员的差旅费、出庭费及其他诉讼费用。

目前,如无条约义务,许多国家的法院在国际民事诉讼中都在不同程度上要求外国原告提供诉讼费用担保,只有少数国家不要求原告提

新华考资

www.xhkedu.com

供担保。对于诉讼费用担保,我国经历了从要求外国人提供担保到实行在互惠前提下免除诉讼费用担保的过程。另外,我国与一些国家签订的双边司法协助条约一般都包括互相免除缔约对方国民诉讼费用保证金的条款。

4. 诉讼代理。在国际民事诉讼程序中,各国立法都允许外国当事人委托诉讼代理人代为诉讼行为。但一般都规定,外国当事人如果想要委托律师代为诉讼行为,只能委托在法院地国执业的律师。

此外,在国际社会的司法实践中还存在一种领事代理制度,即一个国家的驻外领事,可以依据驻在国的立法和有关国际条约的规定,在其管辖范围内的驻在国法院依职权代表其本国国民参与有关的诉讼程序,以保护有关自然人或法人在驻在国的合法权益。1963年《维也纳领事关系公约》中肯定了领事代理制度,该制度已得到国际社会的普遍承认。

根据我国民事诉讼法及其有关司法解释,外国人在我国法院参与诉讼时,可以亲自进行,也有权通过一定程序委托我国的律师或其他公民代为进行。但需要委托律师代理诉讼的,必须委托我国的律师代为诉讼。涉外民事诉讼中的当事人,还可以委托其本国人为诉讼代理人,也可以委托本国律师以非律师身份担任诉讼代理人。另外,外国当事人还可以委托其本国驻华使领馆官员以个人名义担任诉讼代理人。最后,我国立法对领事代理制度也采取肯定态度。至于授权委托书,如果在我国领域内无住所的外国当事人委托我国律师或其他人代理诉讼,委托书是从我国境外寄交或者托交的,应当经过所在国公证机关证明,并经我国驻该国使领馆认证,或者履行我国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后,才具有效力。

5. 司法豁免。依据民事诉讼法第261条的规定,对享有外交特权与豁免的外国人、外国组织或者国际组织提起的民事诉讼,应当依照我国有关法律和我国缔结或参加的国际条约的规定办理。这一规定涉及国家豁免、外交特权与豁免和国际组织豁免。《中华人民共和国外交特权与豁免条例》明确规定了外交代表享有民

事管辖豁免,我国1975年加入的1961年《维也纳外交关系公约》对外交代表进行民事诉讼的司法豁免和例外作了规定。

为保障正确受理涉及特权与豁免的民事案件,最高人民法院于2007年5月22日下发《关于人民法院受理涉及特权与豁免的民事案件有关问题的通知》,决定对人民法院受理的涉及特权与豁免的案件建立报告制度,凡以下列在中国享有特权与豁免的主体为被告、第三人向人民法院起诉的民事案件,人民法院应在决定受理之前,报请本辖区高级人民法院审查;高级人民法院同意的,应当将其审查意见报最高人民法院。在最高人民法院答复前,一律暂不受理:(1)外国国家;(2)外国驻中国使馆和使馆人员;(3)外国驻中国领馆和领馆成员;(4)途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女;(5)途经中国的外国驻第三国的领事官员和与其共同生活的配偶及未成年子女;(6)持有中国外交签证或者持有外交护照(仅限互免签证的国家)来中国的外国官员;(7)持有中国外交签证或者持有与中国互免签证国家外交护照的领事官员;(8)来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员;(9)来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表;(10)临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家;(11)联合国系统组织驻中国的代表机构和人员;(12)其他在中国享有特权与豁免的主体。

6. 诉讼语言文字。我国法院在审理国际民事案件时,将使用我国通用的语言、文字,当事人要求翻译的可以提供,但费用由当事人自己负担。

三、国际民事案件管辖权

(一)国际民事案件管辖权的概念

国际民事案件管辖权是指一国法院根据本国缔结或参加的国际条约和国内法对特定的国际民事案件行使审判权的资格。

国际民事案件管辖权在解决国际民事诉讼中具有重要意义:首先,确定管辖权是处理国际



民事案件的前提条件。一国法院如欲审理某一案件,首先要确定自己对该案是否有管辖权,然后才能开始其他的程序,如诉讼文书域外送达、域外取证以及判决的域外承认与执行等。因此,国际民事案件管辖权是国际民事诉讼程序开始的前提。其次,管辖权的确定直接影响到国际民事案件的审理结果。在国际民事诉讼中,国际民事案件的处理以哪一个国家的法律作为准据法,是根据受诉法院的冲突规则选择的,而各国对同一问题规定的冲突规则有时又不相同,因此由不同国家的法院受诉,就可能会选择出不同国家的法律作准据法,最终使案件的判决结果也各不相同。这也是在国际民事诉讼中,当事人挑选对自己有利的国家的法院进行诉讼的动因。最后,一国法院对某一案件具有管辖权,是该国法院作出的判决能够得到有关外国承认与执行的基础。

(二) 确定国际民事案件管辖权的原则

1. 属地管辖原则,又称为领土管辖原则或地域管辖原则,是指采用一些与地域有关的标志来确定法院对国际民事案件的管辖权,如以当事人的住所、居所、营业所、被告财产所在地、诉讼原因发生地、诉讼标的物所在地等在本国境内为行使管辖的依据。属地管辖原则是主权国家所享有的属地优越权在国际民事案件管辖权方面的体现。

2. 属人管辖原则,是指根据当事人的国籍来确定管辖权,例如有些国家规定,只要当事人一方具有本国国籍,本国法院就具有管辖权。该原则是主权国家所享有的属人优越权在国际民事案件管辖权方面的体现。

3. 协议管辖原则,又称为合意管辖原则,是指根据当事人共同选择管辖法院的协议来确定管辖权,即当事人合意选择处理其争议的法院对案件享有管辖权。目前各国一般都承认当事人协议选择管辖法院的协议的效力,但对当事人的选择有不同程度的限制,如当事人的协议不得违反本国有关专属管辖和级别管辖的规定。

4. 专属管辖原则,是指一国主张其法院对某些国际民事案件具有独占的或排他的管辖

权,不承认其他国家法院对这些案件的管辖权。各国民事诉讼立法一般将关于不动产、身份、婚姻家庭、继承方面的案件列入专属管辖的范围,但具体规定差异很大。

5. 平行管辖原则,又称为选择管辖原则,是指一个国家在主张自己对某些案件有管辖权的同时,并不否认其他国家法院对这些案件行使管辖权。

在实践中,各国对于管辖权的确定并不是仅仅依据其中某一个原则。一般来说,各国主要是依据属地或属人原则,同时用平行管辖、专属管辖和协议管辖等原则。

(三) 一事再理或一事两诉

一事再理、一事两诉又称为诉讼竞合。国际民事诉讼法上的一事再理是指已由一国法院审判过的案件又被另一国法院受理加以审判。一事两诉是指相同的诉讼当事人就同一诉由或诉讼标的在两个法院或两个以上国家的法院同时诉讼。一事再理或一事两诉是国际民事案件管辖权冲突的具体表现。

许多国家的民事诉讼法都明文规定,对于经终局判决裁判过的诉讼标的或诉由,当事人不得就同一诉讼标的或诉由再行起诉,也不得就已经起诉并正在审理的案件再行起诉。但在国际民事诉讼中,一些国家并不禁止一事再理或一事两诉,也就是说,一些国家对依据本国法律有管辖权的案件会加以受理,而不会因另一国法院已经受理或者正在审理相同当事人就同一诉讼标的或诉由提起的案件而自己拒绝行使管辖权。解决国际民事诉讼中的一事再理或一事两诉的最好方法是制定解决国际民事案件管辖权的公约,同时,各国在立法和司法实践中也应该尽量自我抑制,于适当和必要时限制本国法院的管辖权,如采用“非方便法院”原则自己主动拒绝管辖。

(四) 诉讼管辖权和仲裁管辖权

诉讼和仲裁是两种并行的解决国际民商事争议的方式。一般来说,如果国际民商事争议的当事人在合同中订有仲裁条款或事后达成仲裁协议,只要该仲裁条款或仲裁协议是有效的,该仲裁条款或仲裁协议便排除了法院的管辖,

新华考资
www.xhkHzedu.com

包括法院的专属管辖,当事人必须将争议提交仲裁机构仲裁解决,而不得向法院提起诉讼。我国民事诉讼法第271条明确规定:“涉外经济贸易、运输和海事中发生的纠纷,当事人在合同中订有仲裁条款或者事后达成书面仲裁协议,提交中华人民共和国涉外仲裁机构或者其他仲裁机构仲裁的,当事人不得向人民法院起诉。当事人在合同中没有订有仲裁条款或者事后没有达成书面仲裁协议的,可以向人民法院起诉。”而根据我国仲裁法第26条之规定,当事人达成仲裁协议,一方向人民法院起诉未声明有仲裁协议,人民法院受理后,另一方在首次开庭前提交仲裁协议的,人民法院应当驳回起诉,但仲裁协议无效的除外;另一方在首次开庭前未对人民法院受理该案提出异议的,视为放弃仲裁协议,人民法院应当继续审理。

(五) 中国关于国际民事案件管辖权的规定

我国民事诉讼法有关涉外民事案件管辖权的规定主要有以下几个方面:

1. 普通地域管辖。我国民事诉讼法与大多数国家一样,也是以被告住所地为普通管辖的依据,即采用原告就被告的原则,凡是涉外民事案件中的被告住所地在我国,我国法院就有管辖权。如果被告的住所地与经常居住地不一致,只要其经常居住地在我国领域内,我国法院也有管辖权。以上被告包括自然人、法人和其他组织。自然人的住所地指户籍所在地,经常居住地指公民离开其住所至起诉时连续居住1年以上的地方。法人的住所地指法人的主要营业地或者主要办事机构所在地。但对于不在我国领域内居住的人提起的有关身份关系的诉讼,则可以由原告住所地或经常居住地的我国法院管辖。

2. 特别地域管辖。对于在我国领域内没有住所的被告提起的有关合同或财产权益纠纷,如果合同在我国领域内签订或履行,或诉讼标的物在我国领域内,或被告在我国有可供扣押的财产,或被告在我国领域内设有代表机构,则合同签订地、合同履行地、标的物所在地、可供扣押的财产所在地、侵权行为地或代表机构所在地法院均可以行使管辖权。另外,民事诉

讼法第23条至第35条有关国内特别地域管辖的规定可类推适用于涉外民事案件。

3. 专属管辖。我国民事诉讼法对专属管辖的规定有:(1)因不动产纠纷提起的诉讼,由不动产所在地人民法院管辖;(2)因港口作业中发生纠纷提起的诉讼,由港口所在地人民法院管辖;(3)因继承遗产纠纷提起的诉讼,由被继承人死亡时的住所地或者主要遗产所在地人民法院管辖;(4)因在我国履行的中外合资经营企业合同、中外合作经营企业合同、中外合作勘探开发自然资源合同发生的纠纷提起的诉讼,我国法院有专属管辖权。根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》的相关规定,属于中华人民共和国人民法院专属管辖的案件,当事人不得用书面协议选择其他国家法院管辖。但协议选择仲裁裁决的除外。因此,在我国,如果当事人选择以诉讼的方式解决争议,则当事人不得以书面协议排除我国法院的专属管辖权,但如果当事人选择以仲裁的方式解决争议,则其仲裁协议具有排除我国法院专属管辖权的法律效力。

4. 协议管辖。我国民事诉讼法明确承认协议管辖,即合同或其他财产权益纠纷的当事人可以书面协议选择被告住所地、合同履行地、合同签订地、原告住所地、标的物所在地等与争议有实际联系的地点的法院管辖,但不得违反我国民事诉讼法对级别管辖和专属管辖的规定。

5. 遵守国际条约的规定。目前我国参加的涉及管辖权的条约主要有:《统一国际航空运输某些规则的公约》和《国际油污损害民事责任公约》等。如果我国法律规定与公约的规定有不同的,除我国声明保留的条款外,应优先适用公约的规定。

6. 关于涉外民商事案件的集中管辖。为了提高涉外审判质量,最高人民法院于2001年12月25日发布了《关于涉外民商事案件诉讼管辖若干问题的规定》,采取了“集中管辖”或者“优化案件管辖”、“优化司法资源的配置”的方法,将以往分散由各基层人民法院、中级人民法院管辖的涉外民商事案件,集中由少数收案



较多、审判力量较强的中级人民法院和基层人民法院管辖。该规定主要内容如下:(1)第一审涉外民商事案件由下列人民法院管辖:国务院批准设立的经济技术开发区人民法院;省会、自治区首府、直辖市所在地的中级人民法院;经济特区、计划单列市中级人民法院;最高人民法院指定的其他中级人民法院;高级人民法院。前述中级人民法院的区域管辖范围由所在地的高级人民法院确定。(2)对国务院批准设立的经济技术开发区人民法院所作的第一审判决、裁定不服的,其第二审由所在地中级人民法院管辖。(3)该规定适用于下列案件:涉外合同和侵权纠纷案件;信用证纠纷案件;申请撤销、承认与强制执行国际仲裁裁决的案件;审查有关涉外民商事仲裁条款效力的案件;申请承认和强制执行外国法院民商事判决、裁定的案件。(4)发生在与外国接壤的边境省份的边境贸易纠纷案件,涉外房地产案件和涉外知识产权案件,不适用该规定。(5)涉及香港、澳门特别行政区和台湾地区当事人的民商事纠纷案件的管辖,参照该规定处理。(6)高级人民法院应当对涉外民商事案件的管辖实施监督,凡越权受理涉外民商事案件的,应当通知或者裁定将案件移送有管辖权的人民法院审理。

四、国际民事诉讼的期间、诉讼保全和诉讼时效

(一) 期间

在国际民事诉讼中,由于涉及国外的当事人或需要在国外完成一定的诉讼行为,诉讼期间一般需要较长时间,各国民事诉讼法规定的国际民事诉讼期间通常比国内民事诉讼期间要长。我国民事诉讼法规定,被告在我国领域内没有住所的,法院应当将起诉状副本送达被告,并通知被告在收到起诉状副本后30天内提出答辩状。被告申请延期的,是否准许,由法院决定。另外,在我国领域内没有住所的当事人的上诉期、被上诉人的答辩期也都是30天,并且经法院准许还可以延长。而且,法院审理涉外案件的期间不受国内案件审理期间的限制。

(二) 诉讼保全

诉讼保全是指法院在作出判决之前,为保证将来判决的执行对有关当事人的财产所采取的一种强制措施,如采取查封、扣押、冻结及要求当事人提供担保等方法。在国际民事诉讼中,特别是涉及贸易、运输和海事纠纷的案件,通常争议金额较大,诉讼时间长,所以更有必要通过诉讼保全制度确保将来的判决能得到承认与执行。各国民事诉讼法对诉讼保全制度均有规定。诉讼保全可分为诉前保全和诉讼中的保全。对于保全问题,我国法院应当根据我国民事诉讼法第100~105条的规定加以处理。在涉外民事诉讼中,人民法院基于一方当事人的申请,可以裁定对另一方当事人的财产进行保全、责令其作出一定行为或者禁止其作出一定行为;当事人没有提出申请的,人民法院在必要时也可以裁定采取保全措施。人民法院采取保全措施,可以责令申请人提供担保,申请人不提供担保的,裁定驳回申请。人民法院接受申请后,对情况紧急的,必须在48小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。利害关系人可以在提起诉讼前向被保全财产所在地、被申请人住所地或者对案件有管辖权的人民法院申请采取保全措施。申请人应当提供担保,不提供担保的,裁定驳回申请。人民法院接受申请后,必须在48小时内作出裁定;裁定采取保全措施的,应当立即开始执行。申请人在人民法院采取保全措施后30日内不依法提起诉讼的,人民法院应当解除保全。

(三) 诉讼时效

由于各国对诉讼时效期间长短、中止、中断或延长的事由、诉讼时效的客体 and 效力等方面的规定存在差异,因此在国际民事诉讼中,需要确定应适用哪一个国家有关诉讼时效的规定,即应确定诉讼时效的准据法。对于诉讼时效的准据法,目前各国的趋势是规定诉讼时效适用该诉讼请求的准据法。我国最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见(试行)》第195条也明确规定,涉外民事法律关系的诉讼时效,依冲突规范确定的民事法律关系的准据法确定,例如有关涉外合

新华考资
www.xhkedu.com

同关系的诉讼时效应该依据合同的准据法确定。2010年《涉外民事关系法律适用法》第7条规定:“诉讼时效,适用相关涉外民事关系应当适用的法律。”

五、国际司法协助

(一) 司法协助概述

新华考资

www.xhkzedu.com

1. 司法协助的概念。司法协助是指一国法院或其他主管机关,根据另一国法院或其他主管机关或有关当事人的请求,代为实施或者协助实施一定的司法行为。从当前各国的司法实践来看,司法协助涉及民事诉讼、刑事诉讼和行政诉讼。本学科则专指民事司法协助。关于司法协助的内容有狭义和广义的观点,狭义的司法协助只包括送达文书和调查取证,我国民事诉讼法采用广义的观点,即认为司法协助的内容包括:送达诉讼文书、代为询问证人、调查取证以及外国法院判决和外国仲裁裁决的承认与执行。

2. 司法协助的途径和履行。司法协助请求的提出一般通过以下几个途径:(1)外交途径,即请求国司法机关将请求文件交给本国的外交部,由本国的外交部转交给被请求国的外交代表,再由该国外交代表转交给该国国内主管司法机关,由该主管司法机关提供司法协助。这是比较普遍采用的一种方式,特别是在两国之间不存在司法协助条约的情况下,这一办法几乎是唯一可行的途径。(2)使领馆途径,即请求国司法机关把请求文件交给本国驻在被请求国的使领馆,再由使领馆直接将有关文件交给驻在国有关主管司法机关,由该主管司法机关提供司法协助。这种方式在国际条约中采用的比较多,而且有的国际条约和国内立法还规定,使领馆有权把有关文书直接交给派遣国国民。(3)法院途径,即由请求国法院直接委托被请求国法院进行司法协助。不过采用这种方式必须以条约为基础,实践中采用这种做法的比较少。(4)中心机关途径,又称为中央机关途径。许多有关司法协助的国际条约都规定了中央机关的途径。它是请求国主管机关将请求事项直接或通过本国的中心机关提交给被请求国的中心机

关,再由该被请求国的中心机关转交给其所属国的主管司法机关提供司法协助。我国缔结或参加的司法协助条约多指定我国司法部为传递司法协助请求的中央机关。

一般而言,被请求国提供司法协助的程序和方式是依照本国的法律进行,不适用外国法中关于程序问题的规定。如果请求国要求按特殊方式进行协助,而这种方式又不与被请求国的法律或公共秩序相抵触时,被请求国可以满足请求国的请求。

被请求国如果发现请求国的请求事项存在下列情况之一时,可以拒绝提供司法协助:(1)对有关文件的真实性有怀疑;(2)根据被请求国法律,被请求协助的事项不属于该国司法机关的职权范围;(3)请求事项与被请求国的主权、安全、公共秩序或基本利益不相容;(4)被请求代行的行为是被请求国法律所禁止的行为。

3. 中国关于司法协助的规定。我国十分重视国际民事司法协助。除了民事诉讼法对司法协助问题作了专门规定外,我国于1986年加入了联合国《承认及执行外国仲裁裁决公约》,1991年加入了海牙《关于向国外送达民事或商事诉讼文书和非诉讼文书公约》,1997年加入了海牙《关于从国外调取民事或商事证据的公约》。截至2013年4月,我国已经可以与67个国家和地区依据海牙送达公约相互委托送达民商事案件司法文书,与42个国家和地区依据海牙取证公约相互委托进行民商事案件调查取证合作。此外,最高人民法院还先后发布了一系列司法解释,特别是《关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民商事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》(2013年1月21日最高人民法院审判委员会第1568次会议讨论通过,于2013年5月2日起施行,以下简称2013年《办理司法协助请求的规定》),对于我国人民法院正确实施有关国际条约和双边条约、协定具有十分重要的意义。

根据民事诉讼法第276~283条的规定,关于司法协助的范围,我国法院和外国法院可以在我国缔结或参加的国际条约或互惠的基础上,相互请求进行司法协助,包括送达文书、调



查取证、承认与执行外国法院判决和外国仲裁裁决以及进行其他诉讼行为。但外国法院请求协助的事项有损我国的主权、安全或社会公共利益的,我国法院不予执行。

关于司法协助请求提出的途径,应当根据我国缔结或参加的国际条约所规定的途径进行;没有条约关系的,通过外交途径进行。对于与我国既无条约关系又无互惠关系的国家的法院提出的司法协助请求,最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第319条规定,与我国没有司法协助协议又无互惠关系的国家的法院,未通过外交途径,直接请求我国法院司法协助的,我国法院应予退回,并说明理由。此外,外国驻我国使领馆可以向其本国公民送达文书和调查取证,但不得违反我国法律,并不得采取强制措施。未经我国主管机关的准许,任何其他外国机关或个人不得在我国领域内送达文书和调查取证。

关于提供司法协助的程序,我国法院提供司法协助,依我国法律规定的程序进行,外国法院请求采用特殊方式进行的,也可以按照其请求的特殊方式进行,但请求采用的方式不得违反我国的法律。

2013年《办理司法协助请求的规定》在总结经验的基础上,对域外送达与域外取证的原则、管理机制和相关制度建设等作出了进一步的规定。该规定适用于我国法院与外国法院或者其他主管机构依据海牙送达公约、海牙取证公约和双边民事司法协助条约相互委托办理民商事案件司法文书送达和民商事案件调查取证请求。此处的双边民事司法协助条约,包括双边民事、民商事、民刑事和民商刑事司法协助条约、协定。通过外交途径办理民商事案件司法文书送达和调查取证,不适用该规定。

该司法解释明确了以下几方面的内容:一是司法协助的原则,即人民法院提出、办理民商事案件司法文书送达、调查取证国际司法协助请求时应当遵循便捷高效原则(第1条)、对等原则(第2条)和依法审查原则(第3条)。二是人民法院国际司法协助工作的管理机制,即:统一管理和专人负责相结合的管理机制(第6

条)。三是人民法院国际司法协助工作的制度建设,包括登记制度和档案制度(第7、8条)。此外,第9条还规定,经最高人民法院授权的高级人民法院,可以依据海牙送达公约、海牙取证公约直接对外发出本辖区各级人民法院提出的民商事案件司法文书送达和调查取证请求。

(二)域外送达

1. 域外送达的概念。域外送达是指一国法院根据国际条约或本国法律或按照互惠原则将诉讼文书和非诉讼文书送交给居住在国外的当事人或其他诉讼参与人的行为。诉讼文书的送达是一种很重要的司法行为,是一国司法机关代表国家行使国家主权的一种表现,因此该行为具有严格的属地性。一方面,一国的司法机关在未征得有关国家同意的情况下,不得在该国境内向任何人实施送达行为;另一方面,内国也不承认外国司法机关在没有法律规定和条约依据的情况下在内国所实施的送达。因此,域外送达必须通过国际条约和国内法允许的途径送达。

2. 域外送达的方式。域外送达的方式主要包括:按照国际司法协助条约规定的方式送达、通过外交途径送达、委托本国使领馆代为送达、邮寄送达、委托当事人的诉讼代理人或亲属送达、公告送达。其中外交代表或领事送达,即内国法院将需要在外国送达的诉讼文书委托给内国驻该国的外交代表或领事代为送达,是国际社会所普遍承认和采用的一种方式。不过,采用这种方式进行域外送达的对象一般只能是本国国民,不能是驻在国或第三国的国民,并不得采取强制措施。另值得注意的是,并不是所有国家都采用上述各种送达方式,如有不少国家反对外国法院以邮寄方式向本国境内的当事人进行送达。法院进行域外送达时应当采用受送达人所在国接受的方式。

3. 中国关于域外送达文书的规定。我国民事诉讼法第267条规定,人民法院对在中华人民共和国领域内没有住所的当事人送达诉讼文书,可以采用下列方式:(1)依照受送达人所在国与中华人民共和国缔结或者共同参加的国际条约中规定的方式送达;(2)通过外交途径送

达;(3)对具有中华人民共和国国籍的受送达人,可以委托中华人民共和国驻受送达人所在国的使领馆代为送达;(4)向受送达人委托的有权代其接受送达的诉讼代理人送达;(5)向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构或者有权接受送达的分支机构、业务代办人送达;(6)受送达人所在国的法律允许邮寄送达的,可以邮寄送达,自邮寄之日起满3个月,送达回证没有退回,但根据各种情况足以认定已经送达的,期间届满之日视为送达;(7)采用传真、电子邮件等能够确认受送达人收悉的方式送达;(8)不能用上述方式送达的,公告送达,自公告之日起满3个月,即视为送达。至于外国法院向在我国的受送达人送达,应当根据该国与我国缔结或共同参加的条约所规定的途径送达;没有条约关系的,按外交途径送达;外国驻我国使领馆可以向其本国公民送达文书,但不得违反我国法律,并不得采取强制措施。

我国已于1991年3月2日加入《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》(以下简称《海牙送达公约》),公约自1992年1月1日起对我国生效。为此,最高人民法院、外交部与司法部又分别于1992年3月4日和1992年9月19日联合发布了《关于执行〈关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书公约〉有关程序的通知》和《关于执行海牙送达公约的实施办法》,具体规定了运用该公约设立的协助机制进行文书域外送达的程序。另外,我国就司法协助问题,其中包括司法文书送达问题,已经同许多国家签订了双边司法协助协定。

针对实践中出现的问题,于2002年6月11日通过并自2002年6月22日起施行的最高人民法院《关于向外国公司送达司法文书能否向其驻华代表机构送达并适用留置送达问题的批复》规定,如果受送达人为外国公司,人民法院可以根据民事诉讼法的规定向受送达人在中华人民共和国领域内设立的代表机构送达诉讼文书,而不必根据《海牙送达公约》向国外送达。并且,根据民事诉讼法的规定,人民法院向外国公司的驻华代表机构送达诉讼文书时,可以适

用留置送达的方式。因为根据《海牙送达公约》第1条的规定,在所有民事或商事案件中,如有须递送司法文书或司法外文书以便向国外送达的情形,才应适用本公约。受送达人在中国设立有代表机构时,已不属于适用公约的情形。

自2006年8月22日起施行的最高人民法院《涉外民事或商事案件司法文书送达问题若干规定》(以下简称《涉外送达规定》)对涉外民事或商事案件司法文书送达中带有普遍性,又亟待解决的一些问题作出进一步详细规定。该司法解释归纳起来主要有以下几方面内容:

(1)适用范围。该规定适用于人民法院受理的涉外民事或商事案件需向在我国领域内没有住所的受送达人送达司法文书的情形。《涉外送达规定》适用的案件范围包括人民法院审理的涉外民事或商事案件,既包括传统的涉外民事案件,例如涉外的婚姻家庭、劳动争议、不当得利、无因管理等案件,也包括当事人在经济贸易活动中发生的涉外合同、侵权等商事纠纷案件。另外,该规定采用“司法文书”的概念,因这一概念从外延上讲比“诉讼文书”更为广泛,且与我国加入的国际公约或所签订的双边司法协助协定所使用的概念保持一致。

(2)送达方式。第一,对于在我国领域内没有住所的受送达人在我国领域内出现时可否向其直接送达,法律没有明确规定,《涉外送达规定》第3条则明确规定,作为受送达人的外国自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在我国领域内出现时,人民法院可以向其直接送达。第二,《涉外送达规定》第4条明确了“有权接受送达的诉讼代理人”的含义,即除受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收有关司法文书外,其委托的诉讼代理人为《民事诉讼法》第267条第4项规定的有权代其接受送达的诉讼代理人,人民法院可以向该诉讼代理人送达。第三,《涉外送达规定》第5条规定受送达人在我国领域内设立有代表机构的,人民法院向受送达人送达司法文书,可以送达给其代表机构。而对于受送达人的分支机构和业务代办人,《涉外送达规定》强调只有经过受送达人的授权,人民法院才可以

向其分支机构和业务代办人送达。这是司法实践中需要注意的地方。第四,《涉外送达规定》第6条还对适用《海牙送达公约》以及适用双边司法协助协定规定的方式送达作出了规定。如果受送达人所在国既与我国签订有司法协助协定,同时其所在国又是《海牙送达公约》的成员国,则根据特别优于一般的原则,相关司法文书的送达应当依照司法协助协定的规定办理。但根据2013年《办理司法协助请求的规定》第1条,不再坚持双边条约优先适用的原则,人民法院应当根据便捷、高效的原则确定依据海牙送达公约或者双边民事司法协助条约,对外提出民商事案件司法文书送达和调查取证请求。第五,《涉外送达规定》第10条还规定除本规定上述送达方式外,人民法院可以通过传真、电子邮件等能够确认收悉的其他适当方式向受送达人送达。这是一条新的规定。在适用本条时应注意两点:一是必须是“适当”的送达方式,该送达方式不能违反受送达人所在国的禁止性规定;二是如果适用其他方式送达,必须确认受送达人已经收悉有关司法文书。

(3)是否送达的认定。关于不能送达的认定,《涉外送达规定》第7条对不能适用公约、协定、外交途径以及邮寄方式送达作出了规定,即自我国有关机关将司法文书转递受送达人所在国有关机关之日起满6个月,如果未能收到送达与否的证明文件,且根据各种情况不足以认定已经送达的,视为不能用该种方式送达。该规定可以使人民法院在一个相对确定的时间内对能否适用该种方式送达作出判断,以便于在这种方式不能送达的情况下及时采取其他送达方式,避免使得案件因为送达问题长时间地搁置而处于久拖不决的状态。

关于合法送达的认定,《涉外送达规定》第13条主要规定在受送达人未对人民法院送达的司法文书履行签收手续时,如何认定是否已经合法送达。该条规定了在两种具体的情形下可以视为送达:一是受送达人书面向人民法院提及了所送达司法文书的内容;二是受送达人已经按照所送达司法文书的内容履行。该条第3项所规定的“其他可以视为送达的情形”是一

项兜底性的规定,人民法院可以根据该项规定在具体案件中具体把握。

(三)域外取证

1. 域外取证的概念。域外取证是指基于国际条约或互惠原则,被请求国协助请求国调查案情,获得或收集证据的活动。域外取证和域外送达一样,是行使国家司法主权的一种行为。与域外送达相比,域外取证具有更严格的属地性,如果没有证据所在地国的准许,是不能在该国境内实施取证行为的。为了协调各国的取证制度,便于域外取证,国际社会为此缔结了大量的双边和多边条约。我国不仅在双边司法协助条约中对域外取证问题作了规定,而且还于1997年参加了具有广泛影响的《关于从国外获取民事或商事证据的公约》。

2. 域外取证的方式。域外取证方式主要包括:(1)代为取证,是指一国受理案件的司法机关向证据所在地国的司法机关提出请求,由后者代为进行取证。(2)领事取证,即通过本国驻他国领事或外交人员在驻在国直接调查取证,一般是向本国国民调查取证。这种取证方式为大多数国家所接受。但采取这种取证方式不得违反当地的法律,也不得采取强制措施。(3)特派员取证,即受诉法院委派专门的官员在外国调查取证。这一取证方式主要为英美法系国家所采用,大陆法系国家对此一般持谨慎态度。根据我国有关规定,我国原则上不允许外国特派员在我国境内取证,但在特殊情况下可特许外国特派员在我国境内取证。(4)当事人或诉讼代理人自行取证,这种方式主要存在于一些普通法国家尤其是美国。大多数国家对此种取证方式采取反对态度。根据我国有关规定,未经我国主管机关准许,任何外国当事人或其诉讼代理人都不得在我国境内自行取证。

对于在我国领域外形成的证据的效力,根据已于2001年12月6日通过并自2002年4月1日起施行的最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第11条的规定,当事人向人民法院提供的证据系在中华人民共和国领域外形成的,该证据应当经所在国公证机关予以证明,并经中华人民共和国驻该国使领馆予以认证或

者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续。当事人向人民法院提供的证据是在香港、澳门、台湾地区形成的,应当履行相关的证明手续。其第12条还规定,当事人向人民法院提供外文书证或者外文说明资料,应当附有中文译本。

(四)外国法院判决的承认与执行

一国法院判决是一国司法主权的具体体现,一国法院判决要发生域外效力,必须经过他国对其既判力和执行力的认可。承认外国法院判决和执行外国法院判决是两个既有联系又有区别的概念:一方面,承认外国法院判决是执行的前提条件;另一方面,承认外国法院判决并不一定意味着要执行外国法院判决,有些判决只需要承认而不必执行。

1. 承认与执行外国法院判决的程序。各国在实践中主要有三种不同的做法:(1)经形式上的审查发给执行令的程序。(2)经实质性审查后发给执行令的程序。(3)重新起诉程序,即胜诉方需以外国法院判决为依据,重新向执行地国法院提起诉讼,如执行地国法院认为外国判决与本国法律不相抵触,则由执行地国法院作出一个与外国判决内容相同的判决,然后予以执行。我国采取上述第一种程序。

2. 承认与执行外国法院判决的条件。综观各国国内立法和有关的国际条约的规定,外国法院判决要获得承认与执行一般应具备以下条件:(1)原判决国法院必须具有合格的管辖权;(2)外国法院判决已经发生法律效力;(3)外国法院进行的诉讼程序是公正的;(4)外国法院的判决必须是合法取得的;(5)不存在“诉讼竞合”,如果外国法院判决与内国法院就同一当事人之间的同一争议所作的判决或内国法院已经承认的第三国法院就同一当事人之间的同一争议所作的判决相冲突,内国法院可拒绝承认与执行;(6)承认与执行外国判决不违背内国的公共政策;(7)判决地国和执行地国之间存在条约关系或互惠关系;(8)外国法院适用了内国冲突法规定的准据法,这一条件仅为少数国家所要求。

3. 中国关于外国法院判决承认与执行的

规定:

(1)我国人民法院和外国法院作出的判决、裁定,要在对方国家得到承认与执行,可以由当事人直接向有管辖权的法院提出(在我国为被执行人住所地或财产所在地的中级人民法院),也可以由法院按照条约的规定或者互惠原则请求对方国家的法院承认与执行。

(2)请求承认与执行的判决或裁定必须是已经发生法律效力判决或裁定。

(3)对于向我国法院申请承认与执行的外国判决或裁定,无论是由当事人直接申请还是由外国法院请求,我国法院都必须依照我国与该缔结或参加的国际条约的规定,或者互惠原则进行审查。经审查,如果外国判决、裁定不违反我国法律的基本原则,或者不危害我国国家主权、安全和社会公共利益,裁定承认其效力,需要执行的,发出执行令。

另外,我国与许多国家签订的双边司法协助条约规定,原判决国法院必须有管辖权,审判程序公正,且不与正在我国国内进行或已经终结的诉讼相冲突。

最后,如果某国与我国既无条约关系也不存在互惠关系时,我国对该外国法院的判决是予以承认与执行的。在此种情形下,当事人可以向我国法院起诉,由有管辖权的法院作出判决并予以执行。

4. 中国关于承认与执行外国法院离婚判决的规定。于1999年12月1日通过并自2000年3月1日起施行的最高人民法院《关于人民法院受理申请承认外国法院离婚判决案件有关问题的规定》对有关问题作了如下新规定:

(1)中国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决,人民法院不应以其未在国内缔结婚姻关系而拒绝受理;中国公民申请承认外国法院在其缺席情况下作出的离婚判决,应同时向人民法院提交作出该判决的外国法院已合法传唤其出庭的有关证明文件。

(2)外国公民向人民法院申请承认外国法院离婚判决,如果其离婚的原配偶是中国公民的,人民法院应予以受理;如果其离婚的原配偶是外国公民的,人民法院不予受理,但可告知其直



接向婚姻登记机关申请再婚登记。

(3)当事人向人民法院申请承认外国法院离婚调解书效力的,人民法院应予受理,并根据《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》进行审查,作出承认或不予承认的裁定。

关于外国法院离婚判决的效力,1990年8月28日最高人民法院《关于中国当事人向人民法院申请承认外国法院离婚判决效力问题的批复》规定,中国当事人一方持外国法院作出的离婚判决书,向人民法院申请承认其效力的,应由中级人民法院受理。经审查,如该外国法院判决不违反我国法律的基本准则或我国国家、社会利益,裁定承认其效力;否则,裁定驳回申请。裁定后不得上诉。

关于申请承认外国法院离婚判决中的程序问题,1991年7月5日发布的最高人民法院《关于中国公民申请承认外国法院离婚判决程序问题的规定》作出了比较详细的规定,主要有:(1)适用范围。对与我国没有订立司法协助协议的外国法院作出的离婚判决,中国籍当事人可以根据本规定向人民法院申请承认该外国法院的离婚判决,对与我国有司法协助协议的外国法院作出的离婚判决,按照协议的规定申请承认;外国法院离婚判决中的夫妻财产分割、生活费负担、子女抚养方面判决的承认执行,不适用本规定。(2)受理申请的法院。申请由申请人住所地中级人民法院受理。申请人住所地与经常居住地不一致的,由经常居住地中级人民法院受理。申请人不在国内的,由申请人原国内住所地中级人民法院受理。(3)拒绝承认的理由。外国法院的离婚判决具有下列情形之一的,不予承认:①判决尚未发生法律效力;②作出判决的外国法院对案件没有管辖权;③判决是在被告缺席且未得到合法传唤的情况下作出的;④该当事人之间的离婚案件,我国法院正在审理或已作出判决,或者第三国法院对该当事人之间作出的离婚案件判决已为我国法院所承认;⑤判决违反我国法律的基本原则或者危害我国国家主权、安全和社会公共利益。

六、外资非正常撤离中国相关利益方跨国追究与诉讼的问题

近年来,我国部分地区出现少数外商投资企业非正常撤离现象,给我国相关利益方造成严重经济损失,同时也对我国的双边经贸往来和地方社会稳定造成一定消极影响。2008年11月19日,商务部、外交部、公安部、司法部联合印发《外资非正常撤离中国相关利益方跨国追究与诉讼工作指引》(以下简称《指引》),以便做好跨国追究与诉讼的相关工作,为中方相关利益人提供切实可行的司法救济与协助,追究逃逸者的法律责任,最大限度地挽回当事人的经济损失,消除各种消极影响,预防此类事件的再度发生。指引主要包括以下几个方面的内容:

1. 外资非正常撤离事件发生后,中方当事人要及时向有关司法主管部门(法院或侦查机关)申请民商事或刑事案件立案。根据案件具体情况,各主管部门可根据各自系统内工作程序及我国和相应国家签订的《民商事司法协助条约》或《刑事司法协助条约》,通过条约规定的中央机关在本国向外方提出司法协助请求。请求外方向位于该国的诉讼当事人送达传票、起诉书等司法文书,调取相关证据,协助调查涉案人员和资金的下落,搜查扣押相关物品等。

2. 不履行正常清算义务给债权人造成损失的,根据最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国公司法〉若干问题的规定(二)》的最新规定,作为有限责任公司的股东、股份有限公司的控股股东和董事以及公司实际控制人的外国企业或个人仍应承担相应的民事责任,对公司债务承担连带清偿责任。

3. 中方当事人提起的民事诉讼在我国法院胜诉后,如败诉的外国当事人在中国无可供执行的财产,胜诉方可依据中国和相应国家签订的《民商事司法协助条约》的相关规定或依据败诉方在国外的财产所在地的法律,请求外国有管辖权的法院承认和执行中国法院的生效判决、裁定。

4. 我国与外国缔结的《民商事司法协助条约》相互赋予了对对方国民与本国国民同等的诉讼权利。中方债权人可据此在已缔结条约国家

民事诉讼,有经济困难的我国公民在外诉讼,可根据所在国法律申请相应法律援助。

5. 对于极少数恶意逃避欠缴,税额巨大,涉嫌犯罪的嫌疑人员,国家有关主管部门在立案后,可视具体案情通过条约规定的中央机关或外交渠道向犯罪嫌疑人逃往国提出引渡请求或刑事诉讼移转请求,以最大程度地确保犯罪嫌疑人受到法律追究。

【本章主要法律规定】

1. 民事诉讼法第 18 ~ 35、100 ~ 105、127、259 ~ 283 条
2. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国

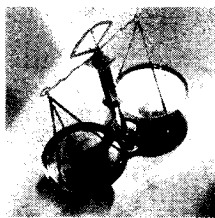
民事诉讼法〉若干问题的意见》第 304 ~ 319 条

3. 仲裁法第 16 ~ 20、58 ~ 61、70 ~ 72 条
4. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释》第 1 ~ 13、16 ~ 21 条
5. 涉外民事关系法律适用法第 7、18 条
6. 海牙送达公约第 2、5、8 ~ 10、13 条
7. 海牙取证公约第 1、2、11、12、15、16 条
8. 最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第 14 条

了解协商、调解、仲裁与诉讼等国际民商事争议的解决方式和我国的相关法律规定,理解国际民商事争议解决方式的运作程序。熟练掌握如何认定仲裁协议的有效性,承认与执行外国仲裁裁决的条件,确定涉外民商事案件管辖权的规则,涉外民商事案件的诉讼时效和外国法院判决承认与执行的条件。

新华考资

www.xhkzedu.com



国际私法

第七章 区际法律冲突

新华考资
www.xhkzedu.com

第一节 区际法律冲突与区际冲突法

一、区际法律冲突与区际冲突法的概念

所谓区际冲突法,或称区际私法、准国际私法,是指用于解决一个主权国家内部具有独特法律制度的不同地区之间的民商事法律冲突的法律适用法。区际冲突法是以区际法律冲突之解决为对象,因此,了解区际冲突法有必要先探讨区际法律冲突。

一般说来,一个具有独特法律制度的地区即是一个法域。如果一个国家内部存在两个以上具有不同法律制度的地区,这个国家就是“复合法域国家”或“多法域国家”。区际法律冲突正是多法域国家的产物。所谓区际法律冲突,就是一个国家内部不同地区的法律制度之间的冲突,或者说是一个国家内部不同法域之间的法律冲突。

区际法律冲突的主要特征如下:

1. 区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内发生的法律冲突。如果某一法律冲突是一种跨越国界的法律冲突,那么它就不是区际法律冲突,而是国际法律冲突了。
2. 区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内具有独特的法律制度的不同地区之间的法律冲突。也就是说,区际法律冲突是一国内部不同法域之间的法律冲突,一国内部如无两个以上的法域,则不存在区际法律冲突。
3. 区际法律冲突是一个主权国家领土范围内不同地区之间的民商事法律冲突。也就是说,区际法律冲突是一种私法方面的冲突。
4. 区际法律冲突是在一个主权国家领土范围内不同地区的法律制度之间

① 为行文方便起见,本章在有关我国大陆地区与台湾地区的事项上,均将大陆地区称为内地。另需说明的是,第一节改写自韩德培主编:《国际私法》(第2版),高等教育出版社、北京大学出版社2007年版,第19章,作者为黄进教授。

的横向法律冲突。既然在一国内部各法域是平等的,各法域法律制度是平等的,那么,各法域法律制度之间的区际法律冲突必然是横向的冲突。

区际法律冲突的特点决定了区际冲突法与国际私法(冲突法是其核心内容)的关系。对此,理论上有所区别说、相似说或同一说、折中说三种不同的观点。与这三种理论相适应,也存在三种类型的实践:(1)区别实践。一些多法域国家在立法和司法实践中严格将国际私法和区际冲突法区别开来,把两者视为不同的法律部门。采取这种做法的国家主要有过去的波兰、苏联和南斯拉夫等。(2)等同实践。英美普通法国家在立法和司法实践中,对区际冲突法和国际冲突法不加区分,都称之为冲突法,同时适用于解决国际法律冲突和区际法律冲突。(3)折中实践。一些多法域国家在立法实践中,或者将区际冲突法规范和国际私法规范规定在同一法律之中,并且以区际冲突法规定为主,还规定,对于含有国际因素的某些民事法律关系的法律适用未作规定的,可以适用区际冲突法的规定,或者对于区际法律冲突的解决类推适用国际私法原则,但同时对于区际法律冲突解决中的特殊问题作了一些例外规定。

值得说明的是,区际冲突法与国际私法中的冲突法虽然相似,但其区别也不容忽视:(1)两者的调整对象有所不同。区际冲突法调整的民商事法律关系是一国内部不同地区之间的民商事法律关系,而国际私法调整的民商事法律关系是涉及外国因素的民商事法律关系,或者说是国际民商事法律关系或跨国民商事法律关系。(2)两者解决的民商事法律冲突有所不同。区际冲突法的任务是解决一国内部具有不同民商事法律制度的地区之间的民商事法律冲突,而国际私法所解决的民商事法律冲突,则是不同主权国家之间的民商事法律冲突。(3)两者的法律渊源有所不同。区际冲突法的渊源只可能是国内法,而国际私法的渊源除了国内法外,还有国际条约和国际惯例。(4)两者体现的政策有所不同。用于解决区际法律冲突的区际冲突法主要体现多法域国家处理其国家内部不同地区之间的政治、经济、民事等关系的

政策,而用于解决国际法律冲突的国际私法,则更多地体现国家的对外政策。(5)两者的性质有所不同。国际私法的制定和施行必须考虑到国际因素,必须受制于国际公法的一般原则、规则和制度。但是,区际冲突法的制定和实施则不必,而只会受制于其所属多法域国家国内的具体情况,并更多地受到所属国家宪法或宪法性法律的制约。(6)两者在一些具体的规则及制度上有所不同。主要表现在以下几个方面:第一,在连结点上,国籍是国际私法中的一个非常重要的连结点,常常用作确定当事人属人法的依据;而在区际冲突法中,除了在少数联邦制国家,由于它们承认本国公民既有联邦国籍又有所属成员国国籍,国籍作为连结点仍有一定意义外,在其他多法域国家的区际冲突法中,国籍这个连结点完全不起作用。第二,公共秩序保留制度在区际冲突法和国际私法上的适用也有所不同。一般来说,公共秩序保留制度在解决区际法律冲突时不适用或适用范围狭小些,而在解决国际法律冲突时,其适用范围更广些。第三,在识别、反致、准据法的查明等问题上,区际冲突法和国际私法也有所不同。如英国上议院(即最高法院)在处理涉及区际法律冲突的案件时,无须当事人举证来查明英格兰或苏格兰的法律。而对于国际性案件,当事人则有义务证明外国法。第四,在意思自治原则的运用方面,合同当事人选择合同应适用的法律的自由受到一定的限制。如按照1926年波兰区际私法第9条,当事人选择适用于合同的法律只限于在波兰有效的法律。第五,在判决的承认和执行方面,一般来说,在多法域国家内,各法域都会承认和执行其他法域的法院所作出的判决。

二、区际法律冲突的解决

从各多法域国家的立法和司法实践来看,解决区际法律冲突的途径有二:一是冲突法解决途径;一是统一实体法解决途径。由于区际法律冲突毕竟是一个主权国家内部不同法域之间的法律冲突,与国家之间的法律冲突有很大的差别,因而多法域国家及其各法域在通过这两个途径解决区际法律冲突时,表现出自己的特点。

新华考资

www.xhkedu.com



(一) 区际冲突法解决途径

各多法域国家及其法域通过区际冲突法途径来解决区际法律冲突的具体方式并不相同,考察有关国家的立法和司法实践,主要有如下几种方式:

1. 制定全国统一的区际冲突法来解决区际法律冲突。
2. 各法域分别制定各自的区际冲突法,用来解决自己的法律与其他法域的法律之间的冲突。
3. 类推适用国际私法解决区际法律冲突。
4. 对区际法律冲突和国际法律冲突不加区分,适用与解决国际法律冲突基本相同的规则解决区际法律冲突。

在上述各种通过区际冲突法途径解决区际法律冲突的方式中,最佳方式是多法域国家制定全国统一的区际冲突法来解决区际法律冲突。

(二) 统一实体法解决途径

区际冲突法虽然能解决区际法律冲突,但它并不能最终避免和消除区际法律冲突。多法域国家及其法域通常会尝试统一实体法途径来达到避免和消除区际法律冲突的目的。通过统一实体法途径解决区际法律冲突,就是由多法域国家制定或由多法域国家内的法域共同采用统一的民商事实体法,直接适用于有关跨地区的民商事法律关系,从而避免不同法域之间的法律冲突,最终消除区际法律冲突。这是一种彻底解决区际法律冲突的方式。

各多法域国家对本国内的区际法律冲突采取何种方式加以解决,具体做法各不相同,但从宏观的角度看,无一不是同时通过区际冲突法途径和统一实体法途径来解决区际法律冲突的。一般而言,多法域国家及其法域一开始总是用冲突规范来解决区际法律冲突,但冲突规范只能解决法律适用上的冲突,并不能根除区际法律冲突,显然有其局限性。于是,统一实体法途径就受到人们关注。然而,统一实体法虽然克服了冲突法的缺陷,但要在一个多法域国家实现全国实体法的统一,也不是一件容易的事,甚至根据一些多法域国家的体制,在其国内要统一实体法完全是不可能的事。即使在那些实现全国实体法统一的多法域国家,一般在此

之前也须经过一个用区际冲突法解决区际法律冲突的阶段。在有些多法域国家,通过统一区际冲突法来解决区际法律冲突,常常是它们实现通过统一实体法来解决区际法律冲突的前奏。从一些多法域国家解决区际法律冲突的实践看,区际冲突法的集中统一化和不同法域的实体法律不断统一化已成为一种趋势。

三、中国区际法律冲突的解决步骤

随着“一国两制”构想的提出及香港、澳门地区的回归,我国的区际法律冲突问题越来越引人注意。如何解决内地与港澳台地区之间的法律冲突,理论与实务界提出了种种方案。

从区际冲突法途径看,首先,各法域分别制定自己的区际冲突法是可行而不可取的,因为采用这样的方式,会引起各法域的区际冲突法本身的冲突。这种冲突的存在大大增加了区际法律冲突的复杂性。其次,由于区际冲突法是用以解决一国内部不同法域之间的法律冲突的,它毕竟与解决国际法律冲突的国际私法有很大的差别,因此,在解决我国区际法律冲突时,也不宜完全适用国际私法来解决,至多作为权宜之计,在短时期内参照适用国际私法来解决区际法律冲突。最后,制定全国统一的区际冲突法解决我国的区际法律冲突可取而不可行。按照香港特别行政区基本法和澳门特别行政区基本法的规定,中央立法机关无权制定全国统一的区际冲突法,因此,直接通过中央立法机关制定全国统一的区际冲突法来解决区际法律冲突的可能性不存在。

从统一实体法途径看,应该说,解决区际法律冲突最好的方法应该是制定全国统一的实体法来避免和消除区际法律冲突。不过,因为中国内地、香港、澳门和台湾地区的法律相互差异很大,故要实现全国实体法的统一不是轻而易举的事情,而且,实行“一国两制”,就意味着要在一定时期内肯定各地区法律制度存在的差异,急于统一实体法也是与“一国两制”的精神相违背的。统一全国实体法,最终实现在我国消除区际法律冲突,是我们的理想和目的,不过其实现只能是渐进的。

根据以上分析,我们设想,中国区际法律冲突的解决步骤应该是这样的:

首先,中国内地、香港、澳门和台湾地区分别制定自己的区际冲突法或参照适用各自的国际私法来解决区际法律冲突。目前在中国内地,对于涉港澳台民商事案件,都是参照国际私法来加以处理的。^① 2011年1月1日开始施行的最高人民法院《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》,亦规定根据法律和司法解释中的法律适用规则,确定涉台案件的准据法。

其次,在上述各地区充分协商和协调的基础上,制定全国统一的区际冲突法,用以解决区际法律冲突。

最后,仍然在充分协商和协调的基础上,通过在某些问题上制定全国统一的实体法或上述各地区分别采用相同或类似的实体法,以便在所涉问题上避免和消除区际法律冲突。这一步骤可以在条件具备时与上一个步骤同步发展。

第二节 区际司法协助

一、中国内地与港澳台地区之间的送达

内地并无专门的立法解决其与港澳台地区之间的送达问题。1999年3月29日,最高人民法院根据与香港特别行政区协商达成的一致意见,以司法解释的形式发布了最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》(以下简称《内地与香港特别行政区安排》),并于次日开始实施。2001年8月7日,最高人民法院发布了《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》(以下简称《内地与澳门特别行政区安排》),并于当年9月15日开始生效。这两份安排,是我国在区际司法协助领域取得的重大进展。2008年4月17日,最高人民法院发布了《涉台民事诉讼文书送达的若干规定》。该规定于当年4月23日开始实施,是内地在涉台司法协助方面的新举措。2009年3月9日,最高人民法院又发布了《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》,对此前的相关规定予以补充。

(一)内地与香港特别行政区之间的送达

按照《内地与香港特别行政区安排》,内地法院和香港特别行政区法院可以相互委托送达民商事司法文书。双方委托送达司法文书,均须通过内地各高级人民法院和香港特别行政区高等法院进行。最高人民法院的司法文书可以直接委托香港特别行政区高等法院送达。这里,司法文书在内地是指:起诉状副本、上诉状副本、授权委托书、传票、判决书、调解书、裁定书、决定书、通知书、证明书、送达回证;在香港特别行政区是指:起诉状副本、上诉状副本、传票、状词、誓章、判案书、判决书、裁决书、通知书、法庭命令、送达证明。前述委托送达的司法文书以互换司法文书样本为准。

委托方请求送达司法文书,须出具盖有其印章的委托书,并须在委托书中说明委托机关的名称、受送达人的姓名或者名称、详细地址及案件的性质。委托书应当以中文文本提出。所附司法文书没有中文文本的,应当提供中文译本。前指文件均须一式两份。受送达人为两人以上的,每人一式两份。受委托方如果认为委托书与本安排的规定不符,应当通知委托方,并说明对委托书的异议。必要时可以要求委托方补充材料。

送达司法文书,应当依照受委托方所在地法律规定的程序进行。不论司法文书中确定的出庭日期或者期限是否已过,受委托方均应送达。委托方应当尽量在合理期限内提出委托请求。受委托方接到委托书后,应当及时完成送达,最迟不得超过自收到委托书之日起2个月。送达司法文书后,内地人民法院应当出具送达回证;香港特别行政区法院应当出具送达证明书。出具送达回证和证明书,应当加盖法院印章。受委托方无法送达的,应当在送达回证或者证明书上注明妨碍送达的原因、拒收事由和日期,并及时退回委托书及所附全部文书。

受委托方对委托方委托送达的司法文书的内容和后果不负法律责任。委托送达司法文书

^① 2012年12月10日通过的最高人民法院《关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的解释(一)》第19条,再次肯定了这一做法。



费用互免。但委托方在委托书中请求以特定方式送达所产生的费用,由委托方负担。

(二) 内地与澳门特别行政区之间的送达

内地人民法院与澳门特别行政区法院就民商事案件(在内地包括劳动争议案件,在澳门特别行政区包括民事劳工案件)相互委托送达司法文书,依据《内地与澳门特别行政区安排》进行。双方相互委托送达司法文书,均须通过内地各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托送达。这里,司法文书在内地是指:起诉状副本、上诉状副本、反诉状副本、答辩状副本、授权委托书、传票、判决书、调解书、裁定书、支付令、决定书、通知书、证明书、送达回证以及其他司法文书和所附相关文件;在澳门特别行政区是指:起诉状复本、答辩状复本、反诉状复本、上诉状复本、陈述书、申辩书、声明异议书、反驳书、申请书、撤诉书、认诺书、和解书、财产目录、财产分割表、和解建议书、债权人协议书、传唤书、通知书、法官批示、命令状、法庭许可令状、判决书、合议庭裁判文书、送达证明书以及其他司法文书和所附相关文件。

委托方法院请求送达司法文书,须出具盖有其印章的委托书,并在委托书中说明委托机关的名称、受送达人的姓名或者名称、详细地址及案件性质。如果委托方法院请求按特殊方式送达或者有特别注意的事项的,应当在委托书中注明。委托书应当以中文文本提出。所附司法文书及其他相关文件没有中文文本的,应当提供中文译本。委托书及所附司法文书和其他相关文件均须一式两份,受送达人为两人以上的,每人一式两份。内地各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院相互收到对方法院的委托书后,应当立即将委托书及所附司法文书和相关文件转送根据其本辖区法律规定有权完成该受托事项的法院。不论委托方法院司法文书中确定的出庭日期或者期限是否已过,受委托方法院均应送达。如果受委托方法院认为委托书不符合本安排的规定,影响其完成受托事项时,应当及时通知委托方法院,并说明对委托书的异议。必要时可以要求委托方法院补充材料。

委托方法院应当在合理的期限内提出委托请求,以保证受委托方法院收到委托书后,及时完成受托事项。受委托方法院应优先处理受托事项,送达文书最迟不得超过自收到委托书之日起2个月。受委托方法院收到委托书后,不得以其本辖区法律规定对委托方法院审理的该民商事案件享有专属管辖权或不承认对该请求事项提起诉讼的权利为由,不予执行受托事项。完成司法文书送达事项后,内地人民法院应当出具送达回证;澳门特别行政区法院应当出具送达证明书。出具送达回证和送达证明书,应当注明送达的方法、地点和日期及司法文书接收人的身份,并加盖法院印章。受委托方法院无法送达的,应当在送达回证或者送达证明书上注明妨碍送达的原因、拒收事由和日期,并及时退回委托书及所附全部文件。

同样,受委托方法院对委托方法院委托送达的司法文书和所附相关文件的内容和后果不负法律责任。而且,受委托方法院应当根据本辖区法律规定执行受托事项。委托方法院请求按照特殊方式执行委托事项的,如果受委托方法院认为不违反本辖区的法律规定,可以按照其特殊方式执行。委托方法院无须支付受委托方法院在送达司法文书时发生的费用或税项。但受委托方法院根据其本辖区法律规定,有权要求委托方法院预付因采用委托方法院在委托书中请求以特殊方式送达司法文书所产生的费用。

在综合前述实践的基础上,最高人民法院于2009年2月16日公布了《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》,当年3月16日起施行。同时,向在内地没有住所的港澳受送达人送达司法文书,仍可继续适用前述两个安排。新的规定主要补充了如下内容:(1)对受送达人作了进一步的界定:作为受送达人的自然人或者企业、其他组织的法定代表人、主要负责人在内地的,法院可以直接向该自然人或者法定代表人、主要负责人送达;除受送达人有明文的相反表示,其委托的诉讼代理人为有权代其接受送达的诉讼代理人,法院可以向该诉讼代理人送达;受送达人在内地设立有代表机构的,法院可以直接向该代表机构送达;受送达

人在内地设立有分支机构或者业务代办人并授权其接受送达的,法院可以直接向该分支机构或者业务代办人送达。(2)丰富了送达方式:法院可以采取邮寄、传真、电子邮件等能够确认收悉的其他适当方式向受送达人送达。如果这些方式均不能送达,法院还可以采取公告送达,公告内容应当在内地和受送达人住所地公开发行的报刊上刊登,自公告之日起满3个月即视为送达。除公告送达方式外,法院可以同时采取多种送达方式,依最先实现送达的方式确定送达日期。此外,法院向在内地的受送达人或者受送达人的法定代表人、主要负责人、诉讼代理人、代表机构以及有权接受送达的分支机构、业务代办人送达司法文书,可以适用留置送达的方式。(3)明确规定了推定送达的情形:受送达人未对法院送达的司法文书履行签收手续,但存在以下情形之一的,视为送达:向法院提及了所送达司法文书的内容;已经按照所送达司法文书的内容履行;其他可确认为已经送达的情形。

(三)内地与台湾地区之间的送达

内地人民法院审理涉台民事案件向住所地在台湾地区的当事人送达民事诉讼文书,以及人民法院接受台湾地区有关法院的委托代为向住所地在内地的当事人送达民事诉讼文书,适用《涉台民事诉讼文书送达的若干规定》。涉台民事诉讼文书送达事务的处理,应当遵守一个中国原则和法律的基本原则,不违反社会公共利益。这也是内地处理涉台事务的基本原则。

按照前述规定,涉台送达分两种情形:

1. 人民法院向住所地在台湾地区的当事人送达民事诉讼文书。这可以采用下列方式:

(1)受送达人居住在内地的,或者受送达人不在内地居住,但送达时在内地的,可以直接送达。受送达人是自然人,本人不在的,可以交其同住成年家属签收;受送达人是法人或者其他组织的,应当由法人的法定代表人、其他组织的主要负责人或者该法人、组织负责收件的人签收。

(2)受送达人在内地有诉讼代理人的,向诉讼代理人送达。但受送达人在授权委托书中明确表明其诉讼代理人无权代为接收的除外。

(3)受送达人有指定代收人的,向代收人送达。

(4)受送达人在内地有代表机构、分支机构、业务代办人的,向其代表机构或者经受送达人明确授权接受送达的分支机构、业务代办人送达。

采用上述四种方式送达的,由受送达人、诉讼代理人或者有权接受送达的人在送达回证上签收或者盖章,即为送达;拒绝签收或者盖章的,可依法留置送达。

(5)受送达人在台湾地区的地址明确的,可以邮寄送达。邮寄送达应附有送达回证。受送达人未在送达回证上签收但在邮件回执上签收的,视为送达,签收日期为送达日期。自邮寄之日起满3个月,如果未能收到送达与否的证明文件,且根据各种情况不足以认定已经送达的,视为未送达。

(6)有明确的传真号码、电子信箱地址的,可以通过传真、电子邮件方式向受送达人送达。采用此种方式送达,应注明人民法院的传真号码或者电子信箱地址,并要求受送达人在收到传真件或者电子邮件后及时予以回复,并以能够确认受送达人收悉的日期为送达日期。

(7)按照两岸认可的其他途径送达。此种情形下的送达,应当由有关的高级人民法院出具盖有本院印章的委托函。委托函应当写明案件各方当事人的姓名或者名称、案由、案号;受送达人姓名或者名称、受送达人的详细地址以及需送达的文书种类。

(8)采用上述方式不能送达或者台湾地区的当事人下落不明的,公告送达。公告内容应当在境内外公开发行的报刊或者权威网站上刊登,自公告之日起满3个月,即视为送达。

2. 人民法院按照两岸认可的途径代为送达台湾地区法院的民事诉讼文书,按照下列办法处理:

首先,人民法院代为送达台湾地区法院的民事诉讼文书应当有后者的委托函。在收到台湾地区有关法院的委托函后,经审查符合条件的,应在收到委托函之日起2个月内完成送达。完成送达的送达回证按照原途径退回。

其次,民事诉讼文书中确定的出庭日期或者其他期限逾期的,受委托的人民法院亦应予



送达。

再次,人民法院按照委托函中的受送达人姓名或者名称、地址不能送达的,应当附函写明情况,将未完成送达的委托材料依原途径退回。

最后,受委托的人民法院对台湾地区有关法院委托送达的民事诉讼文书的内容和后果不负法律责任。

示例

居住于我国台湾地区的当事人李某在大陆某法院参与民事诉讼。关于该案,下列哪一选项是不正确的?(2012年试卷一第37题)

- A. 李某与大陆当事人有同等诉讼权利和义务
- B. 确定应适用台湾地区民事法律的,受案的法院予以适用
- C. 如李某在大陆,民事诉讼文书可以直接送达
- D. 如李某在台湾地区地址明确,可以邮寄送达,但必须在送达回证上签收

【参考答案及简要提示】D。本题常见的是误选A,没有认识到何谓“同等诉讼权利和义务”,送达方式和期间的区别只是考虑到送达的实际需要而做出的合理变通,正体现了诉讼权利的平等。此外,也有考生误认为在大陆不适用台湾地区法律,而误选B。

二、中国内地与港澳台地区之间的调查取证

同送达问题类似,内地并无专门的立法解决其与港澳台地区之间的取证问题。目前所遇问题,主要参照民事诉讼法的有关规定、1970年海牙《关于从国外获取民事或商事证据的公约》以及最高人民法院的司法解释来加以解决。前述《内地与澳门特别行政区安排》,是中国区际取证方面最重要的成果。同时,由于内地、香港特别行政区和澳门特别行政区均适用《关于从国外获取民事或商事证据的公约》的规定,因此该公约是中国区际调查取证方面的重要参照依据。以下扼要介绍《内地与澳门特别行政区安排》的相关部分。

内地人民法院与澳门特别行政区法院可按

照本安排,就民商事案件(在内地包括劳动争议案件,在澳门特别行政区包括民事劳工案件)相互委托调取证据。双方相互委托调取证据;须通过内地各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托调取证据。内地各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院相互收到对方法院的委托书后,应当立即将委托书及所附司法文书和相关文件转送根据其本辖区法律规定有权完成该受托事项的法院。如果受委托法院认为委托书不符合本安排规定,影响其完成受托事项时,应当及时通知委托法院,并说明对委托书的异议。必要时可以要求委托法院补充材料。委托书应当以中文文本提出。所附司法文书及其他相关文件没有中文文本的,应当提供中文译本。代为调取证据的委托书应当写明:(1)委托法院的名称;(2)当事人及其诉讼代理人的姓名、地址,以及其他一切有助于辨别其身份的情况;(3)委托调取证据的原因,以及委托调取证据的具体事项;(4)被调查人的姓名、地址及其他一切有助于辨别其身份的情况,以及需要向其提出的问题;(5)调取证据需采用的特殊方式;(6)有助于执行该委托的其他一切情况。

委托法院请求调取的证据只能是用于与诉讼有关的证据。代为调取证据的范围包括:代为询问当事人、证人和鉴定人,代为进行鉴定和司法勘验,调取其他与诉讼有关的证据。如委托法院提出要求,受委托法院应当将取证的时间、地点通知委托法院,以便有关当事人及其诉讼代理人能够出席。受委托法院在执行委托调取证据时,根据委托法院的请求,可以允许委托法院派司法人员出席。必要时,经受委托方允许,委托法院的司法人员可以向证人、鉴定人等发问。

委托法院应当在合理的期限内提出委托请求,以保证受委托法院收到委托书后,及时完成受托事项。受委托法院应优先处理受托事项。完成受托事项的期限,送达文书最迟不得超过自收到委托书之日起2个月,调取证据最迟不得超过自收到委托书之日起3个月。受

委托方法院收到委托书后,不得以其本辖区法律规定对委托方法院审理的该民商事案件享有专属管辖权或不承认对该请求事项提起诉讼的权利为由,不予执行受托事项。受委托方法院在执行受托事项时,如果该事项不属于法院职权范围,或者内地人民法院认为在内地执行该受托事项将违反其基本法律原则或社会公共利益,或者澳门特别行政区法院认为在澳门特别行政区执行该受托事项将违反其基本法律原则或公共秩序的,可以不予执行,但应当及时向委托方法院书面说明不予执行的原因。受委托方法院完成委托调取证据的事项后,应当向委托方法院书面说明。如果未能按委托方法院的请求全部或部分完成调取证据事项,受委托方法院应当向委托方法院书面说明妨碍调取证据的原因,并及时退回委托书及所附全部文件。如果当事人、证人根据受委托方的法律规定,拒绝作证或推辞提供证言时,受委托方法院应当以书面方式通知委托方法院,并退回委托书及所附全部文件。

受委托方法院应当根据本辖区法律规定执行受托事项。委托方法院请求按照特殊方式执行委托事项的,如果受委托方法院认为不违反本辖区的法律规定,可以按照其特殊方式执行。委托方法院无须支付受委托方法院在调取证据时发生的费用或税项,但受委托方法院根据其本辖区法律规定,有权在调取证据时,要求委托方法院预付鉴定人、证人、翻译人员的费用,以及因采用委托方法院在委托书中请求以特殊方式调取证据所产生的费用。

受委托方法院可以根据委托方法院的请求,并经证人、鉴定人同意,协助安排其辖区的证人、鉴定人到对方辖区出庭作证。证人、鉴定人在委托方地域内逗留期间,不得因在其离开受委托方地域之前,在委托方境内所实施的行为或针对他所作的裁决而被刑事起诉、羁押,或者为履行刑罚或者其他处罚而被剥夺财产或者扣留身份证件,或者以任何方式对其人身自由加以限制。证人、鉴定人完成所需诉讼行为,且可自由离开委托方地域后,在委托方境内逗留超过7天,或者已离开委托方地域又自行返回时,前款

所指的豁免即行终止。证人、鉴定人到委托方法院出庭而导致的费用及补偿,由委托方法院预付。这里所指出庭作证人员,在澳门特别行政区还包括当事人。受委托方法院取证时,被调查的当事人、证人、鉴定人等的代理人可以出席。

本安排在执行过程中遇有问题,应当通过最高人民法院与澳门特别行政区终审法院协商解决。

示例

内地某中级法院审理一起涉及澳门特别行政区企业的商事案件,需委托澳门特别行政区法院进行司法协助。关于该司法协助事项,下列哪些表述是正确的?(2013年试卷一第79题)

- A. 该案件司法文书送达的委托,应通过该中级法院所属高级人民法院转交澳门特别行政区终审法院
- B. 澳门特别行政区终审法院有权要求该中级法院就其中文委托书提供葡萄牙语译本
- C. 该中级法院可以请求澳门特别行政区法院协助调取与该案件有关的证据
- D. 在受委托方法院执行委托调取证据时,该中级法院司法人员经过受委托方允许可以出席并直接向证人提问

【参考答案及简要提示】ACD。本题的常见错误在于未能理解运用内地与澳门的司法协助的相关规定及内容。根据《内地与澳门特别行政区安排》第2条,双方相互委托送达司法文书和调取证据,均须通过各高级人民法院和澳门特别行政区终审法院进行。最高人民法院与澳门特别行政区终审法院可以直接相互委托送达和调取证据。故A、C项对。我国法律并没有规定澳门特别行政区终审法院有权要求该中级法院就其中文委托书提供葡萄牙语译本,故B项错。根据该安排第19条,受委托方法院在执行委托调取证据时,根据委托方法院的请求,可以允许委托方法院派司法人员出席。必要时,经受委托方允许,委托方法院的司法人员可以向证人、鉴定人等发问,故D项对。因此,本题答案为ACD项。



三、中国内地与港澳台地区相互执行法院判决

关于内地与港澳台地区相互执行法院判决,最高人民法院早在1998年5月22日发布了《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。2006年2月28日,最高人民法院与澳门特别行政区在澳门签署了《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》。在这一安排的推动下,同年7月14日最高人民法院与香港特别行政区签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》。此外,最高人民法院于2009年4月24日又发布《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》。以下分别介绍内地与港澳特别行政区达成的两个安排以及最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》。

(一)内地与澳门特别行政区相互认可和执行民商事判决

根据双方的一致意见,最高人民法院于2006年2月13日通过并发布司法解释,规定《内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》自2006年4月1日起生效。本安排全文共24条,涵盖的范围比较全面,主要内容如下:

1. 本安排适用的范围、“判决”所涵盖的文书种类:本安排适用于内地与澳门特别行政区民商事案件(在内地包括劳动争议案件,在澳门特别行政区包括劳动民事案件)判决的相互认可和执行。本安排亦适用于刑事案件中有关民事损害赔偿的判决、裁定,但不适用于行政案件。本安排所指“判决”,在内地包括:判决、裁定、决定、调解书、支付令;在澳门特别行政区包括:裁判、判决、确认和解的裁定、法官的决定或者批示。

2. 受理认可和执行申请的管辖法院、在两地同时申请执行及其协调问题:一方法院作出的具有给付内容的生效判决,当事人可以向对方有管辖权的法院申请认可和执行;没有给付内容,或者不需要执行,但需要通过司法程序予

以认可的判决,当事人可以向对方法院单独申请认可,也可以直接以该判决作为证据在对方法院的诉讼程序中使用。内地有权受理认可和执行判决申请的法院为被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院。两个或两个以上中级人民法院均有管辖权的,申请人应当选择向其中一个中级人民法院提出申请;澳门特别行政区有权受理认可判决申请的法院为中级法院,有权执行的法院为初级法院。被申请人在内地和澳门特别行政区均有可供执行财产的,申请人可以向一地法院提出执行申请。申请人向一地法院提出执行申请的同时,可以向另一地法院申请查封、扣押或者冻结被执行人的财产。待一地法院执行完毕后,可以根据该地法院出具的执行情况证明,就不足部分向另一地法院申请采取处分财产的执行措施。两地法院执行财产的总额,不得超过依据判决和法律规定所确定的数额。

3. 请求认可和执行的申请书的内容、所附相关证明文件、所附司法文书的文本及证明问题,以及上述文书所用语文问题:请求认可和执行判决的申请书,应当载明下列事项:

(1) 申请人或者被申请人为自然人的,应当载明其姓名及住所;为法人或者其他组织的,应当载明其名称及住所,以及其法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所。

(2) 请求认可和执行的判决的案号和判决日期。

(3) 请求认可和执行判决的理由、标的,以及该判决在判决作出地法院的执行情况。

申请书应附生效判决书副本,或者经作出生效判决的法院盖章的证明书,同时应当附作出生效判决的法院或者有权机构出具的证明下列事项的相关文件:

(1) 传唤属依法作出,但判决书已经证明的除外;

(2) 无诉讼行为能力人依法得到代理,但判决书已经证明的除外;

(3) 根据判决作出地的法律,判决已经送达当事人,并已生效;

(4) 申请人为法人的,应当提供法人营业执

照副本或者法人登记证明书;

(5) 判决作出地法院发出的执行情况证明。

对以上事项,如被请求方法院认为已充分了解,可以免除提交相关文件。被请求方法院对当事人提供的判决书的真实性有疑问时,可以请求作出生效判决的法院予以确认。

申请书应当用中文制作。所附司法文书及其相关文件未用中文制作的,应当提供中文译本。其中法院判决书未用中文制作的,应当提供由法院出具的中文译本。

4. 认可判决的程序、拒绝认可的情形、当事人的救济途径:法院收到申请人请求认可和执行判决的申请后,应当将申请书送达被申请人,被申请人有权提出答辩。被请求方法院应当尽快审查认可和执行的请求,并作出裁定。被请求方法院经审查核实存在下列情形之一的,裁定不予认可:

(1) 根据被请求方的法律,判决所确认的事项属被请求方法院专属管辖;

(2) 在被请求方法院已存在相同诉讼,该诉讼先于待认可判决的诉讼提起,且被请求方法院具有管辖权;

(3) 被请求方法院已认可或者执行被请求方法院以外的法院或仲裁机构就相同诉讼作出的判决或仲裁裁决;

(4) 根据判决作出地的法律规定,败诉的当事人未得到合法传唤,或者无诉讼行为能力人未依法得到代理;

(5) 根据判决作出地的法律规定,申请认可和执行的判决尚未发生法律效力,或者因再审被裁定中止执行;

(6) 在内地认可和执行判决将违反内地法律的基本原则或者社会公共利益,在澳门特别行政区认可和执行判决将违反澳门特别行政区法律的基本原则或者公共秩序。

法院就认可和执行判决的请求作出裁定后,应当及时送达。当事人对认可与否的裁定不服的,在内地可以向上一级人民法院提请复议,在澳门特别行政区可以根据其法律规定提起上诉;对执行中作出的裁定不服的,可以根据被请求方法律的规定,向上级法院寻求救济。

经裁定予以认可的判决,与被请求方法院的判决具有同等效力;判决有给付内容的,当事人可以向该方有管辖权的法院申请执行。如果被请求方法院不能对判决所确认的所有请求予以认可和执行时,可以认可和执行其中的部分请求。

5. 受理认可和执行请求期间的财产保全、另行诉讼问题:法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后,可以按照被请求方法律关于财产保全的规定,根据申请人的申请,对被申请人的财产采取保全措施。在被请求方法院受理认可和执行判决的申请期间,或者判决已获认可和执行,当事人再行提起相同诉讼的,被请求方法院不予受理。对于根据本安排上述第(1)、(4)、(6)项不予认可的判决,申请人不得再行提起认可和执行的申请。但根据被请求方的法律,被请求方法院有管辖权的,当事人可以就相同案件事实向当地法院另行提起诉讼。本安排上述第(5)项所指的判决,在不予认可的情形消除后,申请人可以再行提起认可和执行的申请。

6. 公共机构文书的免除认证、诉讼费用及其减免问题:为适用本安排,由一方有权限公共机构(包括公证员)作成或者公证的文书正本、副本及译本,免除任何认证手续而可以在对方使用。申请人依据本安排申请认可和执行判决,应当根据被请求方法律规定,交纳诉讼费用、执行费用。申请人在生效判决作出地获准缓交、减交、免交诉讼费用的,在被请求方法院申请认可和执行判决时,应当享有同等待遇。

(二) 内地与香港特别行政区相互认可与执行民商事判决

最高人民法院与香港特别行政区虽然于2006年7月14日签署《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》,但直到2008年7月3日才以司法解释的方式予以公布,并于同年8月1日起生效。安排的要点如下:

1. 适用范围。内地人民法院和香港特别行政区法院在具有书面管辖协议的民商事案件中作出的须支付款项的具有执行力的终审判决,当事人可以根据本安排向内地人民法院或者香港特别行政区法院申请认可和执行。这



里,“具有执行力的终审判决”在内地是指最高人民法院的判决以及高级人民法院、中级人民法院以及经授权管辖第一审涉外、涉港澳台民事案件的基层人民法院(名单可根据实际需要增减并通报香港特别行政区政府)依法不准上诉或者已经超过法定期限没有上诉的第一审判决,第二审判决和依照审判监督程序由上一级人民法院提审后作出的生效判决;在香港特别行政区是指终审法院、高等法院上诉法庭及原讼法庭和区域法院作出的生效判决。“书面管辖协议”是指当事人为解决与特定法律关系(即当事人之间的民商事合同,不包括雇佣合同以及自然人因个人消费、家庭事宜或者其他非商业目的而作为协议一方的合同)有关的已经发生或者可能发生的争议,自本安排生效之日起,以书面形式即合同书、信件和数据电文(包括电报、电传、传真、电子数据交换和电子邮件)等可以有形地表现所载内容、可以调取以备日后查用的形式,明确约定内地人民法院或者香港特别行政区法院具有唯一管辖权的协议。书面管辖协议可以由一份或者多份书面形式组成。除非合同另有规定,合同中的管辖协议条款独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响管辖协议条款的效力。

内地与香港特别行政区法院相互认可和执行的标的范围,除判决确定的数额外,还包括根据该判决须支付的利息、经法院核定的律师费以及诉讼费,但不包括税收和罚款。在香港特别行政区,诉讼费是指经法官或者司法常务官在诉讼费评定证明书中核定或者命令支付的诉讼费用。

内地与香港特别行政区法院自本安排生效之日(含本日)起作出的判决,适用本安排。

2. 判决的种类。本安排所称判决,在内地包括判决书、裁定书、调解书、支付令;在香港特别行政区包括判决书、命令和诉讼费评定证明书。

3. 管辖法院。依本安排申请认可和执行民商事判决,在内地向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的中级人民法院提出,在香港特别行政区向香港特别行政区高等法院提

出。被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区的,申请人应当选择向其中一个人民法院提出认可和执行的申请,不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地,既在内地又在香港特别行政区的,申请人可以同时分别向两地法院提出申请,两地法院分别执行判决的总额,不得超过判决确定的数额,已经部分或者全部执行判决的法院应当根据对方法院的要求提供已执行判决的情况。

4. 申请认可和执行应提交的文件。申请人向法院申请认可和执行判决,应提交以下文件:

(1) 请求认可和执行的申请书。

(2) 经作出终审判决的法院盖章的判决书副本。

(3) 作出终审判决的法院出具的证明书,证明该判决属终审判决,在判决作出地可以执行。

(4) 身份证明材料:申请人为自然人的,应当提交身份证或者经公证的身份证复印件;申请人为法人或者其他组织的,应当提交经公证的法人或者其他组织注册登记的证书的复印件;申请人是外国籍法人或者其他组织的,应当提交相应的公证和认证材料。其中,向内地人民法院提交的文件没有中文文本的,申请人应当提交证明无误的中文译本;执行地法院对上述法院出具的证明书,无需另行要求公证。

5. 请求认可和执行申请书应当载明的事项:(1) 当事人为自然人的,其姓名、住所;当事人为法人或者其他组织的,法人或者其他组织的名称、住所以及法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所;(2) 申请执行的理由与请求的内容,被申请人的财产所在地以及财产状况;(3) 判决是否在原审法院地申请执行以及已执行的情况。

6. 申请认可和执行的程序与时限。除本安排另有规定外,申请人申请认可和执行内地人民法院或者香港特别行政区法院判决的程序,依据执行地法律的规定。当事人向有关法院申请执行判决,应当根据执行地有关诉讼收

费的法律和规定交纳执行费或者法院费用。

申请人申请认可和执行的期间为2年,内地判决到香港特别行政区申请执行的,从判决规定履行期间的最后一日起计算,判决规定分期履行的,从规定的每次履行期间的最后一日起计算,判决未规定履行期间的,从判决生效之日起计算;香港特别行政区判决到内地申请执行的,从判决可强制执行之日起计算,该日为判决上注明的判决日期,判决对履行期间另有规定的,从规定的履行期间届满后开始计算。

7. 不予认可和执行的条件。对申请认可和执行的判决,原审判决中的债务人提供证据证明有下列情形之一的,受理申请的法院经审查核实,应当裁定不予认可和执行:

(1) 根据当事人协议选择的原审法院地的法律,管辖协议属于无效。但选择法院已经判定该管辖协议为有效的除外。

(2) 判决已获完全履行。

(3) 根据执行地的法律,执行地法院对该案享有专属管辖权。

(4) 根据原审法院地的法律,未曾出庭的败诉一方当事人未经合法传唤或者虽经合法传唤但未获依法律规定的答辩时间。但原审法院根据其法律或者有关规定公告送达的,不属于上述情形。

(5) 判决是以欺诈方法取得的。

(6) 执行地法院就相同诉讼请求作出判决,或者外国、境外地区法院就相同诉讼请求作出判决,或者有关仲裁机构作出仲裁裁决,已经为执行地法院所认可或者执行的。

内地人民法院认为在内地执行香港特别行政区法院判决违反内地社会公共利益,或者香港特别行政区法院认为在香港特别行政区执行内地人民法院判决违反香港特别行政区公共政策的,不予认可和执行。

8. 中止或终止认可和执行程序。根据安排,对于香港特别行政区法院作出的判决,判决确定的债务人已经提出上诉,或者上诉程序尚未完结的,内地人民法院审查核实后,可以中止认可和执行程序。经上诉,维持全部或者部分原判决的,恢复认可和执行程序;完全改变原判

决的,终止认可和执行程序。内地地方人民法院就已经作出的判决按照审判监督程序作出提审裁定,或者最高人民法院作出提起再审裁定的,香港特别行政区法院审查核实后,可以中止认可和执行程序。再审判决维持全部或者部分原判决的,恢复认可和执行程序;再审判决完全改变原判决的,终止认可和执行程序。

9. 一事不再理。当事人对是否认可和执行的裁定不服的,在内地可以向上一级人民法院申请复议,在香港特别行政区可以根据其法律规定提出上诉。在法院受理当事人申请认可和执行判决期间,当事人依相同事实再行提起诉讼的,法院不予受理。除此之外,根据本安排获得认可的判决与执行地法院的判决效力相同。已获认可和执行的判决,当事人依相同事实再行提起诉讼的,法院不予受理。对不予认可和执行的判决,申请人不得再行提起认可和执行的申请,但是可以按照执行地的法律依相同案件事实向执行地法院提起诉讼。

10. 临时措施。法院受理认可和执行判决的申请之前或者之后,可以按照执行地法律关于财产保全或者禁制资产转移的规定,根据申请人的申请,对被申请人的财产采取保全或强制措施。

示例

香港甲公司(www.xbkzedu.com)与乙公司订立供货合同,约定由香港法院管辖。后双方因是否解除该合同及赔偿问题诉诸香港法院,法院判乙公司败诉。依相关规定,下列哪一选项是正确的?(2009年试卷一第39题)

A. 如该合同被解除,则香港法院管辖的协议也随之无效

B. 如乙公司在内地两省均有财产,甲公司可向两省的有关法院申请认可和执行

C. 如甲公司向内地法院申请认可和执行判决,免除执行费用

D. 如甲公司向内地法院提交的文件无中文文本,应当提交证明无误的中文译本

【参考答案及简要提示】D。本题考生容易出现两个错误:其一,误认为合同解除,合同



中的协议管辖条款也随之失效。其二,误认为甲公司对乙公司在内地两省的财产可以同时申请认可和执行。根据最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》第3条第5款,除非合同另有规定,合同中的管辖协议条款独立存在,合同的变更、解除、终止或者无效,不影响管辖协议条款的效力。故A选项错误。同时,依该条规定,被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地在内地不同的中级人民法院辖区的,申请人应当选择向其中一个人民法院提出认可和执行的申请,不得分别向两个或者两个以上人民法院提出申请。故B选项错误。依其第15条规定,当事人向有关法院申请执行判决,应当根据执行地有关诉讼收费的法律和规定交纳执行费或者法院费用,故C选项也是错误的。依其第6条的规定,向内地人民法院提交的文件没有中文文本的,申请人应当提交证明无误的中文译本。所以,只有D项是正确的。

(三)内地与台湾地区相互认可和执行民商事判决

台湾地区有关法院的民事判决,当事人的住所地、经常居住地或者被执行财产所在地在其他省、自治区、直辖市的,当事人可以在该判决发生法律效力后2年内,根据本规定向人民法院申请认可。申请由申请人住所地、经常居住地或者被执行财产所在地中级人民法院受理。申请人应提交申请书,并须附有不违反“一个中国”原则的台湾地区有关法院民事判决书正本或经证明无误的副本、证明文件。申请书应记明以下事项:

1. 申请人姓名、性别、年龄、职业、身份证件号码、申请时间和住址(申请人为法人或者其他组织的,应记明法人或者其他组织的名称、地址、法定代表人姓名、职务);
2. 当事人受传唤和应诉情况及证明文件;
3. 请求和理由;
4. 其他需要说明的情况。

人民法院收到申请书,经审查,符合本规定

条件的,应当在7日内受理;不符合本规定条件的,不予受理,并在7日内通知申请人,同时说明不予受理的理由。人民法院审查认可台湾地区有关法院民事判决的申请,由审判员组成合议庭进行。人民法院受理申请后,对于台湾地区有关法院民事判决是否生效不能确定的,应告知申请人提交作出判决的法院出具的证明文件。

台湾地区有关法院的民事判决具有下列情形之一的,人民法院裁定不予认可:

1. 申请认可的民事判决的效力未确定的;
2. 申请认可的民事判决,是在被告缺席又未经合法传唤或者在被告无诉讼行为能力又未得到适当代理的情况下作出的;
3. 案件系人民法院专属管辖的;
4. 案件的双方当事人订有仲裁协议的;
5. 案件系人民法院已作出判决,或者外国、境外地区法院作出判决或境外仲裁机构作出仲裁裁决已为人民法院所承认的;
6. 申请认可的民事判决具有违反国家法律的基本原则,或者损害社会公共利益情形的。

经人民法院审查申请后,对于台湾地区有关法院民事判决不具有上列情形的,裁定认可其效力。人民法院受理认可台湾地区有关法院民事判决的申请后,对当事人就同一案件事实起诉的,不予受理。案件虽经台湾地区有关法院判决,但当事人未申请认可,而是就同一案件事实向人民法院提起诉讼的,应予受理。对人民法院不予认可的民事判决,申请人不得再提出申请,但可以就同一案件事实向人民法院提起诉讼。

人民法院作出民事判决前,一方当事人申请认可台湾地区有关法院就同一案件事实作出的判决,应当中止诉讼,对申请进行审查。经审查,对符合认可条件的申请,予以认可,并终结诉讼;对不符合认可条件的,则恢复诉讼。

被认可的台湾地区有关法院民事判决需要执行的,依照《中华人民共和国民事诉讼法》规定的程序办理。值得注意的是:(1)最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》同时也适用于申请认可台湾地区

新华考资

www.xhkezu.com

仲裁机构作出的仲裁裁决。(2)2009年的补充规定扩大了可予认可和执行的台湾地区有关法院民事判决,包括对商事、知识产权、海事等民事纠纷案件作出的判决,无论其为民事裁定、调解书还是支付令。(3)同时补充规定,认可台湾地区有关法院民事判决的申请时,当事人可以提出财产保全申请。

四、中国内地与港澳台地区相互执行仲裁裁决

所有的中国区际法律问题中,各法域相互执行仲裁裁决为目前得到较好解决的问题。在此领域,各法域不仅有自己单方的法律规定,而且内地与香港特别行政区经过协商,于1999年6月达成《内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》,最高人民法院以司法解释的形式予以公布,自2000年2月1日起施行。香港特别行政区也已将有关内容并入其2000年修订的《仲裁(修订)条例》;内地与澳门特别行政区经过协商,于2007年10月30日达成《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》,最高人民法院以司法解释的形式予以公布,自2008年1月1日起施行。简言之,内地与台湾地区相互执行仲裁裁决,各自依照自己的相关规定,内地方面的主要法律依据是前述最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》;内地和香港特别行政区相互执行仲裁裁决,法律依据是《内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》;内地与澳门特别行政区相互执行仲裁裁决,法律依据是《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》。内地与台湾地区之间的相关规定富有特色,但有关内容上节已述。故此,以下仅简述内地与香港、澳门特别行政区之间相互执行仲裁裁决的相关问题。

(一)《内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》的要点

1. 香港特别行政区法院同意执行内地仲裁机构(名单由国务院法制办公室经国务院港澳事务办公室提供)按《中华人民共和国仲裁法》作出的裁决,内地法院同意执行在香港特别行政区按香港《仲裁条例》作出的裁决。有关管

辖法院,在内地指被申请人住所地或其财产所在地的中级人民法院,在香港指高等法院。被申请人住所地或财产所在地在内地不同的中级法院辖区内的,申请人可以选择其中一个法院申请执行裁决,不得分别向两个或两个以上的法院提出申请。被申请人的住所地或财产所在地,既在内地又在香港的,申请人不能同时分别向两地有关法院提出申请。只有一地法院执行不足以偿还其债务时,可就不足部分向另一地法院申请执行。两地法院先后执行的总额,不得超过裁决总数。

2. 申请人向有关法院申请执行仲裁裁决时,应提交以下文书:执行申请书、仲裁裁决书、仲裁协议。执行申请书应以中文提出,裁决书或仲裁协议没有中文文本的,申请人应提交正式证明的中文译本。执行申请书应当载明下列事项:

(1)申请人或被申请人为自然人的情况下,该人的姓名、地址;申请人或被申请人为法人或其他组织的情况下,该法人或其他组织的名称、地址及法定代表人姓名。

(2)申请人为法人或其他组织的,应当提交企业注册登记的副本。申请人是外国籍法人或其他组织的,应当提交相应的公证和认证材料。

(3)申请执行的理由与请求的内容,被申请人的财产所在地及财产状况。

3. 申请人申请执行内地或香港特别行政区仲裁裁决的期限依据执行地法律有关时限的规定。有关法院接到申请人申请后,应当按照执行地法律程序处理及执行。

4. 被申请人接到法院的执行通知后,提出证据证明内地或香港仲裁裁决具有下列情形之一的,经审查核实,有关法院可裁定不予执行:

(1)仲裁协议当事人依对其适用的法律处于某种无行为能力的情形;或者该项仲裁协议依约定的准据法无效,或者未指明应适用的法律,依裁决地的法律是无效的。

(2)被申请人未接到指派仲裁员的适当通知,或者因他故未能陈述案件的。

(3)裁决所处理的争议不是交付仲裁的标的或不在仲裁协议范围之内,或者裁决载有关



于交付仲裁范围以外事项的决定的。但交付仲裁事项的决定可与未交付仲裁的事项划分时,裁决中关于交付仲裁事项的决定部分应当予以执行。

(4)仲裁庭的组成或仲裁程序与当事人之间的协议不符,或者在有关当事人没有达成这种协议时与仲裁地的法律不符。

(5)裁决对当事人尚无约束力,或者业经仲裁地法院或者按仲裁地的法律撤销或停止执行的。

(6)如执行法院认定,依执行地法律,争议事项不能以仲裁方式解决的,或者执行裁决将违背法院地社会公共利益或公共政策的,则可不予执行该裁决。

(二)《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》的要点

与内地和香港之间的上述安排相比,内地与澳门之间的安排在标题上多了“认可”二字,但这两个安排的核心内容是相同的,差异主要在于程序性细节。具体如下:

1. 适用范围。安排适用的仲裁裁决采用仲裁机构与仲裁地、准据法三重标准,即内地法院认可和执行澳门特别行政区仲裁机构及仲裁员按照澳门特别行政区仲裁法规在澳门作出的民商事仲裁裁决。反之,澳门特别行政区法院认可和执行内地仲裁机构依据《中华人民共和国民事诉讼法》在内地作出的民商事仲裁裁决。安排没有规定的,适用认可和执行地的程序法律规定。

2. 管辖法院。在内地或者澳门特别行政区作出的仲裁裁决,一方当事人不履行的,另一方当事人可以向被申请人住所地、经常居住地或者财产所在地的有关法院申请认可和执行。内地有权受理认可和执行仲裁裁决申请的法院为中级人民法院。两个或者两个以上中级人民法院均有管辖权的,当事人应当选择其一。澳门特别行政区有权受理认可仲裁裁决申请的法院为中级法院,有权执行的法院为初级法院。被申请人的住所地、经常居住地或者财产所在地分别在内地和澳门特别行政区的,申请人可以向一地法院提出认可和执行申请,也可以分

别向两地法院提出申请。当事人分别向两地法院提出申请的,两地法院都应当依法进行审查。予以认可的,采取查封、扣押或者冻结被执行人财产等执行措施。仲裁地法院应当先进行执行清偿,另一地法院在收到仲裁地法院关于经执行债权未获清偿情况的证明后,可以对申请人未获清偿的部分进行执行清偿。两地法院执行财产的总额,不得超过依据裁决和法律规定所确定的数额。

3. 申请的条件。申请人向有关法院申请认可和执行仲裁裁决的,应当提交以下文件或者经公证的副本。这些文件没有中文文本的,申请人应当提交经正式证明的中文译本。

(1)申请书;

(2)申请人身份证明;

(3)仲裁协议;

(4)仲裁裁决书或者仲裁调解书。

申请人向有关法院申请认可和执行内地或者澳门特别行政区仲裁裁决的期限,依据认可和执行地的法律确定。

法院在受理认可和执行仲裁裁决申请之前或者之后,可以依当事人的申请,按照法院地法律规定,对被申请人的财产采取保全措施。

4. 申请书。申请书应当包括下列内容:

(1)申请人或者被申请人为自然人的,应当载明其姓名及住所;为法人或者其他组织的,应当载明其名称及住所,以及其法定代表人或者主要负责人的姓名、职务和住所;申请人是外国籍法人或者其他组织的,应当提交相应的公证和认证材料;

(2)请求认可和执行的仲裁裁决书或者仲裁调解书的案号或识别资料和生效日期;

(3)申请认可和执行仲裁裁决的理由及具体请求,以及被申请人财产所在地、财产状况及该仲裁裁决的执行情况。

5. 不予认可的理由。与内地和香港的有关安排相同,此处不再赘述。

6. 其他。由一方有权公共机构(包括公证员)作成的文书正本或者经公证的文书副本及译本,在适用安排时,可以免除认证手续在对方使用。为实施安排,最高人民法院和澳门特别

新华考资
www.xhkedu.com

行政区终审法院应当相互提供相关法律资料,每年相互通报执行本安排的情况。安排在执行过程中遇有问题或者需要修改的,由最高人民法院和澳门特别行政区协商解决

【本章主要法律规定】

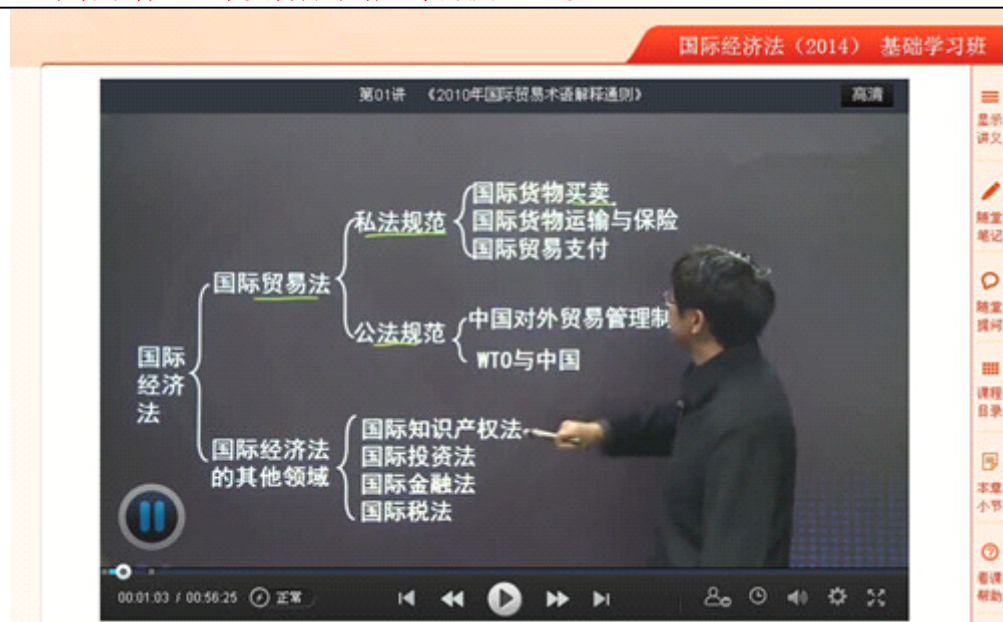
1. 最高人民法院《关于内地与澳门特别行政区法院相互委托送达民商事司法文书的安排》
2. 最高人民法院《关于内地与香港特别行政区相互执行仲裁裁决的安排》
3. 最高人民法院《关于内地与香港特别行政区法院相互认可和执行当事人协议管辖的民商事案件判决的安排》
4. 最高人民法院《关于涉港澳民商事案件司法文书送达问题若干规定》

新华考资

www.xhkszedu.com

5. 最高人民法院《关于内地与澳门特别行政区法院就民商事案件相互委托送达司法文书和调取证据的安排》
6. 最高人民法院《关于内地与澳门特别行政区关于相互认可和执行民商事判决的安排》
7. 《关于内地与澳门特别行政区相互认可和执行仲裁裁决的安排》
8. 最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的规定》
9. 最高人民法院《关于人民法院认可台湾地区有关法院民事判决的补充规定》
10. 最高人民法院《关于涉台民事诉讼文书送达的若干规定》
11. 最高人民法院《关于审理涉台民商事案件法律适用问题的规定》

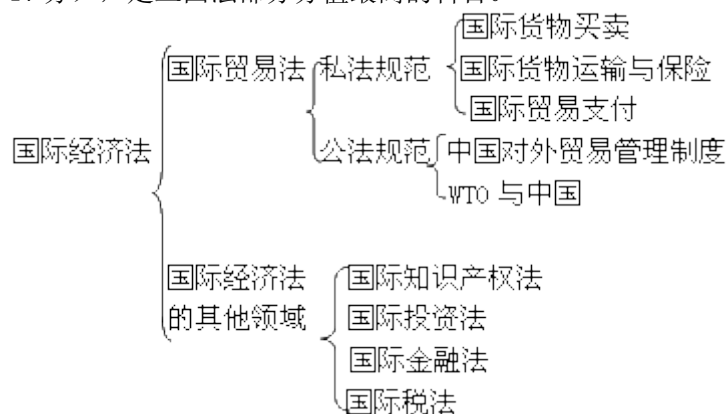
在冲突法的历史上,国际冲突法是在区际冲突法的理论与实践的基础上发展起来的。二者相互影响,互相促进,相得益彰,在有些国家,两者甚至相辅相成,并被相提并论。本章除了讲述区际冲突法的一般概念,还以中国的区际法律问题为核心,论及区际司法协助问题,主要是中国内地与香港、澳门特别行政区以及台湾地区之间的送达和取证以及中国内地与香港、澳门特别行政区、台湾地区之间相互执行法院判决与仲裁裁决等问题。



第一部分 国际贸易法——买卖、运输、保险、支付

★概说——国际经济法的分值、考点和理论体系

国际经济法部分在近年的司法考试中的分值一般都在 16 分左右（近三年均 15 分，2008-2010 年均 17 分），是三国法部分分值最高的科目。



一、国际货物买卖规则

（一）《2010 年国际贸易术语解释通则》（简称“通则 2010”）★★★★★

1. 主要内容的分析和记忆——归类比较记忆（清关手续、风险、交货地点、运输、保险）

Ex works carrier alongside ship free board freight cost insurance Carriage Place
At Terminal Delivered Duty Paid

| 名称 | 交货地点 | 风险转移 | 运输费用 | 运输方式 | 保险 | 出口手续 | 进口手续 |
|-----------|------|---------|------|------|------|-----------|-----------|
| EXW 工厂交货 | 卖方工厂 | 卖方工厂交货时 | 买方 | 各种 | (买方) | <u>买方</u> | <u>买方</u> |
| FCA 货交承运人 | 交承运人 | 向承运人交货时 | 买方 | 各种 | (买方) | 卖方 | 买方 |
| CPT 运费付 | 交承运人 | 向承运人交货 | 卖方 | 各种 | (买方) | 卖方 | 买方 |

| | | | | | | | |
|-------------|-----------------------|----------|----|----|------|----|----|
| 至 | | 时 | | | | | |
| CIP 运费保险费付至 | 交承运人 | 向承运人交货时 | 卖方 | 各种 | 卖方 | 卖方 | 买方 |
| DAP 地点交货 | <u>指定目的地</u> (不卸货) | 目的地交货时 | 卖方 | 各种 | (卖方) | 卖方 | 买方 |
| DAT 终点站交货 | 指定终点站 (卸货) | 终点站交货时 | 卖方 | 各种 | (卖方) | 卖方 | 买方 |
| DDP 完税交货 | 指定目的地 | 目的地交货时 | 卖方 | 各种 | (卖方) | 卖方 | 卖方 |
| FAS 船边交货 | <u>装运港船边</u> | 装运港船边交货时 | 买方 | 水运 | (买方) | 卖方 | 买方 |

续表

| 名称 | 交货地点 | 风险转移 | 运输费用 | 运输方式 | 保险 | 出口手续 | 进口手续 |
|--------------|-------|-----------------|-----------|------|-----------|------|------|
| FOB 船上交货 | 装运港船上 | <u>装运港船上交货时</u> | 买方 | 水运 | (买方) | 卖方 | 买方 |
| CFR 成本加运费 | 装运港船上 | 装运港船上交货时 | <u>卖方</u> | 水运 | (买方) | 卖方 | 买方 |
| CIF 成本保险费加运费 | 装运港船上 | 装运港船上交货时 | 卖方 | 水运 | <u>卖方</u> | 卖方 | 买方 |

主要归纳：EXW\DDP FOB\CFR\CIF DAP\DAT CIF\CIP

(1) 清关手续

卖出买进，例外 EXW\DDP

(2) 风险在装运港装上船时转移的术语

FOB\CFR\CIF

(3) 卖方不负责运输的术语——E 组、F 组——后跟装运地

卖方负责运输的术语——C 组、D 组——后跟目的地

术语后面的地点 FOB (青岛) CIF (青岛)

(4) 只适合于海运的术语

FOB\CFR\CIF\FAS

(5) 卖方有义务投保的术语

CIF\CIP

2. ★★★对 2000 年贸易术语的主要修改：

(1) 新的分组方式：

第一组：适用于任何运输方式的术语七种：EXW、FCA、CPT、CIP、DAT、DAP、DDP。

第二组：适用于水上运输方式的术语四种：FAS、FOB、CFR、CIF。

(2) 适用范围：国际贸易——国内贸易；

(3) 规定买卖双方在选择使用《2010 年国际贸易术语解释通则》任何术语时都需要将

“Incoterms [®]2010” 或 “国际贸易术语解释通则 [®]2010” 作为后缀或者术语选择的必要构成要件在合同中说明；

(4) 对 “以船舷为界” 的调整；

(5) 赋予电子讯息与纸质信息同等的效力

【例题·单选题】某国甲公司向中国乙公司出售一批设备，约定贸易术语为

“FOB (Incoterms[®] 2010)”，后设备运至中国。依《国际贸易术语解释通则》和《联合国国际货物销售合同公约》，下列哪一选项是正确的？（ ）

- A. 甲公司负责签订货物运输合同并支付运费
- B. 甲、乙公司的风险承担以货物在装运港越过船舷为界
- C. 如该批设备因未按照同类货物通用方式包装造成损失，应由甲公司承担责任
- D. 如该批设备侵犯了第三方在中国的专利权，甲公司对乙公司不承担责任

❓ [答疑编号 506689010101]

【答案】C

【解析】本题考核贸易术语 FOB 及《联合国国际货物买卖合同公约》的规定。选项 A 错误。FOB 是船上交货，由买方承担运费。选项 B 错误。2010 年通则强调在 FOB 下买卖双方的风险以货物在装运港口被装上船时为界。选项 D 错误。甲公司应当承担赔偿责任。

【例题·不定项】甲国 A 公司向乙国 B 公司出口一批货物，双方约定适用 2010 年《国际贸易术语解释通则》中 CIF 术语。该批货物由丙国 C 公司“乐安”号商船承运，运输途中船舶搁浅，为起浮抛弃了部分货物。船舶起浮后继续航行中又因恶劣天气，部分货物被海浪打入海中。到目的港后发现还有部分货物因固有缺陷而损失。关于 CIF 贸易术语的适用，下列选项正确的是（ ）。（2012-1-99）

- A. 货物的风险在装运港完成交货时由 A 公司转移给 B 公司
- B. 货物的风险在装运港越过船舷时由 A 公司转移给 B 公司
- C. 应由 A 公司负责海运运输
- D. 应由 A 公司购买货物海运保险

❓ [答疑编号 506689010102]

【答案】ACD

【解析】本题考核贸易术语 CIF。选项 A 正确，选项 B 错误。依据 2010 年《国际贸易术语解释通则》，CIF 意为“成本加运费加保险费（指定目的港）”，指在装运港船上交货。在 CIF 下买卖双方的风险以货物在装运港口被装上船时为界。选项 C、D 正确。在 CIF 下，卖方须支付将货物运至指定目的港所需的运费，并办理运输中的保险，卖方仅需投保最低险别。

【例题·多选题】根据《2010 年国际贸易术语解释通则》，在风险和费用划分上，以货物在装运港装上船为界线的国际贸易术语包括（ ）。

- A. FAS
- B. FOB
- C. CFR
- D. CIF

[答疑编号 506689010103]

【答案】BCD

【解析】本题考核贸易术语。FOB、CFR、CIF 下买卖双方的风险以货物在装运港口被装上船时为界。

【例题·单选题】下列关于 2010 年《国际贸易术语解释通则》的说法正确的是（ ）。

- A. 2010 年《国际贸易术语解释通则》生效后，2000 年《国际贸易术语解释通则》即失效
 B. 2010 年《国际贸易术语解释通则》按照卖方义务从小到大的顺序将 13 个贸易术语依次分为 E、D、C、F 四组
 C. 2010 年《国际贸易术语解释通则》规定贸易术语可以适用于国内贸易
 D. FOB、CIF 和 CFR 的风险转移时间为在目的港将货物装到船上

[答疑编号 506689010104]

【答案】C

【解析】本题考核 2010 年《国际贸易术语解释通则》。选项 A 错误。当事人仍可以选择适用 2000 年《国际贸易术语解释通则》。选项 B 错误。2010 年《国际贸易术语解释通则》将 11 个贸易术语按照所适用的运输方式分为两组。选项 D 错误。FOB、CFR、CIF 下买卖双方的风险以货物在装运港口被装上船时为界。

（二）《1980 联合国国际货物买卖合同公约》★★★★★

第 1 条：公约适用的合同情形（营业地标准、扩大适用的标准）

第 2 条：公约不适用的合同情形（船舶、飞机的销售等）

第 3 条：不适用于绝大部分义务在于供应劳力或其它服务的合同

第 4 条：公约不涉及的问题（合同、惯例的效力；合同对所有权的影响）

第 5 条：不适用于卖方对于货物对任何人所造成的死亡或伤害的责任

第 6 条：当事人可约定排除公约适用

1. 公约的适用范围

| | | |
|-----------|--------------------------|---|
| 公约的适用范围问题 | 积极条件： 适用公约的合同 | （1）营业地标准：当事人 <u>营业地位于不同的国家</u> 。即使当事人国籍相同，但营业地位于不同缔约国，也属于国际货物销售合同。 （2）依据国际私法规则扩大适用：如果依据国际私法规则导致适用某一缔约国法律，则即使双方或一方营业地不在缔约国，仍适用公约。中国对此提出了保留。 |
| | 消极条件： <u>不适用公约的合同</u> | （1）购买供私人、家人或家庭使用的货物的销售；（2）经由拍卖的销售；（3）根据法律执行令状或其他令状的销售；（4）公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售；（5）船舶、船只、气垫船或飞机的销售；（6）电力的销售。 |

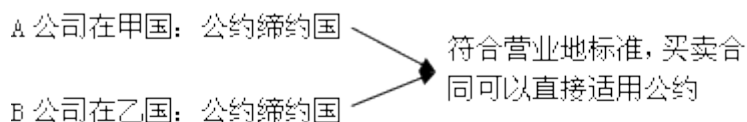
续表

| | | |
|-----|-------------|--|
| 公约的 | 消极条件：不适用公约的 | （1）由买方提供制造货物的大部分原材料的合同，如来件装配合同、来料加工合同等。（2）供货一方的绝大部分义务在于 <u>提供劳</u> |
|-----|-------------|--|

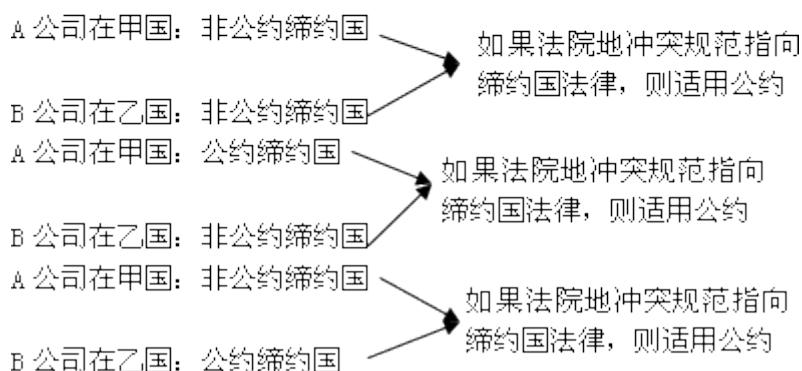
| | | |
|--------|------------|--|
| 适用范围问题 | 合同 | 务或其他服务的合同，如咨询服务合同等。 |
| | 公约未涉及的法律问题 | (1) 有关销售合同的效力或任何惯例的效力；(2) 合同对所售货物所有权可能产生的影响；(3) 卖方对货物所引起的人身伤亡责任。 |

★适用方面特殊的任意性

(1) 营业地标准：



(2) 依据国际私法规则扩大适用：



【例题·单选题】中国和加拿大都是《联合国国际货物销售合同公约》的缔约国，依公约的规定下列表述正确的是（ ）。

- A. 中国某公司和加拿大某公司订立的以提供劳务为主的补偿贸易合同应适用公约
- B. 中国某公司和加拿大某公司订立的货物买卖合同中约定适用加拿大法是无效的
- C. 中、加两公司订立的货物买卖合同中选择 CIF 术语，则表明排除了公约的适用
- D. 假如上述两公司的营业地均在中国境内，则二者的买卖合同不适用公约

❓ [答疑编号 506689010201]

【答案】D

【解析】本题考核《联合国国际货物买卖合同公约》的适用。选项 A 错误。公约不适用于绝大部分义务在于供应劳力或其它服务的合同。选项 B 错误。当事人可以通过选择其他法律而排除公约的适用。当事人可以在买卖合同中约定部分地适用公约，或对公约的内容进行变更。选项 C 错误。贸易术语解决的是买卖双方在交货方面的责任、费用及风险划分等问题，而没有涉及违约及违约救济等方面的问题，贸易术语和公约在内容上是相互补充的，因此，公约仍应对合同适用。

2. 合同的订立（要约承诺规则）

(1) 要约的规则

导致要约失效的主要原因：被撤销而失效、要约过期而失效、遭到拒绝而失效等

(2) 承诺的规则：

a. 变更——实质性和非实质性变更的区别

b. 逾期——因传递延误和非因传递延误而逾期

| 逾期承诺 | 原则上 | 要约人可采取的对抗措施及后果 |
|--------------|-----|---------------------------------------|
| 因受要约人自己迟延而造成 | 无效 | 要约人毫不迟延地用口头或书面通知受要约人，其接受该项承诺，则该承诺有效 |
| 因为传递中的延误而造成 | 有效 | 要约人毫不迟延地用口头或书面通知受要约人，其认为要约已经失效，则该承诺无效 |

【例题·单选题】我国甲公司于2012年5月7日向德国乙公司发传真，内容为：“可供大米2000吨，每吨300美元，CIF科隆，6月装船，不可撤销信用证付款，本月内答复有效。”乙公司于6月1日回电：“你公司5月7日的发盘我公司接受，但是包装袋应改为小袋装。”甲公司没有答复。关于甲公司与乙公司之间的合同关系，说法正确的是（ ）。

- A. 对乙公司提出的新条件，甲公司未予答复，因此合同不成立
- B. 乙公司的回电未在实质条件上改变要约，因此合同成立
- C. 乙公司的回电在实质条件上改变要约，因此合同不成立
- D. 乙公司未在要约的有效时间内作出承诺，该逾期承诺无效

？[答疑编号 506689010202]

【答案】D

【解析】本题考核国际货物买卖合同的成立。承诺须在要约规定的有效期内作出。本题中，甲公司的要约中明确规定，“本月内答复有效”，乙公司未在5月答复，承诺无效。

3. 合同的内容——国际货物买卖双方的主要义务

(1) 卖方义务

- a. 交货
- b. 交单、转移货物所有权
- c. 担保

品质担保：通常使用目的、特定目的、与样品或样式相符、通用包装/足以保全

权利担保：所有权（限制）、知识产权（限制）

时间

地点

| | |
|---------|--|
| 卖方的交货时间 | 1) 如果合同规定有交货的日期，或从合同可以确定交货的日期，应在该日期交货； 2) 如果合同规定有一段时间，或从合同可以确定一段时间，除非情况表明应由买方选定一个日期外，应在该段时间内任何时候交货； 3) 在其他情况下，应在订立合同后一段合理时间内交货 |
|---------|--|

续表

| | |
|---------|---|
| 卖方的交货地点 | 1) 当国际货物买卖合同涉及货物的运输，则交货地点即为 <u>货交第一承运人的地点</u> ； 2) 如果合同指的是特定货物、从特定存货中提取的，或还在生产中未经特定化，而双方当事人订立合同时已知道这些货物的特定地点，则卖方应在该地点交 |
|---------|---|

| | |
|--|--|
| | 货； 3) 在其他情况下，卖方应在其订立合同时的 <u>营业地交货</u> |
|--|--|

续表

| | |
|----------|--|
| 卖方品质担保义务 | 货物的质量担保义务是指卖方必须保证其交付的货物与合同规定的相符。具体是指卖方交付的货物必须与合同规定的数量、质量和规格相符，并须按照合同所规定的方式装箱或包装。在合同没有对数量、质量、规格和包装作出明确规定的情况下，则应满足下列条件：1) 适用于通常使用目的；2) 适用于特定目的；3) 与样品样式相符；4) 达到同类货物通用的包装要求或是以保全和保护货物的方式包装。 |
|----------|--|

续表

| | | |
|----------|-----------------------------------|--|
| 卖方权利担保义务 | 1) 所有权担保 | 卖方所交付的货物，必须是第三方不能提出任何权利或要求的货物，除非买方同意在这种权利或要求的条件下收取货物。 |
| | 2) 知识产权担保：卖方所交付的货物，必须没有侵犯第三方的知识产权 | 卖方的知识产权担保义务受到两方面的限制： 第一， <u>地域限制</u> 。第三方只有依据以下法律提出有关知识产权的权利或要求，卖方才承担责任：①依据货物的预期转售地法律；②依据买方营业地所在国法律。 第二， <u>其他限制</u> ：①买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求；②此项权利或要求的发生，是由于卖方要遵照买方所提供的技术图样、图案、款式或其他规格。③买方在知道第三人的权利或要求后，未在合理时间内通知卖方。 |

(2)

| | | |
|------|--------------------|--------------------------------|
| 买方义务 | a. 付款：因付款方式不同而有所不同 | 采取一切理应采取的行动 接收货物（否则承担扩大的损失） |
| | b. 接收货物 | |

★买方可以拒绝接收货物的情形：卖方提前交货；拒收卖方多交部分的货物

【例题·多选题】关于国际货物买卖合同卖方担保义务的下列表述中，正确的有（ ）。

- A. 卖方担保义务即卖方对货物的权利担保义务
- B. 如果货物有隐蔽的潜在的缺陷，而这些缺陷在风险转移至买方之后一段时间才显露出来，则尽管货物风险已经转移，卖方仍然要承担责任
- C. 货物的权利担保义务是卖方的一项法定义务，即使买卖双方在合同中无此项规定，卖方仍须遵守
- D. 第三方只要依据任何国家的法律提出有关知识产权的权利或要求，卖方都应承担责任

[答疑编号 506689010301]

【答案】BC

【解析】本题考核国际货物买卖合同卖方担保义务。选项 A 错误。卖方担保义务包括权利担保和品质担保。选项 D 错误。第三方只有依据以下法律提出有关知识产权的权利或要求，卖方才承担责任：①依据货物的预期转售地法律；②依据买方营业地所在国法律。

(3) 货物的检验——(2008-1-45)

《联合国国际货物销售合同公约》第 38 条规定：

- 1) 买方必须在按情况实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物。
- 2) 如果合同涉及到货物的运输，检验可推迟到货物到达目的地后进行。
- 3) 如果货物在运输途中改运或买方须再发运货物，无合理机会检验，而卖方在订立合同时已知道或理应知道这种改运或再发运的可能性，检验可推迟到货物到达新目的地后进行。

4. 风险转移规则

(1) 涉及货物运输（约定/未约定交货地点）

约定有交货地点，在该地点货交承运人时风险转移

未约定交货点，货交第一承运人时风险转移

(2) 运输途中的货物：原则上风险自买卖合同成立时起转移给买方

(3) 其他情况下

买方提货的，风险自卖方将货物交给买方或其代理人支配时风险转移

(4) 卖方违约导致货物损失与风险转移

如果卖方已根本违反合同，有关风险转移的规定不损害买方对卖方根本违反合同所可以采取的救济办法

【提示】贸易术语与风险转移

【例题】货物风险的转移，略（2008 四川-1-100）

【例题·多选题】甲公司与乙公司依 CIF 安特卫普价格订立了出口一批布料的合同。货物运输途中，乙公司将货物转卖给丙公司。关于这批布料两次交易的风险转移时间，依 2000 年《国际贸易术语解释通则》及《联合国国际货物销售合同公约》的规定，下列哪些选项是正确的？（ ）（2007-1-86）

- A. 在甲公司与乙公司之间，货物风险在货物交第一承运人时转移
- B. 在甲公司与乙公司之间，货物风险在货物越过装运港船舷时转移
- C. 在乙公司与丙公司之间，货物风险原则上在双方订立合同时转移
- D. 在乙公司与丙公司之间，货物风险原则上在丙公司收到货物时转移

？[答疑编号 506689010302]

【答案】BC

【解析】本题考核货物买卖合同的风险转移。选项 A 错误，选项 B 正确。根据 2000 年《国际贸易术语解释通则》，CIF 术语，中文意思为成本加保险费加运费，指当货物在装运港越过船舷时，卖方即完成交货。货物自装运港到目的港的运费保险费等由卖方支付，但货物装船后发生的损坏及灭失的风险由买方承担。因此，货物风险在货物越过装运港船舷时转移。选项 C 正确，选项 D 错误。《联合国国际货物销售合同公约》第 68 条规定：“对于在运输途中销售的货物，从订立合同时起，风险就移转到买方承担。但是，如果情况表明有此需要，从货物交付给签发载有运输合同单据的承运人时起，风险就由买方承担。尽管如此，如果卖方在订立合同时已知道或理应知道货物已经遗失或损坏，而他又不将这一事实告之买方，则这种遗失或损坏应由卖方负责。”因此，一般情况下，运输途中销售的货物，从订立合同时起，风险就移转到买方承担。

5. 违约补救—买卖双方的补救措施

(1) 买方的补救措施：实际履行、减价、修理、更换、宣告合同无效、索赔(2) 卖方的补救措施：实际履行、宣告合同无效、索赔

(3) 补救措施的适用：相互关系

【例题·多选题】2012 年 10 月，中国天津万德福科技有限公司与德国依米康公司签订货物买卖合同进口一批高精度扫描仪，合同约定采用 FOB 贸易术语（2010 年通则）。德国依米康公司按照合同约定于 2013 年 3 月发货，但买方天津万德福公司在天津收货时发现该批货物的质量远远低于合同规定的要求，中国天津商检机构出具了货物质量严重不符的商检证书。关于本案，根据《1980 年联合国国际货物销售合同公约》和国际经济交往的实践，下列哪些判断是正确的？（ ）

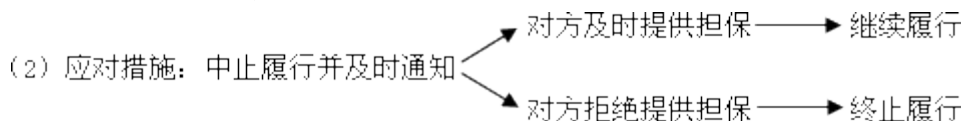
- A. 中国天津万德福公司有权依据天津商检机构的商检证书拒收该批货物
B. 本案货物运输由中国天津万德福公司安排，安排好运输后还须将承运人的情况及时通知德国依米康公司
C. 若德国依米康公司交付货物质量不符构成根本违约，天津万德福公司有权宣告合同无效但没有权利要求交付赔偿损失
D. 天津万德福公司有权要求德国依米康公司承担违约赔偿责任

[答疑编号 506689010401]

【答案】BD

【解析】本题考核国际货物买卖双方的义务及违约责。选项 A 错误。天津万德福公司无权拒收该批货物，可以拒绝接受。选项 C 错误。天津万德福公司有权宣告合同无效，也有权利要求德国依米康公司交付赔偿损失。

6. 预期违约：（1）依据：对方资金困难、濒临破产、标的物已转卖等



【例题·单选题】A 公司（卖方）与泰国 B 公司（买方）订立了一份出口精密仪器的合同（该买卖合同适用 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》）。合同约定：买方应在仪器制造过程中按进度付款。合同订立后，B 公司即获悉卖方 A 供应的仪器质量不稳定。于是立即通知 A：据悉你公司供货质量不稳定，故我方暂时中止履行合同。卖方 A 收到通知后，立即向 B 提供书面保证：如不能履行义务，将由银行偿还买方按合同约定所作出的一切支付。A 公司同时向 B 公司出具了一份银行保函。但 B 公司收到此保证和银行保函后仍然坚持中止履行合同。下列哪一选项是正确的？（ ）

- A. 双方的合同应在 B 公司向 A 公司发出通知时即无效
B. B 公司的行为妥当，不构成违约
C. A 公司的履约能力存在缺陷，但其提供了充分的保证后，B 公司应继续履行义务
D. 鉴于 A 公司的履约能力的缺陷，B 公司可以宣告合同无效

[答疑编号 506689010402]

【答案】C

【解析】本题考核预期违约的应对措施。选项 A 错误。合同中止履行并不导致合同无效。选项 B 错误。A 公司已经提供了充分的担保，B 公司应当继续履行。

选项 D 错误。B 公司不可以宣告合同无效。

7. 货物保全

(1) 保全义务的前提：

(2) 保全的方法：保存或必要时变卖

(2) 变卖货物的前提

【例题 1】施密斯公司作为买方与邻国的哈斯公司签署了一项水果买卖合同……（2006-1-86）

【例题 2】略（2002-1-70）

【例题·单选题】根据《联合国国际货物销售合同公约》，下列选项中的说法不正确的是（ ）。

A. 如果买方已收到货物，但打算行使合同或本公约规定的任何权利，把货物退回，他必须按情况采取合理措施，以保全货物

B. 如果货物易于迅速变坏，或者货物的保全牵涉到不合理的费用，则有义务保全货物的一方当事人，必须采取合理措施，把货物出售。在可能的范围内，他必须把出售货物的打算通知另一方当事人

C. 如果买方推迟收取货物，或在支付货款和交付货物应同时履行时，买方没有支付货款，而卖方仍拥有这些货物或仍能控制这些货物的处置权，则卖方必须按情况采取合理措施，以保全货物。

D. 买方宣告合同无效和中止履行，均以卖方根本违约为前提

❓ [答疑编号 506689010403]

【答案】D

【解析】本题考核保全货物。选项 D 说法不正确。卖方预期违约会导致合同中止履行，根本违约会导致合同无效。

二、国际货物运输

(一) ★★★★★ 海洋运输——提单、保函等

1. 班轮运输（提单运输）

提单：承运人签发的，用以证明海上货物运输合同和货物已由承运人接管，承运人保证据以交付货物的单证。



图示：班轮运输

2. 提单法律性质
- (1) 提单是海上货物运输合同的证明
(运输合同的证明)
 - (2) 提单是承运人出具的收到货物的收据
(货物收据)
 - (3) 提单是代表货物所有权的凭证 (物权凭证)
3. 提单的主要分类：
- (1) 记名提单、不记名提单和指示提单；
 - (2) 已装船提单和收货待运提单；
 - (3) 清洁提单和不清洁提单；



图示：班轮运输

4. 正本提单主要的流转过程

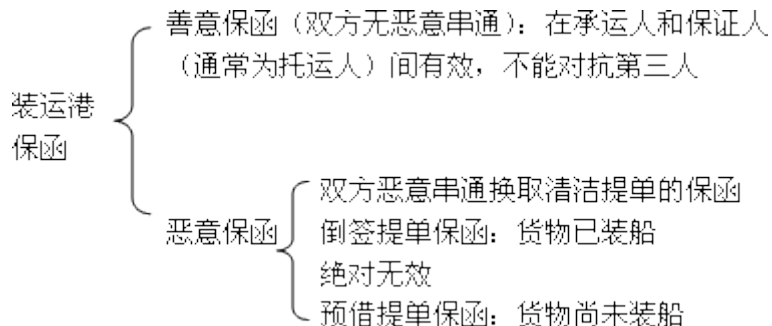
船公司签发正本提单——（货运代理或）发货人——（买方贸易公司）——最终收货人

5. 提单的批注与承运人的责任

承运人交付的货物与提单不一致而题干中未做说明的一承运人承担赔偿责任

承运人义务：表面检查，如实记载

6. 提单与保函



目的港保函（承运人和提货人之间）——副本提单加保函提货（也分善意和恶意而效力不同）

【例题·多选题】在司法实践中，下列哪些保函通常被认定为恶意或无效保函？（ ）

A. 托运人和承运人明知货物的表面状况有明显的瑕疵，为换取清洁提单，托运人向承运人出具

的保函

- B. 托运人为获得预借提单而向承运人出具的保函
- C. 托运人为得到倒签提单而向承运人出具的保函
- D. 由于缺乏识别手段或计量工具，承运人和托运人出现认识上的偏差，为免去提单上的批注，托运人向承运人出具的保函

❓ [答疑编号 506689010501]

【答案】ABC

【解析】本题考核恶意保函。选项 A 属于双方恶意串通换取清洁提单的保函，选项 B 属于预借提单保函，选项 C 属于倒签提单保函，均属于恶意保函。

7. 《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》2009 年

(1) 正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任，或者承担侵权责任。

(2) 承运人不适用海商法第五十六条关于限制赔偿责任的规定。

全额赔偿

(3) 提货人凭伪造的提单向承运人提取了货物，可要求 承运人承担无正本提单放货的责任。

在目的港，承运人对提单进行实质审查

(4) 承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的赔偿额，按照 货物装船时的价值加运费和保险费 计算。

(5) 可以要求无正本提单交付货物的承运人与无正本提单提取货物的人 承担连带赔偿责任。

(6) 不承担无正本提单交货责任的情形

第七条 承运人依照提单载明的卸货港所在地法律规定，必须将承运到港的货物交付给当地海关或者港口当局的，不承担无正本提单交付货物的民事责任。

第八条 承运到港的货物超过法律规定期限无人向海关申报，被海关提取并依法变卖处理，或者法院依法裁定拍卖 承运人留置的货物，承运人主张免除交付货物责任的，人民法院应予支持。

第九条 承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，持有记名提单的收货人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持。

(7) 持有人与提货人的协议未履行仍可要求承运人承担责任

在承运人未凭正本提单交付货物后，正本提单持有人与无正本提单提取货物的人就货款支付达成协议，在协议款项得不到赔付时，不影响正本提单持有人就其遭受的损失，要求承运人承担无正本提单交付货物的民事责任。

(8) 时效期间为一年，自承运人应当交付货物之日起计算。

【例题】(2011-1-40)

【例题·多选题】中国甲公司从国外购货，取得了代表货物的单据，其中提单上记载“凭指示”字样，交货地点为某国远东港，承运人为中国乙公司。当甲公司凭正本提单到远东港提货时，被乙公司告知货物已不在其手中。后甲公司在中国法院对乙公司提起索赔诉讼。乙公司在下列哪些情形下可免除交货责任？() (2013-1-81)

- A. 在甲公司提货前，货物已被同样持有正本提单的某公司提走
- B. 乙公司按照提单托运人的要求返还了货物
- C. 根据某国法律要求，货物交给了远东港管理当局
- D. 货物超过法定期限无人向某国海关申报，被海关提取并变卖

[答疑编号 506689010502]

【答案】ACD

【解析】本题考核无正本提单放货的法律责任。选项 A 正确。《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第 10 条规定，承运人签发一式数份正本提单，向最先提交正本提单的人交付货物后，其他持有相同正本提单的人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持。选项 B 错误。《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第 9 条规定，承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人，持有记名提单的收货人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的，人民法院不予支持。此条文是对“记名提单”，的规定，本题中为“指示提单”，而非“记名提单”。因此，前述规定不适用。选项 C 正确。《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第 7 条规定，承运人依照提单载明的卸货港所在地法律规定，必须将承运到港的货物交付给当地海关或者港口当局的，不承担无正本提单交付货物的民事责任。选项 D 正确。《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第 8 条规定，承运到港的货物超过法律规定期限无人向海关申报，被海关提取并依法变卖处理，或者法院依法裁定拍卖承运人留置的货物，承运人主张免除交付货物责任的，人民法院应予支持。

8. 海牙规则

| | | |
|----------|---------|---|
| 承运人的最低义务 | 提供适航的船舶 | 承运人在开航前和开航时必须谨慎处理，以便：（1）使船舶具有适航性；（2）适当地配备船员、设备和船舶供应品；（3）使货舱、冷藏舱和该船其他运载货物的部位适宜并能安全地收受、运送和保管货物。 |
| | 管货 | 承运人应适当和谨慎地装载、搬运、积载、运送、保管、照料和卸下货物。 |
| 承运人的免责事项 | 航行过失免责 | <u>包括船长、船员、引航员或承运人的受雇人员在驾驶船舶或管理船舶上的行为、疏忽或过失引起的货物损坏或灭失；</u> |

续表

| | | |
|----------|---------|--|
| 承运人的免责事项 | 无过失免责事项 | （1）火灾，承运人无过失的原因/雇佣人或代理人过失所致的火灾免责，但由于承运人实际过失或私谋所引起的除外；（2）不可抗力、自然灾害：海上灾难，天灾，战争行为，公敌行为，船舶被扣留，检疫限制，罢工、关厂、停工，暴乱和骚动。（3）救助或企图救助海上人命或财产；（4）货方原因：由于货物的固有缺陷、性质造成的体积或重量的亏损或任何其他损坏，包装不当，标志不清或不当。（5）其它：尽适当的谨慎仍不能发现的潜在缺陷；非由于承运人的或其代理人的过失或疏忽所引起的损失，但是引用这条免责利益的人应举证责任。 |
|----------|---------|--|

9. 海牙规则与维斯比规则、汉堡规则三大提单公约比较对照表

| | | | |
|--|--------|---------|--------|
| | 《海牙规则》 | 《维斯比规则》 | 《汉堡规则》 |
|--|--------|---------|--------|

| | | | |
|----------|----------------------|--------|--------------------|
| 通过时间 | 1924 年 | 1968 年 | 1978 年 |
| 承运人的基本义务 | 适航义务、管货义务、不做不合理绕航的义务 | | 无明确规定，但应不低于前二者 |
| 责任制度 | 不完全过失责任 | | <u>完全过失责任</u> |
| 承运人的责任期间 | 钩至钩 | | 收到交 |
| 承运人的免责 | 包括“航行过失”免责在内的 17 项免责 | | <u>取消了“航行过失”免责</u> |

续表

| | | | |
|---------|---------------|---|---|
| | 《海牙规则》 | 《维斯比规则》 | 《汉堡规则》 |
| 延迟交货的责任 | 未规定 | | <u>限额为迟交货物应付运费的 2.5 倍，但不应超过所有货物应付运费的总额</u> |
| 承运人赔偿限额 | 每件或每单位 100 英镑 | (1) 每件或每单位 666.67 特 (2) 毛重每公斤 2 特。二者以高者为准 <u>限额适用于侵权之诉；适用于承运人之雇佣人或代理人</u> | (1) 每件或每单位 835 特别提款权 (2) 毛重每公斤 2.5 特别提款权。二者以高者为准 如损失由承运人、其雇佣人或代理人故意造成，则丧失责任限制权利 |
| | | | |

续表

| | | | |
|-------------|--------|-----------------------------|-----------------------|
| | 《海牙规则》 | 《维斯比规则》 | 《汉堡规则》 |
| 实际承运人 | 未规定 | 未规定 | 订约承运人负责/连带 |
| 保函 | 未规定 | 未规定 | 善意有效/恶意无效 |
| 舱面货 活牲畜 | 不适用 | 不适用 | 依约定/惯例可装舱面货；活牲畜固有风险免责 |
| <u>诉讼时效</u> | 一年 | 一年，可协商延长，对第三者的追偿，还有 3 个月宽限期 | 两年 |

【例题】根据 1924 年《海牙规则》的规定，在航行过程中遭受的下列损失，承运人不可免责的是哪一项？（ ）略（2008 四川-1-44）

【例题·单选题】关于海上货物运输中的迟延交货责任，下列哪一表述是正确的？（ ）（2006-1-46）

- A. 《海牙规则》明确规定承运人对迟延交付可以免责
- B. 《维斯比规则》明确规定了承运人迟延交付的责任
- C. 《汉堡规则》只规定了未在约定时间内交付为迟延交付
- D. 《汉堡规则》规定迟延交付的赔偿为迟交货物运费的 2.5 倍，但不应超过应付运费的总额

🔍 [答疑编号 506689010601]

【答案】D

【解析】本题考核迟延交货责任。

选项 A 错误。《海牙规则》规定的承运人的免责共有 17 项，包括 2 项过失免责和 15 项无过失免责，根据第 4 条第 2 款的规定，对由于下列原因引起或造

成的货物的灭失或损害，承运人不负责任：（1）船长、船员、引水员或承运人的雇佣人在驾驶或管理船舶中的行为、疏忽或不履行职责；（2）火灾，但由于承运人实际过失或私谋所造成者除外；（3）海上或其他可航水域的风险、危险或意外事故；（4）天灾；（5）战争行为；（6）公敌行为；（7）君主、统治者或人民扣留或拘禁或依法扣押；（8）检疫限制；（9）货物托运人或货主、其代理人或代表的行为或不行为；（10）不论由于何种原因引起的局部或全面的罢工、关厂、停工或劳动力受到限制；（11）暴乱和民变；（12）救助或企图救助海上人命或损害；（13）由于货物的固有瑕疵、性质或缺陷所造成的容积或重量的损失，或任何其他灭失或损害；（14）包装不当；（15）标志不清或不当；（16）尽适当的谨慎所不能发现的潜在缺陷；（17）不是由于承运人的实际过失或私谋，或是承运人的代理人或受雇人员的过失或疏忽所引起的任何其他原因。据此可知，《海牙规则》没有规定承运人对迟延可以免责。

选项 B 错误。《维斯比规则》的内容主要是对《海牙规则》的补充和修改，没有规定承运人迟延交付的责任。

选项 C 错误。《汉堡规则》规定，承运人对火灾所引起的灭失、损坏或延迟交付负赔偿责任，但索赔人需证明承运人、其受雇人或代理人有过失。《汉堡规则》所规定的延迟交付是指在未在约定的时间内交付，或在无约定的情况下，未在合理的时间交付。

选项 D 正确。《汉堡规则》规定，承运人对延迟交付的赔偿责任限额为延迟交付应付运费的 2.5 倍，但不应超过应付运费的总额。

10. 我国海商法对上述公约的借鉴：

| | |
|---------|--|
| | 我国《海商法》 |
| 责任制度 | 不完全的过失责任制 |
| 责任期间 | <u>非集装箱：装到卸；集装箱：接到交</u> |
| 责任限制 | 每件 666.67SDR 或每公斤 2SDR，二者以高者为准（同维斯比规则） |
| 诉讼时效 | 1 年 |
| 保函 | 同汉堡规则 |
| 托运人义务 | 同汉堡规则 （妥善包装和正确申报，及时办理货物运输，妥善托运危险货物） |
| 实际承运人 | 同汉堡规则 |
| 延迟交货责任 | 同汉堡规则 |
| 舱面货和活牲畜 | 同汉堡规则 |

（二）国际航空运输

1. 有关国际航空货物运输的国际公约——航空运单

- （1）《关于统一国际航空运输某些规则的公约》（简称《华沙公约》），我国已加入；
- （2）《海牙议定书》（我国已加入）；
- （3）《瓜达拉哈拉公约》，我国未加入，无航行过失免责）。

2. 主要原则：推定过失责任原则、不完全过失责任原则

可以免责或减轻责任的理由：

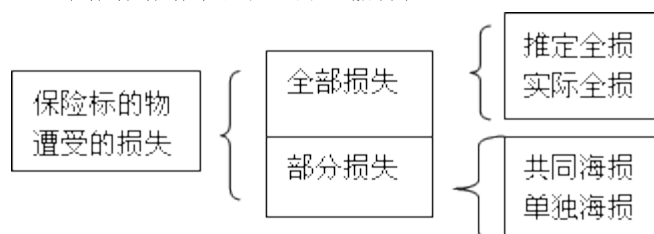
- （1）为避免损失已采取一切必要措施或不可能采取此种措施；

- (2) 证明损失系由驾驶或航行过失造成；
 (3) 证明损失系由托运人自己的过失造成。

(三) 国际铁路货物运输——运单——略

有关单据的比较

三、★★★★★海洋货物运输保险



1. ★共同海损与单独海损

“共同海损” { 船货共同的、真实的危险
 人为采取——故意、合理有效、必要的措施
 直接的、特殊的损失或牺牲或支出

“单独海损”：船舶或货物纯粹由于自然灾害或意外造成的 部分损失，无需分摊

【例题·多选题】下列选项中，属于共同海损损失的包括（ ）

- A. 某远洋货轮的船上载有牛羊，因饲料被吃光，为补充饲料绕航停靠港口引起的费用增加
 B. 在船舶由于遭受海上风暴导致燃料不足的紧急情况下，作为燃料烧掉的船用物料和材料而造成的损失
 C. 为抢救船货而将有些分量重的货物抛入海中的损失
 D. 由于发生共同海损事故，使航程延长而发生的船期损失

❓ [答疑编号 506689010701]

【答案】BC

【解析】本题考核共同海损损失。

选项 A 错误。远洋货轮为了货物避免危险而进行的绕航，不构成共同海损。

选项 B 正确。船舶遭遇海上风暴导致燃料不足，属于发生了船舶真实、共同的危险，属于共同海损。

选项 C 正确。在船货面临共同危险下，为抢救船货而进行的抛货，属于共同海损。

选项 D 错误。发生共同海损事故，迟延到港产生的损失是间接的损失，故不构成共同海损。

2. 平安险的承保范围

| 险别 | 承保范围 |
|-----|--|
| 平安险 | (1) 被保险货物在运输途中由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害造成整批货物的全部损失或推定全损； (2) 由于运输工具遭受搁浅、触礁、沉没、互撞、与流冰或其他物体碰撞以及失火、爆炸等意外事故造成货物的全部或部分损失； (3) 在运输工具已经发生搁浅、触礁、沉没、焚毁等意外事故的情况下，货物在 |

| |
|-----------------------------------|
| 此前后又在海上遭受恶劣气候、雷电、海啸等自然灾害所造成的部分损失； |
|-----------------------------------|

续表

| 险别 | 承保范围 |
|-----|--|
| 平安险 | (4) 在装卸或转运时因一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失； (5) 共同海损的牺牲、分摊和救助费用； (6) 运输工具遭遇海难后，在避难港由于卸货所引起的损失以及在中途港、避难港由于卸货、存仓以及运送货物所产生的特别费用； (7) 对在承保范围内的受损货物进行施救的费用，但以不超过该批被救货物的保险金额为限； (8) 运输合同中订有“船舶互撞责任”条款，根据该条款规定应由货方偿还船方的损失。 |

【例题·多选题】有一批货物，已投保平安险，由甲、乙两只船装运，一起运往目的港。由于航运过程中遇到暴风雨的袭击，甲轮因船身颠簸，导致船上货物相互碰撞发生部分损失，而乙轮则不慎与另一货轮发生碰撞，致使船上货物发生部分损失。保险公司应如何予以赔偿？（ ）

- A. 保险公司应对甲轮的货物损失予以赔偿
- B. 保险公司不对甲轮的货物损失予以赔偿
- C. 保险公司应对乙轮的货物损失予以赔偿
- D. 保险公司不对乙轮的货物损失予以赔偿

🔍 [答疑编号 506689010702]

【答案】BC

【解析】本题考核平安险。由于自然灾害导致的全部损失或意外事件导致的部分或全部损失，平安险才予以赔付。故本题选项 BC 正确。

3. 水渍险的承保范围

水渍险=平安险+自然灾害造成货物的部分损失。

【例题·单选题】中国某公司从法国的马赛港装运一批货物，到达中国上海港，经海关人员检查发现部分货物因受雨淋已霉变，另外还严重短量。该运输合同中注明投保的是水渍险。此种情况保险公司应如何赔偿？（ ）

- A. 拒绝赔偿
- B. 只赔偿霉变部分
- C. 只赔短量部分
- D. 全部赔偿

🔍 [答疑编号 506689010703]

【答案】A

【解析】本题考核水渍险。淡水雨淋和短量属于一切险中的一般附加险，所以其不属于水渍险的承保范围，故保险公司应拒绝赔偿。

4. 一切险的承保范围

一切险=水渍险+一般附加险（11 种）

5. 附加险

| | |
|------|--|
| 附加险 | <p>一般附加险指一般外来原因引起的：偷窃、提货不着、淡水雨淋、短量、混杂、玷污、渗漏、碰撞破碎、串味异味、受潮受热、钩损、包装破裂、锈损等原因。</p> <p>需额外附加投保才承保的附加险：</p> <p>特别附加险：交货不到险、进口关税险、舱面险、拒收险、黄曲霉素险</p> <p>特殊附加险：战争险、罢工险</p> |
| 除外责任 | <p><u>除外责任</u>（中国《海商法》第 242—243 条）</p> <p>（1）被保险人故意造成的损失；</p> <p>（2）航行迟延、交货迟延或者行市变化造成的损失；</p> <p>（3）货物的自然损耗、本身的缺陷和自然特性造成的损失；</p> <p>（4）包装不当造成的损失。</p> |

6. 保险责任期间：合同约定——通常为“仓至仓”

7. 索赔时效：两年，从“货物在最后卸载港全部卸离海轮之日起算”

【例题·多选题】一批投保了海洋运输货物险“一切险”的货物发生了损失。在此情况下，下列选项中哪些事故原因可使保险公司不承担赔偿责任？（ ）

- A. 货物损失是发货人在发运货物前包装不当造成的
- B. 货物损失是由于货物在装船前已经有虫卵，运输途中孵化而导致的
- C. 货物损失是由于运输迟延引起的
- D. 货物损失是由于承运人驾驶船舶过失导致触礁造成的
- E. 货物损失是由于船员在航行途中未及时通风造成船舱温度过高造成的

❓ [答疑编号 506689010704]

【答案】ABC

【解析】本题考核一切险。

选项 ABC 正确。保险公司的除外责任：（1）被保险人故意造成的损失；（2）航行迟延、交货迟延或者行市变化造成的损失；（3）货物的自然损耗、本身的缺陷和自然特性造成的损失；（4）包装不当造成的损失。上述事由，保险公司可以免责。

选项 D 错误。货物损失由于承运人驾驶船舶过失导致的，承运人免责，但保险人不可以免责。

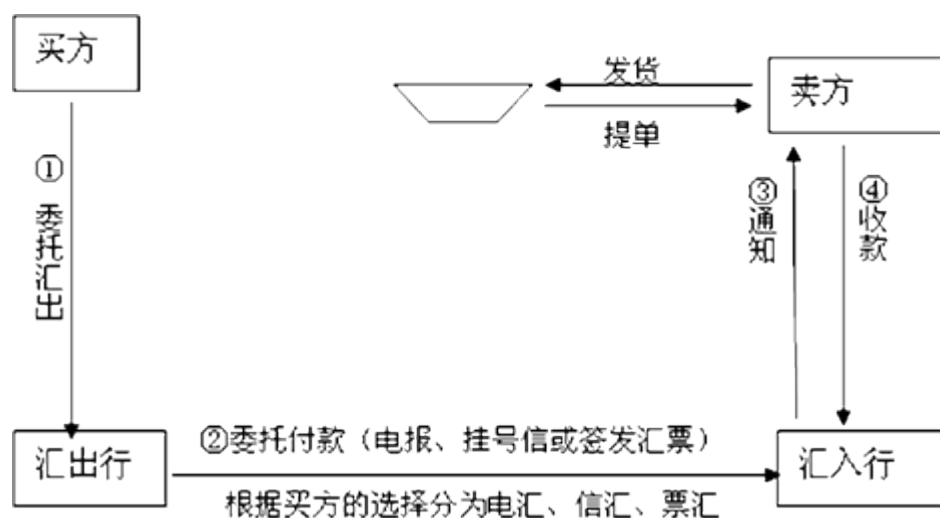
选项 E 错误。在船运过程中，因船员的损失导致货物受热的，保险公司应予赔付。

四、国际贸易支付方式

（一）支付工具和三大传统支付方式

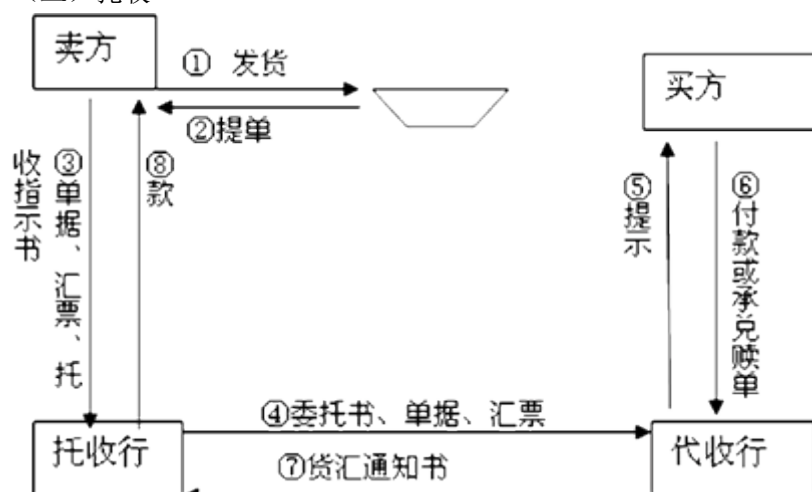
（二）汇付——商业信用

1. 汇付的流程及种类



2. 汇付当事人的法律关系 买方、卖方、汇出行、汇入行

（三）托收



1. 种类——光票托收、跟单托收（包括付款交单和承兑交单）

2. 当事人的法律关系

3. 银行之责任和免责

| | |
|-------|---------------|
| 银行的责任 | “三及时一审单” |
| 银行的免责 | “书、可、表、示、货、误” |

4. 托收的特点

【例题·多选题】关于国际贸易的支付方式，下列表述哪些是正确的？（ ）

- A. 汇付属于商业信用，托收和信用证属于银行信用
- B. 在跟单托收支付方式中，对卖方来说，承兑交单的风险大于付款交单
- C. 《托收统一规则》和《跟单信用证统一惯例》均属于国际惯例
- D. 托收付款方式之中，代收行在买方拒付的情况下应制作拒绝证书并凭单据代为收取货物

❓ [答疑编号 506689010801]

【答案】BC

【解析】本题考核国际贸易支付方式。

选项 A 错误。托收属于商业信用而非银行信用。

选项 D 错误。代收行在买方拒付的情况下没有义务制作拒绝证书并代为收取货物。

【例题·单选题】根据《托收统一规则》，下列说法中正确的是？（ ）

A. 托收行应当以善意和合理的谨慎态度办理托收业务，并且核实所收到的单据与托收指示是否在实质上一致

B. 托收行作为买方的受托人，在审查单据时只需审查单据表面上是否与托收指示书一致

C. 对于跟单托收项下的货物，银行有义务采取必要措施予以保全

D. 如果遭到拒付，代收行应当及时把拒付情况通知托收行，但是没有义务制作拒绝证明

？[答疑编号 506689010802]

【答案】D

【解析】本题考查托收。

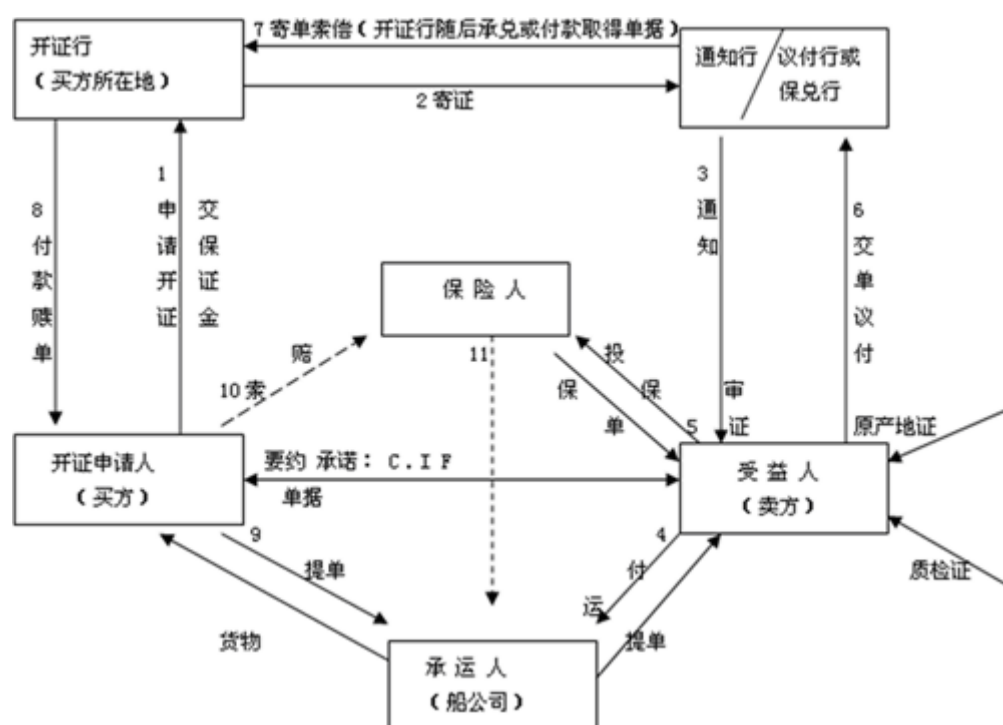
选项 A 错误。托收行不做实质审查，只做表面审查。

选项 B 错误。托收行是卖方而非买方的受托人。

选项 C 错误。银行没有义务采取必要措施对货物进行保全。

（四）★★★★★信用证支付运作流程

信用证支付运作流程



国际商业惯例——UCP600 号

信用证独立原则：开证行付款独立于买方的信用

单据的审查期限：5 个工作日内审查

审查的标准：表面相符，单证相符，单单相符，严格相符

最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》：信用证项下单据与信用证条款之间、单据与单据之间在表面上不完全一致，但并不导致相互之间产生歧义的，不应认定为不符点。

审证：受益人请求开证申请人修改信用证的，开证申请人向开证行提出修改信用证的要求，开证行可以修改，三方一致。

1、信用证的种类：

(1) 不可撤销 UCP600 直接规定信用证是不可撤销的

(2) 保兑不保兑 保兑行——第一位的付款责任，保兑行拒付的理由——单证不符，信用证过期

(3) 即期、远期

(4) 可/不可自由议付等 议付行买入受益人的单据和票据

2、当事人的法律关系

开证申请人与开证行之间：委托关系

开证行与通知行之间：委托关系

通知行与受益人之间没有关系

开证行与受益人之间：附条件的合同关系

3、银行的审单、付款责任和免责

| UCP600 的规定 | |
|------------|--|
| 银行的 责任 | 审单 |
| | <p>如果单据表面与信用证条款不符，开证行、保兑行或代表其行事的指定银行可拒收单据。</p> <p>审单 { 期限：5 个银行工作日 处理：付款或退单 标准：单证、单单相符，表面相符，严格相符</p> <p>严格相符 { “约、大约”：10%（金额、单价、数量） 散货数量：5%（以包装、件数计的除外），但当信用证规定数量以包装单位或个数计数时，此项增减幅度则不适用</p> |
| | 付款 |
| | <u>如果单证经审查相符，开证行就必须付款</u> ，除非法院判令禁止支付 |
| 银行的 免责 | <p>①银行对任何单据的形式、完整性、准确性、真实性、伪造或法律效力，以及对单据上所载的或附加的一般或特殊条件，概不负责。</p> <p>②当报文、信件或单据按照信用证的要求传输或发送时，或当信用证未作指示，银行自行选择传送服务时，银行对报文传输或信件或单据的递送过程中发生的延误、中途遗失、残缺或其他错误产生的后果，概不负责。</p> <p>③银行对由天灾、暴动、骚乱、叛乱、战争或本身无法控制的其他原因或任何罢工或停工而中断营业所引起的后果，概不负责。</p> <p>④银行不受买卖合同的约束或影响，不负责买卖合同的履行情况及买卖当事人的资信等。</p> <p>⑤银行对被指示方的行为免责</p> |

★信用证的独立性原则

4、《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》（2006.1.1 起施行）

(1) 不符点

第六条 ……信用证项下单据与信用证条款之间、单据与单据之间在表面上不完全一致，但并不导致相互之间产生歧义的，不应认定为不符点。

第七条 开证行有独立审查单据的权利和义务……开证行发现信用证项下存在不符点后，可以自

予人玫瑰，手有余香！把本资料分享给三个好友，逢考必过！

行决定是否联系开证申请人接受不符点。开证申请人决定是否接受不符点，并不影响开证行最终决定是否接受不符点。开证行和开证申请人另有约定的除外。

开证行向受益人明确表示接受不符点的，应当承担付款责任。

开证行拒绝接受不符点时，受益人以开证申请人已接受不符点为由要求开证行承担信用证项下付款责任的，人民法院不予支持。

是否接受不符点，最终决定权在开证行

(2) 信用证欺诈及欺诈例外（各国司法实践所确立）——请求法院向银行颁发止付令
信用证欺诈的表现形式：假信用证、伪造单据、以保函换取清洁提单、软条款信用证等

| | |
|-------------------------|--|
| 信用证欺诈行为 | 《规定》第八条：凡有下列情形之一的， <u>应当认定存在信用证欺诈</u> ： （一）受益人伪造单据或提交记载内容虚假的单据；（二）受益人恶意不交付货物或交付的货物无价值；（三）受益人和开证申请人或其他第三方串通提交假单据，而无真实的基础交易；（四）其他信用证欺诈的情形。 |
| 受理法院裁定或判决止付信用证的条件 | 《规定》第十一条：当事人在起诉前申请中止支付信用证项下款项符合下列条件的， <u>人民法院应予受理</u> ：（一）有管辖权；（二）申请人提供的证据材料证明存在欺诈；（三）不中止支付，将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害；（四）申请人提供了可靠、充分的担保；（五）不存在本规定第十条的情形。 |
| 即使存在欺诈，也不可裁定或判决止付信用证的情形 | 《规定》第十条： <u>人民法院认定存在信用证欺诈的，应当裁定中止支付或者判决终止支付信用证项下款项，但有下列情形之一的除外</u> ：（一）开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款；（二）开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承兑；（三）议付行善意地履行了付款义务；（四）议付行善意地进行了议付。 |
| 作出止付裁定的时间 | 《规定》第十二条：人民法院接受中止支付信用证项下款项申请后，必须在四十八小时内作出裁定；裁定中止支付的，应当立即开始执行。 |

5、UCP600 的其他有关重点——UCP600 对 UCP500 的修改

(1) 删除了可撤销信用证

(2) 修改了一些条款

①议付：UCP600 明确规定议付是对票据及单据的一种买入行为，是对受益人的融资；

②审单的期限：UCP500 规定的“不超过收单翌日起第 7 个工作日”，UCP600 改为“最多为收单翌日起第 5 个工作日”；

③银行对含有不符点的单据之处理方式：开证行确定单证不符时，可以自行决定是否联系申请人放弃不符点，如果开证行收到申请人放弃不符点的通知，则可以释放单据；

【例题·单选题】A 与 B 两公司签订进口一批货物的买卖合同，并约定 A 公司应于约定期内开立以 B 公司为受益人的不可撤销的即期保兑信用证。A 公司依约向甲银行申请开立了信用证，并由 B 公司所在国的乙银行保兑，B 公司收到信用证即办理完装运手续，随后便向乙银行提交了符合信用证各项要求的单据，要求乙银行付款。对此，乙银行应该（ ）。

- A. 拒绝 B 公司的付款要求
- B. 可以付款，但须在取得开证行甲银行的同意后付款
- C. 可以付款，但须取得 A 公司的同意后付款
- D. 依 B 公司的要求付款，而不得拒绝

🔍 [答疑编号 506689011001]

【答案】D

【解析】本题考核保兑行的付款责任。B 公司提交了符合信用证各项要求的单据，乙银行应该付款，不得拒绝。

【例题·单选题】土耳其甲公司（卖方）与泰国乙公司（买方）订立一货物买卖合同。乙公司申请开出的不可撤销信用证规定装船时间为 2003 年 5 月 10 日前，而甲公司由于货源上的原因，最早要到 2003 年 5 月 15 日才能备齐货物并装船付运。下列哪一种做法是甲公司应采取的正确处理方法？（ ）

- A. 直接请求开证行修改信用证
- B. 通过提供保函要求承运人倒签提单
- C. 征得乙公司同意、由乙公司请求开证行修改信用证
- D. 通过提供保函要求承运人预借提单

🔍 [答疑编号 506689011002]

【答案】C

【解析】本题考核信用证修改。信用证修改要受益人、开证申请人、开证行三方同意。

【例题·多选题】根据《UCP600》及《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》，下列有关信用证的表述正确的是（ ）

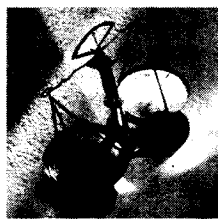
- A. 开证行拒绝接受不符点时，受益人以开证申请人已接受不符点为由要求开证行承担信用证项下付款责任的，人民法院不应支持
- B. 如果开证申请人有充分的证据证明受益人存在欺诈行为，则法院就应裁定止付信用证项下付款
- C. 如果开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款或对信用证项下票据善意地作出了承兑，则法院不能再作出中止支付或者判决终止支付信用证项下款项
- D. 在开证行审单以前，如果开证申请人已经通知开证行，有充分的证据表明受益人有部分货物以次充好，质量与买卖合同的规定不符，则即使受益人提供的单据符合信用证的要求，开证行也有权拒付货款

🔍 [答疑编号 506689011003]

【答案】AC

【解析】本题考核信用证的独立原则。选项 A 正确。《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第 7 条第 4 款规定，开证行拒绝接受不符点时，受益人以开证申请人已接受不符点为由要求开证行承担信用证项下付款责任的，人民法院不予支持。选项 B 错误，选项 C 正确。第 10 条规定，人民法院认定存在信用证欺诈的，应当裁定中止支付或者判决终止支付信用证项下款项，但有下列情形之一的除外：（一）开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款；（二）开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承兑；（三）保兑行善意地履行了付款义务；（四）议付行善意地进行了议付。选项 D 错误。开证行负责表面审单，在单证相符的条件下，

应当付款。



国际经济法



一、国际经济法的概念和调整范围

国际经济法是调整国际经济关系的法律规范的总称。国际经济关系有广义与狭义之分。狭义的国际经济关系仅指国家、国际组织间的经济关系,狭义国际经济关系的主体一般限于国家和国际组织。广义的国际经济关系不仅包括狭义的国际经济关系,还包括不同国家之间的个人、法人、国家、国际组织之间的经济关系,也有人称之为跨国经济关系。国际经济法所调整的是广义的国际经济关系。

国际经济法调整的对象既包括国际法上的经济关系,又包括国内法上的涉外经济关系;既有纵向的关系,又有横向的关系;既有公法的关系,又有私法的关系。国际经济法是多门类、跨学科的综合独立法律学科。具体从法律关系的性质上考虑,其调整的范围包括:

1. 有关国际货物贸易的法律规范与制度,包括与国际货物买卖合同、国际货物运输与保险、国际支付与结算、进出口法律管制有关的法律规范与制度。
2. 有关国际服务贸易的法律制度和法律规范,包括商业性服务、通讯服务、建筑服务、销售服务、教育服务、环境服务、金融服务、健康与社会服务、文化及体育服务、交通运输服务等有关的法律规范与制度。
3. 有关国际投资的法律规范与制度,包括资本输出、资本输入、投资保护等有关的法律规范与制度。
4. 有关国际知识产权保护的法律规范与制度,包括与工业产权的国际保护、著作权的国际保护、国际许可证贸易有关的法律规范与制度。
5. 有关国际货币与金融的法律规范与制度,包括与国际货币、跨国银行、国际贷款、国际证券、国际融资担保、跨国银行的管制有关的法律规范与制度。
6. 有关国际税收的法律规范与制度,包括与国际税收管辖权、国际双重征税和国际重叠征税、国际逃税与避税等有关的法律规范与制度。
7. 有关国际经济组织的各种法律规范与制度。

二、国际经济法的主体

国际经济法的主体是指在国际经济关系中能行使权利和承担义务的法律人格者。国际经济法的主体包括自然人、法人、国家和国际组织。

1. 自然人。国际条约及各国法律一般均规定,自然人作为国际经济法的主体不仅应具有一般的民事权利能力和行为能力,而且还应具有能从事国际经济交往的权利能力或资格。有些国家法律对本国自然人从事某些国际经济交往活动进行限制。

2. 法人。法人作为国际经济法的主体,应具有从事国际经济活动的权利能力和行为能力。法人的行为能力指法人以自己的意思,通过自身的行为取得民事权利并承担民事义务的能力。依《中华人民共和国涉外民事关系法律适用法》第14条,法人及其分支机构的民事权利能力、民事行为能力、组织机构、股东权利义务等事项,适用登记地法律。第2款规定,法人的主营业地与登记地不一致的,可以适用主营业地法律。又依1988年《民通意见》第184条的规定:“……外国法人在我国领域内进行的民事活动,必须符合我国的法律规定。”除条约另有规定外,各国都有权规定外国法人在内国享有的权利和进行活动的范围。法人在国际经济关系中占有十分重要的地位,大部分的国际经济交往活动都有法人的参与,特别是跨国公司在国际经济交往中的地位和作用更为突出。

3. 国家。国家是国际经济法的主要制定者。在国际经济法中,作为主权者的国家具有独立地参加国际关系的能力和直接承担国际法权利和义务的能力。一方面,国家有权同其他国家或国际组织订立国际经济条约和协定,有权参加国际经济组织的活动,有权对本国的自然资源和经济活动行使永久主权等。另一方面,国家又可以在一定范围内直接参加国际经济贸易活动,可与另一国的法人或自然人订立经济合同。例如,国家可与外国私人投资者签订特许协议等。作为国际经济法主体的国家在地位上具有特殊性,即国家及其财产享有豁

免权。

4. 国际经济组织。国际经济组织是第二次世界大战后大量出现的国际经济关系的新主体。国际经济组织须具有一定的法律人格才能作为国际经济法的主体行使权利和承担义务,并在其职能范围内进行活动。国际经济组织的法律人格取决于各成员国建立该经济组织的基本文件的规定。国际经济组织享有一定的特权与豁免,此种特权与豁免来自于成员国的授权。

三、国际经济法的渊源

1. 国际经济条约。国际经济条约是国家及国际经济组织为确定之间的权利义务所达成的书面协议。国际经济条约是国际经济法的重要渊源。条约分为双边条约和多边条约。多边国际经济条约是国际经济法最主要的渊源,其内容涉及国际贸易、国际投资、国际金融、知识产权的国际保护等各个领域。

2. 国际商业惯例。国际商业惯例是在长期的国际经济交往中经过反复使用而形成的不成文的规则。为了使不成文的国际商业惯例更便于掌握和查找,一些民间性的国际组织或协会对不成文的惯例进行了整理和编纂,如《国际贸易术语解释通则》、《跟单信用证统一惯例》等。国际商业惯例属于任意性的规范,只有在当事人明示选择适用的情况下才对当事人有约束力。当事人也可以对其选择的商业惯例进行补充和修改。

3. 联合国大会的规范性决议。依传统国际法,国际组织并无立法权,国际组织通过的决议一般来说只具有建议的效力,并不对其成员国具有强制力。但是随着国际实践的发展,理论界已倾向于肯定大会决议的法律拘束力,特别是有些联大决议是旨在宣告国际法原则和规范的,应具有法律效力,且有的决议在国际实践中已逐渐被接受,成为各国在国际经济交往中应遵守的准则。

4. 国内立法。国内立法作为国际经济法的渊源是指各国制定的关于调整涉外经济关系的法律规范文件,如一国的对外贸易法、外汇管制法、合同法、海商法、票据法、海关法等。各国



在调整涉外经济关系的国内立法上主要采用统一制和分流制。前者指所制定的国内经济立法既适用于国内经济关系,又适用于涉外经济关系。后者指分别制定不同的法律以调整国内及涉外经济关系。

5. 司法解释。司法解释指国家最高司法机关依法律的授权对司法实践中具体应用法律的问题进行的解释。此类解释由于对其他法院的审判活动具有约束力,因此,在我国实际上已成为一种国际经济法的渊源。例如,2005年最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》即是我国法院在处理涉及信用证案件时的重要依据。

此外,国内判例在普通法国家是重要的国际经济法的国内法渊源,但判例在我国不属于法律的渊源。

四、国际经济法的基本原则

国际经济法的基本原则是指被国际社会公认的、对国际经济法的各个领域都具有普遍指导意义的原则。

1. 国家经济主权原则。国家经济主权原则是国家主权原则在国际经济法领域内的具体体现,它构成了新的国际经济秩序的基础。国家经济主权表现在国家对其全部财富和资源的拥有权、使用权和处置权,以及对经济活动的支配权等。在内容上,该原则包括国家对其境内一切自然资源享有永久主权,国家对外国投资

者及其活动的管理和监督权,以及国家有权决定对境内的外国资产实施国有化或征收的措施等。

2. 平等互利原则。平等互利原则指所有国家在法律上一律平等,国家应以平等的资格参与经济活动,并平等分享成果。平等互利是国际经济交往中应遵守的基本原则。在国际经济交往中,各国不论大小强弱,其在法律地位上一律平等。平等是实质上的平等,而不仅仅是形式上的平等。互利指不能只谋取本方的利益,而置其他各方的利益于不顾。平等互利是不可分割的整体。最惠国待遇是平等互利原则的一个典型范例。

3. 国际合作与发展原则。国际合作与发展原则指发展中国家应通过国家经济的发展逐步缩小并消除穷国与富国的差距,发达国家应与发展中国家在经济、社会、文化、科学技术等领域进行合作,以促进各国特别是发展中国家的经济进步和社会发展。依《联合国宪章》的规定,国际合作以谋求发展是所有国家的一致目标和共同义务。该原则首先强调的是承认和尊重发展中国家的发展权,发达国家的繁荣与发展中国家的发展是联系在一起的。在此基础上,为了实现共同发展,就应加强各国间在经济、社会等各方面的合作,当然包括发达国家与发展中国家间的合作,也包括发展中国家之间的合作。

本章涉及国际经济法的概念、调整范围、主体、渊源和基本原则。注意国际经济法调整的是广义的国际经济关系:既有横向的民商事主体之间的关系,又有纵向的管理关系;既有国内的经济关系,也有国际的经济关系。



国际经济法

第二章 国际货物买卖

第一节 概述

一、国际货物买卖法的概念及相关法律

国际货物买卖法是调整跨越国界的货物贸易关系以及与货物贸易有关的各种关系的法律规范的总和。国际货物买卖法是传统的国际贸易法的中心内容,随着国际经济贸易交往规模和形式的不断扩大和增多,国际贸易法所包含的内容也越来越多,国际技术贸易、国际合作生产、国际工程承包、国际资金融通等均为国际贸易法研究的内容,作为国际贸易法一部分的国际货物买卖法则主要涉及国际货物买卖合同、国际货物运输、国际运输货物保险、国际支付与结算等方面的法律。

国际货物买卖受相关国内立法、国际公约以及商业惯例的调整。我国没有专门的货物买卖法,民法通则的原则性规定作为一般法适用于货物买卖关系,1999 年生效的《中华人民共和国合同法》对买卖合同进行了专门的规定,该法是调整我国货物买卖关系的主要国内立法。2012 年最高人民法院发布《关于审理买卖合同纠纷案件适用法律问题的解释》。此外,我国于 1986 年加入了《联合国国际货物销售合同公约》(简称 CISG),因此,在符合适用该公约的条件下,有关的国际货物买卖关系还涉及公约的适用。

在国际立法方面,在 1964 年海牙外交会议上正式通过了《关于国际货物买卖统一法公约》和《关于国际货物买卖合同成立统一法公约》,均于 1972 年生效。但该两公约在统一国际货物买卖法上的作用非常有限,后在联合国国际贸易法委员会的组织下完成了《联合国国际货物销售合同公约》的起草和制定工作。该公约于 1980 年在维也纳的外交会议上通过,于 1988 年正式生效。中国于 1986 年批准加入了该公约。

国际商业惯例是在国际商业交往中长期形成的,经过反复使用而被国际商业的参加者接受的习惯做法或通例。国际商业惯例具有普遍接受性、确定性和任意性的特征,国际商业惯例不是法律,对当事人不具有强制性,只有在当事人约定引用惯例时,才对当事人具有法律约束力。同时,当事人在引用惯例时可



以对惯例进行相应的修改和增减。许多国际商业惯例经过有影响的国际组织或民间商业组织的制定而成了成文的惯例,例如由国际商会制定的2010年《国际贸易术语解释通则》等。

二、国际货物买卖合同概述

(一) 国际货物买卖合同的概念

国际货物买卖合同是指营业地位于不同国家的当事人之间就有关货物买卖的权利义务关系而达成的协议。国际货物买卖合同的国际性以当事人的营业地位于不同国家为准,而不考虑当事人的国籍。国际货物买卖合同强调的是合同的标的物需要进行超越国境的运输,因此,即使是不同国家的当事人在同一国境内订立的货物买卖合同,也不是国际货物买卖合同。国际货物买卖合同的标的是货物,货物指有体动产,但适用于1980年《联合国国际货物销售合同公约》的货物并非所有的有体动产,用于个人消费的合同被排除在外,船舶和飞机等虽然在物理属性上属于动产,但由于其标的巨大,且价值很高,各国对其转让一般均进行了特别的规定,因此公约也不对此类货物适用。

(二) 格式合同

在国际贸易中常常使用某一个国际民间组织或国际行业性协会拟定的空白的标准合同,这种空白合同并不是合同,它只是根据买卖合同应具备的基本内容所拟定的详细而固定的条文,印成固定的格式,所以叫做格式合同。格式合同具有针对性和简化性的作用。格式合同可以起到简化谈判过程的作用。它可以向谈判的当事人提供建议性的条文,作为合同条件的基础,这样可以缩短当事人之间协商的时间,为争取商业机会创造条件。从性质上讲,格式合同既不是法律,在双方签字以前也不是真正的合同。格式合同只是贸易谈判的一方给另一方提供的建议性的文本,在当事人签字前不具有约束力。经双方当事人的协商,可以对格式合同中的条文内容进行修改、删节或补充,只有经过双方当事人同意,填写了空白的项目并签字后,才能成为当事人之间订立的一个有效的合同。

(三) 国际货物买卖合同的当事人

1980年《联合国国际货物销售合同公约》要求适用公约的货物销售合同的当事人应为双方营业地位于不同缔约国的当事人。如双方的国籍不同,但营业地位于同一个国家,则不适用公约,如果只有一方的营业地位于缔约国也不适用公约。当然公约的第1条还对通过国际私法规则的扩大适用进行了规定,对此,我国进行了保留。

我国于2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》(以下简称外贸法)在对外贸易经营者方面主要有下列修改:其一,外贸经营权的获得由原来的审批制改为登记制。其二,可以从事外贸的主体扩大到了自然人。依现行外贸法第8条的规定,对外贸易经营者是指依法办理工商登记或者其他执业手续,依照本法和其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。但现行外贸法并不意味着任何个人可以不受限制地从事进出口贸易。事实上,经营外贸仍然需要依法办理工商登记或者其他执业手续,才可获得对外贸易经营者的资格。

(四) 国际货物买卖合同的主要条款

国际货物买卖合同的条款主要包括约首、正文和约尾三部分。约首是合同的开头部分,包括合同的名称、合同的编号、订约日期、订约地点、双方当事人的名称和地址以及合同的序言等内容。正文部分是合同的主体部分,包括合同的实质性条款,即规定双方当事人权利义务的条款。约尾主要载明合同以何种文字作成,以及各种文字的效力,正文的份数,附件及其效力,双方当事人的签名等。下面主要阐述正文部分条款的内容。

1. 品质规格条款。品质规格条款是合同的主要条款,由于国际货物买卖的双方分处不同的国家,因此,双方在合同中对货物品质的约定就更加重要。依某些国家的法律规定,买卖合同中有关货物品质的说明是合同的要件,如果卖方所交货物的品质与合同的约定不符,买方有权拒收货物,并可以要求损害赔偿。在国际货物买卖中,不同种类的货物有不同的品质

的表示方法,主要有以下几种:(1)凭样品确定货物品质的买卖,指交易双方约定以样品作为交易的品质依据的买卖。(2)凭规格、等级或标准确定货物品质的买卖。(3)凭商标或牌名确定货物品质的买卖。(4)凭说明书确定货物品质的买卖。货物的品质条款一定要明确,并应依合同约定的品质履行。

2. 数量条款。国际货物买卖合同中的数量通常用重量、体积、长度、面积、个数等单位来表示。但由于各国的度量衡制度不同,同一计量单位所代表的数量可能也会有差异,因此合同中必须规定明确。数量条款是确定卖方交货数量的依据。对于有些农产品货物或矿产品货物,由于货物本身的特性,或受包装和运输工具的限制,或由于蒸发的原因等,使货物的重量和数量很难与合同相同,对于此类货物,国际惯例也允许在合同规定的数量与实际交货的数量之间有一定的机动幅度。通常有两种规定机动幅度的方法:(1)在合同中规定“溢短装条款”,允许卖方按一定的机动幅度多交或少交一定数量的货物。(2)在货物的数量上规定一个约数,如规定“约 1000 公吨”,则货物的数量可以在一定的幅度内机动。

3. 包装条款。包装条款主要包括包装的种类和性质、包装材料、包装尺寸、包装费用和运输标志等内容。在国际贸易中,除一些货物因其本身特点不需要包装外,多数货物都需要有一定的包装。包装的费用计入成本之中。货物的包装主要分为两类:(1)运输包装,又称大包装或外包装,主要作用是为了保护货物的安全运输,便于装运和储存。(2)销售包装,又称小包装或内包装,其作用是为了保护商品的质量、数量,此外,还有介绍商品的作用。包装条款应依货物的性质进行协商,同时还应考虑对方国家的习惯和法律规定,如有的国家对以陶瓷作为包装材料的货物课以重税,有的国家禁用稻草等作包装材料等。

4. 价格条款。价格条款主要规定货物的计价货币、计价单位、单位价格金额等。国际贸易术语常常被用来表示货物的单价,如规定“每公吨 500 美元 CIF 纽约”的单价中,重量的单位

是公吨,计价货币是美元,单位价格金额是 500 美元,目的港是纽约,价格构成是货物的成本加运费加保险费。货物买卖合同的总价是以单价乘以交易商品的数量。价格条款是确定买方支付义务的主要依据。

5. 商检条款。商检条款通常规定商品检验所应依据的标准、检验机构、检验期间及商检权等内容。商检条款的作用是提供一个确定卖方所交货物是否符合合同的依据,关系到合同的履行、索赔、诉讼等许多法律问题。商检条款主要包括下列内容:

(1)关于商检权问题。商检权关系到买卖双方由哪方决定商品品质、数量或包装是否符合合同的问题。在国际贸易中,对商检权一般有下列三种不同的规定方法:①以离岸品质、重量为准。②以到岸品质、重量为准。③以装运港的检验证书作为收取货款的依据,但在货到目的港后允许买方有复验权。

(2)关于商检机构。在国际贸易中,进行商品检验的机构主要有以下三类:其一,是由国家设立的商品检验机构,在我国就是国家质量监督检验检疫总局;其二,是由私人或同业公会、协会开设的公证行;其三,是生产、制造厂商或产品的使用部门设立的检验机构。

(3)关于商检的期限。商检的时间一般就是品质、数量索赔的期限。在检验条款中通常都规定,买方必须于货物到达目的港后若干天内(如 60 天内)进行检验,或规定买方应于货物在目的港卸货后若干天内进行检验,如果超过规定的期限不进行检验,就是货物良好的初步证据。

(4)关于商检的标准和方法。各国对同一商品规定的品质标准不完全一致,而且每个国家的标准(包括各同业公会的标准)各年的版本又有可能不同,内容也有差异,因此,在签订合同时,如按标准确定商品的品质,不仅要规定是按哪个国家的标准,而且还需规定是按照哪个版本的标准。有些商品,在检验时常因所采用的检验方法不同,而出现不同的结果,所以在签订合同时,对于可能有几种检验方法检验的商品,应明确采用哪一种。



6. 装运条款。装运条款主要规定装运时间、装运港或装运地、装运通知等事项。装运是指将货物装上运输工具。装运条款会涉及运输问题和支付单据中的要求,因此,将在下面的内容中阐述。

7. 保险条款。合同中的保险条款是指具体规定由哪方当事人负担货物运输的保险责任,及应投保的险别等内容的条款。其目的在于把保险责任具体化。例如,货物是按 FOB 价格条件出售的,则保险费用应由买方支付,即使卖方经买方的请求而投保,其保险费用也应由买方承担。

8. 支付条款。支付条款是合同中有关买方支付货款内容的条款,包括下列内容:(1) 支付与结算使用的货币的币种;(2) 支付工具,即是货币还是票据,一般是采用票据中的汇票;(3) 支付方式,指是采用汇付、托收还是信用证,合同中经常采用的是跟单信用证付款方式,有些情况下也采用托收的方式;(4) 支付的时间与地点。此外,还有卖方为取得货款应提供的单证等各项规定。

9. 不可抗力条款。不可抗力条款是规定在合同订立后发生当事人在订合同时不能预见、不能避免、不可控制的意外事故,以致不能履行合同或不能如期履行合同时,遭受不可抗力的一方可以免除履行合同的责任的条款。构成不可抗力的条件和不可抗力的法律后果依合同适用的法律规定。依 1980 年《联合国国际货物销售合同公约》的规定,遭受不可抗力的一方可解除合同或延迟履行而不承担责任。只有在不可抗力因素与当事人的过失同时存在的情况下,当事人才承担相应的赔偿责任。公约第 79 条第 4 款规定了遭受不可抗力一方“通知”的义务,规定不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。如果该项通知在不履行义务的一方已知道或理应知道此一障碍后一段合理时间内仍未为另一方收到,则他对由于另一方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。遭受不可抗力后合同的结果主要有:①解除合同。一般来说,如果不可抗力事故使合同的履行成为不可能,则可解除合同。如

在买卖特种粮食的交易中,该特种粮食的产地因水灾而失收,在这种情况下,可以解除合同。②延迟履行。如不可抗力只是暂时阻碍合同的履行,则只能延迟履行。例如,由于不可抗力使交通受阻,可能延迟履行,等通车后再履行。

10. 仲裁条款。在争议的解决上,国际货物买卖合同中一般规定,如发生与本合同有关的争议,应友好协商解决,协商不能解决时,应将争议提交某仲裁机构进行仲裁。合同的仲裁条款中应订明仲裁地点、仲裁机构、仲裁规则等方面的内容。

11. 法律适用条款。法律适用条款是当事人依意思自治原则经过双方的协商选择的适用于合同的法律。我国的司法解释要求当事人对法律的选择应当是明示的,当事人的选择一般应与合同有一定的联系。当事人可以选择适用某国的国内法,也可以选择适用国际公约或国际惯例。

以上是国际货物买卖合同正文部分的主要条款,其多寡繁简一般根据货物的性质、交易量的大小、当事人之间的关系、签约当事人的法律知识水平等因素而协商决定。

第二节 《国际贸易术语解释通则》

一、《国际贸易术语解释通则》概述

(一) 国际贸易术语的概念

国际贸易术语是在国际贸易中逐渐形成的,表明在不同的交货条件下,买卖双方在交易中的费用、责任及风险划分等以英文缩写表示的专门用语。贸易术语是国际惯例的一种,由当事人选择适用,国际上使用最为广泛的是国际商会于 1936 年编纂的《国际贸易术语解释通则》,该通则是国际商会以国际贸易中应用最广泛的国际惯例为基础的,在 1936 年首次公布后,分别于 1953 年、1967 年、1976 年、1980 年、1990 年、2000 年、2010 年进行了七次修改。2010 年国际商会修订的《国际贸易术语解释通则® 2010》(英文简称 Incoterms® 2010)(以下简称 2010 年通则)于 2010 年 9 月 27 日正式公布,并于 2011 年 1 月 1 日正式生效。新版本相

新华考资

www.xhkzedu.com

对于《国际贸易术语解释通则 2000》(以下简称 2000 年通则),无论在实质上还是形式上都有了一些变化,更加贴合国际贸易实践的新发展。

(二) 通则的选用

2010 年通则与以往版本不是替代与被替代的关系,即以往版本的国际贸易术语解释通则并不失效,合同当事人仍可以选用以往版本中的术语。但是由于不同版本术语的具体权利义务不同,当事人在选择使用通则应注意注明具体的修订年份。另外,国际商会已将 2010 年版的“国际贸易术语解释通则”注册为商标,所以在选用时要注意加上® 符号。当然没有注明®,只写了 2010 通则,也是可以适用 2010 年通则的。

二、2010 年通则对 2000 年通则的主要修改

2010 年通则在 2000 年通则的基础上进行了较大幅度的修订,考虑了无关税区的不断扩大、商业交易中电子信息使用的增加、货物运输中对安全问题的进一步关注以及运输方式的变化。2010 年通则与 2000 年通则相比,主要有下列修改:

(一) 术语结构上的变化

1. 2010 年通则的结构。此次修订后整合为 11 种贸易术语,且按照所适用的运输方式划分为两大类:

(1) 适用于任何运输方式的术语:包括 EXW(工厂交货)、FCA(货交承运人)、CPT(运费付至)、CIP(运费和保险费付至)、DAT(运输终端交货)、DAP(目的地交货)、DDP(完税后交货)。

(2) 适用于水上运输方式的四种:包括 FAS(船边交货)、FOB(船上交货)、CFR(成本加运费)、CIF(成本、保险费加运费)。

2. 2000 年通则的结构。与 2010 年术语不同,2000 年通则涉及 13 个贸易术语,分为 E、F、C、D 四组。这四种术语包括:

(1) E 组(内陆交货合同)。

E 组贸易术语中只有一个贸易术语,即 EXW,全称是 Ex Works,意为工厂交货(指定地点),此术语为卖方义务最小的贸易术语,卖方

只要将货物在约定地点,通常是卖方所在地,交给买方处置即可,此约定的地点指卖方的工厂、仓库等,由于是在卖方的内陆完成交货,因此又称“内陆交货合同”。在此术语下,货物的风险自交货时转移。

(2) F 组(主要运费未付)(装运合同)。

F 组共有三个术语,即 FCA,全称 Free Carrier,意为“货交承运人(指定地点)”；FAS,全称 Free Alongside Ship,意为“船边交货(指定装运港)”；FOB,全称 Free on Board,意为“船上交货(指定装运港)”。F 组的术语均为装运合同,即卖方均在货物的装运地或启运地或出口地完成其在销售合同中的交货义务,因此主要运费应是由买方来承担的,对于卖方来说则是“主要运费未付”。

(3) C 组(主要运费已付)(装运合同)。

C 组由四个术语组成,即 CFR,全称 Cost and Freight,意为“成本加运费(指定目的港)”；CIF,全称 Cost Insurance and Freight,意为“成本加运费加保险费(指定目的港)”；CPT,全称 Carriage Paid to,意为“运费付至(指定目的地)”；CIP,全称 Carriage and Insurance Paid to,意为“运费和保险费付至(指定目的地)”。其特点是卖方须订立运输合同和承担运费,因此称为“主要运费已付”,尽管卖方承担了到目的港或目的地的运费,但其交货义务仍然是在卖方一边的装运地完成的,因此 C 组术语仍属于装运合同。

(4) D 组(到货合同)。

D 组由五个贸易术语组成,即 DAF,全称 Delivered at Frontier,意为“边境交货(指定地点)”；DES,全称 Delivered Ex Ship,意为“目的港船上交货(指定目的港)”；DEQ,全称 Delivered Ex Quay,意为“目的港码头交货(指定目的港)”；DDU,全称 Delivered Duty Unpaid,意为“未完税交货(指定目的地)”；DDP,全称 Delivered Duty Paid,意为“完税交货(指定目的地)”。其特点是卖方须承担把货物交至目的地国所需的全部费用和 risk。卖方是在目的地,如边境、港口、进口国内地履行交货义务,因此称为到货合同。



(二) 适用范围

新术语同时适用于国际和国内贸易问题,即术语的适用不再限于国际贸易。

(三) 术语义务项目上的变化

每种术语项下买卖双方各自的义务虽然仍列出十个项目,但与 2000 年通则不同之处在于,卖方在每一项目中的具体义务不再“对应”买方在同一项目中相应的义务,而是改为分别描述,并且各项目内容也有所调整。

(四) 新增 DAT 和 DAP 两个术语

与 2000 年通则相比,在 D 组术语中,2010 年通则则以两个新术语取代了原来的 4 个术语,新术语为 DAT(Delivered at terminal)(中文意为“运输终端交货”)和 DAP(Delivered at place)(中文意为“目的地交货”)。两新术语的主要差异是 DAT 下卖方需要承担把货物由目的地(港)运输工具上卸下的费用,DAP 下卖方只需在指定目的地把货物处于买方控制之下,而无须承担卸货费。

(五) 增加了与安全有关的内容

2010 年通则要求卖方和买方分别要帮助对方提供包括与安全有关的信息和文件,因此而发生的费用由受助方承担。这主要是考虑到美国“9·11”事件后对安全措施的加强,为与此配合,进出口商在某些情形下必须提前提供有关货物接受安全扫描和检验的相关信息,且对于因此而产生的费用由哪一方承担也产生过争议,新术语解决了这一问题。

(六) “船舷”的变化

2000 年通则针对传统的适用于水上运输的主要贸易术语如 FOB、CFR 和 CIF 均强调卖方承担货物至在指定装运港越过船舷时为止的一切风险,买方承担货物自在指定装运港越过船舷时起的一切风险。考虑到这种以一条假想的垂直线为风险转移分界线的方法在现实操作中存在问题,2010 年通则中这三种术语的风险转移不再设定“船舷”的界限,只强调卖方承担货物装上船为止的一切风险,买方承担货物自装运港装上船开始起的一切风险。强调在 FOB、CFR 和 CIF 下买卖双方的风险以货物在装运港口被装上船时为界。

(七) 链式销售的补充

2010 年通则在指导性说明中对 FAS、FOB、CFR 和 CIF 几种适用水上运输的术语首次提及“链式销售”(String Sales),在 CPT 和 CIP 的 A3 项中也有提及。大宗货物买卖中,货物常在一笔连环贸易下的运输期间被多次买卖,由于连环贸易中货物由第一个卖方运输,作为中间环节的卖方就无须装运货物,而是因“获得”所装运的货物而履行其义务,因此,新通则对此连环贸易模式下卖方的交付义务做了细分,也弥补了以前版本中在此问题上未能反映的不足。“获得”(procure)以某种方式装运的货物,是指卖方得到以该种方式交货的货物的相关凭证以及凭证代表的权利,即出售权。这一概念借鉴了普通法国家的货物买卖法,卖方“获得”货物的法律意义是要求卖方有出售该货物的权利,而非简单的控制或占有,例如在转售的卖方未付款的情况下,即使该货物已经由其安排的承运人控制或由其占有,最初的卖方仍然有要求返还货物的权利,转售的卖方没有出售权,这种情况下签订的转售合同不能延续销售链条。

(八) 赋予电子讯息与纸质讯息同等的效力

在信息时代中,国际贸易领域中电子商务的使用已经是大势所趋。近年来,电子提单流转也受到了交易各方的认同。同时,国际商会起草的电子信用证方面的统一惯例——《跟单信用证统一惯例电子交单增补规则》(简称 EUCP),为电子商务在商业银行国际结算业务处理过程中提供了国际惯例指导与“电子化”操作便利。电子提单与电子结算这两大问题的进一步解决,使电子讯息在国际贸易中的全面应用成为可能。2010 年通则将 2000 年通则中原本分散的涉及电子讯息效力的阐述进行了集中,对有关“符合销售合同规定的有同等作用的电子讯息”的内容进行了集中阐述,将电子讯息的使用范围扩大到双方所有义务中所涉及的单证,还将“符合销售合同法规定”的要求放宽至“在双方约定或符合惯例的情况下”,更加尊重商业惯例。

(九) 统一了承运人的概念

2010 年通则在引言中对“承运人”概念进

新华考资
www.xhkzedu.com

行了明确:“承运人是与其签订运输合同的一方”。2010 年通则不再像 2000 年通则一样区分第一承运人和其他承运人、缔约承运人和实际承运人,卖方只要将货物交给缔约承运人,就是完成了“货交承运人”的交货义务。这做到了与 2008 年最新制定的《联合国全程或部分海上国际货物运输合同公约》(“鹿特丹规则”)统一,在“鹿特丹规则”中规定:“承运人”是指与托运人订立运输合同的人。

三、《国际贸易术语解释通则® 2010》的主要内容^①

2010 年通则分为两类术语:

(一)适用于任何运输方式或多种运输方式的术语

第一类包括了七个术语,不论选用何种运输方式,也不论是否使用一种或多种运输方式,均可适用。在当船舶用于部分运输时,也可使用此类术语。包括 EXW、FCA、CPT、CIP、DAT、DAP、DDP 术语。

1. EXW(工厂交货)。

EXW 全称是 Ex Works,意为“工厂交货”(指定交货地点),指卖方在其所在地或其他指定地点,如工厂、车间或仓库等将货物交由买方处置,即完成交货。该术语的特点是,卖方在内陆完成交货,且没有装货(即不需要将货物装上任何前来接收货物的运输工具)的义务,卖方也无需办理出口清关手续。此术语为卖方义务最小的贸易术语。在此术语下,货物的风险自交货时转移。

依该术语,卖方的义务主要是:(1)履行交货义务,即在其所在地(一般为工厂或仓库)将货物交买方;(2)承担交货前的风险和费用。买方的义务主要是:(1)买方必须承担在卖方所在地受领货物的全部费用和和风险;(2)办理出口清关手续。本术语适用于各种运输方式。

2. FCA(货交承运人)。

FCA 全称是 Free Carrier,意为“货交承运人”(指定交货地点),指卖方在卖方所在地或其他指定地点将货物交给买方指定的承运人或其他人,并办理了出口清关手续,即完成交货。该术语适用于各种运输方式,包括多式联运。

“承运人”指在运输合同中承诺通过铁路、公路、空运、海运、内河运输或联合方式履行运输或由他人履行运输的任何人。

(1)交货:交货地点的选择对在该地点装货和卸货的义务会产生影响。如在卖方所在地交货,则卖方应负责装货,如在其他地点交货,则卖方可以在自己的运输工具上完成交货,而不负责将货物从自己的运输工具上卸下。

(2)风险转移:货物的风险在交货时转移。

(3)双方义务:①卖方义务:卖方必须提供符合销售合同的货物和单据;办理出口手续;在指定的地点和约定的时间将货物交付给买方指定的承运人或其他人;承担交货以前的风险和费用。②买方义务:支付货款;办理进口手续;订立运输合同并承担运费;承担交货以后的风险和费用,包括办理保险。

3. CPT(运费付至)和 CIP(运费和保险费付至)。

CPT,全称 Carriage Paid to,意为“运费付至(指定目的地)”,指卖方将货物在双方约定地点交给卖方指定的承运人或其他人。卖方必须签订运输合同并支付将货物运至指定目的地所需的费用。

CIP,全称 Carriage and Insurance Paid to,意为“运费和保险费付至(指定目的地)”,指卖方将货物在双方约定地点交给其指定的承运人或其他人。卖方必须签订运输合同并支付将货物运至指定目的地的所需费用,卖方还必须签订保险合同,当然只需投保最低险别。如买方需要更多保险的话,则需双方达成协议。该两术语的特点是卖方须订立运输合同和承担运费,因此称为“主要运费已付”,尽管卖方承担了到目的地的运费,但其交货义务仍然是在卖方一边的装运地完成的,因此该两术语属于“装运合同”。两者的区别就是对于卖方来说,CIP 比 CPT 多了需承担保险费。

在双方的义务上,卖方的义务是:(1)办理

^① 涉及条文部分的内容引自国际商会编写、中国国际商会/国际商会中国国家委员会组织翻译:《国际贸易术语解释通则® 2010》,中国民主法制出版社 2011 年版。



运输的手续和承担运费,在 CIP 术语中,卖方还须办理投保手续和承担保险费;(2)办理出口清关手续;(3)提交与货物有关的单据或相等的电子单证;(4)办理出口手续。买方的义务是办理进口手续,在 CPT 术语下投保虽然不是买方的合同中的义务,但买方为了自己的利益应当办理投保并支付保险费。

在风险的划分上,CPT 和 CIP 下货物的风险在货交承运人时转移。

在适用的运输方式上,CPT 和 CIP 适用于各种运输方式。

4. DAT(运输终端交货)。

DAT,全称 Delivered at Terminal,意为“运输终端交货(指定港口或目的地的运输终端)”,指当卖方在指定港口或目的地的指定运输终端将货物从抵达的载货运输工具上卸下,交由买方处置时,即为交货。“运输终端”指任何运输终端,如码头、仓库、集装箱堆场或公路、铁路、空运货站等。该术语的具体内容如下:

(1)交货:卖方必须在约定日期或期限内,在指定港口或目的地运输终端,将货物从抵达的运输工具上卸下,并交由买方处置的方式交货。“Terminal”可以是任何地点,如码头、仓库、集装箱堆场或者铁路、公路或航空货站等。

(2)风险:卖方承担交货完成前货物灭失或损坏的一切风险。

(3)手续:①卖方自负风险和费用,取得所有出口许可和其他官方授权办理出口和交货前从他国过境运输所需的一切海关手续。②买方必须自负风险和费用,取得所有进口许可或其他官方授权,办理货物进口的一切海关手续。

(4)一般义务:①卖方提供符合买卖合同约定的货物和商业发票,及合同可能要求的其他与合同相符的单证,买方应收取货物和交货凭证。②买方必须按买卖合同约定支付价款。

(5)运输:卖方自付费用签订运输合同,将货物运至约定港口或目的地的指定运输终端,如无特别约定,卖方可在约定港口或目的地,选择最适合其目的的运输终端。

(6)保险:双方之间均无订立保险合同的义务,但应对方要求,双方均应向对方提供取得保

险所需信息。由于 DAT 是在买方所在地交货,卖方需要将货物运输过去,运输途中的风险都是卖方,因此,虽然卖方对买方没有保险的义务,但其为了成功交货,应当办理保险。

(7)安全有关的信息:卖方和买方分别要帮助对方提供包括与安全有关的信息和文件,受助方应承担因此发生的费用和 risk。

5. DAP(目的地交货)。

DAP,全称 Delivered at Place,意为“目的地交货(指定目的地)”,指当卖方在指定目的地将仍处于抵达的运输工具上,且已做好卸载准备的货物交由买方处置时,即为交货。DAP 与 DAT 的主要区别是在 DAT 术语下卖方需要承担把货物由目的地(港)运输工具上卸下的费用,而 DAP 术语下卖方只需在指定目的地把货物处于买方控制之下,而无需承担卸货费。

6. DDP(完税后交货)。

DDP,全称 Delivered Duty Paid,意为“完税交货(指定目的地)”,指当卖方在指定目的地将仍处于抵达的运输工具上,但已完成进口清关,且已做好卸载准备的货物交由买方处置时,即为交货。其特点是卖方须承担把货物交至目的地国所需的全部费用和 risk。卖方是在目的地,如边境、港口、进口国内地履行交货义务,因此称为到货合同。

(二)适用于海运和内河水运的术语

该类术语主要包括 2000 年通则中的两个 F 组术语和两个 C 组术语,其特点是都适用于水运,四个术语都属于“装运合同”,即应在卖方所在地完成交货。与 2000 年通则相比,2010 年通则中的 FOB、CIF 和 CFR 术语最大的改变就是 risk 不再是在船舷转移,而是卖方将“货物置于船上”时 risk 转移。这涉及 risk 转移的具体分界和费用在双方之间的划分,需要双方在合同中进行具体明确约定,如果不进行约定,可能会引起较为复杂的法律纠纷。通说是“货物置于船上”是指全部货物都装载到船上,不包括平仓、理仓等。

1. FAS(船边交货)。

FAS,全称 Free Alongside Ship,意为“船边交货(指定装运港)”,指当卖方在指定的装运

港将货物交到买方指定的船边时,即为交货。该术语属于“装运合同”,主要运费应是由买方来承担的,对于卖方来说则是“主要运费未付”。

在双方的义务上,卖方的义务是:(1)履行交货义务,卖方必须在买方指定的装运港将货物置于买方指定的船舶旁边,完成交货;(2)办理出口清关手续;(3)向买方提交与货物有关的单证或相等的电子单证。买方义务是:(1)办理货物的运输并为自己的利益投保;(2)办理货物的进口手续。

在风险转移上,FAS 的风险以装运港船边为界线。

2. FOB(船上交货)。

FOB,全称 Free on Board,意为“船上交货(指定装运港)”,指卖方以在指定装运港将货物装上买方指定的船舶或通过取得已交付至船上货物的方式交货。该术语属于“装运合同”,主要运费应是由买方来承担的,对于卖方来说则是“主要运费未付”。

(1)交货,卖方必须在买方指定的装运港将货物置于买方指定的船舶上交货。

(2)双方义务:①卖方义务:提供符合合同规定的货物及单证;办理出口手续;在装运港将货物装上买方指定的船舶并通知买方;承担货物在装运港船上交货前的风险和费用。②买方义务:支付货款并接受卖方提供的单证;办理进口手续;租船或订舱并将船名和装货地点及时间给予卖方充分通知;承担货物在装运港交货后的风险和费用。

在风险转移上,卖方承担装运港船上完成交货前货物灭失或损坏的一切风险。

3. CIF 成本、保险费加运费。

CIF,全称 Cost Insurance and Freight,意为

“成本加运费加保险费(指定目的港)”,指在装运港船上交货。但卖方须支付将货物运至指定目的港所需的运费,并办理运输中的保险,卖方仅需投保最低险别。此贸易术语适用于海运及内河运输。CIF 术语后标明的是卸货港的名称,如 CIF 大连,表明该批货物的卸货港是大连。

(1)交货:卖方必须在装运港,在约定日期或期限内,将货物交至船上。

(2)风险转移:货物的风险在卖方在装运港完成交货时,由卖方转移给买方。

(3)双方义务:①卖方义务:提供符合合同规定的货物和单证;办理出口许可证及其他货物出口手续;订立运输合同,支付将货物运至指定目的港所需的运费;办理货物的保险并缴纳保险费;承担在装运港船上交货前的风险和费用。②买方义务:支付货款并接受卖方提供的单证;取得进口许可证并办理进口手续;承担在装运港船上交货后的风险和除运费和保险费以外的费用。

4. CFR 成本加运费。

CFR,全称 Cost and Freight,意为“成本加运费(指定目的港)”,指在装运港船上交货,卖方须支付将货物运至指定目的港所需的运费。但货物的风险是在装运港船上交货时转移的。该术语适合于海运或内河运输。CFR 术语与 CIF 术语相比,在价格构成中少了保险费,因此,除了保险是由买方办理外,其他的双方义务与 CIF 术语基本相同。应该注意的是,CFR 术语装船是卖方而投保却是买方,卖方在装船后应给买方以充分的通知;否则,因此而造成买方漏保引起的货物损失应由卖方承担。

2010 年贸易术语解释通则术语内容如下表:

(一)适用于任何运输方式或多种运输方式的术语

| 名称 | 交货地点 | 风险转移 | 办理运输 | 办理保险 | 出口手续 | 进口手续 | 各组特点 |
|--------------|------|------|------|-------|------|------|----------------|
| EXW 工厂交货 | 卖方工厂 | 交货时 | 买方 | 买方注 1 | 买方 | 买方 | 内陆交货 装运合同 |
| FCA 货交承运人 | 交承运人 | 交货时 | 买方 | 买方注 1 | 卖方 | 买方 | 主要运费未付 装运合同 |
| CPT 运费付至 | 交承运人 | 交货时 | 卖方 | 买方注 1 | 卖方 | 买方 | 主要运费已付 装运合同 |



续表

| 名称 | 交货地点 | 风险转移 | 办理运输 | 办理保险 | 出口手续 | 进口手续 | 各组特点 |
|----------------|---------------|------|------|------|------|------|----------------|
| CIP 运费保险费付至 | 交承运人 | 交货时 | 卖方 | 卖方 | 卖方 | 买方 | 主要运费已付 装运合同 |
| DAT 运输终端交货 | 指定港口或目的地的运输终端 | 交货时 | 卖方 | 卖方注2 | 卖方 | 买方 | 到货合同 |
| DAP 目的地交货 | 指定目的地 | 交货时 | 卖方 | 卖方注2 | 卖方 | 买方 | |
| DDP 完税交货边境 | 指定目的地 | 交货时 | 卖方 | 卖方注2 | 卖方 | 卖方 | |

(二) 适用于海运和内河水运的术语

| 名称 | 交货地点 | 风险转移 | 办理运输 | 办理保险 | 出口手续 | 进口手续 | 各组特点 |
|----------------|------|----------|------|------|------|------|----------------|
| FAS 船边交货 | 装港船边 | 交货时 | 买方 | 买方注1 | 卖方 | 买方 | 主要运费未付 装运合同 |
| FOB 船上交货 | 装港船上 | 装港货物置于船上 | 买方 | 买方注1 | 卖方 | 买方 | |
| CFR 成本加运费 | 装港船上 | 装港货物置于船上 | 卖方 | 买方注1 | 卖方 | 买方 | 主要运费已付 装运合同 |
| CIF 成本运费保险费 | 装港船上 | 装港货物置于船上 | 卖方 | 卖方 | 卖方 | 买方 | |

对上表“保险”一栏的解释:

注1:依2010年通则,上述注1的术语中,保险一项在卖方和买方的义务中均注明“无义务”,但由于运输途中的风险是买方的,因此,买方为了自己的利益应当投保,2010年通则与2000年通则相比加了一项内容,即虽然卖方无保险的义务,但卖方必须向买方提供后者取得保险所需的信息。

注2:依2010年通则,在D类术语中,保险一项在卖方和买方的义务中均注明“无义务”,但由于D类术语属于到货合同,运输中的风险属于卖方,卖方为了自己的利益应当投保,与2000年通则相比,2010年通则加“应卖方要求,买方必须向卖方提供取得保险所需信息”。

示例

某国甲公司向中国乙公司出售一批设备,约定贸易术语为“FOB(Incoterms 2010)”,后设备运至中国。依《国际贸易术语解释通则》和《联合国国际货物销售合同公约》,下列哪一选项是正确的?(2013年试卷一第40题)

- A. 甲公司负责签订货物运输合同并支付运费
- B. 甲、乙公司的风险承担以货物在装运港越过船舷为界
- C. 如该批设备因未按照同类货物通用方式包装造成损失,应由甲公司承担责任
- D. 如该批设备侵犯了第三方在中国的专利权,甲公司对乙公司不承担责任

新华考资
www.xhkzedu.com

【参考答案及简要提示】C。A项错误,依《国际贸易术语解释通则(2010)》,FOB术语下,卖方没有义务为买方订立运输合同。因此,甲公司没有义务订立货物运输合同。B项错误,依《国际贸易术语解释通则(2010)》,FOB术语自货物按照上述规定交付之时起,买方要承担货物灭失或损失的全部风险。因此,风险自“船上交货”时转移,而不是“越过船舷”时转移。C项正确,依《联合国国际货物销售合同公约》第35条第(1)款,卖方交付的货物必须与合同所规定的数量、质量和规格相符,并须按照合同所规定的方式装箱或包装……因此,如未依同类货物通用包装造成损

失的,甲公司应承担赔偿责任。D项错误,依《公约》第42条第(1)款,卖方所交付的货物,必须是第三方不能根据工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物,但以卖方在订立合同时已知道或不可能不知道的权利或要求为限,而且这种权利或要求根据以下国家的法律规定是以工业产权或其他知识产权为基础的……因此,如果该批设备侵害了第三方在中国的专利权,甲公司应当承担侵权责任。

第三节 《联合国国际货物销售合同公约》

《联合国国际货物销售合同公约》(以下简称《公约》)于1980年在维也纳的外交会议上通过,于1988年正式生效。中国于1986年批准加入了该公约。《公约》共有101条,分四个部分,第一部分是适用范围和总则,第二部分是关于合同订立的内容,第三部分货物的销售包括卖方义务、买方义务、违约的补救及风险转移的内容,第四部分为最后条款,是关于公约的批准、生效、保留和退出的内容。

一、公约的适用范围

(一) 适用公约的货物销售合同

1. 适用公约的货物销售合同。依《公约》第1条的规定:本公约适用于营业地在不同国家的当事人订立的货物销售合同:(a)如果这些国家是缔约国;或(b)如果国际私法规则导致适用某一缔约国的法律。此条包含下列内容:

(1)公约只适用于国际货物销售合同,国际因素以当事人的营业地位于不同国家为标准,而不考虑当事人的国籍。如果当事人有两个以上营业地时,依《公约》第10条的规定,应以与合同及合同的履行关系最密切的营业地为其营业地,但要考虑到双方当事人在订立合同前任何时候或订立合同时所知道或所设想的情况。如果当事人没有营业地,则以其惯常居住地为推定。

(2)依国际私法规则的扩大适用,依(a)项

的规定,本来公约只适用于双方营业地所在国均为缔约国的情况,双方均不位于缔约国或只有一方位于缔约国均不适用公约。而依(b)项的规定,即使双方或一方的营业地不在缔约国,但只要依国际私法规则应适用缔约国的法律,则适用公约。考虑各国加入公约时的态度,公约允许对此项扩大适用进行保留。我国加入该公约时即对此进行了保留。

2. 不适用公约的合同。并非所有的国际货物销售合同都适用公约,《公约》在第2条和第3条对不适用公约的合同分别进行了规定,《公约》第2条是从合同的种类上排除了六种不适用公约的合同:(1)购买供私人、家人或家庭使用的货物销售;(2)以拍卖的方式进行的销售;(3)依法律执行令状或其他令状的销售;(4)公债、股票、投资证券、流通票据或货币的销售;(5)船舶、船只、气垫船或飞机的销售;(6)电力的销售。

上述第(1)类属于消费合同,有消费者权益保护的问题,各国的规定差异较大且多数具有强制性,因此公约排除适用。第(2)、(3)类通过拍卖的销售和由司法机关和行政机关为执行法律而进行的销售均属于比较特别的情况。公约认为应当仍然由各国的国内法来管辖这两类交易。第(4)类有价证券,有些国家认为其不是货物,它们不同于通常的国际贸易,具有明显的特殊性。公约考虑到这些因素,将这类交易排除在公约的适用范围之外。第(5)类船舶和飞机,在一些国家中也有特别的规定,这类货物的交易必须履行登记过户的手续。而哪些需要登记,如何登记,哪些不需要登记,各国的规定有比较大的差别。因此,对于船舶和飞机的国际交易,公约不予适用。最后一类电力也是因为该标的不可触及的特殊性,电力在一些国家中不视为货物,电力的国际销售所遇到的问题与一般货物的国际销售不同,因此,也排除在公约的适用范围之外。

《公约》第3条还排除了对提供货物与提供服务相结合的合同的适用,依公约的规定,下列两种合同排除适用:其一,通过劳务合作方式进行的购买,如补偿贸易;其二,通过货物买卖方



式进行的劳务合作,如技贸结合。这两项不适用反映了公约适用范围的一条原则,即公约适用于货物的国际销售,而不适用于劳务或服务合同,因为劳务或服务合同与货物销售合同有明显的差别。排除的原因是这两种方式,供方的义务主要不是提供货物,而是提供劳务或其他服务。因此会产生一些调整单纯的货物销售的公约无法解决的问题,从而影响公约作为统一法的适用。但如上述合同中提供的劳务或服务没有构成供货方的绝大部分义务的,则仍被公约视为是买卖合同。另外,如合同是由买卖和劳务两部分组成的,则公约只适用于买卖合同部分。在许多货物销售合同中都包含有卖方同时提供相应服务的内容,如卖方销售设备常常伴随有安装调试的义务。

3. 公约未涉及的法律问题。公约并没有对所有涉及国际货物销售的法律问题均进行了规定,公约的规定仅限于因合同而产生的双方的权利义务关系问题,下列几个方面的问题,均由于各国法律的规定分歧较大,很难统一,因此,公约没有涉及的法律问题主要有:(1)公约不涉及有关销售合同的效力或惯例的效力问题。(2)公约不涉及销售合同对所售出的货物的所有权转移问题。(3)公约不涉及卖方对货物引起的人身伤亡的责任问题。

(二) 公约适用的任意性

依《公约》第6条的规定:双方当事人可以不适用于本公约,或者除第12条的规定外,可以减损公约的任何规定或改变其效力。本条表明公约的适用并不是强制性的,主要表现为下列两点:

1. 当事人可以通过选择其他法律而排除公约的适用。也就是说,即使买卖合同的双方当事人营业地分处两个缔约国,本应适用公约,但如果他们在合同中约定适用其他的法律,则排除了公约的适用。但案例表明如果当事人只是一般性地选择适用了某一缔约国的法律,则公约仍然得以适用,只有在当事人明确适用该国的什么法律时,才能排除公约的适用,例如,如果当事人选择适用《美国统一商法典》,则可以排除公约的适用。

如果双方没有排除公约的适用,则公约自动适用于他们之间的买卖合同。如果当事人在合同中选择适用了某一国际惯例,如某一国际贸易术语,则不能认为排除了公约的适用,因为贸易术语主要是解决买卖双方在交货方面的责任、费用及风险划分等问题,而没有涉及违约及违约救济等方面的问题,贸易术语和公约在内容上是相互补充的,因此,公约仍应对合同适用。

2. 当事人可以在买卖合同中约定部分地适用公约,或对公约的内容进行改变。但当事人的此项权利是受到一定限制的,即如果当事人营业地所在国在加入公约时已提出保留的内容,当事人必须遵守,而不得排除或改变。

(三) 我国对公约的保留

中国于1986年12月向联合国秘书长递交了《公约》的核准书,成为了公约的缔约国,该公约于1988年1月1日对包括我国在内的各参加国生效。但中国在核准公约时,曾经提出了下列两项保留:合同形式保留和私法适用保留,但合同形式保留已经撤回:

1. 合同形式的保留。合同形式的保留针对的是《公约》第11条。依该条的规定,销售合同无须以书面订立或书面证明,在形式方面也不受任何其他条件的限制。销售合同可以用包括人证在内的任何方法证明。我国在核准公约时对此进行了保留,即认为国际货物买卖合同应采用书面的方式,公约有关口头或书面以外的合同也有效的规定对中国不适用。我国政府已正式通知联合国秘书长,撤回对《公约》所作“不受公约第十一条及与第十一条内容有关的规定的约束”的声明。

2. 因国际私法规则扩大适用的保留。扩大适用的保留针对的是《公约》第1条第(1)款(b)项的规定。该条允许通过国际私法的引用而使公约适用于非缔约国。对此,我国在核准公约时也提出了保留,即我国仅同意对双方的营业地所在国均为缔约国的当事人之间订立的国际货物销售合同才适用《公约》。

二、国际货物买卖合同的订立

国际货物买卖合同是当事人之间意思表示

新华考资

www.xhkedu.com

一致的结果。它是通过一方提出要约,另一方对要约表示承诺后成立的。一个合同往往不是一次意思表示就可以达成,在一方提出要约后,对方往往还会提出反要约,经过反复磋商,最后双方取得一致意见,合同才能成立。在磋商的过程中,要约与承诺是两个重要的法律步骤。1980年《联合国国际货物销售合同公约》第14~24条对此进行了规定。

(一) 要约

要约是一方当事人以订立合同为目的向对方所作的意思表示。提出要约的一方称为要约人或发价人,在实践中也称为发盘人,对方则称为受要约人或被发价人或受盘人。要约可以用书面提出,也可以用口头提出。

1. 构成要约的条件。依《公约》第14条的规定,符合下列三个条件,即构成要约:(1)向一个或一个以上特定的人提出订立合同的建议。要约要向特定人发出,而不是向不特定的公众发出,至于广告、报价单等由于不是向特定人发出的,因此不是要约,而是要约邀请。(2)要约的内容应十分确定,依第14条的规定,如果要约中订明了货物并且明示或暗示地规定数量和价格或规定如何确定数量和价格,即为十分确定。有确定内容要约,才能使受要约人据此决定是否接受;否则,受要约人还得还盘询问。因此,缺少确定内容和附条件的表示都不是要约,而是要约邀请。(3)要约必须送达受要约人。依《公约》第15条的规定,要约送达受要约人时生效。如果一方仅凭以往交易的经验,或通过其他途径估计对方可能向其发出要约,而于收到要约以前即向对方发出承诺通知,则即使该承诺的内容与对方发来的要约中所提出的交易条件完全相同,也不能认为双方达成了交易,订立了合同,而只能认为是两个碰头的要约,除非对方予以接受,否则不能成立合同。

2. 要约的撤回与撤销。(1)要约的撤回。要约人在要约未送达受要约人时,取消要约的行为称为要约的撤回。只要撤回要约的通知先于要约到达受要约人即可撤回要约。(2)要约的撤销。要约人在要约送达受要约人后取消要约的行为称为要约的撤销。要约分为可撤销的

要约和不可撤销的要约,对于不可撤销的要约,只有撤回的问题。依《公约》第16条的规定,在未订立合同之前,要约可以撤销,如果撤销通知于受要约人发出接受通知之前送达受要约人。但在下列情况下,要约不得撤销:①要约写明接受要约的期限或以其他方式表示要约是不可撤销的;②受要约人有理由信赖该项要约是不可撤销的,而且受要约人已本着对该要约的依赖行事。

3. 要约的失效。在要约失效后,无论是受要约人或受要约人均不再受要约的拘束。要约失效的原因主要有以下几种情况:(1)要约因期间已过而失效,即要约因受要约人没有在要约规定的期间内作出有效的承诺而失去效力。(2)要约因要约人的撤销而失效。(3)要约因受要约人的拒绝而失效。受要约人的拒绝可以是明示的,也可以是默示的,默示的拒绝主要表现为对原要约内容的改变。对原要约内容的改变称反要约。

(二) 承诺

承诺是受要约人按照要约所规定的方式

对要约的内容表示同意的一种意思表示。要约一经承诺,合同即成立。承诺又被称为“接受”。

1. 有效的承诺须具备的条件。

(1)承诺须由受要约人作出。依《公约》第18条的规定,承诺的作出可以声明或行为表示,但缄默或不行为本身不等于承诺。在多数情况下,受要约人同意要约的内容时会明确地通知要约人其接受该要约。在某些情况下,受要约人也可能通过行为来表示同意。如当事人之间存在长期的贸易关系,发展到买方发出订单后,卖方不再回电确认,而是直接发货。这种发货的行为有判例认为也构成承诺。在特定的情况下,缄默和不行为和其他的因素合在一起,也可能构成承诺,如当事人事先专门做了这方面的约定。

(2)承诺须在要约规定的有效期内作出。理论上迟到的承诺或逾期的承诺,不是有效的承诺,而是新的要约,一般须经原要约人承诺后才能成立合同。《公约》第21条并没有一概地否定逾期承诺的效力,依该条规定:①对于逾期

新华考资
www.xhkzedu.com



的承诺,如果要约人毫不迟延地用口头或书面将接受的意思通知受要约人,则该逾期的承诺仍为有效的承诺;②如果载有逾期承诺的信件或其他书面文件表明,它是在传递正常、能及时送达要约人的情况下寄发的,则该项逾期承诺具有承诺的效力,除非要约人毫不迟延地用口头或书面通知受要约人,他认为其要约已经失效。

(3) 承诺须与要约的内容一致。如果受要约人所表示的对要约的内容有变更即是反要约,或称为还价,反要约是对要约的拒绝,不能发生承诺的效力,它必须经原要约人承诺后才能成立合同。《公约》第19条对附条件的承诺进行了规定:①反要约的定义:对要约表示承诺但载有添加、限制或其他更改的答复,即为拒绝该项要约,并构成反要约。②含有非实质性的更改要约的答复,除非要约人在不过分迟延的期间内以口头或书面通知反对其间的差异外,仍构成承诺。如果要约人不作出此种反对,则合同的条件就以该项要约的条件以及承诺通知内所载的更改为准。该条第(3)款对实质上的变更进行了规定,依该条的规定,有关货物价格、付款、货物质量和数量、交货地点和时间、一方当事人对另一方当事人的赔偿责任或解决争端等的添加或不同条件,均视为在实质上变更要约的条件。

2. 承诺生效的时间。承诺一旦生效,合同即告成立。对于承诺生效的时间,英美法系国家和大陆法系国家分别采用的是投邮生效主义和到达生效主义,公约采纳了到达生效主义。依《公约》第18条第(2)款的规定,对要约所作的承诺,应于表示同意的通知送达要约人时生效。如果表示同意的通知在要约人所规定的时间内没送达要约人,在要约没有规定期间的情况下,则在合理时间内未送达要约人,承诺即为无效。对于口头要约应当立即承诺,但情况表明有不同要求者除外。

3. 承诺的撤回。依《公约》第22条的规定,承诺可以撤回,只要撤回的通知能在承诺生效之前或与其同时送达要约人。撤回承诺是受要约人阻止其承诺发生法律效力的一种意思表示,撤

回的通知必须采用更为快捷的方式传递而先于承诺到达要约人,才能阻止承诺发生效力。

三、国际货物买卖合同双方的义务

(一) 卖方的义务

在国际货物买卖合同中,虽然双方的权利义务是对等的,但提供货物的一方的义务比买方的义务要复杂,主要包括交付货物、交货必须与合同相符、移交单据、转移货物的所有权。由于各国有关货物所有权转移的规定分歧较大,因此,《公约》对此问题采取了回避的态度,未进行具体的规定。因此,本节只涉及交付货物、质量担保、权利担保、交付单据等内容。

1. 交付货物。交付货物既是卖方的主要义务,也是其行使收取货款的权利的前提条件。交付货物既包括实际交货,即由卖方将货物置于买方的实际占有下;也包括象征性交货,即由卖方将控制货物的单据交给买方,由买方在指定地点凭单向承运人提货。依《联合国国际货物销售合同公约》的规定,卖方应依合同规定的地点、时间及方式完成其交货义务。

(1) 交付货物的地点。关于交付货物的地点,双方当事人有约定的依约定,《公约》的规定主要针对的是当事人没有约定的情况。依《公约》第31条的规定,①当国际货物买卖合同涉及货物的运输,则交货地点即为货交第一承运人的地点;②如果合同指的是特定货物从特定存货中提取的或还在生产中未经特定化,而双方当事人在订立合同时已知道这些货物的特定地点,则卖方应在该地点交货;③在其他情况下,卖方应在其订立合同时的营业地交货。

(2) 交货的时间。依《公约》第33条的规定:①如果合同规定有交货的日期,或从合同可以确定交货的日期,应在该日期交货;②如果合同规定有一段时间,或从合同可以确定一段时间,除非情况表明应由买方选定一个日期外,应在该段时间内任何时候交货;③在其他情况下,应在订立合同后一段合理时间内交货。关于提前交货的情况,依《公约》第37条的规定,如卖方在约定的时间提前交货,则可以在交货日期前交付任何缺漏部分或补足所交付的货物的不

足数量,或交付用以替换所交付不符合合同规定的货物,但这项权利的行使不能造成买方不合理的不便或承担不合理的开支,也不影响买方损害赔偿的权利。

2. 质量担保。货物的质量担保义务指卖方必须保证其交付的货物与合同的规定相符。依《公约》第35条第(1)款的规定,卖方交付的货物必须与合同规定的数量、质量和规格相符,并须按照合同所规定的方式装箱或包装。在合同没有对数量、质量、规格和包装作出明确规定的情况下,则应依《公约》第35条第(2)款的规定:

(1)适用于通常使用目的。货物应适用于通常使用目的,即货物适用于同一规格货物通常使用的目的。这种情况是指买方订货时,是依一般的规格订货,而没有向卖方指出货物的任何用途。公约所指的是同一规格货物通常使用的用途,如购买商品通常是为了消费和转卖,购买机器通常是用于生产,购买粮食一般是既能用于人类消费又能喂牲畜,如卖方提供的货物只能用于喂牲畜,则没有达到适合于一般用途。

(2)适用于特定目的。货物应适用于特定目的,即货物适用于订立合同时明示或默示地通知卖方的任何特定目的。如果买方对该特定用途所需要的货物的规格不很了解,他可将购买该货物的特定用途告知卖方。如告知其需要购买的是专门用于钻碳钢板的某个尺寸的钻头,则卖方提供的钻头就应能达到钻碳钢板的硬度要求。

(3)与样品或样式相符。货物应与样品或样式相符,即货物的质量与卖方向买方提供的货物样品或样式相同。当订立的合同是以样品或样式为基础时,卖方即应保证货物符合样品或样式的质量。

(4)在包装上的要求。公约规定货物应按照同类货物通用的方式装箱或包装,如果没有此种通用方式,则按照足以保全和保护货物的方式装箱或包装。某些国家不认为包装属于货物相符的义务,而公约则将包装作为卖方保证货物相符的义务之一,因为在国际货物买卖中,

货物通常要经过长距离的运输,卖方对货物的包装是否合理会对运输产生影响。一般认为,因卖方包装不符而造成的货损应由卖方承担责任。

公约除了规定卖方对货物质量的担保责任外,还规定了卖方对质量责任的例外。依第35条第(3)款的规定:如果买方在订立合同时知道或者不可能不知道货物不符合合同,卖方就无须按上述四项负不符合合同的责任。在国际货物买卖中,有时买方已经知道了货物在品质上有缺陷,但由于急需该货物等原因,而同意以减价为条件接受货物,在这种情况下,一旦买方知道了货物缺陷的事实而接受货物,则卖方不承担对此种缺陷的品质担保责任。

《公约》第38条对货物质量的检验分三种情况进行了规定:(1)买方应在实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物;(2)如果合同涉及货物的运输,检验可推迟到货物到达目的地后进行;(3)如果货物在运输途中改运或买方须再发运货物,没有合理机会加以检验,而卖方在订立合同时已知道或理应知道这种改运或再发运的可能性,检验可推迟到货物到达目的地后进行。

3. 权利担保。

(1)权利担保的内容。权利担保可以概括为所有权担保和知识产权担保两个方面:①所有权担保:指卖方保证对其出售的货物享有完全的所有权,必须是第三方不能提出任何权利或要求的货物,如不存在任何未向买方透露的担保物权等。如前所述,公约并不调整国际货物买卖中的所有权转移问题,有关所有权转移的问题由国内法调整。但是,如卖方对其出售的货物不享有完全的所有权,就会对合同的履行产生影响,为此,公约要求卖方必须对其出售的货物拥有完全的所有权。②知识产权担保:指卖方所交付的货物,必须是第三方不能依工业产权或其他知识产权主张任何权利或要求的货物。知识产权包括工业产权,公约之所以将两者并列是为了避免不同国家在使用这两个概念时的分歧。如果在买方接受货物后,任何第三人通过司法程序指控买方所购的货物侵犯了

新华考资
www.xhkedu.com



其知识产权,卖方应承担代替买方辩驳第三人的指控。

(2)对知识产权担保义务的限制。由于国际贸易中,货物通常是销往卖方以外的国家,特别是还有转卖的情况,要求卖方了解所有国家有关的法律是不可能的,因此,公约对卖方的知识产权担保义务进行了某些限制,主要表现在:

①地域限制。公约虽然规定了卖方的知识产权担保义务,但并未要求其出售的货物不得侵犯全世界任何一个知识产权人的权利,对此《公约》第42条规定了限制标准:第一,货物使用地或转售地国家的法律,即第三人的请求必须是依货物使用地或转售地国家的法律提出的。如果双方在订立合同时,没有规定货物的最终使用地或转卖地,则卖方对买方不承担向不知明的转卖地转卖的知识产权的担保义务。第二,依买方营业地所在国法律,即第三人的请求必须是依买方营业地所在国的法律提出的。也就是说,如果双方没有确定货物的最终使用地或转卖地,则卖方只对那些依买方营业地所在国的法律提出的请求向买方负责。如果买方有一个以上的营业地,则依公约的规定,以与合同及合同的履行关系最密切的营业地为其营业地。如果没有营业地,则以其惯常居住地为准。

②主观限制。公约在确定卖方的知识产权担保上还规定了时间的标准,依《公约》第42条第(2)款的规定,卖方在下列两种情况下,免除其知识产权担保的义务:第一,买方在订立合同时已知道或不可能不知道此项权利或要求;第二,此项权利或要求的发生,是由于卖方遵照买方所提供的技术图样、图案、款式或其他规格的结果。

(3)买方的及时通知义务。《公约》第43条规定了买方的及时通知义务,即当买方已知道或理应知道第三方的权利或要求后一段合理时间内,应将此项权利或要求的性质通知卖方,否则就丧失了买方依公约本来可以得到的权利,即要求卖方承担辩驳第三方的权利。至于什么是“合理时间”,则要依个案而定,不同的案情,合理时间的长短不同。

4. 交付单据。在国际贸易中,单据对买方

很重要,特别是在象征性交货的情况下,单据可能影响到买方是否能及时提取货物和转卖货物,也会影响到买方办理相关的海关手续。《公约》第34条对卖方交付单据的义务进行了规定,依该条规定,如果卖方有义务移交与货物有关的单据,他必须按照合同规定的时间、地点和方式移交这些单据。卖方交付单据的义务,通常是在买卖合同或信用证中加以规定。

如果卖方在约定的时间以前已移交这些单据,则可在时间届满前纠正单据中任何不符合合同规定的情形,但是,此项权利的行使不得使买方遭受不合理的不便或承担不合理的开支。而且,买方可以保留公约规定的要求损害赔偿的权利。

(二)买方的义务

买方的义务主要有两项,即支付货款和接收货物。

1. 支付货款。

(1)准备步骤。依《公约》第54条的规定,

买方支付货款的义务包括依合同或任何有关法律和规章规定的步骤和手续。买方付款义务所必需的一切准备步骤是其付款义务不可分割的组成部分,与支付货款本身一起构成了买方支付货款的义务。如果买方没有依合同或有关法律的规定为使支付成为可能而完成一切必要的步骤和手续,也构成违约,将引起相应的违约赔偿。这些准备步骤包括申请信用证或银行的付款担保,在实行外汇管制的国家,获得必要的外汇及将货款汇出的政府许可等。应该指出的是,公约只是规定买方应依合同或有关规定的要求采取这些步骤,并没有要求买方保证其努力的结果,例如保证一定能获得政府的批准,因此,买方的此项义务不是绝对的,只要买方已采取了一切合理的步骤,但由于其不能控制的障碍仍不能获得所需的批准时,依《公约》第79条的规定,买方可以免除其责任。

(2)支付的地点。由于各国在外汇管制上的规定不同,因此,支付的地点会对支付的顺利完成产生影响。国际货物买卖的双方通常也会在合同中对支付方式和地点作出约定。依公约的规定,支付的地点首先应以当事人在合同中

新华考资
www.xhkedu.com

的约定为准,在合同对此没有规定的情况下,公约对支付地点进行了下列补充规定:①卖方营业地为支付地,在卖方有一个以上营业地的情况下,买方的支付地点为卖方与合同及合同的履行关系最密切的营业地。②如凭移交货物或单据支付货款,则移交货物或单据的地点为支付地。

(3)支付的时间。依《公约》的规定,如果双方当事人未在合同中具体约定付款的时间,则买方应依公约规定的下列时间支付货款:①在卖方将货物或单据置于买方控制下时付款。依《公约》的规定,卖方可以买方支付货款作为移交货物或单据的条件,不付款则不交货或不交单据。②在买卖合同涉及运输时,在收到银行的付款通知时付款。在涉及运输时,卖方一般会在合同中订明交货的条件,即在买方支付货款后,才能取得代表货物所有权的装运单据,即以付款交单为支付条件,在此种情况下,买方必须在接到银行的付款通知时支付货款。③在买方没有机会检验货物前,无义务支付货款。《公约》第58条第(3)款的规定是将买方付款的义务与其检验货物的权利联系在一起的。但是,如果买方这种检验货物的机会与双方约定的交货或付款程序相抵触,则买方丧失其在付款前检验货物的权利。在此种情况下,买方应按上述①和②规定的时间付款。例如,在CIF贸易条件的情况下,买方只有在付款赎单后才能提货,才能对货物进行检验,此时不能以检验作为付款的条件。

2. 接收货物。依《公约》的规定,买方接收货物的义务由两部分组成,其一为“采取一切理应采取的行动”,其二为“提取货物”。

(1)采取一切理应采取的行动。在国际货物买卖中,一方当事人应当采取与另一方当事人相适应的步骤,即双方有相互合作的义务。为了使卖方能交付货物,买方应当采取的行为包括为卖方指定准确的发货地点,委托代理人接收货物,依贸易术语的要求作出相应的运输安排等。为此,《公约》第60条(a)款规定,买方应采取一切理应采取的行动,以期卖方能交付货物。

(2)提取货物。提取货物要求买方将货物置于自己的实际控制下,买方应按时提取货物。如果买方在提取货物上不配合,即违反了接收货物的义务。应注意的是,接收不等于接受,接受表明买方认为货物的质量符合买卖合同的规定;而接收并不表明买方对货物的质量没有异议,如货物在目的港经检验与合同不符,买方也应接收货物,然后再进行索赔。依《公约》第77条的规定,声称另一方违约的一方,有义务采取合理的措施,减轻由于违约引起的损失,如不采取措施,例如,任货物弃之码头而受损,则违约一方要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。

四、风险转移

货物发生损失的原因很多,因双方责任导致的损失,由责任方承担。因风险造成的损失则应由承担风险的一方当事人来承担。风险涉及双方无责任的外部事件造成的损失的分担。风险在国际货物买卖中一般指的是货物因自然原因或意外事故所致的损坏或灭失的危险。公约没有列出风险事件的范围,此类事件一般包括不可抗力、意外事故和第三方的不当行为造成的损失。确定风险转移的目的是为了明确这些损坏或灭失由谁来承担。依《公约》第66条的规定,货物在风险转移到买方承担后遗失或损坏的,买方支付货款的义务并不因此解除。除非这种损坏或遗失是由于卖方的行为或不行为造成的。

在风险转移的时间上,各国有不同的规定,一类是将风险转移与货物的所有权联系在一起,一类是将两者分开,公约采用的是后者。公约在确定货物的风险转移上基本上采取的是以交货时间确定风险转移的原则,这样可以由向保险人或承运人求偿处于较好地位的一方当事人承担风险。

(一)公约确定的风险转移的时间

风险转移的时间依第67、68条的规定有下列几种情况:

1. 合同中有运输条款的货物买卖的风险转移。对于合同中有运输条款的货物买卖的风



险转移,依《公约》第67条的规定应依下列方式转移风险:(1)如该运输条款规定卖方有义务在某一特定地点把货物交给承运人运输,则卖方履行义务以后,货物的风险就随之转移给了买方;(2)如合同中没有指明交货地点,卖方只要按合同规定把货物交给第一承运人,货物的风险就转移给买方了。

2. 对于在运输中销售的货物的风险转移。对于在运输中销售的货物的风险,依《公约》第68条的规定是自买卖合同成立时起转移给买方。运输中销售的货物,不存在交付承运人的问题,因为货物已在承运人的控制下了,所以从合同成立时就转移风险。但由于对运输中的货物的出险时间不易确定,所以公约又规定,如情况表明有此需要,风险自交给签发运输单据的承运人时起转移给买方,这种情况须以卖方在订立合同时不知道货物已灭失或损坏的为限。

3. 其他情况下货物的风险转移。依《公约》第69条的规定,其他情况下如在卖方营业地交货,或在卖方营业地以外的地点交货,此时的风险从买方接收货物时起或货物交由买方处置时起转移给买方。

(二) 风险转移与卖方违约的关系

货物的风险指的是货物因自然原因或意外事故所致的损坏或灭失的危险,如果货物的损坏或灭失是由于卖方违反合同所致,则依《公约》第70条的规定,买方仍然有权向卖方提出索赔,采取因此种违反合同而可以采取的各种补救办法。

五、违反合同的补救办法

违约补救办法是指在一方当事人违反合同时,另一方当事人依法获得补偿的方法,也称救济方法。违约的救济方法可分为债权的救济方法和物权的救济方法。前者是对当事人行使的,如实际履行、解除合同、损害赔偿、减价等。物权的救济方法是对货物本身行使的,如停止交货等,公约规定的救济方法以债权救济方法为主。在国际货物买卖中,卖方的违约主要表现为不履行交货义务,不当履行交货义务,如

所交货物与合同不符,所交单据与合同不符,交付的货物违反了卖方的权利担保等情况。买方的违反则主要表现为不付款,或不依合同的约定付款,或不依合同的约定提取货物。公约分别对卖方违反合同的救济办法与买方违反合同的救济办法进行了规定。

(一) 卖方违反合同时适用于买方的补救办法

1. 要求实际履行。《公约》第46条第(1)款规定了卖方违反合同时,买方可以采取要求实际履行的补救办法,除非买方已采取与此一要求相抵触的某种补救办法。公约以实际履行作为第一种补救办法,目的是为了保证合同履行的稳定性。另外,《公约》第47条还规定一个合理的履约宽限期,即买方可以规定一个合理时间的额外时间,让卖方履行其义务。

2. 交付替代物。《公约》第46条第(2)款规定了交付替代物的补救办法。交付替代物是在货物与合同不符时的一种补救办法,即要求卖方替代交付与合同相符的货物。依《公约》的规定,买方只有在货物与合同不符构成根本违反合同时,才可以要求交付替代货物,而且关于替代货物的要求,必须与说明货物与合同不符的通知同时提出,或者在该项通知发出后一段合理时间内提出。

3. 修理。《公约》第46条第(3)款对修理的补救办法进行了规定。修理是卖方对所交付与合同不符的货物进行的修补、调整或替换有瑕疵部分等。买方请求修理的要求须与发出的货物不符的通知同时提出,或在该通知发出后一段合理时间内提出。

4. 减价。依《公约》第50条的规定,如货物与合同不符,不论货款是否已付,买方都可以减低价格。减价按实际交付的货物在交货时的价值与符合的货物在当时的价值两者之间的比例计算。

5. 解除合同。公约关于“解除合同”的英文表达直译为“宣告合同无效”,依《公约》第49条的规定,当卖方在完全不交付货物或不依合同规定交付货物构成根本违反合同时,买方可以解除合同。依《公约》第49条的规定,买方有

新华考资
www.xhkdzu.com

权在下列情况下解除合同:第一,卖方根本违反合同。第二,卖方在买方规定的宽限时间内没有交货或声明不交货。根本违反合同是指因一方当事人违反合同而使另一方当事人遭受损害,实际上剥夺了其依合同规定期待取得的东西。即合同的存在对他期待的利益已没有什么意义了,此时买方可以解除合同。如卖方只交付了一部分货物或交付的货物中只有一部分相符,则前述有关实际履行、交付替代物、修理、减价等补救办法适用于未交付的部分和不符合合同规定部分的货物。《公约》第五节规定了解除合同的法律效果,主要是使双方回复到原来的地位。对买方来说,这意味着他不必继续履行合同义务,如买方可撤销付款安排及接货安排等。

买方解除合同的权力由于下列情况而丧失:第一,对于迟延交货,买方没有在迟延交货后的一段合理的时间内解除合同。第二,对于其他情况的违约,在他已经知道或应当知道后的一段合理时间内没有解除合同;或者,当买方给予额外交付货物期限时,在该额外期限届满后的一段合理时间内没有解除合同;或者,当卖方对自己的不履行义务向买方声明将在额外期限内进行补救,而该期限已经超过或买方不接受卖方的补救的情况下,买方仍没有解除合同。

(二) 买方违反合同时适用于卖方的补救办法

1. 要求履行义务。依《公约》第61~63条的规定,如果买方不履行其在合同中和公约中规定的任何义务,卖方可以要求其履行义务,卖方可以要求买方支付货款、收取货物以及其他应履行的义务,只要卖方没有采取与此要求相抵触的某种补救办法。卖方可以规定一段合理时限的额外时间,让买方履行义务。除非卖方收到买方的通知,声称其将不在所规定的时间内履行义务,卖方不得在这段时间内对违反合同采取任何补救办法。当然,卖方并不因此而丧失因买方迟延履行要求损害赔偿的权利。

2. 解除合同。依《公约》第64条的规定,卖方在下列情况下可以解除合同:(1)当买方没有履行合同或公约规定的义务构成根本违反合同时;(2)买方不在卖方规定的额外时间内履行

支付价款的义务或收取货物,或买方声明他将不在所规定的时限内履行。但如买方支付了全部货款,卖方原则上就丧失了解除合同的权利。

(三) 适用于买卖双方的一般规定

上述是适用于买方或卖方的特殊规定,此外公约还规定了适用于买卖双方的一般规定,主要有中止合同、损害赔偿、支付利息、免责、解除合同的效果、货物保全等。

1. 预期违反合同和分批交货合同。预期违反合同是指在合同订立后,履行期到来前,一方明示拒绝履行合同,或通过其行为推断其将不履行。当一方出现预期违反合同的情况时,依公约的规定,另一方可以采取中止履行义务的措施。《公约》第71条对中止履行义务的内容进行了规定。

(1) 中止履行义务的适用条件:①必须是被中止方当事人在履行合同的能力或信用方面存在严重缺陷;②被中止方当事人必须在准备履行或履行合同的行为方面表明他将不能履行合同中的大部分重要义务。如在甲合同中,货物不符是由当事人所使用的原料造成的,而情况表明乙合同和甲合同使用的原料都出自同一产地,因此,如果该当事人准备使用或已经使用了这种原料,那么,这种准备使用或已经使用了的行为,就表明该当事人不能履行合同的大部分重要义务。如不按上述条件采取中止履行义务的措施,中止履行本身就是违反合同。

(2) 中止履行义务的结束:依公约的规定,中止可因被中止方当事人提供了履行合同义务的充分保证而结束,公约规定中止履行的一方当事人不论是在货物发运前还是发运后,都必须通知另一方当事人,如经另一方当事人对履行义务提供充分保证,则中止履行的一方必须继续履行义务。当然,中止除了因继续履行而结束外,也可以因中止方当事人解除合同而结束。

(3) 预期违反合同与解除合同:依公约的规定,如果在履行合同日期之前,明显看出一方当事人将根本违反合同,另一方当事人可以解除合同。在时间许可的情况下,准备解除合同的一方应向对方发出合理的通知,使其可以对履



行义务提供充分保证。

(4) 分批交付的货物无效的处理:①在一方当事人不履行任何一批货物的义务构成对该批货物的根本违约时,另一方当事人可以对该批货物解除合同。②如有充分理由断定对今后各批货物将会发生根本违反合同,则可在一段合理时间内宣告合同今后无效,即解除合同对以后各批货物的效力。③当买方宣告合同对任何一批货物的交付为无效,而各批货物又是相互依存的情况下,另一方当事人可以解除整个合同。例如,当货物是一种机器的不同部件,则各批货物之间有内在的联系,一批不能履行,则前面已履行的部分也没有意义了。

2. 损害赔偿。损害赔偿是公约违约补救制度中运用最广泛的一种补救办法,买方或卖方所进行的其他补救,并不妨碍其同时提出损害赔偿。如买方或卖方可以既宣告解除合同,又要求损害赔偿,虽已解除了买卖双方当事人在合同中的义务,但其中受损害一方当事人请求损害赔偿的权利,并不受此影响。《公约》第74~77条对损害赔偿进行了规定。

(1) 损害赔偿的概念:依《公约》的规定,损害赔偿是指对由于一方当事人违反合同,而给另一方当事人造成的损害或损失,给予金钱上的补偿。

(2) 赔偿金额的计算:赔偿金额的计算是损害赔偿的中心内容,依《公约》第74条的规定,赔偿金额计算的原则是:一方当事人违反合同应负的损害赔偿额,应与另一方当事人因他违反合同遭受的包括利润在内的损失额相等。依公约的这一原则,计算损害赔偿金的目的是要使受损害一方当事人获得合同被履行后所应有的经济地位,补偿其实际损失。另外,依《公约》第74条的规定,损害赔偿还应以违约方能够预见的损失为限。如卖方在订立合同时对于买方购买货物的正常市场利润是能预料的,但卖方对买方由于异常天气等原因造成的脱销而价格猛涨等不正常的价格变化,是不能预料的,超过正常范围的损失,卖方不承担赔偿责任。

(3) 要求损害赔偿的一方减少损失的责任:依《公约》第77条的规定,声称另一方违约的当

事人,必须按情况采取合理措施,以减轻由于另一方违约而引起的损失,如果他不采取这种措施,违约的一方可以要求从损害赔偿中扣除原可以减轻的损失数额。

3. 支付利息。《公约》第78条是关于支付利息的补救办法的规定,支付利息是指拖欠价款或其他金额的一方当事人应向另一方当事人支付上述款项的利息。支付利息有两种,一种是货款的利息,另一种是拖欠金额的利息。采用了支付利息的补救办法后,仍然可以要求损害赔偿。

4. 免责。《公约》第79~80条对免责的情况进行了规定。

(1) 免责的条件:①不履行必须是由于当事人不能控制的障碍所致。例如,战争、禁运、风暴、洪水等。②这种障碍是不履行一方在订立合同时不能预见的。③这种障碍是当事人不能避免或不能克服的。公约所称的“不能控制的障碍”实际上就是“不可抗力”,公约没有采用“不可抗力”这一传统用语的原因是由于各国对该用语的理解有一定的差异,沿用传统用语可能会引起不必要的误解。

(2) 免责的通知:依《公约》第79条第(4)款的规定,不履行义务的一方必须将障碍及其对他履行义务能力的影响通知另一方。如果对方在不履行义务的一方已知道或理应知道此一障碍后一段合理时间仍未收到通知,则不履行义务的一方对由于对方未收到通知而造成的损害应负赔偿责任。

(3) 免责的后果:依《公约》第79条第(5)款的规定,免责一方所免除的是对另一方损害赔偿的责任,但受损方依公约采取其他补救措施的权利不受影响。

5. 解除合同的效果。解除合同的效果指合同解除对买卖双方当事人基于合同产生的权利义务的影响。解除合同的效果涉及终止买卖双方当事人的哪些权利义务与不终止哪些权利义务,以及哪些权利义务因合同被解除才开始。《公约》第81~84条是关于解除合同的效果的规定,依公约的规定,解除合同的效果主要有三个:

(1) 合同一经被解除,即解除了买卖双方在

合同中的义务。但它并不解除违约一方损害赔偿的责任,及合同中有关解决争议和合同中有关双方在合同解除后的权利义务的规定。

(2)解除合同,要求买方必须按实际收到货物的原状归还货物。如买方归还的货物不具有交货时的使用价值,买方就丧失了解除合同或要求卖方交付替代货物的权利。

(3)解除合同后,买卖双方必须归还因接受履行所获得的收益。即卖方应归还所收取的货款的利息,买方应归还由于使用货物或转卖货物所得的收益。

6. 保全货物。《公约》第85~88条是关于保全货物的规定。

(1)保全货物的概念:保全货物是指在一方当事人违约时,另一方当事人仍持有货物或控制货物的处置权时,该当事人有义务对他所持有的或控制的货物进行保全。保全货物的目的是为了减少违约一方当事人因违约而给自己带来的损失。

(2)履行保全货物义务的条件:买卖双方都有保全货物的义务,但条件不同:①卖方保全货物的条件是:买方没有支付货款或接收货物,而卖方仍拥有货物或控制着货物的处置权。②买方保全货物的条件是:买方已接收了货物,但打算退货。

(3)保全货物的方式:①将货物寄放于仓库:有义务采取措施以保全货物的一方当事人,可以将货物寄放于第三方的仓库,由对方承担费用,但该费用应合理。②将易坏货物出售:对易于迅速变坏的货物保全会发生不合理费用的,可以出售货物,并应将出售货物的打算在可能的范围内通知对方。出售货物的一方可从出售货物的价款中扣除保全货物和销售货物发生的合理费用。

示例

甲公司从国外进口一批货物,根据《联合国国际货物销售合同公约》,关于货物检验和交货不符合合同约定的问题,下列说法正确的是:(2013年试卷一第99题)

A. 甲公司有权依自己习惯的时间安排货物的检验

B. 如甲公司须再发运货物,没有合理机会在货到后加以检验,而卖方在订立合同时已知道再发运的安排,则检验可推迟到货物到达新目的地后进行

C. 甲公司在任何时间发现货物不符合同均可要求卖方赔偿

D. 货物不符合同情形在风险转移时已经存在,在风险转移后才显现的,卖方应当承担

【参考答案及简要提示】BD。依《联合国国际货物销售合同公约》第38条第(1)款,买方必须在按情况实际可行的最短时间内检验货物或由他人检验货物。而不是依自己的习惯安排检验,A项错误。依第38条,如已知有新的目的地,检验可推迟到货物到达新目的地后进行,B项正确。当事人需要在检验后发现不合格及时或者合理期间内通知出卖人要求损害赔偿,超过该合理期间,就视为货物符合合同规定,C项错误。依第36条,如果货物不符合合同情形在风险转移时就已经存在的,则卖方应当承担责任,D项正确。

新华考资

【本章主要法律规定】www.xhgz.edu.com

1. 国际贸易术语解释通则® 2010 FOB、CIF、CFR、DAT、DAP
2. 联合国国际货物销售合同公约第1~5、11、14~24、31~43、45~52、57、58、61~64、66~69、74~82、85~88条



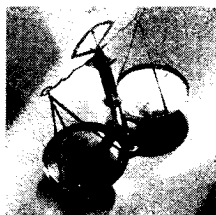
1. 《国际贸易术语解释通则》在2010年进行了修改,当事人使用哪一版本的术语应在合同中注明。CIF、FOB、CFR 术语是应当把握的术语,新通则增加了两个术语 DAT 和 DAP,也删除了一些术语。注意 DAT 和 DAP 的区别,DAT 下卖方承担把货物卸下的费用,DAP 下卖方则无需承担卸货费。在 FOB、CFR、CIF 术语的风险转移中删除了“船舷”的概念,改为装运港船上交货时风险转移。

2. EXW 和 FCA 的适当选择:(1)适用的贸易:EXW 更适合国内贸易,FCA 一般更适合国际贸易。(2)装货的情况:在 EXW 术语下,卖方没有装货义务,如卖方更方便装货时,选择 FCA 术语一般更为合适,因为该术语要求卖方承担装货义务,及与此相关的风险和费用。(3)出口通关:在 EXW 术语下,卖方无义务安排出口通关。因此,在买方不能直接或间接地办理出口清关手续时,不宜适用该术语,而应当选择 FCA 术语。

3. 关于《联合国国际货物销售合同公约》,应注意该公约适用上的任意性,当事人可以通过选择其他法律或惯例而排除公约的适用。例如,如当事人选择了贸易术语 CIF,则风险转移应适用《国际贸易术语解释通则》有关 CIF 的规定,而不是公约有关风险转移的规定。公约有关要约和承诺、质量担保和权利担保、交付、违约救济、风险转移、预期违约、免责、保全等内容均是值得注意的内容。

新华考资

www.xhkzedu.com



国际经济法

第三章

国际货物运输与保险

国际货物运输是国际贸易中的一个重要环节,国际货物买卖中的货物必须从卖方所在地运至买方所在地。国际货物运输的方式很多,主要包括海上运输、铁路运输、航空运输、邮政运输、管道运输及多式联运。其中,海上运输是最主要的运输方式,国际货物买卖中 80% 左右的运输量是通过海上运输方式完成的。近年来,随着集装箱运输的广泛运用,多式联运也迅速发展起来。

第一节 国际货物运输

国际海上货物运输是由承运人将货物从一国港口运至另一国港口并由货方支付运费的运输。如上所述国际海上运输具有运输量大、运输成本低的优点,同时又有运输速度慢、风险较大的缺点。国际海上货物运输依船舶经营方式的不同,可分为班轮运输、租船运输和国际多式联运。

一、班轮运输

(一)班轮运输的概念

班轮运输是由航运公司以固定的航线、固定的船期、固定的运费率、固定的挂靠港口组织的将托运人的件杂货运往目的地的运输。由于班轮运输的书面内容多以提单的形式表现出来,所以此种运输方式又被称为提单运输。国际上调整提单运输的国际公约主要有三个,即 1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》(以下简称《海牙规则》)、1968 年《修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》(以下简称《维斯比规则》)和 1978 年《联合国海上货物运输公约》(以下简称《汉堡规则》)。

(二)班轮运输的当事人

班轮运输的当事人是承运人和托运人,承运人即承担运输工作的航运公司,托运人即与承运人订立海上货物运输合同的当事人。此外,海上运输合同还会涉及实际承运人和收货人。当订约承运人将部分的运输或全部的运输交



由另一航运公司来完成的情况下,另一航运公司即为实际承运人,尽管实际承运人不是运输合同的当事人,但也须对其承运的那一段期间货物的损坏承担责任,也有运费的请求权。又由于班轮运输的书面凭证提单会转移给第三人,如收货人,收货人不是运输合同的当事人,但如货物在运输中受损,收货人也有索赔的权利,在运输合同约定运费到付的情况下,收货人有支付运费的义务。可见,合同的效力往往及于合同当事人以外的第三人是运输合同的特点之一,除了承运人和托运人外,合同的效力会及于实际承运人和收货人等。

(三) 提单的概念及其法律特征

提单是班轮运输中的重要法律文件。依《汉堡规则》第1条第7款的规定,提单是指用以证明海上运输合同和由承运人接管或装载货物,以及承运人保证据以交付货物的单证。单证中关于货物应按记名人的指示或者不记名人的指示交付,或者交付给提单持有人的规定,便是这一保证。我国海商法也采用了《汉堡规则》有关提单的定义。从上述定义中可以看出,提单具有下列法律特征:

1. 提单是海上运输合同的证明。提单只是运输合同的证明而非运输合同本身。首先,从理论上说,合同是以当事人双方一致为生效的主要条件,而提单只是由一方当事人签发的。其次,从时间上说,运输合同是在提单签发之前成立的。提单是运输合同的证明只是就承运人与托运人之间的关系而言,而提单的受让人没有参加运输合同的缔结,他对托运人与承运人之间在订舱时有什么约定并不知情,因此对运输合同的内容只能依提单上的记载,各国法律及学说也一般认为提单在承运人与提单的受让人之间就不仅是运输合同的证明,而且是运输合同本身。

2. 提单是承运人出具的接收货物的收据。提单是在承运人收到所交运的货物后向托运人签发的,提单的正面记载了许多收据性的文字,如货物的标志、货物的包装、数量或重量及货物的表面状况等。提单的证明作用在托运人手中

和托运人以外的第三方持有人手中的效力是不同的。提单在托运人手中时只是初步证据,所谓初步证据指如承运人有确实的证据证明其收到的货物与提单上的记载不符,承运人可以向托运人提出异议。但在托运人将提单背书转让给第三人的情况下,对于提单受让人来说,提单就成了终结性的证据。因为提单的受让人是根据提单上的记载事项受让提单的,他对货物的实际情况并不知情,如提单中的记载不实是由于托运人的误述引起的,承运人可以向托运人提出抗辩。但承运人不得以此对抗提单的受让人,这样可以保证提单的流通性。

3. 提单是承运人交付货物的凭证。不记名提单和指示提单具有流通性。承运人在目的港应向提单持有人或合法受让人交付货物,提单持有人对在途货物有处分权。

(四) 提单的种类

1. 根据货物是否已装船可将提单分为已装船提单和收货待运提单:已装船提单指由船长或承运人的代理人在货物装上指定的船舶后签发的提单。银行一般也只接受已装船提单。收货待运提单指船方在收到货物后,在货物装船以前签发的提单。银行通常不愿意接受收货待运提单作为付款的担保,为托运人提供资金的融通。

2. 依收货人的抬头可将提单分为记名提单、不记名提单和指示提单:记名提单指提单正面载明收货人名称的提单。在这种情况下,承运人只能向该收货人交付货物。记名提单一般不能转让。不记名提单指提单正面未载明收货人名称的提单。这种提单的转让十分简便,无须背书,只要将提单交给受让人即可。指示提单指提单正面载明凭指示交付货物的提单。指示提单的转让必须经过背书。

3. 根据提单有无批注可将提单分为清洁提单和不清洁提单:清洁提单指提单上未附加表明货物表面状况有缺陷的批注的提单。承运人如签发了清洁提单,就表明所接收的货物表面或包装完好,承运人不得事后以货物包装不良等为由推卸其运送责任。银行在结汇时一般只接受清洁提单。不清洁提单指在提单上批注有表明货物表面状况有缺陷的提单。银行除非在信用证规定可以接受该类提单的情况下,一般会拒绝接受不清洁提单办理结汇。

新华考资
www.xhkedu.com

4. 根据运输方式可将提单分为直达提单、转船提单和联运提单:直达提单指表明中途不经转船直接将货物运往目的地的提单。转船提单指当货物的运输不是由一条船直接运到目的港,而是在中途需转换另一船舶运往目的港时,船方签发的包括全程的提单。联运提单指货物由海运和另一种或两种以上不同方式,如海陆、海空、海陆空等方式运输签发的提单。

5. 依是否已付运费可将提单分为运费预付提单和运费到付提单:运费预付提单指载明托运人在装货港已向承运人支付运费的提单。运费到付提单指载明收货人在目的港提货时向承运人支付运费的提单。

(五) 提单的内容

提单分正反两面,提单正面是提单记载的事项,提单的背面为关于双方当事人权利和义务的实质性条款。

1. 提单正面的记载事项。关于提单正面的记载事项,各航运公司拟制的提单大致相同,一般包括下列各项:(1)承运人的名称和主营业所;(2)托运人的名称;(3)收货人的名称;(4)通知方;(5)船舶名称;(6)装货港和卸货港;(7)货物的品名、标志、包数或者件数、重量或者体积;(8)提单的签发日期、地点和份数;(9)运费的支

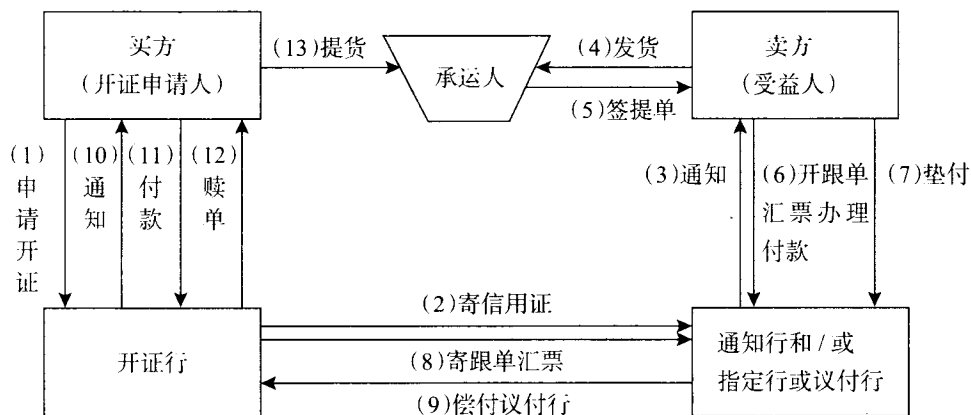
付;(10)承运人或者其代表的签字。

2. 提单背面条款。海运提单的背面通常载有关于双方当事人权利和义务的条款。各种提单格式的条款虽不尽相同,但主要内容基本上是一致的:(1)管辖权和法律适用条款;(2)承运人责任条款;(3)承运人的免责条款;(4)承运人责任期间条款;(5)赔偿责任限额条款;(6)特殊货物条款;(7)留置权条款;(8)共同海损和新杰森条款;(9)双方有责碰撞条款。此外,提单中还有关于战争、检疫、冰冻、罢工、拥挤、转运等内容的条款。

(六) 提单在跟单信用证机制中的作用和存在的问题

需要通过海上运输才能实现的国际货物买卖无法以“一手交钱、一手交货”的方式完成,因为海运的时间比较长,例如海运需要 25 天,如卖方先装船,可能在 25 天后才能收到货款,如买方先付款,在 25 天以后才能收到货物。在商业信用日趋危机的今天,哪一方也不愿先行动,这样一笔买卖就很难完成。对此,国际上通行的解决办法是变买卖货物为买卖单证,并由银行进行资金的融通,即通过跟单信用证便利国际贸易。在跟单信用证付款中,提单的作用是很突出的。

跟单信用证付款的流转程序如下图所示:



在上述流转程序中,容易产生问题的是签发提单和提货两个阶段,由于指定行在办理付款并垫付货款时坚持的是“单证相符”和“单单相符”的原则,即要求各种单据要符合信用证的规定,各单据之间要一致,而承运人签发的提单会因实际情况的原因与信用证的要求不符。例

如,信用证要求 8 月 10 日前装船完毕,而由于各种原因,8 月 25 日才装船完毕。此时,托运人为了能顺利结汇,会采用保函来换取与信用证要求一致的提单,保函的基本内容是:由托运人承担承运人因签发与信用证一致的提单而受到的一切损失。由于这种保函往往会侵害不知情



的收货人的利益,因此在司法实践中,常常将其归于无效。《汉堡规则》第一次在一定范围内承认了保函的效力,依《汉堡规则》的规定,托运人为了换取清洁提单可向承运人出具保函,保函只在托运人与承运人之间有效。如保函有欺诈意图,则保函无效,承运人应赔偿第三者的损失,且不能享受责任限制。我国海商法没有关于保函的规定,司法实践中则是参照了《汉堡规则》的规定,主要可概括为三点内容:(1)善意保函有效;(2)恶意保函无效;(3)有效的保函也只在托运人与承运人之间有效,不能对抗第三人。下列为在跟单信用证机制中存在的问题:

1. 清洁提单与不清洁提单的问题。如前所述,由于银行一般不愿意接受不清洁提单结汇,因此,在实践中,当承运人因对接收到的货物有异议而欲在提单上进行批注时,托运人为了防止不清洁提单的产生,会以保函换取清洁提单。有的情况下承运人接受保函签发清洁提单并不是对收货人存心欺诈,而是因为某些客观条件的限制,实践中已有认定此种情况下的保函为有效保函的案例。如缺乏识别手段或计量工具,承运人接受保函免去提单上的批注,并不是对收货人的恶意欺诈,而是因为认识上的偏差或限制造成的,在此背景下出具的保函属于有效的善意保函,承运人如果在目的港受到收货人的索赔,应先赔偿收货人,之后可以通过保函从托运人或其保证人处得到补偿。我国海事法院就曾肯定此类善意保函效力的案例。但保函有效也只在托运人与承运人之间有效,不能对抗收货人,因此,承运人必须先赔偿收货人,然后再依保函向托运人索赔。在托运人与承运人明知货物的表面状况有瑕疵仍以保函换取清洁提单的情况下,此种保函无效,承运人应对此承担责任,也有案例判在此种情况下承运人和托运人承担连带责任。

2. 倒签提单和预借提单问题。提单中注明的装船日期早于实际装船的日期就称为倒签提单。为了保证收货人能及时收到货物,信用证中一般均规定有装船期限,托运人应在该装船日期之前或当日完成装船;否则,收货人有权拒收货物,并提出索赔。银行也不接受装船期

晚于信用证规定期间的提单。基于这个原因,在装船晚于信用证规定的期限时,托运人往往向承运人出具保函,要求承运人按信用证规定的装船期签发提单,以便向银行办理结汇。在国际贸易买卖合同中,交货日期属于合同的要件,而装船日期是一个直接关系到交货日期的因素。承运人应托运人的要求倒签了提单,实际上就隐瞒迟延交货的责任,构成了对收货人的欺诈行为,日后须对因此而引起的损失负责。

预借提单是当信用证规定的有效期即将届满,而货物还未装船时,托运人为了使提单上的装船日期与信用证规定的日期相符,要求承运人在货物装船前签发的已装船提单。预借提单在办理付款时,货物实际还未装运,使信用证对装货这一环节的制衡力丧失,无法保证货物的准时到达。预借提单与倒签提单一样,都是掩盖了货物的实际装船日期,从而避开了迟延交货的责任。在实践中,在信用证即将到期,而托运人又不能如期装船的情况下,正确的处理方法是要求修改信用证。

3. 无正本提单交付货物问题。在目的港,承运人应当依正本提单向收货人交货,而在近港运输的情况下,往往货物比提单先到目的港,结果出现了副本提单加保函提货的情况,此外,还有其他导致无正本提单提货的情况,从承运人一方来说就是无正本提单交付货物。关于无正本提单交付货物的责任,实践中一直争论不休,2009年最高人民法院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》(本部分以下简称《规定》)对相关问题进行了明确规定,《规定》以弱化提单在运输环节中的物权功能为原则,即在提货环节,持有提单的收货人在向承运人提货时并不涉及提单的物权问题,因为向收货人交货是承运人应当履行的运输合同的义务。《规定》对一直有争议的承运人在无单放货情况下的责任属性等问题进行了明确的解释。其主要内容如下:(1)关于责任性质,《规定》采用了“竞合责任”的观点,依第3条的规定,正本提单持有人可以要求承运人承担违约责任,或者要求承担侵权责任。这里的侵权责任不同于一般的侵权责任,属于运输合同框

架内的侵权,因此,应当首先适用《海商法》,《海商法》没有规定的,才适用民法的规定。第11条又规定,正本提单持有人可要求承运人与无正本提单提货人承担连带赔偿责任。(2)在责任限制上,由于承运人无正本提单交付货物属于故意行为,不存在过失的情形,因此,依第4条的规定,承运人因无正本提单交付货物承担民事责任的,不得享受责任限制。(3)关于赔偿范围,依第6条的规定,承运人因无正本提单交付货物造成正本提单持有人损失的赔偿额,依货物装船时的价值加运费和保险费计算。(4)责任的免除,对于有些国家强制要求承运到该国港口的货物必须交付给当地海关或港口当局的,不视为无正本提单交付货物,承运人不承担赔偿责任。(5)关于实际托运人的诉权,在FOB价格下,通常由买方租船订舱,依第12条的规定,虽然在正本提单上没有载明其托运人的身份,如承运人将货物交给非正本提单持有人,实际托运人具有凭正本提单向承运人主张货物的权利。(6)关于时效,依第14条的规定,无论提单持有人是以违约之诉还是侵权之诉要求承运人承担民事责任,时效期间均为1年,时效中断均适用《海商法》第267条的规定,即时效因提起诉讼、当事人一方提出要求或同意履行义务而中断。

示例

中国甲公司从国外购货,取得了代表货物的单据,其中提单上记载“凭指示”字样,交货地点为某国远东港,承运人为中国乙公司。当甲公司凭正本提单到远东港提货时,被乙公司告知货物已不在其手中。后甲公司在中国法院对乙公司提起索赔诉讼。乙公司在下列哪些情形下可免除交货责任?(2013年试卷一第81题)

- A. 在甲公司提货前,货物已被同样持有正本提单的某公司提走
- B. 乙公司按照提单托运人的要求返还了货物
- C. 根据某国法律要求,货物交给了远东港管理当局
- D. 货物超过法定期限无人向某国海关申

报,被海关提取并变卖

【参考答案及简要提示】ACD。依《最高人民法院关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》第10条,承运人签发一式数份正本提单,向最先提交正本提单的人交付货物后,其他持有相同正本提单的人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的,人民法院不予支持。A项中在甲公司提货前,货物已被同样持有正本提单的某公司提走,乙公司可以免除交货责任,A项正确。依第9条,承运人按照记名提单托运人的要求中止运输、返还货物、变更到达地或者将货物交给其他收货人,持有记名提单的收货人要求承运人承担无正本提单交付货物民事责任的,人民法院不予支持。本题中是“凭指示”提单,不是记名提单,不符合此条免责规定,B项错误。CD项正确,依第8条,承运到港的货物超过法律规定期限无人向海关申报,被海关提取并依法变卖处理,或者法院依法裁定拍卖承运人留置的货物,承运人主张免除交付货物责任的,人民法院应予支持。

(七)其他运输单证

1. 海运单。海运单(Sea Waybill,简称SWB)是证明海上运输货物由承运人接管或装船,且承运人保证将货物交给指定的收货人的一种不可流通的书面运输单证。1990年国际海事委员会第34届大会通过的《海运单统一规则》及《电子提单规则》试图确立一种不可转让的非物权凭证的海运单,这种海运单与空运单的作用相仿,主要起提货凭证的作用。海运单是20世纪70年代以来,随着集装箱运输的发展,特别是在航程较短的运输中产生出来的一种运输单证。海运单具有提单所具有的货物的收据和海上货物运输合同的书面证明的作用。但海运单不是货物的物权凭证,收货人提货时无须凭海运单,而只需证明其身份。因而,海运单具有实现快速提货的优点。海运单不具有流通性,不能转让,因此非法取得海运单的运单持有人是无法凭以提货的。海运单的不可转让性



使得此种单证具有了较之提单更安全的特点,从而可以减少欺诈,使第三者在非法得到海运单时不能提取货物。为了适应近年来对海运单越来越多的运用,国际商会《1990 年国际贸易术语解释通则》已赋予了海运单与提单相同的法律地位,2000 年通则保留了有关海运单地位的内容,使其同样可以作为卖方向买方履行交单义务的一种方式。

2. 多式联运单据。多式联运单据是多式联运合同的证明,是多式联运经营人收到货物的收据及凭其交货的凭证。多式联运单据应记载多式联运经营人的名称和地址,发货人及收货人的名称,多式联运经营人接管货物的地点和日期,交付货物的时间和地点,单据签发的时间和地点,货物的表面状况等事项。发货人应保证其在多式联运单据中提供的有关货物资料的准确性。随着物流运输行业的发展,仅适用于传统港至港运输的海运提单的使用已呈下降的趋势,且由于出口商的不恰当使用,对海运提单的拒付率也居高不下。因此,《跟单信用证统一惯例》(UCP600 号)将多式联运单据放在所有运输单据条款之前,具有一定的希望更多使用多式联运单据的意愿。

新华考资

二、调整班轮运输的国际公约

目前调整班轮运输的国际公约主要有三个,即《海牙规则》、《维斯比规则》和《汉堡规则》。中国未参加上述三个公约,但中国的海商法在有关班轮运输的法律规定上是以海牙—维斯比体系为基础的,同时还吸收了《汉堡规则》的内容。

(一)《海牙规则》

《海牙规则》全称为 1924 年《统一提单的若干法律规则的国际公约》。1921 年在国际法协会所属海事法委员会召开的会议上草拟了《海牙规则》草案。该草案经多方协商修改于 1924 年 8 月 25 日在布鲁塞尔签订。由于该公约第一次是在海牙起草的,因此又被称为《海牙规则》。《海牙规则》于 1931 年 6 月 2 日生效。该公约共有 16 条规定,其主要内容有:

1. 承运人最低限度的义务。《海牙规则》规定了承运人的两项最低限度的义务,这两项

义务是强制性的,在提单中解除或降低承运人的这两项义务的条款均属无效。

第一项是适航义务,公约第 3 条规定:承运人在开航前与开航时必须谨慎处理,以便:(1)使船舶具有适航性;(2)适当地配备船员、设备和船舶供应品;(3)使货舱、冷藏舱和该船其他运载货物的部位适宜并能安全地收受、运送和保管货物。《海牙规则》并不要求船舶在任何时间都必须处于适航状态,仅要求在“开航前和开航时”。因为海上风险太大,船舶在航行中可能由于各种原因而变得不适航,如要求承运人在整个航程中均应适航,则使承运人所负的责任与其享受的利益产生不平衡,同时在政策上也考虑到了对海上货运业的倾斜。关于“谨慎处理”不仅包括承运人的“谨慎处理”,还应包括其雇员或代理人的“谨慎处理”。关于适航,《海牙规则》没有明确的定义。在司法实践中认为适航是指船舶的各个方面可经得起预定航线中可能遭遇的一般风险。

第二项是管货的义务,指承运人应适当和谨慎地装载、操作、积载、运送、保管、照料和卸载所承运的货物。承运人在上述七个阶段均应做到“适当和谨慎”,“谨慎”就是要认真,“适当”则带有技术性 & 业务水平。“积载”指承运人应适当地配载货物。对由于积载不当造成的损失,承运人应负责。“运送”指承运人应尽速、直接、安全地将货物运至目的地,不得进行不合理的绕航。

2. 承运人的责任期间。承运人的货物运输责任期间为从货物装上船起至卸完船为止的期间。在实践中,多将其理解为“钩至钩”责任。在使用岸吊的情况下,以船舷为责任期间的起止点。

3. 承运人的免责。《海牙规则》规定的承运人的免责共有 17 项,依第 4 条第 2 款的规定,对由于下列原因引起或造成的货物的灭失或损害,承运人不负责任:(1)船长、船员、引水员或承运人的雇用人在驾驶或管理船舶中的行为、疏忽或不履行职责;(2)火灾,但由于承运人实际过失或私谋所造成者除外;(3)海上或其他可航水域的风险、危险或意外事故;(4)天灾;(5)战争行为;(6)公敌行为;(7)君主、统治者或人民的扣留或拘禁或依法扣押;(8)检疫限

制;(9)货物托运人或货主、其代理人或代表的行为或不行为;(10)不论由于何种原因引起的局部或全面的罢工、关厂、停工或劳动力受到限制;(11)暴乱和民变;(12)救助或企图救助海上人命或财产;(13)由于货物的固有瑕疵、性质或缺陷所造成的容积或重量的损失,或任何其他灭失或损害;(14)包装不当;(15)标志不清或不当;(16)尽适当的谨慎所不能发现的潜在缺陷;(17)不是由于承运人的实际过失或私谋,或是承运人的代理人或受雇人员的过失或疏忽所引起的任何其他原因。

4. 赔偿责任限额。依第4条第5款规定,承运人对货物的灭失或损失的赔偿责任,在任何情况下每件或每单位不得超过100英镑,但托运人于装货前已申明该货物的性质和价值,并在提单上注明者不在此限。

5. 托运人的义务和责任。公约规定托运人应对其所提供的资料不正确所造成的损失负赔偿责任。对于危险品,如托运人隐瞒货物的危险性,承运人只要发现后可立即将货物抛弃而无须负责,且托运人还应赔偿船东及受害的第三方因载此货而引起的损失。如托运人已表明了货物的危险性,则承运人只有在面临危险的情况下,才可抛弃货物而无须负责。此时,托运人也无须对由运此货而引起的损失负责。

6. 索赔通知与诉讼时效。《公约》第3条第6款规定,收货人在提货时应检查货物,如发现短卸或残损,应立即向承运人提出索赔。如残损不明显,则在3日内提出索赔通知。如在提货时或提货后3日内没有提出索赔通知,就是交货时货物的表面状况良好的初步证据。在联合检验的情况下,不需出具索赔通知。关于诉讼时效,《公约》第3条第6款规定,货方对承运人或船舶提起货物灭失或损害索赔的诉讼时效为1年,自货物交付之日起算,在货物灭失的情况下,自货物应交付之日起算。

7. 公约的适用范围。《海牙规则》第10条规定:本公约各项规定,适用于在任何缔约国所签发的一切提单。第5条规定:本规则中的各项规定不适用于租船合同,但如果提单是在船舶出租情况下签发,便应符合本规则中的各项规定。

(二)《维斯比规则》

《维斯比规则》全称为1968年《修改统一提单的若干法律规则的国际公约的议定书》。《海牙规则》签订时,承运人的势力强大,使《海牙规则》带有偏袒承运人利益的倾向。20世纪70年代后,越来越多地参与国际事务的第三世界国家强烈要求修改《海牙规则》,以便使承运人与货方的利益达到平衡。就《海牙规则》本身而言,有一些规定比较粗糙,在适用时常感到规定已不能适应发展的要求了。因此,海运发达国家也认为应对《海牙规则》进行修改。于是,1968年产生了《维斯比规则》,该规则于1977年生效。《维斯比规则》的内容主要是对《海牙规则》的补充和修改。该规则的主要内容有:

1. 明确规定提单对于善意受让人是最终证据。依《海牙规则》的规定,提单记载的内容为该提单所载货物的初步证据。初步证据是相对于最终证据而言的,提单的记载事项如仅仅是初步证据,承运人就有提出反证否定提单记载真实性的余地。提单记载对托运人来说,是所载货物的初步证据这一点一般无争议,因为提单上的记载是托运人提供的。但提单对于受让人来说是否也是初步证据却存在着分歧。以往的一些案例多判提单对于提单受让人来说也是初步证据。受让人并不知道提单记载的货物的实情,如提单中记载的内容对他来说仅仅是初步证据,就会降低受让人对提单的信任程度,减弱提单的流通性。有鉴于此,《维斯比规则》第1条对《海牙规则》第3条第4款的内容进行了补充,规定提单对托运人来说,是初步证据,而对善意的提单受让人来说则是最终的证据。

2. 承运人的责任限制。《维斯比规则》采用了双重责任限额制,即承运人对货物的灭失或损害责任以每件或每单位1万金法郎或每公斤30金法郎为限,两者以高者计。关于成组运输工具的责任限制问题,《海牙规则》并未涉及,因为当时还没有这种方式的运输。为了适应使用集装箱等成组运输工具运输的发展,《维斯比规则》增加了关于在该类运输中件数的确定方法的规定。该规则规定如果货物是以集装箱、托盘或类似的运输工具集装的,则提单中载明的内装



件数就是计算赔偿限额的件数。如提单上未注明内装件数,则以成组运输工具的件数为计算赔偿限额的件数。由于金法郎是以金作为定值标准的,使得承运人的责任限制金额可能随着黄金价格的涨落而无法保持稳定。有鉴于此,1979年12月21日在布鲁塞尔的外交会议上通过了修订《海牙—维斯比规则》的议定书,该议定书于1984年4月生效。该议定书旨在将承运人的责任限制计算单位由金法郎改为特别提款权。按15金法郎等于1特别提款权计算。依议定书的规定,承运人的责任限制金额为每件或每单位666.67特别提款权,或按货物毛重每公斤2特别提款权计算,两者之中以较高者为准。

3. 承运人的雇用人或代理人的责任限制。《海牙规则》未明确规定承运人的雇用人或代理人是否也能享受责任限制的保护。另外,损害赔偿的请求可以通过两个途径进行,即违约之诉和侵权之诉。货方为了避开合同中有关承运人责任限制的规定,在损失是由承运人的雇用人或代理人引起的时候,往往不是去诉承运人,而是通过侵权之诉告雇用人或代理人。对此《维斯比规则》进行了明确规定:(1)对承运人提起的货损索赔诉讼,无论是以合同为依据,还是以侵权行为为依据,均可以适用责任限制的规定。(2)承运人的雇用人或代理人也可以享受责任限制的保护。

4. 诉讼时效。《维斯比规则》对《海牙规则》第6条作了两点修改:(1)诉讼时效为1年,双方协商,可以延长时效。(2)对第三者的追偿诉讼,在1年的诉讼时效期满后,仍有3个月的宽限期。

5. 公约的适用范围。《海牙规则》仅适用于在缔约国签发的提单,《维斯比规则》将其适用范围扩大了,规定有下列情况之一,即可适用该公约:(1)提单在缔约国签发;(2)从一个缔约国的港口起运;(3)提单中列有首要条款。首要条款就是法律选择条款,即合同双方当事人合意选择适用该公约。

(三)《汉堡规则》

《汉堡规则》的全称为1978年《联合国海上货物运输公约》。第二次世界大战以后,发展中国家在国际事务中的作用逐步提高,1976年

在贸易法委员会召开的第9次会议上通过了《汉堡规则》最后草案的修正案。1978年3月,该公约在联合国海上货物运输公约外交会议上正式通过。《汉堡规则》已于1992年11月生效。公约的主要内容有:

1. 承运人的责任基础。《汉堡规则》在承运人的责任基础上采用了完全的过失责任制。《海牙规则》和《汉堡规则》规定的承运人的责任均为过失责任,但由于《海牙规则》有关于承运人航行过失免责的规定,因此是一种不完全的过失责任制。《汉堡规则》取消了承运人对航行过失的免责,因而是完全的过失责任制。同时,《汉堡规则》还采用了推定过失责任制,即在货损发生后,先推定承运人有过失,如承运人主张自己无过失,则必须承担举证的责任。

2. 承运人的免责。《汉堡规则》取消了承运人对船长、船员等在驾驶船舶或管理船舶及火灾中的过失免责。但在火灾的举证责任上进行了妥协。依《汉堡规则》的规定:承运人对火灾所引起的灭失、损坏或延迟交付负赔偿责任,但索赔人需证明承运人、其受雇人或代理人有过失。然而,由于货物在承运人的掌管之下,特别是当船舶在航行途中时发生的火灾,货方是很难举证的。因而,可以说承运人仍然可以间接享受到火灾的免责。

3. 承运人延迟交货的责任。《海牙规则》没有规定延迟交货的责任,《汉堡规则》规定了承运人应对延迟交货负责。延迟交货指未在约定的时间内交付,或在无约定的情况下,未在合理的时间内交付。承运人对延迟交货的赔偿责任限额为迟交货物应付运费的2.5倍,但不应超过应付运费的总额。

4. 承运人的责任期间。《海牙规则》规定的责任期间一般理解为“钩至钩”期间,有时承运人是在陆上收受货物,并在陆上仓库向收货人交货的,在收受货物至装船及卸下货物至交付这两个期间中,货物是在承运人的掌管之下,而依《海牙规则》,承运人对装船前和卸货后的货损又不负责任。为此,《汉堡规则》规定承运人的责任期间为货物在装货港、运送途中和卸货港在承运人掌管下的全部期间。

5. 承运人的责任限额。《汉堡规则》提高了承运人的最高赔偿限额,规定承运人对货物灭失或损坏的赔偿责任限额为每件或每单位 835 特别提款权(SDR),或每公斤 2.5 特别提款权,以高者为准。为了解决货币贬值问题,《汉堡规则》采用特别提款权为计算责任限额的单位。此外,公约还规定,如货损是由于承运人、其雇用人或代理人故意造成的,则将丧失责任限制的权利。

6. 关于承运人与实际承运人的关系。《海牙规则》只有承运人的概念,没有关于实际承运人的规定,也没有对在转船、联运和租船进行班轮运输的情况下承运人的责任作出规定,以致订约承运人常常以自由转船等条款逃避在部分航程中或全部航程中的货损责任。受委托的实际承运人也可以非订约承运人为由拒绝货方的索赔。《汉堡规则》第 10 条规定:即使订约承运人将全程运输或部分运输委托给实际承运人,订约承运人仍应对运输全程负责。如承运人和实际承运人都有责任,则两者负连带责任。

7. 关于保函的效力。保函是托运人为了换取清洁提单而向承运人出具保证赔偿承运人因此而造成的损失的书文。由于保函常常带有欺诈的意图,以往的惯例通常判保函无效。《汉堡规则》第一次在一定范围内承认了保函的效力,这主要是考虑到在托运人与承运人对货物的数量等有分歧,而又无从查验时,出具保函可以免去许多麻烦,也是商业上的一种习惯的变通做法,但为了抑制保函的作用,公约规定:托运人为了换取清洁提单可向承运人出具保函,但保函只在托运人与承运人之间有效。如保函有欺诈意图,则保函无效,承运人应赔偿第三者的损失,且不能享受责任限制。

8. 货物的适用范围。《海牙规则》不适用于舱面货和活牲畜。关于舱面货,《汉堡规则》规定,承运人依协议、惯例、法律的要求,有权在舱面装货,否则承运人应对将货物装在舱面上造成的损失负赔偿责任。关于活牲畜,《汉堡规则》规定,活牲畜的受损如果是因其固有的特殊风险造成的,承运人可以免责,但承运人须证明已按托运人的特别指示办理了与货物有关的事宜。

9. 索赔通知和诉讼时效。《汉堡规则》规

定,索赔通知应在收货后的第一个工作日内提交。在损害不明显时,在收货后 15 日内提交。延迟交付的索赔通知应在收到货后连续 60 天内提交。公约规定的诉讼时效为 2 年。

10. 公约的适用范围。依公约第 2 条的规定,公约适用于两个不同国家之间的海上运输合同。并且:(1)提单或作为海上运输合同证明的其他单证在某一缔约国签发;(2)提单或作为海上运输合同证明的其他单证中载有适用《汉堡规则》或采纳该规则的任何国内法的首要条款;(3)装货港或卸货港或备选卸货港位于缔约国;(4)公约不适用于租船合同,但适用于租船合同项下的提单。

三、租船合同

租船合同包括航次租船合同、定期租船合同和光船租赁合同。租船合同都必须以书面形式订立。租船合同的订立在实践中需要经过询价、报价、还价、接受等几个步骤。合同的签订通常是通过电报、电传和传真来进行。

(一) 航次租船合同

航次租船合同又称为航程租船合同,是指航次出租人向承租人提供船舶或者船舶的部分舱位,装运约定的货物,从一港运至另一港,由承租人支付约定的运费的合同。在航次租船合同下,出租人保留船舶的所有权和占有权,并由其雇用船长和船员,船舶由出租人负责经营管理,由出租人承担船员工资、港口使用费、船用燃料、港口代理费等费用。承租人除依合同规定负担装卸费等费用外,不直接参与船舶的经营。

为了简化租船合同的谈判过程,国际上的航运民间组织制定了一系列的租船合同标准格式。目前,国际上最常用的航次租船合同格式是《统一杂货租船合同》,租约代号 GENCON,简称“金康合同”,该格式由波罗的海国际航运公会制定。航次租船合同的主要内容有船舶规范、预备航次条款、货物条款、装卸期间条款、运费条款、出租人责任条款、责任终止和留置权条款、装卸港口、装卸费用、绕航条款、罢工条款、战争条款和冰冻条款等内容。



(二) 定期租船合同

定期租船合同是指船舶出租人向承租人提供约定的由出租人配备船员的船舶,由承租人在约定的期限内按约定用途使用,并支付租金的合同。目前,国际上最常用的定期租船合同格式主要是《定期租船合同》,租约代号“Produce Form”(土产格式),又被称为“NYPE”(纽约格式)。定期租船合同的条款主要有船舶规范、租期条款、租金支付条款、停租条款、运送合法货物条款、航区条款、交船与还船条款、租船人指示条款、留置权条款、转租条款、法律适用条款、仲裁条款、共同海损条款、新杰森条款、留置权条款、双方互碰责任条款、佣金条款、战争条款等。

(三) 光船租赁合同

光船租赁合同指由船舶所有人提供不配备船员的光船,由租船人雇用船员,在约定期限内占有、使用船舶,并支付约定租金的租船合同。光船租赁合同具有财产租赁合同的性质,从上述定义可以看出,在光船租赁合同下,出租人只提供船舶,并不配备船员。船舶出租人只保留船舶的所有权,船舶的占有权、使用权和营运权均转移给了承租人。由承租人雇用船员,并在合同规定的范围内进行船舶的经营,经营中发生的风险和责任也由承租人承担。承租人从出租人那里获得的是对船舶的“占有”和“使用”权,而不是出租人提供的劳务服务。因此,光船租赁合同具有财产租赁合同的性质。光船租赁合同的主要内容应包括:出租人和承租人的名称、船名、船籍、船级、吨位、容积、航区、用途、租船期间、交船和还船的时间和地点以及条件、船舶检验、船舶的保养维修、租金及其支付、船舶保险、合同解除的时间和条件,以及其他有关事项。

四、其他方式的国际货物运输

(一) 国际航空货物运输

航空货物运输作为国际贸易运输的一种方式是在第二次世界大战后出现的。由于国际航空运输具有速度快、安全性高、破损率低、不受地面条件限制等特点,国际航空运输的方式主要有班机运输、包机运输和集中托运。班机运输指飞机按固定的时间、固定的航线、固定的始

发站、目的站进行定期航行的货物运输。包机运输又分为整包机和部分包机。集中托运指航空货运代理公司将若干单独发运的货物组成一整批货物,用一份总运单将货物整批发运到目的地的航空运输。

1. 国际航空货物运输合同的概念。国际航空货物运输合同是由航空运输公司或其代理人 与托运人签订的关于由航空公司将托运人的货物由一国的航空站运至另一国的航空站而由托运人支付约定运费的运输合同。

2. 国际航空货物运输合同的当事人。国际航空货物运输合同的当事人为承运人和托运人。承运人即从事航空运输业务的航空公司,托运人即为货主。由于航空运输是一项专业性较强的运输业务,因此一般货主会委托国际航空货运代理来办理有关航空货物运输的事宜。

3. 航空运单。航空运单是由承运人出具的证明承运人与托运人已订立了国际航空货物运输合同的运输单证。航空运单须由托运人或其代理和承运人或其代理签署后方能生效。航空运单与海运提单不同,它不是货物的物权凭证,因为航空运输速度快,没有必要通过转让单证来转移货物的所有权。在实际业务中,航空运单一般都印有“不可转让”的字样。航空运单的作用有:第一,航空运单是运输合同的证明。第二,航空运单是承运人接收货物的证明。第三,航空运单是记载收货人应负担费用和代理费用的记载凭证。第四,航空运单是办理报关手续时的基本单证。第五,当承运人承办保险或托运人要求承运人代办保险时,航空运单即可用来作为保险证书。载有保险条款的航空运单又被称为红色航空运单。

4. 有关国际航空货物运输的国际公约。涉及国际航空运输的国际公约被划分为芝加哥公约体系、华沙公约体系和航空刑法体系。其中涉及国际货物运输的是华沙公约体系。华沙公约体系以1929年《关于统一国际航空运输某些规则的公约》(以下简称《华沙公约》)为核心,还包括修改《华沙公约》的1955年《海牙议定书》,1961年《统一非缔约承运人所办国际航空运输某些规则以补充华沙公约的公约》(以下

简称《瓜达拉哈拉公约》),以及其后的修订或补充性文件,如1971年《危地马拉议定书》、1975年《蒙特利尔第一号附加议定书》、《蒙特利尔第二号附加议定书》、《蒙特利尔第三号附加议定书》、《蒙特利尔第四号附加议定书》以及1999年《蒙特利尔公约》。其中,《华沙公约》是这一体系的核心。华沙体系主要规范私法行为。我国是《华沙公约》、《海牙议定书》及1999年《蒙特利尔公约》的参加国。现以《华沙公约》为主线,介绍三个公约的基本内容。

(1)航空货运单。依《华沙公约》的规定,航空货运单是订立合同、接受货物和运输条件的初步证据。航空货运单的缺少、不合规定或灭失,不影响运输合同的存在和有效。货物承运人有权要求托运人填写航空货运单,托运人有权要求承运人接受这项凭证。《海牙议定书》对《华沙公约》在航空货运单上的修改主要有两点:其一,将航空货运单(Air Consignment Note)改为空运单(Air Waybill);其二,对《华沙公约》规定的航空运单应记载的事项进行了删减。

(2)承运人的责任。依《华沙公约》的规定,承运人应对货物在航空运输期间发生的因毁灭、遗失或损坏而产生的损失负责。航空运输期间包括货物在承运人保管下的整个期间,不论在航空站内、在航空器上或在航空站外降停的任何地点。航空运输期间不包括在航空站以外的任何陆运、海运或河运,但如果该项运输是为了履行航空运输合同而进行的装载、交货或转运空运货物的运输,如发生损失,也应视为是在航空运输期间发生的,除非有相反的证据,承运人也应对该损失负责。承运人还应对在航空运输中因延误而造成的货物的损失负责。

(3)承运人责任的免除与减轻。依《华沙公约》的规定,承运人在下列情况下可以免除或减轻其责任:第一,如承运人能证明他和他的代理人或雇用人为了避免损失,已经采取了一切必要的措施,或不可能采取这种措施时,承运人对货物的损失可不负责任。第二,如承运人证明损失的发生是由于驾驶中、航空器的操作中或航行中的过失引起的,并证明他和他的代理人已经在其他一切方面采取了必要的措施以避

免损失时,承运人对货物的损失可不负责任。第三,如承运人证明受害人自己的过失是造成损失的原因或原因之一,则法院可依法免除或减轻承运人的责任。

(4)承运人的责任限额。《华沙公约》规定的承运人对货物灭失、损害或延迟交货的责任,以每公斤250金法郎为限,但托运人特别声明货物价值并已缴付必要的附加费的不在此限。同时又规定如货物损失的发生是由于承运人或其代理人的故意的不当行为或过失引起的,则承运人无权免除或限制其责任。《海牙议定书》将“故意的不当行为”改为“故意造成或明知可能造成而漠不关心的行为或不行为”。

(5)索赔期限和诉讼时效。依《华沙公约》的规定,在货物损坏、灭失的情况下,收货人应在收到货物后7日内提出异议,在延迟交付的情况下,应在货物由收货人支配起14日内提出异议。《海牙议定书》延长了索赔期限,将前者延长为14天,后者延长为21天。《华沙公约》规定的诉讼时效是自航空器到达目的地或应该到达之日起两年。

(二)国际铁路货物运输

国际铁路货物运输是指使用统一的国际铁路联运单据,由铁路部门经过两个或两个以上国家的铁路进行的运输。铁路运输比海上运输的风险小,时间短,但比航空运输时间长。我国同周边国家的进出口货物多数采用铁路货物运输方式。关于国际铁路货物运输的公约主要有两个,即1961年《关于铁路货物运输的国际公约》(以下简称《国际货约》)和1951年《国际铁路货物联运协定》(以下简称《国际货协》),中国是《国际货协》的参加国。《国际货协》的主要内容如下:

1. 运输合同的订立。在进行国际铁路货物运输时,发货人应对每批货物按规定的格式填写运单,由发货人签字后向始发站提出,从始发站承运货物时起,运输合同即成立。在发货人提交全部货物和付清费用后,发站在运单上加盖发站日期戳记,加盖了戳记的运单就成了运输合同的证明。运单随货物从始发站附送至终点站,最后交给收货人。运单是铁路承运货物的凭证,也是铁路在终点向收货人核收有关

费用和交付货物的依据。运单不具有物权凭证的作用,不能流通。

2. 承运人的责任及责任期间。承运人应依货物运输合同的规定将货物安全地运至目的地。依公约的规定,按运单承运货物的铁路部门应对货物负连带责任。承运人的责任期间为从签发运单时起至终点交付货物时止。在此期间,承运人对货物因全部或部分灭失、毁损或逾期造成的损失负赔偿责任。

3. 承运人的留置权。依公约的规定,为了保证核收运输合同项下的一切费用,铁路当局对货物可行使留置权。留置权的效力以货物交付地国家的法律为依据。

4. 承运人的免责。公约第22条规定了承运人可以免责的情况,主要包括铁路不能预防和不能消除的情况;货物的自然性质引起的货损;货方的过失;铁路规章许可的敞车运送;承运时无法发现的包装缺点;发货人不正确地托运违禁品;规定标准内的途耗等。

5. 承运人的赔偿责任。《国际货协》在货损的赔偿上基本采用了足额赔偿的方法,依公约的规定,铁路对货物损失的赔偿金额在任何情况下,不得超过货物全部灭失时的金额。在货物受损时,铁路的赔偿应与货价减损金额相当。在逾期交付的情况下,铁路应按逾期长短,以运费为基础向收货人支付规定的逾期罚金。

6. 发货人和收货人的权利和义务。

(1) 支付运费的义务,发送国的运费由发货人支付,过境的运费可由发货人支付,也可由收货人支付。到达国的运费由收货人支付。

(2) 收货人有收受货物的义务。

(3) 变更合同的权利,依公约的规定,发货人可对运输合同作下列变更:在发站将货物领回;变更到站,此时,在必要的情况下应注明货物应通过的国境站;变更收货人;将货物返还发站。收货人可对运输合同作下列变更:在到达国范围内变更货物的到站;变更收货人。

7. 诉讼时效。依《国际货协》的规定,当事人依运输合同向铁路提出的赔偿请求和诉讼,以及铁路对发货人和收货人有关支付运费、罚款和赔偿损失的要求和诉讼应在9个月内提出;有关货物逾期

的赔偿请求和诉讼应在2个月内提出。

(三) 国际货物多式联运

国际货物多式联运是指联运经营人以一张联运单据,通过两种以上的运输方式将货物从一个国家运至另一个国家的运输。这种运输是在集装箱运输的基础上产生发展起来的新型运输方式,它以集装箱为媒介,将海上运输、铁路运输、公路运输、航空运输和内河运输等传统的运输方式结合在一起,形成了一体化的“门到门”运输。这种运输方式的速度快、运费低、货物不易受损。由“海陆海”组成运输的形式又被称为大陆桥运输。

传统的各种运输方式有各自不同的运输责任制度,例如,陆上运输适用有关公路运输和铁路运输的法律,海上运输则适用《海牙规则》的规定。那么,多式联运的承运人应采用什么责任制度呢?有人主张可先由经营人包下来,再由其与各承运人按各自的责任制度分别处理。也有人提出采用区段责任制度,即由各段承运人分别对其承运区段的货损负赔偿责任。问题是无法判明责任所在的区段。为了解决这一问题,国际商会于1963年制定了《联运单证统一规则》,该规则采用了区段责任制和统一责任制相结合的制度。即在确知货物损失或灭失的运输区段时,适用区段责任制,由参加联运的各区段实行分段负责。在未能确知货物损失或灭失发生的运输区段时,采用统一责任制,由联运经营人对联运期间任何地方发生的货损对托运人负赔偿责任。

国际商会制定的《联运单证统一规则》并没有根本解决在多式联运中存在的问题。因为该规则不是强制性的法规,且该规则的规定也很不完善。为了促进国际多式联运的发展,在联合国贸发会的主持下,于1980年通过了《联合国国际货物多式联运公约》,公约目前尚未生效。公约的主要内容有:

1. 公约的适用范围。公约适用于两国境内各地之间的所有多式联运合同,条件是:(1)多式联运合同规定的多式联运经营人接管货物的地点是在一个缔约国境内;(2)多式联运合同规定的多式联运经营人交付货物的地点是在一个缔约国境内。

依公约的定义,“国际多式联运”指由多式联运经营人以至少两种以上的运输方式,将货物从一国境内接管货物的地点运至另一国指定交付货物的地点的运输。“多式联运经营人”指其本人或通过其代表订立多式联运合同的人,他是合同的当事人,而不是发货人的代理人或代表或参加多式联运的承运人的代理人或代表,并负有履行合同义务的责任。“多式联运合同”指多式联运经营人凭以收取运费、负责完成或组织完成国际多式联运的合同。

2. 多式联运单据。多式联运单据是多式联运合同的证明,是多式联运经营人收到货物的收据及凭其交货的凭证。多式联运单据应记载多式联运经营人的名称和地址,发货人及收货人的名称,多式联运经营人接管货物的地点和日期,交付货物的时间和地点,单据签发的时间和地点,货物的表面状况等事项。发货人应保证其在多式联运单据中提供的有关货物资料的准确性。

多式联运单据应是该单据所载货物由多式联运经营人接管的初步证据。但当多式联运单据以可转让方式签发,而且转给正当信赖该单据所载明的货物状况的包括收货人在内的第三方时,该单据就成了最终证据。

3. 多式联运经营人的责任期间。公约规定的多式联运经营人的责任期间为从其接管货物之时起至交付货物时止的期间。具体来说是自多式联运经营人从下列各方接管货物之时起:(1)发货人或其代表;或(2)根据接管货物地点适用的法律或规章,货物必须交其运输的当局或其他第三方。直到多式联运经营人以下列方式交付货物时为止:(1)将货物交给收货人;或(2)如果收货人不提取货物,则按多式联运合同或交货地适用的法律或特定行业惯例,将货物置于收货人支配之下;或(3)将货物交给根据交货地点适用的法律或规章必须向其交付的当局或其他第三方。货物在上述期间被视为是在多式联运经营人的掌管之下。

4. 多式联运经营人的赔偿责任原则。公约在赔偿责任上采用了完全推定责任原则,即除非经营人证明其一方为避免事故的发生已采取了一切合理的措施;否则,即推定损坏是由经

营人一方的过错所致,并由其承担赔偿责任。

5. 多式联运经营人的赔偿责任限额。公约规定的两种赔偿限额分别适用于下列两种情况:第一,如在国际多式联运中包括了海运或内河运输,多式联运经营人的赔偿责任限额为每件920特别提款权,或货物毛重每公斤2.75特别提款权,以较高者为准。第二,如在国际多式联运中未包括海运或内河运输,多式联运经营人的赔偿责任限额为毛重每公斤8.33特别提款权。此外,因延迟交付造成损失的赔偿限额为延迟交付货物的应付运费的2.5倍,但不得超过多式联运合同规定的应付运费的总额。在确知发生货损的区段时,如该区段适用的公约或国家法律规定的赔偿责任限额高于本公约的规定,则适用该公约或国家法律的规定。

6. 索赔与诉讼时效。对于货物一般性的灭失或损坏通知,收货人应在货物交给他的次一工作日提出,否则此种货物的交付即为多式联运经营人交付多式联运单据所载货物的初步证据。当货物的损坏不明显时,收货人应在货物交付后连续6日内提出索赔通知。对于延迟交付的货物,收货人应在货物交付后连续60日内提出索赔通知。公约规定的诉讼时效为2年,但如果在货物交付之日或应交付之日起6个月内,没有提出书面索赔通知,则在此期限届满后即失去诉讼时效。

7. 管辖。公约规定,原告可选择在下列之一法院进行诉讼:(1)被告主要营业所,如无主要营业所,则为被告的经常居所;(2)订立多式联运合同的地点,且合同是通过被告在该地的营业所、分支或代理机构订立;(3)接管国际多式联运货物的地点或交付货物的地点;(4)多式联运合同中为此目的所指定并在多式联运单据中载明的任何其他地点。

第二节 国际货物运输保险

国际货物运输保险是国际贸易的重要组成部分,国际货物运输保险不但可以给运输中的货物提供保障,而且还能为国家提供无形贸易的外汇收入。国际货物运输保险主要包括海上

新华考资
www.xhkedu.com



货物运输保险、铁路货物运输保险、公路货物运输保险、航空货物运输保险和邮包运输保险等。其中历史最悠久、业务量最大、法律规定最全的是海上货物运输保险。

一、国际货物运输保险概述

(一) 国际货物运输保险的基本原则

1. 保险利益原则。保险利益指被保险人对保险标的所具有的合法的利害关系。依我国2009年修订的保险法第12条的规定,投保人对保险标的应当具有保险利益,投保人对保险标的不具有保险利益的,保险合同无效。此原则可以使被保险人无法通过不具有保险利益的保险合同获得额外利益,以避免将保险合同变为赌博合同。保险利益可以表现为现有利益、期待利益或责任利益。

2. 最大诚实信用原则。指国际货物运输保险合同的当事人应以诚实信用为基础订立和履行保险合同,主要体现在订立合同时的告知义务和在履行合同时的保证义务上。诚实信用原则规定在我国民法通则的第4条。我国有关诚实信用原则的规定具体体现在告知义务上。在被保险人的告知义务上,我国海商法采用了无限告知主义与有限告知主义的结合。海商法第222条第1款涉及的是无限告知,要求合同订立前,被保险人应当将其知道的或者在通常业务中应当知道的有关影响保险人据以确定保险费率或确定是否同意承保的重要情况,如实告知保险人。第2款涉及的是有限告知的情况,规定保险人知道或者在通常业务中应当知道的情况,保险人没有询问的,被保险人无需告知。依海商法第223条的规定,被保险人故意未将重要情况如实告知保险人的,保险人有权解除合同,并不退还保险费。合同解除前发生保险事故造成损失的,保险人不负赔偿责任。

3. 损失补偿原则。指在保险事故发生而使被保险人遭受损失时,保险人必须在责任范围内对被保险人所受的实际损失进行补偿。国际货物运输保险合同属于补偿性的财产保险合同,因此,在发生超额保险和重复保险的情况下,保险人只赔偿实际损失,因为保险的目的是

补偿,而不能通过保险得利。

4. 近因原则。虽然我国保险法及海商法均没有对近因原则进行明文规定,但在国际货物运输保险实践中,近因原则是常用的确定保险人对保险标的的损失是否负保险责任以及负何种保险责任的一条重要原则。

(二) 国际货物运输保险合同的订立

国际货物运输保险合同的订立是由被保险人以填制投保单的形式向保险人提出保险要求(即要约),经保险人同意承保,并就货物运输保险合同的条款达成协议后(即承诺后),保险合同即成立。投保单中须列明货物名称、保险金额、运输路线、运输工具及投保险别等事项。保险人应当及时向被保险人签发保险单或者其他保险单证,并在保险单或其他保险单证中载明当事人双方约定的合同内容。

(三) 国际货物运输保险合同的内容

国际货物运输保险合同的内容主要包括下列几项:保险人名称;被保险人名称;保险标的;保险价值;保险金额;保险责任和除外责任;保险期间;保险费。

1. 国际货物运输保险合同的当事人。国际货物运输保险合同的当事人为保险人和被保险人。保险人是保险合同中收取保险费,并在合同约定的保险事故发生时,对被保险人因此而遭受的约定范围内的损失进行补偿的一方当事人。被保险人指在保险范围内的保险事故发生时受到损失的一方当事人。国际货物运输保险合同中的投保人一般也是被保险人。

2. 国际货物运输保险合同的保险标的。国际货物运输保险合同的保险标的主要是货物,包括贸易货物和非贸易货物。

3. 保险价值。保险价值是被保险人投保的财产的实际价值。投保人在投保时需说明所要投保的标的的价值,而准确地确定标的的实际价值是很困难的,因此,保险价值通常是由被保险人与保险人协商确定的。这个价值是估算形成的,因此它可以是标的的实际价值,也可能与实际价值有一定的距离。

4. 保险金额。保险金额指保险合同约定的保险人的最高赔偿数额。当保险金额等于保

险价值时为足额保险;当保险金额小于保险价值时为不足额保险;当保险金额大于保险价值时为超额保险。

5. 保险责任和除外责任。保险责任是保险人对约定的危险事故造成的损失所承担的赔偿责任。“约定的危险事故”就是保险人承保的风险。保险人承保的风险可以分为保险单上所列举的风险和附加条款加保的风险两大类,前者为主要险别承保的风险,后者为附加险别承保的风险。

6. 保险期间。保险期间也就是保险责任的期间。保险责任的期间有三种确定方法:(1)以时间来确定,例如规定保险期间为1年,自某年、某月、某日起至某年、某月、某日止。(2)以空间的方法来确定,例如规定保险责任自保险单载明的货物离开起运地仓库起至抵达目的地仓库止。中国人民保险公司海洋货物保险条款在保险期间上就是以“仓至仓”来确定的。(3)以空间和时间两方面来对保险期间进行限定的方法,例如规定自货物离开起运地仓库起至货物抵达目的地仓库止,但如在全部货物卸离海轮后60日内未抵达上述地点,则以60日期满为止。

7. 保险费和保险费率。保险费率是计算保险费的百分率。保险费率有逐个计算法和同类计算法之分。船舶保险的保险费率通常采用逐个计算法来确定,每条船舶的保险费率由保险公司依该船舶的危险性大小,损失率高低及经营费用的多少来确定。同类计算法指对于某类标的,保险人均采用统一的保险费率的办法。保险费是投保人向保险人支付的费用。保险费等于保险金额乘保险费率。

(四) 国际货物运输保险合同的变更

国际货物运输保险合同的变更,指在运输货物保险合同主体不变的情况下,对合同中原约定的某些内容进行的改变。国际货物运输保险合同的内容需要修改时,被保险人可以向保险人提出申请,由保险人出具保险批单,保险批单的效力大于保险单正文的效力。

(五) 国际货物运输保险合同的终止

保险合同的终止可以由于各种原因。引起国际货物运输保险合同终止的情况主要有以下

几种:(1)自然终止,指保险单的有效期限已届满。(2)义务已履行而终止,依保险单的规定,保险人已履行了赔偿责任,保险单的责任即告终止。(3)违约终止,指保险人因被保险人的违约行为而终止保险合同。(4)因危险发生变动而终止。(5)保险标的因保险事故之外的原因而灭失,从而使保险合同终止。

(六) 委付与代位求偿

1. 委付。委付发生在保险标的出现推定全损的情况下。当保险标的出现推定全损时,被保险人可以选择按部分损失向保险人求偿或按全部损失求偿。当被保险人选择后者时,则由被保险人将保险标的权利转让给保险人,而由保险人赔付全部的保险金额。这种转让保险标的权利的做法被称为委付。对于保险人来说,可以接受委付,也可以不接受委付。

2. 代位求偿权。如果保险标的的损失是由于第三者的疏忽或过失造成的,保险人依保险合同向被保险人支付了约定的赔偿后,即取得了由被保险人转让的对第三者的损害赔偿请求权,也就是代位求偿权。我国保险法和海商法均规定了被保险人在保险人行使代位求偿权时应履行的义务,如提供必要的文件,协助保险人向第三者追偿,不得因放弃或过失而侵害保险人行使代位求偿权等。在代位求偿的名义上,依海事诉讼特别程序法第94条的规定,保险人应以自己的名义向第三人提起诉讼。

二、国际海洋货物运输保险条款

(一) 我国海洋货物运输保险的主要险别

主要险别指可以独立承保,不必附加在其他险别项下的险别。中国人民保险公司海洋货物运输保险的主要险别有三种,即平安险、水渍险和一切险。

1. 平安险。平安险的英文意思为“单独海损不赔”。其责任范围主要包括:(1)被保险货物在运输途中由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害造成的整批货物的全部损失或推定全损。(2)由于运输工具遭受搁浅、触礁、沉没、互撞、与流冰或其他物体碰撞以及失火、爆炸等意外事故造成货物的全部或部分损失。



(3)在运输工具已经发生搁浅、触礁、沉没、焚毁等意外事故的情况下,货物在此前后又在海上遭受恶劣气候、雷电、海啸等自然灾害所造成的部分损失。(4)在装卸或转运时由于一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失。(5)被保险人对遭受承保责任内危险的货物采取抢救、防止或减少货损的措施而支付的合理费用,但以不超过该批被救货物的保险金额为限。(6)运输工具遭遇海难后,在避难港由于卸货所引起的损失以及在中途港、避难港由于卸货、存仓以及运送货物的特别费用。(7)共同海损的牺牲、分摊和救助费用。(8)运输合同中订有“船舶互撞责任”条款,根据该条款规定应由货方偿还船方的损失。

“实际全损”指保险标的发生保险事故后灭失,或者受到严重损坏完全失去原有形体、效用,或者不能再归被保险人所拥有的损失状态。“推定全损”指货物发生保险事故后,认为实际全损已经不可避免,或者为避免发生实际全损所需要支付的费用与继续将货物运抵目的地的费用之和超过保险价值的损失状态。“共同海损”是指在同一海上航程中,船舶、货物和其他财产遭遇共同危险,为了共同安全,有意地和合理地采取措施所直接造成的特殊牺牲,支付的特殊费用。“单独海损”指货物由于意外造成的部分损失。

共同海损和单独海损的区别在于:首先,共同海损所涉及的海上危险应该是共同的,必须涉及船舶及货物共同的安全;而单独海损中的危险只涉及船舶或货物中一方的利益。其次,共同海损有人为的因素,是明知采取措施会导致标的的损失,但为共同的安全仍有意采取该措施而引起的损失;而单独海损则纯粹是意外事故造成的标的的损失,无人为的因素。最后,共同海损的损失由于是为大家的利益而牺牲的,所以应由受益的各方来分摊,而单独海损的损失则由单方来承担。

2. 水渍险。该险的责任范围除平安险的各项责任外,还负责被保险货物由于恶劣气候、雷电、海啸、地震、洪水等自然灾害所造成的部分损失。

3. 一切险。该险除包括水渍险的责任范围外,还负责赔偿被保险货物在运输途中由于

外来原因所致的全部或部分损失。一般外来原因指偷窃、提货不着、淡水雨淋、短量、混杂、玷污、渗漏、串味异味、受潮受热、包装破裂、钩损、碰损破碎、锈损等原因。

(二)我国海洋货物运输保险的保险期限

保险期限是保险人承担对海洋货物运输赔偿责任的期间。中国人民保险公司海洋货物运输保险条款主要以“仓至仓条款”,该条款规定保险人的责任自被保险货物运离保险单所载明的起运地仓库开始,到货物运达保险单载明的目的地收货人的最后仓库时为止。那么起至的仓库是指什么仓库?依1995年《保险条款费率辞释大全》对人保海洋运输货物保险条款中“仓至仓”责任的解释如下:(1)货物在保险单载明起运地发货人仓库尚未开始运输时所受的损失,保险公司不负责任。(2)货物一经运离上述发货仓库,保险责任即告开始,保险公司按照货物所保险别规定的责任范围予以负责。(3)货物运离发货人仓库,不是直接装船,而是先放在承运人机构,例如外贸运输公司的仓库里等候装船,在这个期间,货物遭受到保险责任范围内的损失,保险公司予以负责。(4)货物在装船前存放在港区码头仓库待运期间,如果发生损失,已出保险单或已办投保手续的,保险公司按保险险别负责。(5)有些外贸公司在港区码头设有专用仓库,货物从该外贸公司市内仓库运入该专用仓库等候装船,虽然同为发货人仓库,但后者并非“仓至仓”条款所指的起运仓库,应视为承运机构仓库性质,如发生保险责任的损失,也应负责。(6)若发货人自己没有固定的仓库,而是临时租用承运机构仓库或是港区码头仓库,直接将货物集中储于上述仓库等候装船,则上述仓库应视为发货人仓库,货物储存期间发生损失,不属保险责任。

此外,还有“扩展责任条款”、“航程终止条款”和“驳运条款”来确定保险人的责任起迄。仓至仓条款规定的有效期间只包括正常运输过程中的海上、陆上、内河运输,并不包括绕道、转运、变更航程等情况。为了保障被保险人在无法控制的原因下产生绕道等情况时的货物利益,保险人采用了扩展责任条款。该条款规定由于被保险人无法控制的原因而使船舶延迟、

绕道、被迫卸下、重新装载、转运,或承运人依运输合同所赋予的权限而改变航程,保险依然有效。“航程终止条款”规定,在被保险人无法控制的情况下,保险货物被运往非保险单所载明的目的地,使运输条款先于保险责任的终止而失效,保险继续有效,保险责任至货物被出售交付时止。但如货物在卸离海轮后 60 日内仍未交付,保险责任亦终止。驳运条款规定,保险人对被保险货物在驳运过程中的损失负责。海轮在卸货时,有时需要依靠驳船,驳船并非保险单上所载明的海轮,所以在驳船上发生的货损,保险公司不予赔偿。加入该条款,就可以使驳运中的货物也有了保险的保障。

(三)我国海洋货物运输保险的除外责任

除外责任是保险单中规定的保险人不负责赔偿的海洋货物运输损失。中国人民保险公司海洋货物运输保险的除外责任包括:(1)被保险人的故意行为或过失所造成的损失;(2)属于发货人责任引起的损失;(3)在保险责任开始前,被保险货物已存在的品质不良或数量短差所造成的损失;(4)被保险货物的自然损耗、本质缺陷、特性以及市价跌落、运输延迟引起的损失和费用;(5)海洋货物运输战争险条款和货物运输罢工险条款规定的责任范围和除外责任。

(四)索赔时效

海洋货物运输保险的索赔时效为 2 年,从被保险货物在最后卸货港全部卸离运输工具后起算。

(五)我国海洋货物运输保险的附加险别

海洋货物运输保险的附加险别是投保人在投保主要险别时,为补偿因主要险别范围以外可能发生的某些危险造成的损失所附加的保险。附加险又可分为一般附加险、特别附加险和特殊附加险三类。

1. 一般附加险。一般附加险承保各种外来原因造成的货物全损或部分损失。一般附加险在一切险的范围内,即已投保的一切险,就不必再加保一般附加险了。一般外来原因指不必与海水的因素或运输工具联系起来的原因。附加险别不能单独承保,它必须附于主险项下。一般附加险包括:(1)偷窃、提货不着险。(2)淡水雨淋险。(3)短量险。(4)混杂、玷污

险。(5)渗漏险。(6)碰损、破碎险。(7)串味异味险。(8)受潮受热险。(9)钩损险。(10)包装破裂险。(11)锈损险。

2. 特别附加险。特别附加险指必须附属于主要险别项下,对因特殊风险造成的保险标的的损失负赔偿责任的附加险。特别附加险与一般附加险的区别在于,一般附加险属于一切险的范围,保了一切险,就不必再附加任何一般附加险;而特别附加险所承保的责任已超出了一切险的范围。特别附加险包括:(1)交货不到险。(2)进口关税险。(3)舱面险。(4)拒收险。(5)黄曲霉素险。(6)出口货物到香港或澳门存仓火险。

3. 特殊附加险。特殊附加险包括海洋运输货物战争险和货物运输罢工险。特殊附加险已超出了水险的范围,即也可以往陆上运输险或航空运输险上附加。

示例

甲公司向乙公司出口一批货物,由丙公司

承运,投保了中国人民保险公司的平安险。在装运港装卸时,一包货物落入海中。海运途中,因船长过失触礁造成货物部分损失。货物最后延迟到达目的港。依《海牙规则》及国际海洋运输保险实践,关于相关损失的赔偿,下列哪些选项是正确的?(2013 年试卷一第 82 题)

- A. 对装卸过程中的货物损失,保险人应承担赔偿责任
- B. 对船长驾船过失导致的货物损失,保险人应承担赔偿责任
- C. 对运输延迟造成的损失,保险人应承担赔偿责任
- D. 对船长驾船过失导致的货物损失,承运人可以免责

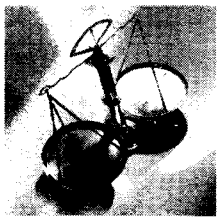
【参考答案及简要提示】ABD。平安险承保的范围包括在装卸或转运时由于一件或数件整件货物落海造成的全部或部分损失,A 项正确。船长驾船过失导致的货物损失属于平安险赔偿的范围,B 项正确。延迟造成的损失属于除外责任,C 项错误。依《海牙规则》航行过失免责,D 项正确。

新华考资
www.xhkzedu.com



1. 海上货物运输部分应注意辨析提单的种类。2009 年最高人民法院《关于审理无正本提单交付货物案件适用法律若干问题的规定》应注意承运人在无单放货上承担的是竞合的责任,造成损失的赔偿额相当于 CIF,对因此造成的损失不能限制责任等。关于承运人的责任和免责,注意辨析《海牙规则》、《维斯比规则》、《汉堡规则》的规定,依《海牙规则》,承运人的责任主要是适航、管货和不得进行不合理绕航,免责包括航行过失在内的 17 项,而《汉堡规则》则取消了航行过失免责,但增加了迟延交付的责任。

2. 保险合同的订立与保险责任的开始并非同一个时间,在货物运输保险中,保险责任期间是“仓至仓”,即使订立了保险合同,但如损失不是发生在保险责任期间内的,保险人仍不承担赔偿责任。在海洋运输货物保险上,应辨析主要险别和附加险别的区别,前者可以独立承保,而后者不能。应注意辨析三个主要险别的区别,水渍险与平安险相比保险人多了要承担自然灾害造成的部分损失,一切险与前两者相比保险人多了要承担一般外来原因造成的损失。还应注意辨析三个附加险的区别。



国际经济法

第四章 国际贸易支付

第一节 汇付与托收

国际贸易的支付方式主要有汇付、银行托收和银行信用证三种方式,其中使用最多的是银行信用证方式。

一、汇付

(一) 汇付的概念

汇付是由国际货物买卖合同的买方委托银行主动将货款支付给卖方的结算方式。在此种支付方式下,信用工具的传递与资金的转移方向是相同的,因此也称为顺汇法。汇付是建立在商业信用的基础上的,即完全建立在双方相互信赖的基础上,是否付款取决于进口商,付款没有保证。从付款时间上可以分为预付货款和货到付款。但无论是哪一种,对买卖合同的当事人来讲都有风险。买方不愿先付款,卖方不愿先交货。因此对双方均具有一定的商业风险。仅凭商业信用进行国际贸易的风险很大,在国际贸易中付款有预付和到付两种,如约定预付,则买方要承担卖方不交货、迟交货等风险,如约定到付,则卖方要承担买方拒付货款的风险。因此,汇付在国际贸易中主要是用于样品、杂费等小额费用的结算,或者买卖双方有某种关系,如跨国公司的关联公司等,此外,一般很少使用。

(二) 汇付的种类

汇付依使用的信用工具不同可分为电汇、信汇和票汇三种方式。

1. 电汇(Telegraphic Transfer,简称 T/T),指汇出行受汇款人的委托,以电报或电传通知汇入行向收款人解付汇款的汇付方式。为了防止意外,汇出行拍发的电报或电传都带有密押,汇入行收到电报或电传后须核对密押相符后,再用电汇通知书通知收款人取款。收款人取款时应填写收款收据并签章交汇入行。

2. 信汇(Mail Transfer,简称 M/T),指汇出行受汇款人的委托,用邮寄信汇委托书授权汇入行向收款人解付汇款的汇付方式。在信汇的情况下,汇款人需



填写汇款申请书,取得信汇回执,汇出行依汇款人的委托向汇入行邮寄信汇委托书,汇入行收到信汇委托书后,通知收款人取款。

3. 票汇(Demand Draft,简称D/D),票汇是汇出行受汇款人的委托,开立以汇入行为付款人的银行即期汇票,由汇款人自行寄交收款人凭以向汇入行提取汇款的汇付方式。票汇的程序是由汇款人填写票汇申请书并向汇出行交款付费取得银行即期汇票后,由汇款人将汇票寄收款人,汇出行同时向汇入行发出汇票通知书,收款人收到汇票后向汇入行提示汇票请求付款。

(三) 汇付的当事人及各方关系

汇付中的当事人有汇款人、收款人、汇出行和汇入行,汇款人是债务人或付款人,即国际贸易中的买方;收款人是债权人或受益人,即国际贸易中的卖方;汇出行是委托汇出款项的银行,一般是进口地银行;汇入行是受汇出行委托解付汇款的银行,因此又称为解付行,一般为出口地银行。汇款人在办理汇付时要出具汇款申请书,汇款申请书被视为汇款人与汇出行之间的契约,汇出行有义务依汇款人的指示办理汇款业务,并通过代理行解付汇款。在汇出行与汇入行之间是委托代理关系,汇入行依该代理关系对汇出行承担解付汇款的义务。

在信汇和电汇两种情况下,汇付使用的凭证是支付授权书或支付指示(payment order)。汇款人与汇出行是委托代理关系,汇出行和汇入行是委托代理关系。汇出行或汇入行与收款人没有直接的法律关系,收款人是上述代理关系的第三人。在票汇的情况下,汇付使用的是汇票。汇款人与汇出行是委托代理关系,汇出行、汇入行与收款人是票据关系,分别是出票人、付款人和收款人。

二、托收

(一) 托收的概念

托收是由银行依委托人的指示处理单据,向付款人收取货款或承兑、交付单据或按其他条件交付单据的结算方式。在托收方式下,信用工具的传递与资金的转移方向相反,因此托

收是一种逆汇法。在托收付款下,付款人是否付款是依其商业信用,银行并不承担责任。银行所起的作用仅是一种代理收款作用。银行对付款人是否付款不承担责任。因而托收对卖方来说意味着一种风险。

在调整托收的法律上,国际商会在总结国际惯例的基础上于1958年制定和公布了《商业单据托收统一规则》,该规则于1967年进行了修订,1978年国际商会将其改名为《托收统一规则》。1995年国际商会公布了新修订的《托收统一规则》,又称522号出版物。该规则仅适用于银行托收,仅适用于托收指示中注明该规则的托收。该规则属于惯例性质。当事人在发出委托指示时应注明“受URC522约束”的字样。当事人可以做出不同的约定,该种约定优先于上述规则。在规则与一国的强制性法律规定抵触时,法律规定优先。即当事人的选择不得违背有关国家国内法中的强制性规定,如外汇管制的规定等。该规则并不涉及当事人的能力和有关效力问题。

(二) 托收的程序

托收的基本程序是:(1) 委托人(即卖方)

向其所在地银行提出托收申请,填写托收指示书。卖方通常会开出买方为付款人的汇票。依《托收统一规则》的规定,送交托收的汇票和装运单据等单据,必须附有一份完整和明确的托收指示书。(2) 托收行(卖方所在地银行)接受申请后,委托其在买方的往来银行(即代收行)代为办理收款事宜。(3) 代收行向买方作付款提示或承兑提示,在付款人付款后通知托收行,托收行即向卖方付款。如付款人拒付,则由代收行通知托收行,再由托收行通知卖方。

(三) 托收的当事人

托收方式通常有四方当事人,即委托人、付款人、托收行和代收行:(1) 委托人又称出票人,是开立汇票委托银行收款的债权人,也是贸易合同中的卖方;(2) 付款人是贸易合同中的买方;(3) 托收行为接受出票人的委托向国外收取货款的银行,通常为卖方所在地银行;(4) 代收行为受托收行的委托,代理托收行直接向付款人收款的银行,通常为买方所在地银行。除上

新华考资
www.xhkedu.com

述之外,有时会出现提示行。有时卖方会在买方所在地委托一代理人,在买方拒收货物时代理处理货物。《托收统一规则》定义的“有关当事人”包括委托人、托收行、代收行和提示行。付款人没有包括在此范围内,因为从银行在托收下的权利义务的角度考虑,付款人是否付款,对银行的托收没有影响。

(四)托收当事人之间的关系

1. 委托人与托收行之间是委托关系,委托人是委托银行办理托收的人,通常是国际货物买卖合同中的卖方。接受委托人委托处理托收的银行叫托收行,通常在卖方所在地。委托人在委托银行代为托收时,须填写一份托收委托书,规定托收的指示及双方的责任,该委托书即成为了双方的代理合同。在此代理关系中,托收行按委托人的托收指示托收,托收指示规范委托行与托收行之间的法律关系。

2. 托收行与代收行之间是业务代理关系,或属于同一银行的分支机构。代收行通常在买方所在地。其之间的代理合同由托收指示书、委托书以及由双方签订的业务互助协议等组成。依《托收统一规则》的规定:银行必须依托收指示书中的规定和依本规则行事,如由于某种原因,某一银行不能执行其所收到的托收指示书的规定时,必须立即通知发出托收指示书的一方。如代理人违反了该项原则,应赔偿由此给委托人造成的损失。

3. 委托人与付款人之间是货物买卖合同关系,也是债权人与债务人关系。委托人为卖方,付款人一般为买方。如果托收中使用汇票,通常委托人是出票人,付款人是受票人。

4. 委托人与代收行之间不存在直接的合同关系,尽管托收行是委托人的代理人,代收行又是托收行的代理人,但依代理法的一般原则,在委托人与代收行之间并没有合同关系。因此,如果代收行违反托收指示行事导致委托人遭受损失时,委托人并不能直接对代收行起诉。委托人只能通过托收行追究代收行的责任。

5. 代收行与付款人之间没有法律上的直接关系,付款人是否付款是依其对托收票据的付款责任。付款人是依托收指示向其提示的

人,通常为买卖合同中的买方。

(五)托收的种类

在托收方式下,依汇票是否附有单据可分为光票托收和跟单托收。

1. 光票托收(Clean Bill for Collection),指委托人开立不附货运单据的汇票,仅凭汇票委托银行向付款人收款的托收方式。光票托收的汇票依付款时间的不同,又可分为即期和远期两种,对于即期汇票,代收行应立即向付款人提示并要求付款。对于远期汇票,代收行则先要向付款人提示汇票要求承兑。光票托收的风险较大,因此,一般只用于样品费、佣金、货款尾数等的结算。

2. 跟单托收(Documentary Bill for Collection),指委托人开立附商业单据的汇票,凭跟单汇票委托银行向付款人收款的托收方式,或不使用汇票的商业单据托收方式。跟单托收又可分为付款交单和承兑交单。付款交单(Documents against Payment,简称D/P)指代收行在买方付清货款后才将货运单据交给买方的付款方式。承兑交单(Documents against Acceptance,简称D/A)指在开立远期汇票的情况下,代收行在接到跟单汇票后,要求买方对汇票承兑,在买方承兑后即将货运单据交付买方的托收方式。承兑交单的风险大于付款交单。

(六)银行的义务及免责

依《托收统一规则》的规定,托收行对委托人、代收行对托收行负有下列具体代理行为的义务:

1. 银行应严格按托收指示履行责任。一切托收单据必须附有托收指示书。该托收指示必须完整明确。在接受托收后,银行严格按托收指示办理托收。除非在托收指示中另有授权,银行概不理睬来自托收委托的当事人/银行以外的任何一方/银行的指示。托收指示应包括有关当事人的详情、托收的金额和货币、所附的单据清单和数量、支付及/或承兑的条款和条件、托收费用、托收利息、付款方法和付款通知形式、不付款、不承兑或不符指示时的指示,还应包括付款人的完整地址以便进行提示。做出托收指示的一方须确保交单的条件清楚、明确,



否则银行对由此造成的后果不承担责任。代收行对地址不完整或不准确而产生的迟延不负责任。

2. 银行的义务不涉及货物、服务或行为。银行履行义务的对象是有关单据。一般情况下,银行与买卖合同的执行没有关系。除非银行事先同意,货物不应直接发至银行,或以银行或银行的指定人为收货人。即使银行为收货人,银行也没有提货的义务,货物的风险及责任由发货人承担。银行没有义务对货物采取措施,包括存储和保险,即使在托收指示中有此专门指示;如果银行采取措施保护货物,对货物的下落、状况、受托保护货物的第三人的行为或不行为,不负责任,但必须毫不迟延地通知发出托收指示的银行。与保护货物的措施有关费用由银行从其收到指示的一方承担。

3. 及时提示的义务,指对即期汇票应毫无延误地进行付款提示;对远期汇票则必须不迟于规定的到期日作付款提示。当远期汇票必须承兑时应毫无延误地作承兑提示。

4. 保证汇票和装运单据与托收指示书的表面一致,如发现任何单据有遗漏,应立即通知发出指示书的一方。

5. 无延误地通知托收结果,包括付款、承兑、拒绝承兑或拒绝付款等。在托收成功的情况下,收到的款项和扣除必要的手续费和其他费用后必须按照指示书的规定无迟延地解交本人。

6. 银行的业务标准及免责事项。银行办理业务时遵循诚信及合理谨慎原则。由于托收属于商业信用,而不是银行信用,银行对货款能否支付不承担任何责任,银行在托收中的地位严格地限于代理人,为此,《托收统一规则》规定了银行不承担责任的情况,主要包括:

(1)对收到单据的免责。银行只负责确定收到的单据和托收指示所列是否一致。如果发现单据丢失,应毫不迟延地通知托收指示方。除此之外没有进一步的义务。如果单据没有列入清单,托收行不涉及代收行收到的单据的种类和数量的争议。

(2)对单据的有效性免责。银行只须核实

单据在表面上与托收指示书一致,此外没有进一步检验单据的义务;代收行对承兑人签名的真实性或签名人是否有签署承兑的权限概不负责。对单据的形式、充分性、准确性、真伪性及法律效力,不负责任;对单据中规定的或附加的一般或特殊的条件不负责任;对单据所代表的货物的描述、数量、重量、质量、条件、包装、交付、价值或存在,不负责任;对托运人、承运人、货运代理人、收货人、保险人或任何其他诚信、行为或不行为、清偿能力、履行或资信,不负责任。

(3)对寄送途中的延误、丢失及翻译的错误,不承担责任。与托收有关的银行对由于任何通知、信件或单据在寄送途中发生延误或失落所造成的一切后果,或对电报、电传、电子传送系统在传送中发生延误、残缺和其他错误,或对专门性术语在翻译上和解释上的错误,概不负责。

(4)对受指示方的行为免责。为执行委托人的指示利用其他银行的服务,一切风险和费用由委托人承担。银行对于所转递的指示未被执行不承担责任。但指示另一方提供服务的一方,应受外国法律和惯例对受指示方施加的任何义务和责任的约束,并应对被指示方进行偿付。

(5)对不可抗力免责。与托收有关的银行对由于自然灾害、暴动、骚乱、叛乱、战争或银行本身无法控制的任何其他原因,或对由于罢工或停工致使银行营业间断所造成的一切后果,概不负责。

(6)在汇票被拒绝承兑或拒绝付款时,若托收指示书上无特别指示,银行没有作出拒绝证书的义务。

(七)托收下的银行融资

银行在办理托收时,可以利用托收票据向出口商或进口商提供资金融通。

出口托收押汇(collection bill purchased)。托收行买入出口商(委托人)开立的以进口商为付款人的跟单汇票及随附商业单据,扣除利息和费用后将剩余货款付给出口商,托收行通过其联行或代理行向付款人收款。由于托收下债

务人有可能不付款,所以出口托收押汇将卖方承担的风险转移到了托收行。除非出口商、进口商的资信良好,托收行一般不做这种业务。常见的是出口商向托收行保证,在进口商拒付时,托收行享有对出口商的追索权。该业务也称为(托收)议付。

信托收据(trust receipt, T/R)。代收行也可以利用托收票据向进口商提供资金融通。代收行在付款人付款之前,凭付款人向其出具的信托收据,借出有关单据,供其报关、提货、出售,付款人用所得货款付款,赎回信托收据。有关单据下的货物及收益仍属银行,进口商只是处于信托人的地位。该做法适用于远期付款交单,是代收行向进口商提供信用。除非原来的托收指示要求这样做,代收行承担了进口商不付款、代收行向委托人付款的风险。可见,托收本来就有很大风险,代收行再凭信托向进口商出借单据,风险会更大一些。在我国,信托收据被理解为一种代收行与付款人之间的合同约定,如付款人不付款赎回信托收据,代收行可基于信托收据中的约定要求付款人付款。

第二节 信用证

一、信用证的定义及适用于信用证的国际惯例

(一)适用于信用证的国际惯例和法律法规

信用证是银行依开证申请人的请求,开给受益人的一种保证银行在满足信用证要求的条件下承担付款责任的书面凭证。在信用证付款方式下,开证银行以自身的信誉为卖方提供付款的保证,因此,信用证付款方式是一种银行信用。适用于信用证的国际惯例是国际商会在1930年制定的《跟单信用证统一惯例》(Uniform Customs and Practice for Documentary Credits)(简称UCP),该惯例曾进行过多次的修改,UCP500号实施了十多年,由于银行、进口商等当事人对UCP500号的错误理解及应用,约有70%信用证项下的单据在首次交单时因不符而被拒付,因而影响了信用证在付款工具上的地位。在2006年召开的国际商会巴黎年会上,通过了UCP600号,于2007年7月1日实施。

UCP600号性质上属于国际商业惯例,其调整范围和效力不能取代国内法的强制性规定。UCP600号没有包括与信用证有关的一切事项,例如信用证效力、信用证欺诈等。2005年我国最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》,就与信用证纠纷相关的问题作出了规定。

(二)信用证的定义

根据国际商会《跟单信用证统一惯例》(简称UCP600号)的定义,信用证是指一项不可撤销的安排,该项安排构成开证行对相符交单予以承付的确定承诺。无论该项安排的名称或描述如何。作为一种国际支付方式,信用证是一种银行信用,银行承担第一位的付款责任。这是信用证区别于汇付、托收的根本性特征。作为一种文件,信用证是开证行开出的凭信用证规定条件付款的一份书面承诺。

(三)UCP600号的主要修改

UCP600号与UCP500号相比,主要有以下几点修改:

第一,更加明确了开证行的独立付款义务。开证行指定其他银行付款、承兑并付款、议付,而其他银行没有按指定付款、承兑或付款、议付时,开证行要承担最终的付款责任。UCP600号将信用证规定为不可撤销信用证,也体现了这一点。

第二,结构上的变化。UCP600号在结构上的重要变化表现为集中归纳了概念和一些词语在本惯例下的特定解释,使原本散落在各个条款中的解释定义归集在一起使全文变得清晰。UCP600号结构上的另一个变化是按照业务环节对条款进行了归结,依环节将通知、修改、审单、偿付、拒付等涉及的条款在原来的基础上集中,使规定更加明确和系统化。

第三,删除了某些条款。UCP600号删除了UCP500号中某些过时或超出UCP范围的条款。例如,删除第6条关于可撤销信用证的内容,由于可撤销信用证对受益人缺乏保障,被使用的机会也很小,因此,UCP600号将该条删除,而在第2条关于信用证的定义中,规定信用证是不可撤销的。改变了UCP500号“如果信用



证没有注明其是否可撤销则被视为不可撤销”的规定。

第四,新增了某些条款。例如,新增了一些定义,包括银行日、保兑、兑付、交单等。鉴于以前在信用证的交单地点上有矛盾的规定,如规定自由议付的信用证交单地点却在开证行所在地。新增条款明确交单地点应在指定银行及开证行所在地。新增“兑付”(HONOUR)一词概括了开证行、保兑行、指定行在信用证下除议付以外的一切与支付相关的行为。该定义的引入在于努力表明无论哪一种信用证,银行在信用证下的义务是同一性质的。从信用证使用角度,特别是从受益人角度来看是有益的。规定了“相符的交单”的含义,强调要与信用证条款、适用的惯例条款以及国际银行标准实务相符合。明确对“相符交单”的界定,有利于减少实践中有关单据不符点的争议。

第五,进行了某些内容的修改。UCP600 号对 UCP500 号的某些条款有实质变动。主要有以下几点:其一,关于议付,新的定义明确了议付是对票据及单据的一种买入行为,并明确是对受益人的融资,即预付或承诺预付。定义上的改变承认了有一定争议的远期议付信用证的存在,同时使将议付行对受益人的融资纳入了惯例保护的范畴。明确了在议付中开证行的授权,明确了开证行对于指定行进行承兑、做出延期付款承诺的授权,同时包含允许指定行进行提前买入的授权。这项规定旨在保护指定行在信用证下对受益人进行融资的行为。其二,关于单据处理的天数,UCP500 号规定开证行、保兑行、指定行在收到单据后的处理时间为“合理时间,不超过收单翌日起第 7 个工作日”,UCP600 号中改为“最多为收单翌日起第 5 个工作日”。这样可以消灭业务中经常出现的处理时间是否“合理”的争议,UCP600 号把单据处理时间的双重判断标准简化为单纯的天数标准,使得判断依据简单化。其三,拒付后对单据的处理。UCP600 号细化了拒付中对单据处理的几种选择,包括了一直以来极具争议的条款,即“拒付后,如果开证行收到申请人放弃不符点的通知,则可以释放单据”。UCP600 号把这种

条款纳入合理的范围内,符合了现实业务的发展,减少了因此产生纠纷的可能,并可缩短不符点单据处理的周期。其四,关于转让信用证。UCP600 号明确了第二受益人的交单必须经过转让行。其目的是为了避免第二受益人绕过第一受益人直接交单给开证行,损害第一受益人的利益;同时,这条规定也与其他关于转让行操作的规定相符。

UCP600 号共有 39 个条款,比 UCP500 号减少了 10 个条款,但内容却更准确、更易操作、更易理解。

二、信用证的内容

信用证的基本内容有:(1)信用证的种类、号码、开证日期和有效期限。(2)信用证的当事人,包括开证申请人、受益人、开证银行、通知行、指定行等。(3)信用证的金额,包括信用证应支付的最高金额,信用证支付货物的币种等内容。(4)单据条款,主要规定单据的种类及份数,主要包括提单、保险单和商业发票,但有时也要求卖方提交其他单据,如商品检验证书、原产地证书等。(5)汇票条款,该条款适用于使用汇票的信用证,主要规定汇票的金额、种类、份数及付款人的名称。(6)装运条款,主要规定启运地、目的地、装运期限及是否允许分批装运等内容。关于装运期限,如装运单据表明受益人的实际装运日期迟于信用证允许的最后装运期限,则银行将拒绝接受单据。(7)信用证的有效期限,即银行承诺付款的期限。此外,还可以依每笔交易的不同需要在信用证中进行特殊的规定。

三、信用证的种类

信用证依其性质、形式、付款期限及用途的不同可进行不同的分类。

1. 可撤销的信用证和不可撤销的信用证。可撤销的信用证指信用证在有效期内,开证行不必事先通知受益人,即可随时修改或取消的信用证。但如果在收到开证行撤销通知之前,该信用证已经按照信用证条款付款、承兑、议付或作出了延期付款的承诺,开证行应对该银行



诺。保兑行自对信用证加具保兑时起,即不可撤销地承担承付或议付的责任。相对于受益人,保兑行相当于开证行;相对于开证行,保兑行是保证人,开证行是被保证人。与开证行、通知行和指定行不同,议付行或保兑行只有在信用证规定使用议付信用证或保兑信用证时才存在。

开证申请人,指向银行申请开立信用证的人。在国际贸易中,开证申请人通常是国际货物买卖合同中的买方。在实际业务中,也有买方之外的第三人替买方申请开立信用证的情形。这时申请人是该第三人,而非买方。申请人申请开证时,一般需向开证行提供押金或其他担保。开证行与申请人之间的关系,受开证申请书的调整。

新华考资

www.xhkedu.com

六、信用证当事人之间的关系

信用证关系有广义和狭义之分。狭义信用

证关系,指基于开证行开出的信用证而产生的关系,包括开证行与受益人之间的关系、开证行与通知行之间的关系、开证行与指定行之间的关系、指定行与受益人之间的关系、保兑行与开证行的关系、保兑行与受益人的关系等。广义信用证关系,除上述关系外,还包括开证行与申请人之间的关系。不同当事人之间具有不同的法律关系,其权利义务受不同的协议调整。在中国,中国开证行与受益人、指定行之间的关系按涉外关系处理,中国开证行与申请人之间按国内信贷关系处理。

就其运作原理来说,信用证支付方式下,位于申请人所在国的开证行借助位于受益人所在国的其他银行向受益人付款。受益人或者直接向其所在地的指定行交单并接受付款,或者通过其所在地的银行向开证行交单并接受付款。无论哪种情况,开证行都是最终付款责任人。如果其他银行依据信用证向受益人付款,则开证行需要向这些银行偿付已付款项。由于其他银行所起的作用不同,由此引起的相关当事人的法律关系也不同。

(一) 开证申请人与受益人之间

开证申请人与受益人之间是买卖合同关

系。开证申请人即为国际贸易合同的买方,受益人即为卖方,双方订立的合同中约定以信用证方式支付货款,则买方应依合同的规定开立信用证,卖方则应依合同发货并提供约定的单据。开证行是对受益人承担付款义务的银行。开证行自开立信用证之时起即不可撤销地承担承付责任。开证行偿付指定行的责任,独立于开证行对受益人的责任。开证行一般是申请人所在地的银行或其开户行。开证行与申请人之间的关系受开证申请书的调整,开证行与受益人的关系受信用证调整。

(二) 开证行与开证申请人之间

开证行与开证申请人之间是以开证申请书及其他文件确定的委托合同关系。在此合同关系中,开证行的主要义务是依开证申请书开立信用证并谨慎地审核一切单据,确定单据在表面上符合信用证。开证申请人则应缴纳开证押金或提供其他保证,缴纳开证费用并付款赎单。

(三) 开证行与受益人之间

开证行与受益人之间的关系受信用证的调整,在开立不可撤销的信用证的情况下,则当信用证送达受益人时,在开证行与受益人之间即形成了对双方有约束力的独立合同。受益人是信用证中指定的接受信用证并有权享用信用证利益的人。一般是买卖合同中的卖方。在可转让信用证的情况下,除直接卖方外,还包括货物的实际供应商(第二受益人)。

(四) 通知行与开证行之间

通知行与开证行之间是委托代理关系,通知行接受开证行的委托,代理开证行将信用证通知受益人,并由开证行支付佣金给通知行。

(五) 通知行与受益人之间

通知行与受益人之间不存在合同关系。通知行通知受益人是因其对开证行负有义务,不是因为通知行与受益人之间有合同关系而对受益人负有此项义务。此点在 UCP500 号中也有反映,依第 7 条规定,信用证可经通知行通知受益人,通知行无须承担责任。但鉴于国际贸易中伪造信用证的问题,该条又规定,如通知行决定通知信用证,则应合理谨慎地审核所通知信用证的表面真实性。

七、处理信用证关系的一般原则

(一) 信用证独立原则

信用证交易的当事人之间主要存在这样几类关系:银行与银行之间的关系,开证行与申请人之间的关系,开证行与受益人之间的关系,申请人与受益人之间的关系。信用证开证行与受益人之间的权利义务关系,独立于其他法律关系。

依 UCP600 号第 4 条第 1 款的规定,信用证在性质上与可能作为其依据的销售合同或其他合同是相互独立的交易,即使信用证中含有对此类合同的任何援引,银行也与该合同完全无关,并不受其约束。因此,银行关于承付、议付或履行信用证项下其他义务的承诺,不受申请人基于其与开证行或与受益人之间的关系而产生的索偿或抗辩的影响。受益人在任何情况下,不得利用银行之间或申请人与开证行之间的合同关系。该条第 2 款进一步规定,开证行应劝阻申请人试图将基础合同、形式发票等文件作为信用证组成部分的做法。

银行独立于买方进行付款,以银行信用代替买方的商业信用,是信用证产生的目的,是跟单信用证的根本原则和特征。信用证独立原则,保障信用证交易(支付)的独立性,不允许银行以卖方与买方之间对有关基础合同履行的争议,作为不付款、减少付款或延期付款的理由,也不允许买方以其与卖方之间的合同履行方面的争议为理由,限制银行向受益人付款。英国判例法曾指出,信用证如同汇票和现金,不允许以其他原因减损其效力。

在信用证条款与买卖合同条款的关系上,一般来说,信用证应按照合同中的规定开立,如果信用证条款与合同条款不符,在卖方没有提出异议的情况下,卖方应按信用证条款履行合同;或者要求买方、开证行修改信用证,直至符合买卖合同的规定为止。

在受益人交单不合格被拒付或者受益人没有有效期内按时交单时,开证行根据信用证的付款责任解除,信用证关系消灭。但买方按照合同对卖方承担的付款责任并没有消失。这

也是信用证独立于基础交易关系的另一体现。

(二) 单证严格一致原则

这一原则包括两个方面:第一,信用证交易处理的是单据;第二,处理单据时应遵循单证相符原则,即对相符交单予以承付。

UCP600 号第 5 条规定,在信用证业务中,银行处理的是单据,而不是单据可能涉及的货物、服务或履约行为。因此,如果信用证中含有一项条件,但未规定用以表明该条件得到满足的单据,银行将视为未规定这一条件而不予理会;同样,如果交单人提交的单据是非信用证要求的单据,银行亦不予理会,并可退还给交单人。此外,国际商会银行委员会坚决反对开证行开立含有非单据性条件的信用证。

根据信用证的定义,信用证作为一项安排,构成了开证行对相符交单予以承付的确定承诺。在保兑的情况下,保兑行对相符交单独立承担类似开证行的义务。所谓相符交单,指与信用证条款、UCP600 号的相关适用条款以及国际标准银行实务一致的交单。按指定行事的指定银行、保兑行及开证行须审核交单,并仅基于单据本身确定其是否表面上构成相符交单。在受益人交付的单据与信用证规定一致(单证一致)、单据与单据之间一致(单单一致)时,银行须根据信用证兑用的类型履行相应的义务。当按照指定行事的指定银行、保兑行或开证行确定交单不符时,可以拒绝承付或议付。

严格一致是形式要求而非实质或法律效果要求。开证行遵循单证严格一致原则向受益人付款,也是申请人对开证行的要求,是开证行对申请人承担的义务要求。根据 UCP600 号的规定,当开证行确定交单不符时,可以自行决定联系申请人放弃不符点。这意味着,申请人可以在某种程度上放弃这种要求,在单证不符时,授权开证行对外付款。一旦申请人放弃单证相符的要求,或授权付款,申请人即丧失了以单据不符为由拒绝向开证行偿付的权利。但是,根据法律关系独立原则,在单证不符时,即使申请人放弃对单证一致的要求,从严格的意义上说,开证行仍然有权对受益人拒付。

相符交单的标准是表面相符。UCP600 号



第14条规定了单据审核标准,国际标准银行实务做法(ISBP)进一步细化了这一要求。

根据最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》,开证行在作出付款、承兑或者履行信用证项下其他义务的承诺后,只要单据与信用证条款、单据与单据之间在表面上相符,开证行应当履行在信用证规定的期限内付款的义务。人民法院在审理信用证纠纷案件中涉及单证审查的,应当根据当事人约定适用的相关国际惯例或者其他规定进行;当事人没有约定的,应当按照国际商会《跟单信用证统一惯例》以及国际商会确定的相关标准,认定单据与信用证条款、单据与单据之间是否在表面上相符。信用证项下单据与信用证条款之间、单据与交易所之间表面上不完全一致,但并不导致相互之间产生歧义的,不应认定为不符点。

根据最高人民法院的上述规定,开证行有独立审查单据的权利和义务,有权自行作出单据与信用证条款、单据与单据之间是否在表面上相符的决定,并自行决定接受或者拒绝接受单据与信用证条款、单据与单据之间的不符点。开证行发现信用证项下存在不符点,可以自行决定是否联系开证申请人接受不符点。开证申请人决定是否接受不符点,并不影响开证行最终决定是否接受不符点。开证行和开证申请人另有约定的除外。

八、银行的免责

UCP600号许多条款规定了银行的免责事项,包括对单据有效性的免责,对讯息传递和翻译的免责,不可抗力的免责,以及对被指示方行为的免责等。

(一)关于单据有效性的免责

根据UCP600号第34条,银行对于任何单据的形式、完整性、准确性、真伪性或法律效力,或对于单据上规定或附加的一般性、特殊性条件,概不负责;对于单据中表明的货物描述、数量、重量、品质、状况、包装、交货、价值或其存在与否,对于货物的发货人、承运人、运输代理人、收货人、保险人或其他任何人的诚信与否、作为、不作为、清偿能力、履约或资信,概不负责。

(二)关于信息传递和翻译的免责

根据UCP600号第35条,对于任何文电、信函或单据按照信用证要求传递或发送时,或当信用证未作指示、银行自行选择传送服务时,银行对传输、传递过程中发生的延误、中途遗失、残缺或其他错误产生的后果,概不负责;对专门术语翻译、解释上的差错,概不负责。但是,如果指定行确定交单相符并将单据发往开证行或保兑行,无论指定行是否已经承付或议付,开证行或保兑行必须承付或议付,或偿付指定行,即使单据在指定行送往开证行或保兑行的途中,或保兑行在送往开证行的途中丢失。后一句中开证行或保兑行对途中丢失单据承担责任的规定,是UCP600号的新规定。

(三)不可抗力的免责

根据UCP600号第36条,银行对由于天灾、暴动、骚乱、叛乱、战争、恐怖主义行为,或任何罢工或停工或其无法控制的其他任何原因导致的中断营业的后果,概不负责。银行恢复营业时,对于在营业中断期间已逾期的信用证,不再进行承付或议付。

(四)关于被指示方行为的免责

根据UCP600号第37条,为了执行申请人的指示,银行利用其他银行的服务,其费用和风险由申请人承担。即使银行自行选择了其他银行,如果发出指示未被执行,开证行或通知行对此亦不负责。指示另一银行提供服务的银行有责任负担被指示方因执行指示而发生的任何佣金、手续费、成本或开支(“费用”)。如果信用证规定费用由受益人负担,而该费用未能收取或从信用证款项中扣除,开证行依然承担支付此费用的责任。信用证或其修改不应规定向受益人的通知以通知行或第二通知行收到其费用为条件。外国法律和惯例加之于银行的一切义务和责任,申请人应受其约束,并就此对银行负补偿之责。

有人称银行的免责为银行责任的局限性,银行只审查单据表面相符,不负责采取进一步的行动调查单据的真实性,其原因主要是:(1)银行并不是买卖合同的商家,对一些贸易术语或商家的特殊要求也并不了解;(2)银行不是

新华考资
www.xhkzedu.com

调查机构,国际结算要求银行提供快捷的服务,不可能让银行长期滞留单据进行调查;(3)银行提供的是一种信用而并非保险,谨慎寻找贸易伙伴的责任在商家;(4)银行开立信用证收取的只是少量的开证费,因此要求其承担所有的风险有欠公平。

九、信用证欺诈及例外原则

由于信用证的上述局限性,客观上为欺诈者行骗提供了可能性。国际贸易中此类案件常有发生,使银行或相关交易当事人的利益受到损害。

(一)信用证欺诈的种类

信用证使用中欺诈的表现形式各异,买卖双方都可能存在欺诈行为,主要有:

1. 开立假信用证。有些进口商使用非法手段制造假信用证,或窃取其他银行已印好的空白格式信用证,或无密押电开信用证,或使用假印鉴开出信用证,签字和印鉴无从核对,或开证银行名称、地址不详等。如出口商没有发现信用证系假造而交货,将导致钱货两空。

2. “软条款”信用证。信用证中的“软条款”指信用证中规定一些限制性条款,或信用证的条款不清,责任不明,使信用证的不可撤销性大大降低,因而对受益人非常不利。这种“软条款”信用证可使开证申请人控制整笔交易,而受益人处于受制他人的被动地位。软条款与善意的因进出口细节尚待最后确定的未生效条款不同,是买方故意设下的圈套,这种条款使信用证受益人处于受制于人的地位,信用证项下开证银行的付款承诺是毫不确定,很不可靠的。因买方在信用证中加列一些使信用证实际无法生效,卖方无法执行的“软条款”,目的是买方骗得履约金、佣金或质保金之后,不通知装船、不签发检验证书,使卖方公司拿不到装船通知和检验证书,不能发货及向开证行交单索汇。信用证中常见的“软条款”有:(1)信用证中载有暂不生效条款。如信用证中注明“本证暂不生效,待进口许可证签发通知后生效”,或注明“等货物经开证人确认后再通知信用证方能生效”。(2)限制性付款条款。如信用证规定,“信用证

项下的付款要在货物清关后才支付”,“开证行须在货物经检验合格后方可支付”,“在货物到达时没有接到海关禁止进口通知,开证行才付款”等。(3)加列各种限制。信用证中对受益人的交货和提交的各种单据加列各种限制,如“出口货物须经开证申请人派员检验,合格后出具检验认可的证书”,“货物样品先寄开证申请人认可”等。(4)对装运的限制。信用证中对受益人的交货装运加以各种限制,如“货物装运日期、装运港、目的港须待开证人同意,由开证行以修改书的形式另行通知”,信用证规定禁止转船,但实际上装运港至目的港无直达船只等。对于买方开来的信用证,如卖方通过审证发现有“软条款”,应立即以最快的通讯方式与买方协商,要求改证,对信用证的“软条款”不予接受。

3. 伪造单据。伪造单据是指单据(如海运提单)不是由合法的签发人签发,而由诈骗人或委托他人伪造;或在合法签发人签发单据后进行篡改,改变单据中的有关内容,使之单证相符,骗取货款。

4. 以保函换取与信用证相符的提单。以保函换取与信用证相符的提单主要有倒签提单、预借提单及以保函换取清洁提单的情况。倒签提单是货物装船的日期晚于信用证规定的装船日期,但仍按信用证规定的日期签署装船日期的提单。预借提单和倒签提单的不同之处在于,被预借的提单是在货物实际装船完毕前签发的,并将当天的日期记载于提单签发日期栏内。倒签提单、预借提单均属于欺诈行为。

凭保函签发清洁提单时,隐瞒了船载货物本不清洁的事实真相,将不清洁的货物伪称清洁货物记载在提单上,将本应签发的不清洁提单伪称清洁提单签发,以骗取银行对结汇单据的信任,并骗取善意的收货人对单据和货物的信任,非法剥夺了收货人本应享有的拒收货物、拒绝承兑赎单的合法权利,目的在于使本因违约而不能结汇的托运人得以通过非法手段顺利结汇,以逃避本应承担的违约责任。

当然在某些特殊情况下,在没有欺诈意图的情况下,有时由于客观条件所限,承托双方就



货物的数量、重量或包装等问题存在认识上的分歧,又无法对所装运的货物的实际数量进行再核实,此时凭保函签发清洁提单是商业习惯允许的变通做法,这不仅是出于使托运人得以顺利结汇的需要,而且也是为了使货运程序得以顺利进行,司法实践中已有案例承认了此种善意保函的效力。此时,承运人仍应对货损货差向收货人承担责任,但有权依有效的保函向托运人追偿。《汉堡规则》即在一定范围内承认了善意保函的效力。

(二) 信用证欺诈例外原则

信用证欺诈例外原则主要针对的是信用证受益人(卖方)方面的欺诈行为。即卖方为了取得货款,通过假造与信用证相符的单据,取得指定行或议付行垫付的货款。

1. 有关信用证欺诈例外原则的背景及他国的实践。

信用证是银行有条件的付款承诺,在单证一致时银行应履行付款义务,银行只处理单据,不处理货物。信用证独立于所依据的基础合同。这些原则可能为受益人欺诈申请人或银行提供了便利条件。在信用证支付方式中,严格执行信用证独立于买卖合同的原则有着重要的意义,但在国际贸易中卖方以单据欺诈手段骗取货款的案件不断发生,如果固守这一原则,势必纵容这些诈骗分子,因为货款一旦被骗取,买方就处于极为不利的地位,追回货款的希望很小。有鉴于此,为了打击国际贸易中出现的欺诈行为,不少国家的法律、判例对欺诈行为提出了相应的处理原则,即在承认信用证独立于买卖合同原则的同时,也应当承认有例外情况。如果在银行对卖方提交的单据付款或承兑以前,发现或获得确凿证据,证明卖方确有欺诈行为,买方可请求法院向银行颁发禁止令,禁止银行付款。信用证欺诈例外原则首先是在美国法院的判例中提出来的。美国的《统一商法典》也有对信用证欺诈及补救办法的成文法规定。此外,英国、加拿大、新加坡、法国等国的法院判例也表明承认信用证欺诈例外原则。

从法律渊源上说,欺诈例外规则是国内强制法对国际惯例的一种限制或替代。UCP600

号作为一种商业惯例,主要规范银行的权利和义务。银行基于这些规则行使权利、履行义务。但信用证的独立原则和单证相符原则,不应该使实施欺诈的人获益。这一矛盾的处理,是各国国内法适用的问题。总的原则是保证信用证交易的独立性,同时对受益人的欺诈进行惩处,其实质是确立了信用证与基础交易的关联性。但作为一般原则的例外,其在实践中的解释和适用被控制得非常严格。

信用证欺诈例外的核心问题是银行拒付的条件和程序是什么。一般认为只有受益人(卖方)亲自参与的欺诈才可使银行免除付款义务,受益人(卖方)不知的第三人欺诈,如承运人伪造提单,不能使受益人失去受偿的权利;同时银行在拒绝付款前必须有证据证明受益人欺诈,单纯的怀疑或没有得到证明的申请人的单方主张,是不够的。英国有判例将信用证独立视为商业交易的生命线。1995年修订的《美国统一商法典》第5篇信用证第5-109条,规定了处理信用证欺诈的规则。另外,银行拒绝履行信用证项下的义务应遵循什么样的程序要件,是否银行自己可以决定拒付。

2. 我国有关信用证欺诈例外原则的司法解释。我国最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》(本部分以下简称《规定》)中确认了信用证欺诈例外这一原则。开证申请人、开证行或者其他利害关系人发现有信用证欺诈情形,并认为将会给其造成难以弥补的损害时,可以向有管辖权的人民法院申请中止支付信用证项下的款项。该司法解释的具体内容分述如下:

(1) 法律适用。《规定》第1~4条涉及法律适用问题。依第2条的规定,法院审理信用证纠纷案件时,在法律适用上,当事人有约定的,从约定,没有约定的,适用国际商会《跟单信用证统一惯例》或其他相关国际惯例。第1条规定了何为信用证纠纷,“信用证纠纷”案件,指在信用证开立、通知、修改、撤销、保兑、议付、偿付等环节产生的纠纷。也有人称其为“信用证关系”纠纷,此类纠纷主要涉及信用证流转中的问题。

第3条针对涉及信用证而产生的一些债的纠纷的法律适用进行了规定,依第3条的规定,开证申请人与开证行之间因申请开立信用证而产生的欠款纠纷、委托人和受托人之间因委托开立信用证产生的纠纷、担保人为申请开立信用证或者委托开立信用证提供担保而产生的纠纷以及信用证项下融资产生的纠纷,适用本《规定》。依本条,该规定主要适用于欠款、委托、担保、融资等各种涉及信用证的债的关系的纠纷。

第4条针对涉及信用证的债的关系一般情况下是适用中国法,还是适用外国法的问题,规定有关开立信用证的欠款纠纷、委托开立信用证的纠纷、担保纠纷、融资纠纷应适用中国法,涉外合同当事人另有规定的除外。本条适用的内容似乎与第3条的内容基本相同,这里有一个一般法与特别法的关系,中国法为一般法,而本《规定》是特别法,因此,有关事项凡本《规定》有涉及的,应当优先适用,没有规定的,适用中国法。

(2) 信用证的独立性和单证审查标准。《规定》第5条是对信用证的独立性原则的规定,同时,“信用证欺诈例外原则”在此条中一并得到体现;《规定》第6条第1款明确了信用证项下单证审查的“严格相符”标准,而非“实质相符”标准,但在措辞上并未采用“严格相符”的表述,而是援用了《跟单信用证统一惯例》中“表面上相符”的表述;“表面上相符”标准并非“镜像”标准,而是允许单单之间、单证之间细微的、不会引起理解上歧义的“不完全一致”。这一标准是在充分考虑我国的实践,并参考国际标准和借鉴其他国家司法实践经验的基础上确立起来的。《规定》第7条是对“不符点的接受”的规定,体现了接受不符点是开证行的权利的精神,符合国际惯例的规定。

(3) 信用证欺诈的构成。《规定》第8条列举了应当认定存在信用证欺诈的情形:第一,受益人伪造单据或者提交记载内容虚假的单据;第二,受益人恶意不交付货物或者交付的货物无价值;第三,受益人和开证申请人或者其他第三方串通提交假单据,而没有真实的基础交易;第四,其他进行信用证欺诈的情形。其中第四

项是一个概括性、兜底式的规定,主要考虑到信用证欺诈在实践中的复杂性、多样性,前三项可能难以列举穷尽。

(4) 止付信用证项下款项的条件和程序。《规定》第9条是关于止付信用证项下款项的条件,即开证申请人、开证行或其他利害关系人发现有上述第8条的情形,并认为将会给其造成难以弥补的损害时,可向有管辖权的法院申请中止支付信用证项下的款项。

第10条则规定了排除“信用证欺诈例外的例外”情形,规定即使存在信用证欺诈,但由于开证行或者其指定人、授权人已经对外付款或者基于票据上的法律关系将来必须对外付款,这种情形下,就不能再遵循“信用证欺诈例外”的原则,不能再通过司法手段干预信用证项下的付款行为。这些例外情形包括:①开证行的指定人、授权人已按照开证行的指令善意地进行了付款;②开证行或者其指定人、授权人已对信用证项下票据善意地作出了承兑;③保兑行善意地履行了付款义务;④议付行善意地进行了议付。

第11条规定的条件则是为了提高适用“信用证欺诈例外”的门槛,以防止司法的不当干预阻碍信用证制度在我国的发展,这些条件是:①受理申请的人民法院对该信用证纠纷案件享有管辖权;②申请人提供的证据材料证明存在本规定第8条的情形;③如不采取中止支付信用证项下款项的措施,将会使申请人的合法权益受到难以弥补的损害;④申请人提供了可靠、充分的担保;⑤不存在本规定第10条的情形。

《规定》第12条和第13条则是对人民法院裁定中止支付信用证项下款项具体程序上的规定。《规定》第14条是对人民法院实体审理存在信用证欺诈的信用证纠纷案件时有关程序上的规定,包括基础交易纠纷与信用证纠纷一并审理、第三人等。《规定》第15条要求只有经过实体审理,才可以在符合条件的情况下“判决中止支付信用证项下的款项”。

(5) 关于信用证项下保证责任的承担。《规定》只涉及了信用证项下担保的两个方面的问题:①《规定》第16条规定的开证行或者开证申



请人接受不符点未征得保证人同意,保证人不能以此免除保证责任,这样规定主要是基于根据《跟单信用证统一惯例》的规定,是否接受不符点是开证行的权利,其他任何人都不享有此项权利的考虑;②《规定》第17条明确开证申请人与开证行对信用证进行修改的情况下未征得原保证人的同意,保证人只在原保证合同约定的或者法律规定的期间和范围内承担保证责任。

示例

中国甲公司从某国乙公司进口一批货物,委托中国丙银行出具一份不可撤销信用证。乙公司发货后持单据向丙银行指定的丁银行请求付款,银行审单时发现单据上记载内容和信用证不完全一致。乙公司称甲公司接受此不符点,丙银行经与甲公司沟通,证实了该说法,即指示丁银行付款。后甲公司得知乙公司所发货物无价值,遂向有管辖权的中国法院申请中止支付信用证项下的款项。下列说法正确的是:(2013年试卷一第100题)

- A. 甲公司已接受不符点,丙银行必须承担付款责任
B. 乙公司行为构成信用证欺诈

C. 即使丁银行已付款,法院仍应裁定丙银行中止支付

D. 丙银行发现单证存在不符点,有义务联系甲公司征询是否接受不符点

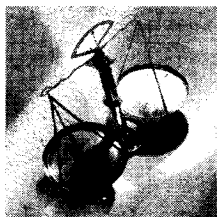
【参考答案及简要提示】B。依《最高人民法院关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》第7条……开证行发现信用证项下存在不符点后,可以自行决定是否联系开证申请人接受不符点。开证申请人决定是否接受不符点,并不影响开证行最终决定是否接受不符点。AD项错误。依第8条的规定,凡有下列情形之一的,应当认定存在信用证欺诈:……(2)受益人恶意不交付货物或者交付的货物无价值……所以,B项正确。依第10条,即使法律已认定存在信用证欺诈,但如丁银行已付款,则法院不能再裁定中止支付,C项错误。

新华考资

【本章主要法律规定】www.xhgz.edu.com

1. 国际商会托收统一规则第9~15条
2. 跟单信用证统一惯例(UCP600号)第1、2、4、6~10、14~16、30、34~37条
3. 最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》

注意本章托收与信用证的区别,前者为商业信用,后者为银行信用。信用证部分注意UCP600号及最高人民法院《关于审理信用证纠纷案件若干问题的规定》。把握信用证有关“单单相符、单证相符”的规则、信用证独立于基础合同的规则、信用证欺诈的例外以及欺诈“例外的例外”,把握发生哪些情况则不能再遵循“信用证欺诈例外”的原则,不能再通过司法手段干预信用证项下的付款行为。



国际经济法

第五章 对外贸易管理制度

第一节 我国的对外贸易法

一、我国对外贸易管理制度框架

我国对外贸易管理制度是指我国通过制定法律、法规,对货物进出口、技术进出口和国际服务贸易进行管理和控制的制度。我国对外贸易管理制度,主要是根据《中华人民共和国对外贸易法》、《中华人民共和国海关法》、《中华人民共和国外汇管理条例》和进出境检疫、检验相关法律确立的。

以外贸法为基本框架,以其他相关条例为补充的相对健全的法律、法规体系,构成了我国货物、技术和服务进出口管理的法律制度。外贸法除对立法目的、适用范围、主管部门以及基本原则等进行总则性的规定外,主要就对外贸易经营者、货物进出口与技术进出口、国际服务贸易、对外贸易中的知识产权、对外贸易秩序、对外贸易调查、贸易救济、对外贸易促进、法律责任作了规定。《中华人民共和国货物进出口管理条例》、《中华人民共和国技术进出口管理条例》进一步细化、完善了我国对货物、技术进出口的管理。《中华人民共和国反倾销条例》、《中华人民共和国反补贴条例》和《中华人民共和国保障措施条例》则从根本上建立了我国的贸易救济制度。此外,还有针对特定产品或技术的管理条例,例如《中华人民共和国核出口管理条例》。就目前而言,我国对服务贸易的管理还相对比较薄弱。

(一)进出境货物的关税制度

海关法是我国关税制度的重要法律依据。中国海关是国内的进出关境的监督管理机关。2003年修订的《中华人民共和国进出口关税条例》(以下简称《关税条例》)对关税税率、完税价格的审定、税额的缴纳、退补、关税的减免及审批程序以及申诉程序等进行了规定。《中华人民共和国海关进出口税则》是《关税条例》的组成部分,具体规定商品的归类原则、商品的税目、税号、商品描述和适用的相关税率。国务院关税税则委员会负责制定或修订《进出口关税条例》、《海关进出口税则》的方针、政策、原则,审议税则修订草案,制定暂定税

率,审定局部调整税率。

中国海关关税主要包括进口关税和出口关税。进口关税设置最惠国税率、协定税率、特惠税率、普通税率、关税配额税率等税率。适用最惠国税率的包括原产于共同适用最惠国待遇条款的世界贸易组织成员的进口货物,原产于与中国签订含有相互给予最惠国待遇条款的双边贸易协定的国家或者地区的进口货物,以及原产于中国境内的进口货物。协定税率适用于原产于与中国签订含有关税优惠条款的区域性贸易协定的国家或者地区的进口货物。特惠税率适用于原产于与中国签订含有特殊关税优惠条款的贸易协定的国家或者地区的进口货物。普通税率适用于上述三种情况之外,以及原产地不明的进口货物。

完税价格分进口完税价格和出口完税价格。进口完税价格,海关主要以进口货物的成交价格以及货物运抵中国境内输入地点装卸前的运输及相关费用、保险费为基础审查确定。出口货物的完税价格由海关以该货物的成交价格及该货物运至中国境内输出地点装卸前的运输及相关费用、保险费为基础审查确定。出口关税不计入完税价格。

进口货物的收货人、出口货物的发货人、进境物品的所有人,是关税的纳税义务人。

纳税义务人应当自海关填发税款缴款书之日起15日内向指定银行缴纳税款。纳税义务人未按期缴纳税款的,从滞纳税款之日起,按日加收滞纳税款万分之五的滞纳金。已征关税的进口或出口货物因品质或者规格原因,原状退货复运出境或进境的,出口货物因故未装运出口的,纳税义务人自缴纳税款之日起1年内,可以申请退还关税。进出口货物放行后,海关发现少征或者漏征税款的,应当自缴纳税款或者货物放行之日起1年内,向纳税义务人补征税款。但因纳税义务人违反规定造成少征或者漏征税款的,海关可以自缴纳税款或者货物放行之日起3年内追征税款,并从缴纳税款或者货物放行之日起按日加收少征或者漏征税款万分之五的滞纳金。海关发现海关监管货物因纳税义务人违反规定造成少征或者漏征税款的,应

当自纳税义务人应缴纳税款之日起3年内追征税款,并从应缴纳税款之日起按日加收少征或者漏征税款万分之五的滞纳金。此外,符合进出口关税条例规定条件的货物,可以免税或减税。

(二) 外汇管理制度

中国的外汇管理在2008年修订《中华人民共和国外汇管理条例》以前非常严格,修订以前的经常项目外汇收入,必须调回境内,不得违反国家有关规定擅自存在境外。修订以前的资本项目外汇收入,除国务院另有规定外,应当调回境内。境内机构的资本项目外汇收入应在外汇指定银行开立外汇账户。依2008年修订的外汇管理条例:

1. 经常项目,经常项目外汇收入,可以按照国家有关规定保留或者卖给经营结汇、售汇业务的金融机构。

2. 资本项目,资本项目外汇收入保留或者卖给经营结汇、售汇业务的金融机构,应当经外汇管理机关批准,但国家规定无需批准的除外。同时,资本项目外汇支出,应当按照国务院外汇管理部门关于付汇与购汇的管理规定,凭有效单证以自有外汇支付或者向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇支付。国家规定应当经外汇管理机关批准的,应当在外汇支付前办理批准手续。对于依法终止的外商投资企业,应依国家有关规定进行清算、纳税后,属于外方投资者所有的人民币,可以向经营结汇、售汇业务的金融机构购汇汇出。

3. 外汇收入,对于境内机构或个人的外汇收入,可以调回境内或者存放境外;调回境内或者存放境外的条件、期限等,由国务院外汇管理部门根据国际收支状况和外汇管理的需要作出规定。这里的“境内机构”指中华人民共和国境内的国家机关、企业、事业单位、社会团体、部队等,外国驻华外交领事机构和国际组织驻华代表机构除外。“境内个人”指中国公民和在中华人民共和国境内连续居住满1年的外国人,外国驻华外交人员和国际组织驻华代表除外。

(三) 进出境检验检疫制度

原国家质量技术监督局和国家出入境检验检疫局(包括原来的国家进出口商品检验局、国



家动植物检疫局和国家卫生检疫局)合并成立的中华人民共和国国家质量监督检验检疫总局(简称国家质检总局),负责对进出口商品进行检验,对进出境动植物以及进出境卫生进行检疫工作。主要法律、法规包括《中华人民共和国国境卫生检疫法》、《中华人民共和国进出境动植物检疫法》和《中华人民共和国进出口商品检验法》及相应的实施细则。

在进出口商品的检验方面,我国法律规定,对国家指定范围内的商品实施强制性检验检疫(法定检验),对法定检验之外的进出口商品,可以抽样检验。对于法定检验的进口商品,未经检验,不得销售、使用;对于法定检验的出口商品,未经检验合格的,不准出口。经当事人申请、国家质检部门批准,可以免于检验。

在进出境动植物检疫方面,根据进出境动植物检疫法及其实施细则,对下列各项实施检疫:进境、出境、过境的动植物、动植物产品和其他检疫物;装载动植物、动植物产品和其他检疫物的装载容器、包装物、铺垫材料;来自动植物疫区的运输工具;进境拆解的废旧船舶;有关法律、行政法规、国际条约或者贸易合同约定应当实施进出境动植物检疫的其他货物、物品。

二、我国的对外贸易法

我国的货物、技术和服务的进出口管理以《中华人民共和国对外贸易法》(以下简称《外贸法》)为基本框架,以其他相关条例为补充的相对健全的法律、法规体系,构成了我国进出口管理的法律制度。《外贸法》包括总则、对外贸易经营者、货物进出口和技术进出口、国际服务贸易、与对外贸易有关的知识产权保护、对外贸易秩序、对外贸易调查、对外贸易救济、对外贸易促进、法律责任和附则几部分。

(一)对外贸易经营的资格

外贸经营者指依法办理工商登记或者其他执业手续,依照《外贸法》或其他有关法律、行政法规的规定从事对外贸易经营活动的法人、其他组织或者个人。外贸经营者包括自然人。外贸经营权的获得实行登记制,法律、行政法规或者国务院对外贸易主管部门规定不需要登记的

除外。商务部发布的《对外贸易经营者备案登记办法》,对依法需要登记的外贸经营者的登记程序作出了规定,但对某些产品的经营资格仍然实行审批制。

(二)货物与技术的进出口

《外贸法》第三章是关于货物进出口与技术进出口的规定,依规定国家准许货物与技术的自由进出口。但是,法律、行政法规另有规定的除外。对货物和技术的进出口实行目录管理,分为禁止进出口、限制进出口和自由进出口。对实行自由进出口许可管理的货物,也实行目录管理,对外贸易主管部门基于监测进出口情况的需要,可以对部分自由进出口的货物实行进出口自动许可并公布其目录。属于自由进出口的技术,应当向国务院对外贸易主管部门或者其委托的机构办理合同备案登记。

在限制和禁止进出口方面,《外贸法》参照GATT第20条一般例外及第21条安全例外的规定,增加了限制和禁止进出口的范围,将有关的世贸组织规则转化为了国内法,也有利于充分保护我国的经济安全及国家利益。依《外贸法》第16条的规定,国家基于下列原因,可以限制或者禁止有关货物、技术的进口或者出口:(1)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德,需要限制或者禁止进口或者出口的;(2)为保护人的健康或者安全,保护动物、植物的生命或者健康,保护环境,需要限制或者禁止进口或者出口的;(3)为实施与黄金或者白银进出口有关的措施,需要限制或者禁止进口或者出口的;(4)国内供应短缺或者为有效保护可能用竭的自然资源,需要限制或者禁止出口的;(5)输往国家或者地区的市场容量有限,需要限制出口的;(6)出口经营秩序出现严重混乱,需要限制出口的;(7)为建立或者加快建立国内特定产业,需要限制进口的;(8)对任何形式的农业、牧业、渔业产品有必要限制进口的;(9)为保障国家国际金融地位和国际收支平衡,需要限制进口的;(10)依照法律、行政法规的规定,其他需要限制或者禁止进口或者出口的;(11)根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定,其他需要限制或者禁止进口或者出口的。此外,国



家对与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的货物、技术进出口,以及与武器、弹药或者其他军用物资有关的进出口,可以采取任何必要的措施,维护国家安全。在战时或者为维护国际和平与安全,国家在货物、技术进出口方面可以采取任何必要的措施。

在限制和禁止进出口货物与技术的管理上,国务院对外贸易主管部门会同国务院其他有关部门,依《外贸法》的规定,制定、调整并公布限制或者禁止进出口的货物、技术目录。并可临时决定限制或者禁止前款规定目录以外的特定货物、技术的进口或者出口。国家对限制进出口的货物,实行配额、许可证等方式管理。对限制进出口的技术,实行许可证管理。国家对部分进口货物还可以实行关税配额管理。有关进出口货物的配额、关税配额,由主管部门在各自的职责范围内,按照公平、公正和效益的原则进行分配。

(三) 国际服务贸易

《外贸法》第四章是关于国际服务贸易的规定。该章依世界贸易组织服务贸易总协定第14条的规定,就服务贸易一般例外和安全例外作了一般性规定。中国以中国加入或缔结的国际协定为基准,对国际服务贸易进行管理。中国在国际服务贸易方面根据所缔结或者参加的国际条约、协定中所作的承诺,给予其他缔约方、参加方市场准入和国民待遇。可以说,在中国,国际服务贸易遵循的原则是一种管制式贸易规则,而非自由贸易原则。只有在中国根据国际协定承诺的领域,才允许外国服务贸易经营者进入,外国服务贸易经营者和外国服务才有可能获得国民待遇。

国家制定、调整并公布国际服务贸易市场准入目录。依《外贸法》第26条的规定,国家基于下列原因,可以限制或者禁止有关的国际服务贸易:(1)为维护国家安全、社会公共利益或者公共道德,需要限制或者禁止的;(2)为保护人的健康或者安全,保护动物、植物的生命或者健康,保护环境,需要限制或者禁止的;(3)为建立或者加快建立国内特定服务产业,需要限制的;(4)为保障国家外汇收支平衡,需要限制的;

(5)依照法律、行政法规的规定,其他需要限制或者禁止的;(6)根据我国缔结或者参加的国际条约、协定的规定,其他需要限制或者禁止的。此外,国家对与军事有关的国际服务贸易,以及与裂变、聚变物质或者衍生此类物质的物质有关的国际服务贸易,可以采取任何必要的措施,维护国家安全。在战时或者为维护国际和平与安全,国家在国际服务贸易方面可以采取任何必要的措施。

(四) 对外贸易中的知识产权保护

传统意义上的知识产权,其适用范围仅限于国内,对于在境外发生的侵犯本国知识产权的情况缺乏有效的救济。在借鉴他国有关规定的规定的基础上,中国《外贸法》增加了“与对外贸易有关的知识产权保护”一章。

该法第29条所针对的是对进口货物侵犯我国知识产权的处理。该条规定进口货物侵犯知识产权,并危害对外贸易秩序的,国务院对外贸易主管部门可以采取在一定期限内禁止侵权人生产、销售的有关货物进口等措施。

第30条针对的是知识产权权利人在对外贸易中滥用其专有权或优势地位的情况,规定当知识产权权利人有阻止被许可人对许可合同中的知识产权的有效性提出质疑、进行强制性“一揽子”许可、在许可合同中规定排他性返授条件等行为之一,并危害对外贸易公平竞争秩序的,国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

第31条规定针对的是外国政府的行为,为我国政府保护我国的知识产权、我国经营者在国外的利益提供了法律依据和手段,规定其他国家或者地区在知识产权保护方面未给予中国的法人、其他组织或者个人国民待遇,或者不能对来源于中国的货物、技术或者服务提供充分有效的知识产权保护的,国务院对外贸易主管部门可依本法和其他有关法律、行政法规的规定,并依中国缔结或参加的国际条约,对与该国家或者该地区的贸易采取必要的措施。

(五) 规范对外贸易中的垄断或其他不正当行为

修订后的《外贸法》针对垄断行为、不正当

新华考资
www.xhkzedu.com

行为等进行了规定,有关规定与我国反不正当竞争法并不矛盾,因为《外贸法》只调整进出口环节,新规定填补了我国《外贸法》中缺乏竞争规则的空白。

关于垄断行为,第32条规定在对外贸易经营活动中,不得违反有关反垄断的法律、行政法规的规定实施垄断行为。在对外贸易经营活动中实施垄断行为,危害市场公平竞争的,依照有关反垄断的法律、行政法规的规定处理。行为违法,并危害对外贸易秩序的,国务院对外贸易主管部门可以采取必要的措施消除危害。

关于进出口环节的不正当竞争行为,第33条规定,在对外贸易经营活动中,不得实施以不正当的低价销售商品、串通投标、发布虚假广告、进行商业贿赂等不正当竞争行为。在对外贸易经营活动中实施不正当竞争行为的,依照有关反不正当竞争的法律、行政法规的规定处理。行为违法,并危害对外贸易秩序的,国务院对外贸易主管部门可以采取禁止该经营者有关货物、技术进出口等措施消除危害。

第34条还规定了在对外贸易活动中,不得有下列行为:(1)伪造、变造进出口货物原产地标记,伪造、变造或者买卖进出口货物原产地证书、进出口许可证、进出口配额证明或者其他进出口证明文件;(2)骗取出口退税;(3)走私;(4)逃避法律、行政法规规定的认证、检验、检疫;(5)违反法律、行政法规规定的其他行为。

(六)对外贸易调查

“对外贸易调查”一章,是在原有条款的基础上扩充而成的。该章为对外贸易主管机关严格执法提供了法律依据和执法手段,对相关利害关系方的利益提供了充分的保护。

为了维护对外贸易秩序,国务院对外贸易主管部门可以自行或者会同国务院其他有关部门,依照法律、行政法规的规定对下列事项进行调查:(1)货物进出口、技术进出口、国际服务贸易对国内产业及其竞争力的影响;(2)有关国家或者地区的贸易壁垒;(3)为确定是否应当依法采取反倾销、反补贴或者保障措施等对外贸易救济措施,需要调查的事项;(4)规避对外贸易救济措施的行为;(5)对外贸易中有关国家安全

利益的事项;(6)其他国家针对中国的歧视性措施,侵犯知识产权、滥用知识产权,或者未能对中国知识产权提供充分有效的保护的事项;(7)其他影响对外贸易秩序,需要调查的事项。国务院对外贸易主管部门根据调查结果,提出调查报告或者作出处理裁定,并发布公告。

第二节 贸易救济措施

中国的贸易救济措施主要包括反倾销、反补贴、保障措施,此外,中国《外贸法》还规定了其他救济措施,如适用服务贸易的保障措施,针对进口转移的救济措施,其他国家未履行义务时的救济措施,反规避措施,预警应急机制等。

一、反倾销措施

《中华人民共和国反倾销条例》将《外贸法》中有关反倾销的规定具体化、明确化,确立了反倾销调查和反倾销措施的要求和程序。根据该条例,进口产品以倾销方式进入中国市场,并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁,或者对建立国内产业造成实质阻碍的,我国应依照反倾销条例进行调查,采取反倾销措施。进口产品存在倾销、对国内产业造成损害、二者之间有因果关系,是采取反倾销措施的必要条件。

(一)倾销与损害的确定

1. 倾销。倾销是指在正常贸易过程中进口产品以低于其正常价值的出口价格进入中国市场。对倾销的调查和确定,由商务部负责。确定倾销的关键是比较正常价值和出口价格。出口价格低于其正常价值的幅度,为倾销幅度。

正常价值按下列方法确定:进口产品的同类产品,在出口国(地区)国内市场的正常贸易过程中有可比价格的,以该可比价格为正常价值;进口产品的同类产品,在出口国(地区)国内市场的正常贸易过程中没有销售的,或者该同类产品的价格、数量不能据以进行公平比较的,以该同类产品出口到一个适当第三国(地区)的可比价格,或者以该同类产品在原产国(地区)的生产成本加合理费用、利润,为正常价值。进口



产品不直接来自原产国(地区)的,按照出口国(地区)的可比价格确定正常价值;在产品仅通过出口国(地区)转运、产品在出口国(地区)无生产或者在出口国(地区)中不存在可比价格等情形下,可以该同类产品在原产国(地区)的价格为正常价值。

出口价格按照下列方法确定:进口产品以实际支付或应当支付的价格为出口价格;没有出口价格或其价格不可靠,以根据首次转售给独立购买人的价格推定出的价格为出口价格;未转售给独立购买人或者未按进口时的状态转售的,可以商务部根据合理基础推定的价格为出口价格。

上述得出的正常价值和出口价格并不能直接比较,而应当考虑、调整影响价格的各种可比性因素,进行公平、合理的比较。倾销幅度的确定,应以加权平均正常价值与全部可比出口交易的加权平均出口价格比较,或将正常价值和出口价格在逐笔交易基础上比较。出口价格在不同的购买人、地区、时期之间存在很大差异,不能按前两种方法比较时,使用加权平均正常价值与单一出口交易的出口价格进行比较。

2. 损害。损害是指倾销对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁,或者对建立国内产业造成实质阻碍。商务部负责对损害的调查和确定。涉及农产品的反倾销调查,由商务部会同农业部进行。

在确定倾销对国内产业造成的损害时,应审查下列事项:倾销进口产品的数量;倾销进口产品的价格;倾销进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响;倾销进口产品的出口国(地区)、原产国(地区)的生产能力、出口能力,被调查产品的库存情况;造成国内产业损害的其他因素。

国内产业指中国国内同类产品的全部生产者,或者其生产产品的总产量占国内同类产品全部总产量的主要部分的生产者。但是,国内生产者与出口经营者或者进口经营者有关联的,或者其本身为倾销进口产品的进口经营者的,可以排除在国内产业之外。特殊情况下,国内一个区域市场中的生产者,在该市场中销售

其全部或者几乎全部的同类产品,并且该市场中同类产品的需求主要不是由国内其他地方的生产者供给的,可以视为一个单独产业(区域产业)。

同类产品指与倾销进口产品相同的产品;没有相同产品的,以与倾销进口产品的特性最相似的产品为同类产品。

在确定倾销对国内产业造成的实质损害时,应当依据肯定性证据。在确定倾销对国内产业造成的实质损害威胁时,应当依据事实,不得仅依据指控、推测或者极小的可能性。

3. 因果关系。倾销进口与国内产业损害间必须存在因果关系。倾销进口必须是造成国内产业损害的原因。在确定倾销对国内产业的损害时,应当依据肯定性证据,不得将非倾销因素对国内产业造成的损害归因于倾销。

4. 累积评估。倾销进口产品来自两个以上国家(地区),并且同时满足下列条件的,可以就倾销进口产品对国内产业造成的影响进行累积评估:第一,来自每一国家(地区)的倾销进口产品的倾销幅度不小于2%,并且其进口量不属于可忽略不计的;第二,根据倾销进口产品之间以及倾销进口产品与国内同类产品之间的竞争条件,进行累积评估是适当的。

(二)反倾销调查

发起反倾销调查有两种发起方式,主要是基于国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织向商务部提出反倾销调查的书面申请;特殊情况下,商务部可以自主决定立案调查。

反倾销调查的申请应特别包括下述两个方面:第一,申请调查的进口产品倾销、对国内产业造成损害、二者之间存在因果关系的证据;第二,有足够的国内生产者的支持,在支持申请和反对申请的生产者中,支持者的产量占二者总产量的50%以上,同时不得低于国内同类产品总产量的25%。

商务部调查时,利害关系方(申请人、已知的出口经营者和进口经营者、出口国家或地区政府以及其他有利害关系的组织、个人)应当如实反映情况,提供有关资料。利害关系方不如

实反映情况、提供有关资料的,或者没有在合理时间内提供必要信息的,或者以其他方式严重妨碍调查的,商务部可以根据已经获得的事实和可获得的最佳信息作出裁定,即基于现有事实作出裁定。

反倾销调查分为初步裁定和终局裁定两个阶段。初步裁定倾销、损害和二者之间的因果关系成立的,继续调查,作出终局裁定。下列情形下,终止反倾销调查:申请人撤销申请;没有足够证据证明存在倾销、损害或者二者之间有因果关系;倾销幅度低于2%;倾销进口产品实际或者潜在的进口量或者损害可忽略不计;商务部认为不适宜继续进行反倾销调查。

(三)反倾销措施

反倾销措施包括临时反倾销措施、价格承诺和反倾销税。

初步裁定确定倾销成立并由此对国内产业造成损害的,可以采取临时反倾销措施。临时反倾销措施包括征收临时反倾销税;要求提供保证金、保函或其他形式的担保,其数额不得超过初步裁定确定的倾销幅度。临时反倾销措施实施的期限,自临时反倾销措施决定公告实施之日起不得超出4个月,特殊情形下可延长至9个月。在反倾销立案调查决定公告之日起的60天内,不得采取临时反倾销措施。

倾销进口产品的出口经营者在反倾销调查期间,可以向商务部作出改变价格或者停止以倾销价格出口的价格承诺。商务部可以建议但不得强迫出口经营者作出价格承诺。出口经营者不作出价格承诺或不接受价格承诺建议,不妨碍反倾销案件的调查和确定。是否接受价格承诺,由商务部决定。商务部认为价格承诺能够接受并符合公共利益的,可以决定中止或终止反倾销调查,不采取临时反倾销措施或征收反倾销税。商务部作出初步裁定前不得寻求或者接受价格承诺。应出口商请求,或商务部认为有必要,商务部接受价格承诺后继续进行调查并作出否定的倾销或损害的终局裁定,价格承诺自动失效;作出肯定的倾销和损害裁定的,价格承诺一直有效。出口经营者违反价格承诺,商务部可立即恢复反倾销调查;根据可获得

的最佳信息,可决定采取临时反倾销措施,并可以对实施临时反倾销措施前90天内进口的产品追溯征收反倾销税,但违反价格承诺前进口的产品除外。

终局裁定确定倾销成立并由此对国内产业造成损害的,可以征收反倾销税。征收反倾销税应符合公共利益。反倾销税的纳税人为倾销进口产品的进口经营者。反倾销税税额不得超过终局裁定确定的倾销幅度。

反倾销税对终局裁定公告之日后进口的产品适用,但在特殊情况下也可以追溯征收。追溯条件和追溯时间是应特别注意的问题。除上述违反价格承诺的情形外,还包括另外两种情形。终裁决定确定存在实质损害或实质损害威胁,并且在此前已经采取临时反倾销措施的,反倾销税可以对已经实施临时反倾销措施的期间追溯征收。对实施临时反倾销税的期间追溯征收的,采取多退少不补的原则。即终裁决定确定的反倾销税额高于已付或应付临时反倾销税或担保金额的,差额部分不予征收;低于已付或应付临时反倾销税或担保金额的,差额部分应予退还或重新计算。

满足下列两项条件时,可以对立案调查后、实施临时反倾销税之日前90天内进口的产品追溯征收反倾销税:倾销进口产品有对国内产业造成损害的倾销历史,或者该产品的进口经营者知道或者应当知道出口经营者实施倾销并且倾销对国内产业将造成损害;倾销进口产品在短期内大量进口,并且可能会严重破坏即将实施的反倾销税的补救效果。

终局裁定确定不征收反倾销税的,或者终局裁定未确定追溯征收反倾销税的,应当退还已征收的临时反倾销税、已收取的保证金,解除保函或者其他形式的担保。

(四)反倾销措施的期限和复审

反倾销税的征收期限和价格承诺的履行期限不超过5年;但是经复审确定终止征收反倾销税有可能导致倾销和损害的继续或者再度发生的,可以适当延长反倾销税的征收期限。

对于反倾销税和价格承诺,商务部可以决定对其必要性进行复审;经利害关系方申请,商



务部也可以对反倾销税和价格承诺的必要性进行复审。根据复审结果,商务部作出保留、修改或者取消反倾销税或价格承诺的决定。复审期间,复审程序不妨碍反倾销措施的实施。

示例

国内某产品生产商向我国商务部申请对从甲国进口的该产品进行反倾销调查。该产品的国内生产商共有100多家。根据我国相关法律规定,下列哪一选项是正确的?(2010年试卷一第44题)

- A. 任何一家该产品的国内生产商均可启动反倾销调查
- B. 商务部可强迫甲国出口商作出价格承诺
- C. 如终裁决定确定的反倾销税高于临时反倾销税,甲国出口商应当补足
- D. 反倾销税税额不应超过终裁决定确定的倾销幅度

【参考答案及简要提示】D。A项错,依《反倾销条例》第13条和第17条的相关规定,只有国内产业或者代表国内产业的自然人、法人或者有关组织方可依照该条例向商务部提出反倾销调查的书面申请,支持者的产量占二者总产量的50%以上,同时不得低于国内同类产品总产量的25%。依《反倾销条例》第31条第2款,商务部可以向出口经营者提出价格承诺的建议,而不得强迫出口经营者作出价格承诺。B项错。作为另一种临时反倾销措施,商务部可根据情况确定征收临时反倾销税。依同法第43条第3款应为“多退少不补”,C项错。依同法第42条,反倾销税税额不超过终裁决定确定的倾销幅度,D项正确。

新华考资

www.xhkzedu.com

二、反补贴措施

《中华人民共和国反补贴条例》(以下简称反补贴条例)规定:进口产品存在补贴,并对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁,或者对建立国内产业造成实质阻碍的,依照该条例的规定进行调查,采取反补贴措施。

(一) 补贴及专向补贴

补贴是指出口国(地区)政府或者其任何公共机构(以下统称出口国政府)提供的并为接受者带来利益的财政资助以及任何形式的收入或者价格支持。除收入或价格支持外,构成补贴须具备两个要素:政府提供的财政资助和接受者获得的利益。

财政资助包括下述情形:出口国政府以拨款、贷款、资本注入等形式直接提供资金,或者以贷款担保等形式潜在地直接转让资金或者债务;出口国政府放弃或者不收缴应收收入;出口国政府提供除一般基础设施以外的货物、服务,或者由出口国政府购买货物;出口国政府通过向筹资机构付款,或者委托、指令私营机构履行上述职能。

根据反补贴条例进行调查、采取反补贴措施的补贴,必须具有专向性。补贴的专向性,指“进口的产品直接或间接接受出口国家或地区给予的任何形式的专向性补贴”。下列补贴为专向补贴:由出口国政府明确确定的某些企业、产业获得的补贴;由出口国法律、法规明确规定的某些企业、产业获得的补贴;指定特定区域内的企业、产业获得的补贴;以出口实绩为条件获得的补贴,包括该条例所附出口补贴清单列举的各项补贴;以使用本国(地区)产品替代进口为条件获得的补贴。在确定补贴专向性时,还应考虑受补贴企业的数量和企业受补贴的数额、比例、时间以及综合开发补贴的方式等因素。

补贴的调查和确定,由商务部负责。

(二) 损害

损害是指补贴对已经建立的国内产业造成实质损害或者产生实质损害威胁,或者对建立国内产业造成实质阻碍。对损害的调查和确定,由商务部负责;涉及农产品的,由商务部会同农业部进行。

在确定补贴对国内产业的损害时,应审查下列事项:补贴可能对贸易造成的影响;补贴进口产品的数量,包括补贴进口产品的绝对数量或者相对于国内同类产品生产或消费的数量是否大量增加,或者补贴进口产品数量大幅增加

的可能性;补贴进口产品的价格影响,包括补贴进口产品的价格削减或者对国内同类产品的价格产生大幅度抑制、压低等影响;补贴进口产品对国内产业的相关经济因素和指标的影响;补贴进口产品出口国、原产国的生产能力、出口能力,被调查产品的库存情况;造成国内产业损害的其他因素。

对实质损害威胁的确定,应当依据事实,不得仅依据指控、推测或者极小的可能性。

在一定条件下,对来自两个以上国家的补贴进口产品,可以进行累积评估。其条件主要包括:不属于微量补贴,进口量不可忽略不计;根据补贴进口产品间的竞争条件及补贴进口产品与国内同类产品间的竞争条件,累积评估适当。

反补贴条例中国内产业、区域产业、关联企业以及同类产品的概念,与反倾销条例中的相应概念类似。反补贴调查程序中,利害关系方包括申请人、已知的出口经营者、进口经营者以及其他有利害关系的组织、个人。出口国政府为利害关系国。

(三)补贴进口产品与国内产业损害间的因果关系

补贴进口产品必须是国内产业损害的原因。在确定补贴对国内产业的损害时,应当依据肯定性证据,不得将对国内产业造成损害的非补贴因素,归因于补贴进口产品。

(四)反补贴调查及反补贴措施

反补贴调查的程序与反倾销调查的程序基本相同。反补贴措施与反倾销措施类似,包括临时反补贴措施、承诺及反补贴税。实施条件基本相同。不同的是,出口国政府或出口经营者,都可以作出承诺,分别承诺取消、限制补贴或其他有关措施,承诺修改价格。反补贴税额不得超过终裁决定确定的补贴金额。反补贴税的纳税人为补贴进口产品的进口经营者。

反补贴税只能对终裁决定公告之日后进口的产品适用,但下述情形除外:违反承诺的,可采取临时反补贴措施,并可对实施临时反补贴措施前 90 天内进口的产品追溯征收反补贴税,但违反承诺前进口的产品除外。终裁决定确定

存在实质损害或实质损害威胁,此前已经采取临时反补贴措施,反补贴税可对临时反补贴措施的期间追溯征收。下列三种情形并存的,必要时,可以对实施临时反补贴措施之日前 90 天内进口的产品追溯征收反补贴税:补贴进口产品在较短的时间内大量增加;此种增加对国内产业造成难以补救的损害;此种产品得益于补贴。

新华考资
www.xhkzedu.com

三、保障措施

《中华人民共和国保障措施条例》进一步明确了外贸法中的有关保障措施的要求。

(一)采取保障措施的基本条件

如果根据保障措施条例进行的保障措施调查,确定进口产品数量增加,并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者产生严重损害威胁,可以采取保障措施。进口产品数量增加、国内产业受到损害、二者之间存在因果关系,是采取保障措施的三个基本条件。进口产品数量增加指进口数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加。适用保障措施要求的产业损害程度重于反倾销或反补贴要求的损害程度,即严重损害而不是实质损害。

(二)调查的发起

与国内产业有关的自然人、法人或者其他组织,可以依照保障措施条例,向商务部提出保障措施的申请;必要时,商务部在没有收到此类申请时,也可以立案调查。保障措施条例对申请人,不存在反倾销条例或反补贴条例中的产业支持量的要求。一般保障措施调查,由商务部负责;涉及农产品的,由商务部会同农业部进行。商务部根据调查结果,可以作出初裁决定,也可以直接作出终裁决定。

(三)进口产品数量增加

进口产品数量增加,是指进口产品数量绝对增加或者与国内生产相比相对增加。进口产品数量增加这一条件的关键是增加的确定。国内主管机关应对进口产品增加提供合理的充分说明。由于存在相对增加这一情况,增加并不仅仅是一个量的概念。不仅要求证明数量的任何增加,而且还要证明以造成严重损害或威胁



的数量和条件进口,这要求必须评估以绝对和相对条件进口增加的比率和数量。用于比较的时间点、调查期间内的增长趋势,都是考虑因素。调查期限内进口数量的暂时下降,对进口产品增加的确定不起决定作用。

(四) 损害的调查与确定

在确定进口产品数量增加对国内产业造成的损害时,应当审查下列相关因素:进口产品的绝对和相对增长率及增长量;增加的进口产品在国内市场所占的份额;进口产品对国内产业的影响,包括对国内产业在产量、销售水平、市场份额、生产率、设备利用率、利润与亏损、就业等方面的影响;造成国内产业损害的其他因素。对严重损害威胁的确定,应当依据事实,不能仅依据指控、推测或者极小的可能性。国内产业,指中国国内同类产品或者直接竞争产品的全部生产者,或者其总产量占国内同类产品或直接竞争产品全部总产量的主要部分的生产者。

(五) 进口产品数量增加与国内产业损害间的因果关系

商务部根据客观事实和证据,确定进口产品数量增加与国内产业损害是否存在因果关系。进口增加以外的因素对国内产业造成的损害不得归因于进口增加。

(六) 保障措施的实施

有明确证据表明进口产品数量增加,在不采取临时保障措施将对国内产业造成难以补救的损害的紧急情况下,商务部可以作出初步裁定,并采取临时保障措施。临时保障措施采取提高关税的形式。

终局裁定确定进口产品数量增加,并由此对国内产业造成损害的,可以采取保障措施。保障措施可以采取提高关税、数量限制等形式。保障措施应针对正在进口的产品实施,不区分产品来源国(地区)。采取保障措施应限制在防止、补救严重损害并便利调整国内产业所必要的范围内。终裁决定确定不采取保障措施的,已征收的临时关税应当予以退还。

保障措施的实施期限不超过4年。符合法律规定的条件的,保障措施的实施期限可以适当延长,但一项保障措施的实施期限及延长期

限,最长不超过10年。保障措施实施期限超过1年的,应当在实施期间内按固定时间间隔逐步放宽。这些都不同于反倾销措施或反补贴措施。

对同一进口产品再度采取保障措施的,与前次采取保障措施的时间间隔应当不短于前次采取保障措施的期限,并且至少为2年。符合下列条件的,对一产品实施的期限为180天或更短的保障措施,可以不受前述时间间隔的限制:自对该进口产品实施保障措施之日起,已经超过1年;自实施该保障措施之日起5年内,未对同一产品实施2次以上保障措施。

另外,根据修订后的《外贸法》,在进口产品增加损害国内产业时,除采取消除或减轻损害的保障措施外,还可以对该产业提供必要的支持。

示例

根据《中华人民共和国对外贸易法》,下列哪一说法是不正确的?(2015年试卷第41题)

A. 保障措施中“国内产业受到损害”,是指某种进口产品数量增加,并对生产同类产品或直接竞争产品的国内产业造成严重损害或严重损害威胁

B. 进口产品数量增加指进口数量的绝对增加或与国内生产相比的相对增加

C. 终裁决定确定不采取保障措施的,已征收的临时关税应当予以退还

D. 保障措施只应针对终裁决定作出后进口的产品实施

【参考答案及简要提示】D。依《保障措施条例》第2条,进口产品数量增加,并对生产同类产品或者直接竞争产品的国内产业造成严重损害或者严重损害威胁的,依照本条例的规定进行调查,采取保障措施。A项说法正确。依第7条,进口产品数量增加,是指进口产品数量的绝对增加或者与国内生产相比的相对增加,B项说法正确。依第25条,终裁决定确定不采取保障措施的,已征收的临时关税应当予以退还,C项说法正确。依第22条,保障措施应当针对正在进口的产品实施,不区分产品来源国(地区)。因此,D项说法错误。本题为否定命题,答案为D。

四、贸易救济措施的国内司法审查

根据世界贸易组织反倾销协议和反补贴协议,各成员应建立对反倾销措施和反补贴措施的司法审查制度。2002年11月21日,最高人民法院发布了《关于审理反倾销行政案件应用法律若干问题的规定》、《关于审理反补贴行政案件应用法律问题的规定》,从行政诉讼的角度正式确定了我国对反倾销、反补贴措施的司法审查制度。

(一)反倾销行政行为的司法审查

反倾销条例规定,对商务部的终局裁定、是否征收反倾销税的决定以及追溯征收、退税、对新出口经营者征税的决定、对商务部的复审决定,利害关系人不服的可以依法申请行政复议,或依法向人民法院提起诉讼。

根据上述最高人民法院的规定,人民法院依法受理对下列反倾销行政行为的行政诉讼:(1)有关倾销及倾销幅度、损害及损害程度的终局裁定;(2)有关是否征收反倾销税的决定,以及追溯征收、退税、对新出口经营者征税的决定;(3)有关保留、修改或者取消反倾销税以及价格承诺的复审决定;(4)有关依照法律、行政法规规定可以起诉的其他反倾销行政行为。该规定没有明确对商务部拒绝受理反倾销调查申请的决定,是否可以提起行政诉讼。

与反倾销行政行为具有法律上的利害关系的个人或者组织为利害关系人,可以依照行政诉讼法及其他法律、行政法规的规定,向人民法院提起行政诉讼。利害关系人,指向国务院主管部门提出反倾销调查书面申请的申请人,有关出口经营者和进口经营者,及其他具有法律上利害关系的自然人、法人或者其他组织。反倾销行政案件的被告,应当是作出相应被诉反倾销行政行为的国务院主管部门。一审反倾销案件由下列人民法院管辖:被告所在地高级人民法院指定的中级人民法院;被告所在地高级人民法院。

人民法院依照行政诉讼法及其他有关反倾销的法律、行政法规,参照国务院部门规章,对被诉反倾销行政行为的事实问题和法律问题,

进行合法性审查。原告对其主张的事实有责任提供证据。被告对其作出的被诉反倾销行政行为为负举证责任,应当提供作出反倾销行政行为的证据和所依据的规范性文件。人民法院依据被告的案卷记录审查被诉反倾销行政行为的合法性。被告在作出被诉反倾销行政行为时没有记入案卷的事实材料,不能作为认定该行为为合法的根据。

人民法院审理反倾销行政案件,根据不同情况,分别作出以下判决:(1)被诉反倾销行政行为证据确凿,适用法律、行政法规正确,符合法定程序的,判决维持。(2)被诉反倾销行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出反倾销行政行为:①主要证据不足的;②适用法律、行政法规错误的;③违反法定程序的;④超越职权的;⑤滥用职权的。(3)依照法律或者司法解释的规定作出的其他判决。

(二)反补贴行政行为的司法审查

反补贴条例规定,对商务部作出的终局裁定不服的,对依照该条例作出的是否征收反补贴税的决定以及追溯征收的决定不服的,或者对依照该条例作出的复审决定不服的,可以依法申请行政复议,也可以依法向人民法院提起诉讼。

人民法院依法受理对下列反补贴行政行为提起的行政诉讼:有关补贴及补贴金额、损害及损害程度的终局裁定;有关是否征收反补贴税以及追溯征收的决定;有关保留、修改或者取消反补贴税以及承诺的复审决定;依照法律、行政法规规定可以起诉的其他反补贴行政行为。

与反补贴行政行为具有法律上利害关系的个人或组织为利害关系人,可以依照行政诉讼法及其他有关法律、行政法规的规定,向人民法院提起行政诉讼。利害关系人,指向国务院主管机关提出反补贴调查书面申请的申请人,有关出口经营者和进口经营者及其他具有法律上利害关系的自然人、法人或者其他组织。反补贴行政案件的被告,应当是相应被诉反补贴行政行为的国务院主管部门。一审反补贴案件由下列人民法院管辖:被告所在地高级人民法院指定的中级人民法院;被告所在地高级人民法院。



人民法院依照行政诉讼法及其他有关反补贴的法律、行政法规,参照国务院部门规章,对被诉反补贴行政行为的事实问题和法律问题,进行合法性审查。原告对其主张的事实有责任提供证据。被告对其作出的被诉反补贴行政行为为负举证责任,应当提供作出反补贴行政行为的证据和所依据的规范性文件。人民法院依据被告的案卷记录审查被诉反补贴行政行为的合法性。被告在作出被诉反补贴行政行为时没有记入案卷的事实材料,不能作为认定该行为合法的根据。

人民法院审理反补贴行政案件,根据不同情况,分别作出以下判决:(1)被诉反补贴行政行为证据确凿,适用法律、行政法规正确,符合法定程序的,判决维持。(2)被诉反补贴行政行为有下列情形之一的,判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出反补贴行政行为:①主要证据不足的;②适用法律、行政法规错误的;③违反法定程序的;④超越职权的;⑤滥用职权的。(3)依照法律或者司法解释的规定作出的其他判决。

五、贸易救济措施争议的多边审查

对于反倾销措施、反补贴措施或保障措施,除利害关系方通过进口国的程序申请行政复议或向法院提出诉讼外,产品的出口商或生产商还可以通过其政府,对这些贸易措施通过世界贸易组织的多边争端解决程序进行审查。这两种救济可以分别称为国内程序救济和多边程序救济。

国内程序救济和多边程序救济在性质上是两种根本不同的救济。其区别主要在于下述方面:(1)当事人不同。在国内程序中,当事人是原调查的利害关系方,而在多边程序中当事人是出口国政府和进口国政府。(2)申诉对象不同。在国内程序中,申诉对象是主管机关作出的决定或采取的措施,在多边程序中申诉对象既可以是主管机关作出的决定或采取的措施,也可以是复审法院作出的裁决,甚至还可以包括立法本身(统称进口成员国措施)。(3)实体规则或审查标准不同。国内程序中据以判断主

管机关的决定是否合法的依据是进口国国内法,而在多边程序中审查成员国措施的依据是世界贸易组织的相关规则。成员的国内法与世界贸易组织规则在一些具体问题的规定、解释和适用方法上会存在一定的区别,成员国法律违反世界贸易组织规则的情况更是如此。(4)处理争议的程序不同。在国内程序中遵循的是进口国的行政复议法或诉讼程序法,而在多边程序中遵循的是世界贸易组织的争端解决规则和程序以及相关协议规定的特殊或额外的规则与程序。(5)复议、审判机构不同。在国内程序中,进行复议、审判的机构,或者是原调查机构,或者是具有管辖权的法院,而在多边程序中审判机构是争端解决机构,具体说是专家组和上诉机构。(6)救济结果不同。在国内程序中如果主管机关的裁定被裁决违反了国内法的相关规定,可以直接撤销或修改相关措施,而在多边程序中,争端解决机构只能建议进口成员国政府使其措施与世界贸易组织规则相一致,而不能直接撤销或修改相关措施。

新华考资

www.xhgz.edu.com

六、WTO 的两反一保制度

世界贸易组织的贸易救济制度主要规定在关税与贸易总协定、反倾销协定、反补贴协定和保障措施协定中。反倾销协定、反补贴协定和保障措施协定分别就关税与贸易总协定中的贸易救济规则作了进一步的细化与阐述,关税与贸易总协定和这些协定共同构成了世界贸易组织的贸易救济规则,不可以脱离关税与贸易总协定适用反倾销协定、反补贴协定或保障措施协定,反之亦然。除上述规定外,农业协定规定了农产品的特殊保障措施。广义上讲,中国人世议定书中规定的针对特定产品的过渡性保障措施,属于世界贸易组织的贸易救济制度,但已经超出了传统意义上的两反一保范围。

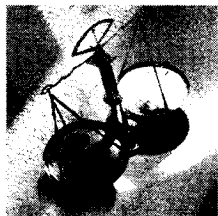
中国的反倾销条例、反补贴条例和保障措施条例,是按照世界贸易组织的反倾销协定、反补贴协定和保障措施协定制定的。世界贸易组织的两反一保制度,与中国的两反一保制度基本类似,在此不再赘述。

【本章主要法律规定】

1. 对外贸易法
2. 反倾销条例

3. 反补贴条例
4. 保障措施条例

倾销只有在造成国内产业损害、且损害和倾销之间有因果关系才可以使用反倾销措施。补贴也是只有造成损害,且补贴与损害之间有因果关系才可以使用反补贴措施。保障措施针对的是进口产品的数量增加,造成国内产业的损害,且数量增加与损害之间有因果关系时采取的救济措施。反倾销和反补贴措施可以连续使用,而保障措施不能连续采取,再采取时应当有时间的间隔。在救济措施方面,反倾销和反补贴均有临时措施、价格承诺或承诺以及最终措施,初裁后采取的是临时措施,终裁后采取的是最终措施,价格承诺或承诺应在初裁后采取,调查机构只能建议不能强迫出口商接受。反倾销和反补贴的纳税义务人是进口经营者。



国际经济法

第六章 世界贸易组织

第一节 世界贸易组织概述

一、世界贸易组织法律制度与前关税与贸易总协定法律制度的区别与联系

依乌拉圭回合谈判达成的《建立世界贸易组织的马拉喀什协定》(简称世界贸易组织协定或 WTO 协定),世界贸易组织于 1995 年 1 月 1 日正式成立并开始运作。世界贸易组织的前身是关税与贸易总协定(英文简称 GATT)。关税与贸易总协定有两个含义:一是指一个国际协议——1947 年签署、1948 年 1 月 1 日临时适用的关税与贸易总协定;二是指管理该协议的事实上的国际机构。关税与贸易总协定主持了八轮贸易谈判,在第八轮乌拉圭回合谈判中,谈判者决定建立一个正式的多边贸易组织,即世界贸易组织。

关税与贸易总协定从严格意义上讲不具有国际法上的国际组织的法律地位。世界贸易组织替代了关税与贸易总协定,从此作为“组织”意义上的关税与贸易总协定已不再存在。但作为规则的《关税与贸易总协定》,经过修订、补充,与其他相关协议一起,以 GATT 1994 的形式,成为世界贸易组织协议的一部分。关税与贸易总协定的缔约方成为世界贸易组织的创始成员。

世界贸易组织是依各成员立法机关批准的世界贸易组织协定设立的永久性组织,是国际法上的国际组织,具有法律人格,可以自己的名义享有权利、履行义务、处分财产,其官员可以享有各国给予的外交豁免。

世界贸易组织是对关税与贸易总协定的继承和发展。世界贸易组织对关税与贸易总协定的继承主要表现在下列两个方面:

其一,世界贸易组织协定吸收了关税与贸易总协定规则。1947 年的《关税与贸易总协定》,经过修改,成为了 1994 年关税与贸易总协定的一部分,也成为世界贸易组织规则的一部分。在关税与贸易总协定框架下行之有效的原则,如最惠国待遇原则,扩大适用到了新制定的协定中,如《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协定》。

其二,世界贸易组织遵循了关税与贸易总协定的决策方法和惯例指导。世

界贸易组织遵循了关税与贸易总协定框架下形成的协商一致的决策方法,关税与贸易总协定框架下作出的决定、程序和惯例,对世界贸易组织也有指导性作用。在争端解决制度方面,世界贸易组织信守关税与贸易总协定解决争端适用的原则。可以说,世界贸易组织吸收了关税与贸易总协定的经验和精华。

从法律制度的角度看,二者主要存在下述区别:

1. 确立、适用的法律依据不同。世界贸易组织多边法律制度的基础是《世界贸易组织协定》,这是一个永久性的协定;而适用前《关税与贸易总协定》的依据则是1947年签署的《关税与贸易总协定临时适用议定书》(PPA),该议定书已被1994年关税与贸易总协定废除。

2. 约束力度不同。世界贸易组织在实质意义上不允许成员对世界贸易组织规则作出保留或偏离世界贸易组织规则,各成员的国内立法应与世界贸易组织规则保持一致,国内法的规定不应成为不履行世界贸易组织义务的理由;而在关税与贸易总协定制度下,《关税与贸易总协定临时适用议定书》则明确允许在不违反现有国内立法的范围内最大限度地适用《关税与贸易总协定》的第二部分(被称为祖父条款或祖父权利),国内法的规定可以成为不履行有关义务的借口。

3. 法律框架的结构不同。世界贸易组织多边法律制度是一个完整的统一制度,对所有的成员都有约束力,成员不得有选择地参加协议(极少数成员参加的附件4中的诸边协议除外);在关税与贸易总协定框架下,各协议间是相互独立的、分散的,不同缔约方受不同协议的约束,不同的协议有不同的参加方,不同参加方间的权利义务有可能是不同的。

4. 调整范围不同。世界贸易组织既调整货物贸易,又调整服务贸易,还调整与贸易有关的知识产权,它所调整的货物贸易还包括了纺织品贸易和农产品贸易。而以前的关税与贸易总协定只调整货物贸易,但又不包括纺织品贸易,对农产品贸易的调整也缺乏强有力的约束。

5. 争端解决制度不同。世界贸易组织争

端解决制度是统一的,各成员根据不同协议产生的争端都适用同一争端解决制度;而在关税与贸易总协定框架下,不同的协议有不同的争端解决制度,表现出分散性。两个制度下,申请设立专家组、通过和实施争端解决报告的程序,都不相同。

新华考资

二、世界贸易组织的法律框架

世界贸易组织是根据世界贸易组织协定建立的多边性贸易组织。其成员是加入世界贸易组织的各国政府和单独关税区政府,任何个人、企业或其他非政府机构都不能成为世界贸易组织的成员,也不能向它主张权利。单独关税区,是指不具有独立的完整的国家主权但却在处理对外贸易关系及世界贸易组织协定规定的其他事项方面拥有完全自主权的地区。中国香港、澳门和台湾都是这样的单独关税区。欧洲联盟(欧盟)及其成员国都是世界贸易组织的成员。2001年12月11日,中国正式成为世界贸易组织的第143个成员。世界贸易组织成员分为创始成员和加入成员,中国属于加入成员。

世界贸易组织,是以规则为依据、由全体成员管理的组织。各成员在该组织中的地位是平等的。各成员无论加入先后、势力强弱,在规则面前一律平等。

三、世界贸易组织的法律框架

(一)世界贸易组织协定

世界贸易组织的法律制度是一个以世界贸易组织协定为核心的统一的多边贸易法律制度,由一系列规则组成。该制度是在继承关税与贸易总协定框架下的规则的基础上发展起来的。各协议、规则各自规定了不同的独立义务,共同约束世界贸易组织的成员。

世界贸易组织协定正式确立了世界贸易组织的多边贸易制度。该协定本身主要是机构性的规定以及与组织机构有关的问题。它确立了多边贸易制度的框架,其结构是开放性的(伞形)协定,附有一系列的协议、规则、减让表等。有关世界贸易组织权利义务的大量规范是由作为世界贸易组织协定附件的其他协议规定的。



这种开放式的结构为世界贸易组织协定包括将来达成的协议提供了可能。

世界贸易组织协定是商业性的国际条约,是世界上大多数贸易国通过谈判签署的,约束各成员政府将其贸易政策限制在议定的范围内。其目的是为国际商业活动提供基本的法律规则,帮助产品制造者、服务提供者和进出口商实施商业活动。

(二)世界贸易组织贸易制度的法律体系

世界贸易组织的法律规则可以分为两部分。第一部分是多边贸易协议,第二部分是诸边贸易协议。

第一部分多边贸易协议包括《世界贸易组织协定》及其附件1、附件2和附件3(这三个附件合称为多边贸易协议),构成了世界贸易组织的整个法律制度,也构成了世界贸易组织成员“一揽子”的权利义务,对所有的成员都有约束力。

1. 附件1。

附件1A:货物贸易多边协议。包括:关税

附件1A的总体解释说明,1994年关税与贸易总协定(由下列组成:1947年关税与贸易总协定,与关税减让相关的议定书和核准书、加入议定书、豁免及其他决定,1994年关税与贸易总协定谅解,1994年关税与贸易总协定马拉喀什议定书。1947年临时适用议定书除外),农业协议,实施卫生与植物卫生措施协议,技术性贸易壁垒协议,与贸易有关的投资措施协议,反倾销协议,海关估价协议,装运前检验协议,原产地规则协议,进口许可程序协议,补贴与反补贴措施协议,保障措施协议。

附件1B:服务贸易总协定(简称GATS)。

附件1C:与贸易有关的知识产权协议(简称TRIPs)。

2. 附件2:关于争端解决规则和程序的谅解(简称DSU)。

3. 附件3:贸易政策审查机制(简称TPRM)。

第二部分诸边贸易协议,主要由附件4组成,包括民用航空器贸易协议、政府采购协议、奶制品协议和牛肉协议(这两个协议已于1997

年失效)。世界贸易组织成立后签订的《信息技术产品协议》也属于诸边贸易协议的范畴。诸边贸易协议只有极少数成员参加,也只对参加了诸边协议的成员有约束力。

(三)世界贸易组织规则间的相互关系

1. 原则性规定。《世界贸易组织协定》本身规定,在该协定与任何多边贸易协议(包括诸边贸易协议)条款冲突时,以《世界贸易组织协定》为准。货物贸易规则、服务贸易规则、与贸易有关的知识产权规则,是相互独立、并行的,某一事项可能同时受三类规则的调整。某一贸易措施受其中一个协议的调整,并不表明因此不受其他协议的支配。就货物贸易规则而言,现有11个货物贸易协议优先于1994年关税与贸易总协定。

2. 具体适用时的关系。在争端解决的实践中,在涉及不同协议、不同规定的相互关系时,争端解决机构总是遵循协调一致的解释方法,认为每一协议/每一规定都是世界贸易组织协定这一条约的不可分割的组成部分,应共同适用、累积适用。世界贸易组织协定及其附件是由相同的谈判方在同一谈判中达成的“一揽子”协议,应推定相互之间不存在冲突。

四、世界贸易组织的机构设置

1. 最高决策机构——部长会议。世界贸易组织所有成员的代表组成部长会议。部长会议是最高级会议。部长会议履行世界贸易组织的职能,并为此采取必需的措施。部长会议有权对所有多边贸易协议中的任何事项作出决定。

2. 常设权力机构——总理事会。在部长会议休会期间,部长会议的职能由总理事会行使。总理事会由各成员代表组成,根据情形召开会议。总理事会同时履行争端解决机构和贸易政策审议机构的职责。但是,争端解决机构和贸易政策审议机构有自己的主席,负责机构的运作。

3. (部门贸易)理事会。根据世界贸易组织协定附件的不同调整范围,设立了货物贸易理事会、服务贸易理事会以及贸易有关的知识

新华考资
www.xhkzedu.com

产权理事会。理事会依总理事会的总体指导运作,分别履行货物贸易多边协议、服务贸易总协定和与贸易有关的知识产权协定以及总理事会指定的职能。各理事会的成员资格对全体成员开放,但并非所有成员代表都参加理事会。各理事会设有下属机构。

4. (综合)委员会。环境与贸易委员会、收支平衡委员会、贸易与发展委员会、最不发达国家小组委员会、国际收支限制委员会、预算、财务和行政委员会,是在总理事会之下设的六个委员会,负责处理诸如贸易与发展、环境、区域贸易协定以及行政事务。各委员会行使有关协议赋予的职责及总理事会赋予的其他职责,并向总理事会报告工作。

5. 下属机构。几乎每一个理事会/委员会都有下属机构,例如,货物贸易理事会有多个专门委员会处理各专门问题(如农产品、市场准入、补贴、反倾销措施)。

6. 世界贸易组织秘书处和总干事。世界贸易组织的工作机构,是总干事领导的秘书处。世界贸易组织秘书处设在日内瓦。总干事由部长级会议任命。总干事任命秘书处职员,并依照部长会议通过的条例,确定他们的职责和服务条件。秘书处的职责主要包括:为世界贸易组织的代表机构(如理事会、委员会、工作组等)进行谈判和执行协议,提供行政和技术支持;为发展中国家,特别是最不发达国家,提供技术援助;在贸易争端解决过程中,由法律雇员提供有关规则和先例解释方面的法律帮助;处理新成员的加入谈判,为准备加入的国家提供咨询。总干事和秘书处的职员纯属国际性质,在履行职责方面,不应寻求和接受任何政府或当局的指示;各成员不应对他们履行职责施加影响。

五、世界贸易组织的决策程序

世界贸易组织是由其成员共同管理的国际组织。它继承了 GATT1947 所遵循的协商一致作出决定的做法。世界贸易组织在就有关事项作出决议时,如在场的成员未正式提出异议,则视为一致作出决议。

尽管世界贸易组织协定中有投票表决的规

定,但协商一致决策是世界贸易组织的惯例。世界贸易组织成立运作以来,还没有发生过投票表决决定重大事项的情况。

六、中国入世承担的特殊义务

(一)中国根据世界贸易组织协定享有权利、承担义务的法律框架

中国在世界贸易组织中的权利义务,与其他成员一样,由两部分组成:一部分是各成员都承担的规范性义务,如各协议条款规定的义务;另一部分是中国加入世界贸易组织议定书中中国作出的承诺,这是中国承担的独特义务。

中国以加入世界贸易组织的方式成为世界贸易组织的成员。中国加入世界贸易组织的条件规定在《中国加入世界贸易组织议定书》(以下简称《中国加入议定书》)及作为其附件的《中国入世议定书工作组报告》中。该议定书及附件构成了世界贸易组织协定的一部分。它除了确认遵循世界贸易组织的一般性规范外,还针对中国的具体情况作了规定。另外,中国与其他成员进行的加入谈判的结果和中国作出的具体承诺,也是该议定书的组成部分。在某些方面,由于中国是一个贸易大国,中国加入世界贸易组织承担的义务重于其他发展中国家。

(二)贸易经营权

1. 经营权的放开。《中国加入议定书》专门对贸易权作了规定。中国承诺逐步放开贸易经营权,在中国正式加入世界贸易组织后的 3 年内,除国家专营商品外,所有中国企业都有权进行所有货物的进出口。同时,除议定书另有规定外,外国个人和企业,包括没有在中国进行投资或注册的外国个人或企业,在贸易经营权方面也享有不低于在中国的企业的待遇。

2. 国家专营企业。《关税与贸易总协定》第 17 条允许国家专营企业经营进出口。国家专营企业可以是国家设立或维持的企业,也可以是政府授予特权的私营企业,其特征是对某些商品实行专营。《中国加入议定书》要求中国的专营企业的进口程序充分透明,在商品的质量、价值或产地方面,政府不应采取措施影响或直接指示专营企业。专营企业的出口商品的定



价机制,应向世界贸易组织提供全面的信息。

(三) 倾销与补贴中的非市场经济的规定

1. 倾销的确定。对中国产品的出口,进口成员在据反倾销规范比较价格时,可以采取两种方法中的任何一种:使用中国受调查产业的价格或成本;使用不严格依据与中国的国内价格或成本的比较方法,实质上就是使用所谓的替代国价格或成本。

上述方法的选择,应遵循下述原则:如果受调查的生产商能够明确证明,生产同类产品的产业在该产品的制造、生产和销售方面具备市场经济条件,则进口成员应使用中国受调查产业的价格或成本,以此来确定价格可比性;如果受调查的生产商不能证明,生产同类产品的产业在该产品的制造、生产和销售方面具备市场经济条件,则进口成员可以使用不严格依据中国的国内价格或成本的方法(替代国方法)。

在《中国加入议定书》生效时,如果进口成员的国内法含有市场经济标准,一旦中国根据进口成员的国内法,确立中国在某一产业或部门方面是市场经济,上述倾销确定中有关方法的选择的规定应终止。无论中国能否证明市场经济这一点,上述选择方法的规定在《中国加入议定书》生效15年后终止。如果中国确立某一具体产业或部门通行市场经济条件,上述非市场经济的规定对该产业或部门不再适用。

2. 国有企业补贴。根据世界贸易组织反补贴规则,非专向补贴不受世界贸易组织多边贸易体制的约束。但如果中国政府提供的补贴的主要接受者是国有企业,或者接受了补贴中不成比例的大量数额,该补贴视为专向补贴。

(四) 与贸易有关的投资措施及非关税措施

在《与贸易有关的投资措施协议》中,规定了消除与贸易有关的投资措施的期限。中国承诺,在加入时,完全遵守该协议的要求,而不诉诸过渡期的规定。

中国承诺,取消并停止实施贸易和外汇平衡要求、当地含量和出口实绩要求。这不仅包括通过法律、规章和其他措施实施的要求,也包括对含有此类要求的合同条款不予强制执行。

中央政府或地方政府,发放进口许可、配

额、关税配额或其他任何对进口、进口权、投资权的批准方法,不能以下述情况为条件:是否存在国内供应商;任何种类的出口实绩要求,比如,当地含量、补偿、技术转让、出口实绩或在中国进行研究开发。

第二节 世界贸易组织的主要法律制度

一、关税与贸易总协定

(一) 最惠国待遇制度

1. 最惠国待遇原则的特点。最惠国待遇是世界贸易组织多边贸易制度中最重要的基本原则和义务,是多边贸易制度的基石。世界贸易组织法律制度之所以成为多边贸易制度,最重要的依据就是其最惠国待遇。根据世界贸易组织的规定,对最惠国待遇原则的修改,必须经全体成员同意才有效。世界贸易组织三大贸易协定《关税与贸易总协定》第1条、《服务贸易总协定》第2条第1款和《与贸易有关的知识产权协议》第4条中,都有关于最惠国待遇的基本规定。在不同的协议中,最惠国待遇义务的含义并不完全相同,各有其严格的适用条件和范围。

最惠国待遇原则表现出普遍性、相互性、自动性和同一性的特点。世界贸易组织的任何成员,都可以享有其他成员给予任何国家的待遇。每一成员既是施惠者,也是受惠者。由于最惠国待遇义务的立即性和无条件性,每一成员自动享有其他成员给予其他任何国家的最惠国待遇。该制度实施的结果是双边谈判、多边受益,因而可能存在“搭便车”的情况。但享有最惠国待遇,仅限于相同情形、相同事项。

2. 关税与贸易总协定中的最惠国待遇。最惠国待遇适用于五个方面:(1)与进出口有关(包括进出口产品的国际支付转移)的任何关税和费用;(2)进出口关税和费用的征收方法;(3)与进出口有关的规则、手续;(4)国内税或其他国内费用;(5)影响产品的国内销售、许诺销售、购买、运输、经销和使用的法律规章和要求方面的待遇。只有原产于其他成员的同类产品,才能享有最惠国待遇。同类产品并没有确

切的定义和标准,应在具体情况下作具体分析。最惠国待遇义务适用于进口产品和出口产品。

3. 关税与贸易总协定中最惠国待遇义务的例外。这些例外情形主要包括:边境贸易;普遍优惠制度(对发展中国家的优惠待遇);关税同盟和自由贸易区(区域经济安排)。其他还包括:允许以收支平衡理由偏离最惠国待遇义务;允许对造成国内产业损害的倾销进口或补贴进口征收反倾销税或反补贴税;允许因一般例外或国家安全例外偏离最惠国待遇义务;可对某一成员或某些成员豁免最惠国待遇义务。

《关税与贸易总协定》第20条是一般例外规定。违反《关税与贸易总协定》第20条以外的其他义务的措施,可以根据一般例外条款获得正当性,但必须依次满足下面两个条件:首先,有关措施必须属于该一般例外条款所列举的政策性措施的范围。其次,这些措施的适用方式,必须符合该一般例外条款前言的要求,不得构成任意或不正当的歧视,或者造成对国际贸易的变相限制。《关税与贸易总协定》第20条列举了10项政策性措施,其中成员经常引用并经常产生争议的有下述几项:保护公共道德所必需的措施;保护人类、动植物的生命或健康所必需的措施;与保护可用尽的自然资源有关的、与限制国内生产或消费一同实施的措施;为保证不违反该总协定的国内法律的实施所必需的措施。

(二) 国民待遇制度

1. 国民待遇原则综述。世界贸易组织的三个主要协定《关税与贸易总协定》、《服务贸易总协定》和《与贸易有关的知识产权协议》,都有关于国民待遇的规定。国民待遇原则是世界贸易组织的基本原则。但每一协定中国民待遇义务的具体适用条件并不相同,特别是《服务贸易总协定》中的国民待遇在性质上不同于另外两个协定中的国民待遇义务。

2. 关税与贸易总协定中的国民待遇义务。关税与贸易总协定中的国民待遇,指外国进口产品所享受的待遇不低于本国同类产品、直接竞争或替代产品所享受的待遇。国民待遇义务适用于每一特定产品。各进口成员不能在不同

产品、不同批次产品中进行国民待遇的平衡,不得以对某些产品提供优惠待遇为借口对其他产品拒绝国民待遇。该义务基本可以分成两类:一类涉及国内税费;另一类涉及影响产品销售等的国内法律、规章。

(1) 国内税费方面的国民待遇。国内税费方面的国民待遇,因进口产品与国内产品间的关系不同而分为同类产品和直接竞争或替代产品两种情况,适用不同的要求。在同类产品的情况下,对进口产品直接或间接征收的国内税费,不应超出对本国同类产品直接或间接所征收的国内税费。是否违反这一义务,需要确定两个条件:进口产品与国内产品是否是同类产品;进口产品承担的国内税费是否超出国内同类产品承担的国内税费。只要对外国产品所征的税费高于本国同类产品,即违反了国民待遇原则。这种违反是否造成了不利影响不是认定违反国民待遇义务的考虑因素。如果进口产品与本国产品不属于同类产品而属于直接竞争或替代产品,则适用不同的要求。它要求进口产品与国内产品没有同等征收税费时,不得对国内生产提供保护。具体地说,在这种情况下确定进口国违反了国民待遇义务,需具备下述三个条件:进口产品是国内产品的直接竞争产品或可替代产品;进口产品与国内产品没有同等征收税费;没有同等征收税费的目的是保护国内生产。没有同等征税本身并不得出违反国民待遇义务的结论。进口产品和国内产品是否构成同类产品,通常根据下述几个方面来确定:产品的物理特征,产品在特定市场上的最终用途,消费者的习惯与偏好,产品的特征、性质、质量,产品的关税分类。对直接竞争或替代产品,除上述因素外,还可以考虑市场、替代弹性、经销渠道、广告方式。直接竞争或替代产品的范围大于同类产品。

(2) 国内法规方面的国民待遇。在有关销售、许诺销售、购买、运输、分销或使用的法律、法规和要求方面,进口产品所享受的待遇不得低于本国同类产品的待遇。此处同类产品的范围大于国内税费方面的同类产品,小于直接竞争或替代产品的范围。此处的法律、法规及要



求的范围非常广泛,不仅包括那些对调整产品的销售等发生直接影响的规定,也包括那些对产品的销售等产生间接影响的规定;不仅包括强制性规定,也包括非强制性的但企业遵循会得到好处的规定;不仅包括实体性规定,也包括程序性规定;不仅包括中央一级的规定,也包括地方的规定。

(3) 国民待遇义务的例外。《关税与贸易总协定》第3条中规定了货物国民待遇义务的两项例外。第一项是政府采购例外。政府机构购买货物供政府自己使用,对这方面的产品采购进行调整的法律、规章或规定,不受国民待遇义务的约束。第二项是仅对某种产品的国内生产商提供的补贴例外。但该例外不表示对国内生产商的补贴不受任何约束,而只是表明这样的补贴不根据国民待遇义务进行调整。《关税与贸易总协定》第20条规定的一般例外,也适用于国民待遇义务。

(4) 与贸易有关的投资措施。《与贸易有关的投资措施协议》规定,在不损害1994年关税与贸易总协定的权利和义务的情况下,各成员不得实施任何与1994年《关税与贸易总协定》第3条或第11条规定不一致的与贸易有关的投资措施。

与第3条第4款国民待遇义务不符的与贸易有关的投资措施包括:要求企业购买或使用本国产品或自任何国内来源的产品;要求企业购买或使用的进口产品限制在与其出口的当地产品的数量或价值相关的水平。违反数量限制规则的与贸易有关的投资措施包括:普遍限制企业用于当地生产或与当地生产相关的产品进口;限制企业使用外汇,从而限制进口产品;限制企业产品出口或供出口产品的销售。

(三) 约束关税措施

世贸组织对关税的原则是约束关税,并不断削减。各成员在降低关税谈判中作出的关税减少,通常称为关税减让。各成员对其进口产品作出的关税减让,构成了该成员的关税减让表。各成员在关税减让表中公布的税率是受到约束的,是可以适用的税率的最高限额。除非经其他有关规则允许(如反倾销税),或重新与

其他成员谈判,否则不得提高关税税率。但成员可以实际适用比约束关税低的关税。

每一成员给予其他成员产品的关税待遇,不得低于关税减让表中规定的待遇。在外国产品进口时,不得征收超过减让表中规定的普通关税的部分,也不得征收超过自协议生效日所实施的所有其他税费的部分。各国的关税税率,都按照税号、商品名称、货物名称、实施税率和约束税率,规定在关税减让表中。各次关税减让谈判达成的减让表均构成世界贸易组织规则的有效组成部分。

关税与贸易总协定有关关税的义务,不得阻止任何成员对任何产品进口随时征收下述关税或费用:对于同类产品或用于制造或生产进口产品的全部或部分所征收的、与国内税费的国民待遇义务规定相一致且等于国内税的费用;符合反倾销或反补贴规则的反倾销税或反补贴税;与提供服务的成本相当的规费或其他费用。

(四) 数量限制的禁止与例外

依关税与贸易总协定的规定,对进出口产品原则上取消一切数量限制。对进出口产品采取数量限制,是指对进出口产品采取除关税、国内税和其他费用之外的禁止或限制措施。数量限制与税费措施相比,缺乏透明性、公正性,它对贸易的影响也不易在产品价格上直接反映出来。

下列情况存在普遍取消数量限制义务的例外:为防止或缓解出口成员的粮食或其他必需品的严重短缺而临时实施的出口禁止或限制;为实施国际贸易中的商品归类、分级和销售标准或法规而必须实施的进出口禁止或限制;为了限制国内产品数量或消除国内产品的过剩而对农产品或渔产品进口而实施的限制;为了保障其对外金融地位和国际收支平衡而对进口产品进行的限制。

实施数量限制应遵循非歧视原则。获允实施的数量限制的实施方式,应满足最惠国待遇原则的要求。在分配数量份额时,应尽可能接近没有这种限制时各成员所预期的份额。在采取数量限制的具体方法上,首先选用配额,在配额不可行时,采取进口许可证的方式。因国际收支平衡原因实施数量限制时,可以背离非歧视原则。

二、服务贸易总协定

(一) 服务贸易的特点

《服务贸易总协定》(英文简称 GATS) 是第一个调整国际服务贸易的多边性、具有法律强制力的规则。它规定了服务贸易的一般原则和义务及各成员的具体承诺。服务贸易总协定明显地表现出了框架性协定的特点, 目前还缺乏有关的具体义务和规则, 这些具体义务和规则在以后签订的相关协议中将有所规定。协定适用于各成员影响服务贸易的措施, 包括成员的中央、地区或地方政府的措施, 以及它们授权行使权力的非政府机构采取的措施。但服务贸易总协定不适用于为履行政府职能而提供的服务, 即不是在商业基础上提供的、又不与任何一个或多个服务提供者相竞争的服务。

《服务贸易总协定》通过四种服务贸易方式来调整服务贸易。

1. 跨境供应, 从一国境内直接向其他国境内提供服务——服务产品的流动(不需要提供者和消费者的实际流动)。

2. 境外消费, 在一国境内向其他国的服务消费者提供服务——消费者的流动。

3. 商业存在, 外国实体在另一国境内设立附属公司或分支机构, 提供服务, 即外国服务提供者通过在其他国境内设立的机构提供商业服务——设立当地机构, 如银行、保险。

4. 自然人存在, 一国的服务提供商通过自然人到其他国境内提供服务——自然人流动, 如工程承包。

服务贸易种类繁多, 相同种类之间的差别也非常大。世界贸易组织《服务贸易总协定》减让表遵循的服务部门分类基本上以《联合国中心产品分类系统》为基础。共分为 12 个部门种类, 155 个分类。这 12 个部门种类为: 职业(包括专业与计算机)服务、通讯服务、建筑与工程服务、分销服务、教育服务、环境服务、金融(保险与银行)服务、医疗服务、旅游服务、娱乐文化和体育服务、运输服务以及其他服务、健康及社会服务。

(二) 最惠国待遇义务

WTO 各成员应立即和无条件地给予任何其他成员的服务和服务提供者不低于其给予任何其他国家相同的服务和服务提供者的待遇。该原则与《关税与贸易总协定》的规则基本一致, 但服务贸易中的最惠国待遇适用于服务产品和服务提供者而不适用于货物产品。

最惠国待遇的义务在一定条件下可以得到豁免。发展中国家在履行最惠国待遇义务方面, 享有一次性的一定期限的过渡期, 在此过渡期内, 其最惠国待遇义务得到豁免, 该期限最长为 10 年。在其他情况下, 应按照一般的义务豁免规则豁免最惠国待遇义务。

最惠国待遇义务的规定不妨碍毗邻国家优惠。《服务贸易总协定》不阻止服务贸易自由化的协议, 不阻止劳动力市场一体化的协议。此外, 该协定中规定的义务的一般例外、安全例外, 对最惠国待遇都适用。最惠国待遇义务不延及政府的服务采购。

(三) 具体承诺

世界贸易组织成员在服务贸易市场开放方面的义务没有统一的规定。是否给予市场准入、是否给予国民待遇, 依每一成员具体列出的承诺表来确定。服务贸易方面的具体承诺的作用, 与约束性关税的作用相类似。每个成员应具体列出市场准入的规定、限制和条件; 国民待遇的条件和资格; 有关附加承诺的义务; 适当情况下, 实施这类承诺的时间表; 这类承诺的生效日期。

1. 市场准入。在服务提供方式的市场准入方面, 每个成员给予其他任何成员的服务和服务提供者的待遇, 不得低于其承诺表中同意和明确的规定、限制和条件。除非在承诺表中明确规定, 原则上禁止六种对市场准入的限制, 即限制服务提供者的数量, 限制服务资产或交易的价值, 限制服务经营总量或服务产出总量, 限制雇佣人数, 限制或要求通过特定类型的法律实体或合营企业提供服务, 通过限制外国持股比例或外国投资总额来限制外国资本的参与。

发展中国家在允许建立商业存在方面可以



存在例外。发展中国家可以在承诺中明确注明批准商业存在应以加强国内服务能力的经济需求为标准。其条件通常包括:在合资企业的基础上批准商业存在的建立;不允许外国提供者在此类合资企业中占有大部分的股份;董事会成员中应有一定数量的本国入;外国服务提供者应使用适用的先进技术和管理经验;该企业应培训当地雇员并向他们传授技术;可能时应雇用当地的国内分包人员。

2. 国民待遇。允许外国服务或服务提供者进入本国的贸易市场,并不等于赋予它们与本国同类服务和服务提供者一样的待遇。因此,《服务贸易总协定》中的国民待遇义务,仅限于列入承诺表的部门,并且要遵循其中所列的条件和资格。没有作出承诺的部门,不适用国民待遇义务。即使在作出的承诺中,也允许按所列的条件对国民待遇进行限制。这与货物贸易中的国民待遇形成鲜明对比。依国民待遇的要求,一成员在所有影响服务提供的措施方面,给予任何其他成员的服务和服务提供者的待遇不得低于其给予本国相同服务和服务提供者的待遇。服务贸易中的国民待遇不要求形式上相同的待遇。国民待遇和最惠国待遇都要求适用于同类服务或服务提供者。

3. 减让表。每一成员在其减让表中列出了自己作出的具体承诺。具体承诺减让表规定了对外国服务和外国服务提供者的限制。是否给予市场准入、是否给予国民待遇以及成员在哪些具体服务部门和事项方面承担具体义务,均依该具体承诺减让表来确定。具体承诺减让表直接决定着成员根据服务贸易总协定承担的具体义务。与最惠国待遇义务的例外清单采取“否定式”相反,具体承诺采取了“肯定式清单”方法,成员只对具体承诺的事项和范围承担义务。在具体承诺减让表中,每个成员应具体列明下述内容:市场准入的规定、限制和条件;国民待遇的条件和资格;有关附加承诺的承诺;适当情况下,实施这类承诺的时间表;这类承诺的生效日期。这些内容与服务贸易方式、服务部门分类紧密联系在一起,构成了一个复杂的体系。

具体承诺减让表以四种服务贸易方式为基本要素,由水平承诺和部门承诺两大部分组成,每一部分都包括“部门或分部门”、“市场准入限制”、“国民待遇限制”和“附加承诺”四个方面。水平承诺适用于减让表中的所有部门,部门承诺仅适用于所列出的服务部门或分部门。而部门承诺最具体地确定承诺的范围。从“市场准入限制”、“国民待遇限制”这样的名称中可以看出,具体承诺是从限制的角度来体现的,可有三种具体表达方式:不作承诺、具体列明限制、没有限制。“不作承诺”意味着该成员在该方面不承担任何义务;“没有限制”则正相反,表明该成员在该方面承担了不实施任何限制的全部义务;“具体列明限制”这一方式则表示了承担义务时所附带的要求,详细列出了采取限制的内容和性质。对于每一种服务活动,有关市场准入和国民待遇的限制,又与四种服务贸易方式联系起来。

三、世界贸易组织争端解决制度

(一) 争端解决制度的特点

作为世界贸易组织多边贸易制度的一部分,《关于争端解决规则与程序的谅解》(DSU),在世界贸易组织框架下,建立了统一的多边贸易争端解决制度。依规则解决争端,遵循正当法律程序,迅速、有效、满意地解决争端,是世界贸易组织的争端解决制度的基本原则。

根据下列协议提起的争端,都适用《关于争端解决规则 and 程序的谅解》:《世界贸易组织协定》、附件1A《货物贸易多边协议》、附件1B《服务贸易总协定》、附件1C《与贸易有关的知识产权协议》和附件2《关于争端解决规则 and 程序的谅解》。另外,根据附件4 诸边贸易协议提出的争端,也适用这一争端解决制度。

根据《关于争端解决规则 and 程序的谅解》的规定,该谅解附录2 中明确列出的相关协议中的特殊或额外规定,如果与DSU 本身的规定不同,则优先适用这些特殊或额外规定。实践中,专家组和上诉机构总是协调性地适用这两部分的规定。

上述规定还意味着,在处理世界贸易组织

成员之间的贸易争端时,上述协定是争端解决机构据以裁决争端的法律依据。这些协定被称为适用协定或相关协定。除此之外的其他国际协定,不能作为裁判某一成员是否违反世界贸易组织义务的直接依据。

(二) 争端解决程序

1. 磋商。磋商是申请设立专家组的前提条件。但磋商事项以及磋商的充分性,与设立专家组的申请及专家组将作出的裁定没有关系。磋商仅仅是一种程序性要求。但很多争端通过磋商程序得以解决,磋商是争端解决程序的重要组成部分。

2. 设立专家组的申请——起诉。提出磋商请求日起 60 天内磋商没有解决争端时,申诉方才可以申请成立专家组。设立专家组的申请,是启动专家组(以及上诉机构)案件审理程序的要件。设立专家组的申请,应说明争议各方是否进行过磋商,指明具体的争议措施,并提供申诉的法律依据概要,该概要足以明确提出问题。设立专家组的申请决定专家组的权限范围,同时它具有满足正当程序目标的价值,使被诉方和有利害关系的第三方有机会了解申诉方提出的问题并为自己辩护。提起申诉,并不以申诉方法律利益或经济利益受到损害为前提。

3. 专家组的审查、裁决或建议。专家组基于申诉方在设立专家组的申请中确立的权限范围审理案件。无论是申诉方还是被诉方,对其所提出的诉求或主张,都承担证明责任,即谁主张谁举证。在一方初步证明其诉求或主张的真实性后,由另一方进行反驳。此为初步证据责任。一方是否初步证明其诉求或主张,专家组无须特意作出具体裁定,而是在争端双方提交的整个证据的基础上,作出决定。对证据的采纳与评估,赋予证据的效力,是专家组认定事实程序的一部分,属于专家组的裁决范围。对争端方没有提出的主张,专家组不能作出裁决,即使相关专家提出了这样的主张。专家组可以向其视为适当的任何个人或机构寻求信息和技术建议。对未经专家组要求而由争端方和第三方之外的人或组织主动提供的信息(法庭之友材

料),专家组有权决定是否接受或采纳。专家组作出的争端解决报告应列明对事实的调查结果,有关世界贸易组织规则的适用性,以及裁决和建议的基本理由。对申诉方根据不同规则提起的数个申诉请求,专家组可根据有效解决争端的必要性,在认为已经有效解决了争端的情况下,对其中的某些诉求不进行审查。这称为司法经济原则。

4. 上诉机构的审查、裁决。在专家组报告发布后的 60 天内,任何争端方都可以向上诉机构提起上诉。上诉机构则只审查专家组报告涉及的法律问题和专家组作出的法律解释。上诉机构可以推翻、修改或撤销专家组的调查结果和结论。上诉机构没有将案件发回专家组重新审理的权力。在推翻有关裁决和结论时,为了使争端得到有效解决,如果专家组裁决的事实和专家组程序记录中的争端方无争议的事实比较充分,上诉机构可以继续对双方间的争议进行审查,对争议问题作出裁决和结论。

(三) 通过争端解决报告的方式

争端解决机构通过专家组、上诉机构的解决争端报告,构成世界贸易组织争端解决机构的裁决和建议。除非争端解决机构一致不同意通过相关争端解决报告,该报告即得以通过。该通过方式实际上是一种一票通过制,是一种准自动通过方式。通过的报告即构成了争端解决机构的裁决和建议。

被裁定违反了有关协议的一方,应在合理时间内履行争端解决机构的裁决和建议。如采取这样的措施不可行,经申诉方要求,被诉方可以自愿地对申诉方提供补偿。但实践中这种情形发生的概率极小。

有关履行裁决和建议的合理期限争议,可以根据 DSU 第 23 条诉诸仲裁解决。如果就被诉方是否采取了实施措施,或者被诉方采取的实施措施是否与相关协议相一致,争端各方之间存在分歧,该类争端可以根据 DSU 第 21 条第 5 款诉诸争端解决程序解决,可能时求助于原专家组。此即 DSU 21.5 专家组程序,即执行异议程序,该程序专家组作出的报告可以上诉。

如果被诉方在合理期限内没有使被裁决违



反相关协议的措施符合相关协议的要求,或未能实施裁决和建议,经申诉方请求,争端双方应就双方均可接受的补偿进行谈判。如未能达成令人满意的补偿,原申诉方可以向争端解决机构申请授权报复,对被诉方中止减让或中止其他义务。补偿以及中止减让或其他义务,属于在裁决和建议未在合理期限内执行时可以获得的临时措施,该临时措施不能优先于使相关措施符合相关协议要求的裁决和建议的完全实施。

中止减让或其他义务,首先应在被认定为违反义务或造成利益丧失或受损的部门的相同部门实施;对相同部门中止减让或其他义务不可行或无效时,可以对同一协议项下的其他部门实施;如对同一协议项下的其他部门中止减让或其他义务不可行或无效时,可寻求中止另一协议项下的减让或其他义务。

申诉方拟中止减让或其他义务的程度和范围,应与其所受到的损害相等。如果被诉方认为申诉方拟采取的报复措施与其受损的程度不一致,可以根据DSU第22条第6款诉诸仲裁。可能时应由原专家组作为仲裁人进行仲裁。

(四) 专家组和上诉机构的职能

争端解决机构本身并不负责审理、裁决案件。其作出裁决或建议的职责是通过专家组和上诉机构的报告实现的。争端解决机构主要负责设立专家组处理案件;通过或否决专家组和上诉机构的争端解决报告;负责监督裁决和建议的执行,包括确定合理的实施期限;当有关成员不遵守裁决时,经申请授权进行报复,包括确定报复的范围和水平。专家组和上诉机构在争端解决机制和程序中起着核心的作用。

专家组是争端解决机构的非常设性机构。专家组的成员一般由争端成员双方磋商后从世界贸易组织秘书处存有的专家名单中选定。只有在双方不能达成一致时,才由世界贸易组织总干事任命。专家组协助争端解决机构履行有关职责,作出裁决或提出建议。专家组的权限范围仅限于申请设立专家组的申请中所指明的具体争议措施和申诉的法律依据概要。

未在申请书中指明的诉求,不属于专家组的权限范围。在争端解决程序中,专家组既审查案件事实,又审查适用法律。对专家组作出的争端解决报告,除非争端方提起上诉,争端解决机构应在报告散发给各成员后60天内通过这一报告。

上诉机构是争端解决机构中的常设机构,它负责对被提起上诉的专家组报告中的法律问题和专家组进行的法律解释进行审查,可以维持、变更或撤销专家组的法律裁决和结论。上诉案件由上诉机构7名成员中的3人组成上诉庭审理。但上诉机构定期举行例会,讨论争端解决的政策、做法和程序事项,以保证决策的一致性和连贯性,吸收个人和集体的专长。上诉审查制度是世界贸易组织争端解决制度的一大特色。它保证了法律规则适用的准确性、统一性、一致性。

除上述机构外,还有负责仲裁事项的仲裁员,提供法律援助服务的秘书处,指定专家组组成人员的总干事等。

(五) 争端解决机构解决的争端类型

《关税与贸易总协定》第23条规定了三种争端类型。《关于争端解决规则与程序的谅解》对这三种类型作了进一步的阐释。

1. 违反性申诉。这是争端的主要类型。申诉方须证明被诉方违反了有关协议的条款。在确立了存在违反有关协议条款的措施后,推定申诉方据相关条款的利益受损或丧失。对这种争端的裁定,被诉方往往需要废除或修改有关措施。

2. 非违反性申诉。对这种申诉的审查,不追究被诉方是否违反了有关协议条款,而只处理被诉方的措施是否使申诉方根据有关协议享有的预期利益受损或丧失。申诉方需要证明其根据有关协议享有合理的预期利益,该合理预期利益因为被诉方的措施受损或丧失。被诉方没有取消有关措施的义务,只需作出补偿。

3. 其他情形。关于上述两种类型以外的其他争端类型及其所适用的程序和规则,并没有明确的规定,迄今为止也还没有出现过上述两种类型以外的案件。

示例

关于世界贸易组织争端解决机制的表述,下列哪一选项是不正确的?(2013年试卷一第43题)

- A. 磋商是争端双方解决争议的必经程序
- B. 上诉机构为世界贸易组织争端解决机制中的常设机构
- C. 如败诉方不遵守争端解决机构的裁决,申诉方可自行采取中止减让或中止其他义务的措施
- D. 申诉方在实施报复时,中止减让或中止其他义务的程度和范围应与其所受到损害相等

【参考答案及简要提示】C。磋商是 WTO

争端解决的必经程序,A项内容正确。WTO 上诉机构是常设机构,B项内容正确。依《关于争端解决规则与程序的谅解》第22条规定:“……仍未能达成令人满意的赔偿协议,则已援用争端解决程序的任何当事方可请求争端解决机构授权中止各有关协议的减让或其他义务对该有关成员方的适用……”所以申诉方不能自行采取中止减让或中止其他义务,必须申请争端解决机构的授权才能实施,C项内容错误。依《谅解》第22条规定,应确定此类中止的程度是否和取消或损害的程度相等……D项内容正确。本题为否定命题,C为答案。

新华考资

www.xhkzedu.com

在 WTO 法律制度中,货物贸易领域最主要的内容是最惠国待遇、国民待遇、约束关税、取消数量限制和透明度原则。服务贸易领域是一般义务和具体承诺的结合。中国在 WTO 中的权利义务由两部分组成:一部分是各成员都承担的规范性义务;另一部分是中国承担的独特义务。WTO 的争端解决程序包括磋商、专家组和上诉机构,仲裁不是必经程序。注意此种程序与司法程序的区别,WTO 争端解决机构的裁决由成员方在合理时间内履行裁决,程序中没有强制执行,如果不履行,另一方可以向争端解决机构申请授权报复,对被诉方中止减让或中止其他义务。



国际经济
新华考资
www.xhkzedu.com

第七章

国际经济法领域的其他法律制度

第一节 知识产权的国际保护

一、知识产权的国际保护

知识产权的国际保护主要是通过互惠、双边条约和多边公约的途径进行。多边公约的保护是目前国际上保护知识产权的最有效、影响最大、也是最主要的途径。《保护工业产权巴黎公约》(以下简称《巴黎公约》)、《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》(以下简称《伯尔尼公约》)和《与贸易有关的知识产权协议》(以下简称 TRIPs)是目前影响最大的几个国际知识产权保护公约。

(一)《保护工业产权巴黎公约》

《巴黎公约》于 1883 年签订,1884 年 7 月 7 日生效。生效后曾进行了六次修改。中国于 1985 年 3 月 15 日正式成为《巴黎公约》的成员国。《巴黎公约》是知识产权领域第一个世界性多边公约,也是在知识产权领域影响最大的公约之一。《巴黎公约》共 30 条。其主要内容如下:

1.《巴黎公约》的基本原则。

(1)国民待遇原则及公约特别规定权利原则。公约要求缔约国在知识产权的保护方面给予缔约国的国民和在一个缔约国领域内设有住所或真实有效的工商营业所的非缔约国国民以国民待遇。一切不得损害公约特别规定的权利。国民待遇的例外是各成员国在关于司法和行政程序、管辖以及选定送达地址或指定代理人的法律规定等方面,凡工业产权法有所要求的,可以保留。如有的国家的工业产权法要求外国专利申请人必须委派当地国家的代理人代理申请,并指定送达文件的地址,以利于程序的进行。

(2)优先权原则。依《巴黎公约》第 4 条的规定,优先权原则只适用于发明专利、实用新型、外观设计和商品商标。发明专利和实用新型专利为 12 个月,外观设计和商标为 6 个月,在优先权期限内缔约国内每一个在后申请的申请日均为第一次申请的申请日。在优先权期限届满之前,后来在其他缔约国提出的申请,均不因在此期间内他人所作的任何行为而失效。在先申请的撤回、放弃

或驳回不影响该申请的优先权地位。优先权的获得并不是自动的,需要申请人于在后申请中提出优先权申请并提供有关证明文件。

(3)临时性保护原则。依公约第11条的规定,临时性保护原则要求缔约国应对在任何成员国内举办的或经官方承认的国际展览会上展出的商品中可取得专利的发明、实用新型、外观设计和可注册的商标给予临时保护。如展品所有人在临时保护期内申请了专利或商标注册,则申请案的优先权日是从展品公开展出之日起算,而非从第一次提交申请案时起算。

(4)独立性原则。依公约第4条及第6条的规定,关于外国人的专利申请或商标注册,应由各成员国依本国法决定,而不应受原属国或其他任何国家就该申请作出的决定的影响。专利的申请和商标注册在成员国之间是相互独立的。在优先权期限内申请的专利,在后申请是否提供保护、申请的结果如何,与在先申请没有关系。

2.《巴黎公约》对成员国工业产权保护的规定。

(1)不得因禁止或限制产品的销售而拒绝提供专利的保护。依公约第4条,成员国不得以专利产品或依专利方法制造的产品的销售受到本国法律禁止或限制为理由,拒绝授予专利或使专利无效。(2)进口物品与专利维持。依公约第5条,专利权人将在任何成员国内制造的物品输入到对该物品授予专利权的国家,不应导致该专利的撤销。该规定主要针对一些发展中国家对外国专利权人只进口专利产品而不在本国制造作出的不利于外国专利权人的规定。(3)方法专利权人的权利。依第5条之四,当一种产品输入到对该产品的制造方法给予专利保护的成员国时,专利权人对该进口产品应享有进口国法律对该制造产品所给予的方法专利的一切权利。在方法专利的效力上,各国主要采取两种规定:一种是方法专利的效力只包括方法本身,另一种不仅包括方法,还包括依方法直接获得的产品的使用、销售和进口。依公约的规定,如进口国采取只包括方法的规定,则方法专利权人对进口的该产品不享有权利。但

如进口国的保护包括了方法和产品,则方法专利权人对依其专利方法直接获得的产品的使用、销售和进口享有专有权,未经其许可对该产品的使用、销售和进口均构成侵权。(4)成员国有权在专利权人滥用权利时颁发强制许可证等。

有关商标权保护的规定:(1)商标独立性原则的例外。依公约第6条之五的规定,在本国正式注册的商标,除有下列情况之一,否则其他成员国应依在其本国的原样接受申请并给予保护:第一,商标具有侵犯第三人在申请受理国的既得权利的性质;第二,商标缺乏显著特征,或完全是商品的说明或商品的通用名称的;第三,商标违反道德或公共秩序的;第四,商标构成不正当竞争行为的;第五,申请注册的商标与其在本国注册的商标式样有实质性差别的。(2)驰名商标的特殊保护。驰名商标的认定不以注册为前提,使用亦可成为认定的依据。对易与已在该国驰名的商标产生混淆的商标,成员国有义务拒绝或取消其注册并禁止使用。自注册之日起至少5年内,应允许提出取消这种商标的要求,允许提出禁止使用的期限可由各成员国规定。对用不诚实手段取得商标提出取消注册或禁止使用要求的,则不应规定时间限制。商标在成员国是否驰名由其行政主管机关或司法机关决定。未在一成员国使用,但如在该国已为人所知的商标,仍然可能在该国是驰名的。(3)成员国有义务拒绝将成员国或政府间组织的徽章、旗帜、各国用以表明监督和保证的官方符号和检验印章,用作商标或商标的组成部分予以注册,并采取适当措施禁止使用。(4)如成员国一个商标所有人的代理人或代表人,未经授权以自己的名义向一个或几个成员国申请注册该商标,商标所有人有权反对所申请的注册或要求取消注册。(5)成员国有义务保护集体商标及服务标记等。

此外,公约还对注册商标的使用和转让、成员国对工业品外观设计、原产地名称、厂商名称等其他工业产权的最低立法保护水平作出了规定。



示例

2011年4月6日,张某在广交会上展示了其新发明的产品,4月15日,张某在中国就其产品申请发明专利(后获得批准)。6月8日,张某在向《巴黎公约》成员国甲国申请专利时,得知甲国公民已在6月6日向甲国就同样产品申请专利。下列哪一说法是正确的?(2013年试卷一第41题)

A. 如张某提出优先权申请并加以证明,其在甲国的申请日至少可以提前至2011年4月15日

B. 2011年4月6日这一时间点对张某在甲国以及《巴黎公约》其他成员国申请专利没有任何影响

C. 张某在中国申请专利已获得批准,甲国也应当批准他的专利申请

D. 甲国不得要求张某必须委派甲国本地代理人代为申请专利

【参考答案及简要提示】A。依《巴黎公约》第11条有关优先权的规定,张某在甲国的申请日可以提前到4月6日,所以,A项称至少可以提前至2011年4月15日是正确的。B项错误,依公约第11条的临时保护原则,展览之日也可受法律保护,2011年4月6日是展览之日,所以是具有意义的,对其申请专利有影响。C项错误,依公约第4条及第6条的规定,关于外国人的专利申请或商标注册,应由各成员国依本国法决定,而不应受原属国或其他任何国家就该申请作出的决定的影响。专利的申请和商标注册在成员国之间是相互独立的。所以甲国是否批准,需要根据自己的法律规定,独立作出决定。D项错误,国民待遇的例外是各成员国在关于司法和行政程序、管辖以及选定送达地址或指定代理人的法律规定等方面,凡工业产权法有所要求的,可以保留。

(二)《保护文学和艺术作品伯尔尼公约》

《伯尔尼公约》缔结于1886年,1887年生效,是版权领域第一个世界性多边公约。我国于1992年加入该公约。依中国政府的声明,自1997年7月1日起,该文本也适用于中华人民

共和国香港特别行政区。依世贸组织的TRIPs第9条第1款的规定,世贸成员即使不是《伯尔尼公约》的缔约国,也应遵守《伯尔尼公约》1971年巴黎文本的实质性条款,但非《伯尔尼公约》缔约国的世贸成员,不受《伯尔尼公约》精神权利条款的约束。

1. 公约的基本原则。

(1)国民待遇原则。公约第3条、第4条及第5条(第1、3、4款)涉及国民待遇原则。依该原则,有权享有国民待遇的国民包括“作者国籍”和“作品国籍”两类情况。“作者国籍”指公约成员国国民和在成员国有惯常居所的非成员国国民,其作品无论是否出版,均应在一切成员国中享有国民待遇;“作品国籍”针对非公约成员国国民,其作品只要是在任何一个成员国出版,或者在一个成员国和非成员国同时出版(30天之内),也应在一切成员国中享有国民待遇。该标准又称“地理标准”,“地理标准”同样适用于电影作品和建筑物作品,对于电影作品来说,只要有关电影的制片人的总部或惯常居所在公约成员国中,该电影作品的作者也可享有国民待遇。对于建筑作品及与建筑物不可分的艺术作品来说,只要有关建筑物位于公约成员国地域内,其作者也可享有国民待遇。

(2)自动保护原则。依公约第5条第2款的规定,该原则要求享有及行使依国民待遇所提供的有关权利时,不需要履行任何手续,也不论作品在起源国是否受到保护,即应自动予以保护。依该原则,成员国国民及在成员国有惯常居所的其他人,在作品创作完成时即自动享有著作权;非成员国国民,在成员国又无惯常居所者,其作品首先或同时在成员国出版也享有著作权。作为该原则的补充,公约第2条第2款允许成员国在国内法中保留“固定要求”,即版权的享有和行使虽不需要履行任何手续,但成员国仍然可将作品以某种物质形式固定下来作为获得保护的前提。

(3)版权独立性原则。依公约第5条第2款的规定,享有国民待遇的人在公约任何成员国所得到的著作权保护,不依赖于其作品在来源国受到的保护。例如,在保护水平上,不能因

为作品来源国的保护水平低,其他成员国就降低对有关作品的保护水平。在手续上,如一成员国的版权法要求其国民的作品要履行一定的手续才能获得保护,有关作者在其他成员国要求版权保护时,其他国家不能因其本国要求履行手续而专门要求其也履行手续。在是否构成侵权上,来源国以某种方式利用作品不构成侵权,但在另一成员国以相同的方式利用却构成侵权,则后一国不能因在来源国不视为侵权而拒绝受理有关的侵权诉讼。

(4)特别授予权利原则。依公约第5条第1款,对于受公约保护的作品,作者在除作品起源国外的其他各成员国,除按国民待遇享有权利外,还享有公约特别授予的权利。这一原则实质是对国民待遇原则的一种限制,即使被请求保护国对其本国国民不提供公约规定的权利,对其他成员国国民,则应提供公约特别授予的权利。

2. 版权保护的规定。

(1)客体范围方面,依公约第2条的规定,成员国必须保护的作品包括文学艺术作品、演绎作品以及实用艺术作品和工业品外观设计。文学艺术作品指文学、科学和文学艺术领域的一切作品,不论其表现形式如何。公约列举出了一个非穷尽列举式的受保护作品清单。演绎作品指对已存在的文学艺术作品进行翻译、改编、乐曲改编以及其他变动而形成的新作品。在实用艺术作品和工业品外观设计上,公约第2条第7款规定:各成员国得通过国内立法规定其法律在何种程度上适用于实用艺术用品以及工业品平面设计和立体设计,及此种作品和平面与立体设计受到保护的条件的。公约规定的可选择是否给予保护的作品包括官方文件、讲演、演说或其他同类性质的作品以及民间文学艺术作品。日常新闻或纯属报刊消息性质的社会新闻不在版权保护客体范围之内。

(2)权利内容方面及保护期限,公约要求保护的精神权利有署名权和保护作品完整权两项;经济权利有复制权、翻译权、公演权、广播权、公开朗诵权、改编权、电影权和录制权八项。经济权利的保护期限,一般文学艺术作品最低

保护期为作者有生之年加死后50年。电影作品的最低保护期为电影公映后或摄制完成后50年。不具名作品或匿名作品,最低保护期为作品合法向公众发表后50年;能够确定作者身份,或者作者在保护期内公布身份的,适用作者死后50年的规定。摄影作品和实用美术作品的最低保护期为作品完成后25年。作者的精神权利不受经济权利的影响,在上述经济权利转让之后,作者仍保有主张作品表明其作者身份的权利,并有权反对对其作品的有损声誉的歪曲、割裂或其他更改或损害行为。作者的精神权利,至少应与其经济权利的保护期相等。保护精神权利的方法由被要求给予保护的国家的法律规定。

(3)权利限制方面,公约允许的权利限制包括合理使用和法定许可。合理使用包括合理地引用作品,为教育目的利用作品,报刊、广播转载或转播其他报刊、广播上讨论经济、政治或宗教的时事性文章,以及报道时事时使用作品等。法定许可只适用于对广播权和录制权的限制。

3. 公约的追溯力。依公约第18条规定:公约适用于所有在本公约开始生效时尚未因保护期届满而在其来源国进入公有领域的作品。即一个国家对其加入公约之前已进入该国公有领域的作品,只要在加入时该作品在来源国仍受保护,该国就有保护这些作品的义务。

(三)《与贸易有关的知识产权协议》

《与贸易有关的知识产权协议》(英文简称TRIPs)是在世贸组织范围内缔结的知识产权公约。该协议订立于1994年,1995年生效,我国2001年加入世界贸易组织以后受协议约束。与以前的知识产权国际公约相比,TRIPs是一个更高标准的公约。公约要求成员对知识产权提供更高水平的立法保护;要求成员采取更为严格的知识产权执法措施;并将成员之间知识产权争端纳入WTO争端解决机制。

1. 国民待遇和最惠国待遇原则及其例外。

国民待遇原则和最惠国待遇原则是TRIPs的基本原则。国民待遇原则规定在TRIPs第3条,依该条规定,在知识产权保护方面,在遵守《巴黎公约》(1976)、《伯尔尼公约》(1971)、



《罗马公约》或《关于集成电路的知识产权条约》中各自规定的例外的前提下,每一成员给予其他成员国民的待遇不得低于给予本国国民的待遇。即除例外情况,要求各成员在知识产权保护上,对其他成员国国民提供的待遇,不得低于其本国国民。但《伯尔尼公约》第6条和《保护表演者、唱片制作者和广播组织罗马公约》(以下简称《罗马公约》)第16条第1款(B)项所允许的成员国在特殊场合以互惠原则取代国民待遇原则的规定依然有效。公约第6条允许在非成员国版权保护水平太低的情况下,以近似互惠的保护代替因“作品国籍”原应享有的国民待遇。即成员国对因“作品国籍”而应保护的作品,无须给予比首次出版国所给予的更高的保护。《罗马公约》第16条第1款(B)项的内容与《伯尔尼公约》第6条相同,只是受限制保护的主体是广播组织。

最惠国待遇原则要求在知识产权的保护上,某一成员提供给其他成员国民的任何利益、优惠、特权或豁免,均应无条件地对全体成员国民适用。最惠国待遇原则的例外包括:(1)由一般性司法协助及法律实施的国际协议引申出的且并非专为保护知识产权的特权或优惠;(2)《伯尔尼公约》和《罗马公约》允许的按互惠原则提供的优惠;(3)TRIPs 未加规定的表演者权、录音制作者权和广播组织权;(4)建立 WTO 协定生效之前业已生效的保护知识产权国际协定中产生的权利或优惠等。

2. TRIPs 规定的知识产权保护标准。TRIPs 首先将《巴黎公约》、《伯尔尼公约》(第6条之二关于精神权利的规定除外)、《罗马公约》以及《关于集成电路的知识产权条约》的实体性规定全部纳入到 TRIPs 中,成为世贸成员必须给予知识产权保护的最低标准。在此基础上,TRIPs 又在下列方面进一步明确了成员保护知识产权的最低水平。

(1) 版权和相关权利。在版权保护方面,TRIPs 对《伯尔尼公约》的补充表现在两个方面:在保护客体方面,将计算机程序和有独创性的数据汇编列为版权保护的客体;在权利内容方面,增加了计算机程序和电影作品的出租权。

在版权相关权利方面,TRIPs 在《罗马公约》的基础上延长了权利保护期限。规定了对表演者和录制者的保护期限为 50 年,广播组织的保护期限为 20 年。并将《伯尔尼公约》有关追溯力的规定比照适用于表演者权及录音制品制作者权。

(2) 商标。TRIPs 规定了商标的定义,商标是指任何能够将一企业的商品和服务与其他企业的商品或服务区分开的标记或标记的组合,包括文字、字母、数字、图形要素、色彩的组合以及上述内容的组合。与《巴黎公约》相比,TRIPs 扩大了对驰名商标的特殊保护,一方面将相对保护扩大为绝对保护,即对驰名商标的特殊保护扩大至不相类似的商品或服务。另一方面将驰名商标的保护原则扩大适用于服务标记。在商标的保护期限上,规定商标首次注册以及每次续展,其期限均不得少于 7 年。商标的注册应可无限地续展。在商标的转让上,协议比《巴黎公约》的规定更灵活,允许商标权人自行决定是否连同商标所属的经营一道转让其商标。

(3) 地理标志。依 TRIPs 第 22 条第 1 款,地理标志指表示一种商品的产地在某一成员领土内,或者在该领土内的某一地区或地方的标志,而某种商品的特定品质、名声或者其特色主要是与其地理来源有关。TRIPs 要求各成员有义务对地理标志提供法律保护。在权利内容方面,依第 22 条第 2 款,禁止将地理标志作任何足以使公众对该商品来源误认的使用,即禁止利用地理标志的任何不正当竞争行为。即禁止误导和不公平竞争行为。依第 22 条第 3 款,禁止利用商标作虚假的地理标志暗示的行为,即应拒绝商标注册或使注册无效。依第 22 条第 4 款,如果地理标志虽然逐字真实指明商品之来源地域、地区或地方,但仍误导公众以为该商品来源于另一地域,则成员亦可禁止其使用。即对字面真实但有误导的地理标志也应禁止。例如在美国得克萨斯州也有一个城市叫“巴黎”,如在该巴黎市有人生产香水,并在商品包装上注明“巴黎”字样出口,会使普通消费者联想到的是享有盛名的法国巴黎的香水,这就属于真实指明商品来源的地理标志却产生误导公众的

后果。依 TRIPs 的规定,对该商品的真正源地具有误导公众的性质,则该成员应拒绝该商标的注册或使注册无效。鉴于地理标志对酒类商品具有特别的重要性,TRIPs 特别要求各成员采用法律手段,防止使用某一地理标志表示并非来源于该标志所指地方的葡萄酒或烈酒。

(4) 工业品外观设计。TRIPs 要求各成员对独立创作的、具有新颖性或原创性的工业品外观设计提供保护。成员可自行确定用工业产权法或通过版权法来保护工业品外观设计,但其保护期至少为 10 年。各成员可以规定,外观设计的保护不应延及主要由技术或功能考虑所做成的外观设计。成员对纺织品设计的保护要求,特别是费用、审查或公布的要求,不应不合理地阻碍寻求这种保护的机会。受保护设计的所有人应有权阻止第三人未经其许可,为商业目的而制造、复制或进口载有或体现有受保护的外观设计的复制品或实质上是复制品的货物。

(5) 专利。在专利保护客体上,依 TRIPs 第 27 条,一切技术领域内具有新颖性和创造性,并能付诸工业应用的任何发明,不论是产品还是方法,均应提供专利保护。但各成员可拒绝对疾病的诊断方法、治疗方法和外科手术方法提供专利的保护。关于植物新品种的保护问题,第 27 条规定:成员国应以专利制度或有效的专门制度,或以任何组合制度,给植物新品种以保护。即植物新品种可以不用专利,可以用一种植物专门法或其他的方法来保护。TRIPs 与《巴黎公约》相比,在专利权内容方面增加了专利进口权、许诺销售权,并要求成员将对方法专利的保护延及依该方法而直接获得的产品。专利进口权指的是进口国的专利权人有权阻止他人未经许可进口与其专利产品相同的产品,不论进口的产品在国外是否享有合法的专利权。“许诺销售权”指在销售行为实际进行前,进行发布广告、展览、公开演示、寄送价目表、拍卖公告、招标公告以及达成销售协议等表明销售专利产品意向的权利。在保护期方面,TRIPs 规定应不少于自提交专利申请之日起 20 年。

(6) 集成电路布图设计。TRIPs 首先将

1989 年《关于集成电路的知识产权条约》的全部实体性规定纳入,并提高了保护水平:扩大了权利保护范围,将保护对象由只保护布图设计和含有受保护布图设计的集成电路,扩大到了含有受保护集成电路的物品;将保护期由 8 年延长为 10 年,并允许成员将布图设计的保护期限规定为自创作完成之日起 15 年;规定善意侵权人在收到该布图设计系非法复制的通知后,仍可就其现有存货或订单继续实施其行为,但应向权利持有人支付报酬。

(7) 对未披露信息的保护。TRIPs 第 39 条第 1 款规定了未披露的信息要得到保护必须符合三个条件:其一,信息是秘密的,即信息整体或者其组成部分的确切组合不是通常从事该信息行业界的人所普遍知悉或容易获得的;其二,该信息因为秘密而具有商业上的价值;其三,合法控制信息的人为了保守该信息的秘密性,已经根据情况采取了适当的措施。依第 39 条第 2 款规定,合法控制符合上述条件信息的自然人和法人应当有可能制止下列行为:第一,制止他人未经其许可,以违反诚实的商业惯例的方式,将该信息向任何人公开;第二,制止他人未经其许可,以违反诚实的商业惯例的方式获得该信息;第三,制止他人未经其许可,以违反诚实的商业惯例的方式使用该信息。

3. 知识产权的执法措施。以往国际保护知识产权的公约涉及知识产权执法措施的规定很少,由于各成员的程序和执行制度不同,会影响到公约实体规定发挥作用。为此,TRIPs 的第三部分专门涉及了知识产权的执法,条文共有 21 条之多,这在知识产权的国际条约中是一个创举。TRIPs 规定的知识产权执法措施主要包括:

(1) 一般义务。依 TRIPs 第 41 条的规定,各成员应保证其国内法能提供协议第三部分所规定的执法程序,以便能采取有效行动,制止任何侵犯协议所规定的知识产权的行为。这种执法程序必须包括:迅速防止侵权的救济,遏制进一步侵权的救济等。此外,知识产权的执法程序应当公平合理,不应当不必要的复杂或花费过高,或者规定不合理的期限或不应当的拖延。



(2)民事和行政程序及救济。依 TRIPs 第 43 条至第 49 条的规定,各成员应向权利持有人提供关于执行知识产权的民事司法程序,包括及时得到足够详细的书面通知,委托代理人,举证的权利,陈述的机会等。一旦发生侵权,成员的司法机关应有权责令停止侵权,向权利持有人支付损害赔偿,对侵权的商品进行处理,禁止其进入商业渠道或命令将侵权商品予以销毁。

(3)临时措施。TRIPs 第 50 条对临时措施进行了规定。临时措施主要指各成员的司法机关应有权在侵权行为发生之初采取临时措施,制止侵权行为继续进行或防止销毁有关证据。在知识产权的保护上,临时措施具有重要的作用。因为如果等到漫长的侵权诉讼程序终结时,侵权人可能已丧失支付能力,使整个诉讼程序也丧失了意义。因此,规定各成员的司法机关有权在侵权行为发生之初采取临时措施,以制止侵权行为继续进行或防止有关证据被销毁是必要的。

(4)边境措施。由于侵权商品一旦进入国内的商业渠道,要扣留它们就困难得多了。因此,利用海关程序对商品进行排查,将侵权商品扣留下来,对于打击侵权商品是比较迅速而有效的。TRIPs 第 52 条至第 60 条对边境措施进行了规定,使权利持有人如有适当证据怀疑假冒商标的商品或盗版商品可能进口,可在提供相应担保的条件下,书面向进口国主管行政或司法当局提出,由海关中止放行被怀疑侵权的商品。对于假冒商标商品,主管机关不应允许该侵权商品原样不改地重新出口。

(5)刑事程序。依协议第 61 条的规定,各成员必须规定刑事程序和刑罚,适用于商业规模的故意假冒商标或版权盗版。适用的救济应包括监禁、罚金,其期间和数额应足以起威慑作用,并应与适用于严重程度相当的犯罪的刑罚水平相一致。在适当情形下,适用的救济还可以包括扣押、没收和销毁侵权商品以及主要用于犯罪的任何材料和工具。

二、中国对知识产权保护的边境措施

为了实施中国海关对知识产权保护的边境

措施,我国通过了《知识产权海关保护条例》,该条例于 2004 年 3 月 1 日施行,依该条例,海关对与进出口货物有关并受中国法律、行政法规保护的商标专用权、著作权和与著作权有关的权利、专利权(知识产权)实施保护。条例规定国家禁止侵犯知识产权的货物进出口。进口或者出口侵犯知识产权货物,构成犯罪的,依法追究刑事责任。条例的主要内容如下:

1. 海关方面的措施。(1)申报:要求进口货物的收货人或其代理人、出口货物的发货人或其代理人按照国家规定,向海关如实申报与进出口货物有关的知识产权状况。(2)备案:海关总署应自收到权利人备案申请文件之日起 30 个工作日内确定是否准予备案,并书面通知申请人;不予备案的,应当说明理由。有下列情形之一的不予备案:申请文件不齐全或者无效的;申请人不是知识产权权利人的;知识产权不再受法律、行政法规保护的。海关发现进出口货物有侵犯备案知识产权嫌疑的,应当立即书面通知权利人;权利人申请知识产权备案未如实提供有关情况或者文件的,海关总署可以撤销其备案。(3)扣留:权利人提交申请书及相关证明文件,和足以证明侵权事实明显存在的证据,并依条例第 14 条提供担保的,海关应扣留侵权嫌疑货物。海关调查后认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的,由海关予以没收。

2. 权利人采取的措施。(1)申请人:知识产权权利人请求海关采取知识产权保护措施或者向海关总署办理知识产权海关保护备案的,境内知识产权权利人可以直接或者委托境内代理人提出申请,境外知识产权权利人可以委托其在境内设立的办事机构或者境内代理人提出申请。委托境内代理人提出申请的,应当出具规定格式的授权委托书。(2)备案期限:知识产权海关保护备案自海关总署准予备案之日起生效,有效期为 10 年,在上述有效期届满前 6 个月内,权利人向海关总署申请续展备案,每次续展备案的有效期为 10 年。(3)申请法院措施:权利人在向海关提出采取保护措施的申请后,可依我国《商标法》、《著作权法》、《专利法》,在起诉前就被扣留的侵权嫌疑货物向人民法院申

请采取责令停止侵权行为或者财产保全的措施。(4)申请海关措施:权利人发现侵权嫌疑货物即将进出口的,可以向货物进出境地海关提出扣留侵权嫌疑货物的申请。海关应将扣留侵权嫌疑货物情况书面通知权利人,并将海关扣留凭单送达收货人或发货人。

3. 对收货人或发货人的救济。(1)提供说明和证据:收货人或发货人认为其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的,应向海关提出书面说明并附送相关证据。(2)申请放行:涉嫌侵犯专利权货物的收货人或发货人认为其进出口货物未侵犯专利权的,可以请求海关放行其货物。有下列情形之一的,海关应当放行被扣留的侵权嫌疑货物:第一,海关依条例第15条扣留侵权嫌疑货物,自扣留之日起20个工作日内未收到人民法院协助执行通知的;第二,海关依照该条例第16条扣留侵权嫌疑货物,自扣留之日起50个工作日内未收到人民法院协助执行通知,并且经调查不能认定被扣留的侵权嫌疑货物侵犯知识产权的;第三,涉嫌侵犯专利权货物的收货人或者发货人在向海关提供与货物等值的担保金后,请求海关放行其货物的;第四,海关认为收货人或发货人有充分证据证明其货物未侵犯知识产权权利人的知识产权的。

三、国际技术贸易与知识产权许可协议

(一) 国际技术贸易

国际技术贸易是指跨越国境的有形技术转让,“跨越国境”是技术贸易“国际性”的标准。国际技术贸易法是调整跨国技术转让关系的法律规范的总和。在国际公约方面,联合国贸发会于1978年拟定了联合国《国际技术转让行动守则(草案)》。但由于发展中国家与发达国家在一些重要问题上分歧严重,草案至今未获正式通过。目前,尚未形成关于国际技术贸易的国际法律制度,有关国际技术贸易行为主要是通过国内法律制度及国际商业惯例来调整。

在国内法方面,我国调整技术进出口的法律主要包括:2002年《中华人民共和国技术进出口管理条例》,2004年修订的《中华人民共和国对外贸易法》有关技术进出口的管理规定,以

及我国的《专利法》、《商标法》、《著作权法》、《反不正当竞争法》、《合同法》、《民法通则》、《反垄断法》等法律中的相关规定。

在国际商业惯例方面,主要涉及有关知识产权贸易中普遍存在的限制性商业条款的惯例,有关的惯例一部分被成文化了,包括联合国《国际技术转让行动守则(草案)》,1980年联合国限制商业惯例问题会议通过的《一套多边协议的控制限制性商业惯例的公平原则和规则》等。

(二) 国际知识产权许可协议及其种类

国际技术贸易主要通过国际知识产权许可协议进行,国际知识产权许可协议又称国际许可证协议,指知识产权出让方将其知识产权的使用权在一定条件下跨越国境让渡给知识产权受让方,由受让方支付使用费的合同。协议中提供知识产权的一方称为“许可方”(Licensor),接受知识产权的一方称为“被许可方”(Licensee)。

国际许可证协议依许可权利的大小不同可以分为独占许可、排他许可(又称独家许可)和普通许可。独占许可证协议指在协议约定的时间及地域内,许可方授予被许可方技术的独占使用权,许可方不能在该时间及地域范围内再使用该项出让的技术,也不能将该技术使用权另行转让给第三方。独占许可证协议下,被许可方所获得的权利最大,其支付的使用费也最高。排他许可证协议指在协议约定的时间及地域内,被许可方拥有受让技术的使用权,许可方仍保留在该时间和地域内对该项技术的使用权,但不能将该项技术使用权另行转让给第三方。普通许可证协议指在协议约定的时间和地域范围内,被许可方拥有受让技术的使用权,许可方仍保留在该时间和地域内对该项技术的使用权,且能将该项技术使用权另行转让给第三方,即被许可方、许可方和第三方都可使用该项技术。此种协议下被许可方获得的权利最小,所支付的使用费最低。国际许可协议根据转让标的的不同还可以分为专利许可证协议、商标许可证协议、著作权许可证协议、专有技术许可证协议以及混合许可证协议,等等。不同标的

新华考资

www.xhkzedu.com



许可证协议的特有条款也不同。

(三) 国际许可证协议的条款

国际技术许可证协议因转让标的不同而有不同,但有些条款是各类许可证协议都具备的,概括起来,主要包括下列条款:

1. 鉴于与定义条款。鉴于条款即对技术许可的目的和背景等进行说明,对解释协议条款提供指导原则。定义条款会对协议中涉及的重要词汇给出明确的定义。国际技术许可证协议会涉及专利、商标、专有技术、版权等许可技术性的关键性专有名词,因各国的解释不同,可能会对当事人的权利产生影响,因此,在许可证协议中均会有定义条款。

2. 合同的范围条款。明确合同的标的、权利许可使用的范围、权利利用的充分性、授权的性质、技术使用的时间和地域等内容和条款。合同的标的涉及对技术或技术产品确切的描述,包括技术名称、范围、性能指标及验收标准、技术资料的交付等。在权利许可使用的范围方面,协议应确定许可的某一个或某几个方面的权利。如专利权有四项权能,受让方是否取得了全部权利。技术使用或活动范围不同,支付价格不同。在权利利用的充分性方面,许可方应与受让方就充分利用许可技术达成协议,包括商标使用、产品质量、生产数量、受让方对第三人的许可等内容。对地域范围的规定主要是与许可方国家的出口控制制度一致,保护许可方免于受让方的进口竞争,保护其他受让方。

3. 价格及支付条款。规定使用费的计算方式,主要包括:(1)统包价格,即在合同中一次算清一笔明确的使用费数额;(2)提成价格,即依合同产品产量、利润等提取一定百分比的费用作为技术使用费;(3)入门费加提成的价格,即合同生效后支付一定的入门费,投产后再支付提成费。支付条款一般规定支付货币、结算银行、汇款方式、付款单据、支付的时间和地点等内容。在计价货币和支付货币不同时,应规定兑换率。汇款方式有电汇、信汇和票汇等。采用统包价格时,可在技术资料交付后一次付清,或分期付清。采用提成价格时,可在正式销售后支付。采用入门费加提成的价格时,入门

费可一次或分期付清,提成费在性能保证期结束后按年支付。

4. 技术资料的交付与技术服务。(1)技术资料的交付条款。在国际许可证贸易中出让技术,要靠技术资料来表达说明,以及对技术资料的消化和实践。实践中,技术资料交付条款通常包括技术资料的清单及份数,技术资料交付的时间和方式,技术资料的包装,技术资料使用的文字,技术资料的验收等内容。(2)技术服务条款。技术服务通常包括设计和工程服务、管理服务以及技术人员培训服务等。技术服务条款主要包括许可方所派技术人员的性质及人数、任务及工作量、服务时间、工作及生活条件、费用的划分和支付等。需要培训人员的,应明确培训人数、内容、方式、时间和地点等。

5. 技术的验收条款。验收条款指被许可方对依许可方提供的技术资料制造的产品是否符合许可证协议规定的技术性能指标,进行的考核和验收。条款内容主要涉及考核验收产品的型号、规格、数量,考核验收的内容、标准和方法,考核验收的时间、地点、人员,考核验收结果的评定和处理及费用的分担等。

6. 技术改进。在许可证协议的有效期内,双方都有可能对转让技术进行改进或发展。对于改进技术的权利归属,实践中许可方多认为,被许可方对转让技术的改进是基于自己原有的技术,因此要求在合同中明确规定不允许被许可方改进发展技术,或一切的改进发展技术都归许可方所有。但许多国家的法律规定这种类型的条款属于限制性条款。该条款一般涉及许可方或被许可方技术改进的取得或使用,向第三人许可利益的共享、方式和数额,技术的专利申请权,费用是否互免等。

7. 保证和索赔条款。许可证协议中的保证指许可方对其转让技术的合法性、可靠性和有效性所提供的保证,其目的旨在维护被许可方的合法权益。概括起来包括权利担保和技术担保两个方面。在权利担保方面,许可方应保证对技术拥有所有权或许可权,该技术应不侵犯第三人的权利。如在合同履行过程中出现第三方指控侵权,应由许可方负责与第三方交涉,

并承担由此引起的一切法律和经济责任。许可方还应保证协议所涉及的知识产权在协议有效期内是有效和合法的。在技术担保方面,应保证被许可方正确使用技术资料后能够生产出符合协议规定技术标准和性能的产品,保证技术使用、操作及其结果应符合约定标准,技术符合受让方法律的要求。保证提供良好的技术服务等。当许可方未履行上述保证时,应当承担违约责任。被许可方对违约行为有权提出索赔。索赔在实践中多以罚款的方式,罚款的百分比由双方协商而定。

8. 违约救济与争议的解决。违约救济条款主要涉及违约行为的构成及违约救济方法,通过的救济方法包括替换、修补、赔偿损失、解除合同、支付罚金等。国际许可证贸易的争议解决的方式主要有协商、调解、仲裁和司法诉讼。当事人可以通过协商选择争议解决的方式。

不同标的许可证协议的特有条款,在专利许可证协议中通常还包括维持专利有效性、不得反控、使用专利标记等条款。商标许可证协议包括使用商标的形式、质量监督、商标标识管理等条款。版权许可协议有被许可方使用作品方式的约定条款。专有技术有关于技术保证条款和保密条款等内容。

(四)我国对技术进出口的管理

1. 《外贸法》的规定。依《外贸法》,国家准许技术自由进出口,国家法律、行政法规另有规定的除外。在一定情况下,国家可以限制或禁止技术进出口。对限制进出口的技术,实行许可证管理。国家制定、调整并公布限制或禁止进出口技术的目录,必要时也可以临时决定限制或禁止技术目录以外的技术进出口。为维护国家安全、社会公共利益或公共道德,保护人类及动植物的生命与健康,保护环境,保护自然资源,维护市场秩序,加快产业发展,履行国际义务等原因,国家可以禁止或限制技术进出口。

2. 2002 年《中华人民共和国技术进出口管理条例》。为了适应中国加入世贸组织后技术进出口的需要,我国于 2002 年颁布了《中华人

民共和国技术进出口管理条例》。依 2002 年条例第 2 条的规定,技术进出口指从中华人民共和国境外向中华人民共和国境内,或者从中华人民共和国境内向中华人民共和国境外,通过贸易、投资或者经济技术合作的方式转移技术的行为。该行为包括专利权转让、专利申请权转让、专利实施许可、技术秘密转让、技术服务和其他方式的技术转移。

条例第二章是关于技术进口管理的,国家鼓励先进、适用的技术进口。有《外贸法》第 16 条、第 17 条规定情形之一的技术,禁止或者限制进口。国务院主管部门会同国务院有关部门,制定、调整并公布禁止或者限制进口的技术目录。属于禁止进口的技术,不得进口。属于限制进口的技术,实行许可证管理;未经许可,不得进口。进口属于限制进口的技术,应当向国务院外经贸主管部门提出技术进口申请。技术进口项目需经有关部门批准的,还应当提交有关部门的批准文件。国务院外经贸主管部门收到技术进口申请后,应当会同国务院有关部门对申请进行审查,并自收到申请之日起 30 个工作日内作出批准或者不批准的决定。对属于自由进口的技术,实行合同登记管理。进口属于自由进口的技术,合同自依法成立时生效,不以登记为合同生效的条件。

关于限制性商业条款,条例第 29 条规定,技术进口合同中,不得含有下列限制性条款:(1)要求受让人接受并非技术进口必不可少的附带条件,包括购买非必需的技术、原材料、产品、设备或者服务;(2)要求受让人为专利权有效期限届满或者专利权被宣布无效的技术支付使用费或者承担相关义务;(3)限制受让人改进与人提供的技术或者限制受让人使用所改进的技术;(4)限制受让人从其他来源获得与让与人提供的技术类似的技术或者与其竞争的技术;(5)不合理地限制受让人购买原材料、零部件、产品或者设备的渠道或者来源;(6)不合理地限制受让人产品的生产数量、品种或者销售价格;(7)不合理地限制受让人利用进口的技术生产产品的出口渠道。限制性贸易做法存在的范围很广,在国际技术转让方面,主要表现为对



技术受让方的限制。由于限制的原因、程度等不同,并非所有限制性贸易做法都是法律禁止的。第29条的规定,与1985年《技术引进合同管理条例》相比,取消了两项限制,一个是“双方交换改进技术的条件不对等”,另一个是“禁止受让方在合同期满后,继续使用引进技术”。因为此两项内容不必由国家法律进行限制,应尊重当事人的选择。

第二节 国际投资法

新华考资
www.xhkedu.com

一、国际投资法概述

(一) 国际投资法的概念及形式

国际投资法是调整国际私人直接投资关系的国内法律规范和国际法律规范的总称。国际投资是指资本的跨国流动。它可以分为国际直接投资(包括股权投资和非股权直接投资)和国际间接投资(证券投资)。前者是指一国私人在外国投资经营企业,直接或间接地控制该企业的经营活动。例如,中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业、BOT(即“建设—运营—转让”)合作方式等。后者是指将借贷资本输出到国外,投资者不直接参与企业的经营活动。例如,购买外国股票、其他有价证券和贷款等。国际投资法主要调整国际直接投资。

(二) 国际投资法的调整对象和特点

国际投资法调整的关系既有横向的,也有纵向的。具体包括:外国投资者和东道国自然人、法人及其他经济组织之间产生的投资商事关系;东道国与外国投资者之间的投资管理和保护关系;跨国投资者与母国有关机构之间的投资促进和投资保证的关系;政府之间及政府与国际组织之间为促进和保护投资或协调投资关系而缔结双边或多边条约所产生的关系。国际投资法的特点可以概括为:其一,仅调整国际私人投资关系,即自然人、法人和民间组织、企业团体的海外投资。其二,仅调整国际私人直接投资关系,即不包括国际间接投资关系,债券或股票等间接投资由国际金融法来调整。其三,所调整的国际私人直接投资关系既包括私人外国投资者与东道国及其法人、个人间以及

同本国政府间的关系,又包括东道国与投资者母国政府间的关系。

(三) 国际投资法的渊源和内容

国际投资法的渊源包括国内立法、国际条约和国际惯例。国际投资法主要涉及以下内容:国际投资的市场准入问题;国际投资的待遇标准问题;对外国投资的管制问题;对国际投资的保护问题;国际投资争端的解决问题。

1. 国内立法。国际投资法的国内法律规范主要是指一个国家关于私人直接投资方面的法律规范。调整国际投资的国内立法通常包括两个方面,即对资本输入的法律调整和对资本输出的法律调整。

2. 国际立法与国际惯例。国际条约包括国际投资双边条约、区域性条约和多边投资公约,双边投资条约是资本输出国与输入国间签订的,旨在鼓励、保护及促进两国间私人直接投资活动的双边协定与条约的总称。双边投资条约包括友好通商航海条约、投资保证协定、促进与保护投资协定等几种形式。双边投资条约主要包括受保护的投资者和投资、外国投资的待遇、政治风险的保证、代位权、投资争议的解决等内容。在双边条约方面,目前尚无全面规范国际投资各方面的多边条约,已生效的多边条约主要为《多边投资担保机构公约》、《解决国家和他国国民间投资争端公约》,以及世贸组织的《与贸易有关的投资措施协议》(简称TRIMs)等。有关国际投资的国际惯例,如用尽当地救济原则、求偿国籍原则等。本节将主要涉及国际立法的内容。

二、《多边投资担保机构公约》

为了缓解或消除外国投资者对政治风险的担心,世界银行于1984年制定了《多边投资担保机构公约》的草案,几经修订后于1985年在韩国汉城通过,因此又简称《汉城公约》,依公约于1988年4月建立了多边投资担保机构(Multilateral Investment Guarantee Agency,简称MIGA),该机构是世界银行集团的第五个新成员,直接承保成员国私人投资者在向发展中国家成员投资时可能遭遇的政治风险。中国于1988

年4月30日批准该公约,是其创始会员国。

(一) 多边投资担保机构的宗旨

依公约的规定,多边投资担保机构的目的是通过自身业务活动来推动成员国之间的投资,特别是向发展中国家会员国投资,以补充国际复兴开发银行、国际金融公司和其他国际性开发机构的活动,并对投资的非商业性的风险予以担保,以促进向发展中成员国的投资流动。

(二) 多边投资担保机构的法律地位

在法律地位上,多边投资担保机构是具有完全法律人格的国际组织,有权缔结契约,取得并处理不动产和动产,进行法律诉讼。多边投资担保机构内设理事会、董事会、总裁和职员。理事会为最高权力机构,由每一会员国指派理事和副理事一人组成。董事会至少由12人组成,负责一般业务,是该机构的执行机构。董事会主席由世界银行行长兼任,除在双方票数相等时投一决定票外,无投票权。多边投资担保机构总裁由董事会主席提名任命,负责处理本机构的日常事务及职员的任免和管理。

(三) 多边投资担保机构的业务

多边投资担保机构具有担保和政策协调的双重作用。其业务主要有两大类:投资担保业务和投资促进业务。投资担保业务主要是指对国际投资中的政治风险提供担保。投资促进业务主要是服务于担保业务的政策磋商、技术咨询、资料收集和协助研究等。机构的一些业务细节在机构业务规则草案(以下简称《业务规则》)中进行了明确。

(四) 多边投资担保机构担保的主要内容

1. 承保风险。机构主要承保四项非商业风险:

(1) 货币汇兑险,承保由于东道国的责任而采取的任何措施,使投资人无法自由将其投资所得、相关投资企业破产的清算收入及其他收益兑换成可自由使用的货币,或依东道国的法律,无法将相关收益汇出东道国的风险。导致货币汇兑风险的行为可以是东道国采取的积极行为,如明确以法律等手段禁止货币的兑换和转移,也可以是消极地限制货币兑换或汇出,如负责业务的政府机构长期拖延协助投资人兑换

或汇出货币。依机构《业务规则》第124条的规定,如东道国相关机构在收到投资人兑换货币或汇出货币的申请后90日内不作出决定或采取行动,便构成投资东道国政府的消极限制货币汇兑行为。美国海外投资保险采用的该期限为60日,例如,在菲律宾地热公司汇出收入一案中,该公司在菲律宾开发地热资源,需将其收入向菲律宾中央银行申请汇出。1983年11月17日,由于当时外汇大量外流,菲律宾政府采取了一系列的措施,使得菲律宾地热公司虽然已取得菲律宾中央银行的收入汇出批准书,但仍无法从该外汇储备资金中申请取得外汇。于是,便向美国海外私人投资公司索赔。当时距菲律宾地热公司向菲律宾政府递交汇出申请之日还不满60天。美国海外私人投资公司认为,一旦投保人提出汇兑申请,遭东道国政府拒绝之后,则应认为已发生了禁兑险,况且菲律宾政府的这种外汇管制将在相当长的时间内继续有效,因此推定禁兑险自始发生,不再强求等待期限届满而立即向投保人做了赔付。

(2) 征收和类似措施险,承保由于东道国政府的责任而采取的任何立法或措施,使投保人对其投资的所有权或控制权被剥夺,或剥夺了其投资中产生的大量效益的风险。这里的征收既包括东道国进行的正式的征收或类似征收措施,也包括隐蔽性征收。隐蔽性征收指尽管东道国作出的一系列行为并不构成对投资人的征收行为,但该一系列行为的结果却具有与征收无异的效果,则每一个单项行为也应视为征收。例如,所得税的增加、关税的增加等。在确定隐蔽性征收前,投资人必须证明东道国政府所采取的一系列行为事实上使相关企业的收入出现严重亏损或经营为不可能。但东道国为了管辖境内的经济活动而采取的普遍适用的措施,不应被视为征收措施。

(3) 战争内乱险,承保影响投资项目的战争或内乱而导致的风险。依《业务规则》第1.50条的规定,“军事行动或内乱如果毁灭、损害或破坏位于东道国境内的投资项目的有形资产或干扰了投资项目的营运,即使其主要发生在东道国境外,仍可视其在东道国境内发生而具有



被担保的资格”。可见,战争和内乱险的发生并不以东道国是否为一方或是否发生在东道国领土内为前提。即如战争发生在投资东道国的邻国,但影响投资项目的正常营运或造成了某些破坏,则投资人仍可从多边投资担保机构取得赔偿。如内陆国的投资依赖过境国的交通线,而过境国的内乱使投资项目无法进行,投资人也可以要求机构对其进行赔偿。内乱通常指直接针对政府的、为推翻该政府或将该政府驱逐出特定地区的有组织的暴力活动,有关内乱必须主要是由追求广泛的政治或思想目标的集团所引起或实施的,包括革命、暴乱、政变、民变等,但为促进工人、学生或其他特别群体的利益所采取的行为以及具体针对投保人的恐怖主义行为、绑架或类似行为,不能视为内乱。

(4) 政府违约险,即东道国对担保权人的违约,且担保权人无法求助于司法或仲裁部门对违约的索赔作出裁决,或司法或仲裁部门未能在合理期限内作出裁决,或有这样的裁决而不能实施。东道国的违约行为包括东道国作为主权者的违约行为和作为一般商业伙伴的违约行为。相关的合同主要涉及东道国政府或政府机构与外国投资者订立的有关自然资源开发合同、基础设施建设等方面的合同。根据公约规定,资本输入国政府在发生违约行为后,投保人如果无法或不能在合理期限内求助于司法或仲裁部门对政府毁约或违约行为的索赔作出裁决,或该有关司法或仲裁部门不能在合理期限内作出裁决,或有裁决而得不到执行等,可认定发生了违约风险。对于资本输入国政府的一些违约行为在构成货币汇兑险和征收或类似措施险的情况下,将依货币汇兑险或征收险处理。

此外,依公约规定,应投资者和东道国联合申请和经机构董事会特别多数票通过,承保范围还可扩大到上述险别以外的其他非商业风险。另外,虽然机构承保上述四种风险,但在下列情况下,机构可以免除其保险责任:投保人认可或负有责任的资本输入国政府的任何行为或懈怠导致的损失;在 MIGA 签订保险合同前,资

本输入国政府的任何行为或懈怠或其他任何事件已经发生并导致了损失;任何情况下发生的货币贬值或定值的降低。

2. 合格投资者。关于合格的投资者,依公约第 13 条的规定,符合下列条件的自然人和法人均有资格取得机构的担保:其一,该自然人不是东道国的国民;其二,该法人不具有东道国的法人资格或在该东道国设有主要营业地点;其三,相关法人的经营以商业盈利为目的。但如投资者和东道国的联合申请,且用于投资的资本来自东道国境外,经机构董事会特别多数票通过,可将合格投资者扩大到东道国的自然人、在东道国注册的法人以及其多数资本为东道国国民所有的法人。为了解决合伙组织在有些国家可以取得法人资格,而在另一些国家不能取得的问题,《业务规则》规定,不具有法人资格的合伙应被视为具有未经注册的企业及公司的分部的地位,此类经济实体的所有权人可单独向机构申请投资担保,具有法人资格的合伙组织则可直接向机构申请担保。

3. 合格的投资。(1) 投资形式。公约第 12 条规定了投资的形式,包括股权投资、非股权投资,经机构董事会特别多数同意,可将担保投资的范围扩大到其他任何形式的中长期投资。但出口信贷不在 MIGA 的担保范围之内。股权投资包括购买具有法人资格的公司或其他经济实体的股权。非股权直接性投资主要指投资人不是通过投入现金或实物而取得相关企业股权的投资。非股权投资的特点是投资收益依赖于相关企业或项目的成功,如项目失败,投资人的投资便无法收回。依《业务规则》第 1.05 条的规定,非股权直接性投资包括:合作生产合同;分享收益合同;管理合同;商标、专利技术、特许协议和技术协助合同;专利特许协议;交锁匙合同;3 年以上期限的租赁合同;次位债券;其他形式的非股权直接投资。(2) 风险的避免。为了尽可能避免承保的投资遭遇政治风险,合格投资必须是经济上合理的投资;能对东道国经济发展作出贡献的投资;符合东道国和投资者本国法律的合法投资;与东道国经济发展目标和重点相一致。至于有关具体投资项目是否能

够达到上述要求,通常由董事会投票决定。而且,该机构缔结任何投资担保合同,均须经东道国政府认可。(3)投资开始的时间。在时间上,为了最大限度地降低资本输入国对 MIGA 所承保的投资采取征收或国有化措施,MIGA 要求有权取得担保的投资项目限于投保人提出申请注册之后才开始执行的投资项目。

4. 合格东道国。担保机构成立的目的是要促进生产性资金流向发展中国家,因此,公约第 12 条和第 14 条明确规定,机构只对向发展中国家成员领土内的投资予以担保。且要求外资必须能够在这些发展中国家得到公正平等的待遇和法律保护。至于东道国是否对外资提供“公正平等”待遇,并不是一项普遍的义务要求,而只要求资本输入国对投保的具体外国投资项目提供此种待遇。对资本输入国附加此种限制的主要原因在于,国际投资保险的实践证明,法律制度越健全的国家,投资条件越好,其发生政治风险的概率也越低,投资保险所承担的风险也越低。

5. 代位权。公约规定,担保合同要求担保权人在向机构要求支付前,寻求在当时条件下合适的、按东道国法律可随时利用的行政补救方法。多边投资担保机构一经向投保人支付或同意支付赔偿,即代位取得投保人对东道国或其他债务人所拥有的有关承保投资的各种权利或索赔权。各成员国都应承认多边投资担保机构的此项权利。东道国对机构代位权的承认意味着对东道国主权豁免的一种限制。

多边投资担保机制是一种源自于各国海外投资保险机制的多边投资担保机构,其在机制和内容上的创新和发展,使得该机制得以迅速被各国所接受并迅速发展起来。多边投资担保机制的建立有利于消除外国投资者对其投资在资本输入国遭遇非商业性风险的担心,促进了国际资本向发展中国家的流动以及在发展中国家之间的流动。

三、《与贸易有关的投资措施协议》

为了绕开进口国的高关税及非关税壁垒,许多出口国的生产商往往会转而在进口国投

资,通过进口零部件在进口国生产并销售产品的方式占领进口国市场。为了保障国内同类产业以及相关的上游产业,进口国又往往会对外国投资者设定各种限制。限制涉及投资领域、投资规模、原材料或配件的进口、最终产品的销售以及外汇措施等领域。措施具体表现为当地含量要求、进口替代要求、出口要求等。但这些措施也严重阻碍了国际贸易的发展。

由于 GATT 仅对贸易作出了规定,没有针对投资的规定,投资限制逐渐成为阻碍国际贸易主要壁垒措施之一。1993 年 12 月乌拉圭回合所达成的《与贸易有关的投资措施协议》是 GATT 第一次就涉及国际投资的问题达成的贸易协议。

协议的目的不是要禁止所有的投资措施,而是审查那些对贸易有限制和扭曲作用的投资措施,如歧视进口、替代进口、国内购买、进出口平衡、限制出口、外汇管制、出口要求、限制出口的权利等,并制定消除这些投资措施的方法。

1. 适用范围。依协议第 1 条的规定,协议适用于与货物贸易有关的投资措施,而将与服务贸易和知识产权有关的投资措施排除在外。虽然美国曾列出了一个投资措施清单,但由于其他国家,特别是发展中国家的反对,适用范围被限定为与货物贸易相关的投资措施,与服务贸易和知识产权相关的未被列入。应当注意的是,并非全部与货物有关的投资措施都受 TRIMs 的约束,只有与 GATT 国民待遇和数量限制相违背的投资措施才受 TRIMs 的调整。此外,如措施属于 GATT 例外情形,则即使与国民待遇和数量限制条款相违背,有关成员仍可维持该措施。此外,依第 4 条有关“发展中成员”的规定,也可维持该措施。

2. 禁止使用的措施。依协议第 2 条,成员不得实施与 GATT 第 3 条国民待遇或第 11 条数量限制的一般取消不一致的投资措施。为此,各成员专门就禁止的投资措施制定了一份“解释性清单”,表明了被禁止的投资措施的多种表现形式,这些措施可表现为法律和法规形式,也可表现为政府的行政指令或裁决,还可表现为某种优惠政策。

新华考资

www.xhkdzu.com



(1)违反国民待遇规定的投资措施:第一,“当地成分要求”或“国产化要求”,即要求企业,无论是本国投资企业,还是外商投资企业,在生产过程中必须购买或使用一定数量金额或最低比例的当地产品。这种投资措施对贸易的扭曲作用主要是阻止或限制进口产品的使用。如规定购买与使用当地产品的数量或价值的比重等。第二,贸易平衡要求,即要求外国投资企业购买或使用进口产品的数量或价值应与该企业出口当地产品的数量或价值相当。例如,要求企业购买或使用进口产品的数量或金额不能大于其出口当地产品的数量或金额,通常体现为比例关系。

(2)违反一般禁止数量限制原则的投资措施。主要包括:第一,贸易平衡要求,即进口数量以出口数量为限。总体上限制企业用于当地生产或与当地生产相关的产品的进口,或者将其进口限制在与其出口当地产品的数量或价值挂钩。第二,外汇平衡要求,即将企业可使用的外汇限制在与该企业外汇流入相关的水平,从而限制该企业用于当地生产或与当地生产相关的产品的进口。第三,“出口限制”或“国内销售要求”,即限制企业产品出口的数量,有的国家要求外资企业以低于国际市场价格将本应出口的产品在当地销售,这也是扭曲贸易的。

3. 透明度。依协议第5条和第6条的规定,各成员有义务公布和通知其采取的与贸易有关的投资措施,并应向WTO秘书处通报其用以刊载有关投资措施的出版物。如其他成员提出请求,被请求的成员应提供有关资料,并给予同情的考虑和充分磋商的机会。但如资料的披露会妨碍其法律的实施或违背公共利益或损害公私企业的合法利益,则成员可以拒绝披露或提供有关资料。

4. 发展中成员的优惠和过渡期安排。依协议第4条的规定,发展中成员有权依GATT第18条及关于《国际收支规定的谅解》暂时背离有关国民待遇和一般禁止数量限制的规定。关于过渡期安排,缔约方对于不符合协议规定的投资措施应在协议生效的90天内通知货物贸易理事会。发达国家应在2年内、发展中国

家应在5年内、最不发达国家应在7年内取消上述与贸易有关的投资措施。

5. 对与贸易有关的投资措施的管理。依协议第7条的规定,设立了一个“与贸易有关的投资措施委员会”,专门处理有关事项,为缔约方提供协商机会,委员会对所有成员开放。委员会每年至少召开一次会议,也可根据任何缔约方的请求开会。

新华考资**四、国际投资争端解决** www.xhkzedu.com

(一)国际投资争端解决的途径

依涉及国际投资争端的主体不同,国际投资争端可以划分为三个层面:其一,外国投资者与资本输入国合作投资者之间的投资争议,此类争议属于民商事主体之间的争议,主要是合同纠纷或侵权纠纷,通常适用资本输入国的民事诉讼程序解决纠纷。其二,外国投资者与资本输入国政府的争议。其三,资本输出国政府与资本输入国政府之间的投资争议。后两类争议有些是行政争议,适用资本输入国的行政诉讼程序解决。有些则属于国际争端,通常由当事国政府磋商或者通过国际仲裁或法律程序解决。第三类投资争议往往是因资本输入国政府不能公正处理前两种争议转化而来。从争端的内容上看主要涉及两类,一类为基于合同而产生的争议,如特许协议;另一类为非直接基于合同而引起的争议,即由于国家行为或政府管理行为引起的争议,如东道国立法将外国投资者的财产收归国有。

解决国际投资争端的方式主要包括非法律手段和法律手段两类,非法律手段又称为“外交手段”,主要包括协商、调解、斡旋、调停和外交保护等。外交保护的前提是用尽当地救济。解决国际投资争端的法律手段主要包括诉讼和仲裁。诉讼包括资本输入国国内诉讼和国际诉讼;仲裁包括资本输入国国内仲裁和国际仲裁。依《解决国家和他国国民之间投资争端公约》(简称《华盛顿公约》)设立的解决国际投资争端中心(英文简称ICSID,中文简称“中心”),就是为以仲裁解决国家与外国投资者之间的争议提供便利。

(二)《解决国家和他国国民之间投资争端公约》

《华盛顿公约》1965年3月在华盛顿通过,1966年10月生效。中国于1993年加入公约。依该公约设立的“解决国际投资争端中心”,作为世界银行下属的一个独立机构,为解决缔约国和其他缔约国国民之间的投资争端提供调解或仲裁的便利。

1. 中心的地位和机构设置

根据公约的规定,中心具有完全的国际法律人格,中心有缔约能力、取得和处理动产和不动产的能力及诉讼能力。中心及其工作人员享有一定的特权和豁免,这些特权包括财产和资产免受搜查、征用、没收或其他形式的扣押,档案不受侵犯等特权。有关豁免权主要是指中心及其财产和资产享有豁免一切法律诉讼的权利,除非中心放弃此种豁免。

根据公约规定,中心设有一个行政理事会、一个秘书处、一个调解员小组和一个仲裁员小组。其中,行政理事会由各成员国派遣一名代表组成,世界银行行长是行政理事会的当然主席,但无表决权。秘书长和所有副秘书长都由行政理事会主席提名,并经行政理事会三分之二多数票选举产生,任期不少于6年,可以连选连任。秘书长是中心的法定代表人。调解员小组和仲裁员小组成员的服务期限为6年,可以连任。中心备有“调解员名册”和“仲裁员名册”,供投资争端当事人选择。

2. 中心的管辖权。中心的管辖权具有排他的效力,即一旦当事人同意在中心仲裁,有关争端不再属于作为争端一方的缔约国国内法管辖的范围,而属于中心的专属管辖。这表明,双方实际上可以不用尽当地救济即在书面同意的基础上将争端提交仲裁。例外情况是,依公约第26条的规定,缔约国可以要求用尽当地各种行政或司法救济,作为其同意依公约交付仲裁的一个条件。同时,中心的管辖排斥投资者本国的外交保护。依公约第27条第1款的规定,缔约国对于它本国的一个国民和另一缔约国根据本公约同意交付或已交付仲裁的争端,不得给予外交保护或提出国际要求,除非该另一缔

约国未能遵守和履行对此项争端所作出的裁决。

提交中心仲裁的投资争端必须符合公约规定的下列条件:

(1)对争端主体的要求:争议当事人一方必须是缔约国政府(东道国)或者其公共机构或实体;另一方是缔约国国民(外国投资者),包括自然人、法人及其他经济实体。根据公约规定,如果该国民是自然人,那么,其必须在双方同意将争端交付中心之日以及将其请求在ICSID登记之日,具有该另一缔约国的国籍,但是,如果该自然人同时还具有作为争端当事方的缔约国的国籍,则有关争端不能受到中心的管辖。即中心排除了对涉及自然人的双重国籍案件的管辖,自然人要想其投资争端受到中心的管辖,就必须放弃或者不能持有争端当事国的国籍。如果双方同意,也受理具有缔约国国籍,但直接受另一缔约国利益控制的法律实体与东道国之间的争端。

(2)争端性质:依公约第25条第1款的规定,中心的管辖权适用于一缔约国和另一缔约国国民之间“直接因投资而产生的任何法律争端”。关于何谓“投资”和“法律争端”,公约本身并没有规定。依世界银行董事会《关于〈解决国家与他国国民间投资争端公约〉的报告》的解释,何为“投资”可以由争端当事方自主决定,公约没有必要进行解释或界定。关于“法律争端”,董事会报告则认为,“争端必须是关于法律权利或义务的存在或其范围,或是关于因违反法律义务而实行赔偿的性质或限度的”。

(3)主观要求:依公约的规定,中心仅对争端双方书面同意提交给ICSID裁决的争端有管辖权。因此,双方书面同意就成为ICSID受理争端的主观要求。对于同意的形式,公约没有规定,但实践中书面形式的种类主要有:东道国与外国投资者之间协议中的ICSID仲裁条款;争端当事方在争端发生之后达成专门的仲裁协议;东道国的投资立法中规定同意将其与外国投资者之间的争端提交ICSID管辖,争端发生后,外国投资者以书面形式表示接受;投资保护协定中的“ICSID仲裁条款”;区域性投资协定



中的 ICSID 机制。批准或加入公约本身并不等于缔约国承担了将某一特定投资争端提交中心调解或仲裁的义务。根据公约规定,争端当事双方表示同意后,不得单方面撤销其同意。

3. 解决投资争端适用的法律。依公约第 42 条的规定,中心仲裁庭应依争端双方同意的法律规则对争端作出裁决。如果争端双方没有对应适用的法律规则达成协议,则仲裁庭应适用作为争端一方的缔约国的国内法(包括其冲突法规则)以及可适用的国际法规则。仲裁庭不得借口没有明确的法律规定或者法律规定含义不清而暂不作出裁决。但该条第 3 款又规定,尽管有前面这些规定,仲裁庭在争端双方同意时仍可根据公平和善意原则对争端作出裁决。

4. 裁决的承认与执行。依公约第 53 条规定,中心的裁决对争端各方均具有约束力,不得进行任何上诉或采取任何其他除本公约规定外的补救办法。除依公约规定予以停止执行的情形外,争端任何一方都应遵守和执行 ICSID 的裁决。并且,根据公约第 54 条的规定,每一缔约国都应承认依照该公约作出的裁决对其具有约束力,并在其领土内履行该裁决所裁定的财政义务,并赋予该裁决等同于其国内法院终审判决的效力。排除了缔约国对 ICSID 裁决进行程序性和实质性审查的权力。如作为争端当事方的缔约国政府不执行中心的裁决,则投资者母国政府可以恢复其行使外交保护或提起国际要求的权利。但依公约第 64 条的规定,如果作为争端当事方的缔约国和投资者母国直接就公约的解释或适用产生争议,任何一国均可以申请将该争议提交国际法院解决。

示例

法国某公司依 1958 年联合国《承认与执行外国仲裁裁决公约》,请求中国法院承认与执行一项国际商会国际仲裁院的裁决。依据该公约及中国相关司法解释,下列哪一表述是正确的?(2013 年试卷一第 38 题)

A. 法院应依职权主动审查该仲裁过程中是否存在仲裁程序与仲裁协议不符的情况

B. 该公约第 5 条规定的拒绝承认与执行外国仲裁裁决的理由是穷尽性的

C. 如该裁决内含有对仲裁协议范围以外事项的决定,法院应拒绝承认执行该裁决

D. 如该裁决所解决的争议属于侵权性质,法院应拒绝承认执行该裁决

【参考答案及简要提示】B。本题同时涉及国际投资法和民事诉讼法。A 项错误,依《民事诉讼法》,对于仲裁程序不符合仲裁协议的,需要由被申请人提出证据证明法院才予以审查,法院不主动进行审查。B 项正确,依《承认与执行外国仲裁裁决公约》第 5 条第 2 款的规定,拒绝承认与执行外国仲裁裁决的情形是穷尽性的。C 项错误,依《公约》第 5 条第(1)款第③项规定,超出仲裁协议范围的事项,法院应拒绝执行该裁决,但是,对于仲裁协议范围以内的事项的决定,如果可以和对于仲裁协议范围以外的事项的决定分开,那么,这一部分的决定仍然可予以承认和执行。D 项错误,依最高人民法院《关于执行我国加入的〈承认与执行外国仲裁裁决公约〉的通知》第 2 条我国加入该公约时所作的商事保留声明,我国仅对按照我国法律属于契约性和非契约性商事法律关系所引起的争议适用该公约。“契约性和非契约性商事法律关系”指由于合同、侵权或者根据有关法律规定的经济上的权利义务关系,不包括外国投资者与东道国政府之间的争端。因此,对于该侵权性质的裁决法院也应当执行。

第三节

新华考资

www.xhkedu.com

一、国际融资法概述

(一) 国际融资法的界定

国际融资法是调整不同国家主体之间国际资金融通关系的法律规范的总称。国际融资法的调整具有复合性,既包括平等主体间基于协议而发生的国际资金融通关系,也包括有关国家政府与资金融通主体间发生的国际融资管理法律关系。国际融资在内容上涉及国际贷款融

资、国际证券融资、国际融资租赁、国际融资担保等法律关系。调整国际资金融通关系的法律规范主要包括各国的金融法、国际资金融通的公约和惯例。

(二) 国际资金融通的方式

国际资金融通主要通过国际贷款、国际证券融资和国际融资租赁等几种方式实现。国际贷款指不同国家当事人之间基于信用而进行的货币资金的有偿让渡,是资金使用权的跨国交易活动。国际贷款协议指位于不同国家的当事人之间为一定数额货币的借贷而订立的、明确相互关系中的权利与义务的书面协议。国际证券是在国际证券市场上发行并销售流通的、以某种可兑换货币为面值的、证明或设立财产所有权的书面凭证。国际债券融资是一国政府机构、金融机构或工商企业为筹集资金向外国投资者发行的可自由流转的债权证券的债权融资方式。国际融资租赁是一国的出租人按照另一国承租人的要求购买租赁物并出租给承租人使用,而租赁物的维修和保养由承租人负责的一种租赁方式。典型的融资租赁由三方当事人和两个合同构成,即出租人与供货人签订的购货合同和出租人与承租人签订的租赁合同。国际融资租赁具有租赁期限长、租金较高的特点,租赁期满,承租人可以选择将租赁物退回出租人或者按残值购买。

二、国际贷款协议

(一) 国际贷款协议的种类

依据不同的分类标准,国际贷款协议可以分为不同的类型,依贷款人的不同,可分为国际金融机构贷款协议、政府贷款协议和国际商业贷款协议;依借款人的数量不同,可分为独家贷款协议和银团贷款协议;依贷款期限的长短不同,可分为长期、中期和短期贷款协议;依贷款有无担保,可分为有担保的贷款协议和无担保的贷款协议;依贷款利息的种类不同,可分为固定利率贷款协议和浮动利率贷款协议;依对贷款使用的规定不同,可分为自由外汇贷款协议和项目贷款协议;依贷款资金的来源,可分为外国贷款协议和欧洲货币贷款协议。这里的“欧

洲”并非地理概念,而是指贷款人将“非本国货币”给境外借款人的贷款协议。而外国贷款协议是将“本国货币”给境外借款人的贷款协议。

1. 政府贷款,指一国政府利用财政资金向另一国政府、机构和公司提供的优惠性贷款。此种贷款因具有援助性质,是援助国向受援国提供经济发展援助的重要形式。所以贷款期限长,利率低,贷款条件优惠;一般对贷款的使用目的有明确规定;贷款程序较复杂;争议的解决以协商和仲裁为主,很少采用司法诉讼方式。

2. 国际金融机构贷款,指国际金融机构对成员国政府、政府机构或公私企业的贷款。国际金融机构的贷款具有如下的主要特点:贷款的提供依各国际金融机构的组织章程和有关贷款方面的专门规定;只向其国际金融机构的成员国政府或成员国的公私机构发放贷款,且目的大多为解决成员国,特别是发展中成员国的国际收支失衡和建设资金不足问题;贷款审批程序较为严格,但条件比较优惠。

国际货币基金组织是目前世界上最大的政府间国际金融组织,其宗旨之一是通过发放贷款调整成员国国际收支的暂时失衡。其发放贷款的对象仅限于成员国政府机构,不对私人企业组织贷款。特别提款权(Special Drawing Right,简称SDR)是国际货币基金组织于1968年在原有的普通贷款权之外,按各国认缴份额的比例分配给会员国的一种使用资金的特别权利。各会员国可以凭特别提款权向基金组织提用资金,因此特别提款权可与黄金、外汇一起作为国际储备。成员国在基金开设特别提款权账户,作为一种账面资产或记账货币,可用于办理政府间结算,可偿付政府间结算逆差。还可以用以偿还基金组织的贷款,或作为偿还债务的担保等。特别提款权在创设时是一种以黄金定值的记账单位。目前是采用4种主要货币的加权平均数来定值。

3. 国际商业贷款,指一国借款人在国际金融市场上向外国商业银行借款的跨国融资行为。提供贷款的银行为以营利为目的的商业银行;借款人可以较自由地支配所借资金,不受贷款人的限制;贷款利率比较高,还款期比较短,



往往要求借款人提供担保。国际商业贷款是国际融资的传统方式之一,也是国际融资的一种主要方式。国际商业贷款的贷款人可以是商业银行、基金或银团,实践中主要是商业银行和银团,借款人可以是银行、基金或公司法人,也可以是政府机构或国际组织。在此基础上,国际银团贷款和国际项目融资贷款等也逐渐发展起来,成为独具特色的国际商业贷款形式。

4. 国际银团贷款。国际银团贷款是指由数家各国商业银行联合组成集团,依统一的贷款条件向同一借款人提供贷款的方式。国际银团贷款基本上可以分为直接式银团贷款和间接式银团贷款两种方式。直接式银团贷款,指在牵头银行的组织下,各参与贷款银行分别与借款人签订贷款协议,依协议规定的统一条件向借款人发放贷款。各个贷款银行仅就各自承诺的贷款份额向借款人负责,相互之间不负连带责任。间接式银团贷款,指由牵头银行单独与借款人签订贷款协议,向借款人提供贷款,然后由牵头银行将参与贷款权分别转让给其他愿意提供贷款的银行的贷款。

5. 项目贷款,指针对某一特定的工程项目发放,并以项目建成后的经济收益还本付息的贷款。在项目贷款下,贷款人把资金贷给专门为该项目成立的一家新项目公司,而非直接贷给该项目的主办人。贷款人看重的是借款人的信用,而非用贷款所兴建的项目的成败。项目贷款通常以主办项目的资产和收益为贷款人设定担保。项目贷款分为无追索权项目贷款和有限追索权项目贷款。前者贷款人对项目主办人没有任何追索权,而后者有。有限追索权项目贷款除要求以贷款项目的收益作为偿还债务来源,除在该项目资产上设定担保物权以外,还要求与项目有利害关系的第三人提供各种担保,项目本身的资产或收益不足以清偿债务时,贷款人可向项目主办人及担保人追索。项目主办人和担保人对项目债务所负的责任,以贷款合同和担保合同所规定的金额有限。

(二) 国际贷款协议的共同性条款

虽然国际贷款协议依种类不同内容也有所差异,但经过长期实践,国际贷款业务已经形成

了比较确定的协议格式和内容,各类贷款协议一般也具备一些共同性条款,这些共同性条款包括:协议术语解释、陈述与担保、贷款目的、贷款的提取、先决条件、还款、违约事项、税费、纠纷管辖及法律适用等。

1. 陈述和保证(Representations and Warranties)。借款人在该条款中须对贷款人据以决定贷款和签约涉及的借款人的重要法律事实、财务事实及经营事实进行说明和承诺,并保证其真实、准确和完整。如借款人的陈述与保证有误,应承担相应的法律责任。借款人说明的重要情况大致可分为两个方面:其一,法律事项的说明,为的是使贷款人确信借贷交易的效力在法律上不会遇到来自借款人方面的阻碍;其二,借款人财务和商务状况所作的说明,为的是使贷款人确信借款人有良好的资信和还款能力。

2. 先决条件(Conditions Precedent)。只有在先决条件已经得到满足时,贷款人才承担或履行提供贷款的义务。先决条件分两类:一类为总括先决条件,主要是借款人应向贷款人提供符合协议规定的一系列文件,包括各类担保文件、必需的授权书和政府批准文件的副本、借款人组织机构的成立文件,如章程、执照等。对借款人在协议中作出说明的各种法律事项给予证明和说明的法律意见书。另一类为每笔贷款发放的先决条件,包括借款人所作的各项说明,在其借款时仍然真实、正确、没有发生任何实质性的不利变化;未曾发生或现不存在违约事件,也没有可能引起违约的情况;不存在使借款人履行借贷协议项下的义务受到限制的情况。除上述各项总括与具体贷款部分的先决条件外,借贷双方可根据情况需要,商定增加其他先决条件。

3. 约定事项(Covenants)。国际贷款协议的约定事项条款指借款人在协议中作出的若干保证或自我限制。其目的在于保障贷款的收回。约定事项主要包括:(1)消极担保条款,指借款人在偿还全部贷款之前,不得在自己的资产及收益上,为其他债权人维持或设定任何担保物权。(2)平等位次条款,该条款要求借款人

保证无担保的贷款债权人至少应与借款人的其他无担保债权人处于按比例平等的受偿地位。(3)财务约定事项,该条款规定借款人应定期向贷款人报告自身的财务状况和经营状况,并遵守各项财务指标。如保证其负债率不超过一定比率。(4)贷款的用途,国际商业贷款一般不限用途,但从法律角度应注意贷款不能用于非法目的。如用于非法目的,必须导致贷款协议无效,使其无法强制执行。(5)保持资产条款,该条款的目的是使借款人能保持较强的清偿能力。一般借款人须承诺下列义务:非经贷款人同意,不得出售、转让、出租或以其他方式处置其资产的全部或大部;有义务对其企业资产向保险公司投保;未经贷款人书面同意,借款人不得改变其经营性质和范围;禁止借款人与其他公司、企业合并;禁止借款人过度举债等。

4. 违约事件及救济方法。借款人的违约可分为实际违约和预期违约两类。

一类是实际违约,主要包括:(1)借款人到期不支付或不如数支付贷款的本金、利息或有关费用。其救济方式为解除借款协议,宣告贷款加速到期。(2)借款人违反在协议中所作的说明与保证。如其说明与保证与事实不符等。其救济为暂时中止发放贷款,直到说明与事实相符。也可解除借贷协议、加速到期、损害赔偿等。(3)借款人违反约定事项。在这种情况下,贷款人可采取中止或撤销贷款的提供,宣告贷款加速到期,要求损害赔偿,请求法院判决实际履行等救济方法。(4)借款人没有履行借款协议为其规定的其他任何义务。

另一类是预期违约,主要包括借款人的交叉违约。也称串连违约,即对其他债务有违约行为;借款人丧失清偿能力,如破产、财产被法院扣押或可强制执行等;借款人公司被征用或被国有化;借款人的状况发生重大不利变化,这是一处概括性的规定,贷款人有合理根据认为有重大不利从而将导致其实际违约时,就可以按违约对待。

三、国际融资担保

国际融资担保主要分为信用担保和物权担

保两大类。信用担保指借款人或第三人以自己的资信向贷款人作出的还款保证,主要包括见索即付的保证、备用信用证和意愿书三种方式。物权担保指借款人或第三人以自己的资产向贷款人作出的偿还贷款的保证。包括一般抵押权和质权、浮动抵押等。

(一) 国际融资的信用担保

1. 见索即付担保。见索即付担保又称见索即付保函,或独立保函,指一旦主债务人违约,贷款人无须先向主债务人追索,即可无条件要求保证人承担第一偿付责任的保证。这里的担保人通常是银行,见索即付担保是担保人与收益人之间以保函为根据而形成的独立的债权债务关系。其特点是:(1)无条件性,担保人仅凭收益人提出的要求即应付款,只需符合担保合同规定的手续即可,而不问付款要求是否有合理依据。索赔提供的证明文件只有书面形式的要求,保证人无须核实借款是否违约。保证人在见索即付担保下承担的是第一顺位的、独立的还款义务。一旦借款人不履约,贷款人事先无须对借款人采取各种救济方法,便可直接要求保证人承担还款责任。(2)单一性,指担保人所承担只是付款义务,而不是实际履行本应由借款人履行的义务。担保人的付款义务是独立的、非从属性的,当然,担保人承担还款责任后,有权向借款人代位追偿。(3)独立性,见索即付保证是独立的,即担保人所承担的义务独立于基础合同,担保人不能以基础合同的履行、修改或无效等对抗收益人。

2. 备用信用证。备用信用证指担保人(即开证银行)应借款人的要求,向贷款人开具备用信用证,当贷款人向担保人出示备用信用证及借款人违约证明时,担保人须按该信用证的规定支付款项的保证。备用信用证的保证人是银行;保证人在向贷款人付款时,只需贷款人出具信用证要求的违约证明,而无需对违约的事实进行审查;开证行作为保证人承担第一位付款责任,而非次位债务人;在借贷协议无效时,开证行仍须承担保证责任,即备用信用证独立于国际贷款协议。

备用信用证具有如下特点:备用信用证的



保证人是银行;贷款人出具信用证要求的违约证明时,保证人即向贷款人付款,不需要对违约的事实进行审查;开证行作为保证人承担第一位付款责任;在贷款协议无效时,开证行仍须承担保证责任,即备用信用证独立于国际贷款协议。备用信用证与见索即付担保的不同在于,两者的生效条件不同,后者依英美有关合同关系的规定有对价的要求,前者没有此要求。两者适用的规则不同,后者适用相关国家的担保法或《见索即付保函统一规则》,备用信用证适用《国际备用信用证惯例》等国际惯例。备用信用证与商业跟单信用证虽均具有信用证的共同点,但也有不同之处,前者用于国际经济交易担保,后者只用于国际贸易支付领域。两者对单据的要求及付款责任也不同。两者适用的规则也不同,商业跟单信用证适用国际商会制定的《跟单信用证统一惯例》。

3. 意愿书。意愿书指一国政府为其下属机构或母公司为其子公司向贷款人出具的表示愿意帮助借款人偿还贷款的书面文件。意愿书又称安慰信。意愿书只具有道义上的约束力,而不具有法律上的执行力。尽管违反意愿书无须承担法律责任,但由于意愿书通常出自信誉良好的大型公司或政府组织,因此,意愿书出具人一般并不愿意违背其在意愿书中的承诺。

(二) 国际融资的物权担保

国际融资的物权担保是指借款人或第三人在其特定的财产或权利上设定优先受偿权,向贷款人提供还贷的担保形式。其特征是以财产或代表一定财产的权利为标的而设定的担保。物权担保主要包括动产担保、不动产担保和浮动抵押等几类形式。

1. 动产担保,指在可移动的有体物或无体物权利上设置的物权担保。动产担保主要包括转移占有的动产质押和不转移占有的动产抵押等形式。在国际融资担保实践中,作为动产抵押的标的物通常是设施、机器设备、运输工具、原油等。

2. 不动产担保,指在不能移动的财产上设置的物权担保。不动产担保主要以不动产抵押的方式进行。抵押的标的主要包括房屋及其他

建筑物、地产及地上定着物、林木等。

3. 浮动担保,浮动担保又称浮动抵押,是一种很特殊的物权担保方式,是借款人以现有的和将来取得的全部资产,为贷款人设定的一种担保物权。其法律特征是:(1)担保物的价值和形式处于不确定状态。担保物是借款人的现在和将来的财产,可能增加或减少。形态可能会从货币形态转化为实物形态。(2)担保物不转移占有。浮动担保无须转移担保物的占有,使设定担保的借款人享有极大自主权,他在正常经营过程中仍然可自由处分其财产。(3)担保物的范围是债务人的全部财产。其标的物是企业全部或一类财产的集合物,几乎包括企业经营过程中所有机器设备、原材料、库存物资、应收账、合同权利、无形资产(如商誉、商业秘密等)。(4)浮动担保于约定事件发生时转化为固定担保。尽管浮动担保的担保物在担保期间处于不确定的浮动状态,但担保权的行使应有明确、固定的标的物。因此,一旦债务人无法还债,出现破产、清算等约定事件,浮动担保则转化为固定担保。此时,贷款人可对借款人的全部现有财产,包括应收债权,行使担保特权。

第四节

新华考资
www.xhkedu.com

一、国际税法概念

国际税法是调整国家间税收分配关系,以及国家与跨国纳税人之间的税收关系的各种法律规范的总称。国际税法具有下列特点:首先,主体多重性,国际税法的主体有国家和跨国纳税人。国家作为国际税法的主体具有双重性,作为征税主体,国家对跨国纳税人行使征税权,只享受权利,不承担义务,国家作为一般主权性主体,在国际税法上既享有权利,又承担义务。国际税法中的跨国纳税人同时对两个或两个以上国家承担纳税义务,包括自然人、法人、其他取得收入的组织,其特点是具有双重或多重纳税身份的纳税义务人。其次,客体的跨国性,国际税法的客体为跨国所得,即本国居民来源于外国的所得,非本国居民来源于本国境内的所得。最后,规范的多样性,国际税法的规范既包

括国际税法规范,又包括国内税法规范;既包括实体规范,又包括冲突规范等。此外,在协调税收管辖权和避免双重征税等方面,《关于对所得和财产重复征税协定范本》(以下简称《经合范本》)和《关于发达国家与发展中国家间双重征税的协定范本》(以下简称《联合国范本》)常常成为双边协定的基础,《经合范本》更多地反映了发达国家在处理国际税收分配问题上的观点;《联合国范本》则较多地考虑发展中国家的要求,因而为发展中国家所接受。

二、税收管辖权

税收管辖权是指一国政府对一定的人或对象征税的权力。即一国政府行使的征税权力。税收管辖权中最重要的基本理论是居住国原则和来源国原则。由此引出居民税收管辖权和来源地税收管辖权。

(一)居民税收管辖权和居民身份的确认标准

居民税收管辖权指一国政府对于本国税法上的居民纳税人来自境内及境外的全部财产和收入实行征税的权力。居民税收管辖权的行使,是以纳税人与征税国之间存在税收居所的法律事实为前提的,纳税人承担的是无限纳税义务。“居民”的认定包括自然人和法人居民的认定,对此各国有不同的规定。

1. 自然人居民身份的认定。对于自然人居民身份的认定主要有:(1)住所标准,即一自然人在一国拥有住所,即认为其为该国的居民纳税人。我国的个人所得税法也采用这一标准,即在中国境内有住所的个人为居民纳税人。依我国《个人所得税法实施条例》第2条的规定,在中国境内有住所的人指因户籍、家庭、经济利益关系而在中国境内习惯性居住的个人。各国在判断何为住所时会有一些不同的规定,如法国规定,住所指在法国国内有利害关系的中心地点和5年以上的经常居所,即为在法国国内有住所的个人,也是法国税法规定的居民。(2)居所标准,居所通常指非永久的居住场所。依该标准,一个人在一国拥有居所便是该国的居民纳税人。英国即采用这一标准。依英国

法,一个住所的确立需要有主观要件和客观要件,主观要件即久居的意思,通常自己购买的房产可以表明久居的意思,客观要件就是居住的事实。而居所则只需要客观的要件即可,即只要住了即可构成居所,其住的可能并不是他的房子,不需要其有久居的意思。可见构成居所更容易。(3)居留时间标准,即以自然人在征税国境内停留或居留的时间来划分是否为纳税居民,采取此标准的国家在居留的时间长短上规定不一,有的是一年,有的是半年。中国采用了一年的标准。(4)国籍标准,即以自然人的国籍来确定纳税居民的身份。只要具有该国国籍,无论是否在该国居住,均为该国的纳税居民,美国、墨西哥等少数国家采取此标准。实际上,许多国家是同时采用几个标准,例如,中国就是同时采用住所和居留时间的标准。

2. 法人居民身份的认定。对于法人居民的认定各国也有不同的标准:(1)法人登记注册地标准,即依法人在何国注册成立来判断法人纳税居民的身份。(2)实际控制与管理中心所在地标准,即法人的实际控制与管理中心所在地设在哪个国家,该法人即为哪个国家的纳税居民,董事会或股东大会所在地往往是判断实际管辖中心所在地的标志。(3)总机构所在地标准,即法人的总机构设在哪个国家,该法人即为哪个国家的纳税居民,总机构通常指负责管理和控制企业日常营业活动的中心机构。一些国家在确定居民时采取两个以上的标准。依我国《企业所得税法》第2条的规定,我国实际采用了法人注册地和总机构所在地两个标准。

3. 居民税收管辖权冲突的协调。由于各国在确定居民身份上采取了不同的标准,因此,当纳税人进行跨越国境的经济活动时,就可能出现两个以上的国家同时认定其为本国纳税居民的情况。该问题的协调主要是通过双边协定。目前,各国双边税收协定协调居民税收管辖权冲突的内容主要是以《经合范本》和《联合国范本》为基础,两个范本所代表的利益不同,许多条款不同,但都确定了相同的解决居民税收管辖权冲突的规则,在自然人居民身份方面的协调方法有:(1)当一自然人在某一国有永久



性住所,应认为是该国居民;如在两国同时有永久性住所,或在两国均无永久性住所,应认为是与其人身关系和经济联系更密切国家的居民。(2)如其重要利益中心所在国无法确定,应认为其有习惯居处所在国的居民。(3)如在两国都有居处,或都无居处,则应认为是其国民所在国的居民。(4)如其同时是两国国民,或均不是两国国民,则应由缔约国双方主管当局协商解决。在法人居民身份方面的协调方法有:(1)由缔约国协商确定某一具体法人的居民身份;(2)在税收协定中预先确定一种解决冲突时应依据的标准。两个范本均以实际管理机构所在国为法人的居住国。中国与一些国家签订的税收协定则以总机构所在国作为解决法人居民身份冲突的标准。

(二)所得来源地税收管辖权的认定

新华考资
www.xhkzedu.com

来源国税收管辖权指一国政府针对非居民纳税人就其来源于该国境内的所得征税的权力。依来源国税收管辖权,纳税人承担的是有限的纳税义务。征税国对纳税人主张来源地税收管辖权的基础是认定纳税人有来源于该征税国境内的所得,各项所得或收益一般可划分为四类:营业所得、劳务所得、投资所得和财产所得。

1. 营业所得。营业所得又称营业利润或经营所得,即纳税人在某个固定场所从事经营活动取得的纯收益。目前各国对非居民营业所得的征税普遍使用常设机构原则。常设机构原则指仅对非居民纳税人通过在境内常设机构而获取的工商营业利润实行征税的原则。常设机构包括:管理场所、分支机构、办事处、工厂、车间、作业场所、矿场、油井、采石场等。而陈列、展销、商品库存、为采购货物等而保有的场所,其他具有准备性、辅助性的固定场所则不构成常设机构。在常设机构的利润范围上,一般采用实际联系原则和引力原则。前者指通过常设机构取得的营业利润,及与常设机构有关联的其他所得(如股息、利息、特许权使用费等),可归入该常设机构的利润范围。后者指未通过常设机构的所得,只要产生这些所得的营业活动

本身属于常设机构的营业范围,即可将其纳入常设机构的利润项下。例外的情况是,对于国际海运和航空运输业,一般由企业的实际管理机构所在国征税。

2. 劳务所得。个人非居民劳务所得包括个人独立劳务所得和非个人独立劳务所得。(1)个人独立劳务所得指个人独立从事独立性的专业活动所取得的收入。如医生、律师、会计师、工程师等从事独立活动取得的所得。确定独立劳务所得来源地的方式一般采用“固定基地原则”和“183天规则”。固定基地指个人从事专业性活动的场所,如诊所、事务所等。后者指在境内停留的时间,即应以提供劳务的非居民某一会计年度在境内连续或累计停留达183天或在境内设有经营从事独立活动的固定基地为征税的前提条件。对独立的个人劳务所得,应仅由居住国行使征税权。但如取得独立劳务所得的个人在来源国设有固定基地或者连续或累计停留超过183天者,则应由来源国征税。(2)非个人独立劳务所得,即非居民受雇于他人的所得,一般由收入来源国一方从源征税。

3. 投资所得。投资所得包括股息、利息、特许权使用费等。对于此类投资所得,各国一般采用从源预提的方式征税,即征收预提税。我国《企业所得税法》规定的预提税为20%。为了避免重复征税,各国一般会通过双边协定的方式解决有关投资所得的征税权划分,我国与他国的双边协定依双方税收权益分享的原则,实施限制税率制,一般规定的预提税不超过10%。

4. 财产所得。非居民的财产所得指非居民转让财产的所得。对于不动产的转让所得,一般由财产所在国征税。对于转让从事国际运输的船舶和飞机的所得,一般由转让者的居住国单独征税。对于动产的转让所得,各国主张的标准不同,如对转让公司股份财产所得,有些国家以转让人居住地为其所得来源地,有些国家则以被转让股份财产的公司所在地为来源地,有些国家主张转让行为发生地为其所得来源地。因此,动产转让所得收入是由双边税收协定具体划分。

三、国际双重征税

(一) 国际双重征税的概念和类型

国际双重征税现象的产生是各国税收管辖权发生冲突的结果。国际双重征税可分为国际重复征税和国际重叠征税,学界关于国际重复征税和国际重叠征税的名称及含义是有分歧的。本书将不涉及有关争议问题,采用下列说法:

1. 国际重复征税。国际重复征税指两个或两个以上国家各依自己的税收管辖权按同一税种对同一纳税人的同一征税对象在同一征税期限内同时征税。税收管辖权的冲突是产生国际重复征税的根本原因。这种冲突包括居民税收管辖权之间的冲突,来源地税收管辖权之间的冲突,以及居民税收管辖权和来源地税收管辖权之间的冲突。例如,一个美国人在中国的个人劳务所得,中国对其有来源地税收管辖权,同时他又有美国籍,美国是依自然人的国籍来确定纳税居民的身份。只要具有美国国籍,无论是否在美国居住,均为该国的纳税居民,美国也对其全球收入可以征税,因此,就产生了居民税收管辖权与来源地税收管辖权的冲突。

2. 国际重叠征税。国际重叠征税指两个或两个以上国家对同一笔所得在具有某种经济联系的不同纳税人手中各征一次税的现象。如在公司与股东之间就同一笔所得各征一次公司所得税和个人所得税即属于国际重叠征税,因为公司和股东在法律上都具有独立的人格,公司获得的利润应依法缴纳所得税,税后利润以股息的形式分配给股东后,股东又应当缴纳个人所得税。这使得同一所得在公司和股东手中各征一次税。

3. 重复征税与重叠征税的区别。重复征税与重叠征税主要的区别有:重复征税针对的是同一纳税人,不存在国内重复征税,重复征税涉及同一税种。重叠征税涉及的不是同一纳税人,存在国内重叠征税现象,重叠征税涉及不同税种,如公司所得税和个人所得税。无论是重复征税还是重叠征税都会使纳税人的税负过

重,对国际资本的流转,国际投资均有消极的影响。各国也在寻求通过双边协定解决国际双重征税的问题。

(二) 国际重复征税的解决

1. 通过双边协议划分征税权。国际重复征税源于税收管辖权的冲突,因此,各国在实践中一般采用双边税收协定解决税收管辖权冲突。通过税收协议划分征税权,将某一征税对象的征税权完全划归一方或分配给双方,从而在一定程度上避免国际重复征税。例如,我国与外国签订的双边税收协定一般在非居民劳务所得上规定,对独立的个人劳务所得,应仅由居住国行使征税权。但如取得独立劳务所得的个人在来源国设有固定基地或者连续或累计停留超过183天者,则应由来源国征税。国内税法会与税收协定相配合,如双边协定规定由来源国征收的部分,国内税法会规定免税。

2. 免税法。免税法指居住国政府对本国居民来源于国外的所得和位于国外的财产免于征税。免税法使跨国纳税人在收入来源国已纳税的部分,就不必再向居住国政府纳税,从而避免重复征税。免税法又分为全部免税法和累进免税法。全部免税法在居住国确定纳税人的应税所得的适用税率时,完全不考虑应免于征税的国外所得部分。累进免税法则在居住国确定纳税人的国内应纳税所得的适用税率时,将应免于征税的国外所得部分考虑进去,只是对国外所得部分不予实际征收。

3. 抵免法。抵免法指纳税人可将已在收入来源国实际缴纳的所得税税款在应当向居住国缴纳的所得税税额内扣除,也称外国税收抵免。这种避免重复征税的方式既承认了来源国税收管辖权的优先地位,又不放弃居民税收管辖权的行使。抵免法有全额抵免和限额抵免两种,前者指居住国允许纳税人已缴的来源国税额可全部用来冲抵其居住国应纳税额,无限额的限制。后者指纳税人可从居住国应纳税额中冲抵的已缴来源国税额,不得超过纳税人的境外来源所得依居住国税法规定税率计算出的应纳税额。在限额抵免法下,居住国作出的让步比采用全额抵免小,因此多数国家采用限额



抵免。

4. 扣除法。扣除法指居住国在对跨国纳税人征税时,允许本国居民将国外已纳税款视为一般费用支出从本国应纳税总所得中扣除。扣除法只能在一定程度上缓解国际重复征税,减轻纳税人的纳税负担,其消除国际重复征税的作用不及免税法和抵免法。

(三) 国际重叠征税的解决

国际上目前尚无解决国际重叠征税的普遍适用规范。一般是通过股息收入国和股息付出国两个方面采取措施解决。

1. 股息收入国采取的措施。股息收入国主要采用对来自国外的股息减免所得税、允许母子合同合并报税和间接抵免的方式解决国际重叠征税。采用对来自国外的股息减免所得税的方法时,各国又有不同的要求,有的国家不附带条件,可以完全减免,另一些国家则附有要求收息公司持有付息公司股份的比例达到一定数量,或持股达到一定期限等的条件。准许母子公司合并报税是通过对于子公司付给母公司的股息免征所得税的方法,避免国际重叠征税。采用此方法的国家通常规定母公司对子公司的持股要达到相当的比例。间接抵免指母公司所在国对子公司向东道国缴纳的公司所得税给予抵免。在这种情况下,由于母公司的股息收益出自子公司的税后利润,如母公司所在国先对子公司向东道国缴纳的所得税实行抵免,再向母公司所收股息征所得税,因此,称为间接抵免,这样可以达到避免国际重叠征税的目的。

2. 股息付出国采取的措施。股息付出国主要采用双税率制和折算制的措施来解决国际重叠征税。双税率制公司利润中的积累部分和分配部分实行不同的公司所得税率,前者税率高,后者税率低,由于分配的部分实行较低的税率,股东取得的股息就较多,再依本国税法缴纳所得税后的净股息也会较多,因此,此种方法不是消除重叠征税,而只是缓和国际重叠征税。折算制是通过支付股息国退还部分支付股息公司所得税的方法缓和国际重叠征税。

四、国际逃税与避税

(一) 国际逃税及主要方式

国际逃税指跨国纳税人采用非法手段或措施,逃避或减少就其跨国所得本应承担的纳税义务的行为。国际逃税是违反国际税法的行为。国际逃税的主要方式有:隐匿应税所得和财产,不向税务机关报送纳税资料;谎报所得额;虚构扣除;伪造账册和收支凭证等。

(二) 国际避税及主要方式

国际避税指跨国纳税人利用各国税法的差异或国际税收协定的漏洞,以形式上不违法的方式,躲避或减少就其跨国所得本应承担的纳税义务的行为。国际逃税与国际避税的性质不同,前者是违反国际税法的行为,而国际避税则只是一种不道德的行为,因而两者的处理方法也不尽相同。逃税行为如查证属实,纳税人应承担相应的法律责任。而避税行为是钻了法律的空子,一般不追究纳税人的法律责任。正因为如此,国际避税也更多地被跨国纳税人所利用。国际避税的方式是多种多样的,主要有以下几种方式:(1) 纳税主体的跨国移动。即通过纳税主体的跨国移动达到避税的目的,如在自然人方面,对于以居留时间作为确定居民标准的情况,纳税主体则缩短居留时间,对于以住所作为居民标准的,纳税主体则长期住游艇上等。(2) 转移定价,即跨国关联企业间通过人为的不合理的交易价格,把利润从高税率国家转移到低税率国家,达到避税的目的。(3) 不合理分摊成本和费用,指跨国关联企业的总机构与分支机构之间,通过不合理地分摊成本和费用,人为地增加某一机构的成本和费用,减少赢利,达到避税的目的。(4) 利用避税港,指跨国纳税人通过在避税港设立基地公司,将在避税港境外的所得和财产汇集在基地公司的账户下,从而达到避税的目的。避税港指对财产和所得不征税或依很低的税率征税的国家和地区。

(三) 国际逃税和避税的防止

国际逃税与国际避税,虽然在性质上不相同,但其危害却是相同的,都严重损害国家的税收利益,干扰了正常的国际资金流通秩序,违背

了税收公平原则,因此,各国都努力通过国内立法和加强国际合作等方式防止国际逃避税。

1. 在国内立法方面。国内法防止国际逃税和避税方面主要有一般国内法律措施和特别国内法律措施。一般国内法律措施主要包括加强国际税务申报制度,强化对跨国交易活动的税务审查,实行评估所得或核定利润方式征税等。

特别国内法律措施是除一般国内法律措施外,针对惯常的几类国际逃税与国际避税采取的特别国内法律措施。主要包括:(1)规制自然人纳税主体的措施。为了防止自然人的避税性移居,运用自由流动原则的例外,规定禁止离境。例如,一些国家规定欠税者不得出境。(2)规制法人纳税主体的措施。为防止法人向避税地实体转移营业和资产,许多国家采取限制措施,限制转移营业和资产,要求此种转移必须经财政部批准,否则将受处罚等。(3)采取“正常交易原则”。针对跨国纳税人通过转移定价和不合理分摊成本和费用避税的行为,各国主要采取“正常交易原则”来处理。依该原则,关联企业各个经济实体之间的营业往来,均应依公平的市场交易价格来计算。如有人为抬价或压价等不符合该原则的现象发生,有关税务机关可依公平市场价格,重新调整其应得收入和应承担的费用。(4)防止利用避税港的措施。针对跨国纳税人利用国际避税港逃避税的行为,各国采取的法律管制措施有:通过法律禁止纳税人在避税港设立基地公司;禁止非正常的利润转移;取消境内股东在基地公司未分配股息所得的延期纳税待遇等。

2. 国际合作。单纯依靠各国国内法措施,很难有效地管制日益严重的国际逃税和避税行为,只有通过国际合作,综合运用国内法和国际法措施,才能有效地制止这种现象。各国主要通过建立国际税收情报交换制度、在税款征收方面相互协助、在国际税收协定中增设反滥用协定条款等国际合作方法来防止国际逃避税。

五、我国对外签订税收协定

我国对外签订的税收协定主要采取收入来

源国税收管辖权优先原则,平等互利、友好协商原则,要求资本输出国提供税收饶让抵免等原则。税收饶让抵免指居住国政府对本国纳税人国外所得因来源国给予税收减免而未缴纳的税款视同已纳税款而给予抵免的制度,其目的是为了使其来源国的税收优惠政策收到实效。中国对外签订的双边税收协定,基本上采用的是《联合国范本》的条文结构。

1. 对常设机构的限定,我国对外签订的税收协定一般都是按照《联合国范本》的规定,协定多以连续存在6个月以上者才视为常设机构。该规定比国内税法规定的类似工程无论期限长短均视为常设机构的待遇要优惠。

2. 对股息、利息、特许权使用费等所得征收的预提税,我国对外签订的税收协定均依缔约双方税收权益分享的原则,实行限制税率,一般规定的预提税的限制税率均不超过10%。我国国内税法中的预提税是20%。

3. 对个人劳务所得的征税,我国在对外签订的税收协定中,采用国际通行做法,分别针对独立个人劳务所得和非独立个人劳务所得实行不同的税收待遇:(1)对独立个人劳务所得,应仅由居住国行使征税权。但如取得独立劳务所得的个人在来源国设有固定基地或者连续或累计停留超过183天者,则应由来源国征税。比较我国国内税法的规定,只要在中国境内有个人独立劳务所得,而无论固定基地与停留时间长短均应依法征税,显然税收协定的规定优惠得多。(2)对非独立个人劳务所得,一般规定原则上应由来源国行使征税权。但如该人在一个纳税年度内在来源国连续或累计停留不足183天,且该劳务报酬既非来源国的居民所支付,又非雇主设在来源国的常设机构或固定基地所负担,则该非独立个人劳务所得应由其居住国行使征税权,来源国不得征税。

【本章主要法律规定】

关于解决国家和他国国民之间投资争端公约第18~21、25~27、39、42、48、52~54、62~64条



知识产权国际保护中国民待遇原则、优先权原则和独立性原则是值得关注的內容。国际投资法中应区别海外投资保险与一般商业保险的不同,前者承保的是政治风险。在国际投资争端解决中,应区分国际投资争端解决机制与其他解决机制的不同。国际融资法应注意几类贷款协议的区别,还应区分几类国际融资的担保方式。国际税法应区别居民税收管辖权和来源税收管辖权、重复征税与重叠征税、国际逃税和国际避税等概念。



专题一、司法制度和法律职业道德概述

分 论

本专题为司法制度和法律职业道德的理论概述部分，主要讨论司法的概念和特征、法律职业道德的概念及司法的功能、司法公正、司法独立等。涉及知识点较多，既有需要记忆的内容，也有侧重理解的内容。掌握本章内容对理解其他四个专题的内容颇为关键。

考点一、司法

- 1、**乔治·劳森提出了政府职能的三重划分**：立法、司法、执法。
- 2、资产阶级启蒙思想家**孟德斯鸠第一次全面论述**了“司法”的问题。
- 3、1787年分权学说被载入美国宪法，由学术层面进入现实实践，使得司法的概念逐步呈现技术性、程序性特征。
- 4、在实行三权分立的国家，如美国，司法权就是审判权，司法机关也就仅指法院，而检察权则是作为行政权的一部分。
- 5、中国古代并无“司法”这一概念，“司法”一词是我国**清朝末年从西方引进**的，仿大陆法系德日制度，司法权即审判权，虽然审检合署，但是检察部门受专门负责司法行政的法部领导。
- 6、社会主义中国，司法权由审判权和检察权共同构成。人民法院是审判机关，行使审判权；人民检察院是法律监督机关，行使检察权。
- 7、我国司法的特征
 - （1）独立性：人民法院依照法律规定独立行使审判权，人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。
 - （2）**被动性**：司法程序的启动以及裁判范围，要以当事人的诉请为前提。
 - （3）交涉性：各方参与，**相互论辩**。司法者所做的裁判，必须是在受判决直接影响的有关各方参与下，通过提出证据并进行理性说服和辩论，并以此为基础作出。
 - （4）终局性：法院的审判活动具有终局性。检察院的不起诉决定已经作出立即生效，诉讼活动即告终结，也是终局性的体现。
- （5）普遍性：司法不仅具有形式上的普遍性，在实质意义上，司法可以解决其他机关所不能解决的一切纠纷。在现代社会，司法构成社会纠纷解决体系中最具普适性的方式，法院已成为最主要的纠纷解决主体。

8、司法的功能

司法的功能分为**应然和实然**两个层面。

(1) 司法的应然功能，即通常说的“定分止争”、“惩奸除恶”、“止恶扬善”、“实现公平正义”、“最后一道防线”以及亚里士多德讲的“校正正义”等。

(2) 司法的实然功能。

从总体上看，司法具有解决纠纷的直接功能和调整社会关系、解释和补充法律、形成公共政策、秩序维持、文化支持等间接功能。

①司法具有解决纠纷的直接功能。我国司法“**解决纠纷**”的功能要延伸到“案结事了”的程度，强调实体效果。

②间接功能。调整社会关系、解释和补充法律、形成公共政策。

【例题·不定项】关于司法、司法制度的表述，下列哪些选项是错误的？（ ）

- A. 在中国古代，没有司法的概念，也没有司法的活动
- B. 孟德斯鸠首次提出政府职能的三重划分，即立法、司法、执法
- C. 我国清朝末年引进西方的司法制度，将行使检察权的机关附设在大理院或同级审判厅
- D. 司法的应然职能包括调整社会关系、解释和补充法律、形成公共政策、秩序维持、文化支持等间接功能

【答案】ABD

【解析】本题考核司法、司法制度。中国古代尽管没有司法的概念，但是有司法的活动。乔治·劳森首次提出政府职能的三重划分。实然功能包括调整社会关系、解释和补充法律、形成公共政策、秩序维持、文化支持等间接功能。

考点二、司法公正与司法效率

1、司法公正：包括**实体公正和程序公正**两个方面。

- (1) 司法活动的公开性：除法律特殊规定的，司法机关的活动应当向社会公开。
- (2) 裁判人员的中立性：利益无涉性和情感自控性。
- (3) 当事人地位的平等性。
- (4) 司法过程的参与性：包括“认真倾听、说明根据、决定建立在证据基础上”。
- (5) 司法活动的合法性：包括“主体合法”以及“程序合法”。
- (6) 案件处理的正确性。

2、司法效率：与司法公正相比，司法效率**更具有实在性与可见性**。

司法效率主要由以下要素构成：

- (1) 司法机构的精简性。
- (2) 司法人员的专业性。
- (3) 权责的科学性和明确性。
- (4) 程序的**简明性和终结性**。

程序的终结性要求司法机关保证诉讼的不反复，落实“一事不再理”，防止重复追究，制止不合理的重审和再审。

(5) 期间的适度性和严格性。

期间的严格性要求明确诉讼行为超期的责任和后果，以此敦促各方积极行事，及时实施诉讼行为。

(6) 诉讼费用分担的合理性。

3、司法公正与效率的关系：

效率与公正都是司法所追求的目标，我国的司法现状决定了“**公正优先，兼顾效率**”的价值选择。

考点三、司法独立

1、西方学者的解释：

(1) 审判权由法院依法独立行使，不受行政机关和立法机关的干涉，法院与行政机关、立法机关三权分立；

(2) 一个法院的审判活动不受另一个法院的干涉，上级法院只能依据法定程序变更下级法院的判决；

(3) 法官依良心独立行使职权，不受各方面意见包括检察官控诉的影响。

2、我国的司法独立：

(1) 人民法院、人民检察院独立行使审判权、检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。

(2) 人民法院、人民检察院独立行使审判权、检察权，必须严格遵守宪法和法律的各项规定，包括实体法和程序法的规定。

3、**马克思对司法独立的核心——法官依法独立的观点：法官除了法律就没有别的主上。**法官的责任是当法律运用到个别场合时，根据他对法律诚挚的理解来解释法律。

【例题·不定项】关于司法公正的理解和看法，下列哪些选项是正确的？（ ）

A. 司法公正由司法权的性质所决定的，司法权作为判断权，其性质决定了如果不能客观中立地判断，当事人不会信服司法权的判断

B. 不告不理原则体现了审判权的被动性，是审判中立的根本要求

C. 司法公正要求法官在解决纠纷过程中要主动提醒双方当事人注意庭审中的各种可能导致败诉的因素，平等保障当事人的司法参与权

D. 为了客观、中立、公正地进行事实判断、解决纷争，在组织技术上，司法机关只服从法律，不受上级机关、行政机关的干涉

【答案】ABD

【解析】本题考核司法公正。法官主动提醒的行为带有明确的倾向性，违反了司法的中立性。

考点四、法律职业道德及其基本原则

1、法律职业道德的特征

(1) 主体的特定性：专门从事法律工作的**法官、检察官、律师、公证员**等法律职业人员。

(2) 职业的特殊性：政治性、法律性、行业性（法官、检察官、律师、公证员，各有行业特征）、专业性。

(3) 更强的约束性：相对于一般社会道德而言，**具有更强的约束性**。违反职业道德的法律职业人员要承担更大范围的责任。

2、法律职业道德的**基本原则**

(1) 忠实执行宪法和法律，维护法律的尊严。

(2) 以事实为根据，以法律为准绳。

(3) 严明纪律，保守秘密。

(4) 互相尊重，相互配合。

(5) 恪尽职守，勤勉尽责。

(6) 清正廉洁，遵纪守法。

【例题·不定项】以下哪些说法是错误的？（ ）

A. 法律职业道德具有规范作用和法律上的普遍强制作用

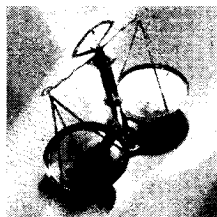
B. 虽然我国的法律职业主要由法官、检察官、律师和公证员构成，但是，由于他们必须参加我国的统一司法考试，因而他们应当具有共同的职业道德规范

C. 法律职业道德是社会道德体系的重要组成部分，与一般社会道德相比具有职业特殊性

D. 法律职业以法官、检察官、律师为代表，但是法律职业之间具备同质性和行业属性，因此，多数国家规定担任法官、检察官、律师无需专门培养和训练

【答案】 ABD

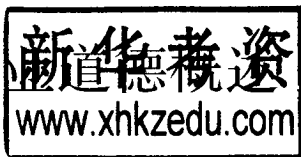
【解析】 本题考核法律职业道德。法律职业道德并不是法律，因此不具有法律上的普遍强制作用。法官、检察官、律师和公证员具有各自的行业属性，有其特有的职业道德规范。法官、检察官、律师需要专门的培养和训练。



司法制度和法律职业道德

第一章

司法制度和法律职业



第一节 司法和司法制度的概念

一、司法的概念和特征

司法通常是指国家司法机关根据法定职权和法定程序,具体应用法律处理案件的专门活动。

司法历来是以解决社会冲突为己任的,它与社会冲突相伴相随。在近代的司法从行政等制度中分离出来之前,“司法”远非一种独立的解纷形态和制度,我们能够发现不同形式的“司法”:它可能是民间性的调解、仲裁活动,也可能是以国家暴力强制为后盾的官方行为。只要有社会冲突存在,即便是在古代社会,司法(作为一种制度或习惯规则)也必然成为社会架构中的一个组件,因为任何社会都离不开解决纠纷的手段。法人类学的研究表明,初民社会中即已存在各种形态的处理纷争的程序,这些纷争,小到诽谤和侮辱,大到偷窃、诱拐人妻、乱伦、强奸、杀人等,无不依循着某些带有共性且各具个性的司法原则和程序,并且都毫无例外地具备一种合法地行使人身强制的社会权威机构——法院。^①

近代的司法最初是一个政治学或法学概念。在1657年和1660年,乔治·劳森发表了两部重要政治著作,提出了政府职能的三重划分。“国家有三种权力,或者说有三层权力。第一是立法。第二是司法。第三是执行。”^②受约翰·洛克的分权理论的影响,法国的孟德斯鸠在《论法的精神》中指出:“如果司法权不同立法权和行政权分立,自由也就不存在了。如果司法权同立法权合而为一,则将对公民的生命和自由施行专断的权力,因为法官就是立法者。如果司法权同行政权合而为一,法官便将握有压迫者的力量。”“如果同一个人或是……

① 高其才等著:《司法公正观念源流》,人民法院出版社2003年版,第204页。

② 转引自[法]M. J. 维尔著:《宪政与分权》,苏力译,生活·读书·新知三联书店1997年版,第51页。

同一个机关行使这三种权力,即制定法律权、执行公共决策权和裁判私人犯罪或诉讼权,则一切便都完了。”^①他将裁判权作为与政府其他两种职能同等的职能,并强调司法独立,主张以权制权,指出任何政权都有腐化的趋势,使分权学说成为西方国家的一项普遍性的宪法原则。

在近代资产阶级国家建立以后,按照立法权、行政权、司法权三权分立的宪政原则,以根据法律解决纠纷为主要内容的司法权成为独立的国家权力。如世界上第一部成文宪法即1787年美国宪法就肯定了以立法、行政、司法三权分立,相互制衡为原则的资产阶级总统制民主共和政体。分权学说即由学术层面进入现实政治实践,司法的概念逐步呈现技术性、程序性特征。

我国古代实行君主专制主义中央集权制,行政与司法不分,诉讼审判制度体现专制主义特点。1840年鸦片战争以后,我国司法制度随着社会经济、政治、法律制度的变化和社会结构的变化而开始进行转型。晚清修律时,以“吸收世界各国大同之良规、兼采近世最新之学说”为标榜,大量引入西方的法律理论、原则、制度和术语,在司法制度方面制定了《大理院编制法》、《法院编制法》、《刑事诉讼律草案》、《民事诉讼律草案》等,司法从属行政的情况有了改变。

1911年辛亥革命以后,以孙中山先生为代表的民族资产阶级革命派建立起三权分立的中华民国临时政府,《中华民国临时约法》规定法院是司法机关。南京国民政府实行五权宪法的组织原则,1947年的《中华民国宪法》体现了“司法独立”原则的基本内容。

中华人民共和国成立后,根据《中央人民政府组织法》的规定,在中央设立了最高人民法院、最高人民检察署、公安部和司法部,并建立了地方各级人民法院、地方各级人民检察署、地方各级公安机关和各大行政区司法部,分别行使审判、检察、公安和司法行政的职权。中央人民政府委员会并于1951年9月颁布了《中华人民共和国人民法院暂行组织条例》、《中央人民政府最高检察署暂行组织条例》和《地方各级人民检察署组织通则》。对审判和检察机关的性

质、任务、组织体系、组织活动原则以及工作制度等作了系统的规定。在组织制度上人民法院是人民政府的组成部分,受双重领导,人民检察署亦受双重领导。这些规定,在当时对于建立和健全司法机构,加强司法工作,确立司法程序,巩固革命胜利成果,保障国民经济恢复时期党的任务的完成,起到了重要作用。1954年9月,第一届全国人民代表大会第一次会议召开,颁布了新中国第一部宪法,并颁布了《人民法院组织法》、《人民检察院组织法》,我国司法制度进入了一个新的发展时期。1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议审议并通过了《人民法院组织法》(1983年9月2日第一次修正、1986年12月2日第二次修正、2006年10月31日第三次修正)、《人民检察院组织法》(1983年9月2日修正)。按照我国宪法和法律的规定,人民代表大会是人民行使国家权力的机关,国家行政机关、审判机关和检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督;人民法院是国家的审判机关,行使审判权;人民检察院是国家的法律监督机关,行使检察权,它们共同构成我国的司法机关。

从形式上看,司法与行政都是执行法律的个别化的或具体化的行为,属于法律实施的具体形式,均为广义的执法活动。但是,行政是实现国家目的的直接活动,而司法是实现国家目的的间接活动。司法的下述特点使之区别于行政:

1. 独立性。司法的任务主要是解决公民之间以及公民与国家之间的法律争执,消除社会冲突和社会紧张关系;而公民权利的保障,也有赖于法院的维持。因此在组织技术上,司法机关只服从法律,不受上级机关、行政机关的干涉。在历史上,司法和司法权曾是反对专制、对抗王权的一道屏障,负责监督政府、保护人民,同时也能有效地保护法官。龚祥瑞教授认为:“司法独立至少有两层意思:司法机关在审判活动中独立于行政机关(即政府),在美国并且独

^① [法]孟德斯鸠著:《论法的精神》(上册),张雁深译,商务印书馆1961年版,第156页。



立于立法机关(即国会);司法机关在审判活动中所发表的言论、所作的一切行为不被追究法律责任,以便于有效地独立审判,即‘司法人员不受民事起诉的豁免权’(Judicial Immunity from Civil Actions)。”^①司法的独立性是法治的基本要求。

2. 被动性。法律适用活动的惯常机制是“不告不理”,司法程序的启动离不开权利人或特定机构的提请或诉求,但司法者从来都不能主动发动一个诉讼,因为这与司法权的性质相悖。这样做,只能使司法机关混同于主动实施管理、调查或处罚等职务行为的行政机关。正如托克维尔所言:“从性质上来说,司法权自身不是主动的。要使它行动,就得推动它。向它告发一个犯罪案件,它就惩罚犯罪的人;请它纠正一个非法行为,它就加以纠正;让它审查一项法案,它就予以解释。但是,它不能自己去追捕罪犯、调查非法行为和纠察事实。”^②

3. 交涉性。法律适用过程离不开多方当事人的诉讼参与:在刑事诉讼中需要控辩双方的辩驳、质证、对抗;在诉讼中需要原被告双方的协商、交涉、辩论。司法者所做的裁判,必须是在受判决直接影响的有关各方参与下,通过提出证据并进行理性说服和辩论,以此为基础促进裁判的制作;而不像行政管理者那样,通过单方面调查取证而形成决定。

4. 程序性。法律适用是司法机关依照法定程序所进行的活动。司法机关处理案件必须依据相应的程序法规定。法定程序是保证司法机关正确、合法、及时地适用法律的前提,是实现司法公正的重要保证。

5. 普遍性。司法是法律与社会生活的纽带和中介环节,它连接着法律与社会生活中的个别性事件。司法的过程是运用法律解决个案纠纷,将法律适用于个案的过程。案件的司法解决意味着个别性事件获得普遍性,普遍性在个别性事件中得以实现。司法针对的是个别性案件,法官不能对法律的一般性原则进行宣判,只能在审理个案时宣布某一一般原则的推论无效。“在法官直接指责一般原则或没有待审的私人案件而破坏一般原则时,他就越出了所有

国家都同意应予限制的法官的职权范围,因为他擅自取得了比一般官员更重要而且或许是更有用的权限,但他却因此不再是司法权的代表。”^③

司法不仅具有形式上的普遍性,在实质意义上,司法可以解决其他机关所不能解决的一切纠纷,司法管辖的范围是包括外国人在内的所有人,是管辖范围最广泛的审判机关,任何人都具有发动资格向法院申请对某一纠纷作出决定,判予法律所规定的权利。在现代社会,司法构成社会纠纷解决体系中最具普适性的方式,法院已成为最主要的纠纷解决主体。

6. 终极性。法律适用是解决纠纷、处理冲突的最后环节,法律适用结果是最终性的决定。相对其他的纠纷解决方式,司法成为现代社会中最重要的解决争端的手段。

二、司法的功能

司法是实施法律的一种方式,是一种判断性的活动,对于实现法律目的、发挥法律作用、保障法律权威、维持社会秩序具有重要意义。司法是运用法解决个案纠纷,将法适用于具体案件的过程。司法既是使书本上的法落实转化为具体的行动中的法律的过程;同时也是一个对法进行宣示,使民众形成具体的法认知的过程。司法所担负的功能除了将社会纠纷消解在法程序之中外,还负有适用法、发展法的社会职能,对公民权利的保障具有重要意义。^④

司法在社会生活中承担着广泛的功能。我们可以从应然和实然两个层面理解司法的功能定位。就司法的应然功能而言,除法院组织法对司法职能的规定外,我们通常说的“定分止

① 龚祥瑞著:《西方国家司法制度》,北京大学出版社1993年版,第95页。

② [法]托克维尔著:《论美国的民主》(上),董果良译,商务印书馆1991年版,第110页。

③ [法]托克维尔著:《论美国的民主》(上),董果良译,商务印书馆1991年版,第110、111页。

④ 高其才:“中国司法研究”书系总序,载高其才等著:《乡土司法——社会变迁中的杨村人民法庭实证分析》,法律出版社2009年版。

争”、“惩奸除恶”、“止恶扬善”、“实现公平正义”、“最后一道防线”以及亚里士多德讲的“校正正义”等,大都属于人们对司法功能的应然期待和理想要求。在这种应然的语境下,人们往往会误以为,立法权和行政权出现滥用和腐败并不可怕,只要司法能够公正独立高效权威地发挥其功能,权力腐败、违法犯罪、冤假错案、定分止争等事关公平正义的诸多问题,最后似乎都可以通过司法得到解决。

然而,就司法的实然功能而言,司法实际上能够发挥什么样的功能,在不同法律文化传统、不同司法体制、不同政治制度、不同经济发展水平的国家中,司法的实际功能是千差万别甚至是迥然不同的,司法的实然功能与应然功能之间是有相当差距的。在中国的现实生活中,由于受到体制、机制、文化、经济社会条件、法官素质、职业伦理等多种内外部条件和因素的影响制约,司法的实然功能是比较有限的。于是,人们对司法应然功能的高期待与其实然功能的低现实之间,产生了较大的反差,司法功能定位得越高,其反差就越大。因此,我们应当从中国特色社会主义民主政治和初级阶段的基本国情出发,探讨充分实现司法功能所需要的各种条件,实事求是地对司法作出功能定位,赋予它实际能够承担和实现的功能。^①

从总体上看,司法具有解决纠纷的直接功能和调整社会关系、解释和补充法律、形成公共政策、秩序维持、文化支持等间接功能。

1. 解决纠纷。解决纠纷是司法的主要功能,“在生存与竞争的社会,对立与纷争的发生乃无法避免的事实。若任其以暴力解决,则人类将在丛林之弱肉强食中消灭殆尽。为求社会的久远,人类的和平共存,势必明确地解释及适用法,解决内部纷争,维持其统一的秩序”。^②于是乎,司法须走上前台担当主角,解决纠纷以维持社会秩序和正义。日本法学家棚濑孝雄曾经说过,审判制度的首要任务就是纠纷的解决。^③美国学者卢埃林更深刻地指出,解决争端是法院最为重要的职能,并始终为其他功能的实施创造条件。^④因此,解决纠纷是司法制度的普遍特征,它构成司法制度产生的基础、运

作的主要内容和直接任务,亦是其他功能发挥的先决条件。

在我国社会,从程序上解决已不能适应社会的要求。解决纠纷仅仅意味着案件处理的程序与实体暂告终结,但当事人、社会并不一定偃旗息鼓,有可能上诉、申诉、上访,案了事不了,官了民不了。如果无法消除当事人心理与精神的对抗对立情绪,使诉讼不断升级,则司法解纷功能远没有实现。人民法院要从根本上实现解决纠纷功能,不仅要从诉讼程序上公开、公平地处理案件,更要达到定分止争、案结事了的境界。案结事了不仅意味着案件从审理到执行,从实体到程序已经结束,而且当事人与社会对处理的结果皆服。因此,我国司法“解决纠纷”的功能应该延伸拓展到“案结事了”的程度,强调司法解决纠纷功能以“案结事了”为标准,是以实质意义与实体效果取代单纯与形式上的纠纷解决方式,既是司法审判面临的社会转型期的必要应对,也是司法功能内在发展规律的必然要求。

与此相联系,司法还有惩罚功能。我国是人民民主专政的社会主义国家,司法机关是人民民主专政的工具,因此,惩罚犯罪也是我国司法机关的功能。

2. 调整社会关系。司法制度的调整社会关系功能是通过司法机关和司法组织的各项司法活动发挥出来的。人民法院通过审理民事、商事、海事、海商案件,解决纠纷,以调整人身关系、财产关系等社会关系,维护社会秩序。

随着我国社会的发展,近年来人民法院受理民事案件范围,无论从性质、类型、特征以及数量等方面,都呈现出与传统民事案件显著的差异,出现了许多新型的民事案件。一些原来

① 李林:“深化司法体制改革需要研究的几个问题”,载《学习时报》2007年12月19日。

② 雷万来著:《论司法官与司法官弹劾制度》,五南图书出版公司1993年版,第4、5页。

③ [日]棚濑孝雄著:《纠纷的解决与审判制度》,王亚新译,中国政法大学出版社1994年版,第1页。

④ [英]罗杰·科特威尔著:《法律社会学导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第89~91页。



属于行政主管的事项、单位内部纠纷以及由同一法律关系引起的某些竞合性纠纷,也都逐渐进入民事诉讼程序加以解决。司法权的主管范围直接决定了其司法功能辐射广度与深度,体现出司法对社会的影响力与渗透力,并在一定程度上标志着一个国家的法治水平。在法治社会里,公民的权利只要受到侵犯,就应允许其通过司法途径寻求救济,这是司法最终解决原则的基本要求。以往一些本应由人民法院审理的案件被排除在外,转型期社会日益增长的司法需求,使得人民法院主管范围不断扩大,阻碍与制约司法功能的一些规定与做法正在不断修改与调整,司法功能在更为广阔的领域里得以显现。

3. 解释、补充法律。法律相对于它所调整的社会关系具有滞后性,法官在司法过程中不当机械性地适用法律,而应根据社会生活的变化,对法律进行正确完整的阐释。在美国卡多佐看来,由于法律文字和法律精神之间的反差,而司法的解释职能“坚持回应了人的需求,而正是这种需求,司法的职能繁荣起来了并坚持下来了”。^①法官在裁判中对解释法律与行使自由裁量权的合理、准确,无疑也是消减不确定性的主要途径。当然,如果解释与裁量不合立法目的与实情,有可能加剧司法中的不确定性,因此,法官自由裁量应力求达到合法与合理高度统一,尽可能地减少法律适用过程中的不确定性,防止司法擅断与专横。

合理性标准是一个综合性的考量指标体系,包含法律、道德、情感诸因素在内,判断自由裁量是否合理,主要是看法官在自由裁量的过程中是否考虑了包括法定与酌定情节在内的相关因素。然而,判决时是否应该考虑相关因素,不同的法官之间意见并不一致,其原因在于法官对法律的理解、经验乃至个性、情感等问题存在个体差异。法官要做到合理自由裁量,必须正确选择裁判依据的法律条文并明确法律条文的意思,把握立法目的、法律原则和法理及有关司法政策。

4. 形成公共政策。现代法治社会,司法机关特别是最高人民法院参与公共政策的制定,

表征了司法权在国家权力配置与运作中的角色与定位。我国人民法院公共政策形成的司法功能,主要表现在司法对法律与政策没有规范的问题的妥善处理,符合法律与政策精神,符合社会公众的一般愿望,促进裁判结果发动相关法律、政策的逐步形成。尤其是在我国转型期社会,由于社会的发展呈现出日益多元化、动态化的趋势,新的问题层出不穷而且越来越复杂,对此,法律与政策的废、改、立不可能因情势变化马上进行,解决这些问题的具体任务就摆在人民法院面前,司法判决、裁定的公共政策形成功能将会越来越明显。

对于法律由于真空或滞后而带来的社会问题,人民法院如果裁判得当,符合社会发展趋势、立法精神和社会公众的价值标准,获得公认,会促进相关机关或部门都以此作为制定该类政策的参考或依据,以调整或形成公共政策,而社会公众则依此形成自己的行为模式。这种公共政策形成功能的发挥,表明现代司法的作用已经不是仅仅局限于就具体纷争事件进行个别解决,而是超越于各该具体个别事件,对于一般社会主体的利害取向或价值观念,造成事实上的波及和影响。“司法审判之作用,除解决对立当事人间之纷争外,并透过判决,具体证明人民权利及自由的价值。同时社会大众之正义感,亦因而获得若干满足。”^②

示例

我国司法承担着实现公平正义的使命,据此,下列哪些说法能够成立?(2013年试卷一第83题)

A. 中国特色社会主义司法制度是我国实现公平正义的重要保障

B. 司法通过解决纠纷这一主要功能,维持社会秩序和正义

新华考资
www.xhkzedu.com

^① [美]本杰明·卡多佐著:《司法过程的性质》,苏力译,商务印书馆1998年版,第7页。

^② 雷万来著:《论司法官与司法官弹劾制度》(序言),五南图书出版公司1993年版。

C. 没有司法效率,谈不上司法公正,公平正义也将难以实现,因此应当选择“公正优先,兼顾效率”的价值目标

D. 在符合法律基本原则的前提下,司法兼顾法理和情理更利于公平正义的实现

【参考答案及简要提示】ABCD。本题为综合性题目,涉及司法制度、司法功能、司法效率、司法公正等知识点。

三、司法制度

对司法制度可以从不同的角度进行理解,在大多数西方国家,司法制度仅指审判制度;我国一般认为司法制度是指审判制度和检察制度。不过,从我国法律实践具体考量,司法制度宜作较广泛的理解,包括审判制度、检察制度、律师制度、公证制度等。司法制度是关于司法功能、司法机构、司法组织、司法程序、司法机制等方面规范的总称。

中国特色社会主义司法制度是一个科学系统,不仅包括一系列独具中国特色的司法规范、司法组织、司法机构、司法程序、司法机制、司法制度和司法人力资源体系,而且包括独具中国特色的司法理念、司法理论、司法政策、司法文化、司法保障等丰富内容。在中国共产党的领导下,全国各族人民经过60多年的不懈努力,中国特色社会主义司法制度已经建成。突出表现在司法制度机制逐步健全,司法组织体系逐步完善,机构设置和人员配备逐步合理,司法功能不断拓展,司法程序不断完善,司法行为不断规范,司法条件不断改善,队伍素质不断提高,司法改革深入推进,等等。

中国特色社会主义司法制度主要由以下四个方面的体系构成:(1)司法规范体系。包括建构中国特色社会主义司法制度、司法组织以及规范司法活动的各种法律规范。中国特色社会主义法律体系已经形成,自然包括我国法律体系中关于司法制度的法律规范体系也已经形成。(2)司法组织体系。党和国家非常重视司法组织体系或系统建设,司法组织体系和相关组织体系已经建成并不断完善。司法组织体系

主要指审判组织体系和检察组织体系。(3)司法制度体系。各项司法制度既是司法机关明确职责分工和履行司法职能的平台,也是监督和规范司法行为的基本规则。我国各项司法制度已经比较完善并基本适应司法实践需要,主要包括六大制度,即侦查制度、检察制度、审判制度、监狱制度、律师制度和公证制度。还有人民调解制度、人民陪审员制度、死刑复核制度、审判监督制度、司法解释制度以及案例指导制度等,都是独具中国特色的司法制度。(4)司法人员管理体系。我国的司法人员是指有侦查、检察、审判、监管职责的工作人员及辅助人员。经过几十年的改革发展和教育培训,各系统的司法人员队伍数量不断扩大,素质不断提高,分类日益科学。

司法制度是社会公平正义的重要保障。经过几十年的努力特别是实行“改革开放”政策以来,我国建立了系统全面的司法制度,在纠纷解决、权利保障、社会发展等方面发挥了积极的作用。随着中国特色社会主义法律体系的形成,建设公正高效权威的社会主义司法制度的步伐逐步加快,中国特色社会主义司法制度的作用日益彰显。

四、司法公正

公正是人们所追求的崇高理想、价值和目标,也是法治的灵魂和核心。而司法公正是法律精神的内在要求,是法治的组成部分和基本要求,是民众对法制的必然要求。

中国古代社会的学者讨论司法公正,有其独特的视角。晋代的刘颂在给惠帝的上疏中更明确地说:“君臣之分,各有所司。法欲人奉,故令主者守之;理有穷,故使大臣释滞;事有时立,故人主权断。”(《晋书·刑法志》)在他看来,对具体案件的审断,司法官吏必须依律办事,严格执法,做到“主者守文,死生以之,不敢错思于成制之外以差轻重”。若有少数案件,“事无正据,名例不及”,法律明文又没有规定,则由“大臣论当,以释不滞”,这就是说,只有中央主管司法的大臣有一定的解释、变通之权。至于超出法律之外的“非常之断、出法赏罚”,那就“唯人主



专之,非奉职之臣所得拟议”了。刘颂深刻地揭示了影响中国古代司法公正的三个方面的因素:执法官吏、大臣、君主,他严格区分了君臣在司法公正方面各自的职责:“主者守文”、“大臣释滞”、“人主权断”。在刘颂看来,这样“君臣之分,各有所司”,是防止“法渐多门”,做到“法一”和执法必严、司法公正的基本条件。因此,中国古代社会强调司法官吏严格执法、大臣经义决狱、皇帝屈法伸情以实现司法公正。^①

近代以来的西方各国重视司法公正,英国哲学家培根曾经指出:“为司法官者应当记住他们的职权是 *jus dicere* 而不是 *jus dare*;是解决法律而不是立法或建法……一次不公的判断比多次不平的举动为祸尤烈。因为这些不平的举动不过弄脏了水流,而不公的判断则把水源败坏了。”^②随着人类社会的发展,人们已通常将正义视为法律制度应当具备的优良品质,法律只能在正义中发现其适当的和具体的内容,而理想的法律往往又成为正义的化身。^③一般认为,正义包括实体正义和程序正义,因此司法公正相应的包括实体公正和程序公正。

实体公正实为司法者根据实体一般公正的要求,通过在诉讼程序中行使自由裁量权而达到公正的裁判结果,这是实体个别公正,彼得·斯坦、约翰·香德称这种意义的公正为“公正的判决”或“法律的公正实施”。^④实体公正必须是法官经由诉讼程序作出裁判而达成,因而表现为裁判结果的公正或“结果公正”,主要体现在事实认定真实和法律适用正确两方面。西方大陆法系国家首先着眼于实体法体系的完备,实体权利体系的周详,然后再据此设计实体权利的救济手段,更强调实体公正价值,司法公正首先是要将正义的内容注入法律的机制之内。

法官中立、当事人平等地参与和主体性地位、程序公开以及对法官裁判的尊重,共同构成了英美法上程序公正的因素。美国学者戈尔丁认为程序公正包含以下三个方面、九项内容:第一,中立,包括(1)任何人不能作为有关自己案件的法官;(2)冲突是解决结果中不包含有解决者

个人的利益;(3)冲突的解决者不应有对当事人一方的好恶偏见;第二,冲突的疏导,包括(4)平等地告知每一方当事人有关程序的事项;(5)冲突的解决者应听取双方的辩论和证据;(6)冲突的解决者应在另一方当事人在场的情况下听取一方的意见;(7)每一方当事人应有公平的机会回答另一方所提出的辩论和证据;第三,裁判,包括(8)解决的诸项内容需应以理性推演为依据;(9)分析推理应建立于当事人作出的辩论和提出的证据之上。^⑤

程序公正与实体公正尽管存在着某些一致之处,但它们在不少场合也存在着矛盾和冲突,需要进行协调。

一般认为,司法公正具体体现在以下几方面:

1. 司法活动的合法性。合法性是指司法机关审理案件要严格按照法律的规定办事。不仅要按实体法办事,而且要按程序法办事。对每一具体案件,在弄清事实的基础上,定性和处理要符合法律规定的标准和规格,而且办案程序也要合乎法律规定。审理案件的每一具体环节和步骤都要按照规定的权限和程序办事。

2. 司法人员的中立性。中立性原则是现代程序的基本原则,是“程序的基础”。^⑥法官的中立是相对于当事人和案件而言的,它表明在诉讼程序结构中,法官与双方当事人保持同等的司法距离,对案件保持超然和客观的态度。中立是对法官最基本的要求,即法官同争议的

① 高其才、罗昶:“中国古代经义决狱与司法公正”,载《广东社会科学》2003年第3期。

② [英]弗·培根著:《培根论说文集》,水天同译,商务印书馆1983年版,第193页。

③ 肖建国:“程序公正的理念及其实现”,载《法学研究》1999年第3期。

④ [英]彼得·斯坦、约翰·香德著:《西方社会的法律价值》,中国人民公安大学出版社1990年版,第104、92页。

⑤ [美]马丁·P. 戈尔丁著:《法律哲学》,齐海滨译,三联书店1987年版,第240、241页。

⑥ 季卫东:“程序比较论”,载《比较法研究》1993年第1期。

事实和利益没有关联性,法官不得对任何一方当事人存有歧视或偏爱。

3. 司法活动的公开性。诉讼程序的每一阶段和步骤都应当以当事人和社会公众看得见的方式进行。努力扩大司法民主,深化司法公开,更好地满足民众对司法工作的知情权、参与权、表达权、监督权。为了实现司法公正,避免司法活动封闭进行的状况,法院应当努力实现立案公开、庭审公开、审判结果公开、裁判文书公开和执行过程公开,检察院应当实行检务公开,让民众更广泛的参与司法、了解司法、监督司法。

4. 当事人地位的平等性。一般认为这包括两层涵义:一是当事人享有平等的诉讼权利,二是法院平等地保护当事人诉讼权利的行使。我们需要反对各种特权观念和特权行为,如滥用权力干预司法机关依法办案等;在审理刑事案件时,绝不能看人、看关系办案,因人而异;在审理民事、行政、经济纠纷案件时,坚持当事人诉讼地位平等原则,实现诉讼条件平等。

5. 司法程序的参与性。程序参与性又称为“获得法庭审判机会”,指那些利益或权利可能会受到民事裁判或诉讼结局直接影响的人应当有充分的机会富有意义地参与诉讼的过程,并对裁判结果的形成发挥其有效的影响和作用。^①这就要求作为争议主体的当事人能够有充分的机会参与诉讼程序,提出自己的主张和有利于自己的证据,并反驳对方的证据、进行交叉询问和辩论,以此来促使法院尽可能作出有利于自身的裁判。

6. 司法结果的正确性。正确首先是指适用法律时,事实要调查清楚,证据要确凿可靠,经得起历史的检验。这是正确适用法律的前提和基础。其次是对案件的定性要准确,即要在调查案件事实的基础上,依据国家法律的规定,准确地区分是与非、合法与违法、罪与非罪、重罪与轻罪、此罪与彼罪之间的界限,明确权益归属。最后是处理要适当。要按照法律规定,宽严轻重适度,做到合法合情合理。

示例

关于司法公正及实体公正、程序公正问题的理解,下列哪些表述是正确的?(2011年试卷一第84题)

A. 司法公正是法治的组成部分和基本内容,是民众对法制的必然要求,司法公正包括实体公正和程序公正两个方面

B. 追求实体公正,是我国司法制度和法律职业道德的基本准则,主要指努力发现案件事实真相和正确适用实体法律

C. 程序公正包括当事人平等地参与、严格遵循法定程序及法官的居中裁判等,保证当事人受到公平对待

D. 根据形势及效率需要,可在有关司法过程中将“类推”和“自由心证”作为司法公正的补充手段

【参考答案及简要提示】ABC。我国的司法现状决定了我们应当作出“公正优先,兼顾效率”的价值选择。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第64条规定,审判人员应当依照法定程序,全面客观地审核证据,依照法律的规定,遵循法官职业道德,运用逻辑推理和日常生活经验,对证据有无证明力和证明力大小独立进行判断,并公开判断的理由和结果。这一规定是将自由心证原则的某些内容进行了一定的肯定,这是实现程序公正的需要。但是为了保护人权,我国刑法规定了罪刑法定原则,禁止类推。因此D项不正确。不能根据形势及效率需要,而在有关司法过程中将“类推”和“自由心证”作为司法公正的补充手段。

五、司法效率

效率,也称“效益”,作为经济学上的概念,表达的是投入与产出、成本与收益的关系,即以最少的资源消耗取得最多的效果。效率强调对资源利用的有效性,宏观层次是指资源配置的

^① 陈瑞华著:《刑事审判原理论》,北京大学出版社1997年版,第61页。



效率,微观层次是指经济活动的效率。

司法效率强调的是司法机关在司法活动中,在正确、合法的前提下,要提高办案效率,不拖延积压案件,及时审理和结案,合理利用和节约司法资源。司法效率要求司法机关和司法工作人员具备高度的责任感,对法律负责,不断改进工作,迅速及时进行司法活动,在司法、诉讼的各个具体环节都要遵守法定的时限;同时,司法程序的设计还应使当事人以最少的耗费利用诉讼制度。司法效率大致包括司法的时间效率、司法的资源利用效率和司法活动的成本效率三个方面。

司法效率与制度安排密不可分、与主体能力有直接关系,也受司法环境制约。因此,提高司法效率要求合理进行诉讼程序的制度设计,推行司法制度改革;不断提高司法人员的职业素养,勤勉敬业,改进工作作风;不断改善外部的司法环境。

我们需要认真理解和处理司法公正与司法效率的关系。司法公正是司法永恒的目标追求,提高司法效率是适应我国社会新的形势发展的要求。在司法过程中,宜坚持“公正优先,兼顾效率”的原则。当代社会的法律和司法不仅仅要追求正义,而且还要以效率作为正义的补充。

近年来,我国法院不断完善诉讼程序制度,完善审判独立制度,提高法官素质,加强司法政务管理,努力提高司法效率,建立公正、高效的审判工作机制:一是实行立审分离,繁简分流,改进简易程序;二是强化合议庭和独任审判员的作用,完善独立审判制度,提高审判的质量和效率;三是强化审限意识,严格禁止超审限审理案件;四是加强对诉讼调解工作的指导,提高诉讼调解水平;五是加强审判管理,提高司法效率。同时努力加强法官队伍职业化建设,不断提高法官素质。

六、司法独立

司法独立是现代法治国家普遍承认的一项基本法律准则。独立的、职业化的法官是使法院系统——司法体制——做到公平、公正和有

宪法保障的基础。这种独立性不意味着法官可以根据个人主张做决定,而是表明,他们可以自由地依法裁决——即使他们的裁决违背政府或涉案的权势集团的意愿。美国的法学家亨利·米斯认为:“在法官做出判断的瞬间被别的观点或者被任何形式的外部权势或压力所控制和影响,法官就不复存在……法官必须摆脱不受任何的控制和影响,否则他们便不再是法官了。”^①

保障法院公正无偏地、独立地依法作出裁判,使法院的裁判能够为参与诉讼的各方所信服和接受,使民众确立起对法律的遵守特别是对诉讼程序产生服从之情,这就在解决纠纷的同时宣示法律的权威、法院的权威和裁判的权威。司法独立廓清了司法与其他行为的界限,维护了司法权的完整性、统一性,有助于实现实体公正。司法独立意味着法官审理权和裁判权的统一,这也极大地促进了程序公正的实现。司法独立是维护国家法制统一的需要,有利于保障民众的合法权益;是正确发挥人民法院和人民检察院专门职能的基本条件;也有利于防止特权和抵制不正之风,防止权力的滥用。

司法独立的核心是司法机关与国家立法机关、行政机关的分立。司法独立不仅仅包括法官的个体独立,即法官的身份独立和实质独立,它还应包括司法机关整体上的独立;同时,司法独立还包含着相对于舆论、民意的独立性。

《世界人权宣言》第10条宣布:“人人完全平等地有权利由一个独立无偏倚的法庭进行公正的和公开的审讯,以确定他的权利和义务并判定对他提出的任何刑事指控。”1945年6月26日的《国际法院规约》阐明和规定了法院独立原则。1982年10月22日第十九次国际律师协会全体大会通过的《司法独立最低标准》、1983年6月10日在加拿大魁北克蒙特利尔举行的司法独立第一次世界会议全体大会一致通过的《司法独立世界宣言》、1985年8月26日在米兰召开的第七届联合国预防犯罪和罪犯待

^① 转引自[英]罗杰·科特威尔著:《法律社会导论》,潘大松等译,华夏出版社1989年版,第236、237页。

遇大会通过的《关于司法机关独立的基本原则》以及1995年8月19日在北京召开的第六届亚太地区首席大法官会议通过的《司法机关独立基本原则的声明》，都提出了司法独立、法官独立和法院独立，并且为司法独立拟订了详细、具体的国际标准。

我国宪法和法律明确规定了司法独立，宪法第126条规定：“人民法院依照法律规定独立行使审判权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”第131条规定：“人民检察院依照法律规定独立行使检察权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。”我国的人民法院组织法、人民检察院组织法和民事诉讼法、刑事诉讼法、行政诉讼法也作了相应的规定。

根据宪法和法律的规定，司法独立的基本内容为：（1）国家的审判权和检察权只能分别由人民法院和人民检察院依法统一行使，其他机关、团体或个人无权行使这项权力。司法权归属于且仅归属于司法机关，司法权不得分割行使，排除其他机关行使具有司法性质的权力，也不允许在司法机关之外另设特别法庭。（2）司法机关依照法律独立行使职权，不受行政机关、社会团体和个人的干涉。行政机关等不得使用任何权力干涉司法程序。（3）司法机关在司法活动中必须依照法律规定，正确地适用法律。

在司法过程中，坚持司法独立原则，与司法机关坚持中国共产党的领导、坚持群众路线是一致的。

七、司法改革

新中国成立特别是改革开放以来，中国坚持从国情出发，在承继中国传统法律文化优秀成果、借鉴人类法治文明的基础上，探索建立并不断完善中国特色社会主义司法制度，维护了社会公正，为人类法治文明作出了重要贡献。

依法治国是我们党在新的历史条件下领导人民治理国家的基本方略，建设公正高效权威的社会主义司法制度是依法治国的重要体现。实现国家治理体系和治理能力现代化，很重要的一个方面就是要有健全的司法制度、科学的司法权力配置、规范的司法权力运行机制。维

护人民群众合法权益、维护社会公平正义、维护社会和谐稳定，法治是基本方式，司法是必要手段。深化司法体制改革，完善和发展中国特色社会主义司法制度，关系到依法治国基本方略的全面正确实施，关系到党和国家长治久安。

我国的司法制度总体上与社会主义初级阶段的基本国情相适应，符合人民民主专政的国体和人民代表大会制度的政体。同时，随着改革开放的不断深入特别是社会主义市场经济的发展、依法治国基本方略的全面落实和民众司法需求的日益增长，中国司法制度迫切需要改革、完善和发展。同时，随着社会主义市场经济的发展、社会矛盾的增多、人民群众民主法治意识的增强，越来越多的社会矛盾和社会问题以案件形式进入司法渠道，司法工作任务日益繁重艰巨。一方面，解决司法工作发展不足的问题，需要向高素质要战斗力、向信息化要战斗力、向深化司法体制改革要战斗力。另一方面，提高司法公信力，需要从健全司法体制和工作机制上下工夫，确保司法公正、公开、公信。

国务院新闻办公室2012年10月9日发表了《中国的司法改革》白皮书。近些年来，我国积极、稳妥、务实地推进司法体制和工作机制改革，以维护司法公正为目标，以优化司法职权配置、加强人权保障、提高司法能力、践行司法为民为重点，进一步完善中国特色社会主义司法制度，扩大司法民主，推行司法公开，保证司法公正，为中国经济发展和社会和谐稳定提供了有力的司法保障。

不断改革和完善中国特色社会主义司法制度，是建设公正高效权威的社会主义司法制度的基本途径。建设公正高效权威的社会主义司法制度，是中国特色社会主义事业的重要组成部分。从人民群众司法需求出发，以维护人民利益为根本，以促进社会和谐为主线，以加强权力监督制约为重点，紧紧抓住影响司法公正、制约司法能力的关键环节，进一步解决体制性、机制性、保障性障碍，优化司法职权配置，规范司法行为，建立公正高效权威的社会主义司法制度，为保障社会主义市场经济体制顺利运行，为中国特色社会主义事业提供坚强可靠的司法保



障和谐稳定的社会环境。

司法改革要立足于社会主义初级阶段的基本国情,这是我们推进司法体制机制改革、谋划司法发展完善的根本依据和要求。要深入研究、大胆继承中国传统法律文化和司法制度中的优秀成果,大力弘扬我国法律实践历史进程中积累的宝贵司法经验,同时注重借鉴国外的有益经验,特别是注重研究借鉴新时期国外司法体制的新发展和新理念。

司法改革要以满足人民的司法需求为根本出发点。司法体制机制改革要坚持群众路线,充分尊重人民群众的知情权、参与权、表达权和监督权,充分倾听人民群众呼声,真正体现人民群众意愿;要注重改革实效,着眼于解决司法实践中影响司法公正的突出问题,着眼于最大限度地满足人民群众的司法需求。始终坚持改革的效果由人民群众来评价,改革的成果由人民群众共享。

司法制度的改革和完善主要围绕优化司法职权配置、落实宽严相济刑事政策、加强政法队伍建设、加强政法经费保障四个方面,在完善人民陪审员制度、司法公开制度、司法考试制度,加强人大对司法工作的监督,建立党外人士行使民主监督司法职能的工作渠道和机制,建立刑事被害人救助制度,改革政法干警招录培养体制等方面积极推进。

值得注意的是,2013年11月12日中国共产党第十八届中央委员会第三次全体会议通过了《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》,进一步明确了深化司法改革的目标和任务:“……(32)确保依法独立公正行使审判权检察权。改革司法管理体制,推动省以下地方法院、检察院人财物统一管理,探索建立与行政区划适当分离的司法管辖制度,保证国家法律统一正确实施。建立符合职业特点的司法人员管理制度,健全法官、检察官、人民警察统一招录、有序交流、逐级遴选机制,完善司法人员分类管理制度,健全法官、检察官、人民警察职业保障制度。(33)健全司法权力运行机制。优化司法职权配置,健全司法权力分工负责、互相配合、互相制约机制,加强和规范对司法活动的

法律监督和社会监督。改革审判委员会制度,完善主审法官、合议庭办案责任制,让审理者裁判、由裁判者负责。明确各级法院职能定位,规范上下级法院审级监督关系。推进审判公开、检务公开,录制并保留全程庭审资料。增强法律文书说理性,推动公开法院生效裁判文书。严格规范减刑、假释、保外就医程序,强化监督制度。广泛实行人民陪审员、人民监督员制度,拓宽人民群众有序参与司法渠道。(34)完善人权司法保障制度。国家尊重和保障人权。进一步规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序。健全错案防止、纠正、责任追究机制,严禁刑讯逼供、体罚虐待,严格实行非法证据排除规则。逐步减少适用死刑罪名。废止劳动教养制度,完善对违法犯罪行为的惩治和矫正法律,健全社区矫正制度。健全国家司法救助制度,完善法律援助制度。完善律师执业权利保障机制和违法违规执业惩戒制度,加强职业道德建设,发挥律师在依法维护公民和法人合法权益方面的重要作用……”

通过司法改革,中国特色社会主义司法制度不断完善。司法改革促进了司法机关严格、公正、文明、廉洁执法,推动了我国司法工作和司法队伍建设的科学发展,赢得了公众的认可与支持。司法改革是我国政治体制改革的重要组成部分,是中国特色社会主义司法制度的自我完善和发展,是一项长期而艰巨的任务,还将随着经济社会的发展而逐步深化。

八、司法考试

建立司法考试制度,选拔优秀人才成为法律共同体的成员,这是大多数国家的通行做法。西方国家中,美国、英国等国,法官、检察官主要从律师中选拔产生,因而律师资格考试实为司法考试。日本、德国等国实行统一的国家司法考试制度。各国都根据自己的情况具体规定了考试的资格、条件、内容等。

我国古代审判官的选拔,以科举考试为正途。此外还有直接由皇帝任命(特简),官史推举,地方官荐举贤能廉洁有德之士、捐纳等方式。近代变法维新后,通过《法官初试暂行条

新华考资

www.xhkedu.com

例》(1930年)、《考试法》(1933年)、《法院组织法》(1935年)等法律,建立了司法考试制度。

中华人民共和国成立后,没有建立司法考试制度。1986年,我国进行了首次律师资格考试;1996年,司法部根据修改后的律师法制定颁布了《律师资格全国统一考试办法》。1995年起,根据法官法、检察官法的规定,我国进行了初任法官考试、初任检察官考试。为进一步加强司法队伍建设,促进公正司法,推进依法治国,2001年6月第九届全国人大常委会第二十二次会议作出关于修改法官法、检察官法的决定,2001年12月第九届全国人大常委会第二十五次会议作出关于修改律师法的决定,规定初任法官、初任检察官和取得律师资格必须通过国家统一司法考试。2001年10月31日司法部会同最高人民法院、最高人民检察院发布了《国家司法考试实施办法(试行)》。根据这一《办法》,自2002年起我国对初任法官、初任检察官和取得律师资格实行统一的司法考试制度。2005年8月第十届全国人大常委会第十七次会议通过的公证法规定,担任公证员须通过国家司法考试。2008年8月,为完善国家司法考试制度的需要,司法部会同最高人民法院、最高人民检察院,根据法官法、检察官法、律师法、公证法的规定,对《国家司法考试实施办法(试行)》进行了修订,《国家司法考试实施办法》颁布实施。

根据《国家司法考试实施办法》的规定,国家司法考试是国家统一组织的从事特定法律职业的资格考试,初任法官、初任检察官、申请律师执业和担任公证员必须通过国家司法考试,取得法律职业资格。法律、行政法规另有规定的除外。国家司法考试应当公平、公正。司法部会同最高人民法院、最高人民检察院组成国家司法考试协调委员会,就国家司法考试的重大事项进行协商。国家司法考试由司法部负责实施。

国家司法考试每年举行一次。具体考试时间和相关安排在举行考试三个月前向社会公布。国家司法考试主要测试应试人员所应具备的法律专业知识和从事法律职业的能力。国家

司法考试的内容包括:理论法学、应用法学、现行法律规定、法律实务和法律职业道德。国家司法考试实行全国统一命题。国家司法考试的命题范围以司法部制定并公布的《国家司法考试大纲》为准。国家司法考试采用闭卷的方式。国家司法考试实行全国统一评卷,成绩由司法部公布。每年度国家司法考试的通过数额及合格分数线,由司法部商最高人民法院、最高人民检察院确定后公布。参加国家司法考试成绩合格,并没有《国家司法考试实施办法》第16条规定情形的人员,可以按照规定程序向司法部申请授予法律职业资格,由司法部颁发《法律职业资格证书》。

同时,司法部2005年7月1日起施行《国家司法考试工作规则》,以规范国家司法考试组织实施工作;2005年7月1日起施行《国家司法考试监考规则》、2008年9月3日发布了《国家司法考试应试规则》,以规范国家司法考试考场秩序,确保国家司法考试公平公正;2008年9月11日发布了《国家司法考试违纪行为处理办法》,以加强国家司法考试管理,严肃考试纪律,保证考试顺利实施。

2008年5月28日司法部发布了《台湾居民参加国家司法考试若干规定》。

第二节 法律职业

一、法律职业的概念

随着“依法治国,建设社会主义法治国家”治国方略的实施,法律职业日益成为我国社会最热门的职业之一。法律职业作为一种高度专业化的职业,在长期的发展过程中,形成了一整套包括法律思想、学术流派、价值标准和各种制度规定在内的法律知识体系,以及从事法律职业必须具备的高度专业化的法律思维、法律意识、法律语言、法律方法、法律解释、法律推理、法律信仰和法律伦理等。

法律职业是以法官、检察官、律师、法学家为核心的人员所组成的特殊的社会群体,他们受过专门的法学教育、具有较高的法律知识水准、掌握法律职业技能、具有法律职业伦理。美

新华考资
www.xhkzedu.com



国法学家庞德明确地将法律职业定义为一群人从事一种有学问修养的艺术共同发挥替公众服务的精神;虽然附带地以它谋生但仍不失其替公众服务的宗旨。德国学者马克斯·韦伯则认为法律共同体是由某种共同的特质维持或形成的其成员间因共识而达成协议的群体,其特征是具有同质性。与这种基于职业的特定内涵和特定要求而逐步形成的法律职业相适应的是专门从事这一职业的法律人(法律家、法律职业共同体)和法律人才培养体制。从事法律的人员一般有三类:一是应用类法律人才,主要指律师、法官和检察官;二是学术类法律人才,主要指法律教师和法学研究人员;三是指法律辅助类技术应用人才,主要职责是辅助律师、法官和检察官工作。此外,还包括立法人员、仲裁员、公证员等。法律职业分工和职业结构的形成及其演变,主要是由社会发展阶段和社会形态决定的,同时,也是随社会分工的发展和人力资本理论的广泛运用逐步发展而来的。在我国,法律职业主要是指应用类法律人才,主要包括律师、法官、检察官和公证员。

由于法律职业的社会功能和专业性,各个国家都详细规定了法官、检察官、律师的职业准入条件,对担任法官的要求尤其较高。各国对法律职业人员的年龄、学历、经验等进行了明确、具体的规定。

我国对法律职业人员的任职条件经历了一个发展过程,要求不断提高。1995年2月,第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过的我国第一部法官法和检察官法,对法官、检察官的任职条件作了明确规定。2001年6月,第九届全国人民代表大会常务委员会第二十二次会议对法官法、检察官法进行修改,提高了法官、检察官任职条件中的学历条件(其他条件未作修改)。2001年12月29日第九届全国人民代表大会常务委员会第二十五次会议通过《全国人民代表大会常务委员会关于修改〈中华人民共和国律师法〉的决定》。据此,从2001年开始,我国法官、检察官任职的学历条件和律师资格的学历条件必须达到大学本科毕业以上。按照2005年8月28日第十届全国人民代表大

会常务委员会第十七次会议通过的公证法第18条的规定,从2005年开始,我国公证员资格的学历条件必须达到大学本科毕业以上。

根据修订后的法官法、检察官法、律师法、公证法,我国建立统一的国家司法考试制度,具有法官、检察官、律师、公证员从业资格必须参加国家司法考试并且成绩合格,获得《法律职业资格证书》。

需要指出的是,作为依法履行公职、纳入国家行政编制、由国家财政负担工资福利的工作人员之一的法官、检察官,还要遵守公务员法等法律、法规。公务员法规定的公务员的条件、义务与权利,职务与级别,录用,考核,职务任免,职务升降,奖励,惩戒,培训,交流与回避,工资福利保险,辞职辞退,退休,申诉控告,职位聘任,法律责任等,除有特别规定之外,也适用于法官、检察官。

随着法制建设的不断推进,我国法律职业的职业化、专业化程度在不断增强,法律职业人员的素质正逐渐提高。越来越多的高素质的优秀人才经过考试成为法律职业人员,为实现司法公正、建设法治国家和法治社会奠定了良好的人才基础。

二、法律职业的特征

法律职业具有区别于其他职业的特征。国外有学者把法律职业的特征概括为:(1)职业人员的技能以系统的理论知识为基础,而不仅仅根据特殊技术的训练;(2)职业人员对他们的工作有相当大的自主性;(3)职业人员形成联合体,它调整职业内部事务,对外则代表职业人员的利益;(4)加入一个职业,受到现成员的认真审查,要成为一个职业成员往往要参加职业考试,获得许可证,得到头衔,这个过程受到有关组织的调整;(5)职业拥有道德法典,要求其所有成员遵守它,违反者将可能被开除该职业。^①

关于法律职业的特征,有学者认为包括学

^① 参见美国学者E. 格林伍德所著《职业的特征》一书中的相关内容。转引自朱景文著:《现代西方社会学》,法律出版社1994年版,第103页。

识性、独立性、同质性、组织性、规范化和垄断性。^①一般认为,法律职业具有政治性、法律性、行业性特征。同时,需要注意到法律职业的专业属性。法律职业的专业性很强,每个法律专业人员都应该具备一定的资格条件。法律职业的专业性是法律职业的高层次的重要因素。法官、检察官、律师、公证员等属于法律的实践人员,其专业水平的高低与职业道德水平的高低是密切联系的。因此,法律职业的专业属性对于法律职业道德的影响具有十分重要的积极意义。

三、法律职业道德的概念和特征

从文义分析,“道”有多层面的含义:(1)法则、规律。与具体事物的“器”相对,又与事物解决规律的“德”相对。(2)宇宙万物的本质、本体。《老子》:“有物混成,先天地生,以可以为天下母。吾不知其名,字之曰道。”(3)一定的人生观、世界观、政治主张或思想体系。《论语·卫灵公》有“道不同,不相为谋”句。

“德”的本义包括:(1)道德、品德。《易·乾·文言》:“君子进德修业。”(2)恩德、好处。《国策·魏策》:“吾有德于人也,不可不忘也。”(3)事物的属性。(4)具体事物从“道”所得的特殊规律或特殊性质。《管子·心术上》谓“德者道之舍”,对于道的认识有得于己,称为“德”。《老子》:“道生之,德畜之……道之尊,德之贵,夫莫亡命而常自然。”

因此,道德涉及人们对自然、社会的认识和内化,是一个融规范、政治、信仰、策略为一体的综合概念。道德是生活在一定物质生活条件的人们关于善与恶、正义与非正义、光荣与耻辱、公正与偏私等观念、原则和规范的总和。

随着职业的分化、发展和成熟,便逐渐形成了职业道德。职业道德是在职业范围内形成的比较稳定的道德观念、行为规范和习惯的总和。职业道德是一般道德在职业行为中的反映,是社会分工和生产发展的产物。职业道德是人们在职业实践活动中形成的规范,体现职业活动的客观要求。职业道德既是本行业人员在职业活动中的行为规范,又是行业对社会所负的道

德责任和义务。我国《公民道德建设实施纲要》提出了职业道德的主要内容 of 爱岗敬业、诚实守信、办事公道、服务群众、奉献社会。

所谓法律职业道德,是指法官、检察官、律师、公证员等法律职业人员在进行法律职业活动过程中,所应遵循的符合法律职业要求的心理意识、行为准则和行为规范的总和。美国法学家伯尔曼在《法律与革命》中将法律职业道德的传承作为法律职业共同体的一个重要特征。^②法律职业道德对于维护法律职业声誉、发挥法律功能和提高全社会的道德水平具有积极意义。

由于法律职业的特殊性,因此法律职业道德具有不同于一般职业道德的特征:(1)职业性。法律职业道德的内容与法律职业实践活动紧密相连,反映着法律职业活动对从业人员行为的道德要求。法律职业道德规范法律职业从业人员的职业行为,在特定的职业范围内发挥作用。(2)实践性。法律职业行为过程,就是法律职业实践过程,只有在法律实践过程中,才能体现出法律职业道德的水准。法律职业道德的作用是调整法律职业关系,对从业人员的法律职业活动中的具体行为进行规范。(3)正式性。法律职业道德的表现形式较为正式,除了一般职业道德的规章制度、工作守则、服务公约、劳动规程、行为须知等表现形式以外,还通过法律、法规、规范性文件等形式表现出来。(4)更高性。法律为调整社会关系的主要规范,在社会中负有分配社会资源、维持社会秩序、解决社会冲突、实现社会正义的功能,因而要求法律职业人员具有更高的法律职业道德水准,要求较为明确,法律职业道德的约束力和强制力也更为明显。

我国最高人民法院发布了《法官职业道德基本准则》、《法官行为规范》、《人民法院文明用语基本规范》、《人民法院工作人员处分条

^① 参见黄文艺、卢学英:“法律职业的特征解析”,载《法制与社会发展》2003年第3期。

^② [美]伯尔曼著:《法律与革命》,贺卫方等译,中国大百科全书出版社1998年版,第43页。



例》，最高人民法院发布了《检察官职业道德基本准则（试行）》、《检察人员纪律处分条例（试行）》、中华全国律师协会发布了《律师执业行为规范》、中国公证协会发布了《公证员职业道德基本准则》等，对法律职业道德进行了较为具体的规定。

法律职业道德教育的途径和方法，主要包括提高法律职业人员道德认识、确立法律职业人员道德信念、陶冶法律职业人员道德情感、锻炼法律职业人员道德意志、养成法律职业人员道德习惯等方面。

第三节 法律职业道德的基本原则

新华考资
www.xhkdzu.com

职业道德的基本原则是指最根本的职业道德规范。它是从业人员进行职业活动时，应该遵守的具体职业道德行为规范中所体现的价值方针的高度概括，在职业道德体系中处于统帅的地位，起着职业道德活的灵魂的作用。职业道德原则的贯彻，可以赋予每个具体的道德行为以不同的社会属性，赋予外观相似的行为以不同的灵魂。职业道德原则不仅是从业人员进行职业活动的根本指导思想，而且也是对每个从业人员的职业行为进行职业道德评价的最高标准。法律职业道德的基本原则是指作为法律职业道德规范基础或本源的根本准则。

根据有关法律、法规和规范性文件，我国法律职业道德的基本原则主要包括忠实执行宪法和法律，维护法律的尊严；以事实为根据，以法律为准绳；严明纪律，保守秘密；互相尊重，相互配合；恪尽职守，勤勉尽责；清正廉洁，遵纪守法。

1. 忠实执行宪法和法律，维护法律的尊严。法律是人民意志的体现，法律职业人员应当忠于国家、忠于人民、忠于法律，忠诚法律职业，模范遵守法律，严格执行法律，自觉维护宪法和法律的权威和尊严。法律职业人员的权力和权利来自于人民，必须对人民负责。第十一届全国人大常委会委员长吴邦国 2011 年 1 月 24 日在形成中国特色社会主义法律体系座谈会上的讲话指出，新中国成立以来特别是改革

开放 30 多年来，在中国共产党的正确领导下，经过各方面坚持不懈的共同努力，我国立法工作取得了举世瞩目的巨大成就。一个立足中国国情和实际、适应改革开放和社会主义现代化建设需要、集中体现党和人民意志的，以宪法为统帅，以宪法相关法、民法商法等多个法律部门的法律为主干，由法律、行政法规、地方性法规等多个层次的法律规范构成的中国特色社会主义法律体系已经形成，国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现有法可依。法律职业人员应当把忠实执行宪法和法律、维护法律的尊严作为必须遵循的首要原则。

2. 以事实为根据，以法律为准绳。以事实为根据，以法律为准绳，这是当代中国法律适用的基本原则，也是我国司法工作实践的科学总结，它是辩证唯物主义在我国法制建设中的具体体现和运用。以事实为根据，是指司法机关和司法人员审理一切案件时，必须以证据证明的案件的客观事实为依据，而不能以主观想象、主观分析和判断作依据，把案件的审理和判决建立在符合客观事实的基础上。以法律为准绳，是指审理案件要以法律为标准 and 尺度，严格按照法律规定办事。以事实为根据，以法律为准绳，是一个完整统一不可分割的适用原则。以事实为根据是正确适用法律的基础和前提，以法律为准绳是正确处理案件的有力保障。法律职业人员在执业过程中需要完整的理解和执行这一基本原则。

3. 严明纪律，保守秘密。法律职业人员在司法活动中应当遵守纪律，保守国家秘密和司法工作秘密。最高人民法院制定的《法官职业道德基本准则》、《人民法院工作人员处分条例》，最高人民检察院制定的《检察官职业道德基本准则（试行）》、《检察人员纪律处分条例（试行）》，司法部制定的《律师执业管理办法》、《律师执业行为规范》、《公证员执业管理办法》等，全面、具体地规定了法官、检察官、律师和公证员应当遵守的职业纪律。

同时，法官法第 7 条第 6 项规定，法官应当保守国家秘密或审判工作秘密。检察官法第 8

条第5项规定,检察官应当保守国家秘密和检察工作秘密。律师法第38条规定,律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息,应当予以保密。但是,委托人或者其他准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。

4. 互相尊重,相互配合。虽然分工不同,但公正是法律职业人员的共同价值追求,是司法工作的生命线。司法机关依法独立行使职权,但同时应处理好司法机关与权力机关、上级部门的关系,处理好公、检、法三机关分工负责、互相配合、互相制约的关系,处理好与律师的关系,坚持互相尊重,相互配合。法官职业道德基本准则第22条规定,法官应当尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严,避免盛气凌人、“冷硬横推”等不良作风;尊重律师,依法保障律师参与诉讼活动的权利。第24条也规定,坚持文明司法,遵守司法礼仪,在履行职责过程中行为规范、着装得体、语言文明、态度平和,保持良好的职业修养和司法作风。法官应当尊重当事人和其他诉讼参与人发表的意见;除非因维护法庭秩序和庭审的需要,开庭时不得随意打断或者制止当事人和其他诉讼参与人的发言;使用规范、准确、文明的语言,不得对当事人或其他诉讼参与人有任何不公的训诫和不恰当的言辞。《律师执业行为规范》也规定,律师应遵守法庭、仲裁庭纪律。

5. 恪尽职守,勤勉尽责。法律职业人员应当热爱法律职业,安心工作、热爱工作、献身法律职业;珍惜职业荣誉,坚持职业操守,恪守职

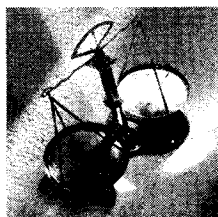
业良知,以恭敬、严肃的态度对待自己的职业,对本职工作一丝不苟、尽心尽力、忠于职守、钻研业务,保持良好的职业修养。

6. 清正廉洁,遵纪守法。法律职业人员应当树立正确的权力观、地位观、利益观,坚守廉洁底线,切实做到自重、自省、自警、自励,清白做人、干净做事,永葆清正廉明、无私奉献的本色。法律职业人员要强化廉洁从业观念,常修为政之德、常思贪欲之害、常怀律己之心,不接受案件当事人及相关人员的请客送礼,不利用职务便利或者法律职业人员身份谋取不正当利益,杜绝以权谋私、贪赃枉法行为。法律职业人员应当自觉遵守法律职业道德,在本职工作和业外活动中严格要求自己,维护法律职业形象和司法公信力。

总之,法律职业人员应当强化职业道德观念,始终保持高尚的职业追求,自觉养成良好的职业操守,模范遵守道德准则,坚守职业道德底线。

在实践中,只有选择合适的内化途径和适当的内化方法才能够使法律职业者将法律职业道德规范融进法律职业精神中。法律职业者作为法律执业内化的主体,就应该有意识地将被动学习与主动学习结合起来。不仅通过学校等教育机构学习法律职业道德的基本知识,还应该主动通过在职业过程中对典范的观察,去学习和感悟法律职业道德对于法律职业的价值。法律职业的整体状况以及与法律职业相关的制度构成了法律职业形成和发展的内环境。法律职业的相关机构有责任完善和加强法律职业内环境的建设,这将极大地促进法律职业者的道德内化。

本章为司法制度和法律职业道德的理论概述部分,主要讨论司法的概念和特征、法律职业道德的概念及司法的功能、司法公正、司法独立等。



司法制度和法律职业道德

第二章

审判制度与法律职业

新华职教网

www.xhkzedu.com

第一节 审判制度概述

一、审判制度的概念和特征

审判制度是指国家审判机关运用法律,处理诉讼案件和非诉事件的制度,包括审判机关的性质、任务、职权、组织体系、活动原则和工作制度,审判组织、审级制度、审判方式等方面的法律规范。从主体角度认识,审判制度也可称为法院制度。

由于诉讼、审判的核心地位,审判制度成为一国主要的司法制度,审判最直接鲜明地反映了司法的本质特性。

从历史上看,审判制度经历了不断发展、完善的过程;同时,不同国家和地区的审判制度与其政治、经济、文化、传统等相适应而各有特点。

我国的审判制度由宪法、人民法院组织法、法官法以及刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等进行了规定,涉及人民法院的性质、任务、设置、审判组织、审判原则、审判程序等方面内容,从而保障审判活动的顺利进行,规范法院的司法行为。

我国审判制度的特征主要表现在以下几方面:(1)我国是工人阶级领导的、以工农联盟为基础的人民民主专政的社会主义国家,根本政治制度为人民代表大会制度。宪法第3条第3款明确规定:“国家行政机关、审判机关、检察机关都由人民代表大会产生,对它负责,受它监督。”因此,人民法院由国家权力机关产生并受其监督。这体现了我国审判制度的政治性、人民性特征。(2)我国是全国各族人民共同缔造的统一的民族国家;中央和地方的国家机构职权的划分,遵循在中央的统一领导下,充分发挥地方的主动性、积极性的原则。为此宪法、人民法院组织法以及刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等均规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉;最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,上级人民法院监督下级人民法院的审判工作。人民法院统一设立并独立行使审判权

体现了我国审判制度的统一性、单一性特征。(3)我国人民法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法等法律确立了以事实为根据以法律为准绳的审判原则、专门机关与群众路线相结合的审判原则以及人民陪审员制度、法院调解制度、死刑复核制度和审判监督制度等具有中国特色的审判原则和制度。这体现了我国审判制度的民族性、特殊性特征。

随着社会的发展,我们应当从以下方面完善审判制度:坚持司法公正,注重程序公正与实体公正相统一;坚持司法效率,注重实现诉讼效益最大化;坚持司法权威,注重维护既判效力;坚持司法为民,注重方便群众诉讼;坚持司法民主,注重维护当事人诉讼权利;坚持司法公开,注重自觉接受监督;坚持司法和谐,注重创建和谐的诉讼秩序;坚持司法统一,注重正确行使自由裁量权。这些方面真切反映了人民群众的现实司法需求,反映了经济社会发展和构建社会主义和谐社会对人民司法的客观要求,是对所有领域审判制度的总体要求。

二、审判制度的基本原则

我国的人民法院组织法、刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等法律规定了在刑事审判、民事审判和行政审判中都需要遵循的主要审判制度和基本原则。

1. 审判制度的基本原则。

审判独立原则。我国宪法、人民法院组织法和刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法都规定,人民法院依照法律规定独立行使审判权,不受行政机关、社会团体和个人的干涉。这一原则体现了审判的独立性。

不告不理原则。为了尊重当事人诉权和体现法院的中立性,我国法律规定:未经控诉一方提起控诉,法院不得自行主动对案件进行裁判;法院审理案件的范围(诉讼内容与标的)由当事人确定,法院无权变更、撤销当事人的诉讼请求;案件在审理中,法院只能按照当事人提出的诉讼事实和主张进行审理,对超过当事人诉讼请求的部分不得主动审理。

直接言词原则。在我国诉讼制度中,审理

形式一般采取直接言词原则,直接言词原则可再分为直接原则和言词原则,均以发现真实为主要目的。直接原则也称直接审理原则,要求参加审判的法官必须亲自参加证据审查、亲自聆听法庭辩论。这一原则强调审理法官与判决法官的一体化。言词原则也称言词审理原则,要求当事人等在法庭上须用言词形式开展质证辩论的原则。这一原则是公开原则、辩论原则和直接原则实施的必要条件。直接言词原则反映了我国审判活动的亲历性。

及时审判原则。及时审判原则具有保障人权、促进诉讼进行、提高诉讼效率的重要价值。我国法律要求人民法院及时审理案件,提高办案效率。这一原则体现了审判的效率性。

特别值得注意的是,保护人权是我国宪法中非常重要的法律理念,修改后的刑事诉讼法充分体现了这一重要理念,较好地处理了惩治犯罪和保护人权的关系,将“尊重和保障人权”写入总则第2条,突出保障基本人权在刑事诉讼过程中的重要性,并在多项具体规定中贯彻这一原则。这在一定程度上防止和遏制了刑讯逼供的发生,能有效保障无罪的人不受刑事追究,保证公民的诉讼权利。

2. 主要审判制度。

审判制度是由国家确立的人民法院进行审判活动所必须遵循的基本规则和程序,即法院在审判案件时应该遵守的规程和准则,包括审判组织和审判活动等方面的法律制度。建立和实施审判制度旨在实现审判活动的科学化和规范化,以保证审判公正,提高审判效率。根据人民法院组织法和三大诉讼法的规定,我国的主要审判制度有两审终审制度、审判公开制度、人民陪审员制度、审判监督制度等。

两审终审制度,是指一个案件经过两级人民法院审理即告终结的法律制度。

审判公开制度,是指除非法律另有规定,法院审判案件应当公开进行,除休庭评议这个程序是秘密进行的以外,其他审判程序,包括宣布开庭、法庭调查、法庭辩论、被告人最后陈述和宣告判决,均公开进行。

人民陪审员制度是我国陪审制度的一种类



型。人民陪审员制度是我国法律规定的由审判员和人民陪审员组成合议庭对案件共同进行审判的一项制度。

审判监督制度,又称再审制度,是指人民法院对已经发生法律效力判决和裁定依法重新审判的一种特殊审判制度。

第二节 审判机关

新华考资
www.xhkedu.com

我国的审判机关为人民法院,我国宪法、人民法院组织法及刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等规定了人民法院的性质和任务、人民法院的设置和职权、人民法院的业务机构、审判组织等内容。

一、人民法院的性质和任务

人民法院的性质表现在人民法院的阶级本质和职能方面。人民法院从本质上是人民民主专政的工具。同时,根据我国宪法第123条的规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”人民法院组织法第1条也规定:“中华人民共和国人民法院是国家的审判机关。”因此,人民法院是国家的审判机关,行使审判权。

人民法院组织法第3条规定了人民法院的任务:“人民法院的任务是审判刑事案件和民事案件,并且通过审判活动,惩办一切犯罪分子,解决民事纠纷,以保卫无产阶级专政制度,维护社会主义法制和社会秩序,保护社会主义全民所有的财产、劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,保障国家的社会主义革命和社会主义建设事业的顺利进行。人民法院用它的全部活动教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律。”具体而言,人民法院承担以下六项任务:

1. 刑事审判。人民法院通过刑事审判活动,在审查判断证据与犯罪事实、审查有关程序性事项的基础上,适用法律对案件作出裁判,从而惩办一切犯罪分子,保卫无产阶级专政制度,维护社会主义法制和社会秩序;保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权

利和其他权利。刑事审判具有维护追诉正当性、保护被告人不受错误追究、保障辩护权等方面的意义。同时,人民法院通过刑事审判活动,还参与社会治安的综合治理,积极预防和减少犯罪的发生。

2. 民事审判。人民法院通过民事审判活动,在查明事实的基础上,依法进行调解和判决,确认民事权利义务关系,处罚民事违法行为,解决民事纠纷,从而保护社会主义的全民所有的财产、劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,维护社会的生产、生活秩序。民事审判在社会资源分配、社会秩序维持、社会和谐建构等方面具有重要意义。

3. 行政审判。人民法院通过行政审判活动,对行政机关具体行政行为是否合法、是否适当进行审查,依法解决行政争议,保护公民、法人等的人身权利、民主权利和其他权利,维护和监督行政机关依法行政。1989年我国颁布了行政诉讼法,规定人民法院忠实履行宪法和法律赋予的司法审查职能,这对完善我国社会主义民主制度、推进依法行政发挥了越来越重要的作用。

4. 国家赔偿审判。人民法院通过国家赔偿案件审判活动,保障公民、法人和其他组织享有依法取得赔偿的权利,促进国家机关依法行使职权。人民法院自1995年起审理国家赔偿案件,对于进一步保障公民的人身权利和财产权利,促进国家机关及其工作人员依法行使职权,改进工作,推动公正执法,对于加强社会主义和法制,维护社会和谐稳定,为发展社会主义市场经济提供良好的社会条件,发挥了重要的作用。

5. 强制执行。人民法院通过按照法定程序,运用国家强制力量,根据执行文书的规定,强制民事、行政义务人完成其所承担的义务,以保证权利人的权利得以实现,保障已经生效的民事裁判、行政裁判以及刑事附带民事部分的裁判和生效的仲裁裁决以及公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书的实现。这对于保护当事人合法权益、维护社会的稳定、体现司法权

威、提高司法公信力、树立法律尊严具有十分重要的意义。

6. 法制教育。人民法院通过审判活动和其他工作,教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律。

需要指出的是,人民法院还积极提出司法建议。司法建议是法律赋予人民法院的重要职责,是人民法院工作的重要组成部分,是充分发挥审判职能作用的重要方式,是提升司法能力和司法公信力的重要手段。

近几年,人民法院严格履行宪法和法律赋予的职责,紧紧围绕社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁司法三项重点工作,大力加强审判、执行工作和自身建设,各项工作取得新进展。目前,中国特色社会主义法律体系已经形成,国家经济建设、政治建设、文化建设、社会建设以及生态文明建设的各个方面实现了有法可依,加强和改进人民法院工作,全面提高法院队伍素质,切实保障宪法和法律的有效实施,就显得更加重要、更加突出。面对新形势,人民法院工作中还存在不少问题和困难:一是确保人民法院依法独立公正行使审判权的体制还不够健全,司法体制改革有待进一步深化。二是推进司法公开、弘扬司法民主、确保司法公正等方面与人民群众的要求还有差距,相关工作机制有待进一步完善。三是一些地方存在的诉讼难、执行难问题尚未从根本上得到有效解决。四是一些法官司法能力不强,处理新类型及复杂疑难案件的水平不高;有的法官司法作风不正,司法行为不规范,工作方法简单;极少数法官徇私舞弊,贪赃枉法,严重损害人民法院形象和司法公信力。五是基层基础工作仍然存在不少困难,一些法院人才流失、法官断层问题严重,司法环境有待进一步改善。为此,人民法院将立足自身,积极争取各有关方面的支持,尽最大努力解决这些问题和困难。今后,人民法院要为解决经济长期平稳较快发展提供司法保障,要努力维护社会和谐稳定,要切实维护人民群众合法权益,要健全完善更加科学的司法体制和工作机制,要全面提高法院队伍素质,要更加重视加强人民法院基层基础工作。人民法院将进

一步落实司法公开、司法民主和司法为民措施,着力为经济社会发展提供更加有力的司法保障,努力让司法改革成果切实惠及人民群众。

二、人民法院的设置和职权

人民法院组织法第2条规定了人民法院的设置。我国人民法院由地方各级人民法院、军事法院等专门人民法院和最高人民法院组成。其中,地方各级人民法院分为基层人民法院、中级人民法院和高级人民法院;专门人民法院包括军事法院、海事法院和铁路运输法院等。

改革开放之初,人民法院主要是按照行政区划和某些部门管理的需要设置的,如设置地方各级人民法院和林业、铁路、农垦等法院。随着经济社会的发展和解决纠纷的需要,按照解决纠纷要求设置的法院不断产生,逐步增设了海事法院、开发区法院、保税区法院等,有的地方还突破了以行政区划设置法院的做法。同时,各基层人民法院还普遍设置了派出的人民法庭,大大方便了民众诉讼。

1. 基层人民法院。

按照人民法院组织法第17条的规定,基层人民法院包括县人民法院和市人民法院、自治县人民法院、市辖区人民法院。基层人民法院由院长1人,副院长和审判员若干人组成。基层人民法院可以设刑事审判庭、民事审判庭和经济审判庭,庭设庭长、副庭长。

基层人民法院根据地区、人口和案件情况可以设立若干人民法庭。人民法庭是基层人民法院的组成部分,它的判决和裁定就是基层人民法院的判决和裁定。

根据法律的规定,基层人民法院的职权主要是审判刑事和民事的第一审案件,但是法律、法令另有规定的案件除外。基层人民法院对它所受理的刑事和民事案件,认为案情重大应当由上级人民法院审判的时候,可以请求移送上级人民法院审判。

除审判案件外,基层人民法院并且办理下列事项:(1)处理不需要开庭审判的民事纠纷和轻微的刑事案件;(2)指导人民调解委员会的工作。



2. 中级人民法院。

按照人民法院组织法第22条的规定,中级人民法院包括:(1)在省、自治区内按地区设立的中级人民法院;(2)在直辖市内设立的中级人民法院;(3)省、自治区辖市的中级人民法院;(4)自治州中级人民法院。中级人民法院由院长1人,副院长、庭长、副庭长和审判员若干人组成。中级人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭,根据需要可以设其他审判庭。

根据法律的规定,中级人民法院的职权主要是审判下列案件:(1)法律、法令规定由它管辖的第一审案件。按照刑事诉讼法的规定,中级人民法院管辖的第一审刑事案件为:危害国家安全、恐怖活动案件;可能判处无期徒刑、死刑的案件。按照民事诉讼法的规定,中级人民法院管辖的第一审民事案件为:重大涉外案件;在本辖区有重大影响的案件;最高人民法院确定由中级人民法院管辖的案件。按照行政诉讼法的规定,中级人民法院管辖的第一审行政案件为:确认发明专利权案件;海关处理的案件;对国务院各部门或者省、自治区、直辖市人民政府所作的具体行政行为提起诉讼的案件;本辖区内重大、复杂的案件。(2)基层人民法院移送审判的第一审案件。(3)对基层人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件。(4)人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件。中级人民法院对它所受理的刑事和民事案件,认为案情重大应当由上级人民法院审判的时候,可以请求移送上级人民法院审判。

此外,中级人民法院还须监督辖区内基层人民法院的审判工作。对基层人民法院已经发生法律效力判决和裁定,如果发现确有错误,中级人民法院有权提审或者指令基层人民法院再审。

3. 高级人民法院。

按照人民法院组织法第25条的规定,高级人民法院包括省高级人民法院、自治区高级人民法院、直辖市高级人民法院。高级人民法院由院长1人,副院长、庭长、副庭长和审判员若干人组成。高级人民法院设刑事审判庭、民事审判庭、经济审判庭,根据需要可以设其他审判庭。

根据法律的规定,高级人民法院的职权主要是审判下列案件:(1)法律、法令规定由它管辖的第一审案件。根据刑事诉讼法的规定,高级人民法院管辖全省(自治区、直辖市)性的重大刑事案件;根据民事诉讼法的规定,高级人民法院管辖在本辖区内有重大影响的第一审民事案件;根据行政诉讼法的规定,高级人民法院管辖本辖区内重大复杂的第一审行政案件。(2)下级人民法院移送审判的第一审案件。(3)对下级人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件。(4)人民检察院按照审判监督程序提出的抗诉案件。

同时,高级人民法院还复核中级人民法院判处死刑的、被告人不上诉的第一审刑事案件。高级人民法院复核该类死刑案件,同意判处死刑的,报请最高人民法院核准;不同意判处死刑的,可以提审或者发回重新审判。高级人民法院核准中级人民法院判处死刑缓期二年执行的案件。

高级人民法院根据法律规定监督辖区内下级人民法院的审判工作。对下级人民法院已经发生法律效力判决和裁定,如果发现确有错误,高级人民法院有权提审或者指令下级人民法院再审。

4. 军事法院。

军事法院为专门人民法院之一,是国家设立在军队中的审判机关。

1955年8月,国防部根据第一次全国人民代表大会第一次会议通过的宪法和人民法院组织法的规定,将全军各级军法处改为军事法院,纳入国家法院的体系。

军事法院分三级设置:(1)中国人民解放军军事法院为第一级,是军内的最高审级,其职权为:审判正师职以上人员犯罪的第一审案件;审判涉外刑事案件;最高人民法院授权或指定审判的案件以及它认为应当由自己审判的其他第一审刑事案件;负责二审、死刑复核、再审的审判任务。(2)大军区级单位的军事法院为第二级,包括各大军区军事法院、海军军事法院、空军军事法院、解放军总直属队军事法院、解放军总直属队第二军事法院等。其职权为:审判副

师职和团职人员犯罪的第一审案件;审判可能判处死刑的案件以及上级军事法院授权或指定审判的案件;负责上诉、抗诉案件的审判。(3)兵团和军级单位的军事法院为第三级,包括陆军军级单位军事法院、各省军区军事法院、海军舰队军事法院、大军区空军军事法院、在京直属部队军事法院等。其职权为:审判正营职以下人员犯罪,可能判处无期徒刑以下刑罚的第一审案件;上级军事法院授权或指定审判的第一审案件。

军事法院的职权是:审判现役军人、军队在编职工的刑事案件和依照法律、法令规定由它管辖的案件,如涉及军人的普通刑事案件以及军内经济纠纷等案件,惩办危害国家和损害国防能力的反革命分子及其他刑事犯罪分子,以保卫祖国安全,维护国家法制和军队秩序,巩固部队战斗力,保护军人和其他公民的合法权益,保障军队革命化、现代化、正规化建设和国家社会主义建设事业的顺利进行。军事法院用它的全部活动教育军队人员忠于社会主义祖国,恪守职责,自觉地遵守国家宪法、法律和军事法规。

中国人民解放军军事法院对中华人民共和国中央军事委员会和中国人民解放军总政治部负责,其他各级军事法院对本级政治机关负责。各级军事法院的审判工作受最高人民法院监督,下级军事法院的审判工作受上级军事法院监督。中国人民解放军军事法院院长由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

5. 海事法院。

海事法院为专门人民法院之一,是为行使海事司法管辖权而设立的专门审判一审海事、海商案件的法院。

为适应我国海运事业的发展和对外开放的需要,第六届全国人民代表大会常务委员会第八次会议于1984年11月14日通过《关于在沿海港口城市设立海事法院的决定》,规定海事法院专门受理海事、海商一审案件,而不受理刑事案件和其他民事案件。目前,我国设立了广州、上海、武汉、青岛、天津、大连、海口、厦门、宁波、

北海等海事法院,其地位相当于中级人民法院。为方便当事人诉讼和解决海事纠纷,各海事法院陆续在沿海各大港口设立派出机构——派出法庭。

根据最高人民法院于2001年8月9日作出的《关于海事法院受理案件范围的若干规定》,海事法院受理以下4大类案件:

- (1)海事侵权纠纷案件。
- (2)海商合同纠纷案件。
- (3)其他海事海商纠纷案件。
- (4)海事执行案件。

与一般民事案件的“四级两审终审制”不同,海事案件的审级则为“三级两审终审制”,即各海事法院、海事法院所在地高级人民法院和最高人民法院。根据海事案件的性质、标的以及社会影响程度等方面的不同,海事法院所在地的高级人民法院和最高人民法院可以受理第一审海事案件。海事法院由内设的海事庭、海商庭和派出庭审理第一审海事案件。

6. 铁路运输法院。

我国在铁路沿线设铁路运输法院这一专门人民法院。根据有关规定,在铁路管理分局所在地设立铁路运输基层法院;在铁路管理局所在地设立铁路运输中级法院,对其判决、裁定的上诉案件和抗诉案件由所在地的省、自治区、直辖市高级人民法院负责审理。随着我国司法体制改革的深入,铁路运输法院已在2012年6月底前与铁路企业分离,划归地方管理。

铁路运输法院行使审判有关刑事案件、经济纠纷案件等职权。

7. 最高人民法院。

根据人民法院组织法第29条的规定,最高人民法院是国家最高审判机关,最高人民法院监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作。最高人民法院由院长1人,副院长、庭长、副庭长和审判员若干人组成。

根据法律的规定,最高人民法院的职权主要是审判下列案件:(1)法律、法令规定由它管辖的和它认为应当由自己审判的第一审案件。按照刑事诉讼法的规定,最高人民法院管辖的第一审刑事案件是全国性的重大刑事案件;按



照民事诉讼法的规定,最高人民法院管辖的第一审民事案件是全国范围内有重大影响的案件;按照行政诉讼法的规定,最高人民法院管辖的第一审行政案件是全国范围内重大、复杂的案件。(2)对高级人民法院、专门人民法院判决和裁定的上诉案件和抗诉案件。(3)最高人民法院按照审判监督程序提出的抗诉案件。

同时,最高人民法院还负责制定司法解释,对在审判过程中如何具体应用法律的问题进行解释,为此制定了最高人民法院《关于司法解释工作的规定》(法发〔2007〕12号);监督地方各级人民法院和专门人民法院的审判工作,对地方各级人民法院和专门人民法院已经发生法律效力判决和裁定,如果发现确有错误,有权提审或者指令下级法院再审。最高人民法院还依照法律确定的职责范围,管理全国法院的司法行政工作。

三、人民法院的业务机构

随着社会的发展,法院审判业务范围不断拓展,审判机构建设日趋完善。改革开放30多年来,人民法院由仅仅承担刑事和民事两种审判职能,发展到现在承担刑事、民事、商事、行政、国家赔偿、知识产权、涉外商事海事审判和执行等多种职能。人民法院工作范围已经覆盖经济社会发展的方方面面,与社会主义经济、政治、文化、社会建设息息相关。审判职能范围的拓展,也促进了人民法院相应的组织机构建设,人民法院内部的业务机构进一步健全,职责分工进一步细化,为人民法院开展工作奠定了重要的组织基础,有效地满足了人民群众不断增长的司法需求。

随着改革开放不断深化,人民法院受理的案件数量持续上升。同时,各种新类型案件不断涌现,涉及的法律适用问题越来越复杂,办案的难度越来越大。在这样的形势下,各级人民法院充分发挥审判职能,不断加大执行力度,使这些案件得到了及时妥善处理,绝大部分案件实现了案结事了,在维护社会稳定和谐、促进经济健康发展、保护人民根本利益等方面发挥了重要作用。

目前,我国各级人民法院均分别设置立案、刑事审判、民事审判、行政审判、国家赔偿、审判监督、执行等业务机构,部分中、基层人民法院还根据当地审判工作需要设立了少年审判、劳动争议、环境保护等专门审判业务机构。

四、审判组织

审判组织为法院审判诉讼案件的组织形式,它代表人民法院对案件进行审理和裁判。审判组织具有如下特征:(1)审判组织具有代表人民法院的资格;(2)审判组织具有审理案件的权力。

根据人民法院组织法和刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法的规定,人民法院的审判组织有独任庭、合议庭和审判委员会三种。

1. 独任庭。

由审判员1人审判案件的组织形式为独任庭,其基本特点是由一名审判员对案件进行审理并作出裁决。我国法律规定,独任庭审判以下几种案件:(1)第一审的刑事自诉案件和其他轻微的刑事案件;(2)第一审的简单民事案件和经济纠纷案件;(3)适用特别程序审理的案件,除选民资格案件或者其他重大疑难案件由审判员组成合议庭审判外,其他案件由审判员1人独任审判。这些案件比较简单,情节较为轻微,由审判员1人进行审理,既能够解决纠纷,又节约人力。

国家法律规定,独任庭审判的案件,按照简易程序进行,以方便当事人,提高审判效率。不过,对独任庭审理案件不能简单化的理解,它不是一切从简,更不是可以草率从事,而是仍然要依照法律的规定进行。在审理过程中,要认真执行法律规定的审判公开、回避、辩护、两审终审等各项原则和制度,切实保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利,以保证办案质量,实现司法公正。

2. 合议庭。

由审判人员3人或3人以上集体审判案件的组织形式为合议庭。合议庭审判人员的组成,因案件审级的不同而有所差别。合议庭在发挥集体智慧、追求裁判事实基础客观化、抑制

新华考资
www.xhkedu.com

主观偏见、制约权力防止权力滥用方面具有积极作用。

根据人民法院组织法第9条第2款规定,人民法院审判第一审案件,由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。根据上述规定,组成合议庭成员有两种情况:一是由审判员、陪审员组成的合议庭;二是由审判员组成的合议庭。

合议庭是人民法院审判案件的基本审判组织。根据法律的规定,人民法院审判第一审案件除简单的民事案件、轻微的刑事案件和法律另有规定的案件由审判员1人独任进行外,其余的都由审判员组成合议庭或者由审判员和人民陪审员组成合议庭进行。其中,第二审案件、再审案件、死刑复核案件;第一审行政案件,一律组成合议庭进行审判。

合议庭的成员不是固定不变的,而是临时组成的,须为单数;由院长或者庭长指定审判员一人担任审判长。院长或者庭长参加审判案件的时候,自己担任审判长。在审判案件时,合议庭成员的权利平等。

合议庭评议案件时,参加合议庭的每个成员都享有平等的发言权和表决权;如果意见分歧,应当少数服从多数,但是少数人的意见应当记入评议笔录,由合议庭的组成人员签名。合议庭开庭审理并且评议后,应当作出判决,对于疑难、复杂、重大的案件,合议庭认为难以作出决定的,由合议庭提请院长决定提交审判委员会讨论决定。审判委员会的决定,合议庭应当执行。

3. 审判委员会。

人民法院内部对审判工作实行集体领导的组织形式为审判委员会。根据人民法院组织法第10条的相关规定,各级人民法院设立审判委员会,实行民主集中制。

地方各级人民法院审判委员会委员,由院长提请本级人民代表大会常务委员会任免;最高人民法院审判委员会委员,由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

审判委员会的任务是总结审判经验,讨论重大的或者疑难的案件和其他有关审判工作的

问题。根据最高人民法院的司法解释,以下合议庭难以作出决定的疑难、复杂、重大的刑事案件,才提请院长决定提交审判委员会讨论决定:拟判处死刑的;合议庭成员意见有重大分歧的;检察院抗诉的;在社会上有较大影响的;其他需要由审判委员会讨论决定的。独任审判的案件,开庭审理之后,独任审判员认为有必要的,也可以提请院长决定提交审判委员会讨论决定。

各级人民法院审判委员会会议由院长主持,本级人民检察院检察长可以列席并发表意见,但不参加表决。院长因故不能参加时,可委托一名副院长主持。审判委员会会议必须由超过半数以上的委员出席方能举行。审判委员会讨论案件,应当在合议庭审理的基础上进行,并且应当充分听取合议庭成员关于审理和评议情况的说明。审判委员会讨论案件时,如果有意见分歧,按照少数服从多数的原则进行表决。审判委员会作出的决议,须经审判委员会全体委员半数以上通过。少数人的意见,应当记入笔录。审判委员会的决定,合议庭应当执行。审判委员会讨论决定的案件的判决书和裁定书,应当以审理该案件的合议庭成员的名义发布。

审判委员会作为我国特有的司法形式,带有我国浓厚的历史和政治色彩。审判委员会在总结审判经验、解决重大疑难案件、统一司法标准、保证办案质量、实现司法公正以及抵御不良司法环境对公正司法的干扰等方面发挥了重要作用。

第三节 法官

根据法官法的规定,法官是依法行使国家审判权的审判人员,包括最高人民法院、地方各级人民法院和军事法院等专门人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长、审判长和助理审判员。

我国正努力建设法官队伍的正规化、专业化、职业化。2002年7月18日,最高人民法院发布了《关于加强法官队伍职业化建设的若干



意见》。2011年6月22日最高人民法院发布了《全国法院人才队伍建设规划纲要(2010—2020年)》，为人民法院今后一个时期人才队伍建设指明了方向。纲要明确提出，要扩大法院人才队伍总量，到2015年，法院人才队伍新增82000人左右，力争使全国法院各类人才总量规模达到40万人；到2020年，再增加65000人左右，力争使全国法院各类人才总量规模达到50万人。要调整和优化人才队伍结构，到2015年，全国法院具有大学本科及以上学历的各类人员占法院人员总数的80%以上，其中，东部、中部和西部地区法院分别达到85%、80%、75%以上。到2020年，全国法院具有大学本科及以上学历的各类人员占法院人员总数的85%以上，其中，东部、中部和西部地区法院分别达到90%、85%和80%以上。2013年10月8日最高人民法院印发了《关于新形势下进一步加强人民法院队伍建设的若干意见》，提出以推进正规化、专业化、职业化建设为方向，进一步深化干部人事制度改革，走内涵式发展道路，全面提高队伍建设科学化水平，努力打造一支政治坚定、能力过硬、作风优良、公正廉洁的高素质法院队伍。

法官为司法机构中审判人员的通称，是司法权的具体执行者。在不同法系中法官的角色不尽相同，但要求都是不偏不倚、不受他人影响或掣肘、大公无私地根据法律判案。法官的基本职责是参加合议庭审判案件或者独任审判案件。审判案件是指法官依照法律的规定，通过对案件的审理，以查明案件事实，并适用法律以作出判决的活动。法官除了依法参加合议庭审判案件或者独任审判案件以外，还必须依法审查起诉以决定是否立案；依法裁定予以减刑、假释；依法裁定采取诉前保全或者先予执行措施；依法裁定采取诉讼保全措施；依法对妨害诉讼者决定给予强制措施；依法解决下级法院之间管辖权争议；依法指导下级法院工作；依法向有关单位提出司法建议等。同时必须办理下列事项：(1)处理不需要开庭审理的民事纠纷和轻微的刑事案件；(2)指导人民调解委员会的工作。“徒法不足以自行”，要解决各类纠纷、实现司法

审判的公正和高效，法官具有关键性的作用。

我国法律规定了法官的条件与任免、法官的权利与义务、法官的考核与培训、法官的等级、法官的奖励和惩戒、法官的辞职与辞退、法官的保障与退休等。

新华考资

www.xhkzedu.com

一、法官的条件和任免

担任法官必须具备的条件大致包括一般条件、禁止条件、限制条件等三方面。

担任法官必须具备的一般条件包括学识、学历、年龄等方面。我国法官法第9条第1款规定了担任法官必须具备的条件：(1)具有中华人民共和国国籍。这是法官国籍方面的条件。法官为国家工作人员，外国人和无国籍人不得担任我国法官职务。(2)年满23岁。这是法官年龄方面的条件。23岁应为23周岁。从公正审判角度考虑，法官需要精通法律并具有较为丰富的社会经验和人生阅历。23周岁基本为大学本科毕业生的年龄。(3)拥护中华人民共和国宪法。这是法官政治素养方面的条件。(4)有良好的政治、业务素质和良好的品行。这是法官道德素养方面的条件。(5)身体健康。这是法官身体素质方面的条件。(6)高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识，从事法律工作满2年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满3年；获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识，从事法律工作满1年，其中担任高级人民法院、最高人民法院法官，应当从事法律工作满2年。这是法官学历、学位、工作经历方面的条件。

在担任法官的禁止条件方面，我国法官法第10条对不能担任法官的情况进行了规定，曾因犯罪受过刑事处罚或曾被开除公职的人员，不得担任法官。

关于法官的限制条件，法官法第15条规定，法官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员，不得兼任行政机关、检察机关以及企业、事业单位的职务，不得兼任律师。这有利于保证法官的独立、公正与廉洁，维护法官的良好

形象。

此外,法律规定,法官从人民法院离任后2年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人;法官从人民法院离任后,不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人;法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

关于法官职务的任免,依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。宪法、法官法规定,最高人民法院院长由全国人民代表大会选举和罢免,副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由最高人民法院院长提请全国人民代表大会常务委员会任免。地方各级人民法院院长由地方各级人民代表大会选举和罢免,副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的中级人民法院院长,由省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会根据主任会议的提名决定任免,副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由高级人民法院院长提请省、自治区、直辖市人民代表大会常务委员会任免。在民族自治地方设立的地方各级人民法院院长,由民族自治地方各级人民代表大会选举和罢免,副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员由本院院长提请本级人民代表大会常务委员会任免。人民法院的助理审判员由本院院长任免。军事法院等专门人民法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长和审判员的任免办法,由全国人民代表大会常务委员会另行规定。

法官法规定,初任法官采用严格考核的办法,按照德才兼备的标准,从通过国家统一司法考试取得资格,并具备法官条件的人员中择优提出人选。2004年11月,中共中央组织部、最高人民法院、最高人民检察院联合下发了《关于进一步加强地方各级人民法院、人民检察院考试录用工作的通知》,规定实行统一招考制度,切实严把进人关,地方各级人民法院、人民检察院补充工作人员,一律实行省级统一招考,除省级考试录用主管机关外,其他机关及人民法院、人民检察院不得自行组织招考。人民法院

长、副院长,应当从法官或者其他具备法官条件的人员中择优提出人选。

从保证法官队伍的素质、维护司法公正、提高司法公信力考虑,我国法官法第13条规定,法官有下列情形之一的,应当依法提请免除其职务:(1)丧失中华人民共和国国籍的;(2)调出本法院的;(3)职务变动不需要保留原职务的;(4)经考核确定为不称职的;(5)因健康原因长期不能履行职务的;(6)退休的;(7)辞职或者被辞退的;(8)因违纪、违法犯罪不能继续任职的。

为保障法官的中立,体现司法公正,我国法官法第16条还规定了法官任职回避制度。法官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的,不得同时担任下列职务:(1)同一人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长;(2)同一人民法院的院长、副院长和审判员、助理审判员;(3)同一审判庭的庭长、副庭长、审判员、助理审判员;(4)上下相邻两级人民法院的院长、副院长。

二、法官的权利和义务

法官的职责包括依法参加合议庭审判或者独任审判案件和法律规定的其他职责,如将生效的裁判交付或移送执行,执行民事、行政裁判和部分刑事裁判,提出司法建议,指导人民调解委员会的工作,领导书记员的工作等。而法院院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长除履行审判职责外,还应当履行与其职务相适应的职责。为了履行职责,法律规定了法官的权利,并相应地规定了法官的义务。

(一)法官的权利

我国法官法第8条明确规定,法官享有下列权利:(1)履行法官职责应当具有的职权和工作条件;(2)依法审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉;(3)非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或者处分;(4)获得劳动报酬,享受保险、福利待遇;(5)人身、财产和住所安全受法律保护;(6)参加培训;(7)提出申诉或者控告;(8)辞职。法官法关于法官权利的规定有利于法官正确履行职责,维护自己的



合法权益。

为保障法官权利的享有,法官法还规定了与之相应的保障机制:(1)申诉。法官对人民法院关于本人的处分、处理不服的,自收到处分决定之日起30日内可以向原处分、处理机关申请复议,并有权向原处分、处理机关的上级机关申诉;受理申诉的机关必须按照规定作出处理。但复议和申诉期间,不停止对法官处理、处分决定的执行。(2)控告。对于国家机关及其工作人员侵犯法官权利的行为,法官有权提出控告。行政机关、社会团体或者个人干涉法官依法审判案件的,应当依法追究其责任。对法官处分或处理错误的,应当及时予以纠正;造成名誉损害的,应当恢复名誉、消除影响、赔礼道歉;造成经济损失的,应当赔偿。对打击报复的直接责任人员,应当依法追究其责任。需要指出,法官提出申诉和控告应当实事求是,不得捏造事实或诬告陷害他人,否则,应当依法追究其责任。

总体而言,对法官履行职责提供法律保护包括以下方面:(1)要依法保障法官具有履行法官职责的职权,保证法官审判案件不受非法干涉。(2)要保障法官履行职责必要的工作条件。(3)要保证法官不受打击报复,防止法官的人身、财产等受到侵犯,或者受到不公正的待遇和处理。

(二)法官的义务

根据“权利义务相一致原则”,为了保证法官正确履行职责,客观公正地审判案件,我国法官法第7条规定,法官应当履行下列义务:(1)严格遵守宪法和法律;(2)审判案件必须以事实为根据,以法律为准绳,秉公办案,不得徇私枉法;(3)依法保障诉讼参与人的诉讼权利;(4)维护国家利益、公共利益,维护自然人、法人和其他组织的合法权益;(5)清正廉明,忠于职守,遵守纪律,恪守职业道德;(6)保守国家秘密和审判工作秘密;(7)接受法律监督和人民群众监督。这些义务是国家通过法律的规定,要求法官所应履行的某种责任;是法律关于法官对国家和社会必须作为或不作为的行为的约束。

三、法官的考核和培训

法官的考核是促使法官自觉追求审判质量

和效率、提高司法能力、实现司法公正的重要激励机制和制度安排,法官的培训是提高法官素质的重要途径。对法官的考核和培训是法官制度的重要内容,人民法院设法官考评委员会,指导对法官的培训、考核、评议工作。根据法官法的规定,1996年6月,最高人民法院发布了《法官考评委员会暂行组织办法》,规定法官考评委员会是人民法院依法设置的指导对法官的培训、考核、评议工作的机构。法官考评委员会主要履行以下职责:(1)审查对法官的理论、业务培训规划,指导法官培训工作;(2)审查本院法官年度考核方案,指导考核工作;(3)依据法官等有编制、评定、晋升的有关规定,履行职责;法官考评委员会由本院院长、院长以及有关部门的主要负责人组成。法官考评委员会设主任1人、副主任1至3人,主任由本院院长担任;副主任由主任提名,法官考评委员会通过。各级人民法院法官考评委员会组成人数为5人、7人或9人。法官考评委员会实行民主集中制。根据需要,适时召开会议。法官考评委员会由主任或受委托的副主任主持。决定事项须经全体委员的半数以上同意。法官考评委员会的办事机构为本院人事管理部门。

法官法规定,对法官的考核,由法官所在的人民法院组织实施。考核法官应坚持客观公正原则,实行领导与群众相结合、平时考核和年度考核相结合的办法。考核的内容包括审判工作实绩、思想品德、审判业务和法学理论水平、工作态度和审判作风等四个方面,重点考核法官的工作实绩。这些方面包括了法官的德、勤、业、能、廉等,全面地反映了法官的实际能力和水平、素养。

对法官的考核要坚持实事求是、客观公正、规范操作,做到业绩考核和品德考核相结合、定性考核和定量考核相结合,对法官作出符合客观实际的综合评价。

根据法官法第24条、第25条的规定,法官的年度考核结果分为优秀、称职、不称职三个等次。考核结果作为对法官奖惩、培训、免职、辞退以及调整等级和工资的依据。考核结果应书面通知被考核人。被考核人对考核结果如有异

议,可以申请复议。

为提高法官素质,不断提高法官的履职能力,法官法对法官的培训进行了专门规定,要求对法官应当有计划地进行理论培训和业务培训。培训类型包括任职培训、提职培训、专题培训等,培训方式包括学历教育培训、学位教育培训、专门业务培训、新法培训、知识更新培训、在职培训、脱产培训等。法官的培训任务由国家法官院校或其他法官培训机构、法院等承担。法官培训贯彻理论联系实际、按需施教、讲求实效的原则。法官在培训期间的学习成绩和鉴定,作为其任职、晋升的依据。

四、法官的等级

法官的等级是表明法官级别、身份的称号,国家通过法官的等级来对法官的专业水平进行确认。法官的等级不同于法官的职务,但是法官的等级又以法官的职务为基础,法官的等级以法官所任职务、德才表现、业务水平、审判工作实绩和工作年限为依据。同时,法官等级与法官职务有一定的对应关系,通常情况下职务高的等级也高。法官等级对法官职务具有某种补充性。

法官的等级编制,主要是指在法官法所规定的法官的等级划分、法官的等级确定依据的基础上,对各级人民法院不同职务的法官的等级幅度的编制。法官的等级评定,是指对法官的等级的评定办法,包括等级评定的依据、标准、等级评定的程序和批准权限等。法官的等级晋升办法,是指法官在任职期间随着其职务变动和工作年限的变化逐级晋升和选升其等级的具体办法,包括晋升的工作年限规定、晋升考核、晋升培训和晋升的批准权限等。

根据法官法第18条规定,法官的等级分为十二级:(1)首席大法官;(2)大法官:一级、二级;(3)高级法官:一级、二级、三级、四级;(4)法官:一级、二级、三级、四级、五级。

法官等级的确定,以法官所任职务、德才表现、业务水平、审判工作实绩等为依据。

五、法官的奖励和惩戒

法官的奖励和惩戒是法官制度的重要内

容。我们要加强法官考评体系建设,建立科学的司法工作考评体系,建立科学的奖励和惩戒制度。

(一)法官的奖励

法官的奖励,是指人民法院在法律审判工作中,根据法官法或者其他有关规定,对在审判实践工作中具有显著成绩和贡献的,或者有其他突出事迹的法官给予的精神鼓励和物质鼓励。建立对法官奖励的制度,以鼓励法官提高自己的素质和能力。建立相应的奖励制度,就需要依法、合理、公平、公正、公开,激发法官的积极性和创造性,去努力实现司法公正,杜绝司法腐败。同时,对法官的奖励还具有引导和示范作用。奖励为司法人力资源管理的必要手段,可以更好地激励法官养成良好的素质,实现个人价值和司法价值的统一。奖励不仅对受奖励人具有一定的激励作用,而且对整个法官群体都会产生巨大的影响。2004年2月2日最高人民法院、人事部下发了《人民法院奖励暂行规定》,规定共有十章,分别为总则、奖励的种类、奖励的比例、奖励的条件、奖励的权限、奖励的考察、奖励的实施、奖励的标准、奖励的监督、附则。

法官在审判工作中有显著成绩和贡献的,或者有其他突出事迹的,应当给予奖励。按照法官法第30条的规定,法官有下列情形之一的,应当给予奖励:(1)在审理案件中秉公执法,成绩显著的;(2)总结审判实践经验成果突出,对审判工作有指导作用的;(3)对审判工作提出改革建议被采纳,效果显著的;(4)保护国家、集体和人民利益,使其免受重大损失,事迹突出的;(5)勇于同违法犯罪行为作斗争,事迹突出的;(6)提出司法建议被采纳或者开展法制宣传、指导人民调解委员会工作,效果显著的;(7)保护国家秘密和审判工作秘密,有显著成绩的;(8)有其他功绩的。

对法官的奖励,法律规定实行精神鼓励和物质鼓励相结合的原则。奖励一般分为集体奖励和个人奖励。集体奖励包括嘉奖、记三等功、二等功、一等功、授予荣誉称号。其中,嘉奖、记三等功、二等功、一等功适用于中级人民法院、



基层人民法院及各级人民法院内设机构;荣誉称号适用于高级人民法院内设机构、中级人民法院内设机构、基层人民法院及其内设机构。个人奖励包括嘉奖、记三等功、二等功、一等功、授予荣誉称号,适用于各级人民法院法官和其他工作人员。根据奖励种类和奖励对象的不同,奖励事项分别由最高人民法院、高级人民法院、中级人民法院(除直辖市中级人民法院外)和基层人民法院审批。必要时,上级人民法院可以直接对下级人民法院的集体和个人实施奖励。

(二) 法官的惩戒

广义的惩戒制度包括法官的弹劾制度和惩戒制度,一般国家都规定有弹劾制度,有的国家则既存在弹劾制度,也规定有惩戒制度。为保障法官队伍的廉洁公正,我国法律规定了法官的惩戒制度。

法官惩戒制度对保障法官公正、独立地裁判案件和维护法官形象具有重要作用。法官法第32条规定,法官不得有下列行为:(1)散布有损国家声誉的言论,参加非法组织,参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,参加罢工;(2)贪污受贿;(3)徇私枉法;(4)刑讯逼供;(5)隐瞒证据或者伪造证据;(6)泄露国家秘密或者审判工作秘密;(7)滥用职权,侵犯公民、法人或者其他组织的合法权益;(8)玩忽职守,造成错案或者给当事人造成严重损失;(9)拖延办案,贻误工作;(10)利用职权为自己或者他人谋取私利;(11)从事营利性的经营活动;(12)私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼;(13)其他违法乱纪的行为。法官有上述之一的,应当给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

按照法官法第34条的规定,对法官的处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。受撤职处分的,同时降低工资和等级。受处分期间不得晋升职务、级别,其中,受记过、记大过、降级、撤职处分的,不得晋升工资档次;受撤职处分的,应当按照规定降低级别。

2009年12月,为了规范人民法院工作人员行为,促进人民法院工作人员依法履行职责,确

保公正、高效、廉洁司法,根据公务员法和法官法,最高人民法院制定发布了《人民法院工作人员处分条例》,人民法院工作人员因违反法律、法规或者条例规定,应当承担纪律责任的,依照条例给予处分。给予人民法院工作人员处分,应当坚持实事求是客观公正、纪律面前人人平等、处分与违纪行为相适应、惩处与教育相结合原则。

我国目前的法官惩戒制度基本属于一种内部惩戒机制的状况,如何既能保障法官的司法独立,又能保障法官队伍的廉洁公正,需要吸收国外弹劾制度的合理因素,重新构建一套行之有效的,能够体现法官职业特色,并相对独立于法院系统之外的包括惩戒事由、惩戒手段、惩戒机构、惩戒程序的一套完整的法官惩戒制度。

六、法官的辞职和辞退

法官的辞职是指根据法官本人辞职的申请,经任免机关批准,辞去所担任的职务。申请辞职是法官的一项权利,也是法官人事管理制度的重要组成部分。每一名法官都有权按照自己的意愿和实际情况提出辞职,选择更适合自己的其他岗位或者职业。2001年11月7日最高人民法院下发了《地方各级人民法院及专门人民法院院长、副院长引咎辞职规定(试行)》。

法官的辞职有两种类型:一是指辞去在本单位担任的领导职务,如各级人民法院的院长、副院长、审判委员会委员、庭长、副庭长等;二是指辞去公职,不再担任人民法院的法官。

辞职的具体办理程序是:由辞职者本人向所在单位提出申请,填写“辞职申请表”,接受申请的单位应当根据申请人的具体情况提出意见,按照管理权限报任免机关,由任免机关依照法律规定的程序免除其现任职务。

法官的辞退与法官的辞职不同,法官的辞退是单位行为,单位根据某个人的具体情况决定。而法官申请辞职则完全是个人的自愿行为,法官根据自己的实际情况,权衡利弊后决定。根据法官法的规定,法官有下列情形之一的,予以辞退:(1)在年度考核中,连续两年确定为不称职的;(2)不胜任现职工作,又不接受另

新华考资
www.xhkzedu.com

行安排的;(3)因审判机构调整或者缩减编制员额需要调整工作,本人拒绝合理安排的;(4)旷工或者无正当理由逾假不归连续超过15天,或者1年内累计超过30天的;(5)不履行法官义务,经教育仍不改正的。辞退法官应当依照法律规定的程序免除其职务。

法官对人民法院关于本人的辞退处理不服的,自收到辞退处理决定之日起30日内可以向原处理机关申请复议,并有权向原处理机关的上级机关申诉。受理申诉的机关必须按照规定作出处理。复议和申诉期间,不停止对法官辞退处理决定的执行。

七、法官的保障和退休

司法的独立与公正需要从身份、职务、经济等各方面保障法官的独立。按照美国学者普郎克(Thans E. Plank)的观点,司法独立乃是指“制度性的独立”(institutional independence),即需要靠一系列制度予以保障和落实。他认为这些制度应包括法官的终身制和退休制、固定的和充足的收入、任职资格的要求,有限的司法豁免。缺乏任何一项制度,司法的独立都是难以实现的。^①

为保障法官严格执法、独立公正地审判案件,需要建立法官的身份保障和经济保障制度。法官的身份保障,是指为解除法官后顾之忧,使其免受外部干扰而依法行使职权,法律规定法官一经任命,便不得随意更换,不得被免职、转职或调换工作;只有依据法定条件,才能予以弹劾、撤职、调离或令其提前退休。法官的经济保障,是以高薪制和优厚的退休金制等形式保障法官的较高的经济收入,解除法官生活上的后顾之忧,使其不受经济利益的诱惑。

健全法官的职业保障,推进法官职业化,必须从制度上确保法官依法履行职权,维护司法公正。健全法官的职业保障制度体系,我们认为应从三个方面加以保障:(1)保障法官的职业权力。法官应当依法独立公正行使审判权,坚决排除行政机关、社会团体和个人的干预。落实合议庭、独任法官对案件作出裁决的权力,杜绝法院内部的行政干预。法院的领导要切实承

担起责任,支持法官排除各种干扰,保障法官依法独立公正地司法。(2)保障法官的职业地位。法官一经任用,除正常工作调动外,非因法定事由,非经法定程序,不得被免职、降职、辞职或者处分。(3)保障法官职业收入,逐步提高法官待遇,增强法官职业的吸引力,维护法官职业应有的尊荣。

根据法官法的有关规定,对法官的保障主要为职业保障、工资保险福利保障、人身和财产保障等。(1)职业保障。法官履行职责应当具有的职权和条件;法官依法审判案件不受行政机关、社会团体和个人的干涉;非因法定程序、法定事由,不被免职、降职、辞退或者处分等。(2)人身和财产保障。法官依法履行职责,受法律保护;法官的人身、财产和住所安全受法律保护。(3)工资保险福利保障。根据审判工作特点,国家规定了法官的工资制度和工资标准。法官实行定期增资制度。经考核确定为优秀、称职的,可以按照规定晋升工资;有特殊贡献的,可以按照规定提前晋升工资。法官享受国家规定的审判津贴、地区津贴、其他津贴以及保险和福利待遇。

同时,法官法还规定,国家根据审判工作特点规定法官的退休制度。法官退休后享受国家规定的养老保险金和其他待遇。

第四节 法官职业道德

一、法官职业道德的概念和特征

法官职业道德是指法官在履行其职责活动中应当具备的与法官职业的职能、性质相适应的基本素质和应当遵循的行为准则、行为规范,是法官履行职责所必须具备的业务素质、思想情操、品行修养、价值观念、行为准则的总和。我国社会正处于一个社会转型期,社会结构发生深刻变化,面临许多新的情况,民众对公正司法的期望越来越大,社会各界对审判活动的监

^① Thoms E. Plank, the Essential Elements of Judicial Independence, William Mary Bill of Rights Journal Vol. 5, p. 10.



督力度越来越大,人民法院承担的任务和职责也越来越多。面临这种种机遇和挑战,努力培养和造就一支高素质的法官队伍已成为时代与社会的共同要求。而高素质的法官队伍,最基本条件就是要具备良好的法官职业道德。法官职业道德对实现公正司法、维护司法权威、树立法院良好形象、保障法官廉洁履职具有十分重要的意义。

一般而言,法官职业道德有这样一些特征:

(1)主体的特定性。法官职业道德的主体是法官和法院内的相关工作人员,法官职业道德调整法官职业内部法官之间的关系以及法官与社会各方面关系。法官职业道德特别强调法官独立、中立地位和审判职责要求的特殊方面。(2)内容的全面性。法官的职业道德是适应审判工作的需要而产生和不断完善的一种特殊的社会意识形态和行为准则。法官职业道德的内涵十分丰富,包括忠诚司法事业、保证司法公正、确保司法廉洁、坚持司法为民、维护司法形象,内容全面,涉及观念、意识、规范等。(3)约束的广泛性。由于法官职业的特殊性,决定了对法官职业道德的要求较其他职业道德更高、更严格。法官职业道德既规范职业内活动,也规范职业外行为。

加强法官职业道德需要通过加强学习、提高素养、全面监督、制度配套等来实现。

二、法官职业道德的依据

法官职业道德的依据是1995年2月28日第八届全国人民代表大会常务委员会第十二次会议通过,2001年6月30日修正的法官法和最高人民法院于2001年10月18日发布,2010年12月6日修订后重新发布的《法官职业道德基本准则》(本节中以下简称《基本准则》)。

我国法官法第3条规定,法官必须忠实执行宪法和法律,全心全意为人民服务。法官法第7条规定,法官应当履行下列义务:(1)严格遵守宪法和法律;(2)审判案件必须以事实为根据,以法律为准绳,秉公办案,不得徇私枉法;(3)依法保障诉讼参与人的诉讼权利;(4)维护国家利益、公共利益,维护自然人、法人和其他

组织的合法权益;(5)清正廉明,忠于职守,遵守纪律,恪守职业道德;(6)保守国家秘密和审判工作秘密;(7)接受法律监督和人民群众监督。这些义务都与法官职业道德有关。

修订后的《基本准则》共七章30条,除总则和附则外分为五个部分,对法官的职业道德作了全面具体的规定。按照《基本准则》第2条的规定,法官职业道德的核心是公正、廉洁、为民。基本要求是忠诚司法事业、保证司法公正、确保司法廉洁、坚持司法为民、维护司法形象。法官应当自觉遵守法官职业道德,在本职工作和业外活动中严格要求自己,维护人民法院形象和司法公信力。

同时,最高人民法院于2005年11月4日发布试行、2010年12月6日修订后发布正式施行了《法官行为规范》(本节中以下简称《行为规范》)。修订后的《行为规范》共十个部分96条,对立案、庭审、诉讼调解、文书制作、执行、涉诉信访处理、业外活动等各个环节的法官行为进行了全面、具体的规范。

针对影响司法公正和司法廉洁最为突出的问题,最高人民法院于2009年1月8日向社会公布“五个严禁”规定:严禁接受案件当事人及相关人员的请客送礼;严禁违反规定与律师进行不正当交往;严禁插手过问他人办理的案件;严禁在委托评估、拍卖等活动中徇私舞弊;严禁泄露审判工作秘密。人民法院工作人员凡违反上述规定,依纪依法追究纪律责任直至刑事责任。从事审判、执行工作的,一律调离审判、执行岗位。

为进一步规范人民法院工作人员的行为,促进人民法院工作人员公正廉洁执法,2012年2月27日最高人民法院印发了《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》,要求人民法院工作人员不得接受可能影响公正执行公务的礼金、礼品、宴请以及旅游、健身、娱乐等活动安排;人民法院工作人员不得从事所列的营利性活动;人民法院工作人员不得为他人的经济活动提供担保;人民法院工作人员不得违反规定在律师事务所、中介机构及其他经济实体、社会团体中兼职,不得违反规定从事为案件

当事人或者其他市场主体提供信息、介绍业务、开展咨询等有偿中介活动等。

三、法官职业道德的主要内容

按照我国法官法和《法官职业道德基本准则》的规定,法官职业道德的主要内容包括忠诚司法事业、保证司法公正、确保司法廉洁、坚持司法为民、维护司法形象。

(一)忠诚司法事业

修订后的《基本准则》增加了“忠诚司法事业”部分,具体包括以下四方面内容:

1. 牢固树立社会主义法治理念,忠于党、忠于国家、忠于人民、忠于法律,做中国特色社会主义事业建设者和捍卫者。

2. 坚持和维护中国特色社会主义司法制度,认真贯彻落实依法治国基本方略,尊崇和信仰法律,模范遵守法律,严格执行法律,自觉维护法律的权威和尊严。

3. 热爱司法事业,珍惜法官荣誉,坚持职业操守,恪守法官良知,牢固树立司法核心价值观,以维护社会公平正义为己任,认真履行法官职责。

4. 维护国家利益,遵守政治纪律,保守国家秘密和审判工作秘密,不从事或参与有损国家利益和司法权威的活动,不发表有损国家利益和司法权威的言论。

(二)保证司法公正

法官职业道德《基本准则》这一方面的内容主要包括以下方面:

1. 维护司法独立。司法独立是司法公正的重要保障,因此维护法院独立和法官的独立直接关系到司法公正的实现。为此,《基本准则》第8条规定,法官应当坚持和维护人民法院依法独立行使审判权的原则,客观公正审理案件,在审判活动中独立思考、自主判断,敢于坚持原则,不受任何行政机关、社会团体和个人的干涉,不受权势、人情等因素的影响。这一规定从三个方面对法官独立提出了明确要求:一是外部独立。审判独立原则在我国宪法、人民法院组织法、法官法、三大诉讼法中已有明确规定。法官在行使审判权时与司法体系外的其他

国家权力、其他影响相独立。二是内部独立。法官应当尊重其他法官对审判职权的独立行使,排除法院系统内部对法官独立审判的干涉和影响。三是法官内心独立。法官不论在何种情况下,都应当有独立意识,自觉地对案件作出判断,排除各种不当影响,并有勇气坚持自己认为正确的观点。

2. 确保案件裁判结果公平公正。司法公正的内容是丰富和全面的。《基本准则》第9条规定,法官应当坚持以事实为根据,以法律为准绳,努力查明案件事实,准确把握法律精神,正确适用法律,合理行使裁量权,避免主观臆断、超越职权、滥用职权,确保案件裁判结果公平公正。法官要通过对案件的审判,制裁违法行为,保护公民的人身权利、财产权利及其他合法权利,实现公正的结果。

3. 坚持实体公正与程序公正并重。《基本准则》第10条规定,法官应当牢固树立程序意识,坚持实体公正与程序公正并重,严格按照法定程序执法办案,充分保障当事人和其他诉讼参与人的诉讼权利,避免执法办案中的随意行为。法官必须遵循法定的诉讼程序,保证所有当事人在诉讼中的平等地位。实体公正是程序公正的目的,程序公正是实体公正的保障。随着法治的发展,程序公正的独立价值也日益显现出来。因此,《基本准则》将实体公正和程序公正共同作为对法官的基本要求,从而全面实现司法公正。

4. 提高司法效率。《基本准则》第11条规定,法官应当严格遵守法定办案时限,提高审判执行效率,及时化解纠纷,注重节约司法资源,杜绝玩忽职守、拖延办案等行为。

《基本准则》要求法官提高司法效率。在司法实践中,由于法官的原因而造成的效率低下主要表现在以下几个方面:一是效率观念淡漠;二是法官怠于履行职责,办事作风(行动)拖拉;三是多次(经批准)超越审限,或者未经批准超审限,或无限期拖延;四是因个人能力限制而导致无法在合理时间内完成职责;五是怠于利用各种有利于提高效率的工具或措施、制度,从而造成效率低下;六是恶意拖延,损害当事人诉讼



权利;七是浪费司法资源,增加国家支出;八是无谓增加当事人诉讼成本等。这些问题一方面损害了当事人的合法权益,同时也影响了司法机关的权威和形象。提高司法效率,就要求人民法院和人民法官履行职责时,在坚持司法公正的前提下,认真、及时、有效地工作,尽可能地缩短诉讼周期,降低诉讼成本,节约司法资源,力求在法定期限内尽早结案,取得最大的法律效果和社会效果。

根据《基本准则》的规定,法官在提高司法效率方面应当做到以下几点:

(1)严格遵守审限。超越审理期限,既违反了诉讼法的规定,同时也违反了法官的职业道德义务。根据诉讼法的规定,法官应当遵守相应的案件审理期限。遇有特殊情况不能在法定审限内结案的,应当按照法定程序办理延长审限的手续。不得未经批准超期审理,也不得无故超越审限。实际上,对法官的职业道德的要求比普通的遵守审限义务更加严格一些。这是因为,从职业道德角度要求,法官不仅应当在审理期限内完成职责,而且应当在审理期限内尽快地完成职责。

(2)法官的职权活动应当充分考虑效率因素。法官应当树立有利于司法效率提高的工作作风,以高度的责任心和使命感履行司法职责,不得无故拖延,贻误工作,应当及时、有效、审慎、适当地完成本职工作。法官在审判、执行活动中,有权依法采取或不采取各种程序性措施,例如延期开庭、休庭(等对方当事人取证、重新鉴定等),这些措施都可能影响案件审理的正常进行,影响效率。根据职业道德的要求,法官在采取此类措施时,必须充分考虑效率因素,合理安排各项工作。法官应当尊重其他法官和其他诉讼参与人的时间。例如,法官决定中止审理的,应当严格依照有关诉讼法的规定,并考虑可能因中止审理而造成的效率方面的代价,包括对当事人的代价,最终作出合理的决定。同时,法官在合议或讨论案件时,应当注意与其他法官有效地合作,以公允、正确的态度与其他法官共同完成审判任务,而不应无谓耽误时间。

(3)监督当事人及时完成诉讼活动。法官

在审判活动中特别是在法庭上的一项重要职责就是监督当事人遵守诉讼程序和各种时限规定,有效控制各项诉讼活动的时间,掌握案件审理的合理进度,避免因当事人的原因或法官指挥不当而导致的延迟,确保审判活动的效率。实践中,有的当事人由于能力、经验、知识等方面的原因,拖延了审判活动的正常进行,从而无谓地增加了审理时间,影响了效率。在这种情况下,法官应当在不违反其中立地位的前提下,督促当事人或其代理人提高效率,减少拖延,遵守法律规定的时限或合理期限。

5. 公开审判。作为一项基本诉讼原则,审判公开对实现司法公正意义重大。《基本准则》第12条规定,认真贯彻司法公开原则,尊重人民群众的知情权,自觉接受法律监督和社会监督,同时避免司法审判受到外界的不当影响。

6. 遵守回避规定,保持中立地位。《基本准则》对诉讼法规定的回避制度予以具体、严格的规定。《基本准则》第13条规定,法官应当自觉遵守司法回避制度,审理案件保持中立公正的立场,平等对待当事人和其他诉讼参与人,不偏袒或歧视任何一方当事人,不私自单独会见当事人及其代理人、辩护人。

为了回应人民群众对司法廉洁问题的关切,防止法官私人利益与社会公共利益发生直接冲突,从而维护公正廉洁司法,最高人民法院于2011年2月10日发布《关于对配偶子女从事律师职业的法院领导干部和审判执行岗位法官实行任职回避的规定(试行)》,凡人民法院领导干部和在人民法院审判、执行、立案、审判监督、国家赔偿等业务岗位工作的法官,其配偶子女在其任职法院辖区内开办律师事务所、以律师身份为案件当事人提供诉讼代理或者其他有偿法律服务的,应当实行任职回避;人民法院在选拔任用领导干部和补充审判、执行、立案、审判监督、国家赔偿等业务岗位工作人员时,也不得将具备上述任职回避条件的人员作为拟任人选。在这一规定施行前具备任职回避条件的人员,应当在这一规定施行之日起6个月内主动提出任职回避申请,其所在法院应当在12个月内为其办理职务变动或岗位调整手续;在这

一规定施行后具备任职回避条件的人员,应当在其具备条件之日起1个月内提出任职回避申请,其所在法院应当在其申请期限届满之日起6个月内为其办理职务变动或岗位调整手续。为了确保此项制度能够不折不扣地落到实处,该《规定》还明确了对违反任职回避人员的惩戒措施。

《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第6条规定,人民法院工作人员在审理相关案件时,以本人或者他人名义持有与所审理案件相关的上市公司股票的,应主动申请回避。

同时,法官应当保持中立地位。法官中立的规定,主要是确保法官始终处于中立裁判的地位,而不偏向任何一方当事人,更不能对当事人进行压制。法律面前人人平等是我国的宪法原则,也是法官在审判工作中应当遵循的基本道德准则。法官在履行职责时,应当平等对待当事人和其他诉讼参与人,不得以其言语和行为表现出任何歧视,并有义务制止和纠正诉讼参与人和其他人员的任何歧视性言行;法官应当充分注意到由于当事人和其他诉讼参与人的民族、种族、性别、职业、宗教信仰、教育程度、健康状况和居住地等因素而可能产生的差别,保障诉讼各方平等、充分地行使诉讼权利和实体权利。禁止法官的单方接触。为实现司法公正,法官应当为双方当事人实现诉讼权利平等提供条件,其中之一便是保证当事人都有平等的机会向法官阐述自己对案件的看法和自己的主张、理由。如果法官单独会见一方当事人及其代理人,实际上就等于剥夺了对方当事人申辩的机会,有损司法公正。

7. 不办关系案、人情案。受到我国固有社会的影响,我国还存在关系、人情等影响司法公正的因素。因此,《基本准则》第14条规定,法官应当尊重其他法官对审判职权的依法行使,除履行工作职责或者通过正当程序外,不过问、不干预、不评论其他法官正在审理的案件。

为加强对法院内部人员自我约束,抵御请托说情之风,最高人民法院于2011年2月20日出台了《关于在审判工作中防止法院内部人

员干扰办案的若干规定》,内部人员一律不得违反规定为案件当事人及其关系人传递涉案材料、打听案情和打招呼说情。该《规定》明确了法院领导干部和上级法院工作人员过问案件的权力边界,要求法院领导干部和上级法院工作人员“非因履行职责,不得向审判组织和审判人员过问正在办理的案件,不得向审判组织和审判人员批转涉案材料”。如相关人员因履行职责需要对正在办理的案件提出指导性意见时,必须以书面形式提出或由案件承办人记录在案,同时案件承办人将相关文字资料存入案件副卷备查。法院工作人员及退休人员不得违反规定打听正在办理的案件和以任何理由为当事人说情打招呼。

为了加强对法官和律师在诉讼活动中的职业纪律约束,规范法官和律师的相互关系,维护司法公正,2004年3月19日最高人民法院、司法部发布了《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》,对法官和律师之间的关系进行了较为详细的规定,如法官应当严格依法办案,不受当事人及其委托的律师利用各种关系、以不正当方式对案件审判进行的干涉或者施加的影响。律师在代理案件之前及其代理过程中,不得向当事人宣称自己与受理案件法院的法官具有亲朋、同学、师生、曾经同事等关系,并不得利用这种关系或者以法律禁止的其他形式干涉或者影响案件的审判。

示例

关于法官任免和法官行为,下列哪一说法是正确的?(2013年试卷一第46题)

A. 唐某系某省高院副院长,其子系该县某县人民法院院长。对唐某父子应适用任职回避规定

B. 楼法官以交通肇事罪被判处有期徒刑一年、缓刑一年。对其无须免除法官职务

C. 白法官将多年办案体会整理为《典型案件法庭审理要点》,被所在中级法院推广到基层法院,收效显著。对其应予以奖励

D. 陆法官在判决书送达后,发现误将上诉期15日写成了15月,立即将判决收回,做出



新判决书次日即交给当事人。其行为不违反法官职业规范规定

【参考答案及简要提示】C。C项中,白法官将多年办案体会整理为《典型案例法庭审理要点》,被所在中级法院推广到基层法院,收效显著。这属于总结审判实践经验成果突出,对审判工作有指导作用的,对其应予以奖励。因此C项的说法正确,其他三项均不能成立。

(三) 确保司法廉洁

确保司法廉洁要求法官应该秉持良善动机,增强自律意识,恰当处理关系,杜绝权力寻租,树立良好形象。这一法官职业道德准则主要包括以下内容:

1. 自重、自省,坚守廉洁底线。《基本准则》第15条规定,法官应当树立正确的权力观、地位观、利益观,坚持自重、自省、自警、自励,坚守廉洁底线,依法正确行使审判权、执行权,杜绝以权谋私、贪赃枉法行为。

2. 不得接受诉讼当事人的钱物和其他利益。《基本准则》第16条规定,法官应当严格遵守廉洁司法规定,不接受案件当事人及相关人员的请客送礼,不利用职务便利或者法官身份谋取不正当利益,不违反规定与当事人或者其他诉讼参与人进行不正当交往,不在执法办案中徇私舞弊。《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第2条也规定,人民法院工作人员不得接受可能影响公正执行公务的礼金、礼品、宴请以及旅游、健身、娱乐等活动安排。

3. 不得从事或者参与营利性的经营活动。为避免公众对法官的廉洁形象产生合理怀疑,《基本准则》第17条规定,法官应不从事或者参与营利性的经营活动,不在企业及其他营利性组织中兼任法律顾问等职务,不就未决案件或者再审案件给当事人及其他诉讼参与人提供咨询意见。《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第3条明确规定,人民法院工作人员不得从事下列营利性活动:(1)本人独资或者与他人合资、合股经办商业或者其他企

业;(2)以他人名义入股经办企业;(3)以承包、租赁、受聘等方式从事经营活动;(4)违反规定拥有非上市公司(企业)的股份或者证券;(5)本人或者与他人合伙在国(境)外注册公司或者投资入股;(6)以本人或者他人名义从事以营利为目的的民间借贷活动;(7)以本人或者他人名义从事可能与公共利益发生冲突的其他营利性活动。第4条规定,人民法院工作人员不得为他人的经济活动提供担保。第5条规定,人民法院工作人员不得利用职权和职务上的影响,买卖股票或者认股权证;不得利用在办案工作中获取的内幕信息,直接或者间接买卖股票和证券投资基金,或者向他人提出买卖股票和证券投资基金的建议。

同时,法官不得提供法律服务。为免与职务相冲突,法官不得就未决案件或者再审案件给当事人及其他诉讼参与人提供咨询意见。《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第7条规定,人民法院工作人员不得违反规定在律师事务所、中介机构及其他经济实体、社会团体中兼职,不得违反规定从事为案件当事人或者其他市场主体提供信息、介绍业务、开展咨询等有偿中介活动。第16条规定,人民法院工作人员不得违反规定干预和插手市场经济活动,从中收受财物或者为本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人谋取利益。第17条规定,人民法院工作人员不得违反规定干扰妨碍有关机关对建设工程招投标、经营性土地使用权出让、房地产开发与经营等市场经济活动进行正常监管和案件查处。

4. 不得以其身份谋取特殊利益。《基本准则》第18条规定,法官应当妥善处理个人和家庭事务,不利用法官身份寻求特殊利益。按规定如实报告个人有关事项,教育督促家庭成员不利用法官的职权、地位谋取不正当利益。《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第9条规定,人民法院工作人员不得利用职权和职务上的影响,指使他人提拔本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人。第10条规定,人民法院工作人员不得利用职权和职务上的影响,为本人的配偶、子女及其配偶、以

及其他特定关系人支付、报销学习、培训、旅游等费用。第11条规定,人民法院工作人员不得利用职权和职务上的影响,为本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人出国(境)定居、留学、探亲等向他人索取资助,或者让他人支付、报销上述费用。第12条规定,人民法院工作人员不得利用职权和职务上的影响妨碍有关机关对涉及本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人案件的调查处理。

同时,在某些情况下,家庭成员的行为对法官的清正廉洁具有一定影响,甚至有个别法官的亲属利用法官的身份来获取不正当利益。为此,《基本准则》要求法官约束家庭成员。《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第13条规定,人民法院工作人员不得利用职权和职务上的影响进行下列活动:(1)放任本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人收受案件当事人及其亲属、代理人、辩护人、执行中介机构人员以及其他关系人的财物;(2)为本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人经商、办企业提供便利条件;(3)放任本人的配偶、子女及其配偶、以及其他特定关系人以本人名义谋取私利。第14条规定,人民法院领导干部和审判执行岗位法官不得违反规定放任配偶、子女在其任职辖区内开办律师事务所、为案件当事人提供诉讼代理或者其他有偿法律服务。第15条规定,人民法院领导干部和综合行政岗位人员不得放任配偶、子女在其职权和业务范围内从事可能与公共利益发生冲突的经商、办企业、有偿中介服务等活动。

(四)坚持司法为民

《基本准则》要求法官坚持司法为民,法官应当着力保障民生,重视解决事关群众切身利益的重点难点问题;紧紧把握人民群众对司法工作的新要求,积极稳妥地处理劳动就业、社会保障等涉及民生的案件,继续加大执行力度,保障群众合法权益;进一步加强涉诉信访工作,妥善解决群众反映的突出问题;坚持群众路线,改进司法作风,完善便民措施,体现司法为民。

1. 以人为本。《基本准则》第19条规定,法官应当牢固树立以人为本、司法为民的理念,

强化群众观念,重视群众诉求,关注群众感受,自觉维护人民群众的合法权益。

2. 发挥司法的能动作用。《基本准则》第20条规定,法官应当注重发挥司法的能动作用,积极寻求有利于案结事了的纠纷解决办法,努力实现法律效果与社会效果的统一。

3. 司法便民。《基本准则》第21条规定,法官应当认真执行司法便民规定,努力为当事人和其他诉讼参与人提供必要的诉讼便利,尽可能降低其诉讼成本。法官应当树立服务意识,做好诉讼指导、风险提示、法律释明等便民服务,避免“冷硬横推”等不良作风。

4. 尊重当事人和其他诉讼参与人。《基本准则》第22条规定,法官应当尊重当事人和其他诉讼参与人的人格尊严,避免盛气凌人、“冷硬横推”等不良作风;尊重律师,依法保障律师参与诉讼活动的权利。这就要求法官应当认真、耐心地听取当事人和其他诉讼参与人发表意见;除非因维护法庭秩序和庭审的需要,开庭时不得随意打断或者制止当事人和其他诉讼参与人的发言。

(五)维护司法形象

1. 坚持学习,精研业务。基本准则第23条规定,法官应当坚持学习,精研业务,忠于职守,秉公办案,惩恶扬善,弘扬正义,保持昂扬的精神状态和良好的职业操守。坚持学习,精研业务,是一个合格法官首先应当具备的工作态度和工作作风,其内容十分丰富。主要包括:(1)法官应当以高度的责任心从事审判工作;(2)法官必须坚持学习,勤研法理,钻研业务,精益求精,掌握履行司法职责所必需的法律知识与法律技能;(3)法官应当勇于开拓创新,积极进取,不能因循守旧,抱残守缺,但同时应当遵循客观规律;(4)法官应当致力于履行各项司法职责,把主要精力投入司法职责之中;(5)法官应当以克制的态度对待手中的权力,不得滥用。

2. 坚持文明司法,遵守司法礼仪。中国是一个礼仪之邦,有着几千年的古老文明,文明礼貌是中华民族优良传统,在司法活动中需要遵守司法礼仪,以加强司法作风建设,树立谨言慎行、举止文明、自律自尊、亲和爱民的良好职



业形象,提高司法公信力。司法礼仪作为一种司法程式性的要求,是法官在司法活动中遵守的行为礼节,表现出一种特殊的正规性、庄重性。司法礼仪包括着装礼仪、开庭礼仪、接待礼仪、其他礼仪等。《基本准则》第24条规定,法官应当坚持文明司法,遵守司法礼仪,在履行职责过程中行为规范、着装得体、语言文明、态度平和,保持良好的职业修养和司法作风。

同时,法官应当遵守法庭规则。法官开庭时应当遵守法庭规则,并监督法庭内所有人员遵守法庭规则,保持法庭的庄严,并做到:(1)按照有关规定穿着法官袍或者法官制服、佩戴徽章,并保持整洁;(2)准时出庭,不缺席、迟到、早退,不随意进出;(3)集中精力,专注庭审,不做与审判活动无关的事;(4)使用规范、准确、文明的语言,不得对当事人或其他诉讼参与人有任何不公的训诫和不恰当的言辞。

3. 加强自身修养,约束业外活动。《基本准则》第25条规定,法官应当加强自身修养,培育高尚道德操守和健康生活情趣,杜绝与法官职业形象不相称、与法官职业道德相违背的不良嗜好和行为,遵守社会公德和家庭美德,维护良好的个人声誉。

同时,《基本准则》要求法官约束业外活动。法官的业外活动,是指法官司法职务以外的所有活动,又称“八小时以外”或职务外活动。业外活动是法官行为的重要组成部分,在一定程度上也是法官司法职责的延伸,可以间接地反映法官的职业能力、工作态度,更能影响法官的形象。严格约束法官业外活动,尽量减少业外活动与司法职责的冲突,有利于树立法官公正、独立的良好司法形象,有利于树立和维护司法权威。因此,法官从事业外活动时,应当避免使公众对法官的公正司法和清正廉洁产生合理怀疑,避免影响法官职责的正常履行,避免对人民法院的公信力产生不良影响。

这就要求法官杜绝与公共利益、公共秩序、社会公德和良好习惯相违背的、可能影响法官公正履行职责和法官形象的不良嗜好和行为;法官应当谨慎出入社交场合,谨慎交友,慎重对待与当事人、律师以及可能影响法官形象的人

员的接触和交往,特别是严禁乘警车、穿制服出入营业性娱乐场所;法官不得参加营利性社团组织或者可能借法官影响力营利的社团组织,更不得参加带有邪教性质的组织;法官可以参加有助于法制建设和司法改革的学术研究和和其他社会活动,但这些活动应当以符合法律规定、不妨碍公正司法和维护司法权威、不影响审判工作为前提;法官在职务外活动中,不得披露或者使用非公开的审判信息和在审判过程中获得的商业秘密、个人隐私以及其他非公开的信息;法官发表文章或者接受媒体采访时,应当保持谨慎的态度,不得针对具体案件和当事人进行不适当的评论,避免因言语不当使民众对司法公正产生合理的怀疑。

4. 退休法官谨慎行为。考虑到我国社会的特点,法官退休后应当继续保持自身的良好形象。因此,《基本准则》第26条规定,法官退休后应当遵守国家相关规定,不利用自己的原有身份和便利条件过问、干预执法办案,避免因个人不当言行对法官职业形象造成不良影响。《关于人民法院落实廉政准则防止利益冲突的若干规定》第8条也规定,人民法院工作人员在离职或者退休后的规定年限内,不得具有下列行为:(1)接受与本人原所办案件和其他业务相关的企业、律师事务所、中介机构的聘任;(2)担任原任职法院所办案件的诉讼代理人或者辩护人;(3)以律师身份担任诉讼代理人、辩护人。

第五节

新华考资
www.xhkzedu.com

法官职业责任,是指法官违反法律、职业道德和审判、执行纪律所应当承担的责任,包括法官执行职务中违纪行为的责任和法官执行职务中犯罪的刑事责任两类。

一、法官执行职务中违纪行为的责任

法官执行职务中违纪行为的责任,是指法官违反法律、职业道德准则和审判、执行工作纪律应当承受的纪律处分。法官法、《人民法院工作人员处分条例》对此作了全面具体的规定。

根据我国法官法第32条、第33条的规定,

法官不得有下列行为,否则应当给予处分;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)散布有损国家声誉的言论,参加非法组织,参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,参加罢工;(2)贪污受贿;(3)徇私枉法;(4)刑讯逼供;(5)隐瞒证据或者伪造证据;(6)泄露国家秘密或者审判工作秘密;(7)滥用职权,侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益;(8)玩忽职守,造成错案或者给当事人造成严重损失;(9)拖延办案,贻误工作;(10)利用职权为自己或者他人谋取私利;(11)从事营利性的经营活动;(12)私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼;(13)其他违法乱纪的行为。

(一)法官执行职务中违纪行为责任的形式

根据法官法第34条的规定,处分包括下列六种:(1)警告,期间为6个月。(2)记过,期间为12个月。(3)记大过,期间为18个月。(4)降级,期间为24个月。(5)撤职,期间为24个月。(6)开除。这是法官纪律处分中最严重的处分。受开除处分的,自处分决定生效之日起,解除与人民法院的人事关系,不得再担任公务员职务。

受处分期间不得晋升职务、级别,其中,受记过、记大过、降级、撤职处分的,不得晋升工资档次;受撤职处分的,应当按照规定降低级别。对违纪违法取得的财物和用于违纪违法的财物,应当没收、追缴或者责令退赔。没收、追缴的财物,一律上缴国库。对违纪违法获得的职务、职称、学历、学位、奖励、资格等,应当建议有关单位、部门按规定予以纠正或者撤销。

(二)法官执行职务中违纪行为责任的内容

法官因违反法律、法规、有关条例规定,应当承担纪律责任。纪律处分应当坚持实事求是、客观公正、纪律面前人人平等、处分与违纪行为相适应、惩处与教育相结合的原则。

人民法院应当根据法官执行职务中违纪行为的事实、性质、主观过错、后果等情况分别作出处理。违纪违法情节轻微,经过批评教育后改正的,可以免于处分。法官退休之后违纪违法,或者在任职期间违纪违法,在处分决定作出前已经退休的,不再给予纪律处分;但是,应当给予降级、撤职、开除处分的,应当按照规

定相应降低或者取消其享受的待遇。

1. 从重、加重处分的情况。有下列情形之一的,应当在《人民法院工作人员处分条例》分则规定的处分幅度以内从重处分:(1)在共同违纪违法行为中起主要作用的;(2)隐匿、伪造、销毁证据的;(3)串供或者阻止他人揭发检举、提供证据材料的;(4)包庇同案人员的;(5)法律、法规和本条例分则中规定的其他从重情节。

2. 从轻、减轻处分的情况。根据《人民法院工作人员处分条例》规定,有下列情形之一的,应当在条例分则规定的处分幅度以内从轻处分:(1)主动交代违纪违法行为的;(2)主动采取措施,有效避免或者挽回损失的;(3)检举他人重大违纪违法行为,情况属实的;(4)法律、法规和本条例分则中规定的其他从轻情节。主动交代违纪违法行为,并主动采取措施有效避免或者挽回损失的,应当在本条例分则规定的处分幅度以外降低一个档次给予减轻处分。

3. 处分的解除、变更和撤销。《人民法院工作人员处分条例》规定,受开除以外处分的,在受处分期间有悔改表现,并且没有再发生违纪违法行为的,处分期满后应当解除处分。解除处分后,晋升工资档次、级别、职务不再受原处分的影响。但是,解除降级、撤职处分的,不视为恢复原级别、原职务。

按照《人民法院工作人员处分条例》,有下列情形之一的,应当变更或者撤销处分决定:(1)适用法律、法规或者本条例规定错误的;(2)对违纪违法事实、情节认定有误的;(3)处分所依据的违纪违法事实证据不足的;(4)调查处理违反法定程序,影响案件公正处理的;(5)作出处分决定超越职权或者滥用职权的;(6)有其他处分不当情形的。

(三)法官执行职务中违纪行为责任的适用

《人民法院工作人员处分条例》依据公务员法和法官法,并参考借鉴《行政机关公务员处分条例》及法院相关纪律规范而制定,共分三章111条,从政治纪律、办案纪律、廉政纪律、组织人事纪律、财经纪律、失职行为、违反管理秩序和社会道德的行为等方面,对人民法院工作人员的职务行为和日常生活行为进行了全面规范。



1. 违反政治纪律行为的责任。

(1) 散布有损国家声誉的言论,参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。因不明真相被裹挟参加上述活动,经批评教育后确有悔改表现的,可以减轻或者免予处分。

(2) 参加非法组织或者参加罢工的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。因不明真相被裹挟参加上述活动,经批评教育后确有悔改表现的,可以减轻或者免予处分。

(3) 违反国家的民族宗教政策,造成不良后果的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。因不明真相被裹挟参加上述活动,经批评教育后确有悔改表现的,可以减轻或者免予处分。

(4) 在对外交往中损害国家荣誉和利益的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5) 非法出境,或者违反规定滞留境外不归的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6) 未经批准获取境外永久居留资格,或者取得外国国籍的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7) 有其他违反政治纪律行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

2. 违反办案纪律行为的责任。

(1) 违反规定,擅自对应当受理的案件不予受理,或者对不应当受理的案件违法受理的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2) 违反规定应当回避而不回避,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。明知诉讼代理人、辩护人不符合担任代理人、辩护人的规定,仍准许其担任代

理人、辩护人,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级处分;情节严重的,给予撤职处分。

(3) 违反规定会见案件当事人及其辩护人、代理人、请托人的,给予警告处分;造成不良后果的,给予记过或者记大过处分。

(4) 违反规定为案件当事人推荐、介绍律师或者代理人,或者为律师或者其他人员介绍案件的,给予警告处分;造成不良后果的,给予记过或者记大过处分。

(5) 违反规定插手、干预、过问案件,或者为案件当事人通风报信、说情打招呼的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6) 依照规定应当调查收集相关证据而故意不予收集,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7) 依照规定应当采取鉴定、勘验、证据保全等措施而故意不采取,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(8) 依照规定应当采取财产保全措施或者执行措施而故意不采取,或者依法应当委托有关机构审计、鉴定、评估、拍卖而故意不委托,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(9) 违反规定采取或者解除财产保全措施,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(10) 故意违反规定选定审计、鉴定、评估、拍卖等中介机构,或者串通、指使相关中介机构在审计、鉴定、评估、拍卖等活动中徇私舞弊、弄虚作假的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(11) 故意违反规定采取强制措施的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予

降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(12)故意毁弃、篡改、隐匿、伪造、偷换证据或者其他诉讼材料的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。指使、帮助他人作伪证或者阻止他人作证的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(13)故意向合议庭、审判委员会隐瞒主要证据、重要情节或者提供虚假情况的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(14)故意泄露合议庭、审判委员会评议、讨论案件的具体情况或者其他审判执行工作秘密的,给予记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(15)故意违背事实和法律枉法裁判的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(16)因徇私而违反规定迫使当事人违背真实意愿撤诉、接受调解、达成执行和解协议并损害其利益的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(17)故意违反规定采取执行措施,造成案件当事人、案外人或者第三人财产损失的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(18)故意违反规定对具备执行条件的案件暂缓执行、中止执行、终结执行或者不依法恢复执行,造成不良后果的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(19)故意违反规定拖延办案的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(20)故意拖延或者拒不执行合议庭决议、审判委员会决定以及上级人民法院判决、裁定、决定、命令的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,

的,给予开除处分。

(21)私放被羁押人员的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(22)违反规定私自办理案件的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。内外勾结制造假案的,给予降级、撤职或者开除处分。

(23)伪造诉讼、执行文书,或者故意违背合议庭决议、审判委员会决定制作诉讼、执行文书的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。送达诉讼、执行文书故意不依照规定,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分。

(24)违反规定将案卷或者其他诉讼材料借给他人的,给予警告处分;造成不良后果的,给予记过或者记大过处分。

(25)对外地人民法院依法委托的事项拒不办理或者故意拖延办理,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。阻挠、干扰外地人民法院依法在本地调查取证或者采取相关财产保全措施、执行措施、强制措施的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(26)有其他违反办案纪律行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

3. 违反廉政纪律行为的责任。

(1)利用职务便利,采取侵吞、窃取、骗取等手段非法占有诉讼费、执行款物、罚没款物、案件暂存款、赃款赃物及其孳息等涉案财物或者其他公共财物的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2)利用司法职权或者其他职务便利,索取他人财物及其他财产性利益的,或者非法收受他人财物及其他财产性利益,为他人谋取利益的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。



利用司法职权或者其他职务便利为他人谋取利益,以低价购买、高价出售、收受干股、合作投资、委托理财、赌博等形式非法收受他人财物,或者以特定关系人“挂名”领取薪酬或者收受财物等形式,非法收受他人财物,或者违反规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有的,依照前款规定处分。

(3)行贿或者介绍贿赂的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

向审判、执行人员行贿或者介绍贿赂的,依照前款规定从重处分。

(4)挪用诉讼费、执行款物、罚没款物、案件暂存款、赃款赃物及其孳息等涉案财物或者其他公共财物的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)接受案件当事人、相关中介机构及其委托人的财物、宴请或者其他利益的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。违反规定向案件当事人、相关中介机构及其委托人借钱、借物的,给予警告、记过或者记大过处分。

(6)以单位名义集体截留、使用、私分诉讼费、执行款物、罚没款物、案件暂存款、赃款赃物及其孳息等涉案财物或者其他公共财物的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)利用司法职权,以单位名义向公民、法人或者其他组织索要赞助或者摊派、收取财物的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(8)故意违反规定设置收费项目、扩大收费范围、提高收费标准的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(9)违反规定从事或者参与营利性活动,在企业或者其他营利性组织中兼职的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤

职处分;情节严重的,给予开除处分。

(10)利用司法职权或者其他职务便利,为特定关系人谋取不正当利益,或者放任其特定关系人、身边工作人员利用本人职权谋取不正当利益的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(11)有其他违反廉政纪律行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

4. 违反组织、人事纪律行为的责任。

(1)违反议事规则,个人或者少数人决定重大事项,或者改变集体作出的重大决定,造成决策错误的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2)故意拖延或者拒不执行上级依法作出的决定、决议的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(3)对职责范围内发生的重大事故、事件不按规定报告、处理的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(4)对职责范围内发生的违纪违法问题隐瞒不报、压案不查、包庇袒护的,或者对上级交办的违纪违法案件故意拖延或者拒不办理的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)压制批评,打击报复,扣压、销毁举报信件,或者向被举报人透露举报情况的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)在人员录用、招聘、考核、晋升职务、晋升级别、职称评定以及岗位调整等工作中徇私舞弊、弄虚作假的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)弄虚作假,骗取荣誉,或者谎报学历、学位、职称的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重

的,给予开除处分。

(8)拒不执行机关的交流决定,或者在离任、辞职、被辞退时,拒不办理公务交接手续或者拒不接受审计的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(9)旷工或者因公外出、请假期满无正当理由逾期不归,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(10)以不正当方式谋求本人或者特定关系人用公款出国,或者擅自延长在国外、境外期限,或者擅自变更路线,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(11)有其他违反组织人事纪律行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

5. 违反财经纪律行为的责任。

(1)违反规定进行物资采购或者工程项目招投标,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2)违反规定擅自开设银行账户或者私设“小金库”的,给予警告处分;情节较重的,给予记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(3)伪造、变造、隐匿、毁弃财务账册、会计凭证、财务会计报告的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(4)违反规定挥霍浪费国家资财的,给予警告处分;情节较重的,给予记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(5)有其他违反财经纪律行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

6. 失职行为的责任。

(1)因过失导致依法应当受理的案件未予

受理,或者不应当受理的案件被违法受理,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分。

(2)因过失导致错误裁判、错误采取财产保全措施、强制措施、执行措施,或者应当采取财产保全措施、强制措施、执行措施而未采取,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;造成严重后果的,给予降级、撤职或者开除处分。

(3)因过失导致所办案件严重超出规定办理期限,造成严重后果的,给予警告、记过或者记大过处分。

(4)因过失导致被羁押人员脱逃、自伤、自杀或者行凶伤人的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果的,给予降级、撤职或者开除处分。

(5)因过失导致诉讼、执行文书内容错误,造成严重后果的,给予警告、记过或者记大过处分。

(6)因过失导致国家秘密、审判执行工作秘密及其他工作秘密、履行职务掌握的商业秘密或者个人隐私被泄露,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)因过失导致案卷或者证据材料损毁、丢失的,给予警告、记过或者记大过处分;造成严重后果的,给予降级或者撤职处分。

(8)因过失导致职责范围内发生刑事案件、重大治安案件、重大社会群体性事件或者重大人员伤亡事故的,使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(9)有其他失职行为造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

7. 违反管理秩序和社会道德行为的责任。

(1)因工作作风懈怠、工作态度恶劣,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分。

(2)故意泄露国家秘密、工作秘密,或者故意泄露因履行职责掌握的商业秘密、个人隐私的,



给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(3)弄虚作假,误导、欺骗领导和公众,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(4)因酗酒影响正常工作或者造成其他不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级、撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)违反规定保管、使用枪支、弹药、警械等特殊物品,造成不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)违反公务车管理使用规定,发生重大交通事故或者造成其他不良后果的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)妨碍执行公务或者违反规定干预执行公务的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(8)以殴打、辱骂、体罚、非法拘禁或者诽谤、诬告等方式侵犯他人人身权利的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

体罚、虐待被羁押人员,或者殴打、辱骂诉讼参与人、涉诉上访人的,依照前款规定从重处分。

(9)与他人通奸,造成不良影响的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

与所承办案件的当事人或者当事人亲属发生不正当两性关系的,依照前款规定从重处分。

(10)重婚或者包养情人的,给予撤职或者开除处分。

(11)拒不承担赡养、抚养、扶养义务,或者虐待、遗弃家庭成员的,给予警告、记过或者记

大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(12)吸食、注射毒品或者参与嫖娼、卖淫、色情淫乱活动的,给予撤职或者开除处分。

(13)参与赌博的,给予警告或者记过处分;情节较重的,给予记大过或者降级处分;情节严重的,给予撤职或者开除处分。为赌博活动提供场所或者其他便利条件的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级、撤职处分;情节严重的,给予开除处分。在工作时间赌博的,给予记过、记大过或者降级处分;屡教不改的,给予撤职或者开除处分。挪用公款赌博的,给予撤职或者开除处分。

(14)参与迷信活动,造成不良影响的,给予警告、记过或者记大过处分。组织迷信活动的,给予降级处分;情节较重的,给予撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(15)违反规定超计划生育的,给予降级处分;情节较重的,给予撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(16)有其他违反管理秩序和社会道德行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

二、法官执行职务中犯罪行为的刑事责任

根据刑法分则第八章(贪污贿赂罪)第九章(渎职罪)的有关规定,法官因职务行为构成犯罪的,依法追究其刑事责任。

【本章主要法律规定】

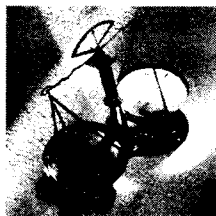
1. 人民法院组织法
2. 法官法
3. 《法官职业道德基本准则》
4. 最高人民法院、司法部《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》
5. 《人民法院工作人员处分条例》

本章讨论审判制度与法官职业道德,主要内容为法官法关于法官制度的主要规定、法官职业道德,其中法官职业责任的规定要全面理解和掌握。

新华考资

www.xhkezu.com

第九章(贪污贿赂罪) 第九章



司法制度和法律职业道德

第三章

检察制度与检察官职业道德

第一节 检察制度概述

一、检察制度的概念

检察是一种由特定机关代表国家向法院提起诉讼及维护法律实施的司法职能。检察制度是司法制度的重要组成部分,是宪法和法律关于检察机关的性质、任务、职权、组织机构设置与活动原则、检察权行使的程序和方式等规范的总称。

检察制度是人类社会发展到一定阶段的产物。一般认为,检察制度最早起源于13世纪的英国和法国,这两个国家当时都处在西欧封建社会末期,英国检察官的前身是为国王办理财产诉讼的律师,法国检察官是由封建庄园的管家演变而来。当今世界上有三种类型的检察制度,以英国、美国为代表的英美法系的检察制度,以德国、法国为代表的大陆法系的检察制度,以中国为代表的社会主义国家的检察制度。

二、我国检察制度的特征

我国检察制度又被称为人民检察制度,是具有中国特色的社会主义检察制度,充分体现了我国人民民主专政的性质;源自中国自己的社会主义政治制度,也源自中国特殊的文化传统和社会环境,并受到苏联检察制度模式的一定影响,经过60多年的发展和完善,形成了自身的特点:

1. 检察机关是人民代表大会制下与行政机关、审判机关平行的国家机关,具有独立的宪法地位。我国的根本政治制度是人民代表大会制度。人民代表大会制与“三权分立”的宪政制度的根本区别在于国家权力统一由人民代表大会行使。在人民代表大会下,设立国家的行政机关、审判机关和检察机关,分别行使部分国家权力。这些行政机关、审判机关和检察机关,都由人民代表大会产生,向人民代表大会负责。在这种国家权力结构中,检察机关作为与行政机关和审判机关平行的国家机关,在宪政制度中具有独立的法律地位。我国检察

制度。

刑事审判监督制度是检察机关依法对法院的刑事审判工作进行监督的制度,通常包括对法院的审判活动合法性的监督,以及对其所作判决、裁定是否正确的监督。

刑罚执行监督与监所监督制度,是指检察机关依法对人民法院已经生效的判决、裁定的执行和对监狱、看守所等刑罚执行机关执行刑罚活动的合法性进行监督的制度。

民事行政检察制度,是指人民检察院依照法律规定对民事诉讼活动和行政诉讼活动进行法律监督的制度。

第二节 检察机关

我国法律对人民检察院的性质和法律地位、人民检察院的任务、人民检察院的设置和职权、人民检察院的工作机构、人民检察院的领导体制等进行了全面的规定。

一、人民检察院的性质和法律地位

我国宪法第129条对我国检察机关的性质作了明确规定,即“中华人民共和国人民检察院是国家的法律监督机关”。人民检察院组织法第1条也进行了同样的规定。

我国检察机关的设置模式和法律地位,是由我国国情决定的,也是由我国的国体和政治制度所决定的。作为国家的法律监督机关,人民检察院通过履行法律监督职责保障、维护国家法律统一正确实施,保障权力在法律的规制内运行。这最初源于列宁的法律监督思想和苏联的实践。根据宪法的规定,各级人民检察院由同级的国家权力机关产生,并对其负责,受其监督。同时,最高人民检察院领导地方人民检察院和专门人民检察院的工作,上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。

二、人民检察院的任务

人民检察院的任务是由人民检察院的性质所决定,是指人民检察院通过依法行使检察权所要实现的目标。人民检察院组织法第4条规

定:“人民检察院通过行使检察权,镇压一切叛国的、分裂国家的和其他反革命活动,打击反革命分子和其他犯罪分子,维护国家的统一,维护无产阶级专政制度,维护社会主义法制,维护社会秩序、生产秩序、工作秩序、教学科研秩序和人民群众生活秩序,保护社会主义的全民所有的财产和劳动群众集体所有的财产,保护公民私人所有的合法财产,保护公民的人身权利、民主权利和其他权利,保卫社会主义现代化建设的顺利进行。人民检察院通过检察活动,教育公民忠于社会主义祖国,自觉地遵守宪法和法律,积极同违法行为作斗争。”可见我国人民检察院的职能比较广泛。

人民检察院通过履行侦查、批准逮捕、审查起诉、支持公诉等法律监督职能,保证国家法律的统一和正确实施。检察机关作为国家的法律监督机关,其职能在保障法律正确实施,促进社会公平和正义,加速我国法治国家建设,为推动我国民主法治、公平正义、和谐社会的实现发挥作用。

近几年,人民检察院紧紧围绕经济社会发展大局,忠实履行宪法和法律赋予的职责,扎实推进社会矛盾化解、社会管理创新、公正廉洁执法三项重点工作,加大执法办案力度,深化检察改革,加强队伍建设,各项检察工作取得新进展。不过检察工作仍然存在不少突出问题:一是法律监督职能发挥得还不够充分、有效,与人民群众强化法律监督、维护公平正义的要求仍然存在不小差距,检察机关服务经济社会发展、服务人民群众的认识和能力有待进一步提高。二是检察队伍整体素质还不适应形势发展的要求,一些检察人员执法水平不高,群众观念淡薄,不善于化解社会矛盾,仍然习惯于就案办案、机械执法,一些案件办理质量不高、效果不好。三是自身监督制约和反腐倡廉建设仍需加强,检察人员违纪违法问题时有发生,有的执法不规范、不文明、不公正、不廉洁,以权谋私、滥用职权甚至贪赃枉法,严重损害检察机关的执法公信力。四是基层基础建设的力度还需加大,一些基层检察院管理、保障机制不健全,有的仍然面临案多人少、检察官断档、高素质法律



专业人才短缺等问题。今后,人民检察院将更加注重服务经济社会发展,更加注重维护社会和谐稳定,更加注重推进反腐倡廉建设,更加注重维护人民群众权益,更加注重维护社会公平正义,更加注重自身公正廉洁执法,更加注重加强队伍建设和基层基础建设。

三、人民检察院的设置和职权

我国宪法第130条第1款规定:“中华人民共和国设立最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院。”

1. 最高人民检察院。

最高人民检察院是最高检察机关,主要任务是领导地方各级人民检察院和专门人民检察院依法履行法律监督职能,保证国家法律的统一和正确实施。其主要职责是:(1)对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责并报告工作,接受全国人民代表大会及其常务委员会的监督。(2)依法向全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会提出议案。(3)领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作。确定检察工作方针,部署检察工作任务。(4)依法对贪污案、贿赂案、侵犯公民民主权利案、渎职案以及认为需要自己依法直接受理的其他刑事案件进行侦查。领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的侦查工作。(5)对重大刑事犯罪案件依法审查批捕、提起公诉。领导地方各级人民检察院和专门人民检察院对刑事犯罪案件的审查批捕、起诉工作。(6)领导地方各级人民检察院和专门人民检察院开展民事、经济审判和行政诉讼活动的法律监督工作。(7)对地方各级人民检察院和监所派出检察院依法对执行机关执行刑罚的活动和监管活动是否合法实行监督。(8)对各级人民法院已经发生法律效力、确有错误的判决和裁定,依法向最高人民法院提起抗诉。(9)对地方各级人民检察院和专门人民检察院在行使检察权作出的决定进行审查,纠正错误决定。(10)受理公民控告、申诉和检举。(11)对国家机关工作人员职务犯罪预防工作进行研究并提出职务犯罪的预防对策和检察建议;负责职务犯罪的法制宣传

工作;负责全国检察机关对检察环节中其他社会治安综合治理工作的指导。(12)受理对贪污、贿赂等犯罪的举报,并领导全国检察机关的举报工作。(13)提出全国检察机关体制改革规划的意见,经主管部门批准后,组织实施;规划和指导全国检察机关的检察技术工作和物证检验、鉴定、审核工作。(14)对于检察工作中具体应用法律的问题进行司法解释。(15)制定有关检察工作的条例、细则和规定。(16)负责检察机关的思想政治工作和队伍建设。领导地方各级人民检察院和专门人民检察院依法管理检察官的工作。制定书记员管理办法。(17)协同地方党委管理和考核省、自治区、直辖市人民检察院和专门人民检察院的检察长、副检察长,提请全国人民代表大会常务委员会批准或不批准省、自治区、直辖市人民检察院检察长的任免;提请全国人民代表大会常务委员会决定任免专门人民检察院的检察长;建议全国人民代表大会常务委员会撤换下级人民检察院的检察长、副检察长和检察委员会委员。(18)协同主管部门管理人民检察院的机构设置和人员编制。(19)组织指导检察系统干部教育培训工作,规划和指导检察系统的培训基地及师资队伍建设等工作。(20)规划和指导全国检察机关的计划财务装备工作。(21)组织检察机关对外交流,开展有关国际司法协助;审批与港、澳、台地区间的个案协查工作。(22)管理机关干部和直属事业单位的领导干部;审批院直属事业单位的工作计划和发展规划。(23)负责其他应当由最高人民检察院承办的事项。

2. 地方各级人民检察院。

地方各级人民检察院由同级的国家权力机关产生,并对其负责,报告工作,受其监督。地方各级人民检察院包括:(1)省、自治区、直辖市人民检察院;(2)省、自治区、直辖市人民检察院分院,自治州、省辖市人民检察院;(3)县、市、自治县和市辖区人民检察院。各级人民检察院都是与各级人民法院相对应而设置的,以便依照法律规定的程序办案。

人民检察院组织法第5条规定,各级人民检察院行使下列职权:(1)对于叛国案、分裂国家案

以及严重破坏国家的政策、法律、法令、政令统一实施的重大犯罪案件,行使检察权。(2)对于直接受理的刑事案件,进行侦查。(3)对于公安机关侦查的案件,进行审查,决定是否逮捕、起诉或者免于起诉;对于公安机关的侦查活动是否合法,实行监督。(4)对于刑事案件提起公诉,支持公诉;对于人民法院的审判活动是否合法,实行监督。(5)对于刑事案件判决、裁定的执行和监狱、看守所、劳动改造机关的活动是否合法,实行监督。第6条又规定,人民检察院依法保障公民对于违法的国家工作人员提出控告的权利,追究侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利的人的法律责任。

近几年,有些基层人民检察院在辖区内人口较多、辐射功能强的乡镇、社区设置派出机构即派出检察室,负责受理举报、控告、申诉,开展法制宣传和职务犯罪预防,化解矛盾纠纷,参与加强和创新社会管理等工作,实现检察工作重心下移,更好地服务人民群众、服务经济社会发展。

同时,省级人民检察院和县级人民检察院,根据工作需要,提请本级人民代表大会常务委员会批准,可以在工矿区、农垦区、林区等区域设置人民检察院,作为派出机构。

3. 专门人民检察院。

专门人民检察院是属于专门性质的检察机关。

军事检察院是设立在中国人民解放军的专门法律监督机关,对现役军人的军职犯罪和其他刑事犯罪案件依法行使检察权。

1978年中央军委和最高人民检察院根据第五届全国人大第一次会议通过的宪法中关于设置检察机关的规定,决定恢复军事检察院。军事检察院的设置,初期采取基本三级设置和个别陆军部队及海、空军四级设置相结合的组织系列。1985年后改为单一的三级设置体系,分为:(1)中国人民解放军军事检察院;(2)大军区军事检察院、海军军事检察院、空军军事检察院;(3)地区军事检察院、空军军一级军事检察院和海军舰队检察院。军事检察院列入军队建制实行双重领导的体制,即:中国人民解放军

军事检察院在中华人民共和国中央军事委员会总政治部和最高人民检察院的领导下进行工作。

军事检察院的职责是:通过对军职人员违法犯罪案件行使检察权,保障国家的法律和各種军事法规、条令、条例在军队范围内统一、正确实施,追究那些危害国家军事利益的各种犯罪分子的法律責任,维护军队的合法权益,教育军人忠于祖国、遵守法律,保障军队现代化、正规化建设,巩固提高部队战斗力。

军事检察院管辖下列案件:(1)现役军人的犯罪案件;(2)军内在编职工的犯罪案件;(3)军人违反职责罪中共同犯罪的非军人。

四、人民检察院的工作机构

人民检察院的工作机构,是指人民检察院依据法律规定,根据工作需要,在检察院内部设立的承担具体业务工作的内设机构和在特定的区域、单位设立的派出机构。

人民检察院组织法对检察机关内部机构的设置作了原则性的规定,即“最高人民检察院根据需要,设立若干检察厅和其他业务机构。地方各级人民检察院可以分别设立相应的检察处、科和其他业务机构”。

目前,我国最高人民检察院设有侦查监督厅、公诉厅、反贪污贿赂总局、渎职侵权检察厅、监所检察厅、民事行政检察厅、控告检察厅(最高人民检察院举报中心)、刑事申诉检察厅、铁路运输检察厅、职务犯罪预防厅、死刑复核检察厅、案件管理办公室等业务机构。与此相适应,地方检察机关一般也设有侦查监督部门、公诉部门、反贪污贿赂部门、渎职侵权检察部门、监所检察部门、控告(举报)检察部门、刑事申诉检察部门、民事行政检察部门、职务犯罪预防部门等工作机构。

为进一步完善执法制度、规范执法行为,推进检察机关执法规范化建设,最高人民检察院制定《检察机关执法工作基本规范(2013年版)》。这一《执法规范》以系统编纂、全面规范、便于遵循为原则,系统梳理执法办案工作流程,有机整合检察机关执法办案中的法律规定、



司法解释、业务规范以及纪律规定,充分吸纳检察改革最新成果,是涵盖检察机关各个业务部门和各个工作环节的统一、完备、权威的业务工作规范体系,是检察机关各个业务部门、业务岗位的基本操作规程,也是检察机关执法办案的强制性规范。《执法规范》分为总则、控告申诉检察、职务犯罪侦查与预防、侦查监督工作、公诉工作、监所检察、民事行政检察、特殊程序、其他规定等12编,共77章119节1710条。

五、人民检察院的领导体制

人民检察院的领导体制,是指国家权力机关与检察机关之间、上级检察机关与下级检察机关之间、检察院内部上下级之间的领导与被领导关系以及相关制度安排的总称。它是检察机关组织体系的重要组成部分,也是检察权运行方式的决定因素。宪法第132条规定:“最高人民检察院是最高检察机关。最高人民检察院领导地方各级人民检察院和专门人民检察院的工作,上级人民检察院领导下级人民检察院的工作。”宪法第133条规定:“最高人民检察院对全国人民代表大会和全国人民代表大会常务委员会负责。地方各级人民检察院对产生它的国家权力机关和上级人民检察院负责。”据此,人民检察院的领导体制为双重领导体制。

上级人民检察院领导下级人民检察院的方式主要有:(1)了解工作情况,包括调查研究、指令作专题汇报等;(2)通过指示、批复、规范性文件指导工作;(3)检查执法工作情况和落实有关指示和要求的情况;(4)领导办案,包括决定案件的管辖和指挥办案;(5)纠正或撤销下级人民检察院的决定。

最高人民检察院和省级人民检察院领导下级人民检察院的权力主要有:(1)最高人民检察院制定全国检察机关的人员编制,省级人民检察院可以根据最高人民检察院制定的人员编制制定本辖区内各下级人民检察院的人员编制;(2)向本级人民代表大会常务委员会提出建议,撤换下级人民检察院的检察长、副检察长和检察委员会委员;(3)对下级人民检察院的经费给予补助。最高人民检察院特有的领导下级人民

检察院的权力主要是司法解释权,其对检察工作中如何具体适用法律问题所作的解释对全国各级人民检察院均具有约束力。

随着社会主义市场经济的发展,利益分配逐渐市场化、区域化、多元化,双重领导体制也引发了检察权地方化、行政化、宽泛化等弊端,在一定程度上不能适应人民检察院维护国家法制统一的职能需要,影响了社会公平正义的实现,尚需改革完善。

人民检察院组织法第3条规定:“各级人民检察院设检察长一人,副检察长和检察员若干人,由检察长统一领导检察院的工作。各级人民检察院设立检察委员会。检察委员会实行民主集中制,在检察长的主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。如果检察长在重大问题上不同意多数人的决定,可以报请本级人民代表大会常务委员会决定。”据此,人民检察院内部实行的是检察长负责制与检察委员会集体领导相结合的领导体制。检察长是人民检察院的首长,对人民检察院的工作享有组织领导权、决定权、任免权、提请任免权、代表权等权力,负有全面的领导责任。检察委员会实行民主集中制,在检察长的主持下,讨论决定重大案件和其他重大问题。

《人民检察院检察委员会组织条例》对人民检察院检察委员会的组成、职责等进行了规定。这一《条例》规定各级人民检察院检察委员会由本院检察长、副检察长、检察委员会专职委员以及有关内设机构负责人组成;各级人民检察院检察委员会委员人数应当为单数,为7人至25人。

检察委员会的职责是:(1)审议、决定在检察工作中贯彻执行国家法律、政策和本级人民代表大会及其常务委员会决议的重大问题;(2)审议、通过提请本级人民代表大会及其常务委员会审议的工作报告、专题报告和议案;(3)总结检察工作经验,研究检察工作中的新情况、新问题;(4)最高人民检察院检察委员会审议、通过检察工作中具体应用法律问题的解释以及有关检察工作的条例、规定、规则、办法等;省级以下人民检察院检察委员会审议、通过本地区检察业务、管理等规范性文件;(5)审议、决定重大、疑难、

新华考资

www.xhkhzedu.com

复杂案件;(6)审议、决定下一级人民检察院提请复议的案件或者事项;(7)决定本级人民检察院检察长、公安机关负责人的回避;(8)其他需要提请检察委员会审议的案件或者事项。

检察委员会的决定具有法律效力,以本院或者本院检察长的名义发布。检察委员会实行民主集中制,遵循少数服从多数的原则。检察委员会会议必须有全体组成人员过半数出席,才能召开;必须有全体组成人员过半数同意,才能作出决定。

第三节 检察官

检察官法第2条规定,检察官是依法行使国家检察权的检察人员,包括最高人民检察院、地方各级人民检察院和军事检察院等专门人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员、检察员和助理检察员。

为加快建设高素质检察队伍,更好地推动检察工作科学发展,2013年5月15日最高人民检察院下发了《关于加强和改进新形势下检察队伍建设的意见》,提出以法律监督能力建设、先进性和纯洁性建设为主线,以执法公信建设为主题,以专业化、职业化建设为方向,以改革创新为动力,全面强化队伍的思想政治、领导班子、人才队伍、专业化、职业化、纪律作风建设,努力建设忠诚可靠、执法为民、务实进取、公正廉洁的高素质检察队伍。推进高层次人才铸才工程和急需紧缺专门人才引才工程、推进检察人才素质提升优才工程和青年检察官育才工程、推进基层检察院聚才工程和西部贫困地区检察院扶才工程,造就适应检察事业发展需要的高素质人才队伍。

检察官制度是指国家通过法律对在检察机关中行使国家检察权的检察官进行科学管理的制度。它一般包括检察官职责、权利义务、资格条件、任免、考核、培训、奖惩、工资福利、辞职、退休等一系列规定。

一、检察官的条件与任免

检察官的任职条件,是指国家对担任检察

官职务的特殊要求,它从总体上决定了检察官队伍的素质。担任检察官必须具备的条件大致包括一般条件、禁止条件、限制条件等三方面。

检察官任职一般条件包括身份条件、专业条件、资格条件等。我国1995年制定的检察官法规定了检察官的任职条件,2001年修改后的检察官法进一步提高了初任检察官的任职条件。检察官法第10条第1款明确规定:“担任检察官必须具备下列条件:(一)具有中华人民共和国国籍;(二)年满二十三岁;(三)拥护中华人民共和国宪法;(四)有良好的政治、业务素质和良好的品行;(五)身体健康;(六)高等院校法律专业本科毕业或者高等院校非法律专业本科毕业具有法律专业知识,从事法律工作满二年,其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官,应当从事法律工作满三年;获得法律专业硕士学位、博士学位或者非法律专业硕士学位、博士学位具有法律专业知识,从事法律工作满一年,其中担任省、自治区、直辖市人民检察院、最高人民检察院检察官,应当从事法律工作满二年。”

在检察官任职的禁止条件方面,检察官法第11条规定了不得担任检察官的情形,即曾因犯罪受过刑事处罚或曾被开除公职的人员不得担任检察官。

关于检察官任职的限制条件,检察官法第18条明确规定,检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员,不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务,不得兼任律师。

检察官法第13条第1款规定:“初任检察官采用严格考核的办法,按照德才兼备的标准,从通过国家统一司法考试取得资格,并且具备检察官条件的人员中择优提出人选。”这表明检察官任职的前提条件为通过国家统一司法考试取得资格。2004年11月,中共中央组织部、最高人民法院、最高人民检察院联合下发了《关于进一步加强地方各级人民法院、人民检察院考试录用工作的通知》,规定实行统一招考制度,切实严把进人关,地方各级人民法院、人民检察院补充工作人员,一律实行省级统一招考,除省



级考试录用主管机关外,其他机关及人民法院、人民检察院不得自行组织招考。

根据检察官法第12条的规定,检察官职务的任免,依照宪法和法律规定的任免权限和程序办理。我国法律规定对检察官的任免按职务和级别的不同采取了选举和任命相结合的方式。

最高人民检察院检察长由全国人民代表大会选举和罢免,副检察长、检察委员会委员和检察员由最高人民检察院检察长提请全国人民代表大会常务委员会任免。

地方各级人民检察院检察长由地方各级人民代表大会选举和罢免,副检察长、检察委员会委员和检察员由本院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。地方各级人民检察院检察长的任免,须报上一级人民检察院检察长提请该级人民代表大会常务委员会批准。

在省、自治区内按地区设立的和在直辖市内设立的人民检察院分院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员由省、自治区、直辖市人民检察院检察长提请本级人民代表大会常务委员会任免。人民检察院的助理检察员由本院检察长任免。军事检察院等专门人民检察院检察长、副检察长、检察委员会委员和检察员的任免办法,由全国人民代表大会常务委员会另行规定。

关于检察官的任期,根据法律规定,由选举产生的各级人民检察院检察长的任期与本级人民代表大会每届任期相同,最高人民检察院检察长连续任期不得超过两届;以任命方式产生的检察官,则没有明确规定其任期。

同时,检察官法第14条规定,检察官有下列情形之一的,应当依法提请免除其职务:(1)丧失中华人民共和国国籍的;(2)调出本检察院的;(3)职务变动不需要保留原职务的;(4)经考核确定为不称职的;(5)因健康原因长期不能履行职务的;(6)退休的;(7)辞职或被辞退的;(8)因违纪、违法犯罪不能继续任职的。这有助于人民检察院正常开展法律监督工作,维护检察机关的良好形象。

检察官法规定,对于不具备本法规定条件或者违反法定程序被选举为人民检察院检察长

的,上一级人民检察院检察长有权提请该级人民代表大会常务委员会不批准。对于违反检察官法规定的条件任命检察官的,一经发现,做出该项任命的机关应当撤销该项任命;上级人民检察院发现下级人民检察院检察官的任命有违反本法规定的条件的,应当责令下级人民检察院依法撤销该项任命,或者要求下级人民检察院依法提请同级人民代表大会常务委员会撤销该项任命。最高人民检察院和省、自治区、直辖市人民检察院检察长可以建议本级人民代表大会常务委员会撤换下级人民检察院检察长、副检察长和检察委员会委员。

此外,检察官法第19条还规定了检察官任职回避制度。法律规定,检察官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲以及近姻亲关系的,不得同时担任下列职务:(1)同一人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员;(2)同一人民检察院的检察长、副检察长和检察员、助理检察员;(3)同一业务部门的检察员、助理检察员;(4)上下相邻两级人民检察院的检察长、副检察长。2000年,最高人民检察院下发了《检察人员任职回避和公务回避暂行办法》,对检察官法的规定进行了细化。

二、检察官的权利和义务

作为行使国家权力的检察官,其职责主要是依法进行法律监督工作、代表国家进行公诉、对法律规定由人民检察院直接受理的犯罪案件进行侦查等。检察长、副检察长、检察委员会委员除履行检察职责外,还应当履行与其职务相适应的职责。同时,检察官还承担法律规定的其他职责,如领导书记员的工作、开展法制宣传教育、向有关单位提出检察建议等。

根据检察官法第9条规定,检察官享有下列权利:(1)履行检察官职责应当具有的职权和工作条件;(2)依法履行检察职责不受行政机关、社会团体和个人的干涉;(3)非因法定事由、非经法定程序,不被免职、降职、辞退或者处分;(4)获得劳动报酬,享受保险、福利待遇;(5)人身、财产和住所安全受法律保护;(6)参加培训;(7)提出申诉或者控告;(8)辞职。这些权利是

检察官正确履行职务的基本保障。

法律还规定了检察官申诉与控告的权利,以保障检察官依法维护自己的合法权益:(1)申诉。检察官对人民检察院关于本人的处分、处理不服的,自收到处分、处理决定之日起30日内可以向原处分、处理机关申请复议,并有权向原处分、处理机关的上级机关申诉;受理申诉的机关必须按照规定作出处理。但复议和申诉期间,不停止对检察官处理、处分决定的执行。对检察官处分或处理错误的,应当及时予以纠正;造成名誉损害的,应当恢复名誉、消除影响、赔礼道歉;造成经济损失的,应当赔偿。对打击报复的直接责任人员,应当依法追究其责任。(2)控告。对于国家机关及其工作人员侵犯检察官权利的行为,检察官有权提出控告。行政机关、社会团体或者个人干涉检察官依法履行检察职责的,应当依法追究其责任。需要指出的是,检察官提出申诉和控告应当实事求是。对捏造事实、诬告陷害的,应当依法追究其责任。

为督促检察官正确履行职责,检察官法第8条规定,检察官应当履行下列义务:(1)严格遵守宪法和法律;(2)履行职责必须以事实为根据,以法律为准绳,秉公执法,不得徇私枉法;(3)维护国家利益、公共利益,维护自然人、法人和其他组织的合法权益;(4)清正廉明,忠于职守,遵守纪律,恪守职业道德;(5)保守国家秘密和检察工作秘密;(6)接受法律监督和人民群众监督。

检察官作为检察机关工作人员,不但应依法履行法律赋予的职责,享有一定的权利,还应当履行法律规定的相应的义务。近几年,我国比较关注我国检察官的客观义务。检察官客观义务,指的是检察官必须站在客观的立场,追求案件的事实真相,不偏不倚地全面收集证据,审查案件和进行诉讼的行为。我国检察官客观义务包括诚信的义务、真实的义务、中立的义务和全面的义务。具体包括收集、开示有利于被追诉人的证据,避免提起不当诉讼,保护被追诉人的实体权利和程序权利,刑事诉讼中的回避义务,拒绝使用采用非法手段取得的证据并追究使用者的法律责任,为被告利益提起法律救济,

公开行使检控酌情权的义务等内容。检察官的客观义务有利于查明案件事实真相,有利于刑事诉讼模式的改造,有利于强化检察机关的法律监督,有利于正确行使追诉职能。

三、检察官的考核和培训

检察官的考核,是指人民检察院按照法定的管理权限,根据检察官法和其他有关法律所确定的考核内容、原则、方法、形式和程序对所属的检察官进行考察和评价,并以此作为检察官奖惩、晋升、任用、培训、调资和辞退依据的制度。对检察官的考核是对其检察工作实绩的考察和评价,是对其平时工作作风、工作态度、工作成果的总结。科学、规范的检察官考核制度对提升检察官专业素质能力、建构职业化检察官队伍具有重要意义。我国检察官法第八章对检察官考核制度作了专门规定。

按照检察官法第25条的规定,对检察官的考核应当遵循以下几个原则:(1)客观公正原则。客观公正原则对考核工作的要求是:如实、全面地评价检察官,不因检察官任职年限长短或者与领导的远近亲疏而采用不同的标准。考核标准的确定,应当以检察官履行职责的情况和效果为基础,要严格标准,量化内容,明确质量要求,而不是以主观印象代替客观考察。(2)领导和群众相结合原则。这是民主集中制原则在检察官管理中的具体体现,是对检察官考评的程序要求。在检察官考核工作中,既要按照首长负责制的要求,坚持以领导考核为主,又要让群众直接参与考核,多层次、多角度地对检察官进行全面评价。考核中,要注意听取其他检察官和检察人员的评价,以增加考核工作的透明度,避免考核工作神秘化,杜绝个人专断。(3)平时考核与定期考核相结合。平时考核主要是对检察官日常工作实绩进行翔实记载,根据需要进行分阶段评定。定期考核即年度考核,是对检察官在过去一年内履行职责情况以及遵纪守法情况的全面考察和评价。年度考核是平时考核的总结,平时考核是年度考核的基础。只有坚持二者的有机结合,才能客观、全面地反映检察官的工作实绩。



检察官法第26条规定了对检察官考核的内容:(1)检察工作实绩。对检察官工作实绩的考核评价,是考核检察官的重点内容,也是考核评价检察官思想品德、业务水平和工作态度的基础。考核检察官的工作实绩,不仅要考察检察官完成工作指标的情况和承办案件的数量,更重要的是考察检察官承办案件的质量和法律效果,以及履行职责过程中是否存在违法行为。(2)思想品德。良好的思想品德,是合格的检察官必须具备的基本素质。考核检察官的思想品德,既要考察检察官遵守职业道德规范的情况,也要考察检察官作为一个普通公民遵纪守法和遵从社会公德的情况。(3)检察业务和法学理论水平。考察检察业务和法学理论水平,旨在了解检察官的工作能力,以准确地评价其是否具备必要的检察业务能力和法学理论水平,进而判断其能否胜任本职工作。检察业务本身就是严格的法律活动,法学理论水平是检察业务能力的基础,检察业务能力是检察官法学理论水平的反映。不可将二者截然分开,也不能以考察检察业务水平代替对法学理论水平的考察。(4)工作态度和工作作风。考察检察官的工作态度,旨在了解考核对象是否热爱本职工作,是否勤勤恳恳、恪尽职守,是否积极主动、认真负责,是否刻苦钻研、努力进取。考察检察官的工作作风,旨在了解考核对象能否实事求是、理论联系实际、密切联系群众,是否具有吃苦耐劳、无私奉献的精神,能否做到严格执法、公正无偏。

按照法律规定,对检察官进行考核的方法主要有两种,即领导与群众相结合、平时考核与年度考核相结合。检察官的年度考核是对其在一年中的德、能、勤、绩的综合考察和评价,考核结果分为优秀、称职和不称职。检察官法第28条还规定:“考核结果以书面形式通知本人。本人对考核结果如有异议,可以申请复议。”

为不断提高检察官的素质,以适应法律监督工作的需要,检察官法第九章对我国的检察官培训制度作了专门规定。检察官法第29条第2款规定,检察官的培训应当贯彻理论联系实际、按需施教、讲求实效的原则;检察官法

30条规定,国家检察官院校和其他检察官培训机构按照有关规定承担培训检察官的任务。为增强培训的效果,检察官法第31条明确规定,检察官在培训期间的学习成绩和鉴定,作为其任职、晋升的依据之一。

为加强检察官队伍专业化建设,推进检察官培训的科学化、制度化和规范化,最高人民检察院于2007年1月颁布实施了《检察官培训条例》。《检察官培训条例》对检察官培训的种类、内容与形式、检察官培训的组织与管理、检察官培训的基础建设与保障、检察官培训的考核评估与责任等进行了规定。

《检察官培训条例》明确规定检察官未参加规定的培训或参加培训后未通过考试、考核的,不得任职和晋级。

根据《检察官培训条例》规定,检察官培训分为任职资格培训、领导素能培训、专项业务培训和岗位技能培训。其中,任职资格培训包括初任检察官培训和晋升高级检察官培训。培训的重点是使受训人员具备检察官基本履职能力和高级检察官履职能力,提高领导干部的组织领导和决策指挥能力,增强检察官岗位通用技能和岗位专门技能。

《检察官培训条例》还规定,检察官培训实行两级为主的管理体制。最高人民检察院统一领导全国检察官培训工作,省级检察院领导本辖区检察官的培训。最高人民检察院与省级检察院设立教育培训主管部门,有条件的地市级检察院可以设立专门的教育培训管理机构。最高人民检察院与省级检察院根据检察业务需要,还可以设立业务技能实训基地。

为了增强检察官培训的权威性,《检察官培训条例》规定,检察官所在单位和教育培训主管部门应建立检察官培训档案,如实记录检察官参加培训的情况;规划内的各种培训实行严格的考试或考核,检察官未按规定参加考试、考核或未通过考试、考核的,不能取得结业证书和相应的资格;检察官所在单位在进行年度考核、任用考察时,应将其接受培训的情况作为考核的必要内容和任职、晋升的重要依据之一。

为加强对检察官的考核与培训,检察官法

规定人民检察院设检察官考评委员会,其组成人员为5~9人,主任由本院检察长担任。检察官考评委员会的职责是指导对检察官的培训、考核和评议工作。

根据关于加强和改进新形势下检察队伍建设的意见,人民检察院将构建专业化检察教育培训体系。制定岗位素能基本标准,突出专业化要求,以领导干部、业务一线和基层检察人员为重点,分层分类开展领导素能、任职资格、专项业务、岗位技能培训。推进专业化教育培训体系建设,以专业化建设为导向,以岗位基本素能为依据,构建和完善以培训机构、培训运行、课程、师资教材、组织管理为重点的检察教育培训体系,以完善的专业化培训体系保证检察人员专业化程度提高。

四、检察官的等级

我国检察官法规定了检察官的等级。

检察官法第21条规定,检察官的级别分为十二级。最高人民检察院检察长为首席大检察官,二至十二级检察官分为大检察官、高级检察官、检察官。

根据检察官法,检察官的等级的确定,以检察官所任职务、德才表现、业务水平、检察工作实绩和工作年限为依据。

检察官法第23条规定,检察官的等级编制、评定和晋升办法,由国家另行规定。

五、检察官的奖励和惩戒

检察官奖励制度,是指国家或者检察机关根据检察官法或者其他有关规定,对在检察工作中表现突出或者有特殊贡献的检察官,依法给予精神鼓励和物质鼓励的制度。检察官法第33条规定了检察官的奖励条件:(1)在检察工作中秉公执法,成绩显著的;(2)提出检察建议或者对检察工作提出改革建议被采纳,效果显著的;(3)保护国家、集体和人民利益,使其免受重大损失,事迹突出的;(4)勇于同违法犯罪行为作斗争,事迹突出的;(5)保护国家秘密和检察工作秘密,有显著成绩的;(6)有其他功绩的。奖励的种类,包括嘉奖,记三等功、二等功、一等

功,授予荣誉称号。检察官法规定,对检察官的奖励,实行精神鼓励和物质鼓励相结合的原则。精神鼓励是给予检察官的精神鼓励和褒奖,主要形式有:嘉奖、记功、授予荣誉称号等。物质鼓励是具有一定物质内容的奖励,主要形式有:奖金、奖品、提升工资和晋级等。

根据检察官工作的特点,对在本职工作中作出突出成绩的检察官,应当结合年度考核工作进行奖励;对在特定环境、专项任务和突发事件中作出突出贡献的检察官,应当及时给予奖励。在运用奖励措施的策略上,应当充分考虑检察官职责特点,以鼓励检察官严格履行职责为主。

为防止检察官的行为损害法制尊严,检察官法专章规定了检察官惩戒制度,对应受惩戒的行为、惩戒的种类、惩戒的权限和程序作了明确规定。为落实检察官法的规定,最高人民检察院制定了《检察人员执法过错责任追究条例》、《检察人员纪律处分条例(试行)》等规范,进一步明确规定了应受惩戒的行为、相应的惩戒措施以及惩戒程序。

根据检察官法第35条的规定,检察官的以下行为应当受到惩戒:(1)散布有损国家声誉的言论,参加非法组织,参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,参加罢工;(2)贪污受贿;(3)徇私枉法;(4)刑讯逼供;(5)隐瞒证据或者伪造证据;(6)泄露国家秘密或者检察工作秘密;(7)滥用职权,侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益;(8)玩忽职守,造成错案或者给当事人造成严重损失;(9)拖延办案,贻误工作;(10)利用职权为自己或者他人谋取私利;(11)从事营利性的经营活动;(12)私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼;(13)其他违法乱纪的行为。对于检察官的以上行为,应当根据其情节轻重分别给予警告、记过、记大过、降级、撤职、开除的处分。其中给予撤职处分的,同时降低工资和等级。检察官的以上行为构成犯罪的,应当根据我国刑法等有关法律的规定追究其刑事责任。最高人民检察院颁布的《检察人员纪律处分条例(试行)》,对检察官法规定的检察官应受处分的情



形进行了细化规定。

检察官违背其法定职责和义务,是对检察官实施惩戒的条件。开除、辞退等惩戒措施不仅影响检察官权益,而且会影响检察官的公民权益。为了切实保障检察官的合法权益,惩戒检察官必须依法进行。检察官法没有规定检察官惩戒机构及其工作程序,实践中主要是由检察院的监察部门负责对检察官违纪行为的监察,并具体负责对违纪检察官的惩戒工作。

六、检察官的辞职与辞退

检察官在一定的条件下可以辞职、辞退,解除与检察机关的关系,不再履行检察官的职权和尽检察官的义务。

根据检察官法的规定,检察官的辞职,是指检察官出于本人意愿,依照法律和有关规定辞去检察官职务并终止与检察机关全部职务关系。

检察官提出辞职,首先,由检察官提出书面请求;其次,经过任免其检察官职务的机关审查批准;最后,办理工作交接手续。辞去检察官职务的,不再享有检察官的权利和待遇。

检察官的辞退,是指检察机关依照法律规定的条件,通过一定的法律程序,在法定的管理权限内解除检察官的职务关系,取消其检察官身份。检察官的辞退是检察机关的权力,无须事先征得检察官的同意,其后果是解除检察机关与检察官之间的工作关系。

检察官法第43条规定:“检察官有下列情形之一的,予以辞退:(一)在年度考核中,连续两年确定为不称职的;(二)不胜任现职工作,又不接受另行安排的;(三)因检察机关调整或者缩减编制员额需要调整工作,本人拒绝合理安排的;(四)旷工或者无正当理由逾期不归连续超过十五天,或者一年内累计超过三十天的;(五)不履行检察官义务,经教育仍不改正的。”具备上述条件之一的,经法定程序,可以辞退检察官。

检察官法第44条规定:“辞退检察官应当依照法律规定的程序免除其职务。”辞退检察官按下列程序办理:(1)所在部门在核准事实的基础

上提出辞退建议,报政治工作部门审核;(2)按管理权限报任免机关免除其职务;(3)以书面形式将辞退决定通知呈报部门及被辞退者。

检察官对人民检察院关于本人的辞退处理不服的,自收到辞退处理决定之日起30日内可以向原处理机关申请复议,并有权向原处理机关的上级机关申诉。受理申诉的机关必须按照规定作出处理。复议和申诉期间,不停止对检察官辞退处理决定的执行。

七、检察官的保障与退休

建立和完善检察官职业保障制度,对促进检察官依法独立行使检察权,实现司法公正,具有重要的现实意义。检察官职业保障,就是国家以检察官职业化建设为目标,建立和完善相应的制度体系和运行机制,切实保障和全面落实检察官的职业权力、职业身份、职业收入等。检察官职业保障的内涵极为丰富,从世界各国的法治实践来看,包括检察官职业权力保障、职业身份保障、职业收入保障、职业教育保障、职业安全保障、职业监督保障等内容。目前,我国检察官法对检察官的法律保障尚不系统,主要为以下三个方面:

1. 履行职务保障。法律规定检察官依法履行职责,受法律保护;检察官履行职责时应当具有必要的职权和一定的条件;检察官依法履行检察职责不受行政机关、社会团体和个人的干涉,非因法定事由、非经法定程序,检察官不被免职、降职、辞退或者处分。

2. 人身和财产保障。检察官法规定,检察官的人身、财产和住所安全受法律保护。

3. 工资保险福利保障。检察官的工资制度和工资标准,由国家根据检察工作特点进行规定。检察官按照法律规定获得劳动报酬,并实行定期增资制度。经考核确定为优秀、称职的检察官,可以按照规定晋升工资;有特殊贡献的检察官,可以按照规定提前晋升工资。同时,检察官享受国家规定的检察津贴、地区津贴、其他津贴以及保险和福利待遇。

按照《关于加强和改进新形势下检察队伍建设的意见》,人民检察院推动完善与检察职业

新华考资

www.xhkzedu.com

特点相适应的职业保障制度,健全落实检察人员任用、职务晋升、奖惩、薪酬待遇与德才表现、工作业绩、能力素质挂钩的制度。完善绩效考核和激励机制,推动建立和完善牺牲、伤残、特困干警资助资金制度,建立完善解决干部实际困难常态化机制。严格执行检察官不得强制提前离岗和退休制度,建立和完善检察人员履行职务受到侵害保障救济机制和不实举报澄清机制。推动修改检察官法,建立相应的法律制度,为检察人员职业化建设提供法制保障。

此外,检察官法还规定了检察官的退休制度。检察官的退休,是指检察官符合法定条件时,根据国家有关规定办理退休手续,离开工作岗位,领取一定数额的养老金以维持生活,安度晚年的检察官管理制度。检察官的退休制度,由国家根据检察工作特点另行规定。检察官退休后,享受国家规定的养老金和其他待遇。

第四节 检察官职业道德

一、检察官职业道德的概念和特征

检察官职业道德,是指检察官在履行检察职能的活动中,应当遵守的行为准则和规范。检察官的职业道德是检察官的职业义务、职业责任以及职业行为上的道德准则的体现。检察职业道德既调整检察机关内部关系,加强检察机关内部人员的凝聚力,培养检察官的共同体意识;也用来调整检察机关及检察官与其服务对象即与民众之间的关系,塑造检察机关和检察官的形象。加强检察官职业道德建设是我国检察官队伍建设的一项重要内容,也是检察机关维护公平正义、加强法律监督的需要。

二、检察官职业道德的依据

检察官职业道德的依据主要为检察官法、《检察官职业道德基本准则(试行)》。

为了加强检察官队伍建设和管理,提高检察官的职业道德素养,增强检察官职业纪律观念,最高人民检察院先后制定了一系列检察官职业道德方面的规范性文件。2009年9月3日

最高人民检察院第十一届检察委员会第十八次会议通过的《检察官职业道德基本准则(试行)》对检察官职业道德进行了明确规定。

按照《关于加强和改进新形势下检察队伍建设的意见》,人民检察院强化职业道德培育。把职业道德教育作为经常性思想教育的重要内容,深入学习、践行《检察官职业道德基本准则》、职业行为基本规范。开展职业精神、职业信仰教育,强化职业素质培育,建立和完善检察机关树立良好执法形象和加强执法公信力建设的措施制度。完善检察职业道德教育培训、监督制约、考核评价等长效机制,推动检察职业道德建设制度化、常态化、实效化。

三、检察官职业道德的主要内容

根据《检察官职业道德基本准则(试行)》,检察官职业道德的基本要求为“忠诚、公正、清廉、文明”四方面。

(一) 忠诚

忠诚是对检察官政治品性方面的要求,彰显了我国检察官的政治本色。忠诚具体包括以下几方面的要求:

1. 忠于党、忠于国家。检察官要做中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者和社会公平正义的守护者。检察官法规定,检察官不得散布有损国家声誉的言论,不得参加非法组织,不得参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,也不得参加罢工。检察官应当维护国家安全、荣誉和利益,维护国家统一和民族团结,严守国家秘密和检察工作秘密;保持高度的政治警觉,严守政治纪律,不参加危害国家安全、带有封建迷信、邪教性质等非法组织及其活动。检察官应当加强政治理论学习,提高对政策的理解、把握和运用能力,提高从政治上、全局上观察问题、分析问题、解决问题的能力。

2. 忠于人民。检察官法第3条规定,检察官必须忠实执行宪法和法律,全心全意为人民服务。检察官应当坚持立检为公、执法为民的宗旨,维护最广大人民的根本利益,保障民生,服务群众,亲民、为民、利民、便民。

新华考资
www.xhkzedu.com



3. 忠于宪法和法律。检察官应当尊崇宪法和法律,严格执行宪法和法律的规定,自觉维护宪法和法律的统一、尊严和权威。在履行职务过程中,检察官应当坚持“以事实为根据,以法律为准绳”原则,实事求是,依法办案。

4. 忠于检察事业。检察官应当热爱人民检察事业,珍惜检察官荣誉,忠实履行法律监督职责,自觉接受监督制约,维护检察机关的形象和检察权的公信力。检察官应当恪尽职守,乐于奉献,勤勉敬业,尽心竭力,不因个人事务及其他非公事由而影响职责的正常履行。

忠诚要求检察官在履行职责时必须做到政治性、人民性、法律性的统一,努力实现法律效果、社会效果和政治效果的有机结合。为此,《检察官职业道德基本准则(试行)》要求初任检察官、检察官晋升时,应当进行宣誓,牢记誓词,弘扬职业精神,践行从业誓言。

示例

王检察官的下列哪一行为符合检察官职业道德的要求?(2011年试卷一第48题)

A. 穿着检察正装、佩戴检察标识参加单位组织的慰问孤寡老人的公益活动

B. 承办一起两村械斗引起的伤害案,受害人系密切近邻,但为早日结案未主动申请回避

C. 参加朋友聚会,谈及在办案件犯罪嫌疑人梁某交代包养了4个情人,但嘱咐朋友不要外传

D. 业余时间在某酒吧任萨克斯管主奏,对其检察官身份不予否认,收取适当报酬

【参考答案及简要提示】A。本题考生容易产生的错误是区分不清“忠诚”与“公正”要求,导致选错。A项中,王检察官穿着检察正装、佩戴检察标识参加单位组织的慰问孤寡老人的公益活动,这体现了“人民利益高于一切”和“立检为公、执法为民”的观念,坚持了立检为公、执法为民的宗旨,维护最广大人民的根本利益,保障民生,服务群众,亲民、为民、利民、便民,因此符合检察官职业道德的要求。

(二)公正

公正是检察工作的核心目标,弘扬了我国检察官的法治精神。公正要求检察官树立忠于职守、秉公办案的观念,坚守惩恶扬善、伸张正义的良知,保持客观公正、维护人权的立场,养成正直善良、谦抑平和的品格,培育刚正不阿、严谨细致的作风。公正要求检察官打击犯罪与保障人权并重、公平与效率兼顾、程序正义和实体正义并重,正确处理好办案质量与办案数量、执行实体法和执行程序法的关系。公正具体包括以下几方面的要求:

1. 独立履职。检察官应当坚持法治理念,坚决维护法律的效力和权威;依法履行检察职责,不受行政机关、社会团体和个人的干涉,敢于监督,善于监督,不为金钱所诱惑,不为人情所动摇,不为权势所屈服。同时,检察官应当恰当处理好内部工作关系,既独立办案,又相互支持。

2. 理性履职。检察官应当以事实为根据,以法律为准绳,不偏不倚,不滥用职权和漠视法律,正确行使检察裁量权。检察官应当客观、理性的履行职务,不主观意气办事,避免滥用职权的行为发生。

3. 履职回避。检察官应当自觉遵守法定回避制度。检察官法规定了任职回避制。检察官法第19条规定:检察官之间有夫妻关系、直系血亲关系、三代以内旁系血亲关系以及近姻亲关系的,不得同时担任下列职务:(1)同一人民检察院的检察长、副检察长、检察委员会委员;(2)同一人民检察院的检察长、副检察长和检察员、助理检察员;(3)同一业务部门的检察员、助理检察员;(4)上下相邻两级人民检察院的检察长、副检察长。检察官法第20条规定:检察官从人民检察院离任后2年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人;检察官从人民检察院离任后,不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人;检察官的配偶、子女不得担任该检察官所任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

刑事诉讼法规定了诉讼回避制。刑事诉讼法第28条规定,审判人员、检察人员、侦查人员

有下列情形之一的,应当自行回避,当事人及其法定代理人也有权要求他们回避:(1)是本案的当事人或者是当事人的近亲属的;(2)本人或者他的近亲属和本案有利害关系的;(3)担任过本案的证人、鉴定人、辩护人、诉讼代理人的;(4)与本案当事人有其他关系,可能影响公正处理案件的。

同时,对法定回避事由以外可能引起公众对办案公正产生合理怀疑的,应当主动请求回避。

4. 重视证据。检察官应当树立证据意识,依法客观全面地收集、审查证据,不伪造、隐瞒、毁损证据,不先入为主、主观臆断,严格把好事关、证据关。检察官在办理案件过程中,重调查研究,防止主观臆断,依照法定程序搜集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据,不得隐瞒证据、伪造证据或妨害作证、帮助当事人毁灭、伪造证据。

5. 遵循程序。检察官应当树立程序意识,坚持程序公正与实体公正并重,严格遵循法定程序,维护程序正义。

6. 保障人权。检察官应当树立人权保护意识,尊重诉讼当事人、参与人及其他有关人员的人格,保障和维护其合法权益。

7. 尊重律师和法官。检察官应当尊重律师的职业尊严,支持律师履行法定职责,依法保障和维护律师参与诉讼活动的权利。检察官应当出席法庭审理活动,应当尊重庭审法官,遵守法庭规则,维护法庭审判的严肃性和权威性。

8. 遵守纪律。检察官应当严格遵守检察纪律,不违反规定过问、干预其他检察官、其他人民检察院或者其他司法机关正在办理的案件,不私自探询其他检察官、其他人民检察院或者其他司法机关正在办理的案件情况和有关信息,不泄露案件的办理情况及案件承办人的有关信息,不违反规定会见案件当事人、诉讼代理人、辩护人及其他与案件有利害关系的人员。

9. 提高效率。检察官应当努力提高案件质量和办案水平,严守法定办案时限,提高办案效率,节约司法资源。检察官应当提高责任心,在确保准确办案的前提下,尽快办结案件,禁止

拖延办案,避免贻误工作。严格执行检察人员执法过错责任追究制度,对于执法过错行为,要实事求是,敢于及时纠正,勇于承担责任。

(三)清廉

清廉是检察官职业道德的职业本色,体现了我国检察官的浩然正气。以社会主义核心价值观为根本的职业价值取向,遵纪守法,严格自律,并教育近亲属或者其他关系密切的人员模范执行有关廉政规定,秉持清正廉洁的职业操守。清廉具体包括以下几方面的要求:

1. 清正廉洁。检察官应当怀有朴实的平常心,树立正确的价值观、权力观、金钱观、名利观。检察官应当不以权谋私,以案谋利,借办案插手经济纠纷。

检察官不应利用职务便利或者检察官的身份、声誉及影响,为自己、家人或者他人谋取不正当利益;不从事、参与经商办企业、违法违规营利活动,以及其他可能有损检察官廉洁形象的商业、经营活动;不参加营利性或者可能借检察官影响力营利的社团组织。

检察官应当不收受案件当事人及其亲友、案件利害关系人或者单位及其所委托的人以任何名义馈赠的礼品礼金、有价证券、购物凭证以及干股等;不参加其安排的宴请、娱乐休闲、旅游度假等可能影响公正办案的活动;不接受其提供的各种费用报销,出借的钱款、交通通讯工具、贵重物品及其他利益。

2. 避免不当影响。从职权行使的纯洁性、独立性和公正性出发,检察官应当不兼任律师、法律顾问等职务,不私下为所办案件的当事人介绍辩护人或者诉讼代理人。检察官法第18条作了明确规定:检察官不得兼任人民代表大会常务委员会的组成人员,不得兼任行政机关、审判机关以及企业、事业单位的职务,不得兼任律师。

同时,检察官应当在职务外活动中,不披露或者使用未公开的检察工作信息,以及在履职过程中获得的商业秘密、个人隐私等非公开的信息。

退休检察官应当继续保持良好操守,不再延用原检察官身份、职务,不利用原地位、身份



形成的影响和便利条件,过问、干预执法办案活动,为承揽律师业务或者其他请托事宜打招呼、行便利,避免因不当言行给检察机关带来不良影响。

3. 妥善处理个人事务。检察官应当慎微慎独,妥善处理个人事务,按照有关规定报告个人有关事项,如实申报收入;保持与合法收入、财产相当的生活水平和健康的生活情趣。

(四)文明

文明是检察官职业道德的必然要求,文明树立了我国检察官的良好形象。文明要求检察官在职务活动中做到执法理念文明,执法行为文明,执法作风文明,执法语言文明。检察官应当做到依法办案要严格,思考问题要严密,调查研究要严谨,处理事情要严正,对犯罪分子要严惩。文明具体包括以下几方面的要求:

1. 提高素养。检察官应当注重学习,钻研法律,精通检察业务,培养良好的政治素质、业务素质和文化素养,增强法律监督能力和做群众工作的本领。检察官应当树立终身学习观念,坚持理论联系实际,在学习和实践中不断更新自身的思想观念、提高业务水平,不断提高公正执法、规范执法的能力。

2. 以人为本。检察官应当坚持打击与保护并重、惩罚与教育并重、惩治与预防并重,宽严相济,以人为本。检察官应当弘扬人文精神,体现人文关怀,在工作中尊重人的价值和尊严,维护人的权利。检察官应当在执法理念、行为、作风、语言方面都体现文明。

3. 注重礼仪。检察官应当遵守各项检察礼仪规范,注重职业礼仪约束,仪表庄重、举止大方、态度公允、用语文明,保持良好的职业操守和风范,维护检察官的良好形象。执行公务、参加政务活动时,检察官应当按照检察人员着装规定穿着检察制服,佩戴检察标识徽章,严格遵守,遵守活动纪律。

4. 慎言谨行。检察官在公共场合及新闻媒体上,不应发表有损法律严肃性、权威性,有损检察机关形象的言论。未经批准,不对正在办理的案件发表个人意见或者进行评论。不穿着检察正装、佩戴检察标识到营业性娱乐场所

进行娱乐、休闲活动或者在公共场所饮酒,不参与赌博、色情、封建迷信活动。不要特权、逞威风、蛮横无理。本人或者亲属与他人发生矛盾、冲突,应当通过正当合法的途径解决,不应以检察官身份寻求特殊照顾,不要恶化事态酿成事端。

5. 团结协作。检察官应当热爱集体,团结协作,相互支持、相互配合、相互监督,力戒独断专行,共同营造健康、有序、和谐的工作环境。

6. 明礼诚信。在社会交往中,检察官应当尊重、理解、关心他人,讲诚实、守信用、践承诺,树立良好社会形象。牢固树立社会主义荣辱观,恪守社会公德、家庭美德,慎独慎微,行为检点,培养高尚的道德操守。

7. 业外约束。在职务外活动中,检察官应当约束言行,避免公众对检察官公正执法和清正廉洁产生合理怀疑,避免对履行职责产生负面作用,避免对检察机关的公信力产生不良影响。

新华考资

示例

www.xhkzedu.com

检察官职业道德的主要内容概括为“忠诚、公正、清廉、文明”,下列哪一选项体现了“文明”的要求?(2013年试卷一第47题)

- A. 检察官不得散布有损国家声誉的言论
- B. 检察院内部严格执行“案件查处由不同机构承办、互相制约”的制度
- C. 检察官应当树立证据意识、程序意识,全面、客观依照程序收集证据
- D. 检察官本人或亲属与他人发生矛盾,应当通过合法途径解决,不得以检察官身份寻求照顾

【参考答案及简要提示】D。D项体现了检察官职业道德文明方面的要求,符合题目要求。而A项体现了检察官职业道德忠诚方面的要求,B项、C项均体现了检察官职业道德公正方面的要求。

第五节 检察官职业责任

检察官职业责任,是指检察官违反法律

规、职业道德规范和检察工作纪律所应当承担的不利后果,包括检察官执行职务中违纪行为的责任和检察官执行职务中犯罪行为的刑事责任两类。

检察官法第35条的规定,检察官不得有以下行为:(1)散布有损国家声誉的言论,参加非法组织,参加旨在反对国家的集会、游行、示威等活动,参加罢工;(2)贪污受贿;(3)徇私枉法;(4)刑讯逼供;(5)隐瞒证据或者伪造证据;(6)泄露国家秘密或者检察工作秘密;(7)滥用职权,侵犯自然人、法人或者其他组织的合法权益;(8)玩忽职守,造成错案或者给当事人造成严重损失;(9)拖延办案,贻误工作;(10)利用职权为自己或者他人谋取私利;(11)从事营利性的经营活动;(12)私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼;(13)其他违法乱纪的行为。对于检察官的以上行为,应当给予处分,构成犯罪的,依法追究刑事责任。

一、检察官执行职务中违纪行为的责任

为增强检察人员“立检为公、执法为民”的自觉性,提高办案质量和执法水平,推动检察机关廉政建设、队伍建设,对检察官执行职务中的违纪行为应当追究责任。检察官执行职务中违纪行为的责任,是指检察官违反法律法规、职业道德规范和检察工作纪律所应当承受的纪律处分。检察官法、《检察人员纪律处分条例(试行)》等对此作了全面的规定。

(一)检察官执行职务中违纪行为责任的形式

检察官法第37条规定,处分分为:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。受撤职处分的,同时降低工资和等级。

《检察人员纪律处分条例(试行)》规定纪律处分的影响期限分别为:警告,6个月;记过,12个月;记大过,18个月;降级、撤职,24个月。

按照《检察人员纪律处分条例(试行)》,受纪律处分者,在处分影响期内不得晋升职务、级别。受记过、记大过、降级、撤职处分的,在处分影响期内不得晋升工资档次。受降级处分的,

自处分的下个月起降低一个级别;级别为对应的国家公务员最低级别的,给予记大过处分。受撤职处分的,在处分影响期内不得担任领导职务,自处分的下个月起按降低两个以上的职务等级重新确定职务、级别和工资档次。科员受撤职处分的,按降低一个职务等级处理。办事员应当给予撤职处分的,给予降级处分。受撤职处分的,可以同时撤销其行政职务和法律职务,也可以单独撤销其行政职务或者法律职务。对于担任两个以上行政职务的人员给予撤职处分的,其所担任的所有行政职务一并撤销。受到开除处分的,自处分之日起解除其与检察机关的人事行政关系,其行政职务、级别自然撤销,其法律职务依法罢免或者免除,不得再被录用为检察机关工作人员。

对于违纪行为所获得的经济利益,应当收缴或者责令退赔。对于违纪行为所获得的职务、职称、学历、学位、奖励等其他利益,应当由承办单位或者由上级机关建议有关组织、部门、单位按规定予以纠正。

(二)检察官执行职务中违纪行为责任的适用

检察官履行职责的权利和其他合法权益受法律保护。非因法定事由、非经法定程序,检察官不受纪律处分。执行检察纪律处分,应坚持实事求是的原则、纪律面前人人平等的原则、宽严相济的原则、惩戒与教育相结合的原则。

对违反检察纪律的检察人员,应根据其错误行为的事实、性质和情节,依照《检察人员纪律处分条例(试行)》的规定,给予纪律处分;情节显著轻微,经批评教育确已认识错误的,可以免予处分或者不予处分。

对因犯罪受到刑事处罚的,应根据司法机关的生效判决及其认定的事实、性质和情节,依照《检察人员纪律处分条例(试行)》规定给予纪律处分,也可根据情况先行给予纪律处分。凡被判处3年以上有期徒刑的,给予开除处分。故意犯罪被判处3年以下有期徒刑或者被判处管制、拘役的,给予开除处分。过失犯罪被判处3年以下有期徒刑宣告缓刑的,视情节可以不予开除处分,但应当给予撤职处分。被免于



刑事处罚的,给予降级或者撤职处分。受到治安管理处罚的,视情节给予纪律处分。

纪律处分决定作出后,应当在1个月内向受处分人所在单位及其本人宣布,并在处分决定作出后2个月内,由干部人事管理部门按照干部管理权限将处分决定材料归入受处分人档案;对于受到降级以上处分的,还应当在1个月内办理职务、工资等相应变更手续。

1. 从轻或者减轻处分的情况。有下列情形之一的,可以依照《检察人员纪律处分条例(试行)》从轻或者减轻处分:(1)主动交代本人应当受到纪律处分的问题的;(2)主动检举他人应当受到纪律处分的问题,经查证属实的;(3)主动挽回损失或者有效阻止危害结果发生的;(4)主动退出违纪违法所得的;(5)有其他立功表现的;(6)本条例分则中另有规定的。

2. 从重、加重处分的情况。有下列情形之一的,可以依照《检察人员纪律处分条例(试行)》从重或者加重处分:(1)强迫、唆使他人违纪违法的;(2)串供或者伪造、销毁、隐匿证据的;(3)阻止他人揭发检举、提供证据材料的;(4)包庇同案人员或者打击报复批评人、检举人、控告人、证人及其他人员的;(5)有其他干扰、妨碍组织审查行为的;(6)本条例分则中另有规定的。

3. 处分的变更和解除。根据《检察人员纪律处分条例(试行)》,处分影响期满,由受处分人提出申请,经所在单位或部门提出意见后报原作出处分决定的单位作出解除处分的决定。解除处分决定应当在1个月内书面通知受处分人,并在有关范围内宣布。解除处分决定应当在解除处分决定作出后的2个月内,由干部人事管理部门归入受处分人档案。

受处分人在处分影响期内获得一等功以上奖励的,可以缩短处分影响期,但缩短后的期限不得少于原处分影响期的1/2。

在处分决定作出后发现受处分人另有应当受到纪律处分的同一性质的错误,或者受处分人在处分影响期内又犯应当受到纪律处分的同一性质的错误,应当根据新犯错误的事实、情节和应受到的处分,决定延长原处分影响期或者

重新作出处分决定。

解除降级、撤职处分,不恢复原职务、级别,但以后晋升职务、级别和工资档次不受原处分的影响。

(三)检察官执行职务中违纪行为责任的内容

根据《检察人员纪律处分条例(试行)》,检察官如有下列行为将被处分:7种违反政治纪律的行为,6种违反组织、人事纪律的行为,22种违反办案纪律行为,7种贪污贿赂行为,8种违反廉洁从检规定的行为,7种违反财经纪律的行为,5种失职、渎职行为,8种违反警械警具和车辆管理规定的行为,5种严重违反社会主义道德的行为,11种妨碍社会管理秩序的行为。

1. 违反政治纪律行为的责任。

(1)组织、参加反对党的基本理论、基本路线、基本纲领、基本经验或者重大方针政策的集会、游行、示威等活动的,对策划者、组织者和骨干分子,给予开除处分。

对其他参加人员或者以提供信息、资料、财物、场地等方式支持上述活动者,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

对不明真相被裹挟参加,经批评教育后确有悔改表现的,可以免予处分或者不予处分。

(2)坚持资产阶级自由化立场,公开发表反对四项基本原则,或者反对改革开放的文章、演说、宣言、声明等的,给予开除处分。

公开发表违背四项基本原则、违背改革开放或者其他有严重政治问题的文章、演说、宣言、声明等的,给予批评教育;情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级、撤职或者开除处分。

(3)组织、领导会道门或者邪教组织的,对策划者、组织者和骨干分子,给予开除处分。对其他参加人员,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。对不明真相的参加人员,经批评教育后确有悔改表现的,可以免予处分或者不予处分。

(4)在国(境)外、外国驻华使(领)馆申请

政治避难,或者违纪违法后逃往国境外、外国驻华使领馆的,给予开除处分。在国(境)外公开发表反对党和政府的言论的,依照前款规定处理。故意为上述行为提供方便条件的,给予撤职或者开除处分。

(5)违反党和国家的民族、宗教政策,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)编造谣言丑化党和国家形象,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

传播谣言丑化党和国家形象,情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(7)在涉外活动中,其行为在政治上造成恶劣影响,损害党和国家尊严、利益的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

2. 违反组织、人事纪律行为的责任。

(1)违反民主集中制原则,拒不执行或者擅自改变组织作出的重大决定,或者违反议事规则,个人或者少数人决定重大事项的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(2)在干部选拔任用工作中,违反干部选拔任用规定的,对负主要责任者和其他直接责任人员,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

在选举中,进行违反有关法律、法规以及其他有关章程活动的,对主要责任者和其他直接责任人员,依照前款规定处理。

用人失察失误造成严重后果的,对主要责任者和其他直接责任人员,依照第1款规定处理。

(3)拒不执行组织的分配、调动、交流决定的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(4)在干部、职工的录用、考核、职务晋升、职称评定等工作中,隐瞒、歪曲事实真相或者利

用职务上的便利违反规定为本人或者其他人员谋取利益的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(5)在考试、录用工作中,有泄露试题、考场舞弊、涂改考卷等违反有关规定行为的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)以不正当方式谋求本人或者其他人员用公款出国(境),情节较轻的,给予警告处分;情节较重的,给予记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

临时出国(境)团组或者人员,擅自延长在国(境)外期限,或者擅自变更路线,造成不良影响或者经济损失的,对主要责任者,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

3. 违反办案纪律行为的责任。

(1)隐匿、销毁举报、控告、申诉材料,包庇被举报人、被告人,或者滥用职权,对举报人、控告人、申诉人、批评人报复陷害的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2)泄露国家秘密、检察工作秘密,或者为案件当事人及其代理人和亲友打探案情、通风报信的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果的,给予降级、撤职或者开除处分。

(3)徇私枉法,对明知是无罪的人而使他受追诉,对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉的,给予开除处分;情节较轻的,给予降级或者撤职处分。

(4)非法拘禁他人或者以其他方法非法剥夺他人人身自由的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)非法讯问犯罪嫌疑人、被告人或者非法传讯他人的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)伪造、隐瞒、涂改、调换、故意损毁证据材料、诉讼文书的,给予开除处分;情节较轻的,给予撤职处分。



(7)非法搜查他人身体、住宅,或者非法侵入他人住宅的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(8)刑讯逼供的,给予开除处分;情节较轻的,给予记大过、降级或者撤职处分。

(9)私放犯罪嫌疑人、被告人的,给予开除处分。

(10)非法扣押、冻结公私财产的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(11)不依法返还扣押、冻结款物,或者侵吞、挪用、私分、私存、调换、外借、压价收购或者擅自处理扣押、冻结款物及其孳息的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(12)私自办理案件或者干预办案的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(13)私自会见案件当事人或其辩护人、代理人、申诉人、亲友,或者接受上述人员提供的宴请、财物、娱乐活动的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(14)严重不负责任超期羁押犯罪嫌疑人的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(15)体罚侮辱犯罪嫌疑人、被告人及其他人员的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分。

(16)违法使用警械、警具的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果的,给予降级、撤职或者开除处分。

(17)违反规定插手经济纠纷的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分。

(18)违反监管法规,体罚虐待被监管人员,

私自带人会见被监管人员,或者让被监管人员给自己干私活的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(19)在执法活动中,具有法定回避情形故意不依法回避,或者拒不服从回避决定,或者对符合回避条件的申请故意不作出回避决定的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(20)故意作出违背案件事实的勘验、检查、鉴定结论的,给予开除处分;情节较轻的,给予降级或者撤职处分。

(21)违法办案或者严重不负责任,造成犯罪嫌疑人、被告人脱逃、自杀、伤残或者证人、被害人自杀、伤残的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(22)在执法活动中,有其他违纪违法行为,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

4. 贪污贿赂行为的责任。

(1)利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物,情节较轻的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2)以单位名义将国有资产集体私分给个人的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(3)利用职务上的便利,索取他人财物,或者非法收受、变相非法收受他人财物为他人谋取利益,情节较轻的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(4)在经济往来中违反规定收受财物或者各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,以受贿论,情节较轻的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)利用职务上的便利,通过其他国家工作

人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取请托人财物,或者非法收受、变相非法收受请托人财物的,情节较轻的,给予记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)行贿或者介绍贿赂,情节较轻的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。行贿人、介绍贿赂人主动交代行贿、介绍贿赂行为的,可以减轻或者不予处分。

(7)利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行非法活动,或者进行营利活动,或者超过3个月未还,情节较轻的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

5. 违反廉洁从检规定行为的责任。

(1)利用职务上的便利,非法占有非本人经管的国家、集体和个人财物,或者以购买物品时象征性地支付钱款等方式非法占有国家、集体和个人财物,或者无偿、象征性地支付报酬接受服务、使用劳务,情节较轻的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

利用职务上的便利,将本人或者亲属应当由个人支付的费用,由下属单位或者其他单位支付、报销的,依照前款规定处理。

利用职务上的便利,将配偶、子女及其配偶应当由个人支付的出国(境)留学费用,由他人支付、报销的,依照第一款规定处理。

(2)违反规定,接受可能影响公正执法的礼品馈赠,不登记交公,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(3)违反规定经商办企业,或者违反规定从事营利活动,或者利用职务上的便利为其亲友的经营活动谋取利益,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。违反规定兼职或者兼职取酬的,依照前款规定处理。

(4)挥霍浪费公共财产,用公款旅游,或者违反规定参与用公款支付的高消费娱乐、健身

活动,或者购买、更换超过规定标准的小轿车以及对所乘坐的小轿车进行豪华装修,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)利用工作上的便利,私自向发案单位或者案件当事人及其亲友借用住房、财物或者交通、通讯工具的,给予警告或者记过处分;情节较重的,给予记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(6)私设“小金库”,乱收费,乱罚款,拉赞助的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)利用职务上的便利操办婚丧喜庆事宜,在社会上造成不良影响的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(8)有其他违反廉洁从检规定的行为,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

6. 违反财经纪律行为的责任。

(1)隐瞒、截留、坐支应当上缴国家财政的赃款赃物的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(2)违反规定将公款、公物借给他人,或者以个人名义存储公款的,给予警告处分;情节较重的,给予记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(3)在财务管理活动中违反会计法律、法规的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

伪造、变造会计凭证、会计帐簿,或者编制虚假财务会计报告,或者隐匿、故意销毁依法应当保存的会计凭证、会计帐簿、财务会计报告的,对主要责任者和其他直接责任人员,依照前款规定从重或者加重处分。



(4)违反国有资产管理规定,造成国有资产流失的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)违反有关规定擅自开设银行帐户的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(6)违反政府采购和招标、投标法律、法规的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)在财经方面有其他违纪违法行为,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

7. 失职、渎职行为的责任。

(1)不正确履行职责或者严重不负责任,致使发生重大责任事故,给国家、集体资财和人民群众生命财产造成较大损失的,对主要责任者和其他直接责任人员,给予记过或者记大过处分;造成重大损失的,给予降级、撤职或者开除处分。

(2)不积极履行职责,拖延办案,贻误工作的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(3)违反法定诉讼程序,造成错案或者给当事人造成严重损失的,给予记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级、撤职或者开除处分。

(4)丢失案卷、案件材料、档案或者机密文件的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。

(5)在执法办案或者管理工作中失职、渎职,造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分;情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分。

8. 违反警械警具和车辆管理规定行为的责任。

(1)违反枪支管理规定,擅自携带枪支、弹药进入公共场所的,给予警告、记过或者记大过

处分。私存枪支、弹药的,给予降级、撤职或者开除处分。

(2)将枪支、弹药借给他人使用的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果的,给予降级、撤职或者开除处分。

(3)违反枪支管理规定,致使枪支丢失、被盗、被骗的,给予记过、记大过或者降级处分;造成严重后果的,给予撤职或者开除处分。

(4)违反枪支管理规定,示枪恫吓他人或者随意鸣枪的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分。

(5)因管理使用不当,造成枪支走火,致人伤残、死亡的,给予记大过以上处分。

(6)违反警车、警械、警具管理规定的,给予警告、记过或者记大过处分;造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分。

(7)违反交通管理法规,造成交通事故,情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;致人重伤、死亡或者造成重大经济损失的,给予降级、撤职或者开除处分。

(8)违反车辆使用管理规定,造成车辆丢失或者严重损坏的,给予记过以上处分。

9. 严重违反社会主义道德行为的责任。

(1)遇到国家财产和人民群众生命财产受到严重威胁时,能救而不救,情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级、撤职或者开除处分。

(2)与他人通奸,造成不良影响的,给予警告、记过或者记大过处分;造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分。与案件当事人及其亲属发生两性关系的,从重处分。重婚或者包养情妇(夫)的,给予开除处分。

(3)拒不承担抚养教育义务或者赡养义务,情节较重的,给予警告或者记过处分;情节严重的,给予记大过、降级或者撤职处分。虐待家庭成员情节较重或者遗弃家庭成员的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(4)诬告陷害他人的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。侮辱、诽谤他

人的,依照前款规定处理。

(5)有其他严重违反社会主义道德的行为,情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级、撤职或者开除处分。

10. 违反妨碍社会管理秩序行为的责任。

(1)进行色情活动的,给予记大过或者降级处分;情节严重的,给予撤职或者开除处分。

(2)嫖娼、卖淫,或者组织、强迫、介绍、教唆、引诱、容留他人嫖娼、卖淫,或者故意为嫖娼、卖淫提供方便条件的,给予开除处分。

(3)制作、复制、出售、出租、传播淫秽影视书画或者其他淫秽物品,情节较轻的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(4)观看淫秽影视书画,情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级或者撤职处分。观看淫秽表演的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(5)进行淫乱活动的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。调戏、猥亵妇女的,给予记过或者记大过处分;造成严重后果或者恶劣影响的,给予降级、撤职或者开除处分。

(6)以营利为目的聚众赌博的,给予开除处分。参与赌博或者为赌博提供场所的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(7)走私、贩卖、运输、制造毒品,或者违反有关规定种植毒品原植物的,给予开除处分。违反有关规定吸食、注射毒品或者其他违禁品的,给予记大过或者降级处分;情节严重的,给

予撤职或者开除处分。

(8)寻衅滋事,打架斗殴,情节较轻的,给予警告、记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(9)伪造、变造或者买卖、使用伪造的公文、证件、印章,情节较轻的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。伪造、变造或者买卖、使用伪造的学历、文凭的,依照前款规定处理。

(10)违反人口与计划生育法律、法规超计划生育的,给予记过或者记大过处分;情节较重的,给予降级或者撤职处分;情节严重的,给予开除处分。

(11)有其他妨碍社会管理秩序的行为,情节较重的,给予警告、记过或者记大过处分;情节严重的,给予降级、撤职或者开除处分。

二、检察官执行职务中犯罪行为的刑事责任

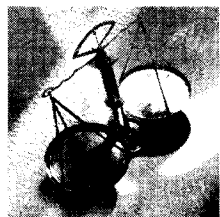
根据我国刑法分则第四章(侵犯公民人身权利、民主权利罪)、第八章(贪污贿赂罪)和第九章(渎职罪)的有关规定,检察官执行职务行为构成犯罪的,依法追究其刑事责任。

【本章主要法律规范】

1. 人民检察院组织法
2. 检察官法
3. 《检察官职业道德基本准则(试行)》
4. 《检察人员纪律处分条例(试行)》

新华考资
www.xhkHzedu.com

本章讨论检察制度与检察官职业道德,主要包括检察官法关于检察官制度的主要规定、检察官职业道德的主要内容等,其中检察官职业责任的规定要理解和把握。



司法制度和法律职业道德

第四章

律师制度与律师职业

新逢德资
www.xhkzedu.com

第一节 律师制度概述

一、律师制度的概念

根据我国律师法第2条第1款的规定,律师是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。不同于古代的讼师、状师,现代律师具备必需的法律专业知识,以提供法律服务为职能,受国家保护和管理。

根据不同标准可以对律师进行分类,如按照工作性质划分,律师可分为专职律师与兼职律师;按照服务对象和工作身份划分,律师可分为社会律师、公司律师和公职律师;按照业务范围划分,律师可分为民事律师、刑事律师和行政律师。律师业务主要分为诉讼业务与非诉讼业务。

律师对维护当事人合法权益、维护法律的正确实施、推进国家法治建设、维护社会公平和正义具有十分重要的意义。

律师制度是有关律师的条件、权利义务、业务、管理体制、组织和活动原则等规范的总称。律师制度是国家重要的法律制度之一。一般认为律师起源于古罗马时期。近代意义的律师制度发展完善是17、18世纪资产阶级民主革命的积极产物。1787年美国宪法修正案第6条规定,在一切刑事诉讼中,被告人有权由律师协助其辩护。1808年法国刑事诉讼法典系统地规定了辩论原则和律师制度。我国古代社会就已出现“讼师”或“刀笔吏”。清末1910年清王朝完成起草的大清刑事民事诉讼法草案中,就有律师参加诉讼的规定;中华民国北京临时政府于1912年9月16日正式公布实施律师暂行章程,从此创立了民国时期的律师制度。根据1954年宪法关于“被告人有权获得辩护”的规定,1954~1956年,我国在一些大、中城市成立了律师协会和法律顾问处,初步开展了律师工作。1980年8月第五届全国人民代表大会常务委员第十五次会议正式通过《律师暂行条例》,对新的律师制度作了较为系统的规定。1996年5月15日第八届全国人民代表大会常务委员第十九次会议通过了律师法,并

于2001年12月和2007年10月进行了两次修订。《律师法》、《律师执业行为规范》、《律师执业管理办法》、《律师事务所管理办法》等对我国的律师制度进行了较为全面的规定。

二、我国律师制度的特征

律师制度是现代国家法律制度的重要组成部分。我国是人民民主专政的社会主义国家,我国律师制度的性质由国家的性质所决定,并表现出独特的特征。

我国是实行人民民主专政制度的社会主义国家,因而我国的律师制度是社会主义的律师制度。我国律师制度是社会主义民主政治的重要方面,以服务全面建成小康社会、推进平安中国、法治中国建设为主要任务,坚持围绕中心、服务大局,不断拓展法律服务领域,增强服务能力,参与社会管理创新,依法化解社会矛盾、维护社会和谐稳定,更好地服务国家经济社会发展,在依法治国、建设社会主义法治国家中发挥了越来越重要的作用。

我国的律师制度要求律师维护当事人的合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平正义。不同于审判制度、检察制度,律师制度是通过向自然人、企业、社会组织、政府机构等提供法律服务、法律帮助而发挥作用的。律师制度在规范律师执业的条件、律师执业的原则、律师执业的权利和义务、律师执业的纪律等基础上,形成素质优良、服务高效的律师队伍,从而维护当事人的合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平正义。

三、我国律师管理体制

律师管理体制为一国对律师行业进行宏观管理的制度,反映了国家与律师行业之间的关系。目前世界各国的律师管理体制,有以日本、法国为代表的律师协会行业管理模式,有以德国为代表的司法行政机关监督、指导下的律师协会行业管理模式,有以英国、美国为代表的律师协会行业管理与法院监督结合的管理模式。经过不断的发展、完善,我国现在形成了司法行政机关行政管理和律师协会行业管理相结合的

律师管理体制。

(一) 律师行政管理

《律师法》第4条明确规定:“司法行政部门依照本法对律师、律师事务所和律师协会进行监督、指导。”因此,国家司法行政机关对律师进行行政管理。

按照《律师法》、《律师执业管理办法》的规定,司法行政机关对律师进行行政管理主要包括:颁发律师执业证书;处罚律师和律师事务所的违法行为;处罚没有取得律师执业证书而从事律师业务的行为、批准律师事务所的设立并颁发律师事务所执业证书,审查律师事务所分所的设立和律师事务所名称、住所、章程、合伙人的变更或律师事务所的解散等。

根据《律师执业管理办法》,县级司法行政机关对其执业机构在本行政区域的律师的执业活动进行日常监督管理,履行下列职责:(1)检查、监督律师在执业活动中遵守法律、法规、规章和职业道德、执业纪律的情况;(2)受理对律师的举报和投诉;(3)监督律师履行行政处罚和实行整改的情况;(4)掌握律师事务所对律师执业年度考核的情况;(5)司法部和省、自治区、直辖市司法行政机关规定的其他职责。县级司法行政机关在开展日常监督管理过程中,发现、查实律师在执业活动中存在问题的,应当对其进行警示谈话,责令改正,并对其整改情况进行监督;对律师的违法行为认为依法应当给予行政处罚的,应当向上一级司法行政机关提出处罚建议;认为需要给予行业惩戒的,移送律师协会处理。

设区的市级司法行政机关履行下列监督管理职责:(1)掌握本行政区域律师队伍建设和发展情况,制定加强律师队伍建设的措施和办法。(2)指导、监督下一级司法行政机关对律师执业的日常监督管理工作,组织开展对律师执业的专项检查或者专项考核工作,指导对律师重大投诉案件的查处工作。(3)对律师进行表彰。(4)依法定职权对律师的违法行为实施行政处罚;对依法应当给予吊销律师执业证书处罚的,向上一级司法行政机关提出处罚建议。(5)对律师事务所的律师执业年度考核结果实行备案



监督。(6)受理、审查律师执业、变更执业机构、执业证书注销申请事项。(7)建立律师执业档案,负责有关律师执业许可、变更、注销等信息的公开工作。(8)法律、法规、规章规定的其他职责。直辖市的区(县)司法行政机关负有前款规定的有关职责。

省、自治区、直辖市司法行政机关履行下列监督管理职责:(1)掌握、评估本行政区域律师队伍建设情况和总体执业水平,制定律师队伍的发展规划和有关政策,制定加强律师执业管理的规范性文件;(2)监督、指导下级司法行政机关对律师执业的监督管理工作,组织、指导对律师执业的专项检查或者专项考核工作;(3)组织对律师的表彰活动;(4)依法对律师的严重违法行为实施吊销律师执业证书的处罚,监督、指导下级司法行政机关的行政处罚工作,办理有关行政复议和申诉案件;(5)办理律师执业核准、变更执业机构核准和执业证书注销事项;(6)负责有关本行政区域律师队伍、执业情况、管理事务等重大信息的公开工作;(7)法律、法规、规章规定的其他职责。

《律师执业管理办法》要求各级司法行政机关及其工作人员对律师执业实施监督管理,不得妨碍律师依法执业,不得侵害律师的合法权益,不得索取或者收受律师的财物,不得谋取其他利益。

司法行政机关应当加强对实施律师执业许可和日常监督管理活动的层级监督,按照规定建立有关工作的统计、请示、报告、督办等制度。负责律师执业许可实施、律师执业年度考核结果备案或者奖励、处罚的司法行政机关,应当及时将有关许可决定、备案情况、奖惩情况通报下级司法行政机关,并报送上一级司法行政机关。

司法行政机关应当加强对律师协会的指导、监督,支持律师协会依照《律师法》和协会章程、行业规范对律师执业活动实行行业自律,建立健全行政管理与行业自律相结合的协调、协作机制。

(二) 律师行业管理

我国律师还通过律师协会进行行业管理。律师法第43条规定:“律师协会是社会团体法

人,是律师的自律性组织。全国设立中华全国律师协会,省、自治区、直辖市设立地方律师协会,设区的市根据需要可以设立地方律师协会。”按照律师法第45条的规定,律师、律师事务所应当加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师、律师事务所,同时是全国律师协会的会员。律师协会会员享有律师协会章程规定的权利,履行律师协会章程规定的义务。《律师执业管理办法》也指出,律师协会依照律师法、协会章程和行业规范对律师执业实行行业自律。

我国于1986年7月召开了第一次全国律师代表大会,成立了中华全国律师协会。《中华全国律师协会章程》第2条规定:“中华全国律师协会是由律师、律师事务所组成的社会团体法人,是全国性的律师自律性组织,依法对律师实施行业管理。”中华全国律师协会的宗旨为:团结带领会员维护当事人的合法权益、维护法律的正确实施,维护社会公平和正义,为建设社会主义法治国家,促进社会和谐发展和文明进步而奋斗。

为做好律师行业管理,律师法第46条规定,律师协会应当履行下列职责:(1)保障律师依法执业,维护律师的合法权益;(2)总结、交流律师工作经验;(3)制定行业规范和惩戒规则;(4)组织律师业务培训和职业道德、执业纪律教育,对律师的执业活动进行考核;(5)组织管理申请律师执业人员的实习活动,对实习人员进行考核;(6)对律师、律师事务所实施奖励和惩戒;(7)受理对律师的投诉或者举报,调解律师执业活动中发生的纠纷,受理律师的申诉;(8)法律、行政法规、规章以及律师协会章程规定的其他职责。律师协会制定的行业规范和惩戒规则,不得与有关法律、行政法规、规章相抵触。

第二节

新华考资

www.xhkzedu.com

一、律师的概念

律师法第2条第1款规定:“本法所称律师,是指依法取得律师执业证书,接受委托或者指定,为当事人提供法律服务的执业人员。”据此,成为律师的前提条件为依法取得律师执业

证书;同时,为当事人提供法律服务是律师的职责。根据法律的规定,我国律师具有服务性、专业性、受托性的特征。

1. 服务性。律师是提供法律服务的法律职业人员,其通过自身的专业知识和法律技能获得报酬。

2. 专业性。律师是受过法律专业训练、具有法律专业知识者。按照我国法律规定,律师必须通过国家司法考试,依法取得律师执业证书这一专业证书。

3. 受托性。律师不属于国家公职人员,不享有国家赋予的公共权力。律师是通过当事人的委托或有关单位的指定而提供法律服务。

二、律师执业的资格条件

律师执业,应当通过国家统一司法考试或者取得律师资格,依法取得律师执业证书。律师执业的条件之一为取得律师资格。我国法律规定,只有取得律师资格的中华人民共和国公民,才能申请执业,从事律师工作。律师执业的资格条件大致包括一般条件、特殊条件、禁止条件和限制条件四方面。

律师执业资格的一般条件方面,根据律师法第5条第1款的规定,在我国取得律师资格应当具备下列条件:第一,拥护中华人民共和国宪法;第二,通过国家统一司法考试;第三,在律师事务所实习满1年;第四,品行良好。

此外,从我国社会实际情况出发,律师法第8条规定了取得律师资格的特殊条件,即具有高等院校本科以上学历,在法律服务人员紧缺领域从事专业工作满15年,具有高级职称或者同等专业水平并具有相应的专业法律知识的人员,申请专职律师执业的,经国务院司法行政部门考核合格,准予执业。具体办法由国务院规定。这有利于更广泛的吸纳人才从事律师工作。另外,还存在部分地区放宽律师学历条件的情况。

在总结我国律师制度改革发展实践经验并借鉴国外律师制度有关规定的基礎上,我国律师法明确规定实行律师资格和律师执业相分离制度,即取得律师资格以后,不从事律师工作

的,可以继续保留律师资格;取得律师资格仅仅是律师执业的前提条件,此时尚不具有律师的身份,只有同时符合其他条件,并且本人提出执业申请,经司法行政机关批准并颁发律师执业证书,方可担任律师,从事律师业务。

在律师执业的禁止条件方面,律师法第7条明确规定,申请人有下列情形之一的,不予颁发律师执业证书:(1)无民事行为能力或者限制民事行为能力的;(2)受过刑事处罚的,但过失犯罪的除外;(3)被开除公职或者被吊销律师执业证书的。

关于律师执业的限制条件,根据律师法第10条、第11条的规定,律师执业受到以下两个方面的限制:(1)律师只能在一个律师事务所执业。(2)公务员不得兼任执业律师;律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的,任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。此外,《律师执业管理办法》第27条第3款规定:“曾经担任法官、检察官的律师,从人民法院、人民检察院离任后二年内,不得担任诉讼代理人或者辩护人。”

三、申请律师执业证书的程序

根据律师法第6条的规定,申请律师执业证书应按照下列程序进行:

1. 申请。申请人应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出书面申请,并提交国家统一司法考试合格证书、律师协会出具的申请人实习考核合格的材料、申请人的身份证明、律师事务所出具的同意接收申请人的证明。申请兼职律师执业的,还应当提交所在单位同意申请人兼职从事律师职业的证明,然后由律师事务所将上述申请材料报送住所地司法行政机关。

2. 审查。受理申请的部门应当自受理之日起20日内予以审查,并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门。

3. 批准发证。省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门应当自收到报送材料之日起10日内予以审核,作出是否准予执业的决定。准



予执业的,向申请人颁发律师执业证书;不准予执业的,向申请人书面说明理由。

根据律师法第7条的规定,申请人有下列情形之一的,不予颁发律师执业证书:(1)无民事行为能力或者限制民事行为能力的;(2)受过刑事处罚的,但过失犯罪的除外;(3)被开除公职或者被吊销律师执业证书的。

《律师执业管理办法》第三章对律师执业许可程序进行了细化规定。

律师执业许可,由设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关受理执业申请并进行初审,报省、自治区、直辖市司法行政机关审核,作出是否准予执业的决定。

申请律师执业,应当向设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关提交下列材料:(1)执业申请书;(2)法律职业资格证书或者律师资格证书;(3)律师协会出具的申请人实习考核合格的材料;(4)申请人的身份证明;(5)律师事务所出具的同意接收申请人的证明。

申请执业许可时,申请人应当如实填报《律师执业申请登记表》。

申请兼职律师执业,除按照前述规定提交有关材料外,还应当提交下列材料:(1)在高等院校、科研机构从事法学教育、研究工作的经历及证明材料;(2)所在单位同意申请人兼职律师执业的证明。

设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关对申请人提出的律师执业申请,应当根据下列情况分别作出处理:(1)申请材料齐全、符合法定形式的,应当受理。(2)申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者自收到申请材料之日起5日内一次告知申请人需要补正的全部内容。申请人按要求补正的,予以受理;逾期不告知的,自收到申请材料之日起即为受理。(3)申请事项明显不符合法定条件或者申请人拒绝补正、无法补正有关材料的,不予受理,并向申请人书面说明理由。

受理申请的司法行政机关应当自决定受理之日起20日内完成对申请材料的审查。在审查过程中,可以征求申请执业地的县级司法行政机关的意见;对于需要调查核实有关情况的,

可以要求申请人提供有关的证明材料,也可以委托县级司法行政机关进行核实。经审查,应当对申请人是否符合法定条件、提交的材料是否真实齐全出具审查意见,并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市司法行政机关。

省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到受理申请机关报送的审查意见和全部申请材料之日起10日内予以审核,作出是否准予执业的决定。准予执业的,应当自决定之日起10日内向申请人颁发律师执业证书。不准予执业的,应当向申请人书面说明理由。

律师执业证书是律师依法获准执业的有效证件。根据2009年9月1日司法部发布的《律师和律师事务所执业证书管理办法》,律师执业证书包括适用于专职、兼职律师的“律师执业证”和适用于香港、澳门、台湾居民在内地(大陆)从事律师职业的“律师执业证”两种。律师应当妥善保管执业证书,不得变造、涂改、抵押、出借、出租和故意损毁。律师应当依法使用执业证书。律师执业应当出示律师执业证书。

同时,实行申请律师执业人员的实习制度。根据中华全国律师协会制定的《申请律师执业人员实习管理规则》,申请律师执业人员的实习期为1年;实习人员在实习期间应当参加律师协会组织的集中培训和律师事务所安排的实务训练,遵守实习管理规定,实习期满接受律师协会的考核;律师协会应当根据律师是中国特色社会主义法律工作者的定位,按照“政治坚定、法律精通、维护正义、恪守诚信”的培养目标和本规则的规定,组织管理申请律师执业人员的实习活动,指导律师事务所做好实习人员的教育、训练和管理工作,严格实施实习考核标准和考核程序,确保实习质量;律师协会对实习活动的管理,应当接受司法行政机关的指导和监督。

四、律师宣誓制度

2000年6月17日第四届中华全国律师协会常务理事会议第七次会议审议通过了关于实行律师执业宣誓制度的决定,规定律师执业宣誓和入会宣誓一并举行。司法部2012年2月3日《关于印发〈关于建立律师宣誓制度的决定〉

新华考资
www.xhkdzu.com

的通知》(司法通〔2012〕19号)的规定,根据律师法决定在全国建立律师宣誓制度。

经司法行政机关许可,首次取得或者重新申请取得律师执业证书的人员,应当参加律师宣誓。律师宣誓,应当在律师获得执业许可之日起3个月内,采取分批集中的方式进行。律师宣誓仪式,由设区的市级或者直辖市司法行政机关会同律师协会组织进行。

律师宣誓仪式的要求包括:(1)宣誓会场悬挂中华人民共和国国旗;(2)宣誓仪式由司法行政机关负责人主持,领誓人由律师协会会长或者副会长担任;(3)宣誓仪式设监誓人,由司法行政机关和律师协会各派一名工作人员担任;(4)宣誓人宣誓时,应着律师职业装(或律师袍),免冠,佩戴中华全国律师协会会徽,呈立正姿势,面向国旗,右手握拳上举过肩,随领誓人宣誓;(5)宣读誓词应当发音清晰、准确,语音铿锵有力。

律师宣誓的程序为:(1)宣誓人面向国旗列队站立,唱国歌;(2)领誓人逐句领读誓词,宣誓人跟读,领誓人领读完誓词,读毕“宣誓人”后,宣誓人自报姓名;(3)宣誓人在誓词上签署姓名、宣誓日期。

律师宣誓的誓词为:我志愿成为一名中华人民共和国执业律师,我保证忠实履行中国特色社会主义法律工作者的神圣使命,忠于祖国,忠于人民,拥护中国共产党的领导,拥护社会主义制度,维护宪法和法律尊严,执业为民,勤勉敬业,诚信廉洁,维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平正义,为中国特色社会主义事业努力奋斗!

律师应当自觉践行宣誓誓词,将誓词作为指引律师执业活动的行为准则,依法、诚信、尽责执业,恪守职业道德和执业纪律,接受司法行政机关、律师协会、当事人和社会的监督。

法律援助律师、公职律师和公司律师的宣誓,参照执行。

五、律师的业务范围

根据法律规定,我国的律师在广泛的领域为社会提供法律服务。律师法第28条规定,律

师可以从事下列业务:(1)接受自然人、法人或者其他组织的委托,担任法律顾问;(2)接受民事案件、行政案件当事人的委托,担任代理人,参加诉讼;(3)接受刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的委托或者依法接受法律援助机构的指派,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼;(4)接受委托,代理各类诉讼案件的申诉;(5)接受委托,参加调解、仲裁活动;(6)接受委托,提供非诉讼法律服务;(7)解答有关法律的询问、代写诉讼文书和有关法律事务的其他文书。以上律师业务,根据实践中的做法,具体可以归纳为11个方面,即担任法律顾问、民事诉讼代理、行政诉讼代理、刑事法律帮助、刑事辩护、刑事诉讼代理、申诉代理、仲裁代理、非诉讼法律事务、法律咨询、代书。这些律师业务包括诉讼业务和非诉讼业务两大类。传统的律师业务主要集中在诉讼业务,但随着我国经济社会的发展,非诉讼业务在整个律师业务中所占的比重将会越来越大。

同时,根据律师法第29~31条的规定,律师担任法律顾问的,应当按照约定为委托人就有关法律问题提供意见,草拟、审查法律文书,代理参加诉讼、调解或者仲裁活动,办理委托的其他法律事务,维护委托人的合法权益。律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的,应当在受委托的权限内,维护委托人的合法权益。律师担任辩护人的,应当根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。

按照法律规定,律师承办业务,必须由律师事务所统一接受委托,与委托人签订委托合同;律师从事的业务活动必须符合法律规定的范围;律师进行的各项业务活动受法律保护;律师从事业务活动,既要遵守国家宪法和法律、法规,也要遵守律师职业道德和执业纪律。

六、律师的权利和义务

(一) 律师的权利

律师的权利是律师在执业过程中依法享有



的可以自主决定做出某种行为的许可和保障手段,是为一定行为的可能性。律师的权利是法律为保障律师依法执行职务所赋予的与职务身份相联系的权利。

根据律师法、刑事诉讼法、民事诉讼法、行政诉讼法等法律的规定,我国律师在执业时享有以下权利:

1. 接受辩护委托权、代理委托权。刑事诉讼法第33条规定,犯罪嫌疑人自被侦查机关第一次讯问或者采取强制措施之日起,有权委托辩护人;在侦查期间,只能委托律师作为辩护人。被告人有权随时委托辩护人。侦查机关在第一次讯问犯罪嫌疑人或者对犯罪嫌疑人采取强制措施的时候,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民检察院自收到移送审查起诉的案件材料之日起3日以内,应当告知犯罪嫌疑人有权委托辩护人。人民法院自受理案件之日起3日以内,应当告知被告人有权委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人在押期间要求委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当及时转达其要求。犯罪嫌疑人、被告人在押的,也可以由其监护人、近亲属代为委托辩护人。辩护人接受犯罪嫌疑人、被告人委托后,应当及时告知办理案件的机关。律师法第28条第3项规定:“接受刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的委托或者依法接受法律援助机构的指派,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼。”律师法第31条又规定:“律师担任辩护人的,应当根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。”

2. 同犯罪嫌疑人、被告人会见权。律师法第33条规定,律师担任辩护人的,有权持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函,依照刑事诉讼法的规定会见在押或者被监视居住的犯罪嫌疑人、被告人。辩护律师会见犯罪嫌疑人、被告人时不被监听。刑事诉讼法第36条规定,辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;

申请变更强制措施;向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见。刑事诉讼法第37条第1款规定,辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可,也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。

3. 查阅案卷权。律师法第34条规定,律师担任辩护人的,自人民检察院对案件审查起诉之日起,有权查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。刑事诉讼法第38条规定,辩护律师自人民检察院对案件审查起诉之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料。此外,民事诉讼法第61条、行政诉讼法第30条都规定代理诉讼的律师可以按照规定查阅有关材料。

4. 调查取证权。为保障律师正常执业,律师法第35条规定:“受委托的律师根据案情的需要,可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据或者申请人民法院通知证人出庭作证。律师自行调查取证的,凭律师执业证书和律师事务所证明,可以向有关单位或者个人调查与承办法律事务有关的情况。”刑事诉讼法第41条规定:“辩护律师经证人或者其他有关单位和个人同意,可以向他们收集与本案有关的材料,也可以申请人民检察院、人民法院收集、调取证据,或者申请人民法院通知证人出庭作证。辩护律师经人民检察院或者人民法院许可,并且经被害人或者其近亲属、被害人提供的证人同意,可以向他们收集与本案有关的材料。”民事诉讼法第61条规定,代理诉讼的律师和其他诉讼代理人有权调查收集证据,可以查阅本案有关材料。行政诉讼法第30条规定:“代理诉讼的律师,可以依照规定查阅本案有关材料,可以向有关组织和公民调查,收集证据……”

5. 依法执行职务受法律保障的权利。律师法第37条规定:“律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是,发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。律师在参与诉讼活动中涉嫌犯罪的,侦查机关应当及时通知其所在的律师事务所或者所属的律师协会;被依法拘留、逮捕的,侦查机关

应当依照刑事诉讼法的规定通知该律师的家属。”律师依法执行职务受法律保障,这既是律师的一项权利,也是律师行使其他权利的保障性规定。在司法实践中,律师执业缺乏必要保障的问题确实存在,侵犯律师人身权利,干扰、刁难律师工作,不尊重律师,侮辱、报复、陷害律师的事情时有发生。因此,强调该项权利,对于保障律师依法执业十分重要。

6. 拒绝辩护或代理权。法律规定在特定条件下律师有权拒绝辩护或者代理。律师法第32条第2款规定:“律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或者代理。但是,委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的,律师有权拒绝辩护或者代理。”按照规定,律师拒绝辩护或者代理的,须经律师事务所主任批准,因为委托人与律师事务所所有委托合同关系;属人民法院指定的辩护人拒绝辩护的,须经人民法院同意。

7. 要求回避、申请复议权。刑事诉讼法第31条第2款规定,辩护人、诉讼代理人可以依照规定要求回避、申请复议。

8. 得到人民法院开庭通知权。我国刑事诉讼法第182条规定,人民法院决定开庭审判后,应当确定合议庭的组成人员,将人民检察院的起诉书副本至迟在开庭10日以前送达被告人及其辩护人。在开庭以前,审判人员可以召集公诉人、当事人和辩护人、诉讼代理人,对回避、出庭证名单、非法证据排除等与审判相关的问题,了解情况,听取意见。人民法院确定开庭日期后,应当将开庭的时间、地点通知人民检察院,传唤当事人,通知辩护人、诉讼代理人、证人、鉴定人和翻译人员,传票和通知书至迟在开庭3日以前送达。公开审判的案件,应当在开庭3日以前先期公布案由、被告人姓名、开庭时间和地点。民事诉讼法第125条规定,人民法院应当在立案之日起5日内将起诉状副本发送被告,被告在收到之日起15日内提出答辩状。民事诉讼法第136条规定,人民法院审理民事案件,应当在开庭3日前通知当事人和其他诉讼参与人。公开审理的,应当公告当事人姓名、

案由和开庭的时间、地点。

9. 在法庭审理阶段的权利。律师法第36条规定:“律师担任诉讼代理人或者辩护人的,其辩论或者辩护的权利依法受到保障。”根据我国刑事诉讼法、民事诉讼法和行政诉讼法等有关规定,在法庭审理时律师享有广泛的权利,具体包括对法庭不当询问的拒绝回答权、发问权、提出新证据的权利、质证权、参加法庭辩论的权利等。律师法第37条第2款规定:“律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是,发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。”

10. 代为上诉的权利。律师参加诉讼活动,在认为地方各级人民法院的一审判决、裁定有错误时,经当事人同意或授权,可以代其向上一级人民法院提起上诉。根据刑事诉讼法第216条的相关规定,被告人的辩护人和近亲属,经被告人同意,可以提出上诉。附带民事诉讼的当事人和他们的法定代理人,可以对地方各级人民法院第一审的判决、裁定中的附带民事诉讼部分,提出上诉。民事诉讼法第59条也规定,诉讼代理人提起上诉,“必须有委托人的特别授权”。

11. 代理申诉或控告权。律师法第28条第4项规定,律师可以“接受委托,代理各类诉讼案件的申诉”。同时,律师法第28条第3项规定,律师可以接受刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的委托或者依法接受法律援助机构的指派,担任辩护人,接受自诉案件自诉人、公诉案件被害人或者其近亲属的委托,担任代理人,参加诉讼。

12. 获取本案诉讼文书副本的权利。律师承办诉讼案件,有权获得人民法院判决书、裁定书的副本和人民检察院起诉书、抗诉书的副本;律师参加仲裁活动,有权获得仲裁机构的裁决书的副本。

13. 为犯罪嫌疑人、被告人申请变更和要求解除强制措施的权利。刑事诉讼法第95条规定,犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人有权申请变更强制措施。第97条规定,人民法院、人民检察院或者公安机关对



被采取强制措施法定期限届满的犯罪嫌疑人、被告人,应当予以释放、解除取保候审、监视居住或者依法变更强制措施。犯罪嫌疑人、被告人及其法定代理人、近亲属或者辩护人对于人民法院、人民检察院或者公安机关采取强制措施法定期限届满的,有权要求解除强制措施。

同时,在律师行业发展、律师业务开拓方面做出突出贡献的律师有权获得奖励。根据2003年12月27日中华全国律师制定的《协会会员奖励办法》,律师协会对会员的奖励方式为通报表扬、嘉奖、授予荣誉称号;各级律师协会常务理事负责各级律师协会会员奖励工作的规则制定、奖励审批及公告;各级律师协会设立会员奖励工作专门机构,负责奖励工作的评审及有关工作;律师协会秘书处负责奖励日常工作。

为进一步加强和改进维护律师执业合法权益工作,充分发挥律师队伍在全面推进依法治国中的重要作用,2013年3月29日,中华全国律师协会发布了《关于进一步加强和改进维护律师执业合法权益工作的意见》,进一步明确了加强和改进维护律师执业合法权益工作的指导思想、主要任务和基本原则,明确了全国律协和地方律师协会维权工作职责,并对建立健全维权工作机制和进一步提高维权工作水平提出了新的要求。

(二) 律师的义务

律师的义务是国家通过法律规定对律师行为的一种约束手段,是律师为一定行为的必要性。律师在执业过程中享有权利的同时也应承担相应的义务。根据我国法律的规定,律师的义务包括下列几方面:

1. 只能在一个律师事务所执业。律师法第10条规定:“律师只能在一个律师事务所执业。律师变更执业机构的,应当申请换发律师执业证书。律师执业不受地域限制。”这是为了有效地对律师进行管理。

为保护委托人合法权益,防止律师因变更执业机构而逃避责任情形的发生,《律师执业管理办法》第20条规定,律师变更执业机构,应当向拟变更的执业机构所在地设区的市级或者直

辖市的区(县)司法行政机关提出申请,并提交原执业机构所在地县级司法行政机关出具的申请人无不得变更执业机构情形的证明、解除聘用关系或者合伙关系以及办结业务、档案、财务等交接手续等证明材料。《律师执业管理办法》第21条规定,律师受到停止执业处罚期间,不得申请变更执业机构;律师事务所受到停业整顿处罚期限未届满的,该所负责人、合伙人和对律师事务所受到停业整顿处罚负有直接责任的律师不得申请变更执业机构;律师事务所应当终止的,在完成清算、办理注销前,该所负责人、合伙人和对律师事务所被吊销执业许可证负有直接责任的律师不得申请变更执业机构。

2. 加入所在地的地方律师协会,并履行律师协会章程规定的义务。律师法第45条规定,律师、律师事务所应当加入所在地的地方律师协会。加入地方律师协会的律师、律师事务所,同时是全国律师协会的会员。律师协会会员享有律师协会章程规定的权利,履行律师协会章程规定的义务。这是为了对律师进行管理,确保律师培训、教育和监督工作的正常开展。

3. 不得私自接受委托、收取费用。律师法第25条第1款规定:“律师承办业务,由律师事务所统一接受委托,与委托人签订书面委托合同,按照国家规定统一收取费用并如实入账。”第40条第1项规定,律师不得私自接受委托、收取费用,接受委托人的财物或者其他利益。这是为了避免影响律师事务所的声誉、减少律师事务所的收入、给委托人带来损害。

同时,为防止不正当竞争、危害律师业的发展,律师法第26条明确规定:“律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务。”

4. 不得利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益,或者接受对方当事人的财物。为了维护律师与委托人之间的正常关系,律师法第40条第1项规定,律师不得“私自接受委托、收取费用,接受委托人的财物或者其他利益”。为保障委托人利益,律师法第40条第2项规定,律师不得“利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益”。律师法第40条第3项

规定,律师不得“接受对方当事人的财物或者其他利益,与对方当事人或者第三人恶意串通,侵害委托人的权益”。

5. 不得在同一案件中,为双方当事人担任代理人。为维护当事人的合法权益,律师法第39条规定:“律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人,不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。”

6. 律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或代理。律师法第32条第2款对此规定:“律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或者代理。但是,委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的,律师有权拒绝辩护或者代理。”

7. 不得违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员;不得向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿、介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿。律师法第40条第4项规定:律师不得“违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员”。律师法第40条第5项规定:律师不得“向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿,介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿,或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件”。

8. 不得提供虚假证据,隐瞒事实或者威胁、利诱他人提供虚假证据,隐瞒事实以及妨碍对方当事人合法取得证据。律师法第40条第6项规定,律师不得“故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据,妨碍对方当事人合法取得证据”。

9. 不得扰乱法庭、仲裁庭秩序,干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。律师应当尊重法院及仲裁机构,遵守法庭、仲裁庭秩序。律师法第40条第8项规定,律师不得“扰乱法庭、仲裁庭秩序,干扰诉讼、仲裁活动的正常进行”。

10. 应当保守在执业活动中知悉的国家秘密和当事人的商业秘密,不得泄露当事人的隐私。为增强当事人对律师的信赖,维护律师的信誉,律师法第38条规定:“律师应当保守在执

业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息,应当予以保密。但是,委托人或者其他准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。”

11. 曾担任法官、检察官的律师,从人民法院、人民检察院离任后2年内,不得担任诉讼代理人或者辩护人。为避免不当影响、实现司法公正,律师法第41条明确规定:“曾经担任法官、检察官的律师,从人民法院、人民检察院离任后二年内,不得担任诉讼代理人或者辩护人。”

12. 按照国家规定承担法律援助义务。律师法第42条规定:“律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务,为受援人提供符合标准的法律服务,维护受援人的合法权益。”

13. 依法纳税。宪法第56条规定:“中华人民共和国公民有依照法律纳税的义务。”律师法第25条第2款规定:“律师事务所和律师应当依法纳税。”个人所得税法规定,律师应当就其工资、薪金所得和劳务报酬缴纳个人所得税。

七、律师执业的基本原则

律师执业的基本原则是指导律师执业的基本准则,反映了律师活动的基本精神。根据律师法第3条的规定,我国律师执业应当遵循的基本原则包括合法性原则、以事实为根据以法律为准绳原则、接受监督原则、法律保护原则。

1. 合法性原则。

律师法第3条第1款规定:“律师执业必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律。”据此,律师的执业活动必须遵循合法性原则,执业主体合法,执业内容合法,执业程序合法。

同时,律师在执业活动中还必须严格遵守职业道德和执业纪律,维护行业声誉。

2. 以事实为根据、以法律为准绳原则。

以事实为根据,以法律为准绳,是我国所有法律工作者处理各种法律问题都必须遵循的根本原则。我国律师法第3条第2款规定:“律师执业必须以事实为根据,以法律为准绳。”



以事实为根据,是指律师在办理所有法律事务时,都要实事求是,忠实于事实真相。这就要求律师在执业活动中,深入调查研究,认真查阅案卷,掌握确实、充分的证据,查明事物的本来面目,弄清事实和情节,并以此为根据来办理各种法律事务或提出解决问题的意见;另外,还要求律师在执业过程中要坚持原则,不能迎合委托人、屈服于外部干涉而歪曲事实真相为当事人谋取非法利益。

以法律为准绳,是指律师在各项业务活动中,都要严格依法办事,忠于国家的法律和制度,正确地理解和运用法律来办理法律事务或者提出解决问题的意见。对于律师来讲,既要遵守实体法,又要遵守程序法,既要严格适用法律条文,又要尊重立法原意,把“维护法律的正确实施”作为自己的根本任务和崇高目标,绝不允许随心所欲,规避法律,曲解法律,甚至公然违反法律,破坏法律的尊严。如果在执业活动中遇有法律不完备的情况,律师应当根据宪法有关规定的精神,从有利于社会主义事业、有利于人民利益出发,妥善地处理有关问题,而不应钻法律不完备的空子,做有损于国家和人民的事情。此外,律师还要密切注意新的法律、法规、条例以及司法解释,要及时学习并认真贯彻执行;注意有关部门宣布废除的法律、法规以及司法解释,及时停止运用。

3. 接受监督原则。

为提高律师队伍素质,促进律师依法执业,律师法第3条第3款规定:“律师执业应当接受国家、社会和当事人的监督。”

在接受国家监督方面,司法行政部门有权按照律师法的规定对律师、律师事务所和律师协会进行监督;律师和律师事务所所有违反律师法规定的行为的,由省、自治区、直辖市及设区的市人民政府司法行政部门依照律师法的规定予以处罚。税务部门有权对律师和律师事务所是否依法纳税的情况进行监督,对于律师和律师事务所偷税、漏税、抗税、欠税的,由税务机关按照有关规定进行处理。劳动部门有权对律师和律师事务所是否依法用工的情况进行监督。

在接受社会监督方面,律师执业中应当接

受共产党的监督、民主党派的监督、社会团体的监督、群众组织的监督、人民群众的监督和社会舆论的监督。任何单位和个人对律师违反职业道德和执业纪律的行为都可以提出批评。

在接受当事人监督方面,当事人有权就律师在提供法律服务中的违法违纪行为向司法行政机关或律师协会提出控告,要求依法处理;对于律师违法执业或者因过错给自己造成损失的,有权向人民法院提起诉讼,要求其所在的律师事务所承担赔偿责任。

4. 法律保护原则。

律师依法独立执业是律师发挥作用的前提。律师法第3条第4款规定:“律师依法执业受法律保护,任何组织和个人不得侵害律师的合法权益。”律师法第36条规定,律师担任诉讼代理人或者辩护人的,其辩论或者辩护的权利依法受到保障。律师法第37条规定,律师在执业活动中的人身权利不受侵犯。律师在法庭上发表的代理、辩护意见不受法律追究。但是,发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论除外。律师法第46条第1项规定,律师协会的首要职责是保障律师依法执业,维护律师的合法权益。

我们需要进一步强调律师依法执业不受非法干涉、律师依法进行的业务活动不受法律追究、律师在执业活动中的人身权利不受侵犯,继续加强律师权利保障制度的建设,使得律师制度能够以制度作保障,以法制作保障,成为社会普遍应该使用、能够使用、自觉使用的一项重要的基本法律制度。律师协会在保障律师依法执业、维护律师的合法权益需要发挥更大作用。

第三节 律师事务所

一、律师事务所的性质

律师法第14条规定:“律师事务所是律师的执业机构……”据此,律师事务所是组织律师从事法律服务活动的组织,律师执业是以律师事务所的名义进行,所产生的法律责任由律师事务所承担;司法行政机关对律师的行政管理

新华考资
www.xhkedu.com

事务所的管理来实现和落实的。

律师事务所为市场中介组织。1993年11月党的十四届三中全会通过的《中共中央关于建立社会主义市场经济体制若干问题的决定》把律师事务所的性质界定为市场中介组织,即律师事务所要依法通过资格认定,依据市场规则,建立自律性运行机制,承担相应的经济和法律责任,并接受政府有关部门的管理和监督。律师事务所为市场主体等提供法律服务,对市场经济的健康发展和保持社会的安定团结有着重要的作用。

二、律师事务所的分类

根据律师法的规定,我国的律师事务所所有合伙律师事务所、个人律师事务所、国资律师事务所三种类型。考虑到合作律师事务所作为过渡形式在实践中已经基本消失,修订后的律师法未再保留有关合作律师事务所的规定。

1. 合伙律师事务所。律师法第15条规定,设立合伙律师事务所,除应当符合律师法规定的一般条件外,还应当有3名以上合伙人,设立人应当是具有3年以上执业经历的律师。合伙律师事务所可以采用普通合伙或者特殊的普通合伙形式设立。合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。合伙律师事务所是依法设立的由合伙人依照合伙协议约定,共同出资、共同管理、共同收益、共担风险的律师执业机构。这是一种是世界各国广泛采用的律师事务所形式,也比较符合我国现阶段国情的需要。

2. 个人律师事务所。律师法第16条规定:“设立个人律师事务所,除应当符合本法第十四条规定的条件外,设立人还应当是具有五年以上执业经历的律师。设立人对律师事务所的债务承担无限责任。”一般认为,个人律师事务所是由一名律师个人投资设立,财产归其个人所有,开业律师以其个人财产对事务所债务承担无限责任的律师执业机构。

3. 国资律师事务所。司法行政机关根据国家需要设立国资律师事务所。我国律师法第20条规定:“国家出资设立的律师事务所,依法

自主开展律师业务,以该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。”

三、律师事务所的设立

设立律师事务所,需要律师根据法定的条件和程序提出申请并由司法行政机关依法审批。《律师事务所管理办法》第2条第2款规定:“律师事务所的设立和发展,应当根据国家和地方经济社会发展的需要,实现合理分布、均衡发展。”

1. 设立条件。

根据律师法第14条的规定,设立律师事务所应当具备下列条件:(1)有自己的名称、住所和章程;(2)有符合本法规定的律师;(3)设立人应当是具有一定的执业经历,且3年内未受过停止执业处罚的律师;(4)有符合国务院司法行政部门规定数额的资产。这四个条件,实际上是律师事务所的资格条件,律师事务所只有具备这些资格条件后,才具有行使执业权利、履行执业义务的前提和基础。

根据2010年1月4日司法部发布的《律师事务所名称管理办法》,律师事务所只能选择、使用一个名称。律师事务所名称应当使用符合国家规范的汉字。民族自治地方律师事务所的名称,可以同时使用本民族自治地方通用的民族语言文字。律师事务所名称应当由“省(自治区、直辖市)行政区划地名、字号、律师事务所”三部分内容依次组成。合伙律师事务所的名称,可以使用设立人的姓名连缀或者姓氏连缀作字号。设立律师事务所,应当在申请设立许可前,按照《律师事务所名称管理办法》的规定办理律师事务所名称预核准。

根据《律师事务所管理办法》的规定,设立普通合伙律师事务所,除应当符合律师法第14条规定的条件外,还应当具备下列条件:(1)有书面合伙协议;(2)有3名以上合伙人作为设立人;(3)设立人应当是具有3年以上执业经历并能够专职执业的律师;(4)有人民币30万元以上的资产。

设立特殊的普通合伙律师事务所,除应当符合律师法第14条规定的条件外,还应当具备

新华考资

www.xhkzedu.com



下列条件:(1)有书面合伙协议;(2)有20名以上合伙人作为设立人;(3)设立人应当是具有3年以上执业经历并能够专职执业的律师;(4)有人民币1000万元以上的资产。

设立个人律师事务所,除应当符合律师法第14条规定的条件外,还应当具备下列条件:(1)设立人应当是具有5年以上执业经历并能够专职执业的律师;(2)有人民币10万元以上的资产。

国家出资设立的律师事务所,除符合律师法规定的一般条件外,应当至少有2名符合律师法规定并能够专职执业的律师。需要国家出资设立律师事务所的,由当地县级司法行政机关筹建,申请设立许可前须经所在地县级人民政府有关部门核拨编制、提供经费保障。

省、自治区、直辖市司法行政机关可以根据本地经济社会发展状况和律师业发展需要,适当调整《律师事务所管理办法》规定的普通合伙律师事务所、特殊的普通合伙律师事务所和个人律师事务所的设立资产数额,报司法部批准后实施。

设立律师事务所,其申请的名称应当符合司法部有关律师事务所名称管理的规定,并应当在申请设立许可前按规定办理名称检索。

律师事务所负责人人选,应当在申请设立许可时一并报审核机关核准。合伙律师事务所的负责人,应当从本所合伙人中经全体合伙人选举产生;国家出资设立的律师事务所的负责人,由本所律师推选,经所在地县级司法行政机关同意。个人律师事务所设立人是该所的负责人。

律师事务所章程应当包括下列内容:(1)律师事务所的名称和住所;(2)律师事务所的宗旨;(3)律师事务所的组织形式;(4)设立资产的数额和来源;(5)律师事务所负责人的职责以及产生、变更程序;(6)律师事务所决策、管理机构设置、职责;(7)本所律师的权利与义务;(8)律师事务所有关执业、收费、财务、分配等主要管理制度;(9)律师事务所解散的事由、程序以及清算办法;(10)律师事务所章程的解释、修改程序;(11)其他需要载明的事项。

设立合伙律师事务所的,其章程还应当载明合伙人的姓名、出资额及出资方式。律师事务所章程的内容不得与有关法律、法规、规章相抵触。律师事务所章程自省、自治区、直辖市司法行政机关作出准予设立律师事务所决定之日起生效。

合伙协议应当载明下列内容:(1)合伙人,包括姓名、居住地、身份证号、律师执业经历等;(2)合伙人的出资额及出资方式;(3)合伙人的权利、义务;(4)合伙律师事务所负责人的职责以及产生、变更程序;(5)合伙人会议的职责、议事规则等;(6)合伙人收益分配及债务承担方式;(7)合伙人入伙、退伙及除名的条件和程序;(8)合伙人之间争议的解决方法和程序,违反合伙协议承担的责任;(9)合伙协议的解释、修改程序;(10)其他需要载明的事项。

合伙协议的内容不得与有关法律、法规、规章相抵触。合伙协议由全体合伙人协商一致并签名,自省、自治区、直辖市司法行政机关作出准予设立律师事务所决定之日起生效。

2. 设立程序。

根据律师法第17条、第18条的规定,申请设立律师事务所一般应当经过申请、审批两个阶段。

申请设立律师事务所,应当提交下列材料:(1)申请书;(2)律师事务所的名称、章程;(3)律师的名单、简历、身份证明、律师执业证书;(4)住所证明;(5)资产证明。设立合伙律师事务所,还应当提交合伙协议。设立国家出资设立的律师事务所,应当提交所在地县级人民政府有关部门出具的核拨编制、提供经费保障的批件。申请设立许可时,申请人应当如实填报《律师事务所设立申请登记表》。

设立律师事务所,应当向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提出申请。设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关对申请人提出的设立律师事务所申请,应当根据下列情况分别作出处理:(1)申请材料齐全、符合法定形式的,应当受理。(2)申请材料不齐全或者不符合法定形式的,应当当场或者自收到申请材料之日起5日内一次告知申请人需要

新华考资
www.xhkzedu.com

补正的全部内容。申请人按要求补正的,予以受理;逾期不告知的,自收到申请材料之日起即为受理。(3)申请事项明显不符合法定条件或者申请人拒绝补正、无法补正有关材料的,不予受理,并向申请人书面说明理由。受理申请的司法行政机关应当在决定受理之日起20日内完成对申请材料的审查。在审查过程中,可以征求拟设立律师事务所所在地县级司法行政机关的意见;对于需要调查核实有关情况的,可以要求申请人提供有关证明材料,也可以委托县级司法行政机关进行核实。经审查,应当对设立律师事务所的申请是否符合法定条件、材料是否真实齐全出具审查意见,并将审查意见和全部申请材料报送省、自治区、直辖市司法行政机关。省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到受理申请机关报送的审查意见和全部申请材料之日起10日内予以审核,作出是否准予设立律师事务所的决定。准予设立的,应当自决定之日起10日内向申请人颁发律师事务所执业许可证。不准予设立的,应当向申请人书面说明理由。律师事务所设立申请人应当在领取执业许可证后60日内,按照有关规定刻制印章、开立银行账户、办理税务登记,完成律师事务所开业的各项准备工作,并将刻制的律师事务所公章、财务章印模和开立的银行账户报所在地设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关备案。有下列情形之一的,由作出准予设立律师事务所决定的省、自治区、直辖市司法行政机关撤销原准予设立的决定,收回并注销律师事务所执业许可证:(1)申请人以欺骗、贿赂等不正当手段取得准予设立决定的;(2)对不符合法定条件的申请或者违反法定程序作出准予设立决定的。

律师事务所执业证书是律师事务所依法获准设立并执业的有效证件。根据2009年9月21日司法部发布的《律师和律师事务所执业证书管理办法》,律师事务所执业证书包括律师事务所执业许可证、律师事务所分所执业许可证。律师事务所(含律师事务所分所)执业证书分为正本和副本,正本和副本具有同等的法律效力。律师事务所应当将执业证书正本悬挂

于执业场所的醒目位置;执业证书副本用于接受查验。

3. 变更、终止。

根据《律师事务所管理办法》的规定,律师事务所变更名称、负责人、章程、合伙协议的,应当经所在地设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关审查后报原审核机关批准。具体办法按律师事务所设立许可程序办理。

律师事务所变更住所、合伙人的,应当自变更之日起15日内经所在地设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关报原审核机关备案。

律师事务所跨县、不设区的市、市辖区变更住所,需要相应变更负责对其实施日常监督管理的司法行政机关的,应当在办理备案手续后,由其所在地设区的市级司法行政机关或者直辖市司法行政机关将有关变更情况通知律师事务所迁入地的县级司法行政机关。律师事务所拟将住所迁移其他省、自治区、直辖市的,应当按注销原律师事务所、设立新的律师事务所的程序办理。

律师事务所变更合伙人,包括吸收新合伙人、合伙人退伙、合伙人因法定事由或者经合伙人会议决议被除名。新合伙人应当从专职执业的律师中产生,并具有3年以上执业经历,但司法部另有规定的除外。受到6个月以上停止执业处罚的律师,处罚期满未逾3年的,不得担任合伙人。合伙人退伙、被除名的,律师事务所应当依照法律、本所章程和合伙协议处理相关财产权益、债务承担等事务。因合伙人变更需要修改合伙协议的,修改后的合伙协议应当按照有关规定报批。

律师事务所变更组织形式的,应当在自行依法处理好业务衔接、人员安排、资产处置、债务承担等事务并对章程、合伙协议作出相应修改后,方可按照有关规定申请变更。

律师事务所因分立、合并,需要对原律师事务所进行变更或者注销原律师事务所、设立新的律师事务所的,应当在自行依法处理好相关律师事务所的业务衔接、人员安排、资产处置、债务承担等事务后,提交分立协议或者合并协



议等申请材料,按照有关规定办理。

律师事务所有下列情形之一的,应当终止:

(1)不能保持法定设立条件,经限期整改仍不符合条件的;(2)执业许可证被依法吊销的;(3)自行决定解散的;(4)法律、行政法规规定应当终止的其他情形。律师事务所在取得设立许可后,6个月内未开业或者无正当理由停止业务活动满1年的,视为自行停办,应当终止。

律师事务所在受到停业整顿处罚期限未届满前,不得自行决定解散。

律师事务所在终止事由发生后,应当向社会公告,依照有关规定进行清算,依法处置资产分割、债务清偿等事务。因被吊销执业许可证终止的,由作出该处罚决定的司法行政机关向社会公告。因其他情形终止、律师事务所拒不公告的,由设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关向社会公告。律师事务所自终止事由发生后,不得受理新的业务。

律师事务所应当在清算结束后15日内向所在地设区的市级或者直辖市的区(县)司法行政机关提交注销申请书、清算报告、本所执业许可证以及其他有关材料,由其出具审查意见后连同全部注销申请材料报原审核机关审核,办理注销手续。律师事务所被注销的,其业务档案、财务账簿、本所印章的移管、处置,按照有关规定办理。

4. 分所。

律师法第19条规定:“成立三年以上并具有二十名以上执业律师的合伙律师事务所,可以设立分所。设立分所,须经拟设立分所所在地的省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门审核。申请设立分所的,依照本法第十八条规定的程序办理。合伙律师事务所对其分所的债务承担责任。”

按照《律师事务所管理办法》第31条的规定,成立3年以上并具有20名以上执业律师的合伙律师事务所,根据业务发展需要,可以在本所所在地的市、县以外的地方设立分所。设在直辖市、设区的市的合伙律师事务所也可以在本所所在城区以外的区、县设立分所。律师事务所及其分所受到停业整顿处罚期限未届满的,

该所不得申请设立分所;律师事务所的分所受到吊销执业许可证处罚的,该所自分所受到处罚之日起2年内不得申请设立分所。

分所应当具备下列条件:(1)有符合《律师事务所名称管理办法》规定的名称;(2)有自己的住所;(3)有3名以上律师事务所派驻的专职律师;(4)有人民币30万元以上的资产;(5)分所负责人应当是具有3年以上的执业经历并能够专职执业,且在担任负责人前3年内未受过停止执业处罚的律师。律师事务所到经济欠发达的市、县设立分所的,前款规定的派驻律师条件可以降至1至2名;资产条件可以降至人民币10万元。具体适用地区由省、自治区、直辖市司法行政机关确定。省、自治区、直辖市司法行政机关根据本地经济社会发展和律师业发展状况,需要提高前款第(3)、(4)项规定的条件,按照《律师事务所管理办法》第11条规定的程序办理。

《律师事务所管理办法》第33条规定:律师事务所申请设立分所,应当提交下列材料:(1)设立分所申请书;(2)本所基本情况,本所设立许可机关为其出具的符合律师法第19条和《律师事务所管理办法》第31条规定条件的证明;(3)本所执业许可证复印件,本所章程和合伙协议;(4)拟在分所执业的律师的名单、简历、身份证明和律师执业证书复印件;(5)拟任分所负责人的人选及基本情况,该人选执业许可机关为其出具的符合《律师事务所管理办法》第32条第1款第5项规定条件的证明;(6)分所的名称,分所住所证明和资产证明;(7)本所制定的分所管理办法。申请设立分所时,申请人应当如实填报律师事务所分所设立申请登记表。

律师事务所申请设立分所,由拟设立分所所在地设区的市级或者直辖市(县)司法行政机关受理并进行初审,报省、自治区、直辖市司法行政机关审核,决定是否准予设立分所。具体程序按照《律师事务所管理办法》第18~20条的规定办理。准予设立分所的,由设立许可机关向申请人颁发律师事务所分所执业许可证。

根据《律师事务所管理办法》第35条的规定,分所除由律师事务所派驻律师外,可以依照《律师执业管理办法》的规定面向社会聘用律师。派驻分所律师,参照《律师执业管理办法》有关律师变更执业机构的规定办理,由准予设立分所的省、自治区、直辖市司法行政机关予以换发执业证书,原执业证书交回原颁证机关;聘用分所律师,依照《律师执业管理办法》规定的申请律师执业许可或者变更执业机构的程序办理。

律师事务所决定变更分所负责人的,应当经分所所在地设区的市级或者直辖市(县)司法行政机关报分所设立许可机关批准;变更派驻分所律师的,参照《律师执业管理办法》有关律师变更执业机构的规定办理。分所变更住所的,应当自变更之日起15日内,经分所所在地设区的市级或者直辖市(县)司法行政机关报分所设立许可机关备案。律师事务所变更名称的,应当自名称获准变更之日起30日内,经分所所在地设区的市级或者直辖市(县)司法行政机关向分所设立许可机关申请变更分所名称。

《律师事务所管理办法》第37条规定,有下列情形之一的,分所应当终止:(1)律师事务所依法终止的;(2)律师事务所不能保持《律师法》和本办法规定设立分所的条件,经限期整改仍不符合条件的;(3)分所不能保持本办法规定的设立条件,经限期整改仍不符合条件的;(4)分所在取得设立许可后6个月内未开业或者无正当理由停止业务活动满1年的;(5)律师事务所决定停办分所的;(6)分所执业许可证被依法吊销的;(7)法律、行政法规规定应当终止的其他情形。分所终止的,由分所设立许可机关注销分所执业许可证。分所终止的有关事宜按照《律师事务所管理办法》第30条的规定办理。

律师事务所应当加强对分所执业和管理活动的监督,履行下列管理职责:(1)任免分所负责人;(2)决定派驻分所律师,核准分所聘用律师人选;(3)审核、批准分所的内部管理制度;(4)审核、批准分所的年度工作计划、年度工作

总结;(5)指导、监督分所的执业活动及重大法律事务的办理;(6)指导、监督分所的财务活动,审核、批准分所的分配方案和年度财务预算、决算;(7)决定分所重要事项的变更、分所停办和分所资产的处置;(8)本所规定的其他由律师事务所决定的事项。律师事务所应当依法对其分所的债务承担责任。

按照《律师事务所管理办法》第56条的规定,律师事务所管理分所的情况,应当纳入司法行政机关对该所年度检查考核的内容;律师事务所对分所及其律师疏于管理、造成严重后果的,由该所所在地司法行政机关依法实施行政处罚。律师事务所分所及其律师,应当接受分所所在地司法行政机关的监督、指导,接受分所所在地律师协会的行业管理。

同时,跨省、自治区、直辖市设立分所的,分所所在地的省、自治区、直辖市司法行政机关应当将分所设立、变更、终止以及年度考核、行政处罚等情况及时抄送设立分所的律师事务所所在的省、自治区、直辖市司法行政机关。

四、律师事务所的管理制度

《律师事务所管理办法》第40条规定,律师事务所组织开展业务活动,应当指导本所律师依法执业,履行法律援助义务,建立承办重大疑难案件的集体研究和请示报告制度,对律师在执业活动中遵守法律、法规、规章,遵守职业道德和执业纪律的情况进行监督,发现问题及时予以纠正。根据国家的法律法规、律师协会规范、本所章程和事业发展,律师事务所形成和不断完善内部管理制度。

1. 律师事务所主任负责制。律师事务所的负责人负责对律师事务所的业务活动和内部事务进行管理,对外代表律师事务所,依法承担对律师事务所违法行为的管理责任。合伙人会议或者律师会议为合伙律师事务所或者国家出资设立的律师事务所的决策机构;个人律师事务所的重大决策应当充分听取聘用律师的意见。律师事务所的法定代表人为主任,负责执行律师会议的决议和管理律师事务所的日常事务。律师事务所主任由律师民主选举产生。国



资律师事务所主任除民主选举外还采用任命方式,其原因在于国资律师事务所主任代表国家管理事务所,管理的好坏直接关系国家利益。合伙律师事务所负责人从合伙人中产生。

2. 统一收案、收费和依法纳税制度。为加强对律师的管理,规范收费行为,律师法第25条规定:“律师承办业务,由律师事务所统一接受委托,与委托人签订书面委托合同,按照国家规定统一收取费用并如实入账。律师事务所和律师应当依法纳税。”为此,律师法第40条进一步明确规定,律师在执业活动中不得私自接受委托、收取费用,接受委托人的财物或者其他利益。律师事务所受理业务,应当进行利益冲突审查,不得违反规定受理与本所承办业务及其委托人有利益冲突的业务。律师事务所应当按照有关规定统一收费,建立健全收费管理制度,及时查处有关违规收费的举报和投诉。

3. 重大、疑难案件的研究报告制度。按照《律师事务所管理办法》的规定,律师事务所建立承办重大疑难案件的集体研究和请示报告制度。律师执业遇到重大、疑难案件时,个别律师的知识水平难以保证办案质量。遇到这种情况,承办律师应及时向律师事务所主任或主管副主任汇报,由主任或主管副主任决定是否召开全体律师或部分律师会议进行讨论,并按照少数服从多数的原则确定办理该案的方案或步骤。对于不同意见允许保留。承办律师原则上应服从集体讨论作出的方案。对专业性很强的重大、疑难案件,律师事务所还可以聘请有关专家进行讨论,所需费用从该案的收费中支付。案件讨论制度有利于保证律师事务所提供法律服务的质量,是律师维护法律的正确实施和当事人的合法权益的重要措施。

4. 业务培训和继续教育制度。律师事务所应当加强对本所律师的职业道德和执业纪律教育,组织开展业务学习和经验交流活动,为律师参加业务培训和继续教育提供条件。根据中华全国律师协会制定的《执业律师继续教育试行办法》,执业律师的继续教育应当结合执业律师的特点,采取举办脱产或业余的短期培训班、讲习班、讲座等多种形式进行。执业律师继续

教育的内容包括:律师职业道德和执业纪律教育;专门法律实务培训;新颁布法律法规培训;律师执业技能培训;律师管理法规培训以及涉外进修、学历教育、专业资格教育等。已取得律师资格申请执业的,应当参加不少于40课时的上岗前培训。中华全国律师协会统一制发执业律师继续教育登录册,用以记载、证明执业律师接受继续教育的学习情况,作为年度检验注册应当提交的证件之一。

5. 投诉查处制度。律师事务所应当建立投诉查处制度,及时查处、纠正本所律师在执业活动中的违法违规行为,调处在执业中与委托人之间的纠纷;认为需要对被投诉律师给予行政处罚或者行业惩戒的,应当及时向所在地县级以上司法行政机关或者律师协会报告。

6. 考核制度。律师事务所应当建立律师执业年度考核制度,按照规定对本所律师的执业表现和遵守职业道德、执业纪律的情况进行考核,评定等次,实施奖惩,建立律师执业档案。律师事务所应当于每年的一季度经所在地县级以上司法行政机关向设区的市级司法行政机关提交上一年度本所执业情况报告和律师执业考核结果,直辖市的律师事务所的执业情况报告和律师执业考核结果直接向所在地区(县)司法行政机关提交,接受司法行政机关的年度检查考核。具体年度检查考核办法,由司法部规定。

按照中华全国律师协会制定的《律师执业年度考核规则》,律师执业年度考核,主要考核下列内容:(1)律师在执业活动中遵守宪法、法律、法规和规章,遵守职业道德、执业纪律和行业规范,履行法定职责的情况;(2)律师遵守律师协会章程,履行会员义务的情况;(3)律师办理法律服务业务的数量、类别和服务质量,办理重大案件、群体性案件的情况;(4)律师履行法律援助义务,参加社会服务及其他社会公益活动的情况;(5)律师受行政奖惩、行业奖惩的情况;(6)省、自治区、直辖市律师协会根据需要要求考核的其他事项。律师执业年度考核结果分为“称职”、“基本称职”、“不称职”三个等次。

2010年4月8日司法部发布了《律师事务所年度检查考核办法》,规定对律师事务所进行

年度检查考核,主要检查考核律师事务所遵守宪法和法律、履行法定职责、实行自律管理的情况,具体包括下列内容:(1)律师队伍建设情况;(2)业务活动开展情况;(3)律师执业表现情况;(4)内部管理情况;(5)受行政奖惩、行业奖惩的情况;(6)履行律师协会会员义务的情况;(7)省、自治区、直辖市司法行政机关根据需要认为应当检查考核的其他事项。律师事务所年度检查考核结果分为“合格”和“不合格”二个等次。

7. 案件归档管理制度。律师事务所应当按照规定建立健全档案管理制度,对所承办业务档案、律师执业档案和有关资料及时立卷归档,妥善保管。

8. 财务管理制度。律师事务所应当按照规定建立健全财务管理制度,建立和实施收费管理、财务管理和分配管理制度。

9. 分配及奖惩制度。为调动律师的积极性、提高律师事务所的竞争力,律师事务所应当建立和实行合理的分配制度及激励机制。

此外,合伙律师事务所和国家出资设立的律师事务所应当按照规定为聘用的律师和辅助人员办理失业、养老、医疗等社会保险。个人律师事务所聘用律师和辅助人员的,应当按规定为其办理社会保险。律师事务所应当按照规定,建立执业风险、事业发展、社会保障等基金。

律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的,由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后,可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。普通合伙律师事务所的合伙人对律师事务所的债务承担无限连带责任。特殊的普通合伙律师事务所一个合伙人或者数个合伙人在执业活动中因故意或者重大过失造成律师事务所债务的,应当承担无限责任或者无限连带责任,其他合伙人以其在律师事务所中的财产份额为限承担责任;合伙人在执业活动中非因故意或者重大过失造成的律师事务所债务,由全体合伙人承担无限连带责任。个人律师事务所的设立人对律师事务所的债务承担无限责任。国家出资设立的律师事务所以其全

部资产对其债务承担责任。

五、律师收费制度

从律师的法律服务属性出发,为保证律师正常执业,国家建立律师收费制度。《律师事务所管理办法》第41条第1款规定:“律师事务所应当按照有关规定统一收费,建立健全收费管理制度,及时查处有关违规收费的举报和投诉。”

2004年3月16日,司法部发布《律师事务所收费程序规则》。2006年4月13日,国家发展和改革委员会、司法部联合颁布《律师服务收费管理办法》,对律师收费制度进行了重大改革,从而使律师服务收费更趋合理与完善。根据《律师服务收费管理办法》的规定,律师收费管理制度主要包括以下内容:

1. 律师收费原则。律师收费应遵循以下原则:第一,公开公平原则。律师为当事人提供法律服务,收取费用,应当向当事人公开收费的依据和标准,并且应当综合考虑相关因素,做到公平合理。第二,自愿有偿原则。律师为当事人提供法律服务和收取费用,均应基于当事人的自愿;同时,律师为当事人提供法律服务,有权按照《律师服务收费管理办法》向当事人收取费用。第三,诚实信用原则。律师为当事人提供法律服务,应当诚实守信,严格按照《律师服务收费管理办法》和双方签订的协议收取费用,不得欺骗当事人,也不得向当事人索取好处费或其他额外的费用。第四,统一收费原则。律师承办业务,由律师事务所统一接受委托,并且统一收费,律师不得私自向委托人收取任何费用。第五,接受监督原则。律师事务所应当公示《律师服务收费管理办法》和收费标准等信息,接受社会监督。

2. 收费方式及范围。律师服务收费实行政府指导价和市场调节价。其中,律师事务所依法提供下列法律服务实行政府指导价:(1)代理民事诉讼案件;(2)代理行政诉讼案件;(3)代理国家赔偿案件;(4)为刑事案件犯罪嫌疑人提供法律咨询、代理申诉和控告、申请取保候审,担任被告人的辩护人或自诉人、被害人的代理



人;(5)代理各类诉讼案件的申诉。政府指导价的基准价和浮动幅度由各省、自治区、直辖市人民政府价格主管部门会同同级司法行政部门制定。政府制定的律师服务收费应当充分考虑当地经济发展水平、社会承受能力和律师业的长远发展,收费标准按照补偿律师服务社会平均成本,加合理利润与法定税金确定。

律师收取的费用可以分为律师费和办案费用。律师费是指律师事务所因本所执业律师为当事人提供法律服务,根据国家法律规定或双方的自愿协商,向当事人收取的一定数量的费用。办案费用是指律师在办理案件过程中发生的律师费以外的其他费用,主要包括:(1)司法、行政、仲裁、鉴定、公证等部门收取的费用;(2)合理的通讯费、复印费、翻译费、交通费、食宿费等;(3)经委托人同意的专家论证费;(4)委托人同意支付的其他费用。这些办案费用应当由委托人在律师费之外另行支付。律师对需要由委托人承担的律师费以外的费用,应本着节俭的原则合理使用。

律师事务所提供其他法律服务,如担任法律顾问、代理仲裁、提供非诉讼法律服务、解答有关法律的询问、代书等,其收费实行市场调节价,由律师事务所与委托人协商确定。律师费的收取应当合理。律师事务所和律师应当根据国家行政管理部门、律师协会制定的相关规定合理收费。律师收费应当考虑以下合理因素:(1)从事法律服务所需工作时间、难度、包含的新意和需要的技巧等;(2)接受这一聘请会明显妨碍律师开展其他工作的风险;(3)同一区域相似法律服务通常的收费数额;(4)委托事项涉及的金额和预期的合理结果;(5)由委托人提出的或由客观环境所施加的法律服务时间限制;(6)律师的经验、声誉、专业水平和能力;(7)费用标准及支付方式是否固定,是否附有条件;(8)合理的成本。

律师服务收费可以根据不同的服务内容,采取计件收费、按标的额比例收费和计时收费等方式。其中,计件收费一般适用于不涉及财产关系的法律事务;按标的额比例收费适用于涉及财产关系的法律事务;计时收费可适用于

全部法律事务。采用计时收费的,律师应当根据委托人的要求提供工作记录清单。

此外,办理涉及财产关系的民事案件时,委托人被告知政府指导价后仍要求实行风险代理的,律师事务所可以实行风险代理收费,但下列情形除外:(1)婚姻、继承案件;(2)请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的;(3)请求给付赡养费、抚养费、扶养费、抚恤金、救济金、工伤赔偿的;(4)请求支付劳动报酬的等。禁止刑事诉讼案件、行政诉讼案件、国家赔偿案件以及群体性诉讼案件实行风险代理收费。实行风险代理收费,律师事务所应当与委托人签订风险代理收费合同,约定双方应承担的风险责任、收费方式、收费数额或比例,且最高收费金额不得高于收费合同约定标的额的30%。

3. 律师收费的确定与收取 律师事务所接受委托,应当与委托人签订律师服务收费合同或者在委托代理合同中载明收费条款。律师不得私自收案、收费。委托人所支付的费用应当直接交付律师所在的律师事务所,律师不得直接向委托人收取费用。委托人委托律师代交费用的,律师应将代收的费用及时交付律师事务所。律师事务所不得向委托人开具非正式的律师收费凭证。律师不得索要或获取除依照规定收取的法律服务费用之外的额外报酬或利益。

收费合同或收费条款应当包括:收费项目、收费标准、收费方式、收费数额、付款和结算方式、争议解决方式等内容。律师事务所与委托人签订合同后,不得单方变更收费项目或者提高收费数额。确需变更的,律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。律师事务所向委托人收取律师服务费,应当向委托人出具合法票据。

律师事务所提供法律服务过程中代委托人支付的诉讼费、仲裁费、鉴定费、公证费和查档费,不属于律师服务费,由委托人另行支付。律师事务所需要预收异地办案差旅费的,应当向委托人提供费用概算,经协商一致,由双方签字确认;确需变更费用概算的,律师事务所必须事先征得委托人的书面同意。在结算时,律师

事务所应当向委托人提供代其支付的费用和异地办案差旅费清单及有效凭证。不能提供有效凭证的部分,委托人可不予支付。

律师事务所异地设立的分支机构,应当执行分支机构所在地的收费规定;律师事务所异地提供法律服务,可以执行律师事务所所在地或者提供法律服务所在地的收费规定,具体办法由律师事务所与委托人协商确定。

4. 律师收费的减免。律师收费的减免是指在特殊情况下对委托人减收或免收律师服务费。律师事务所接受指派办理法律援助案件不得向受援人收取任何费用;对于经济确有困难,但不符合法律援助范围的公民,律师事务所可以酌情减收或免收律师服务费。对律师收费的监督检查,各级价格主管部门应加强对律师事务所收费的监督检查。律师事务所、律师有下列价格违法行为之一的,由政府价格主管部门依照价格法和《价格违法行为行政处罚规定》实施行政处罚:(1)不按规定公示《律师服务收费管理办法》和收费标准的;(2)提前或者推迟执行政府指导价的;(3)超出政府指导价范围或幅度收费的;(4)采取分解收费项目、重复收费、扩大范围等方式变相提高收费标准的;(5)以明显低于成本的收费进行不正当竞争的;(6)其他价格违法行为。

各级司法行政部门应加强对律师事务所、律师法律服务活动的监督检查。律师事务所、律师有下列违法行为之一的,由司法行政部门依照律师法等规定实施行政处罚:(1)违反律师事务所统一接受委托、签订书面委托合同或者收费合同规定的;(2)违反律师事务所统一收取律师服务费、代委托人支付的费用和异地办案差旅费规定的;(3)不向委托人提供预收异地办案差旅费用概算,不开具律师服务收费合法票据,不向委托人提交代交费用、异地办案差旅费的有效凭证的;(4)违反律师事务所统一保管、使用律师服务专用文书、财务票据、业务档案规定的;(5)违反律师执业纪律和职业道德的其他行为。

公民、法人和其他组织认为律师事务所或律师存在价格违法行为,可以通过函件、电话、

来访等形式,向价格主管部门、司法行政部门或者律师协会举报、投诉。2007年1月25日,中华全国律师协会制定了《律师服务收费争议调解规则(试行)》,中华全国律师协会、各省、自治区、直辖市律师协会成立律师收费争议调解指导委员会,负责指导律师收费争议调解工作。直辖市律师协会、地市级律师协会设立律师收费争议调解委员会,进行律师收费争议的调解。

第四节 律师职业道德

一、律师职业道德的概念和特征

律师职业道德是律师在执业活动、提供法律服务时所应当遵守的道德观念、行为准则、行为规范的总称。律师职业道德主要包括非强制性的道德要求和具有强制性的纪律要求,以及相应的惩戒规定。律师职业道德为法律职业道德的重要组成部分。律师职业道德是指导律师执业活动的行为准则,是律师自我约束的行为标准,体现了律师的职业风貌,反映了律师的职业水准,也是对违规律师追究职业责任的重要依据。律师职业道德对社会有着一定的影响,对促进社会经济发展和推进国家法治建设具有积极意义。

由于律师既追求自身利益,也维护公共利益,两者之间存在一定的矛盾和冲突,需要进行合理的调和和控制,律师职业道德为律师自治最重要的制度之一。律师职业道德主要对律师的执业行为进行规范,同时律师职业道德也规范律师事务所,律师职业道德的主体较为明确。律师职业道德规范的对象主要是律师的执业行为。律师职业道德不仅仅对律师在执业中的行为予以约束,对律师的非职务行为也予以一定约束。世界各国普遍对执业律师进行不同程度不同方式的道德品行的考察,如要求不能有欺诈行为,甚至不能有酗酒的纪录等,不限于纯粹的律师执业行为的评价。

我们应当重视律师职业道德,但也不应该过于理想化。英国哲学家培根曾经指出:“对于主张公道的律师,法官应当表示赞许,而对于歪



曲事实真相的律师,则应当给予批驳。”^①这一论述是较为客观的,值得我们进一步进行思考。律师在执业中以维护当事人合法权益为中心,律师业通过向涉及法律事务者提供专业服务而营利,我们不能对律师赋予超越其职业角色的过重的道德责任。

同时,我们也应该区分律师的基本职业道德和优秀职业道德。律师的基本职业道德包括信仰法律、人格独立、程序公正、职业荣誉感和责任感。优秀的职业道德则要从以下方面去追求:磨炼正直高尚、诚实守信的品性,做一个有道德的人;不断努力、孜孜以求,做一个有知识的人;言行规范、讲究礼仪,做一个有品位的人;勇于承担社会责任,促进国家法治建设,做一个有社会责任感的人。基本的职业道德是每个律师都应该具备的,而优秀的职业道德则是有志于成为优秀律师的人所应当追求的。律师职业道德的养成有赖于从各个方面来推动和维护。如加强自律,努力培养良好的道德品质;强化他律,处理好律师执业过程中的各种外部关系;健全制度,加强对律师职业行为的引导和规制等。

律师要严格自律,恪守律师职业道德;要依法执业,牢固树立宪法意识和法律意识,自觉遵守宪法和法律,切实做到每一起案件的办理、每一件法律事务的处理都符合法律的规定和要求;要诚信执业,依法接受当事人的委托,重诺守信,为当事人提供符合行业标准和职业要求的专业服务;要尽职尽责,认真履行法定职责,兢兢业业做好法律事务,努力维护当事人的合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平正义。

律师职业道德的依据主要有律师法、《律师执业行为规范》、最高人民法院和司法部联合发布的《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》等,还包括宪法、刑事诉讼法等。

二、律师职业道德的主要内容

律师职业道德的主要内容包括律师职业道德的基本准则、律师的执业职责等。

(一) 律师职业道德的基本准则

律师法第2条规定,律师应当维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。律师法第3条规定,律师执业必须遵守宪法和法律,恪守律师职业道德和执业纪律;律师执业必须以事实为根据,以法律为准绳;律师执业应当接受国家、社会和当事人的监督。

根据《律师执业行为规范》的规定,下列六项为律师职业道德的基本行为规范:

1. 律师应当忠于宪法、法律,恪守律师职业道德和执业纪律。
2. 律师应当诚实守信、勤勉尽责,依据事实和法律,维护当事人合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义。
3. 律师应当注重职业素养,自觉维护律师行业声誉。
4. 律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的情况和信息,应当予以保密。但是,委托人或者其他准备或者正在实施的危害国家安全、公共安全以及其他严重危害他人人身、财产安全的犯罪事实和信息除外。
5. 律师应当尊重同行,公平竞争,同业互助。
6. 律师协会倡导律师关注、支持、积极参加社会公益事业。

(二) 律师的执业职责

律师法第38条规定:“律师应当保守在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密,不得泄露当事人的隐私。律师对在执业活动中知悉的委托人和其他人不愿泄露的有关情况和信息,应当予以保密。但是,委托人或者其他准备或者正在实施危害国家安全、公共安全以及严重危害他人人身安全的犯罪事实和信息除外。”第39条规定:“律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人,不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。”第40条规定:“律

^① 转引自郭建淮编:《培根哲言录》,吉林教育出版社1990年版,第46页。

师在执业活动中不得有下列行为：(一)私自接受委托、收取费用，接受委托人的财物或者其他利益；(二)利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益；(三)接受对方当事人的财物或者其他利益，与对方当事人或者第三人恶意串通，侵害委托人的权益；(四)违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员；(五)向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿，介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿，或者以其他不正当方式影响法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员依法办理案件；(六)故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据，妨碍对方当事人合法取得证据；(七)煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议；(八)扰乱法庭、仲裁庭秩序，干扰诉讼、仲裁活动的正常进行。”第41条规定：“曾经担任法官、检察官的律师，从人民法院、人民检察院离任后二年内，不得担任诉讼代理人或者辩护人。”第42条规定：“律师、律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务，为受援人提供符合标准的法律服务，维护受援人的合法权益。”

根据《律师执业行为规范》的规定，律师应当履行以下执业职责：

1. 律师在执业期间不得以非律师身份从事法律服务。律师只能在一个律师事务所执业。律师不得在受到停止执业处罚期间继续执业，或者在律师事务所被停业整顿期间、注销后继续以原所名义执业。

2. 律师不得在同一案件中为双方当事人担任代理人，不得代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务。

3. 律师担任各级人民代表大会常务委员组成人员的，任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。

4. 律师不得为以下行为：(1)产生不良社会影响，有损律师行业声誉的行为；(2)妨碍国家司法、行政机关依法行使职权的行为；(3)参加法律所禁止的机构、组织或者社会团体；(4)其他违反法律、法规、律师协会行业规范及职业道德的行为；(5)其他违反社会公德，严重

损害律师职业形象的行为。

第五节 律师执业行为规范

律师法、《律师执业行为规范》等对律师的执业前提、执业组织、律师业务推广行为规范、律师与委托人或当事人的关系规范、律师参与诉讼或仲裁规范、律师与其他律师的关系规范、律师与所任职的律师事务所关系规范、律师与律师协会关系规范等进行了全面规定。

一、执业前提

按照律师法第5条的相关规定，律师的执业前提为三方面：(1)律师执业必须持有司法行政机关颁发的有效的律师执业证。(2)律师执业必须经过律师协会规定的岗前培训。(3)律师应按照当地律师协会的安排进行执业宣誓。

同时，《律师执业管理办法》第6条第4款规定：“申请律师执业的人员，应当按照规定参加律师协会组织的实习活动，并经律师协会考核合格。”

二、执业组织

律师法第14条规定：“律师事务所是律师的执业机构……”第23条规定：“律师事务所应当建立健全执业管理、利益冲突审查、收费与财务管理、投诉查处、年度考核、档案管理等制度，对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督。”第24条规定：“律师事务所应当于每年的年度考核后，向设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门提交本所的年度执业情况报告和律师执业考核结果。”第25条规定：“律师承办业务，由律师事务所统一接受委托，与委托人签订书面委托合同，按照国家规定统一收取费用并如实入账。律师事务所和律师应当依法纳税。”第26条规定：“律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务。”第27条规定：“律师事务所不得从事法律服务以外的经营活动。”

律师事务所是律师的执业机构。律师事务



所对本所执业律师负有教育、管理和监督的职责。

三、律师业务推广行为规范

律师业务推广行为规范涉及律师业务推广原则、律师业务推广广告规范、律师宣传规范等。

(一) 律师执业推广原则

律师和律师事务所推广律师业务,应当遵守平等、诚信原则,遵守律师职业道德和执业纪律,遵守律师行业公认的行业准则,公平竞争。

律师和律师事务所应当通过提高自身综合素质、提高法律服务质量、加强自身业务竞争能力的途径,开展、推广律师业务。

律师和律师事务所可以依法以广告方式宣传律师和律师事务所以及自己的业务领域和专业特长。

律师和律师事务所可以通过发表学术论文、案例分析、专题解答、授课、普及法律等活动,宣传自己的专业领域。律师和律师事务所可以通过举办或者参加各种形式的专题、专业研讨会,宣传自己的专业特长。

律师可以以自己或者其任职的律师事务所名义参加各种社会公益活动。

律师和律师事务所在业务推广中不得为不正当竞争行为。

(二) 律师业务推广广告

律师和律师事务所为推广业务,可以发布使社会公众了解律师个人和律师事务所法律服务业务信息的广告。律师发布广告应当遵守国家法律、法规、规章和本规范。

《律师执业行为规范》第24条规定,律师发布广告应当具有可识别性,应当能够使社会公众辨明是律师广告。

律师广告可以以律师个人名义发布,也可以以律师事务所名义发布。以律师个人名义发布的律师广告应当注明律师个人所任职的执业机构名称,应当载明律师执业证号。

具有下列情况之一的,律师和律师事务所不得发布律师广告:(1)没有通过年度考核的;(2)处于停止执业或停业整顿处罚期间的;

(3)受到通报批评、公开谴责未满1年的。

律师个人广告的内容,应当限于律师的姓名、肖像、年龄、性别、学历、学位、专业、律师执业许可日期、所任职律师事务所名称、在所任职律师事务所的执业期限;收费标准、联系方式;依法能够向社会提供的法律服务业务范围;执业业绩。

律师事务所广告的内容应当限于律师事务所名称、住所、电话号码、传真号码、邮政编码、电子信箱、网址;所属律师协会;所内执业律师及依法能够向社会提供的法律服务业务范围简介;执业业绩。《律师法》第26条规定:“律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务。”律师和律师事务所不得以有悖律师使命、有损律师形象的方式制作广告,不得采用一般商业广告的艺术夸张手段制作广告。同时,律师广告中不得出现违反所属律师协会有关律师广告管理规定的內容。

(三) 律师宣传

作为一种提供服务的行业,律师需要通过宣传为社会和民众所知晓。但律师和律师事务所不得进行歪曲事实和法律,或者可能使公众对律师产生不合理期望的宣传。律师和律师事务所可以宣传所从事的某一专业法律服务领域,但不得自我声明或者暗示其被公认或者证明为某一专业领域的权威或专家。

《律师执业行为规范》第33条规定,律师和律师事务所不得进行律师之间或者律师事务所之间的比较宣传。

四、律师与委托人或当事人

(一) 委托代理关系

按照法律规定,委托代理关系为一种合同关系。当事人与律师在就法律服务委托事项的代理范围、代理内容、代理权限、代理费用、代理期限等进行协商的基础上达成一致意见,并由律师事务所与委托人签署委托代理协议或者取得委托人的确认。同时,律师还应当谨慎、诚实、客观地告知委托人拟委托事项可能出现的法律风险。

新华考资

www.xhkzedu.com

在建立委托代理关系以后,律师应当遵守以下基本要求:

1. 律师应当与委托人就委托事项范围、内容、权限、费用、期限等进行协商,经协商达成一致后,由律师事务所与委托人签署委托协议。

2. 律师应当充分运用专业知识,依照法律和委托协议完成委托事项,维护委托人或者当事人的合法权益。根据《律师执业管理办法》的规定,律师担任法律顾问的,应当按照约定为委托人就有关法律问题提供意见,草拟、审查法律文书,代理参加诉讼、调解或者仲裁活动,办理委托的其他法律事务,维护委托人的合法权益。律师担任诉讼法律事务代理人或者非诉讼法律事务代理人的,应当在受委托的权限内代理法律事务,维护委托人的合法权益。律师担任辩护人的,应当根据事实和法律,提出犯罪嫌疑人、被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见,维护犯罪嫌疑人、被告人的诉讼权利和其他合法权益。律师出具法律意见,应当严格依法履行职责,保证其所出具意见的真实性、准确性、完整性。律师提供法律咨询、代写法律文书,应当以事实为根据,以法律为准绳,并符合法律咨询规则和法律文书体例、格式的要求。

3. 律师与所任职律师事务所所有权根据法律规定、公平正义及律师执业道德标准,选择实现委托人或者当事人目的的方案。

4. 律师应当严格按照法律规定的期间、时效以及与委托人约定的时间办理委托事项。对委托人了解委托事项办理情况的要求,应当及时给予答复。根据《律师执业管理办法》的规定,律师承办业务,应当及时向委托人通报委托事项办理进展情况;需要变更委托事项、权限的,应当征得委托人的同意和授权。

5. 律师应当建立律师业务档案,保存完整的工作记录。

6. 律师应谨慎保管委托人或当事人提供的证据原件、原物、音像资料底版以及其他材料。

7. 律师接受委托后,应当在委托人委托的

权限内开展执业活动,不得超越委托权限。

8. 律师接受委托后,无正当理由不得拒绝辩护或者代理,或以其他方式终止委托。委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的,律师有权告知委托人并要求其整改,有权拒绝辩护或者代理,或以其他方式终止委托,并有权就已经履行事务取得律师费。

9. 律师在承办受托业务时,对已经出现的和可能出现的不可克服的困难、风险,应当及时通知委托人,并向律师事务所报告。

(二) 禁止虚假承诺

《律师执业行为规范》第43条规定,律师根据委托人提供的事实和证据,依据法律规定进行分析,向委托人提出分析性意见。

律师的辩护、代理意见未被采纳,不属于虚假承诺。

(三) 禁止非法牟取委托人权益

律师和律师事务所不得利用提供法律服务的便利,牟取当事人争议的权益。律师和律师事务所不得违法与委托人就争议的权益产生经济上的联系,不得与委托人约定将争议标的物出售给自己;不得委托他人为自己或为自己的近亲属收购、租赁委托人与他人发生争议的标的物。

律师事务所可以依法与当事人或委托人签订以回收款项或标的物为前提按照一定比例收取货币或实物作为律师费用的协议。

示例

刘律师出身建筑世家并曾就读建筑专业,现主要从事施工纠纷法律服务。开发商李某因开发的楼房倒塌被诉至法院,欲委托刘律师代理诉讼。关于接受委托和代理案件,刘律师的下列哪些做法符合律师职业有关规定?(2009年试卷一第88题)

- A. 接受委托,了解并运用建筑和房地产知识分析案件,寻求对李某有利的理由
- B. 接受委托,告知李某楼房倒塌系建筑风水原因,使其接受败诉结果
- C. 明知不懂房地产开发业务会影响代理



效果,但为经济效益极力宣扬建筑世家背景并接受委托

D. 考虑到不懂房地产业务会影响代理效果,决定不接受委托

【参考答案及简要提示】AD。本题 A 项中,刘律师接受委托,了解并运用建筑和房地产知识分析案件,寻求对李某有利的理由,为正确履行职责的行为;B 项中,刘律师接受委托,告知李某楼房倒塌系建筑风水原因,使其接受败诉结果,这是没有建立在科学依据上的履职行为,与律师执业有关规定不符;C 项中,刘律师明知不懂房地产开发业务会影响代理效果,但为经济效益极力宣扬建筑世家背景并接受委托,不符合律师执业有关规定;D 项中,刘律师考虑到不懂房地产业务会影响代理效果,决定不接受委托。这一行为比较谨慎,有利于当事人利益的保障。有的考生认为 B 项也正确,也应该选择;刘律师对建筑风水有一定研究,这样做是对开发商李某负责任。这一认识存在偏差,没有全面理解律师执业规范和律师职业道德。

新华考资

www.xhkdzu.com

(四) 利益冲突审查

律师事务所应当建立利益冲突审查制度。律师事务所在接受委托之前,应当进行利益冲突审查并作出是否接受委托决定。

办理委托事务的律师与委托人之间存在利害关系或利益冲突的,不得承办该业务并应当主动提出回避。

《律师执业行为规范》第 50 条规定,有下列情形之一的,律师及律师事务所不得与当事人建立或维持委托关系:(1) 律师在同一案件中为双方当事人担任代理人,或代理与本人或者其近亲属有利益冲突的法律事务的;(2) 律师办理诉讼或者非诉讼业务,其近亲属是对方当事人的法定代表人或者代理人的;(3) 曾经亲自处理或者审理过某一事项或者案件的行政机关工作人员、审判人员、检察人员、仲裁员,成为律师后又办理该事项或者案件的;(4) 同一律师事务所的不同律师同时担任同一刑事案件的被害人的

代理人 and 犯罪嫌疑人、被告人的辩护人,但在该县区域内只有一家律师事务所且事先征得当事人同意的除外;(5) 在民事诉讼、行政诉讼、仲裁案件中,同一律师事务所的不同律师同时担任争议双方当事人的代理人,或者本所或其工作人员为一方当事人,本所其他律师担任对方当事人的代理人的;(6) 在非诉讼业务中,除各方当事人共同委托外,同一律师事务所的律师同时担任彼此有利害关系的各方当事人的代理人的;(7) 在委托关系终止后,同一律师事务所或同一律师在同一案件后续审理或者处理中又接受对方当事人委托的;(8) 其他与本条第(1)项至第(7)项情形相似,且依据律师执业经验和行业常识能够判断为应当主动回避且不得办理的利益冲突情形。

按照《律师执业行为规范》第 51 条规定,有下列情形之一的,律师应当告知委托人并主动提出回避,但委托人同意其代理或者继续承办的除外:(1) 接受民事诉讼、仲裁案件一方当事人的委托,而同所的其他律师是该案件中对方当事人的近亲属的;(2) 担任刑事案件犯罪嫌疑人、被告人的辩护人,而同所的其他律师是该案被害人的近亲属的;(3) 同一律师事务所接受正在代理的诉讼案件或者非诉讼业务当事人的对方当事人所委托的其他法律业务的;(4) 律师事务所与委托人存在法律服务关系,在某一诉讼或仲裁案件中该委托人未要求该律师事务所律师担任其代理人,而该律师事务所律师担任该委托人对方当事人的代理人的;(5) 在委托关系终止后 1 年内,律师又就同一法律事务接受与原委托人有利害关系的对方当事人的委托的;(6) 其他与本条第(1)项至第(5)项情况相似,且依据律师执业经验和行业常识能够判断的其他情形。

律师和律师事务所发现存在上述情形的,应当告知委托人利益冲突的事实和可能产生的后果,由委托人决定是否建立或维持委托关系。委托人决定建立或维持委托关系的,应当签署知情同意书,表明当事人已经知悉存在利益冲突的基本事实和可能产生的法律后果,以及当事人明确同意与律师事务所及律师建立或维持

委托关系。

委托人知情并签署知情同意书以示豁免的,承办律师在办理案件的过程中应对各自委托人的案件信息予以保密,不得将与案件有关的信息披露给相对人的承办律师。

(五) 保管委托人财产

律师事务所可以与委托人签订书面保管协议,妥善保管委托人财产,严格履行保管协议。

律师事务所受委托保管委托人财产时,应当将委托人财产与律师事务所的财产、律师个人财产严格分离。

(六) 转委托

根据《律师执业行为规范》的规定,未经委托人同意,律师事务所不得将委托人委托的法律事务转委托其他律师事务所办理。但在紧急情况下,为维护委托人的利益可以转委托,但应当及时告知委托人

受委托律师遇有突患疾病、工作调动等紧急情况不能履行委托协议时,应当及时报告律师事务所,由律师事务所另行指定其他律师继续承办,并及时告知委托人。非经委托人的同意,不能因转委托而增加委托人的费用支出。

(七) 委托关系的解除与终止

律师法第32条第2款规定,律师接受委托后,无正当理由的,不得拒绝辩护或者代理。但是,委托事项违法、委托人利用律师提供的服务从事违法活动或者委托人故意隐瞒与案件有关的重要事实的,律师有权拒绝辩护或者代理。

根据律师法第32条第1款的规定,委托人可以拒绝已委托的律师为其继续辩护或者代理,同时可以另行委托律师担任辩护人或者代理人。

《律师执业行为规范》第58条规定,有下列情形之一的,律师事务所应当终止委托关系:(1)委托人提出终止委托协议的;(2)律师受到吊销执业证书或者停止执业处罚的,经过协商,委托人不同意更换律师的;(3)当发现有《律师执业行为规范》第50条规定的利益冲突情形的;(4)受委托律师因健康状况不适合继续履行委托协议的,经过协商,委托人不同意更换律师的;(5)继续履行委托协议违反法律、法规、规章

或者本规范的。

根据《律师执业行为规范》第59条的规定,有下列情形之一的,经提示委托人不纠正的,律师事务所可以解除委托协议:(1)委托人利用律师提供的法律服务从事违法犯罪活动的;(2)委托人要求律师完成无法实现或者不合理的目标的;(3)委托人没有履行委托合同义务的;(4)在事先无法预见的前提下,律师向委托人提供法律服务将会给律师带来不合理的费用负担,或给律师造成难以承受的、不合理的困难的;(5)其他合法的理由的。

委托代理关系的终止涉及律师和委托人之间的权利义务关系。因此,这种关系的终止应当遵循一定的程序要求。具体如下:

1. 劝告义务。律师在接受委托后发现可以拒绝辩护或代理的情况,应当向委托人说明理由,促使委托人接受律师的劝告,纠正导致律师拒绝辩护或代理的事由。

2. 通知义务。终止代理,律师应当尽可能提前向委托人发出通知。律师事务所在征得委托人同意后,可另行指定律师继续承办委托事项,否则应终止委托代理协议。

3. 采取合理保护措施的义务。终止代理,律师事务所应当尽量不使委托人的合法利益受到影响。在解除委托关系前,律师必须采取合理可行的措施保护委托人利益,如及时通知委托人,使其有充分时间再聘请其他律师、收回文件的原件以及返还提前支付的费用等。按照《律师执业行为规范》的规定,律师事务所依照上述规定终止代理或者解除委托的,委托人与律师事务所协商解除协议的,委托人单方终止委托代理协议的,律师事务所有权收取已提供服务部分的费用。

4. 不得扣押当事人的诉讼材料的义务。律师事务所与委托人解除委托关系后,应当退还当事人提供的资料原件、物证原物、视听资料底版等证据,并可以保留复印件存档。

五、律师参与诉讼或仲裁规范

律师参与诉讼或仲裁规范包括回避规范、调查取证规范、尊重法庭与规范接触司法人员



规范、庭审仪表和语态规范,维护司法公正。

(一)回避

律师法第11条规定:“公务员不得兼任执业律师。律师担任各级人民代表大会常务委员会组成人员的,任职期间不得从事诉讼代理或者辩护业务。”此外,法官法第17条规定,法官从人民法院离任后2年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人;法官从人民法院离任后,不得担任原任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人;法官的配偶、子女不得担任该法官所任职法院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。检察官法第20条规定,检察官从人民检察院离任后2年内,不得以律师身份担任诉讼代理人或者辩护人;检察官从人民检察院离任后,不得担任原任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人;检察官的配偶、子女不得担任该检察官所任职检察院办理案件的诉讼代理人或者辩护人。

律师因法定事由或者根据相关规定不得担任诉讼代理人或者辩护人的,应当谢绝当事人的委托,或者解除委托代理合同。

(二)调查取证

《律师执业行为规范》规定,律师应当依法调查取证。律师不得向司法机关或者仲裁机构提交明知是虚假的证据。

律师作为证人出庭作证的,不得再接受委托担任该案的辩护人或者代理人出庭。

(三)尊重法庭与规范接触司法人员

根据《律师执业行为规范》和最高人民法院、司法部联合发布的《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》,律师亦负有维护司法公正的责任。律师尊重法庭与规范接触司法人员规范主要有:

1. 律师应当遵守法庭、仲裁庭纪律,遵守出庭时间、举证时限、提交法律文书期限及其他程序性规定。律师不得借故延迟开庭,律师确有正当理由不能按期出庭的,应请求人民法院在不影响案件审理期限的情况下,另行安排开庭时间,并及时通知当事人及其委托的律师。

2. 在开庭审理过程中,律师应当尊重法庭、仲裁庭。律师在执业过程中,因对事实真

假、证据真伪及法律适用是否正确而与诉讼相对方意见不一致的,或者为了向案件承办人提交新证据的,与案件承办人接触和交换意见应当在司法机关内指定场所。

3. 律师在办案过程中,不得与所承办案件有关的司法、仲裁人员私下接触。《律师执业行为规范》第69条明确规定,律师不得贿赂司法机关和仲裁机构人员,不得以许诺回报或者提供其他利益(包括物质利益和非物质形态的利益)等方式,与承办案件的司法、仲裁人员进行交易。律师不得介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿。

(四)庭审仪表和语态

律师担任辩护人、代理人参加法庭、仲裁庭审理,应当按照规定穿着律师出庭服装,佩戴律师出庭徽章,注重律师职业形象。根据中华全国律师协会制定的《律师出庭服装使用管理办法》,律师出庭服装由律师袍和领巾组成。律师出庭着装时,应遵守以下规定:(1)律师出庭服装仅使用于法庭审理过程中,不得在其他任何时间、场合穿着。(2)律师出庭统一着装时,应按照规定配套穿着:内着浅色衬衣,佩戴领巾,外着律师袍,律师袍上佩戴律师徽章。下着深色西装裤、深色皮鞋,女律师可着深色西装套裙。(3)保持律师出庭服装的洁净、平整,服装不整洁或有破损的不得使用。(4)律师穿着律师出庭服装时,应表现出严肃、庄重的精神风貌。律师出庭服装外不得穿着或佩戴其他衣物或饰品。

律师在法庭或仲裁庭发言时应当举止庄重、大方,用词文明、得体。

六、律师与其他律师的关系规范

(一)尊重与合作

律师业既存在全行业的整体利益,也存在律师的个体利益,两者是相辅相成的。律师之间客观上存在竞争,但也需要合作,两者是缺一不可的。因此,我国《律师执业行为规范》要求律师与其他律师之间应当相互帮助、相互尊重。

1. 在庭审或者谈判过程中各方律师应当互相尊重,不得使用挖苦、讽刺或者侮辱性的语

言。律师或律师事务所不得在公众场合及媒体上发表恶意贬低、诋毁、损害同行声誉的言论。

2. 律师变更执业机构时应当维护委托人及原律师事务所的利益;律师事务所在接受转入律师时,不得损害原律师事务所的利益。

3. 律师与委托人发生纠纷的,律师事务所的解决方案应当充分尊重律师本人的意见,律师应当服从律师事务所解决纠纷的决议。

(二) 禁止不正当竞争

为防止律师采用不正当手段与同行进行业务竞争,损害其他律师及律师事务所合法权益和律师业形象行为的出现,律师法第26条规定:“律师事务所和律师不得以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务。”《律师执业行为规范》也要求律师和律师事务所不得采用不正当手段进行业务竞争,损害其他律师及律师事务所的声誉或者其他合法权益。

《律师执业行为规范》第78条规定,有下列情形之一的,属于律师执业不正当竞争行为:(1)诋毁、诽谤其他律师或者律师事务所信誉、声誉;(2)无正当理由,以低于同地区同行业收费标准为条件争揽业务,或者采用承诺给予客户、中介人、推荐人回扣、馈赠金钱、财物或者其他利益等方式争揽业务;(3)故意在委托人与其代理律师之间制造纠纷;(4)向委托人明示或者暗示自己或者其属的律师事务所与司法机关、政府机关、社会团体及其工作人员具有特殊关系;(5)就法律服务结果或者诉讼结果作出虚假承诺;(6)明示或者暗示可以帮助委托人达到不正当目的,或者以不正当的方式、手段达到委托人的目的。

同时,律师和律师事务所在与行政机关、行业管理部门以及企业的接触中,不得采用下列不正当手段与同行进行业务竞争:(1)通过与某机关、某部门、某行业对某一类的法律服务事务进行垄断的方式争揽业务;(2)限定委托人接受其指定的律师或者律师事务所提供法律服务,限制其他律师或律师事务所正当的业务竞争。

律师和律师事务所在与司法机关及司法人员接触中,不得采用利用律师兼有的其他身份

影响所承办业务正常处理和审理的手段进行业务竞争。

依照有关规定取得从事特定范围法律服务的律师或律师事务所不得采取下列不正当竞争的行为:(1)限制委托人接受经过法定机构认可的其他律师或律师事务所提供法律服务;(2)强制委托人接受其提供的或者由其指定的律师提供的法律服务;(3)对抵制上述行为的委托人拒绝、中断、拖延、削减必要的法律服务或者滥收费用。

律师或律师事务所相互之间不得采用下列手段排挤竞争对手的公平竞争:(1)串通抬高或者压低收费;(2)为争揽业务,不正当获取其他律师和律师事务所收费报价或者其他提供法律服务的条件;(3)泄露收费报价或者其他提供法律服务的条件等暂未公开的信息,损害相关律师事务所的合法权益。

律师和律师事务所不得擅自或者非法使用社会专有名称或者知名度较高的名称以及代表其名称的标志、图形文字、代号以混淆误导委托人。按照《律师执业行为规范》第83条第2款规定,社会特有名称和知名度较高的名称是指:(1)有关政党、司法机关、行政机关、行业协会名称;(2)具有较高社会知名度的高等法学院校或者科研机构的名称;(3)为社会公众共知、具有较高知名度的非律师公众人物名称;(4)知名律师以及律师事务所名称。

律师和律师事务所不得伪造或者冒用法律服务荣誉称号。使用已获得律师或者律师事务所法律服务荣誉称号的,应当注明获得时间和期限。律师和律师事务所不得变造已获得的荣誉称号用于广告宣传。律师事务所已撤销的,其原取得的荣誉称号不得继续使用。

七、律师与所任职的律师事务所关系规范

为保证律师事务所活动的合法性和律师事务所对律师管理、监督的有效性,根据《律师执业行为规范》的规定,律师与所任职的律师事务所关系应当符合规范,律师与律师事务所应当遵守和执行以下行为规范:

1. 律师事务所应当建立健全执业管理、利



益冲突审查、收费与财务管理、投诉查处、年度考核、档案管理、劳动合同管理等制度,对律师在执业活动中遵守职业道德、执业纪律的情况进行监督。

2. 律师事务所应当依法保障律师及其他工作人员的合法权益,为律师执业提供必要的工作条件。律师承办业务,由律师事务所统一接受委托,与委托人签订书面委托合同,按照国家规定统一收取费用。

3. 律师及律师事务所必须依法纳税。

4. 律师事务所应当定期组织律师开展时事政治、业务学习,总结交流执业经验,提高律师执业水平。律师事务所应当认真指导申请律师执业实习人员实习,如实出具实习鉴定材料和相关证明材料。

5. 律师事务所不得从事法律服务以外的经营活动。

6. 律师和律师事务所应当按照国家规定履行法律援助义务,为受援人提供法律服务,维护受援人的合法权益。律师事务所不得指派没有取得律师执业证书的人员或者处于停止执业处罚期间的律师以律师名义提供法律服务。律师事务所对受其指派办理事务的律师辅助人员出现的错误,应当采取制止或者补救措施,并承担责任。

7. 律师事务所有义务对律师、申请律师执业实习人员在业务及职业道德等方面进行管理。

八、律师与律师协会关系规范

《律师执业行为规范》规定了律师与律师协会关系规范,律师与律师协会关系规范包括接受行业管理、重大事项报告或备案、参与律师协会活动、自觉接受调解处理等。

律师和律师事务所应当遵守律师协会制定的律师行业规范和规则。律师和律师事务所享有律师协会章程规定的权利,承担律师协会章程规定的义务。

律师应当参加、完成律师协会组织的律师业务学习及考核。律师参加国际性律师组织并成为其会员的,以及以中国律师身份参加境外

会议等活动的,应当报律师协会备案。

律师和律师事务所因执业行为成为刑、民事被告,或者受到行政机关调查、处罚的,应当向律师协会书面报告。

律师应当积极参加律师协会组织的律师业务研究活动,完成律师协会布置的业务研究任务,参加律师协会组织的公益活动。

律师应当妥善处理律师执业中发生的纠纷,履行经律师协会调解达成的调解协议。律师应当执行律师协会就律师执业纠纷作出的处理决定。律师应当履行律师协会依照法律、法规、规章及律师协会章程、规则作出的处分决定。

《律师执业行为规范》第104条规定,律师应当按时缴纳会费。

第六节 律师职业责任

新华考资
www.xhkzedu.com

律师职业责任是指律师在执业活动中因违反有关法律行为、律师管理的法律、法规和执业纪律所应承担的责任,包括违纪行为的处分和行政法律责任、民事法律责任、刑事法律责任。违纪行为的处分和行政法律责任为律师职业责任最主要的责任形式。

2013年3月29日中华全国律师协会印发了关于进一步加强和改进律师行业惩戒工作的意见,提出加强和改进律师行业惩戒工作,完善律师行业惩戒工作机制,着力完善投诉的受理、立案、调查、听证、处分等工作程序,建立投诉督办制度、惩戒通报制度、统计报告制度,依法依规严肃查处违规违纪行为。要综合施策,坚持惩戒工作与奖励、维权、考核、预警、社会监督工作相结合,不断提高律师行业惩戒工作水平。要切实加强律师行业惩戒工作的监督指导,认真研究解决当前律师行业惩戒工作中存在的突出问题。要加强组织领导和指导工作,努力提高行业自律管理水平,进一步树立律师行业依法、诚信、规范的良好形象。

一、律师执业中违纪行为的处分

为维护律师执业秩序、保障律师依法执业

权利、维护律师业声誉,律师协会对作为个人会员的律师和团体会员的律师事务所违反律师执业规范的行为进行处分。这是律师协会管理职能的主要体现。

(一) 律师执业中违纪行为的处分的种类和适用条件

律师执业中违纪行为的处分包括训诫、通报批评、公开谴责、取消会员资格等种类。

1. 训诫。违反《律师执业行为规范》,情节显著轻微,且没有造成严重后果的,给予训诫处分,进行批评教育,并责令其改正。

2. 通报批评。违反《律师执业行为规范》,情节轻微的,给予通报批评的处分。通报批评是在内部范围内进行。

3. 公开谴责。违反《律师执业行为规范》,情节严重,给委托人或律师事务所造成一定损失的,给予公开谴责的处分。

4. 取消会员资格。违反《律师执业行为规范》,情节特别严重的,给予取消会员资格的处分。

上列处分方式适用于作为团体会员的律师事务所违反《律师执业行为规范》的处分。

会员有下列情形之一的,可以从轻、减轻或免于处分:(1)初次违规并且情节显著轻微或轻微的;(2)承认违规并作出诚恳书面反省的;(3)自觉改正不规范执业行为的;(4)及时采取有效措施,防止不良后果发生或减轻不良后果的。

会员有下列情形之一的,应当从重处分:(1)违规行为造成严重后果的;(2)逃避、抵制和阻挠调查的;(3)对投诉人、证人和有关人员打击报复的;(4)曾因违规行为受过行业处分或受过司法行政机关行政处罚的。

(二) 律师执业中违纪行为的处分的实施机构

中华全国律师协会设立纪律委员会,负责律师行业处分相关规则的制定及对各级律师协会处分工作的指导与监督。各省、自治区、直辖市律师协会及设区的市律师协会设立惩戒委员会,负责对违规会员进行处分。

惩戒委员会的主任、副主任由同级律师协

会常务理事会议提名,经理事会决定产生,任期与理事会任期相同。惩戒委员会的委员由同级律师协会常务理事会议采取选举、推选、决定等方式产生,任期与理事会任期相同。惩戒委员会的组成人员名单应报上级律师协会备案。

惩戒委员会日常工作机构设在律师协会秘书处,其职责为:(1)接待投诉或接受有关部门移送的投诉,办理受理手续;(2)制作惩戒委员会评审记录,制作、送达惩戒委员会决定书及有关文书;(3)与行业处分工作有关的其他事项。

投诉的案件涉及违反律师法可能构成刑事犯罪的,或有重大社会影响的,惩戒委员会应及时报告同级司法行政部门和上一级律师协会。

二、律师和律师事务所执业中违法犯罪行为的法律责任

律师和律师事务所执业中违法犯罪行为的法律责任包括律师和律师事务所执业中违法行为的行政法律责任、律师和律师事务所执业中的民事法律责任、律师和律师事务所执业中犯罪行为的刑事法律责任等。

(一) 律师和律师事务所执业中违法行为的行政法律责任

律师和律师事务所的执业中违法行为的行政法律责任,是指律师或律师事务所对其违反有关律师行政管理的法律、法规和规章的行为所应承担的法律后果。它是由行政违法引起的法律后果。2010年4月7日司法部发布了《律师和律师事务所违法行为处罚办法》,对律师应予处罚的违法行为、律师事务所应予处罚的违法行为、行政处罚的实施等进行了具体的规定。

1. 律师执业中违法行为的行政法律责任。律师执业中违法行为的行政法律责任主要是指司法行政部门所给予的行政处罚。根据律师法的规定,对律师的行政处罚分为警告、罚款、没收违法所得、停止执业、吊销律师执业证书5种。

律师法第47条规定,律师有下列行为之一的,由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告,可以处5000元以下的罚款;有违法所得的,没收违法所得;情节严重的,

给予停止执业3个月以下的处罚:

- (1) 同时在2个以上律师事务所执业的;
- (2) 以不正当手段承揽业务的;
- (3) 在同一案件中为双方当事人担任代理人,或者代理与本人及其近亲属有利益冲突的法律事务的;
- (4) 从人民法院、人民检察院离任后2年内担任诉讼代理人或者辩护人的;
- (5) 拒绝履行法律援助义务的。

律师法第48条规定,律师有下列行为之一的,由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予警告,可以处1万元以下的罚款;有违法所得的,没收违法所得;情节严重的,给予停止执业3个月以上6个月以下的处罚:

- (1) 私自接受委托、收取费用,接受委托人财物或者其他利益的;
- (2) 接受委托后,无正当理由,拒绝辩护或者代理,不按时出庭参加诉讼或者仲裁的;
- (3) 利用提供法律服务的便利牟取当事人争议的权益的;
- (4) 泄露商业秘密或者个人隐私的。

律师法第49条规定,律师有下列行为之一的,由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业6个月以上1年以下的处罚,可以处5万元以下的罚款;有违法所得的,没收违法所得;情节严重的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任:

- (1) 违反规定会见法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员,或者以其他不正当方式影响依法办理案件的;
- (2) 向法官、检察官、仲裁员以及其他有关工作人员行贿,介绍贿赂或者指使、诱导当事人行贿的;
- (3) 向司法行政部门提供虚假材料或者有其他弄虚作假行为的;
- (4) 故意提供虚假证据或者威胁、利诱他人提供虚假证据,妨碍对方当事人合法取得证据的;
- (5) 接受对方当事人财物或者其他利益,与对方当事人或者第三人恶意串通,侵害委托人

权益的;

- (6) 扰乱法庭、仲裁庭秩序,干扰诉讼、仲裁活动的正常进行的;
- (7) 煽动、教唆当事人采取扰乱公共秩序、危害公共安全等非法手段解决争议的;
- (8) 发表危害国家安全、恶意诽谤他人、严重扰乱法庭秩序的言论的;
- (9) 泄露国家秘密的。律师因故意犯罪受到刑事处罚的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书。

律师法第51条第1款规定,律师因违反本法规定,在受到警告处罚后1年内又发生应当给予警告处罚情形的,由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门给予停止执业3个月以上1年以下的处罚;在受到停止执业处罚期满后2年内又发生应当给予停止执业处罚情形的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销其律师执业证书。

2. 律师事务所执业中违法行为的行政法律责任。律师事务所执业中违法行为的行政法律责任具体表现为司法行政部门给予的行政处罚。根据律师法的规定,对律师事务所的行政处罚分为警告、停业整顿、没收违法所得、罚款、吊销执业证书5种。

律师法第50条第2款规定,律师事务所有下列行为之一的,由设区的市级或者直辖市的区人民政府司法行政部门视其情节给予警告、停业整顿1个月以上6个月以下的处罚,可以处10万元以下的罚款;有违法所得的,没收违法所得;情节特别严重的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师事务所执业证书:

- (1) 违反规定接受委托、收取费用的;
- (2) 违反法定程序办理变更名称、负责人、章程、合伙协议、住所、合伙人等重大事项的;
- (3) 从事法律服务以外的经营活动的;
- (4) 以诋毁其他律师事务所、律师或者支付介绍费等不正当手段承揽业务的;
- (5) 违反规定接受有利益冲突的案件的;
- (6) 拒绝履行法律援助义务的;
- (7) 向司法行政部门提供虚假材料或者有

其他弄虚作假行为的;

(8)对本所律师疏于管理,造成严重后果的。

律师事务所因前款违法行为受到处罚的,对其负责人视情节轻重,给予警告或者处2万元以下的罚款。

律师法第51条第2款规定,律师事务所因违反本法规定,在受到停业整顿处罚期满后2年内又发生应当给予停业整顿处罚情形的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销律师事务所执业证书。

律师、律师事务所执业中有违法行为的,由司法行政机关予以处罚。律师、律师事务所对司法行政机关给予的行政处罚享有陈述权、申辩权;对行政处罚决定不服的,可以自收到决定之日起15日内向上一级司法行政机关申请复议;对复议决定不服的,可以自收到复议决定之日起15日内向人民法院提起诉讼,也可以直接向人民法院提起诉讼。律师、律师事务所受到罚款处罚,不申请行政复议或者提起行政诉讼,又不履行处罚决定的,作出处罚决定的司法行政机关可以申请人民法院强制执行。

(二)律师和律师事务所执业中的民事法律责任

律师和律师事务所执业中的民事法律责任,是指律师在执业过程中,因违法执业或者因过错给当事人造成损失,所应承担的民事赔偿责任。确立律师和律师事务所执业中的民事法律责任,对律师与公众建立信任关系、拓展律师业务有十分重要的作用;对提高工作责任心、提升律师服务质量和律师的社会信誉也具有重要意义。

根据律师法第54条的规定,律师违法执业或者因过错给当事人造成损失的,由其所在的律师事务所承担赔偿责任。律师事务所赔偿后,可以向有故意或者重大过失行为的律师追偿。

根据律师法第15、16、20条的规定,律师事务所承担民事责任分为以下三种情况:

1. 合伙律师事务所的合伙人按照合伙形式对该律师事务所的债务依法承担责任。

2. 个人律师事务所的设立人对律师事务所的债务承担无限责任。

3. 国资律师事务所对该律师事务所的全部资产对其债务承担责任。

(三)律师和律师事务所执业中犯罪行为的刑事法律责任

律师和律师事务所在执业活动中构成犯罪的,根据我国刑法规定,依法追究其刑事责任。

第七节 法律援助制度

一、法律援助制度的概念

法律援助制度是指由国家设立专门机构,为经济困难或者特殊案件的当事人减免费用提供法律方面帮助的一项法律制度。法律援助制度,也称法律救助、法律扶助或法律服务制度,是世界上许多国家所普遍采用的一项司法救济制度。根据国务院2003年7月21日公布并于同年9月1日起施行的《法律援助条例》,可以将我国的法律援助制度界定为:由政府设立的法律援助机构组织法律援助人员,为某些经济困难的公民或者特殊案件的当事人提供免费的法律帮助,以保障其合法权益得以实现的一项法律制度。法律援助制度对保障公民权益、实现社会和谐、社会正义和司法公正具有十分重要的意义。

为具体落实《法律援助条例》,相关部门颁布了一些规章和规范性文件,如《办理法律援助案件程序规定》已经2012年2月21日司法部常务会议审议通过,自2012年7月1日起施行;最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部对2005年9月28日制定的《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》进行了修订,并于2013年3月1日起施行。

法律援助具有无偿性。《法律援助条例》第2条规定:“符合本条例规定的公民,可以依照本条例获得法律咨询、代理、刑事辩护等无偿法律服务。”因此,法律援助服务是完全无偿的,不存在“缓交费”或“减费”的情况。法律援助制度是对贫困或处于不利地位的人提供免费的法律咨询、代理、刑事辩护等法律服务。



关于法律援助制度的责任主体方面,《法律援助条例》第3条第1款规定:“法律援助是政府的责任,县级以上人民政府应当采取积极措施推动法律援助工作,为法律援助提供财政支持,保障法律援助事业与经济、社会协调发展。”因此,政府为法律援助制度的责任主体,法律援助体现了政府对公民应尽的义务和责任。同时,法律援助制度的具体实施主体是律师等法律服务人员,既有律师、法律援助机构的工作人员和基层法律服务工作者,又有社会团体(如工会、妇联、共青团组织)等社会组织利用自身资源提供法律援助的人员。

法律援助工作具体由法律援助机构统一组织实施。《法律援助条例》第5条第2款规定:“法律援助机构负责受理、审查法律援助申请,指派或者安排人员为符合本条例规定的公民提供法律援助。”这一规定表明:由法律援助机构统一受理法律援助的申请;统一标准审查申请人是否符合法律援助条件;统一指派或者安排法律援助人员承办法律援助事案;法律援助机构统一监督检查法律援助案件的办理情况。

二、法律援助对象

(一)法律援助对象的确定

根据《法律援助条例》等法律法规和规范性文件的立法精神,我国的法律援助对象是指具备获得法律援助条件并实际获得法律援助的人。这既考虑到与各国通行的设定法律援助对象的条件相一致,同时也符合我国社会主义初级阶段的基本国情和条件。一般而言,具备获得法律援助的资格条件是指要具备以下条件:

1. 符合法律援助经济困难标准的公民,可以通过申请获得民事、行政和刑事法律援助。如刑事案件中,犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请。《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》在综合最高人民法院有关司法解释及地方意见的基础上,规定了“有证据证明犯罪嫌疑人、被告人属于一级或者二级智力残疾的;共同犯罪案件中,其他犯罪嫌疑人、被告人已委托辩护人的;人民检察院抗

诉的;案件具有重大社会影响的”四种情形属于因经济困难以外的其他原因,犯罪嫌疑人、被告人具有这四种情形申请法律援助的,法律援助机构无须进行经济状况审查。对符合法律援助条件的,法律援助机构应当指派律师为其提供辩护,获得法律援助。

2. 刑事案件中,根据刑事诉讼法的规定,犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人,未成年人或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。人民法院审理强制医疗案件,被申请人或者被告人没有委托诉讼代理人,的,人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供法律援助。《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》要求公、检、法机关自发现犯罪嫌疑人、被告人符合上述情形之日起3日内,通知法律援助机构指派律师提供辩护或者法律帮助;要求法律援助机构收到通知辩护公函或者通知代理公函后,及时指派律师提供法律援助。

(二)法律援助对象的权利和义务

1. 作为法律援助关系的一方主体,我国的法律援助对象根据法律规定享有以下几方面的权利:

(1)认为自己符合法律规定的法律援助条件的公民,有权向有受理权的法律援助机构提出法律援助的申请。

(2)对法律援助机构不予法律援助的决定有异议的,可以向主管该法律援助机构的司法行政机关提出。

(3)有权了解为其提供法律援助的进展情况。

(4)有事实证明法律援助人员未依法履行职责的,可以要求法律援助机构予以更换。

(5)有权要求法律援助人员保护自己的隐私权。

2. 法律援助对象在享有权利的同时,应承

担相应的以下义务：

- (1) 如实提交有关证件、证明材料；
- (2) 接受法律援助机构的审查；
- (3) 配合和协助法律援助人员调查案件事实。

三、法律援助范围

从我国国情和条件出发,根据刑事诉讼法和《法律援助条例》的规定,我国法律援助的范围为如下方面:

1. 刑事案件。《法律援助条例》第11条规定:“刑事诉讼中有下列情形之一的,公民可以向法律援助机构申请法律援助:(一)犯罪嫌疑人被侦查机关第一次讯问后或者采取强制措施之日起,因经济困难没有聘请律师的;(二)公诉案件中的被害人及其法定代理人或者近亲属,自案件移送审查起诉之日起,因经济困难没有委托诉讼代理人代理人的;(三)自诉案件的自诉人及其法定代理人,自案件被人民法院受理之日起,因经济困难没有委托诉讼代理人代理人的。”

刑事诉讼法第34条规定:“犯罪嫌疑人、被告人因经济困难或者其他原因没有委托辩护人的,本人及其近亲属可以向法律援助机构提出申请。对符合法律援助条件的,法律援助机构应当指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人是盲、聋、哑人,或者是尚未完全丧失辨认或者控制自己行为能力的精神病人,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑、死刑,没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院和公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”第267条规定:“未成年犯罪嫌疑人、被告人没有委托辩护人的,人民法院、人民检察院、公安机关应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护。”第286条规定:“人民法院受理强制医疗的申请后,应当组成合议庭进行审理。人民法院审理强制医疗案件,应当通知被申请人或者被告人的法定代理人到场。被申请人或者被告人没有委托诉讼代理人的,人民法院应当通知法律援助机构指派律师为其提供法律帮助。”

据此,我国的刑事法律援助范围广泛,涵括从侦查到审判的各个诉讼阶段;法律援助申请人不仅包括犯罪嫌疑人、被告人和被害人、自诉人,而且还包括犯罪嫌疑人、被告人的近亲属,被害人的法定代理人或者近亲属以及自诉人的法定代理人;所提供援助的范围既包括进行刑事辩护和代理,也包括提供法律咨询。

2. 民事、行政案件。《法律援助条例》第10条规定:“公民对下列需要代理的事项,因经济困难没有委托代理人的,可以向法律援助机构申请法律援助:(一)依法请求国家赔偿的;(二)请求给予社会保险待遇或者最低生活保障待遇的;(三)请求发给抚恤金、救济金的;(四)请求给付赡养费、抚养费、扶养费的;(五)请求支付劳动报酬的;(六)主张因见义勇为行为产生的民事权益的。省、自治区、直辖市人民政府可以对前款规定以外的法律援助事项作出补充规定。公民可以就本条第一款、第二款规定的事项向法律援助机构申请法律咨询。”

示例

根据司法制度的有关规定,下列哪些选项是正确的?(2010年试卷一第90题)

A. 沈律师从2003年至今专职从事律师业务,未受过停止执业处罚,可成为律师事务所的设立人

B. 孙检察官工作勤奋,业务水平高,是检察院公认的业务骨干,虽然曾经为办案而违反有关警车、警械、警具管理规定,年终考核仍可得到优秀的考核结果

C. 郭法官认真总结审判经验,成果突出,对审判工作有指导作用,根据《法官法》的规定他应受到奖励

D. 曾某为刑事被告人,四十六岁且有身孕,因经济困难未聘请辩护律师,可通过申请获得法律援助

【参考答案及简要提示】ACD。本题属于综合性的题目,涉及四个方面的司法制度,需要进行认真辨析。根据《法律援助条例》等法律法规和规范性文件的立法精神,我国的法律援助对象是指具备获得法律援助的资格条件并



实际获得法律援助的人,主要为有充分理由证明为保障自己合法利益需要帮助,或者确因经济困难,无能力或者无完全能力支付法律服务费用的我国公民(公民经济困难标准由各地参照当地政府部门的规定执行),可以通过申请获得法律援助。本题中,曾某为刑事被告人,四十六岁且有身孕,因经济困难未聘请辩护律师,根据规定能够成为法律援助对象,她可以通过申请获得法律援助。因此,D项表述正确。

四、法律援助机构

法律援助制度需要由法律援助机构和法律援助人员具体予以实施。

(一)法律援助机构

我国在国家一级,建立司法部法律援助机构,统一对全国的法律援助工作实施指导和监督。1997年5月26日,司法部法律援助中心在北京正式成立。2008年年底,经国务院批准,司法部增设法律援助工作司,具体职责是“指导、检查法律援助的法律法规和政策的执行工作;规划法律援助事业发展布局;承担法律援助机构、法律援助工作人员的监督管理工作;指导社会组织和志愿者开展法律援助工作”。

按照《法律援助条例》的规定,县级以上地方各级人民政府司法行政部门监督管理本行政区域的法律援助工作。直辖市、设区的市或者县级人民政府司法行政部门根据需要确定本行政区域的法律援助机构。

同时,许多社会团体如工会、妇联、共青团、残联等以及民间机构、高等学校的法律院系积极利用自身资源为经济困难的公民提供法律援助,它们在我国的法律援助事业中也发挥着重要的作用。

(二)法律援助人员

《法律援助条例》第21条规定,法律援助机构可以指派律师事务所安排律师或者安排本机构的工作人员办理法律援助案件;也可以根据其他社会组织的要求,安排其所属人员办理法律援助案件。据此,律师事务所的律师、法律援助机构的工作人员以及其他社会组织的所属人

员都可以成为我国的法律援助人员。

1. 法律援助人员的概念和范围。法律援助人员,是指在法律援助中具体履行法律援助职能,直接承办法律援助事项和案件并且享有法律援助权利和承担法律援助义务的人员。

2. 法律援助人员的权利。根据有关法律、法规的规定,在实施法律援助的过程中,法律援助人员享有以下几方面的权利:

(1) 要求受援人提供与法律援助事项有关的材料,如实陈述事实和情况,提供有关证据材料,协助调查案件事实;

(2) 领取办案补贴;

(3) 有关法律、法规规定的其他权利。

3. 法律援助人员的义务。根据有关法律、法规的规定,在实施法律援助的过程中,法律援助人员负有以下几方面的义务:

(1) 遵守职业道德和执业纪律。

(2) 无正当理由不得拒绝接受、擅自终止法律援助事项。

(3) 办理法律援助案件不得收取财物或者从事有偿法律服务。

(4) 尊重当事人的隐私,保守国家秘密和有关的商业秘密。

(5) 不得侵占、私分、挪用法律援助经费。

(6) 及时向受援人通报办理法律援助事项的进展情况;及时向法律援助机构报告案件承办的进展情况。

(7) 在案件结案时,应当向法律援助机构提交有关的法律文书副本或者复印件以及结案报告等材料。

4. 法律援助机构和人员的法律责任。《法律援助条例》第26条规定,法律援助机构及其工作人员有下列情形之一的,对直接负责的主管人员以及其他直接责任人员依法给予纪律处分:(1) 为不符合法律援助条件的人员提供法律援助,或者拒绝为符合法律援助条件的人员提供法律援助的;(2) 办理法律援助案件收取财物的;(3) 从事有偿法律服务的;(4) 侵占、私分、挪用法律援助经费的。同时,法律援助机构及其工作人员办理法律援助案件收取的财物,由司法行政部门责令退还;从事有偿法律服务的

新华考资
www.xhkedu.com

违法所得,由司法行政部门予以没收;侵占、私分、挪用法律援助经费的,由司法行政部门责令追回,情节严重,构成犯罪的,依法追究其刑事责任。

《法律援助条例》第27条规定,律师事务所拒绝法律援助机构的指派,不安排本所律师办理法律援助案件的,由司法行政部门给予警告、责令改正;情节严重的,给予1个月以上3个月以下停业整顿的处罚。

《法律援助条例》第28条规定,律师有下列情形之一的,由司法行政部门给予警告、责令改正;情节严重的,给予1个月以上3个月以下停止执业的处罚:(1)无正当理由拒绝接受、擅自终止法律援助案件的;(2)办理法律援助案件收取财物的。其中,收取财物的,由司法行政部门责令退还违法所得的财物,可以并处所收财物价值1倍以上3倍以下的罚款。

五、法律援助申请和审查

法律援助机构应当公示办公地址、通讯方式等信息,在接待场所和司法行政政府网站上公示法律援助条件、程序、申请材料目录和申请示范文本等。

(一)法律援助申请

1. 民事、行政法律援助申请。

根据《法律援助条例》第14条的相关规定,公民申请民事、行政法律援助,需要向有关义务人所在地的法律援助机构提出申请:

(1)请求国家赔偿的,向赔偿义务机关所在地的法律援助机构提出申请;

(2)请求给予社会保险待遇、最低生活保障待遇或者请求发给抚恤金、救济金的,向提供社会保险待遇、最低生活保障待遇或者发给抚恤金、救济金的义务机关所在地的法律援助机构提出申请;

(3)请求给付赡养费、抚养费、扶养费的,向给付赡养费、抚养费、扶养费的义务人住所地的法律援助机构提出申请;

(4)请求支付劳动报酬的,向支付劳动报酬的义务人住所地的法律援助机构提出申请;

(5)主张因见义勇为行为产生的民事权益

的,向被请求人住所地的法律援助机构提出申请。

2. 刑事法律援助申请。

根据《法律援助条例》等相关规定,刑事案件的当事人及其法定代理人或其近亲属申请法律援助的,应当向办理案件的人民法院、人民检察院、公安机关所在地的法律援助机构提出申请。

被羁押的犯罪嫌疑人、被告人、服刑人员、强制隔离戒毒人员申请法律援助的,可以通过办理案件的人民法院、人民检察院、公安机关或者所在监狱、看守所、强制隔离戒毒所转交申请。

同时,法律规定,申请人为无民事行为能力人或者限制民事行为能力人的,由其法定代理人代为提出申请。无民事行为能力人或者限制民事行为能力人与其法定代理人之间发生诉讼或者因其他利益纠纷需要法律援助的,由与该争议事项无利害关系的其他法定代理人代为提出申请。

公民申请代理、刑事辩护的法律援助应当提交下列证件、证明材料:(1)法律援助申请表。填写申请表确有困难的,由法律援助机构工作人员或者转交申请的机关、单位工作人员代为填写;(2)身份证或者其他有效的身份证明,申请代理人还应当提交有代理权的证明;(3)法律援助申请人经济状况证明表;(4)与所申请法律援助事项有关的案件材料。法律援助申请人经济状况证明表应当由法律援助地方性法规、规章规定的有权出具经济困难证明的机关、单位加盖公章。无相关规定的,由申请人住所地或者经常居住地的村民委员会、居民委员会或者所在单位加盖公章。

申请人持有下列证件、证明材料的,无需提交法律援助申请人经济状况证明表:(1)城市居民最低生活保障证或者农村居民最低生活保障证;(2)农村特困户救助证;(3)农村“五保”供养证;(4)人民法院给予申请人司法救助的决定;(5)在社会福利机构中由政府出资供养或者由慈善机构出资供养的证明材料;(6)残疾证及申请人住所地或者经常居住地的村民委员会、



居民委员会出具的无固定生活来源的证明材料;(7)依靠政府或者单位给付抚恤金生活的证明材料;(8)因自然灾害等原因导致生活出现暂时困难,正在接受政府临时救济的证明材料;(9)法律、法规及省、自治区、直辖市人民政府规定的能够证明法律援助申请人经济困难的其他证件、证明材料。

法律援助机构受理法律援助申请后,应当向申请人出具收到申请材料的书面凭证,载明收到申请材料的名称、数量、日期。

(二)法律援助审查

法律援助机构收到法律援助申请后,应当进行审查;认为申请人提交的证件、证明材料不齐全的,可以要求申请人作出必要的补充或者说明,申请人未按要求作出补充或者说明的,视为撤销申请;认为申请人提交的证件、证明材料需要查证的,由法律援助机构向有关机关、单位查证。对符合法律援助条件的,法律援助机构应当及时决定提供法律援助;对不符合法律援助条件的,应当书面告知申请人理由。

申请人对法律援助机构作出的不符合法律援助条件的通知有异议的,可以向主管该法律援助机构的司法行政部门提出,司法行政部门应当在收到异议之日起5个工作日内进行审查,经审查认为申请人符合法律援助条件的,应当以书面形式责令法律援助机构及时对该申请人提供法律援助。

六、法律援助实施

(一)法律援助的实施形式

我国法律援助的实施形式包括法律咨询、代理、刑事辩护等。

1. 法律咨询。法律咨询为法律援助的实施形式之一,往往为法律援助机构接受法律援助申请的来源之一。法律援助机构提供的法律咨询,是对咨询者提出的有关法律援助制度方面的问题以及日常碰到的简单法律问题进行解答。法律咨询不需要审查经济条件;通常情况下,法律咨询的时间较短。

2. 代理。法律援助机构根据受援人的请求,指派法律援助人员担任其代理人,为受援人

提供法律援助服务。根据代理事项的不同,代理主要分为以下四种:

(1)刑事代理。法律援助人员担任受援人的诉讼代理人参加刑事诉讼活动。根据刑事诉讼法第44条和《法律援助条例》第11条的规定,刑事代理主要包括刑事自诉案件自诉人的代理和公诉案件被害人的代理。

(2)民事代理。民事代理是法律援助的主要实施形式之一。法律援助人员担任受援人的诉讼代理人参加民事诉讼活动,为损害赔偿、追索赡养费抚养费、追索支付劳动报酬、婚姻家庭等纠纷受援人等提供法律援助。

(3)行政代理。法律援助人员担任受援人的诉讼代理人参加行政诉讼和行政复议活动,维护受援人的合法权益。

(4)非诉讼代理。非诉讼代理主要包括仲裁代理和调解。

在仲裁代理方面,法律援助人员担任其仲裁代理人,参加仲裁活动。法律援助机构较多的是为劳动争议仲裁中的劳动者提供法律援助代理服务。

在调解方面,法律援助人员以一方代理人的身份,参与解决纠纷,达成调解协议。

3. 刑事辩护。法律援助律师担任犯罪嫌疑人、被告人的辩护人,参加刑事诉讼活动。

(二)法律援助的实施程序

为推进法律援助工作规范化、标准化建设,司法部于2012年7月1日起颁布实施了《办理法律援助案件程序规定》,规范了法律援助案件办理中受理、审查、承办等环节的行为规范和服务标准。法律援助的实施程序一般包括以下步骤:

1. 法律援助人员的选任和指派。法律援助机构可以指派律师事务所安排律师或者安排本机构的工作人员办理法律援助案件;也可以根据其他社会组织的要求,安排其所属人员办理法律援助案件。

《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》要求法律援助机构应当指派具有一定年限刑事辩护执业经历的律师办理无期徒刑、死刑案件,指派熟悉未成年人身心特点的律师办理未成年人案

件,从源头上保证法律援助办案质量。

根据《办理法律援助案件程序规定》等规定,对于民事、行政法律援助案件,法律援助机构应当自作出给予法律援助决定之日起7个工作日内指派律师事务所、基层法律服务所、其他社会组织安排其所属人员承办,或者安排本机构的工作人员承办。对于刑事法律援助案件,法律援助机构应当自作出给予法律援助决定或者收到通知辩护公函、通知代理公函之日起3个工作日内指派律师事务所安排律师承办,或者安排本机构的法律援助律师承办。

法律援助机构、律师事务所、基层法律服务所或者其他社会组织应当自指派或者安排法律援助人员之日起5个工作日内将法律援助人员姓名和联系方式告知受援人,并与受援人或者其法定代理人、近亲属签订委托代理协议,但因受援人的原因无法按时签订的除外。

2. 法律援助事项的承办。法律援助机构、法律服务机构、法律援助人员及受援人根据法律援助协议的约定,在各自职责范围内完成法律援助事项。

3. 法律援助的异地协作。法律援助实施过程中的异地协作,是指为顺利实施法律援助,提高工作效率,节约援助经费,各地法律援助机构之间就异地审查申请材料 and 异地调查取证进行的协调与合作。

4. 更换法律援助人员。受援人有证据证明法律援助人员不依法履行义务的,可以请求法律援助机构更换法律援助人员。

法律援助机构应当自受援人申请更换之日起5个工作日内决定是否更换。决定更换的,应当另行指派或者安排人员承办。对于应当通知辩护的案件,犯罪嫌疑人、被告人拒绝法律援助机构指派的律师为其辩护的,公安机关、人民检察院、人民法院应当查明拒绝的原因,有正当理由的,应当准许,同时告知犯罪嫌疑人、被告人需另行委托辩护人。犯罪嫌疑人、被告人未另行委托辩护人的,公安机关、人民检察院、人民法院应当及时通知法律援助机构另行指派律师为其提供辩护。

更换法律援助人员的,原法律援助人员所

属单位应当与受援人解除或者变更委托代理协议,原法律援助人员应当与更换后的法律援助人员办理案件材料移交手续。

5. 结案。法律援助案件办理完毕,法律援助人员应向法律援助机构提交书面结案报告和相关材料(包括有关的法律文书副本或者复印件),以便于法律援助机构整理归档。法律援助机构收到结案报告和相关材料后应及时审核,将材料装订成册,归档保存,验收合格后,作出指派的法律援助机构应根据有关规定进行核算并支付办案补贴。

6. 终止。根据《办理法律援助案件程序规定》,有下列情形之一的,应当终止法律援助:(1)受援人不再符合法律援助经济困难标准的;(2)案件依法终止审理或者被撤销的;(3)受援人自行委托其他代理人或者辩护人的;(4)受援人要求终止法律援助的;(5)受援人利用法律援助从事违法活动的;(6)受援人故意隐瞒与案件有关的重要事实或者提供虚假证据的;(7)法律、法规规定应当终止的其他情形。有上述情形的,法律援助人员应当向法律援助机构报告。法律援助机构经审查核实,决定终止法律援助的,应当制作终止法律援助决定书,并发送受援人,同时函告法律援助人员所属单位和有关机关、单位。法律援助人员所属单位应当与受援人解除委托代理协议。

根据《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》,在法律援助案件办理过程中,如果出现“受援人的经济收入状况发生变化,不再符合法律援助条件的;案件终止办理或者已被撤销的;受援人自行委托辩护人或者代理人的;受援人要求终止法律援助的,但应当通知辩护的情形除外;法律、法规规定应当终止的其他情形”等情况的,法律援助机构应当作出终止法律援助的决定。

(三)法律援助的救济程序

《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》完善了刑事法律援助的相关救济程序。第一,积极发挥检察机关法律监督的职能作用,规定人民检察院审查批准逮捕时,认为犯罪嫌疑人具有应当通知辩护的情形而没有通知的,人民检察



院应当通知公安机关予以纠正,公安机关应当将纠正情况通知人民检察院。第二,规定了申诉控告程序,犯罪嫌疑人、被告人及其近亲属、法定代理人,强制医疗案件中的被申请人、被告人的法定代理人认为公安机关、人民检察院、人民法院应当告知其可以向法律援助机构申请法律援助而没有告知,或者应当通知法律援助机构指派律师为其提供辩护或者诉讼代理而没有通知的,有权向同级或者上一级人民检察院申诉或者控告。人民检察院应当对申诉或者控告及时进行审查,情况属实的,通知有关机关予以纠正。第三,明确申请人对法律援助机构不予援助决定和终止援助决定的异议程序,申请人对法律援助机构相关决定有异议的,可以向主管该法律援助机构的司法行政机关提出,司法行政机关应当自收到异议之日起5个工作日内进行审查并作出维持或者撤销的决定。

在刑事法律援助的监督方面,《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》要求法律援助机构对律师事务所、律师开展法律援助活动的指导监督,司法行政机关和律师协会根据律师事务所、律师履行法律援助义务情况实施奖励和惩戒,公检法机关及时向法律援助机构通报律师违法违纪损害受援人利益的行为,加大对律师办理

刑事法律援助案件的监管力度,从而促进提高办案质量。

为畅通投诉渠道、规范法律援助服务行为,2014年1月司法部印发了《法律援助投诉处理办法》。该《办法》界定了法律援助投诉的概念,明确了投诉人、被投诉人资格及其权利义务,投诉处理工作应当遵循的原则,投诉应具备的条件和投诉事项范围;规范了投诉行为和司法行政机关办理程序、被投诉人违法违规行应当承担的责任形式,以及对处理不服的救济途径等。

【本章主要法律规定】

1. 刑事诉讼法第34条
2. 律师法
3. 《法律援助条例》
4. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部《关于刑事诉讼法律援助工作的规定》
5. 《律师事务所管理办法》
6. 最高人民法院、司法部《关于规范法官和律师相互关系维护司法公正的若干规定》
7. 《律师执业管理办法》
8. 《律师执业行为规范》

本章讨论律师制度与律师职业道德,主要包括律师执业的条件、程序和基本原则,律师事务所的设立和管理制度,律师收费制度,律师业务范围,律师职业道德的主要内容,要理解和把握律师的权利义务、律师执业行为的基本规范、律师职业责任的规定和法律援助制度。



司法制度和法律职业道德

第五章

公证制度与公证员



第一节 公证制度概述

一、公证制度的概念

与私证相对应,公证是公证机构根据自然人、法人或者其他组织的申请,依照法律规定对民事法律行为、有法律意义的事实和文书的真实性、合法性予以证明并赋予法律效力的活动。综观各国公证制度,尽管它们之间存在很大差异,但在依法行使证明权,调整民事、经济法律行为,确认私权事实方面却是一致的。公证具有私证不可比拟的权威性:(1)公证是国家司法制度的重要组成部分。(2)公证机构仅对无争议的事项进行公证,公证活动为非诉讼活动。(3)公证职能只能由公证机构统一行使。(4)经过公证的法律事项受国家法律的保护,公证文书具有特定的法律效力。(5)公证文书具有广泛的适用性,发往域外使用的公证文书会受到使用国家或地区的承认。

公证制度是国家司法制度的重要组成部分,属于民事程序法的范畴。公证制度是一种司法证明制度,它在民事活动和经济交往中具有预防纠纷、化解矛盾的特殊社会功能。它是国家为保障公证机构和公证员依法履行职责,规范公证行为,预防纠纷,维护民商事活动的正常秩序,保障国家利益、公共利益以及自然人、法人和其他组织的合法权益,而设立的一种预防性司法证明制度。

我国的公证制度,是由我国有关公证的法律法规所规定的,公证机构、公证员和当事人进行公证活动所必须遵循的法律规范的总称,内容涉及公证机构、公证员、公证程序、公证效力、法律责任等。我国的公证机构为公证处。公证对象较为广泛,包括民事法律行为(如合同、继承、委托、声明、赠与、遗嘱、财产分割、招标投标、拍卖),有法律意义的事实(如婚姻状况、亲属关系、收养关系、出生、生存、死亡)以及有法律意义的文书(如毕业证、学位证、结婚证、公司章程)。公证的内容是通过公证活动证明公证客体的真实性与合法性。

为规范公证活动,保障公证机构和公证员依法履行职责,预防纠纷,保障自然人、法人或者其他组织的合法权益,我国的公证法于2005年8月28日由第十



届全国人民代表大会常务委员会第十七次会议通过,自2006年3月1日起施行。民事诉讼法、合同法、继承法、收养法、担保法等也有有关公证制度的内容。

二、我国公证制度的特征

一般认为,公证制度具有公益性、中立性、公证办理的直接原则等特点。在与其他证明活动(如私证、认证、签证、保证)或相关制度(如民事诉讼、行政行为)比较的基础上,我国公证制度的特征主要表现为下列两方面:^①

1. 公证是一种特殊的证明活动。公证证明不同于私证、认证、签证、保证等一般的证明,有其特殊性:

(1) 公证主体的特定性。我国国家机构发出的证件或证明很多,如公安机关颁发的护照、居民身份证,房屋管理部门发的房屋产权证,工商行政管理部门发的企业营业执照等。但这些都都不是公证,只有公证机构按照法律规定的程序出具的证明才称为“公证”。根据我国法律规定,公证职能只能由国家专门设立的司法证明机构——公证机构统一行使。公证机构以国家名义进行公证证明活动,其出具的公证文书不仅在法律上具有特定的效力,普遍的法律约束力;而且具有广泛性、通用性、可靠性、权威性等特点,不受行业、国籍、职业、地域、行政级别的限制,在国际国内都能通行使用,这是其他机构的证明所不具备的。公证员是公证机构中负责办理公证事务的法律专业人员,代表公证机构进行公证证明活动并出具公证文书。其他机构和人员不能进行公证证明活动。

(2) 公证对象和内容的特定性。公证对象是没有争议的民事法律行为、有法律意义的事实和文书;公证的内容是证明公证对象的真实性与合法性。法律行为是指公民、法人设立、变更、终止法律上的权利义务关系的行为,如签订合同、收养子女、认领亲子、设立遗嘱、继承、赠与、委托、提存等。有法律意义的文书和事实是指除法律行为以外的法律事件和其他能引起一定法律后果的文书和事实。如用于诉讼的证据材料、婚姻状况、亲属关系、学历、经历、需要保

全的物证和书证、健康状况、出生、死亡、文书的副本节本译本影印本与原本相符、文件上的签名属实等。

(3) 公证效力的特殊性。根据我国法律规定,公证机构出具的公证文书具有证据效力、强制执行效力、法律行为成立的形式要件效力,这是其他证明所不具备的。如民事诉讼法第67条规定,经过法定程序公证证明的法律事实和文书,人民法院应当作为认定事实的根据。但有相反证据足以推翻公证证明的除外。

(4) 公证程序的法定性。公证机构、公证员和公证当事人必须严格遵守公证法、《公证程序规则》等,公证的申请和证明活动必须依法律规定的程序进行,符合法律的要求。

2. 公证是一种非诉讼司法活动。我国的司法制度从各个不同的角度来保护公民、法人的合法权益,维护社会主义民主与法制。其主要方法有两种:一种是诉讼,一种是非诉讼。公证是一种具有预防性的法律制度,其活动宗旨是通过公证活动预防纠纷,避免不法行为的发生,减少诉讼,通过公证活动来消除纠纷隐患,平衡当事人之间的利害冲突,防患于未然,保障国家法律的正确实施,因此,公证是非诉讼法律制度。与民事诉讼相比较,公证是一种事前的预防,在法律依据、程序、效力等方面存在不同。与行政行为相比较,公证活动是不具有管理职能的性质,在法律关系、程序、组织等方面存在不同。

三、我国公证管理体制

根据法律规定,我国实行司法行政机关行政管理与公证协会行业管理相结合的公证管理体制。这种二元管理体制是国际较为通行的公证管理模式。

1. 司法行政机关的行政管理。

公证法第5条规定,司法行政部门依照法律规定对公证机构、公证员和公证协会进行监督、指导。根据公证法的规定,司法行政机关对公证机构和公证员的行政管理具体包括以下内

^① 参见齐树洁主编:《民事程序法》,厦门大学出版社2002年版,第605~611页。

容:(1)按照规定程序批准公证机构的设立,颁发公证机构执业证书;(2)按照统筹规范、合理布局的原则,依法对公证机构的执业区域、外部管理体制等进行调整和规范,实现公证资源的优化配置;(3)对推选产生的公证机构负责人予以核准和备案;(4)根据公证法的规定,对公证员进行考核、任免;(5)对公证协会进行监督、指导;(6)会同有关部门制定公证收费标准;(7)对公证机构和公证员的执业活动进行监督指导,并对其违法行为进行处罚。

司法部2006年2月21日发布了《公证机构执业管理办法》,2006年3月14日发布了《公证员执业管理办法》,2006年5月10日发布了《公证程序规则》,对公证机构、公证员和公证协会进行监督、指导。另制定了《遗嘱公证细则》(2000年3月1日)、《公证机构办理抵押登记办法》(2002年2月20日)等规章。

2. 公证协会的行业管理。

公证法第4条规定,全国设立中国公证协会,省、自治区、直辖市设立地方公证协会。中国公证协会和地方公证协会是社会团体法人。中国公证协会章程由会员代表大会制定,报国务院司法行政部门备案。公证协会是公证业的自律性组织,依据章程开展活动,对公证机构、公证员的执业活动进行监督。

中国公证员协会于1990年3月在北京成立,2006年3月依据公证法规定更名为中国公证协会。中国公证协会由司法部主管,由公证员、公证机构、公证管理人员及其他与公证事业有美的专业人员、机构组成的全国性的社会团体法人。中国公证协会是全国性公证行业组织;地方公证协会是地区性公证行业组织,接受中国公证协会的指导。

《中国公证协会章程》第5条规定了协会的职责:(1)依照本章程对公证机构和公证员的执业活动进行监督;(2)协助政府主管部门管理、指导全国的公证工作,指导地方公证协会工作;(3)制定行业规范;(4)维护会员的合法权益,保障会员依法履行职责;(5)举办会员福利事业;(6)对会员进行职业道德、执业纪律教育,协助司法行政机关查处会员的违纪行为;(7)负责

会员的培训,组织会员开展学术研讨和工作经验交流;(8)负责全国公证赔偿基金的使用管理工作,对地方公证协会管理使用的公证赔偿基金进行指导和监督;(9)负责公证宣传工作,主办公证刊物;(10)负责与国外和港、澳、台地区开展有关公证事宜的研讨、交流与合作活动;(11)负责海峡两岸公证书的查证和公证书副本的寄送工作;(12)负责公证专用水印纸的联系生产、调配,协助行政主管部门作好管理工作;(13)对外提供公证法律咨询等服务;(14)履行法律法规规定的其他职责,完成司法部委托的事务。

中国公证协会制定了《公证员职业道德基本准则》(2011年1月6日)等规范性文件,对公证业进行行业管理。

第二节 公证机构和公证员

一、公证机构的概念

我国公证法第6条规定,公证机构是依法设立,不以营利为目的,依法独立行使公证职能、承担民事责任的证明机构。《公证机构执业管理办法》第4条也规定,公证机构办理公证,不以营利为目的,独立行使公证职能,独立承担民事责任,任何单位和个人不得非法干预,其合法权益不受侵犯。据此,公证机构具有下列特性:(1)公证机构须依法设立,按照法律规定的条件和程序来设立公证机构。(2)为保证公证活动的客观性和公正性,公证机构不以营利为目的。公证机构提供服务需要按照一定标准收取费用,但公证机构非以获取利润为目的。(3)公证机构依法独立行使公证职能,任何单位、个人不得非法干预,其合法权益不受侵犯。(4)公证机构独立承担民事责任。(5)公证机构是进行公证活动的专设法律证明机构。

二、公证机构的设立

公证机构设立的原则为统筹规划、合理布局原则。我国公证法第7条规定,公证机构按照统筹规划、合理布局的原则,可以在县、不设区的市、设区的市、直辖市或者市辖区设立;在



设区的市、直辖市可以设立一个或者若干个公证机构。公证机构不按行政区划层层设立。

《公证机构执业管理办法》第9条第1款规定,省、自治区、直辖市司法行政机关应当按照公证机构设立原则,综合考虑当地经济社会发展程度、人口数量、交通状况和对公证业务的实际需求等情况,拟定本行政区域公证机构设置方案,并可以根据当地情况和公证需求的变化对设置方案进行调整。

我国公证法第8条对公证机构设立的条件进行了规定:(1)有自己的名称;(2)有固定的场所;(3)有2名以上公证员;(4)有开展公证业务所必需的资金。这些条件涉及名称、场所、人员、资金等,为公证机构正常开展公证活动所必需。

在公证机构设立的程序方面,公证法第9条规定,设立公证机构,由所在地的司法行政部门报省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门按照规定程序批准后,颁发公证机构执业证书。《公证机构执业管理办法》第14条、第15条规定,申请设立公证机构,应当提交下列材料:(1)设立公证机构的申请和组建报告;(2)拟采用的公证机构名称;(3)拟任公证员名单、简历、居民身份证复印件和符合担任公证员条件的证明材料;(4)拟推选的公证机构负责人的情况说明;(5)开办资金证明;(6)办公场所证明;(7)其他需要提交的材料。省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到申请材料之日起30日内,完成审核,作出批准设立或者不予批准设立的决定。对准予设立的,颁发公证机构执业证书;对不予设立的,应当在决定中告知不予批准的理由。批准设立公证机构的决定,应当报司法部备案。

《公证机构执业管理办法》第18条规定,公证机构统称公证处。根据公证机构设置的不同情况,分别采用下列方式冠名:(1)在县、不设区的市设立公证机构的,冠名方式为:省(自治区、直辖市)名称+本县、市名称+公证处;(2)在设区的市或其市辖区设立公证机构的,冠名方式为:省(自治区)名称+本市名称+字号+公证处;(3)在直辖市或其市辖区设立公证机构

的,冠名方式为:直辖市名称+字号+公证处。第19条规定,公证机构的名称,应当使用全国通用的文字。民族自治地方的公证机构的名称,可以同时使用当地通用的民族文字。公证机构名称中的字号,应当由两个以上文字组成,并不得与所在省、自治区、直辖市内设立的其他公证机构的名称中的字号相同或者近似。公证机构名称的内容和文字,应当符合国家有关规定。

《公证机构执业管理办法》第21条第1、2款规定,公证机构执业证书是公证机构获准设立和执业的凭证。公证机构执业证书应当载明下列内容:公证机构名称、负责人、办公场所、执业区域、证书编号、颁证日期、审批机关等。公证机构执业证书分为正本和副本。正本用于在办公场所悬挂,副本用于接受查验。正本和副本具有同等法律效力。

我国公证机构的负责人通常称为主任。公证法第10条规定了公证机构负责人的产生:公证机构的负责人应当在有3年以上执业经历的公证员中推选产生,由所在地的司法行政部门核准,报省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门备案。

三、公证业务范围

公证业务范围是指公证机构按照国家法律规定有权办理的公证事务和相关法律事务。按照不同的分类,公证可以分为自愿公证、法定公证;民事公证、经济公证;法律行为公证、具有法律意义事实的公证、具有法律意义文书的公证;国内公证业务、涉外公证业务和涉港澳台公证业务。

公证法第11条规定,根据自然人、法人或者其他组织的申请,公证机构办理下列公证事项:(1)合同;(2)继承;(3)委托、声明、赠与、遗嘱;(4)财产分割;(5)招标投标、拍卖;(6)婚姻状况、亲属关系、收养关系;(7)出生、生存、死亡、身份、经历、学历、学位、职务、职称、有无违法犯罪记录;(8)公司章程;(9)保全证据;(10)文书上的签名、印鉴、日期,文书的副本、影印本与原本相符;(11)自然人、法人或者其他组织自愿

申请办理的其他公证事项。法律、行政法规规定应当公证的事项,有关自然人、法人或者其他组织应当向公证机构申请办理公证。公证法第12条规定,根据自然人、法人或者其他组织的申请,公证机构可以办理下列事务:(1)法律、行政法规规定由公证机构登记的事务;(2)提存;(3)保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书;(4)代写与公证事项有关的法律事务文书;(5)提供公证法律咨询。这表明我国法律规定了较为广泛的公证业务范围,大致包括证明民事法律行为、证明有法律意义的事实、证明有法律意义的文书、其他公证事务四类。

1. 证明民事法律行为。我国公证机构的主要公证业务为证明民事法律行为,如合同、继承、委托、声明、赠与、遗嘱、财产分割、招标投标、拍卖等。公证机构根据当事人的申请办理合同公证、继承公证、遗嘱公证、财产分割公证、委托公证、声明公证、赠与公证、招标投标公证、拍卖公证等事项,对民事法律行为的真实性、合法性予以证明。

2. 证明有法律意义的事实。除民事法律行为以外,有些事实能够引起民事法律关系产生、变更或消灭,具有法律意义。公证机构根据当事人的申请办理婚姻状况公证(包括已婚公证、未婚公证、离婚公证和丧偶公证)、亲属关系公证、收养关系公证(包括确认收养关系公证和解除收养关系公证)、出生公证、生存公证、死亡公证、身份公证、经历公证、学历和学位公证、职务和职称公证、有无犯罪违法记录公证、保全证据等事项,对有法律意义事实的真实性、合法性予以证明。

3. 证明有法律意义的文书。各种文件、证书、文字材料在法律上具有特定意义,公证机构根据当事人的申请办理公司章程公证、文书的签名、印鉴、日期公证(包括学位证书、技术等级证书、夫妻关系证明书、驾驶证等)、文书的副本、影印本与原本相符公证等事项,对有法律意义的文书的真实性、合法性予以证明。

4. 其他公证事务。公证机构根据当事人的申请办理其他公证事务,包括:法律、行政法

规规定由公证机构登记的事务(如担保法第43条规定,对于个人、企事业单位、社会团体和其他组织所有的机械设备、牲畜等生产资料,位于农村的个人私有房产,个人所有的家具、家用电器、金银珠宝及其制品等生活资料用于财产抵押的,由抵押人所在地的公证机构进行登记);提存(1995年6月2日司法部制订并施行《提存公证规则》);保管遗嘱、遗产或者其他与公证事项有关的财产、物品、文书;代书与公证事项有关的法律事务文书;提供公证法律咨询。

四、法定公证制度

公证法第11条第2款规定:“法律、行政法规规定应当公证的事项,有关自然人、法人或者其他组织应当向公证机构申请办理公证。”公证法第38条又规定:“法律、行政法规规定未经公证的事项不具有法律效力的,依照其规定。”这表明,公证法确定了法定公证的原则。

我国对应当公证事项作出规定的法律、行政法规不多。如民事诉讼法第264条规定:“在中华人民共和国领域内没有住所的外国人、无国籍人、外国企业和组织委托中华人民共和国律师或者其他代理人代理诉讼,从中华人民共和国领域外寄交或者托交的授权委托书,应当经所在国公证机关证明,并经中华人民共和国驻该国使领馆认证,或者履行中华人民共和国与该所在国订立的有关条约中规定的证明手续后,才具有效力。”我国需要进一步重视并不断完善法定公证制度。

五、公证机构的管理制度

为正常开展公证业务,公证机构需要建立和健全管理制度。我国公证法、《公证机构执业管理办法》、《公证员执业管理办法》对此进行了规定。

1. 业务、财务、资产管理制度。公证法第14条规定,公证机构应当建立业务、财务、资产等管理制度。《公证员执业管理办法》第22条规定,公证机构应当按照规定建立、完善各项内部管理制度。

2. 执业监督制度。公证法第14条规定,公



证机构应当对公证员的执业行为进行监督。同时,《公证员执业管理办法》第21条规定,司法行政机关应当依法建立健全行政监督管理制度,公证协会应当依据章程建立健全行业自律制度,加强对公证员执业活动的监督,依法维护公证员的执业权利。

《公证机构执业管理办法》第24条规定,司法行政机关依法对公证机构的组织建设、队伍建设、执业活动、质量控制、内部管理等情况进行监督。第25条规定,省、自治区、直辖市司法行政机关对公证机构的下列事项实施监督:(1)公证机构保持法定设立条件的情况;(2)公证机构执行应当报批或者备案事项的情况;(3)公证机构和公证员的执业情况;(4)公证质量的监控情况;(5)法律、法规和司法部规定的其他监督检查事项。第26条规定,设区的市和公证机构所在地司法行政机关对本地公证机构的下列事项实施监督:(1)组织建设情况;(2)执业活动情况;(3)公证质量情况;(4)公证员执业年度考核情况;(5)档案管理情况;(6)财务制度执行情况;(7)内部管理制度建设情况;(8)司法部和省、自治区、直辖市司法行政机关要求进行监督检查的其他事项。

司法行政机关实施监督检查,可以对公证员办理公证业务的情况进行检查,要求公证员及其所在公证机构说明有关情况,调阅相关材料和公证档案,向相关单位和人员调查、核实有关情况。

公证员及其所在公证机构不得拒绝司法行政机关依法实施的监督检查,不得谎报、隐匿、伪造、销毁相关证据材料。

3. 执业过错责任追究制度。《公证法》第14条规定,公证机构应当建立执业过错责任追究制度。《公证机构执业管理办法》第27条也有相应规定。

4. 培训制度。《公证员执业管理办法》第27条规定,公证员应当接受司法行政机关和公证协会组织开展的职业培训。公证员每年参加职业培训的时间不得少于40学时。司法行政机关制定开展公证员职业培训的规划和方案,公证协会按年度制定具体实施计划,负责组织

实施。公证机构应当为公证员参加职业培训提供必要的条件和保障。

5. 执业年度考核制度。《公证员执业管理办法》第22条规定,建立公证员执业年度考核制度。

公证机构应当在每年的第一个月份对所属公证员上一年度办理公证业务的情况和遵守职业道德、执业纪律的情况进行年度考核。考核结果,应当书面告知公证员,并报所在地司法行政机关备案。

公证机构的负责人履行管理职责的情况,由所在地司法行政机关进行考核。考核结果,应当书面告知公证机构的负责人,并报上一级司法行政机关备案。

经年度考核,对公证员在执业中存在的突出问题,公证机构应当责令其改正;对公证机构的负责人在管理中存在的突出问题,所在地司法行政机关应当责令其改正。

公证员和公证机构的负责人被投诉和举报、执业中有不良记录或者经年度考核发现有突出问题的,所在地司法行政机关应当对其进行重点监督、指导。

对年度考核发现有突出问题的公证员和公证机构的负责人,由所在地或者设区的市司法行政机关组织专门的学习培训。

公证员执业年度考核的具体办法,由省、自治区、直辖市司法行政机关制定。考核办法应当包括考核工作的原则、考核的内容、考核的等次和标准、考核的程序和时间安排。

6. 执业档案制度。《公证员执业管理办法》第28条第1款规定,公证员执业所在地司法行政机关应当建立公证员执业档案,将公证员任职审核任命情况、年度考核结果、监督检查掌握的情况以及受奖惩的情况记入执业档案。

《公证机构执业管理办法》第28条规定,公证机构应当依法开展公证执业活动,不得有下列行为:(1)为不真实、不合法的事项出具公证书;(2)毁损、篡改公证文书或者公证档案;(3)以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务;(4)泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私;

(5)违反规定的收费标准收取公证费;(6)法律、法规和司法部规定禁止的其他行为。

六、公证执业责任保险

为增强公证机构及其公证员承担责任、抵御风险的能力,提高我国公证机构的公信力,中国公证协会与中国人民保险公司,于2000年12月18日在北京签订了《公证责任保险合同》,公证责任保险具有强制性,投保人是中国公证协会,被保险人是在中华人民共和国境内依法行使国家公证职能的公证机构,保险人是中国人民保险公司。

在某一公证机构及其公证员给当事人、公证事项利害关系人造成损失的,首先由保险公司赔付;如果受损失的一方认为这样仍不足以弥补其损失,还可以向作出错误公证的公证机构索赔。公证机构赔偿后,可以向有重大过错的公证员追偿。

公证保险责任赔偿的发生应当基于以下条件:(1)公证机构及其公证人员在执业过程(即办理公证事项的过程)中存在过错;(2)因公证机构及其公证人员的过错给公证申请人或利害关系人造成了损失。如果公证机构及其公证人员没有过错,或当事人没有遭受损失,或其遭受的损失与公证机构及其公证人员的执业过错没有因果关系,则公证机构不承担赔偿责任。

就赔偿的性质而言,公证赔偿应为补偿性赔偿,补偿的范围通常仅限于直接经济损失,对于间接经济损失,公证机构一般不予赔偿。公证保险人所应承担的赔偿责任,一般包括:(1)人民法院判定或经保险人同意由公证机构与公证责任赔偿当事人协商确定的因公证责任引起的赔偿金额;(2)人民法院收取的诉讼费;(3)其他诉讼费用,如律师费,调查取证费用等;(4)法律规定或保险合同约定应由保险人承担的费用。

按照中国公证协会与中国人民保险公司签订的《公证责任保险合同》,公证责任赔偿数额由人民法院以判决书或调解书的方式确定,采用调解书时,赔偿数额要事先征得保险人同意;由被保险人与公证责任索赔人以非诉讼方式确定的赔偿数额,必须事先经保险人书面同意,当

保险人和被保险人就调解方案中赔偿数额意见不一致时,保险人具有决定权。

此外,为保障公证机构的稳定发展,还应该建立公证员执业保证金制度和公证赔偿基金制度,提高公证员和公证机构抵御风险的能力。

七、公证员的概念

公证法第16条规定:“公证员是符合本法规定的条件,在公证机构从事公证业务的执业人员。”《公证员执业管理办法》第2条规定:“公证员是符合公证法规定的条件,经法定任职程序,取得公证员执业证书,在公证机构从事公证业务的执业人员。”据此,公证员是法律工作者,既是公证机构独立办理公证事务的执业人员,也是公证机构的核心成员和基本构成人员,他们具有良好的专业技能和公证执业要求的法律知识。公证员有权承办所有公证业务,享有公证法规定的权利,同时应履行公证法规定的义务。公证员办理公证事务,应当在公证书上署名。

公证员配备方案,应当遵照司法部有关公证业的总体发展规划和要求,根据当地公证机构设置、布局的安排、公证执业区域划分的安排、公证业务总体需求和地区分布情况,以及当地经济社会发展和人口状况,结合公证员年均办证数量和办证能力,予以编制和核定,并可以根据当地情况和公证需求的变化进行调整。

八、公证员的条件与任免

1. 公证员的条件

担任公证员应当具备的条件大致包括一般条件、特殊条件、禁止条件三方面。

一般条件方面,公证法第18条规定了担任公证员应当具备的条件:(1)具有中华人民共和国国籍;(2)年龄25周岁以上65周岁以下;(3)公道正派,遵纪守法,品行良好;(4)通过国家司法考试;(5)在公证机构实习2年以上或者具有3年以上其他法律职业经历并在公证机构实习1年以上,经考核合格。这些条件包括国籍条件、年龄条件、品行条件、专业条件、经历条件等。



公证法还规定了公证员的考核任职制度,以作为公证员基本准入制度的补充,此为担任公证员应当具备的特殊条件。公证法第19条规定,从事法学教学、研究工作,具有高级职称的人员,或者具有本科以上学历,从事审判、检察、法制工作、法律服务满10年的公务员、律师,已经离开原工作岗位,经考核合格的,也可以担任公证员。

为规范公证员考核任职工作,充分发挥公证员考核任职制度的作用,司法部制定了《公证员考核任职工作实施办法》,共计五章22条,自2010年3月1日起施行。公证员考核任职,是指司法行政机关对于符合公证法第19条规定条件的专业人员,按规定程序经考核合格,可以任命为公证员,在公证机构专职从事公证业务。考核任职制度的目的是加强公证员队伍建设和解决欠发达地区公证员缺员问题,吸引更多的人才加入公证员队伍,提高公证人员的整体素质。公证员考核任职工作,应当遵循严格依法、总量控制、因地制宜、满足急需的原则。公证员考核任职工作,采用按年度集中考核任命的方式办理。省、自治区、直辖市司法行政机关应当于每年的9月统一受理考核任职申请,在规定的时间内完成审核,报请司法部审查、任命。

同时,公证法第20条规定了公证员任职的禁止条件,即有下列情形之一的,不得担任公证员:(1)无民事行为能力或者限制民事行为能力的;(2)因故意犯罪或者职务过失犯罪受过刑事处罚的;(3)被开除公职的;(4)被吊销执业证书的。

2. 公证员的任命与免职。

根据公证法第21条规定,担任公证员,应当由符合公证员条件的人员提出申请,经公证机构推荐,由所在地的司法行政部门报省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门审核同意后,报请国务院司法行政部门任命,并由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门颁发公证员执业证书。

《公证员执业管理办法》第10条进一步规定,符合公证员基本准入条件的人员报请审核,应当提交下列材料:(1)担任公证员申请书;

(2)公证机构推荐书;(3)申请人的居民身份证复印件和个人简历,具有3年以上其他法律职业经历的,应当同时提交相应的经历证明;(4)申请人的法律职业资格证书复印件;(5)公证机构出具的申请人实习鉴定和所在地司法行政机关出具的实习考核合格意见;(6)所在地司法行政机关对申请人的审查意见;(7)其他需要提交的材料。

《公证员执业管理办法》第11条规定,符合公证员考核任职条件的人员报请审核,应当提交下列材料:(1)担任公证员申请书;(2)公证机构推荐书;(3)申请人的居民身份证复印件和个人简历;(4)从事法学教学、研究工作并具有高级职称的证明,或者具有本科以上学历的证明和从事审判、检察、法制工作、法律服务满10年的经历及职务证明;(5)申请人已经离开原工作岗位的证明;(6)所在地司法行政机关对申请人的考核意见;(7)其他需要提交的材料。

根据《公证员执业管理办法》的规定,省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到报审材料之日起20日内完成审核。对符合规定条件和公证员配备方案的,作出同意申请人担任公证员的审核意见,填制公证员任职报审表,报请司法部任命;对不符合规定条件或者公证员配备方案的,作出不同意申请人担任公证员的决定,并书面通知申请人和所在地司法行政机关。司法部应当自收到省、自治区、直辖市司法行政机关报请任命公证员的材料之日起20日内,制作并下达公证员任命决定。司法部认为报请任命材料有疑义或者收到相关投诉、举报的,可以要求报请任命机关重新审核。

省、自治区、直辖市司法行政机关应当自收到司法部下达的公证员任命决定之日起10日内,向申请人颁发公证员执业证书,并书面通知其所在地司法行政机关。

公证员变更执业机构,应当经所在公证机构同意和拟任用该公证员的公证机构推荐,报所在地司法行政机关同意后,报省、自治区、直辖市司法行政机关办理变更核准手续。公证员跨省、自治区、直辖市变更执业机构的,经所在的省、自治区、直辖市司法行政机关核准后,由

拟任用该公证员的公证机构所在的省、自治区、直辖市司法行政机关办理变更核准手续。

公证法第24条规定,公证员有下列情形之一的,由所在地的司法行政部门报省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门提请国务院司法行政部门予以免职:(1)丧失中华人民共和国国籍的;(2)年满65周岁或者因健康原因不能继续履行职务的;(3)自愿辞去公证员职务的;(4)被吊销公证员执业证书的。根据《公证员执业管理办法》的规定,被吊销公证员执业证书的,由省、自治区、直辖市司法行政机关直接提请司法部予以免职。提请免职,应当提交公证员免职报审表和符合法定免职事由的相关证明材料。司法部应当自收到提请免职材料之日起20日内,制作并下达公证员免职决定。

3. 公证员执业证书管理。

《公证员执业管理办法》对公证员执业证书管理进行了规定。公证员执业证书是公证员履行法定任职程序后在公证机构从事公证执业活动的有效证件。公证员执业证书由司法部统一制作。证书编号办法由司法部制定。

公证员执业证书由公证员本人持有和使用,不得涂改、抵押、出借或者转让。公证员执业证书损毁或者遗失的,由本人提出申请,所在公证机构予以证明,提请所在地司法行政机关报省、自治区、直辖市司法行政机关申请换发或者补发。执业证书遗失的,由所在公证机构在省级报刊上声明作废。

公证员变更执业机构的,经省、自治区、直辖市司法行政机关核准,予以换发公证员执业证书。

公证员受到停止执业处罚的,停止执业期间,应当将其公证员执业证书缴存所在地司法行政机关。公证员受到吊销公证员执业证书处罚或者因其他法定事由予以免职的,应当收缴其公证员执业证书,由省、自治区、直辖市司法行政机关予以注销。

九、公证员的权利与义务

1. 公证员的权利。

公证员依法执业,受法律保护,任何单位和

个人不得非法干预。根据公证法的规定,公证员有权获得劳动报酬,享受保险和福利待遇;有权提出辞职、申诉或者控告;非因法定事由和非经法定程序,不被免职或者处罚。

2. 公证员的义务。

根据公证法的规定,公证员应当遵纪守法,恪守职业道德,依法履行公证职责,保守执业秘密。同时,公证员应当加入地方和全国的公证协会。

此外,《公证员执业管理办法》第23条规定,公证员应当依法履行公证职责,不得有下列行为:(1)同时在两个以上公证机构执业;(2)从事有报酬的其他职业;(3)为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系 of 公证;(4)私自出具公证书;(5)为不真实、不合法的事项出具公证书;(6)侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品;(7)毁损、篡改公证文书或者公证档案;(8)泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私;(9)法律、法规和司法部规定禁止的其他行为。

第三节 公证程序

一、公证程序

根据2006年5月10日司法部发布的《公证程序规则》,公证程序包括公证的申请、受理、审查、出具公证书等。

(一) 公证的申请

申请为办理公证的第一步,是指自然人、法人或者其他组织向公证机构提出办理公证的请求的行为。

1. 公证申请的提出。公证法第25条规定,自然人、法人或者其他组织申请办理公证,可以向住所地、经常居住地、行为地或者事实发生地的公证机构提出;申请办理涉及不动产的公证,应当向不动产所在地的公证机构提出,但申请办理涉及不动产的委托、声明、赠与、遗嘱的公证,可以向住所地、经常居住地、行为地或事实发生地的公证机构提出。

两个以上当事人共同申办同一公证事项的,可以共同到行为地、事实发生地或者其中一

新华考资
www.xhkzedu.com



名当事人住所地、经常居住地的公证机构申办。当事人向两个以上可以受理该公证事项的公证机构提出申请的,由最先受理申请的公证机构办理。

2. 公证代理。公证法规定,当事人申请办理公证,可以委托他人代理,但申请办理遗嘱、生存、收养关系等应当由本人申办的公证事项,不得委托他人代理。《公证程序规则》第10条规定:“无民事行为能力人或者限制民事行为能力人申办公证,应当由其监护人代理。法人申办公证,应当由其法定代表人代表。其他组织申办公证,应当由其负责人代表。”第11条规定:“当事人可以委托他人代理申办公证,但申办遗嘱、遗赠扶养协议、赠与、认领亲子、收养关系、解除收养关系、生存状况、委托、声明、保证及其他与自然人人身有密切关系的公证事项,应当由其本人亲自申办。公证员、公证机构的其他工作人员不得代理当事人在本公证机构申办公证。”

为方便当事人申办公证,居住在香港、澳门、台湾地区的当事人,委托他人代理申办涉及继承、财产权益处分、人身关系变更等重要公证事项的,其授权委托书应当经其居住地的公证人(机构)公证,或者经司法部指定的机构、人员证明;居住在国外的当事人,委托他人代理申办涉及继承、财产权益处分、人身关系变更等重要公证事项的,其授权委托书应当经其居住地的公证人(机构)、我驻外使(领)馆公证。

3. 填写公证申请表。《公证程序规则》第17条规定,申请人申请办理公证,应当填写公证申请表。公证申请表应载明下列内容:(1)申请人及其代理人的基本情况,包括:姓名、性别、出生日期、身份证号码、工作单位、住址等;申请人为法人的,应记明法人的名称、地址、法定代表人的姓名、职务等;(2)申请公证的事项及公证书的用途;(3)申请公证的文书的名称;(4)提交证明材料的名称、份数及有关证人的姓名、住址、联系方式;(5)申请的日期;(6)其他需要说明的情况。申请人应当在申请表上签名或盖章,不能签名、盖章的由本人捺指印。

4. 申请公证应提交的材料及要求。《公证

程序规则》第18条规定,申请人申请办理公证,应当提交下列材料:(1)自然人的身份证明,法人的资格证明及其法定代表人的身份证明,其他组织的资格证明及其负责人的身份证明;(2)委托他人代为申请的,代理人须提交当事人的授权委托书,法定代理人或者其他代理人须提交有代理权的证明;(3)申请公证的文书;(4)申请公证的事项的证明材料,涉及财产关系的须提交有关财产权利证明;(5)与申请公证的事项有关的其他材料。申请人提供的证明材料不完备的,公证机构可以要求补充。申请人应当按照公证机构的要求补充材料。如果申请人提供的材料不充分,不能补足或者拒绝补充的,根据公证法第31条第6项的规定,公证机构有权不予办理公证。

公证法第27条要求申请人提交的材料应当真实、合法、充分,应当向公证机构如实说明申请公证事项的有关情况。

(二) 公证的受理

受理是公证机构接受当事人的申请,经审核后同意受理公证事务的行为。根据《公证程序规则》第19条的相关规定,公证处受理申请的条件为:(1)申请人与申请公证的事项有利害关系;(2)申请人之间对申请公证的事项无争议;(3)申请公证的事项属于公证处的业务范围;(4)申请公证的事项符合本公证处执业区域的规定。

公证机构接到公证申请后,应当进行审查,对于符合条件的申请,应当受理并向申请人发送受理通知单,申请人或其代理人应当在回执上签收。公证机构受理公证申请后,应当告知当事人申请公证事项的法律意义和可能产生的法律后果,告知其在办理公证过程中享有的权利、承担的义务。告知内容、告知方式和时间,应当记录归档。对不符合条件的申请,公证机构应当不予受理,并通知申请人。公证机构受理公证申请后,应当按照规定向当事人收取公证费。公证办结后,经核定的公证费与预收数额不一致的,应当办理退还或者补收手续。对符合法律援助条件的当事人,公证机构应当按照规定减收或者免收公证费。

新华考资

www.xhkzedu.com

公证机构受理公证申请后,应当指派承办公证员,并通知当事人。当事人要求该公证员回避,经查属于公证法第23条第3项规定应当回避的情形(即“为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证”)的,公证机构应当改派其他公证员承办。

示例

甲病危,欲将部分财产留给保姆,咨询如何处理。下列哪一意见是正确的?(2011年试卷一第50题)

- A. 甲行走不便,可由身为公证员的侄子办理公证遗嘱
- B. 甲提出申请,可由公证机构到医院办理公证遗嘱
- C. 公证机构无权办理甲的遗嘱文书及财产保管事务
- D. 甲如对该财产曾有其他形式遗嘱,以后公证的遗嘱无效

【参考答案及简要提示】B。有的考生认为应选C项,理由为公证不得办理涉及身份关系的事项,公证机构无权办理甲的遗嘱文书及财产保管事务;“遗嘱”财产的处分对象应该是法定继承人以内的一人或数人,而本题中的保姆并非法定继承人,故本题的处分财产行为应该是“遗赠”。这是由于对公证制度的有关内容掌握不精。遗嘱公证是指公证机构根据当事人的申请,依法证明遗嘱人设立遗嘱的行为真实、合法的活动。故C项有误。公证机构有权办理甲的遗嘱文书及财产保管事务。

(三)公证的审查

审查是公证程序的重要环节,为具体办理公证事项的环节。根据公证法第28条规定,公证机构办理公证,应当根据不同公证事项的办证规则,分别审查下列事项:(1)当事人的身份、申请办理该项公证的资格以及相应的权利;(2)提供的文书内容是否完备,含义是否清晰,签名、印鉴是否齐全;(3)提供的证明材料是否真实、合法、充分;(4)申请公证的事项是否真实、合法。

公证法第29条也规定,公证机构对申请公

证的事项以及当事人提供的证明材料,按照有关办证规则需要核实或者对其有疑义的,应当进行核实,或者委托异地公证机构代为核实,有关单位或者个人应当依法予以协助。根据《公证程序规则》的规定,公证机构主要通过下列方式进行核实:

1. 询问当事人、公证事项的利害关系人和证人。公证人员询问当事人、公证事项的利害关系人和有关证人时,应告知其权利、义务、法律责任和注意事项,并制作询问笔录。询问笔录应当载明:询问日期、地点、询问人、记录人、询问事由、被询问人的基本情况、告知内容、询问谈话内容等。询问笔录应当交由被询问人核对后签名或者盖章、捺指印。笔录中修改处应当由被询问人盖章或者捺指印认可。公证人员在向当事人、公证事项的利害关系人、证人或者有关单位、个人核实或者收集有关公证事项的证明材料时,需要摘抄、复印(复制)有关资料、证明原件、档案材料或者对实物证据照相并作文字描述记载的,摘抄、复印(复制)的材料或者物证照片及文字描述记载应当与原件或者物证相符,并由资料、原件、物证所有人或者档案保管人对摘抄、复印(复制)的材料或者物证照片及文字描述记载核对后签名或者盖章。

2. 调查。包括向有关单位或者个人了解相关情况或者核实、收集相关书证、物证、视听资料等证明材料。公证机构派员外出核实的,应当由2人进行,但核实、收集书证的除外;特殊情况下只有1人外出核实的,应当有1名见证人在场,见证人应在笔录上签名。

3. 现场勘验。公证人员采用现场勘验方式核实公证事项及其有关证明材料的,应当制作勘验笔录,由公证人员及见证人签名或者盖章。根据需要,可以采用绘图、照相、录像或者录音等方式对勘验情况或者实物证据予以记载。

4. 鉴定、检验检测、翻译。需要委托专业机构或者专业人员对申请公证的文书或者公证事项的证明材料进行鉴定、检验检测、翻译的,公证机构应当告知当事人由其委托办理,或者征得当事人的同意代为办理。鉴定意见、检验



检测结论、翻译材料,应当由相关专业机构及承办鉴定、检验检测、翻译的人员盖章和签名。委托鉴定、检验检测、翻译所需的费用,由当事人支付。

公证机构委托异地公证机构核实公证事项及其有关证明材料的,应当出具委托核实函,对需要核实的事项及内容提出明确的要求。受委托的公证机构收到委托函后,应当在1个月内完成核实。因故不能完成或者无法核实的,应当在上述期限内函告委托核实的公证机构。

此外,公证机构在审查中,认为申请公证的文书内容不完备、表达不准确的,应当指导当事人补正或者修改。当事人拒绝补正、修改的,应当在工作记录中注明。

(四) 出具公证书

按照《公证程序规则》的规定,公证机构经审查,认为申请人提供的证明材料真实、合法、充分,申请公证的事项真实、合法的,应当自受理公证申请之日起15个工作日内向当事人出具公证书。但是,因不可抗力、补充证明材料或者需要核实有关情况的,所需时间不计算在期限内,并应当及时告知当事人。

1. 出具公证书的条件。

(1) 民事法律行为公证的条件。根据《公证程序规则》第36条的规定,该类公证应当符合下列条件:当事人具有从事该行为的资格和相应的民事行为能力;当事人的意思表示真实;该行为的内容和形式合法,不违背社会公德;公证法规定的其他条件。

(2) 有法律意义的事实或文书公证的条件。根据《公证程序规则》第37条的规定,该类公证应当符合下列条件:该事实或者文书与当事人有利害关系;事实或者文书真实无误;事实或者文书的内容和形式合法,不违背社会公德;公证法规定的其他条件。

(3) 文书上的签名、印鉴、日期公证与文书的文本公证的条件。《公证程序规则》第38条规定,文书上的签名、印鉴、日期的公证,其签名、印鉴、日期应当准确、属实;文书的副本、影印本等文本的公证,其文本内容应当与原本相符。

(4) 具有强制执行效力的债权文书公证的

条件。根据《公证程序规则》第39条的规定,该类公证应当符合下列条件:债权文书以给付货币、物品或有价证券为内容;债权债务关系明确,债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义;债权文书中载明债务人不履行或者不适当履行义务时,债务人愿意接受强制执行的承诺;公证法规定的其他条件。

2. 公证书的审批。对符合规定条件的公证事项,由承办公证员拟制公证书,连同被证明的文书、当事人提供的证明材料及核实情况等材料、公证审查意见,报公证机构的负责人或其指定的公证员审批,但按规定不需要审批的公证事项除外。任何人不得审批自己承办的公证事项。

根据《公证程序规则》第41条的规定,公证机构负责人或其指定的公证员审批公证事项及拟出具的公证书,应当审核以下内容:(1) 申请公证的事项及其文书是否真实、合法;(2) 公证事项的证明材料是否真实、合法、充分;(3) 办证程序是否符合公证法、本规则及有关办证规则的规定;(4) 拟出具的公证书的内容、表述和格式是否符合相关规定。审批重大、复杂的公证事项,应当在审批前提交公证机构集体讨论。讨论的情况和形成的意见,应当记录归档。

3. 公证书的格式。公证书应当按照司法部规定的格式制作,由公证员签名或者加盖签名章并加盖公证机构印章。根据《公证程序规则》第42条的规定,公证书应包括以下主要内容:(1) 公证书编号。公证书编号由年度、公证处代码、类别、编码组成。(2) 当事人及其代理人的基本情况。当事人是自然人的,包括姓名、性别、出生日期、住址、代理人姓名等;当事人是法人或其他组织的,包括名称、住所地、法定代表人、代理人姓名等。(3) 公证证词。包括公证对象、证明的内容、法律依据等。公证证词是公证书的核心内容。公证证词中注明的文件是公证书的组成部分。(4) 承办公证员的签名(签名章)、公证机构印章。(5) 出具日期。公证机关签发执行证书应当注明被执行人、执行标的和申请执行的期限。

制作公证书应当使用全国通用的文字;在

民族自治地方,根据当事人的要求,可以同时制作当地通用的民族文字文本。两种文字的文本具有同等效力。发往香港、澳门、台湾地区使用的公证书应当使用全国通用的文字。发往国外使用的公证书应当使用全国通用的文字。根据需要和当事人的要求,公证书可以附外文译文。

《公证程序规则》第45条规定:“公证机构制作的公证书正本,由当事人各方各收执一份,并可以根据当事人的需要制作若干份副本。公证机构留存公证书原本(审批稿、签发稿)和一份正本归档。”公证书正本是公证机构依据公证书原本制作、发给当事人使用的正式公证书。公证书正本与原本具有同等法律效力。公证书原本是原始的公证书,必须附卷归档,不得涂改、遗失、销毁或发给当事人。公证书副本是公证机构根据原本或正本制作的供当事人或其他人员、组织参考的公证文书,一般需加盖副本章。副本也不得随意制作和发放。公证书不得涂改、挖补,必须修改的应加盖公证处校对章。

4. 公证书的生效。公证法第32条规定,公证书自出具之日起生效。《公证程序规则》第44条第2款规定:“需要审批的公证事项,审批人的批准日期为公证书的出具日期;不需要审批的公证事项,承办公证员的签发日期为公证书的出具日期;现场监督类公证需要现场宣读公证证词的,宣读日期为公证书的出具日期。”

《公证程序规则》第46条规定,公证书出具后,可以由当事人或其代理人到公证机构领取,也可以应当事人的要求由公证机构发送;当事人或其代理人收到公证书应当在回执上签收。

(五) 不予办理公证和终止公证

对不真实、不合法的行为、事实和文书,公证处应拒绝公证。公证法第31条规定,有下列情形之一的,公证机构不予办理公证:(1)无民事行为能力人或者限制民事行为能力人没有监护人代理申请办理公证的;(2)当事人与申请公证的事项没有利害关系的;(3)申请公证的事项属专业技术鉴定、评估事项的;(4)当事人之间对申请公证的事项有争议的;(5)当事人虚构、隐瞒事实,或者提供虚假证明材料的;(6)当事人提供的证明材料不充分或者拒绝补充证明材

料的;(7)申请公证的事项不真实、不合法的;(8)申请公证的事项违背社会公德的;(9)当事人拒绝按照规定支付公证费的。不予办理公证的,由承办公证员写出书面报告,报公证机构负责人批准。不予办理公证的决定应当书面通知当事人或其代理人。同时,公证机构应当根据不予办理的原因及责任,酌情退还部分或者全部收取的公证费。

公证机构在办理公证的过程中,因遇到某种特殊情形,致使继续办理公证已不必要或者不应当继续办理公证,可以终止公证。根据《公证程序规则》第50条的规定,公证事项有下列情形之一的,公证机构应当终止公证:(1)因当事人的原因致使该公证事项在6个月内不能办结的;(2)公证书出具前当事人撤回公证申请的;(3)因申请公证的自然人死亡、法人或者其他组织终止,不能继续办理公证或者继续办理公证已无意义的;(4)当事人阻挠、妨碍公证机构及承办公证员按规定的程序、期限办理公证的;(5)其他应当终止的情形。终止公证的,由承办公证员写出书面报告,报公证机构负责人审批。终止公证的决定应当书面通知当事人或其代理人。而且,公证机构应当根据终止的原因及责任,酌情退还部分收取的公证费。

(六) 公证书的认证

为方便国际交往和对外交流,公证法第33条规定:“公证书需要在外国使用,使用国要求先认证的,应当经中华人民共和国外交部或者外交部授权的机构和有关国家驻中华人民共和国使(领)馆认证。”公证书的认证一般由领事机关办理,领事认证是对公证书起推介作用。

《公证程序规则》第47条规定,公证书需要办理领事认证的,根据有关规定或者当事人的委托,公证机构可以代为办理公证书认证,所需费用由当事人支付。

(七) 公证程序的特别规定

1. 办理现场监督类公证的特别规定。公证机构办理招标投标、拍卖、开奖等现场监督类公证,应当由2人共同办理。承办公证员应当依照有关规定,通过事前审查、现场监督,对其真实性、合法性予以证明,现场宣读公证证词,



并在宣读后7日内将公证书发送当事人。该公证书自宣读公证证词之日起生效。办理现场监督类公证,承办公证员发现当事人有弄虚作假、徇私舞弊、违反活动规则、违反国家法律和有关规定行为的,应当即时要求当事人改正;当事人拒不改正的,应当不予办理公证。

2. 办理遗嘱公证的特别规定。公证机构办理遗嘱公证,应当由2人共同办理。承办公证员应当全程亲自办理。特殊情况下只能由1名公证员办理时,应当请1名见证人在场,见证人应当在询问笔录上签名或者盖章。

3. 办理保全证据公证的特别规定。公证机构派员外出办理保全证据公证的,由2人共同办理,承办公证员应当亲自外出办理。办理保全证据公证,承办公证员发现当事人是采用法律、法规禁止的方式取得证据的,应当不予办理公证。

4. 办理债权文书执行证书的特别规定。债务人不履行或者不适当履行经公证的具有强制执行效力的债权文书的,公证机构可以根据债权人的申请,依照有关规定出具执行证书。执行证书应当在法律规定的执行期限内出具。

执行证书应当载明申请人、被申请执行人、申请执行标的和申请执行的期限。债务人已经履行的部分,应当在申请执行标的中予以扣除。因债务人不履行或者不适当履行而发生的违约金、滞纳金、利息等,可以应债权人的要求列入申请执行标的。

5. 公证调解的特别规定。经过公证的事项在履行过程中发生纠纷的,原公证处可应当事人的请求进行调解。经调解后当事人达成新协议的,公证处应给予公证;新达成的协议符合有关规定条件的,公证处应依法赋予强制执行效力。调解不成的,公证处应告知当事人向人民法院起诉或申请仲裁。

(八) 公证登记和立卷归档

1. 公证登记制度。公证机构办理公证,应当填写公证登记簿,建立分类登记制度。登记事项包括:公证事项类别、当事人姓名(名称)、代理人(代表人)姓名、受理日期、承办人、审批人(签发人)、结案方式、办结日期、公证书编号

等。公证登记簿按年度建档,应当永久保存。

2. 公证立卷归档制度。公证机构在出具公证书或者作出不予办理公证、终止公证的决定后,应当依照司法部、国家档案局制定的《有关公证文书立卷归档和公证档案管理的规定》,由承办公证员将公证文书和相关材料,在3个月内完成汇总整理、分类立卷、移交归档。

公证机构受理公证申请后,承办公证员即应当着手立卷的准备工作,开始收集有关的证明材料,整理询问笔录和核实情况的有关材料等。对不能附卷的证明原件或者实物证据,应当按照规定将其原件复印件(复制件)、物证照片及文字描述记载留存附卷。公证案卷应当根据公证事项的类别、内容,划分为普通卷、密卷,分类归档保存;同时,应当根据公证事项的类别、用途及其证据价值确定保管期限。保管期限分短期、长期、永久三种。涉及国家秘密、遗嘱的公证事项,列为密卷;立遗嘱人死亡后,遗嘱公证案卷转为普通卷保存。公证机构内部对公证事项的讨论意见和有关请示、批复等材料,应当装订成副卷,与正卷一起保存。

二、公证效力

公证书具有法律效力。我国法律规定公证书具有证据效力、强制执行效力、法律行为成立要件效力等法律效力。此外,一般认为公证还具有预防效力,通过公证能够化解矛盾、防止纠纷和减少诉讼的效力。

(一) 证据效力

公证法第36条规定:“经公证的民事法律行为、有法律意义的事实和文书,应当作为认定事实的根据,但有相反证据足以推翻该项公证的除外。”民事诉讼法第67条亦作了相同的规定。因此,在诉讼、仲裁和行政管理活动中,公证书具有证据效力,而且具有比其他单位和个人提供的证明文书更高的证据效力;司法机关、仲裁机构、行政机关及其登记部门应当将公证书作为认定事实的根据。

公证书的证据效力,还表现在公证书的效力明显优于私证书。最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第77条规定,人民法院

就数个证据对同一事实的证明力,可以依照下列原则认定:……物证、档案、鉴定结论、勘验笔录或者经过公证、登记的书证,其证明力一般大于其他书证、视听资料和证人证言。

(二) 强制执行效力

就债权文书而言,建立在公证证明的证据效力基础上而具有的强制执行效力,这是法律赋予公证的最具有特殊性的效力。

根据公证法第37条第1款的规定,对经公证的以给付为内容并载明债务人愿意接受强制执行承诺的债权文书,债务人不履行或者履行不适当的,债权人可以依法向有管辖权的人民法院申请执行。民事诉讼法第214条第1款规定:“对公证机关依法赋予强制执行效力的债权文书,一方当事人不履行的,对方当事人可以向有管辖权的人民法院申请执行,受申请的人民法院应当执行。”因此,公证书具有强制执行效力。

根据《公证程序规则》第39条的规定,具有强制执行效力的债权文书的公证,应当符合下列条件:(1)债权文书以给付货币、物品或有价证券为内容;(2)债权债务关系明确,债权人和债务人对债权文书有关给付内容无疑义;(3)债权文书中载明债务人不履行或者不适当履行义务时,债务人愿意接受强制执行的承诺;(4)公证法规定的其他条件。

同时,公证法第37条第2款规定,债权文书确有错误的,人民法院裁定不予执行,并将裁定书送达双方当事人和公证机构。这体现人民法院对公证的监督。

(三) 法律行为成立要件效力

根据法律规定,某些法律行为在办理公证后才具有法律效力。公证法第38条规定,法律、行政法规规定未经公证的事项不具有法律效力的,依照其规定。此外,双方当事人约定必须公证的事项,未经公证,其法律关系不能形成、变更或消灭。根据国际惯例,我国当事人发往境外使用的某些文书(如结婚证等),必须经过公证机构的公证证明,才能在境外发生法律效力。

三、公证的救济

1. 公证书的复查。为及时纠正公证工作

中的失误和违法行为、提高公证质量、监督公证机构,公证法第39条规定,当事人、公证事项的利害关系人认为公证书有错误的,可以向出具该公证书的公证机构提出复查。

根据《公证程序规则》第61条的规定,当事人认为公证书有错误的,可以在收到公证书之日起1年内,向出具该公证书的公证机构提出复查。公证事项的利害关系人认为公证书有错误的,可以自知道或者应当知道该项公证之日起1年内向出具该公证书的公证机构提出复查,但能证明自己不知道的除外。提出复查的期限自公证书出具之日起最长不得超过20年。复查申请应当以书面形式提出,载明申请人认为公证书存在的错误及其理由,提出撤销或者更正公证书的具体要求,并提供相关证明材料。所谓“公证书有错误”应当包含两个方面的内容:一是公证书证明的内容与实际情况不符或违反法律、法规的强制性规定。例如,公证的事项现实中并不存在;公证的事项被不恰当地夸大、缩小或遗漏;申请公证的文书签名、印鉴系当事人伪造或变造的;申请公证的法律行为是在当事人受胁迫或者受欺诈的情况下作出的;公证机构赋予强制执行效力的债权文书不以给付为内容等。二是公证书的制作不规范,表述不恰当。

公证机构收到复查申请后,应当指派原承办公证员之外的公证员进行复查。承办公证员对申请人提出的公证书的错误及其理由进行审查、核实后,应当提出复查结论及处理意见,报公证机构的负责人审批。公证机构对公证书的复查,应当区别不同情况,按照以下规定予以处理:

(1)公证书的内容合法、正确、办理程序无误的,作出维持公证书的处理决定。

(2)公证书的内容合法、正确,仅证词表述或者格式不当的,应当收回公证书,更正后重新发给当事人;不能收回的,另行出具补正公证书。

(3)公证书的基本内容违法或者与事实不符的,应当作出撤销公证书的处理决定。

(4)公证书的部分内容违法或者与事实不符的,可以出具补正公证书,撤销对违法或者与事实不符部分的证明内容;也可以收回公证书,对违法或者与事实不符的部分进行删除、更正



后,重新发给当事人。

(5) 公证书的内容合法、正确,但在办理过程中有违反程序规定、缺乏必要手续的情形,应当补办缺漏的程序和手续;无法补办或者严重违法公证程序的,应当撤销公证书。

必须注意的是,被撤销的公证书应当收回,并予以公告,而且该公证书自始无效。公证机构撤销公证书的,应当报地方公证协会备案。

公证机构应当自收到复查申请之日起 30 日内完成复查,作出复查处理决定,发给申请人。需要对公证书作撤销或者更正、补正处理的,应当在作出复查处理决定后 10 日内完成。复查处理决定及处理后的公证书,应当存入原公证案卷。

公证机构办理复查,因不可抗力、补充证明材料或者需要核实有关情况的,所需时间不计算在前款规定的期限内,但补充证明材料或者需要核实有关情况的,最长不得超过 6 个月。

公证书被撤销的,所收的公证费按以下规定处理:(1) 因公证机构的过错撤销公证书的,收取的公证费应当全部退还当事人;(2) 因当事人的过错撤销公证书的,收取的公证费不予退还;(3) 因公证机构和当事人双方的过错撤销公证书的,收取的公证费酌情退还。

当事人、公证事项的利害关系人对公证机构作出的撤销或者不予撤销公证书的决定有异议的,可以向地方公证协会投诉。

2. 公证书内容争议的诉讼。公证法第 40 条规定,当事人、公证事项的利害关系人对公证书的内容有争议的,可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。《公证程序规则》第 68 条的规定更为明确:“当事人、公证事项的利害关系人对公证书涉及当事人之间或者当事人与公证事项的利害关系人之间实体权利义务的内容有争议的,公证机构应当告知其可以就该争议向人民法院提起民事诉讼。”

第四节 公证员职业道德

一、公证员职业道德的概念和特征

加强公证员的职业道德建设,是建设高素

质公证员队伍的重要措施,是进一步深化公证改革、推进公证事业发展的重要环节。公证职业道德是指公证员在履行职务活动中所应遵循的行为规范的总和。

职业道德包括职业道德意识、职业道德行为和职业道德规范三个层次。公证是公证机构或公证员对公民、法人及其他组织的法律行为,有法律意义的文书和事实的真实性、合法性的证明,其最大的特点是公信力。正因为公信力才更强调公证员的职业道德。随着依法治国、建设社会主义法治国家方略的深入贯彻实施,公证员等法律服务业从业人员所扮演的角色越来越重要。法律服务业能否适应时代和社会对法律服务业提出的更高要求,在很大程度上取决于全体法律服务业从业人员特别是公证员队伍的整体素质。而这种素质除了法律知识、理论以及执业技巧等业务素质以外,还有个重要的方面就是职业道德素质。公证员职业道德属于法律职业道德的范畴,是职业道德的一种,它在公证人员工作生活中占有十分重要的位置。

就适用对象而言,公证员职业道德不仅指依法取得资格的执业公证员,也包括办理公证的辅助人员和其他工作人员,主要规范公证员的履行职务行为;从调整的内容看,公证员职业道德既包括办理公证业务的行为准则,也包括公证人员的观念、意识。公证员树立高尚的职业道德,带头遵守公民基本道德规范和职业道德,是履行公证职责、公正执法的必然要求。高尚的道德情操是公证机构为社会提供优质法律服务和赢得公众信赖的根本保障。

二、公证员职业道德的依据

公证公信力是公证行业的立业之本,始终维护和不断增强公证公信力是公证制度的本质属性和公证工作者的职责使命。加强公证员职业道德建设,是为社会提供优质高效公证法律服务,始终维护和不断增强公证公信力的根本保障。在公证员职业道德建设方面强调“维护和增强公证公信力”,就是要引导广大公证人员进一步牢固树立公信意识,进一步坚定维护和增强公证公信力的主动性、自觉性,把维护公信

力、增强公信力的要求自觉融入到公证执业活动的各个环节和各个方面,切实做到“依法履责、充分履责、规范履责、诚信履责”,积极营造有利于公证公信力建设的环境和氛围,进一步树立公证职业的良好社会形象。

近年来,随着我国经济社会的发展,公证事业面临着新的形势和发展机遇。特别需要指出的是,2005年8月28日,我国第一部公证法典——《公证法》正式颁布,对规范公证员执业行为和提升公证员自身素质做出了明确规定。这些新的要求和规定,对于进一步加强公证队伍建设和加快推动公证事业发展具有重要的现实意义,也对公证员职业道德建设提出新的更高的要求。

公证员职业道德的依据主要是《公证员职业道德基本准则》(本节中以下简称《基本准则》)。为加强公证员职业道德建设,保证公证员依法履行公证职责,维护和增强公证公信力,根据公证法,2011年对《基本准则》进行了修订。

这一《基本准则》除序言和附则外,分为忠于法律、尽职履责,爱岗敬业、规范服务,加强修养、提高素质,廉洁自律、尊重同行,附则五个部分,共29条,对我国公证员的职业道德作了具体明确的规定。

三、公证员职业道德的主要内容

公证员职业道德主要包括忠于法律尽职履责、爱岗敬业规范服务、加强修养提高素质、廉洁自律尊重同行等方面。

(一)忠于法律、尽职履责

公证法第3条规定,公证机构办理公证,应当遵守法律,坚持客观、公正的原则。为此,《基本准则》具体要求:

1. 忠于宪法和法律,恪守客观、公正原则。公证员应当忠于宪法和法律,自觉践行社会主义法治理念;公证员应当政治坚定、业务精通、维护公正、恪守诚信,坚定不移地做中国特色社会主义事业的建设者、捍卫者;公证员应当依法办理公证事项,恪守客观、公正的原则,做到以事实为依据、法律为准绳。

2. 遵守法定回避制度。公证员应当自觉遵守法定回避制度,不得为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证。

3. 履行执业保密义务。《基本准则》第5条规定,公证员应当自觉履行执业保密义务,不得泄露在执业中知悉的国家秘密、商业秘密或个人隐私,更不得利用知悉的秘密为自己或他人谋取利益。

4. 积极采取措施纠正、制止违法违规行为。公证员在履行职责时,对发现的违法、违规或违反社会公德的行为,应当按照法律规定的权限,积极采取措施予以纠正、制止。

(二)爱岗敬业、规范服务

公证员应当热爱公证工作,爱岗敬业。在岗位上尽职尽责,确立强烈的职业责任感、荣誉感,这是公证员职业道德的核心。对此,《基本准则》的具体要求包括以下几方面:

1. 珍惜职业荣誉。按照《基本准则》第7条的规定,公证员应当珍惜职业荣誉,强化服务意识,勤勉敬业、恪尽职守,为当事人提供优质高效的公证法律服务。

2. 履行告知义务。公证员在履行职责时,应当告知当事人、代理人和参与人的权利和义务,并就权利和义务的真实意思和可能产生的法律后果做出明确解释,避免形式上的简单告知。

3. 平等、热情地对待公证当事人、代理人和参与人。《基本准则》要求公证员在执行职务时,应当平等、热情地对待当事人、代理人和参与人,要注重其民族、种族、国籍、宗教信仰、性别、年龄、健康状况、职业的差别,避免言行不慎使对方产生歧义。

4. 依法提高办证质量和效率。公证员应当严格按照规定的程序和期限办理公证事项,注重,杜绝疏忽大意、敷衍塞责和延误办证的行为。

5. 注重文明礼仪,维护职业形象。按照《基本准则》的要求,公证员应当注重礼仪,做到着装规范、举止文明,维护职业形象。现场宣读公证词时,应当语言规范、吐字清晰,避免使用



可能引起他人反感的语言表达方式。

6. 积极履行监督义务。公证员如果发现已生效的公证文书存在问题或其他公证员有违法、违规行为,应当及时向有关部门反映。

7. 不发表不当评论。《基本准则》第13条规定,公证员不得利用媒体或采用其他方式,对正在办理或已办结的公证事项发表不当评论,更不得发表有损公证严肃性和权威性的言论。

(三) 加强修养、提高素质

公证员素质水平的高低会直接影响到公证职责的顺利履行,《基本准则》对此进行了全面的要求。

1. 遵守社会公德。《基本准则》第14条规定,公证员应当牢固树立社会主义荣辱观,遵守社会公德,倡导良好社会风尚。

2. 具有良好的个人修养和品行。《基本准则》要求公证员应当道德高尚、诚实信用、谦虚谨慎,具有良好的个人修养和品行。公证员应当树立正确的人生观和价值观,保持心理平衡。

3. 忠于职守。按照《基本准则》第16条的规定,公证员应当忠于职守、不徇私情、弘扬正义,自觉维护社会公平和公众利益。

4. 热爱集体,团结协作。《基本准则》第17条规定,公证员应当热爱集体,团结协作,相互支持、相互配合、相互监督,共同营造健康、有序、和谐的工作环境。

5. 不断提高自身的业务能力和职业素养。《基本准则》要求公证员应当不断提高自身的业务能力和职业素养,保证自己的执业品质和专业技能满足正确履行职责的需要。

6. 终身学习,勤勉进取。公证员应当树立终身学习理念,勤勉进取,努力钻研,不断提高职业素质和执业水平。

(四) 廉洁自律、尊重同行

《基本准则》从六个方面要求公证员清正廉洁,慎独自律,拒绝诱惑,尊重同行。

1. 廉洁自律。《基本准则》第20条规定,公证员应当树立廉洁自律意识,遵守职业道德和执业纪律,不得从事有报酬的其他职业和与公证员职务、身份不相符的活动。

2. 妥善处理个人事务。公证员应当妥善

处理个人事务,不得利用公证员的身份和职务为自己、亲属或他人谋取利益。

3. 不得接受不当利益。《基本准则》第22条规定,公证员不得索取或接受当事人及其代理人、利害关系人的答谢款待、馈赠财物或其他利益。

4. 相互尊重。《基本准则》要求公证员应当相互尊重,与同行保持良好的合作关系,公平竞争,同业互助,共谋发展。

5. 避免不当干预。按照《基本准则》的规定,公证员不得以不正当方式或途径对其他公证员正在办理的公证事项进行干预或施加影响。

6. 不从事不正当竞争行为。《基本准则》第25条规定,公证员不得从事以下不正当竞争行为:(1)利用媒体或其他手段炫耀自己,贬损他人,排斥同行,为自己招揽业务;(2)以支付介绍费、给予回扣、许诺提供利益等方式承揽业务;(3)利用与行政机关、社会团体的特殊关系进行业务垄断;(4)其他不正当竞争行为。

第五节 公证员的责任

新华考资
www.xhkzedu.com

一、公证职业责任的含义

公证职业责任是指由于公证人员的违法和违反职业道德规范所造成的,公证机构和公证员对当事人等所承担的责任,包括惩戒处分、行政法律责任、民事法律责任和刑事法律责任。公证职业责任的重点是财产责任,公证职业责任的范围应与给当事人造成的损害相适应。

公证职业责任能够确保办理公证当事人的合法权益,有利于加强公证人员的事业心和责任感,有利于提高公证的质量和效益,有利于提高公证机构在民众中的声誉。

《公证员执业管理办法》第21条规定,司法行政机关应当依法建立健全行政监督管理制度,公证协会应当依据章程建立健全行业自律制度,加强对公证员执业活动的监督,依法维护公证员的执业权利。公证员和公证机构的负责人被投诉和举报、执业中有不良记录或者经年度考核发现有突出问题的,所在地司法行政机

关应当对其进行重点监督、指导。对年度考核发现有突出问题的公证员和公证机构的负责人,由所在地或者设区的市司法行政机关组织专门的学习培训。司法行政机关实施监督检查,可以对公证员办理公证业务的情况进行检查,要求公证员及其所在公证机构说明有关情况,调阅相关材料和公证档案,向相关单位和人员调查、核实有关情况。公证员及其所在公证机构不得拒绝司法行政机关依法实施的监督检查,不得谎报、隐匿、伪造、销毁相关证据材料。

《公证员执业管理办法》第22条也规定,公证机构应当按照规定建立、完善各项内部管理制度,对公证员的执业行为进行监督,建立公证员执业过错责任追究制度,建立公证员执业年度考核制度。公证机构应当为公证员依法执业提供便利和条件,保障其在任职期间依法享有的合法权益。

二、公证员执业中违纪行为的处分

公证员违反执业纪律和职业道德规范的行为由公证协会给予的处分。公证员执业中违纪行为的处分,又称公证员惩戒。《公证员执业管理办法》第32条规定:“公证协会依据章程和有关行业规范,对公证员违反职业道德和执业纪律的行为,视其情节轻重,给予相应的行业处分。公证协会在查处公证员违反职业道德和执业纪律行为的过程中,发现有依据《公证法》的规定应当给予行政处罚情形的,应当提交有管辖权的司法行政机关处理。”

(一)公证员执业中违纪行为的处分形式与适用条件

根据中国公证协会2004年1月20日制定的《公证员惩戒规则(试行)》的规定,对公证员的惩戒有六种:警告、严重警告、罚款、记过、暂停会员资格、取消会员资格。其适用条件分别是:

1.《公证员惩戒规则(试行)》第12条规定,公证员有下列行为之一的,予以警告:(1)无正当理由,不接受指定的公益性公证事项的;(2)无正当理由,不按期出具公证书的;(3)在媒体上或者利用其他手段提供虚假信息,对本

公证机构或者本公证机构的公证员进行夸大、虚假宣传,误导当事人、公众或者社会舆论的;(4)违反规定减免公证收费的;(5)在公证员名片上印有曾担任过的行政职务、荣誉职务、专业技术职务或者其他头衔的;(6)采用不正当方式垄断公证业务的;(7)公证书经常出现质量问题的;(8)其他损害公证行业利益的行为,但后果尚不严重的。

2.《公证员惩戒规则(试行)》第13条规定,公证员有下列行为之一的,予以严重警告:(1)刁难当事人,服务态度恶劣,造成不良影响的;(2)对应当受理的公证事项,无故推诿不予受理的;(3)故意诋毁、贬损其他公证机构或公证人员声誉的;(4)利用非法手段诱使公证当事人,干扰其他公证机构或者公证人员正常的公证业务的;(5)给付公证当事人回扣或者其他利益的;(6)违反回避规定的;(7)违反公证程序,降低受理、出证标准的;(8)违反职业道德和执业纪律的;(9)一年内连续出现2件以内错误公证文书的;(10)受到警告惩戒后,6个月内又有第12条所列行为的。

3.《公证员惩戒规则(试行)》第11条第3款规定,公证员有违反《公证员惩戒规则(试行)》第12条至第16条规定的,根据违反行业规范行为的性质,可以并处50元至5000元的罚款。

4.《公证员惩戒规则(试行)》第14条规定,公证员有下列行为之一的,予以记过:(1)一年内连续出现3件以上5件以下错误公证文书的;(2)违反公证法规、规章规定的;(3)违反公证管辖办理公证的;(4)违反职业道德和执业纪律,拒不改正的;(5)受到严重警告惩戒后,6个月内又有第13条所列行为的;(6)其他损害公证行业利益的行为,后果较为严重的。

5.《公证员惩戒规则(试行)》第15条规定,公证员有下列行为之一的,予以暂停公证员协会会员资格,并建议司法行政机关给予暂停执业的行政处罚:(1)利用职务之便牟取或收受不当利益的;(2)违反职业道德和执业纪律,情节严重的;(3)一年内连续出现6件以上错误公证文书的;(4)受到记过惩戒后,6个月内又有



第14条所列行为的;(5)其他损害公证行业利益的行为,后果严重的。暂停会员资格期限为3个月至12个月。

6.《公证员惩戒规则(试行)》第16条规定,公证员有下列行为之一的,予以取消公证员协会会员资格,并建议司法行政机关给予吊销执业证的行政处罚:(1)泄露国家机密、商业秘密和个人隐私给国家或者公证当事人造成重大损失或者产生恶劣社会影响的;(2)故意出具错误公证书的;(3)制作假公证书的;(4)受刑事处罚的,但非职务的过失犯罪除外;(5)违反公证法规、规章规定,后果严重的;(6)对投诉人、举报人、证人等有关人员打击报复的;(7)案发后订立攻守同盟或隐匿、销毁证据,阻挠调查的;(8)违反职业道德和执业纪律,情节特别严重的;(9)受到暂停会员资格惩戒,恢复会员资格12个月内,又有第15条所列行为的;(10)其他违法违纪或者损害公证行业利益的行为,后果特别严重的。

公证员受到严重警告、记过惩戒的,当年不得晋升职务、级别,不得参加外事考察活动。受到暂停会员资格惩戒的,3年内不得晋升职务、级别,不得参加各级公证协会组织的外事及具有福利性质的活动。有办理涉外公证业务资格的公证员受到记过和暂停会员资格惩戒的,暂停办理涉外公证业务。对于受到惩戒处理的公证员,将通过适当的方式予以通报。

(二)公证员执业中违纪行为的处分实施

公证员执业中违纪行为处分的实施主要包括惩戒机构、惩戒管辖、惩戒投诉及处理、惩戒调查、惩戒决定的作出和送达、惩戒决定的复核等内容。

1. 惩戒机构。《公证员惩戒规则(试行)》规定,中国公证协会和地方公证协会设立惩戒委员会,惩戒委员会是对公证员实施惩戒的专门机构。惩戒委员会设主任委员1人、副主任委员2~3人,委员若干人。委员会由公证协会负责人、资深执业公证员和其他法律专业人士组成。惩戒委员会主任委员、副主任委员由协会常务理事会选聘,其他委员由主任委员选聘。

惩戒委员会的职责有五个方面:(1)受理投

诉案件和有关部门移送的案件;(2)审查当事人提交的有关证明材料;(3)对违规行为进行调查核实;(4)制作惩戒委员会会议记录和惩戒决定书;(5)检查惩戒决定的执行情况。

2. 惩戒管辖。根据《公证员惩戒规则(试行)》的规定,惩戒案件一般由地方公证协会的惩戒委员会受理,中国公证协会惩戒委员会认为影响较大、案情重大的案件也可以自行受理。

3. 惩戒投诉及处理。中国公证协会和地方公证协会应当向社会公布惩戒委员会的投诉电话及投诉方式,惩戒委员会应当指定专人负责受理。投诉人可以直接投诉,也可以委托他人投诉,受理投诉的惩戒委员会有权要求投诉人提出具体的事实和有关证据材料。司法行政机关建议给予惩戒的,惩戒委员会应该受理。

对于投诉的案件,惩戒委员会应当填写登记表,进行初步审查,按下列不同情况作出处理:(1)投诉材料事实不清的,通知投诉人补充材料。投诉人无法补充的,可不予受理。(2)认为违法、违纪的事实不存在,不予受理。(3)有违纪事实,但情节显著轻微,依照规定不需要实施惩戒,应予以结案,并通知投诉人或其代理人;对于需要批评教育的,将情况告知被投诉人所在的公证机构。(4)认为有违法、违纪的事实,应当予以审理。

4. 惩戒调查。根据《公证员惩戒规则(试行)》的规定,惩戒委员会受理后,应当在15日内通知投诉人、被投诉人及其所在公证机构的负责人,并告知被投诉人及其所在公证机构负责人到惩戒委员会说明情况或者提供书面答辩材料。投诉人、被投诉人及有关人员应当如实回答调查人员的询问,并协助调查,不得阻挠。调查应当制作笔录,接受调查的人应当在调查笔录上签字或盖章。调查终结,惩戒委员会应当对调查结果进行审查,根据不同情况,分别作出如下决定:(1)举证不足的,终止审理;(2)情节显著轻微的,予以批评教育,不作惩戒处理;(3)投诉属实的,予以惩戒处理;(4)应当由司法行政机关予以行政处罚的,书面建议司法行政机关予以行政处罚。

对可能给予暂停会员资格或者取消会员资

格的案件,惩戒委员会应告知当事人本人及其所在公证机构负责人有陈述、申辩的权利,当事人放弃陈述或者申辩权利的,不影响作出决定。

5. 惩戒决定的作出和送达。《公证员惩戒规则(试行)》要求惩戒决定由3名以上单数惩戒委员会委员共同作出。给予记过以上惩戒的,由5名以上单数惩戒委员会委员共同作出。惩戒案件审理过程应当制作审理记录,参与审理的委员应当在记录上签名。审理记录应当存入惩戒卷宗。

惩戒决定采用惩戒决定书形式作出。决定书应当载明下列事项:(1)被惩戒人的姓名、性别、年龄、住所和其所在公证机构;(2)有关的事实和证据;(3)惩戒决定;(4)不服惩戒决定申请复核的途径和期限;(5)作出惩戒决定的公证协会惩戒委员会名称和作出决定的日期。惩戒决定书应当加盖惩戒委员会印章。

惩戒决定书应当在15日内送达被惩戒人及其所在的公证机构。惩戒决定应当报同级司法行政机关备案,地方公证协会惩戒委员会作出的惩戒决定应当报中国公证协会备案。除直接送达外,惩戒决定书可以委托被惩戒人所在公证机构或所属司法行政机关送达,也可以邮寄送达。

6. 惩戒决定的复核。《公证员惩戒规则(试行)》规定,被惩戒的公证员对惩戒决定不服的,可以自收到决定书10日内,书面向作出惩戒决定的惩戒委员会申请复核。复核由惩戒委员会主任委员主持,由5名以上未参与作出该惩戒决定的委员集体作出复核决定,参与复核的委员人数应当为单数。复核决定应当于收到复核申请后2个月内作出。复核所发生的费用,经复核后,维持惩戒决定的,由申请人承担;撤销或变更惩戒决定的,由作出决定的公证协会承担。对于中国公证协会督办的案件,地方公证协会应及时进行调查核实,并在1个月内将核实的情况和结果上报。对无故拖延不予办理,且不向中国公证协会报告的,中国公证协会有权进行通报批评。

2013年7月8日中国公证协会下发了《关于加强公证行业行风建设的指导意见》,提出着

力解决目前公证行业公信力方面存在的突出问题,全面推进公证行业行风建设,主要包括以下三个方面:一是要着力解决极少数公证人员服务意识淡薄,服务态度冷漠、敷衍塞责,无故推诿、拒绝当事人合理办证需求等现象;二是要着力解决极少数公证人员规范意识和责任意识薄弱,违反办证程序规定,审查把关不严,造成瑕疵或者错误公证书的现象;三是要着力解决极少数公证机构、公证人员忽视行业整体利益,进行不正当竞争,扰乱行业执业秩序等现象。加强公证队伍责任意识、法治意识、规范意识、质量意识教育,加强公证公信力建设,加强行风评查和专项治理工作,加大对行业违规违纪行为的惩处力度。

三、公证机构和公证员执业中违法犯罪行为的法律责任

公证机构和公证员执业中违法犯罪行为的法律责任包括行政法律责任、民事法律责任、刑事法律责任等。

(一)公证机构和公证员执业中违法行为的行政法律责任

公证机构和公证员执业中违法行为的行政法律责任为最主要的法律责任形式。公证员和公证机构执业中违法行为的行政法律责任具体表现为司法行政部门所给予的行政处罚。根据公证法的规定,司法行政部门对公证机构的行政处罚分为警告、罚款、没收违法所得、停业整顿等四种;司法行政部门对公证员的行政处罚分为警告、罚款、停止执业、没收违法所得、吊销执业证书等五种。

公证法第41条规定,公证机构及其公证员有下列行为之一的,由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门给予警告;情节严重的,对公证机构处1万元以上5万元以下罚款,对公证员处1000元以上5000元以下罚款,并可以给予3个月以上6个月以下停止执业的处罚;有违法所得的,没收违法所得:(1)以诋毁其他公证机构、公证员或者支付回扣、佣金等不正当手段争揽公证业务的;(2)违反规定的收费标准收取公证费的;(3)同时在两个以上公证机构



执业的;(4)从事有报酬的其他职业的;(5)为本人及近亲属办理公证或者办理与本人及近亲属有利害关系的公证的;(6)依照法律、行政法规的规定,应当给予处罚的其他行为。

公证法第42条规定,公证机构及其公证员有下列行为之一的,由省、自治区、直辖市或者设区的市人民政府司法行政部门对公证机构给予警告,并处2万元以上10万元以下罚款,并可以给予1个月以上3个月以下停业整顿的处罚;对公证员给予警告,并处2000元以上1万元以下罚款,并可以给予3个月以上12个月以下停止执业的处罚;有违法所得的,没收违法所得;情节严重的,由省、自治区、直辖市人民政府司法行政部门吊销公证员执业证书;构成犯罪的,依法追究刑事责任:(1)私自出具公证书的;(2)为不真实、不合法的事项出具公证书的;(3)侵占、挪用公证费或者侵占、盗窃公证专用物品的;(4)毁损、篡改公证文书或者公证档案的;(5)泄露在执业活动中知悉的国家秘密、商业秘密或者个人隐私的;(6)依照法律、行政法规的规定,应当给予处罚的其他行为。因故意犯罪或者职务过失犯罪受刑事处罚的,应当吊销公证员执业证书。

《公证机构执业管理办法》第36条规定,公证机构有公证法第41条、第42条规定所列为之一的,由省、自治区、直辖市司法行政机关或者设区的市司法行政机关依据公证法的规定,予以处罚。公证机构违反公证法第25条规定,跨执业区域受理公证业务的,由所在地或者设区的市司法行政机关予以制止,并责令改正。

根据《公证机构执业管理办法》,司法行政机关对公证机构违法行为实施行政处罚,应当根据有关法律、法规和司法部有关行政处罚程序的规定进行。司法行政机关在对公证机构作出行政处罚决定之前,应当告知其查明的违法行为事实、处罚的理由及依据,并告知其依法享有的权利。口头告知的,应当制作笔录。公证机构有权进行陈述和申辩,有权依法申请听证。公证机构对行政处罚不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

《公证员执业管理办法》第29条规定:公证

员有公证法第41条、第42条所列行为之一的,由省、自治区、直辖市或者设区的市司法行政机关依据公证法的规定,予以处罚。公证员有依法应予吊销公证员执业证书情形的,由所在地司法行政机关逐级报请省、自治区、直辖市司法行政机关决定。

根据《公证员执业管理办法》的规定,司法行政机关对公证员实施行政处罚,应当根据有关法律、法规和司法部有关行政处罚程序的规定进行。司法行政机关查处公证员的违法行为,可以委托公证协会对公证员的违法行为进行调查、核实。司法行政机关在对公证员作出行政处罚决定之前,应当告知查明的违法行为事实、处罚的理由及依据,并告知其依法享有的权利。口头告知的,应当制作笔录。公证员有权进行陈述和申辩,有权依法申请听证。公证员对行政处罚决定不服的,可以依法申请行政复议或者提起行政诉讼。

同时,《公证员执业管理办法》第35条规定,司法行政机关及其工作人员在公证员职务任免、公证员执业证书管理、对公证员执业活动实施监督检查的过程中,有滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊、干预公证员依法执业行为的,应当依法追究相关人员的行政责任。《公证机构执业管理办法》第43条规定,司法行政机关及其工作人员在公证机构设立审批、公证机构执业证书管理、对公证机构实施监督检查、年度考核的过程中,有滥用职权、玩忽职守、徇私舞弊、干预公证机构依法独立行使公证职能行为的,应当依法追究相关人员的行政责任;构成犯罪的,依法追究刑事责任。

《公证机构执业管理办法》还规定,公证协会依据章程和有关行业规范,对公证机构违反执业规范和执业纪律的行为,视其情节轻重,给予相应的行业处分。公证协会在查处公证机构违反执业规范和执业纪律行为的过程中,发现有依据公证法的规定应当给予行政处罚情形的,应当提交有管辖权的司法行政机关处理。

(二)公证机构和公证员执业行为的民事责任

公证法第43条第1款规定:“公证机构及

其公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的,由公证机构承担相应的赔偿责任;公证机构赔偿后,可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。”《公证员执业管理办法》第33条也规定,公证员因过错给当事人、公证事项的利害关系人造成损失的,公证机构依法赔偿后,可以向有故意或者重大过失的公证员追偿。

(三)公证机构和公证员执业中犯罪行为的刑事法律责任

根据公证法第42条的规定和刑法的有关规定,公证机构或其公证员因执业行为构成犯罪的,应当追究其刑事责任。因故意犯罪或者

职务过失犯罪受刑事处罚的,应当吊销公证员执业证书。最高人民检察院在2009年1月给甘肃省人民检察院的一份批复中指出,公证法施行以后,公证员在履行公证职责过程中,严重不负责任,出具的公证书有重大失实,造成严重后果的,依照刑法第229条第3款的规定,以出具证明文件重大失实罪追究刑事责任。

【本章主要法律规定】

1. 公证法
2. 《公证机构执业管理办法》
3. 《公证员执业管理办法》
4. 《公证员职业道德基本准则》

本章讨论公证制度与公证员职业道德,要理解和掌握公证员的权利义务、公证的程序、公证的效力、公证职业责任的规定。

新华考资
www.xhkzedu.com